
اسم المقال: نظرية الجحود المبتسر للعقد وضرورة تقنينها في القوانين العربية (دراسة تحليلية في النظام الأنجلوسكسوني)
اسم الكاتب: عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي
رابط ثابت: <https://political-encyclopedia.org/index.php/library/8377>
تاريخ الاسترداد: 2026/05/13 13:21 +03

الموسوعة السياسية هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت. لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسية - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسية - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع <https://political-encyclopedia.org/terms-of-use>

مجلة جامعة الشارقة

مجلة علمية محكمة

للعلم
القانونية



المجلد 17، العدد 1
شوال 1441 هـ / يونيو 2020م

التقديم الدولي المعياري للدوريات 2616-6526

نظرية الجُحود المُبتَسَر للعقد وضرورة تقنينها في القوانين العربية: دراسة تحليلية في النظام الأنجلوسكسوني

عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي

كلية القانون - جامعة الشارقة

الشارقة - الإمارات العربية المتحدة

مكتب التميمي ومشاركوه للمحاماة والاستشارات القانونية

تاريخ القبول: 2016-11-23

تاريخ الاستلام: 2016-05-04

ملخص البحث:

إن نظرية الجحود المبتسر للعقد تُعد خروجًا عن القواعد التقليدية، وهي وليدة النظام الأنجلوسكسوني؛ إذ تمنح الدائن الحق في فسخ العقد قبل حلول أجل التنفيذ والمطالبة بالتعويض لما أصابه من ضرر، متى ما تبين أن المدين لن ينفذ إلتزامه بحلول الأجل من خلال إعلانه الصريح عن عدم رغبته في ذلك أو عدم قدرته، تبنت اتفاقية فيينا 1980م بشأن عقود البيع الدولي للبضائع هذه النظرية، كما نص عليها قانون التجارة الأمريكي الموحد 2002م.

الكلمات الدالة: الإخلال المُبتَسَر، الجحود المُبتَسَر، فسخ العقد، عدم التنفيذ.

التحلل من الرابطة العقدية قبل حلول الأجل المتفق عليه⁽¹⁾.

2. أهمية موضوع البحث: تظهر أهمية الموضوع من تتبع بعض الإشكاليات النظرية والعملية، نظرياً تتعارض فكرة الجحود المبتسر مع القواعد التقليدية والتي تقتضي حلول الأجل للنظر في عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته، ووقوع إخلال فعلي من جانبه⁽²⁾، وعملياً فإن الدائن الذي يُصرّح له مدينه بعدم رغبته أو قدرته على تنفيذ الالتزام بحلول أجله، فإن ذلك الدائن قد يُجنّب نفسه ببل والمدين ذاته- تأخر التنفيذ ويكسب وقتاً في البحث عن بدائل للتنفيذ ويدفع عن نفسه وعن مدينه ضرراً في الحال والمآل، إذ ما تحقق ما صرح به الأخير- وهو ما سوف يظهر لنا جلياً في التطبيقات القضائية، وللأهمية فقد طَبّق القضاء الأنجلوسكسوني هذه النظرية وطوّرها حتى انتقلت إلى عقود البيوع الدولية ونصّت أحكامها الاتفاقيات الدولية⁽³⁾.

3. خطة البحث: دراسة نظرية الجحود المبتسر للعقد نقسّمها كما يلي:

المبحث الأول: نشأة النظرية وتأصيلها القانوني، وفيه مطلبان، المطلب الأول: نشأة النظرية وتطورها، والمطلب الثاني: التأصيل القانوني للنظرية وتحديد نطاقها، المبحث الثاني: مقومات النظرية وأثارها القانونية، وفيه مطلبان، المطلب الأول: مقومات النظرية، والمطلب الثاني: الأثار القانونية المترتبة على تحقق الجحود المبتسر المبحث الثالث: بعض تطبيقات النظرية في القوانين العربية وعرضها على الفقه الإسلامي ومنهجية تقنينها، وفيه مطلبان، المطلب الأول: التطبيقات القانونية وعرض النظرية على قواعد الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني: منهجية تقنين النظرية.

4. منهج البحث: إن المنهج الاستقرائي هو المتبّع في استخراج مفردات البحث ومادته العلمية من المراجع، فضلاً عن المنهج الاستنباطي للوصول الى أحكام وقواعد النظرية من الأدلة التفصيلية والتطبيقات القضائية ومع اتباع المنهج المقارن بين القوانين ذات العلاقة.

(1) Janet O' Sullivan and Jonathan Hilliard, The Law of Contract, Sixth Edition, Oxford University Press, 2014, P369.

(2) راجع في تفصيل أحكام الفسخ وفقاً للقواعد التقليدية: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد 2، نظرية الالتزام بوجه عام، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2009م، ص782.

(3) راجع اتفاقية فينا 1980، وتحديد المادة (71) والتي تبنت فكرة الجحود المبتسر للعقد، وللتفصيل راجع خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا 1980م، ط2، 2001م، ص175 فقرة 251.

المبحث الأول: نشأة نظرية الجحود المُبتَسَّر للعقد وتأصيلها القانوني

5. بيان: للوقوف على نشأة نظرية الجحود المُبتَسَّر للعقد وتطورها، وكيفية تأصيلها قانونياً، نقسّم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول نتحدّث فيه نشأة النظرية وتطورها، ثم نخصّص المطلب الثاني لتأصيلها قانونياً.

المطلب الأول: نشأة النظرية وتطورها محلياً ودولياً

6. تحديد: نتناول نشأة نظرية الجحود المُبتَسَّر للعقد على الصعيدين المحلي والدولي في فرعين، الأول: فكرة الجحود المُبتَسَّر للعقد محلياً (النظام الأنجلوسكسوني) والثاني: فكرة الجحود المُبتَسَّر للعقد دولياً.

الفرع الأول: فكرة الجحود المُبتَسَّر للعقد محلياً

(النظام الأنجلوسكسوني)

7 - 1 نظرية الجحود المُبتَسَّر للعقد وليدة القضاء الأنجلوسكسوني: يتميز القضاء الأنجلوسكسوني- الإنجليزي تحديداً- بالقدرة على ولادة النظريات ومن هنا كانت ولادة النظرية وتبعه القضاء الأمريكي، بل وتبنتها بعض الدول ذات النظام القانوني المختلط مثل ماليزيا⁽¹⁾. وقامت النظرية على فكرة تجاوزت ما تتطلبه القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين وهو اشتراط وقوع الإخلال الفعلي من قبل المدين لمنح الدائن الحق في طلب فسخ العقد أو الامتناع عن تنفيذ التزاماته مؤقتاً، كل ذلك قبل حلول الأجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام متى ما صرح الدائن بعدم رغبته في التنفيذ أو عدم قدرته على ذلك⁽²⁾. وكانت القضية الشهيرة [Hochster v. De La Tour 1853] وُلادة لفكرة الجحود المُبتَسَّر للعقد على يد القضاء الإنجليزي، ومفادها أن المدّعي [Plaintiff] وهو السيد [Hochster] أبرم عقد عمل بتاريخ 12 أبريل 1852 مع المدّعى عليه [Defendant] للعمل مرشداً سياحياً على أن يبدأ سريان عقد العمل في الأول من يونيو 1852، إلا أنه وفي تاريخ 11 مايو 1852 أرسل رب العمل الى المدّعي وهو السيد [Hochster] خطاباً يفيد بأنه لم يعد راغباً في توظيفه، وفي اليوم التالي أي بتاريخ 12 مايو 1852 أقام المدّعي دعوى قضائية يطلب فيها فسخ العقد المبرم مع التعويض عن الإنهاء التعسفي لعقد العمل، وبالمقابل طالب المحامي برد الدعوى على أساس أن ميعاد تنفيذ العقد لم يحنّ وقته بعد، ومن ثمّ

(1) انظر: المادة (40) من قانون العقد الماليزي [Contract Law of Malaysia Act 136 - 1950]

(2) انظر: المادة (609) من القانون التجاري الأمريكي الموحد، والمادة (72/1) من اتفاقية فينا 1980 والتي نصت على أنه: «إذا تبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد أنّ أحد الطرفين سوف يرتكب مخالفةً جوهرية للعقد جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد.»

ينعدم سبب الدعوى مما يتوجب معه ردها، فقررت المحكمة فسخ العقد مع التعويض وتجاهل دفع المدعى عليه⁽¹⁾.

وفي قضية مماثلة قد تعد تطبيقاً آخر لفكرة الجحود المُبتَسَر للعقد وهي قضية [Avery v Bowden- 1856] ⁽²⁾ وتتخلص في أن السيد باودن استأجر سفينة السيد أفيري لشحن بضاعة وأن يكون التحميل في أوديسا [Odessa] خلال 45 يوم من تاريخ التعاقد، لاحقاً تلقى السيد أفيري من السيد باودن إخطاراً يفيد بعدم وجود بضاعة مُعدّة للشحن، وهنا كان من الممكن فسخ العقد ابتساراً قبل حلول الأجل، إلا أن مالك السفينة قرر الانتظار وإبقاءها في الميناء لحين إنتهاء 45 يوماً- مدة التنفيذ- على أمل ان يقوم السيد باودن بتنفيذ التزامه، إلا أنه وقبل إنتهاء المدة اندلعت حرب القرم [- The Crimean War October 1853 - February 1856] بين روسيا وانكلترا، وهنا فوت السيد أفيري على نفسه فرصة مقاضاة خصمه؛ لأن تنفيذ العقد أصبح خاضعاً لمبدأ استحالة التنفيذ [Frustration]⁽³⁾، تجدر الإشارة إلى أنه ووفقاً لقواعد الجحود المُبتَسَر للعقد فإن الطرف غير المقصّر [Innocent Party] لا يجبر على قبول الفسخ ابتساراً والذي يؤدي إلى إلغاء العقد، وله أن ينتظر الى حلول أجل التنفيذ ويبقى العقد سارياً، وعندها يطالب بالتعويض لعدم التنفيذ في تلك المرحلة⁽⁴⁾.

7 - 2 القانون الفرنسي لا يعرف فكرة الجحود المُبتَسَر للعقد: مما لاشك فيه هو نشأت وثبات نظرية الجحود المُبتَسَر للعقد في الأنظمة الأنجلوسكسوني المستندة إلى القانون العام [Common Law] والسوابق القضائية [Precedents] ⁽⁵⁾ إلا أن الأمر مغاير في الأنظمة القانونية التي تتبع منهج التقنين [Codification] اي ذات الصبغة اللاتينية وفي مقدمتها

(1) Jill Poole, Casebook contract law, oxford university press, 12 edition, 2014, P.350, 351.

(2) Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, Fourth Edition, 2003, P.250

(3) للمزيد حول تطبيقات (Frustration) في القانون الإنجليزي راجع

:Sir Guenter Treitel, The Law of Contract, eleventh Edition, Thomson Sweet & ax-well, London, 2003, P866.

(4) Richard Stone, the Modern Law of Contract, 6th Edition, Cavendish Publishing Limited, London, 2005, P.432. وراجع تفاصيل قضية [White & Carter Councils Ltd. V. McGregor- 1962 AC413, House of Lords] والتي تتعلق بعقد دعاية وإعلانات، ويظهر في القضية [Ewan Mc Kendrick, Contract Law, Text, Cases and Materials, Fifth Edition, Oxford University Press UK, 2012, P.802 - 803.] ما تقدم في المرجع التالي: وبوضوح الأثر المترتب على عدم قبول الجحود المُبتَسَر للعقد مع تعليق قضاة المحكمة على الحكم الصادر،

(5) للمزيد عن السوابق القضائية في القانون الإنجليزي راجع: روبرت كروس، السوابق القضائية في القانون الإنجليزي، ترجمة محمد الشيخ عمر، دار الجيل، بيروت، ط1، 1992.

نظرية الجُحود المُبتَسَر للعقد وضرورة تقنينها في القوانين العربية: دراسة تحليلية في النظام الأنجلوسكسوني (1-35)

القانون المدني الفرنسي، إذ لا يعرف فكرة الجحود المُبتَسَر من خلال نصوص قانونية واضحة تسمح للقضاء بتطبيقها. وعليه فإنه في ظل القانون المدني الفرنسي لا يحق للدائن المتضرر المطالبة بتعويض مترتب على الإنهاء أو الأضرار المتعلقة بتنفيذ عقد قبل حلول أجل تنفيذه، وهذه القاعدة تطبق في جميع الأحوال حتى لو أعلن المدين وبشكل صريح أنه خرق التزامه سواء من خلال التصريح بعدم رغبته أو إعلان عدم قدرته على تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقاً للعقد⁽¹⁾. وتبرير ذلك هو التعارض الصريح بين فكرة الجحود المُبتَسَر ونص المادة (1186) من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، ذلك أن القانون المذكور يميز بين وجود الالتزام من جهة وبين تنفيذه من جهة أخرى، إذ تستلزم المطالبة بالتنفيذ رفع دعوى قضائية وهو متعذر قبل حلول أجل التنفيذ⁽³⁾. إلا أن بعض التطبيقات القضائية لا تبدو بهذه الصرامة وتظهر ميلاً لفكرة الجحود المُبتَسَر للعقد، ومنها القضية التي عرضت على محكمة هارفرد التجارية بتاريخ 28 نوفمبر 1943 إذ استجابت المحكمة إلى طلب الدائن والمتضمن فسخ العقد بعد أن صرح المدين وقبل حلول الأجل المحدد للتنفيذ بعدم رغبته في التنفيذ، وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي معللاً ذلك بالقول: «إن الاعلان الصريح من قبل المدين بأنه لن ينفذ التزامه يعادل أو يوازي عدم تنفيذه للالتزام الناشئ عن العقد؛ لأن مثل ذلك التصريح يُعد خرقاً فعلياً للعقد المبرم»⁽⁴⁾.

كما وتبنت بعض التشريعات الأمريكية فكرة الجحود المُبتَسَر للعقد على شكل قانون مقنن، وهو توجيهات العقد الأمريكي [Restatement of the law of contract 1992] وفقاً للمادة (214) منه في العقد المتبادل إذ يُعد المدين قد ارتكب ما يعتبر جحوداً مبتسراً للعقد بمرر إعفاء الدائن (المتعهد له) من تنفيذ التزاماته وتمنحه الحق في رفع دعوى مباشرة وقبل نفاذ الالتزامات العقدية وفقاً لشروط معينة إذا ما قام المدين (المتعهد) بدون مسوغ قانوني ببعض التصرفات منها التصريح بعدم رغبته في التنفيذ⁽⁵⁾.

(1) Solene Rowan, Remedies for Breach of Contract, A comparative Analysis of the Protection of Performance, Oxford University Press, 2012, P92.

(2) وتنص المادة (1186) من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: «ما لا يستحق إلا في أجل معين، لا يمكن المطالبة به قبل حلول الأجل، ولكن ما تم دفعه مقدماً لا يمكن استرداده» والنص الفرنسي كما يلي: «Ce qui n'est dû qu'à terme, ne peut être exigé avant l'échéance du terme ; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété.»

(3) Simon Wittakar, How Does French Law Deals With Anticipatory Breach of Contract, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, No. 3 (Jul., 1996), p.663

(4) Thomas Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, L.G.J.D, 2011, P230

(5) Keith A. Rowley, Brief History of Anticipatory Reudiation in American Contract Law, Cincinnati Law Review, Vol.69, 2000 - 2001, P.609 & 610.

الفرع الثاني: فكرة الجحود المُبتَسَر للعقد دوليًا

8. تبنّت اتفاقية فينا للبيوع الدولية فكرة الجحود المُبتَسَر للعقد: تُعد اتفاقية فينا 1980م أكثر اتفاقية دولية ساهمت في توحيد قواعد التجارة الدولية في الوقت الحاضر حتى قيل إنها «قانون التجارة الجديد للتجار» [The new Lex mercatoria]⁽¹⁾، وبدأ العمل بالاتفاقية من أول يناير 1980 وحظيت باهتمام كبير بخلاف سابقتها وهي اتفاقية لاهاي للبيوع الدولي للبضائع⁽²⁾ ULIS 1964 وبناء عليه فقد تبنّت اتفاقية لاهاي بشأن عقود البيع الدولي للبضائع [ULIS] يوليو 1964م نظرية الجحود المُبتَسَر للعقد، إلا أن اتفاقية فينا 1980م عدّلت من أحكامها فاشتراطت وجود مخالفة جوهرية للعقد على الرغم أنها لم ترتكب بعد، ولكن يظهر وبوضوح أنها سوف ترتكب مستقبلاً وفقاً للمادة (72/1)، فضلاً عن شرط إخطار المتعاقد الآخر بالعزم على الفسخ وفقاً للمادة (72/2) من الاتفاقية. ورُتبت الاتفاقية المذكورة آثاراً على الإخلال المُبتَسَر للعقد تتمثل في وقف الطرف المتضرر لتنفيذ التزاماته أو فسخ العقد، ولا بد أن يتوافر في المخالفة الجوهرية قدر كبير من اليقين، والمخالفة الجوهرية هي التي ترتب إخلالاً جوهرياً بالعقد⁽³⁾، من جانب آخر فقد عالجت مبادئ اليونيدروا لسنة 2010م [Unidroit Principles] الإخلال المُبتَسَر للعقد دون التطرق إليه في عقد التسليم على دفعات، ليبقى الأمر محكوماً بالمبادئ والقواعد العامة التي قامت عليها هذه المبادئ⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: التاصيل القانوني للنظرية وتحديد نطاقها

9. **تمهيد:** لتاصيل نظرية الجحود المُبتَسَر للعقد قانونياً نستعرض ما أثير حولها من جدل فقهي فضلاً عن تحديد نطاق تطبيقها وذلك كله في فرعين، الأول يتناول التاصيل القانوني لنظرية الجحود المُبتَسَر للعقد، والثاني لتحديد نطاق تطبيقها.

- (1) انظر: خالد عبد الحميد، فسخ عقد البيع، مصدر سابق، ص9.
- (2) انظر: حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة، القاهرة، 2001، ص8.
- (3) انظر: خالد عبد الحميد، المصدر السابق، ص137 - 138.
- (4) وتعرف بالمبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية وجاء في المادة (7) منها فقرة 3/3: « يحق لأي طرف فسخ العقد، إذا تبين قبل الاستحقاق بوضوح أن الطرف الآخر سوف ينسب إليه عدم تنفيذ جوهرى».

الفرع الأول: التأسيس القانوني لنظرية الجحود المُبتَسَر للعقد

10. تعارض النظرية مع مبادئ قانونية تقليدية: الأصل في العقود أنها «شريعة المتعاقدين» والحق في فسخها ما هو إلا استثناء، وفي النظرية توسع في الاستثناء وتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أن هذا التعارض جائز بإرادة المشرع لتحقيق العدالة إذ وردت فيه تطبيقات كثيرة، منها قوانين حماية المستهلك ونظرية الظروف الطارئة وغيرها، فأقرها المشرع رغم تعارضها مع مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽¹⁾.

ومن جملة الاعتراضات هو أن السماح بإقامة دعوى قضائية قبل حلول أجل التنفيذ فيه إشغال للقضاء وتزايد في عدد الدعاوى فضلا عن صعوبة تقدير التعويض قبل حلول أجل التنفيذ⁽²⁾. كما طرح تعارض منطقي من حيث وضع أحد طرفي العقد في مركز المخل قبل حلول أجل التنفيذ؛ لذا لا بد من التفرقة وفقاً لرأي الفقيه الفرنسي [Simon Wittakar] بين وجود العقد وما يترتب عليه من التزامات وبين حق المدعي في رفع الدعوى للمطالبة بتنفيذه⁽³⁾، مما يتطلب أن يكون حقه مستحقاً وفقاً للمادة [1186] من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾ والبعض الآخر أكد أن الدعوى التي تقام مستندة إلى واقعة الجحود ابتساراً لا سبب لها لعدم وجود ترابط بين سبب الدعوى وحلول الأجل الذي تضمنه العقد⁽⁵⁾. ويرد على الرأي الأخير بالقول إن قانون المرافعات الفرنسي الجديد ألغى فكرة «سبب الدعوى» واستبدلها بفكرة «الأساس القانوني للدعاء» وقد اعتنق المشرع المفهوم الواقعي لاصطلاح «أساس الادعاء» وهو ذات المفهوم الذي صاغه موتولسكي لفكرة السبب وهو أن الادعاء: «مجموعة الوقائع أو الظروف الواقعية المؤلدة للحق أو المنفعة القانونية المدعى بها»⁽⁶⁾. وفي تأصيل نظرية الجحود المبتسر قال أحد القضاة في معرض مناقشة قضية [Yukong Line of Korea v Rendsburg Investment Corporation of]

(1) إذ أقرت الكثير من الدول تشريعات تمنح المستهلك خيار الرجوع عن العقد المبرم عن بعد وفقاً لشرط معينة، وفي مقدمتها قانون الاستهلاك الفرنسي، المادة (121 - 16)، وكذلك المادة (1) من القانون رقم (21/88) الصادر في 6 كانون الثاني / يناير 1988 بشأن البيع عن بعد.

(2) David W. Robertson, Op.Cit.P.121

(3) Simon Wittakar, Op. Cit. P.662

(4) سبق عرض النص المذكور أعلاه وترجمته باللغة العربية، راجع البند 7 من البحث.

(5) Francis Dawson, Metaphors and Anticipatory Breach of Contract, the Cambridge Law Journal, Vol.40, No.1, 1981, P.83.

(6) راجع في تفصيل فكرة السبب في القانون الفرنسي: علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف «دراسة تحليلية مقارنة»، ط2، دار النهضة، 2009م، ص288 - 290.

[Liberia - 1996]: «إن جحود العقد من قبل أحد الأطراف قبل حلول أجل تنفيذه هو ليس في ذاته فسخ للعقد ولكنه يعطي الطرف الآخر- اي المتضرر- الحق في اعتبار ذلك جحوداً مُبْتَسِراً للعقد ولهذا له الحق - اي في حال القبول- التحلل من العقد فوراً، بمعنى آخر إذا قال الشخص: «أنه لن ينفذ التزامه» فإن القانون يسمح للطرف الآخر أن يأخذ بكلمته ويتخذ ما يلزم طبقاً لذلك»⁽¹⁾.

11. تقديرنا لفكرة الجحود المُبْتَسِر: في حدود ما ورد من اعتراضات فإن مبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾ والذي كان سائداً قد تعرض للنقد وانحسر، وبهذا توسعت دائرة تدخل المشرع كلما دعت الحاجة لتحقيق العدالة، فقد خرج المشرع ولغرض تنظيمي عن مبادئ مستقرة لتنظيم أحكام قانونية، كخروجه عن المفهوم التقليدي للعقد في تنظيمه لعقد الشركة المساهمة وجعل منها نظاماً قانونياً، كما استحدثت شركة الشخص الواحد والتي تنشأ بعمل إرادي منفرد في حالات محددة⁽³⁾ وعليه فإن التأصيل القانوني يقوم على أمرين هما: التدخل التنظيمي للمشرع أو القضاء وهو أمر جائز لتحقيق العدالة ومنسجم مع وظيفة القانون، ففي حال اضعف المدين قدرته على التنفيذ وأهدر ثقة دائنه مادياً أو قانونياً، فلا مبرر لانتظار حلول الأجل واتساع حجم الضرر الذي ينعكس على المدين فهو من سوف يسأل عن تعويض كامل الضرر، من جانب آخر فإن إرادة المدين الصريحة أو الضمنية يترتب عليها إحداث أثر قانوني وفي تعبيره عن عدم رغبته في التنفيذ نكون أمام إرادة يترتب عليها أثر قانوني وتكون أساساً لفسخ العقد، وهنا يتحقق الشرط الفاسخ الضمني في العقود الملزمة للجانبين ولكن دون الانتظار لحين بلوغ الأجل، فإرادة المدين قد أسقطت ما كان له من حق نشأ عن العقد وهو «التنفيذ لحين بلوغ الأجل» فسقط ذلك الأجل تبعاً له، وهذا هو الحال للتطبيقات القانونية مثل سقوط الأجل لإضعاف التأمينات وغيره من الأسباب المسقطة للأجل أو التي تهدر حقاً للمدين كان قد ترتب له من العقد ذاته.

(1) Jill Poole, Textbook on contract law, oxford university press, 9th edition, 2008, P334.

(2) للمزيد حول مبدأ سلطان الإرادة راجع السهوري، مصادر الالتزام، ج1، مصدر سابق، ص153 وما بعدها.

(3) منها القانون الفرنسي رقم 697 الصادر في 11 يوليو 1985، بتعديل المادة (1832) من القانون المدني الفرنسي، وأقر هذا المبدأ المشرع الإماراتي بموجب قانون الشركات الجديد رقم 2 لسنة 2015م فنظم أحكام تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة تتألف من شخص واحد، المادة (71) أو شركة مساهمة خاصة، المادة (255).

الفرع الثاني: تحديد نطاق نظرية الجحود المُبتَسَّر للعقد

12. طبيعة العقد وفكرة الجحود المُبتَسَّر: إن تطبيق النظرية لا نجدُه في جميع العقود، إذ يقتصر على بعض منها، وفي مقدمتها العقود الملزمة للجانبين إذ تقسّم العقود من حيث أثرها إلى ملزمة للجانبين [Bilateral Contracts] أو ملزمة لجانب واحد [Unilateral Contracts]، والنوع الأول يتميز بتقابل الالتزامات بين طرفيه مما يترتب عليه نتائج مهمة منها تحقق الشرط الفاسخ في حال عدم التنفيذ، والدفع بعدم التنفيذ، وتحمل التبعة.. الخ⁽¹⁾. إذ إن فكرة الجحود المُبتَسَّر تقوم على منح أحد الطرفين الحق في وقف التنفيذ أو فسخ العقد في حال تعذر على الطرف الآخر تنفيذ التزامه قبل حلول الأجل مما يعني وجود التزامات متقابلة لطرفي العقد وعليه لا تطبق الفكرة في العقود الملزمة لجانب واحد⁽²⁾ وهذا ما يؤكد البعض بالقول: أنه حتى في العقود الملزمة للجانبين لا مجال لتطبيق فكرة الجحود المُبتَسَّر إذا كان أحد الطرفين قد نفذ كل التزاماته مما يجعل العقد أشبه بالعقد الملزم لجانب واحد بالنسبة له؛ لأن ذلك الطرف لن يدعم عملية فسخ العقد ابتساراً⁽³⁾. فالعقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ وذلك للارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة⁽⁴⁾. كما يستلزم أن يكون التنفيذ مؤجلاً أي أن فكرة الجحود المُبتَسَّر تطبق في العقود التي فيها أجل للتنفيذ أي العقود المستقبلية التنفيذ (Executory Contracts) إذ يتصور فيها تعثر المدين أو إعلانه عدم التنفيذ بخلاف العقود التي يتم تنفيذها بشكل فوري أي الفورية التنفيذ (Executed Contract)⁽⁵⁾. كما ينشط تطبيق فكرة الجحود المُبتَسَّر في العقود التي يكون تنفيذها على شكل دفعات متجددة وهو ما نصت عليه إتفاقية فينا 1980م في المادة (73).

13. محل الالتزام وفكرة الجحود المُبتَسَّر للعقد: يرى البعض أن محل الالتزام حين يكون أداء مبلغ من النقود وهو التزام من جانب واحد كما في ورقة الكميالية [Promissory Note] فلا مجال للكلام عن فكرة الجحود المُبتَسَّر للعقد؛ إذ إن السماح بالتقاضي استناداً إلى الكميالية يُعد بمثابة تسريع لاستحقاق الأجل

(1) في تقسيم العقود عموماً راجع عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، ج1، مصدر سابق، ص162 وما بعدها، وفي تفصيل العقود الملزمة لجانبين أو لجانب واحد انظر المرجع ذاته، ص170 الى ص174.

(2) انظر اعتراضات ومبررات أخرى وتفصيل أكثر: Davia W. Robertson, Op. Cit. P.122&123

(3) Keith A. Rowley, Op. Cit. P.570 & 571.

(4) انظر: عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج1، مجلد2، ص788 و ص789.

(5) انظر: ياسين الجبوري، مصدر سابق، ص276.

[Accelerating the date of maturity] دون مبرر⁽¹⁾. نتفق مع هذا القول لمبرر آخر، هو أن العقد الذي يكون محله نقوداً أو مثليات يمكن تنفيذه جبراً أو بطريق التعويض مع التمكن من تحديد مدى الضرر الواقع.

المبحث الثاني: مقومات النظرية وأثارها القانونية

توطئة: مقومات النظرية هي المستلزمات التي يتحقق بوجودها الجحود المُبتَسَّر للعقد وتترتب عليه الأثار القانونية، وبناء على أحكام العقد في القانون الإنجليزي فإن العلاقة التعاقدية بين طرفيه تنقضي بوجه عام بأربع أسباب، الانقضاء بسبب الوفاء [Discharge By Performance] أو الانقضاء بالاتفاق [Discharge By Express Agreement] أو الانقضاء بسبب الاستحالة [Frustration] أو الانقضاء بسبب الإخلال [Breach]⁽²⁾. ونظرية الجحود المُبتَسَّر تنصوي تحت السبب الرابع، فبحث مقومات النظرية بما فيها التصرفات والوقائع التي تُعد جحوداً مُبتَسَّراً للعقد في مطلب أول، ثم الأثار القانونية في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول: مقومات نظرية الجحود المُبتَسَّر للعقد

14. عناصر أساسية لقيام النظرية: تستلزم القوانين ذات النهج الإنجلوسكسوني وفي مقدمتها القانون الإنجليزي جملة من العناصر لتحقق مقومات فكرة الجحود المُبتَسَّر للعقد ومنها ما يلي:

الفرع الأول: سلوك صادر من المدين قبل حلول الأجل يضعف ثقة الدائن أو يعدهما

تقوم النظرية على فرض مفاده أن تعثر المدين في تنفيذ التزاماته يعود لعدم رغبته في التنفيذ أو عدم قدرته، مما يستلزم البحث في السلوك الذي يُعد جحوداً يُضعف ثقة الدائن أو يعدهما، ونبيّن ذلك بما يلي:

15. أولاً: الجحود (الإخلال) الصريح والضمني: قد يتحقق الجحود ابتساراً بفعل سلبي- أي امتناع عن اتخاذ ما يلزم- أو بفعل إيجابي يتمثل في سلوك صادر من المدين كما في التعبير عن رغبته في إلغاء العقد في صور عدة، منها الصريح ومنها

(1) David W. Robertson, Op. Cit. P.122

(2) راجع في تفصيل أسباب انقضاء العقد في القانون الإنجليزي، ج.س. شيشر و س.ه. فيفوت و م.ب. فيرمستون، أسباب انقضاء العقد (الوفاء- الإقالة- الاستحالة- الإخلال)، ط9، 1976، ترجمة هنري رياض، دار الجيل- بيروت ومكتبة خليفة عطية- الخرطوم، ص11، وكذلك راجع:

3David W. Robertson, Op. Cit. P.12

نظرية الجُحود المُبتَسَر للعقد وضرورة تقنينها في القوانين العربية: دراسة تحليلية في النظام الأنجلوسكسوني (1-35)

الضمني، وقد يستخلص ذلك من بعض الظروف أو التصرفات المتعلقة بالمدين (1).

أ. **الجحود (الإخلال) الصريح للعقد:** قد يُعبّر المدين أو المتعهد [Promisee] عن إرادته في إلغاء العقد بشكل صريح وبما لا يقبل اللبس في عدم رغبته في التنفيذ مستقبلاً، وفي هذا يقول اللورد بلاكبرن: في حالة وجود عقد يُنفذ في المستقبل، إن قال أحد المتعاقدين للآخر ما مؤداه « إن استمرت وظللت تُنفذ الالتزامات التعاقدية من جانبك فإني لن أنفذ التزاماتي» فإن ذلك يرقى إلى القول: «إنني لن أنفذ العقد». وهنا يجوز للمتعاقد الآخر القول: «لقد اعطيتني إخطاراً صريحاً بأنك لن تُنفذ العقد» (2) وفي القضية [Hochster v. De La Tour 1853]، كان التعبير عن الرغبة في إلغاء العقد صريحة من خلال إخطار موجه للطرف الآخر مما لا يقبل الشك (3). ويزيل التعبير الصريح أي غموض في اتجاه إرادة المدين نحو إحداث الأثر القانوني المعين وهو إلغاء العقد [Repudiation].

ب. **الجحود (الإخلال) الضمني للعقد:** وقد يكون الإلغاء أو -الإخلاء ابتساراً- ضمناً متى كان استنباطه معقولاً من سلوك المدين مما يدل على عدم رغبته في تنفيذ التزامه، وعليه إذا تعاقد شخص على أن يبيع ويسلم لآخر بضاعة في ميعاد محدد وقبل حلول الميعاد باع وسلم البضاعة لآخر فإنه يُعرّض نفسه لدعوى «الجحود المُبتَسَر» التي قد يقيمها المتعاقد الأول (4). وقد يتخذ عجز المدين عن التنفيذ صيغة «الامتناع» [Omission] أي امتناع عن عمل من شأنه أن يمنع تنفيذ العقد في موعده- فمثلاً عقد بيع بضاعة مع موعد مؤجل للتسليم ليتم تصنيعها من قِبَل البائع أو بتدخل طرف ثالث ويعجز البائع عن اتخاذ أي خطوة لتصنيع تلك البضاعة أو استجلابها من الطرف الثالث -المورد مثلاً- وبهذا فإن إخلاله يتمثل في عجزه أو امتناعه عن القيام بما يتوجب عليه ليضع نفسه في موضع القادر على التنفيذ في الموعد المحدد (5).

16. **ثانياً: الضابط في تحقق الجحود من عدمه:** وبسبب أهمية الأثر الذي يترتب

(1) Sir Guenter Treitel, Op.Cit. P.857

(2) انظر: ج.س.شيشر، أسباب انقضاء العقد، مصدر سابق، ص 134.

(3) انظر: ياسين الجبوري، مصدر سابق، ص 274 و 275.

(4) انظر: ج.س.شيشر، أسباب انقضاء العقد، مصدر سابق، ص 134.

(5) راجع: Sir Guenter, Op. Cit. P.857 - 858 وهو ما نصت عليه المادة (71) من اتفاقية فينا 1980م في حال وقوع عجز خطير في قدرة المدين على التنفيذ بسبب إفساره أو طريقته في التنفيذ.

على ما تقدم من تحديد معنى الجحود المُتَسَّر للعقد، فمن المنطقي أن يتطلب القضاء أن يكون تعبير المدين عن إرادته - صريحاً كان أم ضمنياً، إيجابياً كان أم سلبياً- أن يكون «قاطعاً» غير معلق على شرط، مما لا يدع مجالاً للشك في اتجاه ارادة المدين الى إلغاء العقد وأن يؤدي ذلك بدوره إلى زعزة ثقة الدائن وحمله وبشكل جدي على اليقين أن المدين لن ينفذ التزامه، والسؤال هنا: هل يتطلب ذلك توافر وصف معين لسلوك المدين خطأ أو تقصير مثلاً؟ أم يكفي تحقق نتيجة معينة وهي شعور الدائن بعدم الثقة؟ وما هو المعيار لوصف سلوك المدين أو الملابس المحيطة به بأنها جحود مُتَسَّرا للعقد، هل هو معيار شخصي يتطلب البحث في نيته؟ أم هو معيار موضوعي قد يثبت بتحقيق أمر معين - مثل إخطار صادر من المدين بعدم الرغبة في التنفيذ!

يمكن أن نستخلص من بعض التطبيقات القضائية أن وضوح اتجاه ارادة المدين في عدم تنفيذ التزامه أو عجزه عن ذلك بما لا شك فيه، هو أساس وصف سلوكه بالجحود ابتساراً، فقد يرتكب المدين خطأ بحسن نية مستنداً إلى تبريرات معقولة تنفي عن سلوكه صفة الجحود، ويظهر ذلك من خلال قضية [Mersey Steel and Iron Co. V Naylor Benzon- 1884] والتي تتلخص في قيام عقد بيع تتعهد بموجبه الشركة بتوريد 5000 طن من الحديد لشركة أخرى ويكون التنفيذ على دفعات مقدار كل دفعة 1000 طن شهريا ابتداءً من يناير، وأن ثمن كل دفعة يسدد خلال ثلاثة أيام من تاريخ استلام سندات الشحن وتسلمت الشركة أكثر من نصف الكمية تقريباً إلا أنها قبيل سداد الثمن المستحق لأحدى الدفعات قدمت الشركة الموردة إخطاراً للمشتري تقضي بتصفيتها، وعليه قام الأخير- المشتري- وبحسن نية وبناء على مشورة قانونية خاطئة بالرد على ذلك الإخطار أنه يتعذر عليه سداد ثمن إلا بعد موافقة المحكمة، فدفعت الشركة الموردة بأن الامتناع الصريح عن سداد الثمن المستحق هو جحود مُتَسَّر للعقد إلا أن المحكمة رفضت ذلك الدفع⁽¹⁾.

يتضح من تطبيقات أخرى أن المعيار المعتمد هو معيار شخصي يتعلق بنية المدين ذاته وبالظروف الملابس له - أي البحث عن عنصر معنوي في الإخلال - وكثيراً ما تبحث المحكمة في اعتقاد المدين هل كان بـ «حسن النية Good Faith» لتبرير اعتقاد ما تكون لديه منحه حقاً بموجب العقد للإعلان عن جحوده ابتساراً⁽²⁾.

يبدو لنا ومن خلال التطبيقات القضائية إن المعيار الذي تبناه القضاء في تطبيق

(1) انظر: ج.س. شيشير، أسباب انقضاء العقد، مصدر سابق، ص139.

(2) راجع تفاصيل قضية [Vaswani v Italian Motors (sales & Service) Ltd- 1995] مشار إليها في المرجع التالي: Elliott & Quinn, Op. Cit. P. 251.

نظرية الجُحود المُبتَسَر للعقد وضرورة تقنينها في القوانين العربية: دراسة تحليلية في النظام الأنجلوسكسوني (1-35)

النظرية ليس موحدًا، إلا أن الأمر المؤكد هو أن التعبير عن إرادة المدين لا بد أن يفيد قطعاً بعدم رغبته في التنفيذ أو عدم قدرته على ذلك، ونرى أن البحث في النية أمر متعذر متى ما كان التعبير صريحاً وقاطعاً ومطلقاً⁽¹⁾.

في حين أن اتفاقية فيينا 1980 وبموجب المادة (72) منها⁽²⁾ قررت أن يكون الضابط في هذا «طبيعة الإخلال» الذي سوف يقع فإن وصف بـ (الجوهرية) قبل حلول ميعاد التنفيذ فقد تحقق الأثر المترتب على الجحود المُبتَسَر وهو جواز فسخ العقد بالنسبة للطرف الآخر.

إن سلوك المدين قد يعد إخلالاً، إلا أنه لا يرتقي إلى الجحود ابتساراً، وفي تطبيق ورد في قضية [Decro-Wall International SA v Practitioners in Marketing Ltd] 361 WLR - 1971 -]، فإن تأخر المدين في سداد دفعة مالية قد يكون مؤشراً لتأخره في سداد باقي الدفعات مما يهدر ثقة الدائن في المستقبل من حيث قدرته على التنفيذ في الميعاد، ورغم أن المحكمة اعتبرت ذلك إخلالاً - بالنسبة لسداد تلك الدفعة - إلا أنه لا يرتقي إلى مستوى الجحود المُبتَسَر للعقد وحكمت بالاستمرار في تنفيذه حتى النهاية⁽³⁾ كذلك يُعد جحوداً مبتسراً كل فعل يصدر عن المدين يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا عند حلول أجله، أما عدم القدرة على التنفيذ فلا تعد كذلك ما دام أن الجزم بعدم قدرة المدين على التنفيذ ليست قطعية من حيث إنها سوف تبقى مستمرة حتى حلول الأجل المحدد للتنفيذ⁽⁴⁾. في جميع الأحوال لا بد من إثبات أن المدين قد أظهر نيته بما لا يقبل الشك بأنه لن ينفذ التزامه وقد يتطلب إثبات مثل هذه النية التحقق من طبيعة العقد وبعض الملابسات والظروف التي سببت ارتكاب الجحود⁽⁵⁾. وبالمقابل فإن الدائن لا بد أن يعتقد ولأسباب معقولة أن مدينه غير قادر على التنفيذ، وهنا تبنى قانون التجارة الأمريكي الموحد في المادة (609/2) «معيار الدائن المعتاد» وفقاً للمعايير التجارية بما في ذلك الالتزام بمبدأ حسن النية⁽⁶⁾. ولم يحدد القانون ما هي الأسباب المعقولة التي تؤدي إلى عدم اطمئنان المتعاقد لتنفيذ التزامه وترك

(1) وهذا ما أشارت إليه بتعبير آخر الفقرة «3» من المادة (72) من اتفاقية فيينا 1980، إذ أعفت الطرف الذي يريد الفسخ من إجراءات الإخطار الموجهة للطرف الذي سوف يرتكب مخالفة جوهرية توجب الفسخ ابتساراً والتي نصت عليها الفقرة «2» من نفس المادة في حال كان الطرف المقصر قد أعلن أنه لن ينفذ التزامه.

(2) إذ نصت الفقرة «1» منها بالقول: «إذا تبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد أن أحد الطرفين سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد».

(3) Jille Poole, Textbook , Op. Cit.P.336

(4) انظر: ياسين الجبوري، مصدر سابق، ص277.

(5) انظر: ج.س. شيشر، أسباب انقضاء العقد، مصدر سابق، ص137.

(6) Keith A. Rowley, Op. Cit. P.620

تقدير ذلك لكل حالة، فالتخلف عن سداد ثمن دفعة من الدفعات المُسلَّمة قد يُعد سببا معقولا لعدم اطمئنان البائع لعدم سداد ثمن باقي الدفعات وهنا يصر الى طلب تقديم ضمانات كافية⁽¹⁾.

كما أنه لا بد من الوقوف على حقيقة رغبة المدين في عدم تنفيذه لالتزامه وأن لا يكون الإعلان الصادر منه مرتبط بطلبات تبرر اتخاذ مثل هذا الإجراء متى بُنيت تلك الطلبات على اعتقاد يبررها وقد يكون حسن النية داعما لكل ذلك، وهو ما حصل في قضية [Vaswani v Italian Motors (sales & Service) Ltd- 1995]⁽²⁾ ولا بد من التأكيد على قدرة الدائن على تنفيذ التزامه، فلا يجوز للبائع مثلا المطالبة بتطبيق أحكام الجحود المُبتَسَر حتى لو أثبت عدم قدرة المشتري على سداد الثمن، ما دام هو ذاته غير قادر على تسليم البضاعة⁽³⁾.

الفرع الثاني: قبول الدائن وعدم رجوع المدين بجحوده

نستكمل المقومات لتحقيق الجحود المُبتَسَر للعقد، وذلك في محورين، هما قبول الدائن لإعلان الصادر من مدينه، وضرورة إشعاره بذلك.

17. أولا: قبول الدائن في حال إعلان المدين عدم رغبته في تنفيذ العقد: بعد ثبوت الإخلال من جانب المدين، فإن الدائن إما أن يقبل الجحود أو يتمسك بحقه في الإبقاء على سريان العقد [Affirmation] لحين بلوغ الأجل المتفق عليه للتنفيذ، وهنا يستمر العقد حتى بلوغ ذلك الأجل ويبقى الطرف غير المقصّر [Innocent Party] مستمرا في تنفيذ التزاماته وفقا للعقد المبرم⁽⁴⁾. ولا بد أن يكون خيار الإبقاء على العقد واضحا لا لبس فيه بأنه يرغب في الإستمرار في تنفيذ العقد، إذ ورد في قضية [Yukong Line letd of Korea v Rendsburg Investment Corporation of Liberia - 1996] جوابا من أحد طرفي الدعوى على جحود الطرف الآخر جاء فيه ما يلي: «إن ذلك الجحود غير مقبول كليا «Totally Unacceptable» وإن على ذلك الطرف احترام الالتزامات التعاقدية، فقضت المحكمة أن تلك العبارات غير كافية لإظهار النية في الإبقاء على العقد من قبل

(1) انظر: خالد عبد الحميد، فسخ عقد البيع، مصدر سابق، ص125.

(2) Elliott & Qunni, Op. Cit. P.251

(3) انظر: خالد عبد الحميد، المصدر السابق، ص123.

(4) Ewan McKendIck, Op.Cit. P.802.

الدائن⁽¹⁾ فإذا حل الأجل ولم يُنفذ المدين التزامه، كان للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني [Specific Performance] أو الفسخ مع التعويض لجبر الأضرار⁽²⁾، بمعنى أن إعلان المدين عن رغبته في إنهاء العقد لا تكفي بحد ذاتها ولا بد من قبول الدائن، وهذا القبول يشترط أن يكون واضحاً لا لبس فيه، وإن كان يستخلص من بعض الظروف المحيطة، ولا يتطلب شكلاً معيناً بل يُعد مجرد السكوت والتصرف على أن العقد قد تم إنهاءه قبولاً كافياً، وهو ما قضى به مجلس اللوريات في قضية [Vitol Sa v Norelf Ltd - 1996]⁽³⁾ وأهم أثر يترتب على قبول الجحود [Acceptance of the Breach] هو حق المتضرر في المطالبة بالتعويض قبل حلول الأجل⁽⁴⁾ ونصت اتفاقية فيينا 1980 في الفقرة «2» من المادة (72) على ضرورة الإخطار: «يجب على الطرف الذي يريد الفسخ، إذا كان الوقت يسمح بذلك، أن يوجّه للطرف الآخر إخطاراً بشروط معقولة..»، وغاية النص تجنب البحث في ملابسات واقعة قبول الجحود، وقطع أي غموض أو سوء فهم قد يثيره أصحاب العلاقة.

18. ثانياً: عدم رجوع المدين بجحوده: يمكن للمدين وقبل صدور قبول من الدائن أن يرجع بجحوده، وبهذا يُعيد ما أُهدر من ثقة واثمان لدى دائنه، فيوقف بذلك ما قد يترتب من آثار قانونية نتيجة لإخلاله وفي مقدمتها حق الدائن في طلب الفسخ، إلا أن ذلك يسلتزم أن يكون «الرجوع» قبل قبول الدائن له وهذا أمر منطقي، إلا أن القانون التجاري الأمريكي الموحد [UCC] وفي المادة (611) اشترط لفاعلية رجوع المدين بجحوده ابتساراً بالإضافة الى ما تقدم، أن لا يكون الدائن قد عدل من وضعه التعاقدى تعديلاً جوهرياً⁽⁵⁾ وتعديل وضع الدائن تعاقدياً يقصد به تغيير موقفه بالنسبة للعقد مما يتعذر معه العودة مرة أخرى للحالة التي كان عليها، كما لو عاد بيع البضاعة المتعاقد عليها أو تعاقد مع آخر لتدبير احتياجاته التي أبرم

(1) Jill Poole, Op.Cit. P.331& 332.

Janet O'Sullivan & Jonathan Hilliard, The of Contract, 5th edition, Oxford University press, UK, 2012, P. 370.

(2) Sir Guenter Treitel, Op.Cit. P.864.

(3) Elliott & Quinn, Op.Cit. P.253.

(4) Sir Guenter Treitel, Op. Cit. P.859.

(5) انظر: نص الفقرة «1» من المادة (2.611) من القانون المذكور [Uniform Commercial Code U.C.C.] وراجع كذلك: Keith A. Rowley, Op. Cit. P.611.

العقد من أجلها⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على تحقق الجحود المُبتَسَر للعقد

الفرع الأول: وقف التنفيذ وطلب تأمينات كافية

19. معالجة تشريعية قبل فسخ العقد: يترتب على صدور إعلان من المدين بعدم الرغبة في التنفيذ، تمتع الدائن بحق الوقف المؤقت، فلا يُجبر على تنفيذ التزامه تجاه الطرف الآخر إن وجد، وهذه صورة من صور الدفع بعدم التنفيذ وبهذا وردت تطبيقات القضاء الإنجليزي⁽²⁾.

وتناولت إتفاقية فينا 1980 مسألة وقف التنفيذ وتقديم ضمانات كافية في المادة (72/2) منها بالقول: «يجب على الطرف الذي يريد الفسخ، إذا كان الوقت يسمح له بذلك، أن يوجه إلى الطرف الآخر إخطارًا بشروط معقولة، تتيح له تقديم ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته».

كما نظم القانون التجاري الأمريكي الموحد هذه المسألة ومنح الدائن الحق في إيقاف تنفيذ التزاماته متى ما وجدت أسباب معقولة أدت إلى عدم اطمئنانه لقيام الطرف الآخر في تنفيذ التزامه طبقاً للعقد، وهنا أوجب القانون المذكور على الدائن أن يوجه إخطارًا كتابيًا يطلب فيه تقديم ضمانات كافية [Adequate Assurance] للتنفيذ بحلول الأجل، ولا يشترط الكتابة على ورق، إذ إن المراسلات البريدية [Emails] تؤدي ذات الغرض، ولحين تقديم مثل تلك الضمانات يبقى الدائن متمتعاً بحق التوقف عن تنفيذ التزامه على أن يتم ذلك في مدة معقولة لا تتجاوز ثلاثين يوماً⁽³⁾. وفي قضية [Continental Grain Co. v. Mc Farland] اعتبرت المحكمة إدعاء المستأنف طلب تأمينات كافية من مدينه كأن لم يكن لأن الطلب لم يكن مكتوباً⁽⁴⁾ كما ورد في مبادئ اليونيدروا [Unidroit Principles] للعقود

(1) انظر: خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع، مصدر سابق، ص127.

(2) David W. Robertson, Op. Cit. P.122.

(3) انظر: الفصل «2» من القانون المذكور المادة (609) فقرة «1» وما ورد فيها من تعليق في المرجع التالي: Keith A. Rowley, Op. Cit. P.620 & 621.

(4) أشار الي هذه القضية خالد عبد الحميد، فسخ عقد البيع، مصدر سابق، ص125، وتقرب فكرة تقديم الضمانات من بعض التطبيقات الواردة في القوانين العربية كحالات سقوط الأجل لعدم تقديم التأمينات المتفق عليها أو التي وعد المدين تقديمها وبخلافه يحل الأجل، راجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج3، ص110، وكذلك المواد (431) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، (273) القانون المدني المصري، (295) القانون المدني العراقي.

نظرية الجُحود المُبتَسَر للعقد وضرورة تقنينها في القوانين العربية: دراسة تحليلية في النظام الأنجلوسكسوني (1-35)

التجارية الدولية 2010م معالجة تشريعية مماثلة لهذه المسألة في المادة (7) فقرة 3/4⁽¹⁾، ولا بد أن تكون تلك الضمانات بالحد الكافي لإثبات قدرة المدين على التنفيذ، ومنطقي أن هذه مسألة وقائع، وفي حال تحقق ما تقدم فإن على الدائن أن يستجيب إلى ما قدمه المدين إلا أن كان لديه ما يبرر الاعتراض ذلك.

الفرع الثاني: فسخ العقد مع التعويض

توطئة: إن الأساس الذي يقوم عليه الفسخ مع التعويض هو قواعد المسؤولية العقدية فتطبق قواعدها العامة في هذا الشأن مع بعض التفصيل، فإن إخلال المدين بتنفيذ التزامه وإعلان جحوده للعقد المبرم قبل حلول أجله يسمح للدائن دائماً في الإبقاء على العقد والمضي في تنفيذه لحين بلوغ الأجل، فإن تبيّن وقتها عجز المدين عن التنفيذ كان للدائن الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض.

أما إذا قبل الدائن الإعلان الصادر من مدينه بجحوده للعقد وتعذر عليه تقديم ضمانات كافية، فإن للدائن الحق في المطالبة بفسخ العقد مع التعويض عما لحقه من ضرر، وهنا يتوجب عليه الالتزام بواجب تخفيف الضرر [Mitigation]، كل ذلك يستلزم البحث في المحاور التالية:

20.20 - أولاً: فسخ العقد هو الأثر الأهم لتحقيق الجحود المُبتَسَر: الأثر الأهم في

حال تحقق مقومات الجحود المُبتَسَر وتعذر الاستمرار في التنفيذ من خلال الوقف المؤقت أو تقديم الضمانات هو فسخ العقد، ويترتب عليه انقضاء الالتزامات المستقبلية للطرفين من الوقت الذي أعلن فيه الدائن قبول الفسخ ولا يكون للفسخ أثر رجعي، إلا أن ذلك لا يعني إهدار كلي للالتزامات التي لم تُنفذ بسبب الفسخ، إذ من الجائز أن يكون لها أثر منتج في تقدير التعويض⁽²⁾. إن منح الدائن المضروب الحق في رفع دعوى الفسخ أو التعويض أو كلاهما في حال ثبوت الإخلال دون الانتظار لحين حلول الأجل يعد سبباً حالاً للدعوى [an immediate cause of action]. أما من حيث الوقت المقرر لاستخدام الدائن حقه في الفسخ فإنه في ظل قواعد القانون الإنجليزي وتطبيقات القضاء فإن ذلك الحق ينشأ فور تحقق الجحود⁽³⁾. ووفقاً لاتفاقية فينا 1980 فإنه يتعين الفسخ فوراً متى كان جحود مدين

(1) إذ نصت المادة أعلاه على ما يلي: «يجوز للطرف الذي يعتقد، استناداً لأسباب معقولة، أن الطرف الآخر سوف يخل إخلالاً جوهرياً بالتنفيذ أن يطالب بتقديم تأمينات كافية لحسن التنفيذ، ويحق له، إلى أن تقدم التأمينات، أن يتمتع عن تنفيذ ما يخصه من التزامات، فإذا لم تقدم هذه التأمينات خلال ميعاد معقول، فيجوز له فسخ العقد».

(2) انظر: ج.س. شيشر، أسباب انقضاء العقد، مصدر سابق، ص 150.

(3) G.H.Treitel, Op.Cit. P.860.

للعقد تقرر بإعلان أنه لن ينفذ التزامه، وبالنسبة للعقود التي تقتضي التسليم على دفعات فإن الإخلال المتعلق بإحدى الدفعات يمنح الدائن حق المطالبة بفسخ العقد خلال مدة معقولة⁽¹⁾.

ثانياً: الدائن ملزم بتخفيف الضرر [Mitigation of Damages]⁽²⁾: إن السبب في تحديد المدة المقررة لاستعمال خيار الفسخ بـ«المعقولة» وعدم تركها مفتوحة هو خشية من تعمد إضرار الدائن بمدينه من خلال ترك الخيار له أما الفسخ أو الانتظار لحين حلول الأجل، مما يضاعف حجم الأضرار ومن ثمّ التعويضات، فإن الدائن مقيد بما يعرف بـ«قاعدة تخفيف الضرر [Mitigation]» وتطبق في حال حل الرابطة العقدية⁽³⁾.

لا يقتصر تطبيق فكرة تخفيف الضرر على العقود التي يكون محلها توريد بضاعة معينة ومن ثمّ يمكن شراؤها أو بيعها في السوق، بل يمتد إلى العقود التي يكون محلها القيام بعمل، فمثلاً في عقود العمل والتي تُفسخ ابتساراً قبل حلول الأجل المقرر يتوجب على العامل السعي للحصول على فرصة عمل مماثلة لدى جهة عمل أخرى، فإن وجد تلك الفرصة، فلا يحكم له إلا بتعويض رمزي مقابل الفسخ، وإن وجد عملاً بأجر أقل من عمله الأول حكم له بتعويض مساوٍ للفرق بين الأجرين مع فارق الزمن بينهما، وهذا ما قضت به إحدى المحاكم الإنجليزية في قضية [Brace v Calder]⁽⁴⁾.

21. ثالثاً: كيفية تقدير التعويض: يخضع تقدير التعويض إلى القواعد المقررة في المسؤولية العقدية بوجه عام، ولكن وبسبب الطبيعة الخاصة لنظرية الجحود المُبتسّر للعقد فإن القضاء يأخذ بعين الاعتبار ما سبق بيانه بشأن تخفيف الضرر وهو واجب ملقى على عاتق المضرور. وعليه فإذا اتخذ الدائن المضرور ما يلزم لتخفيف الضرر مما انحسر معه نطاق الضرر، فإن الحكم بالتعويض يكون اسمياً أو رمزياً؛ لأن الدائن لم يلحقه ضرر يستوجب التعويض، وإذا لم يتجنب

(1) راجع المادة (72 فقرة 2، 3) والمادة (73/2) من الاتفاقية المذكورة، أما بالنسبة للقانون التجاري الأمريكي الموحد فإن حق الدائن في فسخ العقد يكون خلال مدة معقولة متى عجز مدينه عن تقديم ضمانات كافية، المادة (609) الفصل «2».

(2) وقد نصت اتفاقية فيينا 1980 على ذلك في المادة (77) بالقول «يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات، وإذا أهمل القيام بذلك، فلطرف المُخل أن يُطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها».

(3) Elliott & Quinn, Op.Cit. P.254&P.272.

(4) وتتلخص في فصل تعسفي بسبب حل الشركة وخروج بعض الشركاء وذلك قبل انتهاء عقد الموظف ورفضت المحكمة مطالبته بالتعويض عن المدة المتبقية من العقد؛ لأن باقي الشركاء عرضوا عليه وظيفة مماثلة فُضِي له بتعويض اسمي أو رمزي: للتفصيل راجع Elliott & Quinn, Op. Cit. P.273.

نظرية الجُحود المُبتَسَر للعقد وضرورة تقنينها في القوانين العربية: دراسة تحليلية في النظام الأنجلوسكسوني (1-35)

الدائن أضرارًا كان من الممكن تجنبها فإنه لا يحق له المطالبة بالتعويض عنها⁽¹⁾ ومن حيث الإثبات فإن القواعد المقررة في المسؤولية تقضي بأن على المضرور -المدعي- أن يثبت إخلال المتعاقد الآخر⁽²⁾، وفي حال إعلان المدين عدم رغبته في تنفيذ العقد فإنه يكون قد أثبت على نفسه الإخلال وأغى الدائن المضرور من ذلك، وإن التعويض كما هو الحال في القواعد العامة يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب [the loss of expectation and the reliance] وتقدر المحكمة التعويض كما لو أن العقد تحقق بالفعل ولم يفسخ، شريطة أن لا يتجاوز القيمة الحقيقية للضرر المتوقع وقت التعاقد أو الذي كان من المفترض توقعه من قبل الطرف الذي جحد العقد ابتساراً⁽³⁾.

22. رابعاً: سعر السوق وأثره في تقدير التعويض: تبني القانون التجاري الأمريكي واتفاقية فيينا 1980 ما يعرف بمبدأ «سعر السوق» [The Market Price] -وكلاهما اقتبسه من قانون بيع البضائع الإنجليزي [Sale of Goods Act 1979]⁽⁴⁾ للاستناد إليه في تقدير التعويض، ففي حال قيام المضرور باتخاذ إجراءات لجبر الضرر الواقع بسبب الجحود المبتسر للعقد من قبل المدين، فإن تقدير التعويض يستند إلى الفرق ما بين السعر المتفق عليه في العقد وسعر السوق، والأخير قد يكون سعر السوق شراءً في حال قرر المشتري شراء بضائع بديلة من السوق بعد جحود البائع للعقد، أو سعر السوق بيعاً في حال قرر البائع بيع البضاعة في السوق⁽⁵⁾.

(1) Herbert R. Limburg, Op. Cit. P.175.

(2) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج 1، ص 1066.

(3) Elliott & Quinn, Op. Cit. P.273.

وهو ما نصت عليه اتفاقية فيينا 1980 في المادة (74) بما يلي: «يَتَأَلَّفُ التعويضُ عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يُعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فاتته نتيجة للمخالفة، ولا يجوز أن يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي له أن يتوقعها وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد».

(4) وهو ما تناوله البند (51 فقرة 3) من القانون المذكور، وانظر للتفصيل: Andrew Burrows, English privet law, third edition, oxford university press, united kingdom, 2013, P.1261

(5) إذ نصت المادة (75) من الاتفاقية المذكورة على ما يلي: «إذا فُسخَ العقدُ وحدث، على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ، أن قام المشتري بشراء بضائع بديلة أو قام البائع بإعادة بيع البضائع، فللطرف الذي يُطالب بالتعويض أن يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر شراء البديل أو البيع عند إعادة البيع وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة 74». وتقابلها المادتين (708) و (713) من القانون التجاري الأمريكي الموحد، وقد طبقت بعض قوانين التجارة العربية هذه القاعدة منها قانون المعاملات التجارية الإماراتي، المادة (107)، وقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999م، المادة (98).

المبحث الثالث: نظرية الجحود المُبتَسَّر للعقد في القوانين العربية والفقهِ الإسلامي ومنهجية تقنينها

نستعرض بعض تطبيقات النظرية في القوانين العربية، مع تأصيلها في الفقهِ الإسلامي، ثم نبحت في منهجية تقنينها وذلك في مطلبين، نخصص الأول للتطبيقات القانونية في القوانين العربية مع عرض النظرية على الفقهِ الإسلامي لتأصيلها، والثاني نبين فيه منهجية تقنينها في القوانين العربية.

المطلب الأول: تطبيقات النظرية في القوانين العربية وتأصيلها في الفقهِ الإسلامي

الفرع الأول: تطبيقات مختارة في بعض القوانين العربية

23. القوانين العربية لم تُقنن نظرية الجحود المُبتَسَّر للعقد: من حيث الأصل فإن القوانين العربية لا تعرف نظرية الجحود المُبتَسَّر للعقد كنظرية مُقننة مستقلة، إلا أن الأمر لا يخلو من تطبيق مجتزئ لأحكام النظرية في بعض القوانين، منها على سبيل المثال حالات الإعفاء من الإعداء، كما لو صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ التزامه⁽¹⁾، وهنا لدينا فعل أو قول صادر من المدين قبل حلول أجل التنفيذ أهدر ثقة الدائن ورتب عليه القانون سقوط الأجل، وكذلك حالات سقوط الأجل بسبب الإعسار أو إضعاف التأمينات أو عدم تقديم ما وعد به المدين من ضمانات⁽²⁾ كذلك ما ورد في عقد المقاولة في المادة (868) من القانون المدني العراقي: «إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو تأخر عن إنجازه تأخرًا لا يرجى معه مطلقًا أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم»⁽³⁾. وهنا المشرّع حصر الإخلال بالتأخر الزمني دون غيره كحالة التصريح بعدم التنفيذ، كما أن العبارة الأخير تشير بوضوح إلى الجزاء الأهم في نظرية الجحود المُبتَسَّر للعقد وهو «الفسخ قبل حلول الأجل». من جانب آخر فإن النص المذكور مُنسجم مع ما تقرره العقود النموذجية التي وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين والاستشاريين والمعروفة بـ«قواعد فيديك» [FIDIC Contracts] إذ تسمح تلك العقود النموذجية وفقا للفقرة «2» من البند

- (1) انظر: المادة (388) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وتقابلها المواد (220) القانون المدني المصري، (258) القانون المدني العراقي، (362) القانون المدني الأردني.
- (2) وهو ما نصت عليه المادة (431) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي وتقابلها المواد (273) القانون المدني مصري، (295) القانون المدني العراقي، (404) القانون المدني الأردني.
- (3) وأجاز قانون المعاملات المدنية فسخ المقاولة لعذر يحول دون إتمام تنفيذه ومنح ذلك الحق لطرفي العقد، المادة (893).

(15) بإنهاء عقد المقاوله قبل حلول أجل التسليم في حالات معينة منها: عدم قدرة المقاول على تقديم ضمان حسن التنفيذ [Performance Security] أو إذا ثبت أنه عازم على عدم الاستمرار في تنفيذ التزاماته وفقاً للعقد... الخ⁽¹⁾. كما أورد المشرع المصري وتبعه العراقي تطبيقاً آخر لفكرة الجحود المبتسر للعقد في القانون المدني والمتعلق بإعسار المستأجر وهو نص المادة (603) من القانون المدني المصري⁽²⁾، وتنص على ما يلي: «1 - لا يترتب على إعسار المستأجر أن تحل أجره لم تستحق. 2 - ومع ذلك يجوز للمؤجر أن يطلب فسخ الإيجار، إذا لم تقدم له في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالأجرة التي لم تحل، وكذلك يجوز للمستأجر الذي لم يرخص له في الإيجار أو التنازل عنه، أن يطلب الفسخ على أن يدفع تعويضاً عادلاً». فيعالج النص فرضية تعرّض المستأجر للإعسار وخشية المؤجر من تعذر استيفاء الأجرة، ذلك أن الأصل بالنسبة لعقد الإيجار أن الإعسار لا يسقط الأجل فلا يترتب على إعسار المستأجر حلول بدل الإيجار الذي لم يستحق بعد وذلك «رأفة بالمستأجر»⁽³⁾. ولذا أجاز المشرع في الفقرة الثانية من المادة المذكورة للمؤجر أن يطلب الفسخ لأنه أصبحت لديه شكوك ومخاوف من تعثر سداد الأجرة في وقت استحقاقها ولا شك أن ذلك يزول متى ما قدم المستأجر تأمينات تحول دون ذلك. وكذلك أجاز للمستأجر الذي لم يرخص له نقل عقد الإيجار إلى الغير - أي الإيجار من الباطن- أن يفسخ العقد لأنه عاجز عن سداد الأجرة مقابل تعويض عادل، ولا شك أن هذا النص هو تطبيق حقيقي لنظرية الجحود المُبتَسَر للعقد، وهو مقتبس من نظرية الفسخ بالعذر التي أسس لها السادة الحنفية ووافقهم فيها الظاهرية، إذ إن من المقرر لديهم جواز فسخ الإجارة بالعذر الخاص، سواء تحقق ذلك العذر في جانب المستأجر أو المؤجر⁽⁴⁾،

(1) إذ ينص البند (15.2) من الكتاب الأحمر من عقود فيديل في بهذا الخصوص على حالات عديدة للإنهاء، والذي يهمنها منها هو حالة ثبوت عدم نية المقاول الاستمرار في التنفيذ أو عدم تقديم ضمان حسن التنفيذ أي الفقرة «2.a b» راجع للتفصيل:

Brian W. Totterdill, FIDIC users' guide A practical guide to the 1999 red and Yellow Books, Thomas telford, London, 2006, P.258.

Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers, Anthony Lavers, FIDIC Contracts Law & Practice, 5th edition, Routledge, 2009, P.310, Caluse 8.72.

(2) وتطابقها تماماً المادة (785) من القانون المدني العراقي.

(3) وفقاً لما ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية مشار إليه: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج6، ص876.

(4) للتفصيل راجع من كتب السادة الحنفية، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، دار الكتب، ط2، 1986، ص197 وكذلك بحث بعنوان «فسخ الإجارة بالعذر في الفقه

كما أشارت بعض قوانين التجارة العربية الى تطبيقات مماثلة لفكرة الجحود في بعض العقود مثل البيع على دفعات منها المادة (106) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993⁽¹⁾. كذلك المادة (117) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999م بشأن العقود التوريدي. وقد أورد المشرع الإماراتي في قانون المعاملات التجارية في أحكام البيع بالتقسيط حكماً موقفاً، نراه تطبيقاً لفكرة الجحود المُبتَسَّر للعقد وهي الفقرة «1» من المادة (116).

الفرع الثاني: عرض النظرية على قواعد الفقه الإسلامي

24. صعوبات تأصيل النظرية فقهيًا: تكمن صعوبة تأصيل نظرية الجحود المُبتَسَّر للعقد وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي في عدة وجوه، وقد تكون تلك هي الاعتراضات الجوهرية عليها، منها ما يلي:

الوجه الأول أنه يتعذر على الدائن المطالبة بفسخ العقد إذا ما أحل مدينه بالتزامه، بل له المطالبة بالتنفيذ، ذلك هو الأصل في العقود الملزمة للجانبين أو المعاوضات الملزمة بطبيعتها والخالية من الخيارات⁽²⁾.

أما الثاني، فإنه يتعلق بالتعويض عن ضرر لا يتقوم بمال؛ إذ إن الأصل أن يكون التعويض في الضرر المالي الذي يتمثل في فقد مال لا في ضرر غير مالي، ولهذا لم يجب التعويض في الضرر الأدبي ولا في ضرر لا يتمثل في فقدان مال موجود كالضرر الناشئ عن امتناع عاقد من المضي في عقده⁽³⁾.

25. لا تعارض مع القواعد الفقهية الكُلية: نرى أن صعوبات واعتراضات تأصيل نظرية الجحود المُبتَسَّر فقهيًا قد تمثل قولاً مُجَمَّلاً عامّاً يحتاج الى تفصيل وبيان، وعليه نورد الملاحظات التالية:

1. أوجب الشارع على وجه العموم الوفاء بالعقود بقوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني، أحمد شحدة أبو سرحان و وعلي عبد الله أبو يحيى، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد1، 2013م، وقارن مع المادة (893) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمتعلقة بجواز فسخ عقد المقاوله لعذر طارىء.

(1) المادة أعلاه مطابقة للمادة (97) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999م وكلاهما مقتبس من المادة (73) من إتفاقية فينا 1980 مع فارق أن الإتفاقية استلزمت أن تكون المخالفة «جوهريّة» وأن يتم طلب الفسخ خلال مدة معقولة بالنسبة للدفعات المستقبلية للفقرة «2».

(2) انظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج6، ص153، 152.

(3) انظر: علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م، ص 157.

نظرية الجُحود المُبتَسَر للعقد وضرورة تقنينها في القوانين العربية: دراسة تحليلية في النظام الأنجلوسكسوني (1-35)

أَمَّنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» [المائدة: آية 1] مما يستلزم أن يكون عدم تنفيذ العقد -أو الإخلال به أو جحوده- تعدياً يستوجب الضمان، أو الفسخ أو كليهما، إذ إن العقد يقتضي ممن أبرمه أن يحافظ على عهده ووعده ولا يقوم بعمل أو تصريح يتعارض مع مقتضياته، وما يلحقه من التزامات، كما أن القاعدة تقضي بأن «من سعى في نقض ما تم من جهته فسيح عليه مردود عليه»⁽¹⁾

2. فيما يتعلق بالضرر، فإن باقتصار الضمان على الأموال دون المنافع هو قول السادة الحنفية دون غيرهم⁽²⁾، والبعض يشمل الضمان عنده جميع المنافع حتى تلك التي فاتت على المضرور سواء حصلها المعتدي أم لا، كما أن المنافع لدى الجمهور تمتد لمنافع الإنسان الحر أي العمل، فضلاً عن منافع الأثمان متى ما أعدت للتجارة، وزاد البعض فشمّل تضمين نُقصان القيمة الناشئ عن تغيير الأسعار.... الخ⁽³⁾.

3. وفقاً للمقصد المرعية في الفقه الإسلامي، فإن اعتبارات العدالة تُغلب على القوة الملزمة للعقد كلما دعت الحاجة لذلك واقتضته ظروف التعامل، كما هو الحال في فسخ الإيجار للعذر وإنقاص الثمن للجوائح⁽⁴⁾.

4. قاعدة «يُغتفر في الفسوخ ما لا يُغتفر في العقود»⁽⁵⁾ قد يُستند إليها في جعل الفسخ مخرجاً لتأصيل النظرية.

5. التقليل من الدعاوى التي تشغل القضاء فإجبار المدين على التنفيذ يُعد في حد ذاته ضرراً؛ ولهذا أجاز شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله- للبائع فسخ العقد دفْعاً لضرر المخاصمة إذا كان المشتري موسراً مماطلا⁽⁶⁾.

(1) انظر: المادة (100) من مجلة الأحكام العدلية.

(2) إذ يقول الكاساني مُعبِراً عن رأي المذهب: «أَنَّ الْمُنَافِعَ فِي الْأَصْلِ لَيْسَتْ بِمَالٍ خُصُوصًا مُنَافِعَ الْحُرِّ»، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص178.

(3) انظر: مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، ط1، بلا سنة طبع، ص595، ص596.

(4) انظر: مصطفى الجمال، المصدر السابق، ص443، وللمزيد حول كل من التطبيقين راجع: السنهوري، مصادر الحق، ج5، ص73 (الجوائح في بيع الثمار) وص64 (في الفسخ للعذر).

(5) راجع القاعدة المذكورة: عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، ط1، 1990م، ص293.

(6) انظر: الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1427هـ، ج32، فقرة (18) ص136.

يرى البعض أن الاجتهاد في مسائل الفسخ لا يزال مفتوحاً، إلا أنه لا يتجه إلى خلق أسباب جديدة، بل يقتصر على تفصيل في أشكال الأعدار والعيوب والضرر، وهي بطبيعتها ترتبط بأعراف الناس والزمان الذي يعيشون فيه⁽¹⁾. إن استقراء بعض الفروع في الفقه الإسلامي قد يكشف عن بعض التطبيقات المقاربة لفكرة الجحود المُبتَسَر، فنعرض بإيجاز لتطبيق له علاقة بالموضوع وهو «فسخ الإجارة بالعدز».

26. فسخ الإجارة بالعدز: بحث الفقهاء فرضية فسخ الإجارة بالعدز عامماً كان أو خاصاً، واختلفوا في ذلك، والذي يهمننا هنا هو فسخ الإجارة بالعدز الخاص بأحد العاقدين، كما لو استأجر دابة فمرضت، وذهب السادة الحنفية إلى جواز الفسخ بالعدز الخاص ووافقهم الظاهرية، واستدلوا بجملة أدلة منها لو استأجر رجلاً لقلع ضرر فزال الألم فإنه لا يجبر على قلع الضرر؛ لأن في المضي في ذلك إلزام لضرر زائد لم يستحق بالعدز⁽²⁾، والدليل الثاني وهو ما يهمننا، وفيه يقول الكاساني: «إنكار الفسخ عند تحقق العدز خروج عن العقل والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره، فاستأجر رجلاً ليقلعها فسكن الوجع -أي شُفِيَتْ- يجبر على القلع... وهذا قبيح عقلاً وشرعاً»⁽³⁾ أما بالنسبة لضابط العدز متى تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعدز كان للعاقد الفسخ⁽⁴⁾. فالفكرة التي يقوم عليها الفسخ هو تحمل العاقد ضرراً لم يدخل في حسابه وقت الإيجار؛ لذا لا يُجبر على المضي في العقد، ويكون له أن يفسخه للعدز⁽⁵⁾ ومن جملة الأمثلة التي ساقها الفقهاء في فسخ الإجارة حال من استأجر دابة بعينها فتعبت في الطريق كان له الخيار إن شاء فسخ العقد أو تربص إلى أن تقوى الدابة وليس له أن يطالب المؤجر بدابة بديلة⁽⁶⁾، وقد يقاس على هذا المثال بعض حالات الجحود المبتسر للعقد كحال وقوع إضراب لا يرقى إلى استحالة التنفيذ والقوة القاهرة في مصانع المدين مما يُعرقل توريد وتصنيع السلعة التي تعهد بتوريدها، ويستدل من هذه

(1) انظر: أسماوي محمد نعيم، نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، تقديم محمد الزحيلي، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006م، ص225، ونصت المادة (443) من مجلة الأحكام العدلية على فسخ الإجارة بالعدز بالقول: «لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة»

(2) انظر: أحمد أبو سرحان وعلي أبو يحيى، فسخ الإجارة بالعدز، مصدر سابق، ص113.

(3) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص197.

(4) انظر: أبو سرحان وأبو يحيى، المصدر السابق، ص114.

(5) انظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج5، ص65.

(6) راجع للتفصيل، أسماوي نعيم، نظرية فسخ العقود، مصدر سابق، ص121.

التطبيقات على جواز توسيع دائرة الفسخ لمقاصد معتبرة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: منهجية تقنين فكرة الجحود المُبتَسَر للعقد

إن المعالجة التشريعية للقضايا المستحدثة قد يُستند في تقنينها إلى المصالح المرسلّة التي تُجيز لولي الأمر - وممثليه أي السلطة التشريعية - وضع النُظم المناسبة لتحقيق مصلحة المجتمع⁽²⁾؛ وعليه نتناول منهجية تقنين النظرية في محورين الأول، تقنينها كنظرية متكاملة عامة، والثاني إدخال أحكامها في نصوص محددة لمواضع معينة من القوانين المدنية.

الفرع الأول: تقنين فكرة الجحود المُبتَسَر للعقد كنظرية عامة

يبدو أن فكرة الجحود المُبتَسَر تتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد وهي أقوى حجة أثرت في وجهها، إلا أن القوانين المدنية أقرت نظريات تتعارض مع هذا المبدأ ومنها:

27. نظرية الظروف الطارئة: إذ أقرها المشرّع تطبيقاً للعدالة، وفي هذا يقول مصطفى الجمال: «إن ظهور النظرية إن هو إلا لرد المغالاة في القوة الملزمة التي يتمتع بها العقد في ظل سيادة المذهب الفردي»⁽³⁾. وعليه فإن التوازن بين مصالح ذوي العلاقة هي الأساس؛ إذ ذهبت أغلب القوانين المدنية العربية إلى تقنين هذه النظرية ومنها قانون المعاملات المدنية الإماراتي⁽⁴⁾.

28. خيار المستهلك بالرجوع في البيع: قد مَنحت مختلف القوانين للمستهلك خيار الرجوع عن العقد وفي مقدمتها قانون الاستهلاك الفرنسي⁽⁵⁾، من خلال إعادة النظر في العقد الذي أبرمه والعدول عنه خلال مدة محددة تختلف باختلاف محل العقد، ويكون للمستهلك الخيار أما استبدال البضائع أو استرداد الثمن وله الحرية في الأخذ بأي منهما خلال مدة الخيار، فإن انقضت دون العدول أو الاستمرار

(1) وقد نص قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (920) على تطبيق مماثل في عقد العمل في الفسخ لعذر طارئ، كما قرر المشرّع المصري والعراقي حقاً للمستهلك والمؤجر في فسخ عقد الإيجار على أساس نظرية الفسخ بالعذر، راجع المادة (603) القانون المدني المصري، المادة (785) القانون المدني العراقي.

(2) انظر: محمد كمال الدين إمام، «في منهجية التقنين»، بحوث ندوة التقنين والتجديد في الفقه الإسلامي المعاصر، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، 2009، ص530.

(3) انظر: مصطفى الجمال، القانون المدني، مصدر سابق، ص443.

(4) انظر: المادة (249) من القانون المذكور، وتقابلها (146/2) القانون المدني العراقي، (147/2) القانون المدني المصري.

(5) انظر: المادة (121 - 16) من قانون الاستهلاك الفرنسي وكذلك المادة (1) من القانون رقم (21/88) الصادر في 6 كانون الثاني/يناير 1988 بشأن البيع عن بعد، وراجع المادة (8) من قانون حماية المستهلك المصري.

بالعقد اعتبر ذلك تنفيذ للعقد⁽¹⁾.

29. النص المُقترح لتقنين نظرية الجحود المُبتَسَر للعقد: نرى أن المنهجية الأمثل في تقنين فكرة الجحود المُبتَسَر كنظرية مستقلة يكون ضمن نطاق النظرية العامة للعقد على غرار النظريات أعلاه، وتطبيقا لهذا نقترح أن يكون التقنين وفقا للنص التشريعي الآتي:

1. يجوز للدائن في العقود المؤجلة التنفيذ والملزومة للجانبين، طلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، ولو قبل حلول أجل التنفيذ، متى ما تبين أن المدين غير راغب في تنفيذ إلتزامه أو غير قادر عليه، ويُستدل على ذلك في الأحوال التالية: أ- إذا أُعلن المدين كتابةً عدم رغبته أو قدرته على تنفيذ إلتزامه. ب- إذا تبين من الظروف المحيطة بالمدين عدم قدرته على التنفيذ لإسباب مادية أو قانونية.
2. ويبقى للدائن الخيار في إمضاء العقد أو طلب الفسخ، وفي جميع الأحوال يُمنح المدين أجلا لتقديم ضمانات كافية في مدة معقولة.
3. ويراعى في تقدير التعويض ما بذله الدائن من جهدٍ لتخفيف الضرر، ومقدار ما أنجزه المدين، وللقاضي الاستعانة بأهل الخبرة من ذوي الاختصاص كلما اقتضى الأمر ذلك».

الفرع الثاني: تقنين فكرة الجحود المُبتَسَر للعقد كنصوص قانونية محددة

لا شك ان إدخال تعديل تشريعي على مستوى نظرية قانونية أمر ليس باليسير، وعليه قد يُصار إلى منهجية إدخال أحكام نظرية الجحود في مواضع محددة من القوانين القائمة وتقنينها بشكل جزئي، ذلك وفقا للآتي:

1. تقنين فكرة الجحود المُبتَسَر للعقد في مواضع محددة وضمن نطاق أنواع معينة من العقود والتي يكثر فيها تطبيق هذه الفكرة مثل عقود البيع على دفعات أو العقود التوريد أو المقاولات وغيرها من العقود التي يتراخى تنفيذها لفترة من الزمن، وتطبيقا لذلك يكون للدائن الحق في الفسخ قبل حلول الأجل في حال تعثر المدين في التنفيذ أو القيام بما يعد جحودا واخلالا جوهريا في دفعة من الدفعات

(1) راجع للمزيد حول خيار المستهلك في الرجوع: أيمن مساعدة وعلاء خصاونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة اليرموك، العدد 46، إبريل 2011م، وتحديدًا ص183.

نظرية الجُحود المُبتَسَر للعقد وضرورة تقنينها في القوانين العربية: دراسة تحليلية في النظام الأنجلوسكسوني (1-35)

التوريد بما لا يتناسب مع الوقت المحدد للتنفيذ، على أن يكون للقضاء دور في تحديد الفترة الزمنية المتبقية للتنفيذ وتحديد مدة معقولة أو محددة لإعادة الثقة في قدرة المدين على التنفيذ.

2. ترتيب الأثر القانوني الأهم على تحقق الجحود المُبتَسَر؛ إذ إن التقنين المجتزأ للفكرة لا يعد ناجعاً في غياب ذلك الأثر، وهو حق الدائن طلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، وبخلافه فإن التقنين غير المكتمل، لا جدوى له عملياً.

3. لا بد من النظر الى طبيعة محل الالتزام المطلوب أداءه فمثلاً في أداء المثليات لا يصار إلى الفسخ ابتداءً؛ لأن توفيرها على نفقه المدين أمر متاح غالباً، وهنا نشير إلى القانون الإنجليزي لبيع البضائع [The English Sale of Goods 1979] يميز بين الأشياء المعينة بالنوع [Specific Goods] وتلك المعينة بالذات [Unascertained Goods] والذي لا يسمح بالإبطال إلا في البضاعة المعينة بالنوع متى تعذر تسليمها⁽¹⁾.

الخاتمة

ختاماً، ومن خلال البحث في نظرية الجحود المُبتَسَر للعقد يمكن إيجاز أهم النتائج والتوصيات فيما يأتي:

1. حاجة الجهات التشريعية والقضائية في الدول ذات النهج اللاتيني المتمثل بألية التقنين إلى إعادة النظر في المرونة التي تتمتع بها لتطوير النظريات القانونية كما فعل القضاء الأنجلوسكسوني بشأن النظرية محل البحث، وبخلافه فإن التطورات الواقعية سوف تفرض حلولاً بديلة هي أشد تعارضاً مع البناء القانوني.

2. إن نظرية الجحود المُبتَسَر للعقد تجد تطبيقها في العقود الملزمة للجانبين ذات التنفيذ المؤجل؛ إذ إنها نشأت لتلبية متطلبات عملية تبررها، وفي مقدمتها الحيلولة دون ترك مصير العقد مجهولاً حتى بلوغ الأجل، فهي قراءة الدائن لواقع حال المدين وتوقع عدم قدرته على تنفيذه لتزاماته وفقاً للاتفاق، مستنداً في ذلك لأسباب معقولة لا تقبل الشك، يدعمها تصريح المدين أو سلوكه أو الظروف المحيطة به

(1) Andrew Burrows, Op. Tic. P.670.

إذ لا يسمح القانون المذكور أن يكون المحل المستقبلي في بيع البضائع إلا من المثليات، للمزيد راجع، نسرين محاسنة، بيع السلم وبيع البضائع المستقبلية، دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني وقانون بيع البضائع الإنجليزي، مجلة الشريعة والقانون العدد 27، يوليو 2006م، ص 370، والمثلي: «ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به» المادة (145) من المجلة.

وجميعها متصفٌ بالوضوح، مما يترتب عليه آثارٌ قانونية تختلف من تشريع لآخر ومن قضاء لآخر.

3. إن الأثر الأهم المترتب على ثبوت جحود المدين من حيث الأصل هو الفسخ مع التعويض إلا أن حكمه ليس موحدًا في النظام القانوني الأنجلوسكسوني، فقد يسبقه قبول أو طلب تأمينات كافية لإعادة الثقة للدائن وخلال مدة معقولة، كما في اتفاقية فيينا 1980 أو مدة محددة (30 يومًا)، كما في القانون التجاري الأمريكي الموحد.

4. منح القاضي سلطة واسعة في تقدير الوقائع التي تعد جحودًا مبتسرا للعقد من خلال الاستعانة بالخبراء وفقًا لطبيعة كل عقد، مما يُجلب الغموض في تحديد نسبة الإنجاز في بعض العقود كالمقاوله، استنادًا إلى ولايته على العامة بصفته ممثلًا لولي الأمر ومراقبًا لتطبيق النصوص ذات العلاقة.

5. يمكن تأصيل النظرية فقهيًا وإن وجد تعارض مع بعض القواعد أو الآراء المعتمدة في مذهب ما، فإنه قد يكون شكليًا يمكن إزالته من خلال الجمع بين الأدلة والاستفادة من تعدد الآراء، فضلًا عن وجود تطبيقات فقهيّة مشابهة كفسخ الإجارة بالعدر، والغاية من هذا دمج النظرية في التقنيات العربية المستمدة من الفقه الإسلامي.

6. إذا تعذر تقنين نظرية الجحود المُبتسّر للعقد تقنينًا متكاملًا فمن الممكن إضافة أحكامها الجوهرية إلى النصوص الواردة في بعض العقود مثل عقود التوريد أو البيع على دفعات مما يجعلها أكثر فاعلية، إذ وردت تطبيقات في القوانين العربية كما في عقد المقاوله وسقوط الأجل... إلخ، إلا أنها غير فعّالة من حيث الأثر.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً- المراجع العربية:

1. أبو سرحان، أحمد شحدة وأبو يحيى، علي عبد الله، «فسخ الإجارة بالعدر في الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد1، 2013م.
2. الجبوري، ياسين محمد، المبسوط في شرح القانون المدني، ج2، آثار الحقوق الشخصية، المجلد الأول، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005م.
3. الجمال، مصطفى محمد، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، ط1، بلا سنة طبع.
4. الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م.
5. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط3 الجديدة، 2009م.
6. السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج6، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط1، بلا سنة طبع.
7. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين، دار الكتب العلمية، ط1، 1990م.
8. الصغير، حسام الدين عبد الغني، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة، القاهرة، 2001م.
9. الفاروقي، حارث سليمان، المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، 1970م.
10. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، دار الكتب، ط2، 1986م.
11. إمام، محمد كمال الدين، «في منهجية التقنين»، بحوث ندوة التقنين والتجديد في الفقه الإسلامي المعاصر، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، 2009.
12. تركي، علي عبد الحميد، نطاق القضية في الاستئناف«دراسة تحليلية مقارنة»، ط2، دار النهضة، 2009م.
13. ج.س. شيشر، س.ه. فيفوت، م.ب. فيرمستون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، ترجمة هنري رياض، دار الجيل، بيروت مع مروي بوكشوب الخرطوم، بلا سنة طبع.
14. ج.س. شيشر و س.ه. فيفوت و م.ب. فيرمستون أسباب انقضاء العقد (الوفاء-الإقالة-الاستحالة-الإخلال)، ترجمة هنري رياض، دار الجيل- بيروت ومكتبة خليفة عطية- الخرطوم، ط9، 1976م.
15. عبد الحميد، خالد أحمد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا 1980م ط2، 2001م.
16. عمر، أحمد مختار، معجم اللغة المعاصرة، المجلد 1، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 2001م.
17. فيدكر، جورج، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، جامعة القديس يوسف، بيروت، طبعة دالوز 2009م.
18. كروس، روبرت، السوابق القضائية في القانون الإنجليزي، ترجمة د. محمد الشيخ عمر، دار الجيل، بيروت، ط1، 1992م.
19. مساعدة، أيمن خصاونة علاء، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة اليرموك، العدد 46، إبريل 2011م.
20. مجمع اللغة العربية بمصر، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2004م.

21. نعيم، أسمادي محمد، نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، تقديم محمد الزحيلي، دار النفائس، الأردن، عمان، ط1، 2006م.
22. وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ج32، ط2، 1427هـ.

ثانياً- القوانين العربية:

23. قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999م.
24. القانون المدني الأردني 43 لسنة 1976م.
25. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م.
26. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م.
27. قانون المعاملات التجارية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 18 لسنة 1993م.
28. قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985م.
29. مجلة الأحكام العدلية.

ثالثاً- المراجع الأجنبية:

- Andrew Burrows, English privet law, third edition, Oxford University press, United Kingdom, 2013.
- Brian W. Totterdill, FIDIC users' guide A practical guide to the 1999 red and Yellow Books, Thomas telford, London, 2006.
- Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, Fourth Edition, 2003.
- David W. Robertson, The Doctrine of Anticipatory Breach of Contract, Louisiana Law Review, Volume 20, Number 1, December 1959.
- Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers, Anthony Lavers, FIDIC Contracts Law & Practice, 5th edition, Routledge, 2009.
- Ewan Mc Kendrick, Contract Law, Text, Cases and Materials, Fifth Edition, Oxford University Press UK, 2012.
- Herbert R. Limburg, Anticipatory Repudiation of Contract, Cornell Law Review, Volume 10, February 1925.
- Janet O' Sullivan and Jonathan Hilliard, The Law of Contract, Sixth Edition, Oxford University Press, 2014.
- Janet O'Sullivan & Jonathan Hilliard, The of Contract, 5th edition, Oxford University press, UK, 2012.
- Jill Poole, Casebook contract law, oxford university press, 12th edition, 2014.
- Jill Poole, Textbook on contract law, oxford university press, 9th edition, 2008.
- Keith A. Rowley, Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, Cincinnati Law Review, Vol.69, 2000 - 2001.

نظرية الجُحود المُبتَسَر للعقد وضرورة تقنينها في القوانين العربية: دراسة تحليلية في النظام الأنجلوسكسوني (1-35)

Solene Rowan, Remedies for Breach of Contract, A comparative Analysis of the Protection of Performance, Oxford University Press, 2012.

Simon Wittakar, How Does French Law Deals With Anticipatory Breach of Contract, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, No.3, Jul., 1996.

Sir Guenter Treitel, The Law of Contract, eleventh Edition, Thomson Sweet & axwell, London, 2003.

Richard Stone, the Modern Law of Contract, 6th Edition, Cavendish Publishing Limited, London, 2005.

Thomas Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, L.G.J.D, 2011

رابعًا- القوانين والاتفاقيات الأجنبية:

Civil Law of France (Droit Civil).

The Contract Law of Malaysia, Act 136 – 1950.

The English Sale of Goods 1979.

Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010

Uniform Commercial Code UCC 2002.

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980.

خامسًا- قائمة القضايا [List of Cases]

C&P Haulage v Middleton- 1983

Decro-Wall International SA v Practitioners in Marketing Ltd, 1971

Hochster v. De La Tour 1853

Mersey Steel and Iron Co. V Naylor Benzon 1884

White & Carter Councils Ltd. V. McGreggo- 1962 AC413

Vitol Sa v Norelf Ltd – 1996

Vaswani v Italian Motors (sales & Service) Ltd- 1995

Yukong Line of Korea v Rendsburg Investment Corporation of Liberia - 1996

Awwalan: Almaraaji'e Al'arabiah:

1. Abu Sarhaan, Ahmad shihdah wa Abu Yahya, Ali Abd allah, «faskh al'ijaarah bil'uthr fi alfiqh al'islaamy wa mawqif alqaanuon almadany al'urduniy», majallat diraasaat 'uluom ash-share'ah walqaanuon, almujaallad 40, al'adad 1. 2013 m.
2. Aljuburiy, Yasin Muhammad, almabsuot fi sharah alqaanun almadany , aljuz' ath-thany, aathaar alhuquoq ash-shakhsiah, almujaallad al'awwal , t1, dar ath-thaqafah, 'Ammann , 2005 m.
3. Aljammaal, Mustafaa Muhammad, alqaanuon almadany fi thawbihi al'islaamy, masaadir aliltizaam, sharh mufassal li'ahkaam at-taqneenat al'arabiah almustamadah min alfiqh al'islamy watatbeqaatuha alqaanuuniyah, t1, bila sanat tab'a.
4. Alkhafif Aly, ad-damaan fi alfiqh al'islaamy, dar alfikr al'araby, alqahirah, 2000 m.
5. As-sanhuriy, Abdur-razzaaq Ahmad, alwaseet fi sharh alqanuon almadany aljadeded, g1, g3, manshuraat alhalby alhuquoqiah, bayrout - lubnan, t3 aljadededah, 2009 m.
6. As-sanhuriy, Abdur-razzaaq, masaadir alhaqq fi alfiqh al'islamy, diraasatun muqaaranatun bilfiqh algharby, g 6, dar 'ihya' at-turaath al'araby, bayrout - lubnan, t1, bila sanat tab'a.
7. As-suyuty, Abdur-rahmaan bin Abi bakr Jalaaluddeen, dar alkitub al'ilmiah, t 1, 1990 m.
8. As-saghir, Hussam ad-deen Abdulghany, tafseer 'ittifaaqiat al'umam almuttahidah bish'an albay'e ad-dawly lilibadaa'i'e, dar an-nahdah, alqahirah, 2001. 9. Alfaaruqy, Harith Sulaymaan, almu'ajam alqaanuony, maktabat lubnan, bayrout, 1970.
9. Alkassaany, Alaa'ud-deen Abu bakr bin mas'uod bin Ahmad Alhanafy, baday'e as-sana'i'e fi tarteeb ash-sharaa'i'e, g 4, dar alkitub, t2, 1986 m.
10. Imaam, Muhammad kamaludden, «fiy manhajiat at-taqneen», buhuoth nadwat at-taqneen wat-tajdeed fi alfiqh al'islaamy almu'aasir, t1, wazaarat al'awqaaf wash-shu'uon ad-deeniah, saltanat 'Umaan, 2009.
11. Turki, Aly Abdulhameed, nitaq alqadiah fi alist'inaaf, «diraasatun tahleeliatun muqaaranatun», t2, dar an-nahdah, 2009 m.
12. JS Schescher S.H. Vivot MP Vermiston 'ahkaam al'aqd fi alqanuon al'ingilizy, tarjamat Hinary Riad, dar aljeel, bayrout ma'e marwa bokshob alkhartum, bila sanat tab'a.
13. JS Schescher and S.H. Vivot and M.P.Fermiston, 'asbaab 'inqidaa' al'aqd (alwafah - al'iqalah - alistihalah - alikhlah), tarjamat Hinary Riad, dar aljeel - bayrut wa maktabat Khalifah Atiah - alkhartuum, t9, 1976 m.

14. Abdulhameed, Khalid Ahmad, faskh 'aqd albai'e ad-dawly lilbada'ie wafqan litifaqiat Viyinna 1980 , t 2 , 2001 m.
15. Omar, Ahmad Mukhtaar, mu'ejam allughati almu'easirah , almujuallad 1, 'aalam alkutub, alqahirah, t 1 , 2001 m.
16. Fidkr, Jurj, alqaanuon almadany alfaransy billughati al'arabiah, jamie'at alqiddees Yusuf, bayrout, tab'at Daluz 2009.
17. Cross, Robert, as-sawabic alqadaae'yah fi alqaanuon al'ingleezy, tarjamat dr. Muhammad alshaykh Omar, dar aljeel, bayrout, t1, 1992 m.
18. Masaa'edah, Ayman Khasawnah 'Alaa', khiar almustahlik br-rujo'e 'ilaa fi albuyo'a almanziliyah wa buyo'a almasaafa, majallat ash-sharee'ah walqaanuon, jamie'at alyarmuk, al'adad 46 , 'abril 2011.
19. Majma' allughati al'arabiah fi misr, almu'jam alwaseet , maktabat ash-shuruoq ad-dawliyah, t4, 2004 m.
20. Na'eim, Asmaady Muhammad, nathariat faskh al'uqoud fi alfiqh al'islamy, taqdeem Muhamad Az-zuhaly, dar an-nafaa'is, al'urdunn, Amman, t1, 2006 m.
21. Wazarat al'awqaaf wash-shu'uon al'islaamiah, almawsu'ah alfiqhiyah alkuwiatiiyah, dar as-salaasil, alkuwait, j 32, t 2 , 1427 h.

Thaaniyan: alqawaanin al'arabiah:

22. Qanuon at-tijarah almisry aljadeed raqm 17 lisanat 1999.
23. Alqanuon almadany al'urduniy 43 lisanat 1976 m.
24. Alqanuon almadany al'eraaqy raqm 40 lisanat 1951 m.
25. Alqanuon almadany almisry raqm 131 lisanat 1948.
26. Qanuon almu'aamalaat at-tijaariah lidawlat al'imaaraat al'arabiah almuttahidah raqm 18 lisanat 1993.
27. Qanuon almu'aamalaat almadaniah lidawlat al'imarath alarabiyah almuttahidah raqm 5 lisanat 1985.
28. Majallat alahkaam al'adliyyah.

The Theory of Anticipatory Breach of Contract and the Necessity to Codify it in Arab Legislation: Anglo-Saxon Legal System - An Analytical Study

Omar Salah A.M. Al Azawe

College of Law - University of Sharjah

Sharjah - U.A.E.

Al Tamimi & Company

Abstract:

The Anticipatory Breach of contract theory is considered a deviation from traditional rules. It is inspired from the Anglo-Saxon system as it gives the creditor the right to disaffirm the contract before its implementation deadline. It also gives the contractor the right to claim compensation for the incurred damage whenever the debtor expresses unwillingness or inability to implement his/her commitment to the deadline. The 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods adopted this theory, as stipulated in the 2002 US Unified Trade Act.

Keywords: Anticipatory Breach, Premeditated Ingratitude, Termination of Contract, Non-performance.