

الباب الأول

آثار التصرف خلال مرحلة التعليق

ان دراسة آثار التصرف المعلق خلال مرحلة التعليق pendant Condition ، تقتضي التمييز بين آثار تترتب في حالة التعليق على شرط واقف ، واخرى تترتب عند التعليق على شرط فاسخ (١) . ونعرض لكل قسم من هذين القسمين في فصل مستقل .

الفصل الاول

آثار التصرف المعلق على شرط واقف خلال مرحلة التعليق

الظاهرة العقدية ظاهرة انسانية قديمة ، والعقد باعتباره محصلة التقاء ارادتين او اكثر ، هو أداة التعامل الشائعة التي استحوذت على فكر القانونيين ورجال الاعمال ، سواء في صورته المنجزة ، او في قالبه المعلق . ولما كانت دراسة آثار العقد المعلق ، تجزئ عن بحث آثار التصرف القانوني باعتباره ارادة واحدة ، لذلك نكتفي في هذا الصدد بدراسة آثار العقد المعلق على شرط .

ودراسة آثار العقد المعلق على شرط واقف خلال مرحلة التعليق،

(١) هذا التقسيم مجمع عليه ، رغم الخلاف حول جدوى تقسيم الشرط الى واقف وفاسخ . انظر مثلا : السنفوري الوسيط ج ٣ ص ٢٧ و ص ٤٣ ؛ جميل الشراوى . الاحكام بند ٥٣ ص ١٧٨ ؛ توفيق حسن فرج . الاحكام ص ١٠١ ؛ جمال زكى . الاحكام بند ٩٤ ص ١٢٠ ؛ عبد المنعم البدر اوى . الاحكام بند ٢٢٢ ص ٣٤٣ اسماعيل غانم . الاحكام بند ١٤٤ ص ٢٩٥ ؛ عبد الحى حجازى ج ١ ص ١٥٦ ؛ بهجت بدوى ، خلاصة محاضرات ص ٤١٤ ؛ ومورلون ج ٢ ط ٧ بند ١١٩٢ ص ٦٢٧ ؛ أوجين جودمييه ، النظرية العامة للالتزامات بمعناونة هـ. ديبو وج . جودمييه ١٩٦٥ ص ٤٢٦ ؛ كولان وكابيتانودى لامورانديير ج ٢ سنة ١٩٥٩ بند ١٦٨٢ ص ٩٣١ ؛ مازو وجيجلار ج ٢ ط ٤ بند ١٠٢٨ ص ٩٢١ وما بعدها ؛ ماركاويه ، السابق ، ص ٤٦٩ ، ٤٧١ ؛ مارتى ورينو ، السابق ، بند ٧٥٢ ص ٧٦٣ وما بعدهما ؛ وأوبرى ورو ، السابق ، ص ١١٠ ؛ هيك ، السابق ، بند ٥٤٤ ص ٣٤٠ وما بعدهما ؛ ريبيير وبولانجه ، السابق بند ١٣٤١ ص ٥٠٧ ؛ بلانيول وريبيير وجابولد ، بند ١٠٣٠ ص ٣٧٩ وما بعدهما .

تقتضي تحديد مضمون المركز القانوني للمتعاقدين في هذه المرحلة ،
بفنية معرفة مدى ترتيب العقد لآثاره رغم التعليق على شرط واقف ،
فاذا ما ثبت ان ثمة آثارا امكن استعراض اهمها من جهة اخرى .
ونعرض لهاتين المسألتين في فرعين متتابعين .

الفرع الأول

مضمون المركز القانوني للمتعاقدين قبل تحقق الشرط

يذهب الفقه الذي تعرض لهذه المسألة بتعمق ، الى ان الدراسات
الفقهية التي استكثت فكرة مضمون المركز القانوني للمتعاقدين قبل
تحقق الشرط ، اتجهت صوب اتجاهين رئيسيين :

اولهما : يذهب الى ان المتعاقدين لا يتمتعان بأية حقوق قبل
تحقق الشرط الواقف .

وثانيهما : يرى على العكس من ذلك ان الحقوق تنبثق عن العقد
الشرطي بمجرد ابرامه (١) .

ولا شك ان الاتجاه الأول هو اكثر الافكار تطرفا في خلط نظريتي
الشرط والحادث الاحتمالي ، لانه يعدم كل فرق بين التصرف والواقعة
من حيث مدى امكان التعليق ، فيرى ان الواقعة القانونية تقبل التعليق
على شرط ، شأنها شأن التصرف القانوني ، وان كليهما لا يوجد وجودا
كاملا ، وبالتالي لا ينتج اثرا ، الا بعد ان يستجمع العنصر الذي يفتقده ،
وهو عنصر جوهري لا عرضي ، ويتمثل في الباعث بالنسبة للتصرف (٢) ،
والمقتضي القانوني بالنسبة للواقعة القانونية (٣) .

ونعتقد انه من الافضل عدم مواجهة الافكار القانونية في هذا
الصدد جملة واحدة ، بل يحسن تجزئة الحديث فيها . فنبدأ
باستعراض موقف القانون الروماني ، ونتبع ذلك بتحديد مسلك
الفقه الاسلامي ، وهو يمثل لا شك المصدر الاصيل لقانون المعاملات
المدنية الذي سيخلف القانون المدني الحالي (٤) ، ثم نقف في النهاية
عند معالم الفكرة في القانون الوضعي .

ونعرض لهذه المسائل في مباحث ثلاثة متتابعة .

(١) لولوتر . رسالته السابقة ص ١١ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٢ .

(٣) نفس المصدر ص ١٨ .

(٤) والقسم الأول كذلك ، بما انطوى عليه من افكار اسلامية راذية .

يعتبر تحليلا لما ينبغي أن يرنو اليه تقنين المعاملات المدنية الذي نشر
اقتراح بمشروعه .

المبحث الاول

المركز القانوني للمتعاقدين قبل تحقق الشرط الواقف في القانون الروماني

يكتنف حقيقة المركز القانوني للمتعاقدين ، قبل تحقق الشرط في القانون الروماني ، شيء من الشك ، بسبب تعارض النصوص ، فهناك نص يفيد أنه قبل تحقق الشرط لا يتمتع الدائن في العقد الشرطي سوى بمجرد أمل ، بيد أن ثمة نصا آخر يفيد أن الدائن يتمتع بحق فعلا ، وليس بمجرد أمل . ونعرض لهاتين النظريتين فيما يلي :

١ - نظرية الامل

يتلخص منطوق هذه النظرية ، في أنه لا حق للدائن ، ولا التزام على المدين ، قبل تحقق الشرط الواقف . وقد استخلص الفقهاء هذه النظرية من عبارات وردت في المصادر الرومانية (٥) .

وفي عبارات تؤكد أن الشرط وصف للتصرف القانوني ، من حيث الجوهر ، وأن كانت توحى بخلاف ذلك من حيث المظهر ، يقول اكاريا ، أنه يتميز التمييز في هذا الصدد بين التصرف ذاته ، وبين الحق المرتبط به ، فالتصرف يوجد فور إبرامه (٦) ، أما الحق فلا يوجد ، بل يكتسي صبغة الامل فحسب .

وإذا كانت طبيعة الفكر في ذلك الوقت ، قد حالت في بعض الحالات ، دون تصور ظهور أثر التعليق في التصرف ذاته ، أساسا ، وبالتالي في الحق ، فإنه من غير المعقول أن يظل هذا التصور سائدا حتى الآن .

(٥) والنص المستشهد به ورد في موسوعة جستنيان ، وننقله من بودري وبارد ، السابق ، بند ٨٣٧ ص ٥٤ متبوعا بتفسير بوتيديه المتأثر به :

“Ex Conditional stipulatione tantum spes est debetum iri”. C'est-à-dire jusqu'à l'accomplissement de la Condition, il n'est encore rien dû ; mais il ya seulement espérance qu'il sera dû”. Pothier. op. cit., No. 218.

وانظر في عرض الفكرة أيضا : جبرار ط ٨ ص ٥٠٥ هامش ، وديمونوب ؛ السابق بند ٣٥٦ ص ٣٤٧ ؛ وبودان ولاجارد ، السابق ، بند ٧٣٨ ص ٥٣٨ ؛ كولان وكابيتان ، السابق ، بند ١٦٩٠ ص ٩٣٧ .

(٦) “L'acte existe immédiatement (stipulatio ex

pracsenti vires accipit...) C. Accaria, Précis de Dr. Rom. Tome Second, Paris 1882, No. 537. p. 294.

وأيا كان الأمر ، فلقد انتقل الفكر الروماني الى الفقه الفرنسي السابق على تقنين نابليون ، من ذلك مثلا ان نظرية الامل ذاعت على يدى الفقيه الفرنسي بوتييه ، الذى تأثر بعبارة جوستنيان . على ماسلف البيان ، أيما تأثر ، وقال ان الشرط الواقف . يفضي الى تعليق الالتزام ، فيظل مصير مجهولا . الى ان يتحقق او يتخلف . وأنه حتى ذلك الوقت لا يوجد سوى مجرد امل فى حق .

ومن الصعب التوفيق بين اصرار بوتييه على هذا التفسير وبين قوله ان الدائن يستطيع ان يتخذ رغم ذلك الاجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه الذى يأمل فى اكتسابه ذات يوم (٨) . كما انه من الصعب تقبل اطلاق صفة الدائن على انسان ليس له سوى مجرد امل .

ولقد تبني بوفنوار نفس الفكرة ، وذهب فى تأصيلها الى مدى أبعد فى عكس اتجاه اكارييا ، اذ قرر انه لا وجود للعقد المعلق على شرط ، قبل تحقق الشرط ، ضرورة ان التصرف الشرطى هو تصرف لم يتكون بعد . ومن ثم لا يترتب على العقد المعلق على شرط راقف . أى اثر خلال مرحلة التعليق (٨) .

وقول بوفنوار هذا يتسق مع مسلكه الذى اختطه منذ الاحرف الاولى فى مؤلفه عن الشرط ، والذى عرفه ، فيه ، بأنه أمر مستقبل وغير محقق الوقوع ، تنبئ به الارادة تكون أو انقضاء رابطة قانونية . وهو تعريف بغاير مسلك سافيني فى بيان ماهية الشرط (١٠) .

ويلاحظ ان فكر بوفنوار فى هذا الصدد يتجاوز قصد الرومان انفسهم ، ذلك ان اناطته تكون العقد بتحقيق الشرط . يجعل من هذا الأخير عنصرا جوهريا فيه . وهو قول لا وجود له فى الآثار الرمانية ، وان كان بعض

“Pendant Conditione, nodum debetur, sed (٧)

spes est debetum iri” : Potier, op. cit., No. 218, p. 58.

Potier, op. cit., No. 222 “il (le créancier Condi- (٧)
tionnel) est reçu à faire tous les actes conservatoires du droit qu'il espère avoir un jour”.

(٩) بوفنوار . المرجع السابق ص ٢٣٨ حيث يلخص المذهب الرومانى كما يتصوره بقوله :

“Les droits et obligations résultants d'un acte Conditionnel ne prennent naissance qu'à l'événement de la Condition : Jusque- là ces actes n'ont en quelques sorte aucune existence et ne produisent aucun effet”.

(١٠) المرجع السابق ص ٢ ، ٣ .

الشراح المحدثين قد ركن اليه ، عندما قال ان بيع الشيء المستقبل هو بيع معلق على شرط وجود ذلك الشيء (١١) .
ولقد عمم بوفنوار فكرته قائلا ، ان المذهب السابق ليس وفقا على العقود فقط ، بل ينطبق ايضا على الوصايا والتصرفات التى تبرم فيما بين الاحياء ، واستشهد على ذلك بمبارات اوردها اولبيان ، بيد أنه استدرك بعد ذلك قائلا انه ينتج عن التصرفات الشرطية قبل تحقق الشرط مجرد امل فى حق ، كما هو الشأن فى العقود الشرطية (١٢) .

٢ - نظرية الحق

ولكن فى مقابل نظرية الامل ، توجد نظرية الحق ، وفحواها : أنه قبل تحقق الشرط الواقف يتمتع الدائن الشرطى بحق وليس بمجرد امل ، وهذا هو الراى الذى تبناه الفقيهان الفرنسيان بودرى لاكائنرى وبارد (١٣) ، اللذان يقرران أن فكرة الامل ، هى فكرة غير صائبة ، ولا تمثل التصور الرومانى الصحيح ، فلقد انطوت الموسوعة على ما يفيد تمتع الدائن الشرطى بما هو اكثر من مجرد الامل الا وهو الحق (١٤) .

والترجيح بين هاتين النظرتين ، انما هو امر بالغ الدقة ، ومع ذلك فانه يمكن القول ، ان النظرية الاولى التى ترتبط أساسا بفكرة عدم وجود العقد ، قبل تحقق الشرط ، تصطدم بما كان مسلما به من انه فى لحظة ابرام العقد الشرطى ، كان يجب ان تتوافر الاهلية فى المتعاقدين ، وبما كان سائدا من وجوب احترام المدين العقد الشرطى ، فلا يتسبب بسوء نية فى الحيلولة دون تحقق الشرط ، والا عد متحققا ، كما تتنافى هذه النظرية مع ما كان يتمتع به الدائن من قدرة على اتخاذ الاجراءات التحفظية ، التى تلزم للمحافظة على اموال مدينة ، فضلا عن ان الدين الشرطى كان يدخل فى الجانب الايجابى للذمة المالية للدائن بما يترتب عليه من امكان معامله فيه ، وانتقاله الى ورثته (١٥) ، بالاضافة

(١١) مونيه . المرجع السابق بند ١٠٩ ص ١٦٧ .

“la chose futur jouée... le rôle d'objet et sa naissance, le rôle de Condition”.

(١٢) بوفنوار : ص ٢٣٨ وما بعدها .

(١٣) مطولهما النظرى والعملى ، المرجع السابق بند ٨٣٧ ص ٤٤ ؛

وانظر أيضا جيار ط ٨ هامش ٣ ص ٥٠٦ .

(١٤) “Eum qui stipulatus est sub Conditione,

placet etiam pendente Conditione Creditorem esse”. Cité par Baudry-L., et Barde. op. cit., loc. cit.

(١٥) فى كل ذلك : جيار ، السابق ، ص ٥٠٦ - ٥٠٧ .

الى ما هو ثابت من انه كان يمكن « ضمان الالتزام الشرطى برهن مثلاً (١٦) » . فكيف نفسر هذه الحلول ؟ انفسرها بمقتضى نظرية الامل (١٧) . وهل يخول الامل كل هذه الامور ؟ ان الاجابة بغير شك ستكون بالنفى . لان هذه الحلول وغيرها لا يمكن تفسيرها الا على اساس وجود عقد وحق . وان كان التعليق يفضي الى ضرورة الالتزام العقدى غير معلوم المال .

هذا من جهة . ومن جهة أخرى فان الحلول التى ارتبطت بخيرية الامل . هى حلول يمكن النظر اليها وتفسيرها من خلال فكرة عدم تأكيد الحق الناتج عن العقد الشرطى فحسب : فاسترداد ما تم الوفاء به عن غلط قيل تحقق الشرط (١٨) ليس نتيجة لعدم انعقاد العقد وفكرة الامل . بل يرجع الى طبيعة الشرط ذاته . باعتبار امر لا يستطيع المتعاقدان الجزم سلفاً بمآله . فطالما لم يتحقق الشرط . فان الوفاء يكون وفاء بغير المستحق ، كما ان القول بأن هلاك الشيء المبيع هلاكاً كلياً . قبل تحقق الشرط . يفضي الى اعتبار العقد غير منعقد . هر قول لا يعبر عن مطلق طبيعة الشرط عند الرومان الذين اعتبروه على الأقل فى معظم فروضه امراً عارضاً . ويبدو ان هذا القول كان مجرد وسيلة فنية . بقصد بها التغلب على المشكلة القانونية الناجمة عن هلاك الشيء . هذا الى ان عدم امكان رفع دعوى للمطالبة بتنفيذ الحق (١٩) « وعدم صلاحية العقد المعلق على شرط سبباً صحيحاً للتقادم قبل تحقق الشرط (٢٠) » لا يرجع الى الواقع الى عدم انعقاد العقد ، بل يعود الى عدم قابلية الحقوق الناشئة عن التصرف المعلق على شرط واقف للمطالبة بها . ومنذ امكان الطالبة بها يبدأ سريان التقادم . ومعنى ذلك ان العقد المعلق على شرط واقف كان يولد للدائن حقاً قبل تحققه (٢١) ، بيد انه كحق موصوف . يظل معلقاً . اى غير قابل للتنفيذ تبعاً لعدم تأكيد تحقق الشرط الذى اناط به المتعاقدان عقدهما .

والوضع الصحيح للمشكلة اذن يمكن ان يصاغ على النحو الآتى :

- (١٦) بدر والبدرابوى ، السابق ، بند ٦٣٦ ص ٥٤٤ ، ٥٤٥ .
- (١٧) المرجع السابق بند ٦٣٦ ص ٥٤٤ .
- (١٨) بوفنوار . المرجع السابق ص ٢٤٠ .
- (١٩) بوفنوار : ارجع والموضع السابقان .
- (٢٠) بدر والبدرابوى : المرجع السابق رقم ٦٣٦ ص ٥٤٤ .
- (٢١) وفى هذا الصدد يقرر بودرى وبارد بالموضع السابق .

“Le droit Romain (nous plaçons exclusivement au point de vue des Contrats) reconnaissait du Créancier Conditionnel plus qu'une espérance. Il lui reconnaissait un véritable droit”

أن القانون الرومانى انطوى على حلول تنبع من فكرة وجود العقد المعلق ، وأخصها التبايق الحقوق عنه . غاية الامر أن تلك الحقوق لم تكن مؤكدة تبعاً لتعلق العقد ، وقد ثبت ذلك على ضوء ما هو معروف من وجود حلول أخرى فى القانون الرومانى تشفق وهذه السمة ، وتأسيساً على ذلك فإن الامر لا يتعلق بالترجيح بين نظريتين متقابلتين بقدر ما يتعلق بالجمع بين فكرتين متكاملتين عند الرومان .

المبحث انسانى

المركز القانونى للمتعاقدين قبل تحقق الشرط فى الفقه الاسلامى

يمكن القول ان الفقه الاسلامى . المستقى من مصادره الاولى ، التى تحاول التقنينات الوضعية ان تنهل منه ، ومنها قانون المعاملات المدنية المصرى الذى هو بصدد الاصدار ، ينطوى على نظريتين رئيسيتين بالنسبة للمركز القانونى للمتعاقدين قبل تحقق الشرط :
أما النظرية الاولى فتذهب الى أن العقد المعلق على شرط غير موجود قبل تحقق الشرط ، وأما الثانية فترى أن العقد المعلق هو عقد قائم وموجود من لحظة ابرامه .
ومفاد الرأى الأول أنه لا حق للمتعاقدين قبل تحقق الشرط . ومؤدى الرأى الثانى أن الحق يوجد بوجود العقد غاية الامر انه لا يكون قابلاً للتنفيذ الا اذا تحقق الشرط . ونعرض لهاتين النظريتين فيما يلى :

١ - رأى الاحناف

العقد المعلق ، وجوده قبل تحقق الشرط

يذهب الاحناف الى أن العقد المعلق على شرط اقف ، هو عقد لا وجود له قبل تحقق الشرط .
ويمكن أن نجد سند هذا الرأى فى عبارات فقهية قاطعة ، منها القول بأن « المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط (٢٢) » ومنها القول بأن « الشرط يدل على ثبوت الحكم عند وجوده فقط (٢٣) » ، ومنها القول بأن « المعلق لا ينعقد سبباً ، وإنما .. التعليق بالشرط يمنع عن الانعقاد ،

(٢٢) البخارى على البزدوى (١٣٠٧ هـ) ص ٥٩١ .

(٢٣) المصدر السابق ص ٥٩٢ .

فلا يكون السبب موجودا موجبا للحكم في الحال . فيكون عدم الحكم بناء على العدم الاصلى الذى كان قبل التعليق على الشرط (٢٤) . ومنها القول بأن « التعليق مانع للمعلق من الوصول الى المحل . والاسباب الشرعية لاتصير اسبابا قبل الوصول الى المحل . لانها عبارة عما يكون طريقا الى الشيء . ومفضيا اليه (٢٥) » .

وقد بنى محدبو فقهاء الشريعة الاسلامية على هذه الاقوال وامثالها نظريتهم القائلة بأن العقد المعلق يعتبر غير موجود قبل تحقق الشرط في الفقه الحنفى (٢٦) .

ونقطة البداية في هذا الراى ، تكمن في ارادة التصرف . فالتعاقدان يستطيعان اختيار الصيغة العقدية التى تحدد وقت نشوء الحكم . شريطة الا تتنافى طبيعة العقد مع ذلك . « وقد تدل هذه الصيغة على ارادة الحكم في الزمن الذى قد يوجد فيه شئ آخر . يعلق على وجوده . وجرد العقد وحكمه (٢٧) » . وفي هذه الحالة يكون العقد معلقا . فلا ينعقد ولا يكون له وجود . منذ صدور الصيغة (٢٨) . والى ان يتحقق الشرط (٢٩) . فاذا تحقق الشرط انعقد العقد . وترتب عليه آثاره . « من وقت تحقق الشرط فقط (٣٠) » . بمعنى ان تحقق الشرط ليس له اثر رجعى (٣١) في الفقه الحنفى . استنادا الى ان هذا التحقق يؤثر

(٢٤) الموضوع السابق .

(٢٥) التلويح على التوضيح ج ١ (صبيح) ص ١٤٧ . وانظر أيضا البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٤ (مطبعة شركة دار الكتب العربية) ص ٢ وما بعدها ، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ج ٢ ط ١ بالمطبعة الاميرية (١٣١٣ هـ) ص ٢٣١ وما بعدها . وحاشية الشلبى على هامشه نفس الموضوع . وابن عابدين ج ٤ (السابق) ص ٢٤٣ .

(٢٦) انظر مثلا احمد ابراهيم ، مذكرة مبدأة ص ١٧٥ . صلاب النامى ، الامتناع المشروع عن الوفاء ، رسالة الذاعرة . مطبعة العلوم ١٩٤٥ . بند ٤٠٢ مكرر ٢ ص ٣٦٠ ، حسن الشاذلى المرجع السابق ص ١٧٤ : محمد الزفزاف . تصرفات المريض ص ١٠٨ : محمد سلام مذكور المرجع السابق ص ٦٠٦ ، ٦٠٧ : محمد يوسف موسى . السابق . بند ٦٦٧ ص ٤٤٧ .

(٢٧) محمد سلام مذكور . السابق ، ص ٦٠٢ والوجيز للمدخل للفقه الاسلامى ط ١ ص ٢١٠ .

(٢٨) محمد مصطفى شلبى . المدخل ٠٠٠ (١٩٦٩) دار "نهضة ببيروت ص ٥٧٢ .

(٢٩) احمد فراج حسين . الملكية ونظرية العقد ٠٠٠ ط ١ ص ٣١٣ .

(٣٠) حسن الشاذلى . المرجع السابق ، ص ١٧٤ .

(٣١) احمد فراج حسين . السابق ص ٣١٣ .

بطريق الانقلاب لا الاستناد (٢٢) .

وهذا المفهوم لرأى الاحناف . يرر ، ويواكب مسلكتهم بصدد مسألتين أساسيتين :

أولهما : ان هذا الفقه يعترف بوجود صيغة التعليق ، ولكنه يراها علة اسما (٢٣) ، أو سببا مجازا (٢٤) ، كما يجعل الشرط « علة حكما فقط. » ، ومفاد ذلك ان الشرط قبل ان يتحقق : كان مانعا من انعقاد الصيغة ، فلما تحقق زال المانع ، وصارت الصيغة علة حقيقية ، فتحقق الشرط يفضي الى ما رأينا انه يعرف فقها بالانقلاب « أى صيرورة ما ليس بعلة (٢٦) » ، بمعنى ان العقد غير المنعقد ينقلب منعقدا (٢٧) ، عند تحقق الشرط .

هكذا يمكن القول بعبارة بسيطة ، انه قبل تحقق الشرط ، لا يتمتع العاقدان بأية حقوق ، لما ان العقد ذاته يعد غير موجود ، فالتعليق عند الاحناف هو « نوع من التوقف لا يقتصر . . على آثار العقد بعد انعقاده ، وانما يحوم حول الانعقاد نفسه (٢٨) » .

وثانيتهما : ان الفقه الحنفى لم يقع فى أى خطأ فنى ، سواء من حيث تناغم الافكار واتساقها ، وهذا واضح ، أو من حيث أسلوب الصياغة الدقيقة . فقد قال بالانقلاب ، ولم يقل بالامتداد أو الاستناد ، وبهذا تلافى أى نقد كان يمكن أن يوجه اليه ، لو كان قد تبنى فكرة الاثر الرجعى للشرط .

فالمبررة اذن ليست بلحظة صدور الصيغة الموصوفة ، وانما بلحظة انقلابها الى علة حقيقية ، بعد أن كانت مجرد علة اسمية ، فثمة يوجد العقد ، ويوجد الحق .

٣ - رأى الشافعية والمالكية

العقد المعلق موجود ولكن حكمه يتأخر

لقد أحس الامام الشافعى ، رحمه الله ، احساسا عميقا ، بتغاير

(٢٢) أحمد ابراهيم . مقاله العتود والشروط والخيارات سالف الإشارة ص ٦٨٣ .

(٢٣) المرجع السابق ص ٦٦٥ .

(٢٤) حسن الشاذلى ، المرجع السابق ص ١٧٤ .

(٢٥) المرجع والوضع السابقان .

(٢٦) أحمد ابراهيم . مقال المذكور ص ٦٨٣ .

(٢٧) صلاح الناهى . الرسالة السابقة . بند ٤٠٢ مكرر ٢

ص ٣٦٠ .

(٢٨) المرجع السابق بند ٤٠٢ مكرر - ١ - ص ٣٦٠ .

التعليق عن الاضافة أو الاقتران بخيار الشرط . ولكنه توقف . بحاسة
فقهية سبابة . عند دقائق الأمور ، ورأى تشبيه التعليق بالاضافة
وشرط الخيار ، ليس في كل شيء ، وانما في عدم الجبولة دون انعقاد
امتد . معارءاء الاحكام لحين تحقق الواقعة الشرطية (٢٩) .

فالعقد المعلق موجود . ولكن حكمه يتأخر لا الى وقت محقق كما
هو شأن العقد المأجل . ولا لحين اصدار صاحب الخيار نفس ارادته
او مشيئته . كما يحدث في حالة اقتران العقد بخيار الشرط . وانما
يتأخر الحكم لحين حدوث واقعة مستقبلة ومحملة (٣٠) .

وهذا هو معنى تنزيل الشافعية التعليق منزلة الاضافة . اذ يقصد
به ان الصيغة الموسوفة أو المعلقة في كليهما تنعقد سببا في الحال . ولكن
أنرها يرجأ بسبب التعليق (٤١) لحين حلول الأجل أو تحقق الشرط .
ومعنى ذلك ان فكرة التعليق تعم العقود المعلقة على شرط والضافة
الى أجل (٤٢) .

ومن المعلوم عند الشافعية كغيرهم ان الشرط امر غير محقق
الوقوع . فلا يمكن الجزم سلفا بمآله ولكنه في نفس الوقت ممكن .
حيث « لا تعليق بمستحيل » (٤٣) أما الأجل فهو وقت أو امر زمني
محقق الوقوع « ومجيئه يتحقق بمجيء أول جزء منه (٤٤) » . وهذا
يعنى ان الشافعية قد قربوا في الحكم بين حالتى العقد المعلق والعقد
المضاف عن بينة بحقيقة كل منهما وليس عن تجاهل لتعيرى الاضافة

(٣٩) التلويح على التوضيح ، السابق . ص ١٤٨ جعل
الشافعى رحمه الله تعالى التعليق بالشرط بمنزلة التأجيل وشرط الخيار
فى أنه لا يمنع السبب عن الانعقاد وانما يؤخر الحكم فقط وأنظر
على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية ط ٣ ص ٢٥٩ بالهامش .

(٤٠) حسن الشاذلى ، المرجع السابق ص ١٧٥ .
(٤١) على الخفيف . أحكام الوصية ١٩٦٢ وقد عبر المؤلف عن
رأيه أيضا بمؤلفه أحكام المعاملات الشرعية فى نفس الموضوع السابق
قائلا : « وذهب الشافعى الى أنه لا فرق بين التعليق والاضافة بأن كلا
من العقد المضاف والعقد المعلق سبب فى الحال . وانما يتأخر حكمه بسبب
الاضافة فى المضاف . وبسبب التعليق فى المعلق . ورأيه وجيه فان تأخر
الآثار على العقود كما بينا ترتب شرعى . والشارع قد أخرها فى الحالىين
فالتفريق بينهما ليس له دليل سليم » .

(٤٢) أنظر حاشية القليوبى : ج ٣ ط ٣ سنة ١٩٥٦ : ص ٣٥٠ .

(٤٣) المرجع السابق : ص ٣٥١ .

(٤٤) أنظر شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين : بهادى

المرجع السابق ص ٣٥٠ .

والتعليق في الفقه واللغة (٤٥)، فما هي عساها أن تكون الحكمة التي حدثت بالشافعية الى تبني هذا المسلك .

لقد سبق ان رأينا ان الشافعية يذهبون الى أن العقد المألق يكون علة في الحال ، شأنه شأن العقد المضاف ، وان كان حكم احدهما يتأخر بسبب التعليق وحكم الثاني يتأخر بسبب الاضافة ، ويمكن تفسير مسلك الشافعية من الناحية الفنية بالآتي :

أولاً : ان العقد المعلق عقد أبرم فعلاً ، بعد أن استجمع كل عناصره ولا يمكن انكار وجوده الحسي والشرعي وما يرتبط بهما من حقوق .

ثانياً : ان الحقوق لا تتراخى عن مصادرها ، فتمتد وجد المصدر وجد الاثر ، هذا هو الاصل ، ولكن يجوز للمتعاقدين أن يؤخرا حكم العقد تبعاً للصيغة التي ارتضاها ، والفرض انهما قبلاً صيغة موصوفة . تحول دون ترتب أحكام العقد الا عند تحقق الشرط ، وبالتالي يجب الا تنفذ الحقوق الا عند تحقق الواقعة الشرطية ، ولما كان الفرض ان كل آثار العقد تناط بتحقيق الشرط ، وكانت الآثار مرتبطة ابتداء بالمصدر ، فان تحقق الشرط لا يخلق العقد ولا يساهم في تكوين الحق ، بل يساهم في تأكيد اعتبار الحق قائماً من لحظة التراخي ذاته ، وهكذا يصبح الاثر الرجعي للشرط أمراً بديهياً ، طالما أن الشرط قد اقترن بتراضي المتعاقدين ، فعلى عقدا منعقدا ، ولم يعلق انعقاد ذات العقد ولقد كان مشروع القانون المدني العراقي متفقاً مع هذه الفكرة حين نص في المادة ٢٩٢ على أن « العقد المعلق على شرط واقف منعقد ولا ينفذ الا اذا تحقق الشرط » ، بيد أن هذا النص قد عدل عنه .

واذا كان هذا هو شأن العقد المعلق ، فان المتعاقدين يكونان جديرين بالحماية القانونية قبل تحقق الشرط ، طالما ان لكل منهما حقوقاً ، ولا يقدح في ذلك أن تكون حماية هذه الحقوق دائرة في فلك احتمال عدم تحقق الشرط . واذا كان ذلك هو شأن العقد المعلق ، فان المتعاقدين في العقد المضاف ، يتمتعان من باب أولى بحماية قانونية أيضاً ، طالما أن الاجل واقع لامحالة ، بخلاف الشرط الذي يحتمل وقوعه وعدمه . ومن هنا تكون الصياغة الفنية قد بلغت عند الشافعية شأوا بعيداً من حيث تبني نظريات دقيقة في تحليل طبيعة العقد ، وبخاصة فيما يتعلق بوجوده الحسي والشرعي ، رغم عدم امكان تنفيذ ما يترتب عليه من أحكام ، الا عند تحقق الحدث الشرطي ، ومسلك الشافعية هذا ، يتسق مع مذهب المالكية ، حيث لا تفرقة لديهم بين اضافة أو تعليق « الا بأن

(٤٥) قارن الى حد ما عبد الناصر العطار ، رسالته : الاجل بند

٤١ ص ٦٦ ومع ذلك فالأفضل من الناحية الفنية وضع لفظي التعليق والاضافة في موضعهما المستقل .

التعليق اضافة الى زمن يتعين بوجود الشرط المعلق عليه ، وهو زمن وجوده ، بخلاف الاضافة فانها اضافة الى زمن محقق وجوده مستقبلا » (٤٦) .

المبحث الثالث

المركز القانوني للمتعاقدين قبل تحقق الشرط الواقف في القانون المدني المصري والمقارن

النظرية القائلة بأن الشرط لا يولد قبل تحقق الشرط الواقف سوى مجرد أمل ، أى نظرية الاصل ، هى نظرية عقيمة لا تنبىء بذاتها عن طبيعة الشرط وجوهر التعليق ، ولذا هجرها المشرع المصرى ونص فى المادة ٢٦٨ على ما يفيد اتجاهه صوب نظرية الحق ، اذ قضي بأنه « اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه » .

وهكذا فان التقنين المصرى أسبغ على المستفيد فى العقد المعلق على شرط واقف سمة صاحب الحق ، وابعح له المحافظة عليه ، حتى وان كان ذلك الحق غير قابل للتنفيذ ، خلال مرحلة التعليق بسبب عدم تأكد تحقق الشرط ، ولم يفتقره مجرد صاحب أمل (٤٧) ، واخطت بهذا خطأ قام فى معظم التقنينات العربية الاخرى (٤٨) ، وأقر بذلك الفكر القائلة بأنه بمجرد استجماع التصرف كافة عناصره ، فان الحق ينشئ منه ، ويمكن تنفيذه ما لم يكن معلقا على شرط .
تلك اذن هى نظرية الحق غير النافذ .

بيد ان المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حين ارادت بيان

(٤٦) على الخفيف : أحكام الوصية . ص ١٠١ .

(٤٧) قارن تولييه : بند ٢٦ ص ٥٦٠ حيث يقول

“Tandis que la Condition est pendante l'obligation n'existe point encore née. Il n'y a qu'une simple espérance qu'elle pourra exister”.

(٤٨) انظر المواد : ٢٣٧ سودانى ، ٢٦٨ سورى ، ٢٥٥ ايبى ، والمادة ٢٨٨ عراقى والمادة ٩٣ لبنانى وم ١٢٥ قطرى (الالتزام المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط) و ٢٣٨ تجارى كويتى ، ٣٩٨ أردنى والمادة الثانية من مشروع نصوص الشرط فى مشروع نصوص القانون المدنى الكويتى . وانظر فى القوانين الاجنبية م ١١٨٠ ، ١١٨١ ، ١١٨٢ مدنى فرنسى و ١٥٢ و ١٥٣ التزامات سويسرى و ١٥٨ ألمانى .

طبيعة الحق المنبثق عن التصرف المعلق ، قالت أنه لا يكون مجرد أمل للدائن بل يكون حقا محتمل الوجود قانونا (٤٩) .

معنى ذلك ان المذكرة الايضاحية تقرر بطريقة تقديمية ، فكرة التمييز بين الامل والحق المحتمل ، فالحق المنبثق عن التصرف المعلق هو حق احتمالي وليس مجرد أمل في حق ، ولكنها عند النزول الى دقائق الامور ، تكون قد اتخذت موقفا دون الموقف الذى سلكه القانون حين اعتبر الحق غير نافذ . واياما كان الامر فان نظرية الحق المحتمل تحتاج لشيء من البيان .

تلك اذن هي نظرية الحق الاحتمالى ، وهى تثير بحث نظرية الامل فى المجال الوضعى .

وهناك فريق من الفقهاء ذهب الى ان الحق المعلق على شرط هو حق موجود ، ولكنه غير مكتمل الوجود ، فهل نظرية الحق الناقص تختلف عن نظرية الحق الاحتمالى الحديثة ؟

تلك اذن هي نظرية الحق غير مكتمل الوجود وهى تثير بحثا فى تكييف فكرة الحق الناقص (٥٠) .

ولكى نصل الى طبيعة الحق الذى ينبثق عن التصرف المعلق على شرط ، فانه يجدر اذن بحث نظريات : الامل ، والحق المحتمل ، والحق الناقص ، والحق غير النافذ .

ونحاول استعراض معالم هذه النظريات ، وتبعضها بمحاولة للترجيح بينها .

١ - نظرية الامل

لمل اكثر فقهاء القانون الوضعى تشيعا لنظرية الامل ، هو الفقيه الفرنسى تولييه ، الذى قال بمباراة لا تحتتمل التأويل ، انه طالما لم يتحقق الشرط الواقف ، فان الالتزام لا يكون له ادى وجود ، وبالتالي فانه لا يكون هناك سوى مجرد أمل simple espérance فى هذا الوجود (٥١) . ومعنى ذلك ان كل شيء يجب ان يمضي كما لو لم يكن هناك تعليق ، سواء من حيث الملكية او الحيازة او تبعة الهلاك ، فمثلا يستطيع المدين فى العقد المعلق على شرط واقف ان يبيع الشيء او

(٤٩) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٤ .

Colin et Capitan : Cours élémentaire de Droit Civil. (٥٠)

Paris 1924, p. 166.

وانظر أيضا : السنهورى . الوسيط ج ٣ بندى ٣٠ ، ٣١ ص ٤٠

٤١ وحلمى بهجت بجوى . المرجع السابق ص ٤١٤ .

(٥١) مؤلفه : القانون المدنى الفرنسى ، سالف الذكر ، نفس الموضوع .

بهبه ، أو بوصي به ٥٢ .
ولو وقف تولييه عند هذا الحد لكان فكره مقبولا . ورايه مبررا
فالامل شيء والحق شيء آخر . واذا كان المستفيد في العقد الشرطي
ليس له سوى مجرد امل فكل شيء يجب أن يمضي كما لو لم يكن هناك
تعلق . لأن الأمل . امر خارج نطاق التنظيم والحماية القانونيين (٥٢) .
انه مجرد توقع أو ترقب . فلا يصل حتى الى مجرد الحق في الصيرورة
تصاحب حق . لأن الحق في اكتساب الحق . قد يدخل في عموم مفهوم
كلمة الحق . فتتسبغ عليه حماية القانون . والامل ليس كذلك فمن
يأمل في ان يرث اباة عندما يموت . وهذا هو المثال النموذجي للامل .
لا يحميه القانون (٥٤) .

ولكن تولييه عصف بمضمون فكرته . حين استدرك قائلا : ان كل
تصرفات المدين الشرطي تكون صحيحة فيما لو تخلف الشرط . اما لو
فرض وتحقق فان التصرفات بالبيع أو الرهن أو الهبة أو الوصية .
نزول من الاصل . ويصبح الامر كما لو لم يكن هناك تصرف البتة .
فهل يتصور أن يكون لمجرد الأمل (٥٥) كل هذا الأثر عند تحقق
الشرط ؟

لا شك انه اذا اخذ الامل بالمفهوم المتقدم . فان المستفيد في العقد
الشرطي يتمتع بشيء أكبر من مجرد الامل .

ومن الاحكام القضائية العربية ذات المغزى في هذا الصدد حكمان
صادران عن المحكمة الابتدائية بالمهدية بتونس . وردبأولهما ان الالتزام
المعلق على شرط واقف (تعلق) يعتبر غير موجود طالما لم يتحقق
الشرط (٥٦) ، وجاء ثانيهما انه اذا لم يحدث (يحصل) الشرط فان

(٥٢) المرجع السابق ، نفس البند ص ٥٦١ .
(٥٤،٥٣) ديموج مقال عن الحقوق الاحتمالية : المجلة الفصلية ١٩٠٥
ص ٧٢٤ وص ٧٢٥ . وقد عرف ديموج بالامل في ثانيا افصاحه عن ذكره
الحق وبين أمثلة الامل بتوله :

“Il ya une zone intermediaire entre le droit Conditionnel...
et le simple espérance, la simple expectative : Comme l'est le
droit que je puis avoir sur le patrimoine d'un parent encore
vivant dont j'espère héritier. Comme est encore..... Tous
ces droits d'ailleurs, ne sont pas des droits juridiquement
parlant”.

(٥٥) انظر أيضا برنار : الرسالة السابقة ص ١٦ .
(٥٦) صدر الحكم في ٢ جويليه ١٩٦٢ : مجلة القضا، والتشريع
١٩٦٢ عدد ٩ ص ٩٢

الالتزام الذي كان معلقا عليه يسمحل ويصبح كان لم يكن (٥٧) .
ويلاحظ على هذين الحكمين . ان اولهما استخدم اسلوب المجاز .
فلم يقل ان الحق لا يكون مجودا . وانما قال : بأنه يعتبر غير موجودا .
فالامر اذن امر افتراض ، وان ثانيهما أكد ان الحق المعلق يكون موجودا
بيد أن تخلف الشرط يفضي الى زواله أو اضمحلاله .

فاذا قيل بأن الامر فى القضية الاولى ليس امر افتراض (٥٨) ، فان
محصلة ذلك ، ان الحكمين يكونان متعارضين ، اذ يكون الحكم الأول
قد تبنى نظرية الامل ، بينما يكون الثانى قد تبنى نظرية الحق .

وهكذا تكون المذكرة الايضاحية على حق حين قررت أن ما يتمتع
به المستفيد فى العقد الشرطى لا يكون مجرد امل ، اما قولها انه يكون
حقا محتملا ، فسيتم مناقشته فى حينه .

وقد يصنف بعض الفقهاء مذهب ريبير وبولانجييه، ضمن نظرية الامل،
لما يقرره هذان الفقيهان من أن الدائن المستقبل فى العقد المعلق على شرط
واقف يحوز سلفا « شيئا ما » يجب الاعتداد به ، وهو الامل فى
الصيرورة دائنا (٥٩) ، وهو امل يسبغ عليه القانون حمايته ويتعهده
بالتنظيم . ولكن هذه العبارة ذاتها ، تحمل فى طيات عجزها ما يحول
دون اعمال مضمون مقدمها ، فرغم ان هذين الفقيهين يستشهدان
بعبارات الرومان ، الدالة على فكرة الامل ، الا انهما استدركا، وقررا ان
الامل الذى يتكلمان عنه هو امل منظم قانونا ، وتسبغ عليه الحماية ،
وليس شك ان مثل هذا القول ينصرف الى شيء آخر يفوق مجرد الامل
ريشف عن نظرية لما تكن قد تبلورت بعد فى ذهن هذين الفقيهين هي
نظرية الحق الاحتمالى (٦٠) التى تعهدها فريديه بالبحث حتى اقام

(٥٧) ١٩ نوفمبر ١٩٦٢ : مجلة القضاء والتشريع ١٩٦٣ عدد ٧
ص ٧٨ وانظر : محمود بن الشيخ . المرجع السابق ص ٥٢ .
(٥٨) انطوان فيالار . امالى غير مطبوعة فى الالتزامات لطلبة السنة
الثانية (قسم فرنسى) بحقوق وهران ، العام الجامعى ١٩٧٩/٧٨ .
(٥٩) مؤلفهما السابق على بلانيول ج ٢ بند ١٣٤٢

“Tant que la Condition est encore pendante, on peut dire
que l'obligation qu'elle suspend n'existe pas; on a seulement
l'espoir de la voir naître un jour... Toutefois, le futur Créancier
possède déjà quelque chose dont il faut tenir Compte : Cet
espoir, qu'il a de devenir un jour Créancier, est protégé par la
loi, et comporte à divers égard une réglementation juridique”.

(٦٠) رسالة باريس ٥٣ (١٩٥٥) سالفه الاشارة . وانظر تقديم

مازوها .

بنيانها على نحو غير مسبوق بشكل جذري (٦١) .

٢ - نظرية الحق المحتمل

تعتبر نظرية الحق الاحتمالي ، أو الحق محتمل الوجود ، من النظريات التي لم تتطور بشكل تام ومتفق عليه في عالم القانون ، رغم انجهود الفقهية الكبيرة التي بذلت في هذا الميدان (٦٢) .

ويمكن ان نجد تعميماً عنها لدى الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم والاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي .

فالمغفور له الدكتور اسماعيل غانم رغم انه يقرر ان الحق الشرطي هو حق غير نافذ ، على ما سنرى ، الا انه يذهب الى ان للدائن الشرطي « حقاً مكتسباً أثناء فترة التعليق . فهو وان لم يكتسب بعد الحق الذي تعهد به المدين ، الا ان له حقاً مكتسباً في ان يبرسد الالتزام اذا ما تحققت الواقعة المشروطة . ويعبر عادة عن مركز الدائن أثناء فترة التعليق بالقول ان له حقاً محتملاً فهو حق لا مجرد أمل ، ولكنه حق غير مؤكد الوجود » (٦٣) .

والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي يقول « ان الحق المعلق على شرط واقف لا يكون موجوداً بذاته في فترة التعليق . ولكن ليس معنى ذلك ان الشخص يكون هنا مجرداً عن كل حق ، فهو وان لم يصبح بعد صاحب ذات الحق المعلق على الشرط ، فهو صاحب حق في ان يكسب هذا الحق اذا تحقق الشرط ، وبعبارة اخرى هو صاحب حق مشروط بتحقيق الشرط ، فاذا تعهدت مثلاً بأن اعطيك مائة جنيه اذا نجحت في الامتحان ، فلا يكون لك في مرحلة التعليق على الشرط ، حق في هذا المبلغ بمعنى الا تكون دائناً لي به ، ولكنك تعتبر صاحب حق في ان تكسب حق الدائنية على بالمبلغ السابق اذا تحقق الشرط ، وهو نجاحك في الامتحان . وعلى هذا فصاحب الحق المعلق على شرط واقف وان لم يكسب هذا الحق بعد ، فهو ليس مجرد صاحب أمل فيه ، لكن له حق

(٦١) ابان تدريسه بحقوق بن عكنون (الجزائر) انصرف تدريبيه الى دراسة الفكر الاسلامي ، ولم يشر الى نظريته في التكون المتتابع للحقوق الاحتمالية والشرطية ، حتى انتقل الى احدى دول افريقيا لتدريس القانون بها ، ولكنه بعد أن عين بحقوق بواتيتيه بدأ يضمن الفكرة بعض مقالاته بالمجلة الفصلية .

(٦٢) راجع مثلاً : تدريبيه ، الرسالة السابقة ، القسم الرابع بند ٣٦٧ ص ٢٩٥ وما بعدهما ؛ فيلدرمان رسالته السابقة بند ١٨ ص ٢٧ وما بعدهما ؛ وديموج في مقالاتيه - بالمجلة الفصلية - سالفتي الذكر .
(٦٣) الاحكام بند ١٤٥ ص ٢٤٦ .

في أن يناله ، اذا تحقق الشرط » (١٤) .

والنظرة العابرة لهذين الرايين ، قد تنبىء عن بساطتهما، وامكان
تقليهما ، لاتفاق منطقهما مع ظاهر منطق المركز المنبثق عن التصرف
خلال مرحلة التطبيق ، والذي يرتفع ، لا جرم ، عن مركز صاحب
الامل .

ولكن انعام النظر في فكر هذين الفقيهين ، يفصح عن انه ينطوى
على خلط بين الحق الاحتمالى بمفهومه الحديث ، كأمر يختلف عن مجرد
الامل ايضا ، وبين الحق الشرطى ، وهو الخلط الذى تعمدته فردييه حين
قال : انه لا فرق بين حق شرطى وحق احتمالى وان الاول فرع على
الثانى ويتفق معه فى الطبيعة والنظام القانونى (١٥) .

فاذا كان هذان الفقيهان يؤمنان بذلك ، فمن المفروض انهما
يؤمنان بالقاعدة الكلية التى توصل اليها فردييه بعد استقراء عميق
لفكر هانز فردنجر ، والتى تقول : ان مناط الحق الاحتمالى هو التكون
المتتابع لمصدره ، وان امكانية وجود حق احتمالى هى امكانية مستبعدة ،
كلما تعلق الامر بحقوق تنبثق عن مصدر ذى تكون فوري أو آنى ،
يستوى ان يتعلق الامر بتصرف أو واقعة (١٦) .

والفرض مستبعد لأن الاستاذين لا يعتبران الشرط عنصرا جوهريا
لا فى التصرف ولا فى الواقعة . ولا عنصرا شرطيا فى تكون الحق ذاته،
شأنهما شأن جمهور الفقهاء ، بل يذهبان مع الجمهور الى ان الحق المنبثق
عن التصرف الشرطى يتكون تكونا آنيا شأنه شأن مصدره ، ضرورة انه
لا ينقصه عنصر جوهرى ، بل ينتظر تحقق حادث عرضي (١٧) ، ومن

(٦٤) الاحكام بند ١٤٣ ص ٢٤٧ وهناك آراء تقول أن التصرف
لا يوجد قبل تحقيق الشرط ولكن توجد رابطة شخصية بحتة بين المتعاقدين
وآراء تذهب الى أن التصرف وان كان لم يوجد قبل تحقق الشرط الواقف
الا أن له فى نفس الوقت نوع من الوجود لان عناصره الاساسية قد تم
توافرها . التفاصيل فى لولوتر . ص ٣٢ وما بعدها .

(٦٥) فردييه . رسالته السابقة بند ١٦٤ ص ١٤٠ وما بعدها
وخاصة ص ١٤٩ وبند ١٩١ ص ١٦٠ وما بعدها .

(٦٦) Verdier, Thèse précitée, No. 373, p. 299 "Toute possibilité
de droit éventuel est donc exclue lorsque les droits ont leur
source dans des actes ou des faits juridiques simultanés".

(٦٧) انظر بلانيول وريبير وجابولد بند ١٠٣٢ ص ٣٨١؛ وديوج،
الحقوق الاحتمالية وفروض نشوئها . المجلة الفصلية ١٩٠٥ ص ١٢٥
ومقالا آخر بعنوان طبيعة وآثار الحق الاحتمالى . المجلة الفصلية ١٩٠٦

ثم فهما لا يؤمنان بأساس اعتبار الحق الشرطى حقا محتملا . ومثل ذلك يتصرف الى مسلك المذكورة الايضاحية ، لان بيانها ينطوى فى الظاهر على التسوية بين حق احتمالى ينقصه عنصر جوهرى وحق شرطى لا ينقصه اى عنصر من عناصر تكوينه هو او مصدره ، مع أنها تؤمن فى الجوهر بأن الحقين هما وجهان لامر واحد يعلق مصيره على واقعة عارضة .

معنى ذلك انه .. يجب تمييز الحق الشرطى عن الحق الاحتمالى بحيث لا تتم تسمية الحق المنبثق عن تصرف شرطى باسم الحق الاحتمالى .

ولقد أحس ديموج بفكرة الحق الاحتمالى احساسا قويا ، ونزلها ، منزلة وسطى بين مجرد الامل والحق الشرطى .

فالامل لا يخول اية ميزة او حماية قانونية . والحق الاحتمالى يخول صاحبه ميزة قانونية ، ومركزا ينظمه القانون ويحميه ، بيد أنه لازال دون مرتبة الحق الشرطى ، لأن الحق الاحتمالى ينجم عن تصرف - او واقعة - يفقد عنصرا جوهريا ، يتعلق بالرضا ، او الحل ، او السبب ، او الشكل ، او احدا للشروط او المقتضيات القانونية ، وذلك على خلاف الحق المنبثق عن تصرف شرطى ، فهذا الاخير توافرت له كل مقومات وجوده غاية الامر ان الارادة اناطته هو وما ينبثق عنه من حق بواقعة لا تتعلق اساسا بعناصر التصرف او الواقعة ، بل تخرج عن مكوناتهما ومضمونهما ، فهى مجرد امر عارض (٦٨) ، كما تقدم .

وهذا فارق لا يصححه القول بأن الشرط ليس عنصرا فى التصرف بل فى الحق ذاته ، على ما رأينا عند عرض نظرية فردييه ، لان الشرط امر محايد لا دخل له لا بالتصرف ولا بالحق ، فلا يختلط بأيهما ، وان كان يترتب عليه تعليق اولهما أصلا وثانيهما تبعا .

معنى ذلك أن الحق الشرطى أعلى مرتبة من الحق الاحتمالى ، فاذا كان حق الموصي نه فى الوصية قبل موت الموصي مصرا على وصيته هو

==

ص ٢٣١ وما بعدهما ، وانظر اسماعيل غانم ، وعبد الفتاح عبد النامى فى المرجعين والموضعين سالفى الذكر وما بعدهما ، اذ لا يوجد ما يدل على تبنيهما على ما استخلصناه فى المتن .

(٦٨) ويقول ديموج فى مقاله السابق ص ٧٢٥ وكما أثرنا سلفا انه ليس كل حادث مستقبلى وغير محقق مما يمكن أن يصلح شرطا . بل يلزم فضلا عن ذلك أن يكون :

“un fait extrinsèque, extérieur au Contrat, si l'on peut dire, et que par un lien artificiel on a rattaché à la convention”.

حق احتمالي ينقصه عنصر جوهرى هو موت الموصي ... وحق الشفيع قبل ان يعلن عن ارادته فى الاخذ بالشفعة هو حق احتمالي ينقصه عنصر جوهرى هو الاعلان عن الارادة (٦٩) ، فان حق المشتري بعقد معلق على شرط هو حق يرتبط بعقد مكتمل العناصر ، بل قد يقوم بدفع الثمن نظرا لان ارادته قد صدرت بسيطة منجزة حين ارتبطت بها ارادة البائع معلقة على شرط ، فكيف يتصور فى هذه الحالة ان يقال ان الحق الشرطى هو حق فى سيرورة المستفيد صاحب حق ، وهو التعبير الذى يطلق على صاحب الحق الاحتمالى .

ان التصرف المعلق والتصرف الاحتمالى هما تصرفان متبايران طبيعة وجوهرا ومضمونا واثرا ، ولذا لا ينبغى (٧٠) خلط الحق المرتبط بأحدهما بالحق المنبثق عن الآخر. ومن هنا فان اطلاق تعبير الحق الاحتمالى بالمعنى الذى يقصده الرايان الفقهيان المتقدمان على الحق المنبثق عن تصرف شرطى هو اطلاق محل نظر .

٣ - نظرية الحق الناقص

اذا حاولنا تتبع هذه النظرية تبعا زمنيا معاصرا ، أمكن ارجاع التعبير عنها الى فقه كولان وكابيتان ، فقد ذهب الفقيهان ، فى تفسير بعض اثار الشرط الى القول بأن الحق المعلق على شرط واقف اما هو حق موجود ، وان كان هذا الوجود غير كامل (٧١) .

وقد تبعيهما فى مسلكهما ، جوسران ، الى حد بعيد ، حيث قرر ان تعريف او تحديد المركز الناجم عن الشرط الواقف ، انما هو امر بالغ الحساسية ، ولكنه ليس على كل حال ، ذلك التحديد الرومانى الذى لا يجد فيه سوى مجرد أمل ، لأن الرومان قدموا حلولا عديدة

(٦٩) السنهورى الوسيط ج ٣ بند ١٦ ص ٢٤ ، ٢٥ .

(٧٠) انظر مع ذلك تعريف فرديبه للحق الاحتمالى بشكل يستوجب لدمج الحقوق الاحتمالية بالحقوق المنبثقة عن تصرفات شرطية ، اذ لا يميز بين تغاير قوة الحقين تبعا لمدى استجماع مصدرهما لمقومات وجوده رسالته السابقة بند ٤١٥ ص ٣٣٠ اذ يقول انه بين مرتبة مجرد لامل أى الحق المستقبل ومرتبة الحق البسيط ، توجد مرتبة وسطى هى مرتبة الحق الاحتمالى الذى يمكن تعريفه بأنه :

“un droit futur dont l'application est juridiquement organisée”.

A. Colin et H. Capitant. Cour élémentaire de Dr. (٧١)

Civ. Fr. Tome deuxième, Quatrième édition, Paris 1924, p. 166,

“l'obligation exist déjà, d'une existence à la vérité encore incomplète et imparfaite”.

تتنافى مع هذا التصور غير الصائب ، ومن ثم مال الى القول بأن الحق المعلق على شرط واقف ، له وجود حال وقائم ، وان كان هذا الوجود غير تام (٧٢) .

وفى الفقه العربى تبنى هذه النظرية المفسور له الدكتور حلمى بهجت بدوى الذى ذهب بدوره الى أنه اذا كان الشرط واقفا ، وكنا فى مرحلة التعليق فاننا « لا نعرف بعد ان كان التصرف سوف تترتب عليه آثار أم لا » وانتهى الى أن الدائن ، على خلاف بعض تصورات الرومان ، « له أكثر من أمل ، له حق ، لان الرابطة القانونية قد نبتت ، ولكن هذا الحق ناقص » (٧٣) .

وقد اختط نفس المنهج المفسور له الدكتور عبد الرزاق السنهورى (٧٤) ، الذى حاول تقديم نظريته فى اطار متكامل ، فقال : أن الحقوق تتدرج من حيث الوجود والنفاذ بين سبع مراتب ، نعرضها مع تعليق على ما يحتاج الى تعليق عليه منها وهى :

١ - « مرتبة الحق المعدوم ، وهو ما لا وجود له ولا يحتمل وجوده » ويلاحظ أن التعبير بالحق ثم وصفه بالمعدوم ينطوى على شيء من التجاوز ، فالمقصود بهذه المرتبة ، مرتبة العدم ، أو مجرد الأمل أو التوقع .

٢ - « مرتبة الحق الاحتمالى ، وهو لا وجود له ويحتمل وجوده ، فهو معدوم على خطر الوجود » ، ويلاحظ فى هذا الصدد أنه قد حدثت سزاوجة غير مقبولة بين فكر الاستاذ وهو فكر رضى ، وفقه الشريعة الفراء ، خاصة فى المذهب الحنفى ، مما قد يوحي بوجود خلط فى الشريعة بين فكرة الحق الاحتمالى وفكرة الحقيق المنبثق عن التصرف الشرطى .

٣ - « مرتبة الحق المعلق على شرط واقف ، وهو حق موجود فعلا ، ولكنه غير كامل الوجود » ويلاحظ فى هذا الصدد ان الاستاذ قدم تصوره فى صورة مقولة غير مدعومة بسند يؤازرها أو يدلل عليها .

٤ - « مرتبة الحق المؤجل ، وهو حق موجود وجودا كاملا ، ولكنه غير نافذ » ويلاحظ ان الاكتفاء بالقول ان الحق المؤجل هو حق غير

L. Josseland. Cours de Dr. Civ. positif Français (٧٢)
II, Théorie gén. des obligation, deuxième édition, Paris 1933,
No. 740, pp. 403-404 "l'obligation affectée d'une Condition suspensive Comporte des éléments actuels, qu'elle est pourvue d'une certaine dose d'actualité ; après quoi il est évident qu'elle présente un Caractère d'impérfection manifeste".

(٧٣) خلاصة محاضراته سالفة الذكر ص ٤١٤ .

(٧٤) الوسيط - ٣ بند ٢٩ ص ٣٨ وما بعدها .

نافذ يدع مجالا لخلطه بالحق الشرطى « فهو بالاولى حق غير نافذ (٧٥) » . ولكن من المفهوم ان عدم النفاذ حال التعليق على الشرط يكون ترقبا لتحقيق حادث محتمل ، وحال الاضافة يكون انتظارا لحلول ميماد حتمى الحلول .

٥ - « مرتبة الحق المعلق على شرط فاسخ ، وهو حق موجود وجودا كاملا ، وهو فى الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه موجود على خطر الزوال » .

٦ - « مرتبة الحق المقترن بأجل فاسخ ، وهو حق موجود وجودا كاملا وهو نافذ الى أجل ثم ينقضى بانقضاء هذا الاجل » .

٧ - « مرتبة الحق المنجز وهو حق موجود وجودا كاملا وهو نافذ الى غير أجل » (٧٦) .

وليس فى نيتنا مناقشة هذه النظرية الآن ، اجتزاءا بما تقدم من ملاحظات . وانما نكتفى بالإشارة الى أن هذا العرض يؤكد مسألتين أساسيتين :

الاولى : ان الحق الاحتمالى يختلف عن الحق الشرطى ، فالاولى ادنى مرتبة من الثانى ، وبالتالي ، فان المستفيد من الحق الشرطى يتمتع بحماية قانونية اكبر من تلك التى يتمتع بها المستفيد من الحق الاحتمالى ، وهذا صحيح ، فقد سبق أن رأينا كيف ميز ديموج بين الحق الاحتمالى والحق الشرطى ، وجعل مجرد الامل مرتبة أدنى من الحق الاحتمالى (٧٧) .

الثانية : انه لا تعارض بين القول بوجود الحق الشرطى من جهة وبنقصانه او عدم اكتماله ، من جهة أخرى . وهذه نتيجة لا يمكن التسليم بها لانها تتناقض كلية مع الحقيقة الاولى ، التى تؤكد تفابير الحقين ، الشرطى والاحتمالى . ولتوضيح ذلك يمكن القول بأن جوهر نظرية الحق الشرطى ، منظورا اليه كحق ناقص سيضفى عليه نفس جوهر مفهوم الحق الاحتمالى ، بمعنى ان الحق الشرطى بهذه المثابة سيعنى ما يلى :

١ - انه حق يتكون تكونا متتابعا لافوريا ، ضرورة ان نقصان الحق يعتبر مرحلة ، واكتماله بعد مرحلة أخرى ، وبعبارة أخرى فان الحق الشرطى ، يجتاز نفس مرحلتى تكون الحق الاحتمالى ، وبالتالي يصبح أساس التقريب بين الحقين - الشرطى والاحتمالى - أساسا

(٧٥) اسماعيل غانم . الاحكام بند ١٤٥ ص ٢٩٦ .

(٧٦) الوسيط . المرجع السابق ص ٣٩ .

(٧٧) مقاله السابق بالمجلة الفصلية ١٩٠٥ ص ٧٢٤/٧٢٥ .

مشاركاً ، وهو أمر لا يسلم به الاستاذ السنهورى نفسه (٧٨) .
 ٢ - أن هذا القول يفيد كذلك ، أن الشرط أمر جوهرى ، شأنه شأن الحادث الاحتمالى . لأن مفتضاه أن العقد المعلق على شرط هو عقد يتكون تكوناً متتابعاً ، أو على مراحل ، وتلك هى خاصية العقد الاحتمالى الذى ينقصه ركن من أركانه ، فلا يتوافر الا فى وقت لاحق لإبرامه (٧٩) . وهذا قول يتناقض مع طبيعة العقد الشرطى بل ومع طبيعة الشرط ذاته . ولذلك نفاذ الفقه نفيًا قاطعاً . فالتصرف الشرطى . هو تصرف تكون سلفاً . لأنه استجمع كل عناصر وجوده ، غاية الأمر أن المتصرف علق تصرفه . أى رضاه . على شرط فتعلقت بالتالى الالتزام الناشئة عنه . فانبط مصرعها بتحقيق واقعة مستقبلية وعارضة قد تتحقق وقد لا تتحقق ، وتلك هى الواقعة الشرطية . فهى واقعة لا يعتبر الحق أو التصرف نافصاً بسببها لأنها لا تدخل فى تكوين أى منهما (٨٠) . ومعنى ذلك أنه ليس فى طبيعة التصرف الشرطى ، ولا فى طبيعة الشرط ما يدعو لتبنى فكرة التكون المتتابع للحق . وإذا كان الاستاذ السنهورى نفسه تبني فكرة أن الشرط أمر عارض لا يدخل فى تكوين العقد أو الحق (٨١) فإنه يصبح من غير المنطقى النظر الى الحق الشرطى كحق ناقص .

٣ - أنه يترتب على القول بأن الحق الشرطى حق غير مكتمل الوجود ، خلط المفاهيم القانونية خلطاً غير مبرر ، فهو من جهة يخلط الحق بالامل كتعبير قديم عن الحق المحتمل . ومن جهة أخرى يكاد يسوى بين الحق الشرطى من جهة ، والحق الذى انقضى بالتقادم أو ما يعرف بالالتزام الطبيعى من جهة أخرى ونعرض لهاتين المسألتين فيما يلى :

١ - تعبير الحق الناقص يفضى الى خلط الحق بالامل . والحق المحتمل :

(٧٨) انظر هامش ١ ص ٢٥ وما بعدها من المرجع ذاته .
 (٨٧٩) ويبدو أن كولييه دى سنستير يعتبر أن هذا هو منطق المصد الشرطى . انظر ديمولومب بند ٣٣٨ ص ٣٦٢ .
 (٨٠) انظر كولان وكابيتان وديلامورانديير بند ١٦٩٠ ص ٢٣٧ .
 (٨١) الوسيط ج ٣ رقم ١٥ ص ٢٣ وما بعدهما . وهذا ما يمكن قوله أيضاً بالنسبة للفقه البلجيكي مثل دى باح مثلاً وأن كان دى باج قد أحس بحقيقة قيام العقد المعلق على شرط واقف . انظر قوله ص ٢٧٠ سالف الإشارة بند ٢٦٢ ص ٢٧٠

“on dit souvent que le Contrat Conditionnel affecté en bloc d'une Condition (n'existe pas) avant la réalisation de l'événement stipule comme Condition. Cela est une erreur. Je Contrat existe parfaitement”.

لا شك أن الحق المحتمل حق ينقصه عنصر جوهرى ، ولذا فان التعبير عن الحق المتولد عن تصرف شرطى بأنه حق ناقص ، يعنى خلطه بالحق الاحتمالى ، وهذا غير مقبول . كما ان الخلط يقع ايضا بين الحق الناقص والامل عند من يصفون على الامل حماية تستند اساسا الى القول بأنه « حق ناقص » أو « حق فى دور التكوين » أو « جرثومة حق » وبالتالي فالامل فى احسن الفروض عند هؤلاء الفقهاء « هو حق ينقصه أحد عناصر وجوده » (٨٢) ، والثابت ان الحق الشرطى لا يفقد البتة أى عنصر من عناصر وجوده .

(ب) تعبير الحق الناقص يفضي الى خلط الحق المنبثق عن تصرف شرطى بما يعرف بالالتزام الطبيعى : وتعبير الحق الناقص يفضي الى خلط الحق المنبثق عن تصرف شرطى ، بالحق الذى انقضى بالتقادم ، أو بما يعرف بالالتزام الطبيعى بوجه عام، ويتضح ذلك من قول الفقهاء ان امثلة الحقوق الناقصة « حق الدائن ، الذى يتقادم عليه الزمان ، دون ان يطالب به صاحبه » (٨٧) ، وهو حق يقابله ، لدى المدين ، ما يعرف بالالتزام الطبيعى (٨٤) ، وهكذا تبدو خطورة استعمال تعبير الحق الناقص أو غير المكتمل للدلالة على الحق الشرطى ، على الاقل فى الفقه التقليدى، الذى لا يزال يصر على استخدام تعبير الالتزام ، الطبيعى ، اما الفقه الحديث ، الذى نفى عنه صفة الواجب القانونى أو الالتزام ، واعتبره مجرد واجب غير قانونى ، أو مجرد التزام خلقى (٨٥) ، فلا تثور لديه فكرة الخلط سالفة الذكر .

والحقيقة أن نظرية الحق الناقص هى الوجه الآخر لنظرية الحق الاحتمالى (٨٦) وهى نظرية سبق ان رأينا ان بعض الفقه قد عبر عنها ضمنا

(٨٢) فى كل ذلك : عبد الحى حجازى : مذكرات فى نظرية الحق . مطبعة دار الكتاب العربى سنة ١٩٥١ م ص ٢١ المؤسف رغم هذا الوضوح أن يخلط الدكتور عبد الحى حجازى بدوره فى الامثلة التى ضربها بين الامل والحق الشرطى انظر ص ٢١ وهو خلط لا يتماشى مع فكر الذين يعتبرون الحق الشرطى بمثابة برعم حق أو جرثومة حق germe لأنهم يؤكدون رغم ذلك اختلاف الحق الشرطى عن الحق الاحتمالى انظر مثلاً كولان وكابيتان ودى لامورانديير رقم ١٦٩١ ص ٩٣٧ وكابيتان مقدمة لدراسة القانون ج ١ بند ٣٠١ ص ٣٤٧ .

(٨٣) عبد الفتاح عبد الباقي نظرية الحق : الطبعة الثانية ١٩٦٥

رقم ٧ ص ١٢

(٨٤) المرجع السابق رقم ٧ ص ١٣ .

(٨٥) جميل الشرقاوى : المصادر بند ٢ ص ١٤ وقد سبق أن عرضنا

لذلك .

(٨٦) انظر فردييه . الرسالة السابقة رقم ١٦٤ ص ١٤٠ وما بعدهما

وبوجه خاص ص ١٤٩ وبوجه خاص بند ١٩١ ص ١٦٠ وما بعدهما .

لا صراحة .

والخلاصة ان النظرية القائلة بأن الحق الشرطى هو حق موجود ، ولكنه غير مكتمل الوجود ، لا تختلف في جوهرها عن منطق نظرية الحق الاحتمالى ، لأن هذا الأخير هو الذى يتكون تكونا متتابعاً ولا يكتمل وجوده الا بعد استجماعه عنصراً جوهرياً يفتقده . ولذا يبدو من الاقرب الى حقائق الامور ، طرح الصياغة التى تبناها بعض الفقهاء للحق الشرطى والاخذ بدلا منها بالصياغة القائلة بأن الحق الشرطى هو حق توافرت له كل مقومات وجوده تبعاً لمصدره ولكنه لا يكون قابلاً للتفديد الا اذا تحقق الشرط (٨٧) .

اننا نريد بعبارة اخرى أن ننقل الى نطاق القانون الوضعى . الى حد ما ، فكر الامام الشافعى القائل بأن العقد المعلق ينعقد سبباً فى الحال ولكن حكمه يتأخر بسبب التعليق ، وهو فكر استحسنته فقهاء الشريعة المعاصرون (٨٨) فلا أحد ينكر أن التصرف المعلق هو تصرف استجمع كافة مقومات وجوده ، ولكننا نقول بتعليق المصدر والآثر معا بسبب دخول الشرط على التصرف وما ينبثق عنه من آثار ، ولا أحد ينكر أن الآثر يرتبط بالمصدر ارتباطاً لا يقبل التجزئة فى العقد المنجز ، وهو نفس الوضع الذى يجب ان يسود فى التصرف المعلق . فالشرط يؤثر فى الرضاء فيجعله معلقاً ، ومن ثم يكون الآثر المترتب عليه معلقاً مثله . وتعليق الآثر لا يعنى أنه لم يتكون ، ضرورة أن كافة عناصر تكونه قد وجدت ، والشرط ليس ركناً او شرطاً جوهرياً فى الآثر او المصدر .

ومحصلة ذلك أن الحق المرتبط بالتصرف الشرطى هو حق تكون فعلاً ، الا أنه لا زال يكتنفه عدم تأكد المصير تبعاً لاحتمال تحقق او عدم تحقق الواقعة الشرطية ، ومن ثم لا يكون الحق المشروط حقاً قابلاً للتنفيذ ، الا اذا تحقق الشرط ، وهذا فيما اعتقد هو اقرب تفسير الى فكر الامام الشافعى رضوان الله عليه ، وهو فكر يمكن نقله دون عناء الى مجال لقانون الوضعى .

(٨٧) قارن لوران : الذى يرى أنه ليس من الصواب القول مع المادة ١١٨١ مدنى فرنسى بأن الالتزام الشرطى لا يمكن تنفيذه الا عند تحقق الشرط لأن تلك السمة من طبيعة الاجل حسبما نصت عليه المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى . انظر بند ٨٧ ص ١٠٧ ، واذا جاز ذلك فى ظل القانون الفرنسى فانه غير جائز فى ظل القانون المصرى الذى يتكلم صراحة عن عدم نفاذ الحق الشرطى .

(٨٨) على الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٥٩ بالإنعاش كما سبقنا الإشارة .

٤ - نظرية الحق غير النافذ

النظرية التشريعية ، كما رأينا ، هي النظرية القائلة بأن الحق المعلق على شرط ، له سمة الحق ، بيد أنه حق غير نافذ فماذا عساه أن يكون المقصود بهذا المفهوم ؟
يمكن القول أن نظرية الحق غير النافذ ، تشف عن المفهومين المتكاملين الآتيين :

(١) ان المستفيد من الحق المنبثق عن تصرف شرطي ، شأنه شأن المستفيد من حق مضاف الى أجل (٨٩) ، يتمتع بحق مكتمل الوجود ضرورة أن الأثر يرتبط بالمصدر ارتباطا لا يقبل التجزئة ، والعقد المعلق هو عقد مكتمل الأركان (٩٠) ، ونفاذه فقط هو الذي يكون منوطا في حالة الشرط بتحقيق أمر غير محقق .. وفي حالة الاجل بحلول أمر محقق . ومجرد النظر في صدر صياغة نص المادتين ٢٦٨ ، ٢٧٤ يؤكد تلك الحقيقة ، فالمادة ٢٦٨ تستهل احكامها بقولها : اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط . والمادة ٢٧٤/١ تستهل بدورها احكامها بقولها « اذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف فانه لا يكون نافذا الا في الوقت الذي ينقضي فيه الاجل » (٩١) .

(ب) ان المستفيد من الحق في الحالتين يمكنه أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به عليه ، غاية الأمان المزاي التي يتمتع بها صاحب الحق المؤجل اكبر ، وهذا بديهى ، لان الحق الشرطي يرتبط نفاذه بحسب تعبير القانون بحدوث واقعة محتملة قد تقع وقد لا تقع ، اما الحق المؤجل فيرتبط نفاذه بواقعة ستحدث لا محالة ، وهذا ما يجعل المستفيد من الحق المعلق على شرط واقف أدنى مرتبة من المستفيد من الحق المضاف الى أجل واقف .

٥ - الترجيح بين النظريات

واذا شئنا الترجيح بين هذه النظريات ، أمكن تحقيق ذلك ، عن طريق الاجابة عن مجموعة من الأسئلة المتكاملة وهى : هل يشف العرض

(٨٩) ويمكن أن نجتزئ من عبارات د - اسماعيل غانم بقوله : ان حق الدائن الشرطي هو « حق غير نافذ » وبالتالي « فليس للدائن ، مثله في ذلك مثل الدائن بالالتزام مضاف الى أجل واقف أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه » الاحكام بند ١٤٥ ص ٢٩٦ .

(٩٠) راجع كولان وكابيتان ودى لامورانديير (١٩٥٩) ، المرجع السابق بند ١٦٨٩ ص ٩٣٦ .

(٩١) انظر كذلك المادة ٢٣٨ من قانون التجارة الكويتي التي تنص على أن « الالتزام المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط » .

السابق عن وجود حق منبثق عن التصرف المشروط ؟ وما هو تفسيره الحقيقي ؟ وما طبيعته ؟ ونعرض لهذه المسائل تباعا فيما يلي :

(أ) مدى انبثاق الحق عن التصرف الشرطى :

ان الاحناف حين قالوا بعدم وجود التصرف . وبالتالي الحق . قبل تحقق الشرط . كان في ذهنهم فكرة الطلاق ، فلو قال لزوجته انت طالق اذا حدث كذا . فانهم - وبحق - لم يكونوا مؤمنين بوقوع الطلاق بأثر رجعى ، فهذا غير منطقي ، لان الشرع وطبيعة الاشياء يقضيان فى هذه الحالة بعدم امكان اعمال فكرة الرجعية . حماية للابزاع والانساب ووقفا عند اصل القواعد التى تضبط فكرة الطلاق . وتنظيم ماينبنى عليها من اثار وحقوق (٩٢) .

ولكن اذا شئنا تحليل ذلك ، امكن القول ان هذا الحل يمكن ان يعتبر من قبيل الاستثناءات التى ترد على فكرة الاثر الرجعى ، وفيما عدا ذلك ، فما دام الاحناف يعترفون بوجود الصيغة فى حالة تعليق فانه يمكن القول ان الحق يمكن ان ينبثق عن العقد المعلق فور صدور صيغته مستجمعة كافة مقومات الشرط . ومع ذلك فان الامر فى هذه الحالة لا يبدو ان يكون تصورا لما يمكن ان يكون الوضع عليه عند الاحناف دون تناف مع تصوراتهم للتصرفات المعلقة ، التى لا خلاف على انها تصرفات تستجمع مكونات وجودها عند ابرامها .

واما الشافعية والمالكية فانهم يعتبرون العقد قائما ، والحق المرتبط به قائما ايضا على ماسبق الببان ، غاية الامر انه لا يكون قابلا للتنفيذ الا عند تحقق الشرط ، وهو امر محتمل قد يقع وقد لا يقع .

وبخصوص الرومان فلقد ثبت مما تقدم ايضا ان نظرية الامل لم تكن هى التعبير الحقيقى عن الفقه الرومانى ، وقد رأينا ان ثمة حماية قانونية للحق المنبثق عن تصرف مشروط ، وهى لا تتصور الا فى ظل اعتبار التصرف المعلق مولدا للحق فعلا .

واما نظرية الامل فى القانون الوضعى فقد وجدنا انها نظرية مهجورة ، كما ان نظرية الحق المحتمل لا تمثل الاتجاه السائد ، بل هى مجرد ارهاصة فكرية ، تريد تجزئة الحق المنبثق عن تصرف شرطى الى حقين ، حق حال ، وحق مستقبل ، فالأول بسيط ، والثانى هو ما يرنو اليه المتعاقدان ، كما ان الحماية تتولد من الحق الحال . وهذا غير صحيح لان الحق الشرطى لانقصه اى عنصر جوهرى فيه او فى مصدره ، فلا بد ان يكون حقا واحدا ، وسنرى ان اصل هذه النظرية يعود الى فكر

(٩٢) انظر بوجه عام خلاف المراجع سالف الذكر : على قراعة : فقه القرآن والسنة . الطلاق فى الاسلام . ١٩٥٦ ص ١٧١ وما بعدها ، والمرجع المشار اليه فيه .

لولوتر ، المنبثق أصلا من فكر فناشيد ، المستقى من القانون الرومانى .
«وإياها ما كان أمر تلك النظرية فهي تؤكد ان ثمة حق .
كما ان نظرية الحق الناقص ، تؤكد ان الحق المنبثق عن التصرف
الشرطى هو حق بمعنى الكلمة ، وان كان لا يزال ناقصا ، وقد انتقدنا
هذه النظرية ، ونجتزئ الآن بالقول انها تؤكد بدورها ان الحق ينبثق
عن التصرف الشرطى ، وتكون له سمة الحق فعلا .

واذا صح ذلك ، فان هذه النظريات تكون بمثابة مقدمات ممهدة
لنظرية الحق الشرطى غير مؤكدة المصير المتفقة مع المذهبين الشافعى
والمالكي اللذان يذهبان الى ان التصرف المعلق على شرط يولد حقا غير
قابل للتنفيذ الا بعد تحقق واقعة مستقبلية ومحتملة ، بمكس الحق
المنبثق عن تصرف مضاف ، والذي يكمن سبب عدم نفاذه فى ترقب
حلول أجل حال لا محالة» (١٠)

(ب) تفسير وجود الحق الشرطى :

تتبع تفسير وجود الحق الشرطى فى الفكر القانونى الفرنسى ،
يفيد فى الوصول الى حيثيات اثبات ان الحق الشرطى يرتبط بمصدره
ارتباطا لا يقبل التجزئة ، ويتضح ذلك من استعراض وجيز لفكر
لولوتر الذى حصل فيه خلاصة آراء المدارس الفقهية الفرنسية حيث
قال :

ان ثمة نظرية تعترف للدائن الشرطى بحق من نوع خاص ،
يتمثل فى نوع من الرابطة الشخصية المحضة . وهذه النظرية تركز على
فكر فناشيد القائل بأنه لا وجود للتصرف قبل تحقق الشرط .
يبد ان هذه النظرية لا تبين طبيعة الرابطة القانونية التى تتكلم عنها ،
ولا يمكن تصور رابطة بلا مصدر ، كما انه من العسير تخيل رابطة
قانونية لا تكتسي ثوب الحق ، والا فعلام يصبح المدين مجبرا امام الدائن؟!
ان هذه النظرية لا تجيب عن ذلك ولذا فهي غير مقبولة رغم اقرارها
فكرة الحق (١٤) .

وثمة نظرية ثانية تنطوى على نوع من التفسير لا التقرير ،
وخلاصتها ان التصرف الشرطى هو تصرف استجمع معظم عناصره
الاساسية ، ولذا فان الحق الذى يكون بصدد التولد عنه ، لا ينبغى أن
يكون اقل وجودا منه ، رغم ان التصرف لا يقوم الا من لحظة تحقق
الشرط .

A. Leloutre. Thèse précitée. p. 15 "elle (la théorie (٣)
de la non rétroactivité) reconnaît au Créancier Conditionnel
un droit sui generis".

(٩٤) لولوتر . المرجع السابق ص ٣٦ .

وهذه النظرية تكاد تنطق بفكرة الحق الناقص . ولكنها تضع نفسها في نطاق التناقض حين تقول ان التصرف غير موجود استنادا الى انه لا يستجمع كل عناصره الأساسية بل جانبا أساسيا منها فقط . وحين تقول، رغم ذلك ، ان ثمة حق . والسؤال الذى يثور هو : مامصدر هذا الحق اذن . وهو حق لم يوصف كما فى النظرية الاولى بأنه حق من نوع خاص وانما اعتبر حقا بمعنى الكلمة (٩٥) .

وثمة نظرية ثالثة ، وهى نظرية لولوتر . تقول ان المدين أصدر رضاه بالتصرف . بيد أنه لم يكن بسيطا . وانما كان موصوفا . ولذا لن يترتب عن هذا الرضا حق ، وان كان يترتب عليه هو ذاته حق للدائن ، وهو حق بسيط ، فاذا تحقق الشرط . نشأ للدائن من تلك اللحظة فحسب ليس الحق البسيط الذى نشأ ابتداء عن الرضا . وانما انحق المشروط ذاته (٩٦) .

ويذهب لولوتر الى ان هذه النظرية لا تضحى بالمشتري من البائع الشرطى كما هو مقتضى النظريتين الاوليين . بل تجعل المشتري يتمتع بامان كامل ، فرغم ان المشتري الاول له حق على الرضا . الا انه لا يجب اغفال ان ذلك الرضاء كان قد صدر موسوما بطابع خاص . كما لا يجب ان ننسى ان البائع لازال مالكا بعد ابرام العقد الشرطى ضرورة ان البيع لا وجود له قبل تحقق الشرط .

وهكذا يبدو جليا ان النظريات الثلاث تؤم بوجود حق للدائن فى التصرف الشرطى وليس مجرد أمل ، ولا يقدم فى ذلك انها ، ثلاثتها . قد اخفقت فى تفسير هذا الحق ، وقد رأينا نقىد لولوتر للنظريتين الاوليين ، وبقي ان نقول ان لولوتر يخلط بين العقد الاحتمالى والعقد الشرطى ، ومن المعلوم ان الاول ينقصه عنصر جوهرى بينما الثانى لا ينتظر سوى تحقق واقعة عارضة مستقبلية ومحتملة . وهو خلط مقصود ، رأى لولوتر انه يحقق نظريته فى عدم الرجعية . فاعتبر التصرف الشرطى كما رأينا سلفا ، تصرفا ينقصه عنصر جوهرى هو الباعث ، ومن ثم يبرر نظريته القائلة بأن التصرف الشرطى يولد حقا فى اكتساب الحق ، وهى الفكرة التى بنى عليها فروبيه نظريته سابقة العرض .

اما الفقه الشافعى . والمالكي ، فلا يقول بفكرة التكون المتتابع للعقد الشرطى ، بل يذهب الى ان العقد يوجد طالما استجمع عناصر تكوينه ، والى ان الحقوق تنبثق عنه بمجرد وجوده ، فاذا كانت الصيغة

(٩٥) ويذهب لولوتر الى ان هذه النظرية متناقضة حين تتعرف وتقول أن العقد اما أن يوجد واما ألا يوجد : انظر مؤلفه السابق ص ٣٦ ، ٣٧ .

(٩٦) الرسالة السابقة هامش ١ ص ٣٣ .

موصوفة كان الحق غير نافذ . ريثما تتحقق واقعة مستقبلية ومحتملة وعارضة ، أى واقعة لا تعد عنصرا فى العقد .

وهكذا يمكن تفسير وجود الحق المنبثق عن التصرف الشرطى ، باستجماع مصدره لكافة مقوماته ، وعدم تراخى الحقوق عن مصادرها ، فإذا كان الرضاء موصوفا ، كان التصرف معلقا والحق المنبثق عنه موسوما بذات السمة ، بيد أن تعليقه أو وجوده فى حالة كمون يجعل تنفيذه غير ممكن ريثما تتحقق الواقعة الشرطية . أما التعليق على شرط فاسخ فلا يشير أى بحث كذلك الذى يشير الشرط الواقف ، بصدد نشأة الحق ، لما أن التصرف المعلق على شرط فاسخ ، هو تصرف قائم ومنتج لكل آثاره من لدن أبرامه . وهى آثار نافذة ، ولكنها تزول تبعا لزوال مصدرها اذا فرض وتحقق الشرط الفاسخ .

(ج) طبيعة الحق المنبثق عن التصرف الشرطى :

حاول بعض الفقهاء تحليل فكرة الحق المنبثق عن التصرف الشرطى ، بيد أن المحاولات لم تكن تؤتى ثمرتها العلمية المنشودة ، بسبب التأثير المسبق بفكرة عدم الرجعية ، وفكرة الحقوق الاحتمالية ، أن جاز أن تصل الى مستوى الفكرة .

ولكى نقف على طبيعة الحق المنبثق عن تصرف شرطى ، يجدر بنا تتبع أهم تعريفات الحق بوجه عام .

— فالحق بوجه عام ، اذا تركنا الجدل الفقهي بشأنه ، هو فى رأى الاستاذ العميد الدكتور جميل الشرقاوى (٩٧) « قدرة لشخص من الأشخاص على أن يقوم بعمل معين ، يمحنها القانون ويحميها تحقيقا لمصلحة يقرها » وفى رأى الاستاذ العميد الدكتور توفيق حسن فرج (٩٨) هو « استئثار بشيء أو بقيمة استئثارا يحميه القانون » وفى رأى الاستاذ الدكتور نعمان محمد خليل جمعه (٩٩) هو « المركز القانونى الذى يتمتع صاحبه بميزة يستأثر بها ويستطيع أن يفرض احترامها على الخير » .

فالتعرف الاول يهتم بعنصرى القدرة والحماية القانونية ، والتعريف الثانى يركز على جانبى الاستئثار والحماية القانونية أيضا ، والتعريف الثالث يهتم بابرار طبيعة وضع المستفيد من الحق كصاحب

(٩٧) دروس فى أصول القانون . نظرية الحق ١٩٦٦ بنسب ١٢ ص ٢٧ ، ويقتررب من هذا التعريف تعريفات الاسانذة الدكتوراة محمد سامى مذكور ، وعبد المنعم فرج الصدة ، وعبد الحى حجازى . المرجع المذكور هامش ١ ص ٢٧ .

(٩٨) مؤلفه : الاصول العامة للقانون ، بيروت ١٩٧٥ ص ٢٣٨ .

(٩٩) مؤلفه : دروس فى المدخل ١٩٧٨ ص ٣١٧ .

مركز ينظمه القانون ويضفى عليه حمايته كذلك ، فضلا عن الميزة التي يستأثر بها صاحب هذا المركز - سواء كانت ميزة اقتصادية أو معنوية - من دون الغير ، ويستطيع أن يفرض عليهم احترامها .
فالقدرة أو الاستئثار من جهة ، والحماية القانونية من جهة أخرى ، هما جوهر الحق فى الفقه العربى ، الذى درس مفهوم الحق بعمق وتفصيل (١٠٠) .

- وتحديد طبيعة الحق المنبثق عن تصرف شرطى ، يجب أن يتم فى اطار مفهوم الحق بوجه عام ، فبهذا وحده يمكن معرفة مدى صدق النظرية التى تميز بين الحق الحال الذى يتمتع به المستفيد فور ابرام التصرف الموصوف ، والحق النهائى المرنو اليه .

فلولوتر يذهب - كما رأينا - الى ان المستفيد فى التصرف الشرطى يتولد له على الرضاء الموصوف حق عينى ، تأسيسا على ان هذا الحق وان كان يرد على شيء غير مادى ، الا انه ينصب فى النهاية على شيء (١٠١) وانعام النظر فى هذا الرأى يفصح عن انه يميز الحق الحال عن الحق المستقبل دون سند قانونى ، وهذا واضح ، كما انه ينم عن توهم تغاير طبيعة الحق المنبثق فى حالتى التصرف الشرطى والوعد بالتصرف الشرطى ، مع ان طبيعة الحق واحدة ، ولكن التغاير موجود فى طبيعة التصرفات ذاتها ، آية ذلك ان لولوتر يقول انه اذا كان المدين قد اصدر رضاه الموصوف فعلا ، كقوله ابيعك منزلى اذا حدث كذا ، فان المشتري يكسب حقا حالا على الرضا ، يمكن التداعى امام القضاة لتنفيذه ، اما

(١٠٠) انظر أيضا فى تعريف الحق : جمال زكى . مقدمة الدرءاب القانونية ط ٢ ص ٣١ وهو عنده « قدرة أو مكنة ارادية ، هدفها تحقيق مصلحة مادية أو معنوية يحميها القانون . . . » ، وهذا التعريف غائى حمائى استقرائى جامع : فالارادة بحسبه قوام الحق والمصلحة هدفه والدعوى وسيلة حماية الارادة فى سعيها اليه . وعبد المنعم الشرقاوى (مع غنى والى) المرافعات المدنية ١٩٧٧/٧٦ بند ١٧ ص ١٩ : الدعوى « من عناصر قيام الحق » ولكن قارن فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى ١٩٨٠ بند ٢٩ ص ٦٢ « الدعوى تعتبر مستقلة عن . . . الحق من حيث سببها ومضمونها ، بيد ان « هناك صلة قوية بين الحق والدعوى » ، وقد عرض الفقه العربى كله تقريبا لتعريف دابان للحق باعتباره « ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية ، وبمقتضاها يتصرف الشخص متسلطا على مال معترف له به ، بصفته مالكا أو مستحقا له » .
توفيق حسن فرج ، المرحم السابق ، ص ٢٣٥ .

A. Leloutre. Thèse précité. p. 41 : "Le droit sur le (١٠١)
Consentement, pris en lui-même, est certainement réel Cela ne fait pas de doute, Il porte sur une chose immatérielle, il est vrai, mais enfin il porte sur une chose".

إذا كان المدين لم يقدم سوى مجرد وعد بالرضا ، كقوله اعدك بالبيع إذا حدث كذا ، فان الحق فى الحالة الاخيرة لا يرد على عين ، ولذا لا يمكن التداعى أمام القضاء الا للمطالبة بالتعويض لا التنفيذ كما فى الفرض الاول .

ليس شك أن لولوتر لم يكن بحاجة الى القول بتغاير طبيعة الحق فى تصرف شرطى عنه فى تصرف آخر . فالحقيقة ان الحق ، ينبثق عن كل التصرفات ، وتكون له نفس الطبيعة ، غاية الأمر ان طبيعة التصرف الشرطى ، يجب ان تكون اساس بحث فكرة الحق الشرطى ، فالحق فى البيع المعلق يرد على ذات الشيء المبيع لاعلى الرضا ، ولكن التعليق يجعل العقد والحق كامينين ، فلا يمكن تنفيذهما الا اذا تحقق الشرط ، ولكن اذا حدث اعتداء على الحق ، أمكن للمستفيد من الحق المنبثق عن التصرف الشرطى حمايته قانونا ، وهو اذ يفعل ذلك فانه لا يحمى الحق على الرضا ، وانما يحمى حقه المشروط ذاته ، لانه صاحب قدرة ارادية على الاستئثار بالحق وحمايته عند تحقق الشرط ، ليس من لحظة تحقق الشرط ، لان الشرط ليس عنصرا جوهريا كما يذهب لولوتر ، بل من لحظة ابرام التصرف لأن الشرط مجرد أمر عارض ، وهذا يبيح له التداعى سلفا لحماية حقه ، ولكن دوره يقف عند هذا الحد ، اذ عليه أن ينتظر بعد ذلك تحقق الشرط . والحق المنبثق عن الوعد المعلق ، هو ذاته الحق الذى يتولد عن وعد منجز ، غاية الامر انه يجب التربص ريثما يتحقق الشرط فى الفرض الاول حتى يمكن تنفيذ الحق ، وهو حق لا يرد على شيء كما فى البيع ، ولكنه حق يتعلق بقيام الواعد بابرام العقد الموعود به ، فاذا أظهر الواعد خروجاً على عقد الوعد المعلق أمكن التداعى أمام القضاء ، ليس لابرام العقد الموعود به ، بل لالزام الواعد بالبقاء على وعده . فطبيعة التصرف المعلق ، لا طبيعة الحق الشرطى ، هى التى تحدد نوع الحماية التى يستطيع المستفيد من العقد المعلق المطالبة بها أمام القضاء ، وهى حماية تتعلق بالحق ذاته ، وليس بالحق فى اكتساب الحق .

واذا صدق ذلك على فكر لولوتر ، فانه يصدق كذلك على فكر فريديه ، الذى تبناه ، على ما رأينا ، المفطور له الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم والاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، ذلك ان الحق الشرطى ليس حقا فى حق ، وانما هو الحق المرنو اليه ذاته ، غاية الامر انه حق مشروط تبعا لتعليق مصدره ، ولذا يظل هو ومصدره كامينين ريثما يتحقق الشرط ، والى أن يتحقق الشرط ، فانه لا يجوز تنفيذ الحق المشروط ، بيد أن تحقق الشرط ، لا يضيف شيئا رئيسيا ، أو عنصرا أساسيا ، الى ذلك الحق ، بل يجعله فحسب ، قابلا للتنفيذ .

ان الحماية القضائية ، هي معيار التمييز بين الحق بمعنى الكلمة ومجرد المصلحة (١٠٢) . والحق المنبثق عن التصرف المشروط يخول المستفيد مجموعة من الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة عليه كما سنرى ، كما يخول المستفيد سلطة التصرف فيه ، ورهنه . وحوالته ومن يفعل ذلك لا يتصرف في حق في الحق ، بل في الحق ذاته ، غاية الأمر أن التصرف ، بدوره ، يكون مشروطا شأنه شأن التصرف الاول ، أى يكون تنفيذه منوطا بتحقيق الشرط .

ولكن من البديهي الا يتمتع المشتري الشرطى على العقار المبيع مثلا بسلطتى الاستعمال والاستغلال ، لان حقه قبل تحقق الشرط لازال في مرحلة سكون او كمون .

ان الحق المنبثق عن التصرف الشرطى ، هو ذاته الحق الذى يرنو اليه المستفيد ، غاية الامر أنه لا يصير بسيطا ومنجزا ، الا اذا تحقق الشرط ، وبديهي انه لا يكتسي هذه الصبغة من لحظة تحقق الشرط فقط ، بل من لحظة ابرام التصرف ، ضرورة ان التصرف ، وبالتالي الحق ، يكون مستجمعا كافة مقومات وجوده من لحظة ابرامه ، ومن ثم يقوم قياما موصوفا او غير قابل للتنفيذ ، من ذلك الوقت وحتى يتحقق الشرط ، الذى ليس عنصرا جوهريا في التصرف ، بل مجردامر عارض . والخلاصة ان التصرف الشرطى هو تصرف قائم ، والحق المنبثق عنه حق موجود ، وهو حق يتكون بطريقة فورية ، اى مرة واحدة تبعا لتكون مصدره تكونا آتيا ، ولذا فهو ليس حقا في حق ، بل هو الحق المرنو اليه ذاته ، بمعنى انه قدرة او استثمار ، ويستجمع حماية القانون له ، غاية الامر انه تبعا لتعليق التصرف ، وبالتالي الحق ، فانه لا يمكن تنفيذه الا اذا تحقق الشرط ، نظرا لاحتمال تحقق او عدم تحقق امر عارض وليس احدا اركانه او مقوماته .

الفرع الثانى

دراسة وضعية في آثار العقد المعلق على شرط واقف خلال مرحلة التعليق

يمكن ان نستخلص من العرض السابق حقيقتين اساسيتين :
اولاهما : ان صدور صيغة العقد المعلق ، تعنى ارتباط المتعاقدين ، ارتباطا لا يحتاج الى اى اجراء آخر لتأكيد عند تحقق الشرط ،

Dabin. Le droit subjectif, Paris 1952, p. 69 "La (١٠٢) protection juridique permet de retrouver le droit, et de le distinguer du simple intérêt".

فالتصرف الشرطى يولد بمجرد ابرامه حقا مكتملا ، ويخلق اثرا ملزما *effet obligatoire* (١٠٣) ، مؤداه قيام واستمرار الارتباط القانونى على العقد الشرطى دون امكان عدول اى من المتعاقدين عما ارتبط به فيه ، طالما بقيت مرحلة التعليق قائمة .

معاد ذلك ان من يصدر رضاه معلقا على شرط ، سواء كان على استقلال ، ام صادفه قبول او رضا اخر بسيط او موصوف ، لا يستطيع ان يتحلل من هذا الرضا ، طالما لم يتخلف الوصف ، اى الشرط ، تماما كما هو شأن من يصدر رضا منجزا فانه لا يستطيع ان يتحلل منه الا بحسب القواعد المقررة قانونا ، فالقوة الملزمة للتصرف الموصوف امر لا يمكن جحوده (١٠٤) .

والثانية : انه ما دام الارتباط قائما ، والعقد موجودا (١٠٥) ، فان الحق ، كما تاكد لنا سلفا ، يكون قد تكون فعلا ، ووجد بذاته وجودا حقيقيا ، ولكن هذا الوجود يعكس حقيقة قانونية لا يمكن تجاهلها ، هى وجود الحق معلقا تبعا لتعليق مصدره ، او وجوده رجودا كامنا غير قابل للتنفيذ (١٠٦) الا بعد ان يتحقق الشرط اى الامر المستقبل العارض والمحتمل ، ولهذا لا يمكن التسليم بقول فريق من الفقهاء ان الحق يكون موجودا وجودا ناقصا ، لان النقصان يعنى تخلف عنصر جوهرى ، وهذا ما لا يسلم به هذا الفقه نفسه ، ولكن يمكن تفسير قول الفقهاء ان الشرط يعلق وجود الالتزام العقدى - تبعا لتعليق مصدره - بأن المقصود هو الوجود القابل للتنفيذ وليس مطلق الوجود (١٠٧) . ويصبح الامر فى هذه الحالة مجرد اصطلاح ، ولا مشاحة فى الاصطلاحات .

العقد المعلق اذن هو :

١ - من جهة عقد تكون فعلا واستكمل كل مقومات وجوده ، هو والحق المرتبطة به .

(١٠٣) كولان وكابيتان . المرجع السابق ص ١٦٥ .

(١٠٤) المرجع والموضع السابقان .

(١٠٥، ١٠٦) قرب دى باج : المرجع والموضع السابقان ؛ لاحظ

قوله

"Le Contrat Conditionnel est... un véritable Contrat, qui est plus que le néant, qui existe comme tel, mais à l'état virtuel seulement parce que son actualité, sa transformation en Contrat effectif quant à l'exécution est subordonnée..."

(١٠٧) ولقد ضرب الفقه الاسلامى مثلا يوضح ذلك ، من خلال

التعليق الحسى مؤداه أن « تعليق القنديل لا يؤثر فى ثقله الذى هو سبب السقوط ... » وانما يؤثر فى حكمه وهو السقوط « انظر البخارى على البزدوى ، المرجع السابق ص ٥٩٢ .

٢ - ومن جهة أخرى عقد لا يمكن تنفيذه بسبب تعليقه أى بسبب حالة السكون أو الكمون التى تعتريه نتيجة اناطة فاعليته بتحقيق واقعة عارضة مستقبلية ومحتملة . وقد يتم التعبير عن ذلك بعدم تأكد العقد والحق ، فهذا التعبير لا يعنى ان الواقعة الشرطية تحول دون تمام تكون العقد والحق . ضرورة ان الاجماع يكاد ينفذ على ان الشرط امر عارض . وهكذا يصبح الامر مجرد استخدام مصطلح شائع ولا مشاحة فى الاصطلاحات أيضا كما تقدم .

وتترتب على هذين الشقين آثار خاصة . تتأكد من خلالها فكرة ارتباط الشرط بالارادة التراضى ، ونشير لهذه الآثار فى مبحثين متتابعين .

المبحث الاول

آثار تكون التصرف والحق المعلقين على شرط واقف خلال مرحلة التعليق

الحق المرتبط بالرضا الموصوف هو حق تكون فعلا كمصدره . فلا ينقصه أى عنصر من عناصره الأساسية ، غاية الامر انه يظل حقا مشروطا طالما بقى التعليق . والمشكلة أن الفقه اراد ان يفسر امرا واضحا ، من خلال امر مبهم . فقال ان الحق الشرطى هو حقا احتمالى رغم ان الاول تام التكوين فلا ينقصه عنصر جوهرى . وان الثانى هو الذى يتكون تكونا متتابعا لانه ينقصه احد عناصره الجوهرية . فاذا تشابه الحق الشرطى والحق الاحتمالى فى خلافتهم وفى تخويلهم اربابهما سلطة اتخاذ اجراءات تحفظية للمحافظة عليهما . فان الحقيقة تبقى ماثلة ، وهى أن الحق الشرطى يظل معلقا على امر عارض . والحق الاحتمالى يظل معلقا على امر جوهرى هو احد اركانه الأساسية . ومن هنا يبدو القول بأن أحدهما فرع على الآخر . من قبيل تجاهل الحقائق القانونية الثابتة ، فجوهر ومناط وأساس كل منهما مفاير لمناط وجوهر وأساس الآخر . ومن هذا المنطلق يصح القول بأن الحق المعلق تبعاً لمصدره يصلح ان يكون «محلا للخلافتين العامة والخاصة من ناحية الدائن والمدين على حد سواء» (١٠٨) ، كما انه يخول المستفيد منه ، القدرة على اتخاذ الاجراءات التى تكفل له المحافظة عليه (١٠٩) . لانه اذ يخول هذه الامتيازات ، فانما يخولها بناء على وجوده المنوط بأمر

(١٠٨، ١٠٩) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥ وهذا فى حد ذاته سند لوجود العقد الشرطى . دى باج . الموضع السابق .

عارض ، أى بناء على سبق تـكونه فعلا ، ووجوده وجودا مشروطا .
ونعرض لهذين الاثرين فى مطلبين مستقلين .

المطلب الاول

انتقال الحق المرتبط بالتصرف الشرطى بالخلافتين العامة والخاصة

الحق (١١٠) المرتبط بالرضاء الموسوف يمكن ان ينتقل من المستفيد الى غيره بكافة اسباب انتقال الحقوق سواء لما بعد الموت او لحال الحياة ، ونستعرض فيما يلى اهم هذه الحالات :

أولا :

انتقال الحق فى التصرف الشرطى بالميراث والوصية

١ - الميراث

وراثـة الحق فى العقد المعلق على شرط واقف

الميراث هو انتقال المال بحكم القانون (١١١) من ذمة المتوفى الى ذمة الورثة ، بناء على واقعة مادية هى الموت (١١٢) .
والحق المعلق على شرط تبعا لتعليق الرضا ، هو حق بمعنى الكلمة فلا فرق بينه وبين الحقوق التى تنتقل الى الورثة بسبب الميراث ، ولذا يسرى عليه بداهة ما يسرى عليها من امكان الاستخلاف العام .
وعلة ذلك ان الحق الشرطى قد تكون فعلا تبعا لتكون مصدره ، على عكس الحق الاحتمالى ، الذى تركز فكرته « على أن من الوقائع التى يقيمها القانون سببا لنشوء الحق ماهو مركب ، او ما يتوقف على اجتماع عدة عناصر يتتابع توافرها بحيث لا يكون قيام الواقعة فوراً وانما ممتدا » ، وانه اذا « كان عدم استكمال كافة عناصر الواقعة يحول دون نشوء الحق نهائيا ، فان توافر العناصر الاساسية للواقعة من

(١١٠) فليس صحيحا قول البعض أن الدائنين قبل تحقق الشرط ليس له أى حق ، بدليل أن هذا الفقه عاد وقال ان الدائن يتمتع بحق شرطى ، ثم وصفه بأنه حق احتمالى : انظر :

Jéan louis BAUDOUIN. Traite' élémentaire de Droit Civil :
les obligation. CANADA 1970 No 609, pp. 324-325.

(١١١) جميل الشرقاوى . حق الملكية ١٩٧٤ بند ١٢٣ ص ٤١١ .

(١١٢) عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، ط ٢ سنة ١٩٦٤ بند ٤٨٠ .

ص ٧١٣ .

شأنه أن يجعل الحق محتملا الى حد يجدر معه حماية المصلحة القائمة . بحيث ينشأ مركز قانوني حال . أو حق حال موضوعه اكتساب الحق الاحتمالي في المستقبل ... » (١١٣) ، بمعنى أن الحق الاحتمالي . حتى وإن انسبفت عليه حماية إلا أنها دون حماية الحق الشرطي . لأن هذا الأخير حق مكتمل العناصر تبعا لاكتمال عناصر مصدره على عكس الحق الاحتمالي الذي ينقصه عنصر جوهرى من عناصره .

ومن هنا يمكن تصور أساس وراثته الحق في التصرف المعلق على شرط ، وإذا كان الفقه يقرر أن الحقوق التى تنتقل الى الورثة هى الحقوق المالية مثل « اعيان التركة والحقوق العينية الاصلية الاخرى التى للمورث الا ما كان منها ينقضي بالموت كحق الانتفاع والحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الاختصاص وحقوق الامتياز » (١١٤) . فان ذلك القول يسرى تلقائيا على الحق فى العقد الشرطى . فهو بدوره من الحقوق المالية التى تورث . (١١٥) ، فاذا توفى المستفيد من العقد المعلق آل حقه لورثته بغير جدال .

بيد أن الحق المتولد عن التصرف الشرطى لا ينتقل الى الورثة كحق بسيط بل ينتقل اليهم بالوصف الذى يلابسه (١١٦) . وليس فى ذلك أى انتقاص من طبيعة الحق كحق لان القانون لا ينقل للورثة الا حقوق مورثهم بحالتها ، ولما كان الفرض أن الحق موصوف تبعا لتعلق الرضا ، فانه ينتقل بوصفه المقترن به الى الورثة . فلا يكون لهم أكثر مما كان لمورثهم . وإذا كان الفقه قد سلم منذ امد بعيد بإمكان انتقال الحق الاحتمالى للورثة بسبب الموت فان الحق الشرطى . وهو حق اقوى من الحق الاحتمالى . بمفهومه الحديث . لاجرم ينتقل الى الورثة ايضا لنفس العلة من باب اولى .

فليس من المنطق فى شيء حرمان الورثة من حق كان يتمتع به المورث فعلا (١١٧) . ومن غير المقبول عملا . الوقوف ضد ارادة المتعاقدين

(١١٣) جلال العدوى : النزول عن الحقوق وغيرها من مراكز القانون الخاص مقال منشور بمجلة الحقوق : السنة ١٣٤ - ٦٣ - ١٩٦٤ (ع ٣ ، ٤ بند ٥١ ص ١٩٥ - ١٩٦ . وقد سبق أن عرضنا لنظرية تربيده فى الحق الاحتمالى وتكونه المتتابع فنحيل اليه فى التفاصيل .

(١١٤) السنهورى : الوسيط ج ٩ بند ٢٩ ص ٩٠ .

(١١٥) السنهورى : الوسيط ج ٣ بند ٣٠ ص ٤٠ .

(١١٦) جميل الشرقاوى : الاحكام بند ٥٣ ص ١٧٩ .

(١١٧) ويقول ديموج بالنسبة للحق الاحتمالى

“Il eat transmissible par décès, Car il me paraîtrait difficile d'admettre qu'une personne ayant obtenu une promesse

فى العقد المعلق على شرط واقف ، ذلك أنهما لو كانا قد أرادا حرمان ورثة كل منهما من احتلال المركز القانونى لهما ونيل حقوقهما ، لكانا قد قررا ذلك .

ولا يتصور أن يكون الموت ، وهو مجرد واقعة مادية سببا يعدل الى أسوأ ، دون مقتضى ، المراكز القانونية للمتعاقدین ومن خلفهما . يضاف الى هذا أن القول بعدم توارث الحق المشروط ، قد يوحى باختلاط الشرط بغيره من المفاهيم كخيار الشرط ، اذ الثابت أن حق الخيار لا يورث ، على الأقل عند الاحناف ، مع أن الامرین مختلفان كما رأينا سابقا .

وإذا كان الحق فى العقد الشرطى ينتقل الى الورثة بوصفه إلا أنه يلاحظ من جهة أخرى ، أن الامر يتقيد فى هذه الحالة بمقتضيات القواعد العامة أيضا ، بمعنى أنه تسرى على العقد المعلق نفس القواعد التى تحول دون انتقال آثار العقد المنجز الى الخلف ، وهذه تتمثل فى النصوص القانونية ، والبنود الاتفاقية وطبيعة التعامل (١١٨) .

وعلى سبيل المثال فإن الشركة المعلقة على شرط واقف تزول بموت أحد الشركاء كما هو الشأن بالنسبة للشركات المنجزة (١١٩) ، فلا يحتل ورثة المتوفى المركز الذى كان يحتله مورثهم بصفته شريكا ، ولكن يمكنهم انشاء شركة جديدة معلقة يكون من أطرافها بعض أو كل ورثة الشريك المتوفى ، كل هذا ما لم يتم « الاتفاق على أنه اذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قسرا » (١٢٠) .

وإذا علق المستأجر والمؤجر عقد ايجار مسرح أو منزل لفرض معين على تحقق واقعة مستقبلية ومحتملة ، وتوفى أحدهما ، وكان العقد قد

=
de vente, son héritier n'en profitera pas, qu'une personne ayant une créance de chose futur, son héritier ne succéderas pas à ce droit "

انظر مقالا له عن طبيعة وآثار الحقوق الاحتمالية منشور بالمجلة الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٣٠٤ . وانظر فى القول بانتقال الحق الشرطى الى الورثة تأسيسا على أنه حق احتمالى ، بمفهوم يفوق مجرد الامل : لوران ، المرجع السابق ج ١٧ بند ٨٧ ص ١٠٧ ولكن انظر بلانبول وريبير وجابولد الذين يرون أن الحقوق الشرطية وحدها هى التى تقبل الانتقال الى الورثة بموافقتهم سالف الإشارة ج ٧ ١٠٣٤ ص ٣٨٣ .

(١١) انظر ديمولومب . المرجع السابق رقمى ٣٦٤ ، ٣٦٥ ص ١١٢٢

والمادة ١١٢٢ مدنى فرنسى

• (١١٩) ١/٥٢٨ مدنى

• (١٢٠) ٢/٥٢٨ مدنى

انطوى على بند يحول دون انتقال الحقوق والالتزامات الى ورثتهما واجب
التزام ارادتهما .

واذا علق عقد احياء فنان معين حفل زفاف على تحقق واقعة
معينة ، ومات الفنان ، فانه لا يجوز لابنه ، على فرض انه ورث موهبة
ابيه ، ان يطلب احياء الحفل فيما لو تحققت الواقعة الشرطية .
فهذه امثلة ثلاثة تؤكد ان نص القانون . او اتفاق المتعادين ، او
طبيعة التعامل ، قد تقف عتبة امام انتقال الحق في العقد الشرطى الى
ورثة المستفيد ، او حتى الالتزامات الى ورثة المتعهد .

٢ - الوصية

الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت (١٢١) . ولا شك
ان الحق المنبثق عن رضا معلق على شرط يمكن ان يوصي به (١٢٢) ،
ضرورة انه يدخل في مفردات ذمة الموصي ، او بالاحرى . فى تركته ،
اذا بقى الحق الشرطى بصفته هذه . كأحد عناصرها عند مماته . بل
ان الذين يقولون بعدم وجود الحق الشرطى ولا يسبقون عليه سوى سمة
الامل ، لا ينكرون البتة امكان انتقاله الى الورثة كقاعدة عامة تحتل
بعض الاستثناءات (١٢٣) . وفى هذا الاطار يمكن فهم قول الفقه ان الحق
المعلق على شرط هو من الحقوق التى يجوز لصاحبها ان يوصي بها (١٢٤) .
فلو كان لزيد حق معلق على شرط نتيجة هبة معلقة ابرمت لصالحه ،
فانه يجوز له ان يوصي به الى عمرو (١٢٥) . فاذا تحقق الشرط قبل وفاة
الموصى ، زال عن الحق التعليق ولكنه رغم ذلك لا يؤول الى الموصى له ،
لانه يجوز للموصى العدول عن وصيته لحين مماته . فالوصية تصرف

(١٢١) المادة الاولى من قانون الوصية رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ وقد
عرف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة الوصية تعريفا قال انه يحدد مضمونها .
من حيث الحقوق التى يكتسبها الشخص بمقتضاها ويخالف فيه ذلك
فقهاء الشريعة الاسلامية ، فحواه أن « الوصية تصرف مضاف الى ما بعد
الموت يكون للموصى بمقتضاها أن ينقل كل أو بعض ماله الى الموصى له
أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال » مؤلفه سالف الإشارة رقم ٥٢٥ ص ٧٨٤ .
أما ابن عابدين فيهتم فى حاشيته (ج ٥ ط ٣ سنة ١٣٢٥ هـ ص ٤٢٧)
بالاسمة التبرعية للوصية .

(١٢٢) جمل الشرقاوى : الاحكام بند ٥٣ ص ١٧٩ .

(١٢٣) انظر مثلاً تولى به ج ٦ ط ٥ رقم ٣٥ ص ٥٦٣ .

(١٢٤) السنبورى ج ٣ رقم ٣٠ ص ٤٠ .

(١٢٥) ولكن الموصى له لا يستطيع أن يتصرف فى الحق الشرطى له
به قبل وفاة الموصى مصرا على وصيته لان ذلك باطل قانونا لانطوائه على
فكرة التعامل فى التركة المستقبلية .

في التركة يضاف الى ما بعد الموت كما ذكرنا . فاذا مات الموصي مصرأ على وصيته آل الى الموصي له حقه الموصي به حالا لا معلقا . وتستلزم المادة ٢٠ من قانون الوصية المصري قبول الموصي له الوصية ، حتى تصبح لازمة ، فان كان الموصي له منشأ أو مؤسسة لا ممثل لهذا « لزمت انوصية بدون توقف على القبول » . وهذا النص يسرى حتى لو كان الموصي به حقا في عقد أو تصرف شرطى .

والفقه الفرنسي مواكبة لمضمون المادة ١٠٤٠ (مدنى فرنسي) يذهب الى انه اذا كان الاصل هو قابلية الحقوق الشرطية للانتقال للورثة ، الا انه يستثنى من ذلك حالة ما اذا توفى الموصي له قبل تحقق الشرط فان الحق الشرطى لا ينتقل الى ورثته (١٢٦) . لان الوصية حتى وان كانت شرطية فانها تقوم على اعتبارات شخصية .

ويلاحظ انه اذا كانت الهبات لا تدخل في نظام الوصايا (وصية الله أو وصية العباد) في الشريعة الاسلامية ، فانها تدخل على العكس من ذلك في نظام الميراث والوصايا في القانون الفرنسي ، وبالتالي كان من المفروض أن يسرى على الهبة المعلقة نفس حكم الوصية المعلقة ، بحيث لا ينتقل الحق الى ورثة الموهوب له اذا توفى هذا الاخير قبل تحقق الشرط ، الا أن القضاء استشعر ما فى ذلك من تجاف مع الطبيعة المختلفة للهبة والوصية ، فابتدع المبدأ القائل بأن الهبات المعلقة على شرط واقف لا تخضع لحكم المادة ١٠٤٠ (١٢٧) مدنى فرنسي ، وبالتالي فان الحق فى الهبة المعلقة ، على خلاف الحق فى الوصية المعلقة ينتقل الى الورثة فى القانون الفرنسي ، فيما لو توفى الموهوب له ، قبل تحقق الشرط .

ويلاحظ أن قواعد شهر الوصية البسيطة تسرى بالنسبة للوصية بالحق المعلق على شرط ، اذا تعلق الامر بنقل حق عينى عقارى أصلى، فاذا كان « يجوز للموصي ... أن يسجل وصيته حال حياته » (١٢٨) ، مع عدم انتقال الحق الا بعد وفاته ، بداهة ، فانه يمكنه أن يسجل الوصية الشرطية ، ولن يؤثر ذلك على المركز القانونى للموصي ، فالوصية غير لازمة بالنسبة له ، ويستطيع العدول عنها ، فتزول فى كل الاحوال ، بيد أن العدول يستلزم التأشير بالرجوع فى هامش تسجيل

(١٢٦) بلانيول وريبير وجابولد ج ٧ المرجع السابق رقم ١٠٣٤ ص ٣٨٣ ويلاحظ أن المادة ١٠٤٠ مدنى فرنسي تجعل الوصية مجردة من أثرها Caduque اذا توفى الموصي له قبل تحقق الشرط ومعنى ذلك أن ورثة الموصي له لا يؤول اليهم الحق الشرطى الذى كان لو رثتهم .
(١٢٧) انظر حكم مدنى فرنسي صادر فى ٢٧ ابريل سنة ١٩٢١ سبرى ١٩٢٢ - ١ - ٤٩ وتعليق ديموج عليه .
(١٢٨) الصدة : حق الملكية رقم ٥٢٩ ص ٧٨٩ .

الوصية (١٢٩) . وإذا باشر الموصي له التسجيل فان الحق المنبثق عن تصرف مشروط لا ينتقل اليه . بل تظل الوصية برمتها وبما تنطوي عليه من حق موصوف . على خطر الزوال تبعاً لامكان الرجوع فيها . وإذا مات الموصي مصراً على الوصية ، وقبلها الموصي له . كان على هذا الاخير أن يترقب تحقق الشرط ، لان حقه الموصي به لا زال يكتنفه التعليق . فلا يستطيع تنفيذه الا اذا تحقق الشرط والامر لا يخلو من فرضين :

— أن يتخلف الشرط فتزول الوصية ، ولا يبقى للتسجيل من قيمة ، اذا كان ثمة تسجيل .

— أو ان يتحقق الشرط ، وفي هذه الحالة ، تؤثر طبيعة الوصية كتصرف مضاف ، على الحق الموصي به والمنبثق عن تصرف شرطي . فلا يكون الحق نافذاً من تاريخ التسجيل السابق على الوفاة ، بل من تاريخ الوفاة ذاتها ، لان الوصية تصرف مضاف اليها .

ويمكن القول ان الوصية بالحق في التصرف الشرطي تجتاز مرحلتين :

— المرحلة الاولى : هي مرحلة الحق الاحتمالي وتبدأ من تاريخ ابرام الوصية لحين موت الموصي مصراً عليها وقبول الموصي له ايها ، وفيها يجب الاحتمال الاضافة .

— والثانية : هي مرحلة الحق الشرطي فقط ، وهي تعقب ، بعد أن كانت توأكب ، المرحلة الاولى ، وتظل قائمة لحين تحقق الشرط ، فيما لو تحقق الشرط بعد وفاة الموصي ، مع مراعاة ان الحق لا يكون نافذاً من تاريخ التسجيل السابق على الوفاة ، بل من تاريخ الوفاة الذي اضيفت الوصية اليه .

ثانياً :

انتقال الحق في التصرف الشرطي لحال الحياة

١ - البيع

جواز التصرف في الحق المعلق على شرط واقف

للدائن الشرطي « ان يتصرف في حقه » (١٢٠) ، بالبيع أو الهبة أو سواهما . ولقد اشرنا الى ما قرره المذكرة الايضاحية في هذا الصدد . ونشير الى ان بعض القوانين تنص على ذلك صراحة . فالمادة ٩٤ من

(١٢٩) الصدة : حق الملكية نفس المرجع والموضع .

(١٣٠) وانظر اشارة الى ذلك في : صبحي المحمصاني : الايصاف

للمعلة لأثار الالتزام ، القاهرة ، ١٩٥٨ ص ٧٣ .

تقنين الموجبات والعقود اللباني تنص على ان الموجب الذى أبرم « على شرط التعليق ، وما زال الشرط فيه معلقا يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام » . ومثال الحالة الاولى البيع .

والحق الشرطى الذى يتم التصرف فيه ، ينتقل الى المشتري بنفس النوصف الذى يعتريه (١٣١) ، فالمشتري فى العقد المعلق يستطيع ان يبيع حقه معلقا على نفس الشرط الاول . واذا كان مصدر الحق الشرطى هبة ، فانه يمكن للموهوب له هبة شرطية ان يبيع العقار الموهوب بيعا معلقا على نفس الشرط الذى علقت عليه الهبة .

ومن هنا فان الذى يتم التصرف فيه ليس ما اطلق عليه البعض ، الحق فى اكتساب الحق ، بمعنى ان المتصرف لا يتصرف فى حق حال او مركز مستقل عن الحق أو المركز النهائى ، بل انه يتصرف فى نفس الحق النهائى بيد انه اذ يتصرف فيه ، فانه يتصرف فيه بالنوصف الذى يلحقه ، وهو حق يختلف فى مضمونه عن حق الموعود له ، وعن الحق على الشيء المستقبل (١٣٢) والتسوية بين هذه الامور تتناقض وصحيح التكيف على ما اشرنا اليه سلفا .

وليس صحيحا على اطلاقه القول بأن مكتسب الحق فى العقد الشرطى هو مكتسب لحق مستقبل ، فالحق المستقبل متميز قانونا عن الحق الشرطى ، فهو امر لم يكتسب صيغة قانونية بحتة ، أو هو امر لم يستجمع بعد اطاره القانونى (١٣٣) .

“ Il n'est pas encors entre dans sa sphère juridique ”

والذين يعتبرون الحق المستقبل مجرد امل ، يخلطون رغم ذلك بينه وبين الحق الاحتمالى ، وهو ما يتضح من تتبع الامثلة التى يضر بها

(١٣١) واذا تعلق البيع بحق عيني ، فانه يجب التسجيل حتى اذا ما تحقق الشرط انتقلت الملكية من وقت التسجيل ، وبيع العقار فى مصر رضائى . وفى الجزائر شكلى ، فالتوثيق ضرورى والا كان العقد باطلا ، (انظر م ١٢ من قانون تنظيم التوثيق الجزائرى - أمر ٧٥ - ٩١ الصادر فى ١٥ ديسمبر ١٩٧٥) وفى العراق شكلى أيضا ولكن شكل الانعقاد فى القانون العراقى يتمثل فى الشهر ذاته .

(١٣٢) قارن فردبيه رسالته السابقة بند ٢٣٥ ص ١٩٨ .

(١٣٣) انظر ديموج: مقاله سالف الاشارة ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ . وانظر أيضا جراماتيكا ، المرجع السابق ، ص ٦٩ وهامش ٢ بنفس الصفحة حيث أورد تعريف جبرار للحق المستقبل بأنه حق غير كائن ولكنه فى سبيله الى الكينونة . وعبارة روبيه التى تقول ان الامر يتعلق باحتمال قانونى أو بشرط قانونى ، يجعل قيام الحق غير مؤكد ما لم يستجمع مصدره كل مقوماته .

الفقه في هذا الصدد ، وهو ما لانرى ضرورة للافاضة فيه الآن ، لانه مهما كانت طبيعة هذين الحقين ، فانهما يختلفان جذريا عن الحق في التصرف الشرطى على اساس أن الحق الشرطى هو حق سبق تـكونه . شأنه شأن مصدره الذى ينبثق عنه (١٣٤) ، على خلاف مصادر الحقوق الاحتمالية او المستقبلية .

ان المستفيد من الحق المنبثق عن التصرف . وسواء كان ذلك الحق شخصا أم عينيا . يستطيع أن يتصرف فيه هو ذاته كحق وبـنفس الوصف الذى يـلابسه تبعاً للتعليق الذى يكتنف مصدره . وتصرفه لا يعتبر تصرفاً فى حق مستقبل بل فى حق حال . وان كان غير قابل للتنفيذ الا اذا تحقق الشرط .

وبـلا حظ فى النهاية أن بيع الشيء المستقبل (١٣٥) . لا يجب أن يدخل فى الروع أن العقد قد بات معلقاً على شرط وجود هذا الشيء (١٣٦) . ذلك أن المبيع ركن فى عقد البيع والشرط امر عارض عليه ، فلا صلة له بمقوماته أو عناصره الجوهرية . وبيان ذلك يحتاج الى استعراض فروض كثيرة يهـمنا منها الآن ذكر فرضين يثوران بمناسبة بيع الشيء المستقبل .

الفرض الاول : ويقصد فيه المشتري المجازفة فى نفس وجود

(١٣٤) وقد أورد ديموج بمقاله السابق ص ٢٤١ عبارة

التي لخصها فى أنه :

“lorsqu'il ya acte conditionnel, on ne veut avoir voulu si... la condition est une simple possibilité qui masque l'acte déjà formé.”

unger

(١٣٥) انظر أوفرستاك . رسالته السابقة ص ٨ حيث يرى أن

الضرورة قد تعوز الى التعامل فى شيء مستقبل ويقول :

“Il n'est pas obligatoire qu'elle (l'objet de la prestation) existe au moment de la Conclusion du contrat, car on peut contracter sur une chose future”

Aubry et Rau : Cours de Droit Civil Français (١٣٦)

V. Cinquième édition, Paris 1907, § 301, note 33, p. 43 “la vente est sulordonnée a la Condition que la récolte donnera quelques produits”.

وانظر بلانيول وريبير وهامل (ج ١٠) بند ٣١ ص ٣١ والهلالي

وحامد زكى بند ١٢٥ ص ١٢١ - ١٢٢ . وجرانمولان العقود بند ٢٠ ص ٧٠

والسنهورى . الوسيط ج ٤ بند ١٠٢ ص ١٩٢ ، ولكن الاساتذة مازر

واجهوا مثل هذا العقد كعقد احتمالى من حيث الاصل : مؤلفهم دروس ، فى

التأمينات والشهر والعقود ج ٣ ط ٢ بند ٨٤٣ .

المبيع ، وفي هذه الحالة يعتبر العقد احتماليا (١٢٧) ، محضاً (١٢٨) .
 وكان الرومان يطلقون على هذا البيع بيع الامل emptio spei
 لان محل الاداء كان هو الامل ذاته espérance (١٢٩) ، ومثاله بيع
 الصياد ما عساه أن يخرج في شبكته من أسماك في طرحة أو أكثر (١٤٠) ،
 وهذا هو الفرر بعينه "C'est l'aléa lui-même" (١٤١) ، ومع ذلك
 فان هذا البيع مباح في القوانين الوضعية ، ويخضع لكل قواعد البيع
 البات (١٤٢) ، على خلاف التريعة الاسلامية ، التي تنحو منحى اخلاقي
 يحول دون أكل أموال الناس بالباطل ، فتكيف العقد في هذه الحالة
 بأنه من عقود الفرر وتعتبره باطلاً . « قال أبو يوسف في كتاب الخراج
 رخص في بيع السمك في الآجام اقوام ، فكان الصواب عندنا في قول
 من كرهه . حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحرث العكلي عن عمر
 ابن الخطاب رضي الله عنه قال لا تبيعوا السمك في الماء ، فانه غرر ،
 وأخرج مثله عن ابن مسعود » (١٤٢) وجاء في الاصل للامام محمد بن
 الحسن الشيباني ما يؤكد الحظر والبطالان (١٤٤) .

- (١٣٧) فرديه رقم ٣٥ ص ٣٢ .
 (١٣٨) الهلالى وحامد زكى رقم ١٢٥ ص ١٢١ .
 (١٣٩) جبرار ط ٨ سنة ١٩٢٩ هامش ٢ ص ٥٧٣ .
 (١٤٠) الهلالى وحامد زكى المرجع السابق ص ١٢٢ وانظر في
 المثال مازو المرجع السابق رقم ٨٤٣ ص ٦٨٨/٦٨٩
 "L'exemple traditionnel en est la vente d'un coup de file" .
 وانظر جبرار هامش ٢ ص ٥٧٣ ، وشفيق شحاته : نظرية
 الالتزامات في القانون الرومانى ص ١٩٥ .
 (٤١) فردييه : رسالته السالفة رقم ٣٥ ص ٣٢ .
 (١٤٢) انظر حكم محكمة استئناف مصر فى ١٨ يناير سنة ١٩٤٨م
 المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٧ والسنهورى ج ٤ هامش ١ ص ١٩٣ .
 (١٤٣) فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٥ ص ١٩١ .
 (١٤٤) القسم الاول : كتاب الديوع والسلم : الجزء الاول : النصيب :
 تحقيق وتعليق د . شفيق شحاته : مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٤ : ٢ باب
 الديوع الفاسدة رقم ٢١ ص ٩٣ فلقد جاء به « واذا باع سمكا محظورا في
 أجمة : فان البيع باطل لايجوز - بلغنا نحوا من ذلك عن عمر بن الخطاب -
 وبلغنا أيضا عن عبد الله بن مسعود أنه قال « لا تبتاعوا السمك في الماء
 فانه غرر . وكذلك كل شيء من السمك لا يؤخذ الا بصيد : فانه لا يجوز
 البيع فيه » . ويلاحظ أن الفقه الاسلامى يقول بفساد البيع لا ببطالانه
 فيما لو انتفى الجزم بعدم الشيء ، يقول القاضى محمد بن فراموز الشهير
 بمنلا خسرو « جعل بيع النتاج باطلا ، وبيع الحمل فاسدا ، لأن عدم الاول
 مقطوع به وعدم الثانى مشكوك فيه » الدرر الحكام ج ٢ ط ١٣١٩ هـ
 ص ١٧٠ أما الفقه الفرنسى فيقول بصحة هذه الصورة ، استنادا الى قبول

الثاني : ان يقصد المشتري المجازفة في قدر وكمية البيع :

وشبيهه في القانون الروماني بيع الشيء المؤمل *emptio rei speratae* وقد سبقت الإشارة الى أن الباحثين في القانون الروماني اعتبروه بيعا معالقا على شرط واقف : "L'emptio rei speratae est une vent covditionnelle" حيث يلعب الشيء المستقبل فيه دور المحل ، بينما يتمثل الشرط في الشيء أو وجوده (١٤٥) "La chose futur joue ... le role d'objet et sa naissance la role de condition" (١٤٦)

وهذا التكيف ساد في ظل التقنين القديم ، إذ قرر الفقهاء ان البيع في هذه الصورة يعتبر بيما « معلقا على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل » (١٤٧) ، فان لم يوجد لم يكن المشتري ملزما بأداء الثمن ، وان رجد أى قدر منه كان المشتري ملزما بأدائه (١٤٨) ، وتبناه القضاء على ما أشرنا ، والفقهاء الفرنسي (١٤٩) ، واعتنقه بعض الفقهاء في ظل التقنين الحالي ، فالدكتور السنهوري يذهب الى ان البيع قد يرد على شيء مستقبل « محتمل الوجود كما اذا باع شخص نتاج ماشيته قبل وجودها فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقا على شرط يتحقق اذا وجد النتاج » (١٥٠) وهذا الرأي لا يتسق

=

المتعاقد فكرة الغرر : مازوج ٣ ط ٢ باريس ١٩٦٢ بند ٨٤٣ ص ٦٨٨ ، ولذا يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن حتى اذا انعدم المبيع : بلانيول وريبير وهامل بند ٣١ ص ٣٧ . وقد أباح لقانون المصري المنقح ببيع الأمل والحظ الهلالي وحامد زكي ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

(١٤٦، ١٤٧) مونييه : المرجع السابق ج ٢ رقم ١٠٩ ص ١٦٦/١٦٧ . ويقول الدكتور شفيق شحاته ان البيع في هذه الحالة « ينعقد معلقا على شرط واقف هو تحقق وجود الشيء » ولكنه يضيف أن البيع في هذه الصورة لا ينعقد « ولا يجب الثمن ان لم يوجب الشيء المؤمل » المرجع السابق بند ٢٣٢ ص ١٩٥ .

(١٤٧، ١٤٨) الهلالي وحامد زكي رقم ١٢٥ ص ١٢١/١٢٢ . (١٤٩) انظر مثلا بلانيول وريبير وهامل (سنة ٥٦) ج ١ رقم ٣١ ص ٣١ حيث يقررون أن هذا العقد :

"est une vente soumise à la Condition que la chose existera un jour, "

(١٥٠) الوسيط ج ١ ط ٢ رقم ٢١٦ ص ٤١١ . وانظر أيضا : سليمان مرقس : شرح القانون المدني ٣ - العقود المسماة . المجلد الاول . عقد البيع . ط ٤ سنة ١٩٨٠ - دار الهنا - بند ٧٤ ص ١٤٠ حيث يذهب الى أن الشرط الواقف قد يكون هو « وجود المبيع في المستقبل » .

مع ما استلزمه صاحبه في الشرط من سمة العرضية اذ يرى ان الشرط امر عارض ، بينما الشيء المبيع هو أحد أركان هذا العقد ، فاذا ارتفع لم يبق للعقد وجود ، ولهذا لم يستبعد الاستاذ امكانية ان يكون هذا البيع « احتماليا فيصح وجد النتاج أو لم يوجد » (١٥١) .

والحقيقة ان هذه الصورة هي أيضا من صور العقود الاحتمالية غاية الامر ان الاحتمال فيها أقل من سابقتها ، ولذا يمكن اعتبار العقد شرطيا ، لان الشرط امر عارض ووجود الشيء المستقبل في هذه الصورة ليس أمرا عارضا ، بحيث اننا لو رفعنا من العقد ذلك الشيء لارتفع العقد ذاته .

وبلاحظ ان الشريعة الاسلامية قد حظرت من حيث الاصل هذه الصورة أيضا ، لانها تدخل في اطار الفرر المنهي عنه شرعا (١٥٢) .

والخلاصة ان الشرط كامر عارض (١٥٢) يحول دون تكييف التعامل في الشيء المستقبل بحسبانه تصرفا شرطيا ، ولذا لاينبغي توحيد أحكام الاثنين ، بل يجب مراعاة الفرق بين عقد شرطى استجمع كافة مقوماته وعقد احتمالي يفتقد أحد عناصره الاساسية (١٥٤) ، فالاول يولد حقا شرطيا مكتمل الاركان والثاني يولد حقا احتماليا ، أو تمهيدا أو ترخيصا أو منشئا (١٥٥) .

(١٥١) نفس المرجع هامش ٢ ص ٤١١ وهو في هذا يكون قد عدل عن رأيه الجازم باعتبار البيع شرطيا في الجزء الرابع من الوسيط ط ٦٠ رقم ١٠٢ ص ١٩٣/١٩٣١ .

(١٥٢) انظر بوجه عام : أحمد ابراهيم مذكرة مبتدأة ص ٩٥ وان كان الامر يقتصر على المعاوضات دون التبرعات (ص ٩٦) . وقد خصى القانون الجزائري صوب الشريعة الاسلامية حين استلزم أن يكون الشيء الذى يتم التعامل فيه محققا .

(١٥٣) Samir TANAGO : L'hypothèque des biens à venir R.T.D.C. Fr. Paris 1970, No. 8, p. 447 et s.

ويتذلل الدكتور تناغو في مقاله المذكور بند ١٣ ص ٤٥٤ : ان تحتل الشيء المستقبل لا يمكن أن يكون شرطا بمعنى الوصف في التزام أو عقد ، لأنه من المسلم به أن الشرط ليس عنصرا جوهريا في أى منهما ، بل هو عنصر عرضي وتابع :

La condition est un élément accessoire et accidentel.

(١٥٤) وانظر سليمان مرقس المرجع السابق بند ٧٤ ص ١٤٣ .

(١٥٥) انظر : سليمان مرقس المرجع والموضع السابقين .

٢ - النزول عن الحق الشرطى

(١) الطبيعة القانونية للنزول عن الحق الشرطى :

١ : فكرة النزول :

النزول عن الحق المنبثق عن التصرف المطلق على شرط واقف هو فرع على نظرية النزول بوجه عام (١٥٦) .
والنزول بوجه عام قد يكون بصدد حق عينى أصلى ، كتخلى مالك المنقول عن منقولاته بقصد النزول عنها . أو تبعى كنزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمى أو الحيازى الذى يتمتع به . وقد يقع النزول عن حق شخصى وهذا غالب كنزول المستأجر عن حقه فى استرداد الاجرة التى تتجاوز الحد الاقصى .
فالنزول فى هذه الفروض وامثالها ، هو تصرف قانونى (١٥٧) ،

(١٥٦) انظر فى هذا الموضوع فى الفقه الفرنسى المقارن :

G. Gramatikas. Théorie générale de la renonciation en Droit Civil, étude parallèle du Dr. Fr. et du Dr. Hellénique Paris 1971; Lessonna, essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil R.T.D. Civ., 1912, p. 361 et suiv; Breton, Théorie générale de la renonciation aux droits réels, le déguerpissement en droit Civil Fr. R.T.D. Civ. 1928, p. 261 et suiv.; Pierre Rynaude, la renonciation a un droit : sa nature et son domaine en Droit Civil. R.T.D. Civ., 1936, p. 763 et suiv.;
و فى الفقه العربى بوجه خاص : عبد النعم البدرأوى : أثر رضى المدة فى الالتزام . رسالة القاهرة ١٩٥٠ بند ١١٤ ص ١٢٠ وما بعدها ؛
جلال العدوى النزول عن الحقوق مجلة الحقوق س ١٣ (٤،٣ع) ؛
عبد الرازق حسن فرج الابراء من الالتزام ط ١ سنة ١٩٧٦ .

(١٥٧) « ويصنف ديموج التصرفات بالارادة المنفردة على النحو الآتى ٣ التنازل عن الحق كالتنازل عن ارتفاق أو رهن أو أى تامين عينى أو شخصى أو عن الحائط المشترك أو عن الارض التى يستعمل فيها حق الارتفاق » : السنهورى : التصرف القانونى والواقعة القانونية ص ٣٧ ؛ وانظر جاك مارتان دى لاموت : التمسك بالارادة المنفردة : موسوعة دالوز بند ٢ - وقد عرف جراماتيكا النزول برسائلته السابقة (بند ٣١ ص ٣٧) بأنه :

“acte juridique unilatéral et abstrait qui, en général, n'est pas soumis à reception et par lequel, le titulaire se démet purement et simplement de son droit (ou d'un autre avantage légal). sans le transférer à personne”.

بمعنى الكلمة . أى تصرف آحادى مسقط للحق (١٥٨) أو لآى ميزة قانونية أخرى .

معنى ذلك أن النزول يستجمع صفتين أساسيتين ، أولاهما أنه تصرف ، والثانية أنه محض اسقاط .

- فمن جهة يعد النزول تصرفا قانونيا ، ولذا يعتبر تاما بمجرد تعبير المتنازل عن ارادته فى النزول صراحة أو ضمنا دونما حاجة الى قبول من المتنازل اليه أو المستفيد (١٥٩) ، الذى يمكن أن يفيد من الحق حتى وان لم تتوافر له الاهلية الكاملة . كما لا يجوز رجوع المتنازل عن نزوله ، ذلك أن ارادة النزول تنتج آثارها ازاء الكافة تلقائيا ، فلا هى واجبة التسلم ، ولا هى مما يلزم لقيامها صدور ارادة أخرى موافقة ، من أى طرف ، يستوى أن يكون النزول بسيطا ، أم معلقا على على شرط .

ويذهب ليكون الى « أن المتنازل على وجه العموم يتم بارادة منفردة ، الا أنه ينازع فى بسط هذه الصفة على التنازل عن التقادم ، فعنده أن التقادم ينزع عن الالتزام وجوده القانونى ، وعلى ذلك فان المدين لا يمكن أن يرغم الدائن على قبول الوفاء متى سقط الدين . وعنده أن قبول الدائن للتنازل يكون مفروضا مقدما اذا وقع هذا التنازل أثناء الدعوى التى يرفعها هذا الدائن . أما اذا صدر التنازل قبل رفع الدعوى ومن تلقاء نفس المدين فعنده أن هذا التنازل يجب أن يقبله الدائن ، وعلى ذلك فلا يستطيع المدين الزام الدائن بقبول الوفاء بعرضه عليه عرضا رسميا مثلا » (١٦٠) .

وهذا القول منتقد ، ولا يسرى على فرض صحته على حالة التنازل عن الحق المتيقن عن تصرف أو عقد شرطى خلال من حلة التطلق على شرط واقف .

فأما أن هذا القول منتقد ، فآية ذلك ما يقرره الاستاذ الدكتور عبد المنعم البدرأوى ، من أن التنازل « يتم دائما من جانب واحد سواء وقع فى أثناء الدعوى ، أم خارج الدعوى ، واذا فلا يلزم لتمامه قبول

=

وأما ليسونا فيعرف النزول بأنه تصرف يستهدف اما انقضاء ، حق وأما منع نشوء حق . مقاله السابق ص ٣٦١ .
وانظر رينو : مقاله السابق بند ٣٠ ص ٧٩١ .
(١٥٨) رينو : المقال السابق ، بند ١٣ مكرر ص ٧٧٤ وانظر أيضا :

Req.. 11 mai 1968, D. 1908.1.356.

(١٥٩) البدرأوى : الرسالة السابقة بند ١٥٥ ص ١٤٨ .

(١٦٠) البدرأوى : المرجع السابق بند ١٥٥ ص ١٤٩ .

الدائن . وعلة الخطأ الذي وقع فيه « ديكاوان » أنه أخطأ في تقدير أثر التنازل وفي الطريقة التي يقع بها « (١٦١) » ، فالتقادم « لا يترتب أثره الا اذا تمسك به المدين ، وما دام أنه لم يتمسك به فلا يبرأ من الدين ، فالتنازل اذن هو مجرد اقرار من المدين بدينه ، والاقرار يكفي لتمامه ارادة المقرر » (١٦٢) .

واما انه لا يسرى على حالة التنازل عن الحق المنبثق عن تصرف أو عقد شرطي ، فلعله مطلقه لجواها أن التقادم لا يسرى بشأن الحقوق التي لا يملك أصحابها مكنة تنفيذها لعل في طبيعتها وخصها الحقوق المنبثقة عن تصرفات معلقة على شرط واقف طوال مرحلة التعليق ومن هنا لا يتصور التنازل عن تقادم الحق الشرطي .

— ومن جهة أخرى فان التنازل هو محض اسقاط (١٦٣) ، أي مجرد ترك ، يفضي الى خروج الحق المتنازل عنه من الذمة المالية للمتنازل ، وليس ذا طبيعة ناقلة ، والا كان يقتضي وجود القبول وتوافر الشكلية لصحته (١٦٤) .

ومن أمثلة النزول ، تنازل صاحب الشأن عن التركة ، وهو يكون مقرونا بأثر رجعي ، فمن يتنازل عن حقه يعتبر مستقفا أو تاركا له ، أي يصير كأن لم يكن صاحب حق مطلقا على التركة (١٦٤) أو بوجه عام عنى الحقوق التي يمكن التنازل عنها (١٦٦) .

وإذا كان التنازل مجرد ترك أو اسقاط دون أن يكون سندا جديدا ، فان الحق الذي يتم التنازل عنه يظل محتفظا بوصفه ، فإذا كان معلقا على شرط ، فان هذا الحق يبقى معلقا الى أن يتحقق الشرط، ويقودنا ذلك الى الحديث عن النزول عن الحق الشرطي .

(١٦١، ١٦٢) المرجع والموضع السابقان .

(١٦٣) انظر ليسونا : المقال السابق ص ٣٦٢ .

(١٦٤) رينو المقال السابق بند ٢٢ ص ٧٨٢ :

“Le seul resultat de l'acte de renonciation est de faire sortir le droit sur lequel il porte du patrimoine du renonçant”.

(١٦٥) رينو الموضع السابق .

(١٦٦) انظر برتون : المال السابق بند ١٠ ص ٢٧٦ وما بعدهما

وخاصة بند ١٣ ص ٢٨٠ حيث يقول :

“tout individu devrait pouvoir à sa seul volonté, renoncer à tout droit patrimonial quelconque, pour ne parler que des doits patrimoniaux”.

ولاحظ استدراكه بعد ذلك بخصوص العقبة الناجمة من طبيعة الحقوق الشخصية والتي تحول دون السماح بمثل هذا الحل المنبثق من روح القانون ، على خلاف القاعدة العامة بالنسبة للحقوق العينية .

ب - النزول عن الحق المنبثق عن تصرف شرطي :

يمكن لصاحب الشأن ، ان ينزل عن الحق المنبثق عن تصرف شرطي (١٦٧) . وذلك نتيجة منطقية لوجود هذا الحق ، ولذا لا تنور بالنسبة للنزول عن الحق الشرطي تلك المشكلات أو الاختلافات التي تنور بالنسبة للحق المستقبل والحق الاحتمالي .

- فالحق المستقبل باعتباره مجرد توقع او امل في اكتساب حق لا يقبل النزول في رأى « لان النزول اسقاط وحق ومجرد الامل في اكتساب حق لا يعدو ان يكون واقعة لا تقبل الاسقاط » (١٦٨) ، بينما يذهب رأى آخر الى امكان النزول عن الحق المستقبل ، اى مجرد الامل لانه « اذا كان ترتيب النزول لاثره وهو اسقاط الحق يفترض وجود هذا الحق ، فان ذلك لا يستتبع عدم امكان النزول مقدما عن الحق ، وانما يستتبع تعليق هذا النزول على وجود الحق بحيث لا يرتب اثره الا عند وجوده ، ولهذا فان النزول المقدم لا يكون قَـمَر مَـمَكِن ، وانما غير منجز » (١٦٩) .

وبلاحظ على هذا الرأى انه يقضي الى جعل الشرط - وهو امر عارض - عنصرا في التصرف ، وهذا غير مقبول ، ولكنه يفيد بمفهوم المخالفة ، ان اى حق اقوى من الحق المستقبل يمكن النزول عنه ، والحق الشرطي ليس اقوى من الحق المستقبل فقط ، بل وايضا من الحق الاحتمالي (١٧٠) .

-والحق الاحتمالي ، بات من المسلم به فقها امكان النزول عنه (١٧١) ولما كان الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر جوهرى على خلاف الحق

(١٦٧) السنهوري . الوسيط ج ٣ بند ٣٠ د ص ٤٠ ويقول بالنيول وربير وجابولد (بند ١٠٣٤ ص ٣٨٣) :

“Le Créancier Conditionnel peut disposer de son droit par cession entre vi's, ou y renoncer”.

(١٦٨) أنظر جلال العدوى : المقال السابق بند ٥٣ ص ١٩٧ والمرجع والحكم المشار اليهما فى هامش ١ ، وأنظر الاستثناء الوارد على هذا الرأى فى نفس المرجع بند ٥٥ ص ١٩٧ .

(١٦٩) جلال العدوى : المقال السابق بند ٦٢ ص ٢٠٢ وأنظر المرجعين المشار اليهما فى هامش ١ .

(١٧٠) قارن : جلال العدوى فى اثبات امكان النزول مقدما عن الحق المستقبل : (المقال السابق بند ٦٤ ص ٢٠٢ وما بعدهما ويلاحظ أن النص الذى يستند اليه أساسا (م ٩٤٨ مدنى) يتعلق بحق احتمالي لا بحق مستقبل .

(١٧١) ديموج المقال السابق ص ٣٠٧ وليمونا : المقال السابق ص ٣٦٦ حيث يقول :

“les rénonciations peuvent porter... sur un droit éventuel”

الشرطى الذى استجمع مصدره كافة مقومات وجوده ، فان قول الفقه ان الحق الشرطى يمكن النزول عنه ، يصبح امرا مبررا قانونا ومؤسسا على فكرة وجود الحق الشرطى (١٧٢) .

ج : التصرف الاسقاطى فى الفقه الاسلامى :

ويعرف الفقه الاسلامى التصرف الاسقاطى بأنه « ما يصدر عن الشخص ويترتب عليه زوال حقه زوالا نهائيا لا ينتقل بعده الى أحد سواء قبيل هذا الزوال بعوض او لم يقابل » (١٧٣) .

ويمكن القول ان التصرف الاسقاطى يلتقى الى حد ما مع فكرة النزول عن الحق المعروفة فى القانون الوضعى .

وقد قسم المغفور له المرحوم الاستاذ محمد زكريا البرديسي التصرف الاسقاطى من حيث ذاته الى تصرف اسقاطى محض وتصرف اسقاطى غير محض .

فالتصرف الاسقاطى المحض يفضى الى الزوال النهائى للحق المسقط ، فلا ينتقل لغير صاحبه كاسقاط حق الشفعة ، والبراء من الكفالة ، واسقاط حق فسخ العقد الموقوف اى اجازته . واسقاط حق الملكية وذلك على تفصيل .

اما التصرف الاسقاطى غير المحض ، فيفيد معنى التملك ، ومثاله البراء من المهر ومن النفقة الزوجية ، والبراء من مال القرض وذلك على تفصيل ايضا (١٧٤) .

(١٧٢) انظر جراماتيكا : الرسالة السابقة بند ٦٤ ص ٧٢ ، ولكن يلاحظ ان جراماتيكا يدخل ، مثل فريديه ، الحق الشرطى ، فى نطاق الحقوق الاحتمالية بوجه عام . كما يلاحظ ان بارتول كان يجيز التنازل عن الحقين الشرطى والاحتمالى بعقد أو اتفاق . أما الحق الحال فان كان مصدره الارادة ، وجب النزول عنه بعقد أو اتفاق أيضا أما اذا كان مصدره القانون فيمكن النزول عنه بمجرد التصرف الاحادى : رينو . السابق بند ٢ ص ٧٦٦ كذلك يلاحظ قول ليسونا بصدد رأى قديم مهجور بالمثل السابق هامش ٧ ص ٣٦٤ :

“Comme le disent les annotateurs italiens de Windschied, il faudrait également déclarer nulles les renonciations aux droits Conditionnels”.

(١٧٣) أنظر السنهورى ، ج ٢ بند ٥٨٠ ص ٩٦٩ وما بعدهما بخصوص البراء . وانظر فى المقارنة بين البراء والتنازل : عبد الرازق حسن فى المرجع المشار اليه رقم ٢١ ص ٢٩ وما بعدهما حيث انتهى الى أن البراء نوع من النزول : رقم ٢٣ ص ٣٤ .

(١٧٤) انظر فى عرض كل ما تقدم تفصيلا فضيلة المرحوم الاستاذ الشيخ محمد زكريا البرديسي التصرف الاسقاطى . مجلة ادارة قضائيا الحكومة السنة الثانية عشرة العدان الثانى والثالث وبوجه خاص العدد

كما يتنوع التصرف الاسقاطى الى تصرف اسقاطى أصلى وآخر
تبعى :

فالاول « هو الذى يكون الاسقاط مقصودا منه قصدا أوليا
كاسقاطا الوديع حقه فى حبس العين المودعة ، لاسترداد ما انفق فى
حفظها باذن القاضي ، وكاسقاط البائع حق حبسه للمبيع حتى يستوى
ثمنه وكاسقاط حق الوكيل فى حبس المال الذى اشتراه لموكله من ماله
الخاص . وكاسقاط الزوجة حقه فى القسم وكاسقاط خيار الشرط ،
وكاسقاط حق الحضانة عند من يقول من الفقهاء أن الحضانة حق
الحاضنة وكإبراء المكره اذا انصب هذا الإكراه على ما لا يحتمل الفسخ
عند من يقول بصحة هذا الإبراء . وإبراء الميت من دين كان عليه » (١٧٥)
والثانى يقصد به التصرف الاسقاطى الضمنى الذى لا يكون الاسقاط
فيه هو القصد الاول للمسقط بل يأتى الاسقاط ضمنا وتبعيا
لغيره ، فمن مباشر عقد زواجها ، لا شك تسقط حقه فى الكفأة .
ومن أمثلته توكيل الشفيع فى بيع المشفوع فيه أو شرائه ، وكمباشرة
الولى عقد الزواج (١٧٦) .

والتصرف الاسقاطى يمكن أن يرد على « الحق الشرطى » فى الفقه
الاسلامى فى حدود ما رأيناه فى مدئ تعليق التصرفات والحقوق فى
الفقه الاسلامى . فالحق الذى لا يقبل التعليق لا يمكن التنازل الشرطى
عنه ، بداهة ، بل انه لا يتصور ذلك أصلا .

ورغم أن الفقه الاسلامى الحديث يضيق كثيرا من نطاق حظر تعليق
التصرفات ومنها الاسقاطات ، الا ان بعض الفقهاء المعاصرين ، لازال
يعرض بعض الافكار التقليدية فى الفقه الاسلامى دون تفنيد ، ويرى أن
تعليق نفس « التصرف الاسقاطى المتضمن لمعنى التمليك لا يصح » لان
التمليكات « لا يصح تعليقها كالبيع والهبة ، فاسقاط الدين لا يصح
تعليقه (١٧٧) » . واذا كان مدى اسقاط « الحق الشرطى » يرتبط بمدى

=

الثالث من ص ٥٥٧ الى ص ٥٩١ وانظر فى أن الإبراء ليس تمليكا محضا
ولا اسقاطا محضا فى الفقه الاسلامى د . عبد الرزاق حسن فرج المرجع
السابق رقم ٣٤ ص ٥٦ ، ٥٧ .

(١٧٥) محمد زكريا البرديسى المرجع السابق ص ٥٩٢ .

(١٧٦) المرجع السابق ٦٠٥ .

(١٧٧) محمد زكريا البرديسى ، المرجع السابق ، ص ٦٢٥ . وانظر
أيضا : عبد الرزاق حسن فرج المرجع السابق رقم ٤٠ ص ٦٧ وما بعدهما .
ولكن قارن القانون العراقى ومرشد الحيران فى المادتين اللتين أشار
اليهما أآرجم الاخير ص ٧٠ . ويقسم الفقه للتصرف الاسقاطى الى تصرف
بعوض وآخر بغير عوض : محمد زكريا البرديسى ، السابق ، من ص ٦٢٧
الى ٦٤٥ .

امكان تعليق التصرفات ذاتها ، فانه يمكن القول جزما ان الفقه الاسلامي ليس فيه ما يحول دون اسقاط الحق المعلق على شرط تبعا لتعليق مصدره . تأسيسا على ما سبق ان اكدناه من ان الشريعة السمحاء ليس فيها ما يحول دون امكن تعليق التمليكات على نحو ما تعرضنا له تفصيلا فيما تقدم (١٧٨) .

(٢) - اثار النزول عن الحق المنبثق عن التصرف الشرطي :

يترتب على التنازل عن الحق الشرطي زوال ذلك الحق الذي كان يتمتع به الدائن ، وايلولته الى المتنازل اليه ، ان كان ثمة متنازل اليه يفيد منه . ولكنه يؤول اليه بحالته ، بمعنى انه ينتقل اليه معلقا على نفس الشرط الذي انيط به مصدر ، فان تحقق الشرط افاد منه كما لو كان هو المتنازل عنه . فالمتنازل اليه ، بعبارة وجيزة . يحل محل المتنازل في الحق المتنازل عنه .

واذا كان المتنازل الذي نزل عن حقه الشرطي . مدينا في نفس الوقت للدائن ذي حق مستحق الاداء ، سابق على النزول ، وكان ذلك النزول مفقرا . وكان المتنازل معسرا ، وابرم تنازله اضارا بالدائن . فانه رغم ان مال النزول من الناحية الفعلية يظل مرتبطا بمال الشرط ، الا انه لا جرم يحق للدائن المتنازل مع توافر هذه الشروط ان يطعن بالدعوى البوليصة على نزول مدينه عن حقه المنبثق عن تصرف او عقد شرطي ، ولا ضير في ذلك ، فان تحقق الشرط تأكد عدم النفاذ . وان تأكد تخلفه امكن للمدين المطعون على تصرفه ان يتنازل مرة اخرى . وكل ذلك ليس فيه خروج على القواعد العامة فالحق الشرطي حق موجود ، ويجوز لصاحبه كما ذكرنا « ان ينزل عنه بارادته المنفردة (١٧٨) » ولما كان النزول عن اى حق يبيع الطعن بالدعوى البوليصة اذا توافرت باقى لشروط ، وكان الحق الشرطي يستجمع كافة مقومات الحق . فان هذا الاخير رغم عدم تأكده خلال مرحلة التعليق ، لا يجب ان تقف طبيعته عقبة امام الطعن على النزول عنه بالدعوى البوليصة طالما انه يستجمع حقيقة الحق .

(١٧٨) وهناك تشريعات معاصرة ، وان كانت لم تعرض لامكان النزول عن الحق كقاعدة ، الا انها حظرته أحيانا ، فالمادة ٨٥١ / مدنى يونانى قضت ببطلان النزول عن التركة المعلق على شرط أو المضاف الى أجل وانظر المادة ٢٠٠١ / ٢ مدنى يونانى وهؤلف جرائماتيكا سالف الانساره ص ١٤٩ .

(١٧٨) الم.نهورى الوسيط ج ٣ بند ٣٠ ص ٤٠ وبلانيول وريبير وجابولد رقم ١٠٣٤ ص ٣٨٣ .

٣ انتقال الالتزام المنبثق عن تصرف شرطي

« انتقال الالتزام بالمعنى الدقيق لهذه العبارة هو انتقال صفة المدين (أو مركزه) من شخص الى آخر . ويتم هذا الانتقال بحالة الدين . من ملتزم الى ملتزم آخر يحل محله في مركزه القانوني حيال الدائن (١٧٩) » بيد أن الفقه لم يقصر مفهوم انتقال الالتزام على هذه الصورة بل يضيف اليها صورة أخرى ، هي انتقال الحق أى انتقال صفة الدائن أيضا . وهكذا تواسع الفقه على تعريف انتقال الالتزام بأنه « حالته بين الأحياء الى شخص غير طرفيه ، اما باعتباره حقا شخصيا في ذمة الدائن بأن ينقله الى شخص آخر يصبح دائنا بدلا منه ، واما باعتباره ديناً في ذمة المدين بأن ينقله من شخص الى آخر يصبح مدينا بدلا منه (١٨٠) » .

ويستوى في حالة الحق والدين المنبثقين عن تصرف أو عقد ان يكون التصرف أو العقد بسيطا منجزا أو معلقا على شرط . ونعرض لاصول فكرة حوالة الحق والدين في هذه الصورة الأخيرة فيما يلي :

١ - حوالة الحق المعلق على شرط

مثار البحث هو حوالة الحق الشرطي ، أى الحق المنبثق عن تصرف معلق على شرط . ومن المعلوم أن الحوالة كعقد تبرم بين شخصين أحدهما دائن لثالث ، فيحبل هذا الدائن ، المتعاقد الآخر ، على هذا الثالث . ويسمى المتعاقد الأول - الذى يداين الثالث - محيلا ، والمتعاقد محالا محالا اليه أو محتالا أو محالا ، والمدين محالا عليه ، والحق محالا به (١٨١) . فحوالة الحق الشرطي هي نقل ذلك الحق كما في حوالة الحق البسيط من ذمة المحيل (الدائن به) الى ذمة المحال اليه بناء على عقد لا يكون المحال عليه طرفا فيه . ولا جرم الآن انه كما تجوز حوالة الحق المؤجل فإنه يمكن أيضا حوالة الحق المعلق على شرط . بل ان حواله

(١٧٩) جميل الشرقاوى ، الاحكام ، سنة ٧٧ بند ٦٩ ص ٢٢٩ .
(١٨٠) جمال زكى : الاحكام سنة ١٩٧٤ بند ١٥٢ ص ١٧٢ وفى نفس المعنى : السنهورى ، الوسيط ج ٣ بند ٢٣٦ ص ٤١٣ ، وتوفيق حسن فرج ، الاحكام ص ١٤٨ ؛ واسماعيل غانم الاحكام سنة ١٩٦٧ بند ١٨٨ ص ٣٥٥ ؛ ومحمد لبيب شنب : اثبات والاحكام بند ٣٦٠ ص ٣٥٩ ؛ وعبد الودود يحيى : الاحكام بند ١١٦ ص ١٦٢ وانظر كولان وكابيتشان ولبون جوليو دى لاموراندبير : المختصر ج ٢ بند ٥٦٨ مكرر ص ٢٨٤ ومابعدهما .

(١٨١) الهلالى وحامد زكى المرجع سابق بند ٥٥٢ ص ٥٥٤ .

الحق الاحتمالى قد غدت من الامور الجائزة والمستقرة (١٨٢) واذا كان الحق الشرطى اسمى مرتبة من الحق الاحتمالى فان حوالته تكون جائزة من تاب اولى .

ويلاحظ ابتداء ان بعض الفقهاء العرب يسوون في المفهوم بين تعبيرى الحق المستقبل والحق الاحتمالى ، فالاستناد السنهورى مثلا يقول « ان الحق المستقبل او الحق الاحتمالى » (١٨٢) . هو حق ليس له وجود قانونى في الحال . واسما هو حق يحتمل وجوده في المستقبل واذا وجد فليس لوجوده اثر رجعى ، بل يوجد من وقت تحقق الواقعة التى انشأته » (١٨٤) . ضرورة انه حق ينقصه عنصر جوهرى من عناصر تكوينه . ومثاله حق الموصي له قبل موت الموصي . وحق التسفيح قبل بيع العقار المشفوع فيه (١٨٥) . ومع ذلك فمن الافضل عدم خلط مجرد الامل اى الحق المستقبل بالحق المحتمل . ذلك ان الاول ليس له وجود قانونى . اما الثانى فله وجود قانونى ناقص . وقد كان الفقه والقضاء في فرنسا لا يجيز حواله الحق الا اذا تحققت عناصره « ولو تحققت جزئيا » (١٨٦) ثم سلم بعد ذلك بجواز حواله الحق « حتى قبل ان يتحقق اى عنصر من عناصره » (١٨٧) تأسيسا على ان التعامل في الشيء المستقبل جائز (١٨٨) ، وحواله الحق المستقبل ليست سوى احد مظاهر هذا التعامل (١٨٩) فبات من الجائز حواله كافة ضروب الحقوق المستقبلية "Les droits futurs, sont susceptible de cession" في فروض تفوق الحصر (١٩٠) .

ويستند الفقه في جواز احواله الحق الاحتمالى . الى نصوص القانون التى تجيز نزول الشفيح ، عن الاخذ بالشفعة ولو قبل

-
- (١٨٢) السنهورى : الوسيط ج ٣ بند ٢٥١ ص ٤٥٢ .
 (١٨٣، ١٨٤، ١٨٥) الوسيط : ج ٣ بند ٢٥١ ص ٤٥٢ .
 (١٨٦) الموضع السابق . وانظر الحكم والمرجعين المشار اليهما بنفس المرجع هامش ٣ ص ٤٥٢ .
 (١٨٧) المرجع السابق رقم ٢٥١ ص ٤٥٣ والمراجع والاحكام المشار اليهما في هامش ١ من تلك الصحيفة وسيلى .
 (١٨٨) انظر في تحديد طبيعة التصرف في الحقوق المستقبلية فردييه الرسالة السابقة رقم ٤٠ ص ٣٦ وما بعدهما .
 (١٨٩) انظر التفصيلات في فردييه : المرجع السابق بند ٣٤ ص ٣١ وما بعدهما وخاصة بند ٤٧ ص ٤١ .
 (١٩٠) ديموج . مقالاته السالفة سنة ١٩٠٦ ص ٣٠٤ . وانظر مؤلف هيك المشار اليه في هامش ١ من تلك الصفحة وانظر الامثلة التى ضربها ديموج بمقاله السابق ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، وفردييه في المواضع السابقة .

البيع (١٩١) ، والتي تبيع ترتيب الرهن ضمانا للدين المستقبل (١٩٢) .
واذا كان هذا هو شأن الحق المستقبل ، وهو دون الحق الاحتمالي ،
والحق الاحتمالي ، وهو ادنى مرتبة في سلم تأكد الحقوق من الحق
الشرطي ، فان هذا الاخير يفدو لا جرم من الحقوق التي تقبل الحوالة ،
يستوى في ذلك أن يكون ذلك الحق تجاريا أم مدنيا . ثابتا في محرر
مستندى أم غير ثابت ، ذلك لأن الحقوق اذا كانت قابلة للحجز عليها
ولم يحل القانون أو الاتفاق أو طبيعة العقد دون حوالتها ، أمكن حوالتها
سواء كانت منجزة أم مضافة أم معلقة (١٩٣) .

فعلة جواز حوالة الحق الشرطي اذن هو ان الشرط بالنسبة لهذا
الحق مجرد أمر عارض يدخل عليه . بعد قيامه ، أى « بعد أن تتكامل
عناصره (١٩٤) » ومن ثم تتوافر له كافة مقومات الحق غاية الامر أنه حق
يكتنزه الشك . ولكن الشك لا يرد فيه على عنصر جوهرى وانما على
أمر عارض .

وعلى ذلك فانه اذا أحال المحيل حقه الشرطى لدى المحال عليه ،
الى المحال اليه ، ترتبت الآثار العادية للحوالة ، فينتقل لحق المحال به
من المحيل الى المحال له ، ولكنه ينقل بنفس الحالة التى كان عليها قبل
الحوالة ، أى ينتقل معلقا تبعا لتعليق مصدره ، ويلتزم المحيل فى هذه
الحدود بضمان الحق المحال به ، بمعنى أنه اذا كانت الحوالة بعوض فان
المحيل يضمن «وجود الحق المحال به وقت الحوالة» (١٩٥) معلقا . ولكنه
ليس ملزما بضمان «يسار المدين (١٩٦)» . على التفصيل المعروف فى
القواعد العامة . واذا تخلف الشرط أو تأكد انه لن يتحقق ، فانه يمكن
أعمال اتفاق المتعاقدين فى نطاق المادة ٣١٥ التى تؤكد ما تقضى به
القواعد العامة من عدم التزام المحيل الا برء ما استولى عليه مع
الفوائد (١٩٧) والمصروفات ، واذا كان المحيل قد تسبب بافعاله الشخصية

(١٩١) المادة ٩٤٨ مدنى . وانظر فى نقد هذا النص : جمبيل
الشرقاوى : حق الملكية ١٩٧٤ بند ١١٠ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥ وسيلي .
(١٩٢) المادة ١٠٤٠ مدنى ولقد أباحت المادة ٢٨١ من تقنين
الموجبات والعقود اللبناني حالة الحق المستقبل والاحتمالي حين أجازت
التفرغ عن الحقوق المعلقة بظرف ما ، حتى وان كانت استقبالية محض أو
احتمالية بحتة .

- (١٩٣) جمال زكى المرجع السابق رقم ١٥٥ ص ١٧٥
- (١٩٤) السنهورى المرجع السابق رقم ٥١ ص ٤٥٢
- (١٩٥) المادة ٣٠٨
- (١٩٦) المادة ٣٠٩ مدنى
- (١٩٧) والقانون الجزائى يحظر الفوائد الربوية .

في الحيلولة دون تحقق الشرط كان للمحال له مطالبة المحيل بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب (١٩٨) هذا من حيث علاقته المحيل بالمحال له . واما بخصوص آثار حوالة الحق المعلق على شرط تبعا لتعليق مصدره . من حيث علاقة المحال اليه والمحال عليه . فانه يلاحظ أن التفرقة المعروفة بين آثار الحوالة فيما بينهما قبل وبعد قبول او اعلان المحال عليه . هي تفرقة لها أهميتها ايضا . حتى برغم تعلق الامر بحق شرطى . ذلك أنه وان صح أن المحال اليه لا يملك سوى الحق في اتخاذ الاجراءات التحفظية خلال مرحلة التعليق . سواء اعلن المحال عليه أو قبل الحوالة أو لم يعلن أو لم يقبل الحوالة . إلا أنه من مصلحة المحال اليه أن يقبل المحال عليه الحوالة أو يعلنها لكي « يصبح المحال له صاحب الحق المحال به . وبالتالي دائما للمحال عليه بدل المحيل بذات الحق الذي كان له . بالحالة التي كان عليها وقت نفاذ الحوالة في مواجهة المدين بحيث ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعه التي كانت له في ذلك الوقت (١٩٩) » فيما عدا أنه يظل موصوفا اي معلقا .

ومن نافله القول أن المحال له بحق شرطى يستطيع قبل تحقق الشرط شأنه شأن الدائن بحق بسيط أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل اليه (٢٠٠) كقطع التقادم وقيد أو تجديد الرهن ، فتلك مظاهر لحق المحيل فيما لو لم يحل حقه . ولما كان المحال اليه يحتل مركزه فيمكنه مباشرتها ايضا . ولما كان المحال له يتلقى نفس الحق المحال به . وكان المحال له يتخذ مركز المحيل . فانه يكون من البديهي أن يتمسك المدين قبل المحال له بذات الدفوع التي كان له أن يتمسك بها ازاء المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه . بالإضافة الى الدفوع المستمدة من عقد الحوالة ذاته (٢٠١) وبهنا هنا أن تؤكد اساسا أنه يحق للمدين أن يدفع بعدم « تحقق الشرط الواقف .. أو بتحقيق شرط فاسخ يؤدي الى زوال الحق (٢٠٢) » .

كذلك تسرى بشأن آثار الحوالة بحق شرطى . فيما بين المحال له

(١٩٨) انظر في القواعد العامة جميل الشرقاوى . الاحكام . بند:

٧٣ ص ٢٣٥ .

(١٩٩) جمال زكى : المرجع السابق رقم ١٦٦ ص ١٨٤ وانعارة

وردت بصدد الحوالة بحق بسيط .

(٢٠٠) م ٣٠٦ .

(٢٠١) المادة ٣١٢ .

(٢٠٢) جميل الشرقاوى : الاحكام . بند ٧٤ ص ٢٤١ محمود

جمال الدين زكى ، الاحكام ، بند ١٦٦ ص ١٨٤ والذكره الابصاحية

المشروع التمهيدى للذانون المدنى ج ٣ ص ١٢٩ . ١٣٠ : والسنيورى

ج ٣ بند ٢٩٥ .

والغير القواعد العامة ، وذلك في حدود ما يكتنف الحق الشرطى من عدم قابلية للتنفيذ الا اذا تحقق الشرط .

(ب) حوالة الدين المعلق على شرط واقف

تبعا لتعليق مصدره

« حوالة الدين هي نقل التزام على عاتق شخص الى شخص آخر ليصبح مدينا به للدائن بدلا من المدين الاصلى ، ويسمى الشخص الذى يتحمل بالدين بمقتضى الحوالة محالا عليه (٢٠٢) » . وتتم هذه الحوالة اما باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه أى المدين الآخر الذى ينتقل الدين اليه ، وهى لا تصح نافذة في حق الدائن الا اذا أقرها . وأما باتفاق بين الدائن والمحال عليه وفيها يساهم الدائن في ابرام العقد ولا يقتصر دوره على مجرد اقرارها (٢٠٤) .

ولا شك ان حوالة كافة الالتزامات جائزة عدا ما كان منها شخصا بحثا ، فلا يتصور حوالتها بوفقا لطبيعة الاشياء .

وإذا كان من الجائز حوالة الدين المستقبل ، طالما تعين تعيينا كافيا أو كان قابلا لذلك التعيين (٢٠٥) ، فإنه يجوز قطعاً حوالة الدين المنبثق عن التصرف أو العقد الشرطى ، لما ان هذا الدين يعتبر أكثر تأكيداً فى الوجود من الدين المستقبل .

ومن هنا يجب عدم الخطأ في تكييف حوالة الدين المستقبل ، اذ الحوالة في هذه الحالة لاتعد مشروطة بوجود الدين حسبما أوردته مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى (٢٠٦) ، لان وجود الدين ليس أمراً عارضاً ومن ثم ينتفى عنه أحد أهم مقومات الشرط .

وهكذا يقرر الفقه قاعدة عامة ان « كافة الديون يمكن تحويلها (٢٠٧) » شريطة أن تكون صحيحة وقائمة وقت ابرام الحوالة . ولا يهم بعد ذلك

(٢٠٣) جميل الشرفاوى الاحكام بنسـد ٧٧ ص ٢٤٤ . فالحوالة بالمعنى الذى قصده كل من المشرع الالمانى والمشرع المصرى هي ذلك العقد الذى بموجبه يحتال مدين الدين الذى على المدين السابق : عبد الودود يحيى : حوالة الدين : رسالة القاهرة سنة ٩٥٧ طبعة ١٩٦٠ ص ٥ .

(٢٠٤) السنهورى . الوسيط ج ٣ بند ٣١٠ ص ٥٦٠ .

(٢٠٥) عبد الودود يحيى . الرسالة السابقة ص ٢٠٨ والمرجع المشار اليه .

(٢٠٦) ج ٣ ص ١٥٨ .

(٢٠٧) الهلالى وحامد زكى المرجع السابق رقم ٥٥٩ ص ٥٦٣ .

ان تكون تلك الديون حالة ام مؤجلة ام معلقة على شرط (٢٠٨) ، تبعا لحالة مصدرها .

٤ - رهن الحق المتولد عن تصرف مشروط

ويمكن الاستناد كذلك الى خصيصة تكون الحق الشرطى ، او وجوده قبل تحقق الشرط الواقف (٢٠٩) للقول بجواز رهنه ، على خلاف الحق المستقل الذى لا يعدو ان يكون مجرد أمل فى حق . واذا تأكدت فكرة جواز رهن الحق الشرطى فان ذلك يفضى بالضرورة الى الاقتناع بوحدة الحق المشروط والحق المرنو اليه من التصرف . واستخلاص ذلك يقتضى الوقوف على مسلك الفقه بصدد فكرة رهن الحق الشرطى (٢١٠) .

- ففي القانون الملى : كان هناك تمييز جلى بين الحق المستقبل كحق لا وجود له ، وبين الحق الشرطى وهو حق قائم وموجود : آية ذلك ان المادة ٦٨٧/٥٦٣ حظرت رهن المال المستقبل حيث قضت بان « رهن العقارات التى تثول الى الراهن فى المستقبل باطل » وضرب الفقه مثلا للعقارات المستقبلية بالعقارات التى لا يكون للراهن عليها أية حقوق عند « تقرير الرهن او يكون حقه عليها مجرد احتمال » كان « يرهن شخص عقارا قد يشتريه ، او قد يوهب له » وكان « يرهن الابن عقارا لآبيه على أمل ان يرثه عنه (٢١١) » ، بينما ذهب الفقه مذهباً آخر بالنسبة لرهن الملك المعلق على شرط واقف ، اذ اكد ان السائد « هو انه يجوز رهن المالك تحت شرط واقف (٢١٢) » ، ولعل ذلك يرجع فى

(٢٠٨) عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ٢٠٨ والهلالى وحامد زكى ، المرجع السابق .

(٢٠٩) مثلا ديمولومب : المرجع السابق بند ٣٥٧ ص ٢٥٠ والسنهورى : الوسيط ج ٣ بند ٣٠ ص ٤٠ بوبلانيول وريبير وجابولد بند ١٠٣٤ ص ٣٨٣ .

(٢١٠) انظر فى رهن حق الملكية المعلق على شرط : سمير كامل ، شرط الملكية فى الرهن العقارى ، رسالة عين شمس ط ١٩٧٩ بند ١١٥ ص ٢٠٤ : سمير تناغو ، المقال السابق ، ص ٤٤١ وما بعدها .

(٢١١) محمد كامل مرسى : التأمينات الشخصية والعينية ط ٣ (١٩٣٨) بند ٢٨٣ ص ٣٢٧ ، وانظر ايضا : فتحي زغلول باشا فى الموضع المشار اليه فى هامش ٥ من المرجع المذكور وانظر كذلك :

Grandmoulin, Traité élémentaire de Droit Civil Egyptien sûretés personnelles, sûretés réelles Nos. 325-326.

(٢١٢) محمد كامل مرسى . المرجع السابق بند ٢٩٩ وجرائمولان،

الواقع الى وجود الحق من لحظة ابرام العقد الشرطى ، وان كان هذا الوجود يظل فى حالة تعليق نبيما لتعليق العقد ذاته . فاذا تحقق الشرط تحدد مصير العقد والحق ، وبالتالي الرهن ، ذلك أن تحقق الشرط لا يعنى استجماع التصرف عنصرا كان يفتقده هو أو الحق ، ولكنه يعنى استجماع أمر عارض (٢١٣) . ولما كان العارض لا يخلق الجوهرى ، فإنه يصح القول مع الفقه السائد ، أن تحقق الشرط يجعل التصرف والحق منجزين لا معلقين من لحظة ابرام التصرف (٢١٤) ، ومن ثم يصبح الرهن وقد استقر نهائيا .

ولما كان الرهن قد ورد ابتداء على حق معلق ، وكان تحقق الشرط لا يضيف عنصرا جديدا على الحق ، بل يستمر الرهن عليه هو ذاته ، فإن ذلك يعنى وحدة الحق المرهون قبل وبعد تحقق الشرط ، غاية الأمر أنه كان معلقا خلال مرحلة الشك وبات بسيطا بعد تحقق الشرط (٢١٥) .

وهذا هو المعنى الذى كان يدور بفكر جمهور الفقهاء بمصر (٢١٦) وفرنسا (٢١٧) ، عندما برروا جواز رهن الحق المنبثق عن تصرف شرطى .
- دهن الحق المستقبل - بأنه بتحقيق الشرط فإن الراهن ، بفضل الاثر الرجعى يعد مالكا من البداية ، للحق المرهون .

اما اذا تخلف الشرط ، صار الحق كان لم يكن ، بمعنى أن الراهن

الرجع السابق بند ٣١١ ؛ وبلانيول . الوسيط ج ٢ ط ٦ بند ٢٧٩٦ ص ٨٥٠ ؛ ويقول بودرى ودى لوين (الرهن ج ٢ ط ٢) :

Celui qui a acquis un immeuble sous Condition suspensive peut l'hypothéquer actuellement

(٢١٣) سمير تنافو : المقال السابق .
(٢١٤) مثلا محمد كامل مرسى ، وجراثمولان ، فى الموضوعين المشار اليهما . وانظر أيضا سمير كامل : الرسالة السابقة بند ١١٦ ص ٢٠٧ ، ومن أحكام القضاء انظر : استئناف مختلط ٥ مايو ١٨٩٨ - ١٠ ص ٢٦٥ مشار اليه فى المرجع الاخير ومحمد كامل مرسى هامشى ٢ ، ٣ ص ٣٤٩ .

(٢١٥) المراجع والمواضع السابقة .

(٢١٦) نفس المواضع السابقة .

(٢١٧) بودرى ودى لوين : المرجع والمواضع السابقان ؛ بلانيول : المرجع والمواضع السابقان ؛ وكولان وكابيتان ودى لامورانديير : المرجع السابق بند ١١٩٧ ص ٦١٣ فى النهاية ؛ وانظر أيضا سمير كامل : الرسالة السابقة بند ١١٥ ص ٢٠٥ والمراجع الاخرى التى أشار اليها .

يعد غير مالك للحق من البداية (٢١٨) ، وبعد رهنه كأن لم يكن أيضا (٢١٩) .

بين انه يلاحظ ، ان الشارع ، في التقنين الملقى ، كان « يعطل تطبق هذه المبادئ لمصلحة المرتهن ، اذا كان سند الراهن بيعا معلقا على شرط واقف ، بمقتضى المادة ٢٦٩ مكرر/٣٤٠ التى قضت بان تحقق الشرط لا يضر بالمرتهن الذى يجهله ، فلا يزول الرهن الذى رتبته البائع على العقار . بل ينتقل هذا العقار الى المشتري مثقلا به ، وتعتبر هذه المادة حلقة فى سلسلة مواد قصد بها حماية الدائن المرتهن من زوال ملكية الراهن بأثر رجعى » (٢٢٠) .

والخلاصة انه فى ظل التقنين الملقى كان لا يجوز رهن المال المستقبلي ، بينما كان يصح رهن الحق المنبثق عن تصرف شرطى ، مع بقاء مصير الرهن متوطا بمصير الحق والتصرف المنبثق عنه .

وفى ظل القانون الحالي : انتهج المشرع نفس المنهج السابق ، من حيث عدم تبنى نص مقابل لنص المادة ٢١٢٥ مدنى فرنسي الذى قضى من بين ما قضى باسباغ سمة التعلق على الرهن الصادر من المالك ملكية معلقة (٢٢١) . بيد ان المشرع نص فى المادة ١٠٣٣/٢ على بطلان « رهن المال المستقبلي » ومن ثم يكون الفرق لازال قائما بين الحق المستقبلي اى مجرد التوقع او الامل فى الحق ، وبين كل من الحقين الاحتمالى ، والشرطى ، ولا يقدح فى ذلك ان بعض الفقه العربى يسبغ على الحق الشرطى سمة الحق الاحتمالى ، اذ يذهب الاستاذ الدكتور محمود جمال الدين

(٢١٨) وعلة ذلك انه لا يجوز لشخص ان يطل على غيره بأكثر مما له :

Nemo plus juris ad alium potest ipse habet = personne ne peut transférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui même.

انظر محمد كامل مرسى : المرجع السابق بند ٢٩٩ ص ٣٤٩ .
(٢١٩) وهو يقول ان الراهن فى هذه الحالة يكون كمن رهن عقار غيره .

(٢٢٠) جمال زكى : دروس فى التأمينات ٠٠٠ سنة ١٩٧٤ ، بند ٩٤ ص ١٤٨ .

(٢٢١) انظر النص مترجما فى محمد كامل مرسى : المرجع والموضع السابقين ، وانظر أيضا سمير كامل الرسالة السابقة ص ٢٠٧ .

زكى (٢٢٢) الى أن رهن الاموال المستقبلية يختلف عن «رهن العقار الذى ليس للراهن عليه سوى ملكية محتملة» وضرب له مثلا بالمالك « تحت شرط واقف » (٢٢٢) ، ذلك أن الحق المستقبل يخرج عن النطاق القانونى ولا يعتبر فكرة قانونية ، على عكس الحق الاحتمالى الذى ينقصه عنصر جوهرى ، ويحاول الفقه الحديث اثبات أنه فكرة قانونية (٢٢٤) ، والحق الشرطى الذى استجمع كافة مقومات وجوده ولكنه لا زال معلقا تبعا لمصدره على وقوع حادث عرضى .

وأيما كان الامر فالفقه على أن الرهن الصادر من المالك تحت شرط واقف هو رهن صحيح ، لأنه صادر عن له « حق حاضر (٢٢٥) » . ومن تتبع أقوال الفقهاء فى هذا الصدد ، يمكن أن نستخلص بسهولة أن الفقه لم يكن يتكلم عن الشرط الا كوصف للتراضى ، فبودرى ودى لوين على سبيل المثال يؤكدان أن من اكتسب ملكية عقار تحت شرط واقف ، يمكنه أن يرهن حقه ، حتى قبل أن يتحقق الشرط ، استنادا الى أنه بفضل فكرة الاثر الرجعى للشرط سيعد مالكا من يوم إبرام العقد (٢٢٦) اما أن تخلف الشرط فان العقد والحق يزولان وبالتالي يزول الرهن (٢٢٧) .

(٢٢٢) انظر مؤلفه دروس فى التأمينات ٠٠٠ المرجع السابق بند ١١٤ ص ١٨٢ .

(٢٢٣) المرجع السابق بند ١١٠ ص ١٢ .

(٢٢٤) فربييه : الرسالة السابقة بند ٤١٥ ص ٣٣٠ وما بعدهما .

(٢٢٥) جمال زكى : الموضع السابق حيث قال بعد استعراض بعض المفاهيم « وبذلك يختلف رهن الاموال المستقبلية ٠٠٠٠ عن رهنهم العقار الذى ليس للراهن عليه سوى ملكية محتملة ، كالمالك تحت شرط واقف ، حيث يكون للراهن عليه حق حاضر ، وان كان محتملا » .

(٢٢٦) مرجعهما سالف الاشارة بند ١٣١٥ ص ٤١٤ ولا حظ

تعبيرهما :

“grâce à la rétroactivité de la Condition accomplie, il (le propriétaire sous Condition suspensive) il sera censé l'avoir été du jour du Contrat”.

(٢٢٧) ويلاحظ بوجه عام أن « الشارع المصرى قد ابتكر حماية

فعالة للدائن المتهن حسن النية ضد الاثر الرجعى لزوال سند الرهن » جمال زكى . المرجع السابق بند ٩٥ ص ١٤٩ ورسالته سابقة الاشارة بند ١٧٤ ص ٢٤٤ وعباراتها فى هذا الصدد مطابقة لما أورده بمؤلفه دروس فى التأمينات . كما يلاحظ أن الشارع حظر بيع الوفاء الذى نفينا عنه فيما تقدم الصبغة الشرطية ولذا تنحصر حماية الدائن المتهن فى « حالات قابلية سند الراهن للزوال » اعمالا للمادة ١٠٣٤ : انظر سمير كامل . الرسالة السابقة بند ١١٧ .

والخلاصة : أنه قبل تحقق الشرط الواقف فانه يجوز رهن الحق (٢٢٨) . كما ان امكانية رهن الحق الشرطى تفترض وجود مالك شرطى بحق عينى اصلى ، كمشتري العقار بمقد معلق على شرط . فهو يتمتع بالمركز القانونى الذى يخوله هذا الحق (٢٢٩) ، وجواز هذا الرهن ليس اذن محل جدل من حيث هو فى الفقه القانونى طالما ان الحق الشرطى تتمثل فيه كل خصائص الحق القابل لشمولة بالتأمين العينية . - وينور فى الشريعة الاسلامية خلاف بين الفقهاء حول مدى جواز رهن الديون والمنافع ، حيث اجازد « المالكية وبعض الفقهاء ومنع منه الجمهور (٢٣٠) » . ولقد « كان اساس المنع عند الجمهور ان الديون والمنافع لا تقبل احكام عقد الرهن ولا تتوفر فيها شروطه (٢٣١) » . وهو ما يبرى من باب اولى على رهن الحق الشرطى ، ودون دخول فى تفاصيل هذا الموضوع المثعب الآن . نجتزئ بالقول بان محدثى فقهاء الشريعة الاسلامية ادوا المالكية ، ودفعوا اساس عدم جواز رهن الديون . دفعا مقبولا فتعذر القبض فى الديون غير صحيح لان القبض المنقول يتم بالنقل والتحويل ، وقبض الدين يكفى فيه قبض الوثيقة والشهاد على الحوز ، بل ان خروج هذه الديون من حيازة مالكها وحيا حكما وتقديرىا . كفى لحماية الغير (٢٣٢) . هذا من جهة . ومن جهة اخرى فان القول بانطواء رهن الديون على الفرر من نواح معينة : هو قول لم يصادف محله وانما ينطوى : اما على احتمال فوات الوثيقة وهذا لا يبطل عقد الرهن ، واما على قياس رهن الدين على رهن العين ، والقول تبعا لذلك بطلانه للفرر ، وذلك قياس مع الفارق ، لان القبض المادى فى الديون غير ممكن ، ولذا يكتفى فيها قبض الوثيقة وهذا ينفع الفرر . ومع التسليم جدلا بوجود فرر ، فهو يسر لا كثير « ومع التسليم بأنه من الفرر الكثير ، فاننا لانوافق الشافعية على القول بأن هذا الفرر اغير حاجة فلا يغفر ، بل نقول ان الحاجة داعية الى رهن الديون ، فقد يحتاج المدين الى الاقتراض ولا يجد من يقرضه الا برهن ، ولا يكون له ما يرهنه الا حقوقه قبل الغير ، بل ان الحاجة هنا عامة والحاجة العامة

(٢٢٨) مثلا ديمولومب : المرجع السابق بند ٣٥٧ ص ٣٥١ السهوى الوسيط ج ٣ بند ٣٠ ص ٤٠ ؛ وبذنيول وريبير وجابولد المرجع والوضع السابقان بند ١٠٣٤ ص ٣٨٣ .

(٢٢٩) انظر ديمولومب : لرجع والموضع السابقان .

(٢٣٠) حسين حامد حسان ، الرهن الوارد على غير الاعيان ، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الاربعون "عدد الثالث" اربع سبتمبر - ديسمبر سنة ١٩٧٠ ص ٤٨٣ .

(٢٣١) المرجع السابق . نفس الموضع .

(٢٣٢) ص ٥١١ ، ٥١٢ م المرجع ذاته .

تنزل منزلة الضرورة في باب المعاملات « (٢٣٣) . وإذا صدق ذلك على رهن الدين ، وكنا قد نفينا عن التعليق ذاته سمة الفرر فان القول يصدق كذلك على رهن الحق الشرطى أيا كان في الفقه الاسلامى ، فيكون جائزا على الاقل للحاجة العامة وبالتالي للظروف الطارئة ، التى تعوز اليه حين لا يجد الدائن الشرطى ، ما قد يتوثق به دائنه سواء . وهذا بالقطع يجلب مصلحة لكافة الأطراف ، ويدفع عنهم المضار . انما يلاحظ ان عدم تحقق الشرط قد يفضى الى ضياع توثق المرتهن ، بيد انه لما كان قد ارتهن عن بيعة ، فانه يكون أحرى به أن يتربص ريثما يوسع الله على المدين الراهن ، ولا شك انه قبل الرهن وهو عالم بأن الحق شرطى ، ومن يقدم على ذلك يكون قد قبل عن طيب خاطر منه ، وبالتالي فلا عذر له ، ويجدر به التربص كما تقدم .

ويقع اللبس احيانا بين التأمين العينى ذاته والشرط ، لان العلاقة بينهما قد فهمت في وقت ما باعتبارها علاقة وحدة في الطبيعة ضرورة ان كليهما يؤثر في أحكام الالتزام ، وهذا ما قد يستشف من فكر الاستاذ الدكتور شفيق شحاته الذى رأى ان التأمين العينى هو « وصف يلحق الالتزام فتتأثر به أحكامه ، كما تتأثر أحكامه اذا ما لحقه وصف الشرط او الاجل » (٢٣٤) .

والحقيقة ان هذا الرأى محل نظر ، ذلك انه حتى بحسب النظرية التقليدية فان الالتزام عناصر ثلاثة وهى الرابطة القانونية ، والمحل ، والطرفان ، فاذا لم يلحق الوصف واحدا منها « فلا يكون الالتزام موصوفا ، بل بسيطا منجزا ، ومن ثم لا يعد موصوفا الالتزام المضمون برهن أو بحق امتياز أو بكفالة ، أو بنحو ذلك ولا الالتزام غير معلوم القيمة ، ولا الالتزام التبعى كالترام الكفيل ، فهذه كلها التزامات بسيطة منجزة ، وان كان لكل منها خصوصية تميزه » (٢٣٥) ولهذا فانه لا ضرورة لمثل هذا التشبيه .

وإذا جاز رهن نفس الدين الشرطى على ما تقدم ، وترتيب الرهن لضمان التزام شرطى كما سنرى ، فان كفالة الحق أو الالتزام الشرطى تبعاً لتعليق مصدره هى كفالة جائزة (٢٣٦) . ولقد نصت المادة ١/٧٧٨ مدنى على انه « تجوز الكفالة في الدين

(٢٣٣) المرجع السابق ص ١٤ .

(٢٣٤) شفيق شحاتة . النظرية العامة للتأمين العينى . الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥ رقم ١٤ ص ٧ عن : منصور مصطفى منصور : التأمينات العينية سنة ٦٣ م رقم ٤ ص ١٣ .

(٢٣٥) السنهورى الوسيط ج ٣ هامش ١ ص ٣ .

(٢٣٦) حتى قبل صدور القانون الحالى انظر محمد كامل مرسى -

لتأمينات الشخصية والعينية ط ٣ بند ٥٥ ص ٥٨ .

المستقل اذا حدد مقدما الدين المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي (٢٢٧) .

والاساس القانوني لصحة كفالة الدين المعلق على شرط واقف ، ان هذا الدين « وان لم يكن نافذا دين موجود (٢٢٨) » .
ويترتب على كفالة الالتزام المعلق على شرط واقف تبعا لتعليق مصدره ضرورة الكفالة « معلقة على ذات الشرط المعلق عليه الالتزام الاصلى (٢٢٩) » ، وذلك استنادا الى فكرة التبعية التى تهيمن على الكفالة (٢٤٠) . والتى من مقتضاها انه اذا تخلف الشرط الواقف . او تأكد انه لن يتحقق فان الدين المشروط يزول ويعتبر كأن لم يكن . بما يترتب عليه من زوال الكفالة ذاتها ، وصيرتها كأن لم تكن ايضا . « اما اذا تحقق الشرط الواقف فان الالتزام الاصلى ينفذ بأثر رجعى . وكذلك ينفذ التزام الكفيل فيصبح التزام كل من المدين الاصلى والتزم الكفيل نافذا باتا . وتسرى في هذه الحالة احكام الكفالة » (٢٤١) .

ولم يعمل بعض الفقهاء كالاستاذ المرحوم الدكتور محمد كامل مرسى سفة التبعية هذه . والتى من مقتضاها ضرورة التزام الكفيل . معلقا تبعا لتعليق الدين الاصلى . فاستند فى جواز الكفالة الى نص المادة ٨٤٦ من مرشد الحيران التى تتيح ابرام الكفالة منجزة او مضافة او معلقة (٢٤٢) مع ان هذا النص يتكلم عن التعليق الاصلى لا التبعية الكفالة فهو بهذه المثابة ، سند غير مباشر وليس سندا مباشرا . لجواز كفالة الالتزامات الشرطية .

كذلك يلاحظ على بعض الفقهاء مع بصرهم باختلاف كفالة الالتزامات المستقبلية (٢٤٣) . عن كفالة الالتزامات الشرطية انهم لم يصيبوا الحقيقة

(٢٣٧) وهذا الوضع قائم فى كل القوانين العربية انظر مثالا ٦٥٠ مدنى جزائرى .

(٢٣٨) ويلاحظ أن هذا القول من الدكتور السنهورى يندى نظريته فى الشرط كوصف للالتزام ويؤكد نظرية الشرط كوصف للتراضى .

(٢٣٩) جمال زكى دروس فى التأمينات الشخصية والعينية . بند ٣٧ ص ٥٦ ومنصور مصطفى منصور : التأمينات العينية سنة ١٩٦٣ ص ٣٧ و ٣٨ .

Gilles Goubeaux. La règle de l'accessoire Paris (٢٤٠)
1969, No. 42, p. 79.

(٢٤١) السنهورى المرجع والموضع السابقان .

(٢٤٢) آأرجع السابق نامش ٢ ص ٥٨ .

(٢٤٣) انظر فى التفريق نص المادة ١/٧٧٨ مدنى مصرى ، ورسالة جوبو عن قاعدة التبعية . المضع سالف الاشارة .

فى تكليف كفالة الالتزام المستقبل فى بعض الاحيان ، وحتى يتضح ذلك فاننا ننقل هنا المثال الذى يضربه الفقه . اذ يقول :

« فاذا فتح احد المصارف اعتمادا لآخى ، وتعهدت بكفالاته فيه فالكفالة صحيحة ، ولو أنه وقت تعاقدى لا يوجد اى التزام من جانب آخى ، الذى لا يصير ملتزما الا بتسليم النقود ، وبقدر ما يتسلمه من الاعتماد ، ولا يصح لى فى هذه الحالة أن أرجع عن تعهدى مرتكنا على عدم وجود التزام من جانب آخى .

» وقد قال بعض الشراح انه يصح الرجوع ما دام الالتزام المستقبل لم يوجد ، على شرط اعلام الدائن بهذا الرجوع ، ولكن هذا الراى غير صحيح ، اذ ان كفالة الالتزام المستقبل عبارة عن كفالة تحت شرط . والملتزم تحت شرط لا يجوز له الرجوع قبل وقوع الشرط (٢٤٤) .

ولا يمكن قبول مثل هذا الخلط لان الامر ان تعلق بالالتزام مستقبل فمعنى ذلك ان الحق والالتزام يكون التزاما او حقا غير قائم أصلا (٢٤٥) وليس هذا هو شأن الحق أو الالتزام المنبثق عن تصرف شرطى ، لانه يكون مكتمل التكون خلال مرحلة التعليق ، بل موجودا وجودا كاملا غاية الامر انه مشروط .

وهكذا فوحدة الحكم فى بعض الاحيان ، لا تعنى وحدة المحكوم عليه . ولقد كفانا المشرع المصرى على اى حل مؤونة البحث حين ميز فى التعبير بين حق مشروط وحق مستقبل ، ولذا يجب ان يستند اى تكليف قانونى للفكرة الى تغاير طبيعة هذين الحقين .

المطلب الثانى

الاجراءات التعفظية

وتبعاً لما تأكد لنا من ان العقد المعلق على شرط يولد حقا للدائن (٢٤٦) ، وان هذا الحق يكون معلقا تبعاً لتعليق صدره ، وعدم القدرة على التنبؤ بمصيره (٢٤٧) فانه يجوز لصاحبه أن يتخذ بمقتضاه من الاجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه اعمالاً نص المادة ٢٦٨ من القانون

(٢٤٤) محمد كامل مرسى المرجع السابق بند ٥٤ ص ٥٧ ، ٥٨ .
(٢٤٥) قرب منصور مصطفى منصر : التأمينات العينية المرجع السابق بند ١٣ ص ٣٢ .

(٢٤٦) عبد المنعم البدر اوى . الاحكم ، بند ٢٢٤ ص ٢٤٤ .
(٢٤٧) انظر كولان وكابينتان ودى 'مورانديبير ج ٢ (١٩٥٩) بند ١٦٩٠ ص ٩٣٦ وجميل الشرقاوى ، المصاد ، التصرف القانونى ، المرجع

المدنى الى المصرى (٢٦٨ سورى ، ٢٣٧ سودانى ، ٢٥٥ لیبى . ٢٣٨ نجارى كويتى . ٢٩٨ اردنى ، و ٩٣ - ٩٥ لبنانى . ٢٤٤ ح قطرى . ٣٦م بحرينى ، و م ٢٢٠ من الاقتراح بمشروع قانون المعاملات المدنية المصرى ، وغير ذلك من مواد الشرط الواردة فى القوانين العربية الاخرى كالمادة ٢٠٦ جزائرى) (٢٤٨) وقد وصفت المذكرة الايضاحية الاجراءات التحفظية التى يتخذها الدائن فى العقد الشرطى بأنها « أهم اثر يترتب خلال فترة التعليق » (٢٤٩) .

أولا :

قيد الرهن

يجوز التقنين المدنى المصرى ، كغيره من التقنينات . ترتيب « الرهن ضمانا لدين معلق على شرط » (٢٥٠) وفى ظل التقنين الملقى . كان الرهن يصح لضمان الدين الشرطى . (٢٥١) رغم ان نص المادة ٦٨٥/٥٦١ لم يكن يتناول فى جوهره سوى صحة الرهن تأمينا لحق احتمالى ، فلقد كانت تلك المادة تنص على ان « الرهن العقارى الواقع تأمينا لمبلغ موعود بافتراضه ، يأخذه لمقترض شيئا فشيئا عند الاقتضاء ، او تأمينا لحساب جار بين المتعاملين . يكون صحيحا اذا تحددت غاية المبلغ الذى ينتهى اليه الاخذ او الحساب الجارى » .

فصياغة النص لاتخفى ، بداها . انه لايتكلم الا عن الرهن لضمان فتح اعتماد او لتأمين حساب جار . وكان يلزم لاستنتاج سريان ذلك على الحق الشرطى ، اللجوء الى قاعدة من باب أولى . طالما ان الحق الشرطى اعلى مرتبة من الحق الاحتمالى . وانه حق متكون فعلا تبعا لاكتمال مقومات مصدره . اما التقنين الحالى فقد افاد صراحة ان الدائن فى العقد المعلق على شرط - والفرض الآن انه شرط واقف -

=

السابق بند ٥٥ ص ٢٩٥ وما بعدها ، وعبد الودود يحيى : دررس فى الاحكام بند ٧٦ ص ١١٦ وما بعدهما ، واسماعيل غانم ، الاحكام . بند ١١٩ ص ٢٧٣ وعبد المنعم البدر اوى بند ٢١١ ص ٢٣٤ وما بعدهما ، وتولييه المرجع السابق بند ٤٧٦ ص ٥١١ ، وهيك المرجع السابق بند ٢٤٠ ص ٣٢١ وما بعدهما .

(٢٤٨) فلم تغاير صياغة هذه المادة النص المصرى سوى فى استعمال كلمة جبرى بدلا من كلمة قهرى .

(٢٤٩) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥ .

(٢٥٠) م ١٠٤٠ مدنى مصرى .

(٢٥١) انظر عبد السلام ذهنى : فى التأمينات ص ١٠٦ .

يمكنه أن يبرم مع مدينه عقد رهن يتوثق به بغية ضمان حق الشرطى (٢٥٢) .

والفقه اذ يجمع على صحة (٢٥٢) مثل هذا الرهن ، الذى اقره القانون ، فانه يؤكد ، بالضرورة ، أحقية الدائن الشرطى الذى تقرر الرهن لضمان حقه فى ان يقيد ذلك الرهن (٢٥٤) وأن يحدد القيد أيضا .

— ف فيما يتعلق بالقيد ، وهو وسيلة شهر الرهون العقارية ، فان الضرورة تقتضيه ، فالرهن لا ينفذ فى حق الغير الا به (٢٥٥) ، عملا بالقاعدة القائلة بأن « جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية التبعية او المقررة لها ، وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق القيد ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير » (٢٥٦) . وعموم النص يعنى أنه يتسع للتصرف المنجز والتصرف المعلق . كما يعم الرهون التى تضمن حقوقا منجزة ، وتلك التى تضمن حقوقا معلقة ، لانه اذا تخلف الشرط ، فقد زال الالتزام المضمون وزال الرهن ، وزال القيد تلقائيا من الناحية القانونية تبعا لزوال الرهن ذاته .

ولقد وفق القانون التونسى حين سلك مسلك القانون الالماني ، وتبنى صراحة فكرة القيد الاحتياضى الذى يهدف الى حفظ الحقوق حفظا مؤقتا (٢٥٧) لاسباب متعددة ، من بينها تعليق العقود ، والحقوق

(٢٥٢) لوران رقم ٨٩ ص ١٠٩

“Le Créancier Conditionnel peut stipuler une hypothèque pour garantie ses droits”

وقد جرى نص المادة ١٠٤٠ مدنى مصرى على النسق التالى «يجوز أن يترتب الرهن ضمنا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى » .

(٢٥٣) مثلا منصور مصطفى منصور : التأمينات سنة ١٩٦٣ بند

١٥ ص ٣٩ ، والسهنورى : الوسيط ج ١٠ المرجع السابق بند ١٦٣ ص

٣٦٩ ، وجمال زكى : المرجع السابق بند ١١٢ ص ١٨٠ .

(٢٥٤) جميل الشرقاوى الاحكام رقم ٥٣ ص ١٧٩ . وبيدان ولاجاردا :

ج ٨ (باريس ١٩٣٦) رقم ٧٤٠ : ص ٥٤٠ .

(٢٥٥) جمال زكى : دروس فى التأمينات سنة ١٩٧٤ رقم ١٢٢

ص ١٩٢ .

(٢٥٦) م ١٢ من ق ١٤ السنة ٦٤ وانظر المادة ١٠٥٣ مدنى .

(٢٥٧) محمود العنابى تقرير حول نظام الشهر العينى العقارى فى

تونس والقوانين المقارنة منشور بمجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقرانين

الشهر العقارى فى البلاد العربية (١٩٧٢) من منشورات جامعة الدول

العربية سنة ١٩٧٣ : ص ٢٠٥ .

الشرطية المنبثقة عنها ، فيجوز الفيد بناء على طلب من صاحب الحق الشرطى المضمون . ولكنه يسقط تبعا لتخلف الشرط . فمسلك القانون التوسى يؤكد الاصل العام القائل بأن القيد « ينتج اثره اذا تم فى اى وقت منذ ابرام الرهن ، ولو كان الدين المضمون ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً أو شرطياً . ولم يتحقق وجوده وقت اجراء القيد » (٢٥٨) . ويتواءم مع الشك الذى يهيمن على مدى تحقق الشرط . وبالتالي يكون مجرد قيد احتياطى قد يتأكد وقد يزول .

وقيد الرهون التى تضمن الحقوق الشرطية يحقق مصلحة الاغيار الذين يتعاملون مع المدين الشرطى الراهن ، اذ عن طريق القيد يعلمون بأن الحق الشرطى مرهون ، فان ارتهنوا رغم ذلك نفس المال . فانهم سيكونون على بينة من ان مرتبتهم ستكون لاحقة للدائن الشرطى ، الذى قيد حقه . اذا فرض وتحقق الشرط . وعلمهم بحقيقة المركز القانونى للعقار يفيد فى دفع عجلة الائتمان الى الامام (٢٥٩) ، اذ قد يعتمد البعض على احتمال عدم تحقق الشرط لتقديم المال الى المدين الشرطى وارتهان الحق موضوع العقد الشرطى ، ومباشرة القيد ايضا فان تخلف الشرط عد الحق كان لم يكن ويستطيع المدين الشرطى طلب محو القيد (٢٦٠) .

— وأما تجديد الفيد . فهو حق للدائن المرتهن الشرطى ايضا ، فيما لو لم يتحقق الشرط الواقف مدة تقترب من عشر سنوات وهذا الحق ضرورى لحفظ اثر القيد حتى لا يسقط (٢٦١) .

ثانيا :

وضع الاختام وتحرير قوائم الجرد والدخول فى التوزيع

والدائن الشرطى يدخل فى عموم لفظ الدائن او ذوى الشأن الوارد فى المادة ٨٨١ مدنى . وهى تقضى بأنه « على المحكمة ان تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة وذلك بناء على طلب احد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة او دون طلب ما . ولها بوجه خاص ان تأمر بوضع الاختام وايداع النقود

(٢٥٨) منصور مصطفى منصور رقم ٤٩ ص ١٠٦ .

(٢٥٩) قرب لوران : المرجع والموضع السابقان .

(٢٦٠) لوران نفس المرجع والموضع .

(٢٦١) التفاصيل فى : جمال زكى . المرجع السابق بنسب ١٣١

س ٢٠٩ وما بعدهما .

والاوراق المالية والاشياء ذات النعمة » - ولا مقابل لذلك في التقنين المدني العراقي أو قانون الملكية العقارية اللبناني - ، وعليه فان المحكمة تكون ملزمة « عند نظرها في تعيين المصفي ، وقبل تعيينه اذا اقتضي الامر » ، أن تأمر « بوضع الاختام على الغرف والقاعات التي تحتوى على الاثاث الفاخر وعلى الخزائن والدواليب التي تحتوى على الحلى والجواهر والنقود والاوراق المالية والملابس وما الى ذلك » (٢١٢) رغبة في المحافظة على تلك الاشياء من أن يستولى عليها من يتسنى له ذلك ، اضارا بالورثة والدائنين (٢١٢) . وفي هذا يكون الدائن الشرطي متساويا كذلك مع الدائن العادي ، اذ يفضي طلبه هذا الى ضمان وجود كل الاشياء لدى المصفي عندما تأمر المحكمة بتعيينه ، حيث « يقدر قيمتها ويدرجها في القائمة » (٢١٤) . واذا حرر المصفي قوائم الجرد فمنطق الامور يقضي باخطار المصفي لكل الدائنين ، حتى الدائنين الشرطيين ، لكي يفتح امامهم ابواب الطعن في هذه القوائم خلال ثلاثين يوما من اخطار المصفي لهم ولغيرهم من الدائنين (٢١٥) . والطعن اما أن يكون جادا تقبله المحكمة أو غير جاد فترفضه . ويمكن التظلم من ذلك الرفض لنفس المحكمة التي أصدرت الامر (٢١٦) ، وبعدئذ يقوم المصفي بالوفاء بديون التركة على حسب ما قضت به المادة ٨٩٣ مدني .

ولسنا نريد هنا أن نتعرض لتفاصيل هذه المسألة المتشعبة ، وانما نجتزئ من زاوية بحثنا بالقول بأن الدائن قبل تحقق الشرط وان كان مصير حقه لم يتأكد بعد ، ومن ثم لا يكون له أن يحرم الدائنين التاليين له في المرتبة ، الا أنه لاشك صاحب حق تكون فعلا ، ولذا فان الرأي « الراجح أن نقدر لهذا الدائن تحت شرط واقف حصة احتمالية هي مقدار دينه المعلق على شرط واقف ، ويتم التوزيع الفعلي لثمن العقار بأكمله على الدائنين التاليين له في المرتبة . ولكن يلتزم هؤلاء الدائنون بتقديم تأمين يضمن الوفاء بحصة الدائن تحت شرط واقف فيما اذا تحقق الشرط (٢١٧) » .

(٢٦٢) السنهوري : الوسيط ج ٩ بند ٥ ص ١٤٦ .

(٢٦٣) السنهوري المرجع السابق بند ٥٠ ش ١٤٦ .

(٢٦٤) السنهوري المرجع السابق ج ٩ بند ٥٠ ص ١٤٧ .

(٢٦٥) السنهوري رقم ٥٥ ص ١٦١ .

(٢٦٦) راجع المادة ٣٧٥ مرافعات تقديم والمادة ١٩٩ من قانون

المرافعات الحالي رقم ١٣ سنة ١٩٦٨ . ٦

(٢٦٧) السنهوري . المرجع السابق بند ٢٣٩ ص ٤٩٥ ويقول د .

منصور مصطفى منصور (السابق ، بند ٥٨ ص ١٢٠ وما بعدها) : أنه

اذا كانت المادة ١٠٥٧ تقضى بأن تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده حتى

ولا شك في أن إجماع الفقه على حق الدائن الشرطي في الدخول في التوزيع (٢٦٨) هو ما يتسق ومنطق من يعتبرون الدائن الشرطي صاحب حق ويتنافى مع منطق الذين يعتبرونه صاحب أمل أو حق محتمل .

ثالثا

تسجيل العقد المعاق على شرط واقف

الدائن في العقد الشرطي . يتمتع بمركز قانوني يصفى عليه سمة صاحب الحق . وهذا الوضع يخوله اتخاذ الاجراء التحفظي المناسب . فاذا كان العقد الشرطي يولد على عائق المدين التزاما بنقل ملكية عقار جاز للدائن أن يسجل العقد حتى تنتقل اليه الملكية معلقة على شرط واقف (٢٦٩) .

وامكانية قيام الدائن الشرطي بشهر سنده عن طريق التسجيل امر مسلم به في القانون الفرنسي ايضا (٢٧٠) .
وتسجيل العقد المعلق على شرط في القانون المصري وما يشبهه من قوانين . وكما هو الشأن في العقد المنجز ، يعتبر امرا لازما لنقل الحق العيني فيما بين المتعاقدين . وبالنسبة للغير (٢٧١) ، مع

ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط ٠٠٠ ، الا أن المشرع لم ينظم بطريقة مباشرة حق التقدم عندما يراد توزيع الثمن أو المال الذي حل محل العقار ، الى أن يتحقق الشرط ، ويذهب الى وجوب حجز المبلغ الذي يخص الدائن المرتهن ، ويحصل الدائنون اللاحقون على ما يخص كل منهم بعد ذلك ، وعندما يتبين مصير الدين يعاد التوزيع ان اقتضى الامر ذلك وانظر أيضا :

Aubry et Rau : Cours de Droit Civil Français, t, troisième, 4me éd. Paris 1869, No. § 285, p. 417 et s.

(٢٦٨) انظر مثلا السنهوري ج ٣ رقم ٣٠ ص ٤١ ومارتنى ورينو السابق ٧٥٤ ص ٧٦٤ وبلانيول وريبير وجابولد رقم ١٠٣٢ ص ٣٨٢ وتولييه ج ٦ فقرة ٥٨ ص ٥١٢ ولوران فقرة ٨٩ ص ١١٠ ويديولفد رقم ٣٧٠ ص ٣٥٥ وما بعدهما وبودرى وبارد بند ٨٤٣ ص ٥٦ .

(٢٦٩) اسماعيل غانم : الاحكام رقم ١٤٥ ص ٢٩٦ و ٢٩٧ .
وهو ما عبر عنه المرحوم الدكتور بهجت بدوى بقوله أن الدائن الشرطي يجوز حقا ، وبالتالي ، فان له أن يسجل العقد اذا كان من العقود التي يطلب فيها التسجيل ، بند ٤٦١ ص ٤١٤ .

(٢٧٠) مثلا كولان وكابيتان ودي لامور انديير : رقم ١٦٩٠ Condition ودي جارودي لاميشيني موسوعة دالوز سنة ١٩٥١ تحت لفظ Condition ص ٩٣٦ .

(٢٧١) السنهوري ج ٤ رقم ٢٤٩ ص ٤٣٣ وما بعدهما .

فارق واحد هو أن تسجيل العقد المعلق لا يغير من ارتباط مصير التصرف بالتسجيل بمصير الشرط ذاته . فالتسجيل هو مجرد إجراء قانوني رسمه القانون لمجرد نقل الملكية سواء كان العقد منجزا أم معلقا أم مضافا . والتسجيل لا يدخل في تكوين العقد أو الحق ، وبالتالي فإن المشتري بعقد غير مسجل حتى لو كان العقد معلقا، هو صاحب حق بمعنى الكلمة وليس صاحب حق احتمالي كما يذهب اليه الاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي (٢٧٢) ، الذي لا ينكر أن الحق الاحتمالي ينقصه أحد عناصر تكوينه (٢٧٣) . وينفرد القانون العراقي ، باعتبار التسجيل ركنا من أركان العقد كما سلفت الإشارة (٢٧٤) ، بمعنى أن العقد المعلق على شرط في العراق ، شأنه شأن العقد المنجز ، لابد أن يسجل أولا حتى يوجد صحيحا . ولكنه لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط الواقف .

معنى ذلك أنه لاضرورة للتسجيل بعد إبرام العقد الشرطي في القانون العراقي ، لأنه كركن سبق وجوده ، أما في القانون المصري فيجب تسجيل العقد الشرطي ، بيد أنه في القانونين يظل انتقال القيم بين الذمم *le transfert de valeurs d'un patrimoine à un autre* أمرا منوطا بتحقيق الشرط الذي علق عليه العقد ، وبالتالي يظل التسجيل ساكنا إلى أن يتحقق الشرط ، فان تخلف الشرط عد التسجيل كأن لم يكن (٢٧٦) .

رابعا

رفع دعاوى تحقيق الخطوط

دعوى تحقيق الخطوط الأصلية *action en vérification d'écriture* هي دعوى نظمها قانون المرافعات الملغى في المواد من ٢٧٧ الى ٢٨٠ ،

(٢٧٢) عبد الفتاح عبد الباقي : الاحكام رقم ١٤١ ص ٢٤٥ .
(٢٧٣) نفس المرجع والموضع السابقين .
(٢٧٤) وانظر فضلا عما تقدم عبد العزيز الحسباني : تطور التسجيل العقاري في العراق منشور ضمن مجموعة الاعمال الخاصة بالشهر العقاري في البلاد العربية سالف الإشارة رقم ١٩ ص ٢٧٠ إذ يقرر أن « التكييف القانوني لتسجيل التصرفات هو أن التسجيل ركن من أركان انعقادها وبدون التسجيل لا يعتبر العقد منعقدا وبالتالي لا يرتب أثرا ما » .

(٢٧٥) جان دي جارودي لاميشيني : المرجع السابق بند ٤٣ ص ٩٣٦ .

(٢٧٦) ويراعى أن التسجيل ذاته لا يعتبر شرطا واقفا لنقل الملكية، والاساس القانوني لذلك « أن الواقعة التي تصلح شرطا *Condition*

وهى بعينها التى ترددت فى المواد من ٤٥ الى ٤٨ من قانون الاثبات الحالى رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . ويقصد بها تلك الدعوى التى يجوز ان يرفعها الدائن بسند عرقى ويختصم فيها محرره . ليقر بان السند قد تحرر بمعرفته . او انه امضاه . او ختمه ، او رسمه بصمة (٢٧٧) .

ويذهب الفقه الى ان الدائن فى التصرف او العقد المعلق انما هو صاحب حق موجود . ووجوده يقتضى اتخاذ الاجراءات التحفظية اللازمة لحمايته قانونا ومنها رفع دعوى تحقيق الخطوط (٢٧٨) . وهذا امر اكدته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى . ولم يعد ثمة خلاف فى هذا الصدد . خاصة ، بعد ان اكدت المادة ٤٥ من قانون الاثبات ان دعوى تحقيق الخطوط الاصلية يجوز رفعها حتى ولو كان الالتزام الوارد بالسند « غير مستحق الاداء » .

وقيام الدائن الشرطى برفع « دعوى صحة التوقيع للحصول على اعتراف المدين بالامضاء او الختم الذى يحمله السند المثبت للحق » (٢٧٩) لا يخطو على اى خروج على المساعدة القائمة بان الدائن الشرطى لا يملك الحق فى رفع الدعاوى على المدين الشرطى قبل تحقق الشرط الواقع . لان دعوى تحقيق الخطوط ليست اجراء تنفيذيا ولا

=

يجب ان تكون واقعة عارضة . اى لا يرتبط بها تحقق الاثر الذى يعلق على حدوثها ارتباطا ضروريا فى كل الاحوال . بل يجب ان يكون امرا عارضا ، اى يتصور ان يتحقق هذا الاثر ولو لم يعلق على حدوثها . وهذه الصفة العرضية لا تتوافر فى التسجيل الذى يعتبر اجراء ضروريا فى جميع الاحوال لنقل ملكية العقار بين العاقدين وبالنسبة للغير ، حميل الشراوى : البيع بند ٥٤ ص ١٧٩ وانظر المرجعين اللذين اشار اليهما فى هامش ٢ .

(٢٧٧) انظر المادة ٤٥ اثبات ، والبدر اوى : الاحكام بند ٢٢٤ ص ٢٤٥ اذ يرى انه « يقصد بتحقيق الخط أن يكون للدائن بسند عرقى الحق فى أن يرفع دعوى تسمى دعوى تحقيق الخطوط الاصلية يطلب فيها من المدين الصادر منه السند الاقرار بامضائه فاذا أنكر قام باثبات صحة الامضاء .

(٢٧٨) مارتى ورينو المرجع السابق مثالا رقم ٧٥٤ ص ٧٦٣ . ٧٦٤ وكولان وكابيتان ودى لامورانديير المرجع السابق بند ١٦٩٠ ص ٩٣٧ .

(٢٧٩) أنور سلطان . الاحكام رقم ٢٣٩ ص ٢٤٧ . فدعوى صحة التوقيع هى دعوى تحقيق الخطوط الاصلية : حميل الشراوى عقد البيع رقم ٥٣ ص ١٧١ وانظر فى الموضوع : السنهورى . الوسيط ج ٤ رقم ٢٧٥ ص ٤٩٧ وما بعدهما .

تعدو ، في حقيقة الامر ، أن تكون مجرد اجراء وقتى أو تحفظى (٢٨٠) ، رغم ما قد يسببه ذلك من معاناة للمدين ، وهى معاناة ينعدم عند البعض ، كل مسوغ لها ، لما أن الشرط قد لا يتحقق وهو ما حدا بفقه المرافعات انى وسم اجراءات هذه الدعوى بالتعقيد ، الامر الذى جعل من النادر الالتجاء اليها عملا (٢٨١) .

خامسا

وضع الحراسة على الايمان

افصحت المذكرة الايضاحية عن حق الدائن الشرطى فى وضع الحراسة على الايمان ، ويتأتى ذلك عن طريق طلب « تعيين حارس على العين المملوكة تحت شرط واقف ، اذا كان المدين ينازع فى هذا الحق ، ويخشى على العين بسبب هذه المنازعة » (٢٨٢) وليس شك فى أن مثل هذا الطلب جائز ضرورة أنه داخل فى عداد الاعمال التحفظية ، وهو يعكس لا محالة فكرة وجود حق للدائن الشرطى على نحو ما رأينا سلفا .

سادسا

التدخل فى القسمة

ويجوز للدائن فى العقد المعلق على شرط واقف - شأنه شأن الدائن فى العقد المنجز - أن يتدخل « فى اجراءات القسمة التى يكون للمدين طرفا فيها » (٢٨٣) ، فيراقب سير اجراءاتها « حتى لاتتم على نحو يضر بمصلحته » (٢٨٤) .

فاذا كانت المادة ٨٤٢ مدنى تنص على أن « لدائن كل شريك أن

(٢٨٠) لوران المرجع السابق رقم ٨٩ ص ١١٠ .

“La vérification de l'écriture ... est considérée comme une mesure conservatoire”.

(٢٨١) فتحى والى . الوسيط فى قانون القضاء المدنى ١٩٨٠ بند

٢٩١ ص ٥٧٧ .

(٢٨٢) أنور سلطان : المرجع رقم ٢٣٩ ص ٢٤٧ .

(٢٨٣) أنور سلطان : المرجع والموضع السابقان . والسنهوري

الوسيط ج ٣ بند ٣٠ ص ٤٠ ومجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥ .

(٢٨٤) عبد المنعم الصدة . حق الملكية : المرجع السابق بند ٥٠ .

ص ٢٣٢ .

يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بغير تدخلهم « (٢٨٥) .
فإن لفظة الدائنين لها فيها مدلول عام يتسع للدائن بعقد بسيط والدائن
بعقد معلق على شرط ، فيستطيع أى منهما أن يوجه « المعارضة الى
كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم بأن يدخلوا من عارض من الدائنين
في جميع الاجراءات والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم « (٢٨٦) وذلك
بالطبع حق للدائن الشرطى كلما استشعر أن المدين بصدد اقتسام المال
الذى يمتلكه مع غيره ملكية شائعة (٢٨٧) .

وإذا كان الدائن في العقد المعلق على شرط واقف قد قيد رهنا
تقرر لضمان حقه (٢٨٨) ، قبل رفع دعوى القسمة ، كان على الشركاء
ادخاله وجوبا في تلك الدعوى حتى ولو لم يوجه الشركاء أى معارضة
والا كانت القسمة غير نافذة في حقه « دون أن يلتزم باثبات أى تواطؤ
أو غش » (٢٨٩) . ولكن القسمة قد تتم دون تدخل الدائن العادى أو
الشرطى ، وفي هذه الحالة لا يبقى أمام أى منهما سوى أن يطعن على
القسمة إذا كان ثمة غش (٢٩٠) .

ويذهب فريق من الفقهاء الى أن الحلول المتقدمة غير كافية . ذلك
أن المادة ١/٨٤٢ قد اقتضت على حالة القسمة القضائية دون القسمة
الاتفاقية مع أن « حاجة الدائنين الى الحماية بتحويلهم حق المعارضة
الزم في القسمة الاتفاقية منها في القسمة القضائية » (٢٩١) .

وقد يشور اعتراض على تدخل الدائن الشرطى . قبل تحقق
الشرط الواقف ، في اجراءات القسمة ، بمقولة أن هذا الاجراء يعتبر
بمثابة حجز ما للمدين لدى الغير ، فإذا نال الشريك معذرا من آخر
لزم الوفاء به للدائن المعارض . من دون الشريك المدين . ولن يتسنى

(٢٨٦، ٢٨٥) المادة ١/٤٨٢ مدنى ، وراجع المادة ١٢٦ مرافعات
وانظر : عبد الرزاق السنهورى الوسيط ج ٨ بند ٥٦٤ ص ٩٣٧ وهامش ١
وألرجع المشار اليه فيه .

(٢٨٧) محمد لطيب شنب : الاحكام رقم ٣٢٦ ص ٣٢٣ .

(٢٨٨) أنور سلطان . المرجع والموضع السابقان .

(٢٨٩) جميل الشرقاوى . حق الملكية سنة ١٩٧٤ بند ٥١

ص ١٥٧ .

(٢٩٠) انظر م ٢/٨٤٢ مدنى .

(٢٩١) عبد المنعم الصدة . المرجع السابق بند ١٥٠ ص ٢٣٢

ولذا يذهب هذا الرأى الى جواز اعتراض الدائنين على اتمام القسمة
الاتفاقية فى غيبتهم وجعل هذا الاعتراض ملزما للشركاء بادخالهم فى
اجراءات الاتفاق فى القسمة . جميل الشرقاوى المرجع السابق بند ١٥٠
ص ١٥٨ والمراجع التى أشار إليها فى هامش ٤ .

أعمال ذلك بالنسبة لدائن شرطى لم يتحقق الشرط الذى أنيط به حقه بعد .

ولكن هذا الاعتراض محل نظر لانه « يرتب على معارضة الدائنين أثرا لم ينص عليه القانون ، لاسمما وانه لا يطلب فيها اتخاذ اجراءات أنحجز » (٢٩٢) .

ويلاحظ فى النهاية ان حق الشريك على الشيوع ليس حقا شرطيا ، كما هو مقتضى النظرية التقليدية (٢٩٣) ، ولكنه حق احتمالى ، ومن المعلوم ان الحق الاحتمالى ، على خلاف الحق الشرطى ، ينقصه عنصر جوهرى لا عرضى ، ولا يقدح فى ذلك ان يكون القانون فى المادة ٨٤٣ م قد قضي بأن « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ ان تملك فى الشيوع ، وانه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصة » ذلك ان الذى قرر الاثر الرجعى فى هذه الحالة هو القانون ، والرجعية ليست حكرا على الشرط ، ويملك الشارع تقريرها اذا رأى ان هناك من الاهداف العملية ما يستاهل تقريرها (٢٩٤) .

والخلاصة ان الدائن فى التصرف المعلق على شرط واقف ، يستطيع ، كالدائن العادى أن يتدخل فى اجراءات القسمة ، بغية حماية مصلحته (٢٩٥) المشروعة التى اضافها عليه القانون وأقرها له الفقه ضرورة انه صاحب حق لا مجرد أمل .

(٢٩٢) عبد المنعم الصدة : المرجع والموضع السابقان . ويلاحظ أنه يجوز « تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف » : السنهورى البسيط ج ٨ بند ٥٤١ ص ٨٩٣ .

(٢٩٣) فقد ذهب البعض الى أن الشرط واقف ، وقال البعض الآخر أن الشرط فاسخ ، وقال فريق ثالث أن كل شريك يعتبر مالكا لما بضمم مى نصيبه تحت شرط واقف ومالك لما يقع فى نصيب غيره تحت شرط فاسخ : انظر فى عرض آراء أوبرى ورو وديمولوب وغيرهم محمد محمود عبد الله برسائله غير المطبوعة عن قسمة المال الشائع القاهرة ١٩٧٦ بند ١٢٤ ص ٢٧٥ وما بعدهما وانظر أيضا : منصور مصطفى منصور : تحليل أثر قسمة الاموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره : مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٦٤ س ٦ ع ١ بند ٣٠ ص ١٣٨ وما بعدهما فى عرض محاولات تبرير فكرة الاثر الرجعى للقسمة بوجه عام .

(٢٩٤) انظر التفاصيل فى : جميل الشرقاوى : حق الملكية بند ٥٣

ص ١٦٤ .

(٢٩٥) عبد المنعم الصدة : المرجع والموضع السابقان .

سابعاً

استعمال الدعوى غير المباشرة

يتلخص المركز القانوني للدائن في العقد المعلق على شرط واقف في أنه صاحب حق متكون فعلاً ، وإن كان ذلك الحق غير مستحق الاداء ضرورة أنه لم يوجد بعد وجوداً بسيطاً ، ومن خلال هذا المركز القانوني يمكن القول أن الدائن الشرطي له الحق في رفع الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه . والعلة في ذلك وكما رأينا أن الدائن الشرطي ليس له مجرد حق احتمالي بل له حق ذو « وجود قانوني يعتد به » (٢٩٦) ومن ثم فهو يملك الحق في استعمال حقوق مدينه ، التي يجيز القانون استعمالها عن طريق الدعوى غير المباشرة . ولا يقدح في ذلك أن حق الدائن الشرطي غير مستحق الاداء لأن استحقاق الاداء ليس شرطاً لرفع الدعوى غير المباشرة في القانون المصري وما يماثله ، ومن ثم يكون للمستفيد من حق منبثق عن تصرف أو عقد معاق على شرط واقف (٢٩٧) أن يرفع هذه الدعوى (٢٩٨) .

ومن هنا يبدو محل نظر استلزام بعض التقنيات (م ٢٧٦/٣ لبناني مثلاً) لمبكرة الدعوى غير المباشرة استحقاق اداء حق الدائن ، ويعزز ذلك أن هذه الدعوى ليست عملاً تنفيذياً (٢٩٩) ، فاستعمال الدائن لحقوق مدينه نيابة عنه إنما هو امر « ادخل في الاجراءات التحفظية ، فغايتها هي المحافظة على حقوق المدين ، وتقوية الضمان العام للدائنين تمهيداً للتنفيذ » (٣٠٠) وبالتالي لا يجب أن يشترط فيها

-
- (٢٩٦) السنهوري : الوسيط ج ٢ رقم ٥٣٠ ص ٩٤٦ .
(٢٩٧) جميل الشرقاوى . الاحكام بند ٢٨ ص ٨٠ وانظر المادة ٢٣٥ مدني وفي معنى مقارب المادة ١٨٩ مدني جزائري وإن كان صدر المادة يتكلم عن حق الدائن الذي لم يحل أجل دينه في استعمال الدعوى مقترباً في ذلك من نص المادة ١٠٦ من المشروع الفرنسي الايطالي التي بيع استعمال الدعوى غير المباشرة إن كان حقه مقترباً بأجل ولكن قارن المادة ٣/٢٧٦ من تقنين الموجبات والمعذور اللبناني .
(٢٩٨) توفيق حسن فرج . الاحكام ص ٥٦ حيث يؤكد أنه لا يكفي لمباشرة الدعوى أن يكون للدائن مجرد حق احتمالي ، وإنما يجب أن يكون للدائن الذي يستعمل حقوق مدينه حق موجود وأكد أن حق الدائن يعتبر موجوداً حتى ولو كان معلقاً على شرط واقف .
(٢٩٩) مازو . دروس ج ٢ ط ٣ سنة ١٩٦٦ بند ٩٧٣ ص ٤٥ .
(٣٠٠) جميل الشرقاوى الاحكام بند ٢٨ ص ٨٠ وانظر محمد لبيب شنب : الاثبات والاحكام بند ٢٦٤ ص ٢٥٨ .

ما يشترط في دعاوى أو إجراءات التنفيذ ، أى انه لا ضرورة مطلقا لاستلزام أن يكون حق الدائن مستحق الاداء من أجل استعمال الدعوى غير المباشرة .

وبالعكس من ذلك فإن الدائن صاحب الحق الاحتمالى ليس له حق موجود ، ومن ثم لا يمكنه ، بداهة ، الافادة من هذه الدعوى . وتأسسا على ذلك فإن الوارث قبل موت مورثه لا يستطيع أن يرفع تلك لدعوى باسم المورث (٢٠١) .

وهكذا يكون المشرع المصرى ، ومن سايره ، على حق عندما خول الدائن الشرطى ، قبل تحقق الشرط الواقف ، حق استعمال الدعوى غير المباشرة (٢٠١) ، اذا توافرت باقى شروطها ، نيابة عن مدينه ، ففى ذلك رعاية لمصلحة هذا الدائن ، وهى لاجرم مصلحة جديرة بالاعتبار.

ثامنا

مباشرة دعوى الصورية

الصورية في عبارة عامة هى : عملية قانونية بمقتضاها يتم انشاء مركز قانونى ظاهر ، يختلف عن المركز القانونى الحقيقى (٢٠٢) . ولما كان المتعاقدان لايعمران فى أحد تصرفاتهما عن ارادتهما الحقيقية ، لذلك أمكن القول بأن التصرف الصورى هو « تعبير ليست وراءه ارادة حقيقية تتجه الى الالتزام بالاثار القانونى الذى يقتضيه هذا التعبير (٢٠٤) ، لذلك يكون للغير (٢٠٥) ، وخاصة لدائى المتعاقدين ،

(٣٠١) السنهورى : الوسيط ج ٢ بند ٥٣٠ ص ٩٤٦/٩٤٥ .
(٣٠٢) أنور سلطان ، المرجع السابق ، بند ٢٣٩ ص ٢٤٧ والمذكرة الايضاحية للمشروع التميدى : مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٥ وانظر السنهورى . الوسيط ج ٢ بند ٥٣٢ ص ٩٤٨ والمراجع التى أشار اليها فى هامش ١ .
(٣٠٣) مازو . المرجع السابق (ج ٢ ط ٣ سنة ١٩٦٦) بند ٨٠٧ ص ٧٣٩

“La simulation est une opération par laquelle on crée une situation juridique apparente différente de la situation juridique véritable”.

(٣٠٤) جميل الشرقاوى : الاحكام بند ٣٠ ص ٩١ .
(٣٠٥) انظر فى تحديد مفهوم الغير : توفيق حسن فرج ، الاحكام، ص ٧٤ ومازو : المرجع السابق بند ٨١٨ ص ٧٤٥ وما بعدهما ، وانظر حكما احكمة النقض الفرنسية صنف الدائنين العاديين C. Chirographaires ضمن الغير فى مفهوم المادة ١٣٢١ مدنى فرنسى : نفس المرجع السابق : الفقرة ٨٢٠ ص ٧٤٧ .

سواء كانوا دائنين اصحاب حقوق بسيطة ام مضافة الى اجل أم منبثقة عن تصرف معلق على شرط (٦٠٥) ، أن يطعنوا على تصرفات مدينهم المتسمة بالصورية ، ويمكنهم في سبيل ذلك أن يشبثوا « بجميع الوسائل صورية العقد الذى اضر بهم » (٢٠٧) . انما يلزم أن يكون الدين غير متنازع فيه (٢٠٨) ومعنى ذلك انه يكفى « في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع » (٢٠٩) . اما استحقاق الاداء فليس شرطا لأطعن بدعوى الصورية ، فالدائن صاحب الحق المنبثق عن تصرف او عقد معلق على شرط واقف يمكنه رفع هذه الدعوى بغير جدال (٢١٠) .

تاسعا

قطع التقادم

إذا بيع عقار بيعا معلقا على شرط فان المتعاقدين يعتبران مالكيين في مواجهة بعضهما (٢١١) . فيكون احدهما مالكا تحت شرط واقف والآخر مالكا تحت شرط فاسخ . ويتحدد هذا أو ذاك حسب نوع الشرط . فان تعلق الامر بشرط واقف كان للشيء المبيع مالكان : المشتري وهو مالك تحت شرط واقف ، والبائع وبعد مالكا تحت شرط فاسخ . ويبقى هذا الوضع دائما ما بقى التعليق دائما .

وليس شك في أن المالك تحت شرط واقف له مصلحة مشروعة في أن يتخذ اجراءات قطع التقادم ضد من عساه أن يكون قد حاز العين ، ولا ضرر في ذلك فهو يمارس عملا تحفظيا ، ولقد أكد الفقه أن من « الاعمال التحفظية التى يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يقوم بها قطع التقادم ضد حائز العين ، ذلك أن التقادم في هذه الحالة

(٣٠٦) لبيب شنب . المرجع السابق بند ٢٧٨ ص ٢٧٨ اذ يؤكد أن الدائن يعتبر « من الغير متى كان له حق مؤكد قبل التعاقد ريسوى فى هذا الحق أن يكون قد نشأ قبل ابرام التصرف الصورى أو بعده كما يستوى أن يكون مستحق الاداء أو مؤجلا أو معلقا على شرط . وانظر حكمى محكمة النقض اللذين أشار إليهما فى هامش ١ وانظر م ٢٤٤ مدنى مصرى . (٣٠٧) يلاحظ أن نص المادة ١٩٨ مدنى جزائرى هو جزء من النص المصرى المذكور ، ولكنه أغفل النص على أن لدائنى المتعاقدين والخلف الخاص « أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويشبثوا بجميع الوسائل العقد الذى اضر بهم » .

(٣٠٨) السنهورى : الوسيط ج ٢ بند ٦٢١ ص ١٠٩٥ .

(٣٠٩، ٣١٠) المرجع السابق بند ٦٣٣ ص ١١١٨ .

(٣١١) انظر اشارة الى ذلك فى بلانيول وريبير وبيكار : المحل

العملى ج ٣ باريس سنة ١٩٥٢ بند ٢٣١ ص ٢٣٨ .

يسرى ضد الملك تحت شرط فاسخ ، ولكنه قد يتم قبل تحقق الشرط الواقف ، فاذا ما تحقق الشرط ولم يستطع صاحبه قطع التقادم ، فإنه لا يتمكن من نزع العين من حائزها بعد أن أصبح مالكا لها بالتقادم ، ومن ثم جاز للمالك تحت شرط واقف ، أن يقطع التقادم قبل أن يتم ، توفيا لهذا الضرر (٣١٢) المحتمل . وهكذا فلصاحب الحق المنبثق عن التصرف الشرطى أن يتخذ الاجراء المناسب لقطع التقادم وغالبا ما يكون المطالبة القضائية أو التنبيه (٣١٢) .

المبحث الثانى

آثار عدم تأكد الحق المرتبط بالرضاء الموصوف خلال مرحلة التعليق

رأينا أنه لا تعليق مالم يستجمع التصرف ابتداء كافة مقومات وجوده ، وتعليق العقد يعنى كونه أو سكونه ، فتناط فاعليته وتنفيذه بتحقيق واقعة عارضة مستقبلية ومحتملة ، ولذا فإن الآثار التى تترتب على التصرفات المعلقة تدور فى فلك هذا المفهوم ، وقد رأينا أن الاصلاح السائد فقها فى هذا الصدد هو أن الحق يكون غير مؤكد ، ليس بسبب تخلف عنصر جوهرى فيه ، بل بسبب تخلف عنصر عارض عليه . ونعرض لاهم هذه الآثار فى خمسة مباحث متتالية .

المطلب الاول

عدم جواز التنفيذ الجبرى

لما كان التصرف الشرطى مكتمل العناصر ، وكان الاثر يرتبط بالمصدر ارتباطا لا يقبل لتجزئة ، فإن وجود التصرف وجودا موصوفا ، ينسبغ بالضرورة على الحق المنبثق عنه ، فيكون الحق موجودا ، ولكنه يكون غير قابل للتنفيذ ، الا اذا تحقق الشرط . ويمس ذلك مجموعة من الاصول القانونية المرتبطة بفكرة التنفيذ ونعرض لها فيما يلى :

(٣١٢) السنهورى : الوسيط ج ٣ هامش ٣ ص ٤٠ ، ٤١ . ويعزز ذلك أن المالك تحت شرط فاسخ قد يكون فى غفلة من أمره بحيث لا يستطيع قطع التقادم فان لم يمنح المالك تحت شرط واقف الحق فى قطع التقادم ، فإنه لا محالة سيحقيق به ضرر ، من حقه رفعه .

(٣١٣) انظر عبد المنعم الصدة : المرجع السابق رقم ٣٩٧ ص ٦٠٧ وما بعدهما .

١ - فكرة رفع دعوى المطالبة بالتنفيذ قبل تحقق الشرط :

لا يجوز لصاحب الحق ان يطالب مدينه بالتنفيذ . اذا كان ذلك الحق مرتبطا بنصرف او عقد معلق على شرط واقف لم يتحقق بعد . واذا رفع الدائن الشرطى دعوى لمطالبة مدينه بالتنفيذ خلال هذه المرحلة . كان على المحكمة ان تقضى بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الاوان (٣١٤) . أى قبل تحقق الشرط الواقف . ويجد هذا الحكم اساسه القانونى فى أن الشرط كأمر عارض . هو واقعة محتملة . قد تتحقق وقد لا تتحقق . ولا يمكن تنفيذ حق انبط هو ومصدره بواقعة من هذا القبيل . وبعبارة أخرى . فان احتمال تخلف الشرط ، يجعل الحق المنشق عن التصرف الشرطى حقا قلما . فلا يستقر ، وليس يكتمل . الا اذا استبان مصير الشرط ، فاذا تحقق الشرط أمكن تنفيذ الحق . واذا تخلف اعتبر العقد - والحق - كان لم يكن . وهو ما يعبر عنه بحق المدين فى الرجوع عن تعهد (٣١٥) . ولا شك أن هذا المبرر كاف لعدم منح المدين حق المطالبة بتنفيذ عقد شرطى ، ولعدم منح المحكمة سلطة البت فى حق معلق كمصدره . على شرط واقف قبل تحقق ذلك الشرط .

وهكذا يمكن القول ان عدم جواز المطالبة بالحق الشرطى وهو حق موجود يرجع الى أنه غير قابل للتنفيذ قانونا . ويسرى ذلك ايضا على الحق المرتبط بعقد مضاف الى أجل واقف . وأساس هذا الحكم فى هذه الحالة ايضا ان المطالبة القضائية اثر من آثار نفاذ الالتزام .

(٣١٤) انظر : عبد المنعم الشرقاوى فى مؤلفه المرافعات المدنية والتجارية (مع فتحى والى) : ٧٦ - ١٩٧٧ بند ٢٧ ص ٣٣ ، ٣٤ حيث استعرض مدى قبول دعاوى الدائنين فى العقود المعلقة على شرط واقف وقال ان فريقا من الشراح (لارومبيز) ذهب الى قبول الدعوى قياسا على قبول دعوى الدائن بأجل واقف لأن الدائن يحوز حقا تجدر حمايته فى الحالتين خاصة وانه إن يترتب على رفع الدعوى ضرر طالما أن الحكم لن ينفذ الا عند تحقق الشرط . ونعتقد أن هذا الرأى مغالى فيه . اذ لا يمكن تجاهل فكرة عدم تحديد مصير التصرف وبالتالي الحق قبل تحقق الشرط . كما عرض المؤلف للرأى الراجح فقها والفائل بعدم قبول الدعوى قبل تحقق الشرط الوائف (بلانبول وريبير واسمان ، وديمولومب) ولكن تعليل الاستناد محل نظر لأنه يقول انه ليس للدائن الا مجرد أمل فى ترداد الحق يوما ما ، وهذا تعليل يعود بالحق الشرطى الى مرتبة الحق المستتبل وهى مرتبة دون مرتبة الحق الاحتمالى كما رأينا ، والحقيقة أن الحق الشرطى هو حق بمعنى الكلمة وليس مجرد أمل فى حق (عبد المنعم البدرأوى . الاحكام بند ٢٢٤ ص ٢٢٣) ضرورة أن مصدر الحق قد يكون ووجد فعلا وجودا معلقا يرتبط بمصيره بتحقيق واقعة مستقبلية ومحتملة ، وضرورة أن الحق يرتبط بمصدره ارتباطا لا يقبل التجزئة .

(٣١٥) جميل الشرقاوى : الاحكام بند ٥٣ ص ١٧٨ .

ونفاذ الالتزام المؤجل مضاف الى وقت حلول الاجل ، ومن ثم فلا تجوز المطالبة به الا في هذا الوقت (٣١٦) .

ويسرى عدم جواز المطالبة بالحق خلال مرحلة التعليق على شرط واقف بالنسبة لكافة الحقوق التى تقبل التعليق يستوى ان يكون العقد معلقا برمته ، او فى شق منه حسب مشيئة الطرفين فى التعليق ، لان الشرط وسف للرضاء القائم على استقلال او الداخلى فى تكوين عقد . ففى عقد البيع المعلق برمته لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بالثمن ولا يجوز للمشتري مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته طالما لم يتحقق الشرط . وفى العقد الذى علق فيه رضاء أحد المتعاقدين فقط ، فانه يمكن للطرف صاحب الحق الحال ان يطلب تنفيذ التزام المتعاقد الآخر ولا ينفذ التزامه هو ، الا اذا تحقق الشرط ، وامثلة ذلك عديدة ويمكن العثور عليها فى العقود المستمرة بوجه خاص ، فهى ميسر خصب للتعليق الجزئى لأنها عقود لا تنشأ فيها الالتزامات على عاتق أحد الطرفين الا مقابل تنفيذ التزامات الطرف الآخر ، كعقود الايجار والوكالة والنشر وغيرها ، فقد يعلق الناشر ، مثلاً ، الوفاء بالتزاماته على واقعة شرطية مركبة هى سماح الدولة بتصدير الكتاب ، وسماح الدول الاخرى باستيراده ، ووصول أول دفعة من الثمن المتفق عليه ، فهذا امر جائز .

- واذا رفعت الدعوى خلال مرحلة الشك ، ثم تحقق الشرط بعد رفعها ولو قبل نظرها ، فهنا قد يصادف الامر أحد رأيين :

أولهما : الراى الذى يعمل فكرة الاثر الرجعى لتحقيق الشرط ، وهو يعتبر الحق قائماً وناجزاً لا من وقت تحقق الشرط وانما من لحظة ابرام العقد . وبحسب هذا الراى فانه من الممكن قبول الدعوى والفصل فيها لانه رغم أن الحكم يستند الى وقت رفع الدعوى الا أن الشرطى تحققه يستند الى وقت سابق على رفعها ، وبهذا يكون الحق ناجزاً عند رفعها .

وهذا الراى يحقق مصلحة فى اختصار الوقت والجهد الذى ينجم عن صدور حكم بعدم القبول واعادة رفع الدعوى . وهذا الحكم قد يستند الى فكرة الاستحسان فى الشريعة الاسلامية فيكفى فى هذه الحالة مجرد تصحيح شكل الدعوى .

ثانيهما : الراى الذى لا يعند بفكرة الاثر الرجعى لتحقيق الشرط وبمقتضاه لن يكون الحق موجوداً الا من لحظة تحقق الشرط ، أما وأن الدعوى قد رفعت قبل تحققه فانه يجب على المحكمة أن تقضى بعدم

فبولها لرفعها عن حق لم يكن له وجود وقت ايداع عريضتها قلم الكتاب .
ولا شك ان الراى الاول يتسق ومسلك المشرع المصرى ويحقق
اقتصاديات العدالة . حقا انه لا يجوز للدائن بحق فى عقد معلق ان يرفع
دعوى المطالبة بذلك الحق خلال مرحلة التعليق « لان الرابطة الملزمة -
كما يقول الفقه التقليدى - لم توجد بعد ومن ثم لا يمكن اجبار شخص
على اداء حق لم يوجد » (٣١٧) . ولكن الامر فى هذه الحالة ليس امر
حق لم يوجد ولكنه امر حق موجود تبعا لوجود مصدره . وان كان
لا يمكن تنفيذه قبل تحقق الشرط . ومن ثم يمكن الاستمرار فى المطالبة
بعد تصحيح شكل الدعوى . فيما لو تحقق الشرط اثناء رفعها .

وفى ما يتعلق بأمر الاداء فان من شروط استصداره ان يكون الحق
حال الاداء . والحق لا يكون حال الاداء اذا كان مرتبطا بعقد معلق على
شرط واقف لم يتحقق . وحق هذا شأنه لا يمكن المطالبة به امام القضاء
« وطلب أمر الاداء هو مطالبة قضائية (٣١٨) » . وعلى خلاف ما رايناه
من امكان رفع الدعوى عن حق معلق على شرط لم يتحقق وعدم الحكم
بعدم قبول الدعوى فيما لو تحقق الشرط اثناء نظرها حسب احد الاراء
المفترضة فان الراى على خلاف ذلك بالنسبة لامر الاداء حيث لا يجوز
التكليف بأداء حق لم يحل ادؤه اذ يلزم ان يكون الحق « حال الاداء عند
التكليف بالوفاء وليس بعد ذلك عند تقديم طلب الاداء » (٣١٩) .

المطلب الثانى

عدم جواز رفع الدعوى البولصية

« اذا عمد المدين الى ابرام تصرفات قانونية ، يخرج بها الحقوق
من ذمته ، او يستدين بها ، ويزيد التزاماته . وهو يقصد من هذه
التصرفات الاضرار بدائنيه الذين استحققت ديونهم ، او على الاقل يعلم
انه معسر ولا يحفل مع ذلك بمصالح هؤلاء الدائنين . بل يمضي فى
التصرفات التى تنقص من ضمانهم وتقلل فرص حصولهم على حقوقهم

-
- (٣١٧) بلانينول وريبير وجابولد : بند ١٠٣٠ ص ٣٧٩ .
(٣١٨) فتحنى والى : الوسيط فى قانون القضاء المبنى سنة ١٩٨٠
رقم ٣٩٦ ص ٨٨٩ ومؤلفه فى المرافعات المدنية بالاشتراك مع الدكتور
عبد المنعم الشرقاوى ٩٧٧/٧٦ رقم ١٤٦ ص ٢٧١ .
(٣١٩) فتحنى والى الوسيط . المرجع السابق نفس الموضع .
فلا ينطبق على أمر الاداء ما هو مطبق بالنسبة للدعوى العادية عن أنه
اذا حل الاجل بعد رفع الدعوى فان القاضى ينظر الدعوى رغم ذلك فلا يحكم
بعدم القبول .

أو حصولهم عليها كاملة ، في مثل هذه الظروف جعل القانون للدائنين أن يطعنوا في تصرفات مدينهم التي تتم أضراراً بهم ليتمسكوا بعدم نفاذها في حقهم » (٣٢٠) ، شريطة أن يكون هؤلاء الدائنون أصحاب حقوق مستحقة الاداء (٣٢١) . ولما كان الدائن في العقد الشرطي ، لا يتمتع بحق مستحق الاداء (٣٢٢) ، فإنه لا يملك الحق في رفع الدعوى البولصية للطعن على تصرفات مدينه في العقد المعلق على شرط واقف لم يتحقق ، مهما (٣٢٣) أثقلت تلك التصرفات الجانب السلبي من ذمته المالية . ولقد نصت المادة ٢٣٧ مدني على أن الحق في رفع الدعوى البولصية قاصر على الدائن الذي يكون « حقه مستحق الاداء » ، إذا توافرت له باقي الشروط القانونية .

المطلب الثالث

عدم وقوع المقاصة بين دينين أحدهما منبثق عن تصرف معلق على شرط واقف لم يتحقق

نصت المادة ٣٦٢ مدني على أن :

- ١ - « للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين . إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خالياً من النزاع ، مستحق الاداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء »
 - ٢ - « ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن »
- والماتمل في الشرائع يستطيع أن يدرك من خلال تطور فكرة المقاصة أن استحقاق الاداء كان شرطاً مائلاً في كل الاذهان دائماً (٣٢٤) .

-
- (٣٢٠) جميل الشرفاوي . الاحكام بند ٣٢ ص ٩٧ .
 - (٣٢١) عبد الوود يحيى . الاحكام بند ٥١ ص ٦٩ .
 - (٣٢٢) توفيق حسن فرج . المرجع السابق ص ٦٣ « إذا كان حق الدائن معلقاً على شرط واقف فإنه لا يكون مستحق الاداء » .
 - (٣٢٣) A. Colin et H. Capitant. Cours élémentaire de Droit Civil français. Tome deuxième, Paris 1924, p. 58.
 - (٣٢٤) ليلي عبد الله الحاج سعيد : المقاصة : دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي في مصر والعراق : رسالة التماهرة ١٩٧٨ . على الاستئناس ص ١٧٦ وانظر توفيق حسن فرج . الاحكام ص ٢٤٠ ، وكذلك :

Cottance (F.) : La Compensation des créances dans la faillite ou la liquidation judiciaire, Paris 1899, p. 12 et s.

وإذا كان الشرط في مرحلة التعليق يجعل الحقوق غير مؤكدة المصير . وبالتالي غير مستحقة الاداء ، فانه ، لا جرم . يمكن القول ان الشرط يحول دون امكن وقوع المقاصة لهذه العلة في الشرائع والتشريعات ناطبة .

ولقد يتضح ذلك من الإشارة الى الفكرة في بعض التشريعات :
- ففي القانون الروماني تأخر ظهور المقاصة بسبب مبدا وحدة الدعوى ووحدة الطلب . وبعد تطور طويل أرهقت فيه الاستثناءات ذلك انبداً بفضل الدفع بالفسر . باتت المقاصة حقيقة واقعة . ولكنها كانت مقاصة قضائية دائماً . ونظام هذا شأنه لم يكن من المتصور ان يصدر القاضي حكماً بايقاعه الا اذا توافرت شروطه . وما بهما منها هنا هو شرط استحقاق الاداء . وهو شرط عبر عنه كثير من الفقهاء بوضوح في القانون الروماني . من ذلك مثلاً قول لورد ماكينزي (٢٢٥) انه لم يكن مسموحاً بالمقاصة في القانون الروماني اذا كان أحد الدينين مستحق الاداء والآخر مستقبلاً . أي بين دين حال الاداء وآخر في ضمير الغيب . وكان يلزم تبعاً لذلك . ان يكون الدين خالياً من النزاع .

Compensation is not allowed between debt presently exigible and one is future.

وتطبيقاً لذلك فانه اذا كان أحد الدينين معلقاً على شرط واقف فان وقوع المقاصة لم يكن جائزاً . خاصة اذا اخذنا في الحسبان ان المقاصة بحسب تعريفها كانت أداة وفاء آتى الدين (٢٢٦) .

- وفي القانون الفرنسي (٢٢٧) الذي تبلورت فيه فكرة المقاصة القانونية التي تقع بقوة القانون . ولو دون علم المدين . نجد من شروط المقاصة خلو الدينين من النزاع واستحقاقهما للاداء (٢٢٨) . وتطبيقاً لذلك يقرر

(٢٢٥) مؤلفه دراسات في القانون الروماني (مع نظرات مقارنة بالقانون الفرنسي والانجليزي والاسكتلندي) بمعاونة جون كيركباتريك سبتمبر سنة ١٨٩٨ ص ٢٧٩ ويقول ديبية بابيه انه كان يتعين لرفع المقاصة وجود دينين مستحقين الاداء خاليين من النزاع مؤلفه السابق ص ٨٧٦ ، ٨٧٨ .

(٢٢٦) مونييه ج ٢ (الالتزامات ط ١٩٣٦) رقم ٢٠١ ص ٣٤٠ .
(٢٢٧) المادة ١٢٩١ . والمقاصة في القانون الالماني تنتم باءـ لان عن الارادة يوجه للطرف الآخر م ٣٨٨ ولا يجوز تعليق المقاصة ذاتها على شرط في ذلك القانون . انظر تعليقات كبار الفقهاء الفرنسيين على الترجمة الفرنسية للمادة ٣٨٨ ص ٥٤٧ .

(٢٢٨) بحيث لا يحول دونهما أية عقبة مؤبدة أو مؤقتة : انظر

Roger Mendegris : La nature juridique de la Compensation
Paris 1969. No. 54. p. 77.

الفقه انه اذا كان هناك عقد معلق على شرط واقف لم يتحقق فان الحقوق التي تنبثق عنه تعد حقوقا غير مؤكدة المصير، ومن ثم فهي غير مستحقة الاداء، ولذا لا تقع المقاصة بينها وبين الحقوق مستحقة الاداء. ويذهب الدكتور السنهوري الى أن كل « دين غير محقق الوجود، يكون في حكم الدين المتنازع فيه، اذ يجمع بين الاثنين، معنى الشك في وجود الدين، فالدين المعلق على شرط واقف، هو دين غير محقق الوجود فلا تقع المقاصة بينه وبين دين آخر ولو كان هذا الدين الآخر هو أيضا معلقا على شرط واقف، ذلك أن أحد الدينين أو كليهما قد يوجد وقد لا يوجد والمقاصة تتضمن معنى الوفاء الاجباري، ولا جبر في وفاء دين معلق على شرط واقف قبل أن يتحقق الشرط (٣٢٩) » .

المطلب الرابع

عدم تقادم الحق النابت عن تصرف معلق على شرط واقف

تبنى كثير من التشريعات فكرة مؤداها ان مضي المدة على الحق، دون مطالبة به، أو استعمال له، يفضي الى انقضائه. وهذا هو التقادم المسقط، فالتقادم المسقط هو « استمرار قصود صاحب حق عن استعماله أو المطالبة به، مدة معينة، يؤدي الى انقضاء هذا الحق اذا تمسك من له مصلحة بهذا الانقضاء (٣٢٠) ». كما أن الشخص يصير مالكا للشيء، ان هو حازه مدة معينة وهذا هو التقادم المكسب (٣٢١) .

وهو يقرر أن الحق يكون خاليا من النزاع ومن ثم يكون مستحقا اذا كان الدائن يملك حق « اجبار الدين على الوفاء دون عقبة مؤقتة أو مؤبدة » :
"Contraindre le débiteur au payment sans qu'aucun obstacle, aussi bien temporaire que perpétuel, ne l'en empêche"

(٣٢٩) وتعلل موسوعة دالوز عدم التقااص بأنه وجود أحد الدينين يكون قبل تحقق الشرط غير محقق : أنظر موسوعة دالوز (١٩٥١) تحت وتعلل موسوعة دالوز عدم التقااص بأن وجود أحد الدينين يكون ذبل تحقق الشرط غير محقق : أنظر موسوعة دالوز (١٩٥١) تحت لفظ Compensation بند ١٢٢ ص ٩٠٤ :

"Une dette soumise à une Condition suspensive, ne saurait être Compensée, car, jusqu'à l'événement de la Condition, l'existence même de l'obligation est incertain".

(٣٢٩) السنهوري . الوسيط ج ٣ رقم ٥٣٦ ص ٨٩٥ وانظر المرجع والحكم المشار اليهما في هامش ١ .

(٣٣٠) جميل الشرقاوي : حق الملكية ص ٢٩٨ هامش ١ .

(٣٣١) بلانبول وريبير وبيكار ج ٣ رقم ٦٨٨ ص ٦٩٧ وما بعدها وانظر في تمييز التقادم المكسب عن التقادم المسقط : السنهوري الوسيط ج ٩ بند ٣٦٥ ص ٩٨٤ .

فالتقادم المكسب هو « استمرار حيازة شيء مدة معينة ، حيازة قانونية . يؤدي الى استطاعة الحائز كسب ملكية هذا الشيء . او اى حق عينى آخر عليه . كان يظهر اثناء الحيازة بمظهر صاحبه » (٢٢٢) .
فالنوع الاول يسقط الديون والثانى يخلق الحقوق . الامر الذى قد يبدو منافيا مع طابع الاتياع ، وموجبات الاخلاق ومقتضيات العدالة . الا ان الضرورات الاجتماعية (٢٢٣) كانت من القوة والاهمية بحيث عدت اساسا صالحا . ومبررا ملحا . للاخذ به فى معظم التشريعات .
وتتجلى فائدته من جهة فى تيسير الاثبات عن طريق خلق نوع من التوافق بين الواقع والحق (٢٢٤) ومن جهة اخرى فى توفير الاستقرار للمعاملات والمراكز القانونية . ويصدق ذلك على آثار التصرف المنجز وعلى آثار التصرف المعلق على شرط واقف بعد زوال التعليق . اما اثناء مرحلة الشك . اى قبل تحقق الشرط ، فان الشارع استند الى جوهر التعليق وما يفضي اليه من عدم تأكد مصير حق الدائن ، ومن ثم عدم القدره على المطالبة به للنص فى المادة ١/٢٨١ - ٢ على أن « لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الاداء » .

« وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة الى دين معلق على شرط واقف الا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط .. » .
فالتقادم المسقط لا يسرى الا من لحظة استحقاق الاداء (٢٢٥) .
وبوجه خاص من لحظة تحقق الشرطه الواقف (٢٢٦) . اما قبل ذلك فلا يسرى التقادم (٢٢٧) . وقد نصت المادة ٩٧٣ مدنى على أن « تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة . ووقف التقادم وانقطاعه . والتمسك به امام القضاء . والتنازل عنه . والاتفاق على تعديل المدة . وذلك بالقدر الذى لاتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب .. » .
ويذهب بعض الفقهاء الى أن معنى ذلك هو ان تطبيق احكام التقادم المسقط على التقادم المكسب يفضي الى « أن المالك تحت شرط

-
- (٢٢٢) جميل الشرقاوى : المرجع السابق بند ٩٦ .
(٢٢٣) بلانيول وريبير وبيكار : الموضوع السابق .
(٢٢٤) عبد النعم الصدة : حق الملكية . بند ٣٧٥ ص ٥٧٢ .
(٢٢٥) نفس المرجع السابق . والمؤلف يرفض تفسير التقادم بكونه قرينة على الوفاء بالحق أو النزول عنه . « ان فى الجزئية الاخيرة : محمد لبيب شنب : الاثبات واحكام الالتزام ٧٤/٧٥ بند ٣٩٨ ص ٣٩٧ .
(٢٢٦) راجع نقض مدنى ٤٥/١١١ المشار اليه فى المرجع الاخير .
(٢٢٧) استئناف مختلط ٣ مارس ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ عن السذهورى الموجز م ص ٣٨٠ وراجع ديومب ٢٥ رقم ٣٥٨ ص ٣٥١ .

واقف لا يسرى في حقه التقادم المكسب الا من وقت تحقق الشرط (٢٣٨) « وعلة ذلك انه قبل « تحقق الشرط لم يكن حق المالك نافذا وان كان موجودا (٢٣٩) » ومن ثم يتأخر سريان التقادم لهذه العلة (٢٤٠) ، فمناط سريان التقادم ليس فقط وجود الحق بل أيضا نفاذه (٢٤١) .

وفي فرنسا لا يوجد سوى نص واحد يتكلم عن عدم تقادم الحقوق الشرطية خلال مرحلة التعليق (٢٤٢) هو نص المادة ٢٢٥٧/١ ، الذي قرر جمهور قدامى الفقهاء الفرنسيين انه لا يسرى على الحقوق العينية الشرطية (٢٤٣) . استناد الى ان النص لا يتنم الا عن حقوق الدائنية ، ولاسباب عديدة ، من بينها ، ان الغير الذي يحوز العين قد يكون على غير علم بالوصف الذي يلحق الحق (٢٤٤) . اما القضاء الفرنسي فقد سلك مسلكا مغايرا للفقه ، فقد ذهب احكام عديدة الى ان تقادم الحقوق العينية لا يسرى من وقت الحيازة ، بل من وقت تحقق الشرط ، استنادا الى ان القاعدة الواردة في المادة ٢٢٥٧ هي قاعدة عامه ومن ثم تسرى على التقادم المكسب سريانها على التقادم المسقط ، وهو حل تبناه بعض الفقهاء الفرنسيين المحدثين (٢٤٥) ولقد ناقش كثير من الفقهاء في فرنسا فكرة مدى عدم سريان التقادم على الحقوق العينية الشرطية ، وايدها

(٣٣٩، ٣٣٨) السنهوري : الوسيط ٩ بند ٣٨٣ ص ١٠١٧ .
(٣٤٠) محمد عبد اللطيف : التقادم المكسب والاستقط ١٩٦٦ ط ٢
بند ١٢١ ص ١٠٨ .

(٣٤١) السنهوري : الموضع السابق

(٣٤٢) E. H. Moncelle : Dictionnaire des délais, prescription, Péremptions, Paris 1890, No. 2286, p. 419.

(٣٤٣) M. Palniol, Traité élémentaire de Droit Civil sixième édition. Tome premier, Paris 1911, "La doctrine pense en général que art. 2257 n'est pas applicable aux droits réels, pour cette raison qu'il parle seulement des droits de créance"

وقد أشار بلانيول الى أوبري ورو ج ٢ رقم ٢١٣ ص ٢٣١ نكمت ونوت ، ولوران ج XXXII أرقام ٢٥ حتى ٢٨ ، وبونت : الامتيازات والرهون ج ٢ رقم ١٢٥٥ ، ودالوز ، وكاريه دي ملبرج ، البنسديكت (١٩٠١ - ١٤٥٠) . وانظر أيضا بودري لاكانتوري ونيسبييه : التقادم ط ٢ باريس ١٨٩٩ بند ٣٩٦ ص ٢٥٣ وقد أشار بدورهما في هامش ٢ الى مرلان ، وبرودون ، وتوليه ، وديرانتون ، وفازي ، وماركاديه، وتروبيج، وجبرائيل ديمانت وغيرهم .

(٣٤٤) انظر بودري ونيسبييه - المرجع السابق بند ٣٩٦ ص ٢٥٣ وما بعدها وخاصة ص ٢٥٥ .

(٣٤٥) بلانيول وريبير وبيكار ج ٣ بند ٦٩٦ ص ٧٠٥ وقارن المواد ٢٠٢ ألماني ، و ٢١٢٠ ايطالي و ١٩٦٩ اسباني .

بعض الفقهاء وعارضها البعض الآخر متبنيا بذلك المسلك التقليدي في فرنسا (٢٤٦) . وهذا يتقاضا التساؤل عما اذا كان نص المادة ٩٧٣ مدني يعنى فعلا عدم سريان التقادم المكسب على الحق العيني في مصر الا من لحظة تحقق الشرط شأنه في ذلك شأن ما يقع حال التقادم المسقط .

والاجابة لا تحتاج الى كبير عناء ، ويكفى أن نضرب المثال الذي يستند اليه فريق من الفقه للاجابة على ذلك التساؤل بالإيجاب ، فالمغفور له المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري يقول أنه « اذا باع شخص منزلا لمشتري تحت شرط واقف ، أو أوصي بالمنزل لشخص معلقا الوصية على شرط واقف ، كان المشتري أو الموصي له مالكا للمنزل تحت شرط واقف . فإذا وضع الغير يده على المنزل قبل تحقق الشرط الواقف بنية تملكه ، أمكن لو اضع اليد أن يملك المنزل بالتقادم المكسب ، ولكن بدء سريان التقادم لا يكون من وقت الحيازة ، بل من وقت تحقق الشرط . واقف حيث تكون الملكية نافذة فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذها (٢٤٧) » .

ولكن هذا المثال لا يجد سنداً له من النصوص ، فهو يمد اثر الشرط الواقف الى الغير ، اذ يعتبر الحق غير نافذ في مواجهة الحائز وبديهي أن هذا الاخير لا يتحدد مركزه الا بوضع يده على العقار فقط ، والحقيقة أن الحق يكون غير نافذ فقط بالنسبة للدائن الشرطي ، أي المالك تحت شرط واقف . ان الحائز لا يتأثر مركزه انما نؤني برابطة قانونية بين شخصين اجنبيين تماما عنه ، فهو يستطيع أن يضع يده على عقار مملوك لغيره ملكية ناجزة ، المدة اللازمة ، ويكتسب ملكيته بالتقادم ، ويستطيع أن يضع يده على مال مملوك لآخر ملكية معلقة على شرط ، المدة اللازمة ، ويكتسبه بالتقادم أيضا ، وكما يستطيع المالك ملكية منجزة أن يدفع تعدي الحائز ، فان الدائن الشرطي يملك بدوره الحق في قطع

(٢٤٦) انظر في عرض تفصيلي لذلك رسالتي

G.E. Béchel : De la prescription des droits Conditionnels. Thèse, Paris 1909, p. 9 et suiv.; P. Rochefort : De la prescription des droits Conditionnels, Thèse. Paris 1910, No. 32, p. 95 et suiv.

ويؤسس الفقه الفرنسي المادة ٢٢٥٧ مدني على قاعدة انه لا تقادم حيث لا دعوى (لوران) ، أو قاعدة عدم سريان التقادم ازاء من لا يكون ملزما بالابفاء لدائن لا يملك اقتضاء الاستيفاء (برودون) أو على قاعدة: لا يسرى التذادم على من يتعذر عليه المطالبة بحقه أو غيرها من القواعد الاخرى التي لا مجال الآن للتعرض لها : انظر بشرل رسالته السابقة ص ١٢ وما بعدها ، في استعراض واف لها .

(٢٤٧) السنهوري : المرجع السابق بند ٣٣ ص ١٠١٧ ، ١٠١٨ .

التقادم لصالح البائع بعقد معلق على شرط واقف . كذلك يتنافى هذا المثال مع مقتضى القواعد العامة والمجردة في القانون ، فما الحكم لو كان الحائز لا يعلم أصلا أن العقار مملوك لآخر ملكية معلقة على شرط فاسخ ، كما أن هذا القول يتنافى مع الضرورات الاجتماعية والاقتصادية ، فمن يترك عقارا مبيعا بعقد معلق ، سواء كان هو البائع والمشتري ، للغير أن يجوزده ، دون أن يمنع اغتصابه إياه ، ركونا إلى أن التقادم لا يسرى إلا من لحظة تحقق الشرط يعتبر غير جدير بالحماية القانونية ، لأنه لم يقم على الإنتاج أو دفع الاعتداء وتركه لمن حازه حيازة مستمرة واستطاع أن يجعله شيئا مفيدا ومنتجا . فان هو ظل كذلك المدة المحددة اكتسب العقار بغير جدال لانعدام السند القانوني على عكس ذلك .

أن جعل سريان تقادم الحقوق العينية من لحظة تحقق الشرط ، يعتبر على الأقل ، محل نظر ، ويحتاج لوقفة طويلة من الفقه لتحرير ما يحوطه من لبس ، إزاء الاعتبارات المتقدمة . وعموما فان وقف التقادم يختلف عن عدم سريان التقادم في أن الوقف يقتضي أن يكون هناك تقادم ممكن ، وأما الأمر في حال التعليق على شرط واقف ، فهو أبعد مدى ، إذ تكون بصدد عدم قابلية للتقادم أصلا طالما لم يتحقق الشرط الواقف . *rèside dans la nature même de droit* فهو غير مؤكد المصير تبعا لتعليق العقد ذاته ، ومن ثم تكون بصدد عدم قابلية حقيقية للتقادم . أما بالنسبة للوقف فان التقادم يكون قد جرى وطراً ما يدعو إلى وقفه ، أو لم يجر وإن كان من الممكن أن يجرى ، كما في حالة ناقص الأهلية حيث يوقف التقادم إلى أن يبلغ الرشد (٢٤٨) ، فاعلة في هذه الحالة تكمن في عقبة خارجية *obstacle extérieur* (٢٤٩) ليست من جوهر التعليق وما يفضي إليه من عدم تأكد في الحق ذاته ، وإنما هي مسألة ترجع إلى أمر خارج عن الحق مثل ورود الحيازة على عقار مملوك لقاصر ليس له من يمثله قانوناً إذ في هذه الحالة لا يسرى التقادم إلا حين يبلغ القاصر سن الرشد أو يوجد له قبل ذلك من يمثله قانوناً (٢٥٠) .

المطلب الخامس

أثر عدم تأكد مصير حق الدائن على الوفاء الاختياري

لا يكون الوفاء إلا بحق مستحق الأداء فاذا كان معلقا على شرط

(٣٤٨) الصدة رقم ٣٩٣ ص ٥٩٨ .

(٣٤٩) بشرل ص ١١ وراجع في التفرقة أوبري ورو ج ٢

رقم ٢١٣ .

(٣٥٠) الصدة : حق الملكية بند ٣٩٣ ص ٥٩٨ .

واقف ، فقد رأينا ان الالتزام فيه يكون مجهول المصير ، ومن ثم لا يقايله حق منجز طالما لم يتحقق الشرط . ومن أجل هذا لا يتصور الوفاء الا بتحقيق الشرط . وفي القانون الروماني حدد الفقهاء أثر الشرط على فكرة الوفاء الاختياري خلال مرحلة التعليق ، وقالوا (٣٥١) ان الوفاء خلال مرحلة الشك اذا نجم عن غلط فانه يمكن استرداده (٣٥٢) ولفقه الفرنسي بدوره يؤكد أن الحق المنبثق عن عقد معلق على شرط واقف لا يجب الوفاء به اختيارا خلال مرحلة التعليق ، واذا فرض وقام شخص بمثل هذا الوفاء أمكنه استرداد ما وفاه دون وجه حق . وهكذا فان ديملومب (٣٥٣) يركز على فكرة الاسترداد بمقتضي دعوى رد غير المستحق ، كما أن لوران (٣٥٤) الذي يحذو حذو بوتيه يقرر أن ما دفع عن غلط في هذه الحالة يمكن استرداده ، على خلاف الوفاء قبل حلول الأجل لان الأجل يؤخر فقط مجرد التنفيذ ليس لترقب حدوث واقعة غير محققة ، بل انتظارا لحلول أجل محقق الوقوع . والفقهاء العربى على أنه «لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يتقاضي حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختياري ، ليس ثمة بطبيعة الحال ما يمنع المدين تحت شرط واقف من أن يفي المدين قبل تحقق الشرط ولا ما يمنع الدائن من تقاضي هذا الحق ولكن هذا الوفاء يكون وفاء بغير المستحق فاذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق جاز له استرداده وفقا للقواعد العامة في دفع غير المستحق (٣٥٥) » .

-
- (٣٥١) ديبويه بأبيه : السابق ص ٥٠٧ .
(٣٥٢) نفس المرجع ص ٣٠١ ويكون الاسترداد برفع دعوى استرداد ما دفع دون وجه حق وراجع بوفنوار مؤلفه عن الشرط ص ٢٤٠ .
(٣٥٣) ج ٢٥ رقم ٣٥٨ ص ٣٥١ .
(٣٥٤) ج ١٧ رقم ٩١ ص ١١٦ ومارتى وريينو الالتزامات ج ٢ مجلد ١ سنة ١٩٦٢ رقم ٧٥٣ ص ٧٦٣ .
(٣٥٥) السنهوري الوسيط ج ٣ رقم ٣١ ص ٤٢ .

الفصل الثاني

آثار العقد المعلق على شرط فاسخ خلال مرحلة التعليق

النصرف القانوني المعلق على شرط فاسخ يولد التزاما قائدا وناظدا بيد أنه يكون مهتدا بالزوال اذا فرض وتحقق الشرط (١) . وهذه الحقيقة بشقيها تتطلب استعراض فكرة آثار العقد المعلق على شرط فاسخ ، ونعرض لذلك في مبحثين ، أولهما يتعلق بأثر قيام ونفاذ الحق خلال مرحلة التعليق على شرط فاسخ . وثانيهما في أثر تهتد الحق بالزوال .

المبحث الأول

أثر قيام ونفاذ الحق خلال تعليق العقد على شرط فاسخ

العقد المعلق على شرط فاسخ ، هو عقد قائم وناظد ، فلا أثر الشرط على تكوينه (٢) من جهة ، ولا على ترتيبه لآثاره من جهة أخرى بمعنى أن العقد رغم تعليقه ، ينتج كافة آثاره كالعقد المنجز سواء بسواء (٣) ، على حد ما يقرره فيلوتي ، الذي يشاركه كثير من الفقهاء تعبيرة المتحفظ ، فلا يقررون أن هذا العقد يعد بسيطا منجزا ، بل يستخدمون أسلوب الافتراض والتشبيه ، فيقررون أن العقد المعلق على شرط فاسخ يعتبر كما لو كان عقدا بسيطا (٤) ، أو يعتبرون (٥) الالتزام العقدي المشروط موجودا وناظدا ، كما لو لم يكن شرطيا Comme non Conditionnelle (٦) .

(١) جميل الشرقاوي . الاحكام بند ٥٣ ص ١٨٠ .

(٢) ديمولومب . المرجع السابق ج ٢٥ بند ٤٤٧ ص ٤٣٦ .

(٣) فيلوتي . رسالته المشار إليها ص ٦٦ :

“Le Contrat Conclu malgré l'affectation d'une Condition résolutoire produit tous ses effets Comme un Contrat pur et simple”.

(٤) ديمولومب مثلا : المرجع السابق بند ٤٤٧ ص ٤٣٦ .

(٥) أنور سلطان الاحكام . المرجع السابق . بند ٢٤٠ ص ٢٤٨ .

(٦) أوبري ورو ج ٤ ط ٥ بند ٣٠٢ ص ١٢٠ .

واعتبار العقد المعلق قائما وناظرا ، يؤثر على المركز القانوني للمتعاقدين .

- فالدائن من جهة ، تكون له طوال مرحلة التعيق ، نفس حقوق الدائن في العقد البسيط ، وعليه نفس التزاماته .

- والمدين من جهة أخرى ، يحتل مركز نظيره في العقد المنجز ، ويعبر عن ذلك عادة بأنه يتمتع بحقوقه أو امتيازاته ، ويتحمل بنفس التزاماته ، ولا يقدح في ذلك أن الشرط قد يتحقق بعد التنفيذ ، لأن المتعاقدين حين أبرما عقدهما معلقا على شرط فاسخ ، فقد أبرماه وهما عالمان بأن مكنة تحقق الشرط قائمة ، ولو ارادا غير ذلك لما علقاه .

وفي إطار هذه الفكرة تدور حقوق والتزامات الدائن والمدين ، في العقد المعلق على شرط فاسخ ، على ما نعرض له الآن اجمالا .

أولا الدائن : فالدائن يتمتع بمجموعة من الحقوق والامتيازات وأهمها :

(أ) المطالبة والتنفيذ الجبري :

يستطيع الدائن في العقد المعلق على شرط فاسخ أن يطالب مدينه بالوفاء ، فإن امتنع كان له أن يجبره على ذلك (٧) ، وعلة هذا الحكم أن الدائن له حفي حال ، ويتمتع به تمتعا فعليا ولا يستطيع أحد أن يعوقه عن ذلك .

(ب) احتساب مدة حيازة العين في التقادم :

والمالك تحت شرط فاسخ هو مالك قلق ، ولكنه يملك احتساب مدة حيازته للعين ضمن مدة التقادم ، ليس فقط ازاء المالك الحقيقي *le véritable propriétaire* ولكن أيضا ازاء الغير الذين يدعون أن لهم حقوقا على ذلك العقار (٩) .

(ج) التصرف في الحق :

وإذا كان الدائن يستطيع المطالبة بحقه ، ويحتسب مدة حيازته في التقادم ، فإنه يملك بداهة أن يتصرف في حقه ، ولكنه يتصرف فيه

(٧) د • جميل الشرقاوي • الاحكام • بند ٣ ص ١٨٠ .

(٨) السنهوري • الوسيط ٣ بند ٣٢ ص ٤٣ .

(٩) بودري وبارد • ارجع السابق بند ٨٧٥ ص ٧٣ • وبقول

الدكتور السنهوري « ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يحسب مدة حيازته للعين في التقادم ، فإذا أكمل المدة ملك العين بالتقادم تجاه المالك الحقيقي ولحساب المالك تحت شرط واقف ، فإذا تحقق الشرط رجعت العين ، بعد أن تمت مدة التقادم ، لا الى المالك الاصلى بل الى المالك تحت شرط واقف » الوسيط ج ٣ بند ٣٢ ص ٤٣ .

بوصفه أى باعتباره حقا قابلا للزوال تبعا لزوال التصرف (١٠) .

(د) مباشرة دعاوى الملكية والحيازة :

وكالمالك بعقد منجز ، يستطيع الدائن فى العقد المعلق على شرط فاسخ ، أن يرفع دعاوى الملكية ، لكى يثبت حقوقه ، ويدفع اعتداء الغير عليها (١١) ، ويستطيع كذلك أن يرفع دعاوى الحيازة الثلاثة التى نص عليها القانون المدنى فى المواد من ٩٥٨ حتى ٩٦٢ وهى دعاوى استرداد الحيازة ، ودعوى منع التعرض ، ودعوى وقف الاعمال الجديدة .

(هـ) طلب القسمة :

واذا كان المشتري فى عقد معلق على شرط فاسخ ، قد ابتاع نصيبا شائعا فى عقار ، فانه يتمتع كباقى الشركاء ، بحق طلب القسمة « مالم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق » (١٢) .
واذا فرض وتحقق الشرط الفاسخ بعد أن تمت القسمة ، فان القسمة تبقى وتنفذ فى مواجهة المتصرف الذى آل ليه العقار ، والحكمة فى ذلك « أن القسمة اجراء من اجراءات الادارة ، التى تبقى قائمة ، حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ (١٣) » .

(و) الاخذ بالشفعة :

كذلك « يجوز الاخذ بالشفعة اذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به معلقا على شرط فاسخ » (١٤) .
ومع ذلك فيلاحظ ان المالك تحت شرط فاسخ ، لا يستطيع الاخذ بالشفعة الا اذا انتقلت اليه الماكية فعلا ، ولهذا يلزم قيام هذا المالك بتسجيل سند ملكيته . واذا فرض وتحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك ، فانه استثناء من قواعد الاثر الرجعى ، يبقى حق الشفيع على العقار المشفوع فيه قائما ، ويترتب على ذلك ويتواءم معه أن العقار الذى يرد ائى المالك الاصلى ، والذى يمكن تسميته بالمالك تحت شرط واقف ، هو العقار المشفوع به دون العقار المشفوع فيه ، لما أن المالك تحت شرط واقف لم يرغب أصلا ولم يكن له أن يريد ذلك . كما أن المالك تحت شرط فاسخ قد اشترى العقار المشفوع فيه لنفسه ، استعمالا لكنة تخولها اياه ملكيته للعقار بناء على عقد معلق عى شرط فاسخ .

(١٠) توفيق حسن فرج . الاحكام ص ١٠٢ .

(١١) الدكتور السنهورى . المرجع السابق بند ٣٢ ص ٤٤ .

(١٢) المادة ٨٣٤ مدنى .

(١٣) السنهورى . المرجع والموضع السابقان .

(١٤) السنهورى . الوسيط ج ٩ بند ١٨٩ ص ٥٨٥ ، أنور سلطان .

الاحكام بند ٢٤٠ ص ٢٤٨ .

والخلاصة ان تحقق الشرط الفاسخ يزيل ملكية المشتري تحت شرط فاسخ للعقار المشفوع به دون لعقار المشفوع فيه .

(ن) التطهير :

ويستطيع المالك تحت شرط فاسخ ان يقوم بالتطهير Purge أى يمارس حقه القانونى فى انقضاء او وقف « اجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائن المرتهن على هذا العقار بما له من ميزة التتبع . بان يعرض . وفقا لاجراءات معينة . المبلغ الذى يمثل قيمة العقار المرهون (١٥) » فالمالك تحت شرط فاسخ يستطيع . قبل ان يستبين مال الشرط . ان يباشر التطهير « ويكون أثر التطهير نهائيا وفقا للمادة ١٠٨٣ . اخذا بما ذهب اليه القضاء الفرنسى . على عكس ما تقضى به المبادئ العامة . ولو تحقق الشرط بعد اجرائه (١٦) »

٢ - والدائن يتحمل بكافة الالتزامات التى تتقل كاهل أى مالك بمقتضى عقد بات . ولا يبر ذلك أية مشكلات فنية . وهو الذى يدفع رسوم انتقال الملكية كاملة . وهو الذى يتحمل تبعه الهلاك الحادث قبل تحقق الشرط الفاسخ . ولو اغتصب أحد العقار الذى انتقل اليه فان المقتصب يستطيع اكتساب الملكية بالتقادم .
ونجزمى الآن بعرض فكرة تبعة البلاك فى العقد المعلق على شرط فاسخ :

(أ) فى القانون الرومانى :

اذا تعلق الأمر بعقد بيع معلق على شرط فاسخ . وملك المبيع خلال مرحلة التعليق لم تحقق الشرط فهل يتحمل المشتري تبعة البلاك ام انها تكون على البائع .

ان هذه القضية يكتنفها غمى من الشموخ (١٧) فى القانون الرومانى فقد ذهب فرمه Vermet الى انه فى حالة البلاك الكلى للشيء المبيع قبل تحقق الشرط الفاسخ . فان المشتري هو الذى يتحمل تبعة الهلاك (١٨) . فلا يسترد الثمن ويلزم بأدائه ان لم يكن قد وفاد . ويستند

-
- (١٥) جمال زكى . دروس فى التأديبات الشخصية والعينية
١٩٧٤ بند ١٦٧ ص ٢٥٣ . ٢٥٤ .
(١٦) المرجع السابق بند ١٦٨ ص ٢٥٥ .
(١٧) ديملومب . ج ٢٥ بند ٤٥٨ ص ٤٤٠ .
(١٨)

Vermet : Textes choisis sur la théorie des obligations
en Droit Romain, p. 36. Cité par M.M. Demolombe, t. XXV No.
408, pp. 440-441 et Bufnoir : De la Condition p. 454.

هذا الرأي الى العقل لا النقل . ففسخ العقد يقتضي بقاء الشيء ذاته ، فان هلك فلا فسخ ، كما ان جوهر هذا العقد كعقد بسيط معلق فسخه على تحقق واقعة شرطية ، يقتضي اخضاعه بهذه المثابة لنفس القاعدة التى تحكم الأمر فى العقد المعلق على شرط واقف ، فيصبح المشتري فى العقد المعلق على شرط فاسخ فى موقف البائع فى العقد المطلق على شرط واقف ، والثابت أن تبعة الهلاك تكون على البائع فى العقد المعلق على شرط واقف ضرورة أنه « عند تحقق الشرط لا يكون هناك محل يرد عليه العقد فيبطل ولا يعود المشتري ملتزما بشيء ما (١٩) ». وهكذا فان المشتري فى العقد المعلق على شرط فاسخ ، ولنفس الاسباب par les mêmes motifs يتحمل تبعة الهلاك (٢٠)

— اما بوفنوار ، فيذهب الى انه يجب التمييز بين الهلاك — الكلى طبعاً — الذى يعقبه تخلف الشرط الفاسخ ، والهلاك الذى يعقبه تحقق ذلك الشرط . فاذا أعقب الهلاك تخلف الشرط فان المشتري هو الذى يتحمل تبعة الهلاك ، ولا اشكال فى ذلك . اما ان أعقب الهلاك تحقق الشرط الفاسخ ، فان البائع وليس المشتري هو الذى يتحمل تبعة الهلاك (٢١) ، وينتقد الرأي الاول الذى يجعل التبعة على المشتري قائلاً انه يصور الأمر وكأنه ينطوى على اعادة بيع ، وهذا أمر لا وجود له ، ومن ثم ينتفى الأساس الذى بنى عليه ، وهو تصور المشتري كما لو كان بائعاً تحت شرط واقف (٢٢) ، كما انه اذا كان الشيء المبيع لازماً عند إبرام العقد فانه ليس لازم الوجود عند فسخه ، ثم ان الرأي الاول يفترض ان هناك تسليماً قد تم دائماً ، فماذا لو لم يكن هناك تسليم؟ ألا تكون التبعة على البائع : (٢٣) .

لقد رجح ديمولومب الرأي الاول (٢٤) ، ولكن المسألة ليست مسألة ترجيح بقدر ما هى مسألة بحث عن نصوص قاطعة الدلالة على

(١٩) شفيق شحاتة : نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى .
الرجع السابق بند ٢٤٥ ص ٢١٣ .
(٢٠) فرميه . الموضع السابق . مشار اليه فى بوفنوار . الرجع السابق ص ٤٥٤ .

(٢١) بوفنوار ، المرجع السابق ص ٤٥٤ — ٤٥٥ حيث يقول :
“l, perte de la chose vendue, survenue pendant Condition, au Cas de vente sous Condition résolutoire, doit être supportée par le vendeur quand la Condition résolutoire s’accomplie”.

(٢٢) المرجع السابق، ص ٤٥٥ .
(٢٣) انظر مزيداً من التفاصيل فى المرجع السابق .
(٢٤) وهذا صحيح عند البعض ، رغم الانتقادات الموجهة اليه ،
لنظقيته .

الفكرة التي تبناها القانون الروماني وهو أمر لم يتم الوصول اليه حتى الآن .

(ب) في القانون الفرنسي :

ذهب جمهور الفقهاء - على خلاف لارومبيير وديرانون مثلا - الى أن المشتري هو الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء هلاكاً كلياً فيما لم يتحقق الشرط الفاسخ (٢٦) . بعد الهلاك . وهذا هو نفس المسالك الأولى الذي رايناد في القانون الروماني .

ويستند هذا الرأي الى نفس الفكرة القائلة بأن العقد المعلق على شرط فاسخ هو في الحقيقة عقد بسيط . ونسخه فقط هو الذي يكون معلقاً على شرط (la résolution en est Conditionnelle)

فالمركز القانوني مكتسب الحق تحت شرط فاسخ يتطابق كلية مع المركز القانوني للبايع تحت شرط واقف (٢٧) . أي أن المشتري يعتبر كمدن بالشيء المبيع تحت شرط اقف (٢٨) "débiteur de la chose sous Condition suspensive" وما دام الأمر كذلك فإن التبعة تكون من نصيب المشتري في العقد المعلق على شرط فاسخ .

والخلاصة أن الفقه الفرنسي يصور الأمر في هذه الحالة كما لو كان يكتسب طابع الشرط الواقف . وطالما أنه ليس هناك سوى شرط واقف في كل الأحوال . فيجب أن يكون الحكم واحداً وينحمل المشتري تبعه الهلاك (٢٩) .

(ج) وفي القانون الألماني :

نجد نفس الحكم المعمول به في القانون الفرنسي فزهدي يكن بعد أن استعرض حكم المادة ٩٦ من قانون الموجبات

(٢٥) مثلاً لوران . المرجع السابق بند ١١٠ ص ١٢٦
La perte est pour l'acheteur . وأوبري ورو ج ٤ ط ٥ سنة ١٩٠٢
رقم ٣٠٢ ص ١٢٣ والمراجع التي أشاروا إليها .
(٢٦) أما لو لم يتحقق فالعقد يكون بسيطاً ويتحمل المشتري التبعة من باب أولى . غيلوتى ص ٧٢ .
(٢٧) فيلوتى ص ٧٣ .

"la situation de l'acquéreur sous Condition résolutoire est exactement identique à celle du Vendeur sous Condition suspensive".

(٢٨) لوران . المرجع السابق بند ١٠٩ ص ١٢٦ .
(٢٩) لوران بند ١١٠ ص ١٢٦ .
"Le débiteur Conditionnel supporté la risque: Or, l'acheteur est débiteur Conditionnel, donc il faut lui appliquer l'article 1182".

(٣٠) لوران بند ١١٠ ص ١٢٧ .

والعقود اللبناني انتهى إلى أن الذي تقرر قانونا هو تحميل المشتري تبعة الهلاك « وليس له حق مطالبة البائع برد الثمن إليه (٢١) » .

(و) وفي القانون المدني المصري: نجد نفس التصور الفرنسي للمشتري تحت شرط فاسخ كمدین « تحت شرط وأقف (٢٢) » ، وهو تصور يسمح بتحميله تبعة هلاك العين المشتراة بعقد معلق على شرط فاسخ . كذلك مما يسمح بتحميل المشتري تحت شرط فاسخ تبعة الهلاك ، أن هذا الأخير يعتبر صاحب حق مكتمل الوجود (٢٣) وهو أمر يمكن الوصول إليه عن طريق اعتبار استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي في فترة تعليق التصرف على شرط ، أمرا مستثنى من أعمال فكرة الأثر الرجعي للشرط .

فالمادة ٢٧٠/٢ تنص على أنه « لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قتل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه » ، ومقتضي ذلك أنه إذا « كان المبيع معلقا على شرط فاسخ وهلك المبيع في يد المشتري بعد تسليمه له ، في فترة تعليق الشرط ، وقعت تبعة الهلاك على المشتري ، ولو تحقق الشرط بعد هلاكه ، متى جردناه من أثره الرجعي ، لارتباط تبعة الهلاك بالتسليم ، وقد كان مقتضى الأثر الرجعي للشرط أن يعتبر البيع بتحقيق الشرط الفاسخ ، كأن لم يكن أصلا ، فتقع تبعة هلاك المبيع على مالكه وهو البائع ، سواء كان قد سلمه أم لم يسلمه » (٢٤) .

(هـ) وفي الشريعة الإسلامية : نجد أن الشرط الفاسخ معروف تماما في فقهاء ، وقد يصور بعض الفقهاء التصرف المنطوي عليه كتصرف معلق فسخه على شرط ، تماما كما يذهب إليه بعض فقهاء القانون الوضعي . من ذلك قول ابن رجب « أن الوكالة قابلة للتعليق .. وكذلك فسخها (٢٥) » . ولكن العقود الناقلة للملكية كالبيع فإنها من العقود التي قد تثير جدلا حول مدى إمكان فسخها تبعا لتحقيق شرط

(٣١) تشرح قانون الواجبات والعقود - مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية - ط ١ بيروت ١٩٦٢ ج ٤ ص ١٩٧ « والسبب في تقرير هذه القاعدة هو شرط التعليق نفسه لا الشرط الالغائي الذي لم يخرج عن كونه شرطا تعليقيا معكوسا » .

(٣٢) الدرداوي . الأحكام بند ٢٢٨ ص ٢٤٧ وانظر مقال الدكتور عبد الحى حجازي - ضمان الهلاك - مالمف الإشارة . مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٥ - في ظل القانون الملغى ص ٥١٥ .

(٣٣) السنهوري . الوسيط ج ٣ بند ٣١ ص ٤٢ .

(٣٤) جمال زكي . الأحكام ١٩٧٤ بند ٩٧ ص ١٢٦ .

(٣٥) القواعد . ط ١ سنة ١٩٧٢ م ص ٢٨٩ .

فاسخ (٢٦) فالثابت انها لم تكن تقبل الفسخ لهذه العلة . ولهذا لا يمكن المثور على حكم صريح فيمن يتحمل تبعة الهلاك ، كما ان الفقه الاسلامي كان لا يألو جهدا في سبيل الحيلولة دون فسخ العقود (٢٧) وهذا بدوره جعل البحث فيمن يتحمل تبعة الهلاك في حالة التعليق على شرط فاسخ ، على فرض وجوده ، أمرا غير ممكن .

واذا كان لنا - بعد ن استخلصنا جواز تعليق التصرفات على شرط (واقف أو فاسخ) في الفقه الاسلامي - ان نعرض رأيا حول من يتحمل تبعة الهلاك بصدد عقد معلق على شرط فاسخ . فانه يمكن القول ان المشتري هو الذي يتحمل التبعة اذا كان قد قبض الشيء المباع (٢٨) والا فانها تكون على البائع .

ثانيا : المدين :

كذلك فان المدين في العقد المعلق على شرط فاسخ تكون له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات .

فمن حيث الالتزامات : ينتج العقد المعلق على شرط فاسخ كافة الآثار التي ينتجها العقد المنجز ، أي أنه ينتج آثاره بالنسبة للمدين كما لو لم يكن يعتريه أى تعليق (٢٩) .

ومن هنا يجب على المدين ، وليكن البائع مثلا ، ان ينفذ التزاماته فورا immédiatement ، ما لم يكن هناك بند عقدي يحول دون ذلك ، واذا توفى المدين فان التزاماته تنتقل الى ورثته ، فيجب عليهم الوفاء بها ، وذلك في حدود القواعد العامة في الشريعة الاسلامية .

وبهنا الآن ان نذكر ان الامر ان تعلق مثلا ببيع عقار ولم يقم المورث بانخاذ الاجراءات المعاونة من اجل التسجيل ، كان على الورثة القيام بذلك ، واذا كان ثمة تسليم لم يتم كان على الورثة ان يقوموا بالتسليم (٤٠) . ومن حيث الحقوق : فان المدين في العقد المعلق على شرط فاسخ ،

(٣٦) يقول د^و شفيق شحاتة : رسالته بالفرنسية سنة ١٩٣٦

بند ٧٤ ص ٨٣

“La Condition résolutoire n'est guère possible dans les Contrats translatifs”.

(٢٧) جمال الدين محمد محمود . سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الاسلامي ط أولى ١٩٦٩ ص ٤٤٥ .

(٢٨) وهذا قياس على العقد المنجز . انظر ابن جزى : المرجع السابق ص ٢٣٩ وانتظر : السنهوري . مصادر الحق المرجع السابق ج ٦ ط ٣ سنة ١٩٦٨ ص ١٨٢ . وانظر البحر الرائق ج ٦ ط المطبعة العنصرية ص ١٢٧ .

(٣٩) فيلوتى . المرجع السابق ص ٦٦ .

(٤٠) المرجع السابق ص ٦٧ .

وليكن البائع مثلا ، لا يتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها المدين في العقد المنجز ، وبعبارة أدق لا يحتل مركزا مطابقا للمركز الذي يحتله مثيله في العقد المنجز ، ذلك ان الفقهاء يمثلونه كما لو كان مالكا تحت شرط واقف (٤١) ، وهذه ميزة لا يتمتع بها المدين في العقد البسيط المنجز ، فمن يبيع عقاره بيعا معلقا على شرط فاسخ يظل صاحب حق في أن يعود اليه عقاره اذا فرض وتحققت الواقعة الشرطية ، وليس ذلك شأن البائع في عقد بسيط .

ويخطئ بعض الفقهاء في تكييف مركز المدين سالف الإشارة حين بصورونه كما لو كان مجرد صاحب أمل espoir (٤٢) في أن يصير مالكا ، أو حتى حين يقولون انه صاحب حق احتمالي d oit éventuel (٤٣) ، فهذا القول أبا كانت طبيعة مركز المدين ينطوي على خلط فكرة الحق الاحتمالي وفكرة الامل بفكرة الحق الشرطي وقد سبق أن أشرنا الى ذلك .

وأيا كان الأمر فان المدين في هذه الحالة طالما تم تصوره كصاحب حق شرطي ، يتمتع ، بلا شك ، بكافة الامتيازات التي يتمتع بها أي دائن شرطي في مثل مركزه . فيجوز له أن يتخذ كافة الاجراءات التحفظية accomplir tous les actes Conservatoires وان يتدخل في ، أو يعترض على اجراءات القسمة (٤٤) ، وغير ذلك من الحقوق التي سبق أن أشرنا اليها كحقوق للمستفيد من حق معلق على شرط واقف تبعا لتعليق مصدره (٤٥) .

واذا قام المدين في العقد المعلق على شرط فاسخ ، باتخاذ اجراء ما ، استنادا الى مركزه كصاحب حق معلق على شرط واقف ، فان هذه الاجراءات أو التصرفات تتأيد اذا تحقق الشرط وتزول اذا تخلف الشرط حقيقة أو حكما ، فهو . ان تعلق الامر بتصرف ، لا يستطيع أن يدلى الى غيره بأكثر مما يملك وهو لا يملك سوى حق معلق على شرط واقف .

(٤١) سبققت الإشارة اليهم وانظر الفقهاء الذين أشار اليهم نبهتري بهامش ١ ص ٦٧ .

(٤٢، ٤٣) فيلوتى ص ٦٨ .

(٤٤، ٤٥) فيلوتى : للمرجع السابق ص ٦٨ وانظر تفاصيل أخرى

ص ٦٩ ، ٧٠ .

المبحث الثاني

العقد المعلق على شرط فاسخ هو عقد مهند بالزوال

على أنه مهما كان من أمر تشبيه العقد المعلق على شرط فاسخ ،
بالعقد المنجز ، فإن حقيقة أساسية تبقى قائمة ، وتعتبر معقد الخلاف
بينهما ، وهي أن العقد المعلق على شرط فاسخ هو عقد مهند بالفسخ
وزوال الآثار ، فهو عقد يتسم بعدم الاستقرار طالما بقيت حالة التعليق
قائمة ، بيد أنه عدم استقرار مقصود ، فلقد ارتضى المتعاقدان ما يشيع
في العقد من قلق في المراكز القانونية طوال مرحلة التعليق وهذا أمر
لا يوجد البتة في العقد المنجز .

وتأسيسا على ذلك الاختلاف ، فإن أي نظرة الى المركز القانوني
للمتعاقدين في حالة التعليق ، يجب أن تكون نظرة متفقة مع حقيقة
تكييف الشرط الفاسخ باعتباره اشتراطا لزوال الرضاء بالعقد ولو بعد
تنفيذه (٤٦) .

وعلى ذلك ، فإن مصير التصرف الذي يجريه الدائن في حقه
المشروط « يكون مرهونا بمصير الشرط ، فإن تحقق الشرط الفاسخ
اعتبر التصرف كأن لم يكن » (٤٧) . كما أن المقاصة لاتقع بين هذا
الحق وبين حق بات طالما بقيت حالة التعليق قائمة (٤٨) .

(٤٦) قرب الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى . الاحكام المرحس
السابق ، هامش اص ١٧١ ص ١٧٢ .
(٤٧) جمل الشرقاوى . الاحكام . بند ٥٣ ص ١٨٠
(٤٨) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٧ .