مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية

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/library/8377
تاريخ الاسترداد: 2026/05/25 19:48 +03

الموسوعة السياسيّة 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 السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

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

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

جامعة الشارقة
UNIVERSITY OF SHARJAH

مجلة جامعة الشارقة

مجلة علمية محكمة

للعلوم القانونية

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

الترقيم الدولي المعياري للدوريات 2616-6526

نظـرية الجُحــود المُبْتَسَر للعقــد 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 الاستلام: 2016-05-04 **تاريخ القبول: 2016-11-23**

ملخص البحث:

إن نظريـة الجحـود المبتسـر للعقـد تُعـد خروجًـا عـن القواعـد التقليديـة، وهـي وليـدة النظـام الأنجلوسكسـوني؛ إذ تمنـح الدائـن الحـق فـي فسـخ العقـد قبـل حلـول أجـل التنفيـذ والمطالبـة بالتعويـض لمـا أصابـه مـن ضـرر، متـى مـا تبيّـن أن المديـن لـن ينفـذ إلتزامـه بحلـول الأجـل مـن خـلال إعلانـه الصريـح عـن عـدم رغبتـه فـي ذلـك أو عـدم قدرتـه، تبنّـت اتفاقيـة فينـا 1980م بشـأن عقـود البيـع الدولـي للبضائـع هـذه النظريـة، كمـا نـص عليهـا قانـون التجـارة الأمريكـي الموحـد 2002م.

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

المُقدَّمـــــــة:

1. **فكرة الجُحود المُبتَسَر للعقد بوجه عام:** إن من سنَن الحياة الثابتة تطور الفكر بوجه عام وفقًا لحاجات الناس، وكذلك الفكر القانوني يخضع لتلك السنَن في التطور والتجديد، تلبيةً لحاجات الناس وبهذا تتقدم الأمم وترتقي، ومن هنا طور القضاء ما يُسمى بـــ [الجُحود المُبْتَسَر للعقدAnticipatory - Breach of Contract][1]، من خلال النظر فيما يعرض عليه من قضايا ونوازل في وقت لم تُسعفه القواعد القانونية التقليدية في إيجاد حلول ناجعة، وتتمثل تلك القواعد في عدم وضع المدين في موضع التقصير ما دام أجل تنفيذ التزامه لم يحل بعد. وبمفهوم المخالفة فإن فكرة الجحود المُبْتَسَر تقوم على أن العقد- المقترن بالتنفيذ المؤجل - يقتضي إعطاء الدائن لمدينه ثقة وائتمان تستلزمهما مقتضيات تنفيذ العقد عند حلول الأجل، ومع هذا فإنهما -اي الثقة والائتمان- ينتفيان في حال استجدت ظروف من شأنها حمل الدائن على الاعتقاد بإن المدين لن ينفذ التزامه بحلول الأجل المضروب للتنفيذ ويرجع ذلك إما لتصريحه بعدم رغبته في تنفيذ العقد- أو لعدم قدرته على ذلك- مما يشكل جحودًا من قبل المدين قبل حلول الأجل، الأمر الذي يسّوغ للدائن

(1) الجحود وأصله مشتق من (جَحَدَ) الأمر وبه جحداً، وجحوداً أنكره مع علمه به، راجع المعجم الوسيط، ط4، 2004م، مكتبة الشروق الدولية، ص107، ولفظ [Anticipatory] في ذاته مشتق من مصدر الكلمة الأنجليزية [Anticipate] بمعنى يتعجّل أو يفعل أمرا أو يتصوره قبل أوآن فعله أو وقوعه، [Anticipation] تعجيل؛ أداء (شيء) استيفاؤه قبل أو القيام به قبل أوآنه، أو ابتسار (والشيء مبتسر anticipated) يراجع حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، 1970، ص45، وجاء في المعجم الوسيط «ابتسر الرأيَ: أبداه قبل نضجه، المصدر السابق، ص56، وفي معجم اللغة المعاصرة »ابتُسِرَ يُبْتَسر مبتسرا ابتساراً والمفعول: مُبتسَرَ«...طفل مبتسر: ولد قبل ميعاده الطبيعي، يراجع أحمد مختار عمر، المجلد 1، عالم الكتب، القاهرة، ط1،2001م، ص202 فقرة 619، والترجمة المرادفة لما تقدم قد تكون »الإخلال المتوقع« إلا أنها تجافي المنطق وقد تكون مضللة وفقا لما يراه البعض؛ لأنها اعتراف مسبق بأن العقد قابل للفسخ قبل حلول ميعاد تنفيذه، راجع ج.س.شيشر، س.هـ.فيفوت، م.ب.فيرمستون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، ترجمة هنري رياض، دار الجيل، بيروت مع مروى بوكشوب الخرطوم، ص 766. واستخدم أستاذنا الدكتور ياسين محمد الجبوري كل من «الجحود» و«الخرق» المبتسر للعقد كمرادفات، وذلك في كتابه المبسوط في شرح القانون المدني، ج2، دار الثقافة، ط1، عمان، 2005م، ص276. وقد وردت ترجمة (الإخلال المبتسر) في اتفاقية فينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع [CISG] في ديباجة الفرع الأول من الفصل 5 في مقدمة المادة (71)، وتستخدم أحيانا [Anticipatory] متلازما مع كلمة [Repudiation] بمعنى خرق عقد قبل حلول أجل تنفيذه، أو إعلان المتعاقد أو صدوره عن عمل يفيد عقده العزم على عدم القيام بما يفرضه الاتفاق من التزامات، راجع حارث الفاروقي، المصدر السابق، ص603، ويكثر استخدام المصطلح وفقا لما تقدم في لغة القانون الأمريكي على سبيل المثال عبارة [Anticipatory Repudiation] عنوانا للمادة (610) من الفصل 2 من القانون التجاري الأمريكي الموحد [Uniform Commercial Code 2002] بحث بعنوان [Anticipatory Repudia-tion of Contract] Herbert R. Limburg, Cornell Law Review, Volume 10, February 1925. وهو يتكلم عن الجحود المبتسر ذاته.

التحلل من الرابطة العقدية قبل حلول الأجل المتفق عليه[1].

2. **أهمية موضوع البحث:** تظهر أهمية الموضوع من تتبع بعض الإشكاليات النظرية والعملية، نظريًّا تتعارض فكرة الجحود المبتسر مع القواعد التقليدية والتي تقتضي حلول الأجل للنظر في عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته، ووقوع إخلال فعلي من جانبه[2]، وعمليا فإن الدائن الذي يُصرّح له مدينه بعدم رغبته أو قدرته على تنفيذ الالتزام بحلول أجله، فإن ذلك الدائن قد يُجنّب نفسه –بل والمدين ذاته- تأخر التنفيذ ويكسب وقتا في البحث عن بدائل للتنفيذ ويدفع عن نفسه وعن مدينه ضررا في الحال والمآل، إذ ما تحقق ما صرح به الأخير- وهو ما سوف يظهر لنا جليّا في التطبيقات القضائية، وللأهمية فقد طبّق القضاء الأنجلوسكسوني هذه النظرية وطوّرها حتى انتقلت إلى عقود البيوع الدولية ونضّمت 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: نشاة النظرية وتطورها، والمطلب الثاني: التأصيل القانوني للنظرية وتحديد نطاقها، المبحث الثاني: مقومات النظرية وآثارها القانونية، وفيه مطلبان، المطلب الأول: مقومات النظرية، والمطلب الثاني: الآثار 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 المتّبع في استخراج مفردات البحث ومادته العلمية من المراجع، فضلا 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 وفقًا 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، وتحديدا المادة (71) والتي تبنت فكرة الجحود المُبْتَسَر للعقد، وللتفصيل راجع خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقًا لإتفاقية فينا 1980م، ط2، 2001م، ص175 فقرة 251.

المبحث الأول: نشأة نظرية الجحود المُبْتَسَر للعقد وتأصيلها القانوني

5. **بيـان:** للوقـوف علـى نشـأة نظريـة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد وتطورهـا، وكيفيـة تأصيلهـا قانونيًّـا، نقسّـم هـذا المبحـث إلـى مطلبيـن، المطلـب الأول نتحـدّث فيـه نشـأة النظريـة وتطورهـا، ثـم نخصّـص المطلـب الثانـي لتأصيلهـا قانونيًّـا.

المطلب الأول: نشأة النظرية وتطورها محليا ودوليًّا

6. **تحديـد:** نتنـاول نشـأة نظريـة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد علـى الصعيديـن المحلـي والدولـي فـي فرعيـن، الأول: فكـرة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد محليـا (النظـام الإنجلوسكسـوني) والثانـي: فكـرة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد دوليًّـا.

الفرع الأول: فكرة الجحود المُبْتَسَر للعقد محليًّا

(النظام الأنجلوسكسوني)

7 - 1 نظريـة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد وليـدة القضـاء الأنجلوسكسـوني: يتميـز القضـاء الأنجلوسكسـوني- الإنجليـزي تحديـدا- بالقـدرة علـى ولادة النظريـات ومـن هنـا كانـت ولادة النظريـة وتبعـه القضـاء الأمريكـي، بـل وتبنّتهـا بعـض الـدول ذات النظـام القانونـي المختلـط مثـل ماليزيـا[1]. وقامـت النظريـة علـى فكـرة تجـاوزت مـا تتطلبـه القواعـد العامـة فـي العقـود الملزمـة للجانبيـن وهـو اشـتراط وقـوع الإخـلال الفعلـي مـن قبـل المديـن لمنـح الدائـن الحـق فـي طلـب فسـخ العقـد أو الامتنـاع عـن تنفيـذ التزاماتـه مؤقتًـا، كل ذلـك قبـل حلـول الأجـل المتفـق عليـه لتنفيـذ الالتـزام متـى مـا صـرح الدائـن بعـدم رغبتـه فـي التنفيـذ أو عـدم قدرتـه علـى ذلـك[2]. وكانـت القضيـة الشـهيرة [Hochster v. De La Tour 1853] ولادة لفكـرة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد علـى يـد القضـاء الإنجليـزي، ومفادهـا أن المدَّعِـي[Plaintiff] وهـو السـيد [Hochster] أبـرم عقـد عمـل بتاريـخ 12 أبريـل 1852 مـع المدَّعَـى عليـه [Defendant] للعمـل مرشـدًا سـياحيًّا علـى أن يبـدأ سـريان عقـد العمـل فـي الأول مـن يونيـو 1852، إلا أنـه وفـي تاريـخ 11 مايـو1852 أرسـل رب العمـل الـى المدعِـي وهـو السـيد [Hochster] خطابًـا يفيـد بأنـه لـم يعـد راغبًـا فـي توظيفـه، وفـي اليـوم التالـي أي بتاريـخ 12 مايـو 1852 أقـام المدعـي دعـوى قضائيـة يطلـب فيهـا فسـخ العقـد المبـرم مـع التعويـض عـن الإنهـاء التعسـفي لعقـد العمـل، وبالمقابـل طالـب المحامـي بـرد الدعـوى علـى أسـاس أن ميعـاد تنفيـذ العقـد لـم يحـنّ وقتـه بعـد، ومـن ثَـمَّ

(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 تبيَّن بوضوح قبلَ حلول ميعاد تنفيذِ العقد أنَّ أحدَ الطرفين سوف يرتكب مخالفةً جوهرية للعقد جازَ للطرف الآخر أن يَفسخ العقد.»

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

وفي قضية مماثلة قد تعد تطبيقا آخر لفكرة الجحود المُبْتَسَر للعقد وهي قضية [Avery v Bowden- 1856] [2] وتتلخص في أن السيد باودن استأجر سفينة السيد آفيري لشحن بضاعة وأن يكون التحميل في أوديسا [Odessa] خلال 45 يوم من تاريخ التعاقد، لاحقًا تلقي السيد آفيري من السيد باودن إخطارًا يفيد بعدم وجود بضاعة مُعدّة للشحن، وهنا كان من الممكن فسخ العقد ابتسارًا قبل حلول الأجل، إلا أن مالك السفينة قرر الانتظار وإبقاءها في الميناء لحين إنتهاء 45 يوما- مدة التنفيذ- على أمل ان يقوم السيد باودن بتنفيذ التزامه، إلا أنه وقبل انتهاء المدة اندلعت حرب القرم [- The Crimean War October 1853 February1856] بين روسيا وانكلترا، وهنا فوت السيد آفيري على نفسه فرصة مقاضاة خصمه؛ لأن تنفيذ العقد أصبح خاضعًا لمبدأ استحالة التنفيذ [Frustration][3]، تجدر الإشارة إلى أنه ووَفْقًا لقواعد الجحود المُبْتَسَر للعقد فإن الطرف غير المقصِّر[Innocent Party] لا يجبر على قبول الفسخ ابتسارًا والذي يؤدي إلى إلغاء العقد، وله أن ينتظر الى حلول أجل التنفيذ ويبقى العقد ساريا، وعندها يطالب بالتعويض لعدم التنفيذ في تلك المرحلة[4].

7 - 2 القانون الفرنسي لا يعرف فكرة الجحود المُبْتَسَر للعقد: مما لاشك فيه هو نشأت وثبات نظرية الجحود المُبْتَسَر 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, oxfored 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. Mc-Grego- 1962 AC413, House of Loards] والتي تتعلق بعقد دعاية وإعلانات، ويظهر في القضية وبوضوح الأثر المترتب على عدم قبول الجحود المُبْتَسَر للعقد مع تعليق قضاة المحكمة على الحكم الصادر، كل ما تقدم في المرجع التالي: Ewan Mc Kendrick, Contract Law, Text, Cases and Materials, Fifth Edition, Oxfor University Press UK, 2012, P.802 - 803.

(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.

القانـون المدنـي الفرنسـي، إذ لا يعـرف فكـرة الجحـود المُبْتَسَـر مـن خـلال نصـوص قانونيـة واضحـة تسـمح للقضـاء بتطبيقهـا. وعليـه فإنـه فـي ظـل القانـون المدنـي الفرنسـي لا يحـق للدائـن المتضـرر المطالبـة بتعويـض مترتـب علـى الإنهـاء أو الأضـرار المتعلقـة بتنفيـذ عقـد قبـل حلـول أجـل تنفيـذه، وهـذه القاعـدة تطبـق فـي جميـع الأحـوال حتـى لـو أعلـن المديـن وبشـكل صريـح أنـه خـرق التزامـه سـواء مـن خـلال التصريـح بعـدم رغبتـه أو إعـلان عـدم قدرتـه علـى تنفيـذ التزاماتـه التعاقديـة وفقًـا للعقـد[1]. وتبريـر ذلـك هـو التعـارض الصريـح بيـن فكـرة الجحـود المُبْتَسَـر ونـص المـادة (1186) مـن القانـون المدنـي الفرنسـي [2]، ذلـك أن القانـون المذكـور يمييـز بيـن وجـود الالتـزام مـن جهـه وبيـن تنفيـذه مـن جهـة أخـرى، إذ تسـتلزم المطالبـة بالتنفيـذ رفـع دعـوى قضائيـة وهـو متعـذر قبـل حلـول أجـل التنفيـذ[3]. إلا أن بعـض التطبيقـات القضائيـة لا تبـدو بهـذه الصرامـة وتظهـر ميـلًا لفكـرة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد، ومنهـا القضيـة التـي عرضـت علـى محكمـة هارفـرد التجاريـة بتاريـخ 28 نوفمبـر 1943 إذ اسـتجابت المحكمـة إلـى طلـب الدائـن والمتضمـن فسـخ العقـد بعـد أن صـرح المديـن وقبـل حلـول الأجـل المحـدد للتنفيـذ بعـدم رغبتـه فـي التنفيـذ، وهـو مـا ذهـب إليـه جانـب مـن الفقـه الفرنسـي معلـلًا ذلـك بالقـول: «إن الاعـلان الصريـح مـن قبـل المديـن بأنـه لـن ينفـذ التزامـه يعـادل أو يـوازي عـدم تنفيـذه للالتـزام الناشـئ عـن العقـد؛ لأن مثـل ذلـك التصريـح يُعّـد خرقًـا فعليًـا للعقـد المبـرم»[4].

كمـا وتبنـت بعـض التشـريعات الأمريكيـة فكـرة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد علـى شـكل قانـون مقنـن، وهـو توجيهـات العقـد الأمريكـي [Restatement of the law of contract 1992] وفقـا للمـادة (214) منـه فـي العقـد المتبـادل إذ يُعـد المديـن قـد ارتكـب مـا يعتبـر جحـودًا مبتسـرًا للعقـد يبـرر إعفـاء الدائـن (المتعهـد لـه) مـن تنفيـذ التزاماتـه وتمنحـه الحـق فـي رفـع دعـوى مباشـرة وقبـل نفـاذ الالتزامـات العقديـة وفقـا لشـروط معينـة إذا مـا قـام المديـن (المتعهـد) بـدون مسـوغ قانونـي ببعـض التصرفـات منهـا التصريـح بعـدم رغبتـه فـي التنفيـذ[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 آجل معين، لا يمكن المطالبة به قبل حلول الأجل، ولكن ما تم دفعه مقدما 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, Breif History of Anticipatory Reudiation in American Contract Law, Cincinnati Law Review, Vol.69, 2000 - 2001, P.609 & 610.

الفرع الثاني: فكرة الجحود المُبْتَسَر للعقد دوليًا

8. تبنّت اتفاقية فينا للبيوع الدولية فكرة الجحود المُبْتَسَر 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 للبيع الدولي للبضائع ULIS 1964[2] وبناء عليه فقد تبنت اتفاقية لاهاي بشأن عقود البيع الدولي للبضائع [ULIS] يوليو 1964م نظرية الجحود المُبْتَسَر للعقد، إلا أن اتفاقية فينا 1980م عدّلت من أحكامها فاشترطت وجود مخالفة جوهرية للعقد على الرغم أنها لم ترتكب بعد، ولكن يظهر وبوضوح أنها سوف ترتكب مستقبلا وفقًا للمادة (72/1)، فضلا عن شرط إخطار المتعاقد الآخر بالعزم على الفسخ وفقا للمادة (72/2) من الاتفاقية. ورتّبت الاتفاقية المذكورة آثارًا على الإخلال المُبْتَسَر 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 إخلالا جوهريا بالعقد[3]، من جانب آخر فقد عالجت مبادئ اليونيدروا لسنة 2010م [Unidroit Principles] الإخلال المُبْتَسَر للعقد دون التطرق إليه في عقد التسليم على دفعات، ليبقى الأمر محكوما بالمبادئ والقواعد العامة التي قامت عليها هذه المبادئ[4].

المطلب الثاني: التأصيل القانوني للنظرية وتحديد نطاقها

9. تمهيد: لتأصيل نظرية الجحود المُبْتَسَر للعقد قانونيًّا نستعرض ما أثير حولها من جدل فقهي فضلا عن تحديد نطاق تطبيقها وذلك كله في فرعين، الأول يتناول التأصيل القانوني لنظرية الجحود المُبْتَسَر 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 جوهري».

الفرع الأول: التأصيل القانوني لنظرية الجحود المُبْتَسَر للعقد

10. تعـارض النظريـة مـع مبـادىء قانونيـة تقليديـة: الأصـل فـي العقـود أنهـا «شـريعة 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 المشرّع لتحقيق العدالة إذ وردت فيه تطبيقات كثيرة، منها قوانين حماية المستهلك ونظرية الظروف الطارئة وغيرها، فأقرها المشرّع 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 طُرِح تعارض منطقي من حيث وضع أحد طرفي العقد في مركز المُخِلّ قبل حلول أجل التنفيذ؛ لذا لا بد من التفرقة وفقًا 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 مستحقًا وفقا للمادة [1186] من القانون المدني الفرنسي(4) والبعض الآخر أكد أن الدعوى التي تقام مستندةً الى واقعة الجحود ابتسارًا لا سبب لها لعدم وجود ترابط بين سبب الدعوى وحلول الأجل الذي تضمنهُ العقد(5). ويرد على الرأي الأخير بالقول ان قانون المرافعات الفرنسي الجديد ألغى فكرة «سبب الدعوى» واستبدلها بفكرة «الأساس القانوني للادعاء» وقد اعتنق المشرّع المفهوم الواقعي لاصطلاح» أساس الادعاء وهو ذات المفهوم الذي صاغة موتولسكي لفكرة السبب وهو أن الادعاء:«مجموعة الوقائع أو الظروف الواقعية المُولِّدة للحق أو المنفعة القانونية المدعى بها».(6). وفي تأصيل نظرية الجحود المبتسر قال أحد القضاء 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 وفقا لشروط 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 Cambrige 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 تحليلة 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 جحودًا مُبْتَسَرا للعقد ولهذا له الحق - اي في حال القبول- التحلل من العقد فورًا، بمعنى آخر إذا قال الشخص:« أنه لن ينفذ التزامه» فإن القانون يسمح للطرف الآخر أن يأخذ بكلمته ويتخذ ما يلزم طبقا لذلك»[1].

11. تقديرنا لفكرة الجحود المُبْتَسَر: في حدود ما ورد من اعتراضات فإن مبدأ سلطان الإرادة[2] والذي كان سائدا قد تعرض للنقد وانحسر، وبهذا توسعت دائرة تدخّل المشرّع كلما دعت الحاجة لتحقيق العدالة، فقد خرج المشرّع ولغرض تنظيمي عن مبادئ مستقرة لتنظيم أحكام قانونية، كخروجه عن المفهوم التقليدي للعقد في تنظيمه لعقد الشركة المساهمة وجعل منها نظامًا قانونيًّا، كما استحدث شركة الشخص الواحد والتي تنشأ بعمل إرادي منفرد في حالات محددة[3] وعليه فإن التأصيل القانوني يقوم على أمرين هما: التدخل التنظيمي للمشرّع أو القضاء وهو أمر جائز لتحقيق العدالة ومُنسجم مع وظيفة القانون، ففي حال اضعف المدين قدرته على التنفيذ وأهدر ثقة دائنه ماديًّا أو قانونيًّا، 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 أساسا لفسخ العقد، وهنا يتحقق الشرط الفاسخ الضمني في العقود الملزمة للجانبين ولكن دون الانتظار لحين بلوغ الأجل، فإرادة المدين قد أسقطت ما كان لهُ من حق نشأ عن العقد وهو«التنفيذ لحين بلوغ الأجل» فسقط ذلك الأجل تبعا له، وهذا هو الحال التطبيقات القانونية مثل سقوط الأجل لإضعاف التأمينات وغيره من الأسباب المسقطة للأجل او التي تهدر حقا للمدين كان قد ترتب له من العقد ذاته.

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

(2) للمزيد حول مبدأ سلطان الإرادة راجع السنهوري، 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 فنظّم أحكام تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة تتألف من شخص واحد، المادة (71) أو شركة مساهمة خاصة، المادة (255).

الفرع الثاني: تحديد نطاق نظرية الجحود المُبْتَسَر للعقد

12. طبيعة العقد وفكرة الجحود المُبْتَسَر: إن تطبيق النظرية لا نجدهُ 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 تحققق الشرط الفاسخ في حال عدم التنفيذ، والدفع بعدم التنفيذ، وتحمل التبعة ..الخ[1]. إذ إن فكرة الجحود المُبْتَسَر 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 يؤكده البعض بالقول: أنه حتى في العقود الملزمة للجانبين لا مجال لتطبيق فكرة الجحود المُبْتَسَر إذا كان أحد الطرفين قد نفّذ كل التزاماته مما يجعل العقد اشبه بالعقد الملزم لجانب واحد بالنسبة له؛ لأن ذلك الطرف لن يدعم عملية فسخ العقد ابتسارا[3]. فالعقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ وذلك للارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة[4]. كما يستلزم أن يكون التنفيذ مؤجلا اي أن فكرة الجحود المُبْتَسَر تطبق في العقود التي فيها أجل للتنفيذ اي العقود المستقبيلة 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 المُبْتَسَر في العقود التي يكون تنفيذها على شكل دفعات متجددة وهو ما نصت عليه إتفاقية فينا 1980م في المادة (73).

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

(1) في تقسيم العقود عموما 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، ص 276.

[Accelerrating the date of maturity] دون مبـرر[1]. نتفـق مـع هـذا القـول لمبـرر آخـر، هـو أن العقـد الـذي يكـون محلـه نقـودًا أو مثليـات يمكـن تنفيـذه جبـرًا أو بطريـق التعويـض مـع التمكّـن مـن تحديـد مـدى الضـرر الواقـع.

المبحث الثاني: مقومات النظرية وآثارها القانونية

توطئـة: مقومـات النظريـة هـي المسـتلزمات التـي يتحقـق بوجودهـا الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد وتترتـب عليـه الأثـار القانونيـة، وبنـاء علـى أحـكام العقـد فـي القانـون الإنجليـزي فـإن العلاقـة التعاقديـة بيـن طرفيـه تنقضـي بوجـه عـام بأربـع أسـباب، الانقضـاء بسـبب الوفـاء [Discharge By Performance] أو الانقضـاء بالاتفـاق [Discharge By Express Agreement] أو الانقضـاء بسـبب الاسـتحالة [Frustration] أو الانقضـاء بسـبب الإخـلال[Breach][2]. ونظريـة الجحـود المُبْتَسَـر تنّضـوي تحـت السـبب الرابـع، فنبحـث مقومـات النظريـة بمـا فيهـا التصرفـات والوقائـع التـي تُعـد جحـودا مُبْتَسَـرا للعقـد فـي مطلـب أول، ثـم الآثـار القانونيـة فـي مطلـب ثـانٍ.

المطلب الأول: مقومات نظرية الجحود المُبْتَسَر للعقد

14. عناصـر أساسـية لقيـام النظريـة: تسـتلزم القوانيـن ذات النهـج الإنجلوسكسـوني وفـي مقدمتهـا القانـون الإنجليـزي جملـة مـن العناصـر لتحقـق مقومـات فكـرة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد ومنهـا مـا يلـي:

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

تقـوم النظريـة علـى فـرضٍ مفـادهُ أن تعثـر المديـن فـي تنفيـذ التزاماتـه يعـود لعـدم رغبتـه فـي التنفيـذه أو عـدم قدرتـه، ممـا يسـتلزم البحـث فـي السـلوك الـذي يُعـد جحـودا يُضعـاف ثقـة الدائـن أو يعدُمهـا، ونُبيّـن ذلـك بمـا يلـي:

15. أولا: الجحـود (الإخـلال) الصريـح والضمنـي: قـد يتحقـق الجحـود ابتسـارًا بفعـل سـلبي- أي امتنـاع عـن اتخـاذ مـا يلـزم- أو بفعـل إيجابـي يتمثـل فـي سـلوك صـادر مـن المديـن كمـا فـي التعبيـر عـن رغبتـه فـي إلغـاء العقـد فـي صـور عـدة، منهـا الصريـح ومنهـا

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

(2) راجع في تفصيل أسباب انقضاء العقد في القانون الإنجليزي، ج.س.شيشر و س.هـ. 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

الضمنـي، وقـد يسـتخلص ذلـك مـن بعـض الظـروف أو التصرفـات المتعلقـة بالمديـن [1].

أ. **الجحـود (الإخـلال) الصريـح للعقـد:** قـد يُعبّـر المديـن أو المتعهـد [Promisee] عـن إرادتـه فـي إلغـاء العقـد بشـكل صريـح وبمـا لا يقبـل اللبـس فـي عـدم رغبتـه فـي التنفيـذ مسـتقبلا، وفـي هـذا يقـول اللـورد بلاكبـرن: فـي حالـة وجـود عقـد يُنَفّـذ فـي المسـتقبل، إن قـال أحـد المتعاقديـن للآخـر مـا مـؤداه « إن اسـتمررت وظللـت تُنفّـذ الالتزامـات التعاقديـة مـن جانبـك فإنـي لـن أُنفّـذ التزاماتـي» فـإن ذلـك يرقـى إلـى القول:«إننـي لـن أُنفّـذ العقـد». وهنـا يجـوز للمتعاقـد الآخـر القـول: «لقـد اعطيتنـي إخطـارًا صريحـا بأنـك لـن تُنفّـذ العقـد..[2] وفـي القضيـة [Hochster v. De La Tour 1853]، كان التعبيـر عـن الرغبـة فـي إلغـاء العقـد صريحـة مـن خـلال إخطـار موجـه للطـرف الآخـر ممـا لا يقبـل الشـك[3]. ويزيـل التعبيـر الصريـح أي غمـوض فـي اتجـاه إرادة المديـن نحـو إحـداث الأثـر القانونـي المعيـن وهـو إلغـاء العقـد [Repudiation].

ب. **الجحـود (الإخـلال) الضمنـي للعقـد:** وقـد يكـون الإلغـاء أو –الإخـلاء ابتسـارا- ضمنيًّـا متـى كان اسـتنباطه معقـولا مـن سـلوك المديـن ممـا يـدل علـى عـدم رغبتـه فـي تنفيـذ التزامـه، وعليـه إذا تعاقـد شـخص علـى أن يبيـع ويسـلم لآخـر بضاعـة فـي ميعـاد محـدد وقبـل حلـول الميعـاد بـاع وسـلم البضاعـة لآخـر فإنـه يُعـرّض نفسـه لدعـوى «الجحـود المُبْتَسَـر» التـي قـد يقيمهـا المتعاقـد الأول[4]. وقـد يتخـذ عجـز المديـن عـن التنفيـذ صيغـة «الامتنـاع «Omission» أي امتنـاع عـن عمـل مـن شـأنه أن يمنـع تنفيـذ العقـد فـي موعـده- فمثـلا عقـد بيـع بضاعـة مـع موعـد مؤجـل للتسـليم ليتـم تصنيعهـا مـن قِبَـل البائـع أو بتدخـل طـرف ثالـث ويعجـز البائـع عـن اتخـاذ أي خطـوة لتصنيـع تلـك البضاعـة أو اسـتجلابها مـن الطـرف الثالـث -المـورد مثـلا- وبهـذا فـإن إخلالـه يتمثـل فـي عجـزه أو امتناعـه عـن القيـام بمـا يتوجـب عليـه ليضـع نفسـه فـي موضـع القـادر علـى التنفيـذ فـي الموعـد المحـدد[5].

16. ثانيـا: الضابـط فـي تحقـق الجحـود مـن عدمـه: وبسـبب أهميـة الأثـر الـذي يترتبـت

(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 إعساره أو طريقته في التنفيذ.

على ما تقدم من تحديد معنى الجحود المُبْتَسَر للعقد، فمن المنطقي أن يتطلب القضاء أن يكون تعبير المدين عن إرادته - صريحًا كان أم ضمنيًّا، إيجابيًّا كان أم سلبيًّا- أن يكون «قاطعًا» غير معلق على شرط، مما لا يدع مجالا للشك في اتجاه ارادة المدين الى إلغاء العقد وأن يؤدي ذلك بدوره إلى زعزعة ثقة الدائن وحمله وبشكل جدي على اليقين أن المدين لن ينفيذ التزامه، والسؤال هنا: هل يتطلب ذلك توافر وصف معين لسلوك المدين خطأ او تقصير مثلا؟ أم يكفي تحقق نتيجة معينة وهي شعور الدائن بعدم الثقة ؟ وما هو المعيار لوصف سلوك المدين أو الملابسات المحيطة به بأنها جحود مُبْتَسَرا للعقد، هل هو معيار شخصي يتطلب البحث في نيتهِ ؟ أم هو معيار موضوعي قد يثبت بتحقق أمر معين – مثل إخطار صادر من المدين بعدم الرغبة في التنفيذ!

يمكن أن نستخلص من بعض التطبيقات القضائية أن وضوح اتجاه إرادة المدين في عدم تنيفذ التزامه أو عجزه عن ذلك بما لا شك فيه، هو أساس وصف سلوكه بالجحود ابتسارًا، فقد يرتكب المدين خطأ بحسن نية مستندًا 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 تقريبا إلا أنها قبيل سداد الثمن المستحق لأحدى الدفعات قدمت الشركة الموردة إخطارًا 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 مُبْتَسَر للعقد إلا أن المحكمة رفضت ذلك الدفع[1].

يتضح من تطبيقات أخرى أن المعيار المعتمد هو معيار شخصي يتعلق بنية المدين ذاته وبالظروف الملابسة له - اي البحث عن عنصر معنوي في الإخلال - وكثيرًا ما تبحث المحكمة في اعتقاد المدين هل كان بـ «حسن النية Good Faith» لتبرير اعتقاد ما تكّون لديه منحهُ حقا بموجب العقد للإعلان عن جحوده ابتسارا[2].

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

(1) انظر: ج.س.شيشر، 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.

النظريـة ليس موحـدا، إلا أن الأمـر المؤكـد هـو أن التعبيـر عـن إرادة المديـن لا بـد أن يفيـد قطعـا بعـدم رغبتـه فـي التنفيـذ أو عـدم قدرتـه علـى ذلـك، ونـرى أن البحـث فـي النيّـة أمـر متعـذر متـى مـا كان التعبيـر صريحًـا وقاطعًـا ومطلقًـا[1].

فـي حيـن أن اتفاقيـة فينـا 1980 وبموجـب المـادة (72) منهـا[2] قـررت أن يكـون الضابـط فـي هـذا «طبيعـة الإخـلال» الـذي سـوف يقـع فـإن وصـف بـ (الجوهـري) قبـل حلـول ميعـاد التنفيـذ فقد تحقق الأثـر المترتـب علـى الجحـود المُبْتَسَـر وهـو جـواز فسـخ العقـد بالنسـبة للطـرف الآخـر.

إن سـلوك المديـن قـد يعـد إخـلالا، إلا أنـه لا يرتقـي إلـى الجحـود ابتسـارًا، وفـي تطبيـق ورد فـي قضيـة [Decro-Wall International SA v Practitioners in Marketing Ltd 1971 – WLR 361 -] فـإن تأخـر المديـن فـي سـداد دفعـة ماليـة قـد يكـون مؤشـرا لتأخـرهِ فـي سـداد باقـي الدفعـات ممـا يهـدر ثقـة الدائـن فـي المسـتقبل مـن حيـث قدرتـه علـى التنفيـذ فـي الميعـاد، ورغـم أن المحكمـة اعتبـرت ذلـك إخـلالا - بالنسـبة لسـداد تلـك الدفعـة- إلا أنـه لا يرتقـي الـى مسـتوى الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد وحكمـت بالاسـتمرار فـي تنفيـذه حتـى النهايـة[3] كذلـك يُعـد جحـودًا مبتسـرًا كل فعـل يصـدر عـن المديـن يجعـل تنفيـذ الالتـزام مسـتحيلا عنـد حلـول أجلـه، أما عـدم القـدرة علـى التنفيـذ فـلا تعـد كذلـك مـا دام ان الجـزم بعـدم قـدرة المديـن علـى التنفيـذ ليسـت قطعيـة مـن حيـث إنهـا سـوف تبقـى مسـتمرة حتـى حلـول الأجـل المحـدد للتنفيـذ[4]. فـي جميـع الأحـوال لا بـد مـن إثبـات أن المديـن قـد أظهـر نيتـه بمـا لا يقبـل الشـك بأنـه لـن ينفـذ التزامـه وقـد يتطلـب إثبـات مثـل هـذه النيـة التحقـق مـن طبيعـة العقـد وبعـض الملابسـات والظـروف التـي سـببت ارتـكاب الجحـود[5]. وبالمقابـل فـإن الدائـن لا بـد أن يعتقـد ولأسـباب معقولـة أن مدينـه غيـر قـادر علـى التنفيـذ، وهنـا تبنـى قانـون التجـارة الأمريكـي الموحـد فـي المـادة (609/2) «معيـار الدائـن المعتـاد» وفقـا للمعاييـر التجاريـة بمـا فـي ذلـك الالتـزام بمبـدأ حسـن النيـة[6]. ولـم يحـدد القانـون مـا هـي الأسـباب المعقولـة التـي تـؤدي الـى عـدم اطمئنـان المتعاقـد لتنفيـذ التزامـه وتـرك

(1) وهذا ما أشارت إليه بتعبير آخر الفقرة «3» من المادة (72) من اتفاقية فينا 1980، إذ أعفت الطرف الذي يريد الفسخ من إجراءات الإخطار الموجهة للطرف الذي سوف يرتكب مخالفة جوهرية توجب الفسخ ابتسارا 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 المُسَلَّمة قد يُعد سببا معقولا لعدم اطمئنان البائع لعدم سداد ثمن باقي الدفعات وهنا يصار 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 اتخاذه 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 المُبْتَسَر 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 لتحقق الجحود المُبْتَسَر للعقد، وذلك في محورين، هما قبول الدائن للإعلان 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] مستمرًا 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 McKendeIck, Op.Cit. P.802.

الدائن[1] فـإذا حـل الأجـل ولـم يُنفّذ المديـن التزامـه، كان للدائـن المطالبـة بالتنفيـذ العينـي [Specific Performance] أو الفسـخ مـع التعويـض لجبـر الأضـرار[2]، بمعنـى أن إعـلان المديـن عـن رغبتـه فـي إنهـاء العقـد لا تكفـي بحـد ذاتهـا ولا بـد مـن قبـول الدائـن، وهـذا القبـول يشـترط أن يكـون واضحـا لا لبـس فيـه، وإن كان يسـتخلص مـن بعـض الظـروف المحيطـة، ولا يتطلـب شـكلا معينـا بـل يُعـد مجـرد السـكوت والتصـرف علـى أن العقـد قـد تـم إنهـاءه قبـولا كافيـا، وهـو مـا قضـى بـه مجلـس اللـورات فـي قضيـة [Vitol Sa v Norelf Ltd - 1996][3] وأهـم أثـر يترتـب علـى قبـول الجحـود [Acceptance of the Breach] هـو حـق المتضـرر فـي المطالبـة بالتعويـض قبـل حلـول الأجـل[4] ونصـت اتفاقيـة فينـا 1980 فـي الفقـرة «2» مـن المـادة (72) علـى ضـرورة الإخطـار:« يجـب علـى الطـرف الـذي يريـد الفسـخ، إذا كان الوقت يسـمح بذلـك، أن يوجّـه للطـرف الآخـر إخطـارًا بشـروط معقولـة..)، وغايـة النـص تجنـب البحـث فـي ملابسـات واقعـة قبـول الجحـود، وقطـع أي غمـوض أو سـوء فهـم قـد يثيـره أصحـاب العلاقـة.

18. ثانيـا: عدم رجـوع المديـن بجحـوده: يمكـن للمديـن وقبـل صـدور قبـول مـن الدائـن أن يرجـع بجحـوده، وبهـذا يُعيـد مـا أُهـدِر مـن ثقـة وائتمـان لـدى دائنـه، فيوقـف بذلـك مـا قـد يترتـب مـن آثـار قانونيـة نتيجـة لإخلالـه وفـي مقدمتهـا حـق الدائـن فـي طلـب الفسـخ، إلا أن ذلـك يسـلتزم أن يكـون «الرجـوع» قبـل قبـول الدائـن لـه وهـذا أمـر منطقـي، إلا أن القانـون التجـاري الأمريكـي الموحـد [UCC] وفـي المـادة (611) اشـترط لفاعليـة رجـوع المديـن بجحـوده ابتسـارا بالإضافـة الـى مـا تقـدم، أن لا يكـون الدائـن قـد عـدّل مـن وضعـه التعاقـدي تعديـلا جوهريـا[5] وتعديـل وضـع الدائـن تعاقديـا يقصـد بـه تغييـر موقفـه بالنسـبة للعقـد ممـا يتعـذر معـه العـودة مـرة أخـرى للحالـة التـي كان عليهـا، كمـا لـو عـاد بيـع البضاعـة المتعاقـد عليهـا أو تعاقـد مـع آخـر لتدبيـر احتياجاتـه التـي أبـرم

(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 المُبْتَسَر 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 طبقا للعقد، وهنا أوجب القانون المذكور على الدائن أن يوجه إخطارًا كتابيًّا يطلب فيه تقديم ضمانات كافية[Adequate Assurance] للتنفيذ بحلول الأجل، ولا يشترط الكتابة على ورق، إذ إن المراسلات البريدية [Emails] تؤدّي ذات الغرض، ولحين تقديم مثل تلك الضمانات يبقى الدائن متمتعًا بحق التوقف عن تنفيذ التزامه على أن يتم ذلك في مدة معقولة لا تتجاوز ثلاثين يومًا[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 مكتوبا [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، وتقترب فكرة تقديم الضمانات من بعض التطبيقات الواردة في القوانين العربية كحالات سقوط الأجل لعدم تقديم التأمينات المتفق عليها أو التي وعد المدين تقديمها وبخلافه يحلّ الأجل، راجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج3، ص110، وكذلك المواد (431) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، (273) القانون المدني المصري، (295) القانون المدني العراقي.

التجاريـة الدوليـة 2010م معالجـة تشـريعية مماثلـة لهـذه المسـألة فـي المـادة (7) فقـرة 3/4 [1]، ولا بـد أن تكـون تلـك الضمانـات بالحـد الكافـي لإثبـات قـدرة المديـن علـى التنفيـذ، ومنطقـي أن هـذه مسـألة وقائـع، وفـي حـال تحقـق مـا تقـدم فـإن علـى الدائـن أن يسـتجيب إلـى مـا قدمـهُ المديـن إلا أن كان لديـه مـا يبـرر الاعتـراض ذلـك.

الفرع الثاني: فسخ العقد مع التعويض

توطئـة: إن الأسـاس الـذي يقـوم عليـه الفسـخ مـع التعويـض هـو قواعـد المسـؤولية العقديـة فتطبـق قواعدهـا العامـة فـي هـذا الشـأن مـع بعـض التفصيـل، فـإن إخـلال المديـن بتنفيـذ التزامـه وإعـلان جحـوده للعقـد المبـرم قبـل حلـول أجلـه يسـمح للدائـن دائمًـا فـي الإبقـاء علـى العقـد والمضـي فـي تنفيـذه لحيـن بلـوغ الأجـل، فـإن تَبيّـن وقتهـا عجـز المديـن عـن التنفيـذ كان للدائـن الحـق فـي المطالبـة بالتنفيـذ العينـي أو الفسـخ مـع التعويـض.

أمـا إذا قبـل الدائـن الإعـلان الصـادر مـن مدينـه بجحـوده للعقـد وتعـذر عليـه تقديـم ضمانـات كافيـة، فـإن للدائـن الحـق فـي المطالبـة بفسـخ العقـد مـع التعويـض عمـا لحقـه مـن ضـرر، وهنـا يتوجـب عليـه الالتـزام بواجـب تخفيـف الضـرر [Mitigation]، كل ذلـك يسـتلزم البحـث فـي المحـاور التاليـة:

20. 20 - أولا: فسـخ العقـد هـو الأثـر الأهـم لتحقـق الجحـود المُبْتَسَـر: الأثـر الأهـم فـي حـال تحقـق مقومـات الجحـود المُبْتَسَـر وتعـذر الاسـتمرار فـي التنفيـذه مـن خـلال الوقـف المؤقـت أو تقديـم الضمانـات هـو فسـخ العقـد، ويترتـب عليـه انقضـاء الالتزامـات المسـتقبلية للطرفيـن مـن الوقـت الـذي أعلـن فيـه الدائـن قبـول الفسـخ ولا يكـون للفسـخ أثـر رجعـي، إلا أن ذلـك لا يعنـي إهـدار كلـي للالتزامـات التـي لـم تُنفّـذ بسـبب الفسـخ، إذ مـن الجائـز أن يكـون لهـا أثـر منتـج فـي تقديـر التعويـض[2]. إن منـح الدائـن المضـرور الحـق فـي رفـع دعـوى الفسـخ أو التعويـض أو كلاهمـا فـي حـال ثبـوت الإخـلال دون الانتظـار لحيـن حلـول الأجـل يعـد سـببا حـالا للدعـوى [an immediate cause of action]. أمـا مـن حيـث الوقـت المقـرر لاسـتخدام الدائـن حقـه فـي الفسـخ فإنـه فـي ظـل قواعـد القانـون الإنجليـزي وتطبيقـات القضـاء فـإن ذلـك الحـق ينشـأ فـور تحقـق الجحـود[3]. ووفقـا لاتفاقيـة فينـا 1980 فإنـه يتعيـن الفسـخ فـورا متـى كان جحـود مديـن

(1) إذ نصت المادة أعلاه على ما يلي: «يجوز للطرف الذي يعتقد، استنادًا لأسباب معقولة، أن الطرف الآخر سوف يخل إخلالاً جوهريًا بالتنفيذ أن يطالب بتقديم تأمينات كافية لحسن التنفيذ، ويحق له، إلى أن تقدم التأمينات، أن يمتنع 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، ص150.

(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].

ثانيا: الدائن ملزم بتخفيف الضرر [Mitigation of Damages] [2]: إن السبب في تحديد المدة المقررة لاستعمال خيار الفسخ بـ«المعقولية» وعدم تركها مفتوحه هو الخشية 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 الى العقود التي يكون محلها القيام بعمل، فمثلا في عقود العمل والتي تُفسخ ابتسارًا 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 عملا بأجر أقل من عمله الأول حكم له بتعويض مساوٍ للفرق بين الأجرين مع فارق الزمن بينهما، وهذا ما قضت به إحدى المحاكم الإنجليزيةً في قضية [Brace v Calder] [4].

21. ثالثا: كيفية تقدير التعويض: يخضع تقدير التعويض الى القواعد المقررة في المسؤولية العقدية بوجه عام، ولكن وبسبب الطبيعة الخاصة لنظرية الجحود المُبْتَسَر للعقد فإن القضاء يأخذ بعين الإعتبار 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 اسميًا أو رمزيًّا؛ لان 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 نصتت اتفاقية فينا 1980 على ذلك في المادة (77) بالقول« يجب على الطَّرف الذي يتمسَّك بمخالفة العقد أن يتَّخذ التدابيرَ المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات، وإذا أهملَ القيامَ بذلك، فللطرف المُخلِّ أن يُطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنُّبها».

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

(4) وتتلخص في فصل تعسفي بسبب حلّ 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 فقُضي له بتعويض اسمي أو رمزي: للتفصيل راجع Elliott & Quinn, Op. Cit. P.273.

الدائـن أضـرارًا كان مـن الممكـن تجنبهـا فإنـه لا يحـق لـه المطالبـة بالتعويـض عنهـا[1] ومـن حيـث الإثبـات فـإن القواعـد المقـررة فـي المسـؤولية تقضـي بـأن علـى المضـرور -المدعـي- أن يُثبـت إخـلال المتعاقـد الآخـر[2]، وفـي حـال إعـلان المديـن عـدم رغبتـه فـي تنفيـذ العقـد فإنـه يكـون قـد أثبـت علـى نفسـه الإخـلال وأعفـى الدائـن المضـرور مـن ذلـك، وإن التعويـض كمـا هـو الحـال فـي القواعـد العامـة يشـمل مـا لحـق المضـرور مـن خسـارة ومـا فاتـه مـن كسـب[the loss of expectation and the reliance loss] وتقـدر المحكمـة التعويـض كمـا لـو أن العقـد تحقـق بالفعـل ولـم يفسـخ، شـريطة أن لا يتجـاوز القيمـة الحقيقـة للضـرر المتوقـع وقـت التعاقـد أو الـذي كان مـن المفتـرض توقعـه مـن قبـل الطـرف الـذي جحـد العقـد ابتسـارا [3].

22. رابعـا: سـعر السـوق وأثـره فـي تقديـر التعويـض: تبنّـى القانـون التجـاري الأمريكـي واتفاقيـة فينـا 1980 مـا يعـرف بمبـدأ «سـعر السـوق»[The Market Price] -وكلاهمـا اقتبسـه مـن قانـون بيـع البضائـع الإنجليـزي [Sale of Goods Act 1979] [4] للاسـتناد إليـه فـي تقديـر التعويـض، ففـي حـال قيـام المضـرور باتخـاذ إجـراءات لجبـر الضـرر الواقـع بسـبب الجحـود المبتسـر للعقـد مـن قبـل المديـن، فـإن تقديـر التعويـض يسـتند إلـى الفـرق مـا بيـن السـعر المتفـق عليـه فـي العقـد وسـعر السـوق، والأخيـر قـد يكـون سـعر السـوق شـراءً فـي حـال قـرر المشـتري شـراء بضائـع بديلـة مـن السـوق بعـد جحـود البائـع للعقـد، أو سـعر السـوق بيعًـا فـي حـال قـرر البائـع بيـع البضاعـة فـي السـوق[5].

---

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

(2) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج1، ص1066.

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

وهو ما نصت عليه اتفاقية فينا 1980 في المادة (74) بما يلي: «يَتألَّف التعويضُ عن مخالفَةِ أحد الطرفين للعقد من مَبلغٍ يُعادِل الخسارةَ التي لحقت بالطرفِ الآخر والكسب الذي فاته نتيجة للمخالفة، ولا يجوزُ أن يتجاوزَ التعويضُ قيمةَ الخسارة والربح الضائع التي توقَّعها الطرفُ المخالف أو التي كان ينبغي له أن يتوقَّعها وقتَ انعقادِ العقد في ضوء الوقائع التي كان يَعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلمَ بها كنتائج متوقَّعة لمخالفة العقد».

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

(5) إذ نصت المادة (75) من الاتفاقية المذكورة على ما يلي: «إذا فُسخ العقدُ وحَدث، على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ، أن قام المشتري بشراء بضائعَ بديلةٍ أو قام البائعُ بإعادة بيع البضائع، فللطرف الذي يُطالب بالتعويض أن يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر شراء البديل أو السعر عند إعادة البيع وكذلك التعويضات الأخرى المستحَقَّة 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 المُبْتَسَر للعقد في القوانين العربية والفقه الإسلامي ومنهجية تقنينها

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

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

الفرع الأول: تطبيقات مختارة في بعض القوانين العربية

23. القوانين العربية لم تُقنّن نظرية الجحود المُبْتَسَر للعقد: من حيث الأصل فإن القوانين العربية لا تعرف نظرية الجحود المُبْتَسَر للعقد كنظرية مُقنّنة مستقلة، إلا أن الأمر لا يخلو من تطبيق مجتزئ لأحكام النظرية في بعض القوانين، منها على سبيل المثال حالات الإعفاء من الإعذار، 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 المُبْتَسَر 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) بإنهـاء عقـد المقاولـة قبـل حلـول أجـل التسـليم فـي حـالات معينـة منهـا: عـدم قـدرة المقـاول علـى تقديـم ضمـان حسـن التنفيـذ [Performance Security] أو إذا ثبـت أنـه عـازم علـى عـدم الاسـتمرار فـي تنفيذ التزاماتـه وفقًـا للعقد...إلـخ[1]. كمـا أورد المشـرع المصـري وتبعـه العراقـي تطبيقًـا آخـر لفكـرة الجحـود المبتسـر للعقـد فـي القانـون المدنـي والمتعلـق بإعسـار المسـتأجر وهـو نـص المـادة (603) مـن القانـون المدنـي المصـري[2]، وتنـص علـى مـا يلـي:«1 - لا يترتـب علـى إعسـار المسـتأجر أن تحـل أجـرة لـم تسـتحق.2 - ومـع ذلـك يجـوز للمؤجـر أن يطلـب فسـخ الإيجـار، إذا لـم تقـدم لـه فـي ميعـاد مناسـب تأمينـات تكفـل الوفـاء بالأجـرة التـي لـم تحـل، وكذلـك يجـوز للمسـتأجر الـذي لـم يرخـص لـه فـي الإيجـار أو التنـازل عنـه، أن يطلـب الفسـخ علـى أن يدفـع تعويضًـا عـادلا». فيعالـج النـص فرضيـة تعـرّض المسـتأجر للإعسـار وخشـية المؤجـر مـن تعـذر اسـتيفاء الأجـرة، ذلـك أن الأصـل بالنسـبة لعقـد الإيجـار أن الإعسـار لا يسـقط الأجـل فـلا يترتـب علـى إعسـار المسـتأجر حلـول بـدل الإيجـار الـذي لـم يسـتحق بعـد وذلـك «رأفـة بالمسـتأجر»[3]. ولـذا أجـاز المشـرع فـي الفقـرة الثانيـة مـن المـادة المذكـورة للمؤجـر أن يطلـب الفسـخ لأنـه اصبحـت لديـه شـكوك ومخـاوف مـن تعثـر سـداد الأجـرة فـي وقـت اسـتحقاها ولا شـك أن ذلـك يـزول متـى مـا قـدم المسـتأجر تأمينـات تحـول دون ذلـك. وكذلـك أجـاز للمسـتأجر الـذي لـم يرخـص لـه نقـل عقـد الإيجـار إلـى الغيـر – اي الإيجـار مـن الباطـن- أن يفسـخ العقـد لأنـه عاجـز عـن سـداد الأجـرة مقابـل تعويـض عـادل، ولا شـك أن هـذا النـص هـو تطبيـق حقيقـي لنظريـة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد، وهـو مقتبـس مـن نظريـة الفسـخ بالعذرالتـي أسـس لهـا السـادة الحنفيـة ووافقهـم فيهـا الظاهريـة، إذ إن مـن المقـرر لديهـم جـواز فسـخ الإجـارة بالعـذر الخـاص، سـواء تحقـق ذلـك العـذر فـي جانـب المسـتأجر أو المؤجـر[4]،

(1) إذ ينص البند (15.2) من الكتاب الأحمر من عقود فيديل في بهذا الخصوص على حالات عديدة للإنهاء، والذي يهمنا منها هو حالة ثبوت عدم نيّة المقاول الاستمرار في التنفيذ أو عدم تقديم ضمان حسن التنفيذ أي الفقرة «a.2 & 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 تماما المادة (785) من القانون المدني العراقي.

(3) وفقا 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 التوريد. وقد أورد المشرع الإماراتي في قانون المعاملات التجارية في أحكام البيع بالتقسيط حكما موفقا، نراه تطبيقا لفكرة الجحود المُبْتَسَر للعقد وهي الفقرة «1» من المادة (116).

الفرع الثاني: عرض النظرية على قواعد الفقه الإسلامي

24. صعوبات تأصيل النظرية فقهيا: تكمن صعوبة تأصيل نظرية الجحود المُبْتَسَر للعقد وفقا 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 أخل 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 المُبْتَسَر فقهيا قد تمثل قولا مُجملا عامًّا يحتاج الى تفصّيل 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 يحي، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد 40، العدد1، 2013م، وقارن مع المادة (893) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمتعلقة بجواز فسخ عقد المقاولة 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 الاتفاقية استلزمت أن تكون المخالفة «جوهرية» وأن يتم طلب الفسخ خلال مدة معقولة بالنسبة للدفعات المستقبلة الفقرة «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.

اَمَنُـوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» [المائدة: آيـة1] ممـا يسـتلزم أن يكـون عـدم تنفيـذ العقـد -أو الإخـلال بـه أو جحـوده- تعدّيـا يسـتوجب الضمـان، أو الفسـخ أو كليهمـا، إذ إن العقـد يقتضـي ممـن أبرمـه أن يحافـظ علـى عهـده ووعـده ولا يقـوم بعمـل أو تصريـح يتعـارض مـع مقتضياتـه، ومـا يلحقـه مـن التزامـات، كمـا أن القاعـدة تقضـي بـأن« مـن سـعى فـي نقـض مـا تـم مـن جهتـه فسـعيه مـردود عليـه»[1]

2. فيمـا يتعلـق بالضـرر، فـإن باقتصـار الضمـان علـى الأمـوال دون المنافـع هـو قـول السـادة الحنفيـة دون غيرهـم[2]، والبعـض يشـمل الضمـان عنـده جميـع المنافـع حتـى تلـك التـي فاتـت علـى المضـرور سـواء حصلهـا المعتـدي أم لا، كمـا أن المنافـع لـدى الجمهـور تمتـد لمنافـع الإنسـان الحـر اي العمـل، فضـلا عـن منافـع الأثمـان متـى مـا أعـدت للتجـارة، وزاد البعـض فشـمل تضميـن نُقصـان القيمـة الناشـئ عـن تغييـر الأسـعار....الخ [3].

3. وفقـا للمقصـد المرعيـة فـي الفقـه الإسـلامي، فـإن اعتبـارات العدالـة تُغلِّـب علـى القـوة الملزمـة للعقـد كلمـا دعـت الحاجـة لذلـك واقتضتـه ظـروف التعامـل، كمـا هـو الحـال فـي فسـخ الإيجـار للعـذر وإنقـاص الثمـن للجوائـح[4].

4. قاعـدة «يُغتفـر فـي الفسـوخ مـا لا يُغتفـر فـي العقـود»[5] قـد يُسـتند إليهـا فـي جعـل الفسـخ مخرجـا لتأصيـل النظريـة.

5. التقليـل مـن الدعـاوى التـي تشـغل القضـاء فإجبـار المديـن علـى التنفيـذ يُعـد فـي حـد ذاتـه ضـررًا؛ ولهـذا أجـاز شـيخ الإسـلام ابـن تيميـة -رحمـهُ الله- للبائـع فسـخ العقـد دفعًـا لضـرر المخاصمـة إذا كان المشـتري موسـرًا مماطـلا [6].

---

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

(2) إذ يقول الكاساني مُعبّرا عن رأي المذهب:« أَنَّ الْمَنَافِعَ فِي الْأَصْلِ لَيْسَتْ بِمَالٍ خُصُوصًا مَنَافِعُ 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، 596.

(4) انظر: مصطفى الجمال، المصدر السابق، ص443، وللمزيد حول كل من التطبيقين راجع: السنهوري، مصادر الحق، ج5، ص73 (الجوائح في بيع الثمار) وص 64 (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، وزراة الأوقاف الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1427هـ، ج32، فقرة (18) ص136.

يرى البعض أن الاجتهاد في مسائل الفسخ لا يزال مفتوحًا، إلا أنه لا يتجه إلى خلق أسباب جديدة، بل يقتصر على تفصيل في أشكال الأعذار 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 المُبْتَسَر، فنعرض بإيجاز لتطبيق له علاقة بالموضوع وهو «فسخ الإجارة بالعذر».

26. فسخ الإجارة بالعذر: بحث الفقهاء فرضية فسخ الإجارة بالعذر عامًّا كان أو خاصًّا، واختلفوا في ذلك، والذي يهمنا هنا هو فسخ الإجارة بالعذر الخاص بأحد العاقدين، كما لو استأجر دابة فمرضت، وذهب السادة الحنفية إلى جواز الفسخ بالعذر الخاص ووافقهم الظاهرية، واستدلوا بجملة أدلة منها لو استأجر رجلا لقلع ضرس فزال الألم فإنه لا يجبر على قلع الضرس؛ لأن في المضي في ذلك إلزام لضرر زائد لم يستحق بالعقد[2]، والدليل الثاني وهو ما يهمنا، وفيه يقول الكاساني:« إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه، فاستأجر رجلا ليقلعها فسكن الوجع -أي شُفيَتْ- يجبر على القلع...وهذا قبيح عقلا وشرعا»[3] أما بالنسبة لضابط العذر متى تحقق عجز العاقد عن المُضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد كان للعاقد الفسخ[4]. فالفكرة التي يقوم عليها الفسخ هو تحمل العاقد ضررا لم يدخل في حسابه وقت الإيجار؛ لذا لا يُجبر على المضي في العقد، ويكون له أن يفسخه للعذر[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 الى استحالة التنفيذ والقوة القاهرة في مصانع المدين مما يُعرقل توريد وتصنيع السلعة التي تعهد بتوريدها، ويستدل من هذه

(1) انظر: أسمادي 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 بالعذر بالقول: «لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة»

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

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

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

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

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

التطبيقـات علـى جـواز توسـيع دائـرة الفسـخ لمقاصـد معتبـرة[1].

المطلب الثاني: منهجية تقنين فكرة الجحود المُبْتَسَر للعقد

إن المعالجـة التشـريعية للقضايـا المسـتحدثة قـد يُسـتند فـي تقنينهـا إلـى المصالـح المرسـلة التـي تُجيـز لولـي الأمـر- وممثليـه اي السـلطة التشـريعية- وضـع النُظـم المناسـبة لتحقيـق مصلحـة المجتمـع[2]؛ وعليـه نتنـاول منهجيـة تقنيـن النظريـة فـي محوريـن الأول، تقنينهـا كنظريـة متكاملـة عامـة، والثانـي إدخـال أحكامهـا فـي نصـوص محـددة لمواضـع معينـة مـن القوانيـن المدنيـة.

الفرع الأول: تقنين فكرة الجحود المُبْتَسَر للعقد كنظرية عامة

يبـدو أن فكـرة الجحـود المُبْتَسَـر تتعـارض مـع مبـدأ القـوة الملزمـة للعقـد وهـي أقـوى حجـة أثيـرت فـي وجههـا، إلا أن القوانيـن المدنيـة أقـرت نظريـات تتعـارض مـع هـذا المبـدأ ومنهـا:

27. **نظريـة الظـروف الطارئـة:** إذ أقرهـا المشـرّع تطبيقـا للعدالـة، وفـي هـذا يقـول مصطفـى الجمـال: «إن ظهـور النظريـة إن هـو إلا لـرد المغـالاة فـي القـوة الملزمـة التـي يتمتـع بهـا العقـد فـي ظـل سـيادة المذهـب الفردي»[3].وعليـه فـإن التـوازن بيـن مصالـح ذوي العلاقـة هـي الأسـاس؛ إذ ذهبـت أغلـب القوانيـن المدنيـة العربيـة الـى تقنيـن هـذه النظريـة ومنهـا قانـون المعامـلات المدنيـة الإماراتـي[4].

28. **خيـار المسـتهلك بالرجـوع فـي البيـع:** قـد مَنَحـت مختلـف القوانيـن للمسـتهلك خيـار الرجـوع عـن العقـد وفـي مقدمتهـا قانـون الاسـتهلاك الفرنسـي[5]، مـن خـلال إعـادة النظـر فـي العقـد الـذي أبرمـه والعـدول عنـه خـلال مـدة محـددة تختلـف باختـلاف محـل العقـد، ويكـون للمسـتهلك الخيـار أمـا اسـتبدال البضائـع أو اسـترداد الثمـن ولـه الحريـة فـي الأخـذ بـأي منهمـا خـلال مـدة الخيـار، فـإن انقضـت دون العـدول أو الاسـتمرار

(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 حقا للمستأجر 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 المُبْتَسَر للعقد: نرى أن المنهجية الأمثل في تقنين فكرة الجحود المُبْتَسَر 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 والملزمة للجانبين، طلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، ولو قبل حلول أجل التنفيذ، متى ما تبيّن أن المدين غير راغب في تنفيذ إلتزامهِ أو غير قادرٍ عليهِ، ويُستدل على ذلك في الأحوال التاليةً: أ- إذا أَعْلَن المدين كتابةً عدم رغبتهِ أو قدرتهِ على تنفيذ التزامهِ. ب- إذا تبيّن من الظروف المحيطة بالمدين عدم قدرتهِ على التنفيذ لإسباب مادية أو قانونية.

2. ويبقى للدائن الخيار في إمضاءِ 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 أنجزهُ المدين، وللقاضي الاستعانة بأهل الخبرة من ذوي الاختصاص كلما اقتضى الأمر ذلك».

الفرع الثاني: تقنين فكرة الجحود المُبْتَسَر 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 المُبْتَسَر 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، وتحديدا ص183.

التوريـد بمـا لا يتناسـب مـع الوقـت المحـدد للتنفيـذ، علـى أن يكـون للقضـاء دور فـي تحديـد الفتـرة الزمينـة المتبقيـة للتنفيـذ وتحديـد مـدة معقولـة أو محـددة لإعـادة الثقـة فـي قـدرة المديـن علـى التنفيـذ.

2. ترتيـب الأثـر القانونـي الأهـم علـى تحقـق الجحـود المُبْتَسَـر؛ إذ إن التقنين المجتـزأ للفكرة لا يعـد ناجعًـا فـي غيـاب ذلـك الأثـر، وهـو حـق الدائـن طلـب الفسـخ مـع التعويـض إن كان لـه مقتضـى، وبخلافـه فـإن التقنيـن غيـر المكتمـل، لا جـدوى لـه عمليـا.

3. لابـد مـن النظـر الـى طبيعـة محـل الالتـزام المطلـوب أداءه فمثـلا فـي أداء المثليـات لا يصـار إلـى الفسـخ ابتـداءً؛ لأن توفيرهـا علـى نفقـه المديـن أمـر متـاح غالبًـا، وهنـا نشـير إلـى القانـون الإنجليـزي لبيـع البضائـع [The English Sale of Goods 1979] يمييـز بيـن الأشـياء المعينـة بالنـوع [SpecificGoods] وتلـك المعينـة بالـذات [Unasecertained Goods] والـذي لا يسـمح بالإبطـال إلا فـي البضاعـة المعينـة بالنـوع متـى تعـذر تسـليمها[1].

الخـاتمـة

ختامًـا، ومـن خـلال البحـث فـي نظريـة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد يمكـن إيجـاز أهـم النتائـج والتوصيـات فيمـا يأتـي:

1. حاجـة الجهـات التشـريعية والقضائيـة فـي الـدول ذات النهـج اللاتينـي المتمثـل بآليـة التقنيـن إلـى إعـادة النظـر فـي المرونـة التـي تتمتـع بهـا لتطويـر النظريـات القانونيـة كمـا فعـل القضـاء الأنجلوسكسـوني بشـأن النظريـة محـل البحـث، وبخلافـه فـإن التطـورات الواقعيـة سـوف تفـرض حلـولا بديلـة هـي أشـد تعارضـا مـع البنـاء القانونـي.

2. إن نظريـة الجحـود المُبْتَسَـر للعقـد تجـد تطبيقهـا فـي العقـود الملزمـة للجانبيـن ذات التنفيـذ المؤجـل؛ إذ إنهـا نشـأت لتلبيـة متطلبـات عمليـة تبررهـا، وفـي مقدمتهـا الحيلولـة دون تـرك مصيـر العقـد مجهـولا حتـى بلـوغ الأجـل، فهـي قـراءة الدائـن لواقـع حـال المديـن وتوقـع عـدم قدرتـه علـى تنفيـذه لتزاماتـه وفقًـا للاتفـاق، مسـتندا فـي ذلك لأسـباب معقولـة لا تقبـل الشـك، يدعمهـا تصريـح المديـن أو سـلوكه أو الظـروف المحيطـة بـه

(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 موحدا في النظام القانوني الأنجلوسكسوني، فقد يسبقه قبول أو طلب تأمينات كافية لإعادة الثقة للدائن وخلال مدة معقولة، كما في اتفاقية فينا 1980 أو مدة محددة (30 يوما)، كما في القانون التجاري الأمريكي الموحد.

4. منح القاضي سلطة واسعة في تقدير الوقائع التي تعد جحودا مبتسرا للعقد من خلال الاستعانة بالخبراء وفقًا لطبيعة كل عقد، مما يُجلي الغموض في تحديد نسبة الإنجاز في بعض العقود كالمقاولة، استنادا إلى ولايته على العامة بصفته ممثلا لولي الأمر ومراقبا لتطبيق النصوص ذات العلاقة.

5. يمكن تأصيل النظرية فقهيا وإن وجد تعارض مع بعض القواعد أو الآراء المعتمدة في مذهب ما، فإنه قد يكون شكليًّا يمكن إزالته من خلال الجمع بين الأدلة والاستفادة من تعدد الآراء، فضلا عن وجود تطبيقات فقهية مشابه كفسخ الإجارة بالعذر، والغاية من هذا دمج النظرية في التقنينات العربية المستمدة من الفقه الإسلامي.

6. إذا تعذر تقنين نظرية الجحود المُبْتَسَر للعقد تقنينا متكاملا فمن الممكن إضافة أحكامها الجوهرية الى 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 المقاولة وسقوط الأجل...إلخ، إلا أنها غير فعّالة من حيث الأثر.

قائمة المصادر والمراجع:

أولًا- المراجع العربية:

1. أبـو سـرحان، أحمـد شـحدة وأبـو يحيى، علي عبد الله، «فسـخ الإجارة بالعـذر في الفقه الإسـلامي وموقف القانون المدني الأردني، مجلة دراسـات علوم الشـريعة والقانون، المجلّد 40، العدد1، 2013م.
2. الجبـوري، ياسـين محمـد، المبسـوط في شـرح القانون المدني، ج2، آثـار الحقوق الشـخصية، المجلد الأول، ط1، دار الثقافـة، عمان، 2005م.
3. الجمّـال، مصطفـى محمـد، القانـون المدنـي في ثوبه الإسـلامي، مصادر الالتزام، شـرح مفصل لأحـكام التقنينات العربيـة المسـتمدة مـن الفقـه الإسـلامي وتطبيقاتها القضـائية، ط1، بلا سـنة طبع.
4. الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م.
5. السـنهوري، عبـد الـرزاق أحمـد، الوسـيط فـي شـرح القانـون المدنـي الجديـد، ج1، ج3، منشـورات الحلبـي الحقوقيـة، بيـروت- لبنـان، ط3 الجديـدة, 2009م
6. السـنهوري، عبـد الـرزاق، مصـادر الحـق فـي الفقـه الإسـلامي، دراسـة مقارنـة بالفقـه الغربـي، ج6، دار إحيـاء التـراث العربـي، بيـروت- لبنـا، ط1، بـلا سـنة طبـع.
7. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين، دار الكتب العلمية، ط1، 1990م.
8. الصـغيـر، حسـام الديـن عبـد الغنـي، تفسـير اتفاقيـة الأمـم المتحـدة بشـأن البيـع الدولـي للبضائـع، دار النهضـة، القاهـرة، 2001م.
9. الفاروقي، حارث سليمان، المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، 1970م.
10. الكاسـاني، عـلاء الديـن أبـو بكـر بـن مسـعود بـن أحمـد الحنفـي، بدائـع الصنائـع فـي ترتيـب الشـرائع، ج4، دار الكتـب، ط2، 1986م.
11. إمـام، محمـد كمـال الديـن، «فـي منهجيـة التقنيـن»، بحـوث نـدوة التقنيـن والتجديد فـي الفقه الإسـلامي المعاصـر، ط1، وزارة الأوقـاف والشـؤون الدينية، سـلطنة عمـان، 2009.
12. تركي، علي عبد الحميد، نطاق القضية في الاستئناف«دراسة تحليلة مقارنة» ط2، دار النهضة، 2009م.
13. ج.س.شيشـر، س.هـ.فيفـوت، م.ب.فيرمسـتون، أحـكام العقـد فـي القانون الإنجليـزي، ترجمة هنـري رياض، دار الجيـل، بيـروت مـع مـروى بوكشـوب الخرطوم، بلا سـنة طبع.
14. ج.س.شيشـر و س.هـ. فيفـوت و م.ب.فيرمسـتون أسـباب انقضـاء العقـد (الوفاء-الإقالة-الاسـتحالة-الإخلال)، ترجمـة هنـري ريـاض، دار الجيـل- بيـروت ومكتبـة خليفـة عطيـة- الخرطـوم، ط9، 1976م.
15. عبد الحميد، خالد أحمد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا 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. كـروس، روبـرت، السـوابق القضـائيـة في القانون الإنجليزي، ترجمة د- محمد الشـيخ عمـر، دار الجيل، بيروت، ط1، 1992م-
19. مسـاعدة، أيمـن خصـاونـة عـلاء، خيـار المسـتهلك بالرجـوع فـي البيوع المنزليـة وبيوع المسـافة، مجلة الشـريعة والقانـون، جامعـة اليرمـوك، العـدد 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. وزراة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ج32، ط2، 1427هـ.

ثانيًا- القوانين العربية:

23. قانون التجارة المصري الجديدرقم 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.

ثالثا- المراجع الأجنبية:

Andrew Burrows, English privet law, thired 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, Oxfor 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.

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 Princicples 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. McGrego- 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

Transliteration Arabic References: **الترجمة الحرفية لمصادر ومراجع اللغة العربية:**

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, almujallad 40, al'adad 1. 2013 m.
2. Aljuburiy, Yasin Muhammad, almabsuot fi sharah alqaanun almadany , aljuz' ath-thany, aathaar alhuquoq ash-shakhsiah, almujallad al'awwal , t1, dar ath-thaqafah, 'Ammaan , 2005 m.
3. Aljammaal, Mustafaa Muhammad, alqaanuon almadany fi thawbihi al'islaamy, masaadir aliltizaam, sharh mufassal li'ahkaam at-taqnenaat al'arabiah almustamadah min alfiqh al'islamy watatbeqaatuha alqaanuoniyah, t1, bila sanat tab'a.
4. Alkhafif Aly, ad-damaan fi alfiqh al'islaamy, dar alfikr al'araby, alqahirah, 2000 m.
5. As-sanhury, Abdur-razzaaq Ahmad, alwaseet fi sharh alqanuon almadany aljadeed, g1, g3, manshuraat alhalby alhuquoqiah, bayrout - lubnan, t3 aljadeedah, 2009 m.
6. As-sanhury, 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 alkutub al'ilmiah, t 1, 1990 m.
8. As-saghir, Hussam ad-deen Abdulghany, tafseer 'ittifaaqiat al'umam almuttahidah bish'an albay'e ad-dawly lilbadaa'i'e, dar an-nahdah, alqahirah, 2001. 9. Alfaaruoqy, 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 alkutub, 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. Turky, Aly Abdulhameed, nitaaq 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 Schesher and S.H. Vivot and M.P.Fermiston, 'asbaab 'inqidaa' al'aqd (alwafah - al'iqalah - alistihalah - alikhlal), tarjamat Hinary Riad, dar aljeel - bayrut wa maktabat Khalifah Atiah - alkhartuom, 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 , almujallad 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 walqanuon, jamie’at alyarmuk, al’adad 46 , ‘abril 2011.
19. Majma’ allughati al’arabiah fi misr, almu’jam alwaseet , maktabat ash-shuruoq ad-dawliah, 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 alkuwiatiyyah, 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’imarat 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 Covention 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.