الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي "دراسة قانونية مقارنة"

The Legal Nature of Exception of Contract Non-Performance In The French Civil Code "Comparative Legal Study "

د. لشهب حورية
استاذة تعليم عالي
كلية الحقوق جامعة محمد خيضر
بسكرة- الجزائر

Dr. Lachehab Houria
Faculty of Law
University of Mohammed Khader
Biskra - Algeria

زينب سالم
باحثة دكتوراه
كلية الحقوق جامعة محمد خيضر
بسكرة-الجزائر

Zineb Salem
Faculty of Law
University of Mohammed Khader
Biskra - Algeria

الملخص

يمثل الدفع بعدم التنفيذ آلية هامة في مجال تنفيذ الالتزامات، فهو يمكن المتعاقد من أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء التزاماته، فهو وسيلة دفاعية وضغط وضمان لحقوقه، وقد نصت عليه المواد ١٦١ من القانون المدني المصري و المادة ١٢٣ من القانون المدني الجزائري، في حين لم ينص عليه في القانون المدني الفرنسي إلا بعد صدور الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ المتعلق بإصلاح نظام العقود و النظام العام واثبات الالتزامات وذلك في المواد ١٢١٧ و١٢١٩ و١٢٢٠ منه. هذه النصوص وإن كانت لم تبين الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ تاركة هذه المهمة للفقه، فهي بينت طبيعته القانونية التي تميزه عن غيره من الآليات المشابهة له كالحق في الحبس والفسخ والمقاصة.

الكلمات المفتاحية: الدفع بعدم التنفيذ، العقد، حسن النية، الفسخ، الحق في الحبس، المقاصة.

Abstract

The exception of contract non-Performance represents an important mechanism in the implementation of obligations. It enables a contractor to refrain from implementing its obligation until the other party has fulfilled its obligations. It is a means of defense, pressure and guarantee of its rights. It is stipulated in articles 161 of the Egyptian Civil Code and Article 123 of the Civil Code While it was not provided for in the French Civil Code except after the issuance of Order No. 2016-131 on the reform of the system of contracts and public order and the establishment of obligations in articles 1217, 1219 and 1220 thereof. These texts, although they did not show the basis on which the exception of contract non-Performance, leaving this task to jurisprudence, it showed the legal nature that distinguishes him from other mechanisms similar to him, such as the right to imprisonment, dismissal and set-off.

Keywords: Exception of contract non-performance; contract; good faith; annulment; right of confinement; set-off.

المقدمة

Introduction

إذا كان من الأمور المسلم بها في نطاق القانون المدني أنه يجوز لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المتعاقد الآخر بتعهداته، فإن له من باب أولى أن يمتنع عن الوفاء بالالتزامات التي يفرضها العقد عليه ولو كانت حالة الأداء إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء التزامه أو يعرض على الأقل أدائها مادامت هذه الالتزامات الأخيرة حالة الأداء بدورها[1].

وقد أطلق على هذا الامتناع منذ القدم تسمية الدفع بعدم التنفيذ، كما يطلق عليه تسمية الامتناع المشروع عن الوفاء، على أساس أن امتناع المدين لا يعتبر خطأ، بل هو أمر مشروع.

والفكرة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ هي "إذا أردت أن تأخذ مالك فعليك أن تفي بما عليك"، وهو وسيلة دفاعية يقررها القانون للمتعاقد الذي يكون في نفس الوقت دائنا ومدينا للمتعاقد الآخر، ويخوله بمقتضاها الحق في أن يدفع مطالبة غريمه بالدين الذي له عليه، حتى يفي هذا الغريم بدوره بما عليه له، وهو لا يؤدي إلى حل الرابطة العقدية نهائيا، كما في حالة الفسخ مثلا ولكنه يضعفها فقط، وبصفة مؤقتة، فهو يوقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد على أحد طرفيه دون أن يزيلها، كما أنه وسيلة ضمان في يد المتعاقد تجعله يضغط على زميله حتى يفي بما عليه، وقد منحها القانون له بغية تحقيق العدالة بين طرفي العقد.

مشكلة البحث: تبرز مشكلة البحث هنا في أن الدراسات السابقة للطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ كانت في ظل القانون المدني الفرنسي القديم الذي لم ينص اطلاقا على الدفع بعدم التنفيذ، فهل تدارك المشرع الفرنسي هذا النقص في القانون المدني من خلال التعديل الذي تم بموجب الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ أم لا؟ وما هو الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ، وهل هناك اختلاف بين الدفع بعدم التنفيذ والانظمة القانونية القريبة منه كالحق في الحبس والفسخ والمقاصة أم لا؟

أهمية البحث: يكتسي موضوع الدفع بعدم التنفيذ اهمية خاصة، وذلك لقلة الدراسات المتخصصة التي تناولته بالبحث حسب علمنا هذا من جهة، ومن جهة أخرى تتجلى أهميته كوسيلة دفاعية بسيطة وسريعة وغير مكلفة ماليا، ودوره في ضمان استمرارية العقد.

أهداف البحث: تتمثل الأهداف التي نسعى اليها من خلال هذا البحث فيما يلي:

١.تحديد تعريف الدفع بعدم التنفيذ ونشاته.

٢.بيان الاساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ.

٣.تمييز الدفع بعدم التنفيذ عما يشتبه به من الانظمة القانونية الاخرى القريبة منه.

منهج البحث: سنعتمد في بحثنا على المنهج التحليلي المقارن، وسنتخذ من القوانين المدنية في فرنسا ومصر والجزائر محلا للمقارنة.

تقسيم البحث: سنقسم بحثنا هذا إلى ثلاثة مباحث، سنخصص الاول لتحديد تعريف الدفع بعدم التنفيذ وبيان نشأته، ثم ندرس في الثاني أساس الدفع بعدم التنفيذ، ونفرد المبحث الثالث لتمييزه عن المفاهيم القانونية القريبة منه.

المبحث الأول

تعريف الدفع بعدم التنفيذ ونشأته

Definition and origin of exception of contract non-Performance

تطورت فكرة الدفع بعدم التنفيذ حتى وصلت إلى ما هي عليه الان، حيث مرت بعدة مراحل مختلفة تاريخيا، ابتداء من القانون الروماني حتى القوانين الحديثة، كما تعددت تعريفات الدفع بعدم التنفيذ وتنوعت. وسنتناول تعريف الدفع بعدم التنفيذ ونشأته من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

تعريف الدفع بعدم التنفيذ

لم يتفق الفقهاء والمختصون في القانون على تعريف محدد للدفع بعدم التنفيذ، فقد عبر كل منهم عن الفكرة حسب تصوره وفهمه للدفع بعدم التنفيذ. فقد عرف البعض الدفع بعدم التنفيذ بأنه:" امتناع مؤقت عن التنفيذ، أي مجرد وقف للتنفيذ، لكنه امتناع مشروع. ذلك لأنه من الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المقابلة فيها على وجه التبادل. فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز ترتيبا على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل"[٢].

وعرفه البعض الآخر[٣] أنه: "حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين بعدم تنفيذ التزامه الحال في مواجهة المتعاقد الآخر الذي لم ينفذ التزامه المقابل الحال الناشئ عن العقد ذاته". وعرف أيضا بأنه: "نظام قانوني مؤداه أنه في العقود المتبادلة يسوغ لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ الموجبات التي يفرضها عليه العقد ولو كانت حالة الأداء إلى أن يمتنع عن تنفيذ الموجبات التي يفرضها عليه العقد ولو كانت حالة الأداء إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بأداء موجباته المقابلة أو يعرض على الأقل أداءها ما دامت هذه الموجبات الأخيرة حالة الأداء بدورها"[٤].

واتجه البعض الاخر[٥] إلى تعريفه بأنه: "هو عبارة عن حق المطالب (ب) بالوفاء بموجب عقد تبادلي "كامل" في حمل المطالب "أ" على قبول تنفيذ الالتزامات المتقابلة قذة بقذة و الاستيثاق من ذلك بالامتناع عن تسديد الالتزام المطالب به".

وعرفه آخرون[٦] بأنه: "هو رد يبديه أحد المتعاقدين على مطالبة المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه إذا كان المطالب بالتنفيذ نفسه مقصرا أو ممتنعا عن تنفيذ التزامه".

بينما عرفه البعض الاخر[٧] بأنه: "الوسيلة السلبية من الرد على عدم التنفيذ بعدم تنفيذ مثله" وتسمى هذه الوسيلة الدفع بعدم التنفيذ فهو إذا لا يعدو أن يكون موقفا سلبيا متخذا من قبل المتعاقد يبغي من ورائه حمل المتعاقد الاخر الممتنع عن التنفيذ على تنفيذ التزامه.

وعرف بأنه: "وسيلة يلجأ إليها العاقد في العقود التبادلية للضغط على العاقد الآخر وحمله على تنفيذ التزامه دون حاجة إلى الترافع إلى القضاء"[٨].

ومن جانبنا نعرف الدفع بعدم التنفيذ بأنه حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين بعدم تنفيذ التزامه الحال في مواجهة المتعاقد الاخر الذي لم ينفذ التزامه المقابل الحال الناشئ عن العقد ذاته، فهو امتناع مؤقت عن التنفيذ ولكنه امتناع مشروع.

المطلب الثاني

نشأة الدفع بعدم التنفيذ

لم يعرف القانون الروماني الدفع بعدم التنفيذ كنظرية عامة[٩]على خلاف ما قد توحي به صياغته اللاتينية التي اشتهر بها« exceptio non adimpleti contractus » [١٠]، لأنه لم ينص عليه ضمن نصوصه وإن كان هذا القانون قد أجاز للمتعاقد في العقود التبادلية رفض تنفيذ التزامه إذا كان الطرف الآخر لم يوف بالتزامه، فإن ذلك ليس إلا تطبيقا منه لقاعدة الدفع بالغش« Exception de Dol»»، والتي أخذ بها في كافة العقود المبنية على حسن النية[١١].

وتعود النشأة الحقيقية للدفع بعدم التنفيذ إلى فقهاء القانون الكنسي الذين تنبهوا لفكرة تقابل الالتزامات في العقود التبادلية وقرروا مبدءًا" لا يراعى عهد من لا عهد له"« Non servent fidem non fides sevanda » وشرحوه بقولهم أنه لا يلزم العاقد بتنفيذ التزامه إلا إذا نفذ الطرف الآخر التزامه المقابل[١٢]. ومن هنا ظهرت قاعدة الدفع بعدم التنفيذ التي أخذها عنهم المتأخرون من شراح القانون الروماني Postglossateurs في العصور الوسطى، ثم صاغو منها نظرية عامة ونسبوها إلى القانون الروماني، فالاصطلاح إذن لم يكن رومانيا وإن كان لاتينيا [١٣].ولم يسلم فقهاء القانون الفرنسي القديم بفكرة الدفع بعدم التنفيذ كنظرية عامة[١٤]، وهذا ما يفسر خلو القانون المدني الفرنسي القديم من نص عام يقرر هذه النظرية، وقصروا تطبيقاتها على الحالات التي يوجد بشأنها نص[١٥].وقد اتبع القضاء الفرنسي نفس النهج، إلا أنه بعد تردده طويلا على امكانية الدفع بعدم التنفيذ في غير الحالات المنصوص عليها[١٦].

غير أن الفقه الفرنسي الحديث اتجه إلى تعميم قاعدة الدفع بعدم التنفيذ على جميع العلاقات العقدية الناشئة من العقود الملزمة للجانبين، وقد لاحظ الاستاذ GAUDEMET أن المادة ١١٤٨ والتي تسمح بفسخ الاتفاق بأثر رجعي تعطي مبرر اخر لتعميم الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الملزمة للجانبين، لأن من لا يتلقى ماله من حق بموجب العقد، يستطيع طلب فسخه، ومن ثم يكون له –من باب أولى –أن يمتنع عن تنفيذ التزامه مؤقتا[١٧].

كما اتجه القضاء أيضا إلى تعميم الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة لكل العقود الملزمة للطرفين[١٨]. أما العقود الملزمة لطرف واحد فلا يتحقق فيها الدفع بعدم التنفيذ، لأن هذا العقد لا ينشئ التزامات إلا في عاتق طرف واحد.

ولكن بعد صدور الأمر رقم ١٣١/٢٠١٦ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات[١٩] تم تعديل القانون المدني الفرنسي، وبذلك أصبح هذا القانون ينص صراحة على الدفع بعدم التنفيذ، فقد تضمن في القسم الخامس المعنون ب "عدم تنفيذ العقد" خمسة فروع، وقد نصت المادة ١٢١٧ [٢٠]منه على أنه : "يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد حياله، أو أنه قد نفذ بشكل ناقص أن:

-يرفض تنفيذ التزامه أو يعلق تنفيذه؛

-يسعى إلى التنفيذ الجبري العيني للالتزام؛

-يطلب تخفيض الثمن؛

-يطلب فسخ العقد؛

-يطلب التعويض عما ترتب من نتائج عدم التنفيذ.

-يجوز الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، ويجوز إضافة التعويض إليها دائما".

وتضمن الفرع الأول المعنون بالدفع بعدم التنفيذ مادتين هما المادة ١٢١٩ و١٢٢٠ [٢١]، وتنص المادة ١٢١٩ على أنه:"يحق لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه على الرغم من كونه مستحقا، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه وإذا كان عدم التنفيذ هذا جسيما بما فيه الكفاية". وتنص المادة ١٢٢٠ على أنه: "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ التزامه عند استحقاقه وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه. يجب أن يتم الإخطار بهذا التعليق في اقرب فرصة".

أما القانون المدني المصري القديم فلم يتضمن على نص عام يقرر مبدأ الدفع بعدم التنفيذ متأثرا بالقانون المدني الفرنسي القديم، واكتفى بالنص على بعض تطبيقاته(مثلا المادة ٣٤٥/٢٧٤ والمادة٣٥٠/٢٧٩ والمادة ٤١١/٣٣١)[٢٢]. إلا أن هذا لم يمنع الفقه وقضاء في عهده من التسليم بقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد. ولقد تدارك القانون المدني المصري الحالي هذا النقص، ونص على مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في المادة ١٦١ منه حيث جاء في نصها أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". وبالإضافة إلى هذا النص العام فقد ورد بالقانون تطبيقات جزئية متفرقة للمبدأ في عدة مواد نذكر منها المادتين٤٥٧ [٢٣] و ٤٥٩ [٢٤].

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري الحالي فقد نص صراحة على مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في المادة ١٢٣ منه والتي تقضي بأنه: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". وقد وردت تطبيقات لمبدأ له في المادة ٣٨٨ [٢٥]و المادة ٣٩٠[٢٦] المتعلقة بعقد البيع.

المبحث الثاني

أساس الدفع بعدم التنفيذ

The basis of exception of contract non-Performance

يجب أن يرتكز كل نظام قانوني على أساس شرعي يستمد منه وجوده ويضمن استمراريته، وعند الحديث عن الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ، نجد أن الفقهاء لم يتفقوا حوله، مما أدى إلى تعدد الاقتراحات حول الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ وتنوعها، بعض هذه الاقتراحات لم يعرف رواجا كبيرا عند الفقهاء، مثل فكرة العدالة، الدفاع الشرعي..، في حين عرفت بعض الاقتراحات الأخرى انتشارا كبيرا نذكر منها فكرة السبب، وفكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، وفكرة الارادة المفترضة للمتعاقدين، وفكرة حسن النية، وسنتناول هذه الأسس بالدراسة والشرح من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

الإرادة المفترضة للمتعاقدين كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ

يرى أصحاب هذه الفكرة أن الأطراف المتعاقدة عندما تقدم على إبرام عقد من العقود الملزمة للجانبين كالبيع مثلا يفترض أن يكون في ذهن كل متعاقد أن تنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد سيكون في آن واحد جنبا إلى جنب، إلا إذا منح أحد المتعاقدين الآخر أجلا لتنفيذ التزامه، وبعبارة أخرى أن كل متعاقد لا يقدم على تنفيذ التزاماته العقدية إلا نتيجة افتراضه أن المتعاقد الآخر سينفذ التزامه في نفس الوقت.

ويبدو جليا أن هذه الفكرة ما هي إلا نتيجة من النتائج المترتبة على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، لهذا وجدت أنصارا لها في الفقه الفرنسي، على رأسهم الأخوة مازو[٢٧]، بل وجدت في الفقه المعاصر من يدافع عنها وذلك بإعطائها تحليلا جديدا، حيث رأى الأستاذ PILLEBOUT [٢٨]أن الغرض من إبرام العقد هو تنفيذه، ولا يكون ذلك إلا بتظافر جهود المتعاقدين معا، فامتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه يعتبر عرقلة في طريق الوصول إلى تنفيذ العقد، ومن ثم كان البحث عن التنفيذ الكلي للعقد هو أساس فكرة الدفع بعدم التنفيذ.

لكن مع الانتقادات العنيفة التي تعرض لها مبدأ سلطان الإرادة وجهت لهذه النظرية انتقادات شديدة يتمثل أهمها في:

١-أن الأطراف المتعاقدة، عندما تقدم على إبرام عقد ما، فإن تفكيرها الرئيسي يكون دائما منصبا على تنفيذ العقد لأنه هو الأصل، ولا يكون منصبا على عدم تنفيذه، وبالتالي فإن تفسير إرادة الأطراف على النحو الذي تنادي به فكرة الإرادة المفترضة، تفكير مستبعد في الكثير من الأحيان، كما أنه تفسير ظني فقط[٢٩].

٢-لو اتجهت إرادة الأطراف إلى الدفع بعدم التنفيذ نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات العقدية لنصت عليه صراحة في العقد.

٣-لو كان الدفع بعدم التنفيذ يقوم على فكرة الإرادة المفترضة للمتعاقدين، فإنه يجب أن يقع بصورة أوتوماتيكية تلقائية بمجرد عدم التنفيذ، وهذا غير صحيح، ذلك أنه يجب التمسك بعدم التنفيذ[٣٠].

المطلب الثاني

السبب كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ

إن إيضاح فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ يستلزم عرض أهم النظريات الفقهية التي تناولتها، ففكرة السبب جعلت الفقه ينقسم إلى طائفتين، الطائفة الأولى تمسكت بالنظرية التقليدية للسبب، والطائفة الثانية نادت بالنظرية الحديثة للسبب. ونستبعد النظرية الحديثة للسبب لأنها ترى أن السبب يقصد به الباعث الدافع للتعاقد، وهو بهذا المعنى أمر خارج عن العقد، ولا يصلح لتفسير الدفع لعدم التنفيذ، وعليه نستبقي النظرية التقليدية للسب.

وتقوم النظرية التقليدية في أساسها على التمييز بين الغرض المباشر القريب الذي يقصده الملتزم من وراء ارتضائه التحمل بالتزامها(السبب القصدي)، وبين الأغراض الأخرى البعيدة غير المباشرة، فهذه النظرية لا تعتد إلا بالأول وترى فيه سبب الالتزام، في حين أنها لا ترى في الثانية إلا مجرد بواعث تدفع إلى ارتضاء الالتزام[31].

ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل متعاقد هو وجود الالتزام الآخر[32]، ولذلك إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فهذا يعني أن المتعاقد الآخر يجوز له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه.ولكن الفقيه **بلانيول**[33]وجه نقدا لهذا الرأي بأنه في العقود الملزمة للجانبين تنشأ الالتزامات التعاقدية في وقت واحد، فلا يتصور أن يكون أحد الالتزامين سببا للآخر.

وهذا النقد يقوم على مغالطة يرجع فضل كشفها للفقيه الكبير **كابيتان**[34]، إذ أن المقصود بالسبب هو السبب المنشئ، الذي يعتبر مصدرا للالتزام. في حين أن المقصود بالسبب الذي تقول به النظرية التقليدية هو ركن في العقد، هو السبب القصدي، وليس هناك ما يمنع من أن يكون كل من الالتزامين المتقابلين سببا أحدهما للآخر، وإن كانا يولدان في نفس الوقت، إذ أن السببية هنا نفسية تتواجد في ذات المتعاقد وليست مادية.

كما عمل الفقيه على إدخال تعديلات مهمة في النظرية التقليدية للسبب فهو يرى أن السبب في العقود الملزمة للجانبين هو تنفيذ الالتزام المقابل وليس الالتزام المقابل، فمثلا في عقد البيع سبب التزام البائع بنقل الملكية هو رغبته في الحصول على الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو رغبته الحصول على المبيع، فطبقا لهذا التصور يعتبر السبب عنصرا مستمرا، يجب أن يكون موجودا وقت إنشاء العقد وتنفيذه، فإذا تخلف السبب في أي وقت من الأوقات بعد نشوء الالتزام، انقضى الالتزام، فاستمرارية السبب هي أساس الدفع بعدم التنفيذ[35].

وقد تبع رأي الفقيه **كابيتان** الكثير من الفقهاء نذكر منهم د. عبد الفتاح عبد الباقي: "وأساس الدفع وفقا للرأي الراجح في الفقه هو فكرة السبب، على اعتبار أنه لا يسوغ اجبار المتعاقد على الوفاء بالالتزام الذي فرضه العقد عليه قبل أن يحقق الغرض الذي سعى إليه عندما تعهد به".[36]

وفي المعنى نفسه ذهب د. عبد الحي حجازي: "أن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ يمكن تأسيسه على فكرة السبب في معناه الفني، لقد علمنا أنه في العقود الملزمة للجانبين يكون سبب كل من الالتزامين المتقابلين ارتقاب المتعاقد بتنفيذ الالتزام المقابل لالتزامه. فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، فللمتعاقد الاخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يكف المتعاقد معه عن امتناعه. ويقول أيضا أن السبب يؤدي وظيفتين في الالتزام التعاقدي؛ فهو عنصر في نشوئه وعنصر في نفاذه، لذلك قلنا أن السبب يطلب وقت نشوء الالتزام ووقت تنفيذه، فإن تخلف وقت نشوء الالتزام كان الجزاء البطلان، وإن تخلف وقت تنفيذه، كان الجزاء هو الفسخ[37].

وقد وجه جانب من الفقه العديد من الانتقادات لفكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ نذكر منها:

١-تقضي القواعد العامة أن تخلف ركن من أركان العقد، مثل السبب يؤدي إلى بطلان العقد، وليس لإمكانية امتناع المتعاقد الدائن عن تنفيذ التزاماته التعاقدية.

٢-تقضي القواعد العامة ببطلان العقد عندما يتخلف ركن من أركانه، وعليه إذا ما عرض الأمر أمام القاضي، فيجب عليه الحكم بالبطلان، لكن في حالة الدفع بعدم التنفيذ، نجد أن للقاضي سلطة تقديرية إزاءه، فيمكنه أن يقره أو يرفضه.

٣-إن ما ذهب إليه أنصار فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ من أن سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الاخر غير صحيح ومستحيل منطقيا؛ لأن الالتزامين ينشآن في وقت واحد من عقد واحد، ومن ثم فلا يمكن القول بأن أحدهما سبب للآخر[38]؛ لأن السبب يسبق المسبب.

المطلب الثالث

ارتباط الالتزامات كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ

بعد الانتقادات التي وجهت إلى فكرة السبب كأساس للدفع بعدم التنفيذ، ارتأى جانب من الفقه إلى هجر هذه النظرية والبحث عن أساس جديد يرجعون إليه الدفع بعدم التنفيذ[39]، واتجهوا إلى القول بأن فكرة ارتباط الالتزامات المتقابلة تصلح لأن تكون أساس يستند إليه الدفع بعدم التنفيذ، فهذا الارتباط الذي يوجب تنفيذ الالتزامات المتقابلة في ان واحد هو الذي يبرر امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به.

ويرى بعض أنصار هذا الاتجاه أن الدفع بعدم التنفيذ يتماشى مع طبيعة العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين، من حيث أنها تقتضي ارتباط تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها على وجه التبادل[40]، وأضافوا بأنه إذا كان هذا الارتباط أو التداخل بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين يبرر لأحد المتعاقدين طلب فسخ العقد عند قيام المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه، فإنه يبرر له ومن باب أولى الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه[41].

ويرى البعض الاخر من انصار هذا الاتجاه أن الارتباط بين الالتزامات كأساس للدفع بعدم التنفيذ يجب أن يفهم بمعنى واسع، فلا يشترط أن يكون هذا الارتباط موجودا فيما بين التزامات ناشئة عن عقد ملزم للجانبين، ولا يشترط أن يكون موجودا فيما بين التزامات تعاقدية اطلاقا-بل يصح أن يكون موجودا فيما بين التزام واخر –متى كانت هناك علاقة وثيقة فيما بين الالتزامين-ولو نشأ كل منهما من سبب مستقل[42].يعود هذا الاختلاف في معنى الارتباط ضيقا واتساعا عند انصار هذا الاتجاه إلى اختلاف وجهة نظرهم حول نطاق الدفع بعدم التنفيذ، فيضيق معنى الارتباط عند من يرى بأن نطاق الدفع محصور في دائرة العقود الملزمة للجانبين، ويتسع معناه عند من يرى بأن نطاق الدفع يشمل العقود الملزمة للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد وكل علاقة ناشئة عن التزامين.

ويضيف البعض الاخر من أصحاب فكرة الارتباط كأساس للدفع بعدم التنفيذ، أن هذا الارتباط يبقى قائما حتى بعد انحلال الرابطة (العقد) بالفسخ أو البطلان، فإذا فسخ عقد البيع أو بطل مثلا وتعين على كل من طرفي العقد المنحل أن يرد كل منهما للآخر ما كان قد تسلمه بموجب العقد، يكون لكل منهما أن يحبس ما هو ملتزم برده حتى يستوفي ما هو مستحق له"[43]

وقد وجهت لفكرة ارتباط الالتزامات انتقادات يمكن حصرها في نقطتين:

١-أن الاعتماد على فكرة ارتباط الالتزامات كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ، يتعارض مع النشأة التاريخية لفكرة الدفع بعدم التنفيذ، ففكرة الدفع عرفت بذورها الأولى في ظل القانون الروماني، لا سيما في عقد البيع، على أساس دفع كان يسمى الدفع بالغش (Exception de dol) [44]ليس على أساس ارتباط الالتزامات، وإذا كانت فكرة الدفع بعدم التنفيذ قد عرفت ازدهارها في ظل القانون الكنسي، فإن ذلك لم يكن على أساس ارتباط الالتزامات وإنما على أساس مبدأ "لا يراعى عهد من لا عهد له"[45].

٢-لا تبرير لفكرة ارتباط الالتزامات إلا بالرجوع إلى فكرة السبب، فحينما أراد بعض أنصار فكرة الارتباط توضيح لما قام الارتباط بين التزامات المتعاقدين في العقد الملزم لجانب واحد –كما هو الحال في عقد الوديعة، حيث يجوز للمودع لديه في حالة إنفاقه لبعض المصروفات على الوديعة أن يمتنع عن تسليمها إلا بعد سداد المودع لهذه النفقات-ردوا ذلك لفكرة السبب، فلا يكفي من وجهة نظر بعضهم أن نكون بصدد عقد ملزم، وإنما يلزم أن يكون هناك تقابل بين الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه والالتزام الذي لم ينفذ، بأن يكون كل منهما سببا للآخر، فإن انعدام التقابل بين الالتزامين فلم يكن كل منهما سببا للأخر، فلا يمكن التمسك بالدفع [46].

المطلب الرابع

حسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ

نادى بعض الفقهاء وعلى رأسهم RAU و AUBY ،أنه من الممكن الاستناد إلى فكرة حسن النية لتبرير الدفع بعدم التنفيذ[47]، وتبعهما في ذلك الأساتذة PIGEONNIERE وLEREBOURS وBEUDANT و MARTY وRAYANAUD ، ويرى هؤلاء أنه إذا ما طالب المدين من الدائن تنفيذ التزامه، رغم أنه هو نفسه لم ينفذ التزامه، فإن تصرفه هذا يكون مخالفا حتما لمقتضيات حسن النية، فهو طرف سيء النية، وهو ما يبرر امتناع الدائن عن تنفيذ التزامه.

ولقد كان الفقه الحديث أكثر دقة فحسب رأي بعض الفقهاء أن مبدأ حسن النية أصبح من أهم مبادئ القانون عموما، والقانون المدني خصوصا، قائما بذاته، له مضمونه الخاص به، ويمكن حصره في نقطتين، واجب النزاهةDevoir de Loyauté وواجب التعاونDevoir de Coopération، وحسب نفس الأستاذ أن المقصود بواجب النزاهة أنه على المدين تنفيذ التزامه بصورة أمينة ومخلصة، رغم الصعوبات التي يمكن أن تعترضه أثناء التنفيذ، سواء كانت جدية أم لا، واعتبر أنه من النتائج المترتبة على فكرة الأمانة والإخلاص، أنه في العقود الملزمة للجانبين لا يمكن لأي طرف أن يطلب من الآخر تنفيذ التزامه دون أن يقدم ما عليه من التزامات، وهكذا الأمر بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ، حيث يون مخالفا لحسن النية مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ دون أن ننفذ ما علينا من التزامات، وبعبارة أخرى، لو طالب المتعاقد غير المنفذ لالتزاماته من الطرف الآخر تنفيذ التزامه، فتصرفه هذا يكون غير نزيه، وهذا يعني أنه سيء النية، ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ كجزاء لسوء نيته[48].

ورغم هذا الدعم الفقهي والمنطق السليم الذي تقوم عليه فكرة حسن النية، إلا أنها تعرضت لبعض الانتقادات نذكر منها:

١-وجه بعض الفقهاء [49]نقدين لفكرة حسن النية دون أن يقترح أساسا بديلا لها وهذين النقدين هما:

أ-إن الاعتماد على حسن النية كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ، سيؤدي إلى خلط بين حسن النية وفكرة العدالة.

ب-إن الفقهاء الذين اعتمدوا حسن النية كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ، يستندون دائما على أفكار أخرى مثل العدالة العقدية، ارتباط الالتزامات، المساواة والعدالة...من أجل تدعيم فكرة حسن النية، وهذه المفاهيم لا تزال تحتاج إلى تحديد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يدل استناد فكرة حسن النية على أفكار أخرى على أن العلاقة بين حسن النية والدفع بعدم التنفيذ مازالت بحاجة إلى الكثير من الدعامات.

٢-أما بعض الفقهاء [50]فلقد وجه لفكرة حسن النية الانتقادات الآتية:

أ-إن سوء نية الطرف الذي لا ينفذ التزامه لا تكفي لامتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه، فالخطأ لا يبرر خطا آخر.

ب-أن الطرف الذي لا ينفذ التزامه، قد يكون ضحية قوة قاهرة، فلو قبلنا وقف التنفيذ في هذه الحالة، فإن حسن النية لا يكفي كأساس قانوني لتبرير الدفع بعدم التنفيذ.

٣-حصر بعض الفقهاء[51] نقده لفكرة حسن النية في نقطة واحدة، حيث يرى أن فكرة حسن النية فكرة حسن النية فكرة واسعة جدا وهي تغطي حقيقة لا بد من محاولة لتحديدها.

من خلال عرضنا للأسس السالفة الذكر توصلنا لتبني حسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ ومبررنا في ذلك أن الانتقادات الموجهة لفكرة حسن النية لا يمكن التسليم بها، فأغلبها محل نظر وقابلة للنقاش، كما ان هناك عدة مبررات أخرى تاريخية وفقهية وقانونية، تقف إلى جانب فكرة حسن النية، وتؤكد صلاحيتها لتبرير الدفع بعدم التنفيذ، ويتمثل المبرر التاريخي في أن فكرة حسن النية تتماشى مع النشأة التاريخية للدفع بعدم التنفيذ، فالبذرة الاولى لفكرة الدفع عرفت عند الرومان، عندما أجازوا للمتعاقد في العقود التبادلية رفض تنفيذ التزامه إذا كان المتعاقد الاخر لم يوف بما تعهد به، وكان ذلك تطبيقا منهم للدفع بعدم الغش(Exception de dol)، واذا كان الفضل يعود إلى فقهاء الكنيسة في بلورة فكرة الدفع بعدم التنفيذ، فلم يكن ذلك إلا بناء على اعتبارات دينية أخلاقية، أبرزها قاعدة لا عهد لمن لا عهد له(Non servanti fidem non est servanda)، والتي لا تجد تبريرا لها إلا في فكرة حسن النية، بينما يتمثل المبرر الفقهي فيتجلى في ميل الكثير من الفقهاء قديما وحديثا لفكرة حسن النية كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ، فقد اعتبر الاستاذ أن الأغلبية الساحقة من الفقهاء حاليا ترحب بربط فكرة حسن النية وفكرة الدفع بعدم التنفيذ.

أما المبرر القانوني يتمثل في أن فكرة حسن النية من أبرز الضمانات التي ترسم صورة واضحة لحدود الدفع بعدم التنفيذ، سواء من حيث شروطه، أو من حيث آثاره القانونية، وهذا حتى لا يصبح وسيلة لتصفية الحسابات، وعرقلة سير تنفيذ العقد، وهذا ما سيتضح عندما نتناول بالدراسة شروط الدفع وآثاره.

المبحث الثالث

تمييز الدفع بعدم التنفيذ عن المفاهيم القانونية القريبة منه

Distinguish of exception of contract non-Performance and legal concepts close to it

هناك ارتباط وثيق بين النظم القانونية الأربعة وهي المقاصة، الفسخ، الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس وهي نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة وهي تقابل الالتزامات. فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر يكون من العدل أن يستوفي كل منهما ماله من حق، مما عليه من دين، وهذه هي المقاصة والفسخ، أو –على الأقل- يوقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفي ماله من حق، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس[٥٢].

ولما كانت دراسة علاقة الدفع بعدم التنفيذ بالنظم القانونية القريبة منه يكتسي أهمية بالغة، فإلى جانب الضرورة المنهجية، يعتبر الدفع بعدم التنفيذ من المفاهيم القليلة التي وقع تحليلها بالاعتماد على علاقتها مع الآليات الاخرى[٥٣]، لذلك سنحاول في هذا المبحث توضيح مفاهيم كل من هذه الاليات من خلال المطالب الاتية:

المطلب الأول

الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس

يعتبر الحق في الحبس من أكثر الأنظمة القانونية التي أثارت صعوبة تمييزها عن الدفع بعدم التنفيذ، فهو حق مقرر لكل شخص يكون دائنا ومدينا في آن واحد ويجيز له الاحتفاظ بما لديه من مال يخص مدينه مادام أن هذا الدائن لا يقوم بما يجب عليه[٥٤]، وبهذا الوصف يتشابه الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ، فكلاهما يعمل على تجميد الالتزام إلى أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه أو وقف تنفيذ الالتزام إلى أن يقوم الطرف الآخر بذلك، وكلاهما أيضا يمثل وسيلة دفاع يستعملها أحد الطرفين للحفاظ على حقه واستيفائه من الطرف الآخر.

ورغم هذا التشابه يختلف الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس من حيث النطاق والشروط والآثار على النحو الآتي:

أولا: من حيث النطاق

نظم المشرع المصري والمشرع الجزائري الحق في الحبس في شكل نظرية عامة، فقد خصه المشرع الجزائري بثلاث مواد هي ٢٠٠ و٢٠١ و ٢٠٢، ونفس الأمر بالنسبة للمشرع المصري فقد خص الحق بالحبس بثلاث مواد هي٢٤٦ و٢٤٧ و٢٤٨ من القانون المدني المصري، وبالنسبة للدفع بعدم التنفيذ، فقد نص المشرع الجزائري والمصري في المادة ١٢٣ من ق.م.ج ، والمادة ١٦١ من ق.م.م على أنه:" في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

ومن خلال هذه النصوص نجد أن المشرعين المصري و الجزائري وضعا حدودا فاصلة بين الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني، فقد حصرا نطاق الدفع صراحة في العقود الملزمة للجانبين فحسب، بينما يسري الحق في الحبس على العقود الملزمة للجانبين وغيرها، فهو يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الاخر ومرتبط به، سواء كان مصدر هذا الارتباط قانونيا ناشئ عن علاقة تبادلية عقدية كالعقد الملزم لجانب واحد، أو غير عقدية كالفضالة، أو كان ارتباطا ماديا وهو ناشئ عن وقائع مادية[٥٥]. وطبقا لهذا التصور يكون الحق في الحبس أعم واشمل من الدفع، الأمر الذي حدى بالفقهاء إلى اعتبار الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا للحق في الحبس[٥٦].

أما بالنسبة المشرع الفرنسي فقبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات، لم يضع نظرية عامة لا للحق بالحبس ولا للدفع بعدم التنفيذ واقتصر على ايراد تطبيقات معينة ضمنها في نصوص متناثرة[٥٧]، مما جعل الحدود الفاصلة بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس غامضة وأدى ذلك إلى تعدد النظريات الفقهية حول تحديد نطاق الدفع بعدم التنفيذ وانقسم الفقهاء إلى اتجاهين، حيث ذهب القسم الاول إلى قصر نطاق الدفع على العقود الملزمة للجانبين، وذهب القسم الآخر إلى أن دائرة الدفع ليست مقصورة على العقود الملزمة للجانبين، فدائرته أوسع من دائرة العقود ويمكن التمسك

به حيث يوجد التزامان مترابطان أحدهما بالآخر، فالارتباط إذا هو المعيار الذي يؤخذ به في هذه المسألة. وقد رجح أغلب الفقهاء الاتجاه الثاني الموسع لنطاق الدفع بعدم التنفيذ وهو ما يتفق مع اتجاه القضاء الفرنسي الذي قبل الدفع بعدم التنفيذ في نطاق الالتزامات المترابطة أيا كان مصدرها[٥٨].

أما بعد صدور الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ وتضمنه نصوصا خاصة بالدفع بعدم التنفيذ وعدم تضمنه نصوص خاصة تنظم الحق في الحبس، فقد أزيل الغموض بالنسبة لنطاق تطبيق الدفع بعدم التنفيذ، إذ جاء في نص المادة ١٢١٩ منه "يحق لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه ....، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه..."كما جاء في نص المادة ١٢٢٠ من نفس الامر" يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ **التزامه"** هذه العبارات تفيد تقابل الالتزامات وترابطها، كما أن موقع هذه المادتين من القسم الخامس المعنون ب "عدم تنفيذ العقد" يؤكد أن نطاق الدفع ينحصر في العقود الملزمة للجانبين. بينما ظل وضع نطاق الحق في الحبس كما هو عليه دون تغيير، بمعنى أنه ظل يشمل العقود الملزمة للجانبين وما يخرج عن دائرة هذه العقود متى توافرت شروط التمسك به.

ولكن قد يتقاطع الدفع بعدم التنفيذ و الحق في الحبس في إطار العقود الملزمة للجانبين، فهذه الحالة لا يوجد فيها اشكال عندما يكون الدائن ضحية عدم تنفيذ لالتزامه ويكون مدينا بالتزام لا يتعلق بإرجاع أو إعطاء شيء فالدفع وحده ينطبق في هذه الحالة. ولكن إذا تعلق هذا الالتزام بإرجاع أو تسليم شيء هنا يقع لبس بين الدفع والحق في الحبس. وأكثر ما يلتبس الدفع بعدم التنفيذ بحق الحبس في عقد البيع، فحق البائع في الامتناع عن تسليم المبيع، إلى حين الحصول على الثمن قد يرد في الدفع بعدم التنفيذ كما يرد في حق الحبس.

ويرى الاستاذ CASSIN أنه من غير المعقول قبول التمسك بالحق في الحبس في اطار العقود التبادلية باعتباره وسيلة استثنائية وباعتبار وجود تقنية أخرى أكثر تلاؤما لهذه العقود [٥٩]. فخلافا لحق الحبس الذي يفترض لإعماله نصا خاصا والتزاما بتسليم شيء أو رده، فإن للدائن إثارة الدفع بعدم التنفيذ كلما توفرت شروطه ومهما كان موضوع الالتزامات[٦٠].

ويرى بعض الفقهاء أن الراجح هو جواز تطبيق حق الدفع بعد التنفيذ وتطبيق الحق في الحبس[٦١]، ويرى البعض الآخر بأن للدائن الاختيار بين الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس عند توفر شروط كل منهما[٦٢].

وأمام هذا الاختلاف الفقهي بين تطبيق الدفع بعدم التنفيذ والحبس معا وتطبيق أحدهما في نطاق العقود الملزمة للجانبين، لا بد من أن نميز بينهما من حيث الشروط والاثار والغرض والخصائص حتى تتضح معالم كل من هاتين الآلتين.

ثانيا: من حيث الشروط

يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس من حيث شروط التطبيق بما يأتي:

-لا يمكن أن يكون محل الحق في الحبس إلا شيئا ماديا[٦٣]، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٤٦ من القانون المدني المصري والمادة ٢٠٠ من القانون المدني الجزائري عبارة **"لكل من التزم بأداء شيء..."**، فهذه الصياغة لا تترك أي شك في لزوم مادية محل التزام الدائن، كما أن تطبيقات الحق في الحبس المذكورة في القانون المدني الفرنسي تقر صراحة الحق في الحبس على أشياء مادية، كما يتبين على سبيل المثال من المادة ٥٧٠ التي تقر الحق في حبس المنتوج للصانع الذي استعمل مواد مملوكة للغير والمادة ١٧٤٣ التي تقره للمستأجر المطرود في حبس العين المؤجرة.

-لا يمارس الدفع بعدم التنفيذ إلا في حالة إخلال جسيم في تنفيذ الالتزام من أحد طرفي العلاقة التعاقدية، وهذا ما اشترطه صراحة المشرع الفرنسي في المادتين ١٢١٩ و ١٢٢٠ من الامر رقم ٢٠١٦-١٣١. وهذا بخلاف المشرع المصري والجزائري اللذين لم يشترطا ذلك، إذ اكتفيا في نصي المادة ١٦١ ق.م.م والمادة ١٢٣ ق.م.ج بعبارة **"إذا** لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به."

-يشترط الحق في الحبس توافر ارتباط مادي بين الشيء وبين الدين، في حين أنه يكفي لتطبيق الدفع بعدم التنفيذ توافر رابطة معنوية بين الالتزامات المتقابلة لأن مصدر هذه الرابطة العقود الملزمة للجانبين.

-لا يشترط في الحق في الحبس أن يكون الحابس حسن النية، كل ما هنالك هو أنه يجب ألا يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع، على العكس من ذلك تماما فإنه يشترط في المتمسك في الدفع أن يكون حسن النية وأن لا يتعسف في استعمال حقه.

ثالثا: من حيث الآثار

إذا كان كل من الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس يتمتع بأثر موقف لفترة مؤقتة[٦٤]، فإن هناك اختلافا بينهما من حيث الآثار أيضا، ويتمثل في:

-لا يقبل الحق في الحبس التجزئة، إذ يمكن للحابس إن يحبس الشيء حتى يستوفي كامل دينه، وذلك لأنه في الحق في الحبس يضمن الشيء المحبوس بأكمله كل جزء من الدين، وبالمقابل كل جزء من الشيء المحبوس يضمن الوفاء بكامل الدين. في حين أن الدفع بعدم التنفيذ يقبل التجزئة إذا كانت الالتزامات المتقابلة والمتبادلة تقبل في ذاتها التجزئة.

-حجية الحق في الحبس أوسع نطاقا من حجية الدفع بعدم التنفيذ، وذلك لأن الحق في الحبس يتمتع بحجية مطلقة تجاه الغير، وهذا هو مصدر قوته وفعاليته. في حين أن حجية الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الغير نسبية، فهو لا يسري في حق الغير الذي كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع.

يستخلص مما تقدم أن الدفع بعدم التنفيذ لا يمكن أن يعد تطبيقا للحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين، وإنما هو مفهوم مستقل ويختلف عن الحق في الحبس بأمور عدة وفق ما تقدم. ومن أجل ذلك وضع المشرع الفرنسي والمصري والجزائري الدفع بعدم التنفيذ في مادة مستقلة، وفي مكان يختلف عن ذلك الذي خصصه للحق في الحبس. والقول بأن الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق للحق في الحبس يؤدي إلى إفراغ المادة المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ(١٢١٩ و ١٢٢٠من الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ والمادة ١٦١ ق.م.م. والمادة ق.م.ج) من مضمونها، وليس هناك داع للنص

صراحة على الدفع في هذه المادة وإنما الاكتفاء بالمواد المتعلقة بالحق في الحبس (المادة ٢٤٦ ق.م.م والمادة ٢٠٠ق.م.ج).ولكن تخصيص مادة للدفع يدل صراحة على أن المشرع نص على الدفع بوصفه مفهوما مستقلا، ومختلفا عن الحق في الحبس.

رابعا: من حيث الغرض

إن الغرض الذي يرمي إليه المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، هو أن يضغط المتمسك بالدفع على إرادة المدين المتقاعس لحمله على التنفيذ وهو ما أشارت إليه المادة١٢١٩ من القانون المدني الفرنسي والمادة ١٦١ من القانون المدني المصري والمادة ١٢٣ من القانون المدني الجزائري. أما الغرض الذي يهدف الحابس إلى تحقيقه فقد أشارت إليه المادة٢/٢٠٠ من القانون المدني الجزائري والمادة ٢/٢٤٦ من القانون المدني المصري بقولها:**"....فإن له أن** يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له...."إذن الهدف المراد تحقيقه من قبل الحابس هو تأمين وضمان حقه في ذمة المالك.

ومن ثم فإن هدف البائع من وراء رفضه تسليم المبيع للمشتري هو حمله لهذا الأخير على تنفيذ التزامه المتمثل في دفع الثمن، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ، ومن هنا يبدو أن صياغة المادة ١/٣٩٠ من القانون المدني الجزائري، وأيضا صياغة نفس المادة في القانون المصري كانت غير موفقة، فالمشرع الجزائري استعمل مصطلح "...جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن..." والمشرع المصري في مادته ٤٥٩ ق.م.م استعمل مصطلح ".....للبائع أن يحبس المبيع..." ومصطلح "مسك" أو "حبس" هو الذي كان وراء الخلط بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس.فمن المفروض أن صياغة المادة ١/٣٩٠ق.م.ج و المادة ٤٥٩ ق.م.م على النحو الآتي "جاز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى أن يقبض الثمن"، والغريب في الأمر أن هذا المصطلح استعمله المشرع الجزائري عند نصه على الحق في الحبس في المادة ٢/٢٠٠ ق.م.ج "..فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء.." والتعبير الدقيق هو "...فإن له أن يحبس هذا الشيء...".

والغرض من اقتراح هذه الصياغة هو محاولة التوفيق بين المبدأ العام للدفع بعدم التنفيذ وتطبيقاته، ذلك أن المادة ١٢٣ ق.م.ج والمادة ١٦١ ق.م.م صريحة في استعمال مصطلح "...أن يمتنع..."، لهذا كان لا بد من أن تكون تطبيقات هذه المادة تستعمل نفس المصطلح.

يستخلص مما تقدم أن الدفع بعدم التنفيذ لا يمكن أن يعد تطبيقا للحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين، وإنما هو مفهوم مستقل ويختلف عن الحق في الحبس بأمور عدة وفق ما تقدم. ومن أجل ذلك وضع المشرع الفرنسي والمصري والجزائري الدفع بعدم التنفيذ في مادة مستقلة، وفي مكان يختلف عن ذلك الذي خصصه للحق في الحبس. والقول بأن الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق للحق في الحبس يؤدي إلى إفراغ المادة المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ(١٢١٩ و ١٢٢٠من القانون المدني الفرنسي والمادة ١٦١ من القانون المدني المصري والمادة ١٢٣من القانون المدني الجزائري) من مضمونها، وليس هناك داع للنص صراحة على الدفع في هذه المادة وإنما الاكتفاء بالمواد المتعلقة

بالحق في الحبس (المادة ٢٤٦ من القانون المدني المصري والمادة ٢٠٠ من القانون المدني الجزائري).ولكن تخصيص مادة للدفع يدل صراحة على أن المشرع نص على الدفع بوصفه مفهوما مستقلا، ومختلفا عن الحق في الحبس.

المطلب الثاني

الدفع بعدم التنفيذ والفسخ

الفسخ هو انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي، وهو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، وقد نص المشرع الفرنسي على الفسخ في المواد من ١٢٢٤ إلى ١٢٣٠ من القانون المدني المعدل بموجب الامر رقم ٢٠١٦-١٣١[٦٥]، ونص عليه المشرع المصري في المواد ١٥٧ الى ١٦١ من ق.م، ونص عليه المشرع الجزائري في المواد ١١٩ الى ١٢٣من ق.م.

ويعتبر الفسخ من الانظمة القانونية التي قد تختلط مع الدفع بعدم التنفيذ، وينشأ الخلط بين الاليتين عندما يمتد تعليق المتعاقد المتمسك بالدفع لالتزاماته مدة من الزمن بحث يصبح استئناف التنفيذ مستحيلا أو غير ذي جدوى، فإذا لم يؤد التمسك بالدفع إلى التنفيذ الكلي للعقد فإنه يؤدي إلى فسخه[٦٦].فما هي نقاط التشابه بين الدفع والفسخ، وما هي نقاط الاختلاف بينهما.

أولا: أوجه التشابه بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ

أ-نفس النشأة التاريخية:

قرر الفقهاء أن القانون الروماني لم يعرف نظرية عامة للدفع بعدم التنفيذ ولا بالنسبة للفسخ، ولكن عرف بعض التطبيقات لهما لا سيما في عقدي البيع والإيجار، ويعود الفضل الحقيقي لإبراز هاتين النظريتين لفقهاء القانون الكنسي وهذا تحت تأثيرات مبادئ الديانة المسيحية، لا سيما مبدأ "لا عهد لمن لا عهد له[٦٧]، وكان ثمرة هذا المجهود تقنين المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي القديم، ولكن لأسباب تاريخية تم النص على فسخ العقد صراحة، في حين تم إهمال النص على الدفع وإن كان قد نص عليها ضمنيا، وجاء في المادة ٢/١١٨٤ أنه :

«La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix…… : de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible »

وعبارة forcer تشير إلى الدفع، لأنه ضغط على إرادة المدين لجبره على التنفيذ، كما أن هذه الفقرة لا تشير مطلقا إلى تدخل القاضي عندما نصت على الفسخ[٦٨].

ب-كلاهما جزاء لعدم التنفيذ:

إن امتناع الدائن عن تنفيذ التزاماته كان نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته، وهذا الأمر مشترك بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ، والأكثر من ذلك أن المادة ١١٩ ق.م.ج، والمادة ١٥٧ ق.م.م تجيز الفسخ دون تحديد درجة الإخلال

بتنفيذ الالتزامات، ومادام النص جاء عاما، فهي تشمل عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي والمعيب...، ونفس الأمر بالنسبة للمادة ١٢٣ ق.م.ج ، والمادة ١٦١ ق.م.م الخاصة بالدفع، فهو إذا جائز في كل الحالات المذكورة سابقا.

وذلك بخلاف المشرع الفرنسي الذي اشترط في الدفع بعدم التنفيذ والفسخ أن يكون عدم الاخلال جسيما بما فيه الكفاية، إذ جاء في نص المادة ١٢٢٤من الامر رقم ٢٠١٦-١٣١: "ينتج الفسخ إما عن طريق تطبيق الشرط الفاسخ، أو في حالة عدم التنفيذ الجسيم بما فيه الكفاية، عن إخطار الدائن للمدين، أو عن قرار من المحكمة"[٦٩]. كما نص في الماد ١٢١٩ من نفس الامر:"يحق لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه على الرغم من كونه مستحقا، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه وإذا كان عدم التنفيذ هذا جسيما بما فيه الكفاية". وتنص المادة ١٢٢٠ من نفس الامر على أنه: "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ التزامه عند استحقاقه وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه. يجب أن يتم الإخطار بهذا التعليق في اقرب فرصة "

ج-نفس النطاق:

للدفع بعدم التنفيذ والفسخ نفس النطاق، وهو العقود الملزمة للجانبين[٧٠]، وهذا ما قرره المشرع المصري في المادة ١٦١ ق.م.م والمشرع الجزائري في المادة ١٢٣ ق.م.ج بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ و في المادة ١٥٧ ق.م.م و في المادة ١١٩ ق.م.ج بالنسبة للفسخ، ذلك أنه بالنسبة لمثل هذه العقود، كل متعاقد يكون دائنا ومدينا في نفس الوقت، وهذا ما ينشئ التزامات متقابلة بين طرفي العقد، مما يعني إمكانية امتناع الدائن عن تنفيذ التزاماته وإمكانية فسخ العقد نتيجة إخلال المدين بما عليه من التزام. ورغم أن المشرع الفرنسي لم يوضح صراحة في الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ في نصوص المواد ٢١١٩ و ٢١٢٢٠ نطاق الدفع بعدم التنفيذ إلا أنه يفهم من عباراتها أنه ينحصر في العقود الملزمة للجانبين. أما بالنسبة للفسخ فلم يوضح المشرع الفرنسي نطاقه في المواد من ١٢٢٤ الى ١٢٣٠.

د-من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

تحدد الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من ق.م.م و المادة ١١٩ ق.م.ج سلطة القاضي تجاه الفسخ وتجيز له إما رفض الفسخ، وإما منح المدين أجل للتنفيذ، وذلك على النحو التالي: ".....ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ...".

كما تنص المادة ١٢٢٨ من الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ على أنه: "يجوز للقاضي حسب الظروف، إثبات الفسخ أو الحكم به أو الأمر بتنفيذ العقد ومنح مهلة للمدين عند الاقتضاء، أو يقضي بالتعويض فقط"[٧١].

وهذه السلطة التي يتمتع بها القاضي تتقلص نوعا ما بالنسبة للفسخ الاتفاقي. فهل الأمر كذلك بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ؟

لأول وهلة يبدو أنه ليس للقاضي سلطة إيقاع الدفع، مادام أن هذا الأخير شكل من أشكال العدالة الخاصة، يقع دون تدخل القاضي، لكن في حقيقة الأمر، كما أن القاضي في الفسخ بإمكانه قبول أو رفض الفسخ، فإنه أيضا بإمكانه

فيما يخص الدفع بعدم التنفيذ-إذا عرض النزاع-أن يقر الدفع بعدم التنفيذ أو يرفضه، وهذا حسب الظروف المحيطة بالعقد ومدى أهمية وجسامة ودرجة الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية[٧٢].

وبناء على ذلك فإن سلطة القاضي في الفسخ تكون قبلية، أي تبسط على موضوع النزاع قبل تقرير الفسخ، وهذا حماية للطرف المدين. بينما الدفع بعدم التنفيذ قد لا يصل النزاع إطلاقا إلى القاضي، وحتى ولو وصل إليه فإن سلطته في هذه الحالة ستكون بعدية، كما أنها ضيقة بالنسبة للفسخ[٧٣].

ثانيا: أوجه الاختلاف بين الدفع بعدم التنفيذ والفسخ

١ـمن حيث الإجراءات الشكلية:

الأصل في الفسخ أن يكون قضائيا[٧٤]، فنظرا لخطورته لا بد من عرض الأمر على القاضي، كما أنه لا بد من توجيه اعذار من الدائن للمدين(المادة ١٢٢٥ من الامر رقم ٢٠١٦ـ١٣١ والمادتين ١١٩ و١٢٠ ق.م.ج والمادتين ١٥٧ و١٥٨ق.م.م).بينما الدفع بعدم التنفيذ في القانونين المدنيين المصري والجزائري لا يتطلبان مثل هذه الإجراءات الشكلية، فهو شكل من أشكال العدالة الخاصة، فلا يحتاج معه إلى رفع دعوى قضائية للتمسك به، لأنه لا يؤدي إلى حل الرابطة العقدية.

بخلاف المشرع الفرنسي الذي تطلب الاخطار في نص المادة ١٢٢٠ من الامر رقم ٢٠١٦ـ١٣١ التي جاء فيها: "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ التزامه عند استحقاقه وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه.يجب أن يتم الإخطار بهذا التعليق في اقرب فرصة".

٢ـ من حيث الأثر القانوني المترتب على منهم:

يرى أغلب الفقهاء أن أهم ما يميز الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ هو الأثر القانوني المترتب على كل منهما، فالأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ أثر مؤقت يتمثل في وقف تنفيذ العقد، بينما الأثر المترتب على الفسخ أثر نهائي يتمثل في حل الرابطة العقدية.

المطلب الثالث

الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة

المقاصة هي طريق من طرق انقضاء الالتزام، الغرض منها تسهيل عملية الوفاء به، و تتحقق المقاصة عندما يتلاقى دينان في ذمة شخصين، اجتمعت في كل منهما صفة الدائن والمدين، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما[٧٥].وللمقاصة أنواع تقليدية وهي المقاصة القانونية والاتفاقية والقضائية، و نوع جديد هو مقاصة الديون المترابطة وتبعا لذلك سنميز بين الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة بأنواعها التقليدية ونوعها الجديد وهو مقاصة الديون المترابطة.

أولا: **الدفع بعدم التنفيذ والمقاصة التقليدية:**

للمقاصة التقليدية أنواع ثلاث هي المقاصة القانونية التي تقع بحكم القانون(٧٦)، وتتمثل شروطها في التقابل بين الدينين، التماثل في المحل ما بين الدينين، وصلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء، وخلو الدينين من النزاع استحقاق الدينين للأداء. والمقاصة الاتفاقية التي تكون اختيارية في الأحوال التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية، مثل عدم وجود التقابل أو عدم وجود التماثل، ففي هذه الحالات إذا كانت الأسباب المانعة لوقوع المقاصة ترجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين، وتنازل هذا الأخير عن حقه، فيكفي أن يعلن عن إرادته بذلك فتقع المقاصة الاتفاقية. أما إذا كانت الأسباب المانعة لوقوع المقاصة ترجع لرعاية مصلحة الطرفين معا، فيجب الاتفاق على وقوع المقاصة.

والنوع الأخير هو المقاصة القضائية التي تقع بحكم من القاضي لتعذر إجراء المقاصة القانونية لعدم توافر بعض شروطها خاصة خلو الدين من النزاع ومعلومية مقداره، فإذا كان أحد الدينين متنازعا فيه أو غير معلوم المقدار وتعذرت على المدعى عليه المقاصة الاختيارية بعدم موافقة الطرف الثاني على حسم النزاع أو تحديد المقدار.

وللتمييز بين المقاصة التقليدية و الدفع بعدم التنفيذ يجب تحديد أوجه التشابه بينهما ونقاط الاختلاف على النحو الاتي:

١/أوجه الشبه بين المقاصة والدفع بعدم التنفيذ:

أ-كلاهما شكل من أشكال العدالة الخاصة: تقع المقاصة-على الأقل بالنسبة للمقاصة القانونية-بمجرد توافر شروطها المنصوص عليها في المادة ١٣٤٧-١ من الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ والمادة ٣٦٢ق.م.م والمادة ٢٩٧ق.م.ج، فهي تقع بقوة القانون، بل الأكثر من ذلك تقع بمجرد تلاقي الدينين ولو لم يعلم أصحابها، ونفس الأمر يقال بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ، فالمتمسك به له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، طالما أن مدينه لم ينفذ ما عليه، فلا نحتاج إذا إلى تدخل القاضي قبل المتمسك بالدفع(٧٧).

ب-اشتراكهما في بعض الشروط: قد تشترك المقاصة مع الدفع بعدم التنفيذ في بعض الشروط نذكر منها:

***شرط استحقاق اجل الدين l'exigibilité :** فهو شرط لإجراء المقاصة، ولا يمكن إجبار المدين على الوفاء إلا عند استحقاق أجل الدين، وهو شرط في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فالالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون مستحق الأداء، ويجب التنبيه إلى أن الأجل القضائي لا يمنع من وقوع المقاصة (المادة ١٣٤٧-٣ الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ والفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ ق.م.م والفقرة الثانية من المادة ٢٩٧ ق.م.ج).

*شرط خلو الدين من النزاع La liquidité: المعروف في المقاصة أنه قد يستغني عنه في بعض الحالات، كما في حالة مقاصة الديون المترابطة(٧٨).وهو شرط أيضا لا يعرفه الدفع بعدم التنفيذ.

٢/أوجه الاختلاف بين المقاصة والدفع بعدم التنفيذ:

أ-من حيث المجال: إن مجال المقاصة أوسع من مجال الدفع بعدم التنفيذ، وهذا واضح من خلال نص المادة ٣٦٢ ق.م.م والمادة ٢٩٧ ق.م.ج "للمدين حق المقاصة.....ولو اختلف سبب الدينين"*.فالمقاصة يمكن أن تكون بين ديون احدها سببه عارية والآخر عقد بيع، أو بين دين نشأ بسب العقد أو شبه عقد والآخر بسبب المسئولية التقصيرية، إذ تنطبق على كل الديون المتقابلة أيا كان مصدرها، بينما الدفع بعدم التنفيذ لا يعمل به إلا في الديون المتقابلة الناشئة عن عقد ملزم للجانبين.

ب-من حيث الشروط: من خلال ما ورد في المادة ٣٦٢ ق.م.م والمادة ٢٩٧ ق.م.ج يتضح أنها لا تتعلق إلا بالمقاصة، فهي تختلف عن شروط الدفع بعدم التنفيذ في أغلبيتها، ومن بين هذه الشروط:

*شرط التماثل في المحل ما بين الدينين la fongibilité:نصت الفقرة الثانية المادة ١٣٤٧-١ الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ على أنه: " مع مراعاة الاحكام المنصوص عليها في الفرع التالي، لا تتم المقاصة إلا بين التزامين مثليين مؤكدين محددي المقدار مستحقي الأداء.

تعد مثلية الالتزامات المتعلقة بمبلغ من النقود، ولو بعملات مختلفة، بشرط أن تكون قابلة للصرف، أو الالتزامات التي يكون موضوعها كمية من الأشياء من الجنس نفسه."(٧٩)

ونصت المادة ٣٦٢ ق.م.م والمادة ٢٩٧ ق.م.ج على أنه: " للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له اتجاهه ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع والجودة....."

والحكمة من هذا الشرط هي تمكين كل من الطرفين أن يستوفي حقه عن طريق المقاصة من نفس الشيء الواجب الأداء، بينما الدفع بعدم التنفيذ لا يعرف مثل هذا الشرط، فيمكن أن يكون محل أحد الدينين مبلغا ماليا والآخر مثلا إيصال الكهرباء. والأكثر من هذا محل كل من الدينين في المقاصة يجب أن يكون التزاما بنقل الملكية، فلا يمكن إجراء المقاصة بين دينين كل منهما عمل أو امتناع عن عمل أو محل أحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل (٨٠)، بينما الدفع بعدم التنفيذ لا يعرف مثل هذا التحديد فيمكن التمسك به سواء كان التزام المدين القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء معين بالذات والنوع.

*شرط خلو الدين من النزاع la liquidité:نصت الفقرة الأولى المادة ١٣٤٧-١ الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ على أنه: " مع مراعاة الاحكام المنصوص عليها في الفرع التالي، لا تتم المقاصة إلا بين التزامين مثليين مؤكدين محددي المقدار مستحقي الأداء..."ونصت المادة ٣٦٢ ق.م.م والمادة ٢٩٧ ق.م.ج على أنه: للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له اتجاهه ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات

متحدة النوع والجودة وكان كل منهما ثابتا وخاليا من النزاع....."وشرط خلو الدين من النزاع لا يتعلق بالدفع بعدم التنفيذ وإنما المقاصة فقط، فإذا كانت المقاصة القانونية تشترط خلو الدين من النزاع فهذا يعني وجوب توافر شرطين أولهما أن يكون الدين محققا لا شك في ثبوته في ذمة المدين، وثانيهما أن يكون الدين معلوم المقدار، فالمقاصة أداة وفاء، والوفاء لا يكون إلا إذا كان الدين خاليا من النزاع. بينما الدفع بعدم التنفيذ لا يعتبر وفاء، فالدائن بإمكانه التمسك بالدفع ولو أن الدين مازال لم يعين مقداره.

ـمن حيث الآثار: تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٦٥ ق.م.م و الفقرة الثانية المادة ٣٠٠ ق.م.ج "...يترتب عليها انقضاء الدينين بمقدار أقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة..." ويتضح من هذا النص أن المقاصة يترتب عليها انقضاء الدينين بمقدار الأقل منهما، ولهذا أدرج المشرع الجزائري المقاصة ضمن الباب الخاص بانقضاء الالتزام، بينما الأثر المترتب على الدفع –في مفهومه الكلاسيكي- هو الوقف المؤقت لتنفيذ العقد.

من خلال عرض هذه المقارنة بين الدفع بعدم التنفيذ و المقاصة، لا سيما من حيث الشروط والاثار نخلص إلى:

-أن الدفع بعدم التنفيذ يبدو أكثر فعالية من المقاصة، ذلك أن شروط الدفع بعدم التنفيذ بسيطة جدا، فكل ما يتطلبه الدفع هو وجود عقد ملزم للجانبين، وأن يكون الالتزام المدفوع بعدم تنفيذه مستحق الاداء، بينما المقاصة تتطلب شروطا معقدة، قليلا ما تجتمع دفعة واحدة.

-يبدو للوهلة الاولى أن اثار المقاصة أكثر فعالية من آثار الدفع بعدم التنفيذ، لأن المقاصة تؤدي إلى انقضاء الالتزامات. بينما الدفع يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزامات. ولكن عند تدقيق النظر في الاثار المترتبة على الدفع يظهر أنها لا تقل اهمية عن المقاصة، إذ أن الدفع قد يؤدي إلى فسخ العقد، و قد يؤدي أحيانا إلى انقاص الالتزامات المتقابلة، كما قد يتحول إلى وقف نهائي إذا طالب الدائن بالفسخ.

ثانيا: الدفع بعدم التنفيذ ومقاصة الديون المترابطة:

أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي إجراء المقاصة عند توفر شرط الارتباط بين الدينين بغض النظر عن توفر شرط تعيين المقدار أو شرط استحقاق الاداء. ولقد اصطلح على تسمية هذه المقاصة بمقاصة الديون المرتبطة (la compensation des dettes connexes). فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بشرط الارتباط بين الدينين في العديد من قرارتها[٨١]، ليصبح بالإمكان إجراء المقاصة في عدة حالات نذكر منها، الارتباط القائم بين الديون الناتجة عن التنفيذ الحسن للعقد، والارتباط القائم بين الديون الناتجة عن التنفيذ السيئ للعقد (تنفيذ جزئي، معيب، عدم التنفيذ الكلي). و نص المشرع الفرنسي في المادة ١٣٤٨-١ من الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ على أنه: "ليس للقاضي أن يرفض مقاصة الديون المترابطة لمجرد أن أحد الالتزامين لم يكن محدد المقدار أو مستحق الاداء. في هذه الحالة تعتبر المقاصة متحققة من يوم استحقاق الدين الأول من بينها..." [٨٢]

وقد اختُلف في تحديد التكييف القانوني لهذا النوع من المقاصة، فقد ذهب فريق من الفقه إلى القول بأنها مقاصة قضائية[٨٣]، بينما اعتبرها البعض الآخر مقاصة قانونية[٨٤]، في حين نادى البعض الآخر باعتبارها نوعا من المقاصة

مستقلة بذاتها[٨٥]، في حين مال بعض الفقهاء إلى اعتبارها صورة تطبيقية للدفع بعدم التنفيذ في دراسات متخصصة[٨٦]، وساقوا عدة حجج للبرهنة على صحة رأيهم:

-أن مقاصة الديون المترابطة تقوم على فكرة الضمان أكثر من فكرة الوفاء، ذلك أنها ولو لم يتوافر شرطا استحقاق أجل الدين وخلوه من النزاع، كما أنها تقع ولو أضرت بحقوق كسبها الغير، فهي تقع ولو أفلس أحد المدينين، وبالتركيز على فكرة الضمان يتضح أنها الفكرة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ، فالخطوة التي يتبعها المتمسك بالمقاصة تقترب كثيرا من الغرض الذي يريد المتمسك بالدفع تحقيقه، وهي ضمان مصالحه اتجاه الطرف المتخلف عن تنفيذ التزامه، وهذا الهدف غير معروف في أنواع المقاصة التقليدية، ذلك أن هدف هذه الأخيرة هو انقضاء الديون، بينما في مقاصة الديون المترابطة، فإن انقضاء الديون هدف ثان سبقه هدف أولي هو رفض تنفيذ الالتزام، وتظهر هذه الفكرة بوضوح من خلال استعمال القضاء في أحكامه عبارة Rétention de dettes.

ـ كلاهما يقوم على فكرة الامتناع عن التنفيذ، فالدائن المتمسك بالمقاصة من أجل ضمان مصالحه، عليه أن يمتنع عن التنفيذ طالما أن الطرف الآخر لم ينفذ ما عليه من التزامات.

في حين ذهب البعض الاخر من الفقهاء إلى أن مقاصة الديون المترابط ليست صورة تطبيقية للدفع بعدم التنفيذ، وابرز أنصار هذا الرأي هو الأستاذ GHESTIN الذي عبر عنه في عدة تعليقات له أحكام قضائية لمحكمة النقض الفرنسية، وساق عدة حجج[٨٧]:

١-أن الأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ، أثر مؤقت يتمثل في وقف تنفيذ الالتزامات العقدية، بينما الأثر المترتب على مقاصة الديون المترابطة، في نهاية الأمر، هو انقضاء الديون.

٢-منذ سنة ١٩٦٧ أصبح القاضي ملزما بإجراء المقاصة كلما توفرت شروط الارتباط بين الديون، وهذا منذ صدور قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٦٧/١/٨، بينما الدفع بعدم التنفيذ تبقى سلطة القاضي من حيث إقراره أو رفضه وهذا حسب أهمية وجسامة عدم التنفيذ الصادر من المدين.

بعد عرض حجج كل فريق يبدو أن حجج الفريق الأول أقوى، وهو الرأي الذي نفضله على أساس أنه إذا حللنا موقف المتمسك بالمقاصة نتبين بأنه يمر بمرحلتين، المرحلة الاولى هي مرحلة الامتناع عن تنفيذ التزامه لأن الطرف الاخر أخل بما عليه من التزامات، فمثلا رب العمل يمتنع عن تنفيذه التزامه المتمثل في دفع الاجرة للمقاول، لأن هذا الاخير أخل بالتزامه نتيجة تقديمه لعمل معيب، والمرحلة الثانية هي مرحلة المطالبة بإجراء المقاصة بين الاجرة المتفق عليها والتعويض عن الضرر الناتج عن التنفيذ المعيب.

إذا المرحلة الاولى هي في الحقيقة ليست إلا تمسكا بالدفع بعدم التنفيذ، بينما المرحلة الثانية كانت نتيجة مترتبة عليها، فرغم أن الأثر المترتب عليها هو انقضاء الديون.

الخاتمة

Conclusion

من خلال دراسة الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ وذلك بتحديد تعريفه ونشاته في المبحث الأول، وأساسه في المبحث الثاني، والتمييز بينه وبين الانظمة القانونية المشابهة له في المبحث الثالث، توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات اهمها:

النتائج:

ـ الدفع بعدم التنفيذ هو حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين بعدم تنفيذ التزامه الحال في مواجهة المتعاقد الاخر الذي لم ينفذ التزامه المقابل الحال الناشئ عن العقد ذاته، فهو امتناع مؤقت عن التنفيذ ولكنه امتناع مشروع. وعلى ذلك هو وسيلة دفاع وضغط وضمان.

ـنص المشرعين المصري والجزائري صراحة على الدفع بعدم التنفيذ في المادتين ١٢٣ ق.م.ج والمادة ١٦١ ق.م.م. في حين أن المشرع الفرنسي الذي لم ينص عليه في القانون المدني إلا بعد صدور الأمر رقم ١٣١/٢٠١٦ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات وذلك في المادتين ١٢١٩ و١٢٢٠ منه.

ـعجز الأسس المقترحة فقها لتبرير الدفع بعدم التنفيذ، وتوصلنا إلى أن فكرة حسن النية قد يكون أحسن أساس له.

ـإن الدفع بعدم التنفيذ مستقل عن الفسخ والمقاصة، فهو متميز عن الفسخ لأن هذا الاخير ينهي الرابطة العقدية، بينما الدفع بعدم التنفيذ كقاعدة عامة يؤدي إلى وقف العقد. ومتميز عن المقاصة لأنها وسيلة لانقضاء الالتزامات، في حين أن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة لوقف تنفيذ الالتزامات. ومتميز عن الحق في الحبس، لأن هذا الاخير واسع النطاق مقارنة بالدفع بعدم التنفيذ، ذلك أن الحق في الحبس نطاقه الالتزامات المترابطة سواء وجد العقد أم لم يوجد بينما الدفع بعدم التنفيذ محصور النطاق في العقود الملزمة للجانبين.

التوصيات:

ـيجب على المشرع الفرنسي أن يحذو حذو نظيريه المصري والجزائري و يخص الحق في الحبس بتنظيم قانوني بدلا من النص على تطبيقاته في نصوص متفرقة، فقد كان حريا به أن يضع هذا التنظيم عندما سنحت له فرصة لذلك في الأمر رقم ٢٠١٦ـ١٣١ المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام و اثبات الالتزامات .

ـإن ترتيب الفسخ والدفع بعدم التنفيذ الوارد في القانونين المصري والجزائري غير منطقي، إذ لا يعقل أنه تم النص على الفسخ (١٥٧ ق.م.مـ١١٩ ق.م.ج) ثم ينص على الدفع بعدم التنفيذ (١٦١ ق.م.مـ١٢٣ ق.م.ج)، فالمنطق يقضي بأن ينص على الدفع بعدم التنفيذ ثم يليه الفسخ. كما أن النص على الدفع بعدم التنفيذ ورد تحت عنوان انحلال العقد الذي تضمن فسخ العقد، وهذا خطأ أيضا، إذ أن الدفع بعدم التنفيذ ليس انحلال للعقد وإن كان يؤدي في بعض الحالات إلى الفسخ، فذلك غير كاف لإدراجه تحت عنوان الانحلال. وكان يفترض بالمشرعين المصري والجزائري أن يحذوا

حذو المشرع الفرنسي الذي نص في القانون المدني المعدل بموجب الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ على الدفع بعدم التنفيذ في المادتين ١٢١٩ و ١٢٢٠ تحت عنوان عدم التنفيذ، يلي ذلك بالنص على الفسخ في المواد ١٢٢٤ الى ١٢٣٠ تحت عنوان الفسخ.

الهوامش

Endnotes

[١] د/سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد، دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر، دار أبو مجد للطباعة بالهرم ص٩.

[٢] راجع: د/محمود عبد الرحمن محمد، نظرية العقد دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و قانون المعاملات المدنية السوداني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٧٨٣؛ د/مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، الطبعة الأولى، بدون ناشر، ١٩٩٦، ص٤٠٤.

[٣] راجع: د/سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، إسكندرية، ٢٠٠٩، ص١٩٨.د/ عبد المنعم الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢، ص٤٤٢، المستشار مصطفى مجدي هرجة، العقد المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص٦٠٤ و٦٠٥.

W. Dross, L'exception d'inexécution : essai de généralisation, RTD. civ. 2014, p1.

[٤] د/الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج٧، حل العقود، ١٩٩٣، ص٣٤٥.

[٥] د/صلاح الدين ناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، مطبعة العلوم، القاهرة، ١٩٤٥، ص١٣.

[٦] د/جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٣٨.

[٧] د/عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد عبد الله وهبة، ص٣٤٨.

[٨] د/أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار المعارف، ١٩٦٥، ص٤٠٢.

[٩] CATHERINE MALECKI: L'exception d'inexécution, thèse, Paris, 1999, LGDJ, p23.

[١٠] د/عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، ١٩٨٤، ص٦٦٦.

[١١] د/أنور سلطان، المرجع السابق، ص٤٠٢.

[١٢] (C). MALECKI, Op cit, p26.

[١٣] د/محمد حسن عبد الرحمن، أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محكمة النقض، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٤٩.

[١٤] PLANIOL (M) et RIPERT (G), Traité pratique de droit civil français, T.XII, par E. Becqué,1954, n°439.

[١٥] مثال ذلك المادة ١٦١٢ من هذا القانون والتي تنص على أن البائع لا يلزم بتسليم المبيع إذا طالبه المشتري بذلك من دون أن يكون قد نفذ التزامه بوفاء الثمن المستحق الأداء. وبالمقابل فإن المادة ١٦٥٣ تجيز للمشتري إذا تعرض له أحد مستندا إلى حق سابق له على المبيع أو إذا خشي أن ينزع المبيع من يده أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى زوال الخطر أو انقطاع التعرض.

[١٦] par exemple, en matière de bail d'habitation (V. not. Civ. 3e, 21 déc. 1987, RTD civ. 1988. 371, obs. Ph. Rémy ; V. aussi Baux d'habitation et mixtes [Rapports locatifs individuels : loi du 6 juillet 1989]), de bail commercial (Civ. 3e, 1er mars 1995, no 93-13.812 , Bull. civ. III, no 60. - Civ. 3e, 15 déc. 1993, no 92-12.324 , Bull. civ. III, no 168) de bail rural (Civ. 3e, 26 nov. 1974, no 73-12.682 , Bull. civ. III, no 439. - Civ. ([١٧]) Eugène Gaudemet, Théorie générale des obligations publiée par H. Desbois. J.Gaudemet, Réimpression de l'Edition en 1937, Sirey, Paris, 1965, p416.

[١٨] Voir : Cours Cassation, 27/02/1960, Recueil civil, 1961, 1, n°360. Com. 22 mars 1994, no 92-10.663, Bull. civ. IV, no 119.

[١٩] نشر الأمر رقم ٢٠١٦-١٣١ في الجريدة الرسمية رقم (٠٠٣٥) بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠١٦.

[٢٠] د/نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد (ترجمة عربية للنص الرسمي)، الطبعة الأولى، مركز التعليم المستمر ومتابعة الخرجين، جامعة الفلوجة، ٢٠١٧، ص٥٣.

[٢١] د/نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص٥٤.

[٢٢] د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (١)، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الأول (العقد)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص١٠٠٦.

[٢٣] راجع: الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ من القانون المدني المصري.

[٢٤] راجع: المادة ٤٥٩ من القانون المدني المصري.

[٢٥] راجع الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ من القانون المدني الجزائري.

[٢٦] راجع: المادة ٣٩٠ من القانون المدني الجزائري.

[٢٧] J.H.L.MAZEAU :Leçon de droit civil, T2, 1er Vol, Obligation, Théorie générale, 6eme éd, Montchrestien 1978,p1126.

[٢٨] (J-F)PILLEBOUT ,Recherches sur l'exception d'inexécution, Thèse,L.G.D.J,1971, Préf (P)RAYNAUD p200.

[٢٩] P.GUIHO, Cours de droit civil (les obligations), T4,éd L'Hermès, 1979, p409.

[٣٠] MARTY et RAYMAND : Droit civil, Tome2, Les obligations,2eme éd,1962, p272.

[31] د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٤٣٣ و٤٣٤.

[32] د/ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، لبنان، ١٩٩٨،ص٥٤٦.

[33]PLANIOL(M), RIPERT(G), et BOULANGER(J) : Traité élémentaire de droit civil, T2, LGDJ, .2eme éd, p107.

[34]H.CAPITANT : De la cause des obligations, Dalloz, 3eme éd, Paris, 1927, p26.

[35] د/علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، ١٩٩٧،ص ١٩٥ و١٩٦.

[36] د/عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع سابق، ص٦٢٨.

[37] د/عبد الحي حجازي، المرجع سابق، ص٣٠٧.

[38] د/عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص٥٦٣.

[39] هجر القضاء الفرنسي فكرة السبب كأساس قانوني للدفع بعدم التنفيذ بعد الانتقادات التي وجهت لها وأصبح يستعمل مصطلح "ارتباط الالتزامات" صراحة وذلك منذ ١٩٣٨، وتقريبا نفس العبارات تكررت لمحكمة النقض الفرنسية، نذكر منها: Cass. Civ décembre 1946

[40] د/عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص٦٢٨.د/ محمد نجيب عوضين، الامتناع المشروع عن الوفاء في عقود المعاوضات، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص١٤٣.د/سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص١٧.د/محمد صبري السعدي، النظرية العامة

للالتزامات في القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزامات (المصادر الارادية العقد والارادة المنفردة)، الكتاب الاول، دار الكتاب الحديث، ٢٠٠٩، ص٣٩٧.

[41]د/رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص٤٩.

[42] د/عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص٧١٣.

[43] د/عبد الودود يحي، أحكام الالتزام، الكتاب الثاني، بدون ناشر، طبعة ١٩٨٠، ص٨٧.

[44] د/عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص١٠٠٧.

[45]د/سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص١٢.

[٤٦] د/رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص٥١.

[٤٧] إن اعتماد فكرة حسن النية كأساس للدفع بعدم التنفيذ يرجع في حقيقة الأمر للرومان، وانتقلت هذه الفكرة إلى القوانين الحديثة دون تمييز بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد(المادة ١١٠٤من الامر ٢٠١٦-١٣١ والمادة ١٠٧ ق.م.ج، والمادة ١٤٨ق.م.م)

[٤٨]Picod (y) : Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J ; 1989, pré (p) RAYNAUD.

[٤٩]عاب STORCK الاستاذ على الاستاذ Picod أنه برر شروط الدفع بعدم التنفيذ واثاره على أساس حسن النية، لكنه رفض اعتباره أساسا قانونيا للدفع.

[٥٠]JESTAZ (PH):L'urgence et les principes classiques du droit civil, thèse, Paris ,1966,L.G.D.J, 1968, p180 et s.

[٥1]PILLEBOUT :Op.cit, p221.

[٥٢] د/عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، هامش ص١٠٠٩.

[٥٣](C).MALECKI, Op cit, p1.

[٥٤] راجع: د/ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص٧٤.

[٥٥] راجع: د/عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص١٠١٠؛ د/خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج٢ (أحكام الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠، ص٩٧.

[٥٦]راجع: د/عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ١٠٠٩ و١٠١٠؛ د/قدري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط شهر الاعسار المدني والدفع بعدم التنفيذ أو نظرية الحق في الحبس، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص٥٥؛ د/بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية،٢٠١٥ الجزائر، ص٧٠٠.

[٥٧] من المواد المتعلقة بالحق في الحبس في القانون المدني الفرنسي القديم ٥٤٥، ٨٦٧، ١٦١٢، ١٦١٣، ١٧٤٩، ١٩٤٨، ٢٢٨٠.

[٥٨] (C).MALECKI ,op.cit, p14٦s.(J.F)PILLEBOUT, Op cit, p20s.

[٥٩] (R).CASSIN, De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, Librairie de Recueil D. Sirey, thèse, Paris, 1914, p182.

[٦٠] حاتم الرواتبي، الحماية القانونية للدائن العادي، دار الميزان للنشر، تونس، ٢٠٠٨، ص ٤٤٩.

[٦١] د/محمد حسن عبد الرحمن، المرجع السابق، ص٥٥.

[62] (R).CASSIN, Op cit , p187. (J.F)PILLEBOUT, Op cit, 1971 , p35.

[٦٣] د/محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، في أحكام الالتزام، القاهرة، ١٩٦٧، ص٨١.

[٦٤] د/فواز صالح، الطبيعة القانونية للحق في الحبس(دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٩، العدد الاول، ٢٠١٣، ص٥٥.

[٦٥] جاء المشرع الفرنسي في هذه المواد بتعديلات مهمة للغاية ، إذ نص في المادة ١٢٢٦ على الفسخ بالإرادة المنفردة. راجع: د/نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص٥٦.

[٦٦] J.GHESTIN, l'exception d'inexécution, in les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, p50 et s.

[٦٧] راجع النشأة التاريخية للفسخ في: د/ مصطفى عبد السيد، المرجع السابق، ص٦ وما بعدها.

[٦٨]C.MALECKI, OP cit, p63.

[٦٩] د/نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص٥٦.

[٧٠] راجع: د/عبد المنعم البدرواي، النظرية العام للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام (المصادر الإرادية)، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨، ص٥٧٢؛ د/عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص١٨.

[٧١] د/نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص٥٧.

[٧٢] سمير تناغو، نظرية الالتزام، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥، ص١٨٢.

[٧٣]storck(M) :Juris-Classeur civil. App.art 1184.Fasc 49-3. Exception d'inexécution, Aout 1994, p3.

[٧٤] راجع: د/عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص٣٦٢.د/عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٤٣٣؛ د/مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص٢٥٥.

[٧٥]راجع: د/ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٤، ص٥٤٣؛ د/عبد الرحمن جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي أحكام الالتزام، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦، ص٥٢٦.

[٧٦] وقد نظمها المشرع الفرنسي في المواد من ١٣٤٧ إلى ١٣٤٧-٧ من الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ ، ونص عليها المشرع المصري في المواد من ٣٦٢ إلى ٣٦٩ ق.م، وعالجها المشرع الجزائري في المواد ٢٩٧ الى٣٠٣ ق.م.

[77] J.BEGUIN : Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même « en droit français .Travaux Association .H.Capitant. Tome 18.1966.p51.65s.

[٧٨] لم ينص الامر رقم ٢٠١٦-١٣١على جواز اجراء المقاصة في حالة اختلاف سبب الدينين.

[٧٩] د/نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص٩٧.

[٨٠] د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد ٣، الأوصاف-الحوالة-الانقضاء، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦٠، ص٨٩١.

[٨١] من هذه القرارات قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير الصادر بتاريخ ١٩٣٨/١٠/١٨، وقرارها الشهير الصادر بتاريخ ١٩٦٧/١٠/١٨، وقرارها الصادر بتاريخ ١٩٨٩/٠٣/٣٠.

[٨٢] د/نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص٩٩.

[83]L.MAZEAUD, Note sous cass.Civ 18 janvier 1967.D.1967.p358.MALAURIE (PH) et AYNES (L), Droit civil, les obligations, 2eme éd, CUJAS, Paris,1990,p598.

[84] R.MENDEGRIS : La nature judiciaire de la compensation.Th.L.G.D.J.1969, p145.

[85] N.NDOKO (N): Les mystères de la compensation, RT.D.CIV, 1991, p392.p693.

[86] C.MALECKI : Op.Cit, p183.PILLEBOUT :Op.Cit, p72.254.

[87](J)GHESTIN : Note sous cass.com.15 janv 1973.p473.

المصادر

References

١. المؤلفات العربية:

I. د/أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ (الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن)، المكتبة العصرية، ٢٠٠٧.

II. د/أنور سلطان:

-مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، إسكندرية، ٢٠٠٩، ص١٩٨.

- الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، ١٩٧٤

III. د/بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،٢٠١٥.

IV. بناسي شوقي، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠٠١-٢٠٠٢.

V. د/جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١،.

VI. د/حاتم الرواتبي، الحماية القانونية للدائن العادي، دار الميزان للنشر، تونس، ٢٠٠٨.

VII. د/حسن علي والرحو، محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج٢ أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٤.

VIII. د/خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج٢ (أحكام الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠.

IX. د/رمزي فريد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري في القانون المدني المصري (دراسة مقارنة القانون الامارتي والفرنسي)، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٠.

X. د/رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٤.

XI. د/زكي عبد البر، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، القاهرة، ١٩٥٠.

XII. د/سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد، دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر، دار أبو مجد للطباعة بالهرم،٢٠٠٦.

XIII. د/سمير عبد السيد تناغو: نظرية الالتزام، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥. النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار المعارف، ١٩٦٥.

XIV. د/صلاح الدين ناهي، الامتناع المشروع عن الوفاء، مطبعة العلوم، القاهرة، ١٩٤٥،.

XV. د/عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد عبد الله وهبة.

XVI. د/عبد الرحمن جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي أحكام الالتزام، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦.

XVII. د/عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، طبعة ١٩٧٢.

XVIII. د/عبد الرزاق السنهوري:

-نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي، لبنان، ١٩٩٨، ص٥٤٦.

-الوسيط في شرح القانون المدني (١)، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الأول (العقد)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص١٠٠٦.

-الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد ٣، الأوصاف-الحوالة-الانقضاء، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦٠.

XIX. د/عبد المنعم البدرواي، النظرية العام للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام (المصادر الإرادية)، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨.

XX. د/عبد المنعم الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢.

XXI. د/عبد الودود يحي، أحكام الالتزام، الكتاب الثاني، بدون ناشر، طبعة ١٩٨٠.

XXII. د/علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، ١٩٩٧.

XXIII. د/قدري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط شهر الاعسار المدني والدفع بعدم التنفيذ أو نظرية الحق في الحبس، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

XXIV. د/محمد حسن عبد الرحمن، أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محكمة النقض، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

XXV. د/محمد حسين منصور، الوجيز في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة (بدون تاريخ نشر)،.

XXVI. د/محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزامات (المصادر الارادية العقد والارادة المنفردة)، الكتاب الاول، دار الكتاب الحديث، ٢٠٠٩.

XXVII. د/محمد نجيب عوضين، الامتناع المشروع عن الوفاء في عقود المعاوضات، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.

XXVIII. د/محمود عبد الرحمن محمد، نظرية العقد (دراسة مقارنة في القانون المصري وقانون المعاملات المدنية السوداني والفقه الاسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

XXIX. د/محمود عبد الرحمن محمد، نظرية العقد دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و قانون المعاملات المدنية السوداني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

XXX. د/مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٩١.

XXXI. د/مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، الطبعة الأولى، بدون ناشر، ١٩٩٦.

XXXII. د/مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة، ١٩٨٨.

XXXIII. د/مصطفى مجدي هرجة، العقد المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة ، ٢٠٠٦.

XXXIV. د/نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد (ترجمة عربية للنص الرسمي)، الطبعة الأولى، مركز التعليم المستمر ومتابعة الخرجين، جامعة الفلوجة، ٢٠١٧.

XXXV. د/الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج٧، حل العقود، ١٩٩٣.

2. References

I. BEGUIN.(J) : Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même « en droit français. Travaux Association .H.Capitant.Tome 18.1966.

II. CAPITANT .(H): De la cause des obligations, Dalloz, 3eme éd, Paris, 1927.

III. CASSIN.(R), De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, Librairie de Recueil D. Sirey, thèse, Paris, 1914.

IV. Dross(W), L'exception d'inexécution : essai de généralisation, RTD. civ. 2014.

V. FWAZ.SALEH, L'exception d'inexécution en droit comparé française et syrien, Thèse(Toulouse 2000).

VI. Gaudemet Eugène, Théorie générale des obligations publiée par H. Desbois.

VII. Gaudemet. (J), Réimpression de l'Edition en 1937, Sirey, Paris, 1965.

VIII. GHESTIN.(J), l'exception d'inexécution, in les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé sous la direction de FONTAINE(M) et VINEY(G), 2001.

IX. JESTAZ (PH):L'urgence et les principes classiques du droit civil, thèse, Paris ,1966,L.G.D.J, 1968.

X. MALECKI CATHERINE: L'exception d'inexécution, thèse, Paris, 1999, LGDJ.

XI. MARTY et RAYMAND : Droit civil, Tome2, Les obligations,2eme éd,1962.

XII. MAZEAU (J.H.L),Leçon de droit civil, T2, 1er Vol, Obligation, Théorie générale, 6eme éd, Montchrestien 1978.

XIII. MAZEAUD(L), Note sous cass. Civ 18 janvier 1967.D.1967.p358.MALAURIE -(PH) et AYNES (L), Droit civil, les obligations, 2eme éd, CUJAS, Paris,1990.

XIV. MENDEGRIS.(R) : La nature judiciaire de la compensation.Th.L.G.D.J.1969.

XV. NDOKO (N): Les mystères de la compensation, RT.D.CIV, 1991.

XVI. P.GUIHO, Cours de droit civil (les obligations), T4,éd L'Hermès, 1979.

XVII. Picod .(y) : Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J ; 1989, pré (p) RAYNAUD.

XVIII. PILLEBOUT.(J-F) ,Recherches sur l'exception d'inexécution, Thèse,L.G.D.J,1971, Préf (P)RAYNAUD.

XIX. PLANIOL (M) et RIPERT (G), Traité pratique de droit civil français, T.XII, par E. Becqué,1954.

XX. PLANIOL(M), RIPERT(G), et BOULANGER(J) : Traité élémentaire de droit civil, T2, LGDJ, .2eme éd.

XXI. Storck(M) , Juris-Classeur civil. App. art 1184.Fasc 49-3. Exception d'inexécution, Aout 1994.