جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

مجلة الشريعة والقانون

مجلة علمية نصف سنوية محكمة

تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والقضائية

تصدرها
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة
جامعة الأزهر

العدد الثالث والأربعون
أبريل ٢٠٢٤م

توجه جميع المراسلات باسم الأستاذ الدكتور: رئيس تحرير مجلة الشريعة والقانون

جمهورية مصر العربية - كلية الشريعة والقانون - القاهرة -الدراسة - شارع جوهر القائد

ت: ٢٥١٠٧٦٨٧

فاكس: ٢٥١٠٧٧٣٨

http://fshariaandlaw.edu.eg

جميع الآراء الواردة في هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها، ولا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المجلة وليست مسئولة عنها

رقم الإيـــداع

١٨٠٥٣ / ٢٠٢٤

الترقيم الدولي للطباعة

ISSN: 2812–4774

الترقيم الدولي الإلكتروني:

ISSN: 2812–5282

إعمال الشرط الفاسخ الصريح وسلطة القاضي حال تحققه

في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية السعودي

إعداد

د. نهله أحمد فوزى البرهيمي

أستاذ القانون المدني المساعد

قسم القانون - كلية إدارة الأعمال- جامعة الحدود الشمالية

المملكة العربية السعودية

إعمال الشرط الفاسخ الصريح وسلطة القاضي حال تحققه في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية السعودي

نهله أحمد فوزى البرهيمى
قسم القانون، كلية إدارة الأعمال، جامعة الحدود الشمالية، المملكة العربية السعودية
البريد الالكتروني: nahla055@gmail.com

ملخص البحث:

إذا كان المشرع قد جعل الأصل في الفسخ أنه لا يتقرر إلا بحكم القاضي، إلا أن ليس هناك ما يمنع أطراف العقد من الاتفاق من على أن يُعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح. ويقتصر دور القاضي في إعماله أن يتحقق من قيامه، وذلك بالتأكد من وجوده وتوافر شروط إعماله من خلال التحقق من واقعة الإخلال بالالتزام مناط الشرط، وعما إذا كان الأمر يتطلب إعذار المدين من عدمه، ومراقبة الظروف الخارجية التي قد تحول دون إعماله. ومتى تحقق القاضي من وجوده ومشروعية إعماله، فإنه يُسلب سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ، ويقتصر دوره فقط على تقريره متى توافرت شروطه؛ لأن الفسخ يقع تلقائياً دون تدخل منه. وإذا كان الأصل أن الفسخ يقع تلقائياً حال توفر الشرط الفاسخ الصريح بمجرد تحقق واقعة الإخلال بالالتزام متى كانت صيغته صريحة وداله بذاتها على وجوب الفسخ، إلا أن هناك حالات تحول دون إعمال الشرط وبالتالي تحول دون إعمال الفسخ.

كلمات مفتاحية: العقد، الفسخ، الشرط الفاسخ، سلطة القاضي، موانع إعمال الشرط.

Enforcement of the explicit resolute condition and the authority of the judge once it is fulfilled in the Egyptian Civil Code and the Saudi Civil Transactions Law

Nahla Ahmed Fawzi Al , Brahimi
Department of Law, College of Business Administration, Northern Border University, Saudi Arabia
Email: nahla055@gmail.com

Abstract:

If the legislator has made the principle of rescission to be determined only by a judge's ruling, there is nothing to prevent the parties to the contract from agreeing that the contract shall be considered rescinded on its own initiative if the obligations arising therefrom are not fulfilled. This is called an explicit revocation condition. The role of the judge in its implementation is limited to verifying its existence by ascertaining its existence and the fulfillment of the conditions for its implementation by verifying the fact of breach of the obligation entrusted to the condition, whether or not the debtor must be given notice, and monitoring external circumstances that may prevent its implementation. Once the judge ascertains his existence and the legality of his implementation, he takes away his discretion in ruling on annulment, and his role is limited only to deciding when its conditions are met, because annulment occurs automatically without interference from him . While the principle is that rescission occurs automatically when the explicit revocation condition is met as soon as the fact of breach of the obligation is realized, when its wording is explicit and indicates in itself the obligation of rescission, there are cases that prevent the implementation of the condition and thus prevent the implementation of the rescission.

Key words: Contract, Termination, Resolute Condition, Power of judge, Impediments to the Implementation of the condition.

مقدمة

إذا كان المشرع قد عنيَّ عناية كبرى بمرحلة تكوين العقد فإن عنايته بتنفيذه لا تقل أهمية من حيث تكوينه؛ ذلك أن المتعاقد الذي يرضى بأن يكون ملتزماً في مواجهة غيره، لا يقوم بذلك من أجل أن يلتزم فقط؛ بل يهدف من وراء دخوله في العلاقة التعاقدية الحصول على مقابل ما يلتزم به. لذلك كان من الطبيعي أن يسعى الطرفان المتعاقدان إلى تنفيذ العقد وفقاً لما يقتضيه القانون، ومبد أحسن النية، والعدالة والنظام العام والآداب العامة. وعليه؛ فإذا كان الأثر القانوني المترتب على صحة انعقاد العقد هو تنفيذه بما يتفق وقصد المتعاقدين، إلا أنه قد يَحُول دون تنفيذه أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو يستحيل عليه ذلك. ففي هذه الحالة جاز للمتعاقد الآخر الدائن بالالتزام الذي لم يُنَفَّذ الخيار بين طلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً أو فسخ العقد جزاء لعدم التنفيذ مع التعويض إذا تطلب الأمر ذلك.

وإذا كان الأصل في الفسخ أن يكون بحكم قضائي، إلا أنه لا جَرمَ إذا اتفق المتعاقدان على أن يُعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة إذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. إذ أجاز المشرع للمتعاقدين عند إبرام العقد الاتفاق على أن يكون لأحدهما الحق في فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد، دون اللجوء إلى القضاء. وقد اظهر الواقع العملي أن المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ وقت صدور العقد. وأدنى مراتب هذا الشرط، هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته. وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. ثم قد يصلان إلى أعلى مراتب الشرط، فيتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار.

وإذا كان المشرع قد اعترف للقاضي في مجال الفسخ القضائي بسلطة تقديرية رحبة في إجابة طالب الفسخ أو رفضه أو في نظرة المدين إلى أجل يُحدده. إلا أن وجود الشرط الفاسخ الصريح في العقد يسلب القاضي هذه السلطة الرحبة، ويقتصر دوره فقط على إعمال الشرط والتحقق من وجوده. ومتى تم ذلك كان حكمه مقرراً للفسخ لا منشئاً له؛ لأن الفسخ يقع بمجرد إخلال المدين بالوفاء

بالالتزام. وليس للقاضي أمام تمسك الدائن بالفسخ، قبول التنفيذ المتأخر من المدين أو منحه مهله للوفاء.

وإذا كان الأصل أن الفسخ يقع تلقائياً حال توفر الشرط الفاسخ الصريح بمجرد تحقق واقعة الإخلال بالالتزام متى كانت صيغته صريحة وداله بذاتها على وجوب الفسخ، إلا أن هناك حالات تحول دون إعمال الشرط وبالتالي تحول دون إعمال الفسخ. كما إذا تنازل الدائن عن طلب الفسخ، أو كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه يستند إلى سبب مشروع كالدفع بعد التنفيذ، أو كان هناك مانع قانوني يُعطل إعمال الشرط كما في حالة الظروف الطارئة.

أهمية البحث

تظهر أهمية البحث في إبراز دور القاضي وسلطته إزاء إعمال الشرط الفاسخ الصريح في القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية السعودي، لاسيما وأن إعمال الشرط يسلب القاضي سلطته التقديرية التي يتمتع بها كاملة في الفسخ القضائي. إذ يقتصر دوره فقط على إعمال الشرط والتحقق من وجوده. ومتى تم ذلك كان حُكمه مقرراً للفسخ لا منشئاً له. وإذا كان الأصل أن الفسخ يقع تلقائياً حال توفر الشرط الفاسخ الصريح بمجرد تحقق واقعة الإخلال بالالتزام، إلا أن هناك حالات تحول دون إعمال الشرط وبالتالي تحول دون إعمال الفسخ.

منهج البحث

يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي كونه أكثر مناهج البحث ملائمة بالإضافة إلى المنهج الوصفي خاصة في بيان حقيقة موقف المشرع المصري والمشرع السعودي لطبيعة هذا الموضوع، من خلال النصوص المنظّمة للشرط الفاسخ الصريح وسلطة القاضي حال تحققه ضمن نصوص القانون المدني.

خطة البحث

من أجل إبراز الاهتمام الذي خصه المشرعان المصري والسعودي للشرط الفاسخ الصريح وسلطة القاضي حال تحققه. يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على الشرط الفاسخ الصريح وسلطة القاضي تجاهه لاسيما في حالات امتناع

القاضي عن الحكم به رغم النص عليه في العقد وذلك من خلال التعريف بالشرط الفاسخ الصريح وتمييزه عن غيره (مبحث تمهيدي) ثم التعرف على صور الشرط الفاسخ الصريح (المبحث الأول) ثم شروط المطالبة بالشرط الفاسخ الصريح (المبحث الثاني) وأخيراً نعرض لامتناع القاضي عن إعمال الشرط الفاسخ الصريح رغم تحققه (المبحث الثالث)

مبحث تمهيدي
التعريف بالشرط الفاسخ الصريح وتمييزه عن غيره

القاعدة أنه ليس لأي من المتعاقدين أن يُقرر الفسخ بإرادته المنفردة، بل لابد في ذلك من اللجوء إلى القضاء. وللقاضي سلطة تقديرية في القضاء أو عدم القضاء به. بيد أن المتعاقدين قد يريدان سلب القاضي ما له من سلطة تقديرية في هذا الشأن فيضمنان عقدهما ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح. وهذا الاتفاق لا يعفِ من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على الإعفاء منه[١] وتقتصر مهمة القاضي في هذه الحالة على التثبت من واقعة عدم التنفيذ، فإذا تحققت لديه قضى بالفسخ مع إفصاحه عما إذا كان قد أسس قضاءه على الفسخ الاتفاقي أم القضائي[٢].

ولأن الشرط الفاسخ الصريح صورة من صور انحلال العقد، فقد يختلط ببعض صور الانحلال الأخرى، مما يستلزم التمييز بينه وبين الفسخ القضائي، والفسخ بقوة القانون (الانفساخ)، كذلك التمييز بينه وبين الشرط الفاسخ العادي.

أولاً: الشرط الفاسخ الصريح والفسخ القضائي.

الشرط الفاسخ الصريح يتمثل جوهره في اتفاق المتعاقدان عند إبرام العقد اتفاقاً قاطع الدلالة على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، بما يترتب عليه وقوع الفسخ حتماً دن أن يكون للقاضي سلطة تقديرية في ذلك. فلا يجوز له الحكم بالفسخ، ولا يجوز له إعطاء المدين

(١) تنص المادة ١٥٨ من القانون المدني المصري على أن " يجوز الاتفاق على أن يُعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه". وتنص المادة ١٠٨ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن " يجوز الاتفاق على أن يكون للدائن حق فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزاماته دون حاجة إلى حكم قضائي، ولا يُعفي هذا الاتفاق من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على الإعفاء منه ".

(٢) جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ١٩٩٥، ص ٤٤٣.

مهلة لتنفيذ التزامه، وليس للمدين توقي الفسخ بعرض التنفيذ إلا إذا قبله الدائن. ويتدرج المتعاقدين في اشتراط الفسخ وقت صدور العقد؛ وأدنى مراتب الشرط، هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته. وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. ثم قد يصلان إلى أعلى مراتب الشرط فيتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار.

أما الفسخ القضائي، فهو يتحقق حال اكتفاء المتعاقدان على مجرد النص في العقد على الفسخ عند الإخلال بالالتزام. وعليه فمتى أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر الخيار بين طلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً، أو فسخ العقد جزاء لعدم التنفيذ مع التعويض إذا تطلب الأمر ذلك[١]. ولا يتحقق الفسخ القضائي إلا بتوافر شروط موضوعية محددة، وإتباع إجراءات قانونية معينة وليس ذلك فحسب بل لابد من تدخل القاضي ممارساً لسلطته التقديرية في تقرير الفسخ من عدمه[٢]. إذ يجوز للقاضي رفض الفسخ إذا كان ما لم يوفه المدين قليل الأهمية

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه ولئن كان تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها، وتحديد الجانب المقصر في العقد أو نفى التقصير عنه من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها إلا أن ذلك مشروط بأن تقيم قضاءها على أسبابٍ سائغةٍ تكفي لحمله ". الطعن رقم ٨٢٣٧ لسنة ٨٦ جلسة ٢٠٢٢/٦/٢.

(٢) تنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدني المصري مدني على أن " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض". وتنص المادة ١٠٧ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، فللمتعاقد الآخر بعد إعذاره المتعاقد المخل أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وللمحكمة أن ترفض طلب الفسخ إذا كان الجزء الذي لم يوف به المخل قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام "، وقضت محكمة النقض المصرية بأن " النص في العقد على أنه إذا تأخر الطرف الثاني في دفع القيمة الإيجارية يحق للطرف الأول فسخ هذا العقد وتصبح حيازة الطرف الثاني للعين بلا سند قانوني وبغير حاجة إلى تنبيه بالسداد، لا تؤدى إلى فسخ العقد حتماً ومن تلقاء نفسه فور تراخى المستأجر في الوفاء بالأجرة في مواعيدها، إذ جاءت قاصرة على مجرد فسخ المؤجر حق فسخ العقد وهو ذات الحق المقرر له في القانون في العقود الملزمة للجانبين، إذ أنها لا تعدو أن تكون ترديداً =

بالنسبة إلى الالتزام في جملته[١]. ويستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بتنفيذ التزامه قبل صدور حكم نهائي في الدعوى[٢]. ومتى حكم القاضي بالفسخ رتب الحكم آثاره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير.

ثانياً: الشرط الفاسخ الصريح والفسخ بقوة القانون "الانفساخ".

الشرط الفاسخ الصريح كما اسلفنا هو الذي يتحدد بموجب اتفاق المتعاقدين، ويتحقق في حالة إخلال أي منهما بالتزاماته المقررة بموجب هذا العقد. أما انفساخ العقد فيتحقق إذا استحال تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه لسبب أجنبي.

للشرط الفاسخ الضمني المنصوص عليه في المادة ١٥٧ من القانون المدني، ولا يغير من ذلك ما ورد بعبارة الشرط من أن حيازة المستأجر تصبح بلا سند قانوني، إذ أن ذلك أثر محقق لوقوع الفسخ اتفاقاً أو قضاءً فلا تنصرف لأحدهما دون الأخر كما أن تقرير حق المؤجر في الفسخ دون تنبيه ليس إلا مجرد إعفاء من الإعذار دون إعفاء من اللجوء إلى القضاء في طلب الفسخ بحكم منشئ له، وهو أمر بدوره جائز في حالتي الفسخ الاتفاقي أو القضائي". الطعن رقم ٧٣٤٩ لسنة ٨٣ جلسة ٢٤ / ٦ / ٢٠٢٣.

كما قضت بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادتين ١٤٨، ١٥٧ من القانون المدني أن الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح ليس من شأنه سلب محكمة الموضوع سلطتها التقديرية في بحث توافر موجباته والظروف التي تحول دون إعماله وسائر المنازعات المتعلقة به، فإذا ثَبُت لها أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه مرده فعل أو امتناع الدائن بقصد التمسك بالشرط الفاسخ الصريح وبطريقة تتنافى مع ما يفرضه حسن النية وما تقتضيه نزاهة التعامل في تنفيذ العقد، فلا يجوز في هذه الحالة اعتبار العقد مفسوخًا إعمالًا للشرط الفاسخ الصريح، إذ لا يجوز أن يستفيد الدائن من خطئه أو تقصيره ". الطعن رقم ٩٢٣٣ لسنة ٩١ جلسة ٢٠٢٢/٣/٢٨.

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأن " الفسخ القضائي يكون خاضعًا لتقديرها، ويُشترط للقضاء به أنْ يظل المُشتري مُتخلفًا عن الوفاء حتى صُدور الحُكم النهائي في الدعوى. الطعن رقم ٤٢٤٨ لسنة ٨٧ جلسة ١٣ / ٥ / ٢٠٢٣.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن " أن من شأن الفسخ المبنى على الشرط الفاسخ الضمني أن يخول المدين الحق في أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد، بل وبعد رفع الدعوى بطلب الفسخ وإلى ما قبل صدور الحكم النهائي فيها ". الطعن رقم ٧٣٤٩ لسنة ٨٣ جلسة ٢٤ / ٦ / ٢٠٢٣.

فلو كان العقد ملزماً لجانب واحد وانقضى التزام المدين، لم يعد للدائن ما يطالب به. وإذا كان ملزماً للجانبين، فإن الالتزامات المتقابلة تنقضي وينفسخ العقد من تلقاء نفسه[١]. ويترتب هذا الأثر بقوة القانون ولذلك سُميَّ انفساخاً لا فسخاً. ولا محل في هذه الحالات للإعذار؛ لأن الإعذار لا يُتصور إلا إذا كان التنفد مازال ممكناً. ولأن التنفيذ أضحى مستحيلاً، فلا يكون هناك خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ، في حين أن هذا الخيار يثبت للدائن في الفسخ القضائي، وفي حالة تحقق الشرط الفاسخ الصريح، ولا يبقى إلا فسخ العقد. كذلك لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ، فالعقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون. وإذا لجأ الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق إذا قام نزاع بينه وبين المدين في ذلك. والحكم الصادر من القاضي بفسخ العقد هو حكم مُقرر للفسخ لا منشئاً له، كما في بعض صور الشرط الفاسخ الصريح[٢].

ثالثاً: الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ العادي.

الشرط هو وصف يلحق بالتصرف القانوني ويتوقف على تحققه وجود الالتزام أو زواله[٣]. فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط، كان

---

(١) تنص المادة ١٥٩ مدني على أن " العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".
وتنص المادة ١١٠ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن "١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب لا يد للمدين فيه، انقضى التزامه والالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.٢- إذا كانت الاستحالة جزئيَّةً انقضى الالتزام في الجزء المستحيل وما يقابله فقط، ويسري هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود الزمنية وفي كلتا الحالتين يجوز للدائن طلب فسخ العقد، وللمحكمة رفض طلب الفسخ إذا كان القدر المستحيل قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام ".

(٢) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، جـ١، مصادر الالتزام، تنقيح المراغي دار الشروق، ٢٠١٠، ص٦٤٢

(٣) تنص المادة ٢٦٥ من القانون المدني المصري على أن " يكون الالتزام معلّقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ".
وتنص المادة ١٩٧ من نظام المعاملات المدنية على أن " يكون الالتزام معلَّقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتِّباً على أمر مستقبل محتمل الوقوع ".
=

الشرط واقفاً. أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلاً وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط، كان الشرط فاسخاً[١]. ويتضح من ذلك أن العقد يكون معلقاً على شرط فاسخ إذا ترتب عن حدوث أمر مستقبل غير محقق الوقوع زوال الالتزامات الناشئة عنه، ويترتب على ذلك فسخ العقد بأثر رجعي، أي أن من شأن تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام المعلق عليه بأثر رجعي فيعتبر هذا الالتزام كأن لم يكن منذ البداية دون حاجة إلى حكم أو إعذار[٢]. أما الشرط الفاسخ الصريح

=

وقضت محكمة النقض المصرية بأن " إن من القواعد العامة في الأوصاف المعدلة للالتزام أنه إذا علق الالتزام على شرط هو ألا يقع أمر في وقت معين فإن الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت دون أن يقع فإذا لم يحدد وقت فإن الشرط لا يتحقق عندما يصبح مؤكداً عدم وقوع الأمر، قد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمراً يبلغ حد اليقين فيكون الشرط قد تخلف منذ ذلك الوقت". الطعن رقم ١٨٠٨٢ لسنة ٨٠ جلسة ١٢ / ٣ / ٢٠١٨ س٦٩ ص٤٠٢ ق٥٤.

(١) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، جـ٣، نظرية الالتزام بوجه عام،الأوصاف - الحوالة - الانقضاء تنقيح المراغي دار الشروق، ٢٠١٠، ص١٥.

ويرى استاذنا الدكتور / سليمان مرقس أن الشرط الفاسخ هو ذاته ليس إلا شرطاً واقفاً لأنه وإن كان لا يقف نشوء الالتزام فإنه يقف زواله، ففي الحالتين يوجد أثر متوقف على تحقق الشرط؛ فإن كان هذا الأثر الموقوف على تحقق الشرط هو نشوء الالتزام سميَّ شرطاً واقفاً. وإن كان زوال الالتزام سميَّ شرطاً فاسخاً. ويترتب على تحقق الشرط في الحالة الأولى نشوء الالتزام بأثر رجعي، وفي الحالة الثانية زواله بأثر رجعي أيضاً؛ فالشرط أي الأمر المستقبل غير محقق الوقوع هو نفسه يكون واقفاً أو فاسخاً بحسب ما إذا كان يترتب على تحققه نشوء الالتزام أو زواله والمرجع في ذلك إلى إرادة المتعاقدين فهي التي ترتب على تحقق الشرط أثراً موجباً أو أثراً سالباً. بل الغالب إنها إذ ترتب على تحقق الشرط أثراً موجباً بالنسبة لأحد العاقدين ترتب عليه في الوقت ذاته أثراً سالباً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر، فيبيع المنزل بشرط دفع المشتري في أجل معين يجعل المشتري مالكاً تحت شرط واقف، والبائع مالكاً تحت شرط فاسخ. فإذا دفع المشتري الثمن في الأجل المتفق عليه تأيَّدت ملكيته الموقوفة واستندت إلى وقت العقد وزالت من ذلك الوقت ذاته عن البائع ملكيته التي كانت مقترنة بشرط فاسخ. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، جـ٢، أحكام الالتزام، من دون نشر، ١٩٩٢، ص ٤٩٨، هامش ١١.

(٢) محمد حسين منصور: دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف،١٩٩٣، ص١٦.

فيكون باتفاق طرفيه بصيغة صريحة على وجوب فسخ العقد في حالة عدم وفاء أيهما بالتزاماته دون حاجة إلى رفع دعوى الفسخ، ويجب على القاضي إعمال أثره متى تحقق من حصول المخالفة الموجبة له، ومن إعذار المدين، ويكون حكمه مقررا للفسخ وليس منشأ له[١]. وعليه فإن الشرط الصريح الفاسخ والشرط الفاسخ العادي يشتركان في أن كل منهما يتحقق على أثر حادثة مستقبلية غير محققة الوقوع يترتب على تحققهما فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، وإذا استوجب الأمر صدور حكم قضائي بالفسخ فإنه يكون مقرراً لا منشأ، فالفسخ يقع في الحالتين دون أن يملك القاضي سلطة الاعتراض عليه، فيقتصر دوره على التأكد من قيام الشرط وتوافر شروط إعماله. ويكمن الفرق بين الشرطين في أن الحادثة مناط إعمال الشرط الفاسخ الصريح ذات طابع شخصي تتمثل في تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته، أما الحادثة مناط إعمال الشرط الفاسخ العادي، فهي ذات طابع موضوعي لا تتعلق البتة بعدم التنفيذ[٢] وهي لا تتحقق إلا إذا استعمل الدائن حقه عن طريق التعبير الذي يعلن فيه تمسكه بالفسخ إلى الطرف الآخر. كما أن الدائن هو الذي يقرر مدى إعمال الشرط، ولا يكون الأمر كذلك في حالة الشرط الفاسخ العادي، إذا يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الواقعة موضوع الشرط، دون أن يكون لإدارة الأطراف دخل في ذلك، ودون حاجة البحث في التنفيذ من عدمه[٣].

---

(١) نبيل سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٧، ص ٣١٦.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن " مؤدى نص المادتين ٢٦٩، ٢٧٠ من القانون المدني يدل على أن الفسخ كما يكون جزاء على عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه التعاقدي قد يترتب على تحقق شرط فاسخ يتفق الطرفان على أن مجرد تحققه يؤدى إلى انفساخ العقد".
الطعن رقم ١٠٤٠ لسنة ٤٧ جلسة ٤ / ٢ / ١٩٨٠ س٣١ ص٣٩٣ق٧٧.

(٣) قضت محكمة النقض المصرية بأن " المقرر في قضاء محكمة النقض أن النص في المادة ٢٦٥ من القانون المدني يدل على أن الشرط وصف يرد على الالتزام فيعدل من أثاره، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام إذا كان شرطاً موقفاً، وزواله إذا كان فاسخاً ويجب أن يكون هذا الأمر ممكناً ومشروعاً ". الطعن رقم ١٦٢٣٠ لسنة ٨١ جلسة ٢٠١٨/٢/٥.

المبحــث الأول
صــور الشرط الفاسخ الصريح

تمهيد وتقسيم

بحسب الأصل، ليس لأي من المتعاقدين أن يُقرر الفسخ بإرادته المنفردة، بل لابد في ذلك من اللجوء إلى القضاء. وللقاضي سلطة تقديرية في القضاء أو عدم القضاء به. بيد أن المتعاقدين قد يريدان سلب القاضي ما له من سلطة تقديرية في هذا الشأن فيُضمنان عقدهما ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح(١). وهذا الاتفاق لا يعفِ من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على الإعفاء منه(٢). وتقتصر مهمة القاضي في هذه الحالة على التثبت من واقعة عدم التنفيذ، فإذا تحققت لديه؛ قضى بالفسخ مع إفصاحه أنه قد أسس قضاءه الاتفاقي(٣).

وتندرج مراتب الشرط الفاسخ الصريح في صور أربعة تتمثل في؛ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم ينفذ المدين التزامه. والاتفــاق على أن يكـون العقـد مفسوخاً من تلقـاء نفسـه. والاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. وأخيراً، الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار(٤).

---

(١) تنص المادة ١٥٨ من القانون المدني المصري على أن "يجوز الاتفاق على أن يُعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".
وتنص المادة ١٠٨ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن " يجوز الاتفاق على أن يكون للدائن حق فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزاماته دون حاجة إلى حكم قضائي، ولا يُعفي هذا الاتفاق من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على الإعفاء منه".

(٢) نزيه المهدي: النظرية العامة للالتزام، جـ ١، مصاد الالتزام، ٢٠٠٨، ص ٢٩٨.

(٣) جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ١٩٩٥، ص٤٤٣.

(٤) جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن " أما الفسخ الاتفاقي فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائي، عند التخلف عن الوفاء. ويفضي مثل هذا الاتفاق إلى حرمان العاقد من ضمانتين: (أ) فالعقد يُفسخ حتماً دون أن يكون لهذا العاقد، بل ولا للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ. وإنما يبقى =

الصـورة الأولى: الاتفـاق عـلى أن يكـون العقـد مفسـوخـاً إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.

قد يذكر المتعاقدان في العقد أنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزاماته المتولدة عنه، جاز للمتعاقد الآخر أن يُطالب بالفسخ أو أن العقد يُعتبر لاغياً. وهذا الشرط لا يُضيف جديداً، ولا يخرج عن كونه ترديداً للقاعدة العامة لعدم التنفيذ والمتمثلة في الفسخ القضائي[١]، ولكن هذا لا يُغني عن رفع الدعوى بالفسخ ولا عن الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه. فالفسخ عند الإخلال بالالتزام لا يُعد اتفاقاً على الشرط الفاسخ الصريح بل مجرد تأكيد للمبادئ العامة في الفسخ، وتظل للقاضي سلطته التقديرية في هذا الصدد. ويكون حكمه بالفسخ منشئاً له[٢].

ووجود مثل هذا الاتفاق في العقد لا يتحقق بإرادة واحدة، فللإرادة المشتركة التي أنشأت العقد، أن تُحدد طرق زواله، فهي مصدر الحقوق والواجبات ولها أن تُعيد النظر في هذه الحقوق والواجبات بتعديل أحكامها أو بتحديد نتائجها في الزمان، ولذا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا بعد إنشاء العقد على فسخه وتعيين حدود هذا الفسخ وأسبابه[٣]. وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاق المُعتبر في هذا المجال من

=
الخيار للدائن بداهة فيكون له أن يرعب عن الفسخ ويُصر على التنفيذ. (ب) ويقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للتقاضي. على أن ذلك لا يقيل الدائن من ضرورة الترافع إلى القضاء، عند منازعة المدين في واقعة تنفيذ العقد. بيد أن مهمة القاضي تقتصر، في هذه الحالة على التثبت من هذه الواقعة فإذا تحققت لديه صحتها أبقى على العقد، وإلا قضى بالفسخ. على أن حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يُسقط عنه ضمانة أخرى، تتمثل في ضرورة الإعذار، ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً".
مجموعـة الأعمـال التحضيريـة للقانـون المدني المصري، جـ٢، الالتزامات، ص٣٢٨.

(١) محمد علي عمران: مصادر الالتزام، مكتبة الرسالة، ٢٠٠٣، ص ١٩٥.

(٢) محمد حسين منصور: دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف،١٩٩٣، ص٣٢.

(٣) تنـص المـادة ١/١٤٧ من القانون المدني المصري عـلى أن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ". وتنص المادة ٩٤ /١ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن " إذا تم العقد صحيحاً لم يجز نقضه أو تعديله إلا بالاتفاق أو بمقتضى نص نظامي".

الناحية القانونية هو الاتفاق الذي يكون قد انعقدت عليه إرادة المتعاقدين قبل وقوع عدم التنفيذ. أما إذا وقع الاتفاق بعد ذلك، كأن يكون الأمر قد رُفع إلى القضاء، فإنه لا يُعتبر اتفاق على فسخ العقد، بالمفهوم الذي نحن بصدده، وإنما يدخل تحت مفهوم آخر وهو ما يسمى بالتقايل[١].

ومن الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو. والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يُقررا في ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ. وعلى ذلك لا يُغني الشرط عن الإعذار، ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ، وله أن يعطي للمدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك. بل هو لا يُسلب المدين حقه من توقي الفسخ بدفع الثمن إلى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ. وهذا ما قررته محكمة النقض[٢].

الصورة الثانية: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.

قد تكون العبارة الواردة بالعقد هي أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه.

---

(١) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، جـ١، مصادر الالتزام، تنقيح المراغي، دار الشروق، ٢٠١٠، ص ٦٢٩.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن" إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً، فإنه يلزم حتى ينفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله، وتحقق الشرط الموجب لسريانه، فإن كان الفسخ مرتبطاً بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له وتبين أن البائع قد أسقط حقه في إعمال الشرط الصريح الفاسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ وجب على القاضي أن يتجاوز عن الشرط الاتفاقي ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني ". الطعن رقم ٧٧٦٥ لسنة ٩٣ جلسة ٣ / ١٢ / ٢٠٢٣.

كما قضت بأن " الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه". الطعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ س ٢٩ ص ١٣٢٨ ق٢٥٩.

ويمثل هذا الاتفاق الصورة البسيطة للشرط الفاسخ الصريح. ويُفَسر هذا الشرط على أنه يسلب من القاضي سلطته التقديرية، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه كما في الفسخ القضائي[١]. وعليه أن يقضِ بالفسخ إذا طلبه الدائن، ولكن الشرط لا يُغني عن إعذار المدين، ولا عن رفع دعوى الفسخ[٢]، ويكون الحكم بالفسخ كاشفاً لا منشئاً، أي أن القاضي لا ينطق بالفسخ ولكنه يُقرر وقوعه[٣]. ولا تعارض في هذه الحالة بين إعذار المدين وتكليفه بالتنفيذ، وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك. فالإعذار لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة بفسخ العقد، بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ[٤].

---

(١) توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الدار الجامعية، ١٩٩٦، ص ٢٥٧.

(٢) نبيل سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٧، ص٣١٦.

(٣) محمد حسين منصور: دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ...، مرجع سابق، ص٣٣.
عكس ذلك أستاذنا السنهوري إذ يرى سيادته أن حكم القاضي ويكون منشئاً للفسخ لا مقرراً له، كما هو الأمر في القاعدة العامة للفسخ. السنهوري: الوسيط...، جـ١، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٣١.
أما محكمة النقض المصرية فقد فرقت من حيث الآثار بين الحكم المنشئ والمقرر مما يمكن معه القول بأن الحكم بالفسخ في كاشفاً لا منشئا، فقضت بأن " الاتفاق في العقود الملزمة للجانبين ـ ومنها عقود الإيجار التي تخضع لأحكام القانون المدني ـ على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتماً بمجرد تحقق الشرط الفاسخ الصريح الوارد في العقد إذ يقع هذا الفسخ الاتفاقي بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون حاجة إلى تنبيه أو رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به، فإذا ما لجأ الدائن إلى القضاء فإن حكمه يكون مقرراً للفسخ بعد التحقق من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب إعماله ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بسداد المستحق عليه بعد تحقق الشرط الفاسخ الصريح إذ ليس من شأن هذا السداد أن يعيد العقد بعد انفساخه ويقع الفسخ حتماً دون أن يكون للقاضي خيار في أمره، بل يتحقق ذلك دون حاجة إلى التقاضي ما لم ينازع المدين في وقوع موجب الفسخ وإن كانت مهمة القاضي تقضى في هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفاء بالالتزام ليقرر اعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً إلا إذا تنازل الدائن عن حقه في إعمال الفسخ ".
الطعن رقم ٤٠١٧لسنة ٨٣ جلسة ٤ / ٢ /.٢٠٢٣.

(٤) قضت محكمة النقض المصرية بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن إعذار المدين هو =

وإذا كان الشرط الفاسخ على النحو المتقدم يسلب القاضي سلطته التقديرية، إلا أن القاضي منوط به التحقق من توافر الشرط ووجوب إعماله، وذلك عن طريق التثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحُول دون إعماله، فإن تبين له أن الدائن قد اسقط حقه في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريق يتعارض مع إرادة الفسخ، وجب عليه أن يتجاوز عن الشرط الفاسخ الصريح ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي المنصوص عليه في المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري والمادة ١٠٧ من قانون المعاملات المدنية السعودي[١].

=

وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، إذ إن مجرد حلول أجل الالتزام والتأخير الفعلي في تنفيذه لا يكفي لاعتبار المدين متأخراً في التنفيذ على نحو يوفر مسئوليته القانونية عن هذا التأخير، بل لابد من إعذاره بالطرق التي بينها القانون، فعندئذ يصبح المدين ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً ". الطعن رقم ٦٣٦٣ لسنة ٨٨ جلسة ١٩ / ١ / ٢٠١٩.

(١) تنص المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري على أن " ١-في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض. ٢-ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن رفض الفسخ إذا كان ما لم يوفِ به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته".

وتنص المادة ١٠٧ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، فللمتعاقد الآخر بعد إعذاره المتعاقد المخل أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وللمحكمة أن ترفض طلب الفسخ إذا كان الجزء الذي لم يوف به المخل قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام ".

وقضت محكمة النقض المصرية بأن " النص في العقد على أنه إذا تأخر الطرف الثاني في دفع القيمة الإيجارية يحق للطرف الأول فسخ هذا العقد وتصبح حيازة الطرف الثاني للعين بلا سند قانوني وبغير حاجة إلى تنبيه بالسداد، لا تؤدى إلى فسخ العقد حتماً ومن تلقاء نفسه فور تراخى المستأجر في الوفاء بالأجرة في مواعيدها، إذ جاءت قاصرة على مجرد فسخ المؤجر حق فسخ العقد وهو ذات الحق المقرر له في القانون في العقود الملزمة للجانبين، إذ أنها لا تعدو أن تكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المنصوص عليه في المادة ١٥٧ من القانون المدني، ولا يغير من ذلك ما ورد بعبارة الشرط من أن حيازة المستأجر تصبح بلا سند

=

الصورة الثالثة: الاتفـاق عـلى أن يكـون العقـد مفسـوخـاً من تلقـاء نفسـه إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه دون حـاجـة إلى حكـم.

قد يتم الاتفاق على أن يُعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. وفي هذه الحالة يُحقق الشرط الفاسخ هدفه، ويقع فسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد تحقق واقعة الإخلال بالالتزام ودون حاجة للالتجاء للقضاء لاستصدار حكما بالفسخ. وعلى ذلك إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، فإن العقد يُعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه، وذلك بعد إعذاره من جانب المدين[1]. وإذا نازع المدين في واقعة تنفيذ العقد أو في قيام الشرط الفاسخ الصريح أو توافر شروط إعماله، تعين عليه اللجوء إلى القضاء للتثبت من ذلك. ويقتصر دور القاضي في هذه

=

قانوني، إذ أن ذلك أثر محقق لوقوع الفسخ اتفاقاً أو قضاءً فلا تنصرف لأحدهما دون الأخر كما أن تقرير حق المؤجر في الفسخ دون تنبيه ليس إلا مجرد إعفاء من الإعذار دون إعفاء من اللجوء إلى القضاء في طلب الفسخ بحكم منشئ له، وهو أمر بدوره جائز في حالتي الفسخ الاتفاقي أو القضائي". الطعن رقم ٧٣٤٩ لسنة ٨٣ جلسة ٢٤ / ٦ / ٢٠٢٣.

كما قضت بأن " يتعين على المحكمة التحقق من توافر شرط الفسخ الاتفاقي ووجوب إعماله، ذلك بأن للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه، مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله، فإذا تبين له أن الدائن قد أسقط خياره في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ، أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً، بناء على الدفع بعدم التنفيذ في حالة توفر شروطه، تجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي، فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقاً للمادة ١٥٧من القانون المدني". الطعن رقم ١٦١٥٥ لسنة ٩١ جلسة ٦ / ٢ / ٢٠٢٣.

وقضت بأن " أن النص في المادتين ١٤٨، ١٥٨ من القانون المدني يدل على أن الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح ليس من شأنه سلب محكمة الموضوع سلطتها التقديرية في بحث توافر موجباته والظروف التي تحول دون إعماله وسائر المنازعات المتعلقة به. الطعن رقم ٩٨٧٤لسنة ٨٢ جلسة ١٥ / ١ / ٢٠٢٣.

(١) سمير تناغو: مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مكتبة الوفاء،٢٠٠٩ ص١٩٤.

الحالة على التحقق من واقعة الوفاء بالالتزام، ومدى مشروعية الامتناع عن التنفيذ أو توافر شروط إعمال الشرط الفاسخ الصريح. فإذا تحقق من ذلك وتبين له توافر تلك الشروط؛ حكم بالفسخ دون أن تكون له سلطة تقديرية في ذلك، ويكون حكمه مقرراً للفسخ لا منشئاً له حيث ينصرف الفسخ إلى الوقت الذي تحقق فيه الشرط(١).

ولا يعفى الشرط من إعذار المدين(٢)؛ لأنه فضلاً عن كونه ضمانة قررها المشرع لصالحه وذلك بمنحه فرصة أخيرة للوفاء بالتزامه، حيث يمكنه القيام بذلك خلال المهلة التي يتضمنها الإعذار، فهو أيضاً شرط لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح ما لم يكن هناك اتفاق صريح على الإعفاء منه طبقاً للمادة ١٥٨ من القانون المدني المصري والمادة ١٠٨ من قانون المعاملات المدنية السعودي(٣).

ولا يقع الفسخ تلقائياً بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه في الأجل المحدد

---

(١) عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، من دون ناشر،١٩٩٢، ص٤٨٤.

(٢) أيمن سعد سليم: مصادر الالتزام، دراسة موازنة، دار النهضة العربية، ٢٠٢٠، ص٢٦٩.

(٣) تنص المادة ١٥٨ من القانون المدني المصري على أن " " يجوز الاتفاق على أن يُعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".
وتنص المادة ١٠٨ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن " يجوز الاتفاق على أن يكون للدائن حق فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزاماته دون حاجة إلى حكم قضائي، ولا يُعفي هذا الاتفاق من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على الإعفاء منه ".
وقضت محكمة النقض المصرية بأن " أن النص في المادة ١٥٨ من القانون المدني على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخًا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه" يدل على أن اتفاق الطرفين في العقد على اعتباره مفسوخًا من تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له بغير حاجة للتقاضي ودون أن يكون للعاقد ولا للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ يعتبر شرطًا فاسخًا صريحًا طالما كانت عباراته واضحة وصريحة في الدلالة على هذا المعنى أيًا كانت الألفاظ أو العبارات التي تخيرها المتعاقدان للتعبير عن هذا الشرط ". الطعن رقم ١٣٩٥٢ لسنة ٨٥ جلسة ١١/٢٠/ ٢٠٢٣.

لذلك طالما لم يقم الدائن بإعذار المدين[١]. على أنه لا شيء يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلاً من فسخه، فالفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ، ويعتبر الفسخ في هذه الصورة معلقاً على إرادته[٢].

الصـورة الرابعة: الاتفـاق عـلى أن يكـون العقـد مفسـوخـاً من تلقـاء نفسـه إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه دون حـاجـة إلى حكـم أو إعـذار.

قد يصل المتعاقدان بالشرط الفاسخ الصريح إلى أعلى مرتبة له، وتكون العبارة الواردة بالعقد أن يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى حكم أو اعذار. وعندئذ ينفسخ العقد بغير حاجة إلى أي إجراء متى أخل المدين بتنفيذ أي من التزاماته المتولدة عن العقد. وهذا هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة. وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به، دون حاجة إلى إعذار المدين ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر إعمال الشرط. ويكون الحكم إذن مقرراً للفسخ لا منشئاً له كما في الفرض السابق[٣].

---

(١) رمضان أبو السعود: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص٢٩٧.

(٢) عبد الودود يحي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٦ ص١٩٧.
وقضت محكمة النقض المصرية بأن " تحقق الشرط الصريح الفاسخ لا يؤدى إلى انفساخ العقد ما دام لم يتمسك بإعماله صاحب المصلحة فيه ". الطعن رقم ١٣٥٧ لسنة ٤٩ جلسة ١٩٨٣/٥/٣١س٣٤ ص١٣٤٦ ق٢٦٤.

(٣) محمد حسام لطفي: النظرية العامة للالتزام، المصادر، الأحكام، الإثبات، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، من دون ناشر، ٢٠٠٧، ص٢١١.
وقضت محكمة النقض المصرية بأن" الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتماً بمجرد تحقق الشرط الفاسخ الصريح الوارد في العقد إذ يقع هذا الفسخ الاتفاقي بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون حاجة إلى تنبيه أو رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به فإذا ما لجأ الدائن إلى القضاء فإن حكمه يكون مقرراً للفسخ ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بسداد المُستحق عليه بعد تحقق الشرط الفاسخ الصريح إذ ليس من

والاتفاق على الإعفاء من شرط الإعذار يجب أن يكون صريحاً، كما يقضي نص المادة ١٥٨ من القانون المدني المصري، والمادة ١٠٨ من قانون المعاملات المدنية السعودي. فلا يجوز أن يُستخلص ضمناً من عبارات العقد لما ينطوي عليه من خطورة بالنسبة إلى المدين، وتكون للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله[١].

على أنه يجب ملاحظة أن هذا الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه. وبناء عليه فلا يُعتبر العقد مفسوخاً إلا إذا اظهر الدائن رغبته في ذلك، ولا يُقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان الدائن لم يتمسك به. ومن ثم نرى أن هذا الشرط هو وسط بين الفسخ القضائي والانفساخ بحكم القانون. فهو أعلى من الفسخ القضائي، وكذلك أعلى من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، في أن الحكم بالفسخ فيه يكون مقرراً للفسخ لا منشئاً له. وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون في أن العقد لا ينفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته

=

شأن هذا السداد أن يُعيد العقد بعد انفساخه، إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب إعماله ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله ". الطعن رقم ٢٠١١ لسنة ٨٠ ق - جلسة ٢١ / ١١ / ٢٠٢٣.

كما قضت بأن " الاتفاق في العقود الملزمة للجانبين - ومنها عقود الإيجار التي تخضع لأحكام القانون المدني - على أن يكون العقد مفسوخًا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، يترتب عليه الفسخ حتمًا بمجرد تحقق الشرط الفاسخ الصريح الوارد في العقد دون حاجة لرفع دعوى الفسخ، إذ يقع هذا الفسخ الاتفاقي بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون حاجة إلى تنبيه أو رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به، فإذا ما لجأ الدائن إلى القضاء فإن حكمه يكون مقررًا للفسخ بعد التحقق من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب إعماله، ولا يملك معه القاضي إمهال المدين لتنفيذ التزامه ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بسداد المستحق عليه بعد إقامة دعوى الفسخ، إذ ليس من شأن هذا السداد أن يعيد العقد بعد انفساخه، إلا أنه يتعين أن تكون صيغة هذا الاتفاق صريحة الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه أو إنذار". الطعن رقم ١٢٤٥٣ لسنة ٨٧ جلسة ١ / ٨ / ٢٠٢٣.

(١) السنهوري: الوسيط...، جـ١، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٦٣٤.

في ذلك وهذه المبادئ قررتها محكمة النقض[١].

والجدير بالذكر أن الشرط الفاسخ الصريح لا يُنتج أثره بمجرد تحقق واقعة الإخلال بالالتزام، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية إلا إذا كان ذات صيغة صريحة دالة على وجوب الفسخ عند تحققه دون حاجة إلى حكم أو إعذار[٢]. ومتى تحقق الشرط؛ لا يجوز للقاضي منح أجل للمدين للوفاء بالتزامه، وليس للمدين توقي الفسخ بالوفاء؛ لأن الوفاء اللاحق لا يعيد للعقد وجوده، فضلاً عن أن آثار

---

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأن " أن الشرط الفاسخ الصريح يسـلب القاضـي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلًا فعلًا إلا التحقق من حصول المخالفة التي بُنِيَ عليها " الطعن رقم ٧٦٤٨لسنة ٨٢ جلسة ٢ / ١ / ٢٠٢٣.
وقضت بأن " أن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكمًا، فالشرط الفاسخ الصريح يجب أن تكون صيغته في العقد صريحة قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتمًا ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له، وهو لذلك يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بأداء التزامه أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ، أما الشرط الضمني فلا يستوجب الفسخ حتمًا إذ هو خاضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملًا قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ". الطعن رقم ٦٢٢٤ لسنة ٩٢ جلسة ١٥ / ٥ / ٢٠٢٣.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية أن " وقضت بأن " أن النص في المادة ١٥٨ من القانون المدني على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخًا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه" يدل على أن اتفاق الطرفين في العقد على اعتباره مفسوخًا من تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له بغير حاجة للتقاضي ودون أن يكون للعاقد ولا للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ يعتبر شرطًا فاسخًا صريحًا طالما كانت عباراته واضحة وصريحة في الدلالة على هذا المعنى أيًا كانت الألفاظ أو العبارات التي تخيرها المتعاقدان للتعبير عن هذا الشرط ". الطعن رقم ١٣٩٥٢ لسنة ٨٥ جلسة ٢٠ / ١١ / ٢٠٢٣. كما قضت بأن " أن القانون لا يشترط ألفاظًا مُعينة للشـرط الفاسخ الصـريح الذي يسلب المحكمة كُل سُلطة في تقدير أسباب الفسخ، إلا أنَّه يَلزم فيه أنْ تكون صِيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ الاتفاقي حتمًا، بمُجرد حُصول المُخالفة المُوجبة له". الطعن رقم ٤٢٤٨ لسنة ٨٧ جلسة ١٣ / ٥ / ٢٠٢٣

الفسخ تتحقق كاملة بمجرد الإخلال بالالتزام، ويُرتب الفسخ آثاره حتى في حالة الوفاء الجزئي[١].

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأن " إذ كان الثابت من الأوراق أن عقد الإيجار سند الدعوى قد تضمن الشرط الفاسخ الصريح حال تأخر المستأجر عن سداد الأجرة لمدة شهرين وكان المطعون ضده - المستأجر- قد ثبت تأخره عن السداد لمدة شهرين رغم إعذاره ومن ثم فإن المخالفة الموجبة للفسخ تكون قد تحققت بما يسلب القاضي سلطته التقديرية في إنزال جزاء الفسخ. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ورفض فسخ العقد على قوله أن الطاعن تمسك بالشرط بطريقة تتنافى مع حسن النية وأنه اختلق واقعة عدم السداد فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والثابت في الأوراق بما يوجب نقضه". الطعن رقم ١٣٩٥٢ لسنة ٨٥ جلسة ٢٠ / ١١ / ٢٠٢٣.

المبحــث الثــاني
شــروط إعمال الشرط الفاسخ الصريح

تمهيد وتقسيم

الشرط الفاسخ الصريح في مجال العقود التبادلية طريق من طرق انحلال العقد غير الفسخ القضائي يُمكن بواسطته للمتعاقدين حل الرابطة التعاقدية حالة الاخلال بتنفيذ الالتزام دون تدخل من القاضي، ما لم يكن هناك نزاع يستوجب عرضه عليه. ويكون حكم القاضي في هذه الحالة مقرراً للفسخ لا منشئا له. ويُشترط لإعمال الشرط الفاسخ الصريح أن يوجد اتفاق مسبق على الفسخ، وأن يكون سبب الاتفاق هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، وأخيرا أن يكون المقصود من الاتفاق هو استبعاد الفسخ القضائي. ومتى تحقق القاضي من وجود الشرط، فإن سلطته التقديرية تنعدم تماماً، ويقتصر دوره فقط على التحقق من وجود الشرط.

الشرط الأول: يجب أن يكون هناك اتفاق على الفسخ.

لما كان الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين؛ فيكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً، إما باتفاقهما على ذلك عند النقض أو التعديل أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما[1]. والقواعد التي تُطبق على توافق

(١) تنص المادة ١/١٤٧ من القانون المدني المصري على أن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". وتنص المادة ٩٤ /١من قانون المعاملات المدنية السعودي على ان " إذا تم العقد صحيحاً لم يجز نقضه أو تعديله إلا بالاتفاق أو بمقتضى نص نظامي".
وقضــت محكمــة النقــض المصرية بأن " العقد شريعة المتعاقدين ويلزم عاقديه بما تم الاتفاق عليه دون استقلال أي من طرفيه أو القاضي بنقضه أو تعديله ". الطعن رقم ١٤٥٦٥ لسنة ٧٩ جلسة ٧ / ٣ / ٢٠٢٣، الطعن رقم ٢٨٨٣ لسنة ٧٣جلسة ١٩ / ٢ / ٢٠٢٣.
كما قضت بأن" العقد وعلى ما تقضي به المادة ١٤٧ من القانون المدني شريعة المُتعاقدين، وهو شريعة اتفاقية يُلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحًا، والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفيه أن يستقل بنقضه أو تعديله، بل ولا يجوز ذلك للقاضي؛ لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها، وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نيَّة هؤلاء المُتعاقدين، والتي

الإرادتين في إيجاد العقد، هي ذاتها التي تُطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو في تعديله. فالإرادة المشتركة التي أنشأت العقد، هي ذاتها التي تُحدد الالتزامات التي تولدت عنه. ولها أن تُعيد النظر في هذه الالتزامات بتحديد نتائجها، وبالتالي يجوز للمتعاقدين أن يتفقا بعد إنشاء العقد على فسخه وتعيين حدوده وأسبابه. بشرط أن يكون هذا الاتفاق وارداً على عقد صحيح ولازم؛ لأن العقد الباطل معدوم في أصله، فلا يرد عليه الفسخ.

وإذا كان إعمال الشرط الفاسخ الصريح هو طريق زوال العقد حالة عدم التنفيذ، فإنه يجب أن يرد عدم التنفيذ على التزام داخل في نطاق العقد، وطبقاً للأصل يجب تنفيذ العقد بما اشتمل عليه ومع ما يوجبه حسن النية[1]. فحسن النية

=

يكشف عنها عبارة العقد الواضحة التي لا يجوز للقاضي الانحراف عنها إلى معنى آخر". الطعن رقم ٣٦٨١ لسنة ٧٧ جلسة ٢ / ٣ / ٢٠٢٣.

وقضت بأن"العقد قانون المتعاقدين، فالخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون يخضع لرقابة محكمة النقض".(الطعن رقم ٨٥٧١ لسنة ٦٦ جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٢ س ٤٨ ص ١٥١٢ ق ٢٨٢)

(١) تنص المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري على أن " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.٢-ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وتنص المادة ٩٥ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن " ١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يشمل ما هو من مستلزماته وفقاً لما تقضي به النصوص النظامية والعرف وطبيعة العقد ".

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن " فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل. وبهذا يجمع المشروع بين معيارين: أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد وقد اختاره التقنين الفرنسي، والآخر مادي يعتد بعرف التعامل وقد اخذ به التقنين الألماني "ومن ثم نرى أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، عندما حذفت المعيار الثاني الخاص بنزاهة التعامل من المشروع النهائي، قد استبقت في الواقع المعيار الذاتي دون المعيار المادي. أما ما ذكرته في تقريرها من إنها حذفت العبارة التي تقرر المعيار المادي " لأن في عموم تعبير حسن النية

=

هو رائد التنفيذ في كافة العقود. فإن حاد المتعاقد عن هذا الطريق؛ تحقق لدية الإخلال بالالتزام العقدي[١]. ويدخل في نطاق العقد ما هو من مستلزماته. ويُقصد بها الالتزامات التبعية التي يتحقق الغرض المتوخَّى من العقد أو نقل المنفعة التي من أجلها أقدم طرفيه على التعاقد. والأمر متروك لتقدير القاضي طبقاً لطبيعة الالتزام وطبيعة العقد وحسن النية والعرف وقواعد العدالة[٢].

وإذا كان يبدو أن شرط وجود اتفاق على الفسخ من البديهيات فإنه يجب أن يكون الاتفاق على فسخ العقد محدد بعبارات واضحة؛ حتى لا يُثير الغموض والالتباس في المستقبل بين المتعاقدين. وفي كل الأحوال يجب أن يكون الاتفاق الذي انعقدت عليه إرادة المتعاقدين قبل وقوع عدم التنفيذ[٣].

(وهذا هو المعيار الذاتي) ما يغني عنها فغير صحيح، لأن المعيار الذاتي لا يغني عن المعيار المادي. لذلك يجب، بعد هذا التعديل، الاقتصار على المعيار الذاتي، وهو معيار حسن النية ". مجموعـــة الأعمـــال التحضيريـــة للقانـــون المدني المصري، جـ٢، الالتزامات، ص٢٨٨، ٢٩٠.

(١) جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن " ويستخلص مما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين، فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون المعاني كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها ". مجموعـــة الأعمـــال التحضيريـــة للقانـــون المدني المصري، جـ٢، الالتزامات، ص ٢٨٨.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن " المقرر -في قضاء محكمة النقض - أن النص في المادة ١٤٨ من التقنين المدني على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية "، وفى المادة ٧٠٤ من القانون نفسه على أنه " (١) إذا كانت الوكالة بلا أجر، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد. (٢) فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد " يدل -وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدني -على أنه ولئن كان العقد شريعة المتعاقدين إلا أنه ليس ثمة عقود تحكم فيها المباني لا المعاني، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أو كيفية تنفيذها، وهو ما يوجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وما تفتضيه نزاهة وشرف التعامل". الطعن رقم ٧٧٥٧ لسنة ٨٢ جلسة ٢١ / ١ / ٢٠١٩.

(٣) عمر علي الشامسي: فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٠، ص٣٢٢.

الشـرط الثـاني: أن يكون سـبب الفسخ هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته.

فضلاً عن وجوب أن يرد عدم التنفيذ على التزام داخل في نطاق العقد، يجب أن يكون التزام الذي لم يُنفذ مستحق الأداء، فإن لم يكن مستحق الأداء انعدم عدم التنفيذ وبالتالي انعدم الفسخ؛ لأن الاستحقاق أمر جوهري لوقوع الفسخ سواء كان بحكم القضاء أو بموجب الشرط الفاسخ الصريح[١]. ويُصبح الالتزام مستحق الأداء بمجرد حلول الأجل أو سقوط الحق فيه أو التنازل عنه ممن تقرر لمصلحته، وُيستفاد التنازل من عرض المدين التنفيذ إذا كان الأجل مقرر لمصلحته. وإذا كان حق المتعاقد في طلب الفسخ لا يتعلق بالنظام وبالتالي يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمناً، إلا أن السكوت عن استعماله لا يُعتبر نزولاً ضمنياً عن هذا الحق. وإذا رفض المدين صراحة تنفيذ الالتزام، فيعتبر الرفض في ذاته إزالة للعقد. وإذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبي، فالعقد ينفسخ بقوة القانون، لا بقوة الشرط الفاسخ الصريح[٢].

الشـرط الثـالث: اتجـاه إرادة المتعـاقديـن إلى استبعـاد الفسـخ القضـائي.

لا يكفي لإعمال الشرط الفاسخ الصريح مجرد وجود اتفاق مسبق بين المتعاقدين على فسخ العقد في حالة إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وإنما لابد من أن تتجه نية المتعاقدين إلى استبعاد الفسخ القضائي. يستوي في ذلك أن يتفق الطرفان على أنه إذا لم يُنفذ المدين التزامه يعتبر العقد مفسوخاً، وهذا هو أضعف درجات الشرط الفاسخ. أو اتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، وهذا أقوى من سابقة في الأثر بعض الشيء؛ لأنه يسلب القاضي سلطته التقديرية. أو اتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. أو اتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

(١) رمضان أبو السعود: النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٢) سليمان مرقس: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات،جـ١، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٧، ص٦٦٦.

قضائي أو إلى إعذار. وهذه أقوى صيغة للشرط[١].

وإذا فُسخ العقد بموجب الشرط الفاسخ الصريح، كان بإمكان المتعاقد الآخر الذي لم تُنفذ التزاماته أن يتحلل من الالتزامات التي تقع على عاتقه، في مواجهة المتعاقد الآخر، وذلك دون أن يرفع دعوى إلى القضاء ودون مراعاة لإرادة المتعاقد المدين المُخل بالتزامه. وقد أورد المشرع استثناء خاص ببيع المنقول، إذ يقع الفسخ من تلقاء نفسه في مثل هذا النوع من العقود، دون حاجة إلى إعذار أو حكم من القضاء. ويحق للبائع أن يتصرف فيه بتصرف المالك، فيجوز له بيعه مرة أخرى. وتجدر الملاحظة إلى أن هذا استثناء على الأصل العام، ولا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه ويلزم تطبيقه حالة توافر شروطه[٢].

---

(١) السنهوري: الوسيط، جـ١، مصادر الالتزام...، مرجع سابق، ص ٦٣٠.

(٢) تنص المادة ٤٦١ من القانون المدني المصري على أن " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلّم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره". ونصت المادة ٣٥٠ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن " إذا حُدد في البيع موعدٌ معيَّنٌ، واشترط البائع أنه إذا لم يؤد المشتري الثمن في الموعد فلا بيع بينهما، ولم يؤده؛ عُدَّ البيع مفسوخاً إذا اختار البائع ذلك، دون حاجةٍ إلى إعذار، وذلك كله ما لم يتفق على خلافه ".

ويشـترط لإعمـال الاسـتثناء:-

١- أن نكون بصدد بيع منقول أيا كان نوعه.

٢- أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد ومحدد لدفع الثمن وتسليم المبيع.

٣- أن يتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن في الموعد المتفق عليه.

٤- أن يتمسك البائع بالفسخ.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن " إنه ولئن كانت ملكية الأسهم تنتقل من البائع إلى المشترى بمجرد الاتفاق بينهما على ذلك ما دامت الأسهم المبيعة تتعين بالذات طبقاً للمادة ٢٠٤ من القانون المدني التي تنص على أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، و ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، و كانت المادة ٣٩ من قانون التجارة حين استلزمت قيد الأسهم الاسمية في دفاتر الشركة قد استهدفت من ذلك فرض قيد على حرية تداولها و جعلت من هذا القيد مناطاً لإثبات ملكيتها و التنازل عنها إلا أن النص في المادة ٤٦١ من القانون المدني على أنه " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع

الثمن و تسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، و هذا ما لم يوجد اتفاق على غيره " يدل على أنه في حالة بيع المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن و تسلم المبيع و لم يدفع المشترى الثمن في الميعاد فإنه يجوز للبائع أن يعتبر العقد مفسوخاً بدون حاجة إلى إعذار أو حكم من القضاء، فيقع الفسخ بنص القانون و يكون البائع بمجرد عدم دفع الثمن في حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه، و يحق له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى إذ ورد هذا النص بصيغة عامة تدل على أن حكمه مطلق، و من ثم فينصرف إلى البيع سواء كان مدنياً أو تجارياً ". الطعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٤٧ جلسة١٩٨١/٥/٤س٣٢ ص١٣٦٦ ق٢٤٨.

كما قضت بأن " النص في المادة ٤٦١ من القانون المدني على أنه " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره " فقد دلت على أن المشرع قد خرج بحكمها على القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد الإعذار وبحكم من القاضي ما لم يوجد اتفاق صريح على الإعفاء من ذلك واشترط لإعمال هذا النص الاستثنائي أن يكون المبيع من العروض وغيرها من المنقولات وأن يكون كل من البيع والثمن محدداً تحديداً كافياً ومعلوم للمشترى عند التعاقد وأن يتخلف المشترى عن دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه لتسلم المبيع ودفع الثمن، وأن يختار البائع التمسك بانفساخ عقد البيع". الطعن رقم ٤٦ لسنة ٤٧ جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ س٣٠ ص٤٢٣ ق٤١٨.

وقضت بأن " إذا اتُفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخاً حتماً إذا لم يُدفع الثمن في الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه الرسمي وإذا لوحظ أن هذه المادة جاءت استثناءً من القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التنبيه الرسمي تعين القول بأنه لا يصح تطبيقها إلا في حدود نصها، أي في حالة تحديد أجل ليَدفع المشترى الثمن ويُسلم المبيع. أما إذا كان الأجل محدداً لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشترى ففي هذه الصورة لا يُعفى البائع من واجب التنبيه رسمياً على المشترى بالتسلم والوفاء". الطعن رقم ٦٢ لسنة ١٣ جلسة ١٩٤٤/١/١٣س١ ص٢٤٧ ق٩٢.

المبحث الثالث

امتناع القاضي عن إعمال الشرط الفاسخ الصريح رغم تحققه

تمهيد وتقسيم

أسلفنا أنه حال وجود الشرط الفاسخ الصريح في العقد، وجب على القاضي أن يتحقق من قيامه وذلك بالتأكد من وجوده وتوافر شروط إعماله، وذلك من خلال التحقق من واقعة الإخلال بالالتزام مناط الشرط، وعما إذا كان الأمر يتطلب إعذار المدين من عدمه، ومراقبة الظروف الخارجية التي قد تحول دون إعماله. ومتى تحقق القاضي من وجود الشرط الفاسخ الصريح ومشروعية إعماله، فإنه يُسلب سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ، ويقتصر دوره فقط على تقريره متى توافرت شروطه؛ لأن الفسخ يقع تلقائياً دون تدخلاً منه. وبالتالي لا يجوز له منح مهلة للمدين للوفاء بالتزامه، أو قبول التنفيذ المتأخر.

وإذا كان الأصل أن الفسخ يقع تلقائياً حال توفر الشرط الفاسخ الصريح بمجرد تحقق واقعة الإخلال بالالتزام متى كانت صيغته صريحة وداله بذاتها على وجوب الفسخ، إلا أن هناك حالات تحول دون إعمال الشرط وبالتالي تحول دون إعمال الفسخ. كما إذا تنازل الدائن عن طلب الفسخ، أو كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه يستند إلى سبب مشروع كالدفع بعد التنفيذ، أو كان هناك مانع قانوني يُعطل إعمال الشرط كما في حالة الظروف الطارئة.

أولاً: امتناع القاضي إعمال الشرط الفاسخ الصريح إذا تنازل الدائن عن طلب الفسخ.

لا يقع الفسخ لمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه بناء على اشتراط الفسخ مسبقاً في العقد، بل يجب على الدائن أن يُعلن للمتعاقد الآخر عن رغبته في فسخ العقد؛ لأنه قد يتحقق عدم التنفيذ، في حالة تحقق الشرط الفاسخ الصريح، ومع ذلك يبقي العقد قائماً من الناحية القانونية؛ لأن الدائن بالالتزام الذي لم يُنفذ لم يُعلن عن رغبته في الفسخ، فإذا أعلن وقع الفسخ وانحل العقد. ولما كانت إرادة الدائن هي التي تؤخذ بعين الاعتبار بعد حلول الأجل وليس الاتفاق المسبق على الفسخ؛ فإنه يجب أن تكون إرادته في دلالتها على الفسخ قاطعه، وأن تتصل بعلم

المدين دون اشتراط موافقته[١]؛ لأن الهدف من إعلان الدائن عن رغبته في الفسخ هو إعلام مدينه التحلل من الالتزامات التي كانت على عاتقه في مواجهته. وإذا توافرت مقومات الشرط الفاسخ الصريح يُصبح العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون

(١) والتعبير عن الإرادة ـ سواء كان صريحًا أو ضمنيًا ـ وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ـ لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه. وهذا ما تقضى به المادة ٩١ من القانون المدني المصري، والتي تنص على أن " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".
هذه المادة لا نظير لها في قانون المعاملات المدنية السعودي.
وجـاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن "١- ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل فيه إلى من وجه إليه بحيث يتمن هذا من العلم به. ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير أو في الوقت الذي وصل إليه فيه.٢- إذا وصل عدول بعد وصول التعبير عن الإرادة، وكان قد صدر بحيث كن يصل في الظروف المعتادة، قبل وصول التعبير عن الإرادة، وكان قد صدر بحيث كان يصل، في الظروف المعتادة، قبل وصول التعبير عن الإرادة أوفي الوقت ذاته، فيجب على من وجه إليه العدول أن يخطر الطرف الأخر فورًا بهذا التأخر، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر وصول العدول في وقت غير متأخر " ولما تلى النص في لجنة المراجعة، اقترح حذف الجزء الثاني من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه، وكذلك الفقرة الثانية جميعها لأنها تقرر حكا تفصيليا لا يحسن أن يقرر بنص تشرعي، فوافقت اللجنة على ذلك. ثم ناقشت الجزء الباقي من المدة، واستقر الرأي على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بالعلم، ولكن لما كان العلم أمرًا متعذر الإثبات فيحسن أن يؤخذ الوصول قرينة عليه لأنه أكثر انضباطًا. على أن تكون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس " والطرف الذي وجه إليه التعبير عن الإرادة هو الذي يتحمل عبء إثبات العكس. وأصبحت المادة في صيغتها النهائية (م ٩٣ من المشروع النهائي) كما يأتي:
"ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت لذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به إلا أن يقام الدليل على عكس ذك". وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٣ ثم عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، فرأت الأغلبية حذفها، ثم أعادت اللجنة النظر فيها فأقرت بقاءها، وأصبح رقمها ٩١. ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك ". مجموعـة الأعمـال التحضيريـة للقانـون المدني المصري، جـ٢، الالتزامات، ص١٩.

حاجة إلى اللجوء إلى القضاء وحق الدائن بالتمسك بالشرط الصريح الفاسخ مقيد بعدم الإضرار بالمدين، ويكون كذلك إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب المدعي عليه من ضرر بسببها. وحينئذ يتعين الالتفات عن الشرط، ولا يكون أمام المدعي إلا الشرط الفاسخ الضمني[١].

ولما كان فسخ العقد حق مخول للدائن، فإنه يجوز له وفقاً للقواعد العامة التنازل عن استعمال الشرط الفاسخ الصريح، ويستوي في التنازل أن يكون صراحة أو ضمناً. ويكون التنازل صراحة إما بالنص على ذلك في العقد، أو في تصرف لاحق. قد يكون ضمنياً باتخاذ الدائن موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود. وللقاضي التحقق من ذلك، ويجب أن يكون متشدداً في استنتاجه التنازل الضمني[٢]. ومتى تبين له أن الدائن قد تنازل عن حقه في

(١) الشرط الفاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يُمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرضه تنفيذ الالتزام كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ. وقد جاء نص المادة ١٥٧ مدني مقرراً هذا الشرط إذ قضى بأن في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته.
وقضت محكمة النقض بأن " الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتماً بمجرد حصول الاخلال بالالتزام الا اذ كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه. واذ كانت عبارة الشرط الواردة في عقد البيع أنه اذا لم يدفع باقي الثمن في المدة المحددة به يعتبر البيع لاغياً، فإن هذا الشرط لا يعدو أن يكون ترديدا. للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت في حدود سلطتها التقديرية، ألا تقضي بالفسخ استنادا الي الشرط الفاسخ الضمني الوارد بالعقد لما تبينته من أن الباقي من الثمن بعد استنزال قيمة العجز في المبيع قليل الأهمية بالنسبة. الي الالتزام في جملته، فإنها لا تكون قد خالفت القانون. (الطعن رقم ٤٩١ لسنة ٣٧ جلسة ١٩٧٣/١/٩س٢٤ص٤٩ق١٠)

(٢) محمد حسين منصور: دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ...، مرجع سابق، ص١٠٠.
=

التمسك بالشرط؛ رفض إعماله. ولا يكون للدائن في هذه الحالة إلا اللجوء إلى الفسخ القضائي المنصوص عليه في المادة ١٥٧مالقانون المدني المصري والمادة ١٠٧ من قانون المعاملات المدنية السعودي(١).

جدير بالذكر، أن حق الدائن في المطالبة بفسخ العقد، لا يسلبه رغبته في تنفيذه؛ فللدائن الخيار بين المطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بتنفيذه، فيجوز له أن يعدل عن الفسخ ويتمسك بالتنفيذ، أو يعدل عن التنفيذ ويتمسك بالفسخ. فخيار الدائن بين التنفيذ والفسخ مقرر لمصلحته ومتروك لتقديره.

ثانياً: امتناع القاضي إعمال الشرط الفاسخ الصريح في حالة الدفع بعدم التنفيذ.

في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء أجاز المشرع لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به. وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ(٢).

قضت محكمة النقض المصرية بأن " أن طلب الأجرة لا يفيد التنازل عن الفسخ وقبول المؤجر الأجرة المتأخرة عن موعد استحقاقها لا يعد تنازلاً عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ إذا ما تأخر المستأجر في السداد ". الطعن رقم ١٨٧٣٥ لسنة ٨٤ جلسة ١ / ٨ / ٢٠٢٣.

(١) تنص المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري على أن "١ -في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.-٢ ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن رفض الفسخ إذا كان ما لم يوفِ به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته". وتنص المادة ١٠٧ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، فللمتعاقد الآخر بعد إعذاره المتعاقد المخل أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وللمحكمة أن ترفض طلب الفسخ إذا كان الجزء الذي لم يوف به المخل قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام".

(٢) تنص المادة ١٦١ من القانون المدني المصري على أن " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ". وتنص المادة ١١٤ من قانون المعاملات المدنية

والدفع بعدم تنفيذ الالتزام هو وسيلة يلجأ إليها المتعاقد للضغط على مدينه، وحمله على التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء. ففي العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء يجوز للمتعاقد بدلاً من أن يطلب الفسـخ لعـدم تنفيـذ المتعاقـد الآخر لالتزامه، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، وهو ما يسمى بالامتناع المشروع عن الوفاء[1]. والدفع بعدم التنفيذ بهذا المعني هو أحد تطبيقات الحق في الحبس الذى يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على

=

السعودي على أن " في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لأي من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام المتعاقد الآخر ممتنعاً عن تنفيذ ما التزم به ".

وقضـت محكمـة النقـض المصرية بأن " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه طبقا للمادة ١٦١ من القانون المدني إذا كانت الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه كان للآخر ألا يوفي بالتزامه فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائي بل هو طابع وقائي يهدف إلى كفالة استمرار التعاصر الزمني بين الالتزامات الحالة المتقابلة، وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ والذي ليس إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين. الطعن رقم ٥٣٦٩ لسنة ٩٢جلسة ١٥ / ٢ / ٢٠٢٣

(١) عبد الودود يحي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات...، مرجع سابق، ص ١٩٩.

ويرى البعض أن الدفع بعدم التنفيذ لا يؤدي إلى انحلال العقد، فهو صورة من صور الامتناع المشروع عن الوفاء بالالتزام ويتأسس على إرادة العاقدين في العقد التبادلي، فكل منهما لم يرض بالالتزام إلا لتحقيق غرض قانوني محدد هو الحصول على المنفعة التي تعهد بها الآخر ويعتبر تعطيلاً لتلك الإرادة إرغام أيهما على تنفيذ ما التزم به دون أن يسلم المقابل الذي أراد بتعهده الحصول عليه، وأنه يتحدد نطاق الدفع بعدم التنفيذ وفقاً لأساساه القانوني بالعقد الملزم للجانبين، فلا يتمسك به إلا أحد العاقدين فيه ليمتنع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ العاقد الآخر ما التزم به وفقاً له، فلا يمكن أن يتمسك بالدفع في العقود التبادلية الناقصة كعقد الوديعة، إذا انفق المودع لديه مصروفات ضرورية لحفظ الوديعة ويريد استردادها من المودع لا بعد ان يتقرر إبطال العقد أو فسخه ليسترد العاقد ما قدمه للآخر قبل تقريره، ولا في العلاقات غير التعاقدية، ولو نشأت عنها التزامات مرتبطة، كالتي تنشأ بين الفضولي ورب العمل، أو بين الوصي والقاصر، فوسيلة حماية المدين في كل تلك الحالات هي حق الحبس لا الدفع بعدم التنفيذ. محسن البيه: النظرية العامة للالتزامات...، مرجع سابق، ص٤٥٥.

الآخر ومرتبط به[١].

والفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بنى عليها فسخ العقد ألا وهي الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلاً للتنفيذ من جهة أخرى[٢].

ويُشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن نكون بصدد عقد ملزم للجانبين[٣]، إذ ينبغي أن نكون بصدد التزامات متقابلة ناشئة من ذات

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأن " المقرر- في قضاء محكمة النقض - أن المادة ١٦١ من القانون المدني خولت للمتعاقد في العقود المدنية الملزمة للجانبين حقا في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذ لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به هذا الحق- وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ - إن هو إلاَّ الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين، ولئن كان المعتصم بهذا الحق أو الدفع في غير حاجة إلى دعوى يرفعها على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعمال هذا الحق، بل له أن يتربص حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الآخر بمطالبته بتنفيذ ما توقف عن تنفيذه من التزاماته فيتمسك فيها حينئذٍ بحقه في عدم التنفيذ. الطعن رقم ٧٧٦١ لسنة ٩١ جلسة ٢٠٢٢/٢/١٥، الطعن رقم ٦٩٥٩ لسنة ٩٠ جلسة ٢٠٢١/٣/٢٠.

(٢) هذا ويمكن أن ندرك أيضاً ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة: المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. وهي نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هي تقابل الالتزامات. فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للأخر، يكون من العدل أن يستوفى كل منهما ماله من حق مما عليه من دين - وهذه هي المقاصة والفسخ - أو في القليل يقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفى ما له، حق - وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يعالجونها علاجاً واحداً هو الدفع بالغش، يستعملونه في المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. والحق في الحبس، كالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا دفعاً، وقد أعطاه القانون الجديد وصفه الحقيقي، وخلع عنه لباس الحق العيني الذي كان يرتديه في عهد القانون القديم فيشوه طبيعته. السنهوري: نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨، ص٧١٣.

(٣) جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن "... فمن الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص. فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تفريعاً

العقد ولم تكن قد نُفذت بعد. فإذا خرجنا عن نطاق العقود الملزمة للجانبين فلن يكون هناك محل للتمسك بهذا الدفع[١]. كما يلزم أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء أي أن يكون الالتزام لم يتم تنفيذه حالاً[٢]. أما إذا كان الالتزام مؤجلاً فلا يجوز التمسك بعدم تنفيذ الالتزام. فالبائع لا يجوز له الامتناع عن تسليم المبيع للمشتري إذا كان أجل الوفاء لم يحل بعد بينما حل ميعاد تسليم المبيع[٣].

ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضي قد منح المدين نظرة الميسرة؛ فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشتري حتى لو منح القاضي للمشتري أجلاً لدفع الثمن. ولا يمتنع الحبس إلا إذا كان الأجل ثابتاً باتفاق الطرفين. أما إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر، فلا يحق له أن يستفيد من هذا الدفع إذ يتعين عليه أن يفِ بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر[٤]. ولا يُشترط إعذار المدين للتمسك بالدفع، ولا يلزم

=

على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل. وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد. وتجـوز الاستعانـة بإجـراءات العـرض الحقيقـي لمعرفـة المتخلـف عـن الوفـاء من المتعاقدين. فلكـل مـن المتعاقـدين إزاء ذلك أن يحتبـس مـا يجـب أن يوفى به حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له، وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع إنما يوقف أحكام العقد لا أكثر. فالعقد لا يفسخ في هذه الصورة، ولا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه. وهذا هو الفارق الجوهري بين الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد". مجموعـة الأعمـال التحضيريـة للقانـون المدني المصري، جـ٢، الالتزامات، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

(١) سمير تناغو: مصادر الالتزام...، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٢) قضـت محكمـة النقـض المصرية بأن " أنه يُشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لنص المادة ١٦١ من القانون المدني أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أي واجب التنفيذ حالاً، فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع. الطعن رقم ٤٣٠١ لسنة ٩٢جلسة ١٤ / ١ / ٢٠٢٣.

(٣) جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص٣٩٠.

(٤) جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن".. ومع ذلك فقد أجيز

=

كذلك أن تُرفع دعوى أمام القضاء؛ إذ الدفع بعدم التنفيذ ليس إلا موقفاً سلبياً. إلا أنه يجب عدم التعسف في استعمال هذا الحق، إذ يجب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود[١].

ويُترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذى يتمسك به، فإما أن يمتنع فيه عن تنفيذ التزامه، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل ايجابي، وإما أن يلجأ إلى القضاء وهذا لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول، فيتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ. فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ، حكم القاضي على المدعى عليه بأن يُنفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه. ويجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين فإذا تبين للقاضي أن أحد المتعاقدين متعنت، فإن كان المدعى رفض دعواه، وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفذ دون شرط.

= لـه (أي المتعاقـد المكلـف بالتنفيـذ أولاً) استثنـاء أن يمتنـع عـن تنفيـذ التزامـه حتى يقوم العاقد الآخر بوفاء ما تعهد به أو يقدم ضماناً كافياً لهذا الوفاء، إذا أصاب هذا العاقد بعد إبرام العقد نقص في ماله من شأنه أن يؤثر في يساره أو طرأ عليه من الضيق ما قد يقعد به عن تنفيذ ما التزم به. وينبغي التحرز من اعتبار هذا الاستثناء مجرد تطبيق للمـادة ٣٩٦ مـن المشـروع وهي التي تناولـت سـرد مسقطـات الأجـل وحصرتها في الإعسار أو الإفلاس وضعف التأمينات الخاصة والامتناع عن تقديم ما وعد بتقديمه منها. فالحالة التي يسري عليها حكم الاستثناء أقل جسامة من ذلك، فهي تفترض نقصاً بليغاً في مال العاقد ولكنه نقص لا يستتبع الإفلاس أو الإعسار ومن ثم انزلت هذه الحالة منزلة الاستثناء فلو لم تكن لها هذه الخصوصيات لانتهى أمرها إلى إسقاط الأجل، وبذلك يحل الوفاء بالالتزامات المتقابلة جميعاً وينبغي تنفيذها في أن واحد نزولا على أحكام القواعد العامة. فإذا لم يقم المتعاقد الذى استهدف مركزه للخطر بالوفاء بما التزم به أو بتقديم ضمان كاف في مدة معقولة، كان للمتعاقد معه إلا يقتصر على إيقاف العقد، بل له أن يجاوز ذلك إلى طلب الفسخ. ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة في الفسخ أيضاً لأن الالتزام الذي تخلف العاقد عن الوفاء به لم يصبح مستحق الأداء". مجموعـة الأعمـال التحضيريـة للقانـون المدني، جـ٢، الالتزامات، مرجع سابق ص٣٣٤،٣٣٣.

(١) السنهوري: الوسيط...، جـ ١، مرجع سابق، ص ٦٤٩ ، هامش ١.

أما إذا كان كل من المتعاقدين متعنتاً، أو ظهر أن أحد منهما متعنت ولكن لا يثـق أحدهمـا بالآخـر، ولم يلجأ أحـد لإجراءات العرض الحقيقي لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث، وفي هذا ما يجعلهما ينفذان التزاميهما في وقت واحد[١].

ولا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية من قبل المتعاقد مع جهة الإدارة، وإن كان ذلك جائزاً لجهة الإدارة نفسها. فالمتعاقد مع جهة الإدارة لا يستطع أن يمتنع عن أداء التزاماته تأسيساً على أن جهة الإدارة قد تقاعست عن الوفاء بالتزامها نحوه ، ما لم يترتب على هذا التقاعس صيرورة التزامات المتعاقد مستحيلة الآداء. والعلة من ذلك هي عدم تعطيل سير المرافق العامة لمجرد أن المتعاقد مع الإدارة لم يستوف حقه في ميعاده.

ويترتب على الدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ الالتزام المطالب بتنفيذه فالمتمسك بالدفع لا يُجبر على تنفيذه التزامه[٢]. ويستمر هذا الوقف إلى أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه. فالالتزام يظل قائماً وكذلك العقد، ولكـن التنفيـذ موقـوف دون أن يزول كما في الفسخ حتى يتم التوصـل إلى البـدء فيه مـن أحـد الطرفـين أو منهما معاً في نفس الوقت. فإذا قام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه فيترك المتمسك بهذا الدفع دفعه. ويقوم هو الآخر بتنفيذ التزامه اختياراً أو جبراً إذ لم يعد هناك مبرر لاستمراره في تمسكه بعدم التنفيذ. أما إذا لم يقم الطرف الآخر بالتنفيذ، ففي هذه الحالة يجوز إما الاستمرار في التمسك بالدفع، أو أن يُعدُل المتمسك بالدفع عن هذا الموقف السلبي ويطلب فسخ العقد بصفة نهائية. على أنه في الفترة التي يكون العقد فيها موقوفاً لا يُنتج أي أثر بالنسبة للمتمسك بالدفع. فإذا كان الالتزام الموقوف التزام بنقل حق عيني كالتزام البائع بنقل

(١) السنهوري: الوسيط...، جـ ١، مرجع سابق، ص ٦٥١.

(٢) ويعتبر بعض الشراح الدفع بعدم التنفيذ وسيلة من وسائل جبر المتعاقد على التنفيذ وضمانه من ضماناته، كما أنه وسيلة لتحقيق المساواة والعدالة بين طرفي العقد حتى لا يجد أحدهما نفسه مطراً إلى تنفيذ العقد، في حين أن الطرف الآخر لا يقوم بتنفيذه. عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزامات...، مرجع سابق، ص٥٢٢.

الملكية، كان للبائع أن يمتنع عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية إليه، وإذا كان التزاماً بعمل، كالتزام المقاول بإقامة مبنى، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء. وإذا كان التزاماً بامتناع عن عمل كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حي معين منعاً للمزاحمة، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحي[١]. جدير بالذكر أن وقف التنفيذ في العقود الممتدة لا يؤدي إلى التأخير في التنفيذ فحسب، بل إلى انتقاص الالتزام ذاته كما في عقد الإيجار[٢].

ويسري الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع[٣]. كما إذا تأخر المشتري عن دفع الثمن، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المبيعة. فكل من كسب حقاً من المشتري على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسري في حقه الدفع. فإذا باع المشتري العين إلى مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن، جاز للبائع أن يبقى حابساً للعين في مواجهة المشتري الثاني أو الدائن المرتهن، ويمكن تعليل ذلك بأن المشتري لم ينقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع في حبس العين، فتنتقل هذه الحقوق

(١) ويلاحظ في الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالاً لا يتصور فيها وقف الالتزام، كما إذا تعهد ممثل أو مغن أن يمتنع عن أحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال. فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال، فإنه لا يسع الدائن إلا خرق هذا الالتزام فيحيي الحفلة إذا استطاع ذلك، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقفاً له، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف. وهذا الحكم ينطبق أيضاً في الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجباً في وقت معين وإلا فات الغرض المقصود منه كما إذا تعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها في معرض عام يقام في وقت معين، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد المعرض لأنه لم يستوف أجره، كان هذا بمثابة الفسخ. السنهوري: الوسيط...، جـ ١، مرجع سابق، ص٦٥٢

(٢) جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص ٣٩١، ٣٩٢.

(٣) وقضت محكمة النقض بأن " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من أوراق الدعوى أن مورث الطاعنين قد أخل بالتزامه عمداً وقصر في الوفاء به وجحد تعهده وأعرب في جلاء ووضوح عن نيته في عدم الوفاء عينا فانه لا يقبل منه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام المقابل لالتزامه هو الذى أصر على عدم الوفاء به ". (الطعن رقم ١٨٢لسنة ٢٤جلسة١٩٥٨/١٢/٤س ٩ ص ٧٠٣ ق ٩١)

إلى الخلف خاضعة لهذا الحق. ولا يستطيع المشتري أن ينقل حقاً لا يملكه، وعليه فإن القاضي وإن كان يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في الحكم بالفسخ من عدمه إلا أنه هناك حالات استثنائية تمنعه من الحكم بالفسخ وذلك بغرض ردا لالتزام إلى الحد المعقول(١).

ومتى توفرت شروط الدفع بعدم التنفيذ، اعتبر امتناع المدين عن تنفيذ التزامه امتناعاً مشروعاً يستوجب امتناع القاضي عن إعمال الشرط الفاسخ الصريح، لأن جوهر إعمال الشرط هو تخلف المدين عن تنفيذ التزامه بغير حق، وامتناع المدين هنا مشروعاً يستند إلى الدفع بعدم التنفيذ مما يمتنع علي القاضي إعمال الشرط الفاسخ الصريح(٢). ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي المنصوص عليه في المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري والمادة ١٠٧ من قانون المعاملات المدنية السعودي(٣).

---

(١) سمير تناغو: مصادر الالتزام...، مرجع سابق، ص٢٠٢.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن " المقرر- في قضاء محكمة النقض- أنه إذا كان الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو حكم عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقي ووجوب إعماله ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي يمكن أن تحول دون إعماله، فإذا تبين له أن الدائن قد أسقط خياره في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد أو كان الدائن هو الذي تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناءً على الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه، تجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني. الطعن رقم ٩٠٩ لسنة ٨٦ جلسة ٢٠٢٢/٣/٢٠.

(٣) تنص المادة ١٥٧ /١ من القانون المدني المصري على أن " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض".

وتنص المادة ١٠٧ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، فللمتعاقد الآخر بعد إعذاره المتعاقد المخل أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وللمحكمة أن ترفض طلب

ثالثاً: امتناع القاضي إعمال الشرط الفاسخ الصريح في حالة الظروف الطارئة.

إذا كان وجود الشرط الفاسخ الصريح يُسلب سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ، ويقتصر دوره فقط على تقريره متى توافرت شروطه. إلا أن المشرع أجاز له الامتناع عن إعمال الشرط الفاسخ الصريح ورد الالتزام إلى الحد المعقول وذلك في حالة الظروف الطارئة. فإذا كان الأصل أن يقوم كل طرف في العقد بتنفيذ التزامه وفقا لما يقضيه حسن النية. إلا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب عليها أن تنفيذ الالتزام إن لم يكن مستحيلاً إلا أنه يُصبح مرهقًا للمدين بحيث يُهدده بخسارة فادحة؛ كان للقاضي في هذه الحالة وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرُد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[1] وذلك لأن الظروف الطارئة تقوم على مسألة اختلال التوازن الاقتصادي

=

الفسخ إذا كان الجزء الذي لم يوف به المخل قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام ".

(١) نزيه المهدي: النظرية العامة للالتزامات...، مرجع سابق، ص٢٣٦.

جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن "وقد استحدث المشروع في الفقرة الثانية حكماً بالغ الأهمية، إذ استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التي تحجر على القضاء تعديل العقود. وقد بادر القضاء الإداري في فرنسا إلى قبول هذا المبدأ، ومضى في هذا السبيل قدماً مخالفاً في ذلك ما جرى عليه القضاء المدني، ولما طرح الأمر على محكمة النقض المصرية اختارت مذهب القضاء المدني في فرنسا، فلم تر الأخذ بنظرية الطوارئ غير المتوقعة، وألغت في هذه المناسبة حكمًا أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا الرأي. وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولوني (م٢٦٩) فيما أورد من أحكام تشريعية في هذا الشأن إلا أنه تقدم على هذا التقنين من ناحيتين: (ا) فيراعى من ناحية أن رسم في وضوح ما يفرق بين حالة الطوارئ غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة من حدود. ففي الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي على حد تعبير المشروع مرهقاً يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلاً ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هي التي تتحقق فيها هذه الاستحالة. (ب) ويراعى من ناحية أخرى أنه قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه، دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصبغة، إذ جمع بين الحرب والوباء، وبين هلاك المحصول بأسره، في بعض ما ساق من تطبيقات فخلط بذلك بين العلة والمعلول ". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، جـ٢، الالتزامات، ص٢٨٠.

=

للعقد في مرحلة تنفيذه بسبب حوادث استثنائية عامة غير متوقعة، ولا يُستطاع دفعها بحيث يصبح التزام المدين مرهقاً وسيُلحق به خسارة فادحة غير مألوفة إذا تم تنفيذه رغم عدم استحالة ذلك التنفيذ[١]. فالتزام المدين لا ينقضي لأن الظرف الطارئ ليس قوة قاهرة[٢]. كما أنه لا يبقى كما هو لأنه مُرهق لذلك كان من العدل أن يتدخل القاضي لتعديل العقد الذي تغيرت بصفة مفاجئة ظروف تنفيذه عن الظروف التي كانت سائدة أثناء تكوينه[٣]. وهذا يُعد من أهم الاستثناءات والقيود

وقضـت محكمـة النقـض المصرية بأن " -المقرر في قضاء محكمة النقض أن مؤدى نص المادة ١٤٧ من القانون المدني في فقرتها الثانية أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف-وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين-أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك. الطعن رقم ١٣٦٨٣ لسنة ٨٨ جلسة ٢٠١٩/٣/٢٣.

(١) منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، جـ١، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر، ١٩٩٦، ص ٢٨٠.

(٢) وتختلف الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في أن الأولى تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً أما الثانية فتجعله مستحيلاً، كما لا يترتب على الظروف الطارئة انقضاء الالتزام أو فسخ العقد وإنما رده إلى الحد المعقول ولا يعفى المدين من تنفيذ التزامه بل تتوزع الأعباء الخارجة عن التعاقد بين الدائن والمدين في حين يترتب على القوة القاهرة انقضاء الالتزام ويتحمل الدائن ما يترتب على ذلك من نتائج. عبد الودود يحيى :الموجز في النظرية العامة للالتزامات...، ص١٨.

(٣) لقد أسهب الفقه في تعرضه لهذه النظرية، إذ ميّز السنهوري بين الحادث الطّارئ والقوة القاهرة وشبّه نظرية الظروف الطارئة بنظريتي الاستغلال والإذعان في مرحلة تكوين العقد بقوله": لو أنّ هذا الحادث الطّارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، لكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام، فهي مثل نظيرتيها تصلح اختلال التوازن. هاتان تصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي أثناء تكوين العقد، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد، على أن اختلال التوازن في نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأي من المتعاقدين .وفي النظرتين الأخريين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوي من المتعاقدين للضعيف منهما. وقد حاول السنهوري أن يبرر سبب الاختلاف في الحكم بين القوة القاهرة والظروف الطارئة فقال" وإذا كان القانون الجديد قد أباح

الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ خوّل للقاضي التدخل لإعادة التوازن للعقد[١]. وهذا يعني أن المدين إذا تخلف عن تنفيذ الالتزام في مثل هذه الظروف، فإن هذا لا يؤدي إلى فسخ العقد حتى ولو تضمن شرطاً فاسخاً صريحاً. لأن الشرط هنا لا يُعمل به أمام الطبيعة الآمرة للنص[٢].

الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ولم يبح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الطارئ وهو أقل خطراً من القوة القاهرة، فذلك لأن الاتفاق على تحمل المدين لتبعة القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطراً، أما الاتفاق على تحمل المدين لتبعة الحادث الطارئ فمغامرة قد تهون حالة الاضطرار للإقدام عليها. السنهوري: الوسيط...، جـ ١، مرجع سابق، ص٥٤٥ وما بعدها.

(١) تنص المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري على أن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون. ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة. جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وتنص المادة ٩٧ من قانون المعاملات المدنية السعودي على أن "١- إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد وترتب على حدوثها أن يصير تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة؛ فله -دون تأخر غير مسوغ- دعوة الطرف الآخر للتفاوض.٢- طلب التفاوض لا يخول المدين الامتناع عن تنفيذ الالتزام.٣-- إذا لم يُتوصل إلى اتِّفاق خلال مدَّة معقولة؛ فللمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.٤-يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف أحكام هذه المادة ".

(٢) وإذا كان النص لم يُقَيد تطبيق النظرية على نوع معين من أنواع العقود، بل يشمل جميع أنواع العقود، إلا أن هناك من يرى بأن اشتراط عدم توقع الظرف الطارئ يستوجب بالضرورة استبعاد تطبيق النظرية على العقود الاحتمالية كونها تقوم على احتمال الكسب والخسارة، فالمتعاقد يعلم سلفاً أنه يتعاقد بعقد احتمالي مبناه فكرة المخاطرة، ولا يستطيع أي من المتعاقدين في العقد الاحتمالي تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد، فالمنفعة تتحدد في وقت لاحق تبعاً لوقوع أمر محقق كعقود التأمين وعقود المضاربة لذلك لا يسمح في تلك العقود ادعاء الغبن كما لا يلتفت لادعاء الخسارة المرهقة من جراء وقوع ظرف غير متوقع

ويُشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة والتي يمتنع على القاضي بموجبها إعمال الشرط الفاسخ الصريح، أن نكون بصدد عقداً متراخياً في التنفيذ؛ لأن الأساس الذي تقوم عليه النظرية، وهو نشوء ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد، يقتضي أن تكون هناك فترة زمنية معقولة تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه، وتسمح بتغير الظروف خلالها وبوقوع ظروف غير متوقعة. ولكن إذا كان العقد غير متراخٍ وطرأت هذه الظروف الاستثنائية عقب إبرامه مباشرة -على الرغم من أن هذا الفرض لا يقع إلا نادراً - فلا مانع من تطبيق النظرية[١]. وبناء عليه، تسري النظرية على عقد البيع ذو الثمن المقسط أو المؤجل. فتسري بالنسبة للقسط أو الأقساط المستقبلية، ولا تسري بالنسبة للأقساط التي حلت قبل وقوع الظرف الطارئ وقصَّر المدين في الوفاء بها حتى وقت وقوع الظرف. ويجب أن يؤخذ بالمعنى القانوني للتقصير أي الذي لا يتحقق إلا بالإعذار، ويُقصد به وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه من خلال إثبات تأخره في الوفاء به؛ لأن حلول أجل الوفاء بالالتزام لا يدل على تقصير المدين قانوناً، بل لابد لإثبات هذا التقصير أن يقوم الدائن بإعذار المدين بالوفاء بالتزامه، ومن تاريخ الإعذار يعد المدين مقصراً[٢].

ولا يُشترط لتطبيق النظرية أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الظرف الطارئ، بل يكفي وجود التزام متراخي

=

لأن الأساس الذي بنيت عليه هو غبن احتمالي وخسارة متوقعة يتحملها أحد المتعاقدين. محسن البيه: محسن البيه: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ٢٠١٧، ص٣٥٣.

(١) حسام الدين الأهواني: النظرية العامة للالتزام، جـ ١، مصادر الالتزام، ط٢، دار النهضة، ١٩٩٥، ص٣٢٤.

(٢) قضـت محكمة النقض المصرية بأن " المقرر في قضاء محكمة النقض أن نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني يستلزم في الإرهاق الذي يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ، أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة ومن ثم فإن الخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي لإعمال حكم الظروف الطارئة ". الطعن رقم ١٣١٢١ لسنة ٨٩ جلسة ٢٩ / ٨ / ٢٠٢٠.

التنفيذ على عاتق أحد المتعاقدين إلى ما بعد الظرف الطارئ وبعد ذلك أصبح مرهقاً للمدين دونما اعتبار لكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخياً كذلك. ولا يكون للظرف الطارئ الذي يحدث بعد تنفيذ الالتزام أي تأثير على العقد الذي تم تنفيذه. أما إذا كان تنفيذ الالتزام قد تم بشكل جزئي وحدث الظرف الطارئ طُبقت النظرية على الجزء الذي لم ينفذ فقط[١].

ويُشترط في الظرف الذي يؤدي إلى تطبيق النظرية، أن يكون استثنائياً عاماً. ويقصد به، ذلك الحادث الذي يندر وقوعه بحيث يبدو شاذاً بحسب المألوف فلا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخل في حسبانه كزلزال، أو حرب أو اضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية أو الغاؤها، أو ارتفاع كبير في الأسعار أو نزول فاحش فيها، أو استيلاء إداري أو وباء ينتشر[٢]. ولا يُشترط لتوافر العمومية أن يكون الظرف شاملاً الناس جميعاً بل يكفي أن يكون المتعاقد قد شارك غيره من جمهرة الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع[٣].

ويشترط أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها[٤]. فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها، فلا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يُستطاع دفعه؛ لأن الحادث الذي يُستطاع دفعه لا يمكن معه تطبيق النظرية سواء كان متوقعاً أو غير متوقع[٥]. ويُترك تقدير كون الظرف متوقعاً أو غير متوقع لقاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض طالما أن تقديره يرتكز على أسباب سائغة[٦].

---

(١) محسن البيه :النظرية العامة للالتزامات...، مرجع سابق، ص٣٥٣.

(٢) سليمان مرقس: الوافي...، جـ ٢، الالتزامات ، مرجع سابق، ص٥٢٥.

(٣) السنهوري: الوسيط...، جـ ١، مرجع سابق، ص٥٥٤.

(٤) مصطفى الجمال: مصادر الالتزام...، مرجع سابق، ص٣١٩.

(٥) سليمان مرقس: الوافي...، جـ ٢، الالتزامات ، مرجع سابق، ص٥٢٦

(٦) قضت محكمة النقض المصرية بأن " أن البحث فيما إذا كان الحادث الطارئ هو مما في وسع الشخص العادي توقعه أو أنه من الحوادث الطارئة هو مما يدخل في سلطة قاضى الموضوع طالما أقام قضائه على أسباب مؤدية إلى ما انتهت إليه. الطعن رقم ١١١١٢ لسنة ٧٩ جلسة ٢٠١٨/٢/٢٦.

وأخيرا، لا يُشترط في الحادث الاستثنائي غير المتوقع الذي يُراد الاستناد إليه لتعديل العقد أن يترتب عليه جعل التزامات المدين مستحيلة استحالة تامة وإنما يكفي أن يترتب عليه جعل الوفاء مرهقاً للمدين ارهاقاً يُهدد بخسارة فادحة أي أن يُصبح من الظلم إجبار المدين على الوفاء بما التزم به كاملاً بما يسبب له خسارة تجاوز حد الخسارة المألوفة[١]. والإرهاق ذات معيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف فما يكون مرهِقاً لمدين قد لا يكون مرهِقاً لمدين آخر، وما يكون مرهِقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى. المهم أن تنفيذ الالتزام يكون مرهقاً بحيث يُهدد المدين بخسارة فادحة؛ لأن الخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي[٢].

ولا يُنظر في الإرهاق إلا للصفقة التي أبُرم في شأنها العقد، فلو بلغت الخسارة التي تُهدد المدين من جراء هذه الصفقة أضعاف الخسارة المألوفة كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً مقارنة بمجموع ثروته، فثروة المدين يكون لها محل اعتبار في تقدير الخسارة إلى حد معين. فالفقير مثلاً تعد

(١) جـاء بالمذكـرة الإيضاحيـة للمشـروع التمهيـدي للقانون المدني المصري أن" ولما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها، فمن الأهمية بمكان أن نستبين وجوه التفرقة بين النظريتين. فالطارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم. ولكنه يفترق عنها في أثره في تنفيذ الالتزام. فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً، بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة. ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء. فالقوة القاهرة تفضي إلى انقضاء الالتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة. أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته". مجموعـة الأعمـال التحضيريـة للقانـون المدني المصري، جـ٢، الالتزامات، مرجع سابق، ص٢٨١.

(٢) قضـت محكمـة النقـض المصرية بأن " قوام نظرية الظروف الطارئة في معنى المادة ١٤٧ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد، و المعيار في توافر هذا الشرط معيار مجرد مناطه ألا يكون في مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد في ذات الظروف عند التعاقد دون ما اعتداد بما وقر في ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقع " الطعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٦ جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩س٤١ ص٨٣٣ ق٣٠٥.

الخسارة بالنسبة إليه فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التي أصبحت مرهِقة فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين[١]. وبمعنى آخر تُقدر درجة الإرهاق تقديراً موضوعياً لا شخصياً، فلا يُنظر إلى درجة تحمُّل المدين شخصياً للخسارة الناشئة من تغير الظروف، بل يُنظر إلى مدى الخسارة الناشئة من ذلك ومجاوزتها قدر الخسارة المحتملة. أي أنه يُعوَّل في تقدير الإرهاق على مدى اختلال التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين، بغض النظر عن ثروة المدين وعن أي ظرف آخر من شأنه أن يُساعد المدين على تحمل الخسارة الناتجة عن الحادث ويخضع شرط الإرهاق للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة عليه من محكمة النقض مادام استخلاصه سائغاً كما يجب التمسك بهذا الشرط أمام محكمة الموضوع وإلا فلا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه يتعلق باعتبارات موضوعية خاصة بالصفقة[٢].

(١) ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة، فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة، ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التي أصبحت مرهقة، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين. فإذا تعاقد الفرد مع الحكومة، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إليه، فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التي عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة في ذاتها، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هي شيء هين بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة. بل إن الإرهاق لا ينتفي حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها. فإذا التزم تاجر بتوريد قمح، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح، ثم علا سعر القمح لحادث طارئ أضعافاً مضاعفة، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها في الصفقة التي ابرمها. أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو، ولا شأن للدائن به. السنهوري: الوسيط...، جـ١، مرجع سابق، ص ٥٥٦، ٥٥٧.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن " توافر الإرهاق الذي يهدد بخسارة فادحة أو عدم توافره ومعياره موضوعي بالنسبة للصفقة المعقودة ذاتها -من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها =

وإذا جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد في الالتزام المقابل، فإنه لا يجوز له فسخ العقد حتى ولو تضمن شرطاً فاسخاً صريحاً؛ لأن الشرط لا يعمل أمام الطبيعة الآمرة للنص. كما أن القاضي إذا كان له سلطة في تعديل العقد أن يرُد الالتزام المرهق، فإنه بموجب هذا التعديل ستتوزع الأعباء غير المتوقعة على الطرفين المتعاقدين معاً وليس إعفاء أيهما من هذه الأعباء لذلك حُكم بجوازه. أما إذا تم الاعتراف بالفسخ فمعنى ذلك إخلاء أحدهما من هذه الأعباء وهو ما يتعارض مع العدالة[١]. أما المدين فلا يحق له طلب الفسخ وإنما يتعين عليه أن يؤدي التزامه وفق التعديل الذي يراه القاضي، فحقه قاصراً على طلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك لذات التبريرات السابق ذكرها والتي تحرم على القاضي الحكم بفسخ العقد[٢].

هذا ويلاحـظ أن سلطة القاضي في تعديل العقد تعتبر من النظام العام وكل اتفاق بين المتعاقدين على استبعاد هذه السلطة أو تقييدها يعتبر باطلاً [٣]لأنه لو أُبيح

قاضى الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض ما دام استخلاصه سائغاً ومستمداً مما له أصله الثابت بالأوراق ". الطعـن رقـم ٥٨٥لسـنة ٥٢ جلسـة١٩٨٥/١٢/٢٤ س ٣٦ص ١١٧٨ق٢٤٣.

(١) أحمد شوقي عبد الرحمن: النظرية العامة للالتزام، العقد والارادة المنفردة" منشأة المعارف، ٢٠٠٥، ص ١٨٩.

(٢) جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن " ويراعى أخيراً أن تطبيق نظرية الطوارئ غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضي من حدود المألوف في رسالته، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد، بل يجاوز ذلك إلى تعديله". مجموعـة الأعمـال التحضيريـة للقانـون المدني المصري، جـ٢، الالتزامات، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

(٣) قضت محكمة النقض المصرية بأن " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مؤدى نص المادة ١٤٧ من القانون المدني في فقرتها الثانية أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف - وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين - أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك. الطعن رقم ١٣٦٨٣ لسنة ٨٨ جلسة ٢٣ / ٣ / ٢٠١٩

النزول عن هذه الحماية بشرط في العقد، لكان شرطاً جارياً في جميع العقود ولتعطل إعمال القاعدة في أكثر العقود[١]. والمقصود هنا هو منع النزول العام عن التمسك بالحماية المقررة. أما إذا كان شرط العقد ينصب على تنظيم خاص لمواجهة ظرف أو ظروف طارئة محددة، فهو شرط جائز واجب الاحترام وينفي عن الحادث الطارئ وصف عدم التوقع[٢]. كما أن مهمة القاضي في توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته المألوفة فهو لا يقتصر على تفسير العقد، بل يجاوز ذلك إلى تعديله[٣].

(١) جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن "وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تفتضيها العدالة، فهي تستهدف للنقد باعتبارها مدخلاً لتحكم القاضي. بيد أن المشروع قد جهد في أن يكفل لها نصيباً من الاستقرار، فأضفى عليها صبغة مادية يتجلى أثرها في تحديد الطارئ غير المتوقع وفي إعمال الجزاء الذي يترتب على قيامه. فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء يقدره تقديراً ذاتياً أو شخصياً، كما فعل القانون البولوني في نصه على إثبات خيار المحكمة في هذا الصدد إذا رأت ضرورة لذلك، بل اتخذ المشروع من عبارة " إن اقتضت العدالة ذلك " بديلا من هذا النص. وهي عبارة تحمل في ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعي النزعة. وفضلا عن ذلك فإذا تثبت القاضي من قيام الطارئ غير المتوقع وعمد إلى إعمال الجزاء بإنقاص الالتزام الذي أصبح يجاوز السعة، فهو ينقص منه إلى الحد المعقول، وهذا قيد آخر مادي الصبغة لا نظير له في التقنين البولوني". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، جـ٢، الالتزامات، مرجع سابق، ص٢٨٠، ٢٨١.

(٢) جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام.، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

(٣) جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن " ويراعى أخيراً أن تطبيق نظرية الطوارئ غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضي من حدود المألوف في رسالته، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد، بل يجاوز ذلك إلى تعديله". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، جـ٢، الالتزامات، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

الخاتمة

الفسخ باعتباره طريق لانحلال العقد، عنيًّا به المشرعين المصري والسعودي عناية لا تقل أهمية عن مرحلة تكوينه؛ لأن المتعاقد الذي يرضى بأن يكون ملتزماً في مواجهة غيره يقوم بذلك من أجل الحصول على مقابل ما يلتزم به. وبالتالي إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد جزاء لعدم التنفيذ مع التعويض إذا تطلب الأمر ذلك.

وإذا كان الأصل في الفسخ أن يكون قضائياً، إلا أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على أن يُعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة إذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. إذ أجاز المشرعان المصري والسعودي للمتعاقدين عند إبرام العقد الاتفاق على أن يكون لأحدهما الحق في فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد، دون اللجوء إلى القضاء. وهذا ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح.

ويتدرج المتعاقدان في الشرط الفاسخ الصريح وذلك بالاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، وهذه أدنى درجات الشرط. وقد يزيدان في قوة الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. ثم قد يصلان إلى أعلى مراتب الشرط، فيتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار.

وإذا كان المشرع قد اعترف للقاضي في مجال الفسخ القضائي بسلطة تقديرية واسعة في إجابة طالب الفسخ أو رفضه أو في نظرة المدين إلى أجل يُحدده. إلا أن وجود الشرط الفاسخ الصريح في العقد يسلب القاضي هذه السلطة، ويقتصر دوره فقط على إعمال الشرط والتحقق من وجوده. ومتى تم ذلك كان حكمه مقرراً للفسخ لا منشئاً له.

وإذا كان الأصل أن الفسخ يقع حال توفر الشرط الفاسخ الصريح بمجرد تحقق واقعة الإخلال بالالتزام وكانت صيغته صريحة وداله بذاتها على وجوب الفسخ، إلا أن هناك حالات تحول دون إعمال الشرط وبالتالي امتناع القاضي عن تقرير الفسخ. كما إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه يستند إلى سبب مشروع

كالدفع بعد التنفيذ، أو كان هناك مانع قانوني يُعطل إعمال الشرط كما في حالة الظروف الطارئة.

النتائج والتوصيات

أولاً: التنظيم الذي أورده المشرعان المصري والسعودي بخصوص إعمال الشرط الفاسخ الصريح يتسم بالبساطة والوضوح، ويشكل نظرية متكاملة في إعمال الفسخ الاتفاقي.

ثانياً: كان للقضاء المصري - ممثلاً في محكمة النقض- فضلُ كبير في تدعيم وتطبيق الشرط الفاسخ الصريح. أما القضاء السعودي فلم يرد أي تطبيق للمحكمة العليا لحداثة إصدار قانون المعاملات المدنية.

ثالثاً: ليس هناك ضرورة لوجوب تدخل تشريعي أو المساس بالنصوص القائمة في القانون المدني المصري أو قانون المعاملات المدنية السعودي، بشأن الشرط الفاسخ الصريح لأنها بذتها تُشكل أساساً قانونياً يُمكن للقضاء الاستناد إليها وتطبيقها ومراقبة مشروعيتها على ضوء الظروف الراهنة وما يُستجد من عوامل.

قائمة المراجع

أولاً : الكتب

١. أحمد شوقي عبد الرحمن : النظرية العامة للالتزام، . العقد والارادة المنفردة" منشأة المعارف، ٢٠٠٥
٢. أيمن سعد سليم : مصادر الالتزام، دراسة موازنة، دار النهضة العربية، ٢٠٢٠
٣. توفيق فرج، مصطفى الجمال: توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال: مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٩.
٤. توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الدار الجامعية، ١٩٩٦.
٥. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ١٩٩٥.
٦. حسام الدين الأهواني: النظرية العامة للالتزام، جـ ١، مصادر الالتزام، ط٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
٧. رمضان أبو السعود: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦.
٨. سمير تناغو: مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مكتبة الوفاء للنشر، ٢٠٠٩.
٩. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المراغي دار الشروق، ٢٠١٠.
١٠. الجزء الأول، مصادر الالتزام.
١١. الجزء الثالث، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء.
١٢. نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨.
١٣. عبد الودود يحي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٦ .
١٤. عمر علي الشامسي: فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٠.
١٥. محمد حسام لطفي: النظرية العامة للالتزام، المصادر، الأحكام، الإثبات، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، من دون ناشر، ٢٠٠٧.
١٦. محمد حسين منصور: دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف،١٩٩٣.
١٧. محمد علي عمران : مصادر الالتزام، مكتبة الرسالة، ٢٠٠٣.
١٨. منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر، ١٩٩٦.
١٩. نبيل سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٧.
٢٠. نزيه المهدي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصاد الالتزام، ٢٠٠٨.

ثانياً: القوانين والتشريعات

٢١. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته.

٢٢. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مذكرة المشروع التمهيدي، الصادرة عن الحكومة المصرية، وزارة العدل. الجزء الثاني، الالتزامات.

٢٣. نظام المعاملات المدنية السعودي رقم م/ ١٩١الصادر في ١١/٢٩/ ١٤٤٤هـ لموافق ٢٠٢٣/٥/١٨.

ثالثاً: الأحكام

٢٤. موقع محكمة النقص على شبكة الإنترنت

List of references

First: the books

1. Ahmed Shawki Abdel Rahman: the general theory of commitment . The contract and the single Will" knowledge facility, 2005
2. Ayman Saad Selim: sources of commitment, a budget study, Arab renaissance house , 2020
3. Tawfik Faraj, Mustafa al-Jamal: Tawfik Hassan Faraj, Mustafa al-Jamal: sources and provisions of commitment, a comparative study, al-Halabi human rights publications, Beirut 2009.
4. Tawfik Hassan Faraj: the general theory of commitment, the theory of contract, University House, 1996.
5. Jamil al-Sharqawi: the general theory of commitment, book I, sources of commitment, 1995.
6. Hussam al-Din al-Ahwani: the general theory of commitment, Vol.1, sources of commitment, Vol. 2, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, 1995.
7. Ramadan Abu Al-Saud: sources of commitment, new university House, 2006.
8. Samir tanagu: sources of commitment, contract and individual will, illegal action, enrichment without reason, law, Al-Wafa publishing library, 2009.
9. Abdul Razzaq Al-Sanhouri: the mediator in explaining the civil law, revising al-Maraghi Dar Al-Shorouk, 2010.
10. Part One, sources of commitment.
11. The third part, descriptions-transfer-expiration.
12. The theory of the contract, part one, First Edition, al-Halabi human rights publications, 1998.
13. Abdul Wadud Yahya: summary in the general theory of obligations, section I, sources of commitment, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, 1986 .
14. Omar Ali Al Shamsi: termination of the contract, National Center for legal publications , 2010.
15. Mohamed Hossam Lotfi: the general theory of commitment, sources, rulings, proof, a detailed study in the light of jurisprudence opinions and judicial rulings, without a publisher, 2007.
16. Mohammad Hossein Mansour: the role of the judge in relation to the explicit condition, the knowledge facility, 1993.
17. Muhammad Ali Imran: sources of commitment, library of the message , 2003.
18. Monzer al-Fadl: the general theory of obligations, a comparative study between

Islamic jurisprudence and positive civil laws, part I, sources of obligation, House of culture publishing house, 1996.

19. Nabil Saad: the general theory of commitment, sources of commitment, new university House, 2007.
20. Nazih al-Mahdi: the general theory of commitment, part I, source of commitment, 2008.

Secondly: laws and legislation

21. the Egyptian Civil Code No. 131 of 1948 and its amendments.
22. the collection of preparatory works for the Egyptian civil law, the preliminary draft memorandum, issued by the Egyptian government, the Ministry of Justice. The second part, obligations.
23. the Saudi Civil Transactions Law No. m / 191, issued on 29/11/1444 ah to 18/5/2023.

Third: the provisions.

24. The website of the court of shortage

فهرس الموضوعـات

الموضـــــوع **الصفحة**

مقدمة..... ١١٥٥
مبحث تمهيدي التعريف بالشرط الفاسخ الصريح وتمييزه عن غيره ١١٥٨
المبحـث الأول صـور الشرط الفاسخ الصريح ١١٦٤
المبحـث الثـاني شـروط إعمال الشرط الفاسخ الصريح ١١٧٥
المبحث الثالث امتناع القاضي عن إعمال الشرط الفاسخ الصريح رغم تحققه ١١٨١
الخاتمة ١٢٠١
قائمة المراجع ١٢٠٣
فهرس الموضوعـات ١٢٠٧