

جلسة ٢٧ من فبراير سنة ٢٠٠٠

برئاسة السيد المستشار/ لطفى عبد العزيز نائب رئيس المحكمة وعضوية السادة
المستشارين/عبد العال السمان، حامد مكي ، جرجس عدلى نواب رئيس المحكمة و عطية
عبد المقصود.

(٦٦)

الطعن رقم ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ القضائية

(١، ٢) بيع «ضمان البائع» «العيب الخفى» . دعوى «دعوى ضمان البائع» . تقادم
«التقادم المسقط» . نقض «أسباب الطعن : السبب الوارد على غير محل» .

(١) وجود عيب بالمبيع يمكن كشفه بالفحص المعتاد. التزام المشتري بإخطار البائع به خلال
مدة مقبولة. اعتباره قابلاً للمبيع بحالته ويسقط حقه فى الضمان بعدم إخطاره البائع أو
إهماله فى فحص المبيع ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت. العيب الذى لا
يمكن كشفه بالفحص المعتاد. بقاء حق المشتري فى الضمان طوال المدة اللازمة لإجراء
الفحص الفنى. اكتشافه العيب بالفحص. التزامه بإخطار البائع به بمجرد ظهوره وإلا عد
قابلاً للمبيع بحالته ويسقط حقه فى الضمان ولو لم تكن مدة التقادم قد انقضت. م ٤٤٩
مدنى.

(٢) قضاء الحكم المطعون فيه بسقوط حق الطاعن فى طلب الضمان لعدم إخطاره البائعة
بالعيب فور علمه به بما يفيد قبوله المبيع بما فيه من عيب. صحيح. النعى عليه بعدم الرد
على ما تمسك به الطاعن من رفعه الدعوى خلال سنة. وروده على غير محل.

(٣، ٤) نقض «أسباب الطعن : السبب الجديد : السبب المجهل».

(٣) اقتصار الطاعن فى نعيه على الحكم على ذكر المواد التى قرر أنه خالفها دون بيان وجه
مخالفتها لها وموضعها منه وأثرها فى قضائه. نعى مجهل. غير مقبول.

(٤) دفاع جديد لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع. عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة
النقض.

(٥، ٦) التزام «تنفيذ الالتزام» «إعذار المدين». عقد «انحلال العقد» «الفسخ الاتفاقى :

الشرط الصريح الفاسخ». دعوى «الدفاع فيها : الدفاع الجوهري». حكم «عيوب التذليل» «ما يعد قصوراً ، ما يعد خطأ» .

(٥) الإعفاء من الإعذار في الفسخ الإتفاقي، وجوب الاتفاق عليه صراحة. م ١٥٨ مدني. مؤداه. تضمن العقد شرطاً باعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم قضائي. لا يعفى الدائن من الإعذار قبل رفع دعوى الفسخ. عدم وجود تعارض بين إعذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بالفسخ. اعتبار الإعذار شرط لرفع الدعوى لوضع المدين في وضع المتأخر في تنفيذ التزامه. لا يفيد من ذلك اعتبار مجرد رفع الدعوى بالفسخ إذاراً. وجوب اشتغال صحيفتها على تكليف المدين بالوفاء بالتزامه.

(٦) تمسك الطاعن بعدم قبول دعوى المطعون ضدها بفسخ عقد البيع المبرم بينهما لعدم سبق إذارها له بتنفيذ التزامه. خلو صحيفة الدعوى من تكليفه بالوفاء به. دفاع جوهري. التفات الحكم المطعون فيه عن الرد عليه وقضاؤه بفسخ العقد إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ الذي لم يتضمن الإعفاء من الإعذار. خطأ وقصور.

(٧) نقض «الطعن بالنقض : الطعن للمرة الثانية».

تصدى محكمة النقض للفصل في الموضوع عند نقض الحكم للمرة الثانية. م ٢٦٩ مرافعات. شرطه. أن ينصب الطعن في المرة الثانية على ما طعن عليه في المرة الأولى.

١ - النص في المادة ٤٤٩ من القانون المدني على أنه «إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع. أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب» يدل على أن المشرع يُفرق - بموجب هذا النص - بين حالتين، أولاهما حالة ما إذا كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص المعتاد، وعندئذ يتعين على المشتري فور تسلمه المبيع أن يقوم بفحصه، فإن اكتشف العيب وجب عليه إخطار البائع به خلال مدة معقولة، ويعتبر قابلاً للمبيع بحالته ويسقط حقه في الضمان - ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت - إذا لم يخطر البائع بالعيب

فى خلال المدة المشار إليها، أو أهمل فى فحص المبيع، والحالة الثانية إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد فلا يسقط حق المشتري فى الضمان لعدم إجراء الفحص المعتاد أو لمجرد عدم كشف مثل هذا الفحص عن العيب وبالتالي لا يسقط هذا الحق بعدم قيام المشتري بالإخطار بالعيب وإنما يبقى للأخير حقه فى الضمان طوال المدة اللازمة لإجراء الفحص الفنى بحسب المألوف فى التعامل، فإن أسفر هذا الفحص عن وجود العيب وجب على المشتري أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره وإلا عُد قابلاً للبيع بحالته وسقط حقه فى الضمان ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت.

٢ - لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه - فى دعوى بطلان عقد البيع - بسقوط حق الطاعن فى طلب الضمان، على أنه على الرغم من أن الأخير قد قرن علمه بالعيب الخفى فى العقار المبيع بتاريخ صدور القرار الهندسى فى ١٩٩٣/١/٥ فلم يثبت قيامه بإخطار المطعون ضدها - البائعة - بالعيب بعد هذا التاريخ مما يستفاد منه أنه قبل البيع بما فيه من عيب ويسقط حقه فى الضمان، وكان هذا الذى أورده الحكم وأقام عليه قضاءه له معينه من الأوراق، فإن الحكم بذلك يكون قد طبق القانون على وجه الصحيح أخذاً بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٤٩ من القانون المدنى، ومتى كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بعدم رده على ما تمسك به الطاعن من رفعه الدعوى خلال سنة يكون وارداً على غير محل من قضاء الحكم.

٣ - اقتصر الطاعن فى نعيه على الحكم المطعون فيه على ذكر مضمون المواد التى عددها مقررأ أن الحكم خالفها دون أن يبين وجه مخالفة الحكم لهذه النصوص وموضع تلك المخالفة منه وأثرها فى قضائه مما يجعل النعى به مجهلاً غير مقبول.

٤ - لما كان النعى بأن الطاعن لم يعلن بالعيب إلا من تاريخ إخطاره بالقرار الهندسى فى ١٩٩٦/٧/١٣ هو دفاع جديد لم يسبق له أن تمسك به أمام محكمة الموضوع وبالتالي غير مقبول.

٥ - تنص المادة ١٥٨ من القانون المدنى على أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعدار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه». وكانت

عبارة البند السابع من العقد سند الدعوى المؤرخ ١٨/١١/١٩٩١ تنص على أنه «إذا تأخر الطرف الثاني في سداد أى قسط استحق عليه حل موعد سداد باقى الثمن على المشتري فوراً دون حاجة إلى إعدار أو تنبيه، كما يحق للطرف الأول اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبدون حكم قضائي ويكون له أيضاً الحق في استرداد المحل موضوع التعامل.....»، فإن البين من هذه العبارة أن الطرفين وإن اتفقا على أنه إذا تأخر المشتري عن سداد أى قسط مستحق عليه يحل موعد سداد باقى الأقساط دون حاجة إلى إنذار أو تنبيه، إلا أنهما لم يتفقا صراحة على إعفاء البائعة من إعدار المشتري بسداد المستحق عليه من الثمن قبل رفع دعوى الفسخ، ولا يُغير من ذلك اتفاقهما في البند المشار إليه على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم قضائي، ذلك أن الشرط على هذا النحو لا يعفى من الأعذار قبل رفع دعوى الفسخ إعمالاً للمادة ١٥٨ من القانون المدني السالف ذكرها وليس هناك تعارض في هذه الحالة بين إعدار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك لأن الإعدار لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة بفسخ العقد بل هو شرط واجب لرفع الدعوى به، وبالتالي يتعين حصول الإعدار في هذه الحالة - كشرط لإيقاع الفسخ الاتفاقي - وذلك بقصد وضع المدين قانوناً في وضع المتأخر في تنفيذ التزامه، ولا ينال من ذلك ما هو مقرر من أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يُعد إعداراً للمدين، إذ أن شرط ذلك أن تشتمل صحتها على تكليف الأخير بالوفاء بالتزامه.

٦ - لما كان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك في دفاعه أمام محكمة الاستئناف بعدم قبول دعوى المطعون ضدها بفسخ عقد البيع المبرم بينهما لعدم سبق إعدارها له بتنفيذ التزامه بسداد باقى أقساط الثمن التي حل موعدها، على الرغم من أن صحيفة دعوى الفسخ خلت من تكليفه بالوفاء بهذه الأقساط، وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع دون أن يرد عليه وأيد ما قضت به محكمة أول درجة من فسخ العقد - إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ الذي لم يتضمن الإعفاء من الإعدار والوارد بالبند السابع المشار إليه - رغم أنه دفاع جوهري من شأنه - لو صح - أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم يكون قد شابه القصور في التسبب مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون.

٧ - توجب المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات على محكمة النقض إذا حكمت بنقض الحكم المطعون فيه وكان الطعن للمرة الثانية أن تحكم في الموضوع، إلا أن التصدي لموضوع

الدعوى يقتصر على ما إذا كان الطعن للمرة الثانية ينصب على ذات ما طعن عليه فى المرة الأولى وإذ كان الطعن الثانى قد انصب على مالم يكن معروضاً أصلاً فى الطعن الأول فإنه يتعين أن يكون مع النقض الإحالة.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على مايبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى أن الهيئة المطعون ضدها أقامت الدعوى ٢٨٥٨ لسنة ١٩٩٣ مدنى طنطا الابتدائية بطلب الحكم بفسخ عقد البيع المؤرخ ١٩٩١/١١/١٨ واعتبار مقدم الثمن المسدد حقاً لها والتسليم، على سند من إنه بموجب هذا العقد اشترى الطاعن منها الدكان المبنى بالصحيفة مقابل ثمن مقداره ٦٥٠٠٠ جنيه دفع نصفه عند التعاقد واتفق على سداد الباقى على ثلاثة أقساط شهرية، وإذ تخلف عن سداد القسط الأول منها حلت باقى الأقساط ولما لم يتم بالوفاء بها فقد أقامت الدعوى، وبتاريخ ١٩٩٣/٩/١ أقام الطاعن على الهيئة المشار إليها الدعوى ٣٠٤٧ سنة ١٩٩٣ مدنى طنطا الابتدائية بطلب الحكم ببطان عقد البيع سالف الذكر مستنداً فى ذلك إلى أنه بعد تسلمه الدكان المبيع من المطعون ضدها فوجئ بصدور القرار الهندسى من السلطة القائمة على شئون التنظيم بتاريخ ١٩٩٣/١/٥ بتصعد البناء، وإذ تكشف له هذا العيب الخفى الذى يضمه البائع فقد أقام الدعوى، ضمت المحكمة الدعوى الثانية للدعوى الأولى وندبت خبيراً وبعد أن قدم تقريره حكمت فى دعوى البطلان بسقوطها بمضى المدة وفى دعوى الفسخ بفسخ عقد البيع لعدم سداد باقى الثمن. استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف ١٩٧ سنة ٤٦ ق طنطا، وبعد أن أحالت المحكمة الدعوى للتحقيق واستمعت إلى شهود الطرفين، قضت بتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض بالطعن ٥٨٥ لسنة ٦٧ ق، نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه للقصور فى التسبب لعدم الرد على

دفاعه الجوهري الخاص بعدم علمه بتصعد البناء إلا بصدور القرار الهندسى فى ١٩٩٣/١/٥، وأحالت القضية إلى محكمة استئناف طنطا التى قضت بتاريخ ١٩٩٨/١١/٢٥ فى استئناف الحكم الصادر فى دعوى البطلان بتعديل الحكم المستأنف بجعله سقوط حق المستأنف فى طلب الضمان، وفى استئناف الحكم فى دعوى الفسخ بتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض. وأودعت النيابة مذكرة أبدت فيها رأى بتقضه، وإن عُرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة حددت جلسة لنظره التزمت فيها النيابة رأياها.

وحيث إن الطعن أُقيم على سببين، ينعى الطاعن بالوجه الأول من السبب الأول وبالوجهين الأول والثالث من السبب الثانى على الحكم المطعون فيه، الخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب، وذلك حين أقام قضاءه - فى دعوى بطلان عقد البيع - بسقوط حق الطاعن فى طلب الضمان على أنه فضلاً عن عدم إخطاره المطعون ضدها بالعييب الخفى فى العقار المبيع فى الوقت الملائم فلم يرفع دعواه بالبطلان إلا بتاريخ ١٩٩٣/٩/١ بعد فوات حوالى تسعة أشهر من علمه بالعييب بموجب القرار الهندسى فى ١٩٩٣/١/٥، فى حين أن كل ما يشترطه القانون فى هذا الشأن هو رفع الدعوى فى خلال سنة من تاريخ العلم بالعييب والثابت فى الأوراق أنه رفع تلك الدعوى فى خلال هذا الأجل على الرغم من عدم علمه به بوجه رسمى إلا من تاريخ إخطاره بالعييب بالقرار المشار إليه فى ١٩٩٦/٧/١٣، وإن لم يرد الحكم على دفاعه الجوهري الذى تمسك به فى هذا الخصوص فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى غير سديد، ذلك أن النص فى المادة ٤٤٩ من القانون المدنى على أنه «إذا تسلّم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقاً للمألوف فى التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يُخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع. أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه أن يُخطره به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب» يدل على أن المشرع يُفرق - بموجب هذا النص - بين حالتين، أولاهما حالة ما إذا كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص المعتاد، وعندئذ يتعين على المشتري فور تسلّمه المبيع أن يقوم بفحصه، فإن اكتشف العيب وجب عليه إخطار البائع به خلال مدة معقولة، ويعتبر قابلاً للمبيع بحالته ويسقط

حقه فى الضمان - ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت - إذا لم يُخطر البائع بالعيب فى خلال المدة المشار إليها، أو أهمل فى فحص المبيع، والحالة الثانية إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد فلا يسقط حق المشتري فى الضمان لعدم إجراء الفحص المعتاد أو لمجرد عدم كشف مثل هذا الفحص عن العيب وبالتالي لا يسقط هذا الحق بعدم قيام المشتري بالإخطار بالعيب وإنما يبقى للأخير حقه فى الضمان طوال المدة اللازمة لإجراء الفحص الفنى بحسب المألوف فى التعامل، فإن أسفر هذا الفحص عن وجود العيب وجب على المشتري أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره وإلا عُد قابلاً للمبيع بحالته وسقط حقه فى الضمان ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت. لما كان ذلك، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه - فى دعوى بطلان عقد البيع - بسقوط حق الطاعن فى طلب الضمان، على أنه على الرغم من أن الأخير قد قرن علمه بالعيب الخفى فى العقار المبيع بتاريخ صدور القرار الهندسى فى ١٩٩٣/١/٥ فلم يثبت قيامه بإخطار المطعون ضدها - البائعة - بالعيب بعد هذا التاريخ مما يستفاد منه أنه قبل المبيع بما فيه من عيب ويسقط حقه فى الضمان، وكان هذا الذى أورده الحكم وأقام عليه قضاءه له معينه من الأوراق، فإن الحكم بذلك يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح أخذاً بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٤٩ من القانون المدنى السالف ذكرها، ومتى كان ذلك كذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بعدم رده على ما تمسك به الطاعن من رفعه الدعوى خلال سنة يكون وارداً على غير محل من قضاء الحكم، والنعى عليه بأن الطاعن لم يعلم بالعيب إلا من تاريخ إخطاره بالقرار الهندسى فى ١٩٩٦/٧/١٣ هو دفاع جديد لم يسبق له أن تمسك به أمام محكمة الموضوع وبالتالي غير مقبول ويضخى النعى برمته على غير أساس.

وحيث إن الطاعن يعنى بالوجهين الثانى والثالث من السبب الأول على الحكم المطعون فيه، مخالفة القانون ذلك أنه لم يلتزم فى قضاءه بالمسألة القانونية التى فصلت فيها محكمة النقض فى الطعن السابق، والتى انتهت فيها إلى عدم علمه بالعيب فى العين المباعة إلا بعد صدور القرار الهندسى، وحقه فى حبس باقى الثمن لتخلف الصفات المتفق عليها فى المبيع، كما أن الحكم قد خالف نصوص المواد ٤٤٤، ٤٤٧، ٤٥٢ من القانون المدنى بما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى فى وجهه الثانى غير صحيح ذلك أن البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بسقوط حق الطاعن فى طلب الضمان - على عدم إخطاره الهيئة المطعون ضدها بالعيب الذى قرن علمه به بصذور القرار الهندسى فى ١٩٩٣/١/٥، فضلا عن أن الحكم الناقض لم ينته إلى حق الطاعن فى حبس باقى الثمن لتخلف الصفات المتفق عليها فى المبيع، وإنما جرى قضاءه فى هذا الخصوص على قصور الحكم السابق فى التسبب لعدم الرد على هذا الدفاع الجوهرى مما يقطع بأن الحكم المائل لم يخالف الحكم الناقض فى مسألة قانونية فصل فيها الحكم الأخير، وبالتالي يكون النعى بهذا الوجه على غير أساس، والنعى على الحكم بالوجه الثالث المشار إليه غير مقبول، ذلك أن الطاعن اقتصر فيه على ذكر مضمون المواد التى عددها مقررأ أن الحكم قد خالفها دون أن يُبين وجه مخالفة الحكم لهذه النصوص وموضع تلك المخالفة منه وأثرها فى قضائه مما يجعل النعى به مجهلاً غير مقبول.

وحيث إن الطاعن يعنى بالوجه الرابع من السبب الأول والوجه الثانى من السبب الثانى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والقصور فى التسبب وذلك حين أيد ما قضت به محكمة أول درجة من فسخ العقد لعدم تنفيذ الطاعن التزامه بسداد باقى الثمن دون إنذاره بالفسخ لعدم السداد قبل رفع الدعوى، على الرغم من أنه تمسك بذلك فى صحيفة الاستئناف باعتبار أن عقد البيع لم يتضمن إعفاء الهيئة المطعون ضدها من شرط الإنذار حتى يُحكم لها بالفسخ المتفق عليه فى البند السابع من العقد وإذا لم يعمل الحكم المطعون فيه الأثر المترتب على عدم الإنذار من عدم قبول الدعوى ولم يرد على دفاعه الجوهرى فى هذا الشأن فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كانت المادة ١٥٨ من القانون المدنى تنص على أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه». وكانت عبارة البند السابع من العقد سند الدعوى المؤرخ ١٩٩١/١١/١٨ تنص على أنه «إذا تأخر الطرف الثانى فى سداد أى قسط استحق عليه حل موعد سداد باقى الثمن على المشتري فوراً دون حاجة إلى إعدار أو تنبيه، كما يحق للطرف الأول اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبدون حكم قضائى ويكون له أيضا الحق فى استرداد المحل موضوع التعامل»، فإن

البين من هذه العبارة أن الطرفين وإن اتفقا على أنه إذا تأخر المشتري عن سداد أى قسط مستحق عليه يحل موعد سداد باقى الأقساط دون حاجة إلى إنذار أو تنبيه، إلا أنهما لم يتفقا صراحة على إعفاء البائعة من إعدار المشتري بسداد المستحق عليه من الثمن قبل رفع دعوى الفسخ، ولا يُغير من ذلك اتفاقهما فى البند المشار إليه على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم قضائى، ذلك أن الشرط على هذا النحو لا يعفى من الإعدار قبل رفع دعوى الفسخ إعمالاً للمادة ١٥٨ من القانونى المدنى السالف ذكرها وليس هناك تعارض فى هذه الحالة بين إعدار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك لأن الإعدار لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة بفسخ العقد بل هو شرط واجب لرفع الدعوى به، وبالتالي يتعين حصول الإعدار فى هذه الحالة - كشرط لإيقاع الفسخ الاتفاقى - وذلك بقصد وضع المدين قانوناً فى وضع المتأخر فى تنفيذ التزامه، ولا ينال من ذلك ما هو مقرر من أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يُعد إعداراً للمدين، إذ أن شرط ذلك أن تشتمل صحيفتها على تكليف الأخير بالوفاء بالتزامه. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بعدم قبول دعوى المطعون ضدها بفسخ عقد البيع المبرم بينهما لعدم سبق إعدارها له بتنفيذ التزامه بسداد باقى أقساط الثمن التى حل موعدها، على الرغم من أن صحيفة دعوى الفسخ خلت من تكليفه بالوفاء بهذه الأقساط، وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع دون أن يرد عليه وأيد ما قضت به محكمة أول درجة من فسخ العقد - إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ الذى لم يتضمن الإعفاء من الإعدار والوارد بالبند السابع المشار إليه - رغم أنه دفاع جوهرى من شأنه - لو صح - أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإن الحكم يكون قد شابه القصور فى التسبيب مما جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون وبالتالي يتعين نقضه.

وحيث إنه وإن كانت المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات توجب على محكمة النقض إذا حكمت بنقض الحكم المطعون فيه وكان الطعن للمرة الثانية أن تحكم فى الموضوع، إلا أن التصدى لموضوع الدعوى يقتصر على ما إذا كان الطعن للمرة الثانية ينصب على ذات ما طعن عليه فى المرة الأولى وإذ كان الطعن الثانى قد انصب على مالم يكن معروضاً أصلاً فى الطعن الأول فإنه يتعين أن يكون مع النقض الإحالة.