

السياط الأول

ماهية الشرط

ان مبدأ كل برهان - كما يقول ارسطو - هو الماهية ، وماهية الشرط تتحدد وطبيعته تستبين ، من محاولة التعريف به ، وضبط مقوماته ، ونعرض لهما في فصلين متعاقبين .

الفصل الاول

في

التعريف بالشرط

تمهيد وتقسيم :

لعل أخطر ما تصاب به أية فكرة قانونية ، هو أن تصبح مجرد مقولة هلامية غير محددة المعالم أو بيئة الحدود . حقا انه ليس هناك مبدأ مطلق ، يتسق مع الحقيقة والمنطق ، ويقدم تصورا جامعا ، ضرورة ان كل ما ينتجه البشر قاصر ، ولأن النسبية مسألة حتمية ، ومع ذلك فإنه عن طريق الاستنباط والاستقراء واعمال مقتضيات (١) السببية والوسيلية وتجنب المصادرة ، ثم وضع الفكرة في اطار مبدأ التناسق او الترابط (٢) ، يمكن الوصول الى اكثر الأماكن قربا من بؤرة حقيقية (٣) الفكرة التي نريد التعريف بها .

وباستقراء ما كتب عن الشرط ، يمكن القول أن هذه الكلمة تتسع لاطلاقين متغايرين ، أحدهما عادي والآخر فني .
- فالشرط بمعناه العادي قد يكون مرادفا للعبء أو التكليف

(١) انظر هنتر ميد : الفلسفة ومشكلاتها ترجمة فؤاد زكريا ١٩٦٩ من ص ١٥٨ حتى ص ٤١٦ .

(٢) Bruno Célice : Les reserves et la non vouloir... (٣)

Thèse, Paris 1963 (1966). No. 306, p. 162.

(٣) انظر فكرة الحقيقة عند هربرت سبنسر ، وهوبس وديكارت وسبيري ومايرسون وبيرس وشيار ووليم جيمس وبرجسون وديكارت وليبنتز وكانت وغيرهم في محاضرات : اندريه لالاند في الفلسفة بجامعة القاهرة (الجامعة المصرية) ترجمة أحمد حسن الزييات . ومراجعة طه حسين ، المطبعة الاميرية ١٩٢٩ ص ١١ وما بعدها .

أو البند العقدي ، وقد يكون مرادفاً لاحد عناصر الواقعة القانونية بمعناها العام .

- والشرط بمعناه الفني يقصد به في النظرية التقليدية ، الأمر المستقبل ، غير محقق الوقوع ، الذي يترتب عليه وجود أو زوال الالتزام . وفي النظرية الحديثة هو الأمر المستقبل ، غير محقق الوقوع الذي يعلق عليه المتصرف رضاه ، سواء قام على استقلال أم دخل في تكوين رابطة عقدية .
وسنحاول في فرعين متتابعين تحديد معالم هذين الاطلاقين .

الفرع الأول

الشرط بمعناه العادي

الشرط لغة هو « الزام الشيء والتزامه » ويقال شارطه « اذا شرط كل منهما على صاحبه » . فالشرط بهذه المثابة يستهدف بيان حقوق وواجبات المتعاقدين أو المشترط والمشترط عليه (٤) .
ولقد أورد البخاري عن عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه ، أنه قال : مقاطع الحقوق عند الشروط (٥) .
والشرط في هذه الحالات وأمثالها ، يرادف المعبء أو البند العقدي وهذا المفهوم هو أحد شقّي المعنى العادي للشرط . أما الشق الآخر فيتمثل في أحد العناصر التي يستلزمها القانون في واقعة معينة ليرتب عليها اثر قانوني معين .
وسنعرض في مبحثين متتابعين لتقسيمي الاطلاق العادي للشرط .

المبحث الأول

الشرط كعبء أو بند عقدي

يستعمل لفظ الشرط - كما أشرنا - « في المصطلح القانوني بمعاني أخرى غير الشرط كوصف ... ويستخدم على وجه الخصوص في اطار العقد للدلالة على جزء من مضمون ما اتفق عليه أطرافه ، أي كجزء

(٤) مجد الدين الفيروزابادي : القاموس المحيط ج ٢ المطبعة التجارية ص ٣٦٨ ، أبو الفضل بن منظور الافريقي المصري : لسان العرب . المجلد السابع بيروت ١٩٥٦ ص ٣٢٩ وما بعدها ؛ اسماعيل بن حماد الجوهري : تاج اللغة وصحاح العربية ج ٣ ، دار الكتاب العربي بمصر ص ١٣٦ .
(٥) اعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية ج ٣ ، السابق ، ص ٤٧١ .

من التصرف القانوني أو بند من بنود العقد » (٦) .
ويمكن أن نجد هذا المفهوم في كافة الشرائع والتشريعات :

أولا : في القوانين الوضعية

١ - في القانون المصري :

عرف القانون المصري فكرة العبد ، في عهد حضارته الفرعونية ،
وفي ظل تطوراته الوضعية الحالية :

- ففي القانون المصري الفرعوني ، توجد وثيقة من الأسرة الرابعة
وهب فيها شخص أمواله للكهنة ، شريطة أن يقوموا بمراسم تقديم
القربان في مقبرته (٧) ، وقد كيف الفقه العقد في هذه الحالة ، بأنه
عقد هبة مقرون بعبد أو عوض هو « تقديم القربان » ، وكان إخلال
الموهوب له بالالتزامات أو الإعباء المفروضة عليه ، يفضي إلى فسخ
الهبة ، وسقوط حقوق الموهوب له التي ترتبت عليها (٨) .
ولما كانت الوصية في مصر القديمة ، تعتبر في حقيقتها « هبة
بسبب الموت » (٩) ، فقد خلط البعض بين الوصية والهبة ، رغم
تمييزهما . ويحدثنا التاريخ عن وجود وصايا مقيدة بأعباء أو تكاليف (١٠) ،

(٦) جميل الشرقاوى : أحكام الالتزام ١٩٧٧ بند ٥١ ص ١٦٤ ،
وفي نفس المعنى سليمان مرقس : موجز أصول الالتزام ١٩٦١ بند ٧٣١
ص ٨١١ ،

A. Colin et H. Capitant : Cours de Droit Civil Français.
Tome deuxième, Quatrième édit. p. 127 ; G. Baudry
Lacantinerie et L. Barde : Traité théorique et pratique de
Droit Civil 2me édit. No. 743. p. 3 ; T. Huc : Commentaire
théorique et pratique du Dr. Civ. Tome septième, Paris 1894.
No. 242, p. 323.

(٧) شفيق شحاته ، المرجع السابق ، بند ٢٢ ص ٢٩ « وهناك
وثيقتان أخريان مشابهتان تعودان إلى الأسرة الرابعة وبداية الأسرة
الخامسة .

(٨) الموضع السابق . أما الهبة غير المقترنة بعبد فلم تكن تقبل
مجرد الرجوع فيها . انظر عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ الأنظم
الاجتماعية والقانونية : مؤسسة شباب الجامعة ص ٤٥٨ .
(٩) المرجع السابق ص ٤٥٦ .

(١٠) وعن الوصية في مصر الفرعونية كتب د. شفيق شحاته
بالمجلة التاريخية للقانون الفرنسى والاجنبى ١٩٥٤ بند ٣٦ ص ١٤
يقول أن الوصية كانت فى غالب الاحيان تبرم لمصلحة للزوجة وكان
الموصى يفرض عليها :

“La charge de transmettre ses biens, à son tour, à ses
enfants, ainsi qu'il lui plaira”.

في نفس الوقت السابق ، وقد تمثّل العباء في إيراد مرتّب لدى الحياة ، والدفن في مكان معين ، وتقديم القرابين (١١) ، والعمل ككاهن جنازى (١٢) وغيرها .

ويذهب بعض الفقهاء الى أن بعض الوثائق عبرت عن الارث بلفظ الهبة ، ولذا قال فريق من الفقهاء : أن الارث كان يعتبر هبة مقيدة بشرط ، حيث « كان المورث يهب أمواله الى اولاده أو ابنه الأكبر ، ويشترط في الوقت نفسه ، عدم انتقال ملكية المال الموهوب الا بعد وفاته (١٣) » .

- وفي التقنين المدني المصري الحالي ، نصت المادة ٤٨٦/٢ على أنه « يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له ، القيام بالتزام معين » . والزمّت المادة ٤٩٧ الموهوب له بتنفيذ ما اشترطه الواهب عليه « من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة اجنبى أم للمصلحة العامة » .

وهكذا اسبغ المشرع على العباء سمة الالتزام في بعض النصوص وصفة العوض في البعض الآخر .

ومن امثلة الأعباء التي يشترطها المتبرع على المستفيد ، سكنى منزل معين ، أو الإقامة في بلد محدد ، أو حمل اسم المتصرف بعد وفاته ، أو الامتناع عن ممارسة عمل ما ، أو بناء مستشفى أو مدرسة أو ملجأ ، أو اكمال الموهوب له تعليمه ، أو ابتياع عقار بالمال الموهوب (١٤) .

ولقد كانت المادة ٦٦٩ من المشروع التمهيدي تطلق على العباء لفظ الشرط ، حيث كانت تجرى على النسق التالي : « اذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع ، وقعت صحيحة والقبى الشرط ، الا اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة ، فتقع الهبة كلها باطلا » .

وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، اجتزاء بما ورد في القواعد العامة . أى بما هو منصوص عليه في المادة ٢٦٦ مدنى التي قضت بأنه :

(١١) شفيق شحاته : تاريخ القانون الخاص ، المرجع السابق ، بند ٧٢ ص ٨٦ - ٨٧ .

(١٢) محمود سلام زنتى : تاريخ القانون المصرى ١٩٧٣ ص ١٧٦

(١٣) محمود السقا : معالم تاريخ القانون المصرى . مكتبة القاهرة الحديثة بند ٥٧٠ ص ٣٥٣ .

(١٤) جمال الدين زكى : العقود المسماة ، الصلح والهبة ... مطابع دار الكتاب العربى بند ٣٨ ص ٨٣ - ٨٤ .

« - لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن ، او على شرط مخالف للآداب او النظام العام ، هذا اذا كان الشرط واقفا . اما اذا كان فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم .

« - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب او النظام العام ، اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » .

ومعنى ذلك أيضا أن المشرع لا يرى غضاضة فى انزال كلمة العيب منزلة كلمة الشرط ، فى الحكم ، فيما لو فرض وكان العيب أى الالتزام أو العوض ، قد وقع مخالفا للنظام العام أو الآداب .

وهكذا فإن المشرع المصرى ورث عن القانون الفرنسى ، الخلط بين فكرة الشرط وفكرة العيب ، وهو خلط تمتد جذوره التاريخية الى القانون الرومانى ، على ما سنرى ، ويحتاج جلاؤه الى وضع ضوابط التفرقة بين العيب والشرط عندما يحين وقت ذلك ، وبعد أن نتعرف على مضمون فكرة الشرط كوصف أيضا .

واذا كان العيب يمثل عوضا أو التزاما أو قيدا غير ذى قيمة مالية فإن بعض الفقهاء ممن درسوا فكرة الالتزام العينى قد ذهب الى وجوب عدم خلط فكرة العيب بفكرة الالتزام العينى ، ذلك ان هذا الأخير ، ذو طبيعة خاصة ، فهو دين على عين ، أى حق شخصى ، محله أداء وثيق الصلة بعين مملوكة للمدين ، يتركز فيها الضمان ، أو فى قيمتها ، وينتقل معها الى الخلف الخاص ، وذلك على خلاف العيب فى التبرعات (١٥) .

٢ - فى القانون الفرنسى :

والتقنين المدنى الفرنسى ، يؤكد ان العيب هو التزام أو عوض أيضا على نحو ما رأيناه فى التقنين المدنى المصرى ، بيد أنه لا يرى غضاضة فى اطلاق لفظ الشرط على فكرة العيب ، وهو ما يلاحظه أى ناظر فى المواد ٩٠٠ ، ٩٥٣ ، ٩٥٤ ، ٩٥٦ مدنى فرنسى .

(١٥) عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة : الرسالة السابقة بند ٣٠٠ ص ٥٢٧ وبند ٣١٩ ص ٥٥٢ ، وقد أضاف فى هذا الموضع الأخير قوله : انه مما يميز العيب عن التكليف أيضا « أن الموهوب له ليس له أن يتخلص من التكليف بالنزول عن الهبة بعد قبولها ، غير أنه يجب ملاحظة التمييز بين التكليف بمعنى الالتزام الشخصى والتكليف بمعنى الاحتفاظ بحق عينى لمصلحة الواهب أو لمصلحة شخص أجنبى ، اذ فى هذه الحالة الأخيرة يكون احترام الحق العينى واجبا على كل من يتلقى ملكية المال الموهوب ، » .

فهذه المواد حين تواجه حكم الشروط المستحيلة وغير المشروعة ، وتعرض لاسباب فسخ الهبات بين الاحياء ، وتحدد كيفية وقوع الفسخ فانها تتكلم فى الحقيقة عن الاعباء او الشروط بالمعنى الدارج وليس عن الشروط بالمعنى الفنى . لان هذه الاخيرة تنأى بطبيعتها عن ان تكون قيда او التزاما او عوضا . او بالجملة تنأى عن ان تكون امرا داخلا فى نطاق غايات المتعاملين . فكان النصوص الفرنسية السابقة : تنطوى على ثغرات (١٦) ، اصطلاحية جوهرية (١٧) . حين تطلق لفظا ذا دلالة معينة على امر ذى دلالة مفارقة ، والقانون الفرنسى يترجم عن العبء بلفظ Charge وكان فى غنى عن اطلاق لفظ الشرط Condition للدلالة عليه ، ولكن هذا الخلط له اصل فى القانون الرومانى .

فمن المعلوم ان القانون الرومانى ، ابان ذبوع الشكلية القديمة ، كان يستخدم لفظ الشرط بمعنى آخر خلاف شرط الانعقاد ، كشرط اعادة التمليك Lex ut remancipetur فى التصرف الائتمانى Fiducia الذى كان يتم فى صورة mancipatio او in jure cessio على ما هو معرف (١٨) . وكشرط مقترن بعقد البيع ، فى وقت لاحق ، ومن أمثلته خيار النقد Lex Commissoria وخيار الافضل L'addictio in diem وخيار الوفاء او الاسترداد Le pactum de retrovendendo ، وخيار الشرط Le pactum displicentiae (١٩) وكان ان اعطى « القانون قوة ملزمة للاتفاقات التى تلحق بعقد ما ، اى تضاف اليه بعد ابرامه ، بقصد تعديل الآثار العادية التى من شأنه ان

(١٦) Philippe Simler : La nullité partielle des actes juridiques, Paris 1969, No. 44, pp. 51 et ss.

(١٧) ويقول سيمليه فى الموضع السابق :

“Dans certains cas, la terminologie juridique française comporte d'importantes lacunes, en ce sens qu'elle désigne souvent par le même terme des notions très différentes, ce qui ne laisse pas de provoquer des confusions fâcheuses. Ainsi en est-il du terme (Condition)”.

(١٨) Gaston May : Eléments de Droit Romain : Dix-huitième edit. No. 222, p. 499; Paul Frédéric Girard : Manuel élémentaire de Droit Romain, sixième édition, Paris 1918, p. 529.

وشفيق شحاته : نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى بند ١٣٦ ص ١٠٩ .

(١٩) جبرار : المرجع السابق ، ص ٧٣٢ ، ٧٣٣ ، ماى ، السابق بند ٢٠٩ ص ٤٧٥ وما بعدها .

يرتبها » (٢٠) ، ثم تطورت وتبلورت فكرة الشروط التي تقتنن بالعقد ، ولكنها لم تأخذ صيغتها النهائية الا على أيدي الحشوية الذين قسموها الى « شروط تتصل بجوهر العقد essentialia وشروط تقتضيها طبيعة العقد naturalia ، وشروط لاتصل بجوهر العقد ولا بطبيعته وهي الشروط العرضية » (٢١) .

ولا شك ان الفصل يبدو عسيرا في بعض الاحيان بين شرط يعد عبئا ، وشرط يعد ركنا أساسيا في العقد ، وشرط بمعناه الفني في القانون الروماني . فمن جهة كانت بعض الشروط المقترنة بعقد البيع تكيف كشرط بمعناه الفني (٢٢) ، رغم ما كان واضحا الى حد بعيد من أن الشرط امر عارض (٢٣) ، ومن جهة أخرى حدث تقريب بين الشرط والعبء (٢٤) ، ذلك أن كل قيد على التصرف كان يعتبر عبئا ، أو عنصرا أساسيا في التصرف ، وهكذا بات العبء في التصرف عنصرا ملزما (٢٥) (Le modus devient obligatoire) أو التزاما ، ثم شبه البعض العبء بالشرط ، بل قيل انهما يستجمعان نفس السمة الرئيسية ، وأن العبء أو شرط التقييد Condition modale ، يلعب نفس الدور الذي يلعبه الشرط في بعض الاحيان (٢٦) ، وبات من المسلم به في نطاق ذلك ، عند بعض الفقهاء ، وجود تداخل بين فكرتي العبء والشرط (٢٧) .

ولكن اذا كان من الثابت في القانون الروماني ، أن الهبات مثلا ، كانت

Raymond Monier : Manuel élémentaire de Droit Romain, Tome deuxième. Paris 1936, No. 126, p. 203 ; C. Accarias : Précis de Droit Romain, Tome second, Paris 1882 (troisième édit.) No. 613, p. 480.

ود . شفيق شحاته . المرجع السابق بند ٢٧٧ ص ٢٤٠ وما بعدهما .
(٢٠) توفيق حسن فرج : القانون الروماني . بيروت ١٩٧٥ ص ١
(٢١) شفيق شحاته ، السابق ، بند ٣٦٨ ص ٣١١ .
(٢٢) ماي ، المرجع السابق ، بند ٢٠٩ ص ٤٧٤ وما يليها من رقم (١) :

“L'in diem addictio peut aussi avoir été conçue sous forme de Condition suspensive...”.

(٢٣) وقد أحس أولبيان بذلك فعلا حينما فصل تكييفي خيار الافضل عن بعضهما : نفس الموضع السابق .

(٢٤) هنري جاك ليجييه : الوصية والشرط . المجلة التاريخية ١٩٦٠ هامش ٤ ص ٣٥٣ .

(٢٥) المرجع السابق ص ٣٧٥ .

(٢٦) المرجع السابق ص ٣٧٤ ، ٣٧٥ .

(٢٧) المرجع السابق هامش ١ ص ٣٥٣ .

تقبل الاقتران بعوض اى « بتكليف يقع على عاتق الموهوب له » (٢٨) ، فتخرج تبعا لذلك من « عداد التبرعات » (٢٩) ، وانها كاتفاق مشروع كان يمكن تعليقها على شرط ، فانه يصح القول « ان الهبة بعوض هي غير انهية المعلقة على شرط » (٣٠) . وان العبء تبعا لذلك هو امر آخر خلاف الشرط (٣١) . ويبدو ان الخلط الذى ورثه القانون الفرنسى عن القانون الرومانى ، لا يستند الى اساس جدى ، رغم ان له اصل فيه .

ولكن الفقه والقضاء الفرنسيين ، سواء فى اتجاهاتهما التقليدية ، او فى منحاهما الحديث . يطلقان اصطلاحى العبء والشرط كمترادفين (٣٢) رغم ان العبء كما استبان لنا لا يعدو ان يكون مجرد التزام (٣٣) او قيد او عوض او مقابل (٣٤) .

ولعل الفقه يصل بخلط العبء بالشرط الى مدها . حين استعان بفكرة السبب الدافع وجعلها ممكنة الاعمال ، ليس فقط بصدد الشرط بمعنى العبء وهو المنصوص عليه فى المادة ٩٠٠ مدنى ، بل ايضا بخصوص المادة ١١٧٢ مدنى والتي تتعلق بالشرط كوصف .

بيد ان الفقه الحديث قد بدا يدرك بحق ، اقتراب فكرة البواعث من الابعاء ، والشروط الارادية - المحضة - دون الشروط الاحتمالية (٣٥) ، وهذه نقطة تحول كبيرة ، حبذا لو كان قد استخدمها

(٢٨) شفيق شحاته ، السابق بند ٣٥٤ ص ٢٩٥ .

(٢٩) المرجع السابق بند ٣٥٣ ص ٢٩٥ .

(٣٠) المرجع السابق بند ٣٥٤ ص ٢٩٧ .

(٣١) انظر مثالا لوصية مقترنة بعبء فى مؤلف : عبد المجيد محمد الحفناوى : نظرية الغلط فى القانون الرومانى . الاسكندرية ١٩٧٤ ص ٧٢ .

(٣٢) فيليب سيمليه : الرسالة السابقة بند ٤٠ ص ٤٥ ، لبلتييه : الرسالة المشار اليها ص ١٩٦ وما بعدها ، أوسكار بانيان : الرسالة التقدمة ص ٩ وما بعدها ؛ ولوران : مبادئ القانون المدنى الفرنسى ج ١٢ ط ٢ . بروكسل ١٨٧٦ بند ٤٨٧ ص ٥٦٨ وما بعدها . Noël Giacometti : الشروط المستحيلة وغير المشروعة أو المخالفة للأداب فى المعاولات والتبرعات رسالة مرسيانيا ١٨٩٦ ص ١٧ وما بعدها .

(٣٣) "H. Capitant : De la cause des obligations. Paris 1923, No. 201, p. 438 "La charge... est une obligation..."

(٣٤) سيمليه : الرسالة السابقة بند ٤٠ ص ٤٦ ، وهو يحدد مى هذه الصفة بين العبء والشرط .

(٣٥) المرجع السابق بند ٤٤ ص ٥٢ .

'Au sens des articles 900 et 1172, la Condition désigne, au contraire, un événement futur et incertain, extérieur à

سيمليه فى تأكيد بعد الشرط كوصف - بعكس العبء - عن غايات المتعاملين .

٣ - فى القانون الانجلو امريكى :

وفى القانون الانجلو امريكى ، يطلق لفظ الشرط ، ويقصد به ليس فقط ، الشرط كوصف (٣٦) ، وانما أيضا العبء أو التكليف ، الذى يدرج عادة فى التبرعات (٣٧) ، فضلا عن انه يجسد تقابل التزامات المتعاقدين (٣٨) .

ولكن هذه المفاهيم ليست محددة المعالم أو غير متشابكة الحدود ، بل انها على العكس من ذلك متداخلة تداخلا كبيرا الى حد يعصف بمضمون كل منها . بعبارة اخرى فان القانون الانجليزى يخلط بين العبء أو الالتزام كجزء من مضمون التصرف وبين الشرط كوصف (٣٩) ، آية ذلك ان العقود الملزمة للجانبين ، بالإضافة الى ما تولده من التزامات مستقلة ، جزاء الاخلال بها هو التعويض ، والتزامات متقابلة ، يلزم تنفيذها فى نفس الوقت ، فانها تولد أيضا التزامات مرتبطة بعد « أحدها شرطا واقفا لتنفيذ التزام الطرف الآخر » (٤٠) . وهو تكييف

=
l'acte lui-même, mais à la réalisation duquel le sort de cet acte subordonné par la volonté des parties... En pratique, cependant, l'art. 900 n'est pas susceptible de s'appliquer à toutes les condtions à cette définition. Il faut distinguer les conditions casuelles et les Conditions patestatives. Les Conditions Casuelles sont strictement extérieures au rapport juridique envisagé...".

W. M. Gloag : On Contract. Edinburgh 1914. (٣٦)
pp. 229-246.

Gilson : inexécution et Réolution en Droit (٣٧)
Anglais : Paris 1969, No. 93, p. 81.

(٣٨) المرجع السابق بند ٩١ ص ٨٠

(٣٩) يقول جيلسون (بند ٢٧ ص ٢٩) :

"Le Droit anglais, n'ignore pas le sens traditionnel et Romain du mot Condtion, mais il ne s'identifie pas à cette tradition. Il identifie la Condition et l'obligation c'est-à-dire, la modalité de l'acte et son contenu".

(٤٠) محمد لبيب شغب : الجود المبتر للعقد ، دراسة فى القانون

الامريكى ٠٠٠ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ٢ ع ٢ بند ٢٢ ص ٢٧٧ .

لا يمكن ان يسود ، من حيث المبدأ ، فى الشرائع اللاتينية ، لان الشرط فيها امر عارض (٤١) .

ويرتبط بهذا المعنى ما هو سائد فى القانون الانجلو امريكى : من تصنيف البنود العقدية ، التى تثقل كاهل اى من المتعاقدين . بالتزام ما ، الى صنفين اساسيين : الشروط والضمانات (٤٢) : فالاولى بنود جوهرية فى العقد (٤٣) essential stipulations of contract ، بدونها لم يكن الطرف الآخر ليلتزم ، وعدم تنفيذها يخوله الحق فى اعتبار العقد مفسوخا ، والثانية هى بنود تبعية . دون مرتبة الاولى ، ولا يخول الاخلال بها الا الحق فى طلب التعويض (٤٤) .

واذا كانت هذه العوامل متضافرة تجعل تداخل المفاهيم المختلفة لكلمة الشرط فى القانون الانجلو امريكى امرا مؤكدا ، الا انه يمكن القول بوجه عام ، ان العبء فى القانون الانجليزى هو فى حقيقة الامر مجرد

(٤١) عبد الحى حجازى : مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ . نفس المجلة السابقة ع ١ بند ٥٠ ص ٣ ، عدم التنفيذ لا يمكن اعتباره واقعة شريطة .

(٤٢) شيتى فى العقود . لندن ط ٢٢ بند ٥٧٨ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ ، بولوك مبادئ العقد ط ٦ لندن ١٨٩٤ ص ٥٠٩ .

(٤٣) انظر المرجعين والموضعين السابقين : ورينيه دافيد : العقود فى القانون الانجليزى باريس ١٩٧٣ بند ٣٣٠ ص ٣١٨ . وفى تداخل أفكار الشرط كبند أو عبء ، أو عنصر جوهرى أو أمر عارض : انظر أهلة عامة فى : جوده بنيامين : شرح قانون بيع الممتلكات الشخصية ط ٥ لندن ص ١٣٦ ، ٥٥٧ ، ٦٥٦ : ر . بوتز . الوجيز فى قانون العقود . لندن ١٩١١ ص ٤٦٩ وص ٤٧٠ وما بعدها ؛ حامد زكى رسالته عن الظروف الطارئة فى القانون الانجليزى باريس ١٩٣٠ ص ١٠٦ وما بعدها وص ١٨٠ ؛ وجى . آى . كلارك هير . قانون العقود . بوسطن ١٨٨٧ ص ٥٢٢ ؛ وجى . بى . مويل : عقد البيع . اكسفورد ١٨٩٢ ص ١٩٠ ، وشيشير وفيفوت ، قانون العقد ط ٤ لندن ١٩٥٦ ص ١٢٤ .

(٤٤) شيشير وفيفوت . المرجع السابق ص ١٢٢ ، ١٢٣ . بيد أن لفظ الضمان قد يستخدم كمترادف للشرط . نفس المرجع ص ١٢٢ وقال أحد القضاة فى قضية باترمان ضد هوايت أن المحكمة تتجنب استخدام هذين الاصطلاحين لتعدد اطلاقاتها وتعذر تمييزهما . المرجع والموضع السابقان . والنية هى ساس ومناط التمييز بين الامرين ، وتعتبر التفرقة بينهما مسألة قانونية يختص بها القاضى دون المحلفين فى المسائل الاستثنائية التى يتدخلون فيها فى القضايا المدنية . رينيه دافيد . المرجع السابق بند ٣٣١ ص ٣١٨ وانظر قضية Behn V. Burness فى مؤلف بولوك السابق ص ٥١١ .

التزام أو قيد أو عوض ، وانه يتجلى أساسا فى التبرعات (٤٥) ، حيث يفرضه احد المتعاقدين على الآخر لمصلحة أحدهما أو الغير .

٤ - فى القانون الالماني :

والعبء فى القانون الالماني ، هو التزام يثقل به المتبرع كاهل المتصرف اليه وقد تعرض له القانون فى مكان آخر خلاف المكان الذى تعرض فيه للشرط كوصف للتصرف القانونى (٤٧). ومع ذلك فان التقريب يتم بين الامرين ، بجامع أن البند جزء من مضمون التصرف والشرط هو قيد على الإرادة (٤٨) وبالتالي جزء منها (٤٩) ، وعلى اساس نظرية ابتدعها فنشاید تعرف بنظرية الفروض Voraussetzungen والتي يترجم عنها بالفرنسية بكلمة les présuppositions (٥٠) وفحوى هذه النظرية ان الفرض هو شرط ناقص أو غير مكتمل (٥١) une Condition incomplet وهو بهذه المثابة « وصف ثالث يلحق بالالتزام الى جوار الاجل والشرط » (٥٢) .

والحقيقة أن العبء وان دخل فى مضمون التصرف كالتزام أو قيد أو عوض، الا أن الشرط كوصف (٥٢) هو مجرد أوعارض يفترض ابتداء

(٤٥) ولذا يمكن الحديث عن مشروعيته : انظر ج. س. شيشير فى مؤلفه :

The modern law of property. Eight edition by J. B. Butterworth, London 1958, pp. 299-300.

(٤٦) انظر مثلا المواد ٥٢٥ وما بعدها و ١٩٤٠ ومن ٢١٩٢ حتى ٢١٩٦ مدنى ألمانى .

(٤٧) انظر المادة ١٥٨ من التقنين المدنى الالماني .

(٤٨) أبو عافيه : الرسالة السابقة ، النسخة الفرنسية ص ٢٩١ و ٢٩٢ .

(٤٩) فى عرض ونقد هذا رأى عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ هامش ١ ص ٥ .

(٥٠) فيليب سيمليه ، الرسالة السابقة بند ٤٤ ص ٥٢ ؛ والترجمة الفرنسية للقانون الالماني معلقا عليها من كبار الاساتذة الفرنسيين ج ١ تحت المادة ١٥٨ ص ١٩١ ؛ وابو عافيه ، الرسالة السابقة بند ٣٩ ص ٤٤ ؛ وثروت أنيس الاسيوطى : المنهج القانونى بين الرأسمالية والاشتراكية : مجلة مصر المعاصرة . س ٥٩ ع ٣٣٣ يوليو ١٩٦٨ دس ٧٠٨ وما بعدها .

(٥١) الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدنى الالماني سنالفة الاشارة . الموضع السابق .

(٥٢) الاسيوطى : الالتزامات ، وهران ١٩٧٨ بند ١٠٢ ص ١٣٤ .

(٥٣) ويطلق عليه فى الالمانية لفظ Bedingung : انظر سيمليه ، المرجع السابق بند ٤٤ ص ٥٢ .

وجود ارادة استجمعت كافة مقومات اعتبارها تصرفا قانونيا ، ولذا فالخلط من هذه الناحية لا اساس له .

اما ما اسماه فنشايد الغرض ، فهو امر بعيد ليس فقط عن فكرة العيب، بل ايضا عن فكرة الشرط كوصف، ذلك ان الغرض هو تعبير آخر عن فكرة الظروف الطارئة « المنبثقة من العدالة » ، وما تمليه ضرورة التعادل بين حقوق وواجبات كل من الطرفين » (٥٤) . وهى فكرة قد يستثير تطبيقها تعليق العقد على شرط (٥٥) ، كما انه لا ارتباط بينها وبين فكرة العيب ، بمعنى انه لا يلزم من وجود الغرض وجود العيب ، فقد تتغير الظروف فى عقد لم يفرض فيه احد المتعاقدين على الآخر عبئا ، كما انه لا يلزم من وجود العيب وجود الغرض ، فقد يوجد العيب ولا تتغير الظروف (٥٦) .

ثانيا : فى الشريعة الاسلامية

فقه الشريعة الغراء ، يطلق على العيب او التكليف اصطلاح شرط التقييد (٥٧) ، كمقابل لشرط التعليق ، واقفا كان ام فاسخا .

والعيب او شرط التقييد ، كما يمكن ان يندرج فى عقد منجز ، فانه يمكن ايراده ايضا فى عقد معلق على شرط او مضاف الى اجل (٥٨) .

ومن الامثلة التى يضربها الفقه لشرط التقييد ، ان يهب شخص منزله لآخر ويشترط عليه قيام شخص معين بسكنائه وقتا معلوما ، او يوصي له بعقار ، ويشترط عليه وقفه ، او جعله مسجدا ، او التصديق به ، او قضاء دين به على آخر ، او ان يتزوج شخص من أنثى ويشترط عليها القرار فى مكان معين ، او تشتترط عليه عدم الزواج من

(٥٤) الأسيوطى المرجع السابق بند ١٠٢ ص ١٣٥ .
(٥٥) حسبو الفزارى ، الرسالة السابقة ص ٤١٩ اذا ، صايب
أن تدخلت ظروف طارئة ، خلال الفترة اللاحقة على الاتفاق على العقد ،
والسابقة على تحقق الشرط ، على نحو يؤدى الى قيام الالتزام . أمكن
تطبيق حكم النظرية على هذا للعقد ، .
(٥٦) انظر أحكام محكمة الرايش التى اشار اليها الاسيوطى فى
المرجع السابق ص ١٣٤ وما بعدها . وفى القانون الانجليزى قضى بان
فقدان العفة يعتبر شرطا ضمنيا يفضى الى وجوب انتهاء العقد : انظر تضية
هول ضد رايت فى مؤلف حسبو الفزارى سالف الإشارة ص ٢٩٢ .
(٥٧) أو للشرط المقترن بالعقد .
(٥٨) محمد سلام مذكور : المخل للفقهاء الاسلامى ط ٢ سنة ١٩٦٣

أخرى (٥٩) .

والشرط في فقه الشريعة الفراء ، معنى أعم ، يندرج فيه المفهومان المتقابلان السابقان وغيرهما ، فالشرط عند الأصوليين هو كل أمر يتوقف عليه وجود الشيء دون أن يكون جزءاً منه (١٠) ، فهو « أمر خارج عن حقيقة المشروط ، ولا يلزم من وجوده وجوده » (١١) ، وهو في هذا يختلف عن السبب الذي يستلزم وجوده وجود السبب ، ويلزم من عدمه عدم السبب (١٢) ، بمعنى أن السبب إذا كان يؤثر من جهة الوجود والعدم ، فإن الشرط يؤثر من ناحية العدم فحسب دون ناحية الوجود (١٣) .

كذلك يختلف الشرط عن الركن ، في أن الركن جزء من حقيقة أو ماهية الشيء ، في حين أن الشرط أمر خارج عن حقيقة المشروط ، وليس جزءاً من أجزائه ، وإن كانت الحقيقة تتوقف على كل منهما (١٤) .

والشرط الجعلى يتسع لكل من شرط التقييد أى العبء وشرط التعليق أيضاً ، وكلاهما قد يكون واقفاً أو فاسخاً ، ولذا فلا ضرورة لمحاولة قصر مفهوم شرط التقييد على فكرة الشرط الفاسخ فحسب (١٥) ، بل لا ضرورة للقول بترادف مفهومهما أصلاً .

وهكذا يمكن القول أن شرط التقييد أو العبء في الفقه الإسلامى

(٥٩) المرجع السابق ص ٦٤٠ وما بعدها ، وانظر أمثلة لشروط التقييد في الشريعة الإسلامية أو العبء في : ابن عابدين ج ٤ ط ٣ ص ١٢٨ والحصكنى على هامشه ص ١٢٨ ؛ الرملى : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٣ (الحلبي) ١٣٥٧ هـ ص ٤٣٩ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ دار احياء الكتب العربية (الحلبي) ص ٦٥ ، والبهجة في شرح التحفة للتسولى ج ٢ ط ٢ (الحلبي) ١٣٧٠ هـ ص ٧ .
(٦٠) حسين حامد حسان : الحكم الشرعى عند الأصوليين ١٩٧٢ ص ٧٥ .

(٦١) عبد الوهاب خلاف . علم أصول الفقه ط ٨ (١٩٦٨) الكويت ص ١١٩ .

(٦٢) المرجع السابق ص ١١٧ .

(٦٣) حسين حامد حسان : السابق ص ٧٦ ، والمقصود بالسبب الوصف الظاهر المنضبط الذى جعله الشارع علامة على وجود الحكم ، بحيث يوجد الحكم بوجوده ، وينتفى بانقضاءه .

(٦٤) زكى الدين شعبان : دلالة الكتاب والسنة على الاحكام الشرعية مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ٣ ص ٣١٩ .

(٦٥) يقول عبد الناصر العطار « والشرط نوعان : شرط واقف وشرط فاسخ (أو شرط تعليق وشرط تقييد) » ، مؤلفه : مبادئ القانون مطبعة للسعادة بند ١١٥ ص ١٧١ .

هو « التزام العاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد ، سواء أكان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له ، أم كان مخالفا له ، سواء أكان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط ، أم كان الاشتراط لصالح الغير ، أم لم تكن هناك منفعة لاحد مطلقا » (٦٦) .

ويتسم شرط التقييد في الفقه الاسلامي ، بكونه ليس فقط أمرا زائدا على أصل العقد ، ومشروعا (٦٧) ، بل أيضا بكونه أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع (٦٨) . وهو بهذه المثابة قد يقابل في لغة القانون أيضا ، البنود العقدية أو « الاحكام التي يتفق عليها الطرفان » (٦٩) فان كان هذا البند « صحيحا بات جزاء من العقد ولزم العمل بمقتضاه » (٧٠) .

ولكن التعبير عن شرط التقييد بكونه أمرا زائدا عن أصل التصرف لا ينبغي ان يفهم منه انه كشرط التعليق ، يعتبر أمرا عارضا (٧١) ، فالحقيقة انه مجرد امر تابع للعقد الاصلی ، ان ادرج فيه ، بات جزاء منه ، فالمرضية والتبعية وان كانا يلتقيان جزئيا فانهمسا لا يتطابقان كليا .

والتحديد الفقهي المتقدم يؤكد سبق الفقه الاسلامي ، في الاحساس بحقائق الافكار القانونية ، التي يحاول الفقه الوضعي الوصول اليها ، ومن ذلك قول القانونيين ، ان الصبء ليس من مستلزمات التبرع ولكنه ان ادرج فيه بات جزاء من محتواه (٧١) . فمثل هذا القول لا يعدو ان يكون ترديدا لما يقرره فقهاء الشريعة الفراء في هذا الصدد .

(٦٦) محمد سلام مذكور . المرجع السابق ص ٦٣٩

(٦٧) ابن القيم : اعلام الموقعين ج ٣ (١٢٨٩ هـ) ص ٤٧٦ ومامش ٢ ، والمفنى لابن قدامة على مختصر للخرقي ج ٣ ط . الخار ١٣٦٨ هـ ص ٥٨٧ .

(٦٨) حسن على الشاذلي : النظريات العامة في المعاملات في الفقه الاسلامي ، أبحاث في نظرية العقد ، دروس لطلبة السنة الاولى . قسم الفقه المقارن ، للدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون ، بدون تاريخ ص ١٢٣ .

(٦٩) المرجع الموضع السابقان .

(٧٠) زكي الدين شعبان : رسالته عن الشروط المقترنة بالعقد ص ٣٦ ، ١٤٣ .

(٧١) قارن حسن الشاذلي في المرجع والموضع السابقين . ولكز تابع وقارن استطراداته بعد ذلك .

Gilles Goubaux : La règle de l'accessoire en Droit (٧٢) privé, Paris 1969, No. 167, p. 244.

المبحث الثاني

الشرط كعنصر فى الواقعة القانونية

تمهيد تقسيم :

واطلاق لفظ الشرط ، لم يقتصر على فكرة العيب ، بل تجاوزها الى مدى أبعد « للدلالة على ما يستلزمه القانون فى واقعة ليرتب عليها اثر قانونى معين ، فالرسمية شرط لصحة التصرف القانونى ، بالهبة أو بالرهن الرسمى ، والتسجيل فى بيع العقار شرط لنقل الملكية بين المتعاقدين (وفقا لنص القانون) وبالنسبة للغير ، وحدث الضرر شرط لنشوء التزام بالتعويض على عائق مرتكب الخطأ ، والحاجة شرط لاستحقاق النفقة » (٧٣) .

وليس شك ، كما يؤكد الفقه ، أن الشرط فى الحالات المتقدمة ، ليس هو الشرط كوصف وإنما « هو عنصر يلزم توافره لاكتمال الواقعة التى يترتب عليها اثر من الاثار القانونية » (٧٤) . ومع ذلك فإن الخلط قائم بين هاتين الفكرتين المتبايرتين ، وهو خلط ترجع اصوله الى القانون الرومانى ، على ما سنعرض له لاحقا ، ذلك أن هذا القانون قد انطوى فى تطوراته على ما يؤكد اعتبار تخلف المحل بمشابة شرط يعلق عليه العقد ، وهكذا تنزل الركن منزلة الامر العارض ، وسنرى مدى خلط ذلك . والفقه على أن للواقعة القانونية اطلاقات متعددة ، فهى فى معناها الواسع : أى حادث يترتب عليه اثر قانونى (٧٥) ، يستوى أن يكون هذا الاثر هو نشوء التزام أو نقل حق عيني أو حق اسرة أو انقضاؤه أو تعديله (٧٦) .

(٧٣) جميل الشرقاوى ، الاحكام ، هامش ١ ص ١٦٥ .

(٧٤) المرجع والموضع السابقان .

(٧٥) جمال زكى : النظرية العامة للالتزام ١٩٦٦ بند ١١ عن ٢١ وقارن فتحى والى الذى يرى أن الواقعة القانونية ليست مصصرا الاثر وإنما هى ظرف لتترتب هذا الاثر . رسالته . نظرية البطلان فى قانون المرافعات ط ١ رقم ٣٢ ص ٧٥ . وهذا القول قديم قال به فنشاید ، وروتين ، ولنينج ، وفون تور وغيرهم : انظر الاسيوطى . سبادى ، القانون - ٣ - الحق ١٩٧٤ بند ٣٠٦ ص ١٥٩ .

(٧٦) جميل الشرقاوى : المصادر هامش ١ ص ٢٩ ، وعن أنعنى

للواسع يقول دى لامورانديير :

“un fait juridique est tout événement d'ordre social auquel le Droit attache un effet juridique, c'est-à-dire, de

وقد يقصد بالواقعة القانونية معنى اخص ويتمثل فى مجرد مصدر الالتزام ، وهى تنقسم بهذه المثابة ، الى واقعة طبيعية ، لا دخل لارادة الانسان فيها (٧٧) ، وواقعة انسانية (٧٨) ، تتمثل احيانا فى اتجاه ارادة الانسان فتعرف بالتصرف القانونى . و احيانا اخرى فى فعل نافع (اثره بلا سبب) او ضار (عمل غير مشروع) (٧٩) .

وفى النهاية قد يطلق اصطلاح الواقعة القانونية ويراد منه ، معنى اكثر خصوصية يتمثل فى العمل المادى ، نافعا كان ام ضارا ، والواقعة الطبيعية ، لكى تتم المقابلة « بينهما على هذا التحديد وبين التصرف القانونى » (٨٠) .

Création, de modification, de transmission ou d'extinction d'un droit".

راجع دروسه مع آخرين ، فى مقدمة القانون ح ١ باريس ١٩٥١ ص ٢٠٣ (٧٧) السنهورى . الوسيط ج ١ سنة ١٩٥٢ بند ٣٢ ص ١٢١ وما بعدها ، توفيق حسن فرج . المدخل . النظرية العامة للحق ١٩٧٨ بند ٢٢٠ ص ٣٩٠ .

(٧٨) توفيق حسن فرج . المرجع السابق بند ٢٢١ ص ٣٩١ وجميل الشرفاوى . المرجع والموضع السابقان . ويسمىها بعض للفقهاء : الواقعة الاختيارية . انظر مثلا : سليمان مرقس . موجز أصول الالتزامات بند ١٩ ص ٢٢ ، والسنهورى . الوسيط ج ١ بند ٣٢ ص ١٣١ ، الا أن تعبير الواقعة الانسانية أفضل ، لأنه ينطوى على مقابلة معقولة مع الواقعة الطبيعية ، هذا الى أن معنى الاختيار ليس مطردا فيما يسمى بالواقعة الاختيارية .

(٧٩) يوجد اتجاه حديث فى الفقه يذهب الى أن كل الالتزامات لها مصدر وحيد ، فلا تتميز بسبب الاصل ، ذلك أن خطوات انشاء الالتزام لا تتغاير ، وأن الذى يؤخذ فى الحساب هو التمييز بين عنصرى المديونية والمسئولية . وهو يميز فى تكوين الالتزام بين مرحلة القانون الذى ينشئ ، عنصرى الالتزام ، ومرحلة الواقعة التى تنشئ ، المديونية ، ومرحلة الحكم القضائى الذى ينشئ ، عنصر المسئولية نتيجة تحريك الرابطة التى كانت ساكنة . ويقصد بالواقعة القانونية بحسب هذا المذهب كل حدث يستثير أعمال أو تطبيق قاعدة قانونية ، وهذا هو مذهب الاستاذ د . نعمان جمعة . انظر : المؤلف : النظرية العامة لمصادر الالتزام . باريس ١٩٦٦ (١٩٦٨) وخاصة بند ٣١٩ ص ٢٧٩ وما بعدها .

(٨٠) جمال زكى : المرجع السابق بند ١١ ص ٢٣ . ويقول دى لامور انديير فى الموضع السابق :

"un sens étroit : on oppose le fait juridique proprement dit à l'acte juridique"

ولنا الآن أن نحاول استظهار مدى الخلط بين الشرط كوصف ،
والشرط كأحد عناصر الواقعة القانونية ، وسنشير الى ذلك من
خلال قسمي الواقعة القانونية ، الا وهما التصرف القانوني ، سواء كان
مصدرا للحق الشخصي أم الحق العيني ، والواقعة القانونية بمعنى
الواقعة المادية والطبيعية وذلك في مطلبين متتابعين .

المطلب الأول

الشرط كعنصر في التصرف القانوني

حتى أوائل الخمسينيات ، لم يكن التصرف القانوني موضوع
دراسة عميقة في الفقه العربي ، وقد نبه الى ذلك الاستاذ العميد
الدكتور جميل الشرقاوي في رسالته عن نظرية بطلان التصرف القانوني
وأفرد لفكرة التصرف بحثا خاصا في تلك الرسالة (٨١) ، أعقبته دراسة
موسعة للدكتور السنهوري في دروسه لقسم الدكتوراه (٨٢) ، فرسالة
للدكتور أحمد سلامة عن فكرة التصرف القانوني الصادر من جانب
واحد (٨٣) ، فمبحثا للدكتور فتحي والي في ثنايا رسالته عن نظرية
البطلان في قانون المرافعات (٨٤) ، وفي النهاية رسالة الدكتور نعمان
جمعة (٨٥) ، التي عرضت لمصادر الالتزام ككل .

وفكرة التصرف القانوني ، رغم انها حظيت بدراسات كثيرة في
الفقه الفرنسي ، الا انها مازالت بعيدة عن الاتفاق المطلق عليها ، ولقد
أخذ الدكتور السنهوري على كابيتان أنه لم يقرر صراحة « أن التصرف
القانوني هو الإرادة ذاتها » (٨٦) ، ونعني على ديموج أنه « أخفى هذه

=
وانظر فكرة الوقائع والتصرفات بوجه عام . كابيتان . المقدمة ط ٥
بند ٢٢٨ ص ٢٧٢ ؛ جميل الشرقاوي ، نظرية الحق ١٩٦٦ بند ٧٦
ص ٢٤٣ ، سليمان مرقس . موجز المدخل ١٩٥٣ بند ٣٠٥ ص ٣٦٥ .
(٨١) نوقشت الرسالة بجامعة القاهرة ١٩٥٣ وطاعتها الجامعة
س ١٩٥٦ ، انظر ص ٩ وما بعدها من الرسالة .
(٨٢) التصرف القانوني والواقعة القانونية ١٩٥٤/٥٣ ، و
دروس لم تكتمل .

(٨٣) بالفرنسية وسبقت الإشارة اليها .
(٨٤) طبعت الرسالة سنة ١٩٦٠/٥٩ . انظر ص ٧٥ وما بعدها
Théorie des sources de l'obligation. Paris (1966) (٨٥)
1068.

(٨٦) دروسه للدكتوراه سالفة الإشارة ص ٣٥ .

الحقيقة الجوهرية تحت ستار الاعتبارات الاجتماعية » ، (٨٧) وعاب على ديجي انه لم ينظر الى التصرف باعتباره نفس الإرادة (٨٨) . وانتقد بنكاز لانه أحدث مسخا « في طبيعة التصرف القانوني ، وهو إرادة محضة » (٨٩) . ثم عرف التصرف بأنه « إرادة محضة تتجه لحدث اثر قانوني معين يربيه القانون » (٩٠) .

وهذا التعريف الذي تجاوز الانتقادات السابقة ، ودنا من طبيعة التصرف القانوني . هو من التعريفات التي تلتقى مع تعريف الاستاذ العميد الدكتور جميل الشرقاوى الذى توج به دراسته للتصرف القانوني ، وذكر فيه ان التصرف القانوني هو « إرادة اثر قانوني معبر عنها ، يقرها القانون . فيترتب عليها هذا الاثر » (٩١) .

وهذا الاتجاه الشخصي فى تعريف التصرف القانوني ، هو الاتجاه السائد فى الفقه الآن . وهو ينبثق من تحليل جوهر التصرف بحسبان الإرادة ذاتها .

ومع ذلك فهناك اتجاه ذو نزعة موضوعية بدا يظهر فى دراسات بعض الفقهاء ، وهو اتجاه لا يعبأ بالإرادة فى حد ذاتها ، الا بقدر ما تحققه ، مختارة ، من خلق مركز قانوني جديد ، يمكن معرفة محتواه . وتقدير مدى توازنه على اساس موضوعي ، ويلعب السبب فيه دور الضامن لشيوع الإرادة فى نايا التنظيم الموضوعي للنق (٩٢) .

وهذا الاتجاه قديم ، ويذهب الى انه لا تلازم بين إرادة الاثر وبين التصرف القانوني ، بمعنى ان الإرادة قد تتجه لحدث اثر قانوني دون ان يستتبع ذلك وجود تصرف قانوني ، وان هناك تصرفات قانونية لا تلعب فيها إرادة الاثر أى دور يذكر ، فعقود الاذعان لا يقوم فيها المتعاقدان بدور آخر سوى مجرد إرادة التعاقد ، وبالجمله فانه فى عدد

(٨٧) المرجع السابق ص ٤٠ .

(٨٨) المرجع السابق ص ٥٣ .

(٨٩) المرجع السابق ص ٩٣ .

(٩٠) مؤلفه عن مصادر الحق ١٩٦٧ ج ١ ص ٦٥ .

(٩١) نظرية بطلان التصرف القانوني بند ١٦ ص ٤٧ . وانظر نى

أن جوهر التصرف القانوني يكمن فى انصراف قصد أو إرادة المتصرف الى تحقيق الاثار القانونية : السيدة بنلان لانور ، فى رسالتها سألقة الإشارة ص ٢ ، وجورج جراماتيكا : نظرية عامة للنزول بارييس ١٩٧١ ص ١ وما بعدها .

Jean Hauser : Objectivisme et subjectivisme (٩٢)

dans l'acte juridique, Paris 1971, No. 181, p. 322.

من التصرفات الحديثة تتولد الآثار دون أن يكون للارادة اى اثر فى ذلك وهذا الاتجاه الاخير محل نظر ، لانه ينطلق من فكرة الخلط بين التصرف والواقعة ، وتبنى فكرة خاطئة عن طبيعة بعض التصرفات .

— فالقول بأن الارادة قد تتجه لاحداث اثر قانونى دون أن يستتبع ذلك وجود تصرف قانونى ، هو قول يتجاهل حقيقة الدور الذى تلعبه الارادة فى كل من التصرف والواقعة وينبنى على خلط بين الامرين ، ذلك انه من المؤكدات الفقهية الآن ، وعلى ما يذهب اليه — بحق — الاستاذ الدكتور نعمان جمعة (٩٤) ، ان التفرقة فى مصادر الحق بين التصرف والواقعة « لا تعنى انعدام الارادة الانسانية فى النوع الثانى من المصادر ، فالارادة الانسانية قد تتواجد فى جميع أعمال وتصرفات الفرد ، فكما انه من الممكن ان تتجه ارادته الى ابرام عقد معين ، فانه من الممكن أيضا أن تتجه الى اتلاف مال الغير . ومع ذلك فالفرق واضح بين الحالتين ، فى حالة العقد تتجه ارادة التعاقد الى ابرام العقد ، وتتجه كذلك الى انتاج اثره القانونية ، وهى الالتزام باداء له قيمة اقتصادية محددة . وهنا يقوم المشرع بتبنى هذه الارادة وتدعيمها ، وتأكد احترامها . اما فى الحالة الثانية فان ارادة متلف مال الغير ، وان كانت قد اتجهت الى احداث الضرر ، الا انها لم تتجه الى احداث الآثار القانونية المترتبة على هذا الفعل الضار ، والقانون لا يأخذ هذه الارادة فى اعتباره عندما يحدد هذه الآثار ، فتعويض المضرور ومدى هذا التعويض لا يرتبط بارادة الفاعل ولا بمضمونها ، وانما بتوافر اركان المسؤولية التى اقتضاهها القانون ، وهى الخطأ والضرر . . وعلاقة السببية فيما بينهما » .

وهكذا يمكن القول بعبارة وجيزة مع الاستاذ العميد الدكتور توفيق حسن فرج ان تدخل الارادة فى الوقائع ، فيما لو تدخلت « ليس هو السبب فى نشوء الالتزام أو بصفة عامة فى تغيير المراكز القانونية » ولكن السبب يعزى الى الواقعة القانونية التى ترتب اثرها قانونيا» (٩٥) .

(٩٣) "... dans nombre d'actes juridiques, les effets se produisent sans que la volonté ait un quelconque rôle dans sette production".

الارجع السابق بند ٥١ ص ٦٨ وانظر أيضا بند ٥٢ ص ٦٩ ، ٧٠ وهذا المعنى ساور الفقه الايطالى الذى تأثر به الدكتور فتحى والى فى التمييز بين التصرف والواقعة .

(٩٤) مؤلفه : دروس فى الواقعة القانونية والمصادر غير الارادية ١٩٧٢ ص ٣ ، ٤ . فليس كل عمل ارادى كما يقول جراماتيكا فما يبعد تصرفا قانونيا : انظر جراماتيكا رسالته السابقة بند ٣ ص ٨ .

(٩٥) مؤلفه : الدخول للعلوم القانونية ، النظرية العامة للحق ١٩٧٨

بند ٢٢٠ ص ٣٩٠ .

- والاستشهاد بعقود الاذعان على وجود عقود لا تلعب فيها ارادة الاثر اى دور يذكر . يبنى على تبنى فكرة خاطئة عن طبيعة هذه التصرفات ، وهى فكرة قال بها هوريو وسالى وديجى ، حيث انكروا على عقود الاذعان سمتها التعاقدية . ولكن أيا كان امر عقود الاذعان فجمهور الفقهاء على أنها عقود حقيقية ، تتم بتوافق ارادتين (٩٦) ، وتخضع « للقواعد التى تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل ان أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فان هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية . وعلاج الامر لا يكون بانكار صفة العقد على عقد حقيقى ، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء . بدعوى حماية الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها . بل ان العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى ، ويكون ذلك باحدى وسيلتين او بهما معا . الأولى وسيلة اقتصادية ، فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع لا القاضي لينظم عقود الاذعان » (٩٧) ، ويؤكد ذلك ما يقرره الفقه بعبارات لا تحتتمل التأويل من أن الراجع « الآن فى فقه القانون المدنى أن الضغط الذى يكون الطرف المدعى واقعا تحته لا يبلغ حد الاكراه الذى يعدم الرضاء . ولا حتى الاكراه الذى يفسده ، وبالتالي فان القبول بطريق الاذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالايجاب عقدا حقيقى » (٩٨) . ومعنى ذلك ، كما يقرر فريق ثالث من الفقهاء (٩٩) . أن المتعاقد فى عقد الاذعان يمكنه بملء حريته أن يقبل او يرفض . ولكن هذا او ذاك يرد على الامر برمته . فان هو قيل ، فانه يكون قد أصدر رضاه بالعقد . والذى يريد العقد ، لا جرم يريد الاثر القانونى ، والا كان يأتى لغوا وهذا غير معقول ، فالارادة الانسانية هى عنصر جوهرى فى

(٩٦) فالانضمام الى هذه العقود هو شكل من أشكال القبول وان كان مركز القابل ليس متساويا تماما مع مركز الموجب : انظر د . محمد كامل مرسى : الالتزامات ج ١ س ١٩٥٤ بند ١٥ ص ٤١ ، وفى تحليل فكرة الطبيعة القانونية لعقود الاذعان *Nature juridique des contrats d'adhésion* عبد المنعم فرج الصدة : عقود الاذعان فى القانون المصرى ١٩٤١ ص ٨٩ - ١٠٦ ولاحظ قوله فى الصفحة الاخيرة :
"la faiblesse de la volonté de la partie adhérente ne peut pas changer la nature du contrat".

(٩٧) السنهورى ، الوسيط ج ١ السابق بند ١١٧ ص ٢٣١ ، ٢٣٢

(٩٨) سليمان مرقس ، اوجز ، السابق ، بند ٧٩ ص ٨٥ .

(٩٩) كولان وكابيتان ، السابق ، ص ٢٥٨ .

عقد الاذعان (١٠٠) .

ولا شك أن القيود الواردة في تعريف التصرف القانوني بأنه « ارادة اثر قانوني معبر عنها . يقرها القانون ، فيترتب عليها هذا الاثر » (١٠١) تحول دون أى لبس حول طبيعة التصرف ، والدور الذى تلعبه الإرادة فيه .

انما يلاحظ أن التعريف السائد للتصرف القانوني لا يستجيب بحق الا لتصور التصرف دائما على أنه ارادة واحدة (١٠٢) ، ولعل احساسا كهذا قد راود بنكاز حينما حاول اصلاح تعريف التصرف القانوني ، وتوسعته الى الحد الذى يسمح باندراج العقد فيه ، فقال ان التصرف الذى هو اظهار ارادة قد يكون فرديا أو ثنائيا بحسب ما اذا كان من عبر عنه فردا واحدا أو اثنين ، ولكن الفقه الحديث لم يرفى تعديل بنكاز سدا لخلل مسلك الفقه الذى يسوى « من حيث الطبيعة بين شيئين مختلفين تمام الاختلاف : التصرف القانوني بمعنى الارادة الفردية . وتصرف قانوني هو توافق بين ارادات عدة أى العقد (١٠٣) » ولذا ذهب الى أن التصرف هو ارادة واحدة دائما ، وهو بهذه المثابة يعتبر « مصدر الآثار القانونية فى جميع الاحوال وان كان لزوم هذه الآثار يتوقف على ارتباطه بتصرف آخر فى الحالات الغالبة ، فهو فى بعض آخر يلزم دون ارتباط مع ارادة أخرى، حسب نية مصدر الارادة » (١٠٤)

وهذه النظرية لا تهدم فكرة العقد بل تصحح تصوره (١٠٥) ، وتقيمه

G. Berlioz : Contrat d'adhésion : Paris 1973, (١٠٠)
pp. 171-172.

وهو يعرف عقد الاذعان (بند ٤١ ص ٢٧) بأنه :

“un Contrat dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période Contractuelle”

ويؤكد المؤلف أن عقد الاذعان لا يعدو أن يكون أداة قانونية اقتصادية تسمح بتسيير المشروعات الموجهة للجمهور بند ٣٦١ ص ١٧١ وعقد الاذعان لا يمكن اعتباره institution فقرة ٣٦٥ ص ٧٢ ولكنه Norme bilatérale فقرة ٣٦٦ ص ١٧٢ .

(١٠١) جميل الشرقاوى ، رسالة المشار اليها بند ١٦ .

(١٠٢) المرجع السابق بند ٥ ص ١١

(١٠٣) المرجع السابق بند ٥ ص ١١ ، ١٢

(١٠٤) المرجع السابق بند ٥ ص ١٠ وما بعدها .

(١٠٥) انظر عرضا انتقاديا للتصور التقليدى لفكرة العقد نى :

على أساس من المنطق ، وهو ما يتجلى من دراسة هذه النظرية دراسة مكتملة . كما أنها تحسم بهذا التصور كثيرا من المشكلات المتعلقة بطبيعة المحل والسبب والبطلان ، اذ تجعل المحل والسبب عنصرين في الإرادة وتبين أن الفروق التي تثار لتبرير فكرة تقسيم البطلان الى نسبي ومطلق إنما هي « فروق تتعلق بطبيعة السبب الذى ينتج عنه البطلان لا بطبيعة البطلان ذاته » (١٠٦)

ومعنى هذا ان الراى السائد فى الفقه . والذى يقسم التصرف القانونى الى قسمين احدهما التصرف الآحادى أو الإرادة المنفرده ، والثانيهما هو العقد أو الاتفاق قد بدأ يهتز تحت تأثير الفكر الحديث . الذى ينظر الى التصرف القانونى كعمل فردى دائما « اعلان ارادة واحدة » اتجاه ارادة لاحداث أثر قانونى . وبظل كذلك ولو دخل فى اقامة بناء قانونى مركب : عقد أو غيره من الاتفاقات التى تشارك فيها أكثر من ارادة واحدة ، والتى تتكون بتوافق هذه الارادات وارتباطها وهى عندئذ تتكون من تصرفات قانونية متعددة ، فكل تصرف من هذه التصرفات لا يذوب مع غيره من التصرفات فى كيان جديد واحد هو الاتفاق ، بل يظل كل تصرف حافظا لكيانه رغم دخوله فى هذا البناء الجديد الذى يمكن أن يعتبر مركبا من التصرفات القانونية « (١٠٧)

ونحن اذ نحاول الإشارة الى فكرة الخلط بين الشرط كوصف وبين عناصر التصرف القانونى ، فائما سنتبع نفس المنهج (١٠٨) الذى اختطه المشرع فى التمييز بين التصرف الآحادى والعقد ولكن من خلال التنظير المتقدم ، بمعنى أننا سنتناول فكرة الخلط بين الشرط كوصف وبين التصرف القانونى بمعنى الكلمة أى كإرادة واحدة سواء نقيت على استقلال ، أم دخلت مع غيرها فى تكوين رابطة عقدية .

René Savatier : Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civ. d'aujourd'hui... Troisième edit. Paris 1946, Nos. 20, pp. 28 et ss.

(١٠٦) المرجع السابق ص ٤١٤ ، ٤١٥ بالخاتمة .

(١٠٧) المرجع السابق بند ٦ ص ١٥ .

(١٠٨) كلمة المنهج ، لا تعنى فى مناهج البحث العلمى . محرد النسق أو الاسلوب، بل تعنى : الطريق المؤدى الى الكشف عن الحقيقة فى العلوم ، بواسطة طائفة من القواعد العامة التى تهيم على سير العقل وتحديد عملياته حتى يصل الى نتيجة معلومة : انظر عبد الرحمن بدوى مناهج البحث العامى . دار النهضة العربية . القاهرة ١٩٦٨ . بند ١٥ ص ٣ .

أولاً :

خلط فكرة الشرط كوصف بفكرة عناصر التصرف كإرادة واحدة

تمهيد :

خرجت الإرادة المنفردة ، ظافرة ، من ساحة الجدل القانوني وبات من غير الممكن انكار قوتها في انتاج الآثار القانونية (١٠٩) ، وهكذا ذوت الفكرة التي كانت تستبعد الإرادة المنفردة من بين مصادر الالتزام ، وترى فيها محض واقعة مادية . وهي فكرة وصلت في غلوها الى حد التناقض حتى مع بعض الحلول العتيقة التي يرجع اليها أصل هذه النظرية في القانون الروماني (١١٠)

وإذا كان الفقه الألماني ممثلاً في Kuntze و Siegel (١١١) ، والفقه الفرنسي ممثلاً في Worms و Tarde (١١٢) ، قد انتصر لهذه النظرية ، إلا أن شيئاً من التردد لازال يساور الفقه المعاصر في اعطاء الإرادة مدأها الحقيقي كمصدر للالتزام ، وهو مدى سيصحح لامحالة فكرتها في نطاق العقد ، ودورها الذي تلعبه في هذا البنيان القانوني .

ولقد بدأ الفقه العربي يضع العقد والإرادة المنفردة موضع الموازنة من حيث الجوهر ، وفي هذا الصدد نجد أن المرحوم الدكتور محمود أبو عافية يؤكد أن العقد والإرادة المنفردة يتفقان في جوهرهما وشروط صحتهما ، ويرى أنهما لايفترقان إلا من اللحظة التي يعتبر فيها التعبير باتاً بالنسبة لصاحبه ، فهو لايعتبر باتاً في العقد إلا إذا اقترن بتعبير موافق من الطرف الآخر ، ولا ضرورة لهذا الاقتران في حالة الإرادة المنفردة ، وهو ما يتوجه بعبارة التي يؤكد فيها أن العقد والإرادة المنفردة يمثلان نفس مصدر الالتزام ألا وهو التصرف

(١٠٩) جميل الشرتاوى . الرسالة السابقة بند ٧ ص ١٦ ومابعدهما
(١١٠) نعمان جمعه . الرسالة السابقة بند ٨٠ ص ٩٦ ، ٩٧ وانظر
شرحاً للفكرة القائلة بأن الـ indicium والـ pollicitatio
كانا تعبيراً عن إرادة منفردة في القانون الروماني د . أحمد سلامة . الرسالة
السابقة بالمجلة المشار إليها س ١ ص ٦٨ والتفصيلات من ص ٦٩ حتى
ص ١١٢ .

(١١١) جاك مارتان دي لاموت ، موسوعة دانوز ١٩٧٣ تحت لفظ
engagement par volonté unilatérale بند ٩ ص ٢ .

(١١٢) المرجع السابق رقم ١٠

القانونى (١١٣) .

كما أن الاسناد السنهورى نفسه ، يقرر فى قوة « أن الاعتراضات التى يتقدم بها خصوم النظرية لاتصل من الخطر الى حد أن تدك قواعدها » (١١٤) . ويتساءل فى استنكار قائلاً « ومادام القانون قد وصل فى تطوره الى أن يجعل للإرادة سلطاناً فى ايجاد الآثار القانونية ، فلماذا يقف سلطان الإرادة دون انشاء الالتزام » (١١٥) ، خاصة مع ما هو مسلم به من أن « الإرادة المنفردة يمكن أن تنتج آثاراً قانونية مختلفة . كما هو الشأن فى إرادة الموصي اذ تنشيء حقاً للموصي اليه دون حاجة الى قبول الوصية وإرادة الدائن المرتب فى النزول عن الرهن وشطبها أو محوها وإرادة العاقد الذى تقررت لمصلحته قابلية العقد للإبطال ، فى النزول عن التمسك بحقه فى إبطال العقد وهو ما يسمى بالإجازة . وإرادة المالك الحقيقى التى يقر بها البيع الصادر فى ملكه من غيره ، وإرادة رب العمل التى يقر بها عمل الفضولى . . . » (١١٦) وغير ذلك كثير (١١٧) .

ولعل هذا هو ما كان يساور ذهن المشرع المصرى حين قضى فى المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى بقدرة الإرادة المنفردة على انشاء الالتزام (١١٨) . ولا يفدح فى ذلك حذف النص ، لان حذفه مهما قيل فيه ، لا يمكن أن يرفع حقيقته . وهو أنه كان خطوة متواضعة فى سبيل اعتبار « الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام » (١١٩) ، دون أن

(١١٣) رسالته عن التصرف القانونى المجرد - النسخة الفرنسية

ص ٢٩٠ :

“Le Contrat et la volonté unilatérale ne sont qu'une seule et même source : L'acte juridique”.

(١١٤) الوسيط ج ١ ، السابق بند ٩٠٦ ص ١٢٨٦ .

(١١٥) المرجع السابق ص ١٢٨٧ .

(١١٦) سليمان مرقس ، الموجز ، سالف الإشارة بند ٥٤٨ ص

٥٨٢ وانظر اسماعيل غانم المصادر ١٩٦٨ بند ٢٠٨ ص ٣٩٥ .

(١١٧) د. السنهورى ، السابق بند ٩٠٦ ص ١٢٨٢ وما بعدهما .

وانظر تعداداً موسعاً للتصرفات الشرعية الانفرادية فى مقال بهذا العنوان

محمد زكى عبد البر . مجلة إدارة قضايا الحكومة س ٩ ص ٥٩ - ٦٠ .

وفى حذيقه التصرف الاستقاطى وأقسامه انظر : محمد زكريا البرديس :

التصرف الاستقاطى : نفس المرجع المجلة السابقة س ١٢ ص ٥٥٨ وما بعدها .

(١١٨) نصت المادة المخوفة على أنه « اذا كان الوعد من جانب واحد

مكتوباً وكان لمدة معينة فان هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل

فيه الى علم من وجه اليه ما لم يرفضه . . . » مجموعة الاعمال التحضيرية

ج ٢ ص ٣٣٨ بالهامش .

(١١٩) السنهورى ، السابق ، ص ١٢٩١ .

نطوى مطلقا على « الفاء العقد » (١٢٠) ، وان كانت تقتضي تعديل « تصور العقد حتى لايتعارض مع المبادئ التى يفرضها التسليم بقوة الارادة المنفردة فى انشاء الالتزام ، وتحديد مداه ، وحتى يقوم العقد على أساس هذه القوة نفسها » (١٢١) .

وعلى أى حال فان فكرة الارادة المنفردة قائمة فى القانون المدنى المصرى وهو مايتقاضانا التساؤل عن عناصر هذه الارادة أو التصرف وعلاقتها بالشرط كوصف (١٢٢) ، وهو ما نعرض له الآن .

عناصر التصرف تختلف فى مضمونها عن فكرة الشرط كوصف :

يحدد الفقه عناصر التصرف القانونى ، أو الارادة المنفردة كما يقال عادة ، بأنها « الاهلية وخلو الارادة مما يشوب الرضاء من عيوب ، وقيام محل تتوافر فيه الشرائط اللازمة ، ووجودسبب مشروع » (١٢٣) ، كما ان القانون قد يستلزم افراغ التعبير عن الارادة فى قالب شكلى معين .

ونستعرض فيما يلى الملامح الاساسية لهذه العناصر لمعرفة مدى تبايرها عن فكرة الشرط كوصف حسبما سندرسها .

١ - **الاهلية وسلامة الارادة :** يجب أن يكون المتصرف أهلا للتصرف ، وذا رضاء سليم غير مشوب بعيب من عيوب الارادة (١٢٤) .

وليس هناك أى خلط فقهي ، بين هذا العنصر وبين الشرط كوصف (١٢٥) ، ففانق الاهلية عندما يتصرف لايمكن أن يقال أن تصرفه يكون معلقا على شرط استجماع الاهلية ، لان الارادة تكون فى هذه الحالة « غير كافية فى نظر القانون لان ينشأ بها تصرف قانونى » (١٢٦) ، وذلك على تفصيل ليس هنا مجاله ، بيد أننا نجتزئ بشيء من المقارنة

-
- (١٢٠) جميل الشرقاوى . الرسالة السابقة بند ٩ ص ٢٧ .
- (١٢١) المرجع والموضع السابقان .
- (١٢٢) أجابت على ذلك المادة ١/٢٢٨ من المشروع التمهيدى سائلة الاشارة بأنه يسرى على الارادة « الاحكام الخاصة بالعقود ، الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام » .
- (١٢٣) السنهورى ، السابق بند ٩٠٧ ص ١٢٩٠ وأحمد سلامة .
- المدخل . المرجع السابق بند ١٨٥ ص ٣٢٩ وما بعدهما ، وانظر بوجه خاص دى لامور انديير : المقدمة سائلة الاشارة ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ .
- (١٢٤) انظر حدود هذا المقتضى فى مؤلف دى لامور انديير سائلة الاشارة ص ٢٠٨ .
- (١٢٥) تروتزيبه . السابق ص ١٨٦ - ١٩٦ .
- (١٢٦) جميل الشرقاوى : المصادر بند ٤٠ ص ١٧١ .

ونقول ان فقدان الاهلية يختلف عن فقدان الولاية . في ان هذا الاخير ، على خلاف الاول ، لا يعيب التصرف بل يحول دون انتاج التصرف اثره في حق الغير الذي يتم التعامل باسمه ، ولا تقوم في هذه الحالة ايضا حاجة الى القول بان تصرف فاقد الولاية يكون معلقا على شرط استجماعه اياها . وان جاز ان يقال ان الامر في هذه الحالة يتعلق بفكرة تكون الحق تكونا متتابعا (١٢٧) ، على ما سنرى لاحقا .

وإذا لم تكن الإرادة سليمة . أى غير حرة أو غير متورة . فن التصرف يكون معيبا أيضا . وقد يكون العيب هو الغلط . تلقائيا ام ناشئا عن حيل أو الاستغلال أو الاكراه ، ولا يقال في هذه الحالات ان التصرف يكون معلقا على شرط . فالفقه لم يخض بحق في هذه المسائل الواضحة ، ولم يجعل من سلامة الإرادة ، وهى شرط قانونى ، شرطا بمعنى الوصف ، أى أمرا عارضا يجد مصدره في الإرادة ذاتها .

ان المتصرف يجب ان يكون جادا في تصرفه . غير هازل . بمعنى أنه يجب أن يصدر ارادة باتة بقصد بها الالتزام ، فلا يقرنها « بمايدل على أنه لايلتزم الا اذا عبر عن ذلك مرة أخرى فيما بعد » (١٢٨) . ذلك ان الإرادة تكون في هذه الحالة . مقترنة بما يعرف بشرط المشيئة أو الشرط الارادى المحض ، وقد اجمع الفقه على عدم قبول ذلك من الناحية القانونية (١٢٩) .

٢ - مشروعية الإرادة : المحل والسبب المشروعان :

نصل الآن الى اكثر المسائل حساسية ليس بالنسبة لفكرة الشرط وحده ، بل بالنسبة للقانون المدنى ككل . وليس في مصر وحدها بل في العالم كله ، رخصة في فرنسا . ذلك أن تحديد طبيعة المحل والسبب يعد من أكثر المسائل تشعبا واثارة لاختلاف الراى . ريكفى ان نذكر مثلا بما يذهب اليه بعض الفقهاء من تكيف المحل كشرط بمعنى

(١٢٧) انظر التفاصيل فى رسالة فرديهيه سالفة الإشارة بند ٦٢ ص ٥٣ وما بعدهما . والتصديق لا يعتبر شرطا واقفا سواء كان تصديق فرد أم تصديق مجلس ، وفى هذا الأخير يتناول القضاء الفرنسى "la ratification... est en réalité la Condition nécessaire à l'existence de la convention elle-même" Req. 21 mars 1921, D. 21.1.166. Cité par verdiers. La thèse précitée, p. 55 note ٨.

(١٢٨) جميل الشرقاوى . المرجع السابق بند ١٧ ص ٧٦ .
(١٢٩) المرجع والموضع السابقان ، جمال زكى . المصادر ط ٢ بند ٣٦ ص ٦٠ ، وسليمان مرقس . موجز أصول الالتزامات ١٩٦١ بند ٥٦ ص ٥٨ ، اسماعيل عانم . المصادر ١٩٦٨ بند ٤٧ ص ٧٩ ، السندهورى الوسيط ١٩٥٢ بند ٧٢ ص ١٧٢ .

الوصف (١٢٠) ، وبما جنحت اليه ، في تطرف ، بعض المحاكم الفرنسية ، من أنه يعتبر سببا دافعا كل شرط أو عبء ، بدونه ، لم يكن المتصرف ليقدم على إبرام تصرفه (١٢١) . هكذا بعبارات بسيطة نجد الحواجز قد انهارت بين الافكار ، ولقد يتقاضانا ذلك أن نقف وقفة نظرية ، نتبعها بنظرة تطبيقية ، ازاء هذه الفكرة بالغة التعقيد .

(١) عرض نظري :

أ - النظرية التقليدية : يفصل الفقه التقليدي بين المحل والسبب (١٢٢) ويجعلهما ركنين في العقد (١٢٣) ، بيد أنه ازاء تعدد المحل

(١٢٠) سئل هذا في فكر أوبري ورو ، وبودري وسينيا ، وبلايهل وريبير وهامل وجرانمولان والهالي وحامد زكي . وانظر مثلا السنهوري الوسيط ج ٤ بند ١٠٢ ص ١٩٢ .
(١٢١) انظر اشارة الى ذلك في رسالة فيليب سيمليه سالفة الذكر بند ٤٠ ص ٤٧ - ٤٨ ولا حظ قوله :

“Les tribunaux ont fait... une application extrêmement large qualifiant de cause impulsive et déterminante toute Condition ou large sens laquelle le disposant se serait abstenu faire la donation ou le legs”

(١٢٢) استعرض الاستاذ العميد الدكتور جميل الشرفاوى في مقالة عن طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني تصوره الحديث الذي يحسم كافة جوانب الخلاف الذي يكتنف فكرة المحل والسبب في الفقه التقليدي ذلك أن الفقه التقليدي يواجه عقبة كأداء حين يبحث عن الكائن الثاقب الذي يلحق به المحل والسبب ، وقد استعرض الفكرة القائلة بأن المحل والسبب ركنان للعقد وانتقداهما (بند ٥ ص ٣٠١ وما بعدها حتى ص ٣١٠) مؤكدا أنها لم تنجح في إبراز معنى موحد لكل منهما باعتباره ركنا للعقد ، وأن تقييم لكل منهما ذاتية خاصة تحول دون اختلاطه بمحل أي سبب الالتزام ، إذ الآراء التي تبنت هذه الفكرة لم تحل دون ما يؤدي اليه هذا الاختلاط من ضرورة التسليم بتعدد كل منهما ذي كل عقد ، مع تعدد المتزمين في هذا العقد . كما انتقد رد الفعل الذي أعقب الاتجاه الاول والذي قال بأن المحل والسبب ركنان للالتزام ، ووسمه بأنه كان محاولة سطحية لتجنب المآخذ التي وجهت الى اعتبارهما من أركان العقد (بند ٦ ص ٣١٠ حتى ٣١٧) . وانتهى بعد تحليل طويل « الى أن المحل والسبب لا يمكن أن يكونا الا من عناصر الارادة التي تنتج الى احداث آثار قانونية ... هذه الارادة هي التصرف القانوني وهي صورته الوحيدة . والتصرف في جميع الاحوال ارادة واحدة ، وهو يظل كذلك ولو دخل في تركيب عقد من العقود ، فالعقد هو ارتباط بين تصرفين قانونيين أو تصرفات قانونية متعددة » : مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة والثلاثون (١٩٦٤) بند ١٨ ص ٣٦٦ .

(١٢٣) ومن الفقهاء من يعتبر ذلك مسلكا طبيعيا أمام نصوص

والسبب في العقد الواحد ، فقد ذهب فريق من الفقه الحديث الى جعل
المحل والسبب ركنين في الالتزام لا في العقد (١٢٤) . وقال فريق آخر ان
السبب ركن في الارادة . اما المحل فركن في الالتزام الذي يتولد
عنها (١٢٥) .

واستلزم الفقه ، ايا كانت نظراته التقليدية . شروطا ثلاثة للمحل
هى الوجود او الامكان . والتعيين او القابلية للتعيين والمشروعية ،
وشروطا ثلاثة للسبب هى الوجود والمشروعية ايضا فضلا عن صحته ،
ويكاد يكون هذا التعداد مستقى من نصوص القانون المدنى المصرى (١٢٦)

واذا كان الفقه التقليدى ، يعرفه محل الالتزام بأنه الامر الذى
يلتزم المدين به سواء كان هذا الامر تقل حق عينى او اداء عمل او
امتناعا عن عمل ، فان فريقا منه يعتبره ايضا تعريفا لمحل العقد ،
فالاستاذ بير رينو مثلا يذهب الى أنه يقصد بمحل العقد واحدا من
معانى اربعة متميزة هى : العملية القانونية *L'opération juridique*

القانون التى تحدد أحيانا شروط انعقاد العقد أو الاتفاق ، ففرديه فى
رسالته السابقة ، بند ١٨ ص ١٦ يقول :

"L'article 1108 du Code Civil (Fr.) en disposant que quatre
Conditions sont essentielles pour la validité d'une convention,
un consentement, un **objet**, la Capacité des intéressés, une
cause, détermine à la fois les éléments constitutifs d'une
convention et ceux dont la réunion est indispensable pour la
naissance des droits..."

بيد أن فريقا من الفقهاء يقول أنه على أساس من التجوز والاضطرار.
والجمع بين ما يعتبر عنصرا فى العقد وما يعتبر عنصرا فى الالتزام (أو
الحق) فإنه « يكون للعقد ثلاثة أركان أو شروط انعقاد وهى الرضا والمحل
والسبب : سليمان مرقس ، الموجز ، بند ٥٣ ص ٥٦ .

(١٢٤) مثلا د . عبد الهادى العطاوى : صور من طرق التعبير عن
الارادة فى القانون الانجليزى والتقنين المدنى السودانى : مجلة القانون
والاقتصاد . السنة ٣٤ ص ٥٣ وما بعدها . وعذا هو مسلك التقنين
المصرى فى حقيقة الامر .

(١٢٥) جمال زكى : المصادر (١٩٦٦) بند ٣٠ ص ٤٦ :
والسنهورى الوسيط ج ١ السابق بند ٦٨ ص ١٧٠ .

(١٢٦) ولكن الدكتور السنهورى يرى أن المشروعية هى الشرط الوحيد
الذى استلزمه القانون فى السبب : الوسيط ج ١ . السابق . بند ٢٠٢
ص ٤٨٠ وما بعدها ، وانظر فى عرض الأفكار المذكورة جميل الشقار
المصادر بند ٤١ ص ١٧٥ وما بعدها .

التي يريد المتعاقدان تحقيقها (١٢٧) كاتمام قرضه أو الاداء الموعود la prestation promise ذلك أن العملية القانونية التي يريد المتعاقدان تحقيقها تتم عن طريق انشاء التزامات تشكل في حد ذاتها محل العقد ، ومثال ذلك الالتزام بدفع الثمن ، ومن هنا يكون محل العقد هو الاداء الموعود ، يستوى أن يكون اعطاء أو عملا أو امتناعا عن عمل . أو الشيء الذي يعد محلا للالتزام أو الاداء La chose qui fait l'objet de cette obligation ذلك أن الاداءات لها محال متعددة ، من بينها الاشياء ، فاذا أنصب الاداء على شيء ، كان ذلك الشيء محلا للعقد . أو الحق droit الذي يرد على الشيء ، ذلك أنه عندما يقال أن شيئا ما يعتبر محلا للعقد ، فإن ذلك الشيء لا يشكل في حد ذاته ذلك المحل ، ولكن المحل يتمثل في الحق على ذلك الشيء ، مع ملاحظة أن هذا التحديد يصبح غير ذي جدوى - كما يقرر رينو - إذا كان الحق هو حق الملكية ، ضرورة أن الملكية غالبا ما تختلط بالشيء الذي ترد عليه ، ولكنه يصبح ذا مغزى فيما عدا ذلك من أحوال (١٢٨) .

ب - النظرية الحديثة :

ولا شك أن الاختلافات المتقدمة ، تلقى ظلالة من الشك على الطبيعة القانونية للمحل ، خاصة فيما يتعلق بعلاقة المحل بالإرادة ، وفي هذا

(١٢٧) إنما يلاحظ أن رينو يذهب مع مارتى ، إلى وجوب التفرة بين محل الالتزام ومحل العقد ، فمحل العقد هو العملية القانونية التي يربو المتعاقدان إلى تحقيقها أما محل الالتزام فهو الاداء الموعود . مؤلفهما في القانون المدني ج ٢ ، المجلد الاول بند ١٦٤ ص ١٥٠ :

"C'est ainsi qu'il a été proposé de distinguer l'objet du Contrat, qui est l'opération juridique poursuivie par les parties, de l'objet des obligations Contractées qui n'est autre que la prestation promise".

وانظر الاساتذة مازو : دروس في القانون المدني . الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة بند ٢٣١ ص ١٩١ .

Raynaud (P.) : Les Contrats ayant pour objet une obligation cours de : (D.E.A. de Droit privé général. Univ. de Droit, d'économie et des sciences sociales de Paris. Dact. 1978-1979, p. 4.

ويطلق أوفرستاك على الشيء ذاته الذي يرد عليه الاداء ، اصطلاح محل الاداء. objet de la prstation رسالته : محاولة لتصنيف العقود الخاصة من نفس سلسلة مكتبة القانون الخاص سنة ١٩٦٩ ص ٢٨ . وهو يميز محل الاداء عن محل الالتزام ، في أن الاول على خلاف للثاني محسوس وغير مجرد حين يعتد بالظاهرة التعاقدية الخارجية .

الصدد قامت دراسات متعددة ومتعمقة في الفقه الفرنسي والعربي نبذت التصور المادي للمحل ، وبدأت في اسباغ الوصف القانوني الاكثر انطباقا عليه ، بحسبانه وثيق الصلة بالارادة ، وعلى هذا الاساس حددت محل التصرف « بأنه تمثل أو تصور Representation تحقيق الاثر القانوني المقصود من التصرف » أي تصور « الالتزام » الذي يهدف اليه صاحب الارادة مع سائر الآثار المرتبطة به « (١٣٩) ، فالمحل اذن « هو تصور الالتزام اما ترتب هذا الالتزام فعلا . فهو اثر التصرف » (١٤٠) . وانطلاقا من ذلك الاصل فان تصوير محل الالتزام باعتباره عملا أو امتناعا هو تصوير مقبول ، مع ملاحظة أن هذا التصوير لايعنى أكثر من « أن العمل أو الامتناع هو موضوع هذا الالتزام بعد أن ينشأ وفقا للقانون » (١٤١) . فليس العمل أو الامتناع اذن ركنا أو شرطا في الالتزام . لان الالتزام « باعتباره أثرا أو نتيجة لايمكن أن يوجد الا اذا توافرت له شروط هذا الوجود في الواقعة التي يجعلها القانون مصدرا له ، ولواجه للكلام عن أركان له أو شروط فيه بعد ذلك » (١٤٢) .

واما فيما يتعلق بالسبب ، فيبدو أن الصعوبات بشأنه قد بدأت تنحسر ، وأن طبيعته القانونية قد بدأت تتبلور ، ذلك ان النزعة المادية في تعريفه (١٤٢) قد بدأت تذوى كفكرة جامدة . محددة سلفا . لان

(١٣٩) جميل الشرقاوى : المصادر ، المرجع السابق ، بند ٤٢ ص ١٨١
(١٤٠) المرجع السابق هامش ١ ، وانظر في تحديد المحل على أساس تصور مقارب من هذا التصور : المرجع التي أشار إليها في هامش ٢ ، ص ١٨١ من نفس المرجع والمراجع التي أحال إليها بمقالته المشار إليها ؛ وانظر محاولة أوفرستاك التي سبق أن أشرنا إليها في محاولة تمييز محل الاداء عن محل الالتزام وما يستتشف من أقواله عن طبيعة هذا الأخير حيث يقرر برسائلته المشار إليها ص ٢٨ :

“L'objet de la prestation comme une notion plus Concrète que l'objet de l'obligation. Elle prend en considération le phénomène contractuel dans sa manifestation extérieure et non sous l'angle abstrait des obligations auxquelles donne naissance”.

(١٤١) جميل الشرقاوى : المرجع السابق بند ٤٢ ص ١٨٢ .

(١٤٢) جميل الشرقاوى : المرجع والموضع السابقان .

(١٤٣) استعرض جاك غستان في مؤلفه عن فكرة اللغظ في القانون

الوضعي الحالي (بارييس ١٩٦٣ بند ٢١٢ ص ٢٥٤ وما بعدهما) ، التصور الموضوعي والاقتصادي للسبب ومثل له بفكر لوى لوكاس ، الذي أفصح عنه في رسالته للدكتوراه (من ديجون ، ١٩١٨ ، عن الارادة والسبب : دراسة حول العناصر المنسئة للرابطة الملزمة في القانون الخاص) وبغنى .

مفترضها قد بات لا يصدق مع مقتضاها ، فهي تجعل السبب امرا ثابتا لا يتغير في النوع الواحد من العقود ، وهذا يقتضي فصل السبب عن الارادة ، وهو امر احس الفقه بعدم امكانه اطلاقا ، فعرف السبب حتى في النطاق التقليدي بأنه « الغرض المباشر والمجرد الذي يريد المدين تحقيقه بالتزامه » (١٤٤) وهذا تسليم واضح بأن السبب عنصر في الارادة ، فطالما أن السبب هو الغاية التي تستهدفها الارادة فاته « لا يتصور أن ينشأ أي شك في طبيعته الذاتية أو النفسية الخالصة إذ لا يمكن أن تكون « الغاية » أمرا غير نفسي » (١٤٥) .

وهكذا تأكد أن السبب عنصر « في الارادة التي تنشيء الالتزام » (١٤٦) وسواء قيل بذلك مباشرة أم قيل به كمقتضي منطق ما ساد في الفقه والقضاء من أن السبب هو الباعث الدافع الى التعاقد (١٤٧) ، فتلك

جودمية . وقرر أن تلك النظرة تنأى تماما عن الاطار النفسي للمتعاقدين . ثم استعرض فكر ريبير وبولانجيه وسيليس ومازو وايناسكو وكايبقان وغيرهم ومنه يمكن أن نستظهر بسهولة شبه الاجماع على تصوير السبب على الاقل في أحد جوانبه تصويرا نفسيا وشخصيا لا موضوعيا وذاتيا . (١٤٤) جمال زكي : المصادر بند ١١٠ ص ١٩٣ .

(١٤٥) جميل الشرقاوى : المرجع السابق بند ٤٢ ص ١٨٢ .

(١٤٦) سليمان مرقس : موجز أصول الالتزام بند ١٤٢ ص ١٤٣ ويقول بعض الفقهاء بصدد السبب أنه عند « مستوى معين من التعهيم يمكن الجمع بين الفكرتين التقليدية والحديثة ، ذلك أن السبب في الحالتين يكمن خلف الرضا . . . » محيي الدين علم الدين . نحو مفهوم جديد للتصرف المجرد . مجلة ادارة قضايا الحكومة س ٢٠ ص ١٧٨ وما بعدها وانظر عبد الله علم الدين في استعراض بالفرنسية لفكرة معرفة الشريعة الاسلامية لنظرية السبب بمفهومها التقليدي ، والتقليدي الحديث في مقال بعنوان : السبب في القانون الفرنسي والشريعة الاسلامية . المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية مارس ١٩٦٥ ع ١ ص ٧ وما بعدها . وهو يذهب الى أن السبب في الشريعة وعلى العكس من القانون الفرنسي ليس عنصرا متشكلا في التصرف فلا يعد شرطا قانونيا sine qua non لانشائه ص ٢٠ . وانظر في مفهوم السبب في القانون الروماني : توفيق حسن فرج . القانون الروماني ١٩٧٥ ص ٤٢٨ . (١٤٧) انظر في الاشارة الى هذا المفهوم :

Louis Josserand : Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé, Paris 1928, No. 123, p. 162.

وهو يقابل بين السبب الدافع ويسميه أيضا سبب العقد la Cause du Contrat وبين سبب الالتزام بند ١٢٤ ص ١٦٤ ، وفيليب سبيليه ، الرسالة السابقة بند ٢٦٨ ص ٣٢٥ حيث يتساءل عما إذا كان الدافع الدافع له معنى آخر خلاف ارادة المتعاقدين ثم يقول :

روافد لفكرة الاستاذ العميد الدكتور جميل الشرقاوى التى عمقها الى ابعد حد حين مضي في التحليل الى حد دمج فكرتى السبب والمحل فقال انه « اذا كان كل من المحل والسبب من عناصر الارادة » اوبعبارة اخرى من عناصر التصرف القانونى (باعتبارده الارادة التى تتجه الى احدث اثر قانونى) . فمن الطبيعى الا يقوم . بعد ذلك ، اى مانع يحول دون تقريب احدهما من الآخر ، بل ان النظر من قرب الى كل منهما ، بعد اعتبار كل منهما عنصرا في الارادة . يحمل على تصور الاختلاط بينهما . ذلك انه ليس من الممكن ان يفصل في الارادة الواحدة بين القصد الى تحقيق نتيجة معينة ، والغاية من تحقيق هذه النتيجة ، اى لا يتصور الفصل في نفس الارادة . بين القصد الى المحل والقصد الى السبب ، فالمحل بمعنى النتيجة المقصود تحقيقها بالتصرف ، لايمكن تحديده الا مع اعتبار غاية الشخص من التصرف ، والغاية لاتتصور ، كعنصر الارادة ، الا مرتبطة بالنتيجة المقصودة من التصرف ، ولا يمكن الفصل بين الموضوع والغاية الا بالالتجاء الى تجريد لا يطابق الحقائق الواقعية : فالعمل الارادى كل لايتجزا بالنسبة لما ينصب عليه من موضوع وغاية « (١٤٨) .

واذا كان ذلك كذلك ، فانه يصح القول ان المحل والسبب هما موضوع الارادة او غاية التصرف ، او حتى السبب ، باعتبار هذا الاصطلاح الاخير من الاصطلاحات الفقهية والتشريعية والقضائية

“La Cause impulsive et déterminante, c'est la cause moderne, c'est-à-dire le motif déterminant des parties, le but qu'elles visaient”.

ثم يحلل بعد الحالات ويقول بشأنها أن :

“La Cause impulsive et déterminante était précisément la volonté du dispart”

وانظر كذلك : رسالة بوا جيزان عن السبب فى القانون الفرنسى من بورديو ١٩٣٩ ص ٥٢٣ ، وانظر اشارة الى ذلك فى مؤلف الاستاذ العميد الدكتور جميل الشرقاوى : المصادر ، سالف الاشارة بند ٤٣ ص ٢٠٦ وهامش ١ وانظر عرضا لماهية السبب فى النظرية التقليدية ولدى الفضا فى مؤلف

Bo. is Starck : Droit Civil : obligations, Paris 1972, No. 1981. pp. 459 et suivants.

وانظر ديمانت وكوليه دى سانتيير فى محاولة لتمييز سبب الالتزام عن السبب أو الباعث فى العقد ج ٥ باريس ١٨٦٥ بند ٤٦ مكرر ص ٥٧ وما بعدها وانظر بودرى وبارد ، المطول النظرى والعملى ج ١ ط ٢ باريس ١٩٠٠ بند ٣٠٢ ص ٣٠٧ .

(١٤٨) المصادر ، المرجع السابق بند ٤٢ ص ١٨٧/١٨٦ .

المستقرة (١٤٩) ، وأنه لا يلزم من شروط فى السبب أى مضمون التصرف سوى شرط المشروعية أى مشروعية الغاية أو الباعث الدافع (١٥٠)

(٢) نظرة تطبيقية :

ليس فى نيتنا الآن أن نقارن بين السبب أو مضمون الإرادة (أو المحل مندمجا مع السبب) وبين الشرط ، لأن ذلك لا يكون منطقيا إلا بعد الوقوف على الأقل على تعريف الشرط وبعض مقوماته ، وإدراج المقارنة فى نطاق بحث المقوم الذى يستجيب لذلك ، بيد أننا نكتفى بالإشارة إلى ما يكتنف الفقه التقليدى من لبس شديد حين يسبغ على المحل والسبب - وكلاهما منفصل فيه على ما رأينا - سمة الشرط مع أن الشرط ، ليس جزءا من الإرادة كما سنرى .

وعلى سبيل المثال فإن فيلدرمان نبه إلى حقيقة السبب كفكرة نفسية (١٥١) *La Cause est une notion psychologique*

ليس فقط فى نظرية القضاء التى تبناها الفقه الحديث .والتي تعتبره باعثا دافعا (١٥٢) ، بل أيضا فى النظرية التقليدية ، إلا أنه استطرذاً أنه إذا كانت الإرادة قادرة على اجتذاب بعض الأوصاف *modalités* التى تؤثر لا محالة على مصير التصرف ذاته ، فإن البواعث الدافعة إلى التعاقد لاتعدو أن تكون أوصافاً للتراضى (١٥٣) :

“Les mobiles déterminants sont en quelques sorte des modalités, des manières d'être du consentement”.

وسفاد ذلك أنه بجانب العناصر المنشئة للعقد ، يوجد الوصف ، وهو ما يمكن دون تجوز ، القول بأنه يشكل سببا ثانيا *seconde Cause* على حد ما رسفته به محكمة ليون (١٥٤) ، الأمر الذى قد يصبح معه الشرط كوصف عنصرا إضافيا لصحة التصرف (١٥٥) *“un élément*

(١٤٩) المرجع السابق ص ١٨٧ ومعنى ذلك « أن مضمون الإرادة هو السبب وحده دون المحل ، وأن هذا السبب هو ركن التصرف القانونى ، وهو يعنى عن المحل ، لأنه يتضمنه ، أما محل الالتزام ، أى العمل أو الامتناع الذى ينصب عليه ، فلا يمكن أن يعتبر ركنا له أو شرطا فيه يؤثر وجوده أو تخلفه على صحة الالتزام ٠٠٠ وإنما هو موضوع له يتوافر بالضرورة لكل التزام قائم ، »

(١٥٠) : المرجع السابق بند ٤٣ ص ٢٠٣ .

(١٥١) رسالته عن عدم رجعية الشرط فى الاتفاقات ٠ باريس ١٩٣٥

بند ١١ ص ١٩ .

(١٥٢) نفس المرجع بند ١٢ ص ٢٠

(١٥٣) المرجع السابق بند ١٢ ص ٢٠ - ٢١ .

(١٥٤) الصادر فى أغسطس ١٨٨٤ والمشار إليه فى هامش ١

ص ٢١ من نفس المرجع .

(١٥٥) المرجع السابق بند ١٢ ص ٢١ .

de validité supplémentaire de l'acte" ، ضرورة ان الشرط قد يلعب دور الباعث الفأى mobile-but او السبب الثانى بالنسبة للتصرف فى حالة ما اذا انصرفت ارادة التعاقد الى عدم الالتزام بصفة نهائية الا اذا تحقق الشرط (١٥٦) .

وحتى نشفهم ابعاد فكر فيلدرمان فافه يكفى ان نشير الى انه كان يستهدف الوصول الى اعتبار الشرط عنصرا فى الارادة . حتى ولو كان هذا العنصر بعيدا . كى تتحقق مقتضيات نظريته فى عدم الرجعية ، ذلك انه اذا كان الشرط سيعتبر عنصرا جوهريا فان التصرف لن يكتمل وجوده الا من لحظة تحقق الشرط وبالتالى لن يكون له اثر رجعى .

كذلك الامر بخصوص النظرية التقليدية للمحل كشيء ، فانها تفتح المجال امام خلط فكرة المحل بحسب هذا المفهوم بفكرة الشرط . ذلك ان كثيرا من الفقهاء ذهبوا الى ان بيع الشيء المستقبل - على الاقل فى بعض صوره - انما هو بيع معلق على شرط واقف (١٥٧) ، ويتمثل هذا الشرط فى وجود ذلك الشيء ، وهذا الخلط بدوره لامبرر له . لان الشرط ، كما سنرى هو امر خارج عن غايات التعاملين وعن آثار الارادة او التصرف ، ولا يمكن للفقهاء بعد تطوراته الحديثة ان يعود لقهقرى لىتمسك بتفسيرات رومانية عتيقة (١٥٨) .

والخلاصة ان محتوى التصرف ، هو بطبيعته امر داخلى . من صميم تكوين الارادة ، ولا يجب خلطه بالشرط كوصف ، لان هذا الأخير امر عارض يضيف المتصرف الى تصرف استجمع كافة مقوماته ابتداء ، وتوافرت له بالضرورة كافة الآثار المترتبة عليه من لدن ابرامه ،

(١٥٦) ويتول فيلد رمان : المرجع السابق بند ١٤ ص ٢٢

"Celui qui Contracte sous Condition ne veut évidemment avoir Contracté que si Condition arrive".

(١٥٧) وهذا التفسير كما سنرى قد بدأ من القانون الرومانى وتبناه كثير من الفقهاء مثل أودرى ورو ، وودردى وسينيا وغيرهم . وانظر مثلالا تيولى وريبير وعامل ج ١٠ بند ٣١ ، والهاللى وحامد زكى : شرح القانون المبنى الجديد ٠٠٠ ط ٣ بند ١٢٥ ص ١٢١ - ١٢٢ ، وجرانمولان : شرح القانون المبنى الماصرى القوضى والمختلط : العقود ٠ بند ٢٠ ص ٧ : وعبد الرزاق احمد السديورى ٠ الرسيط ج ٤ بند ١٠٢ ص ١٩٢ .

(١٥٨) كانت القاعدة عند الرومان تأثرا بفكر أرسطو وابقور هى الحتمية ، انطلاقا من مبدأ خضوع الكون لنواميس محددة سلفا ، ومن مقتضى ذلك أنه لا مكان للصدفة "toute arrive par le destin : Fatum" فالقاعدة العامة أنه :

=
=

غاية الامر ان التصرف يصبح معلقا عندما ينافى هو وآثاره بتحقيق الشرط .

٣ - الشكل :

قد يستلزم القانون شكلا خاصا للتعبير عن الإرادة (١٥٩) ، اذا تخلف فان القانون لا يعترف بوجودها ولا يرتب عليها آثارها ، وهذا هو شكل الانعقاد ، أى شرط وجود الإرادة باعتبارها تصرفا قانونيا ، وهذا الشكل « يختلف عما يشترطه القانون أحيانا في التصرفات القانونية من الكتابة أو الإجراءات الأخرى ، لأغراض أخرى غير الانعقاد كاستلزام الكتابة في إثبات بعض التصرفات أو إيجاب الشهر لترتب بعض آثار التصرفات التي تنصب على بعض الحقوق » (١٦٠) .

“dans la nature des choses, toutes choses sont certaines bien qu'elles soient entièrement futures”.

ومع ذلك ، فإنه يستثنى من المبدأ القائل بأن كل ما هو مستقبل فهو محقق الوقوع ، كل أمر ينافى بالغرر أو الاحتمال :

“Là, pas de futurum, de res futura, de futur ; là rien certain ni de nécessaire ; la pas de destin. C'est le hasard, Casus”

أنظر :

Félix Senn : La notion Romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du Droit, Revue historique ... 1936, pp. 163-166.

وتطبيقا لذلك فإنه لا بيع ولا شراء مالم يوجد شيء يعد محلا للبيع ، أو بحسب القاعدة الرومانية

“nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi”

فان تعلق الامر ببيع شيء مستقبل ، لا معدوم تماما ، فإنه يكون بيعا واردا على شيء Venditio cum re ويكون البيع منوطا بتحقيق وجود الشيء vérification de l'existence de ces choses أو كما يقول

مونييه : معلقا على شرط واقف vente Conditionnelle وتتضمن واقفته

الشرطية في وجود الشيء المستل La naissance de la chose future

انظر ف. سن. السابق : ص ١٧٠ ؛ ومونييه ، المرجع السابق ، بند ١٠٩ ص

١٦٧ ، ومن هنا يبدأ خلط أحد عناصر عقد البيع بالشرط كوصف .

(١٥٩) يقول دي لامورانديير بالمرجع السابق ص ٢٠٩ :

“Les Conditions de validité peuvent encore être relatives à la forme de l'acte, c'est-à-dire à la manière dont la volonté des parties est exprimées”

(١٦٠) جميل الشرفاوى : المصادر بند ٢٤ ص ١٠٣ .

فاذا تخلفت الرسمية كركن في التصرف او التسجيل كشرط لانقال الملكية فانه لايجوز القول في هذه الحالة ان التصرف يقوم معلقا على شرط توافر هذا الشكل ، ضرورة ان الشرط امر عارض على التصرف ، يمكن تصور وجود التصرف بدونه ، اما تخلف الشكل كركن فانه يعنى عدم اعتراف القانون بوجوده أصلا ، وكذلك فان تخلف شكل الشهر يترتب عليه عدم انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين او بالنسبة للغير كنص القانون وتلك وظيفة لايلعبها الشرط كوصف .

فالرسمية . بعبارة اخرى . هي شرط قانوني *Conditio juris* .
لافنى ، وهى واجبة . حتى وان استبعدها المتصرف او المتعاقدان (١١) .

(١٦١) عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام ج ١ ، السابق ص ١٥٤ . ولفكرة الشكل فى هذا الصدد تطور طويل ، ففى القانون الرومانى كان الشكل كافيا فى حد ذاته لوجود التصرف (أبو عافية : رسالته السابقة بند ١٧ ص ٦٨ ، ٦٩ ، جيران ط ٨ ص ٤٦١ ، عبد الهادى العطافى . المقال السابق ص ٣ ، ومونييه ج ٢ ، السابق ص ٩٣) .
أما كان العيب الذى يلابس الارادة (صوفى أبوطالب : أبحاث فى مبدأ سلطان الارادة فى القانون الرومانى ١٩٦٤ ص ٧) ، وحيث سمت الشكلية خاصة فى القانون القديم عجزت الارادة عن انشاء التصرف أو تحديد شروطه أو آثاره ، ولذا لم يكن من الممكن تعليق الالتزام النفسى عن الاشتراط الشفهى على شرط (المرجع الاخير ص ١٩) ، كما أن العقد الكتابى لم يكن يجوز تعليقه على شرط أيضا (د . شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى بند ١٧٧ ص ١٤٥) ، ورغم أن حدة الشكلية قد خفت فى القانون الرومانى بظهور العقود الرضائية الاربعة المعروفة ، إلا أن ذلك القانون ظل حتى آخر مراحل تطوره متمسكا بقاعدة أن الرضا وحده غير كاف لقيام العقد *Ex nudo pacto actio non nascitur*

(جمال زكى ، المرجع السابق هامش ٢ ص ٣٨) ولا يقدح فى ذلك أن يكون بعض الفقه قد حاول التوفيق بين هذه القاعدة وما أسماه قاعدة أن العهد كان مسئولا (صوفى أبو طالب ، السابق ، بند ٧ ص ٥٩) ذلك أن تلك الشكلية قد صبغت كافة القوانين التى انسلخت من القانون بطابع شكلى جاف بما يؤكد تلك الفترة فى الفكر الرومانى واللاتينى ، كما أن البربر لم يكونوا يعترفون بغير العقود المغرقة فى الشكلية . انظر ف . أوليفييه مارتان : مختصر تاريخ القانون الفرنسى ط ٤ باريس ١٩٤٤ (مجدة ١٩٤٧) بند ١٦ ص ٥ وما بعدها) ، ولكن مع بداية النصف الثانى من عهد القانون الكنسى غدت الرضائية احدى ركائز القانون الاساسية (عبد الهادى العطافى - المرجع السابق بند ٨ ، ٩ من ص ٦ الى ص ٩) ، ومن المعلوم أن الشريعة الاسلامية قدست من البداية فكرة الرضائية مصداقا لقوله تعالى : « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . انظر حسن الشاذلى ، مذكراته السالفة ص ٤ ، محمد سلام مذكور .
المدخل ط ٢ ص ٥٦٦ وهامش ٢ .

فلولا استلزام القانون توافر الشكل ، لأمكن تصور التصرف قائما بدونه (١٦٢) . وليس هذا من طبيعة الشرط كوصف ضرورة ان الرسمية ركن اقتضاه القانون وليست امرا عارضا من جعل المتصرف (١٦٢) ؛ ولذا لا يجوز القول عند تخلف الرسمية ان التصرف يكون معلقا على شرط استجماعها كما تقدم القول (١٦٤) .

وشكل الشهر ، لاسيما التسجيل ، لا يجب خلطه بفكرة الشرط توصف ، لنفس العلة المتقدمة ، اذ القانون هو الذى اشترط هذا الشكل كشرط قانونى لانقال الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، ولذا فانه يبدو محل نظر ذلك الرأى الفقهى ، انذى كان يذهب الى تكييف التصرف غير المسجل باعتباره تصرفا معلقا على شرط (١٦٥) ، وكذلك احكام القضاء (١٦٦) ، التى سايرت مثل هذا الرأى ، فالشرط امر عارض ومن جعل المتصرف وليس من فرض القانون .

(١٦٢) انظر مارى انطوانيت فى رسالتها عن الشكلية . باريس ١٩٧٥ ص ٣٧١ ، ويلاحظ أن القانون الرومانى رغم اغراقه فى الشكلية ، فانه على خلاف القواعد العامة فيه كان يبيح نشأة الرهن بمجرد اتفاق الدائن والمدين دون استلزام شكل خاص . انظر د . جمال زكى - دروس فى التأمينات سنة ١٩٧٤ بند ١١٥ ص ١٨٣ .

(١٦٣) عبد المنعم البدر اوى : الاحكام (لم تذكر سنة الطبع) بند ٢٠٦ ص ٢٣٠ فهو يقرر مثلا أن الرسمية فى الهبة هى شرط ثانوى لوجودها فلا يقال عند تخلفها مثلا « ان الهبة معلقة على شرط هو تمامها فى شكل رسمى » .

(١٦٤) ولما كان الشكل الاتفاقى لا يترتب عليه بطلان ويمكن التنازل عنه (جميل الشرقاوى : رسالته السابقة رقم ٤٦ ص ١٢٤ وما بعدهما والخاتمة) فاته يمكن اعتباره شرطا واقفا . ولكن قارن جان شيفالييه فى مقالته عن الارادة كمصدر للالتزام فى مشروع القانون المدنى المصرى : بمجلة القانون والاقتصاد س ١٢ ص ٢٣٩ حيث ينيط بالقانون دون المتعاقدين القدرة على استلزام الشكل :

“Les parties ne peuvent pas elles-mêmes conférer le Caractère solennel à leur propre convention. Il n’y a pas de Contrats solennels que ceux dont la loi subordonne l’efficacité, la validité à des règles de forme...”.

(١٦٥) كان د . عبد السلام ذهنى يذهب الى أن العقد غير المسجل هو عقد «معلق على شرط التسجيل» انظر مؤلفه دروس فى الاموال ١٩٢٤/ ١٩٢٥ ص ٦٨٥ .

ثانيا :

خلط فكرة الشرط كوصف بفكرة العقد

لم يعرف القانون المدني المصري العقد (١٦٧) . وذلك على خلاف الفقه الاسلامي (١٦٨) ، والقانون المدني الفرنسي (م ١١٠١) . والقانون الالماني (م ١٤٥ و ٢٠٥) والقانون الروسي (م ١٥٨) ، بل والقانون الانجليزي رغم انه قانون قضائي الى حد بعيد (م ١ ق بيع البضائع ١٨٩٣) .

ولكن التقنيات في نصوصها او في ترتيبها وتبويبها تتعرض لما يعرف بعناصر او شروط العقد .

فالقانون المدني المصري تكلم عن الرضا والمحل والسبب ، وفي فلكه سارت كثير من التقنيات العربية كالتقنين السوري والليبي والسوداني والجزائري وغيرها .

والفقه الحديث يذهب الى ان التراضي هو الركن الوحيد للعقد وهذا صحيح . طالما أننا قد انتهينا الى ان التصرف القانوني هو الارادة متجهة الى احداث اثر قانوني ... والى ان العقد يتكون من ارادات استجمع كل منها مقومات وجوده ، وبعبارة اخرى فان « التراضي او الارتباط بين الارادات هو ركن العقد الاساسي ، بل هو ركنه الوحيد . ولكن كل ارادة تشارك في ابرام عقد يلزم لها قبل ذلك (اى قبل قيامها بدوها في العقد) توافر شروط معينة يستلزمها القانون لتكون تصرفا صحيحا . وصالحة لابرام العقد . فيجب ان تكون هذه الارادة صادرة من شخص كامل الادراك وقادر - في نظر القانون - على ابرام التصرفات القانونية ، اى يجب ان تصدر الارادة من شخص

(١٦٦) انظر حكم محكمة استئناف الاسكندرية الصادر نى ١٢ نوفمبر ١٩٤٧ المشار اليه فى الهلالى وحامد زكى ط ٣ بند ٢٧١ ص ٢٧١ وهامش من نفس الصفحة . ويتأتى الخلط من الاخذ برأى القضاة بان للتسجيل اثرا رجعيا حتى وان نفوا عنه صفة الشرط : كراى السهررى فى وسيطه د ٤ من بند ٢٨٣ ص ٥١٩ حتى نهاية بند ٢٨٦ ص ٥٣٦ وقارن عبد الحى حجازى فى مقالته ضمان الهلاك .. مقال منشور بسجله القانون والاقتصاد س ١٥ ص ٥٠٥ .

(١٦٧) انظر مع ذلك نص المادة ١٢٢ من المشروع التمهيدى . .
مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠ .
(١٦٨) انظر المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران

كامل الأهلية بالنسبة للتصرف الذى يقدم عليه ، كما يجب أن تكون هذه الإرادة غير مشوبة بعيب من العيوب التى جعلها القانون مزيلة لقدرة الإرادة على أحداث الآثار القانونية ، ويجب أيضا أن تكون الإرادة ذات موضوع محدد ، أى محل معين وجائز ، وأن تكون الغاية التى تهدف إليها غير مخالفة للقانون ، أى أن تكون غاية الإرادة غاية مشروعة ، أو كما يعبر الفقه ، يجب أن يكون الباعث الى الالتزام بالإرادة سببا مشروعاً (١٦٩) .

معنى هذا أن إبرام العقد يستلزم أمرا أوليا هو استكمال الإرادات الداخلة فى تكوين العقود لشروط وجودها وصحتها كتصرف قانونى على ما سلفت الإشارة إليه ، وشرطا يتعلق بطبيعة العقد كجماع هذه الإرادات وهو التراضي أى التقاء ارادتى أو ارادات المتعاقدين ، وهو ما نجتزئ بالإشارة إليه الآن .

اختلاف التراضي عن الشرط كوصف :

نصت المادة ٨٩ مدنى على أن العقد « يتم ... بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وأيا كانت المناقشات التى دارت حول هذا النص فإن النظر فيه كنص مجرد يدع مجالا للقول بأن القانون المصرى يستلزم الوجود السابق للتصرفات المشاركة فى إبرامه ، ولا يتطلب بعد أن يتبادل الطرفان - أو الأطراف - التعبير عن ارادتهما ، أى شرط آخر لوجود العقد ، عدا أنه فى العقود الشكلية يجب إفراغ الإرادات فى قالب الخاص الذى أمر به القانون ، وهو ما تم التعبير عنه بفكرة مراعاة الأوضاع التى يلزم توافرها فوق التراضي ، فالوجود السابق للارادتين المشاركتين فى العقد (١٧٠) يقتضى استجماعهما لكافة مقومات وجودهما ابتداء ، وهذا هو معنى قول الفقه أن الإرادة الموجودة هى إرادة تصدر « من صاحبها بنية أحداث أثر قانونى هو انشاء الالتزام (١٧١) » . فلا أثر بلا مؤثر قائم فعلا .

ومفاد ذلك أنه حيث ينعدم التراضي أو مكوناته كاملة أو حيث يتخلف الشكل الذى يستلزم القانون إفراغ الإرادات فيه ، فإنه لا وجود للعقد أصلا ، ومن ثم لا تتور ابتداء فكرة اعتبار العقد الذى ينقصه عنصر جوهرى عقدا معلقا على شرط توافر ذلك العنصر .

(١٦٩) د . جميل الشرقاوى . المصادر بند ١٤ ص ٧٢ .

(١٧٠) أو الإرادات المشاركة فيه .

(١٧١) السنهورى . الوسيط ج ١ بند ٧٢ ص ١٧٢ .

وتطبيقا لذلك فانه اذا كان العقد رضائيا ، ووجد الايجاب ، ولكن القبول لم يصدر بعد لسبب أو لآخر . فانه لا يتصور القول بأن العقد يكون معلقا على شرط القبول (١٧٣) .

واذا كان سيجيل قد رأى ان الواعد يمكن ان يلتزم بوعده لمجرد صدور هذا الوعد . اذا اتضح انه لم يكن مشروطا ، اى اذا ظهر انه لم يكن متوقفا على قبول الطرف الآخر (١٧٣) ، فان ذلك لا يعنى ان المقصود هو الاستعانة بفكرة الشرط كوصف . حتى وان كان سيجيل يضيف على قبول الطرف الآخر طابعا ثانويا أو ماديا (١٧٤) . لان القول ايا كانت صفته هو شق من التراضي الذى هو جوهر العقد (١٧٥) . او هو رضا أو تصرف أحد المتعاقدين الذى يتم العقد باقترانه برضاء العقد الآخر . اما الشرط بالمعنى الثانى فهو مجرد امر عارض يفترض وجود التراضين الداخلين فى تكوين العقد سلفا . وبالتالي يفترض وجود التراضي الذى يتكون من جماعتهما .

كما انه اذا كان Worms قد اعتبر القبول شرطا Condition فانه اعتبره شرطا للاحتجاج بالايجاب « على من أصدره » (١٧٦) ... وهكذا لا يقصد بكلمة شرط فى هذه الحالة معناها كوصف ، بل كأمر أساسي لقيام العقد . يؤكد هذا ما يراد وورمز ، على خلاف سيجيل . من ان الايجاب والقبول يعتبران عنصرين أساسيين ومنساويين فى العقد حيث الطبيعة أو الأهمية (١٧٧) .

كذلك فانه اذا صدر ايجاب وصادفه قبول مقترن بخيار أو تحفظ

(١٧٢) تروتزييه - الرسالة السابقة ص ١٨٦ وهو يحصل علة ذلك وعلة عدم امكان تصور فكرة الاثر الرجعى فى هذه الحالة فى قوله :
"Il n'y a pas encore de Contrat"
وانظر تفسيره لذلك واستعانته بتعليق E.B. على عرائض فرنسي ٢
ديسمبر ١٩٤١ المنشور فى (JCP 1942, No. 1785) : درسا :
ص ١٨٦ - ١٨٧ .

(١٧٣) inconditionnellement انظر فى عرض فكر سيجيل :
نعمان جمعه . رسالته سالفة الإشارة بند ٨٧ ص ٩٩ .
(١٧٤) الموضع السابق .

(١٧٥) Chausse : De la rétroactivité... Revue critique de législation et du jurisprudence, 1900, pp. 530-531.

(١٧٦) فى عرض ذلك جميل الشرقاوى ، رسالته السابقة بند ١٣ ص ٣٨ .

(١٧٧) نعمان جمعة ، المرجع السابق بند ٨٨ وما بعده . وليرى على هذا أى افتيات طبعا على نظرة وورمز للعقد بحسبانه كائنا يتكون من تعبيرين عن أرادتين مستقلتين .

وقبل ذلك الموجب الأول ، فإنه لا يتصور القول بأن العقد يعتبر في هذه الحالة معلقا على شرط (١٧٨) استعمال الخيار أو التحفظ ، طالما أن هذا الأخير يعتبر جزءا لا يتجزأ من مضمون الإرادة ذاتها دون أن يكون أمرا عارضا عليها .

وبالجملة فإنه حيث لا توجد الإرادة التي تدخل في تكوين التراضي فلا يجب توهم أن العقد يعتبر معلقا على شرط وجود هذه الإرادة كما هو شأن العقد الموعود به أيضا على ما سيلي . كذلك ، وكما سبق أن أشرنا ، فإنه لا وجود للإرادة وبالتالي لا وجود للتراضي والعقد ، وبالتالي أيضا لا مجال للقول بفكرة التعليق حيث لا تتجسه الإرادة « اتجاها جديا لأحداث أثر قانوني (١٧٩) » ، فارادة الهازل والإرادة الصورية والإرادة المعلقة على محض المشيئة والإرادة المقترنة بتحفظ ذهني (١٨٠) هي إرادة غير موجودة ، ولا وجود للعقد دونها ، ولا قوام لفكرة التعليق قبل توافرها ، ولكنها إذا وجدت أمكن تعليق أحد الرضاءين أو التراضي ككل ليس عليها فهي موجودة فرضا وانما على أمر مستقبل ومحتمل وعارض قد يتحقق وقد لا يتحقق دون أن يدخل في تكوين العقد ذاته .

المطلب الثاني

الشرط كعنصر في الواقعة المادية

الواقعة القانونية باعتبارها « واقعة مادية يرتب القانون عليها أثرا » : قد تنشئ « الحقوق الشخصية كما هو الأمر في السبل غير المشروع والأثر بلا سبب ، وقد تكسب الحقوق العينية كما هو الأمر في الحيازة والموت (الميراث) ، وقد تقضي الحقوق الشخصية كما في اتحاد الذمة ، وقد تقضي الحقوق العينية كما في الترك ، وقد تحدث آثارا قانونية أخرى كما في القرابة ، وهي مانع من موانع الزواج ، وفي الجوار ، ويحد من استعمال حق الملكية ، وفي نزاع الحيازة ويترتب

(١٧٨) وتبدو التفرقة بين التحفظ والشرط واضحة في فقه القانون التجاري فإذا كان المسحوب عليه يلتزم بقبول الكمبيالة كما هي ولا يملك تعليق قبوله على شرط واقف أو فاسخ ، فإنه يملك قران قبوله بتحفظات خاصة منها ما يحمي حقوقه تجاه الساحب : انظر مثلا د . أميره صغني .
دروس في القانون التجاري ط ٢ ١٩٧٨ ص ٧٢ ، ٧٣ .
(١٧٩) السنهوري . الوسيط ج ١ ، السابق ، بند ٧٢ ص ١٧٣ .
(١٨٠) المرجع والموضع السابقان ، وسليمان مرقس . الموجز ، السابق ، بند ٥٦ ص ٥٩ .

عليه قطع التقادم ، وفي حالة القصر ويترتب عليها وقف التقادم
وفي الحاق المنقول بالعقار لخدمته وبحول المنقول الى عقار بالتخصيص .
فالواقعة القانونية (المادية) كالتصرف القانوني قد ننشئ الحقوق
الشخصية ، وقد تكسب الحقوق المينية ، وقد تقضيها جميعا . وقد
ترتب آثارا قانونية أخرى (١٨١) .

وتحديد مفهوم الواقعة على هذا النحو . يتنافى مع القول بأنها
تكون معلقة على شرط اذا تخلف احد عناصرها او مقتضياتها .
وعلى سبيل المثال فان الامر اذا تعلق بفعل نافع فلا التزام برد
الاثراء ما لم تتوافر شروط محددة تتمثل من جهة في اثر شخص
وهذا هو اساس تقرير التزامه . واقتدار شخص آخر وهذا هو اساس
استحقاقه للتعويض ، وان يكون كل من الاثراء والافتقار قد ترتب
أحدهما على الآخر ، ومن جهة أخرى يجب الا يكون هناك سبب قانوني
يبرر استحقاق الاثراء (١٨٢) .

فاذا تخلف احد هذه العناصر ، فلا وجود أصلا للالتزام برد
الاثراء ، بالتالي لا يمكن ان تثار مطلقا الفكرة القائلة بأن الالتزام يكون
معلقا على شرط استجماع هذا العنصر .

واذا تعلق الامر بفعل ضار : فمن المعلوم انه لا مسؤولية دون ان
تتوافر اركانها ، وهي اساسا ثبوت الخطأ ووجود ضرر . وتوافر
رابطة السببية : الامر الذي لا تغفل التقنيات النص عليه (١٨٣) .
واذا كان الفقه قد تصدى لهذه العناصر بالبحث والتمحيص ،
الا انه اهتم بركن الضرر ورأى انه قوام او جوهر المسؤولية المدنية (١٨٤) ،
فحيث لا ضرر فلا مسؤولية (١٨٥) . ولكن هذا لا ينفي ان تخلف

(١٨١) السنهاوري ، الوسيط ج ٢ ديروت بند ١ ص ٢ .
(١٨٢) جميل الشرقاوي : الاثراء بلا سبب . المرجع السابق ص
٦٧ . وانظر سليمان مرزوق المرجع السابق بند ٤٨٣ ص ٥٠٨ ، وجمال
زكي . المرجع السابق ص ٣ ، ونقض مدني ١٤ نوفمبر ١٩٦٨ مجموعة
المكتب الفني س ١٩ ق ٢٠٦ ص ١٣٧١ .
(١٨٣) م ١٥١ ، ٢١٢ من التقنين القديم والمادة ١٦٣ مدني والمادة
١٣٨٢ مدني فرنسي .

(١٨٤) انظر مثلا مازو دروس ج ٢ الالتزامات . ط ٣ (١٩٦٦) بند
٤٠٧ وما بعدها ، ومازو وتنك . المطول النظري والعملي في المسؤولية
المدنية ج ١ ط ٥ (١٩٥٧) بند ٢٠٨ ص ٢٦٣ وما يليهما حتى نهاية
ص ٣٣٥ . ود . محمد نصر رفاعي : الضرر كأساس للمسئولية
المدنية : رسالة القاهرة ١٩٧٨ : بوجه خاص من بند ٥١١ ص ٦٥٢ حتى
بند ٥٤٩ ص ٧٠٢ فيما يتعلق بفكرة الاشياء الخطرة والاتجاهات الفقهية
التي عرضها في ثنايا ذلك .

(١٨٥) جمال زكي : المرجع السابق بند ٢٧٨ ص ٥٣٦ .

أى عنصر من هذه العناصر الثلاثة يعنى لا محالة عدم توافر أركان المسؤولية ذاتها ، فى القواعد العامة ، وبالتالي لا يمكن القول أن هذه الواقعة تعتبر معلقة على شرط استجماع العنصر المتخلف ، بمعنى أنه لا وجود « للفعل الضار » كمصدر للالتزام ما لم تتوافر كافة العناصر التى حددها القانون لقيام هذا المصدر .

وقد يحدث شيء من اللبس بالنسبة للضرر الاحتمالى (١٨٦) *dommage éventuel, préjudice eventuel* وهو « ضرر لم يقع بعد ، وليس من المؤكد أنه سيقع فى المستقبل ، بل قد يقع وقد لا يقع » (١٨٧) ، وهو أيضا ضرر يستجمع سمتى الاستقبال وعدم تحقق الوقوع ، وهما صفتان من صفات الشرط ، ولكن ليس معنى ذلك أن المسؤولية تكون فى هذه الحالة شرطية ، لأنه لا تعويض عن ضرر احتمالى (١٨٨) ، ذلك أن الضرر اذا تحقق كان جزءا لا يتجزأ من الواقعة مصدر الاثر القانونى وليس أمرا عارضا .

وهكذا يمكن القول أن الضرر أو أى عنصر آخر لا يعتبر شرطا بمعنى الوصف ، وإنما هو شرط أساسى أو ركن جوهرى لتوافر المسؤولية وبالتالي لامكان التعويض .

والحقيقة أنه لا اشكال فيما تقدم ، ولكن الخلط يثور فى الواقع بمناسبة الواقعة الطبيعية ، التى تندمج فى الواقعة المادية أو القانونية بالمفهوم المتقدم ، أو باعتبارها مجموعة من الظروف أو المقتضيات التى حددها القانون لانتاج أثر قانونى (١٨٩) ، اذ يذهب البعض (١٩٠) الى أنه كلما تخلف أحد هذه العناصر فإن الواقعة تكون معلقة على استجماع هذا الشرط ، فالتفقه مثلا تعد بحسب هذا الرأى معلقة على شرط

(١٨٦) مازو ، دروس . السابق بند ٤١٢ ص ٣٣٩ ومازو وتذك ، السابق بند ٢١٦ ص ٢٧٠ وما بعدهما .

(١٨٧) اسماعيل غانم . المصادر ، بند ٢٢٢ ص ٤١٥ . والسنهورى الوسيط ج ١ ط ٢ بند ٥٧٥ ص ٩٧٨ . وجمال زكى ، السابق ، بند ٢٧٩ ص ٥٣٨ ، وجميل الشرقاوى . المصادر غير الارادية بند ١١ ص ٤٥ (١٨٨) مازو : المرجع والموضع السابقان ، ومازو وتذك ، المرجع والموضع السابقان ، واذا كان الاصل وكمبدأ أن الضرر المستقبل لا يبرر رفع دعوى التعويض - (هنرى لالو المطول العملى للمسؤولية المدنية ط ٥ باريس ١٩٥٥ بند ١٣٩ ص ٩٧) : فان الضرر المستقبل المحقق ومعو « ضرر تحقق سببه وتراخت آثاره . . الى المستقبل » يمكن التعويض عنه . سليمان مرقس . شرح القانون المدنى ٣ - فى الالتزامات بند ٣٤٦ ص ٣١٢ . ويعتبرتفويت الفرصة من قبيل الضرر المحقق : السنهورى الوسيط ج ١ ط ٢ بند ٥٧٦ ص ٩٧٨ .

(١٨٩) ، (١٩٠) لولوتر ، الرسالة السابقة ، ص ٢ ، ١٧ ، ١٨ .

الحاجة ، ولكن هذا الرأي - كما سنرى - بات مهجورا . لان الشرط في هذه الحالة هو شرط قانوني يستلزمه القانون لترتيب اثر قانوني معين (١٩١) . وليس شرطا بمعنى الوصف العارض . والذي تضيفه الارادة الى تصرف قائم ومكتمل الأركان ، فضلا عن ان الشرط لا يدخل على الواقعة القانونية .

الفرع الثاني

الشرط بمعناه الفني

يقال عادة ان الشرط امر مستقبل ، وغير محقق الوقوع ، يترتب عليه وجود او زوال الالتزام . وهذا القول هو دعامة النظرية التقليدية للشرط ، لانه ينطوى على ربط مطلق بين الشرط والالتزام .

ويقابل هذا التعريف التقليدي تعريف آخر ، لا يرى غضاضة في اعتبار الشرط امرا مستقبلا ومحتملا . فهذا من جوهره ، بيد انه يحدد في نفس الحد مصدر الشرط اى الارادة ، الامر الذي يفضي الى تحديد نطاق الشرط وعدم ربطه بمطلق الالتزام بل بالالتزام الناشئ عن التصرف تبعا لتعليق مصدره .

وهكذا تردد تعريف الشرط بين تصورين : احدهما تقليدي والآخر حديث ، قد انعكس ذلك على موقف الفقه الذى ايد بعضه فكرة الشرط كوصف للالتزام ، وتشيع البعض الآخر لنظرية الشرط كوصف للتراضي نزولا على حقيقة علاقة الشرط بالارادة . ونعرض في مبحثين متتاليين للتعريف بالشرط من خلال مضمون هاتين النظريتين .

المبحث الأول

مضمون الشرط في النظرية التقليدية « الشرط وصف للالتزام »

التعريف التقليدي للشرط ، هو تعريف عام . وفهم حقيقته يقتضي المعرض لاصل فكرته ، ثم لدلالته . وسنعرض لهاتين المسألتين في مبحثين متتاليين .

المطلب الأول

اصل فكرة الشرط

ان اصل فكرة الشرط فى القانون المدنى المصرى ، يعود الى القانون المدنى الفرنسى ، الذى استقى بدوره النظرية من القانون الرومانى فهل كان مفهوم الشرط فى اصوله التاريخية مرتبطا بالالتزام ، هذا ما نحاول استخلاصه فيما يلى .

١ - التقنين المدنى المصرى :

أ - التقنين الملقى .

كانت المادة ١٥٧/١.٣ تنص على أنه :
« يجوز أن يكون التعهد معلقا على أمر مستقبل أو غير محقق بشرتب على وقوعه أو عدمه ، وجود ذلك التعهد أو تأييده أو منع وجوده أو زواله » .

كما كانت المادة ١٥٨/١.٤ تنص على أنه :
« اذا كان فسخ التعهد معلقا على أمر محقق ، فالتعهد باطل، ويبطل ايضا اذا كان فسخه معلقا على أمر مشكوك فيه فى الاصل ثم تحقق .
واما اذا كان التعهد مشترطا فيه انه معلق على أحد الامرين المذكورين فوجود الامر المعلق عليه يبطل الشرط ، ويثبت التعهد » .

وبلاحظ على هذه النصوص أمران : أحدهما يتعلق بالصياغة الفنية ، والثانى يتعلق بالطبيعة القانونية للشرط .

— فمن الناحية الفنية فان هذه النصوص لم تتكلم عن تعليق مطلق الالتزام ، كما هو مقتضى كلمة obligation فى القانون الفرنسى ، وانما عرضت لتعليق الالتزام الارادى وحده ، وهذه البديهة يؤكدها استعمال المشرع لفظ التعهد دون لفظ الالتزام (١٩٢) .

— ومن ناحية طبيعة أو مضمون الشرط ، فقد وقع المشرع فى خطأ مادى وآخر فنى : فالخطأ المادى يتمثل فى أنه عطف خصصة الاستقبال على سمة الاحتمال ، وقال ان الشرط أمر مستقبل أو غير

(١٩٢) استخلص هذا مثلا من عموم قول الاستاذ السنهاورى أن لفظ الالتزام أعم من لفظ التعهد وأدق لأن هذا الأخير « قد يفهم على أنه التزام مصدره العقد دون غيره من المصادر الأخرى ، الوسيط ج ١ ط ٢ بند ١٢ ص ١٢٤ » .

محقق الوقوع futur or uncertain event (١٩٣) فلم يجمع بين هاتين الخصيصتين . فأخل ذلك بمفهوم الشرط لأن هذا الأخير أمر مستقبل وغير محقق الوقوع . فى نفس الوقت (١٩٤) بحيث لا تغنى إحدى الخصيصتين عن الأخرى .

أما الخطأ الفنى فيتجلى فى عدم دقة المشرع فى استخدام التعبيرات . حيث خلط بين الجزاء Sanction والتكيف qualification ذلك انه قضى فى المادة ١٥٨/١.٤ بطلان التعهد المعلق فسحه على أمر محقق . والحقيقة ان التعهد فى هذه الحالة قد يكون مضافا الى أجل وليس باطلا .

ب - التقنين الحالى :

عدل المشرع ما كان يعتور النصوص السابقة من خلل فى الصياغة والمضمون ، ونص فى المادة ٢٦٥ على أن الالتزام « يكون ... معلقا على شرط اذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » (١٩٥) .

ومن هذا النص استقى الفقه العربى ، التعريف التقليدى للشرط (١٩٦) .

ويلاحظ على النص المتقدم والتعريف المستقى منه امران :

أولهما : يتعلق بمدى دلالة التعريف على المعرفة : فقد اكتفى القانون والفقه بخصيصتى الاستقبال والاحتمال أى عدم تحقق الواقعة المستقبلية ، وسرى أن ذلك سيكون مدعاة لخلط الشرط بغيره من المفاهيم أو الافكار القانونية ، التى تشاركه هاتين السمتين مثل الحادث الاحتمالى ، والخطر ، والخيار والتحفظ وغيرها .

F.P. Walton : The Egyptian law of obligations, Vol. (١٩٣)
2, London 1920. p. 330.

(١٩٤) والتون ، انرجع السابق ، نفس الموضوع :

“The Egyptian Code... does not say as the French Code does, that the event upon which the obligation depends must be futur and incertain”.

(١٩٥) ويبدو أن الاتجاه كان منصرفا الى تبنى النظرية التقليدية فى ربط الشرط بالالتزام حيث لم يرد على النص تعديل منذ كان يحمل الرقم ٢٦٥ من المشروع التمهيدى حتى صار رقمه ٢٧٧ فى المشروع النهائى ، الى أن استقر فى التقنين الحالى فى المادة ٢٦٥ .
(١٩٦) انظر د: عبد المنعم البدرأوى ، الاحكام بند ٢٠٦ ص ٢٣١ ؛ اسماعيل غانم ، الاحكام بند ١٢٨ ص ٢٧٢ .

وثانيهما : يتأسس على علاقة الوصف بالموصوف : فقد ربط النص بين الشرط والالتزام ربطا محكما ومقصودا ، نهت اليه المذكرة الإيضاحية بقولها « ان التعليق يرد على الالتزام ذاته دون العقد او التصرف بوجه عام » وبررت ذلك بأن « كل تعبير عن الارادة يتضمن صورة من صور التعليق ينشيء التزاما شرطيا » وخلصت الى ان مسلك التقنين المصرى ، والمذهب اللاتينى بوجه عام ، أدنى الى التوفيق من منحى المذهب الجرماني ، بمقولة « ان الاول يفرد لاحكام الشرط مكانا فى نطاق النظرية العامة للالتزام فى حين ان الثانى يلحق هذه الاحكام بنظرية التصرف القانونى » (١٩٧) .

ويسرى نفس القول السابق ، بداهة ، على التقنيات العربية التى تآثرت بالصياغة المصرية والفرنسية ، كالتقنين السورى (٢٦٥) والليبي (م ٢٥٢) ، والسودانى (م ٢٣٤) والجزائرى (م ٢٠٣) ، راما القانونان التونسي والمغربى فكانا واضحين فى محاولة ربط الشرط بالارادة رغم حديثهما عن الالتزام ، فقد نص الفصل ١/١٠٧ مغربى على ان « الشرط تعبير عن الارادة يعلق على امر مستقبل ، أما وجود الالتزام او زواله » ، ولكن هذا النص انطوى على تجاوز غير مقصود حين اعتبر الشرط تعبيراً عن الارادة ، ولذا يفضل الى حد ما نص الفصل ١١٦ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية الذى قضى بأن « الشرط تصريح بمراد المتعاقدين » (١٩٨) .

وفيما يتعلق بالقانونين الكويتى والقطرى فان ربط الشرط بالارادة فيهما جلى ، فقد استعرض قانون التجارة الكويتى رقم ٢ لسنة ١٩٦١ فى الفرع الاول من الفصل الاول من الباب الثالث من الكتاب الثالث ، فكرة الشرط فى مواد تبناها القانون القطرى ، بعد ان اسقط منها المادة ٢٣٧ كويتى التى تتكلم عن مشروعية الشرط ، ضابطا بذلك نظرية الشرط فى المواد من ١٢٣ الى ١٢٧ .

ورغم ان هذين القانونيين قد عرضا لفكرة الشرط كوصف للالتزام ، الا أن النصوص تكشف بجلاء عن أن المشرع كان يقصد ربط الشرط بالالتزام الارادى أو العقدى وحده ، آية ذلك ما تقرره المادة ٢٣٩ كويتى ١٢٦ قطرى ، من أنه « اذا تحقق الشرط الفاسخ انفسخ العقد » وما يشيع فى ثنايا المادة ٢٣٦ كويتى (١٢٤ قطرى) من استخدام لاساليب

(١٩٧) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ٧ . وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون الفرنسى الايطالى للالتزامات ص ٧ .
(١٩٨) يمكن استخلاص نفس المعنى من المادة ٨١ من تدنين الموجبات والعقود للبنانى الذى يتحدث عن مشيئة الفريقين ودورها فى نفي الإثر الرجعى .

الفقه الاسلامى الذى يربط الشرط بالعقد ، فقد قضت تلك المادة بأنه يشترط « لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا » .

ولا شك أن القانون العراقى يعتبر رائدا فى هذا الصدد ، حيث بنى كاول تقنين عربى أساليب الشريعة الاسلامية فى غير ما موطن منه . خاصة فيما يتعلق بنظرية الشرط .

ولما كانت المملكة العربية السعودية تتبع فى المسائل المدنية قواعد الشريعة الاسلامية كما أشرنا . لذلك تعتبر الاراء الفقهية الاسلامية الواردة بهذا البحث معبرة عما هو قائم فيها . ومن المعلوم ان الشريعة الاسلامية لاتربط الشرط بالالتزام وانما تربطه بالتراضى اذا تعلق الامر بعقد ، وبالرضا اذا تعلق الامر بتصرف قانونى غير مركب (أحادى) .

٢ - التقنين الفرنسى :

والتقنين الفرنسى لم يعرف الشرط مباشرة ، وانما عرف الالتزام الشرطى تعريفا مستقى من فكر بوتيه (١٩٩) ، يشف عن ان الشرط امر امر مستقبل يترتب عليه وجود او زوال الالتزام (٢٠٠) .

انما يلاحظ على مسلك المشرع الفرنسى فى هذا الصدد امران :

اولهما : ان ظاهرا نص المادة ١١٦٨ يوحى بأن المشرع الفرنسى ربط ربطا محكما بين الشرط ومطلق الالتزام بصرف النظر عن مصدره ، ولكن هذه النظرة السطحية لا تلبث ان تتبدد ، ويذول ما انبنى عليها من حكم ، اذا انعمنا النظر فى المواد التالية لتلك المادة ، وفى المكان الذى عالج فيه المشرع نظرية اوصاف الالتزام . فمن جهة تتكلم المادتان ١١٧٠ و ١١٧١ عن المتعاقدين وكأنها لا تواجه الامر فى غير نطاق العقود والمادة ١١٧٥ تتكلم عن وجوب تحقق الشرط على نحو ما اراده المتعاقدان كما ان المادة ١١٧٩ التى تعرض لفكرة الاثر الرجعى للشرط تشف عن مثل هذا المضمون . ومن جهة اخرى فان تقنين نابليون عرض للالتزامات الشرطية فى ثنايا تعرضه للعقود او الالتزامات العقدية بوجه عام Des Contrats ou des obligation Conventionnelles en gén

(١٩٩) عرف بوتيه الشرط بأنه :

“Le Cas d'un événement futur et incertain, qui peut arriver ou ne pas arriver, duquel on fait dépendre l'obligation”

أعمال بوتيهه بئد ١٩٩ ص ٥٢ .

(٢٠٠) لنظر المادة ١١٦٨ معنى فرنسى .

وثانيهما : ان النص السالف قد وضع بعض خصائص الالتزام الشرطي والتفت عن البعض الآخر ، ومن ثم يكون تعريف الشرط من خلال ذلك قاصرا ، فيسرى عليه نفس النقد الذي وجهناه لمسلك المشرع المصري في هذا الصدد .

واذا نظرنا في تعريفات شراح القانون الروماني نجد أنهم لا يتكلمون عن تعليق مطلق الالتزام بل الالتزام الارادى وحده (٢٠١) وهذا ما نلمحه في فكر بوفنوار (٢٠٢) ، وجاستون ماي (٢٠٣) ، وجسيرار (٢٤٠) ، ومونييه (٢٠٥) وبدر والبدياوى (٢٠٦) ، ولورد ماكينزى (٢٠٧) ، وغيرهم .
والخلاصة ان التقنين الفرنسى واصله التاريخى لم يربط الشرط بمطلق الالتزام ، حين عرفاه ، او حددا مضمونه واحكامه ، وانما بالالتزام العقلى وحده .

المطلب الثانى

دلالة النظرية التقليدية فى التعريف بالشرط

والنظرية التقليدية التى تعرف الشرط بأنه امر مستقبلى وغير محقق الوقوع يترتب عليه وجود أو زوال الالتزام ، تنطوى فى حقيقتها على مجموعة من الدلالات التى لاتصدق بدونها ، ويمكن تلخيصها فى ان الشرط يعلق الاثر دون المصدر ، وأنه يعلق الاثر ايا كان المصدر ، وإن مصدر الشرط لا يتمثل فى الارادة فقط بل يتمثل ايضا فى القانون ، وان الشرط يجب ان يتجرد من الاثر الرجعى ، وان تحقق الشرط يجب ان يتم ليس فقط على نحو ما اراده المتصرف او المتعاقدان بل ايضا على نحو ما رسمه القانون ، وان كافة المعايير التى تستخدم فى شرح وتحليل فكرة الشرط يجب الا تدور فى فلك الارادة فقط بل القانون والواقعة ايضا .

(٢٠١) انظر ترونتزيبه ، رسالته السابقة ص ١٩

(٢٠٢) فى الشرط ، المرجع السابق ص ٢ .

(٢٠٣) مؤلفه السابق ، بند ٢٠٨ ص ٤٦٧ .

(٢٠٤) مؤلفه سالف الاشارة (ط ٨) ص ٤٩٨ .

(٢٠٥) مؤلفه السابق ج ٢ بند ٢١٠ ص ٣٥٥ .

(٢٠٦) مبادئ القانون الرومانى ١٩٥١ بند ٦٤٣ ص ٥٤٣ .

(٢٠٧) القانون الرومانى ، بمعاونة كيركباتريك ١٨٩٠ لندن :

ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، وانظر فى القانون الفرنسى : هيك : المرجع السابق ، بند ٤٤٤ ص ٣٢٥ ولاحظ قوله :

"D'après l'art 1168, la Condition est inséré dans un Contrat

وسنمعرض فيما يلي لاهم هذه الدلالات ٥ فارتئين منها ما يحتاج الى عرضه فى مكانه المناسب من البحث ، لحين معالجة الامور المرتبطة به .

١ - الشرط يعلق الاثر دون المصدر

يقرر الفقه التقليدى صراحة ان الشرط وصف للالتزام ، ولا شأن له بمصدر ذلك الالتزام ، بل ويؤكد ان الشرط لايلحق سوى رابطة المديونية ، فيعلقها ويجعلها غير محققة الوجود (٢٠٨) .

ومن الغريب ان هذا الفقه الذى يؤكد هذه الفكرة ، هو نفسه الذى تبني « اقامة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانونى والواقعة المادية (٢٠٩) ، وارتأى تبعاً لذلك وجوب معالجة « اوصاف الالتزام فى باب اركان التصرف القانونى » (٢١٠) ، بحيث يكون « كلا من الشرط والاجل والتضامن وعدم القابلية للانقسام وصفا من اوصاف الارادة » (٢١١) .

بيد انه من المؤسف ان هذا الفقه لم يسر فى المنهج الذى ود لو اختطه ، فماذا عساها ان تكون الاسباب التى حالت دون ابتداء هذه النظرية التى تربط الشرط بالمصدر الارادى لا بالاثر ايا كان، وما مدى جدية هذه الاسباب ؟

الحقيقة ان هذه الاسباب يمكن ان تتلخص فى ثلاث هى :
خشية طمس معالم النظرية التقليدية . والخوف من اعتبار الشرط جزءا من الزادة ، وتوهم عدم انعقاد العقد المعلق على شرط .

(٢٠٨) السنهاورى : الوسيط ج ٣ بند ١ ص ٣ ، ٤ ، جمال زكى .
الاحكام ١٩٧٤ بند ٨٦ ص ١١٤ . فالدكتور السنهاورى يقول ان الوصف قد يلحق « رابطة المديونية فتعلق هذه الرابطة على شرط ، ويصبح وجودها غير محقق » ص ٣ ، والدكتور جمال زكى يقول ان الوصف « قد يلحق الرابطة القانونية ذاتها فتعلق على شرط ليكون وجودها غير محقق » . وفى الربط بين الشرط (والاجل) والالتزام يحدد دى باج فكرة الوصف بتوله ان الالتزام لا يوجد بسيطاً دائماً ولكن أوصافاً معينة يمكن أن تلحقه

Ces modalités sont le terme et la Condition : Henri de Page Traite élémentaire de Droit Civil Tome Troisième. Troisième édit. Bruxelles 1967, No. 262, p. 268.

(٢٠٩ ، ٢١٠ ، ٢١١) السنهاورى : المرجع السابق هامش ١ ص ٥ ودروسه عن للتصرف القانونى والواقعة القانونية . المرجع السابق ص ١٤١ ، ١٤٢ ، والوسيط ج ٢ بند ٣ ص ٤ .

١ - الخشية من طمس معالم النظرية التقليدية :

يربط الفقه الشرط بالالتزام دون التصرف القانوني ، خشية الخروج على القواعد التقليدية الموروثة ، ورغبة في عدم طمس « معالم النظريات المألوفة » (٢١٢) .

وهذا القول يبدو محل نظر ، لأن تعريف الشرط الذي تتبعناه سلفا يؤكد أن الشرط لا يرتبط بالالتزام وحده ، بل يرتبط بالمصدرايضا وان ارتبط بالالتزام فانه لا يرتبط بمطلق الالتزام ، كما رأينا ، وكما سنرى ، وانما يرتبط بالتزام الارادى وحده ، واكثر من هذا فان ذلك الفقه نفسه يثبت ان ربط الشرط بالتصرف القانونى لن يطمس معالم النظرية التقليدية بل سيفضي الى « وضوح اكبر » (٢١٣) ، فان كان الوضع في الاطار التقليدى فهو مطلوب ، وان كان فى بحث نظرية جديدة فلا ضير من زوال النظريات التقليدية خاصة اذا كانت تتنافى مع التقاليد الفقهية الاسلامية ، فالمطلوب ليس هو المحافظة على القوالب الجامدة ، بل مواجهة تطور الفكر حسب حاجات العمل المتجددة ، التى رعتها الشريعة كما اشرنا فى فاتحة هذا البحث .

ب - للخوف من اعتبار الشرط جزءا من الارادة :

ولعل الفقه التقليدى قد أحس بعدم صدق السبب الاول ، فأراد تعزيز نظريته التقليدية من خلال فكرة أخرى ، مؤداها ان اعتبار الشرط وصفا للارادة سيفضي لا محالة الى النظر الى الشرط كجزء من تلك الارادة (٢١٤) .

والحقيقة ان الفقه الاسلامى والفقه الالماني وهما من اكثر المدارس مناداة بفكرة الشرط كوصف للتصرف ، لا يذهبان - على الاقل فى رأى جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية ومعظم الفقهاء الالماني - الى اعتبار الشرط جزءا لا يتجزأ من الارادة ، كما ان أحدا من الفقهاء الذين ينتصرون للنظرية الحديثة لا يتصور ان يقع فى هذا الخلط الذى تردى فيه التقليديون ، أو الذين حاولوا تطوير النظرية العامة للشرط من خلال الابقاء على النظرية التقليدية ، رغم ما يكتنفها من تناقضات . وعلى أى حال فان الآراء التى كانت تتبنى مثل هذا الرأى قد عدلت عنه ، فالاستاذ الدكتور عبد الحى حجازى كان يقرر فى رأى مهجور له أن الشرط يدخل فى ارادة المتصرف ، ويعد جزءا « من

(٢١٢) السنهورى ، الوسيط ج ٢ ط ٢ بند ٤ ص ٥ .

(٢١٣) أرجع والموضع السابقان .

(٢١٤) المرجع السابق ج ٣ هامش ١ ص ٥ .

مضمون تلك الإرادة » (٢١٥) ، ولكن هذا الرأي المهجور محل نظر ، لأنه لا يلزم من تعلق أمر بأخر صيرورة جزءا منه ، خاصة اذا كان المتعلق عارضا ولا يمكن تعداده ضمن عناصر المتعلق به . وربما نجد فى اقوال اصحاب هذا الرأي ما يفيد الاحساس بعدم صدقه ، فالاستاذ الدكتور عبد الحى حجازى يقرر ان وقف وجود الحق فى حالة التعليق على شرط « يحدث انتظارا لتحقيق عنصر عرضي لا يكون له قيمة الا اذا كانت عناصر وجوده الاصلية قد توافرت » (٢١٦) .

وهكذا يبدو أن هذه المظنة غير ذات اساس ، خاصة بعد ان استقر الفقه كما سنرى . على أن الشرط امر عارض لا يدخل فى مضمون التصرف القانونى .

ج - توهم عدم انعقاد العقد المعلق على شرط :

يخفى البعض من اناطة الشرط بالرضا والتراضي ، ويصر على ربطه بالالتزام بمقولة أن العقد المعلق لا ينعقد مطلقا . ونجد هذا السبب فى كتابات الدكتور سمير عبد السيد تناغو الذى يؤكد أن الشرط لا يلحق العقد مطلقا لأن العقد « اما أن ينعقد او لا ينعقد ولكن اثره قد يكون احيانا معلقا على شرط » (٢١٧) .

وهذه العبارات ليست حجة ، وانما هى مقولة تحتاج الى دليل . ومن البديهي ان اطلاق المقولات واعتبارها من المسلمات ، امر غير سائغ . ولكن الدكتور تناغو يرد على نفسه . ويبدو كما لو كان قد عدل عن رايه السابق ولو بطريقة غير مباشرة ، حين يقرر مع بعض الفقهاء ان التناقض قائم بين اعتبار العقد بسيطا واثره معلقا (٢١٨) ، فهل يصح بعد ذلك فى منطق الاستاذ القول بأن الشرط يعلق الاثر دون المصدر وانه يحول دون انعقاد العقد . كما ان هذا الرأى يتنافى مع الفكر الصحيح والحديث

(١١٥) د . عبد الحى حجازى . مذكرات فى نظرية الحق . القاهرة مطبعة دار الكتاب العربى ١٩٥١ ص ٧ .

(٢١٦) أراجع السابق ص ٨٠ . ويلاحظ أن الرأى الذى يخشى من اعتبار الشرط جزءا من الإرادة ، يتبنى هو من حيث لا يدري فكرة الشرط كوصف للإرادة حين يتصور الشرط كباعث دافع للالتزام مجازاة للنصوص دون تقصى ما وراءها من دلالات .

(٢١٧) مقالته عن التأمينات العينية على الطائرات : مجلة العلوم القانونية والاقتصادية . السنة التاسعة ع ٢ يوليو ١٩٦٥ بند ٥ ص ٢١٢ ، وانظر فى نفس هذا المعنى فى الفقه الفرنسى : توليه . المرجع السابق ج ٦ ط ٥ بند ٤٧٢ ص ٥٠٢ ، ٥٠٩ .

(٢١٨) مؤلفه : مبادئ القانون . الاسكندرية . منشأة المعارف بند ١١٩ ص ٤٠٤ .

والذى « اتجه ... فى الاونة الاخيرة الى اعتبار الشرط المعلق عليه العقد وصفا يلحق الارادة لا الالتزام » (٢١٩)

٢ - الشرط يعلق الاثر أيا كان المصدر

ومن لوازم تعريف الشرط كوصف للالتزام ، أن الشرط يعم بالتعليق ، كافة الالتزامات ، مهما تنوعت مصادرها ، فهو يعلق الالتزام الناشئ عن التصرف القانونى ، كما يعلق الالتزام الناشئ عن الواقعة بمعناها الضيق أى الواقعة المادية والطبيعية .

ويعتبر اميديه لولوتر من أكثر الفقهاء تحمسا لهذا الرأى ، فهو يرى أن الشرط يعلق الاثر أيا كان المصدر ، فاذا لم يكن هناك خلاف حول تعليق الشرط للالتزام الناشئ عن التصرف ، فإن الامر يجب أن يكون كذلك بالنسبة للواقعة أيضا ، فالالتزامات الناتجة عنها مما تقبل التعليق ودليل ذلك - فيما يقرره لولوتر - أن الحق فى النفقة وحق الوارث الفرضي هما حقان معلقان على شرط ، رغم أن مصدرهما يكمن فى الواقعة القانونية ، لا التصرف القانونى .

ونقطة البداية فى فهم فكر لولوتر فى هذا الصدد ، تتمثل فى تحديده لمعنى الحق أو الالتزام الشرطى ، وبخصوص ذلك يقرر لولوتر أن الحق يكون شرطيا اذا كان يعتمد فى وجوده - أو زواله - على تحقق حادث مستقبل ومحمثل (٢٢٠) .

“un droit est Conditionnel quand son existence dépend de l'arrivée d'un événement futur et incertain”.

فكل حق معلق على حادثة تستجمع هاتين السمتين يعتبر حقا شرطيا ، وبتطبيق ذلك على المثاليين المتقدمين ، يتضح - كما يقول لولوتر - ، أنهما ينطويان على حقوق شرطية :

فحق الأب فى النفقة يعتمد ، بالإضافة الى شروط معينة ، على موزة أو حاجته ، والحاجة أمر مستقبل ومحمثل (٢٢١) ، وحق الوارث الفرضي هو حق ينشأ من عدم كفاية التركة للوفاء بنصاب هذا الوارث ،

(٢١٩) شفيق شحاتة . الاحوال الشخصية لغير المسلمين ج ٣ ص ٣٢ بند ٢٠٤ وهكذا تكون قد ذوت الفكرة الرومانية العتيقة التى تؤكد أن الشرط أو الاجل لا يحلق الا الدين بمقولة أن هذا الاخير وحده هو الذى يتصور فيه أن يعيش فى المستقبل ، انظر د. السنهورى فى عرضه لتلك الفكرة بمؤلفه مصادر الحق ج ٣ ط ٣ (١٩٥٧) ص ١٤٩ .

(٢٢٠) لولوتر ، رسالته السابقة ص ٤ وما بعدها .

(٢٢١) والثابت عند الاحناف ، على ما قرره محكمة النقض المصرية أن الفقير غنى بغنى ولده الذى تجب عليه نفقته : نقض ٢٧ ذو حيجر ١٩٦٨ مجموعة المكتب الفنى س ١٩ القاعدة ٢١٥ ص ١٤١٧ .

وهذه واقعة مستقبلية ومحتملة أيضا (٢٢٢) : الأمر الذى يعنى أن الحق فى هذين المثالين هو حق شرطى بمعنى الكلمة (٢٢٢) :

“Il ya un véritable droit Conditionnel”

ولما كان هذا القول يتعلق بنطاق الشرط ، وكنا نشير فى هذا المقام فحسب الى دلالات التعريف التقليدى ، ليكون فى الذهن عند تتبع الرسالة فى تحليلها وتأصيلها ، وكان الرد على هذا الراى يقتضى الامام بمقدمات أخرى واساسيات حقيقية الشرط . فاننا نجتزئ فى تقييم هذا الراى بالقول بأنه رآى ، يخلط فى التكييف (٢٢٤) بين مسائل متباينة كالشرط والاحتمال ، وسبب ذلك انه ينطلق من مقدمة غير صحيحة فليس من المسلم به ان كل أمر مستقيل وغير محقق يعتبر شرطا ، فالخطر والتحفظ والاحتمال او الحادث الاحتمالى هى امور تنقصها واقعة ، تستجمع هاتين السمتين . ولم يعد هناك مجال لتكييفها كشرط بمعنى الوصف حالة كونها اساسية فى التصرف او الواقعة ، وحالة كون الشرط مجرد أمر عارض على التصرف ولا دخل له بالواقعة القانونية بمفهومها الضيق على ما سنراه عن دراسة نطاق الشرط .

واذا كان الشرط يستنفذ مفعوله بمجرد تحقق او تخلف الواقعة الشرطية فلا تصور كيف يقال أن الحق فى النفقة هو حق شرطى ، مع انه من المعروف : ان مناط النفقة بحسب النصوص القانونية هو الحاجة ، وهى أمر قد يتكرر غير مرة ، دون ان يستنفذ النص مفعوله (٢٢٥) .

(٢٢٢) ويتناول لولوتر فى هذا الصدد :

“... il en est ainsi du droit d'un héritier réservataire. Il prendra naissance par l'insuffisance de la succession à la remplir de sa réserve. Il en est ainsi encore du droit a une pension alimentaire d'un père Contre son fils que est subordonné à la ruine possible”.

(٢٢٣) نفس الموضع السابق .

(٢٢٤) وانظر مثلا قول باستيان فى رسالته عن عدم النفاذ ١٩٢٩

ص ٢٥٠ :

“L'inopposabilité pour atteinte à la réserve peut être invoquée en principe contre tout bénéficiaire de cette atteinte donataire ou légataire”.

وهو يشف عن نظرة باستيان الى أن الامر يتعلق بعدم السريان بسبب الافتقادات على النصاب وعدم مراعاته .

(٢٢٥) وهذا هو مقتضى رآى الاحناف الذى عرضه حكم محكمه

النقض الصادر فى ٢٧ نوفمبر ١٩٦٨ سالف الإشارة .

ويرتبط بهذا التحليل ويتأسس عليه أن مصدر الشرط لا يتمثل فحسب فى ارادة المتصرف ، بل يتجسد ايضا فى نص القانون ، والحقيقة أن مثل هذا القول سيفضي لا محالة الى تعدد مصادر الشرط بقدر تعدد مصادر الالتزام ، ولعل اكبر تعداد للمصادر فى هذا الصدد يتمثل فى قول الدكتور سميح تناعو أن هذه المصادر تكمن فى « التصرفات القانونية أو المصادر الارادية للالتزام وهى العقد ، والارادة المنفردة ، والقرار الادارى ، والقانون والحكم » فضلا عن « الوقائع القانونية أو المصادر غير الارادية للالتزام وهى العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب » (٢٢٦) .

ولسنا نريد أن ندخل فى جدل حول مدى صدق ، وحقيقة هذا التقسيم ولكننا نشير الى أنه لو صدق ذلك ، وصدقت بالتالى فكرة تنوع مصادر الشرط لباتت نظرية الشرط من السعة بحيث يمكن ان يفسر من خلالها كافة الافكار القانونية ، فى كل فروع القانون ، ولغذا التداخل حتميا بين الشرط بمعنى الوصف والشرط بمعنى المقتضى القانونى ، ولا فصي ذلك الى انهيار الحواجز بين الافكار القانونية المتغايرة ، بوجه عام .

٣ - تجرد الشرط عن الاثر الرجعى

واذا كان الشرط وصفا للالتزام ، بحسب التعريف المتقدم ، فانه يلزم من ذلك أمران :

أولهما : أن يكون للشرط أثر رجعى اذا تعلق الأمر بتصرف قانونى، وفى نفس الوقت لا يكون له اثر رجعى اذا تعلق الامر بواقعة قانونية ضرورة ان الشرط فى الحالة الاخيرة يعنى تخلف مقتضى قانونى وهو عنصر جوهرى غير عرضي ، ولذا يتجرد تحققه عن أى أثر رجعى .

ثانيا : أو الا يكون للشرط أثر رجعى مطلقا ، سواء تعلق الامر بتصرف قانونى أم بواقعة قانونية . واذا كان تخلف الاثر الرجعى مفهوما بالنسبة للواقعة القانونية ، فان الامر اثار مشكلة فى حالة ما اذا تعلق الامر بتصرف قانونى ، ولذا ذهب انصار عدم الرجعية الى تكييف الشرط

(٢٢٦) نظرية الالتزام . منشأة المعارف بالاسكندرية بند ٦ ص ١٥
« فى المصدرين الجديدين اللذين حاول الاستاذ اضافتهما من خلال التصرف القانونى : انظر رسالته فى الالتزام القضائى بارييس ٦٤ (١٩٦٥) .
ومؤلفه لقسم الدكتوراه بجامعة الاسكندرية ، القرار الادارى مصدر للحق منشأة المعارف . الاسكندرية ١٩٧٢ . بند ١ ص ٧ وما بعدهما وخاصة
بند ٨ ص ٢٥ .

باعتباره سببا دافعا ، او باعثا ، وهو امر نجده فى بعض نصوص القانون المدنى المصرى ، على ما تقدم ، فاذا فرض وتحقق الشرط ، فان انذى يكون قد تحقق يعتبر عنصرا جوهريا لا مجرد واقعة عارضة فلا يكون لتحقيقه اثر رجعى ايضا وهذا هو مسلك بعض الفقهاء فعلا مثل لولوتر . وبرنار ، وفرديه وان كان الاخير قد اختط مسلكا آخر فى التحليل على ماسنرى (٢٢٧) .

ولا بدرى كيف يتبنى القانون او الفقه نظرية الشرط كوصف للالتزام ثم يتبنى بعد ذلك نظرية الاثر الرجعى للشرط . او كيف يقول الفقه والقانون بان الشرط يعتبر باعثا دافعا ثم يعمل فكرة الاثر الرجعى للشرط ، لا شك ان ذلك القول ينطوى على عدم فهم النظرية على احسن الفروض .

ويرتبط بذلك التحليل ان الشرط يجب ان يتحقق ليس فقط على نحو مارسمة المتصرف او المتعاقدان بل ايضا على النحو الذى رسمته المصادر الاخرى الى سبق تعدادها ، وتوسع البعض فيها ، وكلها مما يمكن ان يتسع التعريف التقليدى للشرط لها .

كما أنه يلزم من ذلك التعريف أن تشيع فى كتابات الفقه معايير تضم عن هذا التعدد . فاذا كانت المعايير تدور كلها فى فلك الارادة فلاشك أن ذلك يكشف عن تضارب جوهر النظرية مع الفكر الذى يريد توجيهها صوب الالتزام .

المبحث الثانى

مضمون الشرط فى النظرية الحديثة

يبدو ان نظرية الشرط كوصف للالتزام . وهى النظرية المبنية عن التعريف التقليدى للشرط ، تجتاز ازمة حقيقة تنبئ لها الفقه نبدا برنو الى نظرية أمثل تتفق وجوهر الشرط ، باعتباره أمرا وثيق الصلة بالتراضي والرضاء ، وهو كما نعلم مسلك الشريعة الفراء .

(٢٢٧) لولوتر . رسالته السابقة ص ٦ وما بعدها ، وبرنار . الرسالة المشار اليها ص ٣٩ وما بعدها ، وفرديه . الرسالة المشار اليها بند ٢٥٩ ص ٢١٣ وما بعدها . ولا شك أن التناقض بين النظرية التقليدية وفكرة عدم الرجعية يصل مداه عند القول بأن الشرط أمر عارض ، وبأنه لا مصدر للشرط سوى الارادة كما سنرى : انظر فى التأكيد على أنه لا مصدر للشرط سوى الارادة . د . جمال زكى : المرجع السابق ، بند ٤٥٣ ص ٧١٧ .

وحتى يتلور مضمون الشرط في النظرية الحديثة ، فانه يجدر بنا التعرض من جهة للانتقادات التي ترد على التعريف التقليدي ، ومن جهة أخرى للمواقف الفقهية الحديثة بالنسبة للشرط .
ونعرض لهاتين المسألتين في مطلبين متتابعين .

المطلب الأول

نقد التعريف التقليدي

التعريف التقليدي للشرط هو تعريف غير جامع وغير مانع

يكاد ينعقد اجماع الفقهاء العرب على تبني التعريف التقليدي للشرط ، وهو التعريف المستمد من النصوص ، والذي مؤداه ان الشرط امر مستقبل وغير محقق الوقوع ، يترتب عليه وجود أو زوال الالتزام (٢٢٨) ، رغم أن كتابات معظم هؤلاء الفقهاء ترحى بخروجهم على منطق النظرية التقليدية .

(٢٢٨) جمال زكي ، المرجع السابق بند ٤٤٥ ص ٧٠٨ ؛ سليمان مرتس ، موجز أصول الالتزام بند ٧٤٢ ص ٨١٤ ؛ عبد الودود يحيى : دروس في أحكام الالتزام بند ٧٥ ص ١١٥ ؛ عبد الفتاح عبد الباقي ، الاحكام بند ١٣٨ ص ٢٣٦ ؛ عبد الحى حجازى ، الالتزام فى ذاته ج ١ ص ١٥٣ ؛ اسماعيل غانم ، الاحكام بند ١٢٨ ص ٢٧٢ ، محمد أسيب شنب ، دروس فى نظرية الالتزام ، الاثبات وأحكام الالتزام ٧٤ - ١٩١٥ بند ٢٠٣ ص ٣٠٦ ؛ السنهورى ، الوسيط ج ٢ بند ٣ ص ٧ ؛ صدقى المحمصانى ، الاوصاف ١٩٥٨ ص ٥٧ والنظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ١٩٤٨ ص ٢٠١ وما بعدها ؛ مصطفى أحمد الزرقا ، الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد ج ١ : المحل للفقهى العام ، مجلد ١ ط ٧ بند ٢٥٧ ص ٥٢٦ . ولكن قارن : عبد النعم البيراوى ، الاحكام بند ٢٠٦ ص ٢٣٠ ، فلقد أتبع التعريف التقليدى بقوله : فالشرط هو عارض أى أمر خارجى تضيفه الإرادة الى الالتزام استكمل كل العناصر التى يشترطها القانون ؛ وجميل الشرداوى ، الاحكام بند ٥٢ ص ١٦٩ حيث تفرد فى الفقه العربى بذكر الارادة كمصدر للشرط فى نفس التعريف ، استخلص ذلك من حده للشرط فى الموضع المذكور .

ويبدو أن التعريف التقليدى للشرط ، لا يدل تبنيه على اقتناع به ، لأننا وكما سنرى ، نجد أن الفقهاء يتكلمون ، ويتكلمون فقط ، بعد التعريفات التقليدية ، عن العقد ، وعن العقد وحده : فمثل : عبد الودود يحيى ، بالمرجع والموضع السابقين ولاحظ أنه ضرب مثلا للشرط الواقع بتعهد مالك منزل بأن يؤجر مسكنا فى منزله آخر لفا تزوج ، وضرب مثلا للشرط الفاسخ بهبة تنتج أثرها فور إبرام العقد ولكنها تنفسخ فيما لو رزق الواهب بولد .

وأغلب الفقه الفرنسي يتبنى نفس التعريف السابق ، فيكتفى بدوره بذكر خصيصة الاستقبال وعدم تحقق الوقوع عند حده للشرط (٢٢٩) . ولما كان مدراينا أن هناك مفاهيم قانونية أخرى خلاف الشرط نستجمع هاتين السمتين ، فانه يبدو من غير المنطقي - والحال هذه - الاكتفاء بهاتين الخصيصتين في التعريف ، لأن ذلك يجعله تعريفا غير جامع لكل خصائص المعرفة ، وبالتالي غير مانع من اختلاط غيره به . وقد قال المناطقة - بحق - ان التعريف لكي يكون جامعا ومانعا ، فانه يجب ان يشتمل على كافة الاوصاف والعلل المتعلقة بالشيء المعروف (٢٣٠) . بهذا وحده يصلح التعبير ان يكون حدا (٢٣١) . يمنع غيره من الالتباس به .

(٢٢٩) مثلا مازو : دروس ج ٢ مجلد ١ ط ٤ بمعاونة جيجار بند ١٠٢٧ ص ٩٢١ ؛ مارتى ورينو . القانون المدني ج ٢ مجلد ١ سنة ١٩٦٢ . بند ٧٤٥ ص ٧٥٦ ؛ جوسران : محاضرات ج ٢ ، النظرية العامة للالتزام ط ٢ بند ٧٢١ ص ٣٩٤ ؛ بلانيول وريبير وجابولد : المطول العملي ج ٧ بند ١٠٢٤ ص ٣٧٠ ، كولانوكا بيتان Cours élémentaire de Droit Civil F. ج ٢ ط ٤ ص ١٢٧ وقد تكلم المؤلفان بعد التعريف مباشرة عن التصرف الشرطي ؛ لوران ، مبادئ القانون المدني الفرنسي ج ١٧ ط ٢ بند ٣٢ ص ٤٩ ، توليه ، المرجع السابق بند ٤٦٨ ص ٥٠٣ ؛ وديمانت وكوايه دى سانتير ج ٥ سنة ١٨٦٥ م بند ٨٦ ص ١٤٤ ؛ دى باج ، المرجع السابق بند ٢٦٢ ص ٢٦٩ حيث يعرف الشرط بأنه :

"un événement futur et incertain dont dépend la naissance ou l'extinction d'un droit ou d'une obligation".

وقد تفرد تقريبا بتسمية الشرط الفاسخ بالشرط النهي ، كما أنه ربط الشرط بمطلق الحق والالتزام ، رغم أنه أكد أن الشرط كالاجل . انما هو أمر عارض : بند ٢٦٦ ص ٢٦٧ .

ولكن قارن على خلاف كل ما تقدم : بودرى وبارد . المطول : الالتزامات ج ٢ بند ٧٤٣ ص ١ ، ٢ حيث أكد أن المشرع قصد بالشرط : اما التعبير عن الإرادة الذي يعطى نشوء أو فسخ الالتزام على واقعة مستقبلية ومحتملة ، واما الواقعة ذاتها التي يوجبها التعبير عن الإرادة ، وأوبرى ورو : محاضرات ط ٥ ج ٤ باريس ١٩٠٢ رقم ٣٠٢ ص ٩٤ ، والسيدة ايفين بفلان لانور : موسوعة دالوز (١٩٧١) تحت لفظ Condition بند ٧ ، رينيه سافاتييه : نظرية الالتزام . وجيز دالوز سنة ١٩٦٧ بند ١٥٧ ص ٢٢٣ .

(٢٣٠) انظر كتاب النفس لمرسطوطاليس تعريب أحمد فؤاد الاعوانى ط ٢ ص ٤٥ ؛ عبد الرحمن بدوى فى (أ) مناهج البحث العلمى ١٩٦٨ ص ٩٣ . (ب) المنطق الصورى والرياضى ١٩٦٢ ص ٧٥ وما بعدها حيث يقرر أن التعريف يجب أن يعبر عن ماهية المعرفة ، وعنه وحده ، وعنه كله ، أي يجب أن يكون جامعا مانعا .

(٢٣١) يقول السهروردى : اصطلاح بعض الناس على تسمية القول

اذ في هذه الحالة وحدها يمكن الكشف عن جوهر وحقيقة الامر الذي يجرى تعريفه (٢٣٢) ، وبدون ذلك تختلط الافكار ، وتتداخل المفاهيم (٢٣٣) .

وهكذا يبدو ان الاختصار في تعريف الشرط على خصيصة الاستقبال وعدم تحقق الوفوع سيجعل فكرة الشرط فكرة هلامية ، ومتداخلة مع افكار أشد ما تكون بعدا عنها ، كفكرة التحفظ (٢٣٤) ، والعبء (٢٣٥) ، والخطر (٢٣٦) ، والحادث الاحتمالى (٢٣٧) ، بجامع اجتماعها لنفس هاتين السمتين ، فليس كل امر مستقبل وغير محقق التوقع يعتبر شرطا بالضرورة ، كما انتهى اليه ثقه الفقهاء (٢٣٨) .

وفي نطاق عدم وضوح الافكار ، لم يكن مستبعدا وجود تعريفات للشرط ، تدع مجالا لمزيد من الخلط بين الشرط وغيره من المفاهيم (٢٣٩) .

الدال على ماهية الشيء « حدا » ويكون دالا على الذاتيات والامور الداخلة في حقيقته . ومعرفة الحقيقة من الخارجيات « رسما » : انظر شهاب الدين يحيى سهروردى : حكمة الاشراق . القسم الاول ، المقالة الاولى . الضايط السابع . فى التعريف وشرائطه رقم (١٤) ص ١٩ فى الحدود الحقيقية . وهو من مطبوعات المعهد الفرنسى الايرانى طهران ١٩٥٢ م . والسهروردى هذا هو الفيلسوف العظيم الملقب بالمقتول وهو يختلف عن غيره ممن يحمل نفس اللقب . انظر محمد على اباريان . أصول الفلسفة الاشراقية عند شهاب الدين السهروردى ١٩٦٩ ص ١٧ ، ١٨ .

KANT (E.) Critique de la raison pure... Paris ٢٣٢)

1968 pp. 507 et s.

(٢٣٣) فعمل الباحث فى رأى بعض الفلاسفة « ينحصر فى أمرين : أولهما أن يميز من الظاهرة ٠٠٠ ما يخالف العقل ٠٠٠ ، ثانيهما أن يضيق شيئا فشيئا حدود هذا المخالف للعقل » انظر مايرسون : ملاحظات على مبدأ العلية . المجلة الفلسفية (الفرنسية) ١٨٩٠ مجلد ٢ ص ٢٣٣ ، عن لالاند ، سالف الاشارة ، ص ٢٨ .

(٢٣٤) برونو سيليس . الرسالة السابقة بند ٤٢٢ ص ٢٢٩ وما بعدهما .

(٢٣٥) بويسو . الرسالة السابقة بند ٤٣ ص ٦٧ وما بعدهما .

(٢٣٦) محمود سمير الشرقاوى . الخطر فى التأمين ، رسالة طبعة الدار القومية ١٩٦٦ بند ٤٠ ص ٥٩ وما بعدهما وخاصة بند ٤١ ص ٦٠ ، ٦١ .

(٢٣٧) فرديه ، الرسالة السابقة . ولاحظ مع ذلك محاولته فى القسم الثالث اثبات وحدة طبيعة ونظام الحقوق الشرطية والاحتمالية .

(٢٣٨) ديموج . مقالته عن الحقوق الاحتمالية . المجلة الفصلية ١٩٠٥ ص ٧٢٥ .

(٢٣٩) لا يمكن التعلل بقول البعض أنه لوحظ فى البحث العلمى

من ذلك مثلاً تعريف بعض الفقهاء للشرط بأنه الباعث على التصرف (٢٤٠) ،
أو تعريف البعض الآخر له بأنه : وصف يلحق الحقوق الاحتمالية فيعلقها
على واقعة مستقبلية (٢٤١) .

وغنى عن البيان ان التعريفات التى من هذا القبيل . هى تعريفات
بادية الخلط ، لأنها تعرف الشرط بأمور تختلف طبيعتها عن طبيعته ،
فضلاً عن أنها تنطوى على شيء من المصادرة ، لأنها تعرف الشيء بما هو
اخفى منه ، مع ان اصول المنطق تقضى بأن « الشيء اذا عرف ...
فينبغى ان يكون بأمور تخصه » وبأن تعريف « الشيء » لابد ان يكون
بأظهر من الشيء لا بمثله ... ومن شرط ما يعرف به الشيء ان يكون
معلوماً قبل الشيء لا مع الشيء » (٢٤٢) .

المطلب الثانى

المواقف الفقهية الحديثة

وهكذا لم ترق للفقه الحديث فكرة تعريف الشرط من خلال هاتين
الخصيصتين القاصرتين (٢٤٣) ، ومن خلال ربطه بمطلق الالتزام . وبدأ
يرنو الى حد الشرط حداً يجد أساسه فى جوهر فكرته . ومجموع
مقوماته . وبدأت المواقف الفقهية تترى فى الفقه العربى والاجنبى معلنة
ان الشرط لا يؤثر - فى الحقيقة - فى مطلق الالتزام ، بل فى تراضى

أن التشدد فى اتباع المنطق قد أدى أحياناً الى عقم الفكر ونضوبه : عن
لاند ، السابق ص ٢٣ ، لايح الملاحظة السالفة بنيت ، على فرض صدقها ،
على غالب الامر ، ولم تأت الا بنتيجة جزئية ، ولأن « الذهن مهما بلغ من
الدرجات ، لا يبقى ذهنًا الا لأنه يظل دائماً أهلاً لتجاوز ما بلغ ، وقد يكون
المنطق فيما نرى هو مفتاح ذلك » . وانما نميز الحقيقى من الوهمى بملاحظة
ما بين التصورات من تطابق أو تغاير .

انظر لاند : المرجع السابق ص ٥ .

“Nous distinguons le vrai de l'illusoire en observant l'accord ou le désaccord de ces perceptions entre elles...”.

(٢٤٠) لولوتر ، رسالته ص ٢٢ .

(٢٤١) بودان ولاجار ، المرجع السابق بند ٧٢٥ ص ٥٢٩ .

(٢٤٢) السهوردى : المرجع السابق قسم ١ . مقالة ١ . ضابط

٧ رقم (١٣) ص ١٨ .

(٢٤٣) يقول ديموج ، بالموضع والمرجع السابقين :

“Tout événement futur et incertain n'est pas susceptible de jouer le rôle de la Condition”.

المُتعاقدين ، بما مفاده أن الشرط لا وجود له في غير نطاق التصرفات
وإن تأثير الشرط في الالتزام يأتي كأمر تابع لتأثيره في التراضي ذاته ،
ونعرض الآن لأهم هذه المواقف الفقهية :

١ - الفقه العربي

أولاً - في فكر الأستاذ العميد الدكتور جميل الشرقاوى :

من يتتبع الاتجاهات الفكرية للأستاذ العميد الدكتور جميل
الشرقاوى ، يجد أنه ينتصر من البداية لفكرة ربط الشرط بالارادة
والتراضي :

ففي رسالته للدكتوراه (سنة ١٩٥٣) عن « نظرية بطلان التصرف
القانوني في القانون المدني المصري » نجده يعالج فكرة عدم مشروعية
الشرط ، وفي ثنايا ذلك كانت عباراته واضحة في الحديث عن
« تطبيق التصرف أو وقفه على تحقق شرط ما » وتعليق « المتصرف »
التزامه على شرط . وعن « أيقاف أثر التصرف » . وهكذا كان
فكره قاطع الدلالة على أن نظرية الشرط لا تدور إلا في فلك الإرادة
والتصرف ، فلا تعليق لكل الالتزامات ، وإنما التعليق يرتبط
بالارادة وبالالتزامات الناشئة عنها فحسب ، أعمالاً لمبدأ سلطان
الإرادة (٢٤٤) - بحدوده وقيوده - وهو مبدأ لا جرم له وجوده
في القانون المصري والفقه الإسلامي ، وإن ذوى إلى حد بعيد
في الفكر الشيوعي .

ثم حدد الأستاذ العميد معالم فكرته فقرر أن « معنى تعليق
التصرف أو وقفه على تحقق شرط ما ، أن المتصرف لا يصدر
إرادة بآية يقصد إلا يرجع عنها ، بل هو يشترط صراحة هذا الحق
في الرجوع ، ولكنه يفيد هذا الحق بتحقيق واقعة بعينها يعلق
عليها التزامه النهائي (٢٤٥) .

وفي مؤلفه عن مصادر الالتزام (التصرف القانوني) بدأ يضع
أمام المشرع معالم أصول النصيغة التي يمكنه اتباعها في معالجة
نظرية الشرط ، كما قدم أهم أسانيد نظريته في الشرط كوصف
للتراضي :

فلقد عرض لتكوين العقد (التراضي وصوره) في فرعين :

أولهما : في الإيجاب والقبول (٢٤٦) فاستعرض قواعدهما العامة .

(٢٤٤) بند ١٠٨ ص ٣٠٨ من الرسالة المذكورة .

(٢٤٥) الموضع السابق .

(٢٤٦) المرجع السابق بند ٥٣ وما بعده من ص ٢٨٤ حتى ص ٣٠٧ .

ثانيهما : في صور خاصة للتراضي ، وعالج في هذا الصدد : الوعد بالمعقد ، والمعقد غير المنجز ، مضافا كان أم معلقا ، ثم اشتراط العدول ، والتعاقد بالعربون ، فالتعاقد بالمزايدة او بالناقصة .

ولقد كانت هذه الخطوة جلية في تأكيد تحرى الاستاذ العميد جوهر الشرط وجعله مدار فكرته . وفي هذا الصدد بلور فكرة الشرط كوصف للتراضي ووضع أسسها ومعالها الرئيسية ، الامر الذي ادى الى تاثير الفقه العربي به بشكل واضح ليس في مصرووحدها بل في سوريا (٢٤٧) والمراق ايضا (٢٤٨) .

ولقد افصح الاستاذ العميد عن ضرورة اعتبار الشرط وصفا للتراضي بقوله « ينظر الى الاجل والشرط عادة على انهما من اوصاف الالتزام ، وينظران في احكام الالتزام » ، ولشكنا نعتقد انهما وثقا الصلة بالتراضي والمعقد . فهما لا يلحقان الالتزام الا نتيجة التراضي عليهما ، فاقتران الالتزام بالشرط هو دائما نتيجة للاتفاق على ذلك . اما الاجل ، وخصوصا الاجل الذي يؤخر الالتزام بالمعقد ، فقلب صورته نتيجة للاتفاق ولا يتقرر بحكم القانون الا في احوال نادرة (وفي اغلبها يكون اجلا منهيئا او فاسخا) ، كما ان القضاء قد يمنح المدين اجلا لتنفيذ التزامه ، وفي احوال استثنائية بحكم المادة ٣٤٦ مدني « (٢٤٩) .

وفي مؤلفه عن احكام الالتزام اكد « ان تطبيق الالتزام على شرط واقف او فاسخ لا يمكن ان يتم الا بالارادة ، اي بالاتفاق بين الدائن والمدين ، فلا يمكن ان يترتب بحكم القانون ، او بأمر القضاء كالاجل » . ثم استطرد قائلا « ولذا فالتنا نميل الى اعتبار الشرط وصفا من اوصاف التراضي التي يترتب اثرها في هذا التراضي

(٢٤٧) درس الدكتور وحيد رضا سوار ، فكرة الشرط في القانون المدني الجزائري المسمى (لافوتسي) ، في اطار نظرية العقد ، انظر مذكراته لطلبة السنة الثانية بحقوق الجزائر غير المطبوعة سنة ١٩٧٣ ص ٤٠ وما بعدها .

(٢٤٨) انظر بوجه خاص عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني ج ٢ احكام الالتزام ط ٣ بغداد ١٩٧٧ بند ٢٧٤ ص ١٥٨ حيث أكد أن الشرط كوصف « لا يمكن أن يكون الا في ضمن عقد أو ارادة منفردة » وأنه لا يجب معالجته بين لحكام الالتزام بل في ثنائيا معالجة التعبير عن الارادة .

(٢٤٩) المرجع السابق هامش ١ ص ٢٩٣ .

نفسه ، وان كان هذا الاثر يمتد بطبيعة الحال الى الالتزامات المقصودة بالعقد المقترن بالشرط « (٢٥٠) .

ومن هذا العرض يتضح أن الشرط وصف للتراضي وليس وصفا للالتزام ، وأن المنطق القانوني وأصول الصياغة يقضيان تبعا لذلك بمعالجة الشرط في نطاق التراضي طالما أنه لا شرط بغير اتفاق المتعاقدين . وفي النهاية فإن ربط الشرط بالتراضي يعنى في نفس الوقت تعليق الالتزامات تبعا لتعليق العقد ذاته .

ومن هذا المنطلق كان تعريف الاستاذ العميد للشرط باعتباره وصفا للالتزام تعريفا مؤكدا لجوهر ارتباط الشرط بالإرادة ، إذ قرر أن الشرط هو : أمر مستقبل ، غير محقق الوقوع ، يترتب عليه وجود الالتزام الإرادى الذى يعلق عليه أو زوال هذا الالتزام (٢٥١) .

ثانيا - في فكر الاستاذ الدكتور شفيق شحاته :

ومثل هذه الاحاسيس راودت فكر الاستاذ الدكتور شفيق شحاته ، ففي مؤلفه « أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين » (٢٥٢) نجد : يعرض لفكرة شاملة ، تكاد أن تكون متكاملة ، عن علاقة الشرط بالإرادة انبثاقا من جوهر الشرط ذاته . ونحاول فيما يلى أن نستخلص أبعاد هذه الفكرة التى تؤكد أن الشرط وصف للتراضي وليس وصفا للالتزام ، والتى يمكن ردها الى امرين : اولهما انتقادى والآخر توجيهى .

١ - انتقاد مسلك التقنين الحالى :

انتقد الاستاذ مسلك المشرع المصرى حين عالج فكرة الشرط بحسبانه وصفا من أوصاف الالتزام ، وذلك للأسباب الآتية : (١) « أن الشرط ... لا يرد على اثر الالتزام ، فأثر الالتزام هو حكمه ، وحكمه هو وجوب الوفاء به بعد أن يكون قد وجد ، ولكن الالتزام المعلق على شرط واقف لا يتوقف أثره فقط ، بل يتوقف وجوده هو نفسه على الشرط » (٢٥٣) .

(ب) أن الشرط لا يكون شرطا بالمعنى الفنى ، أى باعتباره وصفا « إلا إذا كان مصدره إرادة الطرفين اللذين عقدا العقد . أما إذا

(٢٥٠) جميل الشرقاوى : الأحكام بند ٥١ ص ١٦٣/١٦٤ .

(٢٥١) المرجع السابق بند ٥٢ ص ١٦٩ .

(٢٥٢) ج ٣ سنة ١٩٥٩ م .

(٢٥٣) مؤلفه المشار اليه بند ٢٠٣ ص ٣٢ انما يلاحظ أن توقف الوجود ليس هو توقف التكون فالحق المعلق اكتملت له كل عناصر تكوينه فلا ينقصه ركن منها . وهذا ما كان يحس به الاستاذ هنا تماما . أنظر حجته الثانية فى نهايتها .

كان مصدره نص القانون فانه لا يكون شرطاً بالمعنى الاصطلاحي ،
وان اعتبر شرطاً من الشروط التي ، يعلق عليها القانون وجود
الحق » (٢٥٤) .

(ج) انه مسلك لا يتفق لا مع الاتجاهات الماصرة في القانون والفقه ،
ولا مع تقاليد الشريعة الاسلامية :

— فالقانون الألماني مثلاً اخرج الشرط من نطاق نظرية الالتزام
وجعله أحد موضوعات التصرف القانوني .

— وفقهاء الشريعة الغراء يذهبون بحق الى ان تعليق العقد
على شرط انما هو « صورة من صور الصيغة التي ينعقد
بها العقد ، ذلك ان ارادة العاقد في العقد المعلق على الشرط
ليست ارادة محققة ، فالعاقد في هذه الصورة يريد العقد
فقط فيما لو تحقق الشرط ... ولذلك لزم البحث في الشرط
المعلق عليه العقد عند الكلام في الارادة التي ينعقد بها
العقد » (٢٥٥) .

(د) ان هذا المسلك يتنافى ايضا مع المنهج الفقهي المسيحي مع ملاحظة
ان هذا الاخير لم يميز تمييزاً واضحاً بين الشرط كوصف والشرط
المقترن به العقد (٢٥٦) .

٢ - توجيه المشرع الى مكان امكان معالجة الشرط :

ومن جماع كل ما تقدم فان الاستاذ الدكتور شفيق شحاته ، يرى
ان المشرع يجب ان ينتقل بالشرط الى مكانه الطبيعي وهو « باب التراضي
بالذات » لانه هو المكان « الذي يفرضه ... المنطق القانوني ... وتعبئه
الصياغة الفقهية » (٢٥٧) .

ولكن يلاحظ ان فكرة المنطق القانوني والصياغة القانونية هي
من الأفكار التي تستخدم أحياناً بتوسع لمساندة كثير من المفاهيم : الأمر
الذي أوجد شيئاً من التحفظ ازاءها ، من ذلك مثلاً قول الاستاذ
الدكتور اسماعيل غانم : « ان الصياغة القانونية والمنطق القانوني ...
ليست لها قيمة في ذاتها ، بل هي أدوات فنية لتحقيق أهداف
معينة » (٢٥٨) .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان الانتقادات التي وجهت

(٢٥٤) المرجع والموضع السابقان .

(٢٥٥) المرجع السابق بند ٢٠٤ ص ٣٢ ، ٣٣ .

(٢٥٦) المرجع السابق ، بند ٢٠٥ ، ٢٠٦ ص ٣٣

(٢٥٧) نفس المرجع بند ٢٠٥ ص ٣٣ .

(٢٥٨) المصادر هامش ص ٢٥٦ . وتجدر الإشارة في هذا الصدد ،

الى المنطق الصوري ، وهو لا جرم يحصل مكانة بارزة في الحياة القانونية (٢٥٩). قد حددت الى حد ما امكانية الاستعانة المطلقة بهذه الوسيلة التي هاجمها الفكر الشيوعي ، أيضا بلا هوادة بمقولة انها تكرس الظلم .

والحقيقة أن المنطق القانوني نه دور بارز في تفسير القوانين ، ومساعدة المشرع على الاسلوب الأمثل للصياغة ، ولكن الخلط يقع أحيانا بين عدالة القاعدة القانونية وعدالة المنطق ، ولا شك أن استهجان القاعدة الظالمة ، لا يجب أن يتمثل في محاربة المنطق القانوني ذاته ، بل في لفت النظر الى تعديل القاعدة نفسها .

وعلى أي حال فإن المنطق القانوني يقضي بعدم الإبقاء على نظرية الشرط في نطاق نظرية الالتزام ويقتضي معالجتها في نطاق دراسة التراضي أو الإرادة على نحو ما يؤكد فكر المرحوم الدكتور أبو عافية .

ثالثا - في فكر المرحوم الاستاذ الدكتور محمود أبو عافية :

والمرحوم الاستاذ الدكتور محمود أبو عافية كان ضمن الفقهاء الذين بصروا بحقيقة ما ينطوي عليه معالجة الشرط في نطاق نظرية الالتزام من تناقض وخروج على المنطق القانوني ، ذلك أنه بعد أن بين ما يلحق نظرية الالتزام التقليدية من نقص وعدم تناسق ، أوضح أنها نظرية غير منطقية ، وبين معالم ذلك وأضاف « أن نظرية الالتزام مقسمة الى قسمين كبيرين ، يخصص أحدهما لدراسة مصادر الالتزام أي كيف ينشأ الالتزام ، ويخصص الثاني لدراسة الالتزام في ذاته ،

عما إذا كان شمة منطق قانوني والذي أجاب عنه بقوله :

“Il exist une logique juridique. Mais ... elle n'est logique que dans la mesure où elle utilise les règles logiques, lorsqu'elle recourt à des règles non-logique, notamment extra-logiques, elle reste a proprement parler juridique, mais ne logique que par analogie”.

انظر Archives de philosophie du Droit Tome XI
la logique de Droit. Paris 1963 (Sirez) : De la spécificité de la logique juridique : p. 22.

(٢٥٩) انظر ميشيل فيلي في نفس المرجع السابق في توطنته عن الحقائق أو المعطيات التاريخية ص ٧ :

ولكن هذا الجزء الأخير ، وهو يشمل آثار الالتزام وأوصافه (الأجل والشرط) ونقله وانقضاءه وإثباته ، يكاد يقتصر الكلام فيه على نوع واحد من الالتزامات هي الالتزامات الإرادية . والواقع أن معظم هذا الجزء مخصص لدراسة أثر التصرف القانوني المنشئ للالتزام ، فمثلا ما يسمى أوصاف الالتزام (أى الشرط والأجل) وهو ما يسميه الألمان بالتحديدات الذاتية لأثر التصرف القانوني (٢٦٠) ، أى القيود التى ترد على أثر التصرف والتى تستمد من التصرف نفسه ، وعلى ذلك لا تعتبر هذه القيود أوصافا للالتزام ، وإنما هى قيود تلحق الإرادة نفسها ، فتحدد أثرها أيا كان هذا الأثر ، أى سواء أكان نشوء حق أو تعديله أو إنهائه ، وسواء أكان هذا الحق شخصا أم عينيا ، ولهذا يلحق الشرط والأجل بنظرية التصرف القانوني لا بنظرية الالتزام » (٢٦١) .

وعلى ذلك فإن المرحوم الاستاذ الدكتور محمود أبو عافية ، ود لو تمت معالجة الشرط فى مجال التصرف القانوني ، أى أنه لم يعتبر الشرط وصفا للالتزام ، وإنما أكد أنه وصف للإرادة أو التصرف القانوني .

٢ - الفقه الفرنسي

ولقد بدأ الفقه الفرنسي الحديث يؤكد حقيقة ارتباط الشرط بالإرادة والعقد ، وينتقد الفكر التقليدى الذى يربط الشرط بالالتزام ، ربطا قائما على تصور منبثق عن التعريف التقليدى للشرط . ولست نريد أن نستعرض هنا كافة الكتابات الفقهية فى هذا الصدد وإنما نجتزئ بالقول أن جمهور الفقه الفرنسي (٢٦٢) ، بدأ يتبنى هذا الفكر

Les auto-limitations à l'effet des actes (٢٦٠)

ويقابل هذا التعبير بالألمانية

(Selbstbeschränkungen der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte)

انظر فشماید فى المرجع والموضع اللذين أشار إليهما د . أبو عافية فى هامش ٩ ص ٢٩٢ من النسخة الفرنسية من رسالته .

(٢٦١) التصرف القانون المجرد . رسالة القاهرة ١٩٤٧ م الخاتمة

من ص ٣٠٣ الى ص ٣٠٧ من النسخة العربية ، وما ورد بالمتن كان نقلًا عن : السنهوري فى دروسه عن التصرف القانوني والواقعة القانونية ص ١٣٥ وما بعدها ، وانظر النسخة الفرنسية من الرسالة ص ٢٨٨ وما بعدها وخاصة ص ٢٩١ .

(٢٦٢) وتعتبر عن المذهب الحديث للفكر الفرنسي ، السيدة لانور ،

بموسوعة دالوز (١٩٧١) تحت لفظ Condition حين تقول فى بداية حديثها عن فكرة الشرط :

الجديد الذى يرى أن الشرط وصف للتصرف القانونى أو الإرادة ،
أو على الأقل بدأ يشير الى أهمية ذلك فى بلورة فكرة الشرط .

ولكن انعام النظر يفصح عن أن بعض ذوى الفكر الحديث ، كان
يوجه نظرية الشرط الوجهة التى تخدم أفكاره ونظرياته ، بصرف النظر
عن جوهر الحقيقة العلمية .

— فاميديه لولوتر ، لا يعترض من حيث المبدأ على الفكرة القائلة
بأن الشرط لا يعدو أن يكون وصفاً للتصرف القانونى (٢٦٢) ، ولكنه
يريد أعمال هذا لمضمون بشكل ينطوى على تفسير خاص للكلمة وصف
فيحقق هدفه الخاص ببناء نظرية لعدم رجعية الشرط فى التصرف
والواقعة معا .

وفى تفسير ذلك يقول ان اعتبار الشرط وصفاً للتصرف يستلزم
التسليم بأن الشرط كامر مستقبل وغير محقق الوقوع ، يترتب عليه

“Les parties sont parfaitement libre d'introduire des
modalités, et particulièrement des Conditions dans leurs
actes ...”.

بند ٧ وانظر بند ١٨ وما بعده ، وانظر مارتى ورينو المرجع السابق بند
٧٤٦ ص ٧٥٨ ولاحظ قولهما :

“... la Condition affecte le consentement même des parties”.

وبلانيول وريبير وجابولد بند ١٠٢٤ ص ٣٧١ ولاحظ قولهم ان الشرط
بحسب ذاته أمراً عارضاً يؤثر عندما يوجد فى نفس رضا المتعاقدين :
“le consentement même des parties”

وتيوفيل هيك : ج ٧ باريس ١٨٩٤ بند ٢٤٠ ص ٣٢١ وهو يشير قبل كل
شئ الى ذلك الارتباط الوثيق بين الشرط والإرادة ويدول :

“La Condition est un élément intentionnel empruntant ses
effets à la Commune volonté des parties”

ورينيه سافاتييه ، المرجع السابق بند ١٥٧ ص ٢٢٣ حيث يدول فى بيان
طبيعة الشرط :

“Comme le terme, la Condition est une modalité des
Contrats dans le temps”.

ولاشك أن التقليديين مسلمون من حيث لا يشعرون بأن الشرط
وصف للالتزام الإرادى ، لما أن الشرط كوصف للالتزام باطلاق ، يشمل
لا جرم الالتزام الإرادى وغير الإرادى ، فلا يبقى لهدم نظريتهم سوى
اثبات خطأ فكرتهم عن تعليق الشرط للالتزامات غير الإرادية وسيتم ذلك
عند الحديث عن نطاق الشرط .

“...la Condition est avant tout une modalité, (٢٦٣)

-dire la manière d'être d'un acte juridique”.

وجود - أوزوال - التصرف القانوني (٢٦٤) ، ولكن التسليم بذلك ، كما يقول لولوتر ، يقتضي التسليم أيضا بما ينطوي عليه ذلك المفهوم من تناقض ، مؤداه أن اعتبار الشرط مجرد وصف يعنى أن التصرف موجود كما أن اناطة التصرف بتحقيق الشرط يعنى أن التصرف غير موجود (٢٦٥) . وهذا غير منطقي فكيف يكون التصرف موجودا رغم موجود فى آن واحد .

ولو سألنا لولوتر فى فكره وسألناه عن كيفية رفع مثل هذا التناقض لاجاب على ذلك بفكرة مؤداه أنه قبل تحقق الشرط ، فإنه لا وجود للعقد بسبب تخلف عنصرا أساسيا هو الحادث الشرطى ، واذ يستشعرا فى هذا القول من خلل ، وتفسير لا يمكن التسليم به ، فإنه يستدرك مقررانه يتولد عن التراضي الموصوف حق من نوع خاص *droit de suis generis* ولكن حسم مثل هذا التناقض بتأتى فى الواقع ، من اعتبار الشرط مجرد وصف . أى مجرد أمر عارض ، يؤثر فى نفس تراضي المتعاقدين *le Consentement même des parties* (٢٦٧) فيصبح معلقا لاعلى عنصر جوهرى بل على حادث عرضي . لا دخل له بأركان التصرف ذاته ، فلا يعتبر عنصرا جوهريا فيه ، ولا فى الحق المنبثق عنه (٢٦٨) . وهذا هو المفهوم الصحيح لكلمة وصف . فالشرط وصف لتصرف أبرم فعلا ، وان كان مصيره منوطا بحدوث واقعة عارضة .

وأما فيلدرمان فرغم أنه يعرف العقد الشرطى بأنه عقد يعتمد على واقعة حددها المتعاقدان وأراداها دون أن يكون لاي منهما أى سلطان فى تحقيقها أو تخلفها (٢٦٩) ، وبالتالي يشير إلى مصدر الشرط فى نفس التعريف ، إلا أنه يلاحظ على فكره أنه يكاد يتبنى رى لولوتر عندما يقرر أنه لا يوجد تراض نهائى قو سبب فى حالة تعليق العقد على شرط .

(٢٦٤) رسالته سالفة الإشارة ص ٤٩ .

"Cette modalité a pour effet de faire dépendre l'existence de l'acte de l'arriver d'un événement futur et incertain"

الموضع السابق .

"Donc première idée : l'acte existe, Deuxième (٢٦٥) idée: l'acte n'existe pas".

الموضع السابق

(٢٦٦) انظر المرجع المذكور هامش ص ٥١ .

(٢٦٧) قريبيه . رسالته السابقة بند ٣٢٠ ص ٢٥٨ .

(٢٦٨) لكن انظر لولوتر : المرجع السابق ص ٢٢ ، ص ٥١ وانظر

فى الإشارة الى فكر لولوتر : بلانيول وريبير وجابولد بند ١٠٢٤ ص ٣٧١ .

(٢٦٩) رسالته السابقة بند ١٤٤ ص ١٢١ .

لان وجود الشرط يعنى تخلف مركز ينبغى توافره لكى ينتج العقد
أثره (٢٧٠)

وينتهى فيلدرمان الى القول بأنه بثبوت ذلك فان التفرقة بين
الشرط والحادث الاحتمالى تصبح غير ذات أساس ، فالعقد الشرطى
والعقد الاحتمالى يتكونان بنفس الطريقة (٢٧١) ويجتازان نفس المراحل .
والواقع أن فيلدرمان أصاب جزءا من الحقيقة حين قرر أن التعليق
يجعل التراضى غير نهائى وكان ينبغى عليه حتى يحدد معالم الشرط أن
يقرر أن ما يجعل التراضى غير نهائى ، ليس من تخلف عنصر جوهرى ،
وانما تخلف عنصر عرضي ، ولكن أنى له ذلك وهو يريد وضع أسس
نظرية وحدة الطبيعة بين الحقوق الشرطية والاحتمالية . وهو أمر
اكمله فردييه ، الذى مافىء - فى رسالته عن الحقوق الاحتمالية -
بواصل فكر فيلدرمان ويبلوره قائلا : انه اذا كان البعض قد استهدف
من القول بأن الشرط وصف للتصرف ، والحق الذى ينبثق عنه ، أن
يؤكد أن التصرف فى حال التعليق يكون تاما ، وأن الحق يكون قد سبق
تولده (٢٧٢) ، واذا كان البعض الآخر يريد أن يجعل التصرف وبالتالي
الحق ذاته غير موجود طالما لم يتحقق الشرط (٢٧٣) فان الواقع يقتضى
التمييز بين عناصر التصرف وعناصر الحق ، ان عناصر التصرف الشرطى
تكون مكتملة ، ولكن الشرط كأحد العناصر الاساسية والجوهرية
اللازمة لوجود الحق هى التى تكون متخلفة ، والى أن يتحقق الشرط
فان الحق لا يكون مكتمل الوجود (٢٧٤) ، فالشرط عند فردييه هو عنصر
فى الحق ذاته ، على ما سنعرض له فى حينه .

وليس هنا مجال مناقشة هذا الفكر الآن ولكننا نجتزئ بالقول
أن الفكر العربى كان واضحا تماما فى الحديث عن الشرط كأمر عارض
على التصرف وبالتالي عن الحق الذى ينبثق عنه ، لان الشرط بطبيعته
هو عنصر جملى يضيفه المتصرف الى تصرف استكمل كافة مقومات
وجوده ، حقا انه يقضى الى تعليق الرضا ولكنه بعيد عن أن يكون
عنصرا فيه أو فى الحقوق التى ترتبط بالتصرف المعلق ، وفى هذا ما يكفى
لبيان خطأ شق الفكر الفرنسى الذى يعرف الشرط كباءث أو كعنصر
جوهري فى العقد أو الحق .

ولكن اذا كان هذا هو اتجاه بعض الفقهاء فان الاغلبية العظمى من

(٢٧٠) فيلد رمان الرسالة السابقة بند ١٤٣ ص ١٢١ .

(٢٧١) المرجع السابق بند ١٤٢ ص ١٢٠ .

(٢٧٢) رسالته المشار اليها بند ٤٢٣ ص ٢٦٠ .

(٢٧٣) رسالته السابقة بند ٤٢٣ ص ٢٦١ .

(٢٧٤) الموضع السابق .

الفقه الفرنسي تشاطر الفقه العربى رايه فى اعتبار الشرط عنصرا عارضا على التصرف او الالتزام الارادى ، كبلانويل وريبير وجابولد ، ومارثى ورينو ، ولانور ، وغيرهم ممن اشرنا اليهم ، وسنتابع فكرهم فى حينه .

وخلاصة ما تقدم ان الفكر المعاصر يعرف بالشرط من خلال ربطه بالارادة والتراضي (٢٧٥) .

واذا كان لنا ان نحدد راينا فى هذا الصدد قلنا ان الشرط ليس فقط وصفا للتراضي ، بل انه فى الواقع وصف للرضاء ، سواء كان هذا الرضاء قائما على استقلال ام دخل فى رابطة عقدية ، اى ارتبط برضاء آخر مكونا التراضي الذى هو جوهر العقد وقوامه .

فالتصرف قد يعلق رضاه على تحقق واقعة مستقبلية ومحتملة فينيط بها تصرفه وفى هذه الحالة تظل التزاماته النهائية بارادته معلقة على تحقق الشرط .

وقد يعلق المتصرف رضاه فى نطاق عقد ، اى فى نطاق مركب من اكثر من تصرف واحد ، على نحو مارينا فى التكليف الحديث للعقد ، وفى هذه الحالة اما ان يصدر الرضاء الآخر منجزا فتكون التزامات المتصرف الاول معلقة تبعا لتعليق رضائه وتكون التزامات المتعاقد الآخر منجزة تبعا لصدور رضائه باتا غير معلق ، واما ان يصدر معلقا ايضا فيكون رضاء كليهما موصوفا ، ويكون العقد ذاته معلقا ، ويكون الشرط فى كل الاحوال مجرد امر عارض ومستقبل وغير محقق وممكن . وسنرى فيما يلى حقيفة مقومات الشرط ومدى دلالتها على ارتباط الشرط بالارادة والرضاء (٢٧٥) .

(٢٧٥) ويلاحظ ان التقنيات الجرمانية ربطت الشرط بالتصرف القانونى كما فعل القانون الالمانى . وكما هو جوهر القانون السويسرى . ورغم ان هذا الاخير تكلم فى المواد ١٤٣ وما بعدها من قانون الالتزامات عن اوصاف الالتزامات الا انه حين تكلم عن الالتزامات الشرطية فى المادة ١٥١ وما بعدها بدأ يعرف بالعقد الشرطى

“Le Contrat est Conditionnel...”

كما ان القانون الانجلو أمريكى لا يعرف كلشرط وجودا فى غير نطاق العقد . وتقنين اويزيانا الذى عالج الشرط كوصف للالتزام ، لم يعتبره وصفا لاطنى الالتزام ، بل وصفا للالتزام العقدى كما نعلم .

الفصل الثانى

مقومات الشرط

حقيقتها ومدى دلالتها على فكرة الشرط كوصف للتراضي

النظرية التقليدية ، التى تعرف الشرط كوصف للالتزام ، بأنه أمر مستقبل وغير محقق الوقوع ، تخلط كما رأينا ، بين الشرط وغيره من المفاهيم التى تشاركه هاتين السمتين . ولكن النظرية تصل فى قانوننا الى أبعد مدى من الخلط والتخبط ، حين يقرر القانون أن الشرط يجب أن يكون مشروعا ، وحين يجعله مبطلا « للالتزام » اذا كان باعثا دافعا الى التعاقد ، لانه يكون قد أقر فكر بعض الفقهاء ، وهو فكر مرجوح ، يجعل الشرط عنصرا جوهريا فى التصرف مع أن الشرط كوصف هو مجرد أمر عارض ومحايد فلا يدخل فى مضمون غايات المتعاملين ، ومن ثم لا يمكن وسمه بالمشروعية ، وانما الغاية هى التى يثبت لها هذا الوصف ، كما يقرره الفقه الاكثر حداثة (١) .

وليس هذا هو التناقض الوحيد ، فانعام النظر فيما استلزمه كل الفقهاء تقريبا ، ومنهم التقليديون أنفسهم ، فى الشرط من سمة العرضية ، يؤكد أن هذا القول ضد منطق النظرية التقليدية ، وأنه يهدر ، ربما دون وعى ، النصوص القانونية ، التى لا ترى غضاضة فى اعتبار الشرط عنصرا جوهريا ، اى باعثا دافعا للتصرف فى بعض الاحوال .

ولعل مثل هذه التناقضات ، لاتحسم كلية ، الا على ضوء تحليل عميق لكافة مقومات الشرط المتعارف عليها ، سواء فى النظرية التقليدية أو فى النظرية الحديثة ، بنية معرفة أى من النظريتين أدنى الى جوهر الشرط كوصف ، حتى تتوفر القناعة الكافية للمشرع عندما يرغب فى اصدار تقنين جديد ، لكى يتبنى النظرية الصحيحة .

ونعرض لمقومات الشرط فى أربعة مباحث متتالية نفرد اولها لسمة الاستقبال ونضمن ثانيها صفة عدم تحقق الوقوع ، ونخصص ثالثها لمقوم الامكان والمشروعية ونكرس رابعها للصفة العارضة .

(٢) يمكن أن نستخلص ذلك من فكر كل من : جميل الشرقاوى نى رسالته عن البطلان (١٩٥٣) وفيليب سيمييه فى رسالته عن البطلان الجزئى بارييس (١٩٦٩) .

المبحث الاول

الشرط أمر مستقبلي

تمهيد وتقسيم :

لا خلاف على ان الشرط يجب ان يكون امرا مستقبلا (٢) لاماضيا (٣) ولا حاضرا . فالشرط واستقبال الزمان فكرتان متلازمتان . ولئن كان الفكر التقليدي يؤمن بهذه الحقيقة ، الا انه آمن بها من الظاهر ، ولم يتعمق في جلاء ما يكتنفها من جوهر ، فهو لم يعمق البحث في دلالة معيار الاستقبال . وفكرة المعايير بالنسبة للشرط لها اهمية لاتنكر . لانه على ضوءها يمكن اتخاذ موقف حاسم من مدى ارتباط الشرط بالتراضي او الالتزام .

كذلك لم ينوقف الفقه كثيرا عند فكرة استقبال الشرط . ربما لوضوحها . رجع ذلك فان هذا الوضوح لا يجب ان يقعدنا عن محاولة وضع بعض الاسس التي قد تعين على دراسة علاقة المستقبل ببعض المفاهيم القانونية التي يجرى التقريب بينها وبين الشرط بشكل يربل الحواجز احيانا فيما بينها . وهكذا فان تحديد مضمون الامر المستقبل يجب ان يكون مقدمة لبلورة علاقة الشرط بالزمان فضلا عن محاولة ابراز تقسيمات الامر المستقبل بشكل قد يفيد في جلاء حقيقة الدور الكبير الذي يمكن للشرط ان يلعبه في مختلف العقود . وهكذا يمكن

(٢) انظر في القانون الروماني : جبرار ص ٥٠٢ ، جيفار ، المختصر ١٩٥٨ بند ٣٠٠ ص ٢٠٦ ، مونييه ١٩٣٦ ج ٢ بند ٢١٣ ص ٣٥٩ ، وباييه ص ٢٠٥ وماي ط ١٨ بند ٢٠٨ ص ٤٦٧ . اكاريا المختصر ج ٢ بند ٥٣٤ ص ٢٨٧ . ورودلف سوجن The institutes ط ٢ ص ٢٢٤ ، وبدر والبدر اوى ١٩٥١ بند ٦٣٤ ص ٥٤٣ . وبوفنوار ، السابق ، ص ٠٣ وفي القانون الفرنسي بودري وبارد ، السابق . بند ٧٥٠ ص ٣ ، وأوبري ورو ج ٤ سنة ١٩٠٢ ، ٣٠٢ § ص ٩٤ وما بعدها ، وبلانيول وريبير وجابولد بند ١٠٢٤ ص ٣٧٠ ، وريبير وبولانجيه على بلانيول ج ٢ سنة ١٩٥٧ بند ١٣٣٧ ص ٥٠٥ ، وهيك ، السابق بند ٢٤٣ ص ٣٢٤ . وفي القانون الانجليزي مثلا : شيتي في العقود ح ١ مدن ١٩٦١ بند ٥٧٨ ص ٢٥١ وفي القانون الالماني : التطبيق على المادة ١٥٨ من الترجمة الفرنسية المعلق عليها من كبار الفقهاء ، وفي الشريعة الاسلامية مثلا : ابن قاضي سماوه : جامع الفصولين ج ٢ ط أولى ص ٢ وما بعدها وأحمد ابراهيم مذكرة مبتدأة ص ١٧٢ وفي الفقه المصري . انظر مثلا : عند الودود يحيى . الاحكام المرجع السابق بند ٧٦ ص ١١٦ . نوفيق حسن فرج . الاحكام ١٩٧٨ ص ٩٦ .

(٣) فيما عدا الفقه المسيحي كما رأينا .

تقسيم هذا البحث الى مطلبين نختص أولهما لمضمون الامر المستقبل ونكرس الثانى لتقسيمات الواقعة المستقبلية .

المطلب الاول

مضمون الامر المستقبل

يقتضى تحديد مضمون خصيصة الاستقبال ، كاحدى مقومات الشرط ، تعريف الامر المستقبل ، واعطاء امثلة له ، ثم استظهار دلالة معيار الاستقبال ، فاستكناه حقيقة ارتباط الشرط بالزمان .

١ - تعريف الامر المستقبل

أ - الفكرة :

يجب أن تكون الواقعة التى يعلق عليها التعاقدان عقدهما ، واقعة مستقبلية .

وبقصد بالواقعة المستقبلية ، أو الامر المستقبل : كل حدث ، خارج عن سلطان التعاقدين ، يكون تحققه لاحقا لابرام التصرف (٤) ، فاذا تخلفت سمة الاستقبال « انتفى معنى التعليق » (٥) ، وهذا يستلزم قيام القاضى - عند اثارة التعليق - ببحث مسألة أولية ، تتمثل فى معرفة مدى استقبال الواقعة الشرطية ، منظورا الى ذلك من لحظة ابرام التصرف . فاذا استظهر أن الواقعة ليست مستقبلية ، اعتبر العقد منجزا لا معلقا ، دون بحث آخر فى فكرة الشرط ذاتها ، يستوى فى هذا الصدد أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى (٦) ، أو كافة القوانين العربية الاخرى (٧) ، أو القانون الفرنسى (٨) ، أو

(٤) عبد المنعم البدرأوى . الاحكام بند ٢٠٩ ص ٢٣٣ ، وتوفيق حسن فرج . الاحكام . الموضع السابق .

(٥) جميل الشرقاوى . الاحكام بند ٥٢ ص ١٧٠ ، وانظر . توفيق حسن فرج : المرجع والموضع السابقين .

(٦) م ٢٦٥ .

(٧) م ٢٠٣ جزائرى ، ٢٦٥ سورى ، ٢٥٢ لیبى ، والفصل ١١٦ تونسى ، والفصل ١٠٧ مغربى ، والمادة ٨١ لبنانى ، وم ٢٣٦ من فاذون التجارة الكويتى (والمادة الاولى - فقرة ثانية - من مشروع نصوص الشرط فى مشروع القانون المدنى الكويتى) وم ٣٩٣ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ أردنى وم ١٢٣ وما بعدها من القانون القطرى ، م ٣٥ وما بعدها من قاذون العقود البحرينى ، ٢٣٥ سودانى .

(٨) م ١١٦٨ ولكن قارن المادة ١١٨١/١ . وانظر المادة ٢٢٧ من القانون الجرى .

الاماني (٩) ، او الانجلو امريكي (١٠) ، لان هذه القوانين تستلزم في الواقع ان يكون الشرط امرا مستقبلا . شأنها شأن الفقه الاسلامي (١١) الذي استقى القانون العراقي مبادئه منه (١٢) . ويرنو مشروع القانون المدني التريتي اليه . وبديء في اعداد قانون مدني مصري من خلاله .

ولقد قضت محكمة التعقيب التونسية . بن مسالة استقبال الواقعة الشرطية تعتبر « من المسائل الواقعية الراجعة لاجتهاد حكام الاصل ولا مراقبة عليهم مادام فيهمم مبنيا على ما له اصل في الاوراق . وكان رأيهم في ذلك معطلا بصورة كافية » (١٢) .

وخصيصة استقبال الشرط ترجع في اصولنا الى القانون الروماني . فقد ورد في موسوعة جستنيان ان الشرط يجب ان يكون امرا مستقبلا (١٤) . وقد بنى عليه بعض الفقهاء (١٥) قولهم ان خصيصة الاستقبال تورث شكاً في زمان او تاريخ وقوع الشرط . وهذا القول محل نظر . لان الشك في تاريخ وقوع الحادث الشرطي ليس وقفا على حالة الاستقبال بل يمكن ان يثور ايضا بالنسبة للواقعة الحالية او الواقعة الماضية التي يجهلها المتعاقدان . والصحيح ان استقبال الواقعة الشرطية هو الاطار الطبيعي لتوافر الخصيصة الثانية من خصائص الشرط . الا وهي عدم تحقق الوقوع . ولقد كان الفقه العربي واضحا في ذلك كل الوضوح ،

(٩) م ١٥٨ وما بعدها .

(١٠) شيتي في العقود ج ١ (١٩٦٦) بند ٥٧٨ ص ٢٠١

وما بعدهما ، وشثيرو وذيغسوت The law of Contract

ط ٤ ص ١٢٠ وما بعدهما ، تريثل : قانون العقد العقد : لندن ١٩٦٦

ص ٤٣ ، جلواج قانون العقد : ايدنبرج ١٩١٤ ص ٢٢٩ وما بعدهما .

و Pollock مبادئ العقد (لندن ١٨٩٤) ص ٤١٤ وما بعدهما .

(١١) القرافي : شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول : تحقيق

طه عبد الرؤوف طبعة أولى ١٩٧٣م ص ٦٢ . والبحر الرائق لابن نجيم

ج ٤ ط دار الكتب العربية ج ٤ ص ٢ وما بعدهما .

(١٢) المادة ٢٨٦ مدني عراقي وما بعدهما . كذا القانون البحريني

م ٣٥ وما بعدهما .

(١٣) حكمها الصادر في ١١ - ١٢ - ١٩٦٠ والذي اعتبر محللة

التشريع والقضاء لنفس العام : انظر محمود بن الشيخ : مجلة الاترايات

والعقود التونسية ، معدلة ومعلقا على فصولها بأحكام القضاء سنة ١٩٦٦م

تحت الفصل ١١٦ .

(١٤) تروتزييه : الرسالة السابقة ص ٢٠ (لم تطبع) .

"l'événement mis en Condition doit être envisagé comme futur (D.XII.I.39)".

وانظر جورج براي : مبادئ القانون الروماني ج ٢ ط ٦ بند ٤٨٩ ص ٤٥

(١٥) المرجع والموضع السابقان .

فالاستاذ الدكتور سليمان مرقس يقول ان الشرط يجب ان يكون واقعة مستقبله ، لان المستقبل هو وحده الذى يمكن ان تنبثق من خلاله خصيصة عدم تحقق وقوع الحادث الشرطى (١٦) ، بمعنى انه حيث تنتفى سمة الاستقبال ، فانه يمكن معرفة المال ، بسبب تخلف الطرف او الوسيط الذى يلزم توافره لوجود الشك الذى هو من جوهر الشرط ، وهو شك لا ينصرف الى الواقعة العارضة وحدها ، بل يمتد الى التصرفات المعلقة عليها ، والحقوق المنبثقة عنها ، كما سنرى (١٧) .

ب - مقتضى فكرة استقبال الواقعة الشرطية :

والقول باستقبال الواقعة الشرطية (١٨) ، وتعلق الشرط «بالامور المستقبلية» (١٩) وحدها ، يقتضى ، بداهة ، ان الشرط كوصف لا يمكن ان يكون امرا ماضيا او حاضرا ، فالامور الماضية لامدخل للشرط فيها . والتعليق على شرط كائن يعتبر تحقيقا وتنجزا كما يقول فقهاء الشريعة الفراء (٢٠) ، ومن اجل ذلك لم يجز الفقه الاسلامى « تعليق الاقرار بالشرط » ضرورة انه « خبر عن ماضى ونص عليه » (٢١) .

والعبارات السابقة لفقهاء الشريعة الاسلامية تحدد مقتضى استقبال الشرط ، وتبين اساس ذلك بطريقة مستقيمة ، لا يعثرها تضارب ، فضلا عن انها تتسق مع الاصول الفنية حين تتكلم عن تعليق التصرف لا الالتزام (٢٢) ، وهذا مسلك مقصود فى الفقه الاسلامى (٢٣) .

(١٦) شرح القانون المدنى - ٢ - فى الالتزامات بند رقم ٧٤٤ ص ٧٣٣ وهذا هو المعنى الحقيقى لعبارته التى أعمل فيها فكرة الظرفية حيث قال ان المستقبل هو وحده الذى يمكن ان تتوافر فيه خصيصة عدم الاستقبال . ولكن انظر هيك رقم ٢٤٣ ص ٣٢٤ .

(١٧) ديمو لومب ج ٢٥ باريس ١٨٧١ بند ٢٧٨ ص ٢٧٩ .
(١٨) جمال زكى - نظرية العامة للالتزام (طبعة ١٩٦٦ م) بند ٤٤٦ ص ٧٠٩ ، وبفنوار فى الشرط ص ٢ ، وبلانيول وريبير وجابود بند ١٠٢٤ ، وديمو لومب ، المرجع السابق بند ٢٩٥ ص ٢٨٩ ومابعدهما .
(١٩) السيوطى . الاشباه والنظائر . دار احياء الكتب العربية ص ٤٠٤ .

(٢٠) ابن قاضى سماوه : جامع الفصولين ج ٢ ص ٢ .

(٢٢) ونلمح الحديث باطراد عن التصرف رغم التركيز على فكرة الالتزام لدى الاستاذ العميد الدكتور توفيق حسن فرج : المرجع والموضع السابقان

(٢٣) ابن القيم . المرجع والموضع السابقان (انظر مقدمة الرسالة)

٢ - امثلة الامر المستقبل ودلالاتها

يمكن استظهار الحرج الذى يقع فيه انصار النظرية التقليدية ، من مطالعة الامثلة التى يضبونها لتحديد فكرة الامر المستقبل ، فجميعها تدور فى فلك الارادة والعقد ، ولقد يتضح ذلك من قول المغفور له الاستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، انه اذا وعد شخص « ولده بجائزة اذا نجح فى الامتحان . او وعد الاب ابنه بان يهب له منزلا اذا تزوج ليهيئ له امر سكناه ، فكل من النجاح فى الامتحان والزواج أمر مستقبل ... » (٢٤) ، وهذا صحيح . ولكن الامر الذى لاجدال فيه ان المثالىين المضروبين هما مثالان يؤكدان ان التعليق قد تم نتيجة للرضاء او التراضي ، وكان من المنطقى ان يظهر مفعول التعليق فى التصرفات ذاتها وليس فى الالتزامات المنبثقة عنها ، الا بطريقة تبعية ، ولنا فى قول ابن القيم خير شاهد على ذلك حين يؤكد انه اذا « صح تعليق الغاية ، فتعلق الوسيلة اولى بالصحة » (٢٥) .

اذا صح ذلك ، فانه يصح ايضا ان الفقه التقليدى ، حين يقول ان الشرط وصف للالتزام فانه يقول ذلك ، على سبيل المجاز . والاجتزاء بالاثر عن المصدر ، فى اطار اقتناع كامل بأنه لاجال للتعليق فى غير النطاق الارادى والا لكان قد ضرب امثلة تؤكد مذهبه (٢٦) .

وفكرة استقبال الشرط لا يجب ان تقف آياتها عند حدود امثلتها التقليدية الضيقة ، بل يجب ان تنتقل الى مجالات ارحب . خاصة فى مجالات التجارة الدولية ، فمثلا يمكن ان تعلق دولتان اتفاقية بيع سلعة كالبترول على عدم وفاء دولة ثالثة بالتزاماتها ازاء الدولة المستوردة ، او على شرط حدوث عجز فى وارداتها البترولية لسبب او لآخر ، بل يمكن تعليق عقد بيع حاصلات زراعية على وفرة محصول الدولة البائعة ، او ندرة محصول الدولة المشترية . او تعليق عقد بناء فنادق او المساهمة فى مشروعات التنمية على صدور قوانين تحمى رأس المال الاجنبى مع ابرام اتفاقيات أولا مع دولة معينة .

(٢٤) الوسيط ج ٣ بند ٦ ص ١٢ وقد ضرب امثلة أخرى بعضها لابعاء وبعضها لبيع معلق على شرط عدم المنافسة .

(٢٥) اعلام الموقعين . الموضع السابق (انظر التذمة) .

(٢٦) انظر امثلة لا تخرج عن النطاق الارادى أيضا فى : توليه ج ٦ ط ٥ بند ٤٧٢ ص ٥٠٨ ، ماركاديه ج ٤ ط ٧ بند ٥٤٢ ص ٤٥٧ ، ديمانت وكوايه دى سانتير ج ٥ باريس ١٨٦٥ : ٨٦ ص ١٤٤ ، مورلون ج ٢ ط ٧ بند ١١٨٩ ص ٦٢٥ وما بعدها . وانظر فكر ريبير وبولانجيه على بلانويل رغم أنه ممعن فى التقليدية ج ٢ سنة ١٩٥٧ بند ١٣٣٧ ص ٥٠٥ .

وقد يفيد من الفكرة بعض القطاعات الفنية ، فيجوز لمعهد الحفلات تعليق عقده مع فنان مطبور على عدم حضور فنان مشهور جفد ميسا ، أو تعليق عقد عمل سينمائي مع فنان معين على صلاحية الجو لتصوير مشهد معين في وقت معين . ان الشرط يمكن أن يستخدم بحق لتيسير التعامل للمستقبل وفي هذه الاحوال يؤتى ثمرته العملية الكبرى حينما تمثلها الفقه (٢٧) .

٣ - دلالة معيار الاستقبال

وانطلاقا من الأفكار سالفة السرد ، فانه يمكن القول ان معيار الاستقبال هو في الحقيقة معيار موضوعي لاشخصي ، العبرة فيه بحقائق الأمور لا بما يثور في وجدان المتصرف أو نفس المتعاقدين . ولهذا أكدت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، ما سبق أن عرض له الفقه الاسلامى ، من أن العقد يعتبر منجزا ، اذا كانت الواقعة الشرطية قد سبقت تمام ابرام العقد حتى « ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك » (٢٨) . وهذا القول يعتبر صدى لنص المادة ٨١ من تقنين الموجبات والعقود اللباني التي ورد في عجزها أن « المعارض الماضي أو الحاضر ، وان جهله الفريقان لا يعد شرطا » (٢٩) .

ويحدث عدلا ان يسبغ المتعاقدان على عقدهما طابع التعليق ، وفي هذه الحالة : اما أن يجهل المتعاقدان أمر تحقق الشرط ، وعملا بالمعيار الموضوعي سالف الإشارة . فانه لا يكون هناك تعليق حقيقى ، وان جاز ادراك وصف التعليق الصورى أو بالاحرى الظاهرى أو المجازى عليه ، وقد رأينا صدى لذلك في الفقه الاسلامى ، ولذلك مثيل ايضا في الفقه الفرنسى الذى يذهب الى أن الامر في هذه الحالة يتعلق بشرط ظاهر أو بمظهر الشرط فحسب ، دون جوهره ، ومعنى ذلك

(٢٧) انخار تروتزيبه . رسالته السابقة ص ٢٠ حيث يفرض :

“la Condition présente... un grand intérêt pratique, en permettant de conclure immédiatement un Contrat qui n'aura effet que si l'événement se produit”.

ويلاحظ أن العققد قد يكون معلقا برمته أو فى شق واحد منه ، فاما اذا كان الرضاءان قد صدرا معلقين أو أن أحدهما فقط هو الذى وقع معلقا حالة كون الثانى قد وقع منجزا ومطلقا ، ولذا فان تروتزيبه يكون قد أصاب حقيقة الدور الذى يمكن أن يلعبه الشرط وان خانه التوفيق فى تمثيل أثره فى العقد .

(٢٨) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ٧ .

(٢٩) وانظر كذلك الفصل ١٠٧ مغربى و ١١٦ تونسى .

ان مثل هذا العقد يعد منجزا من البداية (٢٠) . وأما ان يكون المتعاقدان على علم بسبق تحقق الشرط ، ووفقا للمعيار الموضوعى أيضا فان حقيقة الشرط والتعليق ، كما يقرر الاستاذ العميد الدكتور توفيق حسن فرج (٢١) ، تكون منتفية اذ ان هذه الحقيقة لا تتأكد الا من خلال امر مستقبل وقد تخلفت هذه السمة . وانما قد يصبح « الامر محلا لرهان أو مقامرة » (٢٢) فيما بين المتعاقدين (٢٣) ، « مع ملاحظة حكم المادة ٧٣٩ / ١ مدنى مصرى التى تقضى بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان » (٢٤) .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان المتعاقدين قد يعلمان بسبق تحقق الشرط ولكنهما يعلقان عقدهما على نفس الامر « باعتبار انه قد يقع مرة أخرى في المستقبل » (٢٥) حالة كونه ان يقع ، ففي هذه الحالة يكون الشرط مستحيلا في رأى الفقه (٢٦) ، والأحرى ان يقال انه لا يكون هناك أى تعليق لانتفاء اساسه .

والخلاصة ان معيار الاستقبال يدل على ان الفقه لم يكن يواجه تعليق مطلق الالتزام بل الالتزام العقدى ضرورة انه يتحدث عن فكرة

(٣٠) راجع بودرى وبارد . المرجع السابق بند ٧٥٠ ص ٣ ، ويقول جورج براى فى المرجع والموضع السابقين :
 "si les parties ont eu en vue un événement passé ou présent qui leur est inconnu, il n'y a pas de Condition véritable, il n'y a qu'une simple vérification à faire. Si l'événement s'est réalisé, l'obligation est pure et simple; sinon elle n'a jamais existé : promittisne, si Titius Consul fuit. Il n'y a là que l'apparence d'une Condition".

(٣١) مؤلفه سالف الاشارة ص ٩٦ : حيث حصل الافكار والامثلة التى استعرضها فى قوله « ويراعى ان التعليق على الشرط ينتهى فى الحالات السابقة ، ولو كان من صدر منه التصرف يجهل تحقق الشرط » .
 (٣٢) أنور سلطان : الاحكام سنة ١٩٥٧ م هامش ص ٢٢٨ وانذار بودان ولاجارد ج ٨ رقم ٧٢٦ ص ٥٣١ وعلة اعتبار الامر مقامرة فى رأيهما هو تخلف فكرة الاحتمال

"aucune éventualité n'est réservée"

(٣٣) بودان ولاجارد المرجع والموضع السابقان .
 (٣٤) أنور سلطان : الموضع السابق .
 (٣٥) ، (٣٦) السنهورى : الوسيط ج ٣ هامش ١ ص ١٤ . وأودرى ورو ج ٤ ط ٥ ، باريس ١٩٠٢ بند ٣٠٢ ص ٩٧ هامش ٦
 "dans ce las il y aurait une Condition impossible"

علم أو جهل المتعاقدين بذلك (٢٧) .

٤ - حقيقة علاقة الشرط بالزمان

الشرط والزمان فكرتان متلازمتان ، هذه حقيقة قانونية لا تقبل الجدل ، لانه حيث يعلق المتعاقدان عقدهما على شرط فانهما يكلان مصير الواقعة الشرطية ، وبالتالي مصير العقد ، لوقت آخر خلاف وقت ابرامه ، فحيث يوجد التعليق لابد للزمن أن يتداخل ، وإذا انتهى البعد الزمني تخلف عن التصرف الطابع الشرطي .

ومن المعلوم أن مشكلة الزمن لها أبعاد ثلاثة : ما كان وما هو كائن وما سيكون ، وهذه الأبعاد تنسب دائما في نطاق دراستنا للحظة ابرام التصرف ، ولقد تواضع الفكر الانساني على التعبير عن هذه الأبعاد بالماضي والحاضر والمستقبل (٢٨) . وقد سبق أن استبعدنا الماضي والحاضر من نطاق التلازم بين الشرط والزمان ، وتؤكد لنا أن العلاقة الحقيقية تقوم بين الحادث الشرطي من جهة والزمن المستقبل وحده من جهة أخرى .

ولقد بصر إيرنج بأسس حقيقة علاقة الشرط بالمستقبل ، حين رأى أن النشاط القانوني لا يمكن أن يكون وقفا على الحاضر وحده (٢٩) ، بل لابد له أن يمتد للمستقبل ، ضرورة أن أبسط حاجات الانسان تجعله يرنو ببصره صوب ذلك المستقبل الذي يمكن من خلاله تحقيق مصالحه (٤٠) ، واشباع رغباته . ولذا فإن إيرنج لم يتجاوز الحقيقة حين قال أن الشرط يسمح لنا بأن نمد نشاطنا الى المستقبل (٤١) .

(٣٧) يمكن أن نلمح ذلك في فكر التقليديين أنفسهم ، ومع أن دولهم لا يمكن التسليم به ، إلا أنه نظرا لكونه تفسيرا لقانون وضعي فإدم في فرنسا ، ولأنه يتحدث عن إرادة الطرفين ، فإنه يمكن سقوه لتأكيد دلالة المعيار فحسب على أن التقليديين لم يواجهوا إلا الالتزام العقدي وحده . أنظر مثلا قول ريبير وبولانجيه في المرجع والأوضاع السابقين .

“L'événement qui affect la naissance ou la résolution de l'obligation doit être futur par rapport au moment de la naissance de l'obligation... Mais comme il s'agit d'obligations contractuelles les parties sont libres de changer, par leur volonté, le caractère réel de l'événement...”.

(٣٨) ف . سن . مقال سالف الإشارة ، المجلة التاريخية ١٩٥٦ ص

١٦٣ وما بعدها .

(٣٩ ، ٤٠) فون إيرنج : روح القانون الروماني : ترجمة مولنير للطبعة الألمانية الثالثة . ج ٤ ط ٢ ص ١٦٢ .

(٤١) الموضع السابق “Elle (la Condtion) nous permet de soumettre l'avenir à notre empire”.

ولكن نجاوز الحقيقة . والدخول في باب المجاز يأتي من الظن بأن الشرط يجعلنا نتحكم في المستقبل . فهذا غير صحيح لأن علاقة الشرط بالمستقبل هي علاقة محايدة تنأى عن أفكار الخضوع أو التحكم . فإذا شئنا التجاوز فلنا أن المستقبل هو الذي يتحكم في الشرط وبالتالي يتحكم فينا . ولنا نحن الذين نتحكم فيه عن طريق الشرط . ومع ذلك فسئري أن العلاقة محايدة . فلا يجب أن يكون لسلطان الإنسان ولا لتسلط الزمان دخل فيها .

ولما كان الزمان المستقبل ليس وقفا على فكرة الشرط وحدها . بل تشاركها فيه أقدار قانونية غيرها . . كالأجل (٤٢) والخيار (٤٣) . فإن هذا يتفاضلا جلاء حقيقة . واستقراء طبيعة علاقة الزمن بالحدوث الشرطي . وهو ما نسري له فيما يلي :

١- مبدأ وحدة الزمان في القانون الروماني :

عرض كثير من الفقهاء لمبدأ وحدة الزمان في القانون الروماني (٤٤) . ويعنى ذلك المبدأ ببساطة :

أولاً : أن المتعاقدين يجب أن يبرما عقدهما في وقت واحد . وقد اقتضي وجود هذا المبدأ ما كان مسلما به من تدخل القضاة في أبرام العقود . وشيوع الشكليات (٤٥) . وما ساد في كنفها من ذبوع للرمزية (٤٦) . الأمر

(٤٢) عبد الناصر العطار : الاجل في الالتزام : رسالة القاهرة بند ٣٣ ص ٥٤ وما بعدها .

(٤٣) ابراهيم نجار : حق الخيار : مساهمة في دراسة الحق الإرادي والتصرف الاحادي . باريس ١٩٦٧م (مكتبة القانون الخاص) بند ٢١٣ ص ٢٢٥ وما بعدهما .

(٤٤) إيرنج : المرجع السابق ص ١٤٨ وما بعدها إذ بدأ من نذرة وحدة الدعوى . وفيلدرمان : رسالته السابقة بند ٢٣ ص ٣٠ . فرديه رسالته المشار إليها بند ٢٥ ص ٢٣ . وأنظر : عبد الرزاق السنهوري . مصادر الحق ط ٣ (١٩٦٧م) ج ٣ ص ١٤٥ وما بعدهما ، ولولوتر ، رسالته السابقة ص ٥٥ .

(٤٥) فرديه : المرجع والموضع السابقان . وأنظر أسبابا أخرى في رسالة اتيان لوديك : العقود التمهيدية . رسالة باريس ١٩٠٩ ص ١٣ وما بعدها . وأنظر فيلدرمان . رسالته السابقة بند ٢٣ ص ٣٠ وما بعدهما في فكرة التكون المتتابع للعقود ومصادر الحق الاحتمالي بوجه عام .

(٤٦) المرجع السابق وأنظر أيضا محمود السقا : أثر الفلسفة في النقه والقانون الروماني . مجلة القانون والاقتصاد ص ٤١ ص ٥٧٤ . من أمثلة الرمزية التعلق بالحركة والصورة والإشارة . وتسوس مقادير السابقة ص ٥٣٠ .

الذى ترتب عليه من الناحية الايجابية تركيز فكرة صحة التصرف في وقت ابرامه ، بمعنى ان كافة شروط التصرف كان ينبغي توافرها في تلك اللحظة . ومن الناحية السلبية تأكيد فكرة ديمومة الحالة ، فالتصرف الذى كان ينشأ باطلا ، كان يظل موسوماً بهذه السمة ، فلا يمكن بذاته أن يصبح صحيحاً مستقبلاً (٤٧) .

ثانياً : ان آثار العقد يجب أن تترتب في نفس الوقت الذى ابرم فيه ، فلا يمكن مطالبا أن تتراخى عنه ، فكما أنه لا يمكن أن يكون هناك فراغ بين السبب والمسبب فإنه « لا يمكن أن يكون ثمة فراغ ما بين ابرام التصرف ونشوء الحق » (٤٨) .

— مدى انعكاس المبدأ على فكرة الشرط :

كان القانون الرومانى ينظر الى التصرف القانونى — وجودا واثرا — باعتباره كلا لا يقبل التجزئة (٤٩) ، ولكن ضرورات التعامل اقتضت اللجوء الى نظرية الشرط في حالات عديدة ، من امثلتها حالة التحصل على حق ارتفاق ، من الجار ، يكون معلقا على شرط بناء المنزل الذى يفتقر اليه (٥٠) . ولم يكن هناك ما يحول دون ذلك سوى مبدأ وحدة الزمان ، الذى لم يكن يسمح بتراخى آثار التصرف الى وقت لاحق لابرامه . ومن هنا بدأ التحايل على الصياغة القانونية العتيقة عن طريق القول بأن التصرف يكون منجزا والدين الذى ينشأ منه هو الذى يكون « معلقا على شرط » (٥١) . ومفاد ذلك أن الفكر القانونى الرومانى العتيق لم يكن يستطيع ان يتقبل فكرة امكان تعليق التصرف ذاته على شرط ، وان كان قد اقتنع تحت تأثير الظروف بإمكان نشوء التصرف منجزا على أن يبقى الالتزام معلقا . ومع أن هذا القول العتيق محل نظر (٥٢) ، إلا أنه ظل أساس فكرة

(٤٧) ايونج . المرجع السابق ص ١٥٧ :

“la validité de l'acte dépend du moment où il est Conclut... l'acte nul dès le principe, ne peut devenir valable”.

(٤٨) المرجع السابق ص ١٧٠ :

“Il ne peut exister de vide, d'intervalle entre l'acte juridique et la naissance du droit”.

(٤٩) المرجع السابق ص ١٧١ .

(٥٠) السنهورى . المرجع السابق ص ١٤٨ .

(٥١) المرجع والموضع السابقان .

Jean DABIN : La technique de l'élaboration du (٥٢)

Droit positif... 1935, P. 299.

الشرط كوصف للالتزام في الوقت الحاضر . ولقد انطوى الفكر الرومانى على تجاوز آخر تمثّل فى القول بأن « الدين المعلق على شرط يتكون فى خلال فترة من الزمن متدرجا فى النشوء الى أن يستكمل وجوده » (٥٢) . ووصل التجاوز منتهاه عندما نقلت فكرة التكون المتدرج من الأثر الى المصدر حيث قيل بأن « التصرف القانونى ذاته انما هو تصرف متعاقب الوجود . فلا تتحقق فيه من وجه وحدة الزمان » (٥٤) . ومن الغريب أن تكون الأفعال المتقدمة بعيدة عن فكرة الشرط كوصف ومرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة بفكرة الحقوق الاحتمالية (٥٥) . وشتان بين حق احتمالى وحق شرطى مهما حاول البعض التقريب بينهما بجامع الوحدة فى الطبيعة على ما سنرى .

— أساس سوء الفهم :

ويمكن أساس الخلط المتقدم فى عدم استظهار حقيقة علاقة الشرط والزمن بالتصرف المعلق ، فالزمن فى التصرف المعلق هو مجرد وسيط اجنبى محايد . تنبثق من خلاله واقعة مستقبلية ومحتملة . وتلك الواقعة لا تدخل فى تكوين التصرف ولا فى مضمون الحق (٥٦) . فإذا جاز القول أن الزمن المستقبل هو مسألة جوهرية لنشوء الواقعة الشرطية ، فانه لا يجوز أن نفعل حقيقة علاقة تلك الواقعة بالتصرف المعلق فهى ليست علاقة ركنية وانما هى رابطة عرضية . ومعنى ذلك أن جوهرية الزمن تختفى امام عرضية الواقعة الشرطية بالنسبة للتصرف المعلق ، فيبدو الزمن ولا أثر له على اركان التصرف الشرطى الذى لا يدخل مجال التعليق الا اذا كان قد استوفى ابتداء كافة مقومات وجوده .

ولكن الزمن قد يتداخل فى التصرف المعلق بوصف آخر مشابه أو مغاير لتدخل الزمن فى حالة التعليق على شرط .

(٥٣) آل سنهورى . المرجع السابق ص ١٤٩ .

(٥٤) انظر المرجع والموضع السابقين .

(٥٥) فيلد رمان : المرجع والموضع السابقان . وفرديهه المرجع والموضع

السابقان .

(٥٦) ولقد انتقد الاستاذ الدكتور عبد المنعم الجبراوى مسلك ونشأيد فى بيانه للاحوال التى يؤثر الزمن فيها على العلاقات القانونية ، لأن معياره « الذى يتخذ لحظة معينة كأساس للتفرقة بين الحالات التى يؤثر فيها الزمن على المراكز القانونية لا يصلح أساسا للتفرقة بين أحوال تتشابه فى كثير من الاحوال ، لأنه كثيرا ما يعتد بواقعة عرضية ٠٠٠ ، رسالته أثر مضى المدة فى الالتزام : رسالة القاهرة ١٩٥٠ م رقم ٢٥ ص ٣٦ وتابع انتقاده فى الفقرة التالية لجرافين .

فقد يتداخل الزمن في التصرف المعلق باعتباره عنصرا عارضا دون أن يكون له أثر على التعليق ذاته : ويحدث ذلك عندما يقتصر التصرف المعلق على شرط بجل ، فيكون الزمن عنصرا عارضا في التصرف المعلق والمضاف . ولكن تشابه طبيعته لا ينفي تغير وظيفة في حالة الاضافة عنها في حالة التعليق ، فهو في حالة الشرط ، زمن ثم التعليق . مجرد وسيط أجنبي قد ينبثق من خلاله الحادث الشرطي ، فان تحقق انتفت حالة التعليق ، ولكن الزمن بظل مرادفا للمدة العارضة (٥٧) التي يجب أن تنقضي حتى يحل الأجل المضروب ، وهو حال لا محالة ، ولذا تبدو علاقة الزمن به هي علاقة وسيط لامر حتمي الوقوع ، يستوى في هذه الحالة واشباهها أن يكون الزمن عنصرا عارضا مقصودا أو مفروضا (٥٨) .

وقد يتداخل الزمن في التصرف المعلق كعنصر جوهري :

ففي عقد الوعد بالعقد المعلق على شرط ، يلعب الزمن دورين متغابرين :

أولهما : مرادف للمدة التي تعد ركنا من أركان انعقاده ، ضرورة أنه عقد يلزم قانونا لانعقاده تحديد المدة التي يجب أن يبرم خلالها العقد الموعود به (٥٩) ، فلو أن نص القانون لكان الوعد بالعقد جائزا بدون تحديد مدة ، طالما أن القواعد العامة لا تقضي بذلك (٦٠) .

وثانيهما : مجرد وسيط أجنبي عن العقد ، ينبثق من خلاله الحادث الشرطي فحسب . ولذا فان تخلف المدة كركن ، يترتب عليها البطلان كمبدأ ، وليس هذا هو جزاء تخلف الواقعة الشرطية بما يلابسها من مدة في حالة التعليق .

وفي عقود المدة المعلقة على شرط ، يلعب الزمن دورين مختلفين أيضا :

(٥٧) عبد الناصر العطار . رسالته عن الاجل في الالتزام . مسالمة الإشارة ، وقد اکتفينا في التنبؤ بذكر الفرض الذي يقع عملا ، ولا تتغير طبيعة الاجل في الفروض الأخرى .

(٥٨) عبد الحى حجازى . عقد آداة ص ١٦ - ١٨ .

(٥٩) آداة ١/١٠١ مدنى . وانتظر توفيق حسن فرج . المصادر ١٩٧٨ ص ٨٨ ، وجمال زكى : نظرية الالتزام سنة ١٩٦٦م بند ٦٣ ص ١٢٣ ، ومن هنا يجب عدم خلط العقد الشرطى بالوعد بالعقد : انظر سافاتييه : نظرية الالتزامات وجيز دالوز ١٩٦٧ بند ١٥٧ ص ٢٢٤ .

(٦٠) اسماعيل غانم : المصادر سنة ١٩٦٦ م بند ٧٧ ص ٤١ .

أحدهما : دور العنصر الجوهري في ذات عقد المدة ، ويتضح ذلك بالنسبة للإدعاءات التي تمتد بطبيعتها في الزمان ، حيث تكون المدة فيها « مقصودة بذاتها ولذاتها » (٦١) ضرورة أنها « جزء من الأداء نفسه » (٦٢) ، دون أن تكون مجرد أجل اختياري أو جبري ، ولذلك يقال ان المدة في هذه الحالة لها طابع موضوعي وسببي (٦٣) .

وثانيهما : دور العنصر العرضي في نفس عقد المدة المعلق لما أن المدة التي قد تنقضي بين إبرام هذا العقد وبين تحقق الشرط تكون مدة محايدة ، ولا يكون لها أي طابع موضوعي أو سببي (٦٤) .

وهكذا يلعب الزمن في عقد المدة دورين مختلفين : أحدهما جوهري والآخر عرضي .

والخلاصة أن مضمون الأمر المستقبل ، يدل على ارتباط الشرط بالإرادة على نحو ما اتضح من تعريفه ، ودلالة أمثلته ، وفحوى معياره ، وحقيقة علاقة الشرط بالزمان . كما أن فكرة ربط الشرط بالالتزام كانت لها ظروف تاريخية وواقعية في القانون الروماني ، زال سببها الآن بما يستتبع ربط الشرط بالتراضي والإرادة دون الالتزام .

المطلب الثاني

تقسيم أو تصنيف الأمر المستقبل

الشرط كآمر مستقبل غير محقق الوقوع ... يعلق عليه المتصرف تصرفه ، وبالتالي الالتزامات المرتبطة به وجودا أو زوالا ، له تقسيمات عديدة أهمها أنه قد يكون واقفا وقد يكون فاسخا ، وتلك هي الصورة الأساسية للتقسيمات ، ولارتباط هذه الصورة بالآثار فقد آتينا أرجاء مناقشتها ، والتعرض للأفكار التي ثارت بمناسبتها لحين الحديث عن آثار الشرط .

(٦١) ، (٦٢) ، (٦٣) عبد الحى حجازي : الرسالة السابقة ص ١٩ .
(٦٤) المرجع والموضع السابقان . ويمكن أن نجد في الفقه الإسلامي أسس معيار يحدد الفرق بين دور الزمن في حالة تعليق العقد على شرط ودوره في حالة العقود التي تلعب المادة دورا جوهريا فيها ، وذلك من قول هذا الفقه أن « كل عقد كانت أداة ركنا فيه لا يكون الا مؤقتا » ومعنوم أن العقد المعلق قد يكون مؤقتا وقد يكون مطلقا في الزمان ، وكذلك من قوله ان مضى « زمن المنفعة في الاجارة يقرر الاجرة وان لم ينتفع بها » وهو دور لا يمكن أن يلعبه الزمن المستقبل ، بداهة ، في حالة تعليق العقد على شرط : السيوطي : الاشباه والنظائر ص ٣٠٧ ، ٥٦٦ .

ولكن الواقعة الشرطية لها تقسيمات تفوق كل حصر ، ذلك انها - في حد ذاتها - قد تكون واقعة ايجابية او سلبية ، وقد تكون واقعة مادية او قانونية ، وقد تكون واقعة فورية او مستمرة ، وقد تكون واقعة بسيطة او مركبة الى غير ذلك من التقسيمات الممكن تصورها والتي سنعرض لها عند الحديث عن كيفية تحقق الشرط .
وأعرض فيما يلى لأهم هذه التقسيمات :

١ - واقعة ايجابية واخرى سلبية

قد تكون الواقعة المستقبلية ايجابية فتتمثل في حدوث امر ما ، وقد تكون تلك الواقعة سلبية فتتمثل في عدم حدوث امر معين . وينسبغ ذلك على الشرط فيقال ان الشرط ايجابى في الحالة الاولى ، وسلبى في الحالة الثانية .

ولقد كان هذا التقسيم معروفا عند الرومان ، الذين ضربوا للواقعة الشرطية الايجابية مثالا بتعيين شخص في وظيفة ، او وصول سفينة الى أحد الموانى (١٥) . كما ضربوا للواقعة الشرطية السلبية مثالا بعدم الزواج ، او عدم ادراك السفينة مقصدها (١٦) . وهكذا كان من الممكن تعليق التصرف على واقعة ايجابية وواقعة سلبية .

وقد انتقل هذا التقسيم الى القانون الفرنسى القديم ، فلقد مثل بوتييه للشرط الايجابى بالزواج وللشرط السلبى بعدم الزواج (١٧) ، وهو تقسيم لم يرد في تقنين نابليون وان كان يمكن استخلاصه من المادتين ١١٧٦ ، ١١٧٧ اللتين سنعرض لهما لاحقا .

والفقه الاسلامى وان كان لم يهتم أساسا بهذا التقسيم ، الا ان النصوص المستقاة منه دالة عليه ، كما ان الامثلة عنه كثيرة فيه . فالمادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على انه « لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء او تركه لاغير » (١٨) .

(٦٥) انظر بوفنوار ، المرجع السابق ص ٦٠ ، تروتييه ، الرسالة السابقة ص ٢٦ ، وديمولومب ج ٢٥ بند ٢٨٥ ص ٢٨٣ وقد عرف الشرط الايجابى وضرب له أمثلة عن الفقيه بول بقوله :

“la Condition est positive ou affirmative, lorsqu'elle Consiste dans le cas où un événement arrivera : ut quid detur...”

وانظر تولييه : المرجع السابق بند ٥٠١ ص ٥٢٩ .

(٦٦) جبرار : المرجع السابق ط ٧ ص ٤٨٢ .

(٦٧) مطول الالتزامات بند ٢٠٠ ص ٥٢ فى نطاق أعماله الكاملة

(٦٨) انظر فى شرح النص وبيان أن وقوع الطلاق من عدمه فى حالة

فعل الشيء أو تركه يدور وراء قصد المتكلم . على قراءة : فقه القرآن

ويضرب الفقه الإسلامى أمثلة للواقعة الشرطية الإيجابية . بدخول مكان معين أو اتیان عمل ما . وما إلى ذلك . ومن أمثلة الواقعة الشرطية السلبية تعلیق الطلاق على عدم دخول الدار (٦٩) أو عدم بلوغ مكان ما خلال مدة معينة أو غير معينة (٧٠) .

كذلك يضرب الفقه أمثلة للواقعة الشرطية في صورتها الإيجابية والسلبية في القانون الألماني (٧١) .

ولم يعرض القانون المدني المصرى - أو التقنيات العربية الأخرى - لهذا التفسير . ربما لأنه تقسيم منتقد ، فقد قيل عنه أنه مجرد من القيمة القانونية . وإن كان يلعب من الناحية الواقعية دورا في تحديد الوقت الذى يعتبر الشرط فيه متخلفا . خاصة إذا لم يقيم المتعاقدان بتحديد موعد معين لتحقيق الشرط ، (٧٢) « ففى الشرط الإيجابى تحدد عادة مدة قصيرة إذا لم يتحقق الشرط فيها اعتبر متخلفا . وفى الشرط انسلبى تكون المدة طويلة عادة » (٧٣) ، ولكن هذا القول ليس مطردا .

كما انتقد هذا التقسيم تأسيسا على أن الواقعة الواحدة يمكن أن يتغير وصفها بحسب الزاوية التى ننظر إليها منها . فتعلیق عقد على زواج شخص بعد شرط إيجابى . ولكنه يصبح سلبيا إذا تم تعلیق ذلك العقد على عدم استمرار شخص أعزبا . حين تكون النتيجة واحدة ، فالوصف يتعدد مع أن جوهر الواقعة الشرطية واحد لم يتغير (٧٤) .

وقد تصدى الفقه للفكرة القائلة بأن الشرط الواقف يكون إيجابيا دائما . أما الشرط الفاسخ فيكون سلبيا . فنفى هذه الفكرة مستدلا على ذلك من النصوص ذاتها التى تعطى أمثلة لشرط واقف

والسنة - الطلاق فى الإسلام ١٩٥٦م ص ١٧٤ وانظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٢٨ إبريل ١٩٧٦م سالف الإشارة . والمادتين ٧٠ ، ٧٥ من قانون حقوق العائلة رقم ٩٢ لسنة ١٩٥١م الاردنى . (٦٩) عميرة (حاشية مع حاشية القليوبى على شرح جلال الدين الحلى على منهاج الطالبين) ط ٣ سنة ١٩٥٦م ص ٣٦٠ . (٧٠) على قراة : المرجع السابق ص ١٧٢ ، وانظر البخارى على البزدوى ١٣٠٧ هـ مجلد ٢ ص ٥٩١ .

(٧١) د . عبد الودود يحيى : حواله الدين القاهرة طبعة ١٩٦٠م ص ١٨٨ حيث أورد مايفيد استخدام شترومال (Strohal) لهذا التقسيم (٧٢) ديمولومب ج ٢٥ بند ٢٨٣ ص ٢٨٣ وانظر بخصوص القانون الرومانى بوفنوار : المرجع السابق ص ٦٠ وما بعدها . (٧٣) السنهورى ج ٣ بند ٨ ص ١٤ . (٧٤) ديمولومب : المرجع السابق رقم ٢٨٤ ص ٢٨٣ .

سلبى (٧٥) . ويمكن لاي باحث أن يصادف الشرط - ايجابيا كان ام سلبيا - في الناحية العلمية ، فهناك اشارات فقهية عديدة له . خاصة بالنسبة للشرط السلبى ، (٧٦) ولذا ينور الشك حول ايجابية أو سلبية السمة التى يكتسبها الشرط . وهو ما حدا بالفقه الى البحث عن المعيار الذى يمكن به معرفة نوع الشرط .

ومن المؤكد ان الفقه لم يكن يساوره أدنى شك في اعتبار الشرط وصفا للتراضي أو الرضاء ، آية ذلك أنه ركن الى معيار يؤكد هذه الحقيقة مؤداه وجوب الرجوع الى التعبيرات التى استخدمها المتعاقدان او المتصرف . "Les Cont actants ou ... le disposant"

فمن طريق هذه العبارات وحدها يمكن معرفة ما اذا كان الشرط ايجابيا ام سلبيا فلو كان الفقه يتصور التعليق في غير هذا النطاق !
تجاهل الامر عند صياغة المعيار ، الذى يتسم بالدقة ، ويعبر عن بنود الفكرة .

٢ - واقعة مادية وأخرى قانونية

كذلك يمكن ان تكون الواقعة الشرطية واقعة مادية أو قانونية ، ويمكن أن نعزو هذا التقسيم - أساسا - الى باينان ، الذى قرر ان

(٧٥) المرجع السابق ٢٨٥ ص ٢٨٤ . ويلاحظ أن بعض الفقهاء العرب ينقلون أمثلة تنطوى فى الواقع على فكرة العبء دون فكرة الشرط كوصف : انظر السنهورى . الوسيط ج ٣ بند ٨ ص ١٤ وسنعرض لاحقا لمعيار التفرقة بين الشرط والعبء باعتبار أن هذه المسألة تعد من أدق مباحث الشرط .

(٧٦) فهناك رأى ، يذهب الى أن حق الغير ، فى الاشتراط المصلحة الغير ، ينشأ من وقت ابرام الاشتراط « وأن وجود حق المنتفع من ذلك الوقت ، لايتعارض مع جواز نقض المشاركة ، حتى بعد قبول المنتفع ، اذ يمكن تصور حق المنتفع فى هذه الحالة على أنه حق معلق على شرط واقف سلبى هو موت المشتراط دون أن ينقض المشاركة ٠٠٠ » د. عبد الحى حجازى : نظرات فى الاشتراط لمصلحة الغير . مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير سنة ١٩٦٤م (السنة السادسة . العدد الاول) ص ٩ . أما الشروط الايجابية فيمكن أن نجد لها أمثلة عديدة فى الوقت الحاضر ، مثل تعليق شخص هبته أرضا أو مبنى لاحد الاطباء على نجاحه فى اجراء عدد من عمليات التعقيم أو بتر الساق بنجاح ، أو نقل قاب لآدمى أو اجراء تجارب طبية من نمط معين ، ولا تتورئ هذه الحالات أصلا فكرة المشروعية التى تثيرها البنود العقدية : انظر حسام الاهوانى . نظرية الحق ١٩٧٣ ص ٤٠ - ٦٠ .

الواقعة الشرطية في حد ذاتها يمكن ان تكون واقعة مادية او معنوية قانونية ، أم غير قانونية (٧٧) .
"un fait d'ordre matériel ou d'ordre moral, juridique ou non"

فالواقعة الشرطية - أى الحادث المارض المحتمل - تتسع لان تكون واقعة مادية أو قانونية ، بالمعنى المعروف عند الحديث عن الواقعة التى تعتبر مصدرا للأثر القانونى ، غاية الأمر ان هذه الواقعة تكتسى بالنسبة للتصرف الشرطى ، طابعا عرضيا ، وان ظلت محتفظة بالنسبة لأطرافها بوصفها كمصدر للحق . وهذا لو كان جيز Jéze قد أشار الى هذه الملاحظة عندما قال ان الوقائع تنقسم الى « وقائع مادية لاتنتج أى اثر قانونى ، ووقائع قانونية تنتج آثارا قانونية » ، فلقد قسم هذه الاخيرة الى « وقائع طبيعية كالميلاد والموت والقوة القاهرة والشرط والاجل ووقائع اختيارية تقع بارادة الانسان » (٧٨) فأورث بذلك شكاً في طبيعة الشرط كأن يمكن تجنبه عن طريق الإشارة الى أنه لايلزم من اعتبار الواقعة شرطية بالنسبة للمتصرف أن تكون كذلك بالنسبة للمعنيين بها . فلو علق شخص عطيته لآخر على ميلاد طفل ذكر لثالث فان واقعة الميلاد تلعب دورين متغايرين ، لايمكن استظهارهما مع عبارات جيز العامة . الدور الأول : يخص المتصرف الذى علق تصرفه عليها . والدور الثانى يخص المولود وأبويه من ثبوت نسب وحق فى النفقة وغير ذلك (٧٩) .

١ - الواقعة المستتقة واقعة مادية :

قد يعلق المتعاقدان عقدهما على حدوث فعل ضار لاحدهما أو لآخر كما فى بعض صور التأمين على الحياة (٨٠) التى قد تعتبر معلقة على

(٧٧) رسالته السابقة : ص ١٢ .
(٧٨) جيز فى دروسه فى القانون العام ١٩٢٢ ص ٤٦ عن السنهاورى
دروسه للدكتوراه سألقة الإشارة ص ٥٥ ، ٥٦ .
(٧٩) سواء تحلق الامر بقيم لصيقة بالشخص أم نشأ عن الانتماء لأسرة معينة : أنظر توفيق حسن فرج : الاصول العامة للقانون ١٩٧٥ ص ٣٨٢ .

(٨٠) كالتأمين المؤقت : عبد الودود يحيى : التأمين على الحياة ١٩٦٣ ص ٥٨ ، انما يجب عدم خلط الخطر بالحادث الشرطى فى الحالات الشائكة ، ويكمن معيار الشرط فى عرضيته ومعيار الخطر فى جوهريته فى التصرف ، وانظر السنهاورى الوسيط ج ٧ مجلد ٢ ص ٦٠٠ هامش ١ والمراجع التى أشار إليها ، وانظر فى موقف الفقه الاسلامى من عقد التأمين عيسوى أحمد عيسوى : عقد التأمين : مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ٤ ع ٢ ص ١٦٧ وما بعدها ، حسين حامد حسان : حكم الشريعة الاسلامية فى عقود التأمين ط ١ ص ٣٥ وما بعدها .

شرط (٨١)

كما قد يعلق شخصان عقدهما على حدوث فعل نافع ، كان يسلق شخص قيامه بتأجير منزله لآخر على قيام البلدية بترميم هذا المنزل . وفي هذه الحالة تقوم الواقعة المادية بوظيفتين متغايرتين . وظيفتها بالنسبة لطرفي العقد المعلق ، وبتحققها يمكن أجبار المدين على الوفاء بالتزامه ، ووظيفتها فيما بين من قارف الفعل الضار والمضرور أو ورثته أو فيما بين المشرى والمفتقر اذا كان الفعل نافعا ، وفي كل الاحوال لا يكون هناك وفاء تلقائي الا بعد قيام المحكمة بتقدير التعويض ، وهو تعويض لا علاقة له بفكرة الشرط اصلا ، أو تحديد أقل قيمتي الاثراء والافتقار ، وهو امر لا علاقة له بفكرة الشرط ايضا .

ب - الواقعة المستقبلية قد تكون واقعة طبيعية :

ويلاحظ انه كلما كانت الواقعة الشرطية واقعة طبيعية كلما توافرت للشرط سمة المثالية ، وتغل مثالية كلما كان لارادة المتعاقدين أو الغير دور فيها على ما سنراه لاحقا . ومن امثلة الوقائع الطبيعية : الموت المقترن بظروف معينة والا كان أجلا ، وانجاب طفل ذكر مثلا ، وسقوط الامطار ، ووفرة عدد الطيور المهاجرة .

فيجوز تعليق الوصية مثلا على موت شخص قبل آخر أو موت شخص خلال مدة معينة أو على انجاب طفل ذكر . ويجوز تعليق عقد ايجار مجموعة من السيارات لنقل بعض التلاميذ في احدى الرحلات على ملائمة الجو .

ويجوز بيع تذاكر مشاهدة احدى مباريات الانزلاق على الجليد على أن يفسخ البيع اذا لم يصل سمك الجليد الطبيعي الى حد معين بحيث لايتسنى معه اجراء المباراة .

ويجوز أن يعلق المتعاقدان عقد تأجير مكان معين ، في زمان معين ، على وفرة عدد الطيور المهاجرة (٨٢) قبل بدء موعد الايجار ، فبدون ذلك قد لا يستقطب المكان الرواد للصيد مثلا . وهكذا .

ج - وقد تكون الواقعة المستقبلية واقعة معنوية :

فقد تعلق منشأة من المنشآت عقد عمل طبيب لديها على حصوله على شهادة تقدير من جهة طبية .

(٨١) والتأمين البرى والبحرى يمكن أن يقتصر بخيار أو بند فاسخ - أو واقف ، واذا اتضح الفرق بين الخطر والشرط فانه يمكن تعليق التأمين على شرط : انظر ميشيل ليار التأمين البحرى والبرى بوردو ١٩٣٣ ص ١١٤ وما بعدها .

(٨٢) جميل الشرقاوى : الاحكام بند ٥١ ص ١٦٧ .

وقد يعلق ناد رياضي عقد عمل مدرب كرة لديه . على فوز الفريق الذي كان يتولى المدرب تدريبه . وقد يعلق فسخ هذا العقد على عدم فوز فريق النادي في أكثر من مباراة . في مثل هذه الحالات تعتبر العقود معلقة على وقائع معنوية .

د - وقد تكون الواقعة المستقبلية تصرفاً قانونياً :

وقد يعلق المتعاقدان عقدهما على حدوث تصرف قانوني من أحدهما أو من الغير .

ومثال ذلك ان يعلق صاحب جراج عقد تأجير مكان لسيارة آخر على شراء هذا الأخير سيارة ، أو على بيع أحد المستأجرين سيارته .

وقد يعلق شخص هبة منزل لجهة بر على إبرام شخص معين وصيته للواهب ، أو على اجازة من بلغ سن الرشد عقدا أبرمه وهو ناقص الأهلية .

٣ - واقعة بسيطة وواقعة مركبة

قد تكون الواقعة المستقبلية واقعة بسيطة ، تتكون من حدث واحد بسيط . كتعليق عقد بيع منزل على نقل البائع الى بلد آخر . أو على مجرد صدور قرار النقل ، أو على انجاب ولد ذكر .

ولكن الواقعة المستقبلية قد تكون واقعة مركبة . فتتكون من أكثر من حدث واحد . ومثال ذلك تعليق عقد بيع محل تجاري ، على نجاح البائع في الحصول على عقد ايجار محل معين في مكان معين ، وايضا في الحصول على توكيل من إحدى الشركات ببيع سلعتها . ومثال ذلك ايضا تعليق شخص بيع منزله على زواج ابنتيه اللتان تقطنان معه فيه .

والاهمية العملية لهذا التقسيم تتمثل في معرفة متى يعد الشرط متحققا ، ففي حالة الواقعة البسيطة يكون الشرط متحققا اذا حدثت تلك الواقعة البسيطة . بينما في حالة الواقعة المركبة لا يعد الشرط متحققا الا اذا حدثت الواقعتان معا فلا تجزئ واحدة منهما عن الاخرى في اعتبار الشرط متحققا (٨٣) .

(٨٣) ولو قال لامراته ان لم أكلم زيدا سنة فانت طالق فان الطلاق لا يقع الا اذا لم يحدث الكلام طوال العام . وان قال ان لم أت الكوفة فانت طالق ولم يذكر زمنا معينا ، فانه لا يقع الا في آخر جزء من أجزائه حياته لأنه علق الطلاق بعدم الاتيان مطلقا في زمان عمره ولا بتحقيق ذلك الا في ذلك الوقت . انظر على قراءة : المرجع السابق ص ١٧٢ .

٤ - واقعة فورية وواقعة مستمرة

وقد تكون الواقعة الشرطية فورية بمعنى أنها قد تتحقق في لحظة زمنية واحد ، وقد تكون تلك الواقعة مستمرة في الزمان .
انما يلاحظ أنه لا يلزم من كون الواقعة بسيطة أن تكون فورية أو من كونها مركبة أن تكون مستمرة . فلا تلازم بين الأمرين . ذلك أن الواقعة البسيطة قد تكون فورية كتعليق عقد ما على انجاب شخص ما طفلا أو طفلة . وقد تكون مستمرة كتعليق عند استئجار سيارة لرحلة معينة على عدم سقوط الامطار خلال الاسبوع السابق على بدء الرحلة . كذلك قد تكون الواقعة المستقبلية مركبة ولكنها غير مستمرة . كتعليق وصية على ابرام الموصي له عقد زواجه من فتاة معينة في يوم معين . فالحدث المستقبل مركب الا انه يتسم بالفورية الى حد ما . ولكن قد تكون الواقعة المستقبلية مركبة ومستمرة في نفس الوقت ، وذلك كتعليق عقد مقاوله على قيام أكثر من جهة بتوريد مواد معينة لمدة معينة تكفى للاعتقاد بإمكان انجاز المقاوله .
وهكذا يمكن الاستطراد في تقسيم الواقعة الشرطية الى ما لانهاية ولكن التقسيمات ليست هدفا في حد ذاتها وانما هي وسيلة للافصاح عن المجالات الرحبة التي يمكن لنظرية الشرط أن تلجها (٨٤) ، في نطاق التصرف القانوني ، ونحيل في هذا الصدد الى ما سيأتى بصدد الحديث عن كيفية تحقق الشرط .
والخلاصة أن فكرة استقبال الواقعة الشرطية وتحليلاتها تؤكد ارتباط الشرط بالرساء والالتزام الناتج عن التصرف القانوني ، وعدم ارتباطه بمطلق الالتزام .

المبحث الثاني

الشرط أمر ... غير محقق الوقوع

لا يكفي لقيام الشرط أن تكون هناك واقعة مستقبلية ، وانما يجب أن تكون تلك الواقعة محتملة . أى غير محققة الوقوع .

(٨٤) وقد تعلق دولتان اتفائيتهما البترولية على شرط ، وقد ذكنا تفسير بتعلق صك التحكيم على أساس أنه « دائما اتفاق أو عقد يبرمه الطرفان » أو شرط التحكيم أى بند التحكيم فى حالة ما اذا كان « ذا طبيعة تعاقدية » انظر تكييف شرط التحكيم بمثال : محمد طلعت الغنيمى : شرط التحكيم فى اتفاقات البترول ، مستخرج من مجلة الحقوق س ١٠ ع ١ ، ٢٠١٠ ص ٥٥ ، ٥٦ .

ودراسة مسألة عدم تحقق وقوع الشرط ، لاتتكامل الا اذا تعرضنا لمضمون تلك الفكرة ، ولاهيتها في تمييز الشرط عن الاجل ، وفي النهاية لبيان تقسيم الشرط من حيث عوامل تحققه ، ذلك ان عدم تحقق الوقوع قد يتنافى مع ترك زمام الواقعة الشرطية في يد احد المتعاقدين وبالتالي يفيد في جلاء حقيقة الشرط كأمر يتصل بالارادة اتصال عرضية لا اتصال ركنية .
ومن هنا نقسم هذا المبحث الى مطالب ثلاثة يختص كل واحد منها بجزئية مما تقدم .

المطلب الاول

مضمون فكرة عدم تحقق الوقوع (الشك من جوهر الشرط)

الشرط امر .. غير محقق الوقوع ، اى واقعة يكتنف الشك حدوثها (٨٥) ، فلا يتسنى حد الجرم سلفا بمآلها (٨٦) . ومن هنا يقول الفقه ان الشك هو جوهر الشرط (٨٧) *l'incertitude est l'essence de la Condition* وسنرى أن الشك ليس هو كل جوهر الشرط ولكنه من جوهره فحسب .
وليس في الفقه القانوني تعريف علمي لمضمون فكرة الشك ، اما الفقه الاسلامي فيعرف الشك بأنه : اسم لاحتمالين - أو أكثر - يتساوى كلاهما فيه (٨٨) ، وبهذا يتحدد معنى الشك في الواقعة المستقبلية ، بكون احتمال وقوعها يتساوى مع احتمال عدم وقوعها ، دون أن يكون بمكنة أحد ، من الناحية الموضوعية ان يحدد سلفا اى الاحتمالين سيرجح الآخر . وهذا التحديد يتسق مع القول بأن «الاصل في التعليق الا يكون الا في المتردد بين الوقوع وعدمه » (٨٩) .

وتتبع تطور فكرة عدم تحقق الوقوع ومعيار ذلك يدع مجالا لاستخلاص أن الشرط وصف للتراضي وليس وصفا للالتزام .
ففى القانون الرومانى كان يلزم فى الواقعة المستقبلية ان تكون

-
- (٨٥) توفيق حسن فرج - الاحكام ص ٩٧ .
(٨٦) جيزار : المرجع السابق ط ٨ ص ٥٠٤ .
(٨٧) ديهولومب : ج ٢٥ بند ٢٩٨ والسنهورى : الوسيط ج ٢ بند ٩ ص ١٥ حيث يؤكد أن الشك هو « لب الشرط والصميم فيه » .
(٨٨) الذرافى : تنقيح الفصول ص ٦٣ .
(٨٩) التقرير والتجدير شرح التحرير ط ١٣١٦ ج ١ ص ١٣٨ والقرا . لابن أمير الحاج بمناسبة تعليقه على رأى الكمال بن الهمام .

واقعة غير محققة الوقوع (٩٠) ، ويقول بعض الفقهاء انه اذا كان الامر المستقبل محققا ، ترتب الالتزام العقدي (٩١) ، منجزا لا معلقا (٩٢) .
"si l'événement est certain, l'obligation est pure et simple, elle n'est pas suspendue".

وكان الاولى ان يقال ان الالتزام يكون مضافا (٩٣) .
وهكذا كان الشك - كمبدأ - هو جوهر الشرط في القانون الروماني ، وهو شك كان ينصرف إلى مدى تحقق الشرط ، ولم يكن يرد على زمان تحققه الا في حالات استثنائية ، اخصها حالة الاجل غير المعين اذا اقترن بوصية ، اما باقى التصرفات فتبقى على حكم الاصل وهو تميز الشرط عن الاجل ، حتى لو كان الاجل غير معين . ومن هنا شاعت القاعدة القائلة بأن الاجل غير المعين يعتبر بمثابة الشرط في الوصايا (٩٤) .

"Dies incertus Conditionem in testamento facit"

وتطبيقا لذلك فانه اذا ابرم شخص وصية لآخر و اضافها الى أجل معين "un legs est fait ex die certo" ، ثم مات الموصي له ، فان الوصية يمكن ان تنتقل الى ورثته حتى ولو لم يحل ذلك الاجل ، مالم يكن هناك مانع يحول دون ذلك . والعكس صحيح فيما لو كانت الوصية قد أضيفت لاجل غير معين "le legs ex die incerto" وتوفي الموصي له ، فان الوصية تكون غير قابلة للانتقال الى ورثته ، ضرورة انه لا اثر للوصية في حالة الاجل غير المعين ، الا اذا ظل الموصي له حيا ، لحين تحقق ذلك الاجل (٩٥) . ولقد قيل في تبرير هذا الخروج على

(٩٠) مونييه : الوجيز - المرجع السابق ج ٢ سنة ١٩٣٦م بند ٢١٠ ص ٣٥٥ ، جيران ط ٨ سنة ١٩٢٩م ص ٥٠٢ . وجاستون ماي ط ١٨ بند ٢٠٨ ص ٤٦٧ وما بعدها ، ولورد ماكينزي ص ٢٠٧ ومختصر جيفار ، دالوز سنة ١٩٥٨م بند ٣٠٠ ص ٢٠٦ .

(٩١) تروتزييه : الرسالة السابقة ص ١٩

(٩٢) المرجع السابق ص ٢٤ ، ٢٥ .

(٩٣) انظر بوتتييه : مطول الالتزامات بند ٢٠٣ وجورج راني المرجع والموضع السابقين ، مع ملاحظة أن برای الذي يبدو أن تروتزييه استقى فكره منه ، قد ساق العبارة بشكل مستقيم .

(٩٤) بوفنوار ص ٩ ، وديمولومب بند ٢٩٩ ص ٢٩١ ، ومونييه المرجع والموضع السابقان ؛ ولوران ج ١٧ بند ٣٥ ص ٥٥ ، و هـ ج . ليحييه : المقال السابق ، المجلة التاريخية ١٩٦٠ ص ٣٦٤ والمراجع التي أشار اليها في هامشي ٦٣ ، ٦٤ .

(٩٥) وتلك هي حالة الوصية *Cuum he es morietur*

و التي أورد بشأنها بوفنوار نصين عن بومينيوس وبابنيان . (انظر مؤلفه السابق) .

القواعد العامة في القانون الروماني انه يمثل استجابة لتفسير اراده الموصي "il ya ici une interpretation de la volonté du testateur" الذى يفترض انه علق على نفاذ الوصية ، على تحقق واقعة بقاء الموصي له حيا في رقت تحقق الاجل أى في الفترة الزمنية التى كانت غير معينة عند ابرام الوصية (٩٦) .

والخلاصة ان معيار الشك في القانون الروماني كان معيارا موضوعيا يتمثل في مدى اسكان تحقق الواقعة الشرطية (٩٧) . دون نظر الى ظن المتعاقدين او المتصرف باستثناء حالة واحدة كان يرد الشك فيها على زمن تحقق الواقعة فقط . وهى حالة الوصية المضافة الى اجل غير معين (٩٨) . وفى كل الاحوال كان الحديث عن الشرط والتعليق لا يدور في غير نطاق العقود والنصرقات .

ويبدو أن يوتيه (٩٩) بنى نفس الفكرة الرومانية عن مسألة عدم تحقق الواقعة الشرطية . الامر الذى فتح الباب امام الفقه الفرنسي اللاحق . لصياغة معيار موضوعى لفكرة الشك (١٠٠) . فلم يعتد بما عساه ان يثور في جدان المتعاقدين . من ان الحادث غير محقق . بل اعتبر العقد معلقا اذا كانت الواقعة المستقبلية غير محققة الوقوع من الناحية الموضوعية المجردة . أى اذا كان مضمونها في حد ذاتها . ينسب عن الشك في مصيرها بالنسبة للكافة (١٠١) ، اما بسبب طبيعتها واما بسبب الملابسات التى اكتنفتها . والا تجردت من حقيقتها .

وفى القانون المصرى يوجد قدر كبير من الوضوح . حول حقيقة ومعيار فكرة عدم تحقق الوقوع . فالشك في حالة تعليق العقد على

(٩٦) بفتوار : ص ١٠

(٩٧) باييه ، الوجيز فى القانون الروماني باريس ١٨٨١ ص ٢٩٦ .

(٩٨) انظر مثالا لوصية مقترنة بعبء فى مؤلف عبد الحميد محمد

الحفناوى : نظرية الغلط فى القانون الروماني الاسكندرية سنة ١٩٧٤م ص ٧٢ وانظر ج ٥٠ هـ . ليجيه : المقال السابق عامش ٤ ص ٢٥٣ .

(٩٩) المطول : المرجع والموضع السابقان والموضع الذى أشار اليه .

(١٠٠) هيك بند ٢٤٣ ص ٣٢٤ ، وبودان ولاجارد بند ٧٢٦ ص ٥٣٠

وديمولومب بند ٢٩٨ ص ٢٩١ . ويقول بودرى وبارد ان الشك بحب أن يكون :

"incertitude objective et non pas seulement une incertitude subjective"

(١٠١) السنهوري : الموجز بند ٤٦٩ ص ٤٥٣ وبند ٤٦٥ ص ٤٧١

وبلانديول وريدير وجابولد بند ١٠٢٤ ص ٣٧١ وفى فكرة اعتبار الاجل غير المعين شرطا فيما يتعلق بالوصايا ، تولييه ج ٦ ط ٥ بند ٤٧٧ ص

شرط ، لا يرد على زمان وقوع الحادث ، كما هو الوضع الاستثنائي في القانون الروماني ، وبعض التشريعات التي تأثرت به (١٠٢) ، وانما ينصرف الشك دائما الى مدى تحقق أو عدم تحقق الواقعة الشرطية ، لاسيما بعد أن صحح القانون الحالي الخطأ المادي الذي اعترى القانون الملقى ، واستلزم الى جانب استقبال الواقعة الشرطية عدم تحققها على ما سلفت الإشارة اليه (١٠٢) .

وقد تكون الواقعة غير محققة بطبيعتها ، كتعليق عقد ايجار حافلات على صلاحية الجو فترة زمنية معينة خلال فصل الشتاء ، كتعليق عقد بيع سلعة معينة على وصول سفينة محملة بسلعة من نفس النوع أو من نوع آخر ، أو تعليق تأجير شقة على الانتقال الى بلد آخر ، أو تعليق عقد توريد سلعة معينة لجهة معينة على صدور قرار يسمح الاستيراد بدون تحويل عملة حرة .

وقد تكون الواقعة محققة بطبيعتها (١٠٤) ، ولكنها تصبح غير محققة بسبب الظروف التي لا يستتبعها (١٠٥) .

ومثال الواقعة غير المحققة بسبب الظروف التي لا يستتبعها ، تعليق عند على موت شخص قبل آخر « كما لو تعهد شخص بإيراد مرتب لآخر ، اذا توفي عائله قبل بلوغ مستحق الايراد الحادية والعشرين » كما أن « اشتراط فسخ الهبة اذا توفي الموهوب له قبل الواهب يجعل الهبة مقترنة بشرط فاسخ بسبب وضع شروط لحدوث الوفاة تجعلها غير مؤكدة في نطاق هذه الشروط » (١٠٦) .

ويستوى في الحالات المتقدمة - كما رأينا - أن يكون الشرط واقفا أو فاسخا ، ولكن الفقه يلفت الانتباه الى أن الواقعة الواحدة ،

(١٠٢) انظر تولىيه : المرجع والموضع السابقين .

(١٠٣) قارن المادة ٢٦٥ من القانون المدني الحالي بالمادة ١٥٧/١٠٣

من التقنين الملقى . وانظر : السنهاوري . الموجز بند ٤٦٥ ص ٤٧١ .

(١٠٤) بودري وبارد . السابق بند ٦٥١ ص ٤ .

(١٠٥) بلانيول وريبير وجابولد . بند ١٠٢٤ . وريبير وبولانجي .

على بلانيول ج ٢ بند ١٣٣٨ ص ٥٠٦ ويقول د . سليمان مرقس : « لا يكفي في اعتبار الامر غير محقق الوقوع أن يكون وقت وقوعه غير محقق ، اذا كان من المحدث أنه سيقع يوما ما » وحذا لو استخدم الاستناد تعبیر « وقت وقوعه غير معين » بدل تعبیر « وقت وقوعه غير محقق » لتسليم الفكرة وتنساق مع استطراده بعد ذلك ، والذي قال فيه أن هوت شخص معين لا يعتبر « شرطا لأنه من المحقق أنه سوف يقع ان عاجلا أو آجلا ، فيعتبر أجلا لا شرطا » موجز أصول الالتزام بند ٧٤٥ ص ٨١٤ .

(١٠٦) . جميل الشرقاوى . الاحكام بند ٥٢ ص ١٧٠ - ١٧١ .

في ظل ملابساتها ، قد ينظر اليها من زاويتين مختلفتين . فتكون شرطا فاسحا تارة . وشرطا واقفا تارة اخرى « فاذا وهب شخص دارا لاثنيين على التعاقب بشرط الا تنتقل الى الثاني الا اذا عاش بعد موت الاول . فان الهبة الاولى تكون معلقة على شرط فاسح . هو ان يموت الموهوب له الاول قبل موت الثاني . وتكون الهبة الثانية معلقة على شرط واقف هو ان يعيش الموهوب له الثاني بعد موت الموهوب له الاول » (١٠٧) .

وهكذا لا يعرف القانون المصري سوى فكرة الشك في مدى وقوع الحادث الشرطي . دون انشك في زمان هذا الوقوع . فالاجل غير المعين لا يمكن اعتباره شرطا .

والخلاصة ان معيار عدم تحقق وقوع الشرط هو معيار موضوعي يكمن في طبيعة الواقعة ذاتها ، او الملابس التي اكتنفها . حسبما اتفق عليه المتعاقدان او حدده المتصرف .

والقانون العراقي . مستمينا بتعابير الفقه الاسلامي (١٠٨) نص في المادة ٢٨٦ على انه « يشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود . . . » مؤكدا بذلك اعتبار الشك من جوهر الشرط .

والفقه الاسلامي : لا يعتبر الامر محقق الوجود شرطا . وانما يراه اجلا . غاية الامر ان بعض الفقهاء يعتبرون الاجل المجهول جهالة فاحشة بمثابة الشرط . ذلك ان الجهالة نوعان : يسيرة وموجبها التردد في تقدم (١٠٩) او تاخر التاريخ . وفاحشة وموجبها « التردد في نفس الوجود » . ومثال الجهالة الفاحشة هبوب الريح (١١٠) . وهي ما لم ير فيها السرخسي (١١١) والبايرتي (١١٢) مقومات الاجل لانها غير حقيقة الوقوع .

-
- (١٠٧) المسنهورى . الوسيط ج ٣ بند ١٠ ص ١٦ .
 (١٠٨) انظر مثلا الاشباه والنظائر لابن نجيم ١٩٦٨م ، ١٣٨٧ ، مؤسسة الحلبي ، تعليق عبد العزيز محمد الوكيل ص ٣٦٧ .
 (١٠٩) فتح القدير ج ٥ ص ٢٢٣ .
 (١١٠) مثلا حسرو : الدرر الحكام شرح نثر الاحكام (١٣١٩) ج ٢ ص ١٨٥ . وانظر ابن عابدين ، الحاشية ج ٤ (ط ٣ - ١٣٢٥ ع) ص ٢٤ حيث يفصل القول في حكم الاجل المجهول جهالة متفاوتة ودد مثل لها بهبوب الريح .
 (١١١) المبسوط ج ١٣ - دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ط ٣ سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ص ٢٧ حيث يقول « فالاجل ما يكون منتظر الوجود . وهبوب الريح وامطار السماء قد يتصل بكلامه » .
 (١١٢) شرح العنابة على الهداية على عامش فتح القدير - اجمع السابق ص ٢٢٤ .

ومن المعلوم ان الشريعة الاسلامية لاتعرض للشرط الا في نطاق العقد . ومن ثم تكون كل الشرائع والتشريعات سابقة الاشارة ، قد اعتبرت الشك من جوهر الشرط وان العبرة فيه هى بحقيقة الواقع لا بما يعتقده المتعاقدان ، وان الشك ينصرف فيها الى مدى تحقق الواقعة لا الى وقت حدوثها باستثناء بعض الحالات في القانون الرومانى وبعض التقنيات التى تأثرت به ، وسيؤكد هذا المضمون عندما نعرض لباقي مقومات الشرط .

المطلب الثانى

حقيقة الشك كمعيار للفرقة بين الشرط والاجل

وتلعب فكرة الشك دورا اساسيا فى الفرقة بين الشرط والاجل ، ذلك ان الفرقة بين الامرين كانت تعتمد فى بعض الاوقات على معيار لغوى هو معيار أسلوب الشرط فى اللغة العربية ، ولا يعنى ذلك ان اللغات الاخرى لم تعرف هذا المعيار ، اذ يستشف من كتابات بعض الفقهاء الفرنسيين انهم بصروا بهذا المعيار ، شأنهم شأن فقهاء الشريعة الفراء .

ففى القانون الفرنسى يقرر بعض الفقهاء ان الالتزامات تكون عادة معلقة على شرط ، اذ استعمل المتعاقدان أداة من أدوات الشرط ، مثل اذا وان وغيرهما (١١٢) .

ولكن هذا التلميح ينقلب الى تصريح عند ابن عابدين من فقهاء المذهب الحنفى اذ يقرر ان ما « صرح فيه بأداة الشرط فهو معلق وغيره مضاف » (١١٤) . ومفاد ذلك انه لمعرفة ما اذا كان الامر يتعلق بشرط ام باجل ، فانه يجب النظر فى الاسلوب اللغوى الذى استخدمه المتعاقدان ، فان انطوى على احدى أدوات الشرط كان العقد معلقا والا فانه يكون مضافا الى اجل او منجزا حسب الاحوال .

ولكن هذا المعيار غير مطرد ، اذ لايلزم من استعمال أداة الشرط ان يكون العقد معلقا ، بل قد يكون رغم وجود الاداة مضافا الى اجل فمن يقول لآخر اذا مات فلان او اذا جاء رأس الشهر أعطيك كذا، فان تصرفه يكون مضافا الى اجل ، وليس معلقا على شرط ، رغم انطواء التعبير على اسلوب الشرط .

(١١٣) مثلا بودرى لاکانتنرى : المختصر باريس ج ٢ ط ٤ باريس ١٨٩٢ بند ٩٢٨ ص ٦٦٥ .
(١١٤) ج ٤ ط ٣ ص ٢٧٨ وانظر فى عرض ونقد ذلك المعيار : عبدالناصرالطار . الاجل فى الالتزام ، المرجع السابق بند ٤٣ ص ٦٧ ، ٦٨

وهكذا فان المعايير اللغوية لا يمكن ان تضع حدا فاصلا بين الشرط والاجل ، لذلك لجأ الفقهاء الى معيار قانونى ، مستمد أساسا من جوهر فكرة الشرط ، الا وهو معيار الشك ، او عدم تحقق الوقوع (١١٥) . فاذا كان الامر محقق الوقوع فانه اجل ، حتى وان كان غير معين ، وان كان الامر مشكوكا فى حدوثه ، او على خطر الوقوع ، او غير محقق فان الامر يتعلق بشرط شريطة أن تتوافر باقى سمات الشرط (١١٦) .

اشتراط الوفاء عند الميسرة أو المقدرة :

قد يتفق المتعاقدان على أن يقوم المدين بالوفاء عند الميسرة أو المقدرة ، ويثور التساؤل عن طبيعة الواقعة التى يرتبط بها الوفاء ، وفى هذا الصدد نجد شيئا من اختلاف الراى فى الفقه العربى بوجه خاص .

فلقد ذهب فريق من الفقهاء الى ان الالتزام العقدى فى هذه الحالة يعتبر فى حقيقة الامر « معلقا على شرط ... وليس مضافا الى اجل » (١١٧) ، وعلة ذلك أن المقدرة أو الميسرة ليست امرا حتمى الوقوع كالاجل ولكنها مسألة محتملة قد تقع وقد لا تقع (١١٨) .

وذهب فريق آخر من الفقهاء الى أن تعهد المدين بالوفاء عند المقدرة أو الميسرة « يعد تعليقا لنفاذ الالتزام على اجل هو تاريخ توافر الميسرة » (١١٩) ، ولكن هذا الراى لا يقدم تفسيراً فقهيا خاصا ، ولا حجة يستند اليها ، وانما يستند مباشرة الى نص المادة ٢٧٢ مدنى التى تقضى بأنه « اذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضي مياعدا مناسباً لحلول الاجل ، مراعيًا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه » . ولما كان المدين قد يموت معسرا فان الاجل يحل بالموت حتما ، فالموت يعتبر نهاية للاجل (١٢٠) .

(١١٥) سوفيى حسن فرج . الاحكام ص ٩٧ .

(١١٦) انظر عرضا مفصلا فى رسالة عبد الناصر العطار سالفه الإشارة . الوضغ السابق ، وان كان لم يشر الى ضرورة استجماع الحادث ، بالاضافة الى عدم تحقق الوقوع ، باقى متومات الشرط ، والا لم يكن شرطا بل حادثا احتماليا أو خيارا أو تحفظا أو خطرا ٠٠٠ الخ .

(١١٧ ، ١١٨) عبد الناصر العطار . الرسالة السابقة بند ٥٧

ص ٨٥ .

(١١٩ ، ١٢٠) سليمان مرقس : موجز أصول الالتزامات هامش ١

ص ٨٢٧ ، ٨٢٨ والاهمية العملية لمعرفة ما اذا كانت المقدرة شرطا أم أجلا ، تتلخص فى أنه اذا أخذ الاتفاق على الميسرة مأخذ الشرط لكان

ولكن فريقا ثالثا من الفقهاء يفصل القول ، فيرى أن نص المادة ٢٧٢ مدنى سالف الإشارة يعرض لصورة نادرة الحدوث عملا ، وأن الشارع قد افترض فيها « أن تعهد المدين بالوفاء عند المقدرة اوالميسرة ينشيء على عاتقه التزاما مضافا الى اجل هو تيسر احواله وقدرته على الوفاء ، فان لم يتحقق ذلك طوال حياته ، كان الوفاء واجبا عند وفاته » (١٢١) ، ولكن هذا الاتجاه الفقهي لايقف عند هذا الحد من التحليل ، بل يعمل ولا يهمل قصد الملتزم ، فاذا ظهر أن هذا الاخير قد أفصح عن قصده فى اعتبار الميسرة شرطا كان من اللازم الوقوف عند هذا القصد واعتبار التعهد فى هذه الحالة شريطيا (١٢٢) .

والحقيقة أن هذا الراى الاخير يعمل النصوص ، ولكنه يستشعر بحق أن الميسرة هى مسألة لايمكن الجزم سلفا بمدى تحققها ، فهى من هذا المنطلق واقعة مستقبلية ومحتملة ، فاذا انصرف قصد المتعاقدين الى التعليق وتوافرت فيها باقى مقومات الشرط ، أمكن اعتبارها شرطا ، فالقاضي لا يستطيع اهمال النصوص القانونية ، الا اذا كانت القاعدة مكملة واتفق المتعاقدان على عكسها ، وهو ما يتحقق من انصراف قصد المدين الى اعتبار الميسرة شرطا لا اجلا ، وهذا فيما اعتقد هو التفسير القريب من منطق الراى القائل بان الميسرة قد تعتبر شرطا اذا انصرف قصد المدين الى ذلك .

المطلب الثالث

الشك وعوامل تحقق الشرط

والشرط بحسب طبيعته ، هو امر مشكوك فى حدوثه ، أى يتردد بين أن يقع والا يقع ، ولذا فهو ينأى عن الخضوع لارادة المتصرف التى يجب الا تكون متحكمة فى تحديد مصيره .

ولكن الشرط قد يكون امرا يستطيع المتصرف أن يساهم فيه دون أن يستبد بتحقيقه ، وهذا امر يجيزه القانون ولا يعترض عليه

=

من الجائز أن يعيش المدين معسرا ، ويموت كذلك فلا يكون للدائن الحصول على حقه ، لعدم تحقق شرط اليسار ، أما اذا حمل هذا الاتفاق محمل الاجل ، فان الالتزام يصبح مستحقا عند وفاة المدين على الاكثر : ترمية حسن فرج . الاحكام ص ١٠٩ .

(١٢١) جميل الشرقاوى : الاحكام بند ٤٩ ص ١٥٥ .

(١٢٢) المرجع السابق هامش ٢ ص ١٥٥ ، وفى نفس المعنى : شفيق

حسن فرج . الاحكام ص ١١٠ .

تلقه . لأنه لا يتنافى مع حياد الشرط وسمته الاحتمالية .
 ولكن من المفروض ان يقف الأمر عند هذا الحد . ولكن القانون
 أباح لإرادة المتصرف . أن تكون وحدها ، صاحبة السلطان الاوحد في
 تحقيق الشرط في بعض الصور ، وهكذا جمع المشرع النقيضين في
 مفهوم واحد . فكيف يمكن التوفيق بين اعتبار الشرط واقعة محتملة .
 وبين اناطة تحققه بإرادة المتصرف .
 ان رفيع هذا التعارض يقتضي بحث موضوع الشرط من حيث
 عوامل تحققه .

وفي هذا الصدد يقسم الفقه الشرط الى قسمين :
القسم الاول : الشرط الذي يعتمد على الصدفة وحدها . فلا
 تتدخل إرادة المتصرف في تحقيقه ، وهذا ما يعرف بالشرط الاحتمالي .
القسم الثاني : الشرط الذي تتدخل إرادة المتصرف في تحقيقه .
 وهو قد يكون شرطاً مختلطاً او ارادياً .
 ونعرض لهذه التقسيمين فيما يلي :

أولاً

الشرط الذي لا تدخل لإرادة المتصرف في تحقيقه الشرط الاحتمالي

الشرط الاحتمالي (١٢٣) هو شرط لا تدخل لإرادة المتعاقدين في
 تحقيقه او تخلفه . وانما يكون رهيناً بالمصادفة البحتة (١٢٤) او هو شرط
 " يتكون من واقعة قائمة بذاتها ، لا تخضع الا لقانونها . فلا يكون
 تحقيقها او تخلفها منوطاً بإرادة أحد المتعاقدين " (١٢٥) .
 ومثاله تعليق عقد هبة على انجاب الموهوب له ولداً ذكراً (١٢٦) .
 او تعليق عقد استئجار عربة على صحو الجو (١٢٧) . او تعليق فسخ
 عقد على سقوط الجليد (١٢٨) . او تعليق فسخ عقد بيع سلعة على

(١٢٣) انتهج تقنين لويزيانا نفس النهج ثلاثيني في تحديد
 مفهوم الشرط الاحتمالي فقد عرفته المادة ٢٠٢٣ الشرط الاحتمالي Casual C.
 بأنه ذلك الذي يعتمد على الصدفة chance دون إرادة الدائن او المدين .
 (١٢٤) أو إرادة الغير . التي تعتبر من قبيل المصادفة : انظر تومبيك
 حسن ذرج . الاحكام ص ٩٦ .

(١٢٥) عبد الحى حجازى . الالتزام فى ذاته ج ١ ص ١٦١ .
 (١٢٦) عبد النعم البدراوى . الاحكام بند ٢١٣ ص ٢٣٥ .
 ١٢٧ علمى بهجت بدوى . دروس ... بند ٤٥٩ ص ٤١٢
 ٧٤٧ ٩٥٧ .

صدور قرار وزارى بمنع تصديرها (١٢٩) ، أو تعليق أى عقد على موت شخص قبل آخر (١٣٠) . ويذهب الفقه كما أشرنا الى أن ارادة الغير وحدها تصلح واقعة شرطية احتمالية (١٣٢) . وترجع أصول هذا التقسيم الى القانون الرومانى (١٣٢) ، الذى اعتبر الشرط احتماليا اذا كان لا يعتمد فى تحقيقه أو عدم تحقيقه على الارادة (١٣٢) ، بل على محض الصدفة (١٣٤) .

ولقد انتهج بوتيه (١٣٥) نفس المسلك السابق وان كان قد جانبه التوفيق الى حد ما عندما اقتصر . فى حده ، على ذكر الدائن وحده . إذ عرف الشرط الاحتمالى بأنه شرط يعتمد على المصادفة ولا يكون فى وسع الدائن تحقيقه ، وبوتيه قد يكون له العذر فى الاختصار على الدائن لاعتباره اياه صاحب المصلحة فى تحقيق الشرط فى أغلب الاحوال ، ولكن الثابت أن الشرط يكون احتماليا اذا لم يكن بمكنة الدائن أو المدين تحقيقه .

وعلى أى حال فان القانون المدنى الفرنسى تجنب هذا القصور فى تعريف بوتيه ، وحد الشرط الاحتمالى حدا بين اعتماده على الصدفة دون توقف على ارادة الدائن أو المدين (١٣٦) .

ومع أن الفقه الاسلامى لا يتبنى على سبيل التحديد ، اصطلاح الشرط الاحتمالى ، الا أن كثيرا من الامثلة التى يضر بها تصدق عليه ،

-
- (١٢٩) اسماعيل غانم • الاحكام بند ١٤٧ ص ٢٨٩ .
 - (١٣٠) عبد الفتاح عبد الباقي • الاحكام بند ١٤٠ ص ٢٤٣ .
 - (١٣١) توفيق فرج • الاحكام ص ٩٩ وبلانيول وريبير وجابوا .
 - المرجع والموضع السابقان .
 - (١٣٢) انظر ج . هـ • ليحييه • لقال السابق ص ٥٣٦ هامش ١٧ .
 - (١٣٣) بوفنوار ص ٦٠ .

“ La Condition est casuelle, quand elle consiste dans l'arrivé ou la non arrivé d'un événement indépendant de la volonté : si quid obtingat, ne obtengat. Ex si navis ex Asia venerit, ou nom vene it”.

- ولكن انظر جورج براى • المختصر ج ٢ بند ٤٩٠ ص ٤٦ .
 - (١٣٤) انظر جيفار المختصر بند ٣٠٠ ص ٢٠٦ ، وباييه ص ٢٩٩ .
 - وجاستون ماى ص ٤٧٣ هامش ١٣ وهونيه ج ٢ بند ٢١٠ ص ٣٥٦ .
 - (١٣٥) الطول بند ٢٠١ سالف الاشارة .
 - (١٣٦) المادة ١١٦٩ وفى هذا النطاق يصدق وصف البعض للاحتمالى بأنه ذاك الذى يعتمد على ارادة الغير وحدها بلانيول وريبير وحليم • بند ١٠٢٨ .
- ٥١ ص ٨

كتعليق الوفاء أو الكفالة على عودة شخص من السفر . وعودة الحجيج قائلين . أو كعودة شخص سالما غائما أو ما الى ذلك (١٢٧) .

ثانيا :

الواقعة الشرطية التي تتدخل الارادة في تحقيقها

لعل نطاق الدور الذي تستطيع الارادة ان تلعبه في تحقيق الشرط يتحدد قانونا في ضوء المادة ٢٦٧ مدنى التى تقضى بأنه « لا يكون الالتزام قائما . اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم » .

فهذا النص يطلق يد المتصرف في تحقيق الشرط فيما وراء الصورة التى جاء بها . ولا ندرى كيف توفق النظرية التقليدية بين فكرة عدم تحقق الشرط وبين فكرة منح ارادة المتصرف سلطانا مطلقا في تحقيق الشرط . ان فهم هذا التناقض ، ثم حسمه . يقتضى عرض صور الشرط التى تتدخل فيها ارادة المتصرف لمعرفة مدى توافقها مع فكرة الشك أو عدم تحقق الوقوع . وفي هذا الصدد يقسم الشرط تقسيمات ثلاثة وهى : الشرط المختلط والشرط الارادى البسيط والشرط الارادى المحض . ونعرض فيما يلى لهذه الصور التى تدرج في اطار تقسيم الشرط الى مختلط و ارادى .

١ - الشرط المختلط

عرف القانون الرومانى الشرط المختلط (١٢٨) . وقد عرفه بعض اراحه بأنه شرط يناط تحققه بالصدفة مقرونة بارادة احد المتعاقدين (١٢٩) du hasard et de la volonté d'une partie ولما كانت ارادة الغير تعد من قبيل الصدفة . لذا عرف بآييه (١٤٠) وبوفنوار (١٤١) الشرط المختلط بأنه ذلك الذى يعتمد تحققه على تطابق

(١٢٧) انظر مثلا : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ط ١ بمطبعة الجمالية مصر ١٣٢٨ هـ ج ٧ ص ١٩٢ .
La Condition mixte (١٣٨)

(١٣٩) جاستون ماى رقم ٢٠٨ هامش ١٣ ص ٤٧٣ ، جيفار : المختصر بند ٣٠٠ ص ٢٠٧ حيث يقرن عمل أحد المتعاقدين بعامل خارجي . وقد تبنى تولييه تعريفا مماثلا لتعريف ماى : انظر مؤلف تولييه سالت الاشارة بند ٥٠٠ ص ٥٢٩ .

(١٤٠) بآييه : المرجع السابق ص ٢٩٨ .

(١٤١) بفتنوار : الشرط ص ٦١ .

ارادتي أحد المتعاقدين والغير . وهو تعريف يلتقى وعموم نص المادة ١١٧١ مدنى فرنسي (١٤٦) .

وهكذا يعتبر العقد بحسب ما تقدم معلقا على شرط مختلط اذا كان يلزم لتحقيقه التقاء ارادة أحد المتعاقدين بارادة الغير دون تعيين (١٤٣) أو بالصدفة (١٤٤) بوجه عام .

ويذهب ديمولومب الى أن ارادة أحد المتعاقدين تمثل العنصر الإرادى "L'élément potestatif" ، بينما تلعب ارادة الغير دور العنصر الاحتمالى (١٤٥) "L'élément Casuel" ، فاختلاط ارادة أحد المتعاقدين بارادة الغير ، أو بالصدفة (١٤٦) ، هو الذى يضى على الشرط طابعه المختلط .

ولكن انعام النظر فى مسلك جمهور الفقه المصرى والفرنسي يفصح عن أن اطلاق شخص الغير دون تعيين - يحول دون اعتبار الشرط مختلطا ، اذ يذهب الى انه كلما تحددت شخصية الغير كلما كان ذلك أدنى الى مثالية الشرط ، لان درجة صعوبة تحقيقه ستزداد أمام ارادة أحد المتعاقدين ، وبالتالي تكون مرتبة هذا الشرط هى المرتبة التالية لشرط الاحتمالى .

ولهذا يذهب الاساتذة الدكائرة جميل الشرقارى (١٤٧) واسماعيل غانم (١٤٨) - والسنبورى (١٤٩) ، وعبد المنعم البدرلوى (١٥٠) وبودرى وبارد (١٥١) وبلانبول وريبير وجابولد (١٥٢) وغيرهم الى ان الشرط لا يكون مختلطا ما لم يكن الغير ، الذى تلتقى ارادة أحد المتعاقدين بارادته

(١٤٢) وبالتالي فهو أعم من تعريف بوتييه الذى قصر تعريفه - الشرط المختلط على حالة التقاء ارادة الدائن مع ارادة الغير : انظر مداول الالتزامات لبوتييه : المراجع السابق بند ٢٠١ وقارن لوران ج ١٧ بند ٥٣ ص ٦٩ .

(١٤٣) انظر مثلا : عبد الحى حجازى : المراجع السابق حيث يتول « والشرط المختلط هو الذى يتكون من واقعة يتوقف تحقيقها على ارادة أحد المتعاقدين وارادة الغير ، وهو شرط صحيح ومثاله ابيعك هذا المنزل اذا تزوجت » ص ١٦١ .

- (١٤٤) لوران ج ١٧ بند ٥٣ ص ٦٩ .
- (١٤٥) ديمولومب . ج ٢٥ بند ٢٨٨ ص ٢٨٥ .
- (١٤٦) المراجع الاخير بند ٢٨٩ ص ٢٨٦ .
- (١٤٧) الاحكام بند ٥١ ص ١٦٧ .
- (١٤٨) الاحكام بند ١٤٦ ص ٤٩٠ .
- (١٤٩) الموجز بند ٤٦٩ ص ٤٧٤ .
- (١٥٠) الاحكام بند ٢١٣ ص ٢٣٥ .
- (١٥١) المطول النظرى والعلمى بند ٧٨٦ ص ٢١ .
- (١٥٢) مرجعهم السابق بند ١٠٢٨ ص ٣٧٨ .

معينا (١٥٣)

“ia Condition n'est mixte que lorsqu'il s'agit d'un tiers déterminé”

ومثال ذلك تعليق عقد بيع أو هبة على زواج أحد المتعاقدين من سيدة معينة . أو تعليق عقد إيجار على إبرام المستأجر عقد شركة مع شخص معين .

والخلاصة أن الشرط المختلط هو الذي يناط بتحقيقه بإرادة أحد المتعاقدين مقرونة بالصدفة أو بإرادة الغير إذا كان معينا (١٥٤) .

٢ - الشرط الإرادي

يعرف الشرط الإرادي (١٥٥) بأنه شرط يعتمد أساسا على « إرادة أحد المتعاقدين دون إرادة الغير » (١٥٦) ولما كان الشرط الإرادي يفسم عادة إلى شرط إرادي بسيط وشرط إرادي محض . لذا يمكن تعريفه تعريفا واسما يستجيب لهذا التقسيم بأنه شرط يعتمد في تحقيقه على إرادة أي من المتعاقدين مقترنة ببعض الملابسات . أو غير مقرونة بها . ونعرض فيما يلي لشق الشرط الإرادي

(١) الشرط الإرادي البسيط

لا يتفق الفقه على تعريف واحد للشرط الإرادي البسيط . ولكنه لا يختلف حول طبيعته وجوهره ، كشرط لا تستبد بتحقيقه إرادة

(١٥٣) بودري وبارد . المرجع والموضع السابقان :

“Exemple : si je me marie avec notre nièce”

ولكن قارن عبد الحى حجازى بالمراجع والموضع السابقين .

(١٥٤) توفيق حسن فرج . الأحكام ص ٩٩ .

La Condition potestative (١٥٥)

(١٥٦) سليمان مرقس . الموجز ، المرجع السابق . بند ٧٥٥ ص

٨١٥ . والاعتداد في تحديد الشرط الإرادي بإرادة أحد المتعاقدين . أساسا . كان مسلك القانون الرومانى : جيارط ٨ ص ٥٠٣ وانظر فى ظل القانون الفرنسى القديم بوتيه : المرجع السابق بند ٢٠١ ص ٥٢ من مجموعة الاعمال الكاملة ، وقد انتقل ذلك إلى تقنين نابليون الذى عرفه فى المادة ١١٧٠ بأنه شرط يكون بمكنة أحد المتعاقدين تحقيقه . الحيلولة دون تحققه . وهو تعريف مقبول فقها . انظر بلانويل وريبير وجابولد . بند ١٠٢٨ ص ٣٧٦ ، ولكن الحقيقة أن هذا التعريف ناقص لأنه لا يستبعد للاضافات التى تحدد أحد قسميه ألا وهو الشرط الإرادي البسيط .

أحد المتعاقدين بل تساهم فحسب (١٥٧) في تحقيقه وتكون محكمة بظروف (١٥٨) أو ملائمت (١٥٩) خاصة .

فالدكتور اسماعيل غانم يعرفه بأنه شرط « لايتوقف حصوله على مجرد تعبير عن الإرادة ، وإنما يقتضي القيام بعمل معين » (١٦٠) كالزواج أو بيع شيء شريطة عدم « تعيين من يتم الزواج منه أو البيع اليه » (١٦١) وكالسفر (١٦٢) ، أو عدم السفر وما الى ذلك .

وهكذا يتفق الشرط المختلط مع الشرط الارادى البسيط ، في أنه في كليهما تلعب ارادة أحد المتعاقدين (١٦٢) دورا في تحقيق الشرط ، وفي وجوب توافر عامل خارجي ، فان كان ذلك العامل شخصا ، فانه يكون معينا في الشرط المختلط ولا يكون معينا في حالة الشرط الارادى البسيط .

وطالما أن ارادة اى من المتعاقدين لا تستبد بتحقيق الشرط ، مختلطا كان أم اراديا بسيطا ، فان الشرط مقبول فقها وقانونا شأنه شأن الشرط الاحتمالى سواء بسواء ، يستوى أن يكون شرطا واقفا أم فاسخا ، أو أن يكون مرتبطا مع العامل الآخر بارادة الدائن أم بارادة المدين .

(٢) : الشرط الارادى المحض

مشكلته القانونية

اننا نمس الآن اهم مسائل الشرط على الاطلاق ، الا وهى المسألة المعروفة فقها بالشرط الارادى المحض (١٦٤) ، فاذا كان الشرط الاحتمالى يعتمد في تحقيقه على محض الصدفة ، فانه يمثل الشرط المثالى لاسيما اذا كانت الصدفة فيه واقعة طبيعية بحثا تتجرد معها ارادة اى من المتعاقدين من اى سلطان في تحقيق الشرط .

- (١٥٧) جميل الشرقاوى • الاحكام بند ٥٢ ص ١٧١
- (١٥٨) المرجع السابق بند ٥١ ص ١٦٧
- (١٥٩) السنهورى • الوسيط ج ٣ رقم ١٢ ص ١٨
- (١٦٠) الاحكام بند ١٤٦ ص ١٢٩ وانظر توفيق حسن نج • الاحكام ص ١٠٠
- (١٦١) سليمان مرقس • موجز اصول الالتزام بند ٧٤٥ ص ٨١٥
- (١٦٢) أنور سلطان • الاحكام ١٩٥٧ بند ٢٣٥ ص ٢٣٩
- (١٦٣) ويكتفى مازو في تعريف الشرط الارادى البسيط بالتقاء ارادة المدين مع ظروف أخرى لا يكون هو المهيمن عليها - دروس ج ٢ ط ٣ بند ١٠٤١ ص ٨٨٢
- La Condition purement potestative (١٦٤)

وإذا كان الشرط المختلط ثم الشرط الإرادى البسيط يليان الشرط الاحتمالى من حيث درجة مثاليته ، لانه فى كليهما لا تستبد ارادة اى من المتعاقدين بتحقيق الشرط ، بل يساهم معها عامل خارجى على التفصيل المتقدم ، اذا كان ذلك كذلك بالنسبة للشرط احتماليا كان أم مختلطا أم اراديا بسيطا ، فان الامر يبدو على خلاف ذلك بالنسبة لما يعرف بالشرط الإرادى المحض ، لانه يكون منوطا دائما بمشئىة أحد المتعاقدين (١٦٥) بما يعنيه ذلك من ترك زمام الامر لارادة المتصرف فتظل هى المستبدة وحدها دون غيرها بالقدرة على تحقيق الشرط ، وبالتالي الهيمنة على مصير العقد .

ولما كان مثل هذا البند يشعر بأنه لا يستجمع حقيقة الشرط ، فان الرومان ، الذين بصروا به وقالوا ان من أمثلته اذا اردت انت او اذا اردت انا (١٦٦) لم يأخذوا به على اطلاقه ، بل رفضوا بعض سوره (١٦٧) طالما ان مصير الالتزامات العقدية معه يكون منوطا بمجرد ارادة أحد المتعاقدين (١٦٨) "la simple volonté d'une partie" أما الشريعة الاسلامية فانها انطوت على نظرية عامة للخيارات يمكن ان تدخل فى مفهومها فكرة الشرط الإرادى المحض ، بشكل يرفع كل لبس يكتنف هذه الفكرة ، فالخيارات هى « تحفظات لصاحب العقد » (١٦٩) والشرط الإرادى المحض لا يعدو ان يكون تحفظا ، حسبما انتهى اليه مطاف الفقه الوضعى (١٧٠) . على ما سنعرض له لاحقا .

والفقه العربى واضح تماما (١٧١) فى اعتبار هذا الشرط مجرد مشيئة اى محض « تعبير عن الارادة مقترن بشرط المشيئة » (١٧٢) . ولكنه لم يصدر حكما قاطعا حتى الآن فى ابعاده عن دائرة الشرط كوصف وأن كانت نذر ذاك قد بدأت تتبدى فى الآفاق .

(١٦٥) بهجت بدوى - المراجع السابق بند ٤٥٩ ص ٤١٢ ، اسماعيل غانم المراجع السابق بند ١٤٦ ص ٢٩٠ وبلانيول وريدير وجابولد > ٧ بند ١٠٢٨ ص ٣٧٦ .

(١٦٦) بفنوار . السابق ص ٦١ .

(١٦٧) هـ . ج . ليجييه . المقال السابق هامش ١٧ ص ٣٥٦ .

(١٦٨) باييه - السابق ص ٢٩٨ وجاستون ماى رقم ٢٠٨ هامش ١٣ ص ٤٧٣ .

(١٦٩) محمد سلام مذكور : المدخل للفقه الاسلامى : تاريخه ومصادره ونظرياته العامة ط ٢ سنة ١٩٦٣م ص ٢٥٢ .

(١٧٠) انظر رسالة برونو سيليس : فى التحفظات ... سألقة الاشارة بند ٤١١ ص ٢٢٣ وما بعدهما .

(١٧١) مثالا بهجت بدوى واسماعيل غانم فى الموضوعين السابقين .

(١٧٢) جميل الشرقاوى : الاحكام بند ٥١ ص ١٦٨ .

ومواكبة لنص المادة ٢٦٧ التى تقضى بأن الالتزام « لا يكون ... قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم » واعمالا لمفهوم المخالفة يقول الفقه ان الشرط يعد قائما فى الصور الاخرى ، اى فى صورة ، ما اذا كان الشرط واقفا وتعلق تحقق الواقعة الشرطية بمحض ارادة الدائن ، وفى صورة ما اذا كان الشرط فاسخا سواء تعلق الواقعة الشرطية بارادة الدائن او بارادة المدين ، وهى صور يصدق عليها قول الفقه (١٧٣) ، انها تتوقف على محض ارادة الشخص وعلى مجرد مشيئته ، فلا تستلزم لتحقيقها « الا مجرد اعلان او تعبير عن الارادة من جانب احد طرفى الالتزام (١٧٤) ، ولقد يتقاضانا ذلك ان نعرض بشيء من البيان لصور الشرط الارادى المحض ، لنرى مضمون كل سورة ، بنية استظهار ما اذا كان هناك رجة للتمييز بين مشيئة فى صورة يعتد بها ، ومشيئة فى صورة اخرى لا يعتد بها .

ومعلوم ان الشرط الارادى المحض قد يكون واقفا وقد يكون فاسخا ، وهو فى هذه الصورة او تلك قد يكون منوطا بارادة الدائن ، او متعلقا بارادة المدين ، فهذه صور اربع نعرض لها فيما يلى :

١ - الشرط الواقف المنوط بمحض ارادة الدائن

قد يكون الشرط الارادى المحض واقفا ومتعلقا بارادة الدائن (١٧٥) ويعتبر الالتزام العقدى قائما فى هذه الصورة بنص القانون . ومن الامثلة التى توضح ذلك قول القائل اهلك مائة جنيهه اذا انت طلبت (١٧٦) ، ام ابيعك ذلك الشيء ان انت اردت (١٧٧) الى غير ذلك من الصور التى تكون فيها ارادة الدائن هى المتحكم الاوحد فى الامر .
ويبدو ان عرض الامثلة على النحو المتقدم ، يدع مجالا للشك ، فى قيام التزام عقدى معلق ، ولقد يتضح ذلك من اقوال ثقة الفقهاء فى هذا الصدد ، من ذلك مثلا ان الاستاذ العميد الدكتور جميل الشراوى يذهب الى ان هذه « الصورة لاتعدو ان تكون ايجابا او عدا بالاعتد » (١٧٨) فلا تنطوى على اتفاق على الهبة او البيع او التاجير .

(١٧٣) جميل الشراوى : الاحكام بند ٥١ ص ١٦٨ .

(١٧٤) عبد المنعم البدر اوى : الاحكام بند ٢١٤ ص ٢٣٦ .

(١٧٥) انظر د . أنور سلطان : الاحكام . المراجع السابق (سنة

١٩٥٧ م) بند ٢٣٥ ص ٢٤٠ .

(١٧٦) اسماعيل غانم : المراجع السابق بند ١٤٦ ص ٢٩٠ .

(١٧٧) عبد الحى حجازى : المراجع السابق ص ١٦١ .

(١٧٨) الاحكام : هامش ٣ ص ١٦٨ .

والمفطور له الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى يرى ان هذه الصورة لا تنطوى على اى تعليق على شرط ، وأن الامر فيها لا يعدوان بكون ، يجابيا من المدين اذا حققه قبول من طرف الدائن « انعقد العقد » (١٧٩) .

ونفس الفكرة نجدتها تقريبا عند الأستاذ هنرى مازوالدى يشكك فى صحة التعليق على شرط ارادى محض من جانب الدائن . استنادا الى انه لا قوام للالتزام العقدى بغير توافق ارادتى المتعاقدين وهو امر لا وجود له اذا كان رضاء الدائن مطلقا على محض مشيئته أن شاء منحه وان شاء منعه (١٨٠) . حسب تحكمه (١٨١) .

والآراء المقدمة تمثل اتجاهها صحيحا فى التكيف . فبمقتضاها ينحصر سلطان الشرط عن أمور افحمت عليه . دور ان تكون من جوهره ، لان الشرط كأمر غير محقق الوقوع . لا يمكن ان يكون محض مشيئة ، تصدر عن صاحبها متى شاء وانى شاء . هذا من جهة ومن جهة اخرى فان الشرط - كما سنرى - لا يمكن ان يتجسم فى الإرادة ذاتها ولا فى أحد مقوماتها .

وهكذا يبدو ان فكرة الشرط الواقف الذى يكون اراديا محضامن جانب الدائن انما هى فكرة بعيدة كلية عن مجال فكرة الشرط كوصف ولذا يحسن التخلّى عن تسميتها بغير اسمها .

ب - الشرط الواقف المنوط بمحض ارادة المدين

وقد يكون الشرط الارادى المحض واقفا ومتعلقا بالمدين . فيعتمد على محض ارادته (١٨٢) ان شاء اعلنها وان شاء ضمن بها ، ومثال ذلك ان يقول « شخص لآخر انه يؤجر له داره اذا رغب فى ان يؤجرها . او يبيع اليه سيارته اذا فكر فى بيعها » (١٨٣) وما اشبه ذلك

(١٧٩) الالتزام فى ذاته - المرجع السابق - ص ١٦٢ .
(١٨٠) المجلة الفصلية سنة ١٩٣٩ بند ٧ ص ٢٦٦ فى تناسبا
استعراضه حكم المحكمة العليا البولونية فى ٥ مارس ١٩٣٧ .
(١٨١) وانظر الاساتذة مازو : دروس ، ج ٢ ط ٣ الالتزامات - بند ١٠٤١ ص ٨٨٢ .

(١٨٢) والتون ج ٢ ط ١٩٢٠ م ص ٣٣٢
(will purely of the party p omissing)

(١٨٣) جميل الشرقاوى : المرجع السابق بند ٥١ ص ١٦٨ . وانظر اسماعيل غانم : المرجع والموضع السابقين ؛ والتون الموضع السابق حيث يقول أن الامر فى هذه الحالة يتعلق برغبة المدين فى الاعطاء متى شئها .

وهذه الامثلة تفصح بجلاء عن أن تاجيرا أو بيعا لم يقع بعد ، ومن ثم يكون منطقيا قول القانون المصرى ان الالتزام لا يكون قائما (١٨٤) .
فالتعبير بعدم قيام الالتزام العقدى هو تعبير موفق لانه يبنى على عدم الاصلى ويفاير مسلك المشرع الفرنسى الذى اعتبر ، الالتزام باطلا (١٨٥) فى هذه الحالة .

وسبب عدم قيام الالتزام ، على ما تقدم ، يكمن اذن فى أن تعبير المدين عن ارادته قد اقترن « بشرط المشيئة الذى يعنى أن ارادة الشخص فى معنى الالتزام ليست ارادة بانه » (١٨٦) وهو ما يعبر عنه أحيانا بأن عقدة الرابطة القانونية تظل فى يد المدين بحيث « يكون له أن يلتزم أو لا يلتزم » (١٨٧) .

والخلاصة أن الالتزام العقدى لا يكون قائما فى القانون المصرى اذا علق على ما يعرف بالشرط الواقف الارادى المحض من جانب المدين ، لان قوام هذا الشرط هو تخلف الارادة ذاتها وهو أمر يحول دون استجماع الشرط سمة عدم التحقق التى هى من أهم مقوماته .
وتطبيقا لذلك ، فان من يقرر اقراض غيره متى اراد ، أو متى وجد ذلك ممكنا أو مفعولا (١٨٨) فانه ينيط الامر بمشيئته المطلقة التى تستبد باتخاذ القرار وبالتالي تهيم على مصير التصرف .

(١٨٤) المادة ٢٦٧ مدنى .

(١٨٥) المادة ١١٧٤ مدنى فرنسى ، وفى هذا الاطار يدرس الاساتده مازو الفكرة تحت عنوان صحة الشرط ، وقد أبطلوا هذا الاخير اعتمادا على أن العقد ينقصه عنصر جوهرى ألا وهو ارادة المتلزم .
"la Condition ... est nulle ... parce qu'il manque u. élément essentiel du Contrat : la volonté de s'obliger".

مؤلفهم السابق ج ٢ ط ٣ بند ١٠٤١ ص ٨٨٢ وقرب ريبيير وبولانجيه على بلانيول : المراجع السابق بند ١٣٣٩ ص ٥٠٦ وانظر قول والتون There is no obligation, I am as free as I was before, it is with not a Condition at all"

المراجع السابق ج ٢ ص ٣٢٢ .

(١٨٦) جميل الشرفاوى : المراجع والموضع السابقان .

(١٨٧) أنور سلطان بند ٢٣٥ ص ٢٤٠ وما ذكرناه فى المتن أدنى من قول البعض أن هذا الشرط « يجعل عقدة الالتزام منحلة من البداية » (النهورى : الوسيط ج ٣ بند ١٢ ص ٢٠) لأن الرابطة لم تنشأ أصلا حتى تنحل ولا ضرورة لأى استخدام مجازى فى مقام يحتاج الى تفسير قاطع وحقيقى .

(١٨٨) بيدان ولاجارد ، ج ٨ بند ٧٩٢ ص ٥٨٢ ومن أمثلتهما التى ساقاها :

ولكن بعض الفقهاء يذهب الى أن الالتزام في حدود معقولة . ١٨٩٠ .
لا يعتبر معلقا على شرط ارادى محض من جانب المدين . وشر ما سبق
أن اكدته محكمة ليون التى قضت بان التزام رب العمل بمنح أحد
مستخدمة مكافأة معقولة . هو امر لا يخضع فى تقدير معقوليته لمحضى
مسيئة وتحكم رب العمل الذى قد تعرفه حمى السخاء أو يعتربه داء
التقتير . بل تخضع لتقدير القاضي . وبالتالي لا يكون الشرط الواقف
اراديا محضا (١٩٠) من جانب المدين فى هذه الحالة .

ولكن ما تذهب اليه المحكمة محل نظر : لأن الحالة التى تتكلم
عنها . لا تتطوى فى حقيقتها . على جوهر الشرط . ذلك أن العقد
المعلق هو عقد لا يعرف أحد سلفا مصير الالتزامات المرتبطة به . لأن
وجودها يناط بتحقيق واقعة مستقبلية ومحتملة . والأمر فى الفرض
المفروض على المحكمة يتعلق بالتزام مؤكد سلفا . فالخادم لامحالة
سيحصل على مكافأة . ولكن معقولة هذا الالتزام هى وحدها التى
تكون رهينة بتقدير القاضي (١٩١) . اذا لم يقلل الخادم المكافأة أو

=

“Je prêterai la somme demandée si je le veux, si j'estime
que, ce me soit possible, si je le trouve raisonnable”

وانظر أوبرى ورو : المرجع السابق بند ٢٠٢ ص ١٠٤ .
(١٨٩) ديمولومب ج ٢٥ بند ٢١٨ ص ٣١١ (si cela est
raisonnable) ووالتون : المرجع السابق ج ٢ طبعة ١٩٢٠ م ص ٣٢٧ .
il it is reasonable وهو يتابع ديمولومب مستشهدا بحكم محكمة
ليون الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٨٦٤ .
(١٩٠) بالإضافة للهامش السابق انظر أوبرى ورو : المرجع السابق
ص ١٠٥ ، ولوران ج ١٧ بند ٦٠ ص ٧٦ ، ٧٧ . والسنيهورى : المرجع
السابق هامش ٢ ص ١٩ والمراجع المشار إليها فيه . وانظر جان دى
جارودى لاميشينى : موسوعة دالوز تحت لفظ شرط سنة ١٩٥١ م ص
٩٣٤ بند ١٤ حيث قال :

“Il a été décidé qu'il n'ya pas nullité quand un patron
s'engage a verser à son employé une gratification (raisonnable)
dont il se reserve de fixer le montant”.

وقد أشار الى حكم محكمة ليون سالف الإشارة . ويلاحظ أن الأمر يتعلق
فى هذه الحالة بتحفظ لا بشرط وهذا جلى حتى فى نفس العبارات التى
استخدمها دى لاميشينى دون انتباه الى حقيقة مغزاها .

(١٩١) ولهذا السبب لا يعتبر الاعلان عن اسم من يتم انتعاهل
لحسابه شرطا اراديا محضا فاشتراط الوكيل بالعمولة الشراء لحساب الغير
والاعلان عن اسمه متى شاء الوكيل هو بند فى عقد . وتحكمه عند عدم

=

النفحة التي يعطيها له السيد . وهكذا يكون الامر متعلقا بسند في عقد ينيط - عند عدم الاتفاق - تحديد حدود هذا الالتزام بسلطان القاضي ، وهو امر يعتبر تفسيراً لجزء لا يتجزأ من صميم الاتفاق ، وبالتالي لا تتوفر له سمة الشرط كأمر غير محقق وعارض .
وبالعكس فان تعليق شخص اقراضه لآخر على مدى كفاية ربحه من مشروعه يعتبر شرطاً واقفاً ذا سمة ارادية محض من جانب المدين ، لان تقدير مدى كفاية الربح سيظل من اطلاقات القرض أى انه سيعتمد على ارادة المدين وحدها (١٩٢) . (la seul volonté du débiteur)
ولقد يثور التساؤل عن حكمة تفرقة المشرع بين شرط واقف ارادى محض من جانب الدائن فيقوم الالتزام معه ، وشرط واقف ارادى محض من جانب المدين فلا يقوم الالتزام العقدى به ، والحقيقة ان التفرقة تاريخية بحثة تعود - كما رأينا - الى القانون الرومانى ، وحكمتها فى ذلك القانون لم تكن علمية ، بل كانت اجتهادية واقعية ، تسند الى فكرة امكان استنتاج ان الذى ينيط نشوء الالتزام بمحض ارادته كمدين لا يعد جاداً ، وهو تعليل نجده فى القانون المعاصر .
والحقيقة انه لا فرق فى الجوهر بين شرط واقف يتعلق بمحض ارادة المدين وآخر يتعلق بمحض ارادة الدائن ، طالما انه لا قوام للالتزام العقدى المرنو الى تعليقه ما لم تتوفر مشيئة ، اذ يستوى ان تكون تلك المشيئة هى مشيئة الدائن أم مشيئة المدين .

ج - الشرط الفاسخ

اذا كان اراديا محضاً من جانب الدائن

والشرط الارادى الفاسخ المنوط بمحض ارادة الدائن ، هو شرط لا يحول فى نظر القانون دون انتاج العقد كل آثاره ، ولكنه يجعل زوالها معقوداً بمشيئة الدائن أو بمحض ارادته (١٩٢) ، ومثاله ان يتفق المتعاقدان على ان يكون للدائن « فسخ الايجار فى أى وقت يشاء » (١٩٤) .

=

الافصاح ، ذواعد نسبية آثار العقد ، ولذا لا ضرورة لاقحام البطلان ، انظر حكم محكمة الاستئناف الصادر فى ١٣ اكتوبر ١٩١٦م ٢٩ ص ٢٢ عن د . السنهورى . الوسيط ج ٣ هامش ١ ص ٢٠ .
(١٩٢) بيدان ولاجار د . المرجع السابق بند ٧٩٢ ص ٥٨٢ . ولكن امثال يمكن أن ينطوى على تعليق لو صيغ بشكل يناط فيه الاقراض بوجود ربح وليس بكفاية الربح ، لأن وجود الربح يصبح فى حد ذاته أمراً غير محقق الوقوع .
(١٩٣ ، ١٩٤) اسماعيل عانم : المرجع السابق بند ١٤٦ ص ٢٩٠

وعملا بمهوم المخالفة لنص المادة ٢٦٧ أجاز الفقه هذا الشرط لانه « لا ينصب على وجود الرابطة العقدية وانما على استمرارها » (١٩٥) .
والتعبير الآخر الأدنى الى حقائق الأمور ، هو الذى يفصح عن ان تخنم
مشيئة الدائن فى انهاء الرابطة ، هو نتيجة طبيعية لحرية اراده
المتعاقدين ، فى الاحتفاظ للدائن بحق فسخ العقد .

ومعنى ذلك ان الارادتين اللتين تدخلان فى تكوين عقد . تتوافقان
على حق الدائن ان يصدر ارادته مرة أخرى . ليس لابرام العقد فقد
تم ذلك بارادتي المتعاقدين . وانما لفسخ ذلك العقد وانهاء وجوده ،
على ان يكون هذا التدخل مطلقا فى الزمان وصدى للمشيئة رحدها
دون أدنى ملاسات .

والصيغة المتقدمة هى صياغة لفكرة حديثة فى الفقه هى فكرة
التحفظ *Reserve* ، التى بلورها برونو سيليس فى رسالته
فكان اول فقيه فرنسي يتدع هذه النظرية . (١٩٦) . التى من مقتضاها
ان المتعاقد يملك مرحلة وسطى بين مرحلتى الاجابة بلا او نعم (١٩٧) ،
فيستطيع وهو يقول نعم ان يحتفظ لنفسه بالحق فى ان يقول لا ،
اى بحق اصدار ارادة مضادة مستقبلا فبنتهى بها عقد سبق ان
توافقت عليه ارادتان ، وهذا يؤكد صدق تصور العقد كمركب من
التصرفات القانونية .

والتحفظ بهذه المثابة . وباعتباره محض مشيئة ، ينطوى على
كافة خصائص ومقومات التصرف القانونى (١٩٨) . وليس ذلك هو

(١٩٥) المرجع السابق هامش ١ ص ٢٩١ . ويتشكك دى جاردوى
لاميشينى فى أن يكون الامر فى هذه الحالة متعلقا بمحض ارادة الدائن ،
لأن هذا الاخير لا يكون هو المتحكم الاوحد فى فسخ العقد : استخلص
ذلك من عبارته العامة : "Il est douteux qu'il s'agisse ici
d'une Condition purement potestative, car cette faculté de
résilier le Contrat ne sera jamais laissée à la volonté
purement arbitraire de l'une des parties"

المرجع السابق رقم ١٦ ص ٩٣٤ .
(١٩٦) جان كربونيه فى تقديمه لرسالة سيليس سالفه الإشارة
والتي كان آخر تكريم لها هو حصولها على جائزة هنرى كابيتان سنة
١٩٦٦ م .

(١٩٧) كوبونيه : الموضع السابق ص VII من التقدديم .
وبرونو سيليس : رسالته المذكورة ص ٢٣٤ بالخاتمة . والتفاصيل فى
بند ١٤٢ ص ٨٣ وبند ١٩٣ ص ١١٠ .

(١٩٨) سيليس : رسالته المذكورة بند ٢٤٦ ص ١٣٩ ، وانظر فى
مضمون التصرف أو عناصره الداخلية التى تشكل محتواه نفس المرجع بند
٢٣٣ ص ١٣٤ .

شأن الشرط بالنسبة لنفس المتصرف أو المتعاقدين ، بمعنى أن انقراض
بالنسبة للتحفظ وهو وسيط ينبثق منه أمر جوهري هو الإرادة التي
تنبئ العقد وتزيله . أما الزمن بالنسبة للشرط فهو وسيط أيضا ،
ولكن الذي ينبثق منه أمر عارض وغير محقق ، وهاتان صفتان
لا تتوافران في الإرادة أو المشيئة التي يستطيع المتصرف أو المتعاقدين
أن يصدرها في كل وقت دون قيد . وبعبارة وجيزة فإن إرادة المتعاقدين
في حالة الشرط لا ينبغي أن يكون لها أي دور في تحديد زمان تحقق
الشرط ، أو على الأقل لا تستبد وحدها بذلك ، أما في حالة التحفظ
فإن الإرادة تكون هي صاحبة السلطان الاوحد في تحديد وقت انتهاء
العقد وزوال الالتزامات ، فيكون الأمر برمته منوطا بمطلق مشيئة
(au bon plaisir) أحد المتعاقدين .

وحرية أحد المتعاقدين ، الطليقة من أي قيد ، في وضع حد
لمركز قانوني قائم ، تعتبر سببا رئيسيا ومسوغا كافيا ، للعصف بفكرة
الشرط الإرادي المحض ، طالما أنه ليس هناك أي عامل ، مهما كان
ضعفه ، يحول دون هيمنة إرادة الدائن على فسخ العقد متى شاء
وإني شاء (١٩٩) ، ويدع مجالا لنقل فكرته الى مكانها الصحيح في نطاق
نظرية التحفظات . فذلك هو ما يلتقي مع اعتبار الشرط أمرا مستقبلا
غير محقق الوقوع ومع اعتبار التحفظ مجرد مشيئة تتنافى مع فكرة عدم
تحقق الوقوع (٢٠٠) .

كما أنه ليس من جوهر الشرط ولا وظيفته خلق حق إرادي لأحد
المتعاقدين ، يضمن له وحده القدرة على التحكم في المدى الزمني للعقد ،
ولكن هذه السمة هي جوهر التحفظ الذي لا يعدو أن يكون أداة تستهدف:
"Création synallagmatique de droits potestatifs qui assurent à leur bénéficiaire la maîtrise de la durée de l'acte".

وفكرة الحق الإرادي معروفة في الفقه العربي ، وقد أولاهها
المفهوم له الدكتور عبد الحى حجازى عناية فائقة إذ عرف الحق الإرادي
بأنه « سلطة تمكن لصاحبها أن يحدث تغييرا في المركز القانوني لشخص
آخر دون مشاركة إرادة هذا الشخص ، وذلك بطريق تصرف من جانب
صاحب الحق وحده » وحدد عناصره في ثلاث وهي :

- ١ - وجود سلطة إرادية لشخص تمكنه من إحداث تغيير في مركز
قانوني لشخص آخر .
- ٢ - امتثال ذلك الشخص الآخر ، الذي لا يستطيع أن يفعل شيئا

(١٩٩) انظر عرضا مفصلا ومركزا لأسباب وجوب هجر فكرة الشرط
الإرادي المحض : الرسالة السابقة صفحة ٤١٢ ص ٢٢٣ ، ٢٢٤
(٢٠٠) المرجع السابق رقم ٤١٢ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ .

يمنع به تحقق الأثر القانوني في مواجهته لصاحبه الحق الإرادي .

٣ - شروط مادية اذا توافرت منح القانون الحق الإرادي كعدم التنفيذ مثلاً » (٢٠١) .

ولم يكن يبقى لتبلور هذه الفكرة سوى ربطها بفكرة الشرط الإرادي المحض لاستخلاص انه شرط يمنح أحد المتعاقدين حق تغيير مراكز قانونية . لا يملك المتعاقد الآخر عمل شيء ازاها . وتحديد مصدرها في القانون والاتفاق ، وبيان ان الحق الإرادي الاتفاقي لا يحتاج الى أية شروط لاعماله ، بل يعتمد على مجرد مشيئة صاحب الحق ، ثم وضع هذه الصررة في مجالها الصحيح الا وهو اطار فكرة التحفظ لا الشرط ، طالما ان الشرط امر غير محقق ولا يخلق حقاً اربياً كما هو شأن التحفظ .

ويمكن القول اذن ان التصرفات التي تكيف باعتبارها معلقة على شرط ارادي محض فاسخ من جانب الدائن ، انما هي تصرفات بسيطة وتنطوي فحسب على بند فاسخ clause resolutoire (٢٠٢) وهو بند شائع في كافة العقود ، كعقود العمل وبوالص التأمين وغيرها فيدخل أحد المتعاقدين القدرة على وضع حد للعقد ، بمجرد المشيئة ، او بمحض الإرادة ، التي هي تصرف قانوني يؤكد الوقوع ان شاء صاحبه ، دون قيود او حدود ، الا القيود التي يخضع لها كل تصرف قانوني ، والتي يراقب القضاء وجودها ومشروعيتها (٢٠٣) .

د - الشرط الإرادي اذا كان فاسخاً ومعقوداً بمحض ارادة المدين .

ليس في القانون ولا في آراء بعض الفقهاء ، ما يحول دون قبول نكرة الشرط الإرادي الفاسخ المعقود بمحض ارادة المدين . والذي من امثلته ترك حق فسخ عقد الايجار للمدين ، يستعمله . في اي وقت يشاء (٢٠٤) .

ولكن فريفاً من الفقه تشكك في صحة او حقيقة هذا الشرط . وان اتسم ذلك ببعض التدرج في الفكر : فالمفوز له الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم تشكك فيه بالنسبة للالتزامات غير الزمنية فقرر « ان

(٢٠١) مقالته مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ : مجلة العلوم القانونية والاقتصادية : الثانية : العدد الاول ص ١٦ والمراجع اشار اليها في هامش ١ . ٢ .

(٢٠٢) بروتو سيلايس : رسالته المذكورة بند ٤١٦ ص ٢٢٦ .
(٢٠٣) برونوسيلايس : رسالته المذكورة بند ٤١٧ ص ٢٣٦ وما بعدها .

(٢٠٤) انظر مثلاً سليمان مرقس : الموجز السابق بند ٧٤٥ ص ٨١٦

هناك محلا للتساؤل ، هل يعتبر هذا الشرط صحيحا أيا كانت طبيعة الالتزام ؟ » وأجاب بقوله « لا شك انه صحيح اذا كان الالتزام من الالتزامات الزمنية ، والأمثلة التي يذكرها الفقهاء في هذا الصدد ، خاصة بهذا النوع من الالتزامات ، فيجوز أن يتفق في عقد الإيجار أو في عقد العمل على أن يكون للمؤجر أو العامل فسخ العقد في أي وقت يشاء إذ لن يكون للفسخ أثر رجعي ، وبذلك لن يكون زمام الرابطة القانونية في يد المدين ، إذ حتى ولو اختار الفسخ فان أثره يقتصر على المستقبل ، فينتهي الالتزام دون أن يؤثر ذلك في وجوده السابق . أما في الالتزامات غير الزمنية فان للفسخ أثرا رجعيا . فاذا اتفق في هبة مثلا على أن للواهب الحق في الفسخ ، واسترداد العين الموهوبة بمجرد ابداء رغبته في ذلك ، ثم اختار الواهب الفسخ ، فانه بذلك يعدم كافة آثار الهبة . أي أن بقاء الالتزام يكون متوقفا على محض ارادة المدين ، ان اراد أزاله من الوجود ، وبذلك يكون زمام الرابطة القانونية في يده ، ولا يكون هناك فرق بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ في هذا الصدد بل يكون الالتزام غير قائم في الحالتين » (٢٠٥) .

ولقد انتقد الفقه هذا الرأي انتقادا يدفعنا الى بحث حقيقة مثل هذا الشرط . فقد ذهب الاستاذ العميد الدكتور الشرقاوى الى أن « الشرط الفاسخ ولو كان هو محض ارادة المدين لا يمنع من نشوء الالتزام ، وان كان يجعله قابلا للزوال ، وبأثر رجعي اذا لم يكن العقد الذى نشأ في اطاره عقدا زمنيا ، ونشوء الالتزام يكفى وحده للتسليم بجواز اقتران الاتفاق المنشئ لهذا الالتزام ، بشرط يؤدى الى زواله ولو كان محض اختيار المدين ، وفقا لمبدأ حرية الإرادة ، مادام القانون لا يمنع اشتراط أى من العاقدين حقه في العدول عن تعهده بعد الارتباط بالعقد » (٢٠٦) وذهب الاستاذ الدكتور أنور سلطان الى أن هذا الرأي ينطوى على « أعمال بعيد لفكرة استناد الأثر وهى فكرة محدودة النطاق ، ولا تمحو الكثير مما تم من أثر الالتزام في الماضي ، كما أنه يجعل من مجرد زوال الالتزام ، وهو احتمال قد يتحقق وقد لا يتحقق مانعا يحول دون قيامه ابتداء » (٢٠٧) .

وهذه الانتقادات صحيحة ، ويمكن الاستناد الى أجزاء أساسية منها لدعم فكرتنا والمضي فيها . ويلاحظ أولا ، أن أهم ما في رأى الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم أنه استظهر أن بعض صور الشرط الفاسخ

(٢٠٥) اسماعيل غانم : الاحكام : هامش ١ ص ٢٩١ .

(٢٠٦) جميل الشرقاوى : الاحكام : هامش ١ ص ١٧١ وما بعدها .

(٢٠٧) أنور سلطان : الاحكام (سنة ١٩٥٧ م) هامش ١ ص

الارادى المحض ، تترك زمام الرابطة القانونية فى يد المدين ، وهذابتنافى مع فكرة الشرط فلا يقوم الالتزام . وفى ثنايا النقد الذى ابداه الاستاذ العميد الدكتور جميل الشرفاوى نجد اعمالا للنصوص ، وتحليلا لما هو قائم ، حتى يستطيع القاضى ان يجد الحل المقنع ، كما نجد تبصيرا بالتكييف الأمثل للفكرة . ويتمثل فى حق أى من المتعاقدين اشتراط الحق فى العدول عن تعميده . فهو يضع يدنا على فكرة الحق الارادى سالفة الإشارة . وهى الفكرة التى احسها الراى المنتقد حين عرض لحق الواهب فى الفسخ ، وان كان لم يصل بها الى مداها وفحوى ذلك ان هذا الحق هو ثمرة تحفظ وليس من جوهر الشرط . اما الراى الانتقاد الثانى للاستاذ الدكتور انور سلطان فقد اعتبر الحق الارادى حقا شرطيا ، استنادا الى ما يلابسه من احتمال ، وهذه النظرة هى نظرة للامور وهى فى حالة سكون ومن منظور الغير ، اما لو نظرنا الى الأمور وهى فى حالة حركة ، ومن وجهة نظر من يوجد فى مركز صاحب انحق ذاته . لوجدنا انه حق محقق ، لأن مشيئة المستفيد تكون هى المتحكم الاوحد فى ايجاد او عدم ايجار الحق تبعا لظهار او استمرار اضرار المشيئة . فارادة صاحب الشأن هى ، فى عبارة وجيزة ، قوام الحق ، ومعقد وجوده ومناطق استبعاده .

وهكذا يبدو ان مايعرف بالشرط الارادى المحض اذا كان فاسخا ومتعلقا بالمدين لا ينطوى فى حقيقته على جوهر واساس تسميته . الا وهو عدم تحقق الوقوع ، ومن ثم يتعين البحث فى جوهره عن اساس الاصطلاح القانونى الصائب الذى ينبغى ان يطلق عليه ، وفى هذا الصدد نجد ان المدين يحتفظ بمقتضى بند عقدى بالحق فى اصدار مشيئته او ذات ارادته فى وقت لاحق فينهى العقد ، فالامر فى عبارة وجيزة ، يتعلق بتحفظ فى عقد او ببند ارادى فاسخ وليس بشرط بمعنى الكلمة حتى وان اسماه الفقه او القانون شرطا اراديا محضا فاسخا ، لأن الشرط هو عمل من أعمال الارادة وليس نفس الارادة .

وهكذا نكون قد اثبتنا انه ليس فى صحيح القانون ما يعرف بالشرط الارادى المحض ولذا يحسن بالمشرع تجنب مثل هذا التعبير وبالتالي رفع المادة ٢٦٧ مدنى والاكتفاء بنص يفى بالفرض ، يوضع فى اطار فكرة التراضى وتستند صياغته الى الفكرة الآتية : يجوز للمتعاقدين ان يحتفظا لاحدهما بالحق فى انهاء العقد فى أى وقت يشاء .

مفاد ذلك ان القواعد العامة كفيلة بحسم مشكلة الشرط الارادى المحض ، اذا كان واقفا سواء تعلق بجانب الدائن او ارتبط بجانب المدين . كما ان اساس النص المقترح كفىل اذا حل محل الشرط

الارادى المحض الفاسخ سواء من جانب الدائن أو من جانب المدين يحسم الجزء المتبقى من مشكلة ما يعرف بالشرط الارادى المحض أيضاً (٢٧٨). وهكذا فإنه يجب رفع فكرة الشرط الارادى المحض كلية واقفاً كان أم فاسخاً سواء كان من جانب الدائن أو من جانب المدين ، لأنه اد يعتمد على ارادة المتصرف يتنافى مع عدم تحقق الشرط ، ولأن وجوده ينطوى على خلط بين فكرة الالتزامات الشرطية وفكرة الحقوق أو الالتزامات الارادية ، فضلاً عن أنه لا مبرر للتمييز في الحكم بين شرط ارادى محض واقف أو فاسخ من جانب الدائن . ولما كانت فكرة الاثر الرجعى للشرط من جوهر الشرط كوصف أى كأمر عارض فإنها تتنافى مع فكرة البنود الارادية التى يطلق عليها الفقه اصطلاح الشروط الارادية المحض (٢٠٩). ضرورة أن ما يكون متخلفاً معها ليس أمراً عارضاً بل الإرادة ذاتها . والخلاصة أن العرض المتقدم للشرط من حيث تقسيمه الى احتمالى ومختلط وارادى بسيط وارادى محض ، يؤكد حقيقة لا مرأى فيها وهى أنه سواء بالنسبة للمشرع ، أو فى فكر الفقهاء ، لم تشر فكرة الشرط الا كفكرة لصيغة بالعقد أو بالتصرف القانونى بوجه عام دون الواقعة القانونية ، الامر الذى يسهل استخلاص فكرتنا الأساسية وهى فكرة الشرط كوصف لتراضى أو للرضاء من خلال هذا التقسيم . كما استخلصناه من الأفكار المتقدمة .

المبحث الثالث

الشرط أمر عارض

تقيد دراسة فكرة عرضية الشرط ، فى بيان حقيقة الامر المستقبل زغير محقق الوقوع ، وهى تعتبر أساسية لدارسة فكرة المشروعية لانه تحسم كثيراً من مشكلاتها أو على الأقل تعتبر مقدمة لدراستها ، ولهذا فان معالجة هذا المفهوم الآن يعتبر من الامور التى يفرضها المنطق العام أو منطق البحث القانونى وأصوله .

وحتى يمكن عرض فكرة الشرط كأمر عارض ، فإنه يجدر بلورة مفهوم العرضية من الناحية النظرية ، ثم انزال ذلك على ما عساه ان يكون تطبيقاً لهذا المفهوم من الناحية العملية . ونعرض لهاتين المسألتين فى مطلبين متتاليين .

(٢٠٨) يلاحظ أننا اكتفينا بالإشارة الى البند الفاسخ الارادى .
تجند الواقف الارادى فان التواعد العامة للإيجاب وتطابقه مع القبول
والوعد بالعقد تكفله ، على ما رأينا سلفاً .
(٢٠٩) انظر برونوسيليس : بند ٤١١ ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ .

المطلب الاول

البيان النظرى لفكرة الشرط كأمر عارض

يمكن معرفة حقيقة الشرط كأمر عارض . اذا اخذنا فى الحسبان . الأفكار المسابقة عرضها حول الشرط بمعناه العادى . أو الأمر التى لاتعد شرطا بالمعنى الفنى للكلمة . فالشرط كوصف . لا قوام له الا بعد وجود تصرف ثانوى استتبع كافة مقوماته (٢٠١) . ثم يأتى الشرط بعد ذلك كأمر جعلى لادخل له بمقومات التصرف ولا بمضمون الحق . ليستعان به كوسيلة فنية لتعليق التصرف والالتزامات المترتبة عليه . ومحصلة هذا ان الشرط لا يمكن ان يكون حكما قانونيا لازما لوجود التصرف كما ان التصرف يمكن ان يقوم دون وجود الشرط .

وبعبارة جامعة فان « الاتفاق أو الالتزام قد يتمان غير مقترنين بهذا الشرط اذا لم يتم الاتفاق عليه بين المتعاملين . وهذا هو معنى عرضية الشرط كوصف . أما ما يشير اليه الفقه من « شروط » يستلزمها لنشوء الحق أو اكتمال عناصره فهى « شروط » ضرورية بحكم القانون لاكتمال عناصر الحق أو الالتزام . وليست شروطا بمعنى الاوصاف . لان الشرط بمعنى الوصف مصدره الإرادة دائما » (٢١١) . على ما سيلي فى حينه .

وهذه الحقيقة التى يكاد ينغمد عليها اجماع انفعه الحديث . تجد رأيا مرجوحا فى الفقه يخرج عليها . وهذا يتقاضانا التعرض له أولا ونحن بصدد الحديث عن البيان النظرى لفكرة الشرط كأمر عارض .

أولا :

النظرية الرافضة للصفة العارضة الشرط

نظرية جان موريس فرديه

القائلة بأن

الشرط عنصر جوهرى فى الحق

يذهب فرديه الى أن الشرط ، أى الأمر المستقبل غير محقق الوقوع ، هو جزء لا يتجزأ من المركز الواقعى اللازم لتكون الحق

(٢١٠) وبالتالي الا بعد وجود التزام استوفى كل عناصر تكوينه :

توفيق حسن فرج . الاحكام ص ٩٤ .

(٢١١) جميل الشرقاوى . الاحكام بند ١٥٢ ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

المستقبل (٢١٢) .

ونقطة البدء ، بل وخاتمة المطاف ، في هذه النظرية ، تكمن في القول بأنه لا فرق في الجوهر بين حق شرطي وآخر احتمالي ضرورة أن الحادث الاحتمالي ، والشرط ذاته ، يقومان على قاعدة واحدة أساسها وحدة الطبيعة (٢١٢) . فكلاهما أمر مستقبل وغير محقق الوقوع ... وكلاهما أحد العناصر الشرطية اللازمة لنشوء الحق (— éléments Condition d'un droit) وان كان ذلك لا يعنى حتما دخولهما في العناصر اللازمة لنشوء التصرف (٢١٤) .

وحتى تتضح نظرية فريديه — التي تعود في أصولها الى الفكر الالماني في بعض اتجاهاته — فانه يجدر بنا التعرض لمفترضاها وجوهرها .

١ — مفترض نظرية فريديه : الحق الاحتمالي هو حق ناقص (٢١٥)

un droit inachévé واكتماله يعنى أنه يتكون تكونا متتابعا :
يذهب فريديه الى أن الحق الاحتمالي ليس حقا مكتملا ، ولكنه حق توفرت له بعض عناصر تكوينه ، ولا زال يفتقر الى عنصر ضرورى لاكتمال وجوده ، هو الحادث الاحتمالي . ومعنى ذلك أن الحق الاحتمالي لا يخرج الى حيز الوجود مرة واحدة ، وانما يتكون على مراحل ، أى يتكون تكونا متتابعا ، وهذا التكون المتتابع قد يرجع الى طبيعة الاشياء nature des choses وقد ينجم عن واقعة انسانية .

— فأما التكون المتتابع للحق ، الذى يرجع الى طبيعة الاشياء فانه : قد ينشأ في اطار تطابق الارادتين كالتعامل في محل مستقل ، سواء تعلق الامر بالتعامل في شيء مستقبل (٢١٦) . أو في شيء مملوك للغير (٢١٧) . وكحالة العقود التى تخضع للاجازة بسبب نقص أهلية

“L'événement futur et incertain est une partie (٢١٢) intégrante de la situation de fait nécessaire à la formation du droit futur”

انظر رسالة فريديه سالفة الإشارة بند ٣٦٦ ص ٢٥٥ .

(٢١٣) فهناك : “...identité de nature entre l'éventualité

et la Condition”. الرسالة المذكورة بند ٢٥١ ص ٣١٠ .

(éléments Constitutifs d'un acte juridique) (٢١٤)

(٢١٥) الرسالة المذكورة ص ١٥ .

(٢١٦) ارجع السابق بند ٣٤ ص ٣١ وما بعدهما في التطبيقات .

(٢١٧) نفس المرجع بند ٥٣ ص ٤٦ وما بعدهما .

أحد المتعاقدين (٢١٨) ، وكما هو الشأن بالنسبة للحقوق التبعية (٢١٩) وهذه قد تنطوى على كفالة شيء مستقبل ، أو رهن رسمى ، أو حيازي ، ضمانا لدين مستقبل . وقد ينشأ في نطاق الحقوق ذات الأصل القانوني : كالحقوق على النركة خاصة للورثة اصحاب الفروض ، (٢٢٠) وكالحقوق التي تنشأ في حالة المسؤولية خاصة منها ما يدور في فلك الضرر الاحتمالي . (٢٢١)

- وأما النكون الذي يرجع الى واقعة انسانية . فان فردية يضرب له أمثلة بحالات الايجاب والعقود التمهيدية : كالوعود بالعقود الرضائية (٢٢٢) والوعود بالفضيل . (٢٢٣) وكالوعود بالعقود العينية . (٢٢٤) أو الشكلية . (٢٢٥) .

وأساس فكرة التكون المتتابع للحقوق . التي اشرنا لحلولها المتقدمة عند فرديته يمكن في فكرة المركز الواقعي اللازم لنشوء الحق : ويقصد فرديته بذلك : مجموعة العناصر التي لابد من توافرها حتى ينشأ الحق يستوى أن تكرر تلك العناصر لازمة لتكوين التصرف القانوني أم لا (٢٢٦) ذلك أن التصرف القانوني في حد ذاته قد يكون مجرد عنصر من العناصر اللازمة لنشوء الحق أو نقله (٢٢٧) .

“L'acte juridique ne soit lui-même qu'un des éléments nécessaires à la naissance d'un droit ou à son transfert”

وفي بيان ذلك يقول فرديته ان الوصية لها شروط صحة لا تتكون بدونها . بيد أن الحق لا ينشئ عنها مجرد استجماعها مقوماتها . بل لابد من افتتاح النركة ، وقبول الموصي له . فالحق لا يكتمل لمجرد وجود عنصر واحد هو التصرف بل لابد له من العنصرين الآخرين السابقين (٢٢٨)

(٢١٨) المرجع السابق بند ٦٠ ص ٥١ وما بعدهما . وانظر أمثلة أخرى تتعلق بانعدام الولاية وغير ذلك : نفس المرجع بند ٦١ ص ٥٣ وما بعدهما .

(٢١٩) المرجع السابق بند ٦٨ ص ٥٩ وما بعدهما .

(٢٢٠) المرجع السابق بند ٨٨ ص ٧٣ وما بعدهما .

(٢٢١) نفس المرجع بند ١٠٧ ص ٩٧ .

(٢٢٢) نفس المرجع بند ١٠٨ ص ٩٨ .

(٢٢٣) نفس المرجع بند ١٣١ ص ١١١ .

(٢٢٤) انظر في فتح الاعتماد بند ١٣٣ ص ١١٣ وما بعدها من

الرسالة المذكورة .

(٢٢٥) المرجع السابق بند ١٤٤ ص ١٢٣ وما بعدهما .

(٢٢٦) الرسالة المذكورة بند ١٨ ص ١٦ وانظر المصطلح اللاتيني

الذي ترجمه فرديته والمرجع الذي أخذ عنه بهامش ١ من نفس الصفحة .

(٢٢٧) الرسالة السابقة بند ١٩ ص ١٧ .

(٢٢٨) المرجع والموضع السابقان .

وأذا كان ذلك هو شأن الحق الاحتمالي فكذلك الامر بالسببة للحق الشرطى ، وعدم فهم هذا هو الذى أدى - فى رأى فردييه - الى وجود اختلاف موهوم فى النظام القانونى بين فكرتى الحق الاحتمالى والحق الشرطى .

ويحاول فردييه ، تبعا لذلك ، أن يحدد علاقة الحق بشرط نشوئه فيقول : ان الحق يحتاج الى شروط عامة لنشوئه وهى التى عدتها المادة ١١٠٨ مدنى فرنسي وهى التراخي والمحل والسبب الالهية ، بل ان بعض العقود - وبالتالي الحقوق - قد تستلزم توافر عنصر آخر كالشكل . وفى هذه الحالة لا تثار صعوبة لأن التطابق يكون مطلقا بين عناصر نشوء الحق وعناصر نشوء التصرف (٢٢٩) ، ولكن بعض الحقوق قد تستلزم بالإضافة الى ذلك شروطا خاصة لاكتسابها كقبول الوارث (٢٣٠) ، بحيث لا يكتمل الحق قبل هذا القبول ، وكما هو الشأن فى حالة تعليق الحق على شرط ، فالحق لن يكتمل الا بتحقيق الشرط .

ولا يجب الخلط بين العناصر اللازمة لنشوء الحق وشروط نفاذه (٢٣١) ، كما أنه يجب التمييز - كما يرى هانز فردنجر - بين دور الإرادة (٢٣٢) فى تحديد مضمون أو محتوى الروابط القانونية ، ودورها فى اسباغ أو تحديد أو بيان الاوصاف les modalités التى قد تصاحب نشوءها (٢٣٣) ، فالقانون الفرنسى ، شأنه شأن القانون الالماني ، يمنح المتعاقدين كامل الحرية فى تحديد مضمون الحق بحيث يصح القول بأن كل ما ليس محظورا فهو مباح est permis tout ce qui n'est pas interdit" ولكن الامر يختلف فى مجال نشوء الحق اذ تهيمن عليه القاعدة القائلة بأن كل ما ليس مباحا فهو محظور ، هذا الى ان العناصر الشرطية لنشوء الحق تكتسي نفس الاهمية فى تحقيق الآثار القانونية ، مع ملاحظة أنه اذا وجد أحد العناصر الشرطية كالإرادة يصدد الحقوق الاتفاقية ، ولم يوجد بعد أحد العناصر الأخرى اللازمة لتكوين الحق ، فان ذلك لا يعنى تخلف الحق من كل وجه ، بل يوجد حق احتمالى (٢٣٤) أو حق شرطى (٢٣٥) .

(٢٢٩) المرجع السابق بند ٢٠ ص ١٨ ، ١٩ .

(٢٣٠) المرجع السابق بند ٢٢ ص ٢٠ .

(٢٣١) المرجع السابق بند ٢٣ ص ٢١ .

(٢٣٢) انظر فى ازدواج الدور الذى تلعبه الإرادة . المرجع السابق

هامش ١ ص ٢١ .

(٢٣٣) المرجع السابق بند ٢٣ ص ٢١

(٢٣٤) المرجع المذكور بند ٢٣ ص ٢٢

وهكذا فان المركز الواقعي اللازم لتكون "الحق" قد يتحقق بطريقة فورية ، فيتكون الحق ذاته بطريقة فورية فلا تثور فكرة الحقوق الاحتمالية او حتى الشرطية ، وقد يتحقق بطريقة متتابعة . وهذا هو النطاق الحقيقي لفكرة الحقوق الاحتمالية (٣٢٦) ، بغير خلاف . والشرطية في رأى فردييه الذي رآنا انه يوحد في الطبيعة القانونية بين الحق الشرطى والحق الاحتمالى .

وبضرب فردييه مثلا تطبيقا لفكرة التكون المتتابع للحق بقوله : انه لاميراث في القانون الفرنسي ما لم توجد رابطة قرابة . . وموت المورث . . واستعمال الوارث خياره . فما لم يتحقق العنصر الاخير مثلا فان حق الوارث يظل احتماليا لا يكتمل الا بتوافره . واذا كان ذلك كذلك بالنسبة للحق الاحتمالى ، فان الامر لا يجب ان يختلف في رأى فردييه بالنسبة للحق الشرطى ، فهو يتكون بدوره تكونا متتابعا . وعند هذا الحد نكون قد وصلنا الى جوهر نظرية فردييه من حيث انعكاسها على فكرة الشرط .

٢ - جوهر نظرية فردييه :

ويصل فردييه الى جوهر نظريته بخصوص الشرط على مراحل . ففي مرحلة اولى يقول انه لا فرق في الطبيعة بين الحق الاحتمالى والحق الشرطى ، فكلاهما يتكون تكونا متتابعا ، آية ذلك ان كل حق منهما يتكون في الواقع من حقين : حق حال وحق مستقبل . فالحق الحال يوجد في المرحلة السابقة على تحقق الشرط او الحادث الاحتمالى . اما الحق المستقبل فيوجد في المرحلة اللاحقة لذلك . ويتميز الحق الحال عن الحق المستقبل تميزا تاما ، اذ ان الحق الحال يزول بمجرد تحقق الشرط او الحادث الاحتمالى ولا يبقى هنالك سوى الحق الثانى (٣٢٧) .

ومعنى ذلك بالنسبة للحق الاحتمالى انه يجتاز مرحلة اولى ينشأ فيها لصاحب الشأن حق حال في ان يكون له الحق الاحتمالى ، ثم مرحلة ثانية تعقب تحقق الحادث الاحتمالى وفيها يزول الحق الذى كان حالا في المرحلة الاولى ويحل محله حق منجز هو الذى ينظر اليه كحق مستقبل او كحق احتمالى .

=

(٢٣٥) الرسالة السابقة من بند ٢٢١ ص ١٨٨ حتى بند ٣٦٦ ص ٢٩١ .

(٢٣٦) الرسالة المذكورة بند ٢٦ ص ٢٤ - ٢٧ .

(٢٣٧) الرسالة السابقة رقم ٢٢١ ص ١٨٨ وما دمهما وانظر غي تحصيل الرأى خاتمة الباب الثانى من القسم الثالث من الرسالة رقم ٣٠٤ ص ٢٤٦ وما بعدها . السنهورى الوسيط ج ٣ هامش ١ ص ٢٥ وما بعدها

ونفس الامر بالنسبة للحق الشرطى ، ففي مرحلة الشك يكون لصاحب الشأن حق حال في ان يكون له الحق الشرطى (٢٣٨) ، وأما بعد تحقق الشرط فان الحق السابق يزول ويحل محله حق منجز هو الحق الذى كان ينظر اليه كحق شرطى (٢٣٩) .

ولكى يؤكد فردييه نظريته فانه ينتقد فكرة الاثر الرجعى لتحقيق الشرط على أساس أن هذه الفكرة محدودة النطاق (٢٤٠) . وليست وقفا على الشرط وحده بل لها مجال اعمال في نطاق الحقوق الاحتمالية (١٤١) ، فحق الوارث يستند الى لحظة موت المورث (٢٤٢) وكذلك فان مرتبة رهن الاموال المستقبلية تحتسب من وقت الرهن (٢٤٣) ، ناهيك عن أن فكرة الرجعية ليس لها أساس جدى تركز عليه (٢٤٤) .

وفي مرحلة ثانية ينكر فردييه كلية (٢٤٥) للفكرة القائلة بأن الشرط امر عارض ولا يلحق الحق الا بعد استكمالها كافة مقوماته ، ويرى أن التفرقة بين ما يعتبر امرا عارضا ، وما يعد عنصرا جوهريا ، هى تفرقة بالغة الدقة ، آية ذلك انه يصعب فى كثير من الاحيان تمييز الشرط الارادى عن الحادث الاحتمالى (٢٤٦) . كما أن هناك حالات يصعب تكيفها : فهل التصديق على العقد بالنسبة للحقوق التى يحتاج نفاذها اليه يعد عنصرا عارضا أم أنه يعتبر عنصرا داخليا وجوهريا ، فيكون له أثر رجعى فى الحالة الاولى ولا يكون كذلك فى الحالة الثانية ، وهو امر يعتبر بالغ الاهمية بالنسبة للعقود والاتفاقات التى يبرمها شخص معنوى من أشخاص القانون العام (٢٤٧) .

(٢٣٨) وما أشبه هذا القول بقول جوادنزي: أن الحق الارادى، لا يعدو أن يكون حقا فى استعمال الحق ، وهو تحليل لم يوافق عليه الدكتور عبد الحى حجازى « لأن الحق يتضمن امكان استعماله ، ولا يكون امكان الاستعمال حقا قائما بذاته ، بل استعمالا للحق نفسه ، فاستعمال الحق هو المظهر الديناميكي للحق نفسه » . انظر هامش ١ ص ١٦ من مقالته السالفة : مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ بالمرجع سالف الإشارة . (٢٣٩) فردييه : الرسالة السابقة بند ٢٢٦ وما بعده .

(٢٤٠) المرجع السابق بند ٢٦٠ ص ٢١٤ وما بعدهما حتى بند ٢٦٩ ص ٢٢٢ .

(٢٤١) نفس المرجع بند ٢٧٠ ص ٢٢٢ وما بعدهما وبند ٢٨١ ص ٢٣١ وما يليهما .

(٢٤٢) المرجع السابق بند ٢٧٢ ص ٢٢٤ وما بعدهما .

(٢٤٣) المرجع السابق بند ٢٧٧ ص ٢٢٨ .

(٢٤٤) المرجع المذكور بند ٣٤٣ ص ٢٧٤ وما بعدهما .

(٢٤٥) مثلا بند ٣١٢ ص ٢٥٣ .

(٢٤٦) المرجع السابق بند ٣٣٨ ص ٢٧١ على سبيل المثال .

(٢٤٧) الرسالة السابقة بند ٣١٢ ص ٢٥٣ .

وفي مرحلة الثالثة يؤكد فردييه ان الشرط يمكن ان يعلق الوقائع القانونية بنفس القدر الذي يعلق به التصرفات . وهذه الفكرة هي التي سبق ان قررها أغلب المطالبين بتجريد الشرط من الاثر الرجعي مثل لولوتر الذي يرى ان الشرط عنصر جوهري في التصرف القانوني فهو الباعث عليه (٢٤٨) . وفي الواقعة القانونية فهو مقتضي قانوني (٢٤٩) . ولكن فردييه يذهب في التحليل الى مدى ابعاد حيث يرى « ان التفرقة بين التصرف والواقعة لا يدعمه الواقع ، فتحليل التصرف يفصح عن انه هو نفسه ، محصلة تألف مجموعة من الوقائع القانونية ، آية ذلك ان كل عنصر من العناصر الجوهرية اللازمة لصحة العقد (او الاتفاق) والتي عددها المادة ١١٠٨ مدني (فرنسي) هي في حد ذاتها واقعة بسيطة ، فارادة المدين ليس لها قيمة قانونية الا لانه قد تم التعبير عنها من شخص اهل لذلك ، تعبيرا انصب على محل مشروع ، مكتسبا ثوب التراضي (٢٥٠) ، وهكذا لا يرى فردييه ان هناك من المسوغات النظرية ما يدعو الى قصر الشرط ، باعتباره عنصرا جوهريا بالنسبة للحق ، على التصرفات القانونية (٢٥١) .

٣ - نقد النظرية :

تلك هي خلاصة نظرية فردييه القائلة بأن الحق الشرطي هو فرع على الحق الاحتمالي ، يدلالة وحدتهما في الطبيعة والتكون ، والمضمون والجوهر ، والنطاق والاثار . وبعبارة أكد : فان الشرط كالحادث الاحتمالي هو عنصر شرطي لتكون الحق . وهي نظرية دقيقة في التحليل ، مفرقة في المنطق ، سلسلة في العرض ، حاولنا بسط معالمها الرئيسية لما تمثله من اهمية علمية ، لن نتضح قطعا الا من معايشة الرسالة ذاتها . ولا شك ان هذه الرسالة تنطوي على جانب ايجابي ولكنها تحتوي ايضا على شق سلبي .

فأما الجانب الايجابي للرسالة فيتمثل في :

أولا : محاولة المزاوجة بين احد قطاعات الفكر القانوني الالماني وقطاع كبير من الفكر القانوني الفرنسي .

ثانيا : مواصلة جهد فقيهي كبيرين عرضا لفكرة الحقوق الاحتمالية عرضا موسعا ، اولهما هو العلامة ديموج الذي يعتبر اول فقيه فرنسي يقدم عرضا متكاملا لنظرية الحق الاحتمالي وعلاقته بالحق الشرطي ، وثانيهما فيلدرمان الذي لم يستنكف فردييه عن مواصلة جهوده وبلورة

(٢٤٨) انظر رسالة لولوتر سألقة الاشارة ص ٢٢ .

(٢٤٩) لولوتر ، الرسالة السابقة ، ص ١٧ وما بعدها .

(٢٥٠ ، ٢٥١) فردييه : الرسالة السابقة بند ٢٢٨ ص ٢٦٣ .

افكاره المتعلقة بتأسيس نظرية الحقوق الاحتمالية ، بشل لم يتجاوز من حيث التقسيمات وأصول العرض ما سبق أن اختطه فيلدرمان .
ثالثا : محاولة التفرقة بين اركان التصرف من جهة وشروط تكون الحق من جهة أخرى ، واعتبار التصرف في حد ذاته شرطا لتكون الحق على فرض وجود شروط أخرى كالشرط بمعناه الفني مثلاً . فتلك نظرية قانونية جديدة فيها ابداع ، وان كان يعوزها الوقوف على تغاير التصرف في حد ذاته - وما يترتب عليه من اثر - عن الشرط الذي يعلق عليه هذا وذاك .

رابعا : اثبات أن الحق الاحتمالي هو فكرة قانونية ، وبالتالي ، محاولة الخروج به من وصفه القديم كمجرد أمل الى وصفه الجديد كحق من الحقوق ذات الوجود القائم والمستقل ، وهذا قول غير مسبوق بشكل كامل .

خامسا : المساهمة في صياغة نظرية التكون المتتابع للحقوق واثبات أن الحق كما يتكون بطريقة آتية فانه يمكن أن يتكون بطريقة تنابعية .
سادسا : اثبات ضعف فكرة الشرط الارادي المحض بصورة مكنت الفقه اللاحق من بناء نظرية التحفظ (٢٥٢) ، وهي نظرية تجد تطبيقاتها الاساسية في فكرة الشروط الارادية المحض ، ولو كان فردييه قد قال بها لكان قد أثبت في نفس الوقت تغاير الشرط عن الاحتمال ، ولكن أنى له ذلك وقد بدأ رسالته ليثبت عكس ذلك .

سابعا : ولقد نجح فردييه ايما نجاح في عرضه لازدواج فكرة الارادة ، فهي مجردة من كل قيمة قانونية قبل أن تتجه لاحداث اثر قانوني وقبل أن تستجمع مقومات وجودها من محل ترد عليه وسبب ترنو اليه ، من خلال التراضي في العقد ، ثم دورها الخلاق بعد ذلك .

وأما الجانب السلبي للرسالة - بصدد موضوعنا وحسب نظرنا - اليه - فيتلخص فيما يلي :

أولا : ان محاولة التوحيد بين الحق الشرطي والحق الاحتمالي ابتنيت على أساس غير صحيح :

(٢٥٢) ناقش فردييه رسالته عن الحقوق الاحتمالية سنة ١٩٥٣م وطبعت سنة ١٩٥٥ م ، أما سيليس فقد ناقش رسالته سنة ١٩٦٥م وطبعت سنة ١٩٦٦م وإذا كان الاخير لم يشر الى الاول الا أنه من المؤكد . أنه أفاد منها الى ابعد حد وهو ما تكاد تنطق به الرسالة الاخيرة في غير موضع وقد عمل فردييه أستاذًا بجامعة بن عكنون بالجزائر فترة غير قصيرة تخلّى خلالها عن أفكاره التي أوردها برسالته الى حد بعيد وبم صوب الشريعة الاسلامية في كثير من مقالاته بالمجلة الجزائرية للدراسات القانونية والاقتصادية على تفصيل ليس هنا مجاله .

من الانصاف القول ان كل اجتهادات فرديه تصدق على فكرة الحق الاحتمالى صدقا تاما . فهو يتكون تكونا متتابعا . ضرورة ان الحق قبل تحقق الحادث الاحتمالى يقتقد عنصرا جوهريا . ولكن هذا انقول لايسرى مطلقا على الحق الشرطى فهو لايتكون تكونا متتابعا لان العنصر المتخلف هو عنصر عارض لايدخل فى تكوين الحق . معنى ذلك ان فكرة التكون المتتابع للحق الشرطى هى فكرة نظرية وغير مقبولة . ولا يمكن ان تنزل منزلة الحقيقة القانونية لمجرد استخدام اساليب يحاول فرديه اشعارنا انها اساسيد . فمثلا صعوبة التفرقة بين الشرط الارادى والحادث الاحتمالى لاتستلزم هدم الحواجز بين الامرين ، بل تقتضى اعمال الفكر مرة اخرى لمحاولة ايجاد الفواصل الحقيقية بينهما هذا الى ان الصعوبة لاثور بالنسبة للشرط الارادى برمته بل بالنسبة للشرط الارادى المحض وحده ، وقد كفانا برونو سيليس وغيره من الفقهاء العرب مؤونة البحث فى طبيعة هذا الشرط ، فلقد راينا انه يشكل ما يعرف بالنظرية العامة للتحفظ (٢٥٢) .

كما ان عدم معرفة ما اذا كان التصديق امرا عارضا ام امرا جوهريا فيكون له اثر رجعى فى الحالة الاولى دون الثانية لايسبتهل ايضا هدم الفواصل بين نظرتى الشرط والحادث الاحتمالى . بل يقتضى انعام النظر فى الطبيعة القانونية للتصديق . ولا يخلو الامر من فرضين : اما ان القانون قد اشترطه فيكون شرطا قانونيا ويتجرد عن الاثر الرجعى . واما ان يكون المتعاقدون قد علقوا عليه التزاماتهم العقدية ، وفى هذه الحالة يمكن ان يصلح كواقعة شرطية فلا تتجرد من الاثر الرجعى ، وقد راينا مثالا مقنعا فى نفس المعنى يتعلق بالشكل الاتفاقى . هذا من جهة ومن جهة اخرى فان فرديه يبدو فى غمرة البحث عن المنطق وقد نسي منطق هو القائل بأن الاثر الرجعى ليس حكرا على الشرط وأن هناك حقوقا احتمالية تتكون تكونا متتابعاويكون تتحقق الحوادث الاحتمالى بصدها اثر رجعى . ومن المعلوم ان فكرة الاثر الرجعى ليست من النظام العام وانه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تجريد الشرط من اثره الرجعى . فالمسألة العملية التى يبحث عنها فرديه ليست اذن هى مناه بحثه ، فهل يستطيع احد فى حالات الحقوق الاحتمالية ان يتفق على نفي فكرة الرجعية . ان فرديه لايجيب على ذلك لانه يؤمن بأنه لو كانت امثله نطوى فعلا على رجعية . فبى استجابة لحقيقة قانونية . لاتستطيع الارادة لها تبديلا .

(٢٥٣) ومع ذلك فان نظرية التكون المتتابع للحق الشرطى قد تكون مقبولة ولكن لا على أساس ان الشرط عنصر جوهرى فى الحق ولكن على أساس ان عدم تحقق الشرط منذ أبرام التصرف الذى اقترن به ، مانع من تولد الحق بصفة نهائية منذ البداية .

ثانيا : لقد تجاهل فردييه كلية طبيعة الاحتمال في حالتي الشرط والحدث الاحتمالي :

اذا قلنا ان الحادث الشرطي هو حادث لا يدخل في تكوين العقد ولا في مضمون الحق بعكس الحادث الاحتمالي ، فان ذلك يقتضي القول بتغاير طبيعة الاحتمالين ، فالاحتمال في حالة الشرط لا يتعلق بمقومات العقد ، وفي حالة الحادث الاحتمالي يدخل في صميم العقد ، بحيث اننا لو رفعنا الاحتمال من العقد الشرطي لامكن تصور قيامه بدونه . اما لو رفعنا الاحتمال من العقد الاحتمالي فان العقد ذاته يرتفع او على الاقل يظل مفتقدا احد الاركان . فالتبيعة اذن متغايرة ، وتجاهلها هو من قبيل المصادرة .

والخلاصة ان الاحتمال في حالة التعليق على شرط يرد على الواقعة الشرطية ذاتها ، اما الاحتمال في العقد الاحتمالي فيرد على نفس العقد . وهذه حقيقة لا يمكن تجاهلها ، ولذا لا يصححها القول بان الشرط جزء لا يتجزأ من المركز الواقعي اللازم لتكون الحق .

ثالثا : لاصحة للقول بان الشرط يعلق الواقعة مثلما يعلق التصرف :

فالشرط يعلق التصرف فحسب ، اما الواقعة التي يقال انها تنسم أحيانا بالتعلق ، فانها تنطوي على فروض الحق الاحتمالي ، والامثلة التي يضربها الفقه لاتتجاوز افكار الميراث والوصية ، وهي امر سنعرض لها في موضعها من هذه الرسالة تفصيلا ، وقد سبق ان اشرنا اليها في بداية البحث واكدنا انها امثلة تتعلق بشروط قانونية لاعرضية .

رابعا : ان فكر فردييه مقصور على الشرط الواقف وحده ، دون الشرط الفاسخ ، وهكذا يبدو قصور الفكرة التي سبق ان نفينا مضمونها والقاتلة بان الشرط جزء لا يتجزأ من المركز الواقعي اللازم لتكون الحق . ويبدو ان فردييه لم يسر في الشوط حتى نهايته ، اذ عاد واعترف بوجود فرق بين الشرط والحادث الاحتمالي ، يتمثل في أن الشرط لا يمنع نشوء العقد وان كان يحول دون تكون الحق ، على خلاف الحادث الاحتمالي الذي يمنع نشوء كل من العقد والحق (٢٥٤) ، وهذا القول على اهميته المبدئية ينطوي على خطأ من فردييه في التعبير ، لان توافر عناصر العقد حتى ولو كان شرطيا يفضي الى استجماع الحق كل مكوناته ، ونفى فردييه لمطلق التكون على الاقل بالنسبة للعقد او الحق الاحتمالي يتنافى مع فكرته في التكون المتتابع للحق ، وكان يصدق

التجمع ضربت الطبول امامهم وهم يرددون بعض الزوامل والاهازيج الشعبية متوجهين الى ارض صاحب الشأن ومباشرة العمل فيها طوال اليوم بدون مقابل، وهو يتكفل باعداد وجبة غذاء دسمة يذبح فيها خروفا أو تيسا مع كمية من القات (١) ، ونظرا لتجمع أناس كثيرين قد يصل عددهم الي ستين أو سبعين أو مائة عامل ، فانهم اذا ما انتهوا من ارض صاحب الدعوة في وقت مبكر من اليوم، فانهم يبحثون عن كل من يعانى من نفس المشكلة أو يستحق المساعدة ، ويذهبون الى ارضه مباشرة لعزقها في هذا اليوم بدون مقابل ، وتكرر هذه العملية عدة مرات طالما وجد مزارع يعانى من ضائقة حقيقة . واقتناع الناس بما يعانى به . سواء من حيث قلة العمال أو عدم قدرة الاسرة أو الشخص وقلة امكانياته . وبذلك تحل هذه المشكلة بهذه الاساليب الجماعية التى تطبق فى كثير من الحالات المماثلة ، خصوصا ما يتعلق منها بالصالح العام ، مثل اصلاح الطرق ومجارى السيول ومنايع المياه ، وفي حالة حدوث حادثة لاحد الافراد ، مثل تهدم بيته أو جرف السيل لأرضه ، وعدم قدرته على اعادتها بنفسه الى غير ذلك من الحالات المماثلة .

وفي السنوات الاخيرة نتيجة قلة الايدى العاملة نتيجة الهجرة الواسعة ، كثيرا ما يصعب على المزارعين التغلب على هذه المشكلة بسهولة فان البعض منهم يترك الأرض كما هى فيأتى المحصول هزيلا ، والبعض الآخر يستخدم الثيران بنفس طريقة الحرث وسط الزرع حيث يمر المحراث فى ما بين صفوف النبات فيؤدى المهمة جزئيا ، ورغم ما يسببه ذلك من تلف بعض الزرع وعدم أداء المهمة كما هو المطلوب فى الحالة السابقة ، وعملية استخدام الثيران هذه تسمى « القحيف » ، وقد عكست هذه الحالة وغيرها أثر الهجرة السلبى فى تدهور المحاصيل الزراعية وعوائد الفلاحين منها (٢) .

ج - مرحلة التلف أو الشرف والحصاد :

بعد أن تنتهى مرحلة « السلوقه » وفي حدود الشهر الخامس من عمر الثمرة يستعد الناس للقيام بعملية من نوع آخر ، وهى ازالة الاوراق الجانبية لنباتات الذرة ، التى تكون قد قويت ونضج ثمرها ، ونموها

(١) أنظر نص رقم ١٥ و ٦٣ من الفصل الخامس من هذا البحث وكذلك نص رقم

١٠٢ و ١٠٤ من الفصل السادس من هذا البحث .

(٢) كل الآثار الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الناجمة عن تفاعل المجتمع اليمنى مع متغيرات العصور الحديثة من هجرة وثقافة وتجارة وغيرها سنناقشها بالتفصيل فى الفصل التاسع من هذا البحث كما سبقت الإشارة .

ايضا يكون قد اقترب من موعد الحصاد ، وازالة الاوراق هذه يخدم غرضين : أولهما مساعدة الثمرة على سرعة النضج بصورة جيدة نتيجة ازالة هذه الاوراق ، والاستفادة منها كعلف من الدرجة الاولى للماشية طوال العام ، بعد تجفيفها وتخزينها الى جانب الجدوع الاساسية (١) . وهذه العملية هي أقل جهدا ومشقة من العملية السابقة « السطوكة » بل انها عملية مشوقة ويتفاعل بها الناس ، لأن الثمرة تكون قد صارت شبه مضمونة من ناحية ، ولأن الامطار قد جفت تقريبا والشمس ساطعة من ناحية ثانية ، ولأن العملية سهلة من حيث الاساس ، ويستطيع ممارستها كل الناس من الرجال والنساء والاطفال الكبار ايضا .

وغالبا ما تتأني هذه العملية عن طريق تبادل المنفعة بين العائلات، حيث تتجمع كل ثلاث أو أربع أسر ، ومن البنات والشباب بالذات لاداء هذه العملية كل يوم في أرض أحد الأسر (٢) ، ويتكفل الذي العمل بأرضه بعمل وجبة الغذاء الدسم الذي يكون فيه اللحم والسمن بصورة مقبولة و « العلف أو الشرف » كما يسمى في بعض المناطق - تتخذه النساء بالذات فرصة لاداء بعض المواويل والاهازيج الشعبية الجميلة التي يعبر فيها عن الفرح والحب وبعض المشاكل الخاصة والعامة ، في كلمات شعرية يبدعها بأنفسهن ويشاركنهن الرجال والشباب في الاداء والابداع ، ويتشوق كل الناس لسماع هذه الاهازيج ، التي تسمى « المعينة » وهي تؤدي بمخارج صوتية مطولة جميلة تشبه الموشحات نماما ، ان لم تكن هي امتدادا لها ، والاصوات الكنائسية . ويرقى الاهتمام بهذه الاهازيج والالحان الى درجة أن بعض سكان المدن يغادرونها الى قراهم في هذه المواسم للاستمتاع بجو الريف ، والاستماع الى هذه الاهازيج والالحان والمشاركة فيها ، ومن الكلمات المعبرة عن الحب القول :

يا حبيب القلوب يانايم الليل كله كيف يجيك (٣) المنام والغصن
الاهيف يطله (٤) ومن الكلمات المعبرة عن الجفاء في الحب القول :

— يا حبيبي رعاك لاعاد تباني ولا باك عانبدل سواك نحكم على القلب
ينساك .

(١) انظر نص رقم ٢٧ من الفصل الخامس من هذا البحث .

(٢) انظر نص رقم ٩٤ من الفصل السادس و ٧٦ من الفصل الخامس من هذا
البحث .

(٣) يجيك : . يعني ياتيك .

(٤) الغصن الاهيف : كناية عن البنات الجميلات ، وكلمة يطله : تعني يعني هذا ،
الالحان التي يؤديها الناس في هذا الموسم في المزارع .

وما أن يوشك الناس على انتهاء هذه العملية التى تستغرق ما بين عشرين الى ثلاثين يوما . الا ويدأون فى آخر عملية فى الموسم الزراعى . وهى عملية الحصاد التى يشترك فيها الرجال والنساء فى الاسرة ، واذا اقتضى الامر استئجار من يساعدهم . فيتم ذلك عن طريق استئجار الغير من رجال وساء ، ويدفع الاجر عادة فى نهاية يوم العمل « عينا » وهو عبارة عن حنولة ما يستطيع حمله الشخص رجل كان او امرة الى بيته من المحصول انذى ظل يعمل فيه من ثمر وجذور ، سواء فى عملية الحصد او فصل الثمار عن الجذوع التى تليها وتسمى « القطيف » اشارة الى قطف الثمرة عن ساقها بعد قطعها من الارض والتى تسمى بعملية « الصراب » ثم عملية تجفيف الثمر ودرسه . وكلها عمليات تأخذ الطابع الفنى الى حد ما ، ويدفع اجر من يستخدم فى هذه العمليات « عينا » وفق نظام ومقاييس متعارف عليها . وتستخدم الحيوانات من دواب وحمير وجمال فى عمليات نقل المحاصيل الى اماكن محددة تسمى « الجرن » او « الجرين » وهى تكون بجوار القرية فى الغالب حيث تتم عمليات القطف والدرس بالذات ، و « الجرين » هو عبارة عن قطعة من مساحة ارض متماسكة جدا ، تعد خصيصا لهذا الغرض عن طريق رصها بالحجارة التى تشبه البلاط ، أو زرعها بالحشائش القصيرة ، التى تزيد من تماسكها وترش بالمياه (١) ويتم استخدام الحيوانات السابقة وفقا للنظام الذى سبق ذكره فى استخدامها عند نقل الاسمدة فى ايام الشتاء عن طريق تبادل المنفعة الجماعية .

وهناك عملية مهمة ترافق مرحلة الرزح حتى الحصاد ، وهى عملية حماية الزرع والثمرة من أى نوع من انواع العبث ، سواء من قبل الحيوانات من اغانم وأبقار وغيرها او من الناس انفسهم . ونظرا لأن قطع الاراضى الخاصة بالفلاحين غالبا ما تكون بعيدة عن منازلهم ، ومتفرقة فى عدة جهات ، ولا يستطيعون الاشراف عليها كلها فى آن واحد لهذا السبب ، ولذلك فانه يحدث فى كثير من المناطق ان يتولى شخص أو اثنان حماية الوادى أو الاجزاء البعيدة منه . بالاتفاق مع أصحاب الاراضى المتجاورة ، وبموجب هذا الاتفاق يمنع كل اصحاب هذه القطع المتجاورة عن ارسال اطفالهم أو حيواناتهم أو حتى الوصول الى مقر اراضيهم المتداخلة مع ارض الغير ، الا تحت اشراف هذا الشخص « الحامى » (١) وبعد تأكده من عدم الاضرار بمحاصيل الغير أو محصول الشخص نفسه ، فعبور الحيوانات من اراضى الغير بحجة حق

(١) انظر نص رقم ٤٧ و ١٨ و ٣٥ من الفصل الخامس من هذا البحث .

(١) انظر نص رقم ٣٧ من الفصل الخامس من هذا البحث .

الوصول الى اراضيهم تسبب ضررا كبيرا اثناء الطريق بزراعة الآخرين ، وقد تتسلل هذه الحيوانات من اغنام وأبقار بطرق غير ارادية لتقضي على زراعة ومحاصيل الغير فى الاراضي المجاورة ، ولذلك فان هذا « المحامى » يقوم بدور مهم فى حماية المحاصيل ورعايتها بصورة جماعية ، مقابل نسبة ضئيلة من محصول كل مزارع عند الحصد . وبذلك يستطيع كل فلاح الاطمئنان على مزرعته مهما كانت بعيدة ما دام غير قادر على استمرار الاشراف على حمايتها .

وفى كثير من المناطق لا يسمح مطلقا لآى شخص بأن يبدأ بحصد زرعه ، هكذا بصورة تلقائية ، بل انه يحدث عادة اتفاق عام على تحديد أيام معينة لحصد كل جهة من جهات الوادى ، حتى يتواجد كل اصحاب الاراضي المتجاورة لحصد محصولهم فى يوم واحد او يومين فى هذه المنطقة ، واليوم التالى فى منطقة أخرى ، وهكذا منعا للاضرار اضافة الى ان كل القطع المزروعة لا تكون جاهزة للحصاد فى يوم محدد ، فبعضها يبكر والبعض الآخر يتأخر قليلا ، فاذا ما سمح لمن نضج محصوله فى البداية فانه سيقصر بمحاصيل جيرانه ممن قد يتأخر حصاد ارضهم فتعرض للحيوانات وعبث المارة ، اضافة الى كونها ما تزال بحاجة الى بعض الوقت لتستكمل نضجها خلال اربعة او خمسة أيام او فى بحر اسبوع ، وانتظار الاول هو افضل من اضطرار الآخر الى حصد زرعته قبل اكتمال نضجه او تعرضه للتلف والعبث ، اذا ما اراد ان يتركه بمفرده حتى ينضج . وتحديد أيام الحصاد هذه تتم بعد المداولة العامة وابرام اتفاق بذلك ، غالبا ما يكون مكتوبا منعا « للضرر والاضرار » كما انه يحصل نوع من الاتفاق العلنى ، او الضمنى على الاقل منذ بداية الموسم الزراعى عند البذر على تحديد نوع المحاصيل التى سيزرعها الفلاحون فى هذه المنطقة او تلك ، حيث تقيم المناطق والمساحات الزراعية ويبذر بعضها بالذرة الرفيعة وهو الغالب ، والبعض الآخر بالقمح والشعير ، والبعض بالذرة الشامية او البقوليات كالعدس والفول ونحوه ، او ترك الارض بدون زرع نهائيا واراحتها لمدة سنة حتى تستعيد خصوبتها ، وذلك حتى لا يضطر مزارع الى زراعة قطعة أرضه ذرة والآخر بجانبه قمحا والثالث يترك أرضه بدون زرع ، نظرا لما يؤدى اليه ذلك عادة من سوء فى المحصول وتعرضه للتلف ، بسبب وجود محاصيل مغايرة بجانبه ، وما يكلف صاحبه من مشاق الحماية والحفاظة عليه اذا ما زرع محصولا منفردا ، وكل هذا يتم باتفاق علنى او ضمنى كما سبق القول ، او تلقائى بحكم طبيعة الاراضي نفسها ، حيث قد تصلح بعض الاراضي لزراعة محاصيل معينة ولا تصلح لغيرها .

ثالثا - عادات واعراف دورة المواسم والاعياد :

لا توجد مظاهر معتدة لمواسم واعياد دينية او شعبية غير الاعياد الرسمية فى اليمن . على نمط ما يحدث فى مصر بالنسبة للسيد البدوى او سيدنا الحسين والسيدة زينب وغير ذلك ، او كما يحدث فى العراق بالنسبة لايام عاشورا فى منطقة النجف وكربلاء . فلا يوجد اى نوع من الاحتفالات والشعائر والمعتقدات او الاماكن الخاصة بذلك والتي يمكن ان ترتقى فى تصنيفها ضمن ما ذكر من النماذج فى مصر والعراق او حتى ما يقرب منها ، لان الحدود الضيقة التى تمارس فى نطاقها المعتقدات الشعبية فى اليمن لا تتعدى السلوك والممارسة الفردية لدى شرائح محددة فى المجتمع ، مثل النساء ، وكبار السن او بعض الشيوخ وبعض السذج من الناس . ولنا عودة الى الحديث بالتفصيل عن هذا الموضوع فى مكان لاحق من هذا البحث ، والمهم ان ابرز مظاهر الاحتفالات والمناسبات طوال العام فى اليمن تتركز فى ثلاث مناسبات ، منها مناسبتان دينيتان وواحدة اجتماعية . اما المناسبتين الدينيتين فهما عيد الفطر « عيد رمضان » وعيد الاضحى ، واما المناسبة الاجتماعية الحقيقية فهى حديثه العهد ، وهى مناسبة عيد الثورة فى السادس والعشرين من سبتمبر من كل عام (١) .

عيد رمضان :

عيد رمضان هو اقل المناسبتين الاخيرين أهمية . اذ لا يتعدى الاحتفال به اكثر من اداء الطقوس الدينية الرسمية فى الصباح « صلاة العيد » وتبادل الزيارات بين العائلات خلال نفس اليوم ، واليوم التالى . من تقديم هدايا ملزمة وتسمى « العسب » فى المدن وفى صنعاء بالذات و « العودة » فى الريف من قبل كل شخص لاقاربه من النساء . وغالبا ما تكون من النقود فى المدن ، وتتراوح بين عشرة ريال الى خمسين ريالا ، من اثنين جنيه الى ثمانية جنيهات مصرية (تقريبا) فى الوقت الحاضر ، حسب درجة القرابة ، ابتداء من الأم والأخت والبنت فما دون ذلك ، كما يحصل الاطفال على مبالغ صغيرة حيث يعطى لهم كل من يسلمون عليه

(١) المقصود بالاعراف والعادات المتصلة بعيد الثورة هنا هو ما صار مريضا بالسلوك الشعبى المباشر فى هذه المناسبة والعيد كلية عن الاجراءات الرسمية . التى تعمل عادة ، والتى لا مكان لها فى موسوعتنا ابدا ، وكذلك ما يتصل باعياد الفطر والاضحى باعتبارها اعيادا دينية واجتماعية فى جانب كبير منها ، ولا صلة لها بأى تنظيمات رسمية من قبيل الدولة ، سوى ضرورة ايقاف الاعمال الحكومية واعطاء الاجازة الاجبارية المحددة فى هذه المناسبة .

مبالغ بسيطة . ويصنع الكعك في هذا العيد بالذات بكثرة ، وتكون نسبة شراء الملابس للكبار والصغار في هذا العيد هي أعلى نسبة على الإطلاق منها في أى مناسبة أخرى بصورة ملحوظة خلال العام ، وتختفى معالم العيد بعد يومين تقريبا . والظاهرة عامة في الريف والمدن ، مع بعض الاختلاف عما سبق بالنسبة للريف حيث كانت تقدم هذه الهدايا الملزمة « العوادة » في الماضي في شكل كمية من الحبوب أو السمن وقطع من اللحم ، أما الآن فقد صار النقد هو الغالب في الريف أو المدينة (١) ويهتم أهل الريف « بعوادة » المرأة البعيدة عن الأسرة ، والتي تتزوج الى قرية أخرى حيث يعطى لها كمية أوفر من « العوادة » من النقود مع بعض الهدايا كالحلويات أو الزبيب أو ما شابه ذلك ، هي وأولادها . إضافة الى أن سكان القرى يبدأون في الاحتفال بالعيد منذ المساء ، حيث يتجمعون في بيت العاقل أو الشيخ ويسهرون حتى ساعة متأخرة من الليل ، يتعاطون فيها القات والدخان ، ويرددون آيات معينة من القرآن سبيا ، مثل سورة « يسين » « وتبارك » وبعض الآيات الأخرى ، والسور القصيرة ، والأناشيد الدينية والفنائية أيضا ، ثم ينصرفون الى منازلهم ويتواجدون في الصباح في مكان محدد ، حيث يكونوا قد تناولوا افطارهم « الدسم » وارتدوا ملابسهم الجديدة مع أطفالهم ، حيث يتوجهون على دقات الطبول وترديد الزوامل الشعبية «أهازيج معينة تعبير عن الفرحة» في طريقهم الى مكان أداء صلاة العيد في ضاحية القرية ، وبعد الانتهاء يعودون بنفس الطريقة الى حيث مكان الابتداء ، حيث تمارس بعض منافسات الرماية ، ويتفرق الناس لزيارة أقاربهم ، ويظل بعض الشبان والاطفال يمارسون الرقص والبرع (١) على دقات الطبول حتى الظهر ،

(١) أن ظاهر استبدال الناس لتلك الهدايا الميمانية في الماضي ، بهدايا نقدية في الوقت الحاضر ، وكذلك الميل الى استبدال ظاهرة تبادل قوة العمل الجماعي بالاجر النقدي ، الذي سبقت اليه الإشارة ، هي من الامور الجوهرية ذات الدلالة على متغيرات العصر الاقتصادية والتجارية وانهيار البناء الاقتصادي التقليدي الوطني وتحوله الى سوقى دولي ، وهذا ما سنناقشه تفصيلا في الفصل التاسع من هذا البحث ، والذي سنخصصه لمناقشة علاقة المجتمع اليمني بمتغيرات العصر وأثرها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية .

(٢) البرع هو نوع من أنواع الرقص الشعبي الشائع ، وهو الذي يؤدي بصورة جماعية وبميل الى الجدية والعنف أكثر من الرقص العادي ، وهو يعبر غالباً عن المواقف العامة وما يشبه حالة الحرب تماما . حيث يشارك أغلب الحاضرون من الرجال تلقائياً وينقسمون الى صفوف متقابلة « صفيين في الغالب » وهم يلوحون بأيديهم ببعض الأسلحة المشهورة كالخنجر البراقة ذات الصناعة والشهرة المحلية في اليمن أو الإهناد وهم يؤدون حركات الرقص أو البرع العنيف كل في مواجهة الآخر ، مبتدئين بالبطء حتى أقصى درجات العنف التي قد يخيل للمشاهد لأول مرة أنهم في حالة اشتباك قتال حقيقي ، بسبب ما يتمتع به معظمهم من أدائها بمهارة عالية .

مع بعض الالعب المسلية . بينما لا توجد مثل هذه الاجراءات في المدن ما عدا تبادل الزيارات بعد أداء الصلاة في مكانها الرسمي او حيث وجد أمام للصلاة . ما عدا استمرار الاطفال في المرور على معارفهم للحصول على العسب « العيدية » وممارسة بعض الالعب الخاصة بمثل هذه المناسبة طوال اليوم .

عيد الأضحى :

عيد الاضحى هو أكثر أهمية بكثير من عيد رمضان من الناحية الشعبية والاجتماعية ، اذ أنه الى جانب أداء كل المراسم الدينية الرسمية نفس الطريفة التي ذكرت عن عيد الفطر . أثناء الليل وصباح اليوم التالى . مع اضافة مباشرة ذبح الضحايا بعد العودة من الصلاة ، الا ان الأمر يختلف جذريا في الارياف، ابتداء من صباح اليوم الثانى ، اذ تتحول القرى الى مهرجانات فنية وشعبية من الطراز الاول ليلا ونهارا . ولمدة عشرة ايام تقريبا . وهى مهرجانات ذات طابع اجتماعى ترفيهى وفنى . لا علاقة لها بأى مفهوم دينى ، وأبرز طابع هذه الاحتفالات ، هو اختيار شخص كوميدى قوى ونشيط ، وتحويله الى شخصية تنكرية تماما . فى زى رجل قوى له ذيل وقرون ونحو ذلك . ومعه شاب آخر لا يقل عنه كوميدية ونشاطا . ويعمل له اجراء تنكرى فى زى فتاة جميلة تكون هى زوجة هذا الرجل القوى الذى يختلف عن نوع البشر ويسمى هذا الشخص بـ « أمير العيد » فبعد ان يستكمل اعداد هذين الشخصين فى شخصياتهم التنكرية من قبل بعض الشباب فى مكان خفى دون ان يجعلوا بقية أهل القرية يتعرفون على شخصيتيهما بقدر الامكان . تضرب الطبول ويتجمع الشباب والاطفال ، ويبدأ هذا الامير بممارسة صلاحيات عجيبة . فكل من يحضر ساحة المهرجان يعتبر من جنوده . ويجب ان يطيع أوامره ويحتمل منه اى تصرف . وهو يبدأ بممارسة الرقص مع زوجته والقيام بالحركات والتصرفات الكوميدية مع نفسه ومع أى شخص من الحاضرين رضى ام كره . كما ان بعض الاشخاص يقومون بعماية تمثيلية لاختطاف زوجته واخفائها عنه . وهو يفزع لهذا الامر ويقوم بتصرفات غير عادية للبحث عنها والانتقام مما اختطفها (١) واذا وجد اناسا يتأخرون عن الحضور الى المهرجان فانه يتولى الذهاب

(١) هل يمكن اعتبار ظاهرة الاختطاف هذه وما يرافقها من صراع تمثيلى هى عملية اسقاط وامتداد نربخى معروفة فى القدم لفكرة الغائلة بوجود مرحلة من مراحل التطور التاريخى للتزاوج كانت تعتمد على عملية الخطف والمبارزة ؟ والتي قال بها رواد انثروبولوجيون كبار منذ وقت طويل ، هذا ما نود التنبيه اليه ولا نرغب فى تحليله هنا تبعده عن موضوع هذا البحث نسبيا .

بنفسه الى منازلهم واقتحامها بالقوة المصحوبة بالمرح لاحتضارهم ، كما انه يمنع مع « جنوده » ممارسة أى شخص لأى عمل خاص فى أرضه أو حقله فى هذه الايام ، ليلتحق بركب المهرجان منذ الصباح وحتى المساء ، والذي تتكون فقراته - بالإضافة الى المجهود الشاق والغير عادى والمرح جدا لاهدين الشخصين المتنكرين - من حلقات الرقص والبرع بمختلف أنواعه ، وبصورة جماعية على دقات الطبول والمزامير المختلفة لكل الحاضرين ، حيث قد يصل عدد الراقصين الى خمسين أو ستين شخصا فى آن واحد . وفى الوقت الحاضر أضيف الى كل ذلك اشكال وفقرات جديدة تماما ، تتعلق بعمل تمثيلات فكاهية مضحكة وهادفة فى نفس الوقت ، رغم بساطتها أحيانا ، يمثل بعضها دور الطبيب القديم والجديد فى معالجة المريض ، أو المتعلم وغير المتعلم ... الخ ، حيث يغلب عليها طابع المقارنة دائما ، خصوصا المقارنة ما بين عهد ما قبل الثورة ايام الملكية ، وما بعدها ايام الجمهورية وتؤدى عادة من قبل الشباب وطلاب المدارس بطريقة كوميدية تلقائية سهلة مرحة ، ويقصد بها كثيرا احرار الكثير من الحاضرين عادة فى اجبارهم على القيام ببعض الادوار ، أو تقمص شخصياتهم وتمثيلهم بوجودهم ، الى جانب هدفها الأساسى فى تفضيل الجديد على القديم وتمييز الصح من الخطأ والعلم من الشعوذة وتشجيع التعليم الخ .

والاهم من هذا ان المهرجان لا يتوقف عند حدود القرية فقط ، بل انهم بعد أن يستكملوا تواجدهم ، ويمارسوا أفراحهم فى اليوم الاول داخل القرية ، يبدؤون من اليوم الثانى فى التوجه الى القرى المجاورة ، فى مواكب كبيرة على دقات الطبول والمزامير ، حيث ينفذون نفس البرنامج فى كل قرية يصلون اليها ، ويعودون الى قريتهم قبل حلول الظلام ، كما تبدأ قريتهم فى استقبال مواكب القرى الاخرى بنفس الطريقة ، ويوضع ترتيب مباشر أو غير مباشر بحيث يكون أهل القرية ، يوما فى استقبال من يفد اليهم ، ويوما يستقبلون فى مكان آخر . وعندما يحين وقت الغداء فى أى قرية بالنسبة لمن يكونون خارج قريتهم ، فان أهل القرية التى يكونون فيها ، يكونون سعداء جدا باستضافتهم ، حيث يفرقونهم على منازلهم ، واللحوم كثيرة عادة بحيث لا يحس الناس المضيفون بتكلفة كبيرة ، وتجرى منافسات دقيقة وقوية بين برامج هذه المواكب وابطال فكاهاة كل منها . وهذه الظاهرة سائدة فى عموم اليمن تقريبا وبالذات فى المناطق الوسطى .

ونتيجة لكل هذا تحدث للريف اليمنى فى هذه المناسبة جاذبية خاصة وفريدة الى حد كبير ، بالنسبة للمدن التى يرحل أهلها عنها تماما ، قبل العيد بيومين أو ثلاثة ، ممن تربطهم ادنى علاقة بالقرية ،

بل ان البعض من اهل الريف المقيمين في المدن من موظفين وغيرهم ، يشدون معهم بعض سكان المدن الاصليين الذين لا علاقة لهم بالريف ويستضيفونهم في هذه المناسبة واذا ما تذكرنا ان سكان المدن الحاليين هم من الارياف اصلا ، فلا نستغرب القول بأن المدن تصبح شبه خاوية تماما طوال هذه الايام العشرة ، بل ان بعض خدماتها الضرورية تصبح في حكم العدم تقريبا ، مثل افران الخبز والصيدليات ووسائل النقل وغيرها ، والاشياء الواردة من القرى تنقطع من خضر وغيرها ، نتيجة رحيل كل العاملين في هذه الخدمات الى قراهم . وكل من قدر له ان يشهد هذه المناسبة في مدينة او قرية يمنية يستطيع ان يشهد هذه الحقيقة ويلمسا بوضوح ، حيث لا تبدأ الحياة تدب من جديد في المدن الا بعد اليوم العاشر وببطء .

عيد الثورة :

مرة اخرى اوكد بأن الحديث عن احتفالات عيد الثورة في ايام السادس والعشرين من سبتمبر من كل عام ، هو حديث عن الجانب الشعبي من هذه الاحتفالات ، والذي صار تقليدا شعبيا واضحا ، وظاهرة اجتماعية لاصقة بهذه المناسبة منذ اكثر من سبعة عشر عاما اما الجانب الرسمي المتعلق بالمعروض العسكرية وما تعمله الدولة ، فليس له علاقة بموضوع حديثنا مطلقا ، والذي يتركز كما سبق القول حول ما يمارسه الناس تلقائيا وبدون اشارة او طلب او تنظيم من احد . وأبرز مظهر شعبي يلفت النظر في هذه المناسبة ، هو القيام بعملية عكسية تماما لما يحدث في عيد الاضحى بالنسبة للمدن الرئيسية ، حيث يبدأ الناس في الزحف عليها من القرى على سياراتهم بصورة غير عادية ، وبالذات مدينة صنعاء ، حيث يقام فيها اكبر احتفال رسمي بهذه المناسبة ، وحيث تكتظ الشوارع بالبشر منذ اليوم الاول الذي يسبق موعد الاحتفال الرسمي ، اى يوم ٢٥ سبتمبر ، الى درجة يستحيل معها استخدام السيارات فعلا في كثير من المناطق الرئيسية في المدينة وحيث توجد المنصات المعدة للاحتفالات الرسمية والفنية في الاماكن العامة ، كما ان شوارع المدينة ومنازلها ومتاجرها تكون قد توهجت بألوان المصابيح والاقواس والهايكل المضاء والمعبرة عن الفرح بهذه المناسبة بصورة تلقائية ، الى جانب الدوائر والمباني الحكومية والمرافق العامة التي تضاء هي الاخرى وتزين بطريقة رسمية ، وتصل درجة تكدس الناس الى حد انهم يبيتون في الطرقات وظهور السيارات ويظلون يجولون حتى الصباح ، للتعرف على اضواء المدينة من ناحية ، ومشاهدة بعض البرامج والاحتفالات الرسمية ذات الطابع الفنى ، التي تقام في

الاماكن العامة ودور السينما وبعض القاعات الرسمية ، والفعالية العظمى ممن لا يستطيعون الحصول على فرصة المشاهدة فى اى من هذه الاماكن فى هذه الليلة وهم كثيرون يعقدون حلقات للرقص « والبرع » الشعبى على دقات الطبول والمزامير التى يصطحبونها معهم من القرى فى الشوارع والحدائق ..

اما فى صباح اليوم الثانى فان الامر يتطور الى شكل اعظم جلالا وهيبه ، وهو زحف كل هذه الكتل من مئات الآلاف من البشر الى ساحة العرض للقوات المسلحة ، والى التلال والجبال المحيطة بمكان الحفل ، من رجال ونساء واطفال ، اضافة الى من يصل فى هذا الصباح من آلاف المواطنين من المناطق المجاورة ، الذين لا يضطرون الى المبيت فى المدينة ، كما يفعل كل من يفد من المناطق والمدن البعيدة . وبعد انتهاء الحفل الذى يستمر من ثلاث ساعات الى ثلاث ساعات ونصف أو أربع ساعات والذى يتلخص فى خطاب قصير لرئيس الدولة يعقبه عرض عسكري شامل للقوات المسلحة وبعض الفئات كالطلبة والعمال ونماذج من الانشطة الاقتصادية والاجتماعية ، ثم يعود الناس الى المدينة للبحث عن المأوى والغذاء ، حيث غالبا ما تحدث ازمات خانقة فى كل ذلك ، رغم اشتغال كل المرافق بكامل طاقتها ، وبعد الظهر والمساء من نفس اليوم تستمر الاحتفالات الرسمية بالعروض الفنية والموسيقية والفنائية فى دور السينما والمسارح والمنصات فى الاماكن العامة التى تقام لهذا الغرض ، ومن خلال حلقات الفناء والرقص الشعبى المباشر الذى يقبل على مظهر العيد عادة ويبدأ الناس فى صباح اليوم الثالث بمغادرة المدينة الى مناطقهم ، او الى المدن الرئيسية الاخرى ، التى لم تبدأ فيها الاحتفالات بعد ، حيث جرى عرف بأن ينتقل رئيس الدولة فى اليوم الثانى الى مدينة تعز ، واليوم الثالث الى مدينة الحديدة ، حيث لاتبدأ الاحتفالات فى هذه المدن الا بعد وصول رئيس الدولة . والذى يميز احتفالات المدن الاخرى غير صنعاء هو انها تتخذ الطابع الشعبى والرسمى المدنى ، ولا تقام فيها عروض عسكرية الا بشكل محدود جدا ، بالنسبة لما يحدث فى صنعاء : بل عروض رياضية وعملية وافتتاح مشاريع ونحو ذلك . ويفد الناس على هذه المدن من المناطق الريفية المجاورة بطريقة لا تقل عما يفعلونه بالنسبة لصنعاء ، هذا بالرغم من انها تقام احتفالات فى كل المراكز والمناطق ذات طابع شعبى تلقى فيها الخطب والاشعار والتمثيلات التى تمجد الثورة وابطالها وأهميتها لحرية الشعب وتقدمه ، من قبل الشعراء وطلاب المدارس والكشافة وغيرهم ، ويهب اليها سكان القرى المجاورة الذين لا يتمكنون من الذهاب الى المدن الرئيسية لمشاهدة الاحتفالات الكبرى فيها .

رابعاً - أشكال أخرى من العادات والاعراف الشعبية :

هناك اشكال أخرى من العادات والاعراف الشعبية وعناصر التراث الشعبي بصفة عامة ، نجد انه من الصعب بمكان تصنيفها ضمن أى دورة من الدورات الحياتية السابقة ، لأنها ليست منتظمة ولأنها اشبه بالحوادث وبالوقائع التى لا تخضع لترتيب زمانى أو مكانى معين ، مثل ما يجرى فى اوقات الحرب أو الخوف وما يحدث فى معاملة الضيوف والفرباء ، وتنظيم وتأمين الاسواق والطرق والمراعى والاشجار ومواجهة الكوارث الغير متوقعة فردية كانت أم جماعية .. الخ .

وقد قمنا باختيار ابرزها واكثرها شيوعا وقربا من موضوع هذا البحث ، ونعرضها فى هذه الفقرة على افراد ، مع تناول كل اشكالها بشيء من التفصيل والترتيب لكل شكل على حدة بقدر الامكان وذلك على النحو التالى :

أ - ظروف الحرب والخوف :

من الامور البالغة الدلالة والجديرة بالذكر فى هذا الشأن ، ما يتعارف عليه الناس فى بعض المواقف والظروف غير العادية ، بالنسبة لاستمرار الاهتمام بالارض والعناية بالمحاصيل ، مثل ظروف الحرب والاثارات القبلية والعشائرية ، فمن الامور الهامة وذات الدلالة فى هذا الشأن أنه اذا ما كانت هناك حربا محتملة بين القبائل فى قرى ومناطق متجاورة ، وارضها متداخلة ، ومواردها المائية من السيول مشتركة ، فانه على افتراض ان حالة الحرب على أشدها وكل متحصن فى موقعه ، ولا يستطيع أن يعبر طريقا عاما أو يصل الى ارضه ، وفى هذه اللحظة تتكاثف السحب فى الجو ويبدأ هطول الامطار وتبدأ السيول فى الجريان من الجبال المرتفعة نحو الوديان . والتى لابد وان تجد من يستقبلها ويوجهها لرى الارض ضمانا لتوافر المحصول . ولكن للناس فى حالة حرب والدم سائر وارضى الخصوم متجاورة ومتداخلة مع بعضها ، واذا مرت ساعات على هطول الامطار تكون السيول قد شقت طريقها الى مناطق اخرى وتحرم اراضيهم منها ، وبالتالي قد يحرمون نتيجة ذلك من المحصول طوال العام ، مما يهدد معيشتهم وقدرتهم جميعا على البقاء فى المنطقة بسهولة ، وهكذا يصير الامر فى غاية الخطورة والحساسية بالنسبة لمعيشة الناس المتحاربين وغير المتحاربين . ولكن الذى يحدث فى هذه الحالة هو ان يعلن تلقائيا ما يعرف « الصلح فى عرض حرب » والذى يعنى ايقاف القتال فورا خلال هذا اليوم ، وتوجه الكل

الى الحفول المشتركة لاستقبال السيول ورى الاراضي ويعود الكل الى مكانه ، والكل يلتزم بعدم الاعتدا في هذا اليوم مهما كان الامر . وهناك ديات وعقوبات كبيرة تلحق بمن يعتدى على خصمه في هذا اليوم ، تصل فيها دية من يقتل في مثل هذا اليوم الى خمسة وثلاثين دية في قوانين وقواعد العرف القبلى والشعبى ، منها خمس ديات « دم » (١) يعنى ان يقدم المعتدون خمسة اشخاص ممن يختارهم الطرف المعتدى عليه من خيرة رجال الطرف المعتدى ، وليس القاتل نفسه الذى قد لا يكون له اى اهمية ، فيقتلون الخمسة مقابل واحد ، والثلاثون الدية الاخرى ديات « دم » (٢) . وهى تتراوح بين عقوبات مادية ومعنوية غاية في التشدد والتعقيد ، التى قد تتجاوز نتائج مفعولها عملية القتل نفسها ، للخمسة مقابل الواحد ، ويسمى هذا النوع من القتل ب « القتل فى عرض صلح » وهو اشد انواع القتل مقنا ومذمة بين الناس ، وانصار الثار والمحاكمة فيه لا يكون الطرف المعتدى عليه في مثل هذا اليوم ، بقدر ما يقوم مجموع الناس فى الطرف الذى صدر منه الاعتداء « بتعيب » نفسه (٣) ، بعد ان يتأكد من صدور ه من احد او بعض افراده ، واذا لم يفعلوا بأنفسهم ويرضوا الطرف المعتدى عليه على ضوء ما سبق وما تنص عليه قواعد العرف او بما يرتضيه ، فان الذى يعيبهم هى القبائل والمناطق المجاورة التى ليست بينها وبينهم اية حرب او عدا ، بل قد يكونون فى حالة تحالف او تصالح دائم ، ليجبروهم على تعيب انفسهم وراضاء الطرف المعتدى عليه ، وفقا لما سبق او بما يرتضيه ، ردا لاعتباره ، حيث قد يتنازل الطرف المعتدى عليه عن بعض العقوبات والحقوق ، اذا ما اعترف الطرف المعتدى وقصد ارضائه ، واذا رفضوا فانها الحرب من كل القبائل عليهم والحصار الاقتصادي بمنعهم من المراعى والاسواق وحرثة اراضيهم ، الى غير ذلك من العقوبات التى لا قبل لهم بها ، ونادرا ما يصل الامر الى هذا الحد الذى لا يطيقه المعتدى .

وما ينطبق على حالة الاعتداء بالقتل فى مثل يوم « السيل » هذا ينطبق ايضا على يوم « الجراد » حينما تدهام محاصيل الناس وتأتى عليها ، فانهم يتركون خصوماتهم وثاراتهم الفردية والجماعية ، ويتجهون الى حماية مزارعهم من حجاجل الجراد ، وكل الحالات التى يكون فيها

(١) دية الدم هى الدية العادية التى يقصد بها القصاص بقتل من يقتل
(٢) دية الدم : هى الدية التى ترتبط بالعقوبات الاقتصادية والاجتماعية والمعنوية
والتي منها ان المذمة والاهانة والتحقير يظل لا صقا بالطرف المعتدى الى ما لا نهاية .
(٣) التعيب : هو ان يقوم الفرد أو الجماعة بالاعتراف بما صدر منه من فعل العيب فى حق الغير وتحمل كل تبعاته المباشرة وغير المباشرة من العقوبات والمذمات التى تلحق بهم نتيجة هذا التأمل والتى من امثالها القتل فى عرض صلح الذى سبقت الإشارة اليه .

المتخاصمون في حالة صلح معان ومتفق عليه ، كالاكتداء على عابر السبيل
او المستجير والضيف و « السير » (١) حتى ولو كان هو العدو نفسه .

ب - الاسواق :

الاسواق والطرق المؤدية اليها ، لها احترامها ومكانتها الكبرى
في العرف الشعبي اليمني وبالذات منطقة السوق نفسها ، حيث تحدد
عادة تحديدا جغرافيا بما يوازي مسافة حوالى اربعين الى خمسين كيلو
مترا في كل الاتجاهات الاربع بطرقاتها ومسالكها وجبالها ، تعتبر مناطق
امن دائمة في كل الظروف ، ولها نظامها وضمانها من رؤساء القبائل
والعشائر ، الذين يضمنون امنها الدائم ، ضمانا لاستمرار جلب المنفعة ،
وما يحتاجه الناس لمعيشتهم (٢) وما يحدث خارج حدود السوق يختلف
حكمه عن حكم ما يحدث داخل حدوده الى حد كبير ، فمن الامور المنظمة
بدقة انه يحدث احيانا ان منطقة السوق تكون بعيدة عن بعض المناطق ،
وليست مجاورة لها ، حيث يضطر الناس من اجل الوصول الى السوق
لبيع بضائعهم او شراء محتاجاتهم الى عبور مناطق اعدائهم ، ليصلوا
الى السوق ، وهنا يوجد تقليد وعرف اجتماعي دقيق لتنظيم هذه
القضية بطريقة عجيبة ، وهو نظام «السير» الذي يتلخص في ان الشخص
الذي يضطر الى اختراق منطقة اعدائه ، لكي يصل الى السوق، او الى اى
مكان آخر داخل منطقة عدوه او خارجها ، من الناحية الاخرى ، عليه
وقتها ان يقترب من حدود منطقة عدوه ، وان يقوم بعملية ترقب دقيق
لمن يمكنه الظفر به من اهالى منطقة عدوه ، واذا ما ظفر باى شخص كائن
من كان حتى ولو طفلا صغيرا فانه يتقدم اليه ويعرفه بنفسه ، اذا لم يكن
يعرفه ويقول له « سيرنى » اى رافقنى الى المكان المحدد ، فيستجيب على
الفور ويقوم بمرافقته داخل المنطقة حتى يوصله الى منطقة السوق او
المنطقة الآمنة التى يطلبها ، حتى ولو كان هذا الشخص الذى طلب اليه
مرافقته هو عدوه المباشر ، فانه لا يمكن ان يعيب به او يعيب عليه ،
وبمجرد مشاهدة الناس لهذا الشخص المعادى وهو يسير مع « سير » او
« سير » من اهل البلاد ، فانهم يمتنعون تماما عن اذيته او الاعتداء عليه .
واذا حدث اعتداء على الشخص المسير في دمه او ماله او عرضه فان
العيب والتعيب يلحق بالمسير ، وفيها عقوبات وعيوب لا حدود لها حتى

(١) - « السير » او الرفيق هي تسمية ذات دلالة كبيرة في الاعراف الشعبية اليمنية
وله نظامه الخاص والذي سنتناوله في الصفحات التالية من هذا الفصل .
(٢) انظر نص رقم ٨٤ من الفصل السادس من هذا البحث .

يتأثر هذا الشخص المسير ممن اعتداء أو عاب بسيره^(١) من ضمنها أن هذا الشخص الذى هو « السير » لا يخلق شعره ولا يجمع أهله إذا كان متزوجا ، ولا يتزوج إذا لم يكن متزوجا ولا يأكل اللحم ، ولا يظهر أمام الناس فى المواقف العامة ، حتى يرد اعتباره بالتقاضي ممن اعتدى على « سيره » بالقتل إذا كان قد قتل ، أو بما يرتضيه أصحاب سيره الذى وقع عليه الاعتداء وهو معه بوجه الصلح . وهذا العرف المعروف باسم « التسيير » من أكثر الامور شيوعا واحتراما بين القبائل حتى الآن ، ضمانا لأمن واستمرار التنقل فى أمان ، تحت أى ظرف من الظروف فى الحالات الضرورية ، وبالذات فى المناطق الشمالية والشرقية .

وعالبا ما تنشأ مناطق الاسواق والطرق التى تحتاج الى عمليات « التسيير » هذه ، وكذلك تطبيق قواعد العرف والتشدد فيها ، على حدود المناطق التى تخضع للتقسيمات القبلية والعشائرية ، وعلى حدود المتجارين فى أوقات الحرب . وقد حدث مثل هذه الحالة أثناء نشوب الحرب الطويلة بين الملكيين والجمهوريين بعد عام ١٩٦٢ فى عدة مناطق ، حيث نشأت مناطق صغيرة محايدة ، كأسواق لقضاء حوائج الناس ومتطلبات معيشتهم الضرورية ، ومن ذلك مثلا سوق لم يكن له وجود من قبل ، وتحول الى منطقة عامرة بالحياة المستقرة والتجارة المزدهرة ، والذى يعرف بسوق « الامان » فى أعلى مرتفع جبلى تقريبا فى منطقة « الحيمة » حول خط الطريق الرئيسى المعبد بين صنعاء والحديدة ، على بعد ما يقرب من ستين كيلو مترا من صنعاء ، والتسمية نفسها ذات دلالة على طبيعة الظرف الذى نشأ فيه هذا السوق ، الذى أصبح اليوم منطقة شبه حضرية ، يقصدها الناس من صنعاء للنزهة ، فيها المدرسة وتيار الكهرباء ، ومحطة بنزين ، والمطاعم ، وأماكن النوم ، والمتاجر ومنازل السكن الدائمة ونحو ذلك ، وقد نشأ هذا السوق أثناء الحرب الملكية الجمهورية فى المناطق المجاورة من الجبال والوديان الأهلة بالسكان ، حيث كان المواطنون من الطرفين يأمنون هذا المكان لقضاء حوائجهم فى اطار اتفاق ضمنى على الأقل بعدم الاعتداء فيه مهما كان الامر ، وظل هذا المكان كذلك وما يزال ينمو ويزدهر حتى بعد انتهاء الحرب وانتصار الجمهورية وهذا مجرد نموذج بارز فقط . كما أن « الهجر » (بفتح الجيم وسكون الراء) وهى قرى ومناطق صغيرة منتشرة فى أنحاء البلاد ينطبق

(١) انظر نص رقم ١٥ من الفصل الخامس من هذا البحث . وهناك قصص وحوادث شهيرة لاشخاص انتقموا من أهلهم وذوئهم بالفعل لأعتدائهم على « سيريهم » أثناء تسييرهم لهم ، فالسير لابد وان يقتصص من يعتدى على سيره مهما كانت صفته .

عليها عرفا عدم الاعتداء عليها أو على من يأومها تحت مختلف الظروف (١).

ج - دور المرأة والطفل والرجل :

يضاف الى كل ما سبق انه حتى في حالة الحرب وعدم وجود أي مبرر عرفي يحول دون ممارسة القتل أو الاعتداء والشار ، الذي يكون مفرا ومباحا وواجب القيام به في حالات كثيرة ، مثل حالة الاخلال بأى قاعدة أو عرف في السلم أو الحرب مما سبق ذكره ، والتي تشكل موضوع بحث شيق في حد ذاتها . ولا مجال لسردها هنا الا ما يتعلق منها بشئون المعيشة والحياة الاقتصادية (٢) ، قلت انه حتى في مثل هذه الحالة . ونظرا لأن حالة الخوف والحرب قد تطول وتمتد لمدة شهور وربما سنين . فان ذلك قد يحول دون قدرة الناس على زراعة أرضهم ورعاية مواشيهم ، ماداموا خطاء في الحرب والمرعى والطريق ... الخ . انه في هذه الحالة وفي مواجهة هذا الموقف يبرز دور فعال للمرأة والطفل «والرجل» (٣). حيث لا يجوز الاعتداء على أي من هؤلاء أو منعهم من ارض أو ماء أو مرعى ، حيث يدخل الاعتداء من هذا النوع على المرأة أو الطفل أو «الرجل» ضمن الاشياء المعيبة الكسرة مثل قتل «السير» أو العدوان في يوم نزول السيل ، أو هجوم الجراد أو في السوق أو ما يشبه ذلك . وعلى ذلك فان النساء يباشرون القيام بزراعة الارض مع الاولاد

(١) نظام « الحجر » (ينفع الجيم وسسكون الرأه) هي اليمين من اعسرق النظم الاجتماعية كما سبقت الاشارة وهي عبارة عن قرى ومناطق لها وضع حيادي تماما وشبه منزوعة السلاح ، ويسكنها عادة رجسال الدين والراغبين في العيش على ما تيسر من الاسباب البسيطة . والهبات والصدقات والندور ويكون فيها عادة (الكتاب الذي يعلم القرآن والقراءة . وهي تعيش في حماية من حولها وتسقط عنها كل الالتزامات العرفية المفروضة على غيرها .

(٢) انظر نص رقم ٨٦ من الفصل السادس من هذا البحث .

(٣) الرجل هو الشاب أو الرجل غير المختون والذي لم يظهر بعد ، ويكون معروفا عادة لدى الآخرين ، ويكون عدم تطهيره في انصهر لاسباب كثيرة ، تتركز حول رغبة أهله في البقاء على حيالته ، حيث قد يكون على والده دم لشخص أو أشخاص آخرين وليس لديه الا هذا الطفل . فان طالب الثأر يسعى الى قتل الطفل بعد بلوغه . بدلا من والده الشخص المسن ، وحتى ولو كان هو القاتل ، وهنا يلجأ الاب الى ترك ابنه بدون ختان حماية له من القتل لانه لا يجوز عرفا الاعتداء عليه ويظل حكمه حكم الطفل والمرأة ، لكن المشكلة هي ان الطفل حينما يكبر ويعرف سبب عدم تطهيره يعيب نفسه ويشعر بالحقارة . فيتحين لنفسه فرصة على أفراد وتقوم بتطهير نفسه بنفسه ، ثم يعود على الفور الى أهله وهو ملطخ بالدماء من آثار الجرح ، وهو منشرح الصدر ، وهو يمثل للناس أنه لم يعد « رجلا » بل صار له ما للرجال وعليه ما عليهم ، وهذا يواظبه المراقب حربا أم سلمي ، البعض القليل ممن تقع عليهم مثل هذه الحالة يقتنعون بوضعهم . ولا يعانون من الشعور بالانتقاض تجاه انفسهم وتجاه الغير .

الصغار اذا اقتضي الامر طوال العام ، كما أن النساء هن اللاتي يقمن بنقل مؤن الحرب من الغذاء وغيره وايصاله الى مواقع المتحاربين ، ولا يجوز اعتراضهن في ماء أو طريق مهما كان الامر ، وكذلك هن اللاتي يقمن بحمل القتلى واخذ سلاحهم اذا كانوا داخل منطقة الطرف المعادى ، ويتعذر على المقاتلين من الرجال الوصول اليهم ، فان النساء لا تمنع مطلقا من الوصول الى القتلى من كلا الطرفين وحملهم كل الى منطقته. ويتوقف استخدام الطرقات العامة والوصول الى منابع المياه والمراعى والمزارع على النساء والاطفال العزل من السلاح ، ومن لاح من الرجال في اى منها في حالة الحرب أو عدم وجود صلح معلن فيقتل من قبل الطرف الآخر من قبل اى شخص طالما استطاع ذلك . وهكذا تحتل نظم واعراف الحرب والقتال وشئون الامن مكانا بارزا في حياة اليمنيين ضمن نظم واعراف غاية في الدقة والتعقيد لكل جوانب الحياة المختلفة .

واود أن أشير الى أن مجمل هذه الاعراف والعادات والتقاليد ، كانت فى الماضى والى بعد زمنى لا يتجاوز الاربعين عاما هى اكثر قوة ، ورسوخا وعمومية بالنسبة لما هى عليه الآن ، ففى تميل الى الضعف أمام قوة متغيرات العصر الجديدة ، وأكثر المناطق التى ما يزال فى الامكان مشاهدتها بوضوح هى المناطق الشرقية والشمالية ، مثل مناطق مأرب والجوف وبرط ، والشمالية الغربية مثل سحار وجماعة والاهنوم ، وما جاورها من المناطق المجاورة لسهل تهامة الشمالى ، وهى تخف كثيرا أو تميل الى الاختفاء تماما فى بعض المناطق الوسطى ، مثل تعز واب والحديدة ، والمقصود بتمز واب والحديدة الارياف وليس المدن نفسها . أما فى الشطر الجنوبى من الوطن (اليمن الديمقراطية الشعبية) بصفة عامة فقد غيرت الاجراءات الثورية والاشتراكية الجذرية كل اسس الحياة الاجتماعية القديمة ، بنفس القدر الذى غيرت فيه جذريا الاسس الاقتصادية ، فقد ألغيت حتى تسميات المناطق وتقسيماتها القبلية القديمة ، وألغيت الالقاب القبلية التى ترتبط باسم الشخص نفسه (١) وقسمت كل المناطق تقسيمات ادارية جديدة ، وقد لقيت هذه الاجراءات المصحوبة بالتنوع والتثقيف والتغييرات الاقتصادية العملية لقيت قبولا ونجاحا كبيرا لم يكن متوقعا من قبل ، وقد احتفظ بكل

(١) كان الشخص يلحق عادة بعد اسمه الثلاثى لقباً لقبيلته أو منطقته القبليّة مثل اسم على محمد صالح « اليافى » أو « العوذلى » فكلمة « يافى » اشارة الى منطقة « يافع » ذات المدلول الجغرافى والقبلى ، حيث تلحق باسم كل شخص من أبناء المنطقة الاصليين ، فالغيت قانونا هذه الالقب ، واحتفظ بالاسماء التسلسلة العادية ، بدون ذكر لقب القبيلة أو العشيرة ، أو المنطقة الجغرافية .

والخلاصة أن بيع المذاق - كبيع التجربة سواء سواء (٣١١) - قد يكون معلقا على شرط اذا كانت الواقعة الشرطية عارضة . وقد يكون مقرونا بتحفظ . وفي الحالة الاولى لا يتكون العقد تكونا متتابعا ، بل يتكون تكونا فوريا . غاية الامر انه يكون شرطيا ، وفي الحالة الثانية يتكون العقد تكونا متتابعا . ان جاز التعبير . ضرورة انه يكون عقدا احتماليا . (٣١٢) والاحتمال فيه ينصب على عنصر جوهري وليس على مجرد أمر عارض .

ولقد اصاب القانون المدني التونسي اذ سوى ليس فقط بين بيع التجربة وبيع المذاق . بل ايضا بينهما وبين البيع بالكيل او بالوزن او بالعدد ، اذ قضت المادة ٥٨٦ من المجلة التونسية للالتزامات والعقود بأنه : اذا وقع البيع بالكيل او بالوزن او بالعدد او بالوصف او بشرط التجربة او على شرط ذوق طعم المبيع ، فان الاشياء المبعة تبقى في ضمان البائع وان سارت بيد المشتري ما لم يقع كيلها او وزنها او عدها او تجربتها أو ذوق طعمها او اختبارها وقبولها من المشتري أو من نائبه (٣١٣) .

انما يلاحظ أن هذا النص قاصر ، لأنه واجه فرض التحفظ دون وفرض التعليق على شرط في حالة ما اذا كانت الواقعة الشرطية في بيع المذاق والتجربة ، واقعة عرضية .

٢ - طبيعة البيع بالعينة

اختلف الفقهاء في مصر حول طبيعة البيع بالعينة (٣١٤) فذهب جمهور الفقهاء الى أن البيع بالعينة ليس معلقا على شرط . ولكن بعض الأحكام ببعض الآراء الفقهية ذهبت الى أن العينة يمكن أن تكون شرطا

(٣١١) قارن السنهوري في عرضه الفوارق بين البيعين بالوسيط د٤ بند ٧٦ ص ١٤٢ وما بعدهما .

(٣١٢) فيلدرمان : المرجع السابق رقم ٨٤ ص ٧٦ وقارن حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن دائرة العرائض في ٢٢ أكتوبر ١٩٢٣ د٥ب ١٩٢٤ - ١ - ٧٧ الذي مال الى اعتبار العقد شرطيا رغم تخلف ركن ركن جوهري فيه .

(٣١٣) وانظر خلاصة حكم محكمة التعقيب التونسية الصادر في ٢٤ جويلية سنة ١٩٣٤ بمؤلف : محمود بن الشيخ : سالف الإشارة . مجلة الالتزامات ٠٠٠ معلقا على فصولها ص ٢١٨ .

(٣١٤) . انظر في البيع بالعينة في سوء آراء الفقه الاسلامي : أنور سلطان المرجع السابق بند ٤١ ص ٥٤ .

بمعنى الوصف ، ونعرض لذلك في ضوء فكرة الشرط كأمر عارض ، انما يلاحظ أن النص القانوني الذي عرض لفكرة البيع بالعينة لا يشير مباشرة الى طبيعة هذا البيع ، فالمادة ٤٢٠ مدنى لم تتكلم الا عن مطابقة العينة للبيع وحكم تلفها أو هلاكها ، اذ قضت بأنه « اذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقا لها .

» واذا تلفت العينة ، أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعا كان أو مشتريا ، أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق .

أ - رأى الجمهور

البيع بالعينة ليس بيعا مطلقا على شرط

يصور فريق من الفقهاء البيع بالعينة ، على أنه بيع يقدم فيه أحد المتعاقدين ، للمتعاقد الآخر ، « نموذجا » ، قد يرتضيه فيتم البيع على أساسه (٣١٥) ، وبذا تكون العينة مجرد طريق من طرق تعيين المبيع (٣١٦) ، ذلك أن من يتسلم عينة كقطن أو قمح لكى « يضاهاى عليها ما يتسلمه من البائع (٣١٧) » يكفى نفسه مؤونة رؤية المبيع ، اذ ستجزئه العينة فى معرفة ما اذا « كان البائع نفذ التزامه تنفيذا سليما فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التى يتميز بها (٣١٨) » ومحصلة ذلك أن البيع بالعينة يعتبر بيعا باتا من لحظة الاتفاق على النموذج (٣١٩) ، وأن مطابقة المبيع للعينة ، ليست شرطا بمعنى الوصف وانما هى « مجرد شرط من مضمون الاتفاق Clause ، يترتب على الاخلال به ما يترتب على الاخلال بأى التزام (٣٢٠) » من مطالبة بالتنفيذ العينى الى فسخ البيع أو انقاص الثمن (٣٢١) .

-
- (٣١٥) البجراوى : البيع سنة ١٩٦١ بند ١٠٨ ص ١٦٣ .
 - (٣١٦) السنهورى : الوسيط ج ٤ بند ١٢٤ ص ٢٣٦ .
 - (٣١٧) السنهورى : المرجع السابق بند ١٢٤ ص ٢٣٥ .
 - (٣١٨) المرجع السابق بند ١٢٤ ص ٢٣٦ .
 - (٣١٩) البجراوى : المرجع والموضع السابقان ،
 - (٣٢٠) جميل الشرقاوى : المرجع السابق بند ٢٨ ص ٦٨ .
 - (٣٢١) السنهورى : المرجع السابق بند ١٢٦ ص ٢٣٨ .

ب - رأى القضاء وبعض الفقهاء

ولكن رأى الجمهور المتقدم . جاء على خلاف حكم قديم لمحكمة الاسكندرية الوطنية ، ذهب الى ان مطابقة الشيء المبيع للعينه المتفق عليها انما هو شرط واقف يترتب عليه تعليق العقد ذاته (٢٢٢) . ولما يقرره فريق من الفقه من ان العينة . يمكن ان تكون شرطا فاسخا . فالاستاذ العميد الدكتور جميل الشرقاوى لا يرى غضاضة في امكان اتفاق البائع والمشتري « على جعل مطابقة المبيع للعينه شرطا بالمعنى الصحيح Condition . يعلق عليه التراضي . بل ان هذا الاتفاق يمكن استنتاجه من كون السينة جزءا من شيء مفرز (معين بذاته) . اذ يرجح عندئذ ان وظيفة العينة ليست مجرد تعيين اوصاف المبيع . وان مطابقة المبيع لها شرط يتوقف عليه مصير العقد . بمنى ان المشتري يعلق التزامه النهائي على كون المبيع مطابقا للعينه . والوضع الاقرب احتمالا ان يكون هذا الشرط فاسخا ، أى ان المشتري يلتزم من البداية ، ولكن مع اشتراط زوال العقد ، ان تبين عدم مطابقة المبيع للعينه (٢٢٣) »

وهكذا يمكن القول على ضوء الصفة العارضة للشرط ان المطابقة يمكن ان تعتبر شرطا بمعنى الوصف لان تقريرها لن يعتمد على محض مشيئة اى من المتعاقدين ، فاذا علقت مصر وكندا ابتياع كمية من القمح القرنى أو الربيعى على تقرير جهة محايدة فى مصر مطابقة المبيع للعينه ، فان البيع يكون شرطيا . والشرط يكون واقفا . ويمكن تصور البيع بسيطا منجزا ومعلقا فسحة على نفس واقعة المطابقة .

ويسرى ذلك من باب اولى فيما لو كان تقدير المطابقة منوطا بجهة ثالثة كهيئة علمية أو مركز تجارى دولى أو دولة ما من بين دول العالم .

ولكن المشكلة تثور فيما لو كانت مشيئة المشتري هى اساس الحكم بتقرير مدى المطابقة . وفى هذه الحالة يتعين على القضاء ان ينظر فى كل حالة على حدة : فان وجد أن تلك الإرادة هى المتحكم الوحيد فى القرار كان له ان يعتبر الأمر بندا عقديا وليس شرطا ، وان وجد ان

(٢٢٢) فى عرض ونقد هذا الرأى عبد المنعم البدرأوى . المرجع السابق هامش ٢ ص ١٦٣ . وفى الاشارة اليه ومخالفته السنهري الوسيط ج ٤ هامش ٥ ص ٢٣٧ . ٢٣٨ .
(٢٢٣) عقد البيع . المرجع السابق بند ٢٨ ص ٦٨ وانظر تفصيلات أخرى ص ٦٩ .

مشيئة المشتري ليست مطلقة بل تشاركها عوامل أخرى قلت أم كثرت كان له أن يعتبر الأمر شرطا بمعنى الوصف . ويكون الأمر أيسر كلما استخلص القاضي أن الشرط فاسخ وليس واقفا ، إذ يمكنه حتى لو كان الأمر شبه منوط بمشيئة المشتري أن يرجع الى اهل الخبرة في تقدير المطابقة تحقيقا للعدالة في العقد ، ودرءا لشبهة تحكم المشتري في اتخاذ قرار عدم المطابقة .

٤ - طبيعة البيع بالعربون

العربون ، هو عادة (٣٢٤) ، مبلغ من النقود (٣٢٥) ، يقدمه أحد المتعاقدين للآخر (٣٢٦) ، عند إبرام عقد ما (٣٢٧) ، اما لتوكيد أن العقد بات (٣٢٨) ، واما للدلالة على حق كل منهما في العدول عن العقد ، خلال وقت محدد (٣٢٩) .

ونجتزئ هنا ببيان طبيعة العربون ، « وعلى الخصوص باعتباره وسيلة إيجاد الحق في العدول عن البيع » (٣٣٠) ، محاولين كالعادة إبراز ذلك من خلال المقارنة ، نظرا لما يمثله العربون من أهمية عملية خاصة .

وفي القانون الروماني ، لم تظهر وظيفة العربون السابقة طفرة ، ففي العصر العلمي لم يكن يقصد من العربون ، باعتباره مبلغا (٣٣١) نقديا ، أو شيئا (٣٣٢) ، يدفعه المشتري عادة (٣٣٣) ، سوى إثبات تمام إبرام العقد ، وضمان تنفيذه (٣٣٤) ، وهو بهذا المثابة كان جزءا من الثمن .

-
- (٣٢٤) السنهوري : الوسيط ج ٤ بند ٤٤ ص ٨٧ .
(٣٢٥) بودري لكانتري وسينيا (ط ٢ سنة ١٩٠٠ باريس)
رقم ٧٩ ص ٥٢ .
(٣٢٦) جميل الشرقاوى : البيع بند ٢٩ ص ٧٠ .
(٣٢٧) الهلالى وحامد زكى : بند ٤٥١ ص ٥٤٣ .
(٣٢٨) البدرأوى : السابق بند ١٦٠ ص ١٦٢ .
(٣٢٩) مازو : دروس ج ٣ المرجع السابق : بند ٨٠٦ ص ٦٥٧ .
(٣٣٠) جميل الشرقاوى : المرجع السابق والموضع السابقان وانظر دالايول ورببير وهامل - المرجع السابق بند ٢٠٩ ص ٢٤٥/٢٤٦ .
(٣٣١) جيار المرجع السابق ط ٨ ص ٥٧٧ ، وباييه ص ٣٨٣ .
(٣٣٢) جاستون ماى . المرجع السابق ، بند ٢١٧ ص ٤٨٦
وجيرار الموضع السابق .
(٣٣٣) باييه : المرجع والموضع السابقان .
(٣٣٤) مونيه : المرجع السابق ج ٢ (١٩٣٦) بند ١١١ ص ١٧١
والمرجع المشار اليه فى هامش ٣ .

وعرف الاغريق والمصريون القدماء فكرة ضمان تنفيذ الالتزام عن طريق تضمين العقد اما شرطا جزائيا (٢٢٥) ، او « شروطا تقضي على الطرف الذى لا يقوم بتنفيذ التزامه بدفع غرامة لصالح خزينة الدولة او يكون المدين عرضة للحبس » (٢٢٦) ..

ويؤكد جيرار ان المصريين القدماء وصلوا الى معرفة وظيفة اخرى للعربون تتمثل فى اعتباره وسيلة عدول *moyen de dédit* (٢٢٧) . وهى وظيفة تلقاها الفقيه الرومانى سكاكولا عن اليونانيين . والتاثير والتاثير مسلم به . بعدما تم التسليم بأن منطق ارسطو قد ترك بصمات واضحة فى الفكر القانونى الرومانى (٢٢٨) وعلى اى حال فان تلك الوظيفة قد اقرها وقتنها الامبراطور كاركالا . الذى منح المشتري . الذى يدفع عربونا . خيار امضاء العقد أو فسخه . على أن يخسر ما دفعه ان هو اختار الفسخ (٢٢٩) .

وهكذا يبدو أن فكرة تكيف العربون ، كشرط بمعنى الوصف ، لم تثر فى الفكر القديم . وخاصة فى الفكر الرومانى . حتى انه فى عهد جستنيان حيث انتشرت الكتابة وباتت وسيلة اثبات « اصبح العقد المكتوب : لا يجوز العدول عنه بحال من الأحوال ، فاذا ما كان المشتري قد دفع عربونا احتسب له من أصل الثمن حتما . ولم يجز الرجوع عن العقد » (٢٤٠) . وفى العصر البيزنطى انتهى الامر « الى اعتبار دفع العربون اتفاقا على الخيار فى جميع الاحوال » (٢٤١) . معنى ذلك أن فكرة الشرط

(٢٣٥) د . محمود السقا : معالم تاريخ القانون المصرى ، المراجع السابق ، بند ٦١٩ ص ٣٧٧ .

(٢٣٦) المراجع السابق بند ٦١٨ ص ٣٧٧ .

(٢٣٧) جيرار : المراجع السابق ٥٧٧ .

(٢٣٨) *Michil vellez : Logique d'Aristote et Droit* (٢٣٨)

Romain, Revue historique de Droit fr. et étranger : 1951, pp. 309-328.

وشفيق شحاتة : نظرية الالتزام فى القانون الرومانى بند ٢٩ ص ٢٣ .

(٢٣٩) مونيه ج ٢ رقم ١١١ ص ١٧١

“Les arrhes remises par l'acheteur resteraient définitivement au vendeur et le Contrat serai résolu”.

(٢٤٠) شفيق شحاتة : المراجع السابق بند ٢٣٠ ص ١٩١ ومونيه

د ٢ بند ١١١ ص ١٧٢ و ١٧٣ وجيرار : السابق ص ٥٧٨ وعامش

١ ، ٢ وجاستون ماى بند ٢١٧ ص ٤٨٧ وباييه ص ٣٨٤ .

(٢٤١) د . شفيق شحاتة : السابق بند ٢٣٠ ص ١٩٢ ومونيه

ج ٢ بند ١١١ ص ١٧٣ .

لم تشر وإنما ثارت فكرة امتناع فسخ العقد وفكرة الخيار ، وهما تنافيه .

والفقه الاسلامى لم يكيف العربون باعتباره شرطاً من شروط التعليق بطريق مباشر ، ولكنه انطوى على رأيين بصدد حظر أو اباحة بيع العربان ، لجمهور علماء الامصار على حظره « لانه من باب الفرر والمخاطرة واكل المال بغير عوض (٢٤٢) » ولكن « حكى عن قوم من التابعين أنهم اجازوه ، منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث وزيد بن اسلم وروى أن الامام احمد ابن حنبل قال « لا بأس ببيع العربون ، لأن عمر فعله (٢٤٣) » .

أما الفقه المصرى والفرنسي ، فأغلبه على أن بيع العربون ، انما هو بيع معلق على شرط ، وكثير من الفقهاء يرون أن الشرط واقف . بينما يذهب بعض الفقهاء الى أن الشرط فاسخ ، انما يلاحظ أن المغفور له الدكتور عبد الرازق السنهورى يكيف العربون بأنه : البذل فى التزام بدلى (٢٤٤) ، ولا يرى بالتالى أى محل لتكييفه كشرط واقف أو فاسخ ، ونعرض فيما يلى لهذين الرأيين على ضوء فكرة الصفة العارضة للشرط .

الرأى الأول : بيع العربون معلق على شرط

(أ) رأى الجمهور القائل بأن الشرط واقف

يذهب كثير من الفقهاء - كالأساتذة عبد المنعم البدر اوى ، والهلالي وحامد زكى (٢٤٥) وبودرى لاكانتري وستسينيا - (٢٤٢) وبعض أحكام القضاء (٢٤٧) ، الى أن البيع بالعربون هو بيع معلق على شرط

(٢٤٢) انظر فى عرض رأى الجمهور وبيان علة الحظر المذكور نى المتن : ابن رشد القرطبى : بداية المجتهد ونهاية المقتصد : الجزء الثانى طبعة المكتبة التجارية ص ١٤٢/١٤١ .

(٢٤٣) ابن قيم الجوزية : اعلام الموقعين : المراجع السابق ج ٣ ص ٤٧٩ .

(٢٤٤) عقد البيع . المراجع السابق بند ١٦٠ ص ١٦٢ .

(٢٤٥) عقود البيع والحالة والمقايضة (ط ٣) بند ٥٤٣ ص ٥٤٦ .

(٢٤٦) الطبعة الثانية : باريس ١٩٠٠ بند ٨٠ ص ٥٤ : ٥٥ .

(٢٤٧) مثلاً حكم محكمة باريس فى ١٤ مارس ١٩٢٩ : حازبت

المحاكم ١٩ يولية سنة ١٩٢٩ مشار اليه فى بلاينول وربير وهامل ج ١٠ بند ٢٠٩ ص ٢٤٦ وهامش ٢ .

واقف سلبى (٣٤٨) une Condition suspensive négative
يتمثل في عدم استعمال أى من المتعاقدين « خيار العدول (٣٤٩) » خلال
الاجل الذى ضرباه لاستعمال خيار النقص (٣٥٠) . ومقتضى ذلك وقف
كافة آثار العقد . ريثما يتحقق الشرط . فتترتب الآثار مستندة الى
وقت التعاقد .

والحقيقة ان هذا الراى محل نظر ، فالصفة العارضة تأباده . لأن
الذى يعلق عليه العقد ليس مجرد واقعة محايدة قد تقع وقد لا تقع
دون ان تدخل في صميم العقد . وانما الأمر يتعلق في الحقيقة بإرادة
أحد المتعاقدين . تكون هى المتحكم الوحيد في مصير العقد . عن طريق
الحق الإرادى الذى تتمتع به ، والمنبثق عن احتفاظ (٣٥١) . أحد
المتعاقدين بمكنة استعمال أو « عدم استعمال خيار العدول (٣٥٢) »
وهكذا يبدو ان الأمر في هذه الحالة يتعلق بتحفظ لا بشرط (٣٥٤) .

(ب) الراى القائل بأن الشرط فاسخ

ويذهب بعض الفقهاء مثل بلانيول وريبير وهامل (٣٥٤) ، الى ان
الشرط في هذه الحالة . ليس واقفا . وانما هو شرط فاسخ . يفضي
تحققه الى زوال آثار العقد من لحظة إبرامه . ويعتقد الأستاذ الدكتور
جميل الشرفاوى « ان اعتبار البيع بالعربون بيعا مقترنا بشرط فاسخ .
هو الذى يتفق مع القاعدة التى تقضى بعدم صلاحية العمل الإرادى
المحض للملتزم شرطا واقفا . لأن العدول عمل إرادى محض . كما انه
يجعل الواقعة التى تعتبر شرطا . واقعة ايجابية هى « عدول المتعاقد »
في حين ان اعتباره شرطا واقفا يجعل الأمر المعلق عليه العقد أمرا سلبيا
هو عدم استعمال حق العدول (٣٥٥) » .

-
- (٣٤٨) بودرى وسينيا : السابق رقم ٨٠ ص ٥٥ .
(٣٤٩) د . البدراوى : المرجع والموضع السابقان .
(٣٥٠) الهلالى وحامد زكى : المرجع والموضع السابقان .
(٣٥١) برونو سيليس : الرسالة السابقة رقم ٤١٦ ص ٢٢٦ .
(٣٥٢) د . البدراوى : المرجع والموضع السابقان .
(٣٥٣) انظر فيما يدعم فكرة التحفظ : الاساتذة مازو = ٣ :
الرجع السابق بند ٨٠٦ ص ٦٥٧/٦٥٦ .
(٣٥٤) المرجع السابق رقم ٢٠٩ ص ٢٤٦ والمؤلف الذى أشاره
اليه فى هامش ٢ من الصفحة المذكورة وكذلك المؤلف الذى أشار اليه
بودرى وسينيا ص ٥٤ .
(٣٥٥) البيع . المرجع السابق رقم ٢٩ ص ٧٢/٧١ .

والانتقادات التي وجهها استاذنا لفكرة تكيف بيع العربون كبيع معلق على شرط واقف هي انتقادات صحيحة ، وتهدم هذه الفكرة ، فاذا اخذنا في الحسبان ماذهب اليه من « العدول حق مطلق للمتعاقد (٣٥٦) » وما سبق ان ابديناه من تشكك مطلق في فكرة الشرط الارادى المحض ووجرب حاول نظرية التحفظ محلها ، على نحو ما رآه برونوسيليس ، وماتسبنه محكمة النقض عليه من وصف « خيار الفسخ (٣٥٧) » ، لاتضح انه يجدر الالتفات عن تكيف بيع العربون كبيع معلق على شرط واقف او فاسخ (٣٥٨) ، واعتباره بيعا مقترنا بتحفظ على ما رأينا .

الراى الثانى : العربون كبذل الرجوع

اما المغفور له المرحوم الاستاذ السنهورى فانه وان كان لا يتبنى الفكرة القائلة بان البيع بالعربون معلق على شرط ، الا انه يذهب الى ان العربون « هو مقابل الرجوع فى البيع ، اى بدل عن هذا الرجوع » وكيفه تبعا لذلك « بأنه البذل فى التزام بدلى (٣٥٩) » وهو رأى تبناه الدكتور حسن الذنون (٣٦٠) ، وعارضه الدكتور سليمان مرقس الذى رأى ان « الالتزامات التى ينشئها البيع البات فى ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص ، ويجوز للبائع فى البيع بالعربون ، أن يبرا منها جميعا بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها ، هو البيع بقيمة العربون ، فلا يستقيم اعتبار ذلك التزاما بدليا (٣٦١) » ، ولكن برونوسيليس الذى تعمق فى دراسة فكرة التحفظ يقرر ان العربون ليس له دخل بفكرة الشرط أو البذل فى الالتزام البدلى ، وان العقد المنطوى عليه هو عقد مقترن بتحفظ أو خيار ، وهذا الاخير ليس امرا عارضا وانما هو مسألة أساسية فى العقد ، من مستلزماتها تمتع صاحب الشأن بحق ارادى هو حق العدول . وفى هذه الحالة لن تكون هناك صعوبة فى تعيين مصدر الالتزام بدفع العربون ، اذ ان المصدر هو نص القانون ذاته فى المادة ١٠٣ مدعوما بالقواعد العامة فى الالتزامات ، ولذا يصبح هذا التكيف محل نظر على ضوء النظريات الفقهية الحديثة .

(٣٥٦) نفس المرجع هامش ١ ص ٧٢ .

(٣٥٧) حكمها الصادر فى ٢٠ ابريل سنة ١٩٤٤ مجموعة الاستاذ

محمود عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠ عن السنهورى هامش ١ ص ٩٢ .

(٣٥٨) وبالتالي ليست هناك حاجة للبحث فى قصد المتعاقدين

عما اذا كان الشرط واقفا أم فاسخا .

(٣٥٩) البيع ج ٤ رقم ٤٦ ص ٩٠ ، ٩٠ .

(٣٦٠) محاضراته فى نظرية العقد فى القانون المدنى العراقى

معهد الدراسات العربية العالية فقرة ٢٦ ص ٣٣ .

(٣٦١) البيع : المرجع السابق فقرة ٤٢ ص ٦٢ .

٥ - طبيعة بيع الوفاء

- في الفقه الاسلامي

بيع الوفاء هو عقد ينطوي على بند يستطيع البائع « بمقتضاء .. استرداد المبيع اذا رد الثمن الى المشتري خلال مدة معينة (١٦٢) » . ولقد اختلفت تسمية الشرط الوفاي في الفقه الاسلامي (٢٦٣) . وفي الامصار (٢٦٤) . وقيل ان الناس قد تعارفوه « احتيالا للربا » (٢٦٥) . وانه اخذ « حكم الرهن (٢٦٦) » لا سيما اذا كان البيع « بفقر فاحش مع علم البائع به (٢٦٧) » . وسبب اطلاق اسم البيع عليه يكمن في ان العقد يتضمن « عهدا من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن (٢٦٨) » . واذا وقفنا عند العبارة الاخيرة للعلامة ابن عابدين . لوجدناها تشف عن منطوق بانقي ونظرية التحفظ التي من مقتضاها ان البيع في هذه الحالة ليس معلقا على شرط . وانما هو مقترن بخيار بمقتضاه يتسنى للبائع « استرداد المبيع (٢٦٩) » . ورد الثمن الى المشتري . ولقد صرح بن حجر الهيتمي ان هذا البيع صحيح لخلوه من التاقيت أو التعليق (٢٧٠) او الشرط الذي ينافي مقتضاه .

ولا شك ان التوفيق قد حالف ابن حجر الهيتمي رحمه الله حين لم ير وجها لاعتبار هذا البيع معلقا على شرط . وان كنا نعلم ان التعليق لا دخل له في حد ذاته بصحة العقد .

ولقد نصت المادة ٥٤٨ من مرشد الحيران على ان « بيع الوفاء

(٣٦٢) زكى الدين شعبان : رسالته عن نظرية الشروط المتغيرة بالعقد : الطبعة الاولى ص ١٥٢ .

(٣٦٣) المرجع والموضع السابقان : فهو عند الاحناف بيع الوفاء ، وعند المالكية بيع الثنيا وعند الحنابلة والشافعية بيع الامانة .

(٣٦٤) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥٧ : فقد كان يسمى « بمصر . بيع الامانة وبالشام بيع الطاعة » .

(٣٦٥) ابن قاضي سماوه : جامع الفصولين ج ١ ص ٢٣٤ .

(٣٦٦) حاشية اللآلي ، (على هامش جامع الفصولين - المرجع السابق)

ص ٢٣٤ .

(٣٦٧) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥٨ .

(٣٦٨) حاشية ابن عابدين : الموضع السابق .

(٣٦٩) زكى الدين شعبان . الموضع السابق .

(٣٧٠) الفتاوى الكبرى - المطبعة الاميرية ج ٢ ص ٢٣٠ مشار

اليه بالمرجع السابق ص ١٥٢ .

هو أن يبيع شيئاً بكذا ، أو بدين عليه ، بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو آذاه الدين الذي هو عليه يرد له العين المبيعة وفاءاً ، وكلمة بشرط الواردة في النص تنصرف ، بداهة ، إلى شرط التقييد لا إلى شرط التعليق . ولهذا فقد أصاب الدكتور زكي الدين شعبان المحققة حين بحث الشرط الوفاؤى كشرط مقترن بالعقد (٢٧١) . وحين لخص أحكامه الدالة على ماهيته بقوله أنه يعتبر « من قبيل الشرط الفاسد الذي يفسد البيع به عند كل من الشافعية ، والمالكية ، والظاهرية ، وبعض الحنابلة ، وزفر من الحنفية . ومن قبيل الشرط الصحيح عند القائلين بالعرف من الحنفية ، وهو .. مذهب الإمام أبي حنيفة وصاحبه . كما أنه صحيح عند من يرى أن الأصل في الشروط هو الجواز والصحة ، حتى يقوم الدليل على التحريم والفساد (٢٧٢) » .

والتصوير الوارد لهذا البيع في حاشية الآلىء في هيئة « بعث منك على أن تبعه منى متى جئت بالثمن (٢٧٢) » ، يؤكد بدوره أن هذا البيع ليس معلقاً على شرط ، وإنما هو بيع مقرون بوعده بالشراء عند المجيء بالثمن ، وهذا تعبير آخر عن التحفظ (٢٧٤) .

- في القانون الرومانى والفرنسى :

ولقد أباح القانون الرومانى للمتعاقدين ، تعديل آثار العقد ، بمقتضى شروط تدرج فيه (٢٧٥) ، ومن بينها خيار الوفاء pactum de retrovendendo وهو شرط كان يخول البائع حق استرداد المبيع ، خلال مدة معينة pendant un certain temps إذا هو قام في غضونهما برد الثمن والملاحقات للمشتري (٢٧٦) . وبعمارة أدق فإن المتعاقدين كانا يتفقان على احتفاظ البائع بحق فسخ العقد (٢٧٧) ، واسترجاع المبيع ، بقيود محددة .

(٢٧١) مؤلفه سالف الإشارة : ص ١٥٣ وما بعدها ، ورسمائته كما نعلم فى الشروط المقترنة بالعقد أى شروط التثبيد لا شروط التعليق .
(٢٧٢) المرجع السابق ص ١٥٤ .
(٢٧٣) هذا هو تعريف جواهر الفتاوى ، نقله صاحب حاشية الآلىء ، الدرية على هامش جامع الفصولين : المرجع السابق ٢٣٤ .
(٢٧٤) انظر : برونو سيليس : المرجع السابق بند ٤١٦ ص ٢٢٦ وما بعدهما .

- (٢٧٥) مونييه : المرجع السابق بند ١٢٦ ص ٢٠٣ .
- (٢٧٦) المرجع السابق رقم ١٢٦ ص ٢٠٤ .
- (٢٧٧) جيرار : المرجع السابق ص ٧٦٥ .

ومع ذلك فإن من تأثر في القانون الروماني بفكر *sabinus* كيف هذا الخيار واشباهه كشرط واقف ، أما من تأثر بفكر *Julien* مثل أولبيان فقد ذهب إلى أن البيع في هذه الحالة يعتبر منجزا . غاية الأمر أنه يكون مصحوبا ببند يعلق فسخ العقد على شرط واقف (٢٧٩) .

ويبدو أن الفكر الروماني . الذي نظر إلى بيع الوفاء . كمعقد معلق على شرط قد انتقل إلى فكر بعض لفقهاء الفرنسيين : فبودرى لاكانترى وسينيا ذهبا إلى أن هذا البيع معلق على شرط فاسخ في وأن ذلك الشرط يمثل في خيار الاسترداد الذي يحتفظ به البائع على أن يمارسه خلال أجل محدد (٢٨٠) . وبرنار يؤكد الطابع الشرطي لبيع الوفاء بقوله أنه بمجرد تحقق الشرط . فإن الملكية تعود إلى البائع بقوة القانون *de plein droit* كامل عام (٢٨١) . ومع ذلك فإن هذا الحكم لا يجد سندا له من نص المادة ١٦٥٩ - التي تقضي باحتفاظ البائع بخيار استرداد المبيع إذا أعاد إلى المشتري الثمن والمصروفات خلال المدة المتفق عليها . - ذلك أن هذا النص لا يتكلم في الواقع إلا عن نظرية التحفظ أو الخيار ، وأما كان هذا الإحساس يراود بودرى وسينيا ليس فقط بدليل استخدامهما من الكلمات ما يفيد التحفظ . بل أيضا لانهما وجدا أن الأمر يتعلق في تلك الحالة بشرط ارادى من جانب البائع (٢٨٢) . ولقد رأينا سلنا مع برونوسيليس أن التحفظ هو التعبير الحقيقي عن فكرة الشرط الإرادى المحض (٢٨٣) . ضرورة أن الواقعة التي توصف بأنها شرطية . تشكل عنصرا جوهريا هو ارادة أو مشيئة صاحب الشأن .

في القانون المصري :

من المعلوم أن ما يعرف الآن بالبيع الوفاوى كان شائعا في مصر البطلمية باعتباره وسيلة ميسرة لحماية حقوق الدائنين : على ما جا في وثيقة تعود إلى عام ١١١ قبل الميلاد ، فمقتضاه كان « يقوم المدير ببيع المين المقدمة ضمانا ... لدائنه مع احتفاظه بحق استردادها .

-
- (٣٧٨) د . شفيق شحاتة : المرجع السابق بند ٢٨٣ ص ٢٤٣ .
 - (٣٧٩) انظر التفصيلات في هونيه : المرجع السابق بند ١٢٦ ص ٢٠٤ وبابيه المرجع المذكور ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ .
 - (٣٨٠) مطولهما النظري والعملى مالف الاشارة ط ٢ باريس سنة ١٩٠٠ : بند ٦٠٥ ص ٥٣٥ .
 - (٣٨١) برنار في رسالته المشار إليها : ص ١٧٥ .
 - (٣٨٢) بودرى وسينيا المرجع السابق بند ٢١٥ ص ٥٤١ .
 - (٣٨٣) سينييس : رسالته السابقة . الموضع السابق .

عند سداد الدين المستحق عليه « (٢٨٤) . وواضح أن الامر كان يتعلق
بتحفظ وليس بشرط تعليق .

وأما في القانون الملقى ، فرغم أن المادة ٣٣٨ من المجموعة الوضعية ،
كانت جلية في الحديث عن احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع (٢٨٥) .
إلا أن الفقه خاض في خاصيته الشرطية (٢٨٦) ، فلقد ذهب الاستاذ
الهلالى الى أن البائع في ذلك البيع « يعتبر مالكا تحت شرط واقف »
وأكد أن هذا التفسير يحول دون الوقوع في « اشكال لاهل له » ، وتقصيل
ذلك أن البائع اذا استرد المبيع ، زال ملك المشتري عنه من يوم العقد ،
وهذا مسلم لانه من مستلزمات الشرط الفاسخ ، فاذا انكرنا في الوقت
نفسه أن البائع كان مالكا تحت شرط واقف ، لزم من ذلك أن المبيع
كان سائبة في الفترة بين العقد والاسترداد ، أى غير مملوك لاحد ،
وهذا ما يجب أن نتحاماها ، وننزه الشارع عن الوقوع فيه « (٢٨٧) .

وأما المغفور له الاستاذ الدكتور حامد زكى ، فقد رأى رأيا ظاهره
انتقليد ، وجوهره التجديد ، يتضح ذلك من قوله عن خيار الاسترداد
أن « هذا الخيار بمثابة شرط فاسخ » (٢٨٨) ، فالاستاذ لا يرى إذن أن
الخيار شرط فاسخ ، وإنما يصوره على سبيل المجاز أو الافتراض
fiction كما لو كان Comme si شرطا فاسخا ، وهذا يشف عن
احساس صادق باستقلال فكرة الخيار أو التحفظ عن فكرة الشرط
وعدم احتياج نظرية الخيار لى نظام آخر تفسر من خلاله على حد
ما أشار اليه جان كربونييه (٢٨٩) .

وأما التقنين الحالى فقد التفت عن ضبط بيع الوفاء ، واكتفى

(٣٨٤) محمود السقا : معالم تاريخ القانون المصرى : السابق
بند ٦٢٢ ص ٣٧٩ .

(٣٨٥) إذ نصت على أن « حق استرداد المبيع أو الشرط الفاسخ
هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة فى مقابلة
المبالغ المنصوص عليها فى المادة ٣٤٤ فى الميعاد المتفق عليه .

(٣٨٦) جرانمو لان ٠٠٠٠ رقم ١٩٧ ص ٧٣/٧٢ .
(٣٨٧) شرح القانون المدنى : ط ٣ المرجع السابق رقم ٥٠٤
ص ٥١٦ .

(٣٨٨) المرجع السابق هامش ٤ ص ٥١٦ فى نطاق ملاحظته
الهامة .

(٣٨٩) انظر تقديمه لرسالة سيليس سالفه الاشارة .

بالنص على بطلانه في المادة ٦٥ التي قضت بأنه « اذا احتفظ البائع عند البيع ، بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة . وقع البيع باطلا » (٢٩٠) . ولاشك أن النص واضح الدلالة في الحديث عن التحفظ لا عن الشرط كوصف . الامر الذي يمكن الوصول اليه ايضا من تتبع قول الفقه - على ما سبق ان اشرنا - من أن ذلك الشرط هو شرط ارادى محض (٢٩١)

La Condition paraît être purement potestative

فلقد رأينا سلفا أن نظرية التحفظ يمكن أن تحل محل فكرة الشرط الارادى المحض وبالتالي تكون خاضعة للقواعد العامة التي تخضع لها العقود وخاصة منها ما يتعلق بالمشروعية .

وبهنا في هذا الصدد ان نشير الى ان الدكتور عبد الرزاق السنهوري كاد يبدع نظرية التحفظ . وهو ما يتضح من قوله ان الامر يدق « عندما يكون الشرط الفاسخ متعلقا بارادة البائع . فهناك شرط متعلق بارادة البائع . وليس شرطا وفائيا . فيبقى معه البيع صحيحا . وشرط متعلق بارادة البائع وهو شرط وفائي فيبطل معه البيع (!!) . ونرى أن التمييز بين الشرطين يقوم على الاعتبار الآتي : في بعض الاحوال **يجعل البائع لنفسه حق الفسخ** ، ليستبقى فسحة من الوقت يتروى فيها كما في البيع **مع الاحتفاظ بحق العدول او البيع المقترن بخيار الشرط** ، ففي هذه الحالة يكون الشرط للتروى ، فيصح ويصح معه البيع . وفي احوال اخرى يجعل البائع لنفسه حق الفسخ مؤملا ان يسترد المبيع برد الثمن . ففي هذه الحالة يكون الشرط وفائيا فيبطل ويبطل معه البيع : فالشرط الصحيح هو ما كان للتروى . والشرط الباطل هو ما كان للتمكن من استرداد المبيع » (٢٩٢) .

لاجرم ان الاستاذ الكبير حاول التفرقة بين متطابقين فابتدع معيارا لايمت الى القانون بصلة ، وان كان ينطوي فحسب على محاولة تبرير مسلك المشرع . ولكن لا جرم ايضا ان الاستاذ بصّر بشكل عميق بمعالم نظرية التحفظ حتى وان صاغها في قالب الشرط .

(٢٩٠) انظر في أسباب ذلك : جميل الشرقاوى : البيع . المرجع السابق رقم ٣٠ ص ٧٢/٧٣ . وفي مخاطر بيعع الوفاء على الغير : مازو . دروس . ج ٣ ط ٢ بند ٩١٧ ص ٧٤٩ . وبلاينول وريبير وعاهل بند ١٨٧ ص ٢٢٣ .

(٢٩١) مازو : المرجع والموضع السابقان .

(٢٩٢) الوسيط ج ٤ رقم ٨٨ ص ١٦٧/١٦٨ .

والخلاصة أن بيع الوفاء ليس بيعا معلقا على شرط وانما هو بيع مقترن بتحفظ أو خيار . ضرورة أن الامر المستقبل فيه ليس امرا عارضا ، وانما هو امر داخل في جوهر عقد البيع ذاته . ولما كان البطلان - كما أشرنا - منبث الصلة من حيث الاصل بفكرة الشرط كأمر عارض ومحاييد ، فان المشرع يكون موفقا حين قضي ببطلان بيع الوفاء لانه لم يفعل سوى تأكيد القواعد العامة في المشروعية وهى قواعد تنصب على جوهر العقد ومضمونه ، ضرورة أن صاحب الشأن - في حالة التحفظ وكما أشرنا - يصدر ارادة ويتفق على حقه في اصدار ارادة مضادة يحدد بها مدى العقد في الزمان (٣٩٣) .

ثانيا :

محاولة لتكييف بعض الحالات المرتبطة بفكرة التراضي

الاضاع القانونية السابقة ، هى من قبيل الاوصاف التى يدخلها المتعاقدون على عقودهم فيقال انها معلقة على شرط (٣٩٤) ، وقد رأينا حدودها ، وننتقل الآن الى حالات أخرى تكييف أحيانا على انها شرطية . ونعرض بايجاز لتكييف أهم هذه الحالات على ضوء الصفة العارضة الشرط .

١ - تكييف الوعد بالعقد

١ - الوعد بالعقد ملزم لجانب واحد :

يختلف تصور التقنينات لفكرة الوعد بالعقد اختلافا بينا ، وهو ما يتضح من فحوى التعريف الذى تسبغه عليه :

فالقانون المصرى يعرفه فى المادة ١٠١ بأنه اتفاق « يعد بموجبيه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل » ، ومعنى ذلك أن النص يفترض وجود وعد بالعقد ملزم لجانب واحد وآخر متبادل أو ملزم للجانبين .

(٣٩٣) وقد كان القانون اللبنانى موفقا عندما استخدم تعبير -
حق الاسترداد . فى المادة ٤٧٣ .
(٣٩٤) انظر مثلا السنهورى : الوسيط ج ٤ رقم ٦٦ ص ١٢٦ .

اما القانون الفرنسي فقد عرض لفكرة الوعد الملزم للجانبين - الوعد المتبادل بالبيع والشراء - ففضي في المادة ١٥٨٩ بأن هذا الوعد يعد بيعا متى تراضى الطرفان على المبيع والثمن .

والحقيقة ان جوهر الوعد بالعقد ، النابع من حقيقة تصوره ، ودوره الذي يقوم به . ينم عن انه لايمكن ان يكون الا ملزما لجانب واحد فحسب . ذلك انه في الوعد بالبيع مثلا . يلتزم أحد الطرفين (الواعد) ، ببيع مال الى آخر (الموعود له او المستفيد) اذا عبر هذا الاخير عن مشيئته في ذلك خلال مدة محددة (٢٩٥) . « ففكرة (الوعد) نفسها تقتضي ان يكون احد طرفي الاتفاق حرا في قبول العقد الموعود او رفضه . اى ان ذلك يتوقف على محض رغبته : فان كان ملزما بالعقد منذ « الوعد » فليسنا نرى كيف يكون مجرد « موعود » بالعقد وليس طرفنا فيه (٢٩٦) . وهكذا يبدو ان الوعد بالعقد هو « بالضرورة ملزم لجانب واحد » (٢٩٧) . وان الوعد بالبيع او كيف على انه ملزم للجانبين لكان بيعا حقيقيا وليس مجرد وعد به (٢٩٨) . وتلك نتيجة حتمية لفكرة "Telle est la Conséquence nécessaire du Consensualisme"

الرضائية (٢٩٩) .

وهكذا يبدو ان الراى الذى كيف الوعد بالعقد باعتباره ملزما للجانبين (٤٠٠) : انما هو راى محل نظر ، خاصة مع ما يجمع عليه

Lusseau : Des problèmes actuels posés par la (٣٩٥)
promesse unilatérale de vente immobilière. R.T.D.C. 1977, No. 1, p. 484.

(٣٩٦) جميل الشرفاوى : المصادر . بند ٥٤ ص ٢٨٨ .
(٣٩٧) جمال زكى : نظرية الالتزام ط ١٩٦٦ بند ٦٢ ص ١٢١ ،
١٢٢ . حيث لا يعتقد فى صحة تصور الوعد بالعقد على انه ملزم للجانبين ويحدد مفهوم ما يعرف بالعقد الابتدائى .
(٣٩٨) الهلالى وحامد زكى رقم ٨٦ ص ٨٨ . وانظر بلانديس
وريبير وهامل رقم ١٧٥ ص ٢٦٠ ويقول جرانمولان : بند ٢٢٥
ص ٨٣/٨٢ :

"un telle promesse de venté accepté avec promesse réciproque d'acheteur", consiste une vente mal qualifié".

(٣٩٩) ماو . دروس : ج ٣ ط ١٩٦٣ بند ٧٨٥ ص ٦٤٥ .
(٤٠٠) مثلا السنهورى : الوسيط ج ١ (ط٢) بند ١٣٢ ص ١٦٧ .
و اسماعيل غانم : المصادر بند ٧٦ ص ١٣٩ . وعما يتعللان بوجود عقود تد تحول دون ابرام العقد النهائى فيكتفى المتعاقدان بابرام وعد

الفقه من أن ما يعرف بالوعد الملزم للجانبين إنما هو بيع منتج لكل آثاره (٤٠١) ن

"La promesses synallagmatique est en réalité une vente produisant tous ses effets".

٢ - الوعد بالعقد ليس عقدا شرطيا وان جاز تعليقه على شرط ، والعقد الموعود به هو عقد احتمالي لا شرطى :

فكرة تكييف الوعد بالعقد ، باعتباره عقدا معلقا على شرط هي فكرة قديمة في الفقه الفرنسي ، وكانت تمثل مرحلة أولى من مراحل الفكر فيه ، ولعل M. Defaye هو أحد الفقهاء الذين بسطوا الفكرة بشيء من التفصيل ، ففي رسالته عن الوعد بالبيع (سنة ١٩٠٧) أستعرض رأى بالو Ballot الذى عرضه في عام ١٨٤٨ (٤٠٢) ، وأكد فيه أن الوعد بالبيع هو عقد معلق على شرط واقف هو قبول الموعود له . بمعنى أنه إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على كل شيء سلفا - فالشيء ، والتمن ، والرضا (rés, pretium, consensus) كلها تحدثت - ، ونشأ حق مكتسب droit acquis ، إلا أن هناك واقعة مستقبلية وغير محققة تم تعليق العقد عليها ألا وهي قبول الموعود له ، فان هي تحققت تلك الواقعة ، كان لتحقيقها أثر رجعى ، شأنها شأن أى واقعة شرطية أخرى ، الامر الذى يترتب عليه اعتبار الموعود له مالكا ليس من لحظة انضمامه وانما من لحظة ابرام عقد الوعد بالعقد . وطالما أنه مالك للشيء ، فان له ثمرته ، وعليه تقع تبعته ، ولا يحتاج في مواجهته بالاعباء التى رتبها الواعد عليه (٤٠٢) .

=

ملزم للجانبين ، ومن أمثلة العقوبات : الحصول على إذن محكمة . أو استخراج مستندات ، أو الوفاء بكامل الثمن ، أو الكشف عن حقيقة مركز العقار ومن الواضح انها عقوبات واقعية لا أثر لها على الطبيعة القانونية للعقود وحقيقة تكييفها والا كانت كل العقود وعودا ملزمة للجانبين ضرورة أن انتظار الوفاء بالتمن شائع فى المعاملات .

(٤٠١) ليسو : المقال سالف الإشارة بالمجلة الفصلية سنة ١٩٢٧

بند ٤ ص ٤٨٥/٤٨٦ . ومازوا نفس المرجع السابق بند ٧٨٥ ص ٦٤٥ .

وحكم محكمة باريس ١٢ يناير سنة ١٩٦١ جازيت دى باليه ١٦٦ - ٢١٢ .

(٤٠٢) بمجلة القانون الفرنسى والمقارن : العام المذكور ص ١٨

(٤٠٢) انظر فى عرض كل ذلك : برنار رسالته التصرف الشرطى

ص ١٥٧/١٥٨ ، وقد استعرض برنار أيضا رأى survilie - الذى عرضه

فيه ، دروسه فى القانون المدنى للسنة الثانية حقوق ص ٤٧٤ - والذى قال

فيه ان الوعد بالعقد ينطوى على التزام باعطاء معلق على شرط

فان تحقق الشرط فان الملكية يجب أن تكتسب بأثر رجعى « برنار :

ص ١٦٠ .

ولقد تابع برنار هذا الفكر مقررا أن الوعد بالبيع يعتبر اصدق مثال للتصرف المعلق على شرط ارادى من جانب المستفيد (الموعود له) (٤٠٤) .

وهذا التكييف محل نظر . لانه يجعل العنصر الجزهري . او الارادة ، بمثابة امر عارض قد يقع وقد لا يقع . واذا كان لانتة القديم عذره في قبول هذا التكييف فان هذا غير ممكن الآن بعد ان تبلورت الافكار القانونية بشكل يحول دون اى لبس . ان الذى يفقر اليه الوعد بالعقد هو محض مشيئة ، اذ يحتفظ الموعود له بمكنة استعمال او عدم استعمال خياره خلال الاجل المضروب لذلك . ولذا رأى سيليس (٤٠٥) ان الامر في هذه الحالة يتعلق بأحد اهم تطبيقات فكرة التحفظ ، ورأى فردييه (٤٠٦) ان الحق الذى ينشأ في هذه الحالة هو حق احتمالى ، ولقد نعلم ان الفارق جد كبير بين حق احتمالى ينقصه عنصر جوهرى وحق شرطى لا ينقصه شيء من ذلك بل يعلق تبعا لتعليق العقد على امر عرضي .

ولكن هذا التحليل لا يحول دون تصور ابرام الوعد بالعقد معلقا في حد ذاته على شرط واقف ، فلا تبدأ فاعليته كوعد بالعقد الا من لحظة تحقق الشرط ، ولا يكون له كوعد ملزم لجانب واحد ، من أثر حقيقى الا اذا مارس الموعود له خياره . فالعقد الموعود به من الناحية المقابلة ينقصه ركن اساسي هو رضا المشتري (٤٠٧) ، مثلا اذا تعلق الامر ببيع constantement de l'acheteur ، ويترتب على ذلك اثر جوهرى ينقض به الفكر العربى اساس التكييف الفرنسى ، ويتمثل هذا الاثر في عدم امكان اعمال فكرة الرجعية في هذه الحالة ، او على حد ما يقرر الاستاذ الهالالى اننا « لا يمكننا افتراض انعقاد البيع من يوم حصول الوعد » فالشرط اذا كان صدى ووصفا لتراضي المتعاقدين ، فلانه يكتسي الصفة العارضة التى هى انعكاس حقيقى لاعتبار الشرط

(٤٠٤) برنار ص ١٦١

"La promesse de vente sera pour nous le meilleur exemple d'acte Conditionnel sous la Condition potestative du ficiai e".

(٤٠٥) انظر سيليس فى المراجع والمواضع سالفة الاشارة

(٤٠٦) فردييه : بند ١١٨ ص ٩٨ وما بعدهما . والمواضع سالفة

الاشارة .

(٤٠٧) بلاينول وربير وهامل (ج ١٠) بند ١٨١ ص ٢٢٤ والمراجع

المشار اليها فى هامش ١ .

امرا غير محقق الوقوع : وتخلف الارادة يعنى ان العقد ليس معلقا على شرط ، وانما عقد احتمالى فحسب . هذا الى انه مما يتنافى مع محاولة اسباغ الطبيعة الشرطية على هذا العقد استمرار الموعود له حرا غير مثقل بأى قيد (٤٠٨) ، على ما سبق أن أشرنا اليه .

ويترتب على هذا التكييف الذى يجمع عليه الفقه الحديث تقريبا عكس النتائج التى رتبها أنصار الراى الاول وأخصها أن الامر لو تعلق بوعد بالبيع فان الواعد يظل مالكا ، ويمكنه بالتالى أن يبيع الشيء مرة أخرى وفى هذه الحالة يعد « مخلا بوعده ، ومسئولا فى مواجهة الموعود له له مسئولية عقدية يترتب عليها الزامه بالتعويض ، ولا يكون للموعود له أن يستند الى ما صدر له من وعد ليدعى فى مواجهة المشتري الثانى أى حق على المبيع (٤٠٩) » ، كما أن الشيء المبيع اذا هلك قضاء وقدر فان المائع هو الذى يتحمل تبعه هلاكه .

ويختلف التكييف اذا تعلق الامر بوعد بالتفضيل : فقد يكون صحيحا أن هذا الوعد يتحلل فى النهاية الى وعد بالبيع من جانب واحد وهو ما حدا ببعض (٤١٠) الى القول بأن التعهد بالتفضيل ليس الا وعدا بالبيع من جانب واحد

“le pacte de préférence n'est qu'une promesse unilatérale de vente”.

ولكن الوعد بالتفضيل يستجمع ابتداء خصائص التعليق على شرط ، ذلك ان الواعد يعلق تفضيله للموعود له على : رغبة الواعد فى البيع ، ووجود مشتر ، أو أكثر ، وعرض ثمن معين للشراء ، وفى هذه الحالة يبرز التزام الواعد بأن يفضل الموعود له ، وثمة يلتزم بأن يبيع له بنفس الثمن الذى عرضه الغير راغب الشراء (٤١١) . فالوعد بالتفضيل يعتمد اذن على واقعة عارضة ومحايده بمعنى الكلمة : فقد يرغب الواعد فى البيع وقد لا يرغب ، هذا شق ، وقد يرغب شخص

(٤٠٨) ليسو : المقالة السابقة بالمجلة الفصلية سنة ١٩٧٧ بند ٣

ص ٨٤٥ .

(٤٠٩) جميل الشرقاوى : المرجع السابق بند ٥٤ ص ٢٩١ .

(٤١٠) ليسو المقال السابق : المجلة الفصلية لسنة ١٩٧٧ رقم ٤٢

ص ٥٠٨ . وانظر حكما حديثا لمحكمة ايكس ٢٠ فبراير سنة ١٩٥٠

(JCP. 1950, No. 5501)

منشور فى

فى رسالته السالفة رقم ١٣١ ص ١١٢/١١٢ وهامش ١ من الصفحة

الاخيرة .

(٤١١) لالو : ذكره فردييه برسالته السابقة بند ١٣١ ص ١١٢ .

ولهذا كيف بارتية الوعد بالتفضيل كعقد شرطى ، انظر :

J. BARTET : Le pacte de préférence, Thèse, Paris 1932, p. 21

في الشراء وقد لا يرغب ، وهذا شق آخر ، فان عرض ثمننا مناسباً للواعد لم يكن للواعد ان يبيع لاحد آخر خلاف الموعد له بالتفصيل بسبب تحقق الشرط . وهنا تكمن فكرة العرضية نتيجة عدم تعلق الامر بمشيئة ومحض ارادة الموعد له . بل بعوامل اخرى خارجية .

٢ - تكييف البيع بالتقسيط مع تأخير انتقال الملكية حتى استيفاء الثمن

تمهيد : نصت المادة ٣٠ { من التقنين المدني على انه :

« اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع ان يشترط ان يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ، ولو تم تسليم المبيع » .

« فاذا كان الثمن يدفع اقساطا ، جاز للمتعاقدان ان يتفقا على ان يستبقى البائع جزءا منه ، تعويضا له عن فسخ البيع ، اذا لم توف جميع الاقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ان يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

« فاذا ما وفيت الاقساط جميعا فان انتقال الملكية الى المشتري يكون مستندا الى وقت البيع .

« وتسرى احكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع ايجارا » .

يشير هذا النص فكرة الاتفاق على تعليق انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن ، او شرط الاحتفاظ بالملكية ، ولما كان هذا النص يوحى في ظاهره بان الامر ينطوى على تعليق التزام على شرط بالمعنى الفني للكلمة ، فان هذا يتقاضانا الوقوف على حقيقة تكييف الفكرتين اللتين جاء بهما النص وهما البيع بالتقسيط ، والايجار السائر للبيع . فضلا عن مسألة ثالثة عالجها الفقه من قديم وهى فكرة الايجار المقترن بوعد "La location avec promesse de vente" (٤١٢)

(١) البيع بالتقسيط : Vente a tempérament

استعرضت بعض الأحكام القضائية في سويسرا طبيعة هذا البيع باعتباره بيعاً مقروناً بتحفظ (٤١٣) . والواقع أنه ليس هناك مانع قانوني يحول دون اشتراط مشتري السيارات وأدوات وأجهزة المطبخ ، ومستلزمات البيوت العصرية ، والمكاتب والمكتبات تقسيط أثمانها على شهور أو سنين محددة ، رغم انتقال الملكية اليهم . كما أنه ليس هناك ما يحول دون اشتراط بائعي تلك الأشياء ، الاحتفاظ بملكيتها (٤١٤) ريثما يتم الوفاء بكامل الثمن ، زيادة في الاستيثاق من وفاء المشتري بالثمن ، وتحوطاً مما عساه أن يحل به من اعسار .

بيد أن كثيراً من الفقهاء على أن الملكية تنتقل إلى المشتري في مثل هذه الحالة معلقة على شرط واقف هو الوفاء « بالثمن أو بأقساطه في الميعاد المحدد (٤١٥) » .

ومثل هذا التكييف يتفرع عند بعض الفقهاء على الفكرة العامة التي يتبنونها والتي مؤداها أنه « يجوز الاتفاق على تعليق نقل الملكية على شرط واقف كدفع الثمن .. (٤١٦) » .

ومؤدى هذا الرأى أن الشرط يمكن أن يكون أحد عناصر عقد البيع الأساسية ، وهذا غير مقبول ، فرغم أن عقد البيع ينعقد لمجرد

(٤١٣) أنظر المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى ١٩٣٦ ص ٩٣٤ .
٩٣٥ بند ٩ فى vente à tempérament-Reserve de propriété
أما المادة ٣٦٣ مدنى جزائرى ، وخاصة فى صيغتها الفرنسية فهى قاطعة
الدلالة على فكرة تعليق العقد على شرط فى حالة البيع بثمن مؤجل
"Dans la vente à Crédit le vendeur peut stipuler que le
transfer de la propriété à l'acheteur est soumis à la Condition
suspensive du paiement intégral du prix..."

(٤١٤) انظر فى فكر بديكيه رسالة ثروتزييه سالفسة الاشارة
ص ٢٠٦ وما بعدها (غير مطبوعة) .

(٤١٥) السنهورى . الوسيط ج ٤ بند ٩٢ ص ١٩٣ . وفى هذه
الحالة يذهب الفقه الى أن المشتري يتسنى له التصرف فى الشئ بالبيع
أو الرهن ، فينسبغ على تصرفه نفس وصف التعليق ، بيد أن بيع الشئ
إلى مشتر حسن النية لا يعنى صيرورة المشتري الاول مبدداً ، بل أنه
إذا أفلس لم يكن بمكنة البائع استرداد المبيع من التفليس .
(٤١٦) أنور سلطان . العقود المسماة ١٩٥١ بند ١٥٤ ص ١٧١ .

تحديد الثمن دون توقف على دفعه ، الا ان دفع الثمن لازال هو الوجه الآخر لاحد عناصر عقد البيع ، ولذا رأى الفقه بحق - على ما سبق بيانه - انه لا يجوز ان يعتبر احد عناصر عقد البيع بمثابة شرط واقف . حتى لو تمثل ذلك في الوفاء بالثمن (٤١٧) . ومن هنا يبدو محل نظر قول بعض الفقهاء ان نقل الملكية يكون معلقا على شرط واقف هو دفع الثمن (٤١٨) . او الوفاء بكامل الاقساط .

ولو كان المشرع يشعر ان نقل الملكية في هذه الحالة . يعتبر معلقا على شرط سداد كامل الاقساط فعلا ، لما كان بحاجة الى تأكيد فكرة انتقال الملكية انتقالا مستندا الى لحظة ابرام العقد . وهى فكرة كان حظها من الخلاف كبير بمناسبة حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٩ يناير ١٩٤٢ . والذي تعرض له تروترية في رسالته عن الشرط الواقف (٤١٩) ، وكان الامر فيه يتعلق ببيع بالنسيئة اشترط فيه البائع ان الملكية لن تنتقل الى المشتري الا بعد سداد سلسلة من الاقساط . فقد اختلف الراى حول ما اذا كان البيع معلقا على شرط واقف هو سداد كل الاقساط ، أم مقرونا بتحفظ . أم على حد تعبير بيكيه بيعا مقرونا ببند فاسخ بقوة القانون « un pacte résolutoire de plein droit... » (٤٢٠) فلا شك أن فكرة الاثر الرجعى للشرط مقبولة فيما لو اعتبر البيع معلقا على شرط واقف ، ومرفوضة فيما لو كان الامر متعلقا ببيع مقرون بتحفظ . ويجب قطعاً الا يناط تكييف الشرط بمجرد ارادات المتصرفين ، بل بطبيعة الواقعة الشرطية ذاتها .

(٤١٧) هيك . ارجع السابق . بند ٢٤١ ص ٣٢٢ ومما قال :

“Doivent donc être éliminées de la théorie de la Condition, les Conditions tacites dites légales, Conditiones juris, dérivant de la loi; ce ne sont pas là des accidents, mais des éléments constitutifs ou essentiels. La Condition par exemple de payer le prix dans la vente”.

ومازو (وجيجلار) . دروس ٠٠ ج ٢ ط ٢ بند ١٠٣٩ وهم يقولون :

“La vente sous Condition que le prix sera payé n'est pas une vente Conditionnelle, mais une vente pure et simple. le payement du prix est un élément de la vente, une Condition intrinsèque”.

ومارتى وريينو فى نفس الفكرة - مرجعها السابق بند ٧٤ .

(٤١٨) انظر فينستوك . هامش ١ ص ١٨ .

(٤١٩) رسالته المذكورة (غير مطبوعة) ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

(٤٢٠) الرسالة السابقة ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ .

فان كانت امرا عارضا ، كانت شرطا اذا استجمعت باقى مقومات الشرط ، والا لا تعتبر شرطا ، فلو احس المشرع بان الثمن او الوفاء بالاقساط يعتبر امرا عارضا على عقد البيع فى الفرض الذى عرض له ، لما كان بحاجة الى تأكيد فكرة استناد اثر الشرط الى لحظة ابرام العقد كما قلنا . ومما يؤكد بعد هذه الصورة عن فكرة التعليق على شرط ، ما هو ثابت من انه يجوز تحويل الواقعة الايجابية فى المثال المتقدم الى واقعة سلبية مؤداها أن البيع بالتقسيط « يكون معلقا على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن فتنقل الملكية الى المشتري معلقة على شرط فاسخ (٤٢١) ، وهذه صورة « تشتهب ببيع الوفاء (٤٢٢) » ، اشتباها يصعب تحريره فى معظم مظاهره ، ومعلوم أن بيع الوفاء ليس بيعا شرطيا (٤٢٣) .

هذا من جهة ومن جهة اخرى فانه من المعلوم انه اذا تخلف الشرط الواقف فان العقد يزول تلقائيا ، بحيث أنه لا يكون بمكنة أحد المتعاقدين تجاهل الموضع الناجم عن تلقائية واستمرارية هذا الزوال ، وهذا يتنافى مع ما يذهب اليه بعض الفقهاء من ان البائع يكون « بالخيار ، فاما أن يعتبر أن الشرط الواقف قد تخلف فزال البيع ، واما أن ينفذ على أموال المشتري بباقي الثمن . . (٤٢٤) » والأساس القانوني لهذا الرأى يتمثل فى نزول البائع عن الشرط الذى يقال أنه تقرر لمصلحته .

والحقيقة ان الشرط كأمر محايد لا يخص ، بعد الاتفاق عليه ، متعاقدا بعينه ، وهو اذا وقع ، فانه لا يرجع ، فكيف يقال بعد ذلك إن من له مصلحة فيه يتسنى له النزول عنه .

وانعام النظر فيما ورد بالمذكرة الايضاحية فى هذا الصدد من حق البائع فى المطالبة بالتنفيذ أو المطالبة بالفسخ (٤٢٥) ، يدع مجالا للقول

(٤٢١) السنهورى . المرجع السابق هامش ١ ص ١٧٤ .

(٤٢٢) الموضع السابق .

(٤٢٣) وقد كان باستيطان من أوائل الفقهاء الذين أحسوا بذلك حتى فى ثنائيا حديثه عن فكرة الخيار من خلال الشرط ، لأنه اعتبر أن الامر يتعلق بواقعة محض ارادية من جانب البائع :

un fait purement potestatif de la part de vendeur

انظر رسالته فى عدم التنفيذ (باريس ١٩٢٩) ص ٣١٢ .

(٤٢٤) السنهورى . المرجع السابق هامش ١ ص ١٧٦ .

(٤٢٥) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٩ .

بأنها لم تتوقع أن الأمر يتعلق بشرط بمعنى الوصف ، ضرورة أن الفسخ في حالة تحقق الشرط يقع تاتاليا دونما حاجة الى طلب (٤٢٦) .

كما أن الاحكام القضائية الصادرة بتواتر في هذا الموضوع ، تكلمت عن حق البائع في المطالبة بالتنفيذ (٤٢٧) ، ومثل هذا القول لا يصدق إلا على أساس أن الأمر لا يتعلق بشرط بالمعنى الفني للكلمة .

ومن جماع ما تقدم يمكن القول أن الوفاء بالأقساط كاملة لا يمكن أن يكون شرطا وافقا . كما أن عدم الوفاء بها لا يمكن أن يكون شرطا فاسخا ، لأنه من المعلوم أن الشرط كأمر عارض من الممكن تصور وجود العقد بدونه وفي هذه الحالة لا يتصور وجود العقد فيما لو رفعنا مثل هذا البند منه ، ولذا يتعين وضع الأمور في نصابها الصحيح واعتبار الوفاء بكامل الأقساط بندا جوهريا يقتضيه العقد ويمثل الوجه الآخر لأحد أركان البيع .

(ب) الإيجار الساتر للبيع :

وقد يسبغ المتعاقدان على عقدهما المتقدم وصف الإيجار « زيادة في الضمان ، وتفاديا لخطر اعسار أو افلاس المشتري (٤٢٨) » وفي هذه الحال يكون الإيجار مجرد وسيلة نحر الهدف الذي يرنو اليه المتعاقدان أساسا ألا وهو البيع . وفي هذا الصدد يقول فينستوك (٤٢٩) :

“La location-vente est essentiellement une vente dans laquelle la location n'intervient que comme moyen d'exécution”

(٤٢٦) فينستوك . السابق بند ٢٥ ص ٣٠

“La véritable Condition... opère de plein Droit”

(٤٢٧) انظر الاحكام العديدة التي أشار اليها الدكتور السنهوري في المرجع والموضع السابقين .

(٤٢٨) أنزر سلطان . المرجع السابق بند ١٥٤ ص ١٧٣ والهدف من اطلاق الوصف المغاير للحقيقة على العقد ، على ما أشرنا اليه في الهامش الاسبق ، هو تجنب عدم اعتبار اشتري مبددا اذا باع المتقول الى حسن النية قبل الوفاء بالثمن ، والرغبة في استرداد العجز من التفليسة .

(٤٢٩) رسالته السابقة ص ٢١ . وانظر البيع الإيجارى في القانون الانجليزي Hire-purchase - وهو ل يشير فكرة التخليق على شرط : حسبو الفزاري ، رسالته السابقة ص ٤١٩ ، وما بعدها . ووليم موري جلواج المرجع السابق ، ص ٢٣٥ وقد استعرض المؤلف الفكرة في نطاق نظرية الشروط في العقد .

معنى ذلك ان الاجبار يكون مجرد شرط اولى للبيع : وان البيع
باعتباره غاية la vente est le but
immédiatement يتكون او يبرم فوراً
وان كان يظل مستورا بالاجبار ، بحيث تكون
قيمة قسط الاجبار هى قسط من ثمن المبيع فعلا .

وعقد هذا شأنه ، لا يختلف عن سابقه سوى فى الامعان فى اخفاء
حقبته ، ولذا أجرى القانون عليه نفس أحكام البيع بالتقسيط ، كما
ان الفقه كيفه كبيع تنتقل الملكية فيه الى المشتري معلقة على شرط واقف
منذ ابرام العقد .

وهذا العقد لا يمكن اعتباره ، أو احد الالتزامات الناشئة عنه
معلقة على شرط ، لنفس العلل التى ذكرناها فى البيع بالتقسيط ولذا
نحيل اليها .

(ج) الاجبار المقترن بوعد بالبيع :

« وقد لا يتحدث المتعاقدان عن بيع أصلا فى عقد الاجبار ، فيصدر
العقد على انه اجبار محض ، ولكنه مقترن بوعد بالبيع من المؤجر ، اذا
أبدى المستأجر رغبته فى الشراء خلال مدة الاجبار (٤٢٠) » فاذا كان
الاجبار الجدى هو المقصود أصلا فان فكرة التعليق على شرط لا تثور ،
أما اذا كان القصد قد انصرف الى البيع بالتقسيط ، والى أن الثمن فى
حالة اعلان المستأجر عن رغبته فى الشراء هو أقساط الاجبار ، سواء
وحدها أو مقرونة بمبلغ رمزى اضافى ، فان بعض الفقه يرى أن الوعد
بالبيع لا يعتبر وعدا بسيطا ، بل يعتبر وعدا معلقا على شرط قيام
المستأجر بالوفاء بأقساط الاجبار ، فى المواعيد المضروبة ، ويعتبر المشتري
فى هذه الحالة « مالكا تحت شرط واقف » (٤٣٠) .

والحقيقة اننا اذا نزلنا الى دقائق الامور ، لوجدنا ان العقد فى
هذه الحالة لا يكون معلقا على شرط ، بل مقرونا بخيار أو تحفظ ، مداه
الزمنى ، هو الوفاء بآخر قسط ، ذلك أن الشرط لا يمكن أن يكون هـ
ذات ارادة الموعود له أو أى أمر آخر داخل فى مضمونها ، فالشرط
بحسب طبيعته أمر عارض .

المبحث الرابع

الشرط أمر ممكن ومشروع

فكرة الشروط المستحيلة والمخالفة للنظام العام والآداب

لم تحظ فكرة قانونية . بعناية الفقه . قدر ما حظيت به فكرة الشروط المستحيلة وغير المشروعة . ولقد نلمح ذلك بوجه خاص في انقانون الفرنسي . حيث بدأ بارتان ذلك برسائلته عام ١٨٨٧ وأعقبه عشرات الفقهاء سواء يبحث نفس الموضوع مباشرة . أو تعميق بحث فكرته في ثنايا موضوع أعم ، وهو ما قام به مثلاً فيليب سيمليه حديثاً . وسنعرض لهذا الموضوع في سطلبين أولهما في علاقة الاستحالة بالشرط ودلالاتها . والثاني في فكرة المشروعية : صلتها بالشرط كوصف ودلالاتها .

المطلب الأول

الاستحالة

يجب أن يكون الشرط ليس فقط أمراً غير محقق الوقوع بل أيضاً أمراً ممكناً ، فليس كل أمر غير محقق الوقوع ، مستحيل بالضرورة ، وبعبارة أخرى فإن « من مستلزمات الشرط ألا يستطاع الجزم بما سيكون من أمره . لأنه إذا اشترط في الشرط ألا يكون محقق الوقوع ، إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون ممكناً . لأنه إذا لم يكن ممكناً ، أي كان مستحيلاً . تخلفت حقيقة التعليق على الشرط (٤٣١) » .

وتحديد علاقة الاستحالة بالشرط ، ودلالاتها . تقتضي عرض فكرة الاستحالة وتطبيقاتها . وحكم القانون فيها .

(٤٣١) أنور سلطان : الاحكام بند ٢٣٦ ص ٢٤١ ، وعبد الفتاح عبد الباقي الاحكام بند ١٤٠ ص ٢٣٩ وانظر لوران ، السابق ، بند ٣٩ ص ٥٩ وما بعدهما ؛ ودي لاميشيني ، السابق ، بند ١٧ ، رانور ، موسوعة دالوز أيضاً ، سألقة الإشارة ، بند ٢٥ ؛ وبودري وبارد بند ٧٥٢ ص ٤ وما بعدهما ؛ وهيك ، السابق بند ٢٤٧ ص ٢٣٠ وما بعدهما ؛ وريبير وبولانجيه ج ٢ بند ١٣٤٠ ، وبلانيول وريبير وجابولد بند ١٠٢٦ ص ٢٧٣ وما بعدهما ورينيه سافاتييه ، نظرية الالتزامات ، سألقة الإشارة بند ١٥٩ ص ٢٢٦ وما بعدهما . وفي القانون الانجليزي . بيلوك ص ٤١٥ . وفي الشريعة الاسلامية : ابن قاضي سماء : جامع الفصولين ج ٢ ص ٢ وما بعدهما وعبد الله الجليلي . رسالته سألقة الإشارة .

أولا :

فكرة الاستحالة

لعل تتبع فكرة استحالة الشرط من حيث تعريفها ، ووقت تقديرها ، وتقسيماتها ، يؤكد حقيقة الارتباط المطلق بين الشرط والعقد ، الأمر الذى لا يقتصر فحسب على القانون الرومانى ، بل يتوافر أيضا فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى فى مصر وفرنسا .

١ - تعريف الشرط المستحيل :

(١) فى القانون الرومانى :

عرف الفقيه بول الشرط المستحيل بأنه ذلك الذى تحول نوايس الطبيعة دون تحققه .

“Condition quae per rerum naturam admetti non potest”

ولقد رأى الباحثون فى القانون الرومانى ، أن هذا التعريف قاصر ، لأنه يركز الاستحالة فى الحالات التى تشكل فيها الطبيعة عقبات لا يمكن التغلب عليها ، متجاهلا بذلك العقبات القانونية التى قد تحول بدورها دون تحقق الشرط (٤٣٢) .

واذا كان الشرط المستحيل ذا سمة سلبية ، كتعليق العقد على عدم شروق الشمس ، فانه كان يختلط الى حد ما مع ما عرف بالشرط الضرورى ، كتعليق الهبة على عدم لمس الموهوب له السماء بأصبعه ، لذلك قال البعض أن هذين الشرطين إنما هما شرطان من الناحية الظاهرية فحسب، بمعنى انهما يستجمعان مظهر الشرط لا جوهره (٤٣٣)

“Les Conditions nécessaires et les Condition impossibles ne sont que des Conditions apparentes”.

(٤٣٢) لبلييه ص ١٠ وانظر جياكومتى ص ١٧ وما بعدها :
وبانيان ص ٣٠ .

(٤٣٣) بوفنوار ص ١٨ ، وفى القانون الانجليزى يعتبر الشرط ضروريا اذا انطوى على اثبات ضرورة أو نفى استحالة ، ويعتبر مستحيلا اذا أكد المستحيل أو نفى ما هو ضرورى : انظر :

F. Pollock : Principles of Contract, six edition, London
1894, p. 415.

ومع ذلك فقد ميز الفقه بين الأمرين استنادا الى ان الشرط الضروري - على خلاف الشرط المستحيل استحالة سلبية - ينطوي على نفى واقعة مستحيلة الأمر الذي ينعكس على التصرف ذاته ، فيعد منجزا ، ولا يعتبر الوفاء الذي تم بناءا عليه وفاءا بغير المستحق وبالتالي لا يجوز استرداده بمقتضي دعوى استرداد ما دفع دون وجه حق (٤٣٤).

(ب) في الفقه الاسلامي :

« لم يعرف فقهاء الشريعة الاسلامية الشرط المستحيل لذاته (٤٣٥) » ، ولكن حديثهم عن الشرط بوجه عام يحدد بوضوح معالم فكرة الاستحالة ، فالقرافي يذهب الى ان من شروط الشرط « امكان اجتماعه مع المشروط » لانه اذا كانت حكمة السبب قائمة في ذاته ، وحكمة الشرط موجود في غيره ، فانه اذا انتفى امكان اجتماع الشرط مع المشروط « لا تحصل فيه حكمته (٤٣٦) » .

ويمكن تعريف الشرط المستحيل في الفقه الاسلامي بأنه امر لا يمكن وقوعه عقلا أو عادة أو شرعا (٤٣٧)

ولاشك ان الغرض من استخدام فكرة التعليق : في هذه الحالة ، هو « ايدان المخاطب باستحالة انشاء ... العقد (٤٣٨) » على ماسيلي .

وتنتفى الاستحالة اذا علق العقد على شرط مستحيل استحالة سلبية ، فمن يهب آخر الفا ان هو لم يشرب ماء البحر ، يستهدف

(٤٣٤) بوفنوار . المرجع السابق ص ١٩ ولاحظ قوله :

“Le payement fait en vertu d'une obligation Contractée sous une telle Condition (nécessaire) ne peut donc jamais donner lieu à la Condictio indibiti”.

(٤٣٥) عبد الله الجليلي ص ٢ .

(٤٣٦) الفروق ج ١ ط ١ دار احياء الكتب ص ٧٥ .

(٤٣٧) انظر حاشية التليوبي ج ٣ ط ٤ (الحلبي) ص ٣٥١ وقد

عرض لامثلة الاستحالة . فمثال الاستحالة شرعا التعليق على نسخ صوم رمضان ، ومثال الاستحالة عادة التعليق على صعود السماء ، ومثال الاستحالة عقلا تعليق التصرف على أمر فيه جمع بين الضدين .

(٤٣٨) حسن الشاذلي : مذكراته في النظريات العامة ؛ سلافة

الاشارة ص ١٢٢ . وعلى الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية . ط ٣

ص ٢٥٧ .

عدم حمل الموهوب له على اتيان تلك الواقعة (٤٣٩) ، وبالتالي يكون عقد الهبة من البداية « عقدا منجزا (٤٤٠) » . وتعليق الفسخ على مثل هذا الشرط يعنى رغبة المتصرف فى تأييد تصرفه نهائيا (٤٤١) .

(ج) فى القانون المصرى :

وقد عرف الفقه الحادث الشرطى غير الممكن او المستحيل بأنه ذلك « الذى لا يمكن تحقيقه لكونه مخالفا نواميس الطبيعة او احكام القوانين ، فيكون محققا عدم وقوعه (٤٤٢) » ورأى تبعا لذلك ان مثل هذا الحادث لا يصلح كشرط فنى يعلق عليه العقد .

فطبيعة الاشياء او قوانين الطبيعة ، وحكم القانون ، يجعلان الامر « خارجا عن حيز الامكان (٤٤٤) » ، فإذا لم يخرج الحادث عن حيز الامكان أمكن تعليق العقد عليه ، لانه يكون لامحققا ولا مستحيلا ، على حد ما يقرره فقهاء الشريعة الفراء (٤٤٥) الذين جمعوا فى هذين النفيين أبرز خصيصتين من خصائص الشرط او مقوماته .

(د) فى القانون الفرنسى :

اما الفقه الفرنسى فقد جنح فريق منه ، الى التعميم وعرف الشرط المستحيل بأنه ذلك الذى يتسنى للمرء أن يقطع سلفا بأنه لن يقع (٤٤٦) . بينما مال فريق آخر الى التحديد ثم التحليل النسبى فعرف الشرط المستحيل بأنه ذلك الذى تحول النوايس المأوفة

(٤٣٩) انظر حاشية عميرة . المرجع السابق ص ٣٦٢ ، ٣٦٣ وقد استعرض فيهما مختلف الآراء وقال (ص ٣٦٣) « قال الكمال المدسى والتعليق بالمستحيل مع النفى يقع فى الحال » .

(٤٤٠) عبد الله الجليلي الرسالة السابقة ص ٣ .

(٤٤١) ويقول الشرنبلالى انه يشترط فى الشرط ألا يكون مستحيلا ، كان دخل الجمل فى سم الخيط فمثل هذا لا يقع أصلا والغرض منه تحقيق المنفى حيث تم التعليق بأمر محال : انظر الدرر على هامش شرح غرر الاحكام لمنلا خسرو ج ١ الناشر أحمد جودت ص ٣٧٦ .

(٤٤٢) سليمان مرقس . الموجز بند ٧٤٦ ص ٨١٦ .

(٤٤٣) السنهورى . المجز بند ٤٧٠ ص ٤٧٥ والوسيط ٣ بند ١١ ص ٦١٦ ومابعدها وبهجت بدوى . خلاصة محاضرات ٠٠٠ بند ٤٥٩

ص ٤١٣ ، وعبد الفتاح عبد الباقي الاحكام بند ١٤٠ ص ٢٣٩ .

(٤٤٤) اسماعيل غانم . الاحكام بند ١٤٢ ص ٢٩٢ .

(٤٤٥) الشرنبلالى . الموضع السابق .

(٤٤٦) بارتان . رسالته السابقة ص ٩ .

للطبيعة دون تحقق ، وقد تنجم الاستحالة من ظروف تلايس الحادث الممكن فتخرجه من حيز الامكان وتعرف الاستحالة في هذه الحالة بالاستحالة الواقعية ، كما ان الاستحالة قد تكون مؤبدة وقد تكون مطلقة (٤٤٧) .

وهناك فريق ثالث كان أكثر تحديدا لماهية الشرط المستحيل فعرفه بأنه بند عقدي يكتسي صورة شرطية . محلها واقعة طبيعية أو قانونية ، غير قابلة للتحقق ، على الأقل تحققا مباشرا . ن الحدود المتوقعة (٤٤٨) .

فهذا الاتجاه لا يعول على استحالة الشيء في ذاته ، وانما يحدد الأمور من خلال التوقعات ، وهى توقعات لا يصنعها مجرد التصور ، بل يجسمها النظر الى الأمور وهى في حالة حركة وتطور . فقد تكون أواقعة الطبيعية مستحيلة بسبب تعارضها مع قوانين الطبيعة ، ولكنها قد تكتسي هذه السمة بسبب ضعف الطبيعة الإنسانية نفسها . كذلك قد تكون الاستحالة ناجمة عن وجود عقبات قانونية تحول دون امكان تحقق الشرط (٤٤٩) .

٢ - وقت تقدير الاستحالة :

من المنطقى ، بل ومن البديهي ، أن يكون وقت ابرام العقد الشرطى هو وقت تقدير الاستحالة (٤٥٠) . بسبب ما ثبت حتى الآن من

(٤٤٧) تولى به : ج ٢ ط ٥ بند ٤٨١ ص ٥١٤/٥١٥ :

“Une Condition est impossible quand l'ordre accoutumé de la nature est un obstacle à son accomplissement...”.

(٤٤٨) بانيان . رسالته السابقة ص ٢٩ حيث يقول :

“La Condition impossible est une clause revêtant la forme Conditionnelle qui a pour objet un fait d'ordre physique ou juridique insusceptible de réalisation au moins directe dans les termes prévus”.

(٤٤٩) المرجع السابق ص ٢٧ ، ٢٨ . وانظر فى الاستحالة الطبيعية والقانونية وأثرهما بوجه عام فى القانون الانجليزى . جواي . السابق ص ٦٢٢ وما بعدها .

(٤٥٠) عبد الله الجليلي ص ٢١ ؛ وبارتان ١٠٩ وما بعدها ، وانظر بوفنوار ص ١٨ وما بعدها ؛ وجياكوميتى ص ٧٨ وما بعدها . ولبلتييه ص ١٦٩ وما بعدها ، ويركز هيك الاستحالة الطبيعية المطلقة (ص ٣٣١) ذى اللحظة “où la convention s'est formée”

أن الشرط وصف للتراضي ، ولأنه لا تعليق بلا شرط ، ولا شرط ما لم تستجمع الواقعة كل المقومات التي بدونها لا تكتسب صفة الشرطية .

وفيقه تركيز الاستحالة في لحظة زمنية معينة هي لحظة إبرام العقد في تمييز استحالة العقد وهي أمر يقع ابتداء ، عن تخلف الشرط وهو أمر يقع بعد إبرام العقد المعلق ، كذلك يدع هذا التركيز مجالا لأعمال فكرة علم أو عدم علم المتعاقدين أو أحدهما بأمر الاستحالة لأن « اعتبار إمكان الشرط من بين مقوماته وبيان أثر استحالاته يجب أن يتم دائما في ضوء الصورة العملية للعقد المقترن بالشرط المستحيل ، وعلى أساس أن الشرط لا يقترن إلا بالتزام ناشئ عن الإرادة ، مما يجعل الشرط .. وصفا للتراضي أكثر منه وصفا للالتزام ، وعلى هذا الأساس يجب أن نفسر أثر استحالة الشرط ، آخذين في الاعتبار ، علم الملتزم أو عدم علمه بهذه الاستحالة (وكذا علم الطرف الآخر في المعاملة التي تتم باتفاقهما) (٤٥١) » ، على ما سيلي بيانه .

٣ - تقسيمات الاستحالة :

لاستحالة الشرط تقسيمات عديدة بحسب الزاوية التي يتم النظر إليها من خلالها (٤٥٢) ولعل أهم تقسيمين لها هما اللذان يتعلقان بتصنيفها إلى استحالة مادية واستحالة قانونية من جهة ، وإلى استحالة مطلقة واستحالة نسبية من جهة أخرى . ونعرض لهذين التقسيمين فيما يلي :

(١) الاستحالة المادية والقانونية للشرط

ليس شك أن القانون الروماني عرف الاستحالة المادية (٤٥٣)
(impossibilité de fait) كما عرفته أيضا الشريعة الإسلامية (٤٥٤)

(٤٥١) جميل الشرقاوى : الأحكام : المرجع السابق رقم ٥٢ ص ١٩٦/١٧٥ .

(٤٥٢) ومن أهم التقسيمات تقسيم جياكومتي في رسالته ص ٧٨ الذي جمع فيه تقسيمات الأقدمين للاستحالة وهي الاستحالة الطبيعية والواقعية والمطلقة والنسبية والمؤبدة والوقتية :

1— L'impossibilité de nature. 2— ... de fait 3— ...absolue et... relative 4— ... perpetuelle et... temporaire.

(٤٥٣) بوفنوار : السابق ص ٢٥ "Si coelum digito tetigeris"

(٤٥٤) على الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية ط ٣ ص ٢٥٧ .

والقوانين الوضعية (٤٥٥) .

ويكون الشرط مستحيلا استحالة مادية اذا وجد في طبيعة الاشياء عقبة تحول دون تحققه : كتعليق العقد على اكتشاف دواء يديم الحياة (٤٥٦) . او تعليق هبة على الطيران في الهواء بغير طائرة (٤٥٧) ، او على عبور المحيط سباحة (٤٥٨) . او على عدم شروق الشمس في اليوم التالي (٤٥٩) :

والاستحالة المادية الطبيعية غالبا ما تستند الاستحالة فيها الى نفس الطبيعة ، ويذهب الفقه الى ان الاستحالة المادية قد تثور بسبب الظروف التي تلابس فعلا ممكنا في حد ذاته ، والمثال التقليدي لذلك هو تعليق عقد هبة على قيام الموهوب له ببناء مدفن . او ما أشبهه ، للمواهب خلال ايام محددة (٤٦٠) وسنرى ان هذا المثال يتعلق بالأعباء وليس بالشرط كوصف .

واذا كانت الاستحالة المادية ترجع غالبا الى طبيعة الاشياء ، فان الاستحالة القانونية مناطها حكم القانون ، فيكون الشرط مستحيلا كلما

(٤٥٥) ففي القانون الانجليزي يقول بولوك أن العقد يكون معلقا على شرط مستحيل اذا كان الشرط يتمثل في اثبات أو تأكيد الاستحالة كالصعود للقمر (سنة ١٨٩٤) أو نفى ضرورة كعدم شروق الشمس في اليوم التالي : المرجع السابق ص ٤١٥ ؛ وانظر جمال زكي أحكام الالتزام (سنة ١٩٧٤) بند ٩٠ ص ١١٧ .

(٤٥٦) اسماعيل غانم : الاحكام رقم ٤١٢ ص ٢٩٢ ويضرب بوتيبي مثلا لذلك يرسم مثلث دون زوايا : مؤلفه السابق بند ٢٠٤ .

(٤٥٧) جمال زكي : المرجع والموضع السابقان ؛ وتوفيق فرج الاحكام ص ٩٧ .

(٤٥٨) سليمان مرقس : المرجع السابق رقم ٧٤٦ ص ٨١٦ .

(٤٥٩) بولوك : مبادئ العقد (في القانون الانجليزي) ص ٤١٥ .

(٤٦٠) تولييه : المرجع السابق بند ٤٨١ ص ٥١٥ :

“Une Condition possible en elle-même peut devenir impossible à raison d’une circonstance qui s’y trouve ajouté. Par exemple de Construire un édifice en trois jour”.

وانظر لبليتييه ص ٤ ؛ وبارتان ص ١٢ ، ١٣ وهو يرى أن الأمر بنطوى على مجرد حث على العمل ؛ وبانيان ص ٣١ ، ٣٢ وهو دتيني فكرة تحليل ارادة الموصى . ويلاحظ ان لبليتييه يميز بين الشرط المسفحج وهو لن يتحقق ، والشرط الشاق وهو ممكن التحقق رغم صعوبته : ص ٧ ، ٨ .

صادف عقبة قانونية تحول دون امكان تحقيقه (٤٦١) . ومثال ذلك تعليق المتعاقدين عقدا ما على الحصول « على تنازل شخص ثالث عن نصيبه في تركة انسان على قيد الحياة (٤٦٢) » ، او الزواج من احدى المحارم (٤٦٣) .

والشرط في المثالين السابقين يتنافى على التوالي مع نص أمر في القانون المدنى (٤٦٤) ، والشريعة الاسلامية . ولكن ليس ثمة ما يحول دون اعتبار الشرط مستحيلا اذا كان اى قانون آخر يشكل عقبة تحول دون تحقيقه كقانون المقوبات او القانون المالى ، ومثاله بصدد قانون المرافعات تعليق عقد على رفع استئناف صحيح بعد فوات الميعاد (٤٦٥) .

ولم يكتف بوفنوار بتصنيف الاستحالة في القانون الرومانى الى مادية وقانونية ، بل اضاف الى ذلك قسما ثالثا اطلق عليه الاستحالة المنطقية .

وقد عرف الشروط المستحيلة استحالة منطقية Les Conditions logiquement impossibles بأنها تلك التى تنطوى على تناقض (٤٦٦) منطقى ، كتعليق تصرف على امرين لا يصدقان معادون ان ينفى كلاهما الآخر ، اذ يفصح ذلك عن عدم جدية المتصرف فى إبرام تصرفه اصلا ، ومن الغريب حقا ان يكون الرومان قد بصروا منذ عهد طويل بمثل هذا المضمون (٤٦٧) .

(٤٦٦) بوفنوار ص ٢٩ حيث يعرف الاستحالة القانونية بأنها :

“Celle qui résulte de ce que l’accomplissement de la Condition est empêché par une disposition de la loi”.

(٤٦٢) اسماعيل غانم . المرجع السابق .

(٤٦٣) عبد النعم البدر اوى بند ٢١٢ ص ٢١٤ .

(٤٦٤) وكان يتنافى مع القانون المدنى الرومانى ، ان جاز التعبير .

تعليق عقد على زواج شخص قبل بلوغ سن الرشد ، بوفنوار ص ٢٩ .

(٤٦٥) سليمان مرقس : المرجع والموضع السابقان .

(٤٦٦) فالاستحالة هنا استحالة عقلية ، كما يقول فقهاء الشريعة

الفراء لأنها تنطوى على الجمع بين الضدين وهذا غير ممكن عقلا كما أشرنا وكما سنرى . انظر حاشية القليوبى ج ٣ ط ص ٣٥١ .

(٤٦٧) بوفنوار ص ٣١

“Tel se ait le cas où l’on aurait institué deux héritiers, mais chacun sous la Condition que l’autre sera héritier : il est bien évident que la Condition ne pourra s’accomplir ni pour l’un ni pour l’autre”.

“Si Titius heres erit, Seius heres estor; Si Seius heres erit, Titius heres esto; Julianus inutilem esse institutionem scribit, quum Condicio existere non possit”.

وقد اطلق الرومان على تلك الشروط اصطلاح : *Conditiones perplexae* ومثلوا لها بحالة من يريد تنصيب شخصين معا كوارثين مع تعليق قرار تعيين كل منهما على صيرورة الآخر وارثا .

(ب) الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية

تكون استحالة الشرط مطلقة اذا كانت تقوم بالنسبة لكافة الناس (٤٦٨) .

واذا نظرنا في الاستحالة المادية او (٤٦٩) الطبيعية ، وجدنا ان نطاقها أو مداها « يضيق مع التقدم وكشف أسرار الطبيعة (٤٧٠) » وربما كان هذا هو ما حدا بالفقه الى أن يقرر انها لاتعرض عملا الا في احوال نادرة جدا ، ومن ثم فانها لا تثير اية صعوبة جدية (٤٧١) في مسألة الشرط . وعلى اى حال فانه وفقا للمعيار السالف في وقت تقدير الاستحالة فانه يجب اخذ فكرة التوقع في الحسبان ، بمعنى انه اذا كان الأمر مستحيلا وقت ابرام العقد . ولكن المتعاقدين يتوقعان او يأملان (٤٧٢) « في وقوعه مستقبلا ساغ ان يصلح شرطا (٤٧٣) » ولكن هذا التوقع او ذلك الأمل يجب ان يستند الى مؤشرات طبيعية او علمية تجعل حدوث الشرط أمرا ممكنا .

فصعود القمر الذى كان مثلا شائعا للشرط المستحيل استحالة مطلقة ، أصبح غير وارد الآن ، بعد ان صعد الانسان وبلغ القمر ، وكان يمكن اعتباره مثالا للاستحالة النسبية لا المطلقة في وقت كان التقدم العلمى فيه يسمح بتوقع ذلك .

واهمية تحديد ما اذا كانت الاستحالة مطلقة ام نسبية تكمن في ان الاستحالة النسبية لاتحول دون قيام العقد المعلق كما انها « لا تؤثر

(٤٦٨) البرداوى . الاحكام بند ٢١٢ ص ٢٣٤ : وجياكومتى ص ٧٩ حيث يقول :

“L'impossibilité est absolue lorsqu'il s'agit d'une Condition que personne absolument ne pourrait remplir”.

(٤٦٩) ديملومب ج ٢٥ بند ٣٠٠ ، وقارن جياكومتى ص ٧٨ .

(٤٧٠) جميل الشرقاوى . المصادر بند ٤٣ ص ١٩٤ .

(٤٧١) لبلتويه ص ٣ .

(٤٧٢) عبد الفتاح عبد الباقي . الاحكام بند ١٤٠ ص ٢٤٠ .

(٤٧٣) المرجع والموضع السابقان .

على التعليق على الشرط ولا تعيب الالتزام (٤٧٤) » ضرورة أنها لا تقوم بالنسبة للكافة وإنما تقوم « بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض (٤٧٥) » الآخر .

وتقدير ما إذا كان الشرط مستحيلا استحالة مطلقة أم نسبية هو من الأمور المتروكة للقضاء ، يقضي فيها على ضوء الظروف والمقتضيات « فإذا قلت لمن لا يعرف الرسم : أعطيك ١٠٠ جنيه إذا رسمت صورتى ، فليس هذا الشرط مستحيلا استحالة مطلقة » فى رأى بعض الفقهاء حتى وإن « كان الموعود له لا يعرف الرسم ، إذ يحتمل أن يكون المقصود به حمل الأخير على تعلم الرسم (٤٧٦) » إلا إذا كان الأجل المضروب لتحقيق الشرط فى غضونه غير كاف لتعلم الشخص العادى فن الرسم حسب المجرى العادى للأمور فإن الشرط يكون مستحيلا (٤٧٧)

إنما يلاحظ أن الفقه وإن كان يضرب هذا المثال ، غالبا ، بصدد الحديث عن الشروط بمعنى الأعباء ، إلا أنه إذا ثبت أن الرسم لم يكن أمرا داخلا فى مضمون التصرف فإنه لآمانع البتة من سوجه إكمال للشرط بمعنى الوصف ، وسنعرض لاحقا لمعيار التمييز بين الشرط والعبء .

وفى التفرقة بين الشرط المستحيل والشرط غير المشروع ، يقول بعض الفقهاء أنه لا يلزم من عدم مشروعية الشرط لاستحاله فقد يكون

(٤٧٤) توفيق حسن فرج . الأحكام ص ٩٧ .

(٤٧٥) عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق رقم ٢١٢ ص ٢٣٤ فالشرط يكون مستحيلا استحالة نسبية أو شخصية إذا تعذر على المشترط عليه أو المشار إليه تحقيق الشرط وحده حالة كونه ممكنا بالنسبة لغيره . بارتان : رسالته السابقة ص ١٣ وبانبيان رسالته المشار إليها ص ٣٢ ، ويقول جياكومتى أن الشرط يكون مستحيلا استحالة نسبية .
"quand elle est impossible seulement à l'égard d'une personne déterminée qui ne saurait..."

(٤٧٦) سليمان مرقس ، الموجز بند ٧٤٦ ص ٨١٧ وانظر تولىيه المرجع السابق بند ٤٨١ ص ٥١٥ .
(٤٧٧) ويقول بعض الفقهاء أن الأمر يتعلق بصعوبة لا استحالة انظر بانينال ص ٢٤ ، ولاحظ استدراكه :

"Toutefois, si un délai avait été fixé pour l'accomplissement de la Condition et que ce délai fut manifestement trop court pour l'étude de la peinture le fait Conditionnel pourrait, de ce chef, être considéré comme impossible".

الشرط غير مشروع حالة كونه ممكن الوقوع (٤٧٨) ، فزواج محرمين غير مشروع ولكنه ممكن . وتعليق تصرف على قتل انسان هو تعليق على أمر ممكن الوقوع ولكنه غير مشروع (٤٧٩) ، انما يلاحظ ان مثل هذه الامثلة ليست بحاجة الى تفسيرها من خلال فكرة المشروعية اذ يكفيها انها تصطدم بالقوانين . وهى فى مجموعها تدخل فى مضمون التصرفات ولذا لايمكن ان تشكل شروطا بالمعنى النى للكلمة على ماسنرى (٤٨٠) .

ثانيا :

بعض التطبيقات على فكرة الاستحالة

نعرض فيما يلى لاهم تطبيقات فكرة الاستحالة فى القانون الوضعى فى مصر وفرنسا وفى الشريعة الاسلامية عرضا انتقاديا .

١ - فى القانون الوضعى المصرى والمقارن :

أ - بند الاحلال : Clause de Substitution

قد تعرض على القاضي الوطنى قضية تثار فيها فكرة تطبيق واعمال القانون الفرنسى . اذا لم يكن ثمة تناف مع النظام العام ، بصدد ما يعرف ببند الاحلال فى القانون الفرنسى ، وسنعرض فيما يلى لمضمون وحكم هذا البند فى ذلك القانون .

ويقصد بشرط أو بند الاحلال فى القانون الفرنسى ، ذلك الاشتراط الذى قد تنطوى عليه التبرعات ، والذى بمقتضاه يفرض المتبرع (الموصى أو الواهب) ، على المستفيد (الموصى له أو الموهوب له) ، ان يحتفظ هذا الاخير طيلة حياته بالمال المتبرع به ، لكى يسول بعد مماته الى مستفيد آخر ، معين ، يكون حيا . واهلا ، فى تلك اللحظة (٤٨١) .

(٤٧٨) بوفنوار : ص ٢٩ ، ولبلتيه ص ٩ .

(٤٧٩) المرجعان السابقان .

(٣٨٠) ويلاحظ ان الاستحالة القانونية يجب أن تكون مؤبدة (لبلتييه ص ٩) ولما كانت القوانين عرضة للتغيير فان فكرة الاستحالة القانونية قد تكون ذات سمة نسبية . وانظر فى استلزام ديمومة الاستدالة . القانونية : بلانيول وريبير وجابولد بند ١٠٢٦ ص ٣٧٣ وانظر أيضا أوبرى ورو . مرجعهما السالف رقم ٣٠٢ ، ص ١٠٠ وهامش ١٣ وحكم محكمة بو الصادر فى ١٨٩٢/٦/٢٩ سبريه ٩٣ - ٢ - ١٢٣ ، وقد حكمت محكمة باريس فى حكمها الصادر فى ١٩٣٤/١١/١٤ بأنه "لنعد المعلق على تغيير التشريع سواء فى فرنسا أو فى دولة أجنبية ، لا يمكن اعتباره عقدا معلقا على شرط مستحيل : جازيت المحاكم ١٤-١٢-١٩٣٤ . أورده بلانيول وريبير وجابولد ص ٣٧٤ بالهامش . (٤٨١) بانينان : رسالته السابقة ص ٤٠ .

ويعرف الموهوب له الاول بالملكف بالاحلال grevé والثاني بالمنتفع به l'appelé (٤٨٢) .

وليس شك في أن الامر يتعلق في هذه الحالة ببند عقدي وليس بشرط بمعنى الوصف ، فانتفاع الملكف بالاحلال انما هو مقابل التزامه بأيلولة المال عند وفاته الى مستفيد آخر ، كما أن هذا النظام يستهدف ايجاد أسلوب خاص للتوارث ، لا هو شرعى (قانونى) ، ولا هوايصائى ، العبرة فيه بارادة المشترط دون ارادة الملكف بالاحلال (٤٨٢) .

وقد حظرت المادة ٨٩٦ مدنى فرنسي نظام الاحلال سالف الاشارة ، اذ قضت كأصل عام (٤٨٤) ، بحظر كافة الاحلالات وببطلان كل تصرف يلتزم فيه المستفيد بالاحتفاظ بالمال المتبرع به ونقله للغير ، حتى بالنسبة للموهوب له أو الوارث المعين أو الموصي له .

ويلاحظ أن الاحلال المقصود في هذا النص هو ما يعرف بالاحلال العهدى أو الايصائى ومن جوهره :

اولا : اعطاء مال واحد لشخصين متعاقبين ، بحيث تكون في الواقع ازاء تبرعين واردين على نفس المال وان كانا منفصلين زمنيا tractus temporis ، وليس الحال كذلك في الوصية المثقلة بعبء لان موضوعها ذاته يكون قابلا لانتقاص مقدار العبء منه ، ويختلف الاحلال العهدى أيضا عن الاحلال العادى S. Vulgaire والذي يعين فيه الموصي ، موصي له آخر ، بصفة احتياطية ، يؤول اليه المال الموصي به عند عدم وجود الموصي له بصفة أصلية (٨٨٥) ، ذلك أنه في الاحلال العادى

Marcel Laborde-Lacoste : Exposé Méthodique de (٤٨٢)

Dr. Civ. Tome Troisième. Paris 1948, No. 1413, p. 562.

(٤٨٣) بارتان : رسالته السابقة ص ٤٥/٤٦ .

(٤٨٤) انظر استثنائين وردا بالمادتين ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ مدنى

فرنسى وانظر فى تحديد أحكامهما :

G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin. Tome deuxième, Deuxième édition, Paris 1899, Nos. 3221, pp. 570 et s.

(٤٨٥) مارسيل لاجورد لاقوست : السابق رقم ١٣٢٤ ص ٥٣٤ .

ويعرف بلانيول بالاحلال العادى (بوسيطه ج ٣ ط ٥ باريس ١٩١٠ : بند ٢٨٥٨ ص ٦٩٤) بقوله :

"Il y a substitution, lorsque le testateur a désigné un second légataire pour recueillir le legs à défaut du premier. C'est ce qu'on appelle la substitution vulgaire..."

لا توجد سوى وصية واحدة تعطى لشخص احتياطي عند عدم وجود الشخص الاصلى . كذلك يختلف الاحلال العهدي عن الوصية المزدوجة الشرطية وصورتها ان يوصى شخص (ا) الى آخر (ب) بمال ما ، شريطة انه اذا مات الموصي له (ب) دون ان يعقب ، آلت الوصية الى آخر (ج) . ذلك ان الامر في هذه الحالة يكون برمته منوطا بواقعة مستقبلية ومحتملة وعارضة وتعتبر بمثابة شرط فاسخ للملكية الموصي له (ب) ان تحقق اعتبر كان لم يكن مالكا البتة . وتكون بمثابة شرط واقف بالنسبة للموصي له الآخر (ح) فان تحقق عد مالكا من البداية . وان تخلف الشرط بأن اعقب الموصي له (ب) تأكد ملكه للموصي به . وينتقل ككافة امواله الى عقبه بحسب القواعد العادية والمقررة قانونا . فليس في الوصية المزدوجة الشرطية سوى تبرع وحيد على خلاف الاحلال العهدي او الايصائي (٤٨٦)

ثانيا : التزام المكلف بالاحلال بالاحتفاظ بالمال المتبرع به (٤٨٧) : ومعنى ذلك ان هذا المال يعد غير قابل للتصرف فيه أو الحجز عليه . فان تخلفت هذه الخصيصة انتفى الحظر . ومثال ذلك الوصية المعروفة اصطلاحا بـ "Legs de residuo ou de eo quod supererit". ففيها يحتفظ المستفيد بحقه في التصرف معاوضة أو تبرعا (٤٨٨) . ولا يرد المستفيد بالتالي الى الموصي له الثاني سوى الجزء من المال الذي تبقى لديه عند مماته (٤٨٩) .

ثالثا : الالتزام بأيلولة المال عند وفاة المستفيد الى من عينه المتبرع ، ومن هنا يختلف الاحلال العهدي عن الهبة المثقلة بتكليف فان التصرف الاخير قد يناط مداه بأجل آخر خلاف وفاة المتبرع اليه ، وفي ان الهبة المثقلة بعقب ، ينتقل فيها المال الموهوب الى الموهوب له نهائيا ، فلا تثار شأنه العقبة الاقتصادية المتمثلة في حظر تداول المال ولو لمدة من الزمن (٤٩٠) .

(٤٨٦) لابوردلاكوست : السابق رقم ١٤١٨ ص ٥٦٣ حتى رقم ١٤٢٤ ص ٥٦٥ والاحكام والمراجع التي أشار اليها .
(٤٨٧) Léon Julliot de La Morandiere : Précis de Droit Civil; Publié d'après le Cour... d'amb oise Colin et Henri Capitant. Tome troisième, Huitième édition, Paris 1954 No. 1194, p. 606.

(٤٨٨) المرجع السابق بند ١١٩٥ ص ٦٠٦ .
(٤٨٩) لابوردلاكوست : السابق بند ١٤٢٣ ص ٥٦٥ .
(٤٩٠) انظر دي لامورانديير : السابق رقم ١٨٤ ا ص ٦٠١ ، ٦٠٢ .
وعن هذه العقبة يقول مع كولان وكابيتان :

ويتضح من طبيعة الاحلال المهدى على ما سلف انه لا ينطوى على فكرة التعليق ، لانه لا تعليق الا حيث تكون الواقعة الشرطية عارضة ولا تدخل فى مضمون التصرف ، ولان الاحلال ينطوى فى جوهره على فكرة المقابل التى تنفذ الى صميم التصرف من الناحيتين المادية والقانونية ، ومعنى ذلك انه اذا ارتفع بند الاحلال من التصرف فان ذلك يؤثر على جوهره ، وتتبع تاريخ هذا النظام والاعتبارات التى أفضت الى حظره قد يدع مجالا للقول بأن البطلان فيه لا يجب تأسيسه على فكرة الاستحالة ، وانما يمكن تفسيره من خلال اعتبارات تتعلق بالنظام العام بمضمونه الاجتماعى والاقتصادى (٤٩١) ، أى من خلال وجوب اطلاق الحرية أمام تداول الاموال وعدم جواز الاحلال بمبدأ المساواة بين الورثة فى القانون الفرنسى .

ب - شرط المنع من التصرف :

« قد يقتزن نقل ملكية مال من شخص الى آخر ، بعوض أو بغير عوض ، بشرط يمنع المكتسب من التصرف فى هذا المال ، ولكنه فى الغالب يقتزن بالتبرعات التى ترد على مال عقارى . ويقصد المتصرف من شرط المنع اما تحقيق مصلحة له هو ، واما مصلحة نفس المتصرف اليه الممنوع من التصرف أو أى شخص من الغير » (٤٩٢) .

وقد أباحت المادة ١/٨٢٣ مدنى مصرى تضمين العقد أو الوصية مثل هذا الشرط اذا كان مبنيا على باعث مشروع ومقصود على مدة معقولة .

“Au point de vue économique, il serait contraire à l'intérêt général que des biens fussent soustraits à la libre circulation pendant la durée de plusieurs générations. ajoutons que l'indisponibilité dont sont frappés les biens grevés de substitution n'est pas favorable à leur bonne administration”.

(٤٩١) وهذا التفسير ادعى الآن بعد تطور فكرة النظام العام . أنظر فى اطار مجموعة الاعمال المهداة الى ربنيه سافاتييه (دالوز ١٩٦٥) مقالا لدينييس تالون بين فيه تنوع فكرة النظام العام الى دولى واجرائى وادارى وأخلاقي واقتصادي ونقدى ومهنى وجبائى وهو بعنوان :

Considération sur la notion d'ordre public dans les Contrats en Droit Français et en Droit Anglais, P. 884.

وانظر فرجات : النظام العام الاقتصادى . باريس ١٩٦٣ بوجه خاص بند ٢٧٢ ص ٢١٨ وما بعدها .

(٤٩٢) جميل الشرقاوى . رسالته السابقة بند ٣٣ .

وهذا المسلك التشريعى يتسق مع الشرطين اللذين صاغهما القضاء فى فرنسا (٤٩٢) ومصر (٤٩٤) ، وجرى عليهما القضاء بعد ذلك حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن شرط المنع من التصرف صحيح متى بنى على باعث مشروع واقتصر على مدة معقولة ، وبأن الباعث يكون مشروعاً اذا كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف اليه أو الغير ، وبأن تقدير مشروعية المصلحة ومدى معقولية المدة المحددة . مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولارقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى بنى على اسباب سائفة (٤٩٥) .

وقد فرق بارتان بين شرط عدم القابلية للتصرف وشرط المنع من التصرف . واكد ان شرط عدم القابلية للتصرف هو بند فى عقد يستهدف جعل المال ذاته غير قابل للتصرف فيه . فلا يفرض مجرد التزام على عاتق المتصرف اليه نفسه ، كما هو شأن شرط المنع من التصرف ، (٤٩٦) .

(٤٩٣) أنظر الأحكام التى أشار إليها فيليب سيمليه برسائلته السابقة ص ٢٦٦ وما بعدها ولاحظ ما حصله من نتيجة فى قوله (بند ٢٢٢ ص ٢٦٧) :

“Une clause d'inaliénabilité n'est donc valable qui si deux Conditions se trouvent cumulativement remplies : limitation dans le temps et existence d'un mobile justificatif légitime”.

وانظر كولان وكابيتان ودى لامورانديير . المختصر باريس ١٩٥٠ بند ٨١١ ص ٤٥٦ .

(٤٩٤) استئناف مصر ١٣ ابريل ١٩٢٠ المحاماة س ٢ ص ٢١٠ رقم ٢٤ ، ٢٠ يناير ١٩٢٣ المحاماة س ٣ ص ١٦٢ رقم ١٠٩ . وطنطا ٦ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة س ٦ ص ٨٦٤ رقم ٨٣٩ وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٧٤ وجميل الشرقاوى . الرسالة السابقة هامش ٣ ص ٩٨ .

(٤٩٥) نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ مجموعة المكتب الفنى س ٢٤١٩ ق ١٨٣ ص ١٢٢٣ .

(٤٩٦) ومما قاله بارتان فى هذا الصدد (رسالته ص ١٩٣) أيضا :

“Il ya entre les deux (clause d'inaliénabilité et la défense d'aliéner ou la simple prohibition d'aliéner) toute la différence du droit réel à l'obligation. L'une prétend frapper le bien : l'autre ne frappe que la personne”

ويذهب لبلتويه الى أن شرط عدم القابلية للتصرف يعد شرطاً مستحيلاً استحالة قانونية (رسالته ص ١٩٣) لأنه يحول دون قابلية

وإذا كان القضاء مستفرا على أن جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف هو البطلان (٤٩٧) ، إلا أن الفقه مختلف حول تبرير البطلان في هذه الحالة . وفي هذا الصدد ذهب فريق من الفقهاء الى تبرير البطلان « بالاستناد الى المادة ١١٤٣ مدنى فرنسي التى تبيح للدائن طلب ازالة ما يخالف التعهد » وهو ما انتقده الفقه لان تلك المادة لا تتكلم الا عن ازالة الحالة المادية فحسب ، ولان متعلق هذه المادة لا يبيح رفع دعوى البطلان ضد الغير . وذهب فريق آخر الى تبرير البطلان تعليلا بأن الشرط يفضي الى نقص أهلية المتصرف اليه الممنوع ، وقد انتقد الفقه هذا التفسير أيضا لان انتقاص الاهلية لا يكون الا بنص . « ولذلك رأى فقهاء آخرون تبرير القضاء بالبطلان عن طريق البحث عن اثر الشرط في نفس المال الممنوع من التصرف فيه . فقالوا بأن الشرط يوجد على هذا المال تكييفا عينيا (charge réelle) ، يجعله غير قابل للتصرف فيه (indisponible) او (inaliénable) ولذا يلتزم الغير بحالة المال المتصرف فيه مع هذا الشرط . ويعتبر اكتساب الغير لاي حق عليه على خلاف شرط المنع ، واردا على محل لا يقبله نتيجة للمركز الذى يضعه فيه الشرط ويجعله - فى حدود المنع - مالا خارجا عن التعامل (extra Commercium) . ولعل أهم ما انتقد به هذا الرأى هو أنه يسوى فى الاثر بين اتفاق المتصرف والمتصرف اليه وبين قاعدة قانونية تحمى النظام العام وحسن الاداب ، ويخرج المال من دائرة التعامل بغير نص ، ولذا فان الاستاذ العميد الدكتور جميل الشرقاوى بعد تحليل هذه الاتجاهات وانتقاداتها ، أوضح الاسباب التى يستند اليها فى استخلاص أن حيرة الفقه الفرنسى فى تبرير مسلك القضاء تؤكد أن ذلك القضاء لا يستند فى قضائه الى مبادئ مسلمة او واضحة ، ثم أكد « أن نشأة هذا القضاء ترجع الى خلط وقع فيه الفقه والقضاء منذ البداية بين شرط يؤدي الى التزام قابله بالامتناع عن التصرف وشرط يؤدي الى أن يصبح المال غير قابل للتصرف ، اذ ربطوا بين الامرين وتصوروا دائما أن تصحيح شرط الامتناع عن التصرف

=
المال للتداول (نفس الموضع) . ويقول تيسيه ان اخراج المال عن دائرة التعامل بارادة الافراد هو أمر مستحيل قانونا (تعليق فى سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٢٢٥) . ويقول بارنان ان هذا الشرط يتنافى مع ما يسبغه جوهر المال ذاته l'essence mêmes de biens على الشخص من من قدرة على التصرف فيه بحرية (رسالته ص ١٦٤ وما بعدها) . ويتأكد ذلك من الاستثناءات الواردة عليه (لبلتييه ص ١٩٣) .
(٤٩٧) نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ سالف الاشارة .

معناه تقرير عدم قابلية المال للتصرف ، ولهذا السبب كان الفقه في اول الامر يحتج لرفض صحة هذا الشرط في التصرفات بطبيعة حق الملكية وقابليته للتصرف » وقال ان الجزاء واجب الاعمال مع صراحة نص المادة ٨٢٤ مدنى مصرى هو « عدم نفوذ التصرف الذى تقوم به المخالفة نتيجة للبطلان الذى يترتب على معارضته ، لقاعدة القانون التى تمنع تجاهل عدم قابلية المال للتصرف الناشئ عن اشتراطه » . وفى هذه الحالة يكون مصدر البطلان فى القانون المصرى هو صريح نص القانون ، بيد انه انتقد مسلك المشرع المصرى من نواح اخرى منها بعد القانون المصرى فى هذا الصدد عن المنطق التشريعى حين استخدم سلطة حماية المصالح العليا فى حماية مصالح خاصة ، واهداره لاستقرار المعاملات حين لم يستلزم اى نوع من العلانية او الشهور لشرط المنع من التصرف ، وخروجه على مقتضى المنطق حين جعل جزاء مخالفة الشرط هو البطلان المطلق مع انه لن يبقى للبطلان من خصائص فيما لو تم التسليم للمتصرف اليه بحقه فى التنازل ، ناهيك عن ان المشرع اخذ بصدد المنع من التصرف بقاعدة تفابير ما هو مسلم به بصدد سريان التزامات السلف على الخلف . وخلص فى النهاية الى ان « جعل البطلان نتيجة تلحق التصرف الذى تقع به مخالفة شرط المنع من التصرف بغير نص القانون كما يذهب القضاء الفرنسى مذهب خاطئ » ، وان القانون المصرى اذ نص على البطلان بصراحة يوجد اساسا سليما للبطلان » مع ملاحظة الاعتراضات التى وجهها للنص ، وحذو لو ان المشرع كان قد اخذ بما اخذ به المشرع الالمانى فى المادة ١٣٧ من نص يؤكد ان القابلية للتصرف لا يمكن ان تُلغى او تحد بالتصرف القانونى ، دون ان يؤثر هذا فى صحة الالتزام بعدم التصرف وهو مسلك يتفق مع المبادئ القانونية التى جعلها اساس مهاجمته لمسلك القضاء فى فرنسا (٤٩٨) .

والعرض الوجيز المتقدم يؤكد حقيقة لا يمكن جحودها وهى ان شرط المنع من التصرف وشرط عدم القابلية للتصرف ، وسواء قيل فيهما بالاستحالة ام لم يقل ، هما شرطان بعيدان كل البعد ، من حيث جوهرهما وطبيعتهما ، وفكرتهما وتكليف اثرهما وجزائهما عن

(٤٩٨) انظر فى كل ذلك : جميل الشرقاوى : الرسالة المذكورة ، من بند ٣٣ ص ٩٧ حتى بند ٤٠ ص ١١٥ . والترجمة للفرنسية للمادة ١٣٧ المانى تجرى كالتالى :

“La faculté de disposer d'un droit aliénable ne peut être supprimée ni restreinte par acte juridique. Cette règle n'enlève rien de son efficacité à l'obligation qui aurait pour objet de ne pas disposer d'un droit de cette nature”.

جوهر وطبيعة وفكرة وتكييف أثر وجزاء الشرط كوصف (٤٦٩) ، وعلى سبيل التخصيص فان شرط المنع من التصرف هو شرط ينشئ التزاما (٥٠٠) ، ويدخل كبند عقدي في ~~قانون~~ العقد ، اما الشرط فمجرد وصف أى أمر عارض ، وليس من شأنه انشاء الالتزامات ، ولا يفضي الا الى تعليق التصرف بحيث لا يمكن معرفة مصيره طالما بقيت مرحلة التعليق ، ومثل ذلك يسرى ايضا على شرط عدم القابلية للتصرف .
وعلى شرط عدم القابلية للحجز La Condition d'insaisissabilité وكافة الشروط التى تفتت على امتيازات السلطة الابوية أو الزوجية أو التى تعدل من نظام الوصاية ، وما اشبهها ، لانها شروط بالمعنى العام غير الفنى (٥٠١) أى مجرد بنود عقدية وليست شروطا عرضية تعلق عليها التصرفات القانونية (٥٠٢) .

٢ - فى الشريعة الاسلامية :

أ - شرط التبني

قد يعلق الواهب هبته لأخر على شرط تبني هذا الاخير مولودا معينا . فهل تعتبر الهبة معلقة على شرط بمعنى الوصف وان كان ذلك كذلك فهل يعتبر الشرط مستحيلا .

الحقيقة أن التبني محظور فى الشريعة الاسلامية بنص الكتاب : قال جل من قائل : « ادعوهم لأبائهم هو اقسط عند الله » (٥٠٢) ومعنى

(٤٩٩) انظر مثلا بصدد شرط المنع : عبد النعم فرج الصدة . حق الملكية ١٩٦٤ هامش ١ ص ١٧١ .

(٥٠٠) بارتان رسالته السابقة ص ١٩٣ .

(٥٠١) انظر فى عرض هذه الشروط وعبرها عرضا موسعا . عبد الله الجليلي : رسالته السابقة ، من ص ٥٤ حتى ص ٦٠ ، وأيسكار بانيان : الرسالة المذكورة من ص ٥٧ حتى ص ٦٥ وفى شرط عدم القابلية للحجز انظر لبنتيه . الرسالة السابقة ص ٩١٢ وما بعدها وانظر أمثلة أخرى عديدة فى : فيليب سيمليه رسالته السابقة بند ٧٣ ص ٨٦ وما بعدهما ، وانظر مثلا آخر يختلف عن الشرط كوصف يتعلق بشرط الذهب فى رسالة بشرى جندى :

La clause-Or en Dr. Egyptien. Thèse Paris 1940, No. 124, pp. 118 et s.

Cassin, Cours de Doctorat, Droit Civil approfondi (٥٠٢)

(1938-1939), p. 93 Cité par B. Guindi. Thèse précitée, p. 119.

(٥٠٣) الآية رقم ٥ من سورة الاحزاب .

ذلك أنه لا يجوز « أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبة ابنا له ، أو يستلحق مجهول النسب ، ويتخذه كولده » (٥٠٤) . ويختلف التبنى بالمفهوم المتقدم عن القرار بالبنة ، ومن مظاهره اقرار الرجل بولد اصلبه اقرارا صحيحا مستجمعا شرائطه ، سواء كان المقر صحيحا ام مريضا مرض الموت ... فهذا الاقرار وحده يثبت نسب المقر به الى المقر ويصبح كنسب الفراش (٥٠٥) سواء بسواء . وبالتالي فان الاقرار بالبنة لا يثير صعوبة شرعية تتعلق بفكرة الحل والحرمة . كذلك التى يثيرها التبنى .

لقد نسخ الكتاب نظام التبنى الذى كان سائدا فى الجاهلية وصدر الاسلام (٥٠٦) ، وبزوال التبنى ، وباعمال مقتضى الامر فى قوله تعالى « ادعوهم لابائهم » يتضح ان نظام التبنى قد زال كلية ولم يبق له وجود (٥٠٧) ، وأن من يلجأ اليه لن يحنى ثمرته ، بل سيكسب وزره شرعا ، وسيعامل بمقتضى خطاب الشرع وضعا ، بل وبنيقضى قصده ردعا .

واذا فرض وتبنى شخص دعيا فان ذلك لن يترتب عليه اى حق من الحقوق المتبادلة بين الآباء والابناء كالنفقة والتوارث ، « ولا تحرم مطلقة أحدهما على الآخر » ، وللمتبنى ان يتزوج المتبناة اذا انتفى المانع ، ولمن تبنت ان تتزوج ممن تبنته (٥٠٨) .

(٥٠٤) عمر عبد الله : أحكام الشريعة الإسلامية فى الإحلال الشخصية : ط ٣ سنة ١٩٦٢ ص ٥٣٧ .

(٥٠٥) وهذا هو رأى جمهور الفقهاء فى جملة : انظر محمد أحمد فرج السنهورى : من أحكام النسب : (دروس لقسم الدكتوراه بحقوق القاهرة سنة ١٩٧٢ رقم ١٧ ص ١٣ وما بعدهما .

(٥٠٦) وكان يقصد بالتبنى فى القانون الرومانى خلق سلطة أبوية خلفا صناعيا قياسا على الرابطة الطبيعية : بدر والبدرأوى : المرجع السابق رقم ١٩٧ ص ٢٠٠ وانظر جيار : المرجع السابق الطبعة السابقة باريس ١٩١٨ ص ١٧٣ وما بعدهما .

(٥٠٧) يقول المرحوم الدكتور أحمد مسل فى رسالته بالفرنسية عن النظام العام أمام القاضى المصرى : القاهرة سنة ١٩٥٠ ص ١٦٩

“L'adoption en tant qu'institution autonome est inconnue voir prohibée dans le Droit musulman”.

(٥٠٨) عمر عبد الله : المرجع والموضع السابقان . ومن الافضل عدم جواز نظر قضايا التبنى التى تنطوى على عنصر أجنبى أمام القضاء الوطنى ولا حتى الاعتراف فى مصر بآثار التبنى التى تتم فى الخارج ،

معنى ذلك أن من يشترط على آخر أن يتبنى أى شخص مقابل الهبة ، يحيله الى فكرة محظورة ، وليس الى فكرة مستحيلة ، لان من يتبنى سيكون تبنيه لغوا ولا يعتد به ، بمعنى أن المشرع لا يضع عقبات امام تحقق فكرة التبنى ولكنه يلفيها من الاصل ، فيكون عدم امكان التحقق فكرة تابعة للاصل الا وهو النهى أو الحظر على فرض القول بالاستحالة . هذا الى أن شرط التبنى فى هذا المثال يكتسي سمة المقابل أو العبد ، ويتجرد بالتالى عن الصفة الشرطية العارضة .

ويترتب على ذلك أن الهبة المثقلة ببند التبنى هى هبة مقرونة بعبد محظور ، وتخضع بالتالى للقواعد العامة التى تحكم الاتفاقات غير المشروعة .

(ب) - الوقف :

الوقف عند الامام أبى حنيفة هو حبس العين على ملك الواقف وان تبرع بريعها لاحدى جهات البر حالا أو مالا (٥٠٩) . أما عند الصاحبين أبى يوسف ومحمد (٥١٠) فهو « حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى ، على وجه تعود منفعتة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث » (٥١١) .

والوقف كما سنرى لا يكون معلقا على شرط ، بل يجب أن يكون منجزا ، بمعنى أنه لا يعتبر وقفا فى الفقه الاسلامى قول القائل : ان قدم ولدى فقد جعلت دارى صدقة موقوفة للفقراء (٥١٢) .

وهكذا فانه اذا وهب شخص شيئا واشترط على الموهوب وقفه حالا أو مالا ، فالهبة قائمة والشرط صحيح . ولكن اذا كان ذلك البند

والغاء أى نص أو عدم اقرار أى اجتهاد ينافى ذلك ، خاصة نعد حذف المادة ٢٤ من مشروع القانون المادنى التى كانت « تعالج نظاما لا يعرفه القانون المصرى » . انظر مع ذلك : عز الدين عبد الله : القانون الدلى الخاص : الطبعة السادسة ١٩٦٩ رقم ١٠٧ ص ٣٢٤ وما بعدها .

(٥٠٩) عبد الوهاب خلاف : أحكام الوقف : الطبعة الثالثة سنة ١٩٥١ ص ٦١ وجاء فى البداية أن أبا حنيفة فى نهاية حده له جعله « بمنزلة العارية » : فتح القدير ، ج ٥ مطبعة مصطفى محمد ص ٤٠ .

(٥١٠) عبد الوهاب خلاف : المرجع السابق ص ١٤ ويذهب نضيلته الى أن هذا هو رأى جمهور الفقهاء .

(٥١١) الهداية : المرجع السابق .

(٥١٢) فتح القدير . المرجع السابق ص ٣٧ ، وآرنست مارسبييه :

الحبوس والوقف ، مقال بالفرنسية مستخرج من المجلة الجزائرية للتشريع والفقهاء ص ٢٦ .

العقدى أو الاتفاق معلقا على شرط فلا وقف ، كمن يهب آخر شيئا هبة منجزة ويشترط عليه انه اذا لم يعد ابن الواهب خلال عامين من غيبته فان المال الموهوب يكون صدقة موقوفة للفقراء للعلة السابقة .
معنى ذلك ان اشتراط الوقف لا يثير فكرة الاستحالة فى حد ذاته ، ولكن الاستحالة تثور اذا اشترط الواهب او الموصي . ليس وقف المال وانما عدم قابليته للتداول بعيدا عن نظام الوقف . اذ الاستحالة فى هذه الحالة تكون مرتبطة ببند عقدى يفرض فكرة عدم قابلية المال للتصرف على نحو ما رايناه سلفا .

ويراعى انه لامجال لخطط فكرة الترسى فى القانون الانجليزى (١٩١٢) بفكرة الوقف فى الشريعة الاسلامية . لما هو معلوم من ان الترسى نظام قانونى يقرر فيه منشئه ان الموثوق به سيدير مالا معينا لصالح الوائق أو الوائقيين (١٩١٤) . وان الموثوق به يعد مالكا تماما للاموال موضوع الترسى (١٩١٥) . فيمكنه ان يتصرف فى الاموال ليس بالبيع فقط . وانما بالهبة ايضا . وثمة تدخل العدالة عن طريق التبع « الحلول العيى » فيحل المقابل محل الترسى الاصلى اذا تم التصرف بمقابل . اما ان تم دون مقابل أو كان مكتسب المال سىء النية ، فان هذا الاخير يصبح موثوقا به ، فيحل محل البائع . ويدير المال لمصلحة المستفيدين من الترسى (١٩١٦) (dans l'intérêt les bénéficiaires du trust) .

(١٩١٣) انظر مثلا وليم مورى جلواج : قانون العقد : ادينبرج ١٩١٤ ص ٥٧٢ وما بعدها . وبولوك : مبادئ العقد المرجع السابق ، لندن سنة ١٨٩٤ ص ١٩٥ .

(١٩١٤) انظر رينيه دافيد : الانظمة القانونية الكبرى المعاصرة : دالوز ط ٥ رقم ٣٠٩ ص ٣٦٣ حيث حدد مفهوم الترسى على نحو ما جا . بالثنى قائلا انه يتمثل فى :

“Une personne, le constituant du trust (settlor of the trust), stipule que certains biens se ont administrés par un ou plusieurs trustees dans l'intérêts d'une ou plusieurs autres personnes le ou les cestuis que trust”.

وانظر مقالا لوورتلى ، بمجلة القانون المقارن ١٩٦٢ ص ٦٩٩ - ٧١٠ . وشارل كيلى وجون كول هاملتون فى مؤلفهما : Trust. London 1927 , pp. 16-17. حيث يوردان تعريف الفصل الثانى من قانون ١٩٢١ وهو :

“an interest created by the conveyance of property, made, or assumed to be made, by one party (the trustor) in order that the latter may carry out the directions, express or implied, of the former, respecting its management and disposal”.

(١٩١٥) رينيه دافيد . السابق . بند ٣١٠ ص ٣٦٤ .

(١٩١٦) المرجع السابق بند ٣١٠ ص ٣٦٥ .

الترست كتجزئة لعناصر الملكية . حيث تنمى الملكية الاسمية أو الظاهرة الى الموثوق به ، بينما تنمى الملكية الحقيقية الى الواثق (٥١٧) . وكل ذلك على خلاف الوقف .

فاذا عرض على القاضي الوطنى أى تصرف ذى عنصر اجنبى اقترن بشرط انشاء ترست ، فان البند العقدى يكون صحيحا بحسب القانون الانجليزى ولا تثار بالنسبة له مطلقا فكرة الاستحالة ، طالما أن ذلك القانون لا يقف عقبة امام تحقق مثل هذا الشرط .

ثالثا

حكم الشرط المستحيل

١ - فى القانون الرومانى :

يمكن القول ، على وجه الاجمال ، أن الاستحالة المطلقة للشرط ، كانت تعنى انتفاء قصد المتعاقدين الى التصرف أو الالتزام فى القانون الرومانى . وقد ميز الرومان فى هذا الصدد بين التصرفات التى تتم بين الاحياء ، والتصرفات الايصائية . فتعلق التصرفات التى تتم بين الاحياء على شرط مستحيل كان يفضي الى بطلان تلك التصرفات . أما تعليق التصرفات الايصائية على شرط مستحيل فقد كان حكمه يختلف عند البروكيليين ، عنه عند السابينيين ، فالبروكيليون قالوا ببطلان التصرف من حيث الاصل ، أما السابينيون ، فقد اهدروا الشرط وحده ، وابقوا التصرف قائما واعتبروه منجزا (٥١٨) .

أما اذا كانت الاستحالة نسبية ، فان القانون الرومانى لم يكن يعبأ بها ، بمعنى أن هذه الاستحالة لم تكن تؤثر على سلامة العقد ، فيبقى صحيحا ، ضرورة أنه شرط لازال بمقدور الغير تحقيقه (٥١٩) .

(٥١٧) المرجع السابق بند ٣١١ ص ٣٦٥ .

(٥١٨) بوفنوار ص ٢٢ والمصادر والنصوص التى أشار اليها ،

فيبعد أن ذكر حكم التصرفات فيما بين الاحياء استدرك قائلا :

“Mais il n'en était pas de même dans les dispositions testamentaire. Il y avait à ce sujet un dissentiment entre les deux grandes écoles : les Proculiens voulaient que les dispositions de dernier volonté fussent nulles, aussi bien que les actes entevifs, quand elles seraient faites sous une Condition impossible; suivant les sabinien on devait, en pareil cas, regarder la Conditon Comme non écrite, et tenir la disposition Comme pure et simple”.

(٥١٩) تولييد . السابق بند ٤٨٢ ص ٥١٦ .

٢ - في القانون الفرنسي :

في تحديد حكم الشرط المستحيل يوجد في القانون الفرنسي نصان قانونيان أحدهما : هو المادة ١١٧٢ التي تقضي بأن الشرط المستحيل .. يعضي الى بطلان الاتفاق الذي يعتمد عليه . وثانيهما هو المادة ٩٠٠ التي نستثنى التبرعات من حكم المادة السابقة وتقضي بأن الشروط المستحيلة التي تقترب بالتبرعات . هي التي تلفو وحدها . بمعنى أنها تبطل وحدها أو تعد غير مكتوبة ولا تبطل الاتفاق الذي تندرج فيه .

ويقرر الفقه الفرنسي أن نص المادة ٩٠٠ إنما هو نص آمر ، وفي تحديد طبيعة محتوى هذا النص ذهب دلفانكور Delvincourt الى أن هذه المادة تبدو كعقوبة تتهدد كل من يتعدى على الانظمة القانونية القائمة ، ويدرج في التبرعات شروطا مستحيلة (أو مخالفة للنظام العام والآداب) . أما برتول Bertould (٥٢٠) فقد ذهب الى أن التشريع افترض أن الشرط المستحيل هو محصلة غلط حال دون ظهور قصد التبرع بطريقة نهائية غير مقترنة بمثل هذا الشرط . ويجب إعادة الأمور الى نصابها حتى تتطابق مع نية المتصرف . ولن يتأتى ذلك الا على أساس اعتبار الشرط غير قائم . ولكن ديمولومب أسس النص على ارادة المتصرف نفسها . والتي يفترض أنها لم ترد البتة أن تعلق وجود التبرع على شرط مستحيل (٥٢١) .

والحقيقة أن هذا النص يستند الى اعتبارات تاريخية محضة ، إذ « أرادت به حكومات الثورة أن تحبط اثر ما يوضع في الهبات والوصايا من شروط لا تتفق مع مبادئ العهد الجديد » (٥٢٢) . وقد حدا ذلك بالقضاء والفقه الفرنسيين الى تضيق نطاق حكم ذلك النص عن طريق تقييد المادة ٩٠٠ بالمادة ٩٠١ مدني فرنسي (٥٢٣) وبنظرية السبب (٥٢٤) ، وبنظرية الغلط (٥٢٥) .

(٥٢٠) وهو غير بارتول Ba. tole الذي كان زعيم مدرسة المحشين اللاحقين وهو ايطالي مات شابا (١٣١٧ - ١٣٤٧) بعد أن اكتسب شهرة فائقة حيث كان كبير فقهاء ذلك العهد من العصور الوسطى : انظر عبد النعم البدراوي : أصول القانون المدني المقارن ط ٢ بند ٢٩ ص ٥٠ . حتى ص ١٢٧ .

(٥٢١) التفاصيل في : ليلتييه . الرسالة السابقة من ص ١١٣

(٥٢٢) جمال زكي : العقود المسماة : المرجع السابق ، رقم ٦٥

ص ١٣٨ .

(٥٢٣) ليلتييه : الرسالة المذكورة ص ١٣٠ .

(٥٢٤) المرجع السابق من ص ١٣١ حتى ص ١٦٠ .

(٥٢٥) المرجع السابق من ص ١٦٠ حتى ص ١٦٣ .

ولعل نظرية السبب هي النظرية الاساسية التى تعلل بها القضاء الفرنسى لاهدأر التبرع ذاته ، وليس الشرط وحده ، ذلك أنه اذا ثبت أن الشرط المستحيل كان هو الباعث الدافع الى التبرع فان التبرع يكون باطلا (٥٢٦) ، ويترتب على ذلك أن الشروط التى تخضع لنص المادة ٩٠٠ فتلفو وحدها هي الشروط التى لاتستجمع صفة الباعث الدافع الى التعاقد .

ولكن القضاء الفرنسى لم يقف عند هذا الحد ، بل قصر نص المادة ١١٧٢ (٥٢٧) سائلة الذكر على الحالات التى يكون فيها الشرط هو الباعث الدافع الى التعاقد ، فاذا لم يثبت أن الشرط كانت له تلك السمة فانه يبطل وحده ويبقى الاتفاق .

« والخلاصة أن القضاء الفرنسى يبطل العقد المقترن بشرط مستحيل ... حيث يكون تحقيق هذا الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد . أما حيث لا يكون كذلك فان الشرط هو الذى يبطل ويبقى التصرف صحيحا . ويستوى فى هذا المعاضات والتبرعات » (٥٢٨) .

٣ - فى القانون المدنى المصرى :

سوت المادة ٢٦٦ مدنى مصرى ، بدورها ، فى الحكم ، بين الشرط المستحيل ، والشرط المخالف للنظام العام أو الآداب ، بيد أنها لم تفرق فى الحكم بين تبرع ومعاوضة ، بل غايرت فى الحكم بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ ، فقضت بأنه :

« لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن ، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام . هذا اذا كان الشرط واقفا . أما اذا كان فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم » .
« ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف

(٥٢٦) جمال زكى : المرجع والموضع السابقان وانظر :

Baudry-L. et Colin : Traité. Théorique et Pratique de Droit Civil. Des donations entre vifs, Tome Premier, Deuxième édition, Paris 1899, N. 62, p. 22 et suiv.

(٥٢٧) ويقول ليلتييه : أن حكم المادة ١١٧٢ كان مسلما به فى القانون الرومانى ، والقانون الفرنسى القديم ولا زال مسلما به فى التشريعات الاجنبية ، ولذلك فانه لا يصطدم بأى انتقاد جاد . رسالته السابقة ص ١٦٤ .

(٥٢٨) عبد المنعم البدرأوى : الاحكام ، وانظر ريبير وبولانجيه على بلانيول ج ٢ بند ١٣٤٠ ص ٥٠٦ وما بعدها ، وراجع عرضا مفصلا لأهم جوانب الفكرة فى رسالة : فيليب سيمليه عن البطلان الجزئى سائلة الاشارة بند ٦٣ ص ٧٧ وما بعدهما .

للآداب أو النظام العام ، اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » (٥٢٩) .

ويضرب الفقه مثلا يوضح الحكم بالنسبة للشرط المستحيل بقوله : انه اذا وهب شخص عقارا لآخر . وقرن الهبة بشرط مؤداه قيام الموهوب له بترتيب ايراد لشخص آخر مدى حياة هذا الاخير ثم ثبتت وفاة ذلك الشخص قبل ابرام عقد الهبة . فان ذلك الشرط يكون مستحيلا . وبالتالي يجب البحث عما اذا « كان هذا الشرط هو السبب الدافع *cause impulsive et déterminante* للواهب على أن يتبرع بالدار للموهوب له . وفي هذه الحالة يكون الشرط هو السبب وقد انعدم ، فتبطل الهبة كلها ويسترد الواهب الدار من الموهوب له . أما اذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع على التبرع ، وثبت ان الواهب كان يهب الدار حتى لو تبين ان الشرط مستحيل ، فان الهبة تبقى صحيحة ويلغو الشرط وحده » (٥٣٠) .

والحكم واضح ولكن المشكلة الحقيقية ، تكمن في ان الشرط كوصف لا يمكن ان يكون احد ارکان التصرف القانوني . ضرورة انه مجرد امر عارض ، ولذلك فانه اذا جاز ان يوصف العيب أو التكليف بأنه باعث دافع . لان العيب ذاته داخل في مضمون التصرف فان ذلك لايجوز مطلقا بالنسبة للشرط كوصف والا انتفت حقيقته كأمر عارض ولعل التناقض القائم في الفقه التقليدي الذي يرى ان الشرط امر عارض ثم يعود ويقرر ان الشرط قد يكون باعثا دافعا الى التعاقد هو تناقض كبير لايمكن تجاوزه الا باللجوء الى فكرة الشرط كوصف للتراضي والتي لاتقلل تكييف الشرط كعنصر جوهري في التصرف .

ولقد نجد في الفقه العربي المعاصر ما يؤكد هذا المضمون ، انطلاقا من « ان اعتبار امكان الشرط من بين مقوماته . وبيان اثر استحالته ،

(٥٢٩) وكان المشرع المصري قد حاول تقنين مذهب القضاء الفريسي ، ففضى في المادة ٦٦٩ من المشروع التمهيدي بأنه « اذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو شرط غير مشروع ، وقعت صحيحة وألغى الشرط ، الا اذا كان هذا الشرط السبب الدافع للهبة فتقع كلها باطلة ، وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة بمقولة أن حكمه ورد في موضع آخر (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٥٩) وقد قصد بذلك للنص الوارد في المتن « ومع ذلك لا تتضمن هذه المادة الاخيرة نفس القاعدة الا اذا كان الشرط فاسخا ، أما اذا كان الشرط واقفا فيمتنع في كل الاحوال قيام الهبة سواء أكان دافعا اليها أم غير دافع ، جمال زكي ، المرجع السابق بند ٦٥ ص ١٣٩ .

(٥٣٠) السنهوري : الوسيط ج ٥ مجلد ٢ رقم ٩٣ ص ١٣٥ وانظر البدرأوى : المرجع السابق بند ٣١٥ ص ٣٣٩ .

يجب أن يتم دائما في ضوء الصورة العملية للتعهد المقترن بالشرط المستحيل ، على أساس أن الشرط لا يقترن الا بالتزام ناشيء عن الارادة مما يجعل الشرط ... وصفا للتراضي اكثر منه وصفا للالتزام . وعلى هذا الاساس يجب أن نفسر اثر استحالة الشرط آخذين في الاعتبار علم الملتزم أو عدم علمه بهذه الاستحالة (وكذا علم الطرف الآخر في المعاملة التي تتم باتفاقهما) « (٥٢١) ، على ما سبق القول .

وانطلاقا من ذلك يمكن بيان حكم الشرط المستحيل فيما يلي :

١ - اذا كان الشرط واقفا وكانت الاستحالة معلومة للطرفين فان تعليق الالتزام الارادى عليها يعنى عدم انصراف القصد الى الالتزام « بل ان الالتزام لا يقوم كذلك ولو كانت استحالة الشرط الواقف مجهولة من الملتزم » (٥٢٢) .

٢ - اذا كان الشرط فاسخا ، وكانت الاستحالة معلومة فان الالتزام الارادى ينشأ باتا ومنجزا . اما ان كانت الاستحالة غير معلومة للملتزم بحيث لو كان قد علمها لما تعهد ، فان بإمكانه أن يتمسك بما وقع فيه من غلط بغية التخلص من التزاماته (٥٢٣) .

٤ - حكم الشرط المستحيل في الشريعة الاسلامية :

سبقت الإشارة الى أن تعليق العقد على شرط مستحيل يقصد منه في الفقه الاسلامي « ايدان المخاطب باستحالة انشاء . العقد » (٥٢٤) ، فاذا علق المتعاقدان عقدهما على حادث يستحيل شرعا أو عقلا أوعادة أن يقع ، أيا كان هذا الحادث « فان العقد لا ينعقد أصلا » (٥٢٥) بغير تفرقة بين معاوضة أو تبرع (٥٢٦) . وهذا هو حكم التقنينات التي استندت الى الشريعة في معالجة نظرية الشرط كالقانون العراقي الذي قضى في المادة ٢٨٦/٢ بأنه يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل

(٥٣١) جميل الشرقاوى : الاحكام بند ٥٢ ص ١٧٥ .

(٥٣٢) المرجع والموضع السابقان .

(٥٣٣) المرجع السابق ص ١٧٦ .

(٥٣٤ ، ٥٣٥) على الخفيف . المرجع السابق ص ٢٥٧ .

(٥٣٦) بل ان بعض الفقهاء لم يواجه سوى فرض الشرط الواقف ، كما أشرنا سلفا ، كقول الشرنبلالي ، وشرط صحة التعليق « كون الشرط معدوما على خطر الوجود فخرج ما كان مستحيلا كان دخل الجمل في سم الخياط فأننت طالق فلا يقع أصلا لأن غرضه منه تحقيق المنفى حيث علقه بأمر محال ... » وقد سبقت الإشارة الى فكر القليوبي في حاشيته مع عميره على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطائفة للنووي . انظر ج ٣ ط ص ٥١ .

الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا (٥٢٧) . لذلك فان بعض الباحثين فى ذلك القانون قد بينوا حكم الشرط المستحيل مفرقين بين شرط مستحيل واقف وشرط مستحيل فاسخ . فاذا كان الشرط المستحيل واقفا فان العقد لا يوجد على ماسبق بيانه . وان كان الشرط المستحيل فاسخا فان الفسخ لا يتصور تحققه ضرورة انه تم تعليقه - أى الفسخ - على امر غير ممكن الوقوع وهذا يعنى ان التصرف يكون صحيحا نافذا لازما وان التعليق يكون صوريا ، طالما ان طبيعة الاشياء او نص القانون يحول دون تحقق الشرط الذى علق عليه الفسخ (٥٢٨) .

المطلب الثانى

المشروعية

يقال عادة ان الشرط يجب ان يكون مشروعا ، والحقيقة ان الشرط كامر عارض ومحايذ لا يتصور دخوله فى مضمون التصرف ، والذى يمكن ان يتصف بالمشروعية هو العبء او التكليف . فالمشروعية ليست من سمات الشرط كوصف ، ولكنها من مستلزمات الشرط كجزء من مضمون التصرف ، والوقوف على ذلك يقتضى ايضا تمييز العبء عن الشرط . نعرض لهاتين المسألتين تباعا فيما يلى :

اولا

المشروعية ليست من سمات الشرط كوصف ولكنهما من مستلزمات الشرط كعبء

١ - تعريف المشروعية :

أ - فى القانون الرومانى :

عرف لبلتييه الشرط غير المشروع بأنه شرط ارادى . لا احتمالى . يتفيا منه المشروط احداث عمل غير مشروع او تقييد حق المشروط عليه فى ممارسة حق متعلق بالنظام العام (٥٢٩) .

(٥٣٧) وقد نصت المادة ٢٢٤ من مرشد الحيران على نفس المضمون . وانظر فى شرح النص : مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان فى المعاملات الشرعية : محمد زيد الابيانى ومحمد سلامه السنجلفى ط ١ سنة ١٩٠٨ م ص ١٩٧ وما بعدها .

(٥٣٨) عبد الله الجليلى : الرسالة السابقة ص ٣٨٧/٣٨٦ .
(٥٣٩) رسالته : الظروف المستحيلة والمخالفة للنظام العام والآداب ص ١٥ ، وقد أشرنا الى تبني سيمليه مثل هذا الرأى فى رسالته عن البطلان الجزئى .

وقد رأى جيفار أن العمل المخالف للاخلاق ، لا يستمد طبيعته من دات عبارات الشرط وانما من قصد المتعاقدين . والغاية من العملية (٥٤٠) ولما كان الشرط المخالف للأداب يتعلق بواقعة تستهجنها نوااميس الاخلاق (٥٤١) ، فان نقطة التقاء ستتقع بينه وبين الشرط غير المشروع رغم أن الخلاف بين الامرين قائم ، اذ لم يكن يلزم من توافق الشرط مع الاخلاق صيرورته مشروعا دائما (٥٤٢) ، في القانون الرومانى (٥٤٣) ، لان النصوص كانت تبطل الشرط غير المشروع دون بحث في الغايات الخلقية النهائية المقصودة من اشتراطه ، ومعنى ذلك أن الشروط غير المشروعة قد لا تكون مخالفة للضمير ، بل ربما كانت تستهدف غاية محموددة (٥٤٤) وعلى النقيض من ذلك فان الشرط المخالف للأداب يفتات دائما على الاخلاق . وقد تنطوى الفكرة على مخالفة الامرين معا ، فيكون غير مشروع لان القوانين تحظره ويكون منافيا للاخلاق لان الضمير يأباه ، والمثال التقليدى لذلك هو القتل (٥٤٥) .

أما بوفنوار فيذهب الى أن الشرط يكون غير مشروع أو مخالفا للنظام العام اذا كان من شأنه أن يسبغ على التصرف المقترب به ، صفة تجعل العملية في مجموعها متنافية مع قواعد الاخلاق أو القانون (٥٤٦) . وقد اهتم بوفنوار بغاية المتعاقدين دون الواقعة فى ذاتها ، فالعمل المشروع قد يصبح غير مشروع بحسب الغاية منه ، وعلى سبيل المثال فان الطلاق كان مباحا ، ولكنه اذا أدرج كشرط فى عقد بات غير مشروع (٥٤٧) .

والخلاصة ان الغاية أو القصد كان مناط الاعتبار فى تعريف الشرط المخالف للنظام العام والأداب فى القانون الرومانى .

ب - فى القانون الفرنسى :

عرف بارتان الشرط المخالف للنظام العام ، تعريفا غائيا ، فقال ان الشرط يكتسي هذه الصفة اذا كانت غاية التعاقد منه غير مشروعة (٥٧٨) ولقد عرف بانيان هذا الشرط ، تعريفا غائيا ايضا ، ضمنه أساسا

-
- (٥٤٠) المختصر ٠٠ بند ٣٠٠ ص ٢٠٧ .
 - (٥٤١) لبلنتيه ص ١٨ .
 - (٥٤٢) قارن بارتان المرجع السابق ص ٢٤٤ .
 - (٥٤٣) لبلنتيه ص ٢٠ .
 - (٥٤٤) المرجع السابق ص ٢١ - ٢٢ .
 - (٥٤٥) لبلنتيه المرجع والموضع السابقان .
 - (٥٤٦) بوفنوار فى الشرط ص ٣٤ .
 - (٥٤٧) المرجع السابق من ص ٣٤ حتى ص ٣٩ .
 - (٥٤٨) بارتان : الرسالة السابقة ص ١٣٠ .

اختلاف الشرط غير المشروع عن الشرط المستحيل فقرر ان الشرط غير المشروع هو الذى تكون الغاية منه ممكنة وان كان القانون يشملها بالحظر (٥٤٦) .

ويعمق فكرته الفائية فى تحديد مفهوم الشرط بقوله ان الغاية او النتيجة المباشرة هى المعيار الذى يجب التعويل عليه فى استظهار مشروعية او عدم مشروعية الشرط (٥٥٠) .

والفقه الفرنسى الاكثر حداثة ينتهج نفس المنهج السابق الذى يعمل على فكرة الغاية فى تعريف الشرط المخالف للنظام العام (٥٥١) او الآداب .

ج - فى القانون المصرى :

والفقه العربى يعرف الشرط المشروع بأن ذلك الذى لا يخالف النظام العام او الآداب . ويفرق بين عدم مشروعية الشرط وعدم مشروعية الواقعة التى تم تعليق تحققه عليها (٥٥٢) ، أخذاً فى الحسبان ان « العبرة فى عدم مشروعية الشرط ليس بعدم مشروعية الواقعة المعلق عليها ، بل بالغرض الذى يهدف اليه المتعاقدان منها » (٥٥٢) وهكذا لا يغفل الفقه العربى فكرة الغرض او الغاية فى تعريف الشرط المخالف للآداب (٥٥٤) ، كما ان هذا الفقه يركز فكرة عدم المشروعية فى الشرط الارادى دون الشرط الاحتمالى ، ويمكن ان نلمح فكرة الغاية وتأسيس عدم المشروعية عليها فى قول الدكتور عبد المنعم البدر اوى : ان العمل المشروط قد ينطوى على عمل مشروع فى ذاته ، ولكن الشرط يصبح « غير مشروع بسبب الغرض المقصود منه . ومثال ذلك : عدم الزواج

(٥٤٩) بانيان : رسالته السابقة ص ٩٢ .

(٥٥٠) المرجع السابق ص ٩٦ فهو يقرر أن :

“Le but ou résultat immédiat est donc le critère auquel il faut s'arrêter pour déterminer le Caractère licite ou illicite d'une Condition”.

(٥٥١) أنظر بلانيول وريبير وجابولد : بند ١٠٢٧ ص ٣٧٤ ..

٣٧٥ ، وهذا هو مقتضى تعريف هنرى وليون وجان مازو (وجيجلار) . مؤلفهم دروس ٠٠٠ جز ٢ ط ٤ مجلد ١ : الالتزامات بند ١٠٤٢ ص ٩٢٨ ومارتى ورينو : المرجع السابق بند ٧٤٨ ص ٧٦٠ ، وديمولومب ج ٢٥ بند ٥٠٤ ص ٢٩٥ . ويبدو أن لوران قد وضع يده على حقيقة أن السبب نفسه هو الذى يكون غير مشروع : مؤلفه سالف الإشارة بند ٤٤ ص ٦٢ وانظر تولييه : المرجع السابق بند ٤٨٤ ص ٥١٧ وما بعدها ومؤلفه الذى أشار اليه .

(٥٥٢) أنور سلطان : الاحكام سنة ١٩٥٧ رقم ٢٣٧ ص ٢٤٢ .

(٥٥٣) المرجع السابق رقم ٢٣٧ ص ٢٤٣ .

(٥٥٤) السنهورى : الوسيط ج ٣ بند ١٣ ص ٢١ .

(٥٥٥) عبد الحى حجازى ، مؤلفه سالف الإشارة ج ١ ص ١٦٢ .

فهو في ذاته أمر مشروع ، ولكن اشتراط عدم الزواج في ظروف معينة قد يكون غير مشروع اذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج او سلبها» (٥٥٦) كذلك قد تكون الواقعة المشروطة غير مشروعة ومع ذلك يكون الشرط مشروعاً ، فارتكاب جريمة وان كان واقعة غير مشروعة الا انه يمكن اشتراط ذلك كشرط فاسخ ، « فتصح الهبة مع اشتراط الفسخ ان ارتكب الموهوب له جريمة معينة . اذ لا يقصد بالشرط في هذه الحالة تحقيق أمر غير مشروع ، بل المقصود منعه » (٥٥٧) . كذلك قد تكون الواقعة مشروعة ولكن الغرض منها غير مشروع ، فينسبغ ذلك على الشرط ، فيوسم بعدم المشروعية ، حسبما يذهب اليه الفقه . مع ان الثابت « أن العبرة في مشروعية الشرط هي بالغرض المقصود منه لا بالواقعة المشروطة » (٥٥٨) .

د - في الشريعة الإسلامية :

لم يقدم الفقه الاسلامي الحديث دراسة قائمة بذاتها عن فكرة عدم مشروعية الشرط كوصف وانما كان يتكلم في واقع الامر عن عدم مشروعية شرط التقييد ، وكان لا يجد غضاضة في مد فكرة عدم مشروعية شرط التقييد الى مجال شرط التعليق ، وهذا المسلك محل نظر ، لما ان شرط التقييد ، في الشريعة الاسلامية هو أمر عرضي لا يدخل في غاية التعاقد . ويبدو التأثير بالفقه القانوني واضحاً من تعريف بعض المحدثين للشرط غير المشروع بأنه هو « المقصود منه الوصول الى أمر ممنوع بالقانون ، أو الوصول الى تحريم الحلال أو تحليل الحرام بتشويه النصوص أو الاحتيال عليها » (٥٥٩) . والامثلة التي ضربت في هذا الصدد تتعلق بشروط التقييد ، بيد ان بعض الفقهاء المحدثين أيضاً على ان شرط التعليق وشرط التقييد يتفقان في ان كلا منهما : يجب ان يكون مشروعاً (٥٦٠) ، وبالتالي يتمسك في تعريف مشروعية الشرط بعدم افتيات المتعاقدين على أصل الشرع القائم على عدم تحليل الحرام أو تحريم الحلال (٥٦١) . ومعنى ذلك أن الفاية هي أساس وصف الشرط بالمشروعية أو عدمها في فقه الشريعة الاسلامية .
والحقيقة أن فقه الشريعة الفراء يتسم بالعمق في التمييز بين

(٥٥٦) مؤلفه في الاحكام بند ٢١٥ ص ٢٣٧

(٥٥٧) اسماعيل غانم . الاحكام رقم ١٤٣ ص ٢٩٣ .

(٥٥٨) المرجع والموضع السابقان .

(٥٥٩) عبد الله الجليلي : رسالته السابقة ص ١٤٧ .

(٥٦٠ ، ٥٦١) حسن الشاذلي : مذكراته سالفة الإشارة ص ١٢٤ ،

ص ١٢٦ وربما يجد هذا الفقه دليلاً لقوله من بعض الامثلة للشرط غير المشروع باناطة العطاء بعدم صيام رمضان مثلاً على ما ذكره القليوبي وأشهرنا اليه ، ولكن المثال في هذه الحالة يتعلق بمقابل أو عتبه .

الشرط كجزء من مضمون التصرف ويستلزم مشروعيته . وفي هذا تتفق مع محدثي فقهاء الشريعة الفراء ، وبين شرط التعليق وهو امر عارض يناط اساسا بالصدفة ولا يترك كلية لمحض الارادة . ولا تخلط الشريعة فيه بين الحادث الترتيبي وغاية المتصرف . فلا يضاف على الحادث سمة التشريعية لانها واقعة محايدة لاتدخل في الغاية . ولكنه عندما يتعلق الامر بالغايات يتكلم عن المشروعية . ومصدق ذلك ان كل الامثلة التي ضربها الفقه الحديث للشرط غير المشروع في الشريعة كانت تدور كلها في فلك شرط التقييد لا شرط التعليق (٥٦٢) .

ان الفقه الاسلامي لا يمكن ان يسم بالمشروعية او عدمها . وقائع شرطية مثل سقوط الامطار . ووصول سفينة الى مكان ما . وابطرام عقد بيع . او زواج . ونجاح شخص . او رسوب آخر . او تخلف فنان عن الحضور الى حفل ... الخ . ذلك ان الشرط في هذه الحالات امر لا دخل له بالغاية . وبالتالي لا ارتباط بينه وبين المشروعية ذاتها ، ولكن المشروعية تلتقي دائما مع الغايات والارادات . اى مع الشروط التي تعتبر جزءا من مضمون الارادة ، وهي التي تعرف في الشريعة بشروط التقييد .

الخلاصة : ونخلص مما تقدم الى ان فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها . بل بالغاية المقصودة منها وهو امر جلي في كافة المدارس الفقهية الوضعية والاسلامية .

٢ - دلالة الامثلة التي يضر بها الفقه :

الامثلة التي يضر بها الفقه للشروط غير المشروعة تتعلق بالاعباء وليس بالشرط كوصف : فلقد ضرب الفقه الفرنسي امثلة عديدة للشرط غير المشروع ، وكلها تدور في فلك الاعباء وليس الشرط بمعنى الوصف . ولعل ما يؤكد ذلك هو ادخال الفقه فكرة الغاية في كافة الامثلة المضروبة وباستقراء بعض الامثلة يتضح تواتر الفقه على القول بأن غاية المتعاقدين من ادراج الشرط في عقدهما تتمثل غالبا في احداث واقعة غير مشروعة : سواء اتخذت شكل امتناع عن فعل بامر به القانون . كالوعد بمبلغ لقاء عدم الابلاغ عن واقعة وفاة . او مقارنة فعل ينهى عنه ، فعدم المشروعية واضح لان الشرط يستحث المشرط عليه لاحداث واقعة غير مشروعة (٥٦٢) .

(٥٦٢) انظر عبد الله الجابلي ٠٠٠ رسالته السابقة ص ٧٨ - وما بعدها . اذ استعرض موقف المذاهب الفقهية المختلفة من شروط التقييد وانظر بوجه خاص ص ١٦١ وما بعدها ولاحظ سيره في التقسيمات بعد ذلك مسار الفقه الفرنسي في كثير من الاحيان .

(٥٦٣) بارتان : المرجع السابق ص ١٣٦ .

واذا انعمنا النظر في المثال التقليدي الخاص باعطاء مبلغ لقاء ارتكاب جريمة لوجدنا انه لا ينطوى على شرط تعليق ، وانما يجسم صورة العبء او التكليف او المقابل ، وهو ما أقر به الفقه الذى ضربه (٥٦٤) . ومثال ذلك ايضا تعليق الهبة على قيام الموهوب له بتبديد او اخفاء التركة حالة كون هذا الاخير وارثا ، فان ذلك ينطوى على شرط تقييد مخالف لنص المادة ٧٩٢ مدنى فرنسي ولا ينطوى على أى تعليق ولذا فان ذكر سمة التعليق ينطوى على مجاز في التعبير في مثل هذه الحالات .

وقد تكون غاية المتعاقدين من ادراج الشرط في العقد تضيق نطاق ممارسة ، او تعطيل اعمال حق من الحقوق ، المتعلقة بالقانون العام او القانون الخاص أحيانا .

ويلاحظ فيليب سيمليه أن الاعباء او الشروط التى كانت تمس تنظيم الدولة والقانون العام قد غدت نادرة في الوقت الحالى (٥٦٥) .

وعلى أى حال فان من الشروط التى تتنافى مع الحقوق السياسية في مجال القانون العام تعليق العطاء على التخلي عن حق التصويت ، او تقييده ، او توجيهه ، او التعامل فيه بأى شكل من الاشكال ، فحق التصويت لا يجوز أن يكون محلا للتعامل (٥٦٦) ، اذ يتعلق الامر بوظيفة اجتماعية (٥٦٧) ، وبمصلحة وطنية (٥٦٨) - لا شخصية - ، تبرر حماية الحقوق العامة (٥٦٩) .

وواضح مما تقدم أن الامر لا يتعلق بشرط بمعنى الوصف ، وانما بشرط بمعنى العبء او التكليف .

ولا يعتبر بند الإقامة الذى يقترن ببعض الهبات شرطا بمعنى الوصف ، اذ الهبة لا تكون معلقة تبعا لادراجه فيها بل تكون مقيدة بالتزام في صورة بند يتنافى مع حرية الشخص في الإقامة حيث يشاء واختيار مسكنه بمحض ارادته ، ويسرى ذلك أيضا على كافة الشروط المنافية لحرية العمل أو المهنة (٥٧٠) .

(٥٦٤) لبلتتييه ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ .

(٥٦٥) رسالته فى البطлан الجزئى ، باريس سنة ١٩٦٩ منذ ٤٦

ص ٥٤ .

(٥٦٦) بانيان ص ١٠٥ وبارتان ص ١٤٣ .

(٥٦٧) بانيان ص ١٠٥ .

(٥٦٨) لبلتتييه ص ٢٠١ .

(٥٦٩) بانيان ص ١٠٦ . وسليمان مرقس : موجز المدخل للعلوم

القانونية سنة ١٩٥٣ ص ٢٥٠ .

(٥٧٠) بارتان ص ١٥٧ وبانيان ص ١٢٢ وما يليها .

ومن الامثلة التى تضرب لبيان عدم مشروعية الشروط لانياتها على الحقوق المدنية او الحقوق الخاصة ، شرط الترميل . وهو شرط بمقتضاه يفرض الموصي على الزوجة عدم زواجها بعد وفاته (٥٧١) ، وهو بند عقدى ليس له سمة الشرط كوصف وكل ما يفعله فى الوصية او الهبة انه يجعلها مفيدة بعقب او بالزام (٥٧٢) . رآى الفقه انه يتنافى مع النظام العام كلما كانت الغاية من فرضه غير مشروعة ، كالانقياد الى الفقرة الحمقاء ، وقال بمشروعيته اذا كان مقصد الزوج منه هو جعل الزوجة تتفرغ لتربية اولادها بعد وفاته (٥٧٣) . ولعل ذلك يؤكد ان الامر لا يتعلق بشرط تعليق فعلا . لان الشرط كوصف لا يدخل فى مضمون غايات المتعاملين ، وبالتالي لايتصور ان تتغير طبيعته تبعا لتغير غايات الاشخاص ، ولقد كان الفقه العربى بصيرا بذلك على ما راينا ، واكدان القضاء الفرنسى الذى تآثر به المشرع المصرى « يخلط بين الشرط كوصف فى الالتزام ... وبين الشروط التى لاتزيد عن ان تكون بنودا فى العقد دون ان تعلق عليها التزامات الطرفين » (٥٧٤) . وذهب الى مدى أبعد فى الوضوح حين قرر ان الامثلة التى يضربها الفقه لعدم المشروعية انما هى امثلة الاعباء التى تقع على عاتق المشترط عليه « وليست شروطا بمعنى الوصف » (٥٧٥) .

يسرى المفهوم السابق على ما يعرف فقها بالشروط المخالفة للآداب ، أى تلك الاعباء او البنود العقدية التى تنطوى على أمور تتنافى ومقتضى الاخلاق (٥٧٦) .
ولعله يلاحظ من العرض السابق لفكرة المشروعية ان هناك خلطا بين الشرط كوصف والشرط كعقب او كجزء من مضمون التصرف .

(٥٧١) بانيان ص ١١٧ - ١١٨ وهو يذهب الى انه اذا انحلت العلة من نرض هذا الشرط فان الشرط يجب أن يعتبر غير مشروع كمن يفرض على زوجة لم ينجب منها عدم الزواج . وانظر فيليب سيمله . المرجع السابق بند ٤٧ ص ٥٦ .
(٥٧٢) جمال زكى : العقود المسماة . هامش ٢ ص ٥٦ .
(٥٧٣) السنهوري : الوسيط ج ٣ بند ١٣ ص ٢١ - ٢٢ .
(٥٧٤) اسماعيل غانم : الاحكام هامش ٢ ص ٢٩٤ . بل ان محكمة المنصورة ، ثبتت الخلط القائم فى القانون الفرنسى ، فى وقت لم يكن القانون فيه ينطوى على نصوص تشريعية تبرر الخلط . انظر فى عرض ذلك :

Boshra Guindi : La clause d'Or. Thèse précité No. 133, p. 124.

- (٥٧٥) جميل الشرقاوى . الاحكام هامش ٢ ص ١٧٧ - ١٧٨ .
- (٥٧٦) لبلتية ، الرسالة السابقة ص ١٨ .

وهو ما سنحرره لاحقا . وان هناك خلطا لا مسوغ له بين الشرط والسبب، وقد قال بعض الفقهاء في هذا المعنى، وبصدد الشرط الفاسخ : انه ليس من المتصور عقلا أن يختلط الشرط الفاسخ بالباعث الدافع (٥٧٧) والحقيقة أن الشرط بمعنى الوصف انما هو أمر محايد لا يدخل في غايات المتعاملين ، ومن ثم لا يمكن ان يختلط بالباعث الدافع يستوى في ذلك ان يكون الشرط فاسخا او واقفا .

قد يكون من الممكن تداخل فكرة المقابل (٥٧٨) في القانون الانجليزي بفكرة الشرط لأننا رأينا أن الشرط يختلط بمضمون العقد في بعض الأحيان في القانون الأنجوا امريكي (٥٧٩) . ولكن من غير الممكن أن تختلط فكرة الشرط بالسبب في القانون المصري والفرنسي على ما رأينا ، لأن السبب سواء اعتبر ركنا في الالتزام او ركنا في العقد او ركنا في

(٥٧٧) اسماعيل غانم : الاحكام بند ١٤٣ ص ٢٩٥ وقد تقترب الدكتور أنور سلطان من هذا التحليل أيضا حين قال انه « من الصعب تصور حالة يكون فيها الشرط الفاسخ غير المشروع ثانوى الاهمية ، أى يجبه باعث آخر » . الاحكام سنة ١٩٥٧ بند ٢٣٧ ص ٢٤٤ .

(٥٧٨) انظر في فكرة المقابل : آنسون : مبادئ العقود في القانون الانجليزي ط ٢٠ . بواسطة . برايرلى : اكسفورد سنة ١٩٥٢ ص ١٦ حيث يرى أنه يلزم لصحة العقد اما الشكل أو المقابل . وانظر المديق محمد الامين الضير ، محمد الفاتح حامد : بحث في العقد من حيث الصحة والبطالان في الفقه الاسلامي والقانون : الحلقة الدراسية الرابعة للبحوث في قانون : بالخرطوم : القاهرة سنة ١٩٧٥ ص ١٨٠ .

(٥٧٩) ومع ذلك انظر في الاحساس بتمييز الشرط عن المقابل

Samuel Williston : The law of Contracts, vol. I, New York 1920, No. 112, p. 231.

“As has been seen, an offer is a Conditional promise, that is been seen, to take effect only in the exchange demanded for it is given. But the promise in an offer may be subject of other Condition than the given of the requested consideration. Thus an offer to insure property in exchange for a premium is a promise to pay insurance money in case of building insured is destroyed if a premium is paid. A Conditional promise may be sufficient Consideration of a Conditional promise, if he gets the promise he gets all that he is intitled to by his act, and if, as events turn out, the Condition is not satisfied and the promise calls for no performance, there is no failure or Consideration”.

انظم التفاصيل حتى ص ٣١٢ .

الإرادة (٥٨٠) . فانه عنصر جوهرى فى أى منها على خلاف الشرط كوصف والذي اجمع الفقه كما رأينا على أنه امر عارض .

وإذا حاولنا البحث عن سبب خلط الفقه بين الشرط كوصف والباعث الدافع لأمكن تلخيص ذلك فى التحليل الآتى :

(أ) ان الفقه لا يتكلم . فى الواقع ، عن الشرط كوصف . حين يخلط بينه وبين الباعث . وانما يتكلم ، فى الحقيقة ، عن الشرط كجزء من مضمون التصرف . على الأقل فى أغلب الأحيان . وهذا ما نلمحه فى قول بانيان (٥٨١) :

“La théorie de la Cause illicite remplace souvent en pratique celle de la Condition illicite. Cette remarque est d'autant plus exacte, que les Conditions illicites revêtent le plus souvent la forme de charges”.

(ب) ان الفقه لا يجد غضاضة فى نقل فكرة الباعث الدافع من نطاق الشرط كعبء الى نطاق الشرط كوصف دن أن يأخذ فى الحسبان تغاير طبيعة العبء عن طبيعة الشرط كوصف فالأول جزء من التصرف والثانى امر عارض .

(ج) ان بعض الفقهاء يتعمد تكييف الشرط بحسبانه باعثا ، حتى يصبح الشرط عنصرا جوهريا فى العقد ، الامر الذى يسر اعمال فكرة عدم رجعية الشرط نتيجة للقول بأنه قبل تحقق الشرط فان التصرف يظل مفقدا احد عناصره الاساسية وليس مجرد امر عارض (٥٨٢) .

(د) ان انعام النظر فى الأمثلة التى يضربها الفقه للشرط كباعث يفصح بدورده عن أن المقصود هو الشرط كعبء ، وليس الشرط كوصف، ويكفى أن نرفع من أى مثال يساق فى هذا الصدد ، الواقعة التى تعتبر حادثا شرطيا . وسنرى ان نتيجة هذا هى عدم قيام العقد ذاته . وليس ذلك هو شأن الشرط كوصف ، إذ الثابت أن هذا الآخر يتم بسمه العرضية ، فلا يدخل على كافة العقود وإن ادخله المتعاقدان على بعضها ، فانه يتصور جودها لو فرض ورفع منها ، إذ بدونه ستصبح منجزة غير معلقة .

ولقد وفقت توضيحات نصوص الشرط فى مشروع القانون المدنى

-
- (٥٨٠) بالاضافة الى المراجع التى سبق ذكرها فى هذا الصدد .
انظر وحيد سوار رسالته فى التعبير عن الإرادة . بند ٤٩٣ ص ٤٧١
حيث قرر أن السبب هو ركن فى إرادة الالتزام .
(٥٨١) رسالته : ص ١٥ .
(٥٨٢) انظر مثلاً لولوتر رسالته إنسابقة ص ٢٢ .

الكويتي (٥٨٣) حين استعرضت النصوص التي تقوم على الخلط بين الشرط بمعنى الوصف والشرط كجزء من مضمون التصرف وهي المواد ٢٣٧ ت كويتي ، ٢٦٦ مدني مصري ، ٢٥٣ ليبي ، ٣٩٧ أردني ، ٢٨٧ عراقي (٥٨٤) ، ١١٧٢ فرنسي ، ١٥٧ التزامات سويسري وغيرها . ثم قالت ان ما ورد « في النصوص السابقة عن مشروعية الشرط أو عدم مشروعيته أو بالأصح عن عدم مشروعية الفاية من الشرط ، وما يرتبه على ذلك من عدم قيام الالتزام المعلق على شرط واقف غير مشروع أو عدم قيام الشرط نفسه ان كان فاسخا ، الا اذا كان الشرط غير المشروع هو السبب الدافع الى الالتزام ، كلام مبني على الخلط بين الشرط كوصف للالتزام والشرط كجزء من مضمون التصرف القانوني ام محتواه ، فالشرط كوصف واقعة خارجة عن غايات المتعاملين ، ولا يحمل تعليق نشوء الالتزام عليها قصدا الى الحصول على مقابل معين ، وبذا لا تتصل بمضمون التصرف أو مقاصد المتعاملين ، على خلاف الشرط كجزء من مضمون الاتفاق ، فهو عبء يقصد مشروطه أن يتحمل به الطرف الآخر كمقابل لالتزامه هو ، فتأجير شخص لمنزله هو راغب في استئجاره ان نقل من عمل معين ، التزام معلق على شرط هو حدوث هذا النقل ، اما تعهد مالك المنزل بتأجيره الى راغب استئجاره ان نجح هذا في نقله من عمله ، فالتزام بمقابل هو نجاح الشخص الآخر في نقله من عمله ، وهذا النجاح مقابل لنشوء التزام المالك ، بحيث لو تقل من عمله ، دون أن يكون ذلك نتيجة لجهد راغب الاستئجار ، لم يكن له حق طلب وفاء المالك بتعهده .

واذا كان الشرط كوصف يجب أن يكون ، كما يقول كل الفقه ، عنصرا عرضيا في الالتزام ، أي بعيدا عن مضمون التصرف وغاية المتعاملين ، فليس من المتصور أن يوصف بالمشروعية أو عدم المشروعية ، لان المشروعية أو عدمها صفة لا تثبت الا لفاية يهدف اليها شخص من الأشخاص ، والشرط كوصف ، أمر خارج عن مضمون الإرادة ، أي هو واقعة محايدة ، لا تدخل في نطاق أهداف التصرف القانوني أو غاياته ، ولا تقبل بالتالي أن توصف بالمشروعية أو عدم المشروعية ، على خلاف الحال في الشرط كجزء من مضمون التصرف أو الاتفاق .

فالنصوص التي تتكلم عن مشروعية الشرط أو عدم مشروعيته تخلط بين الشرط كجزء من مضمون الاتفاق ، والشرط كوصف ، وهذا واضح في الأمثلة التي يضيها الفقه لشرح هذه النصوص .

(٥٨٣) قد لا ترد هذه الصياغة في المشروع النهائي اذا تغلب الاتجاه التقليدي .

(٥٨٤) والفصل ١١٧ تونس ١٠٨٠ مغربي والمادة ٨٢ لبناني ،

و ٢٠٤ جزائري .

ان ما ورد بهذه التوضيحات يقتضي قيامنا بالترقية بين الشرط والعبء ، وهذا ما ننتقل اليه الآن .

ثانياً :

الترقية بين العبء الشرط

سبقنا الإشارة الى ان التبرعات قد تقترب بأعباء لصالح المتصرف او المتصرف اليه او الغير ، ولا يختلط العبء في هذه الحالات بالشرط كوصف . ونعرض فيما يلي لهاتين المسألتين :

١ - لمصلحة من يكون العبء ؟

قد يكون العبء لمصلحة المتصرف او المتصرف اليه او الغير

(١) العبء لمصلحة المتصرف :

قد يفرض المتبرع على المتبرع له التزاما لصالح المتصرف ، كالانفاق عليه . او ترتيب ايراد اللواهب مدى حياته (٥٨٥) ، او اداء دين عنه (٥٨٦) ، وهنا يثور البحث عن التكيف الحقيقي للمتصرف لمعرفة مدى توافر صفة التبرع فيه رغم العبء الذي انطوى عليه .

وقد ذهب البعض الى ان معيار حسم هذه المسألة يكمن في مدى تساوى القيمة الاقتصادية للعبء مع قيمة التصرف الرئيسي فان تساوى ، اختفى الطابع التبرعى للتصرف (٥٨٧) .

والقضاء هو الذى يوازن بين القيم الاقتصادية في المقرد وهو دور لا يقتضيه المعيار السابق فحسب بل تفرضه النصوص القانونية أيضاً ، فالمادة ٤٩٨ مدنى تنص على انه اذا رتب قيمة العوض المشروط على الشيء الموهوب « فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض الا بقدر قيمة الشيء الموهوب » ومقتضى ذلك ان القاضي حين يوازن بين القيم فانما تحدوه الرغبة في معرفة طبيعة وتكييف التصرف ، فان وجد تعادلاً في القيم كان ازاء مركز قانونى جديد يرى معه بعض الفقهاء العربى

(٥٨٥) السنهورى : الوسيط ج ٥ بند ٩١ ص ١٣١ ، ١١٩ ص ١٦٩

(٥٨٦) مازو ج ٤ مجلد ٢ د ٢ مع جيجازر ج ٤٠٦ ص ٥٧٣ .

(٥٨٧) ونلمح هذا المعيار فى قول أوفرستاك .

“Si la charge imposée au gratifiée a une valeur économique égale à celle de la disposition principale, la gratuité de l'acte disparaît”.

انظر مؤلفه : محاولة لتصنيف العقود الخاصة باريس سنة ١٩٦٩

ان « العقد يكون معاوضة لا هبة (٥٨٨) » ، وهو نفس مسلك الفقه الفرنسي الحديث ، والقضاء أيضا (٩٨٥) .
اما الفقه الاسلامى الحنفى فيفرق بين العوض المعين والعوض غير المعين ، فان كان العوض معيناً عدت الهبة المثقلة به هبة ابتداءً وبعبارة انتهاء ، وان كان العوض مجهولاً بطل اشتراطه ليكون العقد « هبة ابتداء ، وانتهاء (٥٩٠) » . والفرض المتقدم بشقيه يتم ذكر العوض فيه ، وهو يختلف عن الفرض الذى يقول فيه مدعى الهبة : وهبتك بكذا ، ففى هذه الحالة كيف العقد بأنه « بيع ابتداء وانتهاء (١٩٥) » وهكذا فان فرض العيب ينطوى على تحديد حقيقى للنطاق الاقتصادى للتبرع ، وكلما ازدادت قيمة العيب اتسعت دائرة المعاوضة (٢٩٥) .

(٥٨٨) السنهاورى : المرجع السابق رقم ١١٩ ص ١٦٩ وما بعدهما
(٥٨٩) أنظر أوفرستاك : المرجع السابق ص ٢٠٩ والحكم المشار اليه وص ٢١٠ .
(٥٩٠) الحصفكى على هامش حاشية ابن عاتق ج ٤ ط الثالثة سنة ١٣٢٥ هـ ص ٥٤٢ .

(٥٩١) نفس المرجع والموضع . وأما الشافعية فعندهم أن العيب (الثواب) اذا كان معلوماً فالظاهر صحة العقد واعتباره فيما على الصحيح نظراً الى المعنى ، أما ان كان العوض مجهولاً فان العقد يكون باطلاً لتعذر تصحيحه كبيع ٠٠٠٠ انظر التفاصيل فى شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للأنووى : مطبوع على هامش حاشيتى القليوبى وعميرة د ٣ ط ٣ سنة ١٩٥٦ م ص ١١٤ .

(٥٩٢) لابورد لاكوست : المرجع السابق بند ١٠٥٨ ص ٦٤٦ .
انما يلاحظ أن الأستاذ الدكتور جمال زكى يقول ان المنطق كان (يقضى باعتبار العقد معاوضةً بقدر قيمة العوض ، وحسابه تبرعاً فيما زاد عنها . وبذلك يكون للعقد طبيعة مختلطة ، تجمع بين التبرع والمعاوضة ، الا أن فى تجزئة العقد على هذه الصورة مخالفة لارادة العاقدين ، فلاشك أن الواهب لم يقصد أن يبيع أو يقايض الموهوب له المال الموهوب بقدر العوض وأن يهبه ما زاد عنه ، كما أن الموهوب له لم يرد أن يشتري أو يقايض الواهب بقدر ما يقدمه من عوض وأن يهب ما بقى . بل أراد كل منهما اعتبار العقد وحدة لا تتجزأ ، هبة بعوض ، فيتملك المال الموهوب ويقوم بتنفيذ الالتزام المفروض . وعلى ذلك فالعقد فى مجموعه يعتبر هبة ٠٠٠ الا أن فى الاخذ بهذا المبدأ على اطلاقه مخالفة لطبيعة الاشياء ، وتجاهل لظروف العقد . فلا يمكن ألا ندخل فى حسابنا وجود الالتزامات التى فرضها العقد على الموهوب له ، والتى تنقص من قيمة ما انتقل اليه ، بمقتضى الهبة ، واهمال هذه الحقيقة يؤدى بالنسبة له الى نتائج ظالمة ، وعلى ذلك ففى كل مرة يكون هناك محل لتقدير قيمة ما أثرى به الموهوب له بمقتضى العقد ، يجب أن تخصم من هذه القيمة ما قدمه من عوض » مؤلفه السابق - العقود المسماة - هامش ١ ص ٨١ .

واذا ادرج العبد في وصية ، لمصلحة المتصرف . فان الوصي له لا يمكنه التصرف في المال الموصي به ، او ابرام اى عقد بشأنه . قبل ايلولته اليه . والا كان تصرفه موسوما بالبطان . لانه يعتبر بمثابة تعامل في تركه مستقلة (٥٩٢) "Pacte sur succession futur" ويقول الفقه الفرنسي ان هذا الحكم يدهى طالما ان الوصي له حرية الرجوع في وصيته الى وقت موته ، اى طوال الفترة السابقة على افتتاح التركة (٥٩٤) .

واذا كانت القاعدة في الفقه الاسلامى انه لا « صلح قبل الملك (٥٩٥) » ولا ملك الا بعد موت الموصي . فانه لا يجوز للموصي له التصالح على الوصية مع الورثة قبل وفاة الموصي . وبالتالي فان الوصية المثقلة بعبد تظل بحالتها . ما لم يرجع الموصي فيها .

وبمقارنة ذلك بحالة الشرط نجد ان الشرط كوصف . لا دخل له بتحديد النطاق الاقتصادى للعقد ، بمعنى ان تعليق التبرع على شرط لا يفضي الى تغاير طبيعة العقد ، لان الشرط كوصف لا يدخل في غايات المتعاملين . وامر هذا شأنه يدع مجالا للتساؤل عن علاقة العبد والشرط بحرية المتعاقدين فيما يتعلق بالناحية الاقتصادية للعقد :

فلا شك ان الشرط كأمر محايد يدع للموهوب له كامل الحرية في ان يتصرف او الا يتصرف . بل ان دوره سلبي محض ان جاز التعبير ، أما العبد فانه ملزم للموهوب له على اساس انه جزء من التصرف الذى تم التراضي عليه ، وقد حدا ذلك ببعض الى القول انه عند تفسير البند يمكن تحديد طبيعته ، فان كان اختياريا وتقديرى للموهوب له كان شرطا . وان كان ملزما وواجب الاداء فهو عبء (٥٩٦) . وهذا القول يقترب الى حد ما من الحقيقة التى سبق ان اشرنا اليها والتى تتمثل في ان الشرط امر عارض ومحايد اما العبد فامر جوهرى وداخل فى العقد .

(ب) العبد لمصلحة المتصرف اليه :

اذا ابرم العقد ، مشمولا بعبد لمصلحة الموهوب له مثلا فانه من البديهي الا تثار مشكلة التفرقة بين البيع والهبة المثقلة بتكليف ، وهى

(٥٩٣) حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٥ يناير سنة ١٨٥٣ : سبرى ٥٣ - ١ - ١٧٢ .
(٥٩٤) مازو ج ٢ دروس ط ٣ باريس سنة ١٩٦٦ رقم ٢٥١ ص ٢٠١ .

(٥٩٥) ابن قاضى سماوه : جامع الفصولين ج ٢ ص ٦٨ .

(٥٩٦) لارومبيير : الأطول ج ٢ بند ٥ .

مشكلة صعبة كما هو معلوم (٥٩٧) . فالفرض ان الموهوب له سوف لا يتحمل بأعباء لمصلحة الواهب أو الغير ، وكال ما يمكن أن يتحملة هو نفقات الهبة ما لم يوجد اتفاق يحمل الواهب بها (٥٩٨) ، وعليه فان الهبة تظل محتفظة بطابعها التبرعى (٥٩٩) في هذه الحالة الأساسية رغم اقتران العبء بها ، انما يلاحظ أن الموهوب له لازال ملزما بتنفيذ العبء ، ولا زال محروما من اية سلطة تقديرية في هذا الصدد .

ج) العبء لمصلحة الغير :

قد يشترط المتصرف انصراف القيمة التى يمثلها العبء الى الغير ، وفي هذه الحالة تلعب الهبة المثقلة بعبء دور الاشتراط لمصلحة الغير (٦٠٠) ، كان ينرض الواهب على الموهوب له سكنى أقاربيهما فى المنزل الموهوب (٦٠١) ، او أن يلتزم الموهوب له بأن يرتب للغير ايرادا دائما (٦٠٢) .

ويفرق الفقه فى هذه الحالة بين فرضين ، كلاهما يرتبط بالعبء كجزء من مضمون التصرف ولا يرتبط بالشرط كأمر محايد : **الاول :** عندما تقل قيمة العبء عن قيمة المال الموهوب ، وفيه نكون ازاء هبتين . اولاهما مباشرة (٦٠٣) ، لصالح الموهوب له فعلا . والثانية هبة غير مباشرة لصالح الغير اى المستفيد من العبء le bénéficiaire ، **والثانى :** عندما يتساوى العبء مع قيمة المال الموهوب ، فان دائرة العبء ، تخفى أو تستغرق دائرة الهبة ، فيصبح الموهوب له مجرد موهوب له فى الظاهرة donataire apparent ويكون الموهوب له الحقيقى هو المستفيد من العبء ، وقد تعوز الظروف الى مثل هذا

-
- (٥٩٧) بلانويل وريبير وهامل ج ١٠ بند ٨ ص ٩ .
(٥٩٨) السنهورى . الوسيط ج ٥ بند ١٢٣ ، ١٢٤ ص ١٧٦ والمادة ٦٧٨ من المشروع التمهيدى الملغاة .
(٥٩٩) لابورد لاکوست بتد ١٠٥٩ ص ٤٤٦ (المرجع السابق) .
(٦٠٠) أوفرستاك : السابق هامش ١ ص ٢١٠ حيث يقول :
"La donation avec charge s'analyse alors en une stipulation pour autrui".
وانظر السنهورى ج ٥ بند ١٢١ ص ١٧٢ ، ج ١ بند ٣٧٨ ص ٥٧٨ (طبعة ١٩٦٤) . وتولييه ج ٦ طبعة ٥ بند ٥٠٨ ص ٥٤٠ وما بعدها .
(٦٠١) السنهورى . الوسيط د ٥ بند ١١٩ ص ١٦٩ .
(٦٠٢) أنظر فى اشتراط العبء لصالح الغير : مازو د ٤ محلد ٢ ط ٢ سنة ١٩٧١ بند ١٤٠٦ ص ١٥٧٣ وما بعدها .
(٦٠٣) أنظر فى معيار الهبة المباشرة على هذا النحو : السنهورى الوسيط د ٥ بند ٦٩ ص ٧٩ ، ٨٠ .

الفرض . كان يكون هذا الأخير عديم الاهلية مثلا (٦٠٤) .
وهكذا لا تتورفكرة تكييف التصرف بأنه تبرع او معاوضة الا في حالة
ما اد. كان العبء مشترطا لصالح المتصرف .

وبمقارنة وضع العبء فيما تقدم . بوضع الشرط كوصف في
التبرعات . ويمكن ان يستخلص ان الشرط لا بشر اصلا فكرة المصلحة
او المقابل . فهو واقعة محايدة . ولا يثقل كاهل أى من المتعاقدين لانه
خارج عن غاياتهما . وهو امر عارض يترتب عليه وجود او زوال التزام
عقدي . دون ان يكون هو في حد ذاته التزاما كالعبء . وبالتالي يكون
مبررا على الأقل من الناحية النظرية عدم سريان الافكار المتقدمة
والخاصة بالعبء على الشرط كوصف . فالعبء والشرط - كما يقرر
كابتيان - هما وصفان مختلفان (٦٠٥) "Charge et Condition sont
deux modalités différentes" او كما يقرر العقيبان بلانيول وربير
فكرتان متغايرتان (٦٠٦) .

ووضوح الامر على النحو المتقدم . كان يقتضي عدم الخلط الفقهي
بين الامرين . ولكن الفقه قد يكون معذورا في الخلط . لانه اقتفى اثر
المشرع . الذي حاول ان يلقي في روعه وحدة قواعد الشرط والعبء . آية
ذلك ان المادة ٦٦٩ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري . كانت
تنص على انه اذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل او بشرط غير مشروع .
وقعت صحيحة . والفى الشرط . الا اذا كان الشرط هو السبب الدافع
للمبة فتقع الهبة كلها باطله » .

ومن الغريب . على ما رأينا سلفا . ان يكون سبب حذف هذا
النص في لجنة المراجعة هو الرغبة في الاكتفاء بالقواعد العامة (٦٠٧) .
اي (٦٠٨) الاكتفاء بنص المادة ٢٦٦ مدني الخاصة بالشرط كوصف .

لقد كان من الأجدر حذف نص المادة ٢٦٦ . واستبقاء نص المادة
٦٦٩ من المشروع حيث كان . طالما ان المشروعية هي فكرة لصيقة بالعبء
دون الشرط كوصف ضرورة ان هذا الأخير - على ما رأينا - لا يدخل
في مضمون غايات المتعاملين .

ولكن يبدو ان المشرع . لم يشأ الخوض في مسألة كان نصيبها من
الجدل الفقهي كبيرا . ولا يخلو التعرض لها من فائدة . ولذا نعرض
الآن لفكرة التمييز بين العبء والشرط .

-
- (٦٠٤) أوفرستاك : السابق ص ٢١٠ .
(٦٠٥) كابيتان في السبب سنة ١٩٢٣ بند ٢٠١ ص ٤٣٨ .
(٦٠٦) بلانيول ورببير ج ٥ بند ٢٧٢ ص ٢٧٢ .
(٦٠٧) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٥٩ .
(٦٠٨) السنهوري : الوسيط ج ٥ هامش ٢ ص ١٣٥ .

٢ - معيار التفرقة بين العيب والشرط

١ - معيار التفرقة بين العيب والشرط الواقف :

(أ) تطور معيار فيرجول :

أشار الى هذا المعيار كابيتان ومرجريت بويسو ، وهو معيار قديم ، وجد قبل مولد تقنين نابليون وفجواه : ان العيب لا يحول دون توليد العقد لآثاره المترتبة عليه من لحظة ابرامه ، بينما يوقف الشرط وجود الالتزام العقدي ، ريثما تتحقق الواقعة الشرطية (٦٠٩) . ويبدو ان جوسبران قد حاول البناء على هذا الرأي فأفضي تزيده الى الفاز فكرته ، آية ذلك انه بعد ان بين ان الشرط يعلق نفس نشوء الالتزام وان العيب لا يؤثر في تولده (٦١٠) ، ضرب مثلاً بالهبة والوصية المقترنة بالعيب sub modo ، وقرر انهما عمليتان قانونيتان تامتان من فورهما ، لانهما تستجمعان ابتداء عناصرهما الاساسية ، ولا تنتظران تحقق واقعة شرطية . فمفهوم المخالفة لهذا القول يعنى ان العملية القانونية المعلقة على شرط تكون ناقصة قبل تحقق الشرط ، وهو امر لم يرد في فكر فيرجول أصلاً . ولذلك يبدو اكثر اتساقاً مع رأى فيرجول ما ذهب اليه المرحوم الدكتور عبد الحى حجازى من أن التكليف يتميز « عن الشرط الواقف من حيث أنه لا يحد من مفعولية العقد ، فهو لا يقف مفعوليته ، وانما هو يحد من مدى اغتناء الموهوب له ، فالهبة المقترنة بتكليف تنتج آثارها في الحال (٦١١) » على خلاف الشرط الواقف .

(ب) رأى لوران :

نظر لوران في المعيار الذى قال به اوبرى ورو والذى مؤداه : انه اذا كان الشرط الواقف ، على خلاف العيب ، يحول دون تنفيذ التبرع

(٦٠٩) كابيتان : فى السبب : السابق . رقم ٢٠١ ص ٤٣٨ ، ومرجريت بويسو رسالة فى التبرعات المثقلة بأعباء سنة ١٩٤٧ بند ٤٣ ص ٦٧ .

“Le mode selon lui (Furgole) diffère de la Condition suspensive, puis qu'il n'empêche pas la libéralité de produire des effets”.

(٦١٠) جوسبران : البواعث ٠٠٠ باريس ١٩٢٨ بند ١٣٤ ص ١٧٤ ولكن انظر تولييه ج ٦ ط ٥ رقم ٥٠٧ ص ٥٣٨ حيث يرى أن نفس البند يمكن أن يكون عبثاً أو شرطاً .

(٦١١) مؤلفه سالف الإشارة ح ١ (سنة ١٩٥٣) ص ٥٣ .

المعلق عليه . وانه يجب عدم الوقوف عند مجرد تحليل العبارات . فقد لا تكون صدى حقيقيا لارادتي العاقدین ، بل يجب البحث في طبيعته الاداء المشترط . فان كان قابلا للتقدير بالنقود . فانه يمكن افتراض ان الامر يتعلق بعبء فحسب . وان كانت الواقعة الشرطية لا يمكن ان تتحقق الا عن طريق الموهوب له ، أو الموصي له . فيمكن افتراض ان الامر يتعلق بشرط . نظرا لوران في هذا المعيار بعين الرية وراى انه يتسم بالتحكم . ولان الامر أولا وأخيرا يعتمد على تقدير القاضي الذى لا تجديه المسائل النظرية في حسم المشكلات العملية . فقد راى لوران وجوب ايكال الامر للقاضي ، ليكون هو المرجع في تمييز العبء عن الشرط ، بالاستناد الى ارادة المتصرف وغيرها من الظروف التى تفيد في بيان حقيقة البند الذى انطوى عليه العقد

وهذا المعيار . ينطوى على هروب من مواجهة المشكلة . والقضاء العبء كاملا على عاتق القاضي المرهق . الذى يتوق لرؤية معايير واضحة ، ولكن الوقوف عند ارادة المتعاقدين هو في حد ذاته امر ايجابى ، ويسره أن القضاء قد تبنى في بعض الاحكام (٦١٢) . رغم ان البحث في النوايا امر بالغ الحساسية (٦١٤) .

(ج) جميل الشرقاوى : العبء جزء من محتوى التصرف والشرط

امر عارض :

قدم الأستاذ العميد الدكتور جميل الشرقاوى ، في رسالته للدكتوراه ، معيارا للفرقة بين العبء والشرط . مؤداه « ان العبء يدخل في محتوى التصرف بقصد ايجاد التزام يعده المتصرف

(٦١٢) لوران : مبادئ ، ٠٠٠ د ١٢ ط ٢ بروكسل سنة ١٨٧٦ رقم

٤٩٣ ص ٥٧٧ .

(٦١٣) بوييسو : الرسالة السابقة . هامش ٢ ص ٦٩ ريميه

نجد قولها :

“Les rares décisions qui ont statué sur ce point paraissent bien admettre que la qualification de la clause litigieuse dépend avant tout de la recherche de l'intention du disposant et non de la nature des prestations stipulées. Une telle recherche d'intention ne peut être opérée que par les juges du fait”

وهذا القول محل نظر في الشق المتعلق بالالتفات في التكييف . عن طبيعة الاداء المشترط ، مجرد انسياق يورث شكاً في عدم الاعتداد بطبيعته الواقعة ذاتها وهو امر غير موضوعي . وانظر الاحكام التى اشارت اليها بوييسو .

(٦١٤) بلانيول وريبير ، السابق ، ج ٥ بند ٢٧٢ ص ٣٧٣ .

(٦١٥) رسالته سألغة الاشارة رقم ١٠٨ ص ٣٠٨ - ٣٠٩ .

مقابلا لالتزامه ، أما الشرط فهو تعليق وجود الالتزام أو بقاءه ، تعليقا لا يحمل بذاته قصدا الى الحصول على مقابل معين ، ولذا لا يدخل في محتوى التصرف . فلو قلت أبيعك منزلى لو نقلت من القاهرة كان شرطا ، أما ان قلت أهبك منزلى لو تركت دينك (religion) فهو عبء لا شرط لأنه يفرض التزاما مقابلا للعبة (٦١٥) » .

ومفاد ذلك أن القاضي ليس عليه ، لكى يعرف ما اذا كان ازاء شرط واقف أو عبء ، الا أن ينظر فى العقد فان وجد أن الاشتراط المقترن به يدخل فى مضمونه كان ازاء عبء ، وان وجد أن الأمر عارض ، بالمفهوم الذى سبق ذكره ، كان بصدد شرط بمعنى الوصف . فالأول ينطوى على فكرة المقابل والثانى يتنافى معها .

وقد نجد فى الفقه الإسلامى ما يؤكد انطواء العبء على فكرة المقابل ، الذى يفضي الى تغيير طبيعة العقد ، من ذلك مثلا ما ورد فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير من أنه اذا « التزم الزوج لزوجه النصرانية ان اسلمت فالدار الساكن معها فيها تكون لها ، فأسلمت فهى لها ، ولو مات قبل الحوز لأن ذلك معاوضة ، قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون ، وعيسى عن ابن القاسم ، وابن أبى حازم فى المدونة ، ورجحه ابن رشد وابن الحاج (٦١٦) » أما الشرط كوصف فلا ينطوى على هذا المفهوم .

ولو أنزلنا هذا المعيار على كافة الأمثلة التى يضربها الفقه للشرط غير المشروع ، كالهبة بشرط عدم المشاركة فى الانتخابات ، أو تغيير الدين ، أو رفض وظيفة ما ، أو العدول عن الاستمرار فى دعوى تطليق ، أو المعاشرة غير المشروعة لاتضح أن الأمر يتعلق فى هذه الحالات واشباهاها بأعباء لا بشروط بمعنى الوصف ، ولعل ذلك يؤكد عدم دخول الشرط كوصف فى غايات المتعاملين وبالتالي عدم جدوى وسمة بالمشروعية ، لأنه بطبيعته لا يمكن أن يتصف بالمشروعية أو عدمها .

٢ - معيار التفرقة بين العبء والشرط الفاسخ :

واذا كان المعيار الأخير المتقدم يحسم المشكلة بالنسبة للعبء والشرط الواقف ، فانه يمكن فى نفس الوقت أن يضع أسس حسم مشكلة التفرقة بين العبء والشرط الفاسخ . وهى مشكلة خلفت كثيرا من الصعوبات ، خاصة ، عند التفرقة بين العبء والشرط الفاسخ الإرادى (C.R. Potestative) ، وأساس هذه لصعوبات يكمن من جهة فى أنه لا يمكن الاستعانة بالفكرة القائلة أن الشرط يحول دون انتاج

التصرف لآثاره (١١٧) . لان الفرض ان الشرط الفاسخ ، يرتب آثاره من فوره ، وان كانت عرضة للزوال ، ومن جهة أخرى ، فان دور التعاقد في تحقيق الشرط الفاسخ ، قد يقترب من دور المتبرع له الذي انقل المتبرع الصادر اليه بعبء ، وهذا يجعل مسألة التمييز بين الأمرين شائكة .

وحتى تتضح معالم معيار التفرقة ، فانه لا بد من التوطئة لذلك ببيان أهمية التفرقة بين العبء والشرط الفاسخ ونعرض لهاتين المسألتين فيما يلي :

(أ) أهمية التفرقة بين العبء والشرط الفاسخ :

ان التفرقة بين العبء والشرط الفاسخ تكتفي أهمية خاصة للأسباب الآتية :

أولا : ان تحقق الشرط الفاسخ ، دون العبء ، يفضي الى فسخ العقد بقوة القانون :

لا يجب خلط فكرة العبء بفكرة الشرط الفاسخ . لان تحقق الشرط الفاسخ يفضي الى فسخ العقد ، كالهبة مثلا ، بقوة القانون (١١٨)، أما الفسخ بسبب عدم تنفيذ العبء فلا بد ان يقع بحكم قضائي ، او كما يقول جوسران (١١٩) .

“La résolution Conditionnelle d'un acte juridique est automatique; la révocation d'une libéralité pour inexécution des charges est judiciaire”.

ومعنى ذلك انه لا يمكن مطالبة الواهب او ورثته او صاحب المصلحة باللجوء الى القضاء لطلب الفسخ . وانما يكون من حقهم التصرف على اساس وقوع الفسخ قانونا من لحظة تحقق الشرط (١٢٠)، وهو امر تؤكد المادة ١١٨٣ من القانون المدني الفرنسي .
واذا فرض ولجأ صاحب الشأن الى القضاء لاستصدار حكم منه ، ويحدث ذلك لأسباب عديدة . منها الرغبة في مراقبة القضاء لدى تحقق

(١١٧) جوسران : البواعث : المرجع السابق رقم ١٣٥ ص ١٧٤-١٧٥

(١١٨) فيلدرمان : رسالته السابقة رقم ٥ ص ١٢ .

(١١٩) البواعث : المرجع السابق رقم ١٣٥ ص ١٧٦ .

(١٢٠) بويسو : الرسالة السابقة رقم ٤٦ ص ٤٢ . كابيتان .

السابق رقم ٢٠١ ص ٤٣٩ . موسوعة دالوز : دي جارودي لامبشيني : تحت لفظ Condition بند ٦ ص ٩٣٣ ، وبند ٦٠ ص ٩٣٦ ، جوسران السابق بند ١٣٥ ص ١٧٥ .

“La Condition résolutoire opère ipso jure”

واقعة شرطية مركبة مثلا ، فان المحكمة تقرر مدى تحقق لواقعة برمتها على النحو المتفق عليه بين المتعاقدين ، وحكمها الذى يصدر بالفسخ لا يكون منشأه ، ضرورة ان الفسخ يكون قد وقع بقوة القانون من لحظة تحقق الشرط ، بل يكون حكمها كاشفا او مقرررا لتلك الحالة ، فالمحكمة لا تباشر أى دور انشائي أو اية سلطة تقديرية بصدد الفسخ ذاته (٦٢١) .

أما اذا تعلق الأمر بعبء أو تكليف ، فان الفسخ لا يكون الا قضائيا (٦٢٢) ، ويعتبر حكم المحكمة ، فى هذه الحالة ، منشأ للفسخ ، فلا يجزىء عنه ظن أصحاب المصلحة أن عدم تنفيذ العبء يفرض الى الفسخ ، فذلك يتنافى مع القواعد العامة ليس فى القانون المصرى فحسب ، بل وأيضا فى كثير من التشريعات كالقانون الفرنسى (٦٢٣) وهو أمر تواتر الفقه على تأكيده (٦٢٤) .

ثانيا : ارتباط المشروعية بالعبء وعدم ارتباط فكرتها بالشرط

فى حد ذاته : كذلك تعتبر التفرقة بين العبء والشرط الفاسخ من المسائل الهامة ، لما رأيناه من أن فكرة المشروعية هى من المسائل المتعلقة بالغايات ، ومن ثم ترتبط بالعبء ، الذى يدخل فى مضمون غايات المتعاقدين ، ولا ترتبط بالشرط كوصف أى كامر عارض ومحايد وخارج عن الغايات . ويمكن أن نلمح بداية الاحساس بهذه الحقيقة فى الفقه الفرنسى من قوله مثلا ان البنود تكون صحيحة اذا البست ثوب الشرط الفاسخ ، ولكنها تكون باطلة اذا اكتست طابع الاعباء (٦٢٥)

والحقيقة أن تغير حكم العقد حسب طبيعة البند الذى اقترن به هو قول ، وان انطوى على احساس بحقيقة الشرط كأمر محايد ، الا أنه لا يبحث عن سبب ذلك ، والسبب يمكن كما رأينا فى ان الشرط أمر عارض لا يدخل مطلقا فى مضمون العقد او غايات المتعاملين ، وبالتالي لا يمكن ان تثور بالنسبة له فكرة المشروعية وان أمكن ان تثور بالنسبة للعبء باعتباره جزءا لا يتجزأ مما انصب عليه تراضى المتعاقدين .

(٦٢١) كابيستان فى السبب : بند ٢٠١ ص ٤٤٠

"Il (le tribunal) ne jouit d'aucun pouvoir d'appréciation".

(٦٢٢) جوسران : السابق بند ١٣٥ ص ١٧٦ .

(٦٢٣) فالمادة ٩٥٦ وهى الخاصة بالاعباء كما رأينا تنص على أنه .

"La révocation pour d'inexécution des Conditions... n'aura lieu de plein droit".

(٦٢٤) انظر سافاتييه : المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى سنة

١٩٢٣ ص ١٠٠٥ وجوسران : السابق بند ١٣٥ ص ١٧٦ .

(٦٢٥) مثلا : بوييسو : الرسالة السابقة بند ٤٧ ص ٧٣ .

ثالثا : ان الاثر الرجعى يرتبط بالشرط دون العيب :

والترفة بين العيب والشرط لها أهمية بالغة ، فى القانون المصرى ، والفرنسى ، واى قانون آخر ، يتبنى فكرة الاثر الرجعى للشرط ، ذلك ان الامر اذا تعلق بشرط فاسخ ، فان تحقق هذا الشرط يقضى الى فسخ العقد بأثر رجعى ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك ، بحيث تسير الامور وكأنه لم يكن هناك وجود سابق للعقد . وأما ان تعلق الامر بعيب فان الفسخ يتجرد كلية عن فكرة الاثر الرجعى كما هو معلوم . ويتقاضانا ذلك البحث الان عن معيار انترفة بين العيب والشرط الفاسخ .

ب : حقيقة معيار الترفة بين العيب والشرط الفاسخ :

رابنا ان الصعوبة الجدية تثور بمناسبة الترفة بين العيب والشرط الفاسخ الارادى « اذ لا يمنع كلاهما الموهوب له من طلب تنفيذ الالتزام ، ويتوقف تحقيق كل منهما على ارادة هذا الاخير (١٢٦) » ، ونبحث الان فى اهم المعايير التى اقترحت فى هذا الصدد .

اولا : معيار كابيتان وجوسران :

على خلاف ارتان ، الذى يميز بين الشرط والعيب على أساس مدى سلبية أو ايجابية الدور الذى يلعبه المتبرع له فى تحقيق الحادث ، ومدى توافر المساواة بين مراكز المتعاقدين ، فان كابيتان يذهب الى ان معيار الترفة بين العيب والشرط الفاسخ الارادى يكمن فى اتجاه العيب الى الشيء ، واتجاه الشرط نحو الشخص ذاته ، ذلك ان العيب يوجد قيذا معنا أو تخصيصا محددا على الشيء ، يقصد منه ضمان الاحتفاظ به ، وعدم قابليته للتصرف فيه أو الحجز عليه ، اما الشرط الفاسخ الارادى فيتجه صوب المتبرع له شخصا ، ويقرض عليه حظر معنا أو عملا محددا (١٢٨) . ولقد حدا ذلك بجوسران - الذى يؤيد مذهب كابيتان - الى القول بأن العيب يتعلق بالحالة العينية للمال المشار اليه فى التبرع ، بينما يؤثر الشرط فى نفس المتبرع - له شخصا (١٢٩) .

واهم ما فى هذا المعيار هو وضوحه ، لانه يتسم باظهار السمة الاقتصادية والصبغة الموضوعية للعيب أو التكليف (١٣٠) ، وبناءا عليه

(١٢٦) جمال زكى : العقود المسماة : المرجع السابق هامش ٢

ص ٨٣ .

(١٢٧) رسالته السابقة ص ٩٩ وما بعدها .

(١٢٨) مؤلفه : السبب : المرجع السابق ، بند ٢٠١ ص ٤٣٩ .

(١٢٩) جوسران : المرجع السابق رقم ١٣٥ ص ١٧٦ .

(١٣٠) المرجع السابق نفس الرقم ص ١٧٦ - ١٧٧ .

يكون شرط الترميل ، شرطا بمعنى الوصف لأنه يتجه صوب الشخص ذاته ، ويتعلق به (٦٣١) وشرط عدم القابلية للتصرف عبئا ، لأنه يتجه صوب المال .

ولكننا نعتقد أن هذا المعيار غير كاف (٦٣٢) ، لأنه ، أن صح ، لا يواجه فروضا يختلط فيها الأمران (٦٣٣) . والحقيقة أن عدم كفايته تتضح من عدم احاطته الكاملة بطبيعة كل من العيب والشرط ، ويصدق ذلك بداهة على قول هامل أن الشرط على خلاف العيب هو مجرد وصف خارجي ولا يتعلق بشخص المتبرع اليه (٦٣٤) .

ثانيا : رأى سافاتييه ومرجريت بويسو :

عرض سافاتييه فكرته الخاصة بالفرقة بين الاعباء والشرط ، بمناسبة حكم صادر عن الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية ، وأثار التساؤل حول ما اذا كان تخلف الواقعة التي اقترنت بالتبرع ، يفضي الى الفسخ تلقائيا بقوة القانون ، أم أنه يجب رفع دعوى الفسخ لعدم تنفيذ الاعباء . وكان ذلك بمناسبة وصية أبرمها زوج لزوجته ، وأدرج فيها شرط ترميلها بعد وفاته ، ولكنها تزوجت . فذهب الورثة الى أن الأمر يتعلق بشرط وأن تحققه يفضي الى الفسخ بقوة القانون ، حين ذهبت الموصي لها الى أن الأمر يتعلق بعيب وأنه يلزم لفسخ الوصية صدور حكم قضائي بذلك ، وطالما أن هذه الدعوى لم ترفع وأن حكما لم يصدر فإنها تتمسك بكافة حقوقها التي تخولها لها الوصية .

وقد اعتبرت محكمة النقض أن الأمر يتعلق بشرط لا بعيب وهو نفس الحل الذي يقود اليه فكر جوسران وكابيتان .

أما Larombière فكان قد قدم للفقهاء منذ بداية القرن التاسع عشر معيارا أسماه فريق من الفقهاء معيار التمسك Critère de l'engagement . بمقتضاه يتميز الشرط عن العيب ، في أن الشرط يترك للمتعاقد كامل الحرية في أن يتصرف أو ألا يتصرف ، أما العيب فهو ملزم بطبيعته ، ولمن اشترطه أن يطلب تنفيذه . وبعبارة

(٦٣١) جوسران : الموضع السابق . وسافاتييه : المجلة الفلسفية

١٩٣١ رقم ٧ ص ٦٣١ .

(٦٣٢) انظر دى لامورانديير : محاضرات في القانون المدني الفرنسي

باريس سنة ٤٧ ، ١٩٤٨ ص ٦٨١ .

(٦٣٣) بويسو : الرسالة السابقة رقم ٥٠ ص ٧٩ وهامش ١ بما

انطوى عليه من أحكام .

(٦٣٤) فكرة السبب في التبرعات : باريس ١٩٢٠ ص ٢٠٣

وما بعدها .

(٦٣٥) انظر تفاصيله في بويسو : الرسالة السابقة بند ٥١ ص ٨١

جامعة فانه يتعين على القاضي ان يفسر البند . فاذا وجد . ان قصد المتعاقدين قد انصرف الى أنه ملزم وواجب الاداء . فانه يكون عبئا . اما اذا كان يدع مجالا لحرية الاختيار وممارسة نوع من السلطة التقديرية ازاءه فانه يكون شرطا (١٢٦) .

ولقد دأب رينيه سافاتييه على اتخاذ محاولات استخلاص معيار للفرقة بين العبء والشرط . ولعل أهم ما يميز معياره . أنه انطلق فيه من نقطة البحث عن طبيعة العبء . فالعبء التزام يفرضه أحد المتعاقدين على الآخر ، ويفضي الإخلال به الى تمتع صاحب الشأن بحق اللجوء الى القضاء ، لطلب الفسخ . والنتيجة المنطقية لهذا التحليل . ان العبء له دعاوى تضمن تنفيذه . كما هو الشأن في الدعاوى التي يمكن رفعها لضمان تنفيذ الالتزامات المتقابلة ، والتي يعتبر كل منها شرطا او اساسا لالتزام المتعاقد الآخر (L'obligation-Condition) في مفهوم المادة ١١٨٤ مدني فرنسي (١٢٧) (١٥٧ مدني مصري) . ومن محصلة ذلك صاغ سافاتييه معيارا فحواء : ان الشرط كوصف لا يحمل المتعاقد في انعقد المعلق على شرط بناء التزام يمكن اجباره على تنفيذه . وذلك بخلاف العبء . معنى ذلك ان صاحب الشأن في حالة الشرط الارادي يجب ان يتربص ريثما يتحقق الشرط دون ان يكون في امكانه ان يتداعى قضائيا للمطالبة بتنفيذ البند . بيد ان سافاتييه يتوج فكرته بتوجيه القاضي الى وجوب البحث عن نية المتعاقدين عندما تدق مسألة تمييز انعبء عن الشرط الفاسخ الارادي (١٢٨) .

ولقد مال فريق آخر من الفقهاء الى النظر في طبيعة بعض البنود وانبات انها بحسب طبيعتها تعتبر اعباء كشرط المنع من التصرف . بينما البعض الآخر يعتبر شروطا بحسب طبيعتها ايضا كبند الترميل . ثم التأكيد على ان بعض البنود قد تكتسي صيغة الاعباء او الشروط

Larombiere, Théorie et pratique des obligation. (٦٣٦)

Tome 2, No. 5, cité aussi par M. Bouyssou. Thèse, précitée No. 51. p. 81.

Savatier. R.T.D. Civ. Fr. 1931, p. 631. (٦٣٧)

(٦٣٨) المصدر السابق ص ٦٣٢ - ٦٣٣ حيث يقول :

“Que ce soit dans un Contrat à titre onéreux ou dans un Contrat à titre gratuit, la distinction entre la Condition proprement dite, et la charge ou obligation, se fera ordinairement d'après ce qui précède, par la recherche des intentions des parties”.

ولكنه يتحفظ بعد ذلك في بعض الصور ومنها شرط الترميل . انظر

المصدر السابق ص ٦٣٣ .

بحسب ارادة المتعاقدين ، وهكذا وصل الى فكرة سافاتييه ، ورأى بدوره أن مناط الامر سيمكن برمته في تفسير ارادة المتصرف ، والقضاة هم الذين يمارسون هذا التفسير ولكن حريتهم لن تكون كاملة ، اذ انهم يجب أن يستهدوا بالفكرة القائلة بأنه اذا كان هناك تعهد ملزم لاحد الطرفين فإن الامر يتعلق لامحالة بالتزام (٦٣٩) ، وهو قول لارومبير على ما رأينا سلفا .

بالحقيقة أن حسم مشكلة التفرقة بين العبد والشرط يكمن في اللجوء الى نفس المعيار الذي اقترحه الاستاذ الدكتور جميل الشراوى والمنبثق من طبيعة الشرط كأمر عارض ومحاييد وطبيعة العبد الذي ينطوي على سمة المقابل ، وبمقتضاه يكون على القاضي أن يبحث في طبيعة المسألة المعروضة لى هل اذا تم رفعها من العقد ارتفع العقد برمته ، وفي هذه الحالة تكون الواقعة عبثا يدخل في مضمون غايات المتعاقدين ، أم انه يمكن رفع البند ، فيبقى منجزا ، وفي هذه الحالة يتعلق الامر بشرط بمعنى الوصف . وهكذا فإن المعيار المذكور لا يتسم بأى تحكم ولا يبحث في النوايا ، بل يبحث في طبيعة البند ذاته ، فالبحث في الطبيعة القانونية الشيء هو أساس جلاء حقيقته . . ولعل ما اقترحناه من رفع فكرة الشرط الارادى المحض كلية من نطاق فكرة الشرط كوصف يرفع كل لبس في هذا الصدد . وعليه فإن بند الترميل الذي شغل حيزا كبيرا من فكر الفقهاء يعتبر عبثا لاشراطا بمعنى الوصف لانه ككل الامثلة المماثلة ، ينطوي على التزام مقابل داخل في مضمون التصرف وغايات المتعاملين ، بحيث انه لو تم رفعه لما أمكن تصور وجود التصرف بدون (٦٤٠) .

• (٦٣٩) بوييسو . الرسالة السابقة بند ٥١ ص ٨٢ .

• (٦٤٠) بوييسو : الرسالة السابقة بند ٥١ ص ٨٢ .