

آثار التنفيذ بمقابل

(دراسة مقارنة)

مع آثار الفسخ

دكتور

فريد عبد المعز فرج

أستاذ القانون المدني المساعد

بكلية الشريعة والقانون بدمهور

١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ،
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .. وبعد ،

فإن أثر الالتزام هو وجوب تنفيذه ، وهذا التنفيذ إما أن يكون تنفيذاً
عينياً ، وإما أن يكون تنفيذاً بمقابل أو تنفيذاً عن طريق التعويض . وتنفيذ
الالتزام عينياً هو الأصل ، حيث يقوم المدين بأداء عين ما التزم به عن
طواعية واختيار ، وإذا رفض المدين ذلك ، فإنه يجبر على التنفيذ العيني
إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك وهي :

- ١- وجود سند تنفيذي بيد الدائن .
 - ٢- وأن ينذر المدين لكي ينفذ التزامه مختاراً ودون جبر .
 - ٣- وأن يكون هذا التنفيذ العيني ممكناً .
- (أ) أما إذا كان هذا التنفيذ مستحيلًا لهلاك الشيء مثلاً بدون سبب
أجنبي يعد نشوء الالتزام .

(ب) أو كان هذا التنفيذ العيني مرهقاً للمدين أو ماساً بحريته .
فإن التنفيذ العيني للالتزام الأصلي لا يكون ممكناً ، ولا يكون أمام
الدائن عندئذ إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض بشرط
ألا يكون إمتناع المدين عن تنفيذ التزامه مختاراً راجعاً لسبب أجنبي لا يد
له فيه . فإذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى سبب أجنبي فإن العقد
ينفسخ ، ولا يكون هناك مجال لتنفيذه بمقابل لإنتفاء المسؤولية العقدية
إستناداً إلى هذا السبب الأجنبي الذي لا يد للمدين فيه .

وفى تنفيذ الالتزام بمقابل يقوم المدين بدفع قيمة محل الالتزام الذى لم ينفذه عينياً بسعر اليوم الذى لم يتمكن من تنفيذه فيه ، فمثلاً إذا كنا بصدد (عقد بيع) ، ولم يستطع المدين تنفيذ التزامه عينياً بتسليم الشيء المباع إلى الدائن (المشترى) لاستحقاقه للغير ، فإن هذا المدين عليه أن ينفذ التزامه هذا بمقابل وذلك بأن يدفع للدائن (المشترى) قيمة الشيء محل الاستحقاق بسعر يوم الاستحقاق ، بالإضافة إلى تعويض الدائن عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، وذلك طبقاً لنص المادتين ٢٢١ ، ٤٤٣ من القانون المدنى المصرى .

وقد يكون أحد جزاءات عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً هو فسخ العقد ، والذى يعنى إنهاء الرابطة العقدية بناء على طلب المتعاقد جزاءً لحكم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه العقدى ، إلا أنه يشترط لمطالبه الدائن المدين تنفيذ التزامه بمقابل ألا يكون قد سبقه بطلب فسخ العقد طبقاً لنص المادة ٤٤٣ مدنى .

ويتضح مما سبق أن تنفيذ الالتزام بمقابل والفسخ يكونا نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأسمى فى العقد تنفيذاً عينياً ، إلا أن أثر كل منها يختلف عن الآخر ، ففى التنفيذ بمقابل يلتزم المدين بأن يدفع للدائن قيمة محل الالتزام الذى لم ينفذه عينياً بسعر اليوم الذى استحاله عليه هذا التنفيذ العينى ، بالإضافة إلى تعويض الدائن عما لحقه من خسارة وما فقته من كسب وما تكبده من مصروفات بسبب عدم التنفيذ العينى للالتزام . أما فى حاله فسخ العقد ، فإنه يعاد المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد - (باستثناء العقود الزمنية غير محدودة المدة ، فلا ينسحب الأثر الرجعى للفسخ فيها على الماضى ، لأنه لا يمكن إعادة ما نفذ منها) .

وهذا الإختلاف فى الأثر بين تنفيذ العقد بمقابل وفسخه ، قد أوجد العديد من المشاكل فى الحياة العملية والمجال القانونى ، حيث يثور التساؤل عن مدى حرية الدائن فى الرجوع على المدين بأى من النظامين عند عدم تنفيذ هذا المدين لإلتزامه الأسمى تنفيذاً عينياً ، فهل يلجأ الدائن إلى مطالبة المدين بتنفيذ التزامه فى العقد بمقابل ، أم يلجأ إلى طلب فسخ العقد ، وهل للمدين أو للقاضى دور فى ذلك ؟ .. هذا هو موضوع بحثنا فى آثار التنفيذ بمقابل - دراسة مقارنة - مع آثار الفسخ ، لبيان أوجه الاتفاق والإختلاف بينهما ، وذلك فى ضوء الفقه والقضاء .

وتجدر الإشارة فى مجال بحثى هذا ، إلى أن موضوع هذا البحث جديد على ساحة الفقه القانونى ، ولم يسبق دراسته دراسة متعمقه .. (وإن كانت بعض كتب الفقه القانونى قد أشارت إليه إشارة عابره فى بضع سطور فقط) .

ولذلك فإننى أجتهد فى التعرض له ودراسته دراسة متعمقة ومستفيضة ، أساهم بها فى إضافة جديدة للفقه القانونى المعاصر بإذن الله ومشينته .

وأدعو الله أن يوفقتى فى ذلك ، فإن أصبت فبفضل من الله ولى أجران ، وإن أخطأت أو شاب عملى بعض القصور فمن نفسى والتمس المعذرة ولى أجر .. والله المستعان .

خطة البحث :

- بمشيئة الله وتوفيقه سوف يشمل موضوع بحثنا هذا على ما يلى :-
- فصل تمهيدى : التعريف بالتنفيذ بمقابل وبالفسخ .
 - الفصل الأول : شروط التنفيذ بمقابل وآثاره .
 - الفصل الثانى : شروط الفسخ وآثاره .
 - الفصل الثالث : مقارنة بين شروط وآثار التنفيذ بمقابل والفسخ .
 - الخاتمة وأهم نتائج البحث .



فصل تمهيدى

التعريف بالتنفيذ بمقابل والفسخ

التنفيذ بمقابل والفسخ يتحققا نتيجة لإخلال المدين بالتزامه العقدى الأصيلى ، إلا أن آثار كل منهما تختلف عن الأخرى كما سيظهر لنا من خلال هذا البحث .

وفى هذا الفصل التمهيدي ، نعرض لتعريف كل منهما فى مبحثين كما

يلى :-

المبحث الأول : التعريف بالتنفيذ بمقابل .

المبحث الثانى : التعريف بالفسخ .

المبحث الأول

التعريف بالتنفيذ بمقابل

ويكون بحثنا فى هذا المبحث على النحو التالى :

أولاً : التعريف بالتنفيذ بمقابل .

المطلب الأول : تنفيذ المدين للالتزام بمقابل مختاراً .

المطلب الثانى : التنفيذ بمقابل جبراً عن المدين .

أولاً : تعريف التنفيذ بمقابل :

إذا نشأ التزام ما ، فإتبه على المدين به أن يوفى للدائن بعين ما التزم به ، وهذا ما يسمى بالتنفيذ العينى للالتزام ، والمدين ينفذ التزامه عينياً بإختياره طبقاً للعقد المنشئ لهذا الإلتزام ، وعليه أن يعرض على الدائن القيام بهذا التنفيذ العينى ما بقى هذا التنفيذ ممكناً . أما إذا كان فى التنفيذ



العيني إرهاباً للمدين ، أو لم يكن ميسوراً له القيام به إلا ببذل نققات لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر من إجراء التخلف عن الوفاء عيناً^(١) ، أو استحالة هذا التنفيذ العيني بفعل المدين ، فإنه لا يكون أمام هذا المدين إلا تنفيذ التزامه تنفيذاً بمقابل طبقاً لنص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى .

وبجانب ما سبق فإن المادة ٣٥٠ من التقنين المدنى المصرى قد نصت على أنه : " إذا قبل الدائن فى إستيفاء حقه مقابلاً إستعاض به عن الشئى المستحق ، قام هذا مقام الوفاء " .

ومن هذا العرض السابق يتضح أن التنفيذ بمقابل يعتبر سبباً لإقضاء الالتزام ، لأن الدائن قبل لإستيفاء حقه إستبدال محل الوفاء بمحل آخر ، كأن يكون شخص مديناً لآخر بكمية من الذرة مثلاً فيتفق كل من المدين والدائن على أن يدفع المدين للدائن بمثل قيمة تلك الكمية شعيراً .. أى أن التنفيذ بمقابل يتم إذا رضى الدائن فى إستيفاء حقه شيئاً آخر غير الشئى المستحق له أصلاً أو تعويضاً طبقاً للمادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى .

وعلى ذلك يمكننا القول بأن التنفيذ بمقابل يكون بإتفاق بين الدائن والمدين على أن يوفى المدين للدائن بشئى آخر غير محل الالتزام على أن يقوم المدين بوفاء هذا الشئى فعلاً ، أو يكون بتعويض الدائن عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب لعدم التنفيذ العيني للالتزام .

فهذا الشئى الذى يوفيه المدين عوضاً للدائن عن المحل الأسمى للالتزام ، قد يكون شيئاً آخر عينياً وقد يكون نقوداً ، وهنا وإن كان الدائن لا يجبر على قبول الوفاء بشئى آخر غير المستحق أصلاً ، إلا أنه يملك قبول ما عرضه المدين من الوفاء مختاراً بشئى آخر غير المستحق أصلاً

(١) المنكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .



أو بنقود عوضاً عن محل الالتزام الأصلي الذي لم ينفذه المدين عينياً للدائن .

والتنفيذ بمقابل سواء أكان محله شيئاً آخر عينياً أو نقداً ينفذه المدين مختاراً ، وهذا ما يسمى بالوفاء وهو الأصل ، فإذا امتنع المدين عن هذا التنفيذ بمقابل مختاراً ، جاز للدائن إجباره على هذا التنفيذ بطريق غير مباشر بالجوء إلى التهديد المالي أو الإكراه البدني .

والتنفيذ بمقابل يجوز أن يكون في كل التزام أياً كان مصدره . ففى
الالتزام الناشئ عن العقد ، سواء كان التزاماً ينقل ملكية أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل ، يكون تنفيذه بمقابل إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو مستحيل بفعل المدين أو فيه إرهاق له . وتتحقق هذه الاستحالة في الإلتزام بنقل ملكية شيء معين إذا هلك هذا الشيء أو تلف كله أو بعضه أو استحق للغير كله أو بعضه كما تتحقق أيضاً في الإلتزام بعمل إذا تعدمت الوسائل اللازمة للقيام بهذا العمل أو إنقضت المدة التي كان يجب القيام به خلالها . وتتحقق كذلك في الإلتزام بالامتناع عن عمل إذا قام المدين بالعمل الممنوع . وإذا كان الإلتزام ناشئاً عن خطأ المدين وتسببه بذلك في إحداث ضرر للغير ، فإن محل التنفيذ بمقابل عندئذ غالباً ما يكون نقدياً وهذه هي المسؤولية التقصيرية ، وكذلك الحال بالنسبة للالتزامات الناشئة عن الأثراء بلا سبب ، ومضار الجوار ، وإفشاء سر المهنة ... إلخ (١) .

إذن نستطيع القول بأنه في التنفيذ بمقابل يتغير محل الالتزام إلى شيء آخر غير الشيء محل الالتزام الأصلي ، أو إلى نقود ، عوضاً للدائن عن عدم التنفيذ العيني للالتزام الأصلي ، وإذا كان محل الللتزام الأصلي

(١) قرب هذا - السهوى - ج ٢ - آثار الإلتزام - ص ١٠٧٧ .



هو دفع مبلغ من النقود ، فإن التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل يستويان ويتلاقيان .

وعلى ذلك فإن الفرق بين التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل ، أن الأول يكون بتسليم المدين للدائن عين ما التزم به فى العقد دون إخلال بذلك . أما الثانى يكون بتسليم المدين للدائن شيئاً آخر غير المحل الوارد فى العقد ، أو مبلغ نقدي بعد إخلاله بالتزامه ، وكلا الطريقتين يعتبر سبباً لأنقضاء الالتزام، وعلى المدين أن ينفذهما مختاراً ، وهذا ما يسمى بالوفاء ، وهو الأصل ، وإلا جاز للدائن أن يجبر المدين على التنفيذ فيهما إذا توافرت الشروط المطلوبة لكل من هذين الطريقتين ، كما أن الضمانات التى تكفل التنفيذ العيني تكفل كذلك تنفيذ الالتزام بمقابل (١) .

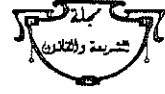
المطلب الأول

تنفيذ المدين للالتزام بمقابل مختاراً

كما سبق أن ذكرنا ، فإن التنفيذ بمقابل قد يكون باتفاق بين الدائن والمدين على أن يوفى المدين للدائن بشئى آخر غير محل الالتزام ، على أن يوفى المدين بوفاء هذا الشئى فعلاً وقد يكون بتعويضه عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة ، فالدائن هنا يقبل فى الوفاء بمقابل شئى آخر غير الشئى محل الالتزام ، أو يقبل تعويض نقدي ، وهو وإن كان لا يجبر على قبول الوفاء بشئى آخر غير المستحق أصلاً ، إلا أنه يملك أن يقبل ما

(١) د. السنهورى - المرجع السابق - فقرة ٤٥٨ - ص ١٠٧٦ - هامش رقم (١) ، د. إسماعيل غاتم

- أحكام الالتزام - فقرة ٥٩ ص ٧٩ - هامش رقم (١) .



يعرضه عليه المدين من الوفاء بشيء آخر غير المستحق أصلاً^(١) أو بالتعويض النقدي .

وتنفيذ المدين لإلتزامه بمقابل مختاراً أو وفائه للإلتزام بمقابل من النظم التي تتشابه تشابهاً كبيراً مع التجديد ، وخاصة تجديد الإلتزام بتغيير محنه ، وعلى ذلك ، فإن موضوع بحثنا في هذا المطلب يشمل فرعين كما يلي :

الفرع الأول : التمييز بين الوفاء بمقابل والتجديد .

الفرع الثاني : تكييف الوفاء بمقابل .

الفرع الأول

التمييز بين الوفاء بمقابل والتجديد

الوفاء بمقابل يعتبر سبباً من أسباب إقضاء الإلتزام ، حيث أن الدائن قد قبِل فيه إستبدال محل الإلتزام بمحل آخر . مثال ذلك : كون الشخص مديناً لآخر بكمية من الحنطة مثلاً ، فيتفق هذان الشخصان الدائن والمدين على أن يدفع الأخير للأول بمثل تلك القيمة فاكهة أو قيمتها نقداً مع تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب .

وظبقاً لنص المادة ٣٥٠ مدني - سالفه الذكر - فإن الوفاء بمقابل يعتبر مزيج من الوفاء والتجديد ، حيث أن المقابل الذي يوفى به للمدين عوضاً عن محل الإلتزام الأصلي يكون التزاماً جديداً في ذمة المدين ، وهذا هو جوهر التجديد ، وبمجرد وفاء المدين بهذا المقابل بعد الاتفاق بينه

(١) .د. عبد المنعم البدرأوى : أحكام الإلتزام - ج ٢ - ص ٣٦٢ ، د. سمير تضاغو - أحكام الإلتزام -

ص ٥٢٥ ، د. جميل الشرفاوى - أحكام الإلتزام - ج ٢ - ص ٢٩٥ .



وبين الدائن ينقضى الالتزام القديم ، وعلى ذلك فإن الوفاء بمقابل يكون بإستبدال محل الالتزام عن تراضى بين الدائن والمدين .

وفى هذا الإطار ، فإنه يثور التساؤل عن محل الاستبدال وكيفية حدوثه ، وهو ما سنجيب عليه فيما يلى :-

أولاً : محل الاستبدال :

الوفاء بمقابل هو تنفيذ لمحل الالتزام بعوض يختلف عن المحل الأصلي الذى كان يلتزم به المدين ، وبالعوض الذى يتم الوفاء به ينقضى الالتزام وتبرأ ذمة المدين ، وهذا العوض الذى يتم الوفاء به هو التزام جديد ينشأ فى ذمة المدين .

ومن ذلك يتضح أن الوفاء بمقابل والتجديد يمتزجان ، حيث أنه فى الوفاء بمقابل ينقضى الالتزام القديم بمجرد الإتيان بين الدائن والمدين ، ويتم الوفاء بالعوض المقابل الذى يكون إلتزاماً جديداً فى ذمة المدين ، وهذا هو جوهر التجديد .

والوفاء بمقابل قد يتم فى مجلس العقد أى على الفور ، وهو فى هذا يختلف عن التجديد الذى يترأخى الوفاء به ، كما أنه فى الوفاء بمقابل قد يتم الوفاء بالعوض المقابل فى غير مجلس العقد ، وبذلك ينشأ التزام جديد بالوفاء بهذا العوض ، ويكون ذلك تجديداً للالتزام .

والفرق الجوهرى بين الوفاء بمقابل وتجديد الدين ، أنه فى الوفاء بمقابل يتفق الدائن والمدين على أن يكون المقابل الذى يستوفيه الدائن عوضاً عن الأداء المستحق أصلاً عبارة عن نقل ملكية شئى أو إنشاء حق عينى آخر فى مقابل الدين (١) .

(١) د. عبد المنعم البدرأوى - النظرية العامة للالتزامات - ج ٢ - ص ٣٦٣ .



أما في تجديد الدين فينتفق الدائن والمدين على القيام بعمل بدلاً من سداد القرض الذي اقترضه من الدائن ، أو تقديمه لدين له في ذمة الغير عوضاً له عن سداد هذا القرض .

وهنا يتغير محل الدين إلى عمل أو إلى دين له في ذمة الغير ، وليس لنقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني آخر ، كما هو الحال في الوفاء بمقابل.

وعلى ذلك فإن الوفاء بمقابل وتجديد الدين يتفقان في إستبدال محل الالتزام في كل منهما إلا أن هذا المحل في الوفاء بمقابل بتغير بنقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني آخر ، أما في تجديد الدين فيتغير المحل إلى العمل أو إلى دين آخر لدى الغير .

ثانياً : كيفية استبدال المحل :

في الوفاء بمقابل يتفق كل من الدائن والمدين على إستبدال محل الالتزام بالمحل الجديد الذي يقدمه المدين ويقبله الدائن ويرضى به عوضاً عن المحل الأصلي فينقضى الالتزام فوراً وتنتهي علاقتهما بشأن هذا الالتزام.

أما في التجديد فلا تكون أمام وفاء فوري لمحل الالتزام الجديد ، وإنما تكون أما إتفاق بين الدائن والمدين على إستبدال المحل الأصلي بمحل جديد للالتزام بحيث يحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم ويتراخى تنفيذه ولا ينفذ فوراً كما في الوفاء بمقابل .

وعلى ذلك فإنه يمكننا القول بأن الوفاء بمقابل له طبيعة مزدوجة ، حيث أنه يؤدي إلى إنقضاء الالتزام الذي يكون في ذمة المدين ، كما يؤدي أيضاً إلى تجديد محل الالتزام الذي يكون عوضاً عن المحل الأول ، والذي



يطلق عليه الاستبدال أى استبدال محل الالتزام الأصلي بمحل آخر جديد أو حلول الالتزام الجديد محل الالتزام القديم ، وإذا قام المدين بالوفاء بالالتزام الجديد على الفور أى فور الاتفاق بينة وبين الدائن على ذلك ، فإن هذا يسمى بالوفاء بمقابل . وإذا تراخى الوفاء بالالتزام الجديد فعندئذ تكون بصدد تجديد لمحل الالتزام .

الفرع الثانى

تكييف الوفاء بمقابل

اختلف فقهاء القانون إلى عدة اتجاهات بشأن مسأله التكييف القانونى للوفاء بمقابل ، وقد إتحصر هذا الخلاف فى الاتجاهات التالية :-
الاتجاه الأول : الوفاء بمقابل تجديد للالتزام بتغيير المحل :

ومضمون هذا الاتجاه أن الوفاء بمقابل هو عبارة عن إتساق بين الدائن والمدين على تغيير المحل الأصلي للالتزام بمحل آخر جديد . وهذا ما يسمى بالتجديد ، ويترتب على تلك العملية إنقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد حينما يرضى الدائن بذلك ، وعندئذ يجب على المدين الوفاء بهذا الالتزام الجديد والذي يتم بتقديم المقابل المتفق عليه بدلاً للمحل الأصلي للالتزام (١) .

وبإنقضاء الالتزام الأصلي تنقضى معه تأميناته ، والتي قد يقررها المدين ضماناً للوفاء بالالتزام الجديد أو يقرر لهذا الالتزام الجديد تأمينات أخرى تضمن الوفاء به أو لا يقرر أى ضمانات . ومحل الالتزام الجديد يكون دائماً نقل ملكية أو تقرير حق عيني .

(١) د. السهورى - الوسيط - ص ٣ - ص ٨٠٣ ، د. عبد المنعم البدرأوى - مصادر الالتزام - ج ٢ -

ص ٣٦٢ ، د. سمير تناغو - نظرية الالتزام ص ٥٢٥ .

ويتضح من ذلك أن الدين الأصلي ينقضى بالتجديد لا بالوفاء ، ففى حين أن الدين الجديد ينقضى بالوفاء . كما يتضح أيضاً أن الوفاء بمقابل يجمع بين الوفاء ونقل الملكية (١) ، وغالباً لا يتم الوفاء بالمقابل فوراً بل قد يتأجل ذلك ، ويترتب على ذلك أنه إذا إستحق الشئ الذى تم الوفاء به بناء على الالتزام الجديد ، فإنه لا يجوز للدائن مطالبة المدين بالالتزام القديم أو الاستفادة من التأمينات التى كانت ضامنة له وذلك لإنقضاء هذا الالتزام القديم والتأمينات العينية أو الشخصية التى كانت ضامنة له .
نقد هذا الاتجاه :

هذا الاتجاه قد إنتقد على أساس وجود إختلافاً كبيراً بين التجديد والوفاء بمقابل ففى التجديد ينقضى الالتزام الأصلي وينشئ التزام آخر جديد محله ، والوفاء بهذا الالتزام الجديد يصبح متعيناً على المدين . أما فى الوفاء بمقابل يلزم بجانب رضاء الدائن بالمقابل الجديد والتزام المدين بتقديم هذا المقابل ، أن يتم نقل هذا المقابل إلى ملكية الدائن وحيازته له فعلاً بحصوله عليه ، أى أنه فى الوفاء بمقابل يلزم أداء المدين لهذا المقابل وقت إتفاقه مع الدائن على هذا المقابل مباشرة أى ينقل إليه ملكية هذا المقابل ويسلمه له ، وهذا يختلف عن التجديد الذى لا يلزم فيه الوفاء بالالتزام الجديد فى الحال ، بل يكتفى بالتزام المدين به والوفاء به حينما يحل أجله (٢) .

الاتجاه الثانى : الوفاء بمقابل بيع تعقبه مقاصة :

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن المدين يتفق مع الدائن على العوض الذى يوفى به إليه فى مقابل الثمن الذى يؤديه الدائن إليه . فالدائن يشتري

(١) د. عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - ص ٣٦٥ .

(٢) د. عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - ص ٣٦٣ ، د. رضا وهدان - تجديد الالتزام - ١٩٩٢م - ص ١٥٨ .



هذا المقابل بالثمن الذي يؤديه إلى المدين ، وبذلك تحدث مقاصة قانونية ما بين هذا المقابل والثمن ، ويكون المدين ملتزماً بنقل ملكية المقابل إلى الدائن بناء على ذلك (١) .

وفي هذا الشأن تقرر محكمة النقض : " أن الوفاء بالدين بغير النقد هو في حقيقته بيع إذ تتوافر فيه جميع أحكامه وهي الرضا والشئ المبيع والثمن ، فالشئ الذي أعطى للوفاء يقوم مقام المبيع والمبلغ الذي أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذي يتم دفعه في هذه الحالة بطريق المقاصة ، ومن ثم يجب أن يسرى على هذا النوع من الوفاء جميع أحكام القانون المقررة للبيع (٢) " .

ومن ذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه تسرى على الوفاء بمقابل طبقاً لهذا الرأي أحكام البيع خاصة ما يتعلق بأهلية الدائن والمدين وضمن العيوب الخفية ، كما يسرى عليه أحكام الوفاء كتعيين جهة الدفع وإنقضاء التأمينات (٣) .

نقد هذا الاتجاه :

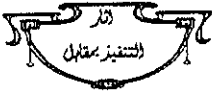
وقد إنتقد هذا الاتجاه من ثلاثة وجوه :

الأول : أن البيع عقد قائم بذاته ، في حين أن الوفاء بمقابل يفترض وجود التزام سابق .

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٣ - ص ٨٠٢ .

(٢) انظر في ذلك - أنور طلبه - التعليق على نصوص القانون المدني - ج ١ - ص ٤٤٨ - نقص مدني في ١٩٤٤/٥/١٨ .

(٣) أنور العمروسي - التعليق على نصوص القانون المدني - ص ١٠٠٥ وما بعدها .



الثانى : أن هذا الاتجاه يقف بالوفاء بمقابل عند إتمام صفقة البيع ، ولا يستلزم أن تنتقل الملكية فعلاً إلى الدائن من المدين ، فى حين أن الوفاء بمقابل لا يتم إلا إذا إنتقلت الملكية إلى الدائن وقام المدين بأدائه إليه فى الحال .

الثالث : أنه فى البيع عيناً ينعدم ركن الثمن النقدى الحقيقى وهو أساس فى البيع ، وإذا تم الاكتفاء بمرحلة البيع ، فإنه يكون فى الحقيقة تجديد بتغيير محل الدين (١) .

الاتجاه الثالث : الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية :

ويرى أصحاب هذا الرأى أن الوفاء بمقابل هو عمل مركب من التجديد والوفاء يمتزج فيه كل من عناصر النظامين وأحكامهما . ذلك أن الوفاء بمقابل هو تجديد بتغيير المحل وفيه يتفق الدائن والمدين على إستبدال المحل الأسمى بمحل جديد هو المقابل ، ويترتب على هذا التجديد إنقضاء الالتزام الأسمى وتأميناته العينية أو الشخصية ، وعندئذ يلتزم المدين بنقل ملكية المقابل الذى إستبدل عن المحل الأسمى للدين . وعليه أن ينقل ملكيته حالاً إلى الدائن ، وبذلك يتم الوفاء بمقابل . ويتضح من ذلك أن الالتزام بنقل ملكية المقابل من قبل المدين فيه أولاً معنى الوفاء لأن الدين الجديد يتم الوفاء به وينقضى بذلك الالتزام الأسمى ، كما أنه ثانياً ينقل ملكية المقابل إلى الدائن .

ويضيف القائلين بهذا الرأى : أن هذا التكييف يبرر تطبيق أحكام الوفاء وأحكام البيع على الوفاء بمقابل ، بجانب معنى التجديد الذى يتم فى

(١) السنهورى - الوسيط - ج٣ - ص ٩٤٣ .



البداية ، وأن الوفاء بمقابل تصرف قانونى مركب يتضمن تجديد ونقل ملكية ووفاء ، ففي نقل ملكية المقابل تطبق أحكام البيع ، وفي إبراء ذمة المدين من الدين تطبق أحكام الوفاء ، وفي إستبدال الالتزام الأصيل بالمقابل تجديد يعقبه الوفاء مباشرة (١) .

نقد هذا الاتجاه :

هذا الاتجاه هو الراجح من وجهة نظرنا لأن الوفاء بمقابل يتضمن أولاً تجديد محل الالتزام حيث يتفق الدائن والمدين على استبدال الالتزام القديم بالترام جديد يقوم مقامه (٢) وكذلك يتضمن الوفاء بمقابل نقل ملكية الشيء المقابل الجديد والوفاء به بعد الاتفاق بين الدائن والمدين على هذا الاستبدال لمحل الالتزام . كذلك فإن هذا التكيف هو الغالب فى الفقه القانونى المعاصر (٣) ويساير النصوص التشريعية .

الاتجاه الرابع : الوفاء بمقابل عقد خاص (٤) :

ويرى أصحاب هذا رأى أن الوفاء بمقابل عقد خاص الغرض منه تمليك عين فى مقابل دين ، وهذا العقد يترتب عليه نقل ملكية المقابل

(١) السنهورى - الوسيط - ج٣ - ص ٨٠٥ ، د. فتحى عبد الرحيم - نظرية الالتزامات - ص ٣٦٩ ، د. عبد المنعم البدرأوى - السابق - ج٢ - ص ٣٦٧ ، د. رضا وهدان - السابق - ص ٦٠ ، مجموعة الأعمال التحضيرية - ج٣ - ص ٢٣٤ - ٢٣٧ .

(٢) فى هذا الشأن تقرر محكمة النقض المصرية أن : " التجديد يستلزم وجود التزام سابق يقوم عليه التجديد فيقضىه ، ويقام الترام جديد هو الذى يقع عليه التجديد فينشئة ، والتجديد لايفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف " . نقض مننى فى ١٩٨٩/١/٢٩ الطعن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥٦ ق . الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ إنشائها وحتى عام ٢٠٠٥م - ج٣ .

(٣) السنهورى - الوسيط - ج٣ - ص ٨٠٥ ، د. فتحى عبد الرحيم - نظرية الالتزامات - ص ٣٦٩ ، د. عبد المنعم البدرأوى - السابق - ج٢ - ص ٣٦٧ ، د. رضا وهدان - السابق - ص ٦٠ ، مجموعة الأعمال التحضيرية - ج٣ - ص ٢٣٤ - ٢٣٧ .

(٤) د. عبد المنعم البدرأوى - السابق - ص ٣٦٧ ، د. فتحى عبد الرحيم - السابق - ص ٣٦٩ وما بعدها .



للدائن وإنقضاء دين المدين ، وبالتالي ليس هناك حاجة للاستعانة بفكرة البيع والمقاصة أو التجديد لتكثيف الوفاء بمقابل .

ويضيف أصحاب هذا الرأي: أن إعتبار هذا العقد من عقود التملك بعوض كاف بذاته لإتطابق بعض قواعد البيع عليه ، لأن أحكام البيع قد تضمنت الأحكام العامة للعقود الناقلة للملكية ، ولأن القاعدة في العقود غير المسماة تقضى بإخضاعها لأحكام العقود المسماة التى تشاركها فى خصائصها الجوهرية ، وهذا العقد غير مسمى . ويستدل أصحاب هذا الرأي على رأيهم بنص المادة ٣٥١ من التقنين المدنى المصرى التى تنص على أنه: " يسرى على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أعطى فى مقابلته الدين أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية " .

نقد هذا الاتجاه :

من وجهة نظرنا فإنه يتضح من فحص هذا الاتجاه أنه لا يخرج عن كونه صورته معدله مما قال به أصحاب الاتجاه الثالث ، إلا أنه يجعل من الوفاء بمقابل عقداً غير مسمى ، وهو ليس كذلك لأن نصوص القانون المدنى قد أسمته ونصت عليه فى الفصل الثانى من الباب الخامس والخاص بإتقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء (١- الوفاء بمقابل) . كما أن الوفاء بمقابل طبقاً لهذا الاتجاه هو تملك للمقابل ينقضى به التزام المدين ، ويسرى عليه فى هذا الشأن أحكام البيع طبقاً لنص المادة ٣٥١ مدنى ، وهذا لا يعنى أنه عقد غير مسمى كما يقرر أصحاب هذا الاتجاه ، بل هو إتفاق بين الدائن والمدين ينقضى تبعاً له الدين الذى كان قائماً فى ذمه المدين .



تعقيب :

من العرض السابق للاتجاهات الفقهية المختلفة حول تكييف الوفاء بمقابل نرى أن الوفاء بمقابل هو تجديد للالتزام بتغيير محل الدين ووفاء بالالتزام الجديد (١) ، وذلك لتوافر عناصر التجديد فيه وهى :

- ١ - إستبدال محل الالتزام الأصيل بمحل جديد مقابل له .
- ٢ - يترتب على هذا الاستبدال إتقضاء الالتزام الأصيل بتأميناته سواء أكانت تأمينات عينية أو كانت تأمينات شخصية .

كما أن هذا الوفاء بمقابل يكون بنقل ملكية المقابل إلى الدائن فور الاتفاق على استبدال الالتزام الأصيل بالمقابل ، أما إذا تراخى نقل ملكية المقابل الجديد إلى الدائن ، فإتنا عندئذ نكون بصدد تجديد للالتزام .

وهذا الرأى من وجهة نظرنا يساير النصوص التشريعية للتفتين المدنى المصرى ويتفق مع ما ذهب إليه أصحاب الإتجاه الثالث من أن الوفاء بمقابل هو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، وهو ما نرجحه ونتفق معه فى الرأى .

المطلب الثانى

التنفيذ بمقابل جبراً عن المدين

تنفيذ المدين لإلتزامه بالوفاء بمقابل بعد إتفاقه مع الدائن على ذلك ، يجب أن يكون حالاً وفوراً ، فعلى المدين أن يبادر بنقل ملكية هذا المقابل إلى الدائن (كما سبق بيانه) ، لكن قد يحدث ألا يقوم المدين بذلك ، وهنبا

(١) فى هذا الشأن ذكرت مذكره المشروع التمهيدى للقانون المدنى : " أنه ينشأ عن الوفاء بمقابل التزام جديد يحل محل الدين القديم ، وهذا الإلتزام هو الذى ينقضى بالوفاء فور الوقت عن طريق إتتقال حق الملك فى ذلك العوض ، فالاعتياض والحال هذه ليس إلا تجديداً يتبع بالوفاء بالالتزام الجديد على الفور " . مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ - ص ٢٣٧ .



يثار التساؤل عما إذا كان للدائن أن يجبره على تنفيذ التزامه عندئذ ينقل ملكية هذا المقابل إليه ؟ .

وللإجابة عن هذا التساؤل فإنه يمكننا القول بأن المقابل الذى يتفق الدائن والمدين على أن يوفى به المدين إلى الدائن يكون عوضاً عن الالتزام الأسمى ، فما يسرى على هذا الالتزام الأسمى من قواعد للوفاء به ، يسرى كذلك على هذا المقابل فكلاهما التزاماً مدنياً إذا لم يوف به المدين عن طواعيه وإختيار ، جاز إجباره على الوفاء به ، ذلك أن أثر وجود الالتزام هو وجوب تنفيذه ، فيدعى المدين إلى تنفيذه إختياراً . وإذا إمتنع المدين عن التنفيذ إختياراً أجبر على التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض حسب الأحوال . (١)

وما يهمننا فى بحثنا هذا هو التنفيذ بالمقابل الذى ينفذه الدائن جبراً عن المدين إن هو إمتنع عن هذا التنفيذ إختياراً . وهذا التنفيذ الجبرى لهذا الالتزام عندئذ يكون طبقاً لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدنى المصرى والتى تنص فى فقرتها الأولى على أنه : " ينفذ الالتزام جبراً عن المدين " . والتنفيذ بمقابل جبراً عن المدين يستلزم أن يكون لدى الدائن سند تنفيذى بحقه ، وعندئذ يستطيع هذا الدائن أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه قهراً عنه إن هو إمتنع عن أداء هذا الالتزام طوعاً ، وهنا يثار التساؤل عن كيفية هذا التنفيذ بمقابل ووسائله .

ولذا فإننا نقسم بحثنا فى هذا المطلب إلى فرعين كما يلى :

الفرع الأول : كيفية التنفيذ بمقابل .

الفرع الثانى : وسائل التنفيذ بمقابل جبراً عن المدين .

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٨/١/٥ - الطعن رقم ١٣٩٩ لسنة ٥٤ق - الموسوعة السابق الإشارة إليها -

ج٣ ، نقض مدنى فى ٢٠٠١/٦/٢٤ - الطعن رقم ١٢٢٨ لسنة ٦٧ق - الموسوعة السابق

الإشارة إليها - ج٣



الفرع الأول

كيفية التنفيذ بمقابل

يختلف تنفيذ الالتزام بمقابل بحسب ما إذا كان محل هذا الالتزام شيئاً معين بالذات يملكه المدين ، أو كان هذا المحل شيئاً معيناً بنوعه فقط ، أو كان تعويضاً نقدياً .

تنفيذ الالتزام بمقابل معين بالذات (١) :

تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري على أنه : " الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " .

ويتضح من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عينى سواء كان هذا الحق العينى حق ملكية أو كان حقاً عينياً آخر كحق إنتفاع أو إرتفاق مثلاً ، يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، حيث ينتقل الحق العينى إلى الدائن بحكم القانون إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه المدين .

وعلى ذلك فإذا كان المقابل الذى يتفق عليه الدائن والمدين للوفاء عوضاً عن الالتزام الأصيل شيئاً معيناً بالذات ، فإن هذا الحق ينتقل إلى الدائن بحكم القانون .

(١) إنظر فى هذا الموضوع : د. السنهورى - الوسيط - ج٢ - ص ١٠٠٤ وما بعدها ، د. عبد المنعم البدرأوى - النظرية العامة للالتزامات - ج٢ - ص ٣١ وما بعدها ، د. لبيب شنب - نظرية الالتزام - ص ١٩١ وما بعدها ، د. رأفت حماد - أحكام الالتزام - ج٢ - ص ١١ وما بعدها ، د. إسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - ج٢ - ص ٣ وما بعدها ، د. محمد عمران - آثار الالتزام - ص ١٥ وما بعدها ، د. عبد الرزاق فرج - أحكام الالتزام - ص ١٥ وما بعدها ، د. جمال زكى - نظرية الالتزام - ج٢ - بند ٣٧٤ .

وهذا الشيء المقابل قد يكون منقولاً ، وقد يكون عقاراً :

فإذا كان هذا المقابل منقولاً مملوكاً للمدين : إعتبر الالتزام به منقذاً بمجرد نشوئه وبقوة القانون . أى أنه إذا كان الشيء المقابل فى الالتزام بالوفاء بمقابل منقولاً معيناً بالذات مملوكاً للمدين ، فإن هذا الشيء تنتقل ملكيته إلى الدائن بقوة القانون وفور تمام الاتفاق على هذا المقابل بين الدائن والمدين . ولا يشترط القانون أى شرط خاص لانتقال ملكية هذا الحق حينئذ ، حتى ولا التسليم أو نحوه (١) .

ويتضح من ذلك أن الالتزام بنقل ملكية المقابل فى الالتزام بالوفاء بمقابل إذا كان هذا الشيء المقابل منقولاً معيناً بالذات ينفذ تلقائياً وبقوة القانون ، ويتعين بعد ذلك مطالبه الدائن للمدين بتسليم هذا المنقول . وهذا الالتزام بتسليم هذا المقابل عندئذ هو التزام يعمل يمكن تنفيذه جبراً عن المدين ، حيث أن الالتزام بإعطاء يتضمن دائماً التزام المدين بالمحافظة على الشيء وتسليمه طبقاً لما تقرره المادة ٢٠٦ من التقنين المدنى فى هذا الشأن حيث تنص على أن : " الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم " .

أما إذا كان المقابل منقولاً معيناً بالنوع فقط ، ككمية من القمح أو الذرة مثلاً ، فإن ملكية هذا المقابل لا تنتقل إلى الدائن بمجرد الاتفاق على هذا المقابل بينه وبين المدين ، بل يلزم إفراز هذا الشيء المقابل ... ويكون ذلك طبقاً لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى المصرى والتي تنص على أنه :

١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء " .

(١) د. السنهورى - السابق - ص ١٠٠٧ ، د. البدرائى - السابق - ص ٣١ .

٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد إستئذان القاضى أو دون إستئذاته فى حالة الإستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ ، من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض " .

ويتضح من هذا النص أنه إذا كان المقابل هو إلتزام بإعطاء ورد على منقول لم يعين إلا بنوعه فقط ، فإن ملكيته لا تنتقل فور الإلتحاق إلى الدائن ، بل لابد من قيام المدين بإفراز هذا الحق حتى تنتقل ملكيته إلى الدائن ، ذلك أن الملكية والحقوق العينية لا ترد إلا على شئ مادي معين ومحدد بذاته ، وعلى ذلك لا يمكن أن ترد على شئ معين بنوعه فقط ، وهذا التحديد أو التعيين بالذات يتم بالإفراز وعملية الإفراز عملية مادية يمكن القيام بها جبراً عن المدين ، إذا لم يقم بها بإختياره . ويكون تنفيذ هذه جبراً عليه عن طريق حصول الدائن على شئ من النوع ذاته من الأسواق على نفقة المدين ، بعد إستئذان القاضى أو دون إستئذاته فى حالة الاستعجال . فإذا كان الدين الأصلى مبلغ من النقود ، وإتفق الدائن والمدين على إستبداله بكمية من القمح، ثم إمتنع المدين عن توريد تلك الكمية المعينة والمحدد نوعها إلى الدائن، فإنه يجوز للدائن عندئذ أن يحصل على إذن من القاضى بالحصول على هذا المقابل من السوق على نفقة المدين ، وإذا كان الأمر لا يحتمل الانتظار لرفع دعوى للحصول على إذن القاضى بذلك ، أى كان الأمر ينطوى على إستعجال لحصول الدائن على هذا المقابل، فإنه يكون له الحصول على هذا المقابل من السوق دون رفع دعوى .



وإذا كان المقابل عقاراً :

فإن الملكية أو الحق العيني لا تنتقل بمجرد إتفاق الدائن والمدين على هذا المقابل ، بل لابد من القيام بإجراء معين لنقل الملكية أو الحق العيني . وهذا الإجراء هو شهر هذا الاتفاق بتسجيله أو قيده في سجلات الشهر العقارى .

فإذا إمتنع المدين عن المساهمة مع الدائن فى تسجيل إنتقال ملكية العقار إليه ، كان للدائن أن يلجأ إلى القضاء ويطلب التنفيذ العيني لإلتزام المدين بهذا المقابل العقارى جبراً عنه (١) .

فإذا كان المقابل فى الإلتزام بالوفاء بمقابل عبارة عن قطعة أرض مثلاً فإن ملكية هذه الأرض لا تنتقل إلى الدائن بمجرد إتفاقه مع المدين على هذا المقابل بل يلزم لذلك تسجيل إتفاقها فى الشهر العقارى ، ذلك أن الملكية لا تنتقل فى العقارات إلا بالتسجيل ، فإذا إمتنع المدين عن المساهمة مع الدائن فى إجراء هذا التسجيل ومعاونته فيه وذلك بتسليمه كافة الأوراق والمستندات التى تدل على ملكيته لقطعة الأرض هذه والمصادقة على توقيعه على هذا الاتفاق ، فإنه يكون للدائن عندئذ أن يلجأ إلى القضاء ويطلب التنفيذ العيني بإلزام المدين بنقل ملكية هذا المقابل العقارى جبراً عنه والحكم الصادر فى هذه الدعوى يقوم مقام الاتفاق المصدق عليه ، فإذا سجله الدائن إنتقلت إليه الملكية للعقار تنفيذاً للإلتزام بالوفاء بمقابل (١) .

(١) د. السنهورى - السابق - ص ١٠٠٨ وما بعدها ، د. البدروى - السابق - ص ٣٣ .

(٢) السنهورى - السابق - ص ٢ - ص ١٠٠٤ وما بعدها ، د. لبيب شنب - السابق - ص ١٩١ وما

بعدها ، د. إسماعيل غاتم - السابق - ص ٣ وما بعدها .



وإذا كان المقابل تعويضاً نقدياً :

فإن على المدين أن ينفذ التزامه بدفع هذا المقابل النقدي للدائن لتعويضه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب^(١) (طبقاً لنص المادتين ٤٤٣، ٤٤٤ مدني) - بسبب عدم تنفيذ المدين لإلتزامه العيني .

الفرع الثاني

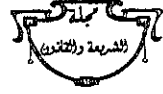
وسائل التنفيذ بمقابل جبراً عن المدين

التنفيذ العيني للالتزام الأصل فيه أن ينفذه المدين عن طواعيه وإختيار، وهذا هو الوفاء . وتطبيقاً لذلك فإنه إذا إتفق الدائن والمدين على مقابل عيني للالتزام الأصلي فعلى المدين أن يوفى بهذا المقابل للدائن عن طواعيه وإختيار . أما إذا إمتنع المدين عن أداء المقابل المتفق عليه إلى الدائن ، فإنه يكون لهذا الدائن أن يلجأ إلى التنفيذ العيني جبراً عن المدين . وهذا التنفيذ العيني الجبري يكون بعده وسائل هي :

الوسيلة الأولى : وفيها تقوم السلطة العامة على إجبار المدين على تنفيذ التزامه^(٢) فإذا كان بحوزة الدائن سند تنفيذي بحقه في إقتضاء المقابل في الإلتزام بالوفاء بمقابل ، وإمتنع المدين عن أداء هذا المقابل مختاراً ، فإن الدائن يستطيع أن يكلف أحد المحضرين (وهو من أعوان السلطة العامة) لإجبار المدين على التنفيذ جبراً ، وذلك بإجباره على تسليم الشيء المقابل للدائن .

(١) نقض مدني في ١٨/٤/١٩٧٨ - الطعن رقم ٣٢٩ لسنة ٤٥ ق - الموسوعة السابق الإشارة إليها ص ٥٧٦ .

(٢) نقض مدني في ١/٥/١٩٨٨ - الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٥٤ ق - الموسوعة السابق الإشارة إليها ص ٥٤٦ .



الوسيلة الثانية : وفيها يقوم الدائن بنفسه بتنفيذ الالتزام على نفقه المدين^(١) وذلك إذا كان تدخل هذا المدين غير ضرورى فى هذا التنفيذ ، أو كان فى إمكانه تنفيذه ولكنه لم يقم بهذا التنفيذ ، فعندئذ يجوز للدائن أن يقوم بتنفيذ الالتزام وذلك بحصوله على هذا المقابل على نفقه المدين - كما سبق أن ذكرنا - ويرجع بعد ذلك إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه إن كان لذلك مقتضى .

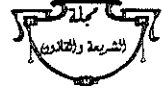
الوسيلة الثالثة : وهى قيام حكم القاضى مقام التنفيذ العينى إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك^(٢) ، وذلك كالحكم الصادر فى دعوى المصادقة على الاتفاق بين الدائن والمدين على المقابل فى الالتزام بالوفاء بمقابل ، والذى ينقل ملكية هذا المقابل إلى الدائن جبراً عن المدين إذا سجله الدائن بالشهر العقارى . (كما سبق أن وضحنا) .

الوسيلة الرابعة : وفيها تنتقل ملكية المقابل إلى الدائن بحكم القانون - كما رأينا سابقاً - وذلك فى حالة ما إذا كان المقابل شيئاً معيناً بالذات يملكه المدين^(٣) .

(١) نقض مدنى فى ٢٥/٤/١٩٦٣ - الطعن رقم ٤٥ لسنة ٢٨ ق - الموسوعة السابق الإشارة إليها ج٣-ص ٥٤٤ .

(٢) نقض مدنى فى ٤/٢/١٩٨٨ - الطعن رقم ١٣٧٥ لسنة ٦٦ ق - الموسوعة السابق الإشارة إليها - ج٣ص ٥٤٤ .

(٣) نقض مدنى فى ١٢/٤/١٩٨٠ - الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٩ ق - الموسوعة السابق الإشارة إليها ج٥ - ص ٢٣٣ .



الوسيلة الخامسة : وهى تهديد المدين بما يسمى الغرامة التهديدية أو التهديد المالى ، وهذه الوسيلة نصت عليها المادة ٢١٣ من التقنين المدنى والتي تقرر أنه :

١- إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية إن إمتنع عن ذلك .

٢- وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإجراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة .

ويتضح من هذا النص أن الغرامة التهديدية أو التهديد المالى هى وسيلة تهدف إلى الضغط على إرادة المدين وتدفعه إلى تنفيذ التزامه عيناً . وتطبيقاً لذلك فإنه إذا إمتنع المدين عن أداء المقابل فى الالتزام بالوفاء بمقابل إلى الدائن ، فهذا الدائن أن يحصل على حكم من القضاء بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية إن هو إمتنع عن هذا التنفيذ .

ويقتضى بحثنا لهذه الوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ العينى الجبرى لما التزم به فى الوفاء بمقابل أن نبين ماهية هذه الغرامة التهديدية وشروطها وخصائصها حتى نكون على بينة تامة بهذه الوسيلة التى يلجأ إليها القضاء كنص المادة ٢١٣ مدنى لإجبار المدين على تنفيذ التزامه المقابل عيناً .

أولاً : ماهية الغرامة التهديدية :

يتضح من نص المادة ٢١٣ مدنى أن الغرامة التهديدية هى عبارة عن مبلغ من النقود يحكم به على المدين بناء على طلب الدائن إذا لم يف



بالتزامه في موعد معين ، وهذا المبلغ إما أن يتحدد بقدر ثابت أو على أساس كل وحدة زمنية تنقضى دون أن ينفذ المدين لإلتزامه .

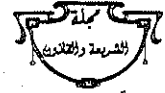
والغرض من الحكم بالغرامة التهديدية هو الضغط على إرادة المدين ، وحمله على تنفيذ التزامه عيناً ، فهي ليست عقوبة ، وليس فيها معنى التعويض عن الضرر ، وإنما تهدف إلى إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً .

وفي هذا الشأن تقرر محكمة النقض المصرية بأن : " الغرامة التهديدية كما يدل عليها إسمها وتقتضيه طبيعتها هي كالإكراه البدني - ليس فيها معنى من المعاني الملحوظة في العقوبة ، كما أنه ليس فيها معنى التعويض عن الضرر وإنما الغرض منها هو إجبار المدين على تنفيذ التزامه على الوجه الأكمل وهي لا تدور مع الضرر وجوداً وعدمأ ولا يعتبر التجاوز عنها في حد ذاته تجاوزاً بالضرورة عن ضرر حاصل أو تنازلاً عن تعويض الضرر بعد إستحقاقه إذا اقتضى عدم التمسك بها دواعي العدالة أو دوافع المصلحة^(١) " .

كما أوردت المذكرة التحضيرية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى بأن: " الغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يقضى بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة معينة من الزمن ، أو عن كل إخلال يرد على الإلتزام ، ويقصد من هذه الغرامة إلى التغلب على ممانعة المدين المتخلف ، ولهذا أجاز للقاضى أن يزيد فيها إزاء تلك الممانعة كلما أس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود " ^(٢) .

(١) نقص مدنى فى ١٣/١٠/١٩٦٩ - م نقض ج - ٢٠ - ١٠٥٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج٢ - ص ٥٤٠ .



ثانياً : شروط الغرامة التهديدية (١) :

يشترط للحكم على المدين بوسيلة التهديد المالى أو الغرامة التهديدية عدة شروط تستخلص من نص المادة ٢١٣ مدنى وهى كما يلى :

١- أن يكون التنفيذ العينى ممكنا :

ففى التنفيذ بمقابل إذا إتفق الدائن والمدين على أن يقوم الأخير بأداء مقابل إلى الدائن بدلاً من الالتزام الأسمى ، فعلى المدين أن يوفى هذا الالتزام الجديد مختاراً وإذا إمتنع عن ذلك ، فإنه يجوز للدائن أن يلجأ إلى القضاء ويطلب الحكم على المدين بغرامة تهديدية لحمله على تنفيذ التزامه. ويشترط للحكم بهذه الغرامة التهديدية أن يكون هذا التنفيذ للالتزام المقابل ممكنا أما إذا كان تنفيذ هذا الالتزام المقابل غير ممكن أو مستحيل ، كأن يهلك الشيء محل هذا الالتزام ، عندئذ لا يكون هناك محلاً للحكم بهذا التهديد المالى ، لأن الغرض منه هو حمل المدين على هذا التنفيذ الذى أصبح غير ممكن أو مستحيل سواء أكانت هذه الاستحالة بخطأ المدين أو بسبب أجنبى ولا يكون أمام الدائن فى حالة الاستحالة بخطأ المدين إلا التنفيذ عن طريق التعويض .

٢- أن يكون ضرورياً تدخل المدين بنفسه للتنفيذ العينى :

لا يلجأ إلى الحكم بالغرامة التهديدية إلا إذا كان التنفيذ للالتزام المقابل غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه ، كأن يكون محل الالتزام المقابل فى الوفاء بمقابل تسليم شئى لا يعلم مكانه سوى المدين .

(١) د. السنهورى - ج٢ - ص ١٠٥٨ وما بعدها ، د. عبد المنعم البدر اوى - السابق - ص ٤٠ وما بعدها ، د. ليبيب شنب - السابق - ص ٢٠٢ وما بعدها ، د. رأفت حماد - السابق - ص ٢٧ وما بعدها .



أما إذا كان تنفيذ الالتزام المقابل جبراً عن المدين مكننا وبدون تدخله، عندئذ لا يجوز اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية، بل يجب الحكم مباشرة بالتنفيذ بهذا المقابل .

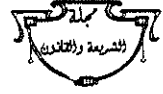
وعلى ذلك فإذا كان محل الالتزام المقابل تسليم شئ معين بالذات معلوم المكان، فإن المدين يجبر على تسليم هذا الشئ المقابل عن طريق السلطة العامة ممثلة في المحضر وبمعاونه رجال الضبط .

وإذا كان محل الالتزام المقابل تسليم شئ معين بالنوع فقط كمانه أردب قمح، فإن تنفيذ هذا الالتزام يتم مباشرة بأن يحصل الدائن على إذن من القضاء لشراء القمح محل الالتزام من السوق على نفقة المدين كنص المادة ٢/٢٠٥ مدنى . وإذا كان محل الالتزام المقابل تعويض نقدي، نفذه المدين مختاراً وإلا أجبر على التنفيذ بالحجز على أمواله .

٣- أن يطلب الدائن الحكم بالغرامة التهديدية :

إذا إتفق الدائن مع المدين على إستبدال الالتزام الأصلي بالالتزام مقابل وإمتنع المدين عن الوفاء بهذا المقابل، فإنه لا يجوز إجبار المدين وحمله على الوفاء بهذا المقابل عن طريق الضغط عليه بالغرامة التهديدية إلا إذا طلب الدائن ذلك من المحكمة، فالقاضي لا يملك أن يحكم بهذه الغرامة من تلقاء نفسه إذا ظهر له عنت المدين وإمتناعه عن التنفيذ، بل لابد أن يطلب الدائن ذلك من القاضي بوصفه صاحب المصلحة في هذا الشأن، ذلك أن طلب الحكم على المدين بالغرامة التهديدية هو رخصة للدائن له أن يطلبها، وله أن يمتنع عن طلبها (١) .

(١) السنهوري السابق - ص ١٠٦٢ وما بعدها، د. إسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - ج ٢ - ص ٢٧ وما بعدها .



خصائص الحكم بالغرامة التهديدية :

يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بخاصيتين أساسيتين كما يلي :

١- أنه حكم تهديدي مؤقت :

فالحكم بالغرامة التهديدية ينقضى إذا إتخذ المدين موقفاً نهائياً من تنفيذ الالتزام المقابل المتفق عليه مع الدائن ، سواء أكان هذا الموقف هو الوفاء بهذا الالتزام ، أو التعتت والإصرار على عدم الوفاء . فإذا قام المدين بالوفاء بهذا الالتزام المقابل ، فإن الهدف من الحكم بالغرامة التهديدية يكون قد حقق الغرض منه ولا يبقى هذا الحكم قائماً . وإذا أصر المدين على إمتناعه عن تنفيذ هذا الالتزام المقابل ، فإنه لا يكون أمام الدائن إلا طلب تنفيذ الالتزام عن طريق التعويض لتعذر تنفيذ هذا الالتزام المقابل عينياً ، وفي تلك الحالة تقدر المحكمة التعويض المستحق للدائن على أساس مقدار الضرر الذي أصابه نتيجة لعدم تنفيذ هذا الالتزام ، وينقضى بذلك الحكم بالغرامة التهديدية (١) .

٢- أنه حكم لا يمكن تنفيذه :

فالمبلغ المحكوم به كغرامة تهديدية لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على الوفاء له به ، حيث أن هذا الحكم مؤقت ولا يجوز للدائن التنفيذ بهذا الحكم على أموال المدين لإستيفاء قيمة هذه الغرامة .

فهى مجرد تهديد لحمل المدين على تنفيذ الالتزام المقابل عينياً ، فإذا لم يمكنه ذلك لجأ الدائن إلى طلب التنفيذ عن طريق التعويض . ومن ذلك يتبين أن عدم قابلية الحكم بالغرامة التهديدية للتنفيذ يضعف من هذه الوسيلة ويجعل نظامها محدود الفائدة العملية وغير مجدى ، وتقتصر فائدته

(١) د. البدروى - السابق - ص ٤٣ ، د. نبيب شنب - السابق - ص ٢٠٦ .



على التوضيح للمحكمة مدى تعنت المدين في تنفيذ هذا الالتزام المقابل والذي يراعيه القاضي في حكمه بالتعويض الذي يشمل عندئذ الضرر الذي أصاب الدائن ومقدار تعنت المدين .

وأرى في هذا الصدد : أنه يجب على المشرع أن يضع جزاءً يمكن توقيعه في حالة تعنت المدين ورفضه تنفيذ الالتزام ، وأن يجعل من رفض المدين تنفيذ حكم المحكمة بإلزامه بالوفاء بالالتزام معين جريمة جنائية يعاقب عليها القانون .



المبحث الثاني

التعريف بالفسخ (١)

وتنقسم دراستنا في هذا المبحث إلى ثلاث مطالب كما يلي :

المطلب الأول : التعريف بالفسخ ونشأته وأساسه .

المطلب الثاني : مجال الفسخ وخيار العاقد والقاضي فيه .

المطلب الثالث : كيفية تحقق الفسخ .

المطلب الأول

التعريف بالفسخ ونشأته وأساسه

أولاً : تعريف الفسخ :

تنص المادة ١٥٧ مدني على أنه :

فقرة (١) : في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين

بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ

العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى ."

ومن هذا النص يتضح أن العقد ينشئ التزامات متقابلة على عاتق

طرفيه ، وعلى كل منهما أن يوف بإلتزامه تجاه الطرف الآخر . فإذا لم يقم

أحد طرفي هذا العقد بتنفيذ التزامه بمقتضى هذا العقد ، فإنه يكون للطرف

الآخر أن يطالبه بتنفيذ العقد أو أن يطالبه بفسخ هذا العقد . (٢)

(١) انظر في ذلك : السنهوري - الوسيط - ج١ - رقم ٤٦٢ ، فرج الصده - مصادر الإلتزام - رقم

٣٧٦ ، د. سليمان مرقص - الإلتزامات ج١ - رقم ٣٥٢ ، عبد الوود يحيى - النظرية العامة

للإلتزامات - رقم ١٢٩ ، د. حسام الأهواي - مصادر الإلتزام - رقم ٦١٨ ، د. عبد الناصر العطار

- مصادر الإلتزام - رقم ٩٣ ، د. لييب شنب - مصادر الإلتزام - رقم ٤٤ .

(٢) نقض مدني في ١٠/١/١٩٨٨ - الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٣٥ ق - الموسوعة الماسية لأحكام السنقض

المدني - ج١٠ - ص ٥١٩ .



إذن فسخ العقد هو جزاء يترتب على إخلال أحد المتعاقدين في هذا العقد بالالتزامه بمقتضى هذا العقد . ومن ذلك نستطيع القول بأن الفسخ : هو حل الرابطة العقدية ، بناء على طلب أحد طرفي العقد ، إذا أخل الطرف الآخر بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد . (١)

ثانياً : نشأة الفسخ :

جاءت نظرية الفسخ نتيجة لتطور كبير على مر العصور :-

ففى القانون الرومانى : لم يكن فسخ العقد كجزاء للإخلال بالالتزامات معروفاً فى أول عهد هذا القانون ، وكان العقد الملزم للجائين وفقاً لهذا القانون ينشئ التزامات مستقلة عن بعضها ولا تقابل بينها . ونتيجة لذلك فإنه إذا لم يقم أحد طرفى العقد بتنفيذ التزامه ، فليس للطرف الأخر أن يتحلل من التزامه عن طريق الفسخ ، وليس له عندئذ إلا أن يطالب الطرف الأخر بتنفيذ هذا العقد . وفى تطور لاحق للقانون الرومانى أفسح المشرع مجالاً ضيقاً لفكرة الفسخ فى عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً ، بأن جعل الحق للبائع فى فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن (٢) . وبذلك عرف الفسخ فى القانون الرومانى بعد تطوره ، وكان معلقاً على إخلال أى من طرفى العقد بالالتزامات بشرط إتفاق طرفى العقد على ذلك وتضمن العقد لهذا الإتفاق .

(١) نقض مننى فى ١٨/١/١٩٨٩ - الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥٦ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المننى - ج١٠ - ص ٥٢٠ ، نقض مننى فى ١٠/٦/١٩٩١ - الطعن رقم ٢٨٨١ لسنة ٥٧ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المننى - ج١٠ - ص ٥٢٦ .

(٢) انظر فى ذلك : السنهورى - السابق - ص ٩٥٠ ، د. حشمت أبو سميت - مصادر الالتزام - رقم ٣٧٣ ، د. أنور سلطان ، مصادر الالتزام - رقم ٣٥٤ - ص ٤١١ .

وفي القانون الفرنسي (١) : أخذ القانون الفرنسي القديم بنظام فسخ العقد بشرط وجود إتفاق بين طرفي العقد على ذلك ، وإتقل إليه هذا النظام من القانون الروماني ، وأصبح هذا النظام نظاماً شائعاً ومقتضياً في كل العقود ولو لم يصرح به في العقد ، حيث كان يفترض أن العاقدين وإن لم يصرحا به في العقد ، فإنهما يرتضياه ضمناً ، إلا أن هذا القانون إشتراط لتحقيق هذا الفسخ قضاء القاضي به ، وعدم تحققه بقوة القانون إذا وجد إخلال بالالتزامات في العقد ، ثم جاءت بعد ذلك مدونة نابليون وأخذت بنظام فسخ العقد على هذا النحو المقرر في القانون الفرنسي القديم ، ومن هذه المدونة أخذت العديد من القوانين في كثير من البلاد بنظام الفسخ ، وكذلك فعل قانوننا المصري .

ثالثاً : أساس الفسخ :

(أ) تأسيس الفسخ على وجود الشرط الفاسخ الضمني (٢) :

أسس القانون المدني الفرنسي والقوانين التي نقلت عنه الفسخ على أساس وجود الشرط الفاسخ الضمني في العقود الملزمة للجائين ، فكل متعاقد على ثقة تامة في حسن نية المتعاقد الآخر وإستعداده لتنفيذ التزامه المقابل وهو أساس جيد ومقبول عدالة ومنطقاً ، إلا أنه لا يفسر السلطة التقديرية التي تكون للقاضي في الحكم بفسخ العقد أو رفضه ، حيث أنه لو صح أن أساس الفسخ هو وجود الشرط الفاسخ الضمني في العقد بصفة

(١) السنهوري - السابق - ص ٩٥١ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد - ص ٦١١ وما بعدها ، نظرية الفسخ في القانون الروماني والقانون الفرنسي - بحث د. عبد الحى حجازى - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الأولى - ص ١٣٩ وما بعدها .

(٢) نقض مننى في ١٩٨٥/٢/٢٦ - الطعن رقم ١٦٦١ لسنة ٥١ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدني - ج ٥ - ص ٣١٣ ، نقض مننى في ١٩٩٠/١٠/١٨ - الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٣ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدني ج ٥ - ص ٣١٩ .



مطلقة ، لأصبح الفسخ وجوبياً على القاضى أن يقضى به فى جميع الحالات دون أن يكون لهذا القضاء سلطة تقديرية فيه (١) ، وبجانب ذلك أيضاً فقد يتوقى المدين الحكم بفسخ العقد فيقوم بتنفيذ التزاماته فيه ، كما أن الدائن كذلك قد يعدل عن طلب فسخ العقد إلى طلب تنفيذه .. فالفسخ إذن ليس وجوبياً على القاضى ، وقد يتوقاه المدين ، وقد يعدل الدائن عن طلبه إلى طلب تنفيذ العقد. (٢)

وإزاء هذا النقد الموجه إلى تأسيس الفسخ على وجود الشرط الفاسخ الضمنى فى العقد ، فقد قال البعض من الفقهاء بتأسيسه على فكرة السبب أو نظرية السبب .

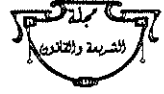
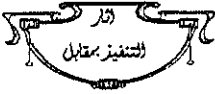
(ب) تأسيس الفسخ على أساس نظرية السبب :

ويرى فقهاء القانون القائلين بهذا الرأى أنه فى العقود الملزمة للجائين يكون سبب التزام كل متعاقد هو قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، وإذا أخل أحدهما بالتزاماته المقررة بمقتضى العقد ، فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يكون غير متحقق ، ويكون له بناء على ذلك طلب فسخ العقد (٣) .

(١) د. حمدى عبد الرحمن - الوسيط - المصادر الإدارية للالتزام - طبعة ١٩٩٩ - ص ٦٠٠ وما بعدها ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد - ص ٦١٣ وما بعدها ، السنهورى - الوسيط - السابق - ص ٩٥١ .

(٢) نقض مننى فى ١٧/٥/١٩٧٩ - الطعن رقم ٧٩ لسنة ٤٣ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدنى - ج ٥ - ص ٣٠٨ ، نقض مننى فى ٢٥/١٢/١٩٩١ - الطعن رقم ٧٩٦ لسنة ٥٥ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدنى ج ٥ - ص ٣٢٤ .

(٣) د. حشمت أبو ستيت - المرجع السابق - ص ٣٤٠ ، د. عبد الحى حجازى - البحث السليق الإشارة إليه ص ١٤٣ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصده - السابق - ص ٤٠٠ .

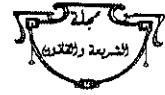


وفى هذا السياق فهناك من فقهاء القانون من يرى عدم الميل إلى إتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ لرأى الفقهاء سالفى الذكر ويبنى نظرية الفسخ على فكرة الارتباط بين الإلتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين، وحثته فى ذلك أن طبيعة هذه العقود تقتضى أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بآلتزام المتعاقد الأخر ، وأنه يكون أمراً طبيعياً عادلاً أنه إذا لم يوفى أحد المتعاقدين بآلتزامه ، جاز للمتعاقد الأخر أن يوقف من جانبه تنفيذ ما فى ذمته من إلتزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، أو أن يتحلل نهائياً من هذا الإلتزام بفسخ العقد (١) .

تعقيب

إزاء هذا الإختلاف بين فقهاء القانون حول أساس نظرية الفسخ ، فإننا من جانبنا نرى أن الفسخ يتقرر كجزاء ينص عليه القانون يجب إعماله عند الإخلال بآلتزام . وهو جزاء منطقى وعادل فى العقود الملزمة للجانبين ، بحيث أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه ، فإنه يكون للمتعاقد الأخر أن يطلب فسخ العقد ، وعدم تنفيذه إلتزاماته هو بناء على ذلك . وكون الفسخ يتقرر كجزاء يتناسب ويتناغم مع كون القاضى يتدخل لإيقاعه وسلطته التقديرية فى الحكم به أو رفضه .

(١) قال بهذا الرأى د. السنهورى - المرجع السابق - ص ٩٥٢ .



المطلب الثاني

مجال الفسخ وخيار العاقد والقاضي فيه

أولاً : مجال الفسخ (١) :

طبقاً لنص المادة ١٥٧ مدنى - سالفه الذكر - فإن الفسخ لا يكون إلا فى العقود التبادلية أى العقود الملزمة للجائين كالبيع والإيجار والمقايضة ذلك أنه فى هذه العقود ومثلها تتقابل التزامات طرفى العقد ، ويكون فيه التزام كل منهما سبباً للالتزام المتعاقد الآخر .

وعلى ذلك فلا مجال لإعمال الفسخ فى التصرفات التى يكون مصدرها الإرادة المنفردة مثل الوصية حيث يكون للموصى حال حياته العدول عنها أو تعديلها كيف يشاء ، ولا تنفذ إلا بوفاته مصرراً عليها .

كذلك لا يكون هناك مجالاً لإعمال الفسخ فى العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة مثلاً إلا إذا كانت مشروطة بالالتزام مقابل ، حيث أنه فى الهبة يطالب الدائن مدينة بالتنفيذ لا بالفسخ .

وإعمال الفسخ فى العقود الملزمة للجائين كجزاء لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته بمقتضى العقد (٢) ، يقتضى أن نكون بصدد عقد صحيح ، ولا مجال لإعمال الفسخ فى العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً ، ذلك أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً يكون منعدماً ولا وجود له ، وبالتالي لا مجال للمطالبة بفسخه . أما إذا كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً فهو عقد صحيح

(١) السنهورى - السابق - ص ٩٥٢ وما بعدها ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - السابق - ص ٦١٦ وما

بعدها ، د. حمدى عبد الرحمن - السابق - ص ٦٠٣ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى فى ١٨/١٨/١٩٨٩ - الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥٦ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض

المدنى - ج ١٠ - ص ٥٢٠ .

منتج لآثاره حتى يحكم بإبطاله بعد تمسك صاحب المصلحة بهذا الإبطال ، وفى هذا العقد القابل للإبطال يجوز التمسك بفسخه إذا توافرت شروط الفسخ لأن العقد القابل للإبطال عقد قائم ومنتج لآثاره حتى يحكم بإبطاله . وهذا يعنى أنه إذا كان العقد قابلاً للإبطال ، فإن للعاقده الذى يتقرر الإبطال لمصلحته أن يتمسك ببطلان هذا العقد إذا كان هناك خلل فى تكوين هذا العقد ، كما يجوز له التمسك بفسخه كجزء لإخلال العاقده الأخر بالتزامه بمقتضى هذا العقد. (١) وتمسك العاقده بطلب فسخ العقد أولاً قد يدل على أنه إجازة ضمنية منه للعقد القابل للإبطال ويقطع عليه بذلك الطريق إلى التمسك بإبطال العقد ، فإذا لم يحكم له بالفسخ فليس له أن يطلب إبطال العقد بعد ذلك . وعلى العكس من ذلك ، فإذا طلب العاقده إبطال العقد ولم يحكم له بذلك ، فإن له أن يطلب فسخ العقد بعد ذلك إذا توافرت شروطه .

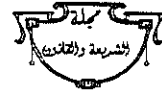
ثانياً : خيار العاقده والقاضى بين الفسخ والتنفيذ :

طبقاً لنص المادة ١/١٥٧ مدنى - السابق ذكرها - فإنه يجوز للعاقده إذا أخل العاقده الأخر بالتزامه وبعد إذاره : " أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه " . فالفسخ خيار لكل من العاقدين الدائن والمدين ، كما يكون هذا الخيار أيضاً للقاضى الذى ترفع أمامه دعوى الفسخ ، وذلك على التفصيل التالى :

أولاً : خيار الفسخ بالنسبة للدائن :

فسخ العقد - كما سبق أن رأينا - يكون فى العقود الملزمة للجانبين ، حيث أنه إذا أخل المدين بالتزامه بمقتضى هذا العقد ، فإنه يكون للدائن أن

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٨/٥/٢ - الطعن رقم ٢٢٩٧ لسنة ٥٢ ق - الموسوعة الماسية لأحكام التقض



يطلب فسخ هذا العقد لكي يتحلل من التزامه المقابل . وهذا الفسخ يكون للدائن الخيار في التمسك به أو في عدم التمسك به ، فهو عندئذ يكون أمراً جوازياً بالنسبة له ، وهو بذلك يكون مجرد رخصة تتيح للدائن الذي أخل المدين بالتزامه في مواجهته التحلل من العقد (١) . وفي هذا الشأن تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني : " ففي حالة الفسخ القضائي يتخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لازال ممكناً ، ويكون العاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل . فإذا إختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل في حدود الإمكان ... تعين أن يستجيب القاضى لهذا الطلب ... (١) " .

فمثلاً إذا باع شخص شيئاً يملكه ، وإمتنع المشتري عن دفع ثمنه ، فلبائع عندئذ أن يطلب فسخ البيع لكي يتحلل من أداء التزامه بتسليم المبيع ونقل ملكيته ، وهذا الحق للبائع في فسخ عقد البيع يكون له على سبيل الرخصة والجواز دون جبر أو إلزام . وعلى ذلك فإتبه لهذا البائع هنا أن يعدل عن طلب فسخ عقد البيع إلى التمسك بوجود أن يقوم المشتري بأداء التزامه بدفع الثمن .

ثانياً : خيار الفسخ بالنسبة للمدين : إذا نفذ المدين إلتزامه بمقتضى العقد لكن الدائن تقاعس عن تنفيذ إلتزامه ، فإتبه يكون للمدين عندئذ أن يطلب فسخ العقد . ففي مثلنا السابق إذا قام المشتري بدفع الثمن ، لكن

(١) السنهوري - السابق - ج١ - ص ٩٦٦ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج٢ - ص ٣٢٧ وما بعدها . ، نقض مدني في ١٩٩٢/٧/٢٧ - الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٥ ق - الموسوعة العاسية لأحكام النقض المدني - ج١٠ - ص ٥٢٦ .

البائع لم ينفذ إلتزامه بمقتضى عقد البيع بتسليم المبيع ونقل ملكيته ، فإنه يكون للمشتري (المدين) عندئذ طلب فسخ العقد . كذلك إذا كان طالب الفسخ هو الدائن لإخلال المدين بإلتزامه بمقتضى العقد فإنه يكون للمدين كذلك قبل النطق بالحكم النهائي أن ينفذ إلتزامه ويتجنب بذلك فسخ العقد^(١).

وفى هذا الشأن فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " متى كان الشرط الذى تضمنته العقد شرطاً فاسخاً ضمناً ، فإن للمدين أن يتوقى الفسخ بأداء دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ " (٢) .

كما قضت كذلك بأنه : " يتعين لإجابة طلب الفسخ الضمنى أن يظل الطرف الآخر مختلفاً عن الوفاء بإلتزامه حتى صدور الحكم النهائى ، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره ، ويستوى فى ذلك أن يكون حسن اليته أو سيئ اليته إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الإلتزام " (٣) .

ومن ذلك يتضح : أن المتعاقد الذى يحصل الإخلال بحقه سواء أكان هو الدائن أم كان هو المدين ، يكون له الخيار بين طلب تنفيذ العاقد الآخر لإلتزامه ، وبين طلب فسخ العقد ، وهذا الخيار يكون كاملاً له لا جبر ولا إلتزام عليه فيه ، وإذا إختار أحد الخيارين ، فإنه يكون له أن يتركه ويرجع إلى الخيار الأخر ، وعلى ذلك إذا إختار العاقد سواء أكان هو الدائن أو

(١) د. عبد الحى حجازى - البحث السابق الإشارة إليه - فقره ٦٧ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٦٧/٤/٢٠ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٨ - رقم ١٣١ - ص ٨٥٩ ، نقض مدنى فى ١٩٩١/٥/٢٩ - الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٤ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدنى جـ ١٠ - ص ٥٢٥ .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٧٠/٣/١٢ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢١ - رقم ٦٩ - ص ٤٢٥ .



المدين طلب التنفيذ فله أن يعدل عنه ويطلب فسخ العقد ، أو العكس ..
حيث أن فسخ العقد يكون إختيارياً وجوازياً للعاقده الذي يخل الطرف الآخر
بالتزامه، ولا يمنعه ذلك من أن يتمسك بتنفيذ هذا الالتزام ، وفي هذا
الصدد، فقد قضت محكمة النقض بأن : " رجوع المشتري على البائع
بضمان الاستحقاق لا يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع على أساس أن
البائع قد أخل بالتزامه " (١) . وعلى النقيض من ذلك فإنه لا يجوز للعاقده
الذي يخل بالتزامه أن يطلب فسخ العقد .

ورخصه الفسخ التي تثبت للعاقده إذا أخل العاقده الآخر بالتزامه ،
يجوز له النزول عنها ولو لم يكن الإخلال بالإلتزام قد وقع بعد ، وهذا
النزول من العاقده عن طلب الفسخ قد يكون تلقائياً منه ، وقد يكون هذا
النزول نتيجة إتفاق بينة وبين العاقده الآخر ، يستوى في ذلك أن يكون هذا
الاتفاق على النزول من كل منهما تجاة الآخر أو كان على نزول أحدهما
دون الآخر ، فهذا الاتفاق بينهما يكون صحيحاً أيا كان تاريخه ويستوى فيه
أن يتم بعد تحقق سبب الفسخ أو قبل أن يتحقق هذا السبب .

ثانياً : خيار الفسخ بالنسبة للقاضي :

طلب فسخ العقد لا بد أن يكون من العاقده الذي وقع الإخلال بحقه
في هذا العقد ، وليس للقاضي أن يحكم بالفسخ من تلقاء نفسه حتى ولو
تبين له حدوث الإخلال بحقوق أي من المتعاقدين . وعلى ذلك فإنه للقاضي
جواز الحكم بالفسخ بناء على طلب المتعاقده الذي حدث الإخلال بحقوقه ،
ولا يجوز له أن يقضى به من تلقاء نفسه . (٢)

(١) نقض منى في ١٥/٨/١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٨ - رقم ٢٢٥ - ص ١٥٠ .

(٢) نقض منى في ٢١/١/١٩٨٣ - الطعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٨ ق - الموسوعة الماسية لأحكام

النقض - ج ١٠ - ص ٦٠٣ .

وإذا طلب العاقد من القاضى الحكم بفسخ العقد ، فليس محتتماً على القاضى أن يحكم بفسخ العقد ، بل يكون لهذا القاضى السلطة التقديرية فى الحكم بالفسخ من عدمه تبعاً للظروف الخاصة بكل حالة على حده بشرط ألا يحوى العقد شرطاً صريحاً فاسخاً . فقد يرى القاضى من تلك الظروف وجوب الحكم بفسخ العقد ، وقد يرى ألا يحكم بهذا الفسخ ويمنح المدين مهلة لتنفيذ التزامه (١) . وفى هذا الشأن فقد نصت المادة ٢/١٥٧ مدنى على أنه : " ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا إقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته " .

وفى هذا الصدد أيضاً فقد قضت محكمة النقض بأنه : " متى كان العقد لا يحوى شرطاً صريحاً فاسخاً ، فإن الدائن إذا إستعمل خياره فى طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدنى لعدم وفاء المدين التزامه ، فإن المحكمة لا تلتزم فى هذه الحالة بالحكم بالفسخ ، بل إن الأمر فى ذلك يرجع إلى تقديرها وهى فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى إستندت فى ذلك إلى أسباب سائغة " (٢) .

كما قضت محكمة النقض كذلك بأن : " إعطاء المشتري المتأخر فى دفع الثمن أجلاً للوفاء به طبقاً للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدنى هو من

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٤/٣/٢٧ - الطعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥٠ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض - ج١٠ - ص ٦٠٧ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٦٥/٣/٢٥ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٦ - رقم ٦٥ - ص ٤١٢ ، نقض مدنى فى ١٩٨٥/١٢/١٩ - الطعن رقم ٩١٨ لسنة ٥٢ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض - ج١٠ - ص ٦٠٨ .



الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار فى منحه أو رفضه حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه " (١) .

وكذلك قضت بأن : " تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفى التخصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغه " (٢) .

وإذا لم يحكم القاضى بفسخ العقد ومنح المدين مهله لتنفيذ التزامه طبقاً للسلطة التقديرية المقررة له بمقتضى نص المادة ٢/١٥٧ مدنى ، فإنه يتحتم على المدين أن ينفذ التزامه خلال تلك المهلة ، وإذا تقاعس المدين عن ذلك وإنقضت تلك المهلة ، فإن القاضى يحكم عندئذ بفسخ العقد. كذلك فإنه يجوز للقاضى أن يمنح المدين هذا الأجل لتنفيذ التزامه أو نظرة الميسرة هذه ، ولو لم يطلبها منه هذا المدين (٣) . ولا يجوز له أن يمنحه إياها إلا مرة واحدة(٤) .

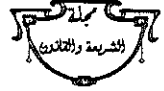
وهذه السلطة التقديرية التي قررتها المادة ٢/١٥٧ مدنى لقاضى الموضوع بشأن الحكم بالفسخ أو رفضه ليست متعلقة بالنظام العام . وعلى ذلك يجوز إتفاق العاقدين على حرمان القاضى منها بشرط ظهور هذا

(١) نقض مدنى فى ١٢/٢٣/١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٠ - رقم ٢٠٢ - ص ١٢٩٦ ،
نقض مدنى فى ٦/٢٢/١٩٩٤ - الطعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ ق - الموسوعة الماسية لأحكام
النقض - ج١٠ - ص ٦١٨ .

(٢) نقض مدنى فى ٣/١٧/١٩٧٠ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢١ - رقم ٧٢ - ص ٤٥٠ ، نقض
مدنى فى ٤/٢٢/١٩٩١ - الطعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٥٩ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض
- ج١٠ - ص ٥٢٤ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج٢ -
ص ٣٢٧ .

(٤) نقض مدنى فى ٥/٢٣/١٩٥٧ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٨ - رقم ٥٤ - ص ٥١٠ .



الإتفاق بوضوح فى العقد ، ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين . كذلك فإن هذه السلطة التقديرية للقاضى فى الحكم بفسخ العقد من عدمه تسلب كذلك إذا تضمن العقد إعمال الشرط الفاسخ الصريح عند إخلال أحد العاقدين بالتزاماته المقررة بمقتضى العقد (١) .

المطلب الثالث

كيفية تحقق الفسخ

الأصل أن الفسخ يتقرر بحكم القاضى ، كما أنه قد يتحقق بقوة القانون إذا إتفق المتعاقدان على ذلك دون حاجة إلى تحققه بحكم قضائى . ومن ذلك يتضح أن الفسخ قد يتحقق بحكم القاضى ، وهذا ما يسمى بالفسخ القضائى ، وقد يتحقق بإتفاق العاقدين عليه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، وهذا ما يسمى بالفسخ القانونى أو الإتفاقى وبدون إتفاقهما إذا حدد القانون حالات بعينها لإتفاسخ العقد بقوة القانون .. وفيما يلى نعرض للفسخ فى ثلاثة فروع كما يلى :

الفرع الأول : الفسخ القضائى .

الفرع الثانى : الفسخ القانونى أو الإتفاقى

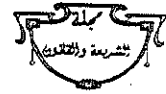
الفرع الثالث : إتفاسخ العقد بقوة القانون .

الفرع الأول

الفسخ القضائى

الفسخ هو جزاء إخلال العاقد بالتزاماته التى يقررها العقد ، والأصل فى هذا الجزاء أنه لا يتقرر إلا بحكم القضاء ، أى أن الأصل فى الفسخ أنه

(١) د. حمدى عبد الرحمن - السابق - ص ٦٢٢ .



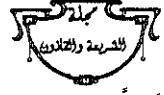
فسخ قضائي (١). فإذا أخل أي من العاقدين بالتزامه في العقد ، جاز للمتعاقد الآخر أن يلجأ إلى القضاء طالباً الحكم له بفسخ هذا العقد ، إلا إذا كان المتعاقدان قد إتفقا على حصول فسخ العقد بقوة القانون عند الإخلال بالالتزام، فعندئذ يطبق إتفاقهما ويقع الفسخ في هذه الحالة بقوة القانون طبقاً لإتفاقهما .

والفسخ لا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه ، وإنما لا بد أن يطلبه المتعاقد الذي حدث الإخلال بحقه في العقد . وطلب العاقد من القاضي فسخ العقد قد يكون طلباً صريحاً وقد يكون طلباً ضمناً يستفاد من ظروف الحال، حيث قضت محكمة النقض بذلك وقررت أنه : " إذا كان المشتري قد طلب إسترداد ما عجله من الثمن وببراءة نتمته من السند المحرر بالباقي من هذا الثمن بسبب وجود عيب خفي جسيم في المبيع ، فإنه يكون قد طلب ضمناً فسخ العقد " (١) .

ولكي يحكم القاضي بفسخ العقد ، فإنه لا بد أن يتحقق من توافر شروط الفسخ - (والتي سنتعرض لها في حينه بهذا البحث) - فإذا وجدها متوافرة جميعها كان له سلطته التقديرية في الحكم للمتعاقد بفسخ العقد أو رفض هذا الطلب أو إمهاله للمدين أجل لتنفيذ التزامه . وإذا لم تحقق الشروط للحكم بالفسخ ، فإن القاضي عندئذ يرفض فسخ العقد .

(١) نقض مندي في ١١/٢٧/١٩٩٦ - الطعن رقم ٦٣٤٤ لسنة ٦٥ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض - جـ ١٠ - ص ٦٢٠ .

(٢) نقض مندي في ١٠/٢٠/١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٧ - رقم ٢١٧ - ص ١٥٥٢ - الطعن رقم ٣٣/٣٨٤ ق ، نقض مندي في ١٢/٢١/١٩٩٢ - الطعن رقم ٤٣٥ لسنة ٦٢ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض - جـ ١٠ - ص ٦١٤ .



أولاً : إمهال القاضى أجلاً للمتعاقد :

تنص المادة ٢/١٥٧ مدنى على أنه : " ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا إقتضت الظروف ذلك " . وعلى ذلك فتبعاً للسلطة التقديرية للقاضى فى فسخ العقد ، فإنه يكون له ألا يجيب المتعاقد طالب الفسخ إلى طلبه ، ويمهل المتعاقد المتقاعس عن أداء التزامه أجلاً لتنفيذ هذا الالتزام ، وذلك إذا تبين له أن الظروف تقتضى ذلك وأن للمدين عذر فى تقاعسه عن التنفيذ ، وعندئذ لا ينفسخ العقد ، وعلى المدين أن ينفذ التزامه خلال مدة الأجل الممنوح له من القاضى . فإن نفذ التزامه كان بها ، وإذا إقتضى الأجل دون تنفيذ للالتزام ، أعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه مع تعويض الدائن عند الإقتضاء . وفى هذا الصدد تقرر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى أنه : " إذا إختار الدائن الفسخ ، فلا يجبر القاضى على إجابته إليه ، بل يجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النظرة ، مع الزامه بالتعويض عند الإقتضاء . بل ويجوز له أن يقضى بذلك من تلقاء نفسه" (١) .

وللقاضى سلطة تقديرية فى إجابة المدين إلى طلبه بإعطائه نظرة الميسرة كما أن له أن يرفض منحه إياها ، وهذه السلطة التقديرية للقاضى دون معقب عليه من محكمة النقض ، طالما كان قضاؤه بذلك يقوم على أسباب سائغة تبرره ، ويمنح القاضى المدين نظرة الميسرة لمدته واحدة فقط .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ -

وفي هذا الصدد تقرر محكمة النقض أن : " منح المدين مهلة للوفاء بدينه أو رفض طلبها مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية ، لأنه من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ فيها بأحد وجهي الحكم في القاتون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى يغير معقب عليه (١) " . كما تقرر أيضاً في حكم آخر أنه : " لا يجوز للقاضي في حاله طلب الفسخ أن يترخص في منح الأجل للمدين إلا مره واحدة . فإذا نظره إلى ميسرة خلال أجل معين ، ثم إنقضى هذا الأجل ، من غير أن يفي المدين بإلتزامه ، ما ساع للقاضي أن يمهله إلى أجل آخر ، بل إن العقد هنا يعتبر مفسوخاً ، بمجرد إنتهاء ذاك الأجل دون وفاء بالإلتزام ، حتى لو لم تصرح المحكمة في حكمها بذلك (٢) " .

ثانياً : رفض القاضي الحكم بفسخ العقد :

قد يرفض القاضي الحكم بفسخ العقد على الرغم من توافر كافة الشروط اللازمة لذلك ، وفي هذا الشأن تقرر المادة ٢/١٥٧ في جزئها الثاني أنه : " كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزام في جملته " .

ويتضح من هذا النص أن للقاضي تبعاً لسلطته التقديرية في فسخ العقد أن يرفض هذا الفسخ إذا كان ما لم يفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزامات المقررة بمقتضى العقد في جملتها ، كأن يكون المدين قد وفي بكل الإلتزامات الأصلية التي يقررها عليه العقد وتنعاس

(١) نقض مدني في ١٣/٢/١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض - لسنة ٢٠ - رقم ٥٢ - ص ٣٢٥ - طعن

٣٥/٢٣ ق ، نقض مدني في ٢٧/٣/١٩٨٤ - الطعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥٠ ق - الموسوعة

الماضية لأحكام النقض - ج ١٠ - ص ٦٠٧ .

(٢) نقض مدني في ٢٠/٤/١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض - لسنة ١٨ - رقم ١٣١ - ص ٨٥٩ .

عن الوفاء بالتزام ثانوي. وفي هذا الصدد تقرر محكمة النقض بأن :
"محكمة الموضوع تملك رفض طلب الفسخ في حالة الإخلال الجزئي إذا ما
بان لها أن هذا الإخلال هو من قلبه الشأن بحيث لم يكن يستأهل في قصد
العاقدين فسخ العقد" (١) .

وهذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بالحكم بفسخ العقد أو
رفضه تثبت للقاضي ، دون تعقيب عليه من محكمة النقض ، متى كان
قضاؤه يقوم على أسباب سائغة . وعلى القاضي أن ينظر إلى التزامات
المدين كلها التي يفرضها عليه العقد ، وليس إلى التزام فقط منها ، لبيان
التناسب بين ما وفى به المدين وما لم يوف به ، فإذا تبين له أن المدين قد
وفى بأغلب هذه الالتزامات وأن ما لم يوف به قليل الأهمية بالنسبة إلى
الالتزام في جملة كان له أن يرفض الفسخ . وبيان ما إذا كان ما لم يوف
به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة ، من عدمه ، مسألة
موضوع يستقل قاضي الموضوع بتقديرها دون معقب عليه من محكمة
النقض ، متى كان تقديره مبنياً على أسباب سائغة . (١)

(١) نقض مدني في ١٩٤٧/١٢/٤ - مجموعة عمر - رقم ٢٣٧ - ص ٤٩٨ ، نقض مدني في
١٩٩١/٤/٢٢ - الطعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٥٩ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض - ج ١٠ -
ص ٥٢٤ ، نقض مدني في ٢٠٠٤/٥/٢٥ - الطعن رقم ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ ق - الموسوعة الماسية
لأحكام النقض - ج ٥ - ص ٢١٩ .

(٢) نقض مدني في ١٩٩٠/٦/١٠ - الطعن رقم ٣٠٩٣ لسنة ٥٧ ق ، الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٥٨ ق -
الموسوعة الماسية لأحكام النقض - ج ١٠ - ص ٥٢٣ .



الفرع الثاني

الفسخ القانوني أو الاتفاقي

تنص المادة ١٥٨ مدنى على أنه : " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه " .

ومن هذا النص يتضح أنه إذا كان الأصل فى الفسخ وقوعه بحكم القضاء ، إلا أنه استثناءً من هذا الأصل فإنه يجوز للمتعاقدان أن يتفقا على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى حكم قضائى يقرره ، أى أن هذا الفسخ عندئذ يقع بقوة القانون وبمجرد تحقق الإخلال بالالتزامات التى يقررها العقد ، ويطلق على هذا الفسخ - " الفسخ القانوني " لأنه يقع بقوة القانون بناء على اتفاق العاقدان ودون الحكم القضائى به .

الشرط الفاسخ الصريح : يلزم لوقوع الفسخ بقوة القانون أن يتفق المتعاقدان عليه ويشترطاه فى العقد ، ويكون ذلك باتفاقها على إتفاسخ العقد بقوة القانون من تلقاء نفسه ودون حكم قضائى بمجرد إخلال أى منهما أو كليهما بالالتزامات المقررة بمقتضى العقد ، وهذا ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح للعقد ، وأى من العبارات تكون صالحة للنص على هذا الشرط الفاسخ الصريح فى العقد ، طالما أنها تدل على حقيقته ومضمونه على نحو يبين ينأى عن الشك والغموض (١) ، ولا يشترط فيه ألفاظاً معينة . وعلى ذلك فإن النص فى الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ

(١) نقض مدنى فى ١٣/٥/١٩٩٣ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٤ رقم ٢ - ص ٣٩٥ .



بغير حاجة إلى تنبيهه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه^(١)

والتحقق من وجود الشرط الفاسخ الصريح هو من عمل قاضي الموضوع يختص به دون معقب عليه من محكمة النقض طالما كان تحققه هذا مبني على أسباب سائغة ، فإذا تحقق القاضي من وجود هذا الشرط وكان هناك إخلالاً من جانب المدين بالالتزامات المقررة عليه بمقتضى العقد، حكم القاضي بالفسخ ، وحكمه هنا عندئذ ليس منشئاً للفسخ بل كاشف عنه^(٢) .

وعلى المتعاقد الذي يتمسك بوجود الشرط الفاسخ الصريح في العقد أن يبينه ويقدم الدليل عليه . وفي هذا الشأن تقرر محكمة النقض أنه : "يتعين بطبيعة الحال أن يتمسك الدائن بالشرط الفاسخ ، فهو مقرر لمصلحته - دون الطرف الآخر " ^(٣) .

(١) نقض منى في ١٠/٢٨/١٩٦٥ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٦ - رقم ١٤٩ - ص ٩٤٣ ، نقض منى في ١٩٩٢/٧/٢٧ - الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥٥ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض - ج ١٠ - ص ٥٢٧ .

(٢) نقض منى في ١٩٦٩/٦/٣ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٠ - ص ١١١٨ ، نقض منى في ١٩٨٣/١/٢١ - الطعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٨ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض - ج ١٠ - ص ٦٠٣ .

(٣) نقض منى في ١٩٨٢/٥/٣١ - مجموعة أحكام النقض - سنة ٤٩ ق - الطعن رقم ١٣٥٧ ، نقض منى في ١٩٨٣/٥/٣١ - الطعن رقم ١٣٥٧ لسنة ٤٩ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض - ج ١٠ - ص ٦٠٤ .



أهمية وجود الشرط الفاسخ الصريح :

الشرط الفاسخ الصريح يكثر استخدامه في العقود التبادلية كعقد البيع وعقد الإيجار ... إلخ ، وهذا الشرط له أهمية كبرى من الناحيتين العملية والقانونية .

فمن الناحية العملية :- فإن وجود الشرط الفاسخ في العقد يكون بديلاً للدائن يعنيه عن الالتجاء إلى القضاء لطلب فسخ العقد ، ذلك أن وجود هذا الشرط في العقد يعني إنفساخ هذا العقد من تلقاء نفسه إذا تحقق سبب ذلك طبقاً للعقد . كما أن وجود هذا الشرط أيضاً في العقد يطمئن الدائن إلى حدوث هذا الفسخ تلقائياً دون أن يكون للقاضي أية سلطة تقديرية في إعماله ، وذلك إذا تحقق سبب هذا الفسخ التلقائي .

ومن الناحية القانونية :- فإن وجود هذا لشرط الفاسخ الصريح في العقد يجعل المدين أكثر التزاماً في تنفيذ التزامه بمقتضى العقد دون تأخير ، وإذا تأخر المدين في ذلك ، فإن وجود هذا الشرط في العقد يقطع الطريق عليه من أن يعرض تنفيذاً متأخراً لالتزامه ، لأن العقد عندئذ ينفسخ من تلقاء نفسه بمجرد تحقق إخلاله بالتزامه ، ولا يجدي مع ذلك عرض المدين المخل لتنفيذ التزامه متأخراً حينئذ ، وعلى ذلك فقيام المدين بعرض الثمن مثلاً أو إيداعه بعد تحقق الشرط الفاسخ الصريح لا يفيد في شيء ، إذ أن ذلك لا يعيد العقد بعد إنفساخه تلقائياً بمجرد تحقق سبب هذا الانفساخ . وفي ذلك تقرر محكمة النقض بأنه : "متى كان المتعاقدان قد اتفقا في عقد البيع على أن يكون عقد البيع مفسوخاً في حالة تأخير المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو حكم من القضاء، فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملاً بنص المادة

١٥٨ من القانون المدني ، ولا يلزم أن يصدر حكم بالفسخ كما لا ينال من أعمال أثره أن يكون لصاحبه الخيار بينه وبين التنفيذ العيني إذ يبقى له دائماً الخيار بين أعمال أثره وبين المطالبة بالتنفيذ العيني ، وأن الفسخ متى وقع فإن عرض باقى الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد إنفاساخه" (١) .

صيغة اتفاق الدائن والمدين على الشرط الفاسخ فى العقد :-

ليس للنص على الشرط الفاسخ فى العقد ألقاظاً بذاتها (٢) فكل صياغة تدل على وجود هذا الشرط وتنطق به تكون صحيحة ، وتحقق الهدف منها وهو إنفاساخ العقد بمجرد حدوث الإخلال بالالتزام أما إذا كان اتفاق طرفى العقد لا يفيد صراحة إنفاساخ العقد من تلقاء نفسه عند حدوث هذا الإخلال بالالتزام ، بل يستفاد منه وجود شرط فاسخ ضمنى ، فإنه عندئذ لا بد أن يكون فسخ العقد عن طريق المطالبة به أمام القضاء ، أى يكون الفسخ عندئذ قضائياً . وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " لا يعد شرطاً فاسخاً صريحاً الاتفاق على اعتبار العقد لاغياً إذا أخل المتعاقد بالتزامه " (٣) وأيضاً قضت بأن : " الاتفاق على أنه فى حالة تأخير المشتري عن سداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ، ويكون مادفعه المشتري حقاً مكتسباً له " (٤) .

ففى تلك الحالتين السابقتين لا يوجد شرط فاسخ صريح فى العقد ، وإنما يستفاد منهما وجود الشرط الفاسخ الضمنى الذى يتطلب صدور حكم

(١) نقض مدنى فى ١١/٥/١٩٩٤ - مجموعة أحكام النقض - سنة ٤٥ ق - الطعن رقم ٨١٨ .

(٢) نقض مدنى فى ٩/١/١٩٧٣ - مجموعة أحكام النقض - سنة ٢٤ ق - الطعن رقم ٢٩ .

(٣) نقض مدنى فى ٩/١/١٩٨٣ - مجموعة أحكام النقض - سنة ٢٩ ق - الطعن رقم ٤٩ .

(٤) نقض مدنى فى ١٣/٥/١٩٩٣ - مجموعة أحكام النقض - ٤٤ - ص ٣٩٥ .

قضائى بالفسخ بناء عليه ، ويخضع ذلك لسلطة القاضى التقديرية لتقريره . وهذا بخلاف وجود الشرط الفاسخ الصريح فى العقد والذى لا يكون للمحكمة مع وجوده أية سلطة تقديرية للقاضى فى تقرير الحكم بالفسخ . وعلى ذلك فالشرط الفاسخ الصريح لا بد أن تكون صيغته تدل بوضوح ودقة على إنفساخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد حدوث الإخلال بالالتزام . وفى هذا الشأن تقرر محكمة النقض بأنه : " يتعين أن تكون صيغة هذا الاتفاق صريحة الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه أو إنذار... ولا يغير من ذلك سداد الأجرة بعد استحقاقها" (١) .

ويترتب على وجود الشرط الفاسخ الصريح أثراً فى غاية الأهمية وهو حل العقد بأثر رجعى دون أن يكون للقاضى أية سلطة تقديرية فى تحقيق هذا الأثر ، إذ أن هذا الأثر يتحقق بمجرد الإخلال بالالتزام ، ولا يكون للقاضى عندئذ أى دور فى تحقيق هذا الحل للعقد ، اللهم إلا الكشف عن هذا الفسخ المتحقق فقط ، بخلاف الحال فى الفسخ القضائى الذى تقررته المادة ١٥٧ من القانون المدنى والتي بمقتضاها يكون للقاضى سلطة تقديرية فى تقرير هذا الفسخ ، ويكون للقاضى سلطة تقديرية فى تقدير هذا الفسخ ويكون حكمة عندئذ منشأ لهذا الفسخ وليس كاشفاً له ، كما هو الحال عند تضمن العقد للشرط الفاسخ الصريح والذى ينتج أثره بحل العقد بمجرد الإخلال بالالتزام حيث تقرر محكمة النقض فى هذا الشأن بأن : " الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٩/٦/٣ - مجموعة أحكام النقض - سنة ٢٠ ق - الطعن رقم ١١١٨ .



أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتماً بمجرد تحقق الشرط دون حاجة إلى رفع دعوى بالفسخ (١) .

وفى هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنه يستفاد من نص المادة ١٥٨ من القانون المدني أنه على من يتمسك بالشرط الفاسخ الصريح أن يقيم الدليل على وجوده وتضمن بنود العقد له ، وفى هذا الشأن تقرر محكمة النقض أنه: " يتعين بطبيعة الحال أن يتمسك الدائن بالشرط الفاسخ ، فهو مقرر لمصلحته - دون الطرف الآخر - فإذا تبين أن " الطاعنين " لم يقدموا ما يدل على سبق تمسكهم بإعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن ما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه بذلك يكون على غير أساس " (٢) .

ومن ذلك يمكننا القول بأن الدائن صاحب المصلحة هو الذى يكون له التمسك بالشرط الفاسخ الصريح ، وليس للقاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه.

والنص على الشرط الفاسخ الصريح فى العقد ، قد يكون بإحدى الصيغ الثلاث التالية وهى :-

(١) اتفاق طرفى العقد على اعتبار العقد مفسوخاً تلقائياً :

وفى هذه الحالة يتفق طرفى العقد على أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه عند حدوث إخلال أى منهما بالتزامه بمقتضى هذا العقد . والنص على ذلك ضمن بنود العقد يعتبر شرطاً فاسخاً صريحاً يحكم القاضى بمقتضاه بحل العقد إذا توافرت شروط تطبيقه ، أى أن سلطة القاضى عندئذ تنحصر فى التيقن من توافر شروط تحقق الفسخ دون أن يكون له سلطة تقديرية

(١) نقض مدنى فى ١٢/٣/١٩٧٥ - مجموعة أحكام النقض - سنة ٢٢ ق - الطعن رقم ٥٦٨ .

(٢) نقض مدنى فى ٣١/٥/١٩٨٣ - مجموعة أحكام النقض - سنة ٤٩ ق - الطعن رقم ١٣٥٧ .

فى تقديره إذا طلبه الدائن . وحكم القاضى عندئذ يكون كاشفاً للفسخ وليس منشأً له - كما سبق وبيننا ذلك ولايجدى تنفيذ المدين لالتزامه بعد ذلك ، ولا يملك القاضى عندئذ إلا الحكم بفسخ العقد دون أن يكون له أية سلطة تقديرية فى الحكم به طالما تحقق سببه المتمثل فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه خلال مدة الإعذار .

(٢) اتفاق طرفى العقد على إنفساخه من تلقاء نفسه دون أعذار أو حكم قضائى :

وفى هذا الصدد تقرر محكمة النقض المصرية فى أحكامها أن : " الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، يترتب عليه الفسخ حتماً نفاذاً للاتفاق بمجرد تحقق الشرط دون أن يكون للقاضى خيار فى أمره ، ويتحقق الفسخ دون حاجة إلى التقاضى ما لم ينازع المدين فى وقوع موجب الفسخ .

وتقف مهمة القاضى فى هذه الحالة ، عند حدود التحقق من عدم الوفاء بالالتزامات ليقرر اعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً " (١) .

ويتضح من ذلك أنه إذا اتفق طرفى العقد على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أعذار أو حكم قضائى ، فإن العقد عندئذ يعتبر مفسوخاً بمجرد تحقق سبب الفسخ دون أى إعذار أو صدور حكم قضائى ، به . ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين فيطبق اتفاق طرفى العقد

(١) نقض مننى فى ١٤/٤/١٩٩٣ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٤ق - الطعن رقم ١١٧ ، نقض مننى فى ٣١/٥/١٩٨٣ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٩ق - الطعن رقم ١٩١٢ .

باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد حدوث الإخلال من قبل المدين بالتزامه .

ويترتب على ذلك أن للدائن عندئذ أن يعتبر العقد غير موجود بمجرد إخلال المدين بالتزامه دون حاجة إلى أضرار أو حكم قضائي بذلك .

- تنازل الدائن عن الشرط الصريح الفاسخ :-

تبين لنا مما سبق أن الشرط الصريح الفاسخ يقرر لمصلحة الدائن إذا ما أخل المدين بالتزامه بمقتضى العقد . وعلى ذلك فإنه يكون لهذا الدائن أن يتمسك بهذا الشرط فينفسخ العقد أو أن ينزل عنه ويطلب تنفيذ هذا العقد .

وهذا التنازل من قبل الدائن عن التمسك بالشرط الفاسخ قد يكون مقدماً وقد يكون أثناء سير الخصومة القضائية ، كما أنه قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً ، وهذا النزول الضمني للدائن عن التمسك بالشرط الفاسخ يكون في حالتين :-

وفي هذا الشأن تقرر محكمة النقض بأن : " المحكمة متى انتهت إلى وجود شرط فاسخ صريح فإنه تكون قد سلبت نفسها كل سلطة تقديرية في صدق الفسخ ، باعتبار أن الفسخ حصل فعلاً ، إلا أن تتحقق من حصول المخالفة الموجبة له ... فإذا تحققت من ذلك ، قضت بالفسخ ، دون أن تعطى للمدين مهلة ، أثناء نظر الدعوى للوفاء بالتزامه (١) .

وإذا تضمن العقد الشرط الفاسخ الصريح بالصيغة المذكورة ، فإن ذلك لا يعفى الدائن من إعدار المدين للوفاء بالتزامه ، وانتظار المهلة التي

(١) نقض مدني في ١٠/١٢/١٩٦٨ - سنة ٩٩ - الطعن رقم ١٥٠٤ ، نقض مدني في ٢٠/٣/١٩٨٤ - الطعن رقم ١٦٣٩ لسنة ٥٠ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض - ج١٠ - ص ٦٠٦ .

حددها الأعدار لأن هذه الصيغة لا تضمن الإعفاء من ضرورة الأعدار. وهذا الأعدار ضرورة تطلبها القانون على لدائن القيام به قبل طلبه فسخ العقد ، فإذا لم يوف المدين بالتزامه رغم أعداره بذلك من قبل الدائن ، فإنه يكون عندئذ على القاضى أن يقضى بفسخ العقد ، وقضائه بذلك يكون حتمياً ووجوبياً عليه (١) .

(٣) اتفاق طرفى العقد على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون أعدار :

تنص المادة ١٥٨ من القانون المدنى فى جزئها الأخير على أنه :
 "وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعدار إلا إذا اتفق صراحة على الإعفاء منه " .
 وطبقاً لهذا النص فإنه إذا اتفق طرفى العقد على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه بمقتضى هذا العقد دون حاجة إلى إعدار ، فعندئذ للدائن أن يتمسك بإتفاسخ العقد دون أن يسبقه إعدار من الدائن للمدين ، ذلك أن الإعدار مقرر لمصلحة المدين ، واتفاقه مع الدائن على عدم لزومه للتمسك بإتفاسخ العقد يعد تنازل منه عنه بموجب هذا الاتفاق بينهما .

وإذا لم يرد فى العقد بند يفيد اتفاق طرفى العقد على الإعفاء من الإعدار للتمسك بإتفاسخه ، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه ، ويكون للمدين خيار الوفاء بالتنفيذ العينى طالما أن الدائن لم يعذر المدين مما يدل على عدم اختياره فسخ العقد . أما إذا أعذر الدائن المدين ، فإنه على هذا

(١) د. حمدى عبد الرحمن - المصادر الإرادية للالتزام - طبعة ١٩٩٩ - ص ٦١٨ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - السابق - ص ٦٣٣ ، د. محمد منصور - دور القاضى إزاء الشرط الصريح للفاسخ - منشأة المعارف .

الأخير أن يبادر بتنفيذ التزامه خلال مدة الأجل التي يحددها الإعدار ، فإن تقاعس المدين عن ذلك حتى فاتت تلك المدة ، وطالب الدائن بفسخ العقد أمام القضاء، فلا يحكم بفسخ العقد في حالتين :

الأولى : إذا سكت الدائن عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح ، فإن ذلك يعد نزولاً عنه ، ذلك أن المحكمة لا يجوز لها تطبيق هذا الشرط والحكم بفسخ العقد من تلقاء نفسها ، إلا أن مجرد تراخي الدائن في رفع دعوى الفسخ لا يعد تنازلاً منه عن الشرط الفاسخ طالما أنه قد رفع دعواه بطلب الفسخ قبل تنفيذ المدين لالتزامه (١) .

الثانية : إذا قبل الدائن وفاءً جزئياً للالتزام بعد رفع دعوى الفسخ ، أو بعد القضاء به ابتدائياً . فإذا كان الدائن قد رفع دعوى فسخ العقد بعد أن تحققت شروط رفعها ، أو كان قد قضى بالفسخ من محكمة أول درجة ، ثم قبل الدائن وفاءً جزئياً للالتزام الذي لم ينفذه المدين وكان سبباً في فسخ العقد، فإن قبول الدائن لهذا الوفاء الجزئي للالتزام عندئذ يعد تنازلاً ضمناً منه عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ . وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : " على محكمة الموضوع أن تعرض للطلبات الجازمة وأوجه الدفاع التي يتغير بها وجه الرأي في الدعوى ، وأن الطاعنة إذا كانت قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بتنازل المحكوم ضدها عن حقها في استعمال الشرط الصريح الفاسخ الذي تضمنه عقد البيع سند الدعوى بقبولها سداد جزء متأخر من الثمن دون تحفظ في تاريخ لاحق للحكم الابتدائي القاضي بالفسخ ، فإن ذلك يعتبر دفاعاً جوهرياً وإغفاله يضم

(١) نقض منى في ١٩٨٢/١١/٣٠ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٩ق - الطعن رقم ٦٨٦ ،
نقض منى في ١٩٨٣/٥/٣١ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٩ق - الطعن رقم ١٢٥٧ ،
نقض منى في ١٩٨٥/١٠/١٧ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٤ق - الطعن رقم ٤٠٥ .



الحكم بالقصور" (١) . ويدل هذا الحكم على أن قبول الدائن سداد جزء متأخر من الالتزام ، ودفع المدين بذلك أمام محكمة الاستئناف وتمسكه بأن ذلك يعد تنازلاً من الدائن عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ هو دفع صحيح ولا يجب إغفاله .

عدم تطبيق الشرط الصريح الفاسخ في عقود إيجار الأماكن المبنية :-
فرض القانونين رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الخاصين بإيجار الأماكن المبنية (٢) ، إستثناء من تطبيق الشرط الصريح الفاسخ ، وذلك لفرض حماية مشددة لحماية المستأجر من الطرد الذي يكون سببه التمسك بالشرط الصريح الفاسخ .

ذلك أن النتيجة الحتمية لانفساخ عقد إيجار المكان المبنى في حالة اتفاق طرفي العقد على اعتبار العقد مفسوخاً دون إعدار أو حكم قضائي ، هو أن يقضى القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة وذلك إذا ما أخل هذا المستأجر بالتزامه بالوفاء بالأجرة المقررة عليه بمقتضى عقد الإيجار .

ولمنع تحقق هذه النتيجة ، فقد قرر المشرع في قانوني إيجار الأماكن المبنية المشار اليهما حماية المستأجر من الطرد من العين المؤجرة ، ولتحقيق هذه الحماية قرر عدم الاعتداد بالشرط الصريح الفاسخ ، وتمثل عدم الاعتداد هذا فيما يلي :-

(١) نقض مدني في ١٤/٤/١٩٩٣ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٤٤ ق - الطعن رقم ١١٧ .

(٢) هذه القوانين هي قوانين خاصة توصف أحياناً بالاستثنائية ، وهي بالتالي لا تخضع للقانون المدني .

د. حمدي عبد الرحمن الوسيط في النظرية العامة للالتزامات - المصادر الإرادية للالتزام -

١- طبقاً لنص المادة ٣١ من قانون إيجار الأماكن المبنية رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فإنه لا بد من تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة المتأخرة تكليفاً صحيحاً بالأجرة بقدرها الصحيح ، دون أى تجاوز وألا كانت دعوى الإخلاء والطرء غير مقبولة ، وبناء على ذلك فلا قيمة لأى شرط بالإعفاء من الأعذار (١) .

٢- وطبقاً لنص المادة ١٨/ب من قانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، فإنه يجوز للمستأجر أن يتوقى الطرد من العين المؤجرة ، فى حالة صدور حكم من القضاء المستعجل ، بالوفاء بالأجرة حتى لحظة تنفيذ حكم الطرد ، كما يجوز له أن يتوقى الإخلاء أمام القضاء العادى ، إذا أوفى بالأجرة حتى إقفال باب المرافعة أمام محكمة الاستئناف . وهذا يشمل الأجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية .

٣- كذلك فإنه طبقاً لنص المادة ١٨/د من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فإنه يجوز إخلاء المكان المؤجر إذا ثبت بحكم قضائى نهائى أن المستأجر قد استعمل المكان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو الصحة العامة أو فى أغراض منافية للآداب العامة . ويستفاد من هذا نص أيضاً أنه لا يعتد بأى شرط صريح فاسخ يتعلق بفسخ الإيجار لإساءة الاستعمال ، ولا يتم ذلك إلا بصدور حكم قضائى نهائى بثبوت الاستعمال الضار حتى تقبل دعوى الإخلاء بناء على هذا الحكم .

ويتضح مما سبق أنه إذا كان هناك عقد إيجار خاضع للقوانين الخاصة، وتضمن الشرط الصريح الفاسخ ، فإن هذا الشرط لا أثر له ،

(١) د. حمدى عبد الرحمن - شرح قوانين إيجار الأماكن - ص ٢٩٦ .

ويلزم عندئذ تطبيق الضوابط القانونية السابقة دون غيرها من الشروط الاتفاقية التي يقررها طرفي العقد ، وذلك لتعلق الأمر بالنظام العام مما لا تجوز معه المخالفة .

الفرع الثالث

إنفساخ العقد بقوة القانون

العقد ينفسخ بقوة القانون في حالات متعددة . فقد ينفسخ العقد بنص القانون ، وقد ينفسخ في ظروف خاصة، وقد ينفسخ لإستحاله تنفيذه .

أولاً : إنفساخ العقد بنص القانون :-

وفي تلك الحالة ينفسخ العقد بنص القانون في حالة محددة بذاتها ، كما هو الحال في نص المادة ٤٦١ من القانون المدني الخاصة ببيع العروض حيث تنص على أنه " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره " .

ومن هذا النص يتضح أن العقد ينفسخ دون حاجة إلى إعدار أو دعوى، إذا كان البيع قد تضمن تحديداً لميعاد دفع الثمن وتسليم المبيع واختار البائع هذا الفسخ لعدم قبضه الثمن في موعده .

ثانياً : إنفساخ العقد تلقائياً في ظروف خاصة (١) .

وفي هذه الحالة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه في ظروف خاصة يرتكب فيها أحد طرفي العقد عملاً من شأنه أن يؤدي إلى فوات الغرض من التعاقد

(١) د. حمدي عبد الرحمن - السابق - ص ٦٢٩ ، د. نزيه صادق المهدي - الالتزام قبل التعاقد -

بصفة نهائية ، وذلك كبناء البائع منزلاً على الأرض المباعة قبل نقل ملكيتها للمشتري والذي كان سيستخدمها لبناء مسجد أو بناء مصنع مثلاً . كما أنه قد يفسخ العقد أيضاً إذا كان قائماً على اعتبار الثقة البحتة ، وأخل المتعاقد بهذه الثقة على نحو لا يمكن معه الاستمرار في التعاقد ، كما في إنهاء عقد حارس الشخص إذا هو إعتدى على من يتولى حراسته ، حيث لا يتصور الاحتفاظ بهذا الحارس عندئذ لإخلاله باعتبار الثقة المفترضة فيه نحو من يتولى حراسته .

ثالثاً: إنفساخ العقد بقوة القانون لاستحالة التنفيذ :-

أورد التقنين المدني المصري ثلاثة نصوص قانونية في المواد ١٥٩ ، ٢١٥ ، ٣٧٣ منه ، يقرر فيها مبدأ هاماً هو سقوط الالتزام بسبب استحالة تنفيذه ، ويترتب على ذلك بالضرورة إنفساخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون . حيث تنص المادة ١٥٩ مدني على أنه : " في العقود الملزمة للجائين ، إذا إنقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " . كما نصت لمادة ٢١٥ مدني على أنه : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " . وكذلك نصت المادة ٣٧٣ مدني على أنه : " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه " (١) .

(١) التقنين المدني المصري (القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨) .



فهذه النصوص الثلاثة التي أوردها التقنين المدنى المصرى تقرر مبدأ غاية فى الأهمية هو إنفساخ العقد بقوة القانون لاستحالة تنفيذ الالتزام المقرر بمقتضى هذا العقد ، وذلك سواء أكانت هذه الاستحالة بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، أو كانت هذه الاستحالة لغير السبب الأجنبى ، ذلك أن استحالة التنفيذ بذاتها وأى كان سببها تؤدي إلى إنفساخ العقد بحكم المنطق والقانون وبشرط أن تكون هذه الاستحالة استحالة مطلقة ودائمة ، وليس تسيية ومؤقتة ، وفى هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : " القوة القاهرة التى تمثل مانعاً مؤقتاً من التنفيذ لا تؤدي إلى إنفساخ العقد بل يقتصر أثرها على وقف تنفيذ الالتزام فى فترة قيام الحادث وعوده قوته التنفيذية بزواله " (١) .

(١) نقض مدنى فى ١٩٩١/١/٣٠ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٤٤٢ - الطعن رقم ٣٣٦ ، نقض مدنى فى ١٩٩٢/١٢/٢٠ - الطعن رقم ٨٤٩ لسنة ٥٣ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض - ج ١٠ - ص ٦١٣ .

الفصل الأول

شروط التنفيذ بمقابل وآثاره

الأصل في الوفاء بالالتزام أنه يجب الوفاء بالشئ المستحق أصلاً ،
فالدائن يستوفى محل الدين عينه (١) ، ولا يجبر على استيفاء شئ غيره ،
ولو كان هذا الشئ مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى (م ٣٤١
مدنى)

أما إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يستوفى شيئاً آخر عوضاً عن
دينه واستوفى بالفعل هذا الشئ سواء كان هذا الشئ عيناً أو نقداً ، فإن
الدين الأصلي ينقضى باستيفاء الدائن لهذا العوض وتبرأ ذمة المدين ،
ويكون ذلك أداء بما يسمى بالوفاء بمقابل .

كذلك فإنه إذا لم يتفق طرفى العقد على الوفاء بمقابل ، فإنه يجوز
للدائن أن يلجأ إلى القضاء لكي يطالب المدين بتنفيذ التزامه بمقابل ، وذلك
بتعويضه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة لعدم قيام المدين
بتنفيذ التزامه الأصلي تنفيذاً عينياً أو عدم الوفاء بشئ مقابل له برضاء
الدائن . كل هذا ما لم يكن رجوع الدائن مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو
إبطاله (طبقاً لنص المادة ٤٤٣ مدنى) .

وفى هذا الفصل من البحث علينا أن نبين شروط هذا الوفاء أو التنفيذ
بمقابل وأن نعرض لآثاره ، وذلك فى مبحثين على النحو التالى :-

المبحث الأول : شروط الوفاء أو التنفيذ بمقابل .

المبحث الثانى : آثار الوفاء أو التنفيذ بمقابل .

(١) د. السنهورى - الوسيط - ج ٣ - تقضاء الالتزام - رقم ٤٢٧ - ص ٩٣٦ .

المبحث الأول

شروط الوفاء أو التنفيذ بمقابل (١)

تنص المادة ٣٥٠ مدنى على أنه : " إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشئ المستحق قام هذا مقام الوفاء " .

ومن هذا النص يتبين لنا أن الوفاء بمقابل عبارة عن اتفاق بين الدائن والمدين على أن يودى المدين إلى الدائن مقابل آخر غير محل الالتزام على أن يقوم المدين بوفاء هذا المقابل فعلاً .

والأصل أنه طبقاً لنص المادة ٣٤١ مدنى ، فإن : " الشئ المستحق أصلاً هو الذى به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره ، ولو كان هذا الشئ مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى . وخرجاً على هذا الأصل ، فإنه يكون للدائن فى الوفاء بمقابل أن يستعيض عن محل الالتزام بمقابل آخر يقبله من المدين إذا ما عرضه عليه للوفاء بالالتزام المستحق أصلاً . وبإداء المدين لهذا المقابل إلى الدائن ينقضى الالتزام الأصلى ، كل هذا ما لم يكن رجوع الدائن على المدين مبنياً على المطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بإبطاله ، طبقاً لنص المادة ٤٤٣ مدنى فى فقرتها الأخيرة . ومن ذلك فإنه يمكننا القول بأن للوفاء بمقابل ثلاثة شروط هى :-
أولاً : ألا يكون رجوع الدائن على المدين مبنياً على المطالبة بفسخ العقد أو إبطاله .

(١) د. طلبة وهبة خطاب - النظرية العامة للالتزام - ج ٢ - ص ٣٣٠ ، د. أنور سلامة - أحكام الالتزام - ص ٣٩٥ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٣ - ص ٩٣٨ ، د. عبد المتعم الببراوى - السابق - ج ٢ - ص ٣٦١ ، د. نبيب شنب - نظرية الالتزام - ص ٣٧٢ .



ثانياً : الاتفاق بين الدائن والمدين أو لجوء الدائن إلى القضاء لطلب التنفيذ بمقابل .

ثالثاً : تنفيذ هذا الاتفاق أو تنفيذ حكم المحكمة بالتنفيذ بمقابل.

الشرط الأول : ألا يكون رجوع الدائن ل الدين مبيناً عل لمطالبة بفسخ العقد أو إبطاله (١) .

كما سبق أن ذكرنا ، فإنه يشترط رجوع الدائن على المدين بضمان استحقاق المقابل الأصلي ، أو ضمان العيب الخفى فيه بالوفاء أو التنفيذ بمقابل ، طبقاً نص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى - (قياساً على رجوع المشتري على البائع بضمان استحقاق المبيع أو وجود عيب خفى فيه) - ألا يكون الدائن قد سبق له المطالبة بفسخ عقد الوفاء بالمقابل الأصلي أو المطالبة بإبطاله ، لكى يتحلل من التزامه المقابل فى مواجهة المدين ، فهذا الفسخ أو الإبطال لهذا العقد يكون للدائن الخيار فى التمسك به أو عدم التمسك به والمطالبة بتنفيذ هذا العقد بمقابل ، فتمسكه بفسخ هذا العقد أو إبطاله هو مجرد رخصة تجيز لهذا الدائن الذى أدخل المدين بالتزامه فى مواجهته التحلل من هذا العقد محل هذا الإخلال من قبل المدين، وذلك إذا رأى هذا الدائن التحلل من هذا العقد والتحلل من التزامه المقابل تجاه المدين .

ولذلك فإنه يشترط حتى يقبل من الدائن الرجوع على المدين بالوفاء بالمقابل طبقاً لنص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى ، ألا يسبق ذلك مطالبته

(١) د: السنهورى - الوسيط - ج٤ - فقره ٣٥٢ - ص ٨٥٧ وما بعدها ، د: محمد لبيب شنب ، د: محمد أبو زيد - عقد البيع - فقره ١٤٨ - ص ٢١٩ ، د: عبد الرزاق فرج - عقد البيع - فقره ٢٣٢ - ص ٢٣٨ ، د: محمد عمران - عقد البيع - فقره ١١٩ - ص ٢٥٦ .



بفسخ عقد الوفاء بالالتزام الأصلي أو إبطاله ، حيث يكون له الخيار بين المطالبة بفسخ العقد أو إبطاله ، فلا يكون له بعد ذلك أن يطلب تنفيذ العقد بالوفاء أو بالتنفيذ بالمقابل ، فشرط طلب الدائن تنفيذ العقد بالوفاء بالمقابل ، ألا يكون قد سبق ذلك بطلبه فسخ هذا العقد أو إبطاله .

وهذا الشرط يعنى أنه إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه الأصلي ، فإنه يكون له أن ينفذ التزامه هذا بمقابل ، ويكون ذلك بأن يقوم مختاراً بأداء شئ آخر مقابل للدائن بعد اتفاقهما على ذلك ، أو قيامه بتنفيذ التزامه هذا عن طريق التعويض طبقاً نص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى ، ما لم يطالب الدائن بفسخ العقد أو إبطاله ، فالمدين إذا استحال عليه تنفيذ التزامه الأصلي بمقتضى العقد ، فإنه يكون للدائن أن يرجع عليه بإحدى دعاوى ثلاث :-

الدعوة الأولى : هى دعوى فسخ العقد لإخلال لمدين بالتزامه بتسليم الشئ الأصلي إلى الدائن ونقل ملكيته إليه وضمن انتفاعه به كاملاً . وفى هذه الدعوى يطالب الدائن بإعادته إلى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد^(١) ، ويتحقق ذلك بأن يرد إليه المدين ثمن هذا الشئ ، مع جواز مطالبته بتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب هذا الفسخ طبقاً لنص المادة ١٦٠ مدنى .

الدعوة الثانية : هى دعوى إبطال العقد على أساس أن الشئ الأصلي محل التزام المدين مملوك للغير ، وذلك إذا ثبت أن هذا الشئ كان مملوكاً لغير المدين وقت العقد ، وطبقاً لهذه الدعوى فإنه يكون للدائن استرداد الثمن من المدين ، مع جواز مطالبته كذلك بتعويض عن الضرر

(١) نقض مدنى فى ١٥/٨/١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض المدنى ١٨ - ٢٥٥ - ١٥٠٠ .



الذى أصابه نتيجة لهذا الإبطال بشرط أن يكون حسن النية ، أى جهل أن الشئ محل التزام المدين غير ممنوك له وقت العقد ، قياساً على نص المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٨ مدنى الخاصين ببيع ملك الغير ، دون اعتبار لحسن نية المدين أو سونها طبقاً للراجع (١) .

وما قررته المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فى هذا الصدد من حق الدائن فى التعويض ولو كان المدين حسن النية (٢) .

الدعوى الثالثة : هى دعوى مطالبه المدين بالوفاء بمقابل ، وهذه الدعوى تتطلب أن يكون عقد البيع قائماً لم يفسخ ولم يبطل ، فرجوع الدائن بهذه الدعوى على المدين يشترط لقبوله ألا يكون الدائن قد رجوع على المدين بأى من الدعوتين السابقتين دعوى فسخ العقد أو إبطاله ، طبقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤٣ مدنى ، وهذا يستفاد كذلك بالقياس على ما أورده المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى بشأن استحقاق المبيع أو بيع ملك الغير حيث أوردت أن : " المشتري فى بيع ملك الغير يكون بالخيار إذا استحق المبيع فى يده بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق " (٣) .

وخلاصة القول فى هذا الشرط أنه لى يطلب الدائن تنفيذ العقد بالوفاء بمقابل فإنه يشترط لقبول ذلك منه ألا يكون قد سبق طلبه فسخ هذا العقد أو إبطاله.

(١) د. السنهورى - ج٤ - فقرة ١٦٢ - ص ٢٩٢ ، د: سليمان مرقص ومحمد على إمام - عقد البيع - فقرة ٢٧٦ - ص ٤٥٥ ، د: إسماعيل غانم - عقد البيع - فقرة ١٦ - ص ٣٠ ، نقض مدنى فى ١٥ / ٤ / ١٩٨١ - الطعن رقم ١١٦٤ ، لسنة ٤٧ قضائية.

(٢، ٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج٤ - ص ١٩٣ ، ص ١٩٤ .



الشرط الثانی : الاتفاق بين الدائن والمدین أو طلب الدائن التنفيذ بمقابل :

فالوفاء بمقابل لا يتم إلا إذا اتفق الدائن والمدین عليه ، وإذا لم يوجد هذا الاتفاق ، فإن المدین لا يستطيع أن يفرض على الدائن أن يقبل لنوفاء مقابلاً غير المستحق أصلاً ، إلا أنه إذا قبل الدائن ذلك فيكون له ما يريد عملاً بالقاعدة التي تقرر بأن الشيء المستحق أصلاً هو الذي يجب أن يتم به الوفاء وقد يقع قبول الدائن لمقابل له . مثال ذلك : كون الدين الأصلي مبلغ ألفين من الجنيهات ، فيتفق الطرفین الدائن والمدین على أن يفى الثانی إلى الأول بكمية من القمح أو الذرة أو أى شئ آخر بدلاً من أداء المبلغ النقدي المذكور إليه ، والعكس .

وهذا الاتفاق بين الدائن والمدین قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً يستفاد من دلالة الحال كعدم اعتراض الدائن أو عدم إبدائه أى تحفظ عند الوفاء بالمقابل ، ويفترض القانون في الدائن إذا قبل الوفاء بمقابل أنه قد ارتضى ذلك مقام الوفاء بالالتزام الأصلي إلى أن يقوم دليل يسقط هذه القرينة^(١) .

وهذا الاتفاق بين الدائن والمدین يكون لاحقاً لنشوء الدين ، كما أنه يكون في الغالب لاحقاً كذلك لميعاد استحقاقه . كما أن هذا الاتفاق يجب أن يكون صحيحاً طبقاً للقواعد العامة من حيث الإرادة والمحل والسبب .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٣ - ص ٢٣٧ ، وقد جاء فيها : " أما فيما يتعلق بالإلبيات ، فيفترض في الدائن ، إذا قبل الوفاء بغير ما هو مستحق له دون تحفظ ، أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء من المدین ، إلا أن يقوم دليل يسقط هذه القرينة" .



فمن حيث الإرادة :

فالوفاء بمقابل مثله مثل أى اتفاق يلزم فيه توافق إرادتين ، إرادة الدائن وإرادة المدين ، ويجب أن تكون كل من الإرادتين خالية من العيوب التى قد تشوب هذه الإرادة كالغبط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال .

كذلك فإنه يجب أن تتوافر فى الدائن والمدين الأهلية الواجبة : فيشترط أن تتوافر فى الدائن أهلية استيفاء الدين لأن الوفاء بمقابل ينطوى على معنى استيفاء الدين . كما أنه يجب أن تتوافر فى المدين أهلية التصرف فى المقابل الذى يقدمه وفاء بالدين بالإضافة إلى أهلية الوفاء بالدين لأنه يوفى دينه عن طريق نقل ملكية المقابل إلى الدائن ، وذلك أن الوفاء بمقابل بالنسبة للمدين ينطوى على معنى الوفاء وعلى معنى نقل الملكية فى ذات الوقت .

ومن حيث السبب : فإنه يكون فى الوفاء بمقابل ، وفاء بالدين الأسمى، حيث يؤدي المدين مقابلاً آخر غير محل هذا الالتزام الأسمى ، وذلك وفاء لهذا الدين الأسمى وأما عن محل الوفاء بمقابل فهو الاستعاضة عن المحل الأسمى بنقل ملكية مقابل آخر من المدين إلى الدائن ، ويجب أن يتوافر فى هذا المحل شرطان :-

الأول : أن يكون المحل فى الوفاء بمقابل جديداً لم يدخل سلفاً ضمن الالتزام الأسمى .

الثانى : أن يكون محل الوفاء بمقابل هو نقل ملكية المقابل إلى الدائن أو تقرير حق عينى ، فلا يجوز أن يكون التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل أو نقل حق شخصى لأننا عندئذ نكون خارج نطاق الوفاء بمقابل لأن الأمر -حينئذ يخص تجديد الدين بتغيير محله أو الحوالة ، ذلك أنه قد يعطى

المدين للدائن مقابلاً غير محل الدين ليس للوفاء بالدين بل كضمان له مثل أن يتفق الطرفان على مد أجل الدين في مقابل أن يعطى المدين للدائن رهناً ، وهنا لا ينقضى الدين بل يظل قائماً ، وهذا المقابل الذى أداه المدين للدائن ليس مقابلاً للوفاء بل هو رهن فى يد الدائن لضمان الدين . وهنا فإن نيته الطرفين هى التى تبين ما إذا كان المقابل الذى أداه المدين للدائن للوفاء أو رهناً ، حيث أنه لا يكون هناك وفاء بمقابل إلا إذا اتفق الدائن والمدين إلى نقل ملكية المقابل إلى الدائن (١) .

وهذا الاتفاق بين الدائن والمدين على الوفاء بمقابل يثبت وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات ، فلا يجوز فيما زاد على مائة جنيهه الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، على أنه إذا ثبت أن الدائن قد قبل تسلم مقابل غير المستحق له دون تحقق ، فإنه يفترض أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء حتى يقوم الدليل على العكس (٢) .

وإذا لم يتفق طرفى العقد على الوفاء بالمقابل ، فللدائن عندئذ أن يلجأ إلى القضاء لمطالبه المدين بتنفيذ التزامه بمقابل طبقاً لنص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ من القانون المدنى .

الشرط الثالث : تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن أو تنفيذ حكم المحكمة بالتنفيذ بمقابل :-

لكى يكون هناك وفاء بمقابل يجب أن يحصل الدائن على المقابل الذى رضى به عوضاً عن الأداء المستحق أصلاً ، إذ لا يكفى اتفاق الدائن والمدين على الوفاء بمقابل بنقل ملكية شئ أو حق عين آخر إلى الدائن ،

(١) د. عبد الحى حجازى - نظرية الالتزام - ج ٣ - ص ٥٨ .

(٢) السنهورى - السابق - ص ٩٤١ .

بل يلزم تنفيذ هذا الاتفاق حالاً . فإذا اتفق الدائن والمدين على الوفاء بمقابل، ولكن اتفق على تأجيل تنفيذه ، فلا تكون عندئذ بصدد وفاء بمقابل لأنه لا يتم الوفاء بالالتزام فوراً ، وإنما تكون بصدد اتفاق يستبدل فيه الدائن والمدين التزاماً جديداً بالالتزام الأصلي ، وهذا ما يطلق عليه التجديد أو تجديد الالتزام . وعلى ذلك فإذا كان المقابل كمية من القمح فإنه يجب إقرارها حتى تنتقل ملكيتها إلى الدائن ، وإذا كان المقابل دابة ، فإنه يجب تعيينها بالذات ، وإن كان المقابل عقاراً ، فإنه يجب تسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل حتى تنتقل ملكية هذا العقار من المدين إلى الدائن ، وإذا كان المقابل عوضاً نقدياً أوفى به المدين إلى الدائن . ويترتب على ذلك تطبيقاً لأحكام القضاء المصرى ، أن الوفاء بمقابل لا يمكن أن يتم عن طريق الوصية ، بأن يوصى المدين لدائنه بمال للوفاء بالدين ، وذلك لأن الوصية يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولا تنتقل ملكية الموصى به فى حياة الموصى (١) . كذلك لا يتم الوفاء بمقابل إذا احتفظ المدين لنفسه بحق استرداد العقار الذى سلمه وفاءً لدينه (٢) .

وإذا ما لجأ الدائن إلى القضاء لمطالبه المدين بتنفيذ التزامه بمقابل ، فإنه يجب تنفيذ هذا الحكم فى مواجهة المدين عن طواعية وإختيار ، وإلا فإنه يتم تنفيذ هذا الحكم جبراً عن المدين بالحجز على أمواله وبيعها بالمزاد العلنى وحصول الدائن على قيمه ما لحقه من خساره وما فاتته من كسب بسبب عدم تنفيذ المدين لإلتزامه عيناً طبقاً لنص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى .

(١) نقض مدنى فى ١٩٤٣/٤/١ - مجموعة عمر ٤ رقم ٣٨ - ص ٩٥ (أورده د. السنهورى - ج ٣ - ص ٩٤١) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٩٢٨/١٢/٦ م ٤١ - ص ٧٩ (أورده د. السنهورى - ج ٣ - ص ٩٤١) .



المبحث الثاني

آثار التنفيذ بمقابل

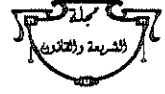
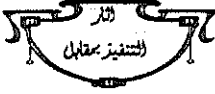
من العرض السابق يتبين لنا أن التنفيذ بمقابل يتحقق بقيام المدين بأداء التزام للدائن غير الالتزام المستحق أصلاً بمقتضى العقد . وهذا التنفيذ بمقابل قد يكون بوفاء المدين بشئ عيني آخر أو بأداء تعويض نقدي عما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة لعدم وفاء المدين بالالتزام الأصلي طبقاً للمادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدني .

وهذا التنفيذ أو الوفاء بمقابل أياً كانت صورته يكون طبقاً لنص المادة ٣٥١ مدني والتي تنص على أنه : " يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أعطى في مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين ، وضمان الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية ، ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات " .

ويتضح من النص السابق أن التنفيذ أو الوفاء بمقابل أحكامه ذو طبيعة مزدوجة ، ذلك أن أحكام البيع تسرى عليه باعتباره ناقلاً للملكية ، كما تسرى عليه أحكام الوفاء باعتباره وفاء ينقضى به الدين .. وفيما يلي نعرض لهذه الآثار في مطلبين :

المطلب الأول : آثار التنفيذ بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية .

المطلب الثاني : آثار التنفيذ بمقابل باعتباره وفاء .



المطلب الأول

آثار التنفيذ بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية

مما سبق يتبين لنا أن التنفيذ أو الوفاء بمقابل ينقل ملكية المقابل من المدين إلى الدائن ، ولذلك يسرى عليه أحكام عقد البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية ، وهو ما نعرض له في فروع ثلاثة كما يلي :-

الفرع الأول : أهلية المتعاقدين في التنفيذ أو الوفاء بمقابل .

الفرع الثاني : التنفيذ بمقابل ضماناً للاستحقاق .

الفرع الثالث : التنفيذ بمقابل ضماناً للعيوب الخفية .

الفرع الأول

أهلية المتعاقدين في التنفيذ أو الوفاء بمقابل

لكي يكون التنفيذ أو الوفاء بالمقابل نافذاً ، لابد أن يتفق الدائن والمدين على أداء الثاني لهذا المقابل عوضاً عن الدين الأصلي ، وإتفاقيهما على ذلك لن يكون صحيحاً إلا إذا توافرت في كل منهما الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الإتفاق .

وفيما يلي نعرض لأهلية اللاتم توافرها في كل من المدين الموفى بالمقابل ، والدائن المستوفى لهذا المقابل .

أولاً : أهلية المدين الموفى بالمقابل :

تنص المادة ٣٢٥ من التقنين المدني على أنه :

فقرة (١) : يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكاً للشئ الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه .



فقرة (٢) : ومع ذلك فالوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى .

ومن هذا النص السابق يتضح أنه يشترط لصحة الوفاء بمقابل أن يكون المدين مالكا للمقابل الذى يوفى به ، وأن يكون أهلاً للتصرف فى هذا المقابل وفيما يلى نعرض لهذين الشرطين :-

(أ) ملكية المدين للمقابل الذى يوفى به :

فى الوفاء بمقابل يتم نقل ملكية المقابل إلى الدائن ، وعلى ذلك فلا بد أن يكون المدين الموفى مالكا للمقابل الذى يوفى به دينه ، وإلا فإنه لا يستطيع أن ينقل للدائن ملكية مقابل لا يملكه .

وإذا حدث ووفى المدين للدائن بمقابل لا يملكه ، فإن هذا الوفاء يكون قابلاً للإبطال مثله فى ذلك مثل بيع ملك الغير (١) . ويظل هذا الوفاء قابلاً للإبطال لمصلحة الدائن وإن إنتقلت إليه ملكية هذا المقابل بسبب عارض وليس بسبب الوفاء ، كأن يكون الدائن حسن النية وتسلم نقوداً أو منقولاً وملكه بسبب الحيازة ، أو تسلم عقاراً وملكه بالتقادم القصير مع حسن النية ، فعندئذ وفى هذه الأحوال ، يجوز للدائن ألا يتمسك بالحيازة أو بالتقادم لتثبيت ملكيته على المقابل الذى سلمه له المدين وله أن يرد هذا المقابل إلى صاحبه، ويعتبر هذا الوفاء كأن لم يكن ، وللدائن عندئذ أن يطالب المدين بالوفاء بمقابل آخر يملكه لبطان الوفاء الأول ، والذى كان بمقابل لا يملكه المدين .

وفاء المدين بمقابل لا يملكه ، لا يسرى فى حق المالك الحقيقى لهذا المقابل ، ولهذا المالك الحقيقى أن يسترد المقابل ملكه من الدائن بدعوى

(١) د. السنهورى - الوسيط - ج ٣ - ص ٧٦٢ .

إستحقاق ، لأن الوفاء الذى حدث به من قبل المدين لا ينقل ملكيته إلى الدائن، فيبقى المقابل على ملك صاحبه وله أن يسترده ما لم يتمسك الدائن فى مواجهته بتملكه هذا المقابل بالحيازة أو بالتقادم . وكذلك يكون لهذا المالك الحقيقى للشيء المقابل أن يجيز وفاء المدين به فيصح هذا الوفاء ولا يكون باطلاً تبعاً لذلك ، وتنتقل بهذه الإجازة ملكية هذا الشيء المقابل إلى الدائن عندئذ ، وينقضى بهذا الوفاء دين المدين .

وأيضاً إذا وفى المدين للدائن شيئاً مقابلاً لا يملكه ، فإن لهذا المدين أن يطلب إسترداد هذا الشيء المقابل الذى وفى به لكى يرده إلى صاحبه بشرط أن يوفى للدائن شيئاً مقابلاً آخر يكون مالكاً له مساوياً له فى القيمة، ويشترط أن يكون هذا الشيء المقابل الموفى به مازال باقياً فى يد الدائن . أما إذا كان هذا الشيء لم يعد فى يد الدائن لاستهلاكه إياه أو لاختلاطه بملكه وعدم إمكان تمييزه مع حسن نية هذا الدائن عندئذ ، فإن هذا الوفاء بحكم الواقع يستوفى به الدائن حقه ، ولا يستطيع المالك الحقيقى لهذا الشيء أن يرجع عليه بدعوى الاستحقاق لعدم وجود هذا الشيء ولا بدعوى تعويض لحسن نيته . ولا يكون أمام هذا المالك الحقيقى فى تلك الحالة إلا الرجوع على المدين بدعوى تعويض إن كان سىء النية ، أو بدعوى الإسراء بلا سبب إن كان حسن النية لا يعلم بأن ما وفى به الدين ليس ملكاً له (١) .

(ب) أهلية المدين للتصرف فى الشيء المقابل الذى يوفى به :

لكى يكون وفاء المدين بالشيء المقابل صحيحاً ، لا بد - بجانب ملكيته للشيء الذى يوفى به الدين - أن يكون أهلاً للتصرف فى الشيء

(١) د. السنهورى - السابق - ص ٧٦٥ ، د. عبد المنعم البدرأوى - ج ٢ - أحكام الالتزام - ص ٣٢٤ .



الموفى به . وهذه الأهلية تقتضى أن يكون هذا المدين بالغاً لسن الرشد دون أن يكون محجوراً عليه لعارض أو لماتع للأهلية .

فإذا كان المدين الموفى بالشيء المقابل قاصراً أو محجوراً عليه ، فإن وقاؤه يكون قابلاً للإبطال لمصلحته ، فله أن يطلب إبطال هذا الوفاء إذا لحق به ضرر . أما إذا كان هذا الوفاء لا يلحق به ضرراً فله أن يبقيه وينقضى به دينه . وفى هذا الشأن تقرر المادة ٣٢٥ مدنى فى فقرتها الثانية أنه : " ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى " .

وقد يكون للمدين الموفى بالشيء المقابل مصلحة فى التمسك بإبطال هذا الوفاء ، فله عندئذ أن يتمسك بإبطاله وأن يسترد الشيء المقابل الموفى به ، مع قيامه بوفاء الدين مرة أخرى بمقابل آخر ، وهذا غالباً ما يكون إذا وفى المدين بشيء مقابل أعلى فى الصنف والقيمة من الشيء الذى يجب عليه أدائه ، فله عندئذ أن يسترده ، على أن يقوم بالوفاء بالشيء الأقل ، وإسترداد المدين للشيء المقابل الذى وفى به دينه للدائن يكون إذا كان هذا الشيء مازال فى يد الدائن ولم يستهلكه أو يتصرف فيه بحسن نية .

أما إذا كان الدائن قد استهلك هذا الشيء أو تصرف فيه بحسن نية ، فإنه يجوز للدائن الموفى ناقص الأهلية عندئذ أن يتمسك بإبطال الوفاء ، وله أن يطالب هذا الدائن بالتعويض ، على أن يفى له بعد ذلك بالدين ويفيد بذلك من الفرق بين القيمتين .



وضرورة أن يكون المدين الموفى بالشيء المقابل أهلاً للتصرف فى الشيء الموفى به أى بالغاً سن الرشد دون أن يكون محجوراً عليه ، هو الأصل ، وهذا الأصل ترد عليه عدة استثناءات هى :

١- طبقاً لنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال ، فإنه يجوز لمن بلغ الثامنة عشرة من عمره أن يكون أهلاً للوفاء بالشيء المقابل ، متى أذنت له المحكمة بذلك .

٢- وطبقاً لنص المادة ٦١ من قانون الولاية على المال التى تجيز للقاصر التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال ، فإنه يجوز لهذا القاصر تبعاً لذلك أن يكون أهلاً للوفاء بالشيء المقابل فى حدود هذا المال فقط .

٣- ما تقتضى به المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال من جواز تصرف القاصر الذى بلغ السادسة عشرة من عمره فيما يكسب من عمله من أجر أو غيره . وتبعاً لذلك فإنه يجوز لهذا القاصر أن يوفى بالمقابل لأداء دين عليه فى حدود هذا المال ، وأهليته فى ذلك تكون متوفرة ، وتصرفه بذلك يكون صحيحاً .

٤- ما تنص عليه المادة ١١٢ مدنى من صحة أعمال الإدارة من الصبى المميز البالغ من العمر ثمانية عشر عاماً متى أذنت له المحكمة فى تسلم أمواله لإدارتها أو كان تسلمه لها بحكم القانون ، فعندئذ ، فإن هذا الصبى المميز يكون أهلاً للوفاء بالمقابل لسداد دينه فى حدود تلك الأموال ، ذلك أن إدارته لتلك الأموال تقتضى ممارسته للبيع والشراء وسداد ديونه بأصلها أو بما يقابلها .



ووفاء المدين بالشيء المقابل قد يكون بمعرفة المدين نفسه ، وقد ينوب عنه نائبه كالوكيل أو الولى أو الوصى فى الوفاء به طبقاً لنص المادة ٣٢٣ من القانون المدنى .

ثانياً : أهلية الدائن الموفى له فى الوفاء بمقابل :

تنص المادة ٣٣٢ من القانون على أنه : " يكون الوفاء للدائن أو لتأبته . ويعتبر ذا صفة فى إستيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن إلا إذا كان متفقاً على أن يكون الوفاء للدائن شخصياً " .

وطبقاً لهذا النص فإنه يعد ذا صفة فى قبول الوفاء من يخلف الدائن خلفه عامه كوارثه ، أو خلفه الخاص كالمشترى والمحال له الحق ، أو من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن باستيفائه الدين .

ولكى يكون الوفاء بالمقابل صحيحاً ، يجب أن يكون الدائن الموفى له بالمقابل أهلاً لاستيفاء الدين . فإذا كان هذا الدائن ناقص الأهلية لصغر سنه أو لإصابته بعارض أو مانع للأهلية ، كان الوفاء لممثله القانونى أى لتأبته كالوكيل أو الوالى أو الوصى . وإذا تم الوفاء لهذا الدائن ناقص الأهلية شخصياً ، كان هذا الوفاء قابلاً للإبطال . وإذا كان هذا الوفاء بالمقابل لناقص الأهلية قد عاد عليه بمنفعة ، فإن هذا الوفاء يكون صحيحاً بقدر هذه المنفعة^(١) . ويقع على المدين عبئ إثبات المنفعة التى عادت على الدائن عندئذ كان يكون قد أشتري من قيمة هذا الوفاء بمقابل عقاراً أو منقولاً أو أنفق منها على نفسه أو على من يعولهم .

(١) المنكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج٣ - ص ١٩٢ .



الفرع الثاني

التنفيذ بمقابل ضماناً للاستحقاق

إذا استحق الشيء محل الوفاء بالدين ، بأن كان غير مملوك للمدين وإستردده مالكه ، فإنه يكون للدائن الرجوع على المدين طبقاً لأحكام ضمان الاستحقاق المقررة في عقد البيع ، مثله في ذلك مثل رجوع المشتري على البائع . ويترتب على ذلك أنه يكون على المدين أن يعرض الدائن عن جميع الأضرار التي لحقت نتيجة لهذا الاستحقاق طبقاً لنص المادة ٤٤٣ من التقنين المدني وما بعدها ، ويكون ذلك تنفيذاً بمقابل لضمان هذا الاستحقاق .

بالإضافة إلى رجوع الدائن على المدين بضمان الاستحقاق ، فإنه يكون له أيضاً أن يطالب بفسخ العقد فيعود الدين الأصلي إلى ذمة المدين ، وذلك على أساس أن المدين قد أخل بالتزامه بنقل ملكية الشيء إلى الدائن . كما يكون للدائن كذلك إبطال العقد طبقاً لنص المادة ٤٦٦ من التقنين المدني التي تنص على الأحكام المقررة في بيع ملك الغير (١) .

وما يهمننا في هذا الصدد هو رجوع الدائن على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق ، وهذه الدعوى لا يجوز للدائن رفعها إلا إذا كان العقد قائماً لم يبطل ولم يفسخ ، لأنها تقوم على أساس إخلال المدين بالالتزام

(١) د/ عبد المنعم الدراوي - أحكام الالتزام - ج ٢ - ص ٣٦٨ ، د/ عبد الرزاق فرج - عقد البيع - ص ١٧٧ ، د/ السنهوري - الوسيط ج ٤ - عقد البيع - فقرة ٣١٥ - د/ليب شنب - عقد البيع - ص ٢٨٩ ، د/ محمد عمران - عقد البيع - ص ٤٢٠ .

Aubry et Rau : cours de droit civil Francais , t. V. op , p. 63

(انظر د/ محمد عمران بذات الموضوع) ، نقض مدني في ١٩٦٧/٨/١٥ - الطعن رقم ١٩٣ لسنة

٣٤ ق - س ١٨ - ص ١٥٠٠ ، نقض مدني في ١٩٩٨/٤/٢٨ - الطعن رقم ٢٩٨٩ لسنة ٥٩

ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدني - ج ٥ - ص ٢٨٦ .

بدفع تعرض الغير فى الشئ محل الوفاء بالدين ، وهو التزام يرتبه العقد ، ولا يتصور قيامه وتوقيع الجزاء على مخالفته إلا مع قيام هذا للعقد . وعلى ذلك فمسئولية المدين عن تعويض الدائن عما لحقه من أضرار بسبب استحقاق الشئ هى مسئولية عقدية ، لأنها تقرر بناء على الإخلال بالالتزام عقدى .

ورجوع الدائن على المدين بدعوى الاستحقاق يكون تنفيذاً بمقابل فى صورة تعويض تبعاً لما تقررته نصوص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ من التقنين المدنى ، وهذا التعويض يختلف بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً ، أو كان جزئياً . كذلك فإنه وطبقاً لنص المادة ٤٤٢ مدنى إذا تولى الدائن استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفعه للمستحق شيئاً فى مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق ، فإنه يجب على المدين إذا أراد أن يتخلص من ضمان الاستحقاق ، أن يرد للدائن ما أداه للمستحق .. وفيما يلى تعرض لتعويض الدائن عن استحقاق المقابل بحسب ما إذا كان هذا الاستحقاق كلياً أو كان جزئياً ، أو كان هذا التعويض قد تمثل فى رد المدين ما أداه الدائن للمستحق لتوفى استحقاق الشئ محل الوفاء بالدين .

أولاً : تعويض الدائن فى حالة الاستحقاق الكلى للشئ محل الوفاء بالدين .

تنص المادة ٤٤٣ من التقنين المدنى على أنه : " إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع .

١- قيمة المبلغ وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

٢- قيمة الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .

٣- المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية .



٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠ .

٥- ويوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبه بفسخ البيع أو إبطاله " .

ويستفاد من النص السابق أنه يقصد بالاستحقاق الكلى فى مجال بحثنا المتعلق باستحقاق الشئ فى الالتزام بالوفاء بالدين هو حرمان الدائن من الشئ كله ، كأن يتفق الدائن مع المدين على قيام الأخير بنقل ملكية شئ لأول ثم يتضح بعد ذلك أن هذا الشئ ليس مملوكاً للمدين وإنما مملوكاً لشخص آخر هو مالكة الحقيقى والذى يسترده من تحت يد الدائن . فعندئذ يكون هذا الاستحقاق استحقاقاً كلياً لما يترتب على هذا الاسترداد من حرمان الدائن من الشئ كله . كذلك فإنه قد يكون سبب الاستحقاق الكلى هو قيام الدائن المرتهن بالتنفيذ على الشئ تحت يد الدائن طبقاً لنص المادة ١٠٨٠ مدنى ، كما قد يكون سببه أيضاً صدور حكم بإبطال أو فسخ سند ملكية المدين (١) .

ويستفاد كذلك من نص المادة ٤٤٣ مدنى سالفه الذكر - بيان لعناصر التعويض الذى يلتزم المدين بالقيام بأدائه فى حالة الاستحقاق الكلى للمبيع ، وذلك لتعويض هذا الدائن تعويضاً كاملاً عما لحقه من ضرر ، وما

(١) يستفاد ذلك مما قرره د/ البيراوى - عقد البيع - فقرة ٧١٣ - ص ٤٨٠ .

- Baudry - lacantinerie et saignetel , troisieme edition , De la vente et de l'echange , 1908 : No , 378 .

فاته من كسب بسبب استحقاق الشيء المدين به ، وفيما يلي نتناول عناصر هذا التعويض تفصيلاً وهي :-

(أ) قيمة الشيء وقت الاستحقاق وفوائده القانونية : يلتزم المدين بأن يدفع للدائن قيمة الشيء المستحق وقت رفع دعوى الاستحقاق ، لأن الحكم بالاستحقاق يستند إلى وقت رفع الدعوى (١) ، سواء أكانت هذه القيمة تزيد أو تقل عن الثمن الذي دفعه الدائن ، فليس له عندئذ إلا الرجوع بتلك القيمة . ويلاحظ في هذا الشأن أنه لن يكون للدائن مصلحة ظاهرة في الرجوع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق إذا قلت قيمة الشيء وقت الاستحقاق عن الثمن الذي دفعه ، ويكون من الأصلح لهذا الدائن عندئذ الرجوع على المدين بالتعويض وفقاً لما تقضى به القواعد العامة حيث يتحصل على ذات الثمن الذي دفعه .

وبالإضافة لذلك فإن للدائن أن يطالب بالفوائد القانونية من وقت الاستحقاق (٢) خروجاً على القواعد العامة التي تقضى بسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها طبقاً لنص المادة ٢٢٦ مدني . والحكمة من هذا الاستثناء هي أن الدائن سيحرم من الشيء من وقت استحقاقه ، فليزِم أن يعرض عنها بالفوائد القانونية من هذا الوقت وهي ٤% في المسائل المدنية ، ٥% في المسائل التجارية وهو يستحقها حتى ولو كان هذا

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج٤ - ص ٨٥٩ ، د. إسماعيل غاتم - الوجيز في عقد البيع - ص ٢٢٣ ، د. جميل الشراوى - عقد البيع والمقايضة - ص ٢٦٠ ، نقض مدني في ١٩٩٨/٤/٢٨ - الطعن رقم ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدني - ج٥ - ص ٢٨٦ .
(٢) نقض مدني في ٢٠٠٣/١/٢ - الطعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٧١ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض - ج١٠ - ص ٢٦٦ .

الشيء المقابل غير مثمر (١) ، وسواء أكان يعلم وقت إبرام عقد الاتفاق على أداء الشيء بسبب الاستحقاق أم كان لا يعلم به (٢) .

(ب) قيمة الثمار التي التزم الدائن بردها لمن استحق الشيء المعقود عليه: الأصل أن للدائن ثمر الشيء ونماؤه من وقت تمام العقد (٣) ، وعليه تكاليفه من هذا الوقت أيضاً ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . وهذا يستفاد من نص المادة ٤٥٨/٢ من التقنين المدني ، إلا أنه إذا استحق الشيء للغير ، فإنه على الدائن رد هذه الثمار إلى المستحق لأنها كانت في الأصل واجبه له ، ويكون بمقتضى ذلك للدائن أن يطلب من المدين قيمة هذه الثمار التي التزم بردها لمن استحق له المبيع لأنها تعتبر من قبيل ما ضاع على هذا الدائن من كسب (٤) .

ويلتزم الدائن بأن يرد إلى المستحق كافة الثمار التي قبضها والتي قصر في جنبها إذا كان سيء النية أي يعلم بحق المستحق على الشيء المعقود عليه ، وإن كان له الحق في أن يسترد ما أنفقته في إنتاجها طبقاً لنص المادة ٩٧٩ مدني . كما أنه إذا كان هذا الدائن يعلم بحق الغير قبل

(١) سليمان مرقص - عقد البيع - ص ٣٦٥ ، د. عبد المنعم البدرأوى - عقد البيع - ص ٤٨٥ ، د. منصور مصطفى منصور - البيع المقايضة والإيجار - ص ١٧٣ .

(٢) د. السنهوري - السابق - ص ٣٦٩ .

(٣) نقض مدني في ١٩٧٣/١/٣ - الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٣٥ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقص المدني - ج ٥ - ص ٣٠٠ ، نقض مدني في ١٩٩٥/٣/١٥ - الطعن رقم ٢٣٥٤ لسنة ٦٠ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقص - ج ٥ - ص ٣٠٥ .

(٤) د. البدرأوى - السابق - ص ٤٨٥ ، د. لييب شنب ومحمد أبو زيد - عقد البيع - ص ٢٩٥ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - محاضرات في العقود - ج ٢ - ص ٢٤٣ - فقرة ١٥٦ ، نقض مدني في ١٩٩٠/٤/٢٢ - الطعن رقم ٦٧ لسنة ٥٦ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقص المدني - ج ٥ - ص ٣٠٣ .



رفع دعوى الاستحقاق وجب عليه رد الثمار المستحقة من وقت علمه بذلك، ويرجع بها على المدين إستيفاء لحقه فى التعويض .

أما ثمار الشيء من وقت رفع الدعوى فهذه قد إستعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة الشيء المستحق (١) .

أما إذا كان الدائن قد قبض ثمار الشيء المستحق وهو حسن النية ، فإنه لا يلتزم بردها طبقاً لنص المادة ٩٧٨ مدنى ، فلا يلتزم الدائن تبعاً لذلك برد الثمار إلى المستحق طالما أنه كان حسن النية ، أى غير عالم بحق المستحق فى الشيء وثماره .

(ج) المصروفات التى أنفقها الدائن على الشيء المستحق :

إذا أنفق الدائن مصروفات على الشيء المستحق قبل أن يحكم للغير بإستحقاقه ، فهل له أن يسترد هذه المصروفات من عدمه ؟

ولإجابة عن هذه التساؤل فإن الحكم فى ذلك يختلف بحسب نوع المصروفات والتى قد تكون مصروفات ضرورية نافعة أو مصروفات كمالية:

١- أما عن المصروفات الضرورية : وهى المصروفات اللازمة لحفظ الشيء وصيافته . وهذه المصروفات يرجع بها الدائن على المستحق، ولا يطالب بها المدين ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ١/٩٨٠ مدنى والتى تنص على أنه : " على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز

(١) إستفاد ذلك مما قرره المحكمة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى-جء - ص ٩٦ بشأن ضمان الاستحقاق فى عقد البيع .

جميع ما أنفقته من المصروفات الضرورية " . ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن حسن النية أم سينها (١) .

٢- وأما عن المصروفات النافعة : وهى المصروفات التى تؤدى إلى زيادة قيمة الشيء المستحق ، وذلك كقيام الدائن بالبناء أو الغراس فى الأرض محل الشيء المقابل . فهذه المصروفات يطبق بشأنها أحكام الالتصاق المنصوص عليها فى المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ طبقاً لنص المادة ٢/٩٨٠ مدنى .. وهاتين المادتين تفرقان بين ما إذا كان الحائز حسن النية أم كان سينها :

فإذا كان الدائن وهو الحائز حسن النية : خير المستحق بين رد قيمة المصروفات وهى قيمة المواد وأجره العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الشيء المستحق بسبب هذه المصروفات (طبقاً لنص المادة ٩٢٥ مدنى) ، وفى هذا الشأن فإن المستحق سيختار بالطبع رد أقل القيمتين ، وعلى ذلك فإن الدائن لن يسترد من المستحق جميع ما أنفقته على الشيء المستحق ، فيكون له أن يرجع بالفرق على المدين (٢) .

أما إذا كان الدائن سيء النية : أى يعلم وقت إتفاق هذه المصروفات النافعة بسبب الاستحقاق ، كان للمستحق أن يطلب إزالة المنشآت فى خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامتها أو أن يطلب إستبقائها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الشيء المستحق بسبب إقامة هذه المنشآت ، وذلك طبقاً لنص المادة ٩٢٤ . وعلى

(١) د. جميل الشرقاوى - السابق - ص ٢٦٤ ، د. عبد الرازق فرج - عقد البيع - ص ١٨١ ، د. محمد

عمران - الوجيز فى عقدى البيع والتأمين - ص ٢٥٨ .

(٢) د. إسماعيل غاتم - السابق - ص ٢٢٥ ، د. نبيب شنب - السابق - ص ٢٩٧ .

ذلك فإن الدائن الحائز سيء النية لن يسترد جميع ما أنفقه من مصاريف من المستحق ، فيكون له أن يرجع بالفرق على المدين إستيفاءً لحقه .

٣- وإذا كانت هذه المصروفات كمالية : وهى المصروفات التى ينفقها الدائن للزينة والزخرفة ، فلا يرجع بها الدائن على المستحق ، ولكن يجوز له أن ينزع ما إستحدثه من منشآت إلا إذا إختار المتسحق أن يبقياها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، (وذلك طبقاً لنص المادة ٣/٩٨٠ مدنى) ، وليس للدائن أن يرجع على المدين بهذه المصروفات إذا كان المدين حسن النية ، إنما يكون له أن يرجع بها إذا كان هذا المدين سيء النية أى يعلم بسبب الاستحقاق وقت إبرام العقد ، وهو ما يستفاد من نص المادة ٣/٤٤٣ مدنى ومما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى والتى قررت فيه : " أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشتري على المستحق وكذلك لا يرجع بها على البائع إذا كان حسن النية ، لأن المدين فى المسئولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ويمكن إعتبار المصروفات الكمالية أمراً غير متوقع ، فإذا كان البائع سيء النية أى كان يعلم بحق الأجنبى ، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، ويحق إذن للمشتري أن يرجع بالمصروفات الكمالية" (١).

٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق : بالإضافة إلى ما سبق ، فإن للدائن أيضاً أن يرجع على المدين بجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق التى يكون قد تكبدها ، وتتضمن

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى - مجموعة الأحكام التحضيرية - ج٤ - ص ٩٦ .

هذه المصروفات رسوم الدعاوى وأتعاب المحاماه والخبراء (١) .
وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن المدين لا يتحمل المصروفات
التي كان بإستطاعة الدائن أن يتوقاها لو أخطره بهذه الدعاوى في
الوقت المناسب. ومثالها تكبد الدائن مصاريف في سبيل إستخراج
مستند أو صورة منه كانت في حوزة المدين ، وكان في إستطاعه هذا
المدين أن يقدمه بلا تحمل لهذه النفقات (٢) .

٥- ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب : يلتزم المدين بتعويض
الدائن بوجه عام عما لحقه من خسارة أو فاتته من كسب (٣) بسبب
إستحقاق الشيء المستحق (وهو ما يستفاد من نص المادة ٥/٤٤٣
مدنى) وكذلك يستفاد مما أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع
التمهيدى للقانون المدنى والتي ذكرت أنه : " يحق للمشتري أن يرجع
على البائع فضلا عما نصت عليه هذه المادة (٤٤٣ مدنى) فى
فقراتها السابقة بمصاريف تحرير العقد والتسجيل والسمسرة
ومصاريف تسلّم المبيع ، وغيرها مما لحق به من أضرار بسبب
استحقاق المبيع " (٤) .

(١) السنهورى - السابق - ج٤ - ص ٦٨٢ ، د. منصور مصطفى - السابق - ص ١٧٥ .

(٢) السنهورى - السابق - ص ٦٨١ ، د. منصور السابق - ص ١٧٥ ، د. لبيب شنب - السابق -
ص ٢٢٦ .

(٣) نقض مدنى فى ١٨/٤/١٩٧٨ - الطعن رقم ٣٢٩ لسنة ٤٥ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض
المدنى - ج١٢ - ص ٥٧٦ ، نقض مدنى فى ١١/١٢/١٩٩٥ - الطعن رقم ٥٦٩٨ لسنة ٦٤ ق -
الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدنى - ج١٢ - ص ٦٠٢ .

(٤) مجموعة الأحكام التحضيرية للقانون المدنى - ج٤ - نفس الموضع السابق .

ثانياً : تعويض الدائن في حالة الاستحقاق الجزئي للشيء محل الالتزام :

تنص المادة ٤٤٤ من التقنين المدني على أنه :

فقرة (١) : إذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينه في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

فقرة (٢) : فإذا إختار المشتري إستيقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق ."

ويتضح من هذا النص أنه قد يحدث إستحقاق جزئي للشيء الذي يؤديه المدين للدائن ، وهذا الاستحقاق الجزئي يحدث إذا إستحق جزء من هذا الشيء للغير أو ثبتت له ملكيته ، أو إذا تبين أنه مثقل بتكليف ما ، كحق رهن أو إختصاص أو إنتفاع أو إرتفاق .. وهذا الاستحقاق الجزئي للشيء يترتب عليه حرمان الدائن من بعض مزايا هذا الشيء وليس كلها كما في حالة الاستحقاق الكلي لهذا الشيء .

ويتضح كذلك من نص المادة السابق ، أن حكم الاستحقاق الجزئي يختلف بحسب ما إذا كانت الخسارة المترتبة عليه جسيمة أو غير جسيمة :

(أ) فإذا كان قد ترتب على الاستحقاق الجزئي للشيء خسارة جسيمة بالدائن وهي الخسارة التي بلغت قدراً لو علمه الدائن وقت الاتفاق على إستبدال الالتزام الأصلي بالشيء لما أقدم على أبرام هذا الاتفاق . مثال ذلك أن يتفق الدائن والمدين على أن يكون الشيء الموفى به هو عبارة عن قطعة أرض ليقيم عليها عمارة سكنية مكونة من عشرة طوابق ، ثم



يتبين لهذا الدائن بعد إبرام الاتفاق أن هذه الأرض محملة بإرتفاق بعدم التعلية مقرر لمصلحة العقارات المجاورة ، فهنا تكون خسارة الدائن جسيمة ، وعلى العكس من ذلك تكون خسارته عندئذ غير جسيمة إذا كان يقصد الانتفاع بهذه الأرض في الزراعة أو بناء منزل غير مرتفع عليها لسكانه (١) .

وتقدير جسامه الخسارة من عدمه هنا يعتبر من المسائل الموضوعية التي يفصل فيها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . كما أن المعيار الذي يسترشد به القاضي في ذلك معيار ذاتي أي شخصي ينظر فيه إلى شخص الدائن وظروفه الخاصة ، فقد تعتبر الخسارة جسيمة بالنسبة إلى شخص ولا تعتبر الخسارة نفسها جسيمة بالنسبة إلى شخص آخر .

وفي حالة تحقق هذه الخسارة الجسيمة للدائن ، فإن له أن يختار بين أمرين :

الأمر الأول : أن يرد الشيء وما أفاده منه إلى المدين ، وأن يطالبه بالتعويض كما لو كان هذا الشيء قد إستحق إستحقاقاً كلياً طبقاً لنص المادة ٤٤٣ مدنى كما سبق بيانه . وطبقاً لذلك ، فإن الدائن يلتزم بأن يرد المبيع أو ما بقى منه بعد الإستحقاق إلى المدين ، وعليه كذلك أن يرد ما أفاده منه (٢) ، ويدخل في ذلك قيمة الثمار التي قبضها من الجزء الذى بقى دون إستحقاق .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي - السابق - ص ٢٥٢ ، د. منصور مصطفى منصور - السابق - ص ١٨١ ،

د. محمد عمران - السابق - ص ٢٦١ .

Planioi, Ripert et Hamel : Traite Pratique de droit civil Francais , T. X , 1956 .

Op. Cit. , No. 114 , P125 . (أوردته د. محمد عمران بذات الموضوع)

(٢) د/ إسماعيل غتم - السابق - ص ٢٢٨ .

أما التعويض الذى يحصل عليه الدائن من المدين عندئذ فإنه يشمل قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ، كما يشمل قيمة الثمار التى ألزم الدائن بردها إلى المستحق ، والمصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية ، كما يشمل مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، ويوجه عام كل ما لحق المشتري من خسارة وما وفاته من كسب .

الأمر الثانى : وفيه يختار الدائن أن يستبقى الشئ المستحق ، ويطالب المدين بالتعويض عن الأضرار بسبب هذا الاستحقاق الجزئى .
(ب) وإذا كان قد ترتب على الاستحقاق الجزئى للشئ خسارة غير جسيمة:-

والخسارة غير الجسيمة هى الخسارة التى لا يترتب عليها إجمام الدائن على إبرام العقد إما لعدم قوات الغرض من الشئ ، أو لعدم تأثير هذا الاستحقاق الجزئى عليه تأثيراً من شأنه أن يمنع الدائن من قبوله ، والمعيار هنا - كما سبق أن ذكرنا - معيار شخصى ينظر فيه إلى الدائن نفسه وظروفه الخاصة فى كل حالة على حدة .

وفى تلك الحالة لا يكون للدائن إلا أن يرجع على المدين بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب هذا الاستحقاق الجزئى للشئ وفقاً للقواعد العامة فى المسؤولية العقدية ، فيشمل هذا التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب طبقاً لنص المادة ٢٢١ مدنى ، وهو يشمل عندئذ قيمة الجزء الذى استحق من الشئ وقت استحقاقه ، مصاريف دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان ، وقيمة الثمار التى ألزم الدائن بردها بسبب الاستحقاق ، فلا يقتصر التعويض على قيمة الجزء التى انتزعت ملكيته^(١).

(١) منكرة المشروع التهميدى للقانون المدنى المصرى - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٤ - ص ١٠١ .

أثر حسن نية المدين أو الدائن أو سوائها على ضمان استحقاق الشيء :-
نستنتج من القواعد العامة للاستحقاق في عقد البيع ، ومن آراء
فقهاء القانون في هذا الشأن أنه :
أولاً : بالنسبة لحسن نية المدين أو سوائها :

إذا استحق الشيء فإنه يجب على المدين تعويض الدائن ، سواء أكان
المدين حسن النية أم كان سيئها (١) . إلا أن مقدار التعويض ومداه يتغير
بحسب ما إذا كان المدين حسن النية أم كان سيئ النية . فإذا كان المدين
حسن النية ، فإنه لا يسأل إلا عن الأضرار المتوقعة فقط .

أما إذا كان سيئ النية أو كان عالماً وقت إبرام عقد الوفاء بالمقابل
بحق المستحق في هذا الشيء ، فإنه يسأل عن الضرر المتوقع وغير
المتوقع طبقاً لنص المادة ٢٢١ مدنى . وعلى ذلك فإذا كان المدين حسن
النية ، فإنه يلتزم بتعويض الدائن عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب
بشرط أن يكون ذلك مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . أما إذا كان المدين
سيئ النية ، فإنه يلتزم بتعويض الدائن عن جميع الأضرار التي لحقته بسبب
استحقاق الشيء ولو كانت غير متوقعة عادة عند إبرام عقد الوفاء بهذا
الشيء .

ثانياً : وبالنسبة لحسن نية الدائن أو سوائها :-

وهنا يثور التساؤل عما إذا كان يشترط لرجوع الدائن على المدين
بضمان الاستحقاق أن يكون هذا الدائن حسن النية وقت إبرام العقد ، أى لا
يعلم بوجود حق للغير على هذا الشيء ، أم أن هذا الحق يثبت له ولو كان

(١) د/ البدر اوى - السابق - ص ٤٧٩ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقى - السابق - ص ٢٤٨ ، د/ أنور
سلطان وجلال العدوى - العقود المسماة - عقد البيع - ص ٣٩٣ .



سيئ النية أى يعلم وقت إبرام هذا العقد بوجود حق للغير قد يؤدي إلى استحقاق الشيء ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل ، فإنه طبقاً للقواعد العامة في هذا الشأن ، فإنه يكون للدائن الرجوع على المدين بضمان استحقاق الشيء ، ولو كان يعلم بوجود حق للغير عليه ، فلا أثر لحسن نيته أو سوءها على حقه في الرجوع على المدين بالتعويض . ولكن يثور التساؤل هنا أيضاً عن مدى التعويض في الحالتين أى حسن نية الدائن وسوءها ؟ .

وللإجابة عن هذا التساؤل أيضاً فإنه طبقاً للرأى الراجح ، والصحيح من وجهة نظرنا ، فإنه لا يشترط حسن نية الدائن للرجوع على المدين بسائر عناصر التعويض المنصوص عليها في المادة ٤٤٣ مدنى . ذلك أن تلك المادة ، وكذلك الأعمال التحضيرية لا تشترط حسن نية المشتري لكى يرجع على البائع بكافة عناصر التعويض المبينة في ضمان الاستحقاق . وقياساً على ذلك فإنه لا يشترط كذلك حسن نية الدائن لكى يرجع على المدين بكافة عناصر التعويض إذا استحق الشيء محل الوفاء بالدين ، فسواء أكان هذا الدائن حسن النية أم كان سيئها فإن له أن يرجع على المدين بكافة عناصر التعويض إذا كان هذا الاستحقاق كلياً طبقاً لنص المادة ٤٤٣ مدنى ، أو تعويضه عن الضرر الذى أصابه إذا كان الاستحقاق فى الشيء جزئياً طبقاً لنص المادة ٤٤٤ مدنى ، ووفقاً للقواعد العامة فى المسئولية العقدية (١) .

(١) انظر قرب ذلك : د. منصور مصطفى منصور - السابق - ص ١٧٧ وما بعدها ، د/ إسماعيل غاتم - السابق - فقرة ١٦١ ، د/ لييب شنب ومجدى خليل - عقد البيع - فقرة ١٧٥ وعكس هذا الرأى د/ عبد المنعم البدرأوى - عقد البيع - ص ٨٣ حيث يرى أن المشتري إذا كان عالماً وقت البيع بحق المستحق ، فليس له أن يرجع على البائع إلا بقيمة المبيع فقط دون سائر عناصر التعويض الأخرى المنصوص عليها فى المادة ٤٤٣ مدنى .



توقى الدائن استحقاق الشيء محل العقد :-

تنص المادة ٤٤٢ مدنى على أنه : " إذا توقى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما آداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات " .

وطبقاً لهذا النص وقياساً عليه ، فإنه إذا توقى الدائن استحقاق الشئ محل الوفاء بالدين كله أو بعضه بأن اتفق مع المستحق على أن يدفع له مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر سواء أكان ذلك صلحاً أم وفاء بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل المدين فى هذه الدعوى عند رفعها أم لم يتدخل ، فإن المدين يتخلص من ضمان الاستحقاق لتخلف أساس هذه الدعوى وهو ثبوت حصول الاستحقاق بالفعل ، وذلك بأن يرد للدائن ما دفعه فى سبيل توقى الاستحقاق مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، وهذا الحكم تقتضيه العدالة (١) .

الاتفاق بين الدائن والمدين على تعديل أحكام الضمان :-

القواعد المتعلقة بضمان الاستحقاق ليست من النظام العام : لذلك فإنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على زيادة الضمان أو إنقاصه أو إسقاطه .. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٤٥ / ١ مدنى بقولها أنه : " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينتقضا منه أو أن يسقطا هذا الضمان " . وقضت به محكمة النقض المصرية حيث ذكرت : أن التزام البائع القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق العاقدين سواء على

(١) مجموعة العمال التحضيرية للقانون المدنى - ج ٤ - ص ٩١ .



توسيع نطاقه أو تضيق مده أو الإبراء منه بحسب الغرض الذي يقصدانه من اتفاقهما^(١).

(أ) الاتفاق على زيادة الضمان :-

وزيادة الضمان أو تشديده يندر الحدوث من الناحية العملية . ذلك أن القواعد العامة في الضمان تكفل للدائن الحصول على حقه في التعويض إذا استحق الشيء محل العقد . ومع ذلك فليس هناك ما يمنع من أن يتفق كل من الدائن والمدين على تشديد الضمان إذا ما استحق هذا الشيء للغير ، كأن يتفقا مثلاً على أن يكون الحق للدائن في اقتضاء التعويض كاملاً في حالة الاستحقاق الجزئي للشيء ، أو الرجوع على المدين بالمصروفات الكمالية ولو كان هذا المدين حسن النية ، أو الحصول على التعويض قبل أن يكون التعرض حالاً^(٢) .

ويشترط أن يكون اتفاق الدائن والمدين على زيادة الضمان قد ورد في عبارات دقيقة وواضحة وصريحة وقاطعة لأوجه زيادة الضمان وتشديده، ولا يوجد لبس فيها^(٣) .

(١) نقض مندى في ١٩٩٩/٥/٣٠ - الطعن رقم ٩٠١ لسنة ٦٨ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدني ج٥ - ص ٢٨٨ ، نقض مندى في ١٩٦٤/٧/٧ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٥ - رقم ١٤١ - ص ٩٢٠ ، د/ السنهوري - السابق - ص ٨٨٤ .

Aubry et Reu : aurs de droit civil francais , No , 355 . planiol , Ripert et Hamel , T. X , No . 113 , p. 123 .

(أورده السنهوري بذات الموضوع) .

(١) د/ البيراوي - السابق - ص ٤٩٢ ، د/ إسماعيل غاتم - السابق - ص ٢٣١ .

(٢) د/ لبيب شنب ، د/ محمد أبو زيد - عقد البيع - ص ٣١٧ ، د/ محمد عمران - الوجيز في عقدي البيع والتأمين - ص ٢٦٧ .



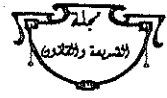
(ب) الاتفاق على انقاص الضمان :-

وكذلك الحال بالنسبة لإنقاص الضمان ، فإنه يجوز اتفاق طرفي العقد على إنقاص الضمان ، وهذا شائع من الناحية العملية ، ويأخذ إحدى صورتين :-

الأولى :- اتفاق الدائن والمدين على عدم ضمان المدين لفعل أو أفعال معينة بالذات بحيث لو حدثت هذه الأفعال لم يلتزم المدين بضماناتها مما يترتب عليه عدم التزام المدين بتعويض الأضرار الناتجة عنها للدائن لو أدت إلى الاستحقاق ، ومن ذلك اتفاق المدين مع الدائن على عدم الضمان لظهور حقوق إرتفاق على الشيء المعقود عليه لا يعلم المدين بها وقت الاتفاق على الوفاء بهذا الشيء أو أنه لا ضمان عليه إذا أبطل سند تملكه لهذا الشيء أو فسخ ، فاستحق هذا الشيء لمن تلقى عنه المدين ملكيته .

الثانية : اتفاق الدائن والمدين على تحديد مبلغ التعويض الذي يستحق للدائن في حالة حصول استحقاق للشيء كلياً أو جزئياً، كاتفاقيهما على أن المدين لا يلتزم سوى برد الثمن الذي قبضه ولو زادت قيمة الشيء الذي استحق على هذا الثمن وقت الاستحقاق أو الاتفاق على دفع المدين لقيمة الشيء دون عناصر التعويض الأخرى كقيمة الثمار الذي ألزم الدائن بردها إلى المستحق مثلاً ، أو الاتفاق على أن يقتصر حق الدائن في حالة الاستحقاق الجزئي الجسم على التعويض عما أصابه من ضرر دون أن يكون له حق رد هذا الشيء إلى المدين (١) .

(١) د/ جميل الشوقاي - السابق - ص ٢٧٢ - فقرة ٧١ - د/ محمد لبيب شنب ، د/مجدى صبحي خليل - السابق - فقرة ١٧٩ - ص ٢٤٠ ، د/ محمد على عمران - السابق - ص ٢٦٨ - فقرة ١٢٦ .



والاتفاق على إنقاص الضمان يجب أن يكون صريحاً في دلالته على انصراف كل من الدائن والمدين على إحداث هذا الأثر ، كما أنه يجب عدم التوسع في تفسيره .

استثناء :-

جواز اتفاق الدائن والمدين على إنقاص الضمان إذا استحق الشيء للغير كلياً أو جزئياً ، قد أوردت المادة ٣/٤٤٥ مدني استثناء عليه بنصها على أنه : " ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي " . فهذا النص يستفاد منه أنه إذا كان المدين على علم بما قد يدعيه الغير من حق على الشيء ، واشترط مع ذلك على الدائن إنقاص الضمان في خصوص هذا الحق ، فإنه يكون قد ارتكب غشاً ، ولا يجوز طبقاً للقواعد العامة أن يشترط عدم مسؤوليته عن غش ارتكبه حتى لو كانت المسؤولية تعاقدية ولا يكفي لإعمال الحكم السابق أن يتعمد المدين إخفاء حق الغير ، بل يجب أيضاً ألا يكون الدائن على علم بهذا الحق . فإذا كان الدائن على علم بحق الأجنبي (الغير) فلا يكفي مع ذلك القول بأن المدين قد أخفى عنه هذا الحق وعلى المدين يقع عبء إثبات علم الدائن بحق الغير على هذا الشيء (١) .

(١) يستفاد ذلك مما ذكره د/ السنهوري بشأن عقد البيع ، السابق - ص ٨٨٧ وما بعدها ، وسليمان مرقص ، محمد على أمام - ص ٣٧٤ ، إسماعيل خاتم - ص ٢١٧ ، لبيب شنب ، مجدى صبحي - السابق - ص ٢٤٣ .

Planiol et Ripert : traité élémentaire de droit civil , No , 122 , p . 132 .

(أوردته د / السنهوري بذات الموضوع) .

حكم خاص بحق الارتفاق :-

تنص المادة ٢/٤٤٥ مدنى على أنه : " يفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد أشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري . "

وهذا النص يوضح أن المشرع الوضعى قد جعل من ظهور الارتفاق أو إعلام المشتري به قرينة قانونية على الاتفاق على الإعفاء من ضمانه . ويستفاد من هذا النص أن الارتفاق إن كان ظاهراً أو إذا كان المدين قد أبانه للدائن وأعلمه به ، فإن ذلك يعفى هذا المدين من ضمانه ، إذ يفترض أن الدائن كان باستطاعته عند الاتفاق بينه وبين المدين على الشئ المعقود عليه أنه قد عاين هذا الشئ وتحقق مما يتقله من تكليف ، وعلى ذلك فلا ضمان على المدين سواء علم الدائن فعلاً بحق الارتفاق أو لم يعلم به طالما أن هذا الحق كان ظاهراً . أما إذا لم يكن حق الارتفاق ظاهراً فلا يسقط ضمان المدين إلا إذا كان هذا المدين قد أبان عنه للدائن وقبل هذا الأخير هذا الشئ رغم ذلك ، ولا يكفى لإسقاط الضمان عن المدين أن يعلم الدائن بحق الارتفاق بطريقة أو بأخرى ، بل لا بد أن يكون المدين هو الذى أبان عن هذا الحق للدائن ، ذلك أنه قد يكون الدائن على علم بحق الارتفاق بطريقة أخرى، ومع ذلك يقبل وقاء المدين بهذا الشئ اعتقاداً منه أن المدين سيدفعه عنه بعد ذلك . وفى هذا الصدد تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدنى أن : " إعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترناً بعلم المشتري بسبب الاستحقاق فلا يرجع المشتري بشئ على البائع ،



ويقوم مقام إعلام البائع للمشتري بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشتري " (١) .

ويستفاد من ذلك أنه في الاتفاق بين الدائن والمدين على قيام الأخير بالوفاء بالشئ المعقود عليه فإنه يجب على المدين أن يعلم الدائن بالارتفاق المقرر على هذا الشئ الذي سيوفى به دينه ، أو أن يكون هذا الارتفاق ظاهراً للدائن ، فعندئذ لا يضمن المدين حق الارتفاق هذا لكونه ظاهراً ، أو لأنه قد أبان عنه للدائن وقبل هذا الدائن الشئ بالارتفاق المقرر عليه .

وفي هذا الصدد فقد ثار خلافاً في الفقه القانوني حول ما إذا كان تسجيل الارتفاق الخفي يعتبر كافياً لإثبات علم المشتري به أم لا يعتبر كافياً لذلك .

فالبعض يرى أن العلم المفترض الثابت من التسجيل لا يغنى عن العلم الثابت من الأخطار وأن التسجيل قد شرع لمصلحة المشتري لا لمصلحة البائع فلا يجب أن يتخلص هذا الأخير من الضمان بسبب التسجيل (٢) .

كما يرى البعض الآخر من الفقهاء أنه إذا كان حق الارتفاق مسجلاً وقت البيع سقط حق المشتري في الضمان (٣) .

وقياساً على ذلك ، فإنه يستفاد من هذا أنه في مجال اتفاق الدائن والمدين على الوفاء بالشئ المعقود عليه ، فإنه وطبقاً للرأي الثاني الراجح في نظرنا فإنه إذا كان الارتفاق الخفي المقرر على الشئ مسجلاً وقت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٤ - ص ١٠٦ .

(٢) د/ منصور مصطفى منصور - السابق - ص ١٨٦ ، د/ إسماعيل غاتم - سابق - فقرة ١٥٥ ، د/

نبيب شنب ومجدي خليل السابق - فقرة ١٧٩ .

(٣) د/ أنور سلطان وجلال العدي - السابق - فقرة ٢١٤ .

اتفاقيهما على وفاء الالتزام ، فإن المدين لا يضمن ذلك ، ولا يجوز للدائن أن يطالبه بضمانه ، لأنه يفترض أن الدائن قد تبين موقف هذا الشيء واستوضح ما إذا كان محملاً بأي تكاليف من عدمه من واقع سجلات التسجيل ، وكون هذا الارتفاق مسجلاً قبل قبول الدائن للشيء يفترض فيه علم هذا الدائن به ورضائه بالشيء محملاً بهذا الارتفاق ، ولذلك يعفى المدين من ضمانته .

(ج) الاتفاق على إسقاط الضمان (١) :-

طبقاً لنص المادة ١/٤٤٥ مدنى فإنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على إسقاط ضمان الاستحقاق أياً كان سببه ، وعلى ذلك فإنه فى اتفاق الدائن مع المدين على قيام الأخير بالوفاء بالالتزامه قبل الدائن بشئ ما يجوز لهما أن يتفقا على عدم ضمان المدين للاستحقاق الذى يحدث فى هذا الشيء فإن اتفقا على ذلك ، فلا يكون المدين مسئولاً إذا استحق الشيء كله أو بعضه ، إلا أنه وطبقاً لنص المادة ١/٤٤٦ مدنى فإن هذا المدين يكون مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك - (كما يقع باطلاً أيضاً هذا الاتفاق إذا كان المدين قد تعمد إخفاء حق الأجنبي طبقاً لنص المادة ٣/٤٤٥ كما سبق أن وضحنا) - ويعتبر الاستحقاق ناشئاً عن فعل المدين إذا كان الأجنبي قد تلقى حقه من المدين ، كما لو كان هذا الأخير قد اتفق مع الدائن على الوفاء بهذا الشيء ثم قام بترتيب تكليف عليه للتغير أو تصرف فيه كله أو بعضه إليه ، وقام المتصرف إليه الأخير بتسجيل هذا الحق على الشيء قبل الدائن ، فهنا يكون المدين ضامن لهذا

(١) نقض مدنى فى ١٩٩٩/٥/٣٠ - الطعن رقم ٩٠١ لسنة ٦٨ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض



الاستحقاق للشئ الناتج عن فعله ، ولا يجوز له الاتفاق على الإعفاء من هذا الضمان .

وأما إذا كان استحقاق الشئ قد نشأ من فعل الغير لا من فعل المدين فإن شرط الإعفاء من الضمان يرتب أثره . ولكن هذا الأثر لا يصل إلى حد الإعفاء كلية من كل ما يترتب على الاستحقاق من آثار ، بل يظل المدين مسئولاً عن رد قيمة الشئ وقت الاستحقاق ، دون سائر عناصر التعويض الأخرى المنصوص عليها في المادة ٤٤٣ مدنى - السابق بحثها .

وعلى ذلك فإنه يترتب على الإعفاء من الضمان كل آثاره فى حالتين

هما :-

١- إذا كان الدائن على علم وقت اتفائه مع المدين على الوفاء بالشئ بسبب الاستحقاق (طبقاً لنص المادة ٤٤٦ /٢ مدنى) - فإذا اقترن بشرط الإعفاء من الضمان علم الدائن وقت الاتفاق بسبب الاستحقاق فإن ذلك من شأنه إعفاء المدين كليه من الضمان . فعلم الدائن بسبب الاستحقاق مضافاً إليه قبوله إعفاء المدين من الضمان يعنى أنه قد أراد إعفاء المدين كلية من كل مسئولية ناتجة عن الاستحقاق . وعلى المدين يقع عبء إثبات علم الدائن بسبب الاستحقاق (١) .

٢- وإذا كان الدائن قد قبل الشئ كساقط خيار - (طبقاً لنص المادة ٤٤٦ /٢ مدنى أيضاً) - فإنه يترتب على الإعفاء من الضمان كل آثاره إذا كان الدائن قد قبل هذا الشئ للوفاء ساقط خيار ، ومن الطبيعى أن

(١) د/ السنهورى - السابق - ص ٨٩٦ وما بعدها ، د/ إسماعيل غاتم - السابق - ص ٢٢٣ ، د/ حسام الأهواى ، عقد البيع - ص ١٢٨ ، د/ لييب شنب ، د/ محمد أبو زيد - السابق - ص ٣٢٠ وما بعدها .



الدائن لن يقبل هذا الشرط إلا إذا كان يشك فى سبب الاستحقاق ،
ويقبله على ذلك بأقل من قيمة المثل أملاً فى عدم حدوث الاستحقاق ،
وعندئذ فإن قبول الدائن الوفاء بهذا الشئ ساقط الخيار يعتبر من
العقود الاحتمالية التى تحتل الخسارة والكسب ، وفى تلك الحالة ليس
للدائن أن يرجع على المدين بشئ حتى ولا بقيمة هذا الشئ إذا استحق
للغير (١) .

وإعفاء المدين من الضمان فى الحالتين السابقين يستفاد كذلك مما
أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى
بشأن شراء المشتري ساقط الخيار أو علمه بسبب الاستحقاق حيث ذكرت
أنه : " ويكون البائع غير مسئول عن رد شئ ما إذا صحب شرط عدم
الضمان أحد أمرين: علم المشتري بسبب الاستحقاق أو شراؤه ساقط
الخيار، لأن البيع فى هذه الحالة يكون عقداً احتمالياً " (٢) .

تقادم ضمان الاستحقاق :-

محل الالتزام بضمان الاستحقاق هنا هو تعويض الدائن عن الضرر
الذى لحقه من جراء استحقاق الشئ الموقى به ، وهذا الالتزام يتقادم وفقاً
للقواعد العامة بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ صدور الحكم
باستحقاق الغير للشئ محل الوفاء - ذلك أنه بصدور هذا الحكم يثبت للدائن
ضمان الاستحقاق ويحق له عندئذ الرجوع على المدين بما يخوله هذا
الضمان من حقوق خلال الخمسة عشر سنة التالية على صدور الحكم

(١) د/ السنهورى - السابق - ص ٨٩٦ وما بعدها ، د/ إسماعيل خاتم - السابق - ص ٢٢٢ ، د/ حسام
الأهواسى ، عقد البيع - ص ١٢٨ ، د/ نبيب شنب ، د/ محمد أبو زيد - السابق - ص ٣٢٠ وما بعدها .
(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٤ - ص ١٠٦ .



النهائى باستحقاق الشئ للغير . فإذا تراخى الدائن وسكت عن مطالبة المدين بالضمان طوال تلك المدة ، سقط حقه بالتقادم (١) .

وفى هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " إذا كان ضمان الاستحقاق التزاماً شرطياً يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه ، فإن لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى هذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به " (٢) .

الفرع الثالث

التنفيذ بمقابل ضمانات للعيوب الخفية

رأينا فيما سبق أن المدين يلتزم بضمان الاستحقاق الذى يحدث فى الشئ المعقود عليه الذى سيوفى به التزامه إلى الدائن ، كأثر من آثار الوفاء وبجانب ذلك ، فإن المدين كذلك يلتزم بأن يضمن للدائن ما يوجد فى هذا الشئ من عيوب خفية تجعله غير صالح لتحقيق الغرض المقصود منه . وهذا الالتزام على المدين يستفاد مما قرره المشرع الوضعى بشأن التزام البائع بضمان العيوب الخفية فى المواد من ٤٤٧ إلى ٤٥٥ مدنى ، حيث أن هذا الالتزام الوارد فى تلك المواد لا يقتصر على عقد البيع وحده ، بل يسرى كذلك على كل عقد ناقل لملكية ، وهذا الضمان هو تنفيذ للعقد بمقابل .. وبمشيئة الله سوف يشمل موضوع بحثنا فى هذا الصدد ثلاثة نقاط تتعلق بالمقصود بالعيوب الموجب للضمان . والشروط التى يجب توافرها فى الشئ محل الوفاء حتى يمكن اعتباره خفياً وحتى يضمنه البائع ، ثم أحكام الرجوع بهذا الضمان .

(١) المنهوى - السابق - ص ٨٩٨ وما بعدها ، د/ لبيب شنب ، د/ محمد أبو زيد - السابق - ص ٣٢٢ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٧٢/٢/٢٩ - مجموعة أحكام النقض - السابق - السنة ٢٣ - رقم ٤١ - ص ٢٦١ .



أولاً : المقصود بالعيب الموجب للضمان :-

يستفاد من نص المادة ١/٤٤٧ مدنى أن المدين يكون ملزماً بضمان العيب الخفى فى الشئ المعقود عليه ، إذا لم يتوافر فى هذا الشئ وقت تسليمه للدائن الصفات التى كفل المدين وجودها فيه ، أو إذا كان بهذا الشئ عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعد له ، والمدين يضمن هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .

وفى هذا الصدد فقد عرفت محكمة النقض المصرية العيب تعريفاً دقيقاً بأنه : " الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للشئ ، وذلك مثل السوس فى الخشب ، والشرخ فى الآنية الزجاجية ، وكالوهن فى أساس المنزل ، أو الكسر فى محرك السيارة . " (١) .

كما أن للعيب معنى آخر يتمثل فى تخلف صفة كفل المدين للدائن وجودها فى الشئ المعقود عليه(٢) ، كأن يضمن المدين للدائن أن الأرض محل هذا الشئ على درجة معينة من الخصوبة ، أو أن محرك السيارة على درجة معينة من القوة ، فإن تخلفت الصفة فى مثل هذه الحالات يعتبر عيباً يضمنه المدين . أما إذا لم يكن المدين قد تكفل بضمان توافر هذه الصفات

(١) حكم محكمة النقض المصرية فى ١٩٤٨/٤/٨ - مجموعة عمر ج ٥ - رقم ٢٩٦ - ص ٥٨٧ ، نقض

مدنى فى ١٩٦٢/٦/١٤ - الطعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق - ص ١٣ - ص ٨٠٨ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٧٥/١٠/٢٨ - الطعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٠ ق - الموسوعة الماسية لأحكام

التقضى المدنى - ج ٥ - ص ٢٧٩ .

فى الشئ الموفى به ، فإن تخلفها لا يعتبر عيباً يوجب الرجوع على المدين بدعوى ضمان العيوب الخفية (١) .

وهذا المعنى الأخير يستفاد كذلك من قضاء محكمة النقض المصرية بأن ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع قدراً معيناً من الريع يعتبر كقالة من المشتري لصفة فى المبيع . وتسرى أحكام العيب الخفى فيما يختص بقواعد الضمان على حالة تخلف هذه الصفة " (٢) .

وكذلك يعتبر من قبيل الصفات التى يضمنها المدين تخلف صفة أوجب القانون توافرها فى الشئ المعقود عليه ، كمواصفات السلع فى ظل سياسة التوجيه الاقتصادى أو تفرضها اعتبارات الصحة العامة ، فتخلف هذه الصفات يعتبر عيباً يوجب الضمان (٣) .

ثانياً : شروط ضمان العيب الخفى فى الشئ المعقود عليه :-

لكى يضمن المدين ما فى هذا الشئ من عيب ، يجب أن تتوافر عدة شروط هى : أن يكون العيب خفياً وأن يكون غير معلوم للدائن ، وأن يكون مؤثراً ، وأن يكون قديماً .. وفيما يلى تعرض لهذه الشروط بالإيضاح .

١- أن يكون العيب خفياً :-

وهذا الشرط يستفاد مما نصت عليه المادة ٤٤٧/٢ مدنى بشأن عقد البيع وطبقاً لهذه المادة ، فإن المدين لا يضمن العيوب التى كان الدائن يعرفها وقت إبرام العقد ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص الشئ محل العقد بعناية الرجل العادى ، إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد أكد

(١) د/ منصور مصطفى منصور - السابق - فقرة ٨٩ ، د/ إسماعيل غاتم - السابق - فقرة ١٨٢ مكرر ،

د/ليب شنب ، مجدى خليل - السابق - فقرة ١٨٦ .

(٢) نقض مدنى فى ١٥/٥/١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٠ - ج ٢ - القاعدة ١٢٦ - ص ٧٩٦ .

(٣) د/ليب شنب ، د/ مجدى صبحى خليل - فقرة ١٨٦ - ص ٢٥٠ وما بعدها .

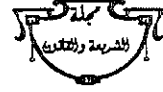
له خلو هذا الشيء من هذا العيب ، أو أثبت أن المدين قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه . وعلى ذلك فإذا لم يكن في استطاعه الدائن - طبقاً لمعيار الرجل العادى - أن يتبين ما فى الشيء من عيب وقت إبرام عقد الوفاء به ، وجب على المدين الضمان ، والمعيار الذى يعتد به فى هذا الشأن هو معيار الرجل العادى ، أى أنه يجب على الدائن أن يبذل فى فحصه للشيء عناية الرجل العادى من فحص وتحميص ، ولا يجب أن يهمل فى ذلك أو يكون ذا خبرة فى فحصه لهذا الشيء . وتقدير ما إذا كان العيب ظاهراً أم خفياً يعتبر من المسائل الموضوعية التى يختص بالفصل فيها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض ما دام قضاؤه فى ذلك سائغاً . ولا يدخل فى الاعتبار لتطبيق هذا المعيار مدى كفاءة الدائن الشخصية فالمعيار هنا موضوعى لا شخصى (١) .

والعيب الخفى الذى يضمنه المدين ، يجب أن يكون خفياً وقت إبرام العقد فإذا كان هذا العيب ظاهراً عندئذ ، أو كان الدائن على علم به فلا يجب الضمان على المدين . ومناط الخفاء هنا ليس هو جهل الدائن بالعيب ولكن هو تعذر اكتشافه بعناية الرجل العادى (٢) .

وقد يتطلب فحص الشيء فى بعض الأحيان الاستعانة برأى أهل الخبرة كما لو هذا الشيء آله ميكانيكية أو جهازاً كهربائياً معقداً ، فيجب على الدائن فى مثل تلك الحالات الاستعانة بأحد المتخصصين لفحص هذا الشيء والتأكد من خلوه من العيوب الخفية ، وإلا كان الدائن مقصراً إذا ما تهر بعد ذلك عيب فى الشيء المعقود عليه . وعلى ذلك فلا يضمن المدين العيوب التى

(١) د/ منصور مصطفى منصور - السابق - ص ٢٠٠ ، د/ عبد الرزاق حسن فرج - عقد البيع - ص ١٩٧ ، د/ إسماعيل غاتم - السابق - فقرة ١٨٨ .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي - السابق - فقرة ١٦٨ - ص ٢٧٠ ، د/ جميل الشرقاوى - انسابق - فقرة ٧٢ - ص ٢٧٨ .



كان باستطاعة المتخصص أن يتبينها لو استعان به الدائن ، ويتحمل الدائن عندئذ نتيجة تقصيره (١) إذا لم يستعن بأهل الخبرة في هذه الحالة ، كما أن المدين يضمن العيب الخفى سواء أكان يعلم به أو لا يعلم به طالما كان موجوداً في هذا الشيء وقت إبرام العقد .

ويستفاد من نص المادة ٢/٤٤٧ مدنى أن المدين يلتزم بضمان العيب ولو كان من العيوب الظاهرة في حالتين .

الأولى : إذا أكد المدين للدائن خلو الشيء من العيب : فيعتمد المشتري على ذلك ولا يقوم بفحص الشيء ، فهنا يظل المدين ملزماً بالضمان بالرغم من كون العيب ظاهراً . ولا يجوز لهذا المدين أن يدفع عن نفسه دعوى الضمان هنا بحجة أن العيب لم يكن خفياً .

الثانية : إذا اثبت الدائن أن المدين قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه : وذلك كأن يكون الشيء ماكينة رى بها كسر بموتورها ويتعمد المدين إخفاء هذا الكسر بطلاحة ، فلا يجوز للمدين عندئذ أن يدفع عن نفسه دعوى الضمان ، ولو كان العيب ظاهراً ، ويلتزم هذا المدين بالضمان .

٢- أن يكون العيب قديماً :-

يشترط كذلك فى العيب الذى يضمنه المدين أن يكون قديماً ، أى أن يكون موجوداً بالشيء وقت تسليمه للدائن حتى ولو لم يطرأ إلا بعد إبرام

(١) د/ البدرائى - السابق - فقرة ٣٢٦ ، د/ إسماعيل غانم - السابق - فقرة ١٧١ ، د/ منصور - السابق - ص ٢٠٠ ، د/ لييب شنب ومجدى خليل - السابق - فقرة ١٨٨ . (أشار إليها د/ المنهوى السابق - ص ٩١٩) .

Baudry et saignet : No 418 , p . 426 .

Planiol , Report et Hamel : n°0 , No . 130 . -

العقد أما إذا كان هذا العيب قد نشأ بعد التسليم ، فلا يكون المدين ضامناً له ، (وهذا ما يستفاد من نص المادة ١/٤٤٧ مدنى بشأن عقد البيع) .
 وفى هذا الإطار فإنه تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الشئ المعقود عليه معيناً بالذات كان المدين ضامناً لما فيه من عيوب وقت التعاقد ويظل متحملاً بهذا الالتزام إلى حين تسليم الشئ للدائن . أما إذا كان هذا الشئ معيناً بالنوع، فإن المدين يضمن ما فى الشئ من عيوب خفية وقت الإفراز، ويستمر التزامه بالضمان هنا إلى الوقت الذى يتم فيه تسليم الشئ إلى الدائن إذا لم يتعاصر فيه الإفراز والتسليم ، طبقاً للرأى الراجح (١) والذى تؤيده لاتفاقه مع صريح نص المادة ١/٤٤٧ مدنى ، والتي يستفاد منها أن العبرة بكون العيب قديماً هو بوجوده وقت إبرام العقد إذا كان هذا الشئ الذى يوفى به المدين معيناً بالذات .

أما إذا كان هذا الشئ معيناً بالنوع ، فلا يمكن القول بالالتزام المدين بضمان ما فى هذا الشئ من عيوب وقت التعاقد لأن الشئ لا يتحدد فى هذا الغرض إلا بالإفراز ، ووقت هذا الإفراز يكون المدين ضامناً لما فى هذا الشئ من عيوب خفية ، ويستمر التزامه بالضمان قائماً إلى الوقت الذى يتم فيه تسليم هذا الشئ للدائن إذا لم يتعاصر الإفراز مع التسليم .

٣- أن يكون العيب مؤثراً :-

يجب كذلك أن يكون العيب الخفى الذى يضمه المدين مؤثراً .
 والعيب المؤثر هو الذى ينتقص من قيمة المعقود عليه أو من منفعةه بحسب الغاية المقصودة منه .

(١) أنور سلطان - السابق - فقرة ٢٧٠ - ص ٣٢٩ ، عبد الفتاح عبد الباقي - السابق - فقرة ١٦٨ - ص ٢٦٨ ، السنهوري السابق - فقرة ٣٦٦ - ص ٩١٥ وما بعدها ، د/ منصور - السابق - فقرة ٨٩ - ص ١٩٤ وما بعدها ، د/ جميل الشرفاوى - السابق - فقرة ٧٣ - ص ٢٨١ ، د/ نبيب شنب - شرح أحكام عقد البيع - فقرة ١٧٨ ، د/ محمد عمران - السابق - ص ٢٨٢ .



وهذا يستفاد من صريح نص المادة ٤٤٧/١ مدنى ، ويضيف بعض الفقهاء بعداً آخر فى تحديد درجة العيب المؤثر بالقول بأنه هو العيب الذى يبلغ حداً من الجسامه بحيث لو علم به الدائن وقت التعاقد لأمتنع عن قبول هذا الشئ أو لما تعاقد عليه إلا بثمن أقل (١) .

وتقدير ما إذا كان العيب جسيماً أو يسيراً فى المقابل يعتبر مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع يبحثها فى ضوء الغاية المقصودة من هذا المقابل وطبيعته والغرض الذى أعد له (٢) .

وطبقاً لنص المادة ٤٤٨ مدنى فلا يضمن المدين عيباً فى الشئ جرى العرف على التسامح فيه ، لأن هذا العيب عندئذ لا يكون مؤثراً وذلك كوجود قليل من الأتربة فى القمح ، إلا أن هذا العيب يعتبر مؤثراً إذا خلا هذا الشئ من صفة قرر المدين أنها موجودة فيه ، مثال ذلك أن يكون المعقود عليه كمية من الحبوب قرر المدين أنها صالحة للزراعة ، ثم تبين أنها لا تصلح لذلك .

٤- أن يكون العيب غير معلوم للدائن وقت التعاقد :-

بالإضافة إلى الشروط الثلاثة السابقة ، فإنه يجب فضلاً عن ذلك أن يكون العيب غير معلوم للدائن عند تعاقد مع المدين على الوفاء (٣) وهذا يستفاد من نص المادة ٤٤٧/٢ مدنى والتي تقرّر أنه : " لا يضمن البائع العيوب التى كان المشتري يعرفها وقت البيع " ، وذلك لأن هذا يدل على

(١) د/ البدراوى - السابق - ص ٥١٠ ، د/ أنور سلطان وجلال العنوى - السابق - ص ٣٠٨ ،

د/ منصور مصطفى منصور - السابق - ص ٥٧٢ ، د/ عبد الرزاق فرج - عقد البيع - ص ٢٠٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٤ - ص ١١٠ .

(٣) نقض مدنى فى ١٥/٣/١٩٩٨ - الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٦٧ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض

المدنى - ج ٥ - ص ٢٨٦ .



رضائه بالشئ بحالته ، وأنه قد تنازل عن الرجوع بالضمان على المدين ، كما أن الدائن قد يضع في اعتباره وجود هذا العيب فيقدر الشئ بثمن يقل عن الثمن الذي كان يقدره به لو كان خالياً من العيب .

وشرط عدم علم الدائن بالعيب في المعقود عليه وقت التعاقد لا يتحقق إلا إذا كان شيئاً معيناً بالذات . أما إذا كان هذا الشئ معيناً بالتنوع فعدم علمه بالعيب في الشئ يتحدد عند إقراره والذي يتم عادةً وقت تسليمه^(١) .

ويستطيع المدين أن يتخلص من ضمان العيب في الشئ إذا اثبت علم الدائن بالعيب رغم خفائه وقت الوفاء بهذا المعقود عليه وهذا العلم واقعه مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئنة والقرائن .

وعلم الدائن الذي يجب على المدين إثباته لكي يتخلص من الضمان هو العلم الحقيقي وليس مجرد الظن الذي لا يصل إلى درجة اليقين^(٢) .

وإقرار الدائن في عقد الوفاء بالمعقود عليه بأنه قد عاين الشئ معاينة نافية للجهالة ، لا يعتبر دليلاً على علمه بالعيب وبالتالي رضائه به، فهذا الإقرار وإن كان يحول دون قيامه بالمطالبة بإبطال العقد على أساس عدم العلم الكافي بهذا الشئ (طبقاً لنص المادة ١٩٤/٢ مدني) إلا أنه ليس دليلاً على العلم الحقيقي بالعيب وبالتالي فلا يحول دون رجوعه بالضمان .

وإذا كان علم الدائن بالعيب في الشئ يسقط حقه في الضمان ، فإنه يستفاد من نص المادة ٤٧/٤ مدني أن علم المدين أو عدم علمه بالعيب

(١) د/ منصور مصطفى منصور - السابق - ص ٥٨١ .

(٢) نقض مدني في ١٩٣٥/٣/٢٨ - مجموعة أحكام النقض - ج ١ - ص ٣٦٠ - القاعدة ٩٨ .

لا أثر له ، أى أن هذا المدين يضمن هذا العيب فى الشئ محل العقد سواء
أكان يعلم بهذا العيب أو لا يعلم به ، ولكن ذلك قد يؤثر على مقدار
التعويض الذى يستحقه الدائن بسبب العيب الخفى .

ثالثاً : أحكام ضمان العيوب الخفية :-

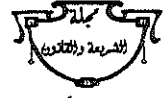
يستفاد من نص المادة ٤٤٩ مدنى أنه إذا تسلم الدائن الشئ المعقود
عليه ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً
للمألوف فى التعامل ، فإذا وجد به عيباً يضمنه المدين وجب عليه أن
يخطره به ، خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع ، وإذا كان
العيب الموجود فى الشئ مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص العادى ثم كشفه
الدائن ، فإتبه يجب عليه أن يخطر البائع بمجرد اكتشافه ، وإلا اعتبر قابلاً
لهذا المعقود عليه بما فيه من عيب .

ويتضح مما يستفاد من نص المادة ٤٤٩ مدنى أنه يجب على الدائن
أن يبادر إلى فحص الشئ وقت تسلمه والعبرة فى ذلك بالتسليم الفعلى لا
الحكمى أى حيازة الشئ والاستيلاء عليه مادياً (١) .

فإذا اكتشف الدائن بالشئ عيباً وجب عليه أن يخطر به المدين فى
وقت معقول . وهذا الوقت لم يحدد المشرع مدته التى يجب فيها على
الدائن فحص الشئ وإخطار المدين بما به من عيوب ، فقد تطول هذه المدة
أو تقصر تبعاً لنوع هذا الشئ وطبيعة التعامل بين طرفى العقد ، وتقدير
مدى معقولية تلك المدة يختص بها قاضى الموضوع دون خضوعه فى ذلك
لرقابة محكمة النقض .

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي - السابق - ص ٢٧٥ هامش (١) ، د/ منصور - السابق - ص ٢٠٤ ،

د/ لبيب شنب ومجدى خليل - السابق - ص ٢٦٨ ، د/ محمد عمران - عقد البيع - ص ٢٨٨ .



وأما إذا كان العيب فى الشئ المعقود عليه مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد كأن يكون هذا الشئ سيارة يقتضى فحصها الاستعانة بخبرة ميكانيكى متمرس ، فإن فحص الدائن للسيارة فحصاً عادياً وسكوته فترة لا يعد قبولاً منه للعيب ، ويبقى حقه فى الضمان قائماً حتى يظهر العيب بعد اكتشافه بفحص تلك السيارة فحصاً فنياً بمعرفة المختص . وفور اكتشاف العيب عندئذ يجب على الدائن أن يخطر المدين به بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للشئ بحالته وسقط حقه فى الضمان .

وإخطار الدائن المدين بالعيب فى الشئ المعقود عليه لا يشترط فيه توافر شكل خاص فيجوز أن يتم بخطاب عادى ، أو يتم بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، كما يمكن أن يتم شفاهة أو بأى وسيلة كانت ، ويقع على الدائن عبء إثبات قيامه بالإخطار .

وإذا لم يقم الدائن بإخطار المدين بالعيب على هذا النحو بعد اكتشافه العيب ، وسقط حقه فى الضمان ، ويكون عندئذ قابلاً للشئ بحالته إلا أنه إذا تعدد المدين تضليل الدائن وأخفى عنه العيب ، فلا يجوز له عندئذ أن يحتج بأنه لم يخطر بالعيب فى الوقت الملائم ، وبالتالي فإن حق الدائن فى الضمان لا يسقط بسبب تقصيره فى فحص الشئ أو فى عدم إخطار المدين بالعيب .

رفع دعوى ضمان العيب الخفى فى الميعاد .

يستفاد من نص المادة ١/٤٥٢ مدنى أن دعوى ضمان العيوب الخفية تسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشئ المعيب ، ولو لم يكشف الدائن العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل المدين أن يلزم بالضمان مدة أطول .



ويتضح من ذلك أن المشرع قد أوجب على الدائن الذى يريد أن يرجع على المدين بدعوى ضمان العيوب الخفية وذلك إذا ما اكتشف وجود عيب فى الشئ المعقود عليه ، أن يقوم برفع هذه الدعوى خلال مدة محددة وهى مدة سنة من وقت تسلمه للشئ وذلك حسماً لما قد ينشأ بين الدائن والمدين من منازعات بشأن ما فى الشئ من عيوب فى مدة وجيزة ومحددة.

والمشرع فى هذا الصدد وإن كان لم يحدد المدة التى يجب فيها على الدائن فحص الشئ وإخطار المدين بما فيه من عيوب ، بل أوجب عليه فقط المبادرة إلى فحص المعقود عليه وإخطار المدين فى مدة معقولة بعيوبه وفقاً للمألوف فى التعامل ، إلا أنه - (المشرع) - قد سلك مسلكاً آخر فيما يتعلق بتحديد المدة التى يجب فيها على الدائن رفع دعواه بالضمان ، فتسقط إذن دعوى الدائن إذا لم يتم برفعها خلال مدة سنة من تاريخ تسليم الشئ إليه. (١)

والتسليم الذى يعول عليه هنا والذى يبدأ فيه احتساب مدة التقادم هو التسليم الحقيقى أو الفعلى ، لأنه يتيح للدائن التحقق من حالة الشئ واكتشاف ما به من عيوب . أما التسليم الحسمى بأن يبقى المدين الشئ المعقود عليه تحت يده لسبب آخر غير الملكية ، فإنه لا يكفى لاحتساب بدء مدة التقادم لهذه الدعوى (٢) .

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٨/٦/٥ - الطعن رقم ١٤٧٠ نسبه ٥٥ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدنى - ج ٥ - ص ٢٨١ .

(٢) د/ السنهورى - السابق - ص ٧٥٢ هامش (١) ، د/ البنراوى - السابق - ص ٥٢٤ ، د/ إسماعيل شاتم - السابق - ص ٢٤٤ ، د/ منصور - السابق - ص ٢٠٩ ، د/ نبيب شنب ومجدى خليل - السابق - ص ٢٧١ وما بعدها .

كذلك فإتانا نرى مع بعض الفقهاء أن التسليم القانونى والذى يتحقق بوضع الشئ تحت تصرف الدائن بحيث يتمكن من حيازته دون عائق ولو لم يستول عليه فعلاً مع إعلامه بذلك ، يكفى لبدء حساب مدة التقادم ، لأنه كان فى استطاعه الدائن أن يتسلم الشئ وأن يجوزه بالفعل ، فإذا قصر فى ذلك ، فإنه يتحمل نتيجة تقصيره (١) . وهذا هو الرأى الغالب فى الفقه القانونى والذى نؤيده .

ومدة التقادم هنا المستفاد من نص المادة ٤٥٢ مدنى تقبل الانقطاع وفقاً للقواعد المقررة فى قطع التقادم - (المواد من ٣٨٣ إلى ٣٨٥ مدنى) ولكن هذه المدة لا تقبل الوقف ولو كان الدائن غير كامل الأهلية ولم يكن له من يمثله قانوناً (المادة ٢/٣٨٢ مدنى) ، إلا أن هذه المدة توقف إذا وجد سبب آخر للوقف غير السبب المذكور .

واستثناءً من هذا الأصل المستفاد من نص المادة ١/٤٥٢ مدنى والذى يقضى بتقادم دعوى ضمان العيب الخفى بمضى سنة من وقت تسليم الشئ المعقود عليه ، فقد أجازت تلك المادة فى نهايتها جواز اتفاق كل من الدائن والمدين على إطالة هذه المدة ، كأن يتفقا مثلاً على جعلها خمس سنوات من وقت تسليم الشئ ، وعندئذ يعتبر ذلك نوعاً من تشديد الضمان . كما أنه يجوز كذلك اتفاق الدائن والمدين على تقصير هذه المدة ، ويكون ذلك من قبيل الاتفاق على تخفيف أو إنقاص الضمان (٢) . وهو ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى ، من أنه يجوز

(١) د/ إسماعيل غاتم - السابق - ص ٢٤٤ ، د/ لبيب شنب ومجدى خليل - السابق - ص ٢٧٣ .

(٢) د/ البدر اوى - السابق - ص ٥٢٥ ، د/ منصور - السابق - ص ٢١٠ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي -

اسابق - ص ٢٨٦ ، د/ جميل الشرفاوى - السابق - ص ٢٨٨ .

الاتفاق على إنقاص مدة السنة (١) وهو ما تؤيده ، على خلاف ما يراه بعض الفقهاء من عدم جواز الاتفاق على تقصير هذه المدة بحجة أنه فسى الأصل لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون وهى سنة طبقاً لنص المادة ١/٤٥٢ مدنى فلا يجوز الاتفاق على إنقاصها (٢) .

كذلك يستفاد من نص المادة ٢/٤٥٢ مدنى أن دعوى ضمان العيب الخفى لا تتقدم بمضى سنة إذا تعدد المدين إخفاء العيب بالشئ المعقود عليه غشاً منه . فإذا كان هذا المدين على علم بالعيب وتعهد فوق ذلك إخفاءه عن الدائن فإنه يكون قد ارتكب غشاً وليس له بعد ذلك أن يتمسك بالتقادم القصير المستفاد من نص المادة ١/٤٥٢ مدنى . وعندئذ لا تتقدم دعوى الضمان التى يرفعها الدائن إلا بعد مضى خمس عشرة سنة من الوقت الذى يتم فيه اكتشاف العيب (٣) . طبقاً للقواعد المقررة بنص المادة ٣٧٤ مدنى .

ما يرجع به الدائن على المدين إذا كان بالشئ المعقود عليه عيباً خفياً:-

يستفاد من نص المادة ٤٥٠ مدنى أنه إذا أخطر الدائن المدين بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤ مدنى .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى لقانون المدنى - ج٤ - ص ١٢٧ .

(٢) د/ السنهورى - السابق - ج٤ - فقرة ٣٧٧ - ص ٩٥١ وما بعدها ، د/ إسماعيل غاتم - السابق - فقرة ١٧٦ - ص ٢٤٥ .

(٣) د/ إسماعيل غاتم - السابق - ص ٢٤٥ ، د/ لبيب ومجدى خليل - السابق - ص ٢٧٥ ، فى حين يرى د/ السنهورى أن مدة الخمس عشرة سنة تبدأ من وقت البيع (د/ السنهورى - السابق - فقرة ٣٧٧ - ص ٩٥٢ وما بعدها) .

ومن ذلك يتضح أن المشرع قد أحال بالنسبة للأحكام الخاصة بدعوى ضمان العيوب الخفية إلى إحكام دعوى ضمان الاستحقاق الجزئى للشئ المعقود عليه . وهذا ما يستفاد كذلك مما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدنى فى هذا الشأن فقد ورد بها : " أن المشرع لم ير داعياً لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب، فإن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة فى القواعد العامة . فالواجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقرر فى ضمان الاستحقاق ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون المشتري - (الدائن) - مخيراً فيه بين القسح أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب (١) ، طبقاً لما تقضى به القواعد العامة ، فيعوض المشتري - (الدائن) - عما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب ، وإذا لم يكن العيب جسيماً ، فلا يكون للمشتري - (الدائن) - إلا التعويض . ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سئ النية أى يعلم بالعيب ، أو حسن النية أى لا يعلم به . وفى الحالة الأولى يعوض عن الضرر المباشر حتى ولو لم يكن متوقعاً ، وفى الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع " (٢) .

ومما سبق وطبقاً لأحكام المادة ٤٤٤ مدنى الخاصة بضمان الاستحقاق الجزئى فإنه يجب التفرقة بين حالتين هما : حالة العيب الجسيم، وحالة العيب غير الجسيم .

(١) نقض منى فى ١٩٩٠/٥/٢٠ - الطعن رقم ١٥٤٧ لسنة ٥٨ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدنى - ج ٥ - ص ٢٨٢ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٤ - ص ١٣٣ وما بعدها .

الحالة الأولى : حالة العيب الجسيم :-

والعيب الجسيم كما سبق بيانه - هو العيب الذي يترتب عليه نقص منقعة الشئ بسببه والذي يبلغ قدراً من الجسامه لو علمه الدائن عند التعاقد لما أتم العقد . وفيه يكون للدائن الخيار بين : رد الشئ للمدين وما أفاده منه ، أو استبقاء هذا الشئ ومطالبة المدين بالتعويض .

١- فإذا أختار الدائن رد الشئ المعيب للمدين وما أفاده منه ، فإنه يحصل منه على التعويض الكامل الذي يحق له الحصول عليه في حالة الاستحقاق الكلي طبقاً لأحكام المادة ٤٤٣ مدنى ، فيحصل منه على قيمة الشئ باعتباره سليماً وقت ظهور العيب (١) مع استحقاق الفوائد القانونية من هذا الوقت كذلك ، وأيضاً يطالبه بجميع المصروفات الضرورية والنافعة التي يكون الدائن قد أنفقها على الشئ أما المصروفات الكمالية ، فليس للدائن أن يرجع بها على المدين إلا إذا كان المدين سئ النية أى يعلم وقت تسليم الشئ للدائن بوجود العيب فيه. وللدائن كذلك أن يرجع على المدين بمصروفات دعوى ضمان العيب ، وله أن يطالبه بصفة عامة بالتعويض عما لحقه من خسارة أو وفاته من كسب بسبب وجود العيب في الشئ المعقود عليه .

٢- وإذا أختار الدائن استبقاء الشئ ، فله أن يطالب المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر (٢) ، وهذا التعويض يزيد أو ينقص طبقاً للقواعد

(١) د/ إسماعيل غانم - السابق - قره ١٧٧ - ص ٢٤٦ ، د/ جميل اشرفاوى - السابق - فقرة ٧٥ - ص ٢٨٩ ، على خلاف د/ السنهورى الذى يرى أن الدائن يستحق قيمة الشئ غير معيب وقت العقد ، ويستحق الفوائد القانونية من هذا الوقت أيضاً . (د/ السنهورى - السابق - ج ٤ - فقرة ٣٧٤ - ص ٩٣٨ وما بعدها) .

(٢) نقض مدنى في ١٩٦٧/١/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ ق - ص ٢٦٤ .

العامّة ، تبعاً لما إذا كان المدين سئ النية أو حسن النية . فإذا كان سئ النية فإنه يلتزم بتعويض الدائن عن الإضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة ، أما إذا كان هذا المدين حسن النية فإنه يلتزم بتعويض الدائن عن الإضرار المباشرة المتوقعة فقط (١) .

هذه الأحكام السابقة لضمان العيب الخفى فى الشئ المعقود عليه هى التى تحكم ما يرجع به الدائن على المدين فى حالة وجود عيب خفى فى هذا الشئ بشرط ألا يكون رجوع الدائن مبنياً على المطالبة بفسخ التعاقد . فإذا اختار الدائن مطالبة المدين بفسخ العقد ، فعندئذ يسترد الدائن ثمن الشئ مع التعويض إن كان له مقتضى تطبيقاً للأحكام الخاصة بالفسخ .

الحالة الثانية : حالة العيب غير الجسيم :-

وفيهما يكون للدائن أن يرجع على المدين طبقاً لحكم الاستحقاق الجزئى غير الجسيم للشئ ، فلا يكون للدائن أن يرد للشئ المعيب للمدين ، وإنما يجب عليه الإبقاء عليه ، مع ثبوت حقه فى مطالبة المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب ، ولا يكون له المطالبة بفسخ العقد طالما كان العيب غير جسيم ، ويحق له أن يطالب بإصلاح العيب كتعويض عينى إذا كان الشئ مما يقبل الإصلاح ، ويترك تقدير الحكم بالتعويض النقدي أو العينى للمحكمة المختصة (٢) .

ضمان العيب عند تعدد الأشياء المعقود عليها :-

إذا تعدد الشئ المعقود عليه وظهر ببعضها أو بأحدها عيب ، فعندئذ يثور التساؤل عن حكم ضمان هذا العيب عندئذ ؟

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٤ - ص ١٢٣ .

(٢) د/ السنهورى - ج ٤ - فقرة ٣٧٤ - ص ٧٤٢ ، د/ إساعيل غاتم - السابق - فقرة ١٧٧ - ص ٢٤٧ .

وللإجابة عن هذا التساؤل ، فإن المشرع لم يضع لهذه المسألة حكماً خاصاً قاصداً بذلك إخضاع هذه الحالة للقواعد العامة . وطبقاً لهذه القواعد، فإنه يجب التفرقة بين ما إذا كان هذا الشيء يقبل التجزئة أو لا يقبلها .

فإذا كان الشيء مما يقبل التجزئة : كعدد من الدرجات أو عدد من أتواب القماش مثلاً ، وظهر في بعضها عيب ، كان للدائن إذا كان العيب جسيماً الخيار بين رد الوحدات المعيبة للمدين والرجوع عليه طبقاً لأحكام المادة ٤٤٣ مدنى ، وبين الاحتفاظ بها مع الرجوع على المدين بالتعويض عن العيب . وإذا كانت الوحدات المعيبة قد بلغت قدراً من الجسامة بحيث لو علم به الدائن عند التعاقد لما أقدم عليه ، فعندئذ يكون له أن يرد الصفقة كلها، وأن يرجع بالضمان على المدين بالنسبة للشيء بكامل وحداته . وإذا لم يكن العيب جسيماً فليس للدائن أن يرد الشيء ، وإنما يحق له الرجوع بالتعويض على المدين .

وإذا كان الشيء مما لا يقبل التجزئة : كأن يكون هذا الشيء طاقماً متكاملأ من الحلى مثلاً ، فعندئذ لا يجوز تفرقة الصفقة على المدين ، ولا يكون للدائن إلا أن يرد الشيء كله أو أن يستبقيه كله مع حقه في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (١) .

أثر هلاك الشيء على حق الدائن فى الرجوع على المدين بدعوى الضمان:-
يستفاد من نص المادة ٤٥١ مدنى على أن دعوى الضمان تبقى قائمة ولو هلك الشيء بأى سبب كان . وعلى ذلك فإذا هلك الشيء بأى سبب

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي - السابق - فقرة ١٧١ - ص ٢٨١ ، د/ جميل الشرقاوى - السابق - فقرة ٧٥ - ص ٢٩٠ وما بعدها ، د. نبيب شنب ومجدى خليل - فقرة ٢٠٢ - ص ٢٧٩ ، د/ عبد الناصر المطار - فقرة ٨٨ - ص ١١٨ ، د/ عبد الرازق فرج - فقرة ٢٠٦ - ص ٢١٠ .



كان ، فإن الدائن لا يحرم من الحق فى الرجوع بالضمان على المدين ، إلا أن أثر هذا الرجوع يختلف باختلاف سبب الهلاك : والذى قد يكون بسبب العيب الخفى ذاته أو بسبب من المدين أو بسبب القوة القاهرة أو بفعل أجنبى أو بسبب عيب جديد يظهر به ، أو بفعل الدائن .

١- فإذا كان الهلاك نشئ بسبب العيب الخفى أو بسبب من المدين : كأن يكون هذا الشئ دابة مريضة فنفتت ، فإنه يكون للدائن الرجوع على المدين بثمن هذا الشئ والتعويضات كما هو الحال فى الاستحقاق الكلى .
٢- وإذا كان هلاك الشئ بسبب قوة قاهرة أو بفعل أجنبى أو بسبب عيب جديد ظهر به : فلا يكون للدائن إلا الرجوع بالتعويضات التى كان له أن يطالب بها لو أنه استبقى الشئ فى يده ، وذلك لأن المدين ليس مسئولاً عن هلاك الشئ فى هذه الحالات .

٣- وإذا هلك الشئ بفعل الدائن : فلا يكون له الخيار المستفاد من نص المادة ٤٤٤ مدنى وذلك لاستحالة رد الشئ ، ولا يكون أمامه إلا المطالبة بالتعويض والذى يقتصر على ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب تطبيقاً للقواعد سالفة الذكر ، ويسقط حقه فى المطالبة برده الثمن (١) .

اتفاق الدائن والمدين على تعديل أحكام ضمان العيب الخفى فى الشئ المعقود عليه :

يستفاد من نص المادة ٥٣٠ مدنى أنه يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان . وإذا كان

(١) د/ البراوى - السابق - فقرة ٣٥٤ - ص ٥٢٨ وما بعدها ، د/ إسماعيل غاتم - السابق - فقرة ١٧٨ - ص ٢٤٧ ، د/ منصور - السابق - فقرة ٣٩ - ص ٢٠٧ ، د/ نبيب شنيب ومجدى خليل - فقرة ٢٠٣ - ص ٢٧٩ وما بعدها .



المدين قد تعتمد إخفاء العيب فى الشئ غشاً منه ، فإن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً .

ويتضح من ذلك أن أحكام الضمان تعتبر قواعد محكمة يجوز للمتعاقدين تعديلها عن طريق الاتفاق على زيادة الضمان أو إنقاصه أو إسقاطه . (١)

١- الاتفاق على زيادة الضمان : كالاتفاق على مدة أطول من سنة لرفع دعوى الضمان أو الاتفاق على ضمان العيب ولو كان هذا العيب ظاهراً أو معلوماً للدائن ، أو الاتفاق على حق الدائن فى رد الشئ والمطالبة بقيمته وبالتعويض لمجرد ظهور أى عيب ولو لم يكن هذا العيب جسيماً (٢) ، فمثل هذه الاتفاقيات بين الدائن والمدين تكون صحيحة بشرط أن تتجه إرادة الطرفين إليها صراحة (٣) .

٢- الاتفاق على إنقاص الضمان : كالاتفاق على أن تكون مدة الضمان أقل من سنة ، أو قصر الضمان على عيب دون آخر . فمثل هذا الاتفاق يكون صحيحاً .

٣- الاتفاق على إسقاط الضمان : كذلك يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان أو إعفاء المدين من ضمان أى عيب من العيوب التى تظهر بالشئ ، أو إقرار الدائن بأنه تعاقد على شئ ساقط خيار ، وعندئذ لا يجوز للدائن الرجوع على المدين لأى عيب كان .

(١) نقض مدنى فى ١٩٩٩/٥/٣٠ - اظعن رقم ٩٠١ لسنة ٦٨ ق - الموسوعة الماسيه لأحكام النقض المدنى - ج٥ - ص ٢٨٨ .

(٢) د/ البيراوى - السابق - فقرة ٣٥٦ - ص ٥٣٠ ، د/ جميل الشرفاوى السابق - فقرة ٧٦ - ص ٢٩٦ .

(٣) د/ لييب شنب ومجدى خليل - السابق - فقرة ٢٠٧ - ص ٢٨٣ .



وهذا الاتفاق بين الدائن والمدين على إتقاص الضمان أو على إسقاطه يقع باطلاً إذا تعمد المدين إخفاء العيب في الشئ المعقود عليه غشاً منه .

ضمان المدين صلاحية الشئ للعمل مدة معينة :-

يستفاد من نص المادة ٤٥٥ مدنى أنه إذا ضمن المدين صلاحية الشئ المعقود عليه للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل به ، فعلى الدائن أن يخطر المدين بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا إخطار ، وإلا سقط حقه فى الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره . (١)

وهذا الحكم المستفاد من هذا النص يعتبر صورة من صور تعديل أحكام الضمان ، ويقع كثيراً فى الحياة العملية ، كما هو الحال إذا كان الشئ سيارة أو جهاز كهربائى .

وهذا الاتفاق قد يأخذ صورته زيادة الضمان كالاتفاق على ضمان الشئ لمدة خمس سنوات أو على إصلاح الشئ على حساب المدين لمدة طويلة . وقد يأخذ هذا الاتفاق صورة إتقاص الضمان كأن يتفق على أن يكون الضمان قاصراً على مدة ستة أشهر فقط .

وإذا ظهر بالشئ المعقود عليه خلل ، فإنه يتعين على الدائن أن يخطر المدين فى خلال شهر من تاريخ ظهوره وإلا سقط حقه فى الضمان . وهذا الإخطار لا يشترط له شكل معين ، كما يتعين كذلك على الدائن أن يرفع دعوى الضمان على المدين فى خلال مدة ستة أشهر من تاريخ الإخطار ،

(١) نقض مدنى فى ١٢/٥/١٩٩٨ - الطعن رقم ١٠٩٠٩ لسنة ٦٦ ق - الموسوعة الماسية لأحكام

النقض المدنى - ج٥ - ص ٢٨٧ .



وهذه المدة هي مدة سقوط إذا لم يراعها الدائن سقط حقه في الضمان ،
وهي ليست متعلقة بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على زيادتها أو
إنقاصها^(١) .

المطلب الثاني

آثار التنفيذ بمقابل باعتباره وقاء

يسرى على التنفيذ بمقابل باعتباره وقاء أحكام الوفاء ، وبالأخص ما
تعلق منها بتعيين جهة الدفع وإتقضاء التأمينات . وهذا طبقاً لنص المادة
٣٥١ مدنى .

ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى تعليقاً على ذلك
بأنه: " ويراعى أن الوفاء بالدين القديم لا يتم بمقتضى الإدلاء بالعوض ،
وإنما ينشأ التزام جديد يحل محل هذا الدين ، وهذا الالتزام هو الذى ينقضى
بالوفاء فور الوقت عن طريق انتقال حق الملك فى هذا العوض .
فلاعتياض والحالة هذه ليس إلا تجديداً يتبع بالوفاء بالالتزام الجديد على
الفور " ^(٢) .

كما جاء بتلك المذكرة الإيضاحية أيضاً : " أن التنفيذ بمقابل ... يهينئ
للمدين طريقاً لإبراء ذمته من الدين ، وفى هذا النطاق تطبق قواعد الوفاء،
وقد يقال أخيراً أن الاعتياض ينتهى أمره إلى تجديد يعقبه الوفاء
مباشرة" ^(٣) .

(١) د/ السنهورى - ج ٤ - فقرة ٣٨٠ - ص ٩٥٩ وما بعدها ، د/ نبيب شنب ومجدى خنيل - السابق - فقرة
٢١٠ - ص ٢٨٦ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٣ - ص ٢٢٧ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٣ - ص ٢٢٤ .



ويترتب على اتفاق الدائن والمدين على التنفيذ بمقابل، باعتباره وفاء انقضاء الدين الأصلي ، وحلول الدين الجديد الذي يتم الاتفاق عليه محل الدين الأصلي ، وهذا الدين الجديد المقابل للدين القديم يجب على المدين الوفاء به للدائن . وهذا التنفيذ بالمقابل باعتباره وفاء تترتب عليه أحكام هذا الوفاء ، وكذلك آثاره خاصة فيما يتعلق بانقضاء التأمينات التي كانت تضمن الدين القديم (الأصلي) وتعيين جهة الدفع في حالة تعدد السديون .. وعلى ذلك فبحثنا في هذا المطلب يشمل ثلاثة فروع كما يلي :-

الفرع الأول : انقضاء تأمينات الدين الأصلي .

الفرع الثاني : الوفاء بذات الشيء المقابل دون تجزئة وملحقاته .

الفرع الثالث : تعيين جهة الدفع في التنفيذ بالمقابل عند تعدد الديون .

الفرع الأول

انقضاء تأمينات الدين الأصلي

يترتب على انقضاء الدين الأصلي بالتنفيذ بالمقابل ، زوال التأمينات التي كانت تضمن هذا الدين الأصلي المنقضى وانقضائها ، ذلك أن الالتزام الذي كانت هذه تأمينات تكفله قد انقضى ، وتبعاً لذلك تنقضى هذه التأمينات بانقضاء هذا الالتزام ، ويحل محله الالتزام الجديد دون هذه التأمينات التي انقضت بانقضاء الدين الأصلي الذي تم استبداله وتجديده بدين آخر جديد يقوم المدين بالوفاء به فوراً .

وفي هذا الشأن فقد نصت المادة ١/٣٥٦ مدني على أنه : " يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد". فهذا النص يقرر أنه إذا كان الالتزام الأصلي مكفولاً بتأمينات عينية كرهن رسمي أو حيازي أو مكفولاً بتأمينات شخصية ككفالة أو تضامن ،



فإن هذه التأمينات تزول بزوال الدين الأصلي ، ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد، ويترتب على ذلك حرمان الدائن من ميزة التأمينات التي كانت ضامنة لوفاء المدين بالالتزام الأصلي (١) .

وللتحقيق من آثار حرمان الدائن من هذه التأمينات ، فد أجاز المشرع في الفقرة الثانية من المادة ٣٥٦ مدني اتفاق الدائن والمدين على استمرار التأمينات لتضمن الدين الجديد ، ولا يتحقق ذلك - طبقاً لهذا النص - ، إلا بنص في القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين فقد انصرفت إلى ذلك ، وإذا لم يوجد نص في القانون بذلك ، ولم يتفق المتعاقدين عليه أو تبين الظروف أو نيتهما ذلك ، فلا تنتقل تأمينات الدين الأصلي إلى الالتزام الجديد ، ويبقى الالتزام الجديد دون تأمينات تكفل تنفيذ المدين له ، إلا إذا تم كفالة هذا الالتزام الجديد بتأمينات أخرى ، مستقلة عن تأمينات الالتزام الأصلي .

اتفاق الدائن والمدين على نقل تأمينات الالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد :-

إذا كان هناك تأمينات تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي ، فإنه طبقاً لنص المادة ٢/٣٥٦ مدني يجوز اتفاق كل من الدائن والمدين على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد وفقاً للأحكام الواردة في نص المادتين ٣٥٧ ، ٣٥٨ مدني وهي كما يلي :-

(١) د/ سليمان مرقص - السابق - فقرة ٨٧٠ ، د/ إسماعيل غاتم - السابق - فقرة ٢٤٥ وما بعدها ، د/ السنهوري - السابق - فقرة ٥٠٠ - ص ٩٨٧ وما بعدها ، د/ محمد عمران - السابق - ص ٢٤٨ وما بعدها .

١- يجوز اتفاق كل من الدائن والمدين على انتقال التأمينات العينية للالتزام الأصلي إلى الالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضرراً بالغير ، أى دون زيادة في عبء الدين (المادة ٣٥٧ مدنى فقرة أ) .

٢- وطبقاً لنص المادة ٣٥٧ مدنى فى فقرتها الثانية ، فإنه لا يكون الاتفاق بين الدائن والمدين على نقل التأمينات العينية نافذاً فى حق الغير إلا إذا تم مع الاتفاق على المقابل الجديد الذى سيتم وفاء المدين به فى وقت واحد ، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل . وذلك أنه لو تم الاتفاق على المقابل دون الاتفاق على نقل التأمينات ، فإن الدين القديم ينقضى ومعه تأميناته ، فلا يمكن عندئذ نقلها هى نفسها من جديد . ولا بد أن يكون تاريخ الاتفاق هذا ثابتاً رسمياً حتى يحتج به على الغير ، كما يجب أيضاً التأشير فى هامش القيد الأسمى بالاتفاق على انتقال التأمينات للالتزام الجديد ، ذلك أنها تنتقل بمرتبها الأصلية لضمان هذا الالتزام الجديد (١) .

٣- وإذا كانت التأمينات التى تضمن الالتزام الأسمى مقدمة من الغير ، سواء أكانت تأمينات عينية أو شخصية أو تضامن ، فإنه طبقاً لنص المادة ٣٥٨ مدنى ، لا تنتقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون .

(١) د/ إسماعيل غاتم - السابق - فقرة ٢٤٦ - ص ٤٠٨ وما بعدها : د/ عبد المنعم البدر اوى - ج ٢ -

أحكام الالتزام - فقرة ٣٦٨ - ص ٨٦ .

الفرع الثاني

الوفاء بذات الشئ المقابل دون تجزئة وملحقاته

تنص المادة ٣٥١ مدنى فى فقرتها الأخيرة على أنه يسرى على الوفاء بمقابل من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء

وطبقاً لهذا النص وفى إطار بحثنا فى التنفيذ بمقابل من حيث آثاره ، فإنه يجب أن يكون محل هذا التنفيذ بالمقابل هو ذات الشئ المتفق عليه فى العقد بين الدائن والمدين وملحقاته كثماره ونتاجه . وتطبيقاً لذلك فقد نصت المادة ٣٤١ مدنى على أن : " الشئ المستحق أصلاً هو الذى به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره ، ولو كان هذا الشئ مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى " .

وطبقاً لهذا النص فإنه فى الوفاء بمقابل يجب على المدين الوفاء بالالتزام المستحق عليه ذاته بأكمله ، فلا يجبر الدائن على استيفاء التزام آخر غير المتفق عليه ، كما أنه لا يجبر الدائن على قبول جزء فقط من الالتزام . فإذا كان محل الوفاء ، أداء شئ معين وجب على المدين أداء ذات الشئ إلى الدائن وليس غيره أو جزء منه إلا إذا قبل الدائن ذلك ، أو كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على الوفاء بجزء من الشئ المقابل ، وذلك طبقاً لنص المادة ١/٣٤٢ مدنى والتى تنص على أنه : " لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئى لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

وطبقاً للنص السابق ، فإنه يجوز مقدماً اتفاق الدائن والمدين على جواز تجزئة الشئ المقابل عند الوفاء ، وعندئذ لا يكون للدائن أن يرفض استيفاء الجزء الذى يعرضه عليه المدين . وحتى فى حالة عدم وجود



اتفاق بين الدائن والمدين على تجزئة الشيء المقابل في الوفاء ، فإنه يجوز للدائن أن يقبل الوفاء بجزء من الشيء المقابل ، ولا يكون للمدين في هذه الحالة أن يتمسك بقاعدة عدم تجزئة الوفاء بالمقابل .

كذلك فإن المشرع ذاته يجيز للمدين تجزئة الوفاء بالمقابل ، ويجبر الدائن على قبول وفاء جزئي ، وذلك في بعض الحالات الاستثنائية ، منها :
(أ) إذا كان المقابل الموفى به ديناً ثابتاً في كميالة وعرض المدين على الدائن جزءاً من قيمتها في ميعاد استحقاقها ، فلا يجوز للدائن حامل الكميالة الامتناع عن استلام هذا الجزء (وذلك طبقاً لنص المادة ١٥٥ من القانون التجاري) .

(ب) كذلك فإنه طبقاً لنص المادة ٣٤٦/٢ مدني ، فإنه إذا حكم القاضي بتقسيم الوفاء بالالتزام المقابل إلى أجزاء في أجال متعاقبة ، فعندئذ يجبر الدائن على استيفاء كل قسط عند حلول أجله ، ولا يجوز له الامتناع عن ذلك والتمسك بضرورة الوفاء بكل الالتزام .

وطريقة الوفاء بالشيء المقابل تختلف بحسب ما إذا كان هذا الشيء قيمياً أو مثلياً . فإذا كان الشيء المقابل قيمياً وتعين بذاته كسيارة معينة مثلاً ، فإنه يجب على المدين تسليم ذات الشيء محل الالتزام المقابل ولا يجبر الدائن على قبول شيء آخر ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى طبقاً لنص المادة ٣٤١ مدني . وإذا كان الشيء المقابل مثلياً وعين بنوعه ومقداره فقط ، ككمية من القمح مثلاً من نوع معين ، وجب على المدين تسليم الدائن ذات الشيء المعين أو نوع أعلى منه ، ولا يجوز له تسليم شيء من نوع أدنى .

وإذا كان محل الالتزام في الوفاء بالمقابل مبلغاً من النقود ، وجب الوفاء به بمقداره المحدد في العقد أو في الحكم دون اعتبار للتغيرات التي تطرأ على قيمة النقود ، كما أن مجرد سحب شيك لمصلحة الدائن لا يعتبر المدين به موفياً لالتزامه ولا يتم ذلك إلا إذا قام الدائن بصرف قيمة الشيك من المصرف فعلاً (١) .

الفرع الثالث

تعيين جهة الدفع في التنفيذ بمقابل عند تعدد الديون

بيننا في الفرع السابق طريقة الوفاء بالمقابل إذا كان الدين واحداً . ولكن كيف يتم الوفاء بالمقابل إذا تعددت الديون التي على المدين لنفس الدائن ، وكان المقابل الذي يعرضه المدين للوفاء به لا يكفى لسداد كل الديون ، بل بعضها فقط .

تجيب على هذا التساؤل المادة ٣٤٤ مدني والتي تنص على أنه :
 " إذا تعددت الديون في ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما أداة المدين لا يفي بهذه الديون جميعاً ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاق حول دون هذا التعيين " .

(١) مجموعة أحكام لنقض المدني - نقض مدني في ١٩٥٧/٦/٣ - لسنة ٨ ق - رقم ٦٤ - ص ٥٧٦ ،
 نقض مدني في ١٩٧٦/١١/٢٩ - الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٤٢ ق - س ٢٧ - ص ١٦٩٨ ، نقض
 مدني في ١٩٨٧/٣/١٢ - الطعن رقم ٢٣٥٢ لسنة ٥٢ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض
 المدني - ج ٣ - ص ٥٩٠ .



تعيين جهة الوفاء بالمقابل بمعرفة المدين :-

ومن هذا النص يتضح أنه إذا تعددت الديون في ذمة المدين لدائن واحد ، وكاتت هذه الديون من أجناس مختلفة كأن يكون أحدها مثلاً قطعة أرض والثانى توريد كمية من المحاصيل ، فإذا اتفق الدائن مع المدين على وفاء الدين الأول بمقابل كان المدين موفياً بدينه هذا ، ويبقى الدين الآخر ، وبالعكس إذا اتفقا على مقابل للدين الثانى كان موفياً بهذا الدين الثانى ويبقى الدين الأول ، وقد يتفقا على مقابن للوفاء بالدينين معاً ، فتبرأ ذمة المدين عندئذ .

وقد تعدد الديون في ذمة المدين وتكون من جنس واحد ، ويكون المقابل الذى يؤديه المدين لا يفى بها جميعاً كأن يكون المدين مديناً لشخص بألف جنيه مثلاً ثم يشتري منه كذلك بضائع بألف جنيه أخرى لا يفى بثمانها ثم يقوم بأداء مقابل بقيمة أى من الدينين للدائن ، فعندئذ وطبقاً لنص المادة ٣٤٤ مدنى يكون للمدين سلطة تعيين الدين الذى يفى بمقابله فتبرأ ذمته منه وينقضى ويبقى الدين الآخر عليه ، بشرط ألا يوجد مانع اتفاقى أو قانونى يحول دون هذا التعيين .

فبالنسبة للمانع الاتفاقى : فالقاعدة التى تقرر للمدين سلطة تعيين الدين الموفى بمقابلة قاعدة مكملة ليست من النظام العام ، وبالتالي فإنه يجوز الاتفاق على خلافها وحرمان المدين من هذه السلطة وإعطائها للدائن أو بوضع نظام للخصم دون اختيار المدين .

وبالنسبة للمانع القانونى : فيجب ألا يكون هناك قاعدة قانونية تتعارض مع سلطة المدين فى تعيين الدين الذى يوفى بمقابله فإذا كان المدين مديناً بدينين أحدهما حال والآخر مضاف إلى أجل مقرر لمصلحة

الدائن ، فلا يجوز للمدين عند الوفاء بالمقابل أن يقرر أنه يقى بما يقابل الدين الآجل ، لأن القاتون لا يجبر الدائن على قبول مقابل لهذا الدين قبل حلول أجله .

كذلك إذا كان أحد الدينين ألف جنيه والآخر ألف وخمسة جنية ، واتفق الدائن مع المدين على الوفاء بمقابل بشئ قيمته ألف جنيه فقط ، فلا يجوز للمدين عندئذ أن يطلب خصم قيمة هذا الشئ المقابل من الدين الكبير ، لأن هذا يعنى إجبار الدائن على قبول وفاء جزئى ، وهو غير جائز بحسب الأصل (١) .

تعيين جهة الوفاء بالمقابل بمعرفة القاتون والدائن .

وفى هذا الإطار فاته إذا تعددت الديون ، ولم يعين المدين أو طرفى عقد الوفاء بمقابل جهة الدفع أى لم يعين الدين الذى يتم الوفاء به بالشئ المقابل ، فإن القاتون هو الذى يحدد الدين الذى يتم الوفاء بمقابله . وفى هذا الشأن تنص المادة ٣٤٥ على أنه : " إذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفه على المدين ، فإذا تساوت الديون فى الكفلة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن " .

ومن النص السابق يتضح أنه إذا لم يحدد الدين الذى يتم وفائه بالمقابل وجب أن يكون الوفاء بالمقابل خاصاً بالدين المستحق الأداء وليس بالدين الذى لم يحل أجله .

(١) د/ عبد المنعم البدر اوى - ج ٢ - أحكام الالتزام - الفقرتين ٣١٧ - ٣١٨ ، ص ٣٣٦ وما بعدها ،

د/ نبيب شنب - نظرية الالتزام - ص ١٦٥ .



وإذا تعددت الديون الحالة ، فإن الوفاء بالمقابل يكون للدين الأشد
كلفة على المدين . وتعين الدين الأشد كلفة على المدين مسألة موضوعية
يفصل فيها قاضى الموضوع فى ضوء ظروف وملابسات كل حالة ، فعلى
سبيل المثال : فإن الدين الذى يعرض المدين للحبس كدين النفقة يكون أشد
كلفة من الديون الأخرى . كما أن الدين الذى يغل فائدة تضاف إلى أصله
يعتبر أشد كلفة من الديون التى لا تغل فائدة .

وإذا تساوت الديون فى الكلفة ، ولم يعين المدين عند الوفاء بالمقابل
الدين الذى يوفى به ، كان للدائن أن يعين الدين الذى يتم الوفاء بمقابله .



الفصل الثاني

شروط الفسخ وآثاره

كما هو مسلم به ، فإن العقد ينعقد بمجرد تبادل الرضا من طرفيه وإذا ما انعقد العقد ، فإنه يترتب التزامات على عائق كل من طرفيه ، ويجب عليهما عندئذ أن يقوم كل منهما بتنفيذ تلك الالتزامات المقررة عليه بمقتضى هذا العقد ، وهذا التنفيذ لا يحدث دائماً ، فكثيراً ما يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وعندئذ يكون للمتعاقد الآخر الحق في حل العقد عن طريق طلب فسخه . (١)

ولكى يتحقق فسخ العقد ، لابد من توافر ثلاثة شروط سوف نعرض لها بالتفصيل في حينه ، كما أن هذا الفسخ إذا ما تحقق بالفعل ، إما بحكم القاضى وهذا هو الأصل ، وإما بقوة القانون ، نتيجة الاتفاق بين طرفى العقد باعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه ، ودون حاجة على حكم القاضى بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه .. فإنه يترتب عليه عدة آثار سوف نعرض لها أيضاً تفصيلاً .

وعلى ذلك ، فإن موضوع بحثنا في هذا الفصل سوف يشمل مبحثين

على النحو التالى :-

المبحث الأول : شروط الفسخ .

المبحث الثانى : آثار الفسخ .

(١) نقض مدنى فى ٢/٥/١٩٨٨ - الطعن ٢٢٩٧ لسنة ٥٢ ق - الموسوعة الماسنية لأحكام النقض

المدنى - ج١٠ - ص ٥٢٠ .



المبحث الأول

شروط الفسخ

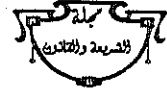
حتى يقع الفسخ أياً كانت طريقة وقوعه ، أى سواء أكان فسحاً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً يلزم توافر الشروط التالية :-

الشرط الأول : أن يكون العقد الذى يقع به الفسخ ملزماً للجانبين (١)

وهذا الشرط هو شرط عام فى جميع أنواع الفسخ ، أى سواء كان الفسخ يحكم القاضى ، أو كان بالاتفاق ، أو كان بحكم القانون ، ذلك أن الفسخ بجميع أنواعه يقوم على أساس وجود ارتباط بين الالتزامات المتقابلة ، وهذا التقابل لا يكون إلا فى العقود الملزمة للجانبين والتي ينشأ عنها التزامات تقع على كل من طرفى العقد والتي يجب على كل منها تنفيذها فى مواجهة الآخر ، فإذا أخل أى منهما بالتزاماته بمقتضى العقد ، فإنه يكون للعاقده الآخر طلب فسخ هذا العقد . إذن فسخ العقد لا يكون إلا فى العقد الملزمة للجانبين ، وهذا ما نصت عليه المادة ١/١٥٧ مدنى فى جزئها الأول مدنى حين ذكرت الفسخ بأنه يكون : " فى العقود الملزمة للجانبين ... "

أما فى العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة بدون عوض والوديعة والكفالة إذا كانتا بدون أجر ، فإن أحد طرفيها فقط هو الذى يقع عليه الالتزام فيها وهو الواهب أو المودع أو الكفيل ، وإن لم يقم هذا الطرف بتنفيذ التزامه ، فلا يكون للطرف الآخر أى مبرر أو مصلحة فى طلب

(١) نقض مدنى فى ١٨/١/١٩٨٩ - الطعن ٥٣٧ لسنة ٥٦ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض



الفسخ لعدم وجود أى التزام فى ذمته يتحلل منه بالفسخ بل يكون من
مصلحته أن يطلب تنفيذ العقد .

وعلى ذلك ، فإن العقود الملزمة لجانب واحد لا يمكن أن يقع فيها
الفسخ^(١).

الشرط الثانى : أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه بمقتضى العقد :

الفسخ كما سبق أن وضحنا - هو جزاء يتقرر لصالح أحد طرفى
العقد، عند عدم وفاء الطرف الآخر بالتزامه بمقتضى هذا العقد. وهذا ما
تنص عليه المادة ١/١٥٧ مدنى فى جزئها الثانى بقولها : " إذا لم يوف
أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقدين الآخر بعد أذار المدين أن يطالب
بتنفيذ العقد أو بفسخه " .

ويتضح من ذلك أنه يلزم لتحقيق الفسخ لصالح الدائن أن يكون المدين
قد أخل بالتزامه بمقتضى العقد إخلالاً فعلياً سواء أكان هذا الإخلال كلياً بعدم
قيام المدين بالوفاء بالتزامه أصلاً ، أو كان هذا الإخلال جزئياً بوفاء المدين
ببعض التزامه دون البعض الآخر . وتقدير وجود الإخلال بنوعيه الكلى
والجزئى يترك أمره لقاضى الموضوع من غيره أن يكون عليه معقب من
محكمة النقض ، مادام هو يقوم على أسباب سائغة^(٢) .

(١) DE page : traite elementaire de Droit civil belge Bruxelles 1964 . p . 790 ,
p . 2 .

انظر فى ذلك د/السنهورى - ج ٤ - فقرة ٤٦٧ - ص ٩٥٦ .

(٢) نقض مدنى فى ١٧/٣/١٩٧٠ - مجموعة أحكام النقض المدنى - السنة ٢١ - ص ٤٥٠ ،
نقض مدنى فى ١٠/١/١٩٨٨ - الطعن ٢٠٦ لسنة ٥٣ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض
المدنى - ج ١٠ - ص ٥١٩ ، نقض مدنى فى ٢٧/٧/١٩٩٢ - الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥٥ ق -
الموسوعة السابقة - ج - ص ٦١٣ .

وإخلال المدين بالتزامه لا بد أن يكون ثابتاً بشكل رسمي. وهذه الرسمية تتمثل في الأعدار . فالمدين لا يعتبر مخللاً بالتزامه إخلالاً يجيز للدائن طلب فسخ العقد إلا إذا لم يحم بأدائه بعد أعداره . فلا يكفى مثلاً فى عقد البيع أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن إذا حل جلته ، ولا أن يستمر تخلفه هذا إلى ما بعد التنبيه عليه شفاهة أو بخطاب لتنفيذ التزامه بدفع هذا الثمن للبائع ، وإنما يلزم أن يستمر تخلفه عن أداء هذا الثمن إلى ما بعد أعداره بوقت كافى يقدره قاضى الموضوع . وهذا الأعدار طبقاً لنص المادة ٢١٩ مدنى هو عبارة عن إنذار على يد محضر أو بما يقوم مقامه . وفى هذا الصدد فقد قررت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها : " أن الأصل فى الأعدار أن يكون بإتذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه . ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه . ولا يتطلب القاتون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد فى حالة عدم وفائه بالتزامه . وذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه فى العقود الملزمة للجانبين " (١) .

وعدم تنفيذ المدين لالتزامه الذى يجيز للدائن طلب فسخ العقد ، لا بد أن يكون لسبب يرجع إلى المدين ، أى أن يكون عدم تنفيذ المدين لالتزامه لا يرجع إلى سبب أجنبى ، وإنما يكون راجعاً لفعل المدين ، أو يكون التنفيذ لا يزال ممكناً ولكن المدين تقاعس عن ذلك ولم يحم بتنفيذ التزامه ، فعندئذ

(١) نقض مدنى فى ١٢/١١/١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض المدنى - السنة ١٥ - ص ١٠٢٨
نقض مدنى فى ١٠/٦/١٩٩٠ - الطعن ١٢٠ لسنة ٥٨ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدنى - ج١ - ص ٥٢٣ .

يكون للدائن أن يطلب فسخ العقد ، كما يكون له أيضاً أن يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية ، أى أنه إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه بمقتضى العقد فإنه يكون للدائن الخيار بين أن يطالب المدين بالتعويض طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية ، أو أن يطالبه بفسخ العقد . وكذلك يكون لطرفي العقد أن يتفقا على عدم فسخ العقد عند عدم تنفيذ لمدين لالتزامه ، وأن ينحصر الأمر في مطالبة الدائن للمدين بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية .

وقد ينفذ المدين التزامه تنفيذاً معيباً ، كما أنه قد ينفذ جزء من الالتزام فقط دون الجزء الآخر أى تنفيذ التزامه تنفيذاً جزئياً ، وهنا يكون للدائن أيضاً أن يطلب فسخ العقد ، وللقاضى عندئذ سلطته فى تقدير إجابته لطلبية فسخ العقد . فقد يرى القاضى أن الجزء غير المنفذ من الالتزام لا يبرر الحكم للدائن بفسخ العقد ويمهل المدين مدة من الزمن لتكمله تنفيذ التزامه أو لإصلاح التنفيذ المعيب له ، وقد يرى فسخ العقد كله أو فسحه فى الجزء غير المنفذ منه إذا كان التزام المدين يحتمل التجزئة .

ويلزم لصدور حكم القضاء بفسخ العقد ، أن يظل المدين مخلأ بالتزامه إلى تاريخ صدور الحكم النهائى به . وفى هذا الصدد فقد قررت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها أنه : " يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره، ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سيئ النية ، إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام " (١) .

(١) نقض ملئى فى ١٢/٣/١٩٧٠ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢١ - ص ٤٢٥ .

ويجب ألا تؤدي الرخصة التي تمنح للمدين في توقي الفسخ بأدائه التزامه إلى ما قبل الحكم النهائي في الدعوى مناصرة إلى حصول ضرر للدائن من التأخير في الوفاء له بحقه (١) .

الشرط الثالث : أن يكون الدائن طالب الفسخ قد وفى بالتزامه أو مستعداً لذلك وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها .

العقد يرتب التزامات متقابلة على عائق كل من الدائن والمدين ، وإذا طلب الدائن فسخ العقد لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته بمقتضى هذا العقد ، فإنه يجب أن يكون هذا الدائن قد نفذ التزامه بمقتضى العقد أو على الأقل مستعداً لهذا التنفيذ . أما إذا كان هذا الدائن هو الآخر لم يوفى بالتزاماته أو غير مستعداً لتنفيذها فليس له أو لا يحق له طلب فسخ العقد لوقوعه في ذات الإخلال الذي حدث من جانب المدين ، ولهذا المدين عندئذ الحق قانوناً في أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه إلى أن يقوم الدائن بالوفاء بالتزامه بمقتضى العقد ، ويكون هذا الامتناع من جانب المدين عندئذ قائماً على حق ، ولا يكون مخللاً .

وبناء على ذلك فإنه لا يجوز لأي من العاقدين أن يطلب فسخ العقد لإخلال العاقد الآخر بالتزامه إلا إذا كان هذا العاقد طالب الفسخ قد وفى بالتزامه أو كان على الأقل مستعداً للوفاء بها واتخذ خطوات إيجابية من ناحيته بعرضه القيام بهذا الوفاء بالتزامه عرضاً قاتونياً صحيحاً .. وفى هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه : " لا يكفى للحكم بالفسخ أن يكون الفسخ وارداً على عقد ملزم للجائين، وأن

(١) نقض مننى في ١٩٧٠/٥/٢٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢١ - ص ٩٠٨ ، نقض مننى في

١٩٩١/٥/٢٩ - الطعن ٣٧٦ لسنة ٥٤ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المننى

- ج ١٠ - ص ٥٢٥ .

يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي ، وإنما يشترط أيضاً أن يكون طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه الذي نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة إلى تنفيذه من يوم تحريره ، فإذا كان قد أخل هو بالتزامه هذا ، فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما في ذمته من الالتزام^(١) .

نخلص مما تقدم ، أنه لكي يتحقق فسخ العقد ، فإنه يلزم أن نكون بصدد عقد ملزم للجانبين ، وأن يكون المدين قد أخل بالتزام من الالتزامات التي يرتبها العقد في ذمته ، وأن يكون الدائن طالب الفسخ قد وفى بالتزامه أو مستعداً لذلك ، وأن يكون كذلك قادراً على مسايرة نتيجة الفسخ وذلك بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد .

(١) نقض مدني في ١٩٦٩/٤/٨ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٠ - ص ٥٧١ ، نقض مدني في ١٩٩٠/١٢/٢٠ - الطعن رقم ١٦١٦ لسنة ٦٠ ق - الموسوعة الماسية لأحكام السنقض المدني - ج ١٠ - ص ٦١٢ . ، نقض مدني في ١٩٩٢/١٢/٢٠ - الطعن رقم ٨٤٩ لسنة ٥٣ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدني - ج ١٠ - ص ٦١٣ .



المبحث الثاني

أثار الفسخ

فيما سبق ، عرفنا الفسخ ، وبيننا شروطه ، كما بينا كيفية تحققه ، والذي قد يتحقق بحكم قضائي ، وهذا هو الأصل ، وقد يتحقق أيضاً بقوة القانون نتيجة اتفاق طرفي العقد على تحقق هذا الفسخ للعقد من تلقاء نفسه ، وبدون الحاجة إلى حكم القضاء بفسخه ، وذلك إذا ما أخل الطرفين بالالتزامات المقررة عليه بمقتضى هذا العقد .

وإذا ما تقرر فسخ العقد فعلاً ، فإنه يترتب على هذا الفسخ أثراً علينا أن نبيّنه فيما يلي :-

الأثر المترتب على فسخ العقد :

تنص المادة ١٦٠ من التقنين المدني على أنه : " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فإذا إستحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " .

وينص من هذا النص أن أثر فسخ العقد يتركز في انحلال هذا العقد وهذا يعني زواله^(١) ، وهذا الأثر نفسخ العقد يتحقق سواء كان الفسخ بحكم القضاء أو بالاتفاق أو بحكم القانون ، كما أن انحلال العقد أو زواله لا يكون بالنسبة للمستقبل فقط أي من وقت تحققه ، وإنما يكون لهذا الإخلال أو الزوال أثراً رجعياً أي يعتبر العقد كأن لم يكن من وقت انعقاده .

ويترتب على فسخ العقد وكون لهذا الفسخ أثراً رجعياً وجوب أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام هذا العقد ، وهذا يستلزم

(١) نقض مدني في ١١/٢٧/١٩٩٦ - الطعن رقم ٦٣٤٤ لسنة ٦٥ ق - الموسوعة الماسية لأحكام

النقض المدني - ج ١٠ - ص ٦٢٠ .

بالضرورة قيام كل عاقد برد ما أخذه من العاقد الآخر ، فإذا فسخ عقد بيع مثلاً ، وكان المشتري قد تسلم المبيع من البائع ، وكان هذا الأخير قد أستوفى جزءاً من الثمن فإنه يجب على المشتري عندئذ أن يرد المبيع إلى البائع ، كما أنه يجب على البائع أن يرد إلى المشتري ما أخذه من الثمن فإذا تعذر على أي من العاقدين بفعله رد ما استوفاه من العاقد الآخر، كأن يكون المشتري قد تصرف في المبيع أو استهلكه ، فعندئذ يكون للقاضي أن يحكم على هذا المشتري بتعويض يؤديه للبائع معادلاً لما تصرف فيه هذا المشتري واستهلكه .

وتحقق الفسخ كما يكون له أثر فيما بين طرفي العقد ، فإنه يكون له اثر بالنسبة للغير .. ونعرض لذلك فيما يلي :-
أولاً : أثر فسخ العقد فيما بين طرفيه .

طبقاً لنص المادة ١٦٠ مدني - سالفه الذكر - فإنه يترتب على فسخ العقد ، انحلال هذا العقد أو زواله واعتباره كأن لم يكن ، وإعادة المتعاقدين طرفي العقد إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد . فإذا كنا بصدد عقد بيع مثلاً تم فسخه ، وكان المشتري قد تحصل على المبيع ، والبائع تحصل على الثمن أو جزء منه ، فإن المشتري يرد المبيع بثمراته إلى البائع ، كما أن البائع يرد إلى المشتري الثمن أو ما تحصل عليه منه بقوائده القانونية (١) .
وفي هذا الشأن فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " مفاد نص المادة ١٦٠ مدني أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه، ويعتبر كأن لم يكن ، ويعاد كل شيء إلى ما كان عليه من قبل .

(١) د/ الشهوري - الوسيط - ج ١ - ص ٩٧٦ - فقرة ٤٧٨ .

وبالتالى فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المبيعة إلى البائع ، وأن يرد هذا الأخير ما قبضه من الثمن " (١) .

وإذا ما فسخ العقد وتعذر على أى من طرفيه بفعله رد ما تحصل عليه من العاقد الآخر بمقتضى هذا العقد كتصرف المشتري مثلاً فى المبيع أو استهلاكه له ، فإنه يكون للقاضى أن يحكم على هذا المشتري بالتعويض تطبيقاً لنص المادة ١٦٠ مدنى التى تقرر أنه إذا استحال الرد على أى من طرفى العقد ، جاز الحكم عليه بالتعويض وهذا التعويض يدفعه للطرف الآخر مقابل عدم رد ما تحصل عليه نظيره بمقتضى العقد ، وعلى ذلك إذا هلك المبيع فى يد المشتري وكان الهلاك بخطئه حكم عليه بالتعويض إذا ما فسخ العقد ، وإذا هلك المبيع بسبب أجنبى فلا يكون هذا المشتري مسؤولاً عن التعويض إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة وذلك إذا أصر البائع طالب فسخ العقد عندئذ ، أما إذا تخلى عن طلب الفسخ واستبقى البيع فله أن يطالب المشتري بالثمن ، ويتحمل الأخير تبعه الهلاك عندئذ (٢) .

وإذا كان هذا الهلاك بفعل البائع بعد أن تسلم المشتري المبيع ، فإن هذا الهلاك تقع تبعته على هذا البائع ، ويتعذر على المشتري الرد عندئذ ولا يكون للبائع مطالبته بشئى إذا ما فسخ العقد ، وعليه رد الثمن للمشتري عندئذ .

وإذا أوجب أحد طرفى العقد إلى طلبه بفسخ العقد ، ولم يكن فى الرد جبر لكل الضرر الذى لحقه نتيجة للإخلال بحقه بمقتضى هذا العقد ، فإنه

(١) نقض مدنى فى ١٩/١٠/١٩٧٦ - مجموعة أحكام النقض - طعن رقم ٤٥٨/٤٠ ق - س ٢٧ - ص ١٤٦٧ - رقم ٢٧٨ ، نقض مدنى فى ٢٣/١١/٢٠٠٤ - الطعن رقم ١٨٥٩ نسبه ٧٢ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض المدنى - ج ١٠ - ص ٦٢٣ .

(٢) د/ السنهوري - السابق - ص ٩٧٨ - فقرة ٤٧٨ .



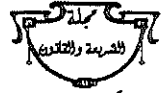
يكون له بجانب طلبه للفسخ ، أن يطلب من القاضي الحكم له بتعويض يتناسب في مقداره مع قيمة الضرر الذي لحقه نتيجة لاخلال العاقد الآخر بإلتزاماته بمقتضى هذا العقد .. (١) وهذا ما نصت عليه المادة ١٥٧ مدنى فى فقرتها الأولى بقولها : " فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى " .

كذلك فإنه طبقاً لنص المادة ١٥٧ سلفه الذكر ، فإنه إذا طلب الدائن فسخ العقد وحكم له بالفسخ ، فإنه يكون له عندئذ أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام هذا الأخير بتنفيذ التزامه بمقتضى العقد راجعاً إلى خطئه لإهمال أو تعمد . وهذا التعويض عندئذ يستحقه الدائن طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية وليس طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية ، وذلك لأن أساس التعويض هنا يكون هو خطأ المدين . أما إذا لم يطلب الدائن فسخ العقد وإنما طلب تنفيذه ، فعندئذ يكون له أن يطالب المدين بالتعويض إذا أخل بتنفيذ هذا الإلتزام ، وذلك على أساس المسؤولية العقدية . وعلى ذلك فإنه يكون للدائن أن يحصل من المدين المخل بالتزامه على تعويض إما على أساس بقاء العقد طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية ، وإما على أساس فسخ العقد طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية ، وإما على أساس فسخ العقد طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية ، وهذا ما قصده المشرع من ذكره عبارة: " مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى " فى نص المادة ١٥٧ مدنى (١)

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٦/٢/٢٦ - الطعن رقم ١١٤ لسنة ٥٠ ق - الموسوعة الماسية لأحكام النقض

المدنى - ج ١٠ - ص ٦١٠ .

(٢) د . السنهورى - السابق - ص ٩٧٩ .



ثانياً : أثر فسخ العقد بالنسبة للغير : (١)

بيننا فيما سبق الأثر الذي يترتب على فسخ العقد بالنسبة للعاقدين ، سواء أوقع هذا الفسخ بحكم القاضى أو بإتفاق طرفى العقد أو بقوة القاتون ، ورأينا أن هذا الأثر هو إنحلال العقد أو زواله وما يترتب على ذلك من إعادة العاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد . وهذا الأثر ذو خطوره بالغة خصوصاً إذا كانت قد ترتبت حقوقاً للغير بعد إبرام هذا العقد وقبل فسخه ، كأن يكون المشتري قد تصرف فى المبيع قبل فسخ عقد البيع مثلاً ، كما لو باعه إلى مشتري آخر أو رهنه . فعندئذ إعمالاً لأثر فسخ عقد البيع هذا ، يجب أن نرجع المبيع إلى البائع الأصلي ، وفى تلك الحالة يعتبر البيع الثانى أو الرهن ، صادرين من شخص لم يملك المبيع فى يوم من الأيام ، أى يعتبر أن أى من التصرفين قد صدر من الغير ، ولا يكون هذا التصرف سارياً فى حق المالك الأصلي إلا إذا أقره . ومن ذلك نرى أن أثر فسخ العقد لا يقف عند العاقدين فقط ، بل قد يمتد هذا الأثر إلى الغير .

ومن ذلك يتبين لنا ، أنه إذا فسخ العقد ، فإنه ينحل أو يزول بالنسبة للغير بأثر رجعى أيضاً ، ويعود المبيع مثلاً إلى البائع طالب الفسخ إذا حكم بالفسخ ، خالياً من أى حقوق تكون قد ترتبت للغير قبل فسخ العقد .

غير أنه لتحقيق هذه النتيجة ، فإنه يجب أن تكون دعوى فسخ العقد قد تم تسجيلها أو التأشير بها قبل تلقى الغير للحق ، سواء كان هذا الغير حسن النية أو سيئها . أما إذا كان هذا الغير قد تلقى الحق العينى على المبيع قبل تسجيل دعوى فسخ عقده أو التأشير بها بأى سبب من أسباب

(١) انظر فى ذلك : د. السنهورى - السابق ص ٩٨١ - فقرة ، د. سليمان مرقص - السابق فقرة ٣٥٤ ، ٣٥٥ ص ٤٥٨ وما بعدها ، د. عبد المنعم الصده - السابق - فقرة ٣٧٨ - ص ٤٠٨ .

كسب هذا لحق العيني ، فإن حقه هذا يزول كأثر رجعي لزوال العقد إذا كان هذا الغير سيئ النية ، ويظل حقه هذا قائماً إذا كان هذا الغير حسن النية أى تعامل مع المعقود عليه وهو غير عالم بما يتهدد هذا العقد من أسباب الزوال والاحلال ومنها فسخه ، كما أنه لم يكن فى مقدوره أن يعلم هذا ببذل الجهد المعتاد . وهذه النتيجة قد نصت عليها المادتين ١٥ ، ١٧ من قانون الشهر العقارى ، حيث نصت الأولى على أنه : " يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبه الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى تضمنه المحرر وجواً أو صحة أو نقاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى . وكذلك تنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه : " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشره أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشربه طبقاً للقانون يكون حجه على من ترتبت لهم حقوق عينيه ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجه على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما " .

وحماية الغير حسن النية من أثر الفسخ قد كفلها القانون فى حدود معينه - كما سبق بيانه - سواء أورد العقد على المنقول أو ورد على العقار ولكن الأساس القانونى لهذه الحماية تختلف فى كل منهما كما يلى :

١ - حماية الغير حسن النية فى حيازته للمنقول :

إذا ورد العقد على منقول قام مشتريه مثلاً بالتصرف فيه إلى شخص آخر ، ثم فسخ هذا العقد ، فإن القانون عندئذ يحمى المتصرف إليه الثانى الذى حاز المنقول الذى حصل التصرف له فيه بحسن نية ، وذلك بثبوت

هذا الحق له تطبيقاً لقاعدة قانونية أصيلة ، وهي قاعدة الحيازه فى المنقول
سند الحق أو سند الحائز .

٢- حماية الغير حسن النيه فى العقار :

كذلك يستفاد من نص المادة ١٥ ، ١٧ من قانون الشهر العقارى -
السابق ذكرهما - أنه إذا آلت ملكية عقار إلى شخص معين بعقد ، ثم
تصرف هذا الشخص فى هذا العقار إلى شخص آخر حسن النية بالبيع مثلاً
أو الرهن ، وبعد ذلك فسخ عقد تملكه للعقار ، وكان المتصرف إليه الثانى
قد شهر سنده وفقاً للقانون قبل أن تشهر دعوى فسخ العقد الأسمى ، فإن
الحكم الصادر بهذا الفسخ لا يؤثر فى حق المتصرف إليه الثانى ، فيظل
العقار المبيع على ملكه .

وفى هذا الإطار فقد قضت محكمه النقض بأن : " الحكم الصادر بفسخ
عقد بيع عقار فى دعوى لم تسجل عريضتها لايسرى فى حق الغير حسن
النيه الذى اكتسب حقاً عينياً على العقار " (١)

٣- حماية الدائنين والخلف الخاص من صوريه العقد :

طبقاً لنص المادة ٢٤٤ مدنى إذا أبرم عقد صورى ، كان لدائنى كل
من طرفيه والخلف الخاص ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى أو العقد المستتر
أيهما أوفق لمصلحتهم متى كانوا حسن النيه فإذا أبرم شخصاً مثلاً بيعاً
صورياً صورية مطلقه ، فلا يكون لهذا العقد وجود حقيقى . ومع ذلك يجيز
القانون طبقاً لنص المادة سالفه الذكر - لدائنى المشتري ولمن يكسب منه
حقاً عينياً على الشئ محل العقد الصورى إذا ما كانوا حسنى النيه أن
يتمسكوا بهذا العقد الصورى ويعتبروه عقداً حقيقياً ، ويرتبوا أمورهم على

(١) نقض مدنى فى ١٩٧٩/١/٢٥ - مجموعة أحكام النقض - س٣٠ ع ١ ص ١٣٣ - رقم ٣٦.



هذا الأساس . كما أنه يكون لدائني البائع الصوري حسنى النيه كذلك أن يتمسكوا بصوريه العقد وعدم وجوده .

وعند هذا التعارض تفضل مصلحة الأولين أى تفضل مصلحة من تمسكوا بالعقد الصورى الظاهر وإعتبروه عقداً حقيقياً .

كذلك فقد أورد القاتون فى المادة ١٠٣٤ منه نصاً خاصاً لحماية مصلحة الدائن المرتهن رسمياً إذا ما فسخ عقد ملكيه المالك ، حيث تقضى بأنه : " يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكية أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النيه فى الوقت الذى ابرم فيه الرهن " وهذا النص للماده المذكورة يعتبر تطبيقاً خاصاً للقاعده العامه التى وردت فى المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى .^(١)

أثر إعمال الشرط الفاسخ الصريح فى إيجار الأماكن ^(٢)

مقتضى القواعد العامه ، أنه إذا إتفق طرفى العقد على إنفاسخ العقد بقوه القاتون من تلقاء نفسه ودون حكم قضائى بمجرد إخلال أى منهما أو كليهما بالالتزامات المقررة بمقتضى العقد ، فإن إتفاقيهما هذا يكون واجب النفاذ وينتج أثره بمجرد حدوث هذا الإخلال فى العقد تطبيقاً لهذا الشرط الفاسخ الصريح .

واستثناء من هذا الأثر البات للشرط الفاسخ الصريح ، فقد نصت المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م فى شأن بعض الأحكام

(١) د. السنهورى - السابق - فقره ٤٧٩ - ص ٩٨٢ .

(٢) د. سليمان مرقص - إيجار الأماكن - فقره ١٧٣ - طبعه ١٩٨٢ ، نقض مدنى فى ١٩٧٩/٦/٣٠

ظعن ٤٦/٧٠٢ ق - مجموعه أحكام النقض - س ٣٠ - ص ٢٩٧ - رقم ٢٣٥ ، نقض مدنى فى

١٩٨٠/٣/٥ - ظعن رقم ٤٩/٥٦٥ ق - مجله القضاء يناير ١٩٨١م - ص ٢٨٠ .

الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أنه : " ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير في سداد الأجرة إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح إذا ما سدد المستأجر الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم وبشرط أن يتم التنفيذ في مواجهة المستأجر " .

ويتضح من هذا النص أن الشرط الفاسخ الصريح الذى يرد فى عقود إيجار الأماكن إذا ما تأخر المستأجر فى سداد الأجرة ، لا يكون باطلاً ، وإنما يعمل به ، ويجوز للقضاء المستعجل أن يأخذ به ويحكم بطرد المستأجر من العين المؤجرة تنفيذاً له . إلا أن إعمال هذا الشرط لا يكون بصورة مطلقة طبقاً للقواعد العامة وإنما يتقيد بإلغاء أثره إذا ما حكم القاضى المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة إعمالاً له ، ثم قام المستأجر عند تنفيذ هذا الحكم فى مواجهته بسداد الأجرة والمصروفات والأتعاب ، فعندئذ لا ينفذ هذا الحكم بطرده .

وهذا الاستثناء لا يكون بصفة دائمة ، وإنما يزول أثره إذا تكرر إمتناع المستأجر أو تأخره فى الوفاء بالأجرة دون مبرر تبعاً لتقدير المحكمة ، فعندئذ يتعين على القاضى المستعجل أن يحكم بطرد المستأجر من العين المؤجرة إعمالاً لأثر الشرط الفاسخ الصريح دون أى تقييد .

كما أن هذا النص يعرض فقط لحاله تنفيذ حكم الطرد من القضاء المستعجل دون الحكم الصادر من قاضى الموضوع بذلك ، وبسبب إخلال المستأجر بالتزامه بدفع الأجرة فقط دون سواه من التزامات المستأجر الأخرى .



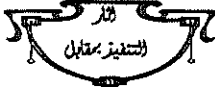
الأثر الرجعى للفسخ فى العقود الزمنية :

طبقاً لنص المادة ١٦٠ مدنى ، فإن الفسخ إذا ما حدث للعقد ، فإن ذلك يودى إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانت عليها قبل التعاقد ، أى أن للفسخ أثراً رجعياً بالنسبة للعقد ، حيث ينحل العقد بالفسخ ويزول ، ويعتبر كأن لم يكن منذ إنشائه .

والنص هنا عام بالنسبة لجميع العقود ، ومع ذلك فقد تار خلاف فى الفقه والقضاء حول ما إذا كان هذا الأثر الرجعى يشمل كل العقود القورى منها والزمنى ، أم أنه يقتصر على العقود الفورية فقط دون العقود الزمنية أو العقود المستمرة التى يكون الزمن أو المدة عنصراً فيها كعقد الإيجار مثلاً .

وللإجابة عن هذا التساؤل ، فإن غالبية الفقهاء (١) وطبقاً للرأى الراجح يرون أن الأثر الرجعى لفسخ العقد ، إنما يكون فى العقود الفورية فقط دون العقود الزمنية أو عقود المدة ، ويقررون أن الفسخ فى هذه العقود الأخيرة يقتصر أثره على المستقبل فقط ولا ينسحب أثره على الماضى كما هو الحال فى أثره فى العقود الفورية ووجه أصحاب هذا الرأى فى ذلك أن طبيعة العقود الزمنية تستعصى على هذا الأثر لأن العقد الزمنى

(١) د. السنهورى - اسلاق - ج١ - فقرة ٤٧٨ - ص ٩٧٩ ، د. توفيق فرج الصده - مصادر الالتزام - فقرة ٣٧٦ - طبعة ١٩٩٢ ، د. عبد الوود يحيى - الموجز فى النظرية العامة للالتزامات - فقره رقم ١٢٩ - طبعة ١٩٩٤ ، د. حسام الأهوالى - نظرية الالتزامات ج١ - مصادر الالتزام - فقرة ٦١٨ - طبعة ١٩٩٥ ، د. سليمان مرقص - الالتزامات - ج١ - فقرة ٣٥٢ - طبعة ١٩٨٧ ، د. عبد الناصر العطار - مصادر الالتزام - فقرة رقم ٩٣ ، د. نبيب شنب - مصادر الالتزام - فقرة رقم ٤٤ .



يقصد الزمن في ذاته ، ويكون فيه الزمن معقوداً عليه ، وما فات منه لا يمكن الرجوع فيه.

وهذا الرأي الفقهي الراجح قد أخذت به محكمة النقض المصرية فسي العديد من أحكامها (١) ، ومن أهم هذه الأحكام ما قررت فيه أنه : " من المقرر أن فسخ عقد الإيجار لا يكون له أثراً رجعياً ، إذا يعتبر العقد مفسوخاً من وقت الاتفاق عليه أو الحكم النهائي بفسخه ، لأن طبيعة العقود الزمنية ومنها عقد الإيجار تستعصي على هذا الأثر ويبقى عقد الإيجار بالنسبة للمدة التي انقضت من قبل قائما يحكم العلاقة بين الطرفين في شأن إداء أى منهما قبل الآخر بعدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد خلال تلك المدة..." (٢) وكذلك قضت محكمة النقض في حكم حديث لها بأن : " الفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين سواء أكانت من العقود الفورية أم كانت من العقود الزمنية غير محددة المدة ويترتب على الحكم به إحلال العقد واعتباره كأن لم يكن غير أن الأثر الرجعي للفسخ لا ينسحب على الماضي إلا في العقود الفورية أما في غيرها فلا يمكن إعادة ما نفذ منها" (٣).

ومن هذه الأحكام يتضح لنا أن محكمة النقض المصرية قد وضعت مبدأ عاماً يسرى على كافة العقود المستمرة يقضى بأن فسخ هذه العقود ليس له أثراً رجعياً لإستحالة الرجوع فيما تم تنفيذه منها ، وهي في ذلك تؤيد الرأي الغالب والراجح في فقه القانون المدني .

(١) نقض منى في ١٢/٦/١٩٦٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٠ - رقم ١٤٨ - ص ٩٢٩ .

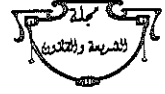
نقض منى في ٧/٢/١٩٧٩ مجموعة المكتب الفني - السنة ٣٠ - رقم ٩٥ - ص ٤٩١ .

(٢) نقض منى في ١٠/٢/١٩٨١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٣٢ - رقم ٩١ - ص ٤٦٨ .

(٣) نقض منى في ٦/٣/١٩٨٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٤٠ - رقم ١٢٧ - ص ٧٣٥ .

وبالرغم من هذا الاتجاه الفقهي والقضائي الغالب والراجح ، فقد ظهر رأى معارض فى الفقه (١) والقضاء (٢) القديم يرى أصحابه أن فسخ العقود المستمرة لا يختلف عن فسخ العقود الفورية ، وإن كلاهما ينبغى أن يكون له أثراً رجعياً . وهذا الاتجاه هو إتجاه ضعيف فى رأينا وليس له صدى فى الفقه والقضاء المصرى ، وإن كان قد بدأ يحرز تقدماً ملحوظاً فى السنوات الأخيرة أمام محكمة النقض الفرنسية حيث أعملت الأثر الرجعى للفسخ كاملاً فى بعض العقود المستمرة ، وذلك فى أحكام نقض لها بتاريخ ١٢/١٠/١٩٨٢ ، ٣/١١/١٩٨٣ ، ٣/١/١٩٨٧ ، ١١/١٢/١٩٩٠ (٣) .

(١) د. محمود جمال الدين نكى - الوجيز فى النظرية العامة للتزامات فى القانون المدنى المصرى - فقره رقم ٢٢٠ - طبعة ١٩٧٨ . كما أن د. السنهورى كان من أتصار هذا الرأى الغالب والراجح فى الفقه - الوسيط - ج١ فقره رقم ٤٧٨ - ص ٩٧٩ - هامش (٢) - الطبعة المنقحة .
(٢) حكم محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩/٦/١٩٢٥م - مجله المحاماة ٦ - رقم ٩٨ - ص ١٣١ .
(٣) د. ياسر الصيرفى - الأثر الرجعى للفسخ فى العقود المستمرة - ص ٩ ، ص ٧٤ وما بعدها - دار النهضة العربية - عام ١٩٩٨م .



الفصل الثالث

مقارنه بين شروط وآثار التنفيذ بمقابل والفسخ^(١)

إنتهينا فيما سبق من بحث التنفيذ بمقابل والفسخ من حيث تعريف وشروط وآثار كل منهما ، وعلينا الآن أن نقارن بين تلك الشروط والآثار لكي نتلافى بذلك شبهه التداخل بينما خاصه فيما يتعلق بآثارهما ... وعلى ذلك فموضوع بحثنا في هذا الفصل يتضمن مبحثين كما يلي :

المبحث الأول : مقارنه بين شروط التنفيذ بمقابل والفسخ .

المبحث الثاني : مقارنه بين آثار التنفيذ بمقابل والفسخ .

المبحث الأول

مقارنه بين شروط التنفيذ بمقابل والفسخ

سبق أن بينا أن التنفيذ بمقابل يتم بين كل من الدائن والمدين على أن يوفى الأخير للدائن بشيء آخر غير المحل الأصلي الالتزام ، على أن يقوم المدين بوفاء هذا الشيء فعلاً . في حين أن الفسخ يعني حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي (العقد) إذا أخل الطرف الآخر بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد ...

ومن ذلك يتبين لنا أن شروط تحقق كل منهما تتفق في بعض الوجوه، وتختلف في البعض الآخر .. وعلينا فيما يلي أن نعرض لذلك في مطلبين :

المطلب الأول : أوجه الاتفاق بين شروط كل من التنفيذ بمقابل والفسخ.

المطلب الثاني : أوجه الاختلاف بين شروط كل من التنفيذ بمقابل والفسخ .

(١) هذه المقارنه التي يتضمنها هذا الفصل بمبثية لم يسبق تعرض كتب الفقه القانوني لها من قبل ، وهي من جهد الباحث إستخلصها من بين ثنايا هذا البحث ، بتوفيق من الله ... ولهذا السبب خلست صفحات هذا الفصل من ذكر المراجع لإتعدامها في هذه الجزئيه .



المطلب الأول

أوجه الاتفاق بين شروط كل من التنفيذ بمقابل والفسخ

يتفق كل من التنفيذ بمقابل والفسخ في أن تحققهما لا يكون إلا في عقد قائم وموجود فعلاً ملزماً للجائين ، توافقت إرادته كل من الدائن والمدين على إنشائه ، وكانت إرادة كل منهما خالية من العيوب التي قد تشوب هذه الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال . وكذلك يجب أن تتوافر في كل من الدائن والمدين أهلية إبرام الاتفاق على الوفاء أو التنفيذ بمقابل ، أو المطالبة بفسخ العقد .

أولاً : من حيث الإرادة والأهلية :

ففي الوفاء بمقابل :

لا بد أن يقوم المدين مختاراً أو جبراً عنه بأداء شيء إلى الدائن بدلاً من الالتزام الأصلي الذي كان يجب عليه أدائه إليه ، وبدون رضا الدائن وإرادته ذلك ، لا يكون هناك تنفيذ بمقابل ، ويكون الالتزام الأصلي هو محل الوفاء الذي يلتزم المدين بأدائه أو بالوفاء به إلى الدائن ، حيث أنه بدون وجود هذا التنفيذ بمقابل برضاء الدائن ، لا يستطيع المدين أن يقرض على الدائن الوفاء بشيء غير المستحق أصلاً .

والمدين لا بد أن تتوافر له الأهلية اللازمة للتصرف في الشيء المقابل الذي يوفى به التزامه وهذه الأهلية تقتضي أن يكون المدين بالغاً لسن الرشد دون مائع أو عارض للأهلية وإذا كان المدين الموفى بالمقابل قاصراً أو محجوراً عليه ، فإن وفائه يكون قابلاً للإبطال لمصاحته طبقاً لنص المادة ٣٢٥ مدني .



وفى العقد الذى يتقرر فسخه :

لا بد أن تتوافق إرادة كل من طرفى هذا العقد على إنشائه ، وكذلك يجب أن تكون إرادتهما صحيحة خالية من العيوب ، وأن يكون طرفا العقد أهلاً لإبرامه ، وأن يكون طالب الفسخ ذو أهليه لقبول هذا الطلب منه أى بالغاً سن الرشد .

ثانياً : من حيث نوع العقد :

فالعقد الذى يتقرر فيه التنفيذ بمقابل أو الفسخ ، يشترط فيه أن يكون عقداً ملزماً للجانبين . فالتنفيذ بمقابل يكون نتيجة لعدم وفاء المدين بالالتزام الأسمى وإتفاقه مع الدائن على أن يقوم بالوفاء بشئى آخر غير المستحق أصلاً ، أى أن العقد الأسمى كان ملزماً للجانبين الدائن والمدين إلا أنهما إتفقا على إستبدال الالتزام الأسمى للمدين بالالتزام آخر غير المستحق أصلاً .

وفى الفسخ فإنه يشترط كذلك أن يكون العقد الذى يقع به الفسخ ملزماً للجانبين ، ذلك أن الفسخ يقوم على أساس وجود ارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى هذا العقد ، فإذا أخل أى من طرفى العقد بالالتزاماته بمقتضى هذا العقد ، فإنه يكون للطرف الآخر طلب فسخ هذا العقد

ومن ذلك يمكننا القول بأن التنفيذ بمقابل والعقد الذى يتقرر فسخه لا بد أن يكونا من العقود الملزمة للجانبين .

ثالثاً : كذلك يتفق التنفيذ بمقابل والفسخ فى أن كل منهما يكون نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه بمقتضى العقد . ففى التنفيذ بمقابل : لم يتم المدين بتنفيذ التزامه الأسمى الذى قرره العقد للدائن ، وقام المدين بالوفاء بشئى آخر غير الشئى محل الالتزام الأسمى ، ويترتب على

ذلك إنقضاء الالتزام الأصلي ونشوء التزام جديد غير الالتزام القديم المتفق عليه بين طرفي العقد أصلاً .

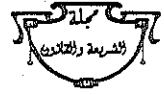
وفى الفسخ : فإنه إذا لم يقم أى من طرفى العقد بتنفيذ التزامه بمقتضى العقد ، فإنه يكون للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد . أى أنه يكون للدائن طلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بمقتضى هذا العقد .

رابعاً : وفى هذا الإطار أيضا فإنه يجب أن نبين أن فسخ العقد هو البديل لعدم تنفيذه ، سواء أكان هذا التنفيذ بالوفاء بالالتزام الأصلي الذى قرره العقد أو كان هذا التنفيذ عن طريق تنفيذ العقد بمقابل . وفى هذا الصدد فقد نصت المادة ١/١٥٧ مدنى على أنه : " فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه "

ومن هذا النص يتضح بجلاء أن فسخ العقد هو البديل لعدم تنفيذه أى كانت وسيلة هذا التنفيذ .

خامساً : وأخيراً ، فإنه فى التنفيذ بمقابل ، وفى الفسخ ، يشترط أن يكون الدائن طالب الفسخ أو طالب التنفيذ بمقابل قد وفى بالتزامه أو مستعداً لذلك . ذلك أن الفسخ والتنفيذ بالمقابل لا يكون إلا فى عقد ملزم للجانبين ، فمن البدهى أن يكون الدائن طالب الفسخ أو القابل للتنفيذ بالمقابل قد أوفى بالتزامه الذى يقرره العقد تجاه المدين أو مستعداً للوفاء به ، وإن لم يكن هذا الدائن كذلك ، فإنه لا يكون له الحق فى طلب فسخ العقد أو مطالبه المدين بتنفيذ التزامه بمقابل .

ومن العرض السابق يتضح لنا : أن التنفيذ بمقابل والفسخ يتفقان من حيث شروط تحقق كل منهما ، فى ضرورة توافق إرادة كل من الدائن



والمدين فى العقد وأن تكون إرادتهما صحيحة وخاليه من العيوب ، وأن تتوافر لديهما الأهلية اللازمة لإبرام العقد الذى يتقرر فسخه أو تنفيذه بمقابل كما يتفقان كذلك على أنهما لا يكونا إلا فى عقد ملزم للجائين ، وأن كل منهما يكونا نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه بمقتضى العقد ، وأنه يلزم فى كل منهما أن يكون الدائن طالب الفسخ أو القابل للتنفيذ بمقابل قد وفى بالتزامه أو مستعداً لذلك ، كما أن فسخ العقد يكون هو البديل لعدم تنفيذه أى كانت وسيله هذا التنفيذ طبقاً لنص المادة ١/١٥٧ مدنى .

المطلب الثانى

أوجه الاختلاف بين شروط كل من الوفاء أو التنفيذ بمقابل والفسخ بينا فيما سبق أوجه الاتفاق بين شروط تحقق كل من الوفاء أو التنفيذ بمقابل والفسخ ... وفيما يلى تعرض لأوجه الاختلاف فى شروط تحقق كل منهما ، وهى تنحصر فى أنه قد يتم باتفاق طرفى العقد على التنفيذ بمقابل دون تطلب ذلك فسخ العقد . كما أنه قد يتفق طرفى العقد على التنفيذ بمقابل دون أن يخل المدين بالتزامه بمقتضى العقد ، فى حين أن فسخ العقد يكون نتيجة لإخلال المدين بالتزامه . وأيضاً فإنه لفسخ العقد فإنه يشترط أن يكون الدائن طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، فى حين أنه فى التنفيذ بمقابل لا يشترط ذلك ... وفيما يلى تعرض لأوجه الاختلاف هذه :

أولاً : اتفاق طرفى العقد على الوفاء أو التنفيذ بمقابل دون الفسخ :

قد يتم الوفاء أو التنفيذ بمقابل ، باتفاق الدائن والمدين عليه . فالمدين بمقتضى العقد يلتزم بأن يودى للدائن عين ما التزم به بمقتضى العقد ، ولا يستطيع المدين تقديم شيئاً آخر غير المستحق أصلاً ، إلا أنه

وطبقاً لنص المادة ٣٥٠ مدني إذا قبل الدائن في إستيفاء حقه مقابلاً إستعراض به عن الشيء المستحق، قام هذا مقام الوفاء . والدائن لن يقبل هذا المقابل عوضاً له عن الشيء المستحق أصلاً إلا إذا وافق عليه ، وموافقته هذه لن تكون إلا بمقتضى إتفاق بينه وبين المدين بالاستعاضه عن الالتزام الأصلي بشيء مقابل .

كما أنه قد يتم التنفيذ بمقابل جبراً عن المدين ، وذلك إذا إستحق الشيء محل العقد ولم يتفق طرفيه على التنفيذ بمقابل وذلك بقيام المدين مختاراً بأداء شيء آخر للدائن بدلاً من الشيء الأصلي المستحق ، فعندئذ يجوز للدائن أن يلجأ إلى القضاء مطالباً المدين بالمقابل طبقاً لنص المادة ٤٤٣ مدني في حالة الاستحقاق الكلي للشيء محل العقد ، والمادة ٤٤٤ مدني في حالة الاستحقاق الجزئي للشيء محل العقد كما سبق أن وضحنا .

أما فسخ العقد : فهو جزاء مقرر لمصلحه أحد طرفي العقد في مواجهة الطرف الآخر إذا لم يوف هذا الطرف بالتزامه بمقتضى هذا العقد ، طبقاً لنص المادة ١/١٥٧ مدني ، وغالباً ما يقع بحكم القاضى وإن إتفق عليه الطرفين في العقد .

ثانياً : الفسخ يكون نتيجة لإخلال المدين بالتزامه دون تطلب ذلك للوفاء أو للتنفيذ بمقابل :

إذا إتفق الدائن والمدين على قيام الأخير بتنفيذ التزامه بمقتضى العقد بشيء مقابل آخر غير الشيء الأصلي المستحق أصلاً ، فينفذ إتفاقهما هذا ، طبقاً لنص المادة ٣٥٠ مدني ، طالما توافرت لاتفاقهما هذا شروط الاعتقاد والصحة والنفاذ اللازمه لذلك طبقاً للقواعد العامة ، وعملاً بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين " ولا يلزم لإتفاقهما على التنفيذ بمقابل أن يكون المدين



غير قادر على تنفيذ التزامه الأصلي بمقتضى العقد ، فقد يتفقا على التنفيذ بالمقابل رغم قدرة المدين على التنفيذ بالالتزام الأصلي المستحق ، فليس هناك ما يمنع ذلك ، ولا يلزم لذلك أيضا إخلال المدين بالتنفيذ بهذا الالتزام الأصلي .

أما في فسخ العقد : فلا يجوز لأحد طرفي العقد طلبه إلا إذا لم يوف الطرف الآخر بالتزامه بمقتضى العقد ، أي لا بد أن يكون هذا الطرف مخرلاً بالتزامه حتى يقبل طلب فسخ العقد ، وبدون إخلال أحد طرفي العقد بالتزامه فلا يكون للطرف الآخر طلب فسخ العقد .

ثالثاً : يشترط في الدائن طالب فسخ العقد قدرته على إعادة الحال لأصلها دون تطلب ذلك للوفاء أو للتنفيذ بمقابل :

إذا أخل المدين بالتزامه بمقتضى العقد ، وطلب الدائن فسخ العقد نتيجة لذلك ، فإنه لا يقبل هذا الطلب من الدائن إلا إذا كان قد نفذ التزامه ، أو على الأقل مستعداً لهذا التنفيذ . وبدون ذلك فإن هذا الدائن يكون هو الآخر مخرلاً بالتزامه مثله مثل المدين في ذلك ، ولا يقبل منه طلب فسخ العقد عندئذ . وكذلك يلزم أن يكون هذا الدائن طالب الفسخ قادراً على مساييره نتيجة الفسخ، وذلك بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد . فإن كان مثلاً قد وفى التزامه كله أو بعض منه إلى المدين فعليه استرداده منه . وإن كان قد أخذ من هذا المدين شيئاً فعليه ردة إليه لفسخ العقد . أما في التنفيذ بمقابل فإن الدائن يقبل وفاء المدين له بشيء غير المستحق أصلاً تنفيذاً للعقد وليس لفسحة وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .

المبحث الثاني

مقارنه بين آثار التنفيذ بمقابل والفسخ

يتبين لنا من العرض السابق لآثار كل من التنفيذ بمقابل والفسخ الاختلاف بين تلك الآثار في كل منهما ، وذلك من حيث العقد محل تلك الآثار ، ومن حيث طبيعة تلك الآثار ، ومن حيث نتيجة تطبيق هذه الآثار أيضا ، وكذلك من حيث أساس الرجوع بهذه الآثار في كل منهما ... وفيما يلي نعرض لهذه الأوجه في الاختلاف بينهما .

أولاً : المقارنة بينهما من حيث العقد :

فآثار التنفيذ بمقابل تترتب على أساس بقاء العقد وليس فسخه ، حيث يقوم المدين بتنفيذ التزامه بمقابل في العقد بأداء شئ آخر مقابل لالتزامه الأصلي بمقتضى هذا العقد . وهذا المقابل قد يكون عيناً ، وقد يكون نقداً ، تبعاً لاتفاق طرفي العقد أو تبعاً لما تقضى به المحكمة تطبيقاً لنص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى . فتلك الآثار تتحقق مع بقاء العقد الأصلي ، غايه ما في الأمر أن الالتزام الأصلي المقرر على المدين يستبدل بالتمام آخر ، مع بقاء العقد المقرر لالتزامات طرفي العقد قائماً .

أما آثار الفسخ ، فإنها تترتب على أساس إنقضاء العقد بفسخه . أى أنه يترتب على فسخ العقد إنهاء الرابطة العقدية بناء على طلب المتعاقد وزوال هذا العقد .

وتجدر الإشارة هنا كذلك إلى أن كلاً من التنفيذ بمقابل والفسخ ، لا يكونا إلا في العقود الملزمه للجائين : ذلك أنه في التنفيذ بمقابل يلتزم المدين بأداء شئ مقابل لالتزامه الأصلي في العقد بمقتضى إتفاقه مع



الدائن. وكذلك الفسخ لا يكون إلا في العقود التبادلية ، ولا يكون في العقود الملزمة لجانب واحد كإهبة مثلاً إلا إذا كانت بمقابل .

ثانياً : من حيث طبيعته هذه الآثار :

فسخ العقد يكون هو أحد جزاءات عدم تنفيذه ، وذلك لإخلال المدين بالتزامه بمقتضى العقد . أما التنفيذ بمقابل ، فقد يكون بإتفاق طرفي العقد عليه دون أن يكون هناك إخلال من جانب المدين في تنفيذ التزامه الأصلي، وقد يكون نتيجة لإخلال المدين بالتزامه الأصلي بمقتضى العقد ، فيؤدي للدائن شيئاً آخر غير التزامه الأصلي عن طواعية وإختيار ويقبول الدائن لذلك ، وإما أن ينفذ التزامه بمقابل طبقاً لنص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدني عن طواعية وإختيار أو جبراً عن طريق حصول الدائن على حكم قضائي بذلك والتنفيذ به على أموال المدين .

ثالثاً : من حيث نتيجته تطبيق هذه الآثار :

ففي التنفيذ بمقابل يكون نتيجة لتحقيق آثاره أن يحصل الدائن من المدين على ما يقابل التزامه الأصلي بمقتضى العقد عيناً أو نقداً طبقاً لنص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدني - كما سبق بيانه - فإذا لم يؤدي المدين التزامه بمقتضى العقد للدائن ، كانا لهما أن يتفقا على أن يؤدي المدين للدائن شيئاً آخر مقابل لإلتزامه الأصلي ، وهذا المقابل الآخر قد يكون عينياً وقد يكون نقدياً . كما أنه إذا استحق محل إلتزام المدين كلياً أو كان معيباً بعيب جسيم ومؤثر ، فإن للدائن أن يطلب من المدين التنفيذ بمقابل وذلك بتعويضه عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب الاستحقاق لمحل التزام المدين أو تعييبه بعيب جسيم ومؤثر طبقاً لنص المادة ٤٤٣ مدني على النحو السابق بيانه ، وكذلك الحال إذا استحق محل التزام المدين

جزئياً أو وجد مثقلاً بتكليف وكاتت خسارة الدائن من ذلك قد بلغت قدرًا لو علمه نما أتم العقد ، على أن يرد هذا الدائن للمدين جزء محل الالتزام الذى أداه له وما أفاده منه (طبقاً لنص المادة ١/٤٤٤ مدنى السابق بيانها بالشرح) .

وإذا إختار الدائن إستبقاء الجزء الذى نفذه المدين من محل التزامه ، أو كانت الخسارة التى لحقت به فى محل هذا الالتزام لم تبلغ القدر الذى كان يمنعه من إبرام العقد ، فلا يكون لهذا الدائن عندئذ إلا مطالبة المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق أو العيب فى محل التزام المدين .

أما فى فسخ العقد فإنه يكون نتيجة لتحقيق آثاره أن يعاد المتعاقدين طرفى العقد إلى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد (طبقاً لنص المادة ١٦٠ مدنى السابق بيانها بالشرح) فإذا كان الدائن قد وفى للمدين بالتزامه أو جزء منه وكذلك المدين قد وفى للدائن بالتزامه أو جزء منه ، وفسخ العقد فإن كل من الدائن والمدين يلتزما بإعادة كل منهما ما أخذه من الآخر كأثر لهذا الفسخ الذى يترتب عليه إحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه وإعتباره كأن لم يكن ، ويعاد كل شئ إلى ما كان عليه حال المتعاقدين قبل التعاقد . فإذا كنا بصدد عقد بيع مثلاً تم فسخه فإن الشئى المبيع يعاد إلى البائع ، ويسترد المشتري منه الثمن أو ما دفعه منه . وإذا ما تعذر على أى من طرفى العقد بفعله رد ما تحصل عليه من العاقد الآخر بمقتضى هذا العقد الذى تم فسخه ، فإنه يكون للقاضى أن يحكم على هذا الطرف بالتعويض تطبيقاً لنص المادة ١٦٠ مدنى التى تقضى بأنه إذا إستحال الرد من أى من

طرفى العقد ، جاز الحكم عليه بالتعويض يدفع للطرف الآخر مقابل عدم رد ما تحصل عليه نظيرة بمقتضى العقد الذى تم فسخه .

وهذا التعويض الذى يحكم به القاضى إذا استحال الرد من أى من طرفى العقد نتيجة لفسخ هذا العقد هو فى حقيقته تنفيذ لإلتزام هذا الطرف بمقابل حيث تتفق آثار فسخ العقد مع آثار تنفيذه بمقابل فى تلك الجزئية ، غير أن هذا التعويض فى الفسخ يكون إذا إستحال رد أحد طرفى العقد المفسوخ ما أخذه من المتعاقد طبقاً لنص المادة ١٦٠ مدنى . أما التعويض فى حالة تنفيذ العقد بمقابل فإنه يكون طبقاً لنص المادة ٤٤٣ مدنى ويشمل كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب .

وتجدر الإشارة فى هذا المجال إلى أنه يحق للدائن الرجوع على المدين لتنفيذ إلتزامه بمقابل طبقاً لنص المادة ٤٤٣ مدنى ، وذلك إذا لم يكن رجوعه على هذا المدين مبنياً على المطالبة بفسخ العقد أو إبطاله طبقاً لنص ذات المادة سالفة الذكر فى فقرتها الخامسة . فإذا كان الدائن قد رجع على المدين على أساس فسخ العقد فليس له أن يأخذ منه إلا ما يكون قد دفعه إليه فقط تنفيذاً لالتزامه بمقتضى هذا العقد الذى تم فسخه ، وله كذلك عندئذ العدول عن رجوعه على هذا المدين على أساس فسخ العقد إلى الرجوع على أساس التنفيذ بمقابل ، ما لم يكن قد نزل عنه ، والعكس . أى أنه يكون للدائن إذا كان قد رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه إلى الفسخ .

أما إذا كان رجوع هذا الدائن على المدين على أساس تنفيذ العقد بمقابل، فإنه يحصل منه على هذا المقابل عوضاً له عن الإلتزام الأسمى طبقاً لنص المادة ٤٤٣ مدنى ، حيث يشمل هذا التعويض عندئذ كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، ويكون لهذا الدائن أن يعدل حينئذ

وحتى الحكم النهائي فى الدعوى عن رجوعه على المدين على أساس تنفيذ العقد بمقابل إلى رجوعه عليه على أساس فسخ العقد . وللمدين كذلك قبل النطق بالحكم النهائي أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ .

ومن ذلك يتبين لنا أن الفسخ أمر جوازى للدائن الذى يقع الإخلال بحقه، أن شاء تمسك به ، وأن شاء أحجم عنه ، وأصر على قيام المدين بتنفيذ التزامه سواء كان هذا التنفيذ للالتزام الأصيل أو للالتزام بمقابل . ففسخ العقد إذن هو مجرد رخصه تجيز للدائن الذى يحصل الإخلال بالتزامه التحلل من العقد (١) ، دون إجبار عليه فى ذلك . فالفسخ إذن يكون حقاً للدائن بجانب حقه الأصيل فى التمسك بالعقد والإصرار على تنفيذ التزام مدينه دون أن يكون بديلاً عنه ، وذلك طبقاً لنص المادة ٢/١٥٧ مدنى والتي تقرر بأنه يجوز للعائد ، إذا أخل العاقد الآخر بالتزامه ، وبعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه .

رابعاً : من حيث أساس الرجوع بتلك الآثار لكل من التنفيذ بمقابل والفسخ:

تترتب آثار التنفيذ بمقابل إذا إتفق طرفى العقد على هذا التنفيذ بمقابل أو إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه الأصيل بمقتضى العقد ولم تكن تلك الاستحالة بسبب أجنبى لا يد له فيه ، أو إذا أستحق محل هذا الالتزام الأصيل كلياً أو جزئياً (طبقاً للمادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى) ، أو كان معيباً بعيب جسيم ومؤثر (طبقاً لنص المادة ٤٤٧ مدنى) .

إذن فالرجوع بآثار التنفيذ بمقابل على المدين يكون على أساس الاتفاق بين طرفى العقد على هذا التنفيذ بمقابل ، أو إخلال المدين بتنفيذ

(١) السنهورى - الوسيط - ج١ - ص ٩٦٦ - فقرة ٤٧٥ ، أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - مصادر الالتزام - ص ٣٤٢ - فقرة ٣٨٠ ، أنور سلطان - السابق - ص ٤٢٠ - فقرة ٣٦٢ .

التزامه الأصلي بمقتضى العقد ، أى إخلال المدين بالتزامه العقدى . وعلى ذلك فالرجوع بآثار هذا التنفيذ بمقابل يكون طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية . كذلك الحال فى فسخ العقد ، فإن هذا الفسخ هو أحد جزاءات عدم التنفيذ ، وهو جزاء يفرضه القانون على الإخلال بالإلتزام فى العقود التبادلية حيث تكون التزامات طرفيها متقابلته ، وإذا أخل أحدهما فى الوفاء بالتزامه ، كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد وإزالته وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانتا عليها قبل التعاقد (طبقاً لنص المادة ١٦٠ مدنى) .

إذن فالرجوع بآثار الفسخ على المدين يكون على أساس إخلال هذا المدين بالتزامه بمقتضى العقد ، أى أن مسؤولية المدين عندئذ تتحقق طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية . كما أنه إذا كان إخلال المدين بالتزامه خاطئاً ويترتب عليه ضرراً للدائن ، فيكون لهذا الدائن أن يطالب المدين بالإضافة إلى ذلك بتعويض عما أصابه من أضرار .

ومن ذلك يتضح لنا أن أساس الرجوع بآثار كل من التنفيذ بمقابل والفسخ هو إخلال المدين بالتزامه بمقتضى العقد ، ويكون الرجوع عليه لتحقق تلك الآثار طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية .

"والله ولى التوفيق"

"والحمد لله رب العالمين"

الخاتمة وأهم نتائج البحث

ويعد ... ،

فقد انتهت بحمد الله وتوفيقه من عرض هذا البحث في موضوع آثار التنفيذ بمقابل - دراسة مقارنة - مع آثار الفسخ ، والذي أشتمل على تقديم، وفصل تمهيدى وثلاثة فصول رئيسية ، ولقد خرجت من هذا البحث بالعديد من النتائج من أهمها :-

١- أن دراسة هذا الموضوع والبحث فيه بتعمق هو من الموضوعات المتفردة على ساحة البحث في الفقه القانوني ، حيث لم يسبق دراسته دراسة متعمقه على النحو الذى بيناه ، ذلك أن بعض كتب الفقه القانوني قد أشارت إليه إشارة عابرة فى عدة سطور فقط ولم تتطرق إلى دراسته بعمق كما وفقنا الله فى هذا البحث المتواضع .

٢- انتهينا فى تعريف التنفيذ بمقابل على أنه : اتفاق بين الدائن والمدين على أن يوفى المدين للدائن بشئ آخر غير المحل الأصلي للالتزام (طبقاً لنص المادة ٣٥٠ مدن) أو يعوضه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب لعدم التنفيذ العيني للالتزام (طبقاً لنص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى) كما أن هذا التنفيذ بمقابل يكون فى كل للالتزام أياً كان مصدره سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل ، أو التزاماً ناشئاً عن خطأ المدين وتسببه بذلك فى أحداث ضرر للغير ، أو التزاماً ناتجاً عن الإثراء بلا سبب أو مضار الجوار ، أو إفتاء أسرار المهنة ، أو أى مصدر آخر للالتزام .

٣- أن التنفيذ بمقابل قد يقوم به المدين مختاراً - وهو ما يسمى بالوفاء ، وهو الأصل وقد يجبر المدين على هذا التنفيذ ، بشرط توافر الشروط اللازمة لذلك فى الحالتين.

فإذا كان هذا الشيء المقابل منقولاً مملوكاً للمدين وكان معيناً بالذات نفذ هذا الالتزام تلقائياً وبقوة القانون ، وتعين على الدائن مطالبة المدين بتسليم هذا المنقول ، فإن امتنع المدين عن ذلك ، فإنه يمكن تنفيذه جبراً عنه ، وإن كان هذا المنقول المقابل معيناً بالنوع فقط انتقلت ملكيته إلى الدائن بإقراره (وذلك طبقاً لنص المادة ٢٠٥ مدنى) أما إذا كان هذا الشيء المقابل عقاراً ، فإن تنفيذ الالتزام به يتم بتسجيل الاتفاق عليه بين الدائن والمدين بسجلات الشهر العقارى ، وإن امتنع المدين عن ذلك ، نفذ التزام المدين بهذا الالتزام العقارى جبراً عنه .

٤- وبالنسبة لتكييف الوفاء بمقابل وبيان طبيعته ، فقد بينا الاتجاهات الفقهية المختلفة التى قيلت فى هذا الشأن ، مع نقدنا لكل اتجاه ، وخلصنا فى ذلك إلى أن الوفاء بمقابل هو تجديد للالتزام بتغيير محل الدين ووفاء بالالتزام الجديد ، وذلك لتوافر عناصر التجديد فيه ، وهى استبدال محل الالتزام الأسمى بمحل آخر جديد مقابل له ، والذي يرتب عليه انقضاء الالتزام الأسمى بتأميناته ، ونقل ملكية المقابل إلى الدائن فور اتفاه مع المدين على ذلك ، وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الراجح فى هذا الصدد لمسايرته النصوص التشريعية فى هذا الشأن .

٥- استخلصت تعريف الفسخ من النصوص القانونية ، ومن أحكام محكمة النقض فى هذا المجال ورأيت أنه يعنى : حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفى العقد ، إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته الناشئة عن هذا العقد ، كما أن نظرية الفسخ قد جاءت نتيجة لتطور كبير على مر العصور . ففى القانون الرومانى لم يكن فسخ العقد كجزء للإخلال بالتزاماته معروفاً فى أول عهد هذا القانون ، ثم عرف لاحقاً فى عقد

البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن ، وتطور الأمر بعد ذلك إلى الأخذ به إذا أخل أى من طرفى العقد بالتزاماته بشرط اتفاقه طرفى العقد عليه وتضمن العقد لهذا الاتفاق ، وهذا النظام لفسخ العقد انتقل كذلك إلى القانون الفرنسى القديم بشرط قضاء القاضى به ، ثم أخذت بذلك مدونه نابليون ، ومنها أخذت العديد من القوانين فى كثير من الدول ومن بينها مصر .

٦- اختلف الفقه القانونى فى الأساس الذى يقوم عليه فسخ العقد ، فالبعض رأى تأسيسه على وجود الشرط الفاسخ الضمنى فى العقود الملزمة للجائين ، فى حين يرى البعض الآخر تأسيسه على أساس نظرية السبب، حيث أنه إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته ، فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يكون غير متحقق وله طلب فسخ العقد عندئذ ، وقد انتقد كل من الرأيين (كما سبق بيانه) - ورأينا من جانبنا فى هذا الصدد أن فسخ العقد يقوم على أساس أنه جزاء ينص عليه القانون يجب إعماله عند الإخلال بالالتزامات التى يقررها على عاتق طرفيه ، وكونه جزاء يتناسب ويتناغم مع سلطة القاضى التقديرية فى الحكم به أو رفضه .

٧- فسخ العقد يتحقق باتفاق طرفى العقد عليه (الفسخ الاتفاقى) وقد يتحقق بحكم القاضى (الفسخ القضائى) وقد يتحقق بقوة القانونى فى حالات معينة حددها القانون (الفسخ القانونى) .

٨- إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه بمقتضى العقد ، فإنه يكون للمتعاقد الآخر سواء أكان هو الدائن أم كان هو المدين الخيار بين طلب تنفيذ التعاقد الآخر لالتزامه (عن طواعية واختيار أو جبرا عنه فى حالة امتناعه عن التنفيذ الإختيارى لالتزامه) ، وبين طلب فسخ العقد ، فإذا

اختار العاقد فسخ العقد ، فعليه أن يطلبه من القاضى ، وليس للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ، وإذا طلب العاقد من القاضى فسخ العقد ، فإنه يكون للقاضى السلطة التقديرية فى الحكم به من عدمه تبعاً للظروف الخاصة بكل حالة، فقد يحكم بالفسخ ، وقد لا يحكم به ويمنح المدين مهلة لتنفيذ التزامه (طبقاً لنص المادة ٢/١٥٧ مدنى) .

٩- يشترط للوفاء أو للتنفيذ بمقابل ثلاثة شروط : الأول : ألا يكون رجوع الدائن على المدين مبنياً على المطالبة بفسخ العقد أو إبطاله الثانى : الاتفاق بين الدائن والمدين على الوفاء بالشىء القابل أو طلبه منه أو من المحكمة تنفيذ التزامه بمقابل الثالث : تنفيذ الاتفاق بسين الدائن والمدين ، أو تنفيذ حكم المحكمة بالتنفيذ بمقابل .

وخلاصة القول فى ذلك ، أن الأصل أن ينفذ المدين التزامه الأسمى المحدد بمقتضى العقد ، وإذا اتفق مع الدائن على أداء شىء آخر (مقابل عينى) أو تعذر عليه الوفاء بالتزامه جاز للدائن أن يطلب من القضاء الحكم على هذا المدين بتنفيذ التزامه بمقابل طبقاً لنص المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى .

١٠- يشترط الفسخ العقد ثلاثة شروط هى : الأول . أن يكون العقد محل الفسخ ملزماً للجانبين ، الثانى . أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه فى العقد ، الثالث : أن يكون الدائن طالب الفسخ قد وفى بالتزامه أو مستعداً لذلك ، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها .

١١- يتفق كل من الوفاء أو التنفيذ بمقابل ، والفسخ من حيث شروط تحقق كل منهما فى أن تحققها لا يكون إلا فى عقد قائم وموجود فعلاً ، ملزماً للجانبين ، توافقت إرادة كل من الدائن والمدين على إنشائه ، وكانت إرادة كل منهما خالية من العيوب التى قد تشوب هذه الإرادة

كالمغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال وكذلك يجب أن تتوافر فى كل من الدائن والمدين أهلية إبرام الاتفاق على الوفاء أو التنفيذ بمقابل ، أو المطالبة بفسخ العقد ، كما أنه يشترط لتحقيق كل منهما أن يكون الدائن طالب التنفيذ بمقابل أو طالب الفسخ قد وفى بالتزامه أو مستعداً لذلك ، فى مواجهة المدين الذى لم يقم بتنفيذ التزامه بمقتضى العقد .

١٢- تختلف شروط تحقق كل من الوفاء أو التنفيذ بمقابل ، والفسخ فى ثلاثة مسائل : أولها : أنه قد يتم الوفاء أو التنفيذ بمقابل باتفاق الدائن والمدين عليه (طبقاً لنص المادة ٣٥٠ مدنى) ، وقد يتم هذا التنفيذ بمقابل جبراً عن المدين (طبقاً لنص الماديتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى) فى حين أن فسخ العقد عبارة عن جزاء مقرر لمصلحة أحد طرفى العقد فى مواجهة الطرف الآخر ، إذا لم يوف هذا الطرف بالتزامه بمقتضى العقد (طبقاً لنص المادة ١/١٥٧ مدنى) وغالباً ما يقع هذا الفسخ بحكم القاضى ، وإن اتفق عليه الطرفين فى العقد .
ثانيها : أن فسخ العقد يكون نتيجة لإخلال المدين بالتزامه بمقتضى العقد دون تطلب ذلك للوفاء أو التنفيذ بمقابل ، وثالثها : أنه يشترط فى الدائن طالب فسخ العقد قدرته على إعادة الحال لأصلها دون تطلب ذلك للوفاء أو للتنفيذ بمقابل .

١٣- قد يتفق الدائن والمدين على أداء التامى بشئ آخر غير المحل الأسمى للالتزام وهذا الاتفاق على الوفاء بالشئ المقابل يكون صحيحاً إذا توافرت فى كل منهما الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الاتفاق ، وأن يكون المدين الموفى مالكا للشئ الذى يوفى به ، وأن يكون أهلاً للتصرف

فيه (طبقاً لنص المادة ١/٣٢٥ مدنى) فهذا الوفاء بالمقابل ينقضى به الالتزام .

١٤- إذا استحق الشيء محل الوفاء بالدين فإنه يكون للدائن الرجوع على المدين طبقاً لأحكام ضمان الاستحقاق المقرر فى عقد البيع والتى تقررها المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ مدنى ، وذلك فى حالة عدم مطابفة هذا الدائن بفسخ العقد أو إبطاله ، على التفصيل الذى عرضنا له ، فى موضعه بهذا البحث ، وهذا الضمان هو تنفيذ لالتزام المدين بمقابل ، وللدائن توى استحقاق الشيء محل الوفاء بالدين بدفع مبلغ من النقود للمستحق أو بأداء شئ آخر صلحاً أو وفاءً بمقابل ، ويتخلص المدين من ضمان الاستحقاق عندئذ بأن يرد للدائن ما دفعه فى سبيل توى الاستحقاق مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (طبقاً لنص المادة ٤٤٢ مدنى) كما أنه يجوز لكل من الدائن أو المدين أن يتفقا على زيادة ضمان استحقاق الشيء محل الوفاء بالدين أو إنقاصه أو إسقاطه ، مع افتراض أن المدين قد اشترط عدم الضمان فى حق الاتفاق إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان هذا المدين قد أبى عنه للدائن (طبقاً لنص المادة ٤٤٥/٢ مدنى) وهذا الضمان يتقدم وفقاً للقواعد العامة بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ صدور الحكم باستحقاق الشيء محل الوفاء بالدين .

١٥- إذا وجد بالشيء محل الوفاء بالدين عيباً خفياً وقديماً وغير معلوم للدائن وقت التعاقد ، فإن على هذا الدائن أن يخطر المدين بهذا العيب فى الوقت الملائم ، ويكون له عندئذ أن يرجع عليه بالضمان على النحو المقرر فى المادة ٤٤٤ مدنى (وطبقاً لنص المادة ٤٥٠ مدنى)

وهذا الضمان يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على زيادته أو إنقاصه أو إسقاطه وفقاً لنص المادة ٤٥٣ مدنى ، كما أنه إذا ضمن المدين صلاحية الشئ محل الوفاء بالمدين مدة معلومة ، ثم ظهر خلل به فعلى الدائن أن يخطر المدين بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى بضمانه فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه فى الضمان ، ما لم يتفق على خلاف ذلك .

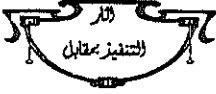
١٦- يترتب على اتفاق الدائن والمدين على التنفيذ بمقابل باعتباره وفاء ، ثلاثة آثار هى .

(أ) انقضاء الدين الأصلى .

(ب) حلول الدين الجديد الذى يتم الاتفاق عليه محل الدين الأصلى ، والوفاء به دون تجزئه وملحقاته .

(ج) انقضاء تأمينات الدين الأصلى ، وقد يتفق كل من الدائن والمدين على نقلها إلى الالتزام الجديد .

١٧- يترتب على الفسخ العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد ، أى زوال العقد ، وذلك سواء كان الفسخ بحكم القضاء أو بالاتفاق أو بحكم القانون ، وهذا الزوال للعقد يكون بالنسبة للمستقبل وكذلك بالنسبة للماضى ، أى يعتبر العقد كأن لم يكن من وقت انعقاده ، وهذا يكون فقط فى العقود الفورية ، أما فى العقود الزمنية فإنه لا يكون لفسخ العقد أثراً رجعياً لاستحالة الرجوع فيما تم تنفيذه منها طبقاً للرأى الراجح فى الفقه القانونى والذى نؤيده .



١٨- رجوع الدائن على المدينين بالوفاء أو بالتنفيذ بمقابل يكون على أساس بقاء العقد وتنفيذه بأداء المدين لدينه بهذا المقابل ، فى حين أن رجوع الدائن على المدين بدعوى الفسخ والحكم له بفسخ العقد يترتب عليه زوال هذا العقد وانقضاؤه .

وبعد ...،،

فقد انتهيت بفضل الله وتوفيقه من بحث هذا الموضوع ، وأسأل الله أن يلهمنا دقة البيان ، والبعد عن الخطأ والنسيان والله ولى التوفيق .
والحمد لله رب العالمين ،،،

الباحث

أ.د / فريد عبد المعز فرج

المراجع

هذه المراجع مرتبة حسب الترتيب الأبجدي لأسماء المؤلفين :

- ١- د. إسماعيل غاتم - النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - الطبعة الثانية .
- ٢- د. أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد - مصادر الالتزام - ط مطبعة مصر ١٩٥٤ .
- ٣- د. أنور سلطان - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية .
- ٤- د. أنور سلطان وجمال العدوى - العقود المسماة - عقد البيع - عام ١٩٦٦ .
- ٥- د. أنور طلبة - التعليق على نصوص القانون المدنى .
- ٦- د. أنور سلامة - النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام .
- ٧- د. جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - ط / دار النهضة ١٩٧٥م .
- ٨- د. حسام الأهواى - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - الطبعة الأولى ، عقد البيع - الطبعة الأولى .
- ٩- د. حمدى عبد الرحمن - الوسيط فى لنظرية العامة للالتزام - المصادر الإدارية للالتزام - الطبعة الأولى ١٩٩٩ - ط/ دار النهضة العربية .
- ١٠- د. رضا وهدان - تجديد الالتزام - الطبعة الأولى .
- ١١- د. سليمان مرقص - الوافى فى شرح القانون المدنى - الالتزامات ، عقد البيع - الطبعة الرابعة ١٩٨٧م .



١٢- د. سمير عبد الستار تناغو - النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - دار المعرفة الجامعية .

١٣- د. طلبة وهبة خطاب - النظرية العامة للالتزام - الطبعة الأولى .

١٤- د. رأفت محمد حماد - أحكام الالتزام - ط دار النهضة العربية عام ١٩٩٢ .

١٥- د. عبد الرازق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - النسخة المنقحة - دار النهضة العربية .

١٦- د. عبد المنعم البداروي - النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - ط/ دار القومية العربية للطباعة ١٩٨٩ م ، عقد البيع - الطبعة الأولى .

١٧- د. عبد الرازق حسن فرج - أحكام الالتزام ، عقد البيع - الطبعة الأولى عام ٢٠٠٠ م .

١٨- د. عبد الودود يحيى - الموجز في النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، أحكام الالتزام ، ط/ دار النهضة العربية عام ١٩٩٤ م .

١٩- د. عبد لمنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - ط/ دار النهضة العربية عام ١٩٩٢ .

٢٠- د. عبد نناصر العطار - مصادر الالتزام ، عقد البيع - بدون تاريخ .

٢١- د. عبد الفتاح عبد الباقي - موسوعة القانون المدني المصري - نظرية العقد والإرادة المنفردة عام ١٩٨٤ .

٢٢- د. عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام - ط/ الفجالة ١٩٥٤ ، نظرية الفسخ فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى - بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية .



- ٢٣- د. فتحى عبد الرحيم - نظرية الالتزامات - بدون تاريخ.
- ٢٤- د. محمد لبيب شنب - الوجيز فى نظرية الالتزام - أحكام الالتزام - عام ١٩٩٣ .
- ٢٥- د. محمد لبيب شنب ، د. مجدى خليل - عقد البيع - بدون تاريخ .
- ٢٦- د. محمد لبيب شنب ، د. مجدى خليل - عقد البيع - بدن تاريخ .
- ٢٧- د. محمد على عمران - الوجيز فى عقدى البيع والتأمين - ط/ دار النهضة العربية ، آثار الالتزام - ط/ دار النهضة العربية .
- ٢٨- د. منصور مصطفى منصور - مذكرات فى القانون المدنى : البيع والمقايضة والإيجار عام ١٩٥٦ م .
- ٢٩- د. محمد منصور - دور القاضى إزاء الشرط الصريح الفاسخ - بدون تاريخ .
- ٣٠- د. مصطفى محمد عرجاوى - عقد البيع - الطبعة الأولى عام ١٩٩٠ م .
- ٣١- د. نزيه صادق المهدي - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ط/ دار النهضة العربية عام ١٩٩٩ م .
- ٣٢- د. ياسر أحمد كامل الصيرفى - الأثر الرجعى للفسخ فى العقود المستمرة - ط/ دار النهضة العربية عام ١٩٩٨ م .
- ٣٣- المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية .
- ٣٤- مجموعة أحكام النقض المدنية المصرية - إعداد المكتب الفنى .
- ٣٥- الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ إنشائها عام ١٩٣١ وحتى عام ٢٠٠٥ م - الإصدار المدنى - عبد المنعم حسن .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣	تقديم .
٥	خطة البحث .
٦	فصل تمهيدى : التعريف بالتنفيذ بمقابل والفسخ .
٦	المبحث الأول : التعريف بالتنفيذ بمقابل .
٩	المطلب الأول : تنفيذ المدين للالتزام بمقابل مختاراً .
١٠	الفرع الأول : التمييز بين الوفاء بمقابل والتجديد .
١٣	الفرع الثانى : تكيف الوفاء بمقابل .
١٩	المطلب الثانى : التنفيذ بمقابل جبراً عن المدين .
٢١	الفرع الأول : كيفية التنفيذ بمقابل .
٢٥	الفرع الثانى : وسائل التنفيذ بمقابل جبراً عن لمدين .
٣٣	المبحث الثانى : التعريف بالفسخ .
٣٣	المطلب الأول : التعريف بالفسخ ونشأته وأساسه .
٣٨	المطلب الثانى : مجال الفسخ وخيار العاقد والقاضى فيه .
٤٥	المطلب الثالث : كيفية تحقق الفسخ .
٤٥	الفرع الأول : الفسخ القضائى .
٥٠	الفرع الثانى : الفسخ القاتونى أو الاتفاقى .

الصفحة	الموضوع
٦٢	الفرع الثالث : إنفساخ العقد بقوة القانون .
٦٥	الفصل الأول : شروط التنفيذ بمقابل وآثاره .
٦٦	المبحث الأول : شروط الوفاء أو التنفيذ بمقابل .
٧٤	المبحث الثاني : آثار التنفيذ بمقابل .
٧٥	المطلب الأول : آثار التنفيذ بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية .
٧٥	الفرع الأول : أهلية المتعاقدين في التنفيذ أو الوفاء بمقابل
٨١	الفرع الثاني : التنفيذ بمقابل ضماناً للاستحقاق .
١٠٤	الفرع الثالث : التنفيذ بمقابل ضماناً للعيوب الخفية .
١٢٤	المطلب الثاني : آثار التنفيذ بمقابل باعتباره وفاء .
١٢٥	الفرع الأول : انقضاء تأمينات الدين الأصلي .
١٢٨	الفرع الثاني : الوفاء بذات الشيء المقابل دون تجزئة وملحقاته .
١٣٠	الفرع الثالث : تعيين جهة الدفع في التنفيذ بمقابل عند تعدد الديون .
١٣٤	الفصل الثاني : شروط الفسخ وآثاره .
١٣٥	المبحث الأول : شروط الفسخ .
١٤١	المبحث الثاني : آثار الفسخ .

الصفحة	الموضوع
١٥٣	الفصل الثالث : مقارنة بين شروط وآثار التنفيذ بمقابل والفسخ .
١٥٣	المبحث الأول : مقارنة بين شروط التنفيذ بمقابل والفسخ .
١٥٤	المطلب الأول : أوجه الاتفاق بين شروط التنفيذ بمقابل والفسخ .
١٥٧	المطلب الثاني : أوجه الاختلاف بين شروط التنفيذ بمقابل والفسخ .
١٦٠	المبحث الثاني : مقارنة بين آثار التنفيذ بمقابل والفسخ .
١٦٦	الخاتمة وأهم نتائج البحث .
١٧٤	المراجع .
١٧٧	فهرس الموضوعات