مقـــدمة

تمهيـــد :

تتجه النية فى معظم البلاد العربية ، فى الوقت الحاضر ، الى سن تقنينات مدنية مستقاة من الشريعة الاسلامية ، وهذا مسلك صائب ، لانه اذا كان القانون « يكتب له البقاء من مسايرته المستمرة للأحداث التى تخرج الى عالم الوجود » (١) فان الشريعة « وافية بحاجات الناس ، ونصوصها قادرة على تحقيق مصـالحهم فى كل واقعة تعن ، او نازلة تحدث » (٢) . واذا فرض ووجدت وقائع ليس لها نص بعينه ، أمكن اعطاؤها حكما يحقق مصلحة ، من نوع أو جنس المصالح التى ابتغى الشارع تحقيقها (٣) ولا شـك أن ذلك يفضي الى وجـود فكر امثل ، يحقق ثقة الفقه الوضعى ، فى دور القانون المستقى من الشريعة الغراء ؛ فى ايجاد نوع من التناسق والتوافق ، بين مصـالح الأفراد المتعددة والمتضاربة (٤) .

المصلحة والشرط :

ونظرية الشرط هى احدى اهم نظريات القـانون المدنى ، التى عنى بها الفقه الاسلامى عناية فائقـة ، حتى خرجت فى ثوب حاولت أبرز التقنينات الراقية ـ كالتقنين الألمـانى ـ أن تصل اليه ، لا سيما وان اساس هذه النظرية ، فى الشريعة الغراء ، يكمن فى فكرة المصلحة ، كفكرة منضبطة ، وليس كمسألة مادية نفعية ، ولنا فى قول ابن القيم خير شـاهد على ذلك ، حين يؤكد أن تعليق « العقود ... وغيرها بالشروط ، أمر قد تدعو اليه الضرورة او الحاجة او المصـلحة ، فلا يستغنى عنه المكلف ... » (٥) .

---

(١) انظر : توفيق حسن فرج : نظرية الاستغـلال ... رسـالة دكتوراه ١٩٥٧ ص ١ ، والفقيهين اللذين أشار اليهما .

(٢) حسين حامد حسان . نظرية المصلحة .. رسالة الازهر ١٩٧١ ص ٦٠٧ .

(٣) انظر فى التعريف بالمصلحة بوجه عام : مصطفى زيد . المصلحة ط ٢ بند ٦٠ ، ومحمد عبد الجواد محمد : بحوث فى الشريعة الاسلاميـة والقانون ١٣٩٣ هـ ص ١٠٣ .

(٤) عبد الودود يحيى : محاضرات فى المدخل ... سنة ٦٨ ـ ١٩٦٩ ص ٩ ، ٢٩ .

(٥) اعلام الموقعين ج ٣ سنة ١٣٨٩ هـ تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل ص ٤٦٩ .

والشرط الذى تبحثه هذه الرسالة هو كل حادث عارض ، مستقبل وغير محقق ، وتنيط به الارادة تنفيذ التصرف ، أو بالاحرى تعلق عليه الارادة قيام الالتزام بالتصرف ، أو زوال هذا الالتزام ، اى الشرط كأمر عارض دون الاعباء أو عناصر الواقعة القانونية ، ولذاتحرر هذه الرسالة مفهوم الشرط كوصف ، عن المفاهيم العادية الاخرى للفظ الشرط .

ذيوع نظرية الشرط :

ولقد انتشرت نظرية الشرط ، فى المجال العملى ، انتشارا كبيرا فى الوقت لحاضر، حتى ان نظرة واحدة على احكام المحاكم ، واسواق المعاملات المالية والتجارية ، وحقول الاعمال الادبية والفنية ، وصحف الاعلانات القانونية (٦) ، تكفى للوقوف على تنوع وتسدد التصرفات الشرطية ، سواء كانت مدنية ام تجارية ، رضائية أم شكلية أم عينية ، مسماة أم غير مسماة ، ملزمة للجانبين أم لجانب واحد ، بعوض أم على سبيل التبرع ، محددة أم احتمالية ، فورية التنفيذ أم زمنية ، فورية التكون ام متتابعة (٧) . . . كما أن كثيرا من أفكار النظرية العامة للالتزامات يمكن ابرامها معلقة على شرط كالنيابة فى التعاقد (٨) والوعد بالعقد (٩) ، والاشتراط لمصلحة الغير (١٠) وغيرها .

ويشيع التعليق عملا فى عقود البيع والمقايضة والهبة والشركة ، والقرض والدخل الدائم ، والصلح والايجار والعارية ، والمقاولة والعمل والوكالة والوديعة والمرتب مدى الحياة ، والتأمين والكفالة والرهون ، ولذا تتداخل فكرة الشرط مع كثير من الأفكار القانونية التى تثيرها كثير من هذه التصرفات ، كالبطلان (١١) والاستغلال (١٢) والتقادم (١٣)

---

(٦) Trotzier الشرط الواقف وتطبيقاته المعاصرة ، باريس ١٩٤٦ غير مطبوعة ص ١ .

(٧) سنقدم أمثلة كثيرة لذلك على مدار هذه الرسالة .

(٨) جمال مرسى بدر : النيابة فى التصرفات القانونية ط ٢ ص ٢٣٦ .

(٩) انظر مثلا حكم محكمة السين التجارية الصادر فى ١٥ يونيو ١٨٨٢ - المنشور فى الجازيت دى باليه ١٨٨٢ - ٢ - ٢٢٢ .

(١٠) وتثير فكرة الاشتراط فى ذاتها ، حتى وان كانت منحة ، مسألة الشرط فى أكثر من مجال : عبد الحى حجازى : نظرات فى الاشتراط لمصلحة الغير . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ٦ ع ١ بند ٣٢ ص ٤ .

(١١) جميل الشرقاوى : نظرية بطلان التصرف القانونى رسالة القاهرة ١٩٥٣ (١٩٥٦) بند ١٠٨ ص ٣٠٧ .

(١٢) توفيق حسن فرج . الرسالة المذكورة بند ١٠٨ ص ٢٧٢ .

(١٣) عبد المنعم البدراوى : أثر مضى المدة فى الالتزام . رسالة القاهرة ١٩٥٠ بند ٥٥ ص ٧٥ و ١٣٥ و١٣٧ .

والحوالة (١٤) وغيرها ، وقد حدا ذلك بالفقه الى التطرق لفكرة الشرط فى ثنايا ابحاثهم فى تلك الموضوعات ، سواء بتحديد العلاقة ، او بيان الاثر ، او شرح الاحكام .

كما تثور فكرة التعليق بصدد كثير من حالات البيع الدولى للمنقولات المادية ، وابتياع الافراد سلعا من دول اخرى بعقود شرطية ، وانتقال تلك السلع الى موقع جديد قبل تحقق الشرط ، اذ يلزم لحل التنازع المتحرك للقوانين فى هذه الحالة التعرض ابتداء لمسالة اولية هى معرفة ما اذا كان هناك شرط وتعليق من عدمه (١٥) .

ولا يغفل الفقه الفرنسي بيان الاهمية العملية القصوى التى يلعبها الشرط فى مجال القوانين المالية والضريبية . ذلك أن العقود الشرطية وحدها دون العقود الاحتمالية هى التى تخضع لاحكام القوانين المذكورة (١٦) .

وغنى عن البيان أن العقود الادارية ، والاتفاقيات الدولية قد تكون شرطية ، كما أن بعض مسائل القانون العام المرتبطة بالارادة ، قد تفسر من خلال نظرية الشرط (١٧) ، شانها شان كثير من مسائل التامين وخاصة التأمين البحرى .

دقة فكرة الشرط وانعكاس ذلك على الاحكام القضائية :

تتسنم نظرية الشرط ، ذرا العلم والفن القانونيين ، وتستقل بمنطقها الخاص الذى يستوعب ما عداه ، دون أن يستغرقه سواه ، واذا اتخذنا من جوهر هذه النظرية مظهرا لذلك ، أمكن القول انها نظرية تتجاوز الماضي فلا تخضع له ، وتتفرغ عن الحاضر فلا تتأثر به ، وترنو الى المستقبل فلا تتعامل الا معه ، واذا كانت فكرة الزمان ، لا سيما

---

(١٤) عبد الودود يحيى : حوالة الدين ... رسالة القاهرة ١٩٦٠ ص ٧٦ ، ٢٠٦ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

(١٥) انظر التفاصيل فى : محمد كمال فهمى ، التنازع المتحرك للقوانين فى القانون الدولى الخاص . رسالة باريس (١٩٥١ طبعت بالقاهرة بالفرنسية ١٩٦٥) بند ٤٣٣ ص ٢١٧ وما بعدهما .

(١٦) Pièrre DEBÉSE : Nouveau principes de droits d'enregistrement, Thèse Paris 1946, No. 18, p. 15 ; Charles FREYRIA : La théorie de la mutation conditionnelle de l'apport en société.

مقال منشور بحوليات حقوق ليل فى ذكرى اميل جيرو ١٩٦٦ ص ١٧١ ومابعدها وخاصة بند ٣ ص ١٧٣-١٧٤ ، وبند ٧ ص ١٧٨ - ١٧٩، وبند٩ ص ١٨١ - ١٨٢ .

(١٧) عبد الله العريان فى رسالته : Condominion and related institutions in international law طبعة القاهرة ١٩٥٢ ص ٨٦

المستقبل ، قد استقطبت انظار الفقهاء (١٨) ، فان علة ذلك تكمن فى الواقع فى ذلك الارتباط الوثيق بين المستقبل والشرط ، فالاول هو الوسيط الوحيد الذى ينبثق منه الثانى .

وقد انعكست دقة نظرية الشرط على أحكام القضاء ، فحللت ، واصلت ، ووصلت الى نتائج منطقية ، سواء فى مصر أو فى فرنسا ، تشهد لهذه النظرية بالعمق ، بيد انه فى ثنايا ذلك أغفل الخصوم والقضاء اثارة فكرة الشرط فى قضايا كان لابد أن تثار فيها تلك النظرية (١٩) ، كما اختلفت وتناقضت أفهام قضاة الدرجة الأولى مع أفهام قضاة الاستئناف فى كثير من بلاد العالم بصدد ما يعتبر شرطا (٢٠) ، بل ان محكمة النقض المصرية ، فى احدث أحكامها ورغم وصولها الى نتائج صحيحة من حيث المبدأ ، الا أنها اطلقت الشرط كوصف على مسائل لا تستجمع مقومات الشرط (٢١) .

ولعل ذلك يقتضي الوقوف أمام نظرية الشرط وقفة تحليل وتأصيل بغية استظهار حقيقة فكرة الشرط .

نواة هذا البحث :

يمكن القول أن هذا البحث هو محاولة مبدئية ، لقراءة مطولة ، لخلفية احدى الفقرات الوجيزة التى أوردها الاستاذ العميد الدكتور ، جميل الشرقاوى فى رسالته عن نظرية بطلان التصرف القانونى ، وبعض هوامش واشارات وردت فى مؤلفيه عن التصرف القانونى وأحكام الالتزام . فلقد أحسست أن هذه الأفكار تعكس موقف الفقه الاسلامى من نظرية الشرط . ولقد شهد الغرب ، بوجه خاص ، لهذا الفقه بصدق التحليل ، وصفاء الاستنتاج ، وعمق التأصيل ، وبالتالى قوة التأثير ، فكان لزاما على أن أحاول ولوج هذا الخضم الزاخر من الفكر

---

(١٨) F. Senn الفكرة الرومانية عن المستقبل . المجلة التاريخية ١٩٥٦ ص ١٦٣ وما بعدها .

(١٩) انظر مثلا الدعوى ١٨٥ لسنة ١٩٧٠ مدنى جزئى شبرا ، والحكم الاستئنافى الصادر فيها بتاريخ ١٩٧١/٥/٣٠ فى الدعوى ٥٤ لسنة ١٩٧١ مدنى مستأنف كفر الشيخ . والحكمان غير منشورين . ويتعلق الامر فيهما باتفاق شركة التأمين مع عامل معين على منحه مبالغ معينا اذا استقطب عددا معينا من الاشخاص للتأمين على حياتهم . فالامر اذن كان يتعلق بشرط بالمعنى الفنى .

(٢٠) انظر مثلا حكم محكمة الجزائر الصادر فى ٢٥ مارس ١٨٩٦ ـ الدائرة الثالثة . المجلة الجزائرية والتونسية للتشريع والقضاء . العدد الثانى عشر ١٨٩٦ ص ٣٣٣ .

(٢١) انظر نقض مدنى ٣١ مارس ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى س ٢٧ ق ١٦١ ص ٨٣٨ .

الاسلامى العظيم . لاقدم ما استطعت فهمه منه من افكار قد توضح بعض جوانب هذا الموضوع الدقيق ، فى اطار مقارن بينه وبين القوانين الوضعية فى كافة البلدان العربية وفرنسا مع اشارة الى بعض الشرائع والتشريعات الاخرى . كالقانون الرومانى والقانون الانجلوامريكى والقانون الالمانى . وكنت ولا زلت موقنا بنظرية الأصفهانى فى استيلاء النقص على جملة البشر (٢٢) ، وفكرة التسولى عن ان العلوم منح الهية ومواهب اختصاصية ، وانه يدخر للتمأخرين ما عسر على كثير من المتقدمين (٢٣) ؛ فما اقدمه فى هذا الصدد هو محاولة ، ارجو ان تمهد الطريق لمن سيطرق هذا الموضوع ، لكى يبلور خوافيه ، ويتجاوز ما اعترانى من قصور فيه .

وتكمن نقطة البداية فى ان الشريعة الاسلامية ، لا تعالج نظرية الشرط الا فى نطاق العقد ، فالشرط لا يؤثر الا فى التصرف الارادى ، فهو بعبارة وجيزة وصف للتراضي او الرضا .

اما فى القانون الوضعى فمعظم الفقهاء اتفقوا على ان الشرط وصف للالتزام ، وهـذا هو المسلك التقليدى . فأى هاتين النظريتين ادعى الى القبول ؟ ان الاجابة عن هذا التساؤل تقتضي تحليل فكـرة الشرط لبيان مدى علاقة الشرط بالتراضي او الرضا من جهة ، وبالالتزام من جهة اخرى . كما تقتضي الوقوف على اهم آثار الشرط كوصف ومعرفة مدى دلالتها على صدق اى من النظريتين المتقدمتين .

واذا يممنا صوب احد احدث مشروعات القوانين فى العالم العربى نوجدنا ان توضيحات مشروع نصوص الشرط فى مشروع القانون المدنى الـكويتى (٢٤) قد تنبهت لهذه المشكلة فتساءلت عن « الموضع الذى ينظم فيه الشرط : هل ينظم فى احكام التصرف القانونى او العقـد ، أم توضع نصوصه فى تنظيم الالتزام فى ذاته على اعتبـار ان الشرط وصف من اوصافه كما هو النظر التقليـدى » . ثم اجابت على ذلك باستعراض حقيقة جوهرية مؤداها ان المصدر الوحيد لاقتران الالتزام بالشرط « هو الارادة او التصرف القانونى » ، ووجدت فى ذلك « حجة قوية للقول توضع احكام الشرط فى نطاق تنظيم التصرف القـانونى او العقد على اعتبار ان الشرط وصف من اوصاف التراضي » .

وهذا المسلك الصائب تسانده ، فى الواقع ، اقوال ائمة الفقـه الاسلامى كقول ابن القيم انه اذا صح تعليق الغـاية فتعليق الوسيلة

---

(٢٢) انظر فى عرض شيق من فكره : فاتحة رسالة عبد الرازق حسن فرج عن نظرية العقد الموقوف سنة ١٩٦٩ .

(٢٣) البهجة فى شرح التحفة ج ١ ط ٢ ، الحلبى ، ص ٢ .

(٢٤) لم ينشر بعد .

اولى بالصحة (٢٥) ، وتسانده الاعتبارات التاريخية ، فالقانون الرومانى ذاته ، وعلى ما اورده بوفنوار فى حوالى مائتين وستين نصا ، لم يعرض لتعليق « الالتزام » الا فى النطاق العقدى (٢٦) . وتؤازره النظرة الفلسفية فكانت يؤكد (٢٧) أن الارادة تلزم نفسها بنفسها نزولا على تصور لفكرة موضوعية ، تصلح أن تكون قانونا لكل مكلف فى هذا العالم ، فتستند الى مالها من سلطان مؤسس على الاخلاق لتحديد دائرة التزامها ، وهذا القول يحاول الوصول لفكرة المصلحة التى جلاها الفقه الاسلامى على ما اشرنا ، كما أن هذا المسلك هو المسلك الذى تحاول ان تتبناه كثير من التقنينات كالتقنين الالمانى (٢٨) ، والتقنين العراقى والبحرينى وتقنين لويزيانا (٢٩) ، وكثير من الصياغات الفقهية كرستيتمنت العقود فى الولايات المتحدة الامريكية (٣٠) ، وهو المسلك المطبق فعلا فى المملكة العربية السعودية ، باعتبارها الدولة الوحيدة فى العالم العربى والاسلامى ، الآن ، التى تطبق قواعد الشريعة الاسلامية فى كل مناحى الحياة ، وبخاصة فى مجال المعاملات .

وانطلاقا من كل الاعتبارات المتقدمة ، كانت هذه المحاولة لبحث فكرة الشرط كوصف للتراضي او الرضا ، بحسب ما اذا كان العقد معلقا برمته أم ان التعليق فيه قد انصب على رضا احد المتعاقدين فقط . وسيكون مجال هذا البحث هو الاطار النظرى الذى يفتح الباب أمام التطبيق العملى ، والميدان العملى الذى يفيد فى تعديل الفكر النظرى ، فبهذا وحده يمكن لأى تحليل او تأصيل أن يؤتى ثمرته المنشودة من اقناع المشرع بتبنى النظرية الأكثر دلالة على حقيقة موضوع البحث ، معنى ذلك أنه يتعين علينا القاء الضوء على حقيقة ذات شقين : الشق الأول : هو أن تحليل فكرة الشرط يثبت أن الشرط وصف للتراضي أو الرضا . والشق الثانى : هو ان آثار الشرط تؤكد بدورها أن الشرط وصف للتراضي أو الرضا .

---

(٢٥) اعلام الموقعين ج ٣ (١٣٨٩ هـ) ص ٤٦٩ .

(٢٦) مؤلفه الجامع فى الشرط . باريس ١٨٦٦ .

(٢٧) KANT (E) Fondement de la métaphisique des moeurs, Paris 1962, pp. 1279 : 43, 169.

(٢٨) م ١٥٨ وما بعدها .

(٢٩) م ٢٠٢٠ حتى ٢٠٤٧ فقد عرض للشرط كوصف للالتزام فى ثنايا نظرية العقد .

(٣٠) م ٢٥٠ وما بعدها .

خطة البحث :

ومن هنا نختط فى بحث هذا الموضوع الخطة التالية :

القسم الأول : تحليل فكرة الشرط .

الباب الأول : ماهيـــة الشرط .
الفصل الأول : التعريف بالشرط .
الفصل الثانى : مقومات الشرط .
الباب الثانى : ماهيـــة التعليق .
الفصل الأول : مصدر ونطاق التعليق .
الفصل الثانى : مقارنةالتعليق ببعض**الأفكار والأنظمةالقانونية.**

القسم الثانى : آثار الشرط كوصف للتراضي .

الباب الأول : آثار التصرف المعلق خلال مرحلة التعليق .
الفصل الأول : آثار التصرف المعلق على شرط واقف خلال مرحلة التعليق .
الفصل الثانى : آثار التصرف المعلق على شرط فاسخ خلال مرحلة التعليق .
الباب الثانى : آثار الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق .
الفصل الأول : تحقق او تخلف الشرط .
الفصل الثانى : اثر تحقق او تخلف الشرط .
الباب الثالث : فكرة الأثر الرجعى للشرط .
الفصل الأول : فكرة الأثر الرجعى واساسها .
الفصل الثانى : نتائج فكرة الأثرالرجعى للشرط والاستثناءات الواردة عليها .