جامعة القاهرة
كلية الحقــوق

دور الفسخ ألاتفاقي في إنهاء العقــود

رسالة مقدمـــــة من

الباحث : عمــر علي سعيد محمد مليح الشامسي

للحصول علي درجة الدكتوراه في القانون

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور / نزيه محمد الصادق المهـــدي رئيساً
أستاذ القانون المدني
و وكيل كلية الحقوق السابق بجامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور / عبد الرشيد مأمون شــديد مشرفاً وعضواً
أستاذ القانون المدني
و وكيل كلية الحقوق السابق بجامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور / طلــبه وهــبة خطـــاب عضواً
أستاذ القانون المدني
و وكيل كلية الحقوق السابق بجامعة عين شمس

٢٠٠٩

بسم اللّه الرحمن الرحيم

{{نرفع درجات من نشاء وفوق كل ذي علم عليم}}

صدق اللّه العظيم

سورة يوسف (٧٦)

إهـــــداء

أهدي هذا العمل إلى روح المغفور له بإذن الله تعالى الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان المعلم الأول لشعب دولة الإمارات العربية المتحدة امتنانا وعرفاناً بفضله ورعايته وتشجيعه لأبناء الدولة للتمسك بأهداب العلم ومناهل المعرفة، وأسأل الله أن يتغمده برحمته ويسكنه فسيح جناته.

كما يشرفني ويتوج رأسي أن أهدي هذا العمل إلى والِدَيَّ عرفاناً بفضلهما عليَّ وبراً بهما ، واعترافاً بأياديهما البيضاء في صنع مستقبلي، لعلي أكون بذلك من الشاكرين.

كما أهدي هذا العمل المتواضع لكل قارئ يتفضل بقراءته والاطلاع عليه .

شكر وعرفان

الحمد لله ، الذي بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله سيدنا محمد ﷺ ... أما بعد ..

يسعدني ويشرفني أن أتقدم بأسمى معاني العرفان والتقدير والشكر لأستاذي الكريم الفقيه العَلَم الأستاذ الدكتور عبد الرشيد مأمون شديد ، أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة ووكيل الكلية السابق، والذي كان لسيادته أبلغ الأثر في إتمام هذا البحث وإبرازه على هذه الصورة – التي أتمنى أن تلقى استحسان القارئ الكريم ببلوغها الفائدة المرجوة – حيث لم ينقطع مدد أستاذي الجليل ودعمه لي ورحابة صدره ، إذ لم يضن عليَّ بعلم أو توجيه منذ أن كان هذا البحث محض فكرة نبتت بذرتها على يديه إلى أن طويت مسودته، بل إلى أن صار مؤلفاً بين دفتي هذه الرسالة، فجزاه الله عني خير الجزاء، وأجزل عطاءه، وأدعو الله عز وجل أن يطيل في عمره فقيهاً وعلماً من أعلام القانون ومربياً فاضلاً للأجيال.

أما أستاذي الدكتور/ نزيه محمد الصادق المهدي ، أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة ووكيل الكلية السابق ، وهو غني عن التعريف إذ هو علم من أعلام الفكر القانوني في العالم العربي، له باع طويل وفقه أصيل، فله مني أسمى آيات العرفان بالجميل ، لقبول سيادته مناقشة وتحكيم رسالتي، وقد مثَّلَ ذلك لي شرفاً يتوجني، وأنا على يقين من أن مناقشة سيادته ووصاياه ستثري هذا العمل وتضيف إلى موضوعه، ما غفل عنه الباحث وما لم يدركه، وما يضئ الطريق أمامه في حياته المستقبلية، فله مني كل الشكر والتقدير، وأدعو الله أن يمد في عمره ويسبغ عليه الصحة والعافية، وأن يحفظه للإنسانية معلماً ومربياً.

وقد زادني الشرف أن تفضل أستاذي الدكتور/ طلبه وهبه خطاب ، أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق جامعة عين شمس السابق بالموافقة على تكريمي بقبول سيادته المشاركة في مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها رغم حجم انشغاله ، وإني على يقين من أن مناقشته ستمكنني من الاستفادة بخبرته العملية والعلمية ، وأنها ستضفي على هذا

البحث قيمة راقية، خاصة وأن مشاركة سيادته قد كلفته وقتاً غير قليل في قراءة البحث واستقصاء جوانب النقص والقصور فيه... وإنني لأستحضر كلمة الفاروق عمر بن الخطاب : " رَحِم الله امرءًا أهدى إلي عيوبي ".

ومن باب العرفان بالجميل أتقدم بعظيم شكري وتقديري إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ممثلة في الأستاذ الدكتور أحمد عوض بلال أستاذ القانون الجنائي وعميد الكلية على ما تفضلوا به عليَّ من دعم وعون وتوجيه كان له أكبر الأثر في إبراز هذا العمل المتواضع إلى حيز الوجود.

كما أسجل مزيد شكري وتقديري إلى كل من أسدى إليَ معروفاً وأمدني بالعون، فلهم مني جميعاً غاية الشكر وكل العرفان، لعلي أكون بذلك من الشاكرين.

(والله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل)

الباحث
عمر الشامسي

بسم الله الرحمن الرحيم

١ – تقديم واستهلال:

يقول الله سبحانه وتعالى في مُحكم آياته ﴿ يـاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلاَ تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونْ ﴾ صدق الله العظيم[١]

ويقول الله سبحانه وتعالى " ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُواْ بِالعُقُودِ ﴾ صدق الله العظيم [٢]

الحمد لله رب العالمين ، نستغفره ونستعينه ونستهديه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد ﷺ أشرف خلق الله وخاتم انبيائه وصفوة خلقه وعلى آله وصحبه وسلم.

يدور موضوع هذا البحث حول دور الفسخ الاتفاقي في إنهاء العقود ، اي التعرض لبيان مفهوم الفسخ سواء كان اتفاقيا أو قضائيا أو قانونيا ؛ وبيان شروط الفسخ سواء أكانت هذه الشروط شروطاً عامة تشمل كافة أنواع الفسخ ، أم شروطاً خاصة تقتصر على الفسخ الاتفاقي فحسب ، كما يتناول هذا الموضوع بحث الآثار القانونية المترتبة على إعمال الفسخ الاتفاقي وبيان

---

(١) سورة آل عمران، الآية ١٠٢.

(٢) سورة المائدة ، الآية ١.

التطبيقات القضائية له في إطار التشريع والفقه المصري والتشريع والفقه الإماراتي .

٢- الدافع إلى اختيار الموضوع.

لا مراء أن موضوع هذا البحث، وهو دور الفسخ الاتفاقي في إنهاء العقود، يعتبر من الموضوعات الجديرة بالبحث والتنقيب؛ إذ إن هذا الموضوع لا يعتبر من الموضوعات النظرية البحتة، بل يعتبر من قبيل الموضوعات التي تثير – في مجال الحياة العملية – كثيراً من الجدل والمناقشات؛ حيث إن فسخ العقد لا يقل أهمية عن كيفية إبرامه بين الأطراف، بل قد تزيد أهميته، فقد لا يصادف فسخ العقد هوى الطرف الآخر في العقد فيلجأ إلى وسائل متعددة قد تحول دون قيام نظيره باستعمال حقه في الفسخ، وهو ما يجعل تطبيق الفسخ وتحقيقه تطبيقاً عسيراً، ومن هنا كان موضوع هذا البحث بمثابة البداية التي أريد أن انطلق من خلالها في محاولة للإتيان بجديد في هذا الموضوع راجياً من الله عز وجل أن يوفقني في ذلك الهدف بفضله سبحانه وتعالى.

٣- المنهج العلمي للبحث.

لقد انتهجت في بحثي لهذا الموضوع منهجاً علمياً هو المنهج التحليلي الاستنتاجي الاستقرائي، وذلك بعرض النصوص والآراء المختلفة المتباينة للمسائل القانونية، وموقف الفقه، والقضاء، مع عقد مقارنة بما يسير عليه العمل بدولة الإمارات العربية المتحدة، والعمل على تعريف المصطلحات الصعبة حتى يسهل فهم معناها، ثم القيام بعمل مناقشة موضوعية محايدة

لاستخلاص الرأي الراجح والمدعم بالدليل والسند القانوني مع بيان وجهة نظري فيما يثار من آراء.

٤- خطة البحث.

سوف يبدأ هذا البحث – بمشيئة الله – **بفصل تمهيدي** تحدثنا فيه عن الفسخ خلال مراحله التاريخية حتى يقف القارئ الفاضل على تطوراته المختلفة من خلال تناول الشرائع المختلفة له في مختلف العصور، وليكن ذلك تمهيداً لبحثنا حول هذا الموضوع.

ثم قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث متتالية:

عالجنا في **المبحث الأول:** التطور التاريخي للفسخ في العصور القديمة. وتناولنا في **المبحث الثاني:** الفسخ في كل من القانون المصري والقانون الإماراتي مقارناً بالقانون الفرنسي. وخصصنا **المبحث الثالث** لمعالجة الفسخ في الشريعة الإسلامية.

ثم انتقلنا بعد الفصل التمهيدي إلى تقسيم بحثنا إلى بابين:

جاء **الباب الأول** منهما لبيان المقصود بالفسخ وتمييزه عن غيره من صور انحلال العقود الاتفاقية، فقسمناه إلى ثلاثة فصول:

بينا في **الفصل الأول:** المقصود بالفسخ و ماهيته وطبيعته وشروطه القانونية.

أما **الفصل الثاني:** فميزنا فيه الفسخ عن غيره من صور انحلال العقود الاتفاقية.

وجاء **الفصل الثالث** لبيان العلاقة بين الفسخ الاتفاقي والفسخ القانوني والفسخ القضائي والتطبيقات القضائية لكل منها.

أما **الباب الثاني فقد** خصصناه لمعالجة الشروط الواجب توافرها في الفسخ وآثاره وأحكامه والتطبيقات القضائية له.

وقسمناه بالتالي إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: تكلمنا فيه عن الشروط الواجب توافرها في الفسخ وتمييزه عما قد يختلط به.

أما الفصل الثاني: فقد جاء لبيان آثار الفسخ وأحكامه وتطبيقاته القضائية.

ثم انتهينا إلى **خاتمة بحثنا** حيث تناولنا فيها ما خلصنا إليه من نتائج وما يمكن أن نستفيده من هذا البحث ومن تطبيقاته العملية.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل

الفصل التمهيدي
التطور التاريخي للفسخ بصفة عامة

٥- تمهـيد.

في هذا الفصل سوف نتعرف – بإذن الله تعالى – على المراحل التاريخية التي مر بها الفسخ في العصور القديمة، كنبذة تاريخية عنه، بدءاً من القانون الروماني والقانوني الكنسي وانتقالاً إلى العصور الحديثة متمثلة فيما سار عليه القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون الإماراتي، وأخيرا نتعرض للفسخ في الشريعة الإسلامية مستلهمين أحكامه فيها، وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: التطور التاريخي للفسخ في العصور القديمة.

المبحث الثاني: الفسخ في القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون الإماراتي.

المبحث الثالث: الفسخ في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

التطور التاريخي للفسخ في العصور القديمة

٦- الفسخ في القانون الروماني والقانون الكنسي.

أورد جانب من الفقه أن القانون الروماني لم يعرف نظرية عامة للفسخ، فقد كانت العقود في ظل القانون الروماني تقسم إلى: **عقود ملزمة لجانب واحد،** أي يتولد عنها التزام من جانب واحد فقط، وهي ما تسمى بعقود القانون الضيق، وهي، إما أن تكون عقوداً شكلية أو عقوداً عينية، ومثالها القرض أو الاشتراط، وهو التزام شفهي، **وعقود ملزمة للجانبين،** وتعرف بعقود حسن النية، بعضها عقود رضائية، هي البيع والإيجار والشركة، وبعضها عقود عينية. (١)

وعليه فقد كان القانون الروماني يرفض العمل بنظرية الفسخ لأنه كان يقرر أن القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض ولا تقابل بينها؛ فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالبه بالتنفيذ، ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ، إلا أن الرومان قد أفسحوا السبيل لفكرة الفسخ وجعلوه ينطبق على عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد عقداً رضائياً فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يعطي الحق للبائع في فسخ عقد البيع إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن. ولقد سار القانون

---

(١) محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين : الفسخ والانفساخ والتفاسخ، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤، ص ١١.

الفرنسي على ذات الدرب – كما سنرى – وأجاز الفسخ حتى ولو لم يوجد شرط صريح فاسخ؛ إذ افترض وجود شرط فاسخ ضمني في العقد، ومع ذلك لم يكن الفسخ يتم إلا بحكم قضائي[١].

وقد ظهر في عهد جستنيان العقد غير المسمى، وهو اتفاق ملزم للجانبين، لكن لا يصير التزاماً عقدياً إلا إذ نفذ أحد الأطراف التزامه، حينئذ ينقلب التزام الطرف الآخر إلى التزام عقدي، ومن هنا فهو لا يعتبر عقداً رضائياً. [٢]

أما الفسخ فلم يكن مسموحاً به في عقود القانون الضيق، وكان جائزاً فقط في العقود الرضائية أن يرد شرط باعتبار العقد مفسوخاً لعدم التنفيذ، وعرف ذلك الشرط باسم *Lex Commissoria* وجرت العادة على إدراجه في عقد البيع، وكان للبائع – فضلاً عن الفسخ – حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ، وعلى ذلك فقد كان الفسخ في القانون الروماني يجد سنده في اتفاق المتعاقدين.[٣]

أما فيما يتعلق بالقانون الكنسي فقد ساد مبدأ الرضائية، واتسع نطاق الفسخ ليشمل كل العقود، ولو لم يشترط الفسخ فيها صراحة، وكان ينظر إليه على أنه عقوبة توجبها الأخلاق والعدالة على الطرف الذي لم ينفذ التزامه،

---

(١) محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين : الفسخ والانفساخ والتفاسخ، ، مرجع سابق ، ص ١١ ، ١٢ .

(٢) حلمي بهجت بدوي: أصول الالتزامات – الكتاب الأول – في نظرية العقد، مطبعة نوري ، القاهرة، ١٩٤٣، ص ٨٨.

(3) حلمي بهجت بدوي : المرجع السابق ، ذات الموضع .

وأفضل عقاب هو ألا يتمكن هذا الطرف من اقتضاء حقه المقابل وأن يتخلص الطرف الآخر من التزامه.

وفي القرن السابع عشر اكتسب الفسخ أساساً قانونياً آخر في العقود الملزمة للجانبين، وهو أن كل طرف لا يلتزم إلا بشرط التزام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، بحيث صار رضا كل طرف مشروطاً، وصار الشرط مفترضاً ولا حاجة إلى التصريح به. (١)

(١) حلمي بهجت بدوي: أصول الالتزامات– في نظرية العقد ...، مرجع سابق، ص ٨٩ ، ٩٠.