



العناصر العرضية للتصرف القانوني
بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني
(دراسة تحليلية تاريخية مقارنة)

كلية الحقوق
د. إيهاب عباس الفراش
قسم فلسفة القانون وتاريخه
جامعة القاهرة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة
جامعة القاهرة



كلية الحقوق
جامعة القاهرة

تقديم: بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم
وبعد،،،

يُعرف التصرف القانوني - كمصدر للالتزام - بأنه تعبير عن الإرادة التي تنصرف إلى إحداث أثر قانوني كإنشاء الحق أو نقله، أو تعديله، أو انقضائه، بقصد تحقيق هدف يقره القانون⁽¹⁾.

والأصل في الالتزام الناتج عن التصرف القانوني أنه منجز، أي يرتب حكمه في الحال بعد استيفاء التصرف لكل شروطه وأركانه، غير أنه قد تدخل على الالتزام عناصر وأوصاف تظهر في صياغة مصدره، وتتصل باستحقاقه، تخرجه عن هذا الأصل، فتجعله غير منجز. والأوصاف التي تجعل الالتزام غير منجز هي الشرط والأجل في الفقه القانوني، و التقييد والإضافة والتعليق في الفقه الإسلامي.

فالشرط والأجل من عناصر التصرف القانوني التي تعرف بالعناصر العرضية له، نظراً لأنها قد تتسبب في وقف انجازه، أو وقف انتاج أثاره إلى حين تحققها. كما تعرف بأوصاف الالتزام المرتبطة باستحقاقه. فإذا كان هذا الوصف يجعل الرابطة القانونية ذاتها غير محققة في وجودها، أو في بقائها بحيث يربط هذا الوجود أو هذا البقاء بتحقق واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع، كان الالتزام في هذه الحالة معلقاً على شرط.

أما إذا كان هذا الوصف لا يؤثر في الوجود المحقق للرابطة، وإنما يتعلق بنفاذها فيؤجل بداية هذا النفاذ أو يحدد نهايته، لكونه يربط هذه أو تلك بواقعة مستقبلية محققة الوقوع، كان الالتزام في هذه الحالة مضافاً لأجل⁽²⁾.

ويتناول هذا البحث الحديث عن أوصاف الالتزام أو العناصر العرضية له في كل من الفقه الإسلامي والقانون الروماني، فلفقهاء المسلمين كتابات واجتهادات تناولت هذا الجانب، أما فقهاء القانون الروماني فعلى الرغم من عدم اهتمامهم بصياغة نظرية عامة للتصرف القانوني، حيث كان اهتمامهم ينصب على بحث

(1) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: تاريخ القانون (مع دراسات في نظرية الحق والقانون في القانون الروماني)، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص 120.

(2) د. عبد القادر الفار: أحكام الالتزام، دار الثقافة، الأردن، 1435هـ-2014م، ص 145.

الحالات الفردية المثارة بمناسبة كل تصرف قانوني على حدة، دون جمع القواعد المشتركة في نظرية عامة، إلا أنهم توصلوا إلى معرفة بعض الأصول المشتركة بين كل التصرفات القانونية أو معظمها، ومن هذه الأصول أحكام الشرط والأجل⁽¹⁾.

خطة البحث: يأتي البحث مقسم إلى مبحثين، المبحث الأول يتناول العناصر العرضية للتصرف القانوني في الفقه الإسلامي، والمبحث الثاني يتناول العناصر العرضية للتصرف القانوني في القانون الروماني.

المبحث الأول

العناصر العرضية للتصرف القانوني في الفقه الإسلامي

(التعليق والتقييد والإضافة)

الأصل في الفقه الإسلامي أن العقود مدى استوفت أركانها أنتجت آثارها فور هذا الاستيفاء دون ما تراخ أو تأخير طالما خلت صياغتها عن كل قيد وشرط، وتعرف حينئذ بالعقود المنجزة، إلا أنه أحيانا تتأخر هذه الآثار إما بسبب إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل، أو بسبب تعليق العقد على حدوث أمر محتمل الوقوع في المستقبل.

لذا يمكن القول أن العقود في الفقه الإسلامي يحكمها من حيث الإطلاق والتقييد حالتان عامتان: الحالة الأولى: أن تصدر من المتكلم بصيغة منجزة ومطلقة؛ أي خالية عن كل قيد وشرط، وعندئذ ترتب أحكامها وآثارها بمجرد تمامها، أو إنشائها متكاملة الأركان، دون ما تراخ أو تأخير. كالبيع والنكاح وغير ذلك من العقود التي لا تنعقد إلا بصيغ تفيده وجود العقد وأحكامه في الحال⁽²⁾.

ومثال ذلك أن يقول أحد العاقدين للآخر بعتك داري هذه، أو يقول: أجرتك أرضي هذه سنة بكذا جنية، وقبل الآخر. فإنه ينبرم العقد وينتج آثاره في الحال

(1) د. صوفي أبو طالب: الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1965-1385، ص290.

(2) الشيخ محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص284.

فيملك المشتري المبيع، ويملك المستأجر المنفعة لقاء البذل المسمى الذي يستحق عليها. وعندئذ يسمى العقد منجزاً مطلقاً⁽¹⁾.

وجميع العقود يصح أن تكون منجزة لأن الأصل في من يريد التعاقد أن يسعى إلى إيجاد العقد وتحقيق أحكامه وآثاره في الحال، ولا يخرج عن هذا سوى عقد الوصية والإيصاء⁽²⁾ إذ حكم كل منهما لا يثبت إلا بعد وفاة الموصي ولو كانت الصيغة منجزة، لذلك لا تقبل التنجيز أصلاً⁽³⁾.

الحالة الثانية: أن تصدر من المتكلم مربوطة بأمر يقصد به تعليق وجود العقد، أي ربط وجوده على حدوث أمر محتمل في المستقبل بحيث لا يوجد العقد ما لم يتحقق ذلك الأمر، أو تقييد حكمه وآثاره، أو تأخير أحكامه إلى زمن معين في المستقبل.

وفي ضوء الحالة الثانية نجد أن العناصر التي تلحق بالتصرف القانوني فتخرجه عن طريق التنجيز والإطلاق هي في الفقه الإسلامي على ثلاث أنواع:

النوع الأول: الشرط الذي يعلق وجود العقد على حصول أمر مستقبل محتمل الوقوع، فيجعل وجوده مرتباً بأمر آخر، وهذا يسمى تعليقاً على الشرط. ومثال ذلك: إذ قال البائع بعتك حصتي من داري بكذا إن رضي شريكي، فقبل المشتري، فتكون إرادة المتبايعان غير متجه إلى تنجيز البيع، وإنما إلى تعليق وجوده على رضا الشريك الذي يمكن أن يرضى وأن لا يرضى، ليصبح البيع تحت احتمال الوجود والعدم⁽⁴⁾.

النوع الثاني: الشرط الذي لا يعترض سبيل الانعقاد، وإنما يقيد حكم العقد

(1) د. مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق، ط2، 1425هـ - 2004م، ج1، ص571.

(2) الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت، الإيصاء إقامة الأب وصياً على أولاده بعد وفاته، أو إقامة الجد وصياً على أحفاده بعد وفاته. الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، هامش ص289.

(3) الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، 2008م، ص241. الشيخ أحمد إبراهيم بك: العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد - السنة الرابعة - العدد الأول - 1934م، ص663.

(4) د. مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ج1، ص571-572.

تقيدا، فيعدل أثاره الأصلية بإيجاب التزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا عن الشرط⁽¹⁾. وهذا يسمى: تقيدا بالشرط، أو اقترانا بالشرط، ويوصف العقد معه بأنه "مقيد بالشرط، أو مقترن به" في مقابل العقد "المعلق"⁽²⁾. ومثال ذلك أن يقول البائع للمشتري بعتك هذه السيارة بكذا، على شرط أن استعملها شهرا قبل التسليم، أو بشرط أن أقوم بتصليحها كلما طرأ عليها خلل خلال سنتين من تاريخ التسليم، فقبل المشتري. فيكون الطرفان قد اعتمدا تنجيز البيع، مع تعديل أثاره بقيد قيده به يحفظ للبائع حقا في منافع السيارة مدة شهر بعد خروجها من ملكه؛ أو يلزمه بإصلاح ما يطرأ عليها من خلل خلال المدة المتفق عليها. إذ كان مقتضى البيع لولا الشرط المقيد هو أن تنتقل ملكية السيارة للمشتري ويستحق تسلمها فورا، ثم لا يكون للبائع حق في شيء منها أو في منافعها، كما لا يكون البائع مسؤولا عما يطرأ من خلل حادث في يد المشتري⁽³⁾.

النوع الثالث: الشرط الذي ليس فيه تعليق وجود العقد، ولا تعديل مقتضياته وأحكامه الأصلية، وإنما يقصد به تأخير سريان تلك الأحكام إلى زمن مستقبل معين. وهذا يسمى: إضافة إلى المستقبل، ومثال ذلك أن يقول المؤجر: أجرتك داري هذه سنة بكذا اعتبارا من أول الشهر القادم، فيقبل المستأجر، فهذه الإضافة يكونان قد أخرا حكم الإجارة وأضافاه إلى زمن مستقبل. ولولا هذا التأخير المشروط لبدأ حكمها وثبت حقوق المستأجر من فور العقد⁽⁴⁾.

وفي المطالب التالية من المبحث نتناول الموضوعات الآتية:

- التعليق على الشرط.
- الشرط المقيد.
- مقارنة بين شرط التعليق وشرط التقييد.
- الإضافة إلى المستقبل.

(1) المرجع السابق، ج 1، ص 572.
(2) المرجع السابق، ج 1، ص 573.
(3) المرجع السابق، ج 1، ص 572.
(4) المرجع السابق، ج 1، ص 572-573.

- قابليات أنواع العقود لأنواع الشروط.

المطلب الأول

التعليق على الشرط

نتناول التعليق على الشرط من خلال بيان تعريفه وحكمه، وأسلوب صياغته، وشروط تحققه، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول- تعريف التعليق وحكمه: أولاً: التعريف: يُعرف التَّعليقُ لغا بأنه: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أُخرى⁽¹⁾. أما تعريف التعليق على الشرط اصطلاحاً فكما تفيده تعاريف الفقهاء هو: ربط حصول أمر على حصول أمر آخر قد يوجد في المستقبل وقد لا يوجد⁽²⁾. كما عرف بأنه: "ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد"⁽³⁾. فالعقد المعلق هو ما رتب وجوده على وجود أمر آخر قد يوجد في المستقبل وقد لا يوجد. كما عرف بأنه: "ما علق الإيجاب فيه على وجود أمر آخر غير موجود في الحال ولكنه محتمل الوجود في المستقبل"⁽⁴⁾.

فعندما يقول الإنسان لأخر مثلاً: إن سافر مدينتك فأنا كفيل بما لك عليه، يكون القائل قد ربط انعقاد الكفالة بتحقق سفر المدين، فهذا تعليق للكفالة. ففي المثال السابق رتب المتكلم الكفالة وهي مضمون الجملة الثانية، على سفر المدين وهو مضمون الجملة الأولى وكلاهما أي السفر والكفالة لم يتحققا في الوجود، وإنما التزم المتكلم الكفالة عند تحقق السفر المحتمل الوقوع⁽⁵⁾. والتعليق على الشرط عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقاً ساري الحكم منذ صدوره.

1) ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري - ت: 970 هـ): الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، الفن الثالث، القول في الشرط والتعليق، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1419 هـ - 1999م، ص 317.

2) الشيخ أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص 663.

3) الحموي (أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي - ت: 1098 هـ): غمز العيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (لأبن نجيم)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1405 هـ - 1985م، ج 4، ص 41.

4) الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص 250.

5) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق، ج 1، هامش ص 574.

ثانياً: حكم العقد المعلق: حكمه - وفقاً لرأي الإمام أبي حنيفة- أنه لا ينعقد في الحال سبباً لترتيب أثره عليه، ولكنه يصير سبباً عند تحقق الأمر المعلق عليه⁽¹⁾، فالتعليق يمنع وجود العقد كما يمنع ترتيب حكمه، فلا يوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه إلا بعد وجود المعلق عليه⁽²⁾ فإذا قال الدائن للمدين إذا شفيت من مرضي أسقطت دينك، فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا إذا تحقق شفاء الدائن.

الفرع الثاني - الصياغة: ويصاغ التعليق عادة بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين نحو "إن وإذا ومتى وكلما" لأن الأمر المعلق عليه هو أفعال أو أحداث قابلة للوقوع، وهذه الأدوات الشرطية هي التي تدخل على الجملة الفعلية فتجعل وقوع الحدث الذي تتضمنه شرطاً لوقوع الأمر المعلق المشروط، إذ لا بد في التعليق من جملتين يربط بينهما بأداة شرطية⁽³⁾.

فالجملة التي تدخل عليها الأداة الشرطية تسمى الشرط أو جملة الشرط، وتدل على الأمر المعلق عليه، أما الجملة الأخرى فتسمى الجزاء وهي تدل على الأمر الإنشائي المعلق من عقد ونحوه. ولا عبرة بتقديم إحدى الجملتين أو تأخرها، مثل: "إن وصلت سيارتي الفلانية اليوم فقد وكلتك ببيعها" أو "وكلتك ببيع سيارتي الفلانية إن وصلت اليوم"⁽⁴⁾.

هذا وإن التعليق يقتضي وقوع الأمر المعلق عند تحقق الشرط المعلق عليه، كما يقتضي دوام انتفائه مادام الشرط معدوماً: أي إن المشروط مرتبط بالشرط وجوداً وعدماً، إذ يصير الشرط كالسبب للمشروط - بإرادة المتصرف - بعد أن لم يكن له به علاقة⁽⁵⁾.

وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة القائلة: المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط. (المجلة/ 82).

1) الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص 250.

2) الشيخ أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص 665.

3) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق، ج 1، ص 574.

4) المرجع السابق: نفس الموضوع.

5) المرجع السابق: ج 1، ص 575.

فإذا قال الدائن للمدين: " إن وفيتني اليوم نصف ديني فقد أبرأتك من الباقي", أو قال لآخر: " إذا قضى القاضي لي على مديني فلان فقد وكلتك بقبض الدين منه". فإن هذا التعليق يقتضي عدم براءة المدين عن الدين قبل دفع القدر المشروط في الموعد المحدد, وعدم ثبوت الوكالة بقبض الدين قبل صدور حكم الحاكم به؛ لأن القائل الذي له حق التصرف قد اشترط الدفع أو الحكم, وجعله مناطاً لتحقيق الإبراء عن بقية الدين أو للتوكيل. ولذلك يسمى أيضاً الشرط المعلق عليه: شرطاً جعلياً؛ لأن المكلف هو الذي جعله شرطاً وعلق قيام الشرط عليه. وذلك في مقابل "الشرط الشرعي" وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء في الواقع، أو بحكم الشرع حتى لا يصح الحكم بدونه كاشتراط الشهود في النكاح⁽¹⁾.

الفرع الثالث - شروط التعليق: يشترط في التعليق على شرط أن يكون الشرط، أو الأمر المعلق عليه زائداً على أصل التصرف، وأن يكون مستقبلاً ومعدوماً محتمل الوقوع، أو معدوماً على خطر الوجود، وفيما يلي شرح لهذه الشروط:

1- أن يكون الشرط أمراً زائداً على أصل التصرف: أي أنه ليس من العناصر الجوهرية للتصرف ولكنه محض واقعة اعتبرها المكلف وعلق عليها تصرفه بإرادته، فإن تحققت وجد، وإلا لم يوجد. دون أن تكون هذه الواقعة جزءاً من التصرف⁽²⁾, فإذا قال المكلف مثلاً: إذا كلفت بالسفر إلى الخارج من قبل عملي فقد وكلتك في بيع سيارتي، فالسفر إلى الخارج في ذاته أمر خارج عن عقد الوكالة، إذ أن الوكالة يمكن أن تنشأ دون الحاجة إلى هذا الشرط.

2- أن يكون الشرط أمراً معدوماً على خطر الوجود⁽³⁾: فلكي يكون الكلام تعليقاً بالمعنى الحقيقي في اصطلاح الفقهاء يجب أن يكون الأمر المعلق عليه وهو الشرط معدوماً على خطر الوجود، أو معدوماً محتمل الوقوع. أي قد يوجد في أي وقت في المستقبل وقد لا يوجد. وألا يكون محقق الوقوع ولا مستحيل الحصول،

(1) د. حسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، بدون ناشر، ص 49.

(2) المرجع السابق، ص 50.

(3) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق: ج 1، ص 574.

إذ لو كان متحقق الوجود حين التعليق كان الكلام تنجيذا في صورة تعليق، كقول القائل " إن كنت حيا فقد بعته هذا الشيء".

ولو كان مستحيل الحصول كان التعليق إبطالا للعقد، ومبالغة في التعبير عن الامتناع وعدم الرغبة في إبرامه كقوله: " إن عاش مدينتك بعد موته فأنا كفيله"، أو قوله " لو طلعت الشمس من مغربها فقد وكلتك في بيع منزلي". فيدل ذلك على أنه لا يرغب في أن يوكله في بيع منزله إطلاقا وأنه يرى أن ذلك من قبيل المستحيل.

وفي هذا المعنى يقول ابن نجيم في الأشباه والنظائر: ". شرط صحة التعليق؛ كون الشرط معدوما على خطر الوجود، فالتعليق بكائن تنجيز، وبالمستحيل باطل، ووجود رابط حيث كان الجزاء مؤخرًا وإلا يتنجز، وعدم فاصل أجنبي بين الشرط والجزاء..(1)". فابن نجيم عبر عن شروط التعليق وأضاف إليها شرطا يرتبط بالصياغة.

3- أن يكون الشرط مشروعاً: وهو شرط بديهي في الشريعة الإسلامية التي لا تصون الشرط المخالف لأحكامها وتعاليمها، فالشريعة لا تقرر حمايتها لكل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم بل تعطي الحماية لما يلائمها من الشروط، وتمنع ما يخالفها تصديقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " المؤمنون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالاً أو أحل حراماً "(2). والشريعة في ذلك المنع مثل القوانين الحديثة في معاملتها مع الشروط المخالفة للنظام العام، فهي لا تمنحها الحماية ولا تجيز للمحاكم رعايتها(3).

ويضاف لهذه الشروط ضرورة ألا يكون التعليق مرتبطا بمشيئة القبول للعقد الآخر، ذلك أن التعليق فيه كعدمه، إذ كل العقود عند صدور الإيجاب فيها يصدر معلقا على قبوله من العاقد الآخر(4). كقوله بعته لك داري إن قبلت.

- (1) ابن نجيم: الأشباه والنظائر المرجع السابق، ص318.
- (2) سنن الترمذي في (الأحكام) باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح برقم (1352).
- (3) الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص272.
- (4) الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص250.

المطلب الثاني

التقييد بالشرط

ندرس الشروط المقيدة من خلال بيان تعريفها وأسلوب صياغتها، وشروطها وذلك في الفروع الآتية.

الفرع الأول- تعريف التقييد بالشرط: يعرف التقييد بالشرط أو الاقتران به بأنه: التزام في التصرف القولي، لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه⁽¹⁾. أو بعبارة أخرى: أن يقترن التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف، وغير موجود وقت التعاقد وذلك بكلمة بشرط كذا أو على أن يكون كذا...⁽²⁾. كما عُرف بأنه "هو أن يزداد على العقد شرط فيه فائدة لأحد العاقدين أو لغيرهما، وبالجملة يشترط فيه أمر زائد على ما يقتضيه العقد"⁽³⁾.

ومثال ذلك كما لو باع الإنسان بضاعة على شرط أن تنقل على حسابه إلى محل المشتري. فالبائع هنا قد التزم بالشرط في ضمن عقده، وهو وجوب نقل المبيع إلى محل المشتري. وهذا الالتزام لم يكن ليقضيه البيع المطلق، أي الخالي من الشرط، لأن البيع المطلق إنما يوجب مجرد انتقال الملكية بعوض، ثم إن المالك الجديد - المشتري - هو المكلف بنقل مشتراه على حسابه وفقاً لطبيعة الأمور⁽⁴⁾

ولذا يعرف الفقهاء الشرط التقييدي بأنه: "التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة"⁽⁵⁾. كما عرف بأنه: "ما جَزَمَ فيه بالأصل، وشرط فيه أمر آخر"⁽⁶⁾.

ففي المثال المذكور سلفاً قد التزم البائع أمراً لم يقع؛ وهو نقل المبيع إلى

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

- (1) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق، ج1، ص575.
- (2) د. حسن علي الشاذلي: المرجع السابق، ص51.
- (3) الشيخ أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص667.
- (4) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق : ج1، ص576.
- (5) الحموي: المرجع السابق، الفن الثالث، القول في الشرط والتعليق، ج4، ص41.
- (6) الزركشي (أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر - ت: 794هـ-): المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1405هـ - 1985م، ج1، ص370.

المشتري على حسابيه, وإن التزامه هذا قد حصل في ضمن أمر قد وجد وانبرم, وهو عقد البيع.

الفرع الثاني- صياغة التقييد: تأتي صياغة التقييد عادة بعبارة "على أن" أو "بشرط أن" أو "على شرط أن" ونحو ذلك مما يفيد معنى التقييد مثل "وهبتك هذا الشيء على أن تهبني في مقابله كذا"... إلخ...⁽¹⁾.

ويرى البعض في التقييد بالشرط أن العقد في حالة التقييد هو منجز مبهم ليس معلقا وجوده على شيء, لأن معنى التقييد يشعر بوجود الأمر المقيد, لذا يرى البعض ترجيح تسمية هذا النوع تقييدا كما في اصطلاح الحنفية لا اقترانا كما يسميه البعض, لأن الاقتران معنى ينطبق على التعليق والإضافة أيضا فلا يدل على المعنى الخاص الذي تميز به هذا النوع⁽²⁾.

إلا أن رأي آخر - وهو الراجح عند الباحث- يرى أن الشرط يقترن بالعقد في كل أحواله فيقترن به منجزا؛ كأن يقول المشتري للبائع اشترت منك دارك الفلاني بمليون جنية، على أن تحضر لي كفيلا بالثمن إذا ظهر أن الدار مملوكة لغيرك. ويقترن بالعقد المعلق كأن يقول إن شفيت من مرضي عتقتك على أن تعوضني على ذلك بألف جنية, وكذلك يقترن بالعقد المضاف كأن يقول أجرتك أرضي من أول يناير القادم على ألا تزرع بها قطنا ولا تأجرها لغيرك⁽³⁾.

الفرع الثالث: شروط المشروطات المقيدة للعقد: اختلف الفقهاء حول ذلك الأمر فذهب أكثر الحنفية والشافعية والمالكية إلى أن كل شرط يخالف الشرع الحنيف، أو يزيد على مقتضى العقد الذي اشترط فيه من غير ورود أثر به, هو شرط لا يقره الشرع ولا يراعاه, كأن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع ببيع, وكان تشترط الزوجة على الزوج عدم الزواج بثانية, فهذه الشروط زائدة على ما توجبه هذه العقود من التزام, وبالتالي لا تقر ولا يلتفت إليها⁽⁴⁾.

1) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق: ج1, ص576

2) المرجع السابق, نفس الموضوع.

3) الشيخ أحمد إبراهيم: المرجع السابق, ص667.

4) الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق, ص273.

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن كل شرط لم يرد في الشرع دليل على النهي عنه أو عدم اعتباره فهو صحيح يجب الالتزام به دون تقييد بمقتضى العقد، ذلك لأن الناس عند شروطهم، وعليهم رعاية عهودهم، ولذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التي تصحب عقد الزواج، كاشتراط الزوجة على الزوج عدم الزواج عليها، واشتراط البائع على المشتري سكنى الدار المبيعة مدة سنة ونحو ذلك⁽¹⁾.

وقد عبر ابن تيمية في كتابه العقود عن هذا المعنى فذكر: "...أما ما كان مباحا أن يفعله الإنسان بدون شرط فهل يلزم بشرط؟ مثل أن يشترط البائع وغيره ممن تنتقل عنه الملكية أن ينتفع بالمبيع مدة، أو يشترط الواهب أو الواقف منفعة الموقوف أو الموهوب مدة، أو يشترط المعتق منفعة العتيق مدة، منفعة غير البضع، فأما منفعة البضع فلا يجوز استثنائها لأنها لا تستباح إلا في نكاح أو ملك. أما منفعة الاستخدام والسكنى ونحو ذلك فهذه يجوز لصاحبها أن يبذلها بلا عوض، وتستباح بلا ملك. فإذا كان له أن يبذلها بلا شرط فهل يصح اشتراطها ويلزم بالشرط؟ فهذا فيه نزاع بين العلماء، والذي تدل عليه الأصول والنصوص جواز مثل ذلك"⁽²⁾.

فابن تيمية قد عبر عما ذهب إليه الحنابلة في الشروط التي تشترط في العقود المالية، حيث تقرير حرية المتعاقدين في اشتراط ما يريانه من شروط فيها، ما دامت لا تدخل في عموم منهي عنه، أو تخالف قاعدة مقررة في الشريعة.

وقد صرح الحنابلة بنوعين من الشروط الفاسدة لورود الأدلة الشرعية بذلك أحدهما الشرط الذي يتضمن إنشاء عقد جديد، كأن يبيع دار لمرأة بشرط أن تنزوجه، إذ قد ورد النهي عن صفتين بصفقة. وثانيهما أن يشترط شرطا فيه منعا للعائد من الانتفاع بما أثبت له العقد من حقوق، كالبيع بشرط ألا يهب ونحو ذلك..⁽³⁾

و للشاطبي في هذا الباب رأي وسط إذ بين أن الشروط مع مشروطاتها على

(1) المرجع السابق: نفس الموضوع.

(2) ابن تيمية: العقود، بدون ناشر، ص16.

(3) الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص282-283.

ثلاث أقسام:

الأول: أن يكون مكملًا لحكمة المشروط وعاضدًا له بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال؛ كاشتراط الكفء، والإمساك بالمعروف، والتسريح بإحسان في النكاح، واشتراط الرهن والحميل والنقد أو النسيئة في الثمن في البيع،... فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعًا؛ لأنه مكمل لحكمة... فثبوته شرعًا واضح.

والثاني: أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته، بل هو على الضد من الأول، كما إذا اشترط في النكاح أن لا ينفق عليها أو أن لا يطأها، أو شرط في البيع أن لا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع؛ فعلى بعض الوجوه دون بعض، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف، أو أن يصدقه في دعوى التلف، وما أشبه ذلك؛ فهذا القسم أيضًا لا إشكال في إبطاله؛ لأنه مناف لحكمة السبب (أي سبب العقد)؛ فلا يصح أن يجتمع معه.

والثالث: أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة وهو محل نظر؛ هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة؛ أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهرا؟ والقاعدة المستمرة.. أنه ما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه والله أعلم.⁽¹⁾ أي الأصل الإجازة طالما جرت عليه العادة في تضمينه بالعقود، ولم يرد دليل على منعه.

كلية الحقوق المطلب الثالث مقارنة بين التعليق وشرط التقييد

فرق "الزركشي" في قواعده بين التعليق والشرط المقيّد فقال "اعلم أن التصرفات على أربعة أقسام: فمنها ما يقبل الشرط والتعليق، ومنها ما لا يقبلهما، ومنها ما يقبل الشرط دون التعليق، ومنها بالعكس، والفرق بين التعليق والشرط أن التعليق ما دخل على أصل الفعل بأداته، كإن وإذا، والشرط ما جزم فيه بالأصل،

(1) الشاطبي (إبراهيم بن موسى بن محمد الغرناطي الشهير بالشاطبي - ت: 790هـ): الموافقات، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ/1997م، ج1، ص438-439-440.

وشرط فيه أمر آخر⁽¹⁾.

كما قال الحموي في الفرق: إن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بأن أو إحدى أخواتها، والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة⁽²⁾.

وفي ضوء ذلك يفترق التعليق على الشرط المقيد فيما يلي: الفرق الأول: أن التعليق لا عمل له في آثار العقد وأحكامه، فعند تحقق الشرط الذي علق عليه العقد ينتج العقد جميع آثاره ويصبح نافذاً كأن لم يكن به شرط. فشرط التعليق يظهر دوره في الفترة ما بين صياغة العقد وتحقق الشرط.

أما الشرط المقيد للعقد فيظهر دوره في مرحلة انتاج التصرف لآثاره وأحكامه أي بعد تمام إبرام العقد باكتمال أركانه وشروطه، إذ يأتي هذا الشرط إما ليقيد هذه الآثار كما لو اشترط البائع الانتفاع بالعين المبيعة لمدة شهر من تاريخ البيع، وإما ليضمن ما يقتضيه العقد كاشتراط توفير كفيل شخصي عن المشتري لكفالة الجزء المتبقي من الثمن⁽³⁾.

الفرق الثاني: أن التعليق يجعل العقد - عند فقهاء الحنفية - غير موجود وغير منتج لآثاره إلى حين تحقق الأمر الذي علق عليه هذا العقد، فإذا تحقق هذا الأمر نفذ العقد ورتب آثاره من وقت تحقق الشرط فقط. أي أنه في حالة التعليق إذا وجد الشرط المعلق عليه ثبت الحكم المعلق، أي يعتبر موجوداً عند وجود الشرط لا منذ التعليق، إذ لو اعتد به بعد تحقق الشرط استناداً إلى تاريخ التعليق - أي بآثر رجعي - للزم ذلك تقدم العقد المشروط على شرطه، وهو خلاف المعقول⁽⁴⁾.

فلو علق إنسان الوكالة مثلاً بقوله لشخص آخر: متى تسلمت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك ببيعها، فباعها المخاطب قبل تسليمها ثم تسلمها صاحبها، لا

(1) الزركشي: المرجع السابق، ج 1، ص 370.

(2) الحموي: غمز العيون، المرجع السابق ج 4، ص 41.

(3) د. حسن علي الشاذلي: المرجع السابق، ص 55.

(4) أما علماء الشافعية فيرون أن العقد المعلق على شرط ينعقد سبباً للحكم في الحال، ولكن التعليق يؤخر وجود الأثر إلى حين تحقق الشرط. د. حسن علي الشاذلي: المرجع السابق، ص 56.

ينفذ عليه البيع, لأن وكالة ذلك الشخص إنما تثبت منذ تسلم البضاعة, فقبل ذلك يكون فضوليا في بيعه⁽¹⁾.

أما العقد المقيد بشرط فإنه مدى اكتملت أركانه وشروط صحته كان نافذا ومنتجا لأثاره مع مراعاة الشرط المقيد لهذه الآثار, فهو شرط يرتبط بالتنفيذ وليس بالنشأة.

وعلى هذا, فمن علق البيع مثلا بقوله لآخر: "إن جاءت سيارتي الفلانية اليوم من سفرها فقد بعته بكذا", ورضي المخاطب, فإنه بحسب اتفاق الطرفين أنفسهما لم يرد صاحب السيارة أن يكون بائعا لها منذ تعليق العقد قبل مجيئها في ذلك اليوم, وكذا لا يعتبره احد بائعا بإنشاء هذا التعليق ولاسيما أن السيارة ربما لا تحضر في الزمن المعين فلا يتحقق الشرط الذي علق عليه البيع⁽²⁾.

أما من قيد البيع بالشرط تقييدا بقوله مثلا لصاحب سيارة: "اشتريت منك هذه السيارة بكذا على شرط أن تعلمني سوقها" ورضي الآخر, فإن الطرفين يكونان متبايعين فعلا بهذا التعاقد المقيد, ويعتبر البيع بمقتضى اتفاقهما منجزا وباتا بينهما, ويصير البائع ملتزما بتعليم السوق ومكلفا بتنفيذ التزامه⁽³⁾.

ويلتقي التعليق والتقييد في أن كل منهما يعد أمرا زائدا على أصل التصرف؛ أي لا يتوقف وجود العقد في ذاته على وجود أي منهما, فالشرط سواء كان شرط تعليق أو تقييد هو أمر عارض يطرأ على التصرف بعد اكتمال عناصره الجوهرية. كما أن كل منهما لا يكون إلا أمرا مستقبليا ومعدوما على خطر الوجود.

المطلب الرابع

الإضافة إلى المستقبل

نتناول الإضافة إلى المستقبل في الفقه الإسلامي من خلال بيان تعريفها وحكمها, والفرق بين التصرف المضاف إلى أجل والتصرف المعلق على مجيء

1) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق, ج1, ص580.

2) المرجع السابق: ج1, ص578.

3) المرجع السابق: نفس الموضوع.

زمن، وكذلك الفرق بين الإضافة والتعليق والتقييد وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول - تعريف الإضافة وحكمها: أولاً - التعريف: تُعرف الإضافة بأنها تأخير حكم التصرف القولي المنشأ إلى زمن مستقبل معين، وذلك كما لو قال المؤجر: "أجرتك هذه الدار سنة بكذا من أول الشهر القادم"، أو قال الموكل: "وكلتك في جميع شؤوني منذ أول السنة الآتية". وعرف العقد المضاف بأنه: "هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل"⁽¹⁾.

وقد يكون الزمن المستقبل ملحوظا فيكون التصرف مضافا دون تصريح بالإضافة، كما في الوصية، إذ يقول الموصي مثلا: "أوصيت بثلاث مالي لفلان، أو للجهة الفلانية"، إذ الوصية تفيد معنى الإضافة إلى ما بعد الموت⁽²⁾.

ثانيا: حكم العقد المضاف: وحكمه أنه ينعقد في الحال علة لحكمه، ولكن لا يترتب حكمه إلا عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه. لذا إذا كانت الإجارة مضافة ثم باع المؤجر ما أجره أو وهبه قبل الوقت، فإنه يفتى بجواز ما صنع وتبطل الإجارة. أي أن العقد المضاف وإن كان منعقدا إلا أنه غير لازم قبل مجيء الوقت المضاف⁽³⁾.

الفرع الثاني - الفرق بين التصرف المضاف إلى أجل، والتصرف المعلق على مجيء زمن:

أولاً - الفرق من حيث الصياغة: ذكر في هذا الفرق: عادة تصاغ الإضافة بذكر الزمن على سبيل الظرفية للتصرف الإنشائي المضاف كما في الأمثلة السابقة، أما إذا صيغت الإضافة بطريق التعليق على مجيء الزمن، واستعملت فيها بعض أدوات التعليق الشرطية - السالفة البيان عند الحديث عن التعليق على الشرط - اعتبرت تعليقا محضا لا إضافة كما لو قيل: "إذا جاء الشهر الفلاني فقد أجرتك داري سنة بكذا". فعندئذ تأخذ أحكام التعليق لا أحكام الإضافة، لأن أصل انعقاد العقد حينئذ يكون معلقا على مجيء الزمن المعين، ومربوطا به ارتباط

1) الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص 241.

2) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق: ج1، ص 577.

3) الشيخ أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص 663-665.

المشروط بشرطه، كتعليقه على أي حادث آخر، وليس معقودا للحال ومؤخر الحكم إلى زمن مستقبل بالصورة التي سبق شرحها في معنى الإضافة الإصطلاحية⁽¹⁾.

وهذا الفرق وما تضمنه من أحكام قد عبر عنه ابن نجيم في الأشباه والنظائر فذكر: "أن المعلق بالشرط لا ينعقد سببا للحال، والمضاف منعقد في الطلاق والعقاق والنذر؛ فإذا قال: أنت حرٌّ غداً لم يملك بيعه اليوم، وملكه إذا قال: إذا جاء غداً. ولو قال: لله عليّ التصدق بدرهم غداً ملك التّعجيل، بخلاف ما إذا جاء غداً"⁽²⁾.

ثانياً- الفرق من حيث الحكم: الفرق بين العقد المعلق والمضاف أن التعليق يمنع العقد من أن يصير سببا لحكمه في الحال، إذ لا ينعقد سببا إلا عند وجود الأمر الذي علق عليه وقرن وجوده بوجوده، بخلاف الإضافة فإنها لا تمنع العقد من أن يصير سببا في الحال أي وقت صدوره، ولكنها تؤخر أثره إلى الوقت المضاف إليه⁽³⁾.

وهذه التفرقة هي مذهب الحنفية والمالكية، أما مذهب الشافعي وأصحابه فلا يفرق بين العقد المعلق والعقد المضاف؛ إذ كلاهما ينعقد سببا في الحال، ولكن تتأخر الأحكام إلى المستقبل، ذلك أن العقد موجود بمجرد الصيغة والتعليق أثره في تأخير الأحكام وظهور الآثار واستقرار الالتزام. وقد استدلت الشافعي لتبرير رأيه أن العقد المعلق إذا صدر من شخص صحيح سليم قوي، ثم جن قبل تحقق الشرط، وحصل الشرط بعد ذلك وقع الالتزام المعلق ووجد⁽⁴⁾. ويدل بذلك على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط.

الفرع الثالث- الفرق بين الإضافة والتعليق والتقييد: تتمثل هذه الفوارق فيما يلي⁽⁵⁾:

1- الإضافة تشبه التعليق من وجه، لأن أثر العقد المضاف مؤخر الظهور، فلا يبدأ إلا في المستقبل المعين.

(1) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق: نفس الموضوع.

(2) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، المرجع السابق، الفن الثاني كتاب الطلاق ص 150.

(3) الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص 242-243.

(4) الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 286.

(5) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق: ج 1، ص 579.

2- الإضافة تشبه التقييد من وجه آخر، لأن الزمن المضاف إليه محقق القدوم، وليس على خطر الوجود والعدم كما في الشرط المعلق عليه.

3- العقد المضاف هو عقد قائم بين الطرفين منذ إنشاء الإضافة كما في حالة التقييد، وليس معدوما كما في التعليق، وفقا لرأي الإمام أبي حنيفة.

وبناء على ذلك قرروا في العتق أن من أضاف عتق عبده إضافة إلى المستقبل بأن قال مثلا: " أنت حرا غدا" لم يعد يملك بيعه رغم بقاء رقيقا قبل غد، لأنه قد انعقد له سبب الحرية بهذه الإضافة. فيعتبر الإعتاق موجودا، ولكن ظهور حكمه مؤخرا تأخيرا إلى أجل مسمى.

بخلاف ما لو علق عتقه تعليقا بأن قال له مثلا: "إن عاد ابني من سفره سالما فأنت حر"، فإنه رغم صحة التعليق لا يعتبر سببا منعقدا للعتق في الحال، بل يملك المولى بيعه قبل عودة ابنه، لأن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجود الشرط. مثل ذلك لو صيغت الإضافة بطريق التعليق على الزمن المستقبل كما لو قال المولى في المثال المذكور: "إذا جاء غد فأنت حر" فإنه يملك بيعه قبل حلول الغد، لأن الإضافة عندئذ تصبح تعليقا يربط أصل العقد بمجيء الزمن المستقبل.

المطلب الخامس

قابليات أنواع العقود لأنواع الشروط

ليست جميع أنواع العقود والتصرفات القولية⁽¹⁾ في نظر جمهور الفقهاء

1() يقسم الفقهاء العقود وسائر التصرفات القولية الإنشائية بحسب ماهيتها وقابلياتها الشرطية؛ إلى الأقسام التالية:

- 1- المعاوضات المالية: كالبيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والإجارة.
- 2- النكاح.
- 3- التبرعات: أي التملك بلا عوض كالهبة، والصدقة والوصية، والوقف. ويدخل فيها الإبراء عن الدين، لتحقق معنى التبرع فيه.
- 4- الإطلاقات: هي التمكين من تصرف ما كان للشخص القيام به لولا هذا التمكين، أو التمكين من تصرف كان ممنوعا. كالوكالة، والإذن بالتجارة للصغير المميز.
- 5- الولايات: كتعيين الحكام، والعمال وسائر الموظفين من فروع السلطة الإدارية.
- 6- التقيدات: هي مقابل الإطلاقات كعزل الوكيل، والموظف، والحجر على الصغير المأذون له بالتجارة.

قابلة لكل أنواع الشروط العقدية الثلاثة: التعليق، والتقييد، والإضافة. فمن العقود والتصرفات القولية ما يقبل هذه الشروط جميعا، فيصح تعليقه وتقيده وإضافته؛ ومنها ما يقبل بعضها دون بعض. ومن خلال الفروع التالية نتناول هذا التقسيم، في ضوء قواعد الاجتهاد الحنفي باعتباره حد وسط بالنسبة إلى اجتهادات المذاهب الأخرى في هذا الباب.

الفرع الأول: تقسيم العقود من حيث قابليتها للتعليق بالشرط: تنقسم العقود من حيث قابليتها للتعليق إلى ثلاث أقسام:

أولاً: عقود لا يصح تعليقها بالشرط إذ يترتب على تعليقها فسادها، أي تكون قابلة للإبطال بالمفهوم القانوني، ويشمل هذا التصنيف ما يلي⁽¹⁾:

1- كل عقد يتضمن مبادلة مال بمال أو بمنفعة كالبيع، والإيجار، والمزارعة، والقسمة. إلا أن هذا الحكم يعطل إذ علق هذا النوع من العقود على شرط يرتبط بإرادة الغير، كأن يقول بعتك داري إن باع لي فلان داره، استأجرت دارك الذي بالقاهرة إن نقلني عملي إليها.

2- كل عقد تضمن مبادلة مال بما ليس بمال و لا منفعة كالزواج، والخلع على مال، كأن تقول الزوجة لزوجها خالعتك على كذا إن تزوجت بثانية.

3- التبرعات كالهبة والقرض، والوقف، فلو قال شخص إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين، فجاء ولده لا تصير وقفاً لأن شرط الوقف أن يكون منجزاً، فلا يحتمل التعليق بالخطر⁽²⁾.

7- الالتزامات: كالكفالة بأنواعها.

8- الإسقاطات المحضة: كالطلاق، والإعتاق، وإسقاط الشفعة. د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق، ج1، ص580-581. الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، هامش ص291.

1) (الزيلعي (عثمان بن علي بن محجن الزيلعي- ت 743هـ): تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق- القاهرة، 1313هـ، كتاب الصرف، ج4، ص132. الشيخ أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص669-670. الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية: المرجع السابق، ص244. الشيخ محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص291.

2) (د. علي حسن الشاذلي: المرجع السابق، ص62.

وكذلك الهبة فهي تملك للعين للحال، ولا تحتل التعليق بالخطر بالإضافة إلى الوقت⁽¹⁾. إلا أن المذهب المالكي يجيز التعليق في التبرعات.

4- التقيدات كعزل الوكيل، والحجر على الصبي المأذون له في التجارة، ومثال ذلك قول الموكل للوكيل عزلتك إن قدم فلان.

5- الرهن والإقالة: كقوله رهنك داري إن اشتريت دار فلان.

وفي هذا القسم من العقود إذا كان المعلق عليه موجودا وقت التعليق صحت جميعا، وكانت عقودا منجزة. ذلك أن علة إفساد التعليق لهذه العقود ترجع إلى أن التعليق فيها يحمل معنى المقامرة لأنه يجوز أن يوجد المعلق عليه ويجوز ألا يوجد، فصورنا لأموال الناس من الضياع - إذا دفع البديل كله أو بعضه وقت التعليق وقبل تحقق الشرط - ومنعا لتعطيلهم عن النظر إلى شيء آخر حتى يوجد الشرط - ولا يعلم مدى تحقق وجوده، وموعد تحققه إن وجد - لأجل ذلك حظر التعليق في هذا الصنف من العقود. أما إذا تحقق وجود المعلق عليه انتفت علة الإفساد وصح العقد منجزا لا معلقا⁽²⁾.

وهذا المعنى قد بينه القرافي في الفروق فذكر: "إن انتقال الأملاك يعتمد الرضا والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق، فإن شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج، وحصاد الزرع. ولكن في ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده، فلوحظ المعنى العام دون خصوصيات الأنواع والأفراد"⁽³⁾. أي قدم الحظر كحكم عام دون الاعتماد على الحالات الفردية.

(1) الكساني (علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي- ت: 587هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية الطبعة الثانية، 1406 هـ - 1986 م، كتاب الهبة، ج 6، ص 118.

(2) الشيخ أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص 670. الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص 245. الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 291.

(3) القرافي (أحمد بن إدريس- ت: 684هـ): الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، الفرق الخامس والأربعون، الفرق بين قاعدة قبول الشرط وبين قاعدة قبول التعليق على الشرط، ج 1، ص 229.

ثانياً: ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط: والشرط التعليقي الملائم هو الذي يكون بينه وبين الأمر المعلق عليه مناسبة تستدعي ترتيبه عليه، أو أن تكون هناك صلة بين الشرط المعلق عليه ومقتضى العقد⁽¹⁾. كما أنه ما يؤكد موجب العقد كأن كان سببا لظهور الحق، أو لوجوبه، أو وسيلة إليه. وقد أستقى هذا المعنى مما جاء في بدائع الصنائع بكتاب الكفالة إذ ورد به: "فأما إذا كانت الكفالة معلقة بشرط، فإن كان المذكور شرطا سببا لظهور الحق، أو لوجوبه، أو وسيلة إلى الأداء بالجملة جاز"⁽²⁾. كما يعد العرف طريقا لمعرفة كون الشرط ملائما للعقد أم غير ملائم⁽³⁾.

فلو قال الإنسان لغيره: إذا وصلت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك ببيعها، أو إذا سافر مدينتك فأنا كفيله، صح التعليق ويصبح المخاطب وكيلًا، والقائل كفيلا عند تحقق الشرط المعلق عليه، من وصول البضاعة، أو سفر المدين. أما لو قال مثلا: إذا هبت الريح، أو إن نزل المطر، فانت وكيلي، أو إذا نجح أبني في الامتحان فأنا كفيل بأداء الدين؛ لا يصح التعليق لعدم ملاءمة الشرط⁽⁴⁾.

وهذا القسم ينتظم الكفالة والحوالة، والإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة، ومن أمثلة ذلك: إن استحق المبيع فأنا ضامن للثمن، إن لم يؤد فلان مالك من الدين خلال ثلاثة أشهر (مثلا) فأنا أؤد عنه، متى ثبت لك قدرتك على البيع والشراء أذنت لك بالتجارة⁽⁵⁾.

1) وقد قسم بعض الفقهاء الشرط الملائم الذي يصح التعليق عليه بأنه: - ما كان شرطا للزوم الحق كقوله إن استحق المبيع فأنا الكفيل بالثمن، - أو ما كان شرطا لإمكان الاستيفاء مثل إن قدم زيد ولم يؤد فعلي ما عليه من دين، - أو شرطا لتعذر الاستيفاء من الأصيل في الحوالة أو الكفالة. الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 292.

2) الكسائي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، كتاب الكفالة، ج 6، ص 3-4.

3) د. حسن علي الشاذلي: المرجع السابق، ص 64.

4) السرخسي (محمد بن أحمد السرخسي - ت: 483هـ): المبسوط، دار المعرفة- بيروت، 1414هـ-1993م، ج 19، ص 173-174. ابن همام (كمال الدين محمد السيواسي- ت: 861هـ): الهداية فتح القدير، دار الفكر، ج 7، ص 187. ابن عابدين (محمد أمين بن عابدين الدمشقي الحنفي- ت: 1252هـ) رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر- بيروت، الطبعة الثانية، 1412هـ - 1992م، كتاب الكفالة، ج 5، ص 307.

5) الزيلعي: المرجع السابق، ج 4، ص 134. الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 292.

ثالثاً: ما يصح تعليقه بالشرط مطلقاً، ويشمل ما يأتي⁽¹⁾: 1- الوكالة والإيضاء والوصية: فهذه العقود يصح تعليقها بكل شرط وفي كل الأحوال من غير قيد ولا شرط، ذلك لأنها من العقود غير اللازمة، والعقد غير اللازم لا يرتب لكل واحد من العاقدين قبل الآخر حقوقاً لازمة مستقرة، كما يصح الرجوع عنه في أي وقت، ولهذا قبل إبرامه بعبارة غير جازمة قاطعة كالعبارة المعلقة بالشرط⁽²⁾.

فالوصية لا يتم عقدها إلا بوفاة الموصي مصرراً عليها، ثم قبول الموصي له بعد ذلك للوصية. ويحق للموصي الرجوع عنها في أي وقت شاء، ومن باب أولى يحق له تعليقها على شرط⁽³⁾.

2- الاستقاعات المحضة، كالطلاق والعناق وتسليم الشفعة بعد وجوبها. أمثلة: إن كلمت فلانا فأنت طالق، إن عاد أخي من السفر فأنت حر، إن كان الذي اشترى الدار هو فلان لنفسه فقد سلمت الشفعة.

الفرع الثاني: تقسيم العقود من حيث قابليتها للإضافة إلى المستقبل: تنقسم العقود بالنسبة لقبولها الإضافة وعدم قبولها إلى ثلاث أقسام:

أولاً: عقود لا تنعقد إلا مضافة سواء اشتملت صيغتها على إضافتها أم خلت من ذلك، وهي عقود الوصية والإيضاء، إذ لا تفيد أثرها إلا بعد الموت، ولا يمكن بحال أن تتصل أحكامها بصيغتها أو بإنشائها، كأن يقول إنسان لآخر: أوصيت لك بمليون جنية، أو جعلتك وصياً على أولادي، فلا تستحق المليون إلا بقبولها بعد الموت، ولا يصير الموصي إليه وصياً على الأولاد إلا بعد موت الموصي، وإن لم يرد ذكر ذلك في الإيجاب⁽⁴⁾.

ثانياً: عقود لا تصح مع الإضافة وهي العقود التي تفيد تمليك الأعيان في الحال، وما يمكن تمليكه في الحال لا يقبل إضافته إلى المستقبل، كما لا يصح

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج6، ص20. الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص246. الشيخ أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص671.

(2) الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص293.

(3) د. حسن علي الشاذلي: المرجع السابق، ص62-63.

(4) الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص247. الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص289.

تعليقه، بل يجب أن يكون التعاقد عليه منجزاً، كالبيع وإجازته، والصلح عن مال، والإبراء من الدين، والهبة ويلحق بها القسمة، والشركة، فهذه العقود يجب أن تنتج أثرها في الحال، فإذا كانت صيغتها غير مؤدية لذلك لتعليقها على شرط أو لإضافتها إلى زمن مستقبل كانت غير محققة لهذا المقتضى وبطلت⁽¹⁾. وحتى لو وجد الشرط المعلق عليه، أو جاء الزمن المضاف إليه، لا ينعقد العقد.

فلو قال لآخر: "إذا ولدت فرسي هذه فقد بعته بكذا" أو "وهبتكها"، أو قال لامرأة بحضرة شهود: "تزوجتك اعتباراً من أول الشهر القادم"، وتم القبول، لا تصبح الفرس مبيعاً، أو موهوبة إذا ولدت، ولا المرأة زوجة إذا حل الشهر المضاف إليه⁽²⁾.

كما ترجع عله المنع إلى أن إضافة هذه العقود سبباً عليه أن يبقى المملك على ملكه إلى الوقت التي إضيققت إليه، لإرجاء أثرها إلى ذلك الوقت، وعندئذ إما أن يصح تصرفه فيما يملكه من الأعيان التي جعلها محلاً لهذه العقود وذلك يقتضي استبداده بفسخ العقد المضاف وهذا مناف للزومه، وإما ألا يصح تصرفه فيه وذلك ما يتنافى مع ثبوت ملكه، فلكل هذا لا تصح مع الإضافة⁽³⁾.

ثالثاً: عقود تصح إضافتها فتكون تارة منجزة وتارة مضافة إلى زمن مستقبل وتشمل ما يأتي⁽⁴⁾:

1- ما لا يمكن أن يفيد أثره في الحال كالإجارة وإقالتها، والعارية، والمزارعة، والمساقاة، والمضاربة، لأنها عقود على المنافع والمنفعة لا توجد دفعة واحدة ولكنها توجد وتتجدد شيئاً فشيئاً مع الزمن، فكان معنى الإضافة ملاحظاً في

(1) الزيلعي: المرجع السابق، ج4، ص134. الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، نفس الموضوع. الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص291.

(2) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق، ج1، ص581.

(3) هذا التوجيه لا يتحقق في الهبة؛ لأنها عقد غير لازم بالنسبة للواهب، فليس ما يمنع من أن يتصرف في محلها فيفسخ العقد بذلك، وكذا لا يتحقق في الشركة لنفس السبب. الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص248.

(4) الزيلعي: المرجع السابق، ج4، ص134. الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص248. الشيخ محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص290-291. الشيخ أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص671-672.

تشريعها ووضعها ولذا صحت إضافتها. كما أن معنى الإضافة موجود في الإجارة والعارية بطبيعتهما لكونهما عقوداً زمنية، إذ الزمن المستقبل عنصر أساسي في تنفيذها.

2- الالتزامات كالكفالة والحوالة فإنهما يفيدان التزاماً في معنى التبرع لم يكن لازماً، ولأنهما لا ينتجا أثرهما كاملاً في الحال فقد تتم الكفالة ولا يقوم الكفيل بدفع الدين إلا بعد مدة من الزمن وقد لا يدفع، وكذلك الحال في الحوالة فكان معنى الإضافة متحققاً فيها فلا تتنافى الإضافة معها.

3- الإسقاطات كالطلاق والخلع، والعق، والوقف، لأن كلا منها يعتبر إنهاء للملك والملك لا يدوم بل ينتهي بالموت وهو مستقبل، فلا مانع من أن ينتهي قبله في الوقت الذي أضيفت إليه هذه العقود.

4- الإطلاقات كالوكالة والقضاء لأنها تفيد أثرها كاملاً في الحال كما تقدم وإضافة العقود وتعليقها نوع من الاشتراط فيها.

وأخيراً نبين أن هذه الأحكام التي تناولت مدى قابلية أنواع العقود للتعلق والإضافة قد وردت عن اجتهاد المذهب الحنفي في ضوء طبيعة العقود، وهناك روايات فقهية تنتمي لمذاهب أخرى تخالف ما ذكر، ولعل خير الآراء في هذا الجانب هو ما ذهب إليه ابن القيم وابن تيمية من الجواز العام إلا ما ورد بالنهي عنه بنص من الشارع⁽¹⁾.

الفرع الثالث: قابلية العقود للتقيد: المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة ونحوهما، تقبل التقيد بالشرط التقيدي الصحيح، ويلزم الوفاء بما أوجبه الشرط من التزامات. والشرط التقيدي الصحيح في نظر الاجتهاد الحنفي؛ هو الشرط الذي ورد به الشرع كاشتراط الخيار في البيع، أو جرى عليه عرفاً، أو كان ملائماً للعقد كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل. فإن في هذا الشرط استيثاقاً بالتزامات العقد، والعقد يلائمه الاستيثاق⁽²⁾. كما أن الإطلاقات والولايات والتقييدات والالتزامات تقبل التقيد بالشرط.

(1) الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص 249.

(2) د. مصطفى الزرقا: المرجع السابق، ج 1، ص 582.

المبحث الثاني

العناصر العرضية للتصرف القانوني

في القانون الروماني

أسهبت مدونة جستنيان في الحديث عن الشرط والأجل عند تناولها للالتزامات القولية بالبواب الخامس عشر من الكتاب الثالث من المدونة. باعتبارها الالتزامات التي كانت أكثر شيوعا على مدار عصور القانون الروماني؛ حيث أن التطور من الشكلية - التي تستلزم طقوس معينة، وحضور للمتعاقدين، والتلفظ بألفاظ معينة في الإيجاب والقبول حسب طبيعة المعاملة أو العقد - إلى الرضائية - التي لا تحتاج إلى الكتابة، ولا إلى حضور المتعاقدين حيث يصح انعقادها بين غائبين - قد جاء بصورة متدرجة خلال فترة زمنية طويلة من تاريخ القانون الروماني، مما أدى إلى جعل الالتزامات القولية هي الأكثر شيوعا إلى أن سادت الالتزامات الكتابية، ثم الرضائية.

والالتزام أو العقد القولي عبارة عن اتفاق يتم عن طريق المشافهة بصورة سؤال وجواب، وهذا المعنى قد ذكره جستنيان بمدونته إذ يقول: "الالتزام القولي يتم مشافهة بسؤال وجواب، كلما أردنا أن نجعل أحدا يوجب على نفسه أن يعطينا شيئا أو يؤدي عملا"⁽¹⁾.

ويعد العقد القولي أو اللفظي من العقود الشكلية إذ لا يتم إلا إذا تبادل طرفيه ألفاظ وعبارات محددة قانونا، كما يعد من عقود القانون الضيق إذ يلتزم القاضي عند تفسيرها بحرفية النص دون البحث عن نية المتعاقدين أو تقديم اعتبارات العدالة، كما تعد من العقود المجردة أي لا يبحث بصددتها عن سبب الالتزام، كما أنها عقود ملزمة لجانب واحد، وأخيرا فالعقد اللفظي يعد قالب عام يصب فيه المتعاقدان مختلف أنواع الاتفاقات بغية إنشاء أنواع الالتزامات⁽²⁾.

(1) مدونة جستنيان: (3: 15: مقدمة).

(2) د. صبيح مسكوني: القانون الروماني، مطبعة شفيق- بغداد، 1986م، الطبعة الأولى، ص249.

ومن تطبيقات العقود القولية عقد الاشتراط (stipulatio), إذ كان في القدم مقيد بصيغ رسمية محددة فيأتي الإيجاب فيه على هيئة سؤال ويطلق عليه لفظ ¹stipulation (أي الاستيعاد)⁽²⁾, حيث كان يغلب على صيغته الاستفهامية طابع الحصول على وعد بالوفاء⁽³⁾, إذ ينشأ الالتزام من وعد المدين الوفاء بوعدده, كأن يسأل الدائن المدين بقوله: أتعدني بكذا؟ فيجيب المدين: أعدك, ولذلك سمي

- May G: *Eléments de droit romain*, dix-huitième édition, 1932, p.321, p.291-294. - Petit E: *Traite élémentaire de droit romain*, Quatrième édition, Paris, 1903, p.296. - Monier R: *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome 2, 3me édition, Paris, 1944, p. 114. - Girard P: *Manuel élémentaire de droit romain*, septième édition, Paris, 1924, p.507.

(1) عبد العزيز فهمي: ترجمة مدونة جستنيان في الفقه الروماني, عالم الكتب, بيروت, هامش ص206.

(2) الاستيعاد (أي الإيجاب والقبول) أو المشاركة Stipulation: هو طلب الشخص من غيره أن يعده بأداء شيء أو بفعل شيء أو بالكف عن فعل شيء. عبد العزيز فهمي مدونة جستنيان هامش (1) ص206. والأصل اللاتيني للمصطلح (stipulatio) وهو مشتق من كلمة (stipulum) التي كانت تستعمل قديماً للدلالة على معنى (ferme) أي (متين), وبذلك يكون المقصود من صيغة الوعد عند التعاقد؛ هو توثيق الرابطة بين الدائن والمدين وتمتينها. ثم أصبح للكلمة مدلول قانوني يقابله باللغة العربية وهي كلمة "استيعاد" أي طلب الوعد, وبمعنى آخر أن يطلب الدائن من المدين أن يعده بالقيام بعمل معين, كأن يرد إليه الشيء الذي قدمه إليه, أو المبلغ الذي أقرضه إياه, أو يقبل أن يكون كفيلاً لمدين آخر. وقد استعمل الفقه الإسلامي كلمة "إيجاب للدلالة على مفهوم الوعد من الدائن, وكلمة قبول للدلالة على مفهوم الوعد الذي يصدر عن المدين. د. عبد السلام ترماني: محاضرات في القانون الروماني, مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية جامعة حلب- سوريا, 1964-1965م, ص 203, هامش رقم(1). عبد العزيز فهمي: ترجمة مدونة جستنيان ص206- ص207.

(3) فالصيغ والألفاظ الرسمية التي كانت تستعمل قديماً عند التعاقد كالاتي: يكون الإيجاب أو الاستيعاد: "هل تجيبني إلى هذا...؟", يكون القبول: "أجيب". أو هل تعدني بكذا...؟ أعدك. أو هل تقيم نفسك كفيلاً؟ أقيم. أفسططي...؟ سأعطي, أفسطفل...؟ سأفعل. دون أن يشترط التلطف بلغة معينة, ودون اشتراط أن يستعمل المتعاقدان لغة واحدة, الشرط أن يكون المتعاقدان يفهمان اللغة المستعملة في التعاقد, وأن يكون الجواب وارداً على السؤال كما ورد, واستمرت هذه الصيغ اللفظية الرسمية مستعملة إلى أن أصدر الامبراطور ليون مرسوماً ألغى به وجوب استعمالها, فأصبح يكفي أن يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين, وأن يكون كلاهما فاهماً ما يقال في الإفصاح عنه أي كانت العبارات المستعملة في هذا الخصوص. راجع مدونة جستنيان (3: 15: 1), عبد العزيز فهمي: المرجع السابق, ص208. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق, ص251.

هذا الالتزام بالالتزام الناشئ عن وعد. وقد غلب لفظ الاستيعاد- الذي يمثل الإيجاب- فاستعمل للتعبير عن الالتزامات القولية سواء كان محلها أداء شيء أو القيام بعمل⁽¹⁾. وهو استعمال مجازي يطلق فيه الجزء ويراد الكل.

ويقرر القانون الروماني من خلال مدونة جستنيان، أن الالتزامات القولية (الاستيعاد أو المشاركة) أي التي تتم مشافهة بسؤال وجواب، قد تكون ناجزة، أو معلقة على شرط، أو مضافة إلى أجل.

فقد ورد بالمدونة: { كل التزام بطريق الاستيعاد فهو إما ناجز أي مطلق خال عن القيود، وإما مضاف إلى أجل، وإما معلق على شرط. فيكون ناجزا إذا قال عند التعاقد - الإيجاب - (هل تعديني بأن تعطيني خمسمائة دينار ذهباً)، إذ المطالبة بالمبلغ في هذه الصورة يصح أن تحصل على الفور.

ويكون مضافاً إلى أجل إذا كانت صيغة الاستيعاد قد بين بها اليوم الذي يسلم فيه المبلغ للمستوعد، بأن تكون مثلاً: (هل تعديني أن تعطيني عشرة دنانير ذهباً في يوم أول مارس). وما يكون من المعاهدات الاستيعادية مضافاً إلى أجل فهو لازم في الحال ولكنه غير ناجز، أي لا يمكن طلب تنفيذه إلا بعد حلول الأجل. كما أنه لا يصح طلبه في آخر يوم من أيام الأجل، بل يجب ترك هذا اليوم كاملاً للمدين؛ لأنه من أجل التيقن بأن التعهد لم ينفذ في اليوم المحدد، لا بد من الانتظار حتى ينقضي ذلك اليوم بتمامه⁽²⁾.

(1) ويدل على ذلك ما ورد بالفقرة السابعة من الباب الخامس عشر بالكتاب الثالث من مدونة جستنيان إذ جاء بها: " ليس الأشياء وحدها هي الجائز ان تكون محلاً للاستيعاد؛ بل إنه يجوز وروده على الأفعال أيضاً. كما إذا تشارطنا مع أحد أن يفعل شيئاً أو أن يكف عن فعل شيء".
ويحسن في استيعادات الأفعال أن تفرق بشرط جزائي، منعا للتشكيك في قيمة المتعاقد عليه وأهميته، وإراحة للطالب في إثبات مقدار الضرر الذي أصابه من عدم تنفيذ الالتزام الأصلي. وتكون صيغة الجزاء في استيعادات كالعبرة الآتية: " وعند عدم تنفيذ هذا الفعل هل تعد بان تدفني لي عشرة دنانير ذهباً جزاء؟" وإذا كانت المشاركة الواحدة تتضمن في آن واحد وجوب القيام ببعض الأعمال، ووجوب الكف عن بعض آخر. فينبغي أن تكون صيغة الجزاء كما يلي: " إذا خالفت هذه المشاركة ففعلت ما حظرته، أو تركت فعل ما أوجبتته فهل تعديني بدفع عشرة دنانير ذهباً؟".

(2) مدونة جستنيان (3: 15: 2).

ويكون الاستيعاد معلقا على شرط إذا كان قيام الالتزام موقوفا على وقوع حادثة ما أو عدم وقوعها. ومثاله أن تقول: " إذا عين تيتوس قنصلا فهل تعديني بخمسة دنانير ذهباً... والاستيعاد الشرطي لا يترتب عليه سوى أمل في التزام. وهو أمل ينتقل إلى ورثتنا إذا متنا قبل وقوع حادثة الشرط⁽¹⁾." {

وفي ضوء ذلك يتناول المبحث أحكام الشرط، والأجل، بالإضافة إلى التكليف في التبرعات أو التقييد، باعتبارها من العناصر العرضية التي تناولها القانون الروماني بالتنظيم، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

الشرط - Condicio

تمهيد: لفظ الشرط في اللغة القانونية المعاصرة عدة معان⁽²⁾: 1- فقد يقصد به كل من العناصر أو الأركان اللازمة لانعقاد العقد و لضمان صحته، فيقال إن للعقد شروطا لانعقاده هي: الرضا والمحل والسبب، وشروط صحة وهي: الأهلية والسلامة الرضاء.

2- كما يقصد بالشرط الحكم الذي يتفق العاقدان صراحة أو ضمنا على اتباعه، فيما يتعلق بجزئية من جزئيات تطبيق العقد، ومن هذا القبيل في عقد البيع شرط استحقاق الثمن فورا، ويقال في هذا المعنى عبارة "شروط العقد".

3- ويقصد بالشرط في بعض الأحيان التكليف الذي يفرض على طرف في عقد ليس من طبيعته أن يلزم هذا العاقد بشيء، كما في الهبة المقترنة بشرط، وهو ما يعرف بالقانون الروماني بالتكليف في التبرعات.

4- وأخيرا قد يقصد بالشرط أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يتوقف على تحققه وجود الالتزام أو زواله. وهذا المعنى هو المقصود بالشرط الذي يلحق بالالتزام فيجعله موصوفا، والشرط بهذا المعنى أمر خارجي أو أمر عارض تضيفه

1) مدونة جستنيان (3: 15: 4).

2) د. سليمان مرقص: شرح القانون المدني، الجزء الثاني في الالتزامات، 1964م، بند 741. د. عبد الفتاح عبد الباقي: دروس في أحكام الالتزام، بند 138.

الإرادة إلى التزام استكمل كل العناصر التي يستلزمها القانون⁽¹⁾، وهذا هو المعنى محل الدراسة بالمبحث الحالي.

إذ قد عرف القانون الروماني الشرط بهذا المعنى، فورد بمدونة جستنيان: { - الاستيعاد المعلق على شرط هو ما يكون فيه قيام الالتزام موقوفاً على وقوع حادثة ما أو عدم وقوعها، ومثاله أن يقول: " إذا عين تيتوس قنصلا فهل تعدني خمسة دنانير ذهباً؟" ... و الاستيعاد الشرطي لا يترتب عليه سوى أمل في التزام⁽²⁾ }.

فيقرر النص طبيعة الشرط الواقف وهي طبيعة تتطابق مع طبيعته في الفقه القانوني الحديث إذ يمثل القانون الروماني الأصل التاريخي لهذا الفقه. ومن الأمثلة الرومانية للشرط: أن يعد الواعد في التعهد الرسمي بدفع مبلغ ما إذا قدمت السفينة من آسيا، وتكون صيغته: (أن يقول طالب التعهد: هل تعد بإعطاء مائة دينار إذا قدمت السفينة من آسيا؟ فيجيب المسئول: نعم أعد (Spondeo).

والشرط هنا يأتي بمعنى الأمر الذي يعلق الطرفان عليه انعقاد التصرف القانوني (Sub Condicione) ، وقد يكون الشرط إيجابياً أو سلبياً، ومعيار التفرقة بينهما هو هل الشرط يتضمن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فالشرط السلبي يتمثل في وجوب الامتناع عن عمل معين كشرط لتحقيق التصرف القانوني، ومثاله ان يقرر الموصي في وصيته أن شخصاً معيناً يكون وارثاً له إذا لم يحرر عبداً معيناً مملوكاً له⁽³⁾.

والشرط بهذا المعنى يختلف عند الرومان عن الشرط الذي يضمه المتعاقدان عقداً من العقود انعقد فعلاً وفقاً للشروط التي وضعها له القانون، إلا أن الطرفين قد أرادوا إدخال شروط أخرى عليه تزيد أو تنقص الالتزامات الناشئة عنه، والذي يعرف في القانون الروماني بالشرط الذي يصاحب انعقاد التصرف، أو

(1) د. أنور سلطان: أحكام الالتزام، النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، سنة 1974م، بند 193.
(2) مدونة جستنيان (3: 15: 4)، عبد العزيز فهمي: المرجع السابق، ص 209.
(3) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص 145.

الاتفاق المقترن بالعقد (Pactum adjectum)⁽¹⁾.

ونبحث موضوع الشرط في القانون الروماني من خلال مناقشة مدى معرفة القانون الروماني لنوعي الشرط، ثم حصر الخصائص الواجب توافرها لقيام الشرط في القانون الروماني، ثم بيان الآثار التي تترتب على الشرط الواقف في القانون الروماني، وأخيراً عرض أمثلة للتصرفات التي لا تقبل تعليقها على شرط في القانون الروماني، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مدى معرفة القانون الروماني لنوعي الشرط.

تحدث جستنيان "JUSTINIAN" عن الشرط الواقف للتصرف القانوني بكتاب المتون "Institut". حيث ذكر: "يجوز أن يكون البيع ناجزاً خالياً من القيود، وأن يكون معلقاً على شرط، ومثال المعلق على شرط أن يقال: إذا كان العبد "استيكوس" يعجبك من الآن إلى يوم كذا فإني أبيعه لك بثمن قدره كذا ديناراً ذهباً"⁽²⁾.

"- A sale may be contracted either under some condition or absolutely; under a condition as, for example, If Stichus pleases you before a certain day he shall be purchased by you for so many aurei"⁽³⁾.

والفقرة السابقة من مدونة جستنيان تدل على معرفة القانون الروماني لفكرة الشرط كوصف من أوصاف الالتزام، ويعتبر الشرط في النص السابق مقرر لمصلحة المشتري، وهو شرط واقف.

لذا رأى البعض أن الفكرة الرومانية للشرط تقابل فكرة الشرط الواقف في التقنيات الحديثة، أما الشرط الفاسخ باعتباره أمراً مستقبلاً غير محقق الوقوع يعلق

(1) د. شفيق شحاته: نظرية الالتزام في القانون الروماني، مكتبة مصطفى البابي الحلبي- القاهرة-1963م، ص308 309.

(2) عبد العزيز فهمي: ترجمة مدونة جستنيان في الفقه الروماني، عالم الكتب، بيروت، ص228. مدونة جستنيان (3 : 23 : 4).

(3) Institutes of JUSTINIAN (3: 23: 4).

على تحققه زوال التصرف القانوني، فهي فكرة حديثة لم يعرفها القانون
الروماني⁽¹⁾.

إلا أن البعض الآخر يرى أن القانون الروماني قد عرف الشرط الفاسخ
أيضا، وكانت بداية معرفته في مجال بيع الرقيق، حيث كان يتعهد البائع باستعادة
العبد فيما لو لم يعجب المشتري، ثم شمل هذا الشرط مختلف أنواع البيوع⁽²⁾.

والرأي الراجح أن القانون الروماني قد عرف الشرط الواقف والشرط
الفاسخ⁽³⁾ إلا أنه ميز بين النوعين في أسلوب التقرير؛ فالشرط الواقف يتضمنه
العقد الأصلي ليجعل وجوده متوقفا على تحقق الشرط، بحيث إذا تحقق الشرط وجد
العقد، وإذا تخلف لم يوجد.

أما الشرط الفاسخ باعتباره أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع يتوقف عليه
زوال الالتزام، بحيث إذا تحقق الشرط زال الالتزام، وإذا تخلف أصبح الالتزام باتا.
فإن أسلوب تقريره يأتي بشكل يختلف عما هو مقرر في القوانين المعاصر، إذ يقرر
الشرط الفاسخ في القانون الروماني من خلال اتفاق مستقل يتضمنه يلحق بالعقد
الأصلي الناجز. ليصبح العقد المعلق على شرط فاسخ متضمن لاتفاقيين؛ اتفاق
يمثل العقد الأصلي الناجز، واتفاق ثاني ملحق به مقتضاه فسخ العقد الأصلي مدى
تحققت واقعة مستقبلية معينة خلال فترة معينة، فإذا تحقق الشرط تحقق الاتفاق
وفسخ العقد الأصلي، أي يكون العقد الأصلي ناجزا، والاتفاق الملحق أو المقترن
به معلقا على شرط واقف من شأن تحققه فسخ العقد الأصلي⁽⁴⁾.

وقد ظهرت تطبيقات الشرط الفاسخ بهذا الأسلوب بشكل واضح في عقود

- 1) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص 144.
- 2) د. شفيق شحاتة: نظرية الالتزام في القانون الروماني، القاهرة 1963م، ص 240-241.
- 3) - إذ تناولت المدونة الشرط الفاسخ في الإيصاء فتقرر: "إذا كان الوصي مختارا بمقتضى وصية مقرر فيها بقاءه إلى أن يتحقق شرط معلوم، فبمجرد وقوع حادثة الشرط يسلبه صفة الوصي. المدونة: (1-22-2).
- والنص السابق يبرهن على أن القانون الروماني قد عرف الشرط الفاسخ، حيث تضمن أن الوصاية المقررة بموجب وصية تقرر بقاء الوصاية إلى أن يتحقق شرط محدد، فإن الوصاية تستمر في إنتاج آثارها القانونية إلى أن يتحقق الشرط فتنتضي بتحقيقه صفة الوصي.
- 4) د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 387.

البيع كعقد البيع المشروط بخيار النقد⁽¹⁾، وعقد بيع الوفاء⁽²⁾.

ومما يدل على معرفة القانون الروماني لنوعي الشرط (الواقف والفاسخ) ويدعم الرأي الراجح، اختلاف فقهاء القانون الروماني حول تكييف الشرط المقترن بعقد البيع كشرط خيار النقد، فسابينوس (Sabinus) يعتبر البيع المقترن بالشرط بيعا معلقا على شرط واقف (الجامع: 41: 4: 2: 3)، أي لا ينعقد العقد ولا ينتج أثره إلا بعد أن يتحقق الشرط⁽³⁾.

أما جوليانوس وبولس (الجامع: 18: 2/2)، يقولان بأن البيع المقترن بشرط هو بيع عادي منتجا لأثاره في الحال، أما إذا اختار من تقرر الشرط لمصلحته الفسخ، فإن العقد يفسخ وتزول جميع آثاره، وبذلك يكون الشرط المقترن بالعقد بمثابة اتفاق على فسخ العقد معلق على شرط واقف وهو تحقق الشرط الوارد بالعقد، وليس العقد هو المعلق على شرط فاسخ. أو بمعنى آخر؛ يكون شرط الخيار عبارة عن اتفاق على الفسخ معلق هو نفسه - لا العقد - على شرط واقف، ويكون انفساخ العقد عبارة عن إقالة تمت بإرادة الطرفين، بعد أن تحقق شرطها، ذلك لأن العقد وقد تم بالتراضي يعتبر منعقدا تماما ولن ينقضي أثره إلا بالتراضي على فسخه، والتراضي على الفسخ قد تم في ضمن شرط الخيار معلقا على شرط واقف.

وقد وفق جستنيان بين الرأيين: إذ جعل الأصل أن خيار الشرط المقرر للمشتري بمثابة اتفاق على الإقالة (الجامع: 18: 1: 3)، أي أخذ بتصوير جوليانوس وبولس، إلا أنه أجاز لطرفي العقد تعليق العقد نفسه على شرط واقف.

1) ومقتضى هذا الاتفاق يتفق المتعاقدان على أن يكون للبائع فسخ العقد إذ لم يؤد المشتري الثمن في خلال مدة معينة، ويعتبر العقد في ضوء هذا الشرط منعقدا في حق الطرفين جميعا، فهو ينتج جميع آثاره، فإذا تخلف الشرط استقر العقد واستمر في إنتاج آثاره. وإذا تحقق الشرط انفسخ العقد ويكون للبائع استرداد المبيع إن كان قد سلمه للمشتري عن طريق دعوى البيع. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 288.

2) ومقتضى هذا الاتفاق يتفق المتعاقدان على أن يكون للبائع استرداد المبيع في خلال مدة معينة، إذا قام برد الثمن وملحقاته للمشتري خلال هذه المدة. ويكون عقد البيع منعقدا ومنتجا لآثاره جميعا على أن يكون فسخه معلقا على شرط رد الثمن. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، نفس الموضوع.

3) د. شفيق شحاتة: المرجع السابق، ص 244.

وبذلك الرأي قرر جستياني نوعي الشرط سواء الفاسخ منه أو الواقف⁽¹⁾.

ويطرح الدكتور شفيق شحاتة تصورا لتبرير اختلاف الرأيين وللتوفيق بينهما من خلال التفرقة بين خيار الشرط المقرر لمصلحة البائع⁽²⁾، وخيار الشرط المقرر لمصلحة المشتري⁽³⁾، فإذا كان الشرط مقورا لمصلحة البائع، فالملكية لن تنتقل إلى المشتري ويكون العقد معلق انعقاده على شرط، أي يكون الشرط في هذه الحالة شرطا واقفا لطرفي العقد، ويكون العقد معلقا على شرط واقف⁽⁴⁾.

أما عقد البيع المقترن بشرط مقرر لمصلحة المشتري فهو عقد قد انعقد بالفعل وبموجبه تنتقل الملكية إلى المشتري قبل إجازته، أي قبل تحققه من مدى توفر الشرط، ذلك أن العقد قد انعقد في حق البائع لأنه لم يشترط لنفسه خيارا، إلا أن التزام المشتري الناشئ عن العقد يظل موقوفا على الإجازة فالخيار له والعقد لم ينعقد في حقه بعد. أي يكون الشرط في هذه الحالة شرطا واقفا بالنسبة لأحد المتعاقدين فقط، إذ يكون العقد موقوفا بالنسبة لأحد المتعاقدين وهو المشتري ومنعقدا في حق الآخر وهو البائع⁽⁵⁾.

ويترتب على ذلك نتائج غريبة إذ ستنقل الملكية للمشتري دون أن يلتزم بدفع الثمن فيجمع بذلك بين الشيء وثمنه!، أو أن يُخرج الشيء من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، ولكن من يكون المالك في هذه الحالة!⁽⁶⁾.

- (1) المرجع السابق، ص 245.
- (2) ويعرف بخيار البائع أو خيار الأفضل، كاتفاق البائع والمشتري على أن يكون للأول في خلال مدة معينة أن يرجع عن العقد في حالة عثوره على مشتري آخر يدفع ثمنا أعلى من الثمن الذي دفعه المشتري المتعاقد معه، أو قدم شروطا أفضل، فالملكية بمقتضى هذا الشرط لا تنتقل إلى المشتري ويكون للبائع في حالة تسليمه المبيع الحق في استرداده عن طريق دعوى البيع مدى تحقق الشرط. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 288.
- (3) كأن يشترط المشتري أن يجرب المبيع خلال مدة معينة ليتبين مدى صلاحيته للغرض المعقود منه أو ليستوثق من أن المبيع هو الشيء الذي يطلبه وفي هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري وفي حالة اختيار المشتري رد المبيع يستطيع أن يرجع على البائع بدعوى واقعية لاسترداد الثمن إن كان قد دفعه. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 287.
- (4) د. شفيق شحاتة: المرجع السابق، ص 246.
- (5) المرجع السابق، نفس الموضوع.
- (6) د. شفيق شحاتة: المرجع السابق، ص 247 والهامش رقم (1).

ولذلك نشأ الخلاف بين الفقهاء حول تكييف الشرط، وأمكن القول بأن رأي سابينوس السابق ذكره قد يكون له محل إذا نظر إلى العقد من ناحية الطرف الذي اشترط الخيار، فإذا كان البائع فالعقد يعتبر من هذه الحالة موقوفاً، أي معلقاً على شرط واقف، ولكن المشكلة تظهر في خيار المشتري إذ تنتقل بموجب الملكية إلى المشتري، مما أدى إلى الرأي المخالف وإلى اعتبار العقد منعقداً ومعلقةً إقالته على الشرط أي أنه مصحوب باتفاق على الإقالة وتكون الإقالة وحدها دون العقد معلقة على الشرط وهو ما يتفق مع الرأي الثاني⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الخصائص الواجبة لقيام الشرط في القانون الروماني.

يشترط القانون الروماني في الواقعة حتى تصلح لأن تكون شرطاً يعلق عليه الالتزام أن تكون أمراً مستقبلاً، غير محقق الوقوع، ومشروعاً. كما اشترط القانون الروماني بالإضافة لذلك شرطاً شكلياً في التصرفات المعلقة على شرط يتمثل في ضرورة التطابق بين الإيجاب والقبول في الألفاظ.

أولاً: - الشرط أمر مستقبل: اشترط القانون الروماني في الواقعة حتى تعتبر شرطاً أن تكون مستقبلة، أي أن يكون تحققها لاحقاً لانعقاد العقد، فالأمر الماضي أو الحاضر لا يصلح أن يكون شرطاً وقد تأكد وقوعه.

إذ تناولت مدونة جستنيان في الباب الخامس عشر من الكتاب الثالث شروط صحة الشرط وبينت أن محل الشرط يجب أن يكون محتمل الوقوع في المستقبل، وألا يكون محل الشرط وقائع أو أحداث قد تحققت في الماضي، أو متحققة بالفعل في الواقع أو الحاضر. وإلا كان الشرط سبباً في بطلان الالتزام. فورد في هذا المعنى:

{- إذا كان محل الشروط حوادث قد مضت وانتهت، أو حوادث متحققة في الحالة الراهنة، فإن شأنها يكون إما إبطال الالتزام على الفور، وإما عدم التأثير البتة تأثيراً معطلاً لوجوده. كما إذا قيل في الاستيعاد: " إذا كان تيتوس قد عين قنصلاً، أو إذا كان ما فيوس حياً، هل تعد بإعطائي كذا؟" ⁽²⁾.

(1) المرجع السابق، نفس الموضوع.

(2) مدونة جستنيان (3: 15: 6). عبد العزيز فهمي: المرجع السابق، ص 209-210.

إذ في هذه الصورة إما أن ظروف الواقع لا تكون موافقة لما ذكر في صيغتي الشرطين، وحينئذ تكون المشاركة لا قيمة لها، وإما أن تكون موافقة؛ وحينئذ تكون المشاركة صحيحة فور انعقادها. ذلك بأن الحادثة متى كانت حقيقة ثابتة في الواقع، فإن تشككنا في ثبوتها لا يمكن أن يعطل نشوء الالتزام المترتب عليها⁽¹⁾.

ثانياً: - الشرط أمر غير محقق الوقوع: ويجب كذلك أن تكون الواقعة المستقبلية غير محققة الوقوع، بمعنى أن يكون وقوعها أو عدم وقوعها أمراً محتملاً، وهو ما يفترض من ناحية ألا تكون مؤكدة الوقوع في المستقبل، ولا تكون من ناحية أخرى مستحيلة الوقوع. إذ لو كانت الواقعة مؤكدة الوقوع في المستقبل كانت أجلاً لا شرطاً، وإذا كانت مستحيلة الوقوع فلا تصلح أن تكون شرطاً.

ويكون الشرط ممكناً أو مستحيلاً بحسب ما إذا كان يتضمن أمراً ممكناً تحققه من الناحيتين المادية والقانونية أم لا. وقد ورد بالأصول والتقارير الخاصة بالالتزامات والمعاهدات التي تضمنها الملحق الثاني من مدونة جستنجان قواعد فقهية تعبر عن هذا الجانب ومنها: "إذ علق الالتزام على شرط مستحيل وقع باطلاً، والشرط المستحيل هو ما تمنع الطبيعة تحققه"، و"الشرط الكاذب من باب المستحيل"، و"مثال الشرط المستحيل: إذا لمست السماء باصبعك"، و"الشرط المستحيل تعتبر لغوا".⁽²⁾

ويتسبب الشرط المستحيل في إبطال الالتزام لأنه يستبعد امكانية وجود التصرف، ومع ذلك استثنى السابينيون - وتبعهم غالبية الفقهاء - من هذه القاعدة الشرط المستحيل المقترن بتصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فيعتبر الشرط كأن لم يكن ولا يؤثر في وجود التصرف⁽³⁾.

ويشترط في الاستحالة أن تكون دائمة، أي أن تكون قائمة وقت اشتراط الأمر المستحيل وبعد ذلك. فالاستحالة الطارئة (بمعنى أن يكون الأمر ممكناً وقت الاشتراط ثم يصير مستحيلاً بعدئذ) تعتبر تخلفاً للشرط يترتب عليه عدم وجود

1) مدونة جستنجان (3: 15: 6).

2) عبد العزيز فهمي: المرجع السابق، ص 385-387.

3) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص 146.

التصرف⁽¹⁾.

وقد تعرضت المدونة إلى هذا الشرط عند حديثها عن شروط الشرط الواقف وذلك بالبواب التاسع عشر من الكتاب الثالث منها، حيث بينت أن محل الشرط يجب أن يتوفر فيه ما يجب توفره في محل العقد من شروط، كوجوب أن يكون المحل موجودا، وممكنا لا مستحيلا، ومشروعا قابلا للتعامل فيه، وإلا وقعت المشاركة باطلة لبطلان الشرط. فبينت في البداية شروط محل التصرف القانوني فذكرت:

{- جميع الأشياء القابلة للتملك من منقول وثابت يصح أن تكون محلا للاستيعاد⁽²⁾. - لكن من تشارط على إعطائه شيئا غير موجود، أو مستحيل الوجود مثل العبد "ستيكوس" الذي مات من قبل، أو الغول (أي الكائن الوهمي الذي لا وجود له في الواقع). التي يستحيل وجدوهما فاستيعاده غير مفيد⁽³⁾}.

ثم أبرزت المدونة أن محل الشرط يجب ألا يكون مستحيلا، وإلا بطلت المشاركة، واعتبر التصرف ناجزا فجاء بها: {إذا علق الالتزام على شرط مستحيل فالمشاركة باطلة، والشرط المستحيل هو ما لا تسمح نوااميس الطبيعة تحققه، مثل: " إذا لمس السماء بأصبعي فهل تعد إعطائي كذا"، أما إذا كانت صيغة الاستيعاد هكذا: " إذا لم ألمس السماء بأصبعي فهل تعد بإعطائي كذا؟" فإن الالتزام يعتبر طلقا ناجزا، وتصح المطالبة على الفور تنفيذه⁽⁴⁾}.

ومما يتنافى مع عدم تحقق الوقوع أن يكون تحقق الشرط رهنا بمحض إرادة المدين وهذا المعنى يعد أصل من الأصول القانونية في القانون الروماني فقد ورد بمدونة جستينيان: "المشاركة المعلق نفاذها على مشيئة الملتزم لا حكم لها؛ كقولك هل تعطيني إذا شئت.⁽⁵⁾"

ويمكن تقسيم الشرط من حيث تعلقها بإرادة الشخص إلى ثلاثة صور هي:
أ- الشرط الاحتمالي: هو الشرط الذي يتكون من أمر مستقبل لا يتوقف تحققه

(1) المرجع السابق: نفس الموضوع.

(2) مدونة جستينيان (3: 19: فاتحة).

(3) مدونة جستينيان (3: 19: 1).

(4) مدونة جستينيان (3: 19: 11).

(5) عبد العزيز فهمي: المرجع السابق، ص385.

على إرادة أحد طرفي التصرف, ولكن يرجع إلى سبب أجنبي كواقعة مستقبلية, أو كحادث من حوادث الطبيعية, أو فعل صادر من الغير.

ومثال ذلك: أن ينص المورث في وصيته أنه: إذا لم يولد للشخص الموصى له ولد خلال خمس سنوات تالية للوصية, فعلى الورثة إعطائه ألف دينار من التركة⁽¹⁾.

ب- الشرط الإرادي: فهو الشرط الذي يتوقف وقوعه على إرادة أحد طرفي الالتزام ومثاله: ان يقرر المورث في وصيته انه إذا اعتق أحد رقيقه يصير وارثا⁽²⁾.

ج- الشرط المختلط: هو الشرط الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد طرفي الالتزام وبعامل خارجي معها, كمجرد الصدفة أو إرادة الغير, كما لو علق المورث منحه لمنزله إلى شخص معين بشرط زواج هذا الشخص من امرأة معينة, فهذا الشرط متعلق بإرادة من اشترط عليه الزواج, وإرادة من اشترط الزواج منه⁽³⁾.

كما يرتبط باشتراط أن يكون محل الشرط أمرا مستقبلا وغير محقق الوقوع تقسيم الشرط إلى شرط حقيقي وشرط غير حقيقي⁽⁴⁾: فيكون الشرط حقيقيا إذا علق على أمر تتوافر فيه الصفتان الآتيتان:

1- أن يكون قد علق عليه التصرف بناء على إرادة الطرفين وحدهما.

2- ان يتضمن عدم تأكد حقيقي من وقوعه في المستقبل.

أما الشرط غير الحقيقي فيكون في الحالة العكسية أي عندما لا تتوافر إحدى هاتين الصفتين. ومن ثم فإنه بالنسبة إلى الصفة الأولى تعتبر من قبيل الشروط غير الحقيقية الشروط التي تتقرر بناء على نص في القانون, كتعليق اكتساب التركة على شرط قرره القانون وهو قبول التركة.

(1) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق, ص 144.

(2) د. صبيح مسكوني: القانون الروماني, مطبعة شفيق - بغداد, الطبعة الأولى, 1968م, ص 383.

(3) المرجع السابق, ص 384.

(4) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق, ص 145.

ولذلك لا يترتب أي أثر خاص على اشتراط الموصي في وصيته بأن يكون شخصا ما وارثا إذا قبل التركة. وبخصوص الصفة الثانية، يعتبر الشرط غير حقيقي إذا تضمن أمرا تم فعلا وقت التعليق، إذ أن عدم التوقع الموضوعي لا يتحقق إلا بالنسبة للأمر المستقبلي، لا بالنسبة للأمر الحاضر أو الماضي. ففي الحالة الأخيرة لا يوجد إلا عدم توقع شخصي. ويترتب على ذلك أن التصرف يوجد مباشرة طبقا لتحقيق الأمر الذي يتضمنه الشرط، ولا يوجد إذا تخلف هذا التحقق.

وبعبارة أخرى أن التصرف الذي يعلق وجوده على أمر تم فعلا وقت التعليق يكون تصرفا منجزا، ولو كان الطرفان يجهلان تحقق هذا الأمر وقت اتفاقهما. ونضيف إلى ذلك أنه يعتبر من قبيل الشروط غير الحقيقية الشروط المستحيلة لأنه يكون محققا عدم وقوعها. ومن أمثلة الشروط التي تتضمن عدم توقع شخصي: هل تعد بدفع مائة دينار إذا كان تيتيوس حيا؟

ثالثاً: - يجب أن يكون الشرط مشروعاً قابلاً للتعامل فيه: ومعيار تحديد مدى مشروعية الشرط يعتمد على طبيعة الأمر الذي يعلق التصرف على تحقيقه، وبالتالي يعتبر التعهد الرسمي الذي يتضمن تعهداً من قبل الواعد بدفع مبلغ من النقود إلى شخص ما إذا ارتكب جريمة من الجرائم يكون غير مشروع، وبالعكس إذا ما تضمن التعهد الرسمي تعهداً بتعويض الضرر إلى المعتدى عليه إذا ارتكب شخص في حقه جريمة ما، فيكون مشروعاً⁽¹⁾.

كما يجب أن يكون محل الشرط مما يجوز التعامل فيه، فإذا ورد على أشياء لا يجوز التعامل فيها بطل الشرط والتصرف إذ سيعكس هذا النوع من الشرط عدم مشروعية سبب التصرف.

فقد جاء بمدونة جستينيان: { - والقاعدة الواحدة (أي بطلان التصرف) في من تشارط على اعطائه شيئاً مقدساً، أو شيئاً دينياً كان يظن أنه مما يرد عليه حق العباد، أو شيئاً عامماً مما هو مخصص لاستعمال جمهور الأمة، كميدان عمومي أو مسرح تمثيل، أو إنسان حراً كان يظنه رقيقاً، أو شيئاً محظوراً عليه

(1) المرجع السابق، ص 146.

التعامل فيه، أو شيئاً داخلاً من قبل في ملكيته هو⁽¹⁾.

كما نفت المدونة القبول بالتصرفات القانونية التي محلها أشياء خارجه عن التعامل كالأشياء المخصصة للنفع العام، أو مملوكة للغير، اعتماداً على أن هذه التصرفات معلقة على شرط واقف وهو زوال سبب عدم مشروعية المحل، كانتقال الشيء العام من الملكية العامة إلى الملكية الخاصة. أو أن يصير الشيء الغير مملوك للبائع مملوكاً له في المستقبل، وكأن يصبح الشخص محل التصرف رقباً بعدما كان حراً. فورد بها:

{ولا يصح اعتبار الاستيعاد موقوفاً (يعني لازماً موقوف النفاذ) بحجة أن الشيء العام يمكن أن يخرج من الملكية العامة إلى الملكية الخاصة، أو أن الرجل الحر يمكن أن يقع في الرق، أو أن الشيء المملوك لمن صدر منه الاستيعاد قد ينقطع عنه ملكه. كلا، بل أن الاستيعاد في كل هذه الأحوال يقع ابتداءً غير مفيد⁽²⁾.}

{- كذلك لا فائدة في استيعاد الشيء استيعاداً منصباً على صورة ما إذا صار الشيء في المستقبل مملوكاً للمستوعد⁽³⁾.}

- أثر تخلف خصائص وشروط الواقعة محل الشرط: بينت مدونة جستنيان أن تخلف شروط محل الشرط - لسبب يخرج عن إرادة المتعاقد - بعد ما كانت

كناية الحقوق

1) مدونة جستنيان (3: 19: 2).

2) مدونة جستنيان (3: 19: 2).

3) وقد ورد بمدونة جستنيان في موضع آخر تطبيق لهذه الفكرة فورد بها (3: 19: 22). يقول أكارياس: "يلاحظ أن هذا حكم غريب، وصورته مما لا يخطر عادة بالبال، وهو يساوي بالضبط الاستيعاد المعلق على شرط مستحيل باطل، ذلك أن صورة هذا الحكم هي أن (أ) يريد أن يحصل على حصان غير مملوك له في الآونة الحاضرة، فيتعاقد مع (ب) على أن يأتي له (ب) هذا الحصان. فواضع الحكم الذي نحن بصدده يقول إن (أ) هذا إذا استوعد (ب) أن يكون إتيانه بالحصان له، هو عندما يصبح الحصان ملكاً ل (أ) المستوعد كان الإيجاب باطلاً لا أثر له. وهذا بديهي. لأن الحصان متى صار في ملك (أ) فإن (أ) لا يطلب امتلاكه مرة أخرى إذ دخوله في ملكه مرتين مستحيل. فكان استيعاد (أ) معلق على شرط مستحيل كما تقدم. وظاهر أن هذا من ثغرات فقهاء الرومان وفرضهم، الفروض الغريبة ووضع أحكام لها" عبد العزيز فهمي: مدونة جستنيان ص 220 هامش (1).

كاملة وصحيحة من شأنه إبطال المشاركة بعد ما كانت قد نشأت صحيحة، أي أن شروط المحل شروط لازمة للنشأة وللاستمرار، وأن تخلفها يؤدي إلى إبطال المشاركة سواء تحقق هذا التخلف مع بداية المشاركة، أو في فترة التعليق، أو أثناء التنفيذ. وهذا المعنى قد ورد بالمدونة بالصيغة التالية:

{وكذلك لو كان العكس بأن كان استبعاد الشيء صحيحا ابتداء ولكن عرض من بعد - بغير فعل المتعهد - ما أوقع الشيء في إحدى الحالات المتقدمة، فإن المشاركة تسقط. كذلك ما يكون من الاستيعادات بعبارة: "هل تعديني بأن تعطيني" لوسيوس تتوس" عندما يصير رقيقا؟" فإنه وأمثاله يقع باطلا ابتداء. وذلك لأن الأشياء الخارجة بطبيعتها عن تناول الملكية الخاصة لا يصح بوجه من الوجوه أن تكون محل التزام⁽¹⁾.}

وبالإضافة للخصائص والشروط السابقة فقد اشترط القانون الروماني لصحة التصرف المعلق على شرط تحقق التطابق بين الإيجاب (السؤال) والقبول (الجواب) المكونان للتصرف (الاستيعاد) المعلق على شرط واقف، بتضمنهما صيغ توافقية تعبر عن اتجاه إرادة طرفي التصرف القانوني إلى التعليق فورد بها:

{كذلك يكون الاستيعاد غير مفيد إذا لم يطابق الجواب السؤال، كأن يسألك أحد عشرة فيجيب عن خمسة، أو العكس أو كأن يكون الاستيعاد طلقا خاليا عن القيود فتجيب عن خمسة، أو العكس؛ أو كأن يكون الاستيعاد طلقا خاليا عن القيود فتجيب مع التعليق على شرط، أو العكس. ولكن يلزم في كل هذا أن يكون عدم المطابقة مدلولاً عليه بقوله صريحة في عبارة الجواب ذاتها، كأن يكون في عبارة السؤال تعليق على شرط أو إضافة إلى أجل، فتأتي عبارة الجواب هكذا: "إني أعد حالا". أما لو أنك في الجواب اقتصررت على قولك: "إني أعد⁽²⁾" لما كان المفهوم من هذه العبارة الموجزة إلا أنها تتضمن نفس الأجل أو الشرط الذي في السؤال، مادام الواعد ليس محتوماً عليه أن يعيد في جوابه جميع الألفاظ التي استعملها المستوعد في سؤاله⁽³⁾.}

(1) مدونة جستنيان (3: 19: 2). عبد العزيز فهمي: المرجع السابق، ص 214.

(2) أي بغير كلمة "حالا" بما تحقق التطابق بين السؤال أو الإيجاب، وبين الإجابة أو القبول.

(3) مدونة جستنيان (3: 19: 5). عبد العزيز فهمي: المرجع السابق، ص 216.

الفرع الثالث: الآثار التي تترتب على الشرط الواقف في القانون الروماني:
يرتب القانون الروماني عن الشرط الواقف أثناء فترة التعليق وقبل أن يعرف مصيره
آثارا تختلف عما يترتب بعد انتهاء التعليق وتبين مصيره تحققا أو تخلفا.

أولاً: آثار الشرط في فترة التعليق (قبل معرفة مصيره): أي الفترة ما بين إبرام
التصرف وبين لحظة بيان مصير الشرط من حيث تحققه أو تخلفه، وقد اختلف
فقهاء الرومان حول آثار هذه المرحلة على النحو التالي:

1- ذهب فريق يمثله الفقيه Labéon إلى القول بأن العقد المعلق على
شرط لا يوجد ولا ينعقد إلا بتحقق الشرط، ويترتب على هذا الرأي جملة من النتائج
القانونية في ضوء قواعد القانون الروماني تتمثل فيما يلي⁽¹⁾:

- أن المدين الذي يسدد خطأ دينه المترتب على عقد معلق على شرط
واقف، يجوز له استرداده بموجب دعوى استرداد الدين غير الواجب الدفع.
- في عقد البيع المعلق على شرط واقف يترتب على هلاك الشيء المبيع
هلاكا كلياً قبل تحقق الشرط منع انعقاد العقد لعدم وجود المحل، وتحمل
البائع تبعه الهلاك.
- إذا تسلم شخص شيئاً مملوكاً للغير بموجب عقد بيع معلق على شرط
واقف، فلا يمكن لمن تسلمه أن يملكه بالتقادم القصير، لأن البيع لم
يوجد بعد ولا يوجد بالتالي السند الصحيح الواجب توفره في التملك بالتقادم
القصير⁽²⁾.

2- ذهب فريق يمثله السابينيون إلى أن العقد خلال هذه المرحلة يكون

1) د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 385.

2) كان التقادم القصير في القانون القديم يستلزم فقط استعمال الشيء بصورة مستمرة، ولمدة
معينة دون اشتراط سبب صحيح يستند عليه وضع اليد، ولا النية الحسنة لدى واضع اليد.
أما في العصر العلمي فقد كان لا بد من توفر أربعة شروط لكي يتم نقل الملكية بالتقادم
القصير هي: أن يكون المال داخلاً في دائرة التعامل، و أن يكون وضع اليد مستمراً للمدة
المقررة قانوناً، وأن يستند وضع اليد في التقادم على سبب صحيح أو سند صحيح أو أساس
قانوني يبرر وضع اليد عند من يريد تملك الشيء بالتقادم القصير، وأخيراً أن يكون واضع
اليد حسن النية. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 174 وما بعدها.

ناقصا وغير بات، إذ لا يتحقق له الكمال والتمام إلا بتحقق الشرط، وأن الالتزام الناشئ عنه وإن كان محتمل الوقوع إلا أنه موجود من يوم الاتفاق⁽¹⁾، أي أن الحق المعلق على شرط واقف يكون موجود ولكنه غير بات ولا نافذ، إذ لا يوجد إلا مجرد أمل، وهذا المعنى قد عكسته المدونة فورد بها: "الاستيعاد الشرطي لا يترتب عليه سوى أمل في الالتزام"⁽²⁾.

وقد رتب القانون الروماني في ضوء هذا الرأي بعض الأحكام خلال فترة التعليق ومنها:

- انتقال التصرف القانوني المعلق على الشرط إلى الورثة. فقد ورد بالمدونة بعد أن بينت أن الاستيعاد الشرطي لا يمثل سوى أمل في الالتزام فذكرت أن هذا الأمل: "...ينتقل إلى لوراثتنا إذا متنا قبل وقوع حادثة الشرط"⁽³⁾.

- تقرير اجراءات للمحافظة على الحق المعلق على شرط عن طريق البريتور منذ العصر العلمي⁽⁴⁾.

- أنه يجب الرجوع إلى وقت التعاقد لتحديد أهلية المتعاقدين.

- أن المدين في العقد المعلق على شرط واقف يقع عليه الالتزام بالعقد بالرغم من عدم وجوده التام، وعليه فلا يجوز للمدين تحت شرط واقف أن يعطل تحقق الشرط بسوء نية، وإلا أعتبر الشرط متحققا واستحق عليه أداء الالتزام⁽⁵⁾.

وقد أخذ جستنيان بالرأي الثاني تقديرا لمبدأ الرضائية، ومما يدل على ذلك ما ورد بمدونته ما يفيد؛ أن الحالات التي اعتبرت قديما استثناء على أثر الشرط الواقف في القانون الروماني أثناء فترة التعليق حيث الاعتداد بالتصرف والاعتراف ببعض آثاره قبل تحقق الشرط أي قبل نفاذه، أصبح حكمها يمتد لجميع التصرفات مدى اتفق المتعاقدين على ذلك، وبذلك قد اعترف بوجود التصرف رغم تعليقه على شرط:

(1) د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 385.

(2) مدونة جستنيان: (3-15-4).

(3) مدونة جستنيان: (3-15-4).

(4) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص 147.

(5) د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 386.

فقد ورد بالمدونة (3: 19: 14): {كذلك - يراجع (3-19-13) من المدونة- الاستيعاد بمثل: " إذا وصلت السفينة الفلانية من آسيا غدا، هل تعديني بإعطائي اليوم كذا؟" كان يعتبر عبثا غير مفيد؛ لأنه مقلوب الوضع عقلا⁽¹⁾، لكن الإمبراطور ليون- أحسن الله ذكره- رأى أن مواد المهر يحصل فيه مثل هذا الاستيعاد، ويطلق عليه وصف المقدم *prépostère*، وأنه لا ينبغي اطراحه. ولقد رأينا نحن من المصلحة تقرير صحته بوجه عام بحيث أصبح الآن جائزا، لا في مواد المهر بحسب، بل وفي جميع المواد الأخرى إطلاقا⁽²⁾ }.

وقد علق الفقيه "أرتولان" على ذلك النص تعليق بيان وتبرير فقال: " أليس أن مقصود المتعاقدين الذين يتم بينهم استيعاد من هذا القبيل هو أن يكون هذا الاستيعاد ناجزا، ولكن نفاذه موقوف على تحقق الشرط، بحيث إذا تحقق كان للمستوعد أن يتقاضى من الواعد لا الشيء الموعود به فقط بل هذا الشيء وفوائده، أو ثمراته محسوبة من تاريخ الاستيعاد، كما لو كان الوفاء حصل في يوم الاستيعاد نفسه⁽³⁾."

فتعليق "أرتولان" يؤكد على ضرورة احترام إرادة المتعاقدين، والاعتراف بالوجود القانوني التصرف القانوني المعلق على شرط.

ثانيا: - آثار الشرط بعد انتهاء فترة التعليق: ينتهي التعليق إما بتحقق الشرط، أي حدوث الأمر المشروط المعلق عليه آثار التصرف على النحو المتفق عليه بين المتعاقدين، وإما بتخلفه أي عدم وقوع هذا الأمر.

فإذا تحقق الشرط الواقف فإن حق الدائن الذي كان محتلا أثناء فترة

1) حيث أنه قدم المسبب على سببه. عبد العزيز فهمي: المرجع السابق، ص 218، هامش (1).

2) يقول أرتولان: " إن جستنيان استبقى مثل هذه الاستيعادات واعتبرها شرطية بحصول الوفاء بها عند تحقق الشرط". ثم يبدي من بعد، ما يراه هو مسوغا لما قرره جوستنيان فيقول: " أليس أن مقصود المتعاقدين اللذين يتم بينهم استيعاد من هذا القبيل هو أن يكون هذا الاستيعاد ناجزا، ولكن نفاذه موقوف على تحقق الشرط، بحيث إذا تحقق كان للمستوعد أن يتقاضى من الواعد، لا الشيء الموعود به فقط، بل هذا الشيء وفوائده أو ثمراته محسوبة من تاريخ الاستيعاد كما لو كان الوفاء حصل في يوم الاستيعاد نفسه". انظر. عبد العزيز فهمي: ترجمة مدونة جستنيان ص 218 هامش (2).

3) عبد العزيز فهمي: ترجمة مدونة جستنيان، هامش (2) ص 218.

التعليق يصبح حقا مؤكدا واجب النفاذ. أما إذا تخلف الشرط الواقف امتنع وجود الحق المحتمل الذي كان للدائن، واعتبرت رابطة الالتزام كأن لم تنشأ بين المتعاقدين.

وقد اختلفت الآراء حول مدى أخذ جستنيان بالأثر الرجعي لتحقيق الشرط، أي إذا كان من الواجب اعتبار التصرف منجزا وكاملا منذ الوقت الذي نشأ فيه، أم يستند أثره إلى الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

ويذهب رأي إلى أنه لم يكن للشرط أثر رجعي في العصر العلمي، بعكس قانون جستنيان الذي أخذ بمبدأ الأثر الرجعي للشرط، ومع ذلك لا يمكن الجزم بأن القانون الروماني في العصر العلمي لم يأخذ بهذا المبدأ⁽¹⁾.

وذهب رأي آخر إلى أن القانون الروماني لم يأخذ بمبدأ رجعية الشرط الواقف، وأن ما ذهب إليه شرح القانون الروماني في الوقت الحاضر من تفسير القواعد الرومانية بهذا المبدأ لا تؤيدها النصوص وإنما يجب تفسيرها بفكرة الحق الاحتمالي للدائن⁽²⁾.

ويرى الباحث أن الرأي الأول هو الأرجح لأنه في ضوء ما ورد بالمدونة (3: 19: 14) يمكن القول بأن القانون الروماني قد أخذ بالأثر الرجعي لتحقيق الشرط منذ عهد جستنيان، حيث اعترف جستنيان بالتصرف القانوني خلال تعليقه دون نفاذه، يؤكد على أن أثر تحقق الشرط يكون بأثر رجعي من باب أولى.

الفرع الرابع: التصرفات التي لا تقبل تعليقها على شرط في القانون الروماني⁽³⁾:

في ضوء أحكام القانون الروماني يتبين أن هناك تصرفات تقبل اقتران الشروط بها وتصرفات لا تقبل ذلك، فبعض تصرفات وأعمال القانون المدني لا تقبل أن تعلق على شرط، أما بسبب طبيعتها، أو بسبب أهمية العمل القانوني الذي لا يقبل أن يعلق آثاره على أمر غير محقق الوقوع. إذ يترتب على اقتران الشرط بهذا

1) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص 148.

2) د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 387.

3) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص 147.

النوع من الأعمال القانونية بطلان العمل القانوني.

ومن ثم لا يقبل الشرط - وفقا للقانون الروماني- بالنسبة إلى الإشهاد⁽¹⁾,
والدعوى الصورية⁽²⁾, والإبراء اللفظي, لأنها تتضمن ما يفيد التأكيد بالوجود
الحالي لأمر من الأمور, وهذا لا يتلاءم منطقيا مع مفهوم الشرط; بما يعنيه من
عدم وجود العمل القانوني إلى أن يتحقق الأمر المعلق عليه.

فمن يعلن كونه مالكا لشيء ما, أو أنه قبض قيمة الدين الموجود في ذمة
شخص ما, لا يمكنه أن يعلن في نفس الوقت أن الملكية ليست له حاليا, أو أن
انقضاء الدين لا يتحقق بسبب تعليق الإشهاد أو الإبراء اللفظي على شرط.

ولا يقبل الشرط أيضا بالنسبة إلى قبول التركة, واختيار الرقيق, لأن
التصرفات المذكورة تقتضي أن تكون أثارها فورية ولا يجوز الرجوع فيها.

كذلك لا يقبل تعليق الهبة على شرط واقف حيث يشترط القانون الروماني
أن تكون نافذة ومنتجة لأثارها فور التعاقد حيث ورد بمدونة جستنيان: "أنها - أي
الهبات - بمجرد ما يتم انعقادها تكون لازمة لا يجوز الرجوع فيها بدون مسوغ"⁽³⁾.

(1) الإشهاد (Mancipatio): هو شكل من الأشكال الرسمية الشفهية التي عرفها القانون
الروماني كطريقة لنقل ملكية الأموال النفيسة بين الرومان. د. عبد السلام ترماتيني:
محاضرات في القانون الروماني, المرجع السابق, ص107.

(2) الدعوى الصورية (In jure cession) أو التنازل أمام القاضي: هي عبارة عن إجراء يتم
أمام الحاكم القضائي (أي البريتور المدني في روما, وحكام الولاية بالنسبة إلى الولايات)
لنقل ملكية الأشياء النفيسة وغير النفيسة ويتكون من دعوى استرداد صورية, حيث يذهب
الطرفان إلى الحاكم القضائي ويقوم الطرف الذي يريد اكتساب الشيء من الآخر بالادعاء بأنه
صاحب الحق على الشيء ولا يعترض الطرف الآخر بل يصمت وبالتالي يقرر البريتور الحق
لصالح المدعي. ولذلك لا يتصور أن يكون هذا الادعاء معلق على شرط.
د. عبد السلام ترماتيني: محاضرات في القانون الروماني, المرجع السابق, ص109, د. عبد
المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق, ص202.

(3) تمثلت مسوغات الرجوع في الهبة في عصر الامبراطورية السفلى(284م:565م) فيما يلي:
1- جحود الموهوب له فضل الواهب فورد بمدونة جستنيان (2-7-2): "ثم ليكن معلوما أن
الهبات مهما تكن لازمة نافذة فإن جحود الموهوب لهم فضل الواهبين يجيز لهؤلاء في بعض
الصور أن يرجعوا في تبرعاتهم, وهذا وقاية للذين جادوا بأموالهم من إساءة الموهوب لهم
إليهم, ومن أن يضيعوا عليهم أموالهم عبثا". 2- إذا ما رزق الواهب ولدا فإنه يستطيع
الرجوع في الهبة الصادرة منه لمعتقه. د. شفيق شحاته: المرجع السابق, ص294.

وانعقادها يتم بمجرد ما يظهر الواهب رغبته فيها سواء بالكتابة أو بغير الكتابة...⁽¹⁾.

وقد استتنت مدونة جستنيان نوعا من الهبات من هذا الحكم وسمحت بتعليقها على شرط واقف، وهذا النوع هي الهبة السابقة على الزواج أو الهبة بسبب الزواج، إذ كان المتبع فيها أنها تنعقد مقترنة بشرط ضمني مقتضاه أنها لا تكون نهائية إلا إذا تحقق الزواج فعلا⁽²⁾.

المطلب الثاني

الأجل - Dies

تمهيد: الأجل وصف كالشرط يلحق برابطة الالتزام فيحولها من رابطة منجزة واجبة التنفيذ، إلى رابطة مؤجلة التنفيذ يرتبط مصيرها بحلول هذا الأجل. وبتناول الأجل في القانون الروماني من خلال بيان تعريفه، والفرق بينه وبين الشرط، ثم سرد الآثار التي تترتب على الأجل، وأخيرا شرح أحكام الأجل بمدونة جستنيان، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: - تعريف الأجل والفرق بينه وبين الشرط. للأجل طبيعة وخصائص تميزه عن الشرط، وفيما يلي نتناول تعريفه الذي يعكس طبيعته، ثم نبرز الفرق بينه وبين الشرط في ضوء أحكام القانون الروماني:

أولا: تعريف الأجل: الأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على حلوله نفاذ التصرف القانوني، وهذا هو الأجل الواقف، ويسمى التصرف الذي يضاف إلى هذا النوع من الأجل تصرفا "A diem"، ويمكن عن طريق اقتران اتفاق بالتصرف الرئيسي، تقرير أجل يؤدي وقوعه إلى انقضاء التصرف، وهذا هو الأجل الفاسخ، ويسمى التصرف الذي يضاف إلى هذا النوع من الأجل: تصرفا "In diem"⁽³⁾.

لذا عرف الأجل بأنه: " أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ

1) مدونة جستنيان (2-7-2).

2) مدونة جستنيان (3-7-2).

3) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص 148.

الالتزام أو انقضائه"⁽¹⁾.

وقد يكون الأجل معيناً أي محددًا بتاريخ معين كما إذا تعهد المقرض بدفع قيمة القرض في تاريخ محدد، وقد يكون غير معين كما إذا تعهد شخص بشراء منزل معين بعد وفاة شخص معين. إذ الموت أمر محقق الوقوع ولكن لا يدري أحد متى يقع⁽²⁾.

ثانياً - الفرق بين الشرط والأجل: يتبين مما سبق أن الأجل يشترك مع الشرط في أنه أمر مستقبل، ويختلف عنه في أنه أمر محقق الوقوع؛ ومن ثم لا يوجد حالة تعليق كما الشأن في الشرط. وفي هذا يكمن الخلاف الجوهرى بين الشرط والأجل، حيث أن الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع، أما الأجل فأمر مستقبل محقق الوقوع.

ويلاحظ أن التصرفات التي لا تقبل الاقتران بشرط، لا تقبل كذلك الاقتران بأجل، ويترتب على هذا الاقتران البطلان. والعكس غير صحيح إذ التصرفات التي لا تقبل الاقتران بأجل قد تقبل الاقتران بشرط كالوصية المقررة للميراث الجعلي أي الذي ينظم بإرادة المورث.

فورد بمدونة جستنيان: "اتخاذ الوارث يجوز أن يكون منجزاً أو معلقاً على شرط، ولا يجوز أن يكون لأجل معلوم أو من بعد أجل معلوم. أي لا يجوز للموصي أن يقول مثلاً: "جعلت فلاناً وارثاً إلى مدة خمس سنوات من وفاتي، أو ابتداء من تاريخ كذا، أو جعلته وارثاً إلى تاريخ كذا، فإن قاله بطل الأجل وكان اتخاذ الوارث المذكور ناجزاً"⁽³⁾.

فالنص السابق يقرر أن الميراث الجعلي يجوز أن يكون معلقاً على شرط، ولا يجوز أن يكون مضافاً إلى أجل، وإذا أضيف إلى أجل كانت الوصية ناجزة وبطل

1() وهذا التعريف مستقى من نص المادة (271) من القانون المدني المصري والتي ورد بها أنه: " يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضائه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع".

2() د. صبيح مسكوني: القانون الروماني، مكتبة شفيق- بغداد، 1968م، الطبعة الأولى، ص 379.

3() مدونة جستنيان (2: 14: 9).

الأجل.

الفرع الثاني: الآثار التي تترتب على الأجل: تختلف هذه الآثار بحسب ما إذا كان الأجل واقفاً أو فاسخاً⁽¹⁾.

أولاً: - آثار الأجل الواقف (Le terme suspensif)⁽²⁾: يكون الأجل واقفاً متى كان نفاذ العقد مترتباً على حلوله، وهذا المعنى يمثل أثر الأجل الواقف إذ الالتزام في العقد المعلق على شرط واقف يولد مباشرة بمجرد التعاقد، ولكنه مترخي النفاذ إلى حين حلول الأجل المتفق عليه. ذلك لأن الأجل ليس عنصراً جوهرياً في تكوين العقد، بل يقتصر بالعقد بعد أن يستوفي العقد أركانه وشروطه، ليجعله مترخي التنفيذ بدلاً من أن يكون ناجزاً واجب الأداء في الحال.

ويختلف مدى أثر الأجل الواقف حسب إن كان التصرف من التصرفات المكسبة للحقوق العينية أم من التصرفات المكسبة للحقوق الشخصية على النحو التالي:

1- بالنسبة إلى التصرفات المكسبة للحقوق العينية، فإن الملكية لا تنتقل إلا بحلول الأجل، مثال ذلك الوصية ببعض المال بطريقة التملك الفوري في الأعيان المعينة⁽³⁾.

2- أما بالنسبة للتصرفات المكسبة للحقوق الشخصية (الالتزامات)، فإن حقوق الدائن تنشأ فور إبرام هذه التصرفات، إلا أنها حقوق غير مستحقة الأداء (أي غير نافذة)، ويترتب على ذلك:

أ- لا يحق للدائن المطالبة بدينه إلا بجدول الأجل المحدد لاستحقاقه⁽⁴⁾.

1) وهذا الاختلاف قد أبرزته المادة (274) من القانون المدني المصري فالفقرة الأولى منها تقرر: "إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل..." وتقرر الفقرة الثانية منها: "ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي".

(2) - May G: *Eléments*, op. cit., p.467. -Cuq E: *Mannuel des institutions juridiques des romains*, 1917, p. 399.

(3) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص 149.

(4) المدونة (2-15-3).

وإن رفع دعوى لاقتضاء دينه قبل حلول الأجل الواقف سقط حقه في المطالبة القضائية به لعدم جواز رفع الدعوى قبل حلول أجل الدين، إلا أن "زينون" قد لطف من قساوة هذا الحكم، إذ سمح للدائن بإعادة رفع الدعوى على المدين بعد حلول الأجل بشرط تعويض الأخير عن مصروفات التي تحملها في الدعوى الأولى. وإن كان للدائن الحق في إقامة الدعوى على المدين قبل حلول الأجل إذا كان هذا الأخير معسرا⁽¹⁾.

وهذا المعنى قد عبرت عنه الفقرة الأولى من المادة (274) من القانون المدني المصري الحالي، إذ تقرر أن للدائن في الدين المضاف إلى أجل واقف الحق في أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه حتى قبل انقضاء الأجل، وذلك اعترافاً بوجود العلاقة الإلزامية بينه وبين المدين.

ب- إذا وفى المدين بالدين قبل حلول الأجل اختياراً لا إجباراً كان الوفاء صحيحاً، إذ أنه واجب ما دام أن العلاقة الإلزامية موجودة⁽²⁾ باعتبار أن الدين ترتب من وقت التعاقد. ولا يستطيع المدين التمسك بعد ذلك بأنه دفع ما لا يجب، كما لا يستطيع التمتع بدعوى استرداد ما دفع من غير سبب "condictio indebiti".

إلا ان المدين لا يستطيع الوفاء قبل حلول الأجل إذا كان الأجل مقرراً لمصلحة الدائن كما في حالة القرض بفائدة⁽³⁾.

ثانياً: - آثار الأجل الفاسخ (Le terme résolutoires)⁽⁴⁾: يراد بالأجل الفاسخ ترتيب انقضاء الالتزام العقدي صراحة أو ضمناً على حلول الأجل، فالوصف هنا يلحق مدة الالتزام في العقد لا نشوء الالتزام.

وقد كان القانون المدني الروماني القديم يقرر قاعدة مفادها: "عدم جواز

(1) د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 381.

(2) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص 149.

(3) د. صبيح مسكوني: القانون الروماني، المرجع السابق، ص 381.

(4) May G: *Eléments*, op. cit., p.470- 471. Cuq E: *Mannuel Manuel*, op. cit., p.401.

الالتزام لمدة موقوته" أي أنه كان يحظر الالتزام المؤقت، إلا أن البريتور احتراماً لإرادة المتعاقدين تدخل للتخفيف من حدة هذه القاعدة، فمنح المدعي عليه الحق في استعمال دفع الالتزام بالاتفاق، تقديماً للاتفاق على القاعدة القديمة، ثم اختلط هذا الدفع بالدفع بالغش لمقابلة دعوى المدعي المقامة عند حلول الأجل⁽¹⁾.

و من أهم تطبيقات التي تعكس دور البريتور في تطوير أحكام الشرط الفاسخ في القانون الروماني؛ حالة اشتراط توفير إيراد أو دخل معين لمدى الحياة لصالح شخص معين، على أن يُدفع في أقساط شهرية أو سنوية. إذ كان السؤال: هل يمتد هذا الإيراد إلى ورثة الدائن المستفيد أم ينقضي بوفاة؟ فأفتى الفقهاء الرومان بأن هذا الالتزام هو واحد، وغير محدد، ومؤبد، وبالتالي يستطيع الورثة المطالبة بالانتفاع من التعهد بالزام المتعهد تنفيذ التزامه.

إلا أن البريتور مراعاة لسلطان الإرادة؛ وجد أن هذه الفتوى تعتبر مخالفة لإرادة الطرفين التي كانت متجه نحو جعل الإيراد مرتباً لمدى حياة المستفيد فقط دون أن تمتد إلى ورثته، أي أنه التزم مؤقت، لذا فقد منح البريتور دفع الغش إلى المدين لرد دعوى الورثة بدفع الإيراد لهم⁽²⁾.

ومن هنا فإنه يترتب على الأجل الفاسخ جميع الآثار التي تترتب على الشرط الفاسخ، بمعنى أنه يوجد اتفاق مقترن بالتصرف الرئيسي المنجز، وهذا الاتفاق يتضمن الأجل الذي يترتب على حله انقضاء التصرف الرئيسي⁽³⁾.

الفرع الثالث: أحكام الأجل بمدونة جستينيان:

تناولت مدونة جستينيان أحكام إضافة الالتزام إلى أجل فوراً بها: { - كل التزام بطريق الاستيعاد فهو إما ناجز أي مطلق خال عن القيود، وإما مضاف إلى أجل، وإما معلق على شرط.... ويكون مضافاً إلى أجل إذا كانت صيغة الاستيعاد قد بين بها اليوم الذي يسلم فيه المبلغ للمستوعد، بأن تكون مثلاً: (هل تعدني أن تعطيني عشرة دنانير ذهباً في يوم أول مارس). وما يكون من المعاقبات

(1) د. صبيح مسكوني: القانون الروماني، المرجع السابق، ص 382.

(2) المرجع السابق: نفس الموضوع. وقد عير جستينيان عن هذه الأحكام في مدونته (3: 15: 3).

(3) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص 149.

الاستيعادية مضافا إلى أجل فهو لازم في الحال ولكنه غير ناجز، أي لا يمكن طلب تنفيذه إلا بعد حلول الأجل. كما أنه لا يصح طلبه في آخر يوم من أيام الأجل، بل يجب ترك هذا اليوم كاملا للمدين؛ لأنه كي ما يمكن الإيقان بأن التعهد لم ينفذ في اليوم المحدد لابد من الانتظار حتى ينقضي ذلك اليوم بتمامه⁽¹⁾.

فالفقرة السابقة قد فرقت بين الالتزام الناجز المطلق الخال من القيود، وبين الالتزام المضاف إلى أجل، و تناولت أحكام الالتزام المضاف إلى أجل والتي من أهمها ما يلي:

1- أن الالتزام المضاف إلى أجل وإن كان قائما، إلا أن تنفيذه مؤجلا إلى حين حلول الموعد المتفق عليه، ولذا لا يمكن المطالبة بتنفيذه، أو القول بامتناع أحد طرفي التصرف المنشأ للالتزام عن تنفيذ التزامه لا يكون إلا بعد انقضاء كامل الأجل المحدد للأداء⁽²⁾.

وقد ذكرت المدون في موضع آخر: {من تشارط على إعطائه شيئا في سنة كذا، أو شهر كذا، لا يجوز له طلب الشيء إلا بعد مضي السنة أو الشهر بأكملها⁽³⁾.

2- جواز أن يكون التصرف مضافا إلى أجل متمثل في الوقت الذي يلي وفاة أحد طرفي التصرف القانوني، أو ليلة وفاتهما، وذلك تقديرا لإرادة المتعاقدين واعتبارا لمبدأ الرضائية، وذلك بعدما كانت هذه الإضافة غير جائزة قانونا في الماضي. فقد ورد بالمدونة:

{فيما سلف لم يكن من الجائز أن يكون الاستيعاد مضافا إلى ما بعد موت المستوعد أو الواعد. ولم يكن يجوز للشخص المولى عليه أن يستوعد شيئا استيعادا مضافا إلى ما بعد موت من هو تحت ولايته أبا كان أو سييدا، لأن المعبر هو أن قوله ليس سوى صدى قولهما. وأزيد من هذا أن الاستيعاد الذي صيغته: "هل تعطيني ليلة موتي أو ليلة موتك؟" كان معتبرا أنه استيعاد باطل. وبما أن

1) مدونة جستنيان (3: 15: 2).

2) مدونة جستنيان (3: 15: 2).

3) مدونة جستنيان (3: 19: 26).

الاستيعادات تستمد قوتها من تراضي المتعاقدين, كما أسلفنا, فإننا أدخلنا في هذه المسألة القانونية إصلاحاً رأيناه ضرورياً؛ ذلك هو ما قررناه من أن الاستيعاد إذا كان مضافاً إلى الوقت الذي يلي وفاة المستوعد أو الواعد، أو إلى ليلة وفاتهما, فإنه يكون استيعاداً صحيحاً⁽¹⁾.

وفي ذات المعنى ذكرت المدونة:- أما الاستيعاد الذي يقول فيه تيتوس: "أتعدني بكذا في لحظة موتي, أو لحظة موتك؟" فإن المتقدمين كانوا يعتبرونه صحيحاً وهو اليوم أيضاً مازال يعتبر صحيحاً⁽²⁾.

3- كما أجازت المدونة أن يكون التصرف القانوني مضافاً إلى أجل يتمثل في وفاة شخص من الغير إذ قالت: كذلك يصح الاستيعاد المضاف إلى ما بعد موت إنسان آخر⁽³⁾. أي من غير المتعاقدين.

4- كما تناولت مدونة جستنيان نوعاً من الالتزامات الناجزة التي تتضمن أجلاً فاسخاً, نظراً لربط استمرار الالتزام بحياة أحد طرفي التصرف القانوني, فورد بهذه الفقرة: { - ولكن إذا كان استيعادك حاصلًا بعبارة: " هل تعديني بإعطائي عشرة دنائير ذهباً في كل سنة ما دمت حياً؟" فإن الالتزام يعتبر من النوع المطلق. ويستمر قائماً بعد وفاتك, لأن شغل الذمة لا يكون إلا إلى حين⁽⁴⁾, ولكن دعوى وارثك وإن كانت صحيحة بحسب القانون البحث إلا أنها تقابل بوجه الدفع المستفاد من الاتفاق⁽⁵⁾.

كلية الحقوق

(1) مدونة جستنيان (3: 19: 13).

(2) مدونة جستنيان (3: 19: 15).

(3) مدونة جستنيان (3: 19: 16).

(4) ويرجع هذا الحكم إلى كون أن قواعد القانون الروماني تقرر أن الذمة متى شغلت بدين - وخاصة إذا كان من الديون الاستيعادية أي التي تمت بطريق المشافهة- فإنها تبقى مشغولة به أبداً, ولا يبرئها منه إلا عمل قانوني جديد يزيله, أما الأجل وحده فلم يكن كافياً, ولما كانت هذه القاعدة تجر إلى الظلم فقد خفف الحاكم القضائي (البريتور) كثيراً من صرامتها, كما ورد بمتن نص المادة؛ حيث منح المدعي عليه الحق في مقابلة الدعوى بالدفع المستفاد من الاتفاق أي ربط الالتزام بحدود ما ورد بالاتفاق, ويستفيد من ذلك الدفع أيضاً الخلف العام. كما ورد بالنص, عبد العزيز فهمي مدونة جستنيان ص 209 هامش (1).

(5) مدونة جستنيان (3: 15: 3), عبد العزيز فهمي: المرجع السابق, ص 208- 209.

فالنص قد جمع بين القاعدة القديمة التي تقرر: " عدم جواز الالتزام لمدة موقوته" وبين ما قرره البريتور من تغليب إرادة المتعاقدين في جعل الاتفاق مضاف إلى أجل فاسخ هو وفاة المستفيد، كما يقرر من أجل ذلك دفعا يحمي المتعهد أو الملتزم من مطالبة ورثة المنتفع، وهو دفع الاتفاق التي قرن بعد ذلك بدفع الغش، وذلك منعا لاستمرار الالتزام بعد وفاة المستفيد⁽¹⁾.

5- كما تناولت مدونة جستنيان صورة من صور إضافة التصرف إلى أجل، وهي ربط تنفيذ التصرف بالوصول إلى مكان معين فجاء في نفس الباب: - جرت العادة أيضا في الاستيعادات ببيان المكان (أي مكان التنفيذ) كأن يقال: " هل تعديني بأن تعطيني مبلغ كذا في قرطاجة؟" مثل هذا الاستيعاد وإن كان في الظاهر تلقا مجردا من القيود، لكنه بطبيعة الحال يتضمن الميعاد الضروري للمتعهد كيما يستطيع دفع النقود في قرطاجة، وعليه فمن كان في رومة، وكان استيعاده بهذه العبارة: " هل تعديني بأن تعطيني اليوم بقرطاجة مبلغ كذا؟" فإن استيعاده عبث لا حكم له لأن الوعد به مستحيل انجازه⁽²⁾.

فتناول النص التصرف المضاف إلى أجل من خلال ربط تنفيذ التصرف بمكان معين حيث اعتبر الاتفاق على تنفيذ تصرف ما في مكان معين يحتاج إلى وقت لبلوغه إضافة للتصرف إلى أجل، كما تناول النص الشرط المستحيل وأعتبر الاتفاق على تنفيذ التصرف في مكان يصعب الوصول إليه في الوقت المحدد بالاتفاق من قبيل الشرط المستحيل.

كلية الحقوق المطلب الثالث

أحكام الشرط والأجل عند تعدد أطراف الالتزام

تطرق مدونة جستنيان إلى أحكام الشرط والأجل عند تعدد أطراف التصرف القانوني الواحد فبعد أن بينت صورة التصرف القانوني المتعدد الأطراف سواء من جانب الدائنين أو المدينين، وأظهرت أن العلاقة بين الأطراف المتعددة للتصرف

(1) د. صبيح مسكوني: القانون الروماني، المرجع السابق، ص 382.

(2) مدونة جستنيان (3: 15: 5). عبد العزيز فهمي: المرجع السابق، ص 208.

القانوني سواء في الجانب الدائن أو الجانب المدين علاقة تضامنية، أي إذا قبض أحد الدائنين الحق من أحد المدينين فإن ذلك القبض يحو حق جميع الدائنين، ويسقط دين جميع المدينين. إذ ورد بالمدونة:

{- يجوز اشتراك شخصين أو أكثر في استيعاد واحد أو وعد واحد، فلاشتراك في الاستيعاد يتحقق عندما يكون المستوعدون قد فرغوا من توجيه السؤال فرد عليهم العاقد الآخر بقوله: "إني أعد". كصورة شخصين صدر من كل منهما استيعاد على حدة وبعد استيعاديهما رد عليهما العاقد الآخر بقوله: "إني أعد كلا منكما بأن أعطي". لكنه إذا رد أولاً على استيعاد تيتوس ثم أتى زميله الثاني من بعد فوجه سؤال الاستيعاد فرد عليه أيضاً، فإن الحاصل في هذه الصورة إنما هو التزام ولا ارتباط بين الدائنين فيهما. وأما اشتراك شخصين أو أكثر في وعد واحد فيتحقق عندما يوجه لهم السؤال هكذا: "يامافوس، هل تعد بإعطاء خمسة دنانير؟، وياسيبوس، هل تعد بإعطاء هذه الخمسة الدنانير؟" فيجيب مافوس وكل واحد ممن معه قائلاً: "إني أعدك بهذا"⁽¹⁾.

- حكم مثل هذه الالتزامات أن الشيء المستحق بموجبها يكون مستحقاً برمته لكل واحد من المستوعدين (أي بالتضامن بينهم) أو مستحقاً برمته أيضاً على كل واحد من الواعدين. لكن المستحق في الحالتين هو شيء واحد لا يزيد، بحيث إنه إذا قبض أي واحد من المستوعدين، أو دفعه أي واحد من الواعدين، فإن ذلك القبض أو هذا الدفع يحو حق جميع الدائنين، ودين جميع المدينين⁽²⁾.

ثم بينت المدونة بعد ذلك أن التزام المشتركين يجوز أن يكون ناجزاً لأحد المتعاقدين، و معلقاً على شرط أو مضاف لأجل للمتعاقد الآخر، وفي هذه الحالة يُقبل تجزئة الالتزام فيحق للدائن المطالبة بالالتزام الحال، وتؤجل المطالبة بالالتزام المعلق على شرط أو مضاف إلى أجل إلى حين تحقق الشرط أو حلول الأجل. فقد جاء بالمدونة:

{- يجوز أن يكون التزام المشتركين في الوعد ناجزاً مجرداً عن القيود، وأن

1) مدونة جستنان (3: 16: فاتحة).

2) مدونة جستنان (3: 16: 1).

يكون التزام آخر منهم مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط. وفي هذه الصورة تمكن
مطالبة الأول بتنفيذ الالتزام في الحال ولا يمنع من ذلك ما تقرر للثاني من الأجل
أو الشرط⁽¹⁾.

المطلب الرابع

تطبيقات أحكام الشرط والأجل بالقانون الروماني

أبرزت مدونة جستنيان تطبيقات أحكام الشرط والأجل في أبواب مختلفة من
أبواب الفقه كالوكالة، والوصية، والإيصاء، والبيع.

أولاً: الوكالة: حيث ورد بالمدونة أن التوكيل يجوز أن يكون مضافا إلى
أجل، أو معلقا على شرط⁽²⁾.

ثانياً: الوصية (الميراث الجعلي): - تحدثت المدونة عن الشرط والأجل في
باب الميراث الإيصائي أو الجعلي، الذي يحدد فيه المورث الورثة الجعليين أي
الذين جعلهم المورث ورثة له بإرادته، أو الإيصائيين أي الذين يتخذون ورثة
بطريق الوصية.

فورد بها: "اتخاذ الوارث يجوز أن يكون منجزاً أو معلقاً على شرط، ولا
يجوز أن يكون لأجل معلوم أو من بعد أجل معلوم. أي لا يجوز للموصي أن يقول
مثلاً: "جعلت فلانا وارثاً إلى مدة خمس سنوات من وفاتي، أو ابتداء من تاريخ كذا،
أو جعلته وارثاً إلى تاريخ كذا، فإن قاله بطل الأجل وكان اتخاذ الوارث المذكور
ناجزاً"⁽³⁾.

والفقرة السابقة تقرر أن الميراث الإيصائي لا يجوز أن يكون مضافاً إلى أجل
أو معلقاً على أجل فاسخ، وإن تضمنت الوصية ذلك بطل الأجل، وصحت الوصية
بشكل ناجز.

- كما تحدثت المدونة في نفس الباب عن الشرط المستحيل وبينت أنه يعتبر

(1) مدونة جستنيان (3: 16 : 2).

(2) مدونة جستنيان (3: 26 : 12).

(3) مدونة جستنيان (2: 14 : 9).

منعدما لا أثر له فذكرت: " في التوريث الجعلي يعتبر الشرط المستحيل الوقوع غير مكتوب, وكذلك الوصية المقيدة, والاستئمان الوصائي, والاعتاقات(1).

- كما فرقت المدونة بين الشروط الإنضمامية والشروط التخيرية التي قد يتضمنها متن الوصية, فبينت أن الشروط الإنضمامية يجب تحققها جميعا كي يثبت الحق الذي تقرره الوصية, أما الشروط التخيرية فيكفي تحقق أحدها ليثبت الحق الذي نصت عليه الوصية فذكرت: " إذا اقترن التوريث الجعلي بعدة شروط فإن كانت إنضمامية, (يعني متعاطفة عطف جمع) كما إذا قال " إذا حصل كذا وكذا", لزم وقوعها جميعا حتى يثبت الحق في الإرث, أما إذا كانت تخيرية (يعني متعاطفة بأو) كما إذا قال "إذا حصل كذا أو كذا", فإن وقوع أي الأمرين يكفي لثبوت الحق المذكور(2).

ثالثاً: الإيصاء: - من ضمن الأحكام التي راعت الشرط والأجل بمدونة جستنيان: ما قرر في شأن الإيصاء بأنه يصح أن يكون تعين الوصي لأجل مسمى, أو ابتداء من وقت مسمى, أو معلقا على شرط; كما يصح أن يحصل قبل اتخاذ وارث, وهذه كلها مسائل لا خلاف فيها(3). فالنص يبين أن تعين الوصي يقبل أن يكون مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط.

- كذلك ما ذكر بمدونة جستنيان: "أنه إذا كان الوصي معينا بطريق الوصية, وكان تعيينه معلقا على شرط, أو مضافا إلى أجل فالى أن يتحقق الشرط أو يحل الأجل, كان يصح بمقتضى الشريعتين المذكورتين(جوليا- وتيتيا) أن يعين للقاصر وصي مؤقت.

وكذلك إذا كان تعين الوصي حاصلًا بصفة مطلقة مجردة عن الشرط والأجل, وكان الموصي قد اتخذ له وارثًا إيصائياً فإنه - بحسب تلك الشريعتين - كان يجب أن يطلب تعين وصي يعمل طيلة المدة التي لا يحضر فيها الوارث لتسلم التركة بموجب الوصية, والأوصياء المذكورون كانوا يخرجون من الوصاية بمجرد

(1) مدونة جستنيان (2: 14 : 10).

(2) مدونة جستنيان (2: 14 : 11).

(3) المدونة: (1-14-3).

تحقق الشرط أو مضي الأجل أو حضور الوارث الجعلي وقبوله الميراث⁽¹⁾. ويتناول النص نوعا من التصرفات القانونية غير المنجزة وهي الوصية التي تأتي معلقة على شرط واقف، أو مضافة إلى أجل.

- كما تناولت المدونة الشرط الفاسخ في الايصاء فتقرر: "إذا كان الوصي مختارا بمقتضى وصية مقرر فيها بقاءه إلى أن يتحقق شرط معلوم، فبمجرد وقوع حادثة الشرط يسلبه صفة الوصي⁽²⁾".

والنص السابق يبرهن على أن القانون الروماني قد عرف الشرط الفاسخ، حيث تضمن أن الوصاية المقررة بموجب وصية تقرر بقاء الوصاية إلى أن يتحقق شرط محدد، فإن الوصاية تستمر في إنتاج أثارها القانونية إلى أن يتحقق الشرط فتتقضي بتحقيقه صفة الوصي.

رابعاً: البيع: بينت مدونة جستنيان أن البيع يقبل أن يكون معلقاً على شرط واقف فقالت: (يجوز أن يكون البيع ناجزاً خالياً عن القيود، وأن يكون معلقاً على شرط. ومثال المعلق على شرط أن يقال: إذا كان العبد استيكوس يعجبك من الآن إلى يوم كذا فأني أبيعك لك بثمن قدره كذا دينارا ذهباً).

وهذا الشرط الواقف الورد بالمثل يعرف بالشرط الإرادي المحض حيث يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام دون أن تقترن بعمل معين، وفيه يكفي لتحقيق الواقعة محل الشرط مجرد التعبير عن الإرادة.

كما يعرف البيع الذي يتضمن مدة زمنية يشترط تحقق الشرط الواقف خلالها بالبيع المشروط خلال مدة معينة، وقد تناوله كتاب الجامع أو الديجيسست لجستنيان بالعنوان الثاني للباب الثامن عشر منه، وهو يعتبر وفقاً لأحكام القانون الروماني بيعاً معلقاً على شرط واقف، حيث أن البيع لا يتوقف نفاذه على حلول الأجل الوارد بعقد البيع، ولكن على تحقق الشرط محل الاتفاق في مدة أقصاها الأجل المتفق عليه. فالتعليق يكون على الشرط وليس على الأجل.

(1) المدونة: (1-20-1).

(2) المدونة: (1-22-2).

فقد ورد بالموضع المشار إليه:

-Paulus, On Sabinus, Book V.

"A conditional sale during a certain time is made as follows: "Such-and-such a tract of land is considered to be purchased by you, unless before the first Kalends of next January, I can obtain better terms by which I can relinquish the ownership of the same"⁽¹⁾.

فالنص يقرر أن الفقيه "بوليس" قد ساق نقلا عن الفقيه "سابينيوس" مثالا للبيع المشروط خلال فترة محددة كنوع من الاستيعاد فذكر: البيع المشروط خلال مدة معينة يكون بأن يتم الاتفاق على أن قطعة من الأرض تعتبر مبيعة بالشروط المتفق عليها ما لم يعرض على البائع عرض أفضل من هذه الشروط حتى حلول أول شهر يناير.

فعقد البيع في المثال السابق يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف خلال مدة معين, فإذا حل الأجل دون تحقق الشرط انتج العقد أثره, وإذا تحقق الشرط خلال الفترة المحددة سقط العقد, و يعرف هذا الاتفاق في القانون الروماني بخيار البائع أو خيار الأفضل⁽²⁾.

(1) Digest (18- 2-1) - S. P. SCOTT, A. M: THE CIVIL LAW Including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo: Translated from the original Latin, edited, and compared with all accessible systems of jurisprudence ancient and modern, Cincinnati The Central Trust Company Executor of the Estate Samuel P. Scott, Deceased Publishers Copyright, 1932, p.

(2) خيار البائع أو خيار الأفضل (In Diem Addictio): ومقتضى هذا الخيار اتفاق البائع والمشتري على أن يكون للأول في خلال مدة معينة أن يرجع عن العقد في حالة عثوره على مشتري يدفع له ثمنا أعلى من الثمن الذي دفعه المشتري المتعاقد معه، أو قدم شروطا أفضل، فالملكية بمقتضى هذا الشرط لا تنتقل إلى المشتري، ويكون للبائع في حالة تسليمه المبيع الحق في استرداده عن طريق دعوى البيع. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص288.

- كما قرر القانون الروماني على البيع المعلق على شرط استثناء على القاعدة المقررة بأن المشتري يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل استلامه، فقرر القانون الروماني أن البيع إذا كان معلقا على شرط اقف وهلك المبيع كله قبل تحقق الشرط، فإن المبيع يهلك على مالكة وهو البائع، إذ يستحيل انعقاد البيع عند تحقق الشرط لانعدام موضوعه. اما إذا كان الهلاك جزئيا فإن البيع ينعقد في الجزء الباقي وعلى المشتري دفع الثمن كله، أي أن القاعدة المتقدمة تبقى سارية المفعول، أو بعبارة أخرى يكون الهلاك الكلي على البائع أما الجزئي فعلى المشتري⁽¹⁾.

المطلب الخامس

التكليف في التبرعات - Modus

نتناول التكليف في التبرعات باعتباره من أوصاف الالتزام أو من العناصر العرضية للالتزام في القانون الروماني من خلال بيان مفهومه، والفرق بينه وبين الشرط الإرادي، وأخيرا سرد آثاره، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم التكليف.

هو عبارة عن تكليف يقع على عاتق من يؤول إليه عمل من أعمال التبرع (كالعق، والهبة، وتعيين وارث، والوصية ببعض المال). ومثال ذلك أن ينص المورث في وصيته بأن يجب على الوارث اعطاء عقار معين إلى تيتيوس على أن يقيم تمثالا للمورث⁽²⁾.

ومن أمثلة التكليف في التبرعات أيضا؛ الهبة بعوض sub modo، فهي عبارة عن هبة مقترنة بتكليف يقع على عاتق الموهوب له؛ كما لو وهب شخص لآخر مالا على أن يقوم بوفاء ديونه عنه⁽³⁾.

الفرع الثاني: الفرق بين التكليف والشرط الإرادي.

يتبين من مفهوم التكليف في التبرعات أن هناك شبها ظاهرا بين التكليف

(1) د. محمد عبد المنعم بدر: القانون الروماني، دار النشر الحديث، 1937م، ص325.

(2) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص150.

(3) د. شفيق شحاته: نظرية الالتزام في القانون الروماني، المرجع لسابق، ص295.

وبين الشرط الإرادي، إلا أنه يختلف عنه من حيث الآثار المترتبة عليه، إذ أن التكليف لا يوقف - كما هو الشأن بالنسبة إلى الشرط - مفعولية التصرف؛ فمن يقع عليه عبء الشرط ينبغي عليه تنفيذه حتى يحصل على ما يتضمنه التصرف، أما المدين بالتكليف فإنه يكتسب ما يتضمنه التصرف أولاً- إذ التصرف المقترن بالتكليف ينتج آثاره في الحال- ثم يقوم بعد ذلك بتنفيذ التكليف⁽¹⁾.

لذا فالهبة بعوض تختلف عن الهبة المعلقة على شرط فاسخ، إذ الهبة باعتبارها اتفاقاً مشروعاً⁽²⁾ يمكن تعليقها على الشرط الفاسخ فتتقضي نهائياً إذا تحقق الشرط⁽³⁾. ولا يمكن تعليقها على شرط واقف ذلك أن الالتزام عنها ينشأ بمجرد انعقادها.

إذ ورد بكتاب "المتون" (2: 7: 2) عند الحديث عن الهبة: أنها بمجرد انعقادها تكون لازمة ولا يجوز الرجوع فيها بدون سبب مسوغ⁽⁴⁾ وانعقادها يتم بمجرد ما يظهر الواهب رغبته فيها سواء بالكتابة أو بغير الكتابة .

الفرع الثالث: آثار التكليف في التبرعات.

ينتج التصرف المقترن بتكليف آثاره في الحال إذ يحق لكل طرف مطالبة الطرف الآخر بأداء التزاماته فور اتمام التصرف، إلا أن ثمة مشكلة تثور بالنسبة إلى كيفية إجبار المكلف (أي الملتزم بتنفيذ التكليف) بالقيام بواجبه.

وبتتبع أحكام القانون الروماني تبين أن القانون الروماني لم يضع خلال العصر العلمي مبدأً عاماً لعلاج هذه المشكلة، بل واجهها في بعض التصرفات

1) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: تاريخ القانون (مع دراسات في نظرية الحق والقانون الروماني)، بدون تاريخ وبدون ناشر، المرجع السابق، ص 150.
2) اعتبرت الهبة اتفاقاً مشروعاً بموجب مرسوم أصدره الامبراطور جستنيان عام 531م. إذ لم يعرف القانون الروماني قبل هذا التاريخ عقد يسمى عقد الهبة د. شفيق شحاته: المرجع السابق، ص 286-287.

3) د. صبيح مسكوني: القانون الروماني، المرجع السابق، ص 327.

4) وتمثلت مسوغات الرجوع في الهبة في عهد الإمبراطورية السفلى فيما يلي: 1- الجحود: فجحود وإساءة الموهوب له للواهب بجيز للواهب الرجوع عن الهبة. 2- إذا ما رزق الواهب ولدا فإنه يستطيع الرجوع في الهبة الصادرة منه لمعتقه. د. شفيق شحاته: المرجع السابق، ص 294.

المحدودة وقرر الحكم المناسب بخصوصها. ومن أمثلة هذه الحالات:

- 1- حالة الهبة: فإن الواهب يستطيع أن يسترد العين الموهوبة من الموهوب له بطريق دعوى الاسترداد الشخصية⁽¹⁾، كما يمكنه أن يحتاط سلفاً بطريق التعهد الرسمي⁽²⁾ الذي ينشئ على عاتق الموهوب له التزاماً بالرد⁽³⁾.
 - 2- حالة التكليف المقترن بتصرف ايصائي: فقد قرر الفقه لضمان تنفيذ التكليف أن يفسر كوصية ائتمانية (Fidéicommis). كما قرر الفقه إمكانية الرجوع على الموهوب له اعتماداً على ذات التفسير.
 - 3- حالة الوصية ببعض المال المقترنة بتكليف: فقد اشترط لكي يرفع الموصي له الدعوى ضد الوارث أن يقدم ضماناً بتنفيذ التكليف. كما يجوز الالتجاء لطريق الدعوى الشخصية الاستثنائية، إلى الامبراطور وموظفيه⁽⁴⁾.
- ومع أوائل القرن الثالث الميلادي أصبح للواهب الحق في استرداد العين

1) دعوى الاسترداد الشخصية (La rei vindication): "هي دعوى عينية، بمقتضاها يتقدم المدعي باعتباره مالكا لشيء معين مطالباً بتثبيت حقه على الشيء المذكور وبالحكم له بالتعويضات التي قد يكون محققاً فيها." وتؤدي دعوى الاسترداد إلى ضمان رد الشيء إلى المدعي بالملكية في حالة إثباته لملكيته قهراً عن المدعي عليه. ولا يجوز رفعها إلا من المالك غير الحائز. د. محمد عبد المنعم بدر: القانون الروماني، المرجع السابق، ص 187، ص 193. د. عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني، دار المعارف الطبعة السادسة 1966-1967م، ص 367.

2) التعهد الرسمي: هي دعوة التعهد الرسمي أو الشفوي وتهدف إلى استرداد الملكية وهي مرحلة من المراحل التي مرت بها دعوى الاسترداد، وقد قررت عندما نظم البريتور حماية وضع اليد بنظام الأوامر، والذي بمقتضاه تقرر حق واضع اليد في الاحتفاظ بالشيء المتنازع عليه حتى يفصل في ملكيته، ليصبح واضع اليد هو المدعي عليه وبالتالي يعفى من إثبات حق ملكيته، وليقع عبء الإثبات على المدعي بالملكية، وتتم إجراءات هذه الدعوى بتبادل عبارات معينة يتعهد فيها المدعي عليه بالتزامه برد الشيء المتنازع عليه إلى المدعي إذا نجح في إثبات ملكيته، وبذلك تضمن الدعوى للمدعي استرداد حيازة الشيء الذي يملكه بتماره وكذلك مبلغ مالي كتعويض له إذا نجح في إثبات ملكيته لهذا الشيء. راجع د. صبيح مسكوني: القانون الروماني، المرجع السابق، ص 186.

(3) د. عبد المجيد محمد الحفناوي: المرجع السابق، ص 150.

(4) المرجع السابق: نفس الموضوع.

الموهوبة بدعوى الإثراء⁽¹⁾ إذا ما كان التكليف شرطاً من شروط الهبة، ولم ينفذه الموهوب له⁽²⁾.

وفي سنة 258م أصبح الواهب يمنح دعوى مبناه المصلحة تؤدي إلى نقض الهبة عند عدم تنفيذ الشرط، وقد رأى البعض أنها نوعاً من دعوى الاستحقاق يكتسبها الواهب بعد رجوعه في الهبة بسبب عدم تنفيذ الشرط⁽³⁾.

ومع عهد الامبراطورية السفلى اعتبر الإخلال بالشرط سبباً من أسباب الرجوع في الهبة، بحيث يمتنع الرجوع لو تم تنفيذ الشرط⁽⁴⁾.

وانتهى الأمر في قانون جستينيان إلى تقرير ضوابط عامة لهذا الموضوع، وترتيب حماية شاملة للتصرف المقترن بتكليف. فمثلاً الهبة بعوض اعتبرت عقداً من العقود غير المسماة وأصبحت الدعوى التي تحمي العاقدين فيها هي ذات الدعوى المقررة لحماية المتعاقدين في باقي العقود غير المسماة⁽⁵⁾.

كلية الحقوق

1 () دعوى الإثراء: عرف الرومان مجموعة من الدعاوى التي تقوم على قاعدة الإثراء بلا سبب أي في حالات الإعطاء بلا سبب، ومبنى هذه الدعاوى هي فكرة إعطاء كل ذي حق حقه، كإعادة العين إلى صاحبها والتي انتقلت منه إلى غيره دون سبب. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 402.

2 () د. شفيق شحاتة: المرجع السابق، ص 295.

3 () المرجع السابق، نفس الموضوع.

4 () د. شفيق شحاتة: المرجع السابق، ص 296.

5 () المرجع السابق، نفس الموضوع.

الخاتمة

يستنتج من الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني في باب العناصر العرضية للتصرف القانوني، أن هناك جملة من الأحكام المتوافقة بين الفقهاء في هذا الباب وتتمثل هذه الأحكام فيما يلي:

1- تعريف الشرط التعليقي: فقد عرف القانون الروماني الشرط التعليقي بأنه هو ما يكون فيه قيام الالتزام موقوفاً على وقوع حادثة ما أو عدم وقوعها، أو ربط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبلي محتمل. وهذا المعنى يأتي متوافقاً مع تعريف الشرط التعليقي في اصطلاح الفقه الإسلامي من حيث الطابع الاحتمالي للشرط. حيث عرف بأنه ربط حصول أمر على حصول أمر آخر قد يوجد في المستقبل وقد لا يوجد، فالشرط في الجانبين محتملاً أي أنه غير مؤكد الحصول في المستقبل ولا ممتنع.

2- شروط الشرط التعليقي: فيشترط في الجانبين أن تكون الواقعة محل الشرط مشروعة، وغير محققة الوقوع، وكذلك ألا تكون مستحيلة التحقق، كما جعل الجانبين من تخلف هذه الشروط سبباً لإبطال المشاركة.

3- حكم التعليق: اختلاف الفقهاء في الجانبين حول حكم التعليق بين فريق يمنع وجود العقد كما يمنع ترتيب حكمه، فلا يوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه إلا بعد وجود المعلق عليه. وفريق لا يمنع انعقاد العقد ولكن يجعله غير نافذ.

4- مدى قابلية التصرفات القانونية للتعليق على شرط: ففي الجانبين ثمة تصرفات تقبل اقتران الشروط بها وتصرفات لا تقبل ذلك، فبعض التصرفات القانونية لا تقبل أن تعلق على شرط، أما بسبب طبيعتها، أو بسبب أهمية العمل القانوني الذي لا يقبل أن يعلق آثاره على أمر غير محقق الوقوع.

5- حكم التكليف أو التقييد: فالعقد المقيد بشرط في الفقه الإسلامي، والتبرع المقيد بتكليف في القانون الروماني، مدى اكتملت أركانه وشروط صحته كان نافذاً ومنتجاً لآثاره مع مراعاة الشرط أو التكليف المقيد لهذه الآثار، فالتقييد أو التكليف في الجانبين يرتبط بالتنفيذ وليس بالنشأة.

وبجانب هذه الأحكام المتشابهة توجد أوجه اختلاف بين الجانبين في تنظيمهما للعناصر العرضية للتصرف القانوني تتمثل فيما يلي:

1- لم يعرف الفقه الإسلامي تقسيم القانون الروماني للشرط والأجل إلى موقف وفاسخ، بل عرف الفقه الإسلامي التعليق والإضافة، ويرى علماء الشريعة الإسلامية أن تقسيم الفقه القانوني للشرط والأجل إلى نوعين: موقف، وفاسخ، ليس في الحقيقة تقسيماً لذات الشرط أو الأجل إلى نوعين، بل هو تقسيم للأمر المشروط: فإن كان المربوط بالشرط أو الأجل هو أصل الالتزام سمي الشرط أو الأجل عندهم موقفاً؛ وإن كان المربوط به زوال الالتزام سمي الشرط أو الأجل فاسخاً.

فالشرط والأجل في كلا الحالين نوع واحد من قبيل التعليق أو الإضافة؛ ولكن تعليق نشوء الالتزام يقتضي عدم وجود الالتزام بين الطرفين قبل تحقق شرطه المعلق عليه أو حلول الأجل المحدد؛ وتعليق زوال الالتزام يقتضي قيام الالتزام واستمراره بينهما إلى حين وجود ما يفسخه.

وهذا ما أوهمهم بانقسام الشرط والأجل إلى نوعين مختلفي النتائج، بينما اختلاف النتائج ناشئ من اختلاف نوع الأمر المشروط: هل هو نشوء الالتزام أو زواله، وليس ناشئ عن اختلاف في طبيعة الشرط والأجل ونوعيتهما.

2- كان لتقسيم القانون الروماني للأجل إلى أجل واقف وأجل فاسخ أثر في اختلافه مع الفقه الإسلامي حول تعريف الإضافة وحكمها، فتعريف الإضافة في الفقه الإسلامي بأنها "تأخير حكم التصرف القولي المنشأ إلى زمن مستقبل معين" يحمل فقط معنى الأجل الواقف في القانون الروماني، كما أن حكم العقد المضاف في الفقه الإسلامي بأنه ينعقد في الحال علة لحكمه، ولكن لا يترتب حكمه إلا عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه، يمثل فقط حكم الأجل الواقف بالقانون الروماني.

كما يظهر أثر هذا التقسيم في تعريف الجانبين للتعليق؛ ففي القانون الروماني يظهر أثر التعليق في نشأة زوال التصرف القانوني، أما في الفقه الإسلامي فآثره قاصر على النشأة دون الزوال.

3- نظم الفقه الإسلامي التقييد بالشرط باعتباره التزاماً في التصرف القولي،

لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه، واستلزم في المشروط المقيد شروطا معينة يجب توفرها للاعتداد بالتقيد، وذلك في مختلف التصرفات القانونية. في حين اقتصر معرفة القانون الروماني للتقيد على جانب التبرعات، دون باقي التصرفات القانونية.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين...

كلية الحقوق
جامعة القاهرة