القسم الثانى

آثار الشرط كوصف للتراضي

تمهيد وتقسيم

لقد اثبتت لنا دراسة القسم الاول حتى الآن ، أن الشرط وصف للارادة او الرضا بصورة مطلقة ، سواء قامت الادارة على استقلال ام دخلت مع غيرها فى تكوين عقد ، وظلت الارادة او الارادات الاخرى، بسيطة غير معلقة . ولكن الذى يحدث عملا بصورة دائمة هو تعليق العقد برمته ، حين يكون الشرط فى هذه الحالة وصفا للتراضي ، وقد بدا ذلك جليا من خلال دراسة الاتجاهات الفقهية والتشريعية ، وهو ما يبدو ايضا من استقراء آثار الشرط ، ذلك انه قد يتضح أن الفقه لم يتكلم من لدن الرومان ، وحتى الآن ، الا عن آثار الشرط فى نطاق العقد والارادة بوجه عام .

وحتى يتعمق هذا المفهوم ، فاننا سنحاول الالماح الى آثار العقد المعلق ، فى مرحلتى الشك واليقين ، اى فى مرحلة التعليق ، والمرحلة التى تعقب تحقق او تخلف الشرط ، كما سنحاول استظهار مدى دلالة دراسة الاثر الرجعى للشرط ، على ارتباط الشرط بالعقد والارادة .

فتلك مسائل ثلاث نبحثها فى ابواب متتابعة ، بيد أن دراسة هذه المسائل ، قد لاتتحدد الا من خلال دراسة تمهيدية لفكرة تقسيم الشرط الى واقف وفاسخ ، وهو مانعرض له الآن فى مبحث تمهيدى .

مبحث تمهيدى

فكرة تقسيم الشرط الى واقف وفاسخ

١ ـ انبثاق الفكرة عن تعريف الشرط :

يمكن القول أن فكرة تقسيم الشرط الى واقف وفاسخ هى من الافكار التى تنبثق مباشرة عن تعريف الشرط .

ولقد ثبت لنا حتى الآن أن الشرط وصف للرضا أو التراضي ، وانه بهذه المثابة ، لابد أن يكون امرا مستقبلا ، وغير محقق الوقوع ، وعارضا ، ولا مصدر له سوى الارادة . أما امكان الشرط فهو أحد الاوصاف التى تدخل فى التعريف دون نص ، لانه من مفترضات القواعد العامة . واما مشروعية الشرط فليست من سماته أو مقوماته ، وانما هى مسألة تتعلق بغاية المتصرف ، فاذا جاز ان تكون المشروعية

احدى مقومات العبء لانه يدخل فى الغايات ، فان المشروعية لايمكن ان تكون من بين مقومات الشرط ، فالشرط بطبيعته امر محايد ويخرج عن غايات المتعاملين . واذا اخذنا هذه الحقائق فى الحسبان امكن القول ان الشرط هو واقعة عارضة ومستقبلة وغير محققة الوقوع تعلق عليها الارادة رضاها وبالتالى تنفيذ او زوال الالتزامات التى تترتب عليها (١) .

ومفاد هذا التعريف بل واى تعريف آخر هو ان الشرط يؤثر فى الرضا او التراضي ذاته فيصير موصوفا اى معلقا بعد ان كان يمكن صدوره بسيطا منجزا ، وينسبغ ذلك على اثر التصرف الذى يصبح منوطا بالواقعة الشرطية ، فان كان يترتب على الشرط ، ما يقال انه وجود ، وبالتالى تنفيذ الالتزام(٢) ، كان شرطا واقفا ، وان كان يترتب عليه زوال هذا الالتزام كان شرطا فاسخا ، اى فاسخا للتصرف ومزيلا لكل ما يترتب عليه من آثار ، وكل ذلك فى حدود فكرة الاثر الرجعى بأصلها واستثناءاتها .

فالشرط الواقف ليس هو اذن الشرط الذى يتوقف على تحققه تنفيذ الالتزام ، مطلق الالتزام ، بل الالتزام الناتج عن تصرف قانونى .

والراى التقليدى الذى لا يحدد نوع مصدر الالتزام الذى ينشط بتحقق الشرط او تخلفه ، لايذهب بعيدا عن الراى الحديث ، حين يضرب امثلة تؤكد فكرته ، لانه لا يجد مثالا واحدا فى غير نطاق التصرفات ، فالاستاذ السنهورى يضرب مثلا للشرط الواقف من خلال الهبة ، بل ان الاستاذ الكبير ينسي انه يتكلم عن تعليق الالتزام ، مطلق الالتزام ، ويبدأ فى الحديث عن تعليق الهبة ذاتها فيقول ، ومثال الشرط الواقف « ان يعلق الواهب هبته لابنه على شرط ان يتزوج ، فالزواج هنا شرط واقف ، اذا تحقق وتزوج الابن فقد وجد التزام الاب بالهبة ، واذا تخلف

---

(١) وفكرة تقسيم الشرط الى واقف وفاسخ معروفة أيضا فى القانون الانجليزى : انظر :

Laurence P. Simpson, Handbook of the law of Contracts. New York 1954, p. 390; A Condition in the law of Contracts is any fact or event qualifies a promissor's duty of performance, either because the event must happen before he is bound to performance, in which case the **Condition** is called precedent, or because the happening of the event is by the terms of the promise to discharge his duty of performance which has already arisen in which case **the Conditions** is called **subsequent**".

(٢) أنظر توليبيه : المرجع السابق بند ٤٧٢ ص ٥٠٨ .

الشرط ولم يتزوج الابن فان التزام الاب باعطاء هبة لابنه لايوجد (٣)».

فهل هناك ما هو أكثر دلالة ، على خواء فكرة الشرط كوصف للالتزام وعدم جدية تبنى التقليديين لها ، من خروجهم على منطقهما ، عند حديثهم عن تعليق المصدر دون الاثر ، فى مقام يحتاج الى الحديث عن الاثر دون المصدر !

ان تبنى نظرية معينة ، عن عقيدة علمية ، يقتضي دقة متبنيها ، فى التعبير عن مضمونها ، وعدم الحديث من خلالها ، عن أى فكرة تنافى جوهرها ، والا اتسمت الفكرة بعدم الموضوعية ، والخروج على الاصول العلمية .

قد يقال ان الامر أمر مثال . وان المثال فى موضوع واحد لايجب أن يعبر عن حقيقة قصد المؤلف ، وانه لايجب الحكم على الكليات من خلال الجزئيات ، ونستطيع فى هذا الصدد أن نقول ان تتبع فكر الاستاذ الدكتور السنهورى وهو من أشد أنصار النظرية التقليدية ، على مدى حديثه عن الشرط ، أيا كان الموضع الذى تعرض له فيه ، على مدار وسيطه بأجزائه العشرة ومؤلفه عن مصادر الحق بأجزائه الستة ، وموجزه ووجيزه فضلا عن باقى مؤلفاته يفصح عن انه لم يقدم مثالا واحدا يدعم نظرية الشرط كوصف للالتزام ، فكل ما يتكلم عنه يرتبط بفكرة الشرط كوصف للرضا أو التراضي .

ونجتزىء فى هذا الصدد بالقول ، ان الاستاذ يذهب الى ان الشرط الفاسخ هو الذى يترتب عليه زوال الالتزام . أى مطلق الالتزام ، حسبما تقضي به أصول التفسير (٤) ، ولكن مجرد النظر فى المثال الذى يضربه ، أيا كان الشك فى مدى دلالته وحقيقة مضمونه ، يفصح عن انه يتكلم عن شرط فى نطاق تصرف ، اذ يقول ان « مثل الشرط الفاسخ نزول الدائن عن جزء من حقه ، بشرط أن يدفع المدين الاقساط الباقية ، كل قسط فى ميعاده ، فالشرط هنا شرط فاسخ ، واذا تخلف بأن تأخر المدين فى دفع الأقساط الباقية ، اعتبر نزول الدائن عن جزء من الدين كان لم يكن » (٥) .

معنى ذلك أن أفكار الاستاذ لا تدور فى غير نطاق الارادة ، فلماذا لاتسمى الاشياء بأسمائها اذن ، ويعد الشرط وصفا للارادة ، وبالتالى للالتزام الناشيء عنها ، وليس وصفا للالتزام ، أيا كان مصدر هذا

---

(٣) الوسيط : ج ٣ بند ١٧ ص ٢٧ .

(٤) G. Berthelot : De l'interprétation judiciaire des testaments. Thèse précitée, pp. 39 et s.

(٥) الوسيط ج ٣ بند ٢٠ ص ٢٨ .

الالتزام . لاسيما وان هذا الفكر التقليدى نفسه يبلغ اقصي مرحلةمن ادراك حقائق الامور حين يؤكد انه لامصدر للشرط سوى الارادة .

٢ ـ الجدل حول فكرة تقسيم الشرط الى واقف وفاسخ :

يذهب فنشايد الى أن كافة الشروط فى روما كانت واقفة (٦) ، وهذا المعنى يوضحه ايرنج (٧) بقوله ان القانون الرومانى عرف اولا فكرة الشرط الواقف ، وبعد شيء من التطور عرف الشرط الفاسخ ؛ بيد انه قده على قالب الشرط الواقف فجعله شرطا يتوقف عليه زوال الالتزام وهذه حقيقة يؤكدها ديمولومب (٨) بقوله :

"Pour eux (Les jurisconsultes Romains) la Condition était toujours suspensive".

فالعقد الذى كان المتعاقدان ينطان فسخه بتحقق واقعة مستقبلة وغير محققة ، كان يعتبر ، بحسب التكييف الرومانى السائد ، عقدا بسيطا يعلق فسخه على شرط واقف (٩) ، ويقول بعض الفقهاء ان هذا التحليل ، كان يكتسي صبغة قانونية (١٠) ؛ ذلك ان العقد الذى ينظر اليه كعقد معلق على شرط فاسخ ، هو عقد قائم قانونا ، ويستجمع منالبداية كافة مقومات وجوده (١١) .

"Le Contrat fait sous une Condition dite résolutoire n'est pas un Contrat Conditionnel : il est perfectus ab initio".

---

(٦) Winschied, Pandekten, I. § 86, n, 6. (Toute Condition à Rome est suspensive) cité par C. Filotti. Thèse, précitée, p. 10.

وانظر أبلتون وجيرار فى الموضعين والمرجعين الذين أشار اليهما أيضا فيلوتى وانظر لولوتر ، رسالته السابقة ص ١ .

(٧) روح القانون الرومانى ، المرجع السابق ج ٤ ص ١٦٤ .

(٨) مطوله ج ٢٥ بند٢٧٩وقد نقل عنه فيلوتى عباراته دون اشارة. وقد أضاف فيلوتى ص ٨ قوله :

"La Condition résolutoire peut elle-même se ramener à une Condition suspensive".

(٩) ديمولومب . الموضع السابق ، ولاحظ قوله :

"Ils (Jur. R.) disaient qu'il (le Contrat) est pur et simple, et que la résolution seulement en est soumise à une Condition suspensive".

ويقول الفقهاء الرومان فى هذا المعنى بصدد البيع :

"Erit pura emptio quae sub Canditione resoluvitur"

(١٠) ديمولومب . المرجع والموضع السابقان . وبوفنوار ص ٦٢.

(١١) بوفنوار ص ٦٣ .

ومع ذلك ، فان استمرار بقاء هذا العقد ، يظل مشكوكا فيه ، لأنه قد تحدث واقعة عارضة (١٢) مستقبلة ومحتملة فتضع حدا له (١٣) .

والعبارات المتقدمة تنهى كل جدل حول التصور الرومانى ، للامر الذى كان يتأثر أصلا بالتعليق ، وهل هو العقد أم الالتزام . فالحقيقة انه لا هذا ولا ذاك (١٤) ، طالما تعلق الامر بشرط فاسخ، حيث يتركز تأثير الشرط ، وبالتالى التعليق ، فى نفس واقعة فسخ العقد . فالفسخ اذن هو الذى كان معلقا على واقعة مستقبلة ومحتملة ... وبالتالى فانه يمكن القول ان الشرط كان شرطا واقفا لفسخ العقد . وهذا التفسير يعنى سلامة مسلك الرومان ، منطقيا وفلسفيا Philosophiquement فى استعمال الافكار والمصطلحات القانونية (١٥) .

ولعل ذلك يفسر أيضا عدم احتلال فكرة الشرط الفاسخ ، سوى مكان محصور وضيق من نطاق تطور الفكر القانونى الرومانى (١٦) ، الذى واكبته فكرة ارتقت حتى مرتبة المسلمات ، مؤداها ، أن الحقوق مؤبدة ، فلا يجب ان يعتريها الزوال أو التأقيت ، ولا يجب أن يرد الفسخ على التصرفات التى تنشئها (١٧) .

---

(١٢) يمكن استخلاص ذلك من مساق عبارة فيلوتى (ص ١٠) التى يقول فيها ان الشرط :

"ne porte pas sur l'acte principal lui même, mais sur un accord accessoire qui a pour but de faire tomber cet acte et elle a effet de suspendre ce dernier".

(١٣) بودرى وبارد ، السابق بند ٧٧٢ ص ١٣ .

(١٤) قارن مع ذلك بودرى وبارد حيث يقرران (نفس المرجع ص ١٣) :

"il n'existe que une espèce de Condition, la Condition suspensive, seulement, elle met en suspens tântôt la naissance de l'obligation, tantôt sa résolution".

(١٥) ديمولومب . الموضع السابق .

(١٦) فيلوتى . ص ٧ ولاحظ أيضا قوله :

"il est facile de Constater que cette modalité (la Condition résolution) n'occupe jamais qu'une place très restreinte dans les développements des jurisconsultes".

(١٧) المرجع السابق ص ٨ . ولكن الباحث قد يلمح ، رغم ذلك ، ما يشف عن عكس ذلك ، فى بعض الاحيان ، فى الفكر الرومانى ، من ذلك مثلا ، ما ينقله بوفنوار ، من أن الرومان كانوا يقابلون بين اصطلاحين متغايرين : العقود المعلقة على شرط واقف ، والعقود المعلقة على شرط فاسخ ، وبالتالى الحق المعلق على شرط واقف le droit etabli ad Conditionem (sous une Condition resolutoire) والحق المعلق على شرط واقف droit établi sub ou ex Conditione (sous Condition suspensive)

انظر بوفنوار ص ٦٢ ، ٦٣ ، وبودرى وبارد هامش ١ ص ١٣ .

وينبه بعض الفقهاء الى وجوب عدم الخلط رغم ذلك ، بين ما يعرف بالشرط الفاسخ ، وبين الشرط الواقف السلبى Condition suspensive négative على أساس ان الشرط الفاسخ ، لا يحول دون ترتيب التصرف المعلق آثاره من لدن ابرامه ، على خلاف الشرط الواقف السلبى فانه لا يترتب عليه اى أثر فورى (١٨) .

ولقد انتقل الجدل حول فكرة تقسيم الشرط الى واقف وفاسخ من نطاق القانون الرومانى الى مجال القانون الحالى .

فالأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى يرى « ان الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو فى حقيقته التزام زواله معلق على شرط واقف ، وان الشرط فى الواقع من الامر واقف فى جميع الاحوال : يقف وجود الالتزام ويقف زواله ، ففى الحالة الاولى يسمى شرطا واقفا وفى الحالة الثانية يسمى فاسخا (١٩) » .

ونلاحظ على صيغة هذا الراى انها تتكلم كذلك عن فكرة تعليق الالتزام، مطلق الالتزام، وكان من الاجدر الحديث عن تعليق التصرف ذاته مواكبة لما تحقق منه ، وتبناه الفقه الحديث ، من ذلك مثلا ما يقرره Unger و Czylaris (٢٠) من انه ليس ثمة اختلاف بين شرط واقف وفاسخ فكلاهما يؤثر فى الارادة ذاتها باعتبارها قوام التصرف القانونى فيصبح معلقا . وتصدق الملاحظة التى ابديناها بصدد عبارات الدكتور السنهورى بالنسبة لقول الدكتور عبد الحى حجازى « اننا اذا نزلنا الى دقائق الامر ، وجدنا انه لايوجد فى الحقيقة الا نوع واحد من الشروط هو الشرط الواقف ، غاية هنالك انه تارة يعلق عليه نشوء الالتزام ، وتارة اخرى يتعلق عليه فسخ الالتزام ، فما يسميه القانون المدنى التزاما تحت شرط فاسخ ليس فى الحقيقة الا التزاما يتعلق فسخه على شرط موقف (٢١) » . ليس فقط لأنه اورد كلمة الالتزام

---

(١٨) المرجع والموضع السابقان

"Il ne faut pas la (la Condition résclutoire) Confondre avec une obligation, sous Condition suspensive négative, où il est évident que l'obligation n'a aucun effet immédiat"

(١٩) الوسيط ج ٣ بند ٢٠ ص ٢٨ الى ٣٠ .

(٢٠) مشار الى رأيهما ومؤلفيهما فى : فيلوتى . السابق ص ٩ حيث يقول انهما

"assimilent trop étroitement les deux Conditions, iis ne voient pour ainsi dire aucune différence entre elles. Toutes deux affecteraient la volonté".

(٢١) انظر مقالا له بعنوان : ضمان الهلاك فى القانون المدنى المصرى مجلة القانون والاقتصاد س ١٥ ص ٥١٥ .

مطلقة من كل قيد ، بل لانه ايضا اضاف الفسخ الى الالتزام مع انه من المفهوم ان الفسخ لايرد على الالتزام وانما يرد على التصرف ذاته .

وهناك رأى فقهى حديث يحلل عمل الشرط الواقف « على أنه اشتراط لحق العدول ان لم يتحقق الشرط» . وهذا يجعله «أقرب الى أن يكون شرطا فاسخا هو الآخر مع وقف آثار العقد قبل أن يتأكد تحقق الشرط (٢٢) » .

وهذا الرأى يعبر عن حقيقة الشرط الواقف فعلا ، لان هذا الشرط كما سنرى لايحول دون قيام التصرف أو الاتفاق ، غاية الامر أنه يكون مجهول المال ، فاذا استبعدنا فكرة الشرط الارادى المحض، كما أشرنا سلفا ، فانه لا تبقى هناك أية مظنة لاختلاط تعبيرى اشتراط حق العدول والتحفظ ، بل سيكون الأمر مجرد اصطلاح ولا مشاحة فى الاصطلاحات .

وايا كان الأمر فان تعبيرى الشرط الواقف والشرط الفاسخ ، هما تعبيران سائدان فقها وعملا ، ونتائج كل منهما تختلف من حيث منظورها الساكن ، حتى وان كانا فى حالة الحركة يعتبران وجهين لامر واحد ، وهذا يتقاضا البحث عن معيار التمييز بينهما (٢٣) ، واستظهار مدى دلالته على فكرة الشرط كوصف للالتزام أو نظرية الشرط كوصف للرضا .

ويهمنا فى هذا الصدد ان نعرض لراى المرحوم الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى ، لمغزاه ، فهو يتبنى نظرية الشرط كوصف للالتزام ، ولكنه يقدم معيارا يدل على ان الشرط وصف للرضا ؛ آية ذلك أنه جعل ارادة او نية المتصرف — او ارادتى المتعاقدين — هى المناط الذى يستند اليه القاضي فى تبين حقيقة الشرط ، ولقد يتضح ذلك من قوله :

« قد تدق فى بعض الأحوال معرفة ما اذا كان الشرط واقفا أو فاسخا كما فى البيع المعلق على شرط موافقة الغير على البضاعة المبيعة ، فهل الشرط هنا واقف ، ولا يتم البيع الا اذا وافق الغير على البضاعة ، أو هو شرط فاسخ وينفذ البيع فى الحال على أن يفسخ اذا لم يوافق

---

(٢٢) جميل الشرقاوى . الاحكام هامش ١ ص ١٨٦ .

(٢٣) انظر فيلوتى المرجع السابق ص ١١

"Il importe en tous cas de distinguer, si la Condition insérée dans l'acte est une Condition suspensive ou une Condition résolutoire".

وواضح أن فيلوتى يواجه المعيار من منظور نظرية الشرط كوصف للرضاء أو التصرف القانونى .

الغير على البضاعة ؟ يرجع الامر فى ذلك الى تبين ارادة الطرفين ، ويستخلص قاضي الموضوع هذه الارادة من الظروف والملابسات . فان تبين ان نية الطرفين قد انصرفت الى أن يكون الشرط واقفا أو الى ان يكون فاسخا . التزم هذه النية وحكم على مقتضاها (٢٤) » .

ان حديث الاستاذ عن الارادة ونية الطرفين يتفق مع فكرة الشرط كوصف للتراضي ويتنافى مع فكرة الشرط كوصف للالتزام .

بعد هذا المبحث التمهيدى ننتقل الان الى دراسة الابواب الثلاثة التى سلفت الاشارة اليها .

---

(٢٤) الوسيط ج ٣ بند ٢٠ ص ٣٠ وانظر المرجعين والموضعين المشار اليهما فى هامش ١ من تلك الصحيفة . وأما فى القانون الانجلو أمريكى فان الفقه — والنصوص القانونية واعادة الصياغة الفقهية (رستيتمنت العقود مثلا) — لا يتكلم الا عن الشرط الواقف والفاسخ فى نطاق العقود، وبديهى أن يكون المعيار هو معيار الارادة . انظر :

L.P. Simpson, p. 91-92; Anson and Brierly, Principles of the English law of Contracts, Oxford 1952, p. 324.

وانظر أيضا تقنين لويزيانا فى المواد سالفة الاشارة . ورستيتمنت العقود بالولايات المتحدة الفصل ٢٥٠ وما بعده ؛ وربنيه دافيد بمعاونة فرانسواز جريفار .... : العقود فى القانون الانجليزى . باريس ١٩٧٣ بند ٣٣٢ ص ٣١٩ ؛ وليام موري جلواج . قانون العقد . ادنبرج ١٩١٤ ص ٢٣٣ وما بعدها .