

## مقدمة

### تمهيد :

تتجه النية في معظم البلاد العربية ، في الوقت الحاضر ، الى سن تقنيات مدنية مستقاة من الشريعة الاسلامية ، وهذا مسلك صائب ، لأنه اذا كان القانون « يكتب له البقاء من مسابرة المستمرة للأحداث التي تخرج الى عالم الوجود » (١) فان الشريعة « وافية بحاجات الناس ، ونصوصها قادرة على تحقيق مصالحهم في كل واقعة تعن ، او نازلة تحدث » (٢) . واذا فرض ووجدت وقائع ليس لها نص بعينه ، أمكن اعطاؤها حكما يحقق مصلحة ، من نوع او جنس المصالح التي ابتغى الشارع تحقيقها (٣) ولا شك ان ذلك يفضي الى وجود فكر امثل ، يحقق ثقة الفقه الوضعي ، في دور القانون المستقى من الشريعة الفراء ، في ايجاد نوع من التناسق والتوافق ، بين مصالح الافراد المتعددة والمتضاربة (٤) .

### المصلحة والشرط :

ونظرية الشرط هي احدى اهم نظريات القانون المدني ، التي عنى بها الفقه الاسلامي عناية فائقة ، حتى خرجت في ثوب حاولت ابرز التقنيات الراقية - كالتقنين الألماني - ان تصل اليه ، لا سيما وان اساس هذه النظرية ، في الشريعة الفراء ، يكمن في فكرة المصلحة ، كفكرة منضبطة ، وليس كمسألة مادية نفعية ، ولنا في قول ابن القيم خير شاهد على ذلك ، حين يؤكد ان تعليق « العقود ... وغيرها بالشرط ، أمر قد تدعو اليه الضرورة او الحاجة او المصلحة ، فلا يستغنى عنه المكلف ... » (٥) .

(١) انظر : توفيق حسن فرج : نظرية الاستفلال ... رسالة دكتوراه ١٩٥٧ ص ١ ، والفقهاء الذين أشار اليهما .

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

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

(٤) عبد الوهود يحيى : محاضرات في المدخل ... سنة ٦٨ - ١٩٦٩ ص ٩ ، ٢٩ .

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

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

### ذبوع نظرية الشرط :

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

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

(٦) Trotzier الشرط الواقف وتطبيقاته المعاصرة ، باريس ١٩٤٦

غير مطبوعة ص ١ .

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

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

ص ٢٣٦ .

(٩) انظر مثلا حكم محكمة السنين التجارية الصادر فى ١٥ يونيو

١٨٨٢ - المنشور فى الجازيت دى باليه ١٨٨٢ - ٢ - ٢٢٢ .

(١٠) وتثير فكرة الاشتراط فى ذاتها ، حتى وإن كانت منفحة ،

مسألة الشرط فى أكثر من مجال : عبد الحى حجازى : نظرات فى الاشتراط

لمصلحة الغير . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ٦ ع ١ بند ٣٢

ص ٤ .

(١١) جميل الشرقاوى : نظرية بطلان التصرف القانونى رسالة

القاهرة ١٩٥٣ (١٩٥٦) بند ١٠٨ ص ٣٠٧ .

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

(١٣) عبد النعم البدراوى : أثر مضى الحدة فى الالتزام . رسالة

القاهرة ١٩٥٠ بند ٥٥ ص ٧٥ و ١٣٥ و ١٣٧ .

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

كما تنور فكرة التعليل بصدد كثير من حالات البيع الدولي للمنتولات المادية ، وابتياح الأفراد سلعا من دول أخرى يعقود شرطية ، وانتقال تلك السلع الى موقع جديد قبل تحقق الشرط ، اذ يلزم لحل التنازع المتحرك للقوانين في هذه الحالة الترضى ابتداء لمسألة اولية هي مسرفة ما اذا كان هناك شرط وتطبيق من عدمه (١٥) .

ولا يغفل الفقه الفرنسي بيان الاهمية العملية القصوى التى يلعبها الشرط في مجال القوانين المالية والضريبية . ذلك ان المقود الشرطية وحدها دون المقود الاحتمالية هي التى تخضع لاحكام القوانين المذكورة (١٦) .

وغنى عن البيان ان المقود الادارية ، والاتفاقيات الدولية قد تكون شرطية ، كما ان بعض مسائل القانون العام المرتبطة بالارادة ، قد تفسر من خلال نظرية الشرط (١٧) ، شأنها شأن كثير من مسائل التأمين وخاصة التأمين البحرى .

### دقة فكرة الشرط وانعكاس ذلك على الاحكام القضائية :

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

---

(١٤) عبد الودود يحيى : حوالة الدين ٠٠٠ رسالة القاهرة ١٩٦٠ ص ٧٦ ، ٢٠٦ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

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

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

مقال منشور بحوليات حقوق لبل فى ذكرى اميل جيرو ١٩٦٦ ص ١٧١ ومابعدها وخاصة بند ٣ ص ١٧٣-١٧٤ ، وبند ٧ ص ١٧٨ - ١٧٩ ، وبند ٩ ص ١٨١ - ١٨٢ .

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

المستقبل ، قد استقطبت أنظار الفقهاء (١٨) ، فان علة ذلك تكمن في الواقع في ذلك الارتباط الوثيق بين المستقبل والشرط ، فالاول هو الوسيط الوحيد الذي ينبثق منه الثاني .

وقد انعكست دقة نظرية الشرط على احكام القضاء ، فحللت ، واصلت ، ووصلت الى نتائج منطقية ، سواء في مصر او في فرنسا ، تشهد لهذه النظرية بالعمق ، بيد انه في ثنايا ذلك لأغفل الخصوم والقضاء اثاره فكرة الشرط في قضايا كان لابد ان تثار فيها تلك النظرية (١٩) ، كما اختلفت وتناقضت افهام قضاة الدرجة الاولى مع افهام قضاة الاستئناف في كثير من بلاد العالم بصدد ما يعتبر شرطا (٢٠) ، بل ان محكمة النقض المصرية ، في احدث احكامها ورغم وصولها الى نتائج صحيحة من حيث المبدأ ، الا انها اطلقت الشرط كوصف على مسائل لا تستجمع مقومات الشرط (٢١) .

ولعل ذلك يقتضي الوقوف امام نظرية الشرط وقفة تحليل وتأصيل بفية استظهار حقيقة فكرة الشرط .

### نواة هذا البحث :

يمكن القول ان هذا البحث هو محاولة مبدئية ، لقراءة مطولة ، لخلفية احدى الفقرات الوجيزة التي أوردها الاستاذ العميد الدكتور ، جميل الشرقاوى في رسالته عن نظرية بطلان التصرف القانوني ، وبعض هوامش واشارات وردت في مؤلفه عن التصرف القانوني واحكام الالتزام . فلقد أحسست ان هذه الافكار تمكسر موقف الفقه الاسلامي من نظرية الشرط . ولقد شهد الغرب ، بوجه خاص ، لهذا الفقه بصدق التحليل ، وصفاء الاستنتاج ، وعمق التأصيل ، وبالتالي قوة التأثير ، فكان لزاما على ان احاول ولوج هذا الخضم الزاخر من الفكر

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

(١٩) انظر مثالا الدعوى ١٨٥ لسنة ١٩٧٠ مدني جزئي ثمة ، والحكم الاستئنافي الصادر فيها بتاريخ ٣٠/٥/١٩٧١ في الدعوى ٥٤ لسنة ١٩٧١ مدني مستأنف كفر الشيخ . والحكمان غير منشورين . ويتعلق الامر فيهما باتفاق شركة التأمين مع عامل معين على منحه مياغا معيناً اذا استقطب عددا معيناً من الاشخاص للتأمين على حياتهم . فالامر اذن كان يتعلق بشرط بالمعنى الفني .

(٢٠) انظر مثلاً حكم محكمة الجزائر الصادر في ٢٥ مارس ١٩٩٦ - الدائرة الثالثة . المجلة الجزائرية والتونسية للتشريع والقضاء . العدد الثاني عشر ١٨٩٦ ص ٣٣٣ .

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

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

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

اما فى القانون الوضعى فمعظم الفقهاء اتفقوا على ان الشرط وصف للالتزام ، وهذا هو المسلك التقليدى . فإى هاتين النظريتين أدمى الى القبول ؟ ان الاجابة عن هذا التساؤل تقتضى تحليل فكرة الشرط لبيان مدى علاقة الشرط بالتراضي او الرضا من جهة ، وبالالتزام من جهة أخرى . كما تقتضى الوقوف على أهم آثار الشرط كوصف ومعرفة مدى دلالتها على صدق أى من النظريتين المتقدمتين .

واذا يمينا صوب أحد أحدث مشروعات القوانين فى العالم العربى وجدنا ان توضيحات مشروع نصوص الشرط فى مشروع القانون المدنى الكويتى (٢٤) قد تنبته لهذه المشكلة فتساءلت عن « الموضع الذى ينظم فيه الشرط : هل ينظم فى احكام التصرف القانونى او العقد ، ام توضع نصوصه فى تنظيم الالتزام فى ذاته على اعتبار ان الشرط وصف من اوصافه كما هو النظر التقليدى » . ثم اجابت على ذلك باستعراض حقيقة جوهرية مؤداها ان المصدر الوحيد لاقتران الالتزام بالشرط « هو الارادة او التصرف القانونى » ، ووجدت فى ذلك « حجة قوية للقول توضع احكام الشرط فى نطاق تنظيم التصرف القانونى او العقد على اعتبار ان الشرط وصف من اوصاف التراضي » .

وهذا المسلك الصائب تسانده ، فى الواقع ، اقوال ائمة الفقه الاسلامى كقول ابن القيم انه اذا صح تعليق الغاية فتطبيق الوسيلة

---

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

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

(٢٤) لم ينشر بعد .

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

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

---

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

(٢٦) مؤلفه أجامع فى الشرط . باريس ١٨٦٦ .

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

(٢٨) م ١٥٨ وما بعدها .

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

(٣٠) م ٢٥٠ وما بعدها .

## خطة البحث :

ومن هنا نختط في بحث هذا الموضوع الخطة التالية :

### القسم الأول : تحليل فكرة الشرط .

#### الباب الأول : ماهية الشرط .

الفصل الأول : التعريف بالشرط .

الفصل الثاني : مقومات الشرط .

#### الباب الثاني : ماهية التعليق .

الفصل الأول : مصدر ونطاق التطبيق .

الفصل الثاني : مقارنة التعليق ببعض الأفكار والأنظمة القانونية.

### القسم الثاني : آثار الشرط كوصف للتراضي .

#### الباب الأول : آثار التصرف المعلق خلال مرحلة التطبيق .

الفصل الأول : آثار التصرف المعلق على شرط واقف خلال

مرحلة التعليق .

الفصل الثاني : آثار التصرف المعلق على شرط فاسخ خلال

مرحلة التعليق .

#### الباب الثاني : آثار الشرط بعد انتهاء مرحلة التطبيق .

الفصل الأول : تحقق أو تخلف الشرط .

الفصل الثاني : أثر تحقق أو تخلف الشرط .

#### الباب الثالث : فكرة الأثر الرجعي للشرط .

الفصل الأول : فكرة الأثر الرجعي وأساسها .

الفصل الثاني : نتائج فكرة الأثر الرجعي للشرط والاستثناءات

الواردة عليها .