

الشرط الفاسخ الصريح وسلطة القاضي إزاءه: دراسة تحليلية تأصيلية في القانون المدني الكويتي مع الإشارة إلى بعض القوانين المقارنة^(*)



د. عبدالكريم ربيع العنزي
باحث ثان
أستاذ القانون المدني المشارك



د. سامي الهذال العنزي
باحث أول
أستاذ القانون المدني المساعد

قسم القانون، كلية الدراسات التجارية، الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب، دولة الكويت

الملخص:

يسلط هذا البحث الضوء على موضوع لم يحظ بكبير اهتمام في القانون الكويتي، ألا وهو «الشرط الفاسخ الصريح وسلطة القاضي إزاءه». وقد نظم المشرع الكويتي الشرط الفاسخ في المادة (210) من القانون المدني؛ حيث جاءت صياغة هذا النص مباينة للنصوص المنظمة للفسخ الاتفاقي في أغلب القوانين المدنية العربية؛ الأمر الذي أفرز العديد من التساؤلات والإشكاليات العملية؛ ما دفع الباحثين إلى محاولة تحليل نص هذه المادة، وموقف القضاء الكويتي من الشرط الفاسخ الصريح، مع الإشارة إلى موقف القضاء المصري منه. وتبرز أهمية البحث في التطبيق العملي للشرط الفاسخ الصريح، بالنظر إلى تركيزه في كثير من العقود وذويع استعماله، والنتائج الوخيمة التي تترتب عليه؛ من استبعاد سلطة القضاء في الفسخ وتقدير مبرراته، ولو كان إخلال المدين بالتزامه قليل الأهمية أو مؤقتاً. ويقتصر نطاق البحث على دراسة الشرط الفاسخ الصريح في إطار المادة (210) من القانون المدني، من دون أن يمتد إلى دراسة التطبيقات التشريعية الخاصة بهذا الشرط.

وقد اتبع الباحثان، في معالجة موضوع الدراسة، منهجاً يمزج بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، مع الإشارة إلى بعض القوانين المقارنة، وانتهيا - في ختام البحث - إلى نتائج، أهمها: عجز القضاء عن تجاوز الشرط إذا كانت صيغته صريحة وقاطعة الدلالة في وقوع الفسخ عند ارتكاب المدين إخلالاً يسييراً، كما تبين لهما حظر المشرع الكويتي

وتاريخ قبوله للنشر: 29 فبراير 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 10 يناير 2024

الاتفاق على الإعفاء من الإعذار. إضافة إلى اضطراب بعض الأحكام القضائية، واختلاف الفقه بشأن مدى سقوط حق الدائن في ممارسة خيار الفسخ عند تمسكه بتنفيذ العقد. وانتهت الدراسة إلى العديد من التوصيات، على رأسها دعوة القضاء في الكويت ومصر إلى الأخذ بفكرة الإخلال الجوهري من المدين الذي يبيح للدائن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح، وكذا دعوة القضاء إلى عدم إعمال الشرط الذي يُصاغ بعبارات عامة ومجملّة، ويتيح للدائن فسخ العقد عند وقوع أي مخالفة أو إخلال من المدين بأي التزام يفرضه العقد، وأخيرًا التوصية بتبني القضاء فكرة حسن نية المدين المقصر كمانع من موانع إعمال الشرط الفاسخ، خصوصًا إذا لم يترتب على رفض الفسخ ضرر للدائن الذي يمكنه دائمًا اللجوء إلى القضاء لفسخ العقد قضائيًا.

كلمات دالة: الشرط الفاسخ، والفسخ التلقائي، والالتزام العقدي، والإعذار، والتنفيذ العيني، وحسن النية.

المقدمة:

أولاً- موضوع البحث:

علّق الفقيه الفرنسي بوريكان قائلاً: «إن حق الدائن في إعمال الشرط الفاسخ الصريح قد يكون مصدرًا للظلم»⁽¹⁾. وهذا القول يحمل في طياته كثيرًا من الصحة، ذلك أن هذا الشرط يرتب الفسخ التلقائي للعقد من دون حاجة إلى حكم قضائي، بمجرد إخلال المدين بالتزامه، ولو كان هذا الإخلال يسيرًا، أو غير متناسب مع جملة الالتزامات التي يترتبها العقد، وهو بهذه المنزلة يُمثل استثناءً من القاعدة العامة التي تستلزم صدور حكم قضائي لفسخ العقد؛ حيث يترتب عليه تجريد المحكمة من سلطتها في تقدير الفسخ ومبرراته؛ فلا يسعها إذا تحققت من قيام المخالفة الموجبة له سوى القضاء به إعمالاً لمقتضاه، وذلك من دون أن تملك منح المدين أجلًا للوفاء بالتزامه، ومن دون أن يستطيع المدين توقي الفسخ بالوفاء بالتزامه بعد تمسك دائئه به، أما الدائن فإن له الخيار دائمًا بين فسخ العقد إعمالاً للشرط، وطلب التنفيذ العيني.

وعلى الرغم من ذلك فإن هذا الشرط لا يترتب عليه حجب سلطة المحكمة التقديرية بالكلية إزاء الفسخ؛ فهي - بما لها من سلطة الرقابة على الشرط - تتحقق من قيامه وتوافر شروط إعماله، ومدى انطباقها على عبارة العقد، كما لها مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله.

فالشرط، وإن كان خاضعًا لمبدأ القوة الملزمة للعقد وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وما يستتبعه ذلك من عدم جواز تدخل القضاء في العلاقات التعاقدية إلا في أحوال استثنائية، إلا أن القضاء لم يفتأ في الوقوف حائلًا دون إعمال الدائن لخيار الفسخ، وذلك من خلال مراقبة الظروف الخارجية. وهذه الظروف الخارجية - في حقيقتها - عبارة عن أسباب استحدثها القضاء للحيلولة دون تمسك الدائن بالشرط الفاسخ الصريح؛ فهي تتيح للمحكمة، إن تحققت من قيامها، رفض إعمال الشرط، بما لا يبقى معه للدائن سوى طلب فسخ العقد بحكم من القضاء؛ ما يعني استرداد المحكمة سلطتها التقديرية الكاملة وفقًا للقواعد العامة في الفسخ القضائي.

وعلى الرغم من أن المتعاقدين يجوز لهما الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح، فإن المحكمة تتدخل في كثير من الأحيان لتعطيل أثر هذا الشرط، وعلى حد تعبير بعض الفقه:

(1) J. Borricand, «La clause résolutoire expresse dans les contrats», RTDCiv. 1957, p.458, n°27.

«يخرج المتعاقدان القاضي من الباب، لكنه ما يلبث أن يعود من النافذة!»⁽²⁾.

وعلى الرغم مما سبق، فإن الشرط الفاسخ الصريح لا يعدم فوائد عدة من الناحية العملية، خصوصاً في مواجهة المدين سيئ النية؛ فهو يحرر الدائن من إجراءات فسخ العقد قضائياً، والتي غالباً ما تستغرق مدة زمنية طويلة، قد يلحق الضرر بسببها، وكذلك يجنبه مساوئ نظام الفسخ القضائي التي تعطي القاضي سلطة تقديرية رحبة في تقدير الفسخ ومبرراته، ومنح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، وقبول الوفاء المتأخر إلى ما قبل صدور الحكم النهائي بالفسخ. وهو ما يمثل - وفق تعبير البعض - نوعاً من العدالة الخاصة⁽³⁾، وبمنزلة عقوبة عقدية تتضمن مجازاة المدين المقصر في الوفاء بالتزامه، ويؤدي إلى الضغط على إرادته بدفعه نحو الوفاء بالتزاماته التي يفرضها العقد بدلاً من الاعتماد على تساهل القضاء⁽⁴⁾.

ويتضح مما سبق أن الفسخ يعمل على تحقيق عدة وظائف مهمة: فهو يحقق وظيفة اقتصادية للدائن؛ بحل الرابطة العقدية التي أصبحت غير مجدية له من الناحية الاقتصادية، ويمثل ضماناً له بحمايته من الأضرار التي قد تترتب على عدم تنفيذ المدين العقد، كما أن له وظيفة جزائية تتجلى في حرمان المدين من الفائدة التي يتوخى الحصول عليها من العقد، وأخيراً يعتبر الفسخ نوعاً من التأمين العيني للبائع في عقد البيع؛ لأنه يتيح له استرداد المبيع كأثر للفسخ، بما يجنبه مزاحمة بقية الدائنين له في اقتضاء حقه من المدين⁽⁵⁾.

ومن الملاحظ أن المشرع الكويتي قد اتخذ موقفاً متميزاً مقارنة بأغلب التقنيات المدنية العربية في تنظيمه هذا الشرط؛ حيث قرر في المادة (210) من القانون المدني عدم جواز إعماله إلا إذا ثبت للمحكمة انصراف إرادة المتعاقدين كليهما إليه، وتبيناً حقيقة الأثر المترتب عليه، وهو وقوع الفسخ بغير حاجة إلى حكم من القضاء.

كما لم يؤثر مسابقة سبيل المشرع المصري في معرض تقنيته المادة (158) من

(2) Y-M Laithier, 'The French Law of Remedies for Breach of Contract' in N Cohen and E M - Kendrick (eds), Comparative Remedies for Breach of Contract, Hart Publishing, Oxford, UK, 2005, p.120.

(3) محمد حسن قاسم، الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ الصريح - إطلالة مقارنة بمناسبة حكم محكمة النقض (الدائرة المدنية)، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، القاهرة، مج2، ع2، بتاريخ 2021/1/16، ص349.

(4) المرجع السابق، ص363.

(5) حسام الدين الأهواني، سلطة القاضي في منح المدين أجلاً للوفاء تفادياً للفسخ، مجلة العقد الاجتماعي، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، إقليم كردستان العراق، أبريل 2020، ص32.

القانون المدني من جواز الاتفاق على الإعفاء من الإعذار؛ فقد تشدد إزاء ضمانته إعذار المدين وجعلها مسألة متصلة بالنظام العام، بتقريره بطلان الاتفاق على الإعفاء منه، مع استثناء المسائل التجارية من هذا البطلان.

وإزاء اتخاذ المشرع الكويتي هذا الموقف المتميز؛ فإن هذا يستدعي دراسة وتحليل المادة (210) من القانون المدني والتطبيقات القضائية للشرط الفاسخ الصريح.

ثانيًا - أهمية البحث:

تكاد أهمية موضوع البحث لا تخفى من الناحيتين النظرية والعملية؛ فقد لاحظ فريق من الفقه الفرنسي أن أكثر من نصف العقود تتضمن شرطًا فاسخًا صريحًا⁽⁶⁾، وهذه الملاحظة تنسجم مع ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، من شيوع إساءة استعمال المتعاقدين شرط الفاسخ الصريح في عقودهم، والنتائج الوخيمة التي تترتب عليه؛ من استبعاد سلطة القضاء في الفسخ، وتقدير مبرراته، ولو كان إخلال المدين بالتزامه قليل الأهمية أو مؤقتًا.

ومن جانب آخر، وعلى حد علم الباحثين، لم يتناول الفقه المدني الكويتي الشرط الفاسخ الصريح، - برغم أهميته - في دراسة مستقلة، سواء من ناحية تحليل نص المادة (210)، أو تقدير اتجاهات القضاء الكويتي بشأنه، اللهم إلا في جذاذات في المؤلفات العامة المخصصة لشرح نظرية الالتزام، وهو ما رأى الباحثان معه أهمية بحث هذا الموضوع، واستقصاء موقف القضاء الكويتي منه.

ثالثًا - نطاق البحث:

يجدر التأكيد إلى أن هذا البحث يقتصر على دراسة الشرط الفاسخ الصريح في إطار المادة (210) من القانون المدني، من دون أن يمتد إلى دراسة التطبيقات التشريعية الخاصة لهذا الشرط، ومنها على سبيل المثال: التطبيق الوارد في المادة (505) من القانون المدني التي تنظم بيع المنقولات. وكذا التطبيق الذي نظمته المادة (38) من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.

رابعًا - مشكلة البحث:

ذكر الباحثان أن صياغة المشرع الكويتي للمادة (210) من القانون المدني جاءت مبينة للنصوص المنظمة للفسخ الاتفاقي في أغلب التقنيات المدنية العربية، الأمر الذي أفرز

(6) P. Malaurie et L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Droit des Obligations, LGDJ, Paris, 2016, para 887.

العديد من التساؤلات والإشكاليات العملية؛ ما دفع إلى محاولة تحليل نص هذه المادة، وموقف القضاء الكويتي من الشرط الفاسخ الصريح، مع الإشارة إلى موقف القضاء المصري منه نظراً إلى تأثر القضاء الكويتي بنظيره المصري، وسبق أن قدم الأخير، في معالجة هذا الموضوع، وثور المبادئ القضائية التي أرساها في هذا الصدد.

خامساً- منهج البحث:

استلزمت طبيعة الموضوعات محل هذه الدراسة أن يتبع الباحثان المنهجين الوصفي والتحليلي، وذلك باستعراض النصوص القانونية والآراء الفقهية، واتجاهات القضاء في الكويت ومصر بشأن الشرط الفاسخ الصريح، ومحاولة تحليلها ومناقشتها، وترجيح ما يريان أنه سليم منها. كما رأيا أنه من المفيد الإشارة - في مواضع متفرقة من الدراسة - إلى بعض القوانين المقارنة لبيان مواطن الخلل في المعالجة التشريعية والقضائية للشرط الفاسخ الصريح، وسعيًا إلى الاستفادة من تجارب القوانين المقارنة.

سادساً- خطة البحث:

رأى الباحثان أنه من المناسب أن يتناولوا موضوع الدراسة في بحثين، وذلك على النحو التالي:

- المبحث الأول: النظام القانوني للشرط الفاسخ الصريح
- المبحث الثاني: سلطة القاضي إزاء الشرط الفاسخ الصريح

المبحث الأول

النظام القانوني للشرط الفاسخ الصريح

إن تناول موضوع الشرط الفاسخ الصريح يتطلب الوقوف على حقيقة معناه، وذلك بتعريفه وبيان سبب ذبوع هذه التسمية؛ على الرغم من عدم استعمال المشرع المدني لها، إضافة إلى بيان الفرق بينه وبين بعض الشروط التي قد تختلط به، وهو ما يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ حيث سيعرض الباحثان في المطلب الأول المقصود بالشرط الفاسخ الصريح؛ فيما سيتطرقان في المطلب الثاني إلى مقومات هذا الشرط.

المطلب الأول

المقصود بالشرط الفاسخ الصريح وتمييزه عما يشته به

سيعرض الباحثان في هذا المطلب المقصود بالشرط الفاسخ الصريح، وذلك في فرع أول، ثم يتبعانه بفرع ثان يبينان فيه الفرق بين هذا الشرط وما يشته به من شروط.

الفرع الأول

التعريف بالشرط الفاسخ الصريح

اطردت محكمة التمييز الكويتية على وصف الفسخ المنصوص عليه في المادة (210) من القانون المدني بـ «الشرط الفاسخ الصريح»؛ حيث عرّفته بأنه عبارة عن: «اتفاق طرفي العقد المسبق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه»⁽⁷⁾.

أما على صعيد الفقه فقد عرّفه البعض بأنه «اتفاق أو اشتراط يُنص عليه في العقد، بمقتضاه أنه عند عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماً معيناً ناشئاً عن العقد يجوز للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة بواسطة تعبير يوجهه إلى المتعاقد الأول، يخبره فيه برغبته في فسخ العقد»⁽⁸⁾. فيما يذهب رأي ثان إلى تعريفه بأنه ذلك «البند الذي يتفق بمقتضاه المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد الإخلال بالعقد من دون حاجة

(7) الحكم رقم 2010/1748، تجاري، جلسة 2012/5/30 (غير منشور).

(8) عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1 (مصادر الالتزام - المصادر الإرادية)، العقد والإرادة المنفردة، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960، ص517.

إلى تدخل القضاء لتقرير الفسخ⁽⁹⁾. ويعرفه فريق ثالث بأنه عبارة عن «اتفاق طرفي العقد على أن يكون لأحدهما - وهو الدائن في الالتزام الذي لم ينفذ - فسخ العقد بإرادته المنفردة بواسطة تعبير عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر»⁽¹⁰⁾.

وعلى أي حال فإن جميع هذه التعريفات - بشكل عام - لا تثير خلافاً جوهرياً؛ لأنها متقاربة المعنى، وتعبّر عن حقيقة واحدة تدور حول ثلاثة أمور؛ فهي تشير إلى أن الشرط الفاسخ الصريح عبارة عن اتفاق بين طرفي العقد، يتيح لأحد المتعاقدين اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، من دون حكم قضائي، وذلك عند إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه الذي يفرضه العقد.

وعلى الرغم من تشابه التعريفات الفقهية آنفة الذكر للشرط الفاسخ الصريح فإن الباحثين يجدان أن الفقه يختلف اختلافاً كبيراً بشأن التسمية الواجب إطلاقها على هذا النوع من الفسخ، ويستعمل مسميات متباينة للدلالة عليه؛ حيث انقسم الفقه في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات:

يتزعم الاتجاه الأول جمهور فقهاء القانون المدني؛ حيث يخلعون على هذا الشرط وصف الاتفاق؛ فيسمونه «الفسخ الاتفاقي»⁽¹¹⁾، و«الفسخ بحكم الاتفاق»⁽¹²⁾، و«الفسخ بمقتضى الاتفاق»⁽¹³⁾، بحسبان أنه يجد مصدره في إرادة المتعاقدين. فيما يطلق عليه

(9) إبراهيم أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 1998، ص 420.

(10) حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، ط 2، ب. ن، القاهرة، 1995، ص 415.

(11) محمود جمال الدين زكي، دروس في النظرية العامة للالتزامات، دار مطابع الشعب، القاهرة، 1964، ص 381. عبدالمعظم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 591. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 415. إبراهيم أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 420. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ويرى أنه صورة من صور التقابل، ص 440 و 441. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 274. محسن عبدالحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، ج 1 (المصادر الإرادية)، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ب. ت، ص 442. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 315. محمد عبدالظاهر حسين، مصادر الالتزام - المصادر الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ب. ت، ص 265.

(12) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط 3، ج 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص 808.

(13) أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، ط 2، مطبعة مصر، القاهرة، 1954، ص 344.

الاتجاه الثاني من الفقه اسم «الفسخ التلقائي»⁽¹⁴⁾، و«الفسخ التلقائي الاتفاقي»⁽¹⁵⁾، في حين يميل اتجاه ثالث إلى وصفه بـ«الفسخ القانوني»، باعتبار أنه يقع بقوة القانون، ومن دون حاجة إلى تدخل من القضاء⁽¹⁶⁾.

والحقيقة أن كل هذه المصطلحات تكاد لا تسلم من النقد والاعتراض؛ فقد أنكر جانب من الفقه التسمية التي أطلقها أغلب الفقه المدني على هذا الفسخ بـ«الاتفاقي»؛ مبرراً أنها توهم بأن الواقعة المنشئة للفسخ هي الاتفاق، في حين أن الذي ينشئ الفسخ حقيقة هو إرادة الدائن المنفردة التي تصدر لاحقاً، من خلال تعبير يوجهه إلى المدين⁽¹⁷⁾.

كما أنه من غير المستساغ وصف هذا الشرط بالفسخ «التلقائي»؛ لأن الفسخ لا يتقرر تلقائياً لمجرد عدم الوفاء بالالتزام، بل لا بد من وجود إرادة تتمسك به وتعمل أثره، كما أنه في بعض الأحوال قد يكون في مصلحة الدائن الإعراض عن الفسخ، والإصرار على التنفيذ العيني، برغم توافر كل مقوماته؛ إذ إنه يكون بالخيار دائماً بين الفسخ والتمسك بتنفيذ العقد، ولو جاز القول بوقوع الفسخ تلقائياً لما أمكن الدائن التمسك بالتنفيذ العيني بدلاً من الفسخ.

فالإتفاق على الفسخ مشروع لمصلحة الدائن، ولا يجوز أن ينقلب عليه، وعلى ذلك لا يجوز للمدين التمسك بانفساخ العقد لعدم تنفيذه التزامه إذا كان الدائن لا يريد الفسخ، ذلك أن الفسخ خيار أو رخصة للدائن الذي تجوز له مطالبة المدين بالتنفيذ بدلاً من الفسخ، وتأكيداً لهذه الحقيقة قررت محكمة النقض المصرية أن قيام الشرط الفاسخ الصريح لا ينال من: «أن يكون لصاحبه الخيار بين أعمال الشرط أو التنفيذ العيني»⁽¹⁸⁾.

وأخيراً، فإننا لا نسلم بوجهة نظر الاتجاه الثالث الذي يصف هذا الشرط بالفسخ القانوني؛ لأن الإشارة إليه بهذا المصطلح يؤدي إلى الخلط بين الفسخ الاتفاقي وانفساخ العقد بقوة القانون الذي يقع عند استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي عن المدين، في حين أن شرط الفسخ الصريح لا يقوم إلا بالاتفاق عليه مقدماً، كما أنه لا يرتب أثره إلا إذا أعلن

(14) ويظهر أن هذا الجانب من الفقه اختار هذه التسمية التزاماً بنص المادة (158) من القانون المدني المصري التي تقرر أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من دون حاجة إلى حكم من القضاء...»، انظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مج2، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1987، ص655.

(15) جلال علي العدوي، أصول الالتزامات - مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص284.

(16) عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، ج1 (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، ب.ن، 1983، ص598.

(17) عبدالحى حجازي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص517.

(18) الطعن رقم 2259، س59 ق، جلسة 1994/5/11، س45، ع1، ص818، قاعدة 156.

الدائن عن رغبته في فسخ العقد، وهذا - كما قدم الباحثان - خيار محض للدائن لا ينازعه فيه أحد، فهو إن شاء أمضى الفسخ، وإن شاء أبقى العقد.

وللخروج من هذا الاختلاف، فقد اقترح بعض الفقه نبذ هذه المسميات كافة، وتسمية الشرط الفاسخ الصريح بـ «الاتفاق على جواز الفسخ بإرادة واحدة»، أو «الاتفاق مقدماً على الفسخ»⁽¹⁹⁾. وعلى الرغم من وجهة هذا الرأي فإنه بدوره لا يخلو من نظر من وجهين؛ فالتسمية الأولى تثير اللبس في الذهن؛ حيث تقرب هذا الفسخ من العقد الملزم لجانب واحد، على الرغم من وجود عقد ملزم لجانبين، ولا يمكن للدائن إعمال الفسخ بإرادته المنفردة؛ إذ إن الأمر مناط بإخلال المدين بالتزامه وانتفاء الموانع التي تحول دون تمسكه بالشرط الفاسخ الصريح.

والتسمية الثانية بدورها منتقدة؛ لأنها تقرب الشرط الفاسخ الصريح من فكرة التقايل أو التفاسخ الذي يتفق فيه المتعاقدان بعد قيام العقد على إزالته والرجوع فيه، ومن شأنها تجريد الفسخ من معناه كجزء يطبق على المدين عند تخلفه عن تنفيذ التزامه⁽²⁰⁾.

ومن جهة الباحثين فإنهما يؤثران تسمية هذا الشرط بـ «الشرط الفاسخ الصريح»، على الرغم من أنه لا يعتبر شرطاً بالمعنى الاصطلاحي الدقيق، وإنما مجرد حكم يتفق عليه الأفراد في تنظيم علاقتهم التعاقدية، وذلك لذيوع هذه التسمية، وجرياً على ما درجت عليه أحكام القضاء.

الفرع الثاني

التمييز بين الشرط الفاسخ الصريح وما يشته به من الشروط

يختلط الشرط الفاسخ الصريح ببعض المفاهيم القانونية التي جرى الاصطلاح القضائي والفقهي على وصفها بالشروط، مثل الشرط الفاسخ الذي يلحق بالالتزام باعتباره وصفاً له، والشرط الفاسخ الضمني الذي ما فتئت أحكام القضاء تصوره خطأ بأنه مصطلح مرادف للفسخ القضائي، وبيان هذا الخطأ يستلزم بيان المقصود بهذين المفهومين، والتمييز بينهما وبين الشرط الفاسخ الصريح.

لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يتناول الأول منهما الفرق بين الشرط

(19) عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مج 1، ج 1، ع 1، سنة 1959، ص 151. ويقترب رأي فقهي من هذه التسمية حيث يصفه بـ «الاتفاق على الفسخ بالإرادة المنفردة». انظر: محمد ليب شنب، دروس في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 304.

(20) محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 18.

الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ باعتباره وصفاً للالتزام. وفي الفرع الثاني يتم استعراض الفرق بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني.

الغصن الأول

الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ باعتباره وصفاً للالتزام

تدق التفرقة بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ (التعليقي)⁽²¹⁾ الذي يعد وصفاً معدلاً لآثار الالتزام، وذلك لأن وجه الشبه بينهما كبير جداً، من حيث المصدر أو من حيث عناصر الشرط ذاته، فمن حيث المصدر نجد أن كليهما من صنع الإرادة سواء بسواء؛ حيث يتولد الشرط الفاسخ عن إرادة الملتزم⁽²²⁾، وفي المقابل ينشأ الشرط الفاسخ الصريح بداهة من اتفاق المتعاقدين عليه. ومن حيث العناصر، نجد أن الواقعة التي يترتب عليها زوال الالتزام معلقة على أمر مستقبل غير محقق الوقوع في الشرط الفاسخ، وفي حال الشرط الفاسخ الصريح يلاحظ الباحثان أن الفسخ يترتب على واقعة إخلال المدين بالتزامه العقدي التي هي بدورها أمر مستقبلي غير محقق الوقوع. وفي ضوء هذه القواسم المشتركة بين الشرطين، يتبين أنهما يختلفان كل منهما بالآخر اختلافاً كبيراً؛ مما يؤدي إلى صعوبة التمييز بينهما في كثير من الحالات⁽²³⁾، ومع ذلك فإن لكل منهما مفهومه الخاص⁽²⁴⁾، ونظامه المستقل، ومجالاً خاصاً لإعماله يتميز عن الآخر من عدة وجوه:

(21) تقرر المادة (323) من القانون المدني الكويتي «يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع». وتقابلها المادة (265) من القانون المدني المصري. ومن هذه المادة يتضح أن للشرط نوعين: شرطاً واقفاً، وهو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام. وشرطاً فاسخاً يترتب على تحققه زوال الالتزام.

(22) وقد تكون هذه الإرادة صريحة أو ضمنية، عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، ج3، مرجع سابق، ص33. إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 2003، ص158. ويضيف السنهوري - رحمه الله - عبارة مهمة في هذا الصدد بقوله: «إن الشرط ليس له مصدر إلا الإرادة، ولكنه وصف يلحق الحق نفسه لا الإرادة التي هي مصدره، ومن ثم يكون جزءاً من نظرية الالتزام في ذاته، لا من نظرية التصرف القانوني»، المرجع السابق، ص35.

(23) ولعلنا نضيف إلى أسباب الخلط بين المفهومين الاشتراك اللفظي لمصطلح الشرط في اللغة القانونية العربية، برغم أن المصطلح نفسه يستعمل للدلالة على مفاهيم مختلفة؛ حيث إنها تترجم إلى ثلاثة مصطلحات فرنسية، وهي: condition, clause, pacte، ولا تثير هذه المصطلحات اللبس في اللغة الفرنسية؛ حيث يترجم الشرط الفاسخ إلى condition résolutoire، أما الشرط الفاسخ الصريح فيعرف بـ clause résolutoire expresse، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص19.

(24) راجع: إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، ج2 (أحكام الالتزام والإثبات)، مكتبة سيد عبدالله وهبة، 1967، ص287. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص15 وما بعدها. عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج1، ج1، ع1، مرجع سابق، ص148 وما بعدها. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص441، الهامش (2).

الوجه الأول:

يُعرّف الشرط الفاسخ باعتباره وصفاً للالتزام بأنه: ذلك الأمر المستقبل غير محقق الوقوع الذي يترتب عليه زوال الالتزام، فهو بذلك عنصر عارض يرد على الالتزام ذاته، وذلك عكس الشرط الفاسخ الصريح الذي يلحق العقد نفسه، وينصب دائماً على التزام جوهرى مثل الثمن في عقد البيع والأجرة في عقد الإيجار، ومادام الشرط وصفاً للالتزام، وله هذا المعنى الفني الدقيق، ينبغي تبعاً لذلك التفرقة بينه وبين سائر المصطلحات الأخرى التي يطلق عليها تجاوزاً اسم الشرط.

فالشروط التي من قبيل الشرط الجزائي، وشرط المنع من التصرف، وشرط تقسيط الثمن، وشرط تسليم المبيع في مكان معين، والشرط الفاسخ الصريح، التي يدرجها المتعاقدون في عقودهم لتحديد كيفية الوفاء بالالتزام لا يصح وصفها بالشرط؛ لأنها عبارة عن بنود أو أحكام تنظم العلاقة التعاقدية بين الطرفين. وكذلك الأمر بالنسبة إلى ما يتطلبه القانون من إجراءات لترتيب أثر قانوني معين، مثل شرط التسجيل لانتقال الملكية وشرط إفسار المدين لرفع الدعوى غير المباشرة، فهي أيضاً لا تندرج تحت مفهوم الشرط بالمعنى السابق بيانه؛ لأنها لا تعتبر وصفاً للالتزام⁽²⁵⁾، ولهذا السبب انتقد البعض إطلاق الفقه والقضاء اسم الشرط على هذه المفاهيم؛ حيث كان ينبغي أن يقتصر اصطلاح الشرط على الوصف الذي يلحق الالتزام⁽²⁶⁾.

ومن جهة أخرى يشير بعض الفقه إلى التحول الذي طرأ على المفهوم الأصيل للشرط الفاسخ؛ حيث كان الرومان يعملون معناه بدقة، باعتباره وصفاً للالتزام، ويقولون بانفساخ العقد بقوة القانون عند تحققه، ثم تغير هذا المفهوم بعد أن نُقل إلى القانون الفرنسي الذي تطلب تدخل القاضي لفسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، فأصبح يدل على وقوع الفسخ جزاءً للإخلال بالالتزام نتيجة اتفاق المتعاقدين على هذا الحكم صراحةً أو ضمناً. وهكذا انتقل مدلول الشرط من وصف يعلق العقد عليه، أي: شرط condition، إلى أحد البنود التعاقدية أي: بند clause⁽²⁷⁾. وإذا التزمنا الدقة وجب القول بأن الشرط الفاسخ الصريح لا يمكن اعتباره بحال شرطاً بالمعنى الفني الدقيق

(25) إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 159. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 236. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج 2 (أحكام الالتزام)، مطبعة جامعة القاهرة، 1974، ص 115.

(26) محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 115، الهامش (2).

(27) عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 586، الهامش (1).

لهذا المصطلح؛ لأنه ليس وصفاً للالتزام، أو صورة له أو فرعاً عنه، بل إنه مفهوم مختلف تماماً قرره المشرع جزاءً على إخلال المدين بالتزامه التعاقدي.

الوجه الثاني:

من المسلم به أن الشرط الفاسخ كوصف للالتزام قد يرد على العقود الملزمة لجانب واحد، مثل عقد الهبة وعقد الوديعة من دون أجر، والعقود الملزمة لجانبين، مثل: عقد البيع وعقد الإيجار، وإذا تحقق الشرط الفاسخ فإن مؤدى ذلك هو زوال الالتزام، كما تقرر ذلك المادة (327) من القانون المدني، في حين أن الشرط الفاسخ الصريح لا يرد إلا على العقود الملزمة لجانبين؛ حيث يترتب فسخ العقد أثره بسبب إخلال المدين بالتزاماته المقابلة.

الوجه الثالث:

لا يتطلب إعمال أثر الشرط الفاسخ كوصف للالتزام تعبير الدائن عن إرادته؛ حيث إن زوال الالتزام يتحقق بقوة القانون بمجرد تحقق الحدث المستقبلي، ومن دون حاجة إلى أن يتمسك به الدائن، أو صدور حكم قضائي يقرره، أو إغذار بدلالة الصيغة الآمرة لنص المادة (327) من القانون المدني التي تقرر أنه «إذا تحقق الشرط زال الالتزام»⁽²⁸⁾. أما في حال الشرط الفاسخ الصريح، فإن تحقق الشرط المتمثل في عدم وفاء المدين بالتزامه لا يترتب الفسخ الحتمي، بل على الدائن أن يعبر أولاً عن إرادته بتوجيه إغذار إلى المدين ينبهه فيه إلى إخلاله بالتزامه؛ حتى يعمل الفسخ أثره. ومادام الشرط الفاسخ الصريح مقررًا لمصلحة الدائن، فهو دائماً بالخيار بين التمسك بالتنفيذ أو فسخ العقد، كما له أن ينزل عن هذا الشرط صراحةً أو ضمناً.

الوجه الرابع:

إن الشرط الفاسخ الصريح جزاء يواجه خطأ من جانب المدين في تنفيذ التزامه، في حين أن الشرط الفاسخ كوصف في الالتزام فكرة بعيدة كل البعد عن فكرة الخطأ، فهو يتمثل في واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع يترتب على تحققها زوال الالتزام؛ فالمدين في الفرض الأخير يبرأ من تنفيذ التزامه بمجرد تحقق الواقعة الفاسخة من دون حاجة إلى ثبوت خطأ في جانب الدائن، في حين أن الدائن في الشرط الفاسخ الصريح لا يجوز له التمسك به إلا إذا أخل المدين بالتزامه إخلالاً يتعين إثباته.

(28) تنص المادة (327) من القانون المدني الكويتي على أن «الالتزام المعلق على شرط فاسخ ينفذ في الحال، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام، وكان على الدائن رد ما أخذه؛ فإذا استحال عليه الرد بسبب يعزى إليه وجب عليه أداء المقابل»، إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 179.

إذن، هناك فارق جوهري بين الشرطين يكمن في طبيعة الواقعة مناط إعمال كل منهما، فالواقعة مناط إعمال الشرط الفاسخ تتميز بأنها ذات طبيعة موضوعية لا علاقة لها بعدم تنفيذ الالتزام، بل إنها قد تكون أجنبية بالكلية عن إرادة طرفي الالتزام، سواء في تحققها أو تخلفها، كحالة الشرط الاحتمالي الذي يكون رهن المصادفة البحتة، ولذلك إذا علق الالتزام على شرط فاسخ، وتحقق الشرط فإن مصير هذا الالتزام الزوال وبقوة القانون، من دون حاجة إلى البحث في إخلال المدين بالتزامه من عدمه⁽²⁹⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية، في هذا الصدد، بأن «الاتفاق على فسخ العقد في حال تحقق واقعة معينة يجيز الحكم بالفسخ بناءً على هذا الاتفاق ولو لم يخل المدين بالتزامه»⁽³⁰⁾. أما الواقعة مناط إعمال الشرط الفاسخ الصريح فهي ذات طبيعة شخصية محلها إخلال المدين بتنفيذ التزامه، فلا يجوز للدائن التمسك بالشرط إلا إذا تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه، بل إن الشرط لا يعمل أثره حتى عند امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، إذا كان هذا الامتناع لسبب مشروع، كما لو دفع المدين بعدم التنفيذ أو تمسك بحقه في الحبس بسبب عدم تنفيذ الدائن لالتزامه المقابل⁽³¹⁾.

يتضح مما تقدم بيانه وجود تباين واختلاف بين مصطلحي الشرط الفاسخ كوصف في الالتزام والشرط الفاسخ الصريح، ولا يصح اعتبار كل منهما مرادفًا للآخر، فكل منهما له ماهيته ونظامه المستقل، ومجاله الخاص به، وشروط إعمال تختلف عن الآخر.

الغصن الثاني

الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني

قدمنا أن الشرط الفاسخ الصريح عبارة عن بند يدرجه المتعاقدان في العقد، بحيث يُمنح أحدهما أو كلاهما رخصة فسخ العقد بإرادته المستقلة عند عدم وفاء المتعاقد الآخر بالتزامه، من خلال توجيه إذار يفيد فيه رغبته في فسخ العقد، ويترتب على ذلك أن الفسخ يقع بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك، من دون الحاجة إلى الحصول على حكم قضائي بذلك، وهذا ما عبر عنه المشرع في المادة (210) من القانون المدني بقوله إن العقد يعتبر «مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة». فإذا نازع المدين الدائن في توافر

(29) عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج 1، ج 1، ع 1، مرجع سابق، ص 147 - 151. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 15 - 18.

(30) الحكم رقم 1040، س 47 ق مدني، جلسة 1980/2/4، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 31، ع 1، ص 393، قاعدة 77.

(31) حمدي عبدالرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول (العقد والإرادة المنفردة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 623.

شروط الفسخ بموجب هذا الشرط ولجأ إلى القضاء، فإن دور القاضي ينحصر في مجرد التحقق من توافر موجبات إعماله المتمثلة في إخلال المدين بالتزامه، وانصراف إرادة المتعاقدين إليه بصورة صريحة وقاطعة، ومراعاة الدائن لضمانة الإعذار في المواد المدنية، إضافة إلى مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله⁽³²⁾.

ومتى ما توافرت هذه الشروط، فإن الشرط الفاسخ الصريح يكون موجباً لفسخ العقد حتماً، ويتعين على المحكمة إعمال أثره، ولو كان ما لم يوف به المدين قليلاً نسبياً إلى مجموع التزاماته التي يرتبها العقد؛ لأن هذا الشرط يسلبها كل سلطة تقديرية في صدد الحكم بالفسخ؛ فلا يجوز لها رفض الفسخ، أو إنظار المدين إلى أجل للوفاء بالتزامه، كما لا يمكن للمدين تفادي الفسخ بتنفيذ التزامه أو عرض التنفيذ بعد إقامة دعوى الفسخ، وإذا صدر الحكم فإنه يكون في هذه الحال مقررًا وليس منشئاً للفسخ⁽³³⁾، ومن ثم يرتد أثر الحكم المقرر إلى تاريخ إعلان الدائن رغبته في الفسخ لا من تاريخ القضاء به⁽³⁴⁾.

والأمر على خلاف ذلك في الفسخ القضائي؛ حيث تكون للمحكمة سلطة رحبة الحدود من دون معقب عليها من محكمة التمييز عند رفع دعوى فسخ العقد استناداً إلى أحكام الفسخ القضائي الواردة في المادة (209) من القانون المدني⁽³⁵⁾؛ حيث تتمثل سلطاتها في ثلاثة مظاهر أساسية: فلها الحكم بالفسخ، أو منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، أو رفض الفسخ رغم توافر كل شروطه إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كل التزاماته التي يفرضها العقد⁽³⁶⁾. وللمدين أن يتوقى الفسخ بتنفيذ التزامه كاملاً قبل صدور الحكم النهائي بالفسخ⁽³⁷⁾.

(32) حكم محكمة التمييز رقم 2010/1748، تجاري، جلسة، 2012/5/30، سبقت الإشارة إليه.

(33) الحكم رقم 2007/429، تجاري، جلسة 2008/6/17، غير منشور.

(34) حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 415.

(35) الحكم رقم 2004/1319، تجاري، جلسة 2005/10/12، مجلة القضاء والقانون، س 33، ج 3، ص 35.

(36) تنص المادة (209) من القانون المدني على: «1- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وبعد إعذاره، جاز للمتعاقد الآخر، إن لم يفضل التمسك بالعقد، أن يطلب من القاضي فسخه، مع التعويض إن كان له مقتضى، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره في الوفاء بالتزاماته. 2- ويجوز للقاضي، عند طلب الفسخ، أن ينظر المدين إلى أجل يحدده، إذا اقتضته الظروف، كما أن له أن يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يف به المدين قليلاً بالنسبة إلى التزاماته في جملتها». وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليلاً على هذا النص أنه: «وقد حرص المشرع على أن يجعل التناسب بين ما أداه المدين وما لم يؤده قائماً على أساس مجمل التزامات المدين، وليس فقط على أساس الالتزام الواحد عندما يقف المدين عند الوفاء ببعضه؛ ذلك لأن العبرة هي بالعقد في مجموعه وبكل الالتزامات التي يرتبها على المتعاقد». المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، إصدار وزارة العدل، الكويت، 2011، ص 172.

(37) الطعن رقم 1988/271، تجاري، جلسة 1989/3/19، مجلة القضاء والقانون، س 17، ع 1، ص 214.

إذن، فالفسخ بصورتيه، وفق ما تقضي به المادتان (209) (الفسخ القضائي)، والمادة (210) (الفسخ الاتفاقي)، عبارة عن جزاء قرره المشرع بسبب نكول المدين عن تنفيذ التزامه الذي يرتبه العقد؛ بيد أن الفارق الجوهرى بينهما يكمن في أن الأول جوازي للمحكمة، في حين يعمل الثاني على غل سلطة المحكمة التقديرية إزاءه، ولا مناص لها من أن تقضي بالفسخ إذا توافرت أسبابه.

وعلى الرغم من أن المشرع قد شيد الفسخ بنوعيه القضائي والاتفاقي على قواعد متينة ونصوص صريحة، فإن أحكام القضاء في الكويت درجت على نعت الفسخ القضائي بالشرط الفاسخ الضمني، مسaireً لأحكام محكمة النقض المصرية في ذلك، وجعلت هذا الشرط أصلاً للشرط الفاسخ الصريح، تأسيساً على فكرة مؤداها أن كل عقد ملزم لجانبيين يتضمن بحكم اللزوم شرطاً فاسخاً ضمناً مقتضاه أن المتعاقدين اتفقا ضمناً على أنه إذا أحل أحدهما بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر طلب القضاء بفسخ العقد⁽³⁸⁾.

وفي ذلك تقرر محكمة النقض المصرية أن «الشرط الفاسخ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مفترض دائماً في كل عقد تبادلي، وهو على ما يدل عليه نص المادة (157) من القانون المدني جزاءً مقررًا لمصلحة الدائن لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى»⁽³⁹⁾. كما يتضح من أحكام محكمة التمييز الكويتية أنها تقيم الفسخ على فرض وجود شرط فاسخ ضمني بين المتعاقدين، وتذهب إلى أن مصطلح الشرط الفاسخ الضمني مرادف ومساوٍ للفسخ القضائي⁽⁴⁰⁾.

(38) يلاحظ من استقراء أحكام محكمة التمييز الكويتية أنها تقيم فكرة الشرط الفاسخ الصريح على الشرط الفاسخ الضمني، انظر، على سبيل المثال، الأحكام أرقام: 1988/271/ تجاري، جلسة 1989/3/19، مجلة القضاء والقانون، س17، ع1، ص214. 1994/43/ تجاري، جلسة 1994/6/21، مجلة القضاء والقانون، س22، ج2، ص74؛ 2000/397، مدني، جلسة 2001/9/24، مجلة القضاء والقانون، س29، ج2، ص159. 2003/321/ تجاري، جلسة 2003/12/8، غير منشور. 2004/1319/ تجاري، جلسة 2005/10/12، سبقت الإشارة إليه. 2010/332/ تجاري، جلسة 2013/7/8، غير منشور. وفي قضاء محكمة النقض المصرية انظر الأحكام أرقام: 1811 س37 ق، جلسة 2004/4/21، غير منشور. 13002 س85 ق، جلسة 2016/10/18، غير منشور. 3187 س84 ق، جلسة 2015/3/6، غير منشور. 403 س48 ق، جلسة 1981/6/2، منشور في المجموعة، س32، ع2، ص1683، قاعدة 301. 82 س39 ق، جلسة 1974/11/21، المجموعة، س25، ع1، ص1254، قاعدة 213. 392، س22 ق، جلسة 1956/5/31، المجموعة، س7، ع2، ص631، قاعدة 86. وانظر: عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج2، ج3، ع1، مرجع سابق، ص147. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص23.

(39) الحكم رقم 1208، س51 ق، جلسة 1985/4/10، المجموعة، س7، ع2، ص631، قاعدة 86. الحكم رقم 41، س23 ق، جلسة 1956/12/13، المجموعة، س7، ع3، ص975، قاعدة 139. الحكم رقم 16993 س84 ق، جلسة 2021/6/20، غير منشور.

(40) الحكم رقم 2010/332/ تجاري، 2013/7/8، غير منشور.

ويؤخذ على أحكام القضاء في الكويت ومصر أنها تجعل الشرط الفاسخ الصريح في مقابلة الشرط الفاسخ الضمني، بل وتقيمه على أساسه متأثرة في ذلك بأحكام القضاء الفرنسي، وهذه المقابلة لا تعدو ترديدًا لنظرية قديمة في القانون الفرنسي تستند إلى المادة (1184) من القانون المدني الفرنسي للعام 1804 التي تقرر أن الشرط الفاسخ مفترض دائمًا في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه⁽⁴¹⁾. ومؤدى هذه النظرية، كما صاغها الفقه والقضاء في فرنسا، هو أن الشرط الفاسخ الصريح يقوم في حقيقته على أساس شرط فاسخ ضمني يفترضه القانون في العقود الملزمة للجانبين تفسيرًا للنية المفترضة لدى المتعاقدين؛ فإذا اتفق المتعاقدان على وقوع الفسخ من تلقاء نفسه، فإن هذا الاتفاق ليس إلا إفصاحًا عن الشرط الفاسخ المتفق عليه ضمنيًا، وبذلك لا يعتبر هذا الشرط استثناء من أحكام القانون بل مجرد تأكيد لها⁽⁴²⁾.

والواقع أن هذه المقابلة فقدت قيمتها كليةً بعد أن تبين عدم صحة تأسيس الفسخ على فكرة الشرط الفاسخ الضمني⁽⁴³⁾، بل إن هذه الفكرة باتت منبوذة حتى في فرنسا نفسها مهد ولادتها⁽⁴⁴⁾، غير أن القضاء في الكويت ومصر وغيرها من الدول العربية لا يزال يستعمل مصطلح الشرط الفاسخ الضمني في كثير من أحكامه، وذلك على افتراض وجود إرادة تعاقدية لا وجود لها في الحقيقة.

والنقد الذي يمكن أن يوجه إلى فكرة الشرط الفاسخ الضمني هو أننا لو سلمنا بوجود هذا الشرط المزعوم فإن هذا القول لا يستقيم مع سلطة القضاء التقديرية في الحكم بالفسخ أو رفضه، إذ لو كان فرض وجود الشرط الفاسخ الضمني صحيحًا على إطلاقه لوجب القول بأن الفسخ يقع من تلقاء نفسه فور تخلف المدين عن تنفيذ التزامه لأن الشرط قد تحقق، وبعبارة أخرى يكون الفسخ وجوبياً في كل حالة يخل فيها المتعاقد بالتزامه، ولا يكون للقضاء - بشأن الحكم به - أي سلطة تقديرية مع أن القاعدة هي أن الفسخ لعدم التنفيذ لا يقع إلا بحكم قضائي، أو بموجب اتفاق بين الطرفين.

هذا، علاوة على ما بين الشرط الفاسخ الضمني والشرط الفاسخ الصريح من فروق جلية، سواء من حيث المصدر أو الطبيعة والحكم؛ فأما من حيث المصدر فإن مصدر الفسخ

(41) La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

(42) في عرض الأصل التاريخي للفسخ ونقد استعمال القضاء لمصطلح الشرط الفاسخ الضمني، انظر: عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج 1، ج 1، ع 1، مرجع سابق، ص 139 - 146.

عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 584 - 587.

(43) إبراهيم أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 420.

(44) عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 58.

القضائي الذي يشار إليه بالشرط الفاسخ الضمني مقرر بنص القانون، في حين يجد الشرط الفاسخ الصريح (الفسخ الاتفاقي) مصدره في العقد نفسه. ومن حيث الطبيعة والحكم فإن دعوى الفسخ القضائي لا تستلزم الفسخ حتماً؛ إذ تظل سلطة المحكمة قائمة في تقدير كفاية أسبابه ومبرراته، ولها أن تمهل المدين، حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل للمدين نفسه أن يتوقى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ؛ أما الشرط الفاسخ الصريح فهو موجب للفسخ حتماً، ويسلب القاضي سلطته التقديرية⁽⁴⁵⁾.

ويخلص الباحثان، مما سلف بيانه، إلى أن مصطلح الشرط الفاسخ الضمني الذي يشيع استعماله في أحكام القضاء الكويتي والمصري مصطلح غير دقيق، وأنه في مجال الاتفاق على الفسخ لا يوجد إلا نوع واحد من الشروط، وهو الشرط الفاسخ الصريح.

المطلب الثاني

مقومات الشرط الفاسخ الصريح

تنص الفقرة الأولى من المادة (210) مدني كويتي على عدم إعمال شرط اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، من دون حكم المحكمة «ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد اتجهت إليه صراحةً وعلى بيئة من حقيقة أثره». وتطبيقاً لذلك فقد استقر قضاء محكمة التمييز على وجوب أن تكون صيغة الشرط صريحة وقاطعة الدلالة على قصد المتعاقدين لإعمال أثره، وإلا كان مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين⁽⁴⁶⁾.

ومن النص السابق يلاحظ الباحثان أن المشرع الكويتي أولى هذا الشرط أهمية خاصة خشية إساءة المتعاقدين استعماله عند إدراجه في عقودهم؛ نظراً إلى ما يترتب عليه من إهدار لقوة العقد الملزمة وحرمان المدين من توقي فسخ العقد، إضافةً إلى تجريد القضاء من سلطته التقديرية في تقدير مبررات الفسخ؛ ولهذا لم يشأ المشرع الكويتي مسaire نهج نظيره المصري، بمجرد الاعتراف بجواز الاتفاق على شرط الفسخ الصريح،

(45) في شأن التفرقة بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني من حيث الطبيعة والحكم، انظر: على سبيل المثال، محكمة التمييز الكويتية: الحكم رقم 1986/166/تجاري، جلسة 1987/3/4، مجلة القضاء والقانون، س15، ع1، ص160. وفي قضاء النقض المصري: الحكم 1811، س73 ق، جلسة 2004/4/21، غير منشور.

(46) انظر على سبيل المثال، الحكم رقم 1994/43/تجاري، جلسة 1994/6/21، مجلة القضاء والقانون، س22، ع2، ص74. والحكم في الطعن رقمي 159 و2003/160/تجاري، جلسة 2003/12/8، مجلة القضاء والقانون، س31، ج3، ص239.

واستبعاد سلطة القضاء بشأنه⁽⁴⁷⁾، بل إنه ذهب إلى مدى أبعد، وتشدد حيال الشرط باستلزام توافر عنصرين مهمين للاعتراف بقيامه وصحة إعماله، أضافهما إلى عجز المادة (210/1)، يتمثلان في وجوب اتجاه إرادة كلا المتعاقدين إليه صراحةً، وأن تكون هذه الإرادة على بينة من حقيقة أثره. وسيناقش الباحثان المقصود بهذين العنصرين في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول

اتجاه الإرادة صراحة نحو الشرط

بدايةً يثار تساؤل عن المقصود باتجاه الإرادة صراحةً نحو الشرط الفاسخ، فهل ينصرف معنى الصراحة في النص المتقدم إلى وسيلة التعبير عن الإرادة بشأن الشرط، أم إلى اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد من دون حكم قضائي؟

يذهب رأي فقهي إلى أن المقصود هنا هو وسيلة التعبير عن الإرادة؛ بحيث يجب أن يعبر المتعاقد عن إرادته بوسيلة صريحة، وذلك استثناءً من القواعد العامة التي تكفي بالتعبير الضمني عن الإرادة⁽⁴⁸⁾، ووفق هذا الرأي فإن المشرع قد تشدد بشأن استخلاص الشرط الفاسخ، ولم يشأ إخضاعه للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة⁽⁴⁹⁾. ومفاد هذا أن الشرط الفاسخ الصريح لا يمكن أن يُعبر عنه بوسيلة ضمنية؛ لأنه بالضرورة اتفاق صريح، فإذا شابه غموض أو شك فإنه يجب أن يفسر لمصلحة المدين، بحيث يمتنع إعماله ليعود تقدير الفسخ ومبرراته إلى سلطة المحكمة التقديرية وفقاً لقواعد الفسخ القضائي⁽⁵⁰⁾.

(47) تنص المادة (158) من القانون المدني المصري على أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإضرار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على الإعفاء منه». ويلاحظ تأثر غالب التشريعات المدنية العربية بمنهج المشرع المصري في تقنينها الشرط الفاسخ الصريح؛ حيث نقلت الصياغة الحرفية ذاتها إلى تشريعاتها الوطنية، مثل: قانون المعاملات المدنية الإماراتي (المادة 271)، وقانون المعاملات المدنية العماني (المادة 170)، والقانون المدني الليبي (المادة 160)، والقانون المدني الأردني (المادة 245)، والقانون المدني السوري (المادة 159)، والقانون المدني الفلسطيني (المادة 171)، وقريب من هذه الصياغة نظام المعاملات المدنية السعودي (المادة 108)، والقانون المدني العراقي (المادة 178)، والقانون المدني الجزائري (المادة 120)، وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة 4/241).

(48) نصت المادة (35) من القانون المدني الكويتي على أنه «يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يجيء صريحاً».

(49) منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، مذكرات دراسية مطبوعة على الآلة الكاتبة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الفصل الدراسي الأول، 1984/1983، ص 207. إبراهيم أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 421.

(50) محمد حسن قاسم، الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ الصريح مرجع سابق، ص 351.

ويذهب رأي آخر إلى أن معنى الصراحة لا ينصرف إلى وسيلة التعبير عن الإرادة، وإنما في إفصاح الشرط عن وقوع الفسخ دون اللجوء إلى القضاء، وذلك تمييزاً له عن الشرط الفاسخ الضمني، والاتفاق على هذا الشرط يخضع للقواعد العامة؛ فقد يتم التعبير عنه في صورة صريحة أو ضمنية باستخلاصه من الاتفاق⁽⁵¹⁾، ولكن ينبغي الحيلة والتشدد في استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين، بحيث تدل بشكل مؤكد وقاطع على الفسخ التلقائي بمجرد وقوع الإخلال بالالتزام⁽⁵²⁾.

والواقع أن نص المادة (210) مدني كويتي لا يسعف كثيراً في ترجيح أحد الرأيين المتقدمين، فهو لم يحدد وسيلة التعبير عن الإرادة، وإنما اكتفى بتطلب انصراف إرادة المتعاقدين نحو الشرط، ولكن يتضح من أحكام القضاء - في الكويت ومصر - أن المقصود هو عبارة الشرط نفسه، بحيث يتعين أن يتضمن صيغة صريحة وقاطعة الدلالة على قصد المتعاقدين في وقوع الفسخ من تلقاء نفسه عند تحقق المخالفة الموجبة له. وعلى حد تعبير محكمة التمييز فإنه لا يجوز افتراض قيام الشرط إذا لم يتفق المتعاقدان عليه صراحةً، وعلى أن «أثر خلو عقد البيع من النص على الفسخ جزاء إخلال أيٍّ من الطرفين بأيٍّ من الالتزامات المنصوص عليها فيه هو الرجوع إلى القواعد العامة في الفسخ القضائي»⁽⁵³⁾.

إضافةً إلى ذلك، فإنه من المسلم به، ووفقاً لما تقرره المادة (34) مدني، أن التعبير الصريح عن الإرادة قد يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة شائعة الاستعمال، أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ المتعاقد موقفاً لا تدع الظروف شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه، ومن غير المتصور، من الناحية العملية، أن يجيء اتفاق المتعاقدين على الشرط بالمبادلة، أو باتخاذ موقف معين. علاوةً على ذلك فإن الشرط الفاسخ الصريح يظل بنداً من بنود العقد، وتعبّر الإرادة عنه بالوسيلة ذاتها التي تعبّر عن بقية الشروط في العقد، وليس هناك فارق في وسيلة التعبير عنهما.

كذلك فإن المشرع ما أراد من وراء تقنين هذا الشرط إلا الحد من إساءة استعمال المتعاقدين له، وذلك من خلال إدراج صيغته الكتابية في عقودهم، من دون إدراك منهم لحقيقة العواقب التي تترتب عليه، وهذا ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني؛

(51) حسام الدين الأهواني، تأملات في الفسخ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2022، ص 20. ويضرب مثلاً على أن الاتفاق على الشرط قد يستفاد ضمناً في الحالة التي يحدد فيها العقد موعداً للتسليم لا يحتمل التأخير.

(52) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 51.

(53) انظر على سبيل المثال الأحكام أرقام: 1289 و 1316/2004 و 2005/4 تجاري، جلسة 2006/4/29، مجلة القضاء والقانون، س 34، ج 2، ص 84.

حيث بينت أن: «المتعاقدين كثيرًا ما يضمنونه عقودهم، من دون أن يقدروا خطورته، بل وحتى من دون أن يقفوا على حقيقة أثره، أو حتى على حقيقة مدلوله؛ فتكاد صياغة هذا الشرط تكون محفوظة عند بعض محترفي تحرير العقود من غير رجال القانون، يضعونها فيما يحرونه منها، من غير فهم مدلولها، ولا استيعاب لنتائجها»⁽⁵⁴⁾.

ومما يلفت النظر في نص المادة (210) مدني هو تطلب المشرع انصراف إرادة المتعاقدين «كليهما» صراحةً نحو الشرط، أي أن يكون وليد الإرادة المشتركة لهما، فلا يُعمل به ما لم يثبت - على نحو قاطع وصريح - أن نيتهم المشتركة قد اتجهت إلى ترتيب الآثار القانونية المقصودة ذاتها.

واستعمال المشرع هذه العبارة - أي المتعاقدين كليهما - للدلالة على الإرادة المشتركة ليس من قبيل اللغو والإنشاء، بل لها معنى غاية في الأهمية، ينطوي على ضرورة وجود رضا مستنير صادر عن إرادة واعية وعالمة بالشرط من كلا الطرفين، ومدركة أثره، وهو أن أي إخلال بالالتزام، ولو كان جزئيًا، أو قليل الأهمية، يترتب عليه فسخ العقد من دون حاجة إلى صدور حكم من القضاء⁽⁵⁵⁾، ولكن هذا لا يعني أنه رضا خاص ومستقل عن العقد؛ إذ يبقى هذا الشرط بنذًا من بنود العقد وجزءًا لا يتجزأ منه⁽⁵⁶⁾.

ويرى بعض الفقه أن التحقق من انصراف إرادة كلا المتعاقدين إلى الشرط، وإدراكهما العواقب الوخيمة المترتبة عليه مسألة لا يخلو إثباتها من صعوبة؛ لأنها تستلزم البحث عن قدرة المتعاقد على الإدراك، والمعيار هنا هو معيار شخصي بحث؛ لأن معيار الإدراك مسألة شخصية وليست موضوعية⁽⁵⁷⁾.

وبرغم أهمية هذه العبارة - أي الإرادة المشتركة لكلا المتعاقدين - فإن الباحثين يريان أنها لاتزال قاصرة عن تجاوز المشكلات التي تنتجها وسيلة الاتفاق على الشرط في الواقع العملي؛ فقد يستقل أحد الطرفين بتحديد مضمون العقد، من خلال تحرير بنوده بنفسه، فيقوم بإملائها على المتعاقد الآخر إملاءً، بحيث لا يسعه في كثير من الأحيان سوى التسليم بهذه البنود، بما فيها الشرط الفاسخ الصريح من دون مناقشة لانعدام التوازن العقدين بين طرفي العقد⁽⁵⁸⁾، أو قد يتفق المتعاقدان في بعض العقود على اعتماد

(54) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، إصدار وزارة العدل، الكويت، 2011، ص 173.

(55) منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، مرجع سابق، ص 421.

(56) حسام الدين الأهواني، تأملات في الفسخ، مرجع سابق، ص 19.

(57) المرجع السابق، ص 18.

(58) وهذا شائع في بعض العقود، مثل: عقد الاستثمار، وعقد الإيجار، وعقد التأمين، وعقد التوريد، فلا يقبل الطرف القوي التفاوض بشأن بعض الشروط التعاقدية وتعديلها إلا نادرًا، بل يجد الباحثان أنه يصير على الشرط الفاسخ الصريح ويتشدد في تعديله؛ باعتباره وسيلة غير مباشرة لضمان وفاء المدين بالتزاماته العقدية.

صيغة نموذجية معدة مسبقاً من الغير لتنظيم شؤونهما، مثل: عقود الوكالات التجارية، وعقود الامتياز التجاري التي غالباً ما تتضمن مثل هذا الشرط⁽⁵⁹⁾. ويلاحظ الباحثان، في هذين الفرضين، أنه على الرغم من أن القبول بشروط العقد قد جاء مفروضاً على المتعاقد، إلا أنه لا يمكن القول - من الناحية القانونية - أن إرادته لم تنصرف صراحة نحو الشرط.

وهذا يعني أن استلزام اتجاه الإرادة الصريحة، لكلا المتعاقدين، نحو الشرط لا تحل دائماً مشكلة إساءة استعمال محترفي تحرير العقود الشرط في الواقع العملي على النحو الذي بينته المذكرة الإيضاحية بقولها: «والمشروع بذلك يستهدف وضع حد لما ظهر في العمل من إساءة استعمال هذا الشرط في العقود، وللنتائج الوخيمة المترتبة عليه للمتعاقد»⁽⁶⁰⁾؛ فالشرط وإن كان يفرض على المتعاقد فرضاً في بعض العقود، إلا أنه يصعب إثبات عدم انصراف إرادته إليه وإدراكه آثاره إذا كان محرراً.

ومن المسلم به أن استخلاص انصراف الإرادة الصريحة المشتركة نحو الشرط لا يتأتى إلا من خلال وسيلة مادية، هي عبارة العقد ذاتها، وما تفيده بنوده وفقاً لمعناها الظاهر؛ لأن الإرادة ذاتية بطبيعتها، فإن تجسدت هذه الإرادة في عبارة العقد، وكانت هذه العبارة واضحة في دلالتها على إرادة المتعاقدين؛ فإنها - حينئذ - تنهض بذاتها دليلاً كافياً للكشف عن القصد المشترك الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين وقت العقد، وعُدَّت تعبيراً صادقاً عنها⁽⁶¹⁾، وإذا دفع المدين أمام المحكمة بعدم إدراكه الآثار المترتبة على الشرط، وعدم انصراف إرادته إليه، فإنه من المستبعد أن تستجيب إلى طلبه، وتعرض عن القضاء بصحة أعمال الشرط؛ ذلك أن قبوله بالعقد، وما تضمنه من شروطه، يعد دليلاً كافياً على اتصال الشرط بعلمه، وإدراكه حقيقة ما هو مقدم عليه.

(59) مثل العقود النموذجية أو ما يسمى بالإنجليزية بـ Model Agreements التي تعدها الجماعات التجارية، كالاتحادات التجارية وغرف التجارة، التي يعتمد عليها الأصيل كإطار تعاقد يظم العلاقة مع المتعاقد الآخر، وتتضمن شروطاً تفضيلية لمصلحة الأصيل على حساب غريمه، وأبرزها حقه في اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، أو فسخه بالإرادة المنفردة عند إخلال الوكيل التجاري أو المرخص له في عقد الامتياز بالتزامه.

(60) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 172.

(61) تنص المادة (1/193) من القانون المدني على أنه «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين». ومن المقرر في قضاء محكمة التمييز أنه «متى كانت عبارات المحررات والعقود واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة محرريها أو المتعاقدين؛ إذ لا عبرة في الدلالة في مقابل التصريح». وانظر الحكم في الطعن رقم 100/2011 مدني، جلسة 2011/12/19، مجلة القضاء والقانون، س 39، ج 3، ص 383.

الفرع الثاني

تعلُّق الفسخ بإرادة الدائن

إن المقصود بالأثر المترتب على الشرط الفاسخ الصريح هو ترتيب فسخ العقد تلقائياً بمجرد إخلال المدين بالتزامه، وإعلان الدائن رغبته في التمسك بالشرط، من دون أن يتوقف ذلك على صدور حكم من القضاء، وهذا بطبيعة الحال لا يتأتى إلا إذا كانت عبارة الشرط صريحة وقاطعة الدلالة بما يكفي لترتيب هذا الأثر؛ فإذا لم يكن الشرط قاطعاً في التعبير عن هذا المعنى ينبغي - حينئذ - حمل الشرط على أنه مجرد تأكيد للقاعدة العامة في الفسخ، وهي الفسخ القضائي.

ولا يفرض القانون أن يجيء الشرط بلفظ معين أو صيغة محددة؛ فأى عبارة تصلح لأن تقيم الشرط الفاسخ الصريح، مادامت تدل على حقيقة حكمه ومضمونه، على نحو بَيِّن ينأى عن الشك والغموض⁽⁶²⁾. ولهذا قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه «متى ما كانت صيغة الشرط صريحة قاطعة الدلالة على قصد المتعاقدين في وجوب الفسخ حتماً، ومن تلقاء نفسه عند تحقق المخالفة الموجبة له، فإن هذا الشرط الفاسخ الصريح يكون موجباً للفسخ حتماً»⁽⁶³⁾. كما أن قضاء النقض في مصر مستقر - في قديمه وحديثه - على هذا المبدأ؛ حيث يقرر أن «النص في الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار، بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد، يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه»⁽⁶⁴⁾. كما قضى بأنه «وإن كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ، إلا أنه يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتماً، ومن تلقاء نفسه، بمجرد حصول المخالفة الموجبة له»⁽⁶⁵⁾.

(62) عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 600. حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 614 و 615. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 416 و 417. محمد حسن قاسم، الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ الصريح...، مرجع سابق، ص 355.

(63) الحكم في الطعن رقم 294/2006/تجاري، جلسة 2008/3/4، غير منشور.

(64) الحكم رقم 450، س 30 ق، بتاريخ 1969/1/28، المجموعة، س 16، ع 3، ص 943، قاعدة 149. الحكم رقم 370، س 41 ق، بتاريخ 1976/2/26، المجموعة، س 27، ع 1، ص 515، قاعدة 106. الحكم رقم 388، س 48 ق، بتاريخ 1981/11/18، المجموعة، س 32، ع 2، ص 2052، قاعدة 371. الحكم رقم 16749، س 90 ق، بتاريخ 2021/12/21، غير منشور. مع ملاحظة أن المادة (158) من القانون المدني المصري تجيز الاتفاق على الإعفاء من ضمانات الإعذار في العقود المدنية والتجارية. أما القانون المدني الكويتي فلم يجز الاتفاق على الإعفاء من الإعذار إلا في المواد التجارية فقط دون المدنية على ما سيرد لاحقاً في المطلب الأول من المبحث الثاني.

(65) الحكم رقم 3093، س 57 ق، بتاريخ 1990/6/10، المجموعة، س 41، ع 2، ص 266، قاعدة 219. والحكم رقم 450، س 30 ق، بتاريخ 1965/10/28، المجموعة، س 16، ع 3، ص 943، قاعدة 149.

ويُلاحظ - في الواقع العملي - أن كثيراً من العقود تحرص على تحديد المقصود بالشرط الفاسخ الصريح؛ حيث يُخصَّص بندٌ في صدر العقد لتعريف العبارات والمصطلحات الواردة فيه بدقة ووضوح، ومنها الشرط الفاسخ الصريح، والأثر المترتب عليه، خصوصاً فيما يتعلق بوقوع الفسخ التلقائي من دون حكم قضائي، وفي موضع لاحق من العقد تأتي عبارة الشرط نفسها؛ لتحيل على بند التعريفات درءاً لأي خلاف قد يقع بشأن المقصود بهذا المصطلح.

وعلى كل حال فإن المهم هو أن يفيد الشرط انصراف إرادة المتعاقدين - بشكل قاطع - تجاه الفسخ دون حكم قضائي عند إخلال المدين بالتزامه، أيًا كان اللفظ المستعمل؛ فليس بلازم أن يرد بلفظ الفسخ تحديداً⁽⁶⁶⁾، فقد يجيء بالألفاظ أخرى من جنس اعتبار العقد لاغياً⁽⁶⁷⁾، أو معدوماً⁽⁶⁸⁾، أو منتهياً أو منحللاً، فهذه الألفاظ كلها تقوم مقام لفظ الفسخ؛ مادامت صريحة وقاطعة الدلالة على ترتيب هذا الأثر؛ فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني⁽⁶⁹⁾. واستتظهار هذا الأمر من المسائل الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، بما لها من سلطة تامة في تفسير العقود، وما تحتويه من شروط، بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك، متى كان استخلاصها وتفسيرها مما تحتمله عبارة العقد⁽⁷⁰⁾.

ويشير الباحثان إلى أنه، وإن كان من الضروري أن تتجه إرادة كلا المتعاقدين نحو الشرط على نحو صريح وقاطع لترتيب الفسخ تلقائياً من دون حكم، فلا يلزم من ذلك أن يكون الشرط الفاسخ الصريح مرتباً لجزء الفسخ على المتعاقدين كليهما عند الإخلال بالالتزام، بل يجوز أن يكون كذلك لمصلحة أحد المتعاقدين دون الآخر⁽⁷¹⁾.

(66) عبدالفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق.

(67) الحكم رقم 19، س 53 ق، بتاريخ 1986/5/27، المجموعة، س 37، ع 1، ص 604، قاعدة 126.

(68) الحكم رقم 106، س 17 ق، بتاريخ 1948/12/23، غير منشور.

(69) فقد رفضت محكمة التمييز الكويتية، في نزاع حول عقد صلح، الاعتداد بعبارة عدم لزوم التسوية إذا تخلف المدين عن سداد أي قسط من الأقساط في موعده؛ لأنها لا تفيد اتفاق الطرفين على اعتبار عقد الصلح مفسوخاً من تلقاء نفسه، وبناءً عليه أنزلت هذا الاتفاق منزلة الشرط الفاسخ الضمني، قرار محكمة التمييز في غرفة المشورة في الحكم 2015/1463/تجاري، جلسة 2017/7/18، غير منشور. كما قضت بأن عبارة: «يحق للدائن ومن دون اتخاذ الإجراءات القانونية المتبعة إخلاء المستأجر من العين المؤجرة في حالة عدم دفع الأجرة خمسة وأربعين يوماً من استحقاقها»، لا تعني اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد حصول الإخلال بالالتزام، بل مجرد الحق في الإخلاء، الحكم رقم 1994/220/تجاري، جلسة 1994/5/10، غير منشور.

(70) الحكم رقم 2008/1280/تجاري، جلسة 2009/10/27، غير منشور.

(71) نقض مصري، الحكم رقم 34، س 23 ق، جلسة 1956/12/13، غير منشور.

وترتيباً على ما تقدم فإن تقدير الأثر الذي يقصده المتعاقدان لا يمكن الاستدلال عليه إلا من خلال معيار موضوعي هو عبارة الشرط ذاتها؛ إذ هي التي تحدد حقيقة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، وما إذا كانت قد انصرفت إلى استبقاء سلطة القضاء أو تضييقها أو استبعادها بالكلية.

ويظهر من خلال استقراء أحكام القضاء تعدد صيغ الشرط التي يستعملها المتعاقدان في عقودهما لترتيب الفسخ واختلاف مداها، ولم يتردد القضاء في رفض إعمال مقتضى الشرط ما لم تكن صيغته صريحة وقاطعة الدلالة على إيقاع الفسخ دون حكم، عند إخلال المدين بالتزامه.

ويمكن حصر صيغ الاتفاق على الفسخ في أربع صيغ متفاوتة في دلالتها وأثرها، على النحو التالي:

الصيغة الأولى - الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً عند إخلال المدين بالتزامه:

إن الاتجاه الراجح، فقهاً وقضاءً، هو أن هذه الصيغة لا تفيد الفسخ التلقائي، ولا تنفي عن رفع دعوى الفسخ، ولا تسلب القاضي سلطته التقديرية، فهي مجرد ترديد للفسخ القضائي المقرر بحكم من القانون⁽⁷²⁾، وبناءً عليه يجوز للقاضي، إذا عرض عليه الاتفاق على الشرط وفق هذه الصيغة، إنظار المدين إلى ميسرة، حتى بعد رفع دعوى الفسخ، كما أن للمدين نفسه توقي الفسخ بعرض الوفاء بالالتزام قبل صدور حكم نهائي بالفسخ.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بأن: «النص على أنه في حال تقصير الطرف الثاني عن أداء واجباته يحق للطرف الأول فسخ العقد وإنجاز الأعمال على حسابه». لا يفيد اتفاق الطرفين على الشرط الفاسخ الصريح⁽⁷³⁾، كما قضت بأن الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً عند تراخي المستأجر عن الوفاء بالأجرة في مواعيدها لا يفيد اتفاق

(72) انظر: محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 383. حشمت أبو ستيت، مرجع سابق، ص 345 و 346؛ سمير تناعو، مرجع سابق، ص 195. إبراهيم أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، ص 420 و 421. ويذهب رأي فقهي مرجوح إلى أن الحكم في مثل هذا الاتفاق يتوقف على نية المتعاقدين التي لا يجب إهمالها؛ حيث يتعين على القاضي تقصي نيتهم المشتركة فإذا تبين له أنهما قصدا وقوع الفسخ بمجرد إخلال المدين بالتزامه فيجب عليه القضاء به، ويكون حكمه في هذه الحالة كاشفاً للفسخ. وعلى الرغم من ذلك فإن هذا الرأي يقر بصعوبة استخلاص الحكمة هذه النية في معظم الأحوال. انظر: حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، 1946، ص 187. ويميل السنهاوري إلى تأييد هذا الرأي، الوسيط في شرح القانون المدني، مج 2، ج 1، مرجع سابق، ص 810 - 811.

(73) الحكم في الطعن رقمي 159 و 2003/160/ تجاري، جلسة 2003/12/8، مجلة القضاء والقانون، س 31، ج 3، ص 239.

الطرفين على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، وأنه لا يعدو أن يكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المقرر بالمادة (209) من القانون المدني، بما لا يغني عن الإعذار والالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ⁽⁷⁴⁾. وقضت أيضاً بأن الاتفاق على أنه: «يحق للطرف الأول فسخ العقد إذا حصل أي تقصير في الحراسة أو في أداء الواجب المطلوب» لا يعدو أن يكون تأكيداً للفسخ القضائي⁽⁷⁵⁾.

الصيغة الثانية- الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند إخلال المدين بالتزامه:

يحدث ألا يقنع المتعاقدان بالصيغة السابقة، فيتفقان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم وفاء المدين بالتزامه، ويترتب على هذه الصيغة تجريد المحكمة من سلطاتها التقديرية في حكم الفسخ، ويجب عليها القضاء به، ولا تملك منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، إلا أنه لا يعفي الدائن من الإعذار.

وقد انقسم الفقه بشأن طبيعة الحكم الصادر في الفسخ في هذه الحالة، وما إذا كان كاشفاً أم منشئاً له إلى اتجاهين متعارضين:

حيث يرى الاتجاه الأول أن هذه الصيغة ترتب فسخ العقد دون حاجة إلى حكم قضائي استناداً إلى أن عبارة «من تلقاء نفسه» تفيد الفسخ دون حكم من القضاء، فاشتراط وقوع الفسخ من تلقاء نفسه معناه اشتراط انفساخ العقد دون حاجة إلى حكم قضائي، ولا تعدو عبارة «دون حكم قضائي» أن تكون تأكيداً للمعنى نفسه الذي تؤدي إليه عبارة «من تلقاء نفسه»، من دون أن تتضمن إنشاء معنى جديد⁽⁷⁶⁾. ولكن هذه الصيغة لا تعفي الدائن من الإعذار، فلا يقع الفسخ من تلقاء نفسه إلا إذا لم يتم التنفيذ حتى الوقت المحدد في الإعذار.

على أن بعض أنصار هذا الاتجاه يرون أن هذه الصيغة لا تغني الدائن عن رفع دعوى الفسخ للحصول على حكم بذلك، ويتعين على المحكمة الاستجابة لطلبه بحيث يقتصر دورها على تقرير وقوع الفسخ والنطق به، من دون أن يمتد ذلك إلى تقدير مبرراته، وليس لها القضاء بالتنفيذ العيني، كما لا يمكن للمدين تفادي الحكم بالفسخ بتنفيذ

(74) الحكم رقم 2010/687/ تجاري، جلسة 2011/1/26، غير منشور. القرار في الطعن رقم 2007/820/ تجاري، جلسة 2007/11/3، غير منشور.

(75) الحكم رقم 1994/98/ تجاري، جلسة 1994/11/1، مجلة القضاء والقانون، س22، ج2، ص137.

(76) عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص519. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج1 (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص418. ويرى الأهواني وقوع الفسخ، من دون حاجة إلى رفع دعوى الفسخ أو حكم قضائي.

التزامه؛ فإذا أصدرت حكمها بفسخ العقد فإنه يكون مقررًا وكاشفًا لفسخ وقع بإرادة الدائن إعمالاً للشرط لا منشئاً له⁽⁷⁷⁾.

أما الاتجاه الثاني، فيذهب إلى تفسير هذه الصيغة على أنها ترفع عن القاضي سلطته التقديرية، ويجب عليه القضاء بالفسخ إذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ، ولكن حكمه في هذه الحال يكون منشئاً للفسخ شأنه شأن الحكم بالفسخ القضائي وليس كاشفًا له⁽⁷⁸⁾. ويرى بعض أنصار هذا الاتجاه أن النص على انفساخ العقد «من تلقاء نفسه» لا يعتبر شرطاً صريحاً فاسخاً؛ حيث يرون ضرورة أن يتضمن الشرط صراحةً استبعاد سلطة القضاء التقديرية، وإلا كان مجرد ترديد للفسخ القضائي⁽⁷⁹⁾.

ولا يخلو هذا الاختلاف من أهمية عملية تتمثل في الأثر المترتب على الحكم؛ فإذا اعتبره الباحثان حكماً منشئاً فإن مفاد هذا هو وقوع الفسخ من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً، أما إذا اعتُبر الحكم كاشفًا فهذا مؤداه أن الفسخ يقع من وقت انقضاء أجل المحدد في الإعذار، لا من تاريخ الحكم النهائي. كما يترتب على اعتبار الحكم كاشفًا عدم لزوم رفع الدائن دعوى مستقلة بالفسخ لاستصدار حكم بذلك، بل يكفي أن يتقرر بناءً على دفع موضوعي منه في أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المدين⁽⁸⁰⁾.

والذي يتضح من قضاء محكمة التمييز الكويتية أنها تفسر هذه الصيغة باعتبارها شرطاً فاسخاً صريحاً، وتعتبرها كافية لاستخلاص إرادة المتعاقدين في حجب سلطة المحكمة التقديرية في الفسخ وتقدير مبرراته؛ بحيث إذا رفع النزاع إليها فلا يسعها سوى

(77) عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، ج 1 (مصادر الالتزام)، د. ن، 1989، ص 505. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 33. محمد حسن قاسم، الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ الصريح ...، مرجع سابق، ص 353.

(78) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج 2، ج 1، مرجع سابق، ص 812. في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، 1967، ص 331. عبد المنعم الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص 593.

(79) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مج 2، مرجع سابق، ص 658. إبراهيم دسوقي أبوالليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتماني الأخرى، منشورات جامعة الكويت، 1984، ص 120. والرأي نفسه: حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 622.

(80) والمقرر في قضاء محكمة النقض أنه متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع بقية الثمن في الميعاد المتفق عليه، من دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اللجوء إلى القضاء، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير، ولا يلزم أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناءً على دعوى من البائع، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أن الفسخ حصل بالفعل بناءً على دفع البائع في أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري، الحكم رقم 1266، س 65 ق، بتاريخ 2006/6/12، المجموعة، س 57، ص 573، قاعدة 110. وانظر: علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، مصر، 2006، ص 423.

القضاء بالفسخ لتحقيق الشرط؛ فقد قضت هذه المحكمة بأن البند الذي ينص على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، من دون حاجة إلى إعدار أو تنبيه عند تأخر المدين في سداد أي قسط في مواعيده يتحقق معه الشرط الفاسخ الصريح، ويكون الحكم بالفسخ في هذه الحالة مقررًا وليس منشئاً⁽⁸¹⁾.

كما قضت بأنه إذا نص الاتفاق على أن العقد: «يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا تأخر المستأجر عن دفع القيمة الإيجارية في موعد استحقاقها، مع حق المؤجر في المطالبة بالقيمة الإيجارية عن المدة المتبقية، وطلب الإخلاء فوراً»، هو في حقيقته اتفاق على الشرط الفاسخ الصريح الموجب للفسخ الحتمي عند تحقق المخالفة⁽⁸²⁾. وقضت بأن الشرط الذي يقرر أنه: «في حال تأخر المستأجر عن دفع الإيجار في موعد استحقاقه المتفق عليه، يعتبر هذا العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، ويحق للمؤجر المطالبة بقيمة الإيجار عن المدة الباقية من العقد، واستيفاء كل المصاريف والرسوم والتعويضات المترتبة على الإخلاء»، مفاده اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد حصول الإخلال بالالتزام بدفع الأجرة في الميعاد المقرر، من دون حاجة إلى صدور حكم قضائي⁽⁸³⁾.

فالمحكمة انتهت في الأحكام السابقة إلى حتمية وقوع الفسخ نفاذاً للشرط الفاسخ الصريح، واستخلصت من عبارة الفسخ التلقائي الواردة في العقد اتفاق المتعاقدين على وقوعه بمجرد إخلال المدين؛ برغم عدم ورود ما يفيد الاتفاق على الفسخ، من دون صدور حكم قضائي.

ومن جانبهما فإن الباحثين لا يتفقان مع هذا الاستخلاص، ويريان أن المحكمة قد حملت عبارة الشرط أكثر مما تحتل، وانحرفت في تفسيرها عن المعنى الذي قصده المشرع - في المادة (1/210) التي بينت بجلاء صورة الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح، باستلزام أن ينص العقد على وقوع الفسخ من دون حكم من المحكمة، فلا يسلب الشرط سلطة المحكمة التقديرية في تقدير أسباب الفسخ إلا إذا كانت صيغته صريحة وقاطعة الدلالة على وقوع الفسخ من دون حكم قضائي.

ويميل الباحثان إلى ترجيح الاتجاه الثاني، من حيث إن حكم الفسخ - إعمالاً لهذه الصيغة - يعتبر حكماً منشئاً، ولا يخرج بالفسخ عن صفة الفسخ القضائي، غاية الأمر - في تقدير الباحثين - أن هذه الصيغة تفسر برغبة المتعاقدين في تضيق سلطة

(81) الحكم رقم 2007/429/تجاري، 2008/6/17، غير منشور؛ والقضاء نفسه في الحكم رقم 1988/271/تجاري، جلسة 1989/3/19، مجلة القضاء والقانون، س 17، ع 1، ص 214.

(82) الحكم رقم 2008/1231/تجاري، جلسة 2009/11/11، غير منشور.

(83) الحكم رقم 2004/465/تجاري، جلسة 2005/5/7، مجلة القضاء والقانون، س 33، ج 2، ص 76.

القضاء في تقدير الحكم بالفسخ والحد من نطاقها وليس استبعادها بالكلية، ومن دون أن تتضمن ما يؤكد انصراف إرادتهما في وقوع الفسخ دون تدخل من القضاء، فهي لا تغني عن الحصول على حكم بالفسخ، ولا إلى إغذار المتعاقد الآخر، ولو شاء المتعاقدان ترتيب الفسخ دون حكم من القضاء لما أعوزهما النص على ذلك في الاتفاق.

وهذا التفسير يتفق مع نص المادة (1/210) من القانون المدني، والتي تذكر صراحةً ضرورة الاتفاق على استبعاد سلطة القضاء في تقرير الفسخ لقيام الشرط الفاسخ الصريح، أي أن الفسخ لا يعمل أثره إلا إذا نص الاتفاق صراحةً على وقوعه من دون حكم من المحكمة. علاوةً على أن الرأي مستقر على وجوب تفسير الشرط الفاسخ الصريح تفسيراً ضيقاً على الدوام؛ لأنه يمثل استثناءً على الأصل العام الذي يقضي بخضوع الفسخ للسلطة التقديرية للقاضي، ولا يجوز التوسع في الاستثناء⁽⁸⁴⁾.

والذي يراه الباحثان هو أن التفسير الصحيح لصيغ الشرط مثار النزاع في هذه الأحكام هو أنها لا تتضمن سوى تقييد سلطة المحكمة في تقرير الفسخ على النحو الذي تقرره المادة (1/210) مدني التي تنص على أنه: «لا يعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، من دون حكم المحكمة، أو بالشرط القاضي بتقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد». وهذا الشرط – أي شرط تقييد سلطة المحكمة في الفسخ – يقتصر أثره على تجريد المحكمة من سلطاتها التقديرية، فلا تملك إعطاء المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، أو رفض الفسخ؛ لأن هذه السلطة غير متعلقة بالنظام العام، ومن ثم يجوز للمتعاقدين الاتفاق على حرمان المحكمة منها بشرط أن تظهر بوضوح في الاتفاق.

وعلى هذا فإن شرط التقييد لا يرتب الفسخ الحتمي، ولا يغني الدائن عن رفع دعوى للحصول على حكم بذلك، فإذا عرض النزاع أمام المحكمة فلا تملك إلا القضاء بالفسخ إذا تحققت شروطه، وبالتبعية لا يجوز لها قبول التنفيذ العيني من المدين بعد الإخلال أو منحه أجلاً للوفاء بالتزامه، ولذلك فإن حكمها بفسخ العقد لا ينزع عنه الصفة القضائية، ويكون منشئاً للفسخ لا مقررًا له⁽⁸⁵⁾.

وترتيباً على ما تقدم، فإن الباحثين يخلصان إلى أن صيغة اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه لا تخرج عن كونها شرطاً مقيداً لسلطة المحكمة تجاه الفسخ⁽⁸⁶⁾.

(84) عبدالفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 601. الطعن 1994/98، سبقت الإشارة إليه.

(85) وانظر: إبراهيم أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 423.

(86) في الاتجاه نفسه، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مج 2، مرجع سابق، ص 657.

الصيغة الثالثة: الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من دون حكم عند إخلال المدين بالتزامه

وهذه الصيغة أشد من الصيغة السابقة، وذات أثر أشد في ترتيب الفسخ، وتفسّر بأنها تسلب المحكمة كل سلطة تقديرية، بما يتعين معه وجوب القضاء بالفسخ، على أن هذا لا يعني أن الشرط ينتج أثره بمجرد تحقق سببه، وهو إخلال المدين بالتزامه، بل يجب على الدائن أن يسجل على المدين تقصيره وهذا لا يتحقق إلا بإعذاره؛ فيكون متعيناً على الدائن - إن أراد إعمال أثر الشرط - إعذار المدين وتكليفه بالوفاء بالالتزام، ومنحه أجلاً كافياً للوفاء به؛ فإذا استمر إخلال المدين لمدة معقولة بعد الإعذار أعمل الشرط أثره، وفسخ العقد من تلقاء نفسه، من دون حكم قضائي من تاريخ انقضاء هذه المدة المعقولة⁽⁸⁷⁾.

ومن المهم الإشارة إلى أن الإعذار واجب في جميع الأحوال في المواد المدنية، وفق المادة (2/210) من القانون المدني الكويتي، فإذا اتفق المتعاقدان على الإعفاء منه فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً لمخالفته نص القانون. أما في المواد التجارية فإن مثل هذا الاتفاق جائز بالنظر إلى طبيعتها الخاصة، وما تقتضيه من سرعة في حسم المنازعات وتصفية المراكز القانونية⁽⁸⁸⁾. ويختلف الوضع في القانون المدني المصري؛ حيث إن الاتفاق على الإعفاء من الإعذار جائز، سواء في العقود المدنية أو التجارية، شريطة أن يكون هذا الاتفاق صريحاً⁽⁸⁹⁾.

ولا يرتب الفسخ أثره إلا إذا أراد الدائن وقوعه؛ بأن قام بالفعل بإعذار المدين، فقد يبدو له - حتى مع إخلال المدين بالتزامه - أن يستبقي العقد ويصر على التنفيذ العيني⁽⁹⁰⁾؛ لأن الفسخ خيار مقرر لمصلحة الدائن دون المدين؛ فله طلب التنفيذ العيني أو

(87) وهذا ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي؛ حيث بينت أنه «ولا يعمل بالشرط القاضي بحصول الفسخ بقوة القانون عند الإخلال بالالتزام، إلا إذا استمر هذا الإخلال لمدة معقولة بعد الإعذار، ولو اتفق على غير ذلك»، ص 173. ويخضع تقدير هذه المدة لقاضي الموضوع. انظر: عبدالفتاح عبدالباقى، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 602.

(88) تنص المادة (2/210) على أن «الشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، عند عدم الوفاء بالالتزام، لا يعفي في غير المواد التجارية من الإعذار، ولو اتفق على الإعفاء منه». انظر: عبدالفتاح عبدالباقى، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 602، الهامش (2).

(89) تقرر المادة (158) من القانون المدني المصري أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، من دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً على الإعفاء منه». ويقرر الفقه أنه لا يجوز أن يستخلص الإعذار ضمناً من عبارات العقد نظراً إلى ما ينطوي عليه من خطورة بالنسبة للمدين، عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج 2، ج 1، مرجع سابق، ص 815.

(90) فقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن أثر عدم تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع في الموعد المحدد

اعتبار العقد مفسوخاً، وذلك حتى لا يكون بقاء العقد أو زواله مرهوناً بإرادة المدين. ولو سلم الباحثان بثبوت هذا الخيار للمدين فإن مقتضاه تعليق الفسخ على إرادته المنفردة، برغم ثبوت خطئه؛ بجعل مصير العقد بيده إن شاء تمسك به بتنفيذ ما عليه من التزام، وإن شاء أهمله بالامتناع عن تنفيذه، وهذا مما يتجافى مع أبسط قواعد المنطق والعدالة، ويهدم الغاية التي من أجلها شرع الفسخ الاتفاقي⁽⁹¹⁾.

ولا يحتاج الدائن، بعد إعذار المدين وانقضاء المدة المعقولة، إلى رفع دعوى قضائية لترتيب الفسخ؛ فالفسخ يكون قد وقع فعلاً، وبصورة تلقائية، وبالتالي يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ويلتزم كل منهما برد ما حصل عليه تنفيذاً للعقد، وفق ما تقرره القواعد العامة في الفسخ.

فمتى ما تحققت المحكمة من توافر شروط الفسخ، وانتفاء موانعه، يجب عليها حينئذ القضاء به، ويكون حكمها حينئذ مقررًا وكاشفًا للفسخ، وليس منشئًا له⁽⁹²⁾. وسلطة القضاء في هذه الحالة تقتصر على التثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، والتحقق من سلامة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله فقط؛ فلا يجوز له منح المدين أجلًا للوفاء، ولا يملك المدين توقي الفسخ بعرض الوفاء المتأخر بالالتزام.

غير أن المدين قد ينازع في تحقق شروط الفسخ، ويلجأ إلى القضاء مدعيًا تنفيذه الالتزام، أو أن الدائن قد تسبب بخطئه في عدم الوفاء بالالتزام، أو أنه أسقط خياره في التمسك بالفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد، أو أن امتناع المدين عن الوفاء كان مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ؛ ففي هذه الأحوال يمتنع على المحكمة القضاء بفسخ العقد لانتفاء شروط القضاء به، ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي⁽⁹³⁾.

الصيغة الرابعة: الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من دون إعذار أو حكم عند إخلال المدين بالتزامه

تعد هذه الصيغة أشد وأخطر صيغ الشرط الفاسخ الصريح على الإطلاق؛ إذ يتحقق معها المعنى الدقيق لهذا الشرط، وهي لا تصح في القانون الكويتي إلا في العقود التجارية

اعتبار العقد مفسوخاً، إلا إذا أخطر المشتري البائع بتمسكه بتنفيذ العقد، الحكم رقم 1992/212/تجاري، جلسة 1993/6/16، مجلة القضاء والقانون، س 21، ج 2، ص 23.

(91) محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 386.

(92) الحكم رقم 2007/888/تجاري، جلسة 2008/6/24، غير منشور.

(93) الحكم 2005/1488، والطعن 16 و2006/722/تجاري، جلسة 2007/3/27، مجلة القضاء والقانون، س 35، ج 1، ص 272.

دون العقود المدنية، على النحو المبين سلفاً.

ومقتضى هذا الشرط هو فسخ العقد بمجرد تخلف المدين عن الوفاء بالالتزام، من دون حاجة إلى قيام الدائن بإعذار المدين، أو إلى استصدار حكم قضائي بذلك، فهو يحجب عن المحكمة كل سلطة تقديرية في صدد الحكم بالفسخ؛ بحيث يقتصر دورها على مجرد التحقق من قيام وصحة شرط الفسخ، ومراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله على النحو الذي سبقت الإشارة إليه.

وتكمن خطورة هذه الصيغة في أنها تفضي إلى حرمان المتعاقد من ضمانتين، الأولى: الفسخ الحتمي للعقد من دون أن يكون للمتعاقد - بل ولا للقاضي - خيار بين التنفيذ والفسخ. والثانية: أن الفسخ يقع من دون حاجة إلى التقاضي؛ على أن ذلك لا يقلل الدائن من ضرورة الترافع إلى القضاء عند منازعة المدين في واقعة تنفيذ العقد؛ فإذا رُفع الأمر إلى القضاء فإن مهمة القاضي تقتصر - في هذه الحالة - على التثبت من هذه الواقعة؛ فإذا تحققت لديه صحتها أبقى على العقد، وإلا قضى بالفسخ⁽⁹⁴⁾.

ويلحق بعض الفقه على هذه الصيغة بقوله إن: «هذا الشرط وسطٌ بين الفسخ القضائي والانسفاخ بحكم القانون، فهي أعلى من الفسخ القضائي، وكذلك أعلى من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، ولكنها أدنى من الانسفاخ بحكم القانون؛ لأن العقد لا يفسخ إلا إذا أفصح الدائن عن رغبته في ذلك»⁽⁹⁵⁾.

ولذلك يتشدد القضاء غاية التشدد في تفسير هذا الشرط لما يتسم به من خطورة بالغة، بالنظر إلى أثره في منح الدائن رخصة إهدار العقد بإرادته بمجرد إخلال المدين بالالتزام، وفي رفع السلطة التقديرية عن محكمة الموضوع، وهو ما أكدته محكمة التمييز في أكثر من مناسبة؛ فقد تواترت أحكام هذه المحكمة على التشدد في استظهار هذا الشرط، وضرورة التضييق ما أمكن في تفسيره، وذلك بأن يثبت للقاضي - على نحو صريح قاطع - أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت صراحة إليه على بينة من حقيقة أثره⁽⁹⁶⁾.

ويخلص الباحثان، مما تقدم، إلى أن الشرط الفاسخ الصريح بمعناه الدقيق، وعلى ما عناه المشرع في المادة (210) مدني، لا ينتج أثره إلا إذا اشتملت عبارته على ثلاثة عناصر، وهي: 1 - النص على الفسخ التلقائي. 2 - إيقاع الفسخ من دون حاجة إلى استصدار

(94) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، مطبعة دار الكتاب العربي، من دون تاريخ، القاهرة، ص296.

(95) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج2، ج1، مرجع سابق، ص815 و816.

(96) الحكم رقم 1994/98، والحكم رقم 2010/687، سبقت الإشارة إليهما.

حكم من القضاء (ومن دون إغذار في المسائل التجارية فقط). 3 - إخلال المدين بتنفيذ التزامه.

تعقيب: تقدير مصطلح الفسخ التلقائي

يثير مصطلح الفسخ التلقائي الوارد في المادة (1/210) مدني مسألة تستحق البحث، والتي تتمثل في مدى دقة هذا المصطلح في التعبير عن حقيقة وقوع الفسخ من تلقاء نفسه؛ ذلك لأنه لا يتصور في ذهن انحلال العقد ذاتيًا، أي تقع نتيجته بمجرد قيام سببه من دون حكم قضائي.

وقد انتقد فريق من الفقه هذا المصطلح تأسيساً على أن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه بمجرد إخلال المدين؛ لأن الفسخ يظل مفتقر دائماً إلى إرادة الدائن التي يجب أن تتمسك به، وتفصح عن رغبتها في إعمال أثره⁽⁹⁷⁾؛ فما لم يعلن الدائن عن رغبته في فسخ العقد فإن هذا الأثر لا يترتب، وإن اتفق على وقوعه بشكل تلقائي.

وقد يُعترض على هذا الرأي بحجة أن تعليق فسخ العقد على إرادة الدائن لا يقدح في طبيعته التلقائية؛ لأن شرط الفسخ موضوع لمصلحته، ولا يؤثر في مدلول هذا الشرط وأثره القانوني أن يكون التمسك به من حق الدائن وحده، فهو في جميع الأحوال غير مجبر على الفسخ، وله أن يتمسك بالتنفيذ ويتجاهل الشرط.

والواقع أن هذا الاعتراض محل نظر لأنه ينقض الأصل الذي يقيم حجته عليه، ويتضمن مصادرةً على المطلوب؛ فعلى الرغم من أنه يقرر أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه إذا تحققت شروطه، فإنه يعود لينقض هذا التقرير بقوله إن الدائن يملك تعطيل هذا الأثر بإرادته؛ فإذا كان مضمون الفسخ التلقائي عند الاتفاق على الفسخ، من دون حكم أو إغذار، يتركز في انحلال العقد وإزالته بمجرد تحقق شروط الفسخ، فإن لازم هذا القول - كما تقضي القواعد العامة في الفسخ - اعتبار العقد كأن لم يكن من تلك اللحظة؛ ليعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد⁽⁹⁸⁾.

والحقيقة إن أحكام القضاء تدل على أن الدائن يملك إعاقه هذا الأثر التلقائي من خلال تمسكه بالعقد، فكيف يمكن إذن التوفيق بين فكرة الفسخ التلقائي والقول بإمكان الدائن

(97) عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مج2، ج3، ع1، سنة 1960، ص118. علاء السيد محمود الزاهي، مرجع سابق، ص422.

(98) تنص المادة (1/211)، من القانون المدني الكويتي، على أنه: «إذا فسخ العقد، اعتبر كأن لم يكن، وأعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرامه». وهذا الأثر يمثل القاعدة العامة، سواء في الفسخ القضائي أو الفسخ الاتفاقي، إلا في العقود المستمرة؛ حيث لا يكون للفسخ أثر إلا من وقت تحققه.

إعادة العقد إلى الوجود بعد زواله، واعتباره كأن لم يبرم قط؟ فهما على هذا نقيضان لا يجتمعان معاً ولا يرتفعان معاً في الوقت نفسه.

فالمسلم به فقهاً وقضاً أن الفسخ ليس نتيجة حتمية على الدوام، وإن تحققت كل شروطه؛ من انصراف إرادة المتعاقدين الصريحة إليه، وتبينهما حقيقة أثره، وثبوت مخالفة المدين التزامه؛ لأنه يظل خياراً مقررًا للدائن إن شاء عمله وإن شاء أهمله، وهذا الخيار في رأي الباحثين يتنافى مع القول بالطبيعة التلقائية للفسخ، وإن نص المشرع عليه.

ولذلك فإن الباحثين ينضمون إلى الفريق الذي سجّل تحفظه على مصطلح الفسخ التلقائي، ويضيفان أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي أشارت إلى هذه الحقيقة؛ حيث بينت أنه: «لا يكون من مقتضى هذا الشرط بمجرد ذاته أن يعفي المتعاقد الذي يعمل بالفسخ إضراراً به من ضمانته الإعذار»⁽⁹⁹⁾. ومؤدى هذا أن الفسخ لا يعمل أثره بصورة تلقائية، وإنما يكون متوقفاً على محض إرادة الدائن الذي قد لا يرغب - حتى مع قيام سبب الفسخ وتوافر شروطه - في فسخ العقد، ويصر على استمرار العلاقة التعاقدية مع المدين المخل، بل إنه ليس من الضروري أن يعمل الشرط هذا الأثر التلقائي، حتى في حال الاتفاق على فسخ العقد من تلقاء نفسه من دون إعذار أو حكم قضائي.

ويمكن لنا أن ندعم هذا الرأي بما قرره محكمة التمييز في أحد أحكامها؛ حيث قضت بأن قبول الدائن الأجرة المتأخرة أكثر من مرة، من دون اعتراض أو تحفظ، يبنى عن تنازله ضمناً عن خياره في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح⁽¹⁰⁰⁾؛ ففي هذا الحكم اتفق المتعاقدان على فسخ العقد تلقائياً بمجرد تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه، من دون حكم أو إعذار؛ إلا أن هذا الأثر لم يتحقق برغم إخلال المدين بالتزامه، والسبب هو أن الدائن أسقط خياره في التمسك بالشرط بقبول الوفاء المتأخر للالتزام.

وتتحصل وقائع النزاع في أن المدين استأجر من الدائن معرض سيارات بموجب عقد استثمار بتاريخ 1999/6/1، مقابل مبلغ يُسدّد على اثني عشر قسطاً، يُدفع كل منها في أول كل شهر، وتضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً يقضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، من دون حكم، إذا تأخر المدين عن الوفاء بالأقساط المستحقة في موعد غايته خمسة عشر يوماً من تاريخ الاستحقاق؛ وإن تخلف المدين المستثمر عن أداء أجرة شهر ديسمبر

(99) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 173.

(100) الحكم رقم 2007/888، سبقت الإشارة إليه. وانظر الاتجاه ذاته في قضاء النقض المصري، الحكم رقم 2368، س 57 ق، بتاريخ 1990/2/27، المجموعة، س 41، ع 1، ص 633، قاعدة 107.

سنة 2005 في الموعد المتفق عليه؛ فقد أقام الدائن دعواه بفسخ العقد استناداً إلى الشرط الفاسخ الصريح.

فقضت محكمة أول درجة بإخلاء العين، وبإلزام المدين بأن يؤدي المبالغ المترصدة في ذمته حتى تمام الإخلاء ورد العين المستأجرة بالحالة التي كانت عليها عند التعاقد، وصادف هذا الحكم تأييداً من محكمة الاستئناف؛ إلا أن المدين لم يرتض هذا القضاء، وطعن عليه بالتمييز ناعياً على محكمة الموضوع بدرجتها الخطأ في تطبيق القانون، والإخلال بالحق في الدفاع لإغفالهما بحث دفاع جوهرى من شأنه تغيير وجه الرأي في الدعوى، تمثل في إسقاط الدائن خياره في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح بقبوله أجره عين النزاع عن الأشهر السابقة على هذا الشهر بعد الميعاد المحدد بالعقد، من دون تحفظ، وقدم المدين تدليلاً على ذلك سندات قبض الدائن للأجرة عن الأشهر السابقة على هذا الشهر؛ فقضت محكمة التمييز بتمييز الحكم المطعون فيه تأسيساً على أن قبول الدائن الأجرة المتأخرة يتعارض مع إرادته هذا الشرط، بما يُعدُّ نزولاً ضمنياً منه عن أعمال الشرط الفاسخ الصريح، كما رفضت محكمة التمييز طلب الدائن أعمال موجب الفسخ القضائي المقرر بالمادة (209) مدني، تأسيساً على أن المدين تفادى جزاء الفسخ بقيامه بإيداع أجره الشهر محل النزاع بخزانة إدارة التنفيذ قبل صدور الحكم النهائي.

ويتضح من هذا الحكم أنه على الرغم من استظهار المحكمة الشرط الفاسخ الصريح في العقد، وتحقق سببه بتخلف المدين عن الوفاء بالتزامه في الموعد المتفق عليه، إلا أنها تجاوزت عن إعماله على سند من أن الدائن قد نزل عن خياره في التمسك بالفسخ بقبوله الوفاء المتأخر بالالتزام أكثر من مرة، وهذا يعني أن الفسخ لم يقع بصورة تلقائية، برغم توافر كل مقوماته عند تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه أول مرة.

فلو سلم الباحثان بأن الشرط الفاسخ الصريح يؤدي إلى الفسخ التلقائي بمجرد عدم الوفاء، كما نصت على ذلك المادة (210) مدني، لكان مقتضى ذلك انحلال الرابطة العقدية من لحظة وقوع الإخلال من المدين، فلا يجوز له أداء الالتزام المتأخر، ولا يجوز للدائن - من جهة أخرى - قبوله؛ لأن العقد لا وجود له من تلك اللحظة.

وهدياً بما تقدم ينتهي الباحثان إلى أن مصطلح الفسخ التلقائي لا يخلو من نقد؛ لأنه لا يعبر دائماً عن حقيقة الانحلال الذاتي للعقد، وبالتالي لا يمكن الركون إليه على إطلاقه، وإن تجلّى الشرط الفاسخ الصريح في أعلى درجاته، باعتبار أن إرادة الدائن ذاتها قد تعيق إعمال الفسخ عن طريق التمسك بالعقد برغم الاتفاق على الفسخ التلقائي بمجرد تحقق المخالفة، وفي الحالتين يتعطل هذا الأثر بما يتنافى مع فكرة الفسخ التلقائي.

المبحث الثاني

سلطة القاضي إزاء الشرط الفاسخ الصريح

من المستقر عليه، في قضاء محكمة التمييز الكويتية، أن الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح لا يحرم المدين من المنازعة في تحقيقه، كما أنه لا يعفي المحكمة من واجبها في التحقق من توافر موجب إعماله؛ إذ للمحكمة الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن لها - عند التحقق من سلامته - مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله؛ فإن تبين لها أن الدائن قد أسقط حقه 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، تجاوزت عن إعمال شرط الفسخ الاتفاقي⁽¹⁰¹⁾.

ويتبين من هذا القضاء أن الشرط الفاسخ الصريح، وإن كان يترتب عليه تجريد المحكمة من سلطاتها التقديرية في تقرير الفسخ، لا ينفي سلطة المحكمة في التحقق من قيام الشرط، وصحة تمسك الدائن به، وسلامة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله؛ لذلك يرى الباحثان أنه من الملائم تناول سلطة المحكمة إزاء هذا الشرط في مطلبين، يتناولان في أولهما سلطة المحكمة في التحقق من توافر شروط إعمال الشرط الفاسخ الصريح؛ فيما يخصصان المطلب الثاني لاستعراض سلطة المحكمة في التحقق من انتفاء موانع التمسك بالشرط الفاسخ الصريح.

المطلب الأول

سلطة القاضي في التحقق من توافر شروط إعمال

الشرط الفاسخ الصريح

إذا تمسك الدائن بالشرط الفاسخ الصريح، ونازعه المدين في ذلك، فإنه يتعين على المحكمة - إذا طرح النزاع أمامها - أن تتحقق من حصول واقعتين في معرض ممارستها سلطاتها الرقابية على سلامة إعمال الشرط.

(101) انظر أحكام محكمة التمييز في الطعون المشار إليها سابقاً: الحكم رقم 1988/271. والحكم رقم 2000/198، مدني، جلسة 2001/9/24. والحكم رقم 2005/1488. والحكم رقم 2007/888. والحكم رقم 2015/1463. والحكم رقم 2004/456/ تجاري، جلسة 2005/5/7. والحكم رقم 2009/198/ تجاري، جلسة 2011/3/1. والحكم رقم 2008/824/ تجاري، جلسة 2011/3/3. والحكم رقم 2010/1688/ تجاري، جلسة 2011/11/29. والحكم رقم 2010/332/ تجاري، جلسة 2013/7/8، سبقت الإشارة إليه. والحكم رقم 2010/1748/ تجاري، جلسة 2012/5/30، سبقت الإشارة إليه.

تتمثل الواقعة الأولى في مدى مراعاة الدائن ضمانته الإعذار (ويشير الباحثان إليه بالعنصر الإجرائي)، ثم تنتقل بعد ذلك إلى التحقق من الواقعة الثانية المتمثلة في إخلال المدين بالتزامه (يُشار إليه بالعنصر الموضوعي)⁽¹⁰²⁾.

وعلى ضوء ما تقدم سيتناول الباحثان هذين العنصرين على التوالي في فرعين مستقلين.

الفرع الأول

العنصر الإجرائي (الإعذار)

إذا اتضح للمحكمة قيام الشرط الفاسخ الصريح على النحو الذي سبق بيانه، وكانت صيغته قاطعة الدلالة على قصد المتعاقدين في وجوب فسخ العقد حتمًا من تلقاء نفسه، عند تحقق المخالفة الموجبة له من دون حاجة إلى استصدار حكم من القضاء؛ فإنه ليس من مقتضى هذا الاتفاق - بمجرد ذاته - أن يؤدي إلى انحلال العقد، بل يجب على الدائن، إن أراد إعمال أثر الشرط، استيفاء عنصر إجرائي نصت عليه المادة (2/210) مدني، يتمثل في إعذار المدين؛ ذلك أن الإعذار عنصر لازم لإعمال أثر الفسخ في المواد المدنية؛ حيث نصت هذه المادة على أنه: «والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزام لا يعفي في غير المواد التجارية من الإعذار، ولو اتفق على الإعفاء منه»⁽¹⁰³⁾.

وتشير المذكرة الإيضاحية إلى العلة من الإعذار؛ حيث اعتبرته ضمانته للمدين، ووسيلة لإثبات إخلاله بالوفاء بالتزامه⁽¹⁰⁴⁾، فهو بمنزلة ضمانته للمدين؛ لأنه يتضمن إعطاء مهلة أخيرة للوفاء بالتزامه، وينبئه إلى خطورة الآثار المترتبة على الشرط.

ومن جهة أخرى فإن الإعذار يعد وسيلة قانونية لتسجيل إخلال المدين بالتزامه، ووضعه موضع المقصر في تنفيذه⁽¹⁰⁵⁾؛ ذلك أن مجرد عدم تنفيذ المدين للالتزام لا يعتبر من الناحية الفعلية خطأ منه، مادام الدائن يقف منه موقفًا سلبيًا؛ حيث يحمل سكوته محل

(102) ولن يتناول الباحثان شروط الفسخ التي تفرضها القواعد العامة للفسخ القضائي الذي يعد أصلًا لشرط الفسخ؛ لأنها تخرج عن نطاق هذا البحث.

(103) ويشير الباحثان إلى أنه لا يشترط أن يتفق المتعاقدان على ضرورة الإعذار في ثنايا الشرط الفاسخ الصريح؛ إذ إنه عنصر إجرائي يفرضه القانون على الدائن إن أراد التمسك بالشرط، وعدم الاتفاق على ضرورة الإعذار في الشرط لا يؤثر في صحته من الناحية القانونية.

(104) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 173.

(105) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، مرجع سابق، ص 830. إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 49. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 2 (أحكام الالتزام)، د. ن. القاهرة، 1996، ص 51.

القبول الضمني بعدم تنفيذ المدين الالتزام، وعدم إصابته بضرر من جراء ذلك⁽¹⁰⁶⁾.

ولما كان إعمال الاتفاق على الفسخ التلقائي للعقد مناط بعدم تنفيذ المدين التزامه، كان لا بد من إثبات خطأ المدين، والخطأ حالة قانونية لا تثبت إلا بطريق قانوني؛ فإذا ما أراد الدائن أن يضع المدين موضع المقصر في تنفيذ الالتزام، وجب عليه أن ينفي عن نفسه مظنة تسامحه مع المدين، ويشعره برغبته وإصراره على اقتضاء حقه، وهذا لا يتحقق إلا من خلال إعداره على الوجه الذي رسمه القانون⁽¹⁰⁷⁾.

ومقتضى الإعذار دعوة الدائن المدين رسمياً إلى تنفيذ الالتزام خلال مدة معينة؛ بحيث إذا انقضت هذه المدة من دون أن ينفذ المدين الالتزام فسخ العقد من تلقاء نفسه⁽¹⁰⁸⁾، ووفقاً للقواعد العامة لا يتحقق الإعذار بالمعنى الذي قصده المشرع إذا لم يتضمن تكليف المدين بالوفاء بالالتزام⁽¹⁰⁹⁾.

وتفريعاً على ذلك، لا يجوز للدائن إعمال الشرط الفاسخ الصريح إذا جاء الإعذار مجرداً من التكليف بالوفاء، واقتصر على إعلانه فسخ العقد استناداً إلى توافر موجب إعمال الشرط؛ إذ إن مثل هذا الإعلان لا ينهض إعداراً بالمعنى الذي عناه المشرع⁽¹¹⁰⁾؛ بيد أنه لا يلزم أن يشير الدائن في الإعذار إلى الشرط⁽¹¹¹⁾، أو أن يتضمن الإعذار تهديداً للمدين بفسخ العقد إذا لم ينفذ التزامه المطلوب؛ ذلك أن الفسخ جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه، وليس بلازم أن ينبه المدين إليه قبل رفع الدعوى⁽¹¹²⁾.

ولا يكفي إعدار المدين وتكليفه بالوفاء بالالتزام، بل يتعين - إضافةً إلى ذلك - أن يمنحه الدائن أجلاً معقولاً للوفاء بالالتزام، وأن يستمر الإخلال طوال هذا الأجل⁽¹¹³⁾.

(106) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، مرجع سابق، ص830. عبدالفتاح عبدالباقي، دروس في أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ب. ت، ص71.

(107) ويشير السنهوري، رحمه الله، إلى أن المبادأة بالإعذار قبل رفع دعوى الفسخ تحقق فوائد عملية، فهي تجعل القاضي أسرع استجابة لطلب الفسخ، وتجعله أقرب إلى الحكم على المدين بالتعويض بجانب الفسخ، الوسيط، مج2، ج1، مرجع سابق، ص794.

(108) عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مج1، ج2، ع2، سنة 1959، ص447.

(109) حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج2 (أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص52.

(110) المرجع السابق؛ حيث يشير إلى أن الإعذار تكليف بوفاء وليس تهديداً بجزاء، والتكليف بالوفاء هو جوهر الإعذار، ويدور معه وجوداً وعدماً.

(111) عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص605. منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، مرجع سابق، ص208.

(112) نقض مصري الحكم رقم 524، س29 ق، بتاريخ 1964/11/12، غير منشور.

(113) فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أنه «لا يعمل بالشرط القاضي بحصول الفسخ بقوة القانون عند الإخلال بالالتزام، إلا إذا استمر هذا الإخلال لمدة معقولة بعد الإعذار، ولو اتفق على خلاف ذلك».

وقد يتولى العقد تحديد هذا الأجل بأن يتضمن بنداً يقضي بضرورة الوفاء خلال مدة معينة من إجراء الإعذار، أو قد يحرص الدائن على تحديد هذا الأجل في الإعذار نفسه، إلا أن ذلك ليس ضرورياً؛ فليس بلام أن يتضمن الإعذار تحديداً لمدة معينة للوفاء بالالتزام، ولكن المهم هو أن تكون هذه المدة معقولة وكافية للتنفيذ، وتحديد ما إذا كانت هذه المدة معقولة مسألة موضوعية تخضع لتقدير المحكمة، وتحدد تبعاً لطبيعة الالتزام المطلوب تنفيذه، وظروف وملازمات كل دعوى على حدة⁽¹¹⁴⁾.

وهذا يعني أن المحكمة عند ممارستها سلطتها في التحقق من توافر العنصر الإجرائي لإعمال الشرط الفاسخ الصريح عليها أن تثبت من توافر ثلاثة أمور: 1- أن يتضمن الإعذار تكليفاً للمدين بالوفاء بالالتزام. 2- كفاية الأجل الممنوح للمدين للوفاء بالالتزام. 3- استمرار إخلال المدين طوال هذا الأجل؛ فإذا ثبت للمحكمة مراعاة الدائن ضمانة الإعذار على الوجه الذي رسمه القانون، واستيقنت من تحقق الشروط الموضوعية للفسخ، وانتفاء موانعه، ارتفعت حينئذ سلطتها التقديرية، فلا يجوز لها إعطاء المدين نظرة ميسرة، أو السماح له بأداء الالتزام بعد انقضاء المهلة المحددة في الإعذار، ويتعين عليها إعمال مضمون الشرط والقضاء بفسخ العقد.

أما إذا اتضح للمحكمة عدم إعذار الدائن مدينه، أو أن الإعذار لم يتضمن ما يفيد تكليف المدين بالوفاء، أو أن الدائن لم يمنح المدين وقتاً كافياً للوفاء بالالتزام، أو أعلن فسخ العقد قبل انقضاء الأجل المعقول، فإن سلطة المحكمة في تقدير الفسخ تظل قائمة، ولها الالتفات عن إعمال الشرط وإن تمسك به الدائن، بما يجوز معه للمدين اعتبار أن العقد لا يزال قائماً، ومنع وقوع الفسخ بتنفيذ التزامه⁽¹¹⁵⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه هو اختلاف موقف المشرع الكويتي من الإعذار في الشرط الفاسخ الصريح عن موقف المشرع المصري ومن نحى نحوه في أغلب التقنيات المدنية

(114) عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص 602.
(115) ولما كان إجراء الإعذار في الشرط الفاسخ الصريح متعلقاً بالنظام العام فإنه لا يجوز للمحكمة الالتفات عن الرد على دفع المدين بعدم قيام الدائن به؛ لأنه دفع جوهرى من شأنه تغيير وجه الرأي في الدعوى. انظر: نقض مصري الحكم رقم 4899، س 68 ق، بتاريخ 2000/2/27، المجموعة، س 51، ع 1، ص 363، قاعدة 66. وللعلة ذاتها يتعين على المحكمة إثارة عدم حصول الإعذار من تلقاء نفسها ورفض الفسخ، خلافاً للفسخ القضائي الذي لا يجوز فيه للمحكمة إثارة تلك المسألة من تلقاء نفسها، أو قبول إثارة المدين لهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة التمييز، راجع في مدى سلطة المحكمة في التصدي للمسائل المتعلقة بالنظام العام: حكم محكمة التمييز الكويتي في الطعون أرقام 33 و 36 و 39/1995/ تجاري، جلسة 1995/11/19، مجلة القضاء والقانون، س 23، ج 2، ص 148. وانظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مج 2، مرجع سابق، ص 647.

العربية⁽¹¹⁶⁾؛ حيث تجيز المادة (158) من القانون المدني المصري الاتفاق على الإعفاء من الإضرار مطلقاً، شريطة أن يكون هذا الاتفاق صريحاً⁽¹¹⁷⁾.

أما المشرع الكويتي فقد تشدد إزاء الإضرار، ولم يشأ إهدار هذه الضمانة بحرمان المدين منها، ولو بالاتفاق الصريح، خلافاً للقاعدة العامة المقررة بموجب المادة (299) مدني التي تجيز الاتفاق على الإعفاء من الإضرار؛ حيث يترتب على هذا الاتفاق البطلان المطلق في المواد المدنية فقط⁽¹¹⁸⁾. أما في المسائل التجارية فيصح مثل هذا الاتفاق، ولكن يتعين أن يكون صريحاً وقاطعاً في دلالته؛ إذ لا يجوز أن يُستخلص من ظروف الحال؛ لما ينطوي عليه من خطورة بالنسبة إلى المدين. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بأن الاتفاق الضمني على الإعفاء من الإضرار مخالف للقانون، ويقتضي عدم إعمال الشرط الفاسخ الصريح⁽¹¹⁹⁾.

وترجع علة عدم إبطال المشرع هذا الاتفاق إلى الطبيعة الخاصة للمعاملات التجارية كما أسلف الباحثان⁽¹²⁰⁾، يضاف إلى ذلك أن العقود التجارية غالباً ما تكون بين أطراف

(116) ويستثنى من القوانين المدنية العربية القانون المدني البحريني رقم 2001/19، المادة (141)، والقانون المدني القطري رقم 2004/22، المادة (184)؛ حيث يلاحظ تأثر المشرع في هذين القانونين بموقف المشرع المدني الكويتي بنقل عبارة المادة (210) مدني كويتي.

(117) وقد تضاربت الآراء حول تكييف الاتفاق على الإعفاء من الإضرار؛ فقد ذهب رأي مرجوح إلى أن الإضرار قد تم مقدماً عند الاتفاق، وبالتالي لسنا بصدد إعفاء، في حين يذهب الرأي الراجح إلى أن مثل هذا الاتفاق لا يمكن اعتباره إضراراً مسبقاً، بل هو اتفاق على عدم الحاجة إلى الإضرار أصلاً. للمزيد انظر: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، مرجع سابق، ص834، الهامش (2) حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج2 (أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص56. وانظر في تأييد المشرع الكويتي للرأي الثاني: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، مرجع سابق، ص230.

(118) ويعلق أحد أعمدة الفقه المدني العربي، وعضو لجنة التشريعات المدنية التي أعدت المشروع التمهيدي للقانون المدني الكويتي على مسلك المشرع الكويتي قائلاً: «والمشرع الكويتي إذ يقرر كأصل عام بطلان الاتفاق على الإعفاء من الإضرار في خصوص إعمال الشرط الفاسخ الصريح، يجد تجديداً محموداً، نرى من حقه أن يفخر به أيضاً؛ ففوق الفسخ بقوة القانون، وانحلال العقد من تلقاء نفسه، وحرمان المدين - بالتالي - من الحماية السخية الفضفاضة التي تتمثل في السلطة التقديرية رحبة الحدود التي يوليها القانون قاضي الموضوع؛ كل ذلك يتمثل أمراً بالغ الخطورة، فلا أقل من أن ينبه المدين إليه، لعله يتدارك الأمر، بل لعله يتذكر أن يوفي دينه أن كان ناسياً. ولا يسوغ أن يحرم المدين من تلك الضمانة القوية نتيجة اتفاق يعقد بذلك مع دائئه، وهو اتفاق يسهل عليه في العادة ارتضاه؛ لأنه يؤمل عدم إخلاله بالتزامه، والأمل يخدع كثيراً»، انظر: عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، الموضع نفسه، الهامش (2).

(119) انظر الحكم رقم 2008/411 مدني، جلسة 2009/6/1، غير منشور.

(120) ويبين الفقه سبب خضوع الإضرار في المعاملات التجارية لقواعد خاصة، بقوله: «بيد أن الرسمية في الإضرار، ولئن كانت مقبولة في الحياة المدنية كأصل عام، فإنها لا تتناسب مع السرعة الواجبة في الحياة التجارية، فضلاً على مساسها بسمعة المدين التاجر؛ حيث تتأذى سمعته بقيام مأمور التنفيذ بإعلانه رسمياً في موطنه التجاري؛ ما يؤثر في ائتمانه»؛ ففي المعاملات التجارية يحصل الإضرار

متكافئة اقتصاديًا وفنيًا، وتملك التفاوض بشأن العقد وشروطه، وتدرك خطورة آثار الإعفاء من الإعذار. أما في العقود المدنية فإن الضعف الذاتي ملازم للأفراد، سواء فيما يتعلق بمقدرتهم التفاوضية أو بحدود معرفتهم لأحكام القانون، ومن ثم لا يمكنهم - في كثير من الأحيان - الوقوف على حقيقة الأثر المترتب على مثل هذا الاتفاق، ولهذا السبب قرر المشرع بطلانه حمايةً لهم⁽¹²¹⁾.

وإزاء اشتراط القانون إعدار المدين، وما يترتب عليه من إهماله لتنفيذ التزامه وإثبات تقصيره، يُطرح تساؤل مهم، ألا وهو: هل يتعين على الدائن - عند الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح - إعدار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجدٍ بفعل الأخير، أو في حال تصريحه كتابةً بأنه لن ينفذ التزامه على النحو الذي تقرره المادة (299) مدني من عدم ضرورة الإعدار في هاتين الحالتين؟

إجابةً عن هذا السؤال يبين الباحثان، بادئ ذي بدء - أن المادة (299) مدني نصت على استثناء خمس حالات يُعفى فيها الدائن من إعدار مدينه، وهي: 1- إذا اتفق على اعتبار المدين مخلصًا بالالتزام بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الأجل. 2- إذا أصبح تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير مجدٍ بفعل المدين. 3- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع. 4- إذا كان محل الالتزام تسليم شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو رد شيء تسلمه من دون حق وهو عالم بذلك. 5- إذا صرح المدين كتابةً بأنه لن ينفذ التزامه. وما يهم في هذا الصدد الحالتان الأولى والثانية، والحالة الخامسة، أما بالنسبة إلى الحالتين الثالثة والرابعة فلا علاقة لهما بإجابة السؤال محل البحث.

ولا تثير الحالة الأولى أي مشكلة؛ لأن قاعدة وجوب الإعدار، وفق الأصل، غير متعلقة بالنظام العام؛ إذ إنها شرعت لمصلحة المدين الشخصية الذي يجوز له النزول عن إعداره بالاتفاق مقدماً على ذلك، وقد بين الباحثان آنفاً أن المشرع خرج على هذا الأصل العام في

بطريقة مرنة ومبسطة لا تستوجب حصوله على يد مأمور التنفيذ مثل البرقيات والخطابات الموصى بها والخطابات العادية، وهذا تطبيق للمادة (108) من قانون التجارة الكويتي التي تنص على أن: «يكون إعدار المدين أو إخطاره في المسائل التجارية بإنذار رسمي أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول. ويجوز في أحوال الاستعجال أن يكون الإعدار أو الإخطار ببرقية». انظر في تفصيل ذلك: حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 1995، ص 78.

(121) غير أن هذه الحماية تبقى نسبية من الناحية العملية، خصوصاً إذا ما أخذنا في الاعتبار أن كثيراً من العقود تدخل في نطاق الأعمال المختلطة، وهي التي يكون فيها العمل تجارياً بالنسبة إلى أحد الطرفين، ومدنياً بالنسبة إلى الآخر؛ حيث تقرر المادة (12) من قانون التجارة الكويتي صراحةً سريان أحكام قانون التجارة على العقود التي يكون أحد طرفيها تاجرًا والطرف الآخر مدنيًا، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك. وهذا يعني صحة الاتفاق على الإعفاء من الإعدار في مثل هذه العقود، بما يترتب عليه إهدار لضمانة الإعدار التي قررها المشرع المدني في كثير من الأحيان.

الشرط الفاسخ الصريح، واعتبر الإعذار في المواد المدنية مسألة متصلة بالنظام العام، وقرر بطلان الاتفاق على الإعفاء منه تقديراً لخطورته⁽¹²²⁾.

أما في الحالة الثانية فعلة عدم ضرورة الإعذار فيها واضحة؛ ذلك أن جوهر الإعذار - كما أسلف الباحثان - هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه، ويفترض بالضرورة إمكان هذا التنفيذ، أما وأن تنفيذ هذا الالتزام عيناً قد أصبح مُتَعَذِّراً بخطأ منه، ويكون عندئذٍ مسؤولاً عن نتائجه، وبالتالي فلا حاجة إلى إعذاره لانعدام الفائدة المرجوة منه.

ومن الأمثلة المتصورة على ذلك أن يكون محل التزام المدين امتناعاً عن عمل معين، مثل: عدم إفشاء أسرار العلاقة التعاقدية بين الطرفين، أو عدم منافسة المدين الدائن. ويتفق الطرفان على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من دون حكم قضائي إذا أخل المدين بهذا الالتزام، ولكنه برغم ذلك يأتي العمل المنهي عنه. أو أن يشترط الدائن تنفيذ المدين الالتزام في موعد محدد، ويكون التنفيذ في موعد غير غير مجد، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من دون حكم؛ فيفوت المدين هذا الميعاد بفعله من دون أن ينفذ التزامه، مثل: التزام المقاول بتجهيز جناح في معرض لحساب الدائن، وينتهي المعرض من دون أن ينفذ المقاول ما تعهد به لسبب ينسب إليه.

وأما الحالة الخامسة فهي عندما يصرح المدين «كتابة» بعدم رغبته في تنفيذ الالتزام، فلا طائل من إعذاره في هذه الحالة؛ لأن التصريح الكتابي يدل على عنته وعقده العزم على الامتناع عن الوفاء بالالتزام، وكما يقول بعض الفقه إن الكتابة تضيي على التصريح صفة الجدية، وتبعد عن المدين مظنة وروده تحت وقع الغضب المؤقت دون الرغبة الصادقة في التقيد به⁽¹²³⁾. ومثال على ذلك أن يشترط البائع على المشتري، في عقد البيع بالتقسيط، وجوب الوفاء بالثمن في مواعيد محددة، وإلا انفسخ العقد إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح، ومع ذلك يصرح المشتري للبائع بأنه لا يريد دفع الثمن في مواعيد الاستحقاق المتفق عليها.

وهنا يعود الباحثان إلى التساؤل السابق، وهو: هل يسري حكم الاستثناء من الإعذار على الشرط الفاسخ الصريح، بحيث يُعفى الدائن من الإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو غير مجد بفعل المدين، أو إذا صرح كتابة بعدم رغبته في تنفيذ التزامه؟ أم

(122) والإجماع منعقد في الفقه المدني الكويتي، على أن بطلان الاتفاق على الإعفاء من الإعذار يعد استثناءً من القاعدة المقررة في المادة (299) مدني التي تجيز مثل هذا الاتفاق. انظر عبدالفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 602. إبراهيم أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 422. حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، منشورات جامعة الكويت، 1985، ص 815.

(123) عبدالفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 78.

أن الدائن يظل مع ذلك ملتزمًا بإعذار مدينه إذا ما أراد إعمال أثر الشرط في هذه الحال، باعتبار أن الإعذار إجراء وجوبي في جميع الأحوال؛ وفقا للمادة (2/210) مدني؟

يعتقد الباحثان، من جانبهما، عدم وجوب الإعذار في الحالتين سالفتي الذكر؛ لانعدام الفائدة منه، وترجع عدم ضرورته - في هذا الصدد - إلى طبيعة الأشياء، كما يقول بعض الفقه⁽¹²⁴⁾، ويسوق الباحثان الحجج الآتية للتدليل على صواب هذا الرأي:

الحجة الأولى: إن الغاية من الإعذار هي مطالبة المدين بالوفاء بالتزامه، ولا يكون لهذه المطالبة محل إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا بخطأ من المدين، أو إذا أفصح صراحةً عن رفضه القيام بذلك⁽¹²⁵⁾.

الحجة الثانية: إن تطبيق حكم الإعفاء من الإعذار الوارد في المادة (299) مدني على الشرط الفاسخ الصريح، في هاتين الحالتين، ليس قياساً على النص أو توسعاً في تفسيره، وإنما هو تطبيق صحيح لحالات الاستثناء الواردة في هذه المادة؛ ذلك أن النصوص القانونية تنتظمها جميعاً وحدة الموضوع، ويجب ألا تفهم معزولة بعضها عن بعض، إنما تتأدى دلالة أي منها في ضوء ما تفيد دلالة النصوص الأخرى من معان شاملة.

الحجة الثالثة: إن الإعذار، وإن كان لازماً كقاعدة عامة في الفسخ القضائي على نحو ما تقرره المادة (209) مدني⁽¹²⁶⁾، فإنه سلا خلاف في أن الحالات التي لا ضرورة له فيها تسري على الفسخ القضائي الذي يعد الأصل في الفسخ، وهذا ما أكدته أحكام القضاء؛ حيث قضت محكمة التمييز بأنه إذا قام بائع العقار بإخراج العقار المبيع من ملكه ببيعه إلى مشترٍ آخر سجل عقده قبل المشتري الأول، فإنه لا ضرورة لإعذار البائع قبل رفع المشتري دعوى فسخ عقد البيع العقاري؛ لأن تنفيذه التزامه أصبح غير ممكن بفعله⁽¹²⁷⁾.

وفي الاتجاه ذاته سارت محكمة النقض المصرية؛ حيث قضت بأن حكم محكمة الموضوع قد صادف صحيح القانون؛ إذ انتهى إلى فسخ العقد من دون إجراء الإعذار بسبب استحالة تنفيذ الالتزام بفعل المدين، وقررت أنه: «لا على الحكم إن لم يتطلب إعذار المطعون ضدها الطاعن وفقاً للمادة (157) من القانون المدني؛ لأن المقصود من الإعذار هو

(124) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، مرجع سابق، ص836.

(125) ووفقاً للقواعد العامة، فإن الإعذار شرط من شروط التنفيذ العيني؛ حيث تنص المادة (1/284) مدني على أنه: «يجبر المدين بعد إعذاره، على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً».

(126) تنص المادة (209) مدني على أنه «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وبعد إعذاره، جاز للمتعاقد الآخر، إن لم يفضل التمسك بالعقد، أن يطلب من القاضي فسخه».

(127) الحكم رقم 537/2000/تجاري، 13/1/2001، مجلة القضاء والقانون، س29، ج1، ص29.

وضع المدين في مركز المتأخر عن تنفيذ التزامه، ومن ثم فلا موجب له وفقاً للمادة (220) من القانون المدني، بعد أن أصبح تنفيذ الالتزام غير مجدٍ بفعل الطاعن المدين»⁽¹²⁸⁾.

كما قضت المحكمة ذاتها بأنه: «لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التي وقع فيها المَقاول مما لا يمكن تداركه، فإن مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المَقاول قد أصبح غير ممكن تنفيذه، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد، وبالتعويض من دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العيني لا يكون قد خالف القانون»⁽¹²⁹⁾.

كما قضت المحكمة ذاتها بعدم ضرورة الإعذار عند تصريح المدين برفضه تنفيذ الالتزام؛ حيث جاء في حكم لها أنه: «متى كان الطاعن قد أعلن المطعون ضده باعتباره العقد مفسوخاً من جهته، وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على هذا الإعلان أن المطعون ضده لم يكن في حاجة إلى إعذار الطاعن قبل المطالبة بالتعويض، باعتبار أن الطاعن قد صرح بهذا الإعلان، أنه لا يريد القيام بالتزامه؛ فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون»⁽¹³⁰⁾. كما قضت أيضاً بأنه: «لا محل للإعذار متى صرح المتعاقد بعدم تنفيذه التزامه، فإذا كان المشتري قد عرض ثمناً أقل مما هو ملزم بسداده، وصمم على ذلك لحين الفصل في الدعوى، أو لم يقرن العرض بالإيداع، فلا تكون هناك حاجة إلى الحكم بالفسخ، بل إلى ضرورة التنبيه على المشتري بالوفاء بالثمن المستحق»⁽¹³¹⁾.

وفي ضوء ما تقدم، يتضح أن القضاء في الكويت ومصر لم يتردد في تقرير عدم ضرورة إعذار المدين في هاتين الحالتين سالفتي الذكر لعدم الفائدة منه، فإذا كان الإغفاء من الإعذار عند استحالة التنفيذ بفعل المدين، أو عند تصريحه برفض التنفيذ، تطبيقاً صحيحاً للقانون في مجال الفسخ القضائي؛ فلا يوجد ثمة ما يمنع اعتباره كذلك في مجال الشرط الفاسخ الصريح.

كيفية الإعذار:

بيّنت المادة (298) مدني طريقة الإعذار؛ حيث نصت على أن: «يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بورقة رسمية تقوم مقام الإنذار. كما يجوز أن يكون الإعذار بأي وسيلة

(128) الحكم رقم 2092، س 57 ق، بتاريخ 1989/3/6، المجموعة، س 40، ع 1، ص 735، قاعدة 127.

(129) الحكم رقم 431، س 31 ق، بتاريخ 1966/4/5، المجموعة، س 17، ع 2، ص 797، قاعدة 107. وفي المعنى نفسه الحكم رقم 243، س 37 ق، بتاريخ 1972/1/6، المجموعة، س 23، ع 2، ص 1062، قاعدة 166.

(130) الحكم رقم 222، س 33 ق، بتاريخ 1967/2/14، المجموعة، س 18، ع 1، ص 339، قاعدة 53، والقضاء نفسه في الحكم رقم 537، س 56 ق، بتاريخ 1989/1/18، المجموعة، س 40، ع 1، ص 201، قاعدة 43.

(131) الحكم رقم 537، س 56 ق، بتاريخ 1989/1/18، مشار إليه سلفاً، ويلاحظ أنه لا يلزم أن يرفض المدين تنفيذ الالتزام كلياً، بل يكفي أن يكون عدم التنفيذ جزئياً.

أخرى يُنْفَق عليها».

فالأصل أن يتم الإعذار عن طريق إنذار رسمي على يد موظف عام، هو مندوب الإعلان بوزارة العدل. والإنذار محرر رسمي يبين فيه الدائن - بوضوح - تكليف المدين بالوفاء بالتزامه، ويعلن إلى المدين نفسه، أو من يمثله، سواء في موطنه العام أو موطنه الخاص وفق الاتفاق، وعلى النحو الذي تقرره القواعد العامة في قانون المرافعات.

وإذا كان يصح، في الفسخ القضائي، اعتبار إعلان المدين بصحيفة دعوى فسخ العقد كافياً لإعذاره إذا تضمنت تكليفاً بتنفيذ التزامه نظراً إلى ما تكشف عنه المطالبة القضائية صراحة عن إرادة الدائن في اقتضاء حقه⁽¹³²⁾. فإن صحيفة الدعوى لا تقوم مقام الإنذار في حال الشرط الفاسخ الصريح، فهي لا تعد إجراءً كافياً لتحقيق الغرض من الإعذار، بل يجب أن يسبق رفع الدعوى إعذار المدين بإجراء مستقل، ومنحه أجلاً معقولاً للوفاء قبل اتخاذ أي إجراءات قضائية، وإلا امتنع على الدائن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح⁽¹³³⁾.

وطريقة الإعذار غير متعلقة بالنظام العام؛ إذ تجيز المادة (298) مدني الاتفاق على أي وسيلة أخرى يتم بها الإعذار، مثل: الخطاب المسجل المصحوب بعلم الوصول أو العادي أو البرقية⁽¹³⁴⁾، أو بالوسائل الحديثة⁽¹³⁵⁾، أو حتى شفويًا⁽¹³⁶⁾. وهذا ما استقرت عليه

(132) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم 329 و334/2000 تجاري، جلسة 2001/1/14، مجلة القضاء والقانون، س 29، ج 1، ص 34، ذلك أن الإعذار ليس شرطاً لقبول دعوى الفسخ القضائي، ولا تقوم صحيفة الدعوى مقام الإعذار إلا إذا كان الحكم منشئاً. انظر: مصطفى الجارحي، فسخ العقد: دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 117.

(133) مصطفى الجارحي، مرجع سابق، ص 68. وانظر في هذا المعنى: في قضاء النقض المصري، الحكم رقم 4899، س 68 قضائية، بتاريخ 2000/2/27، المجموعة، س 51، ج 1، ص 363، قاعدة 66.

(134) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 230.

(135) تجدر الإشارة إلى أن القرار الوزاري رقم 2021/26 بالشروط والضوابط الخاصة بالإعلان الإلكتروني المنشور بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) ع 1517، س 67 بتاريخ 2021/1/10 قد اعترف بحجية الوسائل الإلكترونية في الإعلان لمواجهة المشكلات العملية التي تواجه إعلان الأوراق القضائية؛ حيث تقرر المادة الأولى من القرار أن الإعلان يعتبر منتجاً لآثاره من تاريخ وقت تسلّم خادم الهيئة العامة للمعلومات المدنية إذا كان عن طريق تطبيق (هويتي)، وإذا كان البريد الإلكتروني مسجلاً لدى هذه الهيئة، فيحدد هذا الموعد من تاريخ وقت تسلّم الخادم الخاص بهذا البريد للرسالة الإلكترونية، أما إذا كان برسالة نصية قصيرة فمن تاريخ وقت تسلّم المعلن إليه الرسالة النصية للهاتف المحمول المسجل لدى الهيئة العامة للمعلومات المدنية. وعند الإنكار يعتد بالشهادة الصادرة من الهيئة في حال الإعلان عبر تطبيق «هويتي»، وبالشهادة الصادرة من سجلات وزارة العدل الإلكترونية من واقع بيانات خادم البريد الإلكتروني للمعلن إليه، إن كان الإعلان بهذه الوسيلة، وبالشهادة الصادرة من مزود الخدمة إن كان برسالة نصية.

(136) إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 51.

محكمة التمييز في أحكامها⁽¹³⁷⁾. ولكن إذا اتفق المتعاقدان على أن يتم الإعذار في شكل معين فيتعين الالتزام به لإنتاج أثره، ولا مرأى في أن الإنذار الرسمي أنجع هذه الوسائل في إثبات حصول إعذار المدين، خصوصاً إذا كان سيئ النية، وتعتمد عدم تنفيذ الالتزام.

وفي جميع الأحوال يقع على الدائن عبء إثبات حصول الإعذار بالطريقة المتفق عليها؛ فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق بين المتعاقدين، فلا يجوز أن يتم الإعذار بغير الإنذار الرسمي على يد مندوب الإعلان.

وأيًا كانت الوسيلة المتفق عليها لإعذار المدين فإنه يتعين على الدائن أن يفصح فيها عن رغبته الواضحة في تنفيذ المدين التزامه، واستظهار هذه الإرادة، وتقدير ما إذا كانت صيغة الإعذار تصلح لاعتباره كذلك بالمعنى القانوني من مسائل الواقع التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع، ولا يمتد إليها سلطان محكمة التمييز⁽¹³⁸⁾.

ومن نافلة القول إن الإعذار لا ينتج أثره القانوني إلا من وقت اتصاله بعلم المدين، عملاً بالمادة (1/36) مدني، فإذا لم يتصل بعلم المدين فلا أثر له بالنسبة إلى العقد المراد فسخه⁽¹³⁹⁾.

وبعد هذا التحديد للأحكام القانونية المتعلقة بالإعذار في الشرط الفاسخ الصريح، يجملها الباحثان في أن الدائن ملزم بمراعاة شرط الإعذار - باستثناء المواد التجارية فقط، وعند الاتفاق على ذلك - ومنح المدين أجلاً معقولاً للوفاء بالالتزام؛ فإذا انقضت هذه المدة من دون أن يبادر المدين إلى تنفيذ التزامه جاز للدائن - إن لم يفضل التمسك بالعقد - إعمال مقتضى الشرط، واعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، من دون حاجة إلى الحصول على حكم بذلك من القضاء، مع ما يترتب على ذلك من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها عند التعاقد، وفق ما تقرره القواعد العامة في الفسخ.

وتعقيباً على ما تقدم فإن الباحثين يسجلان الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى:

إن المشرع الكويتي لم يتطلب بعد انقضاء مهلة الإعذار أن يعبر الدائن عن وقوع الفسخ؛ إذ إن ذلك مستفاد ضمناً من نص المادة (210) مدني؛ حيث اكتفى النص ببيان

(137) فقد تواتر قضاء التمييز الكويتي على أن «المشرع، وإن اعتبر الإعذار شرطاً لازماً لقبول دعوى الفسخ، إلا أنه لم يشترط شكلاً معيناً لهذا الإعذار، فهو يتحقق بأي وسيلة تضع الطرف الآخر موضع المقصر في تنفيذ التزامه»، الحكم رقم 2004/847 تجاري، جلسة 2005/2/16، غير منشور.

(138) حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 55.

(139) تنص المادة (36) مدني كويتي على أنه «1- يوجد التعبير عن الإرادة بمجرد صدوره عن صاحبه. ومع ذلك فهو لا يحدث أثره إلا باتصاله بعلم من وجه إليه. 2- ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك».

العناصر الموضوعية والإجرائية لصحة إعمال الشرط، لكنه سكت عن توضيح الكيفية التي يعبر فيها الدائن عن إرادته بوقوع الفسخ.

فجوهر الإعذار، كما قد الباحثان، هو تكليف المدين بالوفاء بالتزامه، ولا يشترط أن يتضمن تهديداً بوقوع الفسخ إن لم ينفذ المدين الالتزام بعد انقضاء الأجل؛ فما ينتج عن انقضاء أجل الإعذار لا يعدو أن يضع المدين في موقف سلبي، ولا يترتب عليه بالضرورة فسخ العقد تلقائياً؛ إذ إن الدائن يظل دائماً بالخيار بين استبقاء العقد أو التمسك بالفسخ كما سبق البيان، إلا أنه من الناحية العملية قد يحرص الدائن على مواجهة هذا الموقف السلبي دفعا لمظنة تسامحه مع المدين، وذلك من خلال إشعاره بتحقيق الفسخ إعمالاً للشرط؛ خصوصاً إذا كان الفسخ يرتب مزايا يريد الدائن الحصول عليها، مثل طلب رد المبيع خشية مزاحمة الدائنين الآخرين الدائن؛ وحيث إن القانون لم ينظم الكيفية التي يشعر فيها الدائن مدينه بتحقيق الفسخ؛ فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بجواز أن يكون هذا التعبير صريحاً بالكتابة أو باللفظ، كما يجوز أن يكون ضمناً يُستخلص من وقائع تتعارض مع إرادة أخرى⁽¹⁴⁰⁾، وهذا ما تذهب إليه أحكام القضاء⁽¹⁴¹⁾.

لذا حرصت بعض القوانين المقارنة على تنظيم هذه المسألة؛ حيث أوجبت على الدائن، إن عزم على ترتيب الفسخ أثره، إعلان ذلك صراحةً، كما فعل القانون المدني الإيطالي الصادر عام 1942⁽¹⁴²⁾؛ حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (1456) مدني إيطالي على أن العقد يفسخ تلقائياً عندما يعلن المتعاقد نيته في إعمال الشرط الفاسخ⁽¹⁴³⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد استقر قضاء النقض الإيطالي على أن الشرط الفاسخ الصريح لا يرتب فسخ العقد من تلقاء نفسه لمجرد عدم وفاء أحد الطرفين بالتزامه، بل يتعين أن يعلن المتعاقد الذي يعمل الشرط لمصلحته رغبته في ذلك، من خلال إخطار المتعاقد الآخر بنيته في إعمال الشرط⁽¹⁴⁴⁾. ولو أن المشرع الكويتي عني بتنظيم إعلان الفسخ لتحديد الوقت

(140) عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج2، ج3، ع1، مرجع سابق، ص132. مصطفى الجارحي، مرجع سابق، ص114.

(141) انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم 2007/429، سبقت الإشارة إليه؛ حيث قررت المحكمة أن طلب الإخلاء لعدم سداد الأجرة في مواعيدها يشمل حتماً طلباً ضمناً بفسخ العقد.

(142) منشور على الموقع الرسمي للجريدة الرسمية:

<https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>

(143) «La risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva».

(144) «La risoluzione di diritto di un contratto non opera automaticamente per effetto del mero inadempimento di una delle parti, ma nel momento in cui il contraente nel cui interesse è stata pattuita la clausola risolutiva comunica all'altro contraente l'intenzione di volersene avvalere con manifestazione che, in assenza di espressa previsione formale, può essere

الذي يعتبر فيه العقد مفسوخاً تلقائياً في المادة (210) مدني لكان هذا المسلك التشريعي مما يُحمد له.

الملاحظة الثانية:

لا ريب في أن موقف المشرع الكويتي من حظره الاتفاق على الإعفاء من الإعذار يعتبر تطوراً ملحوظاً في تنظيم الشرط الفاسخ الصريح، مقارنة بأغلب القوانين المدنية العربية، إلا أنه يؤخذ عليه عدم إخضاع الإعذار لضوابط موضوعية، كما فعلت بعض القوانين المقارنة؛ فعلى سبيل المثال يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد استحدث حكماً جديداً خاصاً بالإعذار، في التعديل الأخير للقانون المدني الصادر بالمرسوم رقم 131-2016 بتاريخ 10 فبراير 2016⁽¹⁴⁵⁾؛ فقد أوجب على الدائن أن يشير صراحة إلى الشرط الفاسخ الصريح في ثنايا الإعذار، وإلا فقد قيمته القانونية؛ حيث تنص المادة (1225/2) من هذا القانون على أنه: «ويجب أن يسبق الفسخ إعذار لم يحقق نتيجته، ما لم يتم الاتفاق على أن الفسخ يتحقق بمجرد عدم التنفيذ، ولا يرتب الإعذار أي أثر إلا إذا تضمن صراحة الشرط الفاسخ»⁽¹⁴⁶⁾. وقد جاء موقف المشرع الفرنسي هذا استجابة للنداءات التي أطلقها الفقه وتقنيناً للمبادئ القضائية التي سبق أن أرستها محكمة النقض في هذا الصدد⁽¹⁴⁷⁾.

الملاحظة الثالثة:

أسلف الباحثان أن الدائن يجب أن يعذر المدين بوجوب تنفيذ التزامه إلى أجل معقول، وأن تقدير مدى كفاية هذا الأجل مسألة موضوعية تخضع لتقدير المحكمة، ومن غير

consacrata anche in un atto giudiziale”. Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 7178 del 16 maggio 2002.

مشار إليه لدى: F. Galgano, Trattato diritto civile Vol. II, Cedam, Italy, 2010, p. 511.

(145) Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939>

(146) «La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire».

الترجمة نقلاً عن: محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص98.

(147) محمد حسن قاسم، الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ الصريح، مرجع سابق، ص254، الهامش (40). وفي عرض موقف الفقه والقضاء في فرنسا من ضرورة الإشارة إلى الشرط الفاسخ الصريح في الإعذار، انظر: الفقرة 800 لدى:

F. Terré et Ph. Simler et Y. Lequette et F. Chénédé, Droit civil - Les obligations, 12 éd, Dalloz, Paris, 2019, p.858 et seq.

الواضح ما المقصود بالأجل المعقول؛ إذ إنه معيار غير منضبط يشوبه كثير من الغموض، وقد يفتح باب الخلاف بشأن مدى ملائمة هذه المدة لتنفيذ المدين التزامه، ويحسن في هذا الصدد مقارنة موقف القانون الكويتي بموقف المشرع الألماني؛ حيث تجيز المادة (255) من قانون الإجراءات المدنية الألماني للدائن أن يطلب من المحكمة تحديد هذا الأجل بحكم منها⁽¹⁴⁸⁾. وهو ما يتيح للمحكمة بسط رقابتها المسبقة على مدى كفاية الأجل الممنوح لوفاء المدين بالتزامه، وذلك خلافاً لمسلك المشرع الكويتي القائم على الرقابة اللاحقة. وعلى أي حال فإن الباحثين يريان أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من الأخذ بهذا الحكم في ظل القانون الكويتي، وذلك بأن يطلب الدائن من المحكمة المختصة تحديد أجل معقول لوفاء المدين بالتزامه.

الفرع الثاني

العنصر الموضوعي (إخلال المدين بالتزام)

يستعرض الباحثان، في هذا الفرع، مفهوم إخلال المدين بالتزامه العقدي كأساس لصحة تمسك الدائن بالشرط الفاسخ الصريح، في ضوء نصوص القانون وآراء الفقه وأحكام القضاء، ثم يتبعانه باستعراض الاتجاه الحديث في تحديد مفهوم الإخلال بالتزام، وذلك في غصنين مستقلين.

الغصن الأول

مفهوم الإخلال بالتزام

بعد أن تتحقق المحكمة من مراعاة الدائن ضمانات الإعذار على النحو السالف بيانه، يتعين عليها - بعد ذلك - البحث في مدى توافر الشرط الموضوعي لصحة تمسك الدائن بالفسخ استناداً إلى الشرط الفاسخ الصريح، ويتمثل هذا العنصر وفقاً للمادة (2/210) مدني في عدم وفاء المدين بالتزام التعاقدي المطلوب⁽¹⁴⁹⁾، فلا يجوز اعتبار العقد مفسوخاً إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح إلا إذا ثبت للمحكمة حصول المخالفة التي يترتب عليها الفسخ.

(148) منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل الألمانية:

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html

(149) وغني عن البيان أن عدم الوفاء يجب أن يعزى إلى فعل المدين لا إلى سبب أجنبي، وإلا انفسخ العقد لاستحالة التنفيذ بقوة القانون وفقاً للمادة (215) مدني، كما أن الفسخ لا يتحقق إذا كان عدم وفاء المدين بالتزام يجد له سنداً قانونياً؛ كأن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ كما سيأتي بيانه لاحقاً.

والمستقر عليه في القضاء الكويتي أن الشرط الفاسخ الصريح يسلب المحكمة كل سلطة تقديرية بصدد الفسخ، ويتعين عليها إعمال آثاره متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له، ولو كان الذي لم يف به المدين قليلاً نسبياً، بالنظر إلى جملة التزاماته الناشئة عن العقد، على خلاف الحال في الفسخ القضائي⁽¹⁵⁰⁾، وهذا هو الرأي السائد لدى الفقه⁽¹⁵¹⁾.

ويلاحظ أن اشتراط عدم الوفاء في النص جاء مطلقاً، وعلى ذلك فهو يشمل جميع حالات عدم الوفاء، سواء أكان عدم الوفاء كلياً أم جزئياً أم تأخر في الوفاء، وقد عبرت عن ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، بقولها إن المشرع بذلك: «يستهدف وضع حد لما ظهر في العمل من إساءة استعمال هذا الشرط في العقود، وللنتائج الوخيمة المترتبة عليه للمتعاقد، عندما يتعسر في أداء التزاماته، ولو كان تعسره مؤقتاً أو قليلاً نسبياً بحرمانه من رقابة القضاء، وما تنطوي عليه من سلطة الرفق به ونظرته الى ميسرة»⁽¹⁵²⁾.

ومسألة تقدير عدم وفاء المدين بالتزامه تتطلب من المحكمة أولاً البحث في طبيعة الالتزام ومداه، وكيفية عدم الوفاء به، كما يتعين على المحكمة تحديد نطاق الشرط الفاسخ الصريح، وبحث ما إذا كانت إرادة الطرفين قد اتفقت عليه كجزاء لعدم وفاء المدين بأي من الالتزامات التي يربتها العقد، أم للالتزام معين بذاته⁽¹⁵³⁾.

وهذا البحث ضروري بغية معرفة المحكمة حدود سلطتها إزاء الشرط؛ إذ إن قيمة الشرط تتوقف على الصيغة التي تعبر عن اتفاق المتعاقدين كما رأى الباحثان؛ فإذا كانت عبارة الشرط واضحة ومحددة، فإنه يجرد المحكمة من سلطتها التقديرية، ولا تملك سوى إعمال مقتضى الشرط والقضاء بفسخ العقد، أما إذا كانت عبارة الشرط عامة، فإن نطاق سلطة المحكمة يتسع ويزيد بما يمنحها سلطة رفض الفسخ⁽¹⁵⁴⁾.

أولاً- سلطة القاضي عند عدم الوفاء الكلي:

لا يثير عدم الوفاء الكلي بالالتزام أي صعوبة؛ إذ إن إخلال المدين ينصب على جملة الالتزامات الناشئة عن العقد، أو على الالتزام محل الشرط، بحيث يترتب عليه حرمان

(150) الحكم رقم 1994/98. والحكم رقم 2006/294. والحكم رقم 2010/687؛ سبقت الإشارة إليها.

(151) عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج 1، ج 2، ع 2، مرجع سابق، ص 76. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 79. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 418. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 49.

(152) سبقت الإشارة إليه، ص 172.

(153) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 74.

(154) المرجع السابق، ص 75.

الدائن كليةً من الحصول على المنفعة المبتغاة من التعاقد. ويرى فريق من الفقه أن عدم وفاء المدين بالتزام جوهري وفقاً لمقصود المتعاقدين وقت التعاقد يدخل في مفهوم عدم الوفاء الكلي؛ لأنه يؤدي إلى إفراغ العقد من مضمونه، حتى لو نفذ المدين الالتزامات الثانوية⁽¹⁵⁵⁾؛ فقد يكون محل التزام المدين عملاً معيناً، مثل دفع الثمن، أو تسليم المبيع أو تسجيله، أو امتناع عن عمل معين، مثل: عدم المنافسة، أو عدم الإفصاح عن الأسرار التجارية. وقد يكون محل التزام المدين تحقيق نتيجة معينة ولم تتحقق النتيجة المتفق عليها، وقد يكون التزاماً ببذل عناية ولم يبذل المدين الجهد بالقدر المتفق عليه، أو الذي يستلزمه القانون؛ ففي هذه الأحوال تكون المخالفة الموجبة للفسخ قد تحققت بالفعل، ولا تملك المحكمة - من ثم - سوى القضاء بالفسخ إعمالاً للشرط إذا تمسك الدائن به.

ثانياً - سلطة القاضي عند عدم الوفاء الجزئي:

في حال عدم الوفاء الجزئي بالتزام فإن محل إخلال المدين يكمن في تنفيذ جزء من التزاماته والتخلف عن تنفيذ الجزء الآخر، ويعتبر التنفيذ المعيب في حكم عدم التنفيذ الجزئي⁽¹⁵⁶⁾، والمستقر عليه أن المحكمة لا تملك في هذا الصدد أي سلطة تقديرية في تقرير الفسخ عند وضوح عبارة الشرط، ولو كان الجزء المتبقي من الالتزام قليلاً نسبياً، مقارنة مع جملة الالتزامات التي يرتبها العقد⁽¹⁵⁷⁾. وهو بذلك يخالف الأصل المقرر في الفسخ القضائي الذي يكون للمحكمة فيه سلطة موضوعية رغبة في تقدير الفسخ من دون معقب عليها من محكمة التمييز؛ إذا كان ما لم يف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى مجموع التزاماته؛ حيث يجوز لها أن تنظر المدين إلى أجل تحدده، أو أن ترفض الفسخ كلية إذا كان الجزء المتبقي لا يبرر الحكم بالفسخ⁽¹⁵⁸⁾. أما في الشرط الفاسخ الصريح، فإن مسألة عدم التناسب بين ما أداه المدين وما لم يؤده غير مطروحة، ولا أثر لها في

(155) حسام الدين الأهواني، سلطة القاضي في منح المدين أجلاً تفادياً للفسخ، مرجع سابق، ص 44.

(156) حكم محكمة النقض المصرية رقم 2092، س 57 ق، سبقت الإشارة إليه؛ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج 2، ج 1، مرجع سابق، ص 792.

(157) فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا محل للدفع بقلة أهمية ما لم يوف به المدين بالنسبة إلى جملة الالتزامات عند الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح؛ حيث قررت أن تقاعس المشتري عن دفع القسط الأخير من الثمن، ومقداره 19.700 جنيه (تسعة عشر ألفاً وسبع مائة جنيه) من إجمالي الثمن البالغ 262.888 جنيه (مائتين واثنين وستين ألفاً وثمانمائة وثمانين جنيهاً) تتحقق معه موجبات إعمال الشرط، ويسلب السلطة التقديرية للقاضي بشأنه، انظر الحكم رقم 7871، س 84 ق، بتاريخ 2016/2/21، غير منشور.

(158) تنص المادة (2/209) من القانون المدني الكويتي على أنه «يجوز للقاضي، عند طلب الفسخ، أن ينظر المدين إلى أجل يحدده إذا اقتضته الظروف، كما أن له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة إلى التزاماته في جملتها». وانظر حكم محكمة التمييز الكويتية في الحكم رقم 2005/955/تجاري، جلسة 2007/2/20، مجلة القضاء والقانون، س 35، ج 1، ص 160.

إعمال المحكمة لمقتضاه. كما أنه لا عبرة لدى جسامته عدم التنفيذ⁽¹⁵⁹⁾، أو مدى أهمية الالتزام بالنسبة إلى مصلحة الدائن، سواء أكان التزاماً أصلياً (أساسياً) أم تبعياً (ثانوياً)⁽¹⁶⁰⁾؛ لأن إرادة المتعاقدين قد فرضت المساواة بين جميع الالتزامات، ومن ثم فلا محل للتفرقة بينها، وعلى المحكمة إعمال مقتضى الشرط احتراماً لهذه الإرادة التعاقدية⁽¹⁶¹⁾.

وكذلك إذا كان لا يترتب على الإخلال بالالتزام محل الشرط ضرر بالنسبة إلى الدائن؛ حيث ترتفع سلطة المحكمة بشأن القضاء بالفسخ مادامت صيغة الشرط صريحة وقاطعة في دلالتها على قصد المتعاقدين⁽¹⁶²⁾.

ويعلل الفقه انحسار سلطة المحكمة عن تقدير عدم الوفاء الجزئي بالالتزام في الشرط الفاسخ الصريح، بأن اتفاق المتعاقدين مقدماً على الفسخ عند عدم وفاء المدين بالالتزام ينطوي على تعبير ضمني عن أهمية تنفيذ هذا الالتزام بالنسبة إلى الدائن، ومضمون هذا الاتفاق هو: استبدال تقديرهما الشخصي بسلطة المحكمة التقديرية؛ فيقرران سلفاً أن عدم تنفيذ المدين التزاماً معيناً يعتبر من الأهمية، بحيث يجوز للدائن فسخ العقد عند تخلف المدين عن الوفاء به، وسلب المحكمة كل سلطة تقديرية بشأن أهميته أو الحكم في الفسخ⁽¹⁶³⁾.

ويضيف الباحثان من جانبهما أن المتعاقدين، عند النص على الشرط في العقد، يتفقان مقدماً على إقامة علاقة سببية بين واقعة عدم تنفيذ الالتزام وبين فسخ العقد؛ بحيث يؤدي هذا الاتفاق إلى قصر سلطة المحكمة على مجرد التحقق من وقوع الإخلال من عدمه، وارتفاع سلطتها في تقدير الفسخ ومبرراته؛ فإذا أصدرت حكمها بالفسخ فإنه لا يعدو تقدير مسألة واقعية، ويعتبر حكمها عندئذٍ مقررًا للفسخ كما سلف البيان.

(159) عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 49.

(160) ويعد الالتزام أصلياً إذا كانت طبيعة العقد تتحدد بناء عليه، ويكون من مستلزماته التي لا غنى عنها لتكوين العقد، والصفة الجوهرية للالتزام الأصلي أنه يكون السبب القانوني لالتزام المتعاقدين الآخر، ومثاله الثمن في عقد البيع. أما الالتزامات التبعية فلا يمكن حصرها في دائرة معينة، كالتزامات الأصلية؛ لأن فكرة الارتباط أو المقابل لا وجود لها فيها، كالتزام الأصلي، وقد عرفها بعض الفقه بأنها تلك التي ترمي إلى تحقيق الغرض العملي الذي يقصده المتعاقدان، أو تقتضيه طبيعة العقد. انظر: حسن الذنون، مرجع سابق، ص 218 - 220.

(161) حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 418، الهامش (2). محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 85.

(162) أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، ج 1، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، ب. ت، ص 233.

(163) عبد الحكي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج 1، ج 2، ع 2، المرجع السابق، ص 76. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 84.

بيد أنه ليس من شأن كل إخلال جزئي بالالتزام أن يؤدي إلى تحميم الفسخ؛ فلا يجوز للدائن التمسك بالفسخ إذا كان الإخلال الجزئي بالغاً في بساطته، أو من التفاهة بحيث يمثل التمسك به خروجاً على مقتضيات حسن النية وشرف التعامل، وتعمساً في استعمال الدائن حقه في الفسخ⁽¹⁶⁴⁾. وهذا يعني أن حق الدائن في فسخ العقد - استناداً إلى الشرط الفاسخ الصريح - ليس طليقاً من كل قيد، بل تحده مبادئ قانونية عامة تسمو بطبيعتها على سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد، مثل حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق.

ثالثاً - سلطة القاضي عند التأخير في الوفاء بالالتزام:

وأخيراً، فإنه يتعين على المحكمة، في الشرط الفاسخ الصريح، القضاء بالفسخ إذا تحققت من تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه في الموعد المحدد لذلك. ووفقاً للقواعد العامة في الفسخ القضائي المقررة بموجب المادة (209) مدني فإن التأخير في الوفاء بالالتزام لا يستتبع - بالضرورة - فسخ العقد؛ إذ يظل تقدير الأمر متروكاً للمحكمة التي تملك منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه؛ كما يجوز للمدين توقي الفسخ بعرض الوفاء المتأخر على الدائن قبل صدور الحكم النهائي؛ للحيلولة دون فسخ العقد، ذلك أن تأخر المدين في الوفاء بالالتزام، وفق الأصل، يعتبر أقل جساماً من عدم الوفاء الكلي أو الجزئي من حيث الإضرار بمصلحة الدائن⁽¹⁶⁵⁾. ونظراً إلى أنه إخلال مؤقت فإنه يجوز للمحكمة عدم القضاء بالفسخ، مادام تنفيذ الالتزام لا يزال ممكناً؛ إلا إذا كان يترتب على التأخير ضرر جسيم للدائن⁽¹⁶⁶⁾، ولذلك يجوز للمحكمة إنظار المدين إلى أجل تحدده استبقاءً للعقد، أو رفض الفسخ مع الحكم بالتعويض إن كان له مقتضى، ومن جانب آخر يجوز للمدين إحباط دعوى الفسخ، من خلال عرض الوفاء بالالتزام؛ بشرط أن يكون ذلك قبل صدور حكم نهائي بالفسخ⁽¹⁶⁷⁾.

أما في حال الشرط الفاسخ الصريح فإن المحكمة تتجرد من هذه السلطة التقديرية،

(164) عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 603، الهامش (2). عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج 1، ج 2، ع 2، مرجع سابق، ص 78. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 306. وانظر المادتين (197) و (30) من القانون المدني الكويتي. ونجد لهذا الرأي صدق في أحكام محكمة التمييز الكويتية؛ حيث قضت بأنه لا يجوز اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح إذا ثبت تمسك الدائن به بطريقة تتعارض مع حسن النية ونزاهة التعامل، انظر الحكم في الطعن رقم 2010/1688، سبقت الإشارة إليه.

(165) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 88.

(166) عبدالحاميد الشواربي، مرجع سابق، ص 30 و 31. مع ملاحظة أن بعض الالتزامات لا يتصور فيها التأخير نظراً إلى طبيعتها الخاصة، ومن ثم لا يقبل فيها الوفاء المتأخر، مثل الالتزام السلبي.

(167) إبراهيم أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 415.

ويصبح الفسخ متعيناً بمجرد تأخر المدين في الوفاء بالالتزام، إعمالاً لمقتضى الشرط، فلا يجوز لها منح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام، أو الحكم بقبول الوفاء المتأخر منه بعد انقضاء المدة المحددة في الإعذار، ولكن يتعين على المحكمة، قبل القضاء بفسخ العقد، التثبت من اتفاق المتعاقدين على مواعيد الوفاء به، وما حل من آجالها متى ما كان مبنى الفسخ هو التأخير في الوفاء بالالتزام؛ فإذا خلا العقد من تحديد قيم الالتزام وآجال استحقاقها، مثل أقساط الثمن، ومواعيد سدادها، تعين على المحكمة رفض إعمال الشرط، وإلا كان حكمها معيباً⁽¹⁶⁸⁾.

ويلاحظ أنه إذا قبل الدائن الوفاء المتأخر من المدين فإن هذا يؤدي إلى سقوط خياره في التمسك بالفسخ؛ لتعارض هذا المسلك مع إرادته هذا الشرط. وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز بأن قبول الدائن السداد المتأخر من المدين لمقابل الاستثمار عن العين ذاتها، في مواعيد لاحقة على المواعيد المتفق عليها، ينبئ عن تنازله عن الشرط الفاسخ الصريح، وبما لا يبقى له بعدئذ سوى التمسك بالفسخ القضائي⁽¹⁶⁹⁾.

وفي ضوء ما سبق يتضح لنا أن القضاء مستقر على أن عدم وفاء المدين بالالتزام يجيز للدائن التمسك بفسخ العقد، ويجرد المحكمة من سلطتها التقديرية حياله؛ إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح، سواء كان عدم الوفاء كلياً أو جزئياً، أو تأخر في الوفاء بالالتزام، ومن دون اعتبار لطبيعة الالتزام أو مداه أو أهميته أو مقدار تناسبه مع الجزء المتبقي من الالتزام. ويساير أغلب الفقه المدني هذا الاتجاه تأسيساً على أن إرادة المتعاقدين قد قدرت سلفاً أهمية الالتزام محل الشرط، ولا تملك المحكمة سوى إعمال هذه الإرادة، ولو كان الإخلال سيراً.

الغصن الثاني

الاتجاه الحديث في تحديد مفهوم الإخلال بالالتزام

على الرغم مما تقدم بيانه فقد برز اتجاه فقهي معاصر يدعو إلى ضرورة التفرقة بين الالتزامات الجوهرية (الأساسية)، والالتزامات غير الجوهرية (الثانوية)؛ بحيث يتعين على المحكمة رفض القضاء بفسخ العقد إذا تبين أن الالتزام محل الإخلال ليس جوهرياً، خصوصاً أن النصوص القانونية المنظمة للشرط الفاسخ الصريح لا تحرم القاضي من

(168) انظر حكم محكمة النقض المصرية رقم 4791، س 67 ق، بتاريخ 1999/5/23، المجموعة، س 50، ع 1، ص 700، قاعدة 140.

(169) الحكم رقم 2005/7، تجاري، جلسة 2005/12/13، غير منشور. الحكم رقم 2007/888، سبقت الإشارة إليه؛ الحكم رقم 2005/1163/تجاري، جلسة 2007/5/8، غير منشور.

ممارسة سلطته التقديرية في الفسخ على الرغم من الاتفاق عليه⁽¹⁷⁰⁾، ويعلل هذا الاتجاه رأيه بأن الإخلال بالتزام ثانوي ليس مبرراً كافياً لفسخ العقد؛ ذلك أن الضرر المترتب عليه لا يؤثر في المنفعة الأساسية المرجوة من العقد، مادام لم يحصل إخلال في تنفيذ الالتزامات الجوهرية، لاسيما أن التمسك بالفسخ - في هذه الحالة - يتعارض مع مبدأ تنفيذ العقود بحسن النية⁽¹⁷¹⁾.

ويضيف رأي آخر بأن شروط الفسخ تدور حول الوظيفة الاقتصادية للعقود، وعلى المحكمة قبل الحكم بالفسخ أن تراعي مدى قدرة العقد على تحقيق وظيفته الاقتصادية، فلا تقضي بالفسخ مادام العقد لا يزال منتجاً لأثاره من حيث تبادل المنفعة بين عاقدَيْه. ولما كان عدم التنفيذ الجزئي، والإخلال بتنفيذ التزام غير جوهري لا يترتب عليهما تفويت الغاية من التعاقد، فإن على المحكمة القضاء برفض الفسخ⁽¹⁷²⁾.

وقد يحتج البعض على هذا الرأي بالقول إن الإرادة التعاقدية قد فرضت المساواة بين جميع الالتزامات العقدية، وأن الاتفاق على فسخ العقد مقدماً عند إخلال المدين بأي التزام يرتبه العقد، ولو كان ثانوياً، يعبر عن أهمية هذا الالتزام بالنسبة إلى الدائن، ومن ثم لا يجوز للمحكمة تقدير أهمية هذا الالتزام، وإلا فإنها تنحرف عن دورها القضائي الذي يجب أن ينحصر في مجرد التحقق من توافر موجبات أعمال الشرط، لا أن تحل إرادتها محل إرادة المتعاقدين.

ويُرد على ذلك بأن إعطاء الإرادة دوراً في المساواة بين كل الالتزامات، ورفع الالتزام الثانوي إلى درجة الالتزام الجوهري، ينطوي على مغالاة في تحديد طبيعة الالتزام الثانوي، من خلال إعطائه دوراً في آثار العقد يتجاوز كثيراً الدور المحدد له، ولا يبرر الإخلال به تمسك الدائن بفسخ العقد⁽¹⁷³⁾.

كما قد يعترض البعض على ذلك بالقول بصعوبة التفرقة بين الالتزام الجوهري

(170) صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 259.

(171) المرجع السابق، ص 261.

(172) أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ - الاتجاهات الحديثة في القوانين المصري، الكويتي، والفرنسي والإنجليزي مع الإشارة إلى قانون البيع الدولي للبضائع، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع 28، سنة 2000، ص 180. عكس هذا الرأي، محمد حسين منصور مرجع سابق، ص 82، الهامش (3). وانظر: حكم محكمة النقض المصرية رقم 1455، س 53 ق، بتاريخ 1987/6/14، المجموعة، س 38، ع 2، ص 822، قاعدة 174؛ حيث قضت بأنه من حق كل طرف في عقد تبادلي أن يطلب فسخ العقد عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته، سواء تحقق له من الفسخ مصلحة اقتصادية أم لا.

(173) صالح العتيبي، مرجع سابق، ص 261.

والالتزام غير الجوهري، وهذا القول مردود أيضاً؛ حيث يمكن ترك تقدير هذه المسألة الموضوعية للقضاء على هدي من طبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة، ووفقاً لظروف وملابسات كل دعوى تحت رقابة محكمة التمييز.

ولذلك ذهب بعض الفقه إلى أنه يجب ألا يترتب على الشرط الفاسخ الصريح تجريد المحكمة من كل سلطة تقديرية؛ لأنها عندما تقوم بالتحقق من توافر شروط الفسخ الاتفاقي فإنها تقوم بالتقدير القضائي لهذه الشروط؛ لأن ذلك هو جوهر وظيفتها القضائية⁽¹⁷⁴⁾.

ويتضح مما سلف وجاهة هذا الرأي، خصوصاً أن الاتجاهات التشريعية الحديثة، وبعض القوانين المقارنة، يربطان بين فكرة المصلحة الاقتصادية للعقد وحق الدائن في الفسخ، فلا يجوز للأخير فسخ العقد إلا إذا وقع من غريمه إخلال بالتزام جوهري يترتب عليه تخلف الغاية الاقتصادية التي يرمي إلى تحقيقها من التعاقد؛ فعلى سبيل المثال نجد أن مفهوم المخالفة الجوهرية يؤدي دوراً كبيراً في عقود البيع الدولية، وتحديدًا في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي (اتفاقية فيينا)؛ حيث تنص الاتفاقية - في مواضع متفرقة صراحة - على أنه لا يجوز للبائع أو المشتري فسخ العقد إلا إذا كان الإخلال بالتزام يشكل مخالفة جوهرية⁽¹⁷⁵⁾.

وتكون المخالفة جوهرية إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه - بشكل أساسي - مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، كأن يتخلف البائع عن تسليم المبيع، أو يخل المشتري بدفع الثمن⁽¹⁷⁶⁾. وفي السياق ذاته نجد أن «مبادئ اليونيدروا» للعقود التجارية الدولية، في المادة (1-3-7)، تقيم صلة وثيقة بين الحق في فسخ العقد وإخلال المدين بتنفيذ التزام جوهري⁽¹⁷⁷⁾.

(174) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية: دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 262.

(175) المواد (49) و(51) و(64) و(72) و(73) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الأمم المتحدة، نيويورك، 2011.

(176) المادة (25) من الاتفاقية، وعلى الرغم من الطابع الدولي لهذه الاتفاقية والعقود التي تنظمها، إلا أنه لا يمكن إنكار الأهمية العملية للأحكام التي تضمنتها، خصوصاً أن أغلب دول العالم قد صادقت عليها وتطبقها المحاكم الوطنية وهيئات التحكيم. كما أن تأثير هذه الاتفاقية يبدو واضحاً في بعض الأنظمة القانونية التي عدلت من قانونها المدني أخيراً، مثل قانون الالتزامات الألماني BGB. للمزيد انظر:

H. Kötz, European Contract Law, Tony Weir & Gill Mertens tr, OUP, Oxford, UK, 2017, p.224.

(177) المبادئ الدولية للعقود التجارية الدولية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT في روما، منشورة على الموقع:

<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2010-Arabic-bl.pdf>

وعلى صعيد القانون المقارن يجد الباحثان أن القانون الإنجليزي، على سبيل المثال، يولي أهمية كبيرة لفكرة الإخلال الجوهري في إطار الشرط الفاسخ الصريح، فلا يقبل القضاء بفسخ العقد إلا إذا كان عدم وفاء المدين بالتزامه يشكل إخلالا جسيماً بالعقد⁽¹⁷⁸⁾؛ فالقانون الإنجليزي يقسم البنود التعاقدية إلى قسمين: شروط (conditions)، و ضمانات (warranties)؛ فالشرط هو كل بند متعلق بجوهر العقد والمستلزمات التي تفرضها طبيعته، والإخلال به يعطي الدائن الحق في فسخ العقد، أما الضمان فهو بند غير متعلق بجوهر العقد، والإخلال به لا يعطي الدائن سوى الحق في التعويض دون فسخ العقد⁽¹⁷⁹⁾.

فالدائن لا يجوز له إنهاء العقد إلا إذا كان الإخلال الواقع من المدين على قدر معين من الجسامة (substantial)، وهذا لا يُتصور إلا في الشروط دون الضمانات، ويقصد بالإخلال الجسيم ذلك الإخلال الذي يكون مؤثراً في جوهر العقد؛ بحيث لو كان في مقدور الدائن أن يعلم به عند التعاقد لما أقدم على إبرام العقد⁽¹⁸⁰⁾. وعلى حد تعبير القضاء الإنجليزي في إحدى القضايا الرائدة هو ذلك «الإخلال الذي يصيب جوهر العقد» goes to the root of the contract⁽¹⁸¹⁾.

والمعيار الذي تبناه القضاء الإنجليزي في تقدير ما إذا كان الإخلال جسيماً بحيث يبرر الفسخ، يعتمد على الموازنة بين مصلحة الطرفين، فإذا خلصت المحكمة إلى أن مصلحة الدائن في الفسخ تفوق الضرر الذي يلحق المدين نتيجة له، فإن الإخلال حينئذٍ يكيف على أنه جوهري، وينهض سبباً كافياً لفسخ العقد⁽¹⁸²⁾.

كما أن القضاء الإنجليزي لم يتردد في رفض فسخ العقد، على الرغم من وجود اتفاق صريح بين المتعاقدين على رفع أحد الضمانات التي يرتبها العقد إلى مستوى شرط تعاقدى للتمسك بفسخ العقد عند الإخلال به؛ ففي قضية «ل. شولر إيه جي ضد ويكمان ماشين تولز» L Schuler AG v Wickman Machine Tools Sales (Ltd)⁽¹⁸³⁾ قضت

(178) John Randall, «Express Termination Clauses in Contracts» The Cambridge Law Journal, vol.73, No.1, (2014), p.126.

(179) H. Beale and B. Fauvarque-Cosson and J. Rutgers, and S. Vogenauer, Cases, Materials and Text on Contract Law, 3rd ed, Hart, Oxford, UK, 2019, p.994.

(180) G. H. Treitel, Remedies for Breach of Contract in International Encyclopedia of Comparative Law, vol.VII: Contracts in General, Ch. 16 (Mohr, 1976), p.126.

(181) Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaish, [1962] 2 QB 26.

(182) G. H. Treitel and E. Peel, The Law of Contract, 14th ed, Sweet & Maxwell, London, 2015, pp.18-31.

(183) [1974] AC 235.

المحكمة بأن اتفاق المتعاقدين على اعتبار أحد البنود العقدية شرطاً لا يغير من طبيعته كضمان، ولو نص العقد صراحة على ذلك، ومن ثم فإن إخلال المدين بهذا البند لا يعطي الدائن سلطة فسخ العقد.

وبالمثل حكم القضاء الإنجليزي في قضية «رايس ضد مجلس بلدة جريت يارموث» Rice v Great Yarmouth Borough Council⁽¹⁸⁴⁾ بأن اتفاق المتعاقدين على أن للدائن حق فسخ العقد عند إخلال المدين «بأي من البنود التعاقدية» لا يكفي للتمسك بالفسخ، بل يتعين أن يكون الإخلال جسيماً بما فيه الكفاية للقضاء بفسخ العقد.

وترتبط فكرة الإخلال الجوهري، أو الجسيم كذلك، بحال التأخير في الوفاء بالالتزام؛ حيث يفرق القانون الإنجليزي بين الأجل الجوهري time of the essence والأجل غير الجوهري time not of the essence، ولا يكون الأجل جوهرياً إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على اعتباره كذلك⁽¹⁸⁵⁾، أو تبين من الظروف المحيطة بالتعاقد وجوب تنفيذ الالتزام في موعد محدد⁽¹⁸⁶⁾. كما أن القضاء الإنجليزي يذهب إلى أن إخلال المدين بأجل غير جوهري لا يخول الدائن التمسك بفسخ العقد، إلا إذا ترتب على التأخر في الوفاء بالالتزام ضرر بالنسبة إليه⁽¹⁸⁷⁾.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أن جانباً من الفقه المدني العربي قد سبق أن دعا - منذ زمن - إلى ضرورة التفرقة بين الأجل الجوهري والأجل غير الجوهري. وذهب إلى جواز قيام المدين بالوفاء المتأخر في حال الأجل غير الجوهري، من دون أن يكون للدائن رفض هذا الأداء، شرط أن يكون ذلك قبل تمسك الدائن بالفسخ⁽¹⁸⁸⁾؛ إلا أن هذا الرأي لم يحظ بقبول واسع لدى الفقه العربي أو أحكام القضاء.

ويقود النقاش السابق إلى طرح تساؤل مهم يتعلق بعبارة شائعة الاستعمال في صيغة الشرط الفاسخ الصريح، ومضمونها أن ينص الشرط على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، من دون حكم، عند إخلال المدين «بأي من الالتزامات»، أو «بأي شرط من الشروط» التي يفرضها العقد، فما حكم هذه العبارة العامة التي تخول الدائن اعتبار العقد

(184) [2003] TCLR 1 (CA).

(185) Lombard North Central Plc v Butterworth [1987] Q.B. 527

(186) United Scientific Holdings Ltd v Burnley BC [1978] A.C. 904.

(187) Universal Cargo Carriers v Citati [1957] 2 QB 401. For further details see, H Beale (ed), Chitty on Contracts, 32nd edn (London, Sweet & Maxwell, 2017) Chap 21.

(188) عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مج2، ج4، ع2، سنة 1960، ص224. عكس هذا الرأي محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص91؛ حيث يرى عدم الحاجة إلى التفرقة بين الأجل الجوهري والأجل غير الجوهري، وصعوبة الأخذ بها في مجال الشرط الفاسخ الصريح.

مفسوخاً من تلقاء نفسه، بصرف النظر عن درجة الإخلال الواقع من المدين، وما إذا كان إخلالاً بالتزام جوهري أو غير جوهري؟

يشير الباحثان أولاً إلى أن محكمة التمييز الكويتية قد عرضت لمثل هذه العبارة في العديد من أحكامها، إلا أنها لم تتناول مدى سلامتها، وما إذا كان يجوز للدائن التمسك بالشرط الفاسخ إذا جاء بهذه الصيغة العامة⁽¹⁸⁹⁾.

وقد ذهب رأي في الفقه إلى صحة أن يجيء الشرط بهذه العبارة العامة استناداً إلى أنه يجوز لإرادة المتعاقدين التسوية بين جميع الالتزامات، دون اعتبار لما إذا كان إخلال المدين بالتزام جوهري أو ثانوي⁽¹⁹⁰⁾. ويشايحه رأي آخر بقوله إن العقد إذا تضمن شرطاً فاسخاً صريحاً كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية بصفة عامة، فإن الفسخ يقع في حالة إخلال المدين بكل الالتزامات المتولدة عن العقد، سواء كانت رئيسية أو تبعية، ذلك أن الالتزام التبعية إذا كان داخلياً في دائرة التعاقد فإن القاضي لا يملك سلطة استبعاد الفسخ عند الإخلال به بمقولة عدم تفويت المصلحة التي يبتغيها الدائن من وراء الالتزام الرئيس؛ حيث إن المتعاقدين قد قدّرا سلفاً أهمية كل الالتزامات الناشئة عن العقد، وقرّرا الفسخ كجزاء للإخلال بأي منها⁽¹⁹¹⁾.

والواقع أن هذه المسألة كانت، ولا تزال، موضع خلاف في الفقه الفرنسي، سواء قبل تعديل القانون المدني الفرنسي في العام 2016 أو بعده⁽¹⁹²⁾، وتعرف هذه العبارة المجملّة للشرط الفاسخ الصريح باسم «بنود إنهاء العقد» *clauses résolutoires balais*، وقد كانت بعض أحكام القضاء الفرنسي، قبل تعديل 2016، تتطلب ضرورة تحديد الشرط للالتزامات التي يترتب على الإخلال بها فسخ العقد تلقائياً⁽¹⁹³⁾. ثم أتى المشرع الفرنسي في العام 2016، واستحدث قيداً مهماً في المادة (1 / 1225) الجديدة مضمونه وجوب أن يحدد الشرط الفاسخ للالتزامات التي يؤدي عدم تنفيذها إلى فسخ العقد⁽¹⁹⁴⁾.

(189) انظر، على سبيل المثال وقائع الدعوى في الحكم رقم 2005/7. والحكم رقم 2007/409، سبقت الإشارة إليهما. ورغم أن المحكمة قضت في الطعن بعدم جواز التمسك بالشرط الفاسخ تأسيساً على أن الدائن قد نزل عنه بقبوله الوفاء المتأخر في الطعن الأول، ودفع المدين بالحق في الحبس في الطعن الثاني، إلا أن الملاحظ هو أن القضاء عموماً يعرض عن إثارة مدى صحة صياغة الشرط بمثل هذه العبارات العامة؛ ما يعني تسليمه ضمناً بصحتها من الناحية القانونية.

(190) حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 418.

(191) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 85.

(192) F. Terre et al., op. cit., p.857.

(193) المرجع السابق، انظر الأحكام القضائية المشار إليها في الهامش رقم 3.

(194) «La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat».

بيد أن جانباً من الفقه يرى أنه من غير المؤكد ما إذا كانت هذه المادة تحظر عبارات الفسخ العامة⁽¹⁹⁵⁾؛ في حين يذهب فريق آخر إلى أن حكم المادة آتفة الذكر يقتصر على وجوب أن يعبر الشرط عن الحالات التي سينطبق عليها، ولا ينافي هذا أن يقرر بعبارة عامة فسخ العقد عند إخلال المدين بأي التزام يوجبه العقد⁽¹⁹⁶⁾.

ويتبين مما تقدم أن هناك اتجاهين متعارضين يتجاذبان هذه المسألة؛ حيث يعلي أنصار الاتجاه الأول من شأن الإرادة التعاقدية، ويرون - بناء على ذلك - صحة الشرط إذا جاء بعبارة عامة، وجواز التمسك بالفسخ بقطع النظر عن درجة إخلال المدين، سواء كان محله التزاماً جوهرياً، أو غير جوهري. أما أنصار الاتجاه الثاني فيذهبون إلى الربط بين مصلحة الدائن في الفسخ والوظيفة الاقتصادية للعقد؛ فلا يقضى بالفسخ كجزاء استثنائي يدمر العقد إلا إذا أصبح العقد غير قادر على تحقيق الغاية منه، المتمثلة في التبادل الاقتصادي بالنسبة إلى الدائن، وهذا لا يتحقق إلا في حالة الإخلال الجسيم بالالتزامات الجوهرية التي ينشئها العقد.

ومن جانبهما، فإن الباحثين يميلان إلى تأييد الاتجاه الثاني، خاصة أنه يقيم حقاً الدائن في التمسك بالفسخ على أساس فكرة العدالة العقدية والتوازن الاقتصادي للعقد؛ فلا يرى إعمال الشرط إلا إذا اختل التوازن الاقتصادي للعقد على نحو يضر بمصلحة الدائن، من خلال حرمانه من إشباع الغرض الذي يسعى إلى تحقيقه من إبرامه، وذلك حتى لا يكون الشرط عقوبة مدنية في يد الدائن يوقعها على المدين بإرادته المستقلة عند إخلال المدين بالتزام غير جوهري بحجة اتفاق المتعاقدين عليه.

إضافةً إلى ذلك، فإن عبارات الفسخ العامة والمجملّة التي تخول الدائن إعمال الشرط عند إخلال المدين بأي شرط أو التزام في العقد، تنطوي على توسيع غير مبرر لنطاق الفسخ، وتتجافى مع ما استقر عليه القضاء من وجوب انصراف إرادة كلا المتعاقدين إلى الشرط على نحو صريح وقاطع، وأن يدل، من دون أي لبس أو شك، على حقيقة المقصود منه، وذلك بأن يكون وليد إرادتهما المشتركة لا الإرادة الفردية لأحدهما؛ خصوصاً إذا أخذنا في الاعتبار أن الطرف الأقوى ينفرد بصياغة أغلب العقود في الواقع العملي،

(195) F. Terre et al., op. cit.

(196) انظر:

M. Mekki, «L'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire», D. 2016. 504, F. Terre, 857. وانظر تقرير: F. Pillet, Rapport Sénat, 11 octobre 2017, p.74

منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس الشيوخ الفرنسي:

<https://www.senat.fr/rap/117-022/117-0221.pdf>

ويفرض شروطه على الطرف الأضعف الذي لا يسعه سوى الموافقة عليها بما فيها شرط الفسخ الصريح.

ومن هنا يرى الباحثان أنه على القضاء التصدي لعبارات الفسخ العامة، من خلال سلطته في التفسير⁽¹⁹⁷⁾، وعدم الاعتراف بحق الدائن في التمسك بالفسخ إلا إذا حدد الشرط الفاسخ صراحةً الالتزامات التي يترتب على الإخلال بها فسخ العقد.

وهذا القول ينسجم مع مقصود المشرع المدني الكويتي من تقنين الشرط الفاسخ الصريح، ووفق ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني فإن الغاية التشريعية للمادة (210) مدني هي «وضع حد لما ظهر في العمل من إساءة استعمال الشرط في العقود»⁽¹⁹⁸⁾. وهذه العبارة تدل على أن علة تقنين الشرط الفاسخ الصريح تكمن في رغبة المشرع في حماية المدين من تعسف وشطط الدائن في استعماله رخصة الفسخ، من دون اعتبار للضرر الذي قد يصيب المدين من جراء ذلك، وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه الفقه من أن حق الدائن في فسخ العقد إعمالاً للشرط مقيد بمبدأي حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق كما ذكر الباحثان.

وينبني على هذا أن استعمال الدائن حقه في فسخ العقد ينبغي أن يتوافق مع الغاية أو الغرض منه، بحيث إذا انعدم التناسب بين مصلحة الدائن والضرر الذي يصيب المدين فإن الدائن يكون منحرفاً في استعماله حقه في الفسخ، بما يجيز للمحكمة رفض إعمال الشرط الفاسخ⁽¹⁹⁹⁾.

ولذلك يجب التضييق ما أمكن من نطاق إعمال الشرط، وذلك بقصره على الالتزامات الأساسية الناشئة عن العقد، مع الأخذ في الاعتبار مدى أهمية وخطورة الإخلال بالنسبة إلى الدائن⁽²⁰⁰⁾، لاسيما أن هناك اتجاهاً فقهيًا معتبراً يرى أن الأساس القانوني للفسخ ليس فكرة الشرط الفاسخ الضمني، ولا فكرة الارتباط، ولا نظرية السبب الحديثة، بل

(197) خصوصاً أن أحكام القضاء تشير إلى أن للمحكمة الرقابة التامة في التثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 2010/332، سبقت الإشارة إليه.

(198) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، مرجع سابق، ص 172.

(199) تنص المادة (30) من القانون المدني الكويتي على أنه «يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظائفه الاجتماعية، وبوجه خاص: أ- إذا كانت المصلحة التي تترتب عليه غير مشروعة. ب- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ج- إذا كانت المصلحة التي تترتب عليه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير. د- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف».

(200) أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ - الاتجاهات الحديثة في القوانين المصري، مرجع سابق، ص 183 و 184.

في تخلف المصالح الاقتصادية التي يتغيهاها الدائن من إبرام العقد⁽²⁰¹⁾.

وترتيباً على ما تقدم يخلص الباحثان إلى أن عدم وفاء المدين بالتزام غير جوهري، سواء كان جزئياً أو تأخيراً في الوفاء، أو تنفيذاً معيباً لا يعتبر مسوغاً كافياً يخول الدائن إنهاء العقد بإرادته المستقلة، ويحرم المدين من رقابة القضاء على أعمال الدائن الشرط بحجة اتفاق المتعاقدين عليه، اللهم إلا إذا نص الشرط صراحةً على أن الإخلال بالتزام محدد يؤدي إلى فسخ العقد حتماً عند تحققه، أو إذا كان القانون يستلزم الوفاء بالتزام معين، كما أن حق الدائن في أعمال الشرط يجب أن يتقيد بمبادئ حسن النية في تنفيذ العقد، وعدم التعسف في استعمال الحق، والغاية العملية من التعاقد.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في التحقق من انتفاء موانع التمسك بالشرط الفاسخ الصريح

أشار الباحثان، فيما سبق، إلى أن قضاء التمييز في الكويت مستقر على أن الشرط الفاسخ الصريح، وإن كان موجباً للفسخ حتماً، ويسلب المحكمة كل سلطة تقديرية، بما يتعين عليها أعمال آثاره متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له، إلا أن للمحكمة سلطة التحقق من الظروف الخارجية التي قد تحول دون إعماله، ومن قبيل هذه الظروف إسقاط الدائن خياره في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد، أو تسببه بخطئه في عدم تنفيذ المدين التزامه، أو إذا كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً⁽²⁰²⁾؛ فهذه الظروف - في حقيقتها - هي عبارة عن أسباب تؤدي إلى حرمان الدائن من إعمال الشرط، ويمكن تقسيمها إلى قسمين: أولهما أسباب ترجع إلى الدائن. وثانيهما أسباب ترجع إلى المدين.

وعلى ضوء ما تقدم، سيعرض الباحثان في هذا المطلب موانع إعمال الشرط لأسباب ترجع إلى الدائن في فرع أول، يليه فرع ثانٍ يتناول موانع إعمال الشرط لأسباب ترجع إلى المدين⁽²⁰³⁾.

(201) المرجع السابق، ص 183، الهامش (270).

(202) حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 2005/1488، سبقت الإشارة إليه.

(203) ويُلاحظ أن القاسم المشترك بين هذه الموانع أنها ذات طبيعة إرادية، وهي توجد إلى جانب موانع أخرى ذات طبيعة قانونية، والتي لن يتناولها الباحثان لخروجها عن حدود الدراسة.

الفرع الأول

موانع إعمال الشرط لأسباب ترجع إلى الدائن

قدم الباحثان أن الشرط الفاسخ الصريح خيار مقرر لمصلحة الدائن؛ فهو بين طلب التنفيذ أو إعمال الفسخ⁽²⁰⁴⁾، فلا ينال من إعمال أثره أن يكون للدائن الخيار بينه وبين التنفيذ العيني؛ إذ يبقى له دائماً الخيار بين إعماله والمطالبة بالتنفيذ⁽²⁰⁵⁾.

وعلى الرغم من ذلك فإن المحكمة قد تقضي بعدم صحة تمسك الدائن بالشرط في حالتين؛ الحالة الأولى إذا تبين لها أن الدائن قد أسقط حقه في استعماله، وذلك إذا صدر منه ما يدل على العدول عن إعماله صراحةً أو ضمناً⁽²⁰⁶⁾؛ إذ يجب عليها عندئذ أن تتجاوزته، وإذا سقط خيار الدائن في الفسخ فلا يجوز له معاودة إعماله في المستقبل؛ لأن الساقط لا يعود⁽²⁰⁷⁾. والحالة الثانية إذا ثبت أن تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه يعود إلى فعل الدائن نفسه، وسيتناول الباحثان هاتين الحالتين في غصنين مستقلين.

الغصن الأول

نزول الدائن عن خيار الفسخ

لا يثير النزول الصريح عن الشرط صعوبة في الاستدلال على نية الدائن؛ حيث يتحقق عندما يعبر عن ذلك بإقرار كتابي، أو بالنص على هذا التنازل في صلب العقد، أو في ملحق للعقد، أو حتى باللفظ.

ولكن المسألة قد تدق في استخلاص نزول المدين الضمني عن الشرط، وهي مسألة

(204) وقد ذهب رأي مخالف لجمهور الفقه، وما استقر عليه القضاء من أن التمسك بالفسخ التلقائي إعمالاً للشرط خيار مقرر لكلا المتعاقدين، وعليه فإنه يجوز للمدين، كما للدائن، التمسك بالفسخ أو المطالبة بتنفيذ العقد، جلال العدوي، مرجع سابق، ص 284. وظاهر عدم سلامة هذا الرأي، فهو إن كان مقبولا في الفسخ القضائي؛ لأن الخيار بين التنفيذ والفسخ يكون للدائن والمدين والمحكمة، إلا أنه لا يمكن التسليم به في الشرط الفاسخ الصريح؛ لأنه يجعل مصير العقد في يد المدين الذي إذا شاء جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن الوفاء بالتزامه.

(205) حكم محكمة النقض المصرية رقم 1639، س 50 ق، بتاريخ 1984/3/20، غير منشور. والحكم رقم 2259، س 59 ق، بتاريخ 1994/5/11، المجموعة، س 45، ع 1، ص 818، قاعدة 156.

(206) وهذا ما استقر عليه قضاء التمييز الكويتي. انظر: الحكم رقم 2005/7. والحكم رقم 2005/1163. والحكم رقم 2005/1488. والحكم رقم 2007/888. والحكم رقم 2010/332، سبقت الإشارة إليها.

(207) حكم محكمة التمييز رقم 2005/7. والحكم رقم 2009/198. والحكم 2008/824 سبقت الإشارة إليها؛ وفي الاتجاه نفسه محكمة النقض المصرية في الحكم رقم 2311، س 59 ق، بتاريخ 1994/6/22، المجموعة، س 45، ع 2، ص 1092، قاعدة 207.

واقع منط استظهارها بمحكمة الموضوع بغير معقب عليها، متى ما أقامت قضاءها على أسباب مقبولة، وفي هذا الخصوص تقرر محكمة التمييز الكويتية ومحكمة النقض المصرية أن «النزول عن الحق المسقط كما يكون بالقول يكون بأي عمل أو إجراء دال بذاته على ترك الحق دلالة لا تحتل الشك»⁽²⁰⁸⁾.

ومؤدى هذا أنه على المحكمة التشدد في استخلاص نزول الدائن عن الشرط الفاسخ الصريح، ولا تقضي به إلا إذا ثبت لديها ذلك على نحو قاطع ويقيني، فلا يجوز لها أن تفترضه، أو أن تتوسع في تفسير ما يؤدي إليه. وإذا ثار شك حول هذا النزول فإنه يتعين عليها القضاء بعدم حصوله⁽²⁰⁹⁾. ووفقاً لما تقرر القواعد العامة في الإثبات، فإن عبء إثبات نزول الدائن عن خيار الفسخ يقع على المدين.

ولا يجوز اعتبار مطالبة الدائن مدينه بالوفاء بالالتزام بطريق الإعذار من قبيل النزول عن خيار الفسخ؛ إذ إن الإعذار - كما قدم الباحثان - إجراء قانوني استلزمه المشرع لصحة أعمال الدائن الشرط يتضمن تكليف المدين بالوفاء وإثبات تقصيره على وجه رسمي؛ لكن يلاحظ أن الدائن إذا أهمل رفع دعوى الفسخ بعد انقضاء مدة طويلة من الإعذار من دون أعمال الشرط، فإن موقفه هذا يحمل على أنه نزول ضمنى عن التمسك به، ولا يبقى له بعد ذلك سوى التمسك بالفسخ القضائي⁽²¹⁰⁾.

وفي هذا الصدد يُطرح تساؤل عن مدى اعتبار سكوت الدائن عند عدم وفاء المدين بالالتزام أو التأخر فيه نزولاً ضمنياً عن خيار الفسخ؟

القاعدة العامة هي أن السكوت المجرد لا يعد تعبيراً عن الإرادة؛ لأنه بطبيعته عمل سلبي محض، إلا أن تراخي الدائن عن أعمال الشرط لمدة طويلة ينبئ عن نزوله الضمني عن خيار الفسخ، وهذا يعني، بمفهوم المخالفة، أن سكوت الدائن إذا كان من باب التروي

(208) حكم محكمة التمييز رقم 2008/824، سبقت الإشارة إليه. وحكم نقض مصري رقم 2311، س 59 ق، سبق ذكره. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يقبل نعي الدائن أمام محكمة التمييز على استخلاص محكمة الموضوع نزوله عن التمسك بالشرط مادام لهذا الاستخلاص أصل ثابت في أوراق الدعوى، إذ إن ذلك لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، انظر: الحكم رقم 2005/7، مشار إليه أعلاه.

(209) عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج 1، ج 2، ع 2، مرجع سابق، ص 472. عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 605. وكذا تذهب محكمة النقض المصرية إلى أن: «التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه»، نقض مدني بتاريخ 1945/1/18، مشار إليه لدى: محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 388، الهامش (1).

(210) انظر حكم محكمة النقض المصرية رقم 42، س 41 ق، بتاريخ 1975/4/9، غير منشور؛ حيث باشر الدائن رفع دعوى الفسخ بعد مضي سنة ونيف من تاريخ الإعذار.

في استعمال الشرط أو التسامح مع المدين بمنحه أجلاً قصيراً للتنفيذ لا يعتبر نزولاً منه عن هذا الخيار⁽²¹¹⁾.

وهذا ما تذهب إليه محكمة النقض المصرية؛ حيث قضت بأن قعود الدائن عن إعمال خيار الفسخ، برغم مرور أربع سنوات على تحقق المخالفة الموجبة له، وإنذاره المدين بوجود السداد أكثر من مرة، يفيدان بنزوله عن الشرط، كما قررت أنه «ولئن كان مجرد السكوت عن استعمال الحق في طلب الفسخ فترة من الزمن، برغم العلم بقيام موجبه لا يعتبر نزولاً عن الحق، إلا أنه إذا اتخذ صاحب الحق مع سكوته موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على قصد النزول، كان هذا تعبيراً ضمناً عن إرادة النزول عن الحق عملاً بالمادة (90) من القانون المدني... وإذا كان الفسخ مرتبطاً بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له، وتبين أن البائع قد أسقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ، وجب على القاضي أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي»⁽²¹²⁾.

وثمة مسألة أخرى أثارت انقساماً فقهيّاً تتعلق بمدى جواز نزول الدائن عن خيار الفسخ قبل تحقق واقعة إخلال المدين بالتزامه؛ حيث ذهب بعض الفقه إلى عدم جواز نزول الدائن عن خيار الفسخ مقدماً قبل تحقق واقعة الإخلال، وذلك باستثناء الحالة التي يأخذ فيها التنازل صورة الإعفاء من المسؤولية التعاقدية⁽²¹³⁾. ويبدو أن هذا الفقه يرى أن التنازل المسبق يتنافى مع الطبيعة التبادلية للعقد، كما يظهر أنه يستدل لرأيه بالقياس على عدم جواز نزول صاحب المصلحة عن التمسك ببعض الرخص التي يقررها القانون قبل توافر شروطها وثبوت الحق فيها، مثل النزول عن التمسك بالمقاصة، أو الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان⁽²¹⁴⁾.

ومن الفقهاء من يذهب إلى عكس ذلك، ويرى جواز نزول الدائن عن خيار الفسخ

(211) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 101. حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 624.

(212) الحكم رقم 691، س 69 ق، بتاريخ 2000/11/8، غير منشور؛ الاتجاه نفسه، الحكم رقم 992، س 80 ق، بتاريخ 2017/5/15، غير منشور؛ حيث أولت المحكمة سكوت البائع عن إقامة دعوى الفسخ لمدة سنتين بعد تحقق الشرط بأنه نزول ضمني منه عنه، برغم خلو الأوراق من اتخاذه موقفاً إيجابياً يدل على قصد النزول عن الشرط.

(213) حيث يتعين أن يقتصر حظر التنازل مقدماً على الحالة التي يتحول فيها عدم تنفيذ التزامه إلى غش منه. انظر: إبراهيم أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 423، الهامش (1).

(214) تقرر المادة (1/428) مدني كويتي أنه «لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له حق فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها». وتقرر المادة (1/453) أنه «لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق فيه».

مقدماً، ذلك أنه مشروع لمصلحته إن شاء تمسك به، وإن شاء نزل عنه، وهذا الخيار غير متعلق بالنظام العام، ولا يترتب عليه فوات مصلحة الدائن الذي قد يكتفي بدعوى التنفيذ العيني، وبناءً عليه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد فسخ العقد مقدماً، سواء في جميع حالات عدم التنفيذ، أو بالنسبة إلى كل منهما، كما يجوز لهما الاتفاق على نزول أحدهما، أو كليهما، سلفاً عن خيار الفسخ⁽²¹⁵⁾.

ويرى الباحثان أن الرأي الأخير أقرب إلى الصواب؛ ذلك أن حظر النزول عن الحق استثناء مقرر بنصوص خاصة، فلا يجب التوسع فيه أو القياس عليه، ومن ثم يجوز النزول المسبق عن الفسخ قبل ثبوت الحق فيه، ولكن يُشترط أن يكون الاتفاق عليه صريحاً لا شك فيه أو غموض.

وهذا الرأي يتفق مع ما قرره محكمة النقض المصرية، من أن الحق في طلب فسخ العقد يعد من النصوص المكملّة لإرادة المتعاقدين، ثابتاً لكل منهما بنص القانون. ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح⁽²¹⁶⁾.

ومن المهم الإشارة إلى أن دفع المدين أمام المحكمة بنزول الدائن عن الشرط يعد دفاعاً جوهرياً، ويؤثر في النتيجة التي تنتهي إليها في حكمها؛ لذلك يتعين عليها بحثه وتمحيصه من واقع أدلة الدعوى، إضافة إلى استعراض الظروف والملايسات التي يسوقها المدين للتدليل على نزول الدائن، فإذا أغفلت هذا الدفاع كان حكمها مخالفاً للقانون، ومشوباً بالقصور في التسبيب⁽²¹⁷⁾.

ومن واقع استقراء أحكام القضاء يمكن للباحثين استنتاج أن نزول الدائن عن الشرط

(215) عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج 1، ج 2، ع 2، مرجع سابق، ص 471. عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 591. عبدالمنعم البدرائي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 503. مصطفى الجارحي، مرجع سابق، ص 53.

(216) الحكم رقم 23، س 35 ق، بتاريخ 1969/2/13، المجموعة، س 20، ع 1، ص 325، قاعدة 52. والحكم رقم 1919، س 49 ق، بتاريخ 1980/12/22، المجموعة، س 31، ع 2، ص 2082، قاعدة 388. ويتفق هذا القضاء مع ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية من جواز النزول المسبق عن الحق في الفسخ بشرط أن يكون القبول بالنزول صريحاً. انظر:

Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 3 novembre 2011, 10-26.203 ; Bulletin 2011, III, n° 178

(217) حكم محكمة التمييز رقم 2007/888، مشار إليه سابقاً. وحكم محكمة النقض المصرية رقم 10428، س 89 ق، بتاريخ 2020/6/14 غير منشور. والطعن 5185، س 72 ق، بتاريخ 2021/3/22، غير منشور.

الفاسخ الصريح يأخذ ثلاث صور، وهي: الإصرار على التنفيذ العيني. وقبول الوفاء المتأخر. ومنح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه؛ لذا فإنه من المناسب تناولها تباعاً على النحو التالي:

أولاً- إصرار الدائن على التنفيذ العيني:

وفقاً للقواعد العامة يتضمن طلب التنفيذ العيني أداء ما يلتزم به المدين تجاه الدائن؛ إذ يعد الأصل في الوفاء بالالتزام، فلا يجوز للمدين الامتناع عنه كما يمكن للدائن إجباره على تنفيذ التزامه عيناً أو بمقابل. ومن جانب آخر لا يجوز للدائن رفض التنفيذ العيني إذا أبدى المدين استعداده لذلك، أو عرض القيام به.

وفي الفسخ القضائي يكون الدائن دائماً بالخيار بين طلب التنفيذ والفسخ، فلا يترتب على رفع دعوى الفسخ فقدان حقه في التنفيذ العيني، بل له أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ قبل الحكم النهائي، وبالعكس يجوز له إذا طلب التنفيذ بداية أن يعدل عنه إلى الفسخ، غير أنه لا يجوز له الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد⁽²¹⁸⁾، ذلك أن الفسخ مجرد رخصة تخول الدائن الذي وقع الإخلال بحقه التحرر من العقد تضاف إلى حقه الأصيل في التمسك بالعقد والإصرار على التنفيذ، وليست وسيلة بديلة عنه⁽²¹⁹⁾.

ولا يلزم من رفع دعوى الفسخ إجابة المحكمة لطلب الدائن؛ إذ يجوز لها رفضه إذا كان ما لم يف به المدين قليلاً بالنسبة إلى جملة التزاماته، أو أن تنظر المدين إلى أجل محدد إذا اقتضت ظروفه ذلك، كما أن للمدين تدارك فسخ العقد بتنفيذ التزامه شرط أن يكون ذلك قبل صدور الحكم النهائي؛ فإذا كان للدائن في الفسخ القضائي خيار مطلق بين التنفيذ والفسخ، بحيث يجوز له ترك أحد الأمرين والتمسك بالآخر، فهل يثبت له الخيار ذاته في حال الشرط الفاسخ الصريح؟ وبعبارة أخرى: هل يترتب على رفع الدائن دعوى المطالبة بتنفيذ الالتزام نزولاً عن خياره في أعمال الفسخ؟

الواقع أن هذه المسألة محل خلاف بين الفقه؛ حيث ذهب البعض إلى أن رفع الدعوى يقتضي تسليم الدائن بقيام العقد، وتتضمن نزولاً ضمنياً منه عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح؛ لتعارض التمسك بالفسخ مع المطالبة القضائية بالالتزام الذي أخل به المدين⁽²²⁰⁾. بيد أن هذا الرأي يستدرك أنه إذا كان محل التزام المدين أداءات مستقلة مثل الأجرة في عقد الإيجار فإن قبول الدائن الوفاء المتأخر من المدين عن مدة معلومة أو

(218) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج2، ج1، مرجع سابق، ص797؛ فالتنفيذ والفسخ وجهان متقابلان يوتر طلب أحدهما على الآخر.

(219) عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص590.

(220) المرجع السابق، ص606.

لمرة واحدة لا يفيد تنازله عن الشرط، ولا يحرمه من التمسك به بالنسبة إلى الأجرة عن مواعيد الاستحقاق اللاحقة.

ويستند هذا الفقه، في رأيه، على قضاء محكمة النقض المصرية قررت فيه أن «قبول المؤجر الأجرة متأخرة عن موعد استحقاقها في سنة معينة لا يعد تنازلاً عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح إذا ما تأخر المستأجر عن السداد في سنة تالية»⁽²²¹⁾. إلا أن هذا الفقه يقيد رأيه السابق باشتراط ألا تتكرر المطالبة القضائية على نحو يمكن أن يستنبط منه إهمال الدائن ورضاه الضمني بالنزول عن الشرط⁽²²²⁾.

ويعارض الرأي السابق اتجاه فقهي مفاده أن مبادأة الدائن بطلب تنفيذ الالتزام لا تمثل تنازلاً ضمناً عن الفسخ لمجرد أنه بدأ بطلب التنفيذ بدلاً من التمسك بالفسخ، ويقرر هذا الفقه بأن: «الاتفاق الصريح على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ، إنما وجد لتقوية حماية حق الدائن عند عدم تنفيذ المدين التزامه؛ فلا يعقل إذا طالب الدائن بالتنفيذ - وهذا هو المقتضى الطبيعي للعقد - أن يعتبر نازلاً عن حقه في الفسخ»⁽²²³⁾. ويستدل هذا الفقه لرأيه بحكم محكمة النقض المصرية قضت فيه بأن المطالبة بالوفاء بالالتزامات المتأخرة لا تفيد التنازل عن الفسخ «إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ على التأخر فيها»⁽²²⁴⁾.

والذي يتبين من قضاء محكمة النقض أن مطالبة الدائن القضائية للمدين بالوفاء بالالتزام، بعد تحقق موجب الفسخ بإخلال المدين بالتزامه في الموعد المحدد، يعبر عن نزوله الضمني عن الشرط؛ لتمسكه بالتنفيذ العيني؛ فقد قضت هذه المحكمة بأن مطالبة الدائن مدينه بسداد الأقساط المستحقة عن عقد الانتفاع في أثناء سير الدعوى أمام

(221) الحكم رقم 599، س 35 ق، بتاريخ 1970/3/3، المجموعة، س 21، ع 1، ص 389/قاعدة 63.

(222) عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، الموضوع ذاته؛ حيث يرى أن هذا الحكم يمكن الأخذ به في العقود الأخرى إذا تماثلت الظروف على الأخص في عقد البيع عند المطالبة ببعض الأقساط. في تأييد هذا الرأي انظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مج 2، مرجع سابق، ص 663. مصطفى الجارحي، مرجع سابق، ص 116. حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 626.

(223) عبدالحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج 2، ج 3، ع 1، مرجع سابق، ص 123. في الاتجاه نفسه: إبراهيم أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 422، الهامش (3)؛ حيث يقول معلقاً إن: «مجرد مطالبة الدائن للمدين بتنفيذ التزامه لا يتضمن في ذاته تنازلاً عن الفسخ».

(224) الحكم رقم 52، س 14 ق، بتاريخ 1945/1/18، المجموعة، س 1، ع 1، ص 540، قاعدة 192، في نقد هذا القضاء انظر: عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، الموضوع ذاته، الهامش (1).

محكمة أول درجة يعبر عن نزوله الضمني عن الشرط الفاسخ الصريح⁽²²⁵⁾.

كما قضت بأن «تخلف المشتري عن الوفاء بقسطين متتاليين من الأقساط الثلاثة ببقية الثمن عن مواعيد استحقاقها في 2002/3/29، و2003/3/29، و2004/3/29، وقبول البائع بخضم محاصيل القصب التي قام المشتري بتوريدها من بقية الثمن خلال السنوات 2004، و2005، و2006، و2007 يدل بوضوح على عدول البائع عن أعمال شرط الفسخ، وانصراف نيته إلى تنفيذ العقد لا فسخه، ذلك أن قبوله بأداء الالتزام، برغم تحقق الشرط الفاسخ الصريح، يتعارض مع اتجاه إرادته إلى الفسخ بما يوجب التجاوز عن هذا الشرط»⁽²²⁶⁾.

ومن جانب آخر يلاحظ الباحثان أن بعض دوائر محكمة النقض تخالف - في بعض الأحيان - ما استقر عليه قضاء النقض؛ حيث قضى بأن الشرط الفاسخ الصريح «لا يستهلك بعدم الاستخدام»، وأنه «في جميع الأحوال فإن قبول الدائن بالوفاء المتأخر بقسط من الأقساط أو بجزء منه لا يفيد تنازله عن الشرط بالنسبة لبقية الأقساط»⁽²²⁷⁾.

ومن جانبهما، يرى الباحثان أنه من الصعوبة إعطاء حكم واحد لهذه المسألة؛ لأنه يختلف باختلاف ظروف وملابسات كل دعوى، ووفق ما تفيد عبارة الشرط نفسه، وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، ولكن يمكن القول - بصفة عامة - أنه إذا تبين للمحكمة أن المتعاقدين قد اتفقا على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، من دون حكم عند إخلال المدين بالتزامه بدفع أي جزء من أجزاء الأجرة، أو سداد أي قسط من أقساط الثمن في مواعيد الاستحقاق المتفق عليها، وقام الدائن بمطالبة مدينه بالوفاء بالالتزام بعد فوات ميعاد الاستحقاق، أو أنه أمسك عن أعمال خيار الفسخ لمدة طويلة، ثم قام بعدها برفع دعوى الفسخ بناء على الشرط، فهذا يعني أن أجل الوفاء لم يكن جوهرياً لديه، ومن ثم فإن إصراره على استجداء حقه بواسطة القضاء يمكن تأويله على أنه نزول ضمني منه عن حقه في الفسخ، وذلك كله شريطة ألا ينص العقد صراحة على احتفاظ الدائن بحقه في الفسخ عند الوفاء المتأخر.

ويدلل الباحثان على رأيهما بما قررته محكمة التمييز الكويتية، من أن مسلك الدائن في إرسال عدة مكاتبات للمدين يحثه فيها على الإسراع بتنفيذ التزاماته، برغم علمه بمخالفته بنود العقد، واستمرار العلاقة العقدية بينهما لمدة خمس سنوات بعد تاريخ الإخلال، يتنافى مع رغبته في أعمال الشرط الفاسخ الصريح الوارد في العقد؛ حيث

(225) الحكم رقم 664، س 82 ق، بتاريخ 2016/3/21، غير منشور.

(226) الحكم رقم 12362، س 77 ق، بتاريخ 2016/1/4، غير منشور.

(227) الحكم رقم 16237، س 81 ق، بتاريخ 2020/10/27، غير منشور.

يُستفاد من مسلكه هذا أنه «قد أسقط خياره في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح المقرر لمصلحته، ومن ثم لا يكون له الحق من بعد التمسك به فالساقط لا يعود»⁽²²⁸⁾. كما قضت بأن العقد إذا تضمن شرطاً فاسخاً وشرطاً جزائياً، واختار الدائن أعمال خيار الشرط الجزائي بتوقيع غرامة يومية على المدين، فإن ذلك يعد تنازلاً ضمنيّاً عن أعمال الشرط الفاسخ الصريح؛ لتمسك الدائن بالعقد بما لا يحق له من بعد معاودة التمسك به⁽²²⁹⁾.

ويُستفاد مما تقدم أن مطالبة الدائن مدينه بالتنفيذ العيني لا تنبئ، بذاتها ومجردها، عن رغبته في النزول عن خيار الفسخ ما لم يتكرر هذا الطلب أكثر من مرة؛ لأنه عندئذٍ يكون متضمناً إصرار الدائن على استبقاء العقد ويقطع بتمسكه فيه.

ثانياً- قبول الوفاء المتأخر:

ويدخل في مفهوم النزول الضمني عن الشرط قبول الدائن بوفاء المدين بالالتزام بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ، والأصل أن المدين يملك - عند خلو العقد من الشرط الفاسخ الصريح - تنفيذ الالتزام إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى تفادياً لفسخ العقد، وللمحكمة منحه أجلاً للوفاء بالتزامه إذا اقتضت ظروفه ذلك، ولها كذلك رفض الفسخ إذا كان ما لم يف به قليلاً بالنسبة إلى مجموع التزاماته، كما أن لها القضاء بفسخ العقد إذا اتضح لها أن المدين امتنع عن تنفيذ التزامه تعمداً أو إهمالاً، أو إذا نال الدائن ضرراً جسيماً من جراء رفض الفسخ⁽²³⁰⁾.

أما إذا اشتمل العقد على شرط فاسخ صريح فإن إخلال المدين بالوفاء بالتزامه في الموعد المتفق عليه يخول الدائن فسخ العقد، ولا يجدي المدين عرض الوفاء المتأخر، أو إيداع الثمن أو الأجرة بعد تمسك الدائن بالفسخ؛ لأن العقد لا يمكن أن يعود بعد انفساخه، ولكن إذا قبل الدائن بالوفاء المتأخر من المدين فإن هذا الموقف يدل على تخليه عن خياره في الفسخ؛ لتعارض هذا القبول مع إرادة الفسخ.

وقد ذهب فريق من الفقه إلى أن الشرط الفاسخ الصريح لا يستهلك بعدم استعماله، ولو تحققت شروطه، وأن الدائن إذا أمسك عن إعماله عند إخلال المدين بأحد التزاماته، فإن ذلك لا يمنعه من التمسك به مستقبلاً عند الإخلال بالالتزام نفسه، أو بالالتزام آخر⁽²³¹⁾.

والواقع أن هذا الرأي مخالف لما استقر عليه القضاء في مصر والكويت، ويسوق الباحثان الأحكام الآتية للتدليل على عدم صوابه؛ ذلك أن الدائن بقبوله الوفاء المتأخر

(228) الحكم رقم 2008/824، مشار إليه فيما سبق.

(229) الحكم رقم 2015/1463، سبقت الإشارة إليه.

(230) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج2، ج1، مرجع سابق، ص799 - 800.

(231) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص626.

يكون قد أسقط حقه في إعمال الشرط نهائياً بالنسبة إلى الالتزامات السابقة واللاحقة على السواء، خصوصاً عندما يكون محل التزام المدين مجزأً؛ كالوفاء بالأجرة في عقد الإيجار، أو أقساط الثمن في عقد البيع، في مواعيد دورية محددة، ومن ثم فلا يجوز له أن يتمسك به مستقبلاً؛ لأن الساقط لا يعود؛ فقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن مسلك الدائن بقبول الأجرة المتأخرة أكثر من مرة بعد الميعاد المحدد لدفع الأجرة، من دون اعتراض أو تحفظ، ينبئ عن إسقاطه خياره في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح الوارد في العقد⁽²³²⁾.

كما قضت بأن قبول الدائن السداد المتأخر مقابل الاستثمار لعدة شهور بعد الميعاد المقرر ينبئ عن تنازل الدائن عن خيار الشرط، بما لا يكون له معه عند التأخير في السداد عن فترة لاحقة بعينها سوى الفسخ القضائي⁽²³³⁾. وهذا القضاء يعني أن سقوط خيار الدائن في الفسخ لا يقتصر على حالة قبوله الوفاء المتأخر من المدين عن الفترات السابقة على الإخلال، بل حتى بالنسبة إلى المستقبل، أي أن هذا الخيار قد سقط بصفة نهائية، وأصبح هو والعدم سواء. وهذا القضاء من محكمة التمييز يتفق مع ما سبق أن قررته محكمة النقض المصرية، من أن البائع إذا قبل وفاء المشتري المتأخر بأقساط الثمن في مواعيد غير منتظمة فإنه يكون قد أسقط حقه في استعمال الشرط، ولا يجوز له عند تأخر السداد في المستقبل إلا المطالبة بالفسخ القضائي⁽²³⁴⁾.

ولكن يلاحظ أن محكمة النقض قد قضت بأنه يمكن للدائن الاحتفاظ بهذا الخيار حتى عند قبوله الوفاء المتأخر عن موعد استحقاقه؛ إذا اشترط على المدين أن قبوله لهذا الوفاء المتأخر مقيد باحتفاظه بجميع حقوقه القانونية، ومنها حقه في الفسخ⁽²³⁵⁾، فموجب هذا

(232) الحكم رقم 2007/888، سبقت الإشارة إليه؛ ونفس القضاء حكم محكمة النقض المصرية رقم 5712، س88 ق، بتاريخ 2020/2/3، غير منشور؛ حيث قضت بأن قبول البائع وفاء المشتري بالأقساط المستحقة عليه عن السنوات من 2010 إلى 2013 بعد المواعيد المتفق عليها يفيد تنازله عن إعمال الشرط.

(233) الحكم رقم 2005/7، سبقت الإشارة إليه. وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة رفضت دفع المدين بأن تراخيه في سداد مقابل الاستثمار وعدم سبق عرضه إياها عرضاً قانونياً يعد إخلالاً بسيطاً بشروط العقد ينتفي معه ميرر الفسخ. ويتفق الباحثان مع هذا الاستخلاص؛ لأن المقابل المالي يعد ركناً في عقد الاستثمار، والإخلال به يعد إخلالاً جوهرياً وليس بسيطاً.

(234) الحكم رقم 478، س47 ق، بتاريخ 1978/4/19؛ في الاتجاه نفسه الطعن رقم 2311، س59 ق، سبق ذكره.

(235) حكم محكمة النقض المصرية رقم 2090، س73 ق، بتاريخ 2004/5/5، المجموعة، س55، ع1، ص492، قاعدة 89؛ حيث قضت بأن قبول المؤجر الأجرة المتأخرة عن مواعيد استحقاقها مع حفظه جميع حقوقه، ليس من شأنه أن يعد تنازلاً من جانبه عن التمسك بإعمال الشرط الفاسخ الصريح جزاء لهذا التأخير.

القيد يمكن للدائن تفادي الحكم بسقوط الشرط؛ إذ إنه عبارة عن اتفاق صريح على إطالة أجل الوفاء لا يسلبه حقه في التمسك بالشرط عند الإخلال المستقبلي.

كما قضت بأن قبول الطاعة (الدائن) سداد المطعون ضدها (المدين) الأجرة عن عين النزاع ذاتها، ومنها المدة من 2000/10/1 حتى 2000/12/31، والمدة من 2005/4/1 حتى 2005/6/30، ورغم تأخرها في السداد، ينبئ عن تنازلها عن الشرط الصريح الفاسخ، وأنه لا تثريب على محكمة الموضوع إن هي أعرضت عن فسخ العقد قضائياً؛ لأن المدين توفى الفسخ بسداده الأجرة المتأخرة عن شهري أكتوبر ونوفمبر 2005، قبل تاريخ رفع الدعوى⁽²³⁶⁾.

وفي الاتجاه ذاته قضت المحكمة ذاتها بأن قبول البائع سداد أقساط المستحقة عن بقية ثمن الأرض محل النزاع، بعد ميعاد استحقاقها وانتهاء المدة المحددة لتنفيذ المشروع وتراخيه في إقامة دعوى الفسخ بما يزيد على ست سنوات، يعد نزولاً ضمناً منه عن الشرط⁽²³⁷⁾، كما يتحقق النزول الضمني إذا قبل البائع بسداد أقساط الثمن بعد فوات ميعاد استحقاقها، ولو لمرتين فقط⁽²³⁸⁾.

كما استخلصت محكمة التمييز النزول الضمني عن الشرط الفاسخ الصريح بلا رجعة من اعتياد الدائن قبض الأجرة الشهرية خلال مواعيد مختلفة من الشهر طوال مدة التعاقد، وعن الشهور والسنوات السابقة على رفع الدعوى، ورغم اشتراط العقد أدائها أول الشهر؛ لأن هذه الطريقة في قبول الوفاء تتعارض مع إرادة فسخ العقد⁽²³⁹⁾.

وكذلك من صور النزول الضمني قبض المؤجر الأجرة سنوياً رغم أن الشرط يقرر وجوب أدائها مباشرة؛ ذلك أن قبض المؤجر لها، بعد مواعيد استحقاقها، يتضمن عدولاً

(236) الحكم رقم 2009/198، سبقت الإشارة إليه؛ وفي الاتجاه نفسه حكم النقض المصرية رقم 5712، س88 ق، سبق ذكره. والحكم رقم 3048، س73 ق، بتاريخ 2005/1/26، غير منشور. والحكم رقم 3989، س67 ق، بتاريخ 1998/11/24، غير منشور.

(237) حكم محكمة النقض المصرية رقم 5651، س85 ق، بتاريخ 2019/1/3، غير منشور.

(238) حكم محكمة النقض المصرية رقم 17261، س82 ق، بتاريخ 2013/12/3، غير منشور؛ حيث تمسك المشتري بتنازل البائع عن الشرط الصريح الفاسخ بقبوله سداده قسطنطيني مايو ويونيو 2004، في 2004/8/5، و2004/9/7 بعد فوات مواعيد استحقاقها.

(239) الحكم رقم 2015/1168/تجاري، جلسة 2018/5/24، غير منشور. وعكسه الحكم رقم 2004/465، سبقت الإشارة إليه. ويرى الباحثان أن المحكمة قد أخطأت فيما انتهت إليه في هذا الحكم؛ حيث إنها أعرضت عن دفع المستأجر بنزول المؤجر الضمني عن الشرط لقبوله الوفاء بالأجرة في مواعيد غير منتظمة، وتقديم إيصالات سداد الأجرة عن شهور سابقة على رفع الدعوى تفيد بقبول المؤجر الوفاء بالأجرة في مواعيد مختلفة من الشهر. وبرغم هذا الدفاع الجوهرى فإن المحكمة التفتت عنه وقضت بفسخ العقد تأسيساً على تحقق شرط الفسخ.

اتفاقياً عن ميعاد الاستحقاق المتفق عليه⁽²⁴⁰⁾.

ويشير الباحثان أخيراً إلى أنه إذا كان محل التزام المدين أداءات مستقلة في مواعيد مختلفة، مثل الأجرة في عقد الإيجار، أو تقسيط الثمن في عقد البيع، فيتعين على المحكمة - عندئذ - التثبت من وجود اتفاق بين المتعاقدين على قيمة كل أداء، وما حل من أجل السداد، وإلا كان حكمها مشوباً بالفساد في الاستدلال⁽²⁴¹⁾.

ثالثاً- منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه:

أثار بعض الفقه تساؤلاً عن مدى اعتبار منح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام نزولاً ضمنياً من الدائن عن خياره في الفسخ⁽²⁴²⁾. والواقع أن هذا الفقه يفرق بين فرضين: يتمثل أولهما في منح الدائن الأجل قبل حلول ميعاد الاستحقاق. والفرض الثاني إذا منح هذا الأجل بعد حلول ميعاد الاستحقاق.

وفي الفرض الأول يرى صاحب هذا الرأي أن منح الدائن المدين أجلاً قبل ميعاد استحقاق الالتزام لا يعتبر نزولاً ضمنياً منه عن خياره في فسخ العقد؛ إذ إنه عبارة عن اتفاق بين الطرفين على إطالة أمد العلاقة التعاقدية، وإرجاء آثار عدم التنفيذ إلى وقت لاحق.

أما في الفرض الثاني فيرى هذا الفقه ضرورة تقصي الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والبحث فيما إذا كان أجل الوفاء بالالتزام يعتبر بالنسبة إلى الدائن أجلاً جوهرياً أم لا.

فإذا كان الأجل جوهرياً ومنح الدائن مدينه أجلاً جديداً لتنفيذ التزامه فهذا يدل على أنه قد قبل بالوفاء بالالتزام بعد الأجل الأصلي؛ ما مؤداه أن هذا الأجل لم يعد عنده جوهرياً، وأنه بمنحه المدين مهلة جديدة للوفاء بالالتزام يعلن سلفاً أنه يقبل بأن يجيء الوفاء متأخراً عن التاريخ المتفق عليه، معبراً عن نزوله ضمناً عن الشرط، ويتفرع عن ذلك أن العلاقة القانونية بينهما لم تعد خاضعة للشرط الفاسخ الصريح، بل للقاعدة العامة المقررة للفسخ القضائي.

أما إذا كان أجل الوفاء بالالتزام غير جوهري بالنسبة إلى الدائن، ووافق على منح المدين أجلاً جديداً للوفاء؛ فهذا الفقه يرى أن المتعاقدين لم يدخل في اعتبارهما عند التعاقد أن يكون الأجل جوهرياً، ولذلك لا يجوز اعتبار منح المدين أجلاً جديداً نزولاً من الدائن

(240) حكم محكمة النقض المصرية رقم 10428، س89 ق، مشار إليه أعلاه.

(241) حكم محكمة النقض المصرية رقم 4791، س67 ق، سبقت الإشارة إليه.

(242) لمزيد من التفصيل، انظر: عبد الحى حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مج2، ج3، ع1، مرجع سابق، ص125.

عن خياره في الفسخ؛ إذ إن هذا يعادل اختيار الدائن طلب التنفيذ المتأخر الذي لا يؤثر في حق الدائن في التمسك بالشرط⁽²⁴³⁾.

ومع وجهة هذا الرأي فإن أحكام القضاء لا تأخذ بالتفرقة بين الأجل الجوهرى والأجل غير الجوهرى؛ حيث يتجه القضاء - في عمومه - إلى أن قبول الدائن منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه يؤدي إلى سقوط خياره في الفسخ في جميع الأحوال، سواء كان هذا القبول قبل ميعاد الاستحقاق أو بعده.

وفي حالة منح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام قبل ميعاد الاستحقاق قضت محكمة النقض بأن قرار مجلس إدارة الشركة بقبول تأجيل الوفاء بالقسط الأول من الثمن يفيد بنزولها عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح⁽²⁴⁴⁾.

وفي حال منح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام، بعد ميعاد الاستحقاق، قضت محكمة التمييز بأن موافقة الدائن على منح المدين فترة تحضير لأعمال المشروع محل التعاقد، بعد انتهاء المدة المحددة في العقد، ثم لفترات أخرى متعددة كل منها سنتان، لا يصح اعتباره اتفاقاً على مد أجل إنشاء وتنفيذ وتشغيل المشروع، وإنما هو مسلك ينبئ عن إسقاط خياره في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح لتعارض التمديد مع إرادته لهذا الشرط⁽²⁴⁵⁾.

وفي الاتجاه ذاته قضت محكمة النقض بأن موافقة البائع على طلب المشتري مد أجل استكمال تنفيذ أعمال البناء على العين المباعة لإقامة فندق ومناطق ترفيهية تتضمن تعبيراً عن نزوله الضمني عن خيار الفسخ⁽²⁴⁶⁾، وكذا قضت بأن منح البائع المشتري أجلاً للوفاء ببقية الثمن يتعارض مع إرادة الفسخ، ويفيد نزوله عن خياره في استعمال الشرط⁽²⁴⁷⁾.

الغصن الثاني

خطأ الدائن

ومن قبيل الظروف الخارجية التي يمتنع معها تمسك الدائن بالشرط خطأ الدائن نفسه، فلا يكفي لصحة أعمال الدائن الشرط الفاسخ الصريح أن يتخلف المدين عن الوفاء

(243) المرجع السابق، ص 128.

(244) حكم محكمة النقض رقم 2368، س 57 ق، بتاريخ 1990/2/27، سبق ذكره.

(245) الحكم رقم 2005/1488، سبقت الإشارة إليه.

(246) الحكم رقم 5651، س 85 ق، سبق ذكره.

(247) الحكم رقم 691، س 68، سبق ذكره.

بالتزامه بغير حق، وأن يقوم الدائن بإعذاره لتسجيل تقصيره عليه، بل يتعين فوق ذلك ألا يصدر من الدائن فعل يحول دون تمكين المدين من الوفاء بالتزامه، إعمالاً لمبدأ عدم جواز أن يستفيد الدائن من خطئه أو تقصيره، يستوي في ذلك أن يكون الخطأ المعزى إلى الدائن في صورة فعل سلبي أو فعل إيجابي.

وخطأ الدائن الموجب لرفض الفسخ لا يخرج عن كونه تطبيقاً للقواعد العامة في دفع المسؤولية بوصفه سبباً أجنبياً يدفع المسؤولية عن المدين، بنفي العلاقة السببية بين واقعة تخلفه عن الوفاء بالتزام والضرر الذي ألمّ بالدائن من جراء ذلك؛ فلا يمكن إسناد فعل عدم الوفاء إلى المدين؛ لأنه خارج عن إرادته بما تنتفي معه مسؤوليته في هذه الحالة.

والمستقر عليه قضائياً، في الكويت ومصر، هو عدم جواز إعمال الدائن الشرط الفاسخ الصريح إذا ثبت أن مرد عدم وفاء المدين بالتزامه هو فعل الدائن نفسه؛ فقد قررت محكمة التمييز بأنه إذا كان الدائن قد تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين التزامه فإن على المحكمة التجاوز عن إعمال شرط الفسخ الاتفاقي⁽²⁴⁸⁾. كما قضت بأن المحكمة «إذا ثبت لها أن عدم تنفيذ المدين التزامه مرده فعل أو امتناع الدائن؛ بقصد التمسك بالشرط الفاسخ الصريح بطريقة تتنافى مع ما يفرضه حسن النية، وما تقتضيه نزاهة التعامل في تنفيذ العقد، فلا يجوز في هذه الحال اعتبار العقد مفسوخاً إعمالاً لذلك الشرط»⁽²⁴⁹⁾.

وتسير محكمة النقض في الاتجاه ذاته، بتقريرها أن «أثر عدم تنفيذ المدين التزامه لسبب يرجع إلى فعل أو امتناع الدائن هو عدم جواز اعتبار العقد مفسوخاً إعمالاً للشرط»⁽²⁵⁰⁾. وقضت بأن «المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا تسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين التزامه وجب على القاضي التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي، ولا يبقى للدائن سوى الفسخ القضائي»⁽²⁵¹⁾.

ومؤدى ما استقر عليه القضاء في الكويت ومصر أن إعمال الشرط الفاسخ الصريح يخضع دائماً لواجب حسن النية، ومبدأ نزاهة التعامل كشأن سائر الشروط العقدية، فلا يجوز للدائن إعماله إذا ثبت أن تخلف المدين عن الوفاء بالتزام يرجع إلى سوء نية الدائن أو غشه⁽²⁵²⁾.

(248) انظر الأحكام المشار إليها أعلاه: الحكم رقم 2004/465. والحكم رقم 2005/1488. والحكم رقم 2007/888. والحكم رقم 2010/332. والحكم رقم 2015/1463.

(249) الحكم رقم 2010/1688، سبقت الإشارة إليه.

(250) الحكم رقم 4499، س 87، بتاريخ 2018/12/12، غير منشور.

(251) الحكم رقم 1616، س 60، بتاريخ 1990/12/20، المجموعة، س 41، ع 2، ص 974، قاعدة 323.

(252) تنص المادة (197) مدني كويتي على أنه «يجب تنفيذ العقد وفقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل». تقابلها المادة (148) مدني مصري. وقد أفصحت المذكرة

ولعل أكثر صور خطأ الدائن شيوعاً، في الواقع العملي، هي عدم سعي الدائن إلى قبض حقه في موطن المدين إعمالاً للأصل في مكان الوفاء بالالتزام؛ إذ إن سعي الدائن إلى اقتضاء حقه من المدين يعد التزاماً قانونياً يقع عليه ما لم يُتفق على خلافه⁽²⁵³⁾؛ فإذا كان من مقتضى الالتزام أن يسعى الدائن، أو نائبه، إلى موطن المدين لاقتضاء حقه منه ولم يفعل، فلا يعتبر المدين في هذه الحالة مخالفاً بالتزامه تطبيقاً لقاعدة أن الدين مطلوب ليس محمولاً.

وبناءً على ذلك قضت محكمة التمييز بأن «التأخر في الوفاء بأجرة عين النزاع مرده إلى المطعون ضده الذي لم يسع إلى موطن الطاعن لاقتضاءها، وهو ما تنتفي معه موجبات إعمال الشرط الفاسخ الصريح»⁽²⁵⁴⁾، الأمر الذي يدل على أن المؤجر يجب عليه - متى حل ميعاد استحقاق الأجرة - أن يسعى إلى موطن المستأجر لاستجداء حقه، ما لم يتفقا على خلاف ذلك، أو وجد عرف يقضي بغيره⁽²⁵⁵⁾، فإذا لم يتحقق هذا السعي من جانب المؤجر، وتمسك المستأجر بأن الوفاء بالأجرة يكون في موطنه ولم يحمل دينه إلى المؤجر، فلا يعد مخالفاً بالتزامه بالوفاء بالأجرة برغم بقاءه مديناً بها.

وفي قضاء محكمة النقض قضت بأن «الأصل في الوفاء بالدين أن يكون في محل المدين، وإذا لم يشترط في العقد أن الوفاء بالأجرة يكون في موطن المؤجر، وتقاعس الأخير عن السعي إلى موطن المستأجر لاقتضاء الأجرة عند حلول الأجل فإن هذا لا يترتب عليه فسخ العقد بموجب الشرط الفاسخ الصريح»⁽²⁵⁶⁾.

وقضت المحكمة ذاتها بأن محكمة الموضوع إذ خلصت - بما لها من سلطة تقديرية - إلى أن عدم سعي البائع إلى موطن المشتري لاقتضاء بقية الثمن، ورتبت على ذلك عدم جواز فسخ العقد إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح، فإن النعي عليه يكون غير مقبول⁽²⁵⁷⁾.

الإيضاحية للقانون المدني الكويتي عن أهمية هذين المبدأين بقولها: «فحسن النية وشراف التعامل يُظْلان العقد، ليس فقط بالنسبة إلى تحديد مضمونه، بل أيضاً بالنسبة إلى الطريقة التي يتم بها تنفيذه»، مرجع سابق، ص 163. وانظر: محمد حسن قاسم، الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ الصريح، مرجع سابق، ص 361؛ حيث يشير إلى أن قضاء النقض الفرنسي مستقر على أن إعمال الشرط الفاسخ الصريح محكوم بمبدأ حسن النية.

(253) المادة (2/412) مدني كويتي، وتقابلها المادة (2/347) مدني مصري.

(254) الحكم رقم 2020/1688، غير منشور.

(255) تقرر المادة (2/586) مدني كويتي أنه «ويكون الوفاء بالأجرة في موطن المستأجر، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

(256) الحكم رقم 1616، س 60 ق، سبق ذكره. وكذلك الحكم رقم 20031، س 88 ق، بتاريخ 2021/7/6، غير منشور.

(257) الحكم رقم 11889، س 87 ق، بتاريخ 2019/12/18، غير منشور.

كما قضت بأنه لما كان البائع لم يشترط في العقد أن يكون الوفاء ببقية الثمن في موطنه، فقد كان لزاماً عليه أن يسعى إلى المشتري في موطنه ليطالبه بالوفاء بالتزامه في موعد استحقاقه؛ وفقاً لأحكام المادة 456 من القانون المدني، أو أن يعذر به بالوفاء. وإذا تخلف البائع عن القيام بذلك فإن الشرط الفاسخ الصريح يكون غير متحقق⁽²⁵⁸⁾.

ويتضح كذلك من أحكام النقض أن تمسك الدائن بالشرط الفاسخ لا ينتج أثراً إذا لم يخطر البائع المشتري رسمياً بتغيير موطنه ليتمكن الأخير من سداد الأقساط المستحقة في موطن البائع في مواعيدها المحددة⁽²⁵⁹⁾.

ويمكن استخلاص - مما سبق - أنه لما كان الدائن ملزماً بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فهذا يفرض عليه التعاون المستمر مع مدينه مراعاة لمصلحته، وعدم تعمد الإضرار به بالنظر إلى الثقة المشروعة بينهما، فإذا خالف الدائن هذه المقننات، وامتنع عن الوفاء بما يعاون المدين على الوفاء بالتزامه، فإنه يحرم بسبب ذلك من أعمال خيار الفسخ⁽²⁶⁰⁾.

ويعتقد الباحثان أن ما قرره القضاء من مبادئ في شأن عقدي الإيجار والبيع يمكن أن يؤخذ به في كل عقد يتطلب تعاوناً بين طرفي العقد لتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد؛ بحيث إذا قام الدائن بفعل، أو امتنع عن فعل، من شأنه إعاقة تنفيذ المدين التزامه فلا يجوز له التمسك بالشرط.

ومن صور خطأ الدائن التي عرضت لها أحكام القضاء الحالة التي يكون فيها الدائن ملزماً بتسليم المبيع إلى المدين لكنه يخل بالتزامه بالتسليم، وبناءً على هذا قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت «الشركة المطعون ضدها هي التي أخلت بتنفيذ التزامها العقدي، بعدم تسليمه العين المبيعة في الميعاد المتفق عليه، برغم وفائه (أي المدين) بالتزامه حتى ميعاد التسليم؛ ما يبرر امتناعه عن تنفيذ التزامه بالوفاء بالأقساط المستحقة بعد ميعاد التسليم استعمالاً لحقه في حبس الثمن، ومن ثم تنتفي موجبات أعمال الشرط الصريح الفاسخ»⁽²⁶¹⁾.

كما قضت بأنه لا محل لأعمال الشرط إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا بخطأ من البائع، وذلك بخروج المبيع من ملكه عن طريق التصرف في العقار ببيعه ثانية إلى مشترٍ

(258) الحكم رقم 154، س 48 ق، بتاريخ 1978/12/21، المجموعة، س 29، ع 2، ص 1998، قاعدة 388.

(259) الحكم رقم 8511، س 83 ق، بتاريخ 2017، غير منشور.

(260) الرأي نفسه، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 118. حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص 623.

(261) الحكم رقم 10335، س 89 ق، بتاريخ 2020/12/7، غير منشور.

آخر قام بتسجيله⁽²⁶²⁾.

ومن الحالات التي رفضت فيها محكمة النقض إعمال الشرط الفاسخ: الحالة التي يتمسك فيها المؤجر بالشرط بسوء نية، بامتناعه عن تسليم إيصالات سداد الأجرة؛ بغرض حرمان المستأجر من إثبات الوفاء بها⁽²⁶³⁾.

ومن أوجه سوء نية الدائن، كذلك، أن يختلق واقعة عدم تنفيذ الالتزام بقصد التمسك بالشرط، مثل الحالة التي يدأب فيها المؤجر على رفض تسلم الأجرة في مواعيدها، برغم عرضها عليه بموجب إنذارات رسمية⁽²⁶⁴⁾.

الفرع الثاني

موانع إعمال الشرط لأسباب ترجع إلى المدين

ومن الحالات التي لا يجوز فيها للدائن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح الحال التي يمتنع فيها المدين عن تنفيذ الالتزام لسبب مشروع، استناداً إلى الدفع بعدم التنفيذ أو الحق في الحبس؛ ذلك أن الشرط لا يتحقق إلا إذا كان تخلف المدين عن الوفاء بالالتزام بغير حق، كما أسلف الباحثان، كما يذهب بعض الفقه إلى أن حسن نية المدين قد يعد مانعاً من موانع إعمال الشرط، وفيما يلي عرض لهذين السببين في غصنين كل منهما مستقل عن الآخر.

الغصن الأول

الامتناع المشروع من المدين عن الوفاء بالالتزام

يتضح من أحكام القضاء أن امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه يكون مشروعاً بما يمتنع معه على الدائن إعمال الشرط الفاسخ الصريح في حالتيهما: عند تمسك المدين بالدفع بعدم التنفيذ واستعمال حقه في الحبس⁽²⁶⁵⁾.

(262) الحكم رقم 1005، س 46 ق، بتاريخ 1979/12/11، المجموعة، س 30، ع 3، ص 224، قاعدة 380.
(263) الحكم رقم 10156، س 89 ق، بتاريخ 2020/6/28، غير منشور. وقد نقضت المحكمة حكم الاستئناف الذي التفت عن طلب المستأجر توجيه اليمين الحاسمة للمؤجر لعوز الدليل حسماً للنزاع برغم جوهريته، وسلم بتحقيق فسخ العقد إعمالاً للشرط لامتناع المستأجر عن سداد الأجرة في مواعيدها.

(264) الحكم رقم 2940، س 72 ق، بتاريخ 2003/11/10، المجموعة، س 54، ع 2، ص 1268، قاعدة 223.

(265) ويرى بعض الفقه أن الحق في الحبس من العموم؛ بحيث يتسع ليدخل في نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد، ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ فرعاً عن الحق في الحبس. انظر: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 829. عكسه: عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 634؛ حيث يرى أن الحق في الحبس يعد في

ووفقاً للمادة (219) مدني كويتي فإن سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين يتمثل في التزام المتعاقد الآخر: الأمر الذي يقتضي أن للمدين الذي يلتزم بأداء شيء معين الحق في الامتناع عن الوفاء بالتزامه، مادام دائئه تخلف عن الوفاء بالتزامه المقابل⁽²⁶⁶⁾.

ومن المقرر، في قضاء التمييز، أن الدفع بعدم التنفيذ نظام قانوني قوامه الارتباط والتقابل في العقود الملزمة للجانبين، ومن ثم فإن مجاله يقتصر على العقود التي يتم فيها تنفيذ الالتزامات المتقابلة على وجه التبادل، فلا يحل للمتعاقد أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه، إلا إذا كان المتعاقد الآخر، في العقد ذاته قد قصر في تنفيذ التزامه المقابل له، والمرتبب به⁽²⁶⁷⁾، وتبعاً لذلك فإن لهذا الدفع طابعاً وقائياً يهدف إلى كفالة استمرار التعاصر الزمناً بين الالتزامات الحالة والمتقابلة.

ووفقاً للقواعد العامة يشترط لتمسك المدين بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون التزام الدائن في العقود التبادلية حال الأداء، وألا يكون المدين مجبراً - بمقتضى الاتفاق أو العرف - على القيام بتنفيذ التزامه أولاً، كما يتعين أن يتمسك المدين بالدفع بعدم التنفيذ على نحو لا يخالف مقتضيات حسن النية، وبوجوب التقيد بعدم التعسف في استعمال الحق⁽²⁶⁸⁾.

كما يكون امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه مشروعاً استناداً إلى الحق في الحبس، وهذا الحق لا يقوم إلا إذا وجد ارتباط بين التزامات الدائن والمدين؛ فلا يكفي مجرد التقابل بين هذه الالتزامات، بل يلزم وجود ارتباط تبادلي بينهما⁽²⁶⁹⁾.

ويتبين من أحكام القضاء أن الشرط الفاسخ الصريح يكون معدوم الأثر في الحالة التي يمتنع فيها المدين عن التزامه لسبب مشروع، بناء على الدفع بعدم التنفيذ، أو استعمالاً لحقه في الحبس.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بأن حكم الاستئناف قد خالف القانون بقضائه فسخ العقد تأسيساً على عدم وفاء المشتري ببقية أقساط الثمن، وبإعراضه عن دفع

بعض صورته تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ، وذلك في مجال العقود التبادلية. في حين يعد إبراهيم أبو الليل الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس تطبيقاً لفكرة واحدة وهي الامتناع المشروع عن التنفيذ مع اختصاص كل منهما ببعض القواعد الخاصة. انظر مؤلفه: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 296. (266) تقرر المادة (219) مدني كويتي أنه: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بالوفاء بما التزم به، وذلك ما لم يتفق على خلافه أو يقض العرف بغيره». تقابلها المادة (161) مدني مصري.

(267) الحكم في الطعن رقمي 159، 160/2003، سبق ذكره.

(268) الحكم رقم 160/1992/تجاري، جلسة 1993/11/29، مجلة القضاء والقانون، س 21، ج 2، ص 177.

(269) تنص المادة (1/318) مدني كويتي على أنه: «لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء ومرتبب بالتزام المدين، أو مادام الدائن لم يقدم تأمينا كافياً للوفاء بالتزامه». تقابلها المادة (1/246) مدني مصري.

المشتري بتمسكه بحبس بقية الثمن، لما تبين من وجود عيوب في أعمال الكهرباء، وسوء حالة التمديدات الصحية، وعدم زراعة الحديقة بالمخالفة لأحكام العقد⁽²⁷⁰⁾.

كما لا يجوز للدائن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح إذا كان تأخر المدين في الوفاء بالتزامه سببه إخلال الدائن بالتزامه بتسليم محل العقد الذي لا يمكن للمدين أداء التزامه من دونه؛ فقد نقضت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع الذي خلص إلى فسخ العقد لتحقيق الشرط الفاسخ الصريح؛ تأسيساً على عدم بحث دفع المشتري بأن تأخره في تنفيذ التزامه بإعداد الرسوم الهندسية مرده إلى إخلال البائع بالتزامه بتسليم الأرض⁽²⁷¹⁾.

وبالمثل، قضت المحكمة ذاتها بأن موجبات إعمال الشرط الفاسخ الصريح تنتفي إذا كان المشتري قد تمسك في دفاعه - أمام محكمة الموضوع - بأن البائع قد أدخل بتنفيذ التزامه العقدي؛ بعدم تسليمه العين المبيعة في الميعاد المتفق عليه؛ ما يبرر امتناعه عن تنفيذ التزامه بالوفاء بالأقساط المستحقة استعمالاً لحقه في حبس الثمن⁽²⁷²⁾.

وكذا قضت بمشروعية امتناع المدين عن الوفاء ببقية الثمن عند وجود عجز في المساحة المبيعة؛ حيث قررت أن الشرط الفاسخ الصريح المقرر جزاء عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، فإن ثبت للمحكمة أن المشتري استعمل حقه المشروع في الدفع بعدم التنفيذ، وجب على المحكمة التجاوز عن شرط الفسخ، ولا يبقى للبائع سوى التمسك بالفسخ القضائي⁽²⁷³⁾.

كما يجوز للمشتري، في عقد البيع، الدفع بعدم تنفيذ التزامه، وبعدم تحقق الشرط عند فوات الوصف المتفق عليه في المبيع، كأن يدفع بأن امتناعه عن الوفاء بالمتبقي من الثمن كان بسبب إخلال البائع بتسليم الأرض، وفق الموقع المتفق عليه في العقد والرسومات المعدة للعقار⁽²⁷⁴⁾، وكذلك الحالة التي يخل فيها البائع بالتزامه بالتسليم

(270) الحكم رقم 2007/409/تجاري، جلسة 2007/5/5، غير منشور.

(271) الحكم رقم 1463، س 86 ق، بتاريخ 2017/7/27، غير منشور.

(272) الحكم رقم 10335، س 89 ق، سبق ذكره.

(273) الحكم رقم 1231، س 58 ق، جلسة 1990/3/20، المجموعة، س 41، ع 1، ص 799، قاعدة 133. المعني نفسه، الحكم رقم 7255، س 89 ق، بتاريخ 2021/1/16، غير منشور.

(274) الحكم رقم 19490، س 77 ق، بتاريخ 2016/1/23، غير منشور. ولا يقتصر التزام البائع بالتسليم على المبيع ذاته بل يشمل أيضاً ملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة ليكون تابعاً له وملحقاً به؛ حتى يتهيأ المبيع للاستعمال والانقاع به في الغرض المخصص له، مثل تركيب السلم والمصعد في الشقة المبيعة، باعتبار أن هذه الاعمال تعد من الملحقات اللازمة لاستعمالها والانقاع بها. انظر: الحكم رقم 2201، س 88 ق، بتاريخ 2013/2/14، غير منشور.

المطابق من حيث الصفات، مثل حال عدم تسليم الأرض محل عقد البيع تسليمًا فعليًا شاملًا مرافقها الأساسية، وقيام سبب جدي يخشى معه المشتري من نزع الغير المبيع من تحت يده، والتعرض لحقه في الانتفاع⁽²⁷⁵⁾.

ولكن لا يجوز للمدين التمسك بحقه في الحبس عند انتفاء السبب الجدي؛ فإذا أعمل البائع الشرط حينئذ فإن هذا الإعمال يكون صحيحًا، وتقدير جدية السبب الذي يولد في نفس المشتري الخشية من نزع المبيع من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع⁽²⁷⁶⁾. وفي جميع الأحوال يتعين لتمسك المدين بالحق في الحبس أن يكون السبب الجدي لاحقًا على تحقق الشرط الفاسخ الصريح⁽²⁷⁷⁾.

وأخيرًا من المهم الإشارة إلى أن الدفع بعدم التنفيذ، والحق في الحبس، غير متعلقين بالنظام العام، ولذلك يجوز الاتفاق على النزول عن الحق فيهما مقدمًا عند التعاقد، وذلك بالنص - في الاتفاق - على حظر تمسك المدين بهما عند امتناع الدائن عن الوفاء بالتزامه المقابل⁽²⁷⁸⁾.

الفصل الثاني

حسن نية المدين

حاول فريق من الفقه الفرنسي الدفع بفكرة مؤداها جواز تصدي المحكمة للشرط الفاسخ الصريح، بما لها من سلطة تقديرية، في حال إخلال المدين بالتزامه بحسن نية، بالقياس على الشرط الجزائي، وذلك على اعتبار أن الشرط، في حقيقته، عقوبة خاصة⁽²⁷⁹⁾، والواقع أن قضاء الاستئناف الفرنسي قد تجاوز في أكثر من مناسبة إعمال الشرط الفاسخ الصريح استنادًا إلى حسن نية المدين، إلا أن هذه الأحكام ما لبثت أن نقضتها محكمة النقض⁽²⁸⁰⁾.

والمستقر عليه في قضاء النقض الفرنسي حاليًا هو أن مجرد إخلال المدين بالتزامه

(275) الطعن رقم 4874، س88 ق، بتاريخ 2019/6/16، غير منشور.

(276) الطعن رقم 16993، س84 ق، بتاريخ 2021/6/20، سبق ذكره.

(277) الطعن رقم 3603، س68 ق، بتاريخ 2016/1/4، غير منشور.

(278) الطعن رقم 3626، س90 ق، بتاريخ 2020/11/28، غير منشور. عبدالفتاح عبدالباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص632؛ حيث يرى صحة أن يجيء هذا النزول إما صراحة، وإما دلالة.

(279) أشار إلى هذا الرأي مالوري وآخرون، مرجع سابق، في الفقرة رقم 890.

(280) المرجع السابق.

يعد مبرراً كافياً لإعمال خيار الفسخ، بصرف النظر عن حسن نيته أو سوءها⁽²⁸¹⁾، وهذا هو الرأي الغالب لدى الفقه الفرنسي الذي يرى أن مسألة حسن النية غير مطروحة إلا بالنسبة إلى الدائن الذي يتجافى تمسكه بالشرط مع مقتضيات حسن النية، على اعتبار أنه من صور خطأ الدائن، كما قدم الباحثان في الفرع السابق، أما المدين فلا يجديه الدفع بحسن نيته في إخلاله بالالتزام لمنع إعمال الدائن الشرط⁽²⁸²⁾.

والمسلم به في قضاء محكمة التمييز الكويتية، وكذلك في قضاء النقض المصري، أن حسن نية المدين عديم الأثر في تقدير الفسخ، وبناءً عليه لا يعده القضاء مانعاً من موانع إعمال الشرط الفاسخ الصريح؛ حيث تقرر محكمة التمييز أن «القضاء بإلزام البائع برد ما اقتضاه من ثمن عند فسخ عقد البيع أو بطلانه، لسبب من قبله، لا يعتد فيه بحسن نيته أو سوءها»، كما أن محكمة النقض مستقرة على القضاء ذاته، حيث تقرر في حكم لها أنه «من المقرر أنه يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي؛ إذ له أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره، ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيئ النية؛ إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام»⁽²⁸³⁾.

وعلى الرغم من ذلك يتجه فريق من الفقه إلى القول بعدم وجود ما يحول دون الاعتراف بحسن نية المدين كمانع من موانع إعمال الشرط الفاسخ؛ فقد ذهب البعض إلى أن خطأ المدين الموجب لفسخ العقد لا يقوم إلا عند عدم تنفيذه الالتزام عمداً أو إهمالاً، أي بالمخالفة لمقتضيات حسن النية، أما مجرد تخلفه عن الوفاء بالالتزام، بسبب الخطأ في تفسير مضمون التزامه أو التأخر في تنفيذه بحسن نية، فلا يؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد؛ إذ يعرضه للمساءلة العقدية فقط، فيكون للدائن الحق في التعويض دون الحق في فسخ العقد؛ حيث يرى أن المدين يمكن له توقي حكم الفسخ بإثبات حسن نيته في عدم الوفاء بالالتزام، وعدم الوفاء يعد قرينة بسيطة على سوء نية المدين الذي يستطيع نفيها بكل طرق الإثبات⁽²⁸⁴⁾.

(281) «En cas d'inexécution de son engagement par le débiteur, sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire» Cass. civ. 3e, 24 sept. 2003, Bull. civ. III, no. 163. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007049428>

(282) أشار لهذا الفقه: محمد حسن قاسم، الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ الصريح، مرجع سابق، ص 362. وانظر: تيري وآخرين، مرجع سابق، ص 861.

(283) حكم محكمة التمييز رقم 2016/2084، مدني، جلسة 2018/4/9، غير منشور؛ حكم محكمة النقض رقم 5730، س 79 ق، بتاريخ 2010/6/24، غير منشور. في تأييد هذا الاتجاه، حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 413.

(284) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 128 و 129.

ويؤيد الرأي السابق جانباً آخر من الفقه؛ حيث يرى أن عبارة «سلطة المحكمة في مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعمال الشرط» التي تتردد في أحكام القضاء من العمومية والإطلاق؛ ما يجعلها تتسع لتشمل حالة حسن نية المدين في عدم تنفيذ التزامه، كسبب يسوغ للقضاء التدخل للحيلولة دون إعمال الشرط⁽²⁸⁵⁾. ويضيف هذا الفقه بقوله إن حسن النية لم يعد مفهوماً سلبياً مقصوراً على ضرورة امتناع المتعاقد عن التصرف بسوء نية، وإنما أصبح مفهوماً إيجابياً يفرض على المتعاقد سلوكاً إيجابياً مضمونه الأمانة والتعاون في تنفيذ العقد، وهو ما يوجب على الدائن مراعاة حسن نية المدين عند تخلفه عن تنفيذ التزامه، فإذا تمسك بالشرط على هذا النحو فإن هذا المسلك ينطوي على سوء نية يبرر عدم إعمال أثر الشرط.

ويبدو للباحثين أن هذا الاتجاه مقبول - من الناحية النظرية على الأقل - خصوصاً أن مبدأ حسن النية بات قاعدةً عامةً تهيمن على تنفيذ جميع العقود، وهو ما يتفق مع ما سبق أن قرراه من وجوب تقيد الدائن بواجب حسن النية، وعدم التعسف في استعمال الحق عند إعماله الشرط، وأن هاتين الفكرتين تظلان نظرية العقد، وتسموان على سلطان الإرادة التعاقدية، فليس من العدل والمنطق أن تنحسر رقابة القضاء عن إعمال الدائن خيار الفسخ؛ إذ تجافي في ذلك مبدأ حسن النية، وتمثل تعسفاً من جانبه، خصوصاً إذا لم يتناسب التقصير المعزو إلى المدين مع مقدار الضرر الذي ألّم بالدائن، أو كان خطأ المدين قليل الأهمية.

والذي يُستشف من السوابق القضائية في الكويت ومصر أن القضاء يبدي حساسيةً تجاه تمسك الدائن بالشرط الفاسخ؛ فلا يتخلى عن كل مظاهر سلطته التقديرية لمجرد اتفاق المتعاقدين على الشرط، بل يعمل رقابته الفعالة على الظروف الخارجية التي تحول دون إعمال الشرط، ويضيّق من نطاق التمسك به، من خلال التشدد في تفسيره واستخلاص النية المشتركة للمتعاقدین على وجه قاطع و يقيني؛ حتى لا يبقى عنده شك في حقيقة مدلول عبارة الشرط.

وعلاوةً على إعمال القضاء سلطته في التفسير كوسيلة لتجاوز الشرط الفاسخ، يجد الباحثان أن فكرة الظروف الخارجية، وما تتضمنه من موانع لإعمال الشرط، قد ولدت من رحم القضاء، ونشأت في كنفه عبر سنين، ولعله ليس من المبالغة القول إن القضاء هو المصدر الرئيس لتطور القانون بوصفه كائناً حياً؛ فالقضاء الذي استحدث كل هذه الموانع؛ للحد من سوء استعمال الشرط، يسعه الأخذ بفكرة حسن نية المدين كمبرر كافٍ لرفض فسخ العقد بناءً على الشرط الفاسخ الصريح.

(285) محمد حسن قاسم، الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ الصريح، مرجع سابق، ص 362.

الخاتمة:

تناول الباحثان موضوع الشرط الفاسخ الصريح في القانون المدني الكويتي، وسلطة القضاء إزاءه، وحاولا تحليل نص المادة (210) من القانون المدني، واستقصاء الأحكام القضائية في الكويت ومصر، بمناسبة طرح هذا الشرط أمامها، إضافة إلى الاتجاهات الفقهية المختلفة حول هذا الشرط، بدءاً من مفهومه، وانتهاءً بسلطة المحكمة في الحكم بالفسخ، وبعد أن بلغ البحث منتهاه يجمل الباحثان أبرز النتائج والملاحظات التي خلصا إليها، ثم يستعرضان أهم التوصيات التي عنت لهما في أثناء البحث.

أولاً- النتائج:

- 1- تبين من خلال الدراسة اختلاف الفقه في المسمى الواجب إطلاقه على اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد بإرادة واحدة، إلا أن المستقر عليه قضائياً هو وصفه بالشرط الفاسخ الصريح.
- 2- اتضح أن القضاء لا يزال يقيم نظرية الفسخ القضائي على فكرة الشرط الفاسخ الضمني التي تفترض اتفاق المتعاقدين ضمناً على فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزامه، وهي فكرة باتت مهجورة، وثبت عدم صحتها.
- 3- على الرغم من تميز موقف المشرع الكويتي في صياغته المادة (210) من القانون المدني، باشتراطه انصراف إرادة كلا المتعاقدين نحو الشرط الفاسخ الصريح، وإدراك الآثار المترتبة عليه، فإن التطبيقات القضائية كشفت عن عدم اختلاف موقف القضاء الكويتي عن موقف القضاء المصري في هذا الصدد.
- 4- لاحظ الباحثان، من خلال استقراء أحكام القضاء، أن المحكمة كثيراً ما تقف عاجزة عن تجاوز الشرط، إذا كانت صيغته صريحة وقاطعة الدلالة في وقوع الفسخ عند ارتكاب المدين إخلالاً يسيئاً، وهذا يعني أن الغاية التي توخاها المشرع من تقنين الشرط لمواجهة التعسف في استعماله لم تتحقق؛ ما مؤداه أن الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ تظل قاصرة، وأصبحت مجرد رقابة شكلية وليست رقابة حقيقية لا تحول دون تعسف الدائنين في استعماله واستخدامه كأداة للتحكم والسيطرة، خصوصاً بين الأطراف غير المتكافئة فنياً واقتصادياً.
- 5- انتهى الباحثان إلى أن مفهوم الفسخ التلقائي للعقد غير دقيق؛ لأنه يشير إلى انفساخ العقد ذاتياً بمجرد تحقق واقعة تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه، في

- حين أن الفسخ لا يقع إلا إذا أعلن الدائن رغبته في ذلك.
- 6- يُحَمَّد للمشرع الكويتي موقفه من عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من الإعذار، خلافاً للقانون المصري وغيره من القوانين المدنية العربية، إلا أنه مع ذلك قد أغفل إخضاع الإعذار لضوابط موضوعية، مثل: وجوب إخطار الدائن مدينه بوقوع الفسخ درءاً لأي شك يثور بشأن موقفه من فسخ العقد.
- 7- إن المشرع الفرنسي استجاب للدعوات التي أطلقها الفقه الفرنسي والمبادئ التي أرساها القضاء، واشترط في المادة (1225) من التعديل الأخير للقانون المدني أن يشير الدائن في الإعذار إلى الشرط الفاسخ الصريح، وإلا فإنه لا ينتج أثره.
- 8- تذهب الاتجاهات التشريعية المعاصرة، وبعض القوانين المقارنة، إلى وجوب إخلال المدين بالتزام جوهرى حتى يقع الفسخ، وذلك من خلال الربط بين فكرة فسخ العقد ووظيفته الاقتصادية، وعدم الاكتفاء بالإخلال البسيط من المدين لتبرير حل الرابطة العقدية، وقد سائر هذا الاتجاه جانباً من الفقه العربي المعاصر.
- 9- تبين عدم تخلي القضاء عن كل مظاهر سلطته التقديرية، وممارسته الرقابة الفعالة عند إعمال الدائن خيار الفسخ، حتى مع تحقق المخالفة الموجبة له، وذلك من خلال التشدد في تفسير الشرط، واستحداث فكرة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله، برغم عدم النص عليها في القانون، وذلك في مسعى منه إلى إيجاد توازن بين مبدأ الحرية التعاقدية وفكرة العدالة العقدية.
- 10- لاحظ الباحثان وجود اضطراب في بعض الأحكام القضائية، واختلاف الفقه بشأن مدى سقوط حق الدائن في ممارسة خيار الفسخ عند تمسكه بتنفيذ العقد.
- 11- اتجاه القضاء في عمومه - في الكويت ومصر - إلى أن حسن نية المدين المقصر لا يعد مبرراً كافياً لرفض إعمال خيار الدائن في الفسخ.

ثانياً- التوصيات:

أوصى الباحثان بعدد من التوصيات يمكن إجمالها في التالي:

- 1- دعوة القضاء إلى التخلي عن مصطلح الشرط الفاسخ الضمني لعدم صحته للأسباب المبينة في ثنايا هذا البحث.

- 2- أن يتشدد القضاء في الإعذار، وذلك من خلال إعمال سلطته في التفسير، وإخضاعه ضوابط موضوعية توجب على الدائن الإشارة إلى الشرط الفاسخ الصريح، والالتزام محل الإخلال، وعدم الاكتفاء بمجرد التأكد من تكليف المدين بالوفاء بالالتزام.
- 3- أن يأخذ القضاء في الكويت ومصر بعين الاعتبار فكرة الإخلال الجوهرية التي دعا إليها جانب من الفقه العربي لوجهتها، وعدم فسخ العقد متى تبين أن إخلال المدين بالتزامه كان إخلالاً يسيراً لا يترتب عليه الإضرار بمصلحة الدائن، ولا يخل بالوظيفة الاقتصادية للعقد.
- 4- دعوة القضاء إلى عدم إعمال الشرط الفاسخ الصريح الذي يصاغ بعبارات عامة ومجملة، وبتيح للدائن فسخ العقد عند وقوع أي مخالفة أو إخلال من المدين بأي التزام يفرضه العقد، لمخالفته مبدأ اليقين القانوني، وتهديده استقرار المعاملات؛ مما يشكل تعسفاً من الدائن في استعمال حقه في فسخ العقد.
- 5- أن يتبنى القضاء الاتجاه الفقهي المناهض لضرورة الأخذ بفكرة حسن نية المدين المقصر كمانع من موانع إعمال الشرط الفاسخ، خصوصاً إذا لم يترتب على رفض الفسخ ضرر للدائن الذي يمكنه دائماً اللجوء إلى القضاء لفسخ العقد قضائياً.
- 6- يلفت الباحثان إلى أهمية موضوع الدراسة، لاسيما على صعيد التطبيقات القضائية، وعلى وجه الخصوص المقارنة مع موقف الفقه والقضاء في القوانين المختلفة حول مسألة حسن نية المدين المقصر كسبب من أسباب رفض فسخ العقد بقوة الشرط.

قائمة المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

1- المراجع العامة:

- إبراهيم أبو الليل:
- المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 1998.
- أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 2003.
- أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، ط2، مطبعة مصر، القاهرة، 1954.
- أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، ج1، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، ب. ت.
- أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- إسماعيل غانم:
- في النظرية العامة للالتزام، ج2 (أحكام الالتزام والإثبات)، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، 1967.
- في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، 1967.
- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات - مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- حمدي عبدالرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول (العقد والإرادة المنفردة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- حسام الدين كامل الأهواني:
- النظرية العامة للالتزام، ج2 (أحكام الالتزام)، د. ن، القاهرة، 1996.

- النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، ط 2، ب. ن، القاهرة، 1995.
- عقد البيع في القانون المدني الكويتي، منشورات جامعة الكويت، 1985.
- حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 1995.
- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
- محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
- محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، ج 1 (المصادر الإرادية)، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ب. ت.
- محمد عبدالظاهر حسين، مصادر الالتزام - المصادر الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ب. ت.
- محمود جمال الدين زكي:
- نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج 2 (أحكام الالتزام)، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1974.
- دروس في النظرية العامة للالتزامات، دار مطابع الشعب، القاهرة، 1964.
- منصور مصطفى منصور، المصادر الإرادية للالتزام، مذكرات دراسية مطبوعة على الآلة الكاتبة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الفصل الدراسي الأول، 1983 / 1984.
- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مج 2، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط 4، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1987.
- عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج 1 (مصادر الالتزام .. المصادر الإرادية)، العقد والإرادة المنفردة، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960.
- عبدالمنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، ج 1 (مصادر الالتزام)، د. ن، القاهرة، 1989.

– عبدالمعظم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

– عبدالفتاح عبدالباقي:

• مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، ج 1 (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، ب.ن، 1983.

• دروس في أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ب.ت.

– عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.

2- المراجع المتخصصة:

أ- الكتب:

– إبراهيم أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، منشورات جامعة الكويت، 1984.

– حسام الدين الأهواني، تأملات في الفسخ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2022.

– محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

– مصطفى الجارحي، فسخ العقد: دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

– نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية: دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

– عبدالحميد الشواربي، فسخ العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.

– صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.

ب- رسائل الدكتوراه:

– حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946.

- علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، مصر، 2006.

ج - الأبحاث والمقالات:

- أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ - الاتجاهات الحديثة في القوانين المصري، الكويتي، والفرنسي والإنجليزي مع الإشارة إلى قانون البيع الدولي للبضائع، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع28، سنة 2000.
- حسام الدين الأهواني، سلطة القاضي في منح المدين أجلاً للوفاء تفادياً للفسخ، مجلة العقد الاجتماعي، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، إقليم كردستان العراق، أبريل 2020.
- محمد حسن قاسم، الرقابة القضائية على الشرط الفاسخ الصريح - إطلالة مقارنة بمناسبة حكم محكمة النقض (الدائرة المدنية) المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع، مج2، ع2، بتاريخ 16/1/2021.
- عبدالحى حجازي:
 - مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مج1، ج1، ع1، سنة 1959.
 - مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مج1، ج2، ع2، سنة 1959.
 - مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مج2، ج3، ع1، سنة 1960.
 - مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مج2، ج4، ع2، سنة 1960.

د- مراجع أخرى:

- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، إصدار وزارة العدل، دولة الكويت، 2011.
- الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) ع1517، س67، 10/1/2021.

– مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، مطبعة دار الكتاب العربي، ب. ت، القاهرة.

ثانياً- المراجع الأجنبية:

A- Books/ Articles:

- F. Galgano, Trattato diritto civile Vol. II, Cedam, Italy, 2010.
- F. Pillet, Rapport Sénat, 11 octobre 2017.
- F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, Droit civil - Les obligations, Dalloz, Paris, 2019, (12 éd).
- G.H. Treitel and E Peel, The Law of Contract, 14th ed, London, Sweet & Maxwell, 2015.
- G.H. Treitel, Remedies for Breach of Contract in International Encyclopedia of Comparative Law, vol: VII: Contracts in General, Ch. 16, Mohr, 1976.
- H. Beale, B Fauvarque-Cosson, J Rutgers, and S Vogenauer, Cases, Materials and Text on Contract Law, 3rd ed, Oxford, Hart, 2019.
- H. Kötz, European Contract Law, (Tony Weir & Gill Mertens tr, Oxford, OUP 2017.
- J. Borricand, “La clause résolutoire expresse dans les contrats”, RTD, Civ. 1957.
- John Randall, “Express Termination Clauses in Contracts” The Cambridge Law Journal, vol. 73, no. 1, 2014.
- Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaish, [1962] 2 QB.
- La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.
- Lombard North Central Plc v Butterworth [1987] Q.
- M. Mekki, "L'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme

du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire», D. 2016.

- P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Droit des Obligations, LGDJ, Paris, 8e éd., 2016.
- United Scientific Holdings Ltd v Burnley BC [1978] A.C. 904.
- Universal Cargo Carriers v Citati [1957] 2 QB 401. For further details see, H Beale (ed), Chitty on Contracts, 32nd edn (London, Sweet & Maxwell, 2017.
- Y-M Laithier, 'The French Law of Remedies for Breach of Contract' in N Cohen and E McKendrick (eds), Comparative Remedies for Breach of Contract, Hart Publishing: Oxford, 2005.

B- Websites:

- <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>.
- https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html.
- <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939>.
- <https://www.senat.fr/rap/117-022/117-0221.pdf>.
- <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2010-Arabic-bl.pdf>.
- <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2010-Arabic-bl.pdf>.

المحتوى:

الموضوع	الصفحة
الملخص	17
المقدمة	19
المبحث الأول: النظام القانوني للشرط الفاسخ الصريح	23
المطلب الأول: المقصود بالشرط الفاسخ الصريح وتمييزه عما يشته به	23
الفرع الأول: التعريف بالشرط الفاسخ الصريح	23
الفرع الثاني: التمييز بين الشرط الفاسخ الصريح وبين ما يشته به من الشروط	26
الغصن الأول: الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ باعتباره وصفاً للالتزام	27
الغصن الثاني: الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني	30
المطلب الثاني: مقومات الشرط الفاسخ الصريح	34
الفرع الأول: اتجاه الإرادة صراحة نحو الشرط	35
الفرع الثاني: تعلق الفسخ بإرادة الدائن	39
المبحث الثاني: سلطة القاضي إزاء الشرط الفاسخ الصريح	52
المطلب الأول: سلطة القاضي في التحقق من توافر عناصر إعمال الشرط الفاسخ الصريح	52
الفرع الأول: العنصر الإجرائي (الإعذار)	53
الفرع الثاني: العنصر الموضوعي (إخلال المدين بالالتزام)	65
الغصن الأول: مفهوم الإخلال بالالتزام	65
الغصن الثاني: الاتجاه الحديث في تحديد مفهوم الإخلال بالالتزام	70

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: سلطة القاضي في التحقق من انتفاء موانع التمسك بالشرط الفاسخ الصريح	78
الفرع الأول: موانع إعمال الشرط لأسباب ترجع إلى الدائن	79
الغصن الأول: نزول الدائن عن خيار الفسخ	79
الغصن الثاني: خطأ الدائن	90
الفرع الثاني: موانع إعمال الشرط لأسباب ترجع إلى المدين	94
الغصن الأول: الامتناع المشروع عن الوفاء بالالتزام	94
الغصن الثاني: حسن نية المدين	97
الخاتمة	100
قائمة المراجع	103