الثابت والمتغير في فسخ العقود
بين النظرية العامة للعقد ونظام صعوبات المقاولة

الدكتور ملود عشعاش
دكتور في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق
جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء
المغرب

مما لا شك فيه أن إخلال أحد أطراف الرابطة التعاقدية بالتزاماته ينتج عنه مجموعة من الآثار القانونية في مواجهة المتعاقد الآخر، هذه الآثار تعتبر بمثابة جزاءات قانونية تسلط على المتعاقد الذي لم يوفي بالتزاماته وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

وإذا كانت هذه الجزاءات القانونية واحدة وهي حماية المتعاقد الآخر وبالتالي ضمان استقرار المعاملات، فإن مظاهر وأشكال هذه المؤيدات القانونية ليست واحدة إذ أنها تتنوع بتنوع حالاتها، فالبعض منها يهدف إلى وقف التنفيذ كوسيلة للضغط على المدين لتنفيذ التزامه وهذا هو حال الدفع بعدم التنفيذ، أما البعض الآخر فإن الغاية منه إما تقرير فوائد إضافية نتيجة التماطل أو التنفيذ الجبري لهذا الالتزام، وإما انحلال الرابطة العقدية وهذا ما يتحقق بالنسبة للمطالبة بفسخ العقد، وفي كل الأحوال فإن الدائن له الحق في إثارة طلبات التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء عدم تنفيذ العقد، وهذا ما يسمى بالمسؤولية العقدية.

غير أن كل هذه الآثار القانونية الناتجة عن الإخلال بالرابطة العقدية إذا كانت تجد لها مكانا للتطبيق في إطار القواعد العامة، فإن خضوع أحد أطراف العلاقة التعاقدية لمساطر معالجة صعوبات المقاولة يجعل كل هذه المؤيدات القانونية عديمة الجدوى وغير مرغوب فيها خلال هذه المرحلة.

وهكذا ينتج عن فتح مسطرة صعوبات المقاولة وعلى الخصوص مساطر المعالجة ضد المدين أن دائنيه الذين نشأت ديونهم قبل فتح هذه المسطرة يفقدون حقهم في التمتع بما تخوله له القواعد العامة لحماية مراكزه القانونية، ومقابل ذلك أفرزت المستجدات التشريعية ضوابط جديدة لا تتماشى وما تقتضيه القواعد العامة، وكل ذلك من أجل إعطاء كامل الأهمية للمقاولة باعتبارها عصب الاقتصاد.

ومن ذلك فإن خضوع المدين لمساطر معالجة صعوبات المقاولة، ينتج عنه وضع جديد يتم بمقتضاه تعطيل تمتع الدائنين بالحق في ما تخوله القواعد العامة في ما يخص فسخ العقود، حيث عرفت هذه المؤسسة تراجعا كبيرا في ظل مساطر صعوبات المقاولة سواء على مستوى الأحكام الموضوعية أو الشكلية.

وعليه إذا كانت الغاية من شرعنة العقود في مجال المقاولات هي إشباع حاجات الأفراد وتحقيق رغباتهم باعتبار أن العقد هو الوسيلة الفعالة التي يستطيع الفرد أن يحقق بها مصالحه الاقتصادية والاجتماعية، فإن هذه العقود كما تولد صحيحة وتستمر في إنتاج آثارها، قد تتعرض أيضا لسبب من أسباب الزوال والانحلال، وقد يرجع ذلك إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كما يكون نتيجة عدم رغبة المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية ومن ثم يترتب الفسخ كجزاء على عدم التنفيذ[1].

وإذا كانت مؤسسة الفسخ تنبني على مجموعة من الثوابت في ظل النظرية العامة للعقد سواء من حيث أسباب الفسخ، أو إجراءاته أو من حيث الجهة المختصة به فإن هذه الثوابت التي عمرت لقرون من الزمن، قد عرفت اضطراب وتراجع في ظل نظام صعوبات المقاولة الذي جاء بمجموعة من القواعد الآمرة التي تهدف إلى حماية المقاولة وضمان استمراريتها.

ومن هنا فالإشكالية الأساسية لهذا الموضوع تتمثل في مكانة الأحكام العامة لفسخ العقود كما هي منظمة في إطار قانون الالتزامات والعقود في ظل مساطر صعوبات المقاولة؟

ومن أجل الإجابة عن هذه الإشكالية سنتحدث أولا عن تمرد مساطر صعوبات المقاولة على الأحكام الموضوعية للفسخ، لننتقل ثانيا للحديث عن تمرد مساطر صعوبات المقاولة على الشروط الشكلية للفسخ.

المطلب الأول: تمرد مساطر صعوبات المقاولة على الأحكام الموضوعية للفسخ

تنبني مؤسسة الفسخ على أساس مجموعة من الأحكام الموضوعية التي تعطي لها تأطيرا قانونيا يمنع أي تعسف في استعمال هذا الحق وذلك من أجل ضمان استقرار المعاملات، غير أن إجراء نظرة على الأحكام الموضوعية الجديدة للفسخ الذي جاء بها نظام صعوبات المقاولة، ومقارنتها مع ما هو ثابت في إطار النظرية العامة يظهر بجلاء مدى عمق الأزمة التي تعيشها الأحكام الموضوعية للفسخ في ظل الكتاب الخامس من مدونة التجارة.

فبالنظر للدور الكبير الذي تلعبه العقود في الحفاظ على نشاط المقاولة، فإن المشرع المغربي عمل على وضع العديد من المقتضيات الجديدة، الذي تسعى إلى المحافظة على العقود وضمان استمراريتها على الرغم من تحقق أسباب الفسخ، أو الاستغناء عن هذه العقود إذا كانت تشكل مجرد عبء على المقاولة، وهذا فيه خروج عن أسباب الفسخ في إطار القواعد العامة، كما أن آثار هذا الفسخ قد عرف تراجعا كبير عما هو متعارف عليه في إطار النظرية العامة للفسخ.

الفقرة الأولى: أزمة الأسباب العامة لفسخ العقد في ظل المساطر الجماعية

لقد وضع المشرع المغربي تنظيما محكما لأسباب الفسخ في إطار قانون الالتزامات والعقود خاصة الفصلين 259 الذي ينص على أنه "إذا كان المدين في حالة مطل، كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه ممكنا، فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين".

إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكنا، وإما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين، وعلاوة على ذلك تطبق القواعد المقررة في الابواب المتعلقة بالعقود الخاصة لا يقع فسخ العقد بقوة القانون وإنما يجب أن تحكم به المحكمة.

وكذلك الفصل 260 الذي ينص على أنه وعلاوة على ذلك تطبق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصة، لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء".

يستفاد من الفصلين أعلاه أن القاعدة في الفسخ أنه يقع بمقتضى حكم من القضاء بعد تمسك أحد الأطراف بذلك، ويجوز أن يتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وفي هذه الحالة يقع الفسخ بمقتضى الاتفاق.

وإذا كان ما سبق يندرج في إطار ثوابت النظرية العامة للعقد، فإن إجراء مقارنة بسيطة بين أسباب الفسخ الواردة في القانون المدني كما أشرنا إلى ذلك، وتلك الأسباب التي تم إحداثها من طرف المشرع التجاري في ظل الكتاب الخامس من مدونة التجارة يتبين لنا مدى الاضطراب والتراجع التي تعرفه الأسس الكلاسيكية للفسخ في ظل نظام صعوبات المقاولة.

فإذا كانت أسباب الفسخ منظمة تنظيما محكما في إطار النظرية العامة وخاصة الفصلين 259 و 260 من قانون الالتزامات والعقود، فإن ما جاء به المشرع التجاري في الكتاب الخامس من مدونة التجارة قد عطل مفعول تلك الأسباب العامة، واخص بالذكر هنا ما جاء في المادة 588 من مدونة التجارة المنظمة للعقود الجارية.

حيث أن الفلسفة الجديدة التي تحكم نظام معالجة صعوبات المقاولة هي العمل ما أمكن على إنقاذ هذه الأخيرة، خلافا لنظام الإفلاس الذي كان يصبو لحماية مصالح كتلة الدائنين بالأساس، فإنقاذ المقاولة تكون مجموعة المصالح المرتبطة في إطارها قد أنقذت أيضا، ومن هذه المصالح نذكر مصلحة الدولة عن طريق تأمين مداخيل متمثلة في الضرائب بالأساس، ومصالح الدائنين حيث أن إنقاذ المقاولة يؤمن وجود زبون دائم ومصلحة المدين أيضا والذي يرمي ما أمكن إلى تحقيق الربح هذا الأخير يمكن توظيفه في استثمارات جديدة، لكن إنقاذ المقاولة وإبعادها عن شبح التصفية لا يمكن تصوره دون استمرار العقود المبرمة قبل فتح المسطرة القضائية، لأن الإبقاء على نشاط المقاولة يحتاج إلى التزويد بالسلع والخدمات والتمويل اللازم لمواجهة النفقات، وهذه العقود هي التي يصطلح عليها باسم العقود الجارية[2].

وهكذا نصت المادة 588 من مدونة التجارة على أنه " بإمكان السنديك وحده أن يطالب بتنفيذ العقود الجارية بتقديم الخدمة المتعاقد بشأنها للطرف المتعاقد مع المقاولة، ويفسخ العقد بقوة القانون بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل دون جواب لمدة تفوق شهرا.

ويجب على المتعاقد أن يفي بالتزامه رغم عدم وفاء المقاولة بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة ولا يترتب عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات سوى منح الدائنين حق التصريح بها في قائمة الخصوم عندما لا يختار السنديك متابعة تنفيذ العقد يمكن أن تؤدي ذلك إلى دعوى للتعويض عن الأضرار يدرج مبلغه في قائمة الخصوم غير أنه يمكن للطرف الآخر تأجيل إرجاع المبالغ الزائدة التي دفعتها المقاولة تنفيذ العقد إلى حين البت في دعوى التعويض عن الأضرار تستثني عقود الشغل من تطبيق مقتضيات الفقرات السابقة.

لا يمكن أن يترتب عن مجرد فتح التسوية القضائية تجزئة أو إلغاء أو فسخ العقد على الرغم من أي مقتضى قانوني أو شرط تعاقدي".

يستشف من خلال استقرائنا لهذه المادة أنها تعطل أسباب الفسخ المقررة في القواعد العامة سواء تعلق الأمر بأسباب الفسخ القانوني أو القضائي بالإضافة إلى تعطيل سبب الفسخ الاتفاقي.

بالنسبة لتعطيل الفسخ القانوني، فإنما يجب الإشارة إليه أولا أن المشرع المغربي لم ينص على قاعدة الفسخ القانوني، أو ما يسمى بالانفساخ كمبدأ عام[3]، وإنما اكتفى بإيراد تطبيقات متفرقة للمبدأ في ظهير الالتزامات والعقود هذا ويتحقق الفسخ القانوني، أو ما يسمى بالانفساخ، إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا علاقة له بالمدين.

ويواجه هذا النوع من الفسخ تعطيلا إذا تعلق الأمر بعقد جاري التنفيذ عند صدور الحكم القاضي بالتسوية القضائية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 588 من مدونة التجارة السالفة الذكر، حيث جعلت أن مجرد فتح التسوية القضائية لا يمكن أن يترتب عنه فسخ العقد على الرغم من أي مقتضى قانوني.

وإذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة 588 أعلاه صريحة في استبعاد كل المقتضيات التي من شأنها فسخ العقد، فإننا نطالع في نفس المدونة نصوصا أخرى تعاكس ذلك يفيد مضمونها، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 503 من مدونة التجارة الذي جاء فيها "..... **يقفل الحساب أيضا بالوفاة أوانعدام الأهلية أو التسوية أو التصفية القضائية للزبون** وهنا يطرح الإشكال حول النص الأول بالتطبيق هل مقتضيات المادة 588 و503.

وفي هذا الإطار قد رجحت محكمة النقض في إحدى قراراتها[4] مقتضيات المادة 503 من م. ت في التطبيق.

وعليه، فإن المقتضى العام المتعلق بالفسخ القانوني، تجبه مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 588 من مدونة التجارة، إذ أنها جعلت الفسخ عديم الجدوى، بمجرد فتح مسطرة التسوية القضائية.

أما بالنسبة للفسخ القضائي، فإن هذا الأخير يعتبر هو الأصل من بين أنواع الفسخ الأخرى، حيث يتحقق هذا الجزاء في حالة مطل المدين عن تنفيذ التزامه في العقود التبادلية، وهذا ما نص عليه الفصل 259 من ق. ل. ع الذي أعطى للدائن إمكانية طلب فسخ العقد في حالة مطل المدين وعندما لا يتمكن من إجبار المدين عن التنفيذ.

غير أن هذا المقتضى العام قد تم تعطيله بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 588 من م .ت السالفة الذكر التي تمنع الفسخ بجميع مصادره وأشكاله.

ومما تنبغي الإشارة إليه أن المنع الوارد في المادة 588 من م. ت لا يطال الأحكام المقررة للفسخ المكتسبة لقوة الشيء المقضي به قبل تاريخ الحكم القاضي بفتح المسطرة لأن ذلك يعتبر خارج نطاق هذه المادة، وهذا يعتبر أمرا ضروريا لاستقرار المعاملات.

وبذلك فإن الحلول القضائية في مجال الفسخ تشكل تضييقا مهما في ممارسة عقد الفسخ المتضمن في الفصل 259 من ق. ل. ع بحكم أن عدم تنفيذ الالتزامات السابقة لا يمكن اعتبارها سببلا للحصول على قرار الفسخ من المحكمة بعد فتح المسطرة، ولكون العقد قد احتفظ به وتم الإبقاء عليه من أجل الخضوع لاختيار الاستمرارية الذي صرح به السنديك.[5]

وكذلك بالنسبة للفسخ الاتفاقي، الذي نص عليه الفصل 260 من ق. ل. ع الذي جاء فيه "**إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزامات وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء**" ويمكن أن نورد حالة أخرى للفسخ الاتفاقي وذلك حينما يدرج الأطراف شرطا يعلق فسخ العقد على تحقيق واقعة معينة، وفي هذه الحالة ينتج الفسخ عن تنفيذ الشرط كوصف في العقد لا كأثر لعدم التنفيذ كما هو في الحالة الأولى.

وإذا كان الأمر السالف الذكر يجد تطبيقا له في إطار القواعد العامة، فإن الفقرة الأخيرة من المادة 588 من م . ت قد عطلت مفعول الشروط التعاقدية التي من شأنها فسخ العقد بمجرد فتح مسطرة التسوية القضائية، حيث أنها استبعدت بشكل صريح كل شرط تعاقدي مخالف لذلك.

ويبدو أيضا أن تعطيل مؤسسة الفسخ لا يتوقف عند حدود ما جاءت به المادة 588 من م. ت بل نجد أيضا المادة 696 من نفس المدونة تنص في فقرتها الأولى على أنه: "**يوقف حكم فتح المسطرة ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور ترمي إلى ... – فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال**".

يبدو واضحا أن نطاق تعطيل هذه الفقرة لمؤسسة الفسخ يمكن تحديده في حالة المطالبة بفسخ عقد لعدم أداء مبلغ مالي، وفي كون هذا المبلغ كان مستحقا قبل الحكم بفتح المسطرة، وبالتالي فالمطالبة بفسخ العقد لعدم أداء هذا المبلغ يعتبر معطلا وهذا التعطيل يخرج عن القواعد العامة الذي تعفي إمكانية الفسخ في حالة عدم تنفيذ الالتزامات.

بالإضافة إلى تعطيل أسباب الفسخ كما مر بنا، فإن المشرع المغربي لم يقف عن هذا الحد وإنما أفرز بسبب جديد لفسخ العقود، وهو عدم نفعية العقد للمقاولة، وهذا ما نستشفه من خلال تحديد الطبيعة القانونية لقرار التخلي عن العقود التجارية من طرف السنديك وهذا يعتبر تعسفا في استعمال الفسخ بمفهوم القواعد العامة.

وهكذا فقد اعتبر المشرع المغربي قرار السنديك بالتخلي عن العقد الجاري فسخا لهذا الأخير، لكن الأحكام العامة للفسخ لا يمكنها استيعاب هذا النوع من الفسخ لعدم الوجود أساس قانوني له في إطار القواعد العامة.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 588 من م. ت على أنه" بإمكان السنديك وحده أن يطالب بتنفيذ العقد... ويفسخ العقد بقوة القانون بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل دون جواب لمدة تفوق شهر".

وبالتالي يتبين لنا أن هذا الفسخ لا يندرج ضمن الفسخ القضائي ولا الاتفاقي ولا حتى الفسخ القانوني، وإنما يندرج في إطار أساس جديد أفرزته مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة وهو الاستغناء عن العقود متى كانت تشكل مجرد عبء على المقاولة ولا تخدم مصالحها.

من خلال ما سبق يتبين لنا أن الأحكام الخاصة المنظمة لأسباب الفسخ في ظل الكتاب الخامس من مدونة التجارة، تشكل قطيعة إبستمولوجية مع القواعد العامة لأسباب الفسخ، التي تعتبر أن إخلال المدين بالتزاماته، وكذا الاتفاق سببا لفسخ العقود.

وبالتالي فإن جزاء القوة الملزمة للعقد المتمثل في الفسخ يبدو معطل تماما في ظل رغبة المشرع المغربي الحفاظ على العقود الضرورية لاستمرارية المقاولة، كما أن كون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يلتزم الأطراف بالإبقاء على العقد يبدو بلا قيمة في ظل سعي المشرع إلى التخلص من مجموعة من العقود التي ترهق المقاولة عن طريق الفسخ الذي ليست له أي علاقة بما هو مضمن في إطار النظرية العامة سوى في التسمية فقط.

وإن هذا التراجع والاضطراب الذي تعرفه أسباب الفسخ في ظل نظام وصعوبات المقاولة سيمتد صداه ليمس بالآثار القانونية لهذا الفسخ.

الفقرة الثانية: خصوصيات آثار فسخ العقود في ظل نظام صعوبات المقاولة

عندما يتقرر فسخ العقد بمقتضى حكم قضائي أو بناء على انفساخ بقوة القانون وبمقتضى شرط اتفاقي فهذا يعني أن الرابطة العقدية تكون قد انحلت وبالتالي فإن يتعين إرجاع الأطراف إلى وضعية ما قبل التعاقد إن أمكن ذلك، فإن تعذر الوصول إلى هذه الوضعية بسبب من الأسباب التي تعوق إرجاع المتعاقدين إلى حالتهما السابقة كهلاك المعقود عليه أو تعيبه أو صعوبة رده إلى صاحبه فإن المحكمة لها من الحلول في إطار سلطتها التقديرية ما يمكنها من إعادة التوازن للمراكز الاقتصادية لأطراف العقد كالحكم بالتعويض واستبدال الشيء المعقود عليه بآخر إن كان من المثليات التي لها مقابل في السوق.[6]

وهكذا فإنه يترتب على فسخ العقد كقاعدة عامة وفقا لشروط وإجراءات معينة انحلال العقد ومحو أثره بأثر رجعي، وبالتالي زوال الالتزامات التي كانت قد نشأت عنه قبل ذلك، فيصير العقد بعد إيقاع الفسخ لا وجود له من الناحية القانونية بالنسبة إلى المتعاقدين ويعاد كل منهما إلى ما كان عليه قبل التعاقد[7]، لأن العلاقة التعاقدية لم يعد لها وجود يستند إليه الدائن أو المدين، بل زالت هذه العلاقة كنتيجة حتمية من نتائج فسخ العقد، ولا يقتصر الأثر الرجعي للفسخ على الطرفين لا يتعدى ذلك إلى الغير[8] .

فبالنسبة للأثر الأول المتعلق بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه فإن يترتب عليه ثلاث قواعد أساسية تتمثل في إلغاء ما ترتب عن العقد من آثار، ثم ان يعود المال إلى المتصرف دون حاجة إلى إبرام عقد جديد حيث يعتبر المال كأنه لم يخرج قط من يد صاحبه بالإضافة إلى اعتبار التصرفات التي أبرمها المتصرف إليه غير نافذة في حق المتصرف إذ نعتبر أنها واردة على ملك الغير، وتطبق في شأنها القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن ينقل من الحقوق لغيره أكثر مما يملك.

أما بالنسبة للأثر الثاني للفسخ والمتمثل في استحقاق التعويض فقد نص عليه الفصل 259 من قانون الالتزامات و العقود الذي جاء فيه "إذا كان المدين في حالة مطل... جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد وله الحق في التعويض في الحالتين" وبالتالي فإلى جانب إرجاع الحالة إلى

ما كانت عليه، كأثر ينسحب إلى الأطراف العلاقة التعاقدية فإن المشرع قد خول للدائن إمكانية الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي لحقه.

إذا كان هذا ما تقضي به القواعد العامة فيما يخص آثار الفسخ، فإن الإشكال الذي يطرح في هذا الإطار يتمثل في مدى وجود خصوصيات يمتاز بها الفسخ في ظل نظام صعوبات المقاولة على مستوى الآثار، أم أنه يوجد تطابق وامتداد لآثار الفسخ المدني للفسخ التجاري في إطار الكتاب الخامس من مدونة التجارة؟

في هذا الإطار نبادر لنؤكد منذ البداية، ومن خلال استقرائنا لآثار الفسخ في ظل نظام صعوبات المقاولة يتبين لنا انه على الرغم من بعض الآثار المشتركة بين الفسخ في إطار القواعد العامة ونظيره في الكتاب الخامس من مدونة التجارة، فإن هناك مجموع من الخصوصيات التي تميز هذا الأخير، لتجعل آثار الفسخ في إطار نظام صعوبات المقاولة يخرج عن ما هو متعارف عليه في إطار القواعد العامة.

وهكذا فقد خولت المادة 588 من مدونة التجارة للمتعاقد مع المقاولة الذي لا يختار السنديك متابعة تنفيذ عقده، إمكانية رفع دعوى التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء فسخ العقد الذي كان يربطه بالمقاولة موضوع المسطرة القضائية، وإلى هنا فإن الأمر ينطبق مع ما تقضي به القواعد العامة، لكنه وجه الخروج عنها يتمثل في كون ذلك التعويض تطبعه مجموعة من الخصوصيات في إطار العقود الجارية، ويتم تغيبه نهائيا في إطار مخططات التفويت بالنسبة للعقود التي لا تختار المحكمة تفويتها.

فإذا ما اطلاعنا على المادة 588 من مدونة التجارة، نجدها تستعمل كلمة "يمكن" وهذا هو نفس التوجه الذي نهجه المشرع الفرنسي في المادة 13-622 من مدونة التجارة الفرنسية، فالعبارة المشار إليها لا تسمح بالحسم النهائي في أحقية التعويض الذي قد يطالب به المتعاقد المتضرر من جراء عدم مواصلة تنفيذ العقد، وذلك على عكس القواعد العامة التي أكدت تلك الأحقية بشكل قاطع من خلال الصيغة الواردة في الفصل 259 من ق. ل. ع التي تقول وله الحق في التعويض في الحالتين"، ولا يستثنى من هذه القاعدة سوى بعض الحالات الاستثنائية كذلك الواردة في الفصل 268 من ق. ل. ع، حيث لا يحق للدائن طلب التعويض إذا أعزي سبب حل الرابطة التعاقدية لقوة قاهرة أو حادث فجائي[9].

وخارج ذلك الاستثناء، يملك القضاء كمبدأ عام سلطة عليا لتمحيص مدى أحقية التعويض ويحق له أن يمنح التعويض استنادا إلى القواعد العامة للقانون المدني، وبالتالي إعمال قواعد المسؤولية العقدية في حق المخالف[10]، ومن تم فإن المبادئ المتعلقة بالضرر المنصوص عليها في القانون المدني هي التي تطبق في ظل التعويض الممنوح في إطار المادة 588 من مدونة التجارة.

ولا تنحصر خصوصيات التعويض الناجم عن فسخ العقود الجارية في هذا الإطار بل تتعداه، فإذا كانت القواعد العامة تعترف للدائن بالحق في التعويض واستحقاقه بمجرد ما يحكم به القاضي، فإن الأمر على خلاف ذلك في حالة فسخ العقد الجاري، حيث أن مبلغ التعويض الذي يمكن أن يحكم به القاضي لصالح المتعاقد المتضرر من عدم مواصلة تنفيذ العقد لا يستحق بمجرد الحكم به بل يكون محط تصريح ضمن قائمة خصوم المقاولة، وذلك على غرار سائر الدائنين الناشئة ديونهم قبل صدور الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية.[11]

يبدو أن المشرع المغربي لم ينصف المتعاقد مع المقاولة المحكوم له بالتعويض وذلك عندما استبعده من نطاق تطبيق حق الأولوية الوارد في المادة 590 من مدونة التجارة، ذلك أنه إذا كان العقد المفسوخ بقوة القانون سابقا لصدور الحكم القاضي بفتح مسطرة المعالجة فإن الواقعة المبررة لتعويض المتمثلة في فسخ العقد المعني بالأمر، لاحقة لصدور هذا الحكم"[12].

وبالإضافة إلى الفسخ الذي يطال العقود الجارية وما يترتب عنه من آثار، فإن هناك عقود أخرى يتم التخلي عنها من طرق المحكمة في إطار محفظ التفويت، وأمام سكوت المشرع عن طبيعة تخلي المحكمة عن هذه العقود[13]، وعلى الرغم من الاختلافات التي أثيرت في هذا

الصدد، فإنه وقياسا على قرار التخلي على العقود الجارية الذي اعتبره المشرع فسخا لها يمكننا كذلك اعتبار قرار التخلي عن تفويت العقود من طرف المحكمة فسخ لهذه العقود لنرى مدى استجابتها للقواعد العامة للفسخ.

وفي هذا الإطار يمكن القول أنه وعلى خلاف المادة 588 من م. ت التي أعطت إمكانية التعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد من جراء هذا الفسخ كما بينا سبقا، فإن المادة 638 من نفس المدونة والمتعلقة بتفويت العقود في إطار مخطط التفويت، فقد ضلت صامتة عن مصير العقد الذي لا يشمله التفويت، ومدى إمكانية استحقاق صاحبه للتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا التخلي.

نبادر للإجابة عن هذا السؤال واضعين في اعتبار معطيين أساسيين، المعطى الأولي يتجلى في سكوت المادة 638 عن هذا الأمر، على خلاف المادة 588 التي تعطي الحق في التعويض للمتعاقد المتخلي عن تنفيذ عقده بصريح النص، وهذا السكوت يحمل على أنه رفض من المشرع تمتيع المتعاقد بهذا الحق.

أما المعطى الثاني والأهم، فيتجلى في كون التخلي عن تنفيذ العقد في إطار مقتضيات المادة 588 من المدونة يعتبر تصرفا قانونيا صادر عن السنديك الذي يعتبر في أول وآخر المطاف ممثلا للمقاولة موضوع مسطرة لتسوية القضائية، على عكس الحكم القاضي الذي يحصر مخطط التفويت والذي يتم بموجب العدول عن حوالة بعض العقود، حيث يعتبر هذا الأخير قرار خارج إرادة المقاولة المفوتة.

ففي ضوء هذين المعطيين نقول بأنه لا يسوغ الاعتراف للمتعاقد مع المقاولة الذي لم يشمله التفويت بالحق في التعويض، لأن المشرع لم يقر بذلك صراحة، وعدم الإقرار هنا يعتبر موقفا سلبيا يفسر على أنه رفض حيث أنه لا يجب تحميل النصوص القانونية الواردة في الكتاب الخامس من مدونة التجارة أكثر مما تحتمل لاتصالها بالنظام العام.

هكذا تبرز عدم أحقية المتعاقد في المطالبة بالتعويض إثر صدور المقرر القضائي برفض تفويت عقده، وما ذلك في الواقع إلا مظهر من مظاهر التضحية بمصلحة المتعاقدين أما مصلحة الحفاظ على نشاط المقاولة، بشكل يؤدي إلى تجاوز القواعد التعاقدية، ومن أجل ملاءمة العقد المفوت مع حاجيات التسوية[14].

وفي نفس السياق يرى الأستاذ محمد أبو الحسن[15] أنه وإن كان فعلا أن عدم التفويت يلحق أضرار بالمتعاقد، فإن القول بحقه في الحصول على تعويض موانع مادية وأخرى قانونية. فبالنسبة للموانع المادية تتمثل في سكوت المشرع من خلال المادة 638 من م . ت قد يترجم برفض المشرع الاعتراف بالحق في التعويض، أما بالنسبة للموانع القانونية، فيرى الأستاذ أنها تكمن في كون إنهاء العقد بسبب عدم تفويته ينتج عن تدخل حادث أجنبي جعل التصرف في وضعية يستحيل عليه إنتاج أثاره.

وفي رأينا فإنه باستثناء إمكانية إدراج الخضوع لمساطر صعوبات المقاولة بمثابة حادث أجنبي لاستبعاد التعويض، فإن عدم تعويض المتعاقد التي لم تختر المحكمة تفويت عقده عن الضرر الذي يصيبه من جراء ذلك يعتبر خروجا عن القواعد العامة.

من خلال ما سبق يتبين لنا وبوضوح مدى عمق الخصوصيات الموضوعية التي أصبحت تميز مؤسسة الفسخ في ظل نظام صعوبات المقاولة عن ما تقضيه القواعد العامة سواء من حيث تعطيل أسباب الفسخ التقليدية، ووضع أخرى جديدة تتماشى ومتطلبات الحياة الاقتصادية أو من حيث أثار هذا الفسخ الذي أصبح يمتاز عن ما هو مقرر في القواعد العامة بمجموعة من الخصوصيات، لكن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل امتدت هذه الخصوصيات التي تطبع القواعد الموضوعية للفسخ في ظل نظام صعوبات المقاولة لتمس القواعد الشكلية الإجرائية للفسخ كما هي منظمة في إطار قانون الالتزامات والعقود؟

المطلب الثاني: تمرد مساطر صعوبات المقاولة على الشروط الشكلية للفسخ

إذا كان الفسخ كنظام قانوني يخول للمتعاقد الدائن الحق في التحلل من العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمدين الذي امتنع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية يعتبر حماية لحقوق الدائن الذي يصبح في مركز أقوى من المدين، فإن هذا الحق المعترف به قانونا مرتبطا باتباع المدين مجموعة من الإجراءات.

وإن إجراء مقارنة بين القواعد الإجرائية الواردة في مادة الفسخ المدني، وتلك التي تم استحداثها مراعاة لمتطلبات تحصين المقاولة في ظل الكتاب الخامس من مدونة التجارة يتبين لنا بوضوح مدى التراجع الذي تعرفه القواعد الشكلية الكلاسيكية للفسخ في ظل نظام صعوبات المقاولة.

وهكذا تختلف إجراءات فسخ العقود الجارية اختلافا بينا عن إجراءات الفسخ المدني (الفقرة الأولى) كما أن هذه الخصوصيات الشكلية التي ينفرد بها الكتاب الخامس من مدونة التجارة فيما يخص فسخ العقود لم تقف عند هذا الحد وإنما امتدت لتمس بقواعد الاختصاص في فسخ العقود (الفقرة الثانية)، لتحدث ثورة حقيقية على أحكام الفسخ في إطار النظرية العامة.

الفقرة الأولى: إجراءات الفسخ بين القواعد العامة ومساطر صعوبات المقاولة

عند عدم تنفيذ المدين التزاماته المترتبة عن العقد يحق لدائن طلب حل الرابطة العقدية، وبعد هذا الحق وسيلة للتخلص من الالتزامات التي تقع على عاتقه، غير أن نشوء الحق في فسخ العقد يتطلب من الدائن اتباع إجراءات معينة[16]، وإن هذه الإجراءات تختلف بين الفسخ القضائي ونظيره الاتفاقي.

بالنسبة للفسخ القضائي فإن المشرع لم يمنح للدائن حرية تحديد إجراءات الفسخ، إذ الزمه باتباع إجراءات قانونية ولا يقع الفسخ إلا باتباعها، وتتمثل هذه الإجراءات في إنذار المدين للوفاء بالتزاماته، وإن لم يستجب حق الدائن رفع دعوى قضائية للفسخ، وصدور حكم الفسخ.

ففيما يخص الإنذار، فإنه يجب على المتعاقد في الفسخ القضائي قبل أن يرفع دعوى بطلب فسخ العقد أن يقوم بإنذار المتعاقد الآخر مطالبا بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الذي يريد فسخه، ويجد الإنذار أساسه القانوني في الفصل 255 من قانون الالتزامات والعقود الذي نص صراحة على ضرورة إنذار قبل إجراء الفسخ بحيث نص على أنه "..... إن لم يعين الالتزام اجل لم يعتبر المدين في حالة مطل إلا بعدما يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذار..."

أما فيما يخص طلب الفسخ من المحكمة، فإنه لم يستجب المدين للإنذار الذي وجهه له الدائن وظل متماطل عن تنفيذ التزامه، فإنه في هذه الحالة يتعين على الدائن رفع دعوى الفسخ، وهذه الدعوى تخضع للأحكام العامة للدعوى المنصوص عليها في ق. م. م.

كذلك فيما يخص صدور حكم بالفسخ، حيث أنه لا يعتبر الدائن متحللا من التزاماته نحو المدين بمجرد رفع دعوى الفسخ، بل لكي يكون الأمر كذلك لابد من صدور حكم قضائي يقضي بفسخ العقد، حيث أن يمكن أن نتصور أنه بعد أن يقوم الدائن برفع دعوى الفسخ، يقوم المدين بالتنفيذ وهنا قد لا يستجيب القاضي لطلب الفسخ حسب سلطته التقديرية.

أما بالنسبة للفسخ الاتفاقي: وخلاف الإجراءات المتطلبة في الفسخ القضائي فإنه يخضع للإرادة الحرة للأطراف المعبر منها في الاتفاق، دون التقيد بأي إجراءات أو طقوس معينة لأن أساس الاتفاق هو الإرادة.

وإذا كان كل ما سبق يندرج في إطار ثواب النظرية العامة لإجراءات الفسخ، فإن ما جاء به الكتاب الخامس من مدونة التجارة، يتنافى بصفة مطلقة مع ذلك، حيث تضمن إجراءات خاصة تتماشى وأهداف نظام صعوبات المقاولة.

وهكذا ففي إطار إجراءات، فسخ العقود الجارية يجب أن نميز بين الفسخ الذي يتم بمبادرة من السنديك والفسخ الذي يتم بمبادرة من المتعاقد.

ففيما يتعلق بفسخ العقد الجاري الذي يكون بمبادرة من السنديك، فما يلاحظ هو أن المشرع المغربي لم يقيده بشكليات وأجال معينة وهذا الأمر يشكل إضرارا بالمتعاقد من جهة ومن جهة أخرى يشكل تكسير للقواعد الإجرائية للفسخ كما هو متعارف عليها في إطار القواعد العامة كما أشرنا إليها سابقا.

أما فيما يخص الفسخ الذي يكون بمبادرة من المتعاقد، فإننا نلاحظ أن المشرع التجاري قد قيده باتباع إجراءات معينة داخل أجال محددة يجب عليه التقييد بها.

ويمكن القول أن المتعاقد مع المقاولة صاحب العقد المتخلى عن تنفيذه لا يحق له أن يطالب بفسخ العقد إلا في حالة ما إذا اختار السنديك عدم متابعة تنفيذ العقد، إذا كان من شان ذلك التنفيذ لا يساعد على تصحيح وضعية المقاولة المختلة.

وهكذا فإذا أرادة المتعاقد مع المقاولة التي تم التخلي عن عقده فسخ العقد فإنه يجب عليه توجيه إنذار إلى السنديك، وإن ظل دون جواب لمدة تفوق شهر فسخ العقد بقوة القانون، وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 588 من مدونة التجارة التي جاء فيها "بإمكان السنديك وحده أن يطالب بتنفيذ العقود الجارية بتقديم الخدمة المتعاقد بشأنها للطرف المتعاقد مع المقاولة ويفسخ العقد بقوة القانون بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل دون جواب لمدة شهر.

وعليه فدعوى المطالبة بفسخ العقد مرتبطة أشد الارتباط بحق الاختيار الممنوح للسنديك حيث بإمكانه أن يعبر صراحة عن قراره بعدم متابعة تنفيذ العقود الجارية، أو عدم جوابه على إنذار المتعاقد مع المقاولة داخل الأجل المحدد في شهر إعمالا لقرينة السكوت التي تستشف من الفقرة الأولى من المادة 588، حيث أنه في الحالة الأولى يمكن للمتعاقد مع المقاولة إثارة الفسخ بمجرد ما أن يصرح السنديك بعد مواصلة تنفيذ العقد الجاري، أما في الحالة الثانية فيمكن له إثارة هذا الفسخ بمجرد انتهاء أجل الشهر المحدد للجواب عن الإنذار الموجه من طرف المتعاقد[17].

وبالإضافة إلى العقود الجارية في إطار المادة 588 من مدونة التجارة وما تعرفه من خروج عن القواعد الإجرائية للفسخ كما هي متعارف عليها في إطار النظرية العامة، فإن العقد الجاري الذي لم يشمله التفويت يترتب عنه إنهاء هذا العقد، إنهاء يقترب إلى الفسخ من حيث تكيفه كما أشرنا إلى ذلك، حيث أن إنهاء هذا العقد ليس استنادا على زوال أحد الأركان اللازمة لصحته، بل سبب فقدان لدوره في التسوية القضائية ولكونه غير ضروري للحفاظ على استمرار نشاط المقاولة.

وبالتالي فالمحكمة عندما تقوم بحصر العقود القابلة لأن تكون موضوعا للتفويت، فإن ذلك يعني بصفة ضمنية أن باقي العقود الأخرى قد تم فسخها من قبل المحكمة بقوة القانون حيث لا يحق أو لا يسوغ لأي كان المطالبة بفسخها.

غير أن هذا الفسخ التي تقوم به المحكمة في إطار مخطط التفويت، يشكل خروجا صارخا عن قواعد تقرير الفسخ في إطار القواعد العامة، فكما أشرنا سابقا فالفسخ القضائي الذي يتم من طرف المحكمة لا يقع بقوة القانون، وإنما لابد من التمسك به من طرف من تقرر لصالحه، وتوجيه إنذار للطرف الآخر وفي حالة عدم الاستجابة تقديم طلب بفسخ هذا العقد، لكن الفسخ في إطار مخطط التفويت يقع بقوة القانون، حيث أنه بمجرد أن تختار المحكمة العقود الضرورة العملية التفويت، فإن العقود التي لم يقع عليها الاختيار تعتبر مفسوخة بقوة القانون.

إذن فمن خلال ما سبق يتبين لنا أن المشرع التجاري، قد جاء في ظل الكتاب الخامس من مدونة التجارة، بمجموعة من القواعد والإجراءات الشكلية لتقرير الفسخ نكاد لا نجد لها مثيلا في القواعد العامة، إجراءات خاصة يهدف من ورائها المشرع المغربي تحصين المقاولة وضمان استمراريتها، وهذا ما يجعلنا نؤكد في هذا الصدد أن نظام صعوبات المقاولة، هو قانون موضوعي من جهة وقانون إجرائي من جهة أخرى.

كانت إذن هذه أهم خصوصيات الفسخ في ظل نظام صعوبات المقاولة على المستوى الإجرائي مقارنة مع القواعد العامة، ليبقى الإشكال المطروح هل امتدت هذه الخصوصيات الإجرائية لتمس قواعد الاختصاص في فسخ العقود كما هو متعارف عليها في إطار القواعد العامة.

الفقرة الثانية: اضطراب قواعد الاختصاص في فسخ العقود في ظل نظام صعوبات المقاولة

إن الأصل في الفسخ أنه لا يتقرر إلا بحكم القاضي فهو جزاء إخلال المدين بالتزاماته، فالقاعدة في هذا الجزاء أنه لا يوقع إلا من القاضي، فمجرد توفر شروط الفسخ لا يكفي لحصوله ولا يجوز للمتعاقد أن يتخذه ذريعة لإجرائه من تلقاء نفسه، وإنما يلزمه أن يلجأ إلى القضاء ويطلب منه الحكم له به[18] .

وبالتالي يعتبر تدخل القضاء أمرا ضروريا في الحكم بالفسخ، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في مجال الفسخ، إذ أنه لا يستجيب دائما لطلب الدائن طالب الفسخ بل له الخيار في مجال الفسخ في الاستجابة أو عدمها رغم أن الدائن يصر على الفسخ، إذ يمكن أن يستجيب ويحكم بالفسخ إذا رأى أن الشروط متوفرة، كما يمكن له رفض طلب الفسخ ويقضي بتعويض مناسب من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو ان يمنح المدين أجلا للتنفيذ.[19]

وإذا كان الأصل في الفسخ انه يتقرر بحكم المحكمة فإن هذه الأخيرة ليس لها أن تحكم به من تلقاء نفسها، وإنما يلزم لذلك أن يطلبه المتعاقد الذي وقع الإخلال به سواء كان طلبه صريحا أو ضمنيا، وإذا كان ما سبق وذكرناه يشكل الأصل فإن نطاق اختصاص المحكمة يتقلص نسبيا في الفسخ الاتفاقي، فهذا الأخير يتخذ درجات وأهم درجاته هو ذلك الذي يتفق فيه الأطراف على جعل العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وبدون الحاجة إلى حكم، ففي هذا الشكل القانوني للفسخ يكون مفسوخا من تلقاء نفسه وبدون الحاجة إلى حكم.

وعليه فإذا كان الاختصاص الحصري في فسخ العقود، غير التي تنفسخ بقوة القانون يسند إلى القضاء في ظل القواعد العامة، فإن نظام صعوبات المقاولة بأهدافه الاقتصادية قد كسر هذه القاعدة وذلك بمنح جهة أخرى غير المحكمة اختصاص فسخ العقود.

وهكذا باطلاعنا على مقتضيات المادة 588 من مدونة التجارة نجدها تمنح صلاحية اختيار فسخ العقود للسنديك وحده بدون أن يشاركه القضاء في ذلك، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 588 بإمكان السنديك وحده أن يطالب بتنفيذ العقود الجارية بتقديم الخدمة المتعاقد بشأنها للطرف المتعاقد مع المقاولة، ويفسخ العقد بقوة القانون بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل دون جواب لمدة تفوق شهر".

فالسنديك عندما يمارس مهامه هذه لا يقاسمه هذه الصلاحية لا القاضي المنتدب ولا أي جهاز آخر من أجهزة المسطرة الجماعية بل حتى المدين لا يملك سلطة تحديد مصير العقد الجاري ولو بمساعدة السنديك، لأن الإمكانية مخولة لهذا الأخير فقط ولا يزاحمه فيها لا المقاول ولا الطرف المتعاقد مع المقاولة فهذه السلطة من النظام العام ولا تخضع لأي استثناء اتفاقي أو قضائي أو قانوني ويترتب عن تجاوزها البطلان.[20]

وإن ما يلاحظ أن هذه المهمة أي فسخ العقد وإن كانت تتم باسمه، فإنها تجرى لفائدة المقاولة وذلك بتخليصها من العقود الغير ضرورية لها، والتي تشكل مجرد عبء عليها، وفي نفس الوقت فإن السنديك نفسه يعتبر كذلك وكيل عن الدائنين للوصول إلى حقوقهم وبالتالي فالسنديك يتقمص في نفس الوقت دور الدفاع عن مصالح متعارضة، هذا دون ان ننسى المصلحة الاقتصادية العامة.

وعليه فإن نجاح السنديك في مهمته يكون رهين بمدى تمكنه من جمع أكبر قدر ممكن من المعلومات التي تهم المقاولة، وبالتالي الإحاطة بوضعيتها المالية والاقتصادية الشيء الذي سيمكنه من معرفة العقود التي سيواصل تنفيذها وتلك التي سيتم فسخها، وهذا الأمر يفرض

ضرورة توفره على كفاءة علمية وعملية إضافة إلى تمتعه بالتأهيل القانوني والمحاسبي من أجل النجاح في مهمته، وإن المؤهلات التي أشرنا إليها قلما نجدها متوفرة في السنديك الذي يزاول مهنة كتابة الضبط، لذلك غالبا ما تسند المحكمة هذه الصلاحية للغير خصوصا المحاسبين والخبراء [21].

لكن على الرغم من ذلك فإن ما يهمنا نحن في هذا الصدد هو كون أن منح الاختيار للسنديك من أجل مواصلة تنفيذ العقد أو فسخه بشكل خروجا عن القواعد العامة للاختصاص التي تسند ذلك إلى القضاء وحده.

إن هذا الخروج عن القواعد العامة اقتضته مجموعة من الاعتبارات وعلى رأسها الحالة الاقتصادية للمقاولة والتي تتطلب مزيدا من الحماية التي يرى المشرع التجاري بأن القواعد العامة لا تحقق ذلك.

بقي أن نشير في هذا الصدد أنه بالنظر إلى الدور الكبير الذي يلعبه السنديك في تحديد مصير العقود الجارية، وتفاديا لأي إخلال من طرف السنديك قد يؤدي إلى تدهور المقاولة كفسخ عقد جاري تكون المقاولة في أمس الحاجة إليه من أجل إنقاذها، فإن أي إخلال بذلك يترتب عنه مسؤولية السنديك القانونية ومن بين الاختلالات التي يمكن أن تثار في مواجهته سوء الاختيار الذي صدر عنه.

وبالإضافة إلى حق الاختيار المخول للسنديك في إطار العقود الجارية، فإن سلطة المحكمة في الاستغناء على العقود في إطار مخطط التفويت بدورها تثير إشكالا على مستوى الاختصاص في هذا الإنهاء للعقود.

وهكذا فإن العقد الجاري الذي لم يشمله التفويت، يعني بصفة ضمنية قرار المحكمة بفسخه، وبالتالي إنهاء هذا العقد، وإذا كان يمكن القول بأن هذا الفسخ ينسجم مع القواعد العامة للجهة المختصة لأنه يتقرر من طرف المحكمة ولو بصفة ضمنية، فإن هذا القول مردود على اعتبار أن القضاء لا يمكنه في إطار القواعد العامة أن يقرر الفسخ من تلقاء نفسه، وإنما يكون ذلك مرتبط بضرورة تقديم طلب من طرف المتعاقد الذي تقرر الفسخ لصالحه.

وهكذا يتبين لنا أن قواعد الاختصاص في فسخ العقود قد عرفت مجموعة من الاضطرابات في ظل الكتاب الخامس من مدونة التجارة، هذه الاضطرابات تزداد وتنخفض حدتها حسب وضعية المقاولة ونوع المسطرة التي تخضع لها.

خاتمة

يستفاد من كل ما سبق أن الأحكام العامة للفسخ كما هي متعارف عليها في إطار النظرية العامة للالتزامات سواء من حيث أسباب الفسخ وأسسه أو من حيث إجراءات تحققه، لم يعد مرغوبا فيها في ظل الكتاب الخامس من مدونة التجارة حيث رأى المشرع التجاري أن هذه المبادئ التقليدية للفسخ لا تتماشى وفلسفة نظام صعوبات المقاولة الذي يهدف إلى تحقيق الإنقاذ الممكن للمقاولة التي تشكل العمود الفقري للاقتصاد الوطني.

وإن هذا التراجع الذي عرفته مؤسسة الفسخ جاء في سياق ما عرفه العقد بصفة عامة من أزمة كبيرة على مستوى الأثار القانونية الناتجة عنه، أزمة اقتضتها المصلحة الاقتصادية العامة والتي تشكل المقاولة احدى مرتكزاتها، فمنطق القوة الملزمة للعقد كان صالحا في زمن من الازمان لكنه في زمن 20 وبداية القرن 21 لم يعد صالحا، فالمبالغة في الاعتماد على ضابط القوة الملزمة للعقد فإننا وبالضرورة سوف نحكم على المقاولة بالزوال والاندثار ونكون بدلك رجعيين في تفكيرنا مقارنتا مع التطورات الاقتصادية التي يشهدها العالم.

الهوامش:

[1] – ولقد تعددت التعاريف التي أسندت إلى الفسخ، حيث عرفه بعض الفقه على أنه جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، عبد الرزاق السنهوري الوسيط في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام الجزء الأول، مرجع سابق، ص 39.

– كما عرفه البعض الآخر بأنه حق ممنوح للمتعاقد في العقد الملزم لجانبين في أن يطلب حل الرابطة العقدية كي يتحلل هو من التزاماته فهو يدخل إلى جانب المسؤولية العقدية في نطاق الجزاء الذي يترتب على القوة الملزمة للعقد إدريس العبدلاوي، مرجع سابق، ص 697.

[2] – إيمان التيس، مؤسسة الفسخ بين ثوابت القانون المدني ومتطلبات الحياة الاقتصادية العقود الجارية في إطار نظام صعوبات المقاولة نموذجا – مجلة الأبحاث في القانون والاقتصاد والتدبير، العدد 2 دجنبر 2016، ص 145-146.

[3] – على خلاف بعض التشريعات المقارنة كالقانون المدني المصري الذي نص في مادته 159 على أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه.

[4] – قرار محكمة النقض عدد 706 المؤرخ في 29/04/2010، ملف تجاري، ع 453/3/2009/غ. م أورده معاد الخيار، خصوصيات نظام التعاقد في اجراءات معالجة صعوبات المقاولة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، جامعة الحسن الاول الدار البيضاء السنة الجامعية 2014-2015 ص 19.

[5] زهير الشرقائي، نظرية العقد بين القانون المدني ونظام صعوبات معالجة صعوبات المقاولة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، جامعة مولاي اسماعيل السنة الدراسية 2017- 2015، ص 1-6.

[6] عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الاول نظرية العقد الطبعة الخامسة، مطبعة الأمنية الرباط، 2017. الكتاب الأول، ص 415.

[7] حسنية حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل درجة الماجستر في القانون، جامعة مولود عمري، تيزي وزوو، كلية العلوم السياسية، السنة الجامعية 2010-2011، ص 86.

[8] للمزيد من التفاصيل في هده النقطة راجع عادل الغنوبي، الغير عن العقد في القانون المغربي والمقارن، اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2013-2014.

[9]– امان التيس، مرجع سابق، ص 56 و57.

[10]– زهير الشرقاني، مرجع سابق، ص 113.

[11]– امان التيس، م س ص 148.

[12]– احمد الفروجي، وضعية الدائنين في مساطر صعوبات المقاولة، دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المقارن، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة السنة 2000، ص 54.

[13]– عند تحديد المحكمة للعقود المفوتة في إطار مخطط التقويت، يتم تلقائيا التخلي عن أخرى، والمشرع المغربي لم يضع أساسا لهذا الإنهاء، فأسباب انحلال العقد في القواعد العامة، إما أن تكون مقترنة بتكوين العقد كالبطلان والإبطال وإما أن تكون طارنة بعد تكوينه كأسباب الفسخ، ويبدو جليا عدم انطباق السبب الأول

مع العقود غير المفوتة، فهذه النتيجة لم تترتب عن تخلف أحد أركان العقد أو شروطه بل تضررت لعدم تضحية العقد للمقاولة، لذلك يبقى السبب الثاني المتمثل في الفسخ هو الأقرب شيئا ما لما نحن بصدده.

[14]– جواد الذهبي شرط الاحتفاظ بالملكية في مساطر معالجة صعوبات المقاولة، الطبعة الأولى عدد 14-2014، مطبعة دار الآفاق المغربية، ص 115-116.

[15]– محمد أبو الحسن، تفويت المقاولة طحل في إطار التسوية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء السنة الجامعية 2002-2003، ص 135-136.

[16] – حسنية حمو، مرجع سابق، ص 27.

[17]– محمد العروصي، مصير العقود جارية التنفيذ في تاريخ فتح مسطرة التسوية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2004- 2005، ص 188.

[18]– إيمان التيس، مرجع سابق، ص 98.

[19]– حسنية حمو، مرجع سابق، ص 67.

[20] – إيمان التيس، مرجع سابق، ص 142.

[21] – احمد لغرمي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها، مرجع سابق، ص 231.