

النظام القانوني لفسخ العقد

في إطار المجموعة العقدية

دراسة مقارنة في القانونين المصري واليمني

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

إعداد

محمد عبد الملك محسن المحبشي

إشراف الأستاذ الدكتور

فيصل ذكي عبد الواحد

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م

F

قال الله تعالى:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: ١].

﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [سورة الإسراء: ١٧].

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [سورة النساء:

٢٩].

إهداء

إلى من أدين لهما بالبر والوفاء والفضل والإحسان ما حييت ، إلى من أنا
بضعة منهما إلى من أنا ثمرتهما، إلى من لا أستطيع أن أجزيهما حقهما أبداً، إلى من
غرسا في نفسي الإيمان وحب العلم، أهدي هذا البحث إلى أبي وأمي حفظهما
الله، برًا وإحساناً ﴿ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾ [سورة الإسراء: ١٧].

شكر وتقدير

من باب لا يشكر الله من لا يشكر الناس، أتوجه بالشكر الجزيل للأستاذ الدكتور /فيصل نكي عبد الواحد، أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق، جامعة عين شمس على قبوله الإشراف على هذه الرسالة، وعلى سعة خلقه وعلمه والذي له الفضل الكبير في إخراج هذه الرسالة لا سيما وهو رائد الفقه العربي في مجال المجموعة العقديّة فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر لكل من أعانني في عملي هذا بالعون المادي والمعنوي لاسيما الدعاء، وأخص بالشكر من تحملوا معي عنا الغربة والبعد عن الأهل والوطن، زوجتي الفاضلة التي لها فضل كبير علي فجزاها الله عني خير الجزاء وكذلك أولادي إبراهيم ويوسف، وموسي الذي كان مما وهبنا الله في بلدنا الثاني مصر الكنانة.

كما لا أنسى شكر أهلي جميعاً في اليمن الذين تحملوا عناء البعد عني وأخص منهم أبي وأمي وأخوتي وأخواتي حفظهما الله جميعاً.

كما أشكر دولة مصر التي درست فيها والمتمثلة في جامعة عين شمس التي تخرجت منها، وأشكر بلدي اليمن التي أوفدتني للدراسة والمتمثلة في جامعة صنعاء.

مَقَالَةٌ

• أهمية موضوع فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية :

الحمد لله رب العالمين وأصلي وأسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم وبعد، فإن البحث في مجال الحقوق وحمايتها تعد من الأهمية بمكان؛ حيث ما وجدت والقوانين إلا للمحافظة على الحقوق وحمايتها، لاسيما الحقوق المالية، والذي غالبًا ما يؤدي الإخلال بها إلى حدوث الخلافات والصراعات بين الناس وقد ينتج عنها الجرائم؛ ولذا كان من الواجب مراعاتها وعدم الإخلال بها، ومن أهم الحقوق المالية التي يجب مراعاتها الحقوق المالية الناتجة عن العقود الملزمة للجانبين، لأن هذه الحقوق يكون فيها نوع من التبادل بين المتعاقدين؛ ولذا وجب على كل متعاقد الإيفاء بالتزاماته الناتجة عن العقد، كي يوفي المتعاقد الآخر بالتزامات التي عليه من ذلك العقد، ولكن قد يحصل ألا يوفي ذلك المتعاقد بالتزاماته، مما ينتج عنه ضياع حقوق المتعاقد الآخر، لاسيما أن التعويض عن عدم التنفيذ قد لا يكون كافيًا؛ حيث لا يكون الجزاء المناسب إلا فسخ العقد وعودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد، وهنا تكمن أهمية موضوع (فسخ العقد)، وهو مصطلح قانوني يقصد به زوال العقد بسبب عدم التنفيذ الراجع إلى المدين، كما يعد الفسخ جزاء رادعًا وكافيًا يمنع المدين من الإخلال بالتزاماته العقدية، وبالتالي فإن تهديد الدائن له بهذا الجزاء يجعله يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية، إضافة إلى تعويض الدائن أيضًا عن الأضرار الناتجة له عن فسخ العقد وهذا التعويض يكون أساسه هو المسؤولية التقصيرية لا العقدية.

كما أن الإخلال بالتزامات العقدية قد يكون في إطار عقد واحد أبرم بين طرفين، وهذا لا إشكال فيه، وإنما تكمن المشكلة والصعوبة في حالة وجود مجموعة من العقود تعاقبت على مال واحد، كعقود البيع على عين واحدة أو عقود الإجارة من الباطن على مكان واحد، أو قد تكون عقودًا ترابطت بقصد تحقيق هدف مشترك، كعقود المقاوله من الباطن بقصد تحقيق مشروع مشترك، فالإخلال هنا لا يتضرر به الطرف المتعاقد مع الطرف المسئول فحسب بل يتعدى هذا الضرر إلى بقية أطراف المجموعة العقدية، مما يؤدي إلى عدم الأخذ بالمفهوم الضيق لمبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، والذي يقصر آثار العقد على أطرافه المشاركين في تكوينه، وهنا أيضًا تكمن أهمية وجود جزاء الفسخ في إطار المجموعة العقدية؛ حيث أن حق الدائن المتضرر من عدم تنفيذ المدين - الغير المتعاقد معه - لالتزاماته العقدية، في فسخ العقد لا يقتصر على مطالبة المدين المتعاقد معه مباشرة بل يتعداه إلى المدين الأول المتسبب المباشر في

الإخلال بالتنفيذ؛ ولذا كانت أهمية موضوع "فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية" لاسيما وأنه قد كثرت تلك الصور في الوقت الحاضر بسبب التقدم العلمي الهائل الذي أدى إلى كثرة الإنتاج وتعدد وسائل تداوله من إنتاج وتوزيع، وما ينتج عنه من أضرار، وكما توسعت عمليات الإنشاء حيث لا يستطيع مقاول واحد القيام بها مما يضطر إلى إجراء عمليات أخرى من الباطن تقوم معه بنفس الغرض السابق، كل في مجال عمله.

والبحث حول الفسخ ليس جديداً، فقد سبقت دراسات في هذا المجال^(١)، إلا أن دراستنا هذه تكون حديثة في مجال الفسخ في القانون اليمني حيث لم تسبق دراسة هذا الموضوع في القانون اليمني مع أهميته^(٢)، كما أن البحث في مجال المجموعة العقدية - أيضاً - قد سبقت له دراسات متخصصة في الفقه العربي، ومن أهمها بحث الأستاذ الدكتور فيصل ذكي

(١) هناك دراسات علمية متخصصة في مجال الفسخ وهو رسالة الدكتوراه للدكتور/ حسن على الذنون: بعنوان (النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، كلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول ١٩٤٦م، إلا أن هذه الدراسة قد توسعت في دراسة الفسخ وأدخلت فيه الانفساخ والفسخ بالخيارات حيث أخذ بالمفهوم العام لمصطلح الفسخ في الفقه الإسلامي ولم يتقيد بمفهوم الفسخ بسبب عدم التنفيذ، كما أن هناك دراسة أخرى وهي رسالة الدكتوراه للدكتور/ سيف الدين البلعاوي بكلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٢م، بعنوان "جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ) وهذه الدراسة وإن كانت قيدت مفهوم الفسخ بسبب عدم التنفيذ كما هو في عنوانها إلا أنها تعتبر قديمة فهي من عام ١٩٨٢م، ولذا كانت دراستنا أحدث في الرجوع إلى الفقه الحديث وأحكام قضاء جديدة، كما أن هناك دراسات أخرى مثل الفسخ للدكتور عبد الحميد الشواربي، وفسخ العقد للدكتور مصطفى الجارحي، وإنهاء القوة الملزمة للعقد للدكتور عبد الحكم فوده، إلا أن أهم دراسة هي دراسة الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي والتي جاءت في عدة مقالات في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق - جامعة عين شمس، بعنوان (مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ) ولقد استفدت كثيراً من تلك الدراسات ولهم الفضل الكبير حيث أن العلوم تقوم على التتابع والاستفادة من الآخر كما هو في الحضارات.

(٢) هناك دراسة علمية (ماجستير) قام بها الباحث اليمني الأستاذ/ حسن العنسي في كلية القانون جامعة بابل، سنة ٢٠٠٠م، تكلمت عن دور الإرادة المنفردة في نقض العقد، وهذه الدراسة كانت مختصة في أحقية أحد أطراف العقد بنقض العقد بإرادته المنفردة دون تدخل الطرف الآخر ودون أن يكون قد أخل بالتزامه، وهذا بخلاف الفسخ الذي لا يكون إلا بسبب إخلال المدين بالتزامه، كما أنه يشترط أن يكون بحكم القاضي بناء على طلب الدائن، إضافة إلى أن الفسخ بسبب عدم التنفيذ قد تناولته بعض الرسائل العلمية في الفقه اليمني ولكن ليس على سبيل التخصص، كرسالة الدكتور عبد الله الخيازي في نظرية الهلاك والدكتور مطهر علامة في الالتزام برد غير المستحق، والدكتور عبد الملك مطهر في رسالته التزامات المقاول والمهندس ومسئوليتهما في عقد المقولة.

عبد الواحد بعنوان المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية^(٣)، ولكن دراستنا هذه مختصة في مجال فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية.

• خطة البحث:

وسوف أتناول عرض هذا الموضوع في بابين وفصل تمهيدي، تناولت في الفصل التمهيدي نشأة الفسخ في القانونين الروماني والفرنسي، ثم في القانونين المصري واليمني

أما الباب الأول: فسوف أتناول فيه مفهوم فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، وجاء في ثلاثة فصول تناولت في الفصل الأول منه، مفهوم الفسخ وأساسه وتمييزه عن غيره من المصطلحات القانونية المقاربة له، أما الفصل الثاني فقد جاء فيه التعرف على مفهوم المجموعة العقدية، بذكر نشأتها ومفهومها وتمييزها عن غيرها وكذا ذكر الوجود القانوني لصورها، أما الفصل الثالث فقد تناولت فيه فكرة فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، وذلك بمعرفة مدى جوازها وضوابطها، كما ذكرت فيه مدى جواز العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، وأهميتها وأساسها.

أما الباب الثاني: فسأتكلم فيه حول أحكام فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، وجاء هذا الباب في ثلاثة فصول، جاء الفصل الأول منه بذكر أحكام وجود فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، وفي الفصل الثاني من هذا الباب تناولت أحكام وقوع فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية. أما الفصل الثالث فقد تناولت فيه الأحكام الخاصة لفسخ في عقود المجموعة العقدية، كعقود البيع المتوالية على مال واحد وعقود الإجارة من الباطن المتوالية على عين واحدة، وعقود المقاولة من الباطن المترابطة بقصد تحقيق مشروع مشترك، حيث تناولت فيه التعريف بعقد البيع والإجارة والمقاولة في إطار المجموعة العقدية، وكذا إخلال أطراف المجموعة العقدية في تلك العقود بالتزاماتهم، على اعتبار أنه سبب الفسخ، ثم آثار فسخ تلك العقود في إطار المجموعة العقدية.

(٣) بحث الدكتور فيصل السابق، قد أخذ عنه كثير من الفقه العربي سواء في مؤلفاتهم العامة كاللجنة/ حمدي عبد الرحمن في كتابه الوسيط أو الدكتور حسام الأهواني في كتابه النظرية العامة للالتزام، وكذا الدراسات المتخصصة كرسالة الدكتور عبد الحميد فهمي الطنبولي: بعنوان التصرف في حق الإيجار، ورسالة الدكتور محمود عبد الحكم الخن: التزام البائع بضمان العيوب الخفية، ورسالة الدكتور مصطفى عصيمي في عقد المقاولة من الباطن، وكذا رسالة الدكتورة/ هناء خيرى خليفه بعنوان: "المسؤولية المدنية في نطاق الأسرة العقدية".

هذا ولقد قمت في بحثي هذا باستخدام المنهج الوصفي والتحليلي، وذلك بوصف الوضع القانوني السائد في كل من القانونين المصري واليميني وذلك بالرجوع إلى نصوص القوانين وآراء الفقه والقضاء، وبالرجوع إلى المؤلفات العامة والرسائل والمقالات والأبحاث.

ثم قمت بالمقارنة بينهما بمعرفة أوجه التشابه والخلاف بين القانونين، وأيضاً بالرجوع إلى الفقه الإسلامي باعتباره مصدراً قانونياً للقانون اليميني يجب الرجوع إليه عند عدم وجود نص أو عند تعليل الأحكام وتأسيسها، وكذا وجوب عدم مخالفته أحكام القانون اليميني للفقه الإسلامي بمجموع مذاهبه، ويكون ذلك بتأصيل موقف القانون اليميني إلى رأي من الفقه الإسلامي.

وفي الأخير أسأل الله أن أكون قد وفقت في بحثي هذا وأن يكون قد أضاف شيئاً للمكتبة القانونية العربية في مصر واليمن في مجاله، وأن يجعله الله في ميزان حسناتي.

والله الموفق،،،

الفصل التمهيدي

نشأة الفسخ

تمهيد وتقسيم:

تعتبر الدراسة التاريخية ذا أهمية كبيرة في أي موضوع بحثي لا سيما الدراسات القانونية، إذ تلقى الدراسة التاريخية للقواعد القانونية ضوءاً على الأحكام المطبقة فعلاً في وقت معين، ومدى ارتباط هذه الأحكام بسابقتها^(٤)، وتلك الدراسة لا تهتم الفقيه فحسب بل تهتم كذلك القائم على تطبيق القانون، إذ قد يتطلب تحقيق العدالة على نحو أكمل حسن تفهم النص المراد تطبيقه وهذا لا يتأتى غالباً إلا بالرجوع إلى الأصول التاريخية لتلك النصوص القانونية^(٥).

ونظراً لذلك خصصنا الفصل التمهيدي لدراسة نبذة تاريخية عن نظام الفسخ نبين فيه نشأته ومراحل تطوره، وسوف نقسم هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول : نشأة الفسخ في القانونين الروماني والفرنسي.

المبحث الثاني : نشأة الفسخ في القانونين المصري واليمني.

(٤) د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

(٥) د. عادل بسيوني، مصادر القانون ونظمه في مصر الإسلامية، مطبعة الإيمان، مصر، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢،

المبحث الأول

نشأة الفسخ في القانونين الروماني و الفرنسي

تقسيم:

وسنذكر هنا نشأة الفسخ في القانون الفرنسي، على اعتبار أن القانون الفرنسي يعد مصدر الكثير من التشريعات اللاتينية ، والتي منها أكثر القوانين العربية، كما سنذكر أيضا الفسخ في القانون الروماني^(٦)؛ لأنه المصدر التاريخي للقانون الفرنسي، وستقسم هذا المبحث كما يلي.

المطلب الأول: الفسخ في القانون الروماني .

المطلب الثاني: الفسخ في القانون الفرنسي.

(٦) حيث تم إحياء دراسته في العصور الوسطى، من أجل الرجوع إليه، والتحلل من سلطان الكنيسة وقوانينها التي كانت مطبقة آنذاك في العصور الوسطى انظر: د. أحمد محمد محمود هيكمل، الحق في الحبس بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٤، ١٥.

المطلب الأول

الفسخ في القانون الروماني^(٧)

والفسخ في القانون الروماني قد مر بثلاث مراحل وهي:

المرحلة الأولى عدم ظهور الفسخ بسبب عدم الحاجة إليه :

أما المرحلة الأولى: فلم يظهر للفسخ أثر أو بمعنى آخر أنه لا داعي ولا حاجة لوجود نظام الفسخ، حيث أن وجود الفسخ يفترض وجود عقود آجلة تكون الالتزامات فيها غير عاجلة فتظهر الحاجة إلى الفسخ عند عدم تنفيذ الالتزام المؤجل، والقانون الروماني في هذه المرحلة وفي عهوده القديمة كانت العقود فيه تتم فوراً بدون أجل فكان كل متعاقد يقوم بتنفيذ التزامه فوراً بعد صدور العقد مباشرة، فعقد البيع مثلاً وهو من أهم العقود الرومانية، كان يتم بواسطة تصرفين قانونيين مستقلين وليس تصرفاً قانونياً واحداً؛ ولذلك كان يسمى عندهم بعقد الشراء والبيع وكانت هذه العملية المزدوجة المكونة من الشراء والبيع تتم في وقت واحد، أي أن التزام المشتري بالوفاء بالثمن يتحقق في الوقت الذي يسلم فيه البائع المبيع، فالبيع كان يتم بثمن عاجل، فلا حاجة هنا لفسخ العقد لعدم التنفيذ؛ لأن عدم التنفيذ هنا غير متصور، كما أنه لا يكون لاشتراط الفسخ هنا أي قيمة قانونية^(٨)، وسبب كون العقود عاجلة في القانون الروماني في عهوده القديمة هو أن العقود الرومانية في ذلك العهد كانت شكلية، فهي لم تكن عقوداً بالذات بل كانت عبارة عن قوالب تصب فيها العقود فعقود البيع والإجارة والشركة وغيرها من العقود كانت توضع في

(٧) تعتبر دراسة القانون الروماني من الأهمية بمكان عند دراسة أي قاعدة قانونية وذلك لأن القانون الروماني هو الأصل التاريخي للشرعية اللاتينية وهو مصدر تاريخي للقانون الفرنسي الذي أصبح مرجع الكثير من القوانين الحديثة، وبذا أصبح القانون الروماني أساساً عالمياً لمعظم دول العالم وكما يقال إن روما قد غزت العالم بثلاثة أشياء، بجيشها ودينها وقانونها، انظر: د. محمد بدر، د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، مطابع دار الكتاب العربي بمصر عام ١٩٥٤م، ص ٤٣٣ ويرى الفقيه فلتر الفرنسي أن القانون الروماني أساس كل الدراسات القديمة، وأن أي قانون قديم لا يتصل بالقانون الروماني فهو غير حضاري، انظر: د. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، نظم القانون الخاص، دار المطبوعات الجامعية - إسكندرية، ٢٠٠١م، ص ١٠، ١١.

(٨) انظر: د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ، بدون تاريخ نشر، ص ١٧٨، د. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ص ٤٦٤، د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، العدد الأول يناير، سنة ١٩٥٩، ص ١٣٩.

شكل من الأشكال السابقة، ولم تكن للإرادة دور في تكوين العقود فضلاً عن إيجاد شرط فيه يقتضي تأجيل الالتزامات^(٩).

وعندما تطورت الأمور الاقتصادية ظهرت الحاجة إلى تأجيل الثمن، حيث أصبح من الصعب دوماً توفر الثمن عند إبرام العقد؛ فلذلك لجأ المتبايعان إلى الاتفاق على منح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن مع تسليم المبيع، ونظراً لشكلية العقود الرومانية في ذلك العهد كان يتم هذا الاتفاق خارج العقد؛ لأن وجود ذلك الشرط في العقد يجعل العقد باطلاً لمخالفته للشكل القانوني له، وكان يتم ذلك بحيلة قانونية حيث يتم إبرام العقد صحيحاً وحسب شروطه الشكلية ثم بعد ذلك يكتب المشتري صكاً بالثمن على أنه قرض^(١٠).

فهنا ظهرت الحاجة إلى الفسخ في حالة إذا لم يوف المشتري بتسليم الثمن، ومع هذا فلا يحق للبائع أن يطالب بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المشتري لالتزامه؛ وذلك لأن البيع تم صحيحاً وتأجيل الثمن كان خارج عقد البيع ولا علاقة له بالعقد ويكون للبائع أن يطالب المشتري بتسليم الثمن على أساس القرض الذي ثبت بورقة خارج عقد البيع^(١١).

المرحلة الثانية ظهور الشرط الفاسخ الصريح:

أما المرحلة الثانية: فقد ظهر فيها الشرط الفاسخ الصريح، حيث تحررت العقود الرومانية - في عهود لاحقة - من الشكلية وتطورت إلى عقود رضائية تقوم على التراضي،

(٩) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ نشر، ص ٥٣٧، جمال الدين محمد محمود، سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ص ١٥، عبد الحميد على فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٦م، ص ١١٩. ويرجع شكلية العقود في القانون الروماني، إلى العقيدة الوثنية التي لا تؤمن إلا بالماديات، فلذا كانت الشعائر مرسومة في صورة مجسمة، ويرجع أيضاً للواقع الاجتماعي للرومان حيث كان مجتمعاً زراعياً والمعاملات فيه قليلة ومحدودة الصلة بالعالم الخارجي، ولذا ندرت المعاملات مما أدى إلى أن تسود روح المحافظة مما جعله أرضاً خصبة لسيادة الشكلية الجامدة المقدسة، وكذا حالة الاستقرار والثبات، انظر: محمد جمال عطية عبد المقصود عيسى، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص ١٧٦.

(١٠) ظهرت الحيلة القانونية في القانون الروماني كوسيلة عملية لتطور القانون الروماني تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للفقه والواقع للتوصل إلى تغيير أحكام القانون دون نصوصه، انظر: محمد جمال عطية، المرجع السابق، ص ٩.

(١١) د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

ويكون للإرادة وحدها دور في إبرام العقد وتفسيره وتنفيذه^(١٢). وبظهور إرادة المتعاقدين في إبرام العقود أمكن لهم الاتفاق على تأجيل الثمن في عقد البيع، وأصبح إمكان الاتفاق على تأجيل الالتزامات في عقد البيع، فيقوم البائع بتسليم المبيع ثم يقوم المشتري بتسليم الثمن في فترة لاحقة، ولكن هذا الأمر كان يعرض البائع للمخاطرة في حالة عدم تنفيذ المشتري لالتزامه بتسليم الثمن^(١٣)، فهل يمكن للبائع في هذه الحالة أن يطالب بفسخ العقد بسبب عدم التنفيذ؟

وعموماً لم يكن من أصول القانون الروماني فسخ العقد ولا يوجد الفسخ في القانون الروماني إلا في حالات خاصة على سبيل الاستثناء كما في حالة تخلف البائع عن التعهد بضمان العيوب الخفية ويكون هذا في حالة بيع الرقيق فقط وبناء على دعوى المحتسب، وهناك أيضاً حالة أخرى يجيز فيها القانون الروماني فسخ العقد وتعرف عندهم بشرط استعادة الملك أو خيار النقص ولكن هذا الشرط يمثل عنصراً منفصلاً عن عقد البيع ولا يعتبر جزءاً منه^(١٤)، وتلك الحالتان الاستثنائيتان لا يمكن أن تمثلتا نظرية للفسخ في القانون الروماني.

فهكذا لا يكون لهذا البائع الذي وثق بمدينة المشتري إلا أن يطالب بتنفيذ العقد بالطرق العادية ويصبح البائع في مركز الدائن العادي، فليس هناك نص قانوني يمنحه حق امتياز على العين المباعة وإن كان هناك وسيلة تحمي البائع في القانون الروماني وهي أنه عند مباشرة البائع لنقل الملكية تظل الملكية معلقة على شرط واقف وهو الوفاء بالثمن أو تقديم ضمان للبائع

(١٢) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٦٨٠، د. عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية - إسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص ٩، عبد الحميد على فوده، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

(١٣) انظر: د. عبد الحميد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٤٦٤، رمضان محمد محمد عبد العال، فسخ الإيجار لإساءة استعمال العين المؤجرة في القواعد العامة والتشريعات الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٧٧.

(١٤) انظر: د. عبد المنعم درويش، الوجيز في القانون الروماني، الجزء الأول - النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية - القاهرة، ط ١، ١٩٩٥، ص ٢٧٧، د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٤٦٦، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ٤١١.

وذلك استنادًا إلى قاعدة رومانية هامة تقضي بأن الملكية لا تنقل إلى المشتري إلا بعد وفاء الثمن^(١٥).

ومع هذا فإن هذه الوسيلة غير كافية لحماية البائع؛ لأن البائع قد يقوم بتسليم المبيع بناء على ضمان غير كاف سواء أكان عينيًا (رهنًا) أم شخصيًا (كفالة)، مما يؤدي إلى ضياع حق البائع؛ فلذا قامت الاتفاقات الخاصة بين المتعاقدين على وجود شرط خاص في عقد البيع لمصلحة البائع يقضي بفسخ العقد في حالة عدم قيام المشتري بدفع الثمن، ويكون للبائع بموجبه استرداد المبيع ويعرف هذا بالشرط الفاسخ الصريح وهو كثير الوقوع في البيوع الآجلة^(١٦)؛ ويرجع عدم وجود الفسخ بدون شرط في هذه الحالة إلى أن القانون الروماني لم يعرف التقابل في الالتزامات في العقود التبادلية، فالتزام البائع بتسليم المبيع لا يترتب عليه التزام المشتري بالوفاء بالثمن، وبمعنى آخر أن التزام البائع ليس سببًا لالتزام المشتري، وكذا التزام المشتري ليس سببًا لالتزام البائع، وعند ظهور فكرة السبب في العقود الرومانية ظهرت فكرة التقابل في الالتزامات بين المتعاقدين، إلا أن فكرة التقابل تلك لم تكن كاملة في عقد البيع؛ حيث لم تظهر إلا في تكوين العقد فقط، فإذا هلك المبيع قبل البيع ينقضي التزام البائع لانعدام المحل، وينقضي بالتالي التزام المشتري بدفع الثمن لانعدام السبب، أما في مرحلة تنفيذ البيع فلم يكن لفكرة السبب وتقابل الالتزامات أثر، ولا يمكن لأحد المتعاقدين فسخ البيع استنادًا إلى عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، فالتزام كل متعاقد مستقل عن التزام المتعاقد الآخر^(١٧).

(١٥) اختلف الشراح حول هذه القاعدة وهل هي رومانية خالصة أم أنها مقتبسة من شرائع أخرى والراجح أنها بيزنطية اقتبست من القوانين الشرقية، فهي ليست من نتاج الفكر القانوني الروماني في العصر العلمي. انظر: د. عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص ٤٦٧.

(١٦) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج ١، نظرية العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٩٥٠، د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد ٥٦، ١٩٨٦م، ص ١٠.

(١٧) انظر: د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، ط ٢، ١٩٥٤، ص ٣٣٩، د. سيف الدين البلعاوي، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ)، دراسة في القانون المدني المصري مع المقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٢م، ص ٢٠، د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٩٩م، ص ٥٩٩، د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٣، ١٩٩٧م، ص ١٧.

وهنا يمكننا القول أنه في هذه المرحلة ظهر الشرط الفاسخ الصريح والذي أوجدته الإرادة والتي لم يصبح لها دور في العقد إلا بعد أن تحول البيع من عقد شكلي إلى عقد رضائي، أما الفسخ من غير الشرط الفاسخ الصريح فلم يظهر بسبب عدم وجود فكرة التقابل في الالتزامات في حالة التنفيذ.

المرحلة الثالثة ظهور الفسخ في بعض العقود:

أما في المرحلة الثالثة: فقد ظهرت فيه بوادر للفسخ غير الاتفاقي في بعض العقود، ما عدا عقد البيع فقد ظل القانون الروماني لا يعترف بالفسخ إلا بناء على شرط مسبق، أما غيره من العقود فقد ظهر الفسخ غير الاتفاقي في نوعين منها، وهما عقود إجارة الأشياء والعقود غير المسماة.

ففي عقد إجارة الأشياء عرف القانون الروماني فكرة التقابل في الالتزامات حيث أدرك فقهاء الرومان أنه لا يمكن أن تطبق على هذا العقد نفس القواعد التي طبقوها على عقد البيع، فلا يمكن قهر المؤجر أو المستأجر على تنفيذ التزاماته بالرغم من عدم وفاء الطرف الثاني بالتزاماته؛ لما بين هذه الالتزامات من علاقة تقابل ظاهرة، ولهذا قرروا أن المؤجر يستطيع المطالبة بفسخ عقد الإجارة إذا لم يدفع المستأجر الأجرة المتفق عليها أو أساء الانتفاع بالعين المؤجرة، وللمستأجر حق المطالبة بفسخ العقد إذا لم يف المؤجر بالتزاماته في إجراء التصليحات في العين المؤجرة، إلا أن الفقه يعلل سبب سهولة تقبل فكرة التقابل في الالتزامات في عقد إجارة الأشياء على أن الفسخ في العقود المستمرة - ومنها إجارة الأشياء - ليس له أثر رجعي، مما دعا بعض الفقهاء إلى القول أن هذا ليس فسخاً وإنما هو حل أو إنهاء للعقد^(١٨).

أما في العقود غير المسماة في القانون الروماني، وهي عقود وجدت بسبب ازدهار الحركة الاقتصادية عند الرومان، حيث أصبحت العقود المسماة غير كافية لسد حاجات الناس والاستجابة لمطالبهم، والعقود غير المسماة: هي كل اتفاق تبادلي لم يكن ملزماً باتباع الشكل المقرر، فهي عقود رضائية نشأت من أجل التحلل نوعاً ما من الشكلية في العقود الرومانية، وتلك

(١٨) انظر: د. توفيق السويدي، حقوق الرومان، بدون دار نشر ولا تاريخ نشر، ص ٣٣١، د. محمد محسن، محاضرات في الحقوق الرومانية، مطبعة الجامعة السورية، ١٩٣٥م، ص ٢٢٨، ٢٢٩، د. فائز الخوري، مقابلة بين الحقوق الرومانية والحقوق الإسلامية والفرنسية والإنكليزية، المطبعة الحديثة بدمشق، ١٩٢٤م، ص ٣٥٤، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٢٢، د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، ٢٠٠٣م، بدون دار نشر، ص ٤١٢، ٤١٣.

العقود محصورة في أربع صور وهي أعطيتك شيئاً لتعطيني شيئاً آخر، وأعطيتك شيئاً لتعمل لي عملاً، وأعمل لك عملاً في مقابل أن تقدم لي شيئاً، وأعمل لك عملاً لتقدم لي عملاً آخر، ومن أمثلة تلك العقود عقد المقايضة، وعقد الصلح، وعقد عارية الاستهلاك، والوعد بجائزة... الخ^(١٩)، وفي هذه العقود يلتزم المتعاقدان ولكن لا يصير هذا الالتزام التزاماً عقدياً إلا إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه، فينقلب التزام الطرف الآخر إلى التزام عقدي، وهنا تظهر فكرة الترابط و التبادل في الالتزامات، فلا يمكن إجبار أحد المتعاقدين أن ينفذ التزامه عند عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، وأن هذا يكون خروجاً على فكرة العدالة وعدم المساواة بين المتعاقدين، وهو يؤدي إلى إثراء أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر دون وجه حق، ولهذا فقد اعترف فقهاء الرومان لهذا المتعاقد الذي وفى بالتزامه دون أن يحصل على الالتزام المقابل من المتعاقد الثاني، حيث اعترفوا له بحق رفع دعوى تسمى بدعوى الاسترداد، ولو لم يشترطها في العقد، يستطيع بموجب هذه الدعوى استرداد ما قام بتسليمه بموجب العقد ولم يحصل في مقابله على حقه المقابل لالتزامه وهذه الدعوى ترمي إلى فسخ العقد^(٢٠)، وهكذا ظهر الفسخ هنا دون اشتراط في العقود غير المسماة في القانون الروماني، وسبب وجود الفسخ هنا رغم عدم اشتراطه يرجع إلى الطبيعة الخاصة بالعقود غير المسماة، ولكن هذا أيضاً لا يكفي للقول بأنه يوجد نظرية عامة للفسخ في القانون الروماني ولا سيما أن ظهورها في بعض العقود كان لاعتبارات خاصة بها كما بينا، وكذا لعدم اعتراف القانون الروماني بالفسخ في عقد البيع إلا إذا اشترط المتعاقدان ذلك في عقد البيع، وعقد البيع من أهم العقود الرومانية. وهكذا يمكن القول بأنه تم التوصل إلى الفسخ في القانون الروماني كمبدأ عام وليس كنظرية عامة^(٢١).

(١٩) انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ٨١، د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص ٦.
(٢٠) انظر: حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول، ١٣٦٤ هـ - ١٩٤٦ م، مطبعة نهضة مصر، ص ١١، ١٢، د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص ٨، ٩، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٢٣، د. جمال الدين محمد محمود، المرجع السابق، ص ١٥.

(٢١) انظر: د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٢٤، د. عبد المنعم الصده، مصادر الالتزام، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، بدون تاريخ نشر، ص ٣٩٨، د. محمد رفعت الصباحي إبراهيم، الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٨٣ - ١٩٨٤ م، ص ٥٢٦، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤ م، ص ٣٥٩، أما بالنسبة للفسخ في الشرائع القديمة فنجد في قانون بابل مثلاً ان البيع كان أيضاً ناجزاً وتسليم الشيء لم يكن شرطاً أساسياً لنقل الملكية وأدى تطور النظام الاقتصادي إلى ضرورة

المطلب الثاني

نشأة الفسخ في القانون الفرنسي

نصت المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٨٠٤م على أن: "الشرط الفاسخ يكون دائماً مفترضاً في العقود الملزمة للجانبين في حالة إذا لم يقرم أحد المتعاقدين بوفاء ما التزم به .. الخ".

وجاء هذا النص بعد نص المادة ١١٨٣ والتي اشتملت على فقرتين الأولى في معنى الشرط الفاسخ. حيث جاء فيها: "الشرط الفاسخ هو الذي بحصوله يفسخ الالتزام وتصير الأشياء الملزمة بها كأن لم يقع بها التزم أصلاً وتعود إلى حالتها الأولى" أما الفقرة الثانية منه فقد جاء فيها ذكر آثار وجود الشرط الفاسخ^(٢٢).

و مما سبق نلاحظ وجود الفسخ في القانون الفرنسي فكيف نشأ الفسخ هناك؟ وبالرجوع إلى الأصول التاريخية للقانون الفرنسي، نجده يرجع إلى القانون الفرنسي القديم، والذي تأثر بالقانون الكنسي الذي كان معمولاً به هناك^(٢٣) ولذا سنتبع نشأة الفسخ في القانون الفرنسي في كل من القانون الكنسي والقانون الفرنسي القديم والقانون الفرنسي الجديد كما يأتي:

أولاً: الفسخ في القانون الكنسي^(٢٤)

سرعة المعاملة والذي اقتضى ضرورة الائتمان وهو الأجل، وهذا الائتمان لم يتحقق في عقد البيع ولكن خارجة عن طريق حيلة جعلت عقد البيع بأجل، كأن تعتبر ثمن الشراء الذي أجل دفعه بمثابة محل قرض للبائع على المشتري أو محل ودیعة، أو بتحرير سند لصالح الدائن، وهكذا لم يكن الفسخ واضحاً فيه، انظر: د. عبد المجيد حفناوي، المرجع السابق، ص ٢٨٢، أما في مصر الفرعونية، فإن العقد وخاصة في عهد الدولة الحديثة يعد تصرفاً قانونياً ملزماً للجانبين، ينشئ التزامات متبادلة على عاتق طرفيه، كما أن إخلال أحد الطرفين بالتزامه كان يعطي الطرف الآخر الحق في فسخ العقد، مما يدل على وجود ارتباط بين الالتزامات المتقابلة الناشئة عن مصدر واحد وهو اتفاق الطرفين ويعد التزام كل طرف سبب وجود التزام الطرف الآخر، فإذا أخل أحدهم بالتزامه كان للطرف الآخر بدوره أن يتحلل من التزامه"، انظر: د. أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(٢٢) تعريب القانون المدني الفرنسي، ترجمة رفاعة بك الطهطاوي، المطبعة الخديوية ببولاق ١٢٨٣هـ، ص ٢٦٣، ٢٦٤.

(٢٣) د. أحمد محمد محمود هيكل، المرجع السابق، ص ١٤، ١٥.

(٢٤) ترجع أحكام القانون الكنسي في الأصل إلى الكتاب المقدس وأقوال القديسين وقرارات المجامع الدينية والمراسيم التي يصدرها البابا، ومع ذلك فإن نشأة القانون الكنسي لم تكن بمنأى عن تأثير القانون الروماني،

ظهر القانون الكنسي في العصور الوسطى وأخذت منه التشريعات الغربية، وأصبح هو القانون السائد في ذلك العصر، وهذا القانون قام على تعاليم الديانة المسيحية^(٢٥)؛ ولذا كان فقهاء الكنيسة يقدمون الاعتبارات الأدبية والدينية على اعتبارات الصياغة الفنية التي أخذ بها الرومان^(٢٦)، وجعلت الرومان يتقيدون بالشكليات ولا يعترفون بالرضائية في العقود؛ فلذلك ساد مبدأ الرضائية في العقود لدى فقهاء الكنيسة، وعرفوا فكرة التقابل في الالتزامات، وأصبح التزام كل متعاقد مترتباً على التزام المتعاقد الآخر^(٢٧)، وإذا أحل أحد المتعاقدين بالتزامه، فللمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه المقابل بسبب إخلال المتعاقد الأول بالتزامه، وبهذا يستطيع هذا المتعاقد المطالبة بفسخ العقد دون أن يكون هناك شرط فاسخ صريح كما هو في القانون الروماني، فهنا ظهر الفسخ في القانون الكنسي واتسع نطاقه ليشمل كل العقود والتي لها ظروف خاصة، ويرجع السبب في ظهور الفسخ في القانون الكنسي إلى الجانب الخلقي الذي جاءت به الديانة المسيحية^(٢٨)، حيث يقررون أن الوفاء بالوعد واجب ديني وأن الإخلال به خطيئة، ولذا كان على المتعاقد أن يلتزم بمجرد تعهده، وإذا أحل بهذا التعهد أصبح مخطئاً من الناحية الدينية، وكان من نتيجة ذلك أن وضع الكنسيون قاعدتهم الخالدة (لا يراعى عهد من لا يراعى العهد)^(٢٩)، وبهذه القاعدة وضع الكنسيون أساساً لنظرية السبب والتي من آثارها وجود فكرة التقابل في الالتزامات والذي هو أساس الفسخ، كما تطور الفسخ في القانون الكنسي فبعد أن كان أساسه دينياً وكونه عقوبة لخطيئة عدم الوفاء بالعهد، أصبح أساسه قانونياً كجزاء مدني لعدم التنفيذ، وأصبح الدائن يطلب الفسخ برفع دعواه إلى القاضي الكنسي وللقاضي في هذه الحالة

انظر: د. حسب الرسول الفزازي، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٧٩م، ص ٧١.

(٢٥) د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ١٤.

(٢٦) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ج ٤، ص ١١.

(٢٧) انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ١٥، د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص ٧، د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص ٣٩٩.

(٢٨) انظر: د. جمال الدين محمد محمود، المرجع السابق، ص ١٩، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٢٥، د. طلبه خطاب، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار أبو المجد، القاهرة، ٢٠٠٢-٢٠٠٣م، ص ٥٢٤.

(٢٩) انظر: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ١٤١، د. عدنان السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الحقوق الشخصية والالتزامات بالاشتراك مع د. نوري خاطر، بدون دار نشر ولا تاريخ نشر، ص ٢٩٨.

سلطة تقديرية واسعة، ولا يفسخ العقد إلا بحكم القضاء^(٣٠)، وهكذا فإننا نجد في القانون الكنسي جميع المعالم المميزة للنظام القانوني للفسخ في العقود المتبادلة بسبب عدم تنفيذ أحد لمتعاقدين لالتزامه^(٣١).

ثانياً: الفسخ في القانون الفرنسي القديم

يعتبر القانون الفرنسي القديم هو حلقة الوصل بين القانون الروماني والقانون الفرنسي الجديد؛ حيث قام فقهاء ذلك العصر بالعمل على التخلص من سلطان الكنيسة وأنظمتها، وعملوا على إحياء القانون الروماني الذي كان معمولاً به في البلاد الأوروبية في العصور القديمة^(٣٢)، ولذلك أخذ فقهاء القانون القديم بالشرط الفاسخ الصريح الذي أخذ به القانون الروماني مؤخرًا حيث درج المتعاقدون على النص عليه بكثرة في اتفاقاتهم وبهذا تأثر القانون الفرنسي القديم بالصياغة الرومانية في تقرير الشرط الفاسخ الصريح^(٣٣)، إلا أنه ومما لا شك فيه

(٣٠) انظر: د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ١٣، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٢٥، ٢٦.

(٣١) انظر: د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في نظرية العقد، مطبعة نوري بالقاهرة، ١٩٤٣، ص ٤٧٩، ٤٨٠، د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٠٠، د. رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦م، ص ٢٦٧، د. علي نجيدة، النظرية العام للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤-٢٠٠٥م، ص ٢٩٥.

(٣٢) حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ٢٠، وتشمل فترة هذا القانون ما قبل القانون الفرنسي الجديد بصور قانون نابليون سنة ١٨٠٤م، حيث بدأت حركة التقنين في عهد الملك شارل السابع في أواسط القرن الخامس عشر بعد توحيد فرنسا من الناحية القانونية، واستمرت هذه الحركة في عهد لويس الرابع عشر ولويس الخامس عشر، وصدرت عدة قوانين في شكل أوامر ملكية، انظر: د. محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط ٢، ١٤٠٧هـ-١٩٨٦م، ص ٣١، كما يدخل في القانون الفرنسي القديم ما يعرف بالقانون الفرنسي الوسيط وهو الفترة ما بين قيام الثورة الفرنسية ١٧٨٩م، إلى صدور قانون نابليون، انظر: د. أحمد محمد محمود هيكمل، المرجع السابق، ص ٥٧، كما يعد العرف من أهم مصادر القانون الفرنسي القديم، وكان مصدر هذا العرف هو تعدد النظم القانونية- بعد غزو البربر للإمبراطورية الرومانية-، بين القوانين التي جلبها ونادى بها الغزاة (البربر) والقوانين التي نادى بها المغزيون (الرومان) ويمرور الوقت وبعد حوالي خمسة قرون ذابت تلك النظم وفي القرن العاشر الميلادي أصبحت النظم القانونية المحلية مصدرها العرف المحلي، وقد حاول الفقهاء تدوينه وأول محاولة كانت سنة ١٤٥٤م واستمر تدوينه حتى القرن السادس عشر، وأصبح الاعتداد بالقواعد المكتوبة، كما أهتم الفقهاء بالعناية بقواعد العرف الفرنسي، انظر: المرجع السابق، ص ٤٦.

(٣٣) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٦٨٠، د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإدارة المفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، بدون تاريخ نشر، ١٩٨٤، ص ٦١٢.

أن فقهاء القانون الفرنسي القديم لابد أن يتأثروا بالقانون الكنسي - وإن أرادوا التخلص من سلطات الكنيسة وقانونها - وذلك بسبب الواقع العملي الموجود آنذاك من انتشار قوانين الكنيسة بين الناس، وهنا حصل التعارض لدى فقهاء القانون الفرنسي القديم في حالة إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزامه ولم يوجد شرط في العقد يقضي بالفسخ في حالة عدم التنفيذ فهل يأخذون بالقانون الروماني ولا يجيزون الفسخ إلا في حالة الشرط الفاسخ الصريح أم يأخذون بالقانون الكنسي الذي يجيز الفسخ في هذه الحالة على أساس فكرة السبب وتربط الالتزامات؟^(٣٤).

وكما حصل - أيضاً - التضارب لدى هؤلاء الفقهاء في محاولة تعليل التفرقة بين جواز الفسخ في العقود غير المسماة عن غيرها في القانون الروماني، ولم يتردد الفقهاء في محاربة التمييز بينهما ومحاولة تعميم الفسخ إلى كافة العقود.

ومن الناحية العملية، اهتم القضاء بتلبية حاجات الناس حيث عملت المحاكم على تطبيق قواعد القانون الروماني في العقود غير المسماة وطبقته على حالات بيع المنقول، ثم أصبح الحال مفهومًا في بيع العقارات، وسهل على ذلك ظهور نظرية الفسخ ظهورًا كاملاً في القانون الكنسي والذي كان معمولاً به في ذلك العصر^(٣٥).

ولكنهم وإن أخذوا بنظرية الفسخ كما هي في القانون الكنسي إلا أنهم ذهبوا في تبرير الفسخ على أساس آخر غير أساس القانون الكنسي والذي كان يستند على أساس ديني وخلقى والذي ولد لفكرة السبب والتقابل بين الالتزامات، فعمل الفقه والقضاء في فرنسا في عهد القانون القديم إلى تبرير الفسخ على أساس الإرادة المفترضة للأطراف وهي وجود شرط فاسخ ضمنى يقضي بجواز طلب فسخ العقد إذا أحل أحد المتعاقدين بالتزامه وتحقق الشرط الفاسخ الضمنى^(٣٦)، وبهذا أمكن لفقهاء القانون الفرنسي القديم من الجمع بين القانونين الروماني والكنسي، فأخذوا مبدأ الفسخ من القانون الكنسي وأخذوا الأساس من القانون الروماني وهو

(٣٤) د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٣٥) انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ١٨، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦١٢، د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٩٠.

(٣٦) انظر: د. عبد الوهاب علي سعد الرومي، أساس انقاسخ (العقد)، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، ٢٠٠٣م، ص ٥٠، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٣٠، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٦٠٠، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٤١١، د. محمد رفعت الصباحي، المرجع السابق، ص ٥٧٦، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤١٣.

افتراض وجود شرط فاسخ، إلا أنه في حالة الشرط الضمني لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه ولكن يجب رفعه إلى القضاء في هذه الحالة كضمانة كافية لكي لا يكون ذلك مدعاة للفسخ دون حاجة ماسة إليه. وهكذا تقرر الفسخ كجزء لعدم التنفيذ في القانون الفرنسي القديم، إلا أنه لم يوجد نص قانوني يقرر ذلك بل كان العرف والعمل (القضاء) يقررون ذلك مع مساندة الفقه لهم في ذلك^(٣٧).

ثالثاً: الفسخ في القانون الفرنسي الجديد

وهكذا وبعد أن تقرر - عرفاً - الفسخ في القانون الفرنسي القديم وأصبح هذا العرف مصدراً للقانون الفرنسي الجديد، انتقل بذلك الفسخ إلى القانون الفرنسي الجديد^(٣٨)، حيث أجاز هذا القانون الفسخ، وجاء تعريف الشرط الفاسخ الصريح بأنه هو الذي بحصوله يفسخ الالتزام وتصير به الأشياء الملتزم به كأن لم يقع بها التزام أصلاً إلى حالتها الأولى^(٣٩). ثم قرر ذلك القانون الفسخ في حالة عدم الاتفاق وجعل الشرط الفاسخ دائماً مفترضاً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يتم أحد المتعاقدين بوفاء ما التزم به، والدائن مخير بين طلب التنفيذ أو الفسخ، إلا أن طلب الفسخ هنا يجب أن يكون قضائياً، بأن يرفع طلب الفسخ إلى القاضي، ويكون للقاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية من تقرير الفسخ أو منح المدين مهلة للتنفيذ، إذا رأى أن التنفيذ يكون فيه مصلحة للدائن^(٤٠). ولكننا نجد أن المشرع الفرنسي قد تأثر - مثل القانون الفرنسي القديم - بالصياغة الرومانية وجعل الفسخ هنا على أساس الشرط الفاسخ الضمني^(٤١)، مما أوجد خلافاً في الفقه الفرنسي حول المصدر التاريخي للفسخ هنا هل هو

(٣٧) انظر: د. عبد الحميد الشواري، المرجع السابق، ص ١٨، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٥٠، د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مرجع سابق، ص ١٤١، د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٣٨) انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ١٩، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦١٢، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ١٤١، ١٤٢.

(٣٩) راجع المادة ١١٨٣ من القانون الفرنسي، انظر: تعريب القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص ٢٦٣، وجاءت المادة السابقة في الجزء الأول المسمى بالالتزامات الشرطية من الفصل الرابع، من الباب الثالث الذي يحمل عنوان "العقود والالتزامات الاتفاقية بصفة عامة، وقد جاء هذا النص في القسم المخصص للشرط الفاسخ.

(٤٠) راجع المادة ١١٨٤، انظر: المرجع السابق، ص ٢٦٤.

(٤١) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٥٠، ٩٥١، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٦٨٠، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٣٩٩.

القانون الروماني؟ أم القانون الكنسي؟ حيث يرى بعض الفقه أنه القانون الروماني؛ لأن المشرع الفرنسي قد أسس الفسخ على أساس القانون الروماني وهو الشرط الفاسخ ولم يأخذ بأساس القانون الكنسي وهو فكرة التقابل بين الالتزامات^(٤٢).

أما الفقه الغالب فقد ذهب إلى القول بأن المصدر التاريخي للفسخ في القانون الفرنسي هو القانون الكنسي وليس الروماني، ولذا نجدهم ينتقدون فكرة الشرط الفاسخ الضمني كأساس للفسخ، ويقولون أن هذا مخالف لسلطة القاضي التقديرية في الفسخ إذ أن من لوازم تأسيس الفسخ على شرط فاسخ ضمني يقضي بأن يفسخ العقد من تلقاء نفسه ولا داعي هنا لسلطة القاضي التقديرية ثم يقولون: إن فكرة الشرط الفاسخ إنما تكون مقررة لصالح بعض الأطراف وهو البائع وليس المشتري، وهذا يخالف ما قرره القانون الفرنسي الجديد من جواز التمسك بهذا الحق لكل متعاقد يكون الفسخ لصالحه عند إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، ولذا يرى غالب الفقه الفرنسي أن أساس الفسخ في القانون الفرنسي الجديد هو فكرة التقابل في الالتزامات التي هي ناتجة عن فكرة السبب في القانون الكنسي^(٤٣).

ثم نجد من الفقه الفرنسي من يعلل سبب تأسيس المشرع الفرنسي الفسخ على أساس الشرط الفاسخ الضمني، ويرجعونه إلى أن واضعي القانون المدني أساءوا فهم الشروح التي أوردها الفقيه بوتيه، في معرض كلامه عن الشروط الفاسخة حيث قال: "في العقود الملزمة للجانبين ينصون غالبًا على أن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما التزم به الطرف الآخر يعتبر كشرط فاسخ للالتزام" ويضيف إلى ذلك قوله "وحتى في حالة عدم النص في العقد على أن عدم تنفيذك لما التزمت به نحوي يعتبر شرطًا فاسخًا لما التزمت به نحوك، فإن عدم التنفيذ يحدث غالبًا فسخ الصفقة وبالتالي ينهي التزامي ولكن لا بد من أن استحصل على حكم قضائي بالفسخ"، فهذه المقارنة بين الشرط الفاسخ الصريح وبين الفسخ القضائي لعدم التنفيذ هي التي أضلت واضعي القانون المدني الفرنسي وجعلتهم يحرفون كلام بوتيه على غير حقيقته فظنوا أن هذا النص يرجع في أصله إلى القانون الروماني، ولذا نصوا على أن أساس الفسخ القضائي هو الشرط الفاسخ

(٤٢) انظر: سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٣٦، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٣٩٩.

(٤٣) انظر: د. عبد الحميدي الشواربي، المرجع السابق، ص ٨، د. مصطفى الجارجي، المرجع السابق، ص ٧،

٨، د. محمد محمود المصري، د. محمد أحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والنفاخ في ضوء القضاء والفقه،

منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦، ص ١٠٢، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

الضمني^(٤٤)، وهكذا يمكننا القول أن المصدر التاريخي للفسخ في القانون الفرنسي الجديد هو القانون الكنسي.

(٤٤) انظر: علي حسن الذنون، المرجع السابق، ص ١٧، د. حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٦٠٠، كما عرفت القوانين الحديثة الفسخ بسبب عدم التنفيذ، فقد عرفه القانون الإيطالي على اعتبار أنهما هو والقانون الفرنسي ينتميان إلى الفقه اللاتيني والذي يعتبره كقاعدة عامة، انظر: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ١٥٥، كما أقر القانون الألماني الفسخ، مخالفاً بذلك للفقه الجرمانى الذي ينبثق منه، حيث كان لا يعترف للطرف الذي يشكو من عدم تنفيذ خصمه بالتزاماته بحق الفسخ، أما القانون الألماني الصادر سنة ١٨٩٦م والمعمول به سنة ١٩٠٠م، فقد أقر الفسخ لعدم التنفيذ إلا أن ذلك الإقرار لم يجيء بنص عام يقرر ذلك كقاعدة عامة تطبق على كافة العقود الملزمة للجانبين كما هو في القانون الفرنسي بل جاءت نصوص متفرقة وبطريقة أكثر تعقيداً من القانون الفرنسي، ونفس ما سبق جاء به القانون السويسري والتركي، وكما أن القانون الإنجليزي قد عرف الفسخ بسوابقه القضائية باعتباره استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنه لا يعتبره قاعدة عامة كالقانون الفرنسي، انظر: د. علي حسن الذنون، المرجع السابق، ص ١٩-٢١، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٤٠، ٤٥.

المبحث الثاني

نشأة الفسخ في القانونين المصري واليميني

بعد أن تعرفنا على الفسخ في القانونين الروماني و الفرنسي وكيفية نشوء الفسخ فيه، نأتي هنا للحديث عن الفسخ في القانونين المصري واليميني؛ حيث انتقل الفسخ من القانون الفرنسي إلى القانون المصري عن طريق القانون المختلط والذي كان ترجمة نصية للقانون الفرنسي ومنه انتقل إلى القانون الأهلي ومن مجموع هذه القانونين إلى القانون المدني الجديد^(٤٥)، ومن هذا الأخير انتقل إلى القانون اليميني^(٤٦)، وسنتناول هذا المبحث في مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: الفسخ في القانون المصري.

المطلب الثاني: الفسخ في القانون اليميني.

المطلب الأول

نشأة الفسخ في القانون المصري

وسنوضح هنا موقف القانون المصري من الفسخ في عدة فقرات نشير فيها إلى دلالة مصطلح الفسخ في القانون المصري ثم نذكر موقف التشريع وكذا الفقه والقضاء في مصر من الفسخ.

أولاً : موقع مصطلح الفسخ في القانون المصري

مصطلح الفسخ في القانون المصري يدل على انحلال العقد بسبب عدم التنفيذ الراجع إلى المدين، فموضوع الفسخ هو انحلال العقد أي إنهاء القوة الملزمة للعقد، وسببه هو عدم التنفيذ الراجع إلى المدين، فعلى هذا تعتبر كل دعوى تحمل هذين العنصرين الرئيسيين من حيث

(٤٥) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦.

(٤٦) أما المصدر التاريخي للقانون اليميني، فهو الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تناولتها نصوصه لفظاً ومعنى..."، كما جاء أيضاً في نفس المادة موضحاً ما هي المصادر التي يمكن أن يرجع إليها القاضي عند عدم وجود نص تشريعي حيث نصت على ما يلي: "إذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذة من هذا القانون، فإذا لم يوجد نص حكم القاضي بمقتضى العرف الجائر شرعاً، فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة لموافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة"، فمن خلال ما سبق نلاحظ أن الشريعة الإسلامية تمثل بالنسبة للقانون اليميني مصدراً قانونياً إذ هي المرجع عند عدم وجود نص، كما أنها تمثل مصدراً تاريخياً حيث أنه مأخوذ من الشريعة الإسلامية؛ فلذا يجب الرجوع إليه عند تفسير أي نص قانوني غامض أو عند تعليل أي حكم قانوني، انظر: د. يحيى رزق الصرمي، سلطة القاضي في تفسير العقد في القانون المصري والقانون اليميني، مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ص ٢٣٣، المذكرة الإيضاحية للقانون اليميني، الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٩م، ص ١٣، د. سعيد جبر، المدخل لدراسة القانون اليميني، ج ١، نظرية القانون، ١٩٨٧م، ص ٤٣.

الموضوع والسبب، هي دعوى الفسخ أيًا كانت تسميتها ولا تعتبر دعوى فسخ إذا تخلف أحد العنصرين السابقين، فدعوى البطلان مثلاً تشابه الفسخ من حيث الموضوع وهو انحلال العقد، إلا أنها تختلف معها من حيث السبب، فهي في الإبطال بسبب تخلف أحد أركان العقد وشروطه بينما هي في الفسخ بسبب عدم التنفيذ فهنا اختلف السبب، وقد يكون العكس أيضاً ففي دعوى التنفيذ بمقابل (التعويض) يكون سببها هو نفس سبب دعوى الفسخ وهو عدم تنفيذ العقد الراجع إلى المدين، ولكنها تختلف مع الفسخ في موضوعها فهي في الحالة الأولى التنفيذ، أما في حالة الفسخ فإنهاء القوة الملزمة للعقد^(٤٧)، وهكذا لا يكون من قبيل دعوى الفسخ ما اختلف فيها العنصران السابقان من حيث الموضوع (إنهاء القوة الملزمة للعقد) ومن حيث السبب (عدم التنفيذ الراجع إلى المدين) حتى ولو سميت تلك الدعوى بدعوى الفسخ، فالعبرة ليست بالتسمية وإنما هي بالمعنى^(٤٨).

ومن خلال ما سبق يمكن إدراج الفسخ تحت موضوعين الأول إنهاء القوة الملزمة للعقد و الثاني هو جزاء عدم التنفيذ.

أما الموضوع الأول فهو إنهاء القوة الملزمة للعقد، فالمقصود به أن العقد يصبح شريعة المتعاقدين، و يحق لأحد المتعاقدين مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه استناداً للقوة الملزمة للعقد فالأصل هو تنفيذ العقد وليس إنجاءه ولا يكون الإنهاء إلا في حالات خاصة كما جاء في نص الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

فهكذا يكون الأصل هو التنفيذ^(٤٩)، ولا يكون الإنهاء إلا في حالتين الأولى: الاتفاق، فكما أن أساس وجود العقد هو الاتفاق فيكون أيضاً أساس إنهاء العقد هو الاتفاق وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ويعرف إنهاء العقد اتفاقاً بالإقالة أو التفاسخ^(٥٠).

(٤٧) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص ٣.

(٤٨) المرجع السابق، ص ٤.

(٤٩) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، مصادر الالتزام، منشأة المعرفة بالإسكندرية، ٢٠٠١م، ص ٢٦٣.

(٥٠) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٨٩ وما بعدها، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٦٠، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مجلد ١، جزء ٢، نظرية العقد، دار الكتب القانونية، مصر، مكتبة صادر، بيروت، ط ٤، ١٩٨٧م، ص ٣٢٦.

أما الحالة الثانية لإنهاء العقد فهي الأسباب التي يحددها القانون وهي أسباب متعددة فمنها إنهاء العقد بالإرادة المنفردة وهذا يكون في العقود غير اللازمة مثل الوكالة والوديعة، والعارية، والقرض، والدخل الدائم، والهبة^(٥١).

وقد ينتهي العقد بانقضاء الالتزامات الناشئة عنه فالعقد يجعل لكل متعاقد الحق في مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه فإذا انقضت تلك الالتزامات سواء بتنفيذها كما في العقود الفورية كالبيع ونحوه، أو باستيفاء المنفعة المقصودة منه كانقضاء عقد توكيل المحامي بكسب القضية، أو قد يكون إنقضاء الالتزامات بانتهاء المدة المحددة له، كانهاء مدة عقد الإيجار^(٥٢)، أو قد تنتهي الالتزامات بسبب هلاك محل الالتزام بسبب قوة قاهرة أجنبية، فينقضي الالتزام محل الالتزام بسبب هلاكه^(٥٣)، ففي كل تلك الحالات السابقة ينتهي العقد بسبب انقضاء الالتزامات الناتجة عنه.

وقد ينتهي العقد بسبب موت أحد المتعاقدين وذلك في بعض العقود حيث يكون لهذا المتعاقد المتوفى صفة اعتبارية تقتضي وجوده لتنفيذ العقد، ولا يمكن لورثته (الخلف العام) أن يقوموا مقامه في تنفيذ العقد، وذلك مثل عقود شركة الأشخاص وعقود الوكالة والمقولة والعارية، فتنتهي تلك العقود بموت الشريك والوكيل والموكل والمستعير والمقاول^(٥٤)، وقد ينتهي العقد بسبب الإخلال بأحد أركان العقد وشروطه فيما يعرف بالبطان^(٥٥).

أما الموضوع الثاني الذي يمكن أن يدخل فيه موضوع الفسخ هو جزاءات عدم التنفيذ ووسائل حماية الدائن؛ حيث يشترك مع الفسخ من حيث السبب لا الموضوع، فالأصل أن يقوم

(٥١) انظر: د. طلبه وهبه خطاب، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص ٥٥٠، د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزامات، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، ١٩٨٣م، ص ٤٨٨، د. سمير تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص ١٧٠، عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٣٩٦.

(٥٢) انظر: د. طلبه وهبه خطاب، المرجع السابق، ص ٥٤٧، ٥٤٩، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥٩٦، د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون تاريخ نشر، ص ٣٢٥.

(٥٣) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٩٧، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٥٠، د. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، ط ١، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ص ٤٩٥.

(٥٤) د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥٥٦ وما بعدها.

(٥٥) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

المدين بتنفيذ التزامه طوعية، ولكن قد لا يقوم هذا المدين بذلك، ففي هذه الحالة كفل المشرع للدائن عدة وسائل يحمي بها حقه وتعتبر هذه الوسائل جزاء لعدم تنفيذ المدين لالتزامه.

فمن هذه الوسائل أن يطالب الدائن بالتنفيذ العيني إذا امتنع المدين عن ذلك ويمكن تهديده بالغرامة التهديدية لإجباره على التنفيذ، فإن كان التنفيذ العيني مستحيلا بسبب المدين أمكن للدائن أن يطالب بالتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض كما أنه يمكن للدائن أن يقوم بدعاوى تكفل له حقه وتلك الدعاوى داخلة تحت فكرة الضمان العام مثل الدعاوى غير المباشرة ودعاوى عدم نفاذ التصرف (الدعاوى البوليصية) ودعاوى الصورية.

ومن الوسائل التي حمى بها المشرع حق الدائن، نظام شهر الإعسار فهي وسيلة تحمي حقوق جميع الدائنين وتقضي بالحجز على أموال المدين وبيعها لصالح الدائنين.

كما كفل المشرع للدائن حق الحبس فيقوم الدائن في هذه الحالة بحبس ما تحت يده مما هو ملتزم بتسليمه حتى يقوم المدين بسداد حق الدائن المقابل، ومن وسائل حماية الدائن هو الدفع بعدم التنفيذ وهي وسيلة قوية يستطيع بها الدائن أن يمتنع عن التنفيذ ويضغط بها على المدين كي يقوم بتنفيذ التزامه، ويكون هذا تمهيداً للفسخ التي هي أقوى وسائل حماية الدائن وجزاءات عدم التنفيذ^(٥٦).

ثانياً: الفسخ في التشريع المصري

لقد جاء موقف المشرع المصري واضحاً من حيث تقرير الفسخ كجزاء لعدم التنفيذ الراجع إلى المدين حيث جاء ذكر الفسخ تحت عنوان انحلال العقد في الفقرة الثالثة من الفصل الأول من القانون الجديد وهذه الفقرة اشتملت على المواد من ١٥٧ - ١٦١، وباستثناء المادتين ١٥٩ و ١٦١ والتي جاء فيهما أحكام الانفساخ وأحكام الدفع بعدم التنفيذ فإن المشرع المصري قد ذكر في تلك المواد النظرية العامة للفسخ.

(٥٦) انظر: د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ١-١١، د. محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ١٧ وما بعدها، د. سمير كامل، الوجيز في الأحكام العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٨١ وما بعدها، د. محمد لبيب شنب، دروس في أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ٢٩٥ وما بعدها، د. عادل حسن علي، الإثبات - أحكام الالتزام، ٢٠٠٠م، ص ٢٤٩ وما بعدها، د. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة لجنة التأليف والنشر، القاهرة، ١٩٣٨م، ص ٤٢٤.

ففي المادة ١٥٧ والفقرة الأولى منه جاء فيها أحكام الفسخ القضائي حيث نصت على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى"^(٥٧).

أما الفقرة الثانية فقد جاء فيها سلطة القاضي في الفسخ القضائي، حيث جاء فيها: "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته".

أما الفسخ الاتفاقي فقد جاء في نص المادة ١٥٨ حيث جاء فيها: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه"^(٥٨)، وأخيراً يأتي دور المادة ١٦٠ لتنص على آثار الفسخ بقولها: "إذا فسخ العقد أعيد

(٥٧) القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، صدر بقصر القبة في ٩ رمضان سنة ١٣٦٧هـ (١٦ يوليو سنة ١٩٤٨م) ونشر بالوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر (١) الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٤٨م. ويقابل النص السابق في التقنينات المدنية العربية المادة ١٥٨ من القانون المدني السوري والمادة ١٥٩ من القانون الليبي، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٥٤، ويوافق المادة ٧٧ من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها، "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد، جاز للمتعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته"، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق ج ٦، ص ١٦٣، كما نصت المادة ١/٢٤١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن، "يقدر وجود شرط الإلغاء في جميع العقود المتبادلة إذا لم يقم أحد المتعاقدين بإنهاء ما يجب عليه ولو لم يكن في وسعه أن يحتج باستحالة التنفيذ ما لم يكن ثمة استثناء منصوص عليه في القانون"، انظر: د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٢٧١، وكما نصت المادة ٢٤٦ مدني أردني على أنه، "١- في العقود الملزمة إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه. ٢- ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنتظره إلى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ، كما يوافق أيضاً نص المواد ١٧٢ مدني كويتي، ١٤٢ مدني سوداني، ١١٩، مدني جزائري، انظر: د. محمد شتا أبو سعد، التقنين المدني، ج ١، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠١، ص ٩٢٩.

(٥٨) ويقابله في نفس المعنى في التقنينات المدنية العربية المادة ١٦٠ مدني ليبي، ١٥٩ مدين سوري، ١٧٨ مدني عراقي، ١٧٣ مدني كويتي، ٤/٢٤١ موجبات وعقود لبناني، ١٤٣ مدين سوداني، ٢٧١ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، ١٢٠ مدني جزائري، ٢٤٥ مدني أردني، انظر: معوض عبد التواب،

المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض^(٥٩)، فمن النصوص السابقة المنظمة لفسخ العقد في القانون المصري، نلاحظ أن المشرع المصري قد فارق المشرع الفرنسي في أمرين. الأول: أنه ذكر الفسخ الاتفاقي بخلاف المشرع الفرنسي الذي ذكر الشرط الفاسخ الصريح، وذلك لكي يبني عليه الفسخ القضائي، أما الفرق الثاني: فهو أن المشرع المصري لم ينص على أساس الفسخ القضائي بعكس المشرع الفرنسي الذي نص على أساس الفسخ القضائي وجعله الشرط الفاسخ الضمني كما سبق، وكما نصت الأعمال التحضيرية للقانون الجديد بشأن الفسخ بقولها: "يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب الآخر فسخه، ليقال بذلك تنفيذ ما التزم به، ويقع الفسخ بناء على حكم يقضي به أو بتراضي المتعاقدين أو بحكم القانون"^(٦٠).

وكما جاء الفسخ أيضاً في القانون المصري القديم حيث جاء فيه: "إذا امتنع المدين وفاء ما هو ملزم به بالتام، فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات، وبين أن يطلب التضمينات عن الجزاء الذي لم يقيم المدين بوفائه فقط"^(٦١).

المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٤، ١٩٩٨، ص ٥٢٠.

(٥٩) ويقابله في نفس المعنى في التقنينات المدنية العربية المادة ١٦١ مدني سوري، والمادة ١٦٢ مدني لبيي، والمادة ١٨٠ مدني عراقي، والمادة ٢٤٢ موجبات وعقود لبناني، والمادة ١٧٥ مدني كويتي، والمادة ٢٧٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ١٢٢ مدني جزائري، والمادة ٢٤٨ مدني أردني، انظر: د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص ١٠٠٠، معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص ٥٣٣، أنور العمروسي، دعاوى المسماة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٨٠.

(٦٠) القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، الالتزامات، مصادر الالتزام، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، ص ٣٢٧.

(٦١) نص المادة ١١٧ أهلي والمادة ١٧٣ مختلط، انظر: لائحة ترتيب المحاكم الأهلية، الصادر في ٩ رمضان سنة ١٣٠٠هـ، ١٤ يونية سنة ١٨٨٣م، المطبعة الأميرية ببولاق، ط ١ سنة ١٨٩٦م، ص ٢٧، وانظر: د. محمد كامل مرسي بك، وسيد مصطفى بك، قوانين المحاكم المختلطة والقوانين المكملة لها، مطبعة نصر، القاهرة، ١٩٢٦م، ص ٥٠.

ثالثاً: الفسخ في الفقه المصري:

وسنشير إلى بعض آراء الفقه سواء القديم أم الجديد.

أما الفقه القديم فقد تكلم السنهوري في شرحه للقانون القديم في كتابه نظرية العقد حيث تكلم عن نظرية الفسخ من تعريف الفسخ وأساسه وشروطه وأنواعه وآثاره مفرقاً بينه وبين البطلان حيث يقول: "وبعد أن بحثنا انحلال العقد بسبب نشوئه باطلاً نبحت الآن العقد الذي ينشأ صحيحاً ثم ينحل بعد ذلك بسبب الفسخ، وفسخ العقد جزاء لعدم قيام أحد المتعاقدين بما رتبته العقد في ذمته من التزامات"^(٦٢).

ونجد أيضاً من الفقه القديم الدكتور حلمي بهجت بدوي حيث تناول الفسخ في كتابه أصول الالتزامات حيث جاء فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ في المبحث الثاني منه حيث يقول بعد استعراض نص القانون الفرنسي في الفسخ: "وظاهر من هذا النص أن القانون الفرنسي يقيم الفسخ على أساس شرط ضمني، أما القانون المصري فقد ورد فيه النص عارياً عن هذا الأساس وحسناً فعل.."^(٦٣)، وجاء أيضاً في الفقه القديم رسالة علمية متخصصة تناول الفسخ بشكل موسع للدكتور حسن علي الذنون بعنوان "النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني" حيث جاء فيها: "نافلة القول أن أقرر أن واضعي القانون المدني المصري انتهوا إلى تلخيص وتعريب القانون الفرنسي وأن نضوج الفقه والقضاء الفرنسي عند صدور قانوننا المصري وقرب عهدنا ببدء العمل به لا يسمحان لنا بحث خاص في التطور التاريخي لهذه النظرية بالذات"^(٦٤).

أما الفقه الجديد، فنرى أيضاً السنهوري عند شرحه للقانون الجديد في موسوعته القيمة، (الوسيط في شرح القانون المدني)، حيث ذكر بعد استعراضه للنصوص القانونية للفسخ في القانون الجديد فقال: "ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً في هذا الموضوع.. على أن نص التقنين الجديد أكثر إحاطة بالموضوع وأوضح بياناً"^(٦٥). ويقول الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت: "وعلى أي حال فإن القانون الجديد قد جمع بين الفسخ والانفساخ (وتحمل التبعة) والدفع بعدم التنفيذ في صعيد واحد تحت عنوان (انحلال العقد) في المواد ١٥٧ -

(٦٢) نظرية العقد، للسنهوري، مرجع سابق ص ٦٧٧

(٦٣) أصول الالتزامات، مرجع سابق ص ٤٧٨.

(٦٤) النظرية العامة للفسخ، مرجع سابق ص ٢١.

(٦٥) الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق ص ٩٥٤.

١٦١" (٦٦)، ثم قال: "والفسخ هو حق كل متعاقد في عقد تبادلي في أن يطلب، متى تخلف المتعاقد الآخر عن الوفاء بالتزامه، حل الرباط التعاقدي" (٦٧)، ويقول الدكتور جميل الشرقاوي: "وحل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين يتم برفع طلب إلى القضاء بفسخ العقد، على أساس أن الفسخ عندئذ جزاء يترتب على إخلال المتعاقد في عقد ملزم للجانبين، بالتزامه المترتب على هذا العقد" (٦٨). ويقول الدكتور حمدي عبد الرحمن: "فسخ العقد هو إنهاء الرابطة العقدية بناء على طلب المتعاقد الآخر جزاء لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي" (٦٩)، ويقول أيضاً الدكتور عبد الحي حجازي: "يتبين من نص هذه المادة أن للمتعاقد (الدائن) الخيار بين أن يطلب التنفيذ العيني أو أن يطلب الفسخ" (٧٠)، وأخيراً يقول الدكتور سيف الدين البلعاوي: "كلنا نعلم أن التقنين المدني المصري الجديد لم يستحدث شيئاً في نظرية الفسخ بالنسبة للحالة التي كانت عليها في القانون القديم إلا أن النصوص الحديثة في الفسخ تمتاز عن سابقتها في القانون القديم بالوضوح والإحاطة بالموضوع" (٧١). وهكذا نجد الموقف الواضح للفقه المصري سواء القديم أو الحديث من تقرير نظرية الفسخ كجزاء لعدم التنفيذ وكان ذلك تبعاً لما قرره المشرع المصري القديم والجديد.

رابعاً: الفسخ في القضاء المصري:

وسنعرض لموقف القضاء المصري سواء القديم أو الجديد عند تطبيقه لنصوص القانون المصري القديم والجديد فالقضاء هو تطبيق للقانون.

أما القضاء القديم، فقد جاءت أحكامه مؤكدة لنظرية الفسخ إلا أن هذا القضاء قد تأثر بفكرة الشرط الفاسخ الضمني التي جاء بها القانون الفرنسي وتأثر بها القضاء الفرنسي فقد جاء في أحكام القضاء القديم - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها - ما يلي: "الشرط الفاسخ الضمني

(٦٦) د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق ص ٣٣٨.

(٦٧) المرجع السابق، ص ٣٣٩.

(٦٨) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٣٩٣.

(٦٩) الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٩٨.

(٧٠) مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٧١) جزاء عدم التنفيذ (الفسخ)، مرجع سابق، ص ٣٣.

والشرط الفاسخ الصريح وحكم كل منهما إقامة الحكم الابتدائي بالفسخ على الشرط الضمني.. الخ" (٧٢).

وجاء أيضاً: "الفسخ لا يعتبر صريحاً إلا إذا كان يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه أما إذا تعهد المشتري بأداء الثمن في الميعاد وإلا كان للبائع الحق في الفسخ ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمني" (٧٣)، وجاء أيضاً: "ليس من مقتضى الشرط الفاسخ الضمني فسخ العقد بذاته بل لابد من حكم" (٧٤).

أما القضاء المصري الجديد فقد جاء منه ما يلي: "ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني من تحويل كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه هو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه" (٧٥).

وجاء أيضاً في سلطة المحكمة في الفسخ ما يلي: "فإن الدائن إذا استعمل خياره في طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني لعدم وفاء المدين التزامه فإن المحكمة لا تلتزم في هذه الحالة بالحكم بالفسخ بل إن ذلك الأمر يرجع إلى تقديرها.. الخ" (٧٦).

وهكذا نجد أن القضاء المصري القديم والجديد نحا نحو المشرع المصري القديم والجديد من تقرير الفسخ عند تطبيقه لتلك النصوص المتعلقة بالفسخ.

المطلب الثاني

نشأة الفسخ في القانون اليمني

وسوف نبحت الفسخ في القانون اليمني بمعرفة مصطلح فسخ العقد في القانون اليمني، وموقف التشريع اليمني وكذا موقف الفقه والقضاء منه، كما يلي.

(٧٢) نقض جلسة ١٩٤٦/٥/٢، طعن رقم ٥٨ لسنة ١٥ق، انظر : د. أنور طلبه، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة ١٩٣١م، ج ٥، ص ٦٧٧.

(٧٣) نقض ١٩٤٦/١/١٧، طعن ٣٣ لسنة ١٥ق، المرجع السابق، ص ٦٨٠.

(٧٤) نقض ١٩٣٢/١٢/٨، طعن ٥٦ لسنة ٥٢ق، المرجع السابق، ص ٦٨١.

(٧٥) نقض ١٩٦٩/٢/١٣، طعن رقم ٢٣ لسنة ٣٥ق، معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

(٧٦) نقض ١٩٦٥/٣/٢٥، طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٠ق، المرجع السابق، ص ٢٦٩.

أولاً : موقع مصطلح الفسخ في القانون اليمني

يطلق مصطلح الفسخ في القانون اليمني على معان مختلفة، فجاء الفسخ بمعنى إنهاء العقد بسبب الخيار؛ كم جاء في المادة ٤٧٩ مدني "... له الخيار إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع" كما جاء الفسخ بمعنى إنهاء العقد غير اللازم حيث نصت المادة ٧٩٦ مدني، "يجوز لكل من طرفي عقد العمل بفسخه..."، وجاء الفسخ بمعنى البطلان النسبي بسبب عيب الغلط حيث نصت المادة (١٧٣) "إذا وقع المتعاقدان أو أحدهما في مخالفة جوهرية تفوت الغرض جاز لمن وقع في الغلط أن يفسخ العقد"، كما جاء الفسخ بمعنى زوال العقد بسبب عدم التنفيذ كما سيأتي. (٧٧)

(٧٧) ويرجع سبب تعدد معاني الفسخ السابقة بسبب تعدده في الفقه الإسلامي؛ حيث أخذ القانون اليمني مصطلح الفسخ عن الفقه الإسلامي، حيث ورد مصطلح الفسخ، في الكثير من مؤلفات فقهاء الشريعة الإسلامية، ويختلف المقصود بمصطلح الفسخ لدى الفقهاء فيعرفه السيوطي بقوله: "حل ارتباط العقد"، انظر: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ص ٢٨٧، بينما يعرفه الكاساني بأنه "ارتفاع حكم الأصل من العقد كأن يم يكن" انظر: علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، ط ١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م، ج ٥، ص ١٨٢، ويعرفه القرافي بأنه "قلب كل واحد من العوضين لصاحبه"، انظر: شهاب الدين القرافي، الفروق، دار السلام، القاهرة، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ج ٣، ص ١٠٥٨، الفرق رقم ١٩٥، ويعرفه الأستاذ الدكتور يوسف قاسم من الفقه الإسلامي الحديث، بقوله: "هو نقض الرباط التعاقدي بحيث يعود الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد"، انظر: د. يوسف قاسم، المبادئ العامة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص ٤٢٢، فمن التعاريف السابقة نجد أنها تتفق في تعريف الفسخ على أساس موضوعه وأثره وهو حل العقد وإعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد، دون جعله خاصاً بسبب معين فعندهم كل حل للعقد يعتبر فسخاً أخذاً بالمعنى اللغوي للفسخ وهو النقض والفك، انظر: أحمد محمد الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ط ٢، ١٤١٨هـ، ص ٢٤٤؛ ولذا تعدد مدلولات الفسخ في الفقه الإسلامي فنجدهم يستعملونها بمعنى البطلان أو الفساد وبمعنى إنهاء العقد بسبب الخيارات أو إنهاء العقد بسبب عدم لزوم العقد، أو بسبب استحالة التنفيذ، انظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (المستدرك)، دار الفكر، دمشق، ج ٩، ص ٢٥٠، الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، ج ٣٢، ص ١٣١؛ ويرجع سبب تعدد مدلولات مصطلح الفسخ بسبب تساوي تلك المعاني الدال عليها الفسخ وهو انقضاء العقد وعودة المتعاقدين إلى الحالة الأصلية وهي اللاعقدية، وهذا الاختلاط في المصطلحات في الفقه الإسلامي، لا يقدر في الفقه الإسلامي ولا يجعله معيياً من حيث الصياغة القانونية بل هذا يدل على سعة ومرونة الفقه الإسلامي، فهو فقه عملي واقعي لا بتقيد بالألفاظ والمصطلحات فالعبرة عنده بالمعاني، حيث يرى أن التقيد بالمصطلحات قد يضع الناس في حرج، فالناس بحاجة إلى معرفة ما هو الأثر الفقهي المترتب على حكم ما ولا يهم بعد ذلك في تسمية ذلك الأثر بمصطلح

ومصطلح الفسخ في القانون اليمني يدور بين إنهاء القوة الملزمة للعقد وجزاءات عدم التنفيذ كما هي في القانون المصري.

فأما إنهاء القوة الملزمة للعقد فهي موضوع فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ، فإذا انعقد العقد صحيحًا كان ملزمًا لأطرافه ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الأطراف أو للأسباب التي يقررها القانون وهو ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد حيث يحق لكل متعاقد مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه بناء على القوة الملزمة للعقد، ولا يجوز إنهاء تلك القوة إلا بالاتفاق أي بإرادة المتعاقدين وكأنه عقد جديد ويعرف هذا بالتقابل أو التماسخ^(٧٨).

كما ينتهي العقد بالأسباب التي يقررها القانون منها انقضاء الالتزامات الناشئة عن العقد وذلك إما بوفاء الالتزامات، أو انتهاء المدة^(٧٩)، أو بهلاك محل الالتزام بسبب قوة قاهرة لا يد للمدين فيها^(٨٠)، وقد ينتهي العقد بالإرادة المنفردة مثل إنهائه في حالة العقود غير اللازمة بطبيعتها كالوديعة والعارية^(٨١) وكالعقود المقرونة بخيار^(٨٢) وقد تنتهي القوة الملزمة للعقد في حالة الإخلال بأحد أركان العقد وشروطه فيما يعرف بالبطلان^(٨٣). وقد ينتهي العقد بسبب وفاة أحد

معين؛ لأن هذا المصطلح قد يتغير من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان حسب نظرة الفقهاء وفلسفتهم، ثم إن عالمية الفقه الإسلامي تؤدي إلى اتساع رقعة تطبيق الفقه الإسلامي؛ فلذا لزم عدم التقيد بمصطلح معين، ولذا جاءت القواعد الفقهية مقررًا أن العبرة بارتباط المقاصد بالمعاني ولا عبرة بالألفاظ، مثل الأمور بمقاصدها، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، انظر: د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنان، القاهرة، ط١، ١٤١٧ هـ.

(٧٨) انظر: د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات، في القانون المدني اليمني (المعاملات الشرعية)، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ط٢، ١٤٢٢ هـ-٢٠٠٢ م، ص٣٦٧، د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٨٦، ص٣٣٠، د. سعد محمد سعد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، وفقًا للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، ط٢، ٢٠٠٣ م، ص١٣.

(٧٩) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص٣١٦، أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانونين المصري واليمني، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤١١ هـ، ١٩٩٠ م، ص٧٩٥، سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص١٤٥.

(٨٠) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص٣١٥، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص١٥.

(٨١) د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص٢٦٩.

(٨٢) حسن العنسي، المرجع السابق، ص٢٦٩، ٢٧٠.

(٨٣) د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص٢٦٩، ٢٧٠.

المتعاقدين مثل إنهاء عقد العمل بوفاة العامل^(٨٤). وأخيرًا فإن الفسخ ينتهي بسبب عدم التنفيذ كما سنرى^(٨٥).

أما عن جزاءات عدم التنفيذ في القانون اليمني، فقد كفل القانون اليمني عدة وسائل لحماية الدائن وحمل المدين على تنفيذ العقد، منها وجوب التنفيذ العيني فإن تعذر فإنه يلجأ إلى التنفيذ بمقابل وهو التعويض^(٨٦) كما قرر المشرع اليمني أن أموال المدين تعتبر ضمانًا للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان^(٨٧)، بل لقد كفل للدائن الحق بالمطالبة بحقوق هذا المدين إذا كان متهاونًا بالمطالبة بحقوقه، وكفل للدائنين حق رفع دعاوي لحماية حقوقهم، مثل دعوى الصورية، ودعوى عدم نفاذ التصرف^(٨٨)، كما أن للدائن أن يحبس العين محل العقد وأن يدفع بعدم التنفيذ^(٨٩) كما كفلت له حقوقه أيضًا بجواز رفع دعوى الإعسار المدني ضد هذا المدين^(٩٠)، وأخيرًا فإنه يمكن للدائن أن يطالب بفسخ العقد بسبب عدم التنفيذ.

ثانيًا: الفسخ في التشريع اليمني

جاء موضوع الفسخ في القانون المدني الجديد^(٩١) تحت عنوان (انحلال العقد - الفسخ) حيث نصت المادة ٢٢١ منه على الفسخ القضائي والذي جاء فيها أنه في: "عقود المعاوضة الملزمة للعاقدين إذا لم يف أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع تعويضه، بما غرم في الحاليتين، ويجوز أن يمنح الملتزم أجلًا للتنفيذ إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يف به الملتزم قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في الجملة" وجاء الفسخ الاتفاقي في المادة ٢٢٢ إذ جاء فيها أنه: "يجوز

(٨٤) المرجع السابق، ص ٣١٩.

(٨٥) المرجع السابق.

(٨٦) د. محمد حسين الشامي، مذكرات في أحكام الالتزام، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط ٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص ١٤ - ٢٩.

(٨٧) المرجع السابق، ص ٦١.

(٨٨) المرجع السابق، ص ٧٥.

(٨٩) المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٩٠) المرجع السابق، ص ٩٩.

(٩١) القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م، انظر: الجريدة الرسمية الصادرة من وزارة الشؤون القانونية في الجمهورية اليمنية، ج ١، بتاريخ ٢١ صفر ١٤٢٣هـ الموافق ١٥ إبريل ٢٠٠٢م.

الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، ودون حاجة إلى حكم قضائي، ولكن هذا الاتفاق لا يعفي من اختار الفسخ من الإعذار للطرف الآخر إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه، ويجب على القاضي إذا ترفعا إليه أن يحكم بالفسخ إذا تحققت شروطه".

وهكذا نجد أن المشرع اليمني قد ذكر الفسخ بنوعيه القضائي والاتفاقي، كما جاء به القانون المدني القديم في نص المادتين ٢١٧، ٢١٨ من القانون المدني القديم^(٩٢) والذي جاء في مذكرتها الإيضاحية ما يلي: "مادة ٢١٧ تشير المادة إلى أن طلب الفسخ إنما يكون بعد إعذار الطرف الآخر بمطالبته بتنفيذ العقد، وبعد الإعذار يكون للعاقد طلب التنفيذ أو الفسخ أمام القاضي مع تعويضه في الحالتين عما غرم نتيجة التأخير في تنفيذ الالتزام أو عدم تنفيذه وللقاضي الذي طلب منه أن يقضي بالفسخ تبعاً للظروف، وما تقضي به العدالة أن يمنح الملتزم أجلاً للتنفيذ إذا كان جديراً بذلك، وللقاضي أن يرفض الفسخ إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء كبير منه، وما تبقى أصبح قليل الأهمية بالنسبة للالتزام ككل"^(٩٣) وجاء أيضاً بشأن الفسخ الاتفاقي: "مادة ٢١٨ - تبين أنه يجوز للطرفين أن يتفقا على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه دون حاجة إلى حكم من القضاء بالفسخ ولا يعفي الطرف الأول الذي يختار الفسخ من إعذار الطرف الآخر به ما لم يتفق الطرفان على الإعفاء من الإعذار أيضاً، وفي حالة الاتفاق على اعتبار أن العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يكون دور القاضي هو التحقق من توافر شروط الفسخ فإذا ثبت له توافرها قضى بالفسخ ولا يكون له منح أجل للملتزم أو رفض طلب الفسخ احتراماً لإرادة المتعاقدين"^(٩٤) نلاحظ من النصوص السابقة أن المشرع اليمني قد أخذ أحكام الفسخ عن المشرع المصري فعلى هذا يكون المصدر التاريخي

(٩٢) كما نص على نفس المادتين، القانون المدني الصادر بالقرار الجمهوري رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢ في المواد (٢٢٤، ٢٢٥) والذي ألغى القانون المدني الجديد، الصادر بالقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ م ويلاحظ هنا أنه في الفترة ما بين ١٩٧٨ م و ٢٠٠٠ م تم تغيير القانون المدني اليمني ثلاث مرات وهذا عيب تشريعي لاسيما في القانون المدني، والذي يعد أصل القوانين ومرجعها، فلا بد أن يتسم بصفة الثبات النسبي، وإذا كان هناك مستجدات فإن هذا يجب أن لا يكون في تغيير القانون كله، كما يستحب هنا أن تكون صياغة المواد على فقرات، بحيث يقتصر التعديل على الفقرات دون الإخلال بترقيم المواد، وهذا الثبات في القوانين يكسب القانون هيبة واحتراماً كما هو في القانون الفرنسي والذي ما يزال موجوداً من عام ١٨٠٤ م قرابة قرنين من الزمان وكذا القانون المدني المصري منذ عام ١٩٤٨ م، قرابة نصف قرن.

(٩٣) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني القديم، ص ١٩١.

(٩٤) المرجع السابق، ص ١٩٢.

للفسخ في القانون اليمني هو القانون المصري^(٩٥) والذي مصدره التاريخي هو القانون الفرنسي. ومع هذا فلا تكون أحكام الفسخ القضائي غير دستورية أو غير قانونية على اعتبار أنها مخالفة للدستور اليمني في وجوب أن تكون الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات أو غير متعارضة أيضًا مع القانون اليمني نفسه والذي ينص على "أن هذا القانون مأخوذ من الشريعة الإسلامية"^(٩٦) بل لقد وضعت نفس المادة المنهج الذي يرجع إليه القاضي عند عدم وجود نص قانوني وهو الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعًا فإذا لم يوجد عرف بمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة، ويستأنس بمن سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية^(٩٧).

فهي عمومًا وإن كانت مأخوذة من القانون الفرنسي عن طريق القانون المصري إلا أنها لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية ومقصدها العام في المحافظة على الحقوق والأموال^(٩٨) لاسيما أنه هنا ليس على إطلاقه، فهو مقيد بيد القاضي كما أن القاضي أيضًا ليس واجبًا عليه أن

(٩٥) احتلت مصر مركزًا مرموقًا في العالم الإسلامي والعربي، فموقعها في قلب العالم الإسلامي أهلها لتحتل ذلك المركز، فبعد أن قضى التتار على الخلافة العباسية في بغداد سنة ٦٥٦ هـ انتقلت الخلافة العباسية إلى القاهرة تحت رعاية دولة المماليك في مصر وكان لها الأثر الكبير في القضاء على أكبر خطرين يهددان العالم الإسلامي، وهما التتار من الشرق والصليبيين من الغرب، وظلت كذلك إلى أن دخلت مصر تحت الحكم العثماني ٩٢٣ هـ ثم عادة لمصر صدارتها في العالم العربي باستقلالها عن الدولة العثمانية أيام محمد علي باشا، وأصبحت مصر مأوى الكثير من العرب المناوئين للحكم العثماني والراغبين في إصلاح الدولة العثمانية واشترك العرب إلى جانب الأتراك في اتخاذ القرار لما فيه مصلحة الأمة الإسلامية، وبعد قيام الثورة المصرية عام ١٩٥٢م قامت مصر بمساعدة الكثير من الثورات العربية من أجل تحريرها من الاستعمار والتخلف ومن تلك الثورات ثورة اليمن شمالا عام ١٩٦٢م، وجنوبًا عام ١٩٦٣م، وبذلك أصبح لمصر مركزًا كبيرًا في اليمن وأثرت مصر تأثيرًا واضحًا في قيام الحضارة اليمنية الحديثة عن طريق الكوادر المصرية، وذلك بتدريب الكوادر اليمنية وامتد ذلك التأثير إلى القانون اليمني، مما جعل القانون المصري مصدرًا تاريخيًا من مصادر القانون اليمني في بعض الأحكام، انظر: د. يحيى رزق الصرمي، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(٩٦) المادة ١ من القانون المدني، المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني، ص ١٣٣.

(٩٧) المادة ١ من القانون المدني، المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني، ص ١٣٣.

(٩٨) حيث كفلت الشريعة الإسلامية حماية حق الدائن في تنفيذ العقد بوسائل متعددة مثل المطالبة بالرهن وحق حبس العين محل العقد والدفع بعدم التنفيذ، ونظام الإعسار والحجز على المدين، ومنع المدين من التصرف في ماله حماية لحق الدائنين، ثم فسخ العقد لمن وجد ماله بعينه أثناء بيع أموال المدين المحجوز عليه، انظر: د. مصطفى عامر حسين، حكم المقترض المماطل في الشريعة الإسلامية، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، العدد ١٥، ج ١، ١٤٢٢ هـ، ٢٠٠٢م، ص ٢٥٦.

يحكم به بل له سلطة تقديرية حيث أنه لا يحكم بالفسخ إلا في حالة إذا ما رأى أن التنفيذ يكون في حكم المستحيل لاسيما أن هذا له ما يؤيده من الفقه الإسلامي وهو مذهب ابن تيمية من الحنابلة^(٩٩) وكذا المذهب الإمامي في خيار تأخير الثمن^(١٠٠)، وهذا ما أشار إليه القانون اليمني من ضرورة الاستئناس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية^(١٠١)، كما عرف الفقه الإسلامي مجموعة من الخيارات يكون سببها هو عدم التنفيذ^(١٠٢).

ثالثاً: الفسخ في الفقه اليمني

أما موقف الفقه اليمني من الفسخ فسوف نشير إلى مجموعة من أراء الفقه اليمني حول الفسخ، فيقول أستاذنا الدكتور: محمد حسين الشامي: "ويأتي مصطلح انحلال العقد على الحالة التي ينشأ فيها عقد صحيح ثم يطرأ سبب يزيل العقد بجميع أثاره في الماضي والمستقبل كما في حالة الفسخ لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه"^(١٠٣)، ويقول أيضاً أستاذنا الدكتور عبد

(٩٩) انظر: على بن سلمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٤، ص٤٥٩، فخر الدين احمد ابن تيمية، نظرية العقد، مركز الكتاب للنشر، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص١٤٥.

(١٠٠) انظر: محمد حسين النجفي، جواهر الكلام في شرائع الإسلام، مؤسسة المرتضى العالمية، بيروت، دار المؤرخ، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ج٨، ص٢٧٤، حيث جاء فيه، "خيار التأخير أي من باع ولم يقبض الثمن ولا سلم المبيع ولا اشترط تأخير الثمن ولو ساعة ولا تأخير قبض الثمن فالبيع لازم ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فيها استحق وإلا كان البائع أولى بالمبيع إن شاء الفسخ"، مفتاح الكرامة لمحمد جواد حسني العاملي، دار التراث، لبنان، ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ج١٠، ص١٩٩١، د. هاشم معروف الحسيني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، ص٤٠٦ - ٤١١.

(١٠١) المادة ١ من القانون المدني اليمني والمذكرة الإيضاحية، ص١٣٣.

(١٠٢) وذلك مثل: خيار العيب والذي يكون سببه هو وجود عيب في المبيع وهذا فيه إخلال المدين بالتزامه والذي يفترض فيه أن يكون المبيع سليماً من العيوب، كما هناك خيار الهلاك والذي سببه هو إخلال المدين بالتزامه بسبب تسببه في إهلاك محل الالتزام، وخيار الاستحقاق والذي يكون سببه هو إخلال المدين بالتزامه بتسببه في استحقاق الغير لمحل الالتزام، وكذلك في حالة العجز عن تسليم المبيع وحالة فوات الشرط إلى غير ذلك من الصور التي يكون سببها هو الإخلال بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، انظر: د. عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مطبعة مقهوي، الكويت، ١٩٨٥م، ج١، ص٤٢، د. محمد محمد فرحات، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مكتب الرسالة الدولي، القاهرة، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠م، ص٣١٧، ص٥٧، ص٥٨، حسن العنسي، المرجع السابق، ص٢٤.

(١٠٣) مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٣١٥.

الله العلفي في شأن الفسخ: "الفسخ القضائي قرره المشرع كجزء على عدم تنفيذ العقد" (١٠٤) ويقول أيضاً الدكتور مطهر علامة: "الصورة الغالبة في المعاملات أن يتم الوفاء بالالتزامات تنفيذاً للعقد الذي التزم بموجبه المدين القيام بهذا الوفاء، ويحصل أحياناً أن يخل الطرف الآخر بالتزامه، ويمتنع عن تنفيذ الالتزام المقابل بالوفاء فمثلاً إذا قام البائع في عقد البيع بتسليم المبيع إلى المشتري، ولكن المشتري لم يقدّم بدفع الثمن إلى البائع فهنا ليس أمام البائع إلا أن يطلب التنفيذ الجبري على المشتري أو طلب فسخ عقد البيع، فإذا فسخ العقد أصبح وفاء البائع بالمبيع إلى المشتري بدون سبب لزواله (أي زوال العقد) ويكون للبائع طلب استرداد المبيع بدعوى رد غير المستحق" (١٠٥) ويقول أيضاً الدكتور عبد الله الخياري: "ومن هذا يتضح لنا أن الفسخ يدخل إلى جانب المسؤولية العقدية في نطاق الجزاء الذي يترتب على القوة الملزمة للعقد فإذا كان التنفيذ العيني لا زال ممكناً غير أن المدين امتنع عن الوفاء به، كان للدائن بعد إعدار المدين، بتنفيذ التزامه الخيار بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ" (١٠٦)، ويقول الدكتور سعد محمد سعد في كتابه المصادر: "إذا لم يقدّم أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه يكون للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ليتحلل من التزامه المقابل، وهذا ما يسمى بالفسخ القضائي، وقد يتفق المتعاقدان بشرط في العقد على فسخه إذا لم يقدّم أحدهما بتنفيذ التزامه، وهذا ما يسمى بالفسخ الاتفاقي" (١٠٧)، ويقول الأستاذ حسن عبد الله العنسي: "والفسخ القضائي لا يقع بمجرد عدم التنفيذ أو الإخلال به أو بقوة القانون، بل يلزم طلبه من القضاء، وللقاضي سلطة تقديرية في إيقاعه.." (١٠٨)

رابعاً: الفسخ في القضاء اليمني

كما أقر أيضاً القضاء اليمني الفسخ عند تطبيقه لأحكام القانون اليمني، فقد جاء في حكم محكمة النقض اليمنية - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها - ما نصه: "وحيث أن هذا

(١٠٤) د. عبد الله العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ص ٥٨.

(١٠٥) مطهر محمد محب علامة، الالتزام برد غير المستحق في القانون المصري، دراسة مقارنة بالقانون اليمني والفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ص ٢٤٧.

(١٠٦) عبد الله على الخياري، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، والفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٤، ص ١٣٦.

(١٠٧) المرجع السابق، ص ١٤٥.

(١٠٨) حسن العنسي، المرجع السابق، ص ٣٩.

النص في محله ذلك لأنه باستعراض اتفاقية الوكالة الموقعة من الشركة الطاعنة والشركة الألمانية المطعون ضدها نجدها عقدًا ملزمًا للجانبين كونها رتبت لكل طرف فيه حقوقًا والتزامات متقابلة ومن ثم فلا يحق لأحد الطرفين بعد تمام فسخه أو الرجوع فيه بإرادته المنفردة كما أنه إذا لم يف أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع تعويضه بما غرم في الحالين^(١٠٩).



(١٠٩) الطعن رقم ٣٠ لسنة ١٤١٣هـ، جلسة ٦ ربيع ثاني لسنة ١٤١٣هـ الموافق ١٠/٤/١٩٩٢، انظر: د. حسن على مجلي، المبادئ القانونية والقضائية في القضايا التجارية، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ط١، ص ١٩٠.

الباب الأول

مفهوم فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية

تقسيم:

قبل الكلام بشأن الفسخ في إطار المجموعة العقدية ، سوف نخصص الباب الأول من هذه الرسالة للحديث حول التعريف بمفهوم فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، وذلك من أجل أن نستطيع معرفة أحكام فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية فالحكم على الشيء فرع عن تصوره ومعرفة المركب لا يتم إلا بمعرفة أجزائه، وهكذا سيتم تقسيم هذا الباب إلى الفصول الآتية.

الفصل الأول : مفهوم فسخ العقد.

الفصل الثاني : مفهوم المجموعة العقدية.

الفصل الثالث : فكرة فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية.

الفصل الأول

مفهوم فسخ العقد

تقسيم :

وستتناول مفهوم فسخ العقد من خلال التعريف بفسخ العقد، ثم سوف نميزه عن غيره المصطلحات القانونية التي تشابهه، ثم نذكر الصور القانونية التي يأتي عليها فسخ العقد، وسنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين.

المبحث الأول: التعريف بفسخ العقد وتمييزه عن غيره

المبحث الثاني: صور الفسخ

المبحث الأول

التعريف بفسخ العقد وتمييزه عن غيره

تقسيم :

وسنذكر هنا التعريف بفسخ العقد، ثم سنميزه عن غيره من الأنظمة القانونية الأخرى، كالإبطال والإفساخ وغيرها ، وهكذا سنقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول : التعريف بفسخ العقد.

المطلب الثاني : تمييز فسخ العقد عن الإبطال.

المطلب الثالث : تمييز فسخ العقد عن الإفساخ وغيره.

المطلب الأول

التعريف بفسخ العقد

وستتناول هنا التعريف اللغوي للفسخ، ثم التعريف الاصطلاحي في القانونين المصري واليميني وأخيراً نذكر تعريفاً شاملاً لكافة خصائص الفسخ وسوف نبدأ بتعريف مفهوم العقد باعتباره من أجزاء مصطلح فسخ العقد، وسنقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية.

الفرع الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحاً.

الفرع الثاني: تعريف الفسخ لغة.

الفرع الثالث: تعريف الفسخ اصطلاحاً.

الفرع الأول

تعريف العقد لغة واصطلاحاً

يطلق العقد لغةً على عدة معاني منها الربط والشد والإحكام والتوثيق والجمع بين أطراف الشيء وربطها، والمعنى المناسب هنا هو الربط والشد وهو نقيض الحل، ويقال عقدت الحبل إذا شددت طرفيه وربطت بينهما^(١١٠).

أما العقد اصطلاحاً فيعرفه الفقه المصري بأنه: "توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية، سواء أكانت هذه الآثار هو إنشاء الالتزام أم نقله أو تعديله أم إنهائه"^(١١١).

(١١٠) انظر: جمال الدين محمد بن مكرم المشهور بابن منظور، لسان العرب، دار صادر بيروت، بدون تاريخ نشر، مادة عقد، زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م، ص ٢٧٤، ٢٧٥، بحر الدين محمد بن يعقوب الفيروز بادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٢، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م، ص ٣٧٩.

(١١١) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها، الوسيط، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٨، وعرفه المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري في مادته ١٢٢ على أن "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها"، انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٩، انظر أيضاً في تعريف العقد في الفقه المصري، د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإدارة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ١٩٨٤م، بدون دار نشر، ص ٣٣، د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤١، كما عرفه القانون الفرنسي بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

فالعقد هنا يناسب المعنى اللغوي وهو الربط، وهذا الربط يكون بين إرادتين هي إرادة المتعاقدين، والتوافق هنا هو جوهر العقد، فيجب أن تكون إرادة كل من المتعاقدين إرادة صحيحة لا يشوبها غلط أو إكراه أو عيب من عيوب التراضي (كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال) والتي هي معيبة للإرادة، وينتج عن هذا التوافق بين إرادتين، وجود آثار قانونية^(١١٢).

أما العقد في القانون اليمني فهو كما جاء في نص المادة ١٣٨ منه: "العقد إيجاب من أحد المتعاقدين يتعلق به قبول من الآخر أو ما يدل عليهما على وجه يترتب أثره في المعقود عليه (المحل) ويترتب على العقد التزام كل من المتعاقدين بما وجب به للآخر، ولا يشترط التقيد بصيغة معينة بل المعتبر ما يدل على التراضي"^(١١٣).

فمن النص السابق نلاحظ أن ذلك التعريف قد اشتمل على العناصر اللازمة للعقد فمن حيث صحة التراضي فلا بد أن يكون التراضي صحيحاً وصادراً من المتعاقدين بما يدل عليه من لفظ أو إشارة أو كتابة، وأن يتفق الإيجاب والقبول على إرادة إنشاء الالتزام، وفقاً للصيغة المعتبرة شرعاً وقانوناً، أما من حيث وصف الإرادة الصادرة عن طريق العقد فتجب أن تكون الإرادة الصادرة عن كل المتعاقدين مؤهلة قانوناً لإبرام العقد، كما أن المشرع اليمني لم يهمل ذكر المحل بأن تنعقد الإرادتان على محل مشروع ومقدور على تسليمه باعتباره المقصود الأصلي من

انظر تعريف القانون الفرنسي للطهطاوي، مرجع سابق، المادة ١١٠١، حيث فرق النص السابق بين العقد والاتفاق، وقد انتقد كثير من الفقه في فرنسا هذه التفرقة وذهبوا إلى أنهما لفظان مترادفان. انظر: د. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٧٦م، ص ٧٢.

^(١١٢) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٨، ٢٩.

^(١١٣) جاء في المذكرة الإيضاحية للنص السابق: "عرفت العقد بما عليه الإجماع فهو إيجاب وقبول إذا توافقا والتقيا وقع التراضي الذي هو لب العقد وأساسه وتيسيرا على المتعاقدين فقد اختارت اللجنة أنه لا يشترط التقيد بصيغة معينة"، انظر المادة ١٣٦ من القانون السابق، المذكرة الإيضاحية، ص ١٧٣، والتعريف السابق في القانون اليمني يكون قد أخذ بالمعنى الخاص للعقد في الفقه الإسلامي والذي يقصره على ارتباط الإيجاب والقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه، أما المعنى العام للعقد في الفقه الإسلامي، فإنه يقصد به كل تصرف ينشأ عن حكم شرعي، سواء أكان صادراً من طرف واحد كالنذر والطلاق أم صادراً من طرفين متقابلين كالبيع والإجارة. انظر: د. عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، مكتبة وهبه، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ٤٠، وما بعدها، أحكام القرآن للجصاص، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ج ٢، ص ٣٦٠، د. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ٢٠٠.

التعاقد وهذا يؤكد النزعة الموضوعية للقانون اليمني المأخوذة من الفقه الإسلامي^(١١٤)، كما أن التعريف السابق قد وصف الرابطة المنتجة للالتزام العقدي، حيث استلزم في الإرادتين أن تتجهما إلى أحداث الأثر الشرعي المقصود من التعاقد^(١١٥).

الفرع الثاني

تعريف الفسخ لغة

والفسخ لغة مصدر فسخ ولفسخ عدة معان، منها التناقض، فيقال: تفاسخت الأقاويل أي تناقضت، ومنها النقض يقال: فسخت البيع بين المتبايعين أي نقضته، ومن معاني الفسخ الفك يقال فسخت يده أي فككت مفصله من غير كسر، ومنها الإزالة، يقال: تفسخ الشعر عن الجلد أي زال وتطاير، ومنها الفساد يقال: تفسخ رأيه فسحاً أي فسد، ومنها التفريق يقال: فسخ الشيء أي فرقه، ومنها الطرح والإلقاء يقال: فسخت عن ثوبي إذا طرحت وألقيته، ومنها التقطع، يقال: تفسخت الفأرة في الماء أي تقطعت^(١١٦).

وبإضافة المفهوم اللغوي للفسخ إلى المفهوم اللغوي للعقد نجد أن المعنى اللغوي المناسب لفسخ العقد هو نقض العقد وهو الرباط بين المتعاقدين، أو هو فك ذلك الترابط، وهو كذلك إزالة للترابط، وتفريق له، وطرح له، فعلى هذا يكون فسخ العقد من إضافة الشيء إلى نقيضه، فالفسخ والعقد معنيان متناقضان.

الفرع الثالث

تعريف الفسخ اصطلاحاً

^(١١٤) النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي يقابلها النزعة الذاتية في الفقه الغربي والتي تفيد أن الإرادة الباطنة وهي ما انطوت عليه النفس من دوافع وبواعث حركت الإرادة إلى الأثر القانوني بالتقابل مع إرادة أخرى، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج ١، ص ٦٠، د. جمال الدين محمد محمود، المرجع السابق، ص ١٨٥، محمود محمد عبد النبي محمد، اتجاهات الالتزام في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧م، ص ٩، ١٠.

^(١١٥) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٦، هائل حزام العامري، نظرية الإكراه في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ٤.

^(١١٦) انظر: لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، مادة فسخ، مختار الصحاح للرازي، مرجع سابق، ص ١٣، ١٥، أحمد محمد الفيومي، المرجع السابق، ص ٢٢٤، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، دار إحياء التراث العربي، ج ٢، ص ٦٨٨، سعد أبو حبيب، القاموس الفقهي، دار الفكر، ط ١، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٣م، ص ٢٨٥.

أولاً: تعريف الفسخ في القانون المصري

لم يتعرض القانون المصري لتعريف الفسخ واكتفى بذكر شروطه وآثاره تاركاً للفقه مهمة تعريفه، وللفسخ عند فقهاء القانون معنيان، عام ويدخل فيه الانفساخ، وخاص لا يدخل فيه الانفساخ.

أما المفهوم العام فقد جاء ذلك في تعريف الدكتور على حسن الذنون حيث عرفه بأنه: "انقضاء الرابطة التعاقدية لاستحالة التنفيذ أو الامتناع عنه أو للإخلال به"^(١١٧) ونفس التعريف السابق جاء به الدكتور محمد رفعت الصباحي إبراهيم^(١١٨).

فمن التعريفين السابقين نلاحظ إدخال مصطلح انقضاء العقد بسبب استحالة التنفيذ ضمن مصطلح الفسخ وهذا المعنى يعرف بالانفساخ. ويبدو أن سبب إدخال مصطلح الانفساخ مع الفسخ في التعريف السابق كان تماشياً مع المشرع المصري الذي أدخل هذين المصطلحين (الفسخ والانفساخ) تحت موضوع واحد وهو انحلال العقد، وذلك للتشابه بينهما في الأحكام والآثار فأثر المشرع المصري أن يدخلهما تحت موضوع واحد وهو انحلال العقد.

أما الفسخ بمعناه الخاص وهو ما لا يدخل فيه مصطلح الانفساخ، فقد تعددت تعاريف فقهاء القانون المصري فيه ما بين موسع بذكر الكثير من القيود التي تجعله جامعاً لما فيه من الأحكام ومانعاً لما يخالفه، وهناك من يتجه اتجاه التضييق في التعريف مكتفياً بذكر بعض قيوده.

فمن التعاريف المضيقه نجد تعريف الدكتور محمد إبراهيم دسوقي، حيث يقول: "الفسخ هو انحلال العقد نتيجة لعدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه"^(١١٩) ويعرفه الدكتور سيف الدين البلعاوي بأنه: "حل الرابطة التعاقدية بسبب إخلال أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه"^(١٢٠) ويعرفه الدكتور نبيل إبراهيم سعد بأنه: "حل الرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين نتيجة عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه"^(١٢١) فمن تلك التعريفات السابقة نلاحظ أنها اقتصر على موضوع الفسخ وهو الانحلال وعلى سببه وهو عدم التنفيذ دون ذكر خصائصه.

(١١٧) على حسن الذنون، المرجع السابق، ص ٢٤.

(١١٨) محمد رفعت الصباحي إبراهيم، المرجع السابق، ص ٥٧٤.

(١١٩) د. محمد إبراهيم دسوقي، القانون المدني، الالتزامات، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢، بدون دار نشر، ص ١٦٧.

(١٢٠) سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ١٥.

(١٢١) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

إلا أننا نجد تعاريفاً أكثر اتساعاً مثل تعريف الدكتور حمدي عبد الرحمن حيث جاء فيه أن الفسخ هو: "إنهاء الرابطة العقدية بناء على طلب المتعاقد جزاء لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه"^(١٢٢)، وجاء أيضاً في تعريف الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي أنه: "حل الرابطة العقدية، بناء على طلب أحد أطراف العقد، إذا خل الطرف الآخر بالتزاماته"^(١٢٣)، فهكذا نجد أن التعريفين السابقين أوسع نوعاً ما من التعاريف السابقة.

أما تعريف الدكتور جميل الشرقاوي فهو أكثر شمولاً حيث يعرف الفسخ بأنه: "حل ارتباط العقد الملزم للجانبين بحكم يصدر من القضاء بناء على طلب أحد المتعاقدين بسبب تقصير المتعاقد الآخر لالتزامه"^(١٢٤) وجاء أيضاً تعريف مجمع اللغة العربية أكثر وضوحاً وشمولاً فعرفت الفسخ بأنه: "حل الرابطة العقدية بسبب عدم قيام أحد طرفيها بتنفيذ التزامه وهو يؤدي إلى زوال العقد بجميع آثاره في الماضي والمستقبل"^(١٢٥).

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للفسخ في القانون اليمني

أما مفهوم الفسخ في القانون اليمني، فلا يكاد يختلف عنه في القانون المصري، فجاء في المذكرة الإيضاحية في القانون اليمني ما يأتي: "انحلال العقد أو فسخه هو الرجوع فيه لسبب من الأسباب الموجبة لذلك مما ينص عليه القانون الشرعي"^(١٢٦) وفي هذا التعريف جاء المعنى الشامل للفسخ وهو حل الرابطة العقدية سواء بسبب عدم التنفيذ أو غيره إلا أن المذكرة الإيضاحية جاءت لتوضيح المقصود بهذا التعريف ولتستثنى بعضاً من طرق إنهاء العقد فلا تدخله في معنى الفسخ حيث نصت على: "وهو غير التفاوض بالتراضي بين المتعاقدين، وغير الرجوع في العقود والتي لا يجوز فيها ذلك لأحد الطرفين أو لكل منهما بإرادته المنفردة طبقاً لما ينص القانون الشرعي كالوكالة والهبة..^(١٢٧)، ورغم هذا الاستثناء إلا أن الفسخ مازال معناه واسعاً

(١٢٢) د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥٩٨.

(١٢٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦١١.

(١٢٤) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

(١٢٥) معجم القانون، إصدار مجمع اللغة العربية، القاهرة، المطابع الأميرية، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ص ١٢، وهذا

التعريف يعتبر هو تعريف الدكتور السنهوري؛ لأنه هو الذي وضع مصطلحات القانون المدني في المعجم،

راجع مقدمة المعجم للدكتور/ أحمد عز الدين عبد الله، المرجع السابق.

(١٢٦) المذكرة الإيضاحية، مرجع سابق، ص ١٩١.

(١٢٧) المرجع السابق، ص ١٩١.

حيث يدخل فيه الفسخ بسبب اقتران العقد بالخيار أو الفسخ بسبب استحالة التنفيذ (الانفساخ) وسبب هذا التداخل هو التشابه في أحكام تلك الطرق المنهية للعقد وآثارها.

ونجد من الفقه اليمني من يأخذ بهذا المعنى الشامل، فيعرفه الدكتور مطهر علامة بأنه: "حل الرابطة العقدية الملزمة للجانبين بحكم قضائي، وبناء على طلب أحد المتعاقدين لامتناع المدين عن تنفيذ التزامه، أو استحالة التنفيذ"^(١٢٨) أما الفقه اليمني الغالب فيجعل تعريفه بمعناه الخاص فيعرفه الدكتور عبد الله العلفي بأنه: "حل ارتباط العقد الملزم للجانبين بحكم يصدر من القضاء بناء على طلب أحد المتعاقدين بسبب تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه"^(١٢٩) ويعرفه الدكتور محمد حسين الشامي بأنه: "انحلال أو زوال العقد بجميع آثاره في الماضي أو المستقبل بسبب عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه"^(١٣٠) ويعرفه الدكتور عبد الله الخياري بأنه: "حل الرابطة العقدية بسبب عدم قيام أحد طرفيها بتنفيذ التزامه"^(١٣١). ونلاحظ من تعاريف الفقه اليمني أنها تكاد تكون منقولة من الفقه المصري^(١٣٢).

ثالثاً: التعريف المختار

مما سبق نلاحظ أن التعاريف في كل من القانون المصري واليمني متقاربة إلا أننا لا نكاد نجد تعريفاً شاملاً يضم كافة خصائص الفسخ ولذا سنحاول أن نختار تعريفاً شاملاً للفسخ يضم فيه كافة الخصائص المميزة للفسخ، وسنختار هذا التعريف من مجموع التعاريف السابقة فنقول: فسخ العقد هو: "هو حل الرابطة العقدية الصحيحة الملزمة لطرفيها بسبب إخلال أحد طرفيها بالتزاماته، سواء تم الاتفاق عليه أم لم يتم، ويكون بحكم القاضي بناء على طلب الدائن ويؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي أو في المستقبل" وبهذه المحاولة نكون قد استوفينا في هذا التعريف كافة عناصر الفسخ وخصائصه، فمن ناحية الموضوع حل الرابطة العقدية، ومن ناحية المحل وهو أن يكون في العقود الصحيحة الملزمة للجانبين، ومن ناحية السبب وهو إخلال أحد الطرفين بالتزامه، وذلك بامتناعه عن التنفيذ مع قدرته على تنفيذه، أو بتسببه في استحالة التنفيذ،

(١٢٨) د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(١٢٩) د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ٥٨.

(١٣٠) د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣١٦.

(١٣١) د. عبد الله الخياري، المرجع السابق، ص ١٣٦.

(١٣٢) أما الفقه الإسلامي كما سبق فإنه يطلق الفسخ على معناه العام وهو حل الرابطة العقدية دون تحديدها بسبب عدم التنفيذ. انظر: زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ نشر، ص ٣٣٨.

ومن حيث كيفية وقوعه بناء على طلب الدائن، ومن ناحية صوره إما بناء على اتفاق مسبق أو من غير اتفاق، وأخيراً من ناحية أثر وقوعه وهو زوال العقد بأثر رجعي أو في المستقبل فقط.

كما يتبين من التعريف السابق أن الفسخ يدخل ضمن الحقوق الترخيصية الإرادية السلبية والتي تؤدي إلى اكتساب الحق، وهي: مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته، مثل حق من وجه إليه الإيجاب، وحق المسترد في أن يسترد الحصة المباعة وحق الشخص في أن يأخذ الشفعة^(١٣٣).

كما يلاحظ من التعريف السابق للفسخ أن الفسخ ذو طبيعة جزائية حيث يكون الفسخ جزاء لواقعة الإخلال بالتنفيذ، كما أنه ذو طبيعة تأمينية يضمن به الدائن حقه حيث يستطيع أن يهدد بها المدين الممتنع عن التنفيذ^(١٣٤).

(١٣٣) د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مرجع سابق، ص ١٦١، كما عرف الفقه الإسلامي تلك الحقوق بكونها منزلة وسطي بين الرخصة والحق. أنظر: د. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزام في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٧م، ص ٢٦٥، كما عبر عنها القرافي بقاعدة (من انعقد به سبب الملك) أما الرخصة فعبر عنها (بالرغبة في التملك) أما الحق المالي فعبر عنه بـ (من ملك الشيء فعلاً) انظر الفروق، مرجع سابق، ج ٣، ص ٧٢٩، رقم ١٢١.

(١٣٤) انظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٦١، د. حسن الذنون، المرجع السابق، ص ٢٤، د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٩١، د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

المطلب الثاني

تمييز الفسخ عن البطلان

يعتبر البطلان من أكثر الأنظمة القانونية قرباً من الفسخ، والبطلان لغةً ضد الحق، وهو مصدر بطل، بمعنى ذهب وضاع وخسر^(١٣٥)، والبطلان جزاء قانوني يترتب على الإخلال بأركان العقد وشروطه، فإذا كان الإخلال بأركان العقد وشروط وجوده فيعرف هذا بالبطلان المطلق، أما إذا كان الإخلال بشروط صحة تلك الأركان، فيعرف هذا بالبطلان النسبي^(١٣٦)، وسوف نتناول التمييز بين الفسخ والبطلان بنوعيه، وسنقسم هذا المطلب إلى ما يلي:

الفرع الأول: تمييز فسخ العقد عن البطلان المطلق.

الفرع الثاني: تمييز فسخ العقد عن البطلان النسبي.

الفرع الأول

تمييز فسخ العقد عن البطلان المطلق

سنتناول هنا تعريفاً موجزاً بنظام البطلان المطلق في كل من القانونيين المصري واليمني، ثم نقد مقارنة بينه وبين نظام فسخ العقد على ضوء الأحكام السابقة كالآتي:

يعرف البطلان المطلق في فقه القانون المصري بأنه: "هو الجزاء القانوني الذي يترتب على تخلف شرط من شروط انعقاد العقد كانهدام الرضا أو السبب أو المحل أو الشكل في العقود الشكلية^(١٣٧)".

فالعقد الذي قضى ببطلانه بطلاناً مطلقاً، على الوجه المتقدم هو عقد غير موجود قانوناً، ومن ثم فلا تترتب عليه آثاره، وفي حالة البطلان المطلق يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، والمقصود بالمصلحة هنا هي تلك التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه^(١٣٨)، بل يمكن للمحكمة أن تتصدى وتقضي ببطلان العقد من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه الخصوم،

(١٣٥) مختار الصحاح الرازي، مرجع سابق، ص ٥٦.

(١٣٦) انظر: د. طلبه خطاب، المرجع السابق، ص ٣٦٢، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٣١.

(١٣٧) معجم القانون، مرجع سابق، ص ٦٤.

(١٣٨) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٣٨، د. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص ٣٤٦، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٨٣.

والبطلان المطلق لا تلحقه الإجازة فلا يمكن أن يصحح بالإجازة لأنه عقد منعدم أصلاً^(١٣٩)، ويزول آثار ذلك العقد ويعود العاقد إلى ما كان عليه قبل العقد، والبطلان المطلق لا يحتاج إلى حكم قضائي يقضي ببطلانه، ولكن الضرورة قد تلجئ هذا المتعاقد إلى رفع دعوى البطلان، وذلك كأن يكون البائع مثلاً نفذ التزامه بتسليم الشيء المبيع في البيع، ويريد البائع استرداده فيرفض المشتري، فهنا يرفع البائع دعوى البطلان ويكون حكم القاضي هنا كاشفاً للبطلان لا منشئاً له^(١٤٠)، وأما مدة التقادم في البطلان فهي في حالة رفع الدعوى خمسة عشر سنة أما في حالة الدفع فهي مطلقة لا تتقيد بوقت لأنه يدفع^(١٤١).

ويعرف العقد الباطل بطلاناً مطلقاً في القانون اليمني بأنه: ما انعدمت فيه أحد أركان العقد المتمثلة في التراضي والمحل والسبب مثل عقد الهازل، والتعاقد على محل غير موجود أصلاً، أو هو ما قامت به الأركان الثلاثة ولكنه اختل فيه شرط من شروط وجود التراضي أو المحل أو السبب، ومثال ذلك عقد الصبي غير المميز أو التعاقد على محل غير مشروع أو كان سبب العقد غير مشروع، ومثله إذا تخلف الشكل الذي أوجبه القانون في بعض العقود أو تخلف ركن التسليم في العقود العينية، مثل عقد القرض والصرف، فإذا ما أصيب العقد في أحد هذه المقومات كان حكمه البطلان المطلق، من تاريخ إبرامه، وبالتالي فهو والعدم سواء وحق التمسك بالبطلان المطلق في القانون اليمني يكون لكل ذي مصلحة: العاقدان أو غيرهما وللمحكمة أن تحكم به من نفسها ولا تلحق العقد الباطل إجازة، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإن كان ذلك مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل، كما أنه يسقط بمضي خمس وعشرين سنة في حالة رفع الدعوى ولا ينتهي البطلان المطلق بالتقادم في حالة الدفع^(١٤٢).

(١٣٩) انظر: د. طلبه خطاب، المرجع السابق، ص ٣٦٢، ٣٦٣، د. عبد الودود يحيي، المرجع السابق، ص ١٣٨، د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، الوجيز في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ٢٤٣.

(١٤٠) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

(١٤١) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٨٥، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(١٤٢) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣٣٥، وما بعدها، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٢٦، د. عبد الله الخياري، المرجع السابق، ص ٣٥٦، د. سعيد جبر، المدخل لدراسة القانون اليمني، النظرية الحق، ١٤١٠هـ - ١٩٩١م، ص ٢٤٧، كما عرّف الفقه الإسلامي العقد الباطل بأنه ما اختل ركنه أو محله أو ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا وصفه، بينما ذهب الحنفية إلى التفريق بين العقد الفاسد والعقد الباطل، فيجعلون الباطل ما كان مختلاً في ركن من أركانه كأن تكون صيغة العقد معيبة غير سليمة

وبالمقارنة بين كل من فسخ العقد والبطلان المطلق نجد أن فسخ العقد يشبه البطلان المطلق من حيث كون كل منهما جزاء قانونيا يترتب على الإخلال، إلا أن سبب الجزاء يختلف فهو في حالة الفسخ جزاء الإخلال بالتنفيذ وهو في حالة البطلان جزاء الإخلال بأركان العقد وشروط وجوده^(١٤٣)، ونلاحظ أيضاً أنهما يختلفان في المحل فهو العقد الصحيح في الفسخ إذ يرد على عقد وقع صحيحاً من حيث النشوء وإنما حصل العيب في التنفيذ، أما في البطلان المطلق فإن العقد هنا ورد على عقد منعدم، وغير موجود أصلاً^(١٤٤).

ويختلف فسخ العقد عن البطلان المطلق من حيث صاحب الحق في طلبه حيث يكون الفسخ خاصاً بالدائن الذي وقع الإخلال بالتزام في حقه ولا يحق للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها إلا بناء على طلب الدائن، بينما هو في حالة البطلان المطلق لكل من له مصلحة فيه وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها^(١٤٥).

ويختلفان أيضاً من حيث ضرورة الحكم به وسلطة القاضي وطبيعة حكمه به ففي الفسخ لا يكون الفسخ إلا بناء على حكم القاضي، أما البطلان المطلق فلا يشترط فيه الحكم فيمكن لمن له مصلحة أن يبطل العقد وللقاضي سلطة تقديرية في حالة فسخ العقد القضائي، وليست له هذه السلطة في حالة البطلان المطلق فإذا ما توفرت شروطه وجب على القاضي أن يحكم بالبطلان، وهذا أيضاً يتفق مع الفسخ الاتفاقي، أما عن طبيعة حكم القاضي فالحكم هنا بالعكس من ذلك فهو كاشف للبطلان وليس منشئاً له ومثله الفسخ الاتفاقي، لأن البطلان موجود أصلاً بقوة القانون والحكم القضائي جاء ليكشف عنه.

وأخيراً نجد أن فسخ العقد يختلف مع البطلان المطلق من حيث الوجود القانوني له قبل الحكم به فالعقد في حالة الفسخ له وجود قانوني حيث يحكم بالفسخ، أما في حالة البطلان

لا اعتبار لها، كعدم تطابق الإيجاب والقبول وهذا يشبه البطلان المطلق، أما العقد الفاسد فهو عندهم ما يرجع لخلل فيه إلى وصف ملازم، مع سلامة أركانه أي أنه مشروع بأصله ممنوع بوصفه والعكس لعاقديه فسخته، انظر: د. محمد محمد فرحات، المرجع السابق، ص ٢٨٣، د. وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ج ٩، ص ٢٦٥.

(١٤٣) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٧٠٨، مصادر الحق، مرجع سابق، ص ٤٤، ص ٧٠، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(١٤٤) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٣٠، د. طلبه خطاب، المرجع السابق، ص ٣٦٥، على الذنون، المرجع السابق، ص ٣٤، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

(١٤٥) سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ١.

المطلق فإنه ليس له وجود قانوني أصلاً، ومن حيث الأثر نلاحظ أنه يجب العودة إلى الحالة قبل العقدية في فسخ العقد وفي حالة تعذر ذلك يحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وكذا في حالة البطلان المطلق^(١٤٦).

(١٤٦) انظر: د. عبد الله الخياري، المرجع السابق، ص ١٤٤، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

الفرع الثاني

تمييز فسخ العقد عن البطلان النسبي

وستتناول هنا أيضاً تعريفاً موجزاً بنظام البطلان النسبي أو العقد القابل للإبطال في كل من القانونين المصري واليمني ثم نقارن - على ضوء ما سبق - بين فسخ العقد والبطلان النسبي كالآتي:

والبطلان النسبي في القانون المصري وهو ما يعرف بالعقد القابل للإبطال: وهو جزء قانوني يترتب على تخلف شرط من شروط صحة العقد، وهي تتصل باكتمال الأهلية وسلامة الرضاء^(١٤٧)، فهو جزء يلحق العقد المستوفي أركانه إلا أنه تخلف عنه شرط من شروط صحة تلك الأركان، وذلك مثل أن يكون أحد المتعاقدين ناقص الأهلية مثل الصبي المميز أو السفية أو ذوي الغفلة، أو كانت إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة مثل الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال^(١٤٨)، ففي هذه الحالة يحق للعقد الذي له مصلحة في إبطال العقد أن يطالب بإبطال العقد، فإذا كان سبب قابلية العقد للإبطال هو نقص الأهلية، فنقص الأهلية، وحده هو الذي يجوز له أن يتمسك بالإبطال، وإذا كان سبب البطلان هو عيب في الإرادة فإنه من شابه هذا العيب هو وحده الذي يجوز له التمسك بالإبطال^(١٤٩).

أما عن كيفية تقرير البطلان فالعقد القابل للإبطال، عقد موجود قانوناً، وهو منتج لكل آثاره ولكنه مهدد بالزوال، فإذا لم يتفق الطرفان على إبطال العقد جاز لصاحب الحق في الإبطال - مثل ناقص الأهلية أو من تعينت إرادته - أن يرفع دعوى للمطالبة به، والقاضي لا يملك من تلقاء نفسه أن يحكم بإبطال العقد، وإلا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم، وهذا ممتنع عليه، ولذلك يجب أن يتمسك به صاحب الحق فيه، فإذا توافرت شروط الإبطال وجب على القاضي هنا الحكم بالإبطال، وحكم القاضي في هذه الحالة منشئ للإبطال، لأنه يزيل العقد الموجود قانوناً، فينشئ حالة البطلان^(١٥٠)، كما أن العقد القابل للإبطال يمكن أن تلحقه إجازة

(١٤٧) معجم القانون، مرجع سابق، ص ٦٤.

(١٤٨) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٣٢، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

(١٤٩) انظر: د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية والالتزامات، ط ١، ص ٢٩٤، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣١٤.

(١٥٠) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٣٤٧، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ١٤٨.

من قبل الشخص الذي تقرر الإبطال لصالحه، وبصير العقد في هذه الحالة عقد صحيحاً وينتج جميع آثاره ويسقط الحق في الإبطال، كما أن العقد القابل للإبطال يسقط بمرور مدة التقادم، وهذه المدة تختلف حسب أحوال الإبطال وأسبابه فتكون المدة ثلاث سنوات إذا كان سبب الإبطال الغلط أو التدليس أو الإكراه، أو بمرور خمس عشر سنة من وقت إبرام العقد، وبالنسبة لنقص الأهلية فيكون بمرور ثلاث سنوات من وقت زوال نقص الأهلية، والأثر العام للبطلان هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فالبطلان يترتب عليه اعتبار هذا العقد كأن لم يكن، ويكون هذا بأثر رجعي من وقت إبرام العقد، وأما إذا استحال عودة الشيء إلى ما قبل التعاقد، يكون الحكم هنا بتعويض عادل^(١٥١).

وسبب البطلان النسبي في القانون اليمني هو نقص الأهلية وهي مرحلة سن التمييز من بلوغ الرشد، وعيوب التراضي مثل وقوع غلط أو تدليس أو إكراه أو غرر، ويلحق بها تصرفات السفه بعد الحجز وتصرفات المصاب بعاهة دون مشاركة المساعد القضائي، وتصرفات المريض مرض الموت المتعلقة بأعيان التركة. فتلك الأسباب ونحوها مما لا يتعلق بأركان العقد أو مشروعيته تجعل العقد قابلاً للإبطال ويترتب على العقد القابل للإبطال ثبوت حق التمسك بالإبطال للمتعاقد الذي وقع لصالحه هذا الإبطال، ولا يحق للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها: كما أن العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة، وهي عبارة عن تصرف قانوني يعبر عن التنازل عن الحق في إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية. ويسقط حق الإبطال بمضي مدة التقادم، وهي ثلاث سنوات مع عدم وجود مانع، وتبدأ لمدة بالنسبة للصغير من يوم بلوغه رشيداً، وبالنسبة لناقص الأهلية غير الصغير كالسفيه، أو من أصيب بعته أو نحو ذلك، من يوم زوال سبب ذلك، وفي حالة عيوب الإرادة الأخرى كالغلط أو التغير فتحسب من اليوم الذي ينكشف منه ذلك، ويترتب على الحكم بالبطلان النسبي وجود إعادة الحال إلى الحالة التي كان عليها المتعاقدان قبل التعاقد، فإن استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض العادل^(١٥٢).

وبالمقارنة بين كل من فسخ العقد والبطلان النسبي نجد أنهما يتفقان من حيث الطبيعة، حيث كل منهما يعد جزاء قانونياً رتبته القانون على إخلال كل من المتعاقدين، فهو في حالة الفسخ إخلال بالتنفيذ، أما في حالة البطلان النسبي فإخلال بشروط صحته؛ ولذا اختلف سبب إنهاء العقد في كل منهما^(١٥٣). ويتفقان في أن كلا منهما يردان على عقد، غير أنه في حالة

(١٥١) انظر: د. طلبه خطاب، المرجع السابق، ص ٣٩٨، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٠٩، ٣١.

(١٥٢) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

(١٥٣) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٠٨.

فسخ عقد صحيح غير معيب عند نشوئه أما في حالة البطلان النسبي فيرد على عقد غير صحيح معيب أي أنه ينشأ معيياً كما أن فسخ العقد يختص بوروده على العقود الملزمة للجانبين فقط بعكس البطلان النسبي الذي لا يختص بالعقود الملزمة للجانبين فيمكن أن يرد على العقود الملزمة لجانب واحد أو غير اللازمة أصلاً^(١٥٤).

كما نجد أن كلا من الفسخ والبطلان النسبي يتفقان في صاحب الحق بالتمسك بهما فيكون عمومًا لكل من له مصلحة من المتعاقدين فقط، فيكون في حالة الفسخ للدائن الذي وقع الإخلال بالتنفيذ لصالحه، وفي حالة البطلان النسبي لمن كان البطلان وقع لصالحه؛ فلذا لا يحق للمحكمة أن تحكم بفسخ العقد أو البطلان النسبي من تلقاء نفسها دون طلب ممن له هذا الحق^(١٥٥).

ويتفق الفسخ الاتفاقي مع البطلان النسبي في أن القاضي ليس له سلطة تقديرية بعكس الفسخ القضائي الذي يكون للقاضي سلطة تقديرية فيه، ويتفق أيضًا الفسخ بنوعيه مع البطلان النسبي في أن كلا منهما له وجود قانوني ويرتب آثاره حتى الحكم به، ويتفق أيضًا الفسخ القضائي مع البطلان النسبي من حيث طبيعة الحكم في كونه منشئًا للحق وليس كاشفًا للحق، وهذا بعكس الفسخ الاتفاقي الذي يكون الحكم فيه كاشفًا للحق لا منشئًا للحق، ويتفقان أيضًا في حالة أثر كل منهما إذا هما يؤديان إلى إنهاء الرابطة العقدية وعودة المتعاقدين إلى الحالة قبل العقدية، فإن تعذر ذلك حكم القاضي بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية^(١٥٦).

(١٥٤) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(١٥٥) انظر: سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ١٠٠.

(١٥٦) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ص ٤٤، ص ٧٠.

المطلب الثالث

تمييز فسخ العقد عن الانفساخ وغيره

وفي هذا المطلب سنتناول تمييز الفسخ الانفساخ لأنه أقرب المصطلحات شبهًا به ولذلك أدخلها المشرعان المصري واليميني مع أحكام الفسخ، وبعض الفقه يجعل الانفساخ من أنواع الفسخ ويسمونه بالفسخ القانوني^(١٥٧)، ولذا سنوضح الفرق بينهما ثم نشير أيضًا إلى الفرق بين الفسخ والدفع بعدم التنفيذ والمسئولية العقدية، كما سيأتي:

الفرع الأول: تمييز فسخ العقد عن الانفساخ.

الفرع الثاني: تمييز فسخ العقد عن الدفع بعدم التنفيذ.

الفرع الثالث تمييز فسخ العقد عن المسؤولية العقدية.

الفرع الأول

تمييز فسخ العقد عن الانفساخ

وسنتناول هنا التعريف بالانفساخ في القانون المصري واليميني ثم نعقد مقارنة بين نظام فسخ العقد والانفساخ.

نصت المادة ٥٩ من القانون المدني المصري على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه" فمن خلال النص السابق نلاحظ أن العقد ينفسخ قانونًا باستحالة التنفيذ، وبذلك تنقضي الالتزامات الناشئة عنه، واستحالة التنفيذ يقصد بها هنا: "هي سبب من أسباب انقضاء الالتزام يقع في حالة ما إذا أصبح الوفاء بالالتزام مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه"^(١٥٨) فاستحالة التنفيذ كي تكون سببًا للفسخ يجب أن تكون بسبب أجنبي، وهذا أيضًا ما أكدته المادة ٢٧٣ من القانون المدني حيث جاء فيها: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد له فيه" فهذه المادة توضح أن من أسباب انقضاء الالتزام هو استحالة التنفيذ بسبب أجنبي^(١٥٩)، ولا داعي في حالة الانفساخ للإعذار لأنه لا جدوى منه ولا

^(١٥٧) د. محمد رفعت الصباحي إبراهيم، المرجع السابق، ص ٥٧٦.

^(١٥٨) معجم القانون، مرجع سابق، ص ٤٨٤.

^(١٥٩) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣١٩، د. طلبه خطاب، المرجع السابق، ص ٢٤٢، ٥٤٣.

يلزم هنا أن يكون الفسخ بحكم القاضي فيمكن للدائن أن يفسخ بنفسه وإنما حكم القضاء هنا يكون في حالة الاختلاف، ولذا لا يكون للقاضي هنا سلطة تقديرية، ويجب عليه الحكم بالانفساخ في حالة توافر شروطه، ويكون الحكم في هذه الحالة كاشفًا للفسخ لا منشئًا، وبعد الحكم بالفسخ يرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إلا أنه لا يحكم بالتعويض، لأن الالتزام انقضى هنا بسبب قوة قاهرة ولكن تظهر في حالة الانفساخ مشكلة تحمل تبعة الهلاك التي حدثت بسبب قوة قاهرة لا يد للمدين فيها فمن يتحملها؟^(١٦٠).

فإذا كان الهلاك قبل العقد فالدائن هو الذي يتحمل كأن تهلك السيارة قبل بيعها إذ هي في ملكه وحدث الهلاك عنده وكذا إذا هلكت السيارة بعد التعاقد وبعد التسليم فيتحمل الهلاك المشتري مالكة الجديد، أما إذا حدث الهلاك بعد التعاقد وقبل التسليم كأن تهلك السيارة المباعة بعد البيع وقبل التسليم، فهنا يتحمل المدين تبعة الهلاك؛ لأنه ما ذنب الدائن في هذه الحالة إذ هو لم يتسلم المبيع بعد، وهذه هي القاعدة في العقود الملزمة للجانبين، وعلى العكس في العقود الملزمة لجانب واحد مثل عقد الوديعة، إذا هلك الشيء المودع لدى المدين المودع لديه بسبب أجنبي فإن الدائن وهو المودع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك في هذه الحالة، والسبب في التفريق بين تبعة الهلاك في الحالتين أنه في حالة العقود الملزمة للجانبين، كان تحمل التبعة على أساس الترابط بين الالتزامات المتقابلة فالنزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع ينقضي باستحالة تنفيذ البائع بتسليم المبيع، وينفسخ بذلك العقد الذي هو أيضًا مصدر الالتزامات، ولا علاقة هنا للمشتري (الدائن) في تحمل تبعة الهلاك. أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يكون هناك علاقات متقابلة، فالدائن هنا وهو المودع في عقد الوديعة ليس في ذمته التزام يتحمل منه في مقابل تحلل المدين - وهو المودع عنده - من النزام فالدائن هو الذي يتحمل الخسارة في هذه الحالة^(١٦١).

وبالمثل جاءت أحكام الانفساخ في القانون اليمني، فقد نصت المادة (٢٢٣) من القانون المدني على أن "عقود المعاوضات الملزمة للجانبين إذا استحالت تنفيذ التزام أحد المتعاقدين انقضى معه التزامات المتعاقد الآخر المتقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"، وعلى

(١٦٠) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ١٠٠٤، د. سمير تتاغو، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(١٦١) انظر: د. طلبة خطاب، المرجع السابق، ص ٥٤٣، ٥٤٤، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٢، د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٣١، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٤١٠، وما بعدها.

ضوء هذه المادة عرف الفقه اليمني الانفساخ بأنه: "حل الرابطة العقدية لاستحالة التنفيذ بسبب قهري لايد للمدين فيه كالقوة القاهرة"^(١٦٢). ويشترط في الانفساخ أن تكون هذه الاستحالة ناتجة بسبب أجنبي، وعلى المدين إثبات ذلك وإلا كان الأصل أن الاستحالة بسبب المدين ما دام أن هذا الهلاك حصل عنده ولذا سيتحمل في هذه الحالة المسؤولية العقدية، وعليه التعويض على أساسها، وبانفساخ العقد يسقط التزام الدائن إذا كان الدائن قد وفى التزامه فيلزم على المدين رد ما دفعه الدائن، أما عن تبعة الهلاك فقد أخذ بما أخذه القانون المصري بشأن نظرية تحمل تبعة الهلاك وهي أن المدين هو الذي يتحمل تبعة الهلاك إلا أن أحكام تحمل تبعة الهلاك ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها^(١٦٣).

وبمقارنة نظام فسخ العقد مع الانفساخ نلاحظ أنهما يتفقان من حيث أن كلا منهما يؤديان إلى انتهاء العقد إلا أن الانفساخ يختلف عن فسخ العقد في كونه سبباً من أسباب انقضاء العقد وانقضاء الالتزام، ويختلفان من حيث سبب الانحلال فهو في حالة فسخ العقد الإخلال بالتنفيذ ويكون إما بالامتناع عن التنفيذ أو باستحالة التنفيذ بسبب المدين أما في حالة الانفساخ فإن سبب الانحلال هو استحالة التنفيذ بسبب قوة القاهرة أجنبية لا يد للمدين فيها، فلذا يختلفان من حيث الطبيعة فهو ذو طبيعة جزائية في حالة فسخ العقد حيث الانحلال جزاء ترتب على الإخلال بالتنفيذ، بعكس الانفساخ حيث ليس هناك عنصر الخطأ وهو الإخلال، وإنما عدم التنفيذ وقع بسبب قوة القاهرة أجنبية، فليس هناك جزاء قانوني، وليس للانفساخ طبيعة جزائية، وفي حالة الانفساخ يفسخ العقد بقوة القانون وليس للقاضي سلطة تقديرية في الحكم به وإنما عليه الحكم به متى ما ثبت ذلك ويكون حكمه كاشفاً لا منشئاً له، وهذا يتفق مع الفسخ الاتفاقي بخلاف الفسخ القضائي الذي يكون للقاضي فيه سلطة تقديرية، ويكون الحكم منشئاً للفسخ لا كاشفاً له.

(١٦٢) د. عبد الله الخياري، المرجع السابق، ص ١٣٧.

(١٦٣) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣٢٨، ٣٢٩، د. عبد الله الخياري، المرجع السابق، ص ١٣٧، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٥٠، ويعرف الفقه الإسلامي الانفساخ بأنه: انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه، ويجعلونه حكماً شرعياً حيث يفسخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم الشرع متى هلك المعقود عليه بسبب أجنبي كافة سماوية أو جائية، انظر: الفروق للقرافي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٥٠٨، الفرق رقم ١٩٥، أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الجيل، بيروت، ط ١، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧، القاعدة ٢١، ص ٤٢١ - ٤٢٢.

وأخيرًا فإن الفسخ يتفق مع الانفساخ من حيث أثره على المتعاقدين في رجوع المتعاقدين إلى حالة ما قبل العقد ويسري هذا الأثر على الغير هنا إلا أنهما يختلفان في أنه في حالة فسخ العقد يلزمه التعويض عند تعذر إعادة الحال إلى ما كان عليه، وهذا بعكس الانفساخ حيث لا يكون هنا للتعويض محل، لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة، وتأتي هنا مسألة من يتحمل تبعة الهلاك كما ذكرناها^(١٦٤).

وهكذا فإن الانفساخ يختلف تمامًا عن الفسخ من حيث السبب والطبيعة وكذا في بعض الآثار.

الفرع الثاني

تمييز فسخ العقد عن الدفع بعدم التنفيذ

وستتناول في هذا الفرع تمييز فسخ العقد عن الدفع بعدم التنفيذ باعتباره يتشابه مع الفسخ في أنهما من جزاءات عدم التنفيذ ووسائل لحماية الدائن حقه من الضياع كالآتي:

يعتبر الدفع بعدم التنفيذ من أهم الجزاءات التي رتبها القانون في حالة عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، والدفع بعدم التنفيذ يتشابه مع فسخ العقد في كثير من الأحكام، ولذا أدخله المشرعان المصري واليمني مع فسخ العقد، تحت موضوع انحلال العقد، وسوف نتناول هنا التعريف بالدفع بعدم التنفيذ في كل من القانونين المصري واليمني ثم نعقد مقارنة بينه وبين الفسخ.

نصت المادة ١٦١ مدني مصري على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به" فمن هذا النص نلاحظ أن الدفع بعدم التنفيذ يرد على العقود الملزمة للجانبين، فإذا لم يقوم أحد طرفي التعاقد بتنفيذ التزامه، فإنه يحق للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه المقابل، استنادًا إلى أن المتعاقد الأول لم يقوم بتنفيذ التزامه المقابل. كما أنه يشترط أن يكون في حالة التزام مستحق الأداء، فلا يجوز لمن كان التزامه غير مستحق الأداء أن يمتنع عن التنفيذ متمسكًا بعدم تنفيذ الالتزام المقابل، كما إذا كان مضافًا إلى أجل^(١٦٥) ويجب أيضًا في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ مراعاة حسن النية، فيجب عدم التعسف في

(١٦٤) د. طلبه خطاب، المرجع السابق، ص ٥٤٢.

(١٦٥) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٢٢، ٣٢٣. د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق،

استعمال هذا الحق، فإذا كان المتمسك بعدم التنفيذ هو الذي تسبب في تأخير التنفيذ المقابل فلا يحق له أن يتمسك بعدم التنفيذ أو كان ما بقي من التزام الذي بسببه كان الدفع بعدم التنفيذ يسيراً بالنسبة إلى ما نفذه من الالتزام في جملته فإنه لا يحق للمتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه^(١٦٦).

ويترتب على التمسك بعدم التنفيذ وقف تنفيذ الالتزام إلى أن يعرض المتعاقد الآخر للالتزام، وبالتالي لا يجوز لمن وجه إليه الدفع بعدم التنفيذ أن يطلب حقه بطريقة التنفيذ العيني، فالدفع بعدم التنفيذ مؤقت إلى أن يتجلى الأمر، إما باستئناف التنفيذ المتبادل، وأما أن يكون الموقف صعباً؛ فلا يمكن التنفيذ فيؤدي ذلك إلى فسخ العقد^(١٦٧)، ولا يعد المتعاقد الذي يمنع عن التنفيذ مقصراً في عدم الوفاء ولا يترتب عليه أي مسؤولية عن عدم التنفيذ؛ لأنه يقوم بهذا استعمالاً لحقه، ومن أهم آثار الدفع بعدم التنفيذ هو وقف التنفيذ المقابل، فإذا باع شخص لآخر شيئاً ولم يدفع المشتري الثمن فإنه يحق للبائع الدفع بعدم التنفيذ وبالتالي الامتناع عن تسليم العين المبيعة والذي يؤدي بالتالي إلى حبس العين المبيعة وهو ما يعرف بحق الحبس^(١٦٨)، والتي جاء بها المشرع المصري كأحدى وسائل الضمان حيث نص المادة ٢٤٦ عنه على "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه مادام التزام المدين مرتبط به أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا" فحق الحبس هو وسيلة لحماية المدين بدین واجب الأداء على سداد هذا الدين عن طريق امتناع هذا الأخير عن تسليم شيء يجب عليه تسليمه للمدين مادام أن هناك ارتباطاً بين حق الدائن والتزامه بالتسليم، إلا أنه يلاحظ أن الحق في الحبس أعم من الدفع بعدم التنفيذ، حيث الحق في الحبس يشمل الالتزامات الناشئة عن العقد أو غيرها كما إذا انفق على عين حائز لها مصروفات ضرورية فإنه يخوله في هذه الحالة حبس هذه العين إلى أن يسترد تلك المصروفات^(١٦٩)، أما في حق الدفع بعدم التنفيذ فهي خاصة بالالتزامات العقدية في العقود الملزمة للجانبين.

وبالمثل جاءت أحكام الدفع بعدم التنفيذ في القانون اليمني حيث نصت المادة ٢٢٥ منه على أن "عقود المعاوضة إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يوافيه المتعاقد الآخر بما التزم به ويكون له حبس

(١٦٦) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٦٢٤، د. سمير تناعو، المرجع السابق، ص ٨٨٢.

(١٦٧) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ٧٩، د. سمير تناعو، المرجع السابق، ص ١٨٣.

(١٦٨) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ١، ١٨.

(١٦٩) انظر: انظر المادة ٢٤٦، من القانون المدني المصري.

العين في يده تبعاً"، وهكذا يتبين أن الدفع بعدم التنفيذ يكون في عقود المعاوضات وهي العقود الملزمة للجانبين، وكذا يجب أن يكون الجزء المتبقي من تنفيذ العقد قليل الأهمية بالنسبة لما قد تم تنفيذه، وأن يتسبب المتمسك بعدم التنفيذ في تأخير الالتزام المقابل وهذا مما يوجب حسن النية، وعدم التعسف في استعمال الحق^(١٧٠)، ومن آثار الدفع بعدم التنفيذ في القانون اليمني أنه يحقق العدالة العقدية هنا كما أنه يؤدي إلى وقف التنفيذ كما أنه يعتبر بداية الطريق إلى الفسخ في حالة الاستمرار في عدم التنفيذ وعدم الاتفاق على الفسخ^(١٧١)، كما أنه يؤدي إلى حبس العين في يد المتمسك بعدم التنفيذ تبعاً لعدم تنفيذ الالتزام المقابل، وهنا تظهر الصلة بين الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس، فعدم التنفيذ إنما هو صورة من صور الحق في الحبس فإذا كان حق الحبس يكون في كافة الالتزامات عقدية أو غير عقدية في العقود الملزمة للجانبين أم غير اللازمة، فإنه في حالة الدفع بعدم التنفيذ خاص بصورة الالتزامات العقدية في العقود الملزمة للجانبين بالذات، ولقد أورد المشرع اليمني الحق في الحبس تحت وسائل ضمان تنفيذ الحق، و جاء بعنوان الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس، حيث أجاز المشرع اليمني للدائن في الالتزامات المتقابلة أن يطلب من المدين تنفيذ التزامه المقابل أولاً، ويترتب على الدفع بعدم التنفيذ، حبس العين محل التنفيذ، كما أوضح المشرع اليمني أن حق الحبس لا يكون فقط في الالتزامات العقدية المتقابلة بل يكون أيضاً لمحرز الشيء إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، حتى يستوفي ما أنفقه، وهكذا تظهر الصلة بين الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ في القانون اليمني^(١٧٢).

وبمقارنة فسخ العقد مع الدفع بعدم التنفيذ نجد أن الفسخ يتفق مع الدفع بعدم التنفيذ في أن كلا منهما يعد سبباً واضحاً لإحلال المتعاقد الآخر بالتزامه المقابل، وكما يتفقان في السبب فهما أيضاً يتفقان في أساس الفسخ وهو فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة، ويتفقان أيضاً من حيث الطبيعة في أن كلا منهما يعتبر جزاء قانونياً ترتب عن الخطأ وهو الامتناع عن

(١٧٠) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣٣١، وما بعدها، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٥١ وما بعدها.

(١٧١) د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣٣١.

(١٧٢) انظر: المادة ٣٧٠ من القانون المدني اليمني، والمذكرة الإيضاحية للقانون اليمني، ص ٢٣١، د. محمد حسين الشامي، مذكرات في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ١٠٦، كما عرف الفقه الإسلامي الدفع بعدم التنفيذ في تطبيقاته باعتباره صورة خاصة من صور الحق في الحبس، حيث أجازوا للبائع حبس المبيع والدفع بعدم تنفيذ عقد البيع بسبب عدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن، انظر: د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦٩.

التنفيذ فيكون كل منها ضمناً للدائن وجزاء للمدين، ومع ذلك فهما يختلفان في كيفية وقوعه فهو في الفسخ لا بد أن يكون عن طريق القضاء، ولكنه في حالة عدم التنفيذ يمكن أن يوقعه الدائن دون الحاجة إلى الرجوع إلى القضاء، وكما أنهما يختلفان في أنه في الفسخ يجب أن يعذر المدين أولاً، وهذا لا يشترط في حالة الدفع بعدم التنفيذ، كما أنهما يختلفان من حيث الأثر ودورهما كجزاء لعدم التنفيذ، فدور الدفع بعدم التنفيذ سلبي يهدف إلى وقف التنفيذ فهو حل مؤقت لعدم التنفيذ، أما في حالة الفسخ فدوره إيجابي يهدف إلى حل العقد ولذا يجب في الفسخ أن يكون عدم التنفيذ فيه قطعاً محتملاً مؤكداً أما في حالة الدفع بعدم التنفيذ فإنه يمكن أن يكون ولو كان عدم التنفيذ غير مؤكد ومحتمل.

وأخيراً. فإن عدم التنفيذ يعد مرحلة تمهيدية إذ الغالب والذي يجري عليه العمل أن الدائن لا يقوم بالفسخ إلا بعد الدفع بعدم التنفيذ^(١٧٣).

(١٧٣) انظر: علي حسن الذنون، المرجع السابق، ص ٣٥، سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٩٦، د. رمضان محمد محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٩٥.

الفرع الثالث

تمييز فسخ العقد عن المسؤولية العقدية

والمسئولية العقدية لها علاقة بفسخ العقد على اعتبار أنها جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، ولمعرفة العلاقة بينهما يجب أولاً معرفة أحكام المسؤولية العقدية في كل من القانونين المصري واليمني ثم بعد ذلك نعقد مقارنة بين فسخ العقد والمسئولية العقدية لتعرف على أوجه الشبه والخلاف بينهما حسب الآتي:

والمسئولية العقدية في القانون المصري هي جزاء عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه أو تأخره في هذا التنفيذ وهي تؤدي إلى تعويض الدائن عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد وهذا ما يسمى بالتنفيذ عن طريق التعويض أو التنفيذ بمقابل^(١٧٤)، وللمسئولية العقدية أركان ثلاثة. الخطأ والضرر ورابطة السببية بينهما، فالخطأ هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، سواء كان هذا الخطأ عمداً أو بسبب إهمال المدين^(١٧٥).

أما الركن الثاني للمسئولية العقدية، فهي الضرر، وهو الذي يصيب الدائن من عدم التنفيذ، والضرر قد يكون مادياً وهو ما يصيب الدائن في ماله، ويجب أن يكون حالاً واقعاً بالفعل أو على الأقل أن يكون محقق الوقوع في المستقبل أما الضرر الأدبي، وهو ما لا يكون في مال الدائن بل يتعلق بشيء معنوي مثل إفشاء الطبيب لسر مريضه، لأنه يصيب المريض ضرراً أدبياً في سمعته، والضرر الذي يتم التعويض عنه في نطاق المسؤولية العقدية هو الضرر المباشر والمتوقع فقط، وهو الضرر الذي يوقعه الشخص المعتاد، إلا إذا كان الخطأ الذي ارتكبه المدين جسيماً أو ارتكب المدين غشاً، ففي هذه الحالة لا يكون التعويض عن الضرر المتوقع فحسب بل يشمل جميع ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب^(١٧٦).

أما الركن الثالث من أركان المسؤولية العقدية فهو رابطة السببية بين الخطأ والضرر فيلزم لقيام المسؤولية العقدية وجود علاقة السببية بين خطأ المدين وضرر الدائن، أي أن المدين هو الذي تسبب بخطئه في إحداث الضرر بالدائن، فإذا انقطعت الصلة بينهما، وذلك بأن كان الخطأ

(١٧٤) انظر: د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ٤١، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٨، د.

محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٩١.

(١٧٥) انظر: د. طلبة خطاب، المرجع السابق، ص ٥١٢، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(١٧٦) انظر: د. محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص ١٨٦، د. عبد المنعم البدراري، المرجع السابق،

ص ٤٢٠.

لا يرجع إلى المدين وإنما كان بسبب أجنبي أو بسبب الدائن فلا تكون هنا مسئولية عقدية، ومن آثار المسئولية العقدية هو التعويض عن الضرر، وأخيراً فإن أحكام المسئولية العقدية ليست من النظام العام فيمكن الاتفاق على تشديدها أو تخفيفها أو الإعفاء منها^(١٧٧).

وتتشابه المسئولية العقدية في القانون اليمني مع القانون المصري، فالمسئولية العقدية في القانون اليمني: هي جزاء للإخلال العقدي سواء لعدم التنفيذ أو تأخيره، وهو يقوم على أركان ثلاثة، الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما كما سبق في القانون المصري، إلا أن القانون اليمني قد حرم حالة التعويض عن التأخير في الوفاء النقدي واعتبرته من الفائدة الربوية المحرمة فكل اتفاق على فائدة ربوية باطل ولا يعمل به، وهذا بخلاف ما ذهب إليه المشرع المصري^(١٧٨).

وبمقارنة الفسخ مع المسئولية العقدية نجد أن المسئولية العقدية وفسخ العقد يتفقان في أن كلا منهما يعدان جزاءً لعدم التنفيذ، فهما ضمان للدائن وجزاء للمدين، فلهما طبيعة مزدوجة جزائية وتأمينية إلا أنهما يختلفان من حيث الأثر فهو في الفسخ يؤدي إلى انحلال العقد وزواله بينما هو في المسئولية العقدية يؤدي إلى تعويض الدائن عن الضرر الناتج بسبب خطأ المدين، ويتفق الفسخ مع المسئولية العقدية في حالة إذا ما تعذر عودة المتعاقدين إلى الحالة قبل العقدية في الفسخ فيحكم هنا بالتعويض فالفسخ اتفق مع المسئولية العقدية في الحكم بالتعويض إلا أن أساس التعويض يختلف في الحالتين فأساسه هو المسئولية العقدية في حالة المسئولية العقدية، وفي حالة الفسخ يكون أساسه المسئولية التقصيرية، وأخيراً فإن الفسخ طريق مفتوح دائماً أمام الدائن؛ لأنه يمكن أن يتم تعديل أحكام المسئولية العقدية^(١٧٩)، وبالتالي قد لا يكون ضماناً كافياً للدائن فيلجأ بالتالي إلى نظام الفسخ^(١٨٠).

(١٧٧) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٣٩٧ وما بعدها، د. طلبه خطاب، المرجع السابق، ص ٥٠٩.

(١٧٨) د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨٤، كما عرف الفقه الإسلامي المسئولية العقدية، الإسلامي وعرفت عندهم بضمان العقد ويقابلونها بضمان الفعل وهو ما يعرف بالمسئولية التقصيرية في القانون وجاء في التفرقة بينهما أن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان، وضمان اليد مرده المثل والقيمة، انظر الأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق، ص ٣٩٠، بدائع الصنائع للكاساني، مرجع سابق، ٢٨٣/٦، الفروق للقرافي، مرجع سابق، الفرق ٢١٧، ج ٤، ص ٢٧.

(١٧٩) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٤٨، ٩٤٩، د. مطهر علامه، المرجع السابق، ص ٩٦، ٩٧.

(١٨٠) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٠٠.

كما يختلف الفسخ عن الدعاوى الخاصة في مجال المسؤولية العقدية كدعوى الاستحقاق التي تعد التنفيذ بمقابل في الالتزام بضمان التعرض، وكذا دعوى ضمان العيوب الخفية حتى إذا كان موضوع تلك الدعوى هو رد المبيع فهي تشبه دعوى الفسخ من حيث الآثار إلا أنه إذا تعذر الرد، فإن التعويض في حالة دعوى ضمان يكون على أساس المسؤولية العقدية لبقاء العقد، أما في الفسخ فإنه يكون على أساس المسؤولية التقصيرية، بسبب زوال العقد^(١٨١).

(١٨١) انظر: د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ١١٢، د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٤، ص ٧٨٧، د. محمد سعد خليفة، العقود المسماة، ٢٠٠٣، ص ١٨٠.

المبحث الثاني

صور الفسخ

تمهيد وتقسيم:

بعد الفراغ من الكلام حول تعريف الفسخ وتمييزه عن غيره، سنتكلم في هذا المبحث حول صور الفسخ، ويقصد بصور الفسخ هنا هي الطرق التي يأتي الفسخ على شكلها، ويذكر المشرعان المصري واليميني هنا ثلاثة أشكال للفسخ حيث يقسم الفسخ إلى قضائي واتفاقي وقانوني^(١٨٢) ويجعل الأول في حالة عدم الاتفاق على فسخ العقد والثاني في حالة الاتفاق المسبق بين المتعاقدين، أما القانوني وهو الفسخ بحكم القانون حيث يحدث الفسخ هنا بمجرد حدوث عدم التنفيذ دون حاجة إلى حكم قضائي، فيما يعرف بالإنفساخ، وهو لا يدخل ضمن صور الفسخ، وبهذا يكون للفسخ صورتان، وسوف نتناول صور الفسخ في مطلبين حسب ما يلي:

المطلب الأول : الفسخ القضائي.

المطلب الثاني : الفسخ الاتفاقي.

(١٨٢) حيث جاء الفسخ القضائي في المادة ١٥٧ مدني مصري والمادة ٢٢١ مدني يمني بينما جاء الفسخ الاتفاقي في المادة ١٥٨ مدني مصري والمادة ٢٢٢ مدني يمني أما الفسخ القانوني (الإنفساخ) فقد جاء في المادة ١٥٩ مدني مصري والمادة ٢٢٣ مدني يمني.

المطلب الأول

الفسخ القضائي

وسنذكر هنا الفسخ القضائي بمعرفة ماهيته وأساسه كما يأتي:

الفرع الأول : ماهية الفسخ القضائي.

الفرع الثاني : أساس الفسخ القضائي.

الفرع الأول

ماهية الفسخ القضائي

أولاً : موقف القانون المصري

جاء الفسخ القضائي في نص المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري حيث قررت تلك المادة أن للمتعاقد الذي أحل المتعاقد الآخر بالتزامه الحق في المطالبة بفسخ العقد ولكن هذا يكون مقيداً بسلطة القاضي حيث تكون له سلطة تقديرية في تقريره من عدمه ويكون حكم القاضي في هذه الحالة منشئاً للفسخ كما أن هذا الفسخ لا يكون إلا بناءً على طلب الدائن فلا يمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه^(١٨٣).

وعرّف الفقه الفسخ القضائي بأنه: حل ارتباط المتعاقدين بسبب تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه بسبب إخلاله بالتزاماته في عقد ملزم للجانبين ، ويكون ذلك بناءً على طلب يُرفع من أحد المتعاقدين إلى القاضي يطلب فيه فسخ العقد^(١٨٤).

والحق في الفسخ القضائي منحه القانون وإن لم يكن هناك اتفاق مسبق وهذا ما أكدته محكمة النقض- بشأن أحد الطعون المطروح أمامها- حيث جاء فيه: "إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بفسخ العقد إعمالاً لنص

(١٨٣) انظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الإبرائية للالتزام،

الطبعة الثالثة ٢٠٠٠م، بدون دار نشر ص ٥٩٩، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ١٩٨٤م، ص ١٩٠.

(١٨٤) انظر: د. محمد رفعت إبراهيم الصباحي، المرجع السابق ص ٥٦٢.

المادة ١٥٧/١ من القانون المدني وأنه لا يشترط لإعمال المادة أن يتضمن العقد شرطاً يجيز الفسخ في حالة تخلف أحد طرفيه عند تنفيذ التزامه^(١٨٥).

وعن طبيعة النصوص القانونية المنظمة للفسخ قالت محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها -: "ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني من تحويل كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، هو من النصوص المكملّة لإرادة المتعاقدين ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا بالاتفاق الصريح"^(١٨٦).

ثانياً: موقف القانون اليمني

أما القانون اليمني، فقد جاءت أحكام الفسخ القضائي أيضاً في نص المادة (٢٢١)^(١٨٧) مدني يمني، مقررّة نفس الأحكام التي جاءت فيها المادة ١٥٧ مدني مصري من أن للدائن الحق في المطالبة بفسخ العقد في العقود الملزمة للجانبين عند إخلال المدين بالتزامه العقدي.

وجاء تعريف الفسخ القضائي في الفقه اليمني بأنه: حل ارتباط العقد الملزم للجانبين بحكم يصدر من القضاء بناء على طلب أحد المتعاقدين بسبب تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه^(١٨٨). والقضاء اليمني أيضاً قد جاء مؤكداً للفسخ القضائي حيث جاء في بعض أحكامه ما نصه: "نجدها عقداً ملزماً للجانبين كونها رتبت لكل طرف فيه حقوقاً والتزامات متقابلة ومن ثم فلا يحق لأحد الطرفين بعد تمامه فسخه أو الرجوع فيه بإرادته المنفردة كما أنه إذا لم يف

(١٨٥) الطعن رقم ٩٧ لسنة ١٧، جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤م، انظر: د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص ٩٢٣.

(١٨٦) الطعن رقم ٢٣ لسنة ٣٥ق - جلسة ١٩٦٩/٢/١٣م - السنة ٢، انظر: معوض عبد التواب، المرجع السابق ص ٥٠٥.

(١٨٧) حيث تنص المادة ٢٢١ مدني يمني على أنه: "عقود المعارضة الملزمة للعاقدين إذا لم يف أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد أعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع تعويضه بما غرم في الحالتين ويجوز للقاضي أن يمنح الملزم أجلاً للتنفيذ إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يف به الملزم قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته".

(١٨٨) انظر: د. عبد الله العلفي، المرجع السابق ص ٥٨، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤١٠، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٧٥١، د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ص ٣٢٤، حسن عبد الله العنسي، المرجع السابق ص ٣٩، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٦.

أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع تعويضه بما غرم في الحاليتين" (١٨٩).

ثالثاً: المقارنة بين القانونين المصري واليمني

مما سبق نجد اتفاق كل من القانونين المصري واليمني في أن الفسخ القضائي حل لارتباط العقد بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه، ويكون بحكم قضائي وبناء على طلب الدائن، وللقاضي سلطة تقديرية فيه بالحكم به أو رفضه أو منح مهلة للتنفيذ، ويكون حكمه بالفسخ منشئاً له لا كاشفاً له، كما أنه حق للدائن يجوز له المطالبة أو التنازل عنه كما أن هذا الفسخ يطرأ عليه حق المدين في التنفيذ المتأخر فيقيد حق كل من الدائن أو القاضي؛ ويرجع سبب التشابه بين القانونين المصري واليمني في ماهية الفسخ القضائي هو بسبب التشابه في النصوص القانونية المنظمة للفسخ في كلا القانونين حيث تكاد تكون نفس النصوص مع اختلاف بسيط في الألفاظ.

الفرع الثاني

أساس الفسخ القضائي للعقد

لم ينص المشرع المصري عند ذكره لأحكام الفسخ على أساس الفسخ، كما فعل المشرع الفرنسي، وقد أحسن المشرع المصري صنعاً في ذلك إذا الأصل أن التشريع لا يذكر فيه سوى الأحكام القانونية التي يجب أن تطبق فحسب، أما ذكر أساس الأحكام القانونية فذلك راجع إلى الفقه والقضاء. وبالرجوع إلى الفقه نجد أنه اختلف في اختيار نظرية لتأسيس الفسخ عليها فمنهم من يختار نظرية الشرط الفاسخ الضمني، وبعضهم يجعلها نظرية السبب وآخر يرجعها إلى استحالة التنفيذ بينما يرى الغالبية أنها فكرة التقابل والتوازن وتلك النظريات السابقة لاقت نقداً من الفقه أيضاً إلا أن الفقه عموماً يجمع على أن محاولة إيجاد أساس فني بحت يرجع إليه الفسخ لا يخلو من النقد^(١٩٠)، وسوف نتعرض هنا إلى تلك النظريات مع توضيح أساس الفسخ في القانون اليمني حسب الآتي:

(١٨٩) حكم محكمة النقض الدائرة التجارية، الطعن رقم ٣١ لسنة ١٤١٣هـ، جلسة ٦ ربيع ثاني ١٤١٣هـ الموافق

١٩٩٢/١٠/٤م، انظر: د. حسن على مجلي، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(١٩٠) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٤٨٨، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق،

ص ٦٠٢.

أولاً: نظرية الشرط الفاسخ الضمني

وتقتضي هذه النظرية افتراض وجود شرط في العقود الملزمة للجانبين يقضي هذا الشرط بفسخ العقد بسبب إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، ولا حاجة للتصريح بهذا الشرط، وهذه النظرية قد جاء بها المشرع الفرنسي عند نصه على الفسخ القضائي في المادة ١١٨٤ منه، ولقد رأينا في نشأة الفسخ في القانون الفرنسي ما هي الأسباب التاريخية التي جعلت المشرع الفرنسي يؤسس الفسخ على أساس الشرط الفاسخ الضمني وكذا تبرير الفقه الفرنسي لسبب وجود هذا التأسيس في القانون الفرنسي، وتعليل ذلك بتأثر القانون الفرنسي بالصياغة الرومانية عند نقله أحكام الفسخ.

وهذه النظرية قد تأثر بها القضاء الفرنسي تبعاً للمشرع إذ كان القضاء يؤسس أحكامه استناداً إلى المادة ١١٨٤^(١٩١)، وانتقل ذلك إلى القضاء المصري القديم وأصبح متأثراً بنظرية الشرط الفاسخ الضمني. فقد جاء في بعض أحكامه ما يلي: "لا يكون الشرط الفاسخ مقتضياً حتماً، إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار. أما الشرط الضمني الفاسخ فلا يلزم القاضي به، بل هو يخضع لتقديره..."^(١٩٢)، وجاء أيضاً: "شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني، يختلفان فالشرط الفاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقرير القاضي..."^(١٩٣) وعلى نفس الاتجاه اتجه القضاء المصري الجديد فأسس الفسخ على أساس من الشرط الفاسخ الضمني متأثراً بأحكام القضاء القديم. فقد جاء في بعض أحكام القضاء الجديد: "... ولما كان القانون لا يوجب على القاضي في خصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يقضي به، وإنما خوله سلطة تقديرية يحكم به أو يعطي المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام"^(١٩٤) وجاء أيضاً: "الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني. م ١٥٧

(١٩١) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٦٧٩، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٤١٢.

(١٩٢) نقض ١٩٣٦/٤/٢ م قضائية، انظر: د. أنور طلبه، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة ١٩٣١ م، ص ٦٨١.

(١٩٣) نقض ١٩٤٦/٥/٢ طبعة رقم ٥٨ لسنة ١٥ قضائية، المرجع السابق، ص ٦٧٨.

(١٩٤) نقض ١٩٥٠/٣/٢٣ طعن رقم ١٥٥ لسنة ١٨ قضائية، المرجع السابق، ص ٦٨٣.

مدني للمدين أن يتوقاه...^(١٩٥) وجاء أيضاً: "اعتبار العقد متضمناً الفسخ بسبب عدم التنفيذ ولو خلا من اشتراطه.." ^(١٩٦).

ولقد تعرضت هذه النظرية للانتقاد من جانب الفقه وأصبحت فكرة مرفوضة عنده حتى في فرنسا منشأ هذه النظرية^(١٩٧).

فيقول الدكتور عبد الرازق السنهوري: في نقد هذه النظرية: "أما نظرية الشرط الفاسخ الضمني فليست بصحيحة من الناحية القانونية فذلك لأنه لو فرض أن فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه يرجع إلى تحقيق شرط فاسخ لترتب على ذلك أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط الفاسخ، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى حكم تطبيقاً للقواعد العامة"^(١٩٨)، ويقول أيضاً الدكتور جميل الشرقاوي في نقد هذه النظرية: "... كما أنها تتعارض مع ضرورة الالتجاء إلى القضاء للحكم بالفسخ، كما تتعارض مع السلطة التقديرية للقاضي في الحكم به ولذا فإن تبرير تأسيس الفسخ بفكرة الشرط الضمني تبرير غير مقبول"^(١٩٩).

كما يقول الفقيه الفرنسي هيك "بأن الشرط الفاسخ المذكور في المادة ١١٨٤ ليس إلا الشرط الفاسخ الروماني، ويصف تدخل المحاكم في هذا الشأن بأنه تحكمي بغير قانون"^(٢٠٠).

وخلاصة النقد الموجه لهذه النظرية أنها أولاً نظرية وهمية قائمة على مجرد فكرة وهمية فلا تقوم على أساس من الواقع، فهي فكرة تقوم على محض الافتراض، وليس هناك من الظروف ما يعتبر إفصاحاً عن إرادة المتعاقدين في الاتفاق على الشرط المتقدم، فهما يتوقعان عند إبرام

^(١٩٥) نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ طعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥٤ قضائية، انظر د. عدلي أمير خالد، الملاحظات القضائية في دعاوى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٣٧.

^(١٩٦) جلسة إبريل ١٩٩٥م، طعن رقم ٢٣٨١، ٢٦٨٤ لسنة ٦٠ قضائية، انظر مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية والتجارية، ودوائر الأحوال الشخصية، السنة السادسة والأربعون، الجزء الأول، ١٩٩٥، ص ٢٨١.

^(١٩٧) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٧٩، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٥٩، د. أحمد حشمت أبو سنيت، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

^(١٩٨) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٧٩.

^(١٩٩) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

^(٢٠٠) د. سيف البلعوي، المرجع السابق، ص ٦١.

العقد التنفيذ ولا يتوقعان عدم التنفيذ، ومن ثم فإن ما يقال عنه أنه شرط ضمني هو في الحقيقة شرط مفترض وهمي لا أساس له (٢٠١).

كما أن هذه النظرية تخالف طبيعة الفسخ القضائية؛ لأنها على هذا الأساس لن تحتاج إلى حكم قضائي ولن يكون للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ، إذ لو كانت مبينة على شرط فاسخ ضمني، فلا داعي هنا للسلطة التقديرية، وينفسخ العقد بنفسه، إذ على القاضي أن يحترم إرادة المتعاقدين في طلب الفسخ وإنما سيكون دور القاضي التأكد من صحة هذا الاتفاق ومن صحة وقوعه، ثم يحكم به مباشرة دون أي سلطة تقديرية (٢٠٢).

ثانياً: نظرية السبب

وجاءت هذه النظرية نتيجة لما تعرضت لها نظرية الشرط الفاسخ الضمني، وتقتضي هذه النظرية أن التزام أحد الطرفين في العقود الملزمة للجانبين سبب (٢٠٣) لالتزام الطرف الآخر. وعلى هذا فإذا لم ينفذ أحدهما التزامه فإن الطرف الآخر لا يعود لالتزامه سبب، وبهذا يكون الفسخ نتيجة منطقية لتأسيسها بالسبب في الالتزامات التعاقدية (٢٠٤).

(٢٠١) انظر: د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي، المرجع السابق، د. طلبه خطاب، المرجع السابق، ص ٥٢٥، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٤٨٥.

(٢٠٢) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٦٧٩، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٥، د. جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص ٢٩٣، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٦٠١، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦١٤.

(٢٠٣) والسبب هنا بمعنى السبب القسري أي بمعنى الغرض المباشر الذي يريد المدين أن يصل إليه من وراء التزامه، وهو لا يختلف من عاقد لآخر، فالبايع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري وذلك بسبب أن المشتري يلتزم بدفع الثمن إليه، وهكذا في سائر العقود التبادلية الملزمة للجانبين، وهذا حسب النظرية التقليدية للسبب وهي نظرية منتقدة، أما النظرية الحديثة فتتظر إلى السبب على أنه هو الباعث الدافع إلى التعاقد، انظر: د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٦٦، ١٧٢، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢١٥، ٢١٦.

(٢٠٤) انظر: على حسن الذنون، المرجع السابق، ص ٦٧، د. رفعت الصباحي، المرجع السابق، ص ٥٨٠، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٧.

ولقد أخذ بهذه النظرية بعض من الفقه المصري منهم الدكتور/ عبد الرازق السنهوري في الفقه القديم عند شرحه للقانون القديم فيقول في كتابة نظرية العقد: "أما من ناحية الصياغة القانونية فقاعدة الفسخ لعدم التنفيذ تستند إلى نظرية السبب" (٢٠٥).

ومنهم الدكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت حيث يقول: "والرأي السليم هو الذي يؤسس الفسخ على فكرة السبب فما دام المتعاقد لم يقم بما عليه فقد فوت على المتعاقد الآخر غرضه من العقد، وحق لهذا أن يتحلل مما فرض عليه" (٢٠٦) ويقول أيضًا الدكتور عبد الحي حجازي: "إن الأساس الصحيح لنظرية الفسخ عند غالبية الشراح هو السبب باعتباره عنصرًا فنيًا في الالتزام، والسبب الفني يؤدي وظيفتين، فهو عنصر في نشوء الالتزام، وهو بهذا الوصف يجب أن يتوافر وقت نشوء الالتزام وإلا كان الالتزام باطلاً، وهو كذلك عنصر في نفاذ الالتزام، وهو بهذا الوصف يجب أن يتوافر وقت تنفيذ الالتزام، فإن لم ينفذ الالتزام يجب أن يفسخ العقد المنشئ لذلك ويزول الالتزام تبعًا لذلك" (٢٠٧).

ولاقى هذه النظرية كسابقتها نقدًا من الفقه؛ لأنه من أثر هذه النظرية أن يحصل الفسخ بقوة القانون بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إذ يصبح التزام المتعاقد الذي حصل سبب الإخلال ضررًا له، غير قائم على سبب، وذلك مخالف للفسخ الذي لا يقع بقوة القانون وإنما يكون بحكم القاضي فالقول بهذه النظرية سيؤدي إلى القول بأنه إخلال بالسبب، والسبب ركن من أركان العقد فالإخلال به يؤدي إلى البطلان، فلا ضرورة لحكم القاضي، وليس للقاضي أيضًا سلطة تقديرية فيه (٢٠٨).

ثالثا: نظرية استحالة التنفيذ

(٢٠٥) د. عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٦٨٠، وأول من نادى بهذه النظرية في الفقه الفرنسي هو الفقيه كابيتان حيث ذهب إلى القول أن أساس الفسخ هو نظرية السبب مستلهاً في ذلك أعمال كل من ديمو لومب ولارومير اللذين سبقا لهما أن أشارا إلى تلك النظرية في كتابهما. انظر: د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٢٠٦) د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

(٢٠٧) د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن، مرجع سابق، ص ١٤٣، ١٤٤.

(٢٠٨) انظر: د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ١٧١، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٢٥، ٢٦، د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٥٢، د. طلبه خطاب، المرجع السابق، ص ٥٢٦، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٦٠٠ - ٦٠٢، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤١٢، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦١٤.

ومفاد هذه النظرية أن أساس الفسخ هو استحالة التنفيذ، إذ القاضي عندما يحكم بالفسخ إنما يحكم به بعد أن يكون قد حاول بشتى الطرق من أجل تنفيذ العقد، بمنح المدين أجلاً أو مهلة للتنفيذ، ولكنه عندما يصبح التنفيذ غير ممكن فإنه هنا يكون الفسخ بسبب استحالة التنفيذ. ولقد أخذ بهذه النظرية الدكتور/ حلمت بهجت بدوي حيث يقول: "وهكذا يتبين ألا فرق في الطبيعة بين الفسخ لاستحالة التنفيذ الذي تناولناه في المطلب السابق، والفسخ الذي نحن بصدد، فكلاهما في الحقيقة، فسخ لاستحالة التنفيذ إذ القاضي لا يقضي بالفسخ لمجرد عدم التنفيذ، بل هو يقضي به لأنه يقرر أن تنفيذ الالتزام تنفيذاً يرضي الدائن طبقاً لغرضه الذي حفزه على التعاقد قد أصبح مستحيلاً وتقديره لهذه الاستحالة مسألة موضوعية متروكة لقاضي الموضوع فلا يخضع تقديره لرقابة محكمة النقض"^(٢٠٩)، وهو ما ذهب إليه أيضاً الدكتور/ جميل الشرقاوي في رسالته بطلان التصرف القانوني: "فأساس الفسخ أو مناهة كما رأينا هو الاستحالة: استحالة تنفيذ أحد الالتزامات التي تقع على عاتق أحد الأطراف في العقد، وهذا الأساس نفسه يوضح لنا اختلاف طريقة عمل الفسخ عن عمل البطلان، ذلك أن الاستحالة تنصب على تنفيذ الالتزام، وتعتبر سبباً لانقضائه دون أن يكون في هذا ما يمس المصدر الذي نشأ عنه هذا الالتزام"^(٢١٠).

وهذه النظرية تقتضي انفساخ العقد بقوة القانون عند تأكد القاضي من استحالة التنفيذ فيزول الالتزام لسقوط محله وبهذا يزول عندهم مصدر هذا الالتزام وهذا ليس بالصحيح، نعم زوال المحل يكون سبباً لزوال الالتزام، أما زوال مصدر هذا الالتزام بزوال محله فهذا ليس بالضرورة فإنه يمكن لهذا المتعاقد أن يطالب بتنفيذ العقد بمقابل أو على أساس المسؤولية العقدية بدلاً من فسخ العقد^(٢١١).

رابعا: نظرية التقابل والتعادل والتوازن في الالتزامات

وهذا ما ذهب إليه أغلب الفقه المصري، حيث يرون أن أساس الفسخ قائم على فكرة الارتباط القائم بين الالتزامات في العقود التبادلية، والارتباط يجعل من حق أي من المتعاقدين

(٢٠٩) د. حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص ٤٨٣.

(٢١٠) د. جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦م، ص ١٧٧.

(٢١١) انظر: سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٨٠، د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ٩٤٨، ٩٤٩.

طبقاً لمبادئ العدل أن يطالب بفسخ العقد إذا أخل المتعاقد الآخر بالتزامه^(٢١٢)، ويجعلون تأسيس الفسخ على أساس نظرية التقابل في الالتزامات الملزمة للجانبين، و جاءت هذه النظرية حصيلة تطور اختلطت فيه مفاهيم عدة مثل حسن النية والعدالة وكذا السبب والتي تقتضي توازناً وتقابلاً بين الأداءات المتقابلة^(٢١٣).

كما أنهم يجعلون فكرة التقابل تتسق مع طبيعة الفسخ كجزء يفرضه القانون عند الإخلال بالتزام شأنه في ذلك شأن التعويض، كما أنهم يؤيدون ذلك بقياسهم على أساس الدفع بعدم التنفيذ الذي هو كما جاء في المشروع التمهيدي للقانون المدني أنه ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة^(٢١٤).

ولقد أخذ بهذه النظرية الدكتور عبد الرازق السنهوري مخالفاً لما كان عليه رأيه في كتابه نظرية العقد من أخذه بنظرية السبب كما سبق، فقد جاء في كتابه الوسيط وهو شرح للقانون الجديد "ونؤثر كما بينا في نظرية السبب، أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر أن يوقف من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام وهذا هو الفسخ"^(٢١٥).

وأخذ بها أيضاً الدكتور جميل الشرقاوي مخالفاً لما ذهب إليه في مؤلفه بطلان التصرف القانوني من أخذه بنظرية استحالة التنفيذ كأساس للفسخ كما سبق، فقد جاء في كتابه النظرية العامة للالتزامات "...نستطيع أن نؤيد الرأي الذي يسر نظام الفسخ بفكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، فإن لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزام، جاز للآخر أن يطلب التحلل من التزامه هو أيضاً، بفسخ العقد"^(٢١٦).

خامساً : أساس الفسخ القضائي للعقد في القانون اليمني

والمشروع اليمني - كنظيره المصري- لم ينص على أساس فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ في حالة عدم الاتفاق، ولكننا بالرجوع إلى حكم مشابه للفسخ بسبب عدم التنفيذ وهو

(٢١٢) د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(٢١٣) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٦٠٢، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٢١٤) د. طلبه خطاب، المرجع السابق، ص ٥٢٦.

(٢١٥) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٥٢.

(٢١٦) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٤١٣.

الفسخ بسبب الإعسار أو الإفلاس وهو ما يعرف فقهيًا بخيار الفلاس وهو من الخيارات القانونية والتي لا تحتاج إلى شرط في العقد، ومضمونه حق البائع في فسخ العقد، واسترداد عين المبيع الخاص به مقدمًا في ذلك على الغرماء^(٢١٧)، فأستت المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني لذلك الفسخ على أساس الضرر، حيث جاء فيها: "...ومن له عين ماله تعطى له أو ثمنها إن كانت قد بيعت من المحكمة دون علم صاحبها حتى لا يضار بما لا يد له فيها..."^(٢١٨)

وهنا يمكننا القول بأنه يمكن أن يكون أساس الفسخ لعدم التنفيذ في القانون اليمني هو الضرر.

أما الفقه اليمني فيؤسس الفسخ على أساس العدالة، وفي هذا يقول الدكتور/ عبد الله الخياري: "... وبالتالي يمكن رد نظرية الفسخ على أساس العدالة وحسن النية، فالعدالة تقضي التعادل بين الطرفين في العقد الملزم للجانبين، وبالتالي فإن إخلال أحد المتعاقدين بهذا التعادل يكون من العدل عدم إلزام المتعاقد الآخر بعقد لم يقم بتنفيذه المتعاقد الأول، ونتيجة لذلك يكون للمتعاقد الذي لم يخل بالتزامه أن يتحلل من التزامه عن طريق الفسخ...."^(٢١٩)

سادسًا: المقارنة بين القانونين المصري واليمني

مما سبق نجد أن:

أن أساس الفسخ القضائي في القانون المصري هو ما ذهب إليه الفقه الغالب في مصر وهو نظرية التقابل والتعادل بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين، بينما أخذ بعض الفقه بنظرية السبب والآخر بنظرية استحالة التنفيذ، أما القضاء المصري فأخذ بنظرية الشرط الفاسخ الضمني وتلك النظريات منتقدة فقهيًا.

و أساس الفسخ القضائي في القانون اليمني هو الضرر وهو ما جاءت به المذكرة التمهيدية في تأسيس الفسخ بسبب الإعسار، والضرر، بينما ذهب الفقه اليمني إلى تأسيس الفسخ على أساس العدالة.

وبالمقارنة بين القانونين المصري واليمني في أساس الفسخ عند الخلاف بينهما واضح، فبينما هو نظرية دفع ضرر عدم التعادل والتوازن في الالتزامات في القانون المصري نجده هو نظرية التعادل والتقابل في القانون المصري.

^(٢١٧) حسن العنسي، المرجع السابق، ص ١٤١.

^(٢١٨) المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني، مرجع سابق، ص ١٥٣.

^(٢١٩) د. عبد الله الخياري، المرجع السابق، ص ١٤١، ١٤٢.

ونحن نرى أن ما عليه الفقه القانوني الغالب من تأسيس الفسخ القضائي على أساس فكرة التقابل بين الالتزامات، هو الأنسب؛ إذ أنها فكرة قانونية فنية قائمة على المنطق، أما تأسيس القانون اليمني الفسخ على أساس الضرر، فيعتبر أساسا عاما تقوم عليه كثير من الأحكام القانونية.

المطلب الثاني

الفسخ الاتفاقي

وسنذكر الفسخ الإتفاقي بذكر ماهيته وصيغته وصوره وأساسه كما يأتي:

الفرع الأول: ماهية الفسخ الإتفاقي

الفرع الثاني: صيغة الفسخ الإتفاقي وصوره.

الفرع الثالث: أساس الفسخ الإتفاقي .

الفرع الأول

ماهية الفسخ الاتفاقي

أولاً: موقف القانون المصري

نصت المادة ١٥٨ من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه" وجاء في المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة: "ويقضى مثل هذا الاتفاق إلى حرمان العاقد من ضمانتين (أ) فالعقد يفسخ حتماً دون أن يكون لهذا العاقد بل ولا للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ وإنما يبقى الخيار للدائن بداهة. (ب) ويقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للتقاضي على أن حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يسقط عنه ضمانه أخرى تتمثل في ضرورة الإعذار ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً"^(٢٢٠).

ومن خلال ما سبق عرّف الفقه الفسخ الاتفاقي بأنه: "حل ارتباط العقد بسبب عدم التنفيذ بمقتضى اتفاق صادر عن المتعاقدين قبل حصول عدم التنفيذ، أو هو اتفاق طرفي

(٢٢٠) معوض عبد التواب، المرجع السابق ص ٥٣.

العقد على أن يكون لأحدهما وهو الدائن في الالتزام الذي لم ينفذ فسخ العقد بإرادته المنفردة بواسطة تعبير عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر^(٢٢١).

والاتفاق على الفسخ هنا يكون قبل حصول عدم التنفيذ حيث يتم ذلك في العقد ذاته عند إبرام العقد، أو بعد إبرام العقد وقبل حصول عدم التنفيذ أما إذا حصل الاتفاق على فسخ العقد بعد حصول عدم التنفيذ فإن هذا يكون من باب التفاسخ والإقالة لا الفسخ الاتفاقي، والفرق بينهما أن الفسخ الاتفاقي يكون بأثر رجعي ويسرى في حق الغير أما التفاسخ فإنه لا يكون له أثر رجعي إلا إذا اتفقا عليه كما أنه لا يسري في حق الغير^(٢٢٢).

ويطلق بعض الفقه على الفسخ الاتفاقي بالفسخ القانوني على اعتبار أنه يقع بقوة القانون بمجرد طلب الدائن له دون حاجة إلى تدخل القضاء^(٢٢٣)، ويطلق عليه البعض الآخر بالفسخ التلقائي على اعتبار أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه^(٢٢٤).

ومن الناحية العملية لاسيما في أحكام القضاء أطلق عليه بالشرط الفاسخ الصريح وذلك للتفريق بينه وبين الفسخ القضائي والذي عبر عنه قضاءً بالشرط الفاسخ الضمني على أساس وجود شرط فاسخ ضمني.

والفسخ الاتفاقي-في بعض صوره- يختلف عن الفسخ القضائي في أنه ليس للقاضي فيه سلطة تقديرية فإذا ثبت للقاضي صحة الاتفاق ثم ثبت له وقوع التنفيذ فإنه في هذه الحالة يحكم بالفسخ دون أن يكون له أي خيار ويكون حكمه كاشفاً للفسخ على اعتبار أنه وقع بمجرد طلب الدائن له وكما أن المدين لا يكون له خيار في التنفيذ المتأخر وهذا كله بعكس الفسخ القضائي^(٢٢٥).

وجاء في أحكام محكمة النقض-بشأن أحد الطعون المطروح أمامها- في التفرقة بين الفسخ الاتفاقي والقضائي ما نصه: "الشرط الفاسخ الضمني [الفسخ القضائي] لا يستوجب

(٢٢١) انظر: د. حسن على الذنون، المرجع السابق، ص ١٨٣، د. محمد رفعت الصباحي، المرجع السابق، ص ٥٧٠، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٧٤، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٠٤.

(٢٢٢) انظر: د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٣٦٢، د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق ص ٩٨٣، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٤٠٤، د. محمد رفعت الصباحي، المرجع السابق ص ٥٦٩.

(٢٢٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ٦٣٠.

(٢٢٤) د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٦٥٥.

(٢٢٥) د. محمد حسين منصور، دور القاضي إزاء الشرط الفاسخ الصريح، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٢٠.

الفسخ حتمًا إذ هو خاضع لتقدير القاضي،... أما الشرط الفاسخ الصريح [الفسخ الاتفاقي] فهو موجب للفسخ حتمًا" (٢٢٦).

كما أن الفسخ القضائي يعد هو الأصل والفسخ الاتفاقي إنما هو استثناء لما له من خطورة في سلب سلطة القاضي وكذا سلب حق المدين في التنفيذ المتأخر بل وكذا الحق في الإعذار في بعض صوره؛ ولذا يلجأ الدائن إلى الفسخ القضائي عند سقوط الفسخ الاتفاقي وهذا ما أكدته محكمة النقض- بشأن أحد الطعون المطروح أمامها- بقولها: "... فإذا تبين له [أي القاضي] أن الدائن أسقط خياره في طلب الفسخ... وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي، فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقًا للمادة ١٥٧ من القانون المدني" (٢٢٧).

وجاء فيه في التفرقة بينهما من حيث طبيعة الحكم بالفسخ ما نصه: "إذا كان اقتضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالاً لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدني لا استناداً لوجود شرط فاسخ صريح في العقد فإن هذا القضاء يكون منشأً للفسخ لا مقررًا له" (٢٢٨).

والفسخ الاتفاقي غير الشرط الفاسخ العادي باعتباره وصفًا للالتزام، حيث يلاحظ أن القضاء يطلق على الفسخ الاتفاقي بالشرط الفاسخ الصريح وهنا يجب التنويه إلى التفرقة بينه وبين الشرط الفاسخ العادي، والذي هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يؤدي إلى زوال الالتزامات الناشئة عن هذا العقد بأثر رجعي، فهذا الشرط وإن كان يشابه الفسخ الاتفاقي في تعليق العقد فيهما على حادثة مستقبلية غير محققة الوقوع، ويتفقان في أنه ليس للقاضي فيها سلطة تقديرية كما أن حكمه يكون كاشفًا للفسخ فيها، إلا أنهما يختلفان من حيث الحادثة المعلق عليها العقد فهي في حالة الفسخ الاتفاقي حادثة عدم التنفيذ وتمثل في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، أما في حالة الشرط الفاسخ العادي فإن الحادثة هنا هي واقعة تحصل سوى عدم التنفيذ، كما أن العقد في الفسخ الاتفاقي لا ينفسخ من تلقاء نفسه بمجرد حصول عدم التنفيذ، وإنما يشترط هنا طلب الدائن له، فإذا ما طالب به الدائن انفسخ العقد؛ وذلك لحرية الدائن في التمسك به أو التنازل عنه؛ لأنه قرر لصالحه، أما في حالة الشرط الفاسخ

(٢٢٦) الطعن رقم ٥٨ لسنة ١٢٢٠ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢، د. محمد شتا أبو السعود، المرجع السابق ص ٩٤٧.

(٢٢٧) الطعن رقم ٤٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٩، المرجع السابق، ص ٩٤٩.

(٢٢٨) حكم محكمة النقض جلسة ١٩٦٩/٣/١٣، انظر: المستشار/ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص ١٧٣.

العادي فإنه يفسخ بمجرد حصول الواقعة المعلق عليها العقد ولا يكون للمتعاقدين خيار في ذلك^(٢٢٩).

وحول إطلاق اصطلاح الفسخ الاتفاقي أو الشرط الفاسخ الصريح، نجد أن الفقه مختلف حول ترجيح إطلاق معين فبينما نجد من يرجح إطلاق الفسخ القانوني على الفسخ الاتفاقي؛ لأن مصطلح الفسخ الاتفاقي يؤدي إلى اختلاط الفسخ الاتفاقي بالتقاييل أو التفاسخ^(٢٣٠)، بينما نجد البعض من يحبذ إطلاق مصطلح الشرط الفاسخ الصريح؛ لأنها استقرت عليه اللغة القضائية والقانونية^(٢٣١)، والبعض ينتقد إطلاق الشرط الفاسخ الصريح على الفسخ الاتفاقي؛ لأنها جاءت مقابلة للشرط الفاسخ الضمني في التعبير عن الفسخ القضائي وهذه نظرية مهجورة في تأسيس الفسخ عليه، كما أن هذا الإطلاق يؤدي إلى الاختلاط بينه وبين الشرط الفاسخ العادي^(٢٣٢)، ويرى البعض إطلاق الفسخ بالإرادة المنفردة على الفسخ الاتفاقي؛ لأنه يحصل بإرادة الدائن وحده^(٢٣٣)، وهذا منتقد أيضاً؛ لأنه يؤدي إلى اختلاطه في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة في العقود غير اللازمة.

والواقع أنه لا عبره في الاصطلاح حيث العبرة بالمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني، مع ضرورة التوضيح والتفرقة دون الاكتفاء بذكر المصطلح مجرداً، وإن كنا نحبذ إطلاق مصطلح الفسخ الاتفاقي عليه؛ وذلك لأن معظم الفقه القانوني يستخدمون هذا المصطلح^(٢٣٤).

ثانياً: الفسخ الاتفاقي في القانون اليمني

(٢٢٩) انظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص ١٦، د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق

ص ١٤، د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن، مرجع سابق ص ١٤٩.

(٢٣٠) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ٦٣٠.

(٢٣١) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص ١٨.

(٢٣٢) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ١٩، د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٧٤.

(٢٣٣) د. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام للقانون المدني في ثوبه الإسلامي، مطبعة الفتح للطباعة والنشر بالإسكندرية، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر، ص ٤٩٠.

(٢٣٤) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص ١٩، وجاء فيه ذكر الخلاف حول مصطلح الفسخ الاتفاقي

في الفقه الفرنسي حيث تتعدد المصطلحات التي تطلق الشرط الفاسخ الصريح والذي تفرقه عن الشرط الفاسخ العادي، ويقرر سبب هذا الخلاف هو في معني لفظ شرط في اللغة الفرنسية حيث يأتي عندهم بثلاث معاني مما يؤدي إلى اللبس لدى اللغة القانونية العربية أما في اللغة القانونية الفرنسية فإن هذا التفرد يساعدهم في التمييز بين المعاني المختلفة.

أما الفسخ الاتفاقي في القانون اليمني فقد جاءت أحكامه في نص المادة (٢٢٢) مدني يمّني حيث نصت على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ودون حاجة إلى حكم قضائي ولكن هذا الاتفاق لا يعفى من اختار الفسخ من الإعذار للطرف الآخر إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه ويجب على القاضي إذا ترافعا أن يحكم بالفسخ إذا تحققت شروطه".

وجاء في المذكرة الإيضاحية للنص السابق على: "أنه يجوز للطرفين أن يتفقا على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه في موعدها دون حاجة إلى حكم من القضاء بالفسخ، ولا يعفى الطرف الذي يختار الفسخ من إعدار الطرف الآخر به ما لم يتفق الطرفان على الإعفاء من الإعدار أيضاً، وفي حالة الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يكون دور القاضي هو التحقق من توافر شروط الفسخ فإذا تبين له توافرها قضى بالفسخ ولا يكون له منح أجل للملتزم أو رفض طلب الفسخ احتراماً لإرادة المتعاقدين" (٢٣٥). وعلى ضوء النصوص السابقة جاء تعريف الفقه اليمني للفسخ الاتفاقي بأنه: شرط يدرجه أحد المتعاقدين في اتفاقهما تحسباً لحدوث أي إخلال بالالتزامات المترتبة عليه. أو هو حل لارتباط العقد بمقتضى اتفاق صادر عن المتعاقدين قبل حصول التنفيذ (٢٣٦).

وهكذا نجد أن الفسخ الاتفاقي في القانون اليمني يكون قبل حصول عدم التنفيذ، أما إذا حصل بعد عدم التنفيذ فإنه يكون من باب التماسخ والإقالة المنصوص عليها في المادة ٢١١ مدني يمّني وهي الاتفاق بين المتعاقدين على إنهاء العقد والذي يقتصر أثره على المستقبل ويمكن أن يمد أثره إلى الماضي بناء على الاتفاق بينهما بشرط ألا يضر ذلك بحقوق الغير وتكون الإقالة كأنها عقد جديد بالنسبة للغير (٢٣٧).

والفسخ الاتفاقي في القانون اليمني غير الشرط الفاسخ العادي المنصوص عليه في المادة ٢٦٠ مدني يمّني بقولها: "يجوز تعليق زوال العقد على شرط إذا وجد انفسخ العقد..." وذكرت المذكرة الإيضاحية مثالا للشرط الفاسخ العادي وهو كقول أحد المتعاقدين إذا جاء ابني

(٢٣٥) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، مرجع سابق، المادة ٢١٨ من القانون السابق، ص ١٩٢.

(٢٣٦) انظر: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، مرجع سابق ص ٤٢٤، د.

محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق ص ٣٢٦، حسن العنسي، المرجع السابق

ص ٤٠، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق ص ٥٨، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٢٣٧) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٣١٦، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق

من السفر انفسخ عقد الإيجار بيني وبينك^(٢٣٨) و الشرط الفاسخ العادي يكون معلقاً على واقعة عامة غير عدم التنفيذ كما أنه ليست له طبيعة جزائية كما هو في الفسخ الاتفاقي^(٢٣٩).

ويختلف أيضاً الفسخ الاتفاقي في القانون اليمني عن الفسخ القضائي من حيث أن هذا الأخير يكون حكم القضاء لازماً لحصوله ولا يتم إلا به، أما الفسخ الاتفاقي فلا يكون حكم القضاء لازماً لحصوله؛ ولذا لا يكون للقاضي سلطة تقديرية، وإنما يجب على القاضي إذا ترفع المتعاقدان إليه بالفسخ إذا تحقق من توافر شروطه ولا يكون له منح الأجل للملتزم أو رفض طلب الفسخ كما هو في الفسخ القضائي^(٢٤٠).

كما أن الفسخ الاتفاقي في القانون اليمني يختلف عن خيار الشرط (التروي) المنصوص عليه في المادة ٢٣١ مدني يمني بقولها: "يجوز أن يشترط في العقد الذي يحتمل الفسخ الخيار بفسخه لكل من المتعاقدين أو لأحدهما..." وعرفه الفقه اليمني بأنه أمر عارض يثبت بمقتضى شرط مقترن بالعقد اللازم يخول المشتري أو المشتري له (الأجنبي) حق فسخ العقد أو إمضائه بإرادة منفردة وهذا الخيار يلزم أن يكون مقيداً بمدة معينة فإن لم تذكر مدة فإن القانون حدد مدة معينة يكون فيها العقد غير لازم في جانب من له حق الفسخ، وهي مدة عشرة أيام كأجل لهذا الخيار ينقطع الخيار بعدها لمن شرط له، وذلك حتى لا يظل العقد معلقاً على مدة مجهولة فيكون المتعاقد الآخر تحت رحمة من له الخيار^(٢٤١).

(٢٣٨) ص ٢٠٠

(٢٣٩) انظر: د. محمد حسين الشامي، مذكرات في أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٢٤٠) د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٢٤، ٣٢٥.

(٢٤١) انظر: د. عبد الله العلفي، المرجع السابق ١٨٥، حسن العنسي، المرجع السابق، ص ١٢٥. وخيار الشرط مأخوذ من الشريعة الإسلامية وشرع لأجل التروي والتثبت والنظر وتمكين المتعاقدين من المشورة ولذا سمي هذا الخيار بخيار التروي لأنه إنما يشترط في العقد للتروي، ومراجعة النفس أو مراجعة الغير، ويعرف خيار الشرط في الفقه الإسلامي بأنه ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ بناء على اشتراطه، والأصل فيه قوله ﷺ: "إذا بايعت فقل لاخلافه ولي الخيار ثلاثة أيام"، رواه البخاري في صحيحه، مطبوعات المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، ١٣٩٠ هـ - ١٩٧٠ م، الحديث رقم (١٩١٢)، ج ٤، ص ٤٢، كما عللوا جوازه بكونه حق يعتمد على الشرط كالأجل، انظر بهاء الدين عبد الرحمن المقدسي، العدة شرح العمدة، دار إحياء الكتب العربية - القاهرة، ص ٢٢٨، د. يوسف قاسم، المرجع السابق ص ٤١١، سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر - دمشق، ط ١ ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م، عبد الله السرحي، تيسير المرام، طبعة المعهد العالي للقضاء في الجمهورية اليمنية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، ص ١٩٠.

وهكذا نجد أن خيار الشرط يتفق مع الفسخ الاتفاقي في أن كلا منهما يقتضي فسخ العقد عند تحقيق الشرط المعلق عليه بقاء العقد، إلا أن هذا الشرط هو عدم التنفيذ في الفسخ الاتفاقي أما في خيار الشرط فهو الإرادة المطلقة لأحد العاقدين أو لأجنبي عنهما اشترط الخيار له؛ ولذا كانت هذه الإرادة مقيدة بمدة معينة في خيار الشرط حتى لا يظل العقد مهددًا بالزوال بسبب إرادة أحد المتعاقدين دون أن يكون للطرف الآخر أي ذنب مما يضر به وهذا بعكس الفسخ الاتفاقي الذي لا يقيد بمدة معينة وإنما يكون مقيدًا بحصول عدم التنفيذ متى ما حصل وهذا ليس فيه ضرر على المدين؛ لأنه هو الذي حصل الخلل بسببه وهذا يوافق طبيعة الفسخ الجزائية بعكس خيار الشرط فإنه ليس له طبيعة جزائية^(٢٤٢).

وكما قرر الفسخ الاتفاقي المشرع اليمني والفقه اليمني، نجد القضاء اليمني يقرره أيضًا حيث يجيز الاتفاق في العقد على فسخه عند عدم التنفيذ فمنها الحكم بفسخ عقد بيع بسبب إدراج شرط الوفاء فيه والذي يقتضي بفسخه عند عدم الوفاء، حيث جاء في نص الحكم: "البيع غير نافذ ومفسوخ لعدم حصول الشرط وهو الإيفاء"^(٢٤٣).

ثالثاً: المقارنة بين القانونين المصري واليمني

(٢٤٢) حسن العنسي، المرجع السابق ص ١٢٥.

(٢٤٣) حكم المحكمة الثانية الشرعية بلواء صنعاء جلسة ٢٠ محرم ١٣٩٧هـ - ١٩٧٦م حكم غير منشور، والفسخ الاتفاقي قد جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية، إذ هو يشبه إلى حد كبير خيار الشرط في جواز تعليق العقد على شرط، بل قد جاء من الفقه الإسلامي ما يقيد هذا الشرط بعدم الوفاء، حيث أجازوا فسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالثمن في عقد البيع في خلال مدة معينة، وعرف هذا بخيار النقد وهو: حق يشترطه العاقد للتمكن من فسخ العقد لعدم النقد، وصورته أن يتبايع اثنان من غير دفع الثمن على أن يؤدي المشتري الثمن في مدة معينة وإن لم يؤديه في هذه المدة فلا بيع بينهما إلا أنه يجب أن يكون مقيدًا بمدة معينة، حيث أجاز الفقهاء هذا النوع من الخيار للحاجة إليه، وهكذا نجد أنه يوجد في الفقه الإسلامي ما يؤيد الفسخ الاتفاقي ويوافقه في كونه تعليق بقاء العقد على واقعة عدم التنفيذ، انظر: د. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م، ص ٦٣١، د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق ج ٤ ص ٢٧٥ على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، دار الجيل بيروت، عام ١٤١١هـ - ١٩٩١م، مجلد أول ص ٣٠٩، المواد ٣١٣ - ٣١٥ من مجلة الأحكام العدلية، د. أشرف محمد محمود الخطيب، خيار النقد، خيار النقد ومدى تطبيقاته في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٤١٨هـ - ١٩٩١م ص ٩٦، سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص ١٢٦.

مما سبق نجد التشابه بين كل من القانونين المصري واليميني في ماهية الفسخ الاتفاقي، بأنه حل ارتباط العقد عند عدم التنفيذ بناء على إدراج المتعاقدين شرط في العقد يقضى بذلك، كما أن الفسخ الاتفاقي يختلف عن كل من التفاوض والشرط الفاسخ العادي فالأول يحصل بإرادة الطرفين أما الثاني فإنه يفسخ بمجرد حصول الشرط وليس لأحد من المتعاقدين توقيه.

الفرع الثاني

صيغة الفسخ الاتفاقي وصوره

أولاً: صيغة الفسخ الاتفاقي

ويشترط في صيغة الفسخ الاتفاقي أن يكون الاتفاق صريحاً قاطعاً في الدلالة على نية المتعاقدين في فسخ العقد عند إخلال أحدهما بالتزامه بأن يفسخ العقد دون حكم قضائي أي هذه الصيغة يجب أن تكون أيضاً صريحة في استبعاد سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ^(٢٤٤).

وهذا ما أكدته محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها - بقولها: "الشرط الفاسخ الصريح لا يقتضي الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحقيقه"^(٢٤٥).

وأهمية كون الشرط الفاسخ صريحاً وقاطعاً؛ ترجع لما للفسخ الاتفاقي من خطورة في حرمان المدين من سلطة القاضي التقديرية التي تعد ضماناً كبيرة في المحافظة على حقوق الأطراف، كما أنها لا تجعل لأحد المتعاقدين الحق في التعسف في استعماله، كما أنه يحرم المدين من حقه في التنفيذ المتأخر؛ ولذا لزم على القاضي التأكد من وجود هذا الشرط والتأكد أيضاً من عدم تنازل الدائن عنه صراحة أو ضمناً كقبوله التنفيذ المتأخر أو قيامه برفع دعوى التنفيذ قبل دعوى الفسخ، كما أن سلطة القاضي مقيدة في الفسخ الاتفاقي عند الحكم به ولا تكون واسعة إلا في حالة التأكد من وجود وصحة الشرط الفاسخ الصريح في الفسخ الاتفاقي، وعلى القاضي هنا ألا يتوسع في تفسير هذا الشرط الفاسخ بما يجعله نافذاً، بل عليه قدر الإمكان أن يضيق من وجود هذا الشرط؛ لما له من خطورة كما سبق؛ ولأنه هو الاستثناء فيجب

(٢٤٤) انظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص ٥٢، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق

ص ٦٠٥، د. حسام الأهواني، المرجع السابق ص ٥٧٦.

(٢٤٥) الطعن رقم ٨٢ لسنة ١٨٠٠ ق جلسة ١٢/١/١٩٥٠م، معوض عبد التواب، المرجع السابق ص ٥٢٢.

عدم التوسع فيه، فالأصل هو الفسخ القضائي فعلى المحكمة إذن التحري من حقيقة مراد المتعاقدين^(٢٤٦).

ومع أهمية الشرط الفاسخ الصريح فإن القانون المصري لم يشترط أن تكون له صيغة معينة أو ألفاظ خاصة تدل على نية المتعاقدين في الفسخ في حالة الإخلال بالالتزام، المهم أن تكون صريحة وقاطعة وألا تكون عبارة عن ترديد للفسخ القضائي بأن تتجه نيتهما إلى إلغاء سلطة القاضي التقديرية^(٢٤٧).

ومحكمة النقض أشارت إلى أنه لا يشترط للفسخ الاتفاقية صيغة معينة حيث جاء فيها: "لا يشترط القانون ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح وعلى ذلك فإن النص في الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إعدار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه"^(٢٤٨) وجاء في حكم آخر لها بإلغاء الشرط الفاسخ الصريح بسبب كونه لا يُعد إلا ترديداً للفسخ القضائي حيث جاء فيها: "... فإذا كانت عبارة الشرط هي أنه إذا أخلت المشتري بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغياً... الخ فإنها لا تعدو أن تكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين فلا يكون الفسخ حتمياً"^(٢٤٩). فعلى هذا إذا كانت صيغته الشرط بأن يكون العقد مفسوخاً دون ذكر الحاجة إلى حكم القضاء لا يكون هذا من قبيل الشرط الفاسخ الصريح بل يكون ذلك من باب التأكيد على الفسخ القضائي فقط، وذلك من أجل التضييق قدر الإمكان من نطاق الشرط الفاسخ الصريح^(٢٥٠).

^(٢٤٦) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ٦٣٦، د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٦٥٥، د. سيف البلعاوي، المرجع السابق ص ٤٠٦، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦١٤، د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ص ٤٠٦.

^(٢٤٧) انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٣٣٦، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦١٥.

^(٢٤٨) الطعن رقم ٤٧٨ ق جلسة ١٩/٤/١٩٧٨م، د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق ص ٩٧٢، كما جاء أيضاً "ليس للشرط الفاسخ الصريح صيغة معينة - استخلاص محكمة الموضوع ذلك من عبارات العقد التي تحمل المعنى الذي أخذت به لا رقابة لمحكمة الموضوع في هذا التفسير" انظر حكم محكمة النقض جلسة ٢٨/١٠/١٩٦٥م، أحمد سمير أبو شادي، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض، دار الكتاب العربي، القاهرة، ص ٧٤.

^(٢٤٩) الطعن رقم ٨٢ لسنة ١٨ ق جلسة ١٢/١/١٩٥٠م، معوض عبد التواب، المرجع السابق ص ٥٢٣.

^(٢٥٠) انظر: د. حسام الأهواني، المرجع السابق ص ٥٧٧، د. طلبه وهبه خطاب، المرجع السابق ص ٥٣٣، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣١٦، د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ١٧٦، د. عبد الرزاق

ثانياً : صور الفسخ الاتفاقي

ومع عدم اشتراط صيغة معينة في الفسخ الاتفاقي، إلا أننا نجد أن المشرع المصري في المادة ١٥٨ من القانون المدني يذكر للفسخ صورتين وهما الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً بدون حاجة إلى حكم قضائي مع ضرورة الإعذار، والصورة الثانية: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً بدون حاجة إلى حكم قضائي أو إعذار. فهكذا نجد للفسخ الاتفاقي صورتين الأولى يشترط فيها الإعذار والثانية لا يشترط فيها الإعذار^(٢٥١).

أما الصورة الأولى: وهي الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى حكم، وهي المذكورة في نص المادة ١٥٨ بقولها: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه" وهذه الصورة هي أضعف الصورتين في الفسخ الاتفاقي، ففي هذه الصورة يفسخ العقد من تلقاء نفسه ولا حاجة للحكم القضائي إلا إذا حصل تنازع حول وقوع عدم التنفيذ فإنه يلجأ إلى القضاء للفصل في النزاع والتأكد من صحة الاتفاق أولاً ثم من وقوع الإخلال ثانياً فإذا تأكد من ذلك وجب عليه في هذه الحالة الحكم بالفسخ فوراً دون أن يكون له أي سلطة تقديرية في منح مهلة للمدين أو رفض الفسخ، ولا يكون للمدين أيضاً توقي الفسخ بالتنفيذ المتأخر فهنا لا يحد من حق الدائن في الفسخ شيء إلا إعذار المدين فلا يحكم القاضي هنا بالفسخ إلا بعد التأكد من قيام الدائن

السنهوري، الوسيط مرجع سابق ص ٩٨٥، حيث ناقش المرحوم الدكتور السنهوري هذه الصيغة وقال بجواز فسخ العقد بوسطتها ويمكن أن تكون من باب الفسخ الاتفاقي وتسلب بالتالي سلطة القاضي التقديرية إلا أنه لم يجعل ذلك على إطلاقه أي من اللفظ نفسه بل يكون ذلك بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين، لمعرفة ما إذا كانت إرادتهم تتجه إلى فسخ العقد دون تدخل القاضي، ثم توصل إلى صعوبة معرفة ذلك حيث هي ضابط غير محدد ورجح رأي غالب الفقه في ضرورة أن تكون الصيغة صريحة في سلب سلطة القاضي التقديرية في الفسخ.

(١) انظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٦٣، ونلاحظ هنا أن أغلب الفقه يذكرون للفسخ ثلاث صور، الصورة الأخيرة منها تشابه الصورة الثانية هنا من حيث فسخ العقد من غير حكم قضائي ولا أعذار أما الصورة الأولى عندهم فتكون فسخ العقد من تلقاء نفسه، والثانية فسخ العقد من تلقاء نفسه بدون حكم قضائي، وهذه التفرقة بين تلك الصورتين لا أثر لها من الناحية العملية لأن الفسخ الاتفاقي يفسخ بمجرد طلب الدائن له وإذا حصل خلاف بين المتعاقدين فإنهم يلجئون إلى القاضي للكشف عن الفسخ فقط وهنا يستوي هذا في الصورة الأولى والثانية، والنص على استبعاد حكم القضاء إنما هو من باب تحصيل حاصل وهو أيضاً من باب التأكيد على سلب سلطة القاضي التقديرية كما هي في الفسخ القضائي؛ ولذا حبذنا تقسيم الدكتور عبد الحي حجازي في تقسيم الفسخ إلى صورتين لأنه موافق لنص المادة ١٥٨ مدني مصري.

بإعذار المدين بالتنفيذ، فالإعذار ضمانات قوية منحها المشرع للمدين فلا يجوز الإعفاء منها إلا باتفاق صريح من المتعاقدين على استبعاده كما نراها في الصورة الثانية من صور الفسخ الاتفاقي^(٢٥٢)، ويجب هنا التنبيه إلى أن نص المادة السابقة يوهم بأن الفسخ يحصل من تلقاء نفسه بمجرد عدم التنفيذ من دون طلب الدائن وهذا ليس صحيحاً إذ أنه لا بد من أن يقوم الدائن بطلب الفسخ؛ وذلك لاحتمال أن يكون الدائن قد تنازل عن الفسخ الاتفاقي، حيث يكون للدائن الخيار في التنفيذ أو الفسخ^(٢٥٣).

أما الصورة الثانية من صور الفسخ الاتفاقي فهي الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً دون حاجة إلى حكم قضائي أو إعذار المدين، وهي المنصوص عليها في المادة ١٥٨ مدني مصري بقولها: "وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق صراحة على الإعفاء منه" فهذه الصورة أقوى صور الفسخ حيث يحتاط المتعاقدان لأنفسهما في التأكيد على الفسخ في حالة الإخلال بالالتزام فيستبعدون جميع الضمانات للمدين ومنها إعذاره بالتنفيذ حيث يحصل الفسخ من تلقاء نفسه من دون حكم أو أي قيد سوى خيار الدائن في المطالبة بالفسخ^(٢٥٤).

ثالثاً: صيغة الفسخ الاتفاقي وصوره في القانون اليمني

أما القانون اليمني فيشترط في الفسخ الاتفاقي فيه أن يكون صريحاً قاطعاً في الدلالة على الفسخ، فإذا كان الشرط الفاسخ غير صريح في الدلالة عليه كما إذا اشترط أن يفسخ العقد إذا أخل أحد الطرفين بالتزامه فلا يكون هذا من قبيل الفسخ الاتفاقي وهو لا يعنى إلا ترديداً للفسخ القضائي^(٢٥٥).

(٢٥٢) د. حسام الأهواني، المرجع السابق ص ٥٧٧.

(٢٥٣) انظر: د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن، مرجع سابق ص ١١٦، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص ٩٧، د. سيف البلعاوي، المرجع السابق ص ٣٠٦.

(٢٥٤) انظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٤١، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٩٩١، وانظر في ذلك حكم النقض الطعن رقم ١٦٣٩ لسنة ٥٠ق، جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠، د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق ص ٩٧٣.

(٢٥٥) انظر: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق ص ٤٢٥، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٨٠٢، د. مطهر علامه، المرجع السابق ص ٢٤٩ وكونه يشترط في الفسخ الاتفاق أن يكون صريحاً وقاطعاً نجد الشريعة الإسلامية تقرر كقاعدة عامة ضرورة أن تكون التجارة وتبادل الأموال بالعقود بالتراضي إذ يقول إليه سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [سورة النساء] فاعتبرت الشريعة أن أخذ المال بغير رضا يكون من باب أكل أموال الناس بالباطل، ولذا جعل الفقهاء الرضا

وحول أهمية وجود الشرط الفاسخ الصريح والتأكد من ثبوته جاءت أحكام القضاء اليمني مؤكدة ضرورة إثبات وجود الشرط الفاسخ حتى يمكن الحكم به حيث قضت في حكم لها بناء على دعوى الدائن (البائع) بطلب الفسخ في عقد بيع لورشة حيث طالب فيها بفسخ العقد وتسليم الورشة وردها بناء على شرط يقتضي بأنه إذا لم يسدد المدين (المشتري) المبلغ المذكور في وقته فالبيع مفسوخ، حيث قضت هنا المحكمة بالفسخ وجاء في حيثيات الحكم ما يلي: "... ولدى التأمل تبين الاتفاق بين الطرفين على دفع بقية الثمن في نجمين [قسطين]، وإنه إذا لم يف المشتري لكل نجمة [قسط] في وقتها المحدد فإن البيع ملغي، وهو شرط موجب لفسخ العقد كما يظهر..." (٢٥٦).

وبالعكس نجد حكمًا آخر يقضي برفض فسخ العقد لعدم ثبوت الشرط الفاسخ حيث جاء فيها: "... وبدعوى أنه شرط عليه ذلك [أي الفسخ عند عدم الوفاء] فلم يظهر أن هناك أي شرط بهذا ويكذب ذلك البصيرة [أي العقد] الذي يزعم المدعى أنه شرط الفسخ..." (٢٥٧).

أما عن صور الفسخ في القانون اليمني فإنه يتبين من نص المادة ٢٢٢ مدني يمني أن للفسخ صورتين.

الصورة الأولى أن يصاغ العقد على أن يعتبر العقد مفسوخًا من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ ودون حاجة إلى حكم من القضاء، فهنا يكون الحكم غير لازم، وعند اللجوء إلى القضاء تسلب سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ وتبقى له سلطة تقديرية في التأكد من وجود الشرط ووقوعه مع ضرورة إعداد المدين.

ركن من أركان العقد بل جعلها بعضهم هي الركن الوحيد في العقد، ولما كان الرضا أمر نفساني داخلي، لا يعرف ذلك إلا بتوجه إرادة الأفراد للتعاقد عن طريق ألفاظ يعبرون بها عن إرادتهم وهذه هي الصيغة ولذا عبروا عن ركن التراضي بالصيغة واشتراطوا أن تكون واضحة قاطعة الدلالة في التعبير عن الإرادة ولذا إذا شاب الإرادة ما يعيبها من غلط أو استغلال فإن العقد يكون قابلاً للإبطال، وهكذا نجد أن هذا الشرط يوافق الشريعة الإسلامية انظر. د عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة عشر، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، ص ٢٤٢، د. مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار الفكر، دار المؤرخ العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ج ١ ص ٣١٩، د. عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٢٥٦) محكمة شرق أمانة العاصمة، القضية رقم ٣٧ لسنة ١٤٠٦هـ، غير منشور.

(٢٥٧) محكمة شرق أمانة العاصمة، القضية رقم ٤٣ لسنة ١٤٠٦هـ، غير منشور.

أما الصورة الثانية ففيها يصاغ الشرط في العقد على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي ولا إعدار للمدين وهذه الصورة أقوى من الصورة الأولى حيث تحرم المدين من الإعدار، وفي كلتا صورتين يظل حق الدائن باقياً في الخياريين الفسخ والتنفيذ؛ فلذا لزم أن يطالب بالفسخ لاحتمال تنازله عنه^(٢٥٨).

رابعاً: المقارنة بين القانونين المصري واليميني

مما سبق نلاحظ اتفاق القانونين المصري واليميني في تقرير ثبوت الشرط الفاسخ الصريح وكونه قاطعاً في الدلالة على الفسخ في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه واستبعاد سلطة القاضي فيه، وذلك كي يكون شرطاً للفسخ الاتفاقي ويتفقان أيضاً من حيث صور الفسخ حيث له صورتان، الأولى الاتفاق على أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى حكم قضائي، وفي هذه الصورة لابد من إعدار المدين. أما الصورة الثانية فهي: الاتفاق على أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى حكم قضائي ولا إعدار.

وهكذا نجد تشابهاً كبيراً بين القانونين المصري واليميني في الفسخ الاتفاقي وسبب ذلك هو التشابه في النصوص القانونية المنظمة له في كلا القانونين.

الفرع الثالث

أساس فسخ العقد الاتفاقي

وستتناول هنا الأساس القانوني لفسخ العقد في حالة الاتفاق فالتعاقدان يقومان بالاتفاق أثناء العقد على فسخه في حالة الإخلال بالتنفيذ، فما مدى مشروعية إدخال شرط في العقد يقضي بإنهائه عند حدوث شيء وهو عدم التنفيذ، وهنا سيدخل ذلك في نظرية الشروط في العقد، ومقتضاها أنه يسوغ للمتعاقدين أن يشترطا في العقد ما يشاءان من الشروط على أن لا تخالف الآداب العامة والنظام العام ويصبح بذلك الشرط جزءاً من العقد فلذا تكون له القوة

(٢٥٨) انظر: د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٨٠٣، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، د. مظهر علامة، المرجع السابق ص ٢٤٩، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق ص ٦١، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٨. ونلاحظ هنا أن الفقه اليميني اتجه اتجاه غالب الفقه المصري في تقسيم صور الفسخ إلى ثلاث صور رغم أن هذا مخالف لنص المادة ٢٢٢ مدني يمني بشأن الفسخ الاتفاقي.

الملزمة للعقد ويكون مصدر هذا الشرط هو العقد وإرادة المتعاقدين^(٢٥٩)، وسنتناول الأساس القانوني لحرية التعاقد في كل من القانونين المصري واليمني.

أولاً: أساس فسخ العقد الاتفاقي في القانون المصري

أما عن أساس الشرط القاضي بالفسخ في الفسخ الاتفاقي، فترجع إلى حرية التعاقد والتي أساسها مبدأ سلطان الإرادة والذي يعد أيضاً أساس القوة الملزمة للعقد، وهذا المبدأ جاء بالنقيض تماماً للشكلية العقدية، والتي كانت سائدة قديماً، حيث كانت لا تعترف بالتراضي، وكان ظهور هذا المبدأ نتيجة للفلسفة السياسية الفردية السائدة في القرن الثامن عشر، والحرية الرأسمالية في الاقتصاد والتي بلغت ذروتها في القرن التاسع عشر، وكان ذلك معبراً عن فقه الفلسفة القانونية التي كانت سائدة في أعقاب الثورة الفرنسية^(٢٦٠)، ويقتضي هذا المبدأ أن الالتزام العقدي يرتكز على إرادة المتعاقدين، فهذه الإرادة هي التي تحدد في الوقت نفسه نطاق الحقوق والالتزامات التي تم التعبير عنها، ولهم أيضاً إدراج ما يشاءون في العقد، وهنا لزم أن يضيق تفسير النظام العام والآداب العامة لكي يتسع نطاق سلطان الإرادة فالتناسب بينهما عكسي فزيادة نطاق أحدهما يكون على حساب الآخر. ويرجع مبدأ سلطان الإرادة إلى أساس فلسفي، يقوم على اعتقاد راسخ بأن هناك، حرية طبيعية للإنسان، فالإنسان لا بد أن تكون له حقوق في مواجهة الدولة، فالمجتمع لا بد من أن يقر للإنسان بأكبر قدر من الحقوق وأن يكرس الحرية التي تخصه بصفة طبيعية ومبدأ سلطان الإرادة أحد وجوه هذه الحرية؛ ولذا تكون للإنسان الحرية الكاملة في تقييد نفسه بأي شروط تملئها رغبته^(٢٦١) وحرية، ومع هذا فإن هذا المبدأ تبدو عليه قيود، كعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، وكذا وجوب تطبيق العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية^(٢٦٢).

(٢٥٩) د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، ص ٢٩.

(٢٦٠) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٠، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٠، وما بعدها.

(٢٦١) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٨٥، وما بعدها، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٢٦٢) انظر: طلبه وهبه خطاب، المرجع السابق، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، ط ٣، ٢٠٠٠م، ص ٤٧، د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م، ص ١٨، ١٩.

فقد نصت المادة (١٤٧) على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، كما تنص المادة (١٤٨) على أنه: "يجب تنفيذ العقد وفقًا لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع حسن النية"، كما نصت المادة ١/٢٦٦ على أنه: "لا يكون الالتزام قائمًا إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفًا. أما إذا كان فاسخًا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم" (٢٦٣).

ثانياً: أساس فسخ العقد الاتفاقي في القانون اليمني:

أما أساس فسخ العقد في حالة الاتفاق في القانون اليمني فهو يرجع إلى نظرية الشروط في العقود وجواز تعليق العقد على شرط فقد أجاز القانون اليمني تعليق العقد على شرط فاسخ صريح (٢٦٤).

(٢٦٣) انظر: د. عادل حسن على، الإثبات - أحكام الالتزام، ٢٠٠٠م، ص ٤١٧، د. محمد لبيب شنب، دروس في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٧٠، د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ١٦١، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٥٩.

(٢٦٤) انظر: المواد ٢٥٩، ٢٦٠ من القانون المدني اليمني، د. محمد حسين الشامي، مذكرات في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ١٢٩.

ثالثاً : المقارنة بين القانونين المصري واليمني

وبالمقارنة بين القانونين المصري واليمني نجد توافق القانونين السابقين في جعل أساس
فسخ العقد في حالة الاتفاق هو حرية التعاقد الذي أساسه مبدأ سلطان الإرادة.

الفصل الثاني

مفهوم المجموعة العقدية

تقسيم

وستكلم هنا عن التعريف بالمجموعة العقدية، وهذا يستلزم معرفة مفهوم المجموعة العقدية وتمييزها عن غيرها، وصورها، ولذا سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول : التعريف بالمجموعة العقدية وتمييزها عن غيرها.

المبحث الثاني : صور المجموعة العقدية.

المبحث الأول

التعريف بالمجموعة العقدية
وتمييزها عن غيرها

تقسيم

وستتناول في هذا المبحث التعريف بالمجموعة العقدية، ثم ستميزها عن غيرها من الأنظمة القانونية الأخرى التي قد تشتبه بها.

المطلب الأول : التعريف بالمجموعة العقدية.

المطلب الثاني : تمييز المجموعة العقدية عن غيرها.

المطلب الأول

التعريف بالمجموعة العقدية

وستتناول هذا المطلب من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول : نشأة المجموعة العقدية.

الفرع الثاني : ماهية المجموعة العقدية.

الفرع الأول

نشأة المجموعة العقدية

إن وجود أي نظام قانوني يستلزم أولاً وجود مشكلة واقعية حتمتها ظروف الحياة، نتج عنها مصاعب قانونية، مما يؤدي ذلك إلى ضرورة إيجاد نظام قانوني يقوم على حل تلك المشكلات القانونية التي أوجدها الواقع الفعلي.

وعند النظر إلى المجموعة العقدية، نجد أنها وجدت من الناحية الفعلية بوجود العقود التي كونت المجموعة العقدية، والعقد عموماً هو توافق إرادتين على ترتيب آثار قانونية^(٢٦٥)، وتوافق تلك الإرادات لم ينشأ إلا بعد وجود تطور اقتصادي للمجتمع، حيث أدى ذلك التطور إلى وجود علاقات بين أفراد المجتمع، وهذه العلاقات تتطور تبعاً للتطور الاقتصادي لتلك المجتمعات^(٢٦٦)، فنجد مثلاً أن ظهور المعاملات بين الناس جاء نتيجة لتطور نظام الملكية من ملكية جماعية إلى ملكية خاصة، وكذا بوجود نظام التخصص في العمل وتقسيمه إلى زراعة ورعي ونحوه، حيث أدى هذا أيضاً إلى وجود فائض في المنتجات، فصاحب الزراعة يأخذ جزءاً مما ينتجه ويسد به حاجاته ويفيض منه شيء، ومثله - أيضاً - صاحب الماشية ونحوه، كما أن حاجة كل شخص لا تكفيه ما لديه من منتجات، فصاحب الزراعة يحتاج إلى صاحب

الصناعة لسد حاجاته منه والعكس كذلك؛ ولذا لزم أن يأخذ كل واحد من الآخر حاجته، ويعطيه مقابله ما يحتاجه الجانب الآخر منه، وهنا ظهرت أهمية التبادل في الأشياء بين الأفراد،

(٢٦٥) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٨٠، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٨، ٢٩.

(٢٦٦) انظر: د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ١٥، د. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة)، دار البحوث العلمية - الكويت، ط ١، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م، ص ٢٧، د. محمد سعد خليفة، العقود المسماة، ٢٠٠٣ م، بدون دار نشر، ص ٥.

ويكون هذا التبادل بتلاقي إرادتين وهي إرادة كل صاحب حاجة مع الآخر وتلاقي تلك الإرادات وجد نظام العقد والذي ينظم ذلك التبادل في الحاجات والمنافع، فالعقد إذاً نظام وجد بسبب التطور الاقتصادي الذي أدى إلى الحاجة في تبادل الأشياء بين الناس، والذي جاء أيضاً بسبب التطور الاجتماعي بين الأفراد^(٢٦٧).

وقد كان التبادل في البداية بين السلع فيما يعرف بالمقايضة أي المبادلة، ولكن هذا أوجد مشاكل عملية وذلك أنه قد لا يكون الشخص الآخر بحاجة للسلعة عند الأول كحاجة الأول للسلعة عند هذا المتعاقد، مما أدى بالناس إلى ضرورة البحث عن سلعة تكون وسيطة لتبادل السلع، وتكون هذه السلعة مرغوبة للجميع، وعندما تطور المجتمع وتم اكتشاف الذهب والفضة أصبحت هي السلعة الوسيطة بين الأفراد، وأطلق عليها النقود^(٢٦٨)، وأطلق على العقد الذي تكون فيها النقود محل المبادلة بعقد البيع كما ظهرت الحاجة إلى التبادل بين تلك السلعة الوسيطة (النقود) وعرف ذلك بالصرف^(٢٦٩).

كما ظهرت الحاجة إلى الانتفاع بالشيء دون تملكه حيث أصبحت المنفعة هي محل العقد وعرف هذا بالإيجار، سواء كان ذلك منفعة شيء ثابت كالدار للسكنى أو متحرك كالسيارة للانتقال والذي عرف بعقد النقل، وقد تكون الحاجة إلى الانتفاع بعمل الشخص كإجارة الخياط على إخطاة ثوب وعرف هذا بعقد العمل^(٢٧٠).

كما أدى التطور الاقتصادي إلى حاجة الناس إلى نوع من التبادل المركب، وذلك مثل التبادل بين النقود وبين العين والعمل، وعرف ذلك بعقد المقاولة حيث يقدم المفاوض العمل وكذا

(٢٦٧) انظر: د. عباس الصراف، المرجع السابق، ص ٣٠، د. عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص ١٣.
(٢٦٨) انظر: د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، على بن محمد الجمعة، معجم المصطلحات الاقتصادية الإسلامية، مكتبة العبيكان، الرياض، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص ٩٥، محمد حلمي عيسى بك، شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية والشريعة الإسلامية، مطبعة دار المعارف بمصر، ١٣٣٤هـ - ١٩١٦، ص ١٠٩، وكان ظهور النقود على شكل المعادن بشكلها الطبيعي، ولكن نظراً لظهور مشاكل في الوزن أدى إلى سك تلك المعادن على شكل نقود مضبوطة في الحجم والوزن، انظر المرجع السابق، ص ١٠.
(٢٦٩) انظر: على بن محمد الجمعة، المرجع السابق، ص ٩٥، د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج ٤، ص ٦٣٦، محمد حلمي عيسى، المرجع السابق، ص ١٠.
(٢٧٠) انظر: د. عباس الصراف، المرجع السابق، ص ٢٨، د. عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٩٤.

المواد^(٢٧١)، وهذا فيه اختلاط بين البيع والإجارة فهو بيع باعتباره يؤدي إلى تملك شيء وهو إجارة باعتباره يؤدي إلى منفعة شخص ولذا لم يعرف عقد المقاوله بهذا الاسم في الشرائع السابقة وعرف كنوع من أنواع عقد الإيجار^(٢٧٢).

ذلك التطور السابق في المعاملات بين الأفراد والعقود المنظمة لها لم يقف على ما هو عليه، فبظهور الثورة الصناعية في أوروبا في القرن الثامن عشر نتيجة لظهور الاختراعات الجديدة، وما نتج عنه من إحلال الآلة محل الإنسان في كافة المجالات والذي أدى ذلك إلى تطور كبير في عملية الإنتاج واتساع مجالات التبادل وظهور علاقات جديدة أدت إلى التطور في مفهوم فكرة العقد^(٢٧٣).

ففي مجال تبادل الأعيان مثلاً، نجد أن الصناعات تطورت كثيراً مما عليه سابقاً وأدى ذلك إلى ظهور صناعة الأشياء الثقيلة ذات القيمة المالية المرتفعة كالمطائرات والسفن والأجهزة الكهربائية، كما أن التطور في الآلات المصنعة أدى إلى كثرة المنتجات والمصنوعات، وبالتالي لزم توزيعها إلى أكثر من مستهلك، وهذا يؤدي إلى كثرة عمليات التبادل لتلك المنتجات وتعاقب تلك التصرفات على تلك المنتجات وظهرت هنا البيوع المتعاقبة والمتوالية على مال واحد، حيث تنقل الأموال عن طريق عدة عقود بيع من المنتج إلى الموزع إلى المستهلك، فعقود البيع تلك وإن كانت مستقلة عن بعضها البعض من حيث الأطراف إلا أنها مترابطة من حيث اتحاد المحل بتعاقبها على مال واحد^(٢٧٤)، كما إن التصرفات على مال واحد لم يكن على تملك ذلك

(٢٧١) وقد يقدم العمل فقط كالمقاوله التي محلها تنظيف الأماكن، انظر د. فتيحة قره، أحكام عقد المقاوله، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٢م، ص ١٩، عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاوله، إصدارات جامعة الإمام محمد بن سعود، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ص ١٦.

(٢٧٢) انظر: مصطفى كامل العصيمي، عقد المقاوله من الباطن في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص ٤، عبد الملك مطهر، التزامات المقاول والمهندس ومسئوليتهما في عقد المقاوله، دراسة مقارنة في القانونين المصري واليمني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص ٧.

(٢٧٣) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، دار الثقافة الجامعية بالقاهرة، ١٩٩١/١٩٩٢، ص ٧، د. هناء خيرى أحمد خليفة، المسؤولية المدنية في نطاق الأسرة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص ١٥.

(٢٧٤) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٨، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ١٥، د. محمد عبد القادر الحاج، مسؤولية المنتج والموزع، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ص ٥.

المال كما في عقود البيوع المتوالية على مال واحد فحسب، بل أصبح ذلك التعاقب على منفعة المال دون تملكه كما في عقود الإيجار المتعاقبة على مال واحد، حيث يقوم المستأجر بالتأجير من الباطن للعين التي ملك منفعتها بعقد الإجارة الأول بتأجير تلك العين إلى مستأجر ثاني، ويعتبر عقد الإيجار الثاني مستقلاً عن عقد الإيجار الأول، من حيث التكوين إلا أنه مرتبط به من ناحية التنفيذ باتحاد المحل الوارد عليه تلك العقود^(٢٧٥).

كما أن النهضة الصناعية وازدهارها نهضة شاملة في شتى المجالات، ومنها النهضة العمرانية، فقد أدى ذلك إلى تطور هائل وسريع في الحركة العمرانية، من إنشاء الأبنية الضخمة والعمارات الشاهقة، وما شابهها، وهذا ما أتى إلا بتطور أساليب الفن المعماري، والتي جاء فيها التنوع في الأعمال العمرانية مما أدى إلى وجود التخصص فيها، كأعمال البناء والنجارة والكهرباء.. الخ، كل ذلك أدى إلى ندرة أن يقوم مقاول واحد بعملية البناء لوحده، فيضطر بالتالي إلى القيام بعدة عقود مقاول من الباطن تكون مستقلة عن عقد المقاول الأصلي، تهدف تلك العقود إلى تحقيق هدف مشترك هو تحقيق عقد المقاول الأصلي^(٢٧٦)، فعقود المقاول هذه ارتبطت مع بعضها البعض بقصد تحقيق هدف واحد. كما أن التطور الاقتصادي وكثرة الإنتاج أدى إلى اتساع دائرة التبادل التجاري بين الدول، ولذا أدى ذلك إلى وجود شركات تتولى عملية النقل البحري والجوي والبري للبضائع والأشخاص أيضاً، ولكن طول المسافات أدى إلى وجود بعض القيود القانونية، التي قد لا يستطيع الناقل بسببها من تنفيذ عقد النقل كنقل البضاعة مثلاً مما يؤدي إلى أن يعهد هذا الناقل إلى طرق أخرى تساعد في إتمام نقل تلك البضاعة، وذلك بإنشاء عقود نقل من الباطن مع شركات أخرى تكون مستقلة عن عقد النقل الأصلي، حيث

Jean marc, Mousseron: Technique contractuelle, 2ed. Francis. Lefebvre. 1999, N. 618. p. 260, Mirelle Bacache- Gibeili: larelativite des conventions et les groupes de contrants, L. G.D.J, 1998, N. 36, P. 36.

(٢٧٥) د. عبد الحميد فهميم أحمد الطنبولي، التصرف في حق الإيجار (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص ٥٥.

(٢٧٦) انظر: د. رأفت محمد أحمد حماد، المرجع السابق، ص ٣١، مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص ٧٧، عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ٢، د. أحمد عبد العال أبو قرين، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات في مجال المنشآت المعمارية، ط ١، ٢٠٠١م، بدون دار نشر، ص ١٦.

Francois Collorart Dutillvl, Philippe Delebecque, contrats civils et commerciaux. 7 edition, Dalloz, 2004. p. 876.

تتربط عقود النقل تلك بقصد تحقيق هدف واحد هو تنفيذ عقد النقل الأصلي بتوصيل البضائع - مثلاً - إلى مكانها^(٢٧٧).

فهكذا نجد أن التطور الاقتصادي السابق أدى إلى ظهور مجموعات متعددة مستقلة عن بعضها البعض من العقود من حيث التكوين والنشأة إلا أنها مرتبطة من حيث التنفيذ والغاية الأخيرة^(٢٧٨)

وتظهر مجموعات العقود المتعددة تلك في صورتين:

الصورة الأولى: مجموعة العقود المتعاقبة على مال واحد، وفي هذه الصورة يكون محل الالتزام واحدًا حيث يكون هو القاسم المشترك بين هذه العقود، كالعين المباعة في عقود البيع المتوالية على عين واحدة وكالعين المؤجرة في عقود الإجارة من الباطن المتعاقبة على عين واحدة ، وتعرف بسلاسل العقود^(٢٧٩).

أما الصورة الثانية: فهي مجموعة العقود المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك، حيث يربط بين هذه العقود وحدة الهدف والغاية كما في عقود المقاوله من الباطن الهادفة إلى تحقيق هدف واحد وهو تحقيق المشروع التي قامت من أجله، وتعرف بمجموعات العقود^(٢٨٠). ومثلها أيضًا عقود النقل من الباطن والتي ترابطت بقصد تحقيق هدف واحد وهو تنفيذ عقد النقل الأصلي^(٢٨١).

فمن خلال الصور السابقة لمجموعة العقود المترابطة ظهر اصطلاح قانوني حديث يعني بدراسة تلك الصور ودراسة العلاقات القانونية الناتج عنها، ومدى العلاقة بين أطرافها. وأول من درس تلك الصور هو الفقيه الفرنسي (B) Teyssi في دراسته المتخصصة عام ١٩٧٥م عن المجموعة العقدية، وأطلق على تلك الصور السابقة بالمجموعة العقدية^(٢٨٢).

(٢٧٧) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٨

(278) M. Bacache Op. cit, N. 39, P. 38.

(٢٧٩) د. هناء خيري، المرجع السابق، ص ٣٠.

B. Teyssie : les groupes, de contrats L.G.D.J, 1975, N 69, P. 39, Jacques Ghestin: Traite de droit civil , les effets du contract, library Generale de droit et de jurisprudence, paris,1992, N 731.p. 905.

ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠١م-١٤٢٠هـ

(٢٨٠) انظر: د. هناء خيري، المرجع السابق، ص ٣١، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٢٢.

Teyssie, op. cit, N 176, p. 95, Jacques Ghestin, op. cit. N. 731, p.905.

(٢٨١) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٠.

Location direct: <http://www.netion-associes> M. Balach: op. cit, p. 39.

(282) Tyessie, op.cit. N. 476, p. 239.

الفرع الثاني

ماهية المجموعة العقدية

أولاً: تعريف المجموعة العقدية

وأما عن تعريف المجموعة العقدية فيعرفها أستاذنا الدكتور فيصل ذكي عبد الواحد في بحثه المتخصص والمتعمق بعنوان المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية^(٢٨٣) حيث عرفها من خلال صورها بأنها: "مجموعة الأشخاص الذين يساهمون في تكوين تصرفات قانونية متعاقبة على مال واحد أو مترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك"^(٢٨٤)، وهو تعريف يشمل صور المجموعة العقدية.

ويعرف بعض الفقه المجموعة العقدية مقتصرًا على بعض صورها وهي التعاقب على مال واحد حيث جاء في تعريفها بأنها: "مجموعة من العقود تنصب على شيء واحد بتتابع زمني ومن خلالها تتتابع آثار العقود بدءًا من المالك أو المنتج وصولًا إلى المستهلك"^(٢٨٥).

كما عرفها البعض "بأنها مجموعة عقود تتابع وترد على محل واحد وإن كان أطرافها مختلفين"^(٢٨٦).

وبعض الفقه يعرف المجموعة العقدية بأنها "ارتباط عدة عقود مستقلة بوحدة الغاية والهدف"^(٢٨٧).

ويمكن أن نعرف المجموعة العقدية بأنها: "مجموعة من العقود ارتبطت بتعاقبها على مال واحد أو بتحقيقها لهدف مشترك دون اتحاد أطرافها " حيث يكون هذا التعريف قد خص

(٢٨٣) نشر هذا البحث في مجلة المحامي الكويتية- السنة السابعة عشرة- إعداد يوليو أغسطس- سبتمبر سنة ١٩٩٤م، ويعد هذا البحث أول دراسة متخصصة في مجال المجموعة العقدية في الفقه القانوني العربي، فإذا كان Teyssie أول فقيه فرنسي يشير إلى أهمية دراسة المجموعة العقدية، فيعد الدكتور فيصل أول فقيه عربي يشير إلى ذلك في الفقه العربي، ولذا لا تخلو دراسة قانونية عربية من الرجوع إلى هذه الدراسة.

(٢٨٤) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٤.

(٢٨٥) د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥١٠.

(٢٨٦) د. عبد الحميد عثمان الحفناوي، المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن، ط ١، ١٩٩٩م، ص ١١٢.

(٢٨٧) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، مرجع سابق، ص ٣٠.

العقود دون التصرفات؛ لأن التصرفات تكون أشمل من العقود ويدخل فيها التصرف القولي والفعلية وكذا التصرف المفرد، بينما العقود هو اتفاق إرادتين^(٢٨٨).

و من التعريف السابق نجد أن الفكرة الجوهرية للمجموعة العقدية تقوم على الترابط بين مجموعة العقود التي تتكون منها المجموعة العقدية، وهذا الترابط قد يكون في وحدة المحل كما في العقود المتعاقبة على مال واحد، أو وحدة السبب كما في العقود المترابطة بقصد تحقيق هدف واحد^(٢٨٩).

والترابط ذلك يقتضي تتابع عقود المجموعة العقدية من حيث الزمن، ومن حيث تاريخ انعقادها، أي أن أحدهما يسبق الآخر بالضرورة^(٢٩٠)، ولكن لا يشترط في ذلك التابع أن يكون العقد اللاحق لاحقاً في التنفيذ أيضاً كما في البيوع المتتالية على مال واحد، فالبيع الثاني لا يأتي إلا بعد تنفيذ عقد البيع الأول حيث يجب أن يتم تنفيذ عقد البيع الأول وينقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري^(٢٩١)، حتى يقوم هو بدوره ببيعه للشخص الثاني، حتى نكون هنا بصدد عقود متعاقبة على مال واحد، وبالتالي نكون بصدد مجموعة عقدية^(٢٩٢).

حيث يمكن أن توجد مجموعة من العقود متتابعة في تاريخ الانعقاد ومع هذا فإنها تكون أيضاً متراكمة في التنفيذ، بمعنى أن العقد اللاحق يعقد قبل تنفيذ العقد الأول ويتم تنفيذ عقود المجموعة العقدية في وقت واحد، وهذا مثل عقد المقاولة من الباطن فإنه يتم انعقاده بعد انعقاد العقد الأصلي، ولكنه يعقد قبل تنفيذ العقد الأصلي؛ لأنه أصلاً ما وجد إلا من أجل تنفيذ العقد الأصلي فنكون هنا بصدد تعاقب في الانعقاد وتراكم في التنفيذ^(٢٩٣).

(٢٨٨) انظر: د. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٢٣٩، د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ١، ص ٥٧.

(٢٨٩) د. فيصل ذكي عبد الواحد: المرجع السابق، ص ١٢.

M. Bacache: op. cit, p. 3

(٢٩٠) انظر: د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٩٨م، ص ٣، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٤٧.

M. Balach, op. cit, p. 36, 37.

(٢٩١) د. مصطفى الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، مرجع سابق، ص ٢١.

(٢٩٢) المرجع السابق، ص ٢١.

(٢٩٣) د. مصطفى العصيمي: المرجع السابق، ص ١٠٣.

Teyssie: op. cit, N.71

كما لا يجب من أجل تحقيق مجموعة عقدية أن يكون الهدف المراد تحقيقه هو كل الهدف كما في العقد الأصلي، إذا قد يجوز أن يكون غرض التعاقد من الباطن هو تنفيذ جز من غرض العقد الأصلي كما إذا تعاقد رب العمل مع مقاول على بناء معين، فيقوم المقاول الأصلي بالتعاقد من الباطن مع مقاول من الباطن على تنفيذ جزء من ذلك البناء ونحوه^(٢٩٤).

كما أنه لا يشترط في المجموعة العقدية أن تكون عقودها متجانسة كما في عقود البيع المتتالية على مال واحد وكذا عقود الإجارة من الباطن المتعاقبة على عين واحدة، ومثلها عقود المقاول من الباطن المترابطة بقصد تحقيق مشروع واحد^(٢٩٥).

حيث تتحقق المجموعة العقدية ولو كانت العقود التي تتكون منها غير متجانسة، والمقصود بالعقود غير المتجانسة هي التي لا تتشابه من حيث الطبيعة القانونية كأن يتصل عقد البيع بعقد المقاول، كما إذا قام المقاول بإبرام عقد بيع شراء المواد المستخدمة في البناء، فعقدا البيع والمقاول هنا ارتبطا بقصد تحقيق هدف واحد وهو إتمام البناء^(٢٩٦)، وهكذا نجد أن المجموعة العقدية تتضمن مجموعة من العقود تكون مستقلة من حيث التكوين إلا أنها تشترك من حيث التنفيذ وسبب الاشتراك في التنفيذ هو ترابطها في وحدة المحل أو وحدة السبب^(٢٩٧).

ثانياً: مصطلح المجموعة العقدية

ويطلق بعض الفقه على مصطلح المجموعة العقدية بمصطلح السلسلة العقدية أو سلسلة

(٢٩٤) انظر: د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٢٩، د. مصطفى العصيمي، المرجع السابق، ص ١٢.

M. Bacache, op. cit. p. 42.

(٢٩٥) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٣٣، د. هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٣٠، د. أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٥.

M. Bacache, op. cit, p. 39.

(٢٩٦) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٦، د. هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٣٠، د. أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص ٥٦، د. جابر محبوب على، المسؤولية التقصيرية للمنتجين والموزعين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، القاهرة، ص ١٩، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥١٢ ٥١٣.

M. Bacache, op. cit, p. 39

(٢٩٧) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١١٥، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق،

M. Bacache, op. cit, p. 36

ص ٢٧٣.

العقود المتتالية^(٢٩٨) إلا أنهم يقصدون بذلك صورة تعاقب العقود على مال واحد ولا يدخل فيها صورة ترابط العقود بقصد تحقيق هدف مشترك، ويطلق البعض مجموعة العقود المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك بالمجموع التعاقدية^(٢٩٩).

ويفضل أستاذنا الدكتور فيصل ذكي عبد الواحد إطلاق مصطلح الأسرة العقدية على المجموعة العقدية حيث يقول معللاً لذلك: "وقد فضلنا معالجة هذا الموضوع تحت مسمى "الأسرة العقدية" لأن مجموعة التصرفات القانونية المتعاقبة على محل واحد أو المترابطة بقصد تحقيق عملية اقتصادية واحدة مشتركة تنبثق من تصرف قانوني أصلي لولا وجوده لما تكونت هذه التصرفات، وهذا هو الحال بالنسبة للأسرة المدنية، حيث أنها تبدأ برابطة قانونية بين شخصين ثم تتفرع بعد ذلك إلى روابط أخرى"^(٣٠٠).

ونحن نفضل مصطلح المجموعة العقدية؛ لأن هذا المصطلح يشمل المجموعة العقدية بصورتيه، كما أنه بعيد عن المجاز، وهذا يوافق ما يجب أن تكون عليه المصطلحات القانونية من كونها ألفاظاً حقيقية تدل على معانيها بوضوح دون أي غموض يستدعي ضرورة البحث عن العلاقة التي صرفت اللفظ عن حقيقته.

(٢٩٨) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٧٥، وإذا كانت عقود السلسلة العقدية متجانسة كعقود البيع المتولية كل مال واحد فيطلق عليها سلاسل العقود عن طريق الزيادة أما إذا كانت فيها عقود غير متجانسة كما إذا تملك عقد مقاول في عقد البيع فإنها يطلق عليها سلاسل العقود بطريق الانحراف انظر

Jacques Ghestin: op. cit, N. 732, P. 906.

(٢٩٩) انظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٧٢، ويطلق عليها - أيضاً - مجموعات عقدية ذات بنية دائرية على اعتبار أنها تنتظم حول الشخصية الركيزة، في صلة عقدية مباشرة مع كل واحد من المشاركين في المجموعة العقدية، انظر:

M. Bacache، op. cit, p. 37

(٣٠٠) المسؤولية المدنية في نطاق الأسرة العقدية، مرجع سابق، ص ١٢.

المطلب الثاني

تمييز المجموعة العقدية عن غيرها

واستكمالاً لتوضيح مفهوم المجموعة العقدية، سوف نميزها عما يشابهها من العقود المترابطة وسنقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول : تمييز المجموعة العقدية عن العقود المشتركة.

الفرع الثاني : تمييز المجموعة العقدية عن العقد المركب .

الفرع الثالث : تمييز المجموعة العقدية عن التنازل عن العقد.

الفرع الرابع : تمييز المجموعة العقدية عن التبعية العقدية.

الفرع الأول

تمييز المجموعة العقدية عن العقود المشتركة

يقصد بالعقود المشتركة أنها العقود التي يكون أحد أطرافها عدة أشخاص أي أن هناك أكثر من شخص يلتزمون بتنفيذ نفس العقد على قدم المساواة فهنا نجد عدة مساهمين يشتركون من أجل تنفيذ هدف مشترك، كما في تنفيذ الأعمال المعمارية عن طريق إبرام مجموعة من عقود المقاولات مع مقاولين مختلفين من أجل تنفيذ هدف مشترك، ومثال ذلك أن يقوم رب العمل بإبرام عدة عقود مقاولات من أجل تنفيذ مشروع معين^(٣٠١)، فمجموع تلك العقود قد تشبه المجموعة عقدية على اعتبار أنها مجموعة من العقود ترابطت بقصد تحقيق هدف واحد، ولكننا نجد هنا اختلافاً كبيراً بين النظامين فعقود المجموعة العقدية تكون مستقلة من حيث التكوين تماماً عن العقد الأصلي المراد تنفيذه بينما نجد هنا أن العقود المشتركة هنا تكون مرتبطة بعلاقة مباشرة بالعقد الأصلي^(٣٠٢).

الفرع الثاني

(٣٠١) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٧٥، د. أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٣٠٢) انظر: د. أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص ٢٨، د. مصطفى الجارحي، عقد المقاولات من الباطن، مرجع سابق، ص ٢٣.

تمييز المجموعة العقدية عن العقد المركب

والعقد المركب أو العقد المختلط هو العقد الذي يشتمل على عدة عمليات ويكون ممتزجاً بعدة عقود مختلفة اختلطت فأصبحت عقداً واحداً، مثل عقد الفندقية الذي يتم بين النزيل وصاحب الفندق، فهو مزيج من عقود مختلفة، منها الإيجار بالنسبة للسكن، والبيع بالنسبة للمأكل والمشرب، وكذا العمل بالنسبة للخدمة التي تقدم له، والوديعة بالنسبة لحفظ الأمتعة، فالعقد المركب هنا مجموعة من العقود اجتمعت من أجل تحقيق هدف واحد هو إقامة النزيل في الفندق^(٣٠٣)، ولكنها تختلف عن المجموعة العقدية من حيث أن عقود المجموعة العقدية مجموعة من العقود المستقلة من حيث التكوين أي أن أطراف كل عقد ليسوا هم أطراف العقد الآخر، وهذا بعكس العقد المركب الذي هو مجموعة من العقود المختلفة من حيث الطبيعة والمحل إلا أن أطرافها متحدون.

الفرع الثالث

تمييز المجموعة العقدية عن التنازل عن العقد

التنازل عن العقد هو عبارة عن اتفاق بين شخصين يحل بمقتضاه التنازل له محل التنازل فيما له من حقوق و ما عليه من التزامات في علاقة قانونية قائمة من قبل، فالتنازل عن العقد هو عقد متعدد الأطراف، ذو علاقة ثلاثية هم المتنازل والمتنازل له، والمتنازل لديه^(٣٠٤)، فتقوم هذه العملية على مجموعة من العقود وهي العقد الأصلي بين متعاقدين، ثم عقد آخر يقوم أحد المتعاقدين وهو المتنازل بالتنازل إلى المتنازل له، فهذه مجموعة عقود تعاقبت على مال واحد. ولكنها مع ذلك لا تشكل مجموعة عقدية حيث أنه في عملية التنازل ينتهي العقد الأصلي

(٣٠٣) انظر: د. طلحة وهبة خطاب، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٣٩، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٥.

(٣٠٤) انظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار، دار أبو المجد، القاهرة، ط ٣، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢م، ص ١٧١، د. فتحية قره، المرجع السابق، ص ٢٣٤، د. عبد الله العلفي، أحكام عقد الإيجار في القانون المدني اليمني، دار الفكر المعاصر، صنعاء، ط ٦، ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦، ص ١٧٣، د. أحمد محمود سعد، شرح أحكام قانون إيجار الأماكن دراسة مقارنة في القانون المصري واليمني، ط ١، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٨٨.

بين المتنازل لديه والمتنازل حيث ينتهي ولا يصبح للمتنازل في علاقة التنازل أي مركز قانوني، وهذا بعكس المجموعة العقدية فإن الطرف الوسط بين أطراف المجموعة العقدية لا تنهي صفته القانونية حيث لا يزال طرفاً في علاقته في العقود والتي شارك في تكوينها، فالمقاول الأصلي عندما يعقد مقالة من الباطن فإنه لا يتنازل عن حقوقه من عقد المقالة الأصلي، وهو بعكس التنازل عن عقد المقالة أو الإجارة حيث لا يكون للمقاول الأصلي مركزاً قانونياً^(٣٠٥).

الفرع الرابع

تمييز المجموعة العقدية عن التبعية العقدية

وهنا قد يلجأ أحد المقاولين إلى الاستعانة بأشخاص آخرين يعملون معه في تنفيذ عقد المقالة مثل عقود العمل التي يبرمها مع العمال والفنيين، فهنا نلاحظ وجود عدة عقود أبرمها المقاول الأصلي مع العمال والفنيين من أجل تنفيذ عقد المقالة الأصلي^(٣٠٦)، وهنا يحدث التشابه بين المجموعة العقدية على اعتبار أنها مجموعة من العقود ترابطت بقصد تحقيق هدف مشترك، ولكننا نجد هنا أن هؤلاء يعتبرون مستخدمين ومتبوعين للمقاول الأصلي؛ ولذا يكون هو مسئول عن أخطائهم مسئولية المتبوع عن فعل تابعه، أمام رب العمل^(٣٠٧)، وهذا بعكس المقاول من الباطن الذي يكون مستقلاً في علاقته برب العمل ولا يكون متبوعاً ونتيجة لذلك فإننا نجد

(٣٠٥) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، مجلد ١، العقود الواردة على العمل، ص ٢٦٠، د. سعيد جبر، عقد الإيجار، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٣٢، د. مصطفى العصيمي، المرجع السابق، ص ٦٥، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ١٦، محمد أحمد عابدين، التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ص ٨، د. عبد الحميد فهم الطنبولي: المرجع السابق، ص ٦٤.

Boris Starkt, Heneri Roland, laurent Boyer: Dorit civil les obligations, 2. contrat, 6 edition, litec, paris, 1989. p. 506.

(٣٠٦) انظر: هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٤١، د. مصطفى الجارجي، عقد المقالة من الباطن، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٣٠٧) انظر: د. سالم أحمد على العوض، مسئولية المتبوع عن فعل التابع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٨م، ص ١٢٧، عبد البرحمن بن عايد بن خالد العايد، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

أنه في حالة الشرط المانع من التصرف لمنع المفاوضة من الباطن لا يمنع الاستعانة بأشخاص آخرين في انجاز العمل^(٣٠٨).

(٣٠٨) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج٧، م١، ص٢٦٤، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص٣٢.

Sous- traitance، <http://www.netoin-associes.com>, p. 1, Philippe Delams، letirs a lcte juridique, L. G.D.J, 2000, p. 193.

المبحث الثاني

صور المجموعة العقدية

وفي هذا المبحث سنتناول الوجود القانوني لصور المجموعة العقدية سواء ما كان منها في توالي العقود على مال واحد أو ترابطها بقصد تحقيق هدف مشترك، ونرى هل اعترف القانون بوجود المجموعة العقدية، وسنذكر الوجود القانوني لمفهوم المجموعة العقدية، بتناول صورة توالي العقود على مال واحد، ثم الوجود القانوني لصورة ترابط العقود بقصد تحقيق هدف مشترك.

ولذا سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : صورة توالي العقود على مال واحد.

المطلب الثاني : صورة ترابط العقود بقصد تحقيق هدف مشترك.

المطلب الأول

صورة توالي العقود على مال واحد

أولاً: موقف القانون المصري

وتوالي العقود على مال واحد قد يكون بتعاقب ملكيتها كما في عقود البيع وقد يكون عن طريق التعاقب على ملكية منفعتها كما في عقود الإجارة من الباطن على عين واحدة، وقد عرف القانون صورة توالي العقود على مال واحد فيما يعرف في الفقه القانوني بالخلافة الخاصة، فقد عَرَفَ الفقه القانوني الخلف الخاص^(٣٠٩) بأنه هو كل من تلقى من سلفه مالا معيناً

أو هو من يتلقى عن سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء فالمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع، وهذا استخلاف في ملكية عين مبيعه^(٣١٠) ومعنى أن يكون المشتري خلفاً خاصاً للبائع هو أن الخلف الخاص يستفيد من الحقوق التي اكتسبها سلفه، حيث يفترض هنا أن السلف يكون قد اشترى عيناً معينة من البائع الأول وله حقوق على تلك العين، فإنه إذا باعها إلى شخص ثاني وهو الخلف الخاص فإنه تنقل إليه تلك الحقوق التي لسلفه^(٣١١)، وهذا يعني أن هناك مجموعة من العقود توالى على مال واحد، العقد الأول بين السلف ومن تلقى عنه الحق، والعقد الثاني بين السلف والخلف الخاص، مما يشكل هنا مجموعة عقود تعاقبت على مال واحد وهذه هي صورة من صور المجموعة العقدية.

وقد نص القانون المدني المصري على الخلافة الخاصة ورتب عليها أحكامها: حيث نصت المادة ١٤٦ مدني مصري على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل

(٣٠٩) وهو غير الخلف العام وهو الذي يخلف سلفه في مجموع أمواله أو حصة منها باعتبارها مجموعة مالية - كالوراث - وحيداً أو مع غيره - وكالموصى له بحصة من التركة كالثلث أو الربع مثلاً. بينما الخلف الخاص يخلفه في حق معين أو عين معينة. انظر: د. محمد على عمران، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

Boris Starckt, op. cit, p. 503

(٣١٠) انظر: د. نزيه المهدي، نظرات في الاستخلاف الخاص، مذكرات مطبوعة على الآلة الكاتبة، ص ٤٤، د. فاطمة محمد الرزاز، نظرية الاستخلاف الخاص "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص ٢٢، نبيل صابر فرج عيد، حماية الخلف الخاص في التصرفات العقارية من زوال سند السلف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ص ٨، د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٢٠٧.

Boris starckt, op. cit. p. 504.

(٣١١) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٧٧، د. عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٦م، ص ٢٨، د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام" مرجع سابق، ص ٢٠٧.

بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء. إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

وجاء في الأعمال التحضيرية للنص السابق في الخلافة الخاصة ما نصه: "الخلف الخاص هو من يكتسب ممن يستخلفه حقًا عينيًا على شيء معين كالمشتري والموهوب له والمنتفع، فإذا عقد المستخلف عقدًا يتعلق بهذا الشيء انتقل ما يترتب على هذا العقد من حقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة:

الأول : أن يكون تاريخ العقد سابقًا على كسب هذا الخلف لملكية الشيء.

الثاني : أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكتملة له كعقود التأمين مثلاً، وإذا كانت تلك الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به، كما هو الشأن في الالتزام بعدم البناء.

الثالث : أن يكون الخلف قد علم بما ينتقل إليه من حقوق والالتزامات وأن يكون في مقدوره أن يعلم بذلك^(٣١٢)".

وهكذا نجد من النصوص السابقة أن المشرع المصري وضع للخلافة الخاصة آثاراً قانونية إلا أنه اشترط لوجود تلك الآثار أن يكون العقد الذي أنشأ الالتزامات التي يقع فيها الاستخلاف سابقاً في إبرامه على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف^(٣١٣)، وهذا يشابه صورة المجموعة العقدية في أن العقود يجب أن تكون متتابعة كي تكون بصدد مجموعة عقدية، كما يشترط في تعاقب البيوع أن يكون قد تم البيع الأول صحيحاً ويكون ذلك بنقل ملكية المبيع إلى البائع الثاني كي يتسنى له لتصرف فيه وبيعه للخلف الخاص (المشتري الثاني) فإن كان المبيع لا ينتقل إلا بناء على قيام البائع الأول بعمل كالفرز أو التسجيل^(٣١٤)، فإنه بالتالي لا يحق للبائع

(٣١٢) معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

(٣١٣) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٥، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٧٧، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٢٩، د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨٦.

(٣١٤) عقد البيع قد ينقل المبيع فور العقد إذا كان الشيء المبيع منقولاً معيناً بالذات، ويصح هنا التصرف في

الثاني التصرف فيه إلى الخلف الخاص لأنه لم يملكه بعد^(٣١٥).

وهكذا نجد أن المشرع المصري قد اعترف بالمجموعة العقدية في صورة توالي العقود وتعاقبها على مال واحد، فيما يعرف بالخلافة الخاصة. إلا أننا نجد أن الخلافة الخاصة لا تشمل كافة توالي العقود على مال واحد، حيث أن توالي عقود الإجارة من الباطن على مال واحد لا تدخل ضمن الخلافة الخاصة، إذ الخلف الخاص كما سبق هو من يتلقى من سلفه ملكية مال معين كالمشتري بالنسبة للبائع، أما المستأجر من الباطن فإنه لا يتلقى منه مالا معيناً من المؤجر بمعنى أنه لا يمتلك العين المؤجرة، فالمستأجر من الباطن هنا لا يكون خلفاً خاصاً، للمؤجر من الباطن بل يكون دائئاً له؛ لأن هذا الأخير رتب له حقاً شخصياً في ذمته، ولم ينقل له حقاً عينياً^(٣١٦)، وسنتناول الوجود القانوني لعقود الإجارة من الباطن في صورة التعاقد من الباطن.

ثانياً: موقف القانون اليمني

وجاء أيضاً اعتراف المشرع اليمني بالخلافة الخاصة كصورة من صور المجموعة العقدية حيث نصت المادة ٢٠٧ مدني: "إذا ترتب على العقد حقوق أو التزامات شخصية تتصل بشيء وانتقل الشيء بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق والالتزامات تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، وإذا لم يعلم كان له الخيار".

وجاء في المذكرة الإيضاحية للنص السابق أن تلك المادة تتحدث عن التصرف في شيء معين، وانتقال هذا الشيء بعد ذلك إلى المتصرف إليه الذي يعتبر خلفاً خاصاً للمتصرف له إذ تقتصر خلافته له على هذا الشيء وحده وتختص به، ومدى هذه الخلافة أن ما كان للمتصرف من حقوق والتزامات تتعلق بالشيء أو هي من مستلزماته فيشملها العقد تنقل إلى خلفه فيه إن

هذا الشيء ولو لم يكن قد استلمه، أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع فإن ملكية المبيع لا ينقل بمجرد العقد فلا بد هنا أن يقوم البائع بتعيين ذلك المبيع بالفرز، وبالمثل أيضاً العقار المبيع لا ينقل ملكيته إلا بتسجيله في الشهر العقاري، وبالتالي فإنه لا يصح للمشتري أن يتصرف في المبيع إذا كان منقولاً معيناً بالنوع أو عقاراً إلا بعد تملكه بالإفراز أو التسجيل، راجع د. فيصل ذكي عبد الواحد، الوجيز في عقد البيع وفقاً للقانون المدني المصري، دار نصر للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١١٠، وما بعدها.

(٣١٥) فوزية عبد العزيز طه، التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ص ٩٤، د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٢١، فاطمة الرزاز، المرجع السابق، ص ٧٣، د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاول من الباطن، مرجع سابق، ص ١١.

(٣١٦) انظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ٤٦١، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٤، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٢٤١، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٨٨، د. خليل حسن قdade، أثر العقد بالنسبة للحلف الخاص، وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩١٣م، ص ٢٢.

كان يعلمها وقت انتقال الشيء إليه فإذا لم يكن يعلم بها كان له الخيار إن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه^(٣١٧).

ويعرف الفقه اليمني الخلف الخاص بأنه الذي يخلف سلفه في عين معينة بالذات أو في حق عيني^(٣١٨). كما يلاحظ أن المذكرة الإيضاحية استخدمت لفظ التصرف في الشيء كمرادف لمصطلح الخلافة الخاصة^(٣١٩).

ثالثاً: المقارنة بين القانونين المصري واليمني

مما سبق نجد أن المشرع المصري وكذا اليمني قد عرفا صورة التعاقب على مال واحد بغرض تملكه وهي تعد إحدى أشكال الصور الأولى من صور المجموعة العقدية، المتمثلة في تعاقب العقود على مال واحد كالبيع والإيجارات، وعرفوا صورة البيوع المتتالية ورتبوا لها أحكاماً قانونية خاصة بشرط أن تكون صحيحة وأن يكون هناك تعاقب زمني في تلك العقود وأن تكون متعاقبة على مال واحد، وعرف هذا بالخلافة الخاصة.

(٣١٧) المادة ٢٠٣ من القانون المدني القديم، الصادر بالقانون رقم (١٠) لسنة ١٩٧٩م، ص ١٨٧
(٣١٨) انظر: د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٩٦، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ٣٥١، كما يشترط في الخلافة الخاصة أن يكون عقد السلف سابق على عقد الخلف، المرجع السابق.

(٣١٩) ومصطلح التصرف في الشيء مأخوذ من الفقه الإسلامي، حيث عبر الفقه الإسلامي عن الخلف الخاص بالمتصرف إليه في حق معين، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٦٩، كما عرف الفقه الإسلامي الحديث صورة توالي العقود على مال واحد، وهو ما يعرف حديثاً بعقود المراجعة للأمر بالشراء، ومضمونها أن طالب الشراء يطلب من البائع سلعة ليست عنده وقت طلبها على أن يشتريها له وبعد أن يملكها يبييعها لطالب الشراء بما قامت عليه من الثمن والربح المتفق عليه، انظر: د. عبد الحميد البعلي، الاستثمار والرقابة الشرعية، مطبوعات بنك فيصل، قبرص، ص ١٥١، كما يشترط الفقه الإسلامي لجواز صحة الخلافة الخاصة أي جواز تداول العين إلى شخص آخر أن يكون هذا الشيء في ملك المتصرف، انظر: د. وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ج ٤، ص ٢٤٠، شرح الأزهري لابن مفتاح، مكتبة غمضان، صنعاء، بدون تاريخ نشر، ج ٣، ص ٢٤١، المصنف لأبي بكر السمندي النزوي، مطابع سجل العرب، سلطنة عمان، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ج ٤، ص ٢١.

المطلب الثاني

صورة ترابط العقود بقصد تحقيق هدف مشترك

أولاً: موقف القانون المصري

كما عرف القانون المصري أيضاً صورة ترابط العقود بقصد تحقيق هدف مشترك باعتبارها من صور المجموعة العقدية، فيما يعرف من الناحية القانونية بالتعاقد من الباطن، ويعد التعاقد من الباطن من أهم صور المجموعة العقدية إذ يدخل فيه مجموعة العقود المتعاقبة على مال واحد كعقد الإيجار من الباطن ويدخل فيه أيضاً العقود المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك كعقود المقاوله من الباطن.

والتأجير من الباطن هو عقد بين المستأجر وشخص ثالث بمقتضاه يؤجر الأول للثاني العين التي سبق له استئجارها، ويسمى المستأجر في هذه الحالة بالمستأجر الأصلي أما الشخص الثالث فيسمى بالمستأجر من الباطن^(٣٢٠)، فهنا عقد إجارة جديد مستقل نشأ بجانب العقد الأول والارتباط بينها هو وحدة المحل.

أما عقد المقاوله من الباطن، فهو عقد يتفق فيه مقاول البناء الأصلي مع مقاول البناء من الباطن على تنفيذ كل أو جزء من البناء الذي التزم بإنشائه مع رب العمل^(٣٢١). فهنا يوجد عقد مقاوله آخر بجانب الأول ومستقل عنه من حيث التكوين يرتبط^(٣٢٢) معه بغرض تحقيق هدف مشترك.

(٣٢٠) انظر: د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٢٣٢، د. عبد الرزاق حسن فرج، عقد الإيجار، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢، بدون دار نشر، ص ٢٣٥، د. محمد لييب شنب، د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، مكتبة التركي، طنطا، ١٩٩٨م - ١٩٩٩م، ص ٢٠٠، د. عبد الحميد فهم الطنبولي، المرجع السابق، ص ٦٢.

(٣٢١) انظر: د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ١٦، د. أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص ١٠، مصطفى العصيمي، المرجع السابق، ص ٨١.

Francois collart Dutilleul, Philipp, Delebecque: contrats civils et commerciaux. 7edition, dalloz, 2004, p. 876, contratnce et sous- traitance dans le batiment: <http://www.editions-tissot.fr.p>, philippe Delams: op. cit. p. 194-196.

(٣٢٢) ويتحقق الربط بين عقد المقاوله من الباطن وعقد المقاوله الأصلي، من حيث إدماج نصوص العقد الأصلي أو بالإحالة إليه أو من حيث التعديلات في الأعمال محل التعاقد أو المدة المحددة للتنفيذ وامتدادها، انظر د. أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص ٤٨، ٥٤.

M. Bacache, op. cit, p.42.

والتعاقد من الباطن عمومًا صورة مشروعة من صور التعاقد عرفها القانون وأهم العقود التي جاء فيها التعاقد من الباطن هي عقود الإيجارة والمقاوله والوكالة^(٣٢٣).

ففي مشروعية عقد الإيجارة من الباطن نصت المادة ٥٩٣ مدني مصري "للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك".

أما في مشروعية المقاوله من الباطن فقد نصت المادة (١/٦٦١) (مدني مصري) على أنه: "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية".

كما عرف القضاء التعاقد من الباطن وأصبح أمرًا قانونيًا مشروعًا فقد عرفت محكمة النقض -بشأن أحد الطعون المطروح أمامها- عقد الإيجار من الباطن بقولها: "الإيجار من الباطن عقد يؤجر به المستأجر الأصلي حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة كلها أو بعضها إلى آخر فيلتزم بتمكينه من الانتفاع بتلك العين"^(٣٢٤).

وجاء أيضًا: "المقصود بالتأجير من الباطن المعنى المراد في الشريعة العامة بتأجير المستأجر حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة إليه إلى آخر لقاء جعل يتفق عليه بينهما، ويستوي أن يكون التأجير من الباطن واردًا على العين المؤجرة كلها أو بعضها"^(٣٢٥).

فمن النصوص السابقة نجد أن المشرع قد أجاز التعاقد من الباطن، وجعل إباحته هو الأصل، وأن التعاقد من الباطن لا يحتاج إلى إذن مسبق أو إقرار لاحق^(٣٢٦)؛ ويرجع سبب ذلك إلى أن الحقوق الشخصية يجوز التصرف فيها سواء بنقلها أو باستغلالها أو بتداولها إذا كانت قابلة لذلك لأنها أموال وينطبق عليها مبدأ حرية التداول، كما أن الوفاء يصح أن يكون من غير المدين وليس للدائن الاعتراض على ذلك، كما أنه يجوز للمقاول الاستعانة بعمال أو مساعدين بصرف النظر عن طبيعة العلاقة بينهم وبين المدين^(٣٢٧).

(٣٢٣) د. مصطفى الجارحي، عقد المقاوله من الباطن، مرجع سابق، ص ٣.

Jacques Ghestin, op. cit. p.68

(٣٢٤) الطعن رقم ٨٤٢٢ لسنة ٦٥ق، جلسة ١٨/١١/١٩٩٦م، مجموعة أحكام النقض، الدائرة المدنية.

(٣٢٥) الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٩ق، جلسة ٦/١٢/١٩٨٤م، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية.

(٣٢٦) انظر: د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ١٣، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٣١، د. عبد

الحميد فهمي الطنبولي، المرجع السابق، ص ٤٩ .

(٣٢٧) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٧، م ١، ص ٢٦٤، د. رأفت حماد، المرجع

والتعاقد من الباطن باعتباره من صور المجموعة العقدية لا تكون له حجة قانونية وتنطبق عليه آثاره إلا إذا كان غير ممنوع منه حسب الأصل، إذا يجوز - وهو الاستثناء - المنع من التعاقد من الباطن، وهو ما يعرف من الناحية القانونية بالشرط المانع من التصرف: وهو شرط يلزم المالك أن يمتنع عن التصرف فيما يملك^(٣٢٨)، وقد أجازته المشرع ففي عقد الإيجار نص في المادة ٥٩٣ بقوله: ".... ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك" وفي عقد المقاوله نص في المادة ١/٦٦١ "... إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد".

والشرط المانع من التصرف يمنع مالك المنفعة في عقد الإيجار من التصرف في تلك المنفعة سواء بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن^(٣٢٩) وبالمثل أيضًا يمنع المقاول من المقاوله من الباطن^(٣٣٠).

والشرط المانع قد يكون صريحاً في العقد كما إذا نص المتعاقدان في العقد على ذلك^(٣٣١) وهو الغالب في ذلك وقد يكون الشرط غير صريح ولكنه يفهم ضمناً حيث يمكن استخلاصه من مضمون العقد وطبيعته، كما إذا كان العقد قائماً على شخصية المتعاقد^(٣٣٢) أو كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاية المقاول الشخصية، كأن يكون العمل محل المقاوله عملاً فنياً لجأ فيه رب العمل إلى مقاول بالذات نظراً لكفايته الفنية، فإنه يفهم من ذلك وجود شرط مانع ضمني يمنع المقاول من المقاوله من الباطن، حيث يتحتم أن يقوم به شخصياً، كما إذا قاول شخص رساماً أو طبيباً أو مهندساً، فإنه يغلب أن يستخلص من الظروف أن رب العمل قد اعتمد على كفاية المقاول الشخصية، فلا يجوز لهذا الأخير أن يقاول من الباطن كأن يعهد بالعمل أو ببعضه إلى رسام آخر أو طبيب آخر أو مهندس آخر يقوم به مكانه، حتى لو لم يكن منصوصاً صراحة في العقد على المنع من التعاقد من الباطن^(٣٣٣)، وأشار المشرع إلى ذلك

السابق، ص ٣٢، د. سليمان مرقس، الوافي، مرجع سابق، المجلد الثاني في عقد الإيجار، ص ٥٥٣.

(٣٢٨) معجم القانون، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(٣٢٩) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٦، مجلد ٦، ص ٨٨٧، د. عبد الحميد الطنبولي، المرجع السابق، ص ١٠٩، د. حسام الأهواني، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(٣٣٠) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٧، مجلد ١، ص ٢٦٥، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٣٣، د. مصطفى الجارحي، عقد المقاوله من الباطن، مرجع سابق، ص ١٤.

(٣٣١) انظر: د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاوله في التشريع المصري والمقارن، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١م، ص ٢٣٧، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٣٣٢) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٦، مجلد ١، ص ٨٨٩.

(٣٣٣) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٧، مجلد ١، ص ٢٦٣، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ١٥، د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ج ٢، ص ٥٧٣.

في المادة ١/٦٦١ مدني مصري بقوله "... إن لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية"، وتطبيقاً لذلك نجد المشرع افترض في عقد المزارعة شرط المنع من التصرف على اعتبار أنه عقد اعتبر فيه شخصية المتعاقد وهو المزارع حسب نص المادة ٦٢٥ مدني مصري على أنه "لا يجوز في المزارعة أن ينزل المستأجر عن الإيجار أو أن يؤجر من الباطن إلا برضاء المؤجر".

وإذا وجد الشرط المانع، صريحاً كان أم ضمنياً، ولم يثبت التنازل عنه صراحة أو ضمناً^(٣٣٤)، وجب على المستأجر أو المقاول مراعاته، وإذا لم يراع ذلك ثبت في حقهما الإخلال بالتزام عقدي؛ ويكون بالتالي للمؤجر ورب العمل الخيار بين طلب التنفيذ العيني، بأن يتم إخلاء العين المؤجرة من المستأجر من الباطن^(٣٣٥)، أو بإجبار المقاول من الباطن بتنفيذ العقد شخصياً دون المقاول من الباطن أو بالتنفيذ بمقابل عن طريق تعويض المؤجر أو رب العمل عن الأضرار الناتجة عن مخالفة للشرط المانع بالإيجار من الباطن أو المقاول من الباطن، كما يجوز للمؤجر أو رب العمل مطالبة المستأجر الأصلي أو المقاول الأصلي بفسخ العقد، نظراً لإخلالهما بالتزامهما العقدي^(٣٣٦).

فإذا أدى مخالفة الشرط المانع إلى فسخ العقد من الباطن، فإنه لا تقوم هنا مجموعة عقدية لعدم وجود مجموعة من العقود تعاقبت على مال واحد أو ارتبطت بقصد تحقيق هدف مشترك، أما إذا لم يوجد شرط مانع من التصرف أو وجد ولكن تم التنازل عنه صراحة أو ضمناً؛ فإن العقد من الباطن هنا يكون صحيحاً، ويكون تابعاً للعقد الأصلي ويكون هناك طرف مشترك يكون مسئولاً عن العقد الأصلي، وينتج عنه تشابه مركز الأطراف في التعاقد من الباطن مع مراكز

(٣٣٤) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

(٣٣٥) انظر: د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٢٣٤، د. حسام الأهواني، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص ١٧٤، د. محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، مرجع سابق، ص ١٨٠، د. عبد الحميد الطنبولي، المرجع السابق، ص ١٢٣.

Philippe Delebecque, op. cit, N. 917. P. 884

(٣٣٦) انظر: د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٧، د. مصطفى الجارحي، عقد المقاول من الباطن، مرجع سابق، ص ١٧.

Cass-3 civ. 24. avr 2003, Note Joseph- Emmanved, la sanction prevve en cas de default acceptation du sous- traitant et agrement deses conditions de paiement, jep ed E 2004, p. 511.

الأطراف في العقد الأصلي ، ويكون ذلك في حدود العقد الأصلي كحد أقصى من حيث الحقوق والمدة^(٣٣٧).

ثانيا : موقف القانون اليمني

ومثلما اعترف المشرع المصري بوجود قانوني للتعاقد من الباطن باعتباره صورة من صور المجموعة العقدية، نجد أيضاً أن المشرع اليمني قد اعترف بذلك، وأجاز العقد من الباطن، باعتبار أن التعاقد من الباطن هو الأصل وأن المنع يعد استثناء كما في عقد المقاولة حيث نصت المادة ٨٩٠ (مدني يمني) بقولها: "يجوز للمقاول أن يسند تنفيذ العمل كله أو جزء منه إلى مقاول آخر إلا إذا منعه شرط في العقد أو كانت كفاءته الفنية معتمداً عليها منظوراً إليها في تنفيذ العمل" وجاء في المذكرة الإيضاحية معلقة لجواز التعاقد من الباطن وكونه الأصل ما نصه: "غالباً ما تكون المقاولة كبيرة وتشتمل على أعمال عديدة متباينة كالبناء يحتاج إلى أعمال نجارة وأعمال تبييض ونقش وأعمال كهرباء وما إلى ذلك وطبقاً لما جرى عليه العرف فإنه قد أجاز للمقاول الأصلي أن يسند العمل إلى مقاول آخر كلياً أو جزئياً إلا إذا منعه شرط صريح في العقد أو كانت كفاءته الفنية منظوراً إليها ومعتمداً عليها في تنفيذ المقاولة أخذاً بقرائن الأحوال"^(٣٣٨).

فمن خلال النصوص السابقة نجد أن المشرع اليمني قد أجاز التعاقد من الباطن وجعله هو الأصل وجعل المنع منه هو الاستثناء ويكون ذلك بسبب نص في العقد أو بسبب طبيعة العقد كما إذا كان شخصية المقاول محل اعتبار بسبب كفاءته الفنية، حيث يعتبر هذا بمثابة شرط ضمني.

وهذا بعكس التعاقد من الباطن في عقد الإيجار فإن المشرع اليمني قد اعتبر الأصل هو المنع والجواز هو الاستثناء وجعل ذلك قاعدة عامة فقد نصت المادة ٧٠٧ (مدني يمني) على أنه: "لا يجوز للمستأجر أن يؤجر الشيء المستأجر أو يتنازل عن الإيجار لغيره ما لم يتفق على غير ذلك" ثم ذكرت المذكرة الإيضاحية سبب جعل المنع هو الأصل بقولها: "لما كان تأجير المستأجر أو تنازله عنه يثير النزاع عادة فقد رأت اللجنة أن يمنع المستأجر من ذلك إلا أن يتفق مع المؤجر على ذلك صراحة قطعاً للنزاع"^(٣٣٩).

(٣٣٧) د. مصطفى الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، مرجع سابق، ص ٨.

(٣٣٨) المادة ٨٦٢ من القانون المدني القديم، ص ٥٨٤.

(٣٣٩) المادة ٦٧٨ من القانون السابق، ص ٥٣٤.

ويبدو من خلال النص السابق أن المشرع اليمني بذكره لمسألة النزاع قد اعتبر شخصية المستأجر محل اعتبار، لأن النزاع إنما يثار إذا كان المؤجر قد اعتبر شخصية المستأجر فإذا ما قام المستأجر بالتأجير من الباطن فإنه هنا يثور النزاع.

وتطبيقاً لذلك منع المشرع اليمني التعاقد من الباطن في إيجار المباني حيث نصت المادة ٧٤٠ (مدني يماني) "ليس للمستأجر حق التنازل عن الإيجار للعين أو عقد إيجار العين المستأجرة مع الغير سواء لكل ما استأجره أو لبعضه إلا بإذن المؤجر..." وجاء في المذكرة الإيضاحية "طبقاً للقاعدة العامة في الإيجار تنهي المادة عن التنازل عن الإيجار أو التأجير للغير إلا بإذن المؤجر...." (٣٤٠).

وبالمثل أيضاً جاء المنع من التعاقد من الباطن في عقد المزارعة على أساس شخصي وباعتباره من تطبيقات عقد الإيجار، فقد نصت المادة ٧٦٨ (مدني يماني) على أنه: "لا يجوز للمزارع أن يتنازل عن الأرض أو يؤجرها لغيره إلا بإذن المؤجر" وجاء في المذكرة الإيضاحية - أيضاً - "نصت المادة صراحة على أنه ليس للمزارع أن يتنازل عن الأرض مدة الإجارة أو يؤجر لغيره في خلالها إلا بإذن المؤجر قطعاً للنزاع بينهما وهو ما يتفق مع القاعدة العامة التي أخذ بها القانون" (٣٤١).

فهذا النص يجعل شخصية المزارع محل اعتبار فلا يجوز تعاقد مع الغير من الباطن إلا بإذن المؤجر، وهذا مما لا إشكال فيه حيث يقوم عقد المزارعة على اعتبارات فنية اعتبرها المؤجر في تعاقد مع المزارع، ولكن عقد الإيجار عموماً لا يكون معه شخصية المستأجر محل اعتبار إذ أن عقد الإيجار يرتب حقوقاً مالية متعلقة بالعين محل الإيجار في ذمة المتعاقدين وبالتالي فإن هذا يخضع للقاعدة العامة في التصرف في المال، والمستأجر إنما يتصرف في منفعة تلك العين من عقد الإجارة وبالتالي فإن هذا لا يؤثر في حقوق المؤجر وهذا ما جاء عليه الفقه القانوني عامة من أن شخصية المستأجر عادة لا تكون محل اعتبار في العقد (٣٤٢).

وبغض النظر عن ما هو الأصل هل التعاقد من الباطن أو عدمه، فإن المشرع اليمني قد اعترف بالتعاقد من الباطن باعتباره صورة من صور المجموعة العقدية في كونها مجموعة عقود

(٣٤٠) المادة ٧١٤ من القانون السابق، ص ٥٤٣.

(٣٤١) المادة ٧٤٠ من القانون السابق، ص ٥٥.

(٣٤٢) انظر: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٦٦٩، د. عبد الله العلفي، أحكام عقد الإيجار، مرجع سابق، ص ١٧٣.

تعاقبت على مال واحد كما في عقود الإيجار من الباطن على عين واحدة، أو مجموعة من العقود ترابطت بقصد تحقيق هدف مشترك كما في عقود المقاوله من الباطن بقصد تحقيق مشروع مشترك^(٣٤٣).

ثالثاً: المقارنة بين القانونين المصري واليمني

مما سبق نجد إتفاق كل من المشرع المصري ونظيره اليمني في الإعراف بالتعاقد من الباطن باعتبار أنه يشمل إحدى صور المجموعة العقدية المتمثلة في مجموعة من العقود ترابطت بقصد تحقيق هدف مشترك، كما يدخل فيه الشكل الثاني من أشكال تعاقب العقود على مال واحد بغرض الانتفاع كما في عقود الإجارة من الباطن، حيث لا يشملها مبدأ الخلافة الخاصة إذ هو مختص بتلقي الخلف عن السلف مالا معيناً، بينما في الإجارة لا يتلقى المستأجر من الباطن مالا فالعين لا تزال مملوكة للمؤجر الأصلي وإنما يتلقى عنه حقا شخصيا يتمثل في الانتفاع بتلك العين مدة عقد الإيجار. وفي التعاقد من الباطن يشترط أن يكون مشروعاً أي لا يوجد شرط مانع

(٣٤٣) ومعرفة القانون اليمني للتعاقد من الباطن جاء نتيجة لمعرفة الفقه الإسلامي لهذا النوع من التعاقد، وعبروا عنه بالاستنابة في العمل وقيام العامل من الباطن مقام العامل الأصلي وعبروا عنه بقيام أجير الأجير مقامه واستدلوا على جوازها بأن المستأجر ملك المنفعة بالعقد فله أن يملكها لغيره كسائر أملاكه كما قاسوا الإجارة على البيع بجامع المعاوضة في كل منهما وبيع المبيع جائز فكذلك إجاره المستأجر جائز، انظر: حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ج ٦، ص ٩١، موفق الدين ابن قدامة المقدسي، الكافي، المكتب الإسلامي، دمشق، ط ١، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ج ٢، ص ٣٢٠، كما أنهم اشتروا لجواز التعاقد من الباطن أن يكون ذلك في حدود العقد الأصلي ومن حيث المدة والحقوق وعبروا عنه بأن يكون لمن هو مثله في الانتفاع، واشتروا - أيضاً - ألا يمنع رب العمل من ذلك وألا يكون عمل الأجير هنا مما يختلف باختلاف العقد كالنسخ أو لم يكن مقصوداً بعينه لدقته فإنه لا يجوز التعاقد من الباطن ولم لم يكن مصرحاً به في العقد، انظر: الهداية شرح البداية للمريناني، مطبعة مصطفى إلباس الحلبي بمصر، بدون تاريخ نشر، ج ٣، ص ٢٣٤، وينتج عن مخالفة الشرط المانع من التعاقد من الباطن أن الأجير الأول ليس له أجر لأنه أتى بغير المعقود عليه لأن المعقود عليه عمل من أجير معين وعمل الغير ليس معقوداً عليه كما أن الأجير الثاني لا يستحق الأجر أيضاً لأن عمله غير معقود عليه، ولا يقتضيه عقد صحيح ولا فاسد، ولذا فلا يستحق أجر المثل، انظر الهداية، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣٤، المغني لابن قدامة، مطبعة دار المنار، بمصر، ١٣٦٧هـ، ج ٦، ص ٣٥٣، حاشية الدسوقي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ج ٤، ص ٥٥، المحلى لابن حزم الظاهري، دار الجيل، بيروت، بدون تاريخ نشر، ج ٨، المسألة رقم ١٣١٤، ص ١٩٧، شرح كتاب النيل لأطفيش، مكتبة الإرشاد، جدة، الطبعة الثالثة، ١٤١٥هـ - ١٩٨٥م، ج ١٠، ص ١٤٨، يحيى سعيد الحلبي، الجامع للشرائع في فقه الإمامية، دار الأضواء، بيروت، ط ٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ٢٩٦.

من جواز التعاقد من الباطن، سواء كان صريحاً بالنص عليه في العقد أو ضمناً يفهم من طبيعة العقد وطبيعة العمل الذي يلتزم به المتعاقد ومدى جواز التصرف فيه من عدمه.

وكما نجد اتفاق المشرعين المصري واليمني في أن عقد المقاولة الأصل فيه جواز التعاقد من الباطن وأن المنع هو الاستثناء، على اعتبار طبيعة المقاولة وكونها الغالب فيها عدم اعتبار شخصية المفاوض، كما اتفقا في كون عقد المزارعة من الباطن الأصل فيه المنع على اعتبار أن من طبيعته أن يكون شخصية المزارع محل اعتبار، ولكنهم اختلفوا في عقد الإيجار من الباطن فبينما اعتبر القانون المصري أن شخصية المستأجر ليست محل اعتبار وبالتالي فالأصل جواز التعاقد من الباطن والمنع هو الاستثناء، نجد بالعكس من ذلك يرى المشرع اليمني أن الغالب أن شخصية المستأجر محل اعتبار، فلذا جعل الأصل هو المنع من التعاقد من الباطن والجواز هو الاستثناء وسبب اعتبار شخصية المستأجر و منع التعاقد من الباطن هو المنع من النزاع.

الفصل الأول

فكرة فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية

تمهيد وتقسيم:

وفي هذا الفصل سنتناول الحديث حول فكرة الفسخ في إطار المجموعة العقدية، وهنا تكمن الإشكالية الناتجة عن ظهور مجموعة العقود تلك، حيث الترابط بين تلك العقود يؤدي إلى حدوث إشكاليات في تنفيذ تلك العقود، إذ أن بعض صور المجموعة العقدية يكون تنفيذها في وقت واحد، وتكون كل واحدة منها معلقاً تنفيذها على تنفيذ الآخر، وهنا تثار مشكلة إذا حدث إخلال بالتنفيذ في إحدى تلك العقود، فما تكون طبيعة العلاقة أو المسؤولية بين الطرف المضرور والمسئول إذا لم يكن متعاقداً معه، هل تكون تقصيرية أم عقدية؟، وهل يجوز الفسخ فيها إذا كان الإخلال بالتنفيذ مما يوجب الفسخ، وسنشير هنا أيضاً إلى أهمية إقرار العلاقة العقدية المباشرة وأساسها وسنقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول : مدى جواز إقرار العلاقة العقدية المباشرة.

المبحث الثاني : أهمية إقرار العلاقة العقدية المباشرة وأساسها.

المبحث الثالث : مدى جواز فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية وضوابطها.

المبحث الأول

مدى جواز إقرار العلاقة العقدية المباشرة

اختلف الفقه حول إقرار علاقة عقدية مباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، والمقصود بأطراف المجموعة العقدية هنا، الأطراف الذين ساهموا في تكوين عقود المجموعة العقدية، فيما يرى الفقه التقليدي إنكار تلك العلاقة يرى الفقه الحديث إقرارها، وسنشير هنا إلى موقف كل فريق مع حجته القانونية، وسنقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية.

المطلب الأول : موقف الفقه التقليدي.

المطلب الثاني : موقف الفقه الحديث.

المطلب الثالث : موقف القانون اليمني.

المطلب الأول

موقف الفقه التقليدي

وسنقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

- الفرع الأول : عرض موقف الفقه التقليدي.
- الفرع الثاني : حجج الفقه التقليدي في انكار العلاقة العقدية المباشر.
- الفرع الثالث : الصعوبات التي يثيرها موقف الفقه التقليدي.

الفرع الأول

عرض موقف الفقه التقليدي

أولاً : موقف الفقه التقليدي

يذهب الفقه التقليدي إلى إنكار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية وينتج عن هذا عدم اعتبار المجموعة العقدية بمثابة عقد واحد سواء في دعوى تنفيذ أو دعوى مسئولية، وبالتالي فلا يحق لأحد الدائنين مطالبة المدين الذي لم يتعاقد معه بتنفيذ التزامه، كما لا يحق للطرف المضرور مطالبة الطرف المسئول الذي لم يتعاقد معه على أساس المسئولية العقدية المباشرة؛ حيث يقصرون العلاقة العقدية المباشرة بين الأطراف المشتركين في تكوين ذلك التصرف^(٣٤٤).

وتطبيقاً لذلك فإنهم لا يجيزون للمؤجر الأصلي أن يطالب المستأجر من الباطن مباشرة بتنفيذ التزاماته على أساس عقد الإيجار، والعكس أيضاً فلا يجوز للمستأجر من الباطن أن يطالب المؤجر الأصلي مباشرة بتنفيذ التزاماته، وفي حالة الإخلال بالتنفيذ لا يكون العلاقة بينهما على

(٣٤٤) انظر: في عرض ذلك، د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢١، د. هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٧٥، د. سمير عبد السميع لادن، المرجع السابق، ص ٨٩، د. عبد الرازق السنهوري: المرجع السابق، ص ٤٣٣.

Serome kullmann, note sous. Civ, 3, 13 Decembre, 1989: cir.3e, 28mars, 1990, Dalloz. 1991. p. 26, (F) collart Dutilleul, op. cit. p. 891, Delams, op. cit. p197, olivier Guerin, la res pons bilite du maitre de lourvrage en matiere de sous-traitance l'article 14-1 de laloi du 31 December 1975, <http://www.courdecossation.fr/.p.5>, jean-claudemontanier,: le contrat, 2edition, p.u.G.1992.P.106.

Houtcieff: pour une indemnisation mesuree du prejodice subi par le sous-traitant. en cas de man quement du maltre de lourrage a l'article 14-1 de la loidu 31 Decembre 1975. Dalloz. 16-mai X 2002. No. 19, p. 1506.

أساس عقد الإيجار أيضًا؛ لأنهما لم يشتركا في تكوين عقد إيجار مشترك بينهما^(٣٤٥)، وبالمثل أيضًا لا يجوز لرب العمل مطالبة المقاول من الباطن مباشرة بتنفيذ التزاماته على أساس عقد المقاولة، كما لا يجوز للمقاول من الباطن أن يطالب رب العمل مباشرة بتنفيذ التزاماته على أساس عقد المقاولة، كما لا تقوم المسؤولية بينهما على أساس المسؤولية العقدية المباشرة؛ وذلك لعدم اشتراكهما في تكوين عقد مقاولة مشترك بينهما^(٣٤٦). فيكون كل طرف من أطراف المجموعة العقدية السابقة من الغير بالنسبة للعقد الذي شارك في تكوينه الطرف الآخر.

ويسري هذا أيضًا على العقود غير المتجانسة، حيث يعتبر رب العمل من الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين المقاول والمنتج للمواد التي تستخدم في عمليات التشييد، ومن ثم إذا كان هذا الأخير قد أدخل بأحد الالتزامات التي تقع على عاتقه كالتزام بالتسليم أو المطابقة، فلا يمكن لرب العمل الرجوع عليه لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به وذلك بمقتضى قواعد المسؤولية العقدية المباشرة^(٣٤٧).

كما أن العلاقة بين الممتلك للبناء والمقاول الذي تولى عملية التشييد تدخل في مجال الغيرية؛ لأن عقد المقاولة يبرم بين المقاول ورب العمل (البائع) وأن الممتلك لم يكن له دور في تكوينه، ومن ثم فإنه يعد من الغير بالنسبة لهذا العقد، مما يشكل عقبة أمام رجوعه على المقاول بالتعويض عن الأضرار التي أصابته، من جراء ظهور عيوب في البناء بعد انتقال الملكية إليه، وذلك بمقتضى قواعد المسؤولية العقدية المباشرة^(٣٤٨).

ثانياً: طريقة الرجوع بين الطرف المضرور والطرف المسئول

ونتيجة لذلك فإنهم يعالجون المشاكل الناتجة عن ترابط عقود المجموعة العقدية، وما يحدث عن ذلك من تأثير بعضها ببعض في حالة التنفيذ، وكذلك ما يحدث من أضرار بسبب

(٣٤٥) انظر: محمد أحمد عابدين، التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن، مرجع سابق، ص ٤٠، ٤١، سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٣٨، د. محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، مرجع سابق، ص ٢٠٨، د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٣٤٦) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٧، م ١، ص ٢٨، رأفت حماد، المرجع السابق، ص ١٧٢، قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٦، د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ٢٥٠، د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٣٣١، د. مصطفى الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٣٤٧) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٦، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥١٣.

(٣٤٨) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٧.

الاحتكاك فيما بين أطرافها، فلذا نجدهم يلجأون إلى حل الإشكاليات السابقة إما عن طريق العلاقة العقدية غير المباشرة أو العلاقة المباشرة غير العقدية كالآتي:

الطريقة الأولى: الرجوع بالعلاقة العقدية المتعاقبة ، ويكون هذا إما عن طريق توالي وتسلسل الرجوع، حيث يقوم كل دائن بمطالبة مدينة المتعاقد معه بتنفيذ التزامه، ويقوم هو بالتالي بالرجوع على مدينة المتعاقد معه وهكذا حتى نصل إلى المدين المسئول عن عدم التنفيذ أو المتسبب في الضرر الحادث للدائن. وتطبيقاً لذلك فإن المشتري يقوم برفع دعوى ضمان عيب ضد المتعاقد معه، وهو بالتالي يرفع دعوى ضد البائع المتعاقد معه وهكذا^(٣٤٩)، ومثله يقوم المؤجر المالك بمطالبة المستأجر بتنفيذ التزامه بصيانة العين المؤجرة، وهو يقوم بالتالي بمطالبة المستأجر من الباطن بتنفيذ التزامه السابق^(٣٥٠).

كما يقوم رب العمل بمطالبة المقاول الأصلي المتعاقد بتنفيذ التزامه بتسليم العمل وهو بدوره يطالب المقاول من الباطن بتنفيذ التزامه السابق^(٣٥١).

وبالمثل أيضاً في دعاوى المسؤولية فإن الطرف المضرور يرجع على المتعاقد معه مباشرة على أساس المسؤولية العقدية وأساس المسؤولية هنا هو المسؤولية العقدية عن فعل الغير^(٣٥٢)، وهي مسؤولية المتعاقد عن فعل المساعدين الذين استعان بهم في تنفيذ العقد على الرغم من أن هذا المتعاقد لم يقع منه أي خطأ شخصي^(٣٥٣)، ويشترط لتوافر المسؤولية العقدية عن الغير أن يكون ذلك الغير قد عهد إليه المسئول بتنفيذ هذا العقد أو أن يكون هذا الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد إما اتفاقاً أو قانوناً^(٣٥٤)، وهو يرجع بدوره بالمسؤولية العقدية على المدين المتعاقد معه حتى يصل إلى الطرف المسئول الحقيقي عن الضرر.

(٣٤٩) انظر: د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مطبوعات جامعة الكويت، ص ٦٨٩، د. محمد عبد الحكم الخن، التزام البائع بضمان العيوب الخفية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٤م، ص ١٨٥.

(٣٥٠) انظر: د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٢٣٨، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٣٥١) د. قنري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

(352) PH. Delams: op. cit, p. 197, Serome Kullmann. Op. cit. p. 26.

(٣٥٣) انظر: د. عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م، ص ٤١٣.

(٣٥٤) انظر د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص ٢٨، د. عباس حسن الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٤م، ص ٣٨، د. إسماعيل المحاقري، الإغفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة القاهرة،

وهكذا نجدهم يجدون الحل في اشكاليات المجموعة العقدية يكون عن طريق توالي وتسلسل دعاوى التنفيذ ودعاوى المسؤولية كما سبق، ولكن ونظرًا لما تسببه تسلسل الدعاوى من تضيق للوقت والجهد والمال فإنهم يجدون طريقًا آخرًا يتم فيه الرجوع المباشر بين أطراف المجموعة العقدية^(٣٥٥).

وهو طريق الدعوى غير المباشرة وهي دعوى أجاز فيه المشرع للدائن أن يطلب باسم مدينة ولحسابه حقوقه لدى مدين مدينة^(٣٥٦).

حيث نصت المادة ١/٢٣٥ (مدني مصري) على أنه "لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين..." وينتج عن هذا أن للدائن أن يطالب المدين غير المتعاقد معه في المجموعة العقدية بتنفيذ التزامه ولكن هذا يكون باسم مدينه الذي هو دائن لهذا المدين، ونظرًا لما يكتنف هذه الطريقة من خطورة ناتجة عن كون الدائن أو الطرف المضرور قد لا يتمكن من الحصول على حقوقه من جراء تلك الدعوى، إنما أقامها باسم مدينه، وبالتالي فإنها تدخل في الضمان العام للدائنين فيقتسم معهم تلك الحقوق أسوة الغرماء^(٣٥٧)؛ ولذا نجدهم يحبذون ممارسة الطريقة الثانية.

الطريقة الثانية: الرجوع المباشر على أساس المسؤولية التقصيرية^(٣٥٨)، حيث يرى الفقه التقليدي أن هذه الطريقة هي أنفع الطرق لحصول الطرف المضرور على حقه مباشرة من

١٩٩٦م، ص ٣٨٩، د. مصطفى الجارحي، عقد المفاوضة من الباطن، مرجع سابق، ص ٩٠، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م، فقرة ١٩٩، د. حسن أبو النجا، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار الثقافة الجامعية بالقاهرة، ١٩٨٩م، ص ٦٥. والشريعة الإسلامية عرفت المسؤولية العقدية عن الغير وفرقت بين مسئولية لإنسان عن فعل نفسه الشخصي وعن فعل غيره، ومن تطبيقاته أن الأجير المشترك يضمن الأجير الذي عنده، انظر مواهب الجليل اشرح مختصر خليل محمد محمد الخطاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م، ج ٧، ص ٥٥٦، كما جاء في شرح الأزهار لابن مفتاح، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٨٤، و"الذاهب في الحمام يجب ضمانه (بحسب العرف) لأن الحمامي كالأجير المشترك".

(٣٥٥) انظر: د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٦٨٩، د. محمود الخن، المرجع السابق، ص ١٨٥، د. جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص ١٦.

(٣٥٦) انظر: د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٨٨، د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ٨٦، د. جميل الشراقوي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٣٥٧) انظر: د. محمد لبيب شنب، دروس في أحكام الالتزام، مرجع سابق، القاهرة، ص ٣٠١، عادل حسن على، المرجع السابق، ص ٣٤٨، د. نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية

(358) Serome Kullmann. Op. cit. p. 6.

الطرف المسئول، دون توالي الدعاوي، أو الدعوى غير المباشرة، ويقررون أن العلاقة بين أطراف المجموعة العقدية هنا هي علاقة غير عقدية على أساس المسؤولية التقصيرية، باعتبارها هي الأصل والشرعية العامة في مجال المسؤولية المدنية، كما أن أحكامها تتعلق بقواعد النظام العام، ويكون فيها حماية للطرف المضرور من تمسك الطرف المسئول ببند الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، كما أنها تجعل المسئولين المتعددين متضامين في التعويض عن الضرر حيث يحق للطرف المضرور في إطار أحكام المسؤولية التقصيرية والتي لا تقتصر على التعويض فيها عن الضرر المباشر فحسب، بل يتعداه إلى الضرر غير المباشر وسواء كان الضرر متوقعًا، أو غير متوقع، كما أنها تؤدي إلى حماية الطرف المضرور من جراء الشروط العقدية، وكذا من مدة التقادم القصير^(٣٥٩).

وإمعاناً في تقريرهم للمسؤولية التقصيرية كأساس للعلاقة بين أطراف المجموعة العقدية يرى الفقه التقليدي هنا التوسع في مفهوم الخطأ التقصيري، كأساس للمسؤولية التقصيرية، وذلك من أجل توفير حماية أكثر للطرف المضرور؛ حيث يرون أن واقعة الإخلال بالتزام عقدي تشكل - في نفس الوقت - خطأً تقصيريًا؛ حيث يكفي الطرف المتضرر إثبات أن الطرف المسئول قد أخل بالتزامه العقدي، ومتى ثبت ذلك فإنه يفترض وجود خطأ تقصيري، يستوجب انعقاد المسؤولية وفقًا لقواعد المسؤولية التقصيرية، ويكون على الطرف المسئول إثبات كون الطرف المضرور لم يتضرر من جراء إخلاله هو بتنفيذ التزامه العقدي^(٣٦٠) وتطبيقًا لذلك قرروا أن الخطأ التقصيري من المقاول من الباطن يتمثل في إخلاله بواجب عام وهو عدم الإضرار بحقوق رب العمل^(٣٦١).

(٣٥٩) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٣٤، د. هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٥٧. د.

جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص ١٥، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ١١٦.

(٣٦٠) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٣٤، وفي ذلك نقول محكمة النقض الفرنسية بأن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى يشكل في نفس الوقت خطأً تقصيريًا، مما يخول للغير المتضرر - من واقعة الإخلال - الحق في طلب التعويض عما لحق به من أضرار على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، دون حاجة إلى تكليفه بإثبات أن رد فعل المدعى عليه يشكل إخلالاً بالواجب العام المفروض على الكافة، والذي يقضي بعدم الإضرار بالغير، أو أن هذا الفعل يتطابق مع مخالفة القوانين واللوائح المعمول بها "حكم الدائرة المدنية الثانية، ٣ يوليو ١٩٦٨م، تعليق Solne. مشار إليه في المرجع السابق، ص ٣٥.

(٣٦١) د. أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص ٦٧.

الفرع الثاني

حجج الفقه التقليدي في انكار العلاقة العقدية المباشرة

يستند هذا الاتجاه المنكر للعلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية إلى

الآتي:

أولاً: أن إقرار علاقة عقدية مباشرة يتنافى مع مبدأ مهم من مبادئ القانون، وهو مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية^(٣٦٢)؛ حيث تقضي أن أثر العقد لا يجاوز المتعاقدين وخلفهما^(٣٦٣)؛ حيث نصت المادة ١٤٥ (مدني مصري) على أنه: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام..." ويقصد بالنسبية أيضاً أن العقد ينتج آثاره في مجال محدد، هو ذاك الخاص بالمتعاقدين وخلفاهما، ولا ينتج خارج هذا المجال، وأن ما ينشأ عن العقد من حقوق أو التزامات لا تسري إلا بالنسبة لأطرافه الذين أبرموه بأنفسهم أو بواسطة من يمثلونهم، ولا ينتج العقد أثراً بالنسبة للغير^(٣٦٤).

وأنصار إنكار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية يذهبون إلى تفسير مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية تفسيراً ضيقاً، وذلك بأن الشخص لا يعد طرفاً في العلاقة العقدية، إلا إذا شارك في تكوينها، وبالتالي يكون كل شخص لم يشارك في تكوين العقد أجنبياً عن ذلك العقد، ويكون من الغير، مهما كان لهذا الغير دور في تنفيذ العقد أو عدم

(٣٦٢) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣، د. هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٧٥، د. إبراهيم المنجي، دعوى الرجوع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠١م، ص ٢٦،

Jacques Ghestin, op. cit, N 714, p. 884, Serome Kullman; op. cit, p. 26, (PH) Delams, op. cit, p. 196, Henry, op. cit, p. 1064.

(٣٦٣) انظر: د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨٣، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٢٣٧، والمفهوم الفني لمبدأ النسبية هو حظر امتداد أثر قانوني معين لشخص يقتضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه انظر د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٧٦. ومبدأ النسبية في القانون الفرنسي جاء في نص المادة (١١٦٥) مدني فرنسي حيث نصت على أن، "العقود لا ترتب آثارها إلا بين أطرافها المتعاقدين"، انظر

Jacques Ghestin: op. cit, NO, p. 533

(٣٦٤) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٦٩، د. على نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥، ص ٢٥١، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٣٦٥، والغير في مجال النسبية، هو كل ما عدا الأطراف في التصرف أو هو من لم ترتض إرادته إنصراف الأثر الملزم إليه. انظر د. نبيلة رسلان، المرجع السابق، ص ٧٩.

Jacques Ghestin: op. cit, N556, P. 533, (B) Starckt; op. ict, p. 506, jean – Claude Montanier: op. ict, p. 106

تنفيذه^(٣٦٥)، وبالتالي فإنهم لا يجعلون العلاقة بين أطراف المجموعة العقدية - سواء في دعوى تنفيذ أو مسئولية - علاقة عقدية مباشرة لكونهم لم يشتركوا في عقد واحد.

وبذلك يكون هذا الاتجاه قد تأثر بالنظرية الشخصية التي نشأت في أحضان القانون الروماني والتي تقضي في تحديد مدلول الطرف، بوجوب الآخذ في الاعتبار الإرادة الملزمة لحظة تكوين العقد، دون الاعتداد بمرحلة التنفيذ المادي^(٣٦٦).

ثانيًا: أن إقرار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، يتعارض مع مبدأ المساواة بين الدائنين^(٣٦٧)، كما جاء في نص المادة ٢/٢٣٤ (مدني مصري) حيث جاء فيها: "وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقًا للقانون" وجاء هذا النص بعد نص الفقرة الأولى من نفس المادة القاضية بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه^(٣٦٨).

ويقضي هذا المبدأ أن الدائنين مشتركون في الضمان العام لأموال المدين وأنهم يقتسمون هذا الدين كل بحسب نسبة دينه وأنه لا يفضل بعضهم على بعض إلا إذا كان دائنًا غير عادي، كما إذا كان لأحدهم تأمين عيني على أموال المدين ضمانًا لاستيفاء حقوقهم^(٣٦٩).

ويرى أيضًا هذا الاتجاه أن إقرار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية يقضي بأن الدائن يحصل لحسابه على ما في ذمة مدين مدينه، وهذا مما يضر بالدائنين

(٣٦٥) وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي كاريونيه بأنه، "لا يجب عند تحديد مدلول الغير بالنسبة لعلاقة تعقدية معينة، الأخذ في الاعتبار الوجود الجسدي أو التنفيذ المادي للعقد بل يعتد - فقط - بالإرادة القانونية التي تلزم وتلزم" انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٥٣.

كما يقول الفقيه الفرنسي كونت Conte، "أن فكرة الطرف أو الغير لا يمكن أن تتيح إجراء تحليل موضوعي صرف للمجموع العقدي، القائم على روابط اقتصادية تربط العقود المختلفة، وأن صفة الطرف النابعة من إرادة التزام النفس لها أساس شخصي من غير الممكن فرض هذه الصفة على شخص لم يعلن رضاه في أي وقت" انظر:

(PH) Delams: op. cit, p. 197

(٣٦٦) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣.

Jacques Ghestin, op. cit, N. 713, p. 883.

(٣٦٧) انظر: د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٣٠٨، د. إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص ٢٦.

(F) Collart Dutilleul; op. cit, p. 879, Jacques Ghestin, op. cit, N. 713, p. 883.

(٣٦٨) انظر المادة ١/٢٣٤ مدني مصري

(٣٦٩) انظر: د. محمد لبيب شنب، دروس في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٩٦، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٨٧، د. جميل الشرقاوي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٧٣.

الآخرين ومما يخالف أيضاً مبدأ المساواة بين الدائنين، ولذا فإنهم يرون أن من الإنصاف هو إنكار العلاقة العقدية المباشرة، من أجل حماية الدائنين^(٣٧٠)، ويكون الحل كما سبق هو في الدعوى غير المباشرة لأنها باسم المدين ولحسابه وما ينتج عنها من حقوق في الضمان العام للدائنين، أو يطالب بحقوقه مباشرة عن طريق المسؤولية التقصيرية كما سبق.

ثالثاً: كما يرون أنه إذا كان المشرع قد اعترف بصور المجموعة العقدية كما سبق، إلا أنه لم يقر بوجود علاقة عقدية مباشرة بين أطرافها، فالدعوى المباشرة المقررة من القانون لبعض الأطراف، إنما تكون من باب الاستثناء والخروج على مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، شأنها شأن الاشتراط لمصلحة الغير والتي تعد خروجاً على مبدأ النسبية. وبالتالي فإنها لا تكون دليلاً لقيام علاقة عقدية مباشرة بين أطراف المجموعة العقدية^(٣٧١)؛ حيث قرر المشرع المصري دعوى مباشرة لبعض صور المجموعة العقدية ولبعض الأطراف دون الأطراف الآخرين وفي حدود معينة لا تتعداها إلى التزامات أخرى ناشئة عن ذلك العقد، وهذا وإن كان خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين على اعتبار أن الدائن هنا يصل إلى ذمة مدين مدينه وذلك لحسابه فقط ولا يدخل ضمن الضمان العام للدائنين، إلا أن هذا عندهم يكون لا اعتبارات خاصة به^(٣٧٢).

ففي مجال البيوع المتألية على مال واحد نجد أن نص المادة ٤٧٤/١ (مدني مصري) والذي تقضي بأن: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه"، فمفهوم هذا النص يجيز الرجوع المباشر بين الممتلك النهائي والبائع الأصلي أو المنتج للمال على أساس عقدي وهو ضمان العيب الخفي إلا أنهم يرون أن هذا يعد من قبيل الاستثناء والخروج على مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، حيث يعد هذا من قبيل الالتزامات العينية التي تثقل المال ومن ثم فإنه ينقل إلى الخلف الخاص وفقاً لفكرة المستلزمات^(٣٧٣).

(370) Jaques Ehestin, op. cit, N. 714, p. 884, (B) Starckt, op. cit, p. 505

(٣٧١) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج٢، م٢، ص١٢٧٥، د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص٧٢٩، د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام "أحكام الالتزام"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص٢٧.

(٣٧٢) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج٧، م١، ص٣٨٤، د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص٣٨.

(٣٧٣) د. عبد المنعم البدر، الوجيز في عقد البيع، مطبعة النسر الذهبي، ١٩٨٣، ص٣٧٤.

وكذا في مجال الإيجارات المتتالية على مال واحد (الإيجار من الباطن) في المادة ١/٥٦٩ (مدني مصري) والتي تنص على أن: "يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر". فهذا النص يقرر وجود علاقة عقدية مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن ولكن هذا يكون مخصوصاً ببعض الالتزامات دون باقي الالتزامات وهو التزام المستأجر من الباطن بدفع الأجرة ولذا هذا يعد استثناء من مبدأ نسبية أثر التصرفات^(٣٧٤).

وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للنص السابق بقولها: "وتوجد علاقة مباشرة ما بين المؤجر والمستأجر من الباطن في شيء واحد هو الأجرة. أما سائر التزامات المستأجر غير دفع الأجرة فتبقى العلاقة غير مباشرة ما بين المؤجر والمستأجر من الباطن يتوسط بينهما المستأجر الأصلي..."^(٣٧٥).

وهو ما أكدته - أيضاً - محكمة النقض - بشأن أحد الطعون الذي طرح أمامها - بقولها: "مفاد المادتين ٥٩٦، ٥٩٧ من القانون المدني أنه في الإيجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي خاضعة لأحكام عقد الإيجار الأصلي، فيطالب كل منهما الآخر بحقوقه بمقتضى هذا العقد ويسري على العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن أحكام عقد الإيجار من الباطن، ولا ينشئ العقد الأخير علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر الأصلي إلا في شيء واحد وهو الأجرة، فيكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي من الأجرة ومن وقت إرسال إنذار له عن المدة التي تلي الإنذار على نحو ما فصلته المادة ٥٩٧ من القانون المدني، أما سائر الحقوق والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد الإيجار فتبقى العلاقة بالنسبة لها غير مباشرة ما بين المؤجر الأصلي والمستأجر من الباطن يتوسط بينهما المستأجر الأصلي، ولا ينشئ عقد الإيجار من الباطن علاقة مباشرة بين المؤجر الأصلي وبين المستأجر من الباطن، ولو كان قد صرح

(٣٧٤) انظر: محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، مرجع سابق، ص ٢٠٧، د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٢٣٨، محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص ٤١، د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٤١٥، د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ١٢٩، د. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، ص ٢١٨.

(٣٧٥) د. محمد شتا أبو سعد، التقنين المدني، مرجع سابق، ج ٣، ص ٨٣٨.

المستأجر في عقد الإيجار الأصلي بالتأجير من الباطن، إلا إذا قبل المؤجر الأصلي الإيجار من الباطن بعد تمامه دون تحفظ أو استوفى الأجرة من المستأجر من الباطن" (٣٧٦).

فالحكم السابق يؤكد ما عليه الاتجاه التقليدي من عدم وجود علاقة عقدية مباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، كما قالت - أيضًا - محكمة النقض - بشأن أحد الطعون الذي طرح أمامها - أن العلاقة المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية في عقد الإيجار وهما المؤجر الأصلي والمستأجر من الباطن، فيما عدا الالتزام بدفع الأجرة المنصوص عليه في المادة ٥٩٧ - إنما يكون على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية حيث جاء فيه: "لئن كانت العلاقة بين المؤجر الأصلي والمستأجر من الباطن - فيما عدا التزام الأخير بأن يؤدي للأول مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي من الأجرة من وقت إنذار المؤجر له عن المدة التي تلي الإنذار على نحو ما فصلته المادة ٥٩٧ من القانون المدني - غير مباشرة إلا أنه يجوز للمستأجر من الباطن أن يرجع مباشرة على المؤجر بدعوى المسؤولية التقصيرية إذا ارتكب المؤجر أو أحد تابعيه الحق ضرراً بالمستأجر من الباطن..." (٣٧٧).

وفي مجال العقود المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك، نصت المادة ١/٦٦٢ (مدني مصري) على أنه: "يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل"، فمن خلال النص السابق يقرر الفقه، التقليدي أن العلاقة العقدية المباشرة هنا إنما تكون بين المقاول من الباطن ورب العمل وهي خاصة فيما يكون ثابتاً له في ذمة مدينه فقط، وأن هذه العلاقة تعد خروجاً على مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، كما أنه أيضاً يكون خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين على اعتبار أن الدائن هنا يحصل على حقه من ذمة مدين مدينه دون أن يشارك فيه بقية الدائنين (٣٧٨).

(٣٧٦) جلسة ١٩٧٥/٤/٣١ م لسنة ٢٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، ص ٥٩٦.

(٣٧٧) جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ م لسنة ٢٦، ص ٨٩٦.

(٣٧٨) انظر: د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، مرجع سابق، ص ١٠٣، د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٠، د. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٦١، د. أحمد شوقي عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢ م، ص ١٣٦.

ثم يعلل الفقه التقليدي علة خروج المشرع عن مبدأ النسبية ومبدأ المساواة بين الدائنين في حالة الدعوى المباشرة في حالة الإيجار من الباطن والمقاوله من الباطن، حيث يرون أن المستأجر من الباطن يكون هو المستفيد من المالك في السكن بإشغال الأمكنة، وبما أنه يتمتع بما له فمن العدل والإنصاف أن يستفيد هذا المالك بدل الإيجار من الباطن بالأفضلية على دائني المستأجر الأصلي كما أن المقاول من الباطن وإن كان قد أثرى المقاول الأصلي، إلا أنه أفاد صاحب العمل بتحسين الشيء ويجب أيضاً أن يكون في مواجهة صاحب العمل الذي هو دائنه الحقيقي^(٣٧٩).

فهكذا يرى الفقه التقليدي أن الدعوى المباشرة^(٣٨٠) المقررة بالنصوص القانونية لا تصلح أن تكون أساساً للعلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، حيث تعد من قبيل الاستثناء والخروج على مبدأ نسبته أثر التصرفات القانونية، ومبدأ المساواة بين الدائنين، كما أنها مقررة لبعض الأطراف وفي بعض الالتزامات، فلذا لا يكون أمام الأطراف الآخرين الذين لم يكن لهم الحق في الدعوى المباشرة، ولا يمكن لهم إلا الرجوع بالدعوى غير المباشرة أو دعوى المسؤولية التقصيرية.

وتطبقاً لذلك قضي في بعض أحكام القضاء الفرنسي، حيث قضت الدائرة الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية بأن الالتزام بتحقيق نتيجة في تنفيذ أعمال خالية من العيوب الذي يقع على عاتق المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي أساسه العلاقة الشخصية، الموجودة بينهما، ومن ثم لا يمكن لرب العمل الذي يعد أجنبياً عن عقد المقاوله من الباطن التمسك به^(٣٨١).

(٣٧٩) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٧، م ١، ص ٢٨٣، مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٣٠٨، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

(٣٨٠) والقانون الفرنسي أقر بصور للدعوى المباشرة يحق فيها للدائن بأن يقاضي المدين العقدي لمدينه لحسابه الخاص ومن هم هذه الصور،

المضرور ضد شركة التأمين المسؤولة (المادة ١٢٤ - ٣) من قانون التأمين.

الموكل ضد وكيله من الباطن (المادة ١٩٩٤) من القانون المدني.

المؤجر ضد المستأجر من الباطن (المادة ١٧٥٣) من القانون المدني.

العمال ضد عميل المقاول (المادة ١٧٩٨) من القانون المدني.

المقاول من الباطن ضد رب العمل (قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥).

مالك العقار ضد البناء (المادة ١٧٩٢) أو المستثمر (المادة ١٦٤٦ - ١). انظر:

Jean- Claude Montaiet, op. cit, p. 105, location direct, op. cit, p. 1, Xavier Henry, Code civil, edition, 2005, p. 1065.

مشار إليه في د. فيصل ذكي، المرجع السابق، ص ٨٢٦، 3.22.6.198. civ. (381)

كما قضت نفس الدائرة برفض الطعن المقدم أمامها وتأييد قاضي الموضوع برفض دعوى رب العمل برفع دعواه ضد المنتج لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء تسليم هذا الأخير للمقاول (المتعاقد معه) النسيج المقطرن الذي استخدمه في تغطية أسقف العمارة لمنع تسرب مياه الأمطار داخل الشقق وأنه غير مطابق لما تم الاتفاق عليه في عقد البيع، حيث قرر قاضي الموضوع انتفاء العلاقة التعاقدية بين المدعي والمدعى عليه، والتي تعد عنصرًا جوهريًا لتحريك قواعد المسؤولية العقدية^(٣٨٢).

كما قضت محكمة النقض أيضًا بأن المقاول الذي عهد إليه المستأجر بإجراء الإصلاحات اللازمة في العين المؤجرة، لا يمكن انعقاد مسؤوليته تجاه المؤجر عن الأضرار التي لحقت بهذا الأخير، وذلك وفقًا لقواعد المسؤولية العقدية المباشرة^(٣٨٣).

كما قضت الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسي بكامل أعضائها أن الاتفاقات لا مفعول لها إلا بين الفريقين المتعاقدين، ببيان أن الدعوى العقدية بالضرورة لا يمكن قبولها ذلك بأن "المقاول من الباطن ليس مرتبطًا عقديًا بصاحب العمل المستقل"^(٣٨٤). وهكذا نجد أن أنصار الفقه التقليدي ينكرون العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، ويجعلون العلاقة بينهما إما عقدية غير مباشرة أو علاقة مباشرة قائمة على قواعد المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثالث

الصعوبات التي يثيرها موقف الفقه التقليدي

ولكن ورغم ما أبداه أنصار هذا الاتجاه من أدلة وحجج قانونية على ما ذهبوا إليه، إلا أن تطبيق هذا الاتجاه المنكر للعلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، يثير العديد من الصعوبات والمشاكل القانونية منها.

أولاً: أن إنكار العلاقة العقدية المباشرة يجعل للطرف المتضرر الخيار - كما سبق - في الرجوع على الطرف المسئول إما عن طريق دعوى المسؤولية العقدية غير المباشرة، أو عن طريق دعوى المسؤولية التقصيرية. وهذا يخالف مبدأً قانونيًا أجمع عليه الفقه والقضاء وهو مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية^(٣٨٥).

(382) civ.3.19.6.1984, Jacques Ghestin, op. cit, N. 729, p. 902.

(383) civ.3.27.1.1988. ٢٨. مشار إليه في المرجع السابق، ص ٢٨.

(384) Cass. 12 juil, 1991, Jacques Ghestin, op. cit, p.N. 733, p. 908.

(٣٨٥) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٨٠.

ثانيًا: أن الرجوع بقواعد المسؤولية التقصيرية يؤدي إلى هدم القوة الملزمة العقد وبالتالي التخلص من البنود العقدية، كما أن الأخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية يؤدي إلى إهدار الحماية القانونية لأطراف المجموعة العقدية، فتهدر حماية الطرف المتضرر بعدم حصوله على التعويض إذا كانت واقعة الإخلال بالالتزام لا تعد خطأً تقصيريًا ولا تتطابق مع مخالفة الواجب العام، مما يؤدي إلى ضياع حقه، وأما بالنسبة لإهدار حماية الطرف المسئول فإنه يؤدي إلى حرمانه من بنود العقد الذي شارك فيه والذي قد يكون فيه احتاط لنفسه في التأمين من المسؤولية سواء بالإعفاء منها أو التخفيف فيها^(٣٨٦).

ثالثًا: أن الأخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية يؤدي إلى إهدار قيمة النصوص التشريعية المقررة للعلاقة العقدية، كالقواعد الخاصة بالتقادم، ومدى سريانها وكذا في تقرير التعويض، ومدى الضرر الذي يتم التعويض^{٣٨٧} عنه، وكذا القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي والقانون واجب التطبيق في حالة تنازع القوانين^(٣٨٨).

(٣٨٦) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٥٨.

(٣٨٧) المرجع السابق، ٦٣.

(٣٨٨) انظر: د. جابر محجوب، المرجع السابق، ص ١٦، ١٧، د. أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق،

ص ٦٨، ٦٩، د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٨٥.

المطلب الثاني

موقف الفقه الحديث

وستتناول هنا عرض فكرة الفقه الحديث مع توضيح علاقة موقفهم بمبدأ النسبية حسب الفروع الآتية:

الفرع الأول : عرض موقف الفقه الحديث.

الفرع الثاني : موقف الفقه الحديث من علاقة مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية بالمجموعة العقدية.

الفرع الأول

عرض موقف الفقه الحديث

نظرًا للانتقادات الموجهة ضد الفقه التقليدي أنصار إنكار العلاقة العقدية المباشرة؛ ذهب الفقه الحديث إلى إقرار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية^(٣٨٩).

حيث لم يقتصر في مفهوم الطرف على النظرة الضيقة المأخوذة من القانون الروماني والتي تقصره على الأشخاص الذين ساهموا في تكوينه، فيما يعرف بمبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، حيث يرى الاتجاه الحديث أن النص الذي يقرر مبدأ النسبية غامض، ومن ثم يجب تفسيره في ضوء:

١ - مبدأ عدم الجمع أو الخيرة بين المسؤوليات.

٢ - مبدأ القوة الملزمة للعقد.

(٣٨٩) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٧١، د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٣٣٢، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٧٢، د. نبيل إبراهيم سعد: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٧٤، د. جابر محبوب، المرجع السابق، ص ١٨، د. أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص ٥٤، د. حسن عبد الباسط جميعي: مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١١، د. عبد الحميد عثمان الحفني: المرجع السابق، ص ٧٢.

ترجمة د. Jean Clais Auloy: les de contrat consommation, paris, 3edition, 1992. p. 44, Serome Kullmann; op. cit, p. 26, (PH) Delams: op. cit, ٢٠٠٠، حمد الله محمد حمد الله، ٢٠٠٠، p.196, Jacques Ghestin, op. cit. N. 728, p. 901.

٣ تحديد نطاق تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية، والذي يبدأ حيث ينتهي مجال أعمال قواعد المسؤولية العقدية.^(٣٩٠)

ولذا نجدهم يقررون أن الطرف يشمل أيضًا الأشخاص الذين اشتركوا في تنفيذ العقد، فقد نظروا هنا إلى الطرف بمعيار موضوعي^(٣٩١)، ولذا اعتبروا المجموعة العقدية كأنها عقد واحد، وأجازوا للمضرور الرجوع على المسئول مباشرة على أساس المسؤولية العقدية، واعتبروا هنا أن المضرور لم يصب بأضرار إلا بسبب كونه دائنًا بالتزام عقدي، وهذا الالتزام العقدي مرتبط من الناحية الموضوعية، بالالتزام الذي أخل به المسئول، فالمسئول هو مدين أخل بالتزامه العقدي، والمضرور هو دائن بهذا الالتزام ولكن بصورة غير مباشرة، فلزم إذن أن تكون العلاقة بينهما علاقة عقدية مباشرة، تحكمها قواعد المسؤولية العقدية، على اعتبار أن هذه القواعد لم تتقرر للشخص على أساس كونه متعاقدًا فحسب، ولكن باعتباره - أيضًا - مستفيد من التصرف القانوني^(٣٩٢).

وتطبيقًا لذلك فإنه يمكن للمشتري الأخير للسلعة أو المستهلك الرجوع مباشرة على البائع الأول للسلعة أو المنتج بضمان العيوب الخفية، على أساس المسؤولية العقدية، على اعتبار أن هذا البائع مدين بالتزام عقدي هي ضمان العيوب الخفية لهذه السلعة، بغض النظر عن كون الدائن هو المتعاقد معه مباشرة، فهو مدين من الناحية الموضوعية لا الشخصية، حيث لا يهم شخص الدائن هنا، بدليل أنه قد يكون مدينًا للخلف العام أو المحال له بهذا الالتزام في حالة تحقق شروط الخلافة العامة والحوالة، كما أن المشتري الأخير أو المستهلك يكون هنا دائن بهذا الالتزام العقدي أيًا كان ذلك المدين^(٣٩٣).

وبالمثل أيضًا فإنه يحق للمستأجر من الباطن المتضرر من ضمان العيوب الخفية في العين المؤجرة، من الرجوع على المؤجر الأصلي المدين بذلك الضمان باعتباره المسئول عن ذلك الضرر، باعتباره مدينًا بضمان العيوب الخفية للعين المؤجرة وبالعكس أيضًا، فإنه يحق للمؤجر الأصلي - المتضرر من جراء الإخلال بالمحافظة على العين المؤجرة - والدائن بالالتزام

(٣٩٠) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٣٩١) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٨٤.

Sermo Kullmann، op. cit, p. 26, Jean Marc، op. cit. N. 627, p.263, B Starckt، op. cit, p. 507, M. Bacache، op. cit, p. 39.

(٣٩٢) انظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٤١، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٣٩٣) انظر: د. حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج، مرجع سابق، ص ١١، د. حمدي عبد الرحمن،

الوسيط، مرجع سابق، ص ٥١٢

M. Bacache، op. cit, p. 39.

بالمحافظة على العين المؤجرة الرجوع مباشرة على المستأجر من الباطن باعتباره مسؤولاً عن ذلك لأنه مدين بالالتزام بالمحافظة على العين المؤجرة^(٣٩٤).

وكذا يحق لرب العمل المتضرر من عدم إنجاز العمل باعتباره دائماً بالالتزام بإنجاز العمل في عقد المقاولة، حيث يجوز له الرجوع على المقاول من الباطن المسؤول عن عدم إنجاز العمل باعتباره مدينًا بذلك الالتزام، وبالعكس أيضاً فإنه يحق للمقاول من الباطن الرجوع على رب العمل، لتضرره من جراء عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزامه بتمكينه من العمل في عقد المقاولة^(٣٩٥).

بل إن الرجوع المباشر بين المضرور والمسئول على أساس المسؤولية العقدية لا يقتصر على العقود المتجانسة مثل مجموعة من البيوع المتوالية لعين واحدة أو عدة عقود إيجار واردة على عين واحدة، أو عدة عقود مقاولة ترابطة بقصد تحقيق عمل واحد، كما سبق، إلا أنه تعدى العلاقة العقدية المباشرة ولو كانت تلك العقود غير متجانسة وهي سلسلة من العقود تتم في إطار عملية قانونية واحدة ولا تتشابه من حيث الطبيعة القانونية، كأن يتصل عقد البيع بعقد المقاولة أو عقد البيع بعقد الإجارة، أو عقد إجارة بعقد المقاولة، حيث لا يكون هناك من الناحية القانونية ما يبرر التفرقة بين التصرفات القانونية النافذة للملكية والتي تكون متجانسة (بيوع متعاقبة على مال واحد) وتلك التي تخرج عن نطاق التجانس (بيوع فصل بينها عقد مقاولة أو توريد) وتخويل الممتلك النهائي في العقود المتجانسة - الرجوع على البائع الأصلي، أو المنتج للمال بدعوى المسؤولية العقدية المباشرة المؤسسة على ضمان العيوب الخفية، وحرمانه من ذلك في حالة العقود غير المتجانسة. فالضمان القانوني يوجد مصدره في عقد البيع الأصلي ولا يفرض على البائع الأصلي أو المنتج للمال إلا بسبب كونه طرفاً في هذا العقد^(٣٩٦).

فلذا يجوز رجوع الممتلكين للعمارة بضمان العيوب الخفية على المقاول الذي بنى العمارة بسبب إخلاله بالتزامه في عقد المقاولة على أساس المسؤولية العقدية دون الرجوع على البائع للعمارة، فالممتلك للمال ليست له مصلحة في ممارسة دعوى الضمان سوى أنه مالك

(٣٩٤) د. عبد الحميد فهمي الطنبولي، المرجع السابق، ص ٢٨١.

M. Bacache، op. cit, p. 39 .

(٣٩٥) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٧٤، مصطفى كامل العصيمي، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

M. Bacache، op. cit, p. 39

(٣٩٦) انظر: د. جابر محبوب، المرجع السابق، ص ١٩، د. أسامة بدر، المرجع السابق، ص ٥٧، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥١٣، د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٢٠.

M. Bacache، op. cit, p. 39

للمال لحظة ظهور العيب، ومن ثم فالأضرار التي يعاني منها من جراء وجود هذا الأخير تكون ناتجة من حيث الأصل عن الإخلال بالتزام تعاقدى، مما يستوجب تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، وبالمثل أيضاً فإنه يجوز الرجوع مباشرة وعلى أساس المسؤولية العقدية بين رب العمل في عقد المقاولة، والبائع الذي باع المواد الخام للمقاول الذي قام بإنجاز العمل المعيب، على اعتبار أن البائع هنا هو المسئول عن العيوب الخفية في المواد الخام والتي أدت إلى الأضرار برب العمل، كما يجوز أيضاً رجوع المستأجر للعين على المقاول الذي قام بترميم العين المؤجرة باعتباره مسئولاً عن الأضرار التي حدثت بسبب عقد المقاولة... وهكذا^(٣٩٧).

كما أجازت محكمة النقض في مصر- بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها- الرجوع المباشر بضمان التعرض في حالة البيوع المتتالية وجعلت ذلك مشروطاً بصحة البيع الثاني وكون المشتري الأخير قد سجل ذلك البيع حيث جاء فيها: "إذا كان من المقرر قانوناً أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري وخلفه عامّاً وخاصّاً في العقار المبيع، وكان المشتري لم يسجل عقد البيع الصادر له لا يعتبر خلفاً خاصّاً ولا يعدوا أن يكون دائناً شخصاً لهذا البائع، فمن ثم لا يستطيع أن يواجه البائع لبائعه بضمان التعرض إلا استعمالاً لحق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة"^(٣٩٨).

ولقد تأثر القضاء الحديث في فرنسا، بالفقه الحديث، الداعي إلى تأسيس العلاقة بين أطراف المجموعة العقدية على أساس العلاقة العقدية المباشرة، حيث تأثر القضاء الفرنسي بالاجتهاد الجريء الذي نادة به الفقيه الفرنسي Teyssie، والذي أشار إلى خطورة جعل العلاقة بين أطراف المجموعة العقدية على أساس المسؤولية التقصيرية، ولذا نادى بتوحيد النظام القانوني لأطراف المجموعة العقدية الواحدة، بحيث يكون الرجوع بين المضرور والمسئول على أساس المسؤولية العقدية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة^(٣٩٩).

حيث لاقت تلك الدراسة صدى واسعاً في مجال الفقه الفرنسي وتأثر به أيضاً القضاء الفرنسي فقد قضت الدائرة الأولى بمحكمة النقض الفرنسي بـ "أن المسؤولية في مجموعة عقود تسوس بالضرورة طلب التعويض من جميع الذين لم يصيبهم الضرر إلا لأنهم مرتبطون بالعقد

(٣٩٧) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٧٥، ٧٦.

(٣٩٨) جلسة ٣/٤/١٩٨٠م، مجموعة المكنبة الفني، س ٣١، ص ١٠٢٧.

(٣٩٩) وكان ذلك عند انتقاده بشدة الفقه الذي يبنى الدعوى المباشرة على القانون حصراً وأن هذا يصطدم باجتهاد جرى وفقه عصري، ولم يتردد هنا في الاعتراف بدعوى مباشرة للإيفاء والضمان بين أطراف المجموعة العقدية، انظر الفقرة رقم ٤٧، ص ٢٣٩.

الأصلي، وبما أن المدين في هذه الحالة كان يتوجب عليه بالفعل توقع نتائج قصوره، حسب القواعد العامة المطبقة في هذه المادة، فإن الضحية لا يمتلك تجاهه إلا دعوى ذات طبيعة عقدية حتى في غياب عقد بينهما^(٤٠٠).

كما قضت أيضاً الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض بإعطاء صاحب المبنى الإفادة من دعوى مباشرة للمسئولية العقدية ضد المقاول من الباطن^(٤٠١).

كما قررت الدوائر المجمععة لمحكمة النقض مبدأ هاماً مقتضاه أن رب العمل يتمتع - شأنه في ذلك شأن الممتلك - بكافة الحقوق والدعاوي المرتبطة بالشيء والتي كانت مقررة لسلفه. ومن ثم يمكنه - تبعاً لذلك - الرجوع للشركة المنتجة مباشرة، بدعوى المسئولية العقدية، المؤسسة على عدم مطابقة المواد التي اشتراها المقاول من هذه الشركة من أجل استخدامها في البناء لما تم الاتفاق عليه في عقد البيع^(٤٠٢).

الفرع الثاني

موقف الفقه الحديث من علاقة مبدأ نسبية آثار
التصرفات القانونية بالمجموعة العقدية

أولاً: عرض الموقف

مما سبق نلاحظ أن الفقه الحديث يرى أن طبيعة العلاقة بين أطراف المجموعة العقدية هي علاقة عقدية مباشرة، ولكن ما علاقة ذلك بمبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، فهل تعد المجموعة العقدية استثناء على هذا المبدأ؟ أم أنها لا تعد خروجاً عنه وأنها من تطبيقاته؟ ونظراً

(400) civ, 1.21. juin, 1988. Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome2, obligations, contrats speciaux, suretes, 11 edition, 2000, Dalloz, p. 163

وجاء الحكم السابق في قضية إحدى شركات الطيران والمرتبطة مع شركة مطارات باريس بعقد إشراف طيران، وبمقتضاه تتعهد هذه الشركة الأخيرة بقطر طائراتها من نقطة التحميل إلى منطقة الإقلاع، وبسبب عطل السكر الملحق بنظام شر قضيب الجر إلى الطائرة اصطدم الجرار بالطائرة وأحدث ضرراً فيها، مما أدى إلى الإضرار بالشركة، حيث سمحت الدوائر المدنية الأولى لهذه الشركة بمقاضاة صانع السكر مباشرة على أساس المسئولية العقدية

(401) civ, 8, mars, 1988. les grands arrêts de la jurisprudence civile, op.cit, p. 162.

(402) cass, 7 fer, 1986, les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit

وجاء الحكم السابق بسبب الجدل الذي وقع بين الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية التي أقرت الدعوى العقدية المباشرة بين رب العمل والمنتج في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٥/٢٩م، والدائرة المدنية الثالثة والتي منعت الرجوع المباشر بين رب العمل والمنتج وعدت رب العمل أجنبياً في العلاقة بين المقاول والمنتج في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٧/١٩م، مما دعا الدوائر المجمععة لمحكمة النقض للتدخل وإصدار الحكم السابق.

لغموض النصوص التشريعية المنظمة لهذا المبدأ فإن الاتجاه القانوني المؤيد للعلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية قد اختلف في ذلك على النحو الآتي:

فذهب فريق إلى أن مبدأ النسبية مأخوذ من القانون الروماني، والذي كان بدوره يقوم على الشكليات حيث قرر أن التصرف القانوني لا ينتج آثاره إلا بالنسبة للأشخاص الذين تفوهوا بالألفاظ والعبارات التي تكون منها هذا التصرف، فلذا - وتأثراً بالنظرية التقليدية السابقة - يكون المشرع قد قصد عند تقريره لهذا المبدأ قصر نطاق تطبيقه على الأشخاص الذين شاركوا في تكوين العلاقة التعاقدية؛ ولذا فإن تقرير فكرة العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، يكون مخالفاً للمبدأ السابق ويكون خروجاً عليه، أملت ذلك ضرورة الحياة العملية والتطور التكنولوجي والتي أوجدت تأثيراً بالغاً على العلاقات التعاقدية، ولذا يرى أنصار هذا الاتجاه وجوب التواء مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، بحيث يشمل الأشخاص الذين يساهمون في تنفيذ العلاقة التعاقدية، دون أن يكون لهم دور في تكوينها، وذلك من أجل المحافظة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ووفقاً لذلك قرروا أن المقصود بالغير به في نطاق مبدأ النسبية هو الشخص الذي يعد أجنبياً عن العلاقة التعاقدية، منذ بداية تكوينها، وحتى لحظة الانتهاء من عملية التنفيذ، فالشخص الذي كان موجوداً في أي مرحلة من مراحل العملية العقدية يعد طرفاً فيها، سواء شارك في تكوينها أم لم يشارك؟ المهم وجوده ولو في عملية التنفيذ فقط^(٤٠٣).

ويرى اتجاه آخر إلى أن فكرة العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية تخرج عن إطار تطبيق مبدأ النسبية وأنها لا تعدوا أن تكون تطبيقاً من تطبيقاته كما أنهم قرروا أن المشرع عندما قرر مبدأ النسبية لم يقصد بذلك التقييد بالمفهوم الشخصي كما هو في النظرية التقليدية، ولكنه قصد مفهوم النظرية الموضوعية، بمعنى أنه يشمل كل شخص شارك في موضوع العقد أثناء تنفيذه ولو لم يكن له دور في تكوينه، وأن فئة الأغيار قد تقلصت في مفهوم النسبية بحيث لا تشمل الأشخاص المشاركين في المجموعة العقدية؛ ولذا لا داعي كما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول من وجوب التواء مبدأ النسبية ليتوافق مع فكرة المجموعة العقدية^(٤٠٤).

(٤٠٣) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١١٦، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ١٨٣، (F) Collart Dutilleul، op. cit، p. 879، (PH) Delams، op. cit، p. 197، Jean- Claude Montanier، op. cit، p. 104، (B) starckt، op. cit، p. 507.

(٤٠٤) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١١٧، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ١٨٣، Serome Kullmann، op. cit، p. 26، (B) Starckt، op. cit، p. 506، M. Bacach، op. cit، p. 43، 44.

ويدللون على رأيهم في أخذ المشرع بالنظرية الموضوعية لمبدأ النسبية، بأن المشرع قد اتبع منهج تصنيف صور المسؤولية إلى عقدية وتقصيرية، وموضوعية وذلك يقتضي وجود نطاق محدد لقواعد المسؤولية العقدية، لا يجب تعديده أو التعدي عليه من جانب قواعد المسؤولية التقصيرية، وهذا النطاق يجب تحديده، ليس على ضوء معيار شخصي مقتضاه التوقيع على العلاقة التعاقدية، بل يكون ذلك وفقاً لمعيار موضوعي مضمونه الحالة التي يكون فيها المتضرر لحظة حدوث الضرر، فإذا كان الشخص لم يصاب بالأضرار إلا بسبب كونه دائماً بالتزام تعاقدية مرتبط من الناحية الموضوعية، بالالتزام الذي لم ينفذ، فإنه لا يجب اعتباره من الغير في علاقته بالمدين بهذا الالتزام الأخير، وعلى هذا فيكون مبدأ نسبية آثار التصرفات ليس خاصاً بكل علاقة تعاقدية على حدة، ولكنه يشمل كافة التصرفات القانونية المتعاقبة على مال واحد، أو المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك، وهي المجموعة العقدية^(٤٠٥).

ثم يرى هذا الاتجاه أن سبب ذهاب أصحاب الاتجاه الأول إلى القول بخروج المجموعة العقدية عن مبدأ النسبية، وأنه يجب التواء هذا المبدأ لكي يتسع لفكرة المجموعة العقدية، وذلك بسبب غموض النصوص التشريعية والذي أدى إلى تعارضها، وذلك كالنصوص المتعلقة بالقوة الملزمة للعقد، وكون الالتزام العقدي التزاماً قانونياً يجب الالتزام به، وأن الإخلال به يعد إخلالاً بالتزام قانوني، وهذا يستلزم دخول فكرة المجموعة العقدية ضمن مبدأ النسبية، ومنها أيضاً النصوص التشريعية والتي صنفَت المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية وفرقت بينهما من حيث الإثبات ومدى التعويض المستحق ومدة تقادم الدعوى والاختصاص القضائي، والقانون واجب التطبيق وطرق دفع المسؤولية، وهذه التفرقة في الأحكام يستلزم عدم تجاوز أحدهما على الأخرى وأن لكل واحد منهما نطاقاً تعمل فيه، ويترتب عليه عدم جواز الخيرة بين قواعدهما، وهذا يستلزم دخول فكرة المجموعة العقدية ضمن مبدأ النسبية^(٤٠٦).

فهكذا نجد أن تلك النصوص المقررة للقوة الملزمة للعقد وكذا المنظمة لتصنيف المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية، تستلزم القول بتفسير مبدأ النسبية تفسيراً موضوعياً

(٤٠٥) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١١٨، هناك خيرى، المرجع السابق، ص ١٨٤، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي VEAUX بأنه "لا يقصد بالغير في إطار السلسلة العقدية الشخص الذي يكون أجنبياً عن أحد العقود التي تتكون منها هذه الأخيرة، ولكن يقصد به الشخص الذي لم يساهم في تكوين كافة العقود التي تتكون منها هذه السلسلة" مشار إليه في د. فيصل ذكي، المرجع السابق، ص ١١٨.

Serome Kullmann، op. cit, p. 26, (PH) Delams، op. cit, p. 197.

(٤٠٦) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٢٥.

ليدخل فيه الطرف بمعناه الموضوعي وهو المستفيد من العقد والذي شارك في تنفيذ العقد ولو لم يكن قد ساهم في تكوينه.

فإذا كانت تلك النصوص التشريعية تؤيد فكرة المجموعة العقدية، إلا أن هناك نصوصاً تتعارض مع النصوص السابق كالنصوص المتعلقة بالخلافة الخاصة وكذا النصوص المتعلقة بجواز الدعوى المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية كدعوى المؤجر تجاه المستأجر من الباطن ودعوى المقاول من الباطن تجاه رب العمل ودعوى الموكل تجاه نائب الوكيل، فظاهر هذه النصوص يقرر النظرية التقليدية لمبدأ النسبية والتي تقصر الطرف على الأشخاص الذين ساهموا في تكوين المجموعة العقدية، ولذا كانت تلك النصوص استثناء على مبدأ النسبية؛ فلذا يرى هذا الاتجاه أنه لا جدوى لهذه النصوص؛ لأنه لا تعدوا أن تكون تطبيقاً للمجموعة العقدية، وأن هذه النصوص أدت إلى القول إلى بالتواء مبدأ النسبية لتوافق فكرة المجموعة العقدية^(٤٠٧).

وفي هذا يقول أستاذنا الدكتور فيصل ذكي عبد الواحد: "وبناء عليه فلم يكن مشرعنا المصري موفقاً في تقريره للنص الذي ينظم فكرة الخلافة الخاصة، والنصوص التي تقرر بعض صور الدعوى المباشرة، لأنه متى انتهينا إلى أن مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية ينطق بفكرة الأسرة العقدية، فلا يكون هناك داع من وجود هذه النصوص لأن أحكام الأسرة العقدية توفر الحماية التي من أجلها وضعت هذه النصوص. هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية أن وجود هذه النصوص يخلق منطقة ضبابية تخيم فوق مجال تطبيق مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية - كما عناه المشرع -"^(٤٠٨).

ثانياً: الأخذ بضوابط مبدأ النسبية في المجموعة العقدية

مما سبق نجد أن الفقه الراجح يؤيد موافقة فكرة المجموعة العقدية مع مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، إلا أنهم يرون الأخذ بضوابط مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية في المجموعة العقدية، وذلك من أجل أن تطبق أحكام المسؤولية العقدية بين أطراف المجموعة العقدية.

وهو أن يكون المضرور هنا دائماً بالتزام عقدي من العقود اللازمة للجانبين، كالمستهلك في علاقته بالبائع الثاني والمستأجر من الباطن في علاقته بعقد الإيجار من الباطن، ورب العمل في علاقته بعقد المقاول من الباطن حتى ولو كانت تلك التصرفات غير متجانسة كعقد البيع

(٤٠٧) المرجع السابق.

(٤٠٨) المرجع السابق، ص ١٣٣.

الذي أبرمه المفاوض مع الشركة المنتجة للمواد التي استخدمت في عمليات البناء. فمن خلال ما سبق إذا لم يكن الشخص المتضرر دائماً بالتزام عقدي من العقود اللازمة للجانبين لا يكون ذلك الشخص طرفاً في العقد ويكون في هذه الحالة من الغير، كما إذا اكتسب شخص ملكية شيء عن طريق الهبة، ثم أصيب بضرر نتيجة استعمال هذا الشيء وكان الضرر ناتجاً عن عيب خفي في هذا الشيء تسبب فيه المنتج لهذه السلعة فإن المتضرر هنا لا يحق له الرجوع على منتج هذا الشيء؛ لأنه ليس طرفاً في علاقته بالمنتج، بل إن هذه العلاقة تدخل في مجال الغيرية؛ لأنه ليس دائماً هنا بالتزام عقدي في العقود الملزمة للجانبين، وبالتالي فإنه يحق له الرجوع على المنتج بدعوى المسؤولية التقصيرية لا العقدية^(٤٠٩)، ومثله عابر الطريق الذي يصاب بحادث سيارة نتيجة العيب خفي في هذه السيارة فإنه يعد أيضاً من الغير ولا يكون طرفاً في علاقته بالمنتج ولذا تكون العلاقة بينها على أساس المسؤولية التقصيرية^(٤١٠).

ومثله أيضاً إذا انقطعت سلسلة المجموعة العقدية الواقعة مادية فإنها تؤدي بالتالي إلى كون أحد أطراف المجموعة العقدية ليس دائماً بالتزام عقدي، مما يؤدي إلى عدم اعتباره طرفاً، كما إذا كان هناك شخص اشترى شيئاً من شخص آخر، ثم اكتسب شخص ثالث ملكية هذا المال عن طريق الحيازة، وقام بعد ذلك بالتصرف لشخص آخر واكتشف هذا الأخير وجود عيب خفي في المال، مما ألحق به أضرار، فلا يمكن اعتباره طرفاً في علاقته بالبائع الأصلي أو المنتج للمال، وذلك لانقطاع الارتباط وذلك لأنه دائن بالتزام عقدي لشخص ليس هو دائماً بالتزام عقدي وهكذا^(٤١١).

(٤٠٩) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٣٨، جلال الدين محمد حسن صبرة، الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير في العقود، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ص ٢٩٣.

(٤١٠) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٣٩، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ١٨٦. إلا أن القانون الفرنسي يستثنى عابر السبيل في حوادث السيارات من مبدأ النسبية. حيث يقرر القانون الصادر في ١٩٨٥/٧/٥ بشأن حوادث السيارات بأن، "المتضرر يمكنه الرجوع على المسئول بدعوى المسؤولية العقدية بغض النظر عن صفته، وهل يعد راكباً بمقابل أو بالمجان أو عابر طريق" انظر: Jean- Claude Montanier، op. cit, p. 104.

(٤١١) انظر: د. فيصل المرجع السابق، ص ١٤٠، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ١٨٧. إلا أنه يستثنى فيما إذا كانت الواقعة المادية التي قطعت الارتباط هي الوفاة، لأن المشرع اعتبر الخلف العام (الورثة) في حكم الطرف فيجوز عليهم مبدأ نسبية أن التصرفات. انظر: د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

المطلب الثالث

موقف القانون اليمني من طبيعة العلاقة بين أطراف المجموعة العقدية

أولاً: حالة الخلافة الخاصة

أما القانون اليمني فإنه قد اعترف صراحة بالعلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية في صورة توالي العقود على مال واحد بغرض التملك كما في الخلافة الخاصة في عقد البيع حيث يصير المشتري الثاني خلفاً خاصاً بالنسبة للمشتري الأول بمعنى أنه تنصرف إليه آثار العقد الأول بين البائع الأول والبائع الثاني من حقوق والتزامات^(٤١٢)، كما نصت المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني بقولها: "ومدى هذه الخلافة أن ما كان للمتصرف من حقوق والتزامات تتعلق بالشيء أو هي من مستلزماته فيشملها العقد تنقل إلى خلفه فيه"^(٤١٣).

وتطبيقاً لذلك يجيز الفقه اليمني للمشتري الأخير الحق في الرجوع على المنتج بضمان العيب الخفي مباشرة، وأجاز له دعوى مباشرة ضد البائع الأول وهي دعوى تختلف عن الدعوى غير المباشرة في أنه لا يزاحم فيها المشتري الثاني سائر دائني المشتري الأول، ويعمل الفقه ذلك الرجوع المباشر على أساس فكرة ملحقات المبيع^(٤١٤).

(٤١٢) انظر: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ٣٤٩، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٩٦.

(٤١٣) المادة ٢١٣ من القانون السابق، ص ١٨٧، ١٨٨، وتشترط المادة السابقة لانتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص -ومنها دعاوى المسؤولية العقدية- أن يكون عقد السلف سابق التاريخ على عقد الخلف، وأن يكون الحق المنتقل من مستلزمات العقد، وأن يعلم الخلف بالحقوق، والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه السلف، انظر: د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

(٤١٤) انظر: د. محمد عبد القادر الحاج، المرجع السابق، ص ٧٥، د. عبد الله العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ٥٠٩، والقانون اليمني هنا قد وافق الفقه الإسلامي في جواز الدعوى المباشرة؛ حيث أجازوا رجوع المشتري الثاني على البائع الأول إن لم يكن موجوداً أو ليس له مال حاضر، في حالة إذا ما هلك المبيع المعيب، ويكون الرجوع هنا باسترداد الثمن كله إذا كان هلك المبيع بعيب مدلس، انظر: الشرح الكبير للدردير، وحاشية الدسوقي عليه، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ج ٣، ص ١٣١، ١٣٢، مواهب الجليل للحطاب، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٠٩، بينما نجد بعض الفقه الإسلامي الحديث، يمنع الرجوع المباشر بين أطراف المجموعة العقدية في حالة توالي البيوع حيث يرون أن المشتري الأخير لا يرجع على البائع بضمان العيب، وإنما يثبت له ذلك فقط في مواجهة من اشترى منه مباشرة، ثم هو يعمل لعدم الرجوع المباشر بسبب أنه نادر في الحياة العملية لصعوبة التعرف على البائع الأول، انظر: د. عبد الرسول عبد الرضا محمد، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٤، ص ٣٦٤، ونحن نرى هنا أن الصعوبات العملية في عدم التعرف على البائع الأول أصبحت الآن معروفة، ثم إن مشكلة المجموعة العقدية تعاني أصلاً من صعوبة

ثانياً: حالة التعاقد من الباطن

فإذا كان القانون اليمني قد اعترف بالعلاقة العقدية المباشرة في حالة توالي العقود على مال واحد، فإن الأمر يختلف هنا بالنسبة لصورة التعاقد من الباطن باعتبارها من صور المجموعة العقدية، وإن كان القانون اليمني قد اعترف بمشروعية التعاقد من الباطن - إلا أنه لم يعترف بعلاقة عقدية مباشرة بين أطرافها، كما اعترف بها القانون المصري لبعض الأطراف وفي بعض الالتزامات، كما سبق، وهو ما صرح به القانون اليمني من عدم وجود دعوى مباشرة قبل المستأجر من الباطن، ويعللون لعدم جواز ذلك بأنها دعوى لا تقرر إلا بنص القانون^(٤١٥).

ومثله أيضاً في عقد المقاولة فلا يحق للمقاول من الباطن الرجوع على رب العمل بالدعوى المباشرة^(٤١٦) بل نجد نصاً صريحاً بأن المسؤولية إنما تكون بين رب العمل والمقاول الأصلي ولو كان المتسبب هو المقاول من الباطن، حيث نصت المادة (٨٩١) مدني يمني بقولها: "إذا اسند المقاول العمل أو جزءاً منه إلى مقاول آخر فإن المقاول الأول يكون مسؤولاً عن العمل قبل رب العمل" وعللت المذكرة الإيضاحية عدم جواز الدعوى المباشرة في عقد المقاولة بقولها: "لأنه هو الذي اتفق مع رب العمل على تنفيذ المقاولة ولا شأن له باختيار المقاول الآخر"^(٤١٧).

ونتيجة لما سبق، فإنه لا يكون أمام أطراف المجموعة العقدية في القانون اليمني إلا الرجوع فيما بينهم عن طريق الدعوى غير المباشرة^(٤١٨)، والتي يطالب بها الدائن مدين مدينه بحقوق مدينة وتدخل في حسابه مدينة ويكون هذا الدائن أسوة الغرماء^(٤١٩).

معرفة المتعاقد معه وصعوبة إعساره، مما دعى ذلك إلى ضرورة الرجوع على المتعاقد الأول، كما أنه توجد قواعد فقهية، تصح أن تكون أساساً لجواز الرجوع المباشر، مثل قاعدة التابع تابع والفرع يتبع الأصل ومن ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته، كما أن لترتيب آثار العقد في الشريعة الإسلامية يكون بترتيب الشارع، وذلك حفظاً للعدل بين الخلق ودفعاً للضرر، ولما كان الطرف المضرور في المجموعة العقدية قد يضيع حقه بسبب إعسار المتعاقد معه مباشرة، فيكون رجوعه على الطرف المسئول حفظاً للعدل ودفعاً للضرر عنه، انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق، ص ١١٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق، ص ١٠٠، محمد أبو زهرة، الملكية نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٢٥، سيد عبد الله على حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م، ج ٢، ص ٧٢٦.

(٤١٥) د. أحمد محمود سعد، أحكام الإيجار، مرجع سابق، ص ٧٠٥.

(٤١٦) د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٧٤.

(٤١٧) المادة ٨٦٣ من القانون السابق، ص ٥٨٤.

(٤١٨) د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٧٠٥.

ثالثاً : المقارنة بين القانونين المصري واليمني

مما سبق نجد أن القانونين المصري و اليمني قد اعترفا بالعلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية في مجال العقود المتعاقبة على مال واحد بغرض التمليك كالبيع المتتالية على أساس الملحقات، بينما لم يعترف القانون اليمني بعلاقة عقدية مباشرة بين أطراف المجموعة العقدية كما في الإيجار من الباطن والمقاولة من الباطن كذلك التي أعترف بها القانون المصري في بعض الالتزامات، بل لقد صرح المشرع اليمني بانتفاء أي علاقة بين أطراف المجموعة العقدية بسبب عدم اشتراكهم في تكوين العلاقة العقدية كما في عقد المقاولة ، وهذا مخالف لما عليه الفقه الحديث من ضرورة الأخذ بالعلاقة العقدية المباشرة في جميع صور المجموعة العقدية، وهو ما نوصي للأخذ به كما نوصي المشرعين المصري واليمني بإعادة صياغة النصوص المتعارضة مع اعتبار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية .

(٤١٩) د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٦٥، وما عليه القانون اليمني من انكار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية في صورة التعاقد من الباطن؛ حماية لحق الدائنين، هو ما أخذ به الفقه الإسلامي، من وجوب المساواة بين الدائنين وأن أموال المدين يتعلق بها حقوق الغرماء وأنهم يقتسمونها بينهم كل بحسب حصته، وإمعاناً في حماية الدائنين قالوا بأنه إذا ظهر بعد قسمة المال غريم آخر، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه، انظر: د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٤، ص ١٠٠، مصطفى كامل عصيمي، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

المبحث الثاني

أهمية العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف
المجموعة العقدية وأساسها

تقسيم:

بعد أن انتهينا في المبحث الأول من أن العلاقة بين أطراف المجموعة العقدية هي علاقة
عقدية مباشرة، يثور التساؤل هنا حول ما أهمية تلك العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف
المجموعة العقدية؟ وما هو الأساس القانوني لتلك العلاقة؟ وهذا ما سنذكره هنا وسنتناول هذا
المبحثين في المطلبين التاليين:

المطلب الأول : أهمية العلاقة العقدية المباشرة.

المطلب الثاني : أساس العلاقة العقدية المباشرة.

المطلب الأول

أهمية العلاقة العقدية المباشرة

سبق وأن ذكرنا أن المشاكل التي أثارها موقف الفقه التقليدي في إنكار العلاقة المباشرة كانت هي مما استدل بها الفقه الحديث في إقرار العلاقة العقدية المباشرة، فتكمن أهمية العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، في أنها تعالج تلك المساوئ ومن أهمها أن فيها حماية لأطراف المجموعة العقدية وكذا فإنها أيضاً تؤدي إلى احترام المبادئ القانونية، وأخيراً فإنها أيضاً تؤدي إلى وحدة القواعد المنظمة للرجوع بين أطراف المجموعة العقدية، وسنشير إليها كالاتي.

الفرع الأول : حماية أطراف المجموعة العقدية.

الفرع الثاني : احترام المبادئ والقواعد القانونية. : الفرع الثالث :

وحدة القواعد القانونية في الرجوع بين الأطراف.

الفرع الأول

حماية أطراف المجموعة العقدية

فالمجموعة العقدية بما تحمله من علاقة عقدية مباشرة بين أطرافها تمثل حماية لأطراف المجموعة العقدية سواء كان الطرف المضرور (الدائن) أو الطرف المسئول (المدين).

أولاً: حماية الطرف الدائن

أما بالنسبة للطرف المضرور (الدائن) فإن مظاهر الحماية التي تحققها له المجموعة العقدية تتمثل في أنه يستطيع أن يتحاشى حالة إعسار (إفلاس) المدين^(٤٢٠)، حيث لا يستطيع أن يحصل على حقه - بسبب إعسار المدين - في حالة إنكار العلاقة العقدية المباشرة ، أما في حالة المجموعة العقدية بطبيعتها العقدية المباشرة يستطيع المضرور (الدائن) في حالة إعسار المدين المتعاقد معه الرجوع على مدين مدينه المسئول الحقيقي، فيطالبه بالتعويض على أساس المسئولية العقدية المباشرة، كما أن المداول إذا كان في حالة إعسار فإن رب العمل يتجنب ذلك

(٤٢٠) الإعسار: حالة المدين غير التاجر الذي لا يستطيع الوفاء بديونه هذا و يقابله مصطلح الإفلاس في القانون التجاري وهي حالة تترتب على توقف التاجر عن الوفاء بديونه. انظر معجم القانون، مرجع سابق، ص ٥٢، ص ٤١٤ وسبب التفرقة بين نظام الإعسار المدني ونظام الإفلاس التجاري، أن هذا الأخير يتضمن قواعد وإجراءات تنسم بالشدة والقسوة عما هي عليه في الإعسار المدني؛ وذلك تحقيقاً لعامل الثقة والائتمان التي تقوم عليها المعاملات التجارية؛ ولأنه يؤدي إلى آثار متسلسلة تضر بأشخاص آخرين. انظر د. نادية محمد معوض، الوجيز في القانون التجاري، ٢٠٠٤م - ٢٠٠٥م، بدون دار نشر ص ١٢، ١٤، فايز نعيم رضوان، الوجيز في القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٥.

الإعسار بالرجوع على المفاوض من الباطن بالمسئولية^(٤٢١).

كما أن الطرف المتضرر يستطيع هنا أيضاً أن يستفيد من بنود العلاقة التعاقدية، لا سيما التي تقرر بنداً جزائياً أو التي تشدد في المسئولية، كما إذا كان عقد الإيجار من الباطن يفرض شرطاً جزائياً أو يشدد في المسئولية على المستأجر من الباطن في القيام بالترميمات التأجيرية والضرورية، فإن المؤجر الأصلي يستفيد من ذلك. وهذا بعكس ما إذا كان الرجوع بدعوى المسئولية التقصيرية^(٤٢٢).

كما أن الطرف المتضرر يستطيع وفقاً لقواعد المجموعة العقدية الرجوع على الطرف المسئول وكذا المتعاقد معه على سبيل التضام^(٤٢٣)، فيستطيع رب العمل رفع دعوى المسئولية ضد المفاوض الأصلي وكذا المفاوض من الباطن على سبيل التضام، فإذا ما قام أحد المدينين بالتعويض برئت ذمة الآخر، وبذا يضمن الطرف المضرور حقه، وهذا أيضاً ما يميز المجموعة العقدية عن التنازل عن العقد الذي فيه يكون المتنازل من الغير بمجرد تنازله^(٤٢٤).

كما أن المجموعة العقدية تحمي الطرف المتضرر من تكبد مشقة الرجوع المتوالي وما ينتج عنه من زيادة المصاريف وإطالة الزمن عن طريق توالي العقود^(٤٢٥)، وأيضاً تؤدي المجموعة

(٤٢١) أنظر: د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ٢٥٣، د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١٣١، د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام "أحكام الالتزام"، ص ٢٧، د. عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٩٠، ١٩١، د. حسن عبد الباسط جميعي، مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، مرجع سابق، ص ١٢، Loction direct: op. cit, p.1

(٤٢٢) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٤٢٣) والتضام، يقوم على تعدد المدينين مع التزام كل منهم أمام الدائن بالدين كله وتكون ديونهم متميزة عن بعضها البعض لتعدد مصادرها وإن تمثلت في أداءات متماثلة حيث تتجه جميعها إلى غرض واحد، وهو يختلف عن التضامن والذي يقوم على أساس تعدد الروابط ووحدة المحل، وهو لا يوجد إلا بنص أو اتفاق، أما التضامن فإنه يرجع إلى طبيعة الأشياء؛ ولذا لا يكون التضام من قبيل الاستثناء كالتضامن. انظر د. محمد لبيب شنب، دروس في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٩١، د. مصطفى الجارحي، عقد المفاوضة من الباطن، مرجع سابق، ص ١١١، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(٤٢٤) أنظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٦، مجلد ١، ص ١٨٨٠، سمير عبد السميع الأودن، مسئولية المهندس الاستشاري والمفاوض، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٩٠.

(٤٢٥) أنظر: د. ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص ٤١٨، محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٨٥، د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مطبوعات الجامعة، الكويت، ص ٦٨٧.

العقدية إلى حماية الطرف المتضرر من مزاحمة الدائنين عن طريق الدعوى غير المباشرة لأنه إنما يطالب بالتعويض باسم مدينه المتعاقد معه^(٤٢٦).

وأخيرًا فإن الطرف المتضرر يستفيد من المجموعة العقدية في مسألة انتفاء ركن الخطأ كشرط للتعويض حيث يكفي في مجال العلاقة العقدية المباشرة هو إثبات أن الطرف المسئول لم ينفذ التزامه، أو لم يبذل العناية المطلوبة^(٤٢٧).

ثانياً: حماية الطرف المدين

ولا تقتصر مظاهر حماية المجموعة على الطرف المتضرر أو الدائن بل يتعدى ذلك إلى الطرف المسئول أيضاً (المدين)، حيث يستفيد من العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، إذ يستفيد هو - أيضاً - من بنود العلاقة العقدية التي ساهم في بنائها، ووفقاً للأحكام القانونية التي تخضع لها هذه العلاقة، إذ قد تتضمن تلك العلاقة بنوداً يعفي من المسؤولية أو يخفف منها، فيكون له بالتالي الاحتجاج بها في مواجهة الطرف المضرور^(٤٢٨).

كما أنه يستفيد أيضاً من تخفيف النفقات الناجمة عن تعاقب الدعاوى المتسلسلة للرجوع على المسئول الحقيقي من مصاريف وأتعاب محاماة، حيث يتحاشى جزء من هذه التكاليف في حالة الحكم عليه^(٤٢٩).

وأخيراً فإنه يستفيد أيضاً من المجموعة العقدية حيث يكون متوقعاً لنوع المسؤولية المنعقدة تجاهه، مما يكون بالتالي قد رتب لها بما يتفادها أو يخفف منها، ومن ثم لا يتعرض لمفاجأة دعوى مسئولية لم يكن يتوقعها، وهذا يؤدي أيضاً إلى استقرار المعاملات وإسباغ المزيد من الثقة في نطاق المعاملات التعاقدية والتي لا بد من توافره خاصة في المجال التعاقدية؛ حيث

(٤٢٦) أنظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج٧، م١، ص٢٨٣، د. محمد حسين الشامي، مذكرات في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص٧٢، د. محمد لبيب شنب، دروس في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص٣٠٢.

Sous- traitance: op. cit, p.1, location direct: op. cit, p. Serme Kullmann: op. cit, p.27

(٤٢٧) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص٩٤، هناء خيرى، المرجع السابق، ص٢٧١.

(٤٢٨) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص٩٨، هناء خيرى، المرجع السابق، ص٢٧٥.

(٤٢٩) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص٩٩، وهناء خيرى، المرجع السابق، ص٢٧٥.

لا يجب أن يسأل أي طرف من أطراف العلاقة التعاقدية إلا في إطار تلك العلاقة واستفادته من كافة البنود الواردة فيها^(٤٣٠).

الفرع الثاني

احترام المبادئ والقواعد القانونية

والمجموعة العقدية بطبيعتها العقدية المباشرة بين أطرافها تحقق احتراماً للمبادئ والقواعد القانونية ويتمثل ذلك في جانبين:

الجانب الأول: احترام مبدأ القوة الملزمة للعقد:

فقد نصت المادة ١٤٧/١ مدني مصري بأن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" وهو نفس ما جاءت به المادة ٢١١ مدني يمني: "العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون الشرعي..."^(٤٣١) فما إن ينتج العقد صحيحاً فإنه يجب تنفيذه وتصبح له قوة ملزمة، وبالتالي تكون الالتزامات الناشئة عنه واجبة التنفيذ ليس بسبب العقد فحسب بل بسبب قوة القانون نفسه الذي أقر مبدأ القوة الملزمة للعقد^(٤٣٢).

(430) M. Bacach: op. cit, p. 34

(٤٣١) والفقه الإسلامي عبّر عن مبدأ القوة الملزمة للعقد بمبدأ اللزوم في العقد، واعتبروا أن العقد متى كان صحيحاً نافذاً، فإنه تكون له قوة ملزمة فيما بين متعاقديه، فيجب على المتعاقدين الإيفاء به وعدم التحلل من التزاماته، ويستدلون على هذا المبدأ بقول الله تعالى، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة، ١] انظر محمد على السائيس، تفسير آيات الأحكام، مرجع سابق، جـ ١، ص ٥٥١، د. يوسف قاسم، المرجع السابق، ص ٣٩٨، د. محمد أحمد مكين، النظريات الفقهية في الفقه الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، ص ٣٨٧، ويعلل الإمام القرافي أساس إلزامية العقد بقوله، "إعلم أن الأصل في العقد اللزوم؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات، فيتناسب ذلك لزوم العقد دفعاً للحاجة، وتحصيلاً للمقصود"، انظر الفروق للقرافي، مرجع سابق، الفرق ٢٠٩، ج ٤، ص ١١٢٨

(٤٣٢) أنظر: د. عبد المنعم البدرائي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٣٩٥، د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٦٧، ويستند مبدأ القوة الملزمة للعقد إلى أسس خلقية واقتصادية واجتماعية، فمن الناحية الخلقية يجب احترام الكلمة وتنفيذ ما تم التعهد به، ومن الناحية الاقتصادية والاجتماعية، فإن الحياة الاقتصادية تقوم على الائتمان وتتعدم الثقة والائتمان إذا لم يكن الدائن متأكداً من أن المدين سينفذ التزامه فالدائن يرفض أن يعطي المدين أجلاً مما يعوق النشاط

وبالتالي فإن الإخلال به يكون إخلالا بالتزام قانوني، ومن نتائج القوة الملزمة للعقد أنه لا يسأل شخص أخل بالتزام عقدي إلا في إطار العقد مصدر ذلك الالتزام وينتج عن هذا أن إقرار المجموعة العقدية هو إقرار واحترام لمبدأ قانوني وهو القوة الملزمة للعقد وأن الأخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية يؤدي إلى هدم القوة الملزمة للعقد كما أشرنا^(٤٣٣).

الجانب الثاني: احترام مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية:

أما الجانب الثاني من جوانب احترام المجموعة العقدية للمبادئ والقواعد القانونية فيتمثل ذلك في احترام مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية، فعدم إقرار المجموعة العقدية بما تحمله من طبيعة عقدية مباشرة بين أطرافها يؤدي إلى أنه لا يكون أمام الطرف المتضرر أو الدائن في رجوعه على الطرف المسئول أو المدين إلا الخيرة بين المسئولية العقدية غير المباشرة، أو المسئولية التقصيرية، بينما المجموعة العقدية توحد طبيعة المسئولية وتجعلها عقدية، مما يؤدي إلى القضاء على الخيرة السابقة بين المسئولية العقدية والتقصيرية، وهذا بالتالي يؤدي إلى احترام مبدأ عدم الجواز في الخيرة بين المسئوليات، وهو ما أخذ به غالب الفقه المصري واليميني حيث يرون أن هذه هي إرادة المشرع الضمنية، فالمشرع قد قسم صور المسئولية إلى عقدية وتقصيرية، وذلك يقضي أن يكون لكل واحدة منهما مجالا محددا لا يجب تعديده، أو التعدي عليه من جانب آخر^(٤٣٤).

الاقتصادي؛ ولهذا فإن المصلحة العامة تستوجب تنفيذ واحترام العهود، حتى تسود الثقة ويتطور الائتمان، انظر د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٠١.

(٤٣٣) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٠١، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٦٦، د. جابر محجوب، المرجع السابق، ص ١٧.

(٤٣٤) أنظر: د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٤٧٦، د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٦١، ٣٦٢، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٧٩، د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٦٩٢، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ٢٢٧، د. سعد محمد سعد، النظرية العامة للالتزام في القانون اليميني، مرجع سابق، ص ١٨٢، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣٥٥، ومعنى عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين، هو أنه إذا توافرت في الفعل الواحد شروط قيام كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية، فيجب على الطرف المضرور أن يرجع على المسئول بقواعد المسئولية العقدية لا التقصيرية لأن المتعاقدين عند التعاقد يكونان قد نظما الجزاء على عدم تنفيذ التزاماتهما التعاقدية، على هذا النحو، فعلى هذا يكون ذلك التنظيم دون غيره هو الواجب الاتباع في حالة إذا أخل أحدهما بالتزامه. راجع د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق،

الفرع الثالث

وحدة القواعد القانونية في الرجوع بين الأطراف

إذا كان إقرار المجموعة العقدية يقضي على مبدأ الخيرة بين المسئولتين، فإنه لا يكون أمام الأطراف إلا طريق المسئولية العقدية المباشرة، وهذا كله وفقاً للمسئولية العقدية، وأهمية هذا تكمن في وحدة القواعد المنظمة للرجوع بين الأطراف، حيث يختلف ذلك في كل من المسئولتين ويتمثل ذلك في الآتي:

أولاً: من حيث توحيد القواعد الخاصة بالتقادم.

تختلف قواعد التقادم بين أطراف المجموعة العقدية في كلا المسئولتين حسب كيفية الرجوع فإذا كان الرجوع بطريق المسئولية العقدية تكون مدة التقادم الطويل خمسة عشر سنة، مع الأخذ بالاعتبار لبعض الدعاوى كدعاوى ضمان العيب الخفي وضمان صلاحية الشيء المبيع للعمل، ودعوى الضمان العشري^(٤٣٥)، أما إذا كان الرجوع بطريق المسئولية التقصيرية فإن مدة التقادم هي ثلاث سنوات من تاريخ علم الطرف المضرور بالعمل غير المشروع، وإن كان لا يعلم فبمضي خمس عشرة سنة من تاريخ العمل غير المشروع ففي حالة عدم إقرار المجموعة العقدية فإن الطرف المسئول سوف يتضرر من عدم معرفة مدة التقادم التي تؤدي إلى إسقاط المسئولية عنه^(٤٣٦).

إسماعيل المحاقري، الإعفاء من المسئولية المدنية في القانون اليمني مقارناً بالقانون المصري والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٤٨.

Bacach: Jacques Ehestin: op. cit, N729, p. 902, serme kullmann: op. cit, p. 28
M. op. cit, p. 46.

(٤٣٥) أنظر: د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ٣١١، ٣١٢، د. محمد لبيب شنب، دروس في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٥١ وما بعدها، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٣٦ وما بعدها.

(٤٣٦) أنظر: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٧٦، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٧٦، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٤٥٤، د. خالد مصطفى الخطيب، المسئولية العقدية بين الإبقاء والإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٥م، ص ١٠٩.

M. Bacach: op. cit, p. 40

ثانياً : من حيث توحيد قواعد تقدير التعويض المستحق.

كما تختلف قواعد تقدير التعويض المستحق حسب كيفية الرجوع فإذا كان بطريق العقدية ، نجد أن مصدر ما ينتج عن عدم تنفيذ العقد والذي ينشأ عن إرادة المتعاقدين ومن ثم يكون لهذه الأطراف تحديد مدى التعويض عن الأضرار الناتجة عن العقد وبالتالي لم يدخل الأطراف في حسابهم سوى الضرر المتوقع عند إبرام العقد دون الضرر غير المتوقع إلا في حالي الغش والخطأ الجسيم. وهذا يعكس ما إذا كان الرجوع بطريق المسؤولية التقصيرية فإن مصدر الضرر هو الإخلال بالتزام قانوني أنشأه وحدد مداه القانون، ولم تتدخل إرادة الطرفين في ذلك؛ لذلك فإن التعويض يمتد ليشمل كل الضرر، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه، كما أنهما يختلفان أيضاً من حيث نوع الخطأ مصدر التعويض حيث يكفي بالتعويض في المسؤولية التقصيرية وقوع الخطأ ولو كان تافهاً، أما في المسؤولية العقدية فإنه يشترط فيه أن يكون الخطأ على درجة من الجسامة بحيث لا يقل عن الخطأ اليسير، وفي حالة المسؤولية العقدية يكفي الدائن هنا إثبات وجود العقد دون حاجة لإثبات خطأ المدين، ويكون على المدين هنا أن يثبت أنه أوفى بالتزامه أو أن سبباً أجنبياً حال بينه وبين الوفاء. أما في المسؤولية التقصيرية، فيجب على الدائن أن يثبت خطأ المدين، كما أنه لا يشترط للحكم بالتعويض في المسؤولية التقصيرية إعدار المدين، لأن المسئول عن الضرر يكون معذراً بحكم القانون أما في المسؤولية العقدية فالإعذار واجب حتى تنتفي شبهة رضا الدائن الضمني بتأخير الوفاء، وأخيراً فإنه في المسؤولية العقدية لا يقوم التضامن بين المدينين إلا إذا كان قد اتفق عليه في العقد، أما في المسؤولية التقصيرية فالتضامن مفروض دائماً، وبالتالي فإن إقرار المجموعة العقدية يؤدي إلى توحيد قواعد التعويض من حيث تقديره ودرجة الخطأ ومصدره وعبء إثباته وشرط إعدار المدين والتضامن بين المدينين^(٤٣٧).

ثالثاً : من حيث توحيد قواعد الاختصاص القضائي.

كما تختلف قواعد الاختصاص القضائي فيما بين أطراف المجموعة العقدية حسب كيفية الرجوع فإذا كان بطريق المسؤولية التقصيرية فإن محكمة المدعى عليه الطرف المسئول هي

(٤٣٧) أنظر: د. نبيل إبراهيم سعد، ص ٣٧٥، د. خالد الخطيب، المرجع السابق، ص ١٠٨، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣٥٤، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ٢٢٥، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٣٥٧، د. جميل الشراوي، المرجع السابق، ص ٤٧٣، د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٢، ١٣.

المحكمة المختصة بنظر الدعوى، أما إذا كان الرجوع بطريق المسؤولية العقدية، فإن أطراف العقد قد يتفقون على محكمة أخرى غير محكمة موطن المدعى عليه وهذا يؤدي إلى الكثير من المشاكل، لا يتم القضاء عليها إلا بتوحيد قواعد الاختصاص القضائي عن طريق المجموعة العقدية^(٤٣٨).

رابعاً: توحيد القواعد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق في حالة وجود عنصر أجنبي بين أطراف المجموعة العقدية.

حيث يفترض هنا أن يكون هناك اختلاف في الجنسية بين أطراف المجموعة العقدية، فيختلف القانون واجب التطبيق حسبما ما إذا كان الرجوع بينهما، فإذا كان بطريق المسؤولية التقصيرية فإنه يكون هو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل غير المشروع مصدر المسؤولية التقصيرية، وهذا بعكس ما إذا كان الرجوع عن طريق المسؤولية العقدية، فإن القانون الذي يسري عليهم هو القانون الذي اتفق عليه الأطراف، أو موقع العقار إذا كان محل العقد عقار، أو الموطن المشترك، أو مكان العقد حسب القواعد المقررة لذلك^(٤٣٩)، وهكذا نجد اختلاف القواعد في حالة الخيرة بين المسئوليتين الناتج عن عدم إقرار المجموعة العقدية بطبيعتها العقدية المباشرة بين أطرافها.

وهنا تكمن أهمية المجموعة العقدية وما تحققه من مزايا سواء في حماية أطرافها أو باحترام المبادئ والقواعد القانونية أو بتوحيد قواعد الرجوع بين الأطراف. فإذا كان ذلك هو أهمية المجموعة العقدية، فما هو الأساس القانوني الذي ترجع إليه المجموعة العقدية.

(٤٣٨) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٠٩، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٨١.
M. Bacache, op. cit, p40

(٤٣٩) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١١٠، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٧٩، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، الناشر، القاهرة، ١٩٨٣م، ص ٢٢٠، ٢٢٤ وما بعدها.

المطلب الثاني

أساس العلاقة العقدية المباشرة

فبعد إقرار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية على اعتبار أن أطراف المجموعة العقدية تقوم بينهم علاقة عقدية مباشرة كما لو أنهم في عقد واحد، حيث يستخدم كل طرف حقوقه الناتجة عن ذلك العقد وهنا يثور تساؤل حول ما هو الأساس القانوني لذلك. وذلك ما لمبدأ النسبية من غموض بسبب تعارض النصوص القانونية في ذلك كما سبق، ولذلك ظهرت نظريات مختلفة محاولة تبرير فكرة المجموعة العقدية واعتبار أطراف المجموعة العقدية كأنهم في عقد واحد، وسنشير إليها كما يلي:

الفرع الأول : حوالة الحق.

الفرع الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير.

الفرع الثالث: نظرية المستلزمات.

الفرع الرابع: فكرة المجموعة العقدية.

الفرع الخامس: فكرة التوازن العقدي.

الفرع الأول

حوالة الحق

يرى بعض الفقه أن أساس العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية هو فكرة الإرادة الضمنية المتمثلة في حوالة الحق^(٤٤٠)، فالشخص حينما يقوم بالتصرف في الشيء الذي يملكه فإن هذا التصرف يصطحب معه تنازلاً - ضمناً - عن كافة الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء محل التصرف، فقيام الطرف المتضرر برفع دعوى المسؤولية العقدية، إنما يقوم بكافة الدعاوى التي كانت مقررة للمتعاقد معه، فعلى ذلك يكون المشتري الأول من البائع الأول قد تنازل عن حقوقه تجاه هذا المشتري، إلى المشتري الثاني^(٤٤١).

ولكن لاقت هذه النظرية انتقادات تتلخص في وجود فروق بين الحوالة وبين فكرة المجموعة العقدية، فالحوالة هي اتفاق بين طرفين هما الدائن بالحق الموجود في ذمة الغير، ويسمى المحيل، والشخص الذي تمت الحوالة لصالحه يسمى المحال إليه، وبمجرد انعقاد الحوالة يصير المحيل أجنبياً عن المحال إليه والمحال عليه فالحوالة تعد صورة من صور التنازل عن الحق^(٤٤٢)، وهذا بعكس فكرة المجموعة العقدية والتي تعتبر كل شخص له دور ساهم في

(٤٤٠) وحوالة الحق هي عقد ينقل بموجبه الدائن حقه قبل المدين إلى شخص آخر من الغير يقبل أن يصبح دائناً مكانه، ويسمى الدائن الأصلي محيلاً، والشخص الآخر محالاً له والمدين محالاً عليه، انظر د. سمير كامل، الوجيز في الأحكام العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٢٢٦، د. محمد حسين الشامي، مذكرات في أحكام الالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ١٧١.

(٤٤١) أنظر: ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية، للبائع المهني "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٧، ص ٤٢٤، د. فاطمة الرزاز، المرجع السابق، ص ٢٧٣، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ١، م ١، ٢٦١١، د. حسن عبد الباسط جميعي، ص ١٤، د. إبراهيم المنجي، دعوى التعويض، مرجع سابق، ص ٤٠، د. عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٨٦.

Jacques Ghestin، op. cit، N 740، p. 914، (PH) Delams، op. cit. 196، (B) Starckt، op. cit، p 507.

(٤٤٢) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٤٨، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٢٩، د. محمد لييب شنب، المرجع السابق، ص ٤١٣، د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ٢٣٨، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ١٧٦.

تنفيذ العقد طرفاً فيه، كما أن الحوالة تتوقف على موافقة الطرف الثالث لكي تتم الحوالة وتقوم العلاقة بين أطرافها^(٤٤٣).

بينما في المجموعة العقدية تقوم العلاقة العقدية بين أطرافها دون شرط موافقة الطرف الثالث، وتقتضي الحوالة - أيضاً - أن يكون الطرف المحيل من الغير في العلاقة بين الأطراف الأخرى، وهذا بعكس المجموعة العقدية فإنه لا فرق في العلاقة بين أطرافها ويكونون على السواء ولا يكونوا من الغير^(٤٤٤).

الفرع الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير

وذهب اتجاه آخر إلى تأسيس المجموعة العقدية على أساس الاشتراط لمصلحة الغير^(٤٤٥)، على اعتبار أن العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية لا تعدو سوى تطبيق لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير ويكون هذا وفقاً لفكرة الاشتراط الضمني لمصلحة الغير، فالتاجر الذي يقوم بشراء بضاعة من مصنع معين، فإنه يشترط في عقد البيع، أن دعوى ضمان

(٤٤٣) انظر د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٤١٢، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٢٤، د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ٢٢٩، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ١٧٣ حيث نصت المادة ٣٠٥ (مدني مصري) على أنه، "لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها..." وهي نفس نص المادة ٣٨٤ مدني يمني.

(٤٤٤) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٤٥، د. هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٩٥، د. ثروت فتحى إسماعيل، المرجع السابق، ص ٤٢٥، د. عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٨٧، د. حسن عبد الباسط الجميعي، المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها، د. سمير الأودن، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

(٤٤٥) والاشتراط لمصلحة الغير عقد يشترط أحد أطرافه (المشترط) على الطرف الآخر (المتعهد) التزاماً لصالح شخص ثالث (المنتفع أو المستفيد)، فينشأ من هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد، ويشترط لصحته أن يتعاهد المشتري ويشترط باسمه لا باسم المنتفع، وأن يكون للمشتري مصلحة شخصية مادية أو أدبية في تنفيذ الاشتراط، وقد أجازها ونظم أحكامها القانون المصري في المواد (١٥٤ - ١٥٦)، انظر د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ١٦٠، د. محمد على عمران، المرجع السابق، ص ٢٥١، د. حمدي عبد الرحمن، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٤١٥. وكذلك أجازها القانون اليمني في المواد (٢١٧ - ٢١٨) بنفس ما جاء في القانون المصري، راجع د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣٠٤، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٢ كما أن لاشتراط لمصلحة الغير بالمفهوم السابق جائز في الفقه الإسلامي، حيث أجازوا اشتراط الخيار لمصلحة الغير، انظر د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١٥، ١١٦، تيسير المرام للسرحي، مرجع سابق، ص ٥٦.

العيب الخفي المتولدة من هذا العقد يستفيد منها شخص آخر، كما قرروا أن موافقة الغير كشرط لثبوت حق الغير، يفهم ضمناً في المجموعة العقدية، فقيام الممتلك النهائي برفع دعوى ضمان العيب ضد المنتج، إنما يكون قبولاً ضمناً منه للمشاركة لصالح الغير^(٤٤٦).

ولقد لاقت هذه النظرية كقبيلتها نقداً على اعتبار أن الاشتراط لمصلحة الغير يعد استثناء على مبدأ النسبية فلذا يلزم عدم التوسع فيه وإدخال المجموعة العقدية ضمن تطبيقاتها^(٤٤٧). كما أن فكرة المجموعة تقوم على مجموعة من التصرفات تنشأ مستقلة عن بعضها البعض، مما يحول دون القول بوجود إرادة صريحة - أو ضمنية - من جانب إرادة طرفي التصرف انصرفت إلى نشوء حق للطرف المتضرر تجاه الطرف المسئول^(٤٤٨). ففي عقد المقاولة من الباطن قد لا تنصرف إرادة طرفي عقد المقاولة الأصلي - وقت نشوئه - نحو تعاقد المقاول الأصلي مع مقاول من الباطن مما يحول دون القول بوجود إرادة صريحة أو ضمنية تفيد بنشوء اشتراط لمصلحة هذا الأخير، يخوله حق الرجوع على رب العمل، وفقاً لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير، كما أنه في حالة الاشتراط لمصلحة الغير يجوز للمشتراط نقض المشاركة وتعيين مستفيد آخر^(٤٤٩)، وينتج

(٤٤٦) أنظر: د. فيصل، المرجع السابق، ص ٢٤٩، ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص ٤٢٢، د. محمد عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٨٥، د. نزيه المهدي، المرجع السابق، ص ٤٢٢، ص ٨٩٥، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٩٢، د. فاطمة الرزاز، المرجع السابق، ص ٩٢، د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٤، د. إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص ٤٢، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٩٧، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٠٢، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣١١.

Jacques Ghestin, op. cit, N. 739, p. 911, Jean- Claude Montanier, op. cit, p. 104

(٤٤٧) أنظر: د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٢٤٥، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ٣٥٦.

(٤٤٨) أنظر: د. طلبة خطاب، المرجع السابق، ص ٤٨٨، د. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص ٤٦٩، سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٤٤٩) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٤٩، د. هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

عن هذا عدم جواز رجوع من له حق المشاركة الرجوع في المتعهد. وهذا يختلف عن المجموعة العقدية، والتي لا يمكن التخلص من أحكامها^(٤٥٠).

كما أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يكون ملزمًا للمشتري له حيث يمكن له رفضه وعدم خضوعه لأحكام المسؤولية العقدية، وهذا بعكس المجموعة العقدية فإنها تكون ملزمة لأطرافها ولا يجوز التحلل منها، والاشتراط لمصلحة الغير لا يجوز فيه للمستفيد من الرجوع إلا على المتعهد فقط، ولا يجوز الرجوع على المشتري، وهذا بعكس المجموعة العقدية، والتي يجوز فيها الرجوع على الطرف المسئول والمتعاقد معه معًا على سبيل التضامم كما أن العلاقة بين المستفيد والمتعهد في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، تحكمها قواعد العلاقة بين المشتري أو المتعهد يعني أن حقوق المستفيد يكون مصدرها تلك العلاقة، وهذا بعكس المجموعة العقدية والتي مصدر تلك العلاقة هي مجموع العلاقات التي كونت المجموعة العقدية.

وأخيرًا فإن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير تعد استثناء من مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، بينما المجموعة العقدية لا تعد خروجًا عن مبدأ النسبية وإنما تكون من تطبيقاته^(٤٥١).

الفرع الثالث

نظرية المستلزمات

ويرى البعض أنه يمكن تأسيس فكرة المجموعة العقدية على أساس فكرة مستلزمات الشيء محل التعاقد، وذلك بتقريره أن تخويل رجوع الطرف المتضرر على الطرف المسئول بمقتضى دعوى المسؤولية العقدية المباشرة، لا تعدو أن تكون سوى تطبيق لفكرة المستلزمات^(٤٥٢)، واستدل أنصار هذا الاتجاه بنص المادة ١٤٦ مدني مصري والذي جاء فيها:

(٤٥٠) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٥٦، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٩٧، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٠٢، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣١١.

(٤٥١) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٥٢، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٣٠٨، فاطمة الرزاز، المرجع السابق، ص ٣٨، د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٥، سمير عبد السميع سليمان الأودن، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٤٥٢) أنظر: د. فيصل، المرجع السابق، ص ٢٦٣، د. خليل أحمد قدامة، المرجع السابق، ص ٢٦٢، د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ١، ١٩٨٣م، ص ٥٤، د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٦٩٠، د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٥، د. أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص ٦٦.

"إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته..."^(٤٥٣). كما قرر أنصار هذا الاتجاه بأن فكرة المستلزمات لا تقتصر على الأشياء المادية، ولكن يدخل فيها أيضاً كافة الأشياء المعنوية كالحقوق والدعاوى المرتبطة بها^(٤٥٤)، وكانت مطبقة هذه الفكرة على دعوى ضمان العيب الخفي، على اعتبار أن مالك الشيء معين حينما يتصرف فيه فإنه يكون قد تنازل - ضمناً - عن دعوى ضمان العيوب الخفية، المرتبطة بالشيء محل التصرف، إلى المتصرف إليه، وأن هذا الأخير حينما يمارس هذه الدعوى فلا توجد له مصلحة سوى أنه مالك للشيء لحظة ظهور العيب، فمصدر هذه الدعوى هو عقد البيع الأصلي، وأنها لا تفرض على البائع، أو المنتج للشيء إلا بسبب كونه طرفاً في هذا العقد، ومن ثم يكون منطقياً الاعتراف للملاك المتعاقبين بحق الرجوع على البائع الأصلي، بدعوى المسؤولية العقدية المباشرة المؤسسة على ضمان العيوب الخفية. ثم طبق أنصار فكرة المستلزمات ذلك على كافة الدعاوى المرتبطة بالشيء كدعوى الإخلال بالالتزام بالتسليم أو ضمان الاستحقاق أو فسخ العلاقة التعاقدية، حيث قالوا بأن هذه الدعاوى تعد من قبل الالتزامات العينية، التي تنقل المال سواء أكان مادياً أو معنوياً، ومن ثم فإنها تنتقل مع الملكية باعتبارها من مستلزماتها^(٤٥٥).

(٤٥٣) ومن تطبيقات المادة السابقة ما جاء في المادة ٤٣٢ مدني مصري على أنه، "يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين"

(٤٥٤) أنظر: د. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨٩، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٧٩، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ٣٥٠، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤١، والمستلزمات أو الملحقات هي مجموعة الحقوق والالتزامات شخصية أو عينية التي أعدت بصفة دائمة لتكون تابعة للأصل وملحقة به، أو هي مجموعة الحقوق والالتزامات التي تتبع الحق وتنزل منزلة الفرع بحيث لا يمكنها الافتكاك منه، أو أن تكون منفصلة عنه، أنظر: د. خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٤٥٥) أنظر: د. جابر محبوب: المرجع السابق، ص ٢٢، د. ثروت فتحي إسماعيل: المرجع السابق، ص ٤٢٠، د. حسام الأهواني: المرجع السابق، ص ٦٩٠، فاطمة الرزاز: المرجع السابق، د. عبد الحكم الخن: المرجع السابق، ص ١٨٧. ١٨٧، Jacques Ghestin: op. cit, N. 721, p. 894، كما يقرر الفقه الفرنسي أن أساس الدعوى المباشرة في سلسلة العقود هو المادة ١٦١٥ مدني فرنسي والتي تنص على أن "الالتزام بتسليم الشيء يشمل توابعه" انظر Serme Kullmann: op. cit, p. 30، وهو ما نص عليه القضاء الفرنسي في حكمه الصادر ٧ فبراير ١٩٨٦ م على فكرة التبعية لقبول الدعوى المباشرة بين البائع

ومثله أيضًا الضمان القانوني الملقى على عاتق المقاول والمهندس المعماري بشأن سلامة البناء من العيب حيث اعتبروه من قبيل الالتزامات العينية التي ترتبط بالبناء - وفقًا لفكرة المستلزمات - ومن ثم فإنه ينتقل إلى الملاك المتعاقبين ويكون لهم الحق في الرجوع على المقاول والمهندس بدعوى المسؤولية العقدية المباشرة^(٤٥٦).

وقد وجهت انتقادات لهذه النظرية وهي أن فكرة المستلزمات لا تصلح أن تكون أساسًا للمجموعة العقدية؛ لأن هذا يؤدي إلى تشويه أحكام المجموعة العقدية، وفكرة المستلزمات يقصد بها إلزام المتعاقد بتسليم الأشياء التي تكون مرتبطة بالمال الذي تم نقله دون حاجة إلى النص عليها في العلاقة التعاقدية، كما هو الحال بالنسبة لأدوات تركيب السيارات، حيث أن الطرف البائع يلتزم بتسليمها للمشتري حتى إذا كان هناك عرف يقرر ذلك ومعنى هذا أنه لا يمكن القول بفكرة المستلزمات إلا إذا كانت هناك تصرفات قانونية ناقلة للملكية هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، إنه لكي يمكن إلزام المتعاقد بتسليم المتعاقد معه الأشياء التي تعتبر من مستلزمات محل التصرف القانوني، يجب أن يكون هناك نص تشريعي، أو عرف يقضي بذلك، فكون فكرة المستلزمات أساسًا للمجموعة العقدية يقتضي الاقتصار على بعض صور المجموعة العقدية وهي التصرفات القانونية الناقلة للملكية المتعاقبة على مال واحد. وبهذا لا تصح أن تكون أساسًا للصور الأخرى للمجموعة العقدية، كالتصرفات القانونية المتعاقبة على منفعة مال واحد كعقود الإيجار من الباطن وكذا التصرفات القانونية المترابطة بقصد تحقيق هدف واحد، كعقود المقاولة من الباطن الواردة على تنفيذ عمل واحد.

فعلى هذا يحرم الطرف المتضرر من الرجوع على الطرف المسئول بمقتضى المسؤولية العقدية المباشرة، متى كان هذا الطرف يخرج من نظرية الاستخلاف الخاص، كالمستأجر من

الأول والمشتري الأخير، انظر: les. Grands arrêts de la jurisprudence, civile: op. cit, p. 465 X Henry: op. cit, p. 1066.
(٤٥٦) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد: المرجع السابق، ص ٢٦٨، كما قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ أكتوبر ١٩٨٦م: "أن رب العمل شأنه شأن المشتري من الباطن، يتمتع بكافة الحقوق المرتبطة بالشئ التابع للمتعاقد ويمتلك الحق في مباشرة دعوى عقدية مباشرة ضد الصانع، المورد..". انظر Serome Kullmann: op. cit, p. 30، كما جاء حكم الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٨ تشرين الأول ١٩٩١م على أن: "يتمتع صاحب العمل المستقل كما مكتسب الملكية الثانية يجتمع الحقوق والدعاوي المرتبطة بالشئ العائد لسلفه"، انظر:

Jacques Ghestin: op. cit, N. 734, p. 909

الباطن فإنه ليس خلفاً خاصاً للمستأجر الأصلي^(٤٥٧) كما أنها تحرم الشخص من حق الرجوع على المتعاقد معه، بمجرد تصرفه في الشيء محل العلاقة التعاقدية التي أبرمت بينهما، حيث أن قيامه بالتصرف يفيد - وفقاً لفكرة المستلزمات - بأنه قد تنازل عن كافة الدعاوى المقررة له، للمتصرف إليه^(٤٥٨)، كما أن هذه الفكرة تحرم المتضرر من الرجوع على المتعاقد معه ومع المسئول على سبيل التضام، لأن فكرة المستلزمات تقتضي التنازل والذي يفيد بأن المتعاقد مع الطرف المتضرر يعد أجنبياً عن مفهوم المجموعة العقدية وهذا مخالف لفكرة المجموعة العقدية في جواز رجوع الطرف المتضرر على المتعاقد معه والمسئول معاً على سبيل التضام كما أنه يؤدي إلى إهدار القوة الملزمة للعقد التي شارك المتضرر في تكوينها^(٤٥٩).

الفرع الرابع

فكرة المجموعة العقدية

ويرى بعض الفقه أن أساس المجموعة العقدية تقوم على فكرة المجموعة العقدية ذاتها أي تجد أساسها في فكرة الترابط بين التصرفات القانونية التي تنشأ من أجل تحقيق هدف مشترك أو التعاقب لمجموعة عقود على مال واحد، فالعلاقة العقدية المباشرة إنما تكون نتيجة طبيعية لفكرة المجموعة العقدية أي فكرة تعاقب أو ترابط التصرف القانوني الذي ساهم الطرف المتضرر في تكوينه مع العلاقة التعاقدية التي شارك الطرف المسئول في بنائها.

ولقد وجهت انتقاد لهذه النظرية تتلخص في أنها خلطت بين المصدر والأساس، حيث أن دعوى المسئولية العقدية المباشرة تجد مصدرها في فكرة تعاقب أو ترابط مجموعة التصرفات القانونية، ولا يمكن القول بأن الحياة العملية هي التي حتمت وجودها بل على العكس من ذلك تماماً حيث أن هذه الفكرة تجد مصدرها في مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية^(٤٦٠).

الفرع الخامس

-
- (٤٥٧) أنظر: د. رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٤١، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٣٤٩، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٤.
- (٤٥٨) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٧٣.
- (٤٥٩) أنظر: د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٦٩٠، د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٥، د. ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص ٤٢١، د. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص ٢٢٧، د. عبد الحميد عثمان الحفناوي، المرجع السابق، ص ١١١.
- (٤٦٠) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٧٨، د. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص ٩٠، أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص ٦١.

فكرة التوازن العقدي

و يرى بعض الفقه أن فكرة المجموعة العقدية تقوم أساساً على مبدأ إقامة التوازن بين الحقوق على اعتبار أن العلاقة التعاقدية تقوم على مبدأ سلطان الإرادة، وإرادة الشخص لا تقوم إلا بعد أن يوازن بين الأداء الذي سيحصل عليه وذلك الذي سيلتزم به، فالعلاقة العقدية عموماً تقوم على فكرة إقامة التوازن بين الحقوق، والمشرع في تنظيمه لهذه العلاقة، هدف إلى المحافظة على هذا التوازن، ومن هنا قرر قواعد تنظيم التصرف القانوني من ناحية تكوينه وعملية تنفيذه والمتمثلة في المجموعة العقدية^(٤٦١)، وفي هذا يقول أستاذنا الدكتور فيصل ذكي عبد الواحد: "ولا شك في أن إقرار دعوى المسؤولية العقدية المباشرة بين أطراف الأسرة العقدية يؤدي إلى المحافظة على التوازن العقدي الذي اتجهت إليه إرادة أطراف التصرف القانوني وما أكدته المشرع في تنظيمه لقواعد المسؤولية، حيث أن مقتضى إقرار هذه الدعوى من جهة عدم مساءلة المدين الآخر إطار التصرف القانوني الذي ساهم في بنائه، ومن جهة ثانية استفادته من الأحكام القانونية التي تنظم هذه العلاقة وأخيراً عدم حصول الطرف الدائن على أكثر مما يكون له من حقوق منبثقة من التصرف القانوني الذي شارك في تكوينه"^(٤٦٢).

(٤٦١) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٧٩، هناء خيرى، المرجع السابق،

ص ٣٢٢ ص ١١

(٤٦٢) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

المبحث الثالث

مدى جواز فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية وضوابطها

تمهيد وتقسيم:

بعد الانتهاء من الكلام حول طبيعة العلاقة بين أطراف المجموعة العقدية، وتوصلنا إلى أن موقف الفقه الحديث هو إقرار العلاقة المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، يأتي الكلام هنا حول فكرة فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، وسنذكر ذلك بمعرفة مدى جواز فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، وضوابطها، ، وسنقسم هذا الفصل إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول : مدى جواز الفسخ في إطار المجموعة العقدية.

المطلب الثاني : ضوابط الفسخ في إطار المجموعة العقدية.

المطلب الأول

مدى جواز فسخ العقد في إطار
المجموعة العقدية

تمهيد وتقسيم

في هذا المطلب سنناقش الفرضية الآتية هو أن (أ) مثلاً اشترى من (ب) سيارة بمبلغ ١٠٠ ألف جنيه، ثم تبين بعد قيام (ب) ببيع تلك السيارة لـ (ج) بمبلغ ٨٠ ألف جنيه أو ١٢٠ ألف جنيه وجود عيب خفي، فإذا توفي (ب) وليس له خلف عام، أو كان معسراً، أو كان غير موجود، فإنه وفقاً لفكرة المجموعة العقدية السابقة يحق لـ (ج) الرجوع مباشرة على (أ) بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، وتكمن صورة المشكلة هنا في أن تتم المجموعة العقدية بوجود عدة عقود تعاقبت على مال واحد أو ترابطت بقصد تحقيق هدف واحد، ثم يقوم أحد الأطراف بإخلال جسيم بالتزامه العقدي، وكان الدائن المستفيد من تنفيذ هذا الالتزام هو الطرف الآخر غير المتعاقد معه، أي المتعاقد مع الوسيط المتعاقد مع هذا المدين الذي أحل بالتزامه العقدي، وكان هذا الإخلال مما يستوجب الفسخ، فهل يحق لهذا الدائن بالاشتراك مع المتعاقد معه المطالبة بفسخ العقد، و باسترداد ما دفعه هذا ؟ وللإجابة على هذا التساؤل سنتعرض للمسألة في الفقه التقليدي، ثم في الفقه الحديث كالاتي في الفروع الآتية.

الفرع الأول : موقف الفقه التقليدي.

الفرع الثاني : الفقه الحديث المعارض لدعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية

الفرع الثالث : الفقه الحديث المبرر لدعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية

الفرع الرابع : موقف القانون اليمني.

الفرع الأول

موقف الفقه التقليدي المنكر

للعلاقة العقدية المباشرة

أما بالنسبة لموقف الفقه التقليدي المنكر للعلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية كما سبق، فإن هذا المشكلة، لا يكون لها محل لديهم، حيث أنهم أساساً ينكرون وجود

علاقة عقدية مباشرة بين أطراف المجموعة، ولا يجوز الرجوع المباشر بين أطراف المجموعة العقدية إلا في إطار قواعد المسؤولية التقصيرية لا العقدية، وبالتالي فلا يكون هنا محل لدعوى الفسخ مباشرة بين أطراف المجموعة العقدية؛ لأن في هذه الدعوى تكون مؤسسة طبقاً للمسؤولية العقدية لا التقصيرية، ولذا لا يكون الرجوع بدعوى الفسخ عندهم إلا بطريقتين كما سبق إما الطريق المتوالي غير المباشر برفع دعوى فسخ مع المتعاقد معه على اعتبار أنه المدين بإخلاله بالتزام عقدي، مع وجود الإخلال وبالتالي فإن المسؤولية العقدية هنا تنعقد^(٤٦٣)، فإذا ما حكم القاضي بفسخ العقد فإن الرابطة العقدية بين الدائن والطرف المتعاقد معه تنحل وينتج عنها عودة المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد، ويلتزم كل منهم برد ما يكون قد دفعه للمتعاقد الآخر^(٤٦٤).

وتختلف آثار الفسخ بالنسبة للطرف الثالث المدين في الإخلال بالتزام فيما إذا كان على المدين الالتزام برد العين أو الدين، فإذا كان التزام المدين هو التزام برد العين فإن آثار الفسخ هنا تسري عليه ما لم يثبت حسن النية^(٤٦٥)، وإلا كان للطرف الوسيط المتعاقد معه الرجوع عليه بدعوى الفسخ على اعتبار أنه أخل بالتزامه العقدي نحوه، فإذا ما حكم له بالفسخ فإن العقد بينهما يفسخ، وتعود له تلك العين، وبالتالي تعود إلى مالكها الأول الطرف الثالث الدائن الأخير، وهنا تظهر الصعوبات التي يثيرها تعدد دعاوى الفسخ من زيادة في الإجراءات والمصاريف، فضلاً عما تثيره من خطورة استحالة الرد إذا ما قام المدين الأول المتسبب في الإخلال بالالتزام بالتصرف بتلك العين إلى شخص آخر حسن النية يمكن الاحتجاج عليه بأثر الفسخ^(٤٦٦).

إما إذا كان التزام المدين هو التزام برد الدين، فإن الخطورة تكمن هنا في حالة ما إذا كان هذا المدين في حالة إعسار أو إفلاس، حيث يضيع حق الدائن في هذه الحالة^(٤٦٧).

(٤٦٣) حيث يؤسس هذا الرجوع على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير، راجع د. إسماعيل محمد المحاقري، المرجع السابق، ص ٣٨٨، د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٤٦٤) انظر: د. طلبة خطاب، المرجع السابق، ص ٢٣٥، د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

(٤٦٥) على اعتبار أن الفسخ يسري هنا على الغير إلا إذا كان هذا الغير حسن النية، انظر د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣١٤، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٥٩٨.

(٤٦٦) انظر: د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ٨٥، د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٦٨٧.

(٤٦٧) انظر: د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٢، د. فتية قرعة، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

أما الطريق الثاني للرجوع بدعوى الفسخ في حالة إنكار العلاقة العقدية المباشرة أن يرجع الدائن الطرف الثالث بدعوى فسخ العقد على المدين الطرف الأول والمتسبب بالإخلال بالالتزام، ولكنه هنا يرجع بسبب كونه دائئاً لمدينه - الطرف الوسيط - والذي هو دائن للطرف الأول فيما يعرف قانوناً بالدعوى غير المباشرة، حيث يجوز هنا لدائن المدين أن يطالب باسم مدينه بكافة الحقوق الدعاوى التي لمدينه، فيكون الدائن هنا نائباً لمدينه^(٤٦٨)، وهنا تنصرف آثار الفسخ باسم هذا المدين، وفي حالة رد الطرف الأول ما دفعه من التزام، فإنه يدخل في ملك الطرف الوسيط مدين الطرف الثالث، ثم بعد ذلك يقوم الدائن الطرف الثالث برفع دعوى فسخ ضد مدنية - الطرف الثالث - من أجل استرداد ما دفعه من التزامات.

وهذه الطريقة بالرغم من أنها طويلة إلا أنها أيضاً تكتنفها صعوبة متى كان المدين معسراً وهو الغالب في رفع تلك الدعوى، فهنا تدخل الحقوق التي استعادها هذا المدين الطرف الوسيط في المجموعة العقدية في الضمان العام للدائنين، وبالتالي يكون هذا الدائن أسوة الغرماء يقتسم تلك الحقوق مع بقية الدائنين، وسواء أكانت تلك الحقوق عيناً أم ديناً^(٤٦٩)، إلا أنه في القانون اليمني يكون لهذا الدائن حق أولوية وامتياز على هذه العين باعتبارها عين ماله والتي كان الفسخ بسبب الإخلال بتسليم ثمنها، بل إن حق الامتياز يتعدى إلى ثمنها فلا يكون أسوة الغرماء، فقد نصت المادة من القانون المدني اليمني ٨٠ على أنه: "من له عين ماله تعطى له أو ثمنها إن كانت قد بيعت من قبل المحكمة دون علم صاحبها".

فالعقبة أمام الفقه التقليدي تكمن في الآتي:

١ المرجوع المتعاقب يؤدي على زيادة المصاريف، إضافة إلى ضياع الوقت.

٢ قد يتوفى المتعاقد الوسيط ولم يترك خلفاً عاماً، مما يؤدي إلى ضياع حقه.

الفرع الثاني

الفقه الحديث المعارض لدعوى الفسخ

في إطار المجموعة العقدية

أما موقف الفقه الحديث، فإنه يرى بخلاف الفقه التقليدي إقرار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، بمعنى أن أطراف المجموعة العقدية يعتبرون كأنهم في عقد

(٤٦٨) د. محمد لبيب شنب، دروس أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

(٤٦٩) د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٧.

واحد، وتعتبر المجموعة العقدية عقدًا واحدًا، وبالتالي فإنه يمكن الرجوع بين الطرفين المضرور المسئول على أساس المسئولية العقدية المباشرة لا المسئولية التقصيرية^(٤٧٠)، وهنا يثور التساؤل حول مدى جواز دعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية من خلال موقف الفقه الحديث المقرر لعلاقة عقدية مباشرة بين أطراف المجموعة العقدية.

فذهب فريق من الفقه الحديث إلى أن العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، إنما تكون مقصورة على دعوى التعويض فقط دون دعوى الفسخ وكذا دعوى التنفيذ العيني، وينتج عن هذا القول أنه إذا أخل البائع الأول بالتزامه بضمان العيب الخفي، فإنه لا يكون أمام المشتري الأخير لهذه العين إلا الرجوع عليه بدعوى التعويض فحسب، ولا يجوز له الرجوع عليه بدعوى الفسخ، وهم بهذا لا يعترفون بالعلاقة العقدية المباشرة كاملة بين أطراف المجموعة العقدية^(٤٧١)، فحقه في ممارسة دعوى الفسخ يقتصر على الطرف المتعاقد معه مباشرة، ولا يكون أمامه بالتالي إلا الرجوع بدعوى الفسخ غير المباشر.

واستدل أنصار هذا الاتجاه في منع دعوى الفسخ بين أطراف المجموعة العقدية بالآتي:

أولاً: أن الطرف المتضرر وهو هنا لم يساهم في تكوين العلاقة التعاقدية التي كان المسئول طرفاً مباشراً فيها، وبالتالي لا يوجد مبرر قانوني لدعوى الفسخ^(٤٧٢)، وبالتالي فإن إقرار الفسخ في إطار المجموعة العقدية يؤدي إلى فسخ أكثر من عقد لم يكن هذا المتعاقد طرفاً فيه^(٤٧٣).

(٤٧٠) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، مرجع سابق، ص ٧١، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٧٢.

(٤٧١) انظر في عرض موقف هذا الاتجاه، د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣١، د. ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص ٤١٨، د. هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٩، د. جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص ١٩، د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٨٩، د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٩.

(٤٧٢) انظر: د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٨، د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٨٩، د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣٢، وانظر أيضاً حكم الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٧ يناير ١٩٧٣م، حيث رفضت هذه المحكمة في مرحلة مبكرة كل طلب لفسخ العقد على أساس من هذه الدعوى، وبررت لهذا الرفض على أساس أن المشتري الأخير لم يكن طرفاً في العقد الذي تم إبرامه بين المنتج والمشتري الأول وبالتالي لا يوجد أي مبرر قانوني يسمح بتكوينه من فسخ، انظر د. حسن جميعي، المرجع السابق.

(٤٧٣) انظر: د. جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص ٢٠، د. سمير عبد السميع سلمان الأودن، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

ثانيًا: ويستدل أيضًا أنصار هذا الاتجاه برفض دعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية بالصعوبات العملية التي تثيرها دعوى الفسخ، بخلاف دعوى التعويض، حيث أن الفسخ في المجموعة العقدية يقتضي زوال كافة عقود المجموعة العقدية^(٤٧٤) وهذا يقتضي عودة كل المتعاقدين إلى الحالة قبل العقدية، وهذا يقتضي رد كل متعاقد إلى ما كان قد دفعه، فيلتزم البائع مثلاً برد الثمن والمشتري برد المبيع، وفي حالة رد الثمن تكمن الصعوبة فيما هو الثمن الذي سيتم رده هل هو الثمن الذي دفعه المشتري الأول أم الثمن الذي دفعه المشتري الأخير، حيث الغالب هنا اختلاف الثمن في عقود المجموعة العقدية زيادة أو نقصاً فلا يمكن إلزام البائع الأول برد كامل الثمن الذي دفعه المشتري الأخير من المشتري الأول (الطرف الوسيط)^(٤٧٥).

وذهب إلى هذا الاتجاه بعض أحكام القضاء الفرنسي، حيث رفضت من سماع دعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية، فقد قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بأن المتملك لا يمكنه ممارسة دعوى الضمان المقررة لسلفة إلا من أجل التعويض فقط، ولا يجوز له فسخ العلاقة التعاقدية إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة^(٤٧٦) وقضت محكمة باريس أيضًا بأن: "المشتري لمركب تجارية من أجل استخدامها في النزهة لا يمكنه طلب فسخ عقد البيع على أساس المادة ١١٨٤ إلا ضد المتعاقد معه مباشرة"^(٤٧٧).

كما يرى أنصار هذا الاتجاه بأن القضاء قد حصر نطاق الدعوى المباشرة في المجموعة العقدية في إطار دعاوى التعاويض فقط وحتى عند اعترافه بدعوى ضمان العيب الخفي فإنه اقتصر في التعويض عن المسؤولية العقدية للإخلال بالضمان العيوب الخفية بالتعويض بانقاص الثمن لا رد المبيع^(٤٧٨).

(474) M. Bacache: op. cit, p. 39

(٤٧٥) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣٢، د. هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٩٠، د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٩٠، د. ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص ٤١٨.

(476) com. 27.2.1973.

مشار إليه في د. فيصل ذكي المرجع السابق، ص ٢٣١.

(477) 25.1.1988.

مشار إليه في المرجع السابق

(٤٧٨) انظر: د. جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص ٢٠، د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٨٩.

وهكذا فإن أنصار هذا الاتجاه يرون عدم جواز رفع دعوى مباشرة بفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية وإنما تكون دعوى غير مباشرة، ويقصرون العلاقة العقدية المباشرة على طلب التعويض فحسب.

الفرع الثالث

الفقه الحديث المؤيد لدعوى الفسخ
في إطار المجموعة العقدية

بينما ذهب الفريق الثاني من الفقه الحديث المقرر لعلاقة عقدية مباشرة بين أطراف المجموعة العقدية إلى أن العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية تشمل كافة الدعاوى الممنوحة للأطراف كما لو أنهم مشتركون في عقد واحد، كدعاوى التعويض والتنفيذ العيني ومنها أيضاً دعاوى فسخ العقد، عند إخلال المدين بالتزامه، فإذا أخل الطرف المدين بالتزامه في المجموعة العقدية، فإنه يحق للدائن لذلك الالتزام، رفع دعوى فسخ ضد ذلك المدين يطالبه فيه بفسخ العقد ولو لم يكن مرتبطاً معه بعقد مباشر^(٤٧٩)، واستدل أنصار هذا الاتجاه بالآتي:

أولاً : أن إنكار دعوى الفسخ في المجموعة العقدية يؤدي إلى حرمان الدائن (المتضرر) من الحماية القانونية ويتمثل ذلك في أنه سوف يتضرر من انكار دعوى الفسخ، حيث سوف يجبر على الاحتفاظ بالشيء، دون أن تتوافر لديه الرغبة في ذلك خاصة إذا كان هذا الشيء به عيب خفي أو كان غير مطابق لما تم الاتفاق عليه^(٤٨٠).

ثانياً: أن إقرار العلاقة العقدية المباشرة يقتضي عدم التفريق بين الدعاوى الناشئة عن دعوى التعويض ودعوى الفسخ، حيث أنهما تعتبر من حقوق الدائن في العقد فلا يجوز تجزئة

(٤٧٩) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد: المرجع السابق، ص ٢٣٣، د. هناء خيرى: المرجع السابق، ص ٢١١، د. أسامة أحمد بدر: المرجع السابق، ص ٢٧، د. حسام الدين الأهواني: عقد البيع، مرجع سابق، ص ٦٩٣، د. حسن عبد الباسط جميعي: المرجع السابق، ص ١٩، د. ثروت فتحي إسماعيل: المرجع السابق، ص ٤١٩، د. محمود عبد الحكيم الخن، المرجع السابق، ص ١٩٠، د. جابر محبوب علي: المرجع السابق، ص ٢١، د. خليل أحمد حسن قدامة: المرجع السابق، ص ٢٢٠، Mestre: obs a Revue trimestriell de droit civil, 1989, N. 6, p. 74. د. حسام الدين الأهواني:

النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٤٤١.

(٤٨٠) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

تلك الحقوق التي يتمتع بها الدائن، وأن هذا يؤدي إلى تشتيت حقوق هذا الدائن^(٤٨١) بين الطرف المسئول بدعوى التعويض، وبين الطرف المتعاقد معه بدعوى الفسخ، وفي هذا ما يكتنفه من خطورة تتمثل في هدم مبدأ تصنيف المسؤولية المدنية^(٤٨٢).

ويقولون: إذا كان القضاء قد قبل الخروج على مبدأ نسبية العقد في شأن طلب التعويض، فإنه يصبح من غير المقبول رفض إعمال ذات المنطق بالنسبة لدعوى الفسخ^(٤٨٣)، ثم أن دعوى التعويض غالبًا ما تكون تابعة لدعوى الفسخ، وبالتالي فلا يجوز أن يخضع الملحق أو التابع لنظام مختلف عن المطلب الأصلي^(٤٨٤) كما أن إقرار القضاء، لطلب التعويض في دعوى ضمان العيب الخفي، وما تقتضيه من رد الثمن، يتساوي في حقيقة الأمر مع النتائج المترتبة على دعوى الفسخ^(٤٨٥).

ثالثًا: أما بالنسبة للصعوبات العملية التي آثارها أنصار الاتجاه الأول، والمتمثلة في آثار الفسخ وما تثيره من مشكلة الرد في إطار المجموعة العقدية، حيث جعلوا ذلك حجة لهم في منع دعوى الفسخ بين أطراف المجموعة العقدية؛ حيث بين أنصار الفسخ أنه إذا وجد فرق في الثمن بين العقدتين، فإن للدائن أن يرجع على المدين المتعاقد معه بباقي الثمن^(٤٨٦).

وذهب إلى هذا الاتجاه بعض أحكام القضاء الفرنسي حيث حكمت بالفسخ في إطار المجموعة العقدية، فقد طرح نزاع بشأن قيام شخص بشراء سيارة من أجل استخدامها في نقل البضائع، وبعد استلامه لهذه الأخيرة اكتشف وجود عيب خفي في صناعتها، فقام برفع دعوى مسؤولية عقدية مباشرة ضد المستورد، طالب فيها بفسخه عقد البيع، ودفع هذا الأخير برفض الدعوى على أساس أن المستهلك لا يمكنه ممارسة دعوى الفسخ ضد

(٤٨١) انظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٦٩٣، د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٩.

(٤٨٢) حيث يتم هنا هدم منهج تصنيف صور المسؤولية العقدية، المتمثلة في تصنيف تلك المسؤولية إلى صور، فمثلا إذا كان إخلال الطرف المسئولية بالتزامه العقدي متمثلا في وجود عيب خفي في الشيء محل التعاقد، فإنه يجب تطبيق الأحكام الخاصة بذلك، ولا يجوز بحال من الأحوال تطبيق الأحكام المتعلقة بالإخلال بالالتزام بالتسليم أو المطالبة. انظر د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣٦، ٢٣٧.

(٤٨٣) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٩.

(٤٨٤) د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٤٨٥) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٩.

(٤٨٦) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣٨، د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٩٠، د. ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص ٤١٩، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٩١.

البائع الأصلي الذي لم يكن مرتبطاً معه بعلاقة تعاقدية غير أن الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الطعن وأيدت قاضي الموضوع فيما انتهى إليه من النتائج^(٤٨٧)، وكما جاء الفسخ لعب خفي أيضاً في حكم في الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٩٣^(٤٨٨).

كان ذلك موقف الفقه المؤيد لجواز دعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية في حالة العقود المتجانسة بمعنى أن تكون في مجموعة عقود بيع متوالية على مال واحد، أو عقود إجارة متوالية على عين واحدة، أو عقود مقابلة مترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك.

أما العقود غير المتجانسة كعقد المقابلة مع عقد البيع، فقد اختلف الفقه الحديث. فيرى بعض الفقه الحديث أن دعوى الفسخ لا تجوز في حالة العقود غير المتجانسة، كما إذا وجد رب العمل بالمبنى محل عقد المقابلة - مثلاً - عيباً بسبب عيب خفي في المواد التي اشتراها المفاوض من منتج تلك المواد، فلا تكون العلاقة العقدية المباشرة بين رب العمل والمنتج لتلك المواد إلا في دعوى التعويض فحسب أما دعوى الفسخ فلا يجوز له ذلك؛ لأن في ذلك مجاوزة لحقوقه، حيث سوف يتسبب في فسخ عقد بيع، وبالتالي سيطالب برد الثمن في عقد البيع وهذا أكثر من حقه، إذ يكون حقه هو التعويض فحسب^(٤٨٩).

بينما يرى البعض جواز أن تكون دعوى الفسخ حتى في العقود غير المتجانسة، حيث يجيزون للمستأجر من الباطن ممارسة دعوى فسخ البيع لعب خفي ضد البائع السابق، إلا أنهم يجعلون موضوع الفسخ هو ليس الالتزام بالرد وإنما يكون التزام بما يعادل الفسخ^(٤٩٠).

فمن خلال ما سبق نجد أن الرأي الراجح رأي الفقه المجيز لدعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية، لأنه هو الرأي المنطقي في إطار إقرار العلاقة العقدية المباشرة، فما هي الفائدة من إقرار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، إلا إقرار أنهم في عقد واحد وبالتالي يترتب عليه كافة الحقوق الواردة في هذا العقد ومن ضمنها الحق في دعوى الفسخ، بل إن إقرار دعوى الفسخ، مما يؤكد العلاقة العقدية المباشرة على اعتبار أنها من أهم الدعاوي فيه، كما أنها قد تكون هي الجزاء المناسب في مجال المسؤولية العقدية عندما لا يكون التعويض جزاءً مناسباً، أما بالنسبة لمشكلة الرد فإن الدائن فإنه يرجع بالباقي على مدينه على

(487) Com 17. 5. 1982.

مشار إليه في د. فيصل ذكي عبد الواحد ، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(488) Jacques Ghestin: op. cit, N. 734, p. 909

(٤٨٩) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(490) Jacques Ghest in: op. cit, N. 721, p. 893.

اعتبار أن فسخ المجموعة العقدية يقتضي فسخ كافة عقود المجموعة العقدية، ومنها العقد الذي شارك فيه الطرف المسئول بينه وبين المتعاقد معه مباشرة فيطالب المتعاقد معه مباشرة برد باقي الالتزام.

الفرع الرابع

موقف القانون اليمني

سبق وأن رأينا موقف القانون اليمني من إقرار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية ورأينا جواز ذلك الرجوع في القانون اليمني في مجال العقود المتعاقبة على مال واحد في مجال الدعوى المباشرة في ضمان العيب الخفي وأنه يحق للمشتري الأخير رفع دعوى ضمان العيب الخفي على البائع الأول^(٤٩١).

وإذا كان القانون اليمني قد أجاز الرجوع المباشر في دعوى الضمان والتي من آثارها هو جواز رد المبيع المعيب فإنه بالتالي يجوز ذلك فيما دفع المشتري الأخير، دعوى بفسخ عقد البيع بسبب إخلال المدين بالتزامه بضمان العيب الخفي، على اعتبار تشابه كلا الدعويين من حيث آثار كل دعوى وهو وجوب رد المبيع المعيب، وبغض النظر هنا عن طبيعة الرد في كل دعوى حيث يكون الرد في دعوى ضمان العيب الخفي على أساس بقاء العقد والتعويض عن العيب بالرد، وإذا وجد تعويض بجانب الرد فإنما يكون على أساس المسؤولية العقدية على اعتبار بقاء العقد بينما الرد في دعوى الفسخ يكون على أساس زوال العقد، وبالتالي فإن الحكم بالتعويض إضافة إلى الالتزام بالرد، سيكون أساسه هو المسؤولية التقصيرية الناشئة عن انحلال العقد^(٤٩٢). أما في حالة العقود المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك وهو ما يعرف من الناحية القانونية بالتعاقد من الباطن فإن القانون اليمني عمومًا لا يعترف بعلاقة عقدية مباشرة، وبالتالي فإنه لا توجد دعوى فسخ مباشرة هنا^(٤٩٣).

المطلب الثاني

ضوابط الفسخ في إطار المجموعة العقدية:

(٤٩١) انظر: د. محمد عبد القادر الحاج، المرجع السابق، ص ٧٥، د. عبد الله العلفي، أحكام الخيار، مرجع سابق، ص ٥٠٩.

(٤٩٢) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٤، ص ٩٦٩، ٩٧٠، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ١١٦، د. عبد الرسول عبد الرضا محمد، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

(٤٩٣) د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٧٤.

تمهيد وتقسيم:

سبق أن ذكرنا في المطلب الأول حجة المانعين لدعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية وأن منها ما يثيره آثار الفسخ من مشكلة الرد، وفارق الثمن بين الثمن الذي دفعه المشتري الأول والمشتري الأخير، وهذا الخلاف ناتج عن معرفة النظام القانوني الذي يحكم دعوى الفسخ، هل هو العقد الذي شارك فيه الطرف المسؤول وهو البائع الأول. أما العقد الذي شارك فيه الطرف المتضرر وهو المشتري الأخير.

والمقصود بالنظام القانوني الذي يحكم دعوى الفسخ في المجموعة العقدية هو العقد الذي يحكم دعوى الفسخ فيحدد نوع الفسخ وآثاره على اعتبار أن دعوى الفسخ تدخل في المسؤولية العقدية، والذي مصدرها هو العقد.

وهذه المشكلة لا تثور عندما تكون عقود المجموعة العقدية متشابهة من حيث البنود، بأن يكون عقد البيع الأول هو ذات البيع الثاني نفس الثمن ونفس الشروط وهكذا، وهذا نادر الوقوع، حيث الغالب هو الاختلاف من حيث الثمن والشروط والالتزامات ونحوها، بل قد يكون بينها تعارض كأن يكون أحدها يعفى من المسؤولية والآخر يشدد فيها وهنا تثور المشكلة في معرفة النظام القانوني الذي يحكم المجموعة العقدية.

ولا شك أن العقد هو الذي ينظم العلاقة بين أطرافه الذين شاركوا في تكوينه على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن أساس هذا العقد هو مبدأ سلطان إرادة المتعاقدين، فلذا كان من الطبيعي أن المتعاقدين لا يلتزمان إلا بما اتجهت إليه إرادتهما؛ ولذا سنجد أن الطرف المتضرر(الدائن) في دعوى الفسخ، سيحتج بالعقد الذي شارك فيه على اعتبار أن إرادته هي التي اتجهت إلى تكوين هذا العقد الذي يحمي حقوقه، وبالمثل - أيضاً - فإننا نجد أن الطرف المسؤول(المدين) سوف يلجأ إلى العقد الذي شارك في تكوينه حيث أن إرادته قد وازنت بين حقوقه والتزاماته، كما أنه قد احتاط لنفسه من المسؤولية.

ولذا لزم معرفة الضوابط الواجب تحديدها لمعرفة ماهية النظام القانوني الذي يحكم المجموعة العقدية.

وتكمن أهمية معرفة النظام القانوني الذي يحكم المجموعة العقدية، في معرفة نوع الفسخ هل هو فسخ اتفاقي أم قضائي، حيث قد يكون أحد عقود المجموعة العقدية يتضمن شرطاً فاسخاً صريحاً. مما يستوجب معه تطبيق أحكام الفسخ الاتفاقي بينما العقد الآخر لا يوجد فيه شرط فاسخ صريح فيستوجب تطبيق أحكام الفسخ القضائي، كما قد يتضمن أحد عقود المجموعة العقدية شرط تحكيم أو شرطاً جزائياً أو شرطاً يشدد في المسؤولية أو يخفف منها أو

يعفي منها، كما أن أحد عقود المجموعة العقدية قد يكون ذا طبيعة مدنية و الآخر ذا طبيعة تجارية مما يؤدي إلى اختلاف الحكم بينهما، كما أن أحد تلك العقود قد تحتوي على عنصر أجنبي فيستلزم هنا اختلاف القانون واجب التطبيق في تلك العقود، كما أن أحد تلك العقود قد يكون من عقود الإذعان حيث يكون أحد أطرافها طرفاً قوياً يملئ إرادته على المتعاقد الآخر، وقد جعل القانون لعقد الإذعان أحكاماً خاصة^(٤٩٤).

وأخيراً فإنه قد يوجد في بعض عقود المجموعة العقدية طرف مهني بينما هذا الطرف لا يوجد في العقد الآخر، مما يستلزم تطبيق أحكام مسؤولية المهنيين عن غيرهم^(٤٩٥).

وللأسباب السابقة يرد لنا هنا تساؤل حول ما هي ضوابط النظام القانوني الذي يحكم المجموعة العقدية؟ هل سيكون التقيد بمدى التزامات الطرف المسئول أم بمدى حقوق الطرف المضروب، فعلى هذا نجد أن النظام القانوني لدعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية يحكمه ضابطان هما مدى التقيد بالتزامات الطرف المسئول (المدين)، وكذا مدى حقوق الطرف المضروب (الدائن)، وهذه ما سنذكره في الفروع الآتية.

الفرع الأول : التقيد بمدى التزامات الطرف المسئول (المدين).

الفرع الثاني : التقيد بمدى حقوق الطرف المتضرر (الدائن).

الفرع الثالث : موقف القانون اليمني.

الفرع الأول

التقيد بمدى التزامات الطرف المسئول (المدين)

ويقضى هذا القيد بأنه عند النظر في دعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية يجب التقيد بمدى التزامات الطرف المسئول، بمعنى أن النظام القانوني الذي يحكم دعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية هو العقد مصدر التزامات الطرف المسئول وبالتالي فإن للطرف المسئول الدفع ببند العقد الذي ساهم في تكوينه وينتج عن هذا أن هذا العقد هو الذي يحدد التعويض، إذا وجد شرط جزائي في هذا العقد، ، ومثله إذا وجد بند تحكيم أو بند يحدد المحكمة المختصة أو القانون واجب التطبيق للطرف المسئول الدفع بتلك البنود، ومثله إذا وجد بند تحكيم أو بند يحدد المحكمة المختصة أو القانون واجب التطبيق، فللطرف المسئول الدفع

(٤٩٤) انظر: د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٤٣، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٧٠، د.

عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق ص ٧٤.

(٤٩٥) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٦٨، هناء خيرى، ص ٢٥٣.

بتلك البنود، وكذا بحدود طبيعة الالتزام وكونه تجارياً ينبثق من عقد تجاري أو مدنياً من عقد مدني، كما له الدفع بطبيعة التزامه فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة، فإنه يقع على عاتقه عبء الإثبات ويلتزم بإثبات السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ، وبالعكس أيضاً إذا كان مضمونه التزامه هو بذل عناية فإنه لا يكون عليه عبء الإثبات وإنما يقع على الطرف المضرور إثبات تقصير الطرف المسئول وعدم بذل العناية الواجبة^(٤٩٦).

كما أن لهذا الطرف المسئول الدفع بالقيود القانونية كما هو الحال بالنسبة لمدى التزامات الخلف العام وبأن تكون في حدود تركة الخلف^(٤٩٧). وللطرف المسئول هنا أن يدفع بالنسبة للتقادم بمدة التقادم في العقد الذي ساهم في تكوينه^(٤٩٨).

وبتطبيق قيد التزامات الطرف المسئول (المدين) على دعوى فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية نجد أنه لا يحق للدائن رفع دعوى الفسخ ضد المدين إلا إذا كان مخلاً بالتزاماته العقدية في العقد الذي شارك فيه ويكون شروط ذلك الإخلال بنفس الضوابط في ذلك العقد بأن يكون من غير وجه حق، كما أن الطرف المسئول (المدين) لا يلتزم إلا برد الالتزام الثابت في ذمته للطرف المتعاقد معه، فإذا كان هناك نقص في مبلغ الالتزام فإن الطرف المتضرر هنا يعود بالباقي على المتعاقد معه على اعتبار أن عقود المجموعة العقدية قد حلت بسبب فسخ

(٤٩٦) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٧٠، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٢٠، حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٤١، عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٧، م ١، ص ٢٨٧، محمد أحمد عابدين، التنازل عن الإيجار، مرجع سابق، ص ٤١، د. عبد الحميد فهم أحمد الطنبولي، المرجع السابق، ص ٢٨١، د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٣٠٩، د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ٢٥١، د. مصطفى الجارحي، عقد المقولة من الباطن، مرجع سابق، ص ٨، د. خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص ٢١٨، ٢١٩.

Serome Kullmann، op. cit, p. 29, le paiement du sous- traitant, <http://www.Lemoniteur-expert.Com>, p. 1, X. Henry، op. cit, p. 1066.

(٤٩٧) انظر: د. عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣٤، د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨٥، د. جلال الدين حسن صبرة، المرجع السابق، ص ٢٨٨. (٤٩٨) انظر: حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٦٨٧، د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٩٠، د. محمد عبد القادر الحاج، المرجع السابق، ص ٧٥.

المجموعة العقدية، ويترتب عليه التزام كل من استلم شيئاً قبل الفسخ بإعادته إلى من استلمه منه، ومنه هذا الطرف الوسيط، فيرد فارق مبلغ الالتزام إلى الطرف المتضرر^(٤٩٩).

ويستدل الفقه على التقيد بمدى التزامات الطرف المسئول؛ بأنه لا يمكن انعقاد مسئولية المدين عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بأحد الالتزامات التي تثقل كاهله إلا في إطار العلاقة التعاقدية التي ساهم في تكوينها، وفقاً للأحكام القانونية التي تحكم هذه العلاقة.

كما أن هذا القيد يقتضي ووفقاً لفكرة المجموعة العقدية توحيد طبيعة ومدى مسئولية المدين، بغض النظر عما إذا كان الرجوع عليه قد تم من جانب المتعاقد معه مباشرة أو الطرف المتضرر^(٥٠٠).

كما استدلو أيضاً بنص القانون. في الدعوى المباشرة في عقد الإيجار من الباطن حيث قيد دعوى المؤجر الأصلي ضد المستأجر من الباطن في الالتزام بدفع الأجرة بالتزامه في مواجهة دائئه المؤجر من الباطن^(٥٠١)، فقد نصت المادة ١/٥٩٦ (مدني مصري) "يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر وقت أن ينذره المؤجر".

ومثله أيضاً في الدعوى المباشرة في عقد المقاول من الباطن، حيث أجاز للمقاول من الباطن رفع دعوى مباشرة ضد رب العمل يطالبه بدفع الأجرة ولكنه قيد هذه الدعوى بأن تكون مقيدة بمدى التزام رب العمل قبل دائئه المباشر المقاول الأصلي^(٥٠٢) حيث نصت المادة ٦٢٢ (مدني مصري) "يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى...".

وإعمالاً لهذا القيد حكمت محكمة النقض الفرنسية في قضية. قام فيها رب العمل في عقد مقاول برفع دعوى على الشركة المنتجة للمواد التي اشتراها المقاول واستخدمها في عملية البناء، لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء إخلالها بالتزامه بالمطابقة، حيث قضت محكمة النقض بأن الشركة المدعي عليها يمكنها التمسك في مواجهة المدعي بكافة

(٤٩٩) انظر: د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٥٩١، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٩، د. أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص ٦١

(٥٠٠) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٦٩، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٥٠١) انظر: د. عبد الرازق حسن فرج، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص ٢٣٦، د. محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، مرجع سابق، ص ٢٠٧، د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٢٣٨، ٢٣٩.

(٥٠٢) انظر: د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٦، د. فتيحة قره، المرجع السابق، ص ٢٥١

الوسائل التي كان يمكن التمسك بها في مواجهة المفاوض وعلى وجه الخصوص مدة التقادم العشري التي تخضع لها العلاقات التجارية"^(٥٠٣)، كما جاء أيضًا في حكم محكمة الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٨ / تشرين الأول ١٩٩٩ "يتمتع صاحب العمل المستقل كما مكتسب الملكية الثانية بجميع الحقوق والدعاوي المرتبطة بالشيء العائد لسلعة"^(٥٠٤).

ويكتنف هذا القيد وهو التقيد بمدى التزامات الطرف المسئول صعوبات منها أن التقيد بمدى التزامات الطرف المسئول سيؤدي إلى الإضرار بحقوق الطرف المتضرر، مما قد يحرمه من الفسخ أو التعويض في حالة ما إذا كانت العلاقة التي ساهم فيها الطرف المسئول تقتضي بالتخفيف من مسؤوليته أو إعفائه منها أو بتنازل الطرف المتعاقد معه عن الحق في دعوى الفسخ أو بتنازله عن الشرط الفاسخ الصريح ففي هذه الحالة يحرم الطرف المتضرر من حقه في التعويض أو في المطالبة بالفسخ على أساس الشرط الفاسخ الصريح، مع أن هذه الحقوق موجودة في العقد الذي ساهم الطرف المضرور في تكوينها مع المتعاقد معه مباشرة.

وللرد على هذه الصعوبة نجد أن الضرر الذي سيلقيه الطرف المسئول من عدم التقيد بمدى التزاماته أشد من الضرر الذي أصاب الطرف المضرور، منها أن هذا سيجعله يلتزم بأكثر مما انصرفت إليه إرادته كما أنه سيأخذ الطرف المتضرر حقًا أكثر مما هو للطرف المتعاقد معه، كما أن الرجوع وفقًا للمجموعة العقدية يعد حقًا وليس واجبًا، وبالتالي فإن للطرف المضرور هنا الرجوع على المتعاقد معه مباشرة أو الرجوع على الاثنين على سبيل التضام، كما أن المتعاقد معه مباشرة سيرجع على الطرف المسئول في مواجهته بالعلاقة التعاقدية التي بينهما والتي تحتوي بندًا يعفى من المسؤولية، كما أن عدم التقيد بمدى التزامات الطرف المسئول يؤدي إلى انكار العلاقة التعاقدية التي شارك فيها الطرف المسئول وإهدار القوة الملزمة للعقد^(٥٠٥).

(503) Civ 3 .9.1,1991, B. Civ. 111. N10

مشار إليه في د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(504) Jacques Ghestin: op. cit, N. 734, N. 734, p. 909.

(٥٠٥) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٧٥، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

الفرع الثاني

التقيد بمدى حقوق الطرف المتضرر (الدائن)

إذا كان القيد الأول يتعلق بمدى التزامات الطرف المسئول فهل يكون هذا القيد على إطلاقه، أي هل يلتزم الطرف المسئول بكافة الالتزامات التي في ذمته تجاه الطرف المتضرر، بغض النظر عن حقوق الطرف المتضرر حيث أن الطرف المتضرر، قد يأخذ أكثر من حقه فمثلاً إذا كان الطرف المسئول في عقود البيع المتتالية وهو البائع الأول مدينًا بمبلغ مائة ألف جنيه مثلاً، ثم قام المشتري الأول الطرف الوسيط ببيع المبيع إلى الطرف المضروب المشتري الأخير بمبلغ ثمانين ألف جنيه مثلاً، ثم اكتشف المشتري الأخير بوجود عيب خفي في الشيء المبيع بسبب البائع الأول، فأقام المضروب بدوره دعوى فسخ مباشرة ضد البائع الأول الطرف المسئول على أساس أنهم مشتركون في مجموعة عقدية ففي حالة فسخ العقد، فإن عقود المجموعة العقدية تنحل وينتج عنه أن يلتزم كل طرف برد ما كان قد استلمه من المتعاقد الآخر، ووفقاً للقيد الأول وهو التقيد بمدى التزامات الطرف المسئول (المدين)، بالرجوع إلى العقد الذي شارك فيه الطرف المسئول مصدر التزاماته نجد أنه يلتزم بمبلغ مائة ألف جنيه، فلذا فإنه سيقوم بردها إلى الطرف المضروب، ولكننا نجد هنا أن الطرف المضروب قد أخذ أكثر من حقه بمقدار عشرين ألف جنيه فما هو أساس هذه الزيادة، فالبعض يرى أنه هذه الزيادة تكون له على سبيل التعويض عن الفسخ^(٥٠٦)، ويرى البعض أن المتعاقد الوسيط المتعاقد مع الطرف المضروب، سيطالب برد تلك الزيادة له بسبب فسخ العقد بينهما لفسخ عقود المجموعة العقدية وبالتالي فإن هذه الزيادة تكون غير مستحقة له^(٥٠٧).

ولكن المشكلة تكمن هنا إذا لم يطالب الطرف الوسيط الطرف المضروب بالزيادة بأن يكون قد مات وليس له خلف عام مثلاً، وهو الوارد حيث أن الغالب أن الطرف المضروب لا يرجع على الطرف المسئول مباشرة في حالة عدم وجود الطرف الوسيط بسبب وفاته وعدم وجود خلف عام له؟ وكان معسراً.

(٥٠٦) انظر في عرض الموقف السابق: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣٤، هناك خيرى، المرجع السابق، ص ٢٩١.

(٥٠٧) انظر: د. عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٩٠، ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص ٢١٩، د. عبد المنعم البدر، الموجز في عقد البيع، دار النشر الذهبي، القاهرة، ١٩٨٣م، ص ٣١٩، محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص ١٩٠.

فمن الفروض السابقة نجد أن الطرف المضرور هنا سوف يأخذ أكثر من حقوقه المقررة له بموجب العقد الذي شارك فيه مع الطرف الوسيط.

وهنا يأتي أهمية هذا القيد، حيث يحق للطرف المسئول هنا الاحتجاج بمدى حقوق الطرف المضرور وبالتالي فإن له الدفع بكافة الدفعات التي يستطيع أن يدفع بها دائئه -الطرف الوسيط- الذي هو مدي الطرف المتضرر (الدائن)، ويكون للطرف المسئول (المدين) الاحتجاج ببند العقد الذي شارك فيه دائئه الطرف الوسيط مع الطرف المضرور، فيحق للطرف المسئول وهو المدين الدفع بعدم وفاء الطرف المضرور (الدائن) بالتزامه في العقد الذي شارك فيه الدائن، وهنا لا يفاجأ الطرف المضرور عند تمسك الطرف المسئول ببند الإعفاء من المسؤولية أو التنازل عن الشرط الفاسخ الصريح الوارد في العقد الذي ساهم فيه؛ لأنه سوف يواجه تلك الدفعات أصلاً عند رجوعه على الطرف المتعاقد معه فإن للمسئول هنا أن يحتج بها تجاه الطرف المضرور فالطرف المسئول يوازن بين مدى التزاماته في العقد الذي شارك في تكوينه وبين مدى حقوق الطرف المضرور في العقد الذي شارك في تكوينه، ويتمسك بما يحقق له مصلحته سواء من حيث طبيعة العقد أو القانون الواجب التطبيق أو المحكمة المختصة... الخ^(٥٠٨).

وهذا ما قضى به القضاء الفرنسي حيث جاء فيه: "في الحالة التي يسند فيها المدين بالتزام عقدي تنفيذ هذا الالتزام إلى شخص آخر فإن للدائن بهذا الالتزام أن يرجع على هذا الأخير (مدين مدينه) بدعوى عقدية، غير أن هذه الدعوى قاصرة على ما يكون للدائن من حقوق في مواجهة مدينة الأصلي، وفي حدود ما يكون مدينه مدينًا به للمدين الأصلي"^(٥٠٩).

وبعض الفقه يذهب إلى عدم التقيد بحقوق الطرف المضرور، بمعنى أنه لا يحق للطرف المسئول الاحتجاج على الطرف المضرور، فيجوز للطرف المضرور الرجوع بحقوق الطرف المسئول ولو لم يكن له هذا الحق كما إذا تنازل عن هذا الحق، بوجود بند الإعفاء، ويعملون لذلك بأن الطرف المضرور قد تلقى ملكية الشيء من المتعاقد معه مع ما بينهما ومنها دعاوي الضمان، وهذا بسبب تعليلهم لجواز الدعوى المباشرة بسبب فكرة الملحقات وهي فكرة منتقدة كما سبق^(٥١٠).

(٥٠٨) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٨٠، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٣٥.
(509) Cass civ, 1, 8 mars, 1988, les grands arrêts de la jurisprudence civil, op.cit. p. 162.

(٥١٠) انظر: د. عبد المنعم البدر، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٣١٩، د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٦٩١، د. محمد عبد القادر الحاج، المرجع السابق، ص ٧٦، د. جلال حسن صبرة، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

ويؤسس بعض الفقه حق الطرف المسئول في الخيرة في التمسك بمدى التزاماته أو حقوق الطرف المضرور في دعوى الفسخ في المجموعة العقدية بحوالة الدين^(٥١١) على أساس أن الطرف الوسيط هنا قد تنازل ضمناً بالدين الذي له قبل الطرف المضرور إلى الطرف المسئول، وفقاً لفكرة حوالة الدين، وأن الطرف المتضرر يكون بمجرد رجوعه على الطرف المسئول قد يكون قبل ضمناً هذا التنازل، ومن ثم يكون للطرف المسئول التمسك في مواجهة الطرف المضرور بكافة القيود التي كان يمكن للطرف الوسيط أن يتمسك بها تجاه الطرف المضرور^(٥١٢).

ولكن اعترض على هذا التأسيس بأن فكرة حوالة الدين تقتضي براءة ذمة المحيل وهو هنا الطرف الوسيط تجاه المحال إليه وهو هنا الطرف المضرور، وهذا يخالف فكرة المجموعة العقدية والتي تجيز للطرف المضرور الرجوع على الطرف المسئول والمتعاقد معه مباشرة على سبيل التضامم. كما أن حوالة الدين تقتضي وجود اتفاق، وفي المجموعة العقدية وخاصة التصرفات المتعاقبة على مال واحد نجد أنها تنشأ - غالباً - بعد تكوين العلاقة التعاقدية التي كان المسئول طرفاً مباشراً فيها، مما يستحيل معه القول بوجود إرادة - صريحة أو ضمنية - بشأن التنازل عن الدين.

كما أن فكرة حوالة الدين تقتضي عدم رجوع الطرف المحيل وهو الطرف الوسيط على الطرف المحال له وهو الطرف المسئول، في حالة تعويضه للطرف المسئول، مع أن أحكام المجموعة العقدية تخوله هذا الحق، حيث قد يقوم الطرف المسئول هنا كما في المثال السابق بالاحتجاج أمام الطرف المتضرر بحقوقه في العقد الذي شارك فيه والتي من آثارها أن يقوم الطرف المسئول برد مبلغ ثمانين ألف جنيه وهو ما دفعه الطرف المضرور للطرف الوسيط، فهنا يحق للطرف الوسيط الرجوع على الطرف المسئول بعشرين ألف جنيه باقي الثمن الذي دفعه له.

كما أن حوالة الدين لا تكون نافذة في حق الدائن - وهو الطرف المتضرر هنا - إلا إذا أقرها، وهذا يقتضي أن للطرف المضرور الخيار بين أن يكون طرفاً في المجموعة العقدية أو من

(٥١١) وحوالة الدين هي نقل التزام على عاتق شخص إلى شخص آخر ليصبح مدينًا به للدائن بدلاً من المدين الأصلي، ويسمى الشخص الذي يتحمل الدين بمقتضى الحوالة محالاً عليه، انظر د. جميل الشرقاوي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٦٦.

(٥١٢) د. خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص ٢٥١.

الغير، وذلك بقبوله الحوالة أو رفضها، وهذا مخالف لمفهوم مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، والمجموعة العقدية تعد من تطبيقات مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية كما سبق.

ولذا لا يصح أن تكون حوالة الدين أساس أحقية الطرف المسئول في الخيرة بين التمسك بالعقد الذي ساهم فيه أو العقد الذي ساهم فيه الطرف المضور حسب مصلحته^(٥١٣). ويرى بعض الفقه أن أساس تلك الخيرة السابقة هو إقامة التوازن بين الحقوق ومبدأ القوة الملزمة للعقد^(٥١٤).

وفي هذا يقول أستاذنا الدكتور فيصل ذكي عبد الواحد "والتبرير الصحيح - من وجهة نظرنا - للإجابة على التساؤل السابق عرضه يكمن في فكرة التوازن بين حقوق أطراف العلاقات، هو عدم الإضرار بالطرف المتعاقد مع الطرف المتضرر، كما أن مبدأ القوة الملزمة للعلاقة التعاقدية، يتطلب احترام الشخص لبنود التصرف القانوني الذي شارك في تكوينه"^(٥١٥).

حكم وجود شرط فاسخ صريح في أحد عقود المجموعة العقدية

وهنا يثور لنا التساؤل حول ما الحكم إذا وجد شرط فاسخ صريح في أحد عقود المجموعة العقدية ؟ وهذا يختلف فيما إذا وجد في العلاقة التي شارك فيها المدين أو الدائن

فإذا وجد شرط فاسخ صريح يقضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار في العلاقة التي شارك فيها الطرف المضور (الدائن)، ولم يوجد هذا الشرط في العلاقة التي شارك فيها الطرف (المسئول)؛ فإنه في هذه الحالة لا يستطيع الطرف المضور (الدائن)، الاحتجاج على الطرف المسئول بهذا الشرط على اعتبار أنه لم يوجد في العلاقة التي شارك فيها الطرف المسئول (المدين)، وبالتالي لا يلتزم بأكثر مما التزم به في العقد الذي شارك فيه.^(٥١٦)

وبالمثل، إذا وجد شرط فاسخ صريح يقضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار في العلاقة التي شارك فيها الطرف المسئول (المدين)، ولم يوجد هذا الشرط في العلاقة التي شارك فيها الطرف المضور (الدائن)، فإنه لا يحق للطرف المضور هنا الاحتجاج

(٥١٣) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٨٥ وما بعدها، هناء خيري، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

(٥١٤) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٥١٥) المرجع السابق.

(٥١٦) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٧٠، هناء خيري، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

على الطرف المسئول بهذا الشرط ،وبالتالي يحق للطرف المسئول الاحتجاج بعدم وجود مثل هذا الشرط في العلاقة التي شارك فيها الطرف المتضرر(الدائن).^(٥١٧)

الفرع الثالث

موقف القانون اليمني من ضوابط دعوى الفسخ
في إطار المجموعة العقدية

أما موقف القانون اليمني من ضوابط دعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية، فقد جاء في نص المادة ٢٠٧ مدني يمني: "إذا ترتب على العقد حقوق أو التزامات شخصية وانتقل الشيء بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الحقوق والالتزامات تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، وإذا لم يعلم كان له الخيار".

فيفهم من النص السابق هو أن الخلف الخاص يحل محل سلفه في حقوقه والتزاماته ولذا فإن العلاقة بين المتعاقد الأول والخلف الخاص، لا بد أن يحكمها العلاقة بين العلاقة المتعاقد الأول والسلف ويكون الخلف الخاص هنا مقيداً بمدى التزامات المتعاقد الأول وهو الطرف المسئول هنا^(٥١٨).

أما بالنسبة للتقيد بحقوق الطرف المضرور فإن كل من الطرف المسئول والطرف المضرور - في الزيادة عن حقه- يكون كل منهما مديناً للطرف الوسيط المتعاقد معهما. ولذا فإنه يحكمها مبدأ المساواة بين المدنيين فلا أحقية لأحد على الآخر ولذا يجوز للطرف المسئول الدفع بحقوق الطرف المضرور، ولا يوجد ما يفضل هذا المدين عن الآخر.

المقارنة بين القانونين المصري واليمني:

مما سبق نجد إتفاق كل من القانونين المصري واليمني في أن دعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية يجب أن تتقيد بضابطين الأول ضابط مدى التزامات الطرف المسئول، وللمسئول الخيار أيضاً في الدفع بمدى حقوق الطرف المضرور، وتظهر أهمية الضابطين المذكورين في معرفة نوع الفسخ وكذا في معرفة آثار الفسخ والشيء الذي يلتزم برده.

(٥١٧) انظر: المراجع السابقة.

(٥١٨) انظر: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ٣٤٩، د. محمد حسين الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٣٠٤، د. محمد عبد القادر الحاج، المرجع السابق، ص ٧٥.

الباب الثاني

أحكام فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية

تقسيم:

بعد أن توصلنا في الباب الأول إلى أن الراجح في مدى جواز فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، هو رأي الفقه الحديث المجيز لفكرة الفسخ في إطار المجموعة العقدية، ويكون هذا مقيدا بمدى التزامات الطرف المسئول (المدين)، والطرف المضرور (الدائن)، يأتي في هذا الباب الحديث حول أحكام فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، وذلك بمعرفة وجوده ثم نذكر وقوعه، ثم نذكر تطبيقات لفسخ العقد في عقود المجموعة العقدية كما يأتي:

الفصل الأول : أحكام وجود فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية.

الفصل الثاني : أحكام وقوع فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية.

الفصل الثالث : تطبيق فسخ العقد في عقود المجموعة العقدية.

الفصل الأول

أحكام وجود فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية

تمهيد وتقسيم

الحديث حول أحكام الفسخ يستلزم أولاً دراسة وجود الفسخ أي الكلام عن الأحكام العامة لوجود الفسخ، والكلام عن وجود الفسخ يستلزم الكلام عن الأركان التي بوجودها يوجد الفسخ وهي محل الفسخ ثم شروطه ، وسوف نقسم هذا الفصل حسب الآتي.

المبحث الأول: محل فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية.

المبحث الثاني: شروط فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية.

المبحث الأول

محل فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية

تمهيد وتقسيم:

وهنا، سنتكلم هنا حول محل فسخ العقد، فقد نصت المادة ١٥٧/١ مدني مصري على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه..." وجاء أيضًا في نص المادة (٢٢١) مدني يمنى على أن "عقود المعاوضة الملزمة للمتعاقدين إذا لم يف أحدها بالتزامه جاز للآخر بعد اعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه..." فمن النصوص القانونية السابقة نستنتج أن محل الفسخ الذي يطالب الدائن بفسخه هو العقود الملزمة للجانبين.

وستتناول في هذا المبحث ركنًا أساسيًا لا يوجد الفسخ إلا به وهو محل الفسخ، وسنذكر هنا شروط المحل وهي أن يكون عقدًا صحيحًا ملزمًا للجانبين، وهكذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي.

المطلب الأول : محل الفسخ (العقد الصحيح).

المطلب الثاني : محل الفسخ (العقد الملزم للجانبين).

المطلب الأول

محل الفسخ (العقد الصحيح)

لما كان محل الفسخ في القانون المصري هو العقد الملزم للجانبين فإنه يجب أن يكون هذا العقد صحيحًا بمعنى أن يكون مصدر الالتزامات التي يكون الإخلال بها سبب للفسخ هو العقد الصحيح.

ومعنى العقد هو اتفاق أو ارتباط بين إرادتين أو أكثر بقصد تحقيق آثار قانونية معينة هذه الآثار قد تكون إنشاء الالتزامات على عاتق كل أو بعض أطرافه كالبيع، وقد تكون هذا الآثار هي تعديل الالتزامات الموجودة كإضافة أجل جديد أو شروط جديدة لم تكن موجودة من قبل، أو نقلها كما في الحوالة، أو قد تكون إنهاؤها كما في الوفاء^(٥١٩).

والفسخ لا يرد إلا على عقد؛ ولذا أطلق عليه مصطلح فسخ العقد بإضافته إليه فعلى هذا لا يرد الفسخ في حالة الإخلال بالالتزامات التي مصدرها غير العقد كالإرادة المنفردة مثل الالتزامات التي مصدرها الوعد بجائزة أو الوصية أو الوقف وهي التصرفات التي تتم بإرادة منفردة ولا يشترط فيها القبول^(٥٢٠)، ويشترط هنا في العقد كمحل للفسخ أن يكون قائمًا فإذا زال العقد بأي سبب من الأسباب فإن الالتزامات الناشئة عنه تكون قد انقضت فلا يمكن هنا أن يتم الإخلال بها فلا يمكن للدائن أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه في عقد كان معلومًا على أجل فاسخ بعد مضي مدة الأجل؛ لأن العقد قد انقضى هنا بمضي الأجل وانقضت بالتالي الالتزامات الناشئة عنه^(٥٢١)، وسنقسم هذا لمطلب إلى الآتي:

الفرع الأول : كون العقد (محل الفسخ) صحيحًا

الفرع الثاني : كون العقد (محل الفسخ) من العقود المالية في إطار القانون الخاص

-
- (٥١٩) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص ٣٩، د. طلبة خطاب، المرجع السابق ص ٢٣، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ١٧، أ.د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٢٢.
- (٥٢٠) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦٠٣، د. عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦١٥، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٢٨، ولا يدخل الإقرار ضمن الفسخ لأنه ليس بعقد، انظر د. حسام الأهواني، المرجع السابق ص ٥٦٠، وجاء في حكم محكمة النقض بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها-، "لما كان الإقرار إخبارًا وليس إنشاء لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ" الطعن رقم ١٣١٧ جلسة ١٩٧٢/١٢/٥ م، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٥٧.
- (٥٢١) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ٦١٥، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦٠٤، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٥١.

الفرع الأول

كون العقد محل الفسخ صحيحاً

ويشترط في العقد كي يكون محلاً للفسخ أن يكون صحيحاً، والعقد الصحيح هو العقد الذي توافرت فيه شروط انعقاد العقد وصحته، وشروط الانعقاد تتوافر بتوافر أركان العقد وهي الرضا والمحل والسبب والشكل في الحالات التي يكون فيها الشكل شرطاً للانعقاد^(٥٢٢) أما شروط الصحة فهي: الأهلية وخلو الإرادة مما يعيها كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال فإذا انعقد العقد وتوافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة كان هذا العقد صحيحاً وجاز أن يكون محلاً للفسخ^(٥٢٣).

أولاً: الفسخ في العقد الباطل بطلاناً مطلقاً

فإذا تخلف شرط من شروط انعقاد العقد كشروط الرضا، أو كون طرفا العقد أو أحدهما منعدم التمييز، أو عدم المطابقة التامة بين الإيجاب والقبول، وتختلف شروط المحل بأن يكون غير ممكن أو غير معين أو حتى غير قابل للتعيين أو غير صالح للتعامل فيه بأن يكون مالا غير متقوم أو غير مشروع بمخالفته للنظام العام والآداب العامة، ومثله تخلف شرط السبب بأن يكون غير مشروع أي مخالف للنظام العام والآداب العامة فإنه في هذه الحالة يكون هذا العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف شروط انعقاده، وهذا العقد يكون غير موجود قانوناً، ومن ثم لا تترتب عليه آثار قانونية ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه ولو من غير المتعاقدين وللمحكمة أن

(٥٢٢) انظر: د. طلبة خطاب، المرجع السابق ص ٣٦٢، د. حسام الأهواني، المرجع السابق ص ٢٩٣، والرضا هو توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، ومحل العقد، هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها عن طريق التراضي، أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن مثل إعطاء شيء أو قيام بعمل، ومحل العقد أعم من محل الالتزام فهو مجموعة الالتزامات، والسبب هو الغاية أو الهدف من وراء العقد فالمشتري يشتري الدار من أجل أن يسكن فيه أو يؤجره، وهو غير سبب الالتزام فسبب الالتزام هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه، فسبب وغرض البائع من التزامه هو حصوله على الثمن، انظر د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ٢٠٣، د. طلبة خطاب، المرجع السابق ص ١٨٢، ١٨٤، معجم القانون القانون المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٥٢٣) انظر: د. حسام الأهواني، المرجع السابق ص ٢٩٥، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ١٧٩، د. طلبة خطاب، المرجع السابق ص ٣٦١.

تحكم به من تلقاء نفسها^(٥٢٤)؛ فلذا لا يرد الفسخ على هذا العقد؛ لأنه عقد زائل فيمكن للمدين أن يدفع به في أي مرحلة من مراحل التقاضي، بل إن القاضي سيحكم به من تلقاء نفسه ولم لم يطلبه المتعاقدان وذلك عند استخدام سلطته التقديرية في التأكد من وجود الفسخ عند النظر في محل الفسخ؛ ولهذا لا يرد الفسخ على العقد الباطل بطلاناً مطلقاً^(٥٢٥).

ثانياً: الفسخ في العقد الباطل بطلاناً نسبياً

ولكن الأمر يختلف في حالة تخلف شرط من شروط الصحة وهي الأهلية وخلو العقد من عيوب الرضا كعقد الصبي المميز وعقد المكره أو العقد الذي شابه غلط أو تدليس، فإن العقد في هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً نسبياً، وهذا البطلان يختلف عن البطلان المطلق من حيث كونه لا يتمسك به إلا لمن له مصلحة وهو ناقص الأهلية أو من شابه عيب من عيوب الرضا، وليس للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، فهو عقد يترتب عليه كل آثاره ولكنه مهدد بالزوال من جانب من له المصلحة فقط، فهل يرد الفسخ على هذا العقد؟ للإجابة على هذا التساؤل سنورد بعض الافتراضات وننظر مدى إمكانية ورود الفسخ فيها.

الافتراض الأول: هو اختلاف صاحب الحقين أي يكون صاحب الحق في الفسخ غير صاحب الحق في الإبطال فإذا كان من له حق الإبطال مدعى عليه في دعوى الفسخ (المدين) ففي هذه الحالة ينظر إلى مصلحته فإن كانت مصلحته هو في بقاء العقد فإنه يمكن له أن يستعمل خيار المدين في دعوى الفسخ فيقوم بالتنفيذ المتأخر، هذا إذا كان الفسخ قضائياً أما إذا كان الفسخ اتفاقياً فإن خياره كمدين يسقط في الفسخ الاتفاقية بمجرد رفع دعوى الفسخ كما سيأتي، فيكون العقد مهدداً بالزوال فالأفضل له أن يدفع بالبطلان النسبي حيث يدفع عن نفسه آثار الحكم بالفسخ كالتعويض، علماً أن صاحب الحق في الإبطال إذا لم يدفع بالإبطال من أول دفع في دعوى الفسخ فإن هذا يكون من باب الإجازة الضمنية فيسقط حقه في الإبطال^(٥٢٦).

(٥٢٤) انظر: د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ١٣٨، د. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق ص ٣٤٦،

د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٢٣٩.

(٥٢٥) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦٠٤، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق

ص ٦١٥، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٣١، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٥١.

(٥٢٦) الإجازة الضمنية هي التي تستخلص من ظروف الحال وبصفة خاصة من مسلك أو عمل يفيد نزول

المتعاقد عن التمسك عن حقه في الإبطال، دون أن يكون موضوعاً أصلاً للتعبير عن إرادة هذا النزول،

انظر د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٤٦، د. عبد المنعم البدرابي،

مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٥٢.

والافتراض الثاني: هو أن يجتمع الحقان (الفسخ والإبطال) فيكون صاحب الحق في رفع الدعويين واحداً، ففي هذه الحالة ينظر أيضاً صاحب الحق لمصلحته في الحالتين، هل هي في دعوى الفسخ أو الإبطال فإن كان يرى أن دعوى الفسخ هي الأفضل وذلك بسبب أنه لو رفع دعوى البطلان فإنه ستقع عليه المسؤولية عن هذا البطلان كناقص الأهلية الذي يتعاقد مع آخر أخفى عنه نقص أهليته فإنه ستقوم عليه المسؤولية عن هذا البطلان فالأفضل له هنا أن لا يرفع دعوى البطلان ويرفع دعوى الفسخ حيث يكون على المتعاقد الآخر المسؤولية عن الفسخ، ولكنه في هذه الحالة إذا رفع دعوى الفسخ فإنه لا يستطيع أن يعدل فيما بعد إلى دعوى الإبطال سواء بعد الحكم بالفسخ أو قبله لأنه برفعه دعوى الفسخ يكون قد أجاز العقد القابل للإبطال وسقط حقه في رفع دعوى الإبطال، أما إذا بدأ برفع دعوى الإبطال وكانت مصلحته فيه؛ إذ دعوى الإبطال تسلب القاضي السلطة التقديرية بعكس دعوى الفسخ (الفسخ القضائي) كما أنه يستطيع أن يعدل عن دعوى الفسخ إلى دعوى الإبطال سواء قبل الحكم أو بعده، وذلك لاختلاف الدعويين من حيث السبب، فالبدء بدعوى البطلان لا تؤثر على دعوى الفسخ، بعكس البدء بدعوى الفسخ فإنه تسقط بها دعوى البطلان على اعتبار أن صاحب الحق في البطلان قد أجاز هذا العقد بمجرد رفعه لدعوى يطالب فيها المدين بالفسخ^(٥٢٧).

وفي مجال المجموعة العقدية يرد لنا التساؤل الآتي، وهو ما الحكم إذا وجد في المجموعة العقدية عقد غير صحيح ؟ وما أثر ذلك في جواز الفسخ فيها ؟

ولا تنثور هذه المشكلة إذا كانت كافة عقود المجموعة العقدية غير صحيحة، فإذا كانت كلها - مثلاً - باطلة بطلاناً مطلقاً، فهنا يحق لكل طرف الاحتجاج بذلك البطلان وبالتالي فلا يرد الفسخ فيها^(٥٢٨) أما إذا كانت كلها باطلة بطلاناً نسبياً فإنه يحق للدائن أو المدين الاحتجاج به إذا كانت له مصلحة، فلا يرد الفسخ فيها.

وإنما تكمن المشكلة في حالة كون أحد عقود المجموعة العقدية غير صحيحة والأخرى صحيحة، وهنا يجب التفريق بين حالتين.

الحالة الأولى أن يكون العقد غير الصحيح في العلاقة التي شارك فيها الطرف المسئول (المدين)، فإذا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، فيحق للمدين الاحتجاج به ولو لم تكن له

(٥٢٧) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦٠٤، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق

ص ٦١٥، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٣١، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٥١.

(٥٢٨) راجع ما سبق ، ص ١٨٢.

مصلحة، وهذا بعكس الباطل بطلانا نسبيا فلا يكون للمدين الدفع به إلا إذا كانت له مصلحة كمن شابه عيب من عيوب الرضا أو كان ناقص الأهلية.

أما إذا كان ذلك في العلاقة التي شارك فيها الدائن فإنه يحق للمدين هنا أن يحتج به على أساس التقييد بحقوق الطرف المضرور (الدائن) .

الفرع الثاني

كون العقد (محل الفسخ) من العقود المالية

في إطار القانون الخاص

أولاً : موقف القانون المصري

ويشترط هنا أيضاً كي يكون العقد الصحيح محلاً للفسخ أن يكون هذا العقد في إطار المعاملات المالية في إطار القانون الخاص^(٥٢٩)، فإذا كان الفسخ يرد على العقد الصحيح فهل يمكن هنا أن يرد الفسخ على أي عقد قانوني صحيح في إطار فروع القانون المختلفة؟ إذ العقد ليس مختصاً بالقانون المدني فإذا كان العقد هو اتفاق إرادتين فإن هذا الاتفاق قد يرد في ظل فروع القانون المختلفة العام منها والخاص، فهل يرد الفسخ على أي اتفاق يقع في ظل أي قانون آخر؟ حيث قد يقال في هذا أن القانون المدني يعتبر أبو القوانين وأن أكثر القوانين قد انفصلت عنه. وللإجابة على هذا التساؤل. يجب التفرقة بين نوعين من القانون الأول يسمى القانون العام والثاني القانون الخاص.

فالقانون العام وهو الذي ينظم العلاقات التي تظهر السلطة العامة طرفاً فيها عاملة لتحقيق مصلحة عامة^(٥٣٠) فالاتفاقات التي تبرمها الدولة لتحقيق مصلحة عامة قد تكون في إطار القانون الدولي كالمعاهدات مع الدول الأخرى، فهذه المعاهدات قد تتعرض لعدم التنفيذ، فهل تخضع للفسخ بسبب عدم التنفيذ؟ فمن حيث المبدأ وحسب المبادئ العامة للقانون الدولي العام كما جاء في المادة ٦٠ من اتفاقية فينا يجوز إنهاء المعاهدات في حالة إخلال أحد أطرافها

(٥٢٩) انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٢٧، د. عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق ص ٤٤، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٢٣.

(٥٣٠) انظر: معجم القانون، مرجع سابق ص ١٢٣، د. سمير كامل، دروس في نظرية القانون، مرجع سابق ص ٥٧.

إخلالا جوهريًا بأحكامها^(٥٣١). ولا شك أن الفسخ في هذه الحالة له أحكامه الخاصة في القانون الدولي العام فلا يخضع لنظام الفسخ في القانون المدني.

وقد تكون الاتفاقات التي تبرمها الدولة في إطار القانون الداخلي كالاتفاقات التي تقع بين أشخاص القانون العام أو التي يبرمها أحد أشخاص القانون العام مع أشخاص القانون الخاص بهدف تسيير مرفق عام فهذه الاتفاقات سواء كانت في مجال العمل والوظيفة الإدارية أو في مجال معاملات مالية أخرى، فهذه الاتفاقات تسمى بالعقود الإدارية وهي التي تبرمها الدولة باعتبارها صاحبة السلطان وهي لا تخضع لقواعد العقود بين الأفراد والتي تخضع للقانون المدني؛ فلذا إذا وقع عدم التنفيذ في هذه العقود وكانت الدولة هي الدائن في هذه العقود فإن الدولة باعتبارها صاحبة سيادة أن تصدر قرارًا إداريًا بفسخ العقد من تلقاء نفسها وبإرادة منفردة دون اللجوء إلى القضاء، وما على الشخص الذي صدر في حقه قرار الفسخ إلا أن يرفع دعوى يطعن فيها في هذا القرار، وأما إذا كانت الدولة هي المدينة وكانت المتسببة في عدم تنفيذ العقد، فإن على الدائن في هذه الحالة أن يرفع دعوى ضد الدولة لفسخ العقد بسبب عدم التنفيذ^(٥٣٢)، وهكذا فلا تخضع الاتفاقات في إطار القانون العام للفسخ في القانون المدني.

أما بالنسبة لفسخ العقود إطار القانون الخاص ؟ والمقصود بالقانون الخاص هي القواعد التي تحكم علاقات الأشخاص التي تدور حول الحقوق الخاصة، ولا تكون السلطة العامة - وهي تعمل لمصلحة العامة - طرفًا فيها^(٥٣٣).

وهذه الحقوق الخاصة التي تكون محلًا للاتفاق في ظل قواعد القانون الخاص، قد تكون شخصية أي تتعلق بشخص الإنسان من حياته وزواجه وأهليته وموته كعقد الزواج، واتفاق الطلاق على مال، وهي تخضع لقانون الأحوال الشخصية^(٥٣٤). فهذه الاتفاقات لا تخضع عمومًا

(٥٣١) انظر: د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية - القاهرة - ط ٢، ١٩٩٥م ص ٣٥٩، د. عبد الواحد عزيز الزنداني، السير والقانون الدولي، الآفاق للطباعة والنشر - صنعاء ص ٢٦٩، ٢٧٠، والمعاهدات، اتفاق بين أشخاص القانون الدولي في شكل مكتوب، ويخضع للقانون الدولي، انظر المراجع السابقة.

(٥٣٢) انظر: د. عبد الحميد الشواري، المرجع السابق ص ١١٩، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٤٧، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٦٥.

(٥٣٣) انظر: معجم القانون، مرجع سابق ص ١٢٣، د. سمير كامل، المرجع السابق ص ٦٦.

(٥٣٤) والأحوال الشخصية هي القواعد التي تحكم علاقات وحقوق الأسرة أو المسائل التي تتعلق بوضع الشخص في أسرته انظر معجم القانون، مرجع سابق ص ٤٤.

لنظام الفسخ في القانون المدني، وإن كان مبدأ الفسخ بسبب عدم التنفيذ يرد عليها، فالفسخ في عقد الزواج مصطلح يقصد به نقض العقد بسبب خلل في إنشائه أو طارئ يمنع بقاءه، مثل الفسخ بسبب عدم تنفيذ الزوج لحقوق الزوجية مثل الإنفاق والمعاشرة الجنسية وحسن العشرة أو بسبب الضرر من سوء العشرة أو الفسخ بسبب الغيبة لخوف الفتنة أو بسبب حبس الزوج أو الفسخ بسبب وجود أمراض في أحد الزوجين تمنع المعاشرة الجنسية^(٥٣٥).

وهكذا نستبعد الاتفاقات غير المالية في إطار القانون الخاص وهي الاتفاقات الشخصية ويبقى لنا الاتفاقات المالية في إطار القانون الخاص فهل يرد عليها الفسخ أم لا؟ والأصل أن القانون المدني هو الذي ينظم الاتفاقات التي تحكم الروابط المالية في إطار القانون الخاص، أيًا كانت طبيعة تلك العلاقات أو المهنة التي يمتثلها أشخاص تلك العلاقات، إلا أنه ظهرت الحاجة بعد ذلك إلى وضع قواعد خاصة ببعض المعاملات المالية، وهي المعاملات التجارية، أو بمهنة أو نشاط معين كقانون العمل والقانون التجاري والقانون البحري والقانون الجوي والقانون الزراعي^(٥٣٦)، وهذه القوانين السابقة تخضع عمومًا لقواعد القانون المدني فالقانون المدني هو الشريعة العامة للقانون الخاص ومنها قواعد الفسخ، وذلك في حالة إذا لم يوجد نص فيها ينظم أحكام الفسخ، حيث تخضع تلك القوانين للقواعد العامة في القانون المدني إلا ما ثبت فيها من قواعد خاصة تتعلق بالفسخ فإنها في هذه الحالة لا تخضع لنظام الفسخ في القانون المدني وتخضع لقواعد الفسخ الخاصة بها^(٥٣٧).

ففي مجال القانون التجاري نجد أن عقود تخضع لنظام الفسخ، فقد قرر القانون التجاري خضوع عقد بيع المحل التجاري للفسخ للبائع حق فسخ بيع المحل التجاري عند عدم التزام المشتري بدفع الثمن^(٥٣٨).

(٥٣٥) انظر: د. عبد العزيز رمضان سمك، الفرق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار الثقافة الوطنية، القاهرة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص ٩٦ وما بعدها، د. محمد على محجوب، الأسرة في التشريع الإسلامي والقوانين التي تحكمها في مصر ١٩٩٤م، ١٩٩٥م ص ٦٥، وما بعدها، والفرق بين الطلاق والفسخ أن الطلاق يكون بإرادة الزوج بينما الفسخ يكون بحكم القاضي انظر د. عبد العزيز سمك، المرجع السابق، ص ١٠.

(٥٣٦) انظر: د. سمير كامل، المرجع السابق ص ٦٦، د. محمد على عمران، مبادئ العلوم القانونية، مطبوعات جامعة عين شمس، بدون دار نشر ولا تاريخ نشر، ص ٣٥.

(٥٣٧) انظر: د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ٣، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص ٤٤.

(٥٣٨) انظر: د. فايز نعيم رضوان، الوجيز في القانون التجاري ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، بدون دار نشر، ص ١٨٨، د. عادل إبراهيم، الوجيز في الالتزامات والعقود التجارية، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢.

أما في قانون العمل فإن الفقه يقرر أن أحكام القانون المدني هي من مصادره؛ ولذا اعتبروا أن جواز فسخ عقد العمل بإرادة منفردة في حالة إخلال العامل يكون خروجًا عن القاعدة العامة في الفسخ حيث يشترط فيها أن يحكم القاضي بها، وعللوا لهذا الخروج أنه بسبب خصوصية عقد العمل بسبب الرابطة الشخصية القائمة بين رب العمل والعامل وما يلزم منه من احتكاك يومي بينهما ومن ضرورة التعاون في سبيل أداء العمل بالشكل المرضي، فهذا كله يؤدي إلى صعوبة تطبيق أحكام القواعد العامة لعدم التنفيذ إذ لا يتصور بقاء الرابطة بين العامل ورب العمل فترة قد تطول انتظارًا لحكم القضاء بالفسخ؛ ولذا أعطى قانون العمل لرب العمل حق فسخ العقد بإرادته المنفردة عند إخلال العامل بالتزامه، ويمكن لهذا العامل اللجوء إلى القضاء لإثبات أن الفسخ لم يكن في محله أو لم يكن له ما يبرره^(٥٣٩).

ويرد الفسخ أيضًا على عقد الإيجار في ظل قانون إيجار الأماكن، إلا أنه وبسبب أزمة السكان قد ذكر أسباب الفسخ على سبيل الحصر حيث حصر فيها أنواع الالتزامات التي يكون الإخلال بها مبررًا لفسخ؛ ولذا لا يجوز الاتفاق على فسخ العقد في غير تلك الحالات التي نص عليها^(٥٤٠).

ويرد أيضًا الفسخ على عقود الإيجار الزراعية الخاضعة للقانون الزراعي فقد أجاز قانون الإصلاح الزراعي فسخ العقود الزراعية في حالة الإخلال بالالتزامات إلا أن هذا القانون قد قيد الإخلال بأن تكون الالتزامات التي يحصل الفسخ بسبب الإخلال بها بأن تكون جوهرية^(٥٤١).

والفسخ عندما يرد على المعاملات المالية في إطار القانون الخاص يكون ذلك في حالة عدم وجود عنصر أجنبي أما إذا وجد عنصر أجنبي في تلك المعاملات فإنها تخضع للفسخ في القانون المدني المصري إذا كان محل التعاقد عقارًا في مصر أيًا كان موطن المتعاقدين أو مكان العقد ولو اتفقا على قانون آخر؛ لأنه من غير المعقول أن تحكم عقارات دولة، دولة أخرى لما للعقار من علاقة بسيادة الدولة، أما إذا كان محل الالتزام غير عقار فإن

(٥٣٩) انظر: د. حسام الدين الأهواني، شرح قانون العمل، ١٩٩٥م، بدون دار نشر، ص ٦١٥، ٦١٦.

(٥٤٠) وهنا يجوز فسخ عقد الإيجار وإخلاء العين المؤجرة في حالة التنازل عن الإيجار والتأجير من الباطن وترك العين دون إذن المالك، وكذا يجوز إخلاء العين المؤجرة بسبب الاستعمال الضار بسلامة المبنى والصحة العامة أو في أغراض منافية للآداب العامة، انظر د. حسام الدين الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار المباني، مرجع سابق، ص ٣٥٨، ٤٠٣.

(٥٤١) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص ٩٧.

هذه العقود لا تخضع للفسخ في ظل القانون المصري إلا إذا وقع الاتفاق على أن يكون القانون المصري هو القانون واجب التطبيق، أيًا كان موطن المتعاقدين وأيًا كان مكان العقد، فإن لم يوجد اتفاق ولم يكن محل العقد عقارًا، فإن الفسخ لا يخضع لهذه العقود في ظل القانون المصري إلا إذا كان الموطن المشترك للمتعاقدین في مصر أيًا كانت جنسية المتعاقدين أي ولو لم يكونا مصريين فإذا كان موطنهما المشترك خارج مصر أو اختلفا في الموطن - ولو كان أحدهما في مصر - ولكن العقد وقع في مصر فإنه في هذه الحالة يخضع ذلك العقد للفسخ في ظل القانون المدني المصري، وهكذا نجد أن العقود التي محلها غير عقار ولم يكن بها اتفاق على أن يكون القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق أو كان موطن المتعاقدين مختلف أو كان موطنهما المشترك غير مصر أو لم يكن العقد وقع في مصر فإن تلك العقود لا تخضع لأحكام الفسخ في ظل القانون المدني المصري^(٥٤٢).

وفي مجال المجموعة العقدية تطبق الأحكام السابقة حسب ضوابط المجموعة العقدية.

ثانياً : العقد الصحيح كمحل للفسخ في القانون اليمني

أما القانون اليمني فقد عرف العقد بأنه: "إيجاب من أحد المتعاقدين يتعلق به قبول من الآخر أو ما يدل عليهما على وجه يترتب أثره في المعقود عليه (المحل) ويترتب على العقد التزام كل من المتعاقدين بما وجب به للآخر، ولا يشترط التقيد بصيغة معينة بل المعتبر ما يدل على التراضي"^(٥٤٣).

وهكذا نجد أن العقد في القانون اليمني هو توافق إرادتين وهذا هو الذي يرد عليه الفسخ أما التصرف الانفرادي، وهو ما يكون من جانب واحد ولا يحتاج إلى قبول وقد عرفه القانون اليمني بقوله: "الالتزام بالإرادة المنفردة: هو صدور إيجاب من شخص لا يتوقف على قبول من آخر يلتزم به الموجب لشخص معين أو قابل للتعيين فيترتب على الالتزام أثره من تولد الحق لصاحبه وإجبار الملتزم به على أدائه عند الامتناع ومن ذلك النذر والوعد بجائزة"^(٥٤٤).

(٥٤٢) انظر: المادة ١٩ من القانون المدني المصري، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٢٤.
(٥٤٣) انظر: المادة ١٣٨ مدني يمني، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق ص ٥١، د. محمد حسين الشامي المرجع السابق ص ٣٥، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٧.

(٥٤٤) انظر: المادة ٣٠١ من القانون المدني اليمني، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٣٤٠، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٦٠.

والفسخ يرد على العقود الملزمة للجانبين واللزم لا يكون إلا في عقود صحيحة، والعقد غير الصحيح في القانون اليمني هو ما اختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته^(٥٤٥)، وأركان العقد في القانون اليمني هو التراضي، والمتعاقدان، والمحل^(٥٤٦)، والتراضي هو تعبير كل من طرفي عن إرادته ويشترط في التراضي أن يتوافق الإيجاب والقبول، والمتعاقدان هما طرفا العقد ويشترط فيهما أن يكونا ذا أهلية للتعاقد وأن يكونا ذا ولاية أو صفة مباشرة في العقد وأن يكونا مختارين غير مكرهين وغير هازلين، أما محل العقد فهو المعقود عليه، وقد يكون إما مالا أو منفعة أو ديناً أو عملاً أو امتناع عن عمل، ويشترط في المحل أن يكون مشروعاً، وموجوداً ومعلومًا ومقدورًا على تسليمه، ويدخل في المحل هنا أن يكون قصد التعاقد مشروعاً أيضاً وهو ما يعرف في القانون المصري بالسبب^(٥٤٧).

وتختلف حالات بطلان العقد في القانون اليمني ما بين بطلان مطلق لا ينتج أثره ويكون للعاقدين أو غيرهما التمسك به، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يمكن أن يصحح هذا العقد بالإجازة وهذا البطلان يكون ناتجاً عن تخلف أركان العقد^(٥٤٨)، والنوع الآخر من البطلان هو غير مطلق وهو ما كان الخلل فيه ليس في أصل العقد أي في أركان وجوده وإنما بسبب نقص الأهلية أو وقوع في الغبن أو الغرر أو الإكراه.. الخ ففي هذه الحالة يجوز لمن وقع الإخلال في حقه أن يطالب بإبطال العقد، كما يجوز له تصحيحه بإجازته إما صراحة أو ضمناً^(٥٤٩)، ولا شك هنا أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يكون محلاً للفسخ؛ لأنه عقد غير موجود، أما في العقد الباطل بطلان غير مطلق فإنه يرد عليها جزاءان جزاء البطلان وجزاء الفسخ، واستخدام جزاء البطلان أقوى لأنه يسلب القاضي سلطته التقديرية، بعكس جزاء الفسخ فلا يسلبه إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق على الفسخ كما سبق، كما أنه في حالة رفض البطلان يمكن اللجوء إلى

(٥٤٥) انظر: المادة ١٤١ مدني يمني، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، مرجع سابق ص ١٧٤، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٥٩.

(٥٤٦) انظر: المادة ١٤٦ مدني يمني، المذكرة الإيضاحية، مرجع سابق ص ١٧٥، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ١٦٥.

(٥٤٧) انظر: المواد ٦٢، ١٨٥ من القانون المدني اليمني، والمذكرة الإيضاحية، مرجع سابق ص ١٧٨، ١٨٣، د. محمد حسين الشامي ص ٢٢٠.

(٥٤٨) انظر: المادة ١٩٦ من القانون المدني اليمني، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٢٣٥، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٢٢٧، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٥٤٩) انظر: المواد ١٩٩، ٢٠٠ من القانون المدني اليمني، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٢٤٨، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٢٢٧، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٢٧، ١٢٨.

الفسخ، وهذا بعكس الفسخ فإنه لا يمكن اللجوء في حالة رفضه لا يمكن اللجوء إلى البطلان لا دعوى بالفسخ تعتبر إجازة للعقد بذلك الحق في البطلان^(٥٥٠).

والفسخ في القانون اليمني باعتباره من أحكام نظرية العقد في القانون اليمني يرد على المعاملات المالية في إطار القانون الخاص، فتكون نظرية العقد في القانون المدني اليمني هو الشريعة العامة في فروع القانون الخاص^(٥٥١).

وهكذا نجد ورود مبدأ الفسخ في فروع القانون الخاص (التجاري والعمل) مع اختلاف في بعض الفروع بما يلائم تلك العقود والتي انفصلت عن القانون المدني لذات الخصوصية^(٥٥٢).

وهذا بعكس العقود في المعاملات الشخصية والتي يحكمها قانون الأحوال الشخصية حيث لا يرد عليها أحكام الفسخ في ظل القانون المدني وإن كان هناك صور للفسخ بسبب الإخلال في الالتزامات كالفسخ بسبب الإعسار والتمرد عن النفقة وعند فقد الزوج وغيته أو سجنه أو لسوء العشرة أو عند العجز الجنسي^(٥٥٣).

أما القانون العام فلا يرد عليه الفسخ كما هو معروف في القانون المدني وذلك لاختلاف قواعد معاملات الأشخاص مع الدولة^(٥٥٤).

والفسخ في القانون المدني اليمني يرد على العقود التي فيها عنصر أجنبي في حالة ما إذا كان محل العقد عقاراً موجوداً في اليمن، وفي حالة ما إذا كان الاتفاق في العقد على تحكيم القانون المدني اليمني، وكذا إذا كان مكان العقد هو اليمن وكان محله غير عقار أو عقاراً موجوداً

(٥٥٠) انظر: د. عبد الله الخيازي، المرجع السابق ص ١٤٤، حسن العنسي، المرجع السابق ص ٣٦.

(٥٥١) د. جميل الشرفاوي، المرجع السابق ص ٤٩.

(٥٥٢) انظر: د. عبد الرحمن محمد عبد الله شمس، أحكام المعاملات التجارية، العقود عمليات البنوك التجارية في القانون التجاري اليمني، ٢٠٠٢م، بدون دار نشر ولا تاريخ، ص ١١، د. محمد علي الشرفي، شرح أحكام قانون العمل اليمني، وأن للخدمات الإعلامية - صنعاء، ط ١ ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣م ص ٣٠٢، د. محمد عبد القادر الحاج، شرح قانون العمل اليمني، مطبعة الكتاب العربي ١٩٩٣م، ١٩٩٤م ص ٢٦٤.

(٥٥٣) انظر: محمد يحيى مطهر، أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري - القاهرة - دار الكتاب اللبناني بيروت، ط ١ ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م ج ١ ص ٩، د. علي أحمد القليبي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الجيل الجديد - صنعاء، ط ١ ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢م ص ١٤٥.

(٥٥٤) انظر: د. سعيد جبر، المدخل لدراسة القانون اليمني، نظرية القانون، ١٩٨٧م ص ٥١، د. عبد الله محمد المخلافي، المدخل لدراسة القانون اليمني، مطابع دار الشوكان، صنعاء، ١٤١٩ هـ، ١٩٩٨م، ص ٣٧.

خارج اليمن، ولم يكن اتفاق على قانون معين يحكم النزاع في العقد، وموطنهما غير مشترك في اليمن أما إذا اشترك الموطن وكان موطنهما في اليمن فإنه يطبق القانون اليمني^(٥٥٥).

ثالثاً: المقارنة بين القانونين المصري واليمني

وبمقارنة أحكام شرط صحة العقد ليكون محلاً للفسخ بين كل من القانونين المصري واليمني، نجد أنهما يتفقان في شرط أن يكون محل الفسخ عقداً صحيحاً فما ليس بعقد كالتصرفات الانفرادية مثل الوعد بجائزة والوصية والوقف فلا تكون تلك التصرفات محلاً للفسخ، ويشترط أيضاً في هذا العقد أن يكون صحيحاً؛ ولذا لا يكون العقد الباطل بطلاً مطلقاً - وهو ما فقد شرط من شروط انعقاده - محلاً للفسخ لأنه عقد غير موجود والفسخ يتوصل به إلى سقوط الالتزامات عن طريق انحلال مصدرها وهو العقد، أما العقد القابل للإبطال وهو الذي فقد شرط من شروط صحته من نقص الأهلية ووجوده عيب من عيوب التراضي فإن هذا العقد يرد عليه الفسخ ولكنه في هذه سيفقد من له حق الإبطال إذا طالب بحق الفسخ لإجازته الضمنية للعقد بطلب فسخه.

ولكن القانون اليمني والمصري يختلفان في أركان العقد التي يعد الإخلال بها مبطلا للعقد بطلاً مطلقاً فبينما يرى الفقه المصري أن أركان العقد هي الرضا والمحل والسبب وقد أخذوا هذا التقسيم من منطوق النصوص القانونية التي تجعل انعدام أحدها يبطل العقد^(٥٥٦). أما المشرع المصري فلم يذكر هنا أركان العقد، بينما صرح المشرع اليمني بذكر أركان العقد حيث جاء في المادة (١٤٦) مدني يمني "أركان العقد ثلاثة هي ١ - التراضي، ٢ - طرفا العقد، ٣ - المعقود عليه (المحل)" فهذا النص قد حدد أركان العقد ولكنه لم يذكر فيه السبب، فهل إذا

(٥٥٥) انظر: المادة ٢٩ من القانون المدني اليمني، د. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص ١٩٩٥م، صنعاء ص ٢٣٢.

(٥٥٦) هذا تقسيم الفقه أما المشرع المصري فلم يذكر تقسيماً لأركان العقد ولكن الفقه استنبط تلك الأركان من منطوق النصوص القانونية التي تجعل انعدام أحدها يبطل العقد، كما استنبطوها أيضاً من نص المادة ١١٠٨ من القانون المدني الفرنسي والتي تشترط توافر أربعة شروط لصحة العقد، الرضا والأهلية والمحل والسبب، ولما كانت الأهلية شرط في الرضا، استبعدت من أركان العقد، ومع هذا فإن الفقه ينتقدون أيضاً جعل المحل والسبب من أركان العقد، فمنهم من يجعل المحل ركناً للالتزام والسبب ركناً في العقد، ومنهم يجعلونها تحت الرضا باعتبارها من عناصر الإرادة، انظر د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ١٤٧، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٨٦، د. عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص ٨٦، سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ج ٢، ص ٦٦٣.

كانت الغاية غير مشروعة يكون العقد صحيح؟ فهنا نرى أن السبب بمعنى الغاية المقصودة قد جاء في القانون اليمني ولكنها مدمجة مع ركن محل العقد حيث جاء في نص المادة (١٩٥) مدني يمني: "إذا تبين من العقد أن محله أو قصد العاقدين منه حرام شرعاً أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة الشرعيين كان العقد غير صحيح وينفسخ العقد إذا تبين أن قصد أحد العاقدين كذلك.."، فهنا رتب المشرع اليمني على بطلان العقد في حالة عدم مشروعية السبب (٥٥٧).

كما أننا نجد أن القانونين اليمني والمصري يتفقان في شرط أن يكون العقد محل الفسخ من عقود المعاملات المالية في إطار القانون الخاص؛ فلذا أخرجوا العقود الشخصية كالزواج وكذا العقود في ظل القانون العام كالاتفاقيات الدولية والعقود الإدارية، ويتفقان أيضاً في قواعد تطبيق القانونين المصري أو اليمني في العقود التي بها عنصر أجنبي.

(٥٥٧) انظر: المادة ١٩٥ مدني يمني، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني ص ١٨٥، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٢٢٠، وهو بهذا يوافق جمهور الفقهاء الإسلامي في عدم نصهم في أركان العقد على ركن السبب مع الاعتبار به وعلى بطلان العقد في عدم مشروعيته، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ج ٤، ص ٣٦، د. يوسف قاسم، المرجع السابق ص ٣٩٠، الفقه على المذاهب الأربعة، للجزيري، دار ابن الهيثم، القاهرة، بدون تاريخ نشر، حاشية أبي عابدين، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣ وأما في تقسيم البطلان إلى نوعين بطلان مطلق لا يقبل التصحيح وبطلان غير مطلق يقبل التصحيح بالإجازة فإن المشرع اليمني هنا يوافق مذهب الحنفية والزيدية في تقسيم العقود إلى باطل وفاسد فجعلوا الباطل ما وقع الخلل في وجود العقد مثل عقد الصبي والمجنون غير المميز، وجعلوا الفاسد ما اختل فيه شرط من شروط البيع الصحيح وفرقوا بينهما بجواز بقاءه ويكون حكمه كالصحيح إلا أنه معرض للزوال من العاقدين أو بحكم الحاكم عند التشاجر، انظر: عبد الله السرحي، تيسر المرام، مرجع سابق ص ٦٦، د. عبد الحميد البعلي، المرجع السابق ص ٣٠٨، كما أن الفسخ في الفقه الإسلامي لا يرد إلا على عقد صحيح منعقد حقيقة، انظر: بدائع الصنائع للكاظمي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٠٤، تبين الحقائق للزيلعي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثامنة، بدون تاريخ نشر، ج ٦، ص ٧٤.

المطلب الثاني

محل الفسخ (العقد الملزم للجانبين)

وسنذكر هنا العقد الملزم للجانبين باعتباره محلاً للفسخ وذلك بذكر معناه وصوره في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: معنى العقد الملزم للجانبين.

الفرع الثاني: صور العقد الملزم للجانبين.

الفرع الأول

معنى العقد الملزم للجانبين

أولاً: موقف القانون المصري

والعقد الملزم للجانبين هو محل الفسخ وقد سبق في المطلب الأول أنه يشترط أن يكون العقد الملزم للجانبين عقداً صحيحاً، والأثر القانوني لتقسيم العقود إلى ملزمة لجانبين وإلى ملزمة لجانب واحد هو ورود الفسخ على الأولى وعدم وروده على الأخيرة^(٥٥٨).

والعقد الملزم للجانبين هو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين بحيث يصبح كل واحد منهما دائئاً ومديناً في الوقت نفسه، ويعرف هذا أيضاً بالعقد التبادلي، إذ يتبادل أطراف العقد المصالح والالتزامات الناشئة عنه، ففي البيع مثلاً نجد أن البائع يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه مقابل التزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المشتري بدفع الثمن هو مقابل التزام البائع بنقل الملكية وهو أساس الفسخ كما سبق في فكرة الترابط بين الالتزامات^(٥٥٩)، مثل البيع والإجارة والمقاوله والعمل والشركة^(٥٦٠).

وأساس الارتباط بين الالتزامات ومنشؤها أن هذين الالتزامين المتقابلين مرتبطاً أحدهما بالآخر ارتباطاً وثيقاً ليس عن أمر خارجي عنهما بل هو نابع من داخلهما، فكل من الإيجاب

(٥٥٨) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦٠٤، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ٢٣، د. طلبة خطاب، المرجع السابق ص ٣٠، د. على نجيدة، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

(٥٥٩) د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤١٦.

(٥٦٠) انظر: د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٢، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣١، د. عبد المنعم البدر، مرجع سابق، ص ٧٩، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٦٤، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٧٤.

والقبول يتضمن نشأة التزام صاحبه على شرط نشوء التزام الطرف الآخر، أي أن كلاً من هذين التعبيرين لا يحتوى فقط على التزام في ذمة صاحبه، بل يتضمن في محتواه تعليق هذا الالتزام على شرط نشأة التزام الطرف الآخر وتنفيذه مثل البيع، وهذا لا يعني أنهما ينشآن في وقت واحد، إذ لا بد وأن يسبق أحدهما الآخر، ولكن الالتزام السابق يظل إعماله موقوفاً حتى يقترب به الالتزام اللاحق المقابل اقتراناً يؤدي إلى فاعلية كل منهما^(٥٦١).

أما العقود الملزمة لجانب واحد وهي تقابل العقود الملزمة للجانبين، فهي العقود التي لا تنشئ التزامات متقابلة بل تنشئ التزامات في جانب واحد، بحيث يكون أحد المتعاقدين مدينًا غير دائن، والمتعاقد الآخر دائنًا غير مدين، مثل الهبة، يلتزم فيها الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له بينما لا يلتزم الموهوب له بشيء في مقابل ذلك، فالواهب مدين بنقل الشيء الموهوب للموهوب له ولا يكون دائنًا بشيء، وبالعكس فإن الموهوب له يكون دائنًا بالحق في الموهوب له ولا يكون مدينًا بشيء^(٥٦٢).

وقد يقال إن في هذه العقود التزام مقابل، وهو التزام الموهوب له بتعويض الواهب ومكافأته عن هذه الهبة، كما إذا تبرعت عجوز لأحد ورثتها بشيء دون اشتراط العوض، فإنه بالرغم من ذلك يقع على عاتق المتبرع له التزامًا بالنفقة على ذلك العجوز، فهل تكون هنا العقود الملزمة لجانب واحد محلاً للفسخ في حالة الإخلال بالالتزامات المتقابلة؟ وللإجابة على هذا السؤال نلاحظ أن تلك الالتزامات المتقابلة ليست التزامات قانونية حيث تفتقد لعنصر المسؤولية وهي الحق في المطالبة قانوناً فهي التزامات طبيعية تفرضها قواعد الأخلاق والمجاملة وليست ملزمة له؛ ولذا لا يرد عليها الفسخ في حالة الإخلال بها؛ لعدم توفر الخطأ في الإخلال بها فالفسخ يكون جزاء للخطأ والخطأ إنما يكون في حالة الإخلال بالالتزامات القانونية القائمة^(٥٦٣).

وسبب كون الفسخ في العقود الملزمة لجانبين لا لجانب واحد؛ أن الفسخ غير متصور في حالة العقود الملزمة لجانب واحد؛ لأن الغرض من الفسخ والغاية منه هو تحليل هذا الدائن

(^{٥٦١}) انظر: د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، النظريات والتطبيقات، المكتب المصري - الإسكندرية ١٩٧٢، ص ١٧١، ١٧٢.

(^{٥٦٢}) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص ٧٩، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٧٦، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣١، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤١٦.

(^{٥٦٣}) انظر: د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ١٢، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ٨.

من التزامه المقابل، وفي حالة العقود الملزمة لجانب واحد ليس هناك التزام مقابل يتحلل منه هذا الدائن بفسخ العقد؛ ولذا كان من مصلحة هذا الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه، وهذا ما يؤسس عليه القائلون بفكرة الترابط بين الالتزامات كأساس للفسخ^(٥٦٤).

وقد تؤثر إرادة المتعاقدين في جعل العقود ملزمة لجانبين أو لجانب واحد، فقد يكون العقد ملزمًا لجانبين، ثم يقوم المتعاقد الآخر بإعفاء المدين من تنفيذ التزامه فإن العقد هنا يكون ملزمًا لجانب واحد، مثل عقد البيع يقوم البائع بإبراء المشتري من دفع الثمن، فيصير هنا عقد البيع كالهبة، والعكس أيضًا فقد يشترط المدين في العقود الملزمة لجانب واحد بدفع مقابل لالتزامه فيكون هذا عقدًا ملزمًا للجانبين فقد يشترط الواهب عوضًا عن الهبة فهنا تكون الهبة بعوض في هذه الحالة كالبيع^(٥٦٥).

وليس معنى التقابل في الالتزامات أن تكون بالمعنى الحسابي الدقيق بمعنى أن كل التزام لأحد المتعاقدين يقابله التزام للمتعاقد الآخر، حتى يصير العقد ملزمًا للجانبين فيكفي هنا التقابل في الالتزامات الرئيسية والجوهرية^(٥٦٦).

واللزوم في العقود الملزمة للجانبين يعني ألا تكون معلقة على شرط واقف أو أجل واقف فإن العقد في هذه الحالة يكون موجودًا لكن آثاره موقوفة إلى حين تحقق الشرط الواقف أو مضي مدة الأجل الواقف فلا يرد عليه الفسخ في فترة التعليق وهذا بعكس ما إذا كان معلقًا على شرط فاسخ أو أجل فاسخ فإنه يكون لازمًا فترة التعليق ويرد عليه الفسخ في هذه الفترة^(٥٦٧).

ولا يتحقق الفسخ في العقود الملزمة للجانبين إلا إذا كان هذا العقد يتصور فيه عدم الوفاء بالالتزام الذي هو سبب الفسخ؛ لأن انعدام السبب يؤدي إلى انعدام الحكم، وانعدام السبب هنا بسبب عدم تصور وقوعه، وهذا يكون في حالة العقود التي تجعل التنفيذ ركنًا من أركان العقد فلا ينعقد العقد إلا بتنفيذه، فالعقد هنا في حالة عدم الوفاء لا يكون موجودًا (باطلا

(٥٦٤) انظر: د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٢، ٦، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٣٩٤، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق ص ٤٨٦، د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق ص ٩٥٦، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٣٣٠، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق ص ٤٠١.

(٥٦٥) انظر: د. سيف البلعاوي، المرجع السابق ص ١٨، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٣٥٤، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٦٦.

(٥٦٦) د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مرجع سابق، ص ١٨٩.

(٥٦٧) انظر: د. سمير كامل، المرجع السابق ص ١٦٤، ١٨٨، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق ص ١٦٣، ١٨٧، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٩٦.

بطلاناً مطلقاً) ففي هذه الحالة لا يكون هذا العقد محلاً للفسخ كعقد البيع الفوري والتي لا يعقد البائع البيع إلا بعد تسلم الثمن كاملاً فهنا لا يتصور الفسخ لعدم حصول الإخلال، ومثلها أيضاً عقود المزايدة التي يشترط فيها عدم تمام البيع إلا بعد سداد الثمن، ففي هذه الحالة لا يتم العقد إلا بعد دفع الثمن، فهنا أيضاً لا يتصور الإخلال بالالتزام بتسليم الثمن مثلاً، ومثله حكم الحاكم بالشفعة بشرط أن يدفع الشفيع الثمن كاملاً، ففي هذه الحالة لا تتم الشفعة باعتبارها عقد بيع بين المشتري الثاني والشفيع إلا بعد تنفيذ العقد، ومنها دفع الثمن^(٥٦٨).

وكون محل الفسخ هو العقد الملزم للجانبين، هو ما أكدت عليه محكمة النقض -بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها- في كثير من أحكامه، منها " أن الفسخ يرد على عقد الصلح باعتباره ملزماً للجانبين حيث جاء فيه: "الفسخ يرد على الصلح كما يرد على سائر العقود الملزمة للجانبين..."^(٥٦٩).

وجاء أيضاً من مبادئ محكمة النقض -بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها- أنه لا يحكم بالفسخ إلا إذا توافرت شروطه ومنها عدم تنفيذ العقد الملزم للجانبين^(٥٧٠).

وفي مجال المجموعة العقدية يثور لنا التساؤل الآتي، وهو ما الحكم إذ كان أحد عقود المجموعة العقدية عقداً غير ملزم للجانبين كأن تكون عقود بيع تخللها عقد هبة، فهنا يكون عقد البيع محلاً للفسخ، بينما عقد الهبة لا يكون محلاً للفسخ؛ لأنه عقد غير ملزم للجانبين؟ وللإجابة على التساؤل السابق، سنناقش الفرضيتين التاليتين.

الفرضية الأولى: وسنفترض فيها فهي أن يقوم (أ) بهبة عين معينة لـ(ب)، ثم قام هذا الأخير ببيعها لـ(ج)، ففي هذه الحالة لا يمكن لـ(ج) أن يقوم بمطالبة (أ) بفسخ العقد لوجود عيب خفي؛ لأنه أصلاً غير ملزم بهذا الالتزام، في عقد الهبة الذي شارك فيه؛ لأنه عقد غير ملزم للجانبين، وبالتالي فإنه لا يلتزم بأكثر مما التزم به وفقاً لضوابط المجموعة العقدية (مدى التقيد بالالتزام) (الطرف المسؤول).

أما الفرضية الثانية: فهي أن (أ) -مثلاً- قام ببيع عين معينة لـ(ب)، ثم قام (ب) ببيعها لـ(ج)، فهل يحق لهذا الأخير إذا وجد في العين الموهبة له عيباً خفياً أن يرجع على (أ) بفسخ العقد؛ لأنه أحل بالتزامه

^(٥٦٨) د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، المرجع السابق ص ٤١٣.

^(٥٦٩) طعن رقم ١٣٤٩، ١٤/١٢/١٩٩٥م، السنة ٥٩ ق، انظر مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية والتجارية السنة السادسة والأربعون، الجزء الأول، من نيسان إلى مايو ١٩٩٥م، ص ١٤٠، كما جاء أيضاً القضاء بسريان الفسخ على عقد القسمة باعتباره من العقود التبادلية، انظر الطعن رقم ٢٣٨١، ٢٦٨٤ لسنة ٦٠ قضائية جلسة ٥ إبريل سنة ١٩٩٥، انظر المرجع السابق، ص ٥٨١.

^(٥٧٠) جلسة ١٩٦٩/٤/٨م السنة ٢٠، د. محمد شتا أبو السعود، المرجع السابق ص ٩٣٥.

بضمان العيوب الخفية في عقد البيع مع (ب) ؟ وللدرد على هذا التساؤل نقول أن الطرف المسئول (أ) يستطيع - وفقا لضوابط المجموعة العقدية (مدى التقيد بحقوق الطرف المضرور) - أن يحتج على (ج) بعدم أحقيته في المطالبة بالفسخ ؛ لأن عقده غير ملزم للجانبين. (٥٧١)

ثانيا : العقد الملزم للجانبين في القانون اليمني

ويشترط في محل الفسخ في القانون اليمني أن يكون عقداً ملزماً للجانبين، وعبرت عنه في المادة ٢٢١ بقولها: "عقود المعاوضة الملزمة للعاقدين إذا لم يف أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه.."، والعقد اللازم في القانون اليمني هو الذي لا يحق لأحد طرفيه بعد تمامه فسخه أو الرجوع فيه بإرادته المنفردة، وإن كان يجوز فسخه بالتراضي أو بحكم القاضي، وتثبت فيه الخيارات، وبالعكس فإن العقد غير اللازم هو الذي يجوز لكل من طرفيه أو أحدهما الرجوع فيه بإرادته المنفردة كالوكالة^(٥٧٢)، ويفسر الفقه اليمني معنى العقود اللازمة للجانبين بأنها التي يكون فيها كل متعاقد دائئاً ومدينأ، وأن هذا الشرط من البديهيات ولا يتصور وجود الفسخ في العقود غير اللازمة كالعارية والوديعة لإمكان فسخها بالإرادة المنفردة؛ ولأن الدائن ليس من مصلحته الفسخ؛ لأنه ليس على عاتقه التزام مقابل يتحلل منه، والعبرة بالزوم هنا بموضوع العقد أو باتفاق الأطراف^(٥٧٣).

وهو ما أكد عليه القضاء اليمني بكون محل الفسخ هو العقود اللازمة للجانبين فقد جاء في حكم محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - في طلب فسخ عقد وكالة تجارية وتوصلت المحكمة إلى أن هذا العقد ملزم للجانبين من اتفاقية العقد حيث جاء فيها: "لأنه باستعراض اتفاقية الوكالة الموقعة من الشركة الطاعنة والشركة الألمانية المطعون ضدها نجدها

(٥٧١) راجع ماسبق في ضوابط المجموعة العقدية.

(٥٧٢) انظر: المادة ١٤٥ من القانون المدني اليمني، المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني، مرجع سابق ص ١٧٥، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٥٧، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق ص ٦٧، ٤١٢.

(٥٧٣) انظر: د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ٤١٢، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٧٧١، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٣٢٢، د. مطهر علامة، المرجع السابق ص ٢٤٨، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ٢٨.

عقدًا ملزمًا للجانبين كونها رتبت لكل طرف فيه حقوقًا، والتزامات متقابلة ومن ثم فلا يحق لأحد الطرفين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع تعويضه بما غرم في الحاليتين" (٥٧٤).

وجاء أيضًا في فسخ عقد المقاولة ما يلي: "وحيث أن عقد المقاولة من عقود المعاوضة الملزمة للعاقدين والتي تجيز لأحدهما الحق في طلب الفسخ عند امتناع الطرف الآخر عن الوفاء بالتزامه المقابل..." (٥٧٥).

كما أنه يجب في العقود اللازمة للجانبين أن تكون مما يتصور فيها الفسخ بأن لا يكون التنفيذ فيها ركنا من أركان العقد وهذا كما في عقد الصرف وهو بيع النقود بعضها ببعض وأصله بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو بيع أحدهما بالآخر سواء كانا مضروبين أم لا. وهذا العقد يشترط فيه تنفيذ العقد بالقبض في مجلس العقد فلا يجوز فيه هنا التأجيل ولذا لا يكون عقد الصرف محلا للفسخ؛ لأن الفسخ في هذا العقد مناف لمقتضى العقد الذي هو التنفيذ (٥٧٦).

ثالثا: المقارنة بين القانونين المصري واليمني

وبمقارنة كون محل الفسخ هو العقد الملزم الجانبين بين كل من القانونين المصري واليمني نجد اتفاق كل من القانونين المصري واليمني في أن محل الفسخ هو العقد الملزم

(٥٧٤) حكم محكمة النقض، الطعن رقم ٣٠ لسنة ١٤١٣ هـ. جلسة أربعين ثاني لسنة ١٤١٣ هـ الموافق ١٩٩٢/١٠/٤ م، د. حسن علي مجلي، المرجع السابق ص ١٩٠.

(٥٧٥) حكم المحكمة التجارية الثانية - صنعاء، القضية رقم ٨٩ لسنة ١٤١٢ هـ جلسة ١٤/٧/١٩٩٣ م، حكم غير منشور.

(٥٧٦) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٤٩، حيث يشترط لاتمام عقد الصرف التقابض قبل إنتهاء مجلس العقد. انظر المادة ٥٩٥ مدني يمني، والمذكرة الإيضاحية، مرجع سابق ص ٥٠٢، وكون محل الفسخ هو العقد الملزم للجانبين في القانون اليمني مأخوذ من الفقه الإسلامي حيث يقسم الفقه الإسلامي العقد إلى عدة أقسام منها العقد النافذ اللازم، العقد النافذ غير اللازم فالعقد النافذ اللازم هو العقد الصحيح الذي اجتمعت فيه شروط الصحة والمشروع بأصله ووصفه ويكون لازماً لا يجوز لأحد الرجوع فيه، وهذه العقود هي الأصل في الفقه الإسلامي أن تكون لازمة وجعلوا علامة كون العقد لازماً هو جواز دخول حق الخيار فيها، والخيار المقصود به الحق في فسخ العقد أو إمضائه، والقسم الثاني لتقسيم العقود إلى نافذة غير لازمة وهي قد تكون بسبب طبيعة العقد مثل عقد الوكالة أو بسبب إرادة المتعاقدين وهي العقود اللازمة التي يدخل فيها الخيار، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق ج ٤ ص ١٤٠، د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ص ٥٥٨، د. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق ص ٣٠٧، د. وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ج ٩، ص ٢٨٨، سيد عبد الله على حسين، المرجع السابق، ج ٢، ص ٦٥٦.

للجانبيين وأن الزوم قد يكون بطبيعته أو بحسب إرادة المتعاقدين، ويشترط أيضاً في العقد الملزم للجانبين أن يكون الفسخ فيه متصوراً بالا يكون معلق الوجود على التنفيذ.

الفرع الثاني

صور العقد الملزم للجانبين

سبق أن قلنا أن محل الفسخ هو العقد الصحيح الملزم للجانبين، فهل ينطبق هذا على كافة العقود الملزمة للجانبين في تقسيمات العقود المختلفة؛ حيث يقسم الفقه القانوني العقد إلى تقسيمات مختلفة تكمن أهميتها في تطبيق قواعد نظرية العقد عليها؛ حيث يختلف تطبيق قواعد نظرية العقد باختلاف طوائف العقود، وسنشير هنا إلى أهم تقسيمات العقود المختلفة ونرى مدى إمكانية ورود الفسخ عليها.

ومن أهم تقسيمات العقد انقسامه إلى عقود مسماة وغير مسماة، والعقود المسماة هي تلك العقود المحددة في القانون بأسماء معينة ولها أحكام خاصة بها حيث تحكمها تلك القواعد الخاصة بها، فإن لم توجد أحكام خاصة بها فإنه يرجع إلى القواعد العامة لنظرية العقد، وسبب تخصيص تلك العقود بذكرها وتفصيل أحكامها هو ذيووعها، وانتشارها بين الناس، ولا شك أن هذه العقود يرد عليها الفسخ إذا كانت ملزمة للجانبين كالبيع والإجارة والشركة... إلخ^(٥٧٧).

أما العقود غير المسماة فهي: تلك العقود التي لم يذكر لها المشرع اسماً ولم ينظم لها أحكاماً خاصة بها؛ وذلك لعدم انتشارها وشيوعها بين الناس مثل عقد الفندقية وعقد النشر، وهذه العقود تكون خاضعة للأحكام العامة لنظرية العقد، فنظرية العقد قد شرعت من أجل تنظيم كافة أنواع العقود المسماة وغير المسماة، وأساس وجود هذه العقود هو سلطان الإرادة التي سيطر على نظرية العقد، فالإرادة حرة في إنشاء ما تريد من عقود دون أي حد أو قيد سوى عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة؛ لأن حاجات الناس متجددة، ومتطورة. وتلك العقود تخضع للفسخ إذا كانت ملزمة للجانبين وحسب المعايير السابقة للزوم^(٥٧٨).

(٥٧٧) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٥٤، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٢، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٣٦، ١٣٧.

(٥٧٨) انظر: د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٣٨، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٤، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ٢٠، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٣٦.

وتنقسم العقود أيضاً إلى رضائية وشكلية، وهذا التقسيم يكون حسب انعقاد العقد فالعقود الرضائية: هي تلك العقود التي يكفي لانعقادها مجرد التراضي فلا يحتاج العقد إلى شكل خاص لانعقاده، فالركن الأساسي للعقد هنا هو التراضي وكثير من العقود المدنية رضائية، مثل البيع والإجارة ونحوه، وهذه العقود أيضاً تكون محلاً للفسخ إذا كانت ملزمة للجانبين^(٥٧٩).

أما العقود الشكلية: فهي العقود التي لا يكفي الرضا لانعقادها بل يجب أن يفرغ هذا التراضي في شكل معين فإذا انعدم الشكل بطل العقد، والشكلية هنا قد تكون بسبب القانون كالكتابة ركن في عقد الشركة وعقد التحكيم، وقد تكون الشكلية بإرادة المتعاقدين، كما لو اشترط البائع عدم تمام العقد إلا بسند كتابي، والغرض من الشكلية ليس لذاته، وإنما الغرض منها تنبيه المتعاقد إلى خطورة التصرف. والشكلية كركن تختلف عن الشكلية كشرط للإثبات في العقود الرضائية، كما في الكتابة كشرط للإثبات في عقد البيع فإنه يمكن أن يثبت العقد بغير كتابة، ففي هذه الحالة لا يبطل العقد. والعقد الشكلي إذا كان ملزماً للجانبين فإنه يرد عليه الفسخ أيضاً إلا إذا كان هذا الشكل يتمثل في تنفيذ العقد، فإنه في هذه الحالة لا يرد عليه الفسخ لعدم تصور حدوث عدم التنفيذ الذي هو سبب الفسخ كما في عقد البيع الذي يشترط فيه البائع لإتمام العقد تسليم الثمن، وكذا يشترط فيه المشتري تسليم المبيع لإتمام العقد، فإن انعدام التنفيذ يؤدي إلى بطلانه فلا داعي هنا للفسخ^(٥٨٠).

ومن صور الشكلية في العقود، العقود العينية والتي تقتضي اقتران الرضا بفعل مثل تسليم العين محل العقد، حيث لا يكفي هنا التراضي لانعقاد العقد بل يجب أن يصحبه تسليم للعين محل العقد، وفكرة العقود العينية كانت موجودة في القانون القديم في عقود الوديعة والرهن الحيازي والعارية والقرض آخذاً ذلك من القانون الفرنسي والتي لازالت موجودة فيه إلى الآن، فعلى هذا يكون مقتضى العقود العينية ألا يتصور فيها الفسخ في حالة الإخلال بتسليم العين، إذ التنفيذ هنا ركن شكلي في العقد فلا يمكن أن يحدث عدم التنفيذ أصلاً؛ ونظراً للانتقادات التي لاقت فكرة العقود العينية؛ حيث يجب أن يكون تكون العقود رضائية، وضرورة التخلص قدر الإمكان عن الشكلية زالت العينية من العقود السابقة وأصبحت عقوداً رضائية وأمكن فيها تصور

(٥٧٩) انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٣٧، د. طلبة خطاب، المرجع السابق ص ٢٩.

(٥٨٠) انظر: د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ٢١، د. طلبة خطاب، المرجع السابق ص ٢٩، د. عبد

الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٣٧.

الفسخ ولذا ورد عليها الفسخ؛ إلا أن المشرع أبقى عقد الهبة في المنقول فقط من العقود العينية، وكذلك في حالة الاتفاق فللمتعاقدين الحرية في جعل العقود عينية^(٥٨١).

وتنقسم العقود أيضًا إلى عقود مساومة وعقود إذعان، وعقود المساومة هي تلك العقود التي تقوم على التوازن في العقود؛ حيث يمتلك المتعاقدان حرية وضع الشروط العقدية ورفضها وتعديلها، وهذا هو الأصل في العقود، وهو من لوازم حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم العقد، ولكنه وبسبب تطور النشاط الاقتصادي وظهور الشركات الاحتكارية، كشركات النقل والكهرباء، أصبح لهذه الشركات أحقية وضع شروط العقد، وما على المتعاقد الآخر إلا الإذعان لها والتسليم بها، ولا يحق له تعديل شروط العقد، ويكون رضاه إما بالموافقة على التعاقد بتلك الشروط أو رفضها، وهو ما يعرف بعقود الإذعان؛ حيث يدعن هنا الطرف الضعيف في التعاقد أمام إرادة الطرف القوي في العقد، وغالبًا ما يضطر هذا المتعاقد بإبرام العقد إذا كان موضع التعاقد يتعلق بمرفق أساسي يحتاج إليه المتعاقد الآخر احتياجًا أساسيًا، وذلك مثل عقود الكهرباء والهاتف والنقل... إلخ، وهذه العقود ملزمة للجانبين؛ فلذا يرد عليها الفسخ، إلا أنه يجب على القاضي عند حكمه بالفسخ مراعاة وحماية الجانب الضعيف، ولو كان دائمًا، خلافًا للقاعدة العامة في تفسير الشك لمصلحة المدين^(٥٨٢).

كما تنقسم العقود بحسب آثارها إلى عقود محددة وعقود احتمالية، فالعقود المحددة، هي تلك العقود التي تولد التزامات محددة ومحقة الوجود في ذمة طرفيه، فيستطيع كل متعاقد وقت إبرام العقد معرفة مقدار ما يقدمه، ومقدار ما يحصل عليه كعقد بيع سلعة محددة بثمن محدد، وهذه العقود هي الغالب في العقود ولذا يرد عليها الفسخ في حالة إخلال المدين بالتزامه^(٥٨٣).

(٥٨١) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص ٤٧، د. طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق ص ٣٠، د. عبد المنعم الصرة، المرجع السابق ص ١٠٤، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط مرجع سابق ص ٩٠٦، وحتى القانون القديم كان الفقه يرجح ورود الفسخ على العقود العينية لأنها عندهم رضائية وبالتالي فهي ملزمة للجانبين فالراهن والمعير لا يلتزم بتسليم العين المرهونة المعارة إلا على أساس أن المرتهن والمستفيد سيقوم بالمحافظة عليها، انظر د. حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق ص ٤٨٤.

(٥٨٢) انظر: د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٤٣، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٧٠، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص ٧٤.

(٥٨٣) انظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٦٦، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٣، د. طلبة خطاب، المرجع السابق ص ٣٤، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٤٠.

وبالمقابل للعقود المحددة تأتي العقود الاحتمالية، وهي تلك العقود التي لا يستطيع كل من طرفيه وقت العقد معرفة مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي، بل يتوقف ذلك على حادثة غير محققة الوقوع أو غير معين وقت وقوعها، كعقود التأمين وعقد البيع إذا كان مقابله هو إيراد المرتب مدى الحياة، فأساس هذه العقود هو الاحتمال في الكسب والخسارة، وتكمن أهمية التفرقة بين العقود المحددة والاحتمالية؛ في أن الغبن لا يؤثر في العقود الاحتمالية لأنها بطبيعتها تحتل المكسب والخسارة ولذا أسماها المشرع عقود الغرر وهذا بعكس العقود المحددة والتي يدخلها الغبن، والعقود الاحتمالية يرد عليها الفسخ إذا كانت ملزمة للجانبين وأهم عقود الاحتمال الذي يرد عليه الفسخ هو عقدا إيراد المرتب مدى الحياة، والتأمين^(٥٨٤).

وتنقسم العقود - أيضا - إلى عقود منشئة للحق وعقود كاشفة له، فأما العقود المنشئة: فهي العقود التي ترتب التزامات في ذمة طرفيه، لم تكن موجودة قبل إبرام العقد فإنها يرجع الفضل في إنشاء هذه الالتزامات، كعقد البيع فهو ينشئ التزاماً في ذمة البائع بنقل الملكية والتزاماً مقابلاً في ذمة المشتري بتسليم الثمن وهذه العقود تكون محلاً للفسخ إذا كانت ملزمة للجانبين.

وبالمقابل تأتي العقود الكاشفة وهي العقود التي يقتصر دورها على الكشف عن الالتزامات أو تقرير الالتزامات التي كانت موجودة وقائمة قبل إبرام العقد، فهذا العقد يقتصر على إفراغ هذه الالتزامات في تصرف قانوني، وإلزام الطرفين بها ومن هذا النوع عقد القسمة والصلح^(٥٨٥).

فأما عقد القسمة، وهو الذي يقتصر على إنهاء حالة الشروع وإفراز حقوق أطرافه الثابتة قبل إبرام العقد، فيرى الفقه المصري جواز خضوعه للفسخ في حالة الإخلال بالالتزام في دفع

(٥٨٤) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص ٦٢، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٦٧، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٤١، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٢٠، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤١٧، وعقد المرتب مدى الحياة كان في القانون القديم لا يرد عليه الفسخ آخذاً ذلك عن القانون الفرنسي أما القانون الجديد فقد نص في المادة ٧٤٦ منه على أنه، "إذا لم يقيم المدين بالتزامه كان للمستحق أن يطالب بتنفيذ العقد فإن كان العقد بعوض جاز أيضاً أن يطالب بفسخه مع التعويض إن كان له محل" انظر د. سيف البلعاوي، المرجع السابق ص ١٥٨، د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق ص ٣٤١، د. حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق ص ٤٨٥، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق ص ٤٨٦، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط مرجع سابق ص ٩٥٧، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٤٠١.

(٥٨٥) انظر: د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٢٢.

المعدل أو الإخلال بأي التزام آخر يرتبه العقد على المتقاسم كضمان التعرض والاستحقاق.. الخ، وينتقد الفقه المصري على القانون الفرنسي الذي منع الفسخ القضائي في القسمة بحجة أنه عقد كاشف وأن حالة الفسخ فيها يؤدي إلى صعوبات وإجراءات معقدة ومصاريف كثيرة إلا أنه استثنى الفسخ الاتفاقي في جواز وروده عليه مع اتفاقهما في الأثر؛ ولذا يقرر الفقه والقضاء المصريين الفسخ في عقد القسمة سواء أكان قضائياً أم اتفاقياً^(٥٨٦).

وأما عقد الصلح، وهو العقد الذي يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقعان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، فهو عقد كاشف لا ينشئ الالتزامات ولا ينقلها وإنما يقررها ويكشف عنها، ويلزم الطرفين بأدائها ويحسم النزاع السابق بينهما، فلا يعودان للتنازع بصدده، ولكن قد يرتب عقد الصلح التزامات جديدة، فما الحكم هنا إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه هل يجوز الفسخ هنا في عقد الصلح، ولا شك أن عقد الصلح يرد عليه الفسخ؛ لأنه هنا عقد ملزم للجانبين^(٥٨٧) وهذا ما أكدته محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - بقولها: "الفسخ يرد على الصلح، كما يرد على سائر العقود الملزمة للجانبين، فإذا لم يقم أحد المتصلحين بما أوجبه الصلح في ذمته من التزامات جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له محل"^(٥٨٨).

كما تنقسم العقود إلى فورية وزمنية أو مستمرة أو دورية، والعقد الفوري: هو الذي ينفذ في الوقت الذي يحدده المتعاقدان سواء كان هذا التنفيذ حال إبرام العقد أم في أجل

(٥٨٦) انظر: د. سيف البلعاوي، المرجع السابق ص ١٦٤، ١٦٥، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٩٥٨، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤١٧، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٤٨٦، الطعن رقم ٢٣٨١، ٢٦٨٤، لسنة ٦٠ق، جلسة ٥ إبريل سنة ١٩٩٥م، انظر مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية التجارية، مرجع سابق، ج ١، ص ٥٨١، لسنة ٤٦.

(٥٨٧) انظر: د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٢٢، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٥١، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق ص ٤٨٦.

(٥٨٨) الطعن رقم ١٣٤٩ لسنة ٥٩ق، جلسة ١٤/١٢/١٩٩٥م، انظر مجموعة الأحكام، مرجع سابق، السنة ٤٦، ج ١، ص ١٤٠١، وفسخ عقد الصلح هنا لا يؤثر في العقد الأصلي الذي وقع الصلح بسبب النزاع فيه فلا يترتب على فسخه انحلال التصرف الذي صدر في شأنه ليحل هذا الصلح معه، ولا يؤثر أيضاً في الإقرارات الناشئة عنه لأن الإقرارات لا يرد عليه الفسخ. انظر حكم محكمة النقض الطعن رقم ١٣١٧ جلسة ٥/١٢/١٩٧٢م، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٥٧، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦٠٣.

مستقبلي أو على آجال متتابعة، دون أن يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، فالزمن في العقد الفوري هو عنصر عرضي وهذه العقود تكون أيضاً محلاً للفسخ إذا كانت ملزمة للجانبين^(٥٨٩).

أما العقد المستمر: فهو العقد الذي يكون الزمن فيه مقصوداً لذاته، فهو عنصر جوهري وأساسي في العقد، مثل عقد الإيجار والعمل ونحوها، وهذه العقود تخضع أيضاً للفسخ إذا كانت ملزمة للجانبين إلا أنها لا تسري بأثر رجعي كما في العقود الفورية، ولذا يطلق بعض الفقه على هذا النوع من الفسخ بالإنهاء، على اعتباره أنه ينهي العقد ولا يحله بأثر رجعي لتعذره في حالة العقود المستمرة، فتنتج آثار حل العقد من وقت الفسخ فحسب^(٥٩٠).

كما تنقسم العقود إلى عقود بسيطة ومركبة، والعقد البسيط هو الذي لا يشتمل إلا عملية واحدة مثل عقد بيع سيارة للمشتري، وهذا العقد يرد عليه الفسخ؛ إذا كان ملزماً للجانبين.

أما العقد المركب فهو العقد الذي يشتمل على عدة عمليات ويكون ممتزجاً بعدة عقود مختلفة اختلطت فأصبحت عقداً واحداً، وذلك كعقد الفندقية الذي يتم بين النزيل وصاحب الفندق فهو مزيج من عقود مختلفة، منها الإيجار بالنسبة للسكن، والبيع بالنسبة للمأكل والمشرب والعمل بالنسبة للخدمة التي تقدم له، والوديعة بالنسبة للأمتعة. وهذا العقد يرد عليه الفسخ كسائر العقود الملزمة للجانبين، إلا أن فسخ العقد المركب يؤدي إلى فسخ كافة العقود المكونة منه فلا يمكن لهذا العقد أن يتجزأ بفسخ بعضه دون البعض الآخر^(٥٩١).

ويرد الفسخ - أيضاً - على العقود الأصلية والتبعية، فالعقد الأصلي هو الذي يكون وجوده مستقلاً عن غيره فلا يقوم مستنداً على عقد آخر، مثل البيع والإيجار والشركة. أما العقود التبعية فهي لا توجد مستقلة بل تستند في وجودها إلى علاقة قانونية سابقة فيعتبر تابعاً لها مثل عقد الكفالة وعقد الرهن فهناك التزام أصلي مضمون يأتي عقد الرهن وعقد الكفالة لضمانهم، والعقود الأصلية والتبعية يرد عليها الفسخ إذا كان ملزماً للجانبين إلا أنه إذا فسخ العقد الأصلي فإنه يؤدي إلى فسخ العقد التبعية، ففسخ عقد البيع والذي فيه الثمن مضمون برهن يؤدي إلى

(٥٨٩) انظر: د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٥، د. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق ص ٦٥، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٣٤.

(٥٩٠) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٩٥٦، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ٢٥، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٢٥، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٥٨، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤١٦.

(٥٩١) انظر: د. طلبه خطاب، المرجع السابق ص ٤٣٩، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٤٢، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٣١، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٥٢.

فسخ عقد الرهن هنا، لا العكس فإن فسخ العقد التبقي لا يؤدي إلى فسخ العقد الأصلي ففسخ عقد الرهن هنا لا يؤدي إلى فسخ البيع^(٥٩٢).

● صور محل الفسخ في القانون اليمني:

أما محل الفسخ في تقسيمات العقود المختلفة في القانون اليمني فإن المشرع اليمني قد قسم العقود إلى عدة أقسام فقد جاء في المادة ١٣٩ مدني يمني: "تنقسم العقود من حيث ترتيب آثارها عليها وعدم ترتيبها إلى أقسام هي:

١- عقد صحيح. ٢- عقد غير صحيح. ٣- عقد نافذ. ٤- عقد موقوف. ٥- عقد لازم. ٦- عقد غير لازم." فهنا قام المشرع اليمني بوظيفة الفقه بعمل تلك التقسيمات، وسنشير هنا إلى العقد الموقوف ومدى ورود الفسخ عليه؛ حيث قد سبق الكلام عن التقسيمات السابقة وبقي لنا العقد الموقوف وقد عرفه المشرع اليمني بأنه "هو الذي أضيف إلى أجل أو علق على شرط أو إذن يوقف أثره في الحال فلا يترتب إلا عند حلول الأجل أو تحقيق الشرط أو حصول الأذن ممن يملكه كعقد الفضولي يتوقف على إجازة الأصيل له، وعقد الصبي المميز يتوقف على إذن الولي أو الوصي في غير ما أذن له"^(٥٩٣). فمن خلال التعريف السابق نجد أن العقد الموقوف عقد صحيح ولكن آثاره من انتقال الملك ونحوه تتوقف على حدوث الإجازة أو تحقق الشرط أو الأجل، فعلى هذا لا يكون العقد الموقوف محلاً للفسخ هنا بسبب عدم التنفيذ؛ لأن التنفيذ هنا غير لازم فلا يصح المطالبة به أو فسخه ولا يحق المطالبة بفسخه إلا بعد نفاذه وذلك يكون بإجازة العقد ممن له الحق في إجازته^(٥٩٤).

ويقسم الفقه اليمني العقود إلى تقسيمات أخرى لم يوردها المشرع اليمني، وهي مثل تقسيمات الفقه المصري للعقود، فهي تنقسم من حيث التكوين إلى عقد رضائي وعقد شكلي وعقد عيني، ومن حيث الموضوع إلى عقد مسمى وعقد غير مسمى، وعقد بسيط وعقد مركب، وعقد أصلي وعقد تبقي، ومن حيث الطبيعة إلى عقد محدد وعقد محتمل، وعقد فوري وعقد

(٥٩٢) انظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٧١، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٤.

(٥٩٣) انظر: المادة ١٤٣ من القانون المدني اليمني، د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون

المدني اليمني، مرجع سابق ص ٦٠، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٤٥، ٤٦، د. عبد الله

الخيار، المرجع السابق ص ٣٥٨، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ٣٤١.

(٥٩٤) د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام، مرجع سابق ص ١٢٨، ١٣٦.

زمني ومهما كانت التقسيمات والتسميات للعقود فإنه متى ما كانت تلك العقود صحيحة وملزمة للجانبين فتكون محلاً للفسخ في إطار نظرية العقد في ظل القانون المدني^(٥٩٥).

المقارنة بين كل من القانون المدني المصري واليمني:

وبالمقارنة بين كل من القانون المدني المصري واليمني نجد توافق القانونين في التقسيم الفقهي السابق للعقود، وفي كونها تصلح أن تكون محلاً للفسخ إذا كانت ملزمة للجانبين إلا أنهما يفترقان من حيث تقسيم المشرع اليمني للعقود إلى عقد صحيح وغير صحيح وموقوف، ونافذ ولازم وغير لازم، فهذه التقسيمات موجودة في القانون المصري ماعدا العقد الموقوف وإن كان موجوداً بعض صورته مثل العقد المعلق على شرط أو أجل واقف وقد سبق أن هذا العقد لا يكون لازماً فلا يرد عليه الفسخ أما إذا كان في حالة توقف العقد على إجازة ولي الصبي غير المميز فهي في القانون المصري تعتبر عقداً قابلاً للإبطال أما صورة تصرف من غير ذي ولاية (الفضولي) فبيع ملك الغير يعتبر عندهم عقداً قابلاً للإبطال أما إذا تصرف الوكيل خارج حدود تصرفه فإنه في هذه الحالة يكون متعلق على شرط إجازة الموكل.

(٥٩٥) انظر: د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٦١، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٥، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ٢٣، وتقسيم المشرع السابق مأخوذ من تقسيم جمهور الفقه الإسلامي، حيث يقسمون العقد إلى صحيح وغير صحيح، ويقسمون الصحيح إلى نافذ وموقوف، والنافذ يقسمونه إلى لازم وغير لازم. فمن التقسيمات السابقة لا يرد الفسخ إلا على العقد الصحيح النافذ اللازم فقط، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق ج ٤ ص ٨٩، د. عبد الحميد البعلي، المرجع السابق ص ٣٠٦، د. محمد نبيل سعد الشاذلي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص ٣١٠، د. وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ج ٩، ص ٢٨٩، د. محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، مدخل لدراسة ونظام المعاملات فيه، دار الكتب الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٤م، ص ٤٨٧، د. محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٣٨.

المبحث الثاني

أحكام شروط فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية

تمهيد وتقسيم:

جاء في المادة ١٥٧ مدني مصري والمادة ٢٢١ مدني يمني أنه يجوز للدائن طلب الفسخ في حالة عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه، فهنا جعل القانونان المصري واليمني فسخ العقد صورة من صور انحلال العقد إلا أنه خاص بعدم الوفاء بالتزامات وبهذا نجد أن شرط وجود فسخ العقد هو عدم وفاء المدين بالتزاماته الناشئة عن العقد وقد أشارت محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - إلى أن سبب الفسخ هو عدم قيام المدين بوفائه بالتزامه وأكدت على ضرورة ذكره في الحكم وإلا كان معيباً^(٥٩٦)، وهنا سنتناول شرط الفسخ من حيث واقعة عدم الوفاء و شروط كل من الدائن والمدين بالفسخ كالاتي:

المطلب الأول: شروط واقعة عدم الوفاء بالتزامات.

المطلب الثاني: شروط المدين في الفسخ.

المطلب الثالث: شروط الدائن في الفسخ.

(٥٩٦) الطعن رقم ٢٨٦ ق لسنة ٣٨ ق جلسة ٢٣/٢/١٩٧٥م، معوض عبد التواب، المرجع السابق ص ٥٠٦.

المطلب الأول

شروط واقعة عدم الوفاء بالالتزامات

فإذا كان عدم وفاء المدين بالتزامه هو السبب الموجب للفسخ ، فما هو عدم الوفاء بالالتزامات ، وكيف يكون ، وهل يكون عدم الوفاء قليل الأهمية سبباً للفسخ؟ للإجابة على هذه التساؤلات سنتناول واقعة عدم الوفاء بالالتزامات من ناحيتين الأولى وقوعه والثانية إذا كان قليل الأهمية، علمًا أننا هنا سنتناول أحكام عدم التنفيذ كسبب للفسخ كواقعة مجردة فقط تاركين أحكام نسبتها إلى المدين في المطلب الثاني ولذا سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: وقوع عدم الوفاء بالالتزامات.

الفرع الثاني: صور الوفاء بالالتزامات.

الفرع الأول

وقوع عدم الوفاء بالالتزامات

أولاً: كيفية عدم الوفاء بالالتزام

عدم الوفاء بالالتزامات العقدية يعبر عنه الفقه القانوني بمصطلح الخطأ العقدي ويتحقق الخطأ العقدي إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، ويختلف عدم التنفيذ هنا حسب نوع الالتزام^(٥٩٧) هل هو التزام بتحقيق نتيجة أو التزام يذل عناية؟

فإذا كان الالتزام هو تحقيق نتيجة كالالتزام بتسليم شيء أو الالتزام بنقل ملكية أو إقامة مبنى أو كالتزام المحامي برفع الطعن بالاستئناف في موعده المحدد قانوناً، ومثله أيضاً الالتزام السلبي كالالتزام بعدم فتح محل تجاري في مكان معين، فالمقصود بتلك الالتزامات هو تحقيق نتيجة معينة، وهي تسليم الشيء ونقل الملكية ورفع الطعن في موعده وعدم فتح المحل التجاري، فإذا لم تتحقق تلك الالتزامات السابقة تحقق هنا عدم التنفيذ وعدم الوفاء بالالتزامات وكنا هنا بصدد خطأ عقدي يستوجب جزاء الفسخ، وما على الدائن سوى إثبات عدم تحقق تلك

(٥٩٧) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص ٤٠٣، د. طلبه خطاب، المرجع السابق ص ٥١٣، د.

عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ١٨٢.

النتيجة ولا يستطيع المدين نفي وقوع الخطأ بكونه قد بذل كل ما في وسعه لتحقيق النتيجة بل عليه كي يتخلص من مسئولية هذا الخطأ أن يثبت عدم نسبته إليه بإثبات السبب الأجنبي^(٥٩٨).

أما إذا كان الالتزام هو بذل عناية (أي بوسيلة) فإن مضمون هذا الالتزام يتمثل في وجوب قيام المدين ببذل قدر من العناية معين لكي تتحقق نتيجة معينة، فالمدين لا يلتزم بتحقيق تلك النتيجة، وإنما يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد، وذلك كالالتزام الطبيب بالاهتمام بالمريض حتى يصل إلى نتيجة شفاؤه، فشفاء المريض ليس هو التزام الطبيب بل التزامه هو الاهتمام بالمريض، ومثله التزام المحامي بالدفاع حتى يصل إلى الحكم لصالح موكله، ففوز الموكل بالقضية ليس هو التزام المحامي وإنما التزامه يكون بقيامه بالدفاع عنه، فيكون المدين هنا قد نفذ التزامه إذا بذل عناية الشخص المعتاد، وعلى الدائن هنا إثبات عدم بذل المدين لتلك العناية حتى يكون عدم التنفيذ خطأ يوجب الحكم بالفسخ^(٥٩٩).

كما أن عدم التنفيذ لا يتحقق إلا إذا كان هذا الالتزام قائماً وحالاً، ومعنى الزوم أنه يجب أن يكون الالتزام قائماً أي لا يكون قد زال، وحالاً غير معلق على شرط واقف أو أجل واقف حيث يكون العقد في هذه الحالة معلقاً وليس لازماً؛ ولذا لا يكون محلاً للفسخ^(٦٠٠).

ويجب هنا أيضاً أن يوصف عدم تنفيذ الالتزام بعدم المشروعية، حتى نستطيع أن نقول أنه خطأ استوجب جزاء الفسخ، وهذا يوافق طبيعة الفسخ الجزائية، فإذا كان عدم التنفيذ بوجه حق صار عدم التنفيذ مشروعاً، وانتفت طبيعة الخطأ عنه؛ ولذا لا يصح أن يكون سبباً للفسخ.

وقد أيدت محكمة النقض -بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها- وجوب عدم مشروعية عدم التنفيذ حتى يكون سبباً للفسخ حيث قالت: "الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشتري بالثمن، شرطه أن يكون التخلف عن الوفاء بغير حق"^(٦٠١)، وجاء أيضاً: "الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد عدم تحققه إلا إذا كان التخلف

(٥٩٨) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص ٤١٣، د. طلبة خطاب، المرجع السابق ص ٥١٥، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٤٠٣.

(٥٩٩) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٨٣، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ١٨٣، د. نبيل إبراهيم، المرجع السابق ص ٢٩٨.

(٦٠٠) انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ١٢٧، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص ٤٤، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٢٣.

(٦٠١) الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٤٨ ق، جلسة ١٩٨١/٤/٩، د. محمد شتا أبو السعود، المرجع السابق ص ٩٥٥.

عن الوفاء بالثمن بغير حق. ثبوت الحق للمشتري في حبس الثمن عن البائع. أثره. لا محل لإعمال الشرط الفاسخ ولو كان صريحاً" (٦٠٢)

وهكذا نجد أن عدم التنفيذ المشروع لا يكون سبباً للفسخ ويتحقق ذلك في حالة إذا ما امتنع المدين عن الوفاء بسبب استعماله حقه في عدم التنفيذ، وذلك بسبب عدم تنفيذ الدائن لالتزامه المقابل، فقد أجاز المشرع المصري الامتناع عن تنفيذ المتعاقد لالتزامه في حالة ما إذا كان له حق مقابل مستحق الوفاء ولم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ذلك الالتزام ولا يكون للمدين هذا الحق إلا إذا كان حقه مستحق الأداء^(٦٠٣). وهنا يرد تساؤل هو ما الحكم إذا كان كل من التزامات المتعاقدين مستحقة الأداء، وكل متعاقد ممتنع عن التنفيذ بحجة عدم الوفاء بالالتزام المقابل؟ فما هو عدم التنفيذ المشروع هنا؟

وللإجابة على هذا التساؤل فإنه يرجع إلى قواعد التنفيذ فنجد أن الذي عليه أن يبدأ بالتنفيذ هو الذي يعد عدم تنفيذه غير مشروع، ومعرفة من يجب عليه البدء بالتنفيذ، نرجع إلى شروط العقد أو إلى طبيعة الالتزام أو نرجع إلى ما جرى عليه العرف والمعاملات^(٦٠٤).

ومن صور عدم التنفيذ المشروع هو امتناع المدين عن التنفيذ بحجة أن تنفيذ الالتزام قد صار - وبسبب طروء حادث استثنائي لم يكن متوقع حدوثه ولا يد للمدين فيه - مرهقاً للمدين ويسبب له خسارة فادحة ففي هذه الحالة يجوز للمدين عدم تنفيذ الالتزامات، وأن يطلب من القاضي تعديل العقد إلى الحد المعقول فإذا قام القاضي بتعديل الالتزام إلى الحد المعقول، فإنه يكون امتناع المدين عن التنفيذ في هذه الحالة غير مشروع وهذا ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة ويكون محلها هي العقود متراخية التنفيذ وهي العقود الزمنية كعقود التوريد والعقود المستمرة كالمقاولات^(٦٠٥).

(٦٠٢) الطعن رقم ٢٣٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٢ السنة ٣٥، انظر: معوض عبد التواب، المرجع السابق ص ٥١٢

(٦٠٣) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٣٢٣، د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق ص ١٠٠٥، د. سمير تتاغو، المرجع السابق ص ١٨٠، د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق ص ٣٥٢، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦٤٠، د. محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق ص ١٧٦.

(٦٠٤) انظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٥٤٣، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٩٥.
(٦٠٥) انظر: د. عبد الودود يحي، المرجع السابق ص ١٧٥، د. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق ص ٤٠٢، د. طلبه خطاب، المرجع السابق ص ٤٤٨، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٢٧١.

وهكذا لا يكون عدم التنفيذ سبباً للفسخ إلا إذا كان ذلك الإخلال مشوباً بعدم المشروعية.

ثانياً : استحالة التنفيذ الراجعة إلى المدين

وعدم التنفيذ كسبب للفسخ يتحقق حتى ولو كان عدم التنفيذ يتمثل في استحالة التنفيذ، والمقصود بها هنا هي استحالة التنفيذ المقرونة بخطأ المدين^(٦٠٦)، فإطلاق استحالة التنفيذ يقصد بها الاستحالة المنسوبة إلى القوة القاهرة ففي هذه الحالة يفسخ العقد بقوة القانون وتنقضي الالتزامات الناشئة عنه بسبب تلك الاستحالة وهنا ينتفي الخطأ حيث لا يد للمدين في عدم التنفيذ هنا، ولا يوقع بالتالي جزاء الفسخ عليه، ويقصد بالقوة القاهرة هو أمر خارج عن المدين غير متوقع الحصول ولا يمكن دفعه تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً^(٦٠٧)، وذلك مثل عدم تنفيذ المدين لالتزامه المتعلق بشخصه بسبب وفاته أو مرضه فإن هذه قوة القاهرة لا تكون سبباً للفسخ وذلك بعكس إذا ما كان استحالة التنفيذ بسبب إعسار المدين فإن هذا يكون خطأ بسبب المدين فيكون سبباً للفسخ^(٦٠٨).

وهكذا نجد أن استحالة التنفيذ لا تكون سبباً للفسخ إلا إذا كانت مقرونة بخطأ المدين وتحقق استحالة التنفيذ بسبب المدين ولو وقعت القوة القاهرة، في حالة تراخي المدين عن تنفيذ التزامه في موعده المحدد ثم تسببت القوة القاهرة في استحالة التنفيذ، وهذا ما قضت به محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - من أن عدم تنفيذ عقد النقل بسبب احتجاز سلطات الميناء للسفينة بسبب اتهام المدين بتهريب البضائع يعد خطأ من المدين^(٦٠٩).

ويكون في حكم استحالة التنفيذ المقرون بخطأ المدين في حالة إذا ما كان ممتنعاً عن التنفيذ ولا يجوز إكراهه على التنفيذ العيني، كامتناع الرسام عن رسم لوحة والفنان عن إحياء حفلة غنائية^(٦١٠).

(٦٠٦) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق ص ٩٥٩، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق ص ٤٠١، توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٤٠١، د. سليمان مرقس، المرجع السابق ٦٣٩، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص ٤٩٣. د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٣١٩.

(٦٠٧) انظر: د. طلبه خطاب، المرجع السابق ص ٥٤٣، حكم محكمة النقض رقم ٩٨ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٢/٣/٧، معوض عبد التواب، المرجع السابق ص ٥٣٠.

(٦٠٨) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٦٠٦، ٦٠٧.

(٦٠٩) الطعن رقم ٣٧ جلسة ١٩٩٧/٣/١٠، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٦٥.

(٦١٠) د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ١٣٩.

والاستحالة قد تكون مادية أو قانونية: والاستحالة المادية تكون بهلاك الشيء أو فقدده ماديًا، وذلك بزوال مقوماته الطبيعية، وذلك كأن يقوم المدين بهدم البناء المؤجر بعد تأجيره أو يتلف بائع المنقول المبيع قبل تسليمه، وتحقق الاستحالة المادية بهلاك الأشياء محل الالتزام التخييري، ولا يعتبر من قبيل الاستحالة المادية هلاك الشيء المعين بالنوع طالما وجد هذا النوع^(٦١١).

أما الاستحالة القانونية فتكون بحصول إجراء ينزع الشيء من سلطة المدين مع بقاءه ماديًا كما لو تساهل المدين في تنفيذ التزامه حتى نزع ملكيته، أو صدر قانون أو قرار إداري يحول دون تنفيذه الالتزام مثل صدور قرار يحظر ملكية الأجنبي للعقار ففي هذه الحالة لا يستطيع المدين أن يقوم بنقل ملكية العقار للدائن الأجنبي، ومثله لو قام المدين بالتصرف بالعين محل الالتزام إلى من يملكه قبل أن يسلمه للمشتري وفقًا لقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية^(٦١٢).

وأخيرًا فإنه يشترط في الاستحالة أن تكون مطلقة ومؤبدة، فإذا كانت استحالة مؤقتة فلا يجوز الفسخ في هذه الحالة ويتحمل المدين التعويض عن التأخير في التنفيذ، إلا إذا كان التأخير سيضر بالدائن^(٦١٣).

وفي مجال المجموعة العقدية، نجد أن عدم الوفاء بالالتزامات يكون شرطًا للفسخ كي يتمكن الدائن من المطالبة به، ولا يكون ذلك إلا إذا وقع ذلك الإخلال، سواء بالامتناع عن تنفيذ الالتزام، أو بالتسبب في استحالة التنفيذ، كما يجوز للمدين في المجموعة العقدية الاحتجاج على الدائن بالعقد الذي شارك فيه المدين وبطبيعة الالتزام فيه وبكونه غير حال أو بكون عدم التنفيذ مشروعًا، كما له الاحتجاج بالعقد الذي شارك فيه الدائن كما سبق في ضوابط المجموعة العقدية^(٦١٤).

ثالثًا: عدم الوفاء بالالتزامات في القانون اليمني

(٦١١) انظر: د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٣٩٥، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق ص ١٨٩، ١٩٠، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٦٠٨، ٦٠٩، د. على حسن الذنون، المرجع السابق ص ٧٨.

(٦١٢) انظر: د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٣٩٥، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٦٠٨.

(٦١٣) انظر: د. طلبه خطاب، المرجع السابق ص ٢٤٣، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٦٠٩.

(٦١٤) راجع ما سبق، في ضوابط المجموعة العقدية، ص ١٦٨، ١٧٢.

وفي القانون اليمني نصت المادة ٢٢١ على أن: "عقود المعاوضة الملزمة للعاقدين إذا لم يف أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه" وجاء في المذكرة الإيضاحية للنص السابق: "تشير المادة إلى أن طلب الفسخ إنما يكون بعد إعدار الطرف الآخر بمطالبته بتنفيذ العقد، وبعد الإعدار يكون للعاقدين طلب التنفيذ أو الفسخ أمام القاضي مع تعويضه في الحالتين عما غرم نتيجة التأخير في تنفيذ الالتزام أو عدم تنفيذه"^(٦١٥).

فمن خلال النصوص السابقة نجد أن المشرع اليمني قد جعل السبب الموجب للفسخ

هو عدم التنفيذ حيث يصبح الفسخ هنا جزءاً مناسباً لعدم التنفيذ، وهذا ما أكد عليه الفقه اليمني

مؤيداً للمشرع^(٦١٦)، وهو أيضاً ما أكدت عليه أحكام القضاء اليمني من أن عدم الوفاء هو سبب

الفسخ فقد جاء في بعض أحكامه: "... كما أنه إذا لم يف أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد

إعداره، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع تعويضه بما غرم في الحالتين"^(٦١٧) وجاء أيضاً في

أن سبب الفسخ الاتفاقي هو أيضاً عدم الوفاء حيث جاء فيه "البيع غير نافذ ومفسوخ لعدم

حصول الشرط وهو الإيفاء"^(٦١٨).

^(٦١٥) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، مرجع سابق، المادة ٢١٧ من القانون السابق، ص ١٩١

^(٦١٦) انظر: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ٤١٠، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٧٤٨، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٣١٩، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق ص ٥٨، د. مطهر علامه، المرجع السابق ص ٢٤٧، د. عبد الله الخياري، المرجع السابق ص ١٣٦، حسن العنسي، المرجع السابق ص ٣٩، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٦.

^(٦١٧) محكمة النقض، الطعن رقم ٣٠ لسنة ١٤١٣ هـ جلسة ٦ ربيع ثاني سنة ١٤١٣ هـ الموافق ١٠/٤/١٩٩٢، د. حسن علي مجلي، المرجع السابق ص ١٩٠.

^(٦١٨) محكمة شرق الأمانة، القطعة رقم ٣٧ لسنة ١٤٠٦ هـ - حكم غير منشور.

ويعرف عدم الوفاء في الفقه اليمني بالخطأ ويقصد به عدم قيام المدين بتنفيذ

الالتزام^(٦١٩) ويختلف تحقيق عدم الوفاء بالالتزام حسب مضمون الالتزام فبينما يتحقق بتخلف

النتيجة المعينة كعدم تسليم المبيع وذلك في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة معينة ولا يكون أمام

الدائن هنا إلا إثبات عدم تحقيق النتيجة وعلى المدين إثبات عدم نسبتها إليه، كما يتحقق عدم

الوفاء بعدم بذل العناية المطلوبة وهي عناية الرجل المعتاد كالنزاهة الطبيب بالعناية بالمريض، وهذا

في حالة الالتزام ببذل عناية، وهنا يجب على الدائن إثبات عدم بذل عناية الرجل المعتاد^(٦٢٠).

ويجب أيضاً أن يظل عدم الوفاء مستمراً إلى حين صدور الحكم النهائي حيث يكون

للمدين توقي الفسخ هنا بقيامه بالوفاء قبل صدور الحكم النهائي وهذا في حالة الفسخ القضائي

فقط^(٦٢١).

كما يجب أن يكون الإخلال غير مشروع فإذا كان الإخلال مشروعاً فلا يصح الفسخ

هنا مثل عدم التنفيذ بسبب استعمال الحق في الدفع بعدم التنفيذ^(٦٢٢)، وهذا ما أكدته القضاء

^(٦١٩) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٢٧٧، د. عبد الله الخياري، المرجع السابق ص ٢٠٦.

^(٦٢٠) انظر: د. محمد حسين الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، مرجع سابق ص ١٣٨، نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، مكتبة الجيل الجديد - صنعاء، ط ١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م ص ٧٣.

^(٦٢١) انظر: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٧٨٠، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٤١٦، د.

محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق ص ٣٢٥.

اليمني حيث حكمت المحكمة بالفسخ مع أن الدائن دفع بمشروعية عدم تنفيذه بسبب عدم دفع الدائن لالتزامه، وأبطلت المحكمة هذا الدفع بأن الدائن قد نفذ جزء من التزامه بدون مقابل من المدين حيث نصت المحكمة: "وعليه فإن المحكمة تؤكد اتفاقها مع أقوال المدعي عليه من أن المدعي عليه قد تخلف عن الوفاء"^(٦٢٣).

ويتحقق الخطأ العقدي بتسبب المدين في استحالة التنفيذ وهو ما يعرف باستحالة التنفيذ المقرونة بخطأ المدين، وهنا لا ينتفي نسبة استحالة التنفيذ إلا إذا قام المدين بإثبات نسبة الاستحالة إلى القوة القاهرة ويكون من قبيل استحالة التنفيذ إغدار المدين بالتنفيذ ثم تقاعسه وحصول الاستحالة بالقوة القاهرة هنا. والاستحالة هنا قد تكون مادية كإتلاف الشيء إتلافاً مادياً يلحق مقومات الشيء، وقد يكون استحالة معنوية كالتصرف في الشيء محل الالتزام بحيث يصبح مستحيلاً بتسلمه^(٦٢٤).

وأكد القضاء اليمني في بعض أحكامه على كون الأصل في الاستحالة نسبتها إلى المدين حيث جاء فيه: "إذا أثبت المدعي الضرر في البضاعة فإن النتيجة المفترضة هي خطأ الناقل،

(٦٢٢) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٤١٣.

(٦٢٣) المحكمة التجارية صنعاء، الطعن رقم ١٣٦ لسنة ١٤٢٢هـ حكم غير منشور.

(٦٢٤) انظر: د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٤١٢.

ويفترض بالتالي علاقة السبب بين الخطأ والضرر، ولا يكون أمام الناقل إلا إثبات وسائل دفع

المسئولية، ويكون ذلك بإثبات القوة القاهرة...^(٦٢٥) وجاء أيضًا الحكم بالفسخ في قضية كان

سبب الدعوى فيها هو عدم قدرة المدين على تسليم المبيع، حيث أن استحالة التنفيذ كانت

بسبب الحجز على هذا المدين لعدم تسلمه قيمة تلك الأجهزة وهذا يعني أن الاستحالة هنا

حصلت بسبب خطأ المدين^(٦٢٦).

(٦٢٥) محكمة الحديدة التجارية، الدعوى رقم ١٠٨ لسنة ١٩٧٨، انظر، د. عبد الله الخياري، المرجع السابق ص ٣٠

(٦٢٦) المحكمة التجارية بأمانة العاصمة- القضية رقم ١٣٦ لسنة ١٤٢٢هـ، حكم غير منشور، أما الفقه الإسلامي، ففسخ العقد فيه قد يكون سببه هو عدم الوفاء بالالتزامات؛ ولذلك وجدت في الفقه الإسلامي خيارات شرعية أي غير اتفاقية عالجت موضوع عدم الوفاء، حيث يجوز للمتعاقد أن يفسخ العقد إذا وجدت أسباب تلك الخيارات وسواء كان عدم الوفاء بسبب الامتناع عن الوفاء كخيار التأخير في الثمن فإذا تأخر المشتري بالوفاء بالثمن فإنه يجوز للبائع فسخ العقد عند عدم وفاء المشتري بالثمن، انظر: جواهر الكلام للنجفي، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٧٤، هاشم الحسيني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، مرجع سابق، ص ٤٠٦، وكذا خيار الفلوس حيث يجوز هنا أيضًا للبائع فسخ العقد واسترداد المبيع عند إفلاس المشتري، انظر: د. محمد زكي عبد البر، أحكام المعاملات في المذهب الحنبلي، دار التراث، القاهرة، ط ٢، ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م، ص ٢٨١، ومنها خيارات الخلاف مثل مخالفة المتعاقد للوصف والشرط، انظر: د. عبد الستار أبوغدة، المرجع السابق، ص ٤٧١، د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ص ٦٣٢، د. يوسف قاسم، المرجع السابق ص ٤٢٣، حسن العنسي، المرجع السابق ص ١٣٩، ١٤٠، سيد عبد الله على حسن، المرجع السابق، ص ٧٦٢، د. وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ج ٩، ص ٥٣١، أو كان عدم الوفاء بسبب استحالة التنفيذ المقرونة بخطأ المدين فقد عرف الفقه الإسلامي أيضًا خيارات تعالج هذا الموضوع، سواء كانت الاستحالة مادية وهي ما يعرف عندهم بالهلاك والتلف، انظر: عبد الله محمد السرحي، تيسر المرام، مرجع سابق، ص ٦٣، د. محمد شلبي، المرجع السابق ص ٦٣٢، أو كانت الاستحالة معنوية كأن يظهر أن هناك من يستحق هذا الشيء محل التنفيذ، ويعرف عندهم بالاستحقاق؛ حيث يعد استحقاق الشيء من صور العيب الذي يوجب الفسخ في خيار العيب، انظر حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٩١، فقد أجازوا في الحالتين السابقتين حق الفسخ أو إمضاء العقد، إضافة إلى الخيارات الشرعية التي تجيز الفسخ، بسبب عدم الوفاء بالالتزامات، من غير اتفاق فهناك أيضًا خيارات اتفاقية تجيز فيها الاتفاق على فسخ العقد عند عدم

رابعاً: المقارنة بين القانونين المصري واليمني

وبالمقارنة بين القانونين المصري واليمني في أحكام وقوع عدم الوفاء في الالتزامات باعتباره شرطاً للفسخ نجد اتفاق كل من القانونين المصري واليمني في كون عدم الوفاء بالالتزام شرطاً للفسخ؛ لأن الفسخ جزاء يقع على عدم الوفاء بالالتزامات والذي يعد خطأً ويختلف وقوع عدم الوفاء حسب نوع الالتزام إذا كان تحقيق نتيجة، أو بذل عناية ففي الأول يقع تحقيق النتيجة وفي الثاني يقع بعدم بذل عناية الرجل المعتاد، ويشترط في هذا الخطأ وقوعه، كما يشترط في عدم الوفاء بالالتزامات كي يكون شرطاً للفسخ هنا أن يكون غير مشروع فإذا كان مشروعاً بأن كان الامتناع بسبب استعمال حق الدفع بعدم التنفيذ ونحوه فإنه لا يكون هنا سبباً للفسخ.

الفرع الثاني

صور عدم الوفاء بالالتزامات

جاء في نص المادة ١٥٧/٢ مدني مصري على أنه: "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام جملته"، فمن خلال النص السابق نجد أن المشرع المصري قد منح القاضي سلطة تقديرية في رفض الفسخ وذلك في حالة ما إذا كان الذي لم يوف به المدين قليل الأهمية والأصل في الوفاء بالالتزامات أن يكون كاملاً من حيث الكم والنوع والزمن^(٦٢٧) ويكون عدم التنفيذ هنا باعتباره شرطاً للفسخ هو الإخلال بأوصاف الوفاء الكامل حيث قد يكون ليس بنفس الكم والنوع والزمن، ويتحقق هذا بأن يكون الوفاء غير كامل من حيث كمية الأداء بأن يكون ناقصاً، أو من حيث نوع الأداء بأن يكون ليس بنفس المواصفات المطلوبة بأن يكون الوفاء معيباً، وقد يكون الوفاء ناقصاً من حيث الزمن بأن كان متأخراً فهل يتساوى هنا عدم التنفيذ الكامل أو الناقص في كونها شرطاً للحكم بالفسخ أم أن الأمر يختلف؟ والمشرع المصري قد أجاز للقاضي أن يرفض الفسخ إذا كان عدم الوفاء قليل الأهمية كما عبرت عنه المادة ١٥٧/٢

الوفاء بالالتزامات مثل خيار النقد وهو الخيار في فسخ العقد عند عدم نقد الثمن، انظر: المبسوط للسرخسي، محمد أحمد، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٤هـ، ج١٣، ص ٥٠، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج٤، ص ٥٧١، كما جاء في قواعد ابن رجب في الفقه الحنبلي أن الإمام أحمد نص على جواز العمل به باعتباره من قبيل تعليق الفسخ على شرط، انظر القواعد لابن رجب، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(٦٢٧) انظر: د. محمد شكري سرور، المرجع السابق ص ٢٥٤، د. سمير كامل، المرجع السابق ص ٢٥٢.

مدني، وعدم الوفاء الكامل يتحقق في حالة الإخلال الجزئي بالالتزام وكذا التنفيذ المعيب وكذا التنفيذ المتأخر.

أولاً: الإخلال الجزئي بالالتزام

ففي حالة الإخلال الجزئي بالالتزام وهي تعد أهم حالات عدم التنفيذ حيث نجد أن عدم التنفيذ ينصب هنا على الوجود المادي للمحل، وقد تصيب المنفعة المرجوة من العقد كما في الحالات التي لا تكون المصلحة من التعاقد إلا بالتنفيذ الكامل للعقد، وصورة عدم التنفيذ الجزئي هو أن يقوم المشتري بأداء جزء من الثمن المبيع فقط أو امتنع عن أداء الجزء الباقي^(٦٢٨)، وفي حالة الإخلال الجزئي يكون هناك ثلاثة خيارات إما الحكم بالفسخ أو برفض الفسخ أو حل وسط وهو الفسخ الجزئي.

فأما الحكم بالفسخ في حالة الإخلال الجزئي فهذا هو الأصل إذ أن أي خلل يقوم به المدين يعد سبباً للفسخ، فالإخلال عمومًا يكون فيه ضرر سواء أكان كلياً أم جزئياً، إذ الغرض من التعاقد هو تنفيذ العقد كاملاً بكافة الالتزامات الناشئة عنه، ولا شك أن تنفيذ الجزء قد لا يحقق مصلحة الدائن، فهنا يحكم القاضي بالفسخ^(٦٢٩).

فإذا تحققت مصلحة الدائن في حالة عدم التنفيذ قليل الأهمية، حيث لا يخل هذا بفكرة التوازن والتقابل في الالتزامات ففي هذه الحالة سيحكم القاضي بالفسخ مع الحكم بالتعويض عن الجزء الذي لم ينفذ على أساس المسؤولية العقدية فمطالبة الدائن بالفسخ في هذه الحالة يعد تعسفاً في استعمال الحق؛ مادام أن مصلحته قد تحققت بتنفيذ الجزء الأكبر من الالتزام حيث والجزء الباقي لا يؤثر في الالتزام^(٦٣٠) ولكن ما هو معيار معرفة مدى أهمية الجزء الباقي الذي لم ينفذ؟

(٦٢٨) انظر: د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مرجع سابق ص ٤٧ د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٣٣، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٢٦١.

(٦٢٩) انظر: د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٠٤، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٣٩٥، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦٠٨، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق ص ٣٣٠، د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق ص ٩٦٠، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٣١، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤١٨.

(٦٣٠) انظر: د. علي حسن الذنون، المرجع السابق ص ٢٢٠، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ٤٧، د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق ص ٩٦٠، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق ص ٤٠٢، د. عبد المنعم البدرأوي ص ٤٩٤.

وللإجابة على هذا التساؤل نقول أن للقاضي هنا معيارين لمعرفة مدى أهمية عدم التنفيذ ومصلحة الدائن فيه من عدمه، فالأول معيار موضوعي والثاني معيار شخصي.

فأما المعيار الموضوعي: فهو يقضى بأن محل الالتزام هو الذي يمد القاضي بالعناصر الكافية لتقرير أهمية عدم التنفيذ، بحيث يستغني القاضي هنا عن البحث عن نية المتعاقدين، حيث يركز على الوجود المادي للمحل أو المنفعة المرجوة من العقد؟ ويتعلق هذا المعيار بكمية التنفيذ حيث على القاضي أن يعمل مقارنة بين مقدار عدم التنفيذ وبين جملة الالتزام حتى يتبين ما إذا كان يحكم بالفسخ أم لا، وهذا المعيار قد أخذ به القانون المصري في المادة ١٥٧/٢ حيث جاء فيها: "كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته" وتكمن أهمية هذا المعيار بسهولة معرفته وضبطه ووضوحه وهذا بعكس المعيار الشخصي الذي لا يمكن فيه معرفة نوايا الأشخاص^(٦٣١).

أما المعيار الثاني فهو المعيار الشخصي: والذي يعتد القاضي فيه بنية المتعاقدين لاسيما نية الدائن في العقد لمعرفة مدى أهمية الجزء المتبقي من الالتزام كي يحكم بالفسخ على أساسه، وهذا المعيار لم يأخذ به القانون المصري لصعوبة التوصل إلى معرفة نية المتعاقدين، ولكن يجب على القاضي ألا يستغني عن هذا المعيار نهائياً، فالمعيار الموضوعي لا يغني دائماً عن المعيار الشخصي، فإلى جانب اهتمام القاضي بمحل الالتزام يجب أن يهتم بنية المتعاقدين في هذا المحل فأهمية المحل تكون العبرة فيه بالأهمية التي أسبغها المتعاقدان على هذا المحل^(٦٣٢).

وقد أخذت محكمة النقض بالمعيار الموضوعي حيث جاء في بعض أحكامها: "لمحكمة الموضوع عملاً بنص المادة ١٥٧ من القانون المدني أن ترفض طلب الفسخ في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه إخلالاً جزيئاً إذا رأت أن ما يتم تنفيذه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته"^(٦٣٣).

ولم تكتف محكمة النقض بالمعيار الموضوعي وحده وأكدت بأهمية عدم التقيد بالأخذ بالمعيار الشخصي إلى جانب الموضوعي حيث جاء في بعض أحكامها: "إذا لم يتفق على شرط

(٦٣١) انظر: د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٥٣، د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مرجع سابق ص ٤٧، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ص ٣٦٥.

(٦٣٢) د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٩٩.

(٦٣٣) الطعن رقم ١٥٨ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٨٧/٦/٩م، د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق ص ٥٣٤.

فاسخ صريح وكان طلب الفسخ مقامًا على الشرط الفاسخ الضمني فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب في حالة الإخلال الجزئي إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن، بحيث لم يكن يستأهل في قصد التعاقد فسخ العقد، وسلطة المحكمة في استخلاص هذه النتيجة مطلقة ولا معقب عليها^(٦٣٤).

وأخيرًا فإن للقاضي هنا أن يختار حلاً وسطاً بين الحكم بالفسخ مطلقاً وبين رفض الفسخ مطلقاً، حيث يحكم هنا القاضي بالفسخ الجزئي في الجزء المتبقي الذي لم ينفذ بعد أن يكون قد منح المدين مهلة لتكملة التنفيذ في الجزء المتبقي، ويكون الفسخ الجزئي بأن ينقص القاضي من كم أداء الدائن بقدر ما نقص في أداء المدين بسبب عدم التنفيذ الجزئي وتبدو أهمية الفسخ الجزئي في كونه يقلل من صعوبات وأضرار الفسخ الكلي كما أنه يقلل أيضاً من أضرار الدائن في حالة رفض الفسخ مطلقاً^(٦٣٥)، ومما يؤيد جواز الفسخ الجزئي جوازه في حالة الهلاك الجزئي^(٦٣٦).

ويشترط لجواز الفسخ الجزئي أن يكون محل العقد مما يقبل التجزئة والانقسام ولذا لا يكون الفسخ الجزئي في العقود التي لا تقبل الانقسام، والعقود التي تقبل الانقسام قد تكون بحسب طبيعة العقد، مثل عقود البيع التي تنطوي على جملة أداءات متتابعة كما في عقود التوريد، وقد تكون قابلية العقود للانقسام حسب رغبة المتعاقدين في تجزئة العقد من عدمه، وقد تكون تلك الرغبة صريحة أو ضمنية تدل عليها القرائن وظروف الحال، فقد تعرف إرادة الأطراف بعدم انقسام العقد مثلاً بتحديد الثمن على أساس الكمية كلها، ففي هذه الحالة لا يقبل العقد الفسخ الجزئي^(٦٣٧).

(٦٣٤) الطعن رقم ١٢٤ لسنة ١٥ ق، جلسة ١٩٩٧/١٢/٤ م.

(٦٣٥) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٩٦٠، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٦٠، د. عب الحي حجازي، مدى خيار الدائن، مرجع سابق ص ٤٧.

(٦٣٦) انظر: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ٤٧، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٠٨، وجاء في نص المادة ٤٣٨ مدني مصري بشأن الفسخ الجزئي في حالة الهلاك الجزئي، "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب بفسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يرضى البيع مع إنقاص الثمن".

(٦٣٧) انظر: د. حسن على الذنون، المرجع السابق ص ١٠١، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق ص ٤٠٢، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٦٠، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٩٦١، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ٤٨، ٥٠.

ثانياً: الإخلال بالالتزامات الثانوية

والإخلال الجزئي قد يكون في الالتزامات الرئيسية أو الجوهرية وهي تلك الالتزامات التي يكون وجودها لازماً لوجود العقد أو هي التي تكون ضرورية لتكوين العقد، وتعتبر هذه الالتزامات الوسيلة الأساسية لتحقيق النتيجة النموذجية لعقد معين، مثل الالتزام بنقل الملكية في مقابل دفع الثمن في البيع، وتكون هذه الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين سبباً لارتباطها وتقابل بعضها البعض، ولا شك في أن الإخلال بهذه الالتزامات يؤدي إلى فسخ العقد إذ فكرة الترابط التي يقوم على أساسها الفسخ مبنية على تلك الالتزامات^(٦٣٨)، وهذا ما أكدته محكمة النقض -بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها- بقولها: "متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للعقد وبدونها ما كان يتم إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له في هذه الحالة إخلالاً فيه بأحد الالتزامات الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طلب الفسخ"^(٦٣٩)، كما قضت محكمة النقض -بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها- بأنه: "متى كان الشرط المانع من التصرف من الشروط الأساسية للعقد والتي بدونها ما كان يتم، إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر، له في هذه الحالة إخلالاً منه بأحد التزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طلب الفسخ"^(٦٤٠).

وقد يكون الإخلال الجزئي في الالتزامات الثانوية أو التبعية: وهي تأتي بالمعنى المقابل للالتزامات الرئيسية فهي كل التزام غير أصلي، ويقصد به تحقيق الغاية العملية التي يريدها المتعاقدان أو تقتضيها طبيعة العقد، مثل الالتزام بتسليم ملحقات المبيع ومصاريف العقد، وهذه الالتزامات التبعية لا يوجد ترابط بينها، بعكس الالتزامات الرئيسية؛ ولذا لا يجوز الفسخ في حالة الإخلال بها^(٦٤١)، وهذا ما أكدته محكمة القاهرة بقولها: "ينبغي في حالة الفسخ القضائي التفرقة بين ما إذا كان إخلال أحد الطرفين بالتزامه مرده إلى الامتناع عن الوفاء بالتزام أصلي والامتناع

(٦٣٨) انظر: د. على حسن الذنون، المرجع السابق ص ٢١٩، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص ٢٩، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٦، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٨٥، د. صالح ناصر العتيبي، دور الشروط الجوهرية والثانوية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠١م ص ٢٥٧، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٥٦٢.

(٦٣٩) الطعن رقم ٢٩٠٣ لسنة ٢٧ق، جلسة ١٦/١١/١٩٨٩م. د. صالح العتيبي، المرجع السابق ص ٢٥٦.
(٦٤٠) الطعن رقم ٣٣٦، جلسة ١٦/١١/١٩٨٩م، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة ٤٠، ج ٣، ص ١١٦.

(٦٤١) انظر: د. على حسن الذنون، المرجع السابق ص ٢٢٠، ٢٢٣، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٦٥، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ٥٢، صالح العتيبي، المرجع السابق ص ٢٠٧، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص ٣٢، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤٢٠.

عن الوفاء بالتزامه تبعي ومن المسلم به أن عدم تنفيذ الالتزامات التبعية لا يؤدي إلى فسخ العقد^(٦٤٢)، وقضت محكمة النقض- بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها- أيضاً برفض فسخ عقد بيع سيارة بسبب الإخلال بنقل رخصة السيارة بسبب أن هذا الالتزام غير جوهري^(٦٤٣).

وسبب عدم الفسخ هنا؛ أن الغالب في الالتزامات التبعية ألا تكون بالأهمية بالنسبة لجملة الالتزامات؛ ولذا لا تكون سبباً كافياً للفسخ، وهذا ما نص عليه القانون الزراعي صراحة^(٦٤٤).

أما إذا كان الالتزامات الثانوية بالأهمية بمكان فإنه يكون سبباً كافياً للفسخ، وأهمية الالتزام التبعية تكون إما من طبيعة العقد، كأن يكون هذا الالتزام الثانوي متصلاً اتصالاً وثيقاً بالتزام رئيسي مثل الالتزام بالضمان في عقد البيع متصل بالالتزام بالتسليم الذي هو جوهر البيع، فهنا يكون هذا الالتزام ذا أهمية ويؤدي الإخلال به إلى فسخ العقد، وقد ترجع أهمية الالتزام الثانوي إلى إرادة المتعاقدين كأن تتجه إرادة المتعاقدين إلى جعل مصاريف العقد والسمسرة جزءاً من الثمن. فهنا يكون الإخلال به إخلالاً بالتزام جوهري يوجب الفسخ^(٦٤٥).

ثالثاً: التنفيذ المعيب للالتزامات

أما في حالة التنفيذ المعيب وهو يصيب الأداء في نوعه وكيفيته إذ الأصل أن يكون الوفاء بالالتزام بنفس الصفات المتفق عليها، وفي حالة التنفيذ المعيب فهنا يتم تنفيذ الالتزام ولكن هذا التنفيذ لم يكن بنفس الجودة المطلوبة. كتسليم بضاعة من صنف ردي، ويعد التنفيذ المعيب صورة من صور الإخلال الجزئي، فترجع للقاعدة العامة في هل هذا الإخلال ذو أهمية بالنسبة للالتزام في جملته، وإن كان غير مهم فإن القاضي لا يحكم هنا بالفسخ ويحكم بالتعويض بإنقاص الثمن بسبب التنفيذ المعيب، وتكمن أهمية التنفيذ المعيب في كونه فاسداً

^(٦٤٢) جلسة ١٩٥٤/٦/٢٦م مجلة المحاماة السنة ٣٥ العدد السنة ١٩٥٤م.

^(٦٤٣) الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠٠٢ق. جلسة ١٩٥٢/٤/١٠م، د. أنور طلبية، المرجع السابق ص ٦٩٣، ٦٩٤.

^(٦٤٤) انظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٥٦٣، د. عبد الحميد الشوربي، المرجع السابق ص ٩٧، حيث نصت المادة ٣٥ من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٨٧ لسنة ١٩٥٢م والمعدلة بالقوانين ٤٠٥ لسنة ١٩٥٣م، ٥٥٤ لسنة ١٩٥٥، ٥٢ لسنة ١٩٦٦م، على أنه، "لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء الأقطان المؤجرة ولو عند انتهاء المدة المتفق عليها في العقد إلا إذا أخل المستأجر بالتزام جوهري، يقضي به القانون أو العقد....".

^(٦٤٥) انظر: صالح العتيبي، المرجع السابق ص ٢٥٨، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٦٦، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦٠٩، د. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق ص ٤٩٤.

يجعل الشيء غير صالح للغرض الذي أعد له أو لا يكون صالحًا للغرض الذي قصده المتعاقد^(٦٤٦)، وقد اعتبرت محكمة النقض بأن التنفيذ المعيب في حكم عدم التنفيذ الجزئي^(٦٤٧).

رابعاً: التنفيذ المتأخر

ومن صور عدم الوفاء قليل الأهمية، التنفيذ المتأخر، فهنا يكون عدم الوفاء مؤقتًا ويقصد به تأخير تنفيذ الالتزام عن مواعده المحدد، فالتنفيذ لا يزال ممكنًا والدائن مستعد للقيام به، وعدم الوفاء المؤقت يختلف عن عدم الوفاء النهائي، ففي الأخير يكون المدين ممتنعًا عن التنفيذ النهائي بعكس عدم الوفاء المؤقت فهو غير ممتنع نهائيًا عن التنفيذ وإنما هو متأخر في التنفيذ فقط، وعدم الوفاء المؤقت يختلف - أيضًا - عن عدم الوفاء الجزئي إذ أنه في الحالة الأولى قد يمكن التنفيذ إذا أُعطى المدين المهلة الكافية أما الحالة الثانية فإن التنفيذ يكون ناقصًا ويختلفان من حيث التعويض عنهما في الحالتين فالتعويض في حالة التأخير في التنفيذ يهدف إلى إصلاح الضرر الناشئ عن التأخير، بينما هو في حالة عدم الوفاء الجزئي يقوم مقام التنفيذ^(٦٤٨).

وعدم التنفيذ المؤقت للالتزام لا يوجب الحكم بالفسخ؛ لأن التأخير في التنفيذ أمر طبيعي ومحتمل، لا سيما أن القاضي في حالة طلب الفسخ يحق له منح المدين مهلة لتنفيذ التزامه كما أن الفسخ هنا يستوجب إعدار المدين أولاً، وهذا قد يمنح المدين مهلة للتنفيذ أيضًا، كما أن القاضي لا يحكم بالفسخ إذا كان الضرر الذي أصاب الدائن من جراء هذا التأخير بسيطاً؛ فكل ذلك يجعل عدم الوفاء المؤقت سبباً غير كاف للفسخ. ولكن إذا تسبب هذا التأخير في إلحاق ضرر جسيم بالدائن، مما فوت عليه المصلحة المرجوة من التعاقد كأن تكون مدة التأخير طويلة، أو اقترن الالتزام بأجل جوهري، أو يكون محل الالتزام خاضعاً لتقلبات الأسعار، وكذا إذا كان محل الالتزام التزاماً سلبياً مثل الالتزام بعدم فتح محل تجاري فإن عدم الوفاء بفتح محل تجاري لا يتصور فيه عدم التنفيذ المتأخر؛ لأنه بمجرد فتح المحل التجاري

(٦٤٦) انظر: د. علي حسن الذنون، المرجع السابق ص ١٠٠، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ١٠٠، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٥٦٢، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٣٩٥، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ٢٠٧.

(٦٤٧) نقض ١٩٨٩/٣/٦ م، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤١٩.

(٦٤٨) انظر: د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٢٦١، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٥٣.

يحصل عدم الوفاء ويكون نهائيًا، ففي كل الحالات السابقة يعد عدم التنفيذ المتأخر من الأهمية بمكان وبالتالي جاز أن يكون سببًا كافيًا للفسخ^(٦٤٩).

خامسا : صور الإخلال في الفسخ الاتفاقي

كان ما سبق من أحكام عدم الوفاء قليل الأهمية، وجواز رفض الفسخ هو في حالة الفسخ القضائي فما الحكم إذن في حالة الفسخ الاتفاقي؟ وهل يمكن للقاضي أن يرفض الفسخ الاتفاقي بسبب عدم أهمية الجزء المتبقي من التنفيذ؟ أم أن للفسخ الاتفاقي هنا حالة خاصة يختلف فيها عن الفسخ القضائي؟.

للإجابة على هذا التساؤل نشير أولا إلى أن القانون قد سلب القاضي سلطته التقديرية في حالة الفسخ الاتفاقي، فإذا تأكد من وجود الفسخ الاتفاقي ووقوعه فإنه يحكم مطلقًا بالفسخ دون أن تكون له سلطة تقديرية في الفسخ. ولكن هذه الحالة السابقة تصدق في حالة حصول عدم التنفيذ الكامل من حيث الكم والكيف والوقت، أما في حالة عدم الوفاء غير الكامل والذي يصب الأداء كمًا وكيفًا ووقتًا. فإن الأمر هنا يختلف من حالة عدم التنفيذ الجزئي عن حالة التنفيذ المتأخر، ففي حالة التنفيذ المتأخر يختلف الوضع في الفسخ الاتفاقي عنه في الفسخ القضائي فإن القاضي هنا لا يستطيع منح مهلة للتأخير كما أن الفسخ يحصل بمجرد طلب الدائن للفسخ ففي هذه الحالة لا يستطيع القاضي أن ينظر إلى مدى أهمية التأخير من عدمه^(٦٥٠).

أما في حالة عدم الوفاء الجزئي بصوره المختلفة من عدم الوفاء بالالتزام الثانوي ومن الوفاء المعيب فإن الأمر هنا لا يخلو من فرضين، إما أن يتوقع المتعاقدان جميع صور عدم التنفيذ ومنها عدم التنفيذ الجزئي، فينصان صراحة في الاتفاق على فسخ العقد عند حدوث هذا النوع من عدم الوفاء بالالتزامات، وإما عدم توقعهم عدم التنفيذ الجزئي فلا يذكرون عدم الوفاء الجزئي صراحة في الاتفاق بل يكون الاتفاق عامًا بفسخ العقد في حالة حدوث عدم التنفيذ فحسب.

(٦٤٩) انظر: د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٦١، ٢٦٤، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ٥٣-٥٦، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٥٦١، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٢٧٣، ٢٧٤، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦١٠، د. عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق ص ٤٩٤، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص ٣١.

(٦٥٠) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ٨٤.

أما الفرض الأول: فيفترض فيه الاتفاق على حصول الفسخ في حالة عدم الوفاء الجزئي فإنه لا شك هنا أن هذا الاتفاق أقوى وأكثر صراحة في سلب سلطة القاضي التقديرية في حالة عدم التنفيذ الجزئي قليل الأهمية^(٦٥١).

وهذا ما أكدته محكمة النقض- بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها- بمفهوم المخالفة حيث جاء في حكمها: "إذا لم يعقد على شرط فاسخ صريح وكان طلب الفسخ مقامًا على الشرط الفاسخ الضمني، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب في حالة الإخلال الجزئي إذا ما بان له أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل في قصد المتعاقدين فسخ العقد..."^(٦٥٢) فيفهم من الحكم السابق أنه في حالة الشرط الفاسخ الصريح لا يكون للقاضي هنا سلطة تقديرية في حالة الإخلال الجزئي قليل الأهمية.

أما الفرض الثاني: فيفترض فيه عدم الاتفاق المسبق على فسخ العقد في حالة عدم الوفاء قليل الأهمية، حيث يكون هنا المتعاقدان ذكرا في الاتفاق فسخ العقد في حالة عدم التنفيذ المطلق ولم يشير فيه إلى عدم التنفيذ الجزئي قليل الأهمية، ففي هذه الحالة تكون للقاضي سلطة تقديرية في حالة عدم التنفيذ الجزئي قليل الأهمية كما هو في الفسخ القضائي ويدخل في هذه الحالة إذا كان الاتفاق غير صريح على فسخ العقد في حالة عدم التنفيذ الجزئي قليل الأهمية ويجب على القاضي هنا التأكد أيضًا من الاتفاق على ذلك ومدى اتجاه قصد المتعاقدين على ذلك، وعلى القاضي هنا أيضًا التضييق في تفسير ذلك؛ وذلك لأن سلطة القاضي تعد ضمانًا للمدين من تعسف الدائن في طلب فسخ العقد رغم أن عدم التنفيذ قليل الأهمية^(٦٥٣).

ويدخل في صور عدم الوفاء قليل الأهمية صورة عدم الوفاء بسبب استحالة التنفيذ المقرون بخطأ المدين فتسري عليه الأحكام السابقة في حالة استحالة التنفيذ الجزئي وكذا استحالة التنفيذ في الالتزامات التبعية ومثله أيضًا استحالة التنفيذ المؤقت^(٦٥٤).

(٦٥١) صالح العتيبي، المرجع السابق ص ٢٥٩، ٢٦٠.

(٦٥٢) الطعن رقم ١٢٤ لسنة ١٥ق، جلسة ١٩٤٧/١٢/٤م، معوض عبد التواب، المرجع السابق ص ٢٢٢.

(٦٥٣) انظر: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ٧٦، ٧٧، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص ٨٣.

(٦٥٤) انظر: د. طلبة خطاب، المرجع السابق ص ٥٤٣، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٦٠٩، ٦١٠.

وفي مجال الفسخ في إطار المجموعة العقدية، تطبق الأحكام السابقة لصور عم الوفاء إلا، أنه يرجع في معرفة معيار أهمية عدم الوفاء ومدى الرضا بالفسخ الجزئي ومعيار العيب الذي يوجب الفسخ ونوع الالتزام هل جوهري أم ثانوي أو أصلي أم تبعي، ومدة التأخير الموجب للفسخ، إلى ضوابط المجموعة العقدية المتمثلة في التقيد بمدى التزامات المدين وحقوق الدائن كما سبق^(٦٥٥).

سادسا : صور الإخلال بالالتزام في القانون اليمني

أما القانون اليمني: فقد جاء في نص المادة ٢٢١ مدني يمني على أنه: "... كما يجوز له [أي القاضي] أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يف به الملتزم قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته" وجاء أيضاً في المذكرة الإيضاحية السابقة للمادة السابقة: "وللقاضي أن يرفض الفسخ إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء كبير منه وما تبقى أصبح قليل الأهمية بالنسبة للالتزام ككل"^(٦٥٦)، فمن النصوص السابقة نجد أن المشرع اليمني قد عالج مشكلة عدم الوفاء قليل الأهمية بأن جعل للقاضي هنا سلطة تقديرية في تقدير أهمية الجزء الذي لم ينفذ^(٦٥٧)، وجعل معيار معرفة عدم الأهمية هو معيار موضوعي حيث قدر هنا بأن الباقي يكون هو الجزء القليل ثم يقاس هذا على الجزء الذي تم تنفيذه، ومع هذا فإن المشرع قد أخذ بالمعيار الشخصي وهو غرض المتعاقدين ففي خيار العيب وهو خيار قانوني؛ فقد جاء تعريفه في القانون اليمني بأنه ما وجب لظهور شيء في المعقود عليه ينقص القيمة أو يفوت غرض المتعاقد، فجعل هنا معيار العيب هو فوات غرض المتعاقد مما يدل على اعتبار المعيار الشخصي إلى جانب المعيار الموضوعي^(٦٥٨).

ومن صور عدم الوفاء قليل الأهمية عدم الوفاء الجزئي أو الوفاء المعيب، أو التأخير في الوفاء. وقد عالج القانون اليمني بعض تلك الصور ففي حالة عدم الوفاء الجزئي فالأصل هنا يكون الفسخ باعتبار أنه يصدق عليه عدم الوفاء، وعدم الوفاء يكون سبباً للفسخ^(٦٥٩) ولكن إذا

(٦٥٥) راجع ما سبق في ضوابط المجموعة العقدية.

(٦٥٦) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، مرجع سابق، المادة ٢١٧ من القانون السابق، ص ١٩١.

(٦٥٧) انظر: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٢٨٢، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق

ص ٣٢٥، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٤١٥.

(٦٥٨) انظر المادة ٢٤٢ من القانون المدني اليمني، المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة، مرجع سابق ص ١٩٦،

حسن العنسي، المرجع السابق ص ١٢٨.

(٦٥٩) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ١٤٣.

كان الجزء المتبقي لم ينفذ قليل الأهمية بأن كان مما يتسامح به الناس بحيث لو طرأ على العقد ما كان لهذا المتعاقد أن يقدم على التعاقد، ففي هذه الحالة للقاضي أن يرفض الفسخ وقد يجوز أن يقوم القاضي بالفسخ الجزئي على أساس أنه حل وسط يحمي من آثار الفسخ الكلي، و جواز الفسخ الجزئي يرجع إلى اعتبار جواز الفسخ في حالة الهلاك الجزئي^(٦٦٠)، علماً بأن الفسخ الجزئي هنا مشروط بقابلية محل العقد للانقسام من حيث طبيعة العقد وإرادة المتعاقدين^(٦٦١).

وقد أجاز القضاء اليمني الفسخ في حالة الإخلال الجزئي باعتباره ذا أهمية حيث حكم بفسخ عقد بيع معدات طبية بسبب عدم تسليم البائع لباقي المعدات حيث إنه لم يستلم سوى ثلاثة أجهزة بينما الأجهزة المتعاقد عليها أكثر من ذلك بكثير مما يدل على أن المتبقي ذو أهمية كبيرة^(٦٦٢).

وعالج القانون اليمني حالة التنفيذ المعيب بخيار العيب حيث قرر أن هذا الخيار قد تقرر على وجود عيب في المتعاقد عليه يسمى أيضاً بخيار النقيصة؛ لأن العيب ينقص من قيمة المتعاقد عليه، وقررت أيضاً أن هذا العيب لا يعد سبباً للفسخ إلا إذا كان ذا أهمية وهذه الأهمية تتمثل في تفويت غرض التعاقد من المعقود عليه أو ينقص من قيمته^(٦٦٣).

وتصدق حالة عدم الوفاء قليل الأهمية في صورة الفسخ بسبب الاستحالة المقرونة بخطأ المدين سوء كانت تلك الاستحالة مادية (تلف المعقود عليه) أو كانت الاستحالة معنوية (استحقاق المعقود عليه)^(٦٦٤).

^(٦٦٠) انظر المادة ٥٣٥ من القانون المدني اليمني، المذكرة الإيضاحية، مرجع سابق ص ٤٨٦ حسن العنسي، المرجع السابق ص ١٣١.

^(٦٦١) انظر المادة ٢٩٨ من القانون المدني، المذكرة الإيضاحية، مرجع سابق ص ٢٠٨.

^(٦٦٢) المحكمة التجارية صنعاء، القضية رقم ١٣٦ لسنة ٤٢٢ هـ حكم غير منشور.

^(٦٦٣) انظر المواد ٢٤٢، ٢٤٠ من القانون المدني اليمني، المذكرة الإيضاحية، مرجع سابق ص ١٩٦، ١٩٧.

^(٦٦٤) انظر المواد ٥٣٥، ٥٤٣ من القانون المدني اليمني، المذكرة الإيضاحية مرجع سابق ص ٤٨٦، ٤٨٨، حسن العنسي، المرجع السابق ص ١٣١، ١٣٢، والأحكام السابقة في القانون اليمني مستمدة من الفقه الإسلامي المستمد من الشريعة الإسلامية حيث عرف الفقه الإسلامي حالة عدم الوفاء قليل الأهمية، ولم تجز الفسخ بسببه ففي خيار العيب مثلاً وهو حق فسخ العقد بسبب عيب في المعقود عليه نجد الفقهاء يقررون أن الفسخ لا يكون إلا في العيب الجوهرى، و معيار معرفته بكونه يوجب نقصاً في الثمن أو يقلل من قيمته، ويعرف عندهم بشرط التأثير وقد يكون معيار العيب شخصياً بالنظر إلى غرض التعاقد، انظر: عبد الله محمد السرحي، تيسير المرام، مرجع سابق ص ٥٨، حاشية الشرقاوي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي،

سابعا : المقارنة بين القانونين المصري واليمني

وبالمقارنة بين القانونين المصري واليمني في أحكام عدم الوفاء قليل الأهمية نجد اتفاق كل من القانونين في أن عدم الوفاء عموماً لا يكون سبباً كافياً للفسخ حيث لا بد من أن يكون عدم الوفاء ذا أهمية، فعدم الوفاء قليل الأهمية لا يصح أن يكون الفسخ جزاءً له، وهذا الأمر متروك للقاضي في تقديره، وتكون معرفة عدم الأهمية وتقديرها بمعيار موضوعي وهي حسب طبيعة محل الالتزام، ولا بد أن يتعين إلى ذلك بمعيار شخصي وهو غرض المتعاقد من العقد، ويشمل عدم الوفاء قليل الأهمية في حالة الوفاء الجزئي أو الوفاء المعيب أو التأخير في الوفاء ويمكن أن يأخذ القاضي بحل وسط وهو الفسخ الجزئي مع مراعاة جواز انقسام محل العقد بحسب الطبيعة وإرادة الأشخاص وهذه الأحكام يتشابه فيها في حالة عدم الوفاء بسبب استحالاته المقرنة بخطأ المدين، وأيضاً يتشابه فيها الفسخ القضائي مع الاتفاقية، إلا إذا نص المتعاقدان في الاتفاق على فسخ العقد ولو في حالة عدم الوفاء قليل الأهمية.

١٣٦٠هـ - ١٩٤١م ، ج٢ ، ص٤٣ ، المحلى لابن حزم، مرجع سابق، ج٩، ص٤٤، مسألة ١٥٥٦، شرح كتاب النيل لأطفيش، مرجع سابق، ج٨، ص٣٩٦، كما أنهم أجازوا الفسخ الجزئي فيما يعرف بخيار تفرق الصفقة ومعناه خيار تجزأ العقد حيث أجازوا في حالة التنفيذ الجزئي - إذا كان الوفاء بالالتزام ناقصاً - جاز للدائن هنا إما طلب الفسخ أو الفسخ الجزئي إلا أنه يشترط أن يكون المحل مما يجوز فيه التجزئة وهي التي ليس في تبعضها ضرر بأن تكون مكيلات أو موزونات أو معدودات متقاربة، انظر: البدائع للكاساني، مرجع سابق، ج٥، ص١٧٨، المجموع شرح المذهب للنووي، مطبعة التضامن، مصر، ١٣٤٨هـ - ج٩، ص٣٨٦، المغنى لابن قدامة، مرجع سابق، ج٤، ص٣٣١، شرح الأزهري لابن مفتاح، مرجع سابق، ج٣، ص١٣٦.

المطلب الثاني

شروط المدين في الفسخ

والمدين هنا هو الذي يكون على عاتقه تنفيذ الالتزامات العقدية ويشترط في فسخ العقد نسبة عدم الوفاء إلى المدين بالتزامه حسب ما نصت عليه المادة (١/١٥٧) مدني مصري، ثم إنه يشترط استمرار الإخلال إلى حين صدور الحكم النهائي كما يشترط أيضاً لإيقاع الفسخ هو إعدار المدين بالتنفيذ أولاً. وستتناول أحكام كل ذلك في كافة صور الفسخ القضائي والاتفاقي في مقارنة بين القانونين المصري واليمني، وسنقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية.

الفرع الأول: نسبة عدم الوفاء بالالتزام إلى المدين.

الفرع الثاني: استمرار عدم الوفاء إلى وقوع الفسخ.

الفرع الثالث: إعدار المدين.

الفرع الرابع: موقف القانون اليمني.

الفرع الأول

نسبة عدم الوفاء بالالتزام إلى المدين

نصت المادة ١/١٥٧ مدني مصري على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه..." فمن خلال النص السابق نجد أنه يشترط لفسخ العقد هو أن لا يوفي المدين بالتزامه وهذا الشرط يحتوي على جزئين الأول هو وقوع عدم الوفاء بالالتزامات والثاني نسبة عدم الوفاء السابق إلى المدين، وقد تكلمنا عن وقوع عدم الوفاء بالالتزام وشروطه ، وهنا سنتكلم عن نسبة عدم الوفاء بالالتزامات إلى المدين.

ومعنى نسبة عدم الوفاء بالالتزامات إلى المدين أي ألا ينسب عدم الوفاء إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإذا استطاع المدين إثبات حدوث عدم الوفاء بسبب أجنبي لا يد له

فيه فإن مسؤوليته هنا تنقضي^(٦٦٥)، إلا إذا اعذر الدائن المدين في تنفيذ التزامه، ثم تقاعس المدين حتى وقع السبب الأجنبي فإن المدين يكون هو المتسبب في عدم التنفيذ^(٦٦٦).

والسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة لا يمكن توقعها ويستحيل على المدين دفعها، فإذا أثبت عدم الوفاء بسبب القوة القاهرة فإن العقد يفسخ وتنقضي الالتزامات العقدية ومنها التزام المدين، وبهذا لا يكون المدين مسئولاً عن هذا الالتزام^(٦٦٧).

ومن صور عدم نسبة الإخلال بالالتزام إلى المدين أن يقوم الدائن طالب الفسخ بالتسبب بفعله في عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فعلم تنفيذ المدين لالتزامه هنا هو بسبب فعل الدائن ذاته، وفي هذه الحالة لا يكون المدين مسئولاً عن عدم الوفاء، وبالتالي لا يحق للدائن أن يطالبه بالتنفيذ فضلاً عن الفسخ، ومن صور فعل الدائن المسبب لعدم الوفاء تسبب الدائن في إتلاف وإهلاك الشيء موضوع التعاقد، أو يقوم بتزويد المدين ببيانات غير صحيحة توقع المدين في الخطأ في التنفيذ، أو يتقاعس الدائن عن دوره في تنفيذ الالتزام الذي يقتضي تنفيذه التعاون بين الدائن والمدين في إتمام هذا التنفيذ، كالقيام بإجراءات نقل ملكية الشيء المبيع، أو يقوم الدائن برفض الوفاء الصحيح المعروف من المدين، ففي تلك الحالات يعد الدائن هو المتسبب في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه^(٦٦٨)، ويكون أيضاً من قبيل خطأ الدائن إذا اشترك مع المدين في عدم الوفاء وكان فعله يستغرق فعل المدين بأن يفوق فعل المدين جسامة وذلك بتعمده أو برضاه بالفعل، أو أن يكون فعله منتجاً لعدم الوفاء^(٦٦٩).

أما إذا كان فعل الدائن مستقلاً عن فعل المدين فإنه في هذه الحالة يكون كل من الدائن والمدين مسئولاً عن عدم الوفاء، و يكون المدين مسئولاً عن عدم الوفاء بجزء منه، ونرجع في

(٦٦٥) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق ص ١٧١، د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٦٤٥، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق ص ٩٩، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٣٣٠، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ص ٢٩٥، د. سمير تناغو، المرجع السابق ص ١٧٢، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٤٠١.

(٦٦٦) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٦٠٦.

(٦٦٧) انظر: د. عيد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص ٣٧٧، د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق ص ١٧٥، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٦١١.

(٦٦٨) انظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام ص ١٥٤، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ٢٤٩، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٤٥٥.

(٦٦٩) انظر: د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ٢٤٩، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٤٥٥.

هذه الحالة إلى أحكام عدم الوفاء الجزئي، ومدى أهميته أو الفسخ الجزئي كما سبق ويتحمل الدائن تبعة الجزء المتبقي من عدم الوفاء^(٦٧٠).

ومن صور السبب الأجنبي المتسبب في عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام هو فعل الغير فقد يقوم الغير - أي غير القوة القاهرة وغير الدائن - بالتسبب في عدم التنفيذ، فهنا يكون هذا الغير هو المسئول عن عدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للدائن هنا المطالبة بالفسخ ويكون عليه الرجوع على هذا الغير في عدم التنفيذ، إلا إذا اشترك المدين مع الغير وكان سبب كل واحد مستقلا عن الآخر فإنه في هذه الحالة يكون المدين مسئولاً بقدر فعله^(٦٧١).

وجاء في قضاء محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - أن عدم التنفيذ إذا كان بسبب استحالة التنفيذ فإن العقد هنا يفسخ ووضحت أن المقصود باستحالة التنفيذ هو طرؤه حالة القاهرة أو حادث جبري لا قبل للملتزم به^(٦٧٢).

ويشترط في نسبة عدم الوفاء للمدين حتى يكون سبباً للفسخ أن يكون عدم وفاء المدين بسوء نية، فعدم الوفاء حتى يكون خطأ يوجب جزاء الفسخ لا بد فيه أن يكون عدم الوفاء ذلك بسوء نية فحسن نية المدين في عدم وفائه بالتزامه ينافي الخطأ؛ وحسن النية مبدأ عام في جميع المسيرة العقدية لا سيما في تنفيذه، حيث يتم تنفيذ العقد، طبقاً لما اشتمل عليه وبما يوافق حسن النية، فلا يكفي تنفيذ العقد أن يكون حسب ما اشتمل عليه العقد بل يجب أيضاً أن يكون ذلك حسب ما يقتضيه مبدأ حسن النية، وحسن النية هنا هو الذي يفرق بين الخطأ في المسؤولية العقدية كسبب لتوفر المسؤولية العقدية، وبين الخطأ كسبب للفسخ فإن القاضي لا يحكم هنا بالفسخ إلا إذا اقترن الخطأ بسوء النية بأن كان عدم وفاء المدين عمداً أو عن إهمال فالمدين الذي يخطئ في تنفيذ مضمون التزامه ويتأخر في تنفيذه لا يعتبر مخطئاً طبقاً لقواعد الفسخ، وإن كان مخطئاً في قواعد المسؤولية العقدية، والأصل هنا هو حسن النية ولذا يلزم على الدائن إثبات سوء النية، والمقصود بحسن النية هنا هو حسن النية الموضوعي الذي يقتضيه شرف التعامل والثقة المتبادلة. وليس حسن النية الشخصي الراجع إلى الحالة النفسية والشخصية للمدين؛

(٦٧٠) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٦٠.

(٦٧١) انظر: د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ١٥٦، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ٢٥٢، د.

نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٤٥٧.

(٦٧٢) الطعن رقم ٩٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/٣/٧، معوض عبد التواب، المرجع السابق ص ٥٣٠.

وذلك لصعوبة الاستدلال على ذلك ومعرفة حسن النية وسوئها من مسائل الواقع التي لا رقابة فيها على محكمة النقض^(٦٧٣).

الفرع الثاني

استمرار عدم وفاء المدين إلى وقوع الفسخ

أولاً: في الفسخ القضائي

ويشترط كي يحكم القاضي بالفسخ ألا يقوم المدين بتوقي الفسخ بالتنفيذ المتأخر وهو ما يعرف بخيار المدين، والتنفيذ المتأخر يجب أن يكون حقيقياً عينياً وأن يكون قبل صدور الحكم النهائي فيصح القيام به ولو كان أمام درجة ثانية كما يشترط ألا يكون فيه ضرر كبير بالدائن، فإن كان الضرر بسيطاً فإنه يصح أن يقوم المدين بالتنفيذ المتأخر مع الحكم بالتعويض - على أساس المسؤولية العقدية - للدائن جراء هذا التأخير في التنفيذ، فخير المدين في حالة الفسخ لا تعني مطالبته بالفسخ ولكن تعني أن له خيار توقيه بالتنفيذ العيني السابق، ويحق له التنفيذ إلى صدور الحكم النهائي، بل يحق له أيضاً التنفيذ المتأخر حتى لو بعد انقضاء المهلة القضائية التي منحها القاضي كي يحكم بعدها بالفسخ^(٦٧٤) فالتنفيذ المتأخر قيد على حرية كل من الدائن في طلب الفسخ، والقاضي في الحكم به.

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - بقولها: "من المقرر أنه يتعين لطلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي وله أن يتوقى صدور الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره...^(٦٧٥)" وجاء أيضاً: "يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي...^(٦٧٦)"، كما جاء أيضاً أن "الشرط الفاسخ الصريح. خلو العقد منه وثبوت وفاء الطاعن بباقي الثمن أمام محكمة الاستئناف بعرضه على وكيل المطعون ضده بالجلسة وقبوله العرض

(٦٧٣) انظر: د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن، مرجع سابق ص ٨٧، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص ١٢٩، د. سيف البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٦٩، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٤٠٧، د. السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، بدون دار نشر ولا تاريخ، ص ٨٠٩.

(٦٧٤) انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٣٣٢، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٩٦٧، د. جميل الشرفاوي، المرجع السابق ص ٣٩٨، د. سمير تناعو المرجع السابق ص ١٧٤، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق ص ٤٠٣، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤٢٦.

(٦٧٥) الطعن رقم ٣٩٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٢/٢٧/١٩٧٨م، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ٤٠٢.

(٦٧٦) الطعن رقم ٦٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٢/٣/١٩٧٠م، المرجع السابق ص ٣٢.

واستلام المبلغ. أثره امتناع إجابة طلب الفسخ. إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بالفسخ على أساس الشرط الفاسخ الضمني وعلى أن الفسخ وقع وفقاً للعقد من تاريخ التخلف عن السداد وأن الحكم ليس منشأً للفسخ بل مقررًا له. خطأ^(٦٧٧).

ثانياً: في الفسخ الاتفاقي

كان ما سبق في الفسخ القضائي أما الفسخ الاتفاقي فإن الحال يختلف عنه في الفسخ القضائي فمن ناحية تصور محل التنفيذ المتأخر فبينما هو مستمر إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الفسخ القضائي إلا أنه في الفسخ الاتفاقي لا يتصور إلا قبل طلب الدائن للفسخ؛ لأن الفسخ يقع بمجرد طلب الدائن فلا محل هنا للتنفيذ المتأخر^(٦٧٨) مثله مثل التنفيذ المتأخر أي قبل طلب الدائن بعد صدور الحكم النهائي في الفسخ القضائي. إلا أنه ومع تصور التنفيذ المتأخر في هذه الحالة إذا كان برضا الدائن، فهل يجوز للمدين التنفيذ المتأخر هنا باعتباره قيد على حرية الدائن كما هو في الفسخ القضائي - والمقصود بالتأخير هنا هو في الأجل الذي حدده المتعاقدان - وهنا فرق بعض الفقه بين حالتين الحالة الأولى عندما لا يكون الأجل جوهرياً ويقصد بالأجل غير الجوهري هنا هو عدم نية الدائن في الحصول على الأداء في اليوم المحدد له، ففي هذه الحالة يجوز التنفيذ المتأخر للمدين ويكون هنا قيد على حرية الدائن في طلب الفسخ، أما إذا كان الأجل - بين الدائن والمدين - جوهرياً بمعنى قصد المتعاقدين تقييد بقاء العقد بهذه المدة، فإنه في هذه الحالة لا يمكن التنفيذ المتأخر للمدين ويسقط حقه في ذلك ولا يكون قيداً على حرية الدائن في طلب الفسخ^(٦٧٩).

الفرع الثالث

إعذار المدين

(٦٧٧) الطعن رقم ٧٩٥ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٩م، محكمة النقض المكتب الفني، أكتوبر ١٩٩٩ - سبتمبر ٢٠٠٠م.

(٦٧٨) وهو ما أكدته محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - في أحكامها حيث نصت على أن يكون خيار المدين في الشرط الفاسخ الضمني وصريحه بأنه يكون في غير الشرط الفاسخ الصريح، انظر حكم محكمة النقض الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٧/٦/١٧م، د. عدلي أمير خالد، المرجع السابق ص ٣٨، كما نصت أيضاً على أن "عرض باقي الثمن بعد تحقق الشرط الفاسخ الصريح، ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه"، الطعن رقم ٢٢٥٩ - ٥٩ ق، جلسة ١٩٩٤/٥/١١م، انظر: أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، السنة ٤٥، ج ٢، من يونيو - ديسمبر ١٩٩٤م.

(٦٧٩) انظر: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٣٢، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٣٢٤.

نصت المادة ١٥٧/١ مدني مصري على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب تنفيذ العقد أو بفسخه.."، وجاء أيضاً في نص المادة ١٥٨ منه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه" وجاء في المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة "...ويقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للتقاضي على أن حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يسقط عنه ضمانه أخرى تتمثل في ضرورة الإعذار ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً^(٦٨٠)".

فمن خلال النصوص السابقة نجد أنه يشترط لإيقاع الفسخ بصورتيه القضائي والاتفاقي إذا أراد أن يتخلص من التزامه دون أن يكون عليه أن ينتظر صدور الحكم بالفسخ ودون أن يكون إخلاله خطأ من جانبه يمنع الفسخ، فإنه في هذه الحالة يرسل إلى المدين ينذره بالتنفيذ في مدة معقولة، إذا انقضت دون تنفيذ يكون للدائن أن يعتبر نفسه متحلاً من التزامه، وتكمن أهميته أيضاً في إظهار الدائن لحسن النية في تنفيذ التزامه، والإعذار يدفع القاضي إلى الاعتقاد بأن المدين شخص مماثل ومن ثم قد يقضي بالفسخ دون حاجة إلى الحكم بالمهلة القضائية، كما أن الإعذار يجعل المدين في موضع المقصر مما يؤكد خطأ المدين وعدم حسن نيته في تنفيذ التزامه، و الإعذار - أيضاً - يمثل ضماناً قانونية للمدين حيث لا يفاجئ بدعوى الفسخ بدون أن يكون له علم مسبق بها؛ لأن الإعذار يجعل المدين مستعداً لهذه الدعوى^(٦٨١).

ولا يكون الإعذار صحيحاً إلا إذا كان الالتزام قائماً مستحق الأداء فإذا كان محل الأداء معلماً على أجل واقف فإنه لا يصح الإعذار قبل حلول ذلك الأجل وإلا كان الإعذار باطلاً ويجب إعادته بعد حلول الأجل^(٦٨٢).

ولا يشترط في الإعذار أن يكون بأسلوب معين أو بصيغة معينة، بل يجب أن يكون باللغة

(٦٨٠) القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ج٢، ص ٥٢٠.

(٦٨١) انظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٦٦، وجاء في أحكام محكمة النقض أن، "الإعذار هو وضع المدين المتأخر وضع المقصر في تنفيذ التزامه"، جلسة ١٢/١١/١٩٦٤م، السنة ١٥، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٣١٣.

(٦٨٢) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦٠٧، د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق ص ١٧١، د. سمير تناعو، المرجع السابق ص ١٧٣، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ٣٦٦، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٣٣١، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٩٦٣، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ٦٢٠.

العربية وأن يكون مترجماً إلى لغة المدين إذا كان غير عربي، وغالباً ما يكون الإعذار في صورة إنذار من قلم المحضرين يتضمن خلاصة الوقائع، ومضمون العقد، والالتزامات المتبادلة بين الطرفين، وحلول التزام المدين، ودعوى الدائن له في أن يبادر إلى تنفيذ التزامه وإلا اضطر إلى اللجوء إلى القضاء لفسخ العقد، بعد مضي مدة معينة من تاريخ إعلان الإنذار يحددها الدائن هنا بلا تعسف^(٦٨٣).

ومع أن الإعذار شرط ضروري للمدين إلا أن الدائن يعفى من الإعذار إذا بادر برفع دعوى الفسخ، فلا محل للإعذار هنا؛ لأن صحيفة الدعوى ذاتها بما تتضمنه من وقائع وأسانيد واقعية وقانونية لتبرير طلب الفسخ تقوم مقام الإعذار للمدين، ولذا لا يكون في حالة الفسخ الاتفاقية طلب الدائن هنا بالفسخ وقوعاً للفسخ كما هو معروف إلا إذا أعذر المدين سلفاً، كما أن الدائن يعفى من الإعذار إذا لم يكن له فائدة، وذلك إذا استحال تنفيذ الالتزام بفعل المدين؛ لأنه لا جدوى من الإعذار فالغرض من الإعذار هو التنفيذ، والتنفيذ هنا مستحيل وقوعه، ومثله أيضاً إذا قام المدين بالإعلان كتابة بامتناعه عن التنفيذ، فلا جدوى هنا أيضاً من الإعذار^(٦٨٤) وأخيراً فإن الدائن يعفى من الإعذار، إذا تم الاتفاق على الإعفاء منه صراحة في العقد وهذا يكون في أقوى صور الفسخ الاتفاقية^(٦٨٥)، كما قضت محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - على أن: "الإعفاء من الإعذار في الفسخ الاتفاقية وجوب الاتفاق عليه صراحة م ١٥٨ مدني مؤداه. تضمن العقد شرطاً باعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم قضائي لا يعفي الدائن من الإعذار قبل رفع دعوى الفسخ، عدم وجوب تعارض بين إعذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بالفسخ. اعتبار الإعذار شرط لرفع الدعوى لوضع المدين في وضع المتأخر في تنفيذ التزامه لا يغير من ذلك، اعتبار مجرد رفع الدعوى بالفسخ إعذاراً،

(٦٨٣) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق ص ١٩٢، د. سمير كامل، المرجع السابق ص ٤٥، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق ص ٤٠.

(٦٨٤) انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ٣٠٦، د. سمير كامل، المرجع السابق ص ٤٥، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق ص ٤١، د. محمد شتا أبو السعود، بحث في الإعذار، مجلة القانون والاقتصاد - كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد ٥٧ لسنة ١٩٨٧، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ١٩٩٠م ص ٢٦٥، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(٦٨٥) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ٦٣٣، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٦١٩، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ٩٩١، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٣٣٧، د. سمير تناعو، المرجع السابق ص ١٧٧، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق ص ٤٠٦، د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

وجوب اشتمال صحيفتها على تكليف المدين بالوفاء" (٦٨٦).

الفرع الرابع

شروط المدين المخل بالتزامه في القانون اليمني

أما القانون اليمني فقد نصت المادة ٢٢١ منه على أنه في "عقود المعاوضات للعاقدين إذا لم يف أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه".

نلاحظ من النص السابق أن المشرع اليمني قد أجاز الفسخ إذا لم يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (٦٨٧) وهنا يلزم أن ينسب عدم الوفاء بالالتزامات إلى المدين، أما إذا نسب إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه فإن المدين هنا لا يتحمل مسؤولية ذلك، والسبب الأجنبي قد تكون القوة القاهرة أو يكون خطأ الدائن ذاته إذا تسبب هو في عدم وفاء المدين بالتزامه، أو يتسبب خطأ الغير في عدم وفاء المدين بالتزامه (٦٨٨).

كما أنه يشترط للحكم بالفسخ أن يستمر عدم وفاء المدين إلى صدور الحكم النهائي فإنه للمدين في هذا الخيار توقي الفسخ بقيامه بتنفيذ التزامه عيناً أو عرض الوفاء عرضاً حقيقياً (٦٨٩).

كما أن عدم وفاء المدين بالتزامه يتحقق بقيام الدائن بإعذار المدين بالوفاء بالتزامه ويتم ذلك بإنذار المدين بالوفاء بالالتزامات أو ما يقوم مقام الإنذار وهي كل ورقة رسمية تتضمن المطالبة بالوفاء، كما أن الدائن يعفى من الإعذار إذا استحال التنفيذ بخطأ المدين، وكذا إذا

(٦٨٦) الطعن رقم ٤٨٩٩ لسنة ٦٨٠ ق، جلسة ٢٧/٢/٢٠٠٠ م، محكمة النقض، المكتب الفني، أكتوبر ١٩٩٩ م، ٣١ سبتمبر ٢٠٠١ م.

(٦٨٧) انظر: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، المرجع السابق ص ٤١٢، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٧٧٢، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٣٢٢، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق ص ٥٨، د. مطهر علامة، المرجع السابق ص ٤٢٨، د. عبد الله الخياري، المرجع السابق ص ١٣٦، حسن العنسي، المرجع السابق ص ٣٢.

(٦٨٨) انظر: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٧٧٣، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٤١٣، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٣٢٨، د. عبد الله الخياري، المرجع السابق ص ١٣٧، حسن العنسي، المرجع السابق ص ٤٢.

(٦٨٩) انظر: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٧٨٠، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٣٢٠، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق ص ٦١، حسن العنسي، المرجع السابق ص ٣٩.

صرح المدين بتمرده عن الوفاء، وأخيرًا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء من الإعذار^(٦٩٠) كما جاء في نص المادة ٢٢٢ منه بقولها: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخًا من تلقاء نفسه بمجرد عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ودون حاجة إلى حكم قضائي ولكن هذا الاتفاق لا يعفى من اختار الفسخ من الإعذار للطرف الآخر، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه..".

وهذا ما أكدته القضاء اليمني فقد جاء في كون نسبة عدم الوفاء المدين سببا للفسخ في حيثيات حكم بفسخ عقد مقاوله ما يلي: "وحيث أنه من الثابت عدم تنفيذ المدعى عليه لالتزامه العقدي وليس مجرد تأخير فحسب.."^(٦٩١) وجاء أيضًا في حكم فسخ عقد شركة ما يلي: "ولما كان ذلك العقد ملزمًا لطرفيه ولم يثبت قيام المدعى عليه بما عليه من التزامات طبقًا لما ورد فيه وحيث طالب المدعى فسخ ذلك الاتفاق فإن لذلك الطلب ما يبرره لعدم قيام المدعى عليه بالالتزامات التي أوجبها ليه العقد المشار إليه"^(٦٩٢) وجاء في شرط الإعذار للحكم بالفسخ ما نصه: "...نجدها عقدًا ملزمًا للجانبين كونها رتبت لكل طرف فيه حقوقًا والتزامات متقابلة ومن ثم لا يحق لأحد الطرفين بعد تمام فسخه أو الرجوع فيه بإرادته المنفردة، كما أنه إذا لم يف أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد إعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع تعويضه بما غرم في الحالين"^(٦٩٣)

^(٦٩٠) انظر: د. محمد حسين الشامي، أحكام الالتزام، مرجع سابق ص ٣٢، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٧٧٣، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٤١٤، د. عبد الله الخياري، المرجع السابق ص ١٣٦، ١٣٧.

^(٦٩١) المحكمة التجارية الثانية - بصنعاء، القضية رقم ١٢/٨٠هـ، جلسة ١١/٥/١٩٩٣م، حكم غير منشور.
^(٦٩٢) المحكمة التجارية بأمانة العاصمة، القضية رقم ٤٤٣ لسنة ١٤٢٣هـ جلسة ٢١/٦/٢٠٠٤م، حكم غير منشور.

^(٦٩٣) محكمة النقض، الطعن رقم ٣٠ لسنة ١٤١٣هـ جلسة ٦ ربيع ثاني لسنة ١٤١٣هـ الموافق ١٠/٤/١٩٩٢م، د. حسن علي مجلي، المرجع السابق ص ١٩٠، والأحكام السابقة في القانون اليمني نجد لها أساسًا من الفقه الإسلامي، ففي خيار العيب وهي إحدى خيارات الإخلال بالتنفيذ كما سبق نجد أنهم يقررون أن يكون العيب حدث قبل تسليم المبيع بمعنى أن المدين هو الذي تسبب في حدوثه وهو ما يعرف عندهم بقديم العيب، انظر: بدائع الصنائع للكاساني، مرجع سابق، بداية المجتهد لابن رشد، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ج ٢، ص ١٩٩، روضة الطالبين للنووي، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، ج ٣، ص ٤٦٤ المغنى لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٤٢، التاج المذهب للعنسي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤١٢، المحلى لابن حزم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٣٧٩، كما أنهم يقررون أيضًا أن استحالة التنفيذ تكون سببًا للفسخ إذا كانت مقرونة بخطأ المدين، فإذا كانت بسبب قوة القاهرة فإن العقد هنا يفسخ من تلقاء نفسه، انظر: حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٧٢، بدائع الصنائع للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٣٩، بداية المجتهد لابن رشد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣٦، شرح الأزهاري لابن مفتاح، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٣٢، وكذا لا يتحمل المدين مسؤولية الفسخ إذا كان بسبب خطأ

المقارنة بين القانونين المصري واليمني :

وبالمقارنة بين القانونين المصري واليمني في الأحكام السابقة المتعلقة بالمدين من ضرورة نسبة عدم الوفاء له لا إلى سبب أجنبي ومن ضرورة استمرار عدم الوفاء وعدم توقيه بالتنفيذ المتأخر، وكذا ضرورة إعداره نجد اتفاق كل من القانونين المصري واليمني في الأحكام السابقة.

الدائن، أو الغير، انظر: حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج٣، ص ١٥١، مغنى المحتاج للخطيب الشربيني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م، ج٢، ص ٦٦، المغنى لابن قدامة، مرجع سابق، ج٤، ص ١١٦، البحر الزخار للمهدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٣١٤هـ - ١٩٧٥م، ج٣، ص ٣٦٨، بدائع الصنائع للكاساني، مرجع سابق، ج٥، ص ٢٣٨، ففي تلك الحالات لا يحق للدائن أن يطالب بالفسخ، وهكذا نجد أن الفقه الإسلامي لا يقرر الفسخ إلا إذا كان الفسخ مقرونًا بخطأ المدين لا إلى سبب أجنبي.

المطلب الثالث

شروط الدائن في الفسخ

نصت المادة ١٥٧/١ من القانون المدني المصري على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه...".

فمن خلال النص السابق نجد أن المشرع قد جعل للدائن المتعاقد الذي وقع عدم الوفاء بالالتزام في حقه الحق بأن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، حيث جعل له خيار في طلب إحدى الدعويين فلا بد إذن من طلب الدائن للفسخ ولا بد أيضاً لطالب الفسخ أن يوفي بالتزامه هو أولاً ثم يطالب بالفسخ ثانياً فإذا توفر الشرطان السابقان جاز للقاضي هنا الحكم بالفسخ، وسوف نتناول أحكام الدائن السابقة في كل من الفسخ القضائي والاتفاقي مع المقارنة بين كل من القانونين المصري واليمني حسب الآتي:

الفرع الأول: طلب الدائن للفسخ.

الفرع الثاني: وفاء الدائن بالتزاماته وقدرته على تنفيذ آثار الفسخ.

الفرع الثالث: موقف القانون اليمني.

الفرع الأول

طلب الدائن للفسخ

أولاً: في حالة الفسخ القضائي

ويقصد بطلب الدائن هنا أن يقوم بالمطالبة بالفسخ قضاء برفع دعوى قضائية إلى القاضي ويكون طلب الدائن للفسخ إما صراحة بالمطالبة بحل العقد، أو ضمناً بمطالبة المدين يرد ما أخذه منه^(٦٩٤).

وشرط طلب الدائن للفسخ أمر ضروري؛ لأن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه، وهذا وإن كان مفهوماً في الفسخ القضائي على اعتبار أنه لا يكون إلا بناءً على حكم قضائي والذي لا بد فيه من رفع دعوى بالفسخ من الدائن يطالب فيه المدين بفسخ العقد؛ ولأنه أيضاً رخصة في حقه فيجوز له استعمالها أو النزول عنها، وطلب الدائن هنا يؤكد عدم تنازله عنه، فللدائن الخيار بين الفسخ أو التنفيذ الذي هو الأصل^(٦٩٥)، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - أنه: من المتفق عليه فقهاً وقضياً أن الشرط الفاسخ الضمني كالتأخير عن دفع الثمن في ميعاده لا يقتضي بذاته الفسخ بل لا بد لفسخ العقد من حكم قضائي بذلك، وهذا الحكم يصدر بناءً على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه^(٦٩٦).

ثانياً: في حالة الفسخ الاتفاقي

أما في الفسخ الاتفاقي فإنه لا يظهر أهمية طلب الدائن بوضوح لاسيما أن نص المادة ١٥٨ مدني مصري تنص على وقوع الفسخ دون حاجة إلى حكم قضائي بل إنه وفي أقوى صوره لا يشترط فيه حتى إعدار المدين بالتنفيذ، فهل يقع الفسخ هنا بمجرد وقوع عدم التنفيذ، وبالتالي لا يشترط هنا أن يطلبه الدائن من أجل وقوعه ويكون طلب الدائن إنما إجراء فقط كالفسخ في حالة الشرط الفاسخ العادي، أم أنه يجب أن يطلب الدائن الفسخ حتى يقع الفسخ؟

(٦٩٤) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق ٦١٠، ٦١١، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق ص ١٧٠، د. سمير تناغو، المرجع السابق ص ١٧٣، د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط مرجع سابق ص ٩٦٢.

(٦٩٥) انظر: د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص ٣٤، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق ص ٤٠٣، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق ص ٤٨٨، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق ص ١٩٣.

(٦٩٦) الطعن رقم ٨١ جلسة ١٩٣٢/١٢/٨، محمد أحمد المصري، المرجع السابق ص ١٨.

وللإجابة على هذا التساؤل نقول أن المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة قد حلت ذاك التوهم وصرحت بضرورة طلب الدائن للفسخ حيث جاء فيها: "... فالعقد يفسخ حتماً دون أن يكون لهذا العاقد بل ولا القاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ وإنما يبقى الخيار للدائن^(٦٩٧)..". ولا يفسخ العقد إلا بطلب الدائن، ونجد أيضاً أن الفقه متفق على أن نص المادة ١٥٨ مدني مصري لا يؤخذ على ظاهرة من وقوع الفسخ بمجرد وقوع عدم الوفاء بالالتزام ويقرر أيضاً أن الفسخ الاتفاقي هنا لا يحصل من تلقاء نفسه بمجرد عدم تنفيذ الالتزام ولكن يشترط هنا أن يطلبه الدائن من أجل وقوعه فإذا طلبه الدائن فإنه يقع دون حاجة إلى حكم قضائي؛ ولذا يكون حكم القاضي هنا كاشفاً للفسخ باعتبار أنه وقع بمجرد طلب الدائن؛ ولذا نجدهم يفرقون بينه وبين الشرط الفاسخ العادي بأنه في حالة الفسخ الاتفاقي يكون معلماً على واقعة عدم التنفيذ وهذه الواقعة لها خصوصيتها لتعلقها بطبيعة العقد إذ هي من لوازمه وليست أمراً خارجاً عنه كما نجده في حالة الشرط الفاسخ العادي، كما أن واقعة عدم التنفيذ لا يمكن أن تكون واقعة شارطة بل هي عنصر جوهري يجب توافره، لإمكان إقرار الفسخ؛ ولذا يختلف عن الشرط الفاسخ العادي في وقوع الأخير بمجرد حصول الشرط دون حاجة إلى طلب الفسخ، ويقرر الفقه - أيضاً - أن القول بوقوع الفسخ الاتفاقي بمجرد حصول عدم التنفيذ يستدعي تعليق العقد على إرادة المدين وهو قيامه بعدم التنفيذ، فقد يكون من مصلحته فسخ العقد، فيعتمد المدين إلى عدم الوفاء من أجل فسخ العقد مما قد يضر بالدائن الذي كان شرط الفسخ لصالحه؛ ولذا لزم ألا يقع الفسخ بمجرد وقوع عدم الوفاء بل يجب أن يطالب به الدائن^(٦٩٨).

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - بقولها: "المقرر أنه متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن يكون مفسوخاً في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو حكم من القضاء فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير عملاً بنص المادة ١٥٨ من القانون المدني ولا يلزم إذن أن يصدر حكم بالفسخ، كما لا ينال من أعمال أثره أن يكون لصاحبه الخيار بينه وبين التنفيذ إذ يبقى له دائماً الخيار بين أعماله أثره وبين المطالبة بالتنفيذ

^(٦٩٧) معوض عبد التواب، المرجع السابق ص ٥٢٠.

^(٦٩٨) انظر: د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٣٠٧، ٣٠٩، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق

ص ١١٦، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص ٩٧.

العيني^(٦٩٩)، وجاء أيضاً: "انفساخ العقد كأثر لتحقيق الشرط الصريح الفاسخ توقفه على طلب من تقرر لمصلحته، علة ذلك جواز تنازله عن الشرط صراحة أو ضمناً..."^(٧٠٠).

وهكذا نجد اتفاق الفقه والقضاء على اشتراط طلب الدائن للفسخ في حالة الفسخ الاتفاقي.

وشرط طلب الدائن كما سبق ضروري للتأكد من أن الدائن لم يتنازل عن الفسخ لأنه حق خاص به كما يجوز له طلبه، يجوز له التنازل عنه، وهنا يشترط لطلب الدائن ألا يكون الدائن قد تنازل عنه مسبقاً سواء أكان التنازل صريحاً أم ضمناً^(٧٠١).

ثالثاً: خيار الدائن في العدول عن الفسخ

وشرط طلب الدائن هو مما يلائم طبيعة الفسخ الاختيارية فالفسخ ذو طبيعة اختيارية فهو اختياري للدائن من حيث أنه له الخيار بين الفسخ وهذا ما نصت عليه المادة ١٥٧/١ بقولها: "جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه.." فهذا أجاز المشرع للدائن رفع دعويين إما بتنفيذ العقد أو بفسخه.

ويكون الدائن مخيراً بينهما، يبدأ بأيهما شاء إلا أنه لا يصح أن يجمع بينهما بطلب واحد^(٧٠٢).

فإن بدأ بدعوى الفسخ؛ حيث قد يرى الدائن أن مصلحته في الفسخ سواء كان سبب الفسخ الامتناع عن التنفيذ أو الاستحالة المقرونة بخطأ المدين فإن للدائن -في هذه الحالة وإعمالاً لحقه في الخيار- أن يعدل عن دعوى الفسخ إلى دعوى التنفيذ ولكن هذا يشترط أن يكون قبل صدور الحكم النهائي؛ لأنه بصدور الحكم النهائي بالفسخ يكون العقد قد زال وأصبح عقداً غير قائم فلا يحق لهذا الدائن أن يطالب بتنفيذ عقد غير قائم^(٧٠٣).

وهذا بخلاف العدول قبل صدور الحكم النهائي فإنه يجوز ذلك؛ لأن العقد مازال قائماً ولم يزل بعد، ثم تختلف طريقة العدول في هذه الحالة عما إذا كان في محكمة درجة أولى أو

^(٦٩٩) الطعن رقم ١٦٣٩ لسنة ٥٠ ج ق، جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠، د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق ص ٩٦٩.

^(٧٠٠) الطعن رقم ٤٠٥ لسنة ٥٤ ج ق جلسة ١٩٨٥/١٠/١٧، د. عدلي أمير خالد، المرجع السابق ص ٣٥.

^(٧٠١) انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ٥٦٧، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٩٧.

^(٧٠٢) د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٢٧٦.

^(٧٠٣) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ١١٣.

محكمة درجة ثانية، فإذا كان العدول عن الفسخ في محكمة درجة أولى فإن للدائن أن يعدل عن الفسخ إلى التنفيذ بطريقتين إما أن يتنازل عن دعوى الفسخ، ويرفع دعوى جديدة بالتنفيذ، أو قد يكون بتقديم طلب عارض أثناء دعوى الفسخ يطلب فيه الدائن بالتنفيذ، وتظهر لنا هنا مشكلة ما مدى ارتباط الطلب العارض بالتنفيذ مع الدعوى الأصلية بالفسخ وبالنظر نجد هنا أن هناك ارتباطاً بينهما على اعتبار اتحادهما في السبب وهو عدم الوفاء بالالتزامات؛ فلذا يصح هنا إبداء الطلب العارض بالتنفيذ^(٧٠٤).

أما إذا كان العدول عن دعوى الفسخ إلى دعوى التنفيذ في محكمة درجة ثانية، فإن الأمر هنا يختلف حيث يشترط قانون المرافعات ألا يكون موضوع الطعن طلباً جديدة غير التي أبديت في الدعوى الأولى، حيث قد يثور التساؤل هل طلب التنفيذ في الاستئناف يعتبر غير دعوى الفسخ في محكمة درجة أولى، على اعتبار اختلافهما في الموضوع فالأولى موضوعها حل العقد والثانية تنفيذه؟^(٧٠٥) وهنا يرى الفقه أن طلب التنفيذ لا يعتبر طلباً جديداً في هذه الحالة على أساس المادة ١٥٧ التي سوت بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ على أساس اتفاقهما في السبب^(٧٠٦) وهذا ما أكدته أيضاً محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - حيث قضت بأن دعوى الفسخ والدعوى التي تستهدف تنفيذه بنقل الملكية إلى المشتري يعتبران في حقيقتهما وجهين لنزاع واحد^(٧٠٧).

أما العدول عن الفسخ إلى التنفيذ في حالة الفسخ الاتفاقي فإنه يختلف هنا عن الفسخ القضائي فلا يحق للدائن النزول عن دعوى الفسخ إلى دعوى التنفيذ؛ لأن الفسخ هنا يقع بمجرد رفع الدائن لدعوى الفسخ فهو يعتبر إرادياً كاملاً الفاعلية فلا يجوز بالتالي للدائن الرجوع عنه^(٧٠٨).

(٧٠٤) د. أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة، القاهرة ٢٠٠٠م ص ٢٦٨.

(٧٠٥) د. أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق ص ٨٢٨.

(٧٠٦) انظر: د. عبد الحي حجازي ص ١١٣، د. سيف البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٧٥، د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق ص ٣٩٢.

(٧٠٧) الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٢/٢٧/١٩٧٨، د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق ص ٨٩.

(٧٠٨) انظر: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ١٢٩، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٣١٧.

أما في حالة بدء الدائن بدعوى التنفيذ قبل دعوى الفسخ، فإنه عمومًا يحق للدائن التحول لدعوى الفسخ مطلقًا سواء كان قبل صدور الحكم النهائي بالتنفيذ أم بعده، فدعوى التنفيذ والحكم به لا يعد نزولاً ضمنيًا عن الفسخ سواء أكان في الفسخ القضائي أم الاتفاقي. وهذا ما أكدته محكمة النقض من أن للدائن البدء بأي دعوى ويحق له العدول عنها ولا يعد ذلك تنازلاً عنها^(٧٠٩).

كما لا يجوز للقاضي أن يحكم في دعوى التنفيذ بالفسخ، إذا كان الدائن لم يطلبه ولو رأى القاضي هنا مصلحة الدائن، فإنه لا يحكم بالفسخ إلا بناء على طلب الدائن^(٧١٠).

الفرع الثاني

وفاء الدائن وقدرته على تنفيذ آثار الفسخ

ويشترط في الدائن الذي طالب بالفسخ أن يقوم هو بالوفاء بالتزامه، فليس من العدالة والمنطق أن يطالب بالفسخ بسبب عدم وفاء المدين وهو ذاته لم يف بالتزامه، وهذا الشرط وإن كان لم يأت ذكره في النصوص القانونية إلا أنه يفهم من قواعد العدالة، فعدم وفاء الدائن يجعل الحكم بالفسخ غير مقبول، إلا إذا كان عدم الوفاء هنا مشروعًا بأن كان بسبب الدفع بعدم التنفيذ ونحوه، أما إذا كان وجوب وفاء الدائن بالتزامه لم يحل وجب على الأقل أن يكون الدائن قادرًا ومستعدًا لتنفيذ التزامه أو يكون قد عرض الوفاء عرضًا صحيحًا وهذا ما اتفق عليه الفقه^(٧١١).

وهو ما أكدته محكمة النقض -بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها- من ضرورة اشتراط وفاء الدائن بالتزامه حيث جاء فيها: "إذا كان يشترط لطلب فسخ البيع أن يكون البائع أوفى

^(٧٠٩) الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٠٠٢، جلسة ١٢/٢٥/١٩٥٢، د. أنور طلبه، المرجع السابق ص ٦٨٣. حيث جاء فيه: "وليس في رفع الدعوى بأي من هذين الطلبين نزولاً عن الطلب الآخر فإن هذا الذي قرره المحكمة هو صحيح في القانون. د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ٣٧٤، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٧٥، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ٣٨٧.

^(٧١٠) انظر: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ص ٣٧٤، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق ص ٢٧٥، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص ٣٨٧، د. على نجيدة، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

^(٧١١) انظر: د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٦٤٧، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٣٣١، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق ص ٤٨٧، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق ص ٣٩٥، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٥٦٤، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق ص ٤٩٥، د. طلبه خطاب، المرجع السابق ص ٥٢٩، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ٦٢٣.

بالتزاماته الناشئة عن العقد، ومنها تسليم المبيع للمشتري إذا كان وقت التسليم قد حل وقت دفع الثمن فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى بفسخ العقد استنادًا إلى تأخر المشتري في الوفاء بالتزامهم بالتسليم، فإنه يكون معيباً^(٧١٢).

وجاء أيضًا: "لا يكفي أن يكون الفسخ واردًا على عقد ملزم للجانبين، وأن يكون عدم التنفيذ راجعًا إلى غير السبب الأجنبي، وإنما يشترط أيضًا أن يكون طالب التنفيذ مستعدًا للقيام بالتزامه الذي نشأ عن العقد ومستعد على المبادرة إلى تنفيذه من يوم تحريره، فإذا كان قد أحل هو بالتزامه هذا، فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما في ذمته من الالتزام"^(٧١٣).

ولا يكفي لصحة طلب الدائن أن يكون قد أوفى بالتزامه أو يكون على استعداد لتنفيذه، بل يشترط أيضًا أن يكون الدائن قادرًا على تنفيذ آثار الفسخ، ومن آثار الفسخ الرد، حيث يرد كل من المتعاقدين ما أخذه من المتعاقد الآخر على أساس العقد، فإذا كان الدائن لا يستطيع الرد هنا بسبب تصرفه في محل الالتزام الذي أخذه فإنه في هذه الحالة لا يحق له أن يطالب بالفسخ لعدم قدرته على إعادة الحال إلى ما كان عليها قبل التعاقد، وهذا يختلف عن عدم قدرة المدين على إعادة الحال، فإن المدين إذا لم يستطع أن يعيد الحال فإن هذا لا يمنع من الفسخ في حقه، لأنه لم يطلب الفسخ، بعكس الدائن فهو طالب الفسخ، ولذا يجب عليه أن يكون قادرًا على تحمل آثار طلبه هذا^(٧١٤)، ويرى بعض الفقه أنه لا يشترط عدم قدرته على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الفسخ وذلك بحجة مماثلته بالمدين في جواز الحكم بالفسخ رغم عدم قدرته على ذلك^(٧١٥)؛ إلا أننا نرى أن الأمر يختلف لأن الدائن هو الذي يطلب الفسخ بعكس المدين الذي يوقع عليه جزاء الفسخ.

وفي مجال الفسخ في إطار المجموعة العقدية، يحق للمدين الاحتجاج على الدائن بأنه لم يوفي بالتزامه في العقد الذي شارك فيه طبقًا لضابط المجموعة العقدية في حرية المدين بالتقيد بحقوق الدائن في العقد الذي شارك فيه.

^(٧١٢) الطعن رقم ٦ لسنة ٤١ ق، جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨، د. أنور طلبه، المرجع السابق، ص ٦٦٧.

^(٧١٣) نقض مدني جلسة ١٩٦٩/٤/٨ السنة ٢٠، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ١٩٢.

^(٧١٤) انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق ص ١٧٠، د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٦٤٨،

د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٣٣١، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ٦٢٤، د. على

نجيدة، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

^(٧١٥) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص ٥٦٤، ٥٦٥.

الفرع الثالث

الشروط الراجعة إلى الدائن في القانون اليمني

أما القانون اليمني فإن نص المادة ٢٢١ منه تقرر أن الفسخ يكون بناء على طلب الدائن، كما يقرر إلى أن للدائن الخيار بين التنفيذ أو الفسخ، وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية: "تشير المادة إلى أن طلب الفسخ إنما يكون بعد إعدار الطرف بمطالبته بتنفيذ العقد، وبعد الإعدار يكون للعاقدة طلب التنفيذ أو الفسخ أمام القاضي..."^(٧١٦)، وهذا ما أكد القضاء اليمني في أحكامه بالفسخ بناء على طلب الدائن حيث جاء في حيثيات حكم بالفسخ: "... وحيث طلب المدعي فسخ ذلك الاتفاق، فإن لذلك الطلب ما يبرره لعدم قيام المدعي عليه بالالتزامات التي أوجبها عليه العقد المشار إليه..."^(٧١٧).

فمن خلال النصوص السابقة نجد أنه يشترط في الفسخ طلب الدائن فلا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ من تلقاء نفسه دون طلب، كما أنه يجوز للدائن رفع دعويين إما التنفيذ أو الفسخ ولا يجمع بينهما في دعوى واحدة، كما أنه يحق للدائن العدول عن دعوى الفسخ إذا كان ذلك قبل صدور الحكم النهائي، أما بعده فلا يمكن ويحق له أيضاً العدول عن دعوى التنفيذ إلى الفسخ مطلقاً ولو بعد صدور الحكم بالتنفيذ لأن العقد مازال قائماً^(٧١٨).

ويشترط أيضاً في القانون اليمني أن يقوم طالب الفسخ بوفائه بالتزاماته العقدية، فإن لم يكن قد أوفى بالتزامه فإنه يكفي هنا أن يكون مستعداً على الوفاء بالتزامه أو يكون قد قام بعرض الوفاء بالتزامه عرضاً حقيقياً^(٧١٩).

وهذا ما أكد عليه القضاء اليمني حيث جاء في حيثيات بعض أحكامه بالفسخ ما يلي: "وحيث طلب المدعي فسخ عقد المقاوله مع إلزام المدعى عليه برد المبلغ الذي قبضه دون وجه حق، وعليه فالثابت للمحكمة أن المدعى قد نفذ التزامه العقدي..."^(٧٢٠).

(٧١٦) ص ١٩١.

(٧١٧) المحكمة التجارية بأمانة العاصمة، القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٤٢٣هـ - جلسة ٢١/٦/٢٠٠٤م حكم غير منشور.

(٧١٨) انظر: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٧٧٤، ٧٧٩، د. مطهر علامة، المرجع السابق ص ٢٤٨، د. محمد حسين الشامي المرجع السابق ص ٣٢٤، ٣٢٥، حسن العنسي، المرجع السابق ص ٣٩.

(٧١٩) د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق ص ٣٢٣.

وجاء أيضًا ".... ولما كان من الثابت يقينًا أن المدعي قد أوفى بالالتزامات الواقعة على عاتقه طبقًا للعقد المبرم بينهما... فإن لذلك الطلب ما يبرره..."^(٧٢١).

ولا يكفي في صحة طلب الدائن بالفسخ وفاء الدائن فحسب بل يشترط أيضًا أن يكون الدائن قادرًا على تنفيذ آثار الفسخ وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد فإذا كان قد تصرف في التزامه فإنه في هذه الحالة لا يستطيع إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، وبالتالي فلا يستطيع طلب الفسخ هنا^(٧٢٢).

المقارنة بين القانونيين المصري واليميني:

وبالمقارنة بين القانونيين المصري واليميني في الأحكام المتعلقة بالدائن نجد توافق كلا القانونيين في أنه يشترط للفسخ طلب الدائن له، سواء ابتداءً أو بطلب عارض أثناء دعوى التنفيذ، ويشترط أيضًا ألا يكون الدائن قد تنازل عن الفسخ أو عدل عنه إلى التنفيذ كما يشترط أيضًا أن يقوم الدائن بوفائه بالتزامه العقدي أو أن يكون مستعدًا على تنفيذه كما يجب عليه أن

^(٧٢٠) المحكمة التجارية الثانية بلواء صنعاء، القضية رقم ٨٠ لسنة ١٤١٢ هـ، جلسة ١١/٥/١٩٩٣م، حكم غير منشور.

^(٧٢١) المحكمة التجارية بإمانة العاصمة، القضية رقم ١٣٢٣ جلسة ٢١/٦/٢٠٠٤م، حكم غير منشور.

^(٧٢٢) انظر: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٧٧٥، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣٢٣، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن الأحكام السابقة في القانون اليمني مستمدة منه، حيث يجعل الفقه الإسلامي في خيار العيب وهو من الخيارات الشرعية (القانونية أي التي لم يتفق عليها المتعاقدان)، ومعنى الخيار هنا حق من له وهو الدائن في أن يطالب بالفسخ بسبب ظهور عيب في التزام المدين وهو من صور عدم الوفاء، أو يطالب المدين بأرش العيب (التعويض) إن كان مما ينقص فيه محل العقد، فلا يحصل الفسخ هنا بخيار العيب إلا بطلب الدائن، كما أن له الخيار بين الفسخ والتنفيذ مع الضمان، انظر: العدة شرح العدة، للمقدسي، مرجع سابق، ص ٢٢٩ أنور السالك للغمراوي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية، ١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م. ، ص ١٦٠، ، شرح الأزهار لابن مفتاح، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٠٤، كما أنه يشترط أن يكون الدائن قد أوفى بالتزامه وأن يكون قادرًا على إعادة الحال فلذا يسقط خيار العيب عندهم في حالة تصرف الدائن في المعقود عليه إما ببيعه أو بزيادته ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يتمشى مع الفسخ بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد وإعادة تلك العين؛ فلذا يسقط حق الفسخ هنا، انظر: عبد الله السرحي، تيسير المرام، مرجع سابق ص ٥٨، د. يوسف قاسم، المرجع السابق، ص ٤١٣، ٤١٥، وهكذا نجد أن أحكام الدائن في القانون اليمني مستمدة من الفقه الإسلامي.

يكون قادرًا على التماشي مع آثار الفسخ بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد فإذا لم تتوافر الشروط السابقة فإن الدائن هنا لا يستطيع أن يطالب الفسخ فضلًا عن الحكم به.

الفصل الثاني

أحكام وقوع فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية

تمهيد وتقسيم

بعد الفراغ من الفصل الأول المتعلق بشروط الفسخ نأتي للكلام في هذا الفصل حول وقوع الفسخ، وهنا يأتي الدور العملي للفسخ؛ حيث أنه لا يقع بمجرد توافر شروطه فإنه يلزم لإيقاعه وجود طلب من صاحب الحق، وهو ما يعبر عنه بدعوى الفسخ، فإذا أثبتت الدعوى وحكم القاضي بالفسخ وقع الفسخ هنا وتنتج آثاره ولذا سيأتي الحديث عن آثار الفسخ، ولذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول : دعوى الفسخ.

المبحث الثاني : آثار الفسخ.

المبحث الأول

دعوى الفسخ

تمهيد وتقسيم

تعتبر دعوى الفسخ هي الطريقة المؤدية إلى وقوع الفسخ وإنتاج آثاره، فالفسخ لا يقع بمجرد حصوله حتى ولو كان في صورة الفسخ الاتفاقية بل لابد للدائن من أن يطالب بإيقاعه وإنتاج آثاره، والفرض هنا أن المدين لا يقر بوجود الفسخ ولذا لزم اللجوء إلى القضاء؛ ولذا جرت تسميته بالفسخ القضائي - ولو كان اتفاقياً - على اعتبار أنه غالباً ما يكون بحكم قضائي، والكلام عن دعوى الفسخ يستلزم أن نعرف من هم طرفا دعوى الفسخ، وما دور القاضي في دعوى الفسخ، وكيف تنقضي دعوى الفسخ، وسنقسمها حسب المطالب الآتية:

المطلب الأول : التعريف بدعوى الفسخ وطرفيها.

المطلب الثاني : سلطة القاضي في دعوى الفسخ.

المطلب الثالث : انقضاء دعوى الفسخ.

المطلب الأول

التعريف بدعوى الفسخ وطرفيها

سنتناول في هذا المطلب الحديث حول طرفي دعوى الفسخ، والمقصود بطرفي دعوى الفسخ هنا هو المدعى بالفسخ والمدعى عليه، وسنتناولهما في فرع، ونسبهما بفرع حول التعريف بدعوى الفسخ حسب الآتي:

الفرع الأول : التعريف بدعوى الفسخ.

الفرع الثاني : طرفا دعوى الفسخ.

الفرع الأول

التعريف بدعوى الفسخ

سبق أن ذكرنا تعريف الفسخ باعتباره حقاً يتقرر لصاحبه ويتمثل في حل الرابطة العقدية ، أما دعوى الفسخ فهي الطريقة الموصلة إلى ذلك الحق. والدعوى^(٧٢٣) عموماً: هي الوسيلة التي خولها القانون صاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته^(٧٢٤)، ويعرفها القانون اليمني بأنها: "طريق المدعي إلى القضاء للحصول على الحق الذي يدعيه قبل المدعى عليه"^(٧٢٥).

وهكذا تكون دعوى الفسخ هي: طلب الدائن الذي وقع الإخلال بالالتزام في حقه من القضاء حماية لحقه المدين المخل بالتزامه، بفسخ العقد ورد ما تسلمه منه بسبب العقد.

(٧٢٣) الدعوى لغة، اسم من الإدعاء وهو مصدر ادعى، ويأتي بمعنى الطلب والتمني والزعم والاختبار، ودعاوي بمعنى مطالب، انظر: المصباح المنير للفيومي، مرجع سابق، ص ١٠٣، مختار الصحاح للرازي، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

(٧٢٤) د. أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٧٨، وهو بهذا التعريف يؤيد وجهة الفقه الحديث في التفرقة بين الحق والدعوى؛ حيث اختلف الفقه حول الصلة بين الحق والدعوى، وهل هما شيء واحد، أم أنهما مختلفان.

(٧٢٥) المادة (١) من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢م بشأن الإثبات، انظر: د. مطهر محمد محب علامة، المرجع السابق، ص ٣٧١، د. سعيد خالد علي جباري (الشرعي)، الموجز في أصول قانون القضاء المدني، مركز الشرعي للطباعة والنشر والتوزيع، ص ٤٩، ولا يخرج الفقه الإسلامي عن ذلك، فالدعوى هي: طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم، انظر: المادة ٣ ١٦٠ من مجلة الأحكام العدلية، على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص ١٣١، د. محمد أحمد سراج، د. علي جمعة محمد، المصطلحات القانونية والاقتصادية، مطبوع ملحق مع كتاب المقارنات التشريعية، لسيد عبد الله على حسن، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٧٢٤، الفروق للقرافي، مرجع سابق، الفرق رقم ٢٣١، شرح الأزهار، لابن مفتاح، مرجع سابق، ج ٤، ص ١١٩.

وهذا التعريف يشمل أركان الدعوى اللازمة لقيامها من مدع، ومدعى عليه، وحق مدعى به^(٧٢٦).

فإذا كان ذلك هو تعريف دعوى الفسخ فما هي طبيعة تلك الدعوى؟، وتظهر أهمية معرفة دعوى الفسخ؛ في معرفة المحكمة المختصة حيث يتقرر ذلك حسب طبيعة الدعوى، ولمعرفة طبيعة دعوى الفسخ يجب أن نتعرف أولاً على طبيعة حق الفسخ نفسه، وهنا يرد لنا تسؤل حول ما هو موقع حق الفسخ من طائفة الحقوق المالية؟ أو بمعنى آخر هل هو حق عيني أم شخصي باعتبار أن هذين الاثنين يمثلان أهم عناصر الذمة المالية.

فالحق العيني هي سلطة شخص على عين معينة سواء بالانتفاع على سبيل التملك (حق الملكية)، أو بتملك المنفعة فحسب دون العين (حق الانتفاع)، أو بحقه في حيازتها ضمناً لحقوق أخرى (الحقوق العينية التبعية كالرهن ونحوه)^(٧٢٧).

أما الحق الشخصي فهو: رابطة بين شخصين أحدهما يسمى الدائن والآخر يسمى المدين بمقتضاها يكون للدائن أن يطالب المدين بالوفاء بالتزام معين كالحقوق الناشئة عن العقود ونحوها^(٧٢٨).

أما الحق في الفسخ فنجد أنه ليس سلطة على عين معينة، وإن كان يؤدي إليه، في حالة الحكم بالفسخ؛ حيث يكون طريقاً وسبباً لتملك عين، وحق الفسخ أيضاً لا يكون حقاً شخصياً باعتبار أن المدين ليس ملزماً أمام الدائن برد الدين محل العقد إلا إذا تم الحكم بالفسخ فيكون الفسخ هنا سبباً أو طريقاً لثبوت الحق الشخصي.

مما سبق نجد أن حق الفسخ لا يدخل ضمن الحقوق العينية ولا الحقوق الشخصية ولكنه طريق لثبوت تلك الحقوق، وهذا ما يعبر عنه في فقه القانون بالحقوق المنشئة أو الحقوق الإرادية أو الترخيصية وهي: مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته، مثل: حق من وجه إليه الإيجاب، وحق المسترد في أن يسترد الحصة المبيعة، وحق الشفيع في أن يأخذ الشفعة^(٧٢٩).

(٧٢٦) انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٣٨٣، د. سعيد خالد الشرعي، المرجع السابق، ص ٦٢
(٧٢٧) انظر: د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ١٩٨ وما بعدها، د. عبد الله المخلافي، المرجع السابق، ص ١٥٠ وما بعدها.

(٧٢٨) د. سعيد جبر، نظرية الحق، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٧٢٩) انظر: د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مرجع سابق، ص ١٦١، د. عبد الرزاق

فإذا كان ذلك هو طبيعة حق الفسخ فما هي طبيعة دعوى الفسخ هل تكون دعوى شخصية باعتبار أنها تؤدي إلى استرداد الدين، أم تكون دعوى عينية إذا كان محل الفسخ استرداد عين؟^(٧٣٠) وبالرجوع إلى الفقه القانوني في كل من مصر واليمن نجدهم يكتفون دعوى الفسخ على أنها دعوى شخصية، على اعتبار أنها في الغالب توصل إلى حق شخصي، وهو رابطة يحق فيها للدائن مطالبة المدين باسترداد الدين، كما أن الدعاوى الناشئة عن العقود تكون شخصية^(٧٣١)، ولا تكون دعوى عينية؛ لأن هذه الدعوى لم تنشأ بناء على حق عيني، فالدائن لا يطالب بالعين محل الفسخ على أساس ملكيته لها وإنما يطالب بحل الرابطة العقدية التي كانت سبباً في خروج تلك العين من ملكه، ثم يطالب باسترداد تلك العين نتيجة لزوال ملك المدين لتلك العين^(٧٣٢).

السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج ١، ص ٩٠، والفقه الإسلامي يعبر عن تلك الحقوق بالحقوق الواقعة بين منزلة الحق المالي والرخصة، فالرخصة: إباحة يأذن بها الشرع في شأن حرية من الحريات العامة مثل حرية في التعاقد وحرية التملك، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج ١، ص ٩، أما الحق المالي عندهم فهو: الحق المتعلق بمال، انظر: د. محمد أحمد مكين، المرجع السابق، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، ص ٣٠، وهو ينقسم بدوره - حسب متعلقه - إلى حق متعلق بالعين، وهو: سلطة شرعية مباشرة للإنسان على شيء معين، فالعلاقة هنا بين الشخص والشيء كحق الملكية ونحوه، انظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٩، د. محمد أحمد مكين، المرجع السابق، ص ٣٢، وينقسم الحق المالي أيضاً إلى حق ثابت في الذمة، وهو: الحق الذي يثبت لإنسان على إنسان آخر، فيكون أحدهما مستحقاً أو دائئاً، والآخر مكلفاً أو مدينئاً، مثل حق البائع في الثمن ونحوه، انظر: د. يوسف قاسم، مرجع سابق، ص ٦٤، د. محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص ٤١، فحق الفسخ يكون منزلة بين حق حرية المطالبة بالاسترداد، وبين حق تملك الشيء المسترد، هذه المنزلة بين الرخصة والحق المالي ما عبر عنها الإمام القرافي بقاعدة ب(من انعقد له سبب الملك)، أما الرخصة فعبّر عنها (بالرغبة في التملك)، والحق المالي عبّر عنه ب(من ملك الشيء فعلاً) انظر: الفروق للقرافي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٧٢٩، الفرق رقم ١٢١.

(٧٣٠) يقسم الفقه الإجرائي الدعاوى بحسب طبيعة الحق الذي تحميه إلى دعاوى شخصية وعينية، وبحسب المال محل الحماية إلى منقولة وعقارية، وتتداخل التقسيمات السابقة فتكون الدعوى شخصية منقولة، وشخصية عقارية، وعينية منقولة، وعينية عقارية، كما تنقسم الدعاوى العينية العقارية إلى دعاوى تحمي الحق ودعاوى تحمي الحيازة.

انظر: د. أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص ٢٢١، د. خالد الشرعبي، المرجع السابق، ص ١١١، د. مصطفى كامل كيرة، قانون المرافعات الليبي، دار صادر، بيروت، ١٩٧٠م، ص ٢٤٥.

(٧٣١) انظر: د. أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص ٢٢٢، د. سعيد الشرعبي، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٧٣٢) ويرى الفقه الفرنسي أن دعاوى الفسخ التي يكون محلها المطالبة باسترداد عقار تسمى بالدعاوى المختلطة، أي أنها تجمع بين صفتي الدعوى العينية والشخصية في آن واحد، فهي دعوى شخصية في

وبناء على التكييف القانوني السابق لدعوى الفسخ بأنها دعوى شخصية فتكون المحكمة المختصة محلياً^(٧٣٣)، هي محكمة موطن المدعى عليه، إلا إذا كانت محل دعوى الفسخ المطالبة باسترداد عقار فإنه يكون للدائن الحرية هنا في الاختيار ما بين محكمة موطن المدعى عليه أو موطن العقار، على أساس أنها دعوى شخصية عقارية وهذا الحكم متفق عليه في كل من القانون المصري واليمني^(٧٣٤).

الفرع الثاني

طرفا دعوى الفسخ

أولاً : المدعي والمدعى عليه في دعوى الفسخ.

وطرفا الدعوى: هم أشخاص الدعوى الذين يتمتعون بصفة إيجابية، أو بصفة سلبية في الدعوى، والذي يتمتع بالصفة الإيجابية هو مقدم الادعاء، وهو المدعي من الناحية الإجرائية، وهو: الشخص الذي يأخذ زمام المبادرة في الدعوى، فيتوجه إلى القضاء طالباً الحكم له على خصمه بما يدعيه^(٧٣٥). أما المدعي من الناحية الموضوعية، فهو من خالف الثابت أصلاً أو

جوهرها؛ لأنها تنشأ عن التزام شخصي، وهي دعوى عينية إذا ما نجحت أدت إلى استحقاق العين، واستردادها، فهكذا تكون دعوى شخصية وعينية أي مختلطة، إلا أن الفقه الحديث يرى أن فكرة الدعوى المختلطة فكرة معيبة؛ لأنه لا يوجد حق مختلط، فالحق إما أن يكون شخصياً أو عينياً، وبالتالي فلا يوجد دعوى مختلطة.

انظر: د. حسن على الذنون، المرجع السابق، ص ٣٦٧، ٣٧٠، أما الفقه الإسلامي فعلى تكيفهم السابق لحق الفسخ بأنه منزلة بين الرخصة والحق المالي، فقد أدرجوا دعوى الفسخ ضمن دعاوى الحقوق الشرعية، وهي دعاوى لا تدخل في طائفة الأعيان والتي يكون محلها عيناً (عقاراً أو منقولاً) أو دعاوى الديون، هي: كل ما ثبت في الذمة، انظر: د. سعيد الشرعي، المرجع السابق، ص ١١٤.

(٧٣٣) الاختصاص: هو صلاحية المحكمة لمباشرة ولايتها القضائية على نحو صحيح أو هو نصيب المحكمة من القضايا التي تمارس فيها ولايتها القضائية حسب القانون، وقد يكون نوعياً يختص بنوع مخصص من القضايا كالتجارية والمدنية، أو مكانياً أي تحديد المحكمة المختصة من حيث المكان، والاختصاص المحلي: هو الذي يتحدد تبعاً لمحل الإقامة، انظر: المرجع السابق، ص ١٨٤.

(٧٣٤) انظر: د. أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص ٤٣٥، د. سعيد الشرعي، المرجع السابق، ص ١١.

(٧٣٥) انظر: د. أحمد السيد الصاوي، ص ١٨٥.

عرضاً أو فرضاً، والمقصود بالأصل هنا، الأمر الذي يتفق مع طبائع الأشياء، كالأصل براءة الذمة، والأصل في العقود الصحة والتنفيذ... إلخ. (٧٣٦)

ويعرف القانون اليمني المدعي بأنه: "من معه أخفى الأمرين، وهو من يدعي خلاف الظاهر"، أما المدعى عليه فهو: "من معه أظهر الأمرين" (٧٣٧).

وجاء أيضاً أن المدعي: "من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل وعرف" (٧٣٨).

أما طرفا دعوى الفسخ فهم طرفا الالتزام الذي يكون الفسخ بسبب الإخلال به، فالذي سيقوم بطلب الفسخ برفع دعوى الفسخ هو الدائن بهذا الالتزام، الذي كان الإخلال به هو سبب الفسخ، وهو يدعى على خلاف الأصل إذا الأصل أن المدين قد نفذ التزامه؛ ولذا يكون هذا الدائن معه أخفى الأمرين، وخلاف الظاهر والذي يستلزم عليه إثبات وقوع إخلال المدين بالتزاماته، فالدائن هنا له دور إيجابي في رفع الدعوى وتحريكها، وكذا في إثباتها، وله أيضاً التنازل عنها.

أما الطرف الثاني في دعوى الفسخ، فهو المدعى عليه، وهو هنا المدين الذي أحل بالتزامه ويكون له دور سلبي في دعوى الفسخ حيث لا يكون أمامه إلا دفع الدعوى عنه ما أمكن، وإبطال كافة أدلة المدعي (الدائن)؛ ولذا يكون المدين هنا هو على الأصل والظاهر إذ الأصل أن المدين قد أوفى بالتزاماته في التزامه العقدي، والأصل - أيضاً - أن العقد قد نفذ في كافة التزاماته (٧٣٩).

(٧٣٦) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٠، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٨٣م، ص ٦٥٢، د. محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٧م، ص ٣٧، ٣٨، د. حمدي عبد الرحمن، أنور عبد الله، مدخل القانون ونظرية الحق ونظرية الالتزام ونظرية الإثبات، مكتبة عين شمس، القاهرة، ص ٥١٣، د. عادل حسن على، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٧٣٧) انظر المادة (٣) من قانون الإثبات اليمني الصادر برقم ٢١ لسنة ١٩٩٢م، د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص ٣٧٤، وهو ما أخذ به الفقه الإسلامي فقد جاء فيه أن المدعي هو "من معه أخفى الأمرين، وهو من يدعي خلاف الظاهر"، والمدعى عليه عكسه، وهو من معه أظهر الأمرين، انظر: شرح الأزهار لابن مفتاح، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٢، تيسير المرام، للسرحي، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٧٣٨) الفروق للقرافي، مرجع سابق، الفرق رقم ١٣٢، ج ٤، ص ١٢١٤.

(٧٣٩) انظر: د. حسن على الذنون، المرجع السابق، ص ٣٧٥، د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٧١.

وبتحديد أوضح لطرفي دعوى الفسخ نجد أنهم هم من يسرى عليهم نسبة أثر العقد المزمع فسخه، ففسخ العقد هو أثر من آثار العقد، الذي يطالب الدائن بفسخه، فمن آثار ذلك العقد هو قيام كل من طرفي العقد بتنفيذه، طبقاً للقوة الملزمة للعقد؛ ولذا يكون على المدين طبقاً للعقد قيامه بتنفيذ التزامه، فإذا لم يقم بذلك، كان أثر ذلك قيام الدائن برفع دعوى الفسخ، فهكذا نجد أن الفسخ بصورتيه الإتفاقي والقضائي هو أثر من آثار العقد^(٧٤٠).

ومبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية يقرر أن العقد ينصرف إلى المتعاقدين والخلف العام. فالعقد يترتب على إبرامه نشوء التزامات يقابلها حقوق فتكون هذه الحقوق لصالح المتعاقدين^(٧٤١).

ومفهوم المتعاقدين يقصد به من كان التعاقد باسمه ولصالحه، ويطلق عليه الطرف، فليس كل متعاقد طرفاً في العقد، فالنائب في العقد يكون متعاقداً بمعنى أنه يباشر الإيجاب أو القبول في العقد^(٧٤٢)، ولكن باسم الأصيل لا باسمه هو، وبالتالي فإن آثار ذلك العقد وما ينشأ عنه من حقوق لا تسرى عليه، وبالتالي لا يحق له أن يكون طرفاً في دعوى الفسخ لا مدعياً ولا مدعى عليه، إلا إذا تحققت له أسباب أخرى للنيابة في الدعوى بصفة خاصة، كأن تكون له وكالة جديدة في رفع دعوى الفسخ أو تكون له وكالة عامة في إبرام العقد وما يتبعه من حقوقه ودعاوي، وبالنسبة للنيابة القانونية بأن تكون لازالت أسباب وجودها موجودة، حسب ما ينص عليه القانون^(٧٤٣).

(٧٤٠) انظر: د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، ص ٢٧٢، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٠٣، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(٧٤١) انظر: المادة (١٤٥) مدني مصري، د. عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص ١٥١، وانظر أيضاً المادة (٢٠٦) مدني يمني، والمذكرة الإيضاحية للقانون اليمني، ص ١٨٧، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٩١، كما أن الفقه الإسلامي أخذ بمبدأ نسبية أثر التصرفات بالنسبة للمتعاقدين حيث يكتسبون حقوق العقد، ويتحملون بالتزاماته وتسرى عليهم توابع الحق بما في ذلك الحق في رفع دعوى الفسخ، انظر: سيد عبد الله على حسين، المرجع السابق، ج ٢، ص ٧٢٦، د. عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤١.

(٧٤٢) انظر: د. نبيلة إسماعيل رسلان، النظر العامة للعلاقات الثلاثية في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص ١٠٣، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٣٩، د. طلبة خطاب، المرجع السابق، ص ٤٦٣.

(٧٤٣) انظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٥١، د. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص ١١١، وما بعدها.

وهو نفس ما جاء به القانون اليمني من انصراف حقوق العقد إلى الأصل لا إلى الوكيل^(٧٤٤).

ثانياً: المصلحة في دعوى الفسخ

ويقصد بالمصلحة، هي: المنفعة المادية أو الأدبية التي تعود على المدعي من الحكم لصالحه^(٧٤٥)، وللدائن المدعي في دعوى الفسخ مصلحة شخصية مباشرة قائمة يقرها القانون؛ إذ أنه يضيع حقه بسبب إخلال المدين بالتزامه بالرغم من وفائه هو بالتزامه، وهذه المصلحة هي التي دعت به للتعاقد، مع هذا المدين، ودعته أيضاً لأن يتأثر بالعقد ويمتثل لأحكامه وفيه بالتزامه^(٧٤٦).

(٧٤٤) د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٤٣، وهو بهذا يوافق أحد اتجاهين في الفقه الإسلامي، حيث يقرر أن ما ينشأ عن عقد الوكيل من حقوق والتزامات، فإنه تعود إلى الموكل الأصل، ويعللون لذلك بأن الوكيل هنا عبارة عن رسول عن الموكل نقل عباراته فأنتجت أثرها، فيعود هذا الأثر مباشرة إلى الموكل، وبناء عليه لا يكون الوكيل مدعياً بالفسخ من ذات نفسه بينما يرى الاتجاه الآخر أنه يجب التفرقة بين حكم العقد وبين حقوق العقد (الالتزامات الناشئة عنه)، فحكم العقد وهو الغاية المقصودة منه مثل انتقال ملكية المبيع، فذلك يرجع مباشرة إلى الموكل، وأما حقوق العقد أو الالتزامات الناشئة عنه، مثل الالتزام بالتسليم فإنه ترجع إلى الوكيل بمعنى أن له الحق في مطالبة البائع بتسليم المبيع، وبالتالي يكون له الحق في المطالبة بفسخ العقد واسترداد الثمن عند إخلال البائع بالتزامه في تسليم المبيع، انظر: د. يوسف قاسم، المرجع السابق، ص ٣٨١، ٣٨٢، د. محمد عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص ١٩١، ونفس الخلاف السابق ورد في حالة إذا ما كان الإخلال وقع وكان المدين هو وكيله فهل يكون نائب المدين مدعياً عليه؟ انظر: د. محمد عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ٢٠١، حيث يرى هنا تحميل الوكيل بأعبائها بدلاً من الموكل؛ لأن الأمر به يحقق مصلحة الغير وفيه حماية له؛ لأنه اعتمد التعامل مع الوكيل، فهو العاقد حقيقة فيستطيع الرجوع عليه، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

(٧٤٥) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، مدخل القانون ونظرية الحق، مكتبة عين شمس، بدون تاريخ نشر، ص ٢٤٤، والفقه الإسلامي يشترط أيضاً المصلحة لقبول الدعوى فهو لا يعترف بالدعوى إلا إذا كانت تتعلق بحماية المصالح الشرعية، ويعبر عنها بالغرض الصحيح، وفي هذا يقول الإمام القرافي رحمه الله، "ولهذه الدعوى أربعة شروط أن تكون معلومة محققة لا تكذبها العادة وأن يتعلق بها غرض صحيح" انظر الفروق، مرجع سابق، ص ١٢٠٩.

(٧٤٦) انظر: د. أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص ١٨٥، د. مصطفى كامل كبره، المرجع السابق، ص ٢٥٧، د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٦٧، د. نبيلة إسماعيل رسلان، المرجع السابق، ص ١٠٣، د. سعيد الشرعبي، المرجع السابق، ص ٨٢. انظر: د. حمدي عبد الرحمن، مدخل القانون، مرجع سابق، ص ٢٤٤، والفقه الإسلامي يشترط أيضاً المصلحة لقبول الدعوى فهو لا يعترف بالدعوى إلا إذا كانت تتعلق بحماية المصالح الشرعية، ويعبر عنها بالغرض الصحيح، وفي هذا يقول الإمام القرافي رحمه

وتتحقق المصلحة هنا للخلف العام وهو من يخلف سلفه في كل حقوقه، أو في نسبة معينة منها كالنصف أو الثلث أو الربع، وذلك كالورثة أو الموصى لهم بجزء شائع من التركة، فهؤلاء تسري عليهم نسبة أثر التصرفات، وبالتالي يكونون أطرافاً في دعوى الفسخ، على اعتبار أن المتعاقد إنما يتعاقد لحساب ذاته وخلفه^(٧٤٧)، فلذا يثبت لخلفه العام ما يثبت له من الحقوق، ومنها الحق في دعوى الفسخ، إلا أن الخلف العام لا يكون مدعى عليه في الفسخ فلا يكون مطالباً برد ما أخذه مورثه، حسب القاعدة العامة (لا تركة إلا بعد سداد الديون)؛ حيث تكون الالتزامات والديون متعلقة بالتركة ذاتها، فتقدم حقوق الدائنين على الورثة، إلا أن الوارث هنا قد يكون مدعى عليه إذا آلت إليه العين الذي تعلق بها حق الفسخ، فإنه يكون مدعى عليه بالفسخ في هذه العين^(٧٤٨).

والقانون اليمني وإن كان قد نص عمومًا على سريان العقد على الخلف العام، إلا أنه نص خصوصًا في حق الخيار، والذي هو حق المتعاقد في إمضاء العقد أو فسخه، حيث جاء فيه "ينتقل حق الخيار بموت من كان له إلى ورثته مطلقاً"^(٧٤٩).

الله، "ولهذه الدعوى أربعة شروط أن تكون معلومة محققة لا تكذبها العادة وأن يتعلق بها غرض صحيح" انظر الفروق، مرجع سابق، ص ١٢٠٩.

(٧٤٧) انظر: د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٨٣، د. طلبة خطاب، المرجع السابق، ص ٤٦٥، والخلافة العامة كما تكون في الأشخاص الطبيعيين تكون أيضاً في الأشخاص المعنويين، ففي مجال الشركات مثلاً تخلف الشركة الدامجة الشركة المندمجة في كل حقوقها والتزاماتها أي تخلفها خلافة عامة، وبالتالي إذا كانت الشركة المندمجة طرفاً في عقد يوجب الفسخ فإن الشركة الدامجة تكون طرفاً أيضاً خلفاً عنها في ذلك العقد وفي دعوى الفسخ الناتجة عنها، انظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

(٧٤٨) انظر: د. حسن الذنون، المرجع السابق، ص ٣٨٧، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٢، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

(٧٤٩) المادة ٢٣٥ من القانون اليمني، انظر: د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٣٩، وهو في هذا يوافق الاتجاه العام في الفقه الإسلامي القائل بانتقال الحقوق المالية إلى الورثة، حيث قرروا أن حق الخيار من الحقوق المتعلقة التابعة للأموال ويكون حكمها حكم المال فهو ينتقل إلى الورثة مثل المال، بعكس الحقوق المتعلقة بشخص المورث وعقلة وشهوته فلا تورث عندهم، انظر: الفروق للقرافي، مرجع سابق، الفرق رقم ١٩٧، د. ن.، ص ١٤٠٦، د. حلمي عبد الرؤوف محمد عبد القوي، فقد الأهلية وأثره على الحقوق والالتزامات في الفقه الإسلامي، دار حسام للطباعة، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ٢٣٥، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المنشور في القواعد، طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ج ٢، ص ٥٥، أما الحنفية والظاهرية فيرون أنها حقوق تتعلق بالمشيئة

وتتحقق المصلحة في دعوى الفسخ في حالة المحيل بحقه في الثمن قبل المشتري، فإذا لم يتم المشتري بدفع الثمن فإنه يحق للمحال عليه أن يفسخ العقد عند إخلال المشتري بالثمن، ويكون طرفاً في دعوى الفسخ؛ حيث يقرر القانون على أن حوالة الحق تشمل ضماناته، ومنها الحق في الفسخ؛ لأنه ضمان لحق الدائن الذي أحاله به؛ حيث يكون للمحال له كافة حقوق المحيل قبل المحال عليه^(٧٥٠)، وهو نفس ما جاء به القانون اليمني^(٧٥١).

ومثله أيضاً في حالة الوفاء مع الحلول؛ حيث يكون الموفي مع الحلول^(٧٥٢) طرفاً في دعوى الفسخ، فإذا قام شخص بالوفاء بالثمن عن المشتري، فإنه هنا يحل محل الدائن في المطالبة بدفع الثمن أو بفسخ العقد^(٧٥٣)، وهذا ما نصت عليه المادة ٧٩٩ مدني مصري بقولها: "إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين.."

وهو ما جاء به القانون اليمني - أيضاً^(٧٥٤) - حيث نصت المادة ٤٠١ مدني يمني على أنه: "من حل محل الدائن شرعاً أو اتفاقاً كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن".

والإرادة، فلا تورث عندهم، انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق، ص ٢٩٧، المحلى لابن حزم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٥٠٢، المسألة رقم ١٢١٥.

(٧٥٠) انظر: د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٦٣، محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص ٦٣، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٦٠.

(٧٥١) انظر المادة ٣٨٦، مدني يمني، د. محمد حسين الشامي، مذكرات في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ١٧٦.

(٧٥٢) الوفاء مع الحلول هو نظام قانوني مركب يترتب عليه انقضاء الدين بالنسبة للدائن باستيفائه إياه، وانتقال هذا الحق بالسنة للمدين من الدائن إلى الموفى، انظر: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص ٢٨٧ بالإسكندرية.

(٧٥٣) انظر: محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٢٨٣، د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ٢٧٣، د. طلبة خطاب، عقد الكفالة، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٨٧م، ص ١٢٣.

(٧٥٤) د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

كما يجوز لدائن الدائن أن يرفع دعوى غير مباشرة بالفسخ، ولكنه يرفع الدعوى باسم مدينه، ويكون هو نائباً عنه؛ ولذا لا يملك الشيء محل الفسخ وإنما يكون لمجموع الدائنين وتدخل ضمن الضمان العام لهم، ويقتسمونه أسوة الغرماء^(٧٥٥).

فقد نصت المادة ١/٢٣٥ مدني مصري على أنه: "لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين.."

وهو ماجاء به القانون اليمني^(٧٥٦)؛ حيث نصت المادة ٣٦٦ مدني يمني على أنه: "إذا تمرد المدين عند المطالبة بديونه الحالة لدى الغير كان للقاضي أن ينصب عنه عن يراه، ويقدم من له عليه دين، وذلك للمطالبة بتلك الديون، والمحافظة عليها، وكل ما ينتج يدخل في أموال المدين ويكون ضماناً للدائنين".

وتبقى لنا هنا مشكلة تحديد طرف الفسخ في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، وهو عقد يتم بين شخصين هما المشتراط والمتعهد، بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المنتفع حقاً مباشراً قبل المتعهد يستطيع أن يطالبه بالوفاء^(٧٥٧)، وتكمن المشكلة هنا في وجود طرفين مستفيدين من هذا العقد، أولهما هو الطرف المتعاقد المشتراط لمصلحة الغير، والآخر هو المنتفع من هذا الاشتراط، فمن يكون طرفاً في هذا العقد ومن يحق له أن يكون بالتالي طرفاً في دعوى الفسخ؟.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لهذا النوع من التعاقد نجد أن المشتراط وهو المتعاقد يكون طرفاً في العقد، وبالتالي يقوم بالمطالبة بتنفيذه ويحق له أيضاً أن يقوم برفع دعوى

^(٧٥٥) انظر: د. محمد المنجي، دعوى التعويض، منشأة المعارف، ط٣، ٢٠٠٣م، ص١٠٦، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص٨٥، د. سمير كامل، الوجيز في الأحكام العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٨٢.

^(٧٥٦) انظر: د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص٣٧٥، د. محمد حسين الشامي، مذكرات في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص٦٥، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص٥٠٨، كما أجاز الفقه الإسلامي للدائن أن يضمن حقه لدى المدين بأن يقوم بكافة التصرفات التي تضمن له حقوقه ومنها رفع دعاوى باسم مدينهم، للمحافظة على حقوقه، انظر: سيد عبد الله على حسين، المرجع السابق، ج٢، ص٨٦٣، د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٤، ص١٠٦، د. طلبه وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر، ط١، ١٩٨٣م، ص٨٣.

^(٧٥٧) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص٤٥٨، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص٣٠٤، معجم القانون، مرجع سابق، ص٥٠.

الفسخ ويكون طرفاً فيها، ولكن يشترط هنا أن يقوم هو بالتعاقد باسمه لا باسم المنتفع، أما المنتفع هنا فلا يكون له إلا الانتفاع بالعقد فحسب، وذلك حسب ما هو مقرر في العقد، وله أن يطالب بالوفاء بالالتزامات المقررة لصالحه فقط، ولا يكون طرفاً في العقد، وبالتالي لا يحق له أن يطالب بدعوى الفسخ ولا أن يكون طرفاً في دعوى الفسخ، لأنه لا يحق له أن يفسخ عقداً ليس هو طرفاً فيه^(٧٥٨)، وهو نفس ما جاء به القانون اليمني^(٧٥٩).

أما وفي حالة تعدد أطراف الفسخ، أي تعدد الدائنين في العقد، كأن يبيع مجموعة من الأشخاص عيناً ثم يخل المشتري لتلك العين بالثمن، ومثله أيضاً إذا انتقل حق الفسخ إلى الورثة، ولا خلاف هنا إذا اتحدت إرادتهم ولكن المشكلة تكمن في حالة إذا ما اختلفت إرادتهم، فإذا طلب أحد الدائنين أو بعضهم فقط فهل يفسخ العقد كله، أو يفسخ في نصيب الدائن طالب الفسخ، وقد سبق أن ذكرنا الفسخ الجزئي في حالة الإخلال الجزئي، وقلنا أنه يجوز الفسخ الجزئي إذا كان محل العقد قابلاً للتجزئة، ويعرف ذلك من الناحية الموضوعية بالنظر إلى محل العقد، ومدى رغبة المتعاقدين في تفريق الصفقة فإن لم يصلح محل العقد للتجزئة والانقسام، فإن العقد يفسخ كلياً حسب رغبة الدائن طالب الفسخ^(٧٦٠).

ثالثاً: الصفة في دعوى الفسخ

كما يشترط أن يكون لطرفي الدعوى صفة في دعوى الفسخ، والصفة هي: صلاحية الشخص لممارسة الإجراءات، وهي أيضاً السلطة والولاية في مباشرة الدعوى، ويلزم لهذه الصفة أن يكون الشخص ذا أهلية في الخصومة، ويقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وأداء الواجبات الإجرائية واستعمالها^(٧٦١)، وأياً كان الخلاف حول هل الأهلية شرط لقبول الدعوى أو صحة الإجراءات فإن الدعوى لا ترفع إلا من ذي أهلية^(٧٦٢)، وهذه الأهلية لا تكون إلا للشخص

^(٧٥٨) انظر: د. محمد لييب شنب، المرجع السابق، ص ٣٠١، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٨٨، د. نبيل إبراهيم سعد، ص ٣٤٦.

^(٧٥٩) انظر المادة ٢١٧ مدني يمني، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣١٠، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٤.

^(٧٦٠) انظر: د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٤٠٢، د. محمد عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٨٠.

^(٧٦١) انظر: د. سعيد الشرعبي، المرجع السابق، ص ٩٧، معجم القانون، مرجع سابق، ص ٢٢٣، د. مصطفى كامل كيرة، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

^(٧٦٢) حيث اختلف الفقه في أهلية المدعي هل هي شرط لقبول الدعوى، أو شرط لصحة إجراءاتها، فالقائلون

الطبيعي لأن هذه الصفة تفترض فيمن تثبت له الإدراك والتمييز، أما الشخص المعنوي أو الاعتباري^(٧٦٣) - فبحكم طبيعته - لا يتصف بالتمييز والإدراك؛ ولذا يكون الشخص الطبيعي ممثل الشخص المعنوي طرفاً في دعوى الفسخ^(٧٦٤)، وهو ما أقره المشرع اليمني^(٧٦٥) أما بالنسبة للشخص الطبيعي فإن الأهلية اللازمة لرفع دعوى الفسخ تكون من قبل أهلية الأداء، وهي: صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية^(٧٦٦).

وبالنظر إلى طبيعة دعوى الفسخ نجد أنها من التصرفات والأعمال الدائرة بين النفع والضرر لما بينها من تبادل الالتزامات؛ ولذا يلزم لتلك التصرفات وجود أهلية أداء كاملة، وهي تثبت عند كمال العقل ببلوغ الشخص السن القانونية مع الرشد فإذا كان الشخص ناقص الأهلية بأن يكون صبيًا مميزًا فإنه في هذه الحالة يجب أن يكون ذلك بإذن الولي^(٧٦٧). أما إذا كان الشخص فاقداً للأهلية فإنه في هذه الحالة لا يصح أن يكون طرفاً في دعوى الفسخ ويلزم هنا أن يقوم عنه نائبه القانوني الأب أو الجد أو الوصي أو سنديك التفليسة^(٧٦٨).

بأنها شرط لصحة الإجراءات فحسب ويستدلون على ذلك بعدم بطلان الدعوى عند فقد أهلية المدعي، بل تنقطع إلى أن يستأنف من له الحق في مباشرتها، وأياً كان ذلك فإنه يجب أن يكون المدعي عند مباشرته للدعوى كامل الأهلية، انظر: د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص ٣٨٠، د. سعيد خالد الشرعبي، المرجع السابق، ص ١٠٢، د. أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص ١٨٧.

^(٧٦٣) والشخص المعنوي أو الاعتباري، هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال تهدف إلى تحقيق غرض معين وتتمتع بالشخصية القانونية، انظر معجم القانون، مرجع سابق، ص ١٠٤.

^(٧٦٤) انظر: د. محمد المنجي، المرجع السابق، ص ١٠٧، د. مصطفى كامل كيرة، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

^(٧٦٥) انظر: د. سعيد خالد الشرعبي، المرجع السابق، ص ١٠٢، د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص، وكذا في الفقه الإسلامي حيث اعترف لناظر الوقف بصلاحية المطالبة بحقوق الوقف وتحمل التزاماته وكونه طرفاً في دعوى الفسخ المتعلقة بالوقف مما يدل على اعتراف الفقه الإسلامي للوقف بالشخصية المعنوية، انظر: د. مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج ٣، ص ٢٥٦، د. محمود بلال مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، ط ١، ١٤١٩ هـ - ١٩٨٠ م، ص ١٢٩، ٧٧.

^(٧٦٦) انظر: د. محمود السيد خيال، مبادئ القانون، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ م، ص ١٨٨، د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ١٣٤، د. عبد الله المخلافي، المرجع السابق، ص ٨٥، ويعرفها الفقه الإسلامي بأنها: صلاحية المكلف لأن تعتبر شرعاً أقواله وأفعاله، انظر: د. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٣٣٣، د. حلمي عبد الرؤوف محمد عبد القوي، المرجع السابق، ص ٣٦، د. محمد محمد فرحات، أصول الفقه، دار نصر في القاهرة، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ م، ص ٩٨.

^(٧٦٧) انظر: د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ٢٤٧، د. عبد الله المخلافي، المرجع السابق، ص ١٨٨، د. محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٣٣٤، د. حلمي عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص ٤٠.

^(٧٦٨) انظر: د. محمد المنجي، المرجع السابق، ص ١٠٥، د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

وأخيرًا يجب أن نعرف ما مدى سلطة الوصي المعين عن مال الصغير في رفع دعوى الفسخ، وهو الذي تعينه المحكمة إذا لم يكن له ولي مستوفي لشروط الولاية أو وصي مختار، حيث يجب عليه الحصول على إذن المحكمة في الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وبالرجوع إلى طبيعة دعوى الفسخ نجد أنها إما تكون من أعمال التصرف وهي: التصرفات التي يترتب عليها إنشاء حق عيني أو نقله إلى الغير^(٧٦٩)، وذلك كدعوى فسخ عقد البيع، فهذه الأعمال لخطورتها، ولما تؤدي إليه من فقدان الملك، فإنه يجب هنا أن يأخذ الوصي إذن المحكمة فيها، كما قد تكون أعمال الفسخ من قبيل أعمال الإدارة، وهي التصرفات التي يراد بها استعمال الشيء محل الحق أو الانتفاع به واستثماره^(٧٧٠)، وذلك كدعوى فسخ عقد الإيجار، وهنا يجوز للوصي رفع دعوى الفسخ دون أخذ إذن من المحكمة ودون الرجوع إليها^(٧٧١). ويرى بعض الفقه أن الفسخ القضائي يكون من قبيل أعمال التصرف فيجب أن تتوافر أهلية التصرف في البائع حتى يقوم بهذه المطالبة، وإذا رفع الوصي دعوى الفسخ دون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة؛ وذلك لأن الحكم يكون منشأً للفسخ، وهذا بعكس الفسخ الاتفاقي حيث يكون الحكم كاشفًا للفسخ، وبالتالي فإن المطالبة به تعتبر من أعمال الإدارة، ويستطيع القاضي أن يقوم به دون إذن المحكمة^(٧٧٢).

^(٧٦٩) معجم القانون، مرجع سابق، ص ٥٢.

^(٧٧٠) المرجع السابق، ص ٥٣.

^(٧٧١) انظر: د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ٢٥، ٢٦، د. سمير كامل، دروس في مقدمة القانون،

مرجع سابق، ص ٢٦٥، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٤٠٤.

^(٧٧٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٠٤٤.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في دعوى الفسخ

تمهيد وتقسيم:

بعد الانتهاء من الحديث في المطلب الأول حول التعريف بدعوى الفسخ وطرفيها، نأتي في هذا المطلب لنتعرف حول مدى دور القاضي في دعوى الفسخ، بصورتيه الاتفاقي والقضائي سواءً كان من حيث التأكد من وجوده أو سلطته في إيقاعه، ومدى تلك السلطة.

وسلطة القاضي التقديرية هي: النشاط الذهني الذي يقوم به هذه القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذه الوقائع في نطاق قاعدة قانونية يقدر لها أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بالواقع والقانون، فالصفة التقديرية في سلطة القاضي تعني حرية التقدير بمعنى القدرة على الاختيار بين عدة قرارات، وهذا يعني بدوره تعدد القرارات المتاحة^(٧٧٣).

وهذه السلطة تمارس عن طريق ضوابط محددة لا تسمح بفروض التحكم المسموح به قانوناً في نطاق الإدارة العامة - مثلاً - كما أن محل السلطة التقديرية للقاضي ليست هي القاعدة القانونية ذاتها وإنما تنصب تلك السلطة حلول مفترضات تطبيق تلك القاعدة القانونية، وتقدير القاضي لمفترضات القاعدة القانونية إنما يعني أنه تطبيق للقاعدة القانونية ذاتها في مضمونها، وما ترمي إليه من أهداف.

وهكذا نجد أن سلطة القاضي في دعوى الفسخ تعني: حرية القاضي في الحكم بالفسخ من عدمه: والقاضي في سلطته يستعين بمعايير ترشده إلى اختيار التقدير الأمثل، وهذه المعايير تكون إما موضوعية، تتعلق بموضوع العقد ذاته، أي أن القاضي يرجع في الاستعانة في تقرير سلطته إلى موضوع العقد وطبيعته مسترشداً بها في معرفة مفترضات تطبيق القاعدة القانونية كما

(٧٧٣) انظر: د. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ص ٣٥، د. أحمد المليجي، أعمال القضاة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، بدون تاريخ نشر، ص ١٤٢، ١٤٣، د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص ٩٦.

أن القاضي قد يسترشد في تقدير سلطته التقديرية في دعوى الفسخ بالمعيار الشخصي والذي يتمثل في إرادة المتعاقدين، ويدخل فيه أيضاً معيار حسن النية وسوئها^(٧٧٤).

وسلطة القاضي التقديرية تختلف عناصرها من حيث رقابة محكمة النقض عليها فإذا كانت سلطة القاضي تتعلق بمسألة من مسائل الواقع من حيث التأكد من وجود واقعة معينة، فهنا لا تكون لمحكمة النقض رقابة عليه، وهذا بعكس ما إذا كانت سلطة القاضي تنصب على مسألة من مسائل القانون كأن يتعلق الموضوع بوصف قانوني معين، أو تطبيق قاعدة قانونية معينة، فإن محكمة النقض لها رقابة على سلطة القاضي وأعماله^(٧٧٥).

وسلطة القاضي في دعوى الفسخ تختلف حسب نوع الفسخ، فهي تتسع في مجال دعوى الفسخ القضائي، بينما نجدها تضيق في مجال الفسخ الاتفاقي وسنبينها حسب الآتي:

الفرع الأول : سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي.

الفرع الثاني : سلطة القاضي في الفسخ القضائي.

الفرع الأول

سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي

أولاً : مدى سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي

ففي صورة الفسخ الاتفاقي وهو الفسخ الذي يحصل بسبب اتفاق مسبق بين المتعاقدين على فسخه عند حصول عدم التنفيذ كما جاء ذلك في نص المادة ١٥٨ مدني مصري، وقد

^(٧٧٤) انظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٦٥، د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٤٤٢.

^(٧٧٥) انظر: د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ١٦٠، د. أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ١٠٧، كما أجاز الفقه الإسلامي للقضاة أعمال السلطة التقديرية في استنباط الأحكام عن طريق الاجتهاد والذي يعني بذل الفقيه وسعيه في استنباط الأحكام العملية من أدلتها التفصيلية، نظر: محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٣٧٩، د. محمد محمد فرحات، أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٢٢٦، وكما يكون الاجتهاد في استنباط الأحكام الشرعية فإنه يكون أيضاً في تطبيقها وهذا يكون للقضاة العمل به حيث يقومون بتطبيق الأحكام المستنبطة على الوقائع التي تطرح أمامهم، انظر: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٣٧٩، وحق القاضي في الاجتهاد يجب أن يكون مقيداً في حدود الشرع ومصادره من الكتاب والسنة، وقواعده وأصوله، انظر: د. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص ١٤٩.

سبق أن أشرنا أيضًا إلى أنه لا يقع من تلقاء نفسه ولكن يجب أن يصدر به حكم من القاضي بالرغم من النص عليه بأنه يفسخ من تلقاء نفسه، وهو بهذا يتفق مع الفسخ القضائي الذي لا يكون هناك اتفاق مسبق عليه، ولكن الفرق بين صورتَي الفسخ تظهر في سلطة القاضي في تقديره فهي تنعدم في مجال الفسخ الاتفاقي، ولا يكون له خيار في تقرير الفسخ من عدمه، ولا يكون هناك أيضًا خيار للدائن في التنازل عن الفسخ بعد رفع دعوى الفسخ، وكذا ليس للمدين الخيار في التنفيذ المتأخر. فإذا ما ثبت شروط الفسخ فإن القاضي يقضي به مباشرة ونتيجة لذلك الاتفاق المسبق فإن حكم القاضي يكون هنا كاشفًا للفسخ لا منشئًا له، على اعتبار أن الفسخ قد وقع من وقت طلب الدائن له، ويكون دور القاضي هنا هو الكشف عن ذلك فحسب^(٧٧٦).

والسبب في اختفاء دور القاضي في الفسخ الاتفاقي هو احترام إرادة المتعاقدين المسبقة على إيقاع الفسخ وسلب القاضي سلطته التقديرية في ذلك، وهذا ما أكد عليه القضاء المصري إذ جاء في حكم لمحكمة النقض، - بشأن أحد الطعون المطروحة أمامها - ما نصه: "متى كانت المحكمة قد انتهت إلى وجود شرط فاسخ صريح فإنها تكون - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - قد سلبت نفسها كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يبقى لها إلا الحكم باعتبار الفسخ حاصلًا فعليًا..."^(٧٧٧).

وهو نفس ما أكد عليه الفقه والقضاء اليميني^(٧٧٨)، حيث جاء في بعض أحكام القضاء اليمني في عقد بيع ورد فيه شرط فاسخ صريح في حالة عدم الوفاء بالالتزامات، وذكرت المحكمة هنا وقوع الفسخ مباشرة لورود ذلك الشرط حيث جاء في نص الحكم أنه: "البيع غير نافذ ومفسوخ لعدم حصول الشرط وهو الإيفاء"^(٧٧٩).

ومع أن سلطة القاضي في إيقاع الفسخ الاتفاقي مسلوقة، إلا أن وجوده ضروري هنا؛ وذلك أن الغالب حصول منازعة في وقوع عدم التنفيذ فهو أمر نسبي وكل متعاقد يرى أن الآخر هو المتسبب في عدم التنفيذ، كما أنه قد تحصل منازعة في صحة وجود اتفاق على فسخ العقد

(٧٧٦) انظر: د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٤٩٠، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٨٢.

(٧٧٧) الحكم الصادر في جلسة ١٣/٢/١٩٦٩م لسنة ٢٠، انظر: أنور العمروسي، المرجع السابق، ص ١٧٢.

(٧٧٨) انظر: د. أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانونين المصري واليميني، مرجع سابق، ص ٨٠١، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٧٧٩) الحكم الصادر بتاريخ ٢٠ محرم ١٣٩٧هـ - ١٩٧٦م، من المحكمة الثانية الشرعية بلواء صنعاء، حكم غير منشور.

عند عدم التنفيذ؛ لذا يندر أن يتم الفسخ الاتفاقي خارج نطاق القضاء، وإذا حصل فإنه إنما يكون من باب اتفاق الطرفين (الإقالة)^(٧٨٠).

وهكذا نجد أن استبعاد الحكم القضائي في الفسخ الاتفاقي إنما هو في مجال إنشائه فقط مع بقاءه من أجل الكشف عن وجوده؛ ونتيجة لذلك نجد أن سلطة القاضي في مجال الكشف عن الفسخ الاتفاقي تكون واسعة أيضاً وتتمثل هذه السلطة في شيئين أحدهما في التحقق من وجود الاتفاق، والآخر التحقق من وجود الفسخ وتحقيق شروطه.

ثانياً: التحقق من وجود اتفاق على الفسخ

ففي مجال التحقق من وجود اتفاق على الفسخ تظهر أهمية سلطة القاضي لما لهذا الاتفاق من خطر في سلب سلطة القاضي، فعلى ضوءه يظهر هل تنعدم سلطة القاضي أم توجد، حيث يؤدي إلى الحرمان من ضمانة الحكم به قضاء، كما أنه يحرم من أحقية المدين في التنفيذ المتأخر.

ومن مظاهر سلطة القاضي التقديرية في مجال التحقق من وجود بند الاتفاق، هو التحقق أولاً من صحة الاتفاق من حيث وجوده، وهل شابه ما يجعله غير صحيح، ومن نتيجة ذلك أيضاً التأكد من صحة العقد الذي جاء الاتفاق فيه وتكييفه وتفسيره^(٧٨١)، وللقاضي سلطة تقديرية في إلغاء هذا الاتفاق إذا ظهر أن هذا الاتفاق يكون من باب التعسف في استعمال الحق لا سيما إذا كان في عقد من عقود الإذعان، وهو العقد الذي يكون موضوعه سلعة أو خدمة لا غنى عنها، ينفرد فيه الموجب بوضع الشروط فيقبل الموجب له لا عن مشيئة كاملة وإنما تحت ضغط الحاجة، حيث أجاز القانون للقاضي أن تكون له سلطة في إعفاء المدين من الشروط التعسفية والتي قد يكون منها الشرط الفاسخ الصريح^(٧٨٢) وهو ما قرره القانون اليمني أيضاً^(٧٨٣)، ومن مظاهر التعسف، جعل الفسخ جزاء في الإخلال بالتزام أحد المتعاقدين دون الآخر.

(٧٨٠) انظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٦٥٨، د. سيف الدين البلعاوي، المرجع السابق، ص ٣٤، د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مرجع سابق، ص ٩٣، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

(٧٨١) انظر: د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٨٢، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٦٩، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٧٨٢) انظر: د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٥١، د. عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٧٨٣) د. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ٦٥، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١١٥.

كما أن على القاضي التحقق من عدم تنازل الدائن عن الشرط الفاسخ الصريح سواء كان هذا التنازل صراحة أو ضمناً^(٧٨٤). ولا يكتفي القاضي من التحقق من وجود الاتفاق ومن صحة وجوده وعدم تنازل الدائن عنه، بل يجب عليه أيضاً التحقق من مضمون هذا الاتفاق والتحقق من إرادة المتعاقدين بالرجوع إلى نص العقد والظروف المحيطة به، ومن مظاهر هذا التحقق هو التحقق في إرادة الطرفين سلب سلطة القاضي التقديرية^(٧٨٥)، وأن هذا الاتفاق ليس من قبيل ترديد الشرط الفاسخ الضمني^(٧٨٦)، كما ذكرته محكمة النقض^(٧٨٧)، كما أنه يجب على القاضي التحقق في ماهية الالتزامات التي يرغب الطرفان في جعل الإخلال بها شرطاً للفسخ وكذا مضمون الإخلال هل أي إخلال أم الإخلال الجزئي أو المعيب أو المتأخر وكذا شرط الإعفاء من الاعذار، فإنه إذا لم يثبت نص معين يخصص ذلك، فإن للقاضي سلطة تقديرية في تقدير ذلك^(٧٨٨).

فإذا ما تأكد القاضي من التحقق من وجود الاتفاق على الفسخ وصحته وكذا التأكد من مضمونه فإنه في هذه الحالة، يسلب سلطته التقديرية في مجال الفسخ ولا يكون له إلا الحكم به.

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض، - بشأن أحد الطعون المطروحة أمامها-، بقولها: "إنه وإن كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب إعماله، ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله،

^(٧٨٤) انظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٩٧.

^(٧٨٥) انظر: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٦٨، د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٣٤.

^(٧٨٦) د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٦٠٥، د. محمد حسين

منصور، المرجع السابق، ص ٥٢، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٧٦.

^(٧٨٧) الطعن رقم ٨٢ لسنة ٨١ ق جلسة ١٢/١/١٩٥٠م، انظر: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص ٥٢٣، حيث جاء فيه، "... فإذا كانت عبارة الشرط هي أنه إذا أخلت المشتري بشروط هذا الصلح فيكون البيع لاغياً.. إلخ، فإنها لا تعدو أن تكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون مع العقود الملزمة للجانبين فلا يكون الفسخ حتمياً".

^(٧٨٨) انظر: د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٣٤٢، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٧٦، د.

محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ١٢.

فإن تبين له أن الدائن قد أسقط حقه في طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد^(٧٨٩).

وأخيرًا فإنه يجب على القاضي أيضًا التأكد من أن الواقعة المراد جعلها شرطًا للفسخ هي واقعة التنفيذ، وإلا كانت من قبيل الشرط الفاسخ العادي^(٧٩٠).

وهو نفس ما قرره الفقه^(٧٩١) والقضاء اليميني، فقد جاء في أحكام القضاء اليمني في حكم بالفسخ الاتفاقي حيث جاء في حيثيات الحكم من التأكد في التحقق من وجود الشرط الفاسخ الصريح ما نصه: "ولدى التأمل تبين الاتفاق بين الطرفين على دفع بقية الثمن في نجمين (قسطين) ..."^(٧٩٢).

ثالثًا: التحقق من وقوع شروط الفسخ

وبعد أن يتم التحقق من وجود وصحة الاتفاق القاضي بالفسخ وكذا مضمون ذلك الاتفاق، فإنه يأتي بعد ذلك التحقق من وقوع مضمون الاتفاق السابق، وهنا يكون للقاضي سلطة تقديرية في ذلك.

فعلى القاضي التأكد من تحقق وقوع شروط الاتفاق السابق، لا سيما شرط الإعذار بعد التأكد من وجوده^(٧٩٣)، وكذا التأكد من وقوع عدم التنفيذ الكامل، أو الجزئي أو التأخير فيه، وكذا يجب على القاضي تكييف العقد لمعرفة هل هذه الشروط جوهرية أم ثانوية إذا ورد شرط بالإخلال بالالتزامات الجوهرية أو الثانوية، كما على القاضي التأكد من حصول التأخير في التنفيذ، والتأكد من نسبة الإخلال بالتنفيذ إلى الدائن وكونه غير مشروع ومن وفاء الدائن، وقدرته على إعادة الحال على ما كان عليه سابقًا، فإذا تحقق القاضي من وقوع الشروط السابقة الموجبة للفسخ الاتفاقي فإنه يحكم بالفسخ دون أن تكون له أي سلطة تقديرية في ذلك^(٧٩٤).

^(٧٨٩) الطعن رقم ٤٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٩م، السنة ٢٦، انظر معوض عبد التواب المرجع السابق، ص ٥٠٧.

^(٧٩٠) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٧٠.

^(٧٩١) انظر: د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٩، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ٤٢٣، د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

^(٧٩٢) القضية رقم ٣٧ لسنة ١٤٠٩ هـ الصادرة من محكمة شرق الأمانة، حكم غير منشور.

^(٧٩٣) انظر: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٧٠، د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٣٤١.

^(٧٩٤) انظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٧١، د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٣٤٢، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٧٣.

وهذا ما قرره القضاء حيث نصت محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروحة أمامها- بقولها: "إن ما جرى به قضاء المحكمة من الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه وقوع الفسخ حتماً إنفاذاً لذلك الاتفاق بمجرد تحقق الشرط دون أن يكون للقاضي خيار في أمره بل ويتحقق الفسخ دون حاجة إلى التقاضي ما لم ينازع في وقوع موجب الفسخ، وتقف مهمة القاضي في هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفاء بالالتزام ليقدر اعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً..."^(٧٩٥)، كما جاء أيضًا أن: "الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ. مناطه، تحقيق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقي في أعماله سلطة القاضي في التثبيت من انطباق الشرط على عبارة العقد ومراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله وجب التجاوز عنه عند إسقاط الدائن حقه فيه بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ، فلا يبقى للأخير سوى التمسك بالفسخ القضائي المنصوص عليه بالمادة ١٥٧ مدني"^(٧٩٦).

وهو ما جاء به الفقه^(٧٩٧) والقضاء اليمني، حيث جاء في حيثيات فسخ عقد مقاوله بناء على شرط فاسخ عند عدم وفاء المدين بالتزامه حيث جاء فيه: "ولدى التأمل يتبين الاتفاق بين الطرفين على دفع بقية الثمن في نجمين [قسطين] وأنه إذا لم يف المشتري لكل نجمة في وقتها المحدد فإن البيع ملغي، وهو شرط موجب لفسخ العقد كما يظهر، إذ أنه لم يثبت لدينا أن المدعى عليه سلمة النجمة الأولى، ولا الأخرى في وقتها المحدد..."^(٧٩٨).

رابعاً: إثبات وقوع الفسخ

وطريق القاضي في التحقق من وجود الاتفاق ومن وقوع شروطه هو إثبات ذلك، والإثبات: هو إقامة الدليل أمام القضاء، على صحة وجود الواقعة التي ينشأ عنها الحق، وذلك

^(٧٩٥) الطعن رقم ١٩١٢ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٣/٥/٣١م، انظر معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص ٥٢٥.

^(٧٩٦) الطعن رقم ٩٣١٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٠م، انظر. محكمة النقض، المكتب الفني، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للدوائر المدنية والتجارية، ودائرة الأحوال الشخصية، السنة ٤٧، ج٢، من يونيو - ديسمبر ١٩٩٦م.

^(٧٩٧) د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٩.

^(٧٩٨) القضية رقم ٣٧ لسنة ١٤٠٦هـ، محكمة شرق الأمانة، حكم غير منشور.

عند المنازعة عند تعرض صاحب الحق إلى إنكار الغير حقه^(٧٩٩)، والإثبات عبء، الأصل أن يتحمله المدعي^(٨٠٠) وهو الدائن هنا؛ لأنه هو الذي يدعي خلاف الأصل وخلاف الثابت وهو عدم التنفيذ، إذ الأصل هو التنفيذ، والأصل هو براءة الذمة، والدائن بالفسخ يدعي شغل ذمة المدين بالالتزام وبطالب بالفسخ، وهذا حسب القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي، "على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين"^(٨٠١).

وتطبيقاً لذلك فإن على الدائن إثبات وقوع عدم التنفيذ بأي طريق من طرق الإثبات^(٨٠٢)، وتختلف كيفية إثبات ذلك حسب نوع الالتزام فإذا كان الالتزام هو تحقيق نتيجة مثل الالتزام بنقل ملكية فإن على الدائن هنا وهو المشتري إثبات عدم حصول ذلك، وأما إذا كان الالتزام هو بذل عناية لا تحقيق نتيجة كالالتزام الطبيب فإن التزامه بالعناية بالمريض، لا بتحقيق الشفاء لأنه بيد الله تعالى، وإنما يسأل عن تقصيره في العناية بالمريض، وهنا يجب على الدائن إثبات عدم وقوع إخلال بتلك العناية^(٨٠٣).

(٧٩٩) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، نظرية القانون ونظرية الحق، نظرية الالتزام، ونظرية الإثبات، مرجع سابق، ص ٥١١، د. محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات، مرجع سابق، ص ٥، د. عادل حسن على، المرجع السابق، ص ٥، د. عادل حسن على، المرجع السابق، ص ٥، د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

(٨٠٠) انظر: د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٧، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥١٣، د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

(٨٠١) انظر: د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص ١٧٢، والأصل في هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم، "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه" رواه الترمذي، انظر سنن الترمذي لأبي محمد بن عيسى، دار الفكر، بيروت، ج ٣، ص ٦٢٦، باب "ما جاء في البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه".

(٨٠٢) وطرق الإثبات في القانون المصري هي على الترتيب، ١- الكتابة. ٢- شهادة الشهود. ٣- القرائن. ٤- الإقرار. ٥- اليمين. ٦- المعاينة والخبرة، انظر: محمد شكري سرور، الموجز في أصول الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٦، وفي القانون اليمني فقد نص قانون الإثبات في المادة ١٣ على ما يلي، "طرق الإثبات هي، ١- شهادة الشهود. ٢- الإقرار. ٣- الكتابة. ٤- اليمين وردها والنكول عنها. ٥- القرائن القاطعة. ٦- المعاينة (النظر). ٧- الخبرة (العدول) تقريرهم. ٨- استجواب الخصم.

(٨٠٣) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٤١٧، د. طلبة خطاب، المرجع السابق، ص ٥١٧، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٢٢٨، د. محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٣١٦.

كما يجب على المدين إثبات دفع المسؤولية عنه بإثبات السبب الأجنبي، أو إثبات خطأ الدائن، أو خطأ الغير، لأن المدين يكون في حالة الدفع دائماً ويدعي خلاف الأصل وهو عدم نسبة عدم التنفيذ إليه كما أنه يجب أيضاً على المدين إثبات عدم وفاء الدائن وعدم قدرته على إعادة الحال^(٨٠٤)، وهو ما أكد عليه القانون اليمني^(٨٠٥).

خامساً: رقابة محكمة النقض

وأخيراً فإن القاضي عند مباشرته لسلطته التقديرية في التحقق من ثبوت الاتفاق وتحقيق شروطه فإنها تكون من قبيل الوقائع مثل واقعة عدم التنفيذ أو واقعة الإخلال الجزئي ونحوه، ولذا لا يخضع القاضي هنا لرقابة محكمة النقض، إلا إذا كانت المسائل التي يبحث عنها القاضي من مسائل القانون، مثل تكييف هل هذه الواقعة خطأ عقدي يوجب الفسخ أو تكييف العقد بأنه ملزم للجانبين فيكون محلاً للفسخ... إلخ، فإن هذا يعد من مسائل القانون وبالتالي يخضع لرقابة محكمة النقض^(٨٠٦).

كما أن القاضي يخضع في حكمه بالفسخ الاتفاقي لرقابة محكمة النقض وذلك إذا كان تعدى سلطته وخالف الشروط الواردة في العقد، ولم يحكم بالفسخ، فهو هنا يكون قد خالف القانون بتعديه سلطته المقررة قانوناً ويكون هذا من مسائل القانون وليست من مسائل الواقع؛ فلذا يخضع القاضي هنا لرقابة محكمة النقض، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض عن طريق مفهوم المخالفة؛ حيث نصت في حكم لها - بشأن أحد الطعون المطروحة أمامها - على عدم خضوع القاضي لرقابة محكمة النقض في تقدير كفاية أسباب الفسخ، مما يفهم منه خضوعه لرقابة النقض في حالة الفسخ الاتفاقي^(٨٠٧).

الفرع الثاني

سلطة القاضي في الفسخ القضائي

^(٨٠٤) انظر: د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ٢٥٩، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٤٠٩، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٠٤.

^(٨٠٥) انظر: د. عبد الله الخياري، المرجع السابق، ص ١٩٢، د. محمد حسين الشامي، ركن الخطأ، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

^(٨٠٦) انظر: د. أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، مرجع سابق، ص ١٠٧، د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ١٦٠.

^(٨٠٧) الطعن رقم ١٣٥٢ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٦/٣/٣١م، مجموعة أحكام النقض السنة ٤٧ ج ٢، من يوليو - ديسمبر ١٩٩٦م.

إذا كانت سلطة القاضي التقديرية منعدمة في إيقاع الفسخ الاتفاقي حيث يكون مقيداً بمدى وقوع الفسخ، وليس له سلطة تقديرية في إيقاعه، فإن الأمر هنا يختلف بالنسبة للفسخ القضائي فإن للقاضي سلطة تقديرية كبيرة في تقدير أسباب الفسخ ومدى كفاية ذلك وأهميته حيث نصت المادة (٢/١٥٧) على أنه "يجوز منح المدين أجلاً. إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته" فمن خلال النص السابق نجد أنه للقاضي ثلاث خيارات إما أن يحكم بالفسخ وهذا هو الأصل إذا ما ثبت وجود الفسخ، وإما أن يرفض الفسخ إذا لم يثبت وجوده، وإما أن يختار حلاً وسطاً إذا رأى إمكان التنفيذ بمنح المدين أجلاً للتنفيذ، وتلك الحالات الثلاث السابقة، لا تكون للقاضي سلطة تقديرية فيها إلا بعد التحقق من ثبوت الفسخ كما هي في الفسخ الاتفاقي، فإذا لم يثبت للقاضي وقوع الفسخ، بشروطه الموضوعية من قيام المدين بالتزام عقدي في عقد ملزم للجانبين مع وفاء الدائن وقدرته على إعادة ما كانت عليه ومع قيامه بإعذاره المدين بالوفاء، فإذا لم يثبت ذلك، فإنه لا تكون للقاضي هنا أدنى سلطة تقديرية وليس له إلا الحكم برفض الفسخ^(٨٠٨)، فلا يكون إذن للقاضي سلطة تقديرية إلا إذا تحقق القاضي من وقوع الفسخ، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروحة أمامها - بقولها: "إذا لم يشترط بنص العقد فإنه يكون خاضعاً لتقدير قاضي الموضوع يحكم به أو يمنح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام"^(٨٠٩).

كما أن سلطة القاضي التقديرية في الفسخ القضائي تكون مقيدة بخيار كل من الدائن والمدين فيحق للدائن هنا أن يتنازل عن دعوى الفسخ، ويجوز أيضاً للمدين أن يقوم بالتنفيذ المتأخر لالتزامه قبل صدور الحكم بالنهاي، فهنا تنتهي سلطة القاضي التقديرية ولا يكون له إلا الحكم بالفسخ^(٨١٠).

وهكذا نجد أن للقاضي ثلاث خيارات في سلطته التقديرية في دعوى الفسخ القضائي وهي كما يلي :

الخيار الأول : الحكم بالفسخ

(٨٠٨) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٢٦، د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦١١، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

(٨٠٩) الطعن الصادر بتاريخ ٢٦/١٠/١٩٧٢م.

(٨١٠) انظر: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤٢٧، د. أحمد محمود سعد، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص ٢١٥، د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٥٢.

ويتمثل هذا الخيار في أن يحكم القاضي بالفسخ. وهذا هو الأصل حيث يفترض هنا توافر شروط الفسخ الموضوعية والإجرائية وعدم قيام الدائن بالتنازل عن الفسخ، وعدم قيام المدين بالتنفيذ المتأخر، وهنا يحكم القاضي بالفسخ بعد استعمال سلطته التقديرية بصدد موجبات الفسخ كما في الفسخ الاتفاقي، فإذا حكم القاضي بالفسخ فإن حكم القاضي هنا يكون منشئاً للفسخ لا مقررًا له^(٨١١)، وهذا بعكس الفسخ الاتفاقي كما سبق، حيث أن المتعاقدين هنا لم يقررا وقوع الفسخ بمجرد عدم التنفيذ، وبالتالي لا يقع الفسخ بمجرد رفع الدعوى، وإنما يقع بمجرد حكم القاضي به. وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروحة أمامها - بقولها: "إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ طبقاً لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدني لا استناداً إلى وجود شرط فاسخ صريح في العقد فإن هذا القضاء يكون منشئاً للفسخ لا مقررًا له"^(٨١٢).

والفرق بين الحكم المنشئ للفسخ والحكم المقرر له هو فرق نظري؛ إذ في كلا الحالتين يكون للفسخ أثر رجعي ويعتبر العقد كأن لم يكن^(٨١٣).

الخيار الثاني: منح المدين أجلاً للتنفيذ

وهذا مانتصت عليه المادة ١٥٧/٢ مدني مصري، فيحق هنا للقاضي إذا رأى إمكانية الوفاء بالالتزام، حيث يتيح ذلك للمدين فرصة القيام بتنفيذ الالتزام وتوقي حكم الفسخ^(٨١٤)، ومنح القاضي أجلاً للمدين هو أمر جوازي وليس وجوبياً عليه كما أنه غير مقيد بطلب المدين إلا أن القاضي في منحه هذه المهلة يكون مقيداً بمدى حسن نية المدين في ذلك وذلك بوجود ظروف منعه من التنفيذ وكونه لم يصرح بعدم التنفيذ ولم يكن أيضاً سيئ النية في ذلك، كما أن القاضي يكون مقيداً في منح المهلة بمدى إمكانية الوفاء بالالتزام بأن يكون ذلك ممكناً فإذا استحال التنفيذ فإنه هنا لا جدوى من منح المدين مهلة للوفاء بالتنفيذ، ومثله أيضاً إذا كان المدين معسراً فإنه هنا لا جدوى أيضاً من منحه أجلاً للوفاء حيث أنه معسر لا يستطيع الوفاء

(٨١١) انظر: د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٢٥٤، د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص ٤٠٤، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٣٢.

(٨١٢) الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٦٩/٧/٣م السنة ٨٠، انظر: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص ٥٠٥.

(٨١٣) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٧٤.

(٨١٤) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٦٩، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٤٨٩، د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ١٧٤، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

بذلك^(٨١٥). فإذا ما حكم القاضي بمنح مهلة للمدين فإنه بالتالي يحق للمدين الوفاء في هذه المدة، ويتحول الالتزام في هذه الحالة من مستحق الأداء إلى غير مستحق الأداء خلال فترة الأجل، وبالتالي لا يحق للدائن مطالبة المدين بتنفيذ الالتزام خلال هذه الفترة، كما أن على القاضي أن يراعي مدى تضرر الدائن بهذه المنحة، فإذا كان هناك ضرر كبير على الدائن فلا يجوز للقاضي منح المدين مهلة.

ولا ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد انقضاء المدة فإنه يجب الحكم به، كما أن للمدين أن يقوم بالتنفيذ ولو بعد انقضاء المدة، مادام ذلك قبل صدور الحكم النهائي وتسقط المدة بإعذار المدين أو استحالة التنفيذ خلال الفترة الممنوحة للمدين ومنها قيام المدين بانقاص التأمينات المقدمة للتنفيذ^(٨١٦).

وجاء في أحكام محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروحة أمامها - في مهلة التنفيذ ما يلي: "طلب فسخ العقد خضوعه لتقدير قاضي الموضوع منح المدين أجلا للوفاء بالالتزام. مانع من جواز الحكم بالفسخ متى تم الوفاء في غضون الأجل. انقضاء الأجل دون وفاء كامل غير موجب للحكم بالفسخ حتمًا. بقاء العقد قائمًا والوفاء بالالتزام ممكنًا بعد انقضاء الأجل وحتى صدور الحكم النهائي"^(٨١٧).

الخيار الثالث: رفض الفسخ

ويكون هذا أصعب الخيارات؛ حيث يفترض أن أسباب وجود الفسخ قد تحققت وقد نصت المادة (٢/١٥٧) على هذه الحالة بقولها: "... كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته".

فمن خلال النص السابق نجد أن القانون قد أجاز للقاضي أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية^(٨١٨). وهذا ما أكدته محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها - بقولها: "إن محكمة الموضوع وقد رأت في حدود سلطته التقديرية ألا يقضي

^(٨١٥) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٢٧، د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص ٤٠٤، د. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

^(٨١٦) انظر: د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٧، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٣٥، د. حسن الذنون، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

^(٨١٧) الطعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ق، جلسة ١٩٨٤/٥/٢٥ سنة ٣٥، انظر: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص ٥١١.

^(٨١٨) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٧٠.

بالفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ الضمني كنص المادة ١٥٧ من القانون المدني لما تبين من أن الباقي من الفوائد المدعى بها قليل الشأن بالقياس إلى مقدار الثمن في جملته لا تكون قد خالفت القانون إذا أخطأت في تطبيقه" (٨١٩).

وتقدير القاضي لمدى أهمية ما بقي من التزامات ومدى تأثيرها في الفسخ يكون له الاستعانة بمعايير أحدهما موضوعي يرجع به إلى طبيعة العقد ومدى استفادة طرفي التعاقد من العقد رغم بقاء بعض الالتزامات وكونها لا تؤثر في طبيعة العقد، كما أن للقاضي أن يستعين بمعيار شخصي لتقدير ذلك، بالنظر إلى رغبة المتعاقدين في ضرورة تنفيذ كافة الالتزامات الناشئة عنها، أو الاكتفاء بالقدر المهم (٨٢٠).

ومن أهم صور عدم الوفاء قليل الأهمية صورة الوفاء الجزئي، أو المغيب، أو المتأخر أو الوفاء بالالتزامات الجوهرية دون الثانوية كما سبق في شروط الفسخ (٨٢١).

وأخيراً فإن ممارسة القاضي لسلطته التقديرية بصدد إيقاع الفسخ في مجال الفسخ القضائي تعتبر من مسائل الواقع والتي لا تكون لمحكمة النقض رقابة عليه وهذا كما نصت عليه محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها - بقولها: "متى كان العقد لا يحتوي شرطاً صريحاً فاسخاً فإن الدائن إذا استعمل خياره في طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني لعدم وفاء المدين بالتزامه فإن المحكمة لا تلتزم في هذه الحالة بالحكم بالفسخ بل إن الأمر في ذلك يرجع إلى تقديرها وهي فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت في ذلك لأسباب سائغة" (٨٢٢).

موقف القانون اليمني ومقارنته بالقانون المصري:

والقانون اليمني كنظيره المصري قد أقر للقاضي سلطة تقديرية في مجال الفسخ القضائي؛ حيث جاء في نص المادة ٢٢١ منه: "... ويجوز للقاضي أن يمنح الملتزم أجلاً للتنفيذ إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يف به الملتزم قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته".

(٨١٩) الطعن رقم ٤٠٥ لسنة ٤٦ ق، جلسة ١٩٧٩/٦/٢١م، انظر د. محمد شتا أبو السعود، ص ٩٣٥.

(٨٢٠) انظر: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٤١، د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٠، د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٤٤٢.

(٨٢١) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٧٠.

(٨٢٢) الطعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٠ ق، جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥م، انظر: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص ٥٤٠.

وجاء أيضاً في المذكرة الإيضاحية: "وللقاضي الذي طلب منه أن يقضي بالفسخ تبعاً للظروف وما تقضي به العدالة أن يمنح الملتزم أجلاً للتنفيذ إذا كان حقيقاً بذلك، وللقاضي أن يرفض الفسخ إذا كان الالتزام قد نفذ جزء كبير منه وما تبقى أصبح قليل الأهمية بالنسبة للالتزام ككل" (٨٢٣). وهذا ما أكد عليه الفقه (٨٢٤).

المطلب الثالث

انقضاء الفسخ

بعد أن انتهينا من الحديث عن سلطة القاضي في دعوى الفسخ يأتي الكلام حول انقضاء دعوى الفسخ وهو آخر الكلام في دعوى الفسخ، ودعوى الفسخ قد تنقضي بالتنازل عنه من الدائن، أو تنقضي بالتقادم ومضي المدة، وستناولها في فرعين كالآتي.

الفرع الأول : انقضاء الفسخ بالتنازل.

الفرع الثاني : انقضاء الفسخ بالتقادم ومضي المدة.

(٨٢٣) ص ١٩٢.

(٨٢٤) انظر: د. محمد الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٢م، ص ٣٨٩ د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٧٧٦، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٢٥، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٧، وسلطة القاضي التقديرية هنا موافقة لما جاء به الفقه الإسلامي من منح القاضي سلطة تقديرية في منح المدين أجلاً في الفسخ عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، (سورة البقرة، الآية ٢٨٠)، حيث عبر عن الأجل هنا بنظرة الميسرة، كما شرطت لإيقاعه وجود العسرة، وعلى للقاضي أن يعرض الصلح أولاً على المتخاصمين إذا كان فيه مصلحة لهما (انظر: سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ص ٧٦٥، مخلوف محمد البدوي المنياوي، المقارنات التشريعية تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، دار السلام، القاهرة، ط ١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ج ٢، ص ٤٦٣).

الفرع الأول

انقضاء الفسخ بالتنازل

ويقصد بالتنازل هنا هو قيام الدائن بالتنازل عن حق الفسخ أو الشرط الفاسخ الصريح^(٨٢٥)، وهو غير التنازل عن الالتزام الذي سبب الإخلال به في الالتزام حيث يدخل ذلك ضمن انعدام سبب الفسخ^(٨٢٦)، حيث لا يوجد هناك إخلال بالالتزام، أما هنا فسبب الفسخ وهو الإخلال بالالتزام لا يزال موجوداً وإنما زال حق المطالبة بالفسخ؛ حيث ينتفي للدائن هنا الحق بالمطالبة بالتنفيذ العيني أو بالمقابل (التعويض)، وحق التنازل يفهم من شرط طلب الدائن حيث يتطلب الحكم بالفسخ طلب الدائن وأهمية ذلك من أجل التأكد من عدم تنازل الدائن عن الفسخ كما يعد التنازل عن الفسخ قيد على سلطة القاضي التقديرية^(٨٢٧).

والتنازل عن الفسخ قد يكون قبل حصول عدم التنفيذ، كأن يشترط في العقد أن العقد غير قابل للفسخ عند حصول عدم التنفيذ إلا أن للقاضي سلطة تقديرية إزاء هذا الشرط إذا كان فيه تعسف أو حدث عدم التنفيذ بغش أو خطأ جسيم أو كان هذا الشرط في عقد من عقود الإذعان ولم يقبل به المدين إلا بسبب ضعف^(٨٢٨). كما قد يكون التنازل أيضاً بعد حصول عدم التنفيذ وهو الغالب^(٨٢٩).

والتنازل قد يكون صريحاً وذلك إما بنص في العقد نفسه أو في وثيقة ملحقة بالعقد، أو في عقد آخر متعلق به، ويشترط في التنازل الصريح هنا كافة الشروط الواجبة في التعبير عن الإرادة من تراضي وخلو من عيوب الإرادة^(٨٣٠).

وقد يكون التنازل عن الفسخ ضمناً، وذلك بأن يقوم الدائن بأعمال يفهم منها قبول الدائن التنازل عن الفسخ، مثل رفع دعوى التنفيذ في حالة الفسخ الاتفاقي فإن هذا يفهم منه

^(٨٢٥) انظر: سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

^(٨٢٦) د. محمد لبيب شنب، دروس في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٤٦.

^(٨٢٧) انظر: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص ٤٠٣، د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

^(٨٢٨) انظر: د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٢٤٣، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٧٤.

^(٨٢٩) انظر: د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٣٣٤، د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٢٢٧، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٩٠.

^(٨٣٠) انظر: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤٢٥، د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٣٧١.

تنازل الدائن عن حقه في الفسخ أو قبول الوفاء المتأخر أو عمل اتفاق جديد يقضي بالتنفيذ وهكذا ونظرًا لخطورة التنازل الضمني فإنه يخضع لسلطة القاضي التقديرية بالنظر إلى القرائن والظروف المحيطة بأفعال الدائن وهل تعني التنازل عن حق الفسخ أم لا^(٨٣١)؟

وقد أشارت محكمة النقض -بشأن أحد الطعون المطروح أمامها- إلى صور التنازل عن الفسخ بقولها: "لئن كان للبائع أن يطلب فسخ العقد إذا لم يتم بتنفيذ المشتري التزامه بوفاء باقي الثمن عملاً بنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدني إلا أنه ووفقاً للقواعد العامة يسقط حقه في طلب الفسخ إذا تنازل عنه صراحة أو ضمناً"^(٨٣٢).

والتنازل عن الفسخ كما يكون في الفسخ القضائي فإنه يكون أيضاً في الفسخ الاتفاقي إلا أنه في حالة الفسخ القضائي يسقط حق المطالبة بالفسخ نهائياً ولا يكون إلا اللجوء إلى عدم التنفيذ فقط.

أما في حالة الفسخ الاتفاقي فإن سقوطه يؤدي إلى سقوط الحق في الفسخ على أساس الفسخ الاتفاقي أي الشرط الفاسخ الصريح، ولا يبقى للدائن إلا رفع دعوى جديدة على أساس الفسخ القضائي أي الشرط الفاسخ الضمني، وهو ما أكدته محكمة النقض -بشأن أحد الطعون المطروح أمامها- بقولها: "... فإن تبين له أن الدائن قد أسقط خياره في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فاسخ العقد... تجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي، فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني"^(٨٣٣).

ويتفق القانون اليمني في الأحكام السابقة في شأن التنازل عن الفسخ مع ما جاء بالقانون المصري^(٨٣٤).

(٨٣١) د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٣٧٥.

(٨٣٢) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٥/٥/٢٥ م سنة ٢٦، انظر أنور العمروسي، المرجع السابق، ص ١٧٩.

(٨٣٣) الطعن رقم ١٦١، لسنة ٣٦ ق- جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦ م، انظر: أنور العمروسي، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٨٣٤) انظر: د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٢٥، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٧٧٩، وهو نفس ما جاء به الفقه الإسلامي، حيث يزول الحق في خيار العيب عند التنازل عن هذا الخيار إما بالتنازل الصريح من الدائن كأن يقول رضيت بالعيب أو يكون عالمًا بالعيب وقت العقد ووقت تنفيذه، وقد يكون التنازل عن العيب ضمناً ويسمى ذلك بالتنازل دلالة، ويكون ذلك بقيام الدائن بأفعال تدل على تنازله عن حقه في خيار العيب كقيام المشتري بالتصرف في المبيع بعد علمه بالعيب أو باستعمال الشيء مع علمه بالعيب، نظر: التاج المذهب للعنسي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٢٨، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٢٠، بدائع الصنائع للكاستاني، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣٣٧، المحلي لابن حزم،

وفي مجال الفسخ في إطار المجموعة العقدية، تطبق الأحكام السابقة في التنازل عن الفسخ، وللمدين هنا أن يحتج على الدائن بتنازل الدائن عن التعاقد مع المدين في العقد الذي شارك فيه المدين، كما له أن يحتج على هذا الدائن بتنازله هو عن الفسخ في العقد الذي شارك هو فيه ولو لم يتنازل مدينه عنه، حسب ضوابط المجموعة العدية كما سبق.

الفرع الثاني

انقضاء الفسخ بالتقادم ومضى المدة:

وهنا يؤدي مضي المدة إلى سقوط الحق في الفسخ ويسمى هذا بالتقادم المسقط، والتقادم المسقط هو وسيلة لانقضاء الالتزام حين يقعد الدائن عن مطالبة مدينه، فهو مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب الدائن به المدين^(٨٣٥).

وفي حالة الفسخ يكون انقضاء الالتزام مؤدياً إلى انقضاء الحق في المطالبة به، فسقوط دعوى الالتزام هنا هو سقوط الالتزام الذي يكون الإخلال به سبباً للفسخ، وبالرجوع إلى القاعدة العامة في سقوط الالتزام نجد أنها خمس عشر سنة، فتكون هي المدة لانقضاء الالتزام فإذا انقضى خمس عشرة سنة عن حق البائع في الثمن فإن الثمن يسقط ويسقط بالتالي حق البائع في المطالبة بفسخ عقد البيع لإخلال المشتري بدفع الثمن^(٨٣٦)، وهذا ما أكدته محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها - بقولها: "لا تخضع دعوى الفسخ للتقادم الثلاثي المنصوص عليه بالمادة ١٨٧ من القانون المدني إنما بتقادم خمس عشر سنة ومن ثم فللمشتري طلب رد الثمن طالما أن دعوى الفسخ لم تسقط بالتقادم"^(٨٣٧).

وأساس سقوط الفسخ هنا أن الدائن عند سكوته هذه المدة الطويلة عن المطالبة بحقه يكون قرينة على أنه استوفاه، أو تنازل عنه^(٨٣٨).

مرجع سابق، ج٩، ص ٧٣٩، محمد أحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

^(٨٣٥) انظر: د. محمد لبيب شنب، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٥، د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ٣١.

^(٨٣٦) انظر: د. محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣٤، د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ٣١١، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٤٥١، د. عادل حسن على، المرجع السابق، ص ٥١٧.

^(٨٣٧) الطعن رقم ٢٥٦، لسنة ٤٣ق - جلسة ١٠/١٠/١٩٨٢م، انظر: د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص ٩٥٧.

^(٨٣٨) راجع د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص ٣٩٤، د. محمد أحمد برسيم، التقادم المسقط للحقوق والدعاوي، بين القانون الوضعي، والشريعة الإسلامية، بدون دار نشر، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م، ص ١٥٢.

وتحسب مدة التقادم من تاريخ استحقاق الدين، فإذا كان الدين معلقاً على شرط أو أجل فإنه يحسب من تاريخ تحقق الشرط أو الأجل^(٨٣٩)، وإذا كان القاضي قد منح المدين أجلاً للوفاء فإن مدة التقادم تحسب من تاريخ بداية هذا الميعاد، أما بالنسبة لدعوى الفسخ بسبب استحقاق المبيع فإنها تحسب من تاريخ استحقاق المبيع أو من تاريخ صدور الحكم النهائي بثبوت الاستحقاق^(٨٤٠)، ويحسب تاريخ التقادم بالأيام لا بالساعات أي أن اليوم الأخير يحسب في التقادم^(٨٤١).

وفي مجال المجموعة العقدية تحسب مدة التقادم من تاريخ إخلال الدائن المتسبب المباشر في عدم التنفيذ^(٨٤٢)

ويعبر القانون اليمني عن التقادم بمصطلح عدم سماع الدعوى بمضي المدة أو مرور الزمن والمدة المقررة لذلك هي خمسة وعشرون سنة و تحسب المدة هنا بالتاريخ الهجري وما يقابله من التقويم الميلادي وتحسب بالأيام لا بالساعات^(٨٤٣).

وبالمقارنة بين القانونين المصري واليمني، نجد أن مدة التقادم في دعوى الفسخ تختلف في القانون المصري عن القانون اليمني، فهي خمس عشرة سنة مدة التقادم الطويل في القانون المصري، وخمس وعشرون سنة في القانون اليمني، وتحسب من وقت الإعذار، وفي حالة منح مهلة قضائية من تاريخ المهلة.

^(٨٣٩) راجع د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٤٥٦، د. محمد أحمد برسيم، المرجع السابق، ص ٢٧٨

^(٨٤٠) د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

^(٨٤١) د. سمير كامل، المرجع السابق، ص ٣١٩.

^(٨٤٢) د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٦٨٧.

^(٨٤٣) انظر: المواد من ٢٤٢ - ٤٥١، د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٣٢٥، والفقه الإسلامي

يقرر أنه إذ ترك المدعى دعواه زمناً مع تمكنه من إقامتها دل على عدم وجود الحق ظاهراً، انظر: د. محمد أحمد برسيم، المرجع السابق، ص ١٣٢، ونجد أيضاً في الفقه الإسلامي سقوط بعض الخيارات بمرور المدة من خيار العيب وخيار النقد وخيار التأخير الثمن وخيار الشرط.. الخ، مما يدل على جواز منع سماع دعوى الخيار بمضي المدة، كما اختلف الفقهاء في الخيارات المتعلقة باختلال التنفيذ كخيار العيب ونحوه، هل هي على الفور أو التراخي، انظر شرح الأزهار لابن مفتاح، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٨٩، التاج المذهب للعنسي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٩٥، جواهر الكلام للنجفي، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٧٥، حاشية قليوبي وعميرة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ج ٢، ص ٢٠٣، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٢١.

المبحث الثاني

آثار وقوع الفسخ

بعد أن أتممنا المبحث الأول وهو دعوى الفسخ باعتباره طريقاً إلى وقوع الفسخ نتكلم في هذا المبحث عن الآثار المترتبة على وقوع الفسخ وصدور الحكم النهائي للفسخ، وحكم الفسخ كأى حكم يكون له حجية الأمر المقضي به وهذه الحجية لا تقتصر على طرفي دعوى الفسخ وهما المتعاقدان، بل يتعداه إلى الغير الذين تعامل معهم المتعاقدان؛ ويسرى أثر حكم الفسخ عليهم أيضاً وسوف نتناول أثر الفسخ في المطلبين التاليين:

المطلب الأول : انحلال العقد والالتزام بالتعويض.

المطلب الثاني : أثر انحلال العقد بالنسبة للمتعاقدين والغير.

المطلب الأول

انحلال العقد والالتزام بالتعويض

وانحلال العقد هنا يعتبر أهم أثر لفسخ العقد بل هو الأثر الوحيد، وما جاءت الآثار الأخرى إلا كنتيجة لانحلال العقد، وسوف نتناول انحلال العقد ثم نتناول التعويض عن انحلال العقد إذا رتب ذلك ضرراً على الدائن كما سيأتي.

الفرع الأول : انحلال العقد.

الفرع الثاني : الالتزام بالتعويض.

الفرع الأول

انحلال العقد

أولاً : المقصود بانحلال العقد

ويقصد بانحلال العقد هنا هو زوال الرابطة العقدية بعد نشوئها صحيحة، وزوال العقد هذا، ينتج عنه زوال الالتزامات الناشئة عنه، ولذا لا يكون العقد أساساً لمطالبة أحد المتعاقدين بالالتزامات الناشئة عنه، ويتحلل بالتالي الدائن من مطالبة المدين المخل بالتزامه بالالتزامات التي تقع على عاتق الدائن^(٨٤٤)، فإذا كان عقد البيع مثلاً بثمن مؤجل ولم يقم البائع بتسليم المبيع، وقضى المشتري بفسخ العقد بسبب إخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع، فإنه لا يحق للبائع مطالبة المشتري بتسليم الثمن، لأن هذا الالتزام يكون قد زال بفسخ العقد، حيث زال العقد وزالت الالتزامات الناشئة عنه، وزال السبب المنشئ للالتزام بعدم وجوده^(٨٤٥). وانحلال العقد يعتبر أهم أثر من آثار الفسخ، لاسيما إذا كان تنفيذ العقد لم يتم بعد، أو كان التنفيذ مستحيلاً بسبب إخلال المدين، كما إذا قام البائع بإهلاك المبيع قبل تسلمه فإنه في هذه الحالة يحق للمشتري المطالبة بفسخ العقد، لكي يزول العقد ولا يكون للبائع الحق في مطالبة المشتري بدفع الثمن، حيث يزول التزامه بدفع الثمن بفسخ العقد وزواله.

(٨٤٤) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٤٨٠، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق،

ص ٣٣٢، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٧٢.

(٨٤٥) انظر: د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص ٢٢٥، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق،

ص ٦٣٩.

وزوال العقد في الفسخ لا يؤثر على الالتزامات الناشئة عنه بل إنه يؤدي إلى زوال التزامات أخرى ناشئة عن عقود فرعية أخرى، تابعة لذلك العقد الذي زال حيث تزول بزوال العقد الأصلي فقد يقوم المدين بالثمن المؤجل مثلاً بإبرام عقد رهن للبائع يضمن به البائع حقه في التزام المشتري بدفع الثمن، فإذا زال عقد البيع مثلاً بالفسخ فإنه بالتالي يزول عقد الرهن بانقضاء الدين المضمون^(٨٤٦)، ومثله أيضاً إذا برم المدين عقد كفالة يقوم بموجبه شخص ثالث بالالتزام بدفع الدين عن المدين في حالة عدم دفع المدين، فإن هذا العقد يزول بزوال الالتزام المضمون، بزوال العقد فينقضي عقد الكفالة هنا بصورة تبعية^(٨٤٧).

كما أنه قد تنقضي عقود الشركات التابعة للشركة الأم بزوال تلك الشركة الأم ومثله أيضاً إذا قام المقاول في عقد مقاوله بإبرام عقود فرعية أخرى تساعد لإتمام عقد المقاوله الأصلية فإن هذه العقود تنقضي بزوال عقد المقاوله الأصلي، إلا أنه يشترط في هذه العقود الفرعية أن يكون المتعاقدين فيها على علم بتبعية تلك العقود للعقد الأصلي، أما إذا كانوا لا يعلمون بذلك، فإن تلك العقود لا تزول، ويحق للدائن منها أن يطالب بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المدين، لتسببه في استحالة التنفيذ لعدم تنفيذه للعقد والذي أدى إلى فسخه^(٨٤٨). إلا أنه يستثنى من ذلك شرط التحكيم حيث يبقى ولا يزول بزوال العقد الذي كان هذا الشرط من بنوده، وسبب استثناء شرط التحكيم هو ما جاء في قانون التحكيم من اعتبار أن شرط التحكيم اتفاق مستقل عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته؛ وسبب ذلك هو أن شرط التحكيم يختلف عن الأداءات المتبادلة والناشئة عن العقد بحيث لا يترتب على فصلها عن العقد أو إضافتها إليه المساس بجوهر العقد أو الالتزامات الأساسية الناشئة عنه، كما أن أعمال شرط التحكيم لا يكون إلا عند عدم التنفيذ فهي لا تستهدف سوى تنظيم النتائج القانونية التي ترتبت على عدم التنفيذ^(٨٤٩).

(٨٤٦) انظر: المادة ١٠٨٢ من القانون المدني المصري، د. حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص ٦٠٠.

(٨٤٧) د. طلبه وهبه خطاب، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٨٤٨) انظر: د. عبد الوهاب الرومي، الاستحالة وأثرها في الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٩، ص ٤٩٦، د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٩١، د. مصطفى

عبد السيد الجارحي، عقد المقاوله من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٨٨م، ص ٩.

(٨٤٩) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٨٩، ٥٩٠.

وانحلال العقد قد يكون كلياً بمعنى زوال كافة الالتزامات الناشئة عن ذلك العقد وكذا زوال كافة العقود الفرعية التابعة لذلك العقد، ويكون ذلك في حالة الفسخ الكلي للعقد، وهذه الصورة الشائعة في فسخ العقد، وقد يكون زوال العقد جزئياً بمعنى زوال بعض الالتزامات الناشئة عن الجزء الذي زال من العقد، وزوال العقود الفرعية التابعة للجزء الذي زال من العقد، ويتحقق ذلك في حالة الفسخ الجزئي كما سبق، فإذا قضى مثلاً بفسخ جزئي لعقد بيع في بعض المبيع فإنه يزول العقد في حدود ذلك المبيع وبالتالي يزول التزام المشتري بدفع ثمن الجزء الذي تم فسخه وتبقى الالتزامات في الأخرى وتزول العقود الفرعية المتعلقة بذلك الجزء فحسب، وتبقى العقود التابعة للجزء الذي لم يفسخ^(٨٥٠).

وفي مجال الفسخ في إطار المجموعة العقدية، يؤدي فسخ أي عقد منها إلى فسخ المجموعة كلها، ويعمل ذلك بتعليلات مختلفة على حسب ظروف كل مجموعة، فأحياناً يكون التعليل بوحدة الهدف الذي يربط المجموعة بحيث لا يمكن تحقيقه إلا بالتنفيذ الشامل للمجموعة، وأحياناً يكون على أساس أن العقد التبعية يلحق العقد الأصلي في مصيره، فإن فسخ العقد الأصلي لا بد أن يفسخ العقد التبعية، مثل العلاقة بين العقد الأصلي والعقد من الباطن، كما يعمل فسخ كافة عقود المجموعة العقدية على أساس أن الشخص لا يستطيع أن ينقل لغيره أكثر مما يملك، وأخيراً فإن فسخ العقد يؤدي إلى أن يفقد العقد الآخر محله أو سببه، فيزول تبعاً لزوال العقد الأول^(٨٥١).

ثانياً: انحلال العقد بأثر رجعي

كما أن انحلال العقد لا يسرى على المستقبل فحسب، وهو ما يعبر عنه بالأثر الفوري والذي يعني اعتبار العقد منحلًا منذ وقوع الفسخ وبالنسبة للمستقبل، ولكنه ينحل في الماضي أيضاً وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للعقد، ويعني هذا انسحاب أثر العقد إلى الماضي أي من حين نشوء العقد^(٨٥٢)، وهو ما عبر عنه المشرع بقوله: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد..." والأثر الرجعي للفسخ يستوي فيه إذا ما كان الحكم بالفسخ

(٨٥٠) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٠٨، د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

(٨٥١) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، مرجع سابق، ص ٣١.

(٨٥٢) انظر: د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٤٩١، د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٧٢، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤٣٧، د. سمير تتاغو، المرجع السابق، ص ١٧٤.

ذا طبيعة كاشفة للفسخ كما في الفسخ الاتفاقي، أو ذا طبيعة منشئة للفسخ كما في الفسخ القضائي^(٨٥٣).

وهو ما أكدت عليه محكمة النقض -بشأن أحد الطعون المطروح أمامها- بقولها: "ويترتب على القضاء بفسخ عقد البيع انحلاله بأثر رجعي منذ نشوئه..."^(٨٥٤)، وجاء أيضًا "فسخ العقد، أثره. انحلاله بأثر رجعي منذ نشوئه وإعادة كل شيء إلى ما كان عليه من قبل..."^(٨٥٥).

فرجعية العقد تعني اعتبار العقد معدومًا عند نشوئه، فلا ينتج أية آثار قانونية، ويرتد انعدامه إلى حين إبرامه، بحيث تزول كافة الآثار التي رتبها، ويعتبر كأن لم يكن أصلاً^(٨٥٦) ويؤسس الفقه تبرير فكرة الأثر الرجعي إلى نظرية المجاز القانوني، حيث تقوم هذه الفكرة على تقدير وقوع الفسخ في الماضي^(٨٥٧).

وتظهر أهمية مبدأ الأثر الرجعي للعقد في وجود تأصيل قانوني لإلزام الطرفين بالرد، كما أن المال يعود إلى المتصرف دون حاجة إلى إبرام عقد جديد حيث يعتبر المال كأنه لم يخرج من يد صاحبه، وأخيرًا فإنه يؤدي إلى اعتبار التصرفات التي أبرمها المتصرف إليه غير نافذة في حق المتصرف؛ إذ تعتبر أنها واردة على ملك الغير، وهكذا نجد أن تقرير الأثر الرجعي للفسخ فيه حماية أكيدة للملكية، فالملكية يجب أن تعود خالية من القيود والحقوق^(٨٥٨).

ثالثا: استثناء العقود الزمنية من الأثر الرجعي

إلا أن مبدأ الرجعية في الفسخ لا يعم كافة أنواع العقود؛ حيث تستثنى العقود الزمنية من مبدأ رجعية الفسخ، فتتحل تلك العقود ويسرى أثر ذلك من وقت فسخها وفي المستقبل ولا يسرى ذلك في الماضي أي من وقت نشوء العقد، ولذا يطلق على فسخ العقود الزمنية بمصطلح "الإنهاء"^(٨٥٩).

(٨٥٣) انظر: د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٣٤٨، د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٧٢.

(٨٥٤) جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤م، السنة ١٧، انظر: د. محمد شتا، المرجع السابق، ص ١٠٠٣.

(٨٥٥) الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ ق، جلسة ٢٠٠٠/٧/١.

(٨٥٦) د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٥٢٣.

(٨٥٧) د. حسن الذنون، المرجع السابق، ص ٣٥٥.

(٨٥٨) د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٥٢٧.

(٨٥٩) انظر: د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٧٣، د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ١٧٥، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٤١.

والعقود الزمنية: هي تلك العقود الذي يكون الزمن فيها مقصوداً لذاته، فهو عنصر جوهري وأساسي في العقد، مثل عقود الإيجار والعمل والشركات ونحوها، وذلك لاستحالة الأثر الرجعي ويعلل ذلك بأن العقد المستمر ليس عقداً واحداً، فهو مجموعة من العقود وكل عقد ينقضي بتنفيذه، ففسخ ذلك العقد لا يؤثر في العقود التي انقضت بتنفيذها، كما أن الزمن في هذه العقود مقصود لذاته، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه^(٨٦٠).

وهو ما أكدته محكمة النقض- بشأن أحد الطعون المطروح أمامها- بقولها: "النص في المادة ١٦٠ من القانون المدني على أنه (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد...) قطعى الدلالة على الأثر الرجعي للفسخ، وعلى شموله العقود كافة إلا أنه من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ - كالإيجار - أنه يستعصي بطبيعته على فكرة الأثر الرجعي، لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذي ينعقد عليه، والتقابل بين الالتزامات فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء في تنفيذه، فإن آثار العقد التي انتجها قبل الفسخ تظل قائمة عملياً، ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض، ولا يعد العقد مفسوخاً إلا من وقت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قبله ويعتبر الفسخ هذا بمثابة إلغاء للعقد في حقيقة الواقع"^(٨٦١).

وينتج عن استثناء العقود الزمنية من مبدأ الرجعية هو أن يعتبر العقد موجوداً في الفترة ما بين انعقاده وفسخه، ومرد ذلك أن آثار هذه العقود تتوزع على الزمن الذي يستغرقه فهناك فترة سابقة، وأخرى لاحقة عليه والآثار تتوزع على هذه الفترة. فبالنسبة لعقد الإيجار ينتفع المستأجر بالعين مدة من الزمن ويتقاضى المؤجر الأجرة عن هذه الفترة، وما انقضى من الزمن لا يمكن رجوعه مرة ثانية، ومن ثم تحصن هذه الآثار، وبالتالي لا يستحق المؤجر القيمة الإيجارية طالما لم يتحقق الانتفاع لها، وينتج عن هذا أن ما تقاضاه المؤجر من الأجرة في الفترة السابقة يعتبر أجرة وليس تعويضاً مقابل انتفاع، ولذا يبقى لهذه الأجرة امتياز المؤجر ضماناً خاصاً له^(٨٦٢).

(٨٦٠) انظر: د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ٢٥، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٥٨، مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٢٥، د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٠١، د. عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر الدوري التنفيذي، ص ١٨٩.

(٨٦١) جلسة ١٩٧٩/٢/٧، السنة ٣٠، انظر: د. محمد شتا أبو سعد، ص ١٠١٠.

(٨٦٢) انظر: د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٤٠٧، د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ١٧٥، د. أنور العمروسي، المرجع السابق، ص ١٠٧.

ويرى بعض الفقه عدم استثناء العقود الزمنية من مبدأ رجعية الفسخ، حيث يسرى تطبيق هذا المبدأ على العقود الزمنية مثل العقود الفورية، فتتحل العقود ويسري ذلك في المستقبل والماضي، ويقررون أنه لا فرق بين العقود الفورية والزمنية في ذلك، وأن استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد في العقود الزمنية، لا تعد حجة كافية لاستثناء تلك العقود من مبدأ الرجعية، فإن الاستحالة واردة حتى في العقود الفورية وينتج عن هذا الدائن، وجوب إعادة الحال فيجب على المؤجر رد الأجرة، ونظرًا لاستحالة رد المنفعة من المستأجر فإنه بالتالي يقوم بالتعويض عن هذه المنفعة على أساس المسؤولية التقصيرية كما هي في العقود الفورية^(٨٦٣).

رابعاً : موقف القانون اليمني

والقانون اليمني كنظيره المصري يقرر أن أثر الفسخ هو زوال العقد بأثر رجعي وهو معنى إعادة الحال إلى ما كان عليه المتعاقدان قبل العقد، إلا أنه يستثني من ذلك العقود الزمنية؛ حيث يقتصر أثر الفسخ هنا على إنهاء العقد في المستقبل^(٨٦٤).

وهذا ما نصت عليه المادة ٢١٩ مدني يمني حيث جاء فيها: "...وترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد..."، وجاء أيضاً في المذكرة الإيضاحية تبرير ذلك بزوال العقد: "...وترتب على فسخ العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد لأن فسخ العقد يترتب عليه زواله وزوال أثره..."^(٨٦٥)، وهو ما أكد عليه القضاء اليمني؛ حيث جاء في الحكم بفسخ عقد البيع ما نصه: "حكمت المحكمة أولاً: فسخ عقد البيع المبرم بين المدعي، والمدعى عليه، وإعادة المدعي والمدعى عليه إلى الحالة التي كانا عليها قبل توقيعهما للعقد المشار إليه"^(٨٦٦).

(٨٦٣) د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، الوادي، ص ١٧٦.

(٨٦٤) انظر: د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٢٩، د. عبد الله الخياري، المرجع السابق، ص ١٤٥.

(٨٦٥) ص ١٩١.

(٨٦٦) القضية رقم ١٣٦ لسنة ١٤٢٢هـ، جلسة ٢٧/١/٢٠٠٤م، المحكمة التجارية بأمانة العاصمة، حكم غير منشور، كما نجد - أيضاً - أن الفقه الإسلامي يقرر أن أثر الفسخ هو زوال العقد؛ ولذا نجدهم يعرفون الفسخ بأنه: "حل ارتباط العقد"، انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق، ص ٢١٧، والأشباه والنظائر لابن نجم، مرجع سابق، ص ٣٣٨، كما أننا نجدهم أيضاً يقررون انحلال العقد بأثر رجعي، فيقررون أن الفسخ لا يكون في المستقبل بل يسري بأثر رجعي حيث يعرفونه بأنه: "رفع للعقد من الأصل وجعله كأن لم

خامسا : المقارنة بين القانونين المصري واليمني

مما سبق نجد تشابه القانونين المصري واليمني في تقرير أن أثر وقوع الفسخ هو إنحلال العقد بأثر رجعي، مع استثناء العقود الزمنية من الأثر الرجعي.

الفرع الثاني

الالتزام بالتعويض

أولا : موقف القانون المصري

والمقصود بالالتزام بالتعويض هنا: هو قيام المدين بدفع مبلغ جبراً للضرر الذي أصاب الدائن بسببه^(٨٦٧)، وقد أجازت المادة ١٥٧ مدني مصري طلب الدائن للتعويض حيث جاء فيها أن: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى"، فمن خلال النص السابق نجد أن الحكم بالتعويض لا يكون إلا بناء على طلب الدائن فلا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه وله سلطة تقديرية في ذلك^(٨٦٨).

كما أجازت التعويض في حالتي دعوى التنفيذ ودعوى الفسخ إلا أن أساس كل منهما يختلف عن الآخر فهي في دعوى التنفيذ على أساس المسؤولية العقدية، بينما التعويض في دعوى الفسخ نجد أساسه في المسؤولية التقصيرية؛ لأن العقد لا يصح أساساً للتعويض حيث أن العقد

يكن"، انظر: بدائع الصنائع للكاظمي، مرجع سابق، ص ١٨١/٥، ثم هم يبررون الأثر الرجعي للفسخ رغم وقوعه مادياً بقاعدة تقدير ارتفاع الوقائع؛ لأن رفع الوقائع مستحيل عقلاً ولا سبيل إلى أن يقع شيء منها في الشريعة، وتظهر أهمية الأثر الرجعي في غلات الشيء فإنها حسب الأثر الرجعي تكون للدائن طالب الفسخ على اعتبار أن العقد مفسوخ من أصله ويرجع المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل العقد، انظر: الفروق للقرافي، مرجع سابق، الفرق رقم ٥٦، ج ٢، ص ٢٤١، كما أن الفقهاء استبعدوا العقود الزمنية كعقود الإجارة - من الأثر الرجعي وقدرها فيها انحلال العقد من حيث وقوعه، ويعللون لذلك بأن هذه العقود تتحقق شيئاً بعد شيء، حيث يرى بعض الفقهاء أن عقد الإجارة على غير القياس لأنها بيع منفعة والمنفعة حال إنعقاد العقد تكون معدومة القبض، ثم تستوفي شيئاً فشيئاً مع الزمن، ولذا فإنه في حالة الفسخ يستحيل عودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد، وذلك لاستهلاك تلك المنافع واستحالة عودتها، انظر: بداية المجتهد لابن رشد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢١٨.

(٨٦٧) معجم القانون، مرجع سابق، ص ١٤.

(٨٦٨) د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٤٧٧.

يزول من وقت نشوئه بأثر رجعي^(٨٦٩)، ويرجع سبب جواز الحكم بالتعويض مع الفسخ، لأن الفسخ يعتبر جزاء لإخلال المدين؛ والدائن قد يرى أن فسخ العقد لا يكون كافياً لرفع الضرر الناشئ عن إخلال المدين بتنفيذ التزامه، لا سيما إذا كان ذلك في حالة العقود الزمنية حيث لا يكون هناك أثر رجعي وليس فيها رد، كما أنه قد يحدث ضرراً، مع الإجراءات المتعلقة بتأخير التنفيذ؛ بسبب الإعذار ومنح مهلة وكل ذلك يؤدي إلى الإضرار بالدائن بحيث أن الفسخ قد لا يكون جزاء كافياً له؛ ولذا يلجأ الدائن لطلب تعويض عن ذلك الضرر^(٨٧٠)، ومن خلال النص السابق لمادة ١/١٥٧ مدني مصري نجد أنها تشترط للحكم بالتعويض أن يكون له مقتضى، والمقتضى هنا هو تحقق شروط المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والمسئولية، ونجد هنا أن شرط الخطأ وعلاقته بالسببية متوفران؛ حيث قد تحققا من خلال الحكم بالفسخ الذي يشترط فيه إخلال المدين بالتزامه، ويبقى هنا التحقق من شرط الضرر^(٨٧١)، وهذا ما قضت به محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها - من ضرورة التحقق من الضرر كشرط للتعويض بقولها: "...وكان الثابت أن المطعون عليها، طلبت أمام المحكمة الابتدائية الحكم بفسخ عقد البيع الصادر لها من الطاعن وبإلزام هذا الأخير بأن يؤدي لها.. مستحقاً لها من تعويض عما أصابها من ضرر، فقضت المحكمة بفسخ عقد البيع وبإلزام الطاعن بأن يدفع للمطعون عليها ما قبضته من الثمن ثم حكمت بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الضرر المطلوب عنه..."^(٨٧٢).

والضرر هو الأذى الذي يلحق بالمضروب نتيجة خطأ الغير، والضرر قد يكون مادياً وهو الإخلال بحق أو مصلحة مالية لمضروب ويشترط فيه أن يكون محققاً^(٨٧٣)، وقد يكون الضرر أدبياً: وهو الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مالية، وهو ما يؤدي العاطفة أو الشعور، ولو لم يحصل له ضرر مادي^(٨٧٤).

(٨٦٩) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٧٨، د. سمير تناعو، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(٨٧٠) د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٧٨٥.

(٨٧١) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

(٨٧٢) الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٢٨، جلسة ١٩٧٧/١١/٨م، انظر: د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٨٧٣) انظر: د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ٢٤١، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٨٥.

(٨٧٤) انظر: د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ٢٤٤، د. محمد ليبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٧١.

والضرر هنا باعتبار أن أساسه هو المسؤولية التقصيرية هو الضرر المباشر متوقعًا أو غير متوقع، ويكون الضرر مباشرًا إذا كان نتيجة مباشرة لخطأ المدين، والضرر المتوقع هو الذي يتوقع طبقًا للسير العادي للأمر، فإن لم يكن يتوقع عادة فهو ضرر غير متوقع^(٨٧٥)، وعلى المضرور وهو الدائن عبء إثبات الضرر لأن الضرر واقعة مادية^(٨٧٦).

ويقوم القاضي هنا بتقدير التعويض، فالتعويض هنا تعويض قضائي؛ حيث يقرها القضاء ولا تغني عنها التعويضات القانونية والتي يحددها القانون بالفوائد القانونية، التي يدفعها المدين بالثمن؛ حيث تكون تلك القواعد القانونية من قبيل الالتزام برد الثمن مع فوائده؛ ولذا ذهبت محكمة النقض إلى أن تقرير الخبير أن المشتري لا يستحق تعويضًا عن فسخ عقد البيع لأنه تقاضي فوائد الثمن، يعد خطأ في القانون، لأن الفوائد تعتبر مقابل الثمرات التي ألزم المشتري بردها ولا تحول دون تعويضه عما يكون قد أصابه من ضرر^(٨٧٧).

كما أن التعويض الاتفاقي وهو ما يعرف بالشرط الجزائي، وهو اتفاق سابق على وقوع الضرر يحدد قدر التعويض الذي يلتزم به المدين عند عدم تنفيذ الالتزام^(٨٧٨) على اعتبار أن الشرط الجزائي يكون أساسه هو العقد الذي وجد الفسخ فيه، وبما أن العقد قد زال بأثر رجعي من وقت نشوئه فإنه لا يكون هناك أي قيمة لهذا الشرط الجزائي ولا يصح التعويل عليه في تقدير التعويض^(٨٧٩)، وهذا ما قرره محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها - بقولها: "الشرط الجزائي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - التزم تابع للالتزام الأصلي؛ إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي ولا يقيد بالتعويض المقرر بمقتضاه، فإن استحق الدائن التعويض، تولى القاضي تقديره وفقًا للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن"^(٨٨٠).

وينتقد بعض الفقه موقف محكمة النقض من زوال الشرط الجزائي تبعًا لفسخ العقد، على اعتبار أن الشرط الجزائي يستهدف تنظيم النتائج التي تترتب على عدم تنفيذ العقد، ويقرر بذلك بقاء الشرط ولا يزول بزوال العقد بفسخه، وبذلك يصح أن يكون الشرط الجزائي أساسًا لتقدير

(٨٧٥) معجم القانون، مرجع سابق، ص ١٠٩، ١١٠.

(٨٧٦) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٣٦.

(٨٧٧) انظر: الطعن رقم ٥٩ لسنة ٤١، جلسة ١٢/٢٣/١٩٧٥م، أنور طلبية، المرجع السابق، ص ٦٦٧.

(٨٧٨) معجم القانون، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٨٧٩) د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٧١.

(٨٨٠) الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٩، جلسة ١٨/٤/١٩٧٨م، انظر: عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٥٠٦.

التعويض، ويجعل للشرط الجزائي استقلالاً على العقد كما هو في شرط التحكيم؛ فلذا لا يتأثر بزوال العقد في حالة فسخه، وهو لا يختلف عن الاتفاق اللاحق عن الفسخ والذي يستهدف تحديد التعويض، إلا في لحظة انعقاده قبل الفسخ^(٨٨١).

ثانياً: موقف القانون اليمني

أما القانون اليمني فقد نصت المادة ٢٢١ مدني بشأن التعويض ما نصه: "عقود المعاوضة الملزمة للعاقدين إذا لم يف أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد اعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع تعويضه بما غرم في الحاليتين..."

ومن خلال النص السابق نجد أن المشرع اليمني أجاز للدائن طلب التعويض مع الفسخ، وطلب التعويض هنا مشروط بوجود ضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ، وهو ما عبر عنه بمصطلح الغرامة^(٨٨٢).

ووضحت المذكرة الإيضاحية سبب هذه الغرامة بقولها: "مع تعويضه في الحاليتين عما غرم نتيجة التأخير في تنفيذ الالتزام أو عدم تنفيذه"^(٨٨٣).

وهو نفس ما أكدته محكمة النقض على جواز الحكم بالتعويض مع الفسخ^(٨٨٤).

وجاء أيضاً الحكم بالتعويض مع الإلزام بالرد بفارق سعر العملة بالدولار تعويضاً للمدعي^(٨٨٥).

كما أن القضاء اليمني قد أجاز مثل ما ذهب إليه بعض الفقه المصري بجواز الحكم بالتعويض على أساس الشرط الجزائي رغم زوال العقد، أي أن الشرط الجزائي يعتبر شرطاً مستقلاً

(٨٨١) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٨٨.

(٨٨٢) انظر: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ٤٢١، د. أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص ٧٨٥، حسن العنسي، المرجع السابق، ص ٢١٣.

(٨٨٣) ص ١٩١.

(٨٨٤) انظر الطعن رقم ٣٠ لسنة ١٤١٣هـ، جلسة ٦ ربيع ثاني لسنة ١٤١٣هـ الموافق ١٠/٤/١٩٩٢م، انظر: د. حسن على مجلى، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٨٨٥) حيث حكمت المحكمة فيه، "فسخ عقد البيع وإلزام المدعي عليه، بإرجاع الثمن المدفوع له من المدعي مع فارق سعر العملة بالدولار وقت تحرير البيع، تعويضاً للمدعي عما لحقه من أضرار وخسائر لعدم تسليم محل البيع ومحتوياته..." انظر الحكم رقم ٥ لسنة ١٤٢٤هـ، جلسة ١١/٣/٢٠٠٣ الصادر من محكمة استئناف أمانة العاصمة، الشعبة المدنية الثانية، حكم غير منشور.

عن العقد، فلا يزول بزوال العقد في حالة فسخه، حيث جاء في حكم قضائي: "وبما أن الطرفين قد اتفقا على مقدار التعويض فإن المحكمة تقرر استحقاق المدعي لمبلغ التعويض المتضمن له الشرط الجزائي..."^(٨٨٦)، ويشترط في الحكم بالتعويض أن يكون هناك ضرر محقق الوقوع قد أضر بمصالح الدائن وقت المطالبة بالتعويض^(٨٨٧).

ثالثاً: المقارنة بين القانونين المصري واليمني

مما سبق نجد توافق القانونين المصري واليمني في جواز حكم القاضي بالتعويض، إذا طالب به الدائن، إذا كان له مقتض، أي أنه سبب ضرراً للدائن، ويشترط أن يكون الضرر محقق الوقوع.

(٨٨٦) القضية رقم ٨٩ لسنة ١٤١٢هـ، جلسة ١٤/٧/١٩٩٣م، الصادرة من المحكمة التجارية الثانية بلواء صنعاء، حكم غير منشور.

(٨٨٧) انظر: د. عبد الكريم يوسف القاضي، نظرية التدليس في القانون المدني المصري واليمني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ص ٢٢٠، هائل حزام العامري، المرجع السابق، ص ١٦٠، أما الفقه الإسلامي فالقاعدة العامة عنده هو عدم الجمع بين الفسخ والتعويض، فالتعويض إن كان مقابل ما فات الدائن من ربح، فظاهر أنه لم يثبت في ذمته ثبوتاً مادياً قاطعاً، فهو على هذا ربا أو شبهة ربا حرهما الشرع الإسلامي، وأما إن كان التعويض مقابل ما لحقه من خسارة، فالفسخ بحد ذاته جزاء كاف في تعويضه عنه، كما أن القاعدة الشرعية أن "الخارج بالضمان" تقتضي أن من انتفع بشيء فليس عليه أن يدفع مقابل انتفاعه به مادام أنه يضمن هلاك ذلك الشيء، كما يرى الحنفية عدم ضمان المنافع مطلقاً، انظر: محمد أحمد السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ح ١١، ص ٧٩، تبين الحقائق للزليعي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٣٤، ولكن إذا كان الفسخ قد تسبب في ضرر، ولم يكن فسخ العقد جزاء كافياً له، فإنه لا مانع في الفقه الإسلامي من جواز التعويض عنه، وهو ما عبر عنه الفقه الإسلامي بتعويض منفعة انعقد سبب وجودها حيث أجازوا التعويض عن المنفعة إذا انعقد سبب وجودها، إذا طالب به المضرور، واعتبروا تقويت تلك المنفعة من قبيل الإلتلاف المادي، والإلتلاف كما هو معروف سبب من أسباب الضمان (التعويض)، واعتبروا أن تقويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها، يترتب عليه الضرر، وقواعد الشريعة تقضي بالتعويض عن الضرر، وقاسوا ذلك على تعويض منافع المغضوب، ويكون للقاضي سلطة تقديرية في تقدير ذلك التعويض، انظر: د. ناصر بن محمد الجوفان، التعويض عن تقويت منفعة انعقد سبب وجودها، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٦٥ السنة ١٧ شوال - ذي القعدة - ذي الحجة ١٤٢٥هـ، ديسمبر ٢٠٠٤ - يناير - فبراير ٢٠٠٥م، ص ١٣٠، د. طلبه خطاب، أحكام الالتزام في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ٧٥، د. محمد عبد المنعم حبشي، التعدي على المنافع في الشريعة والقانون، مكتب الرسالة، القاهرة، ١٩٩٨م، ١٩٩٩م، ص ٣٣٣، د. محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص ٦٥، ويتطابق ما سبق على فسخ العقد نجد أن الدائن بإخلال المدين بتنفيذ التزامه وتسببه في زوال العقد، قد أدى إلى تقويت منافع العقد المقرر للدائن انعقد سبب وجودها وهو وجود العقد السابق، فلذا لزم التعويض عن ذلك، لاسيما أن الفسخ قد لا يكون كافياً لرفع ضرر تقويت المنفعة السابقة.

المطلب الثاني

أثر انحلال العقد بالنسبة للمتعاقدين والغير

بعد الحديث حول انحلال العقد والالتزام بالتعويض في المطلب الأول، يأتي الحديث هنا حول أثر ذلك الانحلال وسنتناول أثر ذلك بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير وحسب الآتي:

الفرع الأول : أثر انحلال العقد بالنسبة للمتعاقدين.

الفرع الثاني : أثر انحلال العقد بالنسبة للغير.

الفرع الأول

أثر انحلال العقد بالنسبة للمتعاقدين

أولاً: الالتزام بالرد

نصت المادة ١٦٠ مدني مصري على أنه: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

فمن خلال النص السابق نجد أن القانون المصري قد جعل أثر الفسخ بالنسبة للمتعاقدين هو عودة المتعاقدين إلى الحالة قبل العقدية، وهذا قد لا يكون بشأنها أي صعوبات إذا كان ذلك قبل التنفيذ أما إذا كان بعد تنفيذ العقد، فإنه يلزم للعودة إلى الحالة قبل العقدية التزام المتعاقدين بالرد، حيث يقوم كل من الدائن أو المدين، إذا كان قد تم تنفيذ، برد ما يكون قد استلمه من المتعاقد الآخر بسبب العقد، والمدين بهذا الالتزام هو المتعاقد الذي تسلم شيئاً قبل فسخ العقد سواء كان هو المدين في الفسخ أو الدائن.

وهذا الرد يجد أساسه في الأثر الرجعي للعقد حيث يمتد انحلال العقد إلى وقت نشوئه، كأن العقد لم يحصل، حيث تبين بالفسخ أن هذا المتعاقد الذي استلم هذه الأشياء بسبب العقد، لم يكن يملكها بسبب زوال العقد من وقت نشوئه، فليس للمدين أن يحتفظ بما هو مستحق للدائن، إذ يكون ذلك إثراء بلا سبب، فلذا يلتزم المدين هنا برد غير المستحق^(٨٨٨)، ويرى بعض الفقه أن أساس الالتزام بالرد هنا ليس هو الالتزام برد غير المستحق، بل يكون أساس

(٨٨٨) د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٥٣٢.

التزام هذا المتعاقد بالرد هو التزام المتعاقد الآخر بالرد فيكون التزام كل واحد منهما بالرد أساساً لالتزام الآخر بالرد، فالأساس هنا هو التقابل بين الالتزام بالرد بين المتعاقدين^(٨٨٩).

ويجب في الالتزام بالرد أن يقوم الشخص برد الشيء ذاته، فإذا كان ما تسلمه المتعاقد قبل الفسخ عيناً معينة بالذات - سواء كانت عقاراً أو منقولاً - كما لو تسلم منزلاً معيناً أو سيارة معين بالذات أو قطعة أثرية معينة.

فيجب عليه في هذه الحالة أن يرد العين بذاتها، إما بالتسليم في المنقول أو بالتخليه في العقار^(٨٩٠)، ويمكن للدائن أن يرفع دعوى عينية على المدين يطالبه فيه برد العين التي أخذها من دون وجه حق^(٨٩١).

أما إذا كان ما تسلمه المتعاقد قبل الفسخ نقوداً أو أشياء مثلية، فالغالب أنها تختلط بمشيلاتها دون تمييز، فلذا يعتبر من قبيل الدين ولا تكون حقاً عينياً، فلا يلزم برد ذات الشيء، حيث يكون الرد هنا بالشيء المثل لها، كما يجوز للدائن في حالة الأشياء المثلية الحصول على مثلها من السوق على نفقة المدين وبإذن من القضاء، فإذا رفض المدين بالرد هنا فإنه يكون للدائن اللجوء إلى التنفيذ الجبري عن طريق الحجز على أمواله^(٨٩٢).

وهذا ما أكدته محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها - في التزام كل من المتعاقدين برد ما استلمه إعمالاً للأثر الرجعي للفسخ حيث نصت على ما يأتي: "يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع انحلاله بأثر رجعي منذ نشوئه لما كانت المادة ١٦٠ من القانون المدني تنص على أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وكان يترتب على الفسخ انحلال العقد بالنسبة للغير بأثر رجعي، فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المباعة إلى البائع، ولا تنفذ في حقه التصرفات التي ترتبت عليها، كما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة إذا امتنع هذا البائع عن رده إليه، وذلك كأثر من آثار فسخ العقد."^(٨٩٣)

(٨٨٩) د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

(٨٩٠) د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٤٠٧.

(٨٩١) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٣٩، د. عبد الوهاب الرومي، المرجع السابق، ص ٥٢٢.

(٨٩٢) د. مطهر علامة، المرجع السابق، ص ٢٩٥.

(٨٩٣) جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤م، السنة ١٧، د. محمد شتا أبو سعد، ص ١٠٣٠.

ثانياً: مشتملات الرد

والالتزام بالرد لا يقتصر على رد الشيء ذاته من عين أو دين فحسب بل إنه يشمل - أيضاً - رد ثمرات تلك العين، وفوائده القانونية في حالة الالتزام برد مبالغ مالية، وتحسب تلك الثمار والفوائد من وقت المطالبة القضائية.

ويرجع أساس رد تلك الثمار والفوائد القانونية على أساس الأثر الرجعي للفسخ كما سبق حيث ترجع تلك العين إلى مالكةا قبل العقد، وتبقى الثمار فهل تكون ملكاً للمدين؟ فكيف يملكها وهو لا يملك أصلها، فلذا يرجع ملكها إلى مالكةا الأصلي قبل العقد^(٨٩٤).

وهو ما أكدته محكمة النقض- بشأن أحد الطعون المطروح أمامها- بشمول الرد لثمار الشيء وفوائده، حيث جاء في حكم لها على ما يلي: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع انحلاله بأثر رجعي منذ نشوئه، فيرد المشتري المبيع ثماره ويرد البائع ما قبضه من ثمن وفوائده"^(٨٩٥).

والالتزام برد ثمار الشيء وفوائده، يستوي في ذلك حالة حسن النية أو سوءها وهذا بعكس الرد في حالة البطلان، حيث يتم التفريق هنا بين حالة حسن النية وسوءها، ففي حالة حسن النية يكون رد الشيء ذاته دون ثماره، بعكس سوء النية، حيث يلزم برد الشيء وثماره وفوائده؛ ويرجع سبب التفريق بين الفسخ والبطلان في رد ثمار الشيء وفوائده - بالرغم من أن البطلان والفسخ يكونان بأثر رجعي - إلى اختلاف طبيعة الأثر الرجعي، بينهما، حيث يعود الأثر الرجعي في البطلان إلى طبيعة الأشياء فالعقد الباطل هو عقد لم يكن له وجود قط أي ولد ميتاً، وبالتالي فإن معنى البطلان يختلف عن معنى الفسخ، لأن الفسخ جزاء عدم تنفيذ التزام صحيح وقائم وواجب التنفيذ من حيث المبدأ. لذلك فإن المنطق النظري كان يقتضي ألا يكون للفسخ من أثر إلا عندما يحكم به القضاء، وبالتالي فإن الأثر الرجعي هو تعبير عن التزام كل طرف أن يرد ما استوفاه من الطرف الآخر ومفاد هذه الملاحظة السابقة أن هناك مفهومين للأثر الرجعي ففي حالة البطلان يكون الأثر الرجعي أمراً طبيعياً في حين أنه في الفسخ أمر مصطنع إلى حد ما،

(٨٩٤) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٧٦، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

(٨٩٥) الطعن رقم ١٣٠٤ لسنة ٤٨ق، جلسة ١٩٨١/١٢/٣١م، انظر د. أنور طلبه، المرجع السابق، ص ٦٦١.

ومن هنا كان الأثر الرجعي في الفسخ يختلف أحياناً في بعض آثاره عنه في حالة البطلان^(٨٩٦). وبالتالي أيضاً لا يسري استثناء ناقص الأهلية بالنسبة للفسخ^(٨٩٧).

كما أن المدين يلتزم برد ما صرفه الدائن من مصروفات العقد، وكذا ما أنفقه في المحافظة على العين وصيانتها^(٨٩٨)، إلا أنه لا يكون ملزماً إلا برد المصروفات الضرورية والنافعة، أما المصروفات الكمالية فليس لمن أنفقها أن يطالب بشيء منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة^(٨٩٩).

ثالثاً: استحالة الرد

أما إذا استحال الرد، وذلك قد يكون إما بسبب المدين ويتمثل ذلك في إهلاكه للشيء بالإتلاف، أو قيامه بأعمال تؤدي إلى تغيير الشيء محل الرد تغييراً كاملاً عما كان عليه ففي هذه الحالة يلتزم المدين بتعويض الدائن عن ذلك وهذا ما نصت عليه المادة ١٦٠ بقولها: "فيذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويضات" ويكون هذا التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية، على اعتبار أن العقد قد انحل فلا يصح أن يكون أساساً للتعويض^(٩٠٠). ويرى بعض الفقه عكس ذلك حيث يجيز أن يكون التعويض هنا على أساس المسؤولية العقدية وذلك نظراً إلى ما قام من علاقة بين الطرفين رغم انحلال العقد بالفسخ^(٩٠١).

أما إذا كان سبب استحالة الرد هو السبب الأجنبي - وهذا بالطبع بعد الحكم بالفسخ - لأنه إذا كان قبل الحكم بالفسخ فيكون هذا انفساخاً لا فسخاً كما سبق، ففي حالة السبب الأجنبي فإنه لا تعويض على المدين إلا بقدر ما انتفع به كأن يستفيد باقي الشيء بعد هلاكه وكذا

(٨٩٦) د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٣٥.

(٨٩٧) د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٥٢٣.

(٨٩٨) د. حسن على الذنون، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

(٨٩٩) د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٥٣٠.

(٩٠٠) انظر: د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ١٧٥، د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق،

ص ٩٧٧، د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٠٢، د. أحمد شرف الدين، المرجع

السابق، ص ٤٤٠.

(٩٠١) د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٤٠٧.

لا يسأله المدين عن النقص الذي يحدث للعين بسبب استعماله إلا إذا كان استعماله أدى إلى انتفاع بشيء آخر^(٩٠٢).

وفي مجال الفسخ في إطار المجموعة العقدية، نجد أن المدين - حسب ضوابط المجموعة العقدية - لا يكون ملزماً إلا برد ما استلمه من الدائن (المتعاقد معه) في العقد الذي هو شارك فيه، ولهذا الدائن المتضرر من عدم التنفيذ الرجوع على المدين المتعاقد معه، كما له أن يحتج على الدائن المتضرر من عدم التنفيذ بالعقد الذي شارك فيه ولا يرد له إلا ما أخذه منه المدين المتعاقد معه، ولهذا الأخير الرجوع على الدائن بالباقي^(٩٠٣).

رابعا: الالتزام بالرد في القانون اليمني

وبالمثل تأتي أحكام القانون اليمني مقررّة عودة المتعاقدين إلى الحالة قبل العقدية حيث نصت المادة ٢١٩ بقولها: "... ويترتب على الفسخ إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض ما غرم" ويفسر الفقه إعادة المتعاقدين بأن يلتزم كل من المتعاقدين برد ما استلمه قبل الفسخ، فيلتزم البائع برد الثمن ويلتزم المشتري برد الثمن فإذا استحال ذلك بخطأ المتعاقد وجب التعويض، كما أنه يجوز لكل من الطرفين الحق في حبس ما يلتزم برده حتى يستوفي ما يحق له استرداده^(٩٠٤).

وهذا ما جاءت به أحكام القضاء اليمني، حيث قضت في فسخ عقد البيع بسبب عدم تسلم البائع المبيع، حيث ألزمته برد الثمن^(٩٠٥)، وكما قضت في فسخ عقد المقاوله بالزام المقاول برد المبلغ الذي دفعه رب العمل كدفعة أولى من قيمة العقد^(٩٠٦).

(٩٠٢) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٧٧، د. مطهر علامه، المرجع السابق، ص ٣١٦.

(٩٠٣) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣٨، د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٩٠، د. ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص ٤١٩ هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٩١.

(٩٠٤) انظر: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٤٨٣، د. محمد حسين الشام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣٠، د. حسن العنسي، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

(٩٠٥) الحكم رقم ٥ لسنة ١٤٢٤هـ، جلسة ١١/٣/٢٠٠٣م، محكمة استئناف أمانة العاصمة، الشعبة المدنية الثانية، حكم غير منشور.

(٩٠٦) القضية رقم ٨٠ لسنة ١٤١٢هـ، جلسة ١١/٥/١٩٩٣م، المحكمة التجارية الثانية بصنعاء، حكم غير منشور.

وأخيرًا نجدها قضت في الحكم لها بفسخ عقد بيع مجموعة من الأجهزة الطبية، حيث قضت بإلزام كل من المتعاقدين (المدعي والمدعى عليه) برد ما استلماه قبل العقد، فقد نصت على أنه: "يلزم المدعى عليه بإعادة مبلغ ثلاثة وعشرين ألف دولار أمريكي للمدعي، كما يلزم المدعي بإعادة ثلاثة أجهزة كرموتوجرافي بالإضافة إلى اثنين أفران أسنان للمدعي عليه" (٩٠٧).

خامسا : المقارنة بين القانونين المصري واليميني

مما سبق نجد تشابه القانونين المصري واليميني في الحكم بالالتزام بالرد، إلا أنهما يختلفان أن الرد في القانون اليميني لا يشمل فوائد الثمن - كما هو في القانون المصري - لأنه يكون من باب الربا المحرم.

الفرع الثاني

أثر انحلال العقد بالنسبة للغير

أولا : الأصل سريان الفسخ على الغير

(٩٠٧) القضية رقم ١٣٦ لسنة ١٤٢٢هـ، جلسة ٢٧/١/٢٠٠٤م، المحكمة التجارية الثانية بأمانة العاصمة، حكم غير منشور، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجده كما سبق يقرر الأثر الرجعي للفسخ وبأنه رفع للعقد من أصله؛ ولذا يلزم عودة المتعاقدين إلى ما قبل العقد وهذا لا يصدق إلا برد كل من المتعاقدين ما استلمه، وتطبيقاً لذلك قرر الفقهاء في الفسخ بخيار العيب، وجوب إرجاع المشتري للمبيع المعيب بذاته إلى البائع، وبالتالي إرجاع البائع ثمن تلك العين إلى المشتري، وبهذا يتم تحقيق رفع العقد من أصله، انظر: بدائع الصنائع للكاساني، مرجع سابق، ج٥، ص ٢٨٩، التاج المذهب للعنسي، مرجع سابق، ج٢، ص ٤٣٠، أما بالنسبة لثمار المردود وفوائده، فإنه وبلا شك لا يجوز إرجاع البائع لفوائد الثمن لأن هذا ربا محرم، انظر: د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ٥٥٥، أما ثمار العين (المبيع مثلاً) فإذا كانت تلك الثمار منفصلة غير متولدة فهذه تكون للمشتري؛ لأنه سيضمنها إن حصل لها تلف حسب قاعدة (الخارج بالضمان)، أما الثمار المنفصلة المتولدة مثل نتاج المواشي، وثمار الأشجار، واللبن والصوف، فيجعل البعض اللبن والصوف للمشتري ونتاج الحيوان للبائع، انظر: حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج٥، ص ٩، بداية المجتهد لابن رشد، مرجع سابق، ج٢، ص ٢٠٧، المغنى لابن قدامة، مرجع سابق، ج٤، ص ٢٣٩، التاج المذهب للعنسي، مرجع سابق، ج٢، ص ٤٢٧، ويرى بعض الفقه الحديث أنها كلها للمشتري تعويضاً عن فوائد الثمن في القانون، انظر: د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ٢٧٤، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ٥٥٩، د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ٢٥٨، كما أنه إذا استحال الرد فإنه يحكم بالضمان على أساس ضمان اليد لا العقد أي المسؤولية التقصيرية، انظر: المجموع شرح المذهب للنووي، مرجع سابق، ج٩.

والمقصود بالغير هنا الأشخاص الذين تصرف معهم المدين، أو هو الطرف الذي تلقى حقه من الطرف الذي قضي ضده بالفسخ^(٩٠٨)؛ حيث قد يقوم الشخص بإجراء تصرف بالعين - محل الالتزام بالرد - إلى شخص ثالث، فما هو أثر الفسخ وانحلال العقد على هذه التصرفات؟ أو بمعنى آخر ما هو أثر هذه التصرفات على الالتزام بالرد، وهل تعود هذه العين إلى الدائن محملة بتلك التصرفات؟.

وللإجابة على هذه التساؤلات يمكننا القول بأن القاعدة العامة هي أن أثر الفسخ يتمثل في انحلاله بأثر رجعي، والأثر الرجعي للفسخ يعتبر العقد كأن لم يكن، وينتج عنه عودة العين إلى مالكة بالحالة قبل العقدية أي خالية من أي حقوق واردة عليها، فعلى هذا نجد أن الأثر الرجعي لانحلال العقد كما يسري على المتعاقدين فإنه يسري أيضاً على الغير الذي تعامل معهم، ويحق للدائن الرجوع على الغير بدعوى مستقلة هي دعوى استحقاق العين وهي دعوى عينية تستهدف استرجاع العين من الغير لأنها مستحقة لمالكها وهو الدائن الذي حكم بالفسخ لصالحه^(٩٠٩).

وهذا ما أكدته محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها - بقولها: "يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع انحلاله بأثر رجعي منذ نشوئه"، لما كانت المادة ١٦٠ من القانون المدني تنص على أنه: إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وكان يترتب على الفسخ انحلال العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعي، فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين إلى البائع، ولا تنفذ في حقه التصرفات التي ترتبت عليها، كما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة إذا امتنع هذا البائع عن رده إليه، وذلك كأثر من آثار الفسخ"^(٩١٠).

ثانياً: استثناء أعمال الإدارة من الأثر الرجعي للفسخ

وسريان قاعدة الأثر الرجعي بالنسبة للغير ليست على إطلاقها؛ حيث ترد عليها بعض الاستثناءات حسب الشروط الواردة عليها وهي تختلف حول ما إذا كان التصرف إلى الغير من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف في المنقول أو في العقار، فإذا كانت تلك التصرفات التي تصرف بها المدين إلى الغير في العين محل الالتزام بالرد من أعمال الإدارة، وهي التي يراد بها

(٩٠٨) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٢٢.

(٩٠٩) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٨١، د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع

السابق، ص ١٧٢، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

(٩١٠) جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤م، السنة ١٧، انظر: د. محمد شتا أبو سعد، ص ١٠٠٣.

استعمال الشيء أو الانتفاع به واستثماره دون التصرف فيه، مثل عقد الإيجار^(٩١١)، كما إذا فسخ العقد وكان المدين قد أجر العين محل الرد إلى شخص ثالث فما هو مصير هذا العقد؟ لا سيما أن الدائن يعتبر أجنبياً في هذا العقد، فهل يزول العقد إعمالاً للأثر الرجعي للفسخ، أم أنه يبقى؟ فنقول هنا أن أعمال الإدارة تستثني من أعمال الأثر الرجعي للعقد على اعتبار أن البائع عندما سلم المشتري تلك العين التي أجرها، قد ترك حيازة المبيع وإدارته في يد المشتري وعلى هذا فقد أصبح المشتري وكيلاً ومأذوناً بأعمال الإدارة، وعلى الأخص عقود الإيجارات والتي لولاها لبقيت الأعيان المبيعة معطلة عن الاستغلال والانتفاع بها، فيكون بالتالي مالاً لها تحت شرط الفسخ وهو بهذه الصفة له حق الإدارة كنائب عن البائع، وهذا يؤدي إلى حماية استقرار المعاملات، إلا أن الاستثناء الوارد على أعمال الإدارة من الأثر الرجعي للفسخ، ليس على إطلاقه، حيث يشترط فيه أن تبرم هذه الأعمال بحسن النية وبدون غش، وحسن النية هنا يعني أن لا يكون الغير عالمًا بما يهدد عقد سلفه من الانحلال بسبب الفسخ وأن تكون المدة معقولة غير طويلة، وما دفعه المستأجر يكون من أعمال الإدارة يملكه المشتري، فيجب على البائع احترامه، وعلى البائع الرجوع على المشتري له وتلك الثمار التي استلمها من المشتري^(٩١٢).

ثالثاً: استثناء أعمال التصرف في المنقول من الأثر الرجعي للفسخ

أما إذا كانت التصرفات التي تصرف بها المدين مع الغير من أعمال التصرف، وهي الأعمال التي تستهدف إلى ترتيب حق عيني على العين، وهذا يختلف فيما إذا كانت تلك العين منقولة أو عقاراً.

فإن كانت تلك العين منقولة، ثم فسخ عقد بيع المنقول وكان المدين قد قام بالتصرف في هذا المنقول لشخص ثالث، فهل يسري الفسخ بالنسبة للشخص الثالث، ويلزم الغير بالتالي برد ذلك المنقول إلى الدائن؟ وهنا يمكننا القول أنه يمكن للغير أن يدفع أمام هذا الدائن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية على اعتبار أنه حائز لهذا المنقول، وبالتالي لا يكون أمام هذا الدائن إلا الرجوع على المدين بالتعويض على أساس استحالة الرد بسبب استحقاق الغير لها، طبقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، إلا أنه يشترط لإعمال هذه القاعدة - كدفع يمنع

(٩١١) معجم القانون، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٩١٢) انظر: د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٣٥٤، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٤٠٨،

د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٣٥٤، د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٤٤٣.

سريان الفسخ في حق الغير - أن تكون الحيازة بسبب صحيح وأن تكون بحسن نية وأن يكون غير عالم بالخطر الذي يهدد سبب تملك سلفه لتلك العين^(٩١٣).

رابعاً: استثناء أعمال التصرف في العقار من الأثر الرجعي للفسخ

أما في حالة أعمال التصرف المتعلقة بالعقار فإن الأمر هنا يختلف فإن الدائن يستطيع عن طريق شهر دعوى الفسخ من حماية حقه في العين عن أي تصرف يجري بعد تسجيل دعوى الفسخ والتأشير عليها في السجل العقاري ويكون هذا حجة على الغير ولو كان حسن النية، وبالتالي يسترد الدائن العقار من الغير، أما إذا لم يقم الدائن بحماية حقه بتسجيل دعوى الفسخ وقام الغير بتسجيل ملكية العقار قبل تسجيل دعوى الفسخ فإن حقه في استرداد العقار مرهون بما إذا كان هذا الغير حسن النية أو سيئها فإذا كان سيئ النية فإن الفسخ يسري في حقه ويسترد الدائن العقار منه، أما إذا كان حسن النية فإنه لا يسري في حقه أثر الفسخ كما قرره قانون الشهر العقاري وبالتالي لا يستطيع الدائن استرداد العقار، وعليه الرجوع على المدين بالتعويض على أساس استحالة الرد^(٩١٤).

وهذا ما أكدته محكمة النقض - بشأن أحد الطعون المطروح أمامها - بقولها: "النص في المادة ١/١٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ م على أنه يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى"، في المادة ١٧ من هذا القانون على أنه: "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤثر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن النية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما"، يدل على أن المشرع خرج على الأثر الرجعي للفسخ لمصلحة الغير حسن النية الذي تلقى حقاً عينياً على عقار وشهر حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ أو التأشير بمضمونها على هامش المحرر المسجل، فقرر أن

(٩١٣) انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٣٥، سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ٣٥٥، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٥٤٠.

(٩١٤) انظر: د. أحمد السيد الصاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، مرجع سابق، ص ٣٥، د. نبيل صابر فرج عيد، المرجع السابق، ص ١٣٠، د. جميل الشراوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٠٤.

الحكم الذي يصدر بفسخ العقد لا يكون حجة على هذا الغير، ومن ثم يظل حقه قائماً ويسري في مواجهة المدعي المحكوم له بالفسخ، أما إذا كان الغير سيئ النية فإن حقه طبقاً لنص هاتين المادتين يزول بالحكم بالفسخ ولو كان قد شهر حقه قبل تسجيل صحيفة الدعوى ولو قبل التأشير بها^(٩١٥).

ولا يختص تطبيق القاعدة السابقة بشأن سريان أثر الفسخ على العقار في حالة تملكه، بل يسري أيضاً في حالة الرهن الرسمي؛ حيث قضت المادة ١٠٣٤ مدني مصري على أنه: "يقتضى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن"، فهكذا نجد من النص السابق أن الفسخ لا يسري على حق الدائن المرتهن للعقار، وبالتالي تبقى حقوقه مترتبة على العقار رغم فسخه العقد^(٩١٦).

خامساً: موقف القانون اليمني مع المقارنة بالقانون المصري

والقانون اليمني كنظيره المصري يجعل انحلال العقد يسري على الغير طبقاً للأثر الرجعي؛ حيث تزول حقوقه بزوال الفسخ ويسترد الدائن حقه في العين غير محملة بأي حق للغير، والغير هنا هو من تلقى حقه من الطرف الذي قضى ضده بالفسخ، إلا أنه يرد على هذا استثناء في حق حسن النية في عقود الإدارة، وفي حالة الدفع بحيازة المنقول سند الملكية، وكذا في التصرف في العقار قبل تسجيل دعوى الفسخ أو في حالة عدم تسجيلها^(٩١٧).

(٩١٥) الطعن رقم ٨٩٤ لسنة ٤٤٤ق، جلسة ١٩٧٩/١/٩م، انظر: د. أنور طلبية، المرجع السابق، ص ٦٦٣.

(٩١٦) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٣٩، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٩٨٢، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

(٩١٧) انظر: د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣٠، د. أحمد محمد سعد، المرجع السابق، ص ٧٧٦، د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، ص ٤٢٢، د. محمد يحيى المطري، دور الحيازة في المنقول في القانون المدني المصري واليمني، دراسة مقارنة، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ص ٢٠٨، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن مشكلة أثر الفسخ بالنسبة للغير لا تكون موجودة؛ حيث أنه يشترط لجواز الفسخ أن يمكن إعادة الحالة إلى ما قبل العقد كما أن من موانع الفسخ في خيار العيب عدم التصرف في محل العقد للغير، انظر: فتح القدير لابن الهمام، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٦٣، روضة الطالبين للنووي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٧٣، شرح الأزهاري لابن مفتاح، مرجع سابق، ج ٣، ص ١١٢؛ لذا نجد أن حق الغير عندهم هو الذي يؤثر على وجود الفسخ لا العكس.

وبالمقارنة بين القانونين المصري واليمني، نجد أن القانون اليمني يتشابه مع القانون المصري في سريان أثر افسخ على الغير.

الفصل الثالث

تطبيق فسخ العقد في عقود المجموعة العقدية

تقسيم:

بعد الفراغ من الكلام في المبحث الأول والثاني حول الأحكام العامة لوجود فسخ العقد ووقوعه في إطار المجموعة العقدية، يأتي الحديث في هذا الفصل - إتماماً للفائدة العملية - حول تطبيق فسخ العقد في عقود المجموعة العقدية، وستعرض هنا على أهم العقود المدنية التي يدخلها الفسخ سواء ما كانت منها عقود متعاقبة على مال واحد بقصد تملك العين كالبيع أو بقصد تملك المنفعة كالإجارة أو كانت تلك العقود مترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك كعقود المقاوله لذا سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث.

المبحث الأول : فسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية.

المبحث الثاني : فسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية.

المبحث الثالث : فسخ عقد المقاوله في إطار المجموعة العقدية.

المبحث الأول

فسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية

تقسيم:

وفي هذا المبحث سوف نتناول الكلام عن تطبيق الفسخ في عقد البيع في إطار المجموعة العقدية وسنتكلم أولاً عن التعريف بعقد البيع في إطار المجموعة العقدية وفسخه بسبب إخلال البائع بالتزامه ثم نتناول فسخ عقد البيع بسبب إخلال المشتري بالتزاماته وآثاره وسنقسم هذا المبحث المطلبين التاليين.

المطلب الأول : فسخ عقد البيع بسبب إخلال البائع الأول بالتزاماته.

المطلب الثاني: فسخ عقد البيع بسبب إخلال المشتري الأخير بالتزامه.

المطلب الثالث : موقف القانون اليمني.

المطلب الأول

فسخ عقد البيع بسبب إخلال البائع الأول بالتزاماته

وسنتناول هذا المطلب في الفرعين التاليين

الفرع الأول: التعريف بعقد البيع في إطار المجموعة العقدية.

الفرع الثاني: إخلال البائع الأول بالتزاماته.

الفرع الأول

التعريف بعقد البيع في إطار المجموعة العقدية

يعتبر عقد البيع من أهم عقود المجموعة العقدية؛ لأنه من أكثر العقود المسماة شيوعاً في الواقع العملي منذ زمن بعيد، والمجموعة العقدية في عقود البيع تتمثل في مجموعة من عقود بيع وردت على مال واحد. بمعنى أن يقوم البائع الأول ببيع عين ما للمشتري الأول، ثم يقوم المشتري الأول هذا بدوره ببيع تلك العين إلى مشتر آخر، وهكذا فيما يعرف ذلك بسلسلة العقود أو متوالية العقود^(٩١٨)، وهذا التعاقب على تلك المال يؤدي بالتالي إلى الاشتراك بين الأطراف المتعديدين في الالتزامات الناشئة عنه، وبالتالي يؤدي ذلك الاشتراك في تلك الالتزامات إلى وجود مشاكل عملية ناتجة عن الإخلال بها من أحد الأطراف، وهنا تثبت أحقية الطرف المضرور (الدائن) في الرجوع على الطرف المسئول (المدين) غير المتعاقد معه بالمسئولية العقدية ومنها فسخ العقد، كما سبق وأن أشرنا^(٩١٩).

أولاً: التعريف بعقد البيع

وعقد البيع^(٩٢٠) كما عرفه المشرع المصري: "هو عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي"^(٩٢١). ومن التعريف السابق نجد أن عقد

(١) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥١٠، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٧٢، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٢٧٥، د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٢، د. هناء خيرى أحمد خليفة، المرجع السابق، ص ٣٠.
(٩١٩) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥١٢، د. جابر محجوب على، المرجع السابق، ص ١٨.

(٩٢٠) البيع لغة ضد الشراء، وهما من الأضداد حيث يطلق كل منهما على الآخر، يقال بعته شريته، والابتياح الاشتراء، وهو مقابلة شيء بشيء ويستعمل متعدياً بنفسه وباللام، يقال بعتك أو بعته لك، انظر مختار الصحاح للرازي، مرجع سابق، ص ٧١، المصباح المنير للفيومي مرجع سابق، ص ٤٠.
(٩٢١) انظر: المادة ٤١٨ من القانون المدني المصري، أما القانون القديم فكان يعرف البيع بأنه، "عقد يلتزم به أحد المتعاقدين ينقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما"، ويفضل التعريف الحالي على سابقه في، ١- أنه لم يقصر البيع على نقل ملكية شيء بل يجاوز ذلك إلى نقل أي حق مالي آخر. ٢- أنه استلزم في الثمن أن يكون نقدياً، وهو وصف جوهرى للثمن لأنه كفيل بتمييز البيع عن المقايضة، ومن ثم لزم ذكره في صلب التعريف، انظر د. علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، ط ١، ٢٠٠٠-٢٠٠١م، ص ٥، ولا يخرج تعريف الفقه عن المعنى السابق، "بأنه عقد يقصد به نقل ملكية شيء، أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي"، عبد المنعم البدر، الوجيز في عقد البيع، ١٩٨٣، ص ٢٣.

البيع عقدًا ناقلًا للملكية^(٩٢٢)، كما أنه عقد معاوضة^(٩٢٣)، كما أنه يكون في مقابل عوض نقدي^(٩٢٤)، وهو أيضًا من العقود الملزمة للجانبين والذي يترتب عليه التقابل في الالتزام بين الأطراف^(٩٢٥)، وأخيرًا فهو من العقود الرضائية والتي تكفي الإرادة وحدها لإبرامه، دون حاجة إلى إفراغه في شكل معين كما في العقود الشكلية^(٩٢٦).

وينعقد عقد البيع بتوافر أركانه وهو التراضي والمحل والسبب، ويتحقق ركن التراضي بتوافق إرادة البائع وإرادة المشتري على طبيعة العقد وعلى عناصر البيع الأساسية والتي لا يتصور أن يتم البيع بدونها^(٩٢٧)، ويعرف التراضي بصدور الإيجاب من أحد المتبايعين (البائع أو المشتري) ويقترن ذلك بقبول من المتعاقد الآخر^(٩٢٨).

ولكن توافر التراضي بالطريقة السابقة لا يكفي لوجود ركن التراضي صحيحًا، ولكن يستلزم إلى ذلك وجود شرطين لصحة الرضا وهما الأهلية وسلامة الرضا من العيوب والأهلية^(٩٢٩)

^(٩٢٢) وهذا ما يفرقه عن العقود التي لا تكون نافذة للملكية كالإيجار والعمل والوكالة، د. فيصل ذكي عبد الواحد، الوجيز في عقد البيع، دار نصر، القاهرة، ٢٠٠٥م، ج ١، ص ١٦

^(٩٢٣) وهذا ما يفرقه عن عقود التبرع كالهبة، والوصية، انظر د. عبد الله مبروك النجار، العقود المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣، ٢٠٠١م، ٢٠٠٢م، ص ٢٧.

^(٩٢٤) وهو ما يفرقه عن عقد المقايضة الذي يكون البديل فيه عوض مالي غير نقدي، راجع د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٢٠.

^(٩٢٥) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٥، د. عباس الصراف، المرجع السابق، ص ٦١، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٢٦.

^(٩٢٦) إلا أن المشرع قد يخرج عن هذا الأصل في بعض الحالات لاعتبارات يراها ومن أهم الأمثلة على ذلك عقد البيع الذي يتمثل الثمن فيه بإيراد مرتب مدى الحياة، إذا استلزم المشرع أن يتم العقد كتابة وذلك عندما نص في المادة ٧٤٣ من القانون المدني على أن، "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحًا إلا إذا كان مكتوبًا"، انظر د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٦.

^(٩٢٧) انظر: د. عبد المنعم البدر، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص ٢٤، د. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص ١٧، د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٥، د. فيصل ذكي عبد الواحد، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٣، د. عباس الصراف، المرجع السابق، ص ٩٦.

^(٩٢٨) والإيجاب: هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد، انظر د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ١٠٧، أما القبول فهو الرد الإيجابي على الإيجاب، أو هو التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد وفقًا للإيجاب الذي وجه إليه، انظر المرجع السابق، ص ١٢٣.

^(٩٢٩) والأهلية: هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تترتب له هذا الأمر أو ذاك، وتنقسم الأهلية إلى أهلية وجوب، وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات وأهلية أداء، كما سيأتي، انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٢٤٤، كما أن القانون قد أورد حالات في عقد البيع لا تتوافر بشأنها أهلية الوجوب أي لا تتوافر فيها

في عقد البيع هي أهلية الأداء^(٩٣٠) اللازمة لإبرامه، وبالنظر لعقد البيع نجد أن من طبيعته إخراج الشيء من ملك البائع إلى ملك المشتري، وهذه من أعمال التصرف فالبائع يتصرف في المبيع بإخراجه من ملكه وكذا المشتري يتصرف في الثمن، في تسلمه للبائع، أو ترتيب دين في ذمته ولذا لزم هنا أن تتوافر أهلية التصرف في كل من البائع والمشتري^(٩٣١)، وهذه الأهلية يجب أن تكون كاملة، بمعنى أن يكون المتعاقدان بالغين راشدين ولا يوجد لهما عارض من عوارض الأهلية^(٩٣٢)، فالصبي المميز له أهلية أداء ناقصة؛ لأن عقد البيع يدور بين النفع والضرر فيكون عقده قابلاً للإبطال لمصلحته^(٩٣٣).

ويشترط أيضاً لصحة التراضي أن يكون سالماً من عيوب الإرادة وهي الغلط^(٩٣٤)، والتدليس^(٩٣٥)، والإكراه^(٩٣٦)، والاستغلال^(٩٣٧)، والغبن^(٩٣٨)، وهو بهذا يخضع للقواعد العامة

الصلاحية بالنسبة لبعض الأشخاص لاكتساب بعض الحقوق، على الرغم من توافر أهلية الأداء لهؤلاء الأشخاص وإمكانهم مباشرة تصرفاتهم، فقد حظر رجال القضاء وأعاونهم من شراء الحقوق المتنازع فيها، وحظر أيضاً المحامين، من التعامل مع موكلهم في الحقوق التي يتولون الدفاع عنها، كما حظر الأفراد من شراء الأراضي الزراعية التي تتجاوز الحد الأقصى للملكية وأخيراً حظر على الأجانب شراء الأراضي الزراعية والصحراوية والعقارات الكائنة بمناطق الحدود، راجع د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٦٧.

^(٩٣٠) وأهلية الأداء هي: صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو أن تحمله التزاماً، على وجه يعتد به قانوناً، وأهلية الأداء تنقسم بدورها حسب التصرفات التي سيجريها الشخص إلى أهلية تصرف بعوض أو بمقابل، وهي: التي تلزم لإجراء التصرفات التي من شأنها أن تفقد المال عن صاحبه ولو جزئياً كالبيع والشراء والرهن، أو أهلية إدارة، وهي تلزم لإجراء التصرفات التي من شأنها التعامل في المال مع بقاءه لصاحبه، أي دون فقد كالإيجار والوديعة والعارية، انظر المرجع السابق، ص ٢٤٤، ٢٤٨.

^(٩٣١) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٦٧، د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٣٩.

^(٩٣٢) وعوارض الأهلية هي ما يطرأ على الشخص فيعدهم له التمييز أو يعيبه وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة، انظر د. محمد علي عمران، المرجع السابق، ص ١٦٩.

^(٩٣٣) انظر: د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٣٩، ٤٠، د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٦٧، د. عباس الصراف، المرجع السابق، ص ٦٠.

^(٩٣٤) والغلط، وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيحمله على التعاقد. انظر: معجم القانون، مرجع سابق، ص ١١٩.

^(٩٣٥) والتدليس، استعمال طرق احتيالية من شأنها إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد. انظر المرجع السابق، ص ٦٩.

^(٩٣٦) والإكراه، ضغط على إرادة متعاقد من شأنه أن يولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد. انظر المرجع السابق، ص ٥٤.

^(٩٣٧) والاستغلال، هو تعمد أحد طرفي العقد استغلال ضعف معين أو حاجة معينة لدى المتعاقد الآخر للحصول على منافع لا تتناسب البتة مع ما يقدمه في العقد. انظر المرجع السابق، ص ٤٩.

^(٩٣٨) والغبن هو عدم التعادل بين العوضين في عقود المعاوضة، انظر المرجع السابق، ص ١١٩.

في نظرية العقد^(٩٣٩)، ويضاف إلى شروط صحة التراضي في عقد البيع شرط العلم بالمبيع، وهذا يعني أن يكون المشتري قد شاهد المبيع بعينه أو يكون العقد مشتملاً على بيان واف للمبيع وأوصافه الأساسية على نحو يمكن من تعرفه، فالوصف الدقيق للمبيع يقوم مقام الرؤية العينية، أو يكون المشتري قد أقر بعلمه بالمبيع^(٩٤٠). وينتج عن عدم توافر شرط رؤية المبيع أن يثبت للمشتري حق إبطال العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع^(٩٤١).

أما ركن المحل في عقد البيع فيتكون من المبيع والثلث^(٩٤٢)، والمبيع هو الحق المالي الذي يرد على البيع، ويشترط فيه أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود^(٩٤٣)، كما يشترط -أيضاً- أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعين^(٩٤٤)، كما يشترط أن يكون المبيع مشروعاً وقابل للتعامل فيه، بمعنى ألا يكون ممنوعاً من التصرف فيه بنص القانون ولا لمخالفته النظام العام والآداب

^(٩٣٩) انظر: د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٢٤٣، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ٨٦، د. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ١٢٥، د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٦٦، د. طلبه خطاب، المرجع السابق، ص ٢٥١.

^(٩٤٠) راجع نص المادة ٤١٩ حيث جاء فيها، "١- يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه. ٢- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه إلا إذا ثبت تدليس البائع". راجع د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٤٨، د. عبد المنعم البدر، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص ٦٧.

^(٩٤١) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٢٤، د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٨٥.

^(٩٤٢) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٩٠، د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٥٠.

^(٩٤٣) انظر: د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٥٠، ٥١، د. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص ١٢٢، ومعنى كونه قابلاً للوجود أي أن يكون المبيع قابلاً للوجود في المستقبل، كبيع دار قبل بنائها، وسلعة قبل صناعتها بشرط أن تكون معلومة موصوفة بما يدفع الجهالة، انظر المرجع السابق.

^(٩٤٤) انظر: د. عبد المنعم البدر، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٠٣، أما كيفية تعيين المبيع فيختلف حسب طبيعته فإذا كان معيناً بالذات كالمنقول فإنه يتعين بذكر جنسه ونوعه ومقداره. أما إذا كان عقاراً فيتعين بذكر ما يميزه من المساحات والحدود والموقع وهكذا، انظر د. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص ١٢٦.

العامة، فلا يجوز بيع المال العام أو المخدرات^(٩٤٥). ويشترط أيضاً في المبيع أن يكون مملوفاً للبائع وقت العقد فلا يجوز للبائع أن يبيع ما لا يملكه بدون إذن مسبق من صاحبه^(٩٤٦).

أما الثمن فهو يمثل محل التزام المشتري، وهو مبلغ من النقود يلتزم المشتري بدفعه إلى البائع، في مقابل ملكية الشيء المبيع، ويشترط في الثمن أن يكون مبلغاً من النقود وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون حقيقياً غير تافه ولا صوري^(٩٤٧).

فإذا توافرت أركان عقد البيع من تراضي ومحل وسبب فإنه ينعقد صحيحاً ويترتب عليه كافة آثاره، ويصير العقد ملزماً لطرفيه وهما البائع والمشتري^(٩٤٨)، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري، وكذا تسليمه، كما أنه يلتزم أيضاً بأن يضمن للمشتري حيازة هادنة وكاملة؛ وذلك بضمان التعرض والاستحقاق، كما يضمن للمشتري أيضاً سلامة المبيع من العيوب الخفية؛ وذلك بضمان العيوب الخفية^(٩٤٩).

وبالمقابل فإن المشتري يلتزم بتسليم الثمن للبائع، كما يلتزم أيضاً بتسليم المبيع، وبدفع مصاريف العقد^(٩٥٠).

ثانياً: البيع في إطار المجموعة العقدية

ويتمثل عقد البيع في المجموعة العقدية، في مجموعة عقود بيع وردت على مال واحد كأن يبيع (أ) سيارة إلى (ب) ثم يقوم (ب) ببيعها إلى (ج) وهكذا فإن عقود البيع بين (أ، ب)، (ب، ج) قد وردت على مال واحد وهو تلك السيارة، وسبق أن ذكرنا جواز هذه الصورة من

^(٩٤٥) انظر: د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٦٦، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ١٠٣.
^(٩٤٦) وهو لا يكون إلا في المبيع المعين بالذات، انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

^(٩٤٧) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٧٦، د. عباس الصراف، المرجع السابق، ص ٢٨٣، د. فيصل ذكي عبد الواحد، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص ٩٠.
^(٩٤٨) انظر: د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣١، د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٣٣، د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الثامنة، ٢٠٠٤ م، ص ٢١٤.

^(٩٤٩) انظر: د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٩١، د. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص ١٥٥، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٢٤١.

^(٩٥٠) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص ٢٥٧، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٢٧٩، د. عباس الصراف، المرجع السابق، ص ٦٥٥.

الناحية القانونية فيما يعرف قانوناً بالخلافة الخاصة^(٩٥١)، وينتج عن التوالي السابق في عقود البيع هو أن تتوحد التزامات الأطراف المتعلقة بتلك العين كالالتزام البائعين بتسليم المبيع والالتزام بضمان العيوب الخفية والتزام المشتريين بدفع الثمن، ولا يستلزم هنا أن يكون تعاقب عقود البيع ذلك على المال كله بل يكفي أن يشتركوا ولو في جزء منه ويحصل الاشتراك في الالتزامات بين الأطراف في ذلك الجزء المشترك فقط، وطلب الفسخ، يجب ألا يتعدى ذلك الجزء^(٩٥٢).

والتعاقب في عقود البيع على مال واحد، يقتضي أن يتم نقل ملكية المبيع من كل بائع إلى المشتري الذي يليه، وهكذا، فإذا باع البائع الأول المبيع وكان المبيع مما يستلزم لنقل ملكيته قيام البائع بالفرز أو التسجيل^(٩٥٣) ولم يكن قد نقل ملكيته إلى المشتري الأول، فإن هذا المشتري لا يستطيع أن يبيعه إلى المشتري الثاني، لأنه لم يملكه بعد، ويصير البيع الثاني قابلاً للبطلان من قبل المشتري الثاني، كما أنه لا ينفذ في حق البائع الأول إلا إذا جازه البائع الأول، فإذا أجازته فإنه هنا تكون العلاقة مباشرة بين البائع الأول أو المشتري الأخير، ولا نكون بصدد مجموعة عقدية^(٩٥٤).

كما يشترط في صورة عقود البيع تلك كي تحقق مجموعة عقدية أن تكون كل عقود البيع ملزمة للجانبين، فعقد البيع وإن كان من طبيعته أنه ملزم للجانبين إلا أنه قد يكون غير ملزم للجانبين كما إذا كان الثمن صورياً أو تافهاً، وبالتالي فإن عقد البيع سيكون عقد هبة يحمل صورة بيع، فلا يكون هذا العقد محلاً للفسخ، كما يشترط أيضاً ألا يتخلل عقود البيع الملزمة للجانبين عقد غير ملزم للجانبين كالهبة والبيع بثمن صوري أو تافه كما سبق، أو كان يفصلها تصرف غير عقدي كالغصب والحيازة^(٩٥٥) فإن وجدت عقود بيع تخللها تلك التصرفات فلا تكون بصدد مجموعة عقدية، ولا تكون هذه المجموعة العقدية محلاً للفسخ، وذلك لأن الفسخ يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة قبل العقدية والتي من آثارها التزام كل متعاقد برد ما استلمه من الآخر، وفي حالة العقد الملزم لجانب واحد أو التصرف غير العقدي يكون أحد المتعاقدين هنا لم يستلم

(٩٥١) راجع ماسبق في صور المجموعة العقدية، ص ٩٨.

(٩٥٢) انظر: د. عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٩٤، د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٨٠٨.

(٩٥٣) فوزية عبد العزيز طه، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٩٥٤) انظر: محمد السعيد رشدي، موجز أحكام عقد البيع، ٢٠٢، ص ٩٤، د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٩١.

(٩٥٥) انظر: د. هناء خيرى، المرجع السابق، ص ١٨٧، د. جلال حسن صبرة، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

شيئاً من الآخر، مما يؤدي إلى أن يأخذ هذا المتعاقد أكثر من حقه في التصرف الذي شارك فيه وهذا مخالف لقيود دعوى الفسخ في المجموعة العقدية، في تقييد الطرف المضرور بمدى حقوقه^(٩٥٦).

كما يشترط أيضاً في عقود البيع المتعاقبة على مال واحد أن تكون كافة تلك العقود صحيحة، وبالتالي فإذا ما كان أحد عقود البيع تلك غير صحيحة، فإنه يحق لأي طرف الدفع بطلان ذلك العقد إذا كان بطلانه مطلقاً، أو من كانت له مصلحة في البطلان كمن شابه عيب رضا أو كان ناقص الأهلية^(٩٥٧).

الفرع الثاني

إخلال البائع الأول بالتزاماته

وفقاً للمجموعة العقدية، إذا أخل البائع الأول بالتزاماته فإنه يحق للمشتري الأخير مطالبة بفسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية باعتباره الدائن بتلك الالتزامات ومعرفة مدى التزامات البائع الأول يرجع فيها إلى ضوابط دعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية وبالرجوع إليها، نجد أن دعوى الفسخ تنقيد بمدى التزامات المدين وهو البائع الأول ويكون ذلك بالرجوع إلى مصدر تلك الالتزامات وهو عقد البيع الأول.

الذي شارك فيه البائع الأول، كما يحق هنا للبائع الأول أن يحتج، إذا رأى في ذلك مصلحته بمدى حقوق المشتري الأخير في العقد الذي شارك فيه وهو عقد البيع الثاني^(٩٥٨).

وبالرجوع إلى عقد البيع الأول الذي شارك فيه البائع الأول نجد أنه يترتب التزامات في ذمة البائع الأول يلتزم بها في مواجهة المشتري كالتزام بنقل ملكية الشيء المبيع والتزامه بتسليم المبيع وضممان التعرض وضممان العيوب الخفية^(٩٥٩).

(٩٥٦) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٩٥٧) انظر: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٦٠٤، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ٢٣، د. طلبة خطاب، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٩٥٨) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، مرجع سابق، ص ١٦١.

(٩٥٩) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص ٨٩.

أولاً: الإخلال بالالتزام بنقل الملكية

فأما بالنسبة للإخلال بالالتزام بنقل الملكية فإنه لا يتصور ذلك في مجال المجموعة العقدية، حيث أنه يفترض أن البائع الأول ما يزال ملتزماً أمام المشتري الأول بنقل الملكية بمعنى أن الملكية لم تنتقل بعد إلى المشتري الأول، ثم يقوم المشتري الأول ببيعها إلى المشتري الثاني، وهذا التصرف الأخير لا يصح من المشتري الأول لأنه لم يملكه بعد^(٩٦٠). وبالتالي فلا يحق للمشتري الأخير الرجوع على البائع الأول بالمطالبة بفسخ العقد بسبب إخلاله بالتزامه بنقل الملكية في عقد البيع الأول^(٩٦١).

ثانياً: الإخلال بالالتزام بتسليم المبيع

أما بالنسبة لالتزام البائع الأول بتسليم المبيع^(٩٦٢)، وهنا يفترض أن يكون التزام البائع الأول بتسليم المبيع غير فوري التنفيذ بأن يكون ذلك مؤجلاً حتى يتحقق إخلاله بالالتزام، ففي هذه الحالة يحق للمشتري الأخير مطالبة البائع الأول بفسخ عقد البيع في حالة إخلاله بالتزامه بتسليم المبيع؛ لأنه بهذا تسبب في إخلال البائع الثاني بالتزامه بتسليم المبيع للمشتري الثاني الذي يكون هو الدائن الأخير بهذا الالتزام، ويكون ذلك في حدود عقد البيع الأول، فيكون تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها المبيع في وقت عقد البيع الأول فإذا كان ناقصاً عن المتفق عليه في عقد البيع الأول، فإنه يكون مخلاً بالتزامه بتسليم المبيع^(٩٦٣)، حيث نصت المادة (١/٤٣٣) على أنه: "إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عن نقص هذه المقرر بحسب ما يقضي به العرف ما لم يتفق على غير ذلك على أنه لا يجوز

(٩٦٠) د. محمد السعيد رشدي، موجز أحكام عقد البيع، ٢٠٠٢، ص ٩٣.

(٩٦١) انظر: د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص ١١، فوزية عبد العزيز طه، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٩٦٢) ويكون تسليم المبيع إما فعلياً بوضع البائع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا الأخير من حيازته والانتفاع به على النحو المطلوب، ويشترط في ذلك أن يعلم المشتري بهذه التخلية وقد يكون التسليم حكماً، وذلك بتغيير نية الحيازة بأن يكون المبيع في حيازة المشتري بإيجار أو نحوه، وهنا يكفي لوقوع التسليم أن يغير المشتري نية حيازته إلى حيازة بغرض التملك، وبالعكس فالتسليم الحكمي يكون بتغيير حيازة البائع للشيء المبيع من مالك إلى مستأجر إذا أجره المشتري المبيع أو إعاره... الخ. انظر د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص ١٤١ - ١٤٤.

(٩٦٣) انظر: د. علي نجده، المرجع السابق، ص ١٨٤، د. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص ١٩٠، د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٤٤٤.

للمشتري أن يطالب بفسخ العقد لنقص المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما تم العقد".

كما يتحقق إخلال البائع الأول بتسليم المبيع معيًّا أو متأخرًا، فإنه في كلا الحالات السابقة يجوز للمشتري الأخير المطالبة بفسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية^(٩٦٤)، ويحصل الإخلال بالتسليم إذا تسبب البائع الأول في استحالة التنفيذ كأن يتسبب في هلاكه أو إتلافه، أو يتسبب في استحقاق الغير له كأن يسلمه إلى من يكون له الحق في ملكيته^(٩٦٥).

ثالثا: الإخلال بالالتزام بضمان التعرض

كما أنه يحق للمشتري الأخير مطالبة البائع الأول بفسخ عقد البيع عند إخلاله بالتزامه بضمان التعرض^(٩٦٦)، حيث جاء في أحكام المادة ٤٤٣ مدني مصري عند عرضها لأحكام ضمان الاستحقاق الذي هو التنفيذ بمقابل في ضمان التعرض^(٩٦٧) بقولها: "... كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله"، والإخلال بضمان التعرض يكون بقيام البائع الأول بالتعرض الشخصي المادي منه للمشتري الأخير، يمنعه من الانتفاع بالعين المبيعة باستعمال البائع الأول حقاً يدعيه على المشتري الأخير، يؤدي إلى نزع المبيع من يد المشتري، إلا إذا كان ذلك التعرض بوجه حق كأن يكون البائع الأول باع تلك العين للمشتري الأول، ثم قام المشتري الأول برهنها له مقابل دين آخر، ثم قام ببيعها إلى المشتري الثاني، فإن تعرض البائع الأول لا يكون إخلالا منه بالتزامه بضمان التعرض في عقد البيع الأول^(٩٦٨)، كما

(٩٦٤) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج٤، ص٧٦٩، حيث يشترط في تنفيذ الالتزام بالتسليم أن يكون بالحالة التي عليها وقت العقد ويكون في زمان العقد ومكانه إلا إذا وجد اتفاق بغير ذلك، انظر: د. على نجيدة، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص١٧٠.

(٩٦٥) انظر: د. حسام الدين الأهواني، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٦٠٨، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٧٧٢.

(٩٦٦) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج٤، ص٧٨٧. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص١٨٥، د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص١٥٤، وضمان التعرض هو التزام البائع تحمل نتيجة ما يؤدي إلى المساس بحقوق المشتري بسبب تعرضه أو تعرض الغير. انظر: معجم القانون، مرجع سابق، ص١١٠.

(٩٦٧) وضمان الاستحقاق هو ضمان البائع تعويض المشتري عند فقدان كل الحقوق التي نقلها إليه بالبيع أو بعضها، انظر معجم القانون، مرجع سابق، ص١٠٩.

(٩٦٨) انظر: د. محمد السعيد الرشدي، المرجع السابق، ص١٤٥، د. على نجيدة، المرجع السابق، ص١٨٩، د. محمد سعد خليفه، المرجع السابق، ص١٦٣.

يلتزم البائع الأول أيضاً بعدم تعرض الغير تعرضاً قانونياً^(٩٦٩) للمشتري الثاني، إلا أنه يشترط أن يكون التعرض القانوني من الغير يستند إلى حق له قبل عقد البيع الأول، أو كان الحق بعد البيع الأول ولكن بفعل البائع الأول، كما إذا رهن البائع الأول المبيع بعد عقد البيع الأول وتعرض الراهن على المشتري الأخير^(٩٧٠). فإذا توافرت الشروط السابقة فإنه يحق للمشتري الأخير مطالبة البائع الأول بالفسخ، وهذا ما أجازته الفقه المصري، إلا أنهم لا يؤسسون ذلك الرجوع على أساس المجموعة العقدية وإنما يؤسسونها على أساس المادة ٤٣٢ مدني مصري والتي تنص على أن التسليم يشمل ملحقات المبيع، ويعتبر من ملحقات المبيع دعوى الضمان، التي تكون للبائع ضد من تلقى عنه المبيع من قبل، إذ هو ينقل للمشتري المبيع بكل ما له من حقوق ودعاوي^(٩٧١).

رابعاً: الإخلال بالالتزام بضمان العيب

وأخيراً يجوز للمشتري الأخير مطالبة البائع الأول بفسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية، بسبب إخلاله بالتزامه بضمان العيوب الخفية^(٩٧٢)، إلا أنه يشترط هنا أن يكون العيب موجوداً قبل عقد البيع الأول وأن يكون مؤثراً أو خفياً غير ظاهر للمشتري الأول وأن تكون مدة التقادم ما تزال قائمة وهي خمسة عشرة سنة لأنها دعوى فسخ لا دعوى ضمان عيب خفي^(٩٧٣)، أما إذا كان المشتري الأول قد علم بالعيب ورضي به فإنه يسقط ضمان العيب، كما أنه يجوز

^(٩٦٩) أما التعرض المادي الصادر من الغير، فإن البائع لا يسئل عنه، وذلك كتعرض الأجنبي بالسطو على المبيع أو اغتصابه، د. عبد المنعم البدر، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص ٣٠١.
^(٩٧٠) انظر: جاسم على سالم، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، ص ٢٢٧، فوزية عبد العزيز طه، المرجع السابق، ص ١٠٢، د. نبيل إبراهيم سعد، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٣١٢، د. محمد شكري سرور، شرح عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٨م، ص ٣٧٩.

^(٩٧١) انظر: د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٣١٨، د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص ١٨٩، د. محمد شكري سرور، مسئولية المنتج، مرجع سابق، ص ٥٤، د. حسن عبد الباسط جميعي، مسئولية المنتج، مرجع سابق، ص ١٥.

^(٩٧٢) وضمان العيب الخفي في عقد البيع هو التزام البائع ما يكتشف في البيع من أسباب تجعله غير صالح للاستعمال الذي يعد له عادة بسبب ما بعد البيع أو مقارن له، انظر معجم القانون، مرجع سابق، ص ١١٠.
^(٩٧٣) انظر: د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٨٤، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٦٨٦، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ١٧٣، د. عبد الرسول عبد الرضا محمد، المرجع السابق، ص ٣٦٤، د. نبيل إبراهيم سعد، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٣١٢، د. محمد شكري سرور، شرح عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٨م، ص ٣٧٩.

للبائع الأول الاحتجاج على المشتري الأخير، ببند الإعفاء من ضمان العيب الخفي إذا كان موجوداً في عقد البيع الأول، ولا يكون أمام المشتري الأخير إلا الدفع ببطان ذلك على أساس عدم علم المشتري الأول به أو عدم قبول، أو أن عقد البيع الأول يعتبر من عقود الإذعان وكان المشتري الأخير هو الطرف الضعيف، أو أن المشتري الأخير يعتبر مستهلكاً والبائع الأول مهنيًا مما يوجب بطلان بند الإعفاء من المسؤولية في هذا النوع من العلاقات^(٩٧٤).

وفي كل ما سبق يجب أن تطبق القواعد العامة في شروط دعوى الفسخ وذلك بأن يكون الإخلال بغير وجه حق، فإذا كان إخلال البائع الأول يستند إلى حق كأن يمتنع عن التسليم بسبب عدم وفاء المشتري بالثمن، وألا يكون المشتري الأول أو الأخير هو المتسبب في إخلال البائع الأول بالتزامه، كأن يعذر البائع الأول المشتري بتسليم المبيع، ثم لا يقوم بالتسليم حتى هلك المبيع، فإنه في هذه الحالة لا يكون البائع الأول مخلاً بالتزامه، كما يشترط أيضاً لجواز طلب المشتري الأخير بالفسخ أن يقوم هو أولاً بالوفاء بالتزاماته في عقد البيع الأخير أمام المشتري الأول، حيث يحق للبائع الأول هنا مواجهة المشتري الأخير بالدفع الذي يمكن أن يدفع به المشتري الأول، كما يجب أن يكون المشتري الأخير طالب الفسخ قادراً على تنفيذ إلتزامه أو على الأقل مستعداً لذلك، وأن يكون قادراً على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد^(٩٧٥) كما عليه أن يعذر البائع الأول بالفسخ^(٩٧٦).

(٩٧٤) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١٩٥، بينما يرى بعض الفقه جواز ثبوت ضمان العيب الخفي للمشتري الأخير، ولو لم تكن ثابتة للبائع الأول، انظر: د. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص ٣١٩، د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٦٩٥، د. محمد عبد القادر الحاج، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٩٧٥) انظر: د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٩، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٦٤٥، فوزية عبد العزيز طه، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٩٧٦) إلا أنه يستثنى شرط الإعذار حالة الإخلال بالالتزام بالتعرض، فلا يشترط فيه إعدار من البائع لأنه التزم بالامتناع عن عمل، وقد تحقق الإخلال بمجرد صدور فعل التعرض، فلا جدوى من الإعدار هنا، انظر جاسم على سالم، المرجع السابق، ص ٢٢٧، فوزية عبد العزيز طه، المرجع السابق، ص ١٠٢.

المطلب الثاني

فسخ عقد البيع بسبب إخلال المشتري الأخير بالتزامه

وستتناول هذا المطلب في الفرعين الآتيين

فرع الأول: إخلال المشتري الأخير بالتزامه.

الفرع الثاني: آثار فسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية.

الفرع الأول

إخلال المشتري الأخير بالتزامه

أولاً: الإخلال بالتزام بدفع الثمن

كما يكون فسخ عقد البيع بسبب إخلال البائع الأول بالتزاماته فإنه يكون أيضاً بسبب إخلال المشتري الأخير بالتزاماته في عقد البيع في إطار المجموعة العقدية، ويكون ذلك وفقاً للعقد الذي شارك فيه المشتري الأخير وهو عقد البيع الثاني حيث يرتب عقد البيع على عاتق المشتري التزامات منها الوفاء بالثمن المتفق عليه إلى البائع في الميعاد والمكان وبالكيفية المتفق عليها بين المتعاقدين، كما يلتزم المشتري بدفع مصروفات عقد البيع وتسليم المبيع^(٩٧٧)، ويكون الدائن بهذه الالتزامات هو البائع الأول في عقد البيع في إطار المجموعة العقدية، فإذا ما أخل المشتري الأخير بالتزامه في الوفاء بالثمن فإنه يحق للبائع الأول أن يطالبه بفسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية^(٩٧٨) وتكون مطالبة البائع للمشتري بالثمن في حدود التزامات المشتري الأخير، أي بناء على عقد البيع الأخير الذي شارك فيه المشتري الأخير، كما يمكن للمشتري الأخير أن يدفع في مواجهة البائع بحقه في الثمن في حدود حقوقه في عقد البيع الأول الذي

(٩٧٧) انظر: د. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص ٢٤٦، د. عبد المنعم البدرابي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

(٩٧٨) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٣٢، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٧٩٩، د. بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠٠٣م، ص ٢٢٧، د. نبيل إبراهيم سعد، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٣٣٦، د. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقد البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٣٦٧.

شارك فيه كما يشترط أيضاً ألا يكون إخلال المشتري بالوفاء بالثمن بوجه حق كأن يحبس الثمن لعدم تسلمه للمبيع^(٩٧٩).

ويشترط أن يعذر البائع الأول المشتري الأخير بالوفاء بالثمن كشرط لدعوى الفسخ إلا أنه يعفى من ذلك في حالة بيع المنقولات فقد نصت المادة ٤٦١ مدني مصري: "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا كل ما لم يوجد اتفاق على غيره".

فالإعفاء في النص السابق من شرط الإعذار للفسخ إنما يكون خاصاً إذا كان المبيع منقولاً وخاصة إذا كان ذلك المنقول من العروض التجارية، وذلك لما لهذه المنقولات من طبيعة خاصة تقتضيها سرعة التداول، ولا يتحمل ما تتحمله العقارات من الإبطاء في التعامل وطول الإجراءات برفع دعاوى الفسخ ونحوها^(٩٨٠).

ثانياً: الإخلال بالتزام بتسليم المبيع

كما أن الفسخ قد يكون بسبب إخلال المشتري الأخير بالتزامه بتسليم المبيع، ولا يتحقق إخلال المشتري هنا إلا إذا قام البائع الأول بتسليم المبيع للمشتري الأخير، فتبرأ ذمة البائع الأول ويأتي دور المشتري في تسلم المبيع، وتظهر أهمية الالتزام بالتسليم في حالة بيع المنقول الواجب التسلم في غير موطن المشتري الأخير، إذ يكون عليه نقله، وإلا كان مخلاً بالتزامه، وتكون هنا نفقات تسلم المبيع على حساب المشتري، كما أن المشتري يتحمل تبعه الهلاك إذ مكّنه البائع من التسليم ولم يتسلمه فهلك، فإذا خل المشتري الأخير بالتزامه بتسليم المبيع، فإنه يحق للبائع الأول مطالبة بفسخ العقد، إلا إذا كان إخلال المشتري بوجه حق كأن

^(٩٧٩) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٠١٦. د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص ١٨٧، د. فيصل ذكي عبد الواحد، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص ٢٦٩، د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

^(٩٨٠) انظر: د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٦٧، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

يكون المبيع به عيب فامتنع عن التسليم لذلك^(٩٨١) وللمشتري توقي الفسخ قبل الحكم النهائي به إذا قام بتنفيذه لالتزامه^(٩٨٢).

الفرع الثاني

آثار فسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية

فإذا ما ثبت وجود شروط فسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية من إخلال المدين بالتزامه مع وفاء الدائن بالتزامه وقدرته على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد وإعذاره للمدين، فإذا ما قامت الشروط السابقة، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم بفسخ عقد البيع بشرط طلب الدائن لاحتمال تنازله أو إعذار المدين وتكون له سلطة تقديرية إذا كان الفسخ قضائياً في منح مهلة أو رفض الفسخ ويكون حكمه منشئاً للفسخ في الحالة الأولى وكاشفاً في الحالة الثانية^(٩٨٣)، وينتج عن الحكم بفسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية انحلال كافة عقود المجموعة العقدية بأثر رجعي بدء من عقد البيع الأول بين البائع الأول والمشتري الأول وانتهاءً بعقد البيع الأخير بين البائع الأخير والمشتري الأخير، حيث أن الفسخ يقضي عودة المدعي والمدعى عليه في دعوى الفسخ في المجموعة العقدية إلى الحالة قبل العقدية لكليهما، مما يستلزم معه القول بعودة أطراف أول السلسلة العقدية وآخرها إلى الحالة قبل العقدية^(٩٨٤).

وينتج عن انحلال عقود المجموعة العقدية بأثر رجعي التزام كل من المتعاقدين بالرد والتعويض وسريان أثر الفسخ على حق الغير.

فيلتزم المشتري الأخير هنا برد المبيع إذا كان قد تسلمه إضافة إلى ثمار ذلك المبيع من يوم القبض، وله أن يحبس المبيع إلى أن يسترد المصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع، حسب القواعد العامة، لكن المشتري هنا لا يلتزم إلا برد الشيء الذي استلمه هو من المشتري

(٩٨١) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٨٦، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٨٢٩.

(٩٨٢) انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٣٢، د. سمير تناعو، المرجع السابق، ص ١٧٤، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٤٠٣.

(٩٨٣) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٤٤، د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٨٠١، ٨٠٦ - ٨١٢.

(٩٨٤) انظر: د. مصطفى الجارحي، فسخ العقد، مرجع سابق، ص ٣١، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٦٤، د. أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص ٦١.

الثاني، وفي حالة استحالة الرد فإن المشتري الأخير يعوض البائع على أساس المسؤولية التقصيرية^(٩٨٥).

كما يلتزم البائع الأول برد الثمن الذي استلمه من المشتري الأول فقط أي أنه يلتزم بالرد ولو كان الثمن أقل أو أكثر مما دفعه المشتري الأخير وعلى المشتري الأخير إذا كان هناك نقص في الثمن الذي دفعه الرجوع على المتعاقد معه مباشرة^(٩٨٦).

كما يلتزم الدائن بتعويض المدين عند فسخ العقد على أساس المسؤولية التقصيرية ولا يكون ذلك إلا بين المدعي والمدعى عليه ولا يسري على بقية أطراف عقود المجموعة العقدية^(٩٨٧).

وكما ينحل العقد بأثر رجعي بين المتعاقدين فإنه يسري بالنسبة للغير، فإذا قام المشتري الأخير يترتب حق الغير على العين المبيعة، فإن أثر الفسخ يسري عليه، إلا أنه يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان المبيع منقولاً وكان الغير حسن النية وملك تلك العين بالحيازة فإن أثر العقد لا يسري عليه، أو إذا كان المبيع عقاراً وكان تسجيل العقار قبل تسجيل دعوى الفسخ فإن أثر الفسخ لا يسري على هذا الغير^(٩٨٨).

كان ما سبق في حالة عقود البيع الواردة على عين واحدة، ولكن ما الحكم إذا كانت العقود المتعاقبة على مال واحد عقود بيع ومقايضة^(٩٨٩)، كما إذا قام المشتري بمقايضة العين

(٩٨٥) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج٤، ص ١٠٥٤، د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٨١٨، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٦٥، ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

(٩٨٦) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٥٥، د. حسام الدين الأهواني، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٨١٧، د. ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص ٣٨٩، ٤١٩، د. محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص ١٩٠، فوزية عبد العزيز طه، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٩٨٧) انظر: د. سمير تناعو، المرجع السابق، ص ١٧٥، د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ٤٧٧، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٥٧، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٨١٩، د. ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

(٩٨٨) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٥٨، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٨١٩، د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٦٦، ٦٥.

(٩٨٩) ويعرف عقد المقايضة في القانون المصري بأنه: عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل، ملكية مال ليس بالنقود. راجع (٤٨٢) مدني، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع

المبيعة إلى شخص ثالث نظير عين أخرى، ثم وجد الشخص الثالث عيبا خفيا في تلك العين، وكان سبب ذلك العيب هو البائع الأول، وطالب بفسخ عقد البيع على أساس إخلاله بالتزامه بضمان العيوب الخفية^(٩٩٠)، فكيف سيتم هنا تطبيق آثار الفسخ؟ والعكس أيضا فيما إذا كان العقد الأول عقد مقايضة والثاني عقد بيع.

ففي الحالة الأولى والتي يكون العقد الأول بيعا والثاني مقايضة، لا يلتزم المدين (البائع الأول) إلا برد الثمن الذي أستلمه من المشتري في عقد البيع الذي اشترك فيه معه، حسب ضوابط المجموعة العقدية وهي التقيد بمدى التزامات الطرف المسئول (المدين) ويكون للدائن (الشخص الثالث المتعاقد مع المشتري في عقد المقايضة) الرجوع على المشتري المتعاقد معه.^(٩٩١)

أما في الحالة الثانية وهي التي يكون فيها العقد الأول عقد بيع، والثاني عقد مقايضة، كما إذا قام شخص بمقايضة عين لشخص آخر مقابل عين أخرى، ثم قام الشخص الثاني ببيع تلك العين لشخص ثالث، ثم وجد هذا المشتري عيبا خفيا في العين المبعة يوجب الفسخ، وكان المتسبب بذلك العيب هو المتعاقد الأول في عقد المقايضة، فإذا قام المشتري بفسخ العقد، فإن المدين يكون مخيرا في آثار الرد بين أن يرد العين الأخرى التي قايض بها العين البيعة، وهذا حسب ضابط المجموعة العقدية في التقيد بمدى التزام الطرف المسئول (المدين)، ولا يكون أمام المشتري إلا الرجوع بالثمن على البائع المتعاقد معه على أساس فسخ عقود المجموعة العقدية وانحلاله، كما يحق للمدين المتعاقد الأول في عقد المقايضة الاحتجاج على المشتري بالعقد

سابق، ج٤، ص ١٠٩١، كما عرفته المادة (٥٨٥) مدني يمني، بقولها: "المقايضة هي تبادل مال بمال ليس من النقود"

(٩٩٠) حيث يلتزم كل من المتعاقدين في عقد المقايضة بضمان العيوب الخفية، مثل التزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية؛ حيث تطبق على عقد المقايضة كافة أحكام عقد البيع ما عدا الأحكام المتعلقة بالثمن، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٩٥.

(٩٩١) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٧٠، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٢٠، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٤١، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج٧، م ١، ص ٢٨٧، محمد أحمد عابدين، التنازل عن الإيجار، مرجع سابق، ص ٤١، د. عبد الحميد فهم أحمد الطنبولي، المرجع السابق، ص ٢٨١

الذي شارك فيه، ولا يرد له إلا الثمن الذي دفعه للبائع، حسب ضوابط المجموعة العقدية، التقيد
بمدى حقوق الطرف المضرور(الدائن). (٩٩٢)

(٩٩٢) انظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٧٥، هناء خيرى، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

المطلب الثالث

فسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية

في القانون اليمني

أما القانون اليمني فيعرف عقد البيع بأنه: "تمليك مال بعوض على وجه التراضي بين العاقدین"^(٩٩٣)، وأركان عقد البيع ثلاثة وهي صيغة العقد والعاقدان وهما البائع والمشتري والمعقود عليه (محل العقد) وهو المال (المبيع والضمن)^(٩٩٤).

وصيغة العقد هي ما يصدر عن العاقدین من قول أو فعل دالین على إنشاء المبادلة، ويكون بالإيجاب والقبول ويشترط فيهما أن يفيدا التمليك أو ما يدل عليه وأن يكونا متطابقين غير مؤقتين وغير مقيدین وألا يتخلل بينهما إعراض^(٩٩٥).

أما الركن الثاني فهو ركن العاقدین، ويشترط فيهما أن يكون كل منهما كامل الأهلية والتصرف وأن يكون كل منهما مالکًا لما يتصرف به للآخر أو وکیلًا لمالکة أو واليًا أو وصيًا عليه، وأن يكون كل منهما مختارًا غير مكره وغير هازل^(٩٩٦).

(٩٩٣) انظر المادة ٤٥١ مدني يمني، د. عبد الله عبد الله العلفي، أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م، ط١، ص١٢، د. قائد سعيد الثريب، الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، دار اقرأ للنشر والتوزيع، صنعاء، ط١، ١٩٩٥ م، ١٩٩٦ م، ص٦، أ. هائل حزام مهبوب العامري، نظرية الإكراه في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة غزة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ص٤، د. عبد القادر قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، دراسة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م، ص٣٠٦، وقد كان القانون السابق الصادر في عام ١٩٧٩ م، ينص في المادة ٤٢٣ منه على أن، "البيع تمليك مال بمال على وجه التراضي بين العاقدین"، بينما القانون الجديد جعل البيع تمليك مال بعوض ويرى بعض الفقه أن القانون السابق كان موفقًا في تعريف البيع عن القانون الجديد؛ لأن التعريف السابق والذي فيه مبادلة مال بمال يفهم منه أن البيع مبادلة مال بمال متقوم، فلا يدخل فيه الخمر لأنه مال غير متقوم بالنسبة للمسلم، بينما التعريف الأخير جعل مبادلة مال بعوض والعوض لفظ مطلق يدخل فيه المال المقوم شرعًا وغير المقوم، راجع د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص١٢.

(٩٩٤) انظر المادة ٤٥٣ مدني يمني، والمذكرة الإيضاحية للقانون السابق نص المادة ٤٢٥، ص٤٦٩، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص٢٩، د. قائد سعيد الثريب، المرجع السابق، ص١٩.

(٩٩٥) انظر المادة ٤٥٤ مدني يمني، والمذكرة الإيضاحية للقانون السابق، المادة ٤٢٦، ص٤٧٠، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص٣٧، د. قائد سعيد الثريب، المرجع السابق، ص٣٥.

(٩٩٦) انظر المادة ٤٦٣ مدني يمني، والمذكرة الإيضاحية، لنص المادة ٤٣٥ من القانون السابق، ص٤٧٢، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص٢٨.

أما الركن الثالث فهو المعقود عليه (محل العقد) وهو في عقد البيع المبيع والتمن، ويشترط في المحل أن يكون مما يصح تملكه، وأن يكون موجوداً حال العقد، وأن يكون معلوماً للعاقدين علماً نافعاً للجهالة، وأن يكون في ملك البائع حال العقد، وأن يكون مما يصح بيعه، وألا يجري فيه الربا عند مبادلتها^(٩٩٧)، وأن يكون مقدور التسليم^(٩٩٨).

وإذا توافرت الأركان السابقة في عقد البيع كان العقد صحيحاً لازماً ويترتب عليه إلزام كل من المتعاقدين بما يقتضيه العقد^(٩٩٩).

فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، كما يضمن البائع بضمان استحقاق المبيع للغير، وعدم تعرض المشتري وكذا يضمن البائع ضمان العيوب الخفية^(١٠٠٠)، ويلتزم المشتري بالمقابل بأداء الثمن ومصاريف العقد^(١٠٠١).

^(٩٩٧) وقد نصت المادة ٥٦٣ مدني يماني في شروط المبيع الذي يجري فيه الربا الشروط ما نصه، "يشترط

لصحة البيع فيما يحتمل فيه الربا ما يشترط في البيع عموماً مع زيادة أربعة شروط أخرى هي،

١ - أن يكون المبيع والتمن موجودين في ملك البائع والمشتري.

٢ - أن يكون المبيع والتمن مالين.

٣ - أن يكون المبيع والتمن متساويين.

٤ - أن يتم التقابض في المجلس وإن طال ما لم يفترقا ولا خيار لأحدهما".

وبين القانون اليمني الربا الذي يجري في البيع وهو ما يعرف بربا الفضل، وربا اليد فقد نصت المادة (١/٥٦١) على أن، "ربا الفضل، هو البيع مع زيادة أحد العوضين عن الآخر إذا كانا متحدي الجنس"، كما نصت الفقرة الثانية من المادة السابقة في ربا اليد أن، "البيع مع تأخير قبض العوضين أو أحدهما عن مجلس العقد مطلقاً في متحدي الجنس والتقدير سواء كانت زيادة أو غير زيادة"، ويوضح بعض الفقه الشرط السابق، نقلاً عن بعض الفقه الإسلامي - بقوله، "أن يكون المبيع والتمن مما يصح بيع أحدهما بالآخر احترازاً مما نهى عن بيع أحدهما بالآخر أما على جهة الإطلاق كبيع الرطب بالتمر أو لأجل التأجيل كبيع البر بالشعير أو لغير ذلك كبيع اللحم بالحيوان الذي يؤكل لحمه"، انظر د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ٩٤

^(٩٩٨) انظر المادة ٥٠٣ من القانون المدني اليمني، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ٧٠، د. قائد الثريب، المرجع السابق، ص ٥٣٠.

^(٩٩٩) انظر المادة ٥٢١ مدني يماني، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١١٥، د. قائد الثريب، المرجع السابق، ص ١٠٠.

^(١٠٠٠) راجع المواد من ٥٢٧ - ٥٥٠ من القانون المدني اليمني، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١١٧، د. قائد الثريب، المرجع السابق، ص ١٠١.

^(١٠٠١) راجع المواد من ٥٥١ - ٥٥٥، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١٩٣، د. قائد الثريب، المرجع السابق، ص ٢٢١.

وبالنسبة لعقد البيع في إطار المجموعة العقدية، نجد أن المشرع اليمني قد أعترف به فيما يعرف بالخلافة الخاصة^(١٠٠٢).

أما عن شروط فسخ عقد البيع في القانون اليمني، فإن القانون اليمني قد رتب بموجب عقد البيع التزامات يلتزم بها البائع في عقد البيع وهي التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع، إذا كان عقاراً^(١٠٠٣) أو منقولاً معيناً بالنوع^(١٠٠٤)، وكذا التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت العقد^(١٠٠٥)، كما يلتزم البائع أيضاً بضمان التعرض الشخصي المادي والقانوني^(١٠٠٦)، وكذا ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير^(١٠٠٧)، وكذا ضمان العيوب الخفية^(١٠٠٨)، وبالمقابل فإن المشتري يلتزم أيضاً بالوفاء بالثمن ومصاريف العقد وكذا التزامه بتسليم المبيع^(١٠٠٩).

فإذا أخل البائع بالتزاماته السابقة فإنه يحق للمشتري أن يطالب بفسخ العقد^(١٠١٠)، وكذا إذا أخل المشتري بالتزاماته السابقة فإنه يحق للبائع مطالبة المشتري بفسخ عقد البيع أيضاً^(١٠١١).

(١٠٠٢) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٢٩٦، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٣.

(١٠٠٣) انظر: د. عبد الله العلفي، أحكام عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٢٣، د. قائد سعيد الثريب، المرجع السابق، ١٠٧.

(١٠٠٤) انظر: د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١٢٠، د. قائد الثريب، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(١٠٠٥) انظر: د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١٣٥، د. قائد الثريب، المرجع السابق، ص ١٤٨، د. عبد الله الخباري، المرجع السابق، ص ٤١١، د. عبد القادر قحطان، المرجع السابق، ص ٥٢٧.

(١٠٠٦) انظر: د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١٥٠، د. قائد الثريب، المرجع السابق، ص ١٧٢، د. عبد القادر قحطان، المرجع السابق، ص ٩٥٥.

(١٠٠٧) انظر: د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١٥٤، وقائد الثريب، المرجع السابق، ص ١٧٦.

(١٠٠٨) انظر: د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١٧١، د. قائد الثريب، المرجع السابق، ص ١٩٦، د. عبد القادر قحطان، المرجع السابق، ص ٥٦٤.

(١٠٠٩) انظر: د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١٩٣، د. قائد الثريب، المرجع السابق، ص ٢٢١.

(١٠١٠) انظر: د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١٤٠، ١٥٣، ١٨٤، د. قائد الثريب، المرجع السابق، ص ١٥٨، ١٧٤، ومن صور الإخلال أن يتسبب البائع بإهلاك المبيع قبل العقد فإنه يحق للمشتري هنا المطالبة بالفسخ، انظر عبد الله الخباري، المرجع السابق، ص ٤٦٨، أما الفقه الإسلامي فقد منح للمشتري خيارات تتعلق بحقه في الفسخ عند إخلال البائع بالتزامه، حيث يجوز للمشتري فسخ عقد البيع عند إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، إلا أنه في المجموعة العقدية لا يمكن أن يكون هناك التزام مشترك بالتسليم في عقد

البيع في إطار المجموعة العقدية؛ لأن الفقه الإسلامي، يشترط عدم التصرف في المبيع قبل قبضه وفي المجموعة العقدية، يفترض أن المبيع ما يزال في يد البائع الأول وقام المشتري الأول بالتصرف منه للمشتري الأخير، انظر شرح الأزهري لابن مفتاح، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣، شرح النيل لأطفيش، مرجع سابق، ج ٨، ص ٥٨، ومن صور الإخلال بالتسليم، إذا أخفى البائع المبيع عن المشتري أو ادعى ضياعه أو تسبب هو في تلفه وهلاكه وهو ما يعرف بخيار الهلاك، وهذا مذهب فقهاء الحنابلة والشافعية، ويستدلون على ذلك بأن إتلاف البائع للعين المبيعة أو هلاكها تحت يده بسبب تقصيره بعد البيع وقبل القبض بعد إتلاف المال مملوك للغير وبالتالي فإن هذا الإتلاف يقتضي الضمان بالمثل أو القيمة وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن فكانت الخيرة للمشتري في التضمنين بأيهما شاء، انظر في فقه الشافعية مغنى المحتاج للشريني، مرجع سابق ج ٢، ص ٦٥، حاشية قليوبي وعميرة، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ج ٢، ص ٢١١، وفي الفقه الحنبلي، المغنى لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٤٧، بينما يرى الجمهور إنفساخ البيع وسقوط الثمن عن المشتري كما إذا هلك بأفة سماوية، حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ٤، ص ٥٦، البحر الزخار لابن المرتضى، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٦٨، القوانين الفقهية لابن جري، دار العلم للملايين، ١٣٩٧هـ- ١٩٧٧م، ص ٢٥٩، المصنف للنزوي في فقه الأباضية، مرجع سابق، ج ٢٤، ص ٢٦٣. كما أن للمشتري حق فسخ عقد البيع إذا تسبب البائع في استحقاق المبيع للغير، وهو ما يعرف عندهم بخيار الاستحقاق؛ حيث يدخل عندهم الاستحقاق ضمن خيار العيب ويجعلونه من العيوب التي يجيز الخيار، انظر بلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي، دار الفكر، بيروت، ج ٢، ص ٤٣، حيث جاء فيه، "وخيار نقيصه، وهو ما كان موجباً وجود بعض في المبيع من عيب أو استحقاق"، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٩١، الجامع للشرائع للحلي، مرجع سابق، ص ٢٤٧، كما يحق للمشتري فسخ عقد البيع إذا أخل البائع بضمان صحة المبيع وعدم المعارضة أو نزع الملكية، كما يثبت للمشتري خيار النقيصة في حالة تسليم البائع المبيع ناقصاً، انظر: المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، ج ٤، ص ٢٦٣، وله أيضاً خيار العيب عند ظهور عيب خفي في المبيع، انظر: في الفقه الحنفي حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٥، ص ٥، بدائع الصنائع للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٠٥، وفي الفقه المالكي الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد الفيرواني، أحمد بن غنيم سالم المالكي، دار الفكر بيروت، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م، ج ٢، ص ٨١، حاشية الخرشى على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م، ج ٥، ص ٤٧٧، وفي الفقه الشافعي، حاشية الجمل على شرح المنهاج، مطبعة مصطفى الحلبي، ج ٣، ص ١٢٠، حاشية إعانة الطالبين، أبي بكر السيد البكري، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٧، وفي الفقه الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور يونس البهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢١٨، المبدع في شرح المقنع، إبراهيم محمد عبد الله المورخ، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م، ج ٤، ص ٨٧، وفي الفقه الظاهري، المحلى لابن حزم، مرجع سابق، ج ٩، ص ٧٣، المسألة ١٥٧٦، وفي فقه الزيدية، شرح الأزهري، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٠٤، السيل الجرار للشوكاني، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٠٠٥، وفي الفقه الإمامي، الجامع للشرائع للحلي، مرجع سابق، ص ٢٦٦، مفتاح الكرامة للعالملي، دار التراث، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م، ج ١٠، ص ١٠٧٢، وفي فقه الأباضية، شرح النيل، لأطفيش، مرجع سابق، ج ٨، ص ٤٦٢، المصنف للسمندي، مرجع سابق، ج ٢٤، ص ٩٨.

وبالنسبة لعقد البيع في إطار المجموعة العقدية، نجد أن المشرع اليمني قد أعترف به فيما يعرف بالخلافة الخاصة^(١٠١٢)، وتطبيقاً لذلك نجد أن الفقه اليمني يجيز الرجوع المباشر

(١٠١١) انظر: د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ٢٠٤، د. قائد الثريب، ص ٢٣٢. كما أجاز المشرع اليمني كنظيره المصري في المبيع المنقول الفسخ دون إعدار، حيث نصت المادة ٥٥٥ من القانون المدني اليمني على أنه، "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن، فللبائع دون إعدار أو طلب أن يفسخ البيع ما لم يوجد اتفاق يقتضي بغير ذلك"، أما بالنسبة للالتزامات المشتري في عقد البيع في الفقه الإسلامي فإنه يكون ملزماً بأن يدفع الثمن للبائع في اليوم والمحل المعينين عند العقد، وأجاز الفقه الإسلامي للبائع فسخ عقد عند عدم وفاء المشتري بالثمن وذلك في حالة إذا ما كان البائع مفلساً ووجد البائع عين ماله ويعرف ذلك عندهم بخيار الفس، انظر: حاشية قلوبوي وعميرة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٣، المبدع في شرح المقنع، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣، التاج المذهب للعنسي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٥٦، أو إذا كان هناك شرط مسبق على أن البيع يفسخ عند عدم نقد المشتري الثمن وعرف عندهم هذا بخيار النقد، انظر: حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٤، ص ٥٧١، المغنى لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣٣ أما إذا لم يكن المشتري مفلساً ولم يكن هناك شرط مسبق فلا يجيز غالب الفقه الإسلامي للبائع فسخ عقد البيع بسبب إخلال المشتري بالثمن، بينما أجازته في حالة إخلال المبيع بالتزامه بتسليم المبيع، وسبب ذلك أن الفقهاء نظروا إلى طبيعة محل الالتزام بالنسبة للبائع والمشتري، ففي حالة التزام المشتري وهو الثمن رأوا أن الغالب هو إمكانية الحصول عليه عن طريق القضاء، كما أنه يثبت في الذمة والذمة عندهم واسعة، لأنه قد يحصل الإنسان على هذا الشيء مستقبلاً، وذلك بعكس المبيع الذي حق المشتري متعلق بتلك العين، فلذا قرروا فسخ العقد في حالة الإخلال بالمبيع دون الثمن؛ فقرروا فسخ عقد البيع بهلاك المبيع واستحقاقه وتعيبه دون الثمن، انظر شرح الأزهري لابن مفتاح، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣، التاج المذهب للعنسي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٢، بدائع الصنائع للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٤٦، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج ١٤، ص ٥٧٥، حاشية إعانة الطالبين للصاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨، إلا أنهم أجازوا في حالة العجز الكلي عن الوفاء بالثمن مع بقاء تلك العين فسخ ذلك العقد خوفاً على حق البائع من الضياع كما في خيار الفس، انظر: د. عبد الستار أبو غدة، المرجع السابق، ص ٧٥٣، حسن العنسي، المرجع السابق، ص ١٩٠، ومع هذا فإننا نجد بعض الفقهاء أجازوا للبائع طلب فسخ عقد البيع عند إخلال المشتري بدفع الثمن ولو لم يكن في حالة إفلاس وهو ما ذهب إليه الأمامية ويعرف عندهم بخيار تأخير الثمن، انظر: مفتاح الكرامة للعالملي، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٩٩، وكذا مذهب ابن تيمية بن الحنابلة حيث أجاز لدفع ضرر المخاصمة. ويؤسس ذلك على عدم الرضا حيث قال: "وهكذا الدين فإن البائع إنما رضي بذمة المشتري في المادة؛ لأنه قادر فإن ظهر عاجزاً أو ممتنعاً عن الوفاء لم يكن راضياً به في العرف والعادة إلا برضى خاص، كالرضى الخاص في المعيب والمذلس"، انظر: نظرية العقد لابن تيمية، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(١٠١٢) انظر: د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٢٩٦، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق،

بين البائع الأول والمشتري الأخير بضمان التعرض في البيوع المتتالية^(١٠١٣) وضمان العيوب الخفية^(١٠١٤).

وينفسخ عقد البيع وينتج عنه زوال العقد بأثر رجعي ويسري ذلك على المتعاقدين فيلتزم كل واحد منهما برد ما أخذه قبل العقد، ويسري على الغير إلا إذا كان حسن النية^(١٠١٥).

المقارنة بين القانونين المصري واليميني:

وبالمقارنة بين القانونين المصري واليميني نلاحظ ما يلي:

من حيث التعريف نجد أن كلا المشرعين قد عرفا عقد البيع، فعرفه المشرع المصري أنه: "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا ماليًا آخر في مقابل نقدي"، وعرفه المشرع اليميني بأنه: "تمليك مال بعوض على وجه التراضي بين العاقدين، و تعريف القانون المصري يوحي بأن نقل الملكية مجرد التزام على البائع وأنه أثر من آثاره، بينما هو جوهر العقد والغاية المقصودة منه، حسب ما هو مقرر في القانون المصري^(١٠١٦)، ومصدره القانون الفرنسي^(١٠١٧).

أما القانون اليميني فإنه يبين صراحة أن الملك ينتقل بمجرد العقد ولا يولد العقد التزامًا بنقل الملكية.^(١٠١٨)

^(١٠١٣) د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١٥٧.

^(١٠١٤) انظر: د. عبد الله العلفي، أحكام الخيار، مرجع سابق، ص ٥٠٩، د. محمد عبد القادر الحاج، المرجع السابق، ص ٧٥.

^(١٠١٥) د. محمد حسين الشامي: المرجع السابق، ص ٣٢٩، د. عبد الله العلفي: أحكام الخيار، مرجع سابق، ص ٥٤٥، حسن العنسي: المرجع السابق، ص ٢٠٥.

^(١٠١٦) انظر د. عبد المنعم البدرابي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٣٧، إلا أنه يشترط لنقل الملكية أن يكون الناقل مالكًا للشيء وأن يكون معينًا بالذات وموجودا وقت العقد، انظر المرجع السابق، ص ١٣٨.

^(١٠١٧) وجاء هذا المبدأ في القانون الفرنسي، بعد تطوره في هذا الصدد، حيث كان في القانون الفرنسي القديم - أخذًا ذلك من القانون الروماني - يقضي بأن العقد لا يترتب عليه نقل الملكية، وإنما العقد يقتصر على إنشاء الالتزامات فقط، فالرومان كان يفرقون بين العقد باعتباره عملية قانونية تنشئ التزامات بين الطرفين، وبين انتقال الملكية والذي كان يتم بطرق مختلفة فالبيع عندهم ليس مرادفًا للتمليك، بل هو غيره، انظر د. عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص ١٣٣.

^(١٠١٨) وهذا المبدأ أخذه القانون اليميني من الفقه الإسلامي، والذي يعرف البيع بأنه تمليك مال بمال أو معاوضة مال بمال، فيجعلون التملك يتم بالعقد مباشرة انظر: سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ج ٣، ص ١١٥٠، وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٠٥) بأنه، "البيع مبادلة مال بمال"، راجع علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، والبيع من العقود المشروعة في الشريعة الإسلامية

ونلاحظ أيضاً من تعريف القانون المصري أنه يمتاز عن تعريف القانون اليمني بأنه جعل المقابل هو ثمن نقدي، مما يميزه عن عقد المقايضة، بخلاف القانون اليمني الذي جعل المقابل هو العوض مطلقاً؛ مما يجعل دخول عقد المقايضة فيه، وهذا ما صرح به القانون اليمني فقد نص في تعريفه للبيع بأنه: "ينقسم البيع باعتبار المبيع إلى ثلاثة أقسام: ١- البيع المطلق. ٢- بيع الصرف. ٣- بيع المقايضة" (١٠١٩).

والقانون اليمني بتعريفه السابق يكون قد أخذ بالمعنى العام للبيع في الفقه الإسلامي وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية حيث جاء فيها: "عرفت البيع بالتعريف العام له في الفقه الإسلامي بحيث يشمل كل أنواع البيوع" (١٠٢٠) والتعريف العام للبيع في الفقه الإسلامي هو: "معاوضة مال بمال تمليكاً وتملكاً على التأييد" (١٠٢١). أما المعنى الخاص للبيع في الفقه الإسلامي، فهو مبادلة عين بدين تملكاً وتمليكاً على التأييد (١٠٢٢).

كما نجد اتفاق كل من القانونين المصري و اليمني في جواز فسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية بالضوابط السابق ذكرها في ضوابط الفسخ من التقيد بمدى التزامات المدين وحقوق الدائن، فيحق للمشتري الأخير مطالبة البائع الأول بفسخ عقد البيع عند إخلاله بالتزامه بتسليم المبيع وضمنان التعرض وضمنان العيوب الخفية، ولا يتصور أن يتم الإخلال بالالتزام بنقل الملكية، لأنه يشترط للمجموعة العقدية كما سبق هو وجود ذلك التعاقب، كما يحق للبائع الأول مطالبة المشتري الأخير بفسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية عند إخلال المشتري الأخير بالتزامه بالوفاء بالثمن وتسليم المبيع.

ومشروعيته معلومة من الدين بالضرورة، قال الله تعالى، ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ الآية ٢٧٥ سورة البقرة، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" الحديث رواه البخاري ومسلم، انظر صحيح البخاري، مرجع سابق، الحديث رقم (١٨٨٠)، ج٤، ص٢٣، وصحيح مسلم، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ط ١، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥ م، الحديث رقم (١٥٣١) ج٣، ص١٦٣.

(١٠١٩) انظر المادة ٤٥١ من القانون المدني اليمني.

(١٠٢٠) ص٤٦٩، وذلك في تفسيره للمادة ٤٢٣ من القانون السابق.

(١٠٢١) الفقه على المذاهب الأربعة، للجزيري، مرجع سابق، ص٤٩١.

(١٠٢٢) المرجع السابق.

المبحث الثاني

فسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية

وستتناول الكلام عن فسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية بسبب إخلال المتعاقدين في عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية بالتزاماتهما كما يلي:

المطلب الأول : فسخ عقد الإيجار بسبب إخلال المؤجر الأصلي بالتزاماته.

المطلب الثاني : فسخ عقد الإيجار بسبب إخلال المستأجر من

الباطن بالتزاماته.

المطلب الثالث : موقف القانون اليمني.

المطلب الأول

فسخ عقد الإيجار بسبب إخلال المؤجر

الأصلي بالتزاماته

و سنتناول هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: التعريف بعد الإيجار في إطار المجموعة العقدية.

الفرع الثاني: إخلال المؤجر الأصلي بالتزامه.

الفرع الأول

التعريف بعقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية

يدخل عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية، في صورة تعاقب العقود على مال واحد، وهنا يتم تعاقب أكثر من عقد إيجار على عين واحدة، حيث يقوم المؤجر الأول بتأجير منزل لشخص، ثم يقوم المستأجر هنا في أثناء مدة الإيجار بتأجير ذلك المنزل لمستأجر ثان ويعرف هذا من الناحية القانونية بالإيجار من الباطن، وهذا العقد يعرف بالإيجار من الباطن ويعرف عقد الإيجار من الباطن بأنه: "عقد بمقتضاه يلتزم مستأجر عين بموجب إيجار سابق أن يمكن شخص من الانتفاع بهذه العين مدة معينة لقاء أجر معلوم، ويسمى المستأجر في هذه الحالة بالمستأجر الأصلي، أما الشخص الثاني فيسمى المستأجر من الباطن"^(١٠٢٣).

وقد أجاز المشرع المصري الإيجار من الباطن، حيث نصت المادة ٥٩٣ مدني مصري على أنه: "للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك"، ويشترط لصحة عقد الإيجار من الباطن ألا يرد شرط يمنع من ذلك ويعرف هذا الشرط بالشرط المانع من التصرف"^(١٠٢٤).

(١٠٢٣) أنظر: د. حسام الدين الأهواني، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص ١٧١، د. جميل الشرقاوي، شرح العقود المدينة، عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م، ص ٢٤٦، د. سعيد جبر، مرجع سابق، ص ٢٣٢، د. محمد لبيب شنب، د. أسامه أبو الحسن مجاهد، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، ١٩٩٨ - ١٩٩٩م، ص ٢١١، د. عبد الحميد الطنبولي، المرجع السابق، ص ٧٢، كما عرفته محكمة النقض بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - بقولها عقد الإيجار من الباطن هو إيجار جديد بعقد بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن ويرد على حق الأول في الانتفاع بالعين المؤجرة فلا يقوم بدونه، انظر (الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٩، د. محمد سعد أبو شتا، المرجع السابق، ج ٣، ص ٧٩١).

(١٠٢٤) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٦، ص ٨٨٩، د السيد عيد نائل، عقد الإيجار، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، القاهرة، ص ٢١٠، محمد أحمد عابدين، التنازل عن الإيجار

ويشترط أيضاً أن يكون عقد الإيجار من الباطن في حدود عقد الإيجار الأصلي من حيث الحقوق والمدة، كما أن المستأجر الأصلي يلجأ للإيجار من الباطن للتخفيف عن نفسه من أعباء عقد الإيجار الأصلي^(١٠٢٥).

كما يشترط أيضاً كي يشكل عقد الإيجار من الباطن أن تكون عقود الإيجار صحيحة سواء أكان عقد الإيجار أصلياً أم من الباطن.

قد عرّف المشرع المصري عقد الإيجار في المادة ٥٥٨ من القانون المدني بقوله: "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء مدة معينة لقاء أجر معلوم".

ويمتاز عقد الإيجار بأنه عقد رضائي كما أنه عقد ملزم للجانبين وكما أنه عقد معاوضة ويرد على منفعة وهو من أعمال الإدارة كما أنه عقد من عقود المدة يستلزم تنفيذه وقت ولذلك فهو من العقود المستمرة^(١٠٢٦).

وينعقد عقد الإيجار بتوافر أركانه من تراضي ومحل وسبب، ويتحقق صحة التراضي بخلوه من عيوب الرضا، وأن يتوافر في المتعاقدين الشروط اللازمة لأعمال الإدارة^(١٠٢٧).

وينتج عن نشوء عقد الإيجار صحيحاً، أن يلتزم المؤجر تجاه المستأجر بتسليم العين المؤجرة وملحقاتها، وأن يقوم بصيانتها وبضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، وبالمقابل فإن المستأجر يلتزم تجاه المؤجر بدفع الأجرة وأن يستعمل العين المؤجرة فيما أعدت له والالتزام بالمحافظة على العين المؤجرة، والالتزام برد العين المؤجرة عند انقضاء عقد الإيجار^(١٠٢٨).

والإيجار من الباطن، مرجع سابق، ص ١٧، وجاء من مبادئ محكمة النقض بشأن أحد الطعون المقدمة أمامها - أن مخالفة الشرط المانع من التأجير من الباطن بغير إذن المالك أثرها نشوء حق المؤجر في إخلاء العين المؤجرة بمجرد وقوعها، انظر جلسة ١١/٢٨/١٩٨٤، د. محمد سعد أبو شتا، المرجع السابق، ج ٣، ص ٧٩٥.

(١٠٢٥) د. عبد الحميد الطنبولي، المرجع السابق، ص ٧٣.

(١٠٢٦) أنظر: د. عبد الرزاق حسن فرج، عقد الإيجار، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، ص ١٠.

(١٠٢٧) أنظر: د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٢٧، د. محمد لبيب شنب، الوجيز في شرح أحكام الإيجار، مرجع سابق، ص ٤٢.

(١٠٢٨) أنظر: د. عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٨، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق،

ص ٧٧

وأخيرًا فإن عقد الإيجار من العقود الزمنية الدورية فلذلك لا نجده عقدًا مؤبدًا، وهو معرض للانتهاء كأى عقد زمني فإنه ينتهي بانتهاء مدته، كما ينتهي دون انتهاء مدته وذلك بموت المستأجر، إذا طلب ورثته إنهاء العقد بشرط أن يشبوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحمله مواردهم، وكذلك في حالة إعسار المستأجر وعند الحاجة، إذا وجد الاتفاق وكذا الإعذار^(١٠٢٩).

الفرع الثاني

إخلال المؤجر الأصلي بالتزاماته

وفقًا لفكرة المجموعة العقدية إذا أخل المؤجر الأصلي بالتزاماته فإنه يحق للمستأجر من الباطن باعتباره هو الدائن لتلك الالتزامات مطالبة بفسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية، ولكن ما مدى مطالبة بالالتزامات، هل يكون بالالتزامات التي يكون دائنًا بها مباشرة أمام المستأجر الأصلي، والتي مصدرها عقد الإيجار من الباطن، أم تكون الالتزامات التي يكون ملزمًا بها المدين المؤجر الأصلي والتي مصدرها عقد الإيجار الأصلي؟ وبالرجوع إلى ضوابط دعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية نجد أن دعوى الفسخ تكون مقيدة بمدى التزامات المدين وهو هنا المؤجر الأصلي، والتي مصدرها هو عقد الإيجار الأصلي، ويجوز للمدين هنا أن يحتج - إذا رأى في ذلك مصلحة له - بمدى حقوق المدين أي المستأجر من الباطن، والذي مصدره هو عقد الإيجار من الباطن^(١٠٣٠).

فطبقًا لقيد التزامات المدين ومصدرها وهو عقد الإيجار الأصلي نجد أن عقد الإيجار يرتب في ذمة المؤجر الالتزام بالتسليم والالتزام بصيانة العين المؤجرة، والالتزام بضمان التعرض والالتزام بضمان العيوب الخفية^(١٠٣١).

أولاً: إخلال المؤجر الأصلي بالتزامه بالتسليم

ففي حالة إخلال المؤجر الأصلي بالتزامه بالتسليم فإنه يحق للمستأجر من الباطن المطالبة بفسخ عقد الإيجار ويكون مخلاً بها أمام المستأجر من الباطن إذا امتنع عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر من الباطن، أو سلمها في حالة غير صالحة للانتفاع الذي استأجرت من

(١٠٢٩) د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

(١٠٣٠) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المسؤولية في إطار الأسرة العقدية، مرجع سابق، ص ١٦٨.

(١٠٣١) د. عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٩.

أجله، أو إذا نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً، أو حدث التسليم متأخراً بعد الميعاد المحدد له أو في غير المكان المتفق عليه^(١٠٣٢).

فقد نصت المادة ١/٥٦٥ مدني مصري على أنه: "إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي أجرت من أجله أو إذا نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد".

ثانياً: إخلال المؤجر الأصلي بالتزامه بصيانة العين المؤجرة

وكذلك يجوز للمستأجر من الباطن المطالبة بفسخ عقد الإيجار من الباطن عند إخلال المؤجر الأصلي بالتزامه بصيانة العين المؤجرة^(١٠٣٣)، ويحصل الإخلال السابق في حالة إذا لم يقيم المؤجر الأصلي بترميم العين المؤجرة الترميمات الضرورية اللازمة للانتفاع بالعين المؤجرة، حتى يتمكن المستأجر من الباطن من الانتفاع بالعين انتفاعاً كاملاً^(١٠٣٤)؛ ويدخل أيضاً في صورة إخلال المؤجر بالتزامه بصيانة العين المؤجرة حالة هلاك العين المؤجرة كلياً. إذ نصت المادة ١/٥٦٨ على أنه: "إذا تأخر المؤجر بعد إعداره عن القيام بتنفيذ الالتزامات المبينة في المادة السابقة، جاز للمستأجر أن يحصل على ترخيص من القضاء في إجراء ذلك بنفسه وفي استيفاء ما أنفقه خصماً من الأجرة وهذا دون إخلال بحقه في طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة"، وجاء ذلك بعد أن نصت المادة السابقة على أنه: "على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التي سلمت بها وأن يقوم في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيلية".

ثالثاً: إخلال المؤجر الأصلي بالتزامه بضمان التعرض وضمان العيب

كما يجوز للمستأجر من الباطن مطالبة المؤجر الأصلي بفسخ عقد الإيجار في إطار

(١٠٣٢) أنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في عقد الإيجار، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر،

١٩٥٥-١٩٥٦م، ص ١٤٣، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

(١٠٣٣) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٦٨، د. عبد الرزاق حسن فرج، الالتزام بصيانة

العين المؤجرة، ١٣٩٩ هـ-١٩٧٩م، بدون دار نشر، ص ١٢٩، المرجع السابق، ص ١٣٧، د. رمضان أبو

السعود، العقود المسماة عقد الإيجار، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٦م، ص ٣٨٥، د. عبد المنعم فرج

الصدّة، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(١٠٣٤) أنظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٩٨، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٩٤،

د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٩٨.

المجموعة العقدية عند إخلاله بالتزامه بضمان التعرض الشخصي^(١٠٣٥) بأن يمنع أي فعل يترتب عليه المساس عند الانتفاع، وكذا يضمن التعرض الصادر من الغير كأن يدعي الغير حقاً على العين المؤجرة تمنعه من الانتفاع بالعين المؤجرة^(١٠٣٦).

كما يحق للمستأجر من الباطن طلب فسخ العقد عند إخلال المؤجر الأصلي بالتزامه بضمان العيب الخفي^(١٠٣٧)، ويشترط لذلك أن يكون مؤثراً يحول دون الانتفاع بالعين المؤجرة، وأن يكون خفياً، ولا يكون قد علم به المستأجر الأصلي^(١٠٣٨)، كما يحق له الاحتجاج عليه، إذا كان قد ورد في عقد الإيجار الأصلي ببند الإعفاء من ضمان العيب الخفي وبالتالي فلا يحق للمستأجر من الباطن المطالبة بفسخ العقد^(١٠٣٩)، وفي جواز فسخ العقد في حالة الإخلال بضمان العيب الخفي نصت المادة ٥٧٧/١: "إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان، جاز للمستأجر تبعاً للظروف أن يطلب فسخ العقد...".

وفي كل ما سبق فإنه يشترط أن يكون إخلال المؤجر الأصلي بغير وجه حق أما إذا كان إخلاله بالتزاماته بسبب إخلال المستأجر الأصلي بالتزاماته، أو حتى المستأجر من الباطن كأن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة حتى يدفع المستأجر - الأصلي أو من الباطن - الأجرة، ولا يكون الإخلال السابق بسبب من المستأجر نفسه سواء الأصلي أو من الباطن كأن يتسبب في هلاك العين المؤجرة، أو يتسبب في منع المؤجر الأصلي من قيامه بالصيانة، كما يشترط أيضاً أن يكون المستأجر من الباطن قد أوفي بالتزاماته حتى يستطيع أن يطالب بالفسخ وأن يعذر المؤجر الأصلي بالفسخ أو التنفيذ حسب القواعد العامة المقررة لشروط الفسخ^(١٠٤٠).

(١٠٣٥) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٤٧، د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص ٧٦، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٢٣، د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

(١٠٣٦) د. عبد الرزاق حسن فرج، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص ٧٩.

(١٠٣٧) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٩٣، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٥٢٤، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٢٠٧، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٥٣، د. السيد عيد نائل، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(١٠٣٨) أنظر: د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ١٥٤، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(١٠٣٩) د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(١٠٤٠) أ. د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

المطلب الثاني

فسخ عقد الإيجار بسبب إخلال المستأجر من الباطن بالتزاماته

وستتناول هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين

الفرع الأول : إخلال المستأجر من الباطن بالتزاماته.

الفرع الثاني: آثار فسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية.

الفرع الأول

إخلال المستأجر من الباطن بالتزاماته

حيث يحق هنا للمؤجر الأصلي مطالبة المستأجر من الباطن بفسخ عقد الإيجار من الباطن بسبب إخلاله بالتزاماته الواردة في عقد الإيجار من الباطن، وعقد الإيجار يرتب في ذمة المستأجر التزامه بالمحافظة على العين المؤجرة، والتزامه بدفع الأجرة، ورد العين المؤجرة عند انتهاء عقد الإيجار^(١٠٤١).

أولاً: إخلال المستأجر من الباطن بالتزامه بالمحافظة على العين المؤجرة

فيحق للمؤجر الأصلي مطالبة المستأجر من الباطن بفسخ عقد البيع عند إخلاله بالتزامه بالمحافظة على العين المؤجرة^(١٠٤٢)، ويشمل ذلك ملحقاتها ويكون ذلك بأن يبدل في المحافظة على العين المؤجرة من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، ويقضي ذلك أن يقوم المستأجر من الباطن باستعمال العين فيما أعدت له، ولا يحدث في العين المؤجرة تغييراً من شأنه الإضرار بالمؤجر الأصلي، وأن يقوم بإجراء ما يحتاج إليه العين من الترميمات التأجيلية وأن يخطر المؤجر بكل ما يستوجب تدخله^(١٠٤٣).

(١٠٤١) أنظر: د. عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٤١، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق،

ص ١٦٥، د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص ٨٤.

(١٠٤٢) أنظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ١٤٥، د. عبد الحميد الشواري، المرجع السابق،

ص ٨٧، د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ١٩١، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٥١، د. عبد

الرازق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(١٠٤٣) أنظر: د. رمضان محمد محمد عبد العال، فسخ الإيجار لإساءة استعمال العين المؤجرة، مرجع سابق،

ص ٨١، د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٩٣، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق،

ص ١٤٨، د. السيد عيد نائل، المرجع السابق، ص ١٦٦، ١٧٠، ١٧٢.

ولكن ما الحكم إذا اختلف الغرض من استعمال العين المؤجرة في كل من عقد الإيجار الأصلي وعقد الإيجار من الباطن، حيث يكون المستأجر من الباطن مخلا في عقد الإيجار الأصلي غير محل في عقد الإيجار من الباطن؟، هنا نرجع إلى القاعدة العامة في ضابط دعوى الفسخ وهو أن المستأجر من الباطن إنما يلتزم بنود العقد الذي شارك في تكوينه، ويرجع المؤجر الأصلي على المستأجر الأصلي بالمسئولية في حالة الإخلال السابق^(١٠٤٤).

ثانياً: إخلال المستأجر من الباطن بالتزامه بدفع الأجرة

كما يحق أيضاً للمؤجر الأصلي مطالبة المستأجر من الباطن بالفسخ، في حالة إخلاله بالتزامه بدفع الأجرة^(١٠٤٥)، ويكون الإخلال السابق بعدم دفع الأجرة المتفق عليها في الوقت والمكان المحدد حسب عقد الإيجار من الباطن^(١٠٤٦)، ومع ذلك يجوز للمستأجر من الباطن الدفع في مواجهة المؤجر الأصلي بحقه في الأجرة في عقد الإيجار الأصلي إذا كان أقل من الأجرة في عقد الإيجار من الباطن. ولقد أجاز المشرع المصري الرجوع المباشر من قبل المؤجر الأصلي على المستأجر من الباطن بالأجرة وهي حالة خاصة فقط دون باقي الالتزامات^(١٠٤٧). حيث نصت المادة (١/٥٩) على أنه "يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر".

ثالثاً: إخلال المستأجر من الباطن بالتزامه برد العين المؤجرة عند انتهاء العقد

وأخيراً فإن المستأجر من الباطن يكون ملزماً برد العين عند انتهاء مدة الإيجار^(١٠٤٨)، إشكال إذا كان مدة عقد الإيجار من الباطن تنتهي قبل مدة عقد الإيجار الأصلي، حيث ينتهي عقد الإيجار من الباطن ويكون المستأجر من الباطن ملزماً برد العين المؤجرة في هذه الحالة، كما يحق للمستأجر من الباطن حسب ضوابط المجموعة العقدية أن يحتج بمدة عقد الإيجار الأصلي وبالتالي يتقيد في الرد بتلك المدة وإنما الإشكال إذا كانت مدة عقد الإيجار الأصلي تنتهي قبل

^(١٠٤٤) د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٦٧.

^(١٠٤٥) أنظر: د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٦٣٩، د. سيف البلعاوي، المرجع السابق، ص ١٤٢، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ١٥٩، د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ١٧٣، د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص ٢٤١.

^(١٠٤٦) أنظر: د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ١٦٩، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٤٨.

^(١٠٤٧) أنظر: د. السيد عيد نائل، المرجع السابق، ص ٢١٣، د. سليمان مرقس، الوافي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٦٥، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

^(١٠٤٨) أنظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٢١٩، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٧٨.

مدة عقد الإيجار من الباطن، فهل يحق للمستأجر من الباطن هنا أن يحتج بمدة عقد الإيجار من الباطن في مواجهة المؤجر الأصلي، على اعتبار أن العقد ما يزال مستمرًا ولا يكون ملزمًا برد العين المؤجرة؟ للإجابة على هذا السؤال نقول أن المستأجر الأصلي قد تجاوز حقه في تأجير العين للمستأجر من الباطن أكثر من المدة المقررة له بموجب عقد الإيجار الأصلي، وبالتالي فإن المدة الباقية تكون من باب تأجير ملك الغير، ويحق بالتالي للمؤجر الأصلي المطالبة برد العين المؤجرة، على اعتبار أن له حقًا عينيًا عليها، وأن الحق الذي له على تلك العين يكون قد انتهى بانتهاء عقد الإيجار الأصلي، ويكون حقه ذلك في مواجهة أي شخص ومنهم المستأجر من الباطن، وعلى المستأجر من الباطن الرجوع على المستأجر الأصلي بالمسئولية العقدية حسب عقد الإيجار من الباطن بينهما^(١٠٤٩).

وكل ما سبق فإنه يجب أن تطبق القواعد العامة للفسخ في أن الإخلال يكون بغير وجه حق فلا يكون إخلال المستأجر من الباطن يستوجب الفسخ إذا كان ذلك بسبب عدم قيام المؤجر الأصلي بالتزامه بصيانة العين المؤجرة، كما يجب أن يقوم المؤجر الأصلي بالوفاء بالتزاماته ولا يتسبب هو في إخلال المستأجر من الباطن بالتزاماته حتى يحق له المطالبة بفسخ العقد^(١٠٥٠).

الفرع الثاني

آثار فسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية

إذا ما ثبت وجود الفسخ في عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية وتحقق سببه وشروطه فإنه يكون للقاضي سلطة تقديرية في إيقاعه من عدمه أو منحه أجلًا إذا رأى إمكانية تنفيذ العقد، وهذا في حالة الفسخ القضائي، لذا يكون حكمه منشأ للفسخ بعكس الفسخ الاتفاقي فإنه يكون مقيّدًا في حدود الاتفاق بين المتعاقدين، ولذلك فإن دوره يكون فقط في التأكد من وجود الفسخ وتحقق شروطه ولذا يكون دوره كاشفًا للفسخ، وكما يكون للقاضي خيار في الفسخ القضائي يكون أيضًا للدائن خيار - وهوالمؤجر الأصلي، أو المستأجر من الباطن -

(١٠٤٩) د. عبد الحميد الطنبولي، المرجع السابق، ص ٧٣.

(١٠٥٠) أنظر: د. رمضان محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٨٦، د. رمضان أبو السعود، المرجع

السابق، ص ٣٨٥

العدول عن دعوى الفسخ إلى دعوى التنفيذ ، كما يكون أيضاً للمدين خيار توقي الفسخ وذلك بأن يقوم بالتنفيذ المتأخر للالتزام، قبل صدور الحكم النهائي^(١٠٥١).

فإذا ما أصدر القاضي حكمه بالفسخ، فإن العقد ينحل ويصير كأن لم يكن، والقاعدة العامة أن هذا الانحلال يكون بأثر رجعي بمعنى عودة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل العقد، ويسري هذا الأثر على المتعاقدين فيلتزم كل منهم برد ما أخذه^(١٠٥٢)، ولكن ونظراً للطبيعة الخاصة لعقد الإيجار لكونه من العقود الزمنية، حيث الزمن هنا مقصود لذاته، فالزمن معقود عليه، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه، فلا يمكن للمستأجر أن يقوم برد المنفعة التي حصل عليها من الشيء، ولذلك فإن المدة التي انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه محتفظة بآثارها، ويبقى عقد الإيجار قائماً طوال هذه المدة، ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك، وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض ولذلك فإن بعضهم يطلق مصطلح إلغاء العقد أو إنهائه بدلاً من الفسخ في العقود المستمرة^(١٠٥٣)، وأثر فسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية يؤدي إلى زوال كافة عقود الإيجار التي كونت المجموعة العقدية، فينحل عقد الإيجار الأصلي وعقد الإيجار من الباطن، كما يلزم المدين بتعويض الدائن عن فسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية على أساس المسؤولية التقصيرية^(١٠٥٤).

(١٠٥١) أنظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٢٦، د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣١١، د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٥٦٨.

(١٠٥٢) أنظر: د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣١٣، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٣٩.

(١٠٥٣) رمضان محمد محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٩٠، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٣١٤.

(١٠٥٤) أنظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٩١، د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص ١٧٥.

المطلب الثالث

فسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية

في القانون اليمني

أما عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية في القانون اليمني، فإن القانون اليمني يجعل الأصل هو حظر التعاقد من الباطن والاستثناء هو الجواز^(١٠٥٥)، فقد نصت المادة (٧٠٧) مدني يمني على أنه: "لا يجوز للمستأجر أن يؤجر الشيء المستأجر أو يتنازل عن الإيجار لغيره ما لم يتفق على غير ذلك"، ولا يوجد في القانون اليمني نص يبيح للمؤجر الأصلي مطالبة المستأجر من الباطن بالأجرة كما هو في القانون المصري^(١٠٥٦)، ويعرف عقد الإيجار في القانون اليمني بأنه عقد بين مؤجر ومستأجر يقع على منفعة عين معلومة بعوض معلوم لمدة محدودة أو مطلقة^(١٠٥٧).

وينعقد عقد الإيجار صحيحاً في القانون اليمني إذا توافرت أركانه من صيغة تدل على تملك المنفعة ولو بالمعاطاة، إذا علمت الإجارة، ويشترط فيه أيضاً توافر أهلية العاقدين وكون المؤجر مالِكاً للعين المؤجرة أو ذا ولاية أو وكيلًا لأيهما، ورضا العاقدين، ويتعين ما هو مؤجر وتعين المنفعة، وبيان مدة الانتفاع أو مسافته أو تعيين الأجرة قدرًا ووصفًا^(١٠٥٨)، ويترتب على نشوء حق الإيجار صحيحاً، ترتب آثار العقد وعقد الإيجار من الباطن من العقود الملزمة للجانبين في القانون اليمني فيترتب عليه التزامات مقابلة فيلتزم المؤجر أن يسلم العين المؤجرة في حالة تكون صالحة للانتفاع، كما يلتزم المؤجر بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية^(١٠٥٩)، وبالمقابل فإن المستأجر يلتزم بدفع الأجرة، وكذا يلتزم باستعمال العين المؤجرة فيما أعدت له

(١٠٥٥) أنظر: د. أحمد محمود سعد، شرح أحكام قانون إيجار الأماكن، دراسة مقارنة في القانونين المصري واليمني، مرجع سابق، ص ٧٠٢، د. محسن جازع، انقضاء عقد إيجار المباني في القانون المدني اليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ٣١٨، د. عبد الله العلفي، أحكام عقد الإيجار، مرجع سابق، ص ١٧٣، د. عبد الله الخياري، المرجع السابق، ص ٥٣٦.

(١٠٥٦) د. محمد حسين الشامي، مذكرات في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٧٤.

(١٠٥٧) انظر: المادة ٦٨٢ من القانون المدني اليمني، وانظر د. عبد الله الخياري، المرجع السابق، ص ٥٦٣، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١٠.

(١٠٥٨) انظر: المواد ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٥٥، ٦٥٦ من القانون المدني اليمني، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ٢٧.

(١٠٥٩) انظر: المادة ٧٢٣ مدني يمني، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ٨٧.

وعلى النحو المتفق عليه أو المتعارف عليه ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، وأخيرًا فإنه يلتزم برد العين المؤجرة عند انتهاء عقد الإيجار^(١٠٦٠).

وينتج عن الإخلال بالالتزامات السابقة الناتجة عن عقد الإيجار جواز المطالبة بفسخ العقد، فكمبدأ عام أجاز القانون دخول الخيارات الواردة في نظرية الالتزام في عقد الإيجار والتي منها خيارات عدم التنفيذ كخيار الاستحقاق والعيب، والتي تقضي بفسخ العقد عند الإخلال بالالتزامات فيحق للمستأجر فسخ عقد الإيجار عند إخلال المؤجر بالتزامه بالتسليم سواء بامتناعه عن التسليم أو بتسليمه معيبًا أو حتى بتأخيره عن التسليم^(١٠٦١)، كما أجاز القانون فسخ العقد في حالة إخلال المؤجر بالصيانة^(١٠٦٢)، فقد نصت المادة ٧٠٧ مدني على أنه: "على

(١٠٦٠) انظر: المواد ٧٢١، ٧٢٩، ٧٣٣ من القانون المدني اليمني، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١٤، أما عقد الإيجار في الفقه الإسلامي، فيعرف: بأنه تملك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض، ويشترط لصحته تمييز المتعاقدين المؤجر والمستأجر ويشترط وجود أركان العقد من صيغة تدل على الرضا ومحل من أجر ومنفعة، وإذا نشأ صحيحًا فإنه يترتب عليه آثاره، فيلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة كما رآها المستأجر أو وصفت له، بشرط أن تكون صالحة لاستيفاء المنفعة المؤجرة لأجلها، كما يلتزم بإصلاح العين المؤجرة حتى تكون صالحة للاستعمال مدة الإيجار، كما يلتزم المستأجر استعمال الشيء المؤجر برفق كصاحبه، ويجب عليه استعمال الشيء المؤجر طبق عقد الإيجار وعدم تغييره لما وضع له وكذا يلتزم بدفع الأجرة، أنظر: بدائع الصنائع للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٩٥، مواهب الجليل للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص ٤٩٤، كشاف القناع للبهوتي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ج ٤، ص ٢٣ الكافي لابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣١٥، شرح النيل لأطفيش، مرجع سابق، ج ١٠، ص ١٧٣، التاج المذهب للعنسي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٦٨، أما بالنسبة لعقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية، أي التعاقد من الباطن في عقد الإيجار فإن الفقه الإسلامي يجيز للمستأجر أن يؤجر العين المؤجرة إذا لم يوجد شرط يمنع من ذلك وعرفوا ذلك بالاستتابة، أنظر: حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٦، ص ٩١، الكافي لابن قدامة، مرجع سابق، ج ١٢، ص ٣٢٠، المحلي لابن حزم، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٩٧، مسألة ١٣١٤، ص ٢٨٥، السيل الجرار للشوكاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ج ٣، ص ٢٠٥، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش، مرجع سابق، ج ١٠، ص ١٤٨، شرائع الإسلام للحلي، مرجع سابق، ص ٢٩٦، إلا أن الفقهاء يشترطون في جواز الإجازة من الباطن القبض، فلا يصح عندهم التصرف في الشيء قبل قبضه، وقبض المنفعة يكون بتسليم العين المؤجرة، انظر المغنى لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦، ص ٥٥.

(١٠٦١) د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ٩٧ - ٩٩.

(١٠٦٢) أنظر: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٥٥٤، د. عبد الله العلفي، المرجع السابق، ص ١١٠.

المؤجر إصلاح ما نقص في العين المؤجرة كانهدام بعض الدار أو نحوه إلا إذا تعذر عليه الإصلاح لإعسار ونحوه فللمستأجر الخيار بين الفسخ أو أن ينقص الأجرة..."

وجاء أيضًا جواز الفسخ في حالة إخلال المستأجر بالأجرة بسبب إعساره، فقد نصت المادة (٧١٥)، على أنه: "لا يترتب على إعسار المستأجر إنهاء الإيجار ولا حلول أجرة لم تستحق ومع ذلك فللمؤجر أن يطلب فسخ الإيجار إذا لم تقدم له ضمانات تكفل الوفاء بالأجرة التي لم تحل"، وجاء أيضًا في جواز الفسخ في حالة الإخلال بصيانة العين المؤجرة في إيجار المباني نص المادة ٧٢٤: "إذا كانت العين المؤجرة في حالة من شأنها تعريض المستأجر ومن يعيشون معه أو مستخدميهم أو عماله لخطر جسيم جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد..." وأخيرًا فقد نصت المادة ٧٤٩ على حالات جواز طلب المؤجر من المستأجر إخلاء العين وفسخ عقد الإيجار في حالة إيجار المباني ومن هذه الحالات حالة إخلال المستأجر تدفع الأجرة وحالة إخلاله بالتزامه بالمحافظة على العين المؤجرة، وكذلك في حالة إخلاله بالتزامه باستعمال العين المؤجرة بأن يعمل عمل يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية^(١٠٦٣).

وينتج عن فسخ الإيجار في القانون اليمني، انحلال العقد ولكن بدون أثر رجعي فليس هناك التزام بالرد لأنه من العقود الزمنية^(١٠٦٤).

(١٠٦٣) أنظر: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٧٣٧، د. محسن علي جازع، المرجع السابق، ص ٤١٣ وعقد الإيجار في الفقه الإسلامي، إذا نشأ صحيحًا فإنه يترتب عليه آثاره فيلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة كما رآها المستأجر أو وصفت له، بشرط أن تكون صالحة لاستيفاء المنفعة المؤجرة لأجلها، كما يلتزم بإصلاح العين المؤجرة حتى تكون صالحة للاستعمال مدة الإيجار، كما يلتزم المستأجر استعمال الشيء المؤجر برفق كصاحبه، ويجب عليه استعمال الشيء المؤجر طبق عقد الإيجار وعدم تغييره لما وضع له وكذا يلتزم بدفع الأجرة، أنظر: بدائع الصنائع للكاساني، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٩٥، مواهب الجليل للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص ٤٩٤، كشف القناع للبهوتي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٣، الكافي لابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣١٥، وينتج عن الإخلال بالالتزامات السابقة جواز المطالبة بالفسخ حيث يجوز طلب المستأجر للفسخ عند عدم إخلاله بصيانة العين المؤجرة وذلك عند امتناعه عن عمارتها وترميم ما اختل من بنائها، كما يجوز أيضًا طلب الفسخ إذا جرى بالعين المؤجرة عيب يفوت به النفع كخراب الدار أو يخل بالمنفعة المقصودة كانهدام جزء منها، وبالمقابل أيضًا يجوز للمؤجر طلب فسخ الإيجار إذا لم يستوف الأجرة من المستأجر، ولا يكون للفسخ أثر رجعي، أنظر: فتح القدير لابن الهمام، مرجع سابق، ج ٩، ص ١٤٤، مغنى المحتاج للشريني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٥٧، المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، ج ٦، ص ٢٤.

(١٠٦٤) د. محمد حسين الشامي: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

المقارنة بين القانونين المصري واليمني :

مما سبق نجد أن القانونين المصري واليمني قد اتفقا في الاعتراف بعقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية، حيث اعترفا بالتعاقد من الباطن، إلا أنهما اختلفا في طبيعة هذا الاعتراف فبينما القانون المصري جعله الأصل والحظر هو الاستثناء، أما القانون اليمني فقد جعله هو الاستثناء والحظر هو الأصل.

كما أن القانون المصري لم يعترف بالعلاقة العقدية المباشرة وبين أطراف عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية، إلا في الرجوع المباشر من قبل المؤجر الأصلي على المستأجر من الباطن في مطالبته بالأجرة المستحقة في ذمته للمستأجر من الباطن، أما القانون اليمني فلم يعترف بذلك الرجوع مطلقاً

كما اتفقا في جواز فسخ عقد الإيجار فيجوز فيه للمستأجر المطالبة بفسخ عقد الإيجار عند إخلال المؤجر بالتزاماته وهي التزامه بالتسليم وصيانة العين المؤجرة والالتزام بضمان التعرض والالتزام بضمان العيوب الخفية، وبالمقابل فإنه يجوز للمؤجر الرجوع بدعوى الفسخ على المستأجر عند إخلاله بالتزامه ، كالتزامه بالمحافظة على العين المؤجرة والتزامه بدفع الأجرة، ورد العين المؤجرة عند انتهاء عقد الإيجار ويشترط ما يشترط في القواعد العامة للفسخ من أن يكون الإخلال بغير وجه حق وأن يفي الدائن بالتزامه وأن يعذر المدين وألا يقوم المدين بالتنفيذ المتأخر قبل الحكم النهائي.

المبحث الثالث

فسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية

سنتناول الكلام عن فسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية، بسبب إخلال المقاول بالتزامه في عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية، وكذا فسخ عقد المقاولة بسبب إخلال رب العمل بالتزامه في عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية، كما يلي:

المطلب الأول : فسخ عقد المقاولة بسبب إخلال المقاول من الباطن بالتزامه.

المطلب الثاني : فسخ عقد المقاولة بسبب إخلال رب العمل الأصلي بالتزامه.

المطلب الثالث : موقف القانون اليمني.

المطلب الأول

فسخ عقد المقاولة بسبب إخلال المقاول

من الباطن بالتزامه

وسنتناول هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول : التعريف بعقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية.

الفرع الثاني: إخلال المقاول من الباطن بالتزامه

الفرع الأول

التعريف بعقد المقاولة في إطار

المجموعة العقدية

يدخل عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية، في الصورة الثانية من صور المجموعة العقدية، والمتمثلة في مجموعة من العقود ترابطت بقصد تحقيق هدف واحد، وهذا لا يتم إلا في حالة قيام المقاول الأصلي بإبرام عقد مقاولة من الباطن يعهد فيه للمقاول من الباطن بتنفيذ عقد المقاولة الأصلي، وعقد المقاولة من الباطن يشكل مجموعة عقدية بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي، ويعرف عقد المقاولة من الباطن بأنه عقد يتفق فيه مقاول البناء الأصلي مع مقاول البناء من الباطن على تنفيذ كل أو جزء من البناء الذي التزم بإنشائه مع رب العمل^(١٠٦٥)، وقد أجاز المشرع المصري التعاقد من الباطن في عقد المقاولة وجعل أن الأصل هو جواز ذلك إلا إذا وجد مانع من التصرف في عقد المقاولة^(١٠٦٦) حيث نصت المادة ١/٦٦١ مدني مصري على أنه: "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية".

وعقد المقاولة كما عرفه القانون المصري في المادة ٦٤٦ بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، كأن يتعهد شخص ببناء منزل أو أعمال نجارة أو طبع كتاب^(١٠٦٧).

ويمتاز عقد المقاولة أنه من العقود الرضائية، فلا يشترط لانعقاده شكل معين، كما أنه عقد معاوضة لأن كلا من طرفيه (المقاول ورب العمل) يأخذ عوض لما يعطي كما أنه عقد ملزم للجانبين؛ حيث يرتب التزامات متقابلة بين أطرافه، كما أنه عقد وارد على عمل، حيث الأداء

^(١٠٦٥) أنظر: د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ١٦، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٣٢، د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٨٧، د. أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص ١٠، د. عبد الحميد عثمان الحفني، المرجع السابق، ص ٩ عبد الرحمن عايد، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

^(١٠٦٦) أنظر: د. مصطفى الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، المرجع السابق، ص ١٣، د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٥٥، د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٦٢، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٣٣.

^(١٠٦٧) د. فتيحة قره، المرجع السابق، ص ١٨.

الرئيسي في العقد مطلوب من المفاوض وهو القيام بعمل معين^(١٠٦٨). ويختلف عقد المفاوض عن عقد البيع في أن عقد البيع يعتبر عقدًا ناقلاً للملكية، وهذا بعكس المفاوضة الذي لا ينقل الملكية؛ إذ ليس هناك شيء تنقل ملكيته^(١٠٦٩)، ومع أن عقد المفاوضة محله هو العمل إلا أنه يختلف عن عقد العمل رغم أن محله أيضًا هو العمل، إلا أنه يختلف عنه في عنصر التبعية؛ حيث العامل في عقد العمل يكون تابعًا لرب العمل وتحت سلطته وإرادته، وهذا بعكس عقد المفاوضة حيث يكون المفاوض هنا مستقلًا تمامًا عن رب العمل ولا يكون تحت إشرافه ولا إرادته، فهو الذي يختار وسائل التنفيذ من أدوات ومعاونين وهو الذي يحدد أيضًا هذا التنفيذ ووقته^(١٠٧٠).

وينعقد عقد المفاوضة صحيحًا بتوافر أركانه، وأركان عقد المفاوضة مثل أركان أي عقد، التراضي والمحل والسبب، ويجب أن يكون التراضي واريًا على محل العقد وهو العمل وماهيته وكذا الأجر^(١٠٧١)، ومحل المفاوضة هو عمل المفاوض وكذا الأجر الذي يدفعه رب العمل، ويشترط فيها أن يكون موجودًا أو معينًا أو قابلاً للتعيين وأن يكون ممكنًا ومشروعًا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، أما السبب فيشترط فيه أن يكون مشروعًا^(١٠٧٢).

ويشترط لصحة عقد المفاوضة أن يكون خاليًا من عيوب الرضا من غلط وتدليس وإكراه واستغلال ويشترط أيضًا لصحة عقد المفاوضة أن تتوافر الأهلية اللازمة لعقد المفاوضة، وهي تختلف حسب طبيعة العمل محل المفاوضة^(١٠٧٣)، فإذا كانت تقتصر على عمل فقط دون صنع شيء أو إقامة بناء فإنه يكون من قبيل أعمال الإدارة، ولذا يلزم له أهلية الإدارة وإلا كان من أعمال التصرف فيلزم فيه أهلية التصرف^(١٠٧٤).

ويترتب على تخلف أركان عقد المفاوضة البطلان المطلق، أما إذا تخلف شرط صحته فيترتب عليه البطلان النسبي، حيث يحق لمن له مصلحة في البطلان أن يتمسك به حسب

^(١٠٦٨) أنظر: د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٢١، عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ١٤، د. فتية قره، المرجع السابق، ص ١٨، د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٢٥.

^(١٠٦٩) أنظر: د. فتية قره، المرجع السابق، ص ٢٣، عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ٣٤.

^(١٠٧٠) أنظر: د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٣٠، د. فتية قره، المرجع السابق، ص ٣٠، عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ٢٨.

^(١٠٧١) أنظر: د. فتية قره، المرجع السابق، ص ٨١، د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٩٦.

^(١٠٧٢) أنظر: د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٩٨، د. فتية قره، المرجع السابق، ص ٩٦.

^(١٠٧٣) أنظر: د. فتية قره، المرجع السابق، ص ٩٣، د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٩٨.

^(١٠٧٤) د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٩٨، ٨٨.

القواعد العامة للبطلان، وإذا نتج عقد المقاولة صحيحًا بتوافر أركانه وشروط صحته، فإنه يرتب التزامات على عاتق أطرافه في مقابل الطرف الآخر، حيث يلتزم المقاول بإنجاز العمل المعهود إليه بموجب عقد المقاولة، وكذا يلتزم بتسليم العمل بعد إنجازه، كما يلتزم أيضًا بضمانه بعد تسليمه، وبالمقابل فإن رب العمل يلتزم تجاه المقاول بتمكينه من إنجاز العمل وكذا بتسليمه بعد إنجازه، وأخيرًا فإنه يلتزم بدفع الأجرة^(١٠٧٥).

وينقضي عقد المقاولة بالأسباب العامة لانتهاء أي عقد كإتمام تنفيذ المقاول العمل، أو استحالة التنفيذ... الخ، كما أنه ينتهي في حالات خاصة كما إذا مات المقاول وكانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد كالرسم والفنان ونحوه، كما أنه يجوز لرب العمل إنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة، إلا أن هذا الحق لا يجعله يتحلل من التزاماته؛ إذ يلتزم بتعويض المقاول عن كل ضرر يصيبه بسبب إنهاء عقد المقاولة حسب القواعد العامة^(١٠٧٦).

الفرع الثاني

إخلال المقاول من الباطن بالتزاماته

وفقًا لفكرة المجموعة العقدية إذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه فإنه يحق لرب العمل باعتباره الدائن، أن يطالبه مباشرة بفسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية بسبب إخلال المقاول من الباطن بالتزاماته، وهي إنجاز العمل وتسليمه بعد إنجازه وضمانه بعد تسليمه^(١٠٧٧).

أولاً: إخلال المقاول من الباطن بالتزامه بإنجاز العمل

فإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه بإنجاز العمل فإنه يحق لرب العمل المطالبة بفسخ العقد بسبب ذلك الإخلال^(١٠٧٨)، ويتمثل إخلال المقاول من الباطن بإنجاز العمل في حالة التنفيذ المعيب^(١٠٧٩)، وكذا في حالة التأخير عن التنفيذ، تأخرًا لا يرجى تداركه^(١٠٨٠)، وكذا في

(١٠٧٥) أنظر: د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٢٥، د. فتحة قره، المرجع السابق، ص ١٩. د. عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ١٥.

(١٠٧٦) د. فتحة قره، المرجع السابق، ص ٤٦١.

(١٠٧٧) أنظر: د. فتحة قره، المرجع السابق، ص ١٠٥، د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(١٠٧٨) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٨، د. فتحة قره، المرجع السابق، ص ١٢١، د. قدري الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٢، د. محمد لبيب شنب، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ٢، ٢٠٠٤م، ص ١١٤.

(١٠٧٩) أنظر: د. فتحة قره، المرجع السابق، ص ١٢٣، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٢، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١١١، إبراهيم سيد أحمد، العقود الواردة على عمل، عقد المقاولة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٣م، ص ٥٠.

حالة التنفيذ الجزئي إذا كان ذا أهمية^(١٠٨١)، حيث نصت المادة ١/٦٥٠: "إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يطالب إما بفسخ العقد وإما أن يعهد لمقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة ٢٠٩".

ثانياً: إخلال المقاول من الباطن بالتزامه بتسليم عمل المقاولة

وكما يجوز لرب العمل مطالبة المقاول من الباطن بفسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية إذا أخل هذا الأخير بالتزامه في تسليم عمل المقاولة بعد إنجاز^(١٠٨٢)، وقد يكون سبب الإخلال هو تسبب المقاول من الباطن استحالة التسليم، كما إذا هلك محل التسليم بخطأ المقاول من الباطن^(١٠٨٣)، ويتمثل الإخلال بالتسليم في عدم تسليمه بالصفة والمكان والزمان المتفق عليه^(١٠٨٤).

ثالثاً: إخلال المقاول من الباطن بالتزامه بضمان العيب

كما أنه يجوز لرب العمل فسخ العقد إذا أخل المقاول بالتزامه بضمان عيوب عمله^(١٠٨٥) في العمل وذلك إذا كان العمل لم يتم وفق المواصفات المتفق عليها وطبقاً لأصول الفن الذي يحكم هذا العمل، ويدخل أيضاً في ضمان المقاولة في حالة إذا ما يتعهد المقاول من الباطن بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، حيث يكون مسئولاً عن ضمان العيوب الخفية في تلك المواد، فيجوز لرب العمل إذا أراد الرجوع المباشر بضمان العيوب الخفية محل منتج تلك المواد الداخلة في تنفيذ عمل المقاولة والذي تعاقد معه المقاول، ولكن هل يجوز أن يكون الرجوع

(١٠٨٠) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧، د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ١٢٧، د. أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص ١٥٦، ١٥٧، د. إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص ٥٠.

(١٠٨١) عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

(١٠٨٢) أنظر: د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ١٣٤، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٥، قدري الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(١٠٨٣) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٢١، د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ٣٩، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣١.

(١٠٨٤) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١١١، د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ١٣١.

(١٠٨٥) أنظر: د. قدري الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٣، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٥١.

السابق بدعوى الفسخ، بمعنى أنه هل يجوز لرب العمل فسخ عقد البيع بين المفاوض والمشتري للمواد الداخلة في عقد العمل، فيذهب الفقه الغالب إلى عدم جوازه على اعتبار أن العقود هنا اختلفت، وأن رب العمل عندما يفسخ عقد البيع السابق يكون متجاوزاً لحقوقه في عقد المفاوضة الذي شارك فيه^(١٠٨٦)، ويرى البعض جواز ذلك ويجعل محل دعوى الفسخ هنا المطالبة بما يعادل الفسخ^(١٠٨٧).

رابعاً: الإخلال بالالتزام بالضمان العشري

أما بالنسبة للضمان العشري وهي مسئولية خاصة، قررها المشرع في مجال عقد البناء والتشييد، حيث لم يكتف المشرع هنا بتقرير القواعد العامة بالنسبة للضمان، بل قرر هنا مسئولية استثنائية ذات طبيعة خاصة تتسم بالتشدد الذي ينعقد مع خطورة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى وما يسببه بهدمها كلياً أو جزئياً أو ظهور العيوب الخفية بها التي تهدد سلامتها ومتانتها أو تجعلها غير صالحة لتحقيق الغرض الذي أقيمت من أجله، من إضرار بالاقتصاد القومي، ومساس بالآمن العام والسكنية العامة في المجتمع من تهديد للأفراد في أموالهم وأنفسهم، وذلك حتى يكون دافعاً للمعماريين إلى بذل كل عناية ممكنة في عملية التشييد والبناء في إنجاز العقار المشيد سليماً أو متيناً فتحقق بذلك غاية المشرع من تشدده هذا وهو حماية المصلحة الخاصة والعامة ضد المخاطر المترتبة على الإهمال المهني الذي تفشي في الآونة الأخيرة في هذا المجال^(١٠٨٨)، ولقد شدد المشرع في أحكام المسئولية الخاصة من حيث المدة حيث قررنا أن تكون عشر سنوات^(١٠٨٩)، من تاريخ قبول العمل وتسلمه، ولذا يطلق عليه بالضمان العشري، أنه شدد في أحكام هذه المسئولية حيث أبطل الإعفاء أو التخفيف من هذه المسئولية العشرية^(١٠٩٠)، فقد نصت المادة ٦٥٣ على أنه: "يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمفاوض من الضمان أو الحد منه"، والحق في المسئولية العشرية مقرر لرب

(١٠٨٦) أنظر: د. فيصل ذكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٣٧، سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص ٢٢٨، د. خالد محجوب على، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(1087) Jacques Ghestin, op. cit, N. 721, p. 893

(١٠٨٨) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٣٣، عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ٣٤٤.

(١٠٨٩) وتكون تلك المدة في حالة إذا لم يرد المتعاقدان بقاء المنشأة المدة أقل من عشر سنوات، انظر المادة ١/٦٥١ مدني مصري.

(١٠٩٠) د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ١٦٦.

العمل في رجوعه على المفاوض الأصلي^(١٠٩١)، فهل يجوز له الرجوع وفقاً لفكرة المجموعة العقدية على المفاوض من الباطن بالمسئولية الخاصة ؟ و بالرجوع إلى ضوابط المجموعة العقدية نجد أن رب العمل على المفاوض من الباطن يكون وفقاً لمدى التزامات المفاوض من الباطن، وبالرجوع إلى عقد المفاوضة من الباطن نجد أنه لا يحق للمفاوض الأصلي الرجوع على المفاوض من الباطن بالمسئولية الخاصة^(١٠٩٢)، فقد جاء في ختام نص المادة ٦٥١ عند تنظيمها لأحكام المسئولية الخاصة بقولها: "ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمفاوض من حق الرجوع على المفاوضين من الباطن"، ويعلل الفقه استثناء المفاوض من الباطن من أحكام المسئولية الخاصة؛ أن المفاوض الأصلي من أهل الخبرة والفن، فلا يوجد مقتضى لحياته حماية مشددة بإيجاب ضمان على المفاوض من الباطن مدة عشر سنوات، ويكفي في حماية المفاوض الأصلي الرجوع إلى القواعد العامة ففيها حماية كافية له^(١٠٩٣).

فهكذا نجد أنه لا يستطيع رب العمل مطالبة المفاوض من الباطن بالمسئولية الخاصة، لأن هذا الالتزام ليس عليه بموجب عقد المفاوضة من الباطن، فيكون المطالبة به فيه إضرار بحق المفاوض من الباطن والتزامه بأكثر من التزاماته المقررة عليه بموجب العقد الذي شارك فيه، ومع هذا فإننا نجد بعض الفقه ينادي بضرورة إخضاع المفاوض من الباطن لأحكام المسئولية العشرية، ويعلل لذلك من الناحية العملية بكون أكثر عقود المفاوضة في الوقت الحاضر تتم بطريق المفاوضة من الباطن، وأكثر ما يحدث من تهمد للمباني يكون سببها هو خطأ المفاوض من الباطن^(١٠٩٤).

وتطبيقاً لهذا الرأي فإنه يجوز لرب العمل الرجوع بالمسئولية العشرية على المفاوض من

الباطن

وكل ما سبق من جواز رجوع رب العمل على المفاوض من الباطن بدعوى الفسخ لإخلاله بالتزاماته، يشترط ألا يكون ذلك الإخلال بوجه حق كأن يكون المفاوض من الباطن امتنع عن التسليم بسبب استعماله لحقه في حبس الشيء لعدم دفع المفاوض الأصلي للأجر^(١٠٩٥).

كما يشترط أيضاً ألا يكون سبب إخلال المفاوض من الباطن هو خطأ المفاوض الأصلي أو رب العمل حيث يكون قد أعذره المفاوض من الباطن بتسليم الشيء فلم يفعل، حتى هلك الشيء أو يكون سبب خطأ المفاوض من الباطن هو سبب خطأ رب العمل أو المفاوض الأصلي. كما إذا

(١٠٩١) السابق، ص ١٥٧.

(١٠٩٢) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٤٠، د. قدرى الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(١٠٩٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

(١٠٩٤) د. عبد الحميد عثمان الحفني، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(١٠٩٥) د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ١٣٢.

كان الهلاك بسبب عيب في المواد التي قدمها المقاتل الأصلي أو رب العمل^(١٠٩٦)، أو كان التأخير بسبب تأخيره في تقديم تلك المواد. وأخيرًا فإنه يشترط لدعوى الفسخ أن يقوم رب العمل بإعذار المقاتل من الباطن قبل رفع الدعوى حسب القواعد العامة^(١٠٩٧).

^(١٠٩٦) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٢٢، د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ١٤٠.
^(١٠٩٧) عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

المطلب الثاني

فسخ عقد المقاولة بسبب إخلال رب العمل
الأصلي بالتزاماته

وستتناول هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: إخلال رب العمل الأصلي بالتزاماته .

الفرع الثاني: آثار فسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية.

الفرع الأول

إخلال رب العمل الأصلي بالتزاماته

وهنا يحق للمقاول من الباطن مطالبة رب العمل بفسخ العقد وفقاً لفكرة المجموعة العقدية عند إخلاله بالتزاماته المقررة عليه بموجب عقد المقاولة الأصلي، كما يجوز لرب العمل، الاحتجاج على المقاول من الباطن بحقوقه الواردة في عقد المقاولة من الباطن حسب مصلحته، وهذه الالتزامات هي التزام رب العمل بتمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل، وكذا التزامه بتسليم العمل بعد إنجازه والتزامه بدفع الأجرة^(١٠٩٨).

أولاً : الإخلال بالالتزام من تمكين المقاول من إنجاز العمل

فيجوز للمقاول من الباطن الرجوع على رب العمل بفسخ عقد المقاولة عند إخلاله بالتزامه بتمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل^(١٠٩٩) ويكون ذلك بعدم تقديم المواد اللازمة للمقاولة، أو بعد تقديم المواصفات والرسومات والبيانات في الوقت المتفق عليه أو في الوقت المناسب، وبعدم استخراج رخصة البناء من أجل قيام المقاول من الباطن بالبناء^(١١٠٠).

ثانياً : الإخلال بالالتزام بتسليم العمل وتقبله

كما يجوز للمقاول من الباطن الرجوع على رب العمل بسبب إخلاله بالتزامه بتسليم العمل وتقبله بعد إنجازه، وذلك بعدم تسليمه للعمل وتقبله في الميعاد القانوني ويترتب على قيام

^(١٠٩٨) د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ١٧٥.

^(١٠٩٩) أنظر: د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٨٤، د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ١٧٧، د.

محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٩١.

^(١١٠٠) أنظر: د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ١٨٧، د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٩٦.

رب العمل بتسلمه المبيع وقبوله هو انتقال ملكية الشيء المصنوع، إذا كان المقاول هو الذي ورّد المادة التي استخدمها في العمل إلى رب العمل من وقت التقبل^(١١٠١).

ثالثاً: الإخلال بالالتزام بدفع الأجرة

وأخيراً فإنه يجوز للمقاول من الباطن مطالبة رب العمل بالتزامه بدفع الأجرة التي تكون للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل، وقد أجاز المشرع المصري ذلك الرجوع فيما يعرف فقهاً بالدعوى المباشرة^(١١٠٢) حيث نصت المادة ٦٢٢ مدني مصري على أنه "يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى..". وفي كل الحالات السابقة يشترط لجواز مطالبة المقاول من الباطن بفسخ العقد بسبب إخلاله بالتزاماته ألا يكون إخلال رب العمل بالتزاماته بوجه حق كأن يمنع عن التسليم بسبب إخلال المقاول من الباطن بالتزامه بالتسليم حيث كان الشيء معيّنًا ونحوه، كما يشترط اعذار رب العمل بالفسخ قبل رفع دعوى الفسخ^(١١٠٣).

الفرع الثاني

آثار فسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية

فإذا ما ثبتت شروط فسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية من إخلال للمدين ووفاء الدائن وعدم إخلاله وقدرته على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، ويكون كما سبق للقاضي سلطة في تقدير أسباب وجود الفسخ وشروطه، كما له أيضًا سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ القضائي أو منح أجل أو رفضه ويكون حكمه هنا منشأً بعكس الفسخ الاتفاقي فإنه لا يكون أمامه إلا الحكم بالفسخ واحترامًا لإرادة المتعاقدين، ويكون حكمه هنا كاشفًا للحق، كما يجوز للمدين توقي الفسخ إذا قام بتنفيذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي في حالة الفسخ

(١١٠١) أنظر: د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٩٣، د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ١٤١، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٩٤، ١٩٥.

(١١٠٢) أنظر: د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٢، مجلد ٢، ص ٢٧٨، د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٠، د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ١٢٩، د. محمد لبيب شنب، عقد المقاولة، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(١١٠٣) د. فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص ١٨٥.

القضائي، ويكون أيضاً للدائن خيار العدول عن طلب الفسخ قبل صدور الحكم النهائي في حالة الفسخ القضائي لا الاتفاقي (١١٠٤).

ويترتب على فسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية هو انحلال عقد المقاولة من الباطن بين المقاول والمقاول من الباطن ويكون في حدود العمل الموكّل به المقاول من الباطن وكذا عقد المقاولة لأصل بين رب العمل والمقاول الأصلي.

ويكون الانحلال السابق بأثر رجعي، حيث يعود كل شيء إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فينشأ التزام على عاتق كل متعاقد برد ما حصل عليه من المتعاقد الآخر، وينصب على ذات ما تسلمه المتعاقد لا ما يقابله إلا إذا استحال الرد فإنه يكون ذلك بالتعويض عنه على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية، فيسترد رب العمل المبالغ المرفوعة للمقاول الأصلي، كذلك يسترد المقاول من الباطن، ما يكون قدمه من المواد التي يكون قد قدمها في عملية المقاولة، على أساس رد غير المستحق، كما يكون على الطرف المدين في الفسخ أن يعرض الدائن عن الأضرار التي أصابته بسبب الفسخ، ويكون هذا العفويز على أساس المسؤولية التقصيرية (١١٠٥).

(١١٠٤) أنظر: عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ٢٥٢، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٢.

(١١٠٥) د. مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص ٩، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٣٢.

المطلب الثالث

فسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية

في القانون اليمني

عرّف القانون اليمني المقاولة بأنه: عقد بين شخص وآخر يلتزم فيه أحدهما وهو المقاول أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً في مقابل أجر يلتزم به الآخر وهو رب العمل المواد اللازمة للعمل من غيره أو التزم المقاول بتقديم العمل والمواد اللازمة له معاً^(١١٠٦) وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية أركان عقد المقاولة من تراضي وأطراف ومحل، و الفرق بينهما وبين غيرها من العقود حيث جاء فيها: "... ومن التعريف يتبين أن عناصر المقاولة هي:

١ - التراضي مما يدل عليه بين طرفي المقاولة.

٢ - طرفا العقد وهما رب العمل أو المقاول.

٣ - محل العقد أو ما تعاقد عليه الطرفان وهو إما أن يكون صنع شيء أو أداء عمل يلتزم المقاول في مقابل أجر يؤديه إلى رب العمل. ويعتبر العقد مقاولة سواء قام رب العمل بتقديم المواد اللازمة للعمل أو التزم المقاول بتقديم العمل أو المواد معاً. ويختلف عقد المقاولة عن عقد الإجارة في أن المقاول يقدم الأدوات اللازمة للعمل من عنده، وهذا أشبه بالبيع ولكن يختلف عن البيع في أنه في المقاولة لا يتعين ثمن الأدوات المقدمة وأجر العمل كل على حده ولكن يعين الأجر الذي يأخذه المقاول جملة للأدوات والعمل معاً وإن كان في الغالب يتحدد بيعه بوحدة العمل التي يتم تسليمها لرب العمل بعد إنشائها أو صنعها طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها، ويختلف عقد المقاولة عن عقد العمل في أن رب العمل ليس له إشراف على المقاول ولا توجيه مباشر له، فالمقاول يعمل مستقلاً طبقاً للشروط أو المواصفات المتفق عليها وإن كان لرب العمل أن يتعرض على سير العمل إذا رآه منه مخالفة للعقد، كما له أن يمتنع عن استلام العمل المخالف^(١١٠٧).

(١١٠٦) انظر: المادة ٨٧٤ من القانون المدني اليمني، د. عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ١١، د. عبد

الله الخباري، المرجع السابق، ص ٥٩٧.

(١١٠٧) نص المادة ٨٤٦ من القانون السابق، ص ٥٨٠.

وعقد المقاولة في القانون اليمني من العقود اللازمة للجانبين ويترتب عليه تقابل الالتزامات بين طرفيه، حيث يلتزم المقاول بالقيام بالعمل وتسليمه وضمانه وبالمقابل، يلتزم رب العمل بتمكين المقاول من العمل وتسليم العمل ودفع الأجرة^(١١٠٨)

(١١٠٨) عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ١٥، أما الفقه الإسلامي فإنه لم يعرف عقد المقاولة بهذا الاسم، ولكنه يعرفه من خلال صورته فإذا كان على المقاول تقديم المواد التي تدخل في المقاولة فقد عرف هذا في الفقه الإسلامي بعقد الاستصناع، ومعناه في اللغة طلب الصنعة أو العمل (١١٠٨)، واصطلاحاً هو عقد على بيع عين معينة موصوفة في الذمة ومطلوب صنعها، أو هو عمل شيء خاص على وجه مخصوص من مادته من الصانع، كأن يقول إنسان اصنع لي شئ أو أنية اصنع من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وصفه. وهو عقد يتم بالتراضي التي تدل عليه صيغته، وهي إيجاب المستصنع وقبول من الصانع، واختلف الفقهاء في محله هل هو عمل الصانع أو الشيء المصنوع وأثر الخلاف حول هل الأجر على عمل الصانع فيكون إجارة أو على الشيء المصنوع؟ فيكون تبعاً له شبه الإجارة أو العكس، ومن آثار عقد الاستصناع ثبوت الملك للمصنع وثبوت الأجرة للصانع، ويجوز فسخ عقد الاستصناع عند إخلال الصانع بالتزامه، بضمان العيب حيث يتبين في عقد غير لازم قبل العمل الاستصناع خيار العيب، مثل عقد البيع كما أنهم كيفوها بأنها عقد إجارة ابتداءً ببيع انتهائي وأنها عقد غير لازم قبل العمل ولازم بعده، انظر: حاشية ابن عابدين: مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٢٣، ٢٢٤، المبسوط للسرخي: مرجع سابق، ج ١٥، ص ٨٤، بدائع الصنائع للكاساني: مرجع سابق، ج ٥، ص ٣، ٤.

أما إذا كانت الصورة الثانية لعقد المقاولة والمتمثلة في قيام المقاول بالعمل فقط والمواد المستخدمة في عقد العمل تكون على رب العمل، فإن هذا يعرف في الشريعة الإسلامية بعقد الأجير المشترك، وهو عقد يلتزم فيه شخص العمل لعامة الناس وليس لشخص معين بذاته أو أشخاص معينة بالذات، ويستحق أجرة في مقابل ما يؤديه من عمل مع كونه مستقلاً في ذاته لعمله. وهذا العقد يدخل في عموم عقد الإجارة من أركانه وأحكامه، حيث يقسمون عقد الإجارة إلى إجارة أعيان وإجارة أعمال والثاني هو عقد الأجير المشترك، ويدخله أيضاً الفسخ عند عدم تنفيذ أطرافه لالتزاماتهم كما هو في عقد البيع والإجارة، كما سبق، انظر: فتح القدير لابن الهمام: مرجع سابق، ج ٩، ص ١٢٢، مواهب الجليل: للحطاب: مرجع سابق، ج ٧، ص ٥٥٦، إعانة الطالبين: مرجع سابق، ج ٣، ص ١٣٧، كشاف القناع للبهوتي: مرجع سابق، ج ٤، ص ١١، تيسير المرام للسرخي: مرجع سابق، ص ٩٣، شرح النيل لأطفيش: مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٤٠.

كما اختلف الفقهاء في تضمين الأجير المشترك في حالة عدم التعدي والتفريط، فيما يرى البعض عدم تضمينه ولو كان سبب الخطأ مما يمكن الاحتراز عنه، يرى البعض الآخر أن الأجير المشترك يضمن ما تحت يده من الأموال لأن يده على مثل هذه الأموال يد ضمان، إلا إذا كان الخطأ بسبب أجنبي لا بد له فيه. انظر حاشية ابن عابدين: مرجع سابق، ج ٦، ص ٦٥، حاشية الخرشبي: مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٦٣، حاشية إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٣٨، الأنصاف للمرادي: مرجع سابق، ج ٦، ص ٦٧، المحل لابن حزم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٠١، البحر الزخار لابن المرتضى، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٥، السيل الجرار للشوكاني: مرجع سابق، ج ٣، ص ٢١٦، شرح النيل لأطفيش: مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٤٠.

وفي مجال عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية نجد أن القانون اليمني قد اعترف بصورة عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية، فيما يعرف بالمقاولة من الباطن، ما لم يوجد شرط مانع من ذلك حيث جعل الأصل هو الجواز والمنع هو الاستثناء بعكس عقد الإجارة^(١١٠٩)، حيث نصت المادة ٨٩٠ مدني يماني على ذلك بقولها: "يجوز للمقاول أن يسند تنفيذ العمل كله أو جزء منه إلى مقاول آخر إلا إذا منعه شرط في العقد أو كانت كفاءته الفنية معتمداً عليها منظوراً إليها في تنفيذ العمل"، ومع اعتراف القانون اليمني بعقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية إلا أنه لم يقر بعلاقة عقدية مباشرة بين أطرافها، كما أنه لم يجيز الدعوى المباشرة بين المقاول من الباطن ورب العمل^(١١١٠)، كما هي في القانون المصري، بل نجده يصرح بأن المقاول من الباطن لا يكون مسئولاً أمام رب العمل، فقد نصت المادة ٨٩١ مدني يماني على أنه: "إذا سند المقاول العمل أو جزء منه إلى مقاول آخر فإن المقاول الأول يكون مسئولاً عن العمل قبل رب العمل".

كما يجوز فسخ عقد المقاولة بين طرفيه سواء كان عقد المقاولة الأصلي أو المقاولة من الباطن حسب القواعد المقررة في فسخ العقود بالشروط الواجبة من إخلال المدين بغير وجه حق، ووفاء الدائن مع قدرته على إعادة الحال ويكون للقاضي سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ القضائي لا الاتفاقي، وينتج عن الفسخ انحلال العقد بأثر رجعي ويلتزم كل متعاقد برد ما استلمه بموجب عقد المقاولة^(١١١١) فقد نصت المادة ٨٧٨ (مدني يماني) في جواز فسخ العقد بسبب إخلال المقاول بالتزامه بإنجاز العمل: "يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا ثبت أنه يقوم بما تعهد به على وجه معيب أو مناف للشروط فيجوز لصاحب العمل فسخ العقد إذا كان إصلاح العمل غير ممكن..".

(١١٠٩) المذكرة الإيضاحية، مادة ٨٦٢، ص ٥٨٤.

(١١١٠) د. محمد حسين الشامي، مذكرات في أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٧١.

(١١١١) أنظر: عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ٢٣١، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٢٢، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٥، كما أجاز الفقه الإسلامي دخول التعاقد من الباطن في عقد الأجير المشترك (المقاولة) إلا أن يشترط المستأجر على الأجير ألا يستتيب غيره، أما بالنسبة للرجوع المباشر بين المستأجر والأجير من الباطن العكس فإن بعض الفقه المعاصر لا يجيز ذلك إلا على أساس الدعوى غير المباشرة، من أجل ضمان حق الدائنين والمساواة بينهم، أنظر: عبد الرحمن عايد، المرجع السابق، ص ٢٤٩، د. مصطفى عصيمي، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

كما ينتج عن فسخ عقد المقاولة في القانون اليمني، انحلال العقد بأثر رجعي ويلتزم كل متعاقد برد ما استلمه بموجب عقد المقاولة^(١١٢)

المقارنة بين القانونين المصري واليمني :

ما سبق نجد أن القانونين المصري واليمني قد اتفقا في الاعتراف بعقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية، حيث اعترفا بالتعاقد من الباطن في عقد المقاولة وجعله هو الأصل والاستثناء هو الحظر. مما سبق نجد أن القانونين المصري واليمني قد اتفقا في الاعتراف بعقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية، حيث اعترفا بالتعاقد من الباطن في عقد المقاولة وجعله هو الأصل والاستثناء هو الحظر، كما أنهما اتفقا في عدم الإعراف بالعلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، إلا أن القانون المصري اعترف بالدعوى المباشرة في حالة خاصة وهي رجوع المقاول من الباطن رب العمل مما في ذمته للمقاول الأصلي وهذه الدعوى لم يعترف بها القانون اليمني.

كما انهما اتفقا في جواز فسخ عقد المقاولة، فيحق لرب العمل مطالبة المقاول بفسخ عقد المقاولة عند إخلاله بالتزاماته في عقد المقاولة وهي التزامه بإنجاز العمل وتسليمه وضمائه، وبالمقابل فإنه يجوز للمقاول مطالبة رب العمل بفسخ عقد المقاولة عند إخلاله بالتزامه ، ويشترط أيضًا لجواز الفسخ ما يشترط في الشروط العامة للفسخ من أن يكون إخلال المدين بغير وجه حق مع وفاء الدائن وعدم إخلاله وقدرته على إعادة الحال وأن يعذر المدين كما للمدين توقي الفسخ بالتنفيذ المتأخر قبل صدور الحكم النهائي بالفسخ.

(١١٢) عبد الملك مطهر، المرجع السابق، ص ٢٣١، د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق،

ص ٣٢٢، د. سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٤٥.

الختام

وفي ختام هذا البحث نسرد النتائج والتوصيات

أ - خلاصة نتائج البحث:

١ - أن القانون المدني المصري الجديد - بمصادره القانونية (التشريع والفقهاء والقضاء) - قد أخذ بالفسخ كنظرية عامة، وجاء له ذلك عن طريق القانون المدني المصري القديم المتمثل في القانون الأهلي والمختلط والذي يعود إلى مصادره التاريخي وهو القانون الفرنسي والذي جاء له الفسخ من القانون الكنسي عن طريق القانون الفرنسي القديم، لا القانون الروماني والذي لم يعترف بالفسخ إلا إذا وجد شرط فاسخ صريح، ولذا تأثر القانون الفرنسي الجديد به في صياغته وعبر عن الفسخ القضائي بالشرط الفاسخ الضمني.

٢ - أن القانون المدني اليمني قد أخذ بالفسخ كنظرية عامة كنظيره المصري وجاء به التشريع اليمني وكذا الفقهاء والقضاء اليمني ولقد تأثر القانون اليمني في ذلك بالقانون المصري، كما أنه تأثر بالفقهاء الإسلاميين في مصطلح الفسخ، وكذا في تطبيقاته حيث عرف الفقهاء الإسلاميين الفسخ بسبب عدم التنفيذ سواء باتفاق مسبق كما في خيار الشرط وخيار النقد أو من غير اتفاق كما في خيارات الإفلاس والعيب والاستحقاق والهلاك، وخيار فوات الوصف، وكذا خيار تأخير الثمن كما هو عند الإمامية..

٣ - أن التعريف المختار للفسخ: هو حل الرابطة العقدية الصحيحة الملزمة لطرفيها بسبب إخلال طرفيها بالتزاماته، سواء تم الاتفاق عليه أم لم يتم، ويكون بحكم القاضي بناء على طلب الدائن، ويؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي أو في المستقبل.

٤ - أن فسخ العقد وإن كان يتفق مع البطلان في كون كل منهما جزاء إلا أنه في حالة البطلان يكون الجزاء بسبب الإخلال بتكوين العقد في أحد أركانه، أما في الفسخ فهو جزاء لعدم تنفيذ العقد، كما أن الفسخ وإن كان يتفق مع الانفساخ في أن كلاً منهما يؤدي إلى زوال العقد بسبب عدم التنفيذ إلا أنه في الانفساخ يكون سبب عدم التنفيذ هو السبب الأجنبي كالقوة القاهرة ونحوه أما في حالة الفسخ فإن سبب عدم التنفيذ هو المدين نفسه، كما أن الفسخ وإن كان يتفق مع الدفع بعدم التنفيذ في أن كلاً منهما جزاء لإخلال المدين بالتزامه إلا أنه في حالة الدفع بعدم التنفيذ لا يؤدي إلى انحلال العقد ويكون بالتالي دوره سلبياً، أما في الفسخ فإن دوره إيجابي يؤدي إلى انحلال العقد.

٥ - أن للفسخ - في القانونين المصري واليمني - صورتين، فهو إما أن لا يتوقع المتعاقدان حصول عدم التنفيذ فلا يتفقان على ذلك، ويطلق على هذا الفسخ، بالفسخ القضائي، وإما أن يتفقا على الفسخ، ويطلق عليه الفسخ الاتفاقي.

كما يتفق كل من القانونين المصري واليمني في أن الفسخ القضائي حل لارتباط العقد بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه، ويكون بحكم قضائي وبناء على طلب الدائن، وللقاضي سلطة تقديرية فيه بالحكم به أو رفضه أو منح مهلة للتنفيذ، ويكون حكمه بالفسخ منشأ له لا كاشفاً له، كما أنه حق للدائن يجوز له المطالبة أو التنازل عنه كما أن هذا الفسخ يطرأ عليه حق المدين في التنفيذ المتأخر فيقيد حق كل من الدائن أو القاضي؛ ويرجع سبب التشابه بين القانونين المصري واليمني في ماهية الفسخ القضائي هو بسبب التشابه في النصوص القانونية المنظمة للفسخ في كلا القانونين حيث تكاد تكون نفس النصوص مع اختلاف بسيط في الألفاظ.، وأساس الفسخ في القانون المصري يرجع إلى نظرية التقابل في الالتزامات، أما القانون اليمني فترجعه المذكرة الإيضاحية للقانون إلى الضرر، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي.

٦ - أما من حيث ماهية الفسخ الاتفاقي فإننا نجد التشابه بين كل من القانونين المصري واليمني حيث هو حل ارتباط العقد عند عدم التنفيذ بناء على إدراج المتعاقدين شرط في العقد يقضى بذلك، كما أنهما يتفقان في خصائص الفسخ الاتفاقي في كونه يقع تلقائياً بمجرد حصوله بشرط طلب الدائن له كما أن القاضي ليس له سلطة تقديرية في الحكم به ويكون حكمه كاشفاً للفسخ ولا يكون للمدين فيه خيار توقي الفسخ بالتنفيذ المتأخر كما أن الفسخ الاتفاقي يختلف عن كل من التفاوض والشرط الفاسخ العادي فالأول يحصل بإرادة الطرفين أما الثاني فإنه يفسخ بمجرد حصول الشرط وليس لأحد من المتعاقدين توقيه، كما يتفق القانونان المصري واليمني في تقرير ثبوت الشرط الفاسخ الصريح وكونه قاطعاً في الدلالة على الفسخ في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه واستبعاد سلطة القاضي فيه، وذلك كي يكون شرطاً للفسخ الاتفاقي ويتفقان أيضاً من حيث صور الفسخ حيث له صورتان، الأولى الاتفاق على أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى حكم قضائي، وفي هذه الصورة لا بد من إعداز المدين. أما الصورة الثانية فهي: الاتفاق على أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى حكم قضائي ولا إعداز، كما يتفق القانونان

المصري واليميني في أن أساس الفسخ الاتفاقي هو حرية التعاقد والذي أساسه مبدأ سلطان الإرادة .

٧ - أن مفهوم المجموعة العقدية: "هي مجموعة من العقود ارتبطت بتعاقبها على مال واحد أو ترابطت بتحقيقها لهدف مشترك دون إتحاد أطرافها"، وكان وجود المجموعة العقدية، بسبب التطور الاقتصادي الهائل بسبب الثورة الصناعية الحديثة، ومفهوم المجموعة العقدية السابق يختلف عن العقد المشترك والذي هي مجموعة من العقود لا يكون بينها ترابط وإنما هي مجموعة عقود يشترك فيها المدينون بتنفيذها على قدم المساواة لأن الدائن هو طرف واحد، أنشأ فيها تلك العقود مع المدينين كل على حدة، كما أن المجموعة العقدية تختلف عن العقد المركب، الذي وإن كان مجموعة من العقود مترابطة إلا أن أطرافها متحدون، بعكس المجموعة العقدية والتي يختلف الأطراف فيها، كما أن المجموعة تختلف عن التنازل عن العقد، وهو وإن كان مجموعة من العقود تعاقبت على مال واحد إلا أن الأطراف تنقطع صلاتهم ببعضهم البعض فالمتنازل لا تكون له صفة قانونية بعكس المجموعة العقدية، حيث يكون المتصرف الأول مازال دائماً في العقد الذي شارك فيه.

٨ - أن المجموعة العقدية بصورتها وهي التعاقب على مال واحد أو الترابط بقصد تحقيق هدف مشترك، لها وجود مشروع في كلا القانونين المصري واليميني، وكذا الفقه الإسلامي ، فصورة التعاقب على مال واحد عرفت في القانون المصري واليميني، بالخلافة الخاصة، وهي انتقال الشيء من شخص لآخر ويشترط لصحة الخلافة الخاصة، صحة التصرف من السلف إلى الخلف وبأن يكون السلف قد ملكه أولاً ثم تصرف فيه ثانياً، وقد عرف الفقه الإسلامي ذلك بمصطلح التصرف في الشيء وعرف الخلف الخاص بالمتصرف إليه، كما عرف القانونين المصري واليميني، صورة ترابط العقود بقصد تحقيق هدف مشترك، فيما يعرف قانوناً بالتعاقد من الباطن، ويشترط لصحته ألا يكون هناك شرط مانع من التصرف، كما عرف الفقه الإسلامي التعاقد من الباطن وإجازة في عقود الإجازة سواء كانت إجازة أعيان أو أشخاص بشرط ألا يمنع من ذلك مانع وعرفوا ذلك بالاستنابة.

٩ - أن الفقه القانوني قد اختلف حول طبيعة العلاقة بين أطراف المجموعة العقدية الذين لم يساهموا في تكوين عقد مشترك بينهم، في حالة التنفيذ والمسئولية، فبينما يرى الفقه التقليدي أن العلاقة بينهم علاقة الغير، حيث يكون كل واحد منهما أجنبياً عن الآخر حسب مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية وبالتالي فلا تكون بينهما علاقة عقدية مباشرة لا

في دعوى تنفيذ ولا مسئولية، وإنما تكون العلاقة بينهما إما علاقة عقدية غير مباشرة بالتسلسل في دعاوي المسئولية أو الدعوى غير المباشرة أو تكون بينهما مباشرة على أساس المسئولية التقصيرية.

١٠ أما الفقه الحديث، فيرى أن إنكار العلاقة العقدية المباشرة يؤدي إلى الخيرة بين المسئوليتين وهو مبدأ منتقد قانوناً كما أنه يؤدي إلى هدم القوة الملزمة للعقد، ويؤدي إلى إهدار قيمة النصوص التشريعية المقررة للعلاقة العقدية، ولذلك فإنهم يقرون بعلاقة عقدية مباشرة بين أطراف المجموعة العقدية، ويقولون أن هذا لا يتنافى مع مبدأ نسبية أثر التصرفات، حيث يفسرون ذلك المبدأ تفسيراً موضوعياً ليشمل أطراف المجموعة العقدية، ويجعلون الغيرية صفة لكل من لم يساهم في تكوين عقود المجموعة العقدية ككل لا كعقود منفردة، وهو الراجح لما لذلك من أهمية وللصعوبات الناتجة عن انكار العلاقة العقدية المباشرة، والقانون اليمني وإن كان قد اعترف بصور المجموعة العقدية إلا أنه انكر العلاقة العقدية المباشرة بين أطرافها.

١١ أن أساس إقرار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية تقوم على فكرة التوازن العقدي بين الأطراف، وتكمن أهمية إقرار العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية في كونها تؤدي إلى حماية أطراف المجموعة العقدية من تحاشي إعسار المدين وتجنب مزاحمة الدائنين، كما تؤدي إلى حماية المبادئ والقواعد القانونية كالقوة الملزمة للعقد، ومبدأ عدم جواز الخيرة بين المسئولين العقدية والتقصيرية، كما تؤدي إلى توحيد القواعد القانونية المنظمة للرجوع بين الأطراف.

١٢ أن الفقه الحديث المقر للعلاقة العقدية المباشرة بين أطراف المجموعة العقدية اختلف حول مدى تلك العلاقة فبينما يرى البعض أنها تقتصر على دعوى التعويض فحسب ولا يدخل فيها دعوى التنفيذ ولا الفسخ لما لذلك من الصعوبات، أما الفقه الراجح فإنه يجعلها علاقة عقدية كاملة، وبالتالي فإنه يحق للدائن ممارسة كافة حقوقه العقدية ومنها دعوى الفسخ، كما أن دعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية يجب أن تقتيد بضابطين: الأول ما اتجهت إليه إرادته هو التقييد بالتزامات الطرف المسئول، حيث لا يلتزم شخص بأكثر مما التزم به وأن هذا يجب أيضاً أن يكون مقيداً بمدى حقوق الطرف المضرور، حيث لا يجوز للشخص أن يأخذ أكثر من حقه وهذا ما أخذ به القانون اليمني أيضاً.

١٣ - أن محل الفسخ في كل من القانونين المصري واليميني هو العقد الصحيح الملزم للجانبين، وهنا يشترط أن يكون العقد الصحيح من العقود المالية الداخل تحت دائرة القانون الخاص، ويدخل في صورة العقود الملزمة للجانبين كافة العقود سواء كانت فورية أو زمنية محددة أو غير محددة أو كاشفة للحق أو منشئة له رضائية أو شكلية.. الخ.

١٤ - اتفاق كل من القانونين المصري واليميني في أن شرط الفسخ الراجع إلى واقعة عدم الوفاء بالالتزامات، هو وقوع عدم التنفيذ وان يكون غير مشروع أما إذا كان مشروعاً كما في حالة الظروف الطارئة ونحوه، فإنه لا يجوز الفسخ هنا، ويدخل في عدم التنفيذ حالة استحالة التنفيذ سواء كانت مادية كالهلاك أو معنوية كاستحقاق الغير له وعدم التنفيذ لا يكون سبباً للفسخ إلا إذا كان ذا أهمية ولو كان عدم التنفيذ جزئياً أو كان التنفيذ معيماً أو كان عدم التنفيذ في التزام ثانوي أو كان التنفيذ متأخراً.

١٥ - اتفاق كل من القانونين المصري واليميني في أن عدم التنفيذ السابق كشرط للفسخ يجب أن يكون بسبب المدين لا بسبب القوة القاهرة ويجب هنا أن يعذر الدائن المدين بالتنفيذ قبل المطالبة بالفسخ والمدين خيار تفادي الفسخ قبل الحكم النهائي به في الفسخ القضائي أو قبل وقوعه في الفسخ الاتفاقي بالمطالبة القضائية من الدائن ولا يكون بسبب الدائن، ويشترط في الدائن هنا أن يطالب بالفسخ وأن يكون قد نفذ التزامه هو أولاً، فلا يصح أن يمنع عن التنفيذ ثم يطالب هو بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه إلا إذا كان ذلك بوجه حق كما إذا استعمل حق حبس العين المبيعة لحين استيفاء الثمن، كما يكون للدائن هنا خيار التراجع عن الفسخ قبل الحكم به أو قبل وقوعه في حالة الفسخ الاتفاقي.

١٦ - أن الفسخ لا يقع بمجرد وجوده كما إذا كان إذا وقع عدم التنفيذ من المدين بضوابطه السابقة، بل إنه لا بد أن يطلبه الدائن قضائياً فيما يعرف بدعوى الفسخ، ويكون هذا من الدائن أو خلفه العام أو الخاص أو الدائنين أو الولي الاتفاقي كالوكيل أو الولي القانوني كالوصي وسنديك التفليسة... الخ، وللقاضي سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ أو منح المدين مهلة قضائية والتحقق منه في حالة الفسخ القضائي ويكون حكمه منشئاً له، أما في الفسخ الاتفاقي فلا تكون له سلطة التقديرية إلا في التأكد من وقوعه في حدود اتفاق المتعاقدين وتنقضي دعوى الفسخ بتنازل الدائن قبل وقوعه بالحكم النهائي فيه في الفسخ

القضائي أو قبل المطالبة به في الفسخ الاتفاقي، كما تنقضي دعوى الفسخ بالتقادم وهي خمس عشرة سنة في القانون المصري، وخمس وعشرون سنة في القانون اليمني.

١٧ اتفاق كل من القانونين المصري واليمني في أن أثر وقوع الفسخ هو انحلال العقد وزواله بأثر رجعي في العقود الفورية لا العقود الزمنية، فيكون أثر الانحلال في المستقبل فقط، وينتج عن وقوع الفسخ بأثر رجعي عودة المتعاقدين إلى الحالة قبل العقدية فيلتزم كل متعاقد برد ما كان استلمه قبل الفسخ ويرد أيضاً ثماره وفوائده القانونية، ويسري ذلك أيضاً على الغير إذا كان التصرف إليه بعمل من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة فلا يسري أثر الفسخ عليه، كما أن الغير لا يسري عليه أثر الفسخ إذا كان من أعمال التصرف و كان محل الفسخ منقولاً واحتج هذا الغير بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، إذا كان حسن النية، وفي العقار إذا سجل الغير التصرف في العقار قبل تسجيل دعوى الفسخ، وأخيراً فإن للدائن أن يطالب بالتعويض عن الفسخ ويكون ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية.

١٨ أن عقد البيع في إطار المجموعة العقدية في القانونين المصري واليمني يتمثل في مجموعة من عقود البيع تعاقبت على عين واحدة، ومتى كانت تلك العقود صحيحة، نتجت بين أطرافها علاقة عقدية مباشرة، فيحق للمشتري الأخير مطالبة البائع الأول بفسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية عند إخلال بالتزامه بتسليم المبيع أو ضمان التعرض أو ضمان العيوب الخفية، ويحق أيضاً للبائع الأول مطالبة المشتري الأخير بفسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية، عند إخلاله بالتزامه بتسليم الثمن أو تسلم المبيع، ويشترط في هذا نفس الضوابط السابقة في الأحكام العامة لفسخ العقد من إعدار المدين ووفاء الدائن وأن يكون الإخلال بغير حق، وينتج عن فسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية، انحلالها بأثر رجعي وعودة كل متعاقد إلى الحالة قبل العقدية، ويلتزم كل متعاقد برد ما استلمه قبل الفسخ.

١٩ أن عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية يتمثل في مجموعة من عقود الإيجار من الباطن توالى على عين واحدة، ينتج عنها قيام علاقة عقدية مباشرة بين أطراف تلك العقود، فيحق للمستأجر من الباطن المطالبة بفسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية عند إخلال المؤجر الأصلي بالتزاماته بتسليم العين المؤجرة وصيانتها و ضمان التعرض و ضمان العيوب الخفية، وبالمقابل فإنه يحق للمؤجر الأصلي مطالبة المستأجر من الباطن بفسخ عقد

الإيجار في إطار المجموعة العقدية عند إخلاله بالتزامه بدفع الأجرة والمحافظة على العين المؤجرة، وينتج عن فسخ عقد الإيجار من الباطن، بدون أثر رجعي، والمشرعان المصري واليميني وإن اعترفا بعقد الإيجار من الباطن إلا أنهما لم يعترفا بعلاقة عقدية مباشرة بين أطرافه، إلا أن القانون المصري أقر- على سبيل الاستثناء- بعلاقة مباشرة بين المؤجر الأصلي والمستأجر من الباطن في مطالبة هذا الأخير بالتزامه بدفع الأجرة .

٢٠. أن عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية يتمثل في مجموعة من عقود المقاولة من الباطن ترابطت بقصد تحقيق هدف مشترك وهو تنفيذ عقد المقاولة الأصلي وينتج عنه قيام علاقة عقدية مباشرة بين أطراف تلك العقود، فيحق بالتالي لرب العمل المطالبة بفسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية عند إخلال المقاول من الباطن بالتزامه بإنجاز العمل وتسليمه وضمائه، وبالمقابل فإنه يحق للمقاول من الباطن مطالبة رب العمل بفسخ عقد المقاولة من الباطن عند إخلال رب العمل بالتزامه بتمكين المقاول من إنجاز العمل وإخلاله بتسليم العمل وتقبله ودفع الأجرة، والمشرعان المصري واليميني وإن اعترفا بعقد المقاولة من الباطن إلا أنهما لم يعترفا بعلاقة عقدية مباشرة بين أطرافه، إلا أن القانون المصري أقر بعلاقة مباشرة- على سبيل الاستثناء- بين المقاول من الباطن ورب العمل الأصلي في مطالبة هذا الأخير بالتزامه بدفع الأجرة .

ب- التوصيات والمقترحات:

١. يوصى الباحث المشرع اليمني بعدم الإسراف في تغيير القانون المدني الذي يعد أصل القوانين، كما نوصي أيضاً المشرع اليمني عند وضع القوانين أن تكون المواد في نصوص عامة ويكون تحتها الأحكام الفرعية في فقرات وإذا دعت الحاجة للتعديل فإنه يكون ذلك في أرقام الفقرات ولا يتعدى أرقام المواد حتى لا يحصل فيها تغيير، يوصي الباحث المشرعين المصري واليميني، بضرورة الرجوع إلى مبادئ وقواعد الفقه الإسلامي، بمدارسه المختلفة فهو فقه عظيم مبني على مصالح الناس ودفع الضرر عنهم، لاسيما القانون اليمني الذي نصت على كونه الفقه الإسلامي المصدر الأول الذي يتم الرجوع إليه عند عدم وجود نص قانوني، ولا بأس في الاستفادة من القوانين الحديثة في الأمور المستحدثة بشرط ألا تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها .

٢. خصي المشرعين المصري واليميني بالأخذ بمفهوم المجموعة العقدية والتي تدخل في المفهوم الموضوعي لمبدأ نسبية أثر التصرفات بجعل العلاقة العقدية المباشرة بين أطراف

المجموعة العقدية في عقد الإيجار من الباطن خاصة بين المستأجر من الباطن والمؤجر الأصلي في حدود الالتزام بدفع الأجرة كما في المادة (١/٥٩٦) مدني مصري، ومثلها أيضاً في عقد المقاولة من الباطن، نوصي بعدم قصر العلاقة العقدية المباشرة بين المفاوض من الباطن ورب العمل في المطالبة بالأجرة، كما في المادة (٦٦٢) مدني مصري ، ولذا نوصي المشرع المصري بتعديل النصوص السابقة هكذا: "يكون للمستأجر من الباطن تجاه المؤجر كافة الحقوق العقدية التي للمؤجر الأصلي في العقد الذي شارك فيه وبشرط ألا يزيد بذلك عن حقوقه في العقد الذي شارك فيه والعكس" ومثله أيضاً المفاوض من الباطن.

٣ وكذلك نوصي المشرع السابق بالأخذ بالمفهوم السابق للمجموعة العقدية بما تتضمنه من حقوق عقدية مباشرة بما فيها الفسخ، ولذا نوصي بإضافة النصوص القانونية السابقة المؤيدة للمجموعة العقدية، كما نوصي المشرع اليمني بجعل التعاقد من الباطن في عقد الإيجار هو الأصل والمنع هو الاستثناء، ولا بأس أن يستثني عقد إيجار المباني السكنية على اعتبار أنه قائم على اعتبار شخصي، وذلك لظروف البيئة اليمنية.

٤ وأخيراً فإننا نوصي الفقه القانوني في كل من مصر واليمن، بالمناداة بفكرة مفهوم المجموعة العقدية، وما يتضمنه عليه من علاقة عقدية مباشرة بين أطرافها تشمل كافة الدعاوى العقدية المباشرة من مسئولية وتنفيذ وفسخ، كما ندعو أيضاً القضاء في البلدين إلى الأخذ بالمجموعة العقدية وذلك لأهميتها السابقة.

W

أولاً: المراجع في الفقه الإسلامي^(١١٣):

□ المراجع في فقه الكتاب:

- الجصاص : أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- محمد فؤاد عبد الباقي: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- محمد علي السائيس : تفسير آيات الأحكام، دار ابن كثير، دمشق، ط ٣، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

□ المراجع في فقه السنة :

- البخاري : الجامع الصحيح للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، مطبوعات المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م.
- الترمذي : سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، دار الفكر، بيروت.
- ابن الديبع : عبد الرحمن ابن الديبع، تيسير الأصول إلى جامع الأصول من حديث الرسول، مكتبة دار التراث، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- الشوكاني : محمد علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار المستقبل، دار الإمام مالك، الجزائر، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- فنسك : مفتاح كنوز السنة، نقله إلى العربية محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث القاهرة، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- مسلم : صحيح مسلم، أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ط ١، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.

□ المراجع في الفقه الحنفي:

(١١٣) سيتم هنا ترتيب المراجع الشرعية في التراث الإسلامي حسب اسم الشهرة بدون الـ أب أو ابن.

- المرغيناني : برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدى، مطبعة مصطفى إلياس الحلبي بمصر، بدون تاريخ نشر.
- الزيلعي : فخر الدين عثمان بن علي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثامنة، بدون تاريخ نشر.
- السرخسي : شمس الدين أبو بكر محمد سهل، المبسوط، دار الفكر، بيروت، ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م.
- ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنويه الأبصار، المشهورة بحاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- علي حيدر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- الكاساني : علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- مجلة الأحكام العدلية: وهي التقنين المدني العثماني وضعه مجموعة من علماء الدولة العثمانية على مذهب أبي حنيفة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- ابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ نشر.
- * البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، دار المعرفة- بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- ابن الهمام : كمال الدين عبد الواحد، شرح فتح القدير على الهداية، مطبعة مصطفى الحلبي، بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م.

□ *المراجع في الفقه المالكي:

- ابن جزئ : محمد أحمد بن جزئ، القوانين الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- الدسوقي : شمس الدين محمد أحمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

- ابن رشد : محمد أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- الرعيني : محمد محمد الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- الصاوي : أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ نشر.
- القرافي : شهاب الدين أحمد ابن إدريس، الفروق، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- المالكي : أحمد بن غنيم سالم، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

□المراجع في الفقه الشافعي:

- البكري : أبي بكر السيد البكري، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر - بيروت، بدون دار نشر ولا تاريخ.
- الجمل : حاشية الجمل على شرح المنهاج، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر.
- الخطيب : محمد الشرييني الخطيب، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.
- الزركشي : بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المنشور في القواعد، طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت.
- السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- الغمراوي : محمد الزهري الغمراوي، أنوار المسالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية، ١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م.
- قليوبي : شهاب الدين أحمد بن أحمد، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- النووي : أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، الطبعة الثامنة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
- * المجموع شرح المذهب، مطبعة التضامن، مصر، ١٣٤٨هـ.

□ المراجع في الفقه الحنبلي:

- البهوتي : منصور يونس إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ابن تيمية : تقي الدين أحمد ابن تيمية، نظرية العقد، مركز الكتاب للنشر، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- ابن رجب : أبي الفرج عبد الله ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الجيل - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ابن قدامة : موفق الدين ابن قدامة المقدسي، الكافي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٤٠٨هـ - ١٩٩٨م.
- - : أبي عبد الله محمد عبد الله ابن أحمد بن محمود بن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، مطبعة دار المنار، بمصر، ١٣٦٧هـ.
- المرداوي : أبي الحسن علي بن سلمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- ابن مفلح : أبي إسحاق إبراهيم محمد عبد الله المؤرخ، المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- المقدسي : بهاء الدين إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

□ المراجع في الفقه الظاهري:

- ابن حزم : الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلي، دار الجيل، بيروت، بدون تاريخ نشر.

□المراجع في الفقه الزيدي:

- المرتضى : أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٣١٤هـ - ١٩٧٥م.
- السرحي : عبد الله السرحي، تيسير المرام في مسائل الأحكام للباحثين والحكام بالاشتراك مع علي الأنسي، وقاسم إبراهيم، طبعة المعهد العالي للقضاء في الجمهورية اليمنية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- الشوكاني : محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- العنسي : أحمد بن قاسم العنسي، التاج المذهب لأحكام المذهب، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م.
- ابن مفتاح : أبو الحسن عبد الله بن مفتاح، المنتزع المختار من الغيث المدرار، المعروف بشرح الأزهار، مكتبة غمضان، صنعاء، بدون تاريخ نشر.

□المراجع في الفقه الإمامي:

- الحلي : يحيى سعد الحلي، الجامع للشرائع، دار الأضواء، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- العاملي : محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، دار التراث، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- النجفي : محمد حسين النجفي، جواهر الكلام في شرائع الإسلام، مؤسسة المرتضى العالمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- الدكتور معروف الحسيني: نظرية العقد في الفقه الجعفري.

□المراجع في الفقه الإباضي:

- أطفيش : محمد يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، جدة، الطبعة الثالثة، ١٤١٥هـ - ١٩٨٥م.
- النزوي : أبو بكر السمندي النزوي، المصنف، مطبوعات وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، مطابع سجل العرب، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

□مراجع حديثة في الفقه الإسلامي:

- د. حلمي عبد الرؤوف محمد عبد القوي: فقد الأهلية وأثره على الحقوق والالتزامات في الفقه الإسلامي، دار حسام للطباعة، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- سيد عبد الله على حسين: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- د. عبد الحميد البعلي: الاستثمار والرقابة الشرعية، مطبوعات بنك فيصل، قبرص.
- * ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، مكتبة وهبه، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن الهيثم، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- د. عبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود، مطبعة مقهوي، الكويت، ١٩٨٥م.
- د. عبد العزيز سمك: الفرق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار الثقافة الوطنية، القاهرة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- د. عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة عشر، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- د. على أحمد القليص: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.
- محمد أبو زهرة : أصول الفقه، بدون دار نشر ولا تاريخ.
- * الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- د. محمد أحمد مكين: النظريات الفقهية في الفقه الإسلامي، مكتبة وهبه، القاهرة، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- د. محمد بكر إسماعيل: القواعد الفقهية، دار المنان، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- د. محمد سلام مذكور: أحكام المعاملات في المذهب الحنبلي، مكتبة دار التراث، القاهرة، الطبعة الثامنة، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- د. محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.

- د. محمد عبد المنعم حيشي: التعدي على المنافع في الشريعة والقانون، مكتب الرسالة، القاهرة، ١٩٩٨م - ١٩٩٩م.
- د. محمد على محجوب: الأسرة في التشريع الإسلامي والقوانين التي تحكمها في مصر، ١٩٩٤م - ١٩٩٥م، بدون دار نشر.
- د. محمد محمد فرحات: أصول الفقه، دار نصر القاهرة، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣م.
- * المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مكتب الرسالة الدولية، القاهرة، ١٩٩٩م - ٢٠٠٠م.
- د. محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م.
- د. محمد نبيل سعد الشاذلي: نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- د. محمد يحيى مطهر: أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري، القاهرة - دار الكتاب اللبناني، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- د. محمد يوسف موسى: الفقه الإسلامي، مدخل لدراسته، ونظام المعاملات فيه، دار الكتب الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٤م.
- د. محمود بلال مهران: نظرية الحق في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- د. مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار الفكر، دار المؤرخ العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- د. وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- د. يوسف قاسم: المبادئ العامة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

ثانياً: المراجع القانونية:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي الناشر سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٨٣م.

- د. إبراهيم سيد أحمد: العقود الواردة على عمل عقد المقاوله، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
- د. إبراهيم المنجي: دعوى الرجوع، منشأة المعارف، بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- د. أحمد بدر : ضمان مخاطر المنتجات الطبية (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة.
- د. أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، الطبعة الثانية، ١٩٥٤م.
- د. أحمد السيد الصاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- * نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع، دار النهضة العربية، القاهرة.
- د. أحمد شرف الدين: نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ٢٠٠٣م.
- د. أحمد شوقي عبد الرحمن: البحوث القانونية في مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢م.
- د. أحمد عبد العال أبو قرين: الأحكام العامة لعقد المقاوله، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣م.
- * المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاوله في مجال المنشآت المعمارية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، بدون دار نشر.
- د. أحمد محمود سعد: شرح أحكام قانون إيجار الأماكن، دراسة مقارنة في القانون المصري واليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- * مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري واليمني (دراسة مقارنة)، الكتاب الأول العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- * مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

- د. أحمد المليجي: أعمال القضاة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، بدون تاريخ نشر.
- د. السيد عيد نائل: عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م
- د. أنور العمروسي: الدعاوي المسماة في القانون المدني، دار الفكر الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
- د. أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- د. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام في أحكام الالتزام، ١٩٨٥م، بدون دار نشر.
- * النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون تاريخ نشر.
- د. توفيق السويدي: حقوق الرومان، بدون دار نشر ولا تاريخ نشر.
- د. جابر محجوب على: المسؤولية التقصيرية للمنتجين والموزعين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.
- * النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م.
- * النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م.
- * بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦م.
- * شرح العقود المدنية: عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م.
- د. حسن أبو النجا: المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٨٩م.

- د. حسن عبد الباسط جميعي: مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعينة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: التأمينات العينية في القانون المدني المصري، ٢٠٠٢-٢٠٠٣م، بدون دار نشر.
- * النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الإدارية للالتزام، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠م، بدون دار نشر.
- * شرح قانون العمل، ١٩٩٥م، بدون دار نشر.
- * عقد الإيجار في القانون المدني في قوانين إيجار المباني، دار أبو المجد، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠١م، ٢٠٠٢م.
- * عقد البيع، مطبوعات جامعة الكويت، بدون تاريخ نشر.
- د. حلمي بهجت بدوي: أصول الالتزامات، الكتاب الأول في نظرية العقد، مطبعة نوري بالقاهرة، ١٩٤٣م.
- د. حمدي عبد الرحمن: مدخل القانون ونظرية الحق، مكتبة عين شمس، بدون تاريخ نشر.
- * الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول المصادر الإدارية للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٩٩م.
- د. رأفت حماد: المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني المصري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- د. رمضان أبو السعود: أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- * العقود المسماة عقد الإيجار، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٦م.
- * شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، ٢٠٠٠م.
- * مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦م.
- د. سعد محمد سعد: الوجيز في النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول المصادر، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، الطبعة الثامنة، ٢٠٠٣م.

- د. سعيد جبر : المدخل لدراسة القانون اليمني، الجزء الثاني، نظرية الحق، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- * المدخل لدراسة القانون اليمني، الجزء الأول، نظرية القانون، ١٩٨٧م.
- * عقد الإيجار، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- د. سعيد خالد الشرعبي: الموجز في أصول قانون القضاء المدني اليمني، مركز الشرعبي للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- د. سليمان مرقس: أحكام الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية
- * الوافي في شرح القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، مكتبة صادر - بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧م.
- د. سمير تناغو : نظرية الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- سمير عبد السميع سليمان الأودن: مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- د. سمير كامل: الوجيز في الأحكام العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
- * دروس في مقدمة القانون، جامعة القاهرة.
- د. سهيل حسين الفتلاوي: القانون الدولي الخاص، ١٩٩٥م، بدون دار نشر.
- د. شفيق شحاته : نظرية الالتزامات في القانون الروماني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- د. صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٥م.
- د. صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٢١.
- د. طلبه وهبة خطاب: أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٩٨٣م.
- * عقد الكفالة، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٨٧م.
- * النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المجد، القاهرة، ٢٠٠٢، ٢٠٠٣م

- د. عادل إبراهيم : الوجيز في الالتزامات والعقود التجارية، مطبعة النسر الذهبي، ٢٠٠٢م.
- د. عادل بسيوني: مصادر القانون ونظمه في مصر الإسلامية، مطبعة الإيمان، مصر، ٢٠٠١م.
- د. عادل حسن على: الإثبات - أحكام الالتزام، ٢٠٠٠م.
- د. عباس الصراف: شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة)، دار البحوث العلمية، الكويت، الطبعة الأولى، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- د. عبد الحكم فوده: النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعة، ١٩٩٦م.
- * إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- د. عبد الحميد الشواربي: فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧م.
- د. عبد الحميد عثمان الحفني: المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، نهضة مصر، ١٩٥٤م.
- د. عبد الرحمن عياد: أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، المكتب المصري، الإسكندرية، ١٩٧٢م.
- د. عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد: عقد المقاول، إصدارات جامعة الإمام محمد بن سعود، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- د. عبد الرحمن محمد عبد الله شمسان: أحكام المعاملات التجارية، عمليات البنوك التجارية في القانون التجاري اليمني، بدون دار نشر ولا تاريخ نشر.
- د. عبد الرزاق السنهوري: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة لجنة التأليف والنشر، القاهرة، ١٩٣٨م.
- * الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف - إسكندرية، ٢٠٠٣م.
- * نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ نشر.

- د. عبد الرزاق حسن فرج: الالتزام بصيانة العين المؤجرة، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، بدون تاريخ نشر.
- * عقد الإيجار، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، بدون دار نشر.
- د. عبد الرزاق حسين يس: المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، ومقاول البناء، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م.
- د. عبد الرشيد مأمون: المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م.
- د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإدارة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ١٩٨٤م، بدون دار نشر.
- د. عبد الله عبد الله العلفي: أحكام عقد الإيجار في القانون المدني اليمني، دار الفكر المعاصر، صنعاء، الطبعة السادسة، ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦م.
- * أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، ط ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، بدون دار نشر.
- د. عبد الله مبروك النجار: العقود المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢م.
- د. عبد الله محمد المخلافي: المدخل لدراسة القانون اليمني، مطابع دار الشوكان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- د. عبد المجيد الحفناوي: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٢م.
- د. عبد المنعم البدرابي: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة النسر الذهبي، ١٩٨٣م.
- * مبادئ القانون الروماني، بالاشتراك مع د. محمد بدر، مطابع دار الكتاب العربي، بمصر، ١٩٥٤م.
- * الوجيز في عقد البيع، مطبعة النسر الذهبي بالقاهرة، ١٩٨٣م.
- د. عبد المنعم الصدة: محاضرات في عقد الإيجار، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، ١٩٥٥ - ١٩٥٦م.
- * مصادر الالتزام، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، بدون تاريخ نشر.

- د. عبد المنعم درويش: الوجيز في القانون الروماني، الجزء الأول، النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م.
- د. عبد الواحد الزنداني: السير والقانون الدولي، آفاق للطباعة والنشر، صنعاء، بدون تاريخ نشر.
- د. عبد الودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م.
- د. عدنان السرحان: شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الحقوق الشخصية والالتزامات بالاشتراك مع د. نوري خاطر، بدون دار نشر ولا تاريخ نشر.
- د. على نجيدة : النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥م.
- * الوجيز في عقد البيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١م، بدون دار نشر.
- د. فائز الخوري: مقابلة بين الحقوق الرومانية والحقوق الإسلامية والفرنسية والإنكليزية، المطبعة الحديثة بدمشق، ١٩٢٤م.
- د. فايز نعيم رضوان: الوجيز في القانون التجاري، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، بدون دار نشر.
- د. فتيحة قرّة: أحكام عقد المقاوله، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٢م.
- د. فيصل ذكي عبد الواحد: المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، دار الثقافة الجديدة، القاهرة، ١٩٩١ - ١٩٩٢م.
- * الوجيز في عقد البيع وفقاً للقانون المدني المصري، دار نصر للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي: عقد المقاوله في التشريع المصري والمقارن، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١م.
- د. محسن جازع : عقد إيجار المباني في القانون المدني اليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.
- د. محمد إبراهيم دسوقي: القانون المدني - الالتزامات، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١م، بدون دار نشر.

- د. محمد أحمد برسيم: التقادم المسقط للحقوق والدعاوى بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م، بدون دار نشر.
- د. محمد أحمد عابدين: التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- * الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء الفقه والقضاء بالاشتراك مع د. محمود المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦م.
- د. محمد السعيد الرشيدى: موجز أحكام عقد البيع، ٢٠٠٢م، بدون دار نشر.
- د. محمد بدر: مبادئ القانون الروماني بالاشتراك مع د. عبد المنعم البدر، مطابع دار الكتاب العربي، بمصر، ١٩٥٤م.
- د. محمد حسين الشامي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني (المعاملات الشرعية)، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، الطبعة السادسة، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- * مذكرات في أحكام الالتزام، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثامنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- * نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- د. محمد حلمي عيسى: شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية والشرعية الإسلامية، مطبعة المعارف بمصر، ١٣٣٤هـ - ١٩١٦م.
- د. محمد سعد خليفه: العقود المسماة (البيع - التأمين - الإيجار)، ٢٠٠٣م، بدون دار نشر.
- د. محمد شتا أبو سعد: التقنين المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- د. محمد شكري سرور: شرح عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثامنة، ١٩٨٠م.
- * مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٨٣م.

* موجز أصول الإثبات في المواد المدنية التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.

• د. محمد عبد القادر الحاج: مسؤولية المنتج والموزع، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثامنة، ١٤٢٥هـ.

• د. محمد على الشرفي: شرح أحكام قانون العمل اليمني، أوان للخدمات الإعلامية، صنعاء، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣م.

• د. محمد على عمران: مبادئ العلوم القانونية، مطبوعات جامعة عين شمس، بدون دار نشر ولا تاريخ نشر.

• د. محمد فتح الله النشار: أحكام وقواعد عبء الإثبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

• د. محمد لبيب شنب: أحكام عقد المقاوله، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية ٢٠٠٤.

* الوجيز في شرح أحكام الإيجار، بالاشتراك مع د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مكتبة الترك، طنطا، ١٩٩٨ - ١٩٩٩م.

* الوجيز في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

* دروس في أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

• د. محمد محسن: محاضرات في الحقوق الرومانية، مطبعة الجامعة السورية، ١٩٣٥م.

• د. محمد منجي: دعوى التعويض، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣م.

• د. محمود السيد خيال: مبادئ القانون، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣م.

• د. محيى الدين إسماعيل علم الدين: نظرية العقد، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٧٦م.

• د. مصطفى الجارحي: عقد المقاوله من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٨٨م.

• د. مصطفى الجمال: أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر بالإسكندرية، ٢٠٠٠م.

* مصادر الالتزام للقانون المدني في ثوبه الإسلامي، مطبعة الفتح للطباعة والنشر بالإسكندرية، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر.

- د. مصطفى كامل كيرة: شرح قانون المرافعات الليبي، دار صادر، بيروت، ١٩٧٠م.
- د. معوض عبد التواب: المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الرابعة، ١٩٩٨م.
- د. نادية محمد معوض: الوجيز في القانون التجاري، ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥م، بدون دار نشر.

- د. نبيل إبراهيم سعد: أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٢م.
- * النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١م.
- * العقود المسماة، عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الثامنة، ٢٠٠٤م.

- د. نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- د. نزيه المهدي: نظرات في الاستخلاف الخاص، مذكرات مطبوعة على الآلة الكاتبة.

ثالثاً: الرسائل الجامعية:

- أحمد محمد محمود هيكمل: الحق في الحبس بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٠م.
- إسماعيل المحاقري: الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٦م.
- أشرف محمود محمد الخطيب: خيار النقد ومدى تطبيقاته في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٤١٨هـ - ١٩٩١م.
- بشار طلال أحمد مومني: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠٠٣م.
- ثروت فتحي إسماعيل: المسؤولية المدنية للبائع المهني "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٧م.

- جاسم على سالم: ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دراسة مقارنة "القانون المدني المصري وقانون دولة الإمارات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- جلال الدين محمد حسن صبره: الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير في العقود في القانون المدني المصري والفرنسي "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط.
- جمال الدين محمد محمود: سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- حسب الرسول الفزاري: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٩م.
- حسن العنسي: دور الإدارة المنفردة في نقض العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- حسن على الذنون: النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، بجامعة فؤاد الأول، ١٣٦٤هـ - ١٩٤٦م.
- حمد الله سيد جان: فسخ عقود المعاملات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- خالد مصطفى الخطيب: المسؤولية العقدية بين الإبقاء والإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥م.
- خليل أحمد حسن قدامة: أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٣م.
- رمضان محمد محمد عبد العال: فسخ الإيجار لإساءة استعمال العين المؤجرة في القواعد العامة والتشريعات الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٩م.
- سالم أحمد على العوض: مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٨٨م.
- سيف الدين البلعاوي: جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ) دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مع المقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٨٢م.

- شفيق شحاته: النظرية العامة للالتزام في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٥٧م.
- صالح ناصر العتيبي: دور الشروط الجوهرية والثانوية في العلاقات العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠١م.
- عباس حسن الصراف: المسؤولية العقدية عن فعل الغير والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٥٤م.
- عبد الحميد على فوده: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٦م.
- عبد الحميد فهم أحمد الطنبولي: التصرف في حق الإيجار (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- عبد الرسول عبد الرضا محمد: الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٧٤م.
- عبد الله الخياري: نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة.
- عبد الله العلفي: أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٨٨م.
- عبد الوهاب على سعد الرومي: الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- فاطمة محمد الرزاز: نظرية الاستخلاف الخاص "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة.
- فوزية عبد العزيز طه: التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة مع القانون المدني المصري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة القاهرة.
- محمد جمال عطية: الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

- محمد حسين الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- محمد رفعت الصباحي إبراهيم: الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ١٩٨٤م.
- محمد عبد الحكم رمضان الخن: التزام البائع بضمان العيوب الخفية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ١٩٩٤م.
- محمد على الخطيب: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٢م.
- محمد محمد إسماعيل الغشم: إجازة التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون اليمني والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- محمد يحيى المطري: دور الحيابة في المنقول في القانون المدني المصري واليمني، دراسة مقارنة، كلية الحقوق - جامعة القاهرة.
- محمود محمد عبد النبي: اتجاهات الالتزام في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٧م.
- مصطفى كامل عصيمي: عقد المقاول من الباطن في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة أسيوط، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- مطهر محمد محب علامة: الالتزام برد غير المستحق في القانون المصري، دراسة مقارنة بالقانون اليمني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- نبيلة إسماعيل رسلان: النظرية العامة للعلاقات الثلاثية في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة طنطا.
- نبيل صابر فرج: حماية الخلف الخاص في التصرفات العقارية من زوال سند السلف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- هائل حزام مهيوب العامري: نظرية الإكراه في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة عدن، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

- هناء خيرى أحمد خليفه: المسؤولية المدنية في نطاق الأسرة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس.
- وليد محمد محمد النونو: العرف ودوره كمصدر للقانون اليمني، دراسة في تطور القانون المدني اليمني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٤٢٨هـ - ١٩٩٧م.
- يحي رزق الصرمي: سلطة القاضي في تفسير العقد في القانون المصري والقانون اليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

رابعاً: المقالات والبحوث:

- د. عبد الحي حجازي: مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، العدد الأول، يناير ١٩٥٩م، السنة الأولى، العدد الثاني يوليه ١٩٥٩م السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٦٠م، السنة الثانية، العدد الثاني يوليه ١٩٦٠ السنة الثامنة.
- د. عبد الوهاب على سعد الرومي: أساس إنفساخ العقد، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة السابعة العشرون، ٢٠٠٣م.
- د. محمد شتا أبو سعد: بحث في الإعذار، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد ٥٧ السنة ١٩٨٧م.
- د. مصطفى عامر حسين: حكم المقترض المماطل في الشريعة الإسلامية، مجلة كلية الشريعة والقانون، بطنطا، جامعة الأزهر، العدد ١٥، الجزء الأول، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- د. مصطفى عبد السيد الجارحي: فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، العدد ٥٦، ١٩٨٦م.
- د. ناصر بن محمد الجوفان: التعويض عن تفويت منفعة العقد سبب وجودها، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد ٦٥ السنة ١٧ شوال - ذو القعدة - ذو الحجة ١٤٢٥هـ، ديسمبر ٢٠٠٤، يناير - فبراير ٢٠٠٥.

- د. نزيه حماد: المفهوم الاصطلاحي للربا بين دلالات النصوص وتقسيمات الفقهاء، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرباط، العدد ٦٦، السنة ١٧، محرم- صفر- ربيع أول ١٤٢٦هـ، مارس - إبريل - مايو ٢٠٠٥.
- د. ياسر أحمد كامل الصيرفي: الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، العدد ٧١.

خامساً: المعاجم والموسوعات:

- د. إسماعيل سالم عبد العال: البحث الفقهي، مكتبة الزهراء، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- د. جابر جاد نصار: أصول وفنون البحث العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
- الرازي : زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- على محمد الجمعه: معجم المصطلحات الاقتصادية الإسلامية، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- الفيروزيادي : مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزيادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- الفيومي : أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ.
- د. قطب مصطفى سانو: معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- مجمع اللغة العربية - القاهرة: معجم القانون، المطابع الأميرية، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- المعجم الوسيط : دار إحياء التراث العربي، لبنان.
- ابن منظور : جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، بدون تاريخ نشر.
- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية : إصدار المعهد الدولي للبنوك والاقتصاد الإسلامي التابع للاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة،

- الجزء الخامس، الجزء الشرعي، المجلد الأول، الأصول الشرعية والأعمال
المصرفية في الإسلام، ط ١، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت.
 - موسوعة الفقه الإسلامي: المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، وزارة الأوقاف، جمهورية مصر العربية، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

سادساً: القوانين والأحكام والدوريات:

- تعريب القانون المدني الفرنسي: ترجمة رفاعة بك الطهطاوي، المطبعة الخديوية ببولاق، ١٢٨٣م.
- قانون الإصلاح الزراعي: القانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٥٢م المعدل بالقوانين ٤٥ لسنة ١٩٥٣، ٢٥٤ لسنة ١٩٥٥م، ٥٢ لسنة ١٩٦٦م.
- القانون المدني المصري: القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م، نشر بالوقائع المصرية، العدد ١٠٨ مكرر (١) الصادر في يولييه ١٩٤٨م.
- القانون المدني المصري: مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة دار الكتاب العربي، القاضي.
- القانون المدني اليمني القديم وزارة العدل في الجمهورية العربية اليمن، صدر بالقوانين رقم ١٠ لسنة ١٩٧٩م والقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٩م والقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٩م، والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣م، مطبوع مع المذكرة الإيضاحية.
- القانون المدني اليمني الملغى: الصادر بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م.
- القانون المدني الجديد: القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م، الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية في الجمهورية اليمنية، الجزء الأول، بتاريخ ٢١ صفر ١٤٢٣هـ- الموافق ١٥ إبريل ٢٠٠٢م.
- قوانين المحاكم المختلطة: سيد مصطفى بك، قوانين المحكمة المختلطة والقوانين المكملة لها، مطبعة نصر، القاهرة، ١٩٢٦م.
- لائحة ترتيب المحاكم الأهلية: الصادر في ٩ رمضان لسنة ١٣٠٠هـ - ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣، المطبعة الأميرية ببولاق، الطبعة الأولى، ١٨٩٦م.
- المبادئ القانونية والقضائية: د. حسن علي محلي، الصادرة من الدائرة التجارية من محكمة النقض بالجمهورية اليمنية، مكتبة خالد ابن الوليد، صنعاء، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: الرياض، المملكة العربية السعودية.

- مجلة الحقوق: جامعة الكويت.
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية: كلية الحقوق - جامعة عين شمس.
- مجلة القانون والاقتصاد: كلية الحقوق - جامعة القاهرة.
- مجلة كلية الشريعة والقانون: جامعة الأزهر - فرع، طنطا.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض: أحمد سمير أبو شادي، دار الكتاب العربي.
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض: أنور طلبه، من سنة ١٩٣١م.
- مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية التجارية، السنة السادسة والأربعون.
- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للدوائر المدنية والتجارية، ودائرة الأحوال الشخصية، إصدار محكمة النهضة المكتب الفني السنة ٤٥ والسنة ٤٧ والسنة ٤٨.
- الملاحظات القضائية في دعاوي: عدلي أمير خالد، منشأة المعارف بالإسكندرية.

سابعاً: المراجع الأجنبية:

- Boris Starckt, Heneri Roland, laurent Boyer: Dorit civil les obligations, 2. Contrat, 6 edition, lites. Paris, 1989.
- Cotraitnce et sous- traitance danc le batiment: <http://www.Editions-tissot.fr>.
- Francois Collart Dutilleul, philippe Dlebeque: contrats civils et commerciaux, 7 edition, Dalloz, 2004.
- Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome2, obligations, contrats speciaux, suretes, 11 edition, 2000, Dalloz
- Houtcieff: pour une indemnisation mesuree du prejudice subi parle sous- traitant en cas de manquement du maitre de louvrage alarticle 14-1
- De la loi du 31 decembre 1975 dall0z 16 . mai. 2002.
- Jacques Ghestin , Marc billiau ; Traite de dorit civil , les effects du contract, library Generale de dorit et de jurisprudence, paris, 1992
ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠١م - ١٤٢٠ هـ .
- Jean- Claude Montanier: le contrat, 2 edition, P.U.G, 1992.
- Jean- Clauis Auloy : le de contrat consommation, 3 edition, paris, 1992، . ٢٠٠٠ .
ترجمة حمد الله أحمد حمد الله، ٢٠٠٠ . ١٩٩٢ .
- Jean Marc Mousseron: Techniquecontractuelle, 2edition, francis, le febrvre, 1999.
- Joseph Emmanued , note, sous, cass. 3 civ 24 avr. 2003, J.C.P, ed. G. 2004.
- Loction direct: <http://www.netoin-ussociés>.
- Mirelle Bacache- Gibeili: larelativite des conventions et les groupes de contrats, L.G.D.J, 1998.

- Olivier Guerin, la responsabilité du maître de louage en matière de sous- traitance: l'article 14-1 de loi du 31 décembre 1975, <http://www.courdecassation.fr/>
- Le Paiement du sous- traitant, [http://www. Lemoniteur-expert.com](http://www.Lemoniteur-expert.com).
- PHillippe Delams: les articles juridiques, L.G.D.J, 2000.
- Seron. Kullmann: note sous, civ, 3, 13 décembre 1989, civ, 3. 28 mar, 1990, Dalloz, 1991
- Sous- traitance: <http://www.netoin-associes.com>
- Teyssie (B): les groupes, de contrats L.G.D.J, 1975.
- Xavier Henry: Code civil, édition, 2005.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	أ
الفصل التمهيدي نشأة الفسخ.	١
المبحث الأول : نشأة الفسخ في القانونين الروماني و الفرنسي.	٢
المطلب الأول: نشأة الفسخ في القانون الروماني	٣
المطلب الثاني: نشأة الفسخ في القانون الفرنسي	١٢
المبحث الثاني: نشأة الفسخ في القانونين المصري واليمني	٢٢
المطلب الأول: نشأة الفسخ في القانون المصري	٢٣
المطلب الثاني: نشأة الفسخ في القانون اليمني	٣٥
الباب الأول مفهوم فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية	٤٧
الفصل الأول : مفهوم فسخ العقد	٤٩
المبحث الأول: التعريف بفسخ العقد وتمييزه عن غيره	٥٠
المطلب الأول : التعريف بفسخ العقد	٥١
الفرع الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحاً	٥١
الفرع الثاني: تعريف الفسخ لغة	٥٤
الفرع الثالث: تعريف الفسخ اصطلاحاً	٥٥
المطلب الثاني : تمييز فسخ العقد عن البطلان	٦١
الفرع الأول: تمييز فسخ العقد عن البطلان المطلق	٦١
الفرع الثاني: تمييز فسخ العقد عن البطلان النسبي	٦٦
المطلب الثالث : تمييز فسخ العقد عن الإنفساخ وغيره	٧٠
الفرع الأول: تمييز فسخ العقد عن الانفساخ	٧٠
الفرع الثاني: تمييز فسخ العقد عن الدفع بعدم التنفيذ	٧٥
الفرع الثالث: تمييز فسخ العقد عن المسؤولية العقدية	٨٠
المبحث الثاني: صور الفسخ	٨٤
المطلب الأول: الفسخ القضائي	٨٥
الفرع الأول: ماهية الفسخ القضائي	٨٥
الفرع الثاني: أساس الفسخ القضائي	٨٨

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: الفسخ الاتفاقي	١٠٠
الفرع الأول: ماهية الفسخ الإتفاقي	١٠٠
الفرع الثاني: صيغة الفسخ الإتفاقي وصوره	١١٠
الفرع الثالث: أساس الفسخ الإتفاقي	١١٩
الفصل الثاني: مفهوم المجموعة العقدية	١٢٣
المبحث الأول: التعريف بالمجموعة العقدية وتمييزها عن غيرها	١٢٤
المطلب الأول: تعريف المجموعة العقدية	١٢٥
الفرع الأول: نشأة المجموعة العقدية	١٢٥
الفرع الثاني : ماهية المجموعة العقدية	١٣٢
المطلب الثاني : تمييز المجموعة العقدية عن غيرها	١٣٩
الفرع الأول : تمييز المجموعة العقدية عن العقود المشتركة	١٣٩
الفرع الثاني : تمييز المجموعة العقدية عن العقد المركب	١٤٠
الفرع الثالث : تمييز المجموعة العقدية عن التنازل عن العقد	١٤١
الفرع الرابع : تمييز المجموعة العقدية عن التبعية العقدية	١٤٢
المبحث الثاني : صور المجموعة العقدية	١٤٤
المطلب الأول : صورة توالي العقود على مال واحد	١٤٥
المطلب الثاني : صورة ترابط العقود بقصد تحقيق هدف مشترك	١٥١
الفصل الثالث : فكرة فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية	١٦٣
المبحث الأول : مدى جواز إقرار العلاقة العقدية المباشرة	١٦٤
المطلب الأول : موقف الفقه التقليدي	١٦٥
الفرع الأول : عرض موقف الفقه التقليدي	١٦٥
الفرع الثاني : حجج الفقه التقليدي في إنكار العلاقة العقدية المباشرة	١٧٣
الفرع الثالث : الصعوبات التي يثيرها موقف الفقه التقليدي	١٨٣
المطلب الثاني : موقف الفقه الحديث	١٨٥
الفرع الأول : عرض موقف الفقه الحديث	١٨٥
الفرع الثاني: موقف الفقه الحديث من علاقة مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية بالمجموعة العقدية	١٩٢

الموضوع	الصفحة
المطلب الثالث: موقف القانون اليمني	١٩٩
المبحث الثاني : أهمية إقرار العلاقة العقدية المباشرة وأساسها	٢٠٣
المطلب الأول : أهمية العلاقة العقدية المباشرة	٢٠٤
الفرع الأول : حماية أطراف المجموعة العقدية	٢٠٤
الفرع الثاني : احترام المبادئ والقواعد القانونية	٢٠٨
الفرع الثالث : وحدة القواعد القانونية في الرجوع بين الأطراف	٢١١
المطلب الثاني: أساس العلاقة العقدية المباشرة	٢١٦
الفرع الأول : حوالة الحق	٢١٧
الفرع الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير	٢١٩
الفرع الثالث: نظرية المستلزمات	٢٢٢
الفرع الرابع: فكرة المجموعة العقدية	٢٢٦
الفرع الخامس: فكرة التوازن العقدي	٢٢٧
المبحث الثالث: مدى جواز فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية وضوابطها	٢٢٩
المطلب الأول : مدى جواز الفسخ في إطار المجموعة العقدية.	٢٣٠
الفرع الأول : موقف الفقه التقليدي	٢٣١
الفرع الثاني : الفقه الحديث المعارض لدعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية	٢٣٤
الفرع الثالث : الفقه الحديث المؤيد لدعوى الفسخ في إطار المجموعة العقدية	٢٣٨
الفرع الرابع : موقف القانون اليمني	٢٤٢
المطلب الثاني : ضوابط الفسخ في إطار المجموعة العقدية	٢٤٤
الفرع الأول: التقيد بمدى التزامات الطرف المسئول (المدين)	٢٤٦
الفرع الثاني : التقيد بمدى حقوق الطرف المتضرر (الدائن)	٢٥٢
الفرع الثالث: موقف القانون اليمني	٢٥٨
الباب الثاني أحكام فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية	٢٦١
الفصل الأول أحكام وجود فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية	٢٦٣
المبحث الأول: محل فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية	٢٦٤
المطلب الأول: محل الفسخ (العقد الصحيح)	٢٦٥
الفرع الأول: كون العقد (محل الفسخ) صحيحاً	٢٦٦

الموضوع	الصفحة
الفرع الثاني: كون العقد (محل الفسخ) من العقود المالية في إطار القانون الخاص	٢٧١
المطلب الثاني : محل الفسخ (العقد الملزم للجانبين)	٢٨٥
الفرع الأول: معنى العقد الملزم للجانبين	٢٨٥
الفرع الثاني: صور العقد الملزم للجانبين	٢٩٤
المبحث الثاني : أحكام شروط فسخ العقد في عقود المجموعة العقدية	٣٠٦
المطلب الأول : شروط واقعة عدم الوفاء بالالتزامات	٣٠٧
الفرع الأول: وقوع عدم الوفاء بالالتزامات	٣٠٧
الفرع الثاني: صور عدم الوفاء بالالتزامات	٣١٩
المطلب الثاني: شروط المدين في الفسخ	٣٣٧
الفرع الأول : نسبة عدم الوفاء بالالتزام إلى المدين	٣٣٧
الفرع الثاني : استمرار عدم الوفاء إلى وقوع الفسخ	٣٤١
الفرع الثالث : إعذار المدين	٣٤٤
الفرع الرابع : موقف القانون اليمني	٣٤٧
المطلب الثالث : شروط الدائن في الفسخ	٣٥١
الفرع الأول : طلب الدائن للفسخ	٣٥٢
الفرع الثاني : وفاء الدائن بالتزاماته وقدرته على تنفيذ آثار الفسخ	٣٥٨
الفرع الثالث : موقف القانون اليمني	٣٦١
الفصل الثاني : أحكام وقوع فسخ العقد في إطار المجموعة العقدية	٣٦٥
المبحث الأول : دعوى الفسخ	٣٦٦
المطلب الأول : التعريف بدعوى الفسخ وطرفيها	٣٦٧
الفرع الأول: التعريف بدعوى الفسخ	٣٦٧
الفرع الثاني: طرفا دعوى الفسخ	٣٧٢
المطلب الثاني : سلطة القاضي في دعوى الفسخ	٣٨٦
الفرع الأول : سلطة القاضي في الفسخ الاتفاقي	٣٨٨
الفرع الثاني : سلطة القاضي في الفسخ القضائي	٣٩٩
المطلب الثالث : انقضاء دعوى الفسخ	٤٠٦

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول : انقضاء الفسخ بالتنازل	٤٠٧
الفرع الثاني : انقضاء الفسخ بالتقادم ومضي المدة	٤١٠
المبحث الثاني: آثار وقوع الفسخ	٤١٣
المطلب الأول: انحلال العقد والالتزام بالتعويض	٤١٤
الفرع الأول: انحلال العقد	٤١٤
الفرع الثاني: الالتزام بالتعويض	٤٢٣
المطلب الثاني : أثر انحلال العقد بالنسبة للمتعاقدين والغير	٤٣١
الفرع الأول: أثر انحلال العقد بالنسبة للمتعاقدين	٤٣١
الفرع الثاني: أثر انحلال العقد بالنسبة للغير	٤٣٩
الفصل الثالث : تطبيق فسخ العقد في عقود المجموعة العقدية	٤٤٧
المبحث الأول: فسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية	٤٤٨
المطلب الأول: فسخ عقد البيع بسبب إخلال البائع الأول بالتزاماته	٤٤٩
الفرع الأول: التعريف بعقد البيع في إطار المجموعة العقدية	٤٤٩
الفرع الثاني : إخلال البائع الأول بالتزاماته	٤٥٩
المطلب الثاني: فسخ عقد البيع بسبب إخلال المشتري الأخير بالتزاماته	٤٦٦
الفرع الأول: إخلال المشتري الأخير بالتزاماته	٤٦٦
الفرع الثاني: آثار فسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية	٤٦٩
المطلب الثالث: فسخ عقد البيع في إطار المجموعة العقدية في القانون اليمني	٤٧٤
المبحث الثاني: فسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية	٤٨٥
المطلب الأول: فسخ عقد الإيجار بسبب إخلال المؤجر الأصلي بالتزاماته	٤٨٦
الفرع الأول: التعريف بعقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية	٤٨٦
الفرع الثاني: إخلال المؤجر الأصلي بالتزاماته	٤٨٩
المطلب الثاني: فسخ عقد الإيجار بسبب إخلال المستأجر من الباطن بالتزاماته	٤٩٤
الفرع الأول: إخلال المستأجر من الباطن بالتزاماته	٤٩٤
الفرع الثاني: آثار فسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية	٤٩٧
المطلب الثالث: فسخ عقد الإيجار في إطار المجموعة العقدية في القانون اليمني	٥٠٠
المبحث الثالث: فسخ عقد المقاوله في إطار المجموعة العقدية	٥٠٦

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: فسخ عقد المقاولة بسبب إخلال المقاول من الباطن بالتزاماته	٥٠٧
الفرع الأول: التعريف بعقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية	٥٠٧
الفرع الثاني : إخلال المقاول من الباطن بالتزاماته	٥١١
المطلب الثاني: فسخ عقد المقاولة بسبب إخلال رب العمل الأصلي بالتزاماته	٥١٧
الفرع الأول: إخلال رب العمل الأصلي بالتزاماته.	٥١٧
الفرع الثاني : آثار فسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية	٥١٩
المطلب الثالث: فسخ عقد المقاولة في إطار المجموعة العقدية في القانون	٥٢١
اليمني	
الخاتمة	٥٢٧
قائمة المراجع	٥٣٩
فهرس المواضيع	٥٧٩