

القسم الاول

تحليل فكرة الشرط

تمهيد :

هناك افكار قانونية « تمز على العلم مهما بلغ تقدمه » (١) ، ومن بينها فكرة الشرط ، التي حظيت بدراسات كثيرة (٢) ، لم تستطع ان تذهب بالعديد من اوجه الخلاف فيها . وان كانت قد بلورت معظم الأفكار التي اقحمت عليها . كفكرة العيب (٣) ، والحادث الاحتمالي (٤) ، والخيار (٥) ، والتحفظ (٦) . باعتبارها افكارا اصيلة غير مختلطة بها . ففكرة الشرط اذن فكرة متشعبة الجوانب ، لانها ترتبط بأفكار ومفاهيم قانونية عديدة،ولهذا ام يكن من قيل المصادفات ان تتعرض لها

(١) جميل الشرقاوى نقلا عن ايرنج : الاثراء بلا سبب على حساب الغير . القاهرة ١٩٧٢/٧١ ص ١٨ .
(٢) كمؤلفات ورسائل ، سنشير اليها فيما بعد بأسماء مؤلفيها وهي :

C. Bufnoir : Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivants le Droit Romain, Paris 1866; Bartin : Théorie des conditions impossibles. illicites, et immorales. Paris 1887; Lepelletier (Georges) : Conditions impossibles. illicites ou contraires aux moeurs en Droit Romain et en Droit Français, Paris 1889; Oscar Panien : Théorie générale des Cond. imp. ill. & immorales dans les libéralités en Droit Fr. Paris 1889; Amédée Leloutre de la non-rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridiques, Caen 1904; Bernard (L) : L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs. Aix. 1909; C. Filotti : La Condition résolutoire dans le Droit Français et Romain. Paris 1909; Trotzier : Essai sur la condition suspensive et ses applications recentes (Dactylographier) Paris 1946.

وغيرها مما ستلى الإشارة اليها .

- (٣) بويسو : التبرعات المثقلة بتكليف . تولوز ١٩٤٧ .
- (٤) فريبيه . الحقوق الاحتمالية . باريس ٥٣ (١٩٥٥) .
- (٥) ابراهيم نجار : حق الخيار . باريس ١٩٦٧ .
- (٦) برونو سيليس : التحفظات ، باريس ٦٥ (١٩٦٦) .

أكثر رسائل الدكتوراه حساسية ، ليس في الفقه العربي (٧) فقط ، بل في الفقه الفرنسي (٨) وغيره أيضا ، وتداولها أحكام القضاء في مصر (٩) وفرنسا (١٠) .

(٧) جميل الشرقاوى : الرسالة السابقة : عبد الحى حجازى : عقد المدة ١٩٥٠ ص ١١١ : منصور مصطفى منصور : نظرية الحلول العينية ٥٣ (١٩٥٦) بند ٣٩ ، جمال زكى : حسن النية فى اكتساب الحقوق ، بالفرنسية ، ١٩٥٢ بند ١٧٤ : صوفى أبو طالب : تبعة الشيء المبيع ، باريس ١٩٥٣ (طبعة القاهرة ١٩٥٨ بالفرنسية) ص ٢٥١ : أحمد سلامة : التصرف الاحادى بالفرنسية . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ٥ ع ٢ وس ٦ ع ١ ، ٢ : محمود أبو عافية : التصرف القانونى المجرى ١٩٤٧ ، الخاتمة ، النسخة الفرنسية ص ٢٩١ - ٢٩٢ ، صلاح الدين زكى : تكون الروابط العقدية فيما بين الغائبين ١٩٦٢ بند ٥٢ ص ٧٥ ، عبد العزيز أبو غنيم : الالتزام العينى ١٩٧٢ بند ٣٤٩ ، حسبو الفزائى : أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى ١٩٧٩ ص ٤١٨ ، وغيرهم ممن سنشير اليهم كصلاح الناهى وزكى الدين شعبان ، وحسن الشاذلى ، عبد الرازق فرج ، وانظر محمد محمود عبد الله : قسمة المال الشائع . رسالة القاهرة ١٩٧٦ بند ١٢٤ ص ٢٧٥ وما بعدها .

(٨) مثلا Buffelan-Lanore : Eassai sur la notion de Caducité des actes juridiques en Droit Civil : Paris 1963, p. 19. Français Delhay : La nature juridique de l'indivision... Paris 1968. p. 78; Pierre Blondel : La Transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux a caractère personnel 1969, p. 171; Guy Raymond : Le consentement des époux au mariage, Paris 1965, p. 78. Bernard Teyssie : Les groupes de contrats, Paris 1975, No. 304, p. 159.

(٩) مثلا نقض ٣١ مارس ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ رقم ١٦١ ص ٨٣٨ ، ونقض ٢٨ ابريل ١٩٧٦ نفس المصدر رقم ١٥٥ ص ١٠٢٤ ؛ ونقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ مجموعة عمر رقم ١١٢ ص ٢٥٥ ؛ ونقض ٩ مايو ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤ ؛ ونقض ١١ يناير ١٩٦٢ المحاماة س ٤٣ رقم ٩٨ ص ١٨٠ . وفى تونس حكم محكمة التعقيب فى ١٥-١٢-١٩٥٩ مجلة القضاء والتشريع ع ٩٤ ، ١٠ ص ١٥٦ ، وتعقيب ٣ يونيو ١٩٢٦ نفس المصدر ص ١٥٠ وتعقيب ١٠ ابريل ١٩٢٤ نفس المصدر السابق ع ٨ ص ٦٩ ، وانظر أحكاما أخرى أشار اليها محمود ابن الشيخ . مجلة الالتزامات والعقود التونسية معلقا على فصولها بأحكام القضاء ١٩٦٦ تحت الفصل ١١٦ وما بعده .

(١٠) مثلا نقض مدنى ١١ يناير ١٨٧٦ دالوز الدورى ٧٧-٢-١٢٤ ، نقض ٢٨ يناير ١٨٩٥ د.ب أيضا ٩٥-١-٣٦٣ ؛ ونقض ١٢ يوليو ١٨٩٢ ، د.ب ٩٣-١-٣٩٠ ؛ ونقض ١٨ يونيو ١٨٩٠ سبرى ١٨٩٣-١-٤٢٥ ؛ نقض ٢١ نوفمبر ١٩٣٢ دالوز الاسبوعى ١٩٣٣-١٩-١٩٣٣ .

والتحليل المنطقي لآية فكرة قانونية ، يُجيب ان يتفيا استظهار حقيقتها ، أو جوهرها وطبيعتها ، وقد يحتاج الأمر الى تقصي اصل نشأتها ، وتتبع تطوراتها (١١) ، حتى يمكن تصويرها تصويرا مجسدا لا مجردا ، يعتمد أساسا على ما هو كائن في القانون الوضعي (١٢) ، دنوا الى ما ينبغي ان يكون ، ذلك ان الدراسة العلمية السليمة ، وان كانت « تقتضي تأصيل المسائل ، وردّها الى نظريات تيسر تطبيق النصوص » (١٣) . الا انها يجب ان تستهدف أيضا بيان ما يعتور النظريات من قصور ، والنصوص من عدم اتساق .

وفكرة الشرط تحتاج الى هذا الإطار من التحليل ، الذي قد يفيد في استخلاص المعايير التي تهيم عليها ، وتحديد نطاق الافكار التي ترتبط بها ، بيد انه لما كان للشرط وجه آخر هو التعليق . فان تحليل فكرة الشرط لن يكون متكاملًا الا بالتعرض له .

ومن هنا فاننا سنوزع دراسة تحليل فكرة الشرط على بابين :

الباب الاول : في ماهية الشرط .

والباب الثاني : في ماهية التعليق .

(١١) شفيق شحاته : تاريخ القانون الخاص في مصر ج أول ١٩٥٠

بند ٢ ص ١٢ .

(١٢) أحمد سلامة : المخل ، الكتاب الثاني ١٩٧٤ بند ٦٥ ص

١١٣ - ١١٤ . ولكن التاريخ لن يكون في حد ذاته هدفنا الاساسي ، عندما نتعرض له ، ولكنه سيكون مجرد أداة للفهم . وليس في عناص البحث ما يحول دون هذا الاختيار . وانظر فرانسوا جيني . طرق تفسير ومصادر القانون الوضعي الخاص : باريس ١٩١٩ بند ١٤٣ ص ٢٤ حيث يستخلص بصفة عامة ، بعد عرضه لافكار المدرسة التاريخية ان

"L'histoire n'est donc pas un but en soi, elle n'est qu'un

moyen..."

ولما كانت فكرة الشرط تمس جانبا من الفلسفة ، وشقا من صميم النظرية العامة للقانون ، وآخر من المشكلات العملية . فان الاستعانة بأساليب القانون المقارن تبدو في هذا المجال أمرا لا مفر منه : انظر رينيه دافيد :

Les grands systèmes de Dr. Contemporains. Précis Dalloz
cinquième édition. Paris 1973, No. 4, p. 6.

(١٣) فتحى والى : للتنفيذ الجبرى ١٩٨٠ بند ٧ ص ١٣ والمرجم

الذي اشار اليه .