
نحو الفسخ بالإرادة المنفردة قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة

دكتور / محمد حسن قاسم
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مقدمة

في العقد الملزم للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما عليه من التزام ناشئ عن هذا العقد، جاز للمتعاقد الآخر - وكما هو معروف - أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فيمتنع عن تنفيذ ما عليه من التزام، إلى أن يقوم الأول بالوفاء بما عليه، وفي هذه الحالة يقف تنفيذ الالتزام مع بقاء العقد قائماً. لكن قد لا يقنع المتعاقد بمثل هذا الموقف السلبي، فيكون له أن يلجأ إلى طلب التنفيذ العيني؛ لاستيفاء حقه عيناً. غير أن الوصول إلى هذه النتيجة قد يطول أمده، وقد يُحمل طالب التنفيذ ما لا يطيق ولا يرجو، أو لا يراه المتعاقد مجدياً له أو محققاً لما كان يرغبه أصلاً، فيفضل -بالتالي، وإزاء عدم التنفيذ - أن يتحلل من العقد ومن الالتزامات التي يرتبها عليه، فيكون طريقه إلى ذلك، الالتجاء إلى الفسخ.

الفسخ - إذاً - هو حق للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا ما أخل المتعاقد الآخر بالتزاماته، في حل الرابطة العقدية؛ لكي يتحلل هو من التزاماته. والفسخ على هذا النحو يحمل - أيضاً - معنى الجزاء بالنسبة للمتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزاماته، ويكون هدفه إزالة الرابطة العقدية التي دخلت مرحلة التنفيذ، بعد إبرامها على نحو صحيح، فهو لا يهدف إلى إنجاز هذه الرابطة وترتيب آثارها، وإنما نقض القوة الملزمة لها وإزالة آثارها بعد تمامها على نحو صحيح؛ وذلك نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام الناشئ عنها.

ولا شك أن الفسخ بهذا المعنى - وأياً كان الأساس الفني الذي

يستند إليه⁽¹⁾ - يقوم على اعتبارات تملئها العدالة فالعدالة تأبى أن يلتزم شخص بعقد لم ينفذه المتعاقد معه⁽²⁾ .

هذا وإذا كان عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، هو الشرط الأساسي لإمكان فسخ العقد، فإنه لا يكفي بذاته - وأياً كانت جسامته عدم التنفيذ - لا اعتبار العقد مفسوخاً، بل لابد للدائن الذي يرغب في ذلك، ويختاره، أن يلجأ إلى القضاء بطلب الفسخ، فالقوة الملزمة للعقد لا يمكن نقضها بإرادة أحد المتعاقدين. فالدائن ضحية عدم التنفيذ، والذي لم يحصل على هدفه من وراء إبرام العقد، لا يكون له - إذا ما أراد التحلل من الرابطة العقدية - إلا أن يرفع دعوى أمام القضاء؛ ليستصدر منه حكماً بفسخ العقد، وهذا هو في الواقع ما تقضى به صراحة المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، وما يتضح بجلاء من نص المادة 157 من القانون المدني المصري.

(1) راجع في الأسس الفنية المختلفة التي قيل بها لتبرير نظرية الفسخ، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت (بدون تاريخ) ص 694 وما بعدها، د. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية 1976 ص 400 وما بعدها، د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام -1- العقد والإرادة المنفردة، مكتبة عبد الله وهبه 1966 ص 323 وما بعدها، د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه 1975 ص 484 وما بعدها، د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية 1999 ص 599، د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية 2005/2004 ص 295 وما بعدها، د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية 1988 ص 6 وما بعدها، د. علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانقاسخ والتفاسخ، دراسة مقارنة، دكتوراه كلية الحقوق جامعة طنطا 2006 ص 282 وما بعدها.

(2) انظر على سبيل المثال: البدر، السابق ص 488، السنهوري، السابق ص 696، الجارحي، السابق ص 12، د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية (العقد - الإرادة المنفردة) (دون ذكر الناشر) 2003 ص 414، د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام =

ومن هنا كان تأكيد الفقه على الطابع القضائي للفسخ، سواء في القانون المصري، أو القانون الفرنسي، واعتباره هو الأصل في الفسخ⁽³⁾، بمعنى أن الفسخ لا يكون أصلاً إلا من خلال حكم يصدر عن القضاء، وذلك - أيضاً - ما تؤكد عليه أحكام القضاء⁽⁴⁾، التي تبين في وضوح تام بأن الفسخ لا يقع إلا بحكم القاضي، وأن الدائن لا يمكنه أن يعتبر العقد مفسوخاً، وإنما عليه - إذا ما رغب في الفسخ - أن يلجأ إلى القضاء لطلبه.

= في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، القاهرة 1968 ص 185، د. محمد حسام لطفى، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة 2002 ص 229 - 230.

(3) انظر على سبيل المثال، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام ص 362، د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية 1992 ص 433، إسماعيل غانم، السابق ص 327، د. محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة (بدون تاريخ نشر) ص 245، د. مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف 1991 ص 255.

وراجع في القانون الفرنسي:

Th. Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, LGDJ 2007, p. 372 et s. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel – Munck, Droit civil, Les obligations, 2^eéd. Defrénois 2005 p. 443; Ph. Delebecque et F. J. Pansier, Droit des obligations, contrat et quasi - contrat 3^e éd. Litec 2003 p. 298.

(4) انظر على سبيل المثال، نقض مدني 1957/2/24 مج س 8 ص 98، نقض مدني 1962/2/8 مج س 13 ص 10، 1985/4/19، 10 مج س 36 ص 16، 1998/6/963، 16 مج س 49 ص 521.

Cass. Com. 25/3/1991, CCC (Contrats, concurrence, consommation) 1991, no 162 note L. Leveneur; Cass. Com. 1/12/1992, RTD Civ. 1993 p. 578 obs. J. Mestre.

وراجع:

S. Amrani – Mekki, La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, Defrénois 2003 p. 369 et s. spéci. p. 372 – 373; C. Jamin, Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat, trois idéologies en concurrence, in L'unilatéralisme et le droit des obligations (sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud) Economica, collection Études Juridiques (9) p. 71 et s. spéci. p. 73 et 74.

(61) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

ولكن طلب الفسخ شيء، والحصول على حكم يقضى به شيء آخر. فإذا ما لجأ الدائن إلى القضاء بطلب الفسخ، يصبح القاضي هو سيد الموقف فيما يلي هذا الطلب، وذلك بالنظر لما يتمتع به من سلطة تقديرية واسعة إزاء هذا الطلب. فطلب الفسخ لا يعني بالضرورة استجابة القاضي له، والحكم به لا يكون حتمياً، بل الأمر يكون مرجعه تقدير القاضي⁽⁵⁾ وقناعته بملاءمة الفسخ للحالة الحقيقية، التي نتجت عن عدم التنفيذ الذي يستند إليه الدائن في طلبه للفسخ.

فإذا ما طالب الدائن بفسخ العقد، يمكن للقاضي ألا يستجيب لهذا الطلب، ويمنح المدين مهلة للتنفيذ إذا اقتضت الظروف ذلك. وله أن يرفض الحكم بالفسخ، ويقضى بإلزام المدين بالتنفيذ العيني، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية، بالنسبة إلى الالتزام في جملته، وإذا ما اختار القاضي الحكم بالفسخ، فإنه لا يلجأ إلى هذا الجزاء النهائي إلا إذا قدر هو، أن عدم التنفيذ على قدر من الجسامه يبرر "هدم" العقد (أي فسخه). بل وأكثر من ذلك، فإن للمدين أن يتوقى الحكم بالفسخ، وذلك بقيامه بالوفاء بالتزامه قبل صدور حكم نهائي بالفسخ، "ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية، إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام"⁽⁶⁾.

(5) راجع في ذلك، د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية 2002 ص 29 وما بعدها، د. حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية (دون ذكر الناشر) 1995 ص 413 وما بعدها، د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام (دون ذكر الناشر أو التاريخ) ص 1995 ص 159. د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة 2004 ص 311 وما بعدها.

وانظر نقض مدني 2006/10/14، مجموعة هيئة قضايا الدولة، المكتب الفني، مجموعة القوانين والمبادئ القانونية 18 - مجموعة أحكام النقض (2004 - 2006) الجزء الأول، 2007 ص 603، نقض مدني 1998/7/8، مج س 48 ص 1075.

F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 10^e éd. 2009 p. 660 et s.

(6) حسام الأهواني، السابق ص 412 - 413، وإشارته إلى نقض مدني 1989/3/6 مج س 40 ص 735.

إذا كان ذلك هو مذهب القانون المصري والفرنسي، بشأن كيفية إيقاع الفسخ، باعتباره الجزء النهائي الذي يؤدي إلى هدم العقد وإزالته، واعتبار أن الأصل فيه، أنه لا يكون إلا بمقتضى حكم من القضاء، فالجدير بالملاحظة أنه - من الناحية التاريخية - لم يكن الأمر على هذا النحو في ظل البدايات الأولى للفسخ كجزاء للإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، إضافة إلى ذلك، فإنه إذا كان الفسخ نظاماً قانونياً تعرفه تشريعات الدول المختلفة، فإن كثيراً من هذه التشريعات، اعتمدت كيفية أخرى في إعماله، تختلف عن تلك التي اعتمدها القانون المصري والقانون الفرنسي.

فإذا ما رجعنا إلى القانون الروماني، نجد شراح هذا القانون يؤكدون على عدم معرفة الرومان لفكرة الفسخ، ويرجعون ذلك إلى أن العقد في القانون الروماني، لم يكن ينشئ التزامات متقابلة بين طرفيه، بحيث لم يكن أمام المتعاقد الذي لم يوف المتعاقد الآخر بالتزاماته تجاهه، إلا أن يطالب بالتنفيذ. ولكن - ومع ظهور عقد البيع الرضائي - توصل الرومان إلى فكرة الفسخ، ولكن ليس على النحو الذي تعرفه القوانين الحديثة، وإنما كان الأمر محل تطور، انتهى إلى الاعتياد على أن يُدرج في عقد البيع شرط فاسخ يسمى *Lex Commissoria*، أصبح من الشروط المألوفة في عقد البيع، وكان بمقتضى هذا الشرط، يتم فسخ العقد إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه⁽⁷⁾.

ويلاحظ أن هذا الشرط لم يكن مقررأً إلا لمصلحة البائع وحده، حيث لم يجز للمشتري أن يدرج شرطاً فاسخاً، يخوله إمكانية عدم دفع الثمن، إذا لم يقم البائع بتسليمه الشيء المبيع. وبمقتضى هذا الشرط - وعند عدم قيام المشتري بدفع الثمن - يكون للبائع أن يختار بين فسخ العقد وتنفيذه، ولكن إذا ما أعلن البائع عن اختياره، فليس له بعد ذلك، أن يرجع فيه⁽⁸⁾.

(7) راجع في ذلك، د. فايز محمد حسين، الشروط المقترنة بعقد البيع، دار المطبوعات الجامعية 2010 ص 29 - 30، والمراجع المشار إليها.

(8) فايز حسين، السابق ص 145، وراجع أيضاً، د. حسن على الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، 1946 ص 9.

هذا وإذا كان تحقق الشرط الفاسخ - أي عدم قيام المشتري بدفع الثمن - يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون، فإن إعمال هذا الأثر يتوقف على إرادة البائع وحده.

وفي حدود هذا الإيجاز الشديد، يمكن القول بأنه: في القانون الروماني لم يكن الفسخ قضائياً، وإنما كان يجد سنده في اتفاق المتعاقدين⁽⁹⁾.

وإذا ما انتقلنا إلى الشريعة الإسلامية، نجد البعض يؤكد على أن "... الأصل في الفسخ في الفقه الإسلامي أن يكون شرعياً (قانونياً)، يقع بمجرد إفصاح المتعاقد عن رغبته في فسخ العقد والتحلل من الرابطة التعاقدية، وتوجيه هذه الإرادة إلى المدين؛ ليعلم بها، وفي الحالات القليلة التي يجب رفع الأمر فيها إلى القضاء (وأظهر مثل لها حالة الأعدار في العقود المستمرة)، يلاحظ أن القاضي الشرعي لا يملك تلك السلطة التقديرية الواسعة التي يملكها القاضي المدني؛ وذلك لأن فقهاء المسلمين لم يستلزموا رفع الأمر إلى القضاء، إلا لخفاء سبب الفسخ، فإذا ما وضح هذا الخفاء، فقد تعين على القاضي أن ينطق بفسخ العقد، حتى ولو ثبت لديه أن المتعاقد لا يلحقه ضرر من إلزامه بالتنفيذ العيني، والإبقاء على الرابطة التعاقدية، أو أن الضرر الذي يلحقه من ذلك ضئيل، لا يؤبه له ولا يبرر فسخ العقد"⁽¹⁰⁾.

مؤدى هذا القول، أن الفسخ في الشريعة الإسلامية، هو بحسب الأصل فسخ بالإرادة المنفردة للدائن، ولا يكون قضائياً إلا في حالات خفاء سبب الفسخ، حيث إنه في هذه الحالات - فقط - يتعين الالتجاء إلى القاضي لطلب الحكم بالفسخ⁽¹¹⁾.

أما بالنسبة للتشريعات الحالية في الدول المختلفة، فالملاحظ أن الكثير منها لا يجعل من الفسخ القضائي أصلاً، ولا يستلزم هذا الطابع القضائي الذي يعتبر تقليداً من تقاليد القانون الفرنسي والمصري، بحيث لا

(9) مصطفى الجارحي، السابق ص 7.

(10) حسن الذنون، السابق ص 416.

(11) حسن الذنون، السابق ص 241 وما بعدها، وقران د. أسماوي محمد نعيم نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن 2006 ص 175 وما بعدها.

يشترط في تشريعات هذه الدول التدخل القضائي المسبق للحكم بالفسخ، بل يُكتفى فيها بأن يعلن الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، متى قدر توافر الشروط اللازمة لذلك؛ ليكون تدخل القاضي تالياً لهذا الإعلان الإرادي المنفرد، ليراقب مدى صحة الفسخ الذي تم بإرادة الدائن المنفردة؛ وذلك في حال لجوء المدين إليه واعتراضه على الفسخ الذي تم.

في القانون الإنجليزي⁽¹²⁾، يمكن للدائن أن يقرر بإرادته المنفردة فسخ العقد، إذا لم ينفذ المدين شرطاً *condition* من شروط العقد، وذلك في إطار التقسيم التقليدي في هذا القانون، ضمن بنود العقد بين الشرط *condition* والضمان *warranty*. فللمتعاقدين أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة في حالة مخالفة ما يعد شرطاً، أما مخالفة الضمان فهي لا تؤدي إلا إلى انعقاد مسؤولية المتعاقد؛ بسبب عدم احترام العقد، حتى ولو كانت نتائج هذه المخالفة جسيمة. والشرط هو اشتراط عقدي له أهمية حيوية؛ لاتصاله بالغرض الأساسي من العقد، أما الضمان فهو اشتراط عقدي مكمل، ليس له في ذاته إلا أهمية ثانوية.

وفي القانون الأمريكي⁽¹³⁾، يجوز كذلك للدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة. وكذلك الحال في القانون الألماني، حيث تقر المادة 3/323 من القانون المدني الألماني BGB، للدائن - في حال عدم قيام المدين في عقد

S. Whittaker, Les sanctions de l'inexécution des contrats, Droit (12) anglais, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé (sous la direction de M. Fontaine et G. Viney) Bibliothèque de la Faculté de droit de l'université Catholique de Louvain, Bruylant – LGDJ. 2001 p. 977 et s. spéci. p. 987 et s.

وانظر في التفرقة بين الشرط والضمان في القانون الإنجليزي، د. خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، مكتبة الإشعاع الفنية، الطبعة الأولى 2002 ص 40 - 41.

(13) راجع، د. محمد لبيب شنب، الجحود المبترس للعقد، دراسة مقارنة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س (2) (القسم الأول) العدد الثاني يوليو 1960 ص 257 وما بعدها، خاصة ص 285، والقسم الثاني، س (3) العدد الأول يناير 1961، ذات المجلة، ص 139 وما بعدها، خاصة ص 156.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010 (65)

ملزم للجانبين، بتنفيذ الأداء المستحق، أو تنفيذه بطريقة غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه - أن يفسخ العقد، وذلك بعد أن يكون قد منح المدين مهلة معقولة للتنفيذ، أو للتنفيذ على نحو صحيح، وفوات هذه المهلة دون قيامه بذلك⁽¹⁴⁾.

وإضافة إلى القانون الألماني، هناك دول أوروبية أخرى تقرر قوانينها بحق الدائن في الفسخ بالإرادة المنفردة، من ذلك القانون الإيطالي⁽¹⁵⁾، والقانون المدني الهولندي الجديد، والذي دخل حيز النفاذ في العام 1992⁽¹⁶⁾، والذي تخلى عن الطابع القضائي للفسخ، لصالح الفسخ بالإرادة المنفردة للدائن، وذلك بعد قيامه بإعذار المدين. وذلك - أيضاً - هو المقرر بمقتضى قانون الالتزامات السويسري⁽¹⁷⁾.

(14) وذلك بمقتضى صياغتها الحالية وفقاً للتعديل الذي أدخل على القانون المدني الألماني والنافذ اعتباراً من العام 2002. راجع في هذا القانون:

C.P. Jäger, La nouvelle législation allemande en vigueur à l'égard du droit des contrats, P.A. (Les Petites Affiches), no 159, 9/8/2002, p. 5 et s.; C. Witz, La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, D. 2002 p. 3156 et s.

وفي الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون الألماني راجع:

A. Brès, La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, Bibliothèque de droit de l'entreprise (80), Litec 2009 p. 5 -6.

(15) راجع:

G. Alpa et M. Dasso, La dissolution du lien contractuel dans le code civil italien, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles (dir. Fontaine et Viney) op. cit. p. 871 et s. spéci. p. 878 et s.

(16) أنظر، م. 6: 265 من القانون المدني الهولندي، وراجع في ذلك:

C.B.P. Mahé et E.H. Hondius, Les sanctions de l'inexécution en droit Néerlandais, in les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 837 et s. spéci. p. 851 et s.

(17) م. 2/107 من القانون المدني السويسري، راجع في ذلك:

P. Wessner, Les sanctions de l'inexécution des contrats: Questions choisis, Exposé du droit suisse et regard comparatif sur les droits belge et français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 891 et s. spéci. p. 910 et s.

والفسخ بالإرادة المنفردة مقرر - أيضاً - في القانون الكوري (م 1/543 مدني)

وفي هذا الاتجاه - أيضاً - ذهب القانون المدني الجديد لمقاطعة الكيبيك⁽¹⁸⁾، فبعد أن كان هذا القانون يسير في اتجاه القانون الفرنسي، ويعتبر الأصل في الفسخ أنه قضائي، أصبحت المادة 1605 من القانون المذكور تركز مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وتطلق عليه مسمى الفسخ غير القضائي *résolution extrajudiciaire*. وبحسب هذه المادة فإن فسخ العقد أو إنهائه يمكن أن يتم دون اللجوء إلى القضاء، وذلك حين يكون المدين قادراً - بحسب القانون - على تنفيذ التزامه، أو عند عدم قيامه بالتنفيذ خلال المدة المحددة له في الإعداء.

ذلك - أيضاً - هو الوضع في القانون الصيني⁽¹⁹⁾، الذي يعتبر الفسخ بالإرادة المنفردة في حال عدم التنفيذ، تقليداً من تقاليده، وهو ما أكده القانون الحالي بشأن العقود الصادر في العام 1999. فبحسب نص المادة 96 من هذا القانون، يكفي المتعاقد إذا أراد فسخ العقد، وتوافرت الشروط المتطلبة لذلك، أن يقوم بإخطار المتعاقد معه بإرادته في الفسخ. فالفسخ في القانون الصيني لا يتطلب - إذاً - اللجوء إلى القضاء، حيث يكفي الدائن أن يخطر المتعاقد معه بإرادته فسخ العقد، متى توافرت شروط هذا الفسخ، بحسب ما تضمنته

والقانون الياباني (م 1/540 مدني)، راجع: Amrani - Mekki، السابق ص 377.

(18) راجع في ذلك:

B. Fauvarque - Cosson, La réforme du droit français des contrats : Perspective comparative, in Colloque : La réforme du droit des contrats : Projet et Perspectives, RDC (Revue des contrats) 2006/1, p. 147 et s. spéci. p. 156.

(19) راجع:

M. Pei-Heng Chang, La résolution du contrat pour inexécution, Etude comparative du droit français et du droit chinois, PUAM (Presses Universitaires d'Aix-Marseille) 2005, spéci. p.134 et s.

وقد جاء بالمادة 96 من القانون الصيني المشار إليه بالمتن:

"Lorsqu' une partie demande l'anéantissement du contrat, elle doit la notifier au cocontractant, le contrat est anéanti dès que le cocontractant reçoit la notification"

وردت نصوص هذا القانون بمحلق المرجع المشار إليه ص 289 وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010⁽⁶⁷⁾

نصوص هذا القانون.

إذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة نظام تعرفه - على النحو السابق بيانه - التشريعات الوطنية لكثير من الدول، فهو - أيضاً - نظام تكرسه الاتفاقيات الدولية. فذلك هو شأن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، والمعروفة باتفاقية فينينا لعام 1980.

فمراعاة لظروف التجارة الدولية ومتطلباتها، لم تستلزم هذه الاتفاقية اللجوء إلى القضاء للحكم بالفسخ، وإنما جعلت الفسخ يتم دون تدخل من القضاء، بمجرد إخطار يوجهه المتعاقد، الذي يرغب في إعلانه إلى المتعاقد الآخر⁽²⁰⁾.

كما تضمنت قواعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص Unidroit، في مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي تبناها عام 1994، حكماً مماثلاً حيث نصت المادة 1/2-3/7 على أن "الفسخ يتم بإخطار يوجه إلى المدين"⁽²¹⁾.

(20) راجع في ذلك، د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) دار النهضة العربية 1988 ص 182، د. محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية 2002 ص 157 وما بعدها، د. محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينينا 1980، مجلة الحقوق (تصدرها كلية الحقوق - جامعة الكويت) العدد (3) 1994 ص 117 وما بعدها، خاصة ص 146 - 147، وص 150 - 152، د. عصام أنور سليم، خصائص البيع الدولي (وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فينينا سنة 1980) منشأة المعارف 2004 ص 78، خالد أحمد عبد الحميد، السابق ص 318 وما بعدها.

"La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur". (21)

وفي الترجمة العربية لنصوص هذه المبادئ، راجع ملحق مؤلف د. حسام لطفي، سابق الإشارة إليه ص 435 وما بعدها.

وراجع - أيضاً - في ترجمة هذه المبادئ لعام 2004، يو نيدروا، مبادئ يو نيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية 2004، الطبعة الثانية، الترجمة العربية، روما 2008، وقام بهذه الترجمة، د. أمية علوان، د. محي الدين إسماعيل علم الدين، د. محمد حسام لطفي.

وذلك - أيضاً - ما كرسته مبادئ القانون الأوروبي للعقود
Principes du Droit Européen des Contrats⁽²²⁾، والتي ورد
بالفصل التاسع منها والمعنون: الوسائل المختلفة في حال عدم التنفيذ، المادة
9-301 بعنوان الحق في فسخ العقد، والتي نص البند الأول منها على أنه:
"يجوز لأحد الأطراف أن يفسخ العقد في حال عدم التنفيذ الجوهري من قبل
المتعاقد معه". وأضافت بعد ذلك المادة 9-303، الواردة بعنوان: الإخطار
بالفسخ، أن "فسخ العقد يتم من خلال إخطار يوجه إلى المدين"⁽²³⁾.

هذا - أيضاً - ما أكدته المشروع التمهيدي للتقنين الأوروبي
للعقود⁽²⁴⁾، Avant Projet de Code Européen des Contrats، حيث
أجازت المادة 114 من هذا المشروع للدائن - في حال عدم التنفيذ واضح
الأهمية d'importance notable - أن ينذر المدين بالتنفيذ خلال مهلة
معقولة، لا تقل عن خمسة عشر يوماً، وإخطاره بأنه في حال عدم التنفيذ

(22) تم إعداد هذه المبادئ بمعرفة مجموعة من أساتذة القانون بالدول الأوربية المختلفة؛
بهدف وضع القواعد العامة لقانون العقود في دول الاتحاد الأوروبي.
شكل هؤلاء الأساتذة "لجنة القانون الأوروبي للعقود"

Commission pour le droit européen des contrats.

وترأس هذه اللجنة الأستاذ الدنماركي OLE Lando وبدأت اللجنة أعمالها منذ
العام 1980.

راجع في سير أعمال اللجنة المذكورة، Brès السابق ص 7.

Art.: 9:301 : Droit de résoudre le contrat (23)

(1) Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution
essentielle de la part du cocontractant.....

Art. 9: 303: Notification de la résolution

(1) La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur,

(2) Le créancier est déchu du droit de résoudre le contrat s'il
n'adresse pas notification dans un délai raisonnable à partir
du moment où il a eu, ou aurait dû avoir connaissance de
l'inexécution.

(24) تم إعداد هذا المشروع بمعرفة أكاديمية أساتذة القانون الخاص الأوروبيين والتي
بدأت أعمالها منذ عام 1989، برئاسة الأستاذ الإيطالي G. Gandolfi، بقصد إعداد
قانون أوروبي موحد للعقود، راجع في ذلك Brès السابق ص 10، Genicon السابق
ص 432.

خلال هذه المهلة، يعتبر العقد مفسوخاً⁽²⁵⁾.

إذا كانت التجارب التشريعية المذكورة، تؤكد أن النموذج الفرنسي، والمصري - فيما يتعلق بكيفية إعمال الفسخ - ليس هو النموذج الوحيد في هذا الصدد، فلا شك أن وراء اعتماد هذه التجارب الفسخ بالإرادة المنفردة، كطريق - بديل، أو مواز، للفسخ القضائي، وما يتضمنه هذا النوع من الفسخ من مزايا مقارنة بالفسخ القضائي، واستجابته لضروريات عملية هامة - على نحو ما سنرى فيما بعد - يصعب على الفسخ القضائي مراعاتها.

يبدو أن هذه المزايا، كانت هي الدافع الرئيسي وراء التحولات الأساسية التي شهدتها القضاء الفرنسي الحديث، وعلى رأسه محكمة النقض، بشأن كيفية إيقاع الفسخ، والتي وصفها البعض بأنها "ثورة ثقافية صغرى" *Petite révolution culturelle*⁽²⁶⁾ في هذا المجال.

فعلى الرغم من صراحة نص المادة 1184 في ضرورة اللجوء إلى القضاء بطلب الفسخ، أقرت محكمة النقض الفرنسية بحكم هام صادر عن غرفتها المدنية الأولى بتاريخ 1998/10/13⁽²⁷⁾، أن لأحد المتعاقدين أن

Ph. Rémy, Réviser le titre III du livre troisième du code civil, in Colloque: Faut – il réformer le titre III du Livre III du code civil?, RDC 2004/4, p. 1169 et s. spéci. p. 1186.

Art. 114: Droit à la résolution. (25)

1- S'il se produit une inexécution d'importance notable, au sens où l'entend l'article 107, le créancier a le droit de procéder à la résolution du contrat, en sommant le débiteur de l'exécuter dans un délai raisonnable, et quoi qu'il en soit pas inférieur à quinze jours, et en lui notifiant que si le délai s'écoule inutilement, le contrat sera considéré comme résolu de droit".

D. Mazeaud, Durées et ruptures, in Colloque: Durées et contrats, (26) RDC 2004/1, p. 129 et s. spéci. p. 141.

Cass. Civ. 13/10/1998, B. Civ. I no 30. (27)

يوصف هذا الحكم الآن، بالنظر لأهمية آثاره، بأنه من الأحكام القضائية الكبرى،
انظر:

ينهي العقد بإرادته المنفردة، وذلك في حالة جسامه سلوك المتعاقد معه، حيث قضت بصياغة مبدئية، بأن جسامه سلوك أحد المتعاقدين تيرر للمتعاقد الآخر أن ينهي العقد، على مسؤوليته، بإرادته المنفردة⁽²⁸⁾.

ولا شك أن القضاء - وبصفة خاصة الفرنسي، وكما سنرى لاحقاً - كان قد أقر قبل هذا التاريخ بكثير بحق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة في حالات متعددة، ولكن هذه الحالات بقيت في إطار الاستثناء الذي يؤكد قاعدة أن الأصل في الفسخ، أنه قضائي، بل وأكدت هذه الحالات الاستثنائية حالات أخرى - سنتناولها فيما بعد - أقرت فيها نصوص القانون، مثل هذا الحق للدائن، متى توافرت شروط معينة.

لكن الملاحظ، أن قضاء محكمة النقض الفرنسية الجديد، المشار إليه، لم يأت في إطار استثناء، بل يؤكد الفقه الذي تناول هذا القضاء بالتعليق - وكما سنرى فيما بعد - أن صياغة هذا القضاء جاءت صياغة عامة تؤكد تكريس مبدأ جديد، وتخرج عن مضمون الاستثناءات السابق إقرارها، والمعروفة منذ زمن ليس بالقريب. وقد تأكد هذا المبدأ، بعد أن توالى أحكام محكمة النقض الفرنسية المؤكدة لقضائها، الصادر في العام 1998. وإذا كان البعض من الفقه قد تردد في التأكيد على أن هذا القضاء قد أرسى مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، على أساس أن ما صدر من أحكام من محكمة النقض في هذا الصدد، كان صادراً عن غرفتها المدنية الأولى فقط، فلا شك أن هذا الاعتراض لم يعد جائزاً القول به الآن؛ بعد أن تأكد هذا القضاء من خلال أحكام الغرفة المدنية الثالثة والغرفة التجارية لهذه المحكمة، وحيث بات

H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T.2, 12^e éd. Dalloz 2008, p. 266 et s.

ونظراً لأن هذا الحكم، كان محلاً لتعليقات كثيرة من جانب الفقه نكتفي، في هذا الموضوع من البحث، بالإشارة إليه على هذا النحو، وذلك لحين تناوله بالتفصيل فيما بعد.

(28) وقد جاء النص الفرنسي لما قضت به المحكمة على النحو التالي:

"La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010⁽⁷¹⁾

قضاء الموضوع الحديث، يردد ذات الصياغة التي أقرتها محكمة النقض في هذا الصدد، على نحو بات من المحتم معه عدم جواز الادعاء، بأن إقرار حق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة، يعبر عن توجه لدى إحدى غرف محكمة النقض الفرنسية، دون غرفها الأخرى، أو اعتباره قضاءً خاصاً بظروف الدعوى، التي صدر بشأنها وبالنظر لملاساتها.

لا شك أن هذا القضاء جدير بالتوقف عنده، والبحث في كيفية التوصل إليه، وبصفة خاصة، من ناحية ما يثيره من تساؤلات، تفرضها مبادئ أساسية راسخة في قانون العقود، سواء في مصر أو فرنسا، ونقصد بذلك على وجه الخصوص، مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يجعل من العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، بحسب المادة 1/147 مدني مصري، والمادة 2/1134 مدني فرنسي⁽²⁹⁾.

كما أن هذا القضاء، يبدو - أيضاً وللهولة الأولى- خروجاً واضحاً على نصوص القانون الصريحة، التي تعتبر أن الأصل في الفسخ أنه قضائي، وهو الأصل الذي يرى فيه بعض الفقه امتداداً طبيعياً للقوة الملزمة للعقد وضمناً لها⁽³⁰⁾.

كيف يمكن - إذاً - تبرير هذا القضاء إزاء مبدأ القوة الملزمة للعقد، وكيف يمكن - أيضاً - تبريره في ظل القواعد التي تجعل الأصل في الفسخ، أنه لا يكون إلا بحكم من القضاء.

إضافة إلى ذلك، فإنه - وفي ظل غياب تنظيم تشريعي مباشر لمثل هذا الفسخ بالإرادة المنفردة، والذي أقره القضاء الحديث - يثور التساؤل عن كيفية مواجهة احتمالات قوية للتحكم من قبل الدائن، وتعسفه في اتخاذ قراره بالفسخ، مستنداً في ذلك إلى إخلال من قبل المدين في تنفيذ التزاماته - أياً

(29) مع مراعاة أن نص المادة 2/1134 من القانون المدني الفرنسي لا يتناول إلا مسألة عدم جواز نقض العقد.

(30) S.Amrani - Mekki السابق ص 385، وقارب د. أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، المكتبة العصرية 2007 ص 17 هامش رقم 37.

كان قدر الجسامة - في عدم التنفيذ، ما هي ضوابط أعمال هذا النوع الجديد من أنواع الفسخ، وما هو دور القاضي في هذا الصدد، هل يتغير هذا الدور، بحيث لم يعد القاضي هو سيد الموقف بالنسبة لقرار فسخ العقد، وبحيث يقتصر دوره على مجرد الرقابة اللاحقة لفسخ تم بعيداً عنه، وذلك في حال ما إذا قرر المدين اللجوء إليه شاكياً، أن الفسخ الذي وقع لم يكن له ما يبرره. هل تتغير طبيعة دور القاضي في حال الفسخ بالإرادة المنفردة، أم الذي يتغير هو زمن قيامه بهذا الدور، بحيث تصبح رقابته لاحقة، بعد أن كانت رقابة سابقة على الفسخ، يخضع فيها الدائن لإرادة القاضي، حيث كان الدائن يطلب الفسخ والقاضي هو الذي يقرر⁽³¹⁾، وكيف يمكن حماية المدين في مواجهة قرار الدائن بالفسخ، أو بعبارة أخرى، كيف يمكن التوفيق بين مصالح الطرفين المتعارضة.

هذا، وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية، قد استطاعت التوصل إلى إقرار حق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة - على الرغم من المبادئ المشار إليه - فلا شك أن ذلك يستتبع التساؤل، عن مدى إمكانية التوصل إلى ذات الحل في ظل القانون المصري، الذي انتهج ذات نهج القانون الفرنسي، في اعتبار الفسخ القضائي هو الأصل، والذي يتضمن - أيضاً - المبادئ ذاتها، التي تعد عقبات في سبيل إقرار حق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة.

تساؤلات وهو اجس عديدة، يثيرها هذا القضاء الجديد، تجعله جديراً بالدراسة في محاولة لاستجلاء أبعاده المختلفة.

والواقع أن أهمية دراسة هذا القضاء، المُقرّر لهذا النوع من الفسخ، تبدو كذلك، من ناحية تعاصره مع توجهات تشريعية حديثة في القانون الفرنسي، نحو الإقرار التشريعي الصريح لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، على نحو يمكن معه النظر إلى هذا القضاء، باعتباره خطوة استباقية لتكريس تشريعي قادم وربما وشيك، في القانون الفرنسي، للفسخ بالإرادة

(31) Genicon السابق ص 354 - 355.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010 (73)

هذه التوجهات التشريعية الحديثة، نحو إقرار الفسخ بالإرادة المنفردة تعبر عنها - في الواقع - مشروعات القوانين المطروحة الآن على الساحة القانونية في فرنسا؛ لتعديل القانون المدني الفرنسي. ونقصد بها على وجه التحديد، المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات، وقانون التقادم، الذي أعده فريق العمل المكون من مجموعة من أساتذة القانون الفرنسي، قاده الأستاذ Pierre Catala، والمعروف الآن بمشروع Catala، والذي تم إيداعه لدى وزير العدل الفرنسي في العام 2005⁽³²⁾، والمشروع الآخر هو مشروع تعديل قانون العقود الذي أعدته وزارة العدل، وتم توزيعه وتداوله بمعرفتها في آخر يوليو 2008⁽³³⁾.

(32) بدأ العمل في إعداد هذا المشروع في خريف عام 2003، وتم إيداعه لدى وزير العدل الفرنسي، كما دُكر بالمتن، في 2005/9/22. في دراسة لهذا المشروع ومواده المختلفة راجع:

Colloque : La réforme du droit des contrats, Projet et perspectives, RDC 2006/1.

وفي تفاصيل المراحل المختلفة لإعداد هذا المشروع والمشاركين في إعداده راجع:

P. Catala, La genèse et le dessein du projet.

ذات المرجع ص 11 وما بعدها.
وراجع في هذا المشروع أيضاً:

Rapport du groupe de travail de la cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. متاح على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض الفرنسية (<http://www.courdecassation.fr>) تم زيارة الموقع بتاريخ 2007/9/11.

D. Mazeaud, L'avant-projet français de la réforme du droit des obligations et de la prescription, Aspects de droit des contrats. العدل، مجلة تصدرها نقابة المحامين، بيروت، العدد الأول، السنة (41) 2007 ص 69 وما بعدها.

(33) راجع في هذا المشروع ومواده المختلفة:

J. Ghestin (sous la direction de), Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, P.A. (Les Petites - Affiches) Numéro spécial, 12/2/2009.

وفيما يتعلق بالفسخ بالإرادة المنفردة، راجع على وجه التحديد، في ذات المرجع: Observations de Th. Genicon, p. 81 et s.

أما من حيث مشروع Catala، فقد كرس مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في المادة 1158 منه، والتي جاء بها أنه: "في كل عقد يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد المعقود لصالحه، أو نفذ بشكل منقوص، أن يختار بين متابعة تنفيذ التعهد، أو أن يعمل على فسخ العقد، أو أن يطالب بالتعويض، الذي يمكن إضافته، عند الاقتضاء، إلى التنفيذ أو الفسخ.

عندما يختار الدائن الفسخ، يمكنه إما طلب ذلك من القاضي، وإما إذار المدين المتخلف عن التنفيذ، بأن يوفي تعهده خلال مدة معقولة، وإلا حق له فسخ العقد.

وعندما يستمر عدم التنفيذ، يخطر الدائن المدين بفسخ العقد، والأسباب التي تبرره. ويصبح هذا الفسخ نافذاً، عند استلام الطرف الآخر الإخطار المذكور"⁽³⁴⁾.

وفي مشروع وزارة العدل، فقد نصت المادة 159 منه على أنه

وراجع - أيضاً - في هذا المشروع:

Colloque : La réforme du droit français des contrats en droit positif, RDC 2009/1, p. 265 et s.

M. Fabre - Magnan, Réforme du droit des contrats : "Un très bon projet, JCP 2008 – I – 199; p. Ancel, Ph. Brun, V. Forray, O. Gout, G. Pignorre et s. Pimot, R. Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats, premières impressions, JCP 2008 – I – 190; Ph. Malaurie, Petite note sur le projet de réforme du droit, JCP 2008 – I – 240; Moderniser notre droit des contrats permettra de le rendre plus compétitif, Entretien avec la directrice des Affaires civiles et du Sceau, Pascale Fombeur, Droit et Patrimoine (Dr. et Pat.) no 171, Juin 2008, p. 6 et s.

D. Mainguy, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, D. 2009, chronique, p. 308 et s

(34) وقد جاء النص الفرنسي للمادة 1158 من مشروع Catala على النحو التالي: "Dans tout contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'été imparfaitement, a le choix ou de poursuivre l'exécution de l'engagement ou de provoquer la résolution du contrat ou de réclamer des dommages intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter a l'exécution ou à la résolution. =

(75) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

"الطرف الذي لم يُنفذ التعهد المعقود لصالحه، أو نُفذ بشكل منقوص، يمكنه إما متابعة التنفيذ الإجباري، أو العمل على فسخ العقد، أو أن يطالب بالتعويض، الذي يمكن إضافته، عند الاقتضاء، إلى التنفيذ أو الفسخ".

ثم أضافت المادة 165 من هذا المشروع، أن "فسخ العقد يمكن أن يتم نتيجة أعمال الشرط الفاسخ، وإخطار من الدائن إلى المدين، أو طلب قضائي".

وبحسب المادة 168 من ذات المشروع فإنه: "عندما يترتب على عدم التنفيذ حرمان الدائن من مصلحته في العقد، يمكنه إعدار المدين المقصر لينفذ تعهده خلال مهلة معقولة".

الإعذار لا يكون فاعلاً إلا إذا ورد به - بطريقة ظاهرة - أن عدم قيام المدين بتنفيذ تعهده، يخول الدائن الحق في فسخ العقد، على مسؤوليته.

يمكن للمدين خلال مهلة الإعذار الالتجاء إلى قاض الأمور المستعجلة للمنازعة في الفسخ، هذا الإجراء يترتب عليه وقف الفسخ.

إذا استمر عدم التنفيذ، وفي حال عدم اللجوء إلى القاضي، يقوم الدائن بإخطار المدين بفسخ العقد، والأسباب التي تبرره. ويصبح الفسخ نافذاً، عند استلام الطرف الآخر الإخطار المذكور"⁽³⁵⁾.

= Quand il opte pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution de contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre".

(35) ويجرى النص الفرنسي للمادة 159 من المشروع المذكور على النحو التالي:

"La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut, soit poursuivre l'exécution forcée de l'engagement, soit provoquer la résolution du contrat, soit réclamer des dommages intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution.

والنص الفرنسي للمادة 165 هو على النحو التالي:

هذه النصوص المقترحة تعبر عن توجه قوي في طريق اعتماد الفسخ بالإرادة المنفردة وتؤكد في ذات الوقت - وبالإضافة إلى ما سبق - أهمية دراسة هذا النوع من أنواع الفسخ، الذي يتضمن تغييراً أساسياً في المفهوم التقليدي للفسخ والمستقر منذ زمن طويل.

وللإحاطة بالتساؤلات العديدة التي يثيرها الفسخ بالإرادة المنفردة والتوجه نحو إقراره، رأينا أن نقسم هذا البحث إلى مبحثين، نتناول في أولهما قبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، ونعرض في ثانيهما لضوابط أعمال هذا الفسخ، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: قبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة.

المبحث الثاني: ضوابط أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة.

"La résolution d'un contrat peut résulter de l'application d'une clause résolutoire, d'une notification du créancier au débiteur, ou d'une demande en justice".

وجاء النص الفرنسي للمادة 168 على النحو التالي:

"Lorsque l'inexécution prive le créancier de son intérêt au contrat, il peut mettre en demeure le créancier défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure n'est efficace que si elle mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat, à ses risques et périls.

Le débiteur peut pendant le délai de la mise en demeure saisir le juge des référés pour contester la résolution. Cette procédure suspend la résolution.

Lorsque l'inexécution persiste et en l'absence de saisine du juge, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle - ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie".

(77) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

المبحث الأول

قبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

لا شك أن القول بقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، بما يعنيه من أن لأحد الأطراف، أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة - أي دون تقديم طلب مسبق للقضاء والحصول على حكم بذلك، ودون اتفاق مسبق على إمكانية ذلك، يبدو - للوهلة الأولى - قولاً يتعارض ومبدأ القوة الملزمة للعقد من ناحية، وضرورة اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، باعتبار أن الأصل في الفسخ، أن يكون بحكم قضائي، من ناحية أخرى.

فوفقاً للمفاهيم المستقرة، فإن زوال العلاقة العقدية لا يكون إلا من خلال الحصول على حكم قضائي بذلك، أي من خلال الفسخ القضائي، أو من خلال الاتفاق بين أطراف العقد، لحظة إبرامه، على شرط فاسخ صريح، أو في لحظة إنهاء العقد، أي من خلال التنازل.

هذه النظرة التقليدية، هي في الواقع التي يطالها التطور الأساسي، بقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك من خلال القضاء الحديث لمحكمة النقض الفرنسية، والذي عبر في صياغته عن مبدأ جديد، تقرر بمقتضاه لأحد المتعاقدين، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة.

إذا كان مثل هذه القضاء يمثل - بحسب المفاهيم التقليدية في قانون العقود - مساساً بالقوة الملزمة للعقد، وامتداده الطبيعي المتمثل في الطابع القضائي للفسخ، فربما يكون مؤداه، أن يقول قائل إن العقد لم يعد شريعة المتعاقدين، وإنما هو كذلك لمن يرغب في بقاءه.

لكن هذا القول ربما يخفف من حدته، أن القضاء الذي أقر بحق الدائن في فسخ العقد بإرادته وحده، في حال إخلال المتعاقد معه بالتزاماته - وكما سنرى فيما بعد - وضع شروطاً محددة لإمكان اللجوء إلى هذا الفسخ، وإضافة إلى ذلك، فإن من يقدم على هذا الفسخ، إنما يخضع لرقابة لاحقة من قبل القضاء، إذا ما لجأ إليه المدين منازعاً في الفسخ الذي وقع بإرادة الدائن، غير أن ذلك، لا يكفي في الواقع لقبول مبدأ الفسخ

بالإرادة المنفردة، وإنما كان لا بد من محاولة تبريره، في مواجهة مبدأ القوة الملزمة للعقد، والطابع القضائي للفسخ.

لذلك، رأينا أن نعرض في صدد تناول قبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، لمحاولات تبريره (المطلب الأول)، لننتقل بعد ذلك للتكريس القضائي له (المطلب الثاني).

المطلب الأول

محاولات تبرير مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

إن قبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، بما يعنيه - كما سبق القول - من أنه يكون لأحد الأطراف، إذا ما توافرت شروط معينة، أن يضع حداً للعقد، ويتحلل منه بإرادته وحده، يواجهه عقبات أساسية تتمثل - كما أشرنا فيما سلف - في مبدأ القوة الملزمة للعقد من ناحية، والطابع القضائي للفسخ من ناحية أخرى، لذلك كان لا بد من تناول مدى إمكانية تبرير المبدأ محل الدراسة، في مواجهة هاتين العقبتين.

وهذا ما نتناوله فيما يلي، حيث نعرض لمحاولات تبرير مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، في مواجهة القوة الملزمة للعقد، ثم محاولات تبريره في مواجهة الطابع القضائي للفسخ.

الفرع الأول

القوة الملزمة للعقد ومبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

تفترض القوة الملزمة للعقد، أن المتعاقد لا يمكنه التخلص من العقد بإرادته المنفردة، وتفرض هذه القوة - في حال ما إذا صادف العقد صعوبات في تنفيذه، أو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين ما يرتبه العقد عليه من التزامات - الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بالفسخ، ومن هنا كان الطابع القضائي للفسخ.

والسؤال بالتالي، في مواجهة ما يبدو من تناقض بين مبدأ القوة الملزمة للعقد، والفسخ بالإرادة المنفردة، هو مدى إمكانية التوفيق بين شقي هذا التناقض.

ويقتضي هذا منا، أن نعرض لمضمون مبدأ القوة الملزمة للعقد، والاستثناءات التي ترد عليه، ثم للبحث في الأساس الذي يقوم عليه، بما يسمح بالتوفيق بينه وبين الفسخ بالإرادة المنفردة.

أولاً – مضمون المبدأ والاستثناءات

(1) مضمون القوة الملزمة للعقد

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد -تقليدياً- أحد المكونات الثلاثة لمبدأ سلطان الإرادة، بجانب الحرية التعاقدية، ومبدأ الأثر النسبي للعقد⁽³⁶⁾. مؤدى القوة الملزمة للعقد، أنه إذا كان المتعاقدان قد عبرا عن إرادتهما بالارتباط من خلال العقد، فيجب عليهما احترام هذا العقد، وما ينشأ عنه من التزامات. وإرادة الارتباط هذه، لا تعني إمكانية التخلص من العقد، فعدم جواز نقض العقد هو من جوهر العقد - كما يقول بعض الفقه⁽³⁷⁾ - وهو تطبيق لمبدأ

(36) انظر بصفة خاصة:

J. Ghestin, Traité de droit civil (sous la dir. de ...) La formation du contrat, 3^e éd. LGDJ 1993, par J. Ghestin, p. 36; Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 31; Ch. Larroumet, Droit civil (sous la dir. de ...) T. III 6^e éd. Les obligations, Le contrat 1^{er} partie, Conditions de formation, par Larroumet, Economica – Delta 2008, p. 96.

وراجع أيضاً، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، المجلد الثاني، دراسة وظائف عناصر العقد – الإرادة المنفردة، باعتناء د. محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982 ص 687 وما بعدها، الأستاذ، حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة 1946 ص 273. وانظر في الموضوع بصفة عامة، د. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد 2009.

J.Folur et J.L. Aubert, Les obligations, I.L'acte juridique, 3^e éd. (37) par Aubert, A. Colin, 1998 p. 281.

احترام العهد، الذي قطعه المتعاقد على نفسه.

فالحرية التعاقدية- كما يقول أحد الفقهاء- توجد لحظة الدخول في العلاقة العقدية، وقبول الارتباط بها، وليس عند الرغبة في التخلص منها، فإذا كان المرء لا يلزم بإرادة غيره، فإنه يُلزم بإرادته، متى تم التعبير عنها⁽³⁸⁾.

إذا كان مبدأ القوة الملزمة للعقد يجد - على هذا النحو - أساسه التقليدي، في مبدأ سلطان الإرادة، فلا شك أن مثل هذا التفسير الإرادي المحض للقوة الملزمة للعقد - وإن كان قابلاً للنقاش - بحيث يمكن إسناد هذه القوة لنصوص القانون، أو غيره من الأسس - كما سنرى فيما بعد - فإن مقتضى هذا المبدأ - فيما نحن بصدد بحثه - التقيد بأحكام العقد، بحيث لا يجوز لأحد أطرافه أن يستقل بنقضه، وإذا ما أراد التحلل من العقد، فليس له إلا العمل على فسخ العقد قضائياً، أو الاتفاق مع المتعاقد الآخر على ذلك.

● فالفسخ القضائي هو الطريق الأول لحل الرابطة العقدية والتخلص منها، في حال عدم تنفيذ المتعاقد معه لالتزاماته، وهو يؤدي إلى ذلك، من خلال دعوى يرفعها الدائن أمام القضاء، بطلب استصدار حكم بفسخ العقد، وذلك بعد إعدار المدين.

واللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، هو - بحسب نصوص القانون (المادة 3/1184 مدني فرنسي والمادة 1/157 مدني مصري) - التزام يقع على عاتق الدائن الراغب في فسخ العقد، وليس مجرد رخصه له.

الهدف من وراء هذا التدخل القضائي هو - بنظر البعض⁽³⁹⁾ - حماية العقد. ففسخ العقد، أو هدمه، لا يقرره القاضي إلا بعد تحققه من أن جسامته الإخلال بالالتزامات العقدية تبرر أن يحكم بهذا الفسخ، والقاضي في هذا الصدد - وكما رأينا فيما تقدم - يتمتع بسلطة تقديرية واسعة، تمكنه ألا يقضي

G. Morin, La désagrégation de la théorie du code, p. 7. (38)

نقلاً عن Amrani - Mekki، السابق ص 372.

Ch. Jamin, Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat, précité, p. 73-74. (39)

وانظر - أيضاً - في ذلك، أحمد الزقرد، المرجع السابق ص 93 وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010⁽⁸¹⁾

بالفسخ، ويمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، أو تنفيذه على النحو المتفق عليه.
فالفسخ القضائي يعبر - على هذا النحو - عن فلسفة مناهضة للفلسفة الفردية individualiste، فلسفة تفضل أن يُحتفظ للقاضي بقرار فسخ العقد، وتنطوي على اعتبارات إنسانية، تراعي جانب المدين الذي تحول الظروف دون قيامه بالتنفيذ على النحو المطلوب، فيكون معذوراً، مما يقتضي مراعاته بإعطائه فرصة أخيرة لقيامه بما التزم به⁽⁴⁰⁾.

السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي إزاء طلب الفسخ، تضي قدرًا كبيراً من المرونة على هذا الجزاء النهائي، الذي بالقضاء به تزول القوة الملزمة للعقد.

• الطريق الثاني لنقض العقد أو إزالته هو التنازل mutuus dissensus، وهو اتفاق بين طرفي العقد - بعد إبرامه - على نقضه والرجوع عنه⁽⁴¹⁾، أو هو اتفاق على وضع حد للعقد وإلغائه. فالتنازل، أو التفاسخ، هو عقد يتم بين المتعاقدين بقصد إزالة عقدهما السابق.

والأصل أن هذا الاتفاق لا يؤدي إلى إزالة العقد بأثر رجعي⁽⁴²⁾، إلا إذا اتفق الطرفان على ترتيب هذا الأثر، بشرط ألا يخل هذا الاتفاق بحقوق الغير، التي كسبها بمقتضى العقد محل التنازل⁽⁴³⁾.

Ch. Jamin, Les conditions de le résolution du contrat, vers un (40) modèle unique? Rapport français in, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p.451 et s. spéci. p. 482.

(41) حسام الأهواني، السابق ص 374، وانظر نقض مدني الطعن رقم 5023 س 73 ق في 2004/12/27، أورده المستشاران محمد محمود المصري، ومحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ، دار المطبوعات الجامعية 2007 ص 314.

(42) رمضان أبو السعود، السابق ص 276، وانظر، نقض مدني 1966/4/7 مج س 17 ص 825.

Ch. Larroumet, Droit civil (sous la de dir. de ...) T. III, 6^e éd. (43) Les obligations, Le contrat, 2^e partie, Effets, par Larroumet, Economica – Delta 2008 p. 615.

هذا ويلاحظ أن هناك جانباً من الفقه المصري، يرى أن التنازل يعتبر عقداً جديداً، موضوعه إلغاء العقد القائم، في العلاقة بين طرفيه، ولكن يمكن لهؤلاء الاتفاق على ألا

الاتفاق على نقض العقد وإزالته، هو في الواقع، ما تشير إليه المادة 1/147 من القانون المدني المصري، والتي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين (م 2/1134 مدني فرنسي).

وفق هذا النص لا يجوز - إذاً - لأحد المتعاقدين، وإرادته المنفردة أن يستقل بإنهاء العقد.

لذلك، ذهب بعض الفقه⁽⁴⁴⁾ الفرنسي إلى تبرير بعض أحكام القضاء، التي قبلت فسخ العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، في بعض الحالات الخاصة، من خلال فكرة التقايل، وذلك بالقول أن عدم التنفيذ من قبل أحد المتعاقدين، أو مسلكه المعيب، يعتبر إيجاباً بإنهاء العقد، يتم التعبير عن قبوله من خلال قيام المتعاقد الآخر بفسخ العقد، فتكون إزالة العقد - بالتالي - قد تمت من خلال اتفاق المتعاقدين، أي بحسب هذا الفقه، من خلال تقايل افتراضي.

• إلى جانب ذلك، أجاز القانون الفسخ بحكم الاتفاق، أو الشرط الفاسخ الصريح⁽⁴⁵⁾، والذي بمقتضاه يتفق المتعاقدان، على اعتبار العقد مفسوخاً "..... من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، عند عدم الوفاء

يكون للتقايل أثر رجعي كامل. أما بالنسبة للغير، فلا يجوز أن يمس التقايل بالحقوق، التي يكون هذا الغير قد كسبها على العين موضوع التعاقد (حمدي عبد الرحمن، السابق ص 592).

ويذهب البعض الآخر إلى أن: التقايل فسخاً للعقد فيما بين المتعاقدين، وهذا يستتبع حتماً إعمال فكرة الأثر الرجعي في الفسخ، ويعد التقايل عقداً جديداً بالنسبة لغير المتعاقدين (على نجده، السابق ص 288 وانظر - أيضاً محمد منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه ص 241).

على الرغم من الاختلاف حول تكييف التقايل، فالجدير بالملاحظة اتفاق الفقه على عدم جواز أن يكون لهذا الاتفاق أثر في الإضرار بحقوق الغير.

راجع في ذلك محمد محمود المصري ومحمد عابدين، السابق ص 99.

(44) راجع في الفقه الذي ذهب إلى ذلك، Amrani - Mekki السابق ص 373 هامش رقم (23).

(45) راجع في تفاصيل هذا الموضوع، محمد حسين منصور، دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف 1993.

(83) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

بالاتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق يعفي من الإعدار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (م 158 من القانون المدني المصري).

فهنا - أيضاً - اتفاق على إزالة العقد، بمقتضاه يكون للدائن في الالتزام الذي لم ينفذ، فسخ العقد بإرادته المنفردة "بواسطة تعبير عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر"⁽⁴⁶⁾، دون حاجة للجوء إلى القضاء للفسخ، بل دون إعدار إذا اتفق على ذلك.

هذا وإذا كان لأحد المتعاقدين - بإرادته المنفردة - في هذا الفرض أن يضع نهاية للعقد في حال عدم التنفيذ، فيبقى أن مصدر هذا الحق هو اتفاق المتعاقدين على ذلك.

يتبين مما تقدم، أن الفسخ بالإرادة المنفردة غير جائز بحسب الأصل، سواء في القانون المصري أو الفرنسي، وبالتالي يبدو أن القول بقبول إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، يعد خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

وعلى الرغم من ذلك فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد - فيما نحن بصدد بحثه - ليس مبدأ مطلقاً، بل هناك استثناءات عديدة أدخلها عليه المشرع، وكذلك القضاء.

(2) الاستثناءات

إذا كان مقتضى مبدأ القوة الملزمة للعقد، أنه لا يجوز أن ينفرد أحد المتعاقدين بنقضه، فإن المشرع أجاز على سبيل الاستثناء، الخروج على هذا المبدأ، حيث نص على إمكان نقض العقد بالإرادة المنفردة في عدة حالات، وإضافة إلى ذلك، فقد أجاز القضاء في حالات أخرى لأحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته المنفردة.

• الاستثناءات بنص القانون

إذا كان القضاء الفرنسي الحديث - وكما أشرنا فيما تقدم - قد

(46) الأهواني، السابق ص 415.

قبل إمكانية فسخ أحد المتعاقدين للعقد بإرادته المنفردة، فالملاحظ أن إمكانية التحلل من العقد بالإرادة المنفردة، ليست في ذاتها بالأمر الجديد، فالقانون ذاته، يقبل في حالات استثنائية عديدة، الخروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد، من ناحية إمكان إنهاءه بالإرادة المنفردة، من هذه الحالات نذكر الآتي:

في عقد الوكالة يجوز للموكل في أي وقت، أن ينهي الوكالة، (م 715 مدني مصري، م 2004 مدني مصري، م 2007 مدني فرنسي) فكل من الموكل والوكيل يمكنه - إذاً - أن ينهي الوكالة بإرادته المنفردة⁽⁴⁷⁾، على خلاف مبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي بمقتضاه لا يجوز نقض العقد إلا باتفاق الطرفين.

وفي العارية يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية (م 3/643 مدني مصري)، ومؤدى ذلك، أنه يجوز للمستفيد بإرادته المنفردة إنهاء العارية، ولو قبل الأجل المتفق عليه، ورد الشيء المعار إلى المعير في أي وقت شاء⁽⁴⁸⁾.

وفي الوديعة توجب المادة 722 من القانون المدني على المودع عنده، أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه. ومؤدى ذلك أنه للمودع أن

(47) أما إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي، فلا يجوز للموكل أن ينهيها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه (م 2/715 مدني)، وإذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي، فلا يجوز للوكيل أن ينزل عنها إلا لأسباب جدية تبرر ذلك على أن يخطر الأجنبي بهذا التنازل، وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه (م 2/716 مدني).

راجع في ذلك، د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، إلغاء التصرف القانوني، دار النهضة العربية 1995 ص 18 وما بعدها، المستشار حسين عامر، إلغاء العقد، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة 1953 ص 203 وما بعدها، وليد صلاح مرسي رمضان، السابق ص 522 وما بعدها.
وراجع أيضاً:

B. Houin, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, Thèse Paris II, 1973 p. 259 et s.

(48) ويجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء الإعارة في الأحوال الآتية: أ- إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة ب- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه ج- إذا أسر المستعير بعد انعقاد العارية، أو كان معسراً قبل ذلك دون علم المعير.

يطلب رد الشيء ولو قبل الأجل المحدد لرده، أي ينهي العقد بإرادته إلا إذا كان الأجل قد عين لمصلحة المودع عنده. كما أن للمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت، ولو قبل الأجل المتفق عليه، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل لمصلحة المودع⁽⁴⁹⁾.

وكما منح المشرع المودع الحق في استرداد الوديعة في أي وقت - أي إنهاء العقد بإرادته المنفردة في أي وقت - فقد منح - أيضاً - المودع لديه الحق في رد الشيء في أي وقت، وذلك في الأحوال التي يكون الأجل فيها لمصلحته هو، وليس لمصلحة المودع. وقد عبرت عن ذلك المادة 2/722 مدني مصري، بالنص على أنه "وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع"، وعلى ذلك، فقد منح المشرع المودع لديه الحق في أن يلغي الوديعة بإرادته المنفردة قبل حلول الأجل المتفق عليه، طالما أن هذا الأجل قد عين لمصلحته⁽⁵⁰⁾.

وفي عقد التأمين قرر المشرع الفرنسي لكل من المؤمن له والمؤمن، الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة وبطريقة دورية، كلما مرت مدة معينة.

هذه المدة حددها هذا القانون الآن بسنة مع مراعاة مهلة إخطار، مدتها شهران على الأقل⁽⁵¹⁾.

(49) راجع، حسين عامر، السابق ص 251. وانظر المادة 1944 من التقنين المدني الفرنسي في حق المودع في إنهاء الوديعة في أي وقت، وراجع في ذلك:

C. Chabas, L'inexécution licite du contrat, LGDJ 2002 p. 104.

(50) ياسر الصيرفي، السابق ص 41.

(51) المادة ل 113 - 12 من تقنين التأمين الفرنسي، وراجع :

J. Bigot, Traité de droit des assurances, T. 3 Le contrat d'assurance (sous la dir de ...) avec la collaboration de J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux et V. Nicolas LGDJ - Dalta 2002 p. 538.

وراجع أيضاً في هذا الموضوع، د. جلال إبراهيم، الحماية القانونية لمدة عقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي والقانون الفرنسي، ص 7، وله أيضاً، التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1994 ص 895.

وبذلك فقد منح المشرع الفرنسي للمؤمن له، وكذلك المؤمن، حقاً في الإنهاء الدوري للعقد بإرادته المنفردة، على أن يخطر الطرف الآخر بذلك قبل انقضاء السنة بشهرين على الأقل.

أما في القانون المصري، فالملاحظ أن النصوص الخاصة بعقد التأمين، والواردة ضمن التقنين المدني، لم تتضمن نصاً مماثلاً لما ورد بالقانون الفرنسي، يعطي لطرفي العقد الحق في إنهائه بعد مرور فترة زمنية معينة. وذلك بالرغم من أن المادة 1060 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني، كانت تنص على حق الطرفين في هذا الإنهاء، بعد مرور فترة عشر سنوات، ومع مراعاة مهلة إخطار مقدارها ستة أشهر، غير أن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة. بالإضافة إلى ذلك فإن المشروع الذي أعدته الحكومة بشأن عقد التأمين، يتضمن في المادة 34 منه النص على حق الطرفين في إنهاء عقد التأمين في نهاية كل خمس سنوات، من مدة التأمين، مع مراعاة مهلة إخطار مدتها ستة أشهر قبل انقضاء هذه المدة، وعلى الرغم من أن هذا المشروع لم ير النور حتى الآن، فإن الفقه يذهب إلى أن هذا النص يقرر عرفاً تأمينياً، وأحكامه تدرج عادة في وثائق التأمين فتصبح ملزمة، باعتبارها داخلة في شروط العقد "فنعتبر النص - إذاً - هو العرف المتبع في مصر، ويكون ملزماً على هذا الاعتبار"⁽⁵²⁾.

وبالإضافة إلى ذلك فقد أعطت المادة ل 113 - 16 من قانون التأمين الفرنسي، لكل من طرفي عقد التأمين، الحق في إنهائه بإرادته المنفردة، في بعض الحالات الخاصة التي تناولها النص المذكور وهي: تغيير محل الإقامة، أو الوضع العائلي، أو النظام المالي للزوج، أو تغيير المهنة، أو التقاعد المهني، أو التوقف النهائي عن ممارسة النشاط المهني⁽⁵³⁾.

وفي عقد التأمين على الحياة، نصت المادة 759 من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل

(52) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء (7) المجلد الثاني، عقود الغرر، دار إحياء التراث العربي بيروت 1964 ص 1352.

(53) راجع Bigot السابق ص 544.

(87) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية، وفي هذه الحالة تبرا ذمته من الأقساط اللاحقة"، وبمقتضى هذا النص يكون للمؤمن له في عقد التأمين على الحياة، إنهاء العقد بإرادته المنفردة، في أي وقت، على أن يخطر المؤمن بذلك قبل انتهاء الفترة الجارية.

وفي عقد القرض إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض، أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه، على أن يتم الرد في أجل، لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان، وفي هذه الحالة، يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن السنة التالية للإعلان (م 544 مدني مصري).

فعقد القرض بفائدة، يكون في الغالب منعقداً لمصلحة كل من المقرض والمقترض، فهو عقد معاوضة ملزم للجانبين، والأصل أنه لا يجوز لأحدهما أن ينقضه بإرادته المنفردة، ومع ذلك فقد سمح القانون المدني، بموجب المادة المشار إليها، للمقترض أن ينهيه بإرادته المنفردة⁽⁵⁴⁾.

والنص المذكور يفترض أن عقد القرض بفائدة قد عُين له أجل يزيد على سنة، حيث يشترط انقضاء ستة أشهر من وقت انعقاد القرض، وستة أشهر أخرى من وقت إعلان المقترض رغبته في إلغاء العقد. مثل هذا العقد يجوز للمقترض أن ينهيه بإرادته المنفردة قبل انقضاء مدته. أما إذا كانت مدة العقد أقل من سنة فإنه لا يمكن للمقترض أن ينهيه بإرادته المنفردة، ويكون عليه الالتزام بالعقد حتى نهاية المدة المتفق عليها⁽⁵⁵⁾.

وفي القانون الفرنسي، أجاز المشرع بمقتضى المادة ل 311 – 29 من تقنين الاستهلاك للمستهلك المقترض رد القرض، كلياً أو جزئياً، بمبادرة

(54) راجع السنهوري، الوسيط ج (5) العقود التي تقع على الملكية، الهيئة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثانية، تنقيح المستشار مصطفى الفقي، دار النهضة العربية 1987 ص 596، وراجع، الصيرفي، السابق ص 84.

(55) الصيرفي، السابق ص 85.

منه، ودون تعويض، قبل حلول الأجل المتفق عليه⁽⁵⁶⁾.

وفي مجال الائتمان العقاري *crédit immobilier*، أجازت المادة 312 - 21 من التقنين المذكور، للمقترض رد مبلغ القرض، كلياً أو جزئياً، قبل حلول الأجل المتفق عليه. إلا إذا كان عقد القرض ذاته يمنع الرد المعجل، لمبلغ يساوي أو يقل عن 10 ٪ من المبلغ الأصلي للقرض⁽⁵⁷⁾.

وفي عقد المقاوله أجاز المشرع لرب العمل إنهاء العقد بإرادته المنفردة، حيث نصت المادة 1/663 مدني مصري على أنه: "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه، لو أنه أتم العمل" (م 1794 من التقنين المدني الفرنسي).

هذا، ويلاحظ أنه - بحسب بعض الفقه - فإن نص المادة 1/663 مدني مصري الذي يسمح لرب العمل بإنهاء المقاوله، لا يعد خروجاً على القواعد العامة في تنفيذ العقود؛ وذلك لأنه إذا كان الأصل أن يتم تنفيذ العقد عيناً بإتمام العمل محل المقاوله، فإنه يمكن أن يتم التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض. فلو أن النص المذكور لم يكن موجوداً وأوقف رب العمل تنفيذ المقاوله لسبب قام به، لكانت القواعد العامة تقتضي، أن يكون للمقاول الحق في طلب التنفيذ العيني والمضي في تنفيذ العمل، فيتقاضى الأجر كاملاً، ويجوز كذلك - بدلاً من التنفيذ العيني - أن يطلب التنفيذ بطريق التعويض،

(56) مع مراعاة أنه لا يجوز للمقرض رفض الرد الجزئي لمبلغ القرض، إذا قل عن المبلغ الذي يحدد بمقتضى المراسيم الصادرة في هذا الشأن

Art. L. 311-29 "L'emprunteur peut toujours à son initiative, rembourser par anticipation sans indemnité, en partie ou en totalité, le crédit qui lui a été consenti. Toutefois le prêteur peut refuser un remboursement partiel anticipé inférieur à un montant fixé par décret".

وراجع في هذا الموضوع:

C. Corgas – Bernard, La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, PUAM (Presses Universitaires d'Aix-Marseille) 2006, p. 81.

(57) راجع Corgas – Beranard السابق ذات الموضوع.

(89) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب. ولكن لما كانت طبيعة المقاوله تأبى على المقاول أن يتمسك بطلب التنفيذ العيني، إذ لا مصلحة له في أن يتم العمل حتماً، والمصلحة في ذلك إنما لرب العمل، ومصلحة المقاول في أن يتقاضى التعويض كاملاً، فقد أغلق القانون في وجهه باب التنفيذ العيني، إذ لا مصلحة له فيه، وأبقى باب التعويض مفتوحاً، يدخل منه إلى تنفيذ العقد على الوجه الذي يتفق مع مصلحته. بحسب هذا الفقه، نص المادة 1/663 يؤول في النهاية، إلى أنه تطبيق للقواعد العامة في تنفيذ العقد بما يتفق وطبيعة عقد المقاوله⁽⁵⁸⁾.

ومن جانبنا، نؤيد رأياً آخر، يرى أن الرأي السابق، علاوة على أنه يجعل نص المادة 1/663 مدني لا قيمة له، "فإنه يعتبر قيام رب العمل بإلغاء المقاوله بمثابة امتناع من جانبه عن تنفيذ العقد. وفي ذلك خلط بين الإلغاء والامتناع عن التنفيذ"⁽⁵⁹⁾. فوفقاً للقواعد العامة، إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه كان للمتعاقد معه، أن يلجأ إلى القضاء لطلب التنفيذ العيني، فإذا كان ذلك غير ممكن، كان له أن يطلب التنفيذ بمقابل، أي التعويض.

فالتعويض هو جزاء يوقع على المدين الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا استحال تنفيذ هذا الالتزام عيناً. فالأصل هو التنفيذ العيني، وليس للدائن أن يختار بين التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل، كما أنه ليس للمدين أن يعرض التعويض بدلاً من التنفيذ العيني. أما عندما يمنح المشرع أحد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، ويمارس هذا المتعاقد حقه فلا يعتبر ممتنعاً عن التنفيذ، ولا يكون للمتعاقد الآخر أن يلجأ إلى القضاء لطلب التنفيذ العيني أو يطلب تعويضاً عند الإنهاء؛ لأن الإنهاء ليس امتناعاً عن التنفيذ يثير المسؤولية المدنية لمن قام به⁽⁶⁰⁾.

هذا، وإذا كان المشرع، قد أقر بحق المقاول في التعويض في حال

(58) السنهوري، ج (7) المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاوله، والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثانية، تنقيح مصطفى الفقي، دار النهضة العربية 1989 ص 305.

(59) الصيرفي، السابق ص 91.

(60) الصيرفي، السابق ص 213.

ممارسة رب العمل لحقه في إنهاء المقاولة، فإن هذا التعويض لا يمكن إسناده إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية؛ لانتفاء عنصر الخطأ، ولذلك فهذا التعويض لا يخضع للقواعد العامة، وإنما للنص الذي يقرره، ولذلك حرص المشرع على تضمين نص المادة 633، عناصر تقدير التعويض في حالة إنهاء العقد، فلو كان الأمر خاضعاً للقواعد العامة، ما كان المشرع بحاجة إلى النص تفصيلاً على عناصر تقدير التعويض في هذه الحالة⁽⁶¹⁾.

وفي عقد العمل منح المشرع (م 2/678 مدني) العامل الحق في إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة، إذا كان عقد العمل لمدة حياته أو حياة رب العمل، أو لأكثر من خمس سنوات، حيث يجوز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن "يفسخ" العقد، دون تعويض على أن ينذر رب العمل إلى ستة أشهر.

وبحسب المادة 2/104 من قانون العمل الجديد (رقم 12 لسنة 2003) إذا أبرم العقد لمدة تزيد على خمس سنوات، يمكن للعامل إنهاؤه بإرادته المنفردة، دون تعويض، عند انقضاء خمس سنوات، بعد إخطار العامل قبل الإنهاء بثلاثة أشهر.

وبحسب المادة ل 1243 - 2 من تقنين العمل الفرنسي، يجوز للعامل إنهاء عقد العمل محدد المدة، إذا كان مبرر ذلك إبرامه عقد عمل غير محدد المدة.

إضافة إلى ما تقدم، فإن المبدأ في العقود غير محددة المدة أنها قابلة للإنهاء بالإرادة المنفردة. وإذا كان المشرع - سواء في مصر أو فرنسا - لم ينص صراحة، على حق المتعاقد في إنهاء العقد غير المحدد المدة بالإرادة المنفردة، إلا أن هذا المبدأ، هو ما يمكن استخلاصه من النصوص القانونية، التي نصت عليه، في حالات خاصة صراحة أو ضمناً⁽⁶²⁾.

(61) الصيرفي، السابق ص 214 - 251.

(62) عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر و الدوري التنفيذ، رسالة دكتوراة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1950 ص 61، وانظر أيضاً، Houin، السابق ص 115 - 116.

ويرجع هذا المبدأ، إلى عدم جواز الالتزام المؤبد، أو بصفة عامة إلى ضرورة احترام الحرية الفردية، فالالتزام الشخص بالقيام بعمل معين يجب أن يكون مؤقتاً، لأن الالتزام هو قيد على حرية الشخص، فلا يجوز أن يكون مؤبداً، لأن التأييد يعنى النزول عن الحرية⁽⁶³⁾، وهو أمر غير جائز لمخالفته النظام العام، فالالتزام المؤبد - إذاً - غير جائز قانوناً، "فحماية الحرية الفردية، والملكية الخاصة تقتضي في مواد القانون الخاص، تحريم تأييد الالتزامات"⁽⁶⁴⁾.

لذلك - وكما ذكرنا - إذا كان العقد غير محدد المدة، فإنه يكون لكلا المتعاقدين الحق في إنهائه بإرادته المنفردة. وكما تقول محكمة النقض الفرنسية، فإن رخصة الإنهاء بالإرادة المنفردة ملازمة لكل ارتباط غير محدد من الناحية الزمنية، وليس من الضروري أن ينص عليها صراحة في العقد⁽⁶⁵⁾.

وأكثر من ذلك، فقد أضاف المجلس الدستوري الفرنسي، قيمة دستورية، على مبدأ إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة، وكان ذلك بمناسبة فحصه لدستورية القانون الخاص "باتفاق التضامن المدني"⁽⁶⁶⁾،

Ch. Larroumet, Le contrat, 1^{er} partie, Conditions de formation, op. cit. 2008, p. 177 – 179.

حيث يقول:

... "La faculté de résiliation unilatérale est exceptionnelle dans les contrats à durée déterminée, alors qu'elle constitue le droit commun dans les contrats à durée indéterminée".

(63) عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون 1965 رقم 216، وراجع أيضاً: Houin السابق ص 118، حيث تقول في هذا الصدد

La jurisprudence "admet qu'il est un principe supérieur à celui de la force obligatoire des contrats, celui de le liberté individuelle".

(64) حجازي، السابق ص 62.

Cass. Civ. 13/5/1997, RJDA (Revue de jurisprudence de droit des affaires) 1997, no 871. (65)

Pacte civil de solidarité et du concubinage (PACS). (66)

حيث أكد على أنه "إذا كان العقد هو القانون المشترك للمتعاقدين، فإن الحرية التي تضمنتها المادة (4) من إعلان عام 1789 تبرر أن يكون عقد القانون الخاص غير محدد المدة، قابلاً للإنتهاء بالإرادة المنفردة"⁽⁶⁷⁾.

من الحالات التي نص فيها القانون صراحة على الحق في إنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة، ما نصت عليه المادة 529 مدني مصري، بشأن عقد الشركة غير محدد المدة، حيث نصت على أنه "تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء، إذا كانت مدتها غير معينه، على أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله، وألا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق" (ويقابله نص المادة 1869 مدني فرنسي).

فعقد الشركة الذي يعقد لمدة غير معينة يكون لكل متعاقد الحق في إنهائه بإرادته المنفردة.

ومن ذلك - أيضاً - المادة 563 مدني مصري، بشأن عقد الإيجار غير محدد المدة والتي تنص على أنه "إذا عُقد الإيجار دون اتفاق على مدة، أو عقد لمدة غير معينة، أو تعذر إثبات المدة المدعاة، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة، وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين، إذا هو نبه على المتعاقد الآخر في المواعيد الآتي بيانها ...".

وهذا النص، وإن كان قد اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة، فليس معنى ذلك أنه جعل العقد محدد المدة؛ لأن المقصود هنا أن تكون "مدة الإيجار هي مدد دفع الأجرة متتالية؛ حتى يحصل التنبيه

(67) "Si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement" Con. Const. décision 99 – 419 du 9/11/1999, RJDA (Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires) 2000, no 29 p. 31; RTD Civ. 2000 p. 109 obs. J. Mestre et B. Fages.

بالإخلاء، ومن ثم كانت المدة غير معينة⁽⁶⁸⁾.

وفي القانون الفرنسي، نصت المادة 1736 مدني، على أن الإيجار غير معين المدة، ينتهي بالتنبيه بالإخلاء في الميعاد الذي يعينه العرف.

ومن الحالات التي نص عليها القانون - أيضاً - بشأن إنهاء العقد غير المحدد المدة بالإرادة المنفردة، ما جاء بالمادة 2/694 مدني مصري الواردة بشأن عقد العمل غير محدد المدة، حيث نصت على أنه إذا "لم تعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه، جاز لكل من المتعاقدين، أن يضع حداً لعلاقته مع المتعاقد الآخر. ويجب في استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار. وطريقة الإخطار ومدته تبينها القوانين الخاصة"، وبحسب المادة 120 من قانون العمل، إذا كان عقد العمل غير محدد المدة، جاز لكل من طرفيه إنهاؤه، بشرط أن يخطر الطرف الآخر كتابة قبل الإنهاء⁽⁶⁹⁾.

وهذا - أيضاً - ما يقضي به نص المادة 2/1780 من القانون المدني الفرنسي، والذي يؤكد مضمونه الآن نص المادة ل 1231 - 1⁽⁷⁰⁾ من تقنين العمل، والتي تقضي بأن عقد العمل غير محدد المدة، يمكن إنهاؤه بمبادرة من صاحب العمل، أو العامل، أو باتفاقهما وفق الضوابط المنصوص عليها قانوناً.

هذه الحالات وغيرها، تؤكد - في الواقع - مبدأ عاماً مقتضاه أنه في العقود غير المحددة المدة، يجوز لكلا المتعاقدين الحق في إنهائه بالإرادة المنفردة، هي - إذاً - ليست حالات خاصة بشأن ما وردت بخصوصه، وهذا في الواقع ما يؤكد الفقه وأحكام القضاء، بل ويؤكد الفقه على أن حق المتعاقد في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، وبالنظر إلى غايته - وهي حماية الحرية

(68) الصيرفي، السابق ص 118، حجازي، السابق ص 80.

(69) راجع في تفاصيل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة وقيود وضوابط هذا الإنهاء، د. هشام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة 2009 ص 713 وما بعدها، د. السيد عيد نايل، شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية 2009 - 2010 ص 421 وما بعدها.

(70) نص معدل بمقتضى القانون رقم 2008 - 596 بتاريخ 2008/6/25.

الفردية - هو من النظام العام⁽⁷¹⁾ وبالتالي فلا يجوز النزول عنه مسبقاً⁽⁷²⁾.

لا شك أن الحالات السابق بيانها، والتي يكون فيها لأحد المتعاقدين، أو كلاهما، الحق في إنهاء العلاقة العقدية بإرادته المنفردة، لا تعتبر من قبيل الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث لا يتعلق الأمر بجزء يوقع على أحد المتعاقدين نتيجة عدم تنفيذه لالتزاماته، ولكن هذه الحالات تؤكد ما يقوله بعض الفقه، تعبيراً عن أن القوة الملزمة للعقد ليست مطلقة، من أن هذه القوة "ليست سجنًا يحتفظ القاضي وحده بمفاتيحه"⁽⁷³⁾، ففي مثل هذه الحالات يجوز نقض العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين. وعلى الرغم من ذلك فإن هذه الحالات - وأياً كانت الاعتبارات التي تكمن وراء إقرارها⁽⁷⁴⁾ - تبقى حالات مقررّة بنص القانون، وتعد - بالتالي - إعمالاً للنصوص ذاتها المقررة للقوة الملزمة للعقد، والتي تجيز نقض العقد لأسباب التي يقرها القانون، فهذه النصوص لم تجعل من القوة الملزمة للعقد أمراً مطلقاً، بل أجازت نقض العقد باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون (م 1/147 مدني مصري، م 2/1134 مدني فرنسي).

إذا كانت الحالات السابقة - وكما ذكرنا فيما تقدم - هي حالات إنهاء للعقد بالإرادة المنفردة، وليست فسخاً له، فالملاحظ أن المشرع أجاز في حالات أخرى للمتعاقد، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة - أي دون حاجة للجوء إلى القضاء - في حال إخلال المتعاقد معه بالتزاماته.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 461 من القانون المدني المصري

J. Ghestin, Traité de droit civil (sous la dir. de...) Les effets du (71) contrat, 2^e éd. par J.Ghestin, Jamin et Billiau, LGDJ 1994,p.280

C.A. Douai 5/7/1951, G.P. 1951, 2, p. 244. (72)

L. Aynès, Le droit de rompre unilatéralement : fondement et (73) perspectives, Dr. et Pat. no 126 - Mai 2004, p. 64 et s. spéci. p.

65.

(74) راجع في تفاصيل هذه الاعتبارات ومبررات الإنهاء بالإرادة المنفردة في الحالات التي تم تناولها هنا، وغيرها، الصيرفي، السابق، Corgas - Bernard، السابق، وكذلك، حسين عامر، السابق.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010 (95)

من أنه: "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد، إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره".

يعد هذا الحكم خروجاً على القواعد العامة في الفسخ، فالأصل - كما ذكر فيما سلف - أن الفسخ لا يقع إلا بحكم قضائي، وذلك فيما عدا حالة الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى حكم. ورغم هذا الاتفاق، فإنه يجب لإعماله أن يقوم المتعاقد المتمسك بالفسخ، بإعدار المتعاقد معه، ما لم يكن قد اتفق على اعتبار العقد مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعدار.

وقد خرج المشرع، بمقتضى المادة 461، على حكم هذه القواعد العامة فيما قرره من أن عدم الوفاء بالثمن في حالة بيع المنقول قد يؤدي إلى اعتبار البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم أو إعدار، ودون أن يتضمن العقد شرطاً باعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه.

ويبرر هذا الاستثناء باعتبارات عملية، فالمنقولات وعروض التجارة، عرضة لكثرة تقلب الأسعار، كما أن الكثير منها يسرع إليه التلّف، ولهذا فإن التيسير على البائع يستوجب أن يكون له فسخ البيع بإرادته المنفردة دون التقيد بإعدار المشتري، والالتجاء إلى القضاء، بحيث يكون له حرية التصرف في المنقول، بمجرد عدم قيام المشتري بدفع الثمن⁽⁷⁵⁾.

وحتى يكون للبائع التمسك بهذا الحكم، يجب أن تتوافر الشروط التي تضمنها النص المشار إليه. فيجب أن يكون المبيع منقولاً، مادياً أو معنوياً، كالأسهم والسندات، وسواء كان منقولاً بطبيعته أم بحسب المأل⁽⁷⁶⁾. كما يجب

(75) راجع على سبيل المثال، د. نبيل سعد، العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، دار النهضة العربية، بيروت 1997 ص 451.

(76) ويذهب بعض الفقه إلى أن حكم المادة 461 لا ينصرف إلى المحل التجاري ولو أنه يعتبر منقولاً معنوياً، لأن الحكمة التي توخاها المشرع من وضع هذا الحكم لا تتوافر بالنسبة له، انظر في ذلك د. السنهوري، الوسيط ج (4) العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، تنقيح مصطفى الفقي، دار النهضة

أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسلم المبيع. ويلحق بهذه الحالة، أن يتفق على ميعاد معين لتسلم المبيع دون أن يتفق على ميعاد دفع الثمن، حيث يكون الثمن في هذه الحالة مستحق الوفاء، في الوقت الذي يسلم فيه المبيع طبقاً للمادة 1/457. وأخيراً، يجب أن يتأخر المشتري في دفع الثمن عن الميعاد المتفق عليه.

متى توافرت الشروط السابقة، كان للبائع أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار أو حكم قضائي، وذلك بمجرد تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن في الميعاد المحدد.

ويعتبر ذلك فسخاً للعقد بالإرادة المنفردة للبائع، فالحكم مقرر لمصلحته، وبالتالي يتوقف إعماله على إرادته وحده، فيكون له عدم التمسك بالفسخ، ويعتبر العقد نهائياً ويطالب المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن، وبالعكس يمكن التمسك بالفسخ إذا قرر ذلك.

وقريب من هذا الحكم، ما قضت به المادة 1657 من القانون المدني الفرنسي، من أنه في حال بيع العروض والمنقولات، يعتبر البيع مفسوخاً بقوة القانون ودون إنذار لصالح البائع، بعد انقضاء الأجل المحدد للتسلم.

فالبائع - بحسب نص المادة المذكورة - يمكنه اعتبار عقد البيع مفسوخاً، إذا أحل المشتري بالتزامه بتسلم المبيع المنقول في الأجل المحدد، وذلك دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء أو إعدار المشتري، وذلك بطبيعة الحال، ما لم يكن عدم قيام المشتري بتسلم المبيع، راجعاً لفعل البائع، كما لو كان لم يتم تسليم المبيع، أو سلم مبيعاً معيباً أو غير مطابق لما تم الاتفاق

العربية، بدون تاريخ ص 1702 هامش رقم (4) ص 839، د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، القاهرة 1957/1956 ص 230. بينما يذهب البعض الآخر - ونؤيده في ذلك - إلى أنه "لا محل لتخصيص عبارة النص، فالمنقولات تشمل المنقولات المادية والمعنوية، ولا يصح البحث عن الحكمة من النص، إلا إذا كان النص غامضاً وهو ما لا يتوافر، كما أن المعاملات التجارية بطبيعتها تستلزم السرعة وتتميز بتقلباتها السريعة..."، حسام الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت 1989 ص 833.

فالأمر هنا - أيضاً - يتعلق بفسخ بالإرادة المنفردة للبائع⁽⁷⁸⁾، وذلك في حال عدم قيام المشتري بتسلم المبيع في الميعاد المتفق عليه.

فإذا كان للبائع في الحالات السابقة، فسخ العقد بإرادته المنفردة، في حال عدم دفع المشتري الثمن في القانون المصري، أو في حال عدم تسلمه المبيع في القانون الفرنسي، فإن ذلك يقابل من ناحية المشتري بما يعرف في مجال القانون التجاري "بمكنة الاستبدال" "faculté de remplacement"⁽⁷⁹⁾.

حيث إنه بمقتضى العادات التجارية يكون للمشتري - في حال عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع - أن يقوم بإخطاره بالتنفيذ خلال مدة

(77) انظر:

Cass. Civ. 25/5/1992, RTD Civ. 1993, p. 376 obs. Gautier.

(78) راجع في ذلك:

Y.M. Laithier, Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ 2004, p. 265; P. Puig, Contrats spéciaux, Dalloz 2005, p. 303; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.Y. Gautier, Les contrats spéciaux, 2^e éd. Defrénois 2005, p. 266; P.H. Antonmattei et J. Raynard, Droit civil, Les contrats spéciaux, 4^e éd. Litec 2004, p. 183.

جدير بالذكر أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، كان يتضمن حكماً قريباً لحكم المادة 1657 مدني فرنسي، حيث كانت المادة 612 من هذا المشروع تنص على أنه "في بيع العروض وغيرها من المنقولات، إذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن، كان البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى إعدار، وذلك لمصلحة البائع، إلا إذا كان المشتري في الحالة الأخيرة، قد اتفق مع البائع على أجل أطول لوفاء الثمن".

غير أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، رأت قصر الجزاء على حالة عدم دفع الثمن في الميعاد، دون حالة عدم التقدم لتسلم المبيع، إذ قد يحول دون تسلم المشتري المبيع ظروف لا يد له فيها، ووافق المجلس على هذا التعديل.

راجع، مج الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج 4 ص 156.

(79) راجع، د. على البارودي ود. فريد العرييني، القانون التجاري، العقود التجارية - عمليات البنوك، وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار الجامعة الجديدة 2006 ص 37، وانظر أيضاً:

Ph. Le Tourneau (et autres), Droit de la responsabilité et des contrats, 7^e éd. Dalloz - Action 2008, p. 127 et s.

مناسبة، فإذا ظل البائع على امتناعه عن التنفيذ خلال هذه المدة، يكون له أن يحصل على شئى مماثل للمبيع، من بائع آخر على حساب البائع الأول. وعلى البائع في هذه الحالة أن يرد للمشتري ما يكون قد حصل عليه منه، وكذلك تعويضه عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم التنفيذ، ولذلك رأى جانب كبير من الفقه، أن مكنة الاستبدال هي - في الواقع - فسخ للعقد المبرم بين البائع والمشتري بالإرادة المنفردة لهذا الأخير⁽⁸⁰⁾.

هذه الممارسة التجارية، قننها المشرع التجاري المصري بنص المادة 96 من القانون التجاري الجديد حيث جاء بها "إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع في الميعاد المحدد في العقد، فللمشتري أن يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها. فإذا لم يسلم المبيع خلال تلك المدة، جاز للمشتري أن يحصل على شئى مماثل للمبيع، على حساب البائع، وأن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه، وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشئى. وإذا كان للمبيع سعر معلوم في السوق جاز للمشتري - وإن لم يشتري فعلاً شيئاً مماثلاً له - أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن، المتفق عليه وسعر السوق في اليوم المحدد للتسليم. وللمشتري - بدلاً من ذلك - أن يخطر البائع، بأن عدم التسليم خلال المدة المعينة في الإخطار، يترتب عليه اعتبار العقد مفسوخاً، وله في هذه الحالة أن يطالب التعويض، إن كان له مقتض".

هذا ويلاحظ، أنه إذا كان بمقتضى المادة 2/205 من القانون المدني المصري (تقابلها المادة 1144 من القانون المدني الفرنسي)، وفي حال كان المبيع وراثياً على شئى معين بالنوع ولم يقم البائع بالإفراز والتسليم، يكون للمشتري أن يحصل على شئى من نفس نوع المبيع على نفقة البائع. والجدير بالذكر هنا أن لجوء المشتري لذلك لا يكون - بحسب الأصل - إلا بعد استئذان القضاء، على نحو يخالف بالتالي ما تجري عليه ممارسة مكنة

(80) راجع على سبيل المثال:

Malaurie, Aynès et Gautier, op. cit. p. 210; Laithier, ibid; Ph. Le Toueneau et L. Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz - Action 2000/2001, p. 992.

(99) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

الاستبدال، وبالتالي لا يمكن اعتبار المكنة الأخيرة تطبيقاً⁽⁸¹⁾ لنص المادة 2/205 من القانون المدني.

فإذا كانت مكنة الاستبدال، تعطي للمشتري في نهاية الأمر إمكانية فسخ العقد بإرادته المنفردة، فإن ممارسة تجارية أخرى، يمكن أن تؤدي إلى ذات النتيجة، تعرف بترك المبيع لحساب البائع (أو الناقل) *le laissé pour compte*. وهذه الممارسة تخول المشتري رفض تسلم المبيع غير المطابق لما اتفق عليه، أو في حال التأخير في التسليم عن الميعاد المحدد⁽⁸²⁾.

وفي تحليل هذا الترك، أو الرفض، من الناحية القانونية، ذهب البعض إلى إمكان النظر إليه كألية مؤقتة، بمعنى: النظر في رفض المشتري التسلم، كإيجاب مشروط بمعاودة الحياة التعاقدية، إذا ما قام البائع بتنفيذ التزامه على النحو المتفق عليه⁽⁸³⁾. أو النظر إلى هذا الرفض كتطبيق للدفع بعدم التنفيذ⁽⁸⁴⁾. في هذه الحالة تكون المبادرة فقط هي الانفرادية *unilatérale*، بمعنى أن الفسخ - في نهاية الأمر - لا يكون إلا عن طريق

(81) راجع في ذلك بشأن المادة 1144 مدني فرنسي (مقابلة للمادة 2/205 مدني مصري) *Malaurie, Aynès et Gautier*، السابق ص 210، - *Amrani Mekki*، السابق ص 376، *Terré, Simler et Lequette*، السابق ص 669. و*Antonmattei et Raynard*، السابق ص 145.

(82) راجع، *Le Tourneau (et autres)*، السابق ص 1271. *A. Bénabent, Droit civil, Les contrats spéciaux, 2^e éd. 1995, Montchrestien, p. 122.*

د. محمد شهاب، التزامات البائع وفقاً لاتفاقية فيينا لليوع الدولية للبضائع، مقارنة مع القانونين اللبناني والفرنسي، صادر، بيروت 2007 ص 119 وما بعدها. ويلاحظ في هذا الصدد أنه بحسب ما يؤدي إليه نص المادة 101 من القانون التجاري المصري إذا ما تبين للمشتري بعد تسلمه المبيع أن كميته أو صفته أقل مما هو متفق عليه أو أن به عيباً أو أنه غير مطابق لما اتفق عليه، أو غير مطابق للعينة التي تم التعاقد بمقتضاها، فلا يكون له إلا طلب الفسخ القضائي، والفسخ لا يقضي به إلا إذا نشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة، أو عدم صلاحية المبيع للغرض الذي أعده له المشتري أو صعوبة تصريفه، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بوجوب الفسخ. وفي حال رفض طلب الفسخ، لا يكون للمشتري إلا الحق في إنقاص الثمن والتعويض إن كان له مقتضى.

(83) *Le Toutneau (et autres)*، السابق ص 1271.

(84) راجع مثلاً، *Puig*، السابق ص 235.

القضاء، ويبقى التنفيذ ممكناً، ما دامت المدة المتفق عليها لا تزال سارية⁽⁸⁵⁾.
وفي المقابل ينظر البعض إلى رخصة الترك، باعتبارها آلية نهائية،
واعتبارها بالتالي فسخاً بالإرادة المنفردة للعقد من جانب المشتري، وبالتالي
خروجاً على القوة الملزمة للعقد، وضرورة أعمال الفسخ عن طريق
القضاء⁽⁸⁶⁾.

ويذهب رأي آخر، إلى أن مكنة الرفض لا يمكن اختصارها في آلية
دون أخرى من السابق ذكرهما، حيث يمكن اعتبارها دعفاً بعدم التنفيذ، إذا
كان تنفيذ العقد يمثل مصلحة للدائن، ما لم يصدر عنه ما يخالف ذلك، وهي
بالعكس تعود إلى الفسخ بالإرادة المنفردة، إذا كان قصد الدائن من هذا
الرفض نقض العقد بصفة نهائية⁽⁸⁷⁾.

مؤدى هذا الرأي الأخير، أن مكنة الترك، أو الرفض، المتاحة
للمشتري يمكن أن تؤدي إلى فسخ العقد بالإرادة المنفردة، وهو هنا - وكما
سنرى فيما بعد - يكون على مسئولية المشتري، بمعنى أنه يكون على البائع
- إذا أراد - أن ينازع في هذا الفسخ أمام القضاء، إذا ما رآه غير مبرر.

وفي هذا الصدد يمكن - أيضاً - الإشارة إلى البيع المبرم بين المهني
والمستهلك حيث أجازت المادة ل 114 - 2/1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي
للمستهلك نقض عقد بيع المنقول، أو أداء الخدمة، في حال تجاوز المدة
المحددة لتسليم المبيع، أو أداء الخدمة، بسبعة أيام، وذلك من خلال إخطاره
البائع بذلك، بخطاب مسجل بعلم الوصول، ما لم يكن التأخير عائداً لقوة
قاهرة.

فهنا - أيضاً - أجاز المشرع للمستهلك، أن يفسخ العقد بإرادته

(85) Le Toutneau، السابق ذات الموضوع.

(86) من ذلك، Terré، Simler et Lequette، السابق ص 699، Antonmattei و
Raynard، السابق ص 145.

(87) J. Ghestin، Conformité et garantie dans la vente، LGDJ 1983 p. 140.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010⁽¹⁰¹⁾

المنفردة⁽⁸⁸⁾ في حال تأخر المحترف في تنفيذ التزامه بتسليم المبيع، أو أداء الخدمة، وتجاوز المدة المحددة بالنص المذكور.

في هذا الصدد - أيضاً - تجيز المادة ل 113 - 2/3 من تقنين التأمين الفرنسي للمؤمن - في حال عدم وفاء المؤمن له بقسط التأمين، أو جزء منه - أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة⁽⁸⁹⁾. هذا مع مراعاة الشروط التي وضعها القانون في هذا الصدد؛ حماية لمصالح المؤمن له، وتتمثل هذه الشروط، أو الإجراءات، في ضرورة إعدار المدين، وبعد انقضاء ثلاثين يوماً على الإعدار، يتم وقف الضمان، فإذا لم يقم المؤمن له بدفع القسط المستحق، يكون للمؤمن فسخ العقد بإرادته المنفردة، بعد انقضاء مدة عشرة أيام، هذا مع مراعاة، أن الإعدار يتم بعد مرور عشرة أيام، على استحقاق القسط.

• الاستثناءات القضائية

في غير الحالات الاستثنائية، التي ورد النص عليها في القانون، ورغم عدم وجود اتفاق، يجيز الفسخ بإرادة الدائن في حال عدم التنفيذ من قبل المدين، لم يتردد القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد في قبول الفسخ بالإرادة المنفردة، في حالات لم يكن متصوراً فيها إلزام المتعاقد بالالتجاء إلى

(88) راجع:

J. Fischer, Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français, PUAM 2004 p. 163.

(89) راجع في تفصيل ذلك Bigot (وأخرون) سابق الإشارة إليه ص 648 وما بعدها. ويراعى بشأن هذه الحالة، أنه رغم حذف نص المادة 1074 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري، والتي كانت تتضمن حكماً مماثلاً لما ورد بالقانون الفرنسي، فإن وثائق التأمين جرت على الأخذ بالجزاء المذكور، ونقصد به إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، بعد إعدار المؤمن له ومرور فترة معينة بعد الإعدار، ويرى الفقه العمل بهذا الجزاء متى اتفق على العمل به. راجع في ذلك: د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت 1983 ص 403، د. نزيه المهدي، عقد التأمين، دار النهضة العربية (بدون تاريخ) ص 308، عبد المنعم البدر اوي التأمين 1963 ص 209، محمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الثالثة، القاهرة 2001 ص 249، د. برهام عطا الله، التأمين، الفتح للطباعة والنشر 2009 ص 79.

القضاء؛ لطلب فسخ العقد، وانتظار صدور حكم يقضي بفسخ العقد. فالقضاء الفرنسي لم يتردد - كما يقول البعض - في تجنيب المتمسك بإعمال نص المادة 1184، حينما يكون إعمال الحكم الوارد بها، والذي يقضي بوجوب الالتجاء إلى القضاء لطلب الفسخ، وبالنظر إلى الظروف والملابسات، مفتقداً كل منطق⁽⁹⁰⁾.

ويلاحظ في هذا الصدد، أن إجراء المقابلة بين مبدأ الفسخ القضائي، ومثل هذه الحالات الاستثنائية، بات تقليداً في كل كتابات الشراح التي تتناول موضوع الفسخ، حيث يذكر دائماً أن القضاء يقبل أن يقوم أحد المتعاقدين بفسخ العقد بإرادته المنفردة، بالنظر إلى الظروف الخاصة التي تحيط هذا الفسخ، وحيث لا يوجد اتفاق على شرط فاسخ صريح، أو نص خاص يسمح له بذلك⁽⁹¹⁾.

وقبول الفسخ بالإرادة المنفردة للدائن، في حالات استثنائية تبررها الظروف، دفع ببعض الفقه إلى القول، بشأن نظام الفسخ في القانون الفرنسي. وكونه أصلاً فسخاً قضائياً، أن الفرنسيين انطلقوا من نظام جامد.... ولكن بفضل مرونة قضائهم، أمكنهم مواجهة الضرورات التي يفرضها الواقع العملي⁽⁹²⁾.

أما عن الحالات التي يقبل فيها القضاء الفسخ بالإرادة المنفردة، فيمكن حصرها - بحسب ما يراه الفقه - في ثلاث: الخطر الداهم، وسؤ نية المدين، والحالة الأخيرة هي حالة ما إذا كان عدم التنفيذ باتاً ونهائياً.

أما بالنسبة للحالة الأولى، أي حالة الخطر الداهم، فمؤداها أن الفسخ

(90) Laithier، السابق ص 267.

(91) راجع على سبيل المثال Genicon، السابق ص 558.

R. Cassin، *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*، RTD Civ. 1945، p. 159 et s.

وراجع في الفقه المصري على سبيل المثال، الجارحي، السابق ص 118 وما بعدها. د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة حمادة الحديثة بقويسنا، الطبعة الأولى 1996 ص 248 وما بعدها.

(92) R. Cassin، السابق ص 178.

بالإرادة المنفردة يكون جائزاً، في الحالة التي يكون فيها انتظار صدور حكم من القضاء بالفسخ، من شأنه أن يؤدي إلى إلحاق ضرر بالغ بالدائن، لا يمكن تداركه بعد ذلك⁽⁹³⁾.

الفسخ الاستثنائي بالإرادة المنفردة، يبرره في هذه الحالة، حالة الضرورة⁽⁹⁴⁾، فعدم التنفيذ من قبل أحد المتعاقدين، يجعل من الضروري فسخ العقد من قبل المتعاقد الآخر؛ ليتفادى بذلك الضرر البالغ الذي لا يمكن تداركه بعد ذلك، ليمارس هذا الأخير، بذلك - وكما يقول بعض الفقه - نوعاً من الدفاع الشرعي⁽⁹⁵⁾.

وتتعدد التطبيقات القضائية لهذه الحالة، منها ما هو قديم ومنها ما هو الحديث⁽⁹⁶⁾.

من القديم نذكر مثلاً: حالة الممثل التجاري، ضحية الوسائل الاحتيالية، من جانب من يمثله، بهدف محاولة التعرف على زبائنه والاستغناء عنه فيما بعد، حيث أقر له بالحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة فوراً⁽⁹⁷⁾. ومن ذلك - أيضاً - ما قُضي به من حق فنان في التعاقد مع مدير مسرح آخر، غير الذي تعاقد معه، نظراً لعدم قيام الأخير باحترام التزاماته المالية تجاه الفنان، وحاجة هذا الأخير الماسة لمرتبه بقصد تلبية حاجته

(93) راجع على سبيل المثال، البدرابي، السابق ص 501، إسماعيل غانم، السابق ص 331.

Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 669.

(94) د. لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، سابق الإشارة إليه، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة، العدد الأول، يناير 1961 ص 139 وما بعدها، خاصة ص 157.

(95) Chabas، السابق ص 158.

(96) راجع في تفاصيل هذه التطبيقات القضائية Genicon، السابق ص 398 وما بعدها.

(97) Cass. Req. 1/5/1889, S. 1902, 1, p. 372.

مشار إليه في Genicon، السابق، ذات الموضوع هامش رقم (135).

(104) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

للطعام⁽⁹⁸⁾، ومن ذلك - أيضاً - ما قُضي به من أنه في حال عدم قيام من تعاقد على نقل شحنة من بضاعة من خلال قارب، بتنفيذ ما تعهد به، يكون مسموحاً للمتعاقد معه أن ينقل هذه البضاعة من خلال السكك الحديدية، أي يكون له فسخ العقد الأول بإرادته المنفردة⁽⁹⁹⁾. ومن ذلك - أيضاً - ما قضت به أنه: لمدير مسرح أن يقوم بطرد أحد المشاهدين للعرض فوراً في حال قيامه بشغب، من شأنه تعطيل العرض أو مضايقة المشاهدين⁽¹⁰⁰⁾.

وحديثاً، وفي هذا الاتجاه - أيضاً - قُضي بأنه لرب العمل الذي لحقه ضرر مالي مباشر وهام؛ بسبب عدم تنفيذ المفاوض الذي تعاقد معه بما تعهد به، أن يتعاقد فوراً مع مفاوض آخر لتنفيذ هذه الأعمال، دون الحصول مسبقاً على حكم قضائي بالفسخ⁽¹⁰¹⁾.

كما قُضي - أيضاً - بصحة الفسخ بالإرادة المنفردة لعقد مراقبة surveillance وحراسة أحد المحال الكبرى بسبب التفتيش والاندفاع المبالغ فيه من قبل القائمين على أداء خدمات المراقبة، وما ترتب على مسلكهم هذا

Rouen, 23/1/1867, D. 1867, 2, p. 212. (98)

مشار إليه في Genicon، السابق، ذات الموضوع هامش 137، وانظر أيضاً، لبيب شنب، السابق ص 158.

Trib.Com.Nancy, 8/12/1913, RTD Civ. 1914 obs. R. Demogue. (99)
ويقول الفقيه الكبير تأييداً لهذا الحكم:

"C'est très juste, il faut aller vite en affaire, on n'a pas le temps d'agir en résolution"

ويضيف:

"Cette décision montre une fois de plus combine l'article 1184 est une solution mal commode en exigeant en cas d'inexécution une demande en justice. En pratique on tend à s'en dispenser, à résoudre le contrat par sa seule volonté, puis à plaider quand on a le temps".

Trib. Corr., Nice 2/1/1893, S. 1893, 2, p. 193 note (100)
Lablée.

أشار إليه Amrani - Mekki، السابق هامش رقم 48 وراجع في ذلك أيضاً، البدر اوي، السابق ص 502.

Nancy, 24/6/2003. (101)

غير منشور، أورده Genicon، السابق ص 398 هامش رقم 140.

من انعقاد المسؤولية المدنية للمحل، وفقدان جزء من زبائنه، وتدهور علاقته مع التجار الآخرين⁽¹⁰²⁾.

والملاحظ أنه في الأمثلة القضائية السابقة، كان مبرر القضاء في تأكيد صحة الفسخ بالإرادة المنفردة، هو تفادي الإضرار بالدائن ضرراً بالغاً، فإخلال المدين في مثل هذه الأمثلة، كان من نتيجته خطر محقق بمصالح الدائن، فكان له - بحسب هذا القضاء - أن يعتبر العقد مفسوخاً. وبمعنى آخر يكون الدائن، في مثل هذه الحالات "في حالة ضرورة تبرر له أن يعتبر العقد مفسوخاً، وأن يكيف مركزه على هذا الأساس، دفعاً لما يكتنفه من أخطار"⁽¹⁰³⁾.

ويبرر بعض الفقه، الفسخ بالإرادة المنفردة في الحالات السابقة، بفكرة الاستعجال، ذلك أنه من شأن الإبقاء على العقد في مثلها، إلى حين صدور حكم قضائي بفسخه، أن يصاب الدائن بضرر، لا يمكن تداركه بعد ذلك.

فحالة الاستعجال - كما يقول بعض الفقه⁽¹⁰⁴⁾ - تسمح للمتعاقد الذي يهدد مصالحه خطر داهم، التحرر من المتطلبات القانونية اللازمة لرعاية مصالحه.

أما الحالة الثانية التي أقر فيها القضاء بصحة الفسخ بالإرادة المنفردة فهي - كما ذكرنا فيما تقدم - حالة إخلال المتعاقد بالتزامه بحسن النية في تنفيذ التزاماته العقدية، وما يوجبه من أمانه في هذا التنفيذ.

Rouen, 23/2/2006, Juris- data no. 2006 – 296767. (102)

أشار إليه Genicon، السابق، ذات الموضوع، هامش رقم 141.

(103) لبيب شنب، السابق ص 103، والمراجع المشار إليها.

M.Vasseur, Urgence et droit civil, RTD Civ. 1954, p. (104)
403 et s.

وراجع أيضاً:

Larruomet, Le contrat, 2^e partie, Effets, op. cit. p. 820.

وراجع تعليق Demogue، السابق الإشارة إليه، Chabas، السابق ص 169
والمراجع المشار إليها.

(106) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

في هذه الحالة، يكون خطأ المدين قد بلغ حداً من الجسامّة، لا يتصور معه بقاء العلاقة العقدية، بحيث يكون للدائن أن يتحلل من هذه العلاقة فوراً، أي دون حاجة للانتجاء إلى القضاء لطلب الفسخ.

من الأمثلة القضائية التي يمكن ذكرها في هذا الصدد: إقرار صاحب العمل على قيامه بفسخ العقد بإرادته المنفردة، في حال تبينه نوم العامل المكلف بالحراسة ليلاً في مكان العمل⁽¹⁰⁵⁾، أو بسبب دخوله المستشفى الذي يعمل به وهو في حالة سُكر⁽¹⁰⁶⁾.

بحسب محكمة النقض الفرنسية، الإخلال البين بحسن النية يجعل من غير المقبول الإبقاء على العلاقة العقدية⁽¹⁰⁷⁾، بحيث يكون مسموحاً للمحكمة أن تقضي بأنه لا يكون للمتعاقد - الذي بسبب سوء نيته في التحلل من العقد - التمسك بنص المادة 1184 من القانون المدني. سوء نية المتعاقد لا يسمح له بأن يتذرع بالالتزام بالجوء إلى القضاء؛ لإمكان الحصول على حكم بفسخ العقد.

هذا ويلاحظ بعض الفقه على هذا القضاء، الذي يبرر الفسخ بالإرادة المنفردة في حالة الإخلال بحسن النية والأمانة في تنفيذ الالتزامات العقدية أنه قضاء صالح للامتداد إلى كل العقود التي تقوم على الثقة بين المتعاقدين، بحيث لا يكون مقبولاً بقاء علاقة عقدية مبناها وقوامها الثقة في حال انتفاء مثل هذه الثقة، وبالتالي يكون من المسموح به التخلص فوراً من قبل هذه العلاقة التي فقدت قوامها⁽¹⁰⁸⁾.

Cass. Soc. 18/5/1978, B. civ. V, no 281. (105)

مشار إليه في Genicon، السابق ص 339، هامش رقم 150.
C.A. Paris, 14/10/1982, D. 1983, IR, p. 494. (106)

Cass. Civ. 4/10/1910, S. 1911, 1, p. 195. (107)

وراجع في هذا الحكم - أيضاً - لبيب شنب، السابق ص 159، Genicon السابق، ذات الموضوع.
(108) Genicon، السابق ذات الموضوع.

ويلاحظ جانب آخر من الفقه أنه مقارنة بالحالة الأولى، التي يتم فيها إقرار الفسخ بإرادة الدائن المستقلة؛ لتفادي الأضرار البالغة التي يمكن أن تلحق به نتيجة انتظار صدور حكم بالفسخ، فإن الفسخ في الحالة الثانية يكون بمثابة رد فعل من قبل الدائن، على مسلك غير متسامح فيه من قبل المدين، مما يجعل القضاء الذي يقر الدائن على قيامه بالفسخ، بإرادته المستقلة متضمناً - أيضاً - إمكانية امتداده إلى غير الحالات، التي صدر بشأنها، فالأحكام الصادرة في هذا الشأن، مفادها أن العدالة لا تأتي رد فعل فوري من قبل الدائن، على مسلك غير مغتفر من قبل المدين⁽¹⁰⁹⁾.

أما الحالة الثالثة: التي يرى الفقه فيها إمكانية قبول الفسخ بالإرادة المنفردة، أي دون طلب قضائي بالفسخ، فهي الحالة التي يصبح فيها إخلال المدين بالتزامه باتاً ونهائياً⁽¹¹⁰⁾، على نحو يصبح معه، من غير الممكن، إزالة أثر هذا الإخلال.

ومن ذلك - مثلاً - أن يكون المدين قد التزم "بالامتناع عن عمل فعل معين ثم آتاه، أو تعهد بالقيام بعمل في خلال مدة معينة، ومضت هذه المدة دون أن ينجز ما تعهد به، كالمقاول الذي يتعهد ببناء منصة لاستعمالها في الاحتفال بعيد عام، فيمضى العيد والمقاول لم يبن المنصة"⁽¹¹¹⁾.

من الواضح أنه في هذه الحالة الأخيرة، لسنا بالضرورة إزاء خطر داهم يهدد الدائن بأضرار بالغة لا يمكن تداركها إذا ما ألزم بالجوء إلى القضاء، كما أن حالة الاستعجال لا تبرر بالضرورة الفسخ بالإرادة المنفردة في مثل هذه الحالة، حيث أصبح عدم التنفيذ باتاً ونهائياً؛ وذلك لأن انتظار الدائن حكماً بالفسخ من القضاء لن يكون دائماً، في مثل هذه الحالة، ضاراً به؛

وراجع أيضاً:

R. Savatier, note sous Poitiers, 9/6/1913, 12/6 et 23/12, 1918, D. 1920, 2, 9. 41.

(109) راجع في ذلك Cassin، السابق ص 178.

(110) انظر، لبيب شنب، السابق ص 157، بهجت بدوي، السابق ص 486،

Genicon، السابق ص 400.

(111) لبيب شنب، السابق ذات الموضوع.

لذلك فإن السماح للدائن بالفسخ بالإرادة المنفردة، في مثل هذه الحالة - أي دون إلزامه باللجوء إلى القضاء - يبرره أن تدخل القاضي للحكم بالفسخ أصبح غير مجد؛ ذلك أن طلب الفسخ لو عرض على القضاء فلا يمكنه - بدهة - أن يرفضه، أو أن يمهل المدين في الوفاء، لذلك، ذهب بعض الفقه حديثاً إلى أن البدهة هي مبرر الفسخ بالإرادة المنفردة في هذه الحالة⁽¹¹²⁾.

وهذا في الواقع ما يمكن تلمسه، من خلال الأحكام التي تقضي بأن يكون لأحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته المنفردة، دون حكم قضائي، حينما يكون المتعاقد الآخر، قد جعل هذا الفسخ ضرورياً؛ نتيجة إخلاله الجسيم بالالتزامات الواقعة على عاتقه، ويبرر هذا الفسخ الفوري، الذي ما كان للقاضي إلا أن يقضي به، دون مهلة، لو عرض عليه يوم حدوثه⁽¹¹³⁾.

من خلال عرض الحالات السابق بيانها، والتي قبل فيها القضاء الخروج على الأصل العام في الفسخ، وأقر فيها للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

أولاً: أنه رغم المحاولات الفقهية، لتصنيف الحالات الاستثنائية التي قبل فيها القضاء الفسخ بالإرادة المنفردة، فالواضح بعد عرض هذه الحالات أنه يصعب، من الناحية العملية، وضع حدود فاصلة بينها، فتصنيف هذه الحالات ليس في الواقع تصنيفاً جامداً، فهو لا يمنع التداخل بين هذه الحالات. فالفسخ بالإرادة المنفردة لتفادي إلحاق ضرر بالغ، لا يمكن تداركه، مثلاً، يعود غالباً لسوء نية المدين في تنفيذ التزاماته.

ثانياً: الواضح أن حالة الاستعجال، هي الفكرة الأساسية التي تدور حولها غالبية التطبيقات القضائية، التي تسمح فيها للدائن بالفسخ بالإرادة المنفردة. فهذه الحالة تتسع لتشمل التطبيقات التي يبررها الخطر الداهم، الذي يهدد الدائن، حيث يجب وقايته من ضرر مرجح تفاقمه، في حال انتظار

(112) Genicon، السابق ذات الموضوع.

(113) C.A. Colmar, 7/2/1975, D.1978, JP, p.169 note P.

Ortscheidt.

وراجع Larroumet، السابق ص 820.

صدور قرار بالفسخ من القضاء. كما تتسع حالة الاستعجال من ناحية أخرى لشمول التطبيقات القضائية، التي تبرر الفسخ بالإرادة المنفردة، في حال الإخلال الواضح بحسن النية، من قبل المدين في تنفيذ التزاماته العقدية، حيث إنه في مثل هذه الحالة، يجب أن يكون رد الفعل فورياً من قبل الدائن؛ ضماناً لفعالية الجزاء، وعدم تفاقم النتائج المترتبة على مسلك المدين⁽¹¹⁴⁾.

لكن الجدير، بالذكر أن حالة الاستعجال، لا تفسر بالضرورة حالة الفسخ بالإرادة المنفردة، المستند إلى الإخلال البات والنهائي من قبل المدين في تنفيذ التزاماته العقدية؛ لأن انتظار صدور حكم بالفسخ في هذه الحالة لن يكون دائماً ضاراً بالدائن، فإذا ما سمح للدائن بالفسخ بإرادته المنفردة، فمبرر ذلك - وكما سبق القول - أن طلب الفسخ لو عرض على القاضي، ما كان له أن يرفضه.

ثالثاً: من خلال الملاحظتين السابقتين، يمكن القول بأن: قبول الفسخ بالإرادة المنفردة في الحالات السابق بيانها، إنما كان لأن لمصلحة التي قصدها⁽¹¹⁵⁾ من وراء تعاقدته قد فاتت، وخاب توقعه المشروع من وراء العلاقة العقدية التي التزم بها، فهو لم يقصد من وراء تعاقدته أن يترتب عليه أضرار بالغة تصيبه، أو أن يتعاقد مع غريم له، لا يتحلى بحسن النية والأمانة في تنفيذ التزاماته، وهذا واضح - أيضاً - في الحالة التي يصبح فيها إخلال المدين بالتزاماته باتاً ونهائياً. وفي جميع هذه الحالات، فالجدير بالملاحظة، أن وراءها دائماً إخلالاً جسيماً بالالتزامات، التي أنشأها العقد ورتبها على عاتق المدين.

هذا، وإذا كان القضاء السابق، الذي أقر المتعاقد في فسخه للعقد بإرادته المنفردة كان بشأن حالات، وضح فيها وجه الخصوصية الذي يبرر هذا الفسخ، فإنه في المقابل، أقر القضاء مثل هذا الفسخ في حالات لم تظهر فيها مثل هذه الخصوصية، من ذلك - مثلاً - إقراره البائع على فسخه العقد

(114) راجع في ذلك، Genicon، السابق ذات الموضوع.

(115) Amrani - Mekki، السابق، وقارب بهجت بدوي، السابق ص 486.

بارادته المنفردة، في حال عدم وفاء المشتري بالتزاماته نحوه⁽¹¹⁶⁾، مما ترك انطباعاً بإمكانية التوسع في حالات الفسخ بالإرادة المنفردة⁽¹¹⁷⁾.

ولكن - وعلى الرغم من ذلك - بقيت أحكام قضائية أخرى على تأكيدها، أن الأصل في الفسخ أنه قضائي، يتم من خلال دعوى يرفعها الدائن أمام القضاء، ليقضي هو بالفسخ بعد إعماله لسلطته التقديرية، إزاء طلب الفسخ⁽¹¹⁸⁾.

هذا وإذا كان القضاء الفرنسي الحديث - وكما أشرنا فيما سبق - قد أكد مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، على نحو ما سنعرضه تفصيلاً فيما بعد، فلا شك أن قبول هذا القضاء للحالات الاستثنائية السابق عرضها، والتي أقر فيها المتعاقد في فسخه للعقد بالإرادة المنفردة، كانت تعبيراً عن إرهاصات مبدأ بدأت في بداية القرن العشرين، اكتملت ملامحه في نهاية هذا القرن، وتؤكد بقوة مع بداية القرن الواحد والعشرين.

وإذا ما بقينا في إطار هذه الحالات الاستثنائية، فيمكن القول: بأن هذه الحالات، تؤكد أن مبدأ القوة الملزمة للعقد، لم يحل في مثلها دون إمكانية نقضه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، على الرغم من التناقض الواضح بين مضمون هذا المبدأ، ومثل هذه الحالات؛ لذلك كان من الضروري البحث في أساس هذا المبدأ؛ لمعرفة مدى إمكانية استيعابه لمثل هذه الحالات. وهذا ما ننتقل لبيانه فيما يلي.

ثانياً - أساس القوة الملزمة للعقد وحالات الفسخ بالإرادة المنفردة:

محاولات التوفيق

البحث في أساس القوة الملزمة للعقد بحث قديم متجدد، فمنذ زمن بعيد يبحث الفقه عن أساس للقوة الملزمة للعقد، وقد قيل في هذا الصدد

(116) راجع حكم محكمة استئناف Colmar، سابق الإشارة إليه.

(117) انظر تعليق Ortscheidt على الحكم المشار إليه بالهامش السابق.

(118) انظر: مثلاً:

Cass. Com. 1/12/1992, RTD Civ. 1993, p. 578 obs. J. Mestre.

(111) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

بنظريات متعددة. وربما كانت النظرية الأكثر شهرة في هذا الخصوص، هي نظرية سلطان الإرادة. وقد راجت هذه النظرية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وكانت نتاجاً للفلسفة الفردية والحرية الاقتصادية. فوفق هذه النظرية، يستمد العقد قوته الملزمة من إرادة المتعاقدين، فالعقد يكون ملزماً؛ لأن أطرافه أرادوا ذلك بمحض مشيئتهم، وبمعنى آخر، يكون العقد ملزماً؛ لأن ذلك هو ما أراد أطرافه، وهو يكون ملزماً لهم في الحدود، وفي المضمون، الذي أرادوه.

لكن تأسيس القوة الملزمة للعقد، استناداً إلى الإرادة الفردية للمتعاقدين كان محلاً لمعارضة جانب كبير من الفقه، سواء من حيث الدقة التاريخية، أو النظرية⁽¹¹⁹⁾. كما أن التدخلات التشريعية المتلاحقة، والهادفة إلى تحديد المضمون الإلزامي لكثير من العقود، وذيوع عقود الإذعان، وتشريعات حماية المستهلك، ودور القاضي في تحديد مضمون الكثير من العقود وسلطته في تعديلها، كل ذلك أدى في الواقع إلى تراجع هذا التفسير للقوة الملزمة للعقد. مما حدا ببعض الفقه إلى القول: بأن العقد لم يعد يستند في أساسه إلى إرادة المتعاقدين فقط⁽¹²⁰⁾. إضافة إلى ذلك فقد لاحظ البعض، أن نظرية سلطان الإرادة لا تفسر السبب في أن الإرادة السابقة *la volonté passé* تقيد الإرادة الحاضرة *la volonté présente*، فإذا كان المدين يلتزم بالعقد لأنه أراد ذلك، فكيف يمكن استمرار التزامه إذا ما تغيرت

(119) راجع في ذلك على سبيل المثال،

G. Rouhette, La force obligation du contrat, Rapport français, in Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco anglaises (sous la dir. de D. Tallon et D. Harris) LGDJ 1987, p. 27 et s. spéci. no 8 et S; V. Ranouil, L'autonomie de la volonté naissance et évolution d'un concept, PUF 1980, p. 133 et s.

وراجع أيضاً، حسام الأهواني، مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه ص 37 وما بعدها، نبيل سعد، السابق ص 37 وما بعدها.

(120) p. Hébraud, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, in Mélanges J. Maury, T. 2, Dalloz - Sirey 1960, p. 419 et s.

إرادته، ألا يجب أن تتقدم الإرادة الحالية الحية، *vivante* على الإرادة السابقة الميتة *morte*؟⁽¹²¹⁾ هذه النظرية – كما يلاحظ بعض الفقه – لا تقدم تفسيراً لعدم قدرة الإرادة – مادامت هي أساس القوة الملزمة للعقد – على التحلل مما أنشأته، نتيجة لذلك؛ فإرادة التعاقد، ولو كانت إرادة مشتركة للمتعاقدين، لا تكفي بذاتها. فهي لا تقترح إلا برنامجاً لا يربط بين المتعاقدين، إذا لم يكن محدداً، يؤكد يوم العقد سلطة خارجية عن إرادة هؤلاء. القوة الملزمة للعقد لا تتأتى – إذاً – بحسب هذا الفقه، "من الوعد، وإنما من القيمة التي يضيفها القانون على هذا الوعد"⁽¹²²⁾.

من هنا ظهرت نظرية أخرى، تسمح بقراءة أكثر مرونة لمبدأ القوة الملزمة للعقد. وبحسب هذه النظرية، يعتبر العقد ملزماً لأن القانون يمنحه هذه القوة⁽¹²³⁾، فالإرادة وحدها لا تكفي لإلزام المتعاقد معه، فهي لا تملك - في هذا الصدد - إلا تفويضاً يحدد القانون مداه⁽¹²⁴⁾.

إذا كانت هذه النظرة لأساس القوة الملزمة للعقد، يؤيدها جانب من الفقه⁽¹²⁵⁾، فإن مؤيديها لا ينكرون دور الإرادة في العقد، وإنما يعارضون

(121) راجع في ذلك Terré, Simler et Lequette، السابق ص 33.

(122) المرجع المشار إليه بالهامش السابق، ذات الموضوع.

(123) راجع في ذلك:

J. Ghestin, La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, in La relativité du contrat, Rapport de synthèse, Travaux de l'association H. Capitant, 1999, LGDJ 2000, p. 223 et s. spéci. p. 241.

H. Kelsen, La théorie juridique de la convention, in Archives (124) de philosophie du droit T. 13 Sirey 1940 p. 33 et s.

مشار إليه في Corgas – Bernard، السابق ص 214 هامش 1045.

(125) على سبيل المثال:

Ch. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in Le contrat au début du XXIe siècle: Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 et s. spéci. p. 447; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel – Munck, Les obligations, op. cit. p. 358, Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 33.

(113) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

فقط اعتبارها صاحبة الدور الحصري.

مؤدى هذه القراءة لأساس القوة الملزمة للعقد، أن العقد يبقى من عمل المتعاقدين، ولكن في حدود احترام القانون الوضعي.

القانون الوضعي *droit positif* هو – إذأ، بحسب هذه النظرية - مصدر النصوص المقررة للقوة الملزمة للعقد، أي مصدر المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، المادة 147 مدني مصري، ومن هنا فإن مدى هذه النصوص، ونطاقها يتحدد في ضوء الغايات التي يهدف إليها القانون الوضعي، بما مؤداه أن القوة الملزمة للعقد تتحدد هي - أيضاً - في ضوء الغايات العليا لهذا القانون.

يتضح مما تقدم، أنه إذا كان مقتضى نظرية سلطان الإرادة في تفسير القوة الملزمة للعقد، أن تكون هذه القوة مطلقة *absolue*، فإن التحليل الآخر المستند إلى القانون الوضعي، كأساس لهذه القوة، إنما يضيف عليها نطاقاً، أو مدى نسبياً، حيث ترتبط هذه القوة بهذه المصالح العليا، التي تكمن وراء هذا القانون⁽¹²⁶⁾.

لا شك أن تحديد هذه الغايات، والمصالح العليا إنما يتم في ضوء السياسة التشريعية التي ينتهجها المشرع، مما يجعل مثل هذه الغايات النهائية قابلة للاختلاف، من زمان إلى آخر، والتنوع بحسب الاتجاهات الفلسفية السائدة في المجتمع⁽¹²⁷⁾.

السعي نحو الفائدة الاجتماعية، التي تتجسد بصفة خاصة من خلال استقرار المعاملات وتحقيق العدل، الذي يقتضي حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، تشكل اليوم - كما يرى بعض الفقه - هذه القيم المحركة

(126) راجع، Terré, Simler et Lequette، السابق ص 454.

D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité, La nouvelle devise contractuelle? in L'avenir de droit, Mélanges, F. Terré, 1999, p. 603 et s. spéci. p. 631.

(127) Corgas – Bernard، السابق ص 215.

(114) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

للقانون الوضعي⁽¹²⁸⁾، والعقد - كما يرى البعض - يكون ملزماً لأطرافه؛ لأنه بذلك يحقق استقرار المعاملات بما يتضمنه ذلك من أهمية للمجتمع من ناحية، وفي حدود ما يكون عادلاً من ناحية أخرى. ومن هنا فإنه - بحسب هذا التحليل الأخير - يشكل العدل *La justice* والفائدة *L'utilité* حدوداً طبيعية للقوة الملزمة للعقد، ولا اعتبار للعقد قانوناً، أو شريعة للمتعاقدين، أو بمعنى آخر، يكون العقد ملزماً، في حدود ما يحققه من فائدة وعدل⁽¹²⁹⁾.

العدل والفائدة يمثلان - إذاً - الحدود الطبيعية لمبدأ القوة الملزمة للعقد، أو لمبدأ اعتبار العقد قانوناً للمتعاقدين *La convention – loi*، أو شريعة لهم، ويرى بعض الفقه⁽¹³⁰⁾: أن نص الفقرة الثالثة من المادة 1134، والمادة 1135 من القانون المدني الفرنسي (ويقابلهما نص المادة 148 بفقرتها الأولى والثانية من القانون المدني المصري) يؤيد مثل هذا التحليل، فحسن النية والعدالة، هي وسائل يمكن من خلالها إدخال القاعدة الخلقية ضمن القانون الوضعي، وإضفاء قدر من المرونة على القوة الملزمة للعقد، استجابة للاعتبارات التي تملئها فكرة العدل.

لا شك أن مظاهر التدخل المختلفة، سواء من قبل المشرع أو القاضي، في الروابط العقدية، يمكن - في الواقع - تفسيرها من خلال هذه القراءة لأساس القوة الملزمة للعقد، وهو الأمر الذي يمكن من خلاله النظر إلى حالات الفسخ بالإرادة المنفردة.

فعدالة العقد والفائدة منه، يضيفان على القوة الملزمة للعقد طابعاً

Ch. Jamin, Une brève histoire politique des interprétations de (128) l'article 1134 du code civil, D. 2002, chronique p. 901.

J. Chestin, L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, (129) chronique, p. 1; La notion du contrat, D. 1990, chronique, p. 147; Traité de droit civil (sous la dir. de J. Chestin) La formation du contrat, op. cit. 1993, p. 200 et s.

،Terré, Simler et Lequette، السابق ص 216، Corgas – Bernard (130) السابق ص 454.

(115) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

نسبياً، وتبرران – بالتالي - ما قد يبدو خروجاً على هذه القوة. فإذا كان العقد يتمتع بالقوة الملزمة؛ لأنه يحقق الفائدة والعدل، فإن ما يهدف إلى تحقيق ذلك، لا يتعين النظر إليه باعتباره إضعافاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، بل يمكن اعتباره في حقيقة الأمر، تأكيداً لهذا المبدأ. ومن هنا يمكن القول: بأن الفسخ بالإرادة المنفردة - في الحالات السابق تناولها - يندرج في سياق هذا التحليل.

فالواقع، أنه في الحالات التي أقر فيها القضاء الدائن على فسخه العقد بالإرادة المنفردة، يلاحظ أن وراءها دائماً رعاية لمصلحة الدائن وحمايتها، سواء نُظر إلى هذه المصلحة من ناحية ما يحققه له هذا الفسخ من اقتضاء لحقه بنفسه، فيتحقق بذلك العدل من خلال نقض الرابطة العقدية، دون انتظار حكم القاضي، أم نُظر إلى مصلحة الدائن من ناحية ما يتيح له الفسخ بالإرادة المنفردة، من التخلص من عقد لم يعد يحقق له المصلحة التي قصدتها.

لذلك فإن تحليل النصوص المقررة للقوة الملزمة للعقد، على هدى من تأسيس هذه القوة على فكرتي الفائدة والعدل، يسمح باستيعابها لحالات الفسخ بالإرادة المنفردة، إذا ما نظر إليها باعتبار تحقيقها للعدل، أم من ناحية تمكينها الدائن التخلص من عقد فانتت مصلحته فيه.

وفي هذا الصدد قد يُقال: إن نصوص القانون التي تقرر مبدأ القوة الملزمة للعقد، أجازت نقض هذه القوة في الحالات التي يقرها القانون، أو بمقتضى الاتفاق، بما مؤداه عدم جواز الفسخ بالإرادة المنفردة، خارج هذه الحالات المقررة قانوناً.

على الرغم من ذلك، فقد ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي⁽¹³¹⁾، إلى النظر إلى مصطلح "القانون" الوارد بنص المادة 1134/2 (المقابلة لنص المادة 1/147 مدني مصري)، باعتبار أن له معنى أكثر عمومية وشمولاً من المعنى الاصطلاحي لهذا المصطلح. ذهب صاحب هذا الرأي

J. p. Chazal, De la signification du mot loi dans l'article 1134 (131) alinéa 1^{er} du code civil, TRD Civ. 2001, p. 265 et s

إلى البحث في المعنى الأصلي لألفاظ المادة 1/1134 مدني فرنسي، والتي بمقتضاها تعتبر "الاتفاقات المبرمة على الوجه القانوني تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها". ولاحظ في هذا الشأن أن الفقيه Domat - الذي أخذت عنه العبارة المذكورة بهذه المادة - اعتمد مفهوماً لمصطلح القانون مختلف عن معناه الحديث الذي يعطى له، ويلاحظ بصفة خاصة أن Domat حين استخدم مصطلح القانون، كان يشير بصفة أساسية إلى فكرة العدل Justice والعدالة *équité*⁽¹³²⁾، ويخلص إلى أن القانون يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعدالة، التي هو تعبير عنها، ووظيفته الكشف عنها⁽¹³³⁾.

اتباع هذا التفسير لمعنى القانون الوارد بنص الفقرة الأولى من المادة 1134 مدني فرنسي، مؤداه القول بأن العقد لا يكون ملزماً، إلا في حدود كونه عادلاً، "فالعقد يفترض أن يجسد العدالة الطبيعية إلى حين إثبات أنه يخفي عدم عدالة واضح غير مغتفر"، يقول الفقه الذي نحن بصدد عرضه، وبالنتيجة - بحسب هذا الفقه - "الاتفاقات تكون ملزمة، ليس لأنها تعبير عن إرادة أطرافها، وإنما لأنها عادلة أو يفترض أنها كذلك"⁽¹³⁴⁾.

هذا المعنى لمصطلح "القانون" يمكن - بحسب البعض الآخر من الفقه الفرنسي⁽¹³⁵⁾ - اعتماده بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 1134 (المقابلة لنص المادة 1/147 مدني مصري)، التي تقضي بأن العقد لا يجوز نقضه إلا لأسباب التي يقررها القانون. ذلك أنه من المستبعد أن تكون المادة 1134 متضمنة لفلسفتين مختلفتين، فهذه المادة تعود في أصلها إلى كتابات Domat، الذي عرف عنه التناغم والتناسق في الأفكار⁽¹³⁶⁾، ومن هنا، يقول بعض الفقه الفرنسي⁽¹³⁷⁾ يمكن الاعتقاد بأن عبارة "الأسباب التي يقررها القانون" "les causes que la loi autorise"، لا تعني فقط الحالات التي

(132) السابق ص 274.

(133) السابق ص 276.

(134) السابق ص 282.

(135) Corgas – Bernard، السابق ص 217.

(136) Chazal، السابق ص 276.

(137) Corgas – Bernard، السابق ص 218.

نص عليها القانون، ولكن - أيضاً - تلك التي يفرضها العدل والعدالة والأخلاق.

مؤدى هذا التحليل لمعنى العبارة الواردة بالمادة 2/1134 من القانون المدني الفرنسي، أنه يمكن قراءة نص المادة المذكورة باعتباره يجيز فسخ العقد بالإرادة المنفردة، متى كان ذلك ما يوجبه العدل.

مما تقدم يتبين - إذاً - أن القوة الملزمة للعقد، مع بقائها هي الأصل فإن ذلك الأصل، الذي يؤسس - بحسب التحليل السابق - على فكرة العدل، يمكنه أن يستوعب - في حالات معينة - إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، متى كان ذلك هو ما يقتضيه العدل، حماية للدائن في مواجهة مدين لم ينفذ التزاماته على النحو المتفق عليه، أو أخل بها إخلالاً على قدر كبير من الجسامة.

من ناحية أخرى، فإنه إذا كانت القوة الملزمة للعقد، وبحسب التحليل الحديث للأساس الذي تقوم عليه، تستند - أيضاً - إلى فكرة الفائدة من العقد، فهذه الفائدة يمكن - في الواقع - النظر إليها من زاويتين، الأولى هي زاوية فائدة المجتمع التي تتحقق من خلال احترام العقد، فالعقد محرك أساسي للاقتصاد، ووسيلة ضرورية لتداول الأموال والثروات، والقوة الملزمة للعقد ضرورة لاستقرار العلاقات العقدية الأمر الذي يحتاجه المجتمع لما فيه من فائدة⁽¹³⁸⁾. هذا المفهوم للفائدة يلازمه اليوم مفهوم آخر، يُنظر من خلاله إلى الفائدة المرجوة من العقد نظرة واقعية أو عملية، فالعقد وفقاً لمفهوم الفائدة هذا، هو أداة لتبادل الثروات والخدمات، يتحقق من خلاله منافع ملموسة ومتبادلة بالنسبة لطرفيه، ومن هنا، فإن قوته الملزمة، تتجه اليوم لأن تتحدد انطلاقاً من مصلحة الدائن⁽¹³⁹⁾.

مقاربة القوة الملزمة للعقد من خلال مصلحة الدائن، أدى - في الواقع

Ghestin, L'utile et le juste, précité, p.4. (138)

C. Thibierge – Gelfucci, Libre propos sur la transformation du (139)
droit des contrats, RTD Civ. 1997, p. 357 et s. spéci. p. 368.

- إلى تحليلين مختلفين للقوة الملزمة للعقد. ففي تحليل أول اعتبرت الثقة التي يضعها أحد المتعاقدين في الآخر، هي أساس القوة الملزمة للعقد⁽¹⁴⁰⁾. وقد أخذ على هذا التحليل، أن اعتبره الثقة كأساس للقوة الملزمة للعقد، من شأنه إضعاف العقد، حيث يجعله عرضة للتخلص منه، كلما طرأ ما يؤثر في الثقة بين المتعاقدين، كما أخذ عليه - أيضاً - أن الثقة مفهوم غير منضبط، كما أن ترجمته من هذه الناحية تبدو أمراً يصعب إدراكه⁽¹⁴¹⁾. لذلك ظهر تحليل آخر يذهب - في هذا الصدد - إلى أن أساس القوة الملزمة للعقد، هو توقع الدائن l'attente du créancier، الذي يجب ألا يخيب⁽¹⁴²⁾. العقد يكون ملزماً؛ لأنه يسمح بإشباع حاجات الدائن.

هذا التحليل الأخير لأساس القوة الملزمة للعقد، يقترب من النظرية ذات الأصل الأنجلو أمريكي، المعروفة بنظرية التوقعات المعقولة (reasonable expectations) (أو بالفرنسية attentes raisonnables)⁽¹⁴³⁾.

فبحسب هذه النظرية الأخيرة، يكمن أساس القوة الملزمة للعقد، في التوقعات المعقولة والمشروعة للدائن من تنفيذ المدين لالتزامه. ويلزم ذلك أن المدين لا يكون ملزماً، إلا في حدود هذا التوقع المعقول من قبل الدائن⁽¹⁴⁴⁾.

(140) راجع في عرض هذه التحليل:

J. Carbonnier, Introduction, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier, PUF 1986, p. 29 et s. spéci. p. 34.

(141) Carbonnier، السابق ص 35.

(142) Carbonnier، السابق ذات الموضوع.

(143) في عرض هذه النظرية راجع، Carbonnier، السابق ذات الموضوع.

H. Lecuyer, Redéfinir de la force obligatoire du contrat, P.A. no 45, 6/5/1998, p. 44 et s.

د. عابد فايد عبد الفتاح، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دار النهضة العربية 2005، ص 39 وما بعدها.

(144) عابد فايد عبد الفتاح، السابق ص 48.

ما يهمننا من هذه النظرية - وفي حدود ما نحن بصدد بحثه - هو ذلك التجديد، الذي تأتي به في مجال أساس القوة الملزمة للعقد، وهو - وعلى ما يتضح من الإيجاز السابق بشأن هذه النظرية - النظر إلى هذه القوة الملزمة، من ناحية الدائن أكثر من ناحية المدين، كأساس القوة الملزمة في هذه النظرية - وكما رأينا فيما تقدم - هو توقع الدائن المعقول والمشروع. والملاحظ في هذا الصدد، أن بعض الفقه الفرنسي المؤيد لهذه النظرية يتحفظ بشأن كيفية تقدير ما يتوقعه الدائن، ويرى أن هذا التوقع لا يجب أن يتم تقديره بطريقة مجردة، وفق التوقع المعقول أو المنطقي، كما لا يجب ترك تقدير ذلك التوقع للقاضي، كما تقتضي نظرية التوقعات المعقولة، وإنما يجب استخلاصه من إرادة المتعاقدين. فالمصلحة المتوقعة من قبل الدائن، يجب أن يتم تقديرها في ضوء تلك القائمة وقت تبادل الرضاء بين الطرفين، فهي - بحسب هذا البعض من الفقه - المصلحة الداخلة في نطاق العقد، بحسب طبيعته، وفقاً للقانون والعرف⁽¹⁴⁵⁾.

وإذا كانت القوة الملزمة للعقد تكمن - بحسب هذا التحليل الأخير - في المصلحة المتوقعة حصول الدائن عليها، فإن مؤدى ذلك، ونتيجته، أن العقد لا يجب أن تبقى له مثل هذه القوة من الإلزام، إلا بقدر احتفاظه بهذه الفائدة⁽¹⁴⁶⁾.

الأخذ بمثل هذا المفهوم للقوة الملزمة للعقد، والسير في منطقه، مؤداه الإقرار للدائن، بإمكانية التخلص من العقد بإرادته المنفردة في حال إخلال المتعاقد معه بالتزاماته إخلالاً جسيماً، يفوت مصلحته في العقد، حيث إنه في مثل هذه الحالة لم يعد للعقد قوته الملزمة، فيجوز للدائن - بالتالي - التخلص منه بإرادته المنفردة.

إجمالاً لما تقدم يمكن القول: بأن النصوص المقررة للقوة الملزمة للعقد تحتمل أكثر من تفسير، والقوة الملزمة تسمح بقراءات متعددة لما يعتبر أساساً لها، فوفقاً لتفسير تقليدي، يكون العقد ملزماً لأطرافه، فلا يمكن

(145) Corgas – Bernard، السابق ص 220.

(146) Corgas – Bernard، السابق ذات الموضوع.

لأحدهما أن يفسخه بإرادته المنفردة. ووفقاً لمفهوم مجدد لأساس القوة الملزمة للعقد، يبدو أن الأمر ليس على هذا النحو من الإطلاق الذي يقدمه المفهوم التقليدي، فالعقد الذي يقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافه، أو يعد شريعة لهم، يسمح بالخروج على هذا المبدأ، إذا كان لذلك ما يبرره من ناحية عدالة العقد، أو الفائدة المرجوة منه. في ظل هذا المفهوم الأخير، يمكن تبرير الحالات التي أقرت فيها المحاكم للدائن التحلل من الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة.

لكن ينبغي في هذا الصدد، الإشارة إلى بقاء مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك أياً كان التفسير والأساس الذي يستند إليه، وأن حالات الخروج عليه - والسابق تناولها - ما هي - وبحسب القضاء الذي أقر هذه الحالات - إلا حالات استثنائية، بقيت في إطار الاستثناء الذي له ما يبرره، ضمن حدود هذا المبدأ.

هذا وإذا كانت حالات الفسخ بالإرادة المنفردة السابق بيانها تؤكد أن القوة الملزمة للعقد ليست - كما يقول بعض الفقه - "سجناً"⁽¹⁴⁷⁾ يحتفظ القاضي وحده - ودائماً - بمفاتيحه، وإنما هناك حالات استثنائية، تكون هذه المفاتيح بيد أحد المتعاقدين، حيث يكون له الخروج منه بإرادته المنفردة، فالسؤال الآن هو كيف يمكن تبرير هذه الحالات، في مواجهة الأصل العام في الفسخ، وكونه لا يتم إلا بحكم من القضاء. هذا ما نتنقل لتناوله فيما يلي.

الفرع الثاني

الفسخ بالإرادة المنفردة والأصل القضائي للفسخ

لا شك أن القول بإمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة يبدو للوهلة الأولى متعارضاً مع النصوص القانونية (م 157 مدني مصري، والمادة 3/1184 مدني فرنسي) الموجبة لأن يكون الفسخ قضائياً، أي بحكم يصدر عن القاضي. فالانسحاب من العقد - وفقاً للنصوص المشار إليها - هو إجراء قضائي، بحسب الأصل، فإذا ما أراد المتعاقد مثل هذا

(147) L. Aynès، سابق الإشارة إليه.

الانسحاب، ولو في حال عدم قيام المتعاقد معه بتنفيذ التزاماته، فلا يكون له ذلك إلا من خلال القضاء.

التساؤل الذي يطرح هنا، هو معرفة إذا كان ما تقدم ذكره يعني تناقضاً بين الفسخ بالإرادة المنفردة، والأصل القضائي للفسخ، على نحو يصعب معه إمكانية التوفيق بينهما، أم أن الأمر على خلاف ذلك، بمعنى أن الأصل القضائي للفسخ، لا يحول دون احتواء إجراء الفسخ بالإرادة المنفردة.

يلاحظ أنه في الإجابة على هذا التساؤل تفرقت كلمة الفقه، ويمكن أن نرصد في هذا الشأن ثلاثة اتجاهات: اتجاه ينفي إمكانية حدوث التناقض بين الأصل القضائي للفسخ والفسخ بالإرادة المنفردة، واتجاه ثان يذهب إلى أن الفسخ بالإرادة المنفردة، هو عودة بالفسخ إلى أصوله التاريخية، في حين يذهب الاتجاه الثالث إلى أن الفسخ بالإرادة المنفردة يتكامل والفسخ القضائي. ونعرض فيما يلي لهذه الاتجاهات الثلاثة.

أولاً – الاتجاه المُستبعد لإمكانية حصول التناقض

لاستبعاد إمكانية حصول تناقض بين الفسخ بالإرادة المنفردة، والأصل القضائي للفسخ، والذي تقررته النصوص القانونية، ذهب البعض إلى نفي وجود الفسخ بالإرادة المنفردة، وأن الفسخ يحتفظ دائماً بطابعه القضائي، وذلك باعتبار أن الفسخ بالإرادة المنفردة هو تصرف قانوني بالإرادة المنفردة، تفترض فعاليته، وترتيبه لأثره، أن من قام به له الحق قانوناً في نقض العقد بإرادته وحده، وحيث إن الأمر ليس كذلك فإنه يمكن النظر إلى هذا الفسخ - والذي تم بعيداً عن القضاء - باعتباره من الوقائع القانونية الإرادية *faits juridiques volontaires*، وهي بحسب طبيعتها لا ترتب الآثار القانونية التي يريدها من يأتيتها⁽¹⁴⁸⁾. فإذا كان الدائن ليس له الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة؛ لأن القانون يتطلب في الفسخ أن يكون

(148) Houin (148)، الرسالة سابق الإشارة إليها ص 16.

قضائياً، فإن تحلله من العقد بإرادته المنفردة يجب اعتباره منعدياً⁽¹⁴⁹⁾. فالدائن في هذه الحالة يكون قد تصرف على مسؤوليته، وليس سنداً لحق يقره له القانون، في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، فلا يتحقق بالتالي أي خرق للنصوص القانونية الموجبة للفسخ عن طريق القضاء، بمعنى أن الفسخ بالإرادة المنفردة يبقى عديم الأثر، ويكون للقاضي وحده عند اللجوء إليه أن يقرر بقاء العقد أو فسخه⁽¹⁵⁰⁾.

وقد عبر بعض الفقه عن عدم اقتناعه بمثل هذا التحليل؛ أولاً: لأنه لا يوجد في القانون، ما يفرض حصر مفهوم الإنهاء بالإرادة المنفردة، على الفرض الذي يكون لمن يتمسك به حق في نقض العقد. بصفة عامة - وبحسب هذا الجانب من الفقه - فإن دراسة التصرف الانفرادي يمكن أن تتم دون اعتبار مسبق لوجود حق يستند إليه مثل هذا التصرف؛ وثانياً: لأن مبدأ التدخل القضائي اللاحق، لا يستبعد إمكان وجود حق في فسخ العقد بالإرادة المنفردة، فتدخل القاضي اللاحق - سواء بناء على طلب الدائن بقصد استرداد ما سبق له أداءه، أو من جانب المدين الذي يعتبر أنه ضحية لفسخ غير مبرر - لا يكون إلا بقصد التحقق من صحة القيام بهذا الفسخ، أي التحقق من كونه مبرراً ومستجمعاً شروط أعماله⁽¹⁵¹⁾.

إضافة إلى المحاولة السابقة، لاستبعاد إمكانية حدوث تناقض بين الفسخ القضائي والفسخ بالإرادة المنفردة كانت محاولة أخرى من خلال الدفع بعدم التنفيذ. فوفقاً لأنصار هذه المحاولة، يجب تجاوز النظرة التقليدية لهذا الدفع، والتي ترى فيه جزاء مؤقتاً temporaire ودفاعي défensive. وبحسب هذا الجانب من الفقه، فإن النظرة التقليدية للدفع بعدم التنفيذ لم توضح على نحو كاف أنه يمكن من خلال هذا الدفع التوصل عملياً إلى هدم نهائي للعقد، وذلك حين تمر فترة معينة على التمسك به، حيث يصبح عدم تنفيذ الالتزام نهائياً وباتاً ويزول كل أمل في إمكانية التنفيذ. إضافة إلى

(149) Houin، السابق ص 20.

(150) المرجع السابق ص 35.

(151) Laithier، السابق ص 261 - 272.

الوظيفة السلبية passive للدفع بعدم التنفيذ، تصبح له - بحسب هذا الفقه - وظيفة إيجابية active ، تسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة للعقد⁽¹⁵²⁾ .

إذا كانت هذه المحاولة، تهدف إلى تفادي حصول تناقض بين الفسخ بالإرادة المنفردة، والأصل القضائي له، والذي تقرره النصوص القانونية، فإنها محاولة لا تخلو من نقد. فالدفع بعدم التنفيذ لا يعني زوال العقد، فالعقد يبقى، بحيث إنه إذا ما استجاب المدين، وقام بتنفيذ التزامه كما تم الاتفاق عليه، يكون على الدائن أن ينفذ ما عليه من التزامات⁽¹⁵³⁾ . فالدفع بعدم التنفيذ لا يسمح لمن يتمسك به بأن يهدم العقد، وإنما بأن يوقف تنفيذه، فالدائن لا يمكنه أن يهدم العقد ويتعاقد مع آخر، وإذا ما أراد ذلك، فلا مفر أمامه من طلب الفسخ⁽¹⁵⁴⁾ .

يتبين مما تقدم أن محاولة إنكار إمكانية حدوث تناقض بين الفسخ بإرادة الدائن المنفردة والطابع القضائي للفسخ، من خلال البحث في إدراج الفسخ بالإرادة المنفردة ضمن آليات قانونية أخرى، تبدو محاولة غير مجدية في تبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، إزاء أصله القضائي الذي تقرره النصوص القانونية.

لذلك برز اتجاه آخر، يرى تبرير هذه الحالات، من خلال العودة إلى الأصول الأولى للفسخ، ليقول بأن الأصل في الفسخ أنه يقع بالإرادة المنفردة.

ثانياً – الاتجاه القائل بأن الفسخ بالإرادة المنفردة عودة للأصول الأولى للفسخ

يبدأ هذا الاتجاه، بالتأكيد على أنه لا شيء يبرر "من الناحية

J. Roche – Dahan, L'exception d'inexécution, une forme de (152) résolution unilatérale du contrat synallagmatique, D. 1994, chronique, p. 255, spéci no 9 et s.

Malaurie, Aynès et Terré, Simler et Lequette (153) السابق ص 650، Stoffel – Munck السابق ص 441.

(154) الأهواني، السابق ص 403.

المنطقية"، أن يختص القاضي وحده بسلطة إنهاء العقد⁽¹⁵⁵⁾. وللتدليل على ذلك يقول أنصار هذا الاتجاه: إنه يكفي قراءة نص المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، للتحقق مما يتضمنه من تناقض.

فالنص المذكور يتضمن ثلاث فقرات، الأولى تشير إلى آلية الشرط الفاسخ الضمني *La lex commissoria*، والثانية تتعلق بتطور آلية الفسخ وتؤسس لخيار الدائن بين طلب الفسخ أو التنفيذ العيني، والفقرة الثالثة تبدو - بحسب هذا الاتجاه - كما لو كانت أمراً عارضاً، وتقضي بأن الفسخ يجب أن يطلب من القاضي. ولذلك يؤكد هذا الفقه، على أن النص المذكور يتضمن تناقضاً واضحاً بين الفقرة الأولى والفقرة الثالثة، حيث إن الأولى - ووفقاً لمنطق الشرط الفاسخ الضمني - مؤداها وقوع الفسخ تلقائياً بمجرد إخلال المدين بالتزاماته، بينما الفقرة الثالثة تتضمن عكس هذا المنطق وتوجب أن يُطلب الفسخ من القضاء، فالنص يتضمن الشيء وعكسه⁽¹⁵⁶⁾.

بحسب هذا الاتجاه فإن تاريخ النص المذكور يوضح هذا التناقض. فهذا النص، وفي فقرته الأولى، تبرز التقاليد الرومانية في مجال عقد البيع، باعتباره العقد الملزم للجانبين الذي من خلاله تم تصور الحلول التي تضمنها القانون المدني الفرنسي. وإلى جانب ذلك فإن هذا النص يحوي تقاليد القانون الكنسي، التي تؤكد على أنسنة العلاقات القانونية، والتي وفقاً لها، يجب منح المدين الذي لم ينفذ التزامه مهلة لتدارك أمره. وهذا ما يفسر الهيئة التي عليها نص المادة 1184، والذي اجتمعت به التقاليد المشار إليها.

في مقابل هذه التقاليد - دائماً بحسب الاتجاه الذي نعرض له - يختلف الأمر بشأن منح القاضي سلطة تقدير مدى ملاءمة الفسخ ذاته، حيث يتحول الفسخ إلى جزاء، وعقاب، أو عقوبة، حيث يكون للقاضي وحده توقيع هذه العقوبة، وذلك في حال عدم وجود اتفاق صريح على الفسخ في حال عدم

L. Aynès, Le droit de rompre unilatéralement, (155)
précité, p. 65.

(156) Aynès، السابق ص 66.

إن فهم هذه السلطة الممنوحة للقاضي يقتضي - بحسب هذا الاتجاه - العودة إلى المعنى الأصلي لنص المادة 1184، والتساؤل عما إذا كان المشرع في عام 1804 قد قصد بالفعل أن يجعل قرار الفسخ لعدم التنفيذ راجعاً إلى سلطة القاضي التقديرية وعلى نحو حصري (158).

في الإجابة على هذا التساؤل، يؤيد صاحب الاتجاه الذي نحن بصدد ما ذهب إليه البعض (159) من أن الالتجاء المسبق إلى القاضي - بحسب المادة 1184 مدني فرنسي - لم يكن مقصوداً به أن يكون للقاضي ممارسة سلطة تقديرية إزاء طلب الدائن فسخ العقد، وإنما قصد بذلك فقط أن يسمح للقاضي بمنح مهلة للمدين للوفاء بالتزاماته، وذلك في حال رفض الدائن منحه مثل هذه المهلة، وأنه في خلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر، فقط بدأ التطور القضائي في سبيل منح القاضي السلطة التقديرية إزاء طلب الفسخ، هذه السلطة لا تتضمنها المادة 1184، ولم يشر إليها مطلقاً هذا النص، ولم تكن في فكر المشرع عند وضع القانون المدني.

مؤدى ما تقدم، وبحسب الاتجاه محل التحليل، أنه بالعودة إلى المعنى الأصلي لنص المادة 1184، فإن الالتجاء المسبق للقاضي لا يكون مبرراً إلا بشأن منح مهلة للمدين للوفاء بالتزاماته، أي حين لا تكون المهلة قد منحت من الدائن للمدين، فيتم اللجوء إلى القاضي لمنحها إذا كان منحها مجدداً. وبالتالي فإنه إذا لم يكن أمر هذه المهلة مطروحاً - أي حين يكون منحها مستحيلاً - حسب ظروف الواقع، أو غير مجد، ويكون ذلك بصفة خاصة حين يكون مسلك المدين على قدر من الجسامه، ففي مثل هذه الحالة لا يكون من العدل أن يفرض على الدائن أن يخضع للسلطة التقديرية. بمعنى آخر

(157) السابق، ذات الموضوع.

(158) السابق، ذات الموضوع.

(159) S. Stijns, La résolution pour inexécution en droit belge: conditions et mise en oeuvre, Rapport belge, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 511 et s. spéci. p. 562 et s.

فإنه، بحسب الاتجاه محل البحث، فإن سلطة القاضي في مجال الفسخ، لا تكون إلا بشأن منح مهلة للمدين لتنفيذ التزاماته، إذا كان لهذه المهلة ما يبررها، أما فيما عدا ذلك، فليس للقاضي سلطة تقديرية في هذا المجال.

وبالإجمال فإن الاتجاه الذي نحن بصددده، يجرّد القاضي من سلطة تقدير مدى ملاءمة الحكم بالفسخ في ذاته، فهذه السلطة - بحسب هذا الاتجاه - لم تظهر إلا نتيجة تطور قضائي في فترة متأخرة على وضع نص المادة 1184، وأن سلطة القاضي - بحسب النص المذكور - تختصر في منح مهلة للمدين، لكن الفسخ في ذاته هو شأن المتعاقدين⁽¹⁶⁰⁾.

خلاصة هذا الاتجاه - إذاً - أن المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، في معناها الأصلي، لا تتعارض مع الفسخ بالإرادة المنفردة. بل هو مقصودها الأصلي.

هذا الاتجاه لم يسلم من النقد، فقد أخذ عليه، أولاً: أنه لا أحد يجادل الآن في سلطة القاضي في تقدير مدى ملاءمة الحكم بالفسخ؛ في ضوء تقديره لأهمية الإخلال الذي حدث من جانب المدين، وهي السلطة التقديرية المستقرة منذ أكثر من قرن ونصف من الزمان⁽¹⁶¹⁾.

كما أخذ على هذا الاتجاه - أيضاً - صعوبة التمييز بين تقدير ملاءمة منح مهلة للمدين للوفاء بالتزاماته، وتقدير مدى ملاءمة الحكم بالفسخ؛ ذلك لأن منح مهلة للمدين لا يعني إلا تقدير القاضي، أن العقد يستحق الإبقاء عليه، على الأقل خلال هذه المهلة، رغم عدم التنفيذ⁽¹⁶²⁾.

هذا ويلاحظ أن الاتجاه الذي تناولناه هنا، لا يصلح للقول به في ظل نصوص القانون المصري، فلا شك أن نص المادة 157 من القانون المدني، قد تفادى ما قد يقال به من تناقض، تضمنته المادة 1184 مدني فرنسي بين فقرتها الأولى - التي تتناول الشرط الفاسخ الضمني - وفقرتها الثالثة التي

(160) Aynès، السابق ص 67.

(161) Genicon، السابق ص 380.

(162) المرجع السابق ذات الموضوع.

توجب طلب الفسخ من القضاء. إضافة إلى ذلك فإن نص المادة 157، وبصفة خاصة فقرتها الثانية، واضح في مدى ما يتمتع به القاضي من سلطة، ليس فقط في منح مهلة للمدين، وإنما كذلك سلطته الواسعة في تقدير مدى ملاءمة الحكم بالفسخ في ضوء أهمية الإخلال الذي وقع من قبل المدين.

ثالثاً – الاتجاه المؤكد للتكامل بين الأصل القضائي للفسخ والفسخ بالإرادة المنفردة

يفضل هذا الاتجاه، قراءة جديدة أكثر واقعية للنصوص الموجبة للاتجاه إلى القضاء للحكم بفسخ العقد، واعتبار الفسخ القضائي هو الأصل⁽¹⁶³⁾.

يقر هذا الاتجاه، بأن هناك تعارضاً واضحاً بين نص المادة 1184 مدني فرنسي (المقابلة للمادة 157 مدني مصري) والفسخ بالإرادة المنفردة، ولكنه يؤكد في ذات الوقت، على أن عقبة النصوص هذه يمكن تجاوزها.

في سبيل تجاوز عقبة النصوص، والقول بإمكانية التوفيق بين الأصل القضائي للفسخ، والفسخ بالإرادة المنفردة، والقول بتكاملها، وعدم التنافر بينهما. يبدأ هذا الاتجاه بالبحث عن الأسباب التي تحتم الالتجاء مسبقاً إلى القضاء، إذا ما اختار الدائن فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ من قبل المدين. فلماذا يتعين على الدائن، ضحية عدم التنفيذ، الذي يكون على قدر من الجسامة، أن يلجأ إلى القاضي لطلب الفسخ، بحيث لا يمكنه أن يتخلص فوراً بإرادته المنفردة من الرابطة العقدية؟

تختلف إجابات الشراح على هذا التساؤل. فالبعض من الفقه الفرنسي يرى أن التطور القضائي الذي حدث منذ القرن السابع عشر هو الذي يفسر ذلك، حيث إنه ابتداء من هذا القرن، بدأ تطلب ضرورة الدعوى القضائية، ليس فقط بقصد استرداد الدائن لما يكون قد قام بالوفاء به، وإنما بقصد السماح للقاضي بتقدير مدى أهمية الإخلال الذي يدعيه الدائن بشأن

(163) وهو الاتجاه الذي تبناه بصفة أساسية Laithier في المرجع السابق الإشارة إليه، ص 274 وما بعدها.

تنفيذ المدين لالتزاماته⁽¹⁶⁴⁾. ولكن يرد بعض الفقه على هذا التفسير، بالتأكيد على أن الفسخ بالإرادة المنفردة لم يكن غير معروف في القانون الفرنسي القديم⁽¹⁶⁵⁾.

ويذهب البعض الآخر من الفقه، إلى أن ضرورة الالتجاء المسبق إلى القاضي من قبل الدائن للحكم بالفسخ، تفرضها العدالة وضرورة الحماية الواجبة للمدين، الذي يهدده الفسخ الذي يعتبر حلاً نهائياً وجزاء لا يجب تركه بيد الدائن⁽¹⁶⁶⁾. ويعترض بعض الفقه على ذلك، بأن مثل هذا القول يمثل انحيازاً أيديولوجياً، أكثر منه تعبيراً عن حكم القانون ذاته، فالفسخ - بحسب هذا البعض - ليس فقط جزاء، أو عقاباً، يوقع على المدين، بل هو أكثر من ذلك، حيث يمثل أداة لتحقيق العدل التعاقدى، في حال عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد⁽¹⁶⁷⁾.

إزاء عدم كفاية الإجابات السابقة، لتبرير تطلب أن يكون الفسخ من خلال القاضي، ذهب البعض من الفقه إلى القول: بأن الطابع القضائي للفسخ الذي تقرره النصوص التشريعية هو في الواقع آلية تشريعية تهدف إلى تأمين بقاء العقد، وإنقاذه، وهذا ما يؤكد قضاء محكمة النقض الفرنسية، بتأييده سلطة قضاة الموضوع، في رفض طلب الدائن الحكم بالفسخ، إذا ما تبين لهم أن عدم التنفيذ من قبل المدين ليس على درجة كافية من الجسامة، أو ضئيل الأهمية، ثم بعد ذلك تأييد دور القاضي وسلطته، المقررة بنص القانون، في منح مهلة للمدين للقيام بالتنفيذ، أي تأجيل الفسخ، وإعطاء فرصة أخيرة

Cassin, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats en droit français*, précité, p. 170.

G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats* (165) (origines de l'article 1184 C. Civ.) Paris, PUE 1924 p. 258 et 400.

مشار إليه في Laithier، السابق ص 275.

L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, T. II, (166) *Théorie générale des obligations*, 3^e éd. Paris, Sirey 1939 p. 209.

(167) Laithier، السابق ذات الموضوع.

للمدين للقيام بتنفيذ التزاماته⁽¹⁶⁸⁾.

مؤدى ما تقدم أن منح مهلة للمدين للقيام بالتنفيذ، ليس هو السبب الوحيد لتطلب تدخل القاضي المسبق، بشأن الحكم بالفسخ. فالآلية التي وضعها المشرع الفرنسي وضمنها نص المادة 1184 من القانون المدني، إنما تهدف إلى المحافظة على علاقة عقدية مجدية، بصرف النظر عن وسيلة هذه الحماية، أي سواء كانت وسيلة مؤقتة – من خلال منح مهلة للمدين للقيام بالتنفيذ – أم وسيلة نهائية، أي رفض طلب الفسخ⁽¹⁶⁹⁾.

وانطلاقاً من هذا التحليل للآلية التي وضعها المشرع، للتدخل المسبق للقاضي، بشأن طلب فسخ العقد، ذهب الاتجاه الذي نعرض له هنا، إلى أن الفسخ بالإرادة المنفردة " يتوافق تماماً مع السياسة التشريعية التي تفضل الإبقاء على العقد في حال عدم التنفيذ". ويكفي لتحقيق ذلك، تحديد شروط أعمال هذا الفسخ، وهي أن يكون الإخلال بالتزام المدين على قدر من الجسامة، وإعذار المدين، ومنح مهلة أخيرة للمدين للقيام بالتنفيذ، على سبيل المثال⁽¹⁷⁰⁾.

من هنا يرى هذا الاتجاه أن الفسخ بالإرادة المنفردة هو جزاء يدعم السياسة التشريعية، التي يقوم عليها نص المادة 1184 مدني فرنسي، فهو بطبيعته لا يهدد استقرار العلاقة العقدية، ويكفي لذلك، النظر إلى هذا الفسخ باعتباره استباقاً anticipation للفسخ القضائي، وبالتالي تجريد الدائن من حق نقض العقد بإرادته المنفردة، في حال ما إذا كان عدم التنفيذ من قبل المدين قليل الأهمية⁽¹⁷¹⁾.

على ذلك – ودائماً بحسب الاتجاه الذي نعرض له – إذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة هو الوجه الآخر للفسخ القضائي، وأن الانفرادية l'unilatéralisme، ليست فرصة للتخفيف من الشروط الموضوعية للفسخ،

(168) انظر الفقه المشار إليه في Laithier السابق ص 275 هامش 359 و 360.

(169) Laithier السابق ص 276.

(170) المرجع السابق 276 – 277.

(171) السابق ص 277.

"فلم يعد هناك من سبب ليفرض على الدائن الالتجاء إلى القضاء بطلب الفسخ، إذا كان عدم التنفيذ قد بلغ حداً من الجسامّة، يفترض معه أنه لو رفع أمره إلى القاضي، ما كان إلا ليحكم بهذا الجزاء⁽¹⁷²⁾ .

وبحسب هذا الاتجاه، فلا مخالفة – إذاً - للسياسة التشريعية التي تقوم عليها المادة 1184 مدني فرنسي، إلا إذا منح للدائن الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة، أيأ كانت قلة أهمية عدم التنفيذ من قبل المدين، والأمر على خلاف ذلك إذا كان التنفيذ قد بلغ حداً من الجسامّة تزول معه بوضوح، وبصفة نهائية مصلحة الدائن في تنفيذ العقد. ففي هذه الحالة الأخيرة يصبح إجبار الدائن على الالتجاء إلى القضاء لطلب الفسخ أمراً غير مجد من ناحية، حيث إن الفرض، أن الإبقاء على العلاقة العقدية لم يعد ممكناً؛ نظراً لجسامّة الإخلال الذي حدث، وغير فاعل من ناحية أخرى، لأن تأخير الدائن، جبراً عنه، من خلال إلزامه برفع دعوى أمام القضاء، يؤدي إلى تحمله تكلفة كان من الممكن - بل والمأمول - تخفيضها⁽¹⁷³⁾ .

هذا الاتجاه محل البحث ينتهي - إذاً - إلى نفي أي تناقض بين الفسخ في مفهومه التقليدي - أي باعتبار أنه قضائي بحسب الأصل - يمارس القاضي بشأنه رقابة مسبقة، والفسخ بالإرادة المنفردة، بل وتأكيد التوافق بينهما.

لا شك أن هذا الاتجاه الأخير يستند إلى منطق قوى في محاولته التوفيق بين الفسخ القضائي والفسخ بالإرادة المنفردة، ومحاولة استيلاء هذا الأخير من رحم الفسخ القضائي، واعتباره الفسخ بالإرادة المنفردة صورة أو امتداداً للفسخ القضائي، حيث لا مبرر لفرض الالتجاء إلى القضاء، وانتظار صدور حكم بالفسخ، في حالة لا بد فيها من الحكم به، فمن المؤكد أن في ذلك إضاعة للوقت والجهد والمال ياباه المنطق، وترفضه الفعالية الاقتصادية التي ترمي إليها الروابط التعاقدية.

(172) Laithier، السابق ذات الموضوع.

(173) السابق ذات الموضوع.

على الرغم من ذلك، فقد تعرض هذا الاتجاه – كسابقيه - لنقد شديد من جانب بعض من الفقه الفرنسي.

فقد أخذ على هذا الاتجاه، أنه يصطدم بما هو مستقر قضاء، وما استخلص منذ زمن بعيد من نصوص القانون، التي لا يمكن تجاوزها، والتي تجعل الفسخ القضائي هو الأصل، وتقوم – بحسب ما استقر عليه أعمالها – على أساس قيام القاضي بفحص للحالة الواقعية التي نشأت عن عدم التنفيذ، الذي من شأنه أن يؤدي إلى أعمال جزاء الفسخ. فما دام أن الفسخ يجب طلبه من القاضي - بحسب ما تؤكد نصوص القانون - وحيث إن هذه النصوص لم تتضمن تعريفاً للإخلال الذي يؤدي إلى فسخ العقد، فلا بد أن يكون من نتيجة ذلك، الاعتراف بأن الإخلال بالالتزامات الذي يؤدي إلى فسخ العقد، هو الإخلال الذي يراه القاضي مبرراً لإعمال هذا الجزاء⁽¹⁷⁴⁾. فللحصول على حكم بالفسخ يجب - إذاً - إقناع القاضي بأن الإخلال الذي حدث يوجب هدم العقد. والقاضي يقوم – عملياً - بالتحقق من نتائج عدم التنفيذ الذي تم، على العلاقة العقدية. سواء من حيث مضمونها الاقتصادي، أم من ناحية المتعاقدين، وتقدير الأضرار التي سببها هذا الإخلال⁽¹⁷⁵⁾. مؤدى ذلك أن القاضي وفقاً للنظام المستقر، هو الذي يسيطر على شروط أعمال الفسخ في حال عدم التنفيذ، وهذه النصوص تركز إليه تماماً في أعمال هذا الجزاء⁽¹⁷⁶⁾. والقول بإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، يذهب عكس كل ذلك تماماً، فهو يجعل قرار الفسخ بيد الدائن، بعيداً عن القضاء، وهو بذلك يحقق مصلحة للدائن، بعيداً عن الاعتبار الأخرى التي يراعيها القاضي عند اتخاذ قرار الفسخ، والتي منها بطبيعة الحال اعتبارات إنسانية، يراعى بخصوصها مصلحة المدين، وربما كذلك مصلحة الغير⁽¹⁷⁷⁾.

إضافة إلى ما تقدم، فقد أخذ على هذا الاتجاه الأخير، أن الفسخ بالإرادة المنفردة ينطلق من مفترض، أساس مفاده أنه في حال عدم التنفيذ

(174) Gencion السابق ص 305.

(175) Gencion السابق ص 313.

(176) Gencion السابق ص 372.

(177) Gencion السابق ص 436.

يجب منح الفرصة للدائن، في أن يقدر هو مدى ملاءمة إنهاء العلاقة العقدية أو الإبقاء عليها. وما من شك في أن ذلك يعني تحولاً من فسخ ينظر إليه باعتباره علاجاً يختاره القاضي، وهو الفسخ القضائي، إلى فسخ يعتبر ميزة تمنح للدائن، فكيف - إذاً - يمكن التوفيق بينهما⁽¹⁷⁸⁾. فالفسخ بالإرادة المنفردة - حسب الفقه المعارض للاتجاه محل البحث - يقوم على فلسفة مغايرة لتلك التي يقوم عليها الفسخ عن طريق القاضي، ويعبر عن توجه جديد، ترجح فيه مصلحة الدائن على مصلحة المدين⁽¹⁷⁹⁾.

والملاحظ، أنه وإن كانت الانتقادات السابقة هي في الواقع تعبيراً صريحاً عن موقف فقهي معلى، من قبل القائل بها بشأن تفضيله للفسخ القضائي، مقارنة بالفسخ بالإرادة المنفردة⁽¹⁸⁰⁾، وهي تستند في مجملها على ما تعبر عنه صراحة النصوص القانونية بشأن الفسخ، وهي في ذات الوقت تعبر عن خشية مشروعة على مصالح المدين، في مواجهة دائن يصبح مصير العلاقة العقدية بيده، بعد أن كان الأمر منوطاً بالقاضي.

هذا وبعد عرض المحاولات الفقهية لتبرير حالات الفسخ بالإرادة المنفردة، في مواجهة النصوص القانونية المقررة للأصل القضائي للفسخ، والتحقق من اتساع مضمونها، على النحو السابق بيانه، لا يسعنا إلا القول بأنها محاولات تعبر عن رغبة في تطور مفهوم الفسخ، والتأسيس لنوع آخر من الفسخ يقوم إلى جوار الفسخ القضائي، ويوازيه، يكون القرار بشأنه بيد الدائن، ضحية عدم التنفيذ.

هذه المحاولات لم تبق في الواقع مجرد اجتهاد فقهي، فقد كرس القضاء الحديث - وبخاصة القضاء المقارن - مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، متجاوزاً بذلك عقبة النصوص القانونية، وهذا ما ننتقل لبيانه في المطلب التالي.

(178) السابق ص 437

(179) السابق ص 446.

(180) Gencion، السابق ص 776، حيث يقول:

"pour notre part ...le système de la résolution judiciaire a notre préférence. "

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010 (133)

المطلب الثاني

التكريس القضائي لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

رأينا فيما تقدم، أنه على الرغم من النصوص القانونية المقررة لوجوب الالتجاء إلى القضاء؛ للحصول على الحكم بفسخ العقد، في حال عدم التنفيذ، فقد قبل القضاء في حالات معينة – مؤيداً في ذلك من الفقه – فسخ العقد بإرادة الدائن المنفردة، أي دون تدخل مسبق من جانب القضاء.

والملاحظ، أنه في السنوات الأخيرة تراجع تطلب اللجوء المسبق إلى القضاء؛ للحصول على حكم بفسخ العقد، حيث أجاز القضاء المقارن – ونقصد بذلك بصفة خاصة القضاء الفرنسي – لأحد أطراف العقد أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، وذلك في غير الحالات الاستثنائية السابق تناولها.

هذا التطور الهام في مفهوم الفسخ، وكيفية إعماله، كان محلاً لتعليقات فقهية كثيرة. ولكن الملاحظ أن معظم هذه التعليقات، كان يتعلق بالفسخ بالإرادة المنفردة، الذي أيده الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض الفرنسية، مما ترك قدراً من الشك والتردد لدى بعض الفقه حول حقيقة تكريس القضاء الفرنسي لمبدأ جديد، يقضي بإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة. لكن سرعان ما تأكد قضاء الغرفة المذكورة، بأحكام في ذات اتجاهه، صادرة عن الغرف الأخرى لذات المحكمة، وبذلك فقد زال ما أبداه البعض من تردد وشك، حول تكريس محكمة النقض الفرنسية لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، خارج نطاق الحالات الاستثنائية السابق تناولها، ولتتضح في ذات الوقت جوانب كثيرة بشأن هذا الفسخ، كانت لا تزال يحيط بها الغموض.

لذلك، رأينا أن نعرض في هذا الموضوع من البحث، للتكريس القضائي لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، من خلال عرض هذا القضاء ودلالاته، لننتقل بعد ذلك لبيان الأسباب، التي دعت غالبية الفقه لتأييد الفسخ بالإرادة المنفردة، ومدى إمكانية إعمال هذا الفسخ، في ظل أحكام القانون المصري.

الفرع الأول

القضاء المقرر

لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة ودلالاته

ذكرنا فيما تقدم، أن مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، أى دون تدخل مسبق من قبل القضاء، لم تعتمد فقط إحدى غرف محكمة النقض الفرنسية، بل امتد من غرفتها المدنية الأولى إلى الغرفة المدنية الثالثة، وكذلك غرفتها التجارية، ليتأكد بذلك هذا المبدأ الجديد، ويزول - بالتالي - التردد الذي عبر عنه بعض الفقه، الذي كان ينتظر مثل هذا التأكيد للقبول بالمبدأ؛ استناداً إلى احتمال كون ما صدر من الغرفة المدنية الأولى، حكماً منفرداً، أو اقتضه ظروف الدعوى التي صدر بشأنها.

ونعرض فيما يلي لقضاء هذه الغرف الثلاث، لنتناول بعد ذلك دلالات هذا القضاء.

أولاً - عرض القضاء المقرر لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

(1) قضاء الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية

الواقع، أن قضاء هذه الغرفة كان هو البداية الحقيقية في صياغة مبدأ إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة في حال عدم التنفيذ، وباتت صياغتها في هذا الصدد هي التي تتردد في أحكام محكمة النقض اللاحقة.

كان ذلك بمقتضى حكم صادر عن الغرفة المذكورة، بتاريخ 1998/10/13⁽¹⁸¹⁾، يعرف الآن بحكم Tocqueville. ففي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم كان الأمر يتعلق بعقد بين إحدى المستشفيات الخاصة وطبيب تخدير، التزم بمقتضاه الأخير بالعمل حصرياً لدى المستشفى، وكانت مدة العقد ثلاثين عاماً. وبعد فترة من أداء عمل الطبيب أصبح

(181) سابق الإشارة إليه.

أداؤه محل شكوى متكررة، من قبل الأطباء الآخرين العاملين بذات المستشفى، ومن قبل المرضى، حيث كان يؤخذ عليه عدم التعاون الصادق في أداء العمل، والانفعال الدائم، والإلغاء المتكرر للمواعيد المقررة سلفاً مع المرضى، بل و- أيضاً - فقدان الضمير المهني. على إثر ذلك قامت المستشفى بإنهاء تعاقدتها مع الطبيب دون منحه أية مهلة، بمعنى أنها قامت بفسخ عقدها معه بإرادتها المنفردة، أي دون اللجوء إلى القضاء.

رفع الطبيب دعوى أمام المحكمة المختصة، فاعتبرت قرار المستشفى مبرراً. في طعنه بالنقض على حكم محكمة الاستئناف - الذي أيد حكم محكمة الدرجة الأولى - استند الطبيب على الطابع القضائي للفسخ طبقاً للمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، طالباً نقض الحكم الذي أيد قرار الفسخ دون الرجوع إلى القضاء. وطبقاً لظعن الطبيب، فإن المادة المذكورة، توجب طلب الفسخ من القضاء، وأن اعتبار محكمة الموضوع قرار المستشفى بالفسخ، لهذا العقد المحدد المدة، مبرراً ومشروعاً، دون حكم قضائي مسبق بذلك، مخالفة للنص المذكور.

عند نظر الطعن، لم تقتنع الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بالحجة التي استند إليها الطاعن، وقضت بأن جسامه مسلك أحد المتعاقدين، تبرر للمتعاقد الآخر، أن يضع حداً للعقد بطريقة منفردة وعلى مسؤوليته.

بهذه الصياغة العامة والواضحة تكون الغرفة المذكورة، وبحسب ما يؤكدته الفقه الفرنسي⁽¹⁸²⁾، قد ابتعدت عن القضاء التقليدي، الذي يستند إلى قراءة أخرى لنص المادة 3/1184 من القانون المدني، والتي تلزم الدائن بالالتجاء إلى القضاء، بقصد أن يعلن هو فسخ العقد، وذلك فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية، والتي يكون - غالباً - وليس حصرياً - طابعها الاستعجال، أو وجود علاقة ثقة، يصبح بقاؤها مستحيلاً، لتعترف بهذا

V. Dai Do et M. Chang, La résolution unilatérale du contrat (182) en droit français: Vers une harmonisation au sein de la cour de cassation, P. A. no 72, 9/4/2004, p. 3 et s. spéci. p. 3.

قضاء، بإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة. فجسامة مسلك المدين في تنفيذ العقد تكون - بحسب هذا القضاء - مبرراً للدائن، أن يضع حداً بإرادته المنفردة للرابطة العقدية.

ورأى البعض في هذا القضاء، تكريساً للانفرادية unilatéralisme في المسائل العقدية⁽¹⁸³⁾، كما اعتبره البعض الآخر⁽¹⁸⁴⁾ خطوة أولى في سبيل إعادة النظر، في مبدأ الطابع القضائي للفسخ بسبب عدم التنفيذ.

لم يبق هذا الحكم وحيداً، فقد عادت ذات الغرفة في 2001/2/20⁽¹⁸⁵⁾، لتذكر بقضائها السابق، بل وتضيف إليه - وذلك بقضائها - أن: جسامة مسلك أحد المتعاقدين، تكون مبرراً للطرف الآخر أن ينهي العقد بإرادته المنفردة، وعلى مسؤوليته، سواء كان العقد محدداً أو غير محدد المدة.

وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، في أن عقداً قد أبرم بتاريخ 1995/9/25 بين شركة Europe Expertise، وأحد الخبراء في مجال صناعة السيارات، كانت مدة العقد ثلاث سنوات، عُهد بمقتضى هذا العقد إلى الخبير القيام بأعمال الخبرة اللازمة، بشأن مجموعة من السيارات، تم التعاقد عليها لصالح شركة تعمل في مجال تأجير السيارات، وبعد شهر واحد من إبرام العقد، قامت شركة Europe Expertise بإنهاء تعاقدتها مع الخبير؛ لما أخذته عليه من عدم قيامه شخصياً بأعمال الخبرة اللازمة، بالمخالفة للقواعد والأصول المتبعة في هذا المجال. على إثر ذلك قام الخبير

D. Mazeaud, note sous Cass. Civ. 28/10/2003, RDC 2004, p. (183) 277 et s.

L. Aynès, note sous Cass. Civ. 28/10/2003, RDC 2004, p. (184) 273.

Le Dalloz 2001 p. 3239 note D. Mazeaud; RTD Civ. 2001 obs. (185) J. Mestre et B. Fages, p. 364.

وراجع:

Ch. Jamin, L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée, Le Dalloz 2001, p. 1568 et s.

(137) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة هذا الإنهاء، الذي اعتبره خاطئاً. رفضت محكمة الموضوع طلبه؛ استناداً إلى أنه، بالرغم من أن العقد محدد المدة لا يمكن إنهاؤه إلا باتفاق الطرفين، فإن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية يمكن أن يؤدي إلى الإنهاء المبترس للعلاقة العقدية.

طعن الخبير على حكم الاستئناف أمام محكمة النقض، التي أكدت قضاءها السابق لعام 1998، بقولها: إن جسامته مسلك أحد المتعاقدين، يمكن أن يبرر للمتعاقد الآخر إنهاء العقد بإرادته المنفردة، على مسؤوليته، وأضافت إلى ذلك، "سواء كان العقد محدداً أو غير محدد المدة". إلا أن المحكمة نقضت الحكم المطعون عليه؛ استناداً إلى خطأ محكمة الاستئناف بقضائها على النحو السابق، دون بيان مدى جسامته مسلك (الخبير)، التي تبرر إنهاء العقد، من قبل الشركة المتعاقدة معه.

لا شك أن العقد الذي ربط بين الطرفين، يقوم على الثقة، ولكن الثقة هنا - كما يؤكد بعض الفقه⁽¹⁸⁶⁾ - ليست بأكثر من تلك التي تقوم عليها كافة العقود التي تتضمن أداءً لخدمة، كما أنه لا شيء في هذه الدعوى، يوحي بأن الأمر كان يتعلق بحالة استعجال. وعبارات الحكم لا يتضح فيها أن الأمر كان يتعلق بعلاقة ثقة زالت، أو حالة استعجال. فالغرفة المدنية قد أخذت في هذا الحكم على محكمة الاستئناف، رفض طلب Fanara بالتعويض عن الإنهاء بالإرادة المنفردة من قبل الشركة، دون بيان أن مسلكه، كان على قدر من الخطورة والجسامته؛ ليبرر هذا الإنهاء.

وإذا كانت محكمة النقض، بهذا الحكم، قد أخذت على محكمة الاستئناف، عدم بحثها الجسامته الكافية للإخلال المنسوب إلى الخبير، دون إشارة إلى حالة من الحالات الاستثنائية المعروفة، والتي تبرر الفسخ بالإرادة المنفردة تقليدياً، فذلك يؤكد ويظهر بوضوح، أن قضاء الغرفة المدنية في حكمها - وكما في سابقه - لا يتعلق باستثناء، بل هو يخرج عن نطاق الحالات الاستثنائية السابق تناولها، ليضع مبدأ موازياً للفسخ القضائي،

(186) Amrani - Mekki، السابق ص 380.

Capitant, Terré et Lequelle, Les grands arrêts, op. cit. p. 273.

أي ذلك الذي يتم إيقاعه من خلال حكم قضائي⁽¹⁸⁷⁾.

هنا - أيضاً - تؤكد المحكمة على قضائها لعام 1998، رغم نقض حكم الاستئناف، وذلك من خلال، إيضاحها للشرط الأساسي المبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، والتأكيد على ضرورة تحقق محكمة الموضوع من توافره. وقد تأكد قضاء هذه الغرفة بعد ذلك، بحكم آخر بتاريخ 2002/7/9⁽¹⁸⁸⁾، حيث قضت المحكمة، بأن الامتناع المتكرر من قبل إحدى السيدات، المتعاقدة مع شركة غاز وكهرباء فرنسا، عن الوفاء بقيمة الفواتير المستحقة عليها، يعتبر مبرراً لإنهاء الشركة بإرادتها المنفردة عقد توريد الكهرباء المبرم بين الطرفين.

وكان قد ورد في الطعن المقدم للمحكمة، أنه في حال عدم تضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً - وفيما عدا حالة الاستعجال - فإن فسخ العقد الملزم للجانبين، لا يتم بقوة القانون في حال عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، وإنما يجب طلب الفسخ من القضاء، وأن تغاضي محكمة الاستئناف عن التحقق من تضمن عقد الاشتراك في خدمة الإمداد بالكهرباء والغاز شرطاً فاسخاً، أو البحث عن حالة استعجال تسمح للشركة بالفسخ بإرادتها المنفردة للعقد دون تدخل القضاء، يجعل حكم المحكمة مفقداً للسند القانوني، ومخالفاً لنص المادة 1184. ولكن محكمة النقض لم تفتتح بما استندت إليه الطاعن، وأيدت حكم الاستئناف على النحو السابق بيانه.

وبتاريخ 2003/10/28⁽¹⁸⁹⁾، عادت ذات المحكمة لتؤكد قضاءها السابق، بذات الصياغة التي وردت بحكم عام 1998. كان الأمر هنا يتعلق بعقد أطلق عليه المتعاقدان عقد "مساعدة ومشورة"، وكانت مدة العقد ثمانية

(187) Jamin، السابق ص 1569.

(188) JCP 2003 – II – 629، note Ch. Lachieze.

(189) RDC 2004، p. 273، note L. Aynès؛ RDC 2004، p. 277 note Mazeaud؛ Ch. Lachieze، Notion de comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat، JCP 2004 – II – 10108.

(139) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

عشر شهراً. وبعد فترة من إبرام العقد، ودخوله حيز التنفيذ، برزت بعض الإشكالات بين الطرفين، على إثرها، قامت الشركة المتلقية للمساعدة والنصح، باتخاذ قرار بإنهاء العقد. قامت الشركة الأخرى - مقدمة الخدمة - بمقاضاة الشركة الأولى، طالبة اعتبار هذا الإنهاء تعسفياً، والحكم لها بالتعويض. رفضت محكمة الاستئناف هذا الطلب، معتبرة أن فسخ العقد كان مبرراً، بالنظر إلى عدم قيام الشركة المقدمة للخدمة، بتنفيذ التزاماتها خلال الشهرين السابقين على قرار إنهاء العلاقة العقدية، وأن ذلك كان كافياً، ليجعل الفسخ بالإرادة المنفردة مبرراً.

عند نظر الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض، الطعن على حكم محكمة الاستئناف، أكدت المحكمة على حق المتعاقد، في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، في حال جسامته مسلك المتعاقد معه، سواء كان العقد محدداً أو غير محدد المدة، ولكنها نقضت حكم محكمة الاستئناف، على أساس، عدم قيام هذه المحكمة بالبحث فيما إذا كان مسلك الشركة مقدمة الخدمة، كان على قدر من الجسامته، والأهمية الكافية التي تجعل قرار الفسخ مبرراً.

وبذلك - أيضاً - تؤكد المحكمة على إقرارها الحق في الفسخ بالإرادة المنفردة متى توافر شرط إعماله، وما نقضها لحكم الاستئناف إلا بسبب عدم التحقق من توافر هذا الشرط.

وتستمر أحكام الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في تأكيدها لقضاء عام 1998، من خلال حكم آخر لها بتاريخ 2007/3/13⁽¹⁹⁰⁾. وتتخلص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، في الآتي: في العقد المبرم بين إحدى المستشفيات وأحد الجراحين لديها، اتفقا على إمكان قيام الجراح بعمليات جراحية لحسابه الخاص، مع قيام المستشفى بالحصول على نسبة معينة من الأتعاب المستحقة، له نظير قيامه بهذه العمليات، ونظير ما يقدم له من خدمات للقيام بها. بعد فترة من الزمن، حاولت المستشفى تعديل نسبة ما يستقطع من الأتعاب، وذلك بالمخالفة

لما تم الاتفاق عليه. وعلى الرغم من معارضة الطبيب وتمسكه بما اتفق عليه استمرت المستشفى في إرسال مطالبته له، إضافة إلى مطالبته بغرامات، عن تأخره في سداد ما هو مستحق عليه وفق التقدير الجديد للمستشفى، مما أدى بالطبيب إلى إنهاء علاقته العقدية بها. اعتبرت المستشفى قرار الطبيب إنهاءً خاطئاً للعلاقة العقدية. وبقرار صادر من محكمة الاستئناف، اعتبرت هذه المحكمة، المستشفى مسئولة عن إنهاء العلاقة العقدية، لما سببته من إرباك مستمر للطبيب؛ نتيجة مطالبته له بغير ما تم الاتفاق عليه، مما ترتب عليه تعكير صفو البيئة اللازمة، لأداء عمله كطبيب جراح.

وفي طعنها أمام محكمة النقض، أخذت المستشفى على محكمة الاستئناف، اعتبارها المستشفى مسئولة عن إنهاء العلاقة العقدية، باقتصارها على اعتبارها مرتكبة لإخلال بالتزاماتها العقدية، فيما المسلك الذي يكون على قدر من الجسامه من قبل أحد المتعاقدين، هو وحده الذي يبرر للمتعاقد الآخر، أن ينهي العقد بإرادته المنفردة. وهذا ما لم تقتنع به محكمة النقض، حيث قضت برفض الطعن؛ مستندة إلى أن محكمة الاستئناف، قد أوضحت أن تصميم المستشفى، على أن ترسل بصفة دورية للطبيب الجراح، الفواتير المنازع فيها، والمجسدة لقرارها تعديل بند أساسي من بنود تعاقدتها معه بإرادتها المنفردة، ترتب عليه حالة من الإرباك لعمل الجراح، وتعكير صفو الأجواء التي يعمل بها، والتي لم تعد تتناسب وعمله، وخلصت من ذلك، إلى أن ما قامت به المستشفى يعد إخلالاً على قدر من الجسامه يسمح للطبيب أن ينهي عقده مع المستشفى، دون الالتجاء المسبق إلى القضاء.

بهذا الحكم تؤكد الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض، مرة أخرى، على حق المتعاقد في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، في حال الإخلال الجسيم بالعقد من قبل المتعاقد معه، دون حاجة للحصول على حكم بالفسخ من قبل القضاء، وذلك خلافاً للأصل في الفسخ، وأن الفسخ لا يقع إلا من خلال حكم قضائي.

إضافة إلى الأحكام السابقة فقد شهد العام 2008 تأكيداً آخر

للقضاء السابق، وذلك بحكم صادر عن ذات الغرفة بتاريخ
2008/11/5⁽¹⁹¹⁾.

ففي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، كان الأمر يتعلق بعقد أبرمه أحد أصحاب الخيول، مع مدرب ليتولى تدريب أحد الخيول المملوكة له، على نفقة المدرب، مقابل اقتسام الأرباح المأمول تحقيقها من السباقات التي يجتازها الخيل، وذلك بنسبة 70 ٪ للمدرب و 30 ٪ للمالك. بعد فترة، وقبل نهاية مدة العقد، قام المالك بإنهاء العقد مع المدرب، فقام الأخير برفع دعوى مدعياً أن هذا الإنهاء تعسفي، ومطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصابه. رفضت محكمة الاستئناف طلب المدرب، فقام بالطعن على الحكم أمام محكمة النقض، فأيدت حكم الاستئناف، مقررّة أن هذه المحكمة، خلصت إلى أن مسلك المدرب كان على درجة من الجسامّة، جعله مبرراً لإنهاء العقد محدد المدة، وذلك من خلال مقارنة النتائج المتحققة، قبل عقد الشراكة بين مالك الخيل والمدرب، وأثناء تنفيذ العقد، ولاحقاً على إنهاء العقد، إضافة إلى الشهادة المقدمة من قبل شخص من الغير، تؤكد أن المدرب كان عاجزاً عن تطوير أداء الخيل التي تولى تدريبها وقيادتها، مما أحدث ضرراً بقدرات وإمكانيات هذا الحيوان ومصالح المالك.

لا شك أن تعدد الأحكام السابق تناولها فيما تقدم، والصادرة عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، واستقرارها على مدى مساحة زمنية ليست بالقصيرة، يؤكد قبول هذه الغرفة لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة بالعقد.

هذا المبدأ يؤكد - أيضاً - القضاء الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة، مما يعني: أن ما تقدم من أحكام، لا يعبر عن توجه لدى إحدى غرف محكمة

RTD. Civ. 2009, p. 119 obs. B. Fages. (191)

وسبق هذا الحكم حكم آخر صادر، عن ذات الغرفة في 2008/2/28 راجع فيه:
J. P. Gridel et Y. M. Laithier, Les sanctions de l'inexécution
du contrat imputable au débiteur: état des lieux, JCP 2008 – I
– 143 spéci. no 47.

(142) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

(2) قضاء الغرفة المدنية الثالثة

قبول هذه الغرفة لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، كان بمقتضى حكم صادر عنها بتاريخ 2002/10/22⁽¹⁹²⁾. وكان الأمر يتعلق بعقد مقاوله بناء أبرم بين السيد El Hachoumi وزوجته (رب العمل) من ناحية، وشركة Gete contruction (المقاول) من ناحية أخرى. لم يلتزم المقاول ببدء الأعمال في التاريخ المتفق عليه، وإنما بدأ بعد هذا التاريخ بثلاثة أشهر. واستناداً إلى هذا التأخير، قام رب العمل بفسخ العقد بإرادته المنفردة. قضت محكمة الاستئناف باعتبار هذا الفسخ مبرراً، وألزمت المقاول برد مبلغ العريون الذي سبق له قبضه. أمام محكمة النقض اعتبر المقاول أن محكمة الاستئناف قد خالفت المادة 1134، والمادة 1184، من القانون المدني الفرنسي، وجاء بطعنه أن إنهاء العقد لعدم التنفيذ من قبل أحد المتعاقدين لأحد التزاماته التبعية، هو بالضرورة قضائي، إلا إذا كانا متفقين على شرط فاسخ صريح، وأن اعتبار محكمة الاستئناف، إنهاء العقد من قبل رب العمل مبرراً ومشروعاً، رغم عدم الاتفاق على مثل هذا الشرط، يخالف النصين المذكورين. ولكن الغرفة المدنية الثالثة لم تقتنع بما أبداه الطاعن، وقضت بتأييد حكم الاستئناف، وجاء بحكمها أن محكمة الاستئناف، وحيث تبين لها أن شركة البناء، بدأت أعمالها بتأخير جاوز ثلاثة أشهر، عما تم الاتفاق عليه، خلصت إلى وجود إخلال جسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، اعتبرته مبرراً لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، من قبل رب العمل.

مؤدى ذلك، أنه بالنسبة للغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية أيضاً، فإن فسخ العقد بالإرادة المنفردة يكون جائزاً، في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد من قبل المدين.

(192) أورده Dai Do و Chang، السابق ص 4.

(3) قضاء الغرفة التجارية

على الرغم من القضاء الواضح للغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، وما تلاه من أحكام صادرة عن غرفتها الثالثة، والمؤيدة لإمكان فسخ العقد، في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، أو في حال جسامته وخطورة مسلك المتعاقد، فقد ظل بعض الفقه⁽¹⁹³⁾ - وكما أشرنا فيما تقدم - متردداً في الإقرار بوجود مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، معتبراً أن ما تم هو خطوة أولى، ينقصها موقف معلن من قبل الغرفة التجارية لمحكمة النقض؛ لإمكان تأكيد وجود مثل هذا المبدأ أو نفي وجوده.

ربما كان لهذا الرأي ما يبرره، بالنظر إلى موقف الغرفة التجارية، المعلن بصراحة ووضوح في أحكام عديدة لها، من ناحية تمسكها بحرفية نص المادة 1184 والأصل القضائي للفسخ، ولو كان الإخلال المنسوب إلى المدين في تنفيذ التزاماته جسيماً⁽¹⁹⁴⁾.

ولكن الملاحظ، أن تأكيد الغرفة التجارية على الطابع القضائي للفسخ، ورفضها الفسخ بالإرادة المنفردة في حال الإخلال الجسيم بالعقد من قبل المدين، إنما كان بمقتضى أحكام سابقة على تاريخ حكم الغرفة المدنية في العام 1998. لذلك كان من المتعين، للتعرف على موقف الغرفة التجارية من هذا القضاء انتظاراً، أحكام هذه الغرفة اللاحقة على هذا التاريخ، لإمكان تبين موقفها من إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة.

وكانت البداية في هذا الصدد بحكم صادر عن الغرفة المذكورة بتاريخ 2004/2/4⁽¹⁹⁵⁾، حيث تبين من هذا الحكم بوادر تحول في قضاء

(193) من هؤلاء Lachieze تعليقه السابق الإشارة إليه في JCP 2004 خاصة ص 1281.

(194) من ذلك مثلاً:

Cass. Com. 25/3/1991, C.C.C. 1991, 162 obs. L. Leveneur;

Cass. Com. 1/12/1992, RTD Civ. 1993, p. 578 obs. J. Mestre.

Cass. Com. 4/2/2004, JCP 2004 – I- 149, note J. Roschfeld; (195)

RTD Civ. 2004, p. 731 obs. J. Mestre et B. Fages.

الغرفة التجارية، واقترباً من قضاء الغرفتين المدنييتين الأولى والثالثة.

في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، تتلخص الوقائع في أن عقداً أبرم بين شركة Esso وبنك Crédit agricole بمقتضاه التزم الأخير بإعداد بطاقات دفع لصالح عملاء الشركة المذكورة؛ لاستخدامها في دفع فواتير تزودهم بالوقود من محطات الخدمة التابعة للشركة، وكانت مدة العقد سنة واحدة. بعد فترة وجيزة من بداية تنفيذ العقد، لاحظت الشركة وقوع أخطاء عديدة في استخدام البطاقات، خشيت معها التأثيرات السلبية على عملائها، وسمعتها في مجال عملها، فقامت بإخطار البنك بضرورة إصلاح هذه الأخطاء، لم يستجب البنك، فقامت الشركة بإخطار البنك بإنهاء تعاقدتها معه.

اعتبرت المحكمة التجارية المختصة، وكذا محكمة الاستئناف قرار ESO في فسخ العقد بإرادتها المنفردة مبرراً ومشروعاً. وعند الطعن من قبل البنك أمام محكمة النقض، رفض الطعن وتأييد حكم الاستئناف.

لكن الملاحظ أن الغرفة التجارية في رفضها للطعن، وتأييدها حكم الاستئناف، استندت إلى حالة الاستعجال l'urgence من ناحية، وجسامة الإخلال بالالتزامات العقدية من ناحية أخرى. وإذا كان الاستناد إلى حالة الاستعجال كمبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، هو تطبيق تقليدي لحالة من الحالات الاستثنائية لهذا النوع من الفسخ⁽¹⁹⁶⁾، فإن الاستناد إلى جسامة الإخلال في تنفيذ الالتزامات العقدية هو - كما يرى بحق بعض الفقه⁽¹⁹⁷⁾ - الجديد في قضاء هذه الغرفة.

لذلك، ذهب بعض الفقه إلى أن هذا الحكم يعني، تمايز قضاء الغرفة التجارية عن قضاء الغرفتين المدنييتين الأولى والثالثة، وربما يتضمن رفضاً

J. Ghestin, Le future: exemples étrangers, Le code civil en (196) France aujourd'hui, in Faut – il réformer le titre III du livre III du code civil, op. cit. p. 1152 et s. spéci. p. 1155.

(197) Ghestin, السابق ذات الموضوع.

(145) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

ضمناً لاتجاه الغرفتين⁽¹⁹⁸⁾، فيما ذهب البعض الأخير، إلى أن هذا القضاء يحمل ملامح التحول في قضاء هذه الغرفة نحو إقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة ويعد تمهيداً له⁽¹⁹⁹⁾، في حين رأى جانب آخر من الفقه، أن استناد الغرفة التجارية إلى حالة الاستعجال؛ كمبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، إلى جانب الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، كان نتيجة ظروف وملاسات الدعوى، التي كانت واضحة فيها حالة الاستعجال المبررة للفسخ بالإرادة المنفردة، وليس هناك ما يمنع من الاستناد إلى الفكرتين لتبرير هذا الفسخ⁽²⁰⁰⁾.

على أية حال، فإن الوقت لم يتأخر كثيراً، لتعلن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، عن انضمامها للموقف الذي اعتمده الغرفة المدنية الأولى والثالثة، وكان ذلك بمقتضى حكم صادر عنها بتاريخ 2008/9/23⁽²⁰¹⁾. ففي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم كانت شركة Temaco قد التزمت بمقتضى عقد توزيع حصري، مدته ثلاث سنوات، ببيع حاويات من ماركة City منتجة بمعرفة المتعاقد الآخر، شركة Teixagol. بعد فترة من تنفيذ العقد صدر حكم ضد الشركة الأخيرة، يقضى بمنع تصنيع وبيع هذه الحاويات بسبب ارتكاب جريمة التقليد، فعرضت هذه الشركة على شركة Temaco منتجاً آخر بديل، على إثر ذلك، قامت الشركة الأخيرة بوقف تعاملها مع المنتج وأنهت التعاقد معه بإرادتها المنفردة. رفع المنتج دعوى على الشركة، مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، نتيجة هذا الإنهاء التعسفي – بحسب إدعائه - ، رفضت محكمة الاستئناف هذا الطلب، فتم الطعن أمام محكمة النقض، فأيدت الغرفة التجارية لهذه المحكمة، حكم محكمة الاستئناف فيما خلص إليه من أن جسامته الإخلال بحسن النية التعاقدية، من قبل شركة Teixagol، سواء عند إبرام العلاقة العقدية – بعدم إعلام الشركة المتعاقدة معها بدعوى التقليد، بشأن المنتج موضوع التعاقد –

(198) Genicon، السابق ص 395.

(199) Mestre و Fages الملاحظات سابق الإشارة إليها.

(200) Roschfeld، الملاحظات السابق الإشارة إليها.

(201) RTD Civ. 2009, p. 320 obs. B. Fages.

أو أثناء تنفيذها، إضافة إلى إخلالها بتسليم المنتج البديل عن المقلد، مبرراً لقطع هذه العلاقة.

ولا شك أن هذا القضاء واضح في إقراره مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في حال الإخلال لجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، وهنا - أيضاً - يمكن القول: بأن الاستناد إلى مخالفة حسن النية لتبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يعني في - اعتقادنا - تصميمياً من هذه الغرفة على إبقاء الفسخ بالإرادة المنفردة ضمن حالاته الاستثنائية التقليدية، حيث لو كان الأمر كذلك، فما كان لهذه الغرفة إلا الاستناد إلى هذا المبرر، دون ما حاجة إلى إبرازها الإخلال الجسيم من قبل المتعاقد، في تنفيذ التزاماته بتسليم المنتج البديل، لذلك يرى المعلق على الحكم المذكور⁽²⁰²⁾، أن هذا الاستناد، إلى مخالفة حسن النية، لا يحول دون القول بانحياز الغرفة التجارية لمحكمة النقض - بقضائها السابق - إلى إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد.

وقد تأكد ذلك بحكمين حديثين صادرين عن ذات الغرفة في العام 2009، صدر أولهما في 2009/2/10⁽²⁰³⁾، والثاني في 2009/3/31⁽²⁰⁴⁾.

ففي الحكم الأول، لم تقتصر الغرفة التجارية على تأييد مبدأ "أن جسامته الإخلال بالالتزامات العقدية من قبل أحد المتعاقدين يبرر للآخر أن ينهي العقد بإرادته المنفردة"، بل أضافت أن ذلك ممكن - أيضاً - أياً كانت الإجراءات المتفق عليها لإنهاء العقد.

وفي الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، كان الأمر يتعلق بعقد إيجار وصيانة معدات، خاصة بصناعة النسيج مدته ثلاث سنوات. وبعد سنة تقريباً من إبرام العقد، قامت الشركة المستأجرة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة، فقامت الشركة المؤجرة برفع دعوى للمطالبة بالتعويض، فتمسكت الشركة الأولى بالإخلال الجسيم من قبل الشركة المؤجرة في تنفيذ التزاماتها العقدية،

(202) Fages، السابق ذات الموضوع.

RTD Civ. 2009, p. 319 obs. Fages. (203)

RTD Civ. 2009, p. 320 obs. Fages. (204)

غير أن محكمة الاستئناف - وبعد أن أوضحت أن العقد يتضمن بنداً بمقتضاه أن إنهاء العقد قبل انتهاء مدته، يجب أن يسبقه ثلاثة خطابات موصى عليها بعلم الوصول، ومتضمنة أسباب الإنهاء، وأن الشركة المستأجرة لم تحترم هذا الإجراء - انتهت إلى عدم اعتبار العقد مفسوخاً، وقضت ببقائه إلى نهاية مدته المتفق عليها. طعنَت الشركة المستأجرة على هذا الحكم أمام محكمة النقض، فنقضت غرفتها التجارية حكم الاستئناف، معتبرة أن قرار الشركة المستأجرة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة مبرر؛ استناداً إلى الإخلال الجسيم بالالتزامات العقدية، من قبل الشركة المؤجرة.

ويرى المعلق على هذا الحكم⁽²⁰⁵⁾ - وبحق - أن هذا القضاء يتفق تماماً مع منطق الفسخ بالإرادة المنفردة. فإذا كانت جسامه مسلك أحد المتعاقدين تبرر للأخر - وعلى مسئوليته - فسخ العقد دون الرجوع إلى القضاء، فيمكن بالتالي، تفهم أن جسامه هذا المسلك تكون مبرراً - أيضاً - لإعفاء الدائن من اتباع الإجراءات المتفق عليها لإنهاء العقد، قبل مدته المتفق عليها.

وفي الحكم الثاني، تؤكد الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، موقفها السابق، رغم نقضها لحكم محكمة الاستئناف التي اعتبرت فسخ عقد صيانة، مبرم لمدة سنتين، بالإرادة المنفردة للدائن، قد تم على نحو صحيح، حيث أوضحت هذه الغرفة، أن سبب نقض الحكم، هو ما أخذته على محكمة الاستئناف، من عدم بيانها أن ما اقترفه المدين يمثل مسلكاً على قدر من الجسامه الكافية يبرر للدائن إنهاء العقد بإرادته المنفردة.

ولا شك أن تعدد أحكام محكمة النقض الفرنسية، الصادرة عن غرفها المختلفة، إنما يؤكد دون لبس اعتماد هذه المحكمة لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة. وهذه الأحكام تحمل الكثير من الدلالات نحاول بيانها فيما يلي.

(205) 319 RTD Civ, Fages, 2009 ص 319.

ثانياً – دلالات القضاء المقرر لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة

ذكرنا فيما تقدم، أن تعدد الأحكام القضائية المؤيدة لقرار الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، ودون اللجوء إلى القضاء، إنما يعنى تأكيد وجود مبدأ عام للفسخ بالإرادة المنفردة في القانون الفرنسي. فتعدد هذه الأحكام والصياغة العامة التي ترددها إنما يؤكد هذا المبدأ، وهذا ما يؤكد - أيضاً - الفقه الفرنسي⁽²⁰⁶⁾. ومؤدى ذلك - بحسب ما يؤكده الفقه أيضاً - أن هذا القضاء الحديث، قد تجاوز حدود الحالات الاستثنائية⁽²⁰⁷⁾ المعروفة تقليدياً - والسابق تناولها - والتي تجيز الفسخ بالإرادة المنفردة.

والقول بتكريس هذا القضاء لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، إنما يعنى أن دور القاضي لم يعد هو ما يقرره صراحة نص المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي. فالقاضي - بحسب هذا النص - هو الذي يملك قرار فسخ العقد، وإلى حين تدخله يبقى العقد قائماً. ولا شك أنه بقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة يصبح قرار فسخ العقد، بيد الدائن لا بيد القاضي.

وإذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة يعنى أن قرار الفسخ، ومصير العقد، أصبح بيد الدائن، فإن ذلك لا يعنى إقصاء دور القاضي في هذا المجال، وإنما يعنى تغيير توقيت أعمال هذا الدور. فالقضاء الذي أقر مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة يؤكد على أن ذلك يتم على مسؤولية الدائن، بما مؤده، أنه يمكن للمدين أن يلجأ بعد ذلك - أي بعد اتخاذ قرار الفسخ - إلى القاضي للمطالبة باعتبار هذا الفسخ كأن لم يكن؛ لعدم توافر شروط أعماله، وفي هذه الحالة تصبح رقابة القاضي بشأن الفسخ رقابة لاحقة، بعد أن كانت

(206) راجع على سبيل المثال:

Ch.Jamin, L'admission d'un principe de résolution unilatérale
..., précité, spéci. p. 1569.

RTD Civ. ملاحظات Fages، السابق ص 117، Corgas - Bernard
2009 ص 319، سابق الإشارة إليه، Mazeaud، ملاحظات على نقض مدني
2001/2/20 سابق الإشارة إليه.

Ch. Jamin, note sous C. A. Douai, 6/7/1998, JCP 1999 - I - (207)
191; Amrani - Mekki, précité, p. 380.

هذا وإذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة يبقى خاضعاً لرقابة القاضي - وإن كانت رقابته لاحقه - فمؤدى ذلك، أنه لا يمكن القول بأن الفسخ بالإرادة المنفردة، يتعارض وقاعدة عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بنفسه⁽²⁰⁹⁾.

وإذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة يعني أن يكون للدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة دون لجوء إلى القضاء، فليس من شأن ذلك إلغاء إمكانية لجوئه إلى الفسخ القضائي، فالفسخ بالإرادة المنفردة يعتبر بديلاً متاحاً للدائن. فأقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة مؤده - إذاً - أن الفسخ القضائي، لم يعد هو الطريق الوحيد المتاح لفسخ العقد، بل ربما - كما يقول بعض الفقه - يصبح هو الطريق الاحتياطي للفسخ⁽²¹⁰⁾.

إضافة إلى ما تقدم من دلالات للقضاء المقرر لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، فإن هذا النوع الجديد من الفسخ، من شأنه تغيير أدوار الأطراف المتعاقدة بشأن فسخ العقد. فلم يعد على الدائن الراغب في فسخ العقد، في حال عدم التنفيذ من قبل المدين، أن يلجأ أولاً إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، وإنما يكون على المدين أن يلجأ إلى القضاء، للمنازعة في قرار الفسخ. فالجوء إلى القضاء يتوقف - إذاً - على موقف المدين من قرار الفسخ⁽²¹¹⁾.

كذلك، فإن إقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، يعبر عن توجه جديد

Ph. Stoffel – Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation (208) unilatérale, Dr. et Pat. no. 126, 5/2004, p. 73 et s.; B. Fauvarque – Cosson, La réforme du droit français des contrats: Perspectives comparative, précité, p. 156; Ph Le Tourneau et (autres) Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit. p. 1270.

M. Stork, Résolution judiciaire in, Juris – classeur civil, art. (209) 1184 fasc. 10, no 72; C. Chabas, L'inexécution licite du contrat, op. cit. p. 157.

Fauvarque – Cosson (210)، السابق ذات الموضوع.

Amrani – Mekki (211)، السابق ص 380.

في مفهوم الفسخ، يختلف عن ذلك الذي يؤسس عليه الفسخ القضائي. فالفسخ القضائي في حال عدم التنفيذ، تكمن وراءه أبعاد أخلاقية وإنسانية. ويتمثل البعد الأخلاقي في أنه بمقتضى مبدأ القوة الملزمة للعقد، يكون تدخل القاضي ودوره في مجال الفسخ ضرورياً للمحافظة على العقد، والتمكين من تنفيذه، وتفاذي أن يستقل الدائن بقرار التحلل من العقد، وربما استغلاله أي قدر من الإخلال من جانب المدين؛ لينقض العقد بإرادته المنفردة. والبعد الإنساني - من ناحية أخرى - يتجسد في أن القاضي بما يملكه من سلطة في منح المدين مهلة للتنفيذ، يأخذ في اعتباره - عند منح هذه المهلة - الصعوبات التي يواجهها هذا المدين، فيمنحه فرصة أخيرة للتنفيذ⁽²¹²⁾. في المقابل فإن الفسخ بالإرادة المنفردة، ينطلق من ترجيح اعتبارات أخرى، تقوم على تغليب المنطق الاقتصادي، على ذلك الأخلاقي والإنساني الذي يقوم عليه الفسخ القضائي⁽²¹³⁾، وذلك بتمكين الدائن من تصفية حالة عقدية لا يمكن الاستمرار فيها.

الفسخ بالإرادة المنفردة، أي دون تدخل مسبق من القاضي، يندرج تماماً في آفاق التوجه الفقهي الذي يرى ضرورة مراعاة الفعالية الاقتصادية للقانون، ويستند - كما يقول بعض الفقه - إلى أنه بفضل استبعاد التدخل القضائي، يكون للدائن ضحية عدم التنفيذ، وبدلاً من انتظار قرار القاضي الذي لا تعرف نتائجه، وتحمل مصاريف هذا التدخل، على نحو يضر بمصالحه، يمكن لهذا الدائن فوراً، أو خلال مدة معقولة، أن يبرم مع شخص من الغير عقداً جديداً، مما يؤدي إلى تجنبه ضياع الوقت والمال⁽²¹⁴⁾.

(212) راجع في ذلك:

Ch. Jamin, Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat: trois idéologies en concurrence, précité, p. 72.

(213) Jamin السابق ص 76، وراجع أيضاً:

J. Rochfeld, La rupture efficace, in Droit et économie des contrats (sous la dir. de Ch. Jamin) LGDJ - Alpha 2009, p. 169 et s. spéci. p. 172.

D. Mazeaud, Durées et ruptures, précité, p. 141. (214)

دلالات كثيرة - إذاً - يحملها إقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، يجعله يختلف، على نحو واضح، عن مفهوم الفسخ الذي ألفناه تقليدياً. هذا المبدأ الجديد يحظى الآن بتأييد غالبية الفقه الفرنسي، ولا شك أن وراء ذلك أسباباً تدعو لهذا التأييد، بعد بيانها، نحاول التعرف على إمكانية الأخذ بهذا المبدأ في ظل أحكام القانون المصري.

الفرع الثاني

الأسباب الداعية لتأييد الفسخ بالإرادة المنفردة

وموقف القانون المصري

ونعرض في هذا الصدد، للأسباب التي تجعل الفسخ بالإرادة المنفردة جديراً بالتأييد، ثم بعد ذلك نتناول إمكانية أعمال هذا الفسخ في القانون المصري.

أولاً - أسباب تأييد الفسخ بالإرادة المنفردة

لا شك أن وراء إقرار محكمة النقض الفرنسية، بغرفها المختلفة لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، في حال عدم التنفيذ وتأييد الفقه لذلك، وتزايد أعداد الدول التي تقر تشريعاتها هذا النوع من الفسخ، والتوجه التشريعي في فرنسا نحو إقرار هذا المبدأ في التعديل المرتقب للقانون المدني، ما يؤكد أن لهذا الفسخ من المزايا ما لا يوفرها الفسخ في صورته التقليدية، أي ذلك الفسخ الذي يقع أصلاً بحكم من القاضي⁽²¹⁵⁾.

ومن الأسباب الداعية لتأييد الفسخ بالإرادة المنفردة، يمكن أن نذكر

(215) ربما ذلك ما دعا الفقيه البلجيكي الكبير M. Fontaine للقول بأن "Le contrôle judiciaire à priori de la résolution pour inexécution s'avère très souvent peu compatible avec la gestion efficace d'une crise contractuelle" Rapport de synthèse in, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 1017 et s. spéci. p. 1058.

ما يلي:

الفسخ بالإرادة المنفردة يساهم في الحد من كثرة الدعاوى القضائية⁽²¹⁶⁾، بما يعود بالنفع المؤكد على مرفق العدالة ذاته، فتتحقق بالتالي، من خلال هذا الفسخ، المصلحة العامة.

والملاحظ أن بعض الفقه الفرنسي⁽²¹⁷⁾ يعترض على ذلك، ويرى أن الفسخ بالإرادة المنفردة ليس له مثل هذا الأثر؛ ذلك أن رقابة القضاء في هذه الحالة باقية، وإن أصبحت رقابة لاحقة. وبحسب هذا الجانب من الفقه، القول بأن الفسخ بالإرادة المنفردة من شأنه تقليل عدد الدعاوى القضائية، وتخليص القضاء – بالتالي – من كثير من الدعاوى التي لا طائل من ورائها، أمر لم يتم التحقق منه، ويضيف أنه: أياً كان نظام الفسخ المتبع لإنهاء الرابطة العقدية، فإنه يعود دائماً إلى القاضي متى كان الفسخ محلاً للمنازعة، وأن الفرق الوحيد يبدو في، أن تدخل القاضي يكون سابقاً على إنهاء الرابطة في حالة، ولاحقاً على ذلك في حالة أخرى.

الواقع أن محاولة نفي الميزة التي نتناولها هنا عن الفسخ بالإرادة المنفردة يبدو غير مقنع. فلا شك أن الفسخ بالإرادة المنفردة لا يعني إلغاء إمكانية الرجوع إلى القضاء، بقصد المنازعة في الفسخ الذي تم، ولكن من المؤكد أنه يؤدي إلى تخفيض عدد الدعاوى القضائية، مقارنة بالفسخ القضائي. فإذا ما افترضنا – مثلاً – أن عدداً معيناً من الدائنين، يريد فسخ عقودهم لعدم قيام مدينيهم بتنفيذ التزاماتهم، في ظل نظام الفسخ القضائي – وبالفرض – بطبيعة الحال - عدم الاتفاق على شرط فاسخ صريح – يتعين على جميع هؤلاء الدائنين رفع دعاوى قضائية، بعدد هؤلاء الدائنين للمطالبة بالفسخ، في المقابل فإنه في ظل نظام يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة فقط، فإن المدينين الذي ينازعون في صحة الفسخ الذي تم، هم الذين سيلجأون إلى القضاء، ولا شك أن هناك فرصة مؤكدة، في أن عدداً غير قليل من المدينين لن ينازع في الفسخ الذي تم، وتكون المحصلة النهائية – بالتالي -

(216) Chang، السابق ص 142.

(217) Genicon، السابق ص 433.

تخفيض عدد الدعاوى، في ظل نظام الفسخ بالإرادة المنفردة عنه في حال
الفسخ القضائي⁽²¹⁸⁾.

إضافة إلى ما سبق، فإن الفسخ بالإرادة المنفردة يبدو أكثر عدالة،
بالنسبة للدائن، مقارنة بنظام الفسخ القضائي.

لا شك أن الدائن، إنما يدخل في العلاقة العقدية مع المدين؛ بقصد
الحصول على مزايا معينة من وراء تعاقد، وإشباع مصالح معينة له من
وراء هذا التعاقد، وهو لا يتعاقد إلا على أساس توقعه المشروع، بأن ما قطعه
المدين على نفسه سوف يتم تنفيذه. وبالتالي فإنه حين لا يتم تنفيذ عقد تم
إبرامه على نحو صحيح، فإن توقع الدائن المشروع، يكون قد خاب،
وبالتالي، يمكن القول: إنه مما ينافي العدالة أن يلقي على الدائن - وهو ضحية
لعدم تنفيذ العقد - عبء أن يلجأ إلى القاضي بطلب فسخ العقد، وانتظار
صدور حكم بالفسخ. لتجنب الدائن مزيداً من الضرر، ولوضع المدين أمام
مسئوليته، يكون الأولى، والأكثر عدالة، أن يلقي بعبء اللجوء إلى القضاء
على عاتق المدين، فهو الذي ارتكب الإخلال بالعقد، والذي يسمح بتحقيق هذه
العدالة هو الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث يكون على المدين أن يلجأ هو إلى
القضاء، إذا نازع في صحة الفسخ من قبل الدائن. لا شك أن الدائن العادي لا
يلجأ إلى فسخ العقد إلا إذا كان حصوله على ما يأمله من العقد قد فات بسبب
عدم التنفيذ من قبل المدين، وبالتالي فإنه إذا كان المدين يرغب في تفادي هذا
الفسخ، واللجوء إلى القضاء، فما عليه إلا أن ينفذ العقد تنفيذاً صحيحاً، أي
بحسب ما تم الاتفاق عليه⁽²¹⁹⁾.

وقيل - أيضاً - في مزايا الفسخ بالإرادة المنفردة، أنه يأخذ في
الاعتبار الواقع العملي، أكثر من الفسخ القضائي، ذلك أن كثيراً من العقود يتم
فسخها من الناحية العملية من قبل الدائن؛ بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ
التزاماته، ودون تدخل مسبق من القضاء، وإذا كان القضاء في بعض أحكامه
يُذَكِّر بأن الفسخ يجب أن يطلب من القضاء، فلا يمنع ذلك من أن الفسخ

(218) راجع في ذلك Chang السابق ذات الموضوع.

(219) Chang السابق 143.

القضائي يبقى أمراً نادراً، مقارنة بالعدد الهام من حالات الفسخ بالإرادة المنفردة، التي تتم عملياً دون تدخل مسبق من القضاء، ودون إثارة أية صعوبات في الواقع العملي⁽²²⁰⁾.

الفسخ بالإرادة المنفردة، هو كذلك أكثر فعالية من الناحية الاقتصادية⁽²²¹⁾ – مقارنة بالفسخ القضائي. فالدائن في ظل الفسخ القضائي عليه، في حال عدم التنفيذ من قبل المدين، أن يتحلى بقدر هائل من الصبر⁽²²²⁾، فعليه أن يلجأ إلى القاضي بطلب الحكم بالفسخ، والبقاء فترة – تطول عادة – من الترقب والشك، من الناحية الاقتصادية، فيما يتعلق بمصير العقد الذي لم يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وذلك إلى أن يصدر حكم القاضي. أما فيما يتعلق بالفسخ بالإرادة المنفردة، فإنه يكون للدائن أن يتخذ قراره فوراً، ومن هذه اللحظة يكون له أن يتعاقد معه آخر، يحقق له الأهداف الاقتصادية، التي أخفق في تحقيقها، من خلال العقد الذي فسخه بإرادته⁽²²³⁾، إضافة إلى ما يعنيه ذلك من اقتصاد في الوقت والجهد والمال، وهي اعتبارات توجب العلاقات الاقتصادية الآن مراعاتها، وتفرض احترامها مقتضيات النظام الاقتصادي السائد⁽²²⁴⁾.

هذا، وعلى الرغم من هذه المزايا التي يحققها الفسخ بالإرادة المنفردة، في حال عدم التنفيذ، فإن بعض الفقه لا يزال يعبر عن تفضيله نظام الفسخ القضائي⁽²²⁵⁾، ويرى أن الفسخ بالإرادة المنفردة، ليس له ميزة سوى أنه يراعي في حقيقته مصالح الدائن وحده⁽²²⁶⁾. فالفسخ بالإرادة المنفردة،

J. Fischer, Le pouvoir modérateur du juge en droit civil (220) français, op. cit. p. 166.

(221) D. Mazeaud، السابق ذات الموضوع.

(222) Fischer، السابق ذات الموضوع.

(223) Amrani – Mekki السابق ص 387.

(224) Fischer، السابق ذات الموضوع.

(225) Genicon، السابق ص 776.

(226) السابق ص 426 وما بعدها.

بحسب هذا الجانب من الفقه، يتضمن ميزة أساسية تتمثل في تدعيم مصالح الدائن، مقارنة بحالة الفسخ القضائي، حيث يضع، هذا الفسخ، الدائن في مركز قوة، في مواجهة المدين، حال منازعة الأخير في الفسخ الذي تحقق. فالفسخ بالإرادة المنفردة – دائماً بحسب هذا الفقه – يجعل الدائن في مركز متميز، من الناحية القانونية، والناحية الواقعية.

أما من الناحية القانونية، فلأن الفسخ يعتبر قد تم، منذ تاريخ اتخاذ الدائن قرار الفسخ، وليس من تاريخ حكم القاضي، في حال ما إذا نازع المدين في قرار الدائن بالفسخ، بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية هامة، أبرزها، أنه يكون للدائن حق استرداد ما قد يكون أداه، تنفيذاً، للعقد منذ تاريخ قراره الفسخ، وكذلك يكون هذا التاريخ هو المعتمد، فيما يتعلق بحقه في الثمار⁽²²⁷⁾.

أما من الناحية الواقعية، فإن تمييز الدائن ومراعاة مصالحه يتأتى من أنه في حال منازعة المدين في الفسخ الذي أوقعه الدائن بإرادته المنفردة، يصبح الدائن في مركز قوة في مواجهة القاضي. فالفسخ يكون قد وقع بالفعل، وغالباً ما يكون الدائن قد رتب أوضاعه، على نحو يصعب معه إعادة الحال إلى ما كان عليه، قبل قرار الفسخ، إذا ما رغب القاضي في اعتبار الفسخ كأن لم يكن، والحكم باستمرار العلاقة العقدية نتيجة ما ارتاه من أن الفسخ الذي أوقعه الدائن لم يكن مبرراً، وبالتالي فلن يكون أمام القاضي إلا الرضوخ للأمر الواقع، الذي أنشأه الدائن بإرادته. فلن يحكم إلا بالتعويض، وبمعنى آخر، يقول الفقه الذي نعرض له، يكون الدائن بقرار الفسخ، قد حدد هو مصير العلاقة العقدية بصفة نهائية⁽²²⁸⁾.

لذلك يرى هذا الجانب من الفقه أن الحديث عن الفعالية الاقتصادية للفسخ بالإرادة المنفردة ليس حقيقياً، فلا يزال للقاضي دور يمارسه - وإن

(227) Genicon، السابق ص 436 – 437.
(228) وقد سبق الرد على ذلك، وراجع ماسيلي بشأن جزاء الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر.

كان لاحقاً للفسخ - والدعوى يترتب عليها مصروفات⁽²²⁹⁾ ، وبالتالي فإن الفرق الحقيقي بين الفسخ القضائي، والفسخ بالإرادة المنفردة، لا يكون إلا في مراعاة مصلحة الدائن في النوع الأخير من الفسخ، وتغليب مصلحته على مصلحة المدين⁽²³⁰⁾ .

ونعتقد أن ما يأخذه هذا الجانب من الفقه، على نظام الفسخ بالإرادة المنفردة من أنه يحقق مصلحة الدائن وحده، هو في الواقع تعبير عن خوف من هذا الفسخ، وما قد يتضمنه من احتمال التعسف من قبل الدائن، في اتخاذ قراره بفسخ العقد، وانتهاز فرصة أي تقصير من قبل المدين؛ لإنهاء العلاقة العقدية، أكثر من كونه انتقاداً لنظام الفسخ بالإرادة المنفردة في ذاته. فإذا كان احتمال التعسف من قبل الدائن فرضاً لا يمكن إنكاره، فإن معالجة ذلك، إنما تكون من خلال وضع ضوابط محكمة لإعمال هذا الفسخ. ولكن هذه مسألة أخرى، تتعدى الفسخ بالإرادة المنفردة في ذاته إلى ضوابط إعماله. من خلال ضوابط إعمال هذا الفسخ، يمكن في الواقع التوصل إلى التوفيق بين مصلحة الدائن من ناحية، ومصلحة المدين من ناحية أخرى، وبالتالي يكون من الصعب الأخذ على هذا النظام، أنه يحقق مصلحة الدائن وحده، فهو لا شك يرفع مصلحة الدائن، وربما يتفادى بعض ما يأخذ على الفسخ القضائي من هذه الناحية، ولكن هذا الفسخ لا يهمل جانب المدين، فهو يرى مصالحه - أيضاً - من خلال الشروط المتطلبة لإعماله، وضوابط هذا الإعمال، وهذا في الواقع، ما سنحاول إيضاحه من خلال تناولنا لاحقاً لهذه الضوابط.

ولعله قد اتضح مما تقدم، انحيازنا لتأييد الفسخ بالإرادة المنفردة لما له من مزايا لا تتحقق من خلال الفسخ القضائي، وهذا ما يقتضى منا أن نعرض لإمكانية هذا الفسخ، في ظل أحكام القانون المصري. وهذا ما ننتقل لمعالجته فيما يلي.

(229) السابق ص 437.

(230) السابق ذات الموضوع.

ثانياً - موقف القانون المصري

إذا كانت المزايا التي يحققها الفسخ بالإرادة المنفردة، تدفعنا للتساؤل عن فرص إعمال هذا الفسخ، في ظل أحكام القانون المصري، فما يدفعنا لطرح هذا التساؤل - أيضاً - هو الزيادة الواضحة في عدد الدول، التي تبنت تشريعاتها هذا الفسخ، وكذا التوجه التشريعي نحو إقرار هذا الفسخ في القانون الفرنسي، كل ذلك يبرر التساؤل المطروح، لمعرفة مدى إمكانية تطويع أحكام القانون بشأن الفسخ؛ لتتوافق مع هذا التطور الجديد في نظام فسخ العقد، في حال الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

التساؤل المطروح له مفترضات بديهية، فلا شك أن القانون المصري في تنظيمه لأحكام الفسخ، التزم منهج المشرع الفرنسي، من ناحية اعتباره أن الأصل في الفسخ، أنه لا يكون إلا بحكم من القضاء.

كما أن العقوبات التي يمكن أن تثار في مواجهة الفسخ بالإرادة المنفردة، هي ذاتها في القانون المصري، ونقصد بذلك بصفة خاصة مبدأ القوة الملزمة للعقد، وقد رأينا فيما سبق القراءات الجديدة لهذا المبدأ ومحاولات تطويعه، على نحو يسمح باستيعاب إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة. إضافة إلى ذلك، فإنه في كلا القانونين، المصري والفرنسي، فإن فسخ العقد عن طريق القضاء، يستلزم أن يكون الإخلال الذي وقع من المدين، على قدر كاف من الجسامة.

من هنا يبدو طبيعياً، التساؤل عن إمكانية تقبل التطور الذي انتهى إليه القضاء الفرنسي، في ظل أحكام القانون المصري.

الواقع أن محاولة الإجابة على هذا التساؤل تبدو أمراً ليس باليسير، في ظل ندرة أحكام القضاء المتاحة في هذا الخصوص. ولكن - وعلى الرغم من ذلك - يمكننا تلمس عناصر الإجابة على التساؤل المطروح، من خلال المتاح من أحكام القضاء، وآراء الفقه التي تناولت هذا

الموضوع، وربما في نصوص القانون المدني - أيضاً - ما يعين على الإجابة على تساؤلنا.

أما من ناحية الفقه فالملاحظ تأييده للحالات الاستثنائية، التي قبل فيها القضاء الفرنسي الفسخ بالإرادة المنفردة، في ظل الأصل القضائي للفسخ. بمعنى آخر، فإن الفقه المصري يعرض للفسخ القضائي باعتباره هو الأصل، ويرى أن هذا الأصل يرد عليه استثناءات، يكون فيها للدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة.

وفي هذا يقول بعض الفقه⁽²³¹⁾: إنه وإذا كان الأصل أن الفسخ لا يقع إلا بحكم القضاء فإنه" في العقود التي تنشئ علاقات شخصية بين المتعاقدين، كعقد العمل، يجوز للمتعاقد اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى الرجوع إلى القضاء؛ لمجرد إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه ... " ويضيف أن القضاء يجيز - أيضاً - فسخ العقد دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، في الحالات التي يكون من شأن الإخلال بالالتزام وقوع ضرر يصعب تعويضه أو تداركه ومن البديهي أنه لا يعقل إلزام المدين في هذه الحالة بالالتجاء إلى القضاء لفسخ العقد".

وبالنسبة للبعض الآخر⁽²³²⁾ "يمكن القول بوجه عام، إنه في حالات الاستعجال، إذا كان من شأن استبقاء العقد إلى حين صدور حكم قضائي بفسخه، أن يصاب الدائن بضرر لا يمكن تداركه بعد ذلك يكون للدائن أن يستقل بالفسخ".

وعند البعض الآخر، فإنه إذا كان الأصل أن الفسخ لا يقع بقوة القانون لمجرد حصول الإخلال بالالتزام العقدي، بل لا بد أن يتفق عليه

(231) البدر اوي، السابق ص 500 - 502، وانظر أيضاً في هذا المعنى، رمضان أبو السعود، السابق ص 294، د. مصطفى عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه ص 429، الجارجي، السابق ص 119.

(232) إسماعيل غانم، السابق ص 331، وانظر - أيضاً - الأهواني، مصادر الالتزام، ص 421، محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه ص 240، د. أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف 2004 ص 260، مصطفى الجمال السابق ص 257.

المتعاقدان أو أن يصدر به حكم من القاضي، فإن هناك حالات يكون فيها للمتعاقد الحق في اعتبار العقد مفسوخاً، دون أن يستصدر حكماً بالفسخ "على أساس أنه حيث لا تتوافر الحكمة من ضرورة استصدار حكم بالفسخ، فإنه لا يكون هناك مبرر للتمسك بهذا الحكم"⁽²³³⁾.

أما عن الحالات التي يمكن فيها للدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، فهي - بحسب هذا الجانب من الفقه⁽²³⁴⁾ - ثلاث، الأولى: إذا كان إخلال المدين بالتزامه باتاً ونهائياً، بحيث ترتب عليه تخلف الغرض المقصود من العقد، وأصبح غير ممكن إزالة أثر المخالفة. والثانية: إذا كان انتظار صدور حكم بالفسخ، من شأنه أن يلحق بالدائن ضرراً بالغاً⁽²³⁵⁾، والثالثة: هي حالة إخلال المتعاقد بالتزامه بوجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد. وفي تبرير هذه الحالات التي يكون فيها للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة - أي دون رجوع إلى القضاء لاستصدار حكم منه بالفسخ - يرى هذا الجانب من الفقه أنه في الحالة الأولى، إذا ما طلب الفسخ من القاضي فلا يمكنه رفضه، أو إهمال المدين للوفاء، وأن قيام المدين بالتنفيذ من تلقاء نفسه غير مجد؛ لعدم إمكان إزالة المخالفة التي وقعت بالفعل، أما الحالة الثانية، فيبررها حالة الضرورة التي تستدعي التجاوز عن الحصول على حكم، والسماح للدائن باقتضاء حقه بنفسه، والحالة الثالثة، تجد مبررها في أن التمسك بضرورة استصدار حكم بالفسخ من القضاء هو نوع "من الحماية القضائية لا يفرضها المشرع إلا على المتعاقد حسن النية، بحيث إنه إذا أخل أحد المتعاقدين بمبدأ حسن النية، لم يكن له أن يتمسك في مواجهة الآخر، بضرورة استصدار حكم بالفسخ، بل يكون لهذا الأخير، اعتبار العقد مفسوخاً دون حاجة إلى حكم....."⁽²³⁶⁾.

من خلال ما تقدم من كتابات لشراح القانون المدني المصري يمكن ملاحظة الآتي:

(233) لبيب شنب، السابق ص 157.

(234) لبيب شنب، السابق ص 157 وما بعدها.

(235) حمدي عبد الرحمن، السابق ص 629، بهجت بدوي، السابق ص 486.

(236) لبيب شنب، السابق ص 161، وما بعدها.

أولاً: أن القاضي لا يحتكر قرار فسخ العقد في حال عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية، بل إن هناك حالات يمكن للدائن فيها أن يتخذ قرار الفسخ، دون أن يعتبر ذلك خطأ من جانبه.

ثانياً: إن الحالات التي يعرض لها الفقه، إنما يتناولها باعتبارها استثناءات من الأصل العام، وهو الفسخ القضائي.

ثالثاً: إنه على الرغم من تأكيد الفقه على إبراز الطابع الاستثنائي لهذه الحالات، التي يستقل فيها الدائن بفسخ العقد، دون رجوع إلى القضاء، فالملاحظ على هذه الحالات، أنها من سعة في المضمون، بحيث يصعب القول بأنها مجرد حالات استثنائية، بل تُرجح الاعتقاد باعتبارها تندرج ضمن مبدأ عام - يوازي مبدأ الفسخ القضائي - يخول الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، دون انتظار استصدار حكم من القضاء بالفسخ، متى تبين أن الإخلال بالالتزامات العقدية من قبل المدين، قد بلغ حداً لا يجعل هناك من مبرر لأن يُستصدر حكم من القضاء بالفسخ، ذلك أن إلزام الدائن باللجوء إلى القاضي، في مثل هذه الحالات، يكون من أجل هذا اللجوء فقط، بمعنى أنه في مثل هذه الحالات - وكما يؤكد بحق بعض الفقه⁽²³⁷⁾ - تنتقي الحكمة من ضرورة استصدار حكم بالفسخ.

رابعاً: ومن خلال ما تقدم، يمكن القول كذلك، بأن الحالات التي يؤيد فيها الفقه المصري، إمكان فسخ العقد بالإرادة المنفردة للدائن، تتسع في مجملها، لتشمل تلك التي أقر فيها القضاء الفرنسي الحديث للدائن، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، والذي أكد الفقه هناك أنه يكرس مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة. فهذه الحالات، رغم تنوع صياغاتها، يربط بينها أن عدم تنفيذ موصوف، أي على قدر من الجسامة، يبرر مثل هذا الفسخ، وذلك سواء تم التعبير عن ذلك، بفوات غرض الدائن من التعاقد، أو من خلال القول بأن انتظار حكم من القاضي بالفسخ، من شأنه إلحاق ضرر بالغ بالدائن، أو القول - أيضاً - بإخلال المتعاقد بالتزامه، بوجوب مراعاة حسن النية، فهذه الحالات هي - وبحسب اعتقادنا - ما عبر عنه القضاء الفرنسي الحديث

(237) لبيب شنب، السابق ص 157.

- والسابق تناوله - بالإخلال الجسيم الناشئ عن العقد *manquement grave aux obligations nées du contrat* أو جسامة مسلك المتعاقد *gravité du comportement* يعكس بالضرورة، إخلالاً جسيماً بالالتزامات الناشئة عن العقد.

إذا كان ما سبق من أقوال شراح القانون المدني المصري، يجعلنا نميل إلى ترجيح، أنه في هذه الأقوال، ما يؤدي إلى استيعاب المبدأ الذي أقره القضاء الفرنسي الحديث، بشأن الفسخ بالإرادة المنفردة، فإن في أحكام القضاء المصري - رغم ندرتها - ما يمكن - أيضاً - أن يرجح ما نعتقده.

في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1939/12/21⁽²³⁸⁾، قضت هذه المحكمة، بأنه: إذا لم يقر أحد العاقدين بالتزامه، كان للآخر ألا يوفي بالتزامه، من غير حاجة إلى تنبيه رسمي، أو إلى حكم بالفسخ، إذا كان التزام كل منهما مقابل التزام الآخر.

كان الأمر في هذه الدعوى، وعلى ما يتبين مما هو منشور منه، يتعلق بعقد تم بين بنك التسليف (الدائن) ومدين له، تعهد بمقتضاه الأخير بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقسام، وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن، تأميناً للسداد، وذلك مقابل تعهد البنك برفع الحجزين السابق توقيعهما على منقولات المدين وعقاراته، متى تبين بعد حصول الرهن، وقيده، واستخراج الشهادات العقارية، عدم وجود أي حق عيني مقدم.

وعلى ما يتبين مما نشر من هذا الحكم، فإن المدين لم يقدم التأمين المتفق عليه، بالشروط المنصوص عليها في العقد المبرم بينه وبين البنك، وقد تبينت محكمة الموضوع عدم نية المدين في تقديم التأمين من خطاب صادر منه، فقضت بعدم ارتباط البنك بالتقسيط، وبأحقيته في الاستمرار في التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات، دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء.

(238) نقض مدني 1939/12/21، مجموعة عمر، الجزء الثالث ص 36، أورده أيضاً، لبيب شنب، السابق ص 159-160.

اعتبرت محكمة النقض ما قضت به المحكمة غير مخالف للقانون، وقضت بقضائها السابق ذكره.

هنا - في الواقع - تكون محكمة النقض قد أقرت الدائن (البنك) على فسخه العقد المبرم بينه وبين عميله (المدين) بإرادته المنفردة، وذلك نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الأساسي، الناشئ عن العقد المبرم بين الطرفين. فإخلال المدين بالتزامه كان - إذاً - إخلالاً جسيماً وذلك - حسب ما نعتقه صواباً - هو الذي جعل المحكمة، تقرر الدائن على قيامه بفسخ العقد بإرادته المنفردة.

وفي حكم آخر قضت نفس المحكمة، بأنه إذا كان البائع قد تصرف في جزء من الأطنان المبيعة، أثناء نظر دعوى الفسخ التي أقامها لعدم وفاء المشتري بالثمن، وتمسك المشتري في دفع الدعوى، بأن البائع لا يحق له طلب الفسخ، بعد أن تصرف في جزء من الأطنان المبيعة، وكانت المحكمة إذ قضت بالفسخ، أقامت قضاءها على أن البائع كان معذوراً في التصرف في بعض الأطنان، بعد أن يؤس من وفاء المشتري بالتزاماته فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون، إذا اعتبرت أن المتسبب في فسخ العقد، هو المشتري دون البائع (239).

واضح من هذا الحكم، أنه إذا كانت المحكمة قد أقرت تصرف البائع في جزء من المبيع، أثناء نظر دعوى الفسخ التي رفعها على المشتري، فإنها بذلك تكون قد أقرت الفسخ الذي أوقعه بإرادته المنفردة، واعتبرت ذلك مبرراً من ناحيته؛ نتيجة مسلك المشتري الذي أدى إلى يأس البائع من حصوله على الثمن. لا شك أن مسلك المشتري هنا كان على قدر من الجساماة انعكس - بطبيعة الحال - إخلالاً جسيماً بالتزامه تجاه الدائن. كأن المحكمة هنا تريد القول بأن: جساماة مسلك المدين - الذي يكون من نتيجته إخلال جسيم بالتزاماته - يكون مبرراً للدائن لفسخ العقد بإرادته المنفردة. وهنا نكاد نلمح

(239) نقض مدني 1952/3/6 مج س 3 ص 640، أورده - أيضاً - لبيب شنب، السابق ص 160، المستشار السيد خلف محمد، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر القانوني، الطبعة الثانية، 2000 ص 786.

ما جاء بحكم محكمة النقض الفرنسية لعام 1998، الذي افتتحت به أحكامها، التي أقرت مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك حين قضت بأن جسامه مسلك أحد المتعاقدين، تبرر للمتعاقد الآخر فسخ العقد بإرادته المنفردة؛ لذلك نعتقد أن أحكام محكمة النقض المصرية - على ندرتها فيما يتعلق بموضوع البحث هنا - تساير في مضمونها ذات ما اعتبرته محكمة النقض الفرنسية - حديثاً - مبدأ عاماً.

هذا وإذا كان قضاء محكمة النقض الفرنسية، في إقراره مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة للدائن، في حال عدم التنفيذ، ليس بغريب عن منطق قضاء محكمة النقض المصرية، وأنه يلتقي - أيضاً - مع آراء جانب هام من الفقه المصري، فيبقى لنا في هذا الصدد، محاولة تلمس موقف القانون المصري، من خلال نصوص القانون المدني ذات الصلة.

ونقصد من هذه النصوص بصفة خاصة، نص المادة 159 من القانون المدني، والتي جاء بها أنه "في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".

وبحسب هذا النص، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا، فإن هذه الاستحالة تؤدي إلى انقضائه، ويؤدي ذلك إلى انقضاء الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد تلقائياً وبقوة القانون.

ويرى غالبية الفقهاء⁽²⁴⁰⁾، أن المقصود بالاستحالة التي تؤدي إلى انفساخ العقد تلقائياً هي الاستحالة الراجعة إلى سبب أجنبي، لا يد للمدين فيه.

في المقابل ذهب بعض الفقه⁽²⁴¹⁾ إلى أن الاستحالة في هذا الصدد لا تقتصر في معناها على استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، بل تشمل - أيضاً - استحالة تنفيذ الالتزام، على النحو الذي يحقق غرض الدائن الذي حفزه على

(240) انظر على سبيل المثال، السنهوري الجزء الأول، سابق الإشارة إليه، ص 724، البدرابي، مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه، ص 510، حمدي عبد الرحمن، السابق ص 630، الصده، مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه، ص 440.
(241) بهجت بدوي، السابق ص 483.

التعاقد، واستحالة تنفيذ الالتزام عيناً بحسب هذا الفقه" ليست تتحقق فقط في حال عدم إمكان القيام به مطلقاً، بل تتحقق متى لوحظ في الالتزام أن ينفذه المدين بشخصه، وامتنع المدين عن التنفيذ مع قدرته عليه، بل هي تتحقق حتى ولو أمكن قيام المدين بتنفيذ الالتزام، ولكن بعد الميعاد أو على خلاف الوجه المتفق عليه، أو بجزء منه دون الجزء الآخر، متى تبين أن القيام به متأخراً، أو على غير الوجه الدقيق المتفق عليه، أو بجزئه دون كله، لا تحقق غرض المتعاقد"⁽²⁴²⁾.

ويضيف هذا الجانب من الفقه، أن "العبرة باستحالة تنفيذ التزام المدين. وليس بذى شأن، أن تكون هذه الاستحالة بسبب تقصير المدين، أو بسبب قوة قاهرة. في الحالتين المفروض انقضاء الالتزام المقابل، وفسخ العقد. أما الفرق بين الصورتين، فقد يكون في حق الدائن في التعويض الذي لا يتقرر، إلا عندما تكون استحالة الوفاء بتقصير المدين"⁽²⁴³⁾.

بحسب هذا الفقه - إذاً - لا فرق من حيث الطبيعة، بين الفسخ لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي، والفسخ لعدم التنفيذ ... "كلاهما في الحقيقة، فسخ لاستحالة التنفيذ"⁽²⁴⁴⁾.

السير في منطوق هذا الرأي - الذي نؤيده - وأخذاً بمفهومه الموسع للاستحالة، يؤدي - في اعتقادنا - إلى جواز القياس على حكم المادة 159 مدني، في حال ما إذا كان عدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين يعد إخلالاً جسيماً بالتزاماته، وذلك من ناحية الأثر المترتب على الاستحالة، أي من ناحية عدم الحاجة إلى حكم القاضي بالفسخ، وبالتالي يكون جائزاً للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة.

إذا كان الأمر كذلك، فإن من شأن التفسير السابق أن يؤدي بنا إلى القول بأن: في بعض نصوص القانون المدني المصري ما يؤيد - أيضاً -

(242) السابق ص 482 (مع مراعاة أن ما قيل به في هذا الصدد كان في ظل أحكام القانون المدني القديم).

(243) السابق ذات الموضوع.

(244) السابق ص 483.

إمكانية إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، ويكفي في ذلك الأخذ بمفهوم موسع لاستحالة التنفيذ، وبالتالي إعمال القياس على حكم المادة 159 من القانون المدني المصري.

هذا وإذا كان قضاء محكمة النقض الفرنسية الحديث، في إقراره مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، ليس بغريب عن منطق قضاء محكمة النقض المصرية، وفي نصوص القانون المصري ما يمكن أن يؤدي إلى اعتماد هذا القضاء، إذا ما تم تفسير هذه النصوص على نحو ما سبق، وحاولنا بيانه فيما تقدم، فلا شك أن مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يخلو من مخاطر، تتمثل بصفة أساسية في إمكانية التعسف، الذي يمكن أن يأتي من ناحية الدائن في اتخاذه قرار الفسخ، على نحو يؤدي إلى التضحية بمصالح المدين. لذلك فإنه إذا كان الاعتراف بوجود مبدأ حقيقي للفسخ بالإرادة المنفردة له من المزايا العديد - على نحو ما سبق بيانه - فإنه من الضروري البحث عن ضوابط إعماله، والتي من خلالها يمكن الأخذ بعين الاعتبار مصالح المدين، عند إعمال هذا الفسخ، وتحول دون إمكانية التعسف من قبل الدائن، ليتحقق من خلال هذه الضوابط، التوفيق بين مصالح أطراف العلاقة العقدية.

دراسة هذه الضوابط هي موضوع المبحث الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني

ضوابط إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة

رأينا في المبحث الأول من هذه الدراسة، أن مبدأً جديداً يقر بإمكانية فسخ العقد بإرادة الدائن المنفردة، كرسه القضاء الفرنسي، متجاوزاً بذلك الحالات الاستثنائية، التي قبل فيها الفقه والقضاء - سابقاً - بإمكانية إيقاع الفسخ بإرادة الدائن المنفردة، في حال عدم التنفيذ من قبل المدين.

هذا المبدأ لم يقتصر قبوله على القضاء الفرنسي، وإنما رأينا اتساع دائرة التشريعات الوطنية التي أخذت به، وكذلك الاتفاقيات الدولية، كما لاحظنا - أيضاً - إمكانية إعمال هذا المبدأ في ظل أحكام

القانون المصري، وذلك من خلال اعتماد تفسير معين لنصوص القانون المدني ذات الصلة.

وقد لاحظنا، فيما سبق - أيضاً - أنه على الرغم من المزايا العديدة التي يوفرها الفسخ بالإرادة المنفردة، والتي تكمن وراء ذبوعه الآن، فإن هناك مخاوفاً وهوامساً كثيرة يثيرها هذا النوع من الفسخ، يجمع بينها أن هذا الطريق للفسخ، قد يفتح باباً واسعاً أمام الدائن للتعسف في اتخاذ قراره بالفسخ متعللاً في ذلك بأي إخلال من قبل المدين، مهما كان ضئيلاً، أو قليل الأهمية، وما يترتب على ذلك من الإضرار بمصالح المدين.

لكن ذكرنا فيما سلف، أن الأمر فيما يتعلق بهذه المخاوف، إنما يعنى ضرورة البحث عن ضوابط أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، والتي من خلالها يمكن التوفيق بين المصالح المتعارضة، مصالح الدائن في التخلص من عقد لم يحقق له ما كان يرغب فيه من ناحية، ومصالح المدين في الإبقاء على العقد، واستمرار الرابطة العقدية من ناحية أخرى.

من خلال بيان ضوابط أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، يمكن أن يتضح النظام القانوني للفسخ بالإرادة المنفردة، والذي من خلاله يمكن تحقيق التوفيق بين المصالح المذكورة، والتوصل إلى نقطة التوازن بين مصالح الطرفين في العلاقة العقدية.

والواقع، أنه إذا كان القضاء الفرنسي قد أقر إمكانية قيام الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة في حال عدم تنفيذ العقد، فالملاحظ أن هذا الفسخ لم يتم تنظيمه تشريعياً، سواء في القانون الفرنسي أو المصري، لذلك فإن محاولة البحث عن ضوابط أعمال هذا الفسخ، ستنصب بصفة أساسية على ما يمكن استخلاصه في هذا الشأن، من أحكام القضاء السابق بيانها، والتي كرست مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وفي ضوء التجارب التشريعية التي سبقت إلى تكريس هذا المبدأ، وكذلك، وبطبيعة الحال، على هدى من القواعد العامة، والنصوص المقترحة لتعديل القانون المدني الفرنسي.

على ضوء ذلك كله، يمكن تناول ضوابط أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، من خلال بيان شروط الفسخ بالإرادة المنفردة

(المطلب الأول)، والرقابة القضائية على هذا الفسخ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط الفسخ بالإرادة المنفردة

بحسب ما اتضح لنا، من خلال عرض قضاء محكمة النقض الفرنسية، الذي أقر بمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وبصفة خاصة القضاء الصادر عن غرفتها المدنية في العام 1998، فإن إمكانية هذا الفسخ تقتضي توافر شرط هام، عبرت عنه المحكمة في قضائها الصادر عنها في العام المذكور بقولها: إن المسلك الجسيم *grave comportement* لأحد المتعاقدين، يبرر للأخر أن ينهي العقد. ومؤدى ذلك أنه - بحسب هذا القضاء - يشترط حتى يكون مبرراً للدائن، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، أي دون حاجة للالتجاء إلى القضاء، أن يكون هناك مسلك جسيم من قبل المدين.

هذا، وإذا كانت الصياغة المستخدمة من قبل محكمة النقض الفرنسية بشأن إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، قد تغيرت في أحكامها اللاحقة، فالواضح - وفيما يخص ما نحن بصدده هنا - أن جميع هذه الأحكام قد اكتفت بتحديد شرط واحد، للسماح بفسخ العقد بالإرادة المنفردة، هو شرط موضوعي، عبرت عنه المحكمة، في حكمها الصادر في العام 1998، بأنه المسلك الجسيم من قبل المدين.

إذا كانت أحكام القضاء السابقة لم تصرح بغير هذا الشرط، لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة في حال عدم التنفيذ، فإنه استلهاماً لما جاء بالتشريعات الأجنبية، التي أقرت مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وكذلك ما جاء بالتشريعات الدولية في هذا الصدد، ذهب الفقه إلى ضرورة أن يحاط أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، بمجموعة أخرى من الشروط الإجرائية أو الشكلية؛ وذلك بهدف توفير القدر اللازم من الحماية لمصالح المدين، في مواجهة قرار الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، دون اللجوء إلى القضاء، وهذا في الواقع، ما أكدت عليه كذلك مشروعات القوانين المطروحة الآن، لتعديل القانون المدني الفرنسي.

على هدى ما تقدم، فإن تناولنا لشروط الفسخ بالإرادة المنفردة، سيكون من خلال عرض شروطه الموضوعية من ناحية، والقيود الإجرائية لممارسته من ناحية أخرى.

الفرع الأول

الشروط الموضوعية للفسخ بالإرادة المنفردة

من خلال العرض السابق لقضاء محكمة النقض الفرنسية، تبين لنا أن هذا القضاء، وبصفة خاصة الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لهذه المحكمة - وكما أسلفنا - أن هناك شرطاً موضوعياً واحداً فرضه هذا القضاء، لإمكان قيام الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، يتمثل في مسلك جسيم *comportement grave* من قبل المدين. بحسب هذا القضاء - إذاً - يكفي هذا المسلك الجسيم الذي يقتضيه المدين؛ ليكون للدائن حق في فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء.

وقد رأينا من خلال عرض هذا القضاء - أيضاً - أن محكمة النقض تراقب توافر هذا الشرط، لدى قضاة الموضوع، حيث نقضت هذه المحكمة الكثير من أحكام الاستئناف لتخالف السند القانوني، وذلك من ناحية عدم قيام قضاء الموضوع، ببيان ما يعتبر مسلكاً على قدر من الجسامة من قبل المدين، يبرر للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة⁽²⁴⁵⁾.

وعلى الرغم من الأهمية القانونية لمصطلح المسلك الجسيم، ورقابة محكمة النقض لمدى توافره، باعتباره شرطاً للفسخ بالإرادة المنفردة، فالملاحظ، أن هذا المصطلح أثار تساؤلاً هاماً، حول حقيقة المقصود به، وكيفية تقديره. فهل يتم تقدير هذا المسلك تقديراً شخصياً، أم يؤخذ في هذا الصدد بالتقدير الموضوعي؟ كان ذلك محلاً لاختلاف الفقه. فالمصطلح الذي استخدمته محكمة النقض، يمكن في الواقع النظر إليه من خلال مفهوم أو تفسير شخصي، ويحتمل - أيضاً - أن ينظر إليه من منظور

(245) انظر على سبيل المثال نقض مدني فرنسي 2001/2/20 سابق الإشارة إليه.

موضوعي. وبمعنى آخر، فإن هذا المصطلح يمكن فهمه على أنه يقصد به تقييم مسلك المدين، كما يمكن النظر إليه، باعتبار أنه يهدف إلى تقييم الجسامة الموضوعية للخطر أو الضرر، الذي يلحقه هذا المسلك بحسن تنفيذ العلاقة العقدية.

على الرغم من هذا الاختلاف، فالملاحظ أن عدم ملاءمة التقدير الشخصي في هذا الصدد، أدى إلى ترجيح الفقه للتقدير الموضوعي، وإضافة إلى ذلك، يمكن القول بأن هذا التقدير الموضوعي تتضمن الأحكام القضائية الحديثة ما يرجحه، كما أن ذلك - أيضاً - هو ما تفصح عنه التشريعات التي اعتمدت الفسخ بالإرادة المنفردة، وكذلك توجهات المشرع الفرنسي، التي تم التعبير عنها من خلال مشروعات القوانين المعدة حالياً، تمهيداً لتعديل القانون المدني.

و على ذلك نعرض فيما يلي للخلاف الفقهي حول جسامة مسلك المدين بين التقدير الشخصي، والتقدير الموضوعي، ثم ترجيح التقدير الموضوعي، لنتبين بعد ذلك، موقف مشروع كاتالا، ومشروع وزارة العدل الفرنسية، في هذا الخصوص.

أولاً - جسامة مسلك المدين بين التقدير الشخصي والتقدير الموضوعي

أشرنا فيما تقدم، إلى أن المصطلح الذي استخدم من قبل محكمة النقض الفرنسية، والذي يعتبر الشرط الوحيد الذي وضعت هذه المحكمة، لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة، يحتمل النظر إليه من خلال مقارنة شخصية، مفادها أن مسلك المدين، إذا بلغ حداً من الجسامة، يكفي في ذاته لتوافر شرط الفسخ بالإرادة المنفردة، بما يعني أن ينصب البحث في هذا المسلك في ذاته، دون النظر في نتائجه. وفي المقابل فإن هذا الشرط يمكن تناوله من خلال مقارنة موضوعية، بحيث ينظر إلى جسامة النتائج المترتبة على هذا المسلك.

والواقع، أن التقدير الشخصي للشرط الذي وضعت المحكمة، وبخاصة في حكمها المبدئي، الصادر عن غرفتها المدنية في العام 1998، يبدو له ما يبرره. فلا شك أن قول محكمة النقض بالمسلك

الجسيم للمدين، وليس الإخلال الجسيم *manquement grave* يرجح هذا التقدير الشخصي⁽²⁴⁶⁾.

إضافة إلى ذلك، فإن المصطلح المستخدم من قبل المحكمة، يوحي بأن ما يؤخذ في الاعتبار هو خطأ المدين، وبالتالي يمكن القول بأن المسلك الجسيم لأحد المتعاقدين، ما هو إلا خطأ جسيم ارتكبه المدين يجعل الفسخ بإرادة الدائن أمراً مبرراً⁽²⁴⁷⁾، بحيث يمكن القول بأن: الفسخ بالإرادة المنفردة يكون هنا جزءاً من مسلك أحد المتعاقدين، بصرف النظر عن نتائج هذا المسلك، بشأن الالتزامات الناشئة عن العقد، بما يعني أن عمل القاضي – في حال تدخله بشأن الفسخ الذي وقع بإرادة الدائن – ينصب بصفة أساسية على تقدير مسلك المدين، وليس النتيجة التي يمكن أن تترتب على هذا المسلك⁽²⁴⁸⁾.

إضافة إلى ما تقدم - أيضاً - فالملاحظ أن القضاء التقليدي، الذي سمح بالفسخ بالإرادة المنفردة في إطاره الاستثنائي السابق بيانه، ليس ببعيد عن هذا التقييم لمسلك المدين، فطرد المشاهد الذي أثار الشغب أثناء العرض المسرحي، كان مبرره حالة الاستعجال، وضرورة تفادي الخطر الداهم الذي يمكن أن يترتب على ذلك، ولكن هنا - أيضاً - مسلك خاطئ في ذاته من قبل هذا المشاهد⁽²⁴⁹⁾.

(246) راجع في ذلك Amrani – Mekki السابق ص 383.

Ph. Stoffel – Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation, (247) unilatérale précité, spéci p. 72.

Ch. Lachieze, Notion de comportement grave de nature à (248) justifier la rupture unilatérale du contrat, précité, spéci p. 1279.

حيث يقول:

"En fixant comme critère "la gravité du comportement" et non "la gravité du manquement" comme dans la résolution judiciaire, la cour de cassation semble bien inviter à une appréciation subjective. La référence au comportement renvoie à un manquement de nature morale, c'est à dire à la mauvaise foi ou à la déloyauté du débiteur".

T. Corr. Nice, 2/1/1893, précité. (249)

(171) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

كما أن الإنهاء الفوري لعقد الطبيب، الذي دخل المستشفى التي يعمل بها في حالة سكر، كان مبرره ضرراً محتملاً، وليس بالضرورة حالة الاستعجال التي تبرر هذا الإنهاء، ولكن من المؤكد أن هناك خطأً جسيماً ارتكبه هذا الطبيب، وإخلاقاً بأخلاقيات مهنته⁽²⁵⁰⁾.

وفي حكم الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية لعام 1998 (حكم Tocqueville)، فقد أخذ على الطبيب - وكما رأينا فيما تقدم - مسلكه تجاه بعض المرضى، وما اتسم به من حدة وانفعال، فذلك - أيضاً - مسلك خاطئ من قبل الطبيب.

لذلك اتجه رأي في الفقه، إلى أن المسلك الجسيم الذي ينسب إلى المدين، والذي اعتبره قضاء محكمة النقض شرطاً موضوعياً؛ للسماح بالفسخ بالإرادة المنفردة، يتم استخلاصه من تقييم للمسلك الأخلاقي للمدين، فبحسب هذا الفقه، فالجسامة التي تؤخذ في الاعتبار لا تتعلق دائماً بالصفة الأساسية، أو الجوهرية للالتزام الذي لم يتم تنفيذه، والنتائج المادية المترتبة عليه بالنسبة للدائن، وإنما يكفي أن تتعلق بتصرفات شخصية من قبل المدين، ترتبط - مثلاً - بعدم الأمانة الواضح من ناحية هذا المدين⁽²⁵¹⁾.

بل وذهب البعض الآخر من الفقه، إلى التأكيد على أن جسامة المسلك إنما يقصد بها الإخلال الجسيم بالقاعدة الأخلاقية، بما معناه أن ما تتطلبه محكمة النقض للسماح بالفسخ بالإرادة المنفردة، هو الإخلال الأخلاقي، وليس الإخلال الموضوعي في تنفيذ العقد⁽²⁵²⁾.

في هذا السياق - أيضاً - ذهب بعض الفقه، إلى أن المسلك الجسيم من قبل المدين، والذي يسمح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، إنما يعني إمكانية هذا الفسخ، حينما يكون مسلك المتعاقد متضمناً إخلالاً جسيماً بحسن

C.A. Paris, 14/10/1982, D. 1983, IR, p. 494 obs. J. Penneau. (250)

J. Mestre et Fages, obs. RTD Civ. 2001, p. 364. (251)

Lachieze (252)، السابق، ذات الموضوع.

النية. وبحسب هذا الجانب من الفقه، فإن مقتضيات حسن النية والأمانة هي التزامات عقدية حقيقية تُفرض على المتعاقدين في جميع أنواع العقود، وبالتالي فإن الإخلال بها يسمح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة⁽²⁵³⁾.

إضافة إلى ما سبق، فقد استقى بعض الفقه⁽²⁵⁴⁾ حجة أخرى لصالح المفهوم الشخصي للمسلك الجسيم للمدين، من خلال القياس على ما ورد بالمادة ل. 1243 - 1 من قانون العمل الفرنسي، التي تجيز إنهاء عقد العمل محدد المدة، في حال الخطأ الجسيم أو القوة القاهرة، حيث يبدو أن تقدير هذا الخطأ، يتم وفقاً لمعيار شخصي، يراعى بشأنه سن العامل وعدم خبرته.

لكن هذه الحجة الأخيرة - وكما يقول البعض⁽²⁵⁵⁾ - تظهر غموض المسألة المطروحة هنا، أي معيار تقدير مسلك المدين، حيث يبدو أنه في مجال علاقات العمل، يكون تقدير الخطأ الجسيم شخصياً وموضوعياً في آن واحد، فهو الخطأ الجسيم المسلكي، الذي يتم انطلاقاً من تقييم لمسلك العامل من ناحية، ويضاف إليه تقييم آخر لهذا الخطأ الجسيم، ينظر إلى العلاقة العقدية في ذاتها، والمخاطر التي يمكن أن تلحق المشروع؛ جراء استمرار هذه العلاقة من ناحية أخرى، بحيث يتجه التحليل في النهاية من مجرد النظر إلى المسلك الشخصي، إلى التقييم الموضوعي لنتائج استمرار العلاقة العقدية وما يمثله من مخاطر بالنسبة للمشروع، أي يتم الانتقال من التقييم الشخصي، إلى التقييم الموضوعي.

والواقع أن التقدير الشخصي للمسلك الجسيم، يصادفه كثير من الاعتراضات.

على الرغم مما يقول به بعض الفقه، من أن المفهوم الشخصي

A. Brès, La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, (253) op. cit. p. 397.

والمراجع المشار إليها هامش رقم 1359، 1360.
Jamin, note sous Cass. Civ. 13/10/1998, D. 1999, JP, p. 197, (254) spéci. no 4.

(255) Stoffel - Munck، السابق ذات الموضوع.

للمسلك الجسيم للمدين - الذي يعد شرطاً لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة - من أن هذا المفهوم يسمح باستيعاب الفروض المختلفة، التي تنطوي تحت فكرة عدم الأمانة أو الإخلاص في تنفيذ الالتزامات العقدية من قبل المدين، ومساهمته بالتالي في الإبقاء على الأبعاد الأخلاقية للروابط العقدية⁽²⁵⁶⁾، فقد أخذ على هذا المفهوم الشخصي، أنه يؤدي إلى مزيد من عدم الاستقرار في الروابط العقدية، وذلك باعتباره أوسع نطاقاً من مفهوم الإخلال بالالتزامات العقدية، والذي يواجهه على نحو محدد عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد⁽²⁵⁷⁾.

إضافة إلى ما تقدم فقد أخذ على التقدير الشخصي لجسامة مسلك المدين، وما يؤدي إليه من أن يؤخذ في الاعتبار فقط، مواصفات هذا المسلك، استقلالاً عن تأثيره على العقد والالتزامات الناشئة عنه، أن من شأنه أن يؤدي في نهاية المطاف، إلى الابتعاد عن الهدف المقصود أساساً من الفسخ، باعتباره جزءاً من تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، ويجعل الفسخ مستنداً إلى اعتبارات بعيدة عن العقد ومضمونه، كعلاقة ذات مضمون اقتصادي⁽²⁵⁸⁾، ويؤدي إلى أن يكون الفسخ جزءاً لمسلك أحد المتعاقدين، حتى

(256) راجع في ذلك:

J. Mestre et Fages, *ibid*.

(257) Amrani – Mekki، السابق 383.

وبحسب البعض:

"Si l'appréciation de la résolution peut être justifiée lorsqu'elle est conduite par un juge, organe neutre et impartial au contrat mais aussi représentant de l'autorité et de la force publique, elle l'est beaucoup moins lorsqu'elle appartient à une des parties au contrat, en l'occurrence le créancier. Ce dernier n'est pas forcément le mieux placé pour juger de l'inexécution selon un critère subjectif".

C. Popineau Dehaillon, *Les remèdes de justice privé à l'inexécution du contrat, étude comparative*, LGDJ 2008, p. 335.

مشار إليه في Brès، السابق ص 407 هامش 1403.

(258) Stoffel – Munck، السابق ص 73.

وراجع له أيضاً:

L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ 2000 p. 151

وإن كان هذا المسلك دون تأثير على الالتزامات الناشئة عن العقد.

والمُضي في اعتماد التقدير الشخصي للمسلك الجسيم للمدين، قد يؤدي - كما يرى البعض - إلى جعل الفسخ مستنداً إلى اعتبارات لا شأن لها بالعلاقة العقدية، كالأحكام المتعلقة بحياة المدين الخاصة، رغم أنه من غير المتصور، أن تكون مثل هذه الاعتبارات مبرراً لفسخ العقد بالإرادة المنفردة، ما لم يكن لها من تأثير وانعكاس على العقد ذاته، وهو ما يعني الدائن. فمسلك المدين في ذاته لا يمكن - بحسب هذا الفقه - أن يكون مبرراً لفسخ العقد بالإرادة المنفردة، ما لم يكن لهذا المسلك تأثير على العقد والالتزامات الناشئة عنه، وفي ضوء المخاطر التي يمكن أن تنتج عنه بالنسبة للالتزامات العقدية وحسن تنفيذها⁽²⁵⁹⁾.

إضافة إلى ما تقدم، فإن اعتماد مسلك المدين وجسامته - وحده - يبدو غير كاف لتبرير الفسخ، ولبيان ذلك، يرى البعض⁽²⁶⁰⁾ إمكان الاستهزاء بكيفية إعمال الشرط الصريح الفاسخ، حيث إنه في حال الاتفاق على مثل هذا الشرط يتم - أيضاً - إعمال الفسخ دون تدخل القضاء، كما هو الحال في الفسخ بالإرادة المنفردة. فالملاحظ أن إعمال هذا الشرط، لا يرتبط بصفة أساسية بحسن، أو سوء نية المدين⁽²⁶¹⁾، بما مؤداه أن الفسخ غير القضائي، لا

et s.

Stoffel – Munck (259)، المقالة سابق الإشارة إليها، ذات الموضوع.

Stoffel – Munck (260)، السابق ذات الموضوع.

(261) راجع في ذلك:

Ch. Jamin, Les conditions de la résolution du contrat, vers un modèle unique, précité, spéci. p. 507 et s.

وانظر أيضاً:

Larroumet, Le contrat, 2^e partie, op. cit. p. 832, Malurie,

Aynès et Stoffel – Munck, Les obligations, op. cit. p. 457.

"... La bonne ou mauvaise foi du débiteur sont indifférent; le seul fait de l'inexécution suffit".

Cass. Civ. 24/9/2008, RDC 2004, p. 646 obs. D. Mazeaud.

وقد جاء به:

"en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur, sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire".

(175) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

يعتمد بصفة أساسية على اعتبارات تعود إلى مسلك المدين. إلى جانب ذلك، وبموازاته، فإن الفسخ القضائي يفترض عدم تنفيذ الالتزام، ويرتبط تقليدياً، لدى كثير من الفقهاء بفكرة السبب⁽²⁶²⁾، بمعنى: أنه يعود بصفة أساسية إلى النظر إلى العقد باعتبار مضمونه الاقتصادي، أو يظهر باعتباره علاجاً لما يهدد التوازن في العلاقة العقدية⁽²⁶³⁾.

هذا، وحيث إن الفسخ بالإرادة المنفردة، يبقى فسخاً في جميع الأحوال، وهو وإن كان شكلاً جديداً للفسخ، فإنه يظل تعبيراً عن الآلية العامة في الفسخ، فمؤدى ذلك، أن يبقى أعماله مرتبطاً بصفة أساسية بمدى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، وليس بحسن أو سوء نية المتعاقد، وإن كان ذلك لا يعني إهمال هذه النية، متى كان لها انعكاس واضح على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد.

بهذا المعنى يجب - إذأ - تفسير مفهوم المسلك الجسيم المبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، وبالتالي يجب القول بأن: المعيار هنا هو معيار موضوعي وليس معياراً شخصياً. وهذا المعيار الموضوعي يبدو أن له الغلبة الآن.

ثانياً - غلبة التقدير الموضوعي

بالنظر إلى الاعتبارات المختلفة المبررة للفسخ بالإرادة المنفردة،

وقارن، محمد منصور، دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، سابق الإشارة إليه، ص 128 وما بعدها.

(262) راجع في ذلك، Terré, Simler et Lequette، السابق ص 645. وإن كان ذلك - بطبيعة الحال - لا ينفي الاعتبارات الأخلاقية التي يقوم عليها الفسخ، وتوجب الوفاء بالعهد. ولكن يبقى أن هذا العهد محله الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد.

(263) وهذا ما يفسر، اشتراط أن يكون الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد على قدر كاف من الجسامه للحكم بالفسخ.

راجع Stoffel - Munck، السابق ص 73 حيث يقول في هذا الصدد: "Si la morale était le fondement essentiel de la résolution, tout manquement à la parole donnée l'entraînerait".

يبدو أن الأكثر ملاءمة في تقدير جسامة مسلك المدين، أن يتم هذا التقدير في ضوء تأثير هذا المسلك على العلاقة العقدية، بحيث يكون المعيار هنا معياراً موضوعياً.

في هذا الصدد، يلاحظ أن المبرر الأساسي للفسخ بالإرادة المنفردة يستند وبصفة أساسية، على تحليل اقتصادي، قوامه السماح للدائن بسرعة التصرف، في استخدام أمثل لثروته، ودون انتظار قرار من القاضي بالفسخ، بحيث يكون للدائن، أن ينسحب فوراً من علاقة عقدية مصيرها الفشل. من هذه الناحية فإن الفسخ بالإرادة المنفردة، يكون مبرره الأساسي الفشل الذي يهدد الرابطة العقدية. لذلك، ومن هذه الزاوية فقط، يمكن وصف مسلك المدين بالجسيم، أي باعتبار آثار هذا المسلك الموضوعية.

إضافة إلى ذلك، فإن مثل هذا التقدير الموضوعي، هو في الواقع ما يمكن ملاحظته في أحكام عدة لمحكمة النقض الفرنسية، تالية لحكمها المبدئي لعام 1998، حيث يتبين من هذه الأحكام، اتجاه المحكمة إلى إبراز جسامة الإخلال *manquement grave* بالالتزامات العقدية، وتراجع استخدام مصطلح المسلك الجسيم *comportement grave*، كمبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، في دلالة واضحة على تغليب التقدير الموضوعي.

هذا ما يمكن تبينه، من خلال حكم الغرفة المدنية الأولى، الصادر في 2007/3/13⁽²⁶⁴⁾، في هذا الحكم - وكما رأينا فيما سلف - أيدت هذه الغرفة حكم محكمة الاستئناف الذي اعتُبر مبرراً لفسخ العقد من قبل الطبيب، بالنظر لما صدر من تصرفات من قبل المستشفى المتعاقد معها، نتيجة لمخالفة المستشفى لما تم الاتفاق عليه. في هذا الحكم أيدت محكمة النقض - ممثلة بغرفتها المذكورة - حكم محكمة الاستئناف، فيما اعتبرته إخلالاً على قدر كبير من الجسامة من قبل المستشفى، كان مبرراً للفسخ بالإرادة المنفردة من جانب الطبيب.

الملاحظ، أن المحكمة هنا، لم تشر إلى جسامة مسلك المدين

(264) سابق الإشارة إليه.

gravité du comportement، وإنما اعتمدت تعبير جسامة الإخلال،
gravité du manquement، بما يعنيه ذلك من ترجيح المعيار
الموضوعي المبرر للفسخ بالإرادة المنفردة⁽²⁶⁵⁾.

هذا ما يمكن ملاحظته - أيضاً - في حكم الغرفة المدنية الأولى
الصادر في 2008/2/28⁽²⁶⁶⁾. في هذا الحكم - وكما رأينا فيما سلف - أيدت
المحكمة حكم محكمة الاستئناف، الذي استند لاعتبار فسخ المستشفى العقد
المبرم مع الطبيب مبرراً، بالنظر إلى إخلاله بالنزاهة المطلوبة في أداء
مهنته، وعدم تبريره لغيابه المتكرر، وممارسته المهنة، رغم القرار الصادر
عن النقابة بوقفه مدة معينة عن ممارسة المهنة.

إذ كان الواضح من خلال هذا الحكم، أن ما أخذ على الطبيب - وكان
ميراً للفسخ بالإرادة المنفردة من قبل المستشفى - هو مسلك جسيم، فالمؤكد
أن هذا المسلك الجسيم، هو في ذات الوقت يمثل إخلالاً جسيماً بالتزامات
الطبيب العقدية، بما مؤداه أن المحكمة، وإن لم تصرح بأن مبرر الفسخ
بالإرادة المنفردة هو الإخلال الجسيم بالتزامات العقدية، فإن تأييدها لحكم
الاستئناف فيما استند إليه لاعتبار هذا الفسخ مشروعاً، يستخلص منه ضمناً -
وبالنظر لخصوصية عمل الطبيب، وما صدر منه من تصرفات - أن الفسخ
بالإرادة المنفردة، كان مبرره إخلالاً جسيماً من قبل الطبيب بالتزاماته
العقدية.

كان ذلك أكثر وضوحاً في حكم ذات الغرفة الصادر في
2008/11/5⁽²⁶⁷⁾ والمتعلق بفسخ العقد الذي أبرم مع مدرب الخيول.
فالملاحظ، أنه في هذا الحكم، أيدت الغرفة المذكورة حكم محكمة الاستئناف،
فيما خلص إليه، من أن مسلك المدرب كان على قدر من الجسامة، يبرر هذا
الفسخ، وقد استندت الأخيرة في تبرير جسامة هذا المسلك على اعتبارات

(265) راجع في ذلك:

Capitant, Terré et Lequette, Les grands arrêts, op. cit. p. 276.

(266) سابق الإشارة إليه.

(267) سابق الإشارة إليه.

موضوعية واضحة، تمثلت في مقارنة النتائج المتحققة قبل إبرام عقد الشراكة مع المدرب، وأثناء تنفيذ العقد وبعد فسخه، وقد خلصت من ذلك إلى ثبوت عجز المدرب عن تطوير أداء الخيل، وعدم مقدرته على تولي تدريبها وقيادتها، مما ترتب عليه الإضرار بقدرات الخيل وإمكاناتها، وبالتالي الإضرار بمصالح مالكها.

وكما يتضح من هذا الحكم فإن المسلك الجسيم المنسوب إلى المدرب، ارتبط على نحو واضح بعدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد المبرم بين الطرفين، والذي تبين من خلال النتائج المتحققة قبل وأثناء وبعد العقد⁽²⁶⁸⁾.

الانحياز إلى التقدير الموضوعي كان واضحاً - أيضاً - مع حكم الغرفة الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر في 20002/10/22⁽²⁶⁹⁾، حيث أيدت حكم الاستئناف الذي اعتبر الفسخ بالإرادة المنفردة مشروعاً؛ نظراً لما خلص إليه هذا الحكم من إخلال جسيم *manquement grave* بالالتزامات الناشئة عن العقد من قبل المدين.

الملاحظ بشأن هذا الحكم، أن المحكمة لم تستخدم المصطلح الذي استخدمته الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في العام 1998⁽²⁷⁰⁾، وإنما استعاضت عنه، بمصطلح الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، بما مؤداه تغليباً واضحاً للتقدير الموضوعي، كمعيار مبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، أي من خلال النظر، إلى أن مبرر هذا الفسخ يكمن في الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد.

هذا التقدير الموضوعي، هو - أيضاً - ما يمكن استخلاصه من أحكام الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية.

ففي حكمها، الذي أخذت فيه هذه الغرفة بإمكانية الفسخ بالإرادة

(268) راجع في ذلك، ملاحظات Fages على الحكم المشار إليه. 2009 RTD Civ. ص 120، سابق الإشارة إليها.

(269) سابق الإشارة إليه.

(270) Dai Do و Chang، السابق ص 6.

المنفردة، والصادر عنها في 2004/2/24⁽²⁷¹⁾. أيدت حكم محكمة الاستئناف، والذي استند في تبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، إلى جسامه الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

وكما رأينا فيما سبق - أيضاً - بشأن حكم ذات الغرفة، الصادر عنها بتاريخ 2008/9/23⁽²⁷²⁾، فإن الغرفة التجارية في هذا الحكم لم تكتف بالاستناد إلى مخالفة المدين للالتزامه بحسن النية، وإنما أردفت ذلك بما نسب إليه من إخلال جسيم، بالالتزامات الناشئة عن العقد، باعتباره المبرر الأساسي للفسخ بالإرادة المنفردة. ومعنى ذلك، أن هذا القضاء لم يقتصر على تقدير شخصي لمسلك المدين، وإنما أوضح - أيضاً - انعكاس هذا المسلك على التزاماته العقدية. ولذلك ذهب بعض الفقه الفرنسي⁽²⁷³⁾ في تعليقه على هذا الحكم، إلى وصفه بأنه نموذجي *exemplaire* لأنه يكشف، ما سبق ملاحظته أكثر من مرة من خلال أحكام القضاء، من أن معيار الفسخ غير القضائي، يمكن البحث عنه - أيضاً - في الإخلال بالالتزامات العقدية.

تغليب التقدير الموضوعي للمسلك، الذي يجعل الفسخ بالإرادة المنفردة مبرراً، أو بمعنى آخر، اعتماد المعيار الموضوعي في هذا الصدد، هو في الواقع ما يؤيده غالبية الفقه الفرنسي⁽²⁷⁴⁾، وهذا ما دفع البعض من هذا الفقه إلى القول: بأن الجسامه المبررة للفسخ بالإرادة المنفردة هي ذاتها التي تبرر الفسخ القضائي⁽²⁷⁵⁾.

وفي هذا الصدد، يقول البعض⁽²⁷⁶⁾: لا نرى مبرراً لأن يجازي

(271) سابق الإشارة إليه.

(272) سابق الإشارة إليه.

(273) Fages، ملاحظاته سابق الإشارة إليها في RTD. Civ. 2009 ص 321.

(274) انظر على سبيل المثال، Chang و Dai Do، السابق ذات الموضوع، Mazeaud

ملاحظاته في RDC 2004 ص 278، سابق الإشارة إليها، - Stoffel

Munck، السابق ص 74.

(275) Chang و Dai Do، السابق ذات الموضوع.

(276) E. Savaux، note sous Cass. Civ. 20/2/2001، Defrénois، 2001 p. (276)

705 et s.

القاضي متعاقداً، أقدم على فسخ العقد بإرادته المنفردة، في ظروف كان سيقضى فيها هو حتماً بالفسخ.

ويؤكد البعض الآخر على ذلك بقوله: لا يمكن قبول أن يجازي القاضي متعاقداً لإقدامه على فسخ العقد بإرادته المنفردة، لعقد في حالة لا يملك هو فيها إلا أن يقضي بالفسخ. وبحسب هذا الجانب من الفقه فإن جسامه مسلك المدين المقصر، يجب أن يتم تقديرها، في الحالتين - حالة الفسخ بالإرادة المنفردة، وحالة الفسخ القضائي - بذات الطريقة، أي وفقاً للمعيار الموضوعي، وبحيث يشترط في تبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، أن يكون الإخلال جسيماً، كما هو الحال في الفسخ القضائي⁽²⁷⁷⁾.

وبحسب هذا الفقه الغالب، فإن الشرط الموضوعي للفسخ بالإرادة المنفردة، هو ذاته المتطلب في حالة الفسخ القضائي، بمعنى أن يكون هناك إخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، على قدر من الجسامه الكافية لتبرير الفسخ في الحالتين. مؤدى هذا الفقه - إذاً - تغليب المعيار الموضوعي في أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، كما هو الحال في الفسخ القضائي⁽²⁷⁸⁾، وحيث إن هذا الأخير يفترض للنطق به ليس فقط عدم التنفيذ، وإنما - أيضاً - عدم تنفيذ على قدر من الجسامه.

يتبين مما تقدم - إذاً - أنه إذا كانت محكمة النقض الفرنسية، في قضائها المبدئي، الذي أقر بالسماح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، في حال عدم التنفيذ من قبل المدين، قد اشترطت لذلك جسامه مسلك المدين، فإن قضاءها الحديث انحاز إلى التقدير الموضوعي، كمعيار للفسخ بالإرادة المنفردة، بحيث بات واضحاً أن هذا الفسخ مشروط بالإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، الأمر الذي دفع جانباً كبيراً من الفقه إلى القول بأن: مبرر الفسخ بالإرادة المنفردة هو ذاته مبرر الفسخ القضائي، بمعنى أن الشرط في الحالتين، أن يكون هناك إخلال على قدر من الجسامه الكافية

D. (277) Terré, Simler et Lequette، السابق ص 671، وانظر - أيضاً - D. Mazeaud ملاحظاته سابق الإشارة إليها في RDC 2004، ذات الموضوع. (278) D. Mazeaud، السابق ص 278.

بالالتزامات الناشئة عن العقد.

إذا كان ذلك هو الاتجاه الغالب فقهاً وقضاء في القانون الفرنسي، فالملاحظ أن ذلك هو - أيضاً - اتجاه التشريعات التي أقرت مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث يتضح من هذه التشريعات، أن الفسخ بالإرادة المنفردة يستند إلى معايير موضوعية، قوامها عدم التنفيذ الذي يبلغ حداً كافياً من الجسامة، والذي يعتبر الشرط اللازم توافره؛ لإمكان إيقاع هذا الفسخ.

هذا الاتجاه، هو ما يمكن ملاحظته في اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع. فبحسب نص المادة 49 من هذه الاتفاقية يجوز للمشتري فسخ العقد، إذا كان عدم تنفيذ البائع للالتزام من الالتزامات، التي يرتبها عليه العقد، أو هذه الاتفاقية، تشكل مخالفة جوهرية للعقد.

وبحسب المادة 25 من هذه الاتفاقية: تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين جوهرية، إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر، من شأنه أن يحرمه - بشكل أساسي - مما كان يحق له، أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، إلا إذا كان الطرف المخالف لم يتوقع مثل هذه النتيجة، وما كان ليتوقعها أي شخص، سوى الإدراك من صفة الطرف المخالف، إذا وجد في نفس الظروف.

فالشرط الأساسي لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة بحسب هذه الاتفاقية أن يكون هناك مخالفة جوهرية، من قبل أحد المتعاقدين، بشأن تنفيذ التزاماته العقدية. والمقصود بهذه المخالفة، كما تبين من نص المادة 25 المذكورة، أنها تلك التي يترتب عليها إلحاق ضرر بالطرف الآخر يتمثل في حرمانه بشكل أساسي، مما كان يحق له أن يتوقع حصوله عليه بموجب العقد. ولا شك أن المخالفة التي من شأنها، أن تسمح بفسخ العقد بالإرادة المنفردة بهذا المعنى، تشكل إخلالاً جسيماً بالالتزامات المترتبة على العقد⁽²⁷⁹⁾، بما

(279) راجع في ذلك على سبيل المثال، عصام سليم، السابق ص 66، خالد أحمد عبد الحميد، السابق ص 89.
وراجع أيضاً:

Fauvarque – Cosson, La réforme du droit français des

ترتبه من حرمان الطرف المضرور بشكل أساسي من المنفعة، التي كان يحق له توقع الحصول عليها من العقد.

هذا - أيضاً - ما أخذت به مبادئ عقود التجارة الدولية Unidroit، حيث أجازت المادة 1-7/3 الفسخ بالإرادة المنفردة في حال عدم التنفيذ الجوهري من قبل المتعاقد معه، واعتبرت عدم التنفيذ جوهرياً - بصفة خاصة - إذا ترتب عليه حرمان الدائن - بصفة أساسية - مما كان يتوقعه من العقد.

وبذلك - أيضاً - أخذت مبادئ القانون الأوربي للعقود Les Principes du Droit Européen des contrats⁽²⁸⁰⁾ حيث إنه بمقتضى المادة 9: 301 من هذه المبادئ، للمتعاقد أن يفسخ العقد في حال عدم التنفيذ الجوهري من قبل المتعاقد معه. ويعتبر عدم التنفيذ جوهرياً - بصفة خاصة - إذا ترتب عليه حرمان الدائن - بصفة أساسية - مما كان يحق له أن يتوقعه من العقد⁽²⁸¹⁾.

هنا - أيضاً - من الواضح أن الفسخ بالإرادة المنفردة، يكون جائزاً حين يترتب على عدم تنفيذ الالتزامات العقدية، حرمان الدائن من المنفعة المقصودة من العقد، وذلك كما هو الحال في حكم اتفاقية فيينا⁽²⁸²⁾.

وعلى المستوى الأوروبي - أيضاً - فإنه وفقاً للمشروع التمهيدي للتقنين الأوروبي للعقود، فإن الفسخ بالإرادة المنفردة يفترض بحسب نص المادة 114 - 1، عدم تنفيذ واضح الأهمية *inexécution d'une*

contrats, précité, p. 155; L. Aynès, note précité, RDC 2004, p. 275.

(280) سابق الإشارة إليها.

(281) وذلك وفقاً لنص المادة 8:103 من هذه المبادئ، راجع في ذلك:

Brès, La résolution unilatérale du contrat, op. cit. p. 486; D. Mazeaud, note précité, RDC 2004, p. 278.

(282) راجع في التأثير الواضح لاتفاقية فيينا على عمل اللجنة القائمة بإعداد مبادئ القانون الأوربي للعقود.

J. Raynard, Les principes du droit européen des contrats: une lex mercatoria à la mode européenne, RTD Civ. 1998, p. 1006.

importance notable ويكون عدم التنفيذ على هذا النحو حيث يكون موضوعه أحد الالتزامات الأساسية الناشئة عن العقد، أو حين يترتب عليه إلحاق ضرر بالدائن، يؤدي إلى حرمانه بصفة أساسية، مما يحق له أن يتوقعه من العقد (المادة 107-1)، وهو ما يتحقق بصفة خاصة حين يكون عدم التنفيذ كاملاً أو جزئياً ولكن مصلحة الدائن في الحصول على ما تبقى، تكون – موضوعياً - قد فانت (المادة 107-2) ⁽²⁸³⁾.

من خلال نصوص هذا التقنين، يتبين بوضوح أن الفسخ بالإرادة المنفردة، يكون مسموحاً به في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد، بما يترتب عليه من حرمان المتعاقد، مما كان يتوقع الحصول عليه من العقد. والفسخ بالإرادة المنفردة، يستند هنا - أيضاً - إلى اعتبارات موضوعية ⁽²⁸⁴⁾.

(283) وقد جاء النص الفرنسي للمادة 114 من المشروع التمهيدي للتقنين الأوربي للعقود على النحو التالي:

Article 114: Droit à la résolution

- 1- S'il se produit une inexécution d'importance notable, au sens où l'entend l'article 107, le créancier a le droit de procéder à la résolution du contrat, en sommant le débiteur de l'exécuter dans un délai raisonnable, et quoi qu'il en soit pas inférieur à quinze jour, et en lui notifiant que si le délai s'écoule inutilement, le contrat sera considéré comme résolu de droit".
أما المادة 107 من هذا المشروع فجاءت بنصها الفرنسي كالتالي:

Article 107: inexécution d'importance notable

- 1- Dans le sens où on l'entend ci – dessous, une inexécution a une importance notable si elle concerne une des obligations principales (et non secondaires) du contrat, et en outre, quand, compte tenu de la qualité des personnes et de la nature de la prestation, l'inexécution comporte pour le créancier un préjudice tel qu'elle le prive substantiellement de ce qu'il est en droit d'attendre du contrat.
- 2- On considéra, en particulier, qu l'inexécution est d'une importance notable quand celui – ci:
 - a. Est Totale;
 - b. Est partielle mais que l'intérêt du créancier à obtenir le

إذا كانت النصوص الأوروبية السابقة، واضحة في تغليب استناد الفسخ بالإرادة المنفردة، على اعتبارات موضوعية، مضمونها جسامة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، فلا شك أن مثل هذه النصوص قد تصبح في مستقبل قريب، هي القواعد المعمول بها في قوانين الدول الأوروبية، أو هي على الأقل مؤشر لتوجه التشريعات المستقبلية بهذه الدول. وهذا يقتضي - في الواقع - أن نبحث ما نحن بصدده هنا، في ظل ما هو مطروح من مشروعات قوانين؛ لتعديل القانون المدني الفرنسي.

ثالثاً - موقف مشروع كاتالا ومشروع وزارة العدل

رأينا فيما سبق، أن المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات وقانون التقادم، المعروف بمشروع كاتالا⁽²⁸⁵⁾ قد كرس مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في المادة 1158 منه⁽²⁸⁶⁾.

فبحسب نص هذه المادة، يحق للمتعاقد الذي لم ينفذ التعهد المعقود لصالحه، أو نفذه بشكل منقوص، إذا ما اختار فسخ العقد، أن يطلب ذلك من القضاء أو أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، وقد حددت الفقرة الثالثة من هذه المادة - وعلى نحو ما سنعود إليه فيما بعد - إجراءات إيقاع هذا الفسخ.

ولكن - وفيما نحن بصدده هنا، أي من ناحية الشرط الموضوعي للفسخ بالإرادة المنفردة - فالملاحظ أن نص المادة 1158 المذكور لم يحدد أي شرط يتعلق بجسامة الإخلال المنسوب إلى المدين، والذي يبرر أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، وإنما اكتفى نص هذه المادة بإعطاء المتعاقد الحق، في فسخ العقد بإرادته المنفردة، في حال عدم تنفيذ التعهد المعقود لصالحه، أو

restant a objectivement disparu.

- c. Les obligations secondaires sont celles dont l'inexécution est d'une importance minime eu égard à l'économie du rapport contractuel et à l'intérêt du créancier.

(284) Mazeaud، ملاحظاته السابقة في RDC 2004، ص 280.

(285) سابق الإشارة إليه.

(286) سبق ذكر نصها.

حال تنفيذه على نحو منقوص.

الملاحظ أن النص المذكور - على هذا النحو - يختلف عن قضاء محكمة النقض الفرنسية، سواء فيما كان يشترطه من جسامه مسلك المدين، أم فيما رجع بعد ذلك، من اشتراط جسامه الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

النص المذكور يختلف في هذا الصدد - أيضاً - عما ورد في هذا الخصوص، في تشريعات كثير من الدول التي اعتمدت الفسخ بالإرادة المنفردة، والتي حرصت على أن يكون الفسخ بالإرادة المنفردة، مشروطاً بعدم تنفيذ على قدر من الجسامه.

من ذلك مثلاً، القانون المدني الجديد لمقاطعة الكيبك، الذي يشترط للفسخ بالإرادة المنفردة، ليس فقط أن يكون المدين قد أخطأ، وإنما - أيضاً - أن يكون عدم التنفيذ على قدر من الأهمية، وحيث يتضح من المادة 1604 الفقرة الثانية والثالثة من هذا القانون، أنه إذا كان الإخلال بالعقد قليل الأهمية يكون على الدائن أن يقنع بالمطالبة بالتعويض عن الإخلال الذي تم⁽²⁸⁷⁾.

ويختلف مشروع كاتالا في هذا الصدد - أيضاً - عن القانون المدني الهولندي الجديد، حيث يتبين من نص المادة 6 : 265 من هذا القانون أن الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يكون مبرراً إلا في حالة الإخلال الجسيم بالعقد، وهذا ما يتضح مما ورد بالنص المذكور، والذي بعد أن أجاز للمتعاقد فسخ العقد بإرادته المنفردة، في حال حصول أي إخلال من قبل المتعاقد معه بالتزام ناشئ عن العقد، أضاف: ما لم يكن الإخلال - وبالنظر إلى طبيعته الخاصة أو أهميته الضئيلة - لا يبرر هذا الفسخ والآثار التي تترتب عليه⁽²⁸⁸⁾، وهذا ما دفع الفقه الهولندي للقول: بأن الفسخ بالإرادة المنفردة

(287) راجع في ذلك:

Fauvarque – Cosson, La réforme du droit français des contrats, précité, p. 157.

(288) جاء نص هذه المادة بالفرنسية على النحو التالي:

"Tout manquement d'une partie dans l'exécution d'une de ses obligations rend l'autre compétente pour résoudre le contrat en tout

يحكمه مبدأ التناسب *proportionnalité*، بحيث يكون مقصوراً على الحالات التي يكون فيها الإخلال بالالتزامات العقدية، على قدر من الجسامة تبرر الآثار التي تترتب على الفسخ، أو تجعل الفسخ هو الجزاء الملائم للإخلال الذي حدث⁽²⁸⁹⁾.

وفي هذا السياق - أيضاً - يتضح اختلاف مشروع كاتالان، في عدم اشتراطه حداً معيناً من الجسامة، لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة، مع القانون الصيني. فإذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة هو - وكما أسلفنا فيما تقدم - من تقاليد هذا القانون، فإن هذا الفسخ، وعلى ما يتضح من نصوص القانون، مشروط بأن يكون على قدر من الجسامة التي تبرره.

فبحسب المادة 94 - من قانون العقود الصيني، الصادر في العام 1999، يمكن للمتعاقد فسخ العقد في إحدى الحالات التالية 3- إذا تأخر أحد المتعاقدين في تنفيذ التزام أساسي، وعدم قيامه بتنفيذه خلال مدة معقولة بعد إذاره 4- إذا كان التأخير في عدم تنفيذ الالتزامات، أو أي مسلك آخر يخل بالعقد، من شأنه أن يجعل من المستحيل تحقيق الهدف من العقد⁽²⁹⁰⁾.

ou en partie, à moins que le manquement, vu sa nature particulière ou son importance minime, ne justifie pas cette résolution avec ses effets".

أنظر:

Mahé et Hondius, Les sanctions de l'inexécution en droit néerlandais, précité, p. 852.

(289) Mahé و Hondius، السابق ص 854.

(290) جاء نص المادة المشار إليها بالفرنسية على النحو التالي:

Les parties peuvent résoudre le contrat dans l'une des cas suivants:

- 3- lorsque l'une des parties tarde à exécuter l'obligation principale et qu'elle ne l'a pas exécutée même dans un délai raisonnable après la mise en demeure;
- 4- Lorsque le retard dans l'exécution des obligations ou d'autre comportement violent le contrat rendent impossible la réalisation du but de contrat.

أورده Chang، السابق ص 297.

(187) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

ويتضح من هذا النص - أيضاً - أن الفسخ بالإرادة المنفردة يتطلب - أيضاً - قدراً من الجسامة، حددها النص المذكور، بالتأخير في تنفيذ التزام أساسي ناشئ عن العقد، أو التأخير في التنفيذ، أو أي مسلك آخر يخل بالعقد، ويفوت المقصود منه.

وذلك - أيضاً - ما يمكن ملاحظته بشأن قانون آخر حديث، هو القانون المدني لجمهورية ليتوانيا الصادر في 2000/7/18، والذي بدأ العمل به اعتباراً من 2001/7/1. فوفقاً لنص المادة 6: 217 من هذا القانون، لا يجوز للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة إلا في حال الإخلال الواضح الجسامة بالعقد، ويكون الفسخ عن طريق القضاء في الحالات الأخرى⁽²⁹¹⁾.

هذا وإذا كان نص المادة 1158 من مشروع كاتالا يختلف عن التشريعات السابق ذكرها، من ناحية عدم اشتراطه جسامة معينة في الإخلال، الذي يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة، فهو - أيضاً - جاء على خلاف التشريعات الدولية، والنصوص الأوربية التي اشترطت عدم تنفيذ جوهري أو أساسي لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة⁽²⁹²⁾.

والجدير بالذكر، في هذا الصدد، إذا كان النص المذكور لم يشترط جسامة معينة في الإخلال بالعقد، للسماح بالفسخ بالإرادة المنفردة، فإن صياغته الأولى كانت مسaire لتوجهات التشريعات، والنصوص السابق بيانها، حيث كان الفسخ بالإرادة المنفردة، قاصراً على حالة عدم التنفيذ التام، الذي يؤدي إلى زوال كل مصلحة من العقد، *inexécution totale*, *faisant perdre tout intérêt au contrat*، بما مؤداه - كما يرى بعض الفقه⁽²⁹³⁾ - أن الفسخ بالإرادة المنفردة، كان مشروطاً فيه الإخلال الواضح

(291) راجع في ذلك:

Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, op. cit. p. 468.

(292) راجع ما سبق في هذا الصدد بشأن اتفاقية فيينا، ومشروع التقنين الأوربي للعقود.

(293) J. Rochfeld, Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : La subjectivation du droit de l'exécution, in Colloque : La réforme du droit des contrats ... RDC 2006/1, op. cit. p. 113 et s. spéci. p. 119.

manquement évident، الذي لا يترك مجالاً للمنازعة، في التحقق منه.

لا شك أن عدم اعتماد هذه الصياغة يؤكد رغبة واضعي المشروع في عدم اشتراط قدر معين من الجسامة لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة⁽²⁹⁴⁾، بمعنى أن الفسخ بالإرادة المنفردة يكون - بحسب نص المادة 1158 من مشروع كاتالا - جائزاً عند عدم التنفيذ من قبل المدين، أيّاً كان قدر الجسامة في هذا الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

لذلك ذهب البعض⁽²⁹⁵⁾ إلى أن النص المذكور - يقترب على هذا النحو - من القانون المدني الألماني في وضعه الحالي، والذي يقبل - من حيث المبدأ - الفسخ بالإرادة المنفردة، دون تمييز بين عدم تنفيذ التزام أصلي principale أو تبعية accessoire. بحسب المادة 323 الجديدة من القانون المدني الألماني (BGB)، والمعنونة "Résolution pour cause d'inexécution ou d'inexécution non conforme"، في العقد الملزم للجانبين إذا لم يتم المدين بتنفيذ الأداء المستحق، أو قام بتنفيذه على نحو غير مطابق لما اتفق عليه، يكون للدائن فسخ العقد بعد أن يكون قد منح المدين - دون جدوى - مهلة معقولة للتنفيذ أو التنفيذ على نحو صحيح.

مع ملاحظة أنه بحسب الفقرة (5) من المادة المذكورة، فإنه في حال عدم التنفيذ الجزئي، لا يسمح للدائن بالفسخ بإرادته المنفردة، إلا إذا كان هذا التنفيذ الجزئي عديم الفائدة sans intérêt بالنسبة له، بالإضافة إلى أنه في حال التنفيذ غير المطابق لما اتفق عليه، لا يمكن للدائن فسخ العقد، إذا كان

(294) راجع في ذلك:

D. Mazeaud, Observations conclusives, in Colloque: La réforme du droit des contrats, RDC 2006/1, op. cit. p. 177 et s. spéci. p. 191; Rochfeld, précité, p.127, O. Lando, L'avant - projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences, in Colloque: La réforme du droit des contrats, RDC 2006/1, op. cit. p. 167 et s. spéci. p. 174.

(295) Fauvarque - Cosson، السابق ص 157.

الإخلال بالالتزام غير مؤثر insignifiante⁽²⁹⁶⁾.

إذا كان مشروع كاتالا لم يحدد طبيعة الإخلال، الذي يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة، أو درجة الإخلال الذي يسمح بذلك، فقد كان ذلك محل نقد من جانب الفقه الفرنسي⁽²⁹⁷⁾؛ خشية أن يؤدي ذلك إلى الإضرار بالاستقرار الواجب للعلاقات التعاقدية، حيث يمكن للدائن الاستناد إلى أي إخلال من قبل المدين، ولو كان قليل الأهمية؛ ليمارس حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة. وقد ذهب البعض في هذا الصدد، إلى أن جسامة الإخلال تعتبر متطلباً أساسياً للفسخ بالإرادة المنفردة، وشرطاً مشروعاً للمحافظة على استقرار العلاقات العقدية، ومهما اختلفت طرق التعبير عن هذا المتطلب، فهو شرط أساسي لا بد منه لإمكان الفسخ بإرادة الدائن وحده⁽²⁹⁸⁾.

لذلك ذهب البعض⁽²⁹⁹⁾ إلى تفسير نص المادة 1158 من مشروع كاتالا، من ناحية عدم تضمنه شرط الإخلال الجسيم، لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة، بالقول ببقاء هذا الشرط، على الرغم من عدم إفصاح النص عنه، وإن كان ظهوره يتم في مرحلة لاحقة، من خلال الرقابة القضائية لمشروعية الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث سيبقى هذا الشرط – بحسب هذا الفقه – بالنسبة للقاضي، هو المبرر المشروع للفسخ بالإرادة المنفردة من جانب الدائن، وذلك عند ممارسة القاضي دوره في الرقابة على هذا الفسخ، عند منازعة المدين في مشروع عيته.

هذا التفسير الأخير، من شأنه أن يقرب بين الفسخ بالإرادة المنفردة والفسخ في صورته التقليدية أي الفسخ القضائي، من حيث ما يشترط بالنسبة لهذا الأخير، من ضرورة الإخلال الجسيم بالالتزام العقدي حتى يمكن الحكم به. فلا شك أن الفسخ بالإرادة المنفردة - وإن كان يتم دون تدخل من القضاء - فهو يبقى فسخاً، ويعتبر جزاء لمخالفة المدين لالتزاماته الناشئة عن العقد،

(296) Fauvarque – Cosson، السابق ذات الموضوع.

(297) Genicon، السابق ص 469 وما بعدها، Fauvarque – Cosson، السابق ص 158.

(298) Laithier، السابق ص 280.

(299) Fauvarque – Cosson، السابق ذات الموضوع، Lando، السابق ص 174.

إلا إذا كان القصد من تكريس الفسخ بالإرادة المنفردة – كما يقول بعض الفقه⁽³⁰⁰⁾ - الفصل التام بينه وبين مفهوم الفسخ بصفة عامة، وهذا ما لم يقل به أحد؛ لذا يبقى من المناسب الإبقاء على الفسخ بالإرادة المنفردة في سياق المفهوم العام للفسخ، وإن اختلفت آلية إعماله. فضلاً عن أن اشتراط جسامه الإخلال، من شأنه أن يؤدي إلى التناغم مع الكثير من التشريعات، التي كرس حق الدائن في فسخ العقد بإرادته وحده.

لكن يبقى مثل التفسير السابق، الذي يرى أن جسامه الإخلال متطلب في الفسخ بالإرادة المنفردة، يظهر في مرحلة الرقابة التي يمكن أن يمارسها القاضي على هذا الفسخ، هو - في اعتقادنا وإزاء صراحة نص المادة 1158 من مشروع كاتالا - من قبيل المأمول في إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، الذي يؤيده غالبية الفقه الفرنسي⁽³⁰¹⁾.

وربما كان هذا المأمول وراء النهج الآخر الذي اتبعه مشروع وزارة العدل الفرنسية⁽³⁰²⁾، بشأن تعديل قانون العقود، بخصوص الشرط الموضوعي، لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة.

رأينا فيما سبق، أن المشروع المذكور كرس إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك بمقتضى نص المادة 168⁽³⁰³⁾. وذلك إذا ما ترتب على عدم التنفيذ حرمان الدائن من مصلحته في العقد lorsque l'inexécution prive le créancier de son intérêt au contrat.

لا شك أن الصياغة التي وردت بالنص المذكور، تختلف عن تلك التي وردت بمشروع بالمادة 1158 من مشروع كاتالا. فنص المادة 168 من مشروع وزارة العدل، يشترط لإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة أن يؤدي عدم

(300) D. Mazeaud ملاحظات في RDC 2004، سابق الإشارة إليه ص278.

(301) انظر على سبيل المثال:

D. Mazeaud, obs. sous Cass. Civ. 20/2/2001, précité, Ch. Jamin, L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat, ..., précité, p. 1569.

(302) سابق الإشارة إليه.

(303) سبق ذكر نص هذه المادة.

التنفيذ، إلى حرمان الدائن من مصلحته في العقد.

والجدير بالذكر أن هذا الشرط الموضوعي، الذي يسمح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، جاء بناء على اقتراح غرفة التجارة والصناعة بباريس، والتي اعترضت على عدم تضمن مشروع كاتالا اشتراط قدر معين من الجسامة في عدم التنفيذ، الذي يمكن أن يؤدي إلى الفسخ بالإرادة المنفردة. ولكن الغرفة المذكورة، كانت قد اقترحت أن يكون هذا الفسخ مشروطاً بعدم التنفيذ الجوهرية *inexécution essentielle* (304).

لا شك أن السؤال الأساسي الذي يطرح في هذا الصدد، هو معرفة المقصود بهذا الشرط الجديد. فهل المقصود بعدم التنفيذ الذي يحرم الدائن من مصلحته في العقد، هو عدم التنفيذ الجوهرية، كما كانت ترغب غرفة التجارة والصناعة، أم هو المخالفة الجوهرية، بحسب مفهوم اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع (305)، أم هو عدم التنفيذ الجوهرية، بمفهوم مبادئ القانون الأوروبي للعقود (306)، والذي يترتب عليه حرمان الدائن بصفة أساسية، مما كان يحق له أن يتوقعه من العقد، أو بالمفهوم المطابق بحسب مبادئ عقود التجارة الدولية *Unidroit* (307).

هل يجب اعتبار المقصود بعدم التنفيذ، الذي يؤدي إلى حرمان الدائن من مصلحته في العقد هو، كما يرى البعض (308)، عدم تنفيذ جسيم. أم يجب ألا ننلهى باختلاف الصياغة - كما يرى البعض الآخر من

(304) راجع في ذلك:

Ph. Stoffel - Munck, *Exécution et inexécution du contrat*, in *La réforme du droit français des contrats en droit positif*, RDC 2009/1, op. cit. p. 333 et s. spéci. p. 342.

(305) راجع ما سبق بشأن مفهوم المخالفة الجوهرية في هذه الاتفاقية.

(306) بحسب المادة 9 : 301 من هذه المبادئ، والسابق ذكرها.

(307) المادة 1-3/7.

J. F. Guillemin, *La résolution unilatérale*, Le regard des (308) professionnels, in *Colloque La réforme du droit français des contrats en droit positif*, : RDC 2009/1 op. cit. p. 368.

الفقه⁽³⁰⁹⁾ - والقول بأن الفسخ بالإرادة المنفردة شرطه الأساسي هو إخلال على قدر من الجسامة الكافية بالالتزامات الناشئة عن العقد.

إذا كان الوقت لا يزال مبكراً للقول بإجابة حاسمة على التساؤلات المثارة، فإنه يمكن القول بصفة عامة: إن اعتماد الفسخ بالإرادة المنفردة كآلية لحل الرابطة التعاقدية، يقتضي تحديد الأسباب التي تؤدي إلى إمكانية إيقاعه، فلا شك أن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى حسن أعمال هذا الفسخ، وضمان الاستقرار المنشود دائماً للعلاقات القانونية⁽³¹⁰⁾.

هذا وإذا كانت المادة 168 من مشروع وزارة العدل، قد أحسنت صنفاً ببيان عدم التنفيذ، الذي يعتبر سبباً للفسخ بالإرادة المنفردة، وتعريفه بأنه هو الذي يؤدي إلى حرمان الدائن من مصلحته في العقد، فإن فكرة المصلحة في هذا الصدد تبقى في حاجة إلى توضيح، ومزيد من التحديد.

فقد لاحظ بعض الفقه⁽³¹¹⁾ - وبحق - أنه رغم تحديد المادة 168 من المشروع المذكور، لعدم التنفيذ الذي يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة، إلا أن شرط المصلحة في هذا الخصوص، وعلى نحو ما جاء به النص المذكور يؤخذ عليه: أنه إذا كان المتفق عليه أن الحرمان التام من المصلحة في العقد ليس شرطاً للفسخ، فإن النص المشار إليه، يمكن أن يفهم منه، أن الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يكون مسموحاً به للدائن، إلا في حال عدم التنفيذ، الذي يؤدي إلى زوال كل مصلحة للدائن في العقد.

إضافة إلى ذلك، فإن مفهوم المصلحة، ينطوي على مخاطر هامة، إذا ما أخذ في تقدير هذه المصلحة بالمعيار الشخصي، أي بالنظر إلى المصلحة التي يتوقعها الدائن نفسه من العقد، وما يترتب عليه من إضعاف

D. Mazeaud, Durées et Ruptures, in Colloque: Durées et (309) contrats, RDC 2004/1, précité, spéci. p. 142.

(310) راجع في ذلك، Guillemin، السابق ذات الموضوع.
(311) Genicon في:

Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, Petites Affiches, 12/2/2009, op. cit. p. 89.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010⁽¹⁹³⁾

للعقد، وإخلال باستقرار الروابط العقدية⁽³¹²⁾، وليس بالمعيار الموضوعي، أي بالنظر إلى المصلحة التي تحدد موضوعياً بمقتضى العقد. فالملاحظ أن نص المادة 168، المقترح على النحو الذي أتى به في المشروع، يحتل القول بالمعيارين، وذلك على خلاف نصوص أخرى رجحت صياغتها المعيار الموضوعي في تقدير مصلحة الدائن. من ذلك مثلاً: ما تضمنه نص المادة 25 من اتفاقية فيينا، في تعريفه للمخالفة الجوهرية: بأنها تلك التي تتسبب في إلحاق ضرر بالطرف الآخر، من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي، مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه، بموجب العقد، إلا إذا كان الطرف المخالف، لم يتوقع مثل هذه النتيجة، وما كان ليتوقعها أي شخص سوى الإدراك من صفة، الطرف المخالف إذا وجد في نفس الظروف. فالواضح من خلال هذا النص - وذلك هو ما يؤكد الفقه - حرص الاتفاقية المذكورة، على الأخذ بالتقدير الموضوعي، وذلك بالنص على ما كان يحق للدائن أن يتوقع الحصول عليه، بموجب العقد. بمعنى أن النص المشار إليه لم يتوقف عند ما كان يتوقع الدائن شخصياً الحصول عليه، وإنما أوضح النص، من خلال صياغته، أن المقصود الحرمان مما كان يتوقع الحصول عليه، بموجب العقد. وتأكيداً لذلك فقد أضاف هذا النص من الاتفاقية، لاعتبار المخالفة جوهرية، أن يكون الضرر الذي ينتج عن المخالفة متوقعاً، أي يتوقعه الطرف المخالف، وكذلك كل شخص عاقل من صفته إذا وجد في نفس الظروف⁽³¹³⁾.

هذا التقدير الموضوعي لمصلحة الدائن في العقد، هو ما اعتمده

(312) Guillemin، السابق ذات الموضوع.

(313) راجع في ذلك، شفيق شحاته، السابق ص 120، عصام سليم، السابق ص 67، خالد أحمد عبد الحميد، السابق ص 58.

وقد جاء نص المادة 25 من الاتفاقية على النحو التالي:

"Une contravention au contrat commise par l'une de parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle - ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévue un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus.

مبادئ ال Unidroit، فبعد أن اعتبر نص المادة 1-3/7 من هذه المبادئ عدم تنفيذ جوهرى، يخول الدائن الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك الذي يترتب عليه حرمان الدائن - بصفة أساسية - مما كان يتوقعه من العقد، أشار النص المذكور إلى توقع المدين، أو أي شخص عاقل لمثل هذه النتيجة.

ومثل هذا التقدير هو - أيضاً - ما يستفاد من نصوص المشروع التمهيدي للتقنين الأوروبي للعقود، حيث اعتبر عدم التنفيذ الواضح الأهمية، والذي يخول الدائن الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة، متحققاً حين يترتب عليه حرمان الدائن - بصفة أساسية - مما يحق له أن يتوقعه من العقد، الأمر الذي يتحقق بصفة خاصة، حين يكون عدم التنفيذ كاملاً، أو جزئياً، ولكن مصلحة الدائن في الحصول على ما تبقى تكون، من الناحية الموضوعية، قد فانتت⁽³¹⁴⁾.

من خلال النصوص السابقة يتبين - إذاً - أن اعتبار حرمان الدائن من مصلحته المتوقعة في العقد مبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، يقتضى إحاطته بضوابط موضوعية تؤدي إلى تحديد مفهوم المصلحة، حرصاً على استقرار الرابطة العقدية، وعدم ترك مصيرها لاعتبارات شخصية، يتحكم الدائن وحده في تقديرها.

وهذا في الواقع ما يفترقه نص المادة 168، من مشروع وزارة العدل الفرنسية، حيث إن النص المذكور جاء صياغته خالية، مما يمكن أن يضبط موضوعياً فكرة مصلحة الدائن في العقد، مما يؤدي إلى احتمال تفسير هذه المصلحة من منظور شخصي.

مثل هذا الاحتمال يجب العمل على استبعاده، من خلال صياغة واضحة محددة، لأسباب الفسخ بالإرادة المنفردة. فغياب الوضوح والتحديد عن مثل هذه الصياغة، يثير القلق بشأن استقرار الرابطة العقدية ومصيرها؛ لأن من شأن ذلك أن يجعل بإمكان الدائن أن يتحجج بأي إخلال كان من قبل المدين، وأياً كانت أهميته، للقول بزوال مصلحته في العقد؛ ليتمكن

(314) راجع نص المادة 107 من هذا المشروع، سبق ذكره.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010 (195)

بذلك من فسخ العقد من جانبه. صحيح أن هناك - وكما سنرى فيما بعد - دوراً للقاضي في مراقبة صحة أعمال هذا الفسخ، ويمكنه، من الناحية النظرية، اعتبار الفسخ الذي وقع غير صحيح، ويأمر بالاستمرار في تنفيذ العقد، ولكن يبقى أن ذلك قد لا يكون ممكناً - من الناحية العملية - في الكثير من الحالات - فيكون الدائن - بالتالي - قد حقق هدفه في الخروج من العلاقة العقدية، استناداً إلى فوات مصلحته من العقد، فهذه الفكرة - على الإطلاق الذي جاءت به بنص المادة 168 المذكور - لا شك أنها تغري كل دائن راغب في التخلص من العقد. ومن هنا كانت أهمية الضوابط الموضوعية، التي يجب أن نحيط بها.

الواقع، أنه من خلال ما تقدم، يمكن القول بصعوبة التحديد الدقيق لدرجة معينة من عدم التنفيذ، الذي من شأنه أن يؤدي إلى الفسخ بالإرادة المنفردة، ولعل ذلك ما يفسر اختلاف الاصطلاحات المستخدمة، في التشريعات السابق تناولها، وتلك المقترحة بشأن التعبير عن عدم التنفيذ الذي يبرر الفسخ بالإرادة المنفردة.

ولكن الملاحظ، أن ذلك ليس فقط شأن عدم التنفيذ المبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، بل هو - أيضاً - حال الفسخ في صورته التقليدية، أي الفسخ القضائي، فالملاحظ أنه في هذا الأخير، إذا كان المتفق عليه أن أعماله مشروط دائماً بالإخلال الجسيم بالالتزامات العقدية، فإنه في المقابل ليس هناك تعريف محدد، لما يعتبر إخلالاً جسيماً بالالتزامات الناشئة عن العقد، بل ويؤكد بعض الفقه⁽³¹⁵⁾، على إخفاق كل محاولة لوضع تعريف محدد لهذا الإخلال الجسيم، وأن هذا التعبير يمكن فهمه باعتباره توجيهاً مزدوجاً double directive⁽³¹⁶⁾. فهو يعنى، أولاً: أنه ليس كل عدم تنفيذ يؤدي إلى الفسخ، ويعنى ثانياً أن للقاضي سلطة تقديرية، بشأن تحديد ما إذا كان الإخلال الذي حدث يستوجب الفسخ.

Gencion, La résolution du contrat pour inexécution, op. cit. p. (315) 284 et s, p. 775.

(316) Gencion، السابق ص 296.

(196) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

لذلك، رأينا فيما سبق، ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي⁽³¹⁷⁾ من ضرورة عدم التلهي باختلاف المصطلحات المستخدمة، كمبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، فهي جميعاً - بحسب هذا الفقه - تعنى عدم تنفيذ على قدر من الجسامة الكافية. مؤدى هذا الرأي - وكما ذكرنا فيما سبق - تماثل الشرط الموضوعي للفسخ بالإرادة المنفردة مع ذلك المتطلب للفسخ القضائي، وبمعنى آخر: فإن عدم التنفيذ - بحسب هذا الجانب من الفقه - هو ذاته في حالتي الفسخ.

وقد وجد هذا الرأي صدق له، بمناسبة التعليق على نص المادة 168 من مشروع وزارة العدل الفرنسية، وما أخذ عليه من ملاحظات سبق تناولها، حيث ذهب بعض الفقه⁽³¹⁸⁾، إلى أن تفادي الغموض الذي يحيط بفكرة مصلحة الدائن في العقد، كشرط لعدم التنفيذ المبرر للفسخ بالإرادة المنفردة، وعدم التحديد الذي يلزم فكرة المصلحة هذه، وبالنظر إلى أن الفسخ يبقى فسخاً، سواء كان قضائياً أم بالإرادة المنفردة، يقتضى الأخذ بمفهوم واحد لعدم التنفيذ الذي يؤدي إلى الفسخ بصورتيه، أي سواء كان فسخاً عن طريق القضاء، أم من قبل الدائن وبإرادته المنفردة.

وفي هذا الصدد، يقترح هذا الرأي أن يكون النص المتعلق بعدم التنفيذ، متضمناً معياراً عاماً لعدم التنفيذ المؤدي إلى الفسخ، أكثر من مجرد تعريف محدد له - وذلك بالنظر إلى صعوبة وضع مثل هذا التعريف من ناحية، وإمكان تجاوز الحالات الواقعية له من ناحية أخرى - على أن يتضمن ذلك مجموعة من العناصر، التي تؤخذ في الاعتبار، عند تقدير عدم التنفيذ الذي يسمح بالفسخ، ويمكن أن تكون مصلحة الدائن واحدة من ضمن هذه العناصر⁽³¹⁹⁾.

في ضوء ذلك، يقترح الرأي الذي نعرض له، أن يكون نص المادة

Mazeaud, Durées et ruptures, précité, p. 142; Laithier op. cit. (317) p. 278.

(318) Gencion ملاحظاته سابق الإشارة إليها في Petites Affiches 2009 ص 89.

(319) Gencion السابق ذات الموضوع.

168 من المشروع الذي نحن بصدده، على النحو التالي: في حال عدم الاتفاق على شرط فاسخ، لا يكون الفسخ مبرراً، إلا إذا كان عدم التنفيذ على قدر من الأهمية الكافية، وكان زوال العقد هو الجزء الأكثر ملاءمة، وذلك بالنظر إلى نتائج هذا الإخلال على مصلحة الدائن في العقد، والضرر الذي يترتب عليه، ومسلك المدين.

ويجب أن يؤخذ في الاعتبار كل ظروف الواقع وبصفة خاصة، أسباب عدم التنفيذ، فرص التنفيذ المستقبل، صفة ومزايا الأطراف، طبيعة ومدة الرابطة التعاقدية، وكذلك النتائج الضارة لزوال العقد بالنسبة للمدين والغير⁽³²⁰⁾.

(320) والنص الفرنسي للمادة 168 المقترح، تعديلاً لنص المادة 168 من مشروع وزارة العدل يجرى على النحو الآتي:

"En l'absence de clause résolutoire, la résolution n'est justifiée que si l'inexécution est d'une importance suffisante est que l'anéantissement du contrat en constitue la sanction la plus appropriée, eu égard aux conséquences de ce manquement sur l'intérêt du créancier au contrat, au préjudice qui peut en résulter et au comportement du débiteur.

Il doit être tenu compte de toutes les circonstances de fait et notamment, des causes de l'inexécution, des chances d'exécution future, de la qualité et des mérites respectifs des parties, de la nature et de la durée de la relation contractuelle, mais aussi des conséquences dommageables de la disparition du contrat pour le débiteur ou pour le tiers".

(Gencion، السابق ص 90).

هذا ويلاحظ أن النص المقترح تعديلاً لنص المادة 168 من مشروع وزارة العدل الفرنسية قد استبعد من نطاقه حالة الاتفاق على شرط فاسخ، ولا شك أن لذلك مبرره، من حيث إن الفسخ في هذه الحالة يقع إعمالاً لاتفاق الطرفين، وبحسب مضمون هذا الاتفاق. وقد أفرد مشروع وزارة العدل الفرنسية نص المادة 167 لهذا الشرط، مضمناً إياه أحكاماً تفصيلية وجديدة في هذا الشأن، حيث جاء هذا النص على النحو التالي:

"La clause résolutoire doit expressément designer les engagements dont l'inexécution entraîner la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu qu'elle résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure n'est efficace que si elle

والملاحظ على هذا التعديل المقترح لنص المادة 168 من مشروع وزارة العدل الفرنسية أنه قد اشترط للفسخ – سواء كان قضائياً أم بالإرادة المنفردة – أن يكون عدم التنفيذ على قدر كاف من الأهمية، وهو وإن – وبما يتفق مع ما سبق قوله، في صعوبة تحديد درجة معينة من عدم التنفيذ الذي يؤدي إلى الفسخ، وبما يتفق مع ما قاله - أيضاً - صاحب هذا الاقتراح، لم يضع تعريفاً محدداً لما يعتبر عدم تنفيذ على قدر كاف من الأهمية، فإنه قد حرص على تضمين اقتراحه عديداً من العناصر التي تؤخذ في الاعتبار لتقدير أهمية عدم التنفيذ، الذي يسمح بالفسخ، بحيث يكون الفسخ – وأخذاً في الاعتبار لهذه العناصر – هو الجزء الأكثر ملاءمة، بالنظر إلى ما يترتب على الإخلال الذي حدث من قبل المدين، على مصلحة الدائن في العقد، وما يترتب عليه من نتائج، وكذلك بالنظر إلى مسلك المدين.

وجدير بالذكر، أن النهج الذي اتبعه صاحب الاقتراح المشار إليه، لم يكن بالأمر الجديد، فقد أتى هذا النص على غرار ما جاء بنصوص أخرى، منها مثلاً: ما جاء بقواعد ال Unidroit. فالمادة 3/7-1 من هذه القواعد - وكما سبق الإشارة إلى ذلك - أجازت لأحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته

mentionne de manière apprenante la clause résolutoire. Elle prend effet par la notification qui en est faite au débiteur est à la date de sa réception".

وقد اقترح Genicon (ملاحظاته السابق الإشارة إليها، على النصوص المتعلقة بالفسخ في مشروع وزارة العدل، ص 88) تعديل النص المقترح للمادة 167 ليكون على النحو التالي:

"La clause résolutoire est celle par laquelle les parties conviennent expressément que l'inexécution par l'une d'elles d'une obligation déterminée permettra à l'autre de décider seule de la résolution, par voie de notification.

Elle doit désigner précisément les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat mais elle fait obstacle à toute appréciation judiciaire du bien – fondé de la résolution.

S'il n'a pas été convenu que le créancier pourrait décider sans sommation de la résolution, elle est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, mentionnant de manière apparente la clause résolutoire, le manquement =

المنفردة، في حالة عدم التنفيذ الجوهري من قبل المتعاقد معه، ولكنها لم تتضمن تعريفاً محدداً، لما يعد عدم تنفيذ جوهري، وإنما تضمنت موجّهات لما يعتبر عدم تنفيذ جوهري، ذكرت منها على سبيل المثال: أن يؤدي عدم التنفيذ إلى حرمان الدائن بصفة أساسية، مما كان يتوقعه من العقد⁽³²¹⁾.

وإذا كان الاقتراح المذكور قد قُصد به التغلب على الغموض الذي يحيط بفكرة مصلحة الدائن من العقد التي يترتب على عدم التنفيذ، حرمانه منها، وعدم تحديدها، فالملاحظ أن هذا الاقتراح لا يستبعد هذه الفكرة، وإنما اعتبرها ضمن العناصر التي تؤخذ في الاعتبار لتقدير، الأهمية الكافية لعدم التنفيذ الذي يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة، بمعنى أن زوال المصلحة المذكورة نتيجة عدم التنفيذ وإن لم يعتبر شرطاً للفسخ بالإرادة المنفردة - كما هو الحال في نص المادة 168، من مشروع وزارة العدل - فإنها، بحسب الاقتراح، محل البحث هنا، عنصر من عناصر تقدير أهمية عدم التنفيذ، الذي يسمح بهذا الفسخ.

هذا، ويلاحظ بشأن اقتراح تعديل نص المادة 168 من مشروع وزارة العدل الفرنسية - وعلى النحو السابق بيانه - أنه إذا كان قد أسهب في بيان العناصر التي يمكن الاستناد إليها؛ لتقدير أهمية عدم التنفيذ الذي يمكن أن يؤدي إلى الفسخ بالإرادة المنفردة، فإنه لم يخرج عما سبق من تعبيرات

= reproché au débiteur et un délai raisonnable pour lui permettre d'y remédier.

Dans tous les cas, la résolution ne prend effet que par la notification qui en est faite au débiteur et à la date de sa réception".

(321) جاء النص الفرنسي للمادة 1-3/7 من ال Unidroit على النحو التالي:

- 1- Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie.
 - 2- Pour déterminer ce qui constitue une inexécution essentielle, on prend notamment en considération les circonstances suivantes :
 - a.L'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pu raisonnablement prévoir ce résultat ...
- وقريب من ذلك - أيضاً - ما ورد بالمادة 107 (سبق ذكر نصها) من المشروع التمهيدي للتقنين الأوربي للعقود.

مختلفة، وردت بالنصوص المتعددة السابق تناولها، بشأن الشرط الموضوعي، الذي يسمح للمتعاقد بفسخ العقد بإرادته المنفردة، فهذا الشرط - بحسب هذا التعديل - هو أن يكون عدم التنفيذ على قدر من الجسامة، وإن تم التعبير عنه بالصيغة المقترحة، وهي أن يكون عدم التنفيذ على قدر كاف من الأهمية d'une importance suffisante.

يبقى - على الرغم من ذلك - التأكيد على أهمية هذه العناصر، في ظل نظام يسمح بالفسخ بالإرادة المنفردة، فلا شك أن السماح للدائن بفسخ العقد بالإرادة المنفردة، يقتضي أن تتوافر لديه مؤشرات، تمكنه من معرفة مدى صوابية قراره لفسخ العقد، وتقليل فرص إنكاره عليه بعد ذلك، فمنطق الفسخ بالإرادة المنفردة يقتضي ذلك - كما يقول بعض الفقه⁽³²²⁾. وهذا في الواقع ما تؤكد نصوص كثيرة، من تلك التي اعتمدت الفسخ بالإرادة المنفردة⁽³²³⁾، فهذه العناصر تبدو أهميتها - أيضاً - من ناحية أنها تعتبر أداة أساسية في يد القاضي، عند ممارسته لرقابته اللاحقة على الفسخ الذي تم بإرادة الدائن، وذلك عند منازعة المدين في هذا الفسخ، فهذه العناصر تُعين القاضي على تقديره، لمدى صحة الفسخ الذي أجراه الدائن.

هذا، وإذا كان الاقتراح الذي عرضنا له فيما تقدم، بشأن تعديل المادة 168 من المشروع التمهيدي، لتعديل قانون العقود الفرنسي، يبقى اقتراحاً لا ندري مدى إمكان الأخذ به، فإنه يؤكد ما سبق أن قال به بعض الفقه⁽³²⁴⁾، من أن جسامة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، هي الشرط الأساسي لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة، وأياً كان التعبير المستخدم للدلالة على مثل هذا الإخلال.

فجسامة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، هي - إذاً - الشرط الموضوعي لإمكان الفسخ بالإرادة المنفردة. ولا شك أنه من خلال اشتراط

(322) Gencion، السابق ص 88.

(323) من ذلك مثلاً، نص المادة 7-1/3 من ال Unidroit، والمادة 107 من المشروع التمهيدي للتقنين الأوربي للعقود.

(324) Laithier، السابق ص 280.

هذه الجسامة يمكن حماية مصالح المدين من ناحية ، والمحافظة على الاستقرار اللازم للروابط التعاقدية من ناحية أخرى، بحيث لا يكون جائزاً للدائن، التذرع بأي قدر من الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، وأياً كانت ضلالة أهميته، للتخلص من العلاقة التي تربطه بالمدين.

هذه الحماية لا تتحقق فقط من خلال هذا الشرط الموضوعي، وإنما - أيضاً - من خلال الشروط الإجرائية المفروضة، على استعمال الدائن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة. وهذا ما ننتقل لبيانها فيما يلي.

الفرع الثاني

الشروط الإجرائية لممارسة الحق

في الفسخ بالإرادة المنفردة

رأينا، فيما سبق، أن القضاء الذي اعتمد مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، اشترط لذلك أن يكون هناك إخلال على قدر كاف من الجسامة، بالالتزامات الناشئة عن العقد منسوب إلى المدين، وهذا ما تناولناه باعتبار الشرط الموضوعي لإمكان إيقاع هذا الفسخ. والملاحظ في هذا الصدد أنه لم يتبين من خلال هذا القضاء، ما إذا كان هناك مسار إجرائي معين، يتعين على الدائن إتباعه؛ لإيقاع هذا الفسخ الذي يتم بعيداً عن القضاء، ولم يسبق الاتفاق عليه، من خلال شرط فاسخ صريح، يمكن من خلاله اعتبار العقد مفسوخاً، في حال عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه.

على الرغم من ذلك، فقد أجمع الفقه الفرنسي على ضرورة وجود هذا المسار الإجرائي، الذي يجب أن يتقيد به الدائن لإيقاع الفسخ بإرادته المنفردة، ليكون هذا المسار بديلاً عن الدعوى القضائية للمطالبة بالفسخ - وكما هو الأصل - أي باعتبار أن الأصل في الفسخ أن يكون قضائياً - يحكم به القاضي - وذلك بقصد حماية مصالح المدين، والحيلولة دون احتمال التعسف من قبل الدائن؛ ليتحقق - بالتالي - التوازن بين مصالح الدائن في سرعة التخلص من العقد، نتيجة الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عنه، ومصالح المدين، في مواجهة فسخ يتم دون رقابة قضائية

سابقة على إعماله، وكذلك دون اتفاق مسبق على إمكانيةه.

واستلهاماً لما ورد بالتشريعات التي أقرت بإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وكذلك القواعد العامة بشأن الفسخ القضائي، وطبيعة الفسخ بالإرادة المنفردة، كتصرف قانوني منفرد، حدد الفقه الفرنسي عناصر هذا المسار الإجرائي، الذي يجب على الدائن اتباعه في إعمال الفسخ من جانبه.

هذه العناصر تتمثل في: ضرورة إعدار المدين من ناحية، ثم إخطاره بالفسخ من ناحية ثانية، وتسبب قرار الفسخ من ناحية ثالثة.

أولاً - الإعدار

وفقاً للقواعد العامة، لا يجوز للدائن طلب الفسخ لمجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، وإنما يجب أن يقوم الدائن قبل ذلك بإعدار المدين⁽³²⁵⁾.

هذا الإجراء متطلب ضروري إذا كان الفسخ عن طريق القضاء، وإن كان من المقرر أن إعلان صحيفة دعوى الفسخ، مشتملة على تكليف بالوفاء تقوم مقام الإعدار⁽³²⁶⁾، وهو - أيضاً - متطلب، ولو كان الفسخ نتيجة

(325) انظر المادة 1/157 من القانون المدني المصري، حيث جاء بها: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر - بعد إعداره - المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى".

ويلاحظ أنه على الرغم من أن المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، لم تشترط الإعدار قبل المطالبة بالفسخ، فإن الفقه يؤكد على ضرورته، راجع في ذلك على سبيل المثال:

Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, Les obligations, op. cit. p. 448; Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 1076, Ph. Delebecque et F. J. Pansier, Droit des obligations, contrat et quasi-contrat, op. cit. p. 298.

(326) راجع على سبيل المثال، الجارحي، السابق ص 68، الأهواني، السابق ص 410، رمضان أبو السعود، السابق ص 287.

وانظر نقض مدني 1979/1/25 مج س 30 ص 375، 1984/4/3.

إعمال الشرط الفاسخ الصريح، إلا إذا كان هناك اتفاق على الإعفاء منه⁽³²⁷⁾.
من خلال هذا الإجراء، يتم تكليف المدين بالوفاء بالتزامه الذي تخلف
عن تنفيذه، أي دعوته إلى الوفاء بالتزامه وتسجيل التأخير في تنفيذه⁽³²⁸⁾.
ولا محل للإعذار، في الأحوال التي يعفى فيها الدائن من هذا
الإجراء، ومنها تصريح المدين كتابة بعدم تنفيذ التزامه⁽³²⁹⁾، وكذلك في حال
الاتفاق، صراحة أو ضمناً بين الطرفين، على عدم لزوم الإعذار، وأن مجرد
حلول الأجل يعتبر إعدراً⁽³³⁰⁾، وحين يصح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو
غير مجد بفعل المدين.

إذا كان الإعذار، وعلى نحو ما تقدم، هو تسجيل تقصير المدين
عليه، ودعوته للتنفيذ، فإن من لزمه منح مهلة أخيرة للمدين، للقيام بتنفيذ
التزامه، خلال مهلة الإعذار، أو خلال مهلة معقولة⁽³³¹⁾، فإن مؤدى ذلك أن

Larroumet, Le contrat, 2^e partie, op. cit. p. 833; Terré, Simler
et Lequette, op. cit. p. 659.

Cass. Civ. 23/1/2001, RJDA, 2001 no 848.

(327) راجع، محمد منصور السابق ص 39، Larroumet، السابق ص 833 د. محمود
عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية (بدون
تاريخ) ص 360.

(328) انظر في أن الإعذار هو وضع المدين قانوناً موضع المتأخر في التنفيذ، وأن
التأخر الفعلي في التنفيذ لا يكفي لاعتبار المدين متأخراً، وترتيب مسؤليته
العقديّة، نقض 1998/4/12 مج س 49 ص 309.

(329) راجع المادة 220 مدني مصري، وانظر نقض مدني 1956/5/31 مج س 7 ص
631، وبلاحظ أنه لا يشترط في القانون الفرنسي، أن يكون التصريح كتابة وإنما
يكفي أن يعبر المدين عن إرادته في عدم التنفيذ، انظر في ذلك، Terré, Simler
et Lequette، السابق ص 1082.

(330) راجع المادة 219 مدني مصري، م 1139 مدني فرنسي. وانظر نقض مدني
1966/4/5 مج س 17 ص 797، وراجع، د. محمد شكري سرور، موجز
الأحكام العامة للالتزام، دار الفكر العربي 1985/84 ص 40 وما بعدها.

(331) راجع د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم
القانونية والاقتصادية، السنة الأولى، العدد الأول، يناير 1959، ص 139 وما
بعدها، خاصة ص 153، والعدد الثاني من ذات المجلة، يوليو 1959، ص 443
وما بعدها، خاصة ص 247.
وراجع في ذلك أيضاً:

هذا الإجراء المتطلب في حالة الفسخ القضائي، بل وعند الاتفاق على شرط فاسخ صريح، ما لم يتفق على الإعفاء منه، يكون متطلباً - ومن باب أولى - في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة؛ ليعوض بذلك الرقابة القضائية المسبقة على فسخ العقد⁽³³²⁾، وهذا - في الواقع - ما جعل الفقه الفرنسي يجمع على ضرورة الإعدار، كإجراء لازم يسبق فسخ العقد، من قبل الدائن⁽³³³⁾.

ومن خلال هذا الإجراء، يتأكد من ناحية حسن نية الدائن⁽³³⁴⁾، وذلك بمنحه المدين هذه المهلة الأخيرة للتنفيذ. ولا شك أن لذلك أثره عند إجراء القاضي مراقبته اللاحقة على الفسخ، الذي وقع بعيداً عنه، وذلك عند منازعة المدين في مشروعية قرار الدائن. وبهذا الإجراء - ومن ناحية أخرى - يتم تعويض المدين عن المهلة، التي كان من الممكن أن يمنحها القاضي له - بحسب سلطته التقديرية - إذا ما عرض عليه أمر فسخ العقد⁽³³⁵⁾.

والواقع أن ما ينادي به الفقه الفرنسي، من قيد إجرائي على ممارسة الدائن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة، متمثلاً في إعدار المدين، هو ما اعتمده التشريعات التي أقرت للدائن بهذا الحق، وإن كان ذلك - في البعض منها - جاء بطريقة غير مباشرة، ومن خلال إخطار الدائن للمدين بقراره فسخ العقد.

وفي القانون المدني الجديد لمقاطعة الكيبك يجب - وقبل إقدام الدائن على فسخ العقد - إعدار المدين، وأن يتضمن هذا الإعدار مهلة معقولة لقيام المدين خلالها بالتنفيذ، فإذا ما فاتت هذه المهلة دون قيام المدين بالتنفيذ، كان للدائن أن يعتبر العقد مفسوخاً، ودون التزام عليه بإخطار المدين بأن العقد قد

Ch. Jamin, Les conditions de la résolution du contrat ..., précité, p. 460; S. Stijns, La résolution pour inexécution en droit belge, précité, p. 450 et 545.

(332) Laithier، السابق ص 287.

(333) انظر على سبيل المثال:

D. Mazeaud, Durées et ruptures, précité, p. 143; L. Aynès, Le droit de rompre unilatéralement, précité, p. 67.

(334) Jamin، السابق ص 462.

(335) Stijns، السابق ص 576.

وفي القانون المدني الهولندي الجديد - وبحسب ما أشرنا فيما سلف - إذا كان للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، من خلال إعلان مكتوب *déclaration écrite* يوجه إلى المدين، فإنه وفقاً للفقرة الثانية من المادة 6: 256 من هذا القانون، إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً، لا يكون للدائن سلطة إعلان العقد مفسوخاً، إلا بعد إعدار المدين⁽³³⁷⁾.

وفي القانون المدني الألماني، وبحسب المادة 323، المعدلة بمقتضى القانون النافذ اعتباراً من العام 2002، فإنه إذا كان الفسخ يتم بإعلان موجه من الدائن إلى المدين، فإن هذا الأثر لا يترتب - وبحسب النص المذكور - إلا بعد فوات مهلة معقولة، يتضمنها هذا الإعلان⁽³³⁸⁾، وهذا ما يعتبر تطبيقاً للنظام الألماني المعروف باسم *Nachfrist*، والذي يقضى بأنه في حال تخلف أحد أطراف العقد عن تنفيذ التزامه، يجوز للطرف الآخر، أن يحدد له مهلة معقولة للتنفيذ، مع إخطاره بأنه لن يقبل منه التنفيذ بعد فوات تلك المهلة⁽³³⁹⁾. فإذا كان - بحسب هذا القانون - الفسخ يتم من خلال الإعلان، الموجه من الدائن إلى المدين، فإن هذا الإعلان يتضمن في الواقع إعداراً للمدين، بالمعنى السابق بيانه، أو على الأقل، يتضمن الأثر الأهم الذي يترتب على الإعدار، وهو منح مهلة أخيرة للمدين ليقوم بالتنفيذ⁽³⁴⁰⁾.

(336) راجع في ذلك، Fauvarque – Cosson، السابق ص 159.

هذا وقد تضمنت المادة 1605 من هذا القانون، حالات الإعفاء من الإعدار، وهي تشمل حالة الاستعجال، التي توجب التنفيذ الفوري للالتزام، عدم تنفيذ الالتزام خلال المدة التي تجعل تنفيذه مفيداً للدائن، عدم تنفيذ الالتزام بالامتناع عن العمل (راجع Fauvarque-Cosson، السابق ص 160).

(337) راجع، Mahé و Hondius، السابق ص 854.

(338) راجع، Fauvarque - Cosson، السابق ص 159

(339) راجع في ذلك:

F. Ranieri, Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 881 et s., spéci. p. 823.

A. Brès, La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, (340) op. cit. p.6.

هذا النهج هو ما اتبعه - أيضاً - المشروع التمهيدي للتقنين الأوروبي للعقود، فوفقاً للمادة 114⁽³⁴¹⁾، من هذا المشروع، وإذا ما كان عدم التنفيذ على قدر واضح من الأهمية، يكون للدائن العمل على فسخ العقد، من خلال التنبيه على المدين بالتنفيذ خلال مهلة معقولة، لا تقل عن خمسة عشر يوماً، وإخطاره بأنه في حال فوات هذه المهلة دون تنفيذ، يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون.

فالملاحظ هنا - أيضاً - أن النص المذكور وإن لم يجعل الإعذار إجراءً مستقلاً عن الإخطار بالفسخ، فإنه حرص على أن يتضمن الإخطار مضمون الإعذار، أو هدفه، وذلك بترك مهلة للمدين يستطيع التنفيذ خلالها، وبفواتها يمكن أن يقع الفسخ.

إذا كان إعدار المدين، يبدو في نظر الفقه الفرنسي - وبحق - إجراءً ضرورياً ولامماً، متى سمح للدائن بأن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، وبعيداً عن تدخل مسبق من قبل القضاء، هو ما تؤكد التجارب التشريعية السابق تناولها، فإن ذلك ما تؤكد التوجهات التشريعية الحديثة في القانون الفرنسي، والتي تتضح من خلال مشروع كاتالا، وكذلك مشروع وزارة العدل الفرنسية.

فوفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 1158⁽³⁴²⁾ من مشروع كاتالا، عندما يختار الدائن فسخ العقد؛ نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، يمكنه ذلك من خلال إعدار المدين، بأن يوفى تعهده خلال مهلة معقولة، وإلا كان له حق

هذا مع مراعاة، أن المهلة التي يجب أن يتضمنها الإعلان الموجه إلى المدين يتم الإعفاء منها في حالات معينة، حددتها الفقرة الثانية من المادة 323، وهي حالة رفض المدين بطريقة جديّة ونهائيّة تنفيذ الأداء *la prestation*، عدم قيام المدين بالتنفيذ خلال المدة المحددة لذلك بمقتضى العقد، حيث يكون الدائن قد ربط مصلحته في تنفيذ الأداء بتمام التنفيذ خلال هذه المدة، وكذلك في حال توافر ظروف أخرى تبرر أعمال الفسخ فوراً، دون منح المدين مهلة معينة. راجع في ذلك، Fauvarque - Cosson، السابق، ص 159.

(341) سبق ذكر نصها.

(342) سبق ذكر نصها.

فبحسب هذا النص فإن إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة يقتضي - أولاً - قيام الدائن بإعذار المدين، بأن يقوم بالتنفيذ خلال مهلة معقولة.

والملاحظ على هذا النص، أنه لم يحدد قدر المهلة، التي يجب أن تترك للمدين بعد إعداره للقيام بالتنفيذ، وإنما اشترط فيها أن تكون مهلة معقولة، وإذا كان لذلك فائدة، من حيث ترك هذه المهلة المعقولة، لتحدد وفق ظروف الحال، وطبيعة الالتزام المقصود تنفيذه، فإنها من ناحية أخرى قد تفتح مجالاً للمنازعة، والخلاف حول مدى ملاءمة المهلة التي أتاحت للمدين للقيام بتنفيذ التزامه. إضافة إلى ذلك فإنه لم يرد في هذا المشروع، ذكر للحالات التي يمكن فيها الإعفاء من الإعدار، بما مؤداه أن الإعدار يبقى واجباً، في جميع الحالات التي يختار فيها الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة.

لا شك أنه كان من الأفضل، واتساقاً مع الفلسفة التي يقوم عليها الفسخ بالإرادة المنفردة، أن يرد ضمن النص المقترح تحديد للمهلة التي تمنح للمدين للقيام بالتنفيذ خلالها، واعتبار هذه المهلة هي الحد الأدنى، كما ورد في المشروع التمهيدي للتعنين الأوربي، للعقود - على سبيل المثال - إضافة إلى بيان الحالات، التي يعفى فيها الدائن من إعدار المدين، كما ورد بقانون مقاطعة الكيبك، على سبيل المثال - أيضاً - أو وفقاً لما تقضي به القواعد العامة، وبحيث يكون للدائن فسخ العقد فوراً، وإخطار المدين بذلك. ذلك أنه في مثل هذه الحالات، ليس هناك ما يدعو للإعدار، والتمسك به يعنى التمسك بإجراء لا لزوم له، بما يتنافى ومبدأ الاقتصاد في الإجراءات، الذي يعتبر من مفترضات الفسخ بالإرادة المنفردة.

لكن الملاحظ أن ما تقدم، قد فات - أيضاً - على واضعي مشروع وزارة العدل الفرنسية التنبه إليه.

فبحسب هذا المشروع الأخير - وكما رأينا فيما تقدم - إذا ترتب على عدم التنفيذ حرمان الدائن من مصلحته في العقد، يكون له فسخ العقد بإرادته المنفردة، ولكن عليه في هذا السبيل أن يقوم بإعذار

المدين، المقصر لينفذ تعهده خلال مهلة معقولة⁽³⁴³⁾.

الإعذار في هذا المشروع - أيضاً - هو القيد الإجرائي الأول، في ممارسة الدائن حقه في فسخ العقد. وبمقتضى هذا الإعذار يمهل الدائن المدين لمدة معقولة لإزالة المخالفة، أي قيامه بالتنفيذ. وكما هو واضح لم يحدد المشروع - وكما أشرنا - قدراً معيناً لهذه المهلة.

لكن الملاحظ أنه بحسب هذا المشروع الأخير، فقد اشترط في الإعذار، أن يتضمن إلى جانب تكليف المدين بالوفاء خلال مهلة معقولة - وبطريقة ظاهرة - أن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه خلال هذه المهلة، يخول الدائن الحق في فسخ العقد على مسؤوليته⁽³⁴⁴⁾.

إذا كان مضمون الإعذار، يجب أن يكون على هذا النحو، فلا شك أن ذلك يعبر عن حرص، على ضرورة إعلام المدين بالجزاء الذي ينتظره، في حال عدم قيامه بالتنفيذ خلال المهلة الأخيرة التي أعطيت له، وهو جزاء هام، حيث ينفرد الدائن بفسخ العقد، دون رجوع إلى القضاء، وهذا في الواقع، ما يفسر حرص النص المقترح، على أن يأتي ذكر هذا الجزاء متضمناً في الإعذار بطريقة ظاهرة، أي بما يميزه عن غيره مما يرد في الإعذار من بيانات، وذلك بقصد لفت نظر المدين إلى الجزاء الذي ينتظره، في حال عدم قيامه بالتنفيذ. وكنا نتمنى لو أن النص المقترح، قد استلزم أن يتضمن الإعذار بياناً، بما يأخذه الدائن على المدين من أوجه إخلال بالتزامات - كما اقترح البعض⁽³⁴⁵⁾ إثباتاً لحسن نية الدائن، وتسهيلاً لرقابة القضاء اللاحقة.

هذا وقد أوضحت الفقرة الثانية من المادة 168 من المشروع المذكور، أن عدم توافر هذا الشرط في الإعذار يجعله غير فاعل (n'est efficace بحسب النص المشار إليه) ، بما مؤداه اعتبار الإعذار كأن لم يكن، وبالتالي تخلف الشرط الإجرائي الأول، لإيقاع الفسخ بإرادة الدائن المنفردة.

(343) راجع نص المادة 1/168 من المشروع، والسابق ذكره.

(344) الفقرة الثانية من المادة 168 من المشروع المذكور.

(345) Laithier، السابق ص 288.

ويتبين مما تقدم، أن الإعذار هو شرط إجرائي لإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة، يؤكد الفقه، كما تؤكد التوجيهات التشريعية المنتظرة في القانون الفرنسي. وإذا كان هذا الإجراء يبرز في القانون الفرنسي كإجراء مستقل، فإنه في تشريعات أخرى - وكما سبق بيانه - جاء متضمناً في الإخطار، الذي يوجه من الدائن إلى المدين.

هذا وإذا كان بعض الفقه، قد أخذ على التوجه التشريعي في فرنسا، من ناحية ضرورة إعذار المدين ومنحه مهلة معقولة للتنفيذ، أنه يفرض على من لم ينفذ التعهد المعقود لصالحه، أن يتحلى بقدر من الصبر يثير الدهشة⁽³⁴⁶⁾، وأنه يفضل على ذلك، أن يكون لهذا الدائن أن يتخلص من العقد بإرادته المنفردة فوراً، فالواقع أن الموقف الذي عبر عنه الفقه الفرنسي، وأكدته التوجه التشريعي المرتقب، هو - في اعتقادنا - جدير بالتأييد؛ لما أشرنا إليه فيما سبق، من أن المسار الإجرائي للفسخ بالإرادة المنفردة، والذي يبدأ بإعذار المدين، على النحو السابق بيانه، يتحقق من خلاله حماية مشروعة للمدين، وبالتالي يتحقق توازن مصالح الأطراف المعنية بالفسخ بالإرادة المنفردة، أي الدائن والمدين، ويكفي في هذا الصدد أن تتحدد الحالات، التي يعفى فيها الدائن من إعذار المدين، على نحو ما سبق بيانه، ليبقى "صبر" الدائن في حدود لا تثير أية "دهشة"، وبحيث يقتصر الأمر في هذه الحالة، على إلزام الدائن بإخطار المدين بقرار الفسخ.

ثانياً - الإخطار

لا يكفي، في نظر الفقه الفرنسي، لإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة، أن يقوم الدائن بإعذار المدين، على النحو السابق بيانه، وإنما يشترط، فوق ذلك، أن يقوم الدائن بإخطار المدين بقراره⁽³⁴⁷⁾.

(346) Lando، السابق ص 175، حيث يقول في هذا الصدد:

"Je suis surpris par la patience qui est exigée de la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ...".

(347) راجع على سبيل المثال، Chang و Dai Do، السابق ص 7.

Ch. Jamin, obs. sous C.A. Douai, 6/7/1999, JCP. 1999 - I -

مؤدى هذا الاشتراط، أن الفسخ بالإرادة المنفردة لا يقع بانتهاء المهلة المحددة في الإعدار، ليقوم المدين بالوفاء بالتزامه، وإنما لا بد من إخطار المدين بإيقاع هذا الفسخ، بمعنى: أن انتهاء المهلة المحددة بمقتضى الإعدار لا يعني أن العقد قد تم فسخه، فالفسخ لا يقع تلقائياً بمجرد فوات هذه المهلة، بل يبقى العقد قائماً، إلى أن يتم إخطار المدين، من قبل الدائن، بفسخ العقد؛ ليبقى بالتالي مصير العقد بيد الدائن.

والإخطار *la notification* بصفة عامة، هو الإجراء الذي يهدف إلى إبلاغ أمر ما إلى شخص معين⁽³⁴⁸⁾. هذا الأمر - فيما نحن بخصوصه - هو إرادة فسخ العقد، والشخص المقصود إبلاغه بهذه الإرادة هو المدين.

لا يكفي - إذاً - أن يعبر الدائن عن إرادته في فسخ العقد، ليقع هذا الفسخ، وإنما لا بد أن يوجه هذا التعبير إلى المعني به، وهو المدين.

الإخطار بالمعنى السابق هو متطلب مشترك لكل تصرف قانوني من جانب واحد، يترتب عليه إنهاء العقد⁽³⁴⁹⁾، فهو عنصر يساهم في آلية هذا التصرف، الذي - وإن لم يشترط لتكوينه رضاء المتعاقد معه - فإن من شأنه تعديل مركزه القانوني؛ ولذلك يكون واجباً إخطار هذا الأخير به، ويكون هذا الإخطار واجباً في جميع الحالات، ولو لم يوجد نص يوجبه⁽³⁵⁰⁾.

إذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة، تصرفاً قانونياً من جانب واحد، فإنه يجب - بحسب ما تقدم - أن يُخطَر به المدين. فهذا الفسخ لا يترتب أثره في مواجهة المدين، إذا بقي عند حد تعبير الدائن عن إرادته في الفسخ، بل لا بد لكي ينتج هذا التعبير عن الإرادة أثره، أن يوجه إلى الطرف الآخر، فهو تعبير عن الإرادة واجب التسلم⁽³⁵¹⁾، بمعنى أنه ينتج أثره من وقت اتصاله

191.

J. Martin de la Moutte, L'acte juridique unilatérale, Thèse, (348) Toulouse 1949, p. 188.

أشار إليه Corgas-Bernard، السابق ص 351.

(349) Corgas-Bernard، السابق ص 352، Houin، السابق ص 47 وما بعدها.

(350) Corgas-Bernard، السابق ذات الموضوع.

(351) Houin، السابق ص 49.

بعلم من وجه إليه⁽³⁵²⁾.

ولا شك أن الإخطار بالمعنى السابق هو، إجراء مقرر لمصلحة المدين، وذلك بتجنيبه مصروفات تنفيذ أداء، أصبح من حق الدائن رفضه⁽³⁵³⁾. وهو من ناحية أخرى يمنع الدائن من المضاربة، على ارتفاع أو انخفاض قيمة التنفيذ إضراراً بالمدين⁽³⁵⁴⁾.

إذا كان مفاد ما تقدم، أن القواعد العامة بشأن التصرف القانوني من جانب واحد، توجب إخطار المدين بقرار الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، فهذا في الواقع ما أكدته النصوص المقترحة، لتعديل القانون المدني الفرنسي، والواردة بشأن هذا النوع من الفسخ.

فبحسب الفقرة الثانية من المادة 1158 من مشروع كاتالا، إذا استمر عدم التنفيذ من قبل المدين بعد إعداره، وفوات مهلة الإعدار المعقولة، يكون على الدائن - إذا ما اختار فسخ العقد - أن يخطر المدين بفسخ العقد، ويصبح الفسخ نافذاً، عند استلام المدين الإخطار المذكور.

وهذا - أيضاً - ما قضت به المادة 168 من مشروع وزارة العدل، والتي وفقاً لفرقتها الرابعة، إذا استمر عدم التنفيذ - بعد إعدار المدين وفوات مهلة الإعدار - يقوم الدائن بإخطار المدين بفسخ العقد، ويصبح الفسخ نافذاً، عند استلام الطرف الآخر الإخطار المذكور.

وفقاً لهذه النصوص المقترحة يجب - إذاً - على الدائن إذا أراد فسخ العقد، أن يوجه إخطاراً بذلك إلى الطرف الآخر.

هذا الإخطار، لا يحدث أثره في فسخ العقد - وعلى ما يتبين من النصوص المقترحة السابقة - إلا عند استلام المدين له، بمعنى أن الإخطار بالفسخ لا يحدث أثره بمجرد إرساله إلى المدين، وإنما في لحظة تسلم المدين

(352) عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، العدد الأول، يناير 1960 ص 17.

(353) Laithier، السابق ص 351.

(354) خالد أحمد عبد الحميد، السابق ص 320 (في بيان أهمية الإخطار بالفسخ وفقاً لأحكام اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع).

لهذا الإخطار.

ثالثاً - تسبیب قرار الفسخ

في سبيل حماية المدين في مواجهة قرار الدائن بفسخ العقد، اشتراط الفقه الفرنسي إلى جانب ضرورة حصول الإعدار، ثم الإخطار بالفسخ، أن يكون هذا القرار مسبباً⁽³⁵⁵⁾. وتسبیب قرار الفسخ من ناحية الدائن يقصد به، ألا يقتصر الدائن في فسخه للعقد بأن يخطر المدين بذلك، وإنما أن يبين الأسباب التي دفعته إلى هذا القرار ومبرراته، وذلك ببيان الإخلال في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، الذي يأخذه على المدين، وكذلك تبرير جسامته⁽³⁵⁶⁾.

(355) راجع في ذلك على سبيل المثال، Amrani - Mekki، السابق ص 393 وما بعدها، Brès، السابق ص 495.

لا شك أن التسبیب motivation فكرة راسخة من أفكار القانون الإجرائي. فتسبیب الأحكام في هذا القانون "مبدأ إجرائي عام" (راجع في تفاصيل هذا الموضوع د. عزمي عبد الفتاح، تسبیب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية الطبعة الأولى، دار الفكر العربي 1983)، وانظر في هذا الموضوع أيضاً، د. نبيل عمر، تسبیب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر 2001.

ومع ذلك فهذه الفكرة ليست حكراً على القانون الإجرائي، فالقانون الموضوعي يعرفها أيضاً. وهي وإن اختلف مدلولها وضاق نطاقها فيه، فإن المفهوم العام للتسبیب يبقى واحداً، من ناحية ما يعنيه من أن يكون القرار مسبباً، سواء كان القرار المقصود هو قرار القاضي، أم كان قراراً من أحد المتعاقدين في الرابطة العقدية.

والتسبیب في مجال التصرف القانوني له تطبيقاته التشريعية، وبصفة خاصة إذا كان تصرفاً مُنهيماً للعلاقة العقدية. من ذلك مثلاً: ما ورد بالمادة 110 من قانون العمل المصري، بشأن إنهاء عقد العمل غير محدد المدة، حيث إنه بمقتضى هذه المادة، يجب أن يستند الإنهاء إلى مبرر مشروع وكاف (راجع في تفاصيل هذا الموضوع، د. همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، سابق الإشارة إليه ص 703 وما بعدها، د. السيد عيد نايل، شرح قانون العمل الجديد، سابق الإشارة إليه ص 431 وما بعدها) والمادة 1-1232 L. من تقنين العمل الفرنسي، (بشأن ضرورة استناد صاحب العمل، في إنهائه لعقد العمل غير محدد المدة، لمبرر حقيقي وجدي). راجع في ذلك:

F. Gaudu, L'exigence de motivation en droit du travail, in Colloque: Obligation de motivation et droit des contrats, RDC

تسبب قرار الفسخ بهذا المعنى، له أهمية تبدو من عدة نواح: فإلزام الدائن ببيان مبررات قراره بالفسخ، مؤداه إلزامه بالتروي في اتخاذ هذا القرار، والبحث في جدية أسبابه⁽³⁵⁷⁾، مما يؤدي إلى الحد من فرص أن يكون قراراً تحكيمياً، هذا من ناحية الدائن، أما من ناحية المدين فإبراز مبررات قرار الفسخ، هو وسيلة إقناعه بالفسخ الذي وقع مما يقلل -بالتالي - فرص المنازعة فيه⁽³⁵⁸⁾.

وتسبب قرار الفسخ، يؤدي - عند المنازعة فيه من قبل المدين - إلى تسهيل دور القاضي، في أعمال رقابته القضائية اللاحقة على قرار الفسخ،

2004/2, p. 566 et s.

ومن ذلك أيضاً، ما جاء بالمادة 163 من قانون التجارة المصري الجديد بشأن إنهاء عقد الوكالة التجارية المعين المدة، حيث يجب أن يستند إنهاؤه إلى سبب جدي ومقبول، وإلا التزم من أنهى العقد بدفع تعويض للطرف الآخر.

وجدير بالذكر أنه إذا كان تسبب التصرف القانوني لا يزال في إطار الاستثناء (L.Aynès, Motivation et justification, in Obligation de motivation ..., op. cit. p. 555 et S. spéci. p. 556)

فإن فكرة التسبب في هذا المجال، باتت محل اهتمام كبير من جانب الفقه الفرنسي، الذي يتحدث البعض منه صراحة، عن الالتزام بالتسبب في قانون العقود

(M. Fabre – Magnan, Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique, in Obligation de motivation ..., op. cit. p. 573 et s.)

ولها أيضاً:

L'obligation de motivation en droit des contrats, in Le contrat au début du XXI^e siècle: Études offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 301 et s.

(356) Brès، السابق ص 496.

L. Aynès, Motivation et justification, précité, p. 557; D. (357) Ferrier, Une obligation de motiver? in Obligation de motivation... op. cit. p. 558 et s. spéci. p. 561.

(358) Corgas-Bernard، السابق ص 263.

و عند تقديره لجسامة الإخلال المبرر للفسخ من جانب الدائن⁽³⁵⁹⁾ .

الالتزام بتسبب قرار الفسخ له تأثيره - أيضاً - من ناحية نظام الإثبات، وذلك بما يؤدي إليه من نقل عبء الإثبات، في حال لجوء المدين إلى القضاء للمنازعة في الفسخ، حيث سيقصر دور القاضي في هذه الحالة، على تقدير جسامة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، من خلال المبررات المقدمة من قبل الدائن، بما مؤداه، من الناحية العملية، نقل عبء الإثبات من المدين (المدعي)، إلى الدائن (المدعى عليه)⁽³⁶⁰⁾ .

تسبب قرار الفسخ هو - إذاً - إجراء يقصد به حماية المدين، من خلال تقييد حق الدائن في إجراء الفسخ بإرادته وحده، فلا يعود هذا حقاً مطلقاً، وإنما هو حق مقيد بالغاية منه، لا يمكن استعماله إلا لهدف معين، وبالتالي عند توافر أسباب معينة يجب بيانها⁽³⁶¹⁾ .

فإذا كان ذلك، هو الهدف من اشتراط الفسخ، تسبب قرار الفسخ، فلم يعد هذا الاشتراط مجرد اجتهاد فقهي، وإنما بدأ يأخذ طريقه نحو التكريس التشريعي، فقد اشترطت المادة 4/1158 من مشروع كاتالا في الإخطار الذي يوجه إلى المدين، بفسخ العقد أن يتضمن الأسباب التي تبرر الفسخ. كما تأكد ذلك - أيضاً - بمقتضى المادة 5/168 من مشروع وزارة العدل، وبصياغة مطابقة لما ورد بالنص المشار إليه من مشروع كاتالا.

لا شك أن الفسخ بالإرادة المنفردة، يحقق مصلحة للدائن، ولكن من خلال الشروط الإجرائية التي ينادي بها الفقه، والتي تؤكد النصوص المقترحة في هذا الصدد، يتبين أن إقرار هذا الحق للدائن، لا يعني إهدار مصلحة المدين.

من خلال ما تقدم يتبين - إذاً - أن استعمال الدائن حقه في فسخ العقد

(359) Corgas-Bernard، السابق 3578.

(360) Amrani – Mekki، السابق ص 395.

(361) Fabre – Magnan, L'obligation de motivation en droit des contrats, précité, p. 307.

بإرادته المنفردة مشروط - من الناحية الموضوعية - يتحقق إخلال على قدر من الجسامة بالالتزامات الناشئة عن العقد، ومن الناحية الإجرائية، بإعذار المدين وإمهاله فترة معقولة للقيام بالتنفيذ، ثم إخطاره بالفسخ، إذا ما انقضت المهلة المذكورة دون تنفيذ، وأن يكون قرار الفسخ الذي يتضمنه الإخطار مسبباً.

جدير بالذكر في هذا الصدد، أن توافر الشرط الموضوعي لإعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يعني - وعلى نحو ما تبين فيما تقدم - وقوع الفسخ تلقائياً، وإنما تحقق هذا الشرط مؤداه أن يكون للدائن الخيار بين، التمسك بفسخ العقد أو طلب تنفيذه، وذلك ما لم يكن هناك اتفاق مسبق، على تنازل الدائن عن الفسخ بالإرادة المنفردة⁽³⁶²⁾.

فالفسخ بالإرادة المنفردة، لا يقع إلا من وقت تعبير الدائن عن إرادته في ذلك وفقاً للمسار الإجرائي السابق بيانه⁽³⁶³⁾، بمعنى: أن هذا الفسخ، لا يفرض على الدائن بمجرد الإخلال الجسيم، من قبل المدين بالتزاماته التعاقدية⁽³⁶⁴⁾.

إذا كان الإخلال من قبل المدين بالتزاماته، يجعل للدائن الخيار بين طلب التنفيذ أو فسخ العقد بإرادته المنفردة، فإن ممارسة هذا الخيار تؤدي، في الواقع إلى طرح التساؤل عن المدى الزمني، الذي يستطيع الدائن من خلاله ممارسة خياره من ناحية، وعن إمكانية رجوع الدائن، عن اختياره الفسخ، بعد تمسكه به من ناحية أخرى.

أما من حيث التساؤل الأول، فقد يحدث أن يعلم الدائن بالإخلال

(362) ولا خلاف على صحة هذا التنازل، ويبقى للدائن في هذه الحالة المطالبة بالفسخ القضائي، راجع في ذلك، Laithier، السابق 282.

(363) راجع في القول بذلك في حالة الشرط الفاسخ الصريح، محمد منصور، السابق ص 97.

وما يقال بشأن الشرط الفاسخ الصريح، يصلح للقول به في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة، ذلك أن الفسخ في الحالتين يقع بإرادة الدائن وحده، وإن كان مصدر ذلك في حالة الشرط الفاسخ، هو الاتفاق المسبق للمتعاقدين.

(364) Laithier، السابق ذات الموضوع.

بالعقد فلا يبادر إلى التعبير عن إرادته في فسخ العقد، فهل يستتبع هذا التراخي من قبل الدائن، إلى سقوط حقه في التمسك بالفسخ⁽³⁶⁵⁾؟

الواقع أن عدم مبادرة الدائن إلى التعبير عن إرادة الفسخ، قد يفسر على أنه تمسك من جانبه بالدفع بعدم التنفيذ، وذلك إذا ما كانت هناك التزامات مستحقة عليه هو.

كما أن تأخر الدائن في التعبير عن إرادته في الفسخ، قد يكون عن رغبة منه في تمكين المدين من تدارك أمره، وإزالة الإخلال المنسوب إليه⁽³⁶⁶⁾.

وفي المقابل قد يقال: إن انقضاء مدة طويلة من وقت الإخلال، دون تعبير الدائن عن إرادة الفسخ، يعد نزولاً من جانبه عن حقه في التمسك بالفسخ. لكن القول بذلك مؤداه اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة، رغم أن المسلم، أن السكوت لا يعتبر طريقاً للتعبير عن الإرادة، إلا إذا أحاطت به ظروف تعطي له معنى معيناً، "لذلك لا يجوز اعتبار سكوت الدائن - بصفة عامة - نزولاً عن التمسك بالحق في الفسخ"⁽³⁶⁷⁾.

وقد يقال - أيضاً - إن حماية المدين تقتضي أنه، إذا انقضت مدة طويلة دون أن يبادر الدائن إلى استعمال حقه في الفسخ، يجب إسقاط حقه في ذلك جزاء موقفه السلبي، ولكن يمكن الرد على ذلك، بأن مؤداه أن يكون "للمدين أن يحتج لمصلحة نفسه بواقعة قد أسهم في وجودها"⁽³⁶⁸⁾. فلا يجوز

(365) راجع في هذا التساؤل Laithier، السابق ص 282، وانظر - أيضاً - في هذا التساؤل بخصوص الفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح، عبد الحي حجازي، السابق، ص 18.

(366) حجازي، السابق ص 19، وقال سيادته بذلك، في معرض الإجابة عن التساؤل بشأن الشرط الفاسخ، وهو ما يصلح - كما أشرنا فيما تقدم - للقول به بشأن إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة الذي نقصد في هذا البحث.

(367) حجازي، السابق ص 20.

(368) حجازي، السابق ذات الموضوع، وانظر - أيضاً - محمد منصور، السابق ص 100.

وقد قضت محكمة النقض المصرية، في خصوص السكوت عن استعمال الحق طلب الفسخ بصفة عامة، بأنه "إذا كان مجرد السكوت عن استعمال الحق في طلب الفسخ

أن يستمر المدين في عدم التنفيذ، ثم يحتج في مواجهة الدائن بسقوط حقه في الفسخ.

لكن يبقى أن موقف المدين السلبي، وعدم استعماله حقه في الفسخ مدة طويلة، قد يعتبر نزولاً ضمناً عن هذا الحق، إلا أن إرادة الدائن في النزول يجب أن تكون مؤكدة، فالنزول لا يفترض، بل يجب أن يستخلص من وقائع أو أفعال تؤكد نية النزول لدى من صدرت عنه⁽³⁶⁹⁾.

أما عن السؤال الثاني، والمتعلق بإمكانية رجوع الدائن عن اختياره فسخ العقد بعد تمسكه به، ومطالبته بالتنفيذ، فالحقيقة أن هذا السؤال قد سبق أن طرحه الفقه⁽³⁷⁰⁾ بخصوص أعمال الشرط الصريح الفاسخ، وهذا ولما كنا نعتقد أن ما يقال به بصدد أعمال هذا الشرط، يصلح في هذا الخصوص - كما أشرنا لذلك من قبل - للقول به في مجال أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك باعتبار أن ما يجمع بينهما أن الفسخ فيهما يقع بإرادة الدائن وحده، لذلك فإننا نستلهم للإجابة على السؤال المطروح هنا، ما قال به الفقه بشأن الشرط الصريح الفاسخ.

في ضوء ما تقدم، وفي الإجابة على سؤالنا نقول: إنه من الجائز الاعتقاد بأن للدائن الرجوع عن قراره بالفسخ، وذلك قياساً على حالة الفسخ القضائي، ففي حالة المطالبة القضائية بالفسخ يجوز للدائن أن يعدل عن طلبه إلى المطالبة بالتنفيذ⁽³⁷¹⁾، ومن هنا يمكن القول بجواز ذلك - أيضاً - بشأن

فترة من الزمن رغم العلم بقيام موجهه، لا يعتبر نزولاً عن الحق، إلا أنه إذا اتخذ صاحب الحق من سكوته موقفاً، لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على قصد النزول، كان هذا تعبيراً ضمناً، عن إرادة النزول عن الحق عملاً بالمادة 90 من القانون المدني "الطعن رقم 691 س 68 ق جلسة 2000/11/8، مجموعة المكتب الفني، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية لمحكمة النقض من أول أكتوبر 2000 حتى 30 سبتمبر 2001، ص 217.

(369) راجع، حجازي، السابق ص 20، محمد منصور، السابق ص 100.

(370) ونقصد بذلك بصفة خاصة د. عبد الحي حجازي، في البحث سابق الإشارة إليه ص 20 وما بعدها.

(371) راجع في إمكان ذلك على سبيل المثال، الأهواني، السابق ص 412، أحمد الزقرد السابق ص 117، Terré, Simler et Lequette، السابق ص 659.

الفسخ بإرادة الدائن وحده، وبحيث يكون له بعد إعلان رغبته في التمسك بالفسخ أن يعدل عن ذلك ويطلب بالتنفيذ.

وقد يقال في هذا الصدد - أيضاً - أن الفسخ بالإرادة المنفردة قد تقرر لمصلحة الدائن، وبالتالي "فلا يجوز أن ينقلب عليه"، ومن ثم يجوز له إن قدر بعد تمسكه به، أنه في غير صالحه أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ⁽³⁷²⁾.

ويمكن القول - أيضاً - في هذا الصدد، بأن رجوع الدائن عن التمسك بالفسخ هو عودة إلى الأصل، وهو التنفيذ العيني، الذي يمكن المطالبة به ما دام ممكناً.

والواقع أن الحجج السابقة، والتي يمكن القول بها؛ تأييداً لإمكانية رجوع الدائن عن قراره بالفسخ، بعد التمسك به ليست بمنأى عن النقد.

فأولاً: القول بإمكان هذا الرجوع قياساً على ما يحدث في حال المطالبة القضائية بالفسخ، غير صحيح، وذلك لاختلاف أثر التمسك بالفسخ في حالة الفسخ القضائي، عنه في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة. ففي الفسخ القضائي، تمسك الدائن بالفسخ من خلال الدعوى، لا يعني أن العقد قد تم فسخه، بل لا يؤدي ذلك إلى اكتساب الدائن حقاً في أن يحكم القاضي بالفسخ، ومؤدى ذلك بقاء العقد، إلى حين حكم القاضي بالفسخ، بل وإلى أن يصير هذا الحكم نهائياً⁽³⁷³⁾، ولهذا يبقى للدائن - إلى حين ذلك - إمكانية العدول عن طلب الفسخ، إلى طلب تنفيذ العقد. والحال ليس كذلك في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث يفسخ العقد بمجرد إعلان الدائن رغبته فيه، وبالتالي، فلا يتصور أن يعود ليتمسك بعد ذلك بتنفيذ العقد؛ لأن طلبه بالتنفيذ في هذه الحالة لا يصادف محلاً يرد عليه، فالفسخ قد وقع وزال العقد، فكيف يمكن طلب تنفيذ عقد لم يعد موجوداً⁽³⁷⁴⁾.

أما ما قد يقال، من أن الفسخ بالإرادة المنفردة مقرر لمصلحة الدائن،

(372) راجع حجازي، السابق ص 21، (وذلك بخصوص الشرط الفاسخ الصريح).

(373) راجع، أحمد الزقرد، السابق ص 117 وما بعدها، الجارحي، السابق ص 88 وما بعدها.

(374) راجع، حجازي، السابق ص 22.

يمكنه بالتالي أن يرجع فيه، ليطالب بالتنفيذ إذا ما رأى أن مصلحته في هذا التنفيذ، فيمكن الرد عليه بأنه، إذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة مقررًا بالفعل لمصلحة الدائن، فإن ذلك لا يعنى أن يبقى المدين تحت "رحمة الدائن"، "إن شاء ظل مصرًا على الفسخ وإن شاء رجع فيه، مع ما يترتب على ذلك من وضع المدين في حالة من القلق، وعدم الاستقرار لا يستسيغها أحد"⁽³⁷⁵⁾. فمصلحة المدين يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار، فالمفترض أن يقوم المدين بترتيب أوضاعه، نتيجة تمسك الدائن بالفسخ، ثم يفاجأ بعد ذلك برجوع الدائن في قراره بالفسخ، والمطالبة بالتنفيذ، لا شك أن ذلك من شأنه إلحاق الضرر بالمدين، وإخلال واضح بالاستقرار الواجب للمعاملات، يجعل من غير الجائز، قبول رجوع الدائن عن تمسكه بالفسخ.

وأخيراً، فإنه إذا كان صحيحاً أن الأصل هو التنفيذ العيني، فالصحيح - أيضاً - أن المطالبة به تقتض بداهة بقاء العقد المطالب بتنفيذه، والأمر ليس كذلك، حين يكون الدائن قد تمسك بالفسخ بإرادته المنفردة، حيث - وكما سبق القول - يكون العقد قد زال، فلا يتصور بالتالي إمكان المطالبة بالتنفيذ.

لذلك ننتهي في الإجابة على السؤال المطروح، إلى ترجيح عدم جواز رجوع الدائن في الفسخ الذي أوقعه بإرادته المنفردة، وذلك متى وصل التعبير عن إرادته في ذلك إلى علم المدين.

هذا ويلاحظ أنه بحسب القيود الإجرائية المقترحة، في ظل القانون الفرنسي، لإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة - والسابق بيانها - رأينا أن هذا الفسخ يتم من خلال مسار إجرائي، يبدأ أولاً، بإعذار المدين وإمهاله فترة معينة، ثم إخطاره بقرار الفسخ.

بحسب هذا المسار الإجرائي، لا يقع الفسخ إلا بإخطار المدين بالفسخ وتسلمه هذا الإخطار، ومؤدى ذلك، أن الفسخ لا يقع بإعذار المدين، فالإعذار - وبحسب القواعد العامة - هو تكليف المدين بالتنفيذ، فهو - إذاً - مطالبة بالتنفيذ وتمسكاً به، وليس تمسكاً بالفسخ - وإن انطوى - أيضاً - على

(375) حجازي، السابق ص 24، وإشارته إلى بوريكان، الشرط الفاسخ في العقود، المجلة الفصلية 1957 ص 45.

تهديد بإمكان التمسك بالفسخ - أو تعبيراً عن إرادة الدائن بالفسخ، ولذلك - وفي ضوء ما تقدم - يمكن القول بأنه في ظل النصوص المقترحة، في مشروع كاتالا ووزارة العدل الفرنسية، يبقى للدائن - وحتى فوات مهلة الإعذار - المطالبة بالتنفيذ، دون أن يعد ذلك منه رجوعاً في تمسكه بالفسخ، فالفسخ لم يتم التمسك به بعد. أما إذا ما انتهت مهلة الإعذار، دون قيام المدين بالتنفيذ، واختار الدائن فسخ العقد فعليه - بحسب نص المادة 2/1158 من مشروع كاتالا، والمادة 4/168 من مشروع وزارة العدل - أن يخطر المدين بالفسخ، فيصبح الفسخ في هذه الحالة واقعاً عند استلام المدين للإخطار، هنا يكون الفسخ قد وقع، ولا يجوز للدائن الرجوع فيه⁽³⁷⁶⁾.

وإجمالاً لما تقدم يمكن القول - إذاً - أنه إذا كان إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة يقتضي توافر شرطه الموضوعي، الذي يتجسد في الإخلال بالالتزامات العقدية، إخلالاً على قدر كاف من الجسامة، فإنه من خلال ما يراه الفقه الفرنسي، وما تؤكد التشريعات المقارنة التي تناولناها، وكذلك ما هو مرتقب في القانون الفرنسي، رأينا أن هذا الفسخ لا يتم إلا وفق شروط إجرائية معينة، تهدف في نهاية الأمر إلى توفير، القدر المعقول من الحماية الواجبة للمدين في مواجهة هذا الفسخ، الذي يقع بعيداً عن تدخل قضائي مسبق، دون اتفاق سابق عليه، ولا شك أن في ذلك ما يقلل في ذات الوقت، من فرص التحكم من قبل الدائن، في اتخاذ قراره بالفسخ، ولكن هذا لا يغني عن أن يكون للقضاء دور في رقابة هذا الفسخ، الذي تم دون تدخل منه، وإن كانت الرقابة هنا لاحقة، على هذا الجزاء الذي أوقعه الدائن. وهذه الرقابة ننقل لمعالجتها في المطلب التالي.

(376) هذا ما يستفاد - أيضاً - مما جاء بنص المادة 114-3 من المشروع التمهيدي للتقنين الأوروبي للعقود، حيث ورد به:

Après que s'est écoulé le délai indiqué au premier alinéa du présent article ou que le débiteur a reçu la notification mentionné au deuxième alinéa du présent article, le créancier ne peut plus prétendre à l'exécution du contrat et peut la refuser et le débiteur n'est plus tenue à s'en acquitter...".

(221) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

المطلب الثاني

الرقابة القضائية اللاحقة على الفسخ بالإرادة المنفردة

الإقرار بحق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة، لا يستبعد إمكانية تدخل القاضي بشأن هذا الفسخ، الذي وقع بعيداً عنه ودون تدخله، وهذا في الواقع ما يتضح من العبارة التي استخدمتها محكمة النقض الفرنسية، حين إقرارها لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك بقولها: إن هذا الفسخ يقع على مسؤولية الدائن *à ses risques et périls*⁽³⁷⁷⁾ وهذا - أيضاً - ما أكدته النصوص المقترحة، بشأن تعديل القانون المدني الفرنسي، والتي سنتناولها فيما بعد.

فقد يلجأ المدين إلى القاضي، منكرًا على الدائن حقه في إيقاع الفسخ بإرادته المنفردة، ومنازعاً في صحة الفسخ الذي أوقعه، لعدم توافر شروط أعمال هذا الفسخ. فيكون على القاضي في هذه الحالة التحقق من توافر هذه الشروط، فتكون رقابة القاضي في هذه الحالة رقابة لاحقة على الفسخ الذي تم دون تدخله، وذلك خلافاً لرقابته السابقة، التي يمارسها على الفسخ حين طلبه منه، أي في حالة الفسخ القضائي. والواقع - وكما ذكرنا فيما تقدم - أنه إذا كان أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة يتم دون تدخل من قبل القاضي، فإن ذلك لا يعني استبعاداً تاماً لدور القاضي، ولا يعني كذلك أنه لم يعد له دور في رقابة هذا الفسخ، فهذه الرقابة تغير وقت أعمالهما، فهي لم تعد رقابة مسبقة، وإنما باتت رقابة لاحقة.

الرقابة اللاحقة على الفسخ بالإرادة المنفردة ليست، بطبيعة الحال، رقابة تلقائية، وإنما هي رقابة يحركها المدين، الذي ينازع في صحة الفسخ

(377) راجع على سبيل المثال حكمها المبدئي في 13/10/1998، وحكمها في 20/2/2001، سابق الإشارة إليهما.

وراجع في الدلالات المختلفة لعبارة *à ses risques et périls* :

Ch. Atias, Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (Limites de la description normative) Le Dalloz 2003, chronique, p. 1103 et s.

الذي وقع. وكما ذكرنا فيما سلف، فإن الفسخ بالإرادة المنفردة - وإن كان يستتبع تغييراً زمنياً في رقابة القاضي، ويجعلها رقابة لاحقة - فهو - أيضاً - يؤدي إلى تغيير في دور أطراف العلاقة العقدية فيما خص الفسخ، فإذا كان الدائن يوقع الفسخ دون لجوء إلى القضاء، فإن المدين هو الذي يتحمل عبء اللجوء إلى القاضي، وذلك إذا لم يقتنع بصحة الفسخ الذي وقع، وقدر أن جسامته الإخلال الذي حدث لا يلائمها مثل هذا الجزاء.

فإذا كانت رقابة القاضي على الفسخ بالإرادة المنفردة، هي رقابة لاحقة على النحو السابق بيانه، وموقوفة على مدى قناعة المدين بالفسخ الذي حصل، فإن القاضي في ممارسته هذه الرقابة، لا يخرج أمره عن احتمالين، الأول: أن يتبين صحة الفسخ الذي حصل، وفي هذه الحالة لن يبقى إلا البحث في آثار هذا الفسخ، والاحتمال الثاني، أن يتأكد القاضي من أن الفسخ الذي أوقعه الدائن لم يكن صحيحاً، أو غير مبرر، لعدم توافر شروطه، وفي هذه الحالة ينبغي إعمال الجزاء المناسب.

هذا وإذا كان الجزاء الأكثر ملاءمة لحالة الفسخ غير المبرر، وكما سنرى فيما بعد، هو اعتبار هذا الفسخ كأن لم يكن، أي اعتبار العقد لا يزال قائماً، وإعادة الحال إلى ما كان عليه، أي الاستمرار في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذي فسخ بغير سند، فقد يصبح ذلك - نتيجة تأخر اتصال القاضي بالدعوى، والوقت الذي يستغرقه الفصل فيها، من الناحية العملية - أمراً غير ممكن. لذلك يثور التساؤل عن إمكانية التوصل إلى إيقاف قرار الدائن بفسخ العقد، إلى حين أن يفصل القاضي في النزاع المعروف عليه، وذلك من خلال اللجوء إلى القضاء المستعجل.

هذه المسائل الثلاث، هي التي يدور حولها رقابة القضاء للفسخ بالإرادة المنفردة، ونعرض لها تباعاً فيما يلي.

الفرع الأول

آثار الفسخ بالإرادة المنفردة

إذا ما نازع المدين في الفسخ الذي أوقعه الدائن بإرادته المنفردة، وقدر أنه ضحية لفسخ لم تتوافر شروطه، فقد يتبين القاضي الذي يُدعى للفصل في ذلك، أن هذا الفسخ وقع على نحو صحيح، وفي هذه الحالة يعلن القاضي - في حكم مقرر - أن العقد قد فسخ، وهو - على هذا النحو - يؤيد الفسخ الذي حصل دون تدخل من جانبه.

فالقاضي في هذه الحالة لا يحكم بالفسخ، والحكم الذي يصدره ليس إلا حكماً مقررأً، وليس منشأً للفسخ، فهو لا يفعل أكثر من تكريس فسخ نافذ بذاته.

ومؤدى ذلك، اعتبار الفسخ حاصلأً من تاريخ إيقاعه بمعرفة الدائن، وليس من تاريخ صدور حكم القاضي⁽³⁷⁸⁾.

الفرض - إذاً - أن الفسخ كان مشروعاً، ونتيجة ذلك أن تترتب آثار الفسخ.

وكما هو معروف، وبحسب القواعد العامة في الفسخ، فإن الفسخ يترتب عليه أن يتوقف العقد عن إنتاج آثاره القانونية، أي أنه لا يترتب أي أثر بالنسبة للمستقبل. وإضافة إلى ذلك يتعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وذلك بإلزام كل متعاقد بأن يرد إلى الآخر ما تلقاه منه، بحيث يعتبر العقد وكأنه لم يوجد أصلاً.

فالفسخ بحسب القواعد العامة لا يقتصر أثره على المستقبل فقط، بل يشمل الماضي أيضاً، ولذلك يقال إن للفسخ أثراً رجعيأً⁽³⁷⁹⁾.

هذا، وإذا كان بديهياً أن الفسخ بالإرادة المنفردة، يترتب عليه أن يتوقف العقد عن إنتاج آثاره القانونية، بالنسبة للمستقبل، وشأنه في ذلك شأن أي فسخ آخر، فالملاحظ أن أثر هذا الفسخ بالنسبة للماضي، أي أثره الرجعي ليس محل إجماع من قبل الفقه.

يعود الخلاف حول الأثر الرجعي للفسخ بالإرادة المنفردة، إلى

(378) Amrani – Mekki، السابق ص 81 – 82.
(379) راجع نص المادة 160 من القانون المدني المصري.

العبرة التي وردت في أحكام محكمة النقض الفرنسية، وبخاصة في حكمها المبدئي⁽³⁸⁰⁾، الذي قرر إمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث عبرت عن هذه إمكانية بقولها: إن للمتعاقد أن يضع حداً للعقد:

La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale"

في تفسير هذه العبارة، ذهب بعض الفقه⁽³⁸¹⁾ إلى أن مسألة الأثر الرجعي للفسخ بالإرادة المنفردة أصبحت موضع تساؤل؛ نتيجة العبارة المحايدة neutre التي استخدمتها محكمة النقض.

وقد عاد هذا البعض من الفقه في تعليقه على حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية، إلى القول بأن: التعبير المستخدم من قبل هذه المحكمة، يؤدي إلى الاعتقاد بأن الفسخ بالإرادة المنفردة، لا يؤدي إلى فسخ العقد بأثر رجعي⁽³⁸²⁾، منضماً في ذلك إلى جانب آخر من الفقه⁽³⁸³⁾، يرى أنه بالنظر إلى الشك حول حقيقة المقصود بالعبارة التي استخدمتها محكمة النقض، يُفضل - وبالنظر إلى اعتبارات الملاءمة - اعتبار أن الفسخ بالإرادة المنفردة، يؤدي إلى زوال آثار العقد بالنسبة للمستقبل فقط.

في مقابل هذا الرأي ذهب فريق آخر من الفقه، إلى التأكيد على أن العبارة المستخدمة من قبل محكمة النقض، لا تعني استبعاد الأثر الرجعي للفسخ بالإرادة المنفردة، بمعنى زوال آثاره بالنسبة للمستقبل، ومحو آثاره الماضية أيضاً، فهذه العبارة - بحسب هذا الجانب من الفقه - من الاتساع من

(380) ونقصد بذلك حكم الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 13/10/1998 سابق الإشارة.
Ch. Jamin, note sous Cass. Civ. 1^{er}, 13/10/1998, D. 1999, JP, (381)
p. 197.

Ch. Jamin, note sous Cass. Civ. 20/2/2001, D. 2001, p. 1568. (382)

D. Mazeaud, note sous Cass. Civ. 1^{er}, 20/2/2001, D. 2001, p. (383)
3239, spéci. p. 3240.

حيث المضمون، بحيث تشمل زوال العقد بأثر رجعي⁽³⁸⁴⁾.

أما عن موقف القضاء، فيلاحظ أنه إذا كانت مسألة الأثر الرجعي للفسخ بالإرادة المنفردة، لم تطرح لديه على نحو صريح فإن ما يمكن استخلاصه من حكم محكمة النقض الفرنسية، الصادر عن غرفتها المدنية الثالثة، بتاريخ 2002/10/22⁽³⁸⁵⁾، أن هذا الفسخ يؤدي إلى زوال آثار العقد بأثر رجعي، ذلك أنه وفقاً لهذا الحكم، قضت بإلزام المقاول بأن يرد إلى رب العمل، مبلغ العربون الذي دفعه الأخير، على الرغم من أن الأعمال التي التزم بها المقاول كانت قد بدأت بالفعل، بما مؤداه زوال الآثار التي كانت ترتب على هذا العقد الذي فسخه رب العمل بإرادته المنفردة⁽³⁸⁶⁾.

هذا ويلاحظ في هذا الصدد، أن الأثر الرجعي للفسخ بالإرادة المنفردة، هو ما أخذت به مبادئ Unidroit، وهي التي أقرت - كما رأينا فيما سبق - الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث إنه بحسب نص المادة 3-7-1/6، بعد فسخ العقد لأي من الأطراف المطالبة باسترداد ما ورده، على أن يقوم بصورة متزامنة، برد ما حصل عليه⁽³⁸⁷⁾. وهذا - أيضاً - ما أخذ به القانون المدني الألماني في نص المادة 346 منه، حيث قضت هذه المادة بأنه: عند تحقق الفسخ يُلزم الأطراف برد الأداءات التي حصلوا عليها⁽³⁸⁸⁾.

مفاد ما تقدم، أنه لا يوجد ما يستدعي استبعاد الفسخ بالإرادة المنفردة

E. Savaux, note sous Cass. Civ. 1^{er}, 20/2/2001, Defrénois. (384)
2001, p. 705 et s.

(385) سابق الإشارة إليه.

(386) راجع في ذلك Dai Do و Chang، السابق ص 8.

Art. 7-3-6/1 Unidroit: (387)

"Après résolution du contrat, chaque partie peut demander la restitution de ce qu'elle a fourni, pourvu qu'elle procède simultanément à restitution de ce qu'elle a reçu".

(388) وجاء بنص هذه المادة:

"Si la résolution a lieu, les parties sont tenues de se restituer réciproquement les prestations reçues".

نقلاً عن Dai Do و Chang، السابق ص 8.

من الأثر الرجعي، الذي يترتب على الفسخ بصفة عامة.

ولكن يبقى على الرغم من ذلك، أنه إذا كان الأصل أن انحلال العقد نتيجة للفسخ، يكون له أثر رجعي، فإن هذا الأصل يرد عليه استثناء يتعلق بالعقود المستمرة، حيث إنه بحسب الرأي الغالب في الفقه، مؤيداً بأحكام القضاء⁽³⁸⁹⁾، لا يكون للفسخ أثر بالنسبة لهذه العقود، إلا بالنسبة للمستقبل، بمعنى: أن الفسخ لا يمس ما تم من آثار، ترتبت على مثل هذه العقود في الماضي⁽³⁹⁰⁾.

(389) راجع على سبيل المثال في الفقه المصري، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني – 2- في الالتزامات، المجلد الأول، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة 1987 (بدون ناشر) ص 679، د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984 (بدون ناشر) ص 640 وراجع في الفقه الفرنسي على سبيل المثال:

Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 665; Larroumet, Le contrat, 2^e partie, op. cit. p. 826,

وانظر من أحكام القضاء المصري على سبيل المثال، نقض 1981/2/10 مج س 32 ص 468، 1989/3/6، مج س. 4 ص 735.

ومن أحكام القضاء الفرنسي راجع على سبيل المثال:

Cass. Civ. 1/10/1996, D. 1996, IR, p. 232; C.A. Colmar, 21/1/1998, JCP, 2000-IV-1140.

(390) هذا مع مراعاة أن قاعدة الأثر الرجعي للفسخ، ليست محل إجماع من الفقه، فالبعض، مثلاً (الجارحي، السابق ص 124 وما بعدها) يرى ضرورة ترك قاعدة الأثر الرجعي، ويوصى (السابق ص 140) بإلغاء الأثر الرجعي للفسخ، ويرى البعض الآخر (محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، سابق الإشارة إليه، ص 195) أن للفسخ كما للبطلان، أثراً رجعياً في كل الأحوال، يتعين إعماله في جميع العقود، دون تمييز بين فوري منها ومستمر) ومن هذا الرأي أيضاً، د. ياسر الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، دار النهضة العربية 1998 خاصة ص 38 وما بعدها.

إضافة إلى ذلك، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة، وبشأن مسألة الأثر الرجعي بخصوص العقد المستمر، إلى التمييز بين ما إذا كان العقد قابلاً للانقسام، أم غير قابل لذلك، بحسب قصد المتعاقدين. فبحسب هذه المحكمة، إذا كان المتعاقدان قد قصدا أن يكون العقد قابلاً للانقسام divisible فإن الفسخ يمكن أن يقتصر على بعض أجزائه فقط، وبحيث لا يطل ما تم تنفيذه منه، أما إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى النظر إلى العقد باعتباره كلاً لا يتجزأ، فإن الفسخ يؤدي إلى انحلال العقد بكامله، أي بأثر رجعي، راجع في تطور قضاء محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد:

وهذا في الواقع ما أكدت عليه مشروعات القوانين المقترحة، لتعديل القانون المدني الفرنسي.

فبعد أن قضت المادة 1160 - 1 من مشروع كاتالا - سابق الإشارة إليه - بأن الفسخ يحرر الأطراف من التزاماتهم، أضافت أنه في العقود المتتابعة أو المُقسطة يكون للفسخ آثار الإنهاء، وينتهي تعهد الأطراف بالنسبة للمستقبل، اعتباراً من تاريخ رفع دعوى الفسخ، أو الإخطار بالفسخ المنفرد. وأضافت الفقرة الأخيرة من هذه المادة: أنه في العقود الفورية يكون للفسخ أثر رجعي، وعلى كل طرف أن يرد للآخر ما تسلمه منه⁽³⁹¹⁾.

وقد تأكدت القاعدة السابقة كذلك في مشروع وزارة العدل الفرنسية، حيث أوضحت المادة 166 من هذا المشروع أن الفسخ في العقود الفورية

= Terré, Simler et Lequette, op. cit. p. 665 et s.; Malaurie, Aynès et Stoffel - Munck, op. cit. p. 449 et s.

ياسر الصيرفي، السابق، خاصة ص 74 وما بعدها. وحديثاً ذهب البعض (Gencion, La résolution pour inexécution, op. cit. p. 606 et s). إلى اقتراح رؤية جديدة للأثر الرجعي للفسخ، تقوم على أساس تقسيم العقود إلى عقود ذات منفعة مستمرة *Contrat à utilité continue*، لا يكون للفسخ فيها أثر رجعي، وعقود ذات منفعة شاملة *Contrat à utilité globale*، يترتب على فسخها هذا الأثر. ويقول في ختام دراسته في هذا الصدد (ص 777)

"Lorsque le contrat est à utilité globale, la résolution doit alors produire un plein effet rétroactif pour détruire tous les effets juridique autrefois produit par le contrat ... lorsque le contrat est à utilité continue, il peut sembler suffisant de supprimer la force obligatoire du contrat pour l'avenir seulement".

(391) جاء النص الفرنسي للمادة 1160 - 1 من مشروع كاتالا على النحو التالي:

"La résolution du contrat libère les parties de leurs obligations.

Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, la résolution vaut résiliation; l'engagement des parties prend fin pour l'avenir, à compter de l'assignation en résolution ou de la notification de la résolution unilatérale.

Si le contrat a été partiellement exécuté, les prestations échangées ne donnent pas lieu à restitution ni indemnité lorsque leur exécution à été conforme aux obligations respectives des parties.

يعنى انحلاله بأثر رجعي، وتضيف بعد ذلك أنه في العقود المتتابعة أو المُتسطة تنتهي تعهدات الأطراف، بالنسبة للمستقبل من تاريخ رفع الدعوى، أو من تاريخ الإخطار بالفسخ الذي يقع بالإرادة المنفردة⁽³⁹²⁾.

مفاد هذه النصوص المقترحة، أن الفسخ بالإرادة المنفردة يخضع من حيث آثاره للقاعدة العامة في الفسخ، والتي تجعل لانحلال العقد، نتيجة الفسخ، أثراً رجعياً في العقود الفورية، بالإضافة إلى أثره المستقبل، والتي تستبعد الأثر الرجعي في العقود المستمرة، بحيث يقتصر أثر الفسخ بالإرادة المنفردة لمثل هذه العقود على المستقبل، دون مساس بما يترتب عليها من آثار بالنسبة للماضي.

الفرع الثاني

جزاء الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر

إذا ما تبين القاضي، الذي نازع أمامه المدين في الفسخ الذي قرره الدائن، أن هذا الفسخ غير مبرر لعدم توافر شروط إعماله، كما لو تبين أنه لم يكن متناسباً مع جسامة الإخلال بالعقد، فهنا يثور التساؤل عن الجزاء الذي يمكن للقاضي إعماله في هذه الحالة، فهل يكفي بالحكم بالتعويض على

Dans les contrats à exécution instantanée, elle est rétroactive; chaque partie restituée à l'autre ce qu'elle en a reçu ...".

(392) ويجرى النص الفرنسي للمادة 166 من مشروع وزارة العدل على النحو التالي:

"Dans les contrats à exécution instantanée, la résolution s'entend de l'anéantissement rétroactive d'un contrat en raison de son inexécution.

Elle libère les parties de leurs engagements.

Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, l'engagement des parties prend fin pour l'avenir, à compter de l'assignation ou de la notification de la résolution unilatérale".

وراجع في هذا المعنى - أيضاً - المادة 114 - 5 من مشروع التقنين الأوروبي للعقود، حيث جاء بها:

"Si l'inexécution intervient en cours de déroulement d'un contrats à exécution continue ou périodique, l'effet de la résolution ne concerne pas les prestations exécutées précédemment".

(229) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

الدائن، أم أن بإمكانه أن يقضى باعتبار الفسخ الذي تم، كأن لم يكن وبالتالي، استمرار العلاقة العقدية في ترتيب آثارها.

اختلف الفقه الفرنسي في هذا الصدد اختلافاً واضحاً.

فقد ذهب البعض⁽³⁹³⁾، إلى التأكيد على أن الجزء الوحيد المتصور في مثل هذه الحالة، هو الحكم بالتعويض لضحية الفسخ الغير مبرر، الذي قرره الدائن.

ويؤيد البعض⁽³⁹⁴⁾ هذا الرأي بقوله إن استمرار العقد - في هذه الحالة - هو بحسب الفرض، أمر مستحيل، والقاضي يمكنه فقط أن يحكم بالتعويض لصالح المتعاقد.

وبحسب البعض الآخر⁽³⁹⁵⁾، وفي هذا السياق أيضاً، إذا ما قدر القاضي أن الإخلال بالعقد الذي يدعيه الدائن، ليس على قدر كاف من الجسامة لتبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، فعليه أن يجازي هذا الفسخ. والصعوبة تكمن، في طبيعة هذا الجزء. ولكن أمام الأمر الواقع، قد لا يمكن للقاضي أن يعيد الرابطة العقدية التي تم حلها، فيكون عليه في هذه الحالة، أن يفتع بالحكم بالتعويض لصالح المدين⁽³⁹⁶⁾.

الملاحظ على هذا الاتجاه الفقهي، الذي يقصر سلطة القاضي في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر، على الحكم بالتعويض لصالح ضحية هذا الفسخ، أنه ينظر إلى هذا الفسخ باعتباره أمراً واقعاً لا يمكن التخلص منه، ولذلك فهو يرى أن جزء هذا الفسخ لا يكون إلا التعويض،

E. Bazin, La résolution unilatérale du contrat, RRJ, 2000 - 4, (393) p. 1381 et s. no. 29.

أشار إليه Dai Do و Chang، السابق ص 7.

Ch. Lachieze, note sous Cass.Civ. 9/7/2002, JCP 2003-II-629. (394)

Ch. Jamin, note sous Cass. Civ. 13/10/1998, D. 1999, JP, (395) précité, p. 179.

Ch. Jamin (396)، السابق ذات الموضوع

بمعنى أنه ينفي إمكانية أن تستأنف الرابطة العقدية بين أطرافها، وتعود إلى ترتيب آثارها. بمعنى آخر، ينظر هذا الجانب من الفقه إلى الفسخ بالإرادة المنفردة باعتباره يؤدي إلى انحلال العقد بصورة نهائية، فلا يمكن الرجوع عنها، حتى لو كان هذا الفسخ غير مبرر، ولا يبقى في مثل هذه الحالة إلا الحكم بالتعويض، لصالح ضحية هذا الفسخ.

لكن على الرغم من الآراء السابقة، فالملاحظ أن اتجاه الغالبية من الفقه الفرنسي تؤكد على أن للقاضي أن يأمر باستمرار العلاقة العقدية التي تم فسخها على نحو غير صحيح من قبل أحد المتعاقدين.

فبحسب البعض من هذه الغالبية⁽³⁹⁷⁾: لردع الدائن من أن يلجأ بطريقة تلقائية إلى اقتضاء حقه بنفسه، يبدو من الملائم أن يكون للقاضي - وحين لا يكون ذلك مخالفاً لمصلحة المدين، وأخذاً في الاعتبار الظروف الواقعية، التي لا يجوز للقاضي إغفالها - الحق في أن يحكم، وكما هو الحال عند ممارسة سلطته على أعمال الشرط الفاسخ الصريح، باستمرار العقد الذي تم فسخه على نحو مقضي، وليس فقط الاعتراف له بسلطة تعويض الضرر الذي يلحق بالمدين.

ووفقاً للبعض الآخر⁽³⁹⁸⁾، لا يجب أن يعتبر القاضي الفسخ الذي قرره الدائن أمراً مكتسباً، حيث يعود إليه التحقق من أن الذي قرر هذا الفسخ كان محقاً فيما قام به، وعند الاقتضاء، مجازاته بشدة إذا لم يقدم ما يثبت أن هناك مسلكاً على قدر كاف من الجسامة، اقتطفه المتعاقد معه، ولذلك إذا تبين للقاضي أن فسخ العقد محدد المدة كان غير مبرر، فيمكنه - والحال هكذا - أن يحكم على المتعاقد المخطئ ليس فقط بالتعويض وإنما - أيضاً - باستمرار

D. Mazeaud, note sous Cass. Civ. 20/2/2001, D. 2001, p. 3239, (397) précité, spéci. p. 3240.

J. Mestre et B. Fages, obs. sous Cass. Civ. 20/2/2001, RTD (398) Civ. 2001, p. 363, spéci. p. 365.

وفي هذا المعنى أيضاً، Terré, Simler et Lequette، السابق ص 672،
C. Chabas, L'inexécution licite du contrat, op. cit. p. 133.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010 (231)

العقد وتنفيذه إلى حين حلول أجله المتفق عليه.

مفاد هذا الاتجاه الفقهي الغالب أن الجزاء الملائم للفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر، هو الحكم باستمرار العقد، أي - كما يقول البعض⁽³⁹⁹⁾ - تجريد التعبير عن الإرادة الذي أوقع هذا الفسخ من كل أثر، واعتبار هذا الفسخ كأن لم يوجد أبداً.

والواقع، أن هذا التيار الفقهي الغالب: في الفقه الفرنسي، الذي يرى أن سلطة القاضي إزاء الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر، يجب أن تشمل إمكانية اعتبار هذا الفسخ كأن لم يكن، والقضاء - بالتالي - باستمرار العقد وتنفيذه، تبدو أهميته - مقارنة بالرأي السابق عليه - من ناحية أن التأكيد على إمكانية الحكم باستمرار العلاقة العقدية له أهمية، من حيث مفهوم العقد ذاته والإبقاء على الأبعاد الأخلاقية، والدينية للقوة الملزمة له. فلا شك أن قوة الإلزام في العقد، تستند إلى اعتبارات أخلاقية ودينية، تتمثل في ضرورة الوفاء بالعهد واحترامه، وبالتالي فإنه إذا قيل - كما يرى بعض الفقه، وكما رأينا فيما تقدم - بأن دور القاضي، في رقابته اللاحقة للفسخ بالإرادة المنفردة، يقتصر على الحكم للمدين بالتعويض، إذا تبين له أن هذا الفسخ غير مبرر، فإن ذلك من شأنه - وكما يرى بحق بعض الفقه⁽⁴⁰⁰⁾ - أن يؤدي إلى التشجيع على ارتكاب الخطأ المربح *faute lucrative*، وذلك بأن يقدم الدائن على فسخ العقد بإرادته المنفردة، دون أن يكون له سند في ذلك، مقابل دفع التعويض، إذا ما كان له مصلحة في ذلك تفوق تلك التي يمكنه الحصول عليها من العقد الذي تحلل منه بإرادته المنفردة، والتعويض الذي يمكن الحكم به عليه⁽⁴⁰¹⁾. مؤدى ذلك تمكين الدائن من أن يتحلل من عهده مقابل دفع

(399) Amrani - Mekki، السابق ص 388.

Ph. Stoffel – Munck، *Le contrôle a posteriori de la résiliation (400) unilatérale*، précité، p. 75.

وراجع في فكرة الخطأ المربح، أو المكسب، د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر مؤسسة الثقافة الجامعية (بدون تاريخ) ص 387 وما بعدها.

(401) ويعرف البعض الأخطاء المربحة بأنها تلك:

التعويض. إذا كان ذلك يبدو أكثر جدوى من الناحية الاقتصادية، فلا شك أنه يتنافى، والاعتبارات الأخلاقية، والدينية التي يقوم عليها العقد، وتؤسس عليها قوته الملزمة.

ويرى بعض الفقه⁽⁴⁰²⁾، أنه إذا كان ذلك مقبولاً في القانون الأنجلو سكسوني، إعمالاً لنظرية الإخلال الفاعل بالعقد⁽⁴⁰³⁾ efficient breach of contract (وتسمى بالفرنسية théorie de la violation efficace du contrat) حيث يجوز للمتعاقد أن ينهي العقد؛ بقصد استخدام أمواله الناتجة عن ذلك على نحو أفضل اقتصادياً، في علاقة أخرى، مقابل تعويض المتعاقد معه، فإن هذه النظرية غريبة تماماً عن اهتمامات الفقه الفرنسي المشبعة ثقافته التعاقدية بالأخلاق.

ولا شك أن السير في منطق الرأي الذي يستبعد سلطة القاضي في أن يحكم باستمرار العلاقة العقدية التي تم إنهاؤها على نحو غير مبرر، من شأنه أن يؤدي في نهاية الأمر، إلى جعل القوة الملزمة للعقد ترتبط بصفة أساسية بالاعتبارات الاقتصادية القائمة، على حسابات الربح والخسارة، وتجريدها بالتالي من مقوماتها الدينية، والأخلاقية التي توجب احترام العهد المقطوع والوفاء به⁽⁴⁰⁴⁾.

"que leur auteur a cependant intérêt à commettre parce qu'il tire de l'activité dommageable un profit supérieur aux condamnations encourues".

Ch. Larroumet, Droit civil (sous la dir. de ...) T.V, 1^{re} éd. Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, par M. Bacache – Gibeili, Economica – Delta, 2008 p. 553.

Ch. Jamin, Révision et intangibilité du contrat, ou la double (402) philosophie de l'article 1134 du code civil, Dr. et Pat. Mars 1998, no 58, p. 49 note 38.

نقلاً عن Chabas، السابق ص 134.

(403) راجع في هذه النظرية، Laithier، السابق ص 486 وما بعدها.

S. Le Gac - Pech, Rompre son contrat, RTD Civ. 2005 p. 223 et s. spéci. p. 248 et s.

(404) Stoffel – Munck، السابق ص 75، وراجع أيضاً:

J. Rochfeld, La rupture efficace, in Droit et économie des

إضافة إلى ما سبق، فإن التأكيد على سلطة القاضي، باعتبار الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر كأن لم يكن، وبالتالي الإبقاء على العقد، والاستمرار في تنفيذه جبراً عن الدائن، هو أمر يقتضيه الاحترام الواجب لتوقعات الأطراف من العلاقة العقدية، وبالتالي هو أمر تمليه ضرورات استقرار المعاملات القانونية. فلا شك أن أطراف العلاقة العقدية يقومون بترتيب أوضاعهم انطلاقاً من هذه التوقعات، وقد يقومون انطلاقاً من ذلك بالدخول في علاقات أخرى، وكذلك التخلي عن غيرها، وهذا في الواقع يقتضي احترام توقعاتهم الأصلية، التي بنيت على أساسها هذه الترتيبات⁽⁴⁰⁵⁾، ولن يتأتى ذلك، إلا بأن يكون للقاضي سلطة الأمر بتنفيذ العقد الذي تم فسخه على نحو خاطئ، ولا يمكن الاكتفاء في هذا الصدد بالتعويض، عن هذا الفسخ غير المبرر، فهو وحده لا يحقق الاستقرار المطلوب للعلاقات القانونية.

إلى ذلك - أيضاً - وكما يقول أستاذنا، Jacques Mestre⁽⁴⁰⁶⁾ فإن إمكانية الحكم باستمرار العلاقة التعاقدية، تبدو أمراً ضرورياً في نظام يعتمد الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك إذا ما أردنا ألا تكون هذه الرخصة باباً مُشرعاً، لهروب مبكر غير مبرر من هذه العلاقة. فهذا النظام يقتضي تدعيم الجزاء القضائي، الذي يمكن توقيعه في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة متى تبين للقاضي، عند نظر دعوى المنازعة فيه أنه غير مبرر.

الفقه الغالب يؤكد - إذاً - من الناحية المبدئية، على أن يكون للقاضي سلطة أن يقضي باستمرار العلاقة العقدية، وتنفيذها جبراً عن الدائن الذي قرر فسخ هذه العلاقة بإرادته المنفردة، دون مبرر مشروع، ودون أن تقتصر هذه السلطة على الحكم بالتعويض لصالح المدين، وذلك احتراماً للقوة

contrats, précité, p. 169 et s.

J. Mestre, Rupture abusive et maintien du contrat, in Colloque: (405) Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC2005/1, p. 99 et s. spéci. p. 105.

(406) J. Mestre، السابق ذات الموضوع.

الملزمة للعقد، واستقراراً للمعاملات.

والواقع، أن رأي الغالبية من الفقه، يؤيده ما يجرى عليه العمل القضائي في مجال آخر قريب مما نحن بصدد، ونقصد بذلك مجال أعمال الشرط الفاسخ الصريح، وذلك حين يمارس القاضي رقابته بشأن أعمال هذا الشرط. حيث إنه عند ممارسة القاضي هذه الرقابة، إذا ما تبين له عدم توافر مبررات أعمال هذا الشرط، فإنه يقضي بوقف أعمال الفسخ – الذي وقع بإرادة الدائن – رغم الشرط الفاسخ الصريح لعدم توافر شروط أعماله، فيمتنع بذلك وقوع الفسخ، ويكون للمدين أن ينفذ التزامه ما دام أن العقد - وبمقتضى حكم القاضي - لا يزال قائماً⁽⁴⁰⁷⁾.

وهذا لا يوجد - في اعتقادنا - ما يمنع من أعماله في مجال الفسخ بالإرادة المنفردة، الذي نقصده في هذا البحث، إذا ما تبين أنه لم يكن مبرراً من ناحية شروط أعماله، وذلك من ناحية – وكما ذكرنا فيما سلف – ما يربط بين الفسخ بالإرادة المنفردة موضوع دراستنا، والفسخ الذي يقع إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ، من أن كليهما يتقرر بإرادة الدائن وحده، ودون تدخل مسبق من القضاء، وإن بقي أنه في حالة الشرط المذكور، يكون ذلك إعمالاً لاتفاق الطرفين.

على الرغم من ذلك، فإن ما يستفاد من أحكام القضاء في مجال الفسخ بالإرادة المنفردة الذي نقصده هنا، يدعو إلى التردد في تأكيد ما سبق، فإذا كان من هذه الأحكام ما يقبل، اعتبار الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر كأن لم يكن، ويقضي باستمرار العقد وتنفيذه، فمنها - أيضاً - ما يرفض اعتبار ذلك، ويكتفي بالحكم بالتعويض لصالح ضحية هذا الفسخ غير المبرر⁽⁴⁰⁸⁾.

(407) راجع في ذلك، عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، (مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى، العدد الثاني، يولييه 1959) سابق الإشارة إليه، ص 447 - 448، أحمد السعيد الزقرد، السابق، ص 148 وبعدها.
(408) انظر في ذلك B. Berlioz - Houin، الرسالة سابق الإشارة إليها ص 4، حيث تقول:

"Si les tribunaux estiment mal fondée l'interruption de la

فعلى سبيل المثال، فإنه في دعوى كانت وقائعها تتمثل في اتفاق على قيام الناقل بالقيام بعدد خمسين رحلة، مقابل مبلغ إجمالي تم الاتفاق عليه. تم فسخ العقد من قبل المتعاقد معه بعد الرحلة الخامسة. طالب الناقل بالوفاء بما يقابل عدد الرحلات المتبقية بحسب الاتفاق. أيدت محكمة الموضوع طلبه وقضت له به. ولكن محكمة النقض رفضت ما استندت إليه محكمة الموضوع – فيما اعتبرته تنفيذاً جبرياً للعقد المبرم بين الطرفين – وذلك على أساس نص المادة 1184 مدني فرنسي، وحيث اعتبرت أن المقابل المتفق عليه، لا يكون واجباً، إلا مقابل تنفيذ عدد الرحلات المحددة بالاتفاق، وهو ما لا يمكن القضاء به لصالح الناقل، بالنظر إلى فسخ العقد⁽⁴⁰⁹⁾.

ما يستفاد من هذا الحكم أن محكمة النقض تعتبر الفسخ الذي أوقعه الدائن نهائياً، بحيث لا يمكن تنفيذ العقد بعد فسخه على هذا النحو. وهذا في الواقع ما جعل بعض الفقه، في تعليقه على هذا الحكم يتساءل عن مصير هذا القضاء بعد تكريس مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة⁽⁴¹⁰⁾.

تردد هذا القضاء في حكم آخر، حيث قُضي⁽⁴¹¹⁾ بأن الثمن لا يكون واجب الأداء إلا في حالة تنفيذ الاتفاق، ويضيف الحكم الذي قضى بذلك أنه: من قام بإنهاء العقد محدد المدة، دون مراعاة لمدته المتفق عليها، لا يمكن الحكم عليه بدفع الجزء المتبقي من الثمن، فهذا الإنهاء لا يخول إلا الحق في التعويض.

إذا كانت الأحكام السابقة واضحة، في أن الفسخ بالإرادة المنفردة

convention, ils n'en admettent pas moins, fréquemment, les effets, en ne condamnant pas son responsable à exécuter, mais en l'obligeant seulement à indemniser le contractant".

Cass. Com. 22/10/1996, RTD Civ. 1997, p. 123 obs. J. (409) Mestre.

A. Marais, Le maintien forcé du contrat par le juge, P.A. (410) 2/10/2002, no 197, p.7 et s.

(411) C.A. Lyon, 13/2/2003، أورده Stoffel – Munck، السابق ص 76.

(236) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

غير المبرر لا يخول صحته إلا حقاً في التعويض، فإنه - في المقابل - هناك من الأحكام ما يؤكد، أن هذا الفسخ لا تقتصر سلطة القاضي إزاءه على ذلك، وإنما يمكنه أن يقضي بتنفيذ العقد جبراً عن الدائن، الذي اتخذ قرار الفسخ، الذي تبين أنه غير مبرر.

من هذه الأحكام، نذكر ما قُضي به بشأن فسخ العقد الذي يربط بين طبيب التخدير والمستشفى التي يعمل بها. في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم كان هذا الطبيب - وبعد ترك زميل له في ذات التخصص العمل - قد وجد نفسه وحيداً للقيام بالعمل المنوط به، واستمر في القيام بالعمل والتواجد الدائم بالمستشفى، إلى أن أصيب بمرض أفضده عن العمل مدة ثلاثة أسابيع. قامت المستشفى بإنهاء تعاقدتها مع الطبيب؛ مستندة في ذلك - بصفة خاصة - إلى عدم قيام الطبيب بإيجاد بديل لزميله الذي ترك العمل، أو على الأقل عدم قيامه بالبحث عن مثل هذا البديل. قام الطبيب باللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة، حيث قضى الأخير باستمرار العلاقة العقدية جبراً عن المستشفى؛ استناداً إلى أن اتفاق الطبيب والمستشفى لم يتضمن التزاماً على الطبيب بإيجاد بديل لزميله الذي ترك العمل، مما يعنى عدم إمكان اعتباره مخطئاً؛ لممارسته عمله منفرداً. وقد أيدت محكمة النقض هذا القرار⁽⁴¹²⁾.

وقد تأكد هذا القضاء حديثاً، بموجب حكم صادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 2009/1/28⁽⁴¹³⁾، وهو إن لم يتعلق بفسخ بالإرادة المنفردة، فهو يؤكد القضاء الأخير، كما سوف نرى. وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، في أن شركة متخصصة في تصنيع معدات وتجهيزات السيارات (Defi Group)، كانت قد تعاقدت مع شركة New Steel، على أن تقوم الأخيرة بتزويدها بالصلب اللازم لها خلال مدة سنة، وفقاً للكميات التي تحتاج إليها، وبالأسعار المحددة بمقتضى الاتفاق. أبرم العقد في

Cass. Civ. 29/5/2001, RTD Civ. 2001, p. 590 et s. obs. J. (412)
Mestre et B. Fages.

C.A. Paris, 28/1/2009, RTD Civ. 2009, p. 529 et s. obs. B. (413)
Fages.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010⁽²³⁷⁾

2008/1/24، وخلال شهر يونيو 2008 قامت الشركة الموردة بإبلاغ Defi Group بأنه بالنظر إلى ارتفاع أسعار الصلب؛ فإنها ستقوم برفع الأسعار المتفق عليها بنسبة 30 ٪ اعتباراً من أول يوليو 2008. عارضت Defi Group ذلك، باعتباره تعديلاً من جانب واحد للعقد المبرم بين الشركتين، وفي الأثناء حاولت التفاهم مع عملائها؛ بقصد تحميلهم هذه الزيادة، ولكن واجه ذلك رفض من جانب هؤلاء، فأبلغت الشركة الموردة برفض زيادة الأسعار، وطالبتها بالاستمرار في التوريد وفق الأسعار المتفق عليها أصلاً. قامت الشركة الموردة بإبلاغ Defi Group بأنها ستتوقف عن توريد الصلب المتفق عليه، ولن تعاود توريده إلا بعد الموافقة على الأسعار الجديدة المقترحة من جانبها.

على إثر ذلك، لجأت شركة Defi Group إلى قاضي الأمور المستعجلة، طالبة أن يأمر شركة New Steel بتسليمها - وفق الشروط المتفق عليها - كميات الصلب التي هي في حاجة إليها المدة المتبقية من العام 2008، وقد أيدت محكمة استئناف باريس الاستجابة لهذا الطلب.

الملاحظ بشأن هذا الحكم أنه - وكما أشرنا فيما تقدم - لم يكن متعلقاً بفسخ العقد بالإرادة المنفردة، فشركة New Steel لم تتخذ مثل هذا القرار، وإنما كان الأمر يتعلق بوقف تنفيذ العقد من قبل هذه الشركة، لحين الاستجابة لما طالبت به من تعديل في الأسعار المتفق عليها، فجاء الحكم لينكر عليها ذلك، ويقضي بإلزامها بالاستمرار في تنفيذ العقد، وعلى الرغم من ذلك، فليس هناك ما يمنع - بطبيعة الحال - من امتداد هذا الحكم لمجال الفسخ بالإرادة المنفردة، وهذا في الواقع ما يؤكده المُعلق على هذا الحكم، بقوله: إن هذا الحكم يؤكد أن قاضي الأمور المستعجلة، يمكنه أن يلزم أحد الأطراف بالاستمرار - وفق الشروط المتفق عليها - في تنفيذ عقد تم إنهاؤه، أو وقفه بطريقة واضح عدم مشروعيتها⁽⁴¹⁴⁾.

إذا كان القضاء الحديث يؤكد - على النحو السابق بيانه - أنه ليس هناك ما يمنع من أن يحكم القاضي - عند ممارسة رقابته على

(414) B. Fages، السابق ص 529.

الفسخ بالإرادة المنفردة، وحين يتبين له أن هذا الفسخ غير مبرر - بإلزام الدائن بالاستمرار في تنفيذ العقد جبراً عنه، فذلك هو - في اعتقادنا - ما يجب أن يكون، فالواقع - وكما يقول بعض الفقه⁽⁴¹⁵⁾ - أن القول بأن الجزاء الوحيد للفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر هو التعويض، قول يخالف القانون.

والتأكد من ذلك يقتضى - في الحقيقة - أن نسترجع الفرض الذي نحن بصدده. فالملاحظ أننا في هذا الفرض، أمام متعاقد قام بفسخ العقد بإرادته المنفردة دون أن يكون هذا الفسخ مبرراً، وامتنع بالتالي عن تنفيذ التزاماته، معتبراً أن العقد قد انحل. الأمر - إذأً - يتعلق بمتعاقد لا يقوم بتنفيذ التزاماته دون سبب مشروع، أي أمام مدين أخل بتنفيذ التزاماته. في مواجهة هذا المدين، وشأنه في ذلك، شأن أي مدين لا يقوم بتنفيذ التزاماته، توجد القواعد العامة بما تتضمنه من وسائل لمواجهة امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته، ويأتي في مقدمة هذه الوسائل، إلزام المدين بتنفيذ التزامه جبراً عليه⁽⁴¹⁶⁾. وبالتالي فإن القاضي إذا ما حكم بذلك، بعد أن تبين أن الفسخ بإرادة الدائن المنفردة لم يكن مبرراً، إنما يكون ممارساً لسلطاته التي تخولها له القواعد العامة. وذلك باعتبار أن التنفيذ العيني هو الأصل⁽⁴¹⁷⁾، الذي لا يتم

(415) Amrani-Mekki، السابق ص 389.

(416) راجع في هذا التحليل، Stoffel - Munck، السابق ص 76.

(417) وهذا ما يؤكد نص المادة 1/203 مدني مصري، وراجع في أن التنفيذ العيني هو الأصل، على سبيل المثال، إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبد الله وهبه، 1967 ص 9، رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة 2008 ص 37، حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام (دون ناشر) 1996 ص 19.

وراجع:

Ch. Larroumet, Le contrat, 2^e partie, op. cit. p. 625; Ph. Delebecque, L'exécution forcée, in Colloque : La réforme du droit des contrats, Projet et perspectives, op. cit. p. 99 et s. spéci. p. 100.

وراجع في تأكيد هذا الأصل، حكماً حديثاً لمحكمة النقض الفرنسية، صادر في JCP 2007-I-161 no 6,obs. Amrani-Mekki، 2007/1/16، وجاء به:

"La partie envers laquelle un engagement n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible".

العدول عنه، إلا إذا لم تتوافر شروط إعماله، بمعنى ألا تكون هناك استحالة قانونية، أو واقعية تحول دون هذا التنفيذ.

القواعد العامة في قانون العقود تؤيد - إذاً - أن يكون للقاضي في حال تبينه، أن الفسخ بالإرادة المنفردة غير مبرر أن يلزم الدائن - وقد أصبح مديناً مَخلاً بتنفيذ التزاماته - بالاستمرار في العلاقة العقدية، وتنفيذ ما يجب عليه بمقتضاه، وذلك متى كان هذا التنفيذ ممكناً. أما إذا تبين أن هذا التنفيذ مستحيل، فلن يكون أمام القاضي، إلا أن يقنع بالحكم على هذا المدين بالتعويض لصالح المتعاقد معه.

وهذا في الواقع، ما أكدته مشروعات القوانين المطروحة في فرنسا، لتعديل القانون المدني الفرنسي.

كان ذلك أولاً، بمقتضى المادة 1158-1 من مشروع كاتالا، فهذه المادة أعطت للمدين، في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة من قبل الدائن، أن يعترض على قرار الدائن أمام القضاء؛ استناداً إلى أن عدم التنفيذ الذي ينسب إليه، لا يبرر فسخ العقد.

وبحسب الفقرة الثانية من هذه المادة، يكون للقاضي - عند اعتراض المدين أمامه على قرار الفسخ - وبحسب الظروف - أن يصدق على الفسخ الذي أوقعه الدائن، وذلك إذا ما تبين له أن هذا الفسخ مبرر، بالنظر لجسامة عدم التنفيذ الذي ينسب إلى المدين، أو أن يأمر - في الحالة العكسية - بتنفيذ العقد. وفي هذا الحالة الأخيرة يجوز له - وبحسب الظروف - أن يمنح المدين مهلة لتنفيذ التزاماته.

ثم بهذا الحكم - أيضاً - قضت المادة 170 من مشروع وزارة العدل، حيث إنه - بحسب هذه المادة - يمكن المنازعة دائماً أمام القضاء في قرار الدائن، بفسخ العقد بإرادته المنفردة، ويكون للقاضي إما التصديق على هذا الفسخ إذا ما رآه مبرراً، وإما الأمر بتنفيذ العقد ومنح المدين مهلة للتنفيذ، إذا ما تبين له أن قرار الدائن لم يكن له ما يبرره⁽⁴¹⁸⁾.

(418) وجاء النص الفرنسي للمادة 1158-1 من مشروع كاتالا على النحو التالي:
"Il est loisible au débiteur de contester en justice la décision du créancier en alléguant que le manquement qui lui est imputé ne justifie pas la résolution du contrat."

إجمالاً لما تقدم، يمكن القول بأن صحيح القانون بشأن جزاء الفسخ بالإرادة المنفردة، متى كان غير مبرر، يتمثل في إلزام الدائن بالاستمرار في العلاقة العقدية، أي إجباره على تنفيذ التزامه عيناً، متى كان ذلك ممكناً، وطلبه الدائن بطبيعة الحال، ولا يجوز القول بأن الجزاء الوحيد المقصود في هذه الحالة هو التعويض، فالتعويض ليس إلا طريقاً احتياطياً، لا يجوز اللجوء إليه، إلا إذا امتنع الأصل وهو التنفيذ العيني.

إذا تبين - إذاً - أن هناك استحالة في استمرار العلاقة التعاقدية، أي أصبح التنفيذ العيني غير ممكن، وكان ذلك - وبحسب الفرض الذي نحن بصده - نتيجة خطأ الدائن، والمتمثل في فسخه العقد بإرادته المنفردة، دون توافر الشروط اللازمة لذلك، يصبح هذا الدائن مسؤولاً عن تعويض الضرر، الذي أصاب المتعاقد معه⁽⁴¹⁹⁾؛ نتيجة هذا الفسخ غير المبرر، أي نتيجة عدم تنفيذه الخاطئ لالتزاماته التعاقدية.

وهنا في الواقع، يثور التساؤل عن الضرر الذي يؤخذ في الاعتبار، عند تقدير التعويض الواجب لضحية الفسخ بالإرادة المنفردة.

الواقع، أن قيام الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة دون مبرر، مؤداه - وفي ضوء ما حاولنا بيانه فيما تقدم - اعتباره متعمداً عدم تنفيذ التزامه، أي مرتكباً لغش، وهذا يقتضى بحسب القواعد العامة في تقدير التعويض، استبعاد القيد الوارد بشأن الضرر الواجب التعويض، في مجال المسؤولية

Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur".

أما المادة 170 من مشروع وزارة العدل فجاء نصها كما يلي:

"En toute hypothèse, la résolution peut être poursuivie ou contestée en justice.

Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur".

(419) راجع نص المادة 215 من القانون المدني المصري.

(241) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

العقدية، وقصره على الضرر المتوقع فقط⁽⁴²⁰⁾، بحيث يصبح الدائن، في الحالة محل البحث، مسؤولاً عن تعويض الضرر المتوقع، والضرر غير المتوقع.

ووفقاً للقواعد العامة، فإن التعويض المستحق في هذه الحالة يشمل ما لحق المتعاقد، ضحية الفسخ غير المبرر، من خسارة وما فاتته من كسب، بما في ذلك التعويض عما فاتته من فرصة. مع التقييد في كل ذلك بأن التعويض، لا يكون إلا عن الضرر المباشر، بمعنى استبعاد ما قد يلحق هذا المتعاقد من أضرار غير مباشرة؛ نتيجة الفسخ الذي وقع دون مبرر

إذا كان تحديد عناصر التعويض على النحو السابق يبدو - من الناحية النظرية - أمراً واضحاً، فإنه إعماله - وكما يؤكد الفقه⁽⁴²¹⁾ - من الناحية العلمية يبدو في الكثير من الحالات ليس بالأمر الهين، حيث يصعب التمييز بدقة بين ما يعتبر ضرراً متوقعاً، أو غير متوقع، وكذلك ما يعتبر

(420) انظر نص المادة 2/221 من القانون المدني المصري، والمادة 1150 من القانون المدني الفرنسي.

وراجع نقض مدني مصري، 1965/11/11 مج س 16 ص 1018، حيث قضى بأنه "لئن كان أساس التعويض الذي يستحقه المستأجر، في حالة تعرض المؤجر له بما يخل بانتفاعه بالعين المؤجرة، هو المسؤولية العقدية التي تقضي قواعدها بتعويض الضرر المباشر المتوقع الحصول، إلا أنه إذا كان المؤجر قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً؛ فيعوض المستأجر عندئذ عن جميع الأضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعة الحصول".
وراجع:

Ch. Larroumet, Le contrat, op. cit. p. 677 et s.

والأحكام العديدة المشار إليها.
محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، 1978 ص 84 وما بعدها، وراجع أيضاً، محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، سابق الإشارة إليه، خاصة ص 356 وما بعدها، ص 446 وما بعدها.

(421) راجع في ذلك على سبيل المثال، إسماعيل غانم، أحكام الالتزام، سابق الإشارة إليه 67، الهامش رقم (1)، Larroumet، السابق ص 741 وما بعدها.
بل ويذهب بعض الفقه في هذا الصدد إلى أبعد من ذلك، وينفى وجود "ما يسمى" بالمسؤولية العقدية، وذلك بمناسبة تبريره قصر التعويض على الضرر المتوقع ويقول في ذلك:

" ... La justification fondamentale de la disposition de l'article 1150 est, =

ضرراً مباشراً، أو غير مباشر.

ويضرب بعض الفقه⁽⁴²²⁾ مثلاً حديثاً يوضح ذلك، وعلى غرار ما فعله الفقيه الفرنسي Pothier في مثالة التقليدي، بشأن البقرة المريضة التي نقلت العدوى إلى سائر أبقار مزرعة المشتري، وترتب على ذلك في نهاية الأمر، الانهيار المالي للمزارع المشتري. في هذا المثال الحديث كان أحد رجال الصناعة ضحية فسخ بالإرادة المنفردة من قبل المتعاقد معه، الذي كان قد تعهد بأن يورد له المواد الكيماوية اللازمة لحاجات صناعته. لم يتمكن رجل الصناعة - رغم منازعته في الفسخ الذي وقع دون مبرر - من إلزام هذا المورد بتنفيذ التزامه عيناً، جبراً عليه، وترتب على ذلك أنه لم يتمكن من تنفيذ أوامر الشراء التي تعهد بها - والتي لم يكن المورد على علم بها - ونتيجة لذلك طالبه زبائنه بالشروط الجزائية المتفق عليها، كما اضطر - نتيجة لذلك - إلى فصل عدد من عماله، وتأثرت ميزانيته على نحو واضح، وكذلك استثماراته، التي أعد لها على أمل القيام بتصنيع المنتجات التي كان يرغب في تصنيعها، اعتماداً على المواد الكيماوية التي تعاقد على التزود

= nous semble - t - il qu'il n'existe pas à proprement parler de "responsabilité contractuelle". Ce que l'usage nomme faussement ainsi est, en cas de défaillance du débiteur, un exécution différente et souvent différée, cette exécution a forcément pour mesure celle qui était prévue .."

Ph. Le Tourneau et L. Cadet, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz - Action, 2000-2001, p. 255.

وراجع في نفي فكرة المسؤولية العقدية أيضاً، والقول بأن المسؤولية المدنية هي دائماً مسؤولية تقصيرية، وأنه إذا ترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي، إلحاق الضرر بالدائن، فإن تعويض هذا الضرر، يتم وفق قواعد المسؤولية التقصيرية،

Ph. Rémy, La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept, RTD Civ. 1997, p. 323 et s. ; E. Savaux, La fin de la responsabilité contractuelle, RTD Civ. 1999 p. 1 et s.

وراجع في تفصيلات هذا الموضوع، د. خالد مصطفى الخطيب، المسؤولية العقدية بين الإبقاء والإلغاء، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، 2005. حيث ينتهي في ختام دراسته (ص 424) إلى القول بأنه: لا يوجد شيء اسمه المسؤولية العقدية كجزء على الإخلال بالالتزام العقدي. كما لا يوجد شيء اسمه المسؤولية العقدية عن فعل الغير وعن فعل الشيء".

(422) Stoffel - Munck، السابق ص 77.

(243) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

بها.

إضافة إلى ذلك، فإن المتعاقد ضحية هذا الفسخ، قام في الأثناء بتعبئة فريق من العاملين لديه؛ لمحاولة حل هذا الإشكال، مما أضع عليهم الكثير من ساعات العمل، وأخيراً، اضطر إلى الاستعانة بفريق من المحامين لتولي الأمر، مقابل أتعاب معتبرة.

يتساءل ضارب المثال، عن التعويض الذي يمكن لضحية الفسخ بالإرادة المنفردة - في هذه الحالة - أن يطالب به. ويتساءل: هل يترك الأمر للتحكم الذي يشوب تحديد ما يعتبر ضرراً مباشراً، وما يعد ضرراً غير مباشر، والغموض الذي يحيط بتقدير التعويض عن فوات الفرصة، ويجب على ذلك بأن هذا ما تؤدي إليه القواعد العامة، وذلك في صياغة تعبر، من خلال سياقها، عن عدم الاقتناع بالحلول التي تفرضها هذه القواعد.

ويبدو أن هذا الجانب من الفقه، يعبر عن عدم ملاءمة القواعد العامة، السابق الإشارة إليها، لنظام الفسخ بالإرادة المنفردة، ويتمنى لو أن هناك طريقة أخرى لتقدير التعويض، في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر.

وهذا في الواقع ما يتبين من خلال قوله⁽⁴²³⁾: إن هناك طرقاً أخرى في هذا الصدد، يمكن الاستعانة بها، ويشير في هذا الخصوص إلى التفرقة التي قال بها الفقيه بوتيه بين التعويضات الداخلية *dommages et intérêts intrinsèques*، والتعويضات الخارجية *dommages et intérêts extrinsèques*⁽⁴²⁴⁾. والأولى تشمل الخسارة التي تلحق بالدائن، وما يفوته من كسب، بالنظر إلى الشيء ذاته الذي يكون محل الالتزام، الذي لم يتم تنفيذه. والأخرى تتمثل في الخسائر، التي تلحق بأموال الدائن الأخرى؛ نتيجة عدم التنفيذ.

(423) السابق ذات الموضوع.

(424) في عرض تقسيم بوتيه، راجع:

G. Viney, La responsabilité contractuelle en question, in Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghetin, LGD 2001, p. 921 et s. spéci. p. 927.

وراجع في ذلك أيضاً، خالد مصطفى الخطيب، السابق ص 210 وما بعدها.

(244) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

استناداً إلى هذه التفرقة؛ فإن بوتبيه يحصر التعويضات المستحقة للدائن نتيجة عدم تنفيذ الالتزام، في الأضرار المسماة الداخلية، دون الأضرار الخارجية، التي لا يجب التعويض عنها، ويقول في ذلك: إنه عادة، لا يكون الطرفان قد توقعوا سوى التعويضات التي يمكن أن يتكبدها الدائن، بالنسبة للشيء ذاته الذي يمثل محل الالتزام، وليس تلك التي يسببها عدم تنفيذ الالتزام في أمواله الأخرى، لذلك - في هذه الحالة - لا يكون المدين ملزماً بهذه الأخيرة، وإنما فقط بتلك التي تعرض لها بالنسبة للشيء الذي يشكل محل الالتزام.

ويوضح بوتبيه هذه التفرقة بأمثله منها، أنه إذا "قمت بتأجير منزل لمدة ثمانية عشر عاماً معتقداً بحسن نية أنه ملكي، وإنه بعد عشر أو اثني عشر عاماً، تم طرد المستأجر من قبل المالك، سأكون ملزماً بتعويض المستأجر مني عن المصروفات التي كان مجبراً على دفعها؛ بسبب طرده من المنزل، وكذلك عن المصروفات الناتجة عن زيادة أسعار الإيجار، التي حدثت منذ الإيجار؛ لأنه كان مجبراً على استئجار منزل بسعر أعلى؛ حتى نهاية مدة الإيجار.

لكن إذا كان المستأجر، قد قام - منذ الاستئجار - باستغلال المنزل الذي أجرته له في نشاط تجاري، وكان طرده قد تسبب له في خسائر لتجارته، فلن أكون ملزماً بذلك الضرر..."⁽⁴²⁵⁾

هذا، وإذا كان الأصل عند بوتبيه هو التعويض عن الأضرار الداخلية، فإنه أجاز التعويض عن الأضرار الخارجية، في حالات منها: أن يكون المدين حرفي *professionnel*⁽⁴²⁶⁾، كما يلزم بها كذلك عندما يكون غشه هو الذي أوجب هذه التعويضات؛ لأن من يرتكب غشاً يلزم بتعويض كل الضرر، الذي ينتج عن هذا الغش⁽⁴²⁷⁾.

وهنا، وبالعودة إلى موضوعنا، وتلميح بعض الفقه إلى تقدير مدى

(425) نقلاً عن Viney، السابق ذات الموضوع، هامش رقم (18)، و- أيضاً - خالد مصطفى الخطيب، السابق ص 213.

(426) انظر Viney، السابق 928.

(427) راجع، خالد مصطفى الخطيب، السابق ص 408.

التعويض المستحق، في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة، بطريقة مغايرة لتلك التي تملئها القواعد العامة، يتبين أن هذا الجانب من الفقه يريد، بالإحالة إلى تقسيم بوتنييه، القول إن هذا التعويض يشمل كل الضرر الذي تسبب فيه الدائن نتيجة فسخه غير المبرر للعقد، أي - وكما سبق بيانه - نتيجة امتناعه العمدي عن تنفيذ التزامه.

إذا كان هذا الرأي الفقهي، يعبر ضمناً عن رغبة في أن يكون التعويض المستحق - في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة - متضمناً معنى الردع، بالنسبة للدائن الراغب في فسخ العقد بإرادته المنفردة، فإنه في المقابل ذهب البعض⁽⁴²⁸⁾ إلى أن مبدأ الجبر الكامل للضرر *Principe de la réparation intégrale* يحول دون الأخذ بفكرة التعويض الجزائي⁽⁴²⁹⁾ *dommages – intérêts punitif*، فالتعويض يكون على قدر الضرر، دون أن يؤخذ في تقديره مدى جسامة الخطأ؛ حتى لا تتحول المسؤولية المدنية إلى نوع من العقوبة الخاصة، وتبتعد عن هدفها الأصلي وهو إزالة الضرر الذي يلحق بالمضروور⁽⁴³⁰⁾.

على الرغم من ذلك فقد اتجهت المادة 1371 من مشروع كاتالا إلى

(428) Amrani - Mekki، السابق ص 390.

(429) وراجع في مفهوم التعويض الجزائي، حسام الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1978 ص 449 وما بعدها.

Ch. Larroumet, Droit civil (sous la dir. de ...) T.V, 1^{re} éd. Les obligations, La responsabilité civil extracontractuelle, par M. Bacache – Gibeili, op. cit. p. 551 et s.

(430) حسام الأهواني، أحكام الالتزام، سابق الإشارة إليه ص 67، وراجع في ذلك أيضاً:

P. Jourdain, Les dommages – intérêts alloués par le juge, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 263 et s. spéci. p. 267.

هذا ويلاحظ أنه على الرغم من عدم الأخذ رسمياً بفكرة التعويض الجزائي، فإن بعض الفقه الفرنسي، يؤكد على أن هذه الفكرة ليست مستبعدة تماماً من أعمال القضاء، وإن كان ذلك بطريقة غير ظاهرة. بل ويذهب البعض إلى أن هذه الفكرة هي وحدها التي تبرر التعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن الاعتداء على الحياة الخاصة. كما يشير الفقه إلى تطور غير معلن عنه لفكرة التعويض الجزائي، وذلك بالنظر إلى أن تقدير التعويض يعود في نهاية الأمر إلى تقدير القاضي، وهو في ذلك، يمكنه - وتحت غطاء التعويض الكامل للضرر - أن يأخذ في الاعتبار، عند تقدير مدى التعويض الذي يحكم به، مدى جسامة خطأ المسئول، والربح الذي يحققه من وراء ذلك.

فتح المجال لإمكانية التعويض الجزائي، وذلك في حالة الخطأ العمدي، وبخاصة في حالة الخطأ المربح، حيث أجازت هذه المادة الحكم على مرتكب هذا الخطأ، إضافة إلى التعويض عن الأضرار التي سببها، بتعويض جزائي، يمكن للقاضي أن يفيد الخزانة العامة بجزء منه، على أن يكون قرار القاضي الذي يمنح بموجبه مثل هذا التعويض، مسبباً بشكل خاص من هذه الناحية، وأن تكون قيمته متميزة عن التعويض الذي يمنح للمضروب⁽⁴³¹⁾.

ويبدو أن هذه الفكرة، لم ترق لواقعي مشروع وزارة العدل الفرنسية، حيث لم يرد لها ذكر، في مواد هذا المشروع المتعلقة بالمسئولية العقدية، والتي لم تخرج في مجملها عن القواعد العامة المعروفة.

مؤدى ذلك - فيما يخص موضوع بحثنا - أن يبقى تقدير التعويض المستحق - في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر - خاضعاً للضوابط السابق بيانها، وهي في الواقع، لا تشكل رادعاً كافياً للدائن الذي قد يرى أن مصلحته هي في اللجوء إلى هذا الفسخ، ولو كلفه ذلك التعويض عما يلحق المتعاقد معه من ضرر. ومن هنا كان البحث عن وسيلة أخرى، يمكن من خلالها وقف قرار الدائن بفسخ العقد، على نحو يمكن معه تفادي الوصول إلى مرحلة التعويض، بما يحيط به من صعوبات في التقدير، وتمهيداً لإمكانية إلزام الدائن بالاستمرار في العلاقة التعاقدية، وبتنفيذ التزاماته.

الفرع الثالث

راجع في تفاصيل ذلك:

M. Bacache – Gibeili, Les obligations, la responsabilité extracontractuelle, op. cit. p. 551 et s.

(431) وجاء النص الفرنسي للمادة 1371 من مشروع كاتالا على النحو التالي:

"l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages - intérêts compensatoires, à des dommages- intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages – intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages – intérêts accordés à la victime. Les dommages – intérêts punitifs ne sont pas assurables".

(247) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

دور القضاء المستعجل إزاء قرار الفسخ بالإرادة المنفردة

رأينا فيما تقدم أنه حين يكون قرار الفسخ بالإرادة المنفردة غير مبرر، فإن الجزاء الملائم – ولا اعتبارات متعددة سبق بيانها – هو أن يعود العقد لمتابعة مسيرته، وترتيب آثاره، وذلك من خلال منح القاضي سلطة الإلزام بالإبقاء على العقد والاستمرار في تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه.

ولكن من الناحية العملية، فإنه بين اللحظة التي يقوم فيها الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، وتلك التي تتصل فيها المحكمة المختصة موضوعياً بمنازعة المدين في الفسخ، وصدور حكمها في هذا الشأن، لا شك أنه تمضي فترة طويلة، من شأنها أن تجعل مثل هذا الجزاء غير ممكن. فالفسخ قد تم، وقد يكون الدائن - رغبة في تأكيده لهذا الفسخ - قد سارع إلى الارتباط بعقد جديد، مع متعاقد آخر بشأن ذات موضوع العقد الذي قام بفسخه. فإذا كان الفسخ بالإرادة المنفردة قد تم الاعتراف به لصالح الدائن - كما سبق ورأينا - فليس هناك - إذاً - ما يمنع الدائن من الاستناد إلى الفسخ الذي قام به ليتعاقد مع آخر، مما يؤدي إلى عرقلة تنفيذ العقد الأول.

لذلك ذهب تيار في الفقه الفرنسي⁽⁴³²⁾، إلى أن ضرورات حماية المدين في مواجهة قرار الدائن فسخ العقد بالإرادة المنفردة، تقتضي أن يكون لقاضي الأمور المستعجلة دور في هذا الصدد، باعتباره الوسيلة الإجرائية الملائمة في مواجهة قرار الدائن، والذي يمكنه، بحسب طبيعة اختصاصه

(432) راجع على سبيل المثال:

Ch. Jamin, L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée, D. 2001 JP, p. 1568 et s. spéci. p. 1569.

وراجع له أيضا:

Note sous C.A. Nancy, 20/11/2000, JCP 2002, II-10113; J. Mestre, Rupture abusive et maintien du contrat, précité, p. 107; Ch. Bourgeon, Rupture abusive et maintien du contrat: observation d'un praticien, in: Colloque: Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1, op. cit. p. 109 et s.

وسرعة إجراءاته، أن يتخذ من الإجراءات ما يحول دون أن يصبح قرار الفسخ غير المبرر نهائياً، لا يمكن تدارك آثاره الضارة بالنسبة للمدين.

ولا شك أن اختصاص القضاء المستعجل بنظر المنازعة من قبل المدنين، في الفسخ الذي أوقعه الدائن يقتضي توافر شروطه. وهذا الاختصاص ينعقد إما بنص القانون في حالة معينة، وإما استناداً إلى القواعد بشأن اختصاص هذا القضاء.

ووفقاً للقاعدة العامة في اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، والتي تستخلص من نص المادة 45 من قانون المرافعات المدنية، والتجارية المصري، يتبين أن اختصاص هذا القضاء منوط بتوافر شرطين هما، توافر الاستعجال في المنازعة المطروحة عليه، وأن يكون المطلوب هو إجراء وقتي، لا يمس بأصل الحق.

أما الاستعجال فهو يتوافر - بحسب المشرع - في الحالات التي يخشى عليها من فوات الوقت، ويحدده الفقه الغالب والقضاء بأنه: "الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة، لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده"⁽⁴³³⁾.

وأما الشرط الثاني لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة، وهو أن يكون المطلوب إجراء وقتياً، لا يمس أصل الحق، فيقصد به "ألا يكون لحكمه تأثير في الموضوع أو أصل الحق، أي يكون الحكم وقتياً" لا يقضى في "أصل الحقوق والالتزامات والاتفاقات، مهما أحاط بها من استعجال، أو ترتب على امتناعه عن القضاء فيها من ضرر بالخصوم، بل يجب عليه تركها لقاضي الموضوع، المختص وحده بالحكم فيها"⁽⁴³⁴⁾.

(433) د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2009 ص 103، وراجع أيضاً الأساتذة، محمد علي راتب، محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة السادسة، عالم الكتب، ص 30، د. سيد أحمد محمود، القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية 2007 ص 9.

(434) محمد علي راتب، (وآخرون) السابق ص 40، وراجع - أيضاً - د. أمينة النمر، مناهج الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة، منشأة المعارف، 1967 ص

ويبدو - في اعتقادنا - أن الشرطين السابقين يتوافران بالنسبة للمدين، في حالة قيام دائنه بفسخ العقد الذي يربط بينهما بإرادته المنفردة، وذلك إذا ما طالب المدين بوقف قرار الدائن بالفسخ، فلا شك أن حالة المدين إزاء هذا القرار هي حالة استعجال، يخشى عليها من فوات الوقت، وذلك بالنظر إلى النتائج الضارة التي يمكن أن تلحق به نتيجة الفسخ، الذي أوقعه الدائن، والتي لا يمكن تداركها إذا لم يتم مواجهتها على وجه السرعة. كما نعتقد - أيضاً - أن تدخل قاضي الأمور المستعجلة في هذه الحالة، وحكمه بوقف قرار الفسخ لا يعد مساساً بأصل الحق، متى تبين له من ظاهر الأوراق أن الفسخ الذي قرره الدائن لا يوجد ما يبرره، فهو في هذه الحالة لم يعدل في مركز الخصوم القانوني، ولم يمس بحق الدائن في الفسخ، حيث يبقى للأخير إمكانية اللجوء إلى المحكمة المختصة موضوعياً؛ لطلب الفسخ القضائي.

وهذا في الواقع ما يمكن تلمسه - مما قضت به محكمة النقض من أنه: "متى كانت محكمة الأمور المستعجلة، قد استخلصت من ظاهر نصوص عقد اشتراك التيار الكهربائي، والأوراق المقدمة في الدعوى، أن قيمة استهلاك المطعون عليه الشهري للكهرباء، قد قفزت إلى مبلغ باهظ في الفترة الأخيرة، وهو أضعاف أضعاف ما كان يدفعه قبل ذلك، مما رجحت معه احتمال صحة قوله، بأن ذلك الارتفاع راجع إلى خلل في العداد، وكان العقد قد نص في أحد بنوده على أنه في حالة وجود خلل في العداد، يؤخذ متوسط الاستهلاك في الأشهر الثلاثة السابقة فقط، وهو ما يقل كثيراً عن المبلغ الذي طالبت به الطاعنة المطعون عليه، وقطعت عنه التيار الكهربائي؛ لامتناعه عن دفعه، وكان الإجراء المقضي به، وهو إعادة توصيل التيار الكهربائي إلى محل المطعون عليه، لا يمس حق الطاعنة، في اقتضاء ما يحتمل أن يكون لها في ذمته، من مقابل استهلاك التيار الكهربائي، بعد أن تبين حقيقته لدى محكمة الموضوع، فإن الحكم لا يكون فيما قضى به من إجراء ماساً بأصل الحق"⁽⁴³⁵⁾.

126 وما بعدها.

(435) نقض 1953/12/17 أورده، راتب (وآخرون) سابق الإشارة إليه ص 43 بالهامش رقم (104).

وعلى ما يتضح من هذا الحكم، فإن الأمر كان يتعلق بعقد اشترك في التيار الكهربائي، تم فسخه بإرادة الدائن، أي مورد التيار الكهربائي؛ استناداً إلى عدم قيام المستهلك بالوفاء بمقابل استهلاك التيار، فلجأ الأخير إلى محكمة الأمور المستعجلة، يطلب إعادة توصيل التيار الكهربائي، وهذا - على ما يتبين مما ذكر من الحكم - ما أمرت به هذه المحكمة، حين تبين لها - من خلال ظاهر نصوص العقد والأوراق المقدمة في الدعوى - أن الفسخ لم يكن مبرراً، بما مفاده أن المحكمة من خلال الإجراء الذي أمرت به، قد حكمت بوقف الفسخ الذي قرره الدائن، بل وأكثر من ذلك بالاستمرار في تنفيذ العقد، ولم تعتبر ذلك مساساً بأصل حق الدائن، وقد أيدت محكمة النقض ذلك؛ استناداً إلى أن هذا الإجراء لا يمس بأصل حق الدائن.

مفاد هذا القضاء - إذًا، وبحسب ما نعتقه صواباً - أن قاضي الأمور المستعجلة، يكون مختصاً ليفرض متابعة العقد الذي تم فسخه دون مبرر مشروع.

وهذا في الواقع ما يؤكد - أيضاً - الفقه والقضاء الفرنسي؛ استناداً إلى النصوص المحددة لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة، في قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، وهي نصوص، وإن كانت تتفق من حيث المبدأ مع نصوص القانون المصري الوارد في هذا الشأن، فهي - أيضاً - تتضمن قدراً من التمايز.

فبحسب المادة 808 من القانون المذكور، يشترط لانعقاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، توافر حالة الاستعجال من ناحية، وعدم وجود منازعة جدية، تتعلق بأصل الحق⁽⁴³⁶⁾ من ناحية أخرى.

(436) جاء بنص المادة 808 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد أنه:

"Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend".

ويرى الفقه الفرنسي أن حالة الاستعجال تتوافر

"... quand un retard de quelques jours, peut-être même quelques heures, peut devenir préjudiciable à l'une des parties".

ولكن إضافة إلى ذلك، فإنه بحسب نص المادة 809 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، ينعقد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة، في حالة وجود ضرر محقق *dommage imminent* أو مضار واضح عدم مشروعيتها *trouble manifestement illicite* (437).

هذا، ويلاحظ أنه إذا كان مفهوم الضرر المحقق، والمضار الواضح عدم مشروعيتها، يقترب من مفهوم الاستعجال، ويمكن بالتالي أن يستوعبه معنى الاستعجال، كما يراه المشرع والفقهاء، في ظل القانون المصري، باعتبارهما من الحالات التي يخشى عليها من فوات الوقت، فجدير بالذكر أنه - بحسب القضاء الفرنسي - يفترض توافر الاستعجال في الحالتين

ويقصد بالمنازعة الجدية *contestation sérieuse*، بحسب هذا الفقه "... celle que le juge ne peut sans hésitation rejeter en quelques mots. Son absence résulte de l'évidence ou de ce que le juge des référés ne tranche aucune question relevant du fond du litige ...".
راجع في ذلك:

S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, Procédure civile, 29^e éd. Précis Dalloz 2008, p. 313 et 314.

(437) جاء بنص المادة 809 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد أنه:
"Le président peut toujours "même en présence d'une contestation sérieuse", prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite".
ويعرف الفقه الفرنسي الضرر المحقق بأنه:

"Le dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente droit se perpétuer".

S. Guinchard, Droit pratique de la procédure civile, 3^e éd. Dalloz - Action 2002/2003, p. 202.

نقلاً عن Corgas - Beranard ، السابق ص 390.
أما المضار غير المشروعة، فيقصد بها الأضرار التي بدأ تحققها بالفعل وحيث يكون مطلوباً من قاضي الأمور المستعجلة،

"... à prendre une mesure répressive destiné à mettre fin à une situation provoquant une atteinte dommageable et actuelle aux droits ou intérêts légitimes du demandeur"

مشار إليه في Guinchard ، السابق ص 203، نقلاً عن Corgas - Bernard ، السابق ذات الموضوع.

المذكورتين، بحيث ينعقد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة فيهما، دون وجوب إثبات الاستعجال⁽⁴³⁸⁾. إضافة إلى ذلك، فإنه - بحسب نص المادة 809 المشار إليه - ينعقد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة في الحالتين المذكورتين، حتى في حالة وجود منازعة جدية بشأن أصل الحق⁽⁴³⁹⁾؛ لأن الهدف من اختصاصه في مثل هذه الحالات هو دفع الضرر المحقق، أو وقف المضار الواضح عدم مشروعيتها⁽⁴⁴⁰⁾.

واستناداً إلى النصوص السابقة، يؤكد الفقه الفرنسي⁽⁴⁴¹⁾ على أن للمدين الذي ينازع في صحة الفسخ، الذي قرره الدائن بإرادته المنفردة، أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة، إما على أساس ما ورد بالمادة 808 من قانون المرافعات المدنية، وإما على أساس ما تضمنته المادة 809، لطلب اتخاذ الإجراء اللازم لرقابته، من الضرر المحقق أو المضار غير المشروعة، التي تلحقه من جراء هذا الفسخ.

وهذا - أيضاً - ما تؤكد أحكام القضاء الفرنسي. ففي حكم صادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 2000/11/7⁽⁴⁴²⁾ قضت

Cass. Civ. 26/10/1982, RTD Civ. 1983 obs J. (438)

Normand.

وراجع في ذلك Guinchard, Ferrand et Chainais، السابق ص 317.
(439) انظر في ذلك:

Cas. Com. 27/10/1992, D. 1992, JP, 505 note Bénabent; JCP, 1994-II-22214 note Levy.

وراجع، Amrani - Mekki، السابق ص 391.

A. Brès, La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, op. cit. p. 512.

(440) Amrani - Mekki، السابق ذات الموضوع.

(441) راجع على سبيل المثال J.Mestre، السابق خاصة 107، -Corgas, Bernard، السابق ص 391.

Ch. Jamin et M. Billiaux, note sous Cass. Civ. 7/11/2000, D. 2001, JP, p. 256 et s.

Cass. Civ. 7/11/2000, D. 2001, JP, p. 256 et s. note Ch. Jamin (442) et M. Billiaux, précité; RTD Civ. p. 135, obs. J. Mestre et B.

Fages.

المحكمة على نحو واضح، باختصاص قاضي الأمور المستعجلة، أن يأمر بالإبقاء على العقد كإجراء تحفظي، للوقاية من الضرر المحقق، المترتب على إنهاء العقد، وما يترتب عليه من نتائج ضارة بالنسبة للمتعاقد. وكان الأمر يتعلق في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، بعقد تأمين أنهته شركة التأمين على نحو صحيح، ولكن تعاصر هذا الإنهاء مع المشكلة المعروفة في المجال المعلوماتي آنذاك، بمشكلة الانتقال إلى العام 2000، والتي أثّرت بشأن كيفية توفيق المعدات، والبرامج المعلوماتية مع هذا التاريخ الجديد، مما ترتب عليه أن أصبح المؤمن له بغير غطاء تأميني. لذلك أقرت محكمة النقض الإجراء الذي أمر به قاضي الأمور المستعجلة، ومضمونه الإبقاء على عقد التأمين، رغم أن الإنهاء من قبل المؤمن، كان قد تم على نحو صحيح، وإنما كان هدف القاضي من ذلك، تجنب المؤمن له هذا الضرر المحقق المترتب على مثل هذا الإنهاء، واعتبرت محكمة النقض أن ما أمر به قاضي الأمور المستعجلة على هذا النحو، لا يتجاوز حدود اختصاصه، وإن كانت قد نقضت حكم محكمة الاستئناف، المؤيد لما قام به قاضي الأمور المستعجلة، فكان ذلك على أساس عدم تحديد القاضي أجلاً معيناً للإجراء الذي أمر به⁽⁴⁴³⁾.

فإذا كان - بحسب هذا الحكم - لقاضي الأمور المستعجلة، أن يأمر باستمرار عقد رغم إنهائه على نحو صحيح، فقد رأى بعض الفقه⁽⁴⁴⁴⁾ - وبحق - أن مؤدى ذلك - ومن باب أولى - أن يكون له أن يفرض الإبقاء على عقد تم فسخه على نحو غير صحيح.

وهذا في الواقع، ما تأكد بعد ذلك في حكم ذات المحكمة بتاريخ 2001/5/29⁽⁴⁴⁵⁾، والذي أيدت فيه اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بأن

(443) ورد بحكم المحكمة في هذا الصدد أنه

"en statuant ainsi, sans fixer un terme certain à la mesure qu'elle ordonne, la cour d'appel a, sur ce point, excédé ses pouvoirs".

(444) Fages و Mestre ، السابق ذات الموضوع.

(445) Cass. Civ. 29/5/2001, RTD Civ. 2001, p. 509, obs. Mestre et

يأمر - وتحت طائلة الغرامة التهديدية⁽⁴⁴⁶⁾ - الاستمرار في تنفيذ العقد بين المستشفى وطبيب التخدير، والذي تبين أنه فُسخ من قبل المستشفى على نحو غير مبرر.

ورأينا فيما تقدم أن ذلك - أيضاً - هو اتجاه قضاة الموضوع، حيث رأينا في حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 2009/1/28⁽⁴⁴⁷⁾، تأكيد على أنه لقاضي الأمور المستعجلة، أن يأمر المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد الذي قام بوقفه، أو فسخه على نحو غير مشروع، وبذات الشروط المتفق عليها.

هذا وإذا كان اللجوء إلى القضاء المستعجل يبدو - على النحو السابق بيانه - علاجاً فاعلاً في مواجهة الفسخ بالإرادة المنفردة غير المبرر، فيجب ملاحظة أن هذا العلاج يبقى محدوداً⁽⁴⁴⁸⁾، فالأحكام المستعجلة - وإن كانت مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون⁽⁴⁴⁹⁾ - هي دائماً أحكام وقتية، لا تحوز حجية أمام محكمة الموضوع التي تفصل في أساس الحق المتنازع عليه، فهي لا تنقيد بما انتهى إليه قاضي الأمور المستعجلة⁽⁴⁵⁰⁾.

Fages,

précité.

(446) في القول بأن لقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بالغرامة التهديدية، راجع أمينة النمر، السابق ص 197 وما بعدها، وقارن عكس ذلك، راتب (وآخرون) سابق الإشارة إليه ص 124.

(447) سابق الإشارة إليه.

صدر هذا الحكم استناداً إلى نص المادة 1/873 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، الوارد بشأن سلطات رئيس المحكمة التجارية، بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، والذي له بهذه الصفة، وفي حدود اختصاصات المحكمة المذكورة:

"et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé, les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite".

(448) Amrani - Mekki، السابق ص 392.

(449) راجع، أمينة النمر، السابق ص 393.

(450) أحمد هندي، السابق ص 108، القضاء المشار إليه.

لذلك يبقى وضع المتعاقدين، في الحالة التي نحن بصدددها وضعاً قلقاً، ومع ذلك تبدو أهمية إمكانية اللجوء إلى القضاء المستعجل، واختصاصه بنظر منازعة المدين، في قرار الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة، من ناحية أنه يعتبر وسيلة إجرائية لإعادة التوازن في العلاقة بين الطرفين، وذلك من ناحية أنه إذا ما قُضي بالإبقاء على العقد، يكون على الدائن - إذاً - إذا ما أراد فسخ العقد، أن يلجأ إلى قاضي الموضوع، بمعنى أن اللجوء إلى القضاء المستعجل، من شأنه أن يؤدي إلى إعمال الأصل، أي الفسخ القضائي. ولا شك أن في ذلك حماية للمدين في مواجهة قرار الفسخ بالإرادة المنفردة، ولكن الحماية هنا مشروطة بقدرة المدين على إقناع قاضي الأمور المستعجلة، بأن الفسخ لا مبرر له.

هذا، وقد انتصر مشروع وزارة العدل الفرنسية بشأن تعديل قانون العقود⁽⁴⁵¹⁾، لاتجاه الفقه والقضاء في فرنسا، في التأكيد على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، بنظر منازعة المدين في قرار الفسخ بالإرادة المنفردة، باعتبار أن ذلك يمثل الوسيلة الملائمة لحماية المدين، في مواجهة الفسخ غير المبرر.

بحسب الفقرة الثالثة من المادة 168 من المشروع المذكور، يمكن للمدين خلال مهلة الإعذار الذي يوجه إليه من الدائن، أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة للمنازعة في الفسخ، ويترتب على هذا الإجراء وقف الفسخ الذي أوقعه الدائن⁽⁴⁵²⁾.

يلاحظ أن هذا النص المقترح لم يضع شروطاً معينة، يجب توافرها لإمكان اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة.

لذلك، يتساءل بعض الفقه⁽⁴⁵³⁾ عما إذا كان اللجوء إلى هذا القاضي يكون متاحاً للمدين في جميع الحالات، وجميع العقود، أم أنه يجب توافر

(451) سابق الإشارة إليه.

(452) سبق ذكر نص هذه الفقرة.

(453) Genicon، ملاحظاته، سابق الإشارة إليها، Petites Affiches 2009/2/12،

ص 91.

الشروط المتطلبة وفقاً للقواعد العامة، بشأن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة. ويرى هذا الجانب من الفقه أنه إذا كان الأمر كذلك فليس هناك ما يدعو إلى هذا النص المقترح، أما إذا كان القصد من وراء هذا النص أن يكون قاضي الأمور المستعجلة، مختصاً بالمنازعة الناشئة عن الفسخ بالإرادة المنفردة، بصرف النظر عن توافر شروط اختصاصه وفقاً للقواعد العامة، فإنه يخشى من ذلك أن يكون اللجوء إليه من قبل المدين تلقائياً؛ مما يؤدي إلى كثرة الدعاوى المعروضة عليه، وتراكمها إلى حد يخشى معه أن يؤدي إلى إعاقة قيامه بمهمته، التي تقوم بحسب أصل نشأته على السرعة في اتخاذ الإجراء المطلوب.

ونعتقد من جانبنا أن النص المقترح له أهميته، من ناحية أن تأكيده على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالمنازعة، في قرار الفسخ بالإرادة المنفردة، يحول دون إمكانية الخلاف حول ذلك. أما من ناحية الخشية من كثرة الدعاوى أمام قاضي الأمور المستعجلة، فلا شك أن هذا احتمال قائم، ولكن يبقى من المؤكد أنه ليس كل مدين سيختار هذا الطريق، فلا شك أنه لن يلجأ إليه، في الغالب من الحالات، إلا من يُقدر أنه ضحية فسخ غير مبرر، وهو في جميع الحالات يستحق تمكينه من هذه الوسيلة الفاعلة لحماية مصالحه، أما كثرة الدعاوى وما يمكن أن تؤدي إليه من بطء في إجراءات التقاضي أمام قاضي الأمور المستعجلة، فلا يكون علاجه بالحرمان من سلوك طريق هذه الحماية، بل بالبحث عن وسائل أخرى لمواجهته.

أما من حيث سلطة قاضي الأمور المستعجلة وفق النص المقترح، فيتساءل الرأي الذي نعرض له هنا⁽⁴⁵⁴⁾، حول ما إذا كانت هي سلطة وقف الفسخ، والإحالة إلى المحكمة المختصة موضوعياً – وهو ما يعني عملياً تحويل الفسخ بالإرادة المنفردة إلى فسخ قضائي – أم أن للقاضي أن يعتبر الفسخ غير مبرر – إذا قدر أنه كذلك – ويأمر بتنفيذ العقد بصفة نهائية، أو يقضي، في حال ثبوت العكس، بالفسخ.

ما من شك في أن هذه التساؤلات محقة، يبررها حداثة التوجه

(454) Genicon، السابق ذات الموضوع.

نحو التكريس التشريعي، للحق في الفسخ بالإرادة المنفردة، ونعتقد من جانبنا - رداً على هذه التساؤلات - أن النص المقترح بقوله: إن اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة يؤدي إلى وقف الفسخ، إنما أراد بذلك الأخذ بما رآه الفقه، وأكده القضاء، وعلى نحو ما سبق بيانه، من أن ذلك مؤداه استمرار تنفيذ العقد، وبالتالي، يكون على الدائن إذا ما أصر على الفسخ أن يلجأ إلى المحكمة المختصة موضوعياً لتقضي بذلك⁽⁴⁵⁵⁾.

على أية حال فإن نص الفقرة الثالثة من المادة 168 من المشروع المذكور، يؤكد الحرص على إيجاد وسيلة إجرائية فاعلة لحماية المدين في مواجهة الفسخ بالإرادة المنفردة، تحقق التوازن الضروري بين مصالح الدائن في التخلص من علاقة يرى عدم جدواها من ناحية، ومصالح المدين في الإبقاء عليها من ناحية أخرى، لتكون هذه الوسيلة حلقة ضمن حلقات أخرى، تشكل في مجموعها ضوابط أعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، فإذا كان لهذا الفسخ من المزايا ما يدعو لتأييده، فلا شك أنه - أيضاً - بحاجة إلى ضوابط لإعماله، تحقق هذا التوازن المنشود.

الخاتمة

في ختام هذا البحث، الذي خصصناه لدراسة التوجه نحو إقرار الفسخ بالإرادة المنفردة، يتبين لنا أن ما كان يتناوله شراح القانون المدني - في مصر وفرنسا - وكذلك أحكام القضاء، باعتباره استثناء بات الآن مبدأً عاماً، تؤكد أحكام القضاء، ويؤيده الفقه في مجموعته، وتبشر به مشروعات القوانين المطروحة بشأن تعديل القانون المدني الفرنسي، تأثراً بذيوع هذا النوع من الفسخ، سواء على مستوى التشريعات الوطنية أو الدولية.

وقد لاحظنا خلال هذه الدراسة، أن القول بوجود مبدأ الفسخ بالإرادة

(455) قارب:

Ph. Stoffel - Munck, Exécution et inexécution du contrat, in Colloque: la réforme du droit français des contrats en droit positif, RDC 2009/1, op. cit. p. 333et s. spéci. p. 344; D. Mazeaud, Rapport de synthèse, in Colloque la réforme du droit français des contrats, en droit positif, op. cit. p. 397 et s. spéci. p. 417.

المنفردة، وإن كان يبدو أمراً منطوياً على قدر من التناقض، في القانون الفرنسي أو القانون المصري - بالنظر إلى المبادئ القانونية الراسخة في هذين القانونين - فإنه على العكس تماماً، يعتبر أمراً مسلماً به منذ زمن بعيد، في تشريعات دول أخرى كثيرة.

وقد استمر هذا الوضع - الذي بدا غريباً على مفاهيم القانون الفرنسي والمصري - إلى أن أكدت محكمة النقض الفرنسية - حديثاً - مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، مما جعل بعض الفقه يصف هذا التطور بأنه "ثورة ثقافية صغرى" في مجال قانون العقود.

واقترضت دراسة هذا التطور الأساسي، والإحاطة بأبعاده المختلفة، أن نعرض لقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وضوابط إعماله.

فيما يتعلق بقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، كان من الضروري أن نعرض لكيفية تبريره، في مواجهة مبدأ القوة الملزمة للعقد، والطابع القضائي للفسخ، قبل تناول التكريس القضائي له.

فمن حيث محاولات تبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، في مواجهة مبدأ القوة الملزمة للعقد، رأينا أنه إذا كان مضمون هذا المبدأ يقضي بوجود احترام العقد، وعدم نقضه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، فإن مؤدى ذلك أنه على الدائن الراغب في التخلص من العقد إما طلب الفسخ من القضاء، أو الاتفاق مع المتعاقد على التحلل من هذا العقد، وذلك ما لم يكن هناك اتفاق على شرط فاسخ صريح، يعطى له الحق في فسخ العقد دون لجوء إلى القضاء.

وعلى الرغم من ذلك فقد لاحظنا أن القوة الملزمة للعقد - وكما رأى بعض الفقه - ليست "سجناً يحتفظ القاضي وحده بمفاتيحه"، فهناك حالات أجاز فيها القانون، لأحد المتعاقدين إنهاء العقد بإرادته المنفردة. وإذا كانت هذه الحالات ليست فسخاً للعقد بالمعنى الدقيق، فإنها تؤكد أن القوة الملزمة للعقد ليست بالأمر المطلق، فهي - وبحسب ما تؤكد نصوص القانون - يمكن الخروج عليها باتفاق المتعاقدين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

إضافة إلى ذلك، فقد تبين لنا أن هناك حالات استثنائية أقر فيها المشرع ذاته لأحد المتعاقدين فسخ العقد بإرادته المنفردة، كما أجاز القضاء مثل هذا الفسخ في حالات أخرى.

من هنا، كانت ضرورة البحث في الأساس الذي يقوم عليه مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ لمعرفة مدى إمكانية استيعاب هذا المبدأ لحالات الخروج عليه، والتي تقرر فيها الفسخ بالإرادة المنفردة استثناءً. وقد رأينا في هذا الصدد، أن هذا الأساس يحتمل قراءات مختلفة. فمن تأسيس القوة الملزمة للعقد على إرادة المتعاقدين، رأينا قراءة أخرى جديدة تنتهي إلى تأسيس القوة الملزمة للعقد على الفائدة من العقد وعدالته، على نحو يسمح باستيعاب القوة الملزمة للعقد، واستناداً إلى فكرتي الفائدة والعدل، لحالات الفسخ بالإرادة المنفردة، إذا ما نظر إليها باعتبار ما تحققه هذه الحالات من عدالة، أو من ناحية تمكينها الدائن التلخص من عقد لم يحقق له الفائدة المرجوة منه.

إذا كانت القراءة الأخيرة لأساس القوة الملزمة للعقد، تسمح بالخروج الاستثنائي على هذه القوة الملزمة، مع بقاء المبدأ ذاته، فكان ضرورياً - أيضاً - البحث في تبرير مثل هذا الخروج الاستثنائي، في مواجهة عقبة أخرى تتمثل في الطابع القضائي للفسخ، والذي تقرر صراحة النصوص القانونية، والتي يبدو الفسخ بالإرادة المنفردة متناقضاً معها.

وهنا - أيضاً - كانت محاولات عدة، للتوفيق بين ما توجهه النصوص من ضرورة طلب الفسخ من القضاء، وإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة، منها ما ذهب إلى استبعاد حصول التناقض بين الأمرين، من خلال إدراج الفسخ بالإرادة المنفردة ضمن آليات قانونية أخرى، ومنها ما رأى في الفسخ بالإرادة المنفردة عودة للأصول الأولى للفسخ، أي باعتبار أن الفسخ يقع أصلاً بالإرادة المنفردة، ومن هذه المحاولات ما ذهب إلى النظر إلى الفسخ بالإرادة المنفردة، باعتبار وجه الآخر للفسخ القضائي، للقول بأن بين الفسخين تلاق و ليس تناقض.

هذه المحاولات، كانت في الواقع تعبيراً عن ملاحظة تطور مفهوم الفسخ والكشف عن نوع آخر من الفسخ مواز للفسخ القضائي،

ولكنها لم تكن كافية إزاء حقيقة النصوص وصراحتها، في تطلب أن يكون الفسخ بحسب الأصل، على يد القضاء وبحكم صادر منه.

وعلى الرغم من ذلك، لم تبق هذه المحاولات مجرد اجتهاد فقهي، فقد كرس القضاء الحديث - وبصفة خاصة المقارن - وبقوة، مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، فأصبح للدائن، في حال عدم تنفيذ العقد من قبل المدين، أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، أي دون حاجة لطلب الفسخ من القضاء وانتظار حكمه، بحيث لم يعد الأمر متعلقاً بالحالات الاستثنائية التي قبل فيها القضاء الفسخ بالإرادة المنفردة، ولم يعد هناك مجال للتشكيك في وجود هذا المبدأ، الذي يؤيده الفقه في مجموعته.

كان لهذا المبدأ الكثير من الدلالات، منها أن فسخ العقد لم يعد سلطة "يحتكرها" القضاء، فقد أصبح قرار الفسخ بيد الدائن أيضاً. من هذه الدلالات - أيضاً - إمكانية تحول الفسخ القضائي - الذي يعد الأصل في الفسخ - إلى طريق احتياطي للفسخ، ومنها - أيضاً - تغيير دور الأطراف بشأن فسخ العقد، فلم يعد الدائن هو الذي عليه اللجوء إلى القضاء بطلب الفسخ، بل أصبح على المدين، إذا أراد المنازعة في صحة الفسخ، أن يلجأ هو إلى القضاء، ومنها كذلك تغليب الاعتبارات الاقتصادية على الأبعاد الأخلاقية والإنسانية التي يقوم عليها الفسخ القضائي.

والواقع أن وراء زيوع الفسخ بالإرادة المنفردة، وتأكيد القضاء - وبخاصة المقارن - اعتباره طريقاً موازاً للفسخ القضائي، العديد من المزايا التي لا يحققها هذا الأخير، ومنها الحد من كثرة الدعاوى القضائية، والمساهمة بالتالي في حل مشكلة بطء إجراءات التقاضي، وأنه أكثر عدالة بالنسبة للدائن، في الكثير من الحالات، كما أنه أكثر فعالية من الناحية الاقتصادية.

هذه المزايا، جعلتنا نتساءل عن موقف القانون المصري من هذا الفسخ. وقد خلصنا في هذا الصدد، إلى أن هذا الفسخ ليس بغريب عن منطق القانون المصري، فقهاً وقضاً، بل ونصوصاً أيضاً. ولكن على الرغم من المزايا العديدة للفسخ بالإرادة المنفردة،

فقد أثار هذا الفسخ الكثير من المخاوف والهواجس، يجمع بينها الخشية من أن يكون هذا الفسخ باباً واسعاً أمام الدائن، يمكنه من خلاله التخلص من العقد الذي يريد، متعللاً في ذلك بأي قدر من الإخلال بالالتزامات العقدية من قبل المدين، وأياً كان قدر ضآلته، بما يترتب على ذلك من الإضرار بمصالح هذا الأخير، و- أيضاً - النيل من الاستقرار اللازم للعلاقات العقدية.

ورأينا في هذا الصدد أن هذه المخاوف - وإن كانت لا تتال من المزايا العديدة للفسخ بالإرادة المنفردة - فهي بالأحرى دعوة إلى ضرورة البحث عن ضوابط إعمال الفسخ، والتي من خلالها يمكن التوصل إلى قدر من التوازن المعقول، بين مصالح الدائن من ناحية، ومصالح المدين وضرورات حمايته من ناحية أخرى.

لذلك تناولنا دراسة هذه الضوابط، من خلال ما توصل إليه القضاء الفرنسي الحديث، وكذلك من خلال بعض التجارب التشريعية، الوطنية والدولية، التي أقرت الفسخ بالإرادة المنفردة، وكذلك على هدى من مشروعات القوانين المطروحة لتعديل القانون المدني الفرنسي.

عرضنا في هذا الصدد الشروط الموضوعية للفسخ بالإرادة المنفردة، وكذلك شروطه الإجرائية، وذلك قبل الانتقال إلى البحث في رقابة القضاء لهذا الفسخ.

فمن حيث الشروط الموضوعية للفسخ بالإرادة المنفردة، انتهينا في هذا الخصوص إلى أنها - وعلى الرغم من اختلاف الصياغات المستخدمة في هذا الشأن - تتمثل في ضرورة أن يكون الإخلال المنسوب إلى المدين في تنفيذ التزاماته على قدر كاف من الجسامة. هذا وقد لاحظنا في هذا الصدد صعوبة وضع تعريف محدد، لما يعد إخلالاً على قدر كاف من الجسامة، ومن هنا، رأينا أهمية أن يحاط هذا الشرط الموضوعي للفسخ بالإرادة المنفردة، لمجموعة من الموجهات التي تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير جسامة الإخلال، والتي من شأنها إعانة الدائن على اتخاذ قراره بالفسخ، ومساعدة القاضي، عند ممارسته لرقابته اللاحقة على هذا الفسخ.

وقد خلصنا في هذا الصدد، أن اشتراط جسامه الإخلال بالالتزامات العقدية، يحقق حماية مصالح المدين من ناحية، ويحافظ على استقرار المعاملات من ناحية أخرى، ذلك أن مثل هذا الشرط إنما يعنى عدم جواز تدرع الدائن بأي إخلال من قبل المدين؛ للتخلص من العقد الذي يربطه بالمدين.

حماية المدين لا تقتصر على تطلب هذا الشرط الموضوعي فقط، فهناك - أيضاً - شروط إجرائية، لا بد من اتباعها لإيقاع هذا الفسخ.

فقد رأينا أن إيقاع هذا الفسخ، يتم من خلال مسار إجرائي يبدأ بإعذار المدين. ويعتبر هذا الإعذار متطلباً أساسياً في كافة التشريعات التي عرضنا لها، والتي اعتمدت الفسخ بالإرادة المنفردة، وإن كان ذلك قد جاء بطريقة غير مباشرة في البعض منها. من خلال هذا الإعذار، يمكن تعويض الرقابة القضائية التي تمارس في حال الفسخ القضائي، وذلك باعتبار أن من لزوم الإعذار ترك مهلة للمدين للقيام بالتنفيذ. كما أنه بهذا الإجراء يتأكد حسن نية الدائن، ومن خلاله - أيضاً - يعوض المدين عن المهلة التي من الممكن أن يمنحها له القاضي، لو كان قد طلب منه الفسخ. وقد أكد مشروع كاتالا، وكذلك مشروع وزارة العدل الفرنسية، على تطلب الإعذار كشرط لإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة.

وإلى جانب الإعذار، رأينا أنه يشترط للفسخ بالإرادة المنفردة، أن يقوم الدائن، وبعد انقضاء مهلة الإعذار، دون تنفيذ من قبل المدين، بإخطار الأخير بالفسخ. وهذا - أيضاً - ما أكده المشروعان المذكوران، واللذان اعتبرا الفسخ نافذاً منذ تسلم المدين لهذا الإخطار.

إضافة إلى ذلك، فقد رأينا أن الفقه الفرنسي يرى ضرورة أن يكون قرار الدائن بالفسخ مسبباً، أي متضمناً بيان الإخلال الذي ينسب إلى المدين في تنفيذ التزاماته، وتبرير جسامته. وقد أكد مشروع كاتالا، ومشروع وزارة العدل على ذلك أيضاً. ولا شك أن في ذلك تدعيم للشفافية في العلاقة العقدية، والتأكيد على أن الفسخ بالإرادة المنفردة ليس حقاً مطلقاً للدائن، بل هو حق مقيد بالغاية منه، لا يمكن اللجوء إليه إلا لهدف

معين، وبالتالي عند توافر أسباب معينة يجب بيانها.

هذا، وإذا كان الفسخ الذي نحن بصدده يقع بإرادة الدائن وحده، ضمن الشروط السابقة، فهذا الفسخ ليس بمنأى عن رقابة القضاء. ولا شك أنه يقع دون تدخل مسبق منه. ولكن يبقى لهذا القضاء دوره في الرقابة اللاحقة على إجراء هذا الفسخ، وذلك عند منازعة المدين في صحة هذا الفسخ.

للمدين - إذأ - أن يعترض على هذا الفسخ أمام القضاء. وفي هذه الحالة قد يتبين للقاضي أن الفسخ قد تم على نحو صحيح، فيعلن ذلك بحكم مقرر منه، فتترتب على الفسخ آثاره وفقاً للقواعد العامة.

أما في حالة ما إذا تبين للقاضي، أن الفسخ لم يكن مبرراً، أي لم تتوافر شروطه، فقد خلصنا إلى أن الجزاء الملائم لذلك، هو اعتبار الفسخ كأن لم يكن، أي اعتبار العقد قائماً، وإلزام المدين بتنفيذه، متى كان ذلك ممكناً، بطبيعة الحال. وقد خلصنا إلى أن ذلك هو ما يتفق وصحيح القانون، إضافة إلى ما يحققه من استقرار للمعاملات، واحترام لتوقعات الأطراف. وذلك - أيضاً - هو ما يحفظ للعقد مفهومه، باعتباره رابطة ملزمة، تستند في إلزامها إلى اعتبارات أخلاقية ودينية لا يمكن إنكارها، وذلك بخلاف الرأي الذي يرى اقتصار سلطة القاضي - في حالة الفسخ غير المبرر - على الحكم بالتعويض لصالح المدين، فقد خلصنا إلى أن القول بذلك من شأنه أن يؤدي إلى طغيان الاعتبارات الاقتصادية، وتشجيع الدائن على ارتكاب الخطأ المربح، أو المكسب، وربما في نهاية الأمر، تجريد العقد من مقوماته الأخلاقية والدينية.

وهذا في الواقع ما أكدت عليه النصوص المقترحة لتعديل القانون المدني الفرنسي، حيث أجازت للقاضي، عند المنازعة أمامه في صحة الفسخ، وإذا ما تبين له أنه غير مبرر، أن يأمر الدائن بتنفيذ العقد.

ولكن إذا كان ذلك هو الجزاء الملائم، فقد لاحظنا أن ذلك قد يصبح غير ممكن من الناحية العملية، وذلك إذا ما سارع الدائن، بعد فسخه العقد، إلى الارتباط بعقد آخر، موضوعه ذات العقد الذي تم

فسخه. بحيث لا يصبح أمام القاضي في هذه الحالة، إلا أن يفتع بالحكم بالتعويض على هذا الدائن المخطئ، وقد خلصنا في هذا الصدد، إلى أن التعويض الذي يمكن أن يُحكم به وفقاً للقواعد العامة، لا يمكن أن يكون رادعاً للدائن من الإقدام على الفسخ على الرغم من عدم توافر شروطه، فيتحقق بالتالي قصده من التخلص من العقد بإرادته المنفردة بطريقة غير مشروعة، مقابل دفع ثمن خطئه، متى رأى أن ذلك مصلحة له.

لذلك رأينا أهمية ما نادى به الفقه الفرنسي، من ضرورة أن يكون للقضاء المستعجل دور إزاء قرار الدائن بفسخ العقد، وهو الأمر الذي أكده القضاء - أيضاً - باعتباراه قاضي الأمور المستعجلة مختصاً بنظر منازعة المدين في الفسخ الذي يوقعه الدائن بإرادته المنفردة، وأنه لهذا القاضي أن يأمر بوقف الفسخ، والاستمرار في تنفيذ العقد. وقد تأكدت هذه الأهمية بمقتضى المشروع التمهيدي لتعديل قانون العقود الفرنسي، الذي أعدته وزارة العدل، والذي أجاز بمقتضى المادة 168 منه، للمدين أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة للمنازعة في الفسخ، وذلك خلال مهلة الإصدار الذي يوجه إليه من الدائن، بما يترتب على ذلك من وقف للفسخ الذي شرع فيه الدائن.

من خلال الضوابط السابقة يمكن القول بأن اعتماد الفسخ بالإرادة المنفردة لا يعني "خصخصة للفسخ" (إن جاز مثل هذا التعبير)، فهذا الفسخ لم يترك أمره لمحض إرادة ومشئئة المدين، بل تحيط بإعماله الكثير من الضوابط، كما أنه يخضع لرقابة القضاء، وإن كانت رقابة لاحقة على أعماله.

والواقع، أن هذا الفسخ يبدو أنه الأكثر ملاءمة للظروف الاقتصادية الراهنة، بالنظر للسرعة التي تتطلبها، وبما يحققه من فعالية اقتصادية، من خلال ما يسمح به من استخدام أفضل للثروة، أي دون تعطيلها في علاقة عقدية لا تحقق المرجو منها، وهو - أيضاً - أكثر عدالة بالنسبة للدائن. كما أنه، وبما يؤدي إليه من الحد من كثرة الدعاوى، يساهم في تحقيق مصلحة عامة، بمساهمته في مواجهة مشكلة بطء إجراءات التقاضي.

وإذا كان هذا الفسخ يحقق مصلحة أكيدة للدائن، فلا شك - أنه بما يحيط به من ضوابط - لا يهدر مصلحة المدين، فمن خلال هذه الضوابط يتحقق قدر معقول من التوازن بين مصالح الطرفين.

هذا وإذا كنا نؤيد اعتماد هذا الفسخ في ظل قانوننا المصري؛ ليواكب بذلك التطورات التشريعية والقضائية الحديثة في مجال الفسخ كجزء للإخلال بالالتزامات العقدية، فإننا نأمل أن يكون لمحكمة النقض لدينا خطوة تؤكد من خلالها التطور، الذي انتهت إليه نظيرتها الفرنسية.

ويبقى دائماً الأمل معقوداً على تدخل تشريعي مباشر، يُكرس من خلاله مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، كفسخ موازٍ للفسخ القضائي. ونعتقد أن دراستنا هذه، قد تضمنت عرض كثير من التجارب التشريعية التي يمكن استلهاها في وضع قواعد هذا الفسخ. ونميل من جانبنا في هذا الصدد إلى الاهتمام بما تضمنه مشروع الفقيه الفرنسي كاتالا، والمشروع المعد من قبل وزارة العدل الفرنسية، بشأن هذا الفسخ، لما تضمنه النصوص الواردة بهما، في هذا الخصوص، من توازن معقول بين مصالح الدائن في الفسخ بالإرادة المنفرد من ناحية، ومصالح المدين وضرورات حمايته في مواجهة هذا الفسخ من ناحية أخرى.

وعلى ذلك، وفي ضوء ما سبق من ملاحظات خلال هذه الدراسة، يمكن إجمال أهم نقاط هذا التنظيم المرجو للفسخ بالإرادة المنفردة فيما يلي:

- النص على حق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة في حال الإخلال الجسيم بالالتزامات الناشئة عن العقد من قبل المدين. على أن يراعى تضمن النص على ذلك مجموعة من العناصر التي تؤخذ في الاعتبار عند تقدير هذا الإخلال، منها - مثلاً - حسن نية المدين، ما تم تنفيذه من العقد، الظروف المحيطة بعدم التنفيذ.

- بيان الإجراءات الواجب مراعاتها من قبل الدائن عند اختياره الفسخ بإرادته المنفردة، والتي تبدأ بإعذار المدين للقيام بالتنفيذ خلال مهلة معينة، يُحدد حدها الأدنى، ويكون للدائن - بانقضائها دون تنفيذ - فسخ العقد من خلال إخطار يوجه إلى المدين، وأن يكون هذا

الإخطار مسبباً، بالمعنى السابق بيانه، بحيث يصبح الفسخ نافذاً من تاريخ تسلم المدين لهذا الإخطار.

- النص على أن يكون للمدين المنازعة في الفسخ أمام القضاء، الذي يكون له إما إقرار الفسخ، إذا كان مبرراً، وإما الأمر بالإبقاء على العقد، وإلزام الدائن بتنفيذه، إذا ما تبين له أن الأخير فسخ العقد دون مبرر مشروع.

- وأخيراً، النص على أن يكون للمدين أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة خلال مهلة الإعذار الموجه إليه من الدائن؛ للمنازعة في الفسخ الذي شرع فيه الدائن، وأنه يترتب على ذلك وقف هذا الفسخ.

تلك أهم النقاط التي نعتقد، في ختام هذه الدراسة، أنها تصلح إطاراً لتنظيم الفسخ بالإرادة المنفردة، على نحو يواكب التطورات الحديثة في هذا المجال، ومن خلالها يمكن تحقيق حماية مصالح المدين، دون حرمان الدائن من إمكانية التخلص - من جانبه - من علاقة عقدية خابت توقعاته المرجوة منها.

مراجع البحث

أولاً: باللغة العربية

المراجع العامة

أحمد شرف الدين:

- أحكام التأمين في القانون والقضاء، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت 1983.

- نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر
الإرادية (العقد – الإرادة المنفردة) (دون ذكر الناشر) 2003 .
أحمد شوقي عبد الرحمن:

- النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف
2004.

أحمد هندي:

- قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2009 .

إسماعيل غانم:

- في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام والإثبات،
مكتبة عبد الله وهبه 1967.

- في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام -1- العقد والإرادة
المنفردة، مكتبة عبد الله وهبه 1966.

برهام عطا الله:

- التأمين، الفتح للطباعة والنشر 2009.

جلال إبراهيم:

- التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1994.

جميل الشرفاوي:

- النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة
العربية 1976.

حسام الأهواني:

- النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام (دون ذكر الناشر) 1996.
- النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية
(دون ذكر الناشر) 1995.

- عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت 1989.

حمدي عبد الرحمن:

- الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر
الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية

1999.

حلمي بهجت بدوي:

- أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة 1946.

رمضان أبو السعود:

- أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة 2008.
- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية 2002.

سليمان مرقس:

- الوافي في شرح القانون المدني – 2- في الالتزامات، المجلد الأول، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة (بدون ذكر الناشر) 1987.

السيد خلف محمد:

- عقدا البيع في ضوء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الثانية، دار الفكر القانوني 2000.

السيد عيد نايل:

- شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية 2009 – 2010.

عبد الحي حجازي:

- النظرية العامة للالتزام، وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، المجلد الثاني، دراسة وظائف عناصر العقد – الإرادة المنفردة، باعتناء د. محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.

- النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، دون ذكر الناشر أو التاريخ.

عبد الرزاق السنهوري:

- الوسيط في شرح القانون المدني ج (4) العقود التي تقع على الملكية والبيع والمقايضة، الطبعة الثانية، تنقيح مصطفى الفقي، دار النهضة العربية (دون ذكر التاريخ).

- الوسيط في شرح القانون المدني ج (5) العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثانية، تنقيح مصطفى الفقي، دار النهضة العربية 1987.

- الوسيط في شرح القانون المدني ج (7) المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثانية، تنقيح مصطفى الفقي، دار النهضة العربية 1989.

- الوسيط في شرح القانون المدني ج (7) المجلد الثاني، عقود الغرر، دار إحياء التراث العربي بيروت 1964.

- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ.

عبد الفتاح عيد الباقي:

- موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، (بدون ذكر الناشر) 1984.

عبد المنعم البدر اوي:

- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه 1975.

- التأمين، 1963.

عبد المنعم فرج الصده:

- أصول القانون (دون ذكر الناشر) 1965.

- مصادر الالتزام، دار النهضة العربية 1992.

عبد الناصر العطار:

- مصادر الالتزام (دون ذكر الناشر أو التاريخ).

على البارودي وفريد العريني:

- القانون التجاري، العقود التجارية – عمليات البنوك، وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار الجامعة الجديدة 2006.

على نجيده:

- النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار

النهضة العربية 2004 / 2005.

محمد حسام لطفى:

- الأحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري

والفرنسي، الطبعة الثالثة، القاهرة 2001.

- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة 2002.

محمد حسين منصور:

- الوجيز في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة (بدون تاريخ).

محمد شكري سرور:

- موجز الأحكام العامة للالتزام، دار الفكر العربي 1985/84.

محمود جمال الدين زكي:

- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول،

مصادر الالتزام، القاهرة 1968.

محمود عبد الرحمن محمد:

- النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية (بدون ذكر التاريخ).

مصطفى الجمال:

- شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف 1991.

مصطفى عبد الحميد عدوي:

- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة حمادة

الحديثة بقويسنا 1996.

منصور مصطفى منصور:

- مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار،

القاهرة 1956/1957.

نبيل سعد:

- العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، دار النهضة العربية، بيروت

1997.

- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة

2004.

نزیه المهدي:

- عقد التأمين، دار النهضة العربية (بدون تاريخ).

همام محمد محمود زهران:

- قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة 2009.

المراجع الخاصة، الرسائل، البحوث والمقالات

أحمد السعيد الزقرد

- محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن،

المكتبة العصرية 2007.

أسماوي محمد نعيم:

- نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن 2006.

أمينة النمر:

- مناط الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة، منشأة المعارف،

1967.

جلال إبراهيم:

- الحماية القانونية لمدة عقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري

والكويتي والقانون الفرنسي (دون ذكر الناشر أو التاريخ).

حسام الأهواني:

- الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة،

دار النهضة العربية، 1978.

حسن على الذنون:

- النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة

مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر

1946.

حسين عامر:

- إلغاء العقد، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة 1953.

خالد أحمد عبد الحميد:

- فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، الطبعة الأولى، مكتبة الإشعاع الفنية 2002.

خالد مصطفى الخطيب:

- المسؤولية العقدية بين الإبقاء والإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس 2005.

سيد أحمد محمود:

- القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية 2007.

عابد فايد عبد الفتاح:

- تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دار النهضة العربية 2005.

عبد الحي حجازي:

- عقد المدة أو العقد المستمر و الدوري التنفيذ، رسالة دكتوراه، مطبعة جامعة فؤاد الأول 1950.

- مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى، العدد الأول، يناير 1959، ص 139 وما بعدها، والعدد الثاني من ذات المجلة، يوليو 1959، ص 443 وما بعدها، السنة الثانية، العدد الأول، يناير 1960 ص 1 وما بعدها، العدد الثاني، يوليو 1960 ص 205 وما بعدها.

عزمي عبد الفتاح:

- تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية الطبعة الأولى، دار الفكر العربي 1983.

عصام أنور سليم:

- خصائص البيع الدولي (وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة 1980) منشأة المعارف 2004 .

علاء السيد محمود الزاهي:

- انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ، دراسة مقارنة، دكتوراه كلية الحقوق - جامعة طنطا 2006.

فايز محمد حسين:

- الشروط المقترنة بعقد البيع، دار المطبوعات الجامعية 2010.

محسن شفيق:

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي) دار النهضة العربية 1988.

محمد إبراهيم دسوقي:

- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية (بدون ذكر التاريخ) .

محمد حسين منصور:

- دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف 1993.

محمد شكري سرور:

- موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980، مجلة الحقوق (تصدرها كلية الحقوق - جامعة الكويت) العدد (3) 1994 ص 117 وما بعدها.

محمد شهاب:

- التزامات البائع وفقاً لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية للبضائع، مقارنة مع القانونين اللبناني والفرنسي، صادر، بيروت 2007.

محمد على راتب، محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب:

- قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة السادسة، عالم الكتب (بدون التاريخ).

محمد لبيب شنب:

- الجحود المبتسر للعقد، دراسة مقارنة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س (2) (القسم الأول) العدد الثاني يوليو 1960 ص 257 وما بعدها، والقسم الثاني، العدد الأول يناير 1961، ذات المجلة، ص 139 وما بعدها.

محمد محمود المصري و محمد عابدين:

- الفسخ والانفساخ والتفاسخ، دار المطبوعات الجامعية 2007.

محمود جمال الدين زكي:

- مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة 1978.
محمود سمير الشرقاوي:

- العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع،
الطبعة الثانية، دار النهضة العربية 2002.

مصطفى عبد السيد الجارحي:

- فسخ العقد دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، الطبعة
الأولى، دار النهضة العربية 1988.

نبيل عمر:

- تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار
الجامعة الجديدة للنشر 2001.

وليد صلاح مرسي رمضان:

- القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي
والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد 2009.

ياسر أحمد كامل الصيرفي:

- الأثر الرجعي لفسخ في العقود المستمرة، دار النهضة العربية 1998.
- إلغاء التصرف القانوني، دار النهضة العربية 1995.

ثانياً: باللغة الفرنسية

OUVRAGES GÉNÉRAUX:

Antonmattei (P.H.) et Raynard (J.):

- Droit civil, Contrats spéciaux, 4^e éd. Litec 2004.

Bénabent (A.):

- Droit civil, Les contrats spéciaux, 2^e éd.
Montchrestien 1995.

Bigot (J.):

- Traité de droit des assurances, T. 3 Le contrat
d'assurance (sous la dir. de ...) avec la
collaboration de Beauchard, Heuzé, Kullmann,

Mayaux et Nicolas, LGDJ – Delta 2002.

Delebecque (Ph.) et Pansier (F.J.):

- Droit des obligations, 3^e éd. Litec 2004.

Flour (J.) et Aubert (J. L.):

- Les obligations, 1. L'acte Juridique, 8^e éd. par Auber, A. Colin 1998.

Ghestin (J.):

- Traité de droit civil (sous la dir. de) La formation du contrat, 3^e éd. par J. Ghestin, LGDJ 1993.

- Traité de droit civil (sous la dir. de) Les effets du contrat, 2^e éd. par J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiaux, LGDJ 1994.

Guinchard (S.) Ferrand (F.) et Chainais (C.):

- Procédure civile, 29^e éd. Précis Dalloz 2008.

Josserand (L.):

- Cours de droit civil positif français, T. II, Théorie générale des obligations, 3^e éd. Paris, Sirey 1939.

Larroumet (Ch.):

- Droit Civil (sous la dir. de...) T. III, 6^e éd. Les obligations, Le contrat 1^{er} partie, Conditions de formation, par Larroumet, Economica – Delta 2008.

- Droit civil (sous la dir. de...) T. III, 6^e éd., Les obligations, Le contrat, 2^e partie, Effets, par Larroumet, Economica – Delta 2008.

- Droit civil (sous la dir. de...) T. V, 1^{re} éd. Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, par M. Bacache - Gibeili,

Economica - Delta 2008.

Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Gautier (P.Y.):

- Droit civil, Les contrats spéciaux, 2^e éd. Defrénois 2005.

Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Stoffel-Munck (Ph.):

- Droit civil, Les obligations, 2^e éd. Defrénois 2005.

Puig (P.):

- Contrats spéciaux, Dalloz 2005.

Terré (F.), Simler (Ph.) et Lequette (Y.):

- Droit civil, Les obligations, 10^e éd. Précis Dalloz, 2009.

OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, ARTICLES et CHRONIQUES:

Alpa (G.) et Dasso (M.):

- La dissolution du lien contractuel dans le code civil italien, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé (sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney) Bruylant – LGDJ 2001, p. 871 et s.

Amrani – Mekki (S.):

- La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, Defénois 2003 p. 369 et s.

Ancel (P.), Brun (Ph.), Forray (V.), Gout(O.), Pignorre (G.), Pimot (S.) et Cabrillac (R.):

- Le projet de réforme du droit des contrats, premières impressions, JCP 2008 – I – 190.

Atias (Ch.):

(277) 2010 مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول،

- Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (Limites de la description normative) Le Dalloz 2003, chronique, p. 1103 et s.

Aynès (L.):

- Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspectives, Dr. et Pat. no 126 – Mai 2004 p. 64 et s.
- Motivation et justification, in Colloque : Obligation de motivation et droit des contrats, RDC 2004/2, p. 555 et s.

Bourgeon (Ch.):

- Rupture abusive et maintien du contrat: observation d'un praticien, in: Colloque: Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1, p. 109 et s.

Brès (A.):

- La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, Bibliothèque de droit de l'entreprise (80) Litec 2009.

Capitant (H.), Terré (F.) et Lequette (y.):

- Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T.2, 12^e éd. Dalloz 2008.

Carbonnier (J.):

- Introduction, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R.Savtier, PUF 1986, p. 29 et s.

Cassin (R.):

- Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, RTD Civ. 1945, p. 159 et s.

Catala (P.):

- La genèse et le dessein du projet, in Colloque: La réforme du droit des contrats, Projet et

perspectives, RDC 2006/1 p. 11 et s.

Chabas (C.):

- L'inexécution licite du contrat, LGDJ 2002.

Chang (M. P-H.):

- La résolution du contrat pour inexécution, Étude comparative du droit français et du droit chinois, PUAM 2005.

Chazal (J. P.):

- De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil, RTD Civ. 2001 p. 265 et s.

Corgas – Bernard (C.):

- La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, PUAM 2006.

Dai Do (V.) et Chang (M.):

- La résolution unilatérale du contrat en droit français : Vers une harmonisation au sein de la cour de cassation, P. A. no 72, 9/4/2004, p. 3 et s.

Delebecque (Ph.):

- L'exécution forcée, in Colloque : La réforme du droit des contrats, Projet et perspectives, RDC 2006/1, p. 99 et s.

Fabre – magnan (M.):

- L'obligation de motivation en droit des contrats, in le contrat au début du XXI^e siècle : Études offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 301 et s.

- Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique, in Colloque : Obligation de

(279) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

motivation ... RDC 2004/2, p. 573 et S.

- Réforme du droit des contrats : "Un très bon projet", JCP 2008 – I – 199.

Fauvarque – Cosson (B.):

- La réforme du droit français des contrats: Perspective comparative, in Colloque: La réforme du droit des contrats: Projet et Perspectives, RDC 2006/1, p.147 et s.

Fischer (J.):

- Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français, PUAM 2004.

Fontaine (M.):

- Rapport de synthèse in, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 1017 et s.

Gaudu (F.):

- L'exigence de motivation en droit du travail, in Colloque: Obligation de motivation et droit des contrat, RDC 2004/2, p. 566 et s.

Genicon (Th.):

- La résolution du contrat pour inexécution, LGDJ 2007.
- Observations dein, Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, sous la direction de J. Ghestin, P. A. Numéro spécial 12/2/2009, p. 81 et s.

Ghestin (J.):

- Conformité et garantie dans la vente, LGDJ 1983.
- La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, in La relativité du contrat, Rapport de synthèse, T. de l'association H.

Capitant, 1999, LGDJ 2000, p. 223 et s.

- La notion du contrat, D. 1990, chronique, p. 147 et s.
- Le future: exemples étrangers, Le code civil en France aujourd'hui, in Colloque: faut – il réformer le titre III du livre III du code civil?, RDC 2004/4 p. 1152 et s.
- L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, Chronique, p. 1 et s.

Gridel (J. P.) et. Laitier (Y. M.):

- Les sanctions de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux, JCP 2008 – I – 143.

Guillemin (J. F.):

- La résolution unilatérale, le regard des professionnels, in Colloque: La réforme du droit français des contrats en droit positifs, RDC 2009/1. p. 368.

Hébraud (P.):

- Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, in Mélanges J. Maury, T. 2, Droit comparé, Théorie générale du droit et droit privé, Dalloz- Sirey 1960 p. 419 et s.

Houin (B.):

- La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, Thèse Paris II, 1973.

Jamin (Ch.):

- L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée, Le Dalloz 2001, p. 1568 et s.
- Les conditions de la résolution du contrat, vers un modèle unique? Rapport français, in Les

(281) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p 451 et s.

- Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat: Trois idéologies en concurrence, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, (sous la dir. de Ch. Jamin et D. Mazeaud) Economica, collection Etudes Juridiques (9) p. 71 et s.
- Plaidoyer pour la solidarisme contractuel, in Le contrat au début du XXI^e siècle: Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001 p. 441 et s.
- Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, D. 2002, chronique p. 901 et s.

Jäger (C.P.):

- La nouvelle législation allemande en vigueur à l'égard du droit des contrats, P. A. no 159, 9/8/2002, p. 5 et s.

Jourdain (P.):

- Les dommages – intérêts alloués par le juge, in, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 263 et s.

Lachieze (Ch.):

- Notion de comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat, JCP 2004 – II – 10108.

Laithier (Y. M.):

- Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ 2004.

Lando (O.):

- L'avant- projet de réforme du droit des

obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences, in Colloque: La réforme du droit des contrats, RDC 2006/1, p. 167 et s.

Le Gac - Pech (S.):

- Rompre son contrat, RTD Civ. 2005, p. 223 et s.
- **Le Tourneau (Ph.) et (autres):**
 - Droit de la responsabilité et des contrats, 7^eed. Dalloz
 - Action 2008.

Lecuyer (H.):

- Redéfinir de la force obligatoire du contrat, P. A. no 45, 6/5/1998, p. 44 et s.

Mahé (C.B.P.) et Hondius (E.H.):

- Les sanctions de l'inexécution en droit Néerlandais, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. 837 et s.

Mainguy (D.):

- Défense, critique et illustration de certains point du projet de réforme du droit des contrats, D. 2009, chronique p. 308 et s.

Malaurie (Ph.):

- Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats, JCP 2008 – I – 240.

Marais (A.):

- Le maintien forcé du contrat par le juge, P.A. no 197, 2/10/2002 p.7 et s.

Mestre (J.):

- Rupture abusive et maintien du contrat, in

(283) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2010

Colloque: Exécution du contrat en nature ou par équivalent, RDC 2005/1, p. 99 et s.

Mazeaud (D.):

- Durées et ruptures, in Colloque: Durées et contrats, RDC 2004/1, p. 129 et s.
- Loyauté, solidarité, fraternité, La nouvelle devise contractuelle? in L'avenir de droit, Mélanges F. Terré, 1999 p. 603 et s.
- Observations conclusives, in Colloque: La réforme du droit des contrats, RDC 2006/1, op. cit. p. 177 et s.
- Rapport de synthèse, in Colloque: La réforme du droit français des contrats en droit positif, RDC 2009/1, op. cit. p. 397 et s.

Ranieri (F.):

- Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 881 et s.

Ranouil (V.):

- L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, PUF 1980.

Raynard (J.):

- Les principes du droit européen des contrats: une lex mercatoria à la mode européenne, RTD Civ. 1998, p. 1006.

Rémy (Ph.):

- La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept, RTD Civ. 1997, p. 323 et s.
- Réviser le titre III du livre troisième du code

civil, in Colloque Faut – il réformer le titre III du Livre III du code civil? RDC 2004/4, p. 1169 et S.

Roche – Dahan (J.):

- L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique, D. 1994, chronique, p. 255 et s.

Rochfeld (J.):

- La rupture efficace, in Droit et économie des contrats (sous la dir. de Ch. Jamin) LGDJ – Alpha 2009, p. 169 et s.
- Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat: La subjectivation du droit de l'exécution, in Colloque: La réforme du droit des contrats RDC 2006/1, op. cit. p. 113 et s. spéci. p.119.

Rouhette (G.):

- La force obligatoire du contrat, Rapport français, in Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco anglaises (sous la dir de D. Tallon et D. Harris) LGDJ 1987 p. 27 et s.

Stijns (S.):

- La résolution pour inexécution en droit belge: Conditions et mise en oeuvre, Rapport belge, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p.511 et s.

Stoffel - Munck (Ph):

- Exécution et inexécution du contrat, in Colloque: La réforme du droit français des

contrats en droit positif, RDC 2009/1, op. cit. p. 333 et s.

- Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, Dr. et Pat. no 126, 5/2004 p. 73 et s.
- L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ 2000.

Stork (M.):

- Résolution judiciaire in, Juris – classeur civil, art. 1184 fasc. 10.

Savaux (E.):

- La fin de la responsabilité contractuelle, RTD Civ. 1999 , p. 1 et s.

Thibierge – Gelfucci (C.):

- Libre propos sur la transformation du droit des contrats, RTD Civ. 1997, p. 357 et s.

Vasseur (M.):

- Urgence et droit civil, RTD Civ. 1954, p. 403 et sS.

Viney (G.):

- La responsabilité contractuelle en question, in Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghetin, LGD 2001, p. 921 et s.

Wessner (P.):

- Les sanctions de l'inexécution des contrats: Questions choisis, Exposé du droit suisse et regard comparatif sur les droits belge et français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations

contractuelles, op. cit. p. 891 et s.

Whittaker (S.):

- Les sanctions de l'inexécution des contrats, Droit anglais, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, op. cit. p. 977. et s.

Witz (C.):

- La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, D. 2002 p. 3156 et s.