القسم الاول

تحليل فكرة الشرط

تمهيـد :

هناك افكار قانونية « تعز على العلم مهما بلغ تقدمه » (١) ، ومن بينها فكرة الشرط ، التى حظيت بدراسات كثيرة (٢) ، لم تستطع ان تذهب بالعديد من اوجه الخلاف فيها . وان كانت قد بلورت معظم الأفكار التى اقحمت عليها . كفكرة العبء (٣) ، والحادث الاحتمالى (٤) ، والخيار (٥) ، والتحفظ (٦) ، باعتبارها افكارا اصيلة غير مختلطة بها .

ففكرة الشرط اذن فكرة متشعبة الجوانب ، لأنها ترتبط بأفكار ومفاهيم قانونية عديدة،ولهذا لم يكن من قبيل المصادفات ان تتعرض لها

---

(١) جميل الشرقاوى نقلا عن ايرنج : الاثراء بلا سبب على حساب الغير . القاهرة ١٩٧٢/٧١ ص ١٨ .

(٢) كمؤلفات ورسائل ، سنشير اليها فيما بعد بأسماء مؤلفيها وهى :

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

وغيرها مما ستتلى الاشارة اليها .

(٣) بويسو : التبرعات المثقلة بتكليف . تولوز ١٩٤٧ .

(٤) فرديبه . الحقوق الاحتمالية . باريس ٥٣ (١٩٥٥) .

(٥) ابراهيم نجار : حق الخيار . باريس ١٩٦٧ .

(٦) برونو سيليس : التحفظات ، باريس ٦٥ (١٩٦٦) .

اكثر رسائل الدكتوراه حساسية ، ليس فى الفقه العربى (٧) فقط ، بل فى الفقه الفرنسي (٨) وغيره أيضا ، وتتداولها أحكام القضاء فى مصر (٩) وفرنسا (١٠) .

---

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

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

(٩) مثلا نقض ٣١ مارس ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ رقم ١٦١ ص ٨٣٨ ، ونقض ٢٨ ابريل ١٩٧٦ نفس المصدر رقم ١٩٥ ص ١٠٢٤ ؛ ونقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ مجموعة عمر رقم ١١٢ ص ٢٥٥ ؛ ونقض ٩ مايو ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٠٤ ؛ ونقض ١١ يناير ١٩٦٢ المحاماة س ٤٣ رقم ٩٨ ص ١٨٠ . وفى تونس حكم محكمة التعقيب فى ١٥ـ١٢ـ١٩٥٩ مجلة القضاء والتشريع ع ٩ ، ١٠ ص ١٥٦ ، وتعقيب ٣ يونيو ١٩٢٦ نفس المصدر ص ١٥٠ وتعقيب ١٠ ابريل ١٩٢٤ نفس المصدر السابق ع ٨ ص ٦٩ ، وانظر أحكاما أخرى أشار اليها محمود ابن الشيخ . مجلة الالتزامات والعقود التونسية معلقا على فصولها بأحكام القضاء ١٩٦٦ تحت الفصل ١١٦ وما بعده .

(١٠) مثلا نقض مدنى ١١ يناير ١٨٧٦ دالوز الدورى ٧٧ـ٢ـ١٢٤، نقض ٢٨ يناير ١٨٩٥ د.ب أيضا ٩٥ـ١ـ٣٦٣ ؛ ونقض ١٢ يوليو ١٨٩٢، د. ب ٩٣ـ١ـ٣٩٠ ؛ ونقض ١٨ يونيو ١٨٩٠ سيرى ١٨٩٣ـ١ـ٤٢٥ ؛ نقض ٢١ نوفمبر ١٩٣٢ دالوز الاسبوعى ١٩٣٣ـ١٩ .

والتحليل المنطقى لاية فكرة قانونية ، يجب ان يتغيا استظهار حقيقتها ، أو جوهرها وطبيعتها ، وقد يحتاج الأمر الى تقصي اصل نشأتها ، وتتبع تطوراتها (١١) ، حتى يمكن تصويرها تصويرا مجسدا لا مجردا ، يعتمد أساسا على ما هو كائن فى القانون الوضعى (١٢) ، دنوا الى ما ينبغي ان يكون ، ذلك أن الدراسة العلمية السليمة ، وان كانت « تقتضي تأصيل المسائل ، وردها الى نظريات تسهل تطبيق النصوص » (١٣) . الا انها يجب أن تستهدف ايضا بيان ما يعتور النظريات من قصور ، والنصوص من عدم اتساق .

وفكرة الشرط تحتاج الى هذا الاطار من التحليل ، الذى قد يفيد فى استخلاص المعايير التى تهيمن عليها ، وتحديد نطاق الافكار التى ترتبط بها ، بيد انه لما كان للشرط وجه آخر هو التعليق . فان تحليل فكرة الشرط لن يكون متكاملا الا بالتعرض له .

ومن هنا فاننا سنوزع دراسة تحليل فكرة الشرط على بابين :

الباب الأول : فى ماهية الشرط .

والباب الثانى : فى ماهية التعليق .

---

(١١) شفيق شحاته : تاريخ القانون الخاص فى مصر ج أول ١٩٥٠ بند ٢ ص ١٢ .

(١٢) أحمد سلامة : المدخل . الكتاب الثانى ١٩٧٤ بند ٦٥ ص ١١٣ - ١١٤ . ولكن التاريخ لن يكون فى حد ذاته هدفنا الاساسى ، عندما نتعرض له ، ولكنه سيكون مجرد أداة للفهم . وليس فى مناهج البحث ما يحول دون هذا الاختيار . وانظر فرانسوا جينى . طرق تفسير ومصادر القانون الوضعى الخاص . باريس ١٩١٩ بند ١٤٣ ص ٢٤ حيث يستخلص بصفة عامة ، بعد عرضه لافكار المدرسة التاريخية أن

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

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

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

(١٣) فتحى والى : التنفيذ الجبرى ١٩٨٠ بند ٧ ص ١٣ والمرجع الذى أشار اليه .