

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذى يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ، فإذا كان قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد، وباعه من آخر، فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه إذ فى هذا إخلال بالتزام الضمان، وسنرى فى العقود الزمنية أن الفسخ فيها لا يمس ما سبق تنفيذه من هذه العقود، فليس من الضروري إذن للمطالبة بفسخها أن يرد ما سبق تنفيذه.

أما إذا كان المدين هو الذى استحال عليه أن يرد الشيء إلى أصله، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ، ويقضى على المدين فى هذه الحالة بالتعويض (م ١٦٠) وسيأتى بيان ذلك.

### المطلب الثانى

#### كيف يستعمل حق الفسخ

٤٧٣ - إعذار المدين: قضت الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ بأن الدائن، حتى يطالب بفسخ العقد، يعذر المدين مطالباً بإياه بالتنفيذ<sup>(١)</sup> ولم يكن فى القانون القديم نص على الإعذار، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته<sup>(٢)</sup>، على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً<sup>(٣)</sup>.

وإعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له على كل حال أهمية عملية تظهر فى أمرين: (١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ. (٢) ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ<sup>(٤)</sup>.

ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين

(١) (أ) إعذار المدين هو وضعه قانوناً فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه، والأصل فى هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام، ومن ثم فلا يعد إعذاراً إعلان المشتري بصحيفة دعوى فسخ البيع لإخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام.

(جلسة ٢٥ / ١ / ١٩٧٩ الطعن ٥٤٤ سنة ٤٨ ق).

(ب) وإذا كان بروتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم بإعلانها المحضر إلى المدين لإثبات امتناعه عن الدفع، فإن البروتستو يعتبر إعذاراً للمدين بالمعنى الذى يتطلبه القانون فى الإعذار.

(جلسة ١٢ / ١١ / ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٠٢٨).

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية فى أول إبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧٨ ص ١٤٩ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥.

(٣) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٩٥ ص ٢١٦ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤.

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٥٠.

بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل شيء وعمله المدين (م ٢٠٠)<sup>(١)</sup>.

٤٧٤ - صدور حكم بالفسخ: ولا بد من رفع دعوى وصدور حكم بفسخ العقد، ونص المادة ١٥٧ من القانون الجديد صريح في هذا المعنى، وقضاء المحاكم في عهد القانون القديم مضطرد في وجوب صدور حكم بالفسخ<sup>(٢) (٣)</sup>.

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق، ففي الفسخ بحكم الاتفاق (وكذلك الانفساخ بحكم القانون) يكون الحكم مقررًا للفسخ لا منشئًا له، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشئ للفسخ<sup>(٤)</sup> ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة

(١) (أ) وإن كان يتعين لكى تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقًا للشرط الفاسخ الضمنى أن ينبه البائع على المشتري بالوفاء تنبيهًا رسميًا إلا أن محل ذلك ألا يكون المشتري قد صرح بعدم رغبته من القيام بالتزامه فإذا كان المشتري قد عرض ثمنًا أقل مما هو ملزم سداده وصمم على ذلك لحين الفصل فى الدعوى فلا تكون هناك حاجة لكى يصح الحكم بالفسخ - إلى ضرورة التنبيه على المشتري بوفاء الثمن المستحق. (جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٦٣١).

(ب) لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أن اعتبر الأخطاء الفنية التى وقع فيها المفاوض مما لا يمكن تداركه فإن مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المفاوضة قد أصبح غير ممكن تنفيذه ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العيني لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٦/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٧٩٧).

(٢) قضت محكمة النقض بأنه من المتفق عليه فقهاً وقضاءً أن الشرط الفاسخ الضمنى، كالتأخر عن دفع الثمن فى ميعاده، لا يقضى بذاته الفسخ، بل لا بد لفسخ العقد من حكم قضائى بذلك، وهذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - انظر أيضًا فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية فى ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفى ٢٨ إبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٥ ص ٤٨ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ - وفى ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ - وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٠٨ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ - وفى ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٧ - وفى ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣).

(٣) إنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله يجوز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره أن يطلب من القاضى فسخ العقد، وأن تقدير مبررات الفسخ وكفاية أسبابه أو عدم كفايتها وتحديد الجانب المقصر فى العقد أو نفى التقصير عنه، كل ذلك تستقل به محكمة الموضوع دون معقب عليها متى استندت إلى أسباب سائغة.

(محكمة التمييز الكويتية جلسة ٢٠٠٣/٦/٤ الطعن ٢٠٠٢/٧٤٩ مجموعة المكتب الفنى القسم الخامس المجلد الثالث ص ٢٠٥ تجارى).

(محكمة التمييز الكويتية جلسة ٢٠٠٥/٦/١٨ الطعن ٢٠٠٤/٦٢٧ تجارى مجموعة المكتب الفنى القسم الخامس المجلد الثالث ص ٢٠٧).

(٤) إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالاً لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدنى لا استناداً إلى وجود شرط فاسخ صريح فى العقد فإن هذا القضاء يكون منشئاً للفسخ لا مقررًا له. (جلسة ١٩٦٦/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٧٩٧).

من أعمال التصرف، وإذا رفع الوصى دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة المختصة كانت الدعوى غير مقبولة<sup>(١)</sup>.

**٤٧٥ - الخيار بين الفسخ والتنفيذ:** فإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتميًا، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي<sup>(٢)</sup>.

(١) استئناف مصر في ٢٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٦٧١.

وقضت محكمة النقض بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلطان طبيعة وحكمًا، فالشرط الفاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ إذ هو خاضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يمهّل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ، أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) موجب للفسخ حتمًا فلا يملك معه القاضي إمهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي إلى الوفاء، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجبًا للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار، وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذا قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محققًا في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود التبادلية، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت إن الفسخ كان متفقًا عليه جزاء للتخلص عن أداء الثمن وأنه قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر حق البائع في الفسخ نزولاً على الشرط الفاسخ الصريح عملاً بنص المادة ٣٣٤ مدني (قديم).

ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسبابًا لحكمها، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرطي الفسخ الصريح والضماني طبيعة وحكمًا، وهذا تعارض في أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه (نقض مدني في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥)، وقضت أيضًا بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد بنى الفسخ الذي قضى به على الشرط الضمني، ثم جاء الحكم الاستئنافي مقامًا من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائي، فإنه يكون متناقضًا لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر (نقض مدني في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ ص ٣٥) - على أنه قد يجتمع الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق في عقد واحد وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع مذكورًا فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغيًا ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محرومًا مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وبقاؤه من غير أي اشتراط في العقد بخصوصه، فإن تفسيرها لا غبار عليه (نقض مدني في ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ ص ٧٥٠).

(٢) المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها هو من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة، وأن لمحكمة الموضوع عملاً بنص المادة ١٥٧ من القانون المدني أن ترفض طلب الفسخ في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه إخلالاً جزئيًا إذا رأت أن ما لم يتم تنفيذه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملة، وسلطة المحكمة في استخلاص هذه النتيجة مطلقة ولا معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(محكمة النقض المصرية جلسة ١٤/١٠/٢٠٠٦ الطعن رقم ١٠٧٢٣ لسنة ٧٥ق).

(محكمة التمييز بدبي جلسة ٧/١١/٢٠٠٦ الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٢٠٠٦ تجاري. العدد السابع عشر. ص ١٥٥١).

(جلسة ١٠/٩/٢٠٠٦ الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٢٠٠٦ مدني العدد السابع عشر. ص ١٢٨٦).

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل، قبل الحكم، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه إلى الفسخ<sup>(١)</sup>، على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد<sup>(٢)</sup> كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطرفين، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما نزولاً منه عن الطلب الآخر<sup>(٣)</sup>.

وللمدين كذلك، قبل النطق بالحكم النهائي، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ<sup>(٤)(٥)(٦)</sup>. ولا

(١) استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٣٧ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٣٨ ص ١٨٧.

(٢) استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ وقد سبقت الإشارة إليه - وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨.

(٣) ولمحكمة الموضوع أن تقدر هل تعتبر العمل الذي صدر من المدين نزولاً عن أحد الطرفين، كما إذا تقدم في توزيع لمال المدين ويراد أن يفهم من ذلك نزوله عن الفسخ: نقض فرنسي في ١٦ مارس سنة ١٨٤٠ سيريه ٤٠ - ١ - ١٢١ - وكما إذا رضى ببيع صدر من المشتري منه فنزل بذلك عن حقه في المطالبة بفسخ البيع الأول: نقض فرنسي في ١٥ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩٠٩ - ١ - ٣٩١ - وكما إذا أجرى المشتري إصلاحات في العقار الذي اشتراه فنزل بذلك ضمناً عن حقه في طلب فسخ البيع: استئناف مختلط في ٣ إبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ - ٢٤٩ - وكما إذا طالب البائع المشتري بدفع الثمن واتخذ إجراءات تحفظية لذلك فنزل ضمناً عن الفسخ: استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٣٩ ص ٩٦.

سبقت الإشارة إليه - وكما إذا تقدم البائع كدائن بالثمن في تفليسة المشتري فلا يجوز له أن يطلب استرداد الشيء المبيع بعد ذلك: استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨ وقد سبقت الإشارة إليه. (٤) وقد قضت محكمة الاستئناف بأنه يسوغ للمستأجر أن يمنع الحكم بفسخ الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع المبلغ المستحق قبل صدور الحكم النهائي (٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٨٣) وقضت بأنه إذا طلب البائع من المحكمة فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع ثمن المبيع، فللمشتري أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن، ولو بعد صدور الحكم عليه، وإنما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشيء المحكوم به أو تأييده استئنافاً، وهذا الحق الذي للمشتري يرجع إليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد أن حكمت ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ، لأن قبول التماس يعيد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض (٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ - انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٩/٢ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٤) - على أن كثيراً من أحكام القضاء المختلط كان يذهب إلى عكس ذلك ولا يجعل المدين يتجنب الفسخ بأن ينفذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي: استئناف مختلط في ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٨ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠١ - وفي ٩ يناير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٠٩ ص ٤٧ - وفي ٢٧ إبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧١، ولكن محكمة النقض حسمت الأمر فقضت بأنه إذا كان الشرط الذي تضمنه العقد شرطاً فاسخاً ضمناً فللمشتري إلى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ - الحق في توقي الفسخ بدفع الثمن - وإذا كان المشتري لم يعرض على البائع باقي الثمن إلا عند رفعه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ فمن الخطأ أن تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات الدرجتين في حكمها برفض دعوى الفسخ، إذ هو كان محققاً في طلب الفسخ حتى اتقاء المشتري بهذا العرض فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا بمصروفات الاستئناف إلى وقت حصول العرض (نقض مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨).

(٥) أنه وإن كان الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني يخول المدين أن يتوقى صدور الحكم بالفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى إلا أن هذا

يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك محل للحكم بتعويض للدائن عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

كذلك القاضي ليس محتماً عليه أن يحكم بالفسخ بل إن له في ذلك سلطة تقديرية، فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك<sup>(١)</sup>، وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه<sup>(٢)</sup> وتتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحة إذ تقول: «ويجوز

الوفاء المتأخر يجب أن يتم طبقاً للشروط المتفق عليها في العقد، لما كان ذلك، وكان البين من عقد البيع موضوع النزاع أن طرفيه اتفقا في البند الرابع عشر منه على أنه إذا تأخر المشتري عن سداد قسطين من الثمن يقوم البائع بالتنبيه عليه بالسداد في موعد يحدده له وإذا تخلف عن ذلك استحق باقي الثمن ويكون للبائع في هذه الحالة إما المطالبة بالثمن وغرامة تأخير، أو فسخ العقد دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار قانوني آخر، وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة أول درجة بحلول الأقساط الآجلة لتخلف المطعون ضده عن سداد الأقساط المستحقة في الموعد المحدد بعد إعلانه بها وفقاً للمتفق عليه في عقد البيع فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض طلب الفسخ لعدم تكليف المطعون ضده سداد كامل الثمن ورغم عدم الحاجة إلى التنبيه عليه بذلك فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(جلسة ٢٦/٢/٢٠٠٧ الطعن رقم ٩٦٧٧ لسنة ٦٤ق).

(٦) من المقرر أن الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني يخول للمدين الحق أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائي ما لم يتيبن لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به فلا عبرة بمقدار ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائي.

(جلسة ٢٩/٥/١٩٩١ الطعن ٣٧٦ لسنة ٥٤ق).

(جلسة ٦/٣/١٩٨٩ الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق).

(جلسة ٢٨/٥/١٩٨٦ الطعن ٢٠٢٢ لسنة ٥٤ق).

(جلسة ٢٢/٥/١٩٨٤ الطعن ١٩٥٤ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٣٩٠).

ويلاحظ الحالات التي يقضى فيها القانون بحرمان المدين من توقي الفسخ كالأشأن في قانون إيجار الأماكن حين يقضى بفسخ الإجارة بسبب الإيجار من الباطن أو التنازل من المستأجر ولو أزال المستأجر المخالفة قبل صدور الحكم.

(جلسة ٧/٢/١٩٧٩ الطعن ٥٠٩ لسنة ٤٦ق).

(١) تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفى التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة.

(جلسة ١٧/٣/١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٤٥٠).

(جلسة ٥/٤/١٩٧٩ الطعن ١١٣ لسنة ٤٦ق).

(٢) محكمة الإسكندرية الوطنية في ٢٧ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٤ - محكمة طنطا الكلية في ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٣٥ ص ٤١٨ - استئناف مختلط في ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ - وفي أول إبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٨ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ - ومع ذلك انظر استئناف مختلط في ١٨ يونية سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٠. ولكن القانون الجديد صريح في جواز عدم استجابة القاضي لطلب الفسخ وإعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه.

(٣) الفسخ إذا لم يشترط بنص في العقد، فإنه يكون طبقاً لنص المادة ١٥٧ من القانون المدني، خاضعاً لتقدير

للقاضى 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 فى جملة «ومما يحمل القاضى على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله فى ذلك إهمالاً واضحاً رغمًا من إعدار الدائن له قبل رفع الدعوى<sup>(١)</sup>، ومما يحمله على استبقاء العقد أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملة كما يقول النص<sup>(٢)</sup>، ومما يحمله على إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ أن يكون للمدين عذر فى تأخره عن التنفيذ، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر<sup>(٣)</sup>، أو أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين<sup>(٤)</sup>، ولا يمنع القاضى أن يعطى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى<sup>(٥)</sup>، وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ

قاضى الموضوع، يحكم به ويمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، وإن كان الوفاء فى غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الفسخ حتماً، إذ لا ينطوى منح الأجل ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وإنما تبقى سلطة قاضى الموضوع التقديرية فيظل العقد قائماً، ويكون الوفاء بالالتزام لا يزال ممكناً بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائى، ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء فيقضى بالفسخ أو برفضه.

(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٦٨٣).

(جلسة ١٩٧٨/١/١٤ الطعن ١٧٥ لسنة ٤٤ ق).

(جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢٢٠).

(جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٢٩٦).

(١) أو أن يكون الفسخ مشروطاً صراحة إذا تحققت ظروف معينة على وجه التحديد. استئناف مختلط فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٦.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح، وكان الفسخ مقاماً على الشرط الفاسخ الضمنى، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب فى حال الإخلال الجزئى إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل فى قصد العاقد فسخ العقد وسلطة المحكمة فى استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها (نقض مدنى فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨).

(٣) استئناف مختلط فى أول إبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ (ولم يتسلم المشتري السندات ولكن ذلك لم يصبه بضرر ما وكان فى إمكانه تسلمها) - وفى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨ (أراد البائع لأرض انتهاز فرصة أن المشتري تأخر قليلاً عن دفع جزء من الثمن ليفسخ الصفقة بعد أن ارتفع ثمن الأرض).

(٤) إذا كان هناك خطأ فى جانب كل من الطرفين، فقد يدعو ذلك القاضى إلى عدم الحكم بالفسخ والاكتفاء بالتعويض (استئناف مختلط فى ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٠) وقد يخطئ المدين فى تفسير العقد فيتأخر وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه، فلا يكون هذا التأخر مبرراً للفسخ (محكمة مصر المختلطة الجزئية فى أول فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣-١٧٣ ص ٩٠).

(٥) فللقاضى إذن سلطة التقدير، فله أن يفسخ العقد، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه، وسلطته هذه مسألة موضوعية لا معقب عليها من محكمة النقض، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن فصل محكمة الموضوع فى صدد كتابة الأسباب لفسخ التعاقد أمر موضوعى خارج عن رقابة محكمة النقض، فلا تثير عليها إذ هى رأت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقد، وبينت الأسباب التى استندت إليها فى ذلك (نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ ص ٥٦٦) وقضت أيضاً بالآ يكون الشرط

الالتزام في غضونهما، وليس له أن يتعدها، بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى<sup>(١)</sup>، ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك<sup>(٢)</sup> وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ، فإنه يجوز للقاضي في هذا الصدد - طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ - في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم<sup>(٣)</sup>.

٤٧٦ - تقادم دعوى الفسخ: ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها، فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار طبقاً للقواعد العامة في التقادم المسقط<sup>(٤)</sup> وهذا بخلاف دعوى الإبطال، فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال<sup>(٥)</sup>.

الفاسخ مقتضياً الفسخ حتماً إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار أما الشرط الضمني الفاسخ فلا يلزم القاضي به، بل هو يخضع لتقديره للقاضي ألا يحكم بالفسخ، وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ (نقض مدني في ٢ إبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص ١٠٨٦) وقضت أخيراً بأنه لما كان القانون لا يوجب على القاضي في خصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يقضى به إنما خوله سلطة تقديرية، فله أن يحكم به، وله أن يعطى المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام في غضونهما، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - انظر أيضاً نقض مدني في ٨ يولية سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥١ ص ٤١٩ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢).

(١) على أن يجوز إعطاء مهلة ثانية إذا كانت المهلة الأولى أعطيت في دعوى بالتنفيذ لا في دعوى بالفسخ (نقض فرنسي في ٨ يناير سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ١ - ٤٩٧).

(٢) نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية وقد سبقت الإشارة - استئناف مختلط في ١٣ إبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠.

(٣) يلاحظ أن أحكام محكمة النقض اللاحقة على هذا الحكم قضت بأن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الفسخ حتماً، انظر البند السابق.

(٤) ونرى من ذلك أن القاضي يجوز له أن ينظر المدين إلى آجال أي إلى أجل بعد أجل، إلى أجل واحد.

(٥) لئن كان حق المشتري في استرداد الثمن من البائع في حالة فسخ البيع يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير حق، الأمر الذي أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدني بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام زال سببه بعد أن تحقق وهو ما ينطبق على حالة ما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه في عقد فسخ بعد ذلك إلا أنه في حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه - طبقاً للمادة ١٥٩ مدني - لاستحالة تنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية بسبب الاستيلاء لديه على الألبان المبيعة تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعي ومنازعة البائع في حصول هذا الانفساخ قبل رفع الدعوى وأثناء نظرها لا يقضى برد الثمن إلا كأثر من الآثار المترتبة على فسخ العقد أو انفساخه طبقاً للمادة ١٦٠ من القانون المدني وإذا كانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ولا تقادم إلا بخمس عشرة سنة فإنه طالما يكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن إذا لا يكون هذا الثمن مستحق الأداء وممكن المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ.

(جلسة ١٩٦٨/٦/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٣٤٥).

(٦) ويوجبدين الفسخ والإبطال إلى جانب هذا الفرقان آخران: (أ) يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين