جامعة القـــاهرة
كلية الحقـــوق
قسم القانون المدنى

جزاء عـــدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجـــانبين
« الفســـخ »
دراسة فى القانون المدنى المصرى مع المقارنة

رســـاله دكتوراه

مقـــدمة من الطالب

سيف الدين محمد محمود البلعاوى

لنيـــل درجـــة الدكتوراه

لجنـــة المناقشة

الاستاذ الدكتور / جميـل الشرقاوى مشرفاً

الاستاذ الدكتور / نعمان محمـد خليل عضو

الاستاذ الدكتور / توفيق حسن فرج عضو

١٩٨٢

قالوا سبحانك لا علم لنـــا الا مـا علمتنا
انك أنت العـــليم الحـــكيم

صدق الله العظيم

منهج البحث

بحثت الفسخ باعتباره جزاء لعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين على النحو التالى :

١ - مهدت لدراستى بمقدمه تناولت فيها انواع الجزاءات المترتبة على عدم التنفيذ بصفة عامة فتعرضت لبعض انواع هذه الجزاءات ، وما يستطيع ان يسلكه الدائن المتعاقد فى حالة اخلال مدينه بالتزامه . حيث سهل له القانون هذا الامر فوضع تحت تصرفه اكثر من وسيلة لتحقيق ما يصبو اليه ، فكانت هناك وسائل الاجبار المباشرة ، والوسائل غير المباشرة . الى جانب حقه فى المطالبة بالفسخ ، باعتباره وسيلة حاسمة ونهائية تمكن الدائن من وضع حد لعلاقة قانونية اختل توازنها او انعدمت فائدتها .

٢ - يلى هذه المقدمه قسمان رئيسيان :

القسم الاول ، وقد خصصته للكلام عن الفسخ بوجه عام باعتباره جزاء لعدم التنفيذ وقسمته الى بابين :

الاول : يدور حول تعريف الفسخ وتحديد ماهيته ، حيث عرضت فى الفصل الاول منه الخصائص العامة للفسخ وخصصت المبحث الاول ، لنظرية الفسخ فى مختلف مراحل تطورها ، فتكلمت عن كل من القانون الرومانى ، والكنسى ، والقانون الفرنسى القديم ، واظهرت ان التطور القانونى الذى بدأ منذ القانون الرومانى حول الفسخ كان فى البداية مبتورا ، وناقصا . غير ان الامر قد تبدل نظرا لزيادة التعامل وتطور الفكر القانونى ، اذ بدأت نظرية الفسخ تأخذ مكانها الطبيعى كنظرية متكاملة الى جانب النظريات القانونية الاخرى ، فكانت نظرية الفسخ الحديثة التى خصصت لها المبحث الثانى من هذا الفصل ، حيث استعرضت بالتفصيل بعد اعطاء لمحه موجزة عن وضع هذه النظرية فى القانون المدنى المصرى القديم والجديد . كل من موقف القانون المدنى الفرنسى " ثانون نابليون " والقانون الالمانى والسويسرى والتركى والانجليزى ، ثم بعد ذلك تكلمت عن موقع هذه النظرية فى الشريعة الاسلامية وهى قريبة الشبه بكل من القانون الالمانى والتركى والسويسرى والانجليزى .

وفى الفصل الثانى تناولت الكلام عن اساس الفسخ وطبيعته فتعرضت فى

البحث الاول منه الى كل النظريات التى قيلت فى اساس الفسخ وانتهيت الى القول بأن الاساس الصحيح فى نظرنا هو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين . وفى المبحث الثانى تناولت طبيعة الفسخ ، حيث كان لنا فى ذلك وجهة نظر خاصة بأن قلت ان طبيعة الفسخ هى جزاء ولكن ليس من النظام العام . وفى الفصل الثالث قمت بمقارنة الفسخ ببعض الانظمة القانونية واخترت لهذه المقارنة كل من الدفع بعدم التنفيذ ، والبطلان والوقف ، ودعوى الضمان . وفى الباب الثانى ، تناولت نطاق تطبيق الفسخ ، وخصصت الفصل الاول منه للبحث حول تطبيقه فى العقود الملزمه للجانبين ، وكان ذلك فى فصلين الاول : خاص بالعقود المحددة التنفيذ ، واخترت له ثلاثة انواع من هذه العقود ، عقد البيع ، وعقد الايجار وعقد الشركة ، والثانى ، خاص بالعقود الاحتمالية التنفيذ . واخترت له نوعان ، الايراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين . اما فى الفصل الثانى فتكلمت عن مدى انطباق الفسخ على العقود الملزمه بجانب واحد . على الخصوص عقد الهبه . الى جانب غيرهما من العقود وقلت فيما يتعلق بالرهن الحيازى ان الفقرة الثانية من المادة ١١٠٦ تخالف القاعدة العامة فى الفسخ .

القسم الثانى ، وقد تعرضت فيه لانواع الفسخ واحكامه فخصصت الباب الاول منه للفسخ القضائى حيث تناولت فى الفصل الاول من هذا الباب شروط الفسخ ، فعالجت كل من الاعذار ، وضرورة ان يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه او على استعداد للقيام بهذا التنفيذ . والا يكون قد نزل عن حقه فى المطالبة بالفسخ ومسئولية المدين المتعاقد عن تقصيره الذى شمل معايير عدم التنفيذ ومدى سلطة القاضى التقديرية ، ومدى اخذ القانون المدنى المصرى من هذه المعايير فى كل من عدم التنفيذ الجزئى ، والتأخير فى التنفيذ ، وعدم تنفيذ الالتزام التبعى . وفى الاخير حالة الاخلال بمبدأ حسن النية فى التنفيذ .

وخصصت الفصل الثانى للكلام عن مدى خيار الدائن فى استعماله لحقه فى كل من دعوى الفسخ ودعوى التنفيذ فى مبحث اول وقلت بانه يجوز له ان ينتقل اثناء نظر دعوى التنفيذ التى تقدم بها ابتداء الى المطالبه بالفسخ ، وذلك بطلب عارض او بطلب احتياطى دون اللجوء الى رفع دعوى جديدة بالفسخ ، كما ان للدائن ايضا ان ينتقل اثناء نظر دعوى الفسخ الى المطالبة بالتنفيذ بنفس الطريقة السابقة ، وان كان هذا الامر يملكه القاضى من تلقاء نفسه بما لديه من سلطة تقديرية واسعة ، اذ له الحق ان يقضى بالتنفيذ حتى لو رفعت امامه دعوى الفسخ .

وفى المبحث الثانى عرضت لموقف المدين وحقه فى التنفيذ حتى صدور الحكم النهائى بالفسخ .

وفى الباب الثانى : تناولت الفسخ الاتفاقى والاثار التى تترتب على الفسخ بايجاز استكمالا للموضوع على اساس ان قواعد الرد المترتب على الفسخ تدخل فى نظرية رد غير المستحق لا نظرية الفسخ .

ففى الفصل الاول من هذا الباب تكلمت عن اهمية الفسخ الاتفاقى ، وصور الاتفاق عليه ، وعددت المزايا التى يتضمنها هذا الاتفاق ، ومن اهمها استبعاد تحكم القاضى ومحاباته جانب المدين ، وعدم التعرض للاطالة وضياع الوقت امام المحاكم . وفى الفصل الثانى تناولت موقف كل من الدائن والمدين من عمل الشرط الفاسخ ، فخصصت المبحث الاول منه فى مدى حق الدائن فى الخيار وقسمته الى ثلاث مطالب ، فكان الاول ، فى اعلان الدائن رغبته فى التمسك بالفسخ حتى بالرغم من تحقق اثار الشرط الفاسخ ، وهذا ما اجمع عليه الفقه والقضاء ، والثانى تناولته من حيث اثر اختيار الدائن التنفيذ على التمسك بالفسخ وقلت بان للدائن الحق اذا ما طالب بالتنفيذ ان يعود فيتمسك بالفسخ لان الشرط الفاسخ قد وضع لمصلحته هو فهو وحده الذى يقدر مدى الاستفادة منه ماذا ما رأى ان امكانية الحصول على التنفيذ مستحيلة فله الحق ان يعود ويتمسك بالفسخ ، وفى المطلب الاخير تناولت فيه اثر اختيار الدائن التمسك بالفسخ على امكانية المطالبة بالتنفيذ ، وقلت بأنه عندما يتمسك الدائن بالفسخ ، فان العقد ينفسخ مباشرة ، وبالتالى لا يمكن ان يعود مرة اخرى ، لان العقد قد انحل وزال . ولان اعادته الى الحياة بعد ان مات سيؤدى الى مشاكل قانونية وعملية هو فى غنى عنها .

أما فى المبحث الثانى من نفس الفصل ، فقد كان فى مدى حق المدين فى التنفيذ المتأخر فى حالتين : الاولى : حالة ماذا كان اجل التنفيذ غير جوهريا والحالة الثانية ، حالة ما اذا كان اجل التنفيذ جوهريا . وتجدر الاشارة الى ان هاتين الحالتين قد بحثتا فى كل من القانونين الالمانى والايطالى والتشريعات المشابهة لهما ، ولم يرد ذكرها فى القانون المدنى المصرى ، الا ان ذلك لا يمنع ان تكونا موجودتان فى ثنايا المادة ١٥٨ من نفس القانون .

وفى الفصل الثالث والاخير تكلمت عن اثار الفسخ بصفة عامة بايجاز لان قواعد الرد المترتب عليه يدخل فى نظرية رد غير المستحق لا نظرية الفسخ .

** مقدمـــــة **

تعداد انواع الجزاءات المترتبة على عدم التنفيذ
والاقتصار على الفسخ فى البحث

١ — ان الاحترام التام والكامل للالتزامات التعاقدية ، فهو من الامور ذات الاهمية فـــى المجال القانـــونى والاجتماعى ، اذ يسهل تصور المشاكل التى تنشا اذا ما قرر المدينـــون فجأة التوقف عن القيام بتنفيذ التزاماتهم .

فعدم تنفيذ الالتزام التعاقدى ، يعنى ان اجل التنفيذ لم يحترم ، او ان التسليـــم متأخر ، ويعنى ايضا الاهمال وسوء النية ، وكل ذلك مما يؤثر بالضرورة على الاشياء محل الالتزام ويؤدى فى نفس الوقت الى عدم نجاح العلاقات ذات المحتوى القانونى ، والى الاخلال بالتوازن المؤسس على الثقة ، والذى يعتبر الاساس فى تحقيق الاهداف المرجوه من ابرام العقد .

واذا كان العقد اهم وسائل التعامل بين الافراد ، فان عدم تنفيذه يخل بالنظـــام القانونى بصفة عامة ، ويؤدى الى تقويض القواعد الموضوعية ذات المحتوى الاقتصادى لهـــذا التعامل ، ويضر بمصالح تفوق بكثير مصالح الدائن وحده .

فالاهمية التى يعطيها النظام القانونى للالتزام بالعقود وتنفيذها معبر عنها فـــى المادة ١٤٧ من القانون المدنى [1] التى تقول ان " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجـوز نقضـه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، او للاسباب التى يقررها القانون . " .

فعدم التنفيذ اذن من شانه ان يؤدى الى اثار ضارة فى مجال المعاملات ايا كـــان نوعها ، اذ سيعرض مصالح الدائنين والمصالح المرتبطة معهم للخطر ، ولذا بدا من الضـرورى مواجهته ، وتطبيق الجزاءات المناسبة على الطرف المتسبب فيه .

٢ — ان الاتفاقات الخالية من الغش هى فى الواقع اساس لتحقيق اهدافها ونجاحها ، وانـه اذا كانت العقود تهدف فى جوهرها الى انتقال الاموال والخدمات فانه يجب لتحقيق مقاصدها ان يتم تنفيذها بطريقة سليمة وفى حدود القانون والا تقع اى مخالفة او تعديل فى احكامها الا باتفاق الاطراف .

ولا شك ان مبدأ حسن النيـة يجب ان يسـود العقود من وقت الابرام حتـى الانتهـاء

---

(١) فى نفس المعنى المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى :
Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites :

من التنفيذ [1] ، وقد نص التقنين المدنى على ذلك فى المادة ١٤٨ فى قوله " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيه . "

ويقصد بحسن النية فى مجال تنفيذ العقد ضرورة مراعاة الاخلاص والامانة فى الوفاء بما تضمنه العقد من اداء ، فسلوك المدين فى تنفيذه لالتزامه لا يقتصر تقديره على الحيطة والمهارة الواجبة فى ذلك ، ولكن ايضا على ضوء ما التزم من امانة واخلاص فى التنفيذ . وهذا الواجب لا يعتبر واجبا محددا بذاته ومستقلا عن سائر الالتزامات التى يرتبها العقد ، فهو لا يلزم المدين باتخاذ مسلك مجرد او تقديم اداء معين .. انما هو واجب متضمن فى جميع التزامات العقد . وتقدير ما اذا كان المتعاقد قد اعى حسن النية فى تنفيذ التزاماته مسألة يفصل فيها القضاء بالنظر الى ظروف الحال التى تم فيها التنفيذ اى انها مسألة موضوعية .

واذا كان الامر كذلك اى اذا كان عدم التنفيذ على هذا الشكل من الخطورة بحيث يؤثر على مصالح الدائن وعلى المعاملات بصفة عامة ، فانه يستوجب ان يتعرض المدين الذى كان سببا فى ذلك للجزاء الملائم .

والقانون الحديث يعرف اكثر من نوع لهذه الجزاءات فبينما عدم صحة التصرفات القانونية له جزاء واحد هو البطلان فان عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عنه يستدعى عددا من الجزاءات يختلف كل منها عن الاخر فى طريقة عمله وفى اثاره ، فقد ينتهى احدها الى فرض احترام العقد وتنفيذه جبرا بينما الاخر قد يؤدى الى الغاء العقد او فسخه .

٣ - وهذا التعداد للجزاءات واختلافه قد يفسر فى نفس الوقت باختلاف انواع العقود التى تحتوى على التزامات مختلفة . ذلك ان تطبيق الجزاء لابد وان يكون بحسب نوعية الالتزام . اذ لا يمكن ان نطبق نفس الجزاء ، او نعامل بنفس الطريقة الالتزام باعطاء شيء او الالتزام بعمل او الالتزام بالامتناع عن عمل ، لاسيما عندما نحاول الحصول على التنفيذ العينى عن طريق الجبر " التنفيذ العينى الجبرى " ذلك لان اللجوء الى الاجراءات الجبرية للتنفيذ العينى اذا كان مقبولا عندما يكون المقصود منه الحصول على عين او مبلغ من المال فى ذمة المدين ، فانه لا يجوز استعمال تلك الاجراءات للاجبار على القيام بعمل او الامتناع عن القيام به بل يجب فى

---

(١) انظر فى هذا المعنى السنهورى الوسيط جـ١ ص ٦٢٧ فقرة ٤١٣ ، بهجت بدوى فى اصول الالتزامات سنة ١٩٤٣ ص ٣٩١ فقرة ٢٧٩ ، - حشمت ابو ستيت فى نظرية الالتزام ص ٣١٤ فقرة ٣٣٩ ، - حسين عامر فى القوة الملزمة للعقد ١٩٤٩ ص ٤٢ فقرة ٣٥ وما بعدها . سليمان مرقس نظرية العقد سنة ١٩٥٦ ص ٣٣١ فقرة ٢٦٠ ، جميل الشرقاوى مصادر الالتزام سنة ١٩٧٦ ص ٣١٦ . بلانيول ريبير واسمان جـ ٦ ص ٥٠٨ فقرة ٣٧٩/٤٠

** فهـــرس **

محتويـــات الرســـالة

	رقم الصفحة
المقدمـــــه	١
القسم الاول : الفسخ جزاء عدم التنفيذ	
تمهيـــــد	١٣
الباب الاول : تعريف الفسخ وتحديد ماهيته	١٥
الفصل الاول : الخصائص المميزه للفســـخ	١٨
المبحث الاول : نظرية الفسخ فى مختلف مراحل تطورها	٢٠
المطلب الاول : موقف القانون الرومانى من نظرية الفســـخ	٢٠
المطلب الثانى : موقف القانون الكنسى مـــن نظرية الفســـخ	٢٥
المطلب الثالث : نظرية الفسخ فى القانـــون الفرنسى القديم	٢٩
المبحث الثانى : النظرية الحديثه للفســـخ	٣٣
تمهيـــــد	٣٣
المطلب الاول : نظرية الفسخ فى قانون نابليون	٣٥
المطلب الثانى : نظرية الفسخ فى القانون الالمانى وبعض القوانين الاخرى	٤٠
المطلب الثالث : موقف الشريعة الاسلامية مـــن نظرية الفســـخ	٤٥
الفصل الثانى : اساس الفسخ وطبيعتـــــه	٥٨
المبحث الاول : اســـاس الفسخ	٥٩
المطلب الاول : نظرية الشرط الفاسخ الضمنى	٦٠

رقم الصفحه

المطلب الثانى : نظرية السبب ٦٨
المطلب الثالث: نظرية التقابل ونظرية التوازن ٧٤
المطلب الرابع : نظرية استحالة التنفيذ ٧٩

المبحث الثانى : طبيعة الفسخ ٨٧
الفصل الثالث: مقاومة الفسخ ببعض الانظمة ٩٤
المبحث الاول : الفسخ والدفع بعد التنفيذ ٩٥
المبحث الثانى : الفسخ والبطلان ٩٨
المبحث الثالث: الفسخ والوقف ١٠٦
المبحث الرابع : الفسخ ودعوى الضمان ١١٢

الباب الثانى : نطاق تطبيق الفسخ ١١٨

الفصل الاول : تطبيق الفسخ فى العقود الملزمه للجانبين ١١٩
المبحث الاول : العقود المحدده التنفيذ ١٢١
المطلب الاول : عقد البيع ١٢٢
المطلب الثانى : عقد الايجار ١٣٤
المطلب الثالث : عقد الشركة ١٤٥
المبحث الثانى : العقود الاحتماليه التنفيذ ١٥٤
المطلب الاول : الايراد المرتب مدى الحياة ١٥٥
المطلب الثانى :عقد التأمين ١٦٦

الفصل الثانى : تطبيق الفسخ فى العقود الملزمه بجانب واحد ١٨١
المبحث الاول :الهبة بتكليف أو بعوض ١٨٣

رقم الصفحة

المبحث الثاني: مدى تطبيق نظرية الفسخ على العقود الأخرى الملزمة بجانب واحد ١٩٤

القسم الثاني: أنواع الفسخ وأحكامه ٢١١

الباب الاول: الفسخ القضائي كجزاء لعدم التنفيذ ٢١٣

الفصل الاول: شروط الفسخ ٢١٤

المبحث الاول: الاعذار ٢١٥

المبحث الثاني: وجوب أن يكون الدائن مستعدا للقيام بتنفيذ التزامه وألا يكون قد نزل عن حقه في الفسخ ٢٢٣

المبحث الثالث: وجوب أن يكون عدم التنفيذ منسوبا الى تقصير المدين ٢٣١

المطلب الاول: التنفيذ المنسوب الى تقصير المدين ٢٣٢

المطلب الثاني: ماهية عدم التنفيذ الموجب للفسخ ودور القاضي ومدى سلطته التقديرية ٢٣٩

الفرع الاول: معايير عدم التنفيذ الموجبة للفسخ ٢٤٠

الفرع الثاني: دور القاضي ومدى سلطته التقديرية ٢٤٥

الفرع الثالث: مدى الأخذ بهذه المعايير في القانون المدني المصري ٢٥٣

أولا: حالة عدم التنفيذ الجزئي أو الناقص ٢٥٣

ثانيا: حالة عدم التنفيذ المؤقت أو التأخير في التنفيذ ٢٦٠

	رقم الصفحة
ثالثا : حالة عدم التنفيذ التعسفي	٢٦٤
رابعا : حالة سوء النية وأثرها في الحكم بالفسخ	٢٦٨
الفصل الثاني : مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ومدى حق المدين في التنفيذ أثناء دعوى الفسخ	٢٧٢
المبحث الاول : خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ	٢٧٣
المبحث الثاني : موقف المدين ومدى قدرته على التنفيذ أثناء نظر دعوى الفسخ	٢٨٠
الباب الثاني : الفسخ الاتفاقي كجزاء لعدم التنفيذ	٢٩٠
تمهيد	٢٩٠
الفصل الاول : الفسخ الاتفاقي أنواعه ومدى أهميته	٢٩٢
المبحث الاول : أنواع الفسخ الاتفاقي	٢٩٢
المبحث الثاني : أهمية الفسخ الاتفاقي	٢٩٨
الفصل الثاني : موقف كل من الدائن والمدين من عمل الشرط الفاسخ	٣٠٥
المبحث الاول : الفسخ الاتفاقي ومدى حق الدائن في الخيار	٣٠٦
أولا : ضرورة اعلان الدائن رغبته في الفسخ	٣٠٦
ثانيا : أثر اختيار الدائن المطالبة بالتنفيذ على امكانية التمسك بالفسخ	٣١١
ثالثا : أثر اختيار الدائن التمسك بالفسخ على امكانية المطالبة بالتنفيذ	٣١٧

رقم الصفحة

ثالثا : أثر اختيار الدائن التمسك بالفسخ على امكانية المطالبة بالتنفيذ ٣٢٤

المبحث الثانى : الفسخ الاتفاقى ومدى حق المدين فى التنفيذ المتأخر ومدى دور القضاء فى هذا النوع من الفسخ ٣٢٦

المطلب الاول : مدى حق المدين فى التنفيذ المتأخر عندما لايكون الاجل جوهريا ٣٣١

المطلب الثانى : مدى حق المدين فى التنفيذ المتأخر عندما يكون الاجل جوهريا ٣٤١

المطلب الثالث : مدى دور القاضى فى الفسخ الاتفاقى ٣٤٨

الفصل الثالث : آثار الفسخ (أحكامه) ٣٥٧

الخاتمة

المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية ٣٦٦

ثانيا : المراجع باللغة الاجنبية ٣٦٩

الفهرس ٣٧٥