

الباب الثاني

ماهية التعليق

يترتب على ادخال المتصرف شرطا على تصرفه ، صيرورته معلقا ، فحيث لا شرط فلا تعليق ، ولكن ذلك لايعنى من الناحية العلمية الدقيقة أن التعليق هو نفس الواقعة الشرطية ، بل الصحيح أن التعليق هو الحالة التي تترتب مباشرة عليها ، وتسمى على سبيل التجاوز باسمها ، فالتعليق بعبارة وجيزة هو الحالة القانونية التي تلابس التصرف الذي يقترن بواقعة شرطية أو هو في عبارة أدق « ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى » (١) شريطة أن يكون أساس الربط هو نوافر كل مقومات الشرط .

وإذا كان قد ثبت لنا حتى الآن أن مصدر الشرط بمعناه الفني اندقيق ، يكمن في نفس ارادة المتصرف ، وأن نطاق الشرط – وبالتالي التعليق – ينحصر في التصرفات القانونية ، فإن هذا يفيد في تمييز حالة التعليق عن أوضاع قانونية أخرى قد تشبه به وتختلط معه .

ومن هنا فإن حقيقة التعليق على شرط لاتستبين على نحو قاطع الا بتحريرها من كل ما يلابسها من فروض تشكك في مصدر ونطاق التعليق من جهة ، أو في مدى تميز التعليق عن المفاهيم الأخرى المقاربة من جهة ثانية . وهذا يتقاضانا أن نعرض لهاتين المسألتين في فصلين متتابعين .

(١) ابن عابدين ج ٤ ط ٣ ص ٢٣١ والتعليق كما جاء في حاشية الاشباه للحموي عن قواعد الزركشي ، هو « ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بان أو احدى أخواتها » ابن عابدين . السابق ص ٢٣٢ . ولعل أهم ما في هذا التعريف هو الاحساس بتغاير الواقعة الشرطية عن الحالة التي تترتب عليها وهي التعليق وإن كان أحدا لم يفتنه لذلك . فإذا رغبنا أساليب الشرط من التعريف وأضفنا اليه ما هو من مكملات مقومات الواقعة الشرطية ، لكان تعريفا مثاليا للتعليق .

الفصل الاول

مصدر ونطاق التعليق

لاشك أن الحديث عن مصدر الشرط ، يعنى بالضرورة الحديث عن مصدر التعليق والعكس صحيح . كما أن الحديث عن أى منهما يفضي الى تحديد نطاق التعليق .

ومعنى ذلك أن القول بأن مصدر الشرط أو التعليق هو ارادة المتصرف يؤكد أن نطاق الشرط محدود بالتصرفات القانونية والالتزامات المترتبة عليها ، بيد أن تقصي نطاق تعليق التصرفات سيؤكد أنه ليست كل التصرفات مما تقبل التعليق ، فهناك بعض التصرفات التى تتأبى على التعليق وهذه مسألة يمكن استخلاصها من دراسة الفقه الاسلامى وفكر شراح القانون الرومانى وفكر فقهاء القانون الوضعى . وفى اطار هذا نعرض لمصدر التعليق ونطاقه بالنسبة للتصرفات وذلك فى فرعين متتابعين .

الفرع الاول

مصدر التعليق

مصدر التعليق ، هو سبب نشوئه ، أى الامر الذى بدونه لا توجد أو تترتب حالة التعليق ، فالتعليق حالة عرضية ، وكل عارض لا بد له من سبب منشيء ، ولما كان التعليق حالة قانونية تترتب مباشرة على قران التصرف بالشرط ، وكانت دراستنا السابقة تؤكد أنه لا مصدر للشرط سوى الارادة ، فانه يمكن القول بشيء من الدقة أن المصدر المباشر للتعليق هو الشرط ، والمصدر غير المباشر له هو الارادة ، وهكذا يتأكد ما سبق أن ذكرناه من أنه حيث لا شرط فلا تعليق ، ولا شرط ما لم يكن مصدره هو الارادة وبالتالي لا تعليق ما لم ينجم ذلك عن ارادة وفى نطاق تصرف قانونى (١) .

بيد أن هذا القول وان اتسق مع النظرية السائدة والقائلة بأنه لا مصدر للشرط والتعليق سوى الارادة ، الا أن هناك نظرية مرجوحة تؤكد أن الشرط قد يكون مصدره القانون ، ولكن الرد على هذه النظرية الاخيرة يبدو ميسورا . ونعرض لهذه المسائل الثلاثة فى مباحث ثلاثة :

(١) استقينا هذا القيد من الفكر القانونى المعاصر : انظر توفيق حسن فرج ، نظرية الحق . الموضع السابق والاصول العامة للقانون (بدرت ١٩٧٥) ص ٣٨١ ، ونعمان جمعه . الواقعة القانونية . الموضع السابق

المبحث الأول

انعكاس تحليل مفهوم الشرط على فكرة وحدانية مصدر التعليق

تأكد لنا من تحليل فكرة الشرط أن المشرع المصرى فى القانون الملقى لم يكن يواجه الشرط الا فى نطاق التصرف القانونى . فالتصوص لم تتكلم عن تعليق مطلق الالتزام وانما عرضت لتعليق الالتزام الارادى وحده ، كما انه فى ظل القانون الحالى لم يواجه المشرع تعليق كافة الالتزامات ايا كان مصدرها ، وانما تعرض لتعليق الالتزام الارادى فحسب (٢) ، فرغم أنه لم يذكر من خصائص الشرط سوى خصيصة الاستقبال وعدم تحقق الوقوع ، ورغم أنه اعتبر الشرط عنصراً جوهرياً - باعثاً دافعاً - فى بعض الاحيان ، الا أنه لم يذهب الى حد تبني الفكر القائل بأن الشرط يعلق الواقعة المادية او الطبيعية . بل ظل امينا على مقتضى ارتباط الشرط بالتصرف القانونى (٣) ، فتبنى فكرة الاثر الرجعى وأكد أنه يسير فى فلك المذهب اللائنى ممثلاً فى التقنين الفرنسى وهو تقنين لا يربط الشرط بغير الارادة حتى وان جنح بعض الفقهاء فى سبيل دعم نظرياتهم المهجورة الى غير ذلك (٤) .

وقد حدا ذلك بالفقه الحديث الى تأكيد فكرة ارتباط الشرط بالرضاء والتراضي ، استنادا الى مبدأ سلطان الارادة بقيوده وحدوده . والى ان الشرط لا يلحق الالتزام الا نتيجة لتراضي المتعاقدين . فلا القضاء ولا القانون مما يصلحان كمصدرين له بجانب الارادة . كما هو شأن الاجل مثلاً ، والى ان المنطق القانونى والصياغة القانونية يستلزمان تحديد نطاقه فى التصرفات استنادا الى أنه لا مصدر له سوى الارادة وهى فكرة تقرها الشريعة الاسلامية ، بل تبناها (٥) . وهو امر لو تبناه القانون الوصعى لارتفع ما يكتنف نظرية الالتزام الشرطى فيه من تناقض وخروج على المنطق .

ولقد ثبت من تحديد مضمون الامر المستقبل ان الفقه اناط هذا المضمون بالتصرفات القانونية ، وجعل معيار الاستقبال قاطع الدلالة على أنه لم يكن يواجه تعليق مطلق الالتزام بل الالتزام العقدى ضرورة انه تكلم عن فكرة علم او جهل المتعاقدين (٦) فى ثنايا صياغته لمعبارة .

(٢) انظر سابقا ص ٦٣ وما بعدها .

(٣) انظر سابقاً ص ٦٤ وما بعدها .

(٤) سنبيين أمثلة أخرى خلاف ما تقدم .

(٥) انظر سابقا ص ٧٨ وما بعدها .

(٦) انظر سابقاً ص ٩٤ وما بعدها .

وأنة عرض لامثلة الامر المستقبل فى نطاق العقود وحدها ، واكد ان علاقة الشرط بالزمان هى علاقة ظرفية عرضية لاعلاقة ركنية أساسية ، كما ان تصنيف الواقعة المستقبلية لم يدر من قديم او حديث الا فى نطاق امثلة تتعلق بالتصرفات القانونية (٧) .

كذلك ثبت من تحديد مضمون فكرة عدم تحقق الوقوع ، ان معيار الشك فى القانون الرومانى وفى فكر بوتيه وفى الفقه الفرنسى والفقه العربى ، انما هو معيار موضوعى ولكنه وثيق الصلة بالعقد (٨) وبالمصرف أو المتعاقدين وهو أمر أكدته الشريعة الإسلامية أيضا .

ولقد تأكد من تحديد علاقة الشك بعوامل تحقق الشرط أن مضمون الشرط الاحتمالى كشرط لادخل لارادة المتعاقدين فى تحقيقه أو تخلفه يؤكد أن الشرط فى صورته المثلى لا يرتبط بغير الارادة ، وأن مضمون الشرط المختلط يسير فى نفس الاتجاه ، وأن الشرط الارادى هو أكثر الامور دلالة على ارتباط الشرط بالارادة وان كنا قد أبعدنا من دائرة الشرط ما يعرف بالشرط الارادى المحض لانه ليس رضا تدخله الارادة على تصرف قائم بل هو الارادة ذاتها أو هو مظهر من مظاهر مشيئتها المطلقة .

كذلك اتضح لنا من البنيان النظرى لفكرة الشرط كأمر عارض أن الشرط ، وان كان يجد مصدره فى الارادة الا أنه ليس جزءا من مضمون تلك الارادة ، وعمقنا ذلك من خلال تحليل نظرية فردييه ، التى ترى عكس ذلك ، وتأكد لنا انه لا مفترض نظرية فردييه ، ولا جوهرها ، مما يمكن أن يؤكد قالة الشرط كعنصر جوهرى فى الحق ، ودعمنا ذلك برأى جمهور الفقهاء الذين يرون أن الشرط أمر عارض فقد يتم الاتفاق غير مقترن به وان افترن به فانه لا يعد جزءا منه أو من الحق المنبثق عنه ، كما انه لا يمكن أن يكون أحد الشروط القانونية التى يستلزمها القانون لنشوء الحق .

كذلك تأكد لنا أن فكرة الاستحالة تجعل الشرط يدور فى نطاق التصرف القانونى وحده سواء من حيث مضمونها أو تقسيماتها أو وقت تقديرها ودلالة أمثلتها بل وحكمها .

ولقد نفينا أن يكون الشرط كوصف ، مما يقبل أن يوسم بالمشروعية ، ذلك أن هذه السمة مقصورة على الشرط كجزء من مضمون التصرف .

وبخلاصة ذلك كله أن الارادة التى تهيم على مفهوم فكرة الشرط كوصف تؤكد وحدانية مصدر التعليق وهو ما نتخذه مقدمة لمعالجة الفكرة التالية :

(٧) انظر سابقا ص ١٠١ وما بعدها .

(٨) انظر سابقا ص ١١٤ وما بعدها .

المبحث الثاني

القانون ليس مصدرا للتعليق

يذهب رأى مرجوح في الفقه الى ان التعليق قد يكون مصدرة القانون ، ويضرب لذلك امثلة منها الوصية والشفعة والميراث ، فالوصية « كما يقولون تصرف قانوني معلق بحكم القانون ذاته على شرط واقف . هو أن يعيش الموصي له بعد موت الموصي ، ويقولون كذلك أن حق الورثة في الميراث معلق على شرط واقف هو أن يموت المورث قبلهم ، كذلك حق الشفيع في المشفوع فيه ، يقولون انه ايضا معلق على شرط واقف هو اعلان الشفيع ارادته في الاخذ بالشفعة » (٩) .

ولما كان هذا الرأى المرجوح ، لا يمثل ثقلا فقهيا . او بالاحرى لا يجد له اطارا تنظيريا ، وانما يتمثل في بعض الامثلة التي يطلقها البعض في بعض المناسبات المتفرقة لذلك قرر ريبير وبولانجيه انه يمكن العثور في حالات استثنائية على التزامات قانونية شرطية (١٠) .

“Exceptionnellement, il peut y avoir des obligations légales Conditionnelles”.

ومع ذلك فان هذين الفقيهين يتحفظان ويقرران أن التعليق في هذه الحالات الاستثنائية يغلب ان يكون تفسيرا للارادة المفترضة لاصحاب الشأن (١١) ، وهو امر يكاد يذهب بفكرة اعتبار القانون مصدرا للتعليق في بعض الاحوال .

ولعل اكثر الفقهاء حصرا لحالات التعليق على شروط قانونية هما الفقيهان بودان ولاجارد اللذان ضربا امثلة للشروط القانونية بما هو منصوص عليه في المواد ١١٨٤ و ١٠٨٨ و ٧٤٧ و ٩٥١ و ١٠٣٩ و ١٠٨٦ مدنى فرنسي (١٢) .

ومن المعلوم أن المادة ١١٨٤ تتكلم عن شرط الفسخ الضمنى والمادة ١٠٨٨ تتحدث عن انعدام اثر أو زوال الوصية التى تبرم لصالح

(٩) فى عرض ذلك السنهورى . الوسيط ج ٣ بند ٢٤ ص ٣٤ .

(١٠) مؤلفهما على بلانيول ج ٢ باريس ١٩٥٧ بند ١٣٣٥ ص ٥٠٥ .

(١١) المرجع والتوضع السابقين :

“mais la Condition est alors souvent admis par un interpretation de la volonté présumée des intéressés”.

C. Beudant (avec collation de G. Lagarde : (١٢)

Cours de Dr. Civ. Fr. seconde édit. Tome VIII, Paris 1936, No 731, P. 534.

زواج لا يتم ، والمادة ٧٤٧ تعرض لحق الرجوع الوراثي والمادة ٩٥١ تتناول فكرة استئثار الواهب باسترداد الاشياء الموهوبة فيما لو مات الموهوب له رحده أو هو وعقبه . والمادة ١٠٣٩ تستعرض أحد أسباب زوال التصرف الايصائي ، والمادة ١٠٨٦ تعرض لحكم الهبة المقرنة بعقد زواج لمصلحة زوجين أو لمصلحة اولادهما من زواجهما .

وهذه الحالات تشبه حالات في القانون المدني المصري ، قال عنها المفطور له الدكتور السنهوري أنها حالات تقوم فيها شبهة قوية على أن مصدر التعليق فيها هو القانون ، ومن ذلك مثلا ما قضت به المادة ٣/٨٧٤ مدني من أنه « إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المفروس أو المبنى ، ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك » وما قضت به المادة ٥٠١ ج من جواز فسخ الهبة اذا رزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الفسخ . ولكن الاستاذ الكبير رأى - بحق - ان « (الشرط) في هذه الحالات ليس الا وضعها خاصا قرره القانون ، ورتب عليه نتائجها . وسواء تحقق هذا الوضع أو تخلف فليس له - كما للشرط بالمعنى الصحيح - أثر رجعى » (١٢) .

وحسبنا هذا دليلا على انه لامصدر للتعليق سوى الارادة ، ومع ذلك فسنعرض لاهم (١٤) الحالات المتقدمة لنرى مدى توافرها مع الفكرة القائلة بأنها تنطوى في حقيقتها على شرط تعليق وان هذا الشرط مصدره القانون .
كذلك يرتبط بالفكرة القائلة ان مصدر الشرط والتعليق قد يكمن

(١٣) الوسيط ج ٣ هامش ٢ ص ٣٥ .

(١٤) تركنا تمييز شرط الفسخ الضمنى عن الشرط كوصف ، وهو ما شغل الفقه كثيرا (انظر رسالة تروتزييه غير المطبوعة ، باريس ١٩٤٦ ص ١٠٣ - ١٣١) فالواقع أن مضمون المادة ١١٨٤ مدني فرنسي ، وعلة الفسخ فيه ، وأسلوبه ومدى دور القضاء فى كيفية حدوثه يختلف عن مضمون النصوص التى تنظم الشرط كوصف والذى لا يدخل فى مضمون الاتفاق ولا فى غايات المتعاملين . ولذا أصابت توضيحات مشروع نصوص الشرط فى مشروع القانون المدنى الكويتى (لم ينشر) حين ذكرت أنه « لا يتصور أن يتضمن تنظيم الشرط نصا مثل نص المادة ١١٨٤ من القانون المدنى الفرنسى الخاص بشرط الفسخ الضمنى » . ويمكن أن نجد فى الفقه العربى تحليلا وتفصيلا فى تمييز الشرط كوصف عن شرط الفسخ الضمنى : انظر مثلا عبد الحى حجازى . مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ٥ ع ١ بند ٣ ص ١٤٢ وما بعدهما والمؤلفات العديدة التى أشار إليها .

في القانون ، القول بأن الشرط يمكن أن يعلق الواقعة القانونية بمعناها الضيق ، فهذا هو الوجه الآخر لذلك . ولما كان لولوتر قد ضرب مثلاً لتعليق الواقعة بالنفقة بين الأقارب وحق الوارث الفرضي . فإن الأمر يحتاج إلى معاودة النظر لمعرفة ما إذا كان ثمة تعليق فعلاً . ولذا نستعرض أهم هذه المسائل تباعاً فيما يلي :

المطلب الأول

الوصية ليست في حد ذاتها تصرفاً شرطياً

لا يتعلق الأمر هنا بمعرفة ما إذا كان يجوز تعليق الوصية على شرط أم لا ، فتلك مسألة لاخلاف عليها منذ القانون الروماني (١٥) . ولكن الأمر يتعلق باستظهار حقيقة تكييف الوصية : فهل تعتبر بطبيعتها معلقة على شرط واقف هو أن يعيش الموصي له بعد موت الموصي ، كما يقول أنصار فكرة التعليق على شرط قانوني .

والوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت . وهي قد تكون حقيقية أو حكمية . فالوصية الحقيقية هي ماصدة بأحكامها قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ والذي كان ثمرة ما قامت به اللجنة الخامسة للأحوال الشخصية التي تخيرت أحكامه من الفقه الإسلامي . أما الوصية الحكمية فهي التصرف الناجز الذي يصدر من المتصرف في مرض الموت ، وهي من خصائص الشريعة الإسلامية ، التي أرادت حماية الورثة من تصرفات مورثهم في مرضه المتصل بالموت . والذي يستحقون الميراث بسببه ، فلا توجد في الشرائع التي سبقت الإسلام ، ولا في الشرائع الوضعية على الإطلاق (١٦) .

والوصية تصرف لا يحتاج إلى قبول الموصي له : إذ تنعقد بحسب نص المادة الثانية من قانون الوصية « بالعبارة أو بالكتابة فإن كان الموصي عاجزاً عنهما ، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة » .

وتتسم الوصية بأنها تصرف غير لازم بالنسبة للموصي الذي يجوز

H.J. Legie : Testament et Condition R.H.D. (١٥)
français et étranger 1960. p. 353.

(١٦) راجع في كل ذلك محمد أحمد فرج السنيهورى . أحكام الوصية الواجبة . دروس لقسم الدكتوراه ١٩٥٥/٥٤ . ١٩٧٣/٧٢ من ص ١ حتى ص ٤ . وانظر محمد الزفزاف . تصرفات المريض . دروس في الفقه المقارن لقسم الدكتوراه بحقوق للقاهرة ١٩٦٨ ص ٨٢ وما بعدها وخاصة ص ١٥٦ وما يليها .

له ، بحسب نص المادة ١٨/١ من قانون الوصية أن يرجع عنها كلها أو بعضها ، صراحة أو دلالة . معنى ذلك أن الوصية لا تصبح تصرفا لازما إلا إذا مات الموصي مصرا عليها . فالوصية إذن هي تصرف مضاف الى ما بعد موت الموصي ، وقبل ذلك تكون مهددة بالعدول عنها ، وبالتالي لا يكون للموصي له ، قبل موت الموصي . مصرا على وصيته ، سوى مجرد حق احتمالي لشرطى . كذلك فإن الوصية لاتصبح لازمة للموصي له ، لمجرد موت الموصي في حياة الاول ، بمعنى أن الموصي له لا يكسب أنحق ، لبطريقة تلقائية ، ولا بأثر رجعى يعود الى لحظة ابرام الوصية ، بل يلزم قبول الموصي له ، صراحة أو دلالة بعد موت الموصي (١٧) . وإذا فرض وتوفى الموصي له قبل قبول الوصية أو ردها ، قام ورثته مقامه في القبول أو الرد .

ولما كانت الوصية تصرفا مضافا الى ما بعد موت الموصي (١٨) ، فإن حق الموصي له أو ورثته الذين قبلوا الوصية ، أو لم يردوها ينشأ من لحظة وفاة الموصي مصرا على وصيته ، إلا اذا حدد الموصي وقتا آخر ، لأجلولة الحق للموصي له ، ومن تلك اللحظة تكون الثمار ونموها ملكا للموصي له (١٩) .

وهكذا لا يبدو أن الوصية بطبيعتها معلقة على شرط ، والصحيح أنها تصرف مضاف الى ما بعد موت الموصي ، ويسرى ذلك أيضا على التسرع في مرض الموت بحدوده وقيوده المنصوص عليها في المادة ٩١٦ مدنى ، وعلى التصرف لاحد الورثة ، المقترن بشرط احتفاظ المتصرف بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته (م ٩١٧ مدنى) .

المطلب الثاني

حق الورثة ليسر مطلقا على شرط موت المورث قبلهم

كان العرب في الجاهلية يتوارثون بالنسب ، ومع ذلك لا يورثون الصغار ولا الإناث ، كالزوجة والام وأخوات وبنات الميت ، كما كانوا

(١٧) انظر المادة ٢٠ من قانون الوصية . وراجع د . جميل الشرتاوى الحقوق العينية الاصلية . الكتاب الاول . حق الملكية ، ١٩٧٤ ، بند ١٢١ ص ٤٠٤ وما بعدها . وعبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٩ بند ٧٦ ص ٢١٠ وما بعدهما .

(١٨) جودمييه . دروس فى القانون الرومانى . باريس سنة ٤٩ ... ١٩٥٠ ص ٦٧ وما بعدها . مشار اليه فى مقال محمود السقا . أثر التماسفة فى الفقه والقانون الرومانى . مجلة القانون والاقتصاد س ٤٣ ص ١٦٥ . (١٩) انظر المادة ٢٥/٢ من قانون الوصية ، وجميل الشرتاوى ، المرجع السابق بند ١٢١ ص ٤٠٥ . وليس فى القانون الفرنسى ما ينافى الأحكام الواردة فى المتن .

بتوارثون بالسبب ، الذى تمثل فى التبنى من جهة ، والحلف والمعاهدة من جهة أخرى (٢٠) . وكان اليهود يؤثرون الذكور على الإناث ، ولم تكن الزوجية من أسباب الميراث ، الذى تركز عندهم فى البنوة ، والإخوة ، والعمومة (٢١) .

وكانت أسباب الميراث عند الرومان تكمن فى القرابة ، وولاء العتاقة ولم تكن الزوجة ترث زوجها (٢٢) .

أما الإسلام فلم يحرم الصغير ، ولا المرأة ، بل أنصفهما ، ولم يميز الابن البكر عن باقى أخوته ، ورأى بحكمة بالغة وجوب إعطاء الذكر مثل حظ الإناث ومنع التبنى وحمل مجهول النسب ، وأباح الإقرار به متى توافرت شروط صحته ، وفى هذه الحالة كان يمنحه كل حقوق الابن الشرعى (٢٣) .

والميراث بطبيعته لا يكتنفه التعليق ، بل هو نظام مقرر قانونا أو شرعا ، لصالح أشخاص معينين ، والحق فيه لا ينشأ إلا بعد موت المورث عن تركه ، وقبل ذلك لا يكون هناك حق للورثة . واقصى ما يمكن إطلاقه عليهم فى هذه الحالة هو أنهم ورثة احتماليون .

- فكرة الوارث الفرضي فى القانون الفرنسى :

أشرنا الى فكر لولوتر القائل بأن الشرط كما يعلق النصرف القانونى ، فانه يمكن ان يعلق الواقعة القانونية أيضا (٢٤) . وأن الاثنين قسميان بحيث لا يستأثر أحدهما بالتعليق من دون الآخر ، وإذا كان تعليق النصرف لا يثير لبسا ، ولا يحتاج بالتالى الى إقامة دليل عليه . فان الأمر على عكس ذلك بالنسبة للواقعة القانونية بمعناها الخاص . ولذا يضرب لولوتر مثلا على تعليفها بفكرة الوارث الفرضي *héritier réservataire* فعنده أن هذا الوارث هو صاحب حق شرطى ، لان حقه يعتمد على مدى كفاية التركة لأشباع نصابه ، وطالما أن الحق مصدره واقعة . فان الواقعة فى هذه الحالة تعتبر بذاتها معلقة على شرط (٢٥) .

والذى دفع لولوتر الى هذا القول هو رغبته فى بناء نظرية جامعة

(٢٠) محمد يوسف موسى . الميراث فى الشريعة الإسلامية . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية المدة الخامسة . العدد الاول ص ٣٠٩ وما بعدها وخاصة ص ٢٢٢ .

(٢١) المقال السابق ص ٢٢٦ وما بعدها وخاصة ص ٢٣٨ .

(٢٢) المرجع السابق ص ٢٤٢ وما بعدها وخاصة ص ٢٥٢ .

(٢٣) المرجع السابق ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٢٤) لولوتر . رسالته السابقة ص ٦ .

(٢٥) لولوتر . المرجع السابق ص ٤ .

في عدم رجعية الشرط سواء بالنسبة للتصرف القانوني أو الواقعة القانونية بمعناها الخاص .

ونقطة البداية في هذا القول أنه ، اذا كان التصرف هو ارادة محض ، فان الواقعة القانونية هي مجموعة من الظروف التي ينيط بها القانون تحقيق اثر قانوني (٢٦) ، الا أنه لافرق بين الامرين بخصوص التعليق ، فكلاهما سيفتقد قبل تحقق الشرط عنصرا جوهريا هو الباعث بالنسبة للتصرف ، أو المقتضي القانوني بالنسبة للواقعة القانونية كما اشرنا . وكلاهما لن يكون لتحقيق الشرط فيه اثر رجعي طالما أن الشرط سيتمثل في تخلف عنصر جوهري لاقوام لمصدره اصلا بدونه . ولا يعني من هذه الاقوال سوى مثال لولوتر الذي ضربه كدليل على امكان تعليق الواقعة القانونية ، واعتبار الوارث فيه صاحب حق شرطي .

والحقيقة أن تحليل فكرة الميراث ذاتها في القانون الفرنسي يفضي الى الشك في اقوال لولوتر ، فليس من شك في أن التقنين الفرنسي ليس تقنينا دينيا ، ولكنه لاجرم ينطوي على فكر أخلاقي يستهدف تحقيق العدل الاجتماعي ، آية ذلك أنه حاول الحد من تصرفات المورث التبرعية ، فحرمه من التبرع بكل المال لما بعد وفاته حماية لورثته ، شديدي القرابة به الذين يقعون على عمود النسب المباشر وهم أصحاب الفروض ، والزمه بأن يحتفظ لهم بنصائبهم وعدم الجور على فروضهم (٢٧) . فاذا فرض وأوصي بكل ماله فان وصيته تكون قابلة للانقاص الى الحد الذي يكتمل معه النصاب الخاص بالورثة (٢٨) . وهذا النظام لا مثيل له في القانون الانجليزي أو الامريكي ، فحماية الاقارب فيهما تتحقق عن طريق أنظمة أخرى ، لعل أكثرها شيوعا في انجلترا هو نظام الاحلالات (٢٩) . أما القانون السويسري فانه يضيف الاخوة والاخوات ، والزوجة الى الفروع والاصول باعتبارهم أصحاب فروض محددة ، وكذلك الامر بالنسبة للقانون الايطالي (المادة ٨١٢ وما بعدها) ، والقانون الاسباني (المادة ٨٠٧ وما بعدها) والقانون الالماني (م ٢٣٠٣ وما بعدها) ، وان كان نصاب الزوجة في ايطاليا واسبانيا لايتعلق الا بالمنفعة .

وتلك القوانين تتخذ مسلكا مغايرا لما كان عليه الحال في القانون

(٢٦) المرجع السابق ص ٢ .

(٢٧) مازو . دروس ج ٤ مجلد ٢ ط ٢ (سنة ١٩٧١) بند ٨٥٩

ص ١٥٤ .

(٢٨) مازو . دروس بواسطة جيجلار (نفس المرجع السابق) بند

٩٢٤ ص ٢١٧ .

(٢٩) لاکوست ، المرجع السابق ج ٣ بند ١٠٧٣ من ٤٥٢ .

الرومانى القديم ، الذى كان يسلم بطريقة مطلقة ، بحق كل شخص فى ان يتصرف فى امواله على سبيل التبرع (٢٠) ، لحال الحياة او لما بعد الوفاة ، اذا كان اهلا لذلك ، وانتفى الفش المفضى الى ضياع حقوق الدائنين . ونظام هذا شأنه ، لم يكن ينعم فيه ذوو القربى بأية حماية قانونية ازاء تصرفات رب الاسرة الذين يلوذون به (٢١) ، بيد انه فى خلال العصر العلمى (٢٢) ، او بالاحرى بدءا من عصر الامبراطورية العليا ، وتأثرا بالقانون الاغريقى ، أصبح من الواجب على رب الاسرة ان يترك لبعض الاقربين نصيبا مناسبا من ثروته ، والا كان مخلا بواجب البر نحوهم . ويمكن من ثم الطعن على وصاياهم بمقتضى فكرة التظلم من الوصايا الجائرة (٢٣) ، *querela inoficiosi testamenti* وهى ما كانت تستخدم بوجه عام فى حالة لجوء المورث . الى تجريد احد الورثة من حقه فى الارث (٢٤) . ثم اتسع نطاقها على النحو السابق .

وعلى اى حال فانه يمكن القول بصيغة عامة ، انه لايجوز للمورث فى القانون الفرنسى ، ان يتصرف على سبيل التبرع ، بشكل يمس نصاب الورثة من اصحاب الفروض ، فان هو اخل بهذه القاعدة كانت التركة غير كافية لمنح الورثة حقوقهم . فلو كان حق الورثة معلقا على شرط لوقف الامر عند هذا الحد وعند حد القواعد العامة ولما كان هناك اى مسوغ لقيام المشرع بسن القواعد التى ترسم الطريق امام المورثة لاسترجاع حقوقهم ، فلو مات فرنسى عن ولدين ومبلغ ٢٤.٠٠٠ فرنك وكان قد اوصى بمبلغ ٩.٠٠٠ فرنك لشخص ما ، فان الاب يكون قد تجاوز نصاب الوصية . الا وهو ثلث التركة فى حالة وجود ولدين بمبلغ عشرة آلاف فرنك ، وبالتالي يكون من حقهما انقاص هذا المبلغ من ثلثة الوصية . الا اذا قبل الامر الواقع واقتسما المبلغ الباقي . هذا اذا كانت التركة موسرة ولكن التركة قد تكون معسرة ، وقد يصل الامر الى مدى أبعد حين تكون خصوم التركة أكثر من أصولها ، وفى هذه الحالة أباح القانون الفرنسى للورثة رفض الميراث او قبول التركة بخيار

Planiol, Ripert et Transport. Traité pratique de (٣٠)
Dr. Civ. Fr. Tome 5, Paris 1957, No. 21, pp. 6-7.

(٣١) مازو . المرجع السابق بند ٨٦٣ ص ١٥٦ . ونفس المرجع
بند ١٦٣ ص ٦ ، ٧ .

(٣٢) المرجع السابق بند ٨٦٣ ص ١٦٠ .

(٣٣) مونييه . الوجيز . باريس ١٩٣٥ ج ١ بند ٣٥١ ص ٥٨٢
وما بعدهما ؛ ومازو : المرجع والموضع السابقان ؛ ولاكوست : المرجع
والموضع السابقان .

(٣٤) محمود السقا ، المقال السابق ص ٢٨٩ .

الجرد ، وفي كل هذه الحالات لا تثور فكرة تعليق حق الوارث على شرط بالتصور الذي رسمه لولوتر . ولكي يتضح ذلك تجدر الإشارة الى طبيعة حق الورثة قبل وبعد افتتاح التركة (٣٥) :

ففي المرحلة السابقة على افتتاح التركة (٣٦) : اختلف الفقه في أصل فكرة مدى وجود حق للورثة وماهيته ان وجد . فقد ذهب البعض الى ان الوارث لا يتمتع بأى حق في هذه المرحلة ، وما يعرف بالحق في النصاب ان هو الا مجرد امل (٣٧) ، فلا يصبح حقا الا من وقت موت المورث ومن ثم لا تثور فكرة تعليق الحق على شرط في هذه الحالة . وذهب البعض الآخر الى ان الوارث له حق على النصاب ، بيد انه لا يعدو أن يكون حقا احتماليا ، يفوق مرحلة الامل ويشبه الحق المضاف انى أجل غير معين ، ولكنه على أى حال لا يتسم بسمة شرطية بمعنى الكلمة . وهكذا كيف الفقه حق الورثة قبل افتتاح التركة كحق احتمالى (٣٨) .

اما بعد افتتاح التركة فان المال لا ينتقل الى الورثة مباشرة وانما يلزم قبولهم للميراث أولا . والفترة ما بين افتتاح التركة وصدور مثل هذا القبول تدع مجالا للتساؤل ، عن طبيعة حق الورثة في هذه المرحلة وفي هذا الصدد يجب تمييز حق الوارث بالمعنى السابق عن خياره الذى يخوله الحق فى أن يكتسب هذه الصفة ، ذلك أن خيار الوارث يعتبر حقا بمعنى الكلمة ، وهو يتقدم بمضى ثلاثين عاما ككل الحقوق الأخرى .

ويقال عادة أنه بقبول المورث فان حقه يغدو بسيطا أو منجزا ، فهل معنى ذلك أن حقه قبل القبول يعتبر معلقا ؟ كلا . ذلك ان الفقه لا يتكلم عن الحق البسيط كمقابل للحق الشرطى وانما كمقابل للحق الاحتمالى ، وسمته الاحتمالية تأتي من كونه ينقصه عنصر أساسى الا وهو قبول أو عدم قبول الوارث ، وهذا يعنى أن حق الوارث بعد وفاة المورث وقبل قبوله هو حق احتمالى فى القانون الفرنسى ، لانه من الحقوق التى تخضع لمشيئة الوارث قبل أى شى آخر (٣٩) ، فحق الوارث الفرضى ليس له الطابع الشرطى سواء قبل افتتاح التركة أو بعد ذلك .

(٣٥) أوبرى ورو وبآرتان ج ٩ ط ٥ باريس ١٩١٧ بند ٥٩٠

ص ٣٩٨ .

(٣٦) فردييه : الرسالة السابقة بند ٨٦ ص ٧٢ .

Weill : du droit des héritiers à leur reserve en (٣٧)

nature. Paris 1934, p. 84.

(٣٨) انظر فى عرض الفكرة : فردييه . رسالته السابقة بند ٦٦

ص ٧٢ وما بعدهما .

(٣٩) فيلدرمان . رسالته السابقة بند ٣١ ص ٣٠ . وبند ٢٧٤

ص ٢٢٦ .

ولقد استبعد فردييه فكرة اعتبار الوصية أو الهبة التي يرهما المورث معلقة على شرطا فاسخ هو عدم تجاوز نصاب الوصية أو التبرع ، واستند في ذلك الى ان اعتبار الموهوب له بمثابة مالك تحت شرط فاسخ سيفضي لا محالة الى اعتبار الانقاص ، اى انقاص مازاد على نصاب التبرع ، وردده للورثة ، معلقا على امرين ، اولهما موت الواهب وثانيهما قبول الوارث للتركة ، بما يقتضيه ذلك من اعتبار الوارث مالكا تحت شرط واقف قبل موت مورثه ، وعملا بفكرة الاثر الرجعى فان مستحق الميراث يجب ان يعتبر - طالما قبل التركة - بمثابة مالك لاموالها ، في وقت سابق على افتتاحها ، الامر الذى يتنافى مع القواعد العامة ذاتها في القانون الفرنسى ، والخاصة بانتقال التركة الى الورثة (٤٠) .

وهكذا يبدو ان حق الوارث ليس شرطيا في القانون الفرنسى ، ومن البديهي ان هذه الفكرة لا تثور اصلا في ظل الشريعة الاسلامية والقوانين المستمدة منها .

المطلب الثالث

الحق في النفقة ليس معلقا على شرط

كذلك ذهب بعض الفقهاء الى ان الشرط يمكن ان يعلق الواقعة القانونية ، استنادا الى فكرة النفقة ، فقد ذهب لولوتر وديرانتون ودلفانكور ، الى ان الحق في النفقة هو حق معلق على شرط الحاجة . وقد استلزم القانون الفرنسى ، ككل القوانين ، الحاجة ، كمناط لاعمال فكرة الالتزام بالنفقة بين الأقارب ، فالأبناء ملزمون بالانفاق (٤١) على أبويهم واصولهم الآخرين الذين تعروهم الفاقة . واصول ذلك ربما تعود الى القانون الرومانى ، الذى واءم بين ما يقدمه الاب لبنيه والسيد لمعتوقه في العصر القديم ، وواجب الأبناء والمعتوقين في معاونة آبائهم ، او سادتهم عن طريق تقديم نفقة لهم ان هم اصابهم الاعسار ، ولكن الامر لم يكن يخرج في هذه المرحلة عن نطاق الواجبات الخلقية ، ومن ثم لم يكن له دعوى تحميه (٤٢) . ولكن تطورا لاحقا اصاب هذه الفكرة فأسكن التداعى أمام السلطة العامة بمقتضى اجراءات ادارية غير عادية من أجل الحصول على النفقة .

(٤٠) فردييه . رسالته السابقة . بند ٢٧٦ ص ٢٢٦ .

(٤١) قانون ٩ مارس ١٨٩١ والمادة ٢٠٦ معدلة بقانون ٩ أغسطس ١٩١٩ تلزم زوج البنت وزوجة الابن بالانفاق على الحما أو الحماة وتحدد وقت توقف ذلك . وتؤكد المادة ١٠٧ أن تلك الالتزامات انما هي التزامات متبادلة .

(٤٢) جيرار . ط ٨ ص ٦٧٤ .

ولم تثر مطلقا فكرة الشرط كوصف في هذه الحالة حتى انه عندما تم تقنين الامر وانيط استحقاق النفقة بموز الدائن ووجود مصدر مالى لدى المدين ، لم يخرج الأمر عن نطاق الشروط الجوهرية التى استلزمها القانون للنفقة ، لا الشروط العارضة التى يعلق عليها للأفراد تصرفا او التزاما مرتبطا بتصرف . وهكذا فان أصل نشأة هذا الواجب واستقراره كالتزام قانونى لم يثر أى نقاش مما يشير الشرط كوصف عادة ، خاصة منها ما يتعلق بالأثر الرجمى . وتلك الحقيقة تسرى أيضا على القانون الفرنسى الذى يضع - كغيره من القوانين - شروطا قانونية لاستحقاق النفقة وليس مجرد شروط عارضة يمكن تصور وجود الحق بدونها ، ولهذا نجد ان الفقه الحديث يؤكد ان الراى الذى يسبغ طابعا شرطيا على الالتزام بالنفقة ، انما هو راى مهجور (٤٣) .

كما ان الفقه العربى لم يثر فكرة الطابع الشرطى ، للالتزام بالنفقة واعتبرها مجرد التزام قانونى من التزامات الأسرة ، يتأسس « على تضامن الواجب فيما بين أفرادها (٤٤) » ، ومعلوم أن « الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها (٤٥) » فمضمون الالتزام ، ومداها ، هما أمران تحددهما النصوص ، ومثل هذا الالتزام لا يحتاج الى تفسيره من خلال فكرة الشرط كوصف طالما ان النصوص القانونية قد حددت شرائط اعماله ، بما يجعله حقا احتماليا لا شرطيا ، على حد ما قررته محكمة النقض الفرنسية (٤٦) ، واذا كان ذلك كذلك فان لولوتر ، وقد استند الى مقدمة غير صادقة يكون قد وصل الى نتيجة مشابهة ، فقد افترض ان الالتزام بالنفقة هو التزام شرطى ، وبنى على ذلك ان مصدر الالتزام هو أيضا واقعة مشروطة ، مع انه قد ثبت لنا حتى الآن ان الحق فى النفقة ليس شرطيا ، فضلا عن ذلك فانه لا تلازم حتما فى الفكر التقليدى على الأقل بين تعليق الأثر وتعليق المصدر . وبذا يبدو أن فكر لولوتر فى اعتبار الحق فى النفقة حقا شرطيا واعتباره دليلا على تعليق الواقعة القانونية بمعناها الضيق ، انما هو فكر غير صحيح .

والخلاصة ان الالتزام بالنفقة ليس التزاما شرطيا ، فالحق فيه لا يتواجد الا من لحظة الاعسار بناء على نص القانون وكل ما يمتلكه

(٤٣) قبلدرمان : الرسالة السابقة بحد ٣٣ ص ٤٢ حيث يقول :

L'opinion de la nature Conditionnelle de l'obligation alimentaire est-elle aujourd'hui abandonnée par la doctrine.

(٤٤) السنهورى . الوسيط ج ١ (١٩٦٤) بند ٩٠٥ ص ١٤٤٣ .

(٤٥) المادة ١٩٨ مدنى مصرى .

(٤٦) Cass. Civ. 2 janv. 1929, D.H. 1929.65 cité par

Filderman. Thèse précitée, No. 32, p. 41.

صاحب الشأن في هذه الحالة هو مجرد أمل في حق وليس نفس الحق (٤٧) .

وليست النفقة معلقة على شرط أيضا في الفقه الاسلامي . فالنفقة في الشريعة الاسلامية ، هي حق يترتب على أسباب أهمها الزوجية والقرابة . والذي يهنا هنا هو البحث عن النفقة التي تجب بالقرابة بسبب حاجة القريب وفقده وعجزه (٤٨) وفيها يجب أن يكون القريب الذي تجب له النفقة ذا رحم محرم ، وهي تجب بقدر الكفاية لأنها تستهدف دفع حاجته . وهي تسقط مضي المدة كاصل عام . والقرابة التي تستوجب النفقة هي قرابة الولادة وقرابة الحواشي . اذا كانت محرمة .

وبخصوص نفقة الأصول على الفروع فإنه يجب أن يكون الأصل فقيرا . ولكن لا يلزم عجزه عن الكسب ، كذلك في الترام الفرع تلزم القدرة على الكسب . ولكن لا يلزم اليسار . اما نفقة الفروع على الأصول فبلزم معها في الفرع فقره . وعجزه عن الكسب . وفي الأصول القدرة على الانفاق وذلك على تفصيل ليس هنا مجاله .

ويؤكد اعتبار النفقة غير شرطية في الشريعة الاسلامية ، انه لا يحكم بها عن مدة سابقة على تاريخ صدور الحكم وان كانت نفقة الصغير قد تواتر العمل في المحاكم على الحكم بها من تاريخ رفع الدعوى (٤٩) .

معنى ذلك أن الحاجة ليست شرطا عارضا تعلق عليه النفقة وانما هي شرط قانوني أو شرعي تقوم النفقة وتدور معه وجودا وعدما دون أن يستنفذ النص القانوني قوته لمجرد اعماله مرة واحدة كما هو شأن الشرط كوصف عادة .

(٤٧) فيلدرمان . بند ٣٣ ص ٤٢ وما بعدهما .
(٤٨) وقد استعرض ابن جزى ، الاصناف الاربعة الذين تجب لهم النفقة في الفقه المالكي وقارن ذلك بالمذاهب الاخرى . انظر : القوانين النكحية تونس ١٣٤٤ هـ - ١٩٢٦ م ص ٢١٥ وما بعدها . وقال (ص ٢١٧) عن نفقة الابوين أنها تجب لهما بشرط أن يكونا فقيرين ولا يشترط عجزهما عن الكسب ، ولا يجب أن ينفق الاب على ابن ابنه ، ولا ابن الابن على الجد . وأوجبها الشافعي . وأوجبها أبو حنيفة على كل ذي رحم محرم .

(٤٩) في كل ما تقدم : عمر عبد الله . المرجع السابق من ص ٥٦٨ حتى ص ٥٨٤ . وانظر في النفقة بوجه عام : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ (الحلبي) ص ٥٠٨ وما بعدها وخاصة ص ٥٢٢ وبلغة السالك لا قرب المسالك الى مذهب الامام مالك ج ١ طبعة أخيرة ١٣٧٢ هـ (الحلبي) ص ٥١٧ وما بعدها ، مثلا خسرو : الدرر الحكام شرح غرر الاحكام . المرجع السابق ج ١ ص ٤١٢ وما بعدها .

المطلب الرابع

حق الرجوع الوراثي ليس حقا شرطيا

تعرضت المادة ٧٤٧ مدنى فرنسي ، لما يعرف بحق الرجوع الوراثي ، وهى احدى مواد ثلاث تبين أحكام هذا النظام (٥٠) ابثاقا من مفهوم عام مؤداه : أن لصاحب الشأن ، بشروط معينة ، أن يسترد مالا سبق أن منحه لآخر على سبيل التبرع (٥١) .

والمقصود فى هذه المادة هو الرجوع القانونى ، لا الاتفاقى . فهل يعتبر موت الفرع دون عقب ، عن الاشياء التى وهبها له الاصل ، واقفة شارطة ، تنشأ معها حالة التعاقب بالمعنى الفنى للكلمة .

الحقيقة ان الاجابة على هذا السؤال ، تقتضى الوقوف على الطبيعة القانونية للرجوع الوراثي . ولن يتم ذلك دون اللجوء الى شيء من التتبع التاريخي للفكرة .

فأصول هذا النظام تعود الى فكرة البائنة ، او الدوطة (٥٢) ، ذلك ان المال الذى كان يقدمه ابو الزوجة (او الزوجة نفسها او الغير) للزوج بغية تخفيف اعباء الحياة على الزوجين ، كان يمكن استرداده (٥٣) ، اذا ماتت الزوجة (٥٤) .

ولم يكن الاسترداد مشروطا بوجوب وجود اتفاق على ذلك الا فى حالات استثنائية ، كحالة ما اذا كان المسترد من الغير ، اذ كان يلزم فى هذه الحالة ان يحتفظ لنفسه ، صراحة ، بحقه فى ايلولة المال اليه ، كما يقول لورد ماكينزى (٥٥) .

(٥٠) والمادتان الاخيرتان (٣٥١ ، ٧٦٦ م٠ ف) تمنحان هذا الحق للمتبنى وللأخوة والاخوات بشروط معينة . وهذه المواد متحدة فى الطبيعة والطابع ، ضرورة أنها تنظم حقوقا لها نفس السمات . يقول لوران : "Tous ces droits ont ... la même nature et le même caractère".

انظر مؤلفه سالف الإشارة ط ٢ ج ٩ (بروكسل ١٨٧٨) بند ١٦٢ ص ١٩٦ وما بعدهما .

(٥١) Aubry et Rau : Cours de Droit civil Fr. cinquième édit. Tome neuvième. Par. M. Etienne Bartin, No. 608, p. 508.

(٥٢) جاستون ماى . المرجع السابق بند ٤٤ ص ١٢٥ وما بعدهما .

(٥٣) جيرار . المرجع السابق ط ٨ ص ١٠١٦ - ١٠١٧ .

(٥٤) أو فى حالة انحلال رابطة الزوجية . لورد ماكينزى . السابق .

ص ١٠٢ .

(٥٥) المرجع والموضع السابقان .

"under an express reservation that it should return to him"

ففيما عدا ذلك تبقى فكرة الرجوع غير مقرونة بمثل هذا التحفظ
أي غير مقرونة ببند الاسترداد، ولقد كان الأب يفيد من ذلك في استرداد
البائنة عند وفاة ابنته ، فلا يخسرهما معا (٥٦) .

والتسليم بحق الأب في الاسترداد . كان يعنى اختلاف البائنة
عن الهبة . وخاصة فيما يتعلق بعدم اعتبار البائنة نوعا من التبرع ،
الأمر الذى يقتضى عدم خضوعها للحظر المتعلق بالهبات وخاصة الهبات
نحما بين الزوجين . وهو ما يفسر أيضا ما آلت إليه الهبة من إمكان الوعد
بها . وتنفيذها أثناء الزواج (٥٧) . ولكن البائنة على أى حال غدت في
فرنسا نوعا من التبرع في الوقت الحاضر .

وإذا كان الثابت أن حق الاسترداد ، لم يكن يكتسي الطابع الشرطى
فى القانون الرومانى . إلا أن هذا النظام قد أصاب قسما من التطور
« حتى امتد الى كل الهبات التى يقدمها الأب الى الولد . أبنا كان أم
بنتا . وكان الاسترداد يعتبر فسحا للهبة (٥٨) » فى فرنسا .

من هذا المنطلق . بدأ الربط بين فكرة الشرط والرجوع الوراثى ،
خاصة وأن هذا الرجوع كان يتأسس فى بلاد القانون المكتوب على فكرة
الإشتراط الضمنى *stipulation tacite* التى عرفت بعد
ذلك بالشرط الفاسخ ، الذى كان مصحوبا بالأثر الرجعى ، حيث كان
تحقيقه يقضى الى زوال كافة الحقوق ، التى تلقاها الموهوب له ، سواء
بقيت عنده أم تصرف فيها (٥٩) ، على سبيل التبرع . أما أن كان
التصرف فيها قد وقع على سبيل المعاوضة فإن التصرف كان يبقى
قائما فلا تؤول الحقوق المنبثقة عنه الى المسترد (٦٠) .

ولكن ليس معنى ذلك أن المشرع الفرنسى حين ضبط المادة ٧٤٧
ضمنها تلك الفكرة ، بل العكس هو الصحيح ، فلقد تأثر المشرع الفرنسى
بما كان سائدا فى بلاد القانون العرفى ، التى لم تؤسس الاسترداد أبدا
على فكرة الشرط الفاسخ . بل أسسته على فكرة الميراث . ذلك أن
المادة ٣١٣ من عرف باريس كانت تنص على أن الأصول « يرثون
succèdent الأشياء التى وهبها لابنائهم الذين لم يعقبوا .. » (٦١)

(٥٦) مابى . المرجع السابق بند ٤٦ ص ١٣٣ .

(٥٧) المرجع السابق بند ٤٤ ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

(٥٨) منصور مصطفى منصور : رسالته فى الحلول العينية بند ٤٠

ص ٥٧ والمرجع المشار اليه فى هامش ١ .

(٥٩) لوران ، المرجع السابق (ج ٩) بند ١٦٣ ص ١٩٧ .

(٦٠) الموضع السابق .

(٦١) انظر المرجعين والموضعين اللذين أشار إليهما لوران فى مؤلفه

سالف الإشارة بند ١٦٣ ص ١٩٨ .

وقد انتقل اللفظ الدال على الارث الى المادة ٧٤٧ .
ومعنى ذلك ان المادة ٧٤٧ في صورتها التى خرجت عليها ، لم تكن
تجد تفسيرها الفنى أو أساسها التاريخى فى فكرة الشرط الفاسخ ،
أو فكرة الشرط كوصف ، ليس فقط لأن المشرع الفرنسى « وجد أن
الأحكام المترتبة على فكرة الشرط وأثره الرجعى تؤدي الى تعقيدات
وصعوبات عملية (١٢) » ، بل أيضا لأن طبيعة الرجوع الوراثى ذاتها ،
بحسبانها ارثا ، لا تستجيب لمثل هذا التفسير . ولقد وصف الفقه
الارث فى هذه الحالة بأنه ارث شاذ anormale ، لاختلاط
فكرتى الهبة والميراث فيه ، ولأن الأصل فى الميراث أن يكون نصيبا من كل
التركة ، ولكن الميراث هنا يرد على الشيء الموهوب وحده ، هذا الى أن
الميراث له أسباب قانونية أو شرعية عامة ، أما الأمر فى هذه الحالة
فيتعلق بموت الموهوب له عن الشيء الموهوب دون عقب (١٣) ، وهذا
شرط قانونى لا فنى ، بمعنى أن القانون هو الذى قرر هذا الوضع
الخاص « ورتب عليه نتائجه ، وسواء تحقق هذا الوضع أو تخلف ،
فليس له - كما للشرط بالمعنى الصحيح - أثر رجعى (١٤) » .

المبحث الثالث

لا مصدر للشرط والتعليق سوى الإرادة

الإرادة هى أساس وجود فكرة الشرط ، وما يلابسها من تعليق
وعلى هديها يمكن معرفة الأسلوب الذى يجب أن يتحقق به الشرط ،
وتنتهى معه حالة التعليق ، وعن طريق الإرادة يمكن تجريد الشرط من
أثره الرجعى ، ومن هنا كان صدق فكرة الإرادة كمصدر أوحد للشرط
والتعليق .

-
- (٦٢) منصور مصطفى منصور . المرجع السابق بند ٤٠ ص ٥٨
(٦٣) لوران . المرجع السابق بند ١٨٥ ص ٢٢٩ وما بعدهما .
(٦٤) السنهورى . الوسيط ج ٣ هامش ٢ ص ٣٥ .
(٦٥) ولقد لعبت فكرة الإرادة دورا أساسيا فى ارساء دعائم المذهب
الارادى ، الذى ترجع أصوله الاولى للابيقوريين Les épicuriens
الذين ربطوا بينه وبين مذهبهم الوضعى leur positivisme
حيث جعلوا السيادة للفكرة القائلة بأن العدالة لا تتحقق الا فى العنود ،
والقانون الوضعى الذى تستنته الإرادة لتحقيق أساس الاخلاق والتعاون
الا وهو تحقيق المصلحة l'intérêt واشباع الرغبات الانسانية فى إطار
قيود معينة . انظر

Henri Batiffol : La philosophie du Droit : Cinquième édit.
pp. 11, 13, 22, 94.

الفقه مجمع على أنه لا مصدر للتعليل سوى الإرادة :

والفقه العربى مجمع على أنه لا مصدر للشرط والتعليل سوى الإرادة (٦٦) . فلا شرط ولا تعليل مالم يكن هناك متصرف اراد تعليل تصرفه والالتزامات المترتبة عليه على تحقيق أمر مستقبل غير محقق . . سواء ظل تصرفه على استقلال أم ارتبط بتصرف آخر فى صورة عقد ، فتعليل الالتزام الإرادى على شرط « يكون مصدره الإرادة وحدها . اذا كان الالتزام نفسه وليد هذه الإرادة ، فالملتزم بإرادته المنفردة . كما يملك أن يلتزم التزاما منجزا ، خاليا من أى شرط . يملك كذلك أن يعلق التزامه على شرط ، واقفا كان الشرط أو فاسخا (٦٧) » . وتعليل الالتزام الإرادى على شرط يكون مصدره الإرادة مرتبطة مع غيرها فيما لو دخلت هذه الإرادة فى بناء عقد أى مركب من تصرفات قانونية . وفى هذه الحالة قد تلتزم إرادة من الإرادتين - أو الإرادات - التزاما منجزا تبعا لصدور الإرادة بصيغة منجزة . ويكون التزام الإرادة الأخرى معلقا تبعا لصدور الإرادة موصوفة غير بسيطة . وفى هذه الحالة ، لو كان الالتزام المعلق هو التزام القابل فيجب بحسب القواعد العامة أن يقبل ذلك الموجب (٦٨) . وللاخير أن يعلق تصرفه من جديد هو الآخر فإن قبله الطرف الآخر بات العقد برمته معلقا (٦٩) . وبعبارة أخرى فإن الإرادة هى مصدر التعليل دائما ، كما أن الشرط يؤثر فى رضاء المتصرف ذاته . سواء صدر الرضاء الموصوف عن شخص لا ينتظر اقتران رضائه برضاء آخر أم عن شخص كان يريد أن يصادف رضاه رضاء شخص آخر منجزا أم موصوفا .

(٦٦) عبد الرزاق السنهورى . الوسيط ج ٣ بند ٢٣ ص ٢٥ ومابعدهما ، اسماعيل غانم . الاحكام . بند ١٣٩ ص ٢٨٦ . عبد المنعم البدر اوى ، الاحكام . بند ٢٠٧ ص ٢٣٢ ، وعبد الحى حجازى . المصادر ج ١ الالتزام فى ذاته ص ١٥٣ ، أنور سلطان . الاحكام بند ٢٣٠ ص ٢٣٥ . والفقه الفرنسى برمته تقريبا يذهب هذا المذهب وقد سبقته الإشارة الى ذلك . وأذكر مثلا : مارتى وريبنو . المرجع السابق ج ٢ مجلد ١ سنة ١٩٦٢ بند ٧٤٦ ص ٧٥٨ ، ٧٥٩ .

(٦٧) السنهورى . المرجع السابق بند ٢٣ ص ٢٣ ، وبعبارة فقهية اسلامية موجزة وجامعة فإن « من ملك التنجيز ملك التعليل ، ومن لا فلا » الاشياء والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية (الحلوى) ص ٤٠٦ .

(٦٨) والفكرة موجودة فى القانون الأمريكى . انظر

Samuel Williston : The law of Contract volume 1, New York 1920. No. 77. p. 134.

“Qualified or Conditional acceptances are counter-offers and reject the original offer”.

(٦٩) وهذا يؤكد تصور العقد كمركب من التصرفات القانونية .

ولا شك أن المقصود بالارادة في هذه الحالة ، ليس الارادة في حد ذاتها - أى كظاهرة نفسية بحتة « لأنها من هذه الوجهة لا تخلو من ابهام وتعقيد » ولهذا قل من فقهاء القانون « من درسها بتفصيل وحللها الى عناصرها ، ولعل ذلك من تأثير تلك الفكرة التى سادت زمنا فى الفقه ومؤداها أن « القانون لا يسوغ له أن يخترق حجب الضمير وأن يحكم النوايا التى تختلط بها سرائر الافراد ليتعرف كيف ولماذا يريد الشخص هذا الأمر أو ذلك (٧٠) » ومع ذلك فإن جذور التعليق تنبت مع الارادة كظاهرة نفسية ، فالارادة كقصد وتصميم ، تسبقها فى النفس عملية تصور مضمون الارادة فمن يتصور هذا المضمون تصورا منجزا لا يبدأ فى تصور امر آخر خارج عن مضمون الارادة ، تعلق عليه هذه الارادة الا وهو الشرط ، ومن يتصور هذا المضمون معلقا لا جرم يبدأ فى تصور الشرط الذى يعلق عليه تصرفه ، كما تلى مرحلة التصور مرحلة أخرى هى مرحلة التدبر وفيها لا يتدبر راغب التصرف المعلق نتائج موازناته للأمور التى ستصرف اليها ارادته واختيار أكثرها مواءمة له فقط ، بل يوازن فى هذه الحالة أيضا بين نوعية الشروط التى يستعين بها فى تعليق تصرفه ، فان انتهى من ذلك انتقل الى جوهر الارادة ألا وهو التصميم « وهو ما يسبق على العمل الارادى صفته ، وبه تتولد فى النفس الارادة بمعناها الحقيقى . ومتى وصل العمل الارادى الى هذه المرحلة لم يبق الا ان يوضع موضع التنفيذ . والتنفيذ هو آخر مراحل كل عمل ارادى حيث ينقل المرء تصميمه الداخلى الى العالم الخارجى (٧١) » بيد أنه اذ ينقله فى حالتنا لا ينقله منجزا ، بل ينقله معلقا على الشرط الذى ارتأى تعليقه عليه ، فالمقصود بالارادة اذن كمصدر التعليق هو الارادة كظاهرة قانونية ، وهى لا تكتسى هذا الطابع الا بعد تجاوز مرحلتى التصور والتدبر والدخول فى مرحلة التصميم والتنفيذ الذى يقرن التعبير عن الارادة ليس بالقدرة على معاودة نفس الارادة فى وقت آخر بل باناطة التصرف ذاته وما ينبثق عنه من آثار بواقعة عارضة ، قد تتحقق وقد تتحقق ، وهى واقعة رأت الارادة ذاتها انها أنسب الامور لتكون مناط فاعليتها .

ولكن لا يجب ان يفهم من ذلك أن التعليق يجب أن يجد مصدره فى الارادة الصريحة ، ذلك أن أى تغيير عن الارادة يفيد التعليق ضمنا هو مما يمكن اعتباره ارادة ضمنية للتعليق . وبعبارة أوضح ، نأخذ لكى

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

بند ١٥ ص ٢٨ .

(٧١) المرجع السابق بند ١٦ ص ٢٩ ، ٣٠ . وانظر السنهورى .

الوسيط ج ١ سنة ١٩٥٢ هامش ١ ص ١٧٤ ، ١٧٥ .

يكون الرضاء مرصوفا ، والتراضي معلقا تبعا لتعليق الرضائين الداخلين في تكوينه ، فلا بد أن تكون ارادة المتصرف قاطعة في اختيار التعليق . وهى تكون كذلك . إذ كانت الارادة صريحة في اناطة الرضاء بتحقيق واقعة مستقبلية ومحتملة ، أو كانت ظروف الحال لا تدع شكاً في أن هذا هو عين ما انصرفت اليه الارادة ضمناً ، فإذا كانت الارادة صريحة فلا اشكال ، وان كانت الارادة ضمنية فان الأمر يصبح امر تكييف وتحديد أوصاف .

والتكييف بحسبانه مسألة قانونية ، يخضع فيها للقاضي لرقابة المحكمة العليا ، يقتضي عدم التنفيذ بالوصف الذى أسبغه المتعاقدان على العقد ، لأنه قد يكون تكييفاً غير صحيح (٧٢) . وإذا كان ذلك يعنى أن للقاضي أن يلتفت عن وصف المتعاقدين للعقد بأنه معلق (٧٢) ، فأحرى به إذا استشف أن ارادة المتصرف - أو المتعاقدين - الضمنية قد انصرفت الى التعليق ، أن يعتبر التصرف معلقاً ، وهو يقتضي بداهة يقن القاضي من توافر كافة مقومات الشرط .

وإذا صبح ذلك ، فانه تجدر الإشارة الى انه لا تلازم بين تقسيم الشرط الى صريح وضمني ، وبين تنويع التعبير عن الارادة الى صريح وضمني ايضاً ، إذ لا يلزم من صراحة الرضاء صراحة الشرط . فقد يكون الرضاء صريحاً والشرط ضمناً (٧٤) .

(٧٢) أحمد زكى الشبتي فى رسالته :

“Essai sur la qualification des Contrats : Thèse pour le doctorat. Le Caire 1944, No. 4, p. 6 : En effet la qualification donnée par les Contractants à un Contrats peut être fausse...”

(٧٣) ولكن القاضي ليس له وهو يكييف أو يفسر أن يمسح أو يشوه التصرف أو النية المشتركة :

G. Berthelot : De l'interprétation judiciaire des testaments.

Thèse pour le Doctrat. Grenoble 1908, pp. 21 et 108.

قد يستشف خلاف ذلك من أقوال بودان ولاجارد . انظر مؤانها سالف الإشارة (ج ٨ ط ٢ بند ٧٣٣ ص ٥٣٤ وما بعدهما) . ويلاحظ أن بعض الامثلة التى يضربها الفقه للتعليق على شرط ضمنى هي أمثلة احقق احتمالية لا لتصرفات شرطية ، ضرورة أن الشرط أو بالاحرى العنصر الاحتمالى لا يكون مجرد أمر عارض بل يكون عنصراً أساسياً فى المند أو التصرف ذاته بمعنى أنه لا يقوم بدونهُ . ومن أمثلة ذلك الاكتتاب فى أسهم شركة تحت التأسيس

“La souscription a des actions émise par une société en voie le formation”.

بودان ولاجارد . المرجع السابق بند ٧٣٣ ص ٥٣٤ معنى ذلك أن تغطية الاسهم ليست واقعة عارضة .

ومن أمثلة تعليق العقود على شرط ضمنى أنه بعد أن بدأت نذر إعادة البيوت التي كانت مشمولة بالحراسة الى ذويها ، بدأ الملاك يبرمون عقود ايجار مع بعض الأشخاص ، وكان أن أغفل بعضهم ذكر ، أو الإشارة الى ، تاريخ بدء الإيجار ، رغم تحديد تاريخ العقد ومدة ومدى الإيجار ، وليس شك أن مثل هذه العقود تكون قد أبرمت معلقة على شرط صدور القرار القاضي بإعادة هذه العقارات الى ذويها .

الارادة كمصدر للتعلق لا تختلط بالشرط ذاته ضرورة أن هذا الأخير هو عمل من أعمالها وليس جزءا من مضمونها :

والارادة كمصدر للتعلق لا تختلط بالشرط ذاته ، بل يظان رغم التعليق متميزين ، فلقد رأينا أن الشرط أمر عارض ولا يؤثر في عرضيته صدوره عن الارادة . ذلك أن التصرف كإرادة محضة لا قوام له إذا لم يستجمع كافة مقومات نشوئه ، وإذا كان المتصرف يملك إصدار إرادة باتة منجزة ولا توصف في هذه الحالة بأنها إرادة ناقصة ، فإنه يملك أيضا أن يعلق تصرفه على واقعة شرطية عارضة لا تدخل في مضمون الارادة ، ولا يمكن أن توصف أيضا رغم التعليق بالنقصان . ومفاد ذلك أن التصرف المعلق على شرط ، هو تصرف لا يعتمد على ذات الارادة ، وإنما على أمر جعلي خارجي ارتضته تلك الارادة كمناط لأعمالها ، دون أن تكون الارادة هي المهيمنة عليه أو المستبعدة بتحقيقه (٧٥) . فالتعليق بمعنى الكلمة لا يناط بذات الارادة وإنما بعمل عارض تحدده الارادة (٧٦) .

وهكذا يبدو الربط جليا بين الارادة والشرط ، وهو أمر لا يمكن تصوره بالنسبة للواقعة ، فلا تعليق ما لم يكن الشرط الذي يناط به التصرف من صنع الإرادة ذاتها ، فإن كان القانون هو الذي رتبته "si nuptiae sequuntur" فإنه لا يكون شرطا بالمعنى الفني (٧٧) وإن جاز أن يرتبط به حق احتمالي .

(٧٥) ويقول فيلد رمان في رسالته سالفة الإشارة (بند ١٤٤ ص ١٢١)

"L'act Conditionnel dépend d'un fait déterminé et voulu par les parties, qui ne sont pas maîtresses de le faire avrifer ou défaillir".

(٧٦) انظر أيضا : ايجو الاثر الرجعي لتحقيق الشرط ، الرسالة السابقة باريس ١٩٢٢ ص ٢٤ .

(٧٧) انظر فيلد رمان . الرسالة السابقة بند ١٥ ص ٢٤ وفرديه بند ٣٢٥ ص ٢٦٢ .

والخلاصة ان دور الإرادة في تعليق التصرف على شرط لا يعنى تطابق الإرادة مع فكرة الشرط ، فالشرط ليس جزءا من الإرادة ، ولذا فان حجة القائلين بعدم وجود فرق بين دور الإرادة حال الشرط ودورها حال الحادث الاحتمالى هي حجة داحضة ، ذلك ان سند هؤلاء الفقهاء يكمن في القول بأن الإرادة في حال الشرط الارادى المحض هي المتحكم الوحيد في مصير الشرط وهم يؤسسون على ذلك ان الشرط الارادى المحض . وهو كما نعلم مثال صادق للحادث الاحتمالى . يعنى وحدة في الطبيعة بين الحق الاحتمالى والحق الشرطى .

والحقيقة ان هذا القول لا يتكلم عن تسوية الحادث الاحتمالى بنقل صور الشرط بل بصورة واحدة ، هي صورة الشرط الادارى المحض ، وقد كان هذا القول صائبا في مرحلة من مراحل الفكر القانونى الحديث الا ان الفكر الاحداثى على ما راينا عند عرض المقوم الثانى من مقومات الشرط قد طرح كنية فكرة الشرط الارادى المحض . ورأى وجوب ادخالها في مفهوم نظرية التحفظ التى تمثل تعبيرا اكثر دلالة على حقيقة جانب من أهم جوانب الحقوق الاحتمالية . ومن ثم يزول كل أساس للبس بين الإرادة ذاتها والواقعة الشرطية العارضة عليها .

الفرع الثانى

نطاق تعليق التصرفات

لا يلحق الشرط كافة التصرفات . فمدى التعليق من حيث التصرفات القانونية محدود ، فالمتصرف لا يملك تعليق أى تصرف . وإنما هو يملك فحسب تعليق كل تصرف لم يحظر القانون تعليقه . ويسرى هذا القول في ظل الشريعة الاسلامية وفي نطاق القوانين الوضعية . ولما كان فقهاء الغرب الذين يدرسون فكرة تعليق العقود والتصرفات على شرط في الشريعة الاسلامية يجتزئون عادة بالفقه الحنفى . وينظرون فحسب الى مدارسه الاولى ، بغية اصدار احكام عامة عن الشريعة الاسلامية اساسها معاداة الفقه الاسلامى لفكرة التعليق (٧٨) . فان ذلك

(٧٨) انظر مثلا :

Y. Linant de Bellefonds : Traité de Droit musulman Comparé, Paris 1965.

فقد ورد بذلك المؤلف عبارات عامة تفيد معاداة الفقه الاسلامى للتصرف الشرطى :
Hostalité du Fikh à l'égard de l'acte Conditionnel

يتقاضانا - بالإضافة الى الاهمية العملية والعلمية للموضوع - دراسة مدى تعليق العقود في الشريعة الاسلامية من جهة ، وحتى يبرز تفرداها ، فائنا نعرض لمقارنة اخرى ندرس فيها مدى التعليق في القانون الروماني بالقانون الوضعي من جهة اخرى . ونعرض لهاتين المسألتين في بحثين متتاليين .

المبحث الاول

مدى تعليق العقود على شرط في الشريعة الاسلامية

ان بحث مدى تعليق العقود على شرط في الشريعة الاسلامية ، يقتضي التعرف على آراء فقائها وأسانيد آرائهم من جهة ، ثم مناقشة تلك الاسانيد من جهة اخرى . وأعرض لهذين الامرين في المطلبين التاليين

المطلب الاول

آراء فقهاء الشريعة الاسلامية بصدد مدى تعليق التصرفات على شرط

ان معرفة حقيقة آراء الفقه الاسلامي بصدد مدى تعليق التصرفات على شرط يقتضي تقصي هذه الآراء بالنسبة لكل عقد على حده ، فهذه الطريقة يمكن معرفة الاتجاه العام في الفقه الاسلامي بصدد اباحة أو حظر التعليق ومداه .

وحتى يسهل عرض الافكار الفقهية الاسلامية ، فانه يمكن اتخاذ تقسيم الاحناف للتصرفات من حيث مدى قابليتها للتعليق ، اساسا للبحث ، وهم يقسمون التصرفات من هذه الزاوية الى اقسام ثلاثة .
اولا : تصرفات لا تقبل التعليق مطلقا . ثانيا : تصرفات تقبل التعليق مطلقا . ثالثا : تصرفات تقبل التعليق على الشرط الملازم وحده .
ونعرض لهذه الأقسام فيما يلي :

بند ٥٣٧ ص ٤٢٢ ، رغم أنه عند تعداد التصرفات التي لا تقبل التعليق (بند ٥٤٣ ص ٤٢٥) فقد تم ذلك على أساس ما ورد في الفقه الحنفي وحده ، ودون اشارات الى تفنيد الفقه الاسلامي المعاصر لمثل الحظر ، ولا الى أقوال قدامى فقهاء الشريعة في الموضوع كآقوال ابن القيم مثلا في اعلام الموقعين وأقوال ابن تيمية في العقد .

أولا :

التصرفات التي تقبل التعليق مطلقا

أورد ابن قاضي سماوه أن « تعليق التمليكات والتقييدات بالشرط لا يجوز (٧٩) » . وضرب مثلة للتمليكات من بينها البيع وهو مبادلة مال بمال ، والاجارة وهي مبادلة مال بمنفعة ، والنكاح والمقابل فيه ليس مالا ولا منفعة . والهبة وهي من عقود التبرعات . كما ضرب مثلا للتقييدات بالعزل عن الوكالة . والحجر على العبد والرجعة وغيرها (٨٠) . ونستعرض الآن الأمثلة التي أوردتها مختلف المذاهب لما لا يقبل التعليق من التصرفات .

١ - البيع

يذهب جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية . الى أن عقد البيع : هو من العقود التي لا تقبل التعليق على شرط . لأن البيع تمليك للحال ، وهذا يتناقض مع اناطته بالخطر ، الذي تكتنفه المقامرة (٨١) . كما أن الرضا يحتاج الى الجرم ولا جزم مع التعليق . ولكن بعض الفقهاء استثنى من الحظر السابق . حالة تعليق لبيع على شرط رضا الغير . الموقوت بمدة معينة (٨٢) . والذي يصدر عن

(٧٩) جامع الفصولين ج ٢ ط ١ سنة ١٣٠٠ ع ص ٢ .

(٨٠) الموضع السابق .

(٨١) فعند الاحناف : لا يصح تعليق التمليكات . ابن عابدين .

المرجع السابق ص ٢٣٢ . ومن صور ذلك : بيعت ان كان زيد حائرا .

نفس المرجع ص ٢٣٣ .

ويقول الشافعية « ما كان تمليكا محضا لا مدخل للتعليق فيه قطعا كالبيع » . السيوطي . الاشباه والنظائر (عيسى البابي الحلبي) ص ٤٠٥ والقاعدة عند الحنابلة بأن البيع لا يصح تعليقه : القواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب . ط ١ (١٩٧٢) ص ١٢٥ وهو قول القاضي وابن عقيل .

ولا يجيز المالكية تعليق عقد البيع على شرط . الذرافى . الفروق ج ١ ص ٢٢٩ . وهذا هو نفس مسلك الاباضية . شرح النيل ج ٤ ص ١٢٠ .

(٨٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤٤ .

(٨٣) نقل ابن عابدين عن البحر . ان تعليق البيع لا يجوز . الا في صورة واحدة وهي أن يقول بيعت منك هذا ان رضى فلان ، فانه يجوز ان وقته بثلاثة أيام ، لأنه اشتراط الجيار لاجنبى وهو جائز ، حاشية ابن

شخص غير بعيد (٨٤) ، بعدا يفضي الى الجهل بالمدة .

ويسرى الحظر المتقدم على القسمة والصلح على مال بمال ، فهما كالبيع سواء بسواء لانطوائهما على معنى المبادلة (٨٥) .

٢ - الاجارة

وجمهور الفقهاء على أن الاجارة والاستئجار ، من العقود التي لا تقبل التعليق لأنها تملكيات .

فالاحناف لا يجيزون تعليق تأجير دار على قدوم شخص ما (٨٦) ، وهو نفس الأمر بالنسبة للمزارعة والمعاملة أى المساواة حيث « لا يجوز تعليقهما بالشرط كما او قال : زراعتك ارضي او ساقيتك كرمي . . ان قدم زيد (٨٧) » .

والمالكية والشافعية يرون ان الاجارة هي مما « لا يقبل التعليق » (٨٨) وهو نفس المسلك الذى سلكه الحنابلة (٨٩) .

عابدين ج ٤ ص ٢٣٣ . ولكن انظر فى المذهب الحنفى أيضا . جامع الفضولين . المرجع السابق ص ٣ حيث أورد ابن قاضى سماو، رضا الغير مطلقا غير مقيد بأيام وهو ما نعتقد أنه يصلح سنداً حقيقياً لما ذكرناه بالمتن .

(٨٤) أورد الخرشى فى شرحه على متن سيدي خليل (ج ٤ ط ١ عام ١٣٠٨ هـ ص ٢١) أن « البيع اذا وقع على شرط مشاورة شخص بعيد عن موضع العقد فإنه فاسد للجهل بالمدة » والمراد بالبعد ألا يعلم ما عده الا بعد فراغ مدة الخيار ، وما الحق بها بأمد تصير « ويستثنى للشافعية من حظر تعليق البيع على شرط ، حالة التعليق على مشيئة المشتري ، أو على ثبوت ملكية البائع للمبيع ، أو حالة البيع الضمنى . السيوطى : المرجع السابق ص ٤٠٥ .

وقد روى عن الامام أحمد أنه قال بصحة تعليق البيع على شرط . (٨٥) ابن عابدين : المرجع السابق ص ٢٣٣ . وص ٢٣٥ ، انما يلاحظ بالنسبة للاحناف أن تعليق القسمة لديهم على رضا فلان غير مؤقت لا يصح مطلقا ، ومؤقتا يصح فى الجنس الواحد « المرجع السابق ص ٢٣٤ .

(٨٦) ابن عابدين . المرجع السابق ص ٢٣٤ .

(٨٧) المرجع السابق ص ٢٣٧ .

(٨٨) الفروق للقرافى ج ١ . المرجع السابق ص ٢٢٩ .

(٨٩) كشف القناع على متن الاقناع ، للبهوتى (انظر بن يودس

ابن ادريس) مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ ، ١٩٤٧ م ص ٤٦٧

وعلى العكس من ذلك فإن الاجارة يمكن اضافتها الى اجل عند جمهور علماء المسلمين (٩٠) .

٣ - الهبة

الرأى عند جمهور الفقهاء (٩١) ان الهبة لا يجوز تعليقها على شرط . وذلك على خلاف الاباضية ، فالظاهر عندهم جواز تعليق الهبة (٩٢) . أما المالكية فقد افاضوا في شرح الامثلة التى تفيد جواز تعليق الهبة على شرط . حيث نقل الشيخ عليش كتاب تحرير الكلام فى مسائل الالتزام (٩٣) . بمؤلفة فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك (٩٤) . وهو كتاب انطوى على امثلة ذات مغزى فى هذا الموضوع وفى التعليق بوجه عام .

وعلى سبيل المثال فان الخطاب لايعطى الدليل على امكان تعليق الهبة بطريقة عامة ، بل من خلال تقسيم الشرط الى فعل من افعال الملتزم . وفعل من افعال الملتزم له ، وفعل غير الملتزم والملتزم له .

- فمن صدر القسم الاول : انه يمكن تعليق الهبة على عودة الملتزم سالما من سفرة (٩٥) . او تعليق انبة او النذر على راقعة الملك (٩٦) .

- ومن صور القسم الثانى : تعليق الهبة على انجاب الزوجة ، وانجابها فعل ليس باختيارها (٩٧) ، وتعليق الهبة على صعود الملتزم له جبلا او مكانا مرتفعا « وقد اختلفوا فيه هل يشترط ان يكون العمل فيه منفعة او لا يشترط ذلك على قولين (٩٨) » .

(٩٠) عبد الناصر العطار . رسالته السابقة بند ٧٩ ص ١١٩ . ولكن قارن عند الشافعية الرملى (أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ٥ (الحلبي ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م) ص ٢٧٥ .

(٩١) انظر مثلا عند الاحناف : بدائع الصنائع للكاسانى . مطبعة الجمالية ج ٦ ص ١١٨ . وعند الحنابلة المغنى ج ١ ط ١ ص ٢٥٦ ، والشرح الكبير تحت المتن السالف بنفس المرجع ص ٢٦٤ . والقواعد لابن رجب المرجع السابق . الذاعدة الثانية والسبعين ص ١٣٩ . ومنتهى الارادات لابن النجار (دار العروبة) ج ٢ ص ٢٥ . وفى الفقه الشافعى : مغنى المحتاج (الحلبي ١٩٥٨) ج ٢ ص ٤٠٣ .

(٩٢) شرح التلبل . المرجع السابق ج ٦ ص ٦٢ ، ص ١٢٧ .

(٩٣) هذا المؤلف هو مخطوطة الخطاب التى توجد نسخة وحيدة منها بمكتبة الجامع الازهر .

(٩٤) انظر الجزء الاول من هذا المؤلف . الطبعة الاولى سنة ١٣٠٠ هـ ص ١٥٠ وما بعدها .

(٩٥) المرجع السابق ص ١٨٠ .

(٩٦) المرجع السابق ص ١٨١ .

(٩٧) الموضوع السابق . وقد قسم الخطاب فعل الملتزم له الى سبعة

انواع : اختيارى وغير اختيارى . والاخير واجب وحرام وجائز ، فيه منفعة أم لا ، سواء كانت المنفعة للملتزم أو للملتزم له أم الغير .

ومثال ذلك أيضا تعليق الهبة على زواج الموهوب له (٩٩) .
- وأما صور القسم الثالث ، الخاص بتعليق التصرف على فعل الملتزم والملتزم له فكثيرة . يقول الخطاب أن فروع هذا القسم عديدة ، وأن « أكثر مسائله من باب النذر المعلق وباب الضمان ... نحو أن شفاني الله من مرضي فلك ألف درهم يقضي بذلك على قائله (١٠٠) » .

٤ - الوقف

الوقف من التبرعات ، وتترتب آثاره في حال حياة المتبرع كالهبة ، على خلاف الوصية ، فآثارها تترتب بعد الموت تبعاً لضافتها . والوقوف ليس من التصرفات المتفق على عدم تعليقها .
- فمع أن السائد في المذهب الحنفي أن الوقف يجب أن يكون منجزاً ، لا معلقاً ، حتى أن أحدهم لو « قال إن قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين ، فجاء ولده ، لا يصير وقفاً » (١٠١) . إلا أن صاحب حاشية اللآلئ الدرية أورد أن في تعليق الوقف روايتين (١٠٢) .

- وفي تعليق الوقف عند الحنابلة قولان (١٠٣) .

(٩٨) الشيخ عليش . المرجع السابق ج ١ ص ١٩٠ وقد « قال عبد الملك من جعل لرجل جعلاً على أن يرقى إلى موضع من الجبل سماه ، أنه لا يجوز ، ولا يجوز الجعل إلا فيما ينتفع به الجاعل يريد أنه من أكل أموال الناس بالباطل » المرجع السابق ص ١٩١ .
(٩٩) فقد أورد الخطاب ضمن النوع السادس من أنواع الالتزام المعلق على فعل الملتزم له « الالتزام المعلق على الفعل الذي فيه منفعة للملتزم له - بفتح الزاي - كقولك لشخص أن بنيت بيتك أو أن تزوجت فلك كذا ، وحكمه حكم الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم له فهو لازم إذا وقع المعلق عليه » انظر فتاوى الشيخ عليش . المرجع السابق ص ٢٠٧ .

(١٠٠) المرجع السابق ص ٢١٠ وفي فقه الشافعية جاء أيضاً بفتح الجواد بشر الإرشاد لابن حجر الهيتمي (ج ١ ط الحلبي محرم ١٣٤٧ ص ٤٧٧) « ولا تنعقد الهبة بتعليق ... كسائر التمليكات » بيد أن المثال المضروب كان يتعلق بأجل لا بشرط ، ويسرى الحظر من باب أولى على الشرط .

(١٠١) فتح القدير ج ٥ طبعة المكتبة التجارية ص ٣٧ .
(١٠٢) جامع الفصولين ج ٢ ص ٥ ، ولكن لاحظ قوله بعد ذلك « قال العلامة الغزالي : جزم في الكنز والوقاية وغيرها من المتن بأنه لا يصح تعليق الوقف بالشرط » .

(١٠٣) ابن تيمية : نظرية العقد . تحقيق محمد حامد الفقي ط ١٩٤٩ ص ١٤٨ . وجاء في المغنى لابن قدامة (ط ١ - المنار - مصر ١٣٤٧ - ج ٦ ص ٢٢٠ - ٢٢١) « وتعليق الوقف على شرط غير جائز » وقد استند أبو الخطاب إلى قول الخرقي لتأكيد « جواز تعليق الوقف على شرط » وانظر الشرح الكبير تحت متن المغنى سالف الإشارة ص ١٩٨ .

- والظاهر ان المالكية لا يشترطون فى الوقف التنجيز (١٠٤) .
والشافعية لا يجيزون تعليق الوقف . ولكن ثمة رأى آخر
ضعيف يجيزه لانطوائه على « شبه بسير بالعتق » (١٠٥) .

٥ - النكاح

جمهور الفقهاء على عدم جواز تعليق النكاح على شرط .
فالأحناف يقررون ان النكاح والخلع من جانب الزوجة لا يجوز
تعليقهما على شرط . كما انه لا تصح اجارة أى عقد لا يجوز تعليقه على
شرط « فقول البكر اجزت النكاح ان رضيت أمى مبطل للاجازه
(بزازية) » (١٠٦) .

وعند المالكية لايجوز تعليق النكاح على « خيار » لاحد المتعاقدين
او للغير (١٠٧) .
والرأى عند الشافعية ان النكاح « مما لا يقبل التعليق » (١٠٨) .
وهو نفس الرأى الذى يقول به الحنابلة أيضا (١٠٩) .

(١٠٤) أنظر الشرح الصغير للدردير على عامش بلغة السالك لأترب
المسالك للشيخ أحمد الصاوى ج ٢ المكتبة التجارية . مطبعة حدادى
ص ٢٧٧ . انما يلاحظ أن المثال المضروب يتعلق بأجل لا بشرط بالمعنى
الفنى ، وعبارتهم القائلة بأنه لا يشترط فى الحبس التنجيز هى من
العبارات العامة .

(١٠٥) السيوطى . المرجع السابق ص ٤٠٥ . وجاء فى فتح الجواد
بشرح الارشاد لابن حجر الهيتمى (ج ١ مطبعة الحلبي ١٣٤٧ هـ) ص
٤٦٩ « ولوقف شروط أربعة : الاول . التنجيز (و) من ثم بطل ان وقع
معلقا » .

(١٠٦) ابن عابدين . الدر المختار ج ٤ ص ٢٣٤ . وقد ذكر ابن
عابدين أنه ورد بالظهيرية ما يفيد أنه لو كان الأب الذى علق النكاح على
رضاه « حاضرا فقبل فى المجلس جاز » قال فى النهر وهو مشكل
نفس المرجع السابق . الحاشية ص ٢٣٩ . ويقول ابن قاضى سماوه
« لا يصح تعليق النكاح بشرط » . جامع الفصولين ص ٦ .

(١٠٧) أو على الاتيان بالصدق خلال مدة معينة . والا فلا نكاح ،
وعلة عدم جواز التعليق كما يقول العدوى أنه « لم يحصل عقد بالكلية .
لأنه معلق ولم يحصل المعلق عليه » انظر الخرشى ج ٣ ص ٣٣ بأنهم
(١٠٨) السيوطى . الاشباه والنظائر . المرجع السابق ص ٤٠٤ .

٤٠٥ .

(١٠٩) المغنى ج ٧ ص ٤٥١ .

٦ - عزل الوكيل

يقول الاحناف ان تعليق عزل الوكيل بالشرط باطل (١١٠) ، فلو قال لوكيله عزلتك ان اتى زيد ، لم يجز ، « ولو قال كلما وكلتك فانت معزول لم يصح لانه تعليق العزل بالشرط » (١١١) .

وفي تعليق عزل الوكيل عند الشافعية وجهان (١١٢) .

أما الحنابلة فانهم وأن كان لديهم رأيان في فسخ الوكالة ، وبالتالي عزل الوكيل ، أحدهما يصح ، وثانيهما لا يصح ، وهو قول الشيخ تقى الدين ، الا أنهم يفسرون الامر من الناحية الفنية تفسيراً خاصاً عند قولهم بعدم الجواز ، فأساس الحظر عند الحنابلة ان تعليق فسخ الوكالة على وجودها « يؤدي الى أن تصير العقود الجائزة لازمة ، وذلك تغيير لقاعدة الشرع ، وليس مقصود المعلق ايقاع الفسخ ، وانما قصده الامتناع من التوكيل ، وحله قبل وقوعه ، والعقود لا تفسخ قبل انعقادها » (١١٣) .

وما قيل عن عزل الوكيل والرجعة يقال بشأن تعليق الحجر على المأذون بالتجارة فهو غير جائز ، كما ورد في البدائع (١١٤) من كتب الاحناف . والرهن كما ورد بكتب الحنابلة (١١٥) . والكفالة والضمان في أحد القولين عند الشافعية (١١٦) .

(١١٠) ابن عابدين . المرجع السابق ج ٤ ص ٢٤٠ .

(١١١) الموضع السابق ، ولا يجوز لأحد تعليق رجعة زوجته المطلقة منه طلاقاً رجعياً على شرط كعودة شخص من سفر أو ما أشبه ذلك . وقد قال صاحب جامع الفصولين : المرجع السابق ص ٥ « ويبطل تعليق الرجعة وكذا اضافتها » وهذا هو نفس مسلك الشافعية . انظر السيوطي المرجع السابق ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ ومعنى المحتاج ج ٣ ص ٣١٢ .

(١١٢) معنى المحتاج . المرجع السابق ج ٢ (١٩٥٨ ط الحابى) ص ٢٢٣ .

(١١٣) ابن رجب : القواعد . المرجع السابق . القاعدة ١١٨ ص ٢٨٩

(١١٤) بدائع الصنائع . المرجع السابق ج ٧ ص ١٩٢ وجامع

الفصولين . المرجع السابق ج ٢ ص ٣ . مع ملاحظة أن الاضافة فى المثال المضروب قد ألبست ثوب التعليق بسبب استخدام أداة الشرط . وانظر ابن عابدين ج ٤ ص ٢٣٨ . المرجع السابق . ولاحظ قوله « نعم لا يصح تعلّقه - أى الحجر - بالشرط » . وفى عدم جواز تعليق الاقالة عند الاحناف : انظر . ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤٠ .

(١١٥) كشف القناع ج ٣ ص ١٤٤ وكذا الخلع . منتهى الارادات قسم ٢ ص ٢٣٨ فى الخلع .

(١١٦) معنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٧ ، الاشباه والنظائر للسيوطي

ص ٤٠٥ بصدد عدم جواز تعليق الضمان .

٧ - الأقرار

ويذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية الى ان الأقرار لا يجوز تعليقه على شرط . وربما كان سبب ذلك له أساس فني ، فالشافعية يقررون أنه « لا يصح تعليق الأقرار بالشرط . لأنه خبر عن ماض ونص عليه » (١١٧) ، ولهذا لو قال على لفلان مبلغ كذا ان شاء الله فلا شيء عليه (١١٨) .

والمالكية على عدم امكان تعليق الأقرار على شرط ، فان قال لك على مبلغ كذا ان تكلم فلان أو ان دخل الدار . فانه لايجوز ، ولا يصح أيضا تعليق الأقرار بشرط احتمالي كهبوب الرياح أو امطار السماء (١١٩) ، والحنفية لايجيزون تعليق الأقرار على شرط في الاصح (٢٠) ، فلا يجوز مثلا تعليق الأقرار على مقدم شخص « لأنه تعليق الأقرار بالخطر » (١٢١) .

ولا يقبل الأقرار التعليق عند الخنابلة ، لنفس العلة الفنية التي قال بها الشافعية ، كأصل عام (١٢٢) .

ثانيا :

التصرفات التي تقبل التعليق مطلقا

المفروض أن ما ليس محظورا تعليقه فهو مما يقبل التعليق . ومع ذلك فنعرض لبعض الامثلة لاستظهار الخلافات الفقهية في بعض الاحيان .

فنجد الاحناف نجد تحديدا لكثير من التصرفات التي تقبل التعليق مطلقا من ذلك مثلا ما اورده ابن عابدين من صحة تعليق الوكالة باعتبارها من الاطلاقات ، والوصية فهي مضافة بطبيعتها ويجوز تعليقها ، والايعاء « أي جعل الشخص وصيا » يمكن تعليقه أيضا (١٢٣) . ويسرى ذلك على الطلاق والعتاق باعتبارهما « من باب الاطلاقات والسقطات » (١٢٤) .

(١١٧) السيوطي . الاشباه والنظائر . ص ٤٠٤

(١١٨) مغنى المحتاج . السابق ج ٢ ص ٢٥٥ .

(١١٩) الخرشي . السابق ج ٤ ص ٣٠٧ .

(١٢٠ ، ١٢١) ابن عابدين . المرجع السابق ص ٢٣٧ ولاحظ الخلاف الذي أشار اليه .

(١٢٢) انظر في الاستثناءات الواردة على ذلك : الشرح الكبير ج ٥ (مطبعة المنار) ص ٢٩٥ وما بعدها .

(١٢٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

(١٢٤) المرجع السابق ص ٢٤٤ .

ولقد رأينا ما أفاض فيه الخطاب من بيان صحة تعليق الهبات والصدقات على شرط ، وليست الهبات هي مما يقبل التعليق عند المالكية وحدها ، بل الوصية أيضا مما لا تتنافى مع التعليق ، فلو قال شخص « ان مت من مرضي هذا أو ان مت من سفري هذا فلفلان كذا ولم يمت من مرضه أو سفره ، فتبطل ، لانه علق الوصية ، على الموت فيهما ، ولم يحصل » (١٢٥) . فلو حصل الموت في المرض صحت الوصية ، ويقول الشيخ أحمد الصاوي (١٢٦) « فاذا قال وصيت لمن سيكون من ولدفلان ، فيكون لمن يولد له ، سواء كان موجودا ، بأن كان حملا حين الوصية أو غير موجود أصلا ، فيؤخر الموصي به للوضع على كل حال ، فاذا وضع واستهل ، أخذ ذلك الشيء الموصي به » . والوصاية أيضا يجوز تعليقها على شرط في الفقه المالكى ، وقد

ضرب سيدى أحمد الدردير مثلا مستقى من المدونة الكبرى ، يجسم فكرة الشرط الفاسخ ، الذى يمكن أن يقرن بالوصاية ، كجعل زيد وصيا حتى مقدم عمرو ، فهذا جائز ، بحيث أن زيدا « ينزل بمجرد قدوم عمرو فان مات عمرو في السفر استمر زيد وصيا » (١٢٧) .

كذلك يجيز المالكية تعليق الاسقاطات كالطلاق ، فان « قال لامراته ان قدم زيد آخر الشهر فانت طالق ... فانها مباحة الوطء بالاجماع الى قدوم زيد » (١٢٨) . ولعل طبيعة التصرف في هذه الحالة واشباهها يحول أصلا دون اعمال فكرة الاثر الرجعى . ومثل الطلاق العتاق والخلع ، كما أن الكفالة تقبل التعليق أيضا عند المالكية . ويضرب الشافعية أمثلة لما يقبل التعليق بالعتق والتدبير والحج والطلاق والايلاء والظهار والخلع (١٢٩) والوصية والعارية .

-
- (١٢٥) الشرح الصغير لسيدى أحمد الدردير على هامش بلغة المسالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوي ج ٢ طبعة المكتبة التجارية ص ٤٣٢ .
 (١٢٦) بلغة المسالك . المرجع السابق ص ٤٣١ .
 (١٢٧) المرجع السابق ص ٤٣٩ .
 (١٢٨) القرافى . الفروق ج ٢ ط ١ سنة ١٣٤٥ ص ٢٨ ، وانظر عرضا عاما لاقسام الطلاق بالكنظر الى اشتمال الصيغة على التعليق ، فى الفقه الحنفى بوجه خاص : زكى الدين شعبان : الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية ط ٢ سنة ١٩٧١ . منشورات الجامعة الليبية ص ٤٣٩ وما بعدها . وانظر أيضا : مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية : جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمى النجدى الحنبلى : مجلد ٢٩ طبعة أولى ١٣٨٣ هـ . مطابع الرياض . الجزء التاسع . البيع ص ٣٥٠ حيث ورد فيه أن « تعليق النكاح على شرط ، فيه ثلاثة أقوال ، هي ثلاث روايات عن أحمد » .
 (١٢٩) السيوطي . الاشباه والنظائر ص ٤٠٥ .

ثالثا

التصرفات التي تقبل التعليق على الشرط الملأئم

وهناك تصرفات ، ذهب الفقه الحنفى بوجه خاص ، الى انها لا تقبل التعليق الا على الشرط الملأئم ، ونعرض لها فيما يلى :

١ - الكفالة

يذهب الاحناف الى انه يمكن تعليق الكفالة على شرط ملأئم ، اى على شرط يؤكد موجب العقد (١٢٠) . كالشرط الذى يفضى الى وجوب الحق كتعليق الكفالة على استحقاق المبيع (١٢١) . وكالشرط الذى يسر استيفاء الحق كقدوم الشخص المكفول عنه . وكالشرط الذى يكون سببا لتعذر استيفاء الحق (١٢٢) ، ولما كانت الحوالة كالكفالة من الالتزامات فانها تقبل التعليق على الشرط الملأئم فحسب (١٢٣) .

٢ - القضاء والامارة

والقضاء والامارة من الولايات . ويقبلان التعليق على شرط ملأئم (١٢٤) . ومع ان الشوكانى أطلق القول فى باب تعليق الولاية . الا انه ورد فى البزازية (١٢٥) ما يفيد وجوب تقييد تعليق القضاء والامارة بالشرط الملأئم . وقد روى عن ابن عمر انه قال امر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى غزوة مودة زيد بن حارثة وقال : « ان قتل زيد فجعفر ، وان قتل جعفر فمعد الله بن رواحة » رواه البخارى . ولاحمد

(١٣٠) هذا هو تفسير الخلاصة . انظر ابن عابدين . المرجع السابق ج ٤ ص ٢٣٣ .

(١٢١) انظر شرح العناية على الهداية بفتح القدير ج ٥ طبعة المكتبة التجارية الكبرى ص ٤٠٥ . وبدائع الصنائع للكاسانى ، المرجع السابق ج ٦ ص ٣ .

(١٢٢) كقوله ان غاب عن البلدة أو مات ولم يترك شيئا فأنا كفيل ولكن لا يجوز تعليق الكفالة على شرط غير ملأئم كقوله « ان هبت اريح أو جاء المطر » انظر شرح العناية سالف الاشارة ، فتح القدير ج ٥ ص ٤٠٤ .

(١٢٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ المرجع السابق ص ٢٤٣ .
(١٢٤) المرجع السابق ص ٢٣٣ ، وقد نقل ابن عابدين ذلك عن البزازية .

(١٣٥) انظر الهامش السابق .

من حديث ابي قتادة وعبد الله بن جعفر نحوه (١٢٦) ، فولاية جعفر مشروطة بقتل زيد وهكذا .

ولو قال لآخر وكان يملك ذلك « ان وصلت بلدة كذا فقد وليتك فضاءها أو امارتها » (١٢٧) صح ذلك لان الشرط ملائم .

ويشبه تعليق الولايات تعليق التحريضات « نحو من قتل قتيلا فله سلبه » (١٢٨) ، وكذلك تعليق البراء عن الكفالة فهو من الاسقاطات التي يجوز تعليقها على شرط ملائم (١٢٩) .

ولاشك ان بعض أمثلة الشرط الملائم على ما تقدم ليست أمثلة للشرط كوصف ، وانما هي شروط بمعنى البند العقدي أو شرط التقييد .

والخلاصة ان الفقه الاسلامي يحظر تعليق بعض العقود على شرط وهو في ثنايا الحظر يقدم الاستثناءات التي تكاد تعصف بالحظر ذاته ، واما كان الامر فان الفكرة السائدة في الفقه الغربي والقائلة بأن الشريعة الاسلامية تعادى التعليق تحتاج الى شيء من التأمل والتحليل ، فالحظر في الشريعة ليس عاما ، وأسانيده في هذه الحدود محل نظر ، ونناقش فيما يلي هذه الفكرة .

المطلب الثاني

مناقشة أسانيد الحظر النسبي لتعليق بعض التصرفات في الشريعة الاسلامية

عرض الفقه الحديث لاسانيد حظر تعليق بعض العقود ، التي ذهب بعض فقهاء الشريعة الاسلامية الى عدم جواز تعليق بعض التصرفات بسببها ، وهي التصرفات المتعلقة بالتملك ، وناقشها وفندها تفنيدا سائفاً (١٤٠) يلتقى مع آراء بعض قدامى فقهاء الشريعة ذاتها ، وبات السائد الآن ان الحظر ليس له أساس ، وأنه فيما عدا بعض المسائل

(١٣٦) نيل الاوطار (شرح منتقى الاخبار من أحاديث سييد الاخبار) للشوكاني (محمد بن علي بن محمد) ج ٨ . الطبعة الاخيرة . مصطفى البابي الحلبي ص ٣٠٠ .

(١٣٧) ابن عابدين . المرجع السابق ص ٢٣٣ .

(١٣٨) المرجع والموضع السابقان .

(١٣٩) ارسدر السابق . ص ٢٤٣ .

(١٤٠) علي الخفيف . أحكام المعاملات الشرعية ط ٣ ص ٢٦١ ،

٢٦٢ ، ومحمد سلام مذكور المدخل ط ٢ ص ٦١٠ وما بعدها . حسن

الشاذلي محاضراته لقسم الدكتوراه سالفة الإشارة ص ١٥٣ وما بعدها

وعبد الله الجليلي رسالته سالفة الإشارة ص ١٣٣ .

المتعلقة بالاحوال الشخصية . فانه يمكن تعليق كافة التحركات على شرط .

أولا :

أسانيد حظر تعليق بعض التصرفات في الشريعة الاسلامية

استند القائلون بحظر تعليق التبرعات . على نفس اسانيد عدم جواز تعليق المعاوضات . ولذا يسرى على هذا ما يسرى على ذاك . من بيان للسند ومناقشة له ، بيد انه يلاحظ أن التبرع تفضل واحسان ، وقد قال جل من قائل « ما على المحسنين من سبيل » . فالتبرع في حد ذاته ليس فيه افتيات على قواعد المشروعية في الاسلام . كما انه لا يضر بالمجتمع . بل يحقق مصالح افرادة (١٤١) . والهبة بوجه حاصر خرجت من نطاق الحظر أصلا استنادا الى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من تعليقه هديته الى زوجه ام سلمة . على واقعة مستقبلية ومحتملة ، مركبة من امرين هما موت النجاشي الذي كان قد ارسل له الهدية ، ورد الهدية . بدليل قوله صلى الله عليه وسلم (لا ارى النجاشي الا قد مات . فان ردت على فهي لك » (١٤٢) .

ولقد استند القائلون بحظر تعليق المعاوضات الى حجج يمكن تلخيصها في أن التعليق يتنافى مع مقتضى التمليكات . كما أنه ضرب من القمار وهذا من باب الضرر ، فضلا عن أن التعليق يحول دون الرضا ، ويتعارض مع بعض الاحاديث النبوية الشريفة . ونعرض لمناقشة هذه الحجج فيما يلي :

ثانيا :

مناقشة أسانيد حظر تعليق بعض التصرفات في فقه الشريعة الفراء

١ - هل يتنافى التعليق مع مقتضى عقود التملك ؟

يقال عادة ان عقود المعاوضات بكافة ضروبها . انما هي تملكات لتحال ، فلا تقبل التعليق ، فعقد البيع مثلا هو عقد ناقل للملكية

(١٤١) انظر عبارة ابن القيم الواردة في مقدمة هذه الرسالة .
(١٤٢) انظر في تحقيق الحديث من ناحية سنده وفحواه . ضمن الشاذلى . المرجع السابق ص ٥٠ ورسالته للدكتوراه عن الشرط في لعن ص ١٦٧ وما بعدها ، وانظر أيضا عبد الله الجليلي . الرسالة السابقة ص ١٣٥ .

بطبيعته (١٤٣) ، والتعليق يتنافى مع مقتضاه الا وهو نقل الملكية فورا وللحال (١٤٤) .

ويقال كذلك أن نقل الملكية فورا في مثل هذا العقد ، هو قصد المتعاقدون والا لاستعاننا بأسلوب الوعد بالعقد (١٤٥) .
ويقال في النهاية ان تعليق هذه العقود ، يبعث على النزاع ، لما يصاحبه عادة من اهتزاز قيم الاموال ، فالاسعار في تغير (١٤٦) ، والقيم في تبدل ، ولا شيء يتسم بالثبات حتى ينتفى أساس المنازعات .

ويمكن الرد على هذه الافكار بما يلي :
— ان الاصل هو أن عقود التملك ، يجب أن تكون ناقلة للملكية في الحال ، وأساس ذلك فيما نرى ليس هو طبيعة العقد في حد ذاته ، بقدر ما هو التماس تحقيق مصلحة المتعاقدين ، اللذين لم يتعاقدا الا سعيا وراء مصلحة ، لا يمكن أن تتحقق الا بمراعاة الاوضاع الخاصة في القانون الوضعي ، والتي لا تتنافى مع الشرع ، فاذا كان المتعاقدان رعاية لمصلحتهما المشروعة ايضا ، قد رايا تعليق عقدهما برمته او في شق منه ، فلا جرم أنه يجب النزول على مقتضى ارادتهما التي أعادت صياغة مقتضى العقد بشكل تقره الشريعة ولا تأباه .
واذا أنعمنا النظر في كتاب الله جل شأنه ، او في السنة المطهرة ، لم نجد فيهما نصا يحول دون تعليق العقود ، كما أنه ليس ثمة اجماع او قياس ينفي تعليق العقود على شرط (١٤٧) .

ومعنى ذلك انه اذا كان أساس العقود التنجيز ، فان التعليق لا يهدر ذلك الاساس ، بل يحوره بشكل مشروع ، في نطاق المسلمة التي نقول انه اذا كان (الاصل في العقود هو ما تراضي عليه المتعاقدان وما أوجباه على انفسهما بالتعاقد ، فكل ما تراضيا عليه مما لا يحل حراما ، ولا يحرم حلالا ، يلزمهما الوفاء به ، أخذا بعموم الآيات التي منها قوله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (١٤٨) ، واهتداء بأحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، التي تبيح الشروط بمفهومها العام ما لم تحل حراما أو تحرم حلالا ، واذا كانت تلك الاحاديث لاتتعلق

(١٤٣) عبد الناصر العطار . رسالته سאלفة الاشارة بند ٧٨ ص ١١٧ ، ١١٨ .

(١٤٤) يقول ابن عابدين « ولما كانت هذه العقود تمليكات لادخال لم يصح تعليقها » ج ٤ ص ٢٤٤ .

(١٤٥) عبد الناصر العطار . السابق ص ١١٩ بند ٧٨ .

(١٤٦) المرجع السابق . نفس الموضع .

(١٤٧) حسن الشاذلى . المذكرات سאלفة الاشارة ص ١٥٣ .

(١٤٨) المرجع والموضع السابقان .

جزما بشروط التعليق خاصة . الا انه يمكن النظر الى الامور من خلال هديها .

ولا شك ان الامر في قوله تعالى « أوفوا بالعقود » لم يسق لندب ولا ارشاد ولا اباحة ولا تهديد ولا انذار ولا دعاء ولا غير ذلك من الالوجه المعروفة للامر (١٤٩) . خلاف الجوب . ولكنه سيق للجوب قطعا (١٥٠) . فكل مؤمن ملزم ان هو تعافد ان يفي بعقده اوعهده (١٥١) ، لان الوفاء بالعقود يحقق مصالح العباد . اذ يحفظ الاموال من ان تُؤكل بالباطل . وحفظ الاموال هو أحد المقاصد الخمسة الضرورية . التي اذا انعدمت « لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج » (١٥٢) ولم تقم مصالح الدين . ومن هنا كان الجوب امرا لا مناص منه . خاصة مع اعمال القواعد العامة في الاصول .

ومن البين كذلك ان الامر في الآية الكريمة قد جاء بصيغة عامة لا تخصيص فيها . ومطلقة لاقيود عليها . ومفاد ذلك ولازمه ان الوفاء بالعقود يسرى على كافة الامور التي تعتبر مستجمعة هذه الصفة . دون تفرقة بين ما يعرف وضعا بعقد المعاوضة او التبرع . او العقد الملزم للجانبين او اجاب واحد . او العقد الفوري أو المستمر فكل هذه وغيرها عقود ان لم تتناف مع مقاصد الشرع فهي لاجرم داخلة في مفهوم العقد .

كذلك فان الصيغة الواردة في الآية الكريمة لاتفرق في الجوب بين عقد بات منجز ، وآخر مضاف ، او معلق . طالما ان مضمون العقد ذاته لايتنافى مع مقاصد الشريعة الفراء « فاذا علق العقد على وصف بحيث اذا تحقق الوصف تم العقد . او اصبح لازما . واذا تخلف لم يتم او يلزم . كان الوفاء بالعقد المقرن بهذه الصفة داخلا في عموم الآيات والاحاديث التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود والشروط . وعلى من

(١٤٩) انظر محمد سلام مذكور . الامر في نصوص الشريعة الاسلامي ودلالته على الاحكام . القاهرة ١٩٦٧ ص ١١٩ و ١٢٠ في تنبايا عرضه لمسلك الشافعية فيما تدل عليه صيغة الامر . وانظر مظاهر ائى ص ١٢٩ .

(١٥٠) المرجع السابق من ص ١١٩ حتى ١٤٩ .
(١٥١) انظر في تفسير الآية الكريمة : أبا جعفر محمد بن جرير الطبرى : جامع البيان عن تأويل آى القرآن . تحقيق وتعليق محمود محمد شاكر . طبعة دار المعارف ج ٩ ص ٤٤٩ وما بعدها ومن بين تعريفه للعقود قوله انها العهود . ص ٤٥٠ .

(١٥٢) الشاطبى : الموافقات فى أصول الشريعة . شرح عبد الله دراز . المكتبة التجارية ج ٢ ص ٦ ؛ و حسين حامد حسان . نظرية المصلحة فى الفقه الاسلامي سنة ١٩٧١ ص ٢٤ .

يمنع ذلك الاثيان بدليل يستند اليه ليخصص عموم هذه الآيات والاحاديث ، ويستتبع هذا أن نقول ان ما ينافي مقتضي العقد هو ما ينافي ما شرع العقد لاجله كاشتراط الطلاق في النكاح ، وعدم انتقال العوضين في المعاوضات ، مما يؤثر على وجود الرضا نفسه الذي هو أساس التعاقد « (١٥٢) » .

فرضاء المتصرف على تعليق تصرفه على شرط ، لا يتنافى مع مقتضي التصرف ، لان مقتضي التصرف المنجز هو ثبوت اثره حالا ، ومقتضي التصرف المعلق هو امكان ثبوت اثره مآلا ، ان تحققت واقعة مستقبلية ومحتملة (١٥٤) تستجمع باقى مقومات الشرط . ولذا ساغ لبعض الفقهاء القول بأن مقتضي العقد ليس سوى « ما تراضي عليه المتعاقدان في حدود ما رسمه الشارع ، فان تراضيا على أن يكون العقد منجزا كان لهما ذلك ، وان تراضيا على أن يكون معلقا على شرط كان لهما ذلك ، ولا ضرر على الغير من هذا ، بل ما دام فيه منفعتهما فان الشرع لا ياباه ، طالما كانت هذه المصلحة مشروعة » (١٥٥) ، ومن ملك التنجيز ملك التعليق (١٥٦) .

واذا كان تعليق أحد الرضاعين الداخلين في تكوين العقد أو تعليقهما معا قد تم بناء على ارادة المتعاقدين ، فانه لا يتصور اذن ما قيل بأن قصد المتعاقدين في عقود التمليك أو المعاوضات هو نقل الملكية فورا . وأما القول بأن المتعاقدين ان ارادا ارجاء آثار العقد فأمامهما أسلوب الوعد بالعقد ، فهذا قول ممكن ، ولكنه ليس الممكن الكفيل بالحلول محل العقد المعلق ، لما أن التعليق يكون على امر غير محقق لا يستبد بأمره أحد المتعاقدين على خلاف أسلوب الوعد بالعقد ففيه يناط مصير العقد الموعود به بمحض ارادة ومشيئة الموعود له ، كما أن الوعد بالعقد لا يتحقق معه فكرة الاثر الرجعى التى يحققها التعليق على شرط ، فضلا عن أن التعليق له صبغة عامة . والتعليق سبحانه لما ذكرنا وبصده نجد الامام احمد بن حنبل نفسه يفصح صراحة عن « جواز تعليق البيع

(١٥٣) حسن الشاذلى . المذكرات المشار اليها ص ١٥٣ .

(١٥٤) عدد الله الجليلى . المرجع السابق ص ٤٤ . وهو ينزل « ان ثبوت الامر فى الحال فى العقود المطلقة يفيده حكم كلى ، ونحن هذا الحكم الكلى يمكن مخالفته اذا لم يكن هناك نهى عن هذه المخالفة ، باعتبار أن الحكم الكلى هو الغالب ، أى انه أشبه بالاستصحاب ، ولم يكن الاستصحاب مانعا من ثبوت أمر آخر ، لأن الاستصحاب حجة دافعة وليس حجة مثبتة » .

(١٥٥) حسن الشاذلى . المرجع السابق ص ١٥٣ .

(١٥٦) الاشباه والنظائر . المرجع السابق .

بشرط « (١٥٧) ، والامام ابن القيم يقول ان الله شرع « لعباده التعليق الشروط في كل موضع يحتاج اليه العبد » (١٥٨) .

واما القول بأن التعليق يفضي الى النزاع بسبب تقلب الاسعار ، فهو قول لا يجب الاخذ به على اطلاقه ، فلا شك ان القيم تتغير والاسعار تتبدل . ولكن ما القول اذا كان التعليق يحقق مصلحة اولى بالاعتبار او يكون بصدد عقود لا يهتم فيها أصلا فكرة تغير القيم . فمن يعلق هبته لآخر على شرط لا يهتم كثيرا ان يرتفع السعر او تقل القيمة . ومن يعلق ابتياع منزل على بيع منزله لا يهتم كثيرا في سوق المعاملات ان يرتفع السعر او ينخفض ، فضلا عن ذلك فان قواعد الاستقلال التي سرى بالنسبة للعقود المنجزة كما تسرى بالنسبة للعقود المعلقة (١٥٩) . واذا كان تقدير التبن بلحظة ابرام العقد المنجز او المعلق يؤثر على احد المتعاقدين بشكل قد لا يقره . فبإمكانه ان يتحفظ في العقد بجعل سعر البيع هو سعر السوق يوم تحقق الشرط . ولا شك ان هذا كفيل بقطع دابر اى نزاع محتمل .

واذا كان العقد المنجز يقبل الاشتراطات او البنود العقدية . فان العقد المعلق يمكن ان يقتصر ايضا ببند عقدي تحدد حقوق والتزامات المتعاقدين بشكل مقبول وجائز ، ولا يثير ضررا لاحدهما . وهناك فروض كثيرة خاصة في المجال التجارى الداخلى . وفي نطاق التجارة الدولية . تكون البيوع المعلقة فيها محققة لمصلحة الطرفين معا ، ويكون ارتفاع او انخفاض الاسعار معها مسألة ثانوية بالنسبة لاشباع حاجة خاصة بأحد الاطراف .

والخلاصة ان تعليق العقود على شرط . لا يتنافى مع مقتضى العقد . ولا يورث نزاعا ، بل يتمشي مع قصد المتعاقدين . وهو امر معتبر شرعا .

٢ - هل ينطوى التعليق على قمار او غرر ؟

ويقال ايضا ان عقود التملكيات لا يجوز « تعليقها بالخطر لوجود معنى القمار » (١٦٠) . والقمار هو المراهنة . وبعبارة اخرى فان التعليق من باب المراهنة . والمراهنة هي المخاطرة ، والمخاطرة غرر . والفرر منهي عنه .

(١٥٧) ابن تيمية : نظرية العقد المرجع السابق ص ٢٢٧ .
(١٥٨) اعلام الموعدين ج ٣ ص ٣٣٦ . وانظر عبارته الواردة في مقدمة هذه الرسالة ، والتي تجعل المصلحة مناط التعليق .
(١٥٩) توفيق حسن فرج . رسالته السابقة بند ١٠٨ ص ٢٧٢ وما بعدهما .
(١٦٠) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤٤ ؛ محمد سلام مذكور ، الجمع السابق ص ٦١٠ .

ولقد رد البعض على هذه الحجة قائلا : انها حجة غير جدية لان القمار ينطوى على ربح دون خسارة أو خسارة دون ربح ، وهو بالجملة أكل أموال الناس بالباطل ، وأن ذلك ليس شأن العقد المعلق الذى يلتزم بمقتضاه الطرفان عن بينة واختيار تماما كما هو الشأن فى العقد المنجز (١٦١) .

ويقول الاستاذ الشيخ على الخفيف ، ان التعليق الذى سيق لدحض التعليق « هو تعليق يعم كل عقد » (١٦٢) ، وبالتالي لا يختص به العقد المعلق وحده ، بمعنى أن المقامرة قد توجد فى العقد المنجز وقد توجد فى العقد المعلق ، فهى ليست من طبيعة التصرف المعلق ، ولذا فان حظر التعليق لا يجد سببه فى المقامرة والا امتد الحظر الى العقود المنجزة أيضا وهذا غير متصور ، ولذا فان حظر المقامرة لا يعنى حظر التعاقد منجزا كان العقد أم معلقا ، فحيث ينتفى القمار فى أى عقد فهو جائز حتى لو كان العقد معلقا ، وليس من المحتم أن يوجد القمار مع التعليق (١٦٢) ، وان صح ذلك فانه يصح القول بأن التعليق فى حد ذاته لا يورث غررا . وحتى يتأكد ذلك فان علينا أن نشير لمفهوم الفرر باختصار .

فالفرر عند الاحناف هو « الخطر الذى استوى فيه طرفا الوجود والعدم » (١٦٤) أو « عدم الوثوق بحصول العوض او عدم معرفة الحاصل منه » (١٦٥) ، وعند المالكية هو ما « يحتمل حصوله وعدم حصوله » (١٦٦) وعند الشافعية هو « ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما » (١٦٧) ، وعند

(١٦١) عبد الله الجليلي . المرجع السابق ص ١٣٣ .

(١٦٢) أحكام المعاملات الشرعية . السابق . ص ٢٦١ .

(١٦٣) المرجع السابق ص ٢٦١/٢٦٢ حيث يقول المؤلف انه على فرض تسمية الامر فى هذه الحالة بأنه مقامرة ، فانها مقامرة غير ضارة « كما اذا عُلقت عزل الوكيل على حضور وكيل آخر ، ومن هذا نرى أن التعليق غير سليم » .

(١٦٤) البدائع للكاسانى (مطبعة الامام بالقلعة - الناشر : زكيا

على يوسف) ج ٦ ص ٣٠٥٤ .

(١٦٥) حسين حامد حسان . حكم الشريعة الاسلامية فى عقود التأمين ط ١ ويلاحظ أن المؤلف يعتبر العقد المنطوى على غرر معلقا على شرط وجود الشيء فى المستقبل انظر مقالته : الرهن الوارد على غير الاعيان . مجلة القانون والاقتصاد س ٤٠ ص ٥٢٨ .

(١٦٦) الدسوقي فى حاشيته على الشرح الكبير ج ٣ (الحلبي)

ص ٥٥ ، ٦٠ .

(١٦٧) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى ج ٣ (الحلبي ١٩٣٨

ص ٣٩٢ - ٣٩٥ .

ابن تيمية « ما خفيت عاقبته وطويت مغيبته أو انطوى أمره » (١٦٨) ، ومواطن الفرر على ما حددها القرافي (١٦٩) سبعة من بينها الفرر في الوجود كابتياح الأبق . والفرر في الحصول كابتياح الطير في الهواء .

وهذا يعنى أن الفرر ينصرف الى الشيء المستقبل وغير المحقق لا الى الامر المعارض المستقبل والمحتمل ، بمعنى أن ابتياح شيء مستقبل وغير محقق يجعل العقد احتماليا . أما ابتياح شيء ما واناطة العقد بأمر مستقبل وغير محقق يجعل العقد شرطيا فحسب . فإذا انصب العقد الشرطى على شيء مستقبل وغير محقق كان عقد غرر معلق . فالتعليق في حد ذاته ليس هو الذى يورث الفرر ولذا تصبح الحجة القائلة بأن التعليق ينطوى على قمار أو غرر حجة داحضة .

٣ - هل يتنافى التعليق مع الرضا ؟

يذهب المالكية الى أن هناك بعض العقود لا تقبل التعليق كالبيع وسبب ذلك « أن انتقال الاملاك يعتمد الرضا . والرضا إنما يكون مع الجزم . ولا جزم مع التعليق (١٧٠) »

وتعليل كهذا . حتى يكون ذا قيمة في الحظر . يجب أن يكون مطردا في كل العقود التى تعتمد الرضا في انتقال الاملاك . ومنها التبرعات . أما وإن المالكة بالذات . قد أباحوا على ما تقدم تفصيلا تعليق البيات ، فإنهم يكتفون قد قصرنا تعليلهم . على بعض العقود الناقلة للملك دون البعض الآخر . وفي هذا التبعيض ما يحول دون شمول الحكم وأطراده في كل العقود . دون مسوغ معقول . وهذا يشكك فى سندهم فى الاستدلال . وبعبارة أخرى . فإن التعليق إن كان يحول دون الرضا فى عقود المعاوضات . فحرى به أن يكون كذلك فى التبرعات . وقصره على أحدهما دون سبب واضح يجعل استنتاج : أنه لا جزم مع التعليق استنتاجا محل نظر .

هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فإن الرضا موجود فى العقد

(١٦٨) نظرية العقد لابن تيمية . المرجع السابق ص ٢٢٧ .
(١٦٩) الفروق ج ٣ ط ١ (١٣٤٦ هـ) ص ٢٦٥ وانظر فى فكرة الفرر : المقدمات الممهدة لأبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد مطبوع على هامش الدونة الكبرى للإمام مالك ط ١ (رواية سحنون) ١٣٢٤ هـ ج ٣ ص ٢٠٦ وما بعدها .

(١٧٠) سبق أن عرضنا تفصيلا للاستثناء الذى أورده المالكية على هذا الاصل وانظر حسن الشاذلى : الدروس المشار إليها ١٥٧ ، ١٥٨ .

المنجز ، والعقد المعلق ، غاية الأمر أن رضا المتعاقدين في الأول غير موصوف ، وفي الثاني موصوف . ويترتب على ذلك أنه يجب أعمال ما تراخي عليه المتعاقدان في العقد . طالما أنه بالرضا أصبح العقد منجزا وبنفس الرضا كان التصرف معلقا (١٧١) .

إن الشرط كما أكدته الفقه الوضعي الحديث ليس سوى أمر عارض لا دخل له بمضمون الإرادة أو الرضاء ، ولذا فإن التعليق لا يتنافى مع الرضاء المعلق مثلما لا يتنافى مع الرضا المنجز سواء بسواء .

٤ - هل يتنافى التعليق مع الاحاديث النبوية ؟

النهي عن بيع الملامسة والمناذرة ليس نهيا عن التعليق :

ومن الأمور المسلم بها أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الملامسة والمناذرة (١٧٢) .

وقد فسرت الملامسة والمناذرة تفسيرات عديدة منها تفسير ابن سعيد ، راوى حدث النهى عن هذا البيع ، وفيه يقول أن الملامسة هي « لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه ، والمناذرة أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعا بينهما من غير نظر ولا تراض (١٧٢) » . ولا شك أن العقد يبطل في مثل هذه

(١٧١) حسن الشاذلى . ارجع السابق ص ١٥٨ .
(١٧٢) انظر بدائع المن في جمع وترتيب مسند الشافعى والسنن لأحمد عبد الرحمن البنا ج ٢ ط ١ سنة ١٣٦٩ هـ ص ١٥٢ وقد ورد بهذا المؤلف « أخبرنا مالك عن محمد بن يحيى بن حبان وعن أبى الزناد عن الاعرج ، عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمناذرة » وجاء بنفس الصفحة وما بعدها « أنبأنا سفيان بن عيينه عن الزهرى عن عطاء بن يزيد الليثى ، عن أبى سعيد الخدرى ، أن النخعي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين وعن لبستين : أما البيعتان فالملامسة والمناذرة ٠٠٠ » وقد أورد الشوكانى فى باب النهى عن ببوع الغرر ما روى عن أبى سعيد من أنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الملامسة والمناذرة فى البيع ٠٠٠ - انظر نيل الاوطار ج ٥ وبهامشه كتاب عون البارى لحل أدلة البخارى . لم تذكر سنة الطبع ص ١٠ .

(١٧٣) المرجع السابق ص ١٠ وانظر تفسيرات أخرى عديدة بنفسى الموضع وبمذكرات حسن الشاذلى سألقة الاشارة .

الحالات شرعا ، ولكن شيئا من هذا لا يحدث في حالة التعليق على شرط ومن هنا قال الامام ابن تيمية ان بعض اصحاب الشافعى استندوا الى حديث النهى عن الملامسة والمنايذة ، للقول بأن سبب بطلان هذين العقدين هو التعليق على شرط ، ولكن مثل هذه العلة «ضعيفة جدا» (١٧٤) ذلك ان البطلان في حالة بيع الملامسة مكمنه الغرر المعدم الرضا، والمقضي الى اكل أموال الناس بالباطل ، وليس هذا هو شأن التعليق على شرط (١٧٥) .

المبحث الثاني

مدى تعليق العقود على شرط في القانون المقارن

لا يمكن ان تكتمل فكرة تعليق العقود على شرط في القانون الوضعي ما لم تتضح ابتداء معالم نطاق هذا التعليق في القانون الروماني ، ولذا نوزع بحث هذا الموضوع على مطلبين ، أحدهما يتعلق بالقانون الروماني والثاني يختص بالقانون المصري المقارن .

المطلب الاول

معالم نطاق تعليق العقود على شرط في القانون الروماني

يمكن القول ان القانون الروماني ، لم يكن يبيح تعليق كافة العقود على شرط ، بل كان يضع بعض العقوبات ازاء تعليق بعض التصرفات ، سواء كان الشرط واقفا ام فاسخا .

أولا :

مدى تعليق العقود على شرط واقف في القانون الروماني

يستطيع الباحث في القانون الروماني ، ان يجد الشرط في العقود المعنية (١٧٦) Contractus Res ، ومنها القرض matuum الذي

(١٧٤) ابن تيمية . المرجع السابق ص ٢٢٧ .
(١٧٥) للقول الحسن : شرح بدائع المنن بهامش بدائع المنن .
المرجع السابق ، اذ ورد به ان بيع المنايذة واللامسة بباطل للغرر بالاتفاق .
الموضع السابق .

حل محل عقد القرض المعروف بالنكسوم Nexum ، فلقد كان لهذا العقد مظاهر كثيرة ، أمكن تصور الكثير منها معلقا على شرط (١٧٧) matuum Conditionnel . فمؤنييه يقرر أن عقد القرض كان يمكن إبرامه معلقا على شرط واقف ، والمثل الشائع له عقد القرض البحري "L'exemple le plus Connu est celui de nauticum fenus" الذي كان يستهدف تيسير التجارة البحرية ، عندما ظهر في نهاية عصر الجمهورية ، على أيدي سرفبوس ثم لابيون ، أثرا بالقانون الاغريقي . فمن طريق هذا العقد ، كان المستقرض لابلتزم برد قيمة القرض ، الا اذا وصلت السفينة والبضائع سالمة الى الميناء (١٧٨) ، وقد كانت تلك الواقعة تمثل الحادث الشرطي الذي يعلق عليه المتعاقدان التزام المقرض بالرد .

واذا كان قد أمكن تصور وجود الشرط في العقود العينية في القانون الروماني ، فمن اليسير تصوره كذلك في العقود الرضائية Contractus consensu من باب أولى ، ما لم يحظر القانون ذلك . فالوكالة mandatum كان يمكن إبرامها مطلقة أو معلقة أو مضافة (١٧٩) .

والبيع كان يمكن إبرامه معلقا على شرط واقف ، ولقد كيف البيع الذي يعهد فيه الى الغير بتقدير الثمن بأنه بيع معلق على شرط واقف ، وصدر مرسوم بهذا المعنى ايضا (١٨٠) ، وقد استتبع ذلك خضوع تبعة

(١٧٦) ولقد كان من الصعب تصور فكرة دخول الشرط على عند عيني ذوام التسليم وهو مجرد واقعة مادية ، ولكن الفقه لم يلبث أن وجد السبب الحقيقي الذي يبرر امكان التعليق وهو أن التسليم المادي وحده كان لا قيمة له في إبرام العقود العينية ، بل كان يجب أن يصطحب بالنية ، فنية المتعاقدين هي التي تسبغ على التصرف آثاره القانونية ، وبالتالي فهي التي تتحكم في العقد وتستطيع تعليقه : بوفنوار . المرجع سابق الذكر ص ١١٢ .

(١٧٧) بوفنوار . الموضع السابق وما بعده .

(١٧٨) Monier : Manuel élémentaire de Dr. Rom. 1931,

Tome deuxième No. 134, p. 90.

(١٧٩) شفيق شحاتة . نظرية الالتزام في القانون الروماني .

المرجع السابق بند ١٩٩ ص ١٦٦ .

(١٨٠) « وقد جاء ٠٠٠ بمتون جستنيان ٠٠٠ ولقد اختلف المتقدمون شديد الاختلاف في اتفاق ذكر فيه أن ثمن المبيع يحدده تيتوس ، أبتضمن بيعا تاما أم لا ؟ ولكننا قررنا بمرسومنا أن كل بيع يعهد فيه بتقدير الثمن الى شخص معلوم ، يعتبر انه بيع تم معلقا على شرط ٠٠٠ » شفيق شحاتة . المرجع السابق بند ٢٣٦ ص ١٩٨ .

الهلاك في مثل هذا العقد الى الفوائد التي تضبط فكرة تبعة الهلاك في انبيوع المعلقة على شرط واقف (١٨١) .
والاجارة بدورها كانت تقبل التعليق على شرط واقف (١٨٢) فضلا عن الشرط الفاسخ .

بيد ان القانون الروماني وان كان قد اباح تعليق العقود على النحو المتقدم الا ان الاباحة فيه لم تكن مطلقة . بل كانت مقيدة . فهناك اعمال لم يكن يمكن تعليقها على شرط واقف . فضلا عن الشرط الفاسخ . وهي اعمال يستقل القانون بتحديد آثارها تحديدا مطلقا . تنأى معه ارادة الافراد عن ضبطها على نحو آخر . وينحصر سلطان الارادة عن تعليقها . وتلك هي الاعمال الشرعية او القانونية (١٨٣) .

ولعل في هذه الاقوال ما يؤكد حقيقة بعد فكرة الشرط كوصف عن الارضاع القانونية التي يضبطها القانون . وعدم تجايفه مع التصرفات التي تستقل بها ارادة المتعاقدين ، وهذا تأكيد آخر على فكرة الشرط كوصف للرضاء .

ومن الاعمال التي لا تقبل التعليق على شرط واقف او فاسخ في القانون الروماني . كما اشرنا :

١ - l'emancipatio (١٨٤) .

يطلق هذا الاصطلاح . ويقصد به ما كان يعرف بالعرير . وهو عمل بمقتضاه يخرج رب الاسرة . من سلطته . أحد اولاده . فيصير مستقلا بحقوقه (١٨٥) . وكان يتخذ في الاصل كعقاب لابن العاق ثم صار

(١٨١) المرجع السابق بند ٢٤٥ ص ٢٠٩ حتى ٢١٣ .
(١٨٢) المرجع السابق بند ٢٩٨ ص ٢٥٧ بخصوص اجارة الاشياء .
(١٨٣) فيلوتى : رسالته عن الشرط الفاسخ ص ١٣ . وقد استند الانقياء في القول بحظر التعليق ، الى عبارة وردت في الدigest عرصة لهذه الاعمال وجاء في صدرها :

"actus legitimi. qui non recipiunt diem vel condicionem. veluti. emancipatio. acceptelatio, hereditatis aditio, servi optio, datio titurs ...".

وهذه العبارة تنص على أن الاعمال القانونية ذات الصيغة المطلقة *impetui sunt* التي لا تقبل الاضافة الى أجل أو التعليق على شرط هي التحرير *emancipatio* . الخ . انظر بوفنوار ص

١٤ ، جيار ط ٧ ص ٧٢٦ .

(١٨٤) فيلوتى ص ١٦ .

(١٨٥) بدر واندراوى بند ٢٢٣ ص ٢١٧ . وعمر ممدوح ص ١٨٣ .
وجيار (ط ٧) ص ١٩٢ - ١٩٥ في عرض فكرة التحرير بشروطه وآثاره .

وسيلة لمكافحة الابن الذي يحسن ادارة اعماله (١٨٦) .
ولم يكن هذا النظام يقبل التعليق على شرط ، بسبب طبيعة
آثاره ، التي كان القانون يستقل بتحديدھا ، فضلا عن طبيعته الذاتية .
كاجراء مفرق في الشكلية ، حتى انه بعد ان زالت قيوده الشكلية ، كان
يجب تقريره امام الحاكم القضائي (١٨٧) .

L'adoption — ٢

كان التبني (١٨٨) ، في القانون الروماني ، يستهدف ، كما هو
معلوم خلق السلطة الابوية خلقا صناعيا (١٨٩) .

“L'adoption est une institution destinée à créer artificiellement la partria potestas”

فهذا النظام سواء انطوى على تبني المستقبل بحقوقه (١٩٠) ،
adrogatio ، ام تبني الخاضع لسلطة الغير adoptio ، فانه
كان يفضي الى خلق سلطة ابوية ، وهى تتنافى مع تعليقها على شرط او
توقيتها (١٩١) .

L'in jure cessio — ٣

يقصد بالدعوى الصورية ، او النزول امام القضاء ، في القانون
الروماني ، ذلك الاسلوب من اساليب نقل الملكية ، عن طريق اتخاذ
اجراءات شكلية معينة . ويقال في طبيعتها انها اتفاق بين الناقل
والمسترد ، يكتسي صورة دعوى استرداد قوامها منازعة تصورية
لا جدية ، وهنالك رأى يصورها كمجرد تنازل عن الملكية امام الحاكم

(١٨٦) ففي « عهد الامبراطور قسطنطين تقرر امكان فسخ التحرير
اذا جحد الابن المحرر نعمة ابيه ، مما يدل على أن التحرير أصبح في هذا
العهد طريقة لتمييز الابن ومنحه الاستقلال بحقوقه بعد أن كان قدسما
عقابا للابن العاق » عمر ممدوح . ص ١٨٥ . وتوفيق حسن فرج :
القانون الروماني ١٩٧٥ ص ١٨٩ .

(١٨٧) بدر والبدرأوى . بند ٢٢٤ ص ٢١٨ وقد لا حظ دوفنغار
(ص ١٠٧) أن كافة القرارات التى كانت تصدر عن السلطة القضائية
ومنها التحرير لم تكن شرطية .
(١٨٨) أنظر توفيق حسن فرج . ص ١٧٩ وما بعدها من المرجع
السابق .

(١٨٩) جيرار . المرجع السابق ص ١٧٣ ، وتوفيق حسن فرج
المرجع السابق ص ١٧٩ .

(١٩٠) توفيق حسن فرج - المرجع السابق ص ١٧٩ .

(١٩١) فيلوتى ص ١٧

الذى لا يملك سوى التصديق على هذا التنازل (١٩٢) .
وأيا كانت طبيعة هذه الوسيلة فإنها لم تكن تقبل التعليق على شرط في القانون الرومانى (١٩٣) .

٤ — L'acceptatio

يقصد بالمحالة أو المبادأة ، تلك الوسيلة من الوسائل التى كانت سائدة فى العصر العلمى للقانون الرومانى . والتى تستهدف انقضاء الالتزامات ، وخاصة الالتزامات الناشئة عن العقود اللفظية *Contractus verbis* . وكان هذا الاجراء شكليا ومجردا . وقد امتد نطاقه الى العقود الكتابية *Contractus letteris* . وكان لابد فيه من تواجده انظر فى (١٩٤) .

ولا شك ان جوهر هذا التصرف كعمل مجرد وشكلى *abstract et formaliste* يتناقى مع تعليقه على شرط او اضافته الى اجل ولهذا حظر الرومان تعليقه او اضافته (١٩٥) . "L'acceptatio ne peut être fait à terme ou sous Condition"

٥ — L'aditio hereditatis

وقبول الارث لم يكن يجوز صدوره معلقا على شرط فى القانون الرومانى ، وذلك انبثاقا من القاعدة العتيقة التى تقول بأن من ثبتت له الوراثة لا تنفك عنه صفة الوارث (١٩٦) "Semel heres, temper heres"

-
- (١٩٢) توفيق فرج . المرجع السابق ص ٢٩٩ .
(١٩٣) فيلوتى . الموضع السابق .
(١٩٤) مونيه . المرجع السابق بند ١٩٦ ص ٣٣١ وما بعدها .
وخاصة بند ١٩٨ ص ٣٣٤ وما بعدها .
(١٩٥) المرجع السابق بند ١٩٨ ص ٣٣٦ والمصدر الذى أشار اليه . ويقول بوفنوار (ص ١٠٦) :

"L'acceptatio. d'abord est la fiction d'un payement accompli : imaginaria solutio; Comment comprendre qu'on puisse subordonner à une Condition la déclaration d'un fait actuellement tenu pour accompli" ?

- (١٩٦) بوفنوار . المرجع السابق ص ١٠٧ .
(١٩٧) فيلوتى . المرجع السابق ص ١٨ ويرى بوفنوار ان قبول الارث كتعبير عن اراد منفردة *une déclaration de volonté unilaterale*

يفضى الى مساهمة شخص فى تركة ، لا يسمح بفكرة التعليق فلمن شاء: أن يقبل أو أن يرفض .

٦ - L'auctoritas

استأثر الوصي بسلطات تشبه سلطات رب الأسرة ، وكان يدير أموال القاصر ، اما بطريقة الادارة المباشرة *Negotiorum gestio* واما بطريق الاجازة *auctoritas interpositio* .

وتعنى الاجازة *L'auctoritas* في القانون الروماني انضمام الوصي الى الصبي انضماما فعليا في العقد ، ولا يتأتى ذلك عن طريق الحضور في مجلس العقد فقط ، بل بالموافقة على العقد ذاته ايضا ، وعمل هذا شأنه اقتضي بغير شك « صدور الاجازة بسيطة غير مشروطة بشرط » (١٩٨) .

٧ - *manumissio ou affranchissement*

ولقد كان العتق ، في القانون الروماني ، يفضي الى صيرورة العتقاء احرارا بصفة نهائية ، ولذا كان مما يتنافى مع طبيعته وحكمته تعليقه على شرط . وهكذا كانت القاعدة العامة في القانون الروماني ، أن العتق سراء تم بناء على قوائم العتق ، او توقع كعقوبة على السيد الذي نبذ رقيقه بسبب مرضه مثلا ، لم يكن يقبل التعليق على شرط ، بل كان يقع منجزا (١٩٩) .

ثانيا :

مدى تعليق العقود على شرط فاسخ في القانون الروماني

واذا كانت الحالات المتقدمة ، لاتتعلق بحظر تعليق بعض التصرفات على شرط واقف فقط ، بل على شرط فاسخ ايضا ، الا ان هناك عقبات خاصة بادراج الشرط الفاسخ في التصرفات ، وهي تتعلق بأمور ثلاثة : اولها انتقال الحقوق العينية ، وثانيها الالتزامات المتعلقة بحالة الاشخاص ، وثالثها تنصيب الوارث نزولا على رغبة المورث الاخيرة (٢٠٠) ، فهذه مسائل ثلاثة ، تحول أسس معينة ، دون قبولها التعليق على شرط

(١٩٨) بدر والبدر اوى . المرجع السابق . بند ٢٧٨ ص ٢٥١ وما بعدهما وانظر بند ٢٨٤ ص ٢٥٥ .

(١٩٩) فيلوتى . المرجع السابق ص ١٨ ، وانظر في الرق والعتق بوجه عام : توفيق حسن فرج - المرجع السابق ، ص ٤٢ وما بعدها ؛ عمر ممنوح . المرجع السابق ص ١٣٠ وما بعدهما ؛ وبدر والبدر اوى . المرجع السابق بند ١٤٠ ص ١٦٥ وما بعدهما .
(٢٠٠) بوفنوار . المرجع السابق ص ١٨٩ .

فاسخ بوجه خاص . ونعرض لهذه المسائل بشيء من البيان فيما يلي :

١ - انتقال الحقوق العينية

لما كانت الملكية حقا دائما ، على خلاف الحقوق الشخصية . فإن الرومان لم يجيزوا « تعليق نقل الملكية على شرط فاسخ . أو تقييده بأجل مسقط . اذا الملكية لا يمكن نقلها لأجل محدود » (٢٠١) . وهكذا كان الاصل عند الرومان هو عدم جواز فسخ التصرف الناقل للملكية . ولقد كان الاشهاد *manicipatio* والدعوى الصورية باعتبارهما من انطرق الاختيارية لنقل الملكية في القانون الروماني (٢٠٢) . لا يسمح بأن يصاحب نقل الملكية شرط فاسخ . أما التسليم (٢٠٣) فلم يكن من طرق القانون المدنى العتيق . وانما كان اسلوبا غير رسمى من اساليب قانون الشعوب *mode de droit de gens* الخاصة باكتساب الملكية (٢٠٤) ، وكان يستجيب لفكرة التعليق على شرط . لما كان ينطوى عليه من عنصر معنوى (٢٠٥) *(élément intentionnel justa Causa)* بجانب العنصر المادى . وكلما كان للإرادة دور فى العمل . كان تعليقه ممكنا . لما ان الشرط وثيق الصلة بالإرادة .

وهكذا فان تتبع القانون الرومانى . حتى عصر جوستينيان يؤكد أن الهبة . والبيع كانا لا يقبلان التعليق على شرط فاسخ . لانه لم يكن هناك قانون يبيح ذلك . فضلا عن الاعتبارات السابقة . ومع هذا فان جوستينيان اباح اساس الفكرة « فى الهبة المقيدة بشرط *donatio sub modo* وفى الوسبة » (٢٠٦) .

ولكن اذا فرض وتصرف شخص فى عقار تصرفا معلقا على شرط فاسخ . ثم تحقق هذا الشرط فان البائع لم يكن يملك سوى مجرد دعوى شخصية وليس دعوى عينية كما هو مقتضى الحال عندما يكون التصرف باتا .

-
- (٢٠١) بدر واليدراوى . أراجع السابق بند ٣٩٠ ص ٣٣٦ و٣٤٠ .
عمدوح . المرجع السابق ص ٢٤٣ .
(٢٠٢) التفاصيل فى جيرار . المرجع السابق ط ٧ ص ٣٩٢ وما بعدها .
(٢٠٣) جيرار . المرجع السابق ص ٢٩٩ .
(٢٠٤) بدر واليدراوى . المرجع السابق بند ٤٢٨ ص ٣٧١/٣٧٠ .
وفيلوتى المرجع السابق ص ٢٠ .
(٢٠٥) بوفنوار . المرجع السابق ص ١٣٥ .
(٢٠٦) عمر عمدوح . المرجع السابق ص ٢٤٣ .

٢ - الحقوق والالتزامات المتعلقة بحالة الاشخاص

ان معظم الحقوق ، المتعلقة بحالة الاشخاص ، كان ينظر اليها في القانون الروماني ، كحقوق مؤبدة . والامثلة على ذلك كثيرة .
- فحرية الافراد هي حق دائم لايقبل التاقيت ، ولذا لم يكن هذا الحق يقبل التعليق على شرط فاسخ ، فاذا فرض مثلا ووقع العتق بناء على وصية معلقة على شرط فاسخ ، فان الشرط يلغو وتعتبر الوصية منجزة ، لان قرار الحرية لايجوز مصادرته .
- وحقوق العائلة كانت حقوقا دائمة ، فلم يكن يجوز تعليقها على شرط فاسخ او اضافتها ، وقد راينا امثلة لذلك في التبنى والتحرير .
- وتعيين الوصي او القيم ، لم يكن يقبل التعليق على شرط فاسخ ، لان حماية القاصر او المحجور عليه كانت تقتضي الفورية والديمومة (٢٠٧).

٣ - تعيين الوارث

كذلك لم يكن المورث يملك ، وهو ينصب وارثا ، ان يدرج في قرار اتعيين شرطا فاسخا ، لان المركز القانوني للوارث ، كان يخول حقسا مؤبدا بطبيعته ، ولم يكن يقبل التاقيت ، لا عن طريق الشرط الفاسخ ، ولا عن طريق الاجل المنهي ، عملا بالقاعدة السابقة والتي تقول ان "ثبتت وراثته ، لاتزول عنه صفته .
انما يلاحظ ان الرومان كانوا يقدسون رغبة وارادة المتوفى ، ولذا كانوا يلغون الشرط الفاسخ وحده ، الذي انطوى عليه قرار تعيين الوارث ، كما سلفت الاشارة ، مع ابقاء التصرف قائما .
ولما كانت الوصايا في العصر العلمى لاتحتمل الشرط الفاسخ ، فانها كانت تبطل برمتها بسبب ادراج شرط فاسخ فيها ، وقد ظلت تلك القاعدة عامة الى ان قضي جوستينيان بصحة مثل هذه الوصية ، وكان الموصي له ينسلم الشيء الموصي به ، ويعد بتقديم كفيل يضمن رد الشيء فيما لو فرض وتحقق الشرط الفاسخ (٢٠٨) .

(٢٠٧) فيلوتى : اراجع السابق ص ٣٢ ، ٣٣ .

(٢٠٨) اراجع السابق ص ٣٣ ، ٣٤ والنفصيلات فى نوفمبر

ص ١٨٩ حتى ص ٢٣٦ . ويقول فيلوتى ص ٣٤ :

"Il en était de même pour les legs à l'époque classique, mais la sanction était différente : quand un legs avait été fait sous Condition resolutoire, il était nul ... au contraire Justinien décida que ce legs serait valable.....".

المطلب الثاني

مدى تعليق التصرفات على شرط في القانون المصرى المقارن

القاعدة العامة أن الشرط يلحق كافة التصرفات . ايا كانت الحقوق التى تتولد عنها . شخصية أم عينية طالما كانت ذات صفة مالية .

ولما كانت نظرية الشرط كوصف للالتزام لاستجيب لهذه القاعدة استجابة مطلقة . على عكس الحال فيما لو اعتبر الشرط وصفا للرضا . فان التقليديين انفسهم يؤكدون أن الشرط يلحق كافة الحقوق يستوى أن تكون « هذه الحقوق شخصية أو عينية » . فهو يلحق « الالتزام أى الحق الشخصي . ويلحق كذلك الحق العيني . فيكون هذا الحق معلقا على شرط واقف او على شرط فاسخ » (٢٠٩) . وبذا يصبح الخلاف مع نظرية الشرط كوصف للرضا خلافا سطحيا اذا أخذنا فى الحسبان ما يؤكد التقليديون من انه لا مصدر للشرط سوى الإرادة . على ما تقدم .

وخلاصة القاعدة العامة السابقة اذن . أن الشرط يلحق كافة التصرفات القانونية وسواء كانت مصدرا للحقوق الشخصية أم الحقوق العينية .

ولكن القاعدة العامة ليست مطلقة حتى فى نطاق التصرفات . اذ تستثنى التصرفات المتعلقة بالاحوال الشخصية (٢١٠) . من نطاق التعليق فى القانون المصرى والمقارن . ويضرب الفقه المصرى امثلة لهذه الاستثناءات بالزواج ومتعلقاته والنسب والحجر والاذن بالتجارة للنسب المميز . فهذه امور لا يلحقها الشرط كوصف ولا يعلق الحقوق التى تنشئها (١١٢) . والفقه الفرنسى يؤكد أيضا أن الشرط لا يلحق الا التصرفات ذات الطبيعة المالية (٢١٢) . اما التصرفات المنسئة للحالة المدنية *actes constitutifs de l'Etat civil* فانها لا يمكن أن تعلق على شرط .

ومن الامثلة التى يضربها الفقه الفرنسى فى هذا الصدد . الزواج والاعتراف بالابناء الطبيعيين (اولاد الزنا) والتبني والترشيد وقبول

(٢٠٩) السنهوري . الوسيط ج ٣ بند ٢٥ ص ٣٦ .

(٢١٠) الموضع السابق .

(٢١١) الموضع سالف الاشارة .

(٢١٢) مثلا بلانيول وريبير وجابولد . المرجع السابق بند ١٠٢٩

و رفض التركة واختيار النظام المالى للزوجية (١٢٣) فهي لا تقبل التعليق .

ونعرض لبعض الامثلة بشيء من الایجاز فيما یلى :

١ - الزواج

المرجع فى بیان مدى تعليق الزواج على شرط بالنسبة للمسلمين هو شریعتهم ، بمختلف مدارسها الفقهية ، ويقول الفقهاء أنه لو علق المتعاقدان الزواج على شرط ، فان الزواج لا ینعقد ، لان فى التعليق اناطة للتعقد بواقعة مستقبلية یحتمل أن تقع و یحتمل ألا تقع ، وهذا یتناهی مع طبيعة الزواج (٢١٤) .

وطبيعة الزواج عند المسيحيين ایضا « تقتضى أن يكون الرضاء به منجزا وبسيطا ، فلا یضاف الى أجل أو یعلق على شرط ، واقفا كان أو فاسخا » (٢١٥) ، لانه یقتضى اتجاه « الارادة » الى وضع صاحبها فوراً فى مركز الازواج » (٢١٦) ، كما أن الزواج عند المسيحيين « یقوم أساسا على المراسم الشكلية والطقوس الدينية » (٢١٧) .

ویلاحظ أن هذا الحظر منصوص علیه عند الكاثوليك على خلاف الارثوذكس أو الانجيليين ، فقد قضت المادة ٨٣ من الارادة الرسولية أن الزواج لا ینعقد بشرط .

وبخصوص اليهود فان القرائین یجیزون تعليق الرضاء على شرط واقف (٢١٨) ، انما یلزم أن يكون الشرط مزدوجا ، یجمع بین الایجاب والسلب معا ، كقول القائل اذا رضى أبى فانت معقود لى عليك واذا لم

(٢١٣) المرجع السابق بند ١٠٢٩ ص ٣٧٨ ، ٣٧٩ ؛ وأوبرى و . السابق هامش ١٠ ص ٩٨ .

(٢١٤) عمر عبد الله . أحكام الشريعة الاسلامية فى الاحوال الشخصية . المرجع السابق ص ٧٣ .

(٢١٥) جميل الشرقاوى . الاحوال الشخصية لغير المسلمين . الكتاب الاول . الزواج (١٩٧٤) بند ٣٨ ص ٧٧ ؛ ثروت أنیس الاسيوطى : نظام الاسرة . ٠٠ سنة ١٩٧٢ بند ٥٤ ص ٦٢ ؛ حسين توفيق رضا : الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ١٩٦٨ بند ١٢٤ ص ١٦٨ . (٢١٦) أحمد سلامة . الاحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين ط ٤ سنة ١٩٦٥ بند ١٩٢ ص ٤٤٧ .

(٢١٧) شفيق شحاتة . أحكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين . المرجع السابق ج ٣ بند ٢٠٩ ص ٣٥ ؛ الاسيوطى ، السابق . بند ١٧٢ ص ١٧٤ .

(٢١٨) جميل الشرقاوى . المرجع السابق بند ٣٩ ص ٨١ .

يرض فلا . اذ لا ينقذ الزواج اذا اقتضت عبارة التعليق على الشق الموجب فقط . او اذا قدم الشق السالب على الشق الموجب . او اذا قدم المشروط على الشرط . واذا كان الشرط مستحيلا . لغى الشرط ونفذ العقد . وهو نفس الحكم فيما لو كان « المقصود » بالشرط مخالفة فواعد التحريم في الكتاب . وذلك على خلاف الربانيين الذي يصححون « مثل هذه الصورة على اساس أن كل مشروط من الكتاب باطل مالم يكن ماليا » ٢١٩ . وقد اعتبر الربانيون اكل الخنزير او الدم من الامور المالية . واجازوا على خلاف القرائن تعليق العقد عليها ٢٢٠ .

ويحظر القانون اليوناني ككافة القوانين الآخذة بالتعاليم المسيحية . تعليق الرضاء على شرط ٢٢١ ، واذا أصر احد الطرفين على إصدار رضاه معلقا على شرط . تعين على رجل الدين ان يحجم عن اتمام المراسيم ضرورة أن عقد الزواج يجب أن يكون منجزا .

٢ - الاعتراف بالابناء الطبيعيين

بالنسبة للشريعة الاسلامية التي تضبط هذا الموضوع في كل البلاد العربية تقريبا فانه يلاحظ ابتداء . انه ليس ثمة شك في أن الولد اذا ولد على فراش الزوجية فانه ينتسب لابيه . صاحب هذا الفرائش حتى وان ادعاه شخص آخر زاعما انه ابنه من سفاح . وسدقته المرأة وصاحب فراشها . اذ القاعدة ان النسب اذا كان ثابتا شرعا فانه لا يمكن نقله ولا تحويله . وتلك مسألة لا خلاف فيها ٢٢١ . ولكن الخلاف شجر في الواقع بخصوص الولد اذا ولد على غير فراش .

— فقد ذهب « الفقهاء جميعا الا قليل منهم الى ان ولد الزنا لا يلحق الزاني ادعاه او لم يدعه » ٢٢٢ . استنادا الى قوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر . وحديث من ادعى ولدا من

(٢٢٠، ٢١٩) أحمد سلامة ، المرجع السابق . بند ٢٣٥ ص ٥٤٦ .
٥٤٧ والمرجع الذي أشار اليه .

(٢٢١) انظر تاليا دوروس . الزواج في القانون اليوناني . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية . السنة الثانية . القسم الفرنسي ص ٥
"Le consentement doit être exempt de toute Condition ou terme".

وتتضى المادة ٢/١٣٥٠ من ذلك القانون على أن رضا المتعاقدين يجب أن يصدر عنهما شخصا وخاليا من كل تعليق أو اضافة .
(٢٢٢) محمد أحمد فرج السنهوري : دروس في النسب مذكرات
لقسم الدكتوراه سنة ١٩٧٢ بند ١٣ ص ١٠ .
(٢٢٣) المرجع السابق ص ١١ .

غير رشده فلا يرث ولا يورث . وغيره من الاحاديث ، فضلا عن قضائه صلى الله عليه وسلم بأن الزانى لا شيء له سوى الخيبة .

- وذهب لبعض الى أن الزانى اذا ادعى ولد الزنا الذى لا فراش له فانه يلحق به ، وقد جنح الى ذلك ابن تيمية ، ولم يرو عن هؤلاء البعض ذكر لحد وأن كان البعض قد مال الى أن الولد لا يلحق الزانى ولا يتوارثان الا بعد اقامة الحد على ذلك الواطىء . وهؤلاء البعض يأخذون بحديث الولد للفراش ولكنهم تأولوه ، وقالوا ان الولد يكون للفراش حيث يكون هناك صاحب فراش ، ودعم بعضهم مسلكه بما كان يفعله سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه من إلحاق أولاد الجاهلية الذين يصدق عليهم الوصف ، بمن ادعاهم فى الاسلام ، وقال البعض الآخر منهم أن القياس يقتضى إلحاق ابن الزنا بالزانى لان ولد الزنا ينسب لأمه وأقاربها ، ويرثها وترثه مع أنها زنت به ، فماذا يمنع من إلحاق الولد بالاب الزانى اذا لم يدعه سواه (٢٢٤) .

وفى النهاية فهناك من يرى أنه اذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه فلا مانع من أن يتزوجها ، ستر لها ، والولد له . ويقول استاذنا المرحوم الشيخ محمد أحمد فرج السنهورى أن ما جاء بهذه العبارة « ليس الا نصيحة لمن جنى تلك الجناية ستر للمرأة فيما بينه وبين ربه لا فى الحكم ، هذا فوق ما فيها من القول بإلحاق الولد به قولا مطلقا لا دعوة معه وهذا ما لم يقل به أحد » (٢٢٥) .

كما أن البعض ذهب فى النهاية الى أن مناط إلحاق الولد بالزانى الا تكون المرأة قد أباحت نفسها للورى ، فان كانت قد لازمت خيلا واختصت به أمكن نسبته اليه ان هو ادعاه (٢٢٦) .

والخلاصة أن جمهور فقهاء الاسلام أجمع على أن ابن الزنا لا يلحق بالواطىء لان الولد نعمة ، والنعمة لاتنال بمعضية ، فليس للعاهر سوى الاثلب أى الحجر . ورأى هذا شأنه لا يمكن أن تشور معه أصلا فكرة تعليق الاستلحاق على شرط أو عدم تعليقه فهو ذاته محظور ، أما الراى الثانى وهو القول الضعيف فمقتضاه أيضا عدم جواز تعليق الاستلحاق على شرط ، لان التعليق يتنافى أصلا معه .

(٢٢٤) المرجع السابق ص ١١ ، ١٢ .

(٢٢٥) المرجع السابق بند ١٥ ص ١٢ .

(٢٢٦) وهذا هو قول ابن حميد الدين الاباضى نقلا عن المرجع

السابق ص ١٢ ، ١٣ .

الفصل الثاني

مقارنة التعليق ببعض الافكار والانظمة القانونية التي تشبه به

إذا كانت حالة التعليق تنتج عن اناطة الارادة تصرفا قانونيا - بما ينبثق عنه من آثار - بتحقيق واقعة شرطية عارضة . استكملت كل مقومات وجودها ، فانه من البديهي ان يحاول بعض الفقهاء تشبيه هذه الحالة بأفكار وانظمة أخرى مقارنة . وهذا يتقاضانا . النعرض بإيجاز ، لاهم هذه الافكار والانظمة . بغية استظهار اساسيات الاختلافات للقائمة بين التعليق وبينها ، الامر الذي نعرض له في مباحث أربعة متتابعة ، نفرّد اولها لمقارنة التعليق بالوقف . ونخصص ثانيها لعلاقة التعليق بالخيار ، ونشير في ثالثها الى تميز التعليق عن البطلان ، ونكرس رابعها لتمييز التعليق عن عدم السرمان .

المبحث الأول

التعليق والوقف

يذهب بعض الفقهاء الى ان اصطلاح « العقد الموقوف غريب عن القانون المدني ، وليس له احكام محددة » (١) . والحقيقة ان هذه العبارة صحيحة في شقها الاول ، وان كانت تبدو محل نظر في شقها الثاني .

- فاما ان اصطلاح العقد الموقوف غريب عن القانون المدني فهذا صحيح ، لان هذا الاصطلاح هو نتاج اسلامي خالص .
- واما انه لا ينطوي على احكام محددة . فهذا قد يكون محل نظر ، لانه وان كان هذا الاصطلاح ينطوي على حالات تبلغ ستا واربعين

(١) جمال زكي : دروس في التأمينات ٠٠٠ هامش ١ ص ١٤٣ .
أما الاستاذ د. سليمان مرقس فقد ميز في صلب موجهه : أصول الالتزامات (بند ٢٠٨ ص ٢١٠ - ٢١١) بين العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف الذي عرفه بأنه : عقد توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة ، غير أنه صدر من شخص لا ولاية له في انشاءه كعقد الفضولي ٠٠٠ وحكمه انه لا يترتب على انشاءه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده ، بل يتوقف ترتب أثره على إجازته فمن له حق مباشرته ، فان إجازته إجازة صحيحة صار نافذا من وقت صدوره . وان رفضه لم ينتج أي أثر .

حالة تقريبا (٢) ، إلا أن الدراسة المتأنية لهذه الحالات (٣) ، جعلت الفقه يصنف بعضها ضمن العقود الفاسدة بسبب عدم تعيين الثمن فيها ، أو لانطوائها على بيع ما في تسليمه ضرر ، ويصنف البعض الآخر ضمن العقد غير اللازم ، وهى العقود التى يشترط فيها خيار المجلس ، والعقود التى يشترط فيها الخيار مدة تربو على ثلاثة أيام وهكذا . ويصنف فى النهاية أهم أجزائها ضمن حالات العقد موقوف النفاذ (٤) ، وهى حالات تستقطب اهتمام كثير من الباحثين لانطوائها على جوهر نظرية الوقف « ومن استقرأ ما ورد فى فقه الحنفية ومن وافقهم من المالكية ، وكذلك عند الشافعية فى المذهب القديم ، وفى إحدى الروايتين عن الحنابلة ، والشعبة الامامية ، والزيدية ، والاباضية ، يمكن حصر هذه الحالات فى ثلاث مجموعات » (٥) :

١ - تتمثل أولاها : فى التصرف الصادر عن الغير دون أن تكون له ولاية التصرف وهى تشمل : تصرف الفضولى ، وتصرف الوكيل الذى تجاوز حدود وكالته ، وتصرف المرتد عند أبى حنيفة ، فلا تنفذ تصرفاته الا بسلامة .

٢ - وتتجلى ثانيتهما : فى تصرفات ناقص الاهلية ومن فى حكمه ، وتشمل تصرفات السبى المميز التى تدور بين النفع والضرر ، وتصرفات السفينة فى ماله .

٣ - وتتجدد ثالثتها : فى التصرفات التى يتعلق بها حق الغير ، وهى تصرف الموصى فيما يجاوز ثلث ماله ، وتصرف المريض مرض الموت ، وتصرف المدين يدين مستغرق ... وبيع العين المرهونة (٦) .

قد يكون ذلك صعب التصور والتحديد بالنسبة لفقهاء القانون انوضى ، ولكن الحقيقة أن فكرة العقد الموقوف فكرة متميزة ولها محورها الاصيل الذى تدور حوله فى الشريعة الاسلامية ، والمشكلة الحقيقية عند دارسى هذه النظرية ، أو محاولى دراستها ، تكمن فى

(٢) انظر حصرا شاملا لها فى : عبد الرازق حسن فرج - العقد الموقوف - رسالة القاهرة ص ٨٣ وما بعدها . وحصرا لبعضها فى : البحر الرائق ج ٦ طبعة أولى بالمطبعة العلمية ص ٧٥ ، ٧٦ ؛ وابن عابدين ج ٤ ط ٣ ص ١٤٦ وما بعدها ؛ أحمد أبو الفتح - المعاملات ج ٢ ط ٢ سنة ١٩٢٣ ص ٢٥٤ وما بعدها .

(٣) مثلا : عبد الرازق حسن فرج - الرسالة السابقة .

(٤) انظر محمد زكى عبد البر - العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى ، وفى القانون المدنى العراقى وما يقابله فى القانون المدنى المصرى - مجلة القانون والاقتصاد ص ٢٥ ع ١ ، ٢ يونيو ١٩٥٥ .

(٥) عبد الرازق حسن فرج - الرسالة السابقة ص ٩٤ و ٩٥ .

(٦) المرجع السابق ص ٩٥ - ٩٧ .

نسيان الخط الاسلامى ، الذى اختطه الفقهاء للدراسة نظرية العقد الموقوف ، ومحاولة تقريب كل شيء من القانون الوضعى وتفسير كل حل من خلاله . وهذا غير مقبول ، ولكى يستبين المحور الذى تدور حوله فكرة العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى يجدر تعقب تعريف العقد الموقوف ، لمعرفة الاسس النظرية التى تعين على فهم ببيان فكرته (٧) .

فالعقد الموقوف له طبيعة خاصة تحدده ، ذلك انه « عقد منعقد لتوافر ركنه وشرائطه .. وحكمه انه موقوف على الاجازة ان تحققت نفذ والا لم ينفذ » (٨) . فهو بالاحرى ذلك « التصرف المشروع بأصله ووصفه ، الذى يتوقف ترتب اثره عليه بالفعل على الاجازة ممن يملكها شرعا » (٩) .

واذن فالوقف فى الفقه الاسلامى هو حالة فعلية وقانونية تلبس التصرف المشروع بأصله ووصفه ، فتحول دون ترتب آثاره عليه ، الا بعد اجازته ممن يملك الاجازة شرعا.

وحقيقة العقد الموقوف تجلى أساسا ، فى انه عقد يصدر عن تعوزه ولاية ابرامه ، بمعنى ان آثاره لا ترتب قبل من تنصرف اليه ، الا اذا أجاز ذلك العقد ، فتصرف الآثار لمجرد هذه الاجازة ، على ما هو

(٧) وفكرة العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى ، تشكل أساسا النظرية العامة للتكون المتتابع للحق والمعروفة فى المانيا وفرنسا ، ولكنها لا تنطبق معها ، ولا تقبنى كافة أفكارها ، وان كانت تستجمع أهم سماتها . وقد استعرض ديموج فكرة التكون المتتابع للحق بمناسبة تعرضه لامرود التمهيدية : انظر

René Demogue, Traité des obligation en général, I, sources des obligations, Tome II, Paris, 1923, Nos. 423, pp. 1 et s.

(٨) محمد زكى عبد البر ، السابق ، ص ١١٦ بند ١٢ : أحمد أبو الفتح ، السابق ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ ؛ أحمد ابراهيم . مذكرة مبتدأة ص ١٩١ ؛ ومحمد سلام مذكور ، المدخل ط ٢ ص ٥٩٥ . محمد يوسف موسى . الفقه الاسلامى ط ٢ بند ٦٥٨ ص ٤٢١ و ٤٤٢ .

(٩) عبد الرازق حسن فرج . المرجع السابق ص ٤٣ . ويقول المغفور له الشيخ أحمد ابراهيم ان العقد الصحيح الموقوف ، هو العقد الصادر عن فضولى ، أو الذى يشره المالك المميز غير البالغ من عقود المعاملات المالية ، وكل ما يدور بين النفع والضرر ، وهو يتوقف على اجازة المالك بعد بلووعه رشيدا أو على اجازة وليه كابييه أوصيه ، بشرط ألا يكون فى العقد غبن فاحش بالصغير المميز العاقل ومن فى حكمه كالمعتوه المميز . فان تمتعت للولى أو الوصى وكان نفاذ للعقد فى مصلحة من عقده قام القاضى مقام المتعنت وأجاز العقد منعا للظلم عنه ، مؤلفه سالف الإشارة : مذكرة مبتدأة ٠٠٠ ص ١٩١ . ١٩٢ .

سائد في أقوال الفقهاء ، وعلة ذلك أن العقد الموقوف ، وإن صدر ممن هو أهل لإصداره ، إلا أنه أبرم ممن « ليست له ولاية انشاءه » (١٠) . وإجازة صاحب الشأن هي أمر محتمل ، فقد يجيز العقد من له حق مباشرته ، فتتصرف آثاره إليه ، ليس من لحظة إجازته وإنما « من وقت صدوره » (١١) ، وقد لا يجيزه ، فلا تترتب الآثار في ذمته ، وإنما يظل بعيدا عن دائرته (١٢) .

واحتمال الإجازة لا يجعلها واقعة شرطية (١٣) ، وبالتالي لا يجب أن يختلط العقد الموقوف بالعقد المعلق ، ذلك أن الإجازة تفضي إلى ترتيب الأثر في ذمة المجيز ، بخصوص تصرف أبرمه من لم يكن له ولاية إبرامه أصلا . والمجيز إذا فعل ذلك فإنه يصدر إرادة محضة هي قبوله وضعاً معيناً ، يستطيع بمحض تحكمه إلا يقبله ، وليس شيئاً من ذلك مما تتسم به الواقعة الشرطية العارضة . وبعبارة دقيقة فإن العقد الذي يبرمه من ليست له ولاية إبرامه ثم يجيزه صاحب الشأن هو عقد متتابع التكون Contrat à formation successive والحق الناجم عنه يبدأ حقا محتملا وبالإجازة يكتمل ذلك الحق ويصبح حقا تاما . فالحق في العقد الموقوف هو حق يتكون تكونا متتابعاً ، وليس ذلك هو شأن التصرف والحق الشرطين ، ضرورة أن كليهما قد استجمع ابتداء كافة مقومات وجوده ، غاية الأمر أنه يظل منوطاً بتحقيق واقعة مستقبلية عارضة ومحتملة .

كذلك فإن ترتب الآثار في ذمة المجيز من لحظة صدور التصرف وليس من لحظة الإجازة لا ينبغي أن يدخل في الروع أن الإجازة تعتبر واقعة شرطية لما لها من أثر رجعي ، ليس لأن الرجعية كما يقال ليست وفقا على الشرط وحده (١٤) ، بل لأن الرجعية في هذه الحالة تعتبر ضرورة فنية يقتضيها اسناد الآثار إلى المجيز دون مرور بذمة من أبرم التصرف دون ولاية ، هذا إلى أن الرجعية ليست من مستلزمات العقد

(١٠) على الخفيف . أحكام المعاملات الشرعية ط ٣ ص ٣٥٦ .

(١١) المرجع والموضع السابقان .

(١٢) وهذا التعبير أفضل في رأينا من إقحام فكرة البطلان .

قارن الأستاذ الشيخ على الخفيف ، المرجع والموضع السابقين .

(١٣) وهذا واضح تماما في الشريعة الإسلامية ، إذ أن العقد

الموقوف ينشئ حقا احتماليا ضرورة أنه يتكون تكونا متتابعاً ، وينتصه عنصر جوهرى لأعرضي ، وهذا أمر فطنت إليه الماذيا وفرنسا حديثاً ، ولكن مع خلط أحيانا بين الحق الاحتمالي - ما يعرف بالحق الشرطي -

انظر عدا فرديه ، مؤلف ديموج سالف الإشارة بند ٤٦٤ ص ٣ .

(١٤) فرديه . الرسالة السابقة بند ٢٧٠

“Le rétroactivité n'est pas l'apanage de la Condition”.

الموقوف ، فمن أحكامه « ما ثبت مقتصرا على وقت صدور الاجازة ، وذلك كطلاق الفضولى فلا يقع الطلاق الواقع قبلها » (١٥) . فالعقد الموقوف كعقد يتعلق به حق الغير (١٦) ، ولا حكم له ظاهرا (١٧) . هو عقد يتوقف ترتب آثاره على إجازته من له حق مباشرته أصلا . وليس ذلك هو شأن العقد المعلق .

وفى النهاية فإن « وقف نفاذ العقد امر يتصل بآثار العقد فيقال هذا العقد موقوف أو نافذ أو صحيح أو باطل نتيجة مالمعقد من قوة ترتب آثاره عليه في الحال أو على التراخى كما فى العقد الموقوف أما وصف العقد بأنه ... معلق فهذا امر يتعلق باتصال آثار العقد بصيغته أو باتصال آثار العقد به وقت انشائه » (١٨) . ولذا يمكن أن يكون العقد الموقوف معلقا أيضا ، وهذه مسألة لم يتنبه لها الفقه . ومفاد ذلك أن الاجازة قد تقع وتستمر حالة التعليق ريثما يتحقق الشرط .

وإذا نظرنا الى أكثر حالات العقد الموقوف اثاره للجدل لوجدنا أنها تنأى بحسب طبيعتها عن فكرة التعليق . فإذا خالف الوكيل حدود وكرالته فى القانون الوضعى ، فلا يتصور القول بأن تصرفه يكون معلقا على شرط اقرار الاصيل . . . ذلك أن آثار العقد تنصرف الى الاصيل رغم تجاوز النائب حدود نيابته دون اقرار « اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة » (١٩) . أو اذا كان من المستحيل على الوكيل « اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها

-
- (١٥) عبد الرزاق حسن فرج . المرجع السابق ص ٤٧ - ٤٨ .
(١٦) البحر الرائق ج ٦ ط أولى بالمطبعة العلمية ج ٦ ص ٧٥
ففيه ان البيع الجائز الذى لا نهى فيه ثلاثة . نافذ لازم . ونافذ ليس
بلازم . وموقوف . والموقوف هو ما تعلق به حق الغير ، وهو أما ملك
الغير أو حق بالبيع لغير المالك ، .
(١٧) المرجع السابق ج ٥ ص ٢٨١ .

- (١٨) عبد الرزاق حسن فرج . المرجع السابق ص ٧١ وانظر م
تأكيد ارتباط التعليق وآثار العقد المعلق بالصيغة فى الفقه الاسلامى :
محمد سلام مذكور الماخذ ط ٢ ص ٦٠٢ ، وصلاح الناهى رسالته السابقة
بند ٤٠٢ ص ٣٥٩ وما بعدهما ؛ محمد الحسينى حنفى، الموجز فى شرح
قانون الوصية ط ١ ص ٣٢؛ أحمد أبو الفتح كتاب المعاملات ج ٢ ط ٢ ص ٢٨٣ ،
وعلى الخفيف المرجع السابق ص ٢٥٦ ولنفس المؤلف : أحكام الوصبة .
من مطبوعات جامعة الدول العربية ١٩٦٢ ص ١٠٠ وما بعدهما ؛ ومحمد
يوسف موسى . الفقه الاسلامى . مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه
١٩٥٨ ط ٣ بند ٦٦١ ص ٤٤٣ وما بعدهما .
(١٩) المادة ١٠٧ مدنى .

الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف» (٢١) . فضلا عن ان الوكيل حين يباشر عمله فانه يباشره بسلطان من الموكل ، فان تجاوز ذلك حكمه مبدءا نسبية آثار العقود (٢١) ، فان اقر الموكل التصرف ، فان اقراره لا يكون واقعة عارضة يعلق عليها التصرف ، بل تكون هي ذات التصرف القانوني الذي يترتب عليه اضافة الآثار الى ذمته ، كما لو كان هو الذي ارادها ابتداء . واذا كان ذلك هو شأن القانون الوضعي فانه يكون مجاريا الفقه الاسلامي في تمييز التعليق عن الوقف . ان تجاوز انوكيل حدود وكالته ينطوي أصلا على فقد ولاية ، والاجازة ، هي الى حد ما ، اعادة اعتبارية لتلك الولاية ، ومن ثم فهي ليست أمرا عارضا كالشرط بمعنى الوصف على أى معنى أخذت ، ولهذا فقد أحسن الفقه الاسلامي حين اعتبر مخالفة الوكيل حدود وكالته ، من قبيل التصرف عن الغير دون ولاية ، أى دون « قوة تثبت لمن ملكها حق التصرف في النفس أو في المال أو فيهما معا » (٢٢) ، وليس في ذلك أى سمة يمكن أن تتسم بها الواقعة الشرطية .

المبحث الثاني

التطبيق وقران العقد بالخير

الخيار هو اسم مشتق من الاختيار ، ويقصد به « اختيار امضاء العقد أو فسخه » (٢٣) .

فالخيارات هي بحسب طبيعتها « تحفظات لصاحب العقد » (٢٤) ،

(٢٠) المادة ٢/٧٠٣ منى والاساس القانوني لذلك يكمن في نية الموكل المفترضة . انظر جمال زكى . الوجيز . ط ٢ بند ٥٨ ص ١٠٣ وقدى يتأسس التزام الاصيل بتصرف وكيله المتجاوز على فكرة الفضالة أو الاثراء بلا سبب بشروط معينة . انظر عبد الباسط جميعي . الوكالة الظاهرة . مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية . السنة الخامسة ع ٢ ص ٣١٠ .

(٢١) المرجع السابق ص ٣٠٥ .

(٢٢) محمد زكريا البرديسي ، الوكالة ، رسالة الازهر سنة ١٩٤٦

ص ١٠ .

(٢٣) أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ص ١٩٤ ، ومقاله سالف الإشارة ص ٧١٢ ، وجاء في البحر الرائق (ج ص ٢) أن سبب الاخبار هو الشرط ، أى شرط التقييد ، وأن الخيار على ما ورد في المصباح هو الاختيار ، وفسره في فتح الباري بالتخيير بين الامضاء والفسخ .

(٢٤) محمد سلام محكور . المدخل ط ٢ ص ٦٥٢ .

شرعت لتحقيق « كمال الرضا » (٢٥) ، في الاحوال التى يحتاج فيها المتصرف أو المتعاقدان ، للتروى ، ومشاورة النفس ، مرة أخرى قبل اتخاذ موقف نهائى .

وقد ظن بعض فقهاء القانون الوضعى ان الخيارات تؤثر على القوة الملزمة للعقد ، تأثيرا قد ينتقص من مبدأ الوفاء بالعهد ، ولكن هذا لظن مردود عليه ، بان الخيارات قد تجد مصدرها في نفس العقد « خيار الشرط والتعيين ... وهذه لا تقدر في القوة الملزمة للعقد لانها نشأت بإرادة المتعاقدين » (٢٦) ، وما تراضى عليه المتعاقدان يجب اعماله ما دام عادلا ولا يخرج على أصول الشرع ، وقد تجد مصدرها في الشرع ذاته كخيار العيب أو الرؤية ، ولهذه الخيارات مثيل في القانون الوضعى (٢٧) ولم يعترض عليها أحد .

وعلى أى حال فان الخيارات تبلورت دراستها في الفقه الفرنسى على ما سبق بيانه ، فابراهيم نجار اعد رسالته للدكتوراه من جامعة باريس في حق الخيار (٢٨) ، وبرونو سيليس كان قد اعد بدوره رسالته للدكتوراه في فكرة التحفظات (٢٩) . ولعل في هاتين النظريتين ما يفيد بطريق غير مباشر في استنتاج سبق الفقه الاسلامى في ابتكار مفاهيم قانونية لم يستطع الفقه الوضعى ان يصل اليها الا قريبا .

ومن هنا فان دراسة الخيارات في الفقه الاسلامى يجب ان تلقى اهتماما خاصا بها كأفكار مستقلة ، لا يجب تفسيرها من خلال غيرها ، أو خلط غيرها بها .

ولعل في تكييف الفقه الحديث للخيارات بأنها مشيئة أو تحفظات ما يبعدها عن دائرة الاختلاط ، من حيث الاصل ، بالشرط كوصف . ولهذا فانه يبدو محل نظر ما ذهب اليه الاستاذ الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى من تكييف خيار الشرط في الفقه الاسلامى باعتباره شرطا بمعنى الوصف (٣٠) ، ونجتزئ في محاولة الرد على هذا الراى بالقول انه راى ينشق عن تأثير مسبق بالفقه القانونى الوضعى ونظرياته التى لم تكن قد تبلورت بعد . والفرق بين الخيار والشرط كوصف وبالتالي بين الوضع القانونى الذى يلبس العقد المقترن بخيار وحالة التعليق يمكن ان تتضح في ضوء الآتى :

- (٢٥) على الخفيف . المرجع السابق ص ٣٨١ .
- (٢٦، ٢٧) وحيد سوار : التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامى .
- دراسة مقارنة بالفقه الغربى . ط ١ سنة ١٩٦٠ بند ٦١٨ ص ٥٩٨ .
- (٢٨) رسالة باريس ١٩٦٨ ، وقد سبققت الاشارة اليها .
- (٢٩) رسالة باريس ٦٥ (١٩٦٦) وقد سبققت الاشارة اليها .
- (٣٠) مصادر الحق سنة ١٩٦٧ ج ٤ ص ١٩٨ هامش ١ وص ١٩٩ وما بعدها .

-أولا - من حيث التعريف : فان التعليق هو ربط مضمون امر

بحصول مضمون امر آخر مستتبل ومحتمل وعارض على ما رأينا . اما اناطة العقد بمطلق المشيئة ، وهو ما يحدث في معظم حالات خيار الشرط (٢١) ، فليس تعليقا بالمعنى الفنى للكلمة وانما الامر في هذه الحالة يتعلق بخيار ، والخيار مشيئة او محض ارادة او تحفظ لا يتجزأ عن مضمون التصرف كما سبق أن رأينا ، فخيار الشرط هو أن يكون لاحد المتعاقدين أو لكليهما أو لمن ينسب اليهما ، الحق في امضان العقد أو فسخه (٢٢) ، يستوى أن يكون ذلك مصاحبا للعقد - لا قبله - أم لاحقا له مادام الطرف الآخر قد قبله ، وذلك على خلاف بين الفقهاء في التفاصيل . ومن هنا يمكن القول انه لا تعليق ان أنيط الامر بمشيئة هذا المتعاقد أو ذاك ، أو حتى بمشيئة الغير طالما تم ذلك في وقت لاحق لأبرام العقد ، أما اناطة الخيار بالغير في نفس العقد ، فهو الفرض الوحيد الذى يمكن تصور التعليق معه ، اذا توافرت فيه مقومات الواقعة الشرطية كواقعة عارضة . ولذا يبدو تقريب خيار الشرط من حالة التعليق بشكل جزائى ، أمرا لاسند له فى صحيح فقه الشريعة الفراء .

ثانيا - من حيث الطبيعة القانونية :

وإذا كان تعريفا الشرط وخيار الشرط متغايرين ، فان ذلك يعنى اختلاف طبيعة التعليق عن طبيعة الخيارات ، وهو أمر انعكس على التصرفات التى يمكن أن ترتبط بأحدهما دون الآخر . فالشافعية مثلا يقولون ان التملك لايقبل التعليق (٢٣) ، ولكنهم يبيحون اقتران التملكات بخيار الشرط (٢٤) . والاحناف لايجيزون تعليق التملكات (٢٥) حالة كونهم يبيحون اقتران القسمة والبيع بخيار الشرط (٢٦) . والامثلة عديدة فى كل المذاهب ولكننا لانستهدف الآن

(٢١) ابن نجيم . البحر الرائق ج ٦ ط ١ ص ٢ وما بعدها
وابن قاضى سماوة . جامع الفصولين ج ١ ص ٣٢٤ وما بعدها .
(٢٢) محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ص ٦٥٤ ، وانظر محمد يوسف موسى ، المرجع السابق بند ٦٩٢ ص ٤٥٩ ؛ واحمد ابراهيم . مذكرة مبتدأة ص ١٩٤ .

(٢٣) شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين . مطبوع على هامش حاشيتى القليوبى وعميرة ج ٣ ط ٣ ص ٣٣٠ .
(٢٤) حاشية القليوبى (مع عميرة) ، المرجع السابق ج ٢ ص ١٩٢ .

(٢٥) ابن قاضى سماوة . جامع الفصولين ج ٢ ص ٢ وما بعدها .
(٢٦) المرجع السابق ج ١ ص ٣٢٩ . وانظر عرضا مفصلا للعقود التى تقبل خيار الشرط مثلا : على الخفيف . المرجع السابق ص ٣٨٥ وما بعدها .

سوى إبراز احساس الفكر الاسلامى بتغاير فكرتى التعليق والخيارات، احساسا يشف عن ذوق فقهي راق .
واذا كان الفقه الحديث قد ناقش اسانيد حظر تعليق بعض التصرفات وفندها فان ذلك لايعنى انهيار الحواجز بين الخيارات والتعليق . ذلك ان الخيارات ، هى مشيئة بحثة . او هى نفس الارادة اما التعليق فحالة قانونية تنشأ من اناطة التصرف بواقعة عارضة من عمل الارادة وليست ذات الارادة . كما ان احكام الفكرتين متغايرة على ما نرى الآن فى بعض المظاهر الدالة عليها .

ثالثا - من حيث تغاير الاحكام :

واذا كان الفقه الاسلامى على ان خيار الشرط مؤقت (٢٧) . ولا يورث عند الحنفية لانه « مجرد مشيئة وارادة » . وينتهى بالاجازة وفسخ العقد فى مدة الخيار ممن له الخيار . وموت من له الخيار قبل ان يمارس حقه فى الاختيار . فان ذلك يعنى تغاير فكرة الخيار عن فكرة التعليق التى لا تتأثر بالزمان الذى لا يلعب سوى دور الوسيط الذى ينبثق من خلاله امر عارض ، والتى تخلق مركزا يمكن وراثته ، دونما تأثر - من حيث الاصل - يموت احد المتعاقدين .
وهكذا يمكن القول ان خيار الشرط من حيث فكرته . وماهيته . ووقت اشتراطه . ومدته ، وآثاره . ومبطلاته . ومناطه ، واثره . ومدى وراثته . يختلف اختلافا تاما عن فكرة الشرط كوصف وما يلاصقها من تعليق .

واذا كان خيار الشرط هو اهم الخيارات التى يحاول بعض الفقهاء تقريبها من فكرة التعليق على شرط ، فان ما قيل عن تغاير هاتين الفكرتين يمكن ان يقال ايضا عن تغاير التعليق على شرط عن قران العقد بىاقى الخيارات خاصة منها ما كان مصدره القانون لانها تفرق من نقطة البداية مع فكرة الشرط كوصف لايجد مصدره فى غير الارادة .

المبحث الثالث

التعليق والبطلان

التفرقة بين التعليق والبطلان ، تفرض نفسها الآن . خاصة ازاء التعريفات التقليدية للبطلان (٢٨) . وازاء ما درج عليه بعض الفقهاء من

(٢٧) على الخفيف . المرجع السابق ص ٣٨٣ .

(٢٧مكرر) أحمد ابراهيم . مذكرة مبتدأة ص ١٩٧ .

(٢٨) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى : مصادر الحق فى الفقه

الاسلامى ج ٤ (ط ٣ سنة ١٩٦٧) ص ١٢٤ .

تأكيد أن نظرية البطلان في الفقه الاسلامي هي من السعة بحيث تشمل أنظمة عديدة منها الشرط الواقف والشرط الفاسخ . فالى أى مدى تصدق هذه الدعوى والى أى حد يبرز الاختلاف . ان الإجابة على هذا التساؤل تتقاضانا أن نعرض الفقه القانوني الوضعي ثم للفقه الاسلامي .

١ - الفكر القانوني الوضعي :

فأما بخصوص الفكر القانوني ، فلا جرم أن الوقوف عند أجزاء من تعريفات البطلان في المسلك التقليدي قد يدخل في الروع ، تدخل نظريتي البطلان والشرط . فالبطلان يضاف عادة الى العقد في الفكر التقليدي ليقال ان « بطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لاركانه كاملة مستوفية لشروطها » (٣٩) أو « هو انعدام أثر العقد بالنسبة الى المتعاقدين ، وبالنسبة الى الغير تبعاً لذلك » (٤٠) ، ولا شك أن مثل هذا التعريف ، أو التعريف الذي يجعل البطلان مجرد تخلف للآثار (٤١) ، يجعل الخلط ممكناً بين البطلان وبين التعليق الذي هو في النظرية التقليدية مجرد تخلف للآثار أو الآثار أيضاً .

(٣٩) عبد الرزاق أحمد السنهوري . الوسيط ج ١ (١٩٥٢) بند ٢٩٨ ص ٤٨٦ .

(٤٠) المرجع السابق . بند ٢٩٩ ص ٤٨٨ ، ولا يختلف عن المعنى الوارد بالمتن قول الأستاذ الدكتور جمال زكي (الوجيز ٠٠٠ ج ١ سنة ١٩٧٦) ان العقد « الذى لم تراخ قواعد القانون فى تكوينه يكون باطلا ، فلا ينتج أثراً قانونياً ، ولا ينشأ عنه حق أو التزام » أو تعريف الأستاذ الدكتور اسماعيل غانم لبطلان العقد من أنه « هو الجزاء الذى يترتب على عدم توافر الشروط التى يتطلبها القانون فى تكوين العقد » (المصاد ١٩٦٨ بند ١٣١ ص ٢٧٥) . أو قول الأستاذ الدكتور سليمان مرتسر ان القانون « جعل ٠٠٠ جزاء شروط الانعقاد - أى انعقاد العقد - البطلان المطلق ، وجزاء شروط الصحة البطلان النسبى أو قابلية العقد للإبطال » فهذا التحديد وان كان يفصل ما يعرض له باقى الفقهاء دون إرادته فى الحد ، الا أنه يعرض لفكرة انعدام الأثر كسابقه حين يقول - ومعنى البطلان المطلق انعدام كل أثر للعقد من وقت إبرامه ، فالعقد الذى يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً يكون قد ولد ميتاً ، فلا حياة فيه ، ولا هو يصلح للحياة ، أى انه لا ينتج ولا يصلح لأن ينتج أى أثر » : الموجز ٠٠٠ ١٩٦١ بند ٢٠٧ ص ٢٠٩ . ويلاحظ أن الوقوف فى تحديد مفهوم البطلان عند عدم انتاج التصرف الباطل لأية آثار دون تحليل أبعد مدى يوقفنا عند القاعدة الرومانية العتيقة القائلة بأن التصرف الباطل لا أثر له Quod nullum est nullum producit effectum دون تقدم .

(٤١) يترتب عليه صيرورة التصرف مجرد واقعة : شفيق شحاتة الالتزامات بالفرنسية ١٩٤٢ بند ٩٢ مشار اليه فى رسالة د . جميل الشرقاوى سالفه الإشارة ص ٥٤ هامش ٤ .

ولكن لاجرم ان اى خلط او تقريب بين الفكرتين سيتبدد اذا نحن جعلنا النظرة شاملة ، وربطنا وصف البطلان بأساسه ومصدره ، وقارنا ذلك بحالة التعليق سواء ترتبت على شرط واقف ام على شرط فاسخ . فالبطلان بحسب النظرة الدقيقة اليه هو " وصف (٤٢) يلحق التصرف القانونى المعيب لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية يؤدى الى عدم نفوذه " (٤٣) .

معنى ذلك أننا فى حال البطلان ، نكون ازاء عدم قدرة من التصرف ذاته على انتاج آثاره ، واساس عدم القدرة هو ذلك المعيب الذى لحق التصرف ذاته . ومصدر هذه النتيجة هو " مخالفة قاعدة من قواعد القانون ، اما مخالفة القاعدة الاتفاقية فلا يمكن ان يؤدى الى البطلان مهما نص فى الاتفاق على ذلك ، لان الجزاء من وظيفة القانون " (٤٤) . وبمقارنة ذلك بالتعليق على شرط فاسخ . نجد ان هذا الاخير ، لايحول دون انتاج التصرف لآثاره فور ابرامه . لكن الآثار قد تزول تبعا ازوال مصدرها ، وهى اذ تزول فليس لانها تتأسس على مخالفة قاعدة من قواعد القانون ، بل تزول نتيجة رضاء المتصرف الذى قرن هذه النتيجة بتحقيق واقعة عارضة مستقبلية ومحتملة . كما ان هذه الآثار اذ تزول فانها لاتزول لمعب لحق التصرف ، بل اعمالا للارادة . وبعبارة وجيزة فانه فى حالة البطلان يكون التصرف موسوسا بمعيب يفضي الى عدم قدرته على انتاج آثاره بسبب مخالفة القانون ،

(٤٢) وليس جزء ، ذلك أن البطلان باعتباره حالا للتصرف أو وصفا يوصف به ، ليس غاية فى ذاته بل هو وسيلة الى حرمان التصرف من آثاره التى كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحا . وفى هذا الحرمان تستقر غاية البطلان ، وهذه الغاية هى التى يمكن أن نسميها بالجزاء ، فنحن لا نستطيع أن نتصور أن القانون لا يتصد أكثر من الصاق وصف "بطلان" بالتصرف الذى لا يستكمل شروطه ، فهذا وحده شئ لا معنى له ان لم يكن القصد من هذا الوصف هو ترتيب ما يستتبعه من نتيجة خارجية هى هنا عدم قدرة التصرف على انتاج آثاره (أى عدم نفوذه) . وليس من المعقول أن يكلف القانون القضاء بالوقوف عند اعطاء الوصف للتصرف المعيب لأن وظيفة القضاء تنحصر عندئذ فيما يشبه الفتوى ولا يمكن أن تعتبر وظيفة قضائية ، لأنها لن تزيد على اثبات المخالفة للقاعدة القانونية ، وبالتالي لن تظهر القوة الملزمة لهذه القاعدة لأن اثبات المخالفة ليس إزالة لها ، فالقانون الوضعى لا يتوقف عند اعطاء الاوصاف ، بل هو يحدد الاثر وما دام البطلان حالا أو وصفا للتصرف فهو ليس جزءا ، وانما الجزء فى الاثر الذى يترتب عليه وهو عدم النفوذ « جميل الشرقاوى . الرسالة السابقة بند ٢٣ ص ٦٤ ، ٦٥ .

(٤٣) المرجع السابق . الخاتمة ص ٤١٣ .

(٤٤) المرجع والموضع السابقان .

أما حال الشرط الفاسخ ، فلا عيب ، بل إن الآثار تزول نتيجة للرضاء أو التراضي الموصوف .

كما أنه لا وجه لخلط البطلان بالتعليق على شرط واقف لأن تعليق التصرف وآثاره ، هو أثر مباشر للشرط الذي اقترن بالرضاء فعلقه بناء على ما ارتضته الإرادة ذاتها ، ولا يكون التصرف معيبا في هذه الحالة ، كما أن عدم قدرة التصرف على إنتاج آثاره في حالة البطلان هو عدم قدرة مطلق ، أما تعليق التصرف وآثاره فلا يمكن أن يوصف بهذا الوصف أو ذلك ، فضلا عن أن التعليق حالة فلكة قد تزول بقوة القانون إذا فرض وتحقق الشرط ، وفي النهاية فإن تحقق الشرط أو تخلفه لا يعنى تحقق عنصر جوهري في النصف أو تخلفه وبالتالي لا يرتبط أساسا بفكرة البطلان ، ومشكلة الفقه التقليدي أنه صور الشرط كباعت دافع على التعاقد في بعض الأحيان ، فناقض نفسه بذلك ، حين جزم بأن الشرط أمر عارض ، ولا ندري كيف يوفق هذا الفقه بين اعتبار الشرط أمرا عارضا وبين وسمه بأنه باعث دافع ، أي اعتباره جزءا من مضمون الإرادة ، ليس شك في أن الفقه كان يتكلم عن الشرط كعبء وليس عن الشرط كوصف . ولقد حللنا هذا الوضع في غير موضع مما تقدم ، ولذا يبدو خلط الشرط بالبطلان من هذه الناحية غير مقبول (٤٥)

(٤٥) والغريب أن الفقه الفرنسي في أحدث كتاباته لا زال مصرا على تحليل فكرة البطلان الجزئي على أساس فكرة الشرط كباعت دافع إلى التعاقد ، يستوى أن يكون الشرط بمعنى الوصف أم بمعنى العبء . وقد أشرنا إلى رسالة فيليب سيمليه في هذا الصدد . . .

ولقد انتقد الفقه العربي الحديث فكرة تصور الانقاص على أنه استنزال لجزء من التزامات ناشئة عن تصرف قانوني ، وبقاء باقى آثار هذا التصرف باعتبارها كذلك ، أي تصور الانقاص على أنه بطلان جزئي ، فقرر بعد أن أجرى تحليلا لكيفية ترتب الآثار رغم البطلان « أن الانقاص ليس أثر بطلان جزئي بالمعنى الصحيح ، بمعنى أنه يرد على تصرف واحد ، فيستنزى جزءا من آثاره ، ويبقى التصرف - بعد ذلك - في جزئه صحيحا . بل هو بطلان عاды يرد على تصرف معيب فيعدهم آثاره ، ثم يضع القانون محل الالتزامات التي كان ينشئها التصرف الباطل التزامات قانونية محددة أو يترك تنظيم علاقة الطرفين لتقدير القاضي أو حكم القواعد العامة في وضع آثار جديدة محل الآثار القديمة ، ولكن القانون هو مصدر هذه الآثار الجديدة وليس التصرف الباطل ، وإن كانت تقوم في حدود الالتزامات غير المخالفة لقواعد القانون والتي كانت ترتب على التصرف الباطل لو كان صحيحا ، ومن هنا قام الهمم في أذهان الفقهاء ، بأن الأمر يتعلق بانقاص بالمعنى الصحيح » . جميل الشرقاوى الرسالة السابقة بند ٣٠ ص ٨٠ وما بعدها وخاصة ص ٩٣ ، ٩٤

ب - فقه الشريعة الفراء :

وأما بخصوص الفقه المعنى بالشريعة الفراء فاننا نجد المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري يذهب الى ان « نظرية البطلان في الفقه الاسلامي اوسع نطاقا من نظيرتها في الفقه الغربي . فهي تمتد الى آفاق ابعد ، فيدخل فيها الفاء العقد وعدم سريانه في حق الفير وفسخه وانفساخه ، بل يدخل فيها الى مدى محدود كل من الشرط الفاسخ والشرط الواقف » (٤٦) .

وهذا القول لابغينا ، الا في الجملة الاخيرة ، فمع انها جملة متحفظة ، لانها لاتدخل الشرط في نظرية البطلان الا « الى مدى محدود » الا ان استظهار الحكم الصحيح على مدى صدق هذه القضية يقتضى عرض فكر المرحوم الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري بشأنها . ولقد كان الاستاذ واضحا في تصويره في هذا الصدد . فلقد تكلم عن العقد النافذ غير اللازم في الفقه الاسلامي ، واستعرض فكرة نفاذ العقد وعدم لزومه في نفس الوقت ، وقال ان من حالات عدم لزوم العقد النافذ وجود خيار في العقد « لاحد المتعاقدين او لكليهما يبيح فسخ العقد » (٤٧) .

وهذا القول صحيح وليس فيه ربط بين البطلان كنظرية عامة في الشريعة الاسلامية وبين الشرط كوصف ، لان الخيارات الاساسية الاربعة وهي خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب ، وان كانت تجعل العقد نافذا غير لازم ، وبالتالي مندرجا في اطار نظرية عامة للبطلان يحاول البعض رسم معالمها (٤٨) ، او بحث فكرتها في الشريعة الاسلامية (٤٩) ، الا انها لاتعنى وجود اية صلة لهذه النظرية بفكرة الشرط كوصف .

ولكن الدكتور السنهوري لم يشأ مساوقة هذا الاتجاه . بل افاد من بعض الجزئيات التي عرض لها بعض رجال الفقه الاسلامي دون ان تنطوي على دلالات مؤكدة ، لدفع فكرة الخيارات دفعة تجعلها جزءا من فكرة الشرط كوصف اذ قال حرفيا « ونلاحظ بادية ذي بدء ان كلا

(٤٦) مصادر الحق . المرجع والموضع السابقان .

(٤٧) المرجع السابق ص ١٩٨ .

(٤٨) انظر مثلا محمد الحسيني حنفي : نظرية البطلان في العقد

في الفقه الاسلامي : مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ٢ ع ١ ص ١٧٩ وما بعدها .

(٤٩) الصحيح محمد الامين الضيرير ومحمد الفاء حامد : العقد من

حيث الصحة والبطلان في الفقه الاسلامي والتانون . مقال منشور بالحقبة الدراسية الرابعة للبحوث في القانون . الخرطوم ٥ - ١٠ مارس ١٩٧٢ .

القاهرة ١٩٧٥ ص ١٧٥ وما بعدها بوجه خاص .

من خيار الشرط وخيار التعيين بمثابة شرط واقف ، فيكون العقد لازما من جهة وموقوفا من جهة أخرى . أما خيار الرؤية وخيار العيب فهما بمثابة شرط فاسخ ، فيكون العقد لازما من جهة وغير لازم من جهة أخرى . فخيار الشرط وخيار التعيين في حقيقة الاثر الذي يترتب عليهما يتصلان بوقف العقد لا بعدم لزومه ... » (٥٠) .

والحقيقة أن الاستاذ الكبير اثار قضية ثم تبني عكسها (٥١) ، وهذا لا يهنا الآن ، وانما يعنينا القول بأنه لم يقم دليلا على القضية التي اشارها ، والعبارات التي استند اليها من الشرح الكبير على متن المقنع هي في الحقيقة مثل لرأى في مذهب واحد ، وهي لا تعرض أصلا الا لخيار الشرط وحده دون باقى الخيارات ، ولذا فان التعميم في القول ، حتى مع استخدام أسلوب الافتراض يبدو محل نظر ، كما انها عبارات لاتساند ما ذهب اليه الاستاذ ، فالبحث فيما اذا كان خيار الشرط واقفا أم فاسخا لايعنى البحث فى فكرة الشرط كوصف ، ذلك ان الخيار - أى خيار - باعتباره جزءا من الارادة يمكن أن يكون واقفا أو فاسخا وهو فى الحالين يفاير الشرط كوصف لان هذا الاخير امر عارض لايدخل فى مضمون ارادة المتصرف وليس شقا منها (٥٢) ، ولعل هذا هو الذى حدا بالاستاذ الكبير الى استخدام أسلوب المجاز أو التشبيه فقال ان هذه الخيارات بمثابة Comme si أى تشبه أو تعتبر ، ولا تعد ، شروطا بمعنى الوصف .

اذا اتضح ذلك ، فان تشبيه الخيارات بالشرط كوصف ، مجرد التشبيه ، يصبح أمرا لا دليل عليه ، ومن ثم تزول العلاقة التصورية بين المشبه أى الخيار ، وبين البطلان ، ضرورة انتفاء العلاقة بين المشبه به ، أى الشرط وبين البطلان .

ويمكن القول دون تهيب ان الفقه الاسلامى ، استخلاصا من مصادره الاولى ، لم يصغ نظرية عامة فى البطلان ، تشبه مثيلتها فى القانون الوضعى ، وأى محاولة لبناء هذه النظرية ، يجب أن تقوم على استقراء الحلول الجزئية ، بغية الوصول الى قاعدة كلية ، تنتظم كافة

(٥٠) مصادر الحق ، المرجع السابق هامش ١ ص ١٩٨ .

(٥١) انظر قوله ص ١٩٩ ، خيار الشرط خيار يشترطه أحد المعاملتين ،

أو كلاهما ، بموجبيه يكون لمن له الخيار الحق فى نقض العقد فى خلال مدة معينة ، فان لم ينقضه نفذ . فالعقد الذى فيه خيار الشرط يكون ... غير لازم من جانب من له الخيار ، .

(٥٢) وإذا كان الفقه يقول انه يجوز الرجوع فى الخيار (السنهوى -

المرجع السابق ص ١٩٩) فيبدو غير مبرر أن تشبيهه وصح كهذا بالشرط أو البطلان .

المفاهيم ذات الصلة الوثيقة بها ، دون أن تجمع في طياتها ، بطريقة تحكيمية محضة ، أفكارا من الثابت أنها تكون مفاهيم أصيلة في تلك الشريعة ، فلا تفسر من خلال غيرها ، ولا يفسر غيرها من خلالها ، كفكرة الخيارات . وفكرة التعليق . ومن هنا يمكن القول أنه لا وجه للجزم بأن فكرة البطلان في الشريعة الإسلامية تتسع لفكرة الشرط الواقف والشرط الفاسخ ، فتلك النظرية لها ضوابطها العميقة في الشريعة الإسلامية ، والتي يجب دراستها بمعنى أن كل تأثر بالفقه الوضعي . وإذا صح ذلك . فإنه يجدر أيضا ، عدم تكييف العقد المعلق على شرط بأنه عقد باطل ، استنادا إلى فكرة الغرر كما فعل الاستاذ الصديق محمد الأمين الصيرير ، والاستاذ الدكتور محمد الفاتح عمر (٥٢) ، لأن التعليق ، وكما سبق أن رأينا ، لا يورث في حد ذاته غررا . فضلا عن أن الغرر كما يمكن أن يوجد في العقد المنجز . يمكن أن يوجد كذلك في العقد المعلق ، ولأن مثل هذا الحكم ينطوي في الواقع على تكييف كافة العقود المعلقة كعقود احتمالية ، وهذا غير صحيح في فقه الشريعة الفراء ، بل إن مثل هذا الحكم ، يعنى دون سند ، للتوحيد بين مفهومين متغايرين ، وهما الأمر المستقبل . والشيء المستقبل ، فالأمر المستقبل أى الواقعة الشرطية هى واقعة عارضة لا تدخل في مضمون غايات المتعاملين ، والشيء المستقبل الذى يتم التعامل فيه هو أحد مقومات عقد البيع على سبيل المثال (٥٤) . ولا يلزم من عدم تحقق الثانى ، سيورته واقعة شرطية غير محققة ، والا كان في ذلك تنزيل للجوهري منزلة العرضي دون سند .

المبحث الثانى

التطبيق وعدم السريان

هناك محاولات فقهية ، تستهدف إقامة نظرية عامة لعدم سريان التصرف في حق الغير (٥٥) ، ولكنها لم تصل إلى غايتها بعد ، رغم

(٥٣) انظر مقالتهما سالفة الإشارة ، بالمرجع المذكور ص ١٩٢ . وانظر أيضا نفس المرجع السابق ص ٣٣٧ وص ٦٨٤ فيما يتعلق بالتوصيات .

(٥٤) د. عبد الحى حجازى . نظرية الحق ١٩٥١ ص ٢١١ .
(٥٥) يكتفى فريق من الفقه العربى بالتحريف بفكرة عدم السريان عن طريق اعطاء أمثلة ، من ذلك مثلا القول بأن العقد قد يكون « صحيحا » ينتج أثره فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسرى في حق الغير . ما انعقد =

الجهود التي بذلها فريق من الفقهاء الذين تصدوا لها بالبحث والدراسة اذ لاتزال هذه الفكرة بعيدة عن الانضباط التام او الاندراج الكامل في اطار نظرية عامة مترابطة البنيان ، تحيط بكافة عناصرها ، وتسلكها حول محور محدد .

وعادة ما يقترن تعبير عدم السريان بذكر الغير ، ويلاحظ ان انصار محاولة اقامة هذه النظرية « لا يقصدون بالغير من يعتبرون اجانب تماما عن التصرف ، وانما يقصدون بهم من يسمون الخلف الخاص ، لان عدم سريان التصرف بالنسبة للاجانب تماما ، محكوم بالقاعدة العامة في نسبة أثر التصرف ، فعلم السريان الذي يقيمون له نظرية هو ذلك الذي يكون في احوال كان من المفروض ان يسرى التصرف فيها على الخلف ، ولكن تدخل الجزاء يحول دون هذا السريان » (٥٦) .

واذا كان باستيان هو اول من قدم دراسة خاصة بعدم السريان، ضمنها محاولة تأصيل فكرته ، الا انها كمحاولة لم تبدأ من فراغ ، فقد وضع اسمان (٥٧) وجابيو (٥٨) أسس دراسة الفكرة ، وقد مهد ذلك الطريق لباستيان لوضع المعالم التي ظن انها كفيلة بتحديد نطاق تطبيق هذه الفكرة (٥٩) ، من جهة ، وبحث الاساس العام (٦٠) الذي يفيد في

=
الحقيقى في الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين ، غير نافذ في حق الغير . والعقد غير المسجل صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يحتج به على الغير . والعقد غير ثابت التاريخ تاريخه حجة على المتعاقدين دون أن يكون حجة على الغير . والعقد الذي أبرمه المدين المعسر اضرارا بحق دائئه صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى في حق الدائن اذا طعن فيه بالدعوى البولصية . والبيع في مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين ولكن لا يسرى في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة » أي عن طريق مقارنته بالبطان المعروف فقها بالبطان النسبى والقول بأن هذا الاخير يزول بالاجازة ، أما عدم السريان فيزول باقرار الغير للعقد والتأكيد على تغاير مدلول الغير من مثال آخر د . السنهورى الوسيط . المرجع السابق بند ٢٩٩ ص ٤٨٨ . وأقصى ما يمكن تعريف العقد غير السارى به ، من أقوال الدكتور اسماعيل غانم انه عقد صحيح منتج لأثاره فيما « بين عاديه ، ولا يجوز مع ذلك الاحتجاج به في مواجهة الغير » - المصادر بند ١٣٢ ص ٢٧٨ .

(٥٦) جميل الشرقاوى . رسالته السابقة بند ٥١ ص ١٤٢ .
(٥٨، ٥٧) انظر اشارة الى فكرهما بالرسالة السابقة بند ٥٣ ص ١٤٣ وما بعدهما .
(٥٩) انظر رسالة باستيان عن عدم السريان باريس سنة ١٩٢٩ ص ٧ حتى ٢٩٦ .
(٦٠) انظر الرسالة السابقة ص ٢٩٩ وما بعدها وخاصة ص ٣٠١ وما يليها .

استخلاص نظرية عامة في عدم النفاذ من جهة أخرى .
 ورغم « ان باستيان لم يصل في دراسة الموضوع الى قواعد عامة ،
 الا بصورة جزئية وقلقة ، لا تسمح بأى صورة بالقول انه اقام نظرية
 حقيقية » (٦١) . الا انه نظر الى فكرة عدم السريان كفكرة لها مشخصات
 واسباب ، ودرسها دراسة وضعية ، ورددها من حيث الشكل ، الى
 تخلف الشهر (٦٢) défaut de publicité او تخلف الشكل (٦٣)
 inopposabilité pour défaut de forme او تخلف التاريخ الثابت (٦٤)
 défaut de date certaine ومن حيث الموضوع الى امور
 منها الغش (٦٥) fraude وعدم احترام الحقوق المكتسبة (٦٦)
 وعدم مراعاة النصاب (٦٧) la réserve فضلا عن عدم سريان آثار
 الفسخ (٦٨) وعدم السريان بسبب عدم صحة التصرف (٦٩) .

(٦١) جميل الشرقاوى ، رسالته سالفه الاشارة ، بند ٥٣ ص ١٤٩
 (٦٢) باستيان رسالته السابقة ص ٢٥ وما بعدها حيث بدأ
 بتحديد الوظيفة التى يلعبها الشهر فى مواجهة الغير ، وسواء تمثل دور
 الشهر فى اعلام الغير أو فى جعل التصرف نافذا فى مواجهته أو غير ذلك
 (انظر ص ٢٥ وما بعدها) فان التعليق لا يلعب مثل هذا الدور . ثم بين
 الاشخاص الذين يتمسكون به (ص ٤٥ وما بعدها) والاشخاص الذين
 يحتج به قبلهم (ص ٦٢ وما بعدها) ، ثم وسائل التمسك بعدم النفاذ
 (ص ٦٤ وما بعدها) ثم آثار عدم النفاذ ولخصها بالنسبة للغير فى أن
 "L'acte non publié ne peut nuire au tiers qui invoque
 l'acte non publié peut profiter au tiers bénéficiaire de l'inopposabilité
 وإن : بين المتعاقدين فى أن التصرف يقوم ولكن العقبة تكمن فحسب فى مدى
 امكان تنفيذه ، بل ان عدم الشهر قد يفضى الى التأثير فى وجود التصرف
 ذاته (انظر الرسالة المشار اليها ص ٦٦ وما بعدها) وهنا قد يقوم شئ
 من التقريب بين التعليق وعدم النفاذ ولكن كل محاولة للتقريب بينهما
 لا تلبث أن يتبدد أساسها عندما يعرض المؤلف لأثر تحقق الشهر على
 اختفاء أو زوال فكرة عدم النفاذ ، ولا يتم الشهر طبعاً الا اذا قام صاحب
 الشأن بمحض ارادته باتخاذ الاجراء الذى رسمه القانون (ص ٨٥
 وما بعدها) .

- (٦٣) باستيان . الرسالة السابقة من ص ١٠٨ حتى ص ١٢٣ .
 (٦٤) المرجع السابق ص ١٢٤ حتى ص ١٤١ .
 (٦٥) المرجع السابق ص ١٤٣ وما بعدها .
 (٦٦) المرجع السابق ص ٢٢٣ وما بعدها .
 (٦٧) الرسالة المشار اليها ص ٢٤٥ وما يليها .
 (٦٨) المرجع السابق ص ٢٦٠ وما بعدها .
 (٦٩) المرجع السابق ص ٢٨١ وما يليها .

بيد ان هذا البحث - كما اشرنا - لم يقدم تصورا عاما لطبيعة عدم النفاذ ، وكل ما انتهى اليه هو ان هذا النظام لا يتجه - كجزاء - صوب التصرفات ذاتها وانما نحو الآثار التي تنبثق عنها ، كأصل ، فيحول دون نفاذها ، وغالبا ما ينتج ذلك عن واقعة لاحقة لابرام العقد . ولقد سبق ان اشرنا الى ان اهم افكار باستيان التي درسها كأمثلة لعدم النفاذ ، تختلف كلية عن فكرة التعليق على شرط ، فلقد لاحظنا ذلك مثلا بالنسبة لفكرة الشهر وفكرة النصاب الخاص بالورثة أصحاب الفروض ، وفكرة الفسخ ، ويمكن اجمال أوجه الخلاف العامة بين فكرة التعليق وفكرة عدم السريان فيما يلي :

أولا - من حيث الطبيعة : يقال عادة ان عدم السريان انما هو جزاء ، ومن المعلوم ان التعليق لا يكتسي هذه الصبغة ، لان التعليق حالة قانونية تنتج عن الشرط ، والشرط هو مجرد وصف modalité لا دخل له البتة بمحتوى التصرف ذاته .

ثانيا - من حيث متعلق الفكرتين : ان عدم السريان ، كأصل - يؤثر في الآثار ذاتها ، أما الشرط كوصف فيؤثر في التصرف ذاته فيعلقه وهذا يفضي بطريق غير مباشر الى تعليق الآثار . وقد سبق ان اشرنا الى انه لا صعوبة في تصور ذلك اذا كان التصرف قائما على استقلال ، ويجب ان يكون الامر كذلك فيما لو دخلت الارادة في تكوين تصرف مركب منها ومن غيرها ، ففي هذه الحالة قد يتوافق المتعاقدان على رضائين معلقين وقد يتوافقان على ان يكون أحد الرضائين فقط - والآثار الناتجة عنه - وحده هو المعلق ، بل قد يكون أحد الرضائين مضافا والثاني معلقا (٧٠) ، وقد يكون الشق المعلق مضافا ولا شيء من ذلك يحدث حال اعمال فكرة عدم السريان .

ثالثا - من حيث العلاقة المتبادلة بين التعليق وعدم السريان : من المتصور ان يكون العقد المعلق عقدا غير سار ، فيما لو انطوى ذلك العقد على أحد أسباب عدم السريان ، وهذا يعنى تباين الفكرتين أصلا .

رابعا - من حيث مصدر التعليق وعدم السريان : فعدم السريان يجد مصدره عادة في نص القانون (انظر مثلا المواد ٢٣٧ وما بعدها ٣٠٥ و ١٠٤ و ١٠٥٣ مدني مصري ، وهي تسمى عدم السريان « عدم النفاذ ») اما مصدر التعليق فهو الارادة دائما ولا شيء سواها .

خامسا - من حيث كيفية انتهاء حالة عدم السريان وحالة التعليق :

(٧٠) أحمد ابراهيم . مذكرة مبتدأة . المرجع السابق ص ١٧٠ وما بعدها .

يستطيع المتصرف أو المتعاقدان إنهاء حالة عدم السريان ، باتخاذ الإجراءات التى رسمها القانون كالشهر مثلا ، أما حالة التعليق فلا تنتهى بمحض مشيئة أو إرادة المتصرف لما أن الواقعة الشرطية واقعة غير محققة ، وعدم تحققها . يعنى بداهة ، عدم انابقتها بمحض المشيئة

سادسا - ان عدم السريان له مظاهر تبتمد فى جوهرها عن جوهر فكرة التعليق ، ويمكن أن تضرب مثلا لعدم السريان بعدم تسجيل عقد واجب التسجيل فريضا ، فهو يظل متميزا عن حالة التعليق من حيث أن:

١ - السجل قد لا يقع أصلا . ويمكن لحائز العقار ان يملكه بالتقادم المكسب . ومن المعلوم أن التعليق على شرط واقف يحول دون سريان التقادم فى مثل هذا الفرض .

ب - قد يتعاصر التعليق وعدم السريان . ويتحقق الشرط . فتنتهى حالة التعليق تلقائيا ، ولكن حالة عدم السريان تظل تلبس العقد الى أن يتم اتخاذ الإجراء الذى تنتهى به تلك الحالة . وقد يلزم من تخلف الشرط زوال إجراء التسجيل الذى اتخذ أثناء حالة التعليق . وبالتالي استرداد الرسوم (٧١) بحسب ما يقضى به القانون السارى .

ومعنى ذلك بعبارة وجيزة ان مضمون فكرة التعليق يختلف عن مضمون عدم السريان ، فهما فكرتان متغايرتان من حيث طبيعتهما ومتعلقتهما ، والعلاقة المتبادلة بينهما ومصدر كل منهما وكيفية انتهائهما ومظاهرها .

(٧١) انظر بوجه عام : بلانويول وريبير وجابولد . المرجع السابق
بند ١٠٣١ ص ٣٨٠ - ٣٨١ .