

التميز بين شرطي التعليق والتقييد

د. منصور حاتم

د. إيمان طارق الشكري

المقدمة

لمن يبرم تصرفاً قانونياً ان يعلق نفاذه او زواله على امر عارض مستقبل ممكن غير محقق الوقوع وهذا ما يطلق عليه شرط التعليق. كما له ان يقيد اثر التصرف بالالتزام بأمر مستقبل ممكن ومشروع وهذا ما يطلق عليه شرط التقييد. ومع ان لكل من شرط التعليق والتقييد مفهوماً متميزاً عن الآخر الا ان الفقه القانوني لا يجد حرجاً في الخلط بين هاتين الفكرتين المتغايرتين، لا بل انه لا يرى غضاضة في اقام اوضاع قانونية على معنى شرط التعليق واعتبارها كذلك وهي لا تمت اليه بصلة، وذلك ما يحتم علينا استظهار اوجه الخلط بين شرطي التعليق والتقييد واسبابه ووضع ضوابط التمييز بينهما من خلال تحليل مقومات كل من الشرطين ومن ثم بيان اثر ذلك في تحديد الاوضاع القانونية التي تندرج تحت هذا المفهوم او ذاك، لذا ارتأينا دراسة هذا الموضوع في بحثين نخصص الاول منهما: لضوابط التمييز بين شرطي التعليق والتقييد والثاني: لاهمية التمييز بين شرطي التعليق والتقييد في حسم مشكلات التطبيق العملي، فأذا تم لنا بحث ذلك نصل الى خاتمة نضمنها اهم النتائج التي نخلص اليها من دراسة هذا الموضوع.

المبحث الاول:

ضوابط التمييز بين شرطي التعليق والتقييد

ان تحديد ضوابط التمييز بين شرطي التعليق والتقييد يستلزم دراسة تحليلية لمقومات هذين الشرطين لاستظهار حقيقة ما يمتاز به احدهما عن الاخر وهذا ما سنتناوله في المطلبين الاتيين:

المطلب الاول: مقومات شرط التعليق

درج الفقه القانوني على تعريف شرط التعليق بأنه : ((أمر مستقبلي غير محقق الوقوع ممكن يعلق عليه نشوء الإلتزام أو زواله)) وتعريف الشرط بهذا المعنى لا يتضمن اهم مقومات شرط التعليق وهي الصفة العارضة لذا نقترح اضافتها الى التعريف بالقول انه ((امر عارض مستقبلي غير محقق الوقوع ممكن يعلق عليه نشوء الإلتزام او زواله)) ومن هنا يمكن نحدد مقومات شرط التعليق بالاتي:

أولاً: - ان يكون الشرط أمراً عارضاً - ويعني ان الشرط ليس سوى أمر مضاف الى حق مكتمل العناصر، أي انه لا يساهم ابتداءً في تكوين الحق، ولا يمثل عنصراً من عناصره الأصلية - بل يضاف الى الحق بعد استكمال الحق لعناصره، فيكون وصفاً فيه.

وهذا الشرط قد يوجد، وقد لا يوجد، فإذا وجد جعل الحق موصوفاً بعد ان كان بسيطاً منجزاً. وعلى هذا يمكن التمييز بين الحق الإحتمالي والحق المشروط - فالحق الإحتمالي - هو حق يفتقر الى عنصر من عناصره الجوهرية ومثاله حق الموصى له قبل ان يموت الموصي، فهو حق ينقصه موت الموصي، وهو عنصر من عناصر الحق الكامل، أي ان حق الموصى له لا يكون كاملاً مادام الموصي على قيد الحياة، كما لا يكون إذا مات الموصى له قبل الموصي. أما الحق المشروط فهو حق لحقه أمر عارض بعد تمامه وإكتمال عناصره، أي ان الفرق الأساسي بين الحق المشروط والحق الإحتمالي هو ان :- الحق المشروط يوجد كاملاً بقطع النظر عن وجود الشرط أو عدمه. أما الحق الإحتمالي - فلا يتصور وجوده كاملاً بدون العنصر الجوهرية

¹ د. عبدالرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد - ج ٣- مكتبة النهضة المصرية - ١٩٥٨م - ص ٧، د. صبحي المحمصاني- محاضرات في القانون المدني اللبناني - الاوصاف المعدلة لاثار الإلتزام- مطبعة نهضة مصر - ١٩٥٨ - ص ٥٧، ود. عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير- الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي- ج ٢- احكام الإلتزام- بغداد- ١٩٨٠م ص ١٥٨، د. مصطفى احمد الزرقا- المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية - ج ١- ط ٣- مطبعة الجامعة السورية - ١٩٥٢- ص ٥٢٦.

المنقوص، أي بإستكمال هذا العنصر الجوهري يصبح الحق كاملاً، وآثاره مترتبة من وقت الإستكمال لا من وقت وجوده. وهذا على خلاف الشرط - حيث لا ينتج أثره من وقت تحققه بل يمتد راجعاً الى وقت نشوء الحق، إلا في بعض الحالات الإستثنائية^١.

ثانياً :- ان يكون الشرط أمراً مستقبلاً - أي ان يكون الأمر المشروط لاحقاً على وقت التعليق، إذ لا يعد الأمر شرطاً ان كان ماضياً أو معاصراً لهذا الوقت. فلو كان كذلك، لاعتبر الإلتزام منجزاً لا معلقاً في حالة الشرط الواقف، ولما كان موجوداً في حالة الشرط الفاسخ. وهذه الحقيقة لا تتغير حتى لو إفترضنا ان الطرفين أو أحدهما قد جهل وقوعه في الماضي أو في الحال^٢.

ومن الجدير بالذكر ان الشرط يتنوع الى : شرط إيجابي وشرط سلبي تبعاً لما إذا كان مدلول فعله أمراً مستقبلاً إيجابياً، أو أمراً مستقبلاً سلبياً، فيكون شرطاً إيجابياً ان كان مدلول فعله وقوع أمر مستقبل، كتعليق الإلتزام على القدوم من السفر، أو النجاح في الإمتحان، أو الانتقال الى مدينة أخرى، ويكون شرطاً سلبياً ان كان مدلول فعله عدم وقوع أمر مستقبل - كتعليق الإلتزام على عدم الانتقال الى مدينة أخرى، أو عدم الحضور من السفر. ولاتبدو لهذه التفرقة أهمية عملية إلا من ناحية تقدير وقت تحقق الشرط أو تخلفه، فالمدة في الشرط الإيجابي عادة ما تكون مدة قصيرة، أما في الشرط السلبي فعادة ما تكون طويلة^٣، وان كان مدلول فعل الشرط هو معيار التفرقة بين ما إذا كان الشرط إيجابياً أو سلبياً إلا أنه من الممكن أحياناً ان يوضع الشرط الواحد بصيغة شرط إيجابي أو شرط سلبي، والشرط واحد لا يتغير - كتعليق الإلتزام على العيش خارج مدينة معينة، أو تعليق الإلتزام على ألا يعيش في تلك المدينة^٤.

ثالثاً :- ان يكون الشرط أمراً غير محقق الوقوع - أي ان يكون وقوع الأمر المستقبل محتملاً لا مؤكداً، وان ينصب الإحتمال على وقوع الأمر لا على تاريخ الوقوع، أي ان هذا الأمر قد يقع وقد لا يقع، وبهذا يفترق الشرط عن الأجل، فان كان كل منهما أمراً مستقبلاً فان وقوع الأمر في الشرط محتمل وفي الأجل محقق. الا ان التفرقة قد تصعب أحياناً بين الشرط والأجل، فلا يعرف فيما إذا كان الأمر المستقبل أجلاً أم شرطاً؟ كما لو اشترط المتعاقدان ان يكون الوفاء

^١ د. السنهوري - مصدر سابق - بند ١٥ و ١٦ ص ٢٣-٢٥، ود. عبد الفتاح عبد الباقي - دروس إحكام الإلتزام - القاهرة - خال من التاريخ ص ٢٤٥-٢٤٦.

^٢ د. السنهوري - مصدر سابق - بند ٦ و ٧ ص ١٢-١٤، ود. عبدالمجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني - ط ٣ - ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م - - بند ٢٧٧ و ٢٧٨ - ص ١٤٠، ود. عبد القادر الفار - إحكام الإلتزام - ط ٤ - عمان - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - ١٩٩٧ - ص ١٣٧.

^٣ د. السنهوري - مصدر سابق - بند ٨ ص ١٤ ود. عبدالمجيد الحكيم - مصدر سابق - بند ٢٧٩ - ص ١٤١، ود. صبحي المحمصاني - مصدر سابق - ص ٦٥.

^٤ أنظر في ذلك د. السنهوري - مصدر سابق - بند ٨ ص ١٤

عند المقدرة أو الميسرة، فلا يمكن ان يكون هذا شرطاً لانه ينافي القول بان المدين ملزم بالوفاء، لان الشرط قد يتحقق وقد يتخلف، وعليه لا يمكن ان يكون الوفاء عند المقدرة أو الميسرة إلا أجلاً، والأجل هنا غير معين، فهو أحد أمرين: أما اليسار أو الوفاة، بمعنى ان الوفاء أما ان يكون حال حياة المدين بتحقيق مقدرته أو يساره، أو بوفاته ان لم يؤتية اليسار أثناء حياته^١. ومع ان واقعة الوفاة تعتبر أجلاً لانه واقعة محققة الوقوع لامحالة، إلا انها تعتبر شرطاً في بعض الأحيان وذلك بإعتبار الظروف والملابسات التي تحيط بها لا بإعتبار ذاتها - كمن يعلق نشوء الإلتزام أو زواله على وفاة شخص قبل الآخر، أو وفاة شخص خلال مدة معينة، كان تكون سنة مثلاً، أي ان وقوعها محتمل لا مؤكداً^٢. ولا يكفي لاعتبار الأمر المستقبل شرطاً ان يكون غير محقق الوقوع، بل يلزم لاعتباره شرطاً صحيحاً الايكون أمر تحققه - ان كان شرطاً واقفاً - منوطاً بإدارة المدين^٣.

رابعاً :- ان يكون الشرط أمراً ممكناً - والأمر الممكن هو امر غير مستحيل الوقوع، ويقصد بالإستحالة هنا الإستحالة المطلقة وقت التعليق، فلأجل ان يكون الأمر شرطاً لابد ان يكون ممكناً وقت التعليق، لان الإستحالة الطارئة بعد التعليق لا تجعل الشرط مستحيلاً بل تجعله متخلفاً، كما ان صيرورة الإستحالة أمكاناً بعد التعليق لا تجعل الأمر شرطاً^٤. فلايصح تعليق العقد على بيع العين الموقوفة مثلاً حتى وان صدر - بعد التعليق - قانون يلغي الوقف، لان الامر وقت التعليق لم يكن ممكناً بل كان مستحيلاً استحالة مطلقة لانسيبية.

خامساً :- ان يكون نشوء الإلتزام او زواله معلقا على الامر المشروط: - لاجل ان يكون الامر المستقبل شرطاً لابد ان يعلق عليه نشوء الإلتزام او زواله. فالإلتزام الاب بهبة ولده داراً

^١ د. السنهوري - مصدر سابق - بند ٥٤ - ص ٨٥-٨٨، ود.أنور سلطان - الموجز في النظرية العامة للإلتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني - أحكام الإلتزام - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت - ١٩٧٤م - بند ١٩٢ - ص ١٩٩-٢٠٠.

^٢ أنظر في ذلك د. عبدالمجيد الحكيم - مصدر سابق - بند ٢٨١ ص ١٤١، ود. السنهوري - مصدر سابق - بند ١ ص ١٦، ود.أنور سلطان - مصدر سابق - بند ١٩٨ ص ٢٠٥، ود.عبدالفتاح عبد الباقي - مصدر سابق - ص ٢٣٩.

^٣ د.طلبة وهبة - احكام اللتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون - ط١ - القاهرة - بلا تاريخ - بند ١٥٢ - ص ١٤٣ ود. عبد المنعم البدر اوي - النظرية العامة للإلتزامات - دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري - ج٢ - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بند ٢١٣ - ص ٢٥٧، ود. عبدالقادر الفار - مصدر سابق - ص ١٣٩-١٤٠.

^٤ د. أنور سلطان - مصدر سابق - بند ٢٠٠-٢٠٩ و ٢١٠ ود.عبد الحي حجازي - النظرية العامة للإلتزام - ص ١٩٠-١٩١، ومحمد شكري سرور - موجز الاحكام العامة للإلتزام في القانون المدني المصري - ط ١ - القاهرة - ١٩٨٤/١٩٨٥ - بند ٢٠٨ و ٢٠٩ - ص ١٥٦

ان تزوج هو إلتزام قد علق نشوؤه على الامر المشروط وهو الزواج، فان تحقق هذا الامر نشأ إلتزام الاب بالهبة وان تخلف اعتبر إلتزام الاب كان لم يكن، اما إلتزام الدائن بان ينزل عن جزء من حقه ان دفع المدين الاقساط الباقية في ميعاد إستحقاقها من غير تأخير فهو إلتزام قد علق زواله على الامر المشروط وهو التأخر في دفع الاقساط عن ميعاد الإستحقاق، فان تحقق هذا الامر زال الإلتزام واعتبر كان لم يكن، وان تخلف اصبح الإلتزام باتاً^١.

سادساً :- ان يكون الشرط امراً مشروعاً :- أي أن يكون غير مخالف للقانون او النظام العام او الآداب العامة، فان خالف الشرط القانون اعتبر غير مشروع- كما لو شرط الزواج بمحرم، وكذا الحال لو خالف الشرط النظام العام -كما لو شرط عدم الزواج او الطلاق او عدم ممارسة مهنة او حرفة معينة، هذا ما لم يكن الباعث الدافع على إشتراطه هو تحقيق غرض مشروع يرمي اليه المشتري- وذلك كما لو اوصى زوج لزوجته بدار تسكنها على الا تزوج بعد وفاته لتفرغ لتربية ابنائها منه، او اشترط شخص على آخر عدم ممارسة مهنة او حرفة معينة بدافع التخلص من المنافسة على ان يكون هذا المنع نسبياً، فيقتصر في الغالب على مكان معين ومدة معينة. وإذا خالف الشرط الآداب كتعليق الإلتزام على اقامة علاقة غير مشروعة، وهو امر مناف لما ينبغي للفرد ان يلتزم به -فالشرط هنا يعتبر غير مشروع ايضا. وعلى هذا فلاجل ان يكون الامر شرطاً لابد ان يكون مشروعاً، وبانتفاء المشروعية يفقد الشرط صحته فيعد باطلاً مبطلاً للإلتزام ان كان واقفاً، اما ان كان فاسخاً فيبقى الإلتزام قائماً منجزاً ويبطل الشرط لوحده مالم يكن الشرط هو الباعث الدافع الى التعاقد فيبطل عندئذ الشرط والعقد معاً^٢.

ومما تجدر ملاحظته ان العديد من القوانين المدنية كالقانون المدني العراقي والفرنسي والمصري والسوري والليبي والاردني، قد حددت مقومات شرط التعليق بأنه امر مستقبل، غير محقق، ممكن، يعلق عليه نشوء الإلتزام او زواله، الا انها اغفلت الاشارة الى الصفة العارضة كأحد مقومات شرط التعليق، على الرغم من اهميتها في تحديد طبيعة هذا الشرط وتمييزه عما يشبهه به من اوضاع قانونية، ولاسيما تمييزه عن شرط التقيد هذا من جهة، ومن جهة اخرى ان القوانين المذكورة قد تطلبت في شرط التعليق ان يكون مشروعاً، في حين ان فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها بل بالغاية المقصودة منها، وعليه كيف يمكن التوفيق بين ما كان امراً عارضاً في الإلتزام، أي ما كان بعيداً عن مضمون الإلتزام

^١ د. صبحي المحمصاني -مصدر سابق- ص ٥٦ و ٦١ و ٦٢ ، ود. السنهوري -مصدر سابق- بند ٢٠ ص ٢٨.

^٢ د. عبد المجيد الحكيم -مصدر سابق- بند ٢٨٨-٢٩٣ وبند ٢٩٨ ص ١٤٤-١٤٥ و ص ١٤٨-١٤٩ ود. صبحي المحمصاني -مصدر سابق- ص ٦٢ وما بعدها، ود. السنهوري -مصدر سابق- بند ١٨ و ٢١ ص ٢٧ و ٣١ و ٣٢ و د. انور سلطان -مصدر سابق- بند ٢٠١ ص ٢١٠ و ٢١٣ .

وغايات المتعاقدين وبين فكرة المشروعية وعدم المشروعية وهي بحد ذاتها صفة لا تثبت الا لغاية يهدف اليها المتعاقد واذا كانت هناك امثلة يضربها الفقه القانوني لتوضيح مشروعية شرط التعليق كأن يشترط في عقد البيع او الهبة الاقامة او عدم الاقامة في مكان معين او ممارسة او عدم ممارسة حرفة او عمل معين او الزواج او عدم الزواج بمعين او عدم التصرف بالعين المبيعة او الموهوبة او ما شابه ذلك من الشروط. فأن هذه الامثلة ليست شروطاً تعليقية بل شروطاً تقييدية وهذا ما سنلاحظه في المبحث القادم. وعلى هذا فنقترح ان ينص المشرع على الصفة العارضة باعتبارها احد مقومات شرط التعليق لاهميتها في تحديد طبيعته، وان يستبعد المشروعية من نطاق شرط التعليق لان الشرط كأمر عارض لا يتصور دخوله في مضمون التصرف، حتى يتسنى القول ان المشروعية من مستلزماته. ومما يلفت النظر ايضاً ان القانون المدني الاردني عرف شرط التعليق في المادة ٣٩٣ منه بأنه: "التزام مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم او زواله". وبهذا التعريف يكون القانون المدني الاردني قد اغفل دقة التمييز بين شرط التقييد والتعليق وخطأ بين مفهوميهما باعتباره الامر العارض التزاماً أي جزءاً من مضمون الارادة، فأذا كان يمكن القول ان الشرط هو التزام مستقبل فان ذلك لا ينطبق الا على مفهوم شرط التقييد وهذا ما سنلاحظه في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: مقومات شرط التقييد

عرف شرط التقييد بأنه "كل ما يشترطه الطرفان المتعاقدان لتحديد علاقتهما وتعيين التزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها"^١. وانه "الشرط الذي لا يؤثر على اصل العقد بقاءً وزوالاً ولا على اثاره الاصلية وانما يؤثر على الاثار الفرعية"^٢، كما وعرف بأنه: "التزام التعاقد في عقده امراً زائداً على اصل العقد سواء أكان مما يقتضيه العقد نفسه ام كان مؤكداً له ام كان مخالفاً له وسواء اكان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط ام كان الاشتراط لصالح الغير ام لم تكن هناك منفعة لاحد مطلقاً"^٣. وبتقديرنا ان التعاريف المتقدمة قاصرة عن بيان ماهية شرط التقييد وتحديد مقوماته ذلك لانها اعتمدت في بيان مفهوم شرط التقييد على تحديد اثره كما هو الحال في التعريف الاول والثاني وعلى ذكر انواعه في التعريف الاخير ولو ان هذا التعريف تضمن

^١ د. صبحي المحمصاني - مصدر سابق - ص ٦٠. وبهذا المعنى د. عبدالمنعم البدر اوي - مصدر سابق - ص ٢٥٤.

^٢ د. مصطفى ابراهيم الزلمي - اصول الفقه الاسلامي في نسجه الجديد - ج ٢ - ط ٤ - بغداد - مكتب القبطان للخدمات الطباعية - ١٩٩٩م - ص ٤٣.

^٣ د. محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الاسلامي - ط ١ - القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٦٠م - ص ٦٥٥.

الإشارة إلى أحد مقومات شرط التقييد وهو التزام بأمر زائد على أصل العقد إلا أن ذلك لا يشعر بوضوح تام ماهية هذا الشرط لذا نقترح تعريفه بأنه:

"التزام بأمر مستقبل ممكن مشروع يضيفه المتعاقدان إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به أثر العقد تغييراً أو تعديلاً أو إضافة"، والشرط بهذا المعنى يكون جزءاً من العقد وبنداً من بنوده. ولأجل أن يكون الإلتزام شرطاً تقييدياً لا بد أن تتوافر فيه عدة مقومات هي :

أولاً - أن يكون الإلتزام في الشرط بأمر مستقبل: أن الزمن المستقبل في شرط التقييد وسيط ينبثق منه أمر جوهري هو الإرادة صاحبة السلطان الأوحد في تحديد وقت تحقق الشرط - ونطلق هذه العبارة على تنفيذ الشرط تجاوزاً، إذ أننا لسنا بصدد أمر محتمل الوقوع بل بصدد إلتزام يتحتم على المدين الوفاء به والا كان مخالاً بالتزامه مالم يحول دون ذلك سبب اجنبي لادخل لإرادة المدين فيه، فيحق للدائن عندئذ المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ، أو على الأقل أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في تحديد هذا الوقت.

وأما الزمن المستقبل في شرط التعليق، فهو وسيط أيضاً إلا أن الذي ينبثق منه هو أمرٌ عارض وغير محقق، وبعبارة أوضح أن إرادة المتعاقد في حالة شرط التعليق لاتؤدي دوراً مهماً في تحديد وقت تحقق الشرط إذا لم نقل : أن ليس لها أي دور يذكر في تحديد هذا الوقت¹.

ومع ذلك، فإن ماتقدم من قول لايلغي حقيقة - أن الأصل في الشرط هو إلتزام بأمر مستقبل زائد عن أصل العقد، إذ ليس من الضروري لوجود العقد وصحته أن يقترن العقد بشرط؛ لأن العقد كما يمكن أن يبرم بصيغة مطلقة خالية من كل شرط، يمكن أيضاً أن يبرم بصيغة مقيدة أي مقترنة بشرط.

ثانياً :- أن يكون الإلتزام بأمر ممكن: الإلتزام بأمر ممكن يعني إلتزام بأمر غير مستحيل استحالة مطلقة وقت اقتران العقد بالشرط، ويترتب على هذا أمران :

أولهما - أن الشرط يعد متخلفاً لاستحالة الإلتزام المشروط بعد اقترانه بالعقد. وثانيهما - أن صيرورة استحالة الإلتزام امكاناً لاتجعله شرطاً ما دام لم يكن ممكناً وقت اقترانه بالعقد وأن كان الامكان من خصائص شرط التعليق وشرط التقييد، إلا أن الامكان في شرط التقييد يعني الإلتزام بأمر ممكن، أما الامكان في شرط التعليق فيعني اناطة تحقق الشرط أو تخلفه بأمر ممكن لادخل للإرادة فيه.

¹ د. محمد شتا أبو سعد - الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية - القاهرة

ثالثاً:- ان يكون الإلتزام بأمر مشروع : الإلتزام بأمر مشروع هو إلتزام بأمر غير مخالف للقانون او للنظام العام او للآداب العامة، ومن الامثلة على مخالفة الشرط للقانون: الإلتزام باقتضاء فائدة ربوية، او الإلتزام بالزواج بمحرم. ومن الامثلة على مخالفة الإلتزام للنظام العام: الإلتزام بعدم الزواج، او الطلاق، او ممارسة مهنة او حرفة معينة، مالم يكن الباعث الدافع على إشتراط الإلتزام بذلك هو تحقيق غرض مشروع يرمي اليه المشتري. ومن الامثلة على مخالفة الإلتزام للآداب :- الإلتزام باقامة علاقة غير مشروعة او استمرارها او استئناؤها بعد انقطاعها كما واعتبر البعض ان كل شرط يتحقق معه الجزاء المادي على القيام بالواجب الذي يفرضه المشرع شرطاً مخالفاً للآداب، كأشترط اخذ الاجر لقاء الكف عن التشهير بأخر^١ وعلى هذا، ولان الإلتزام شرطاً تقبيدياً لا بد ان يكون إلتزاماً بأمر مشروع، وبانقضاء المشروعية يفقد الشرط صحته ويبطل معه العقد ان كان هو الباعث الدافع الى التعاقد وبتقديرنا ان المشروعية تقتصر على شرط التقيد دون شرط التعليق لان المشروعية تلتقي دائماً مع الغايات ولارادات أي مع الشروط التي تعتبر جزءاً من مضمون الارادة لا امراً خارجاً عنها وهذا المعنى لاينطبق الا على شرط التقيد.

رابعاً - ان يكون من شأن الإلتزام المشروط تقييد اثر العقد

ان تقييد اثر العقد اما ان يكون تغييراً او تعديلاً او اضافة : فأما تغيير اثر العقد فيكون بإشترط اثر مغاير للاثر الذي يرتبه العقد اصلاً، كما لو اقترن عقد البيع وغيره من العقود اللازمة القابلة للفسخ بشرط الخيار، وان شرط الخيار يعطي لمشرطه الحق في فسخ العقد او امضائه خلال المدة المتفق عليها، وهذا يعني ان مايرتب على اقتران عقد البيع بشرط الخيار تغيير حكم العقد من اللزوم الى عدمه من جانب من شرط الخيار له^٢.
واما تعديل اثر العقد فينصوي تحت صورتين :

اولهما تعديل مدى الإلتزامات التي يفرضها العقد اصلاً على المتعاقدين كشرط تعديل الإلتزام البائع بضمان التعرض والإستحقاق، إذ ان المشرع وان كان قد نظم أحكام الإلتزام البائع بضمان التعرض والإستحقاق الا انه اعطى للمتعاقد الحق في إشتراط تعديل احكامه تشديداً او تخفيفاً او اسقاطاً^٣.

وثانيهما - تعديل الكيفية التي يتم بها تنفيذ الإلتزامات التي يرتبها العقد اصلاً - كشرط تحديد مكان او زمان تسليم المبيع او الثمن^٤.

^١ انظر السنهوري - مصدر سابق ص٢٣.

^٢ انظر المواد: ٥٠٩ - ٥١٣، ٧٢٦ - ٧٣٠ مدني - عراقي.

^٣ انظر المواد: ٢٥٩، ٥٥٦ - ٥٥٧ مدني - عراقي.

^٤ انظر المواد: ٥٣٦، ٥٤١، ٥٧٣ - ٥٧٥ مدني - عراقي.

واما الاضافة على اثر العقد، فتكون واحدة من ثلاث صور : اولها - اضافة التزام - الى التزامات المشروط عليه - لايفرضه العقد اصلا، وهذا اما ان يكون التزاما ايجابيا مقتضاه التزام المشروط عليه بالقيام بعمل معين، وهذا اما ان يكون متعلقا بالمعقود عليه - كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم رهن او كفيل بالثمن. واما الا يكون كذلك - كما لو اشترط احد المتبايعين على الاخر ان يقرضه مالا معيناً او ان يبيعه او يؤجره شيئاً اخر يملكه، او ان يقوم ببناء مسجد او مدرسة او بانفاق مال معين او غير معين في وجه من وجوه البر، او نحو ذلك من الشروط. واما ان يكون التزاما سلبيا مقتضاه منع المتعاقد من ممارسة حق من الحقوق الممنوحة له اصلا، كحق الزواج او العمل او الإقامة او ماشابه ذلك - على ان يكون المنع في الحدود المسموح بها قانونا - كما لو اشترط بائع المتجر على مشتريه ان يمارس نوعاً معيناً من التجارة دون غيرها حماية لنفسه من المنافسة.

وثانيها - اضافة التزام - الى التزامات المشروط عليه - يرتبه العقد اصلا على عاتق المشتري، أي ان يكون من شأن الشرط نقل عبء الالتزام كلاً او جزءاً من عاتق الطرف الذي يتحمله اصلا بمقتضى العقد الى عاتق الطرف الاخر، ومن امثلة ذلك الشروط الواردة على نفقات البيع وتسليم المبيع واستلامه.

وثالثهما - اضافة التزام - الى التزامات المشروط عليه - يكون من شأنه منع المتعاقد من ممارسة حق من الحقوق التي يربتها العقد اصلا - ومثاله شرط المنع من التصرف متى كان صحيحاً. وعلى هذا فالعقد المقترن بشرط التقييد هو عقد منجز يفيد حكمه في الحال الا انه مقيد. أما العقد المعلق على شرط، فهو عقد موصوف غير منجز الا انه غير مقيد.

اما عن موقف القانون المدني العراقي فإنه اكتفى في شرط التقييد بذكر انواعه وتحديد اثر اقتران العقد به دون الاشارة الى مقومات هذا الشرط اذ نصت المادة ١٣١ منه على انه: "١- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف او العادة. ٢- كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للآداب والا لغي الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً. وقد تضمن القانون المدني الاردني نصاً مماثلاً لنص المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي وهو نص المادة ١٦٤، كما وتبنى القانون المدني اليمني في المادتين ٢٦٦، ٢٦٧ اتجاهاً مشابهاً لاتجاه القانونين المدني العراقي والاردني، في حين ان عامة القوانين المدنية الاخرى كالقانون المدني المصري والسوري والليبي والجزائري والمغربي والبناني وغيرها قد خلت من النص على ذلك.

المبحث الثاني

اهمية التمييز بين شرطي التعليق والتقييد في حسم مشكلات التطبيق العملي

على الرغم من وجود الفارق بين شرط التعليق والتقييد الا ان اغلب الفقه القانوني لا يجد حرجا في الخلط بينهما ، ويتجلى ذلك في العديد من التطبيقات العملية نذكر اهمها في المطالب الاتية:

المطلب الاول : الشرط الارادي

يعرف الفقه القانوني الشرط الإرادي بأنه : ماتوقف تحققه او تخلفه على إرادة احد المتعاقدين دائناً كان ام مديناً، وهذا الشرط إما ان يكون ارادياً بسيطاً او ارادياً محضاً. فالشرط الإرادي البسيط - هو ما توقف تحققه او تخلفه على إرادة احد المتعاقدين مقروناً بعمل خارجي معين، كتعليق الإلتزام على سفر أحد المتعاقدين أو زواجه من شخص غير معين أو سكناه في مكان معين. أما الشرط الإرادي المحض - فهو ماتوقف تحققه او تخلفه على محض إرادة احد المتعاقدين دون اقترانها بعمل خارجي معين ، كمن يقول لآخر ابيعك داري إذا اردت او رأيت ذلك في مصلحتي، ومثل هذا الشرط هو إرادي محض متعلق بإرادة المدين، أو يقول أهبك هذا المال إذا اردت أو شئت، ومثل هذا الشرط هو شرط ارادي محض متعلق بإرادة الدائن. وسواء أكان الشرط إحتمالياً ام مختلطاً أم ارادياً بسيطاً وسواء أكان من جهة الدائن ام من جهة المدين - فهو شرط صحيح، يصح التعليق عليه وتترتب عليه آثاره. أما الشرط الإرادي المحض فيختلف أثره باختلاف ما إذا كان الشرط واقفاً او فاسخاً متوقفاً على إرادة الدائن او إرادة المدين.

فالشرط الارادي المحض يصح ان كان فاسخاً متعلقاً بإرادة المدين او بإرادة الدائن، كما يصح ان كان واقفاً متعلقاً بإرادة الدائن، ولكنه لا يصح ان كان واقفاً متعلقاً بإرادة المدين. ولعل سبب التفرقة بين اثر الشرط الفاسخ والواقف - ان كان ارادياً محضاً متعلقاً بإرادة المدين - وهو ان الشرط الفاسخ لا يمنع من نشوء الإلتزام وان كان بقاء قيامه متوقفاً على إرادة المدين وهذا يعني من جهة ان الإلتزام قد وجد دون ان يكون لإرادة المدين دخل فيه كما يعني من جهة اخرى ان بقاءه وفسخه مرهون بإرادة المدين.

في حين ان الشرط الواقف يجعل قيام الإلتزام رهناً بمشيئة المدين وحده بمعنى ان هذا الشرط يجعل الرابطة التعاقدية منحلّة منذ البداية لان المدين ان شاء حقق الشرط فاصبح بهذا

شرطاً محقق الوقوع تبعاً لإرادة المدين، وإن شاء جعله متخلفاً وأصبح بهذا شرطاً مستحيل الوقوع تبعاً لإرادة المدين أيضاً وفي كلا الأمرين يكون الشرط باطلاً^١.

وبهذا فإن الفقه القانوني يعد الشرط الإرادي المحض نوعاً من أنواع شرط التعليق؛ إلا أن هذا القول لا يمكن قبوله لأنه يفضي حتماً إلى الجمع بين نقيضين في مفهوم واحد، أي بين اعتبار شرط التعليق أمر عارض مستقبل غير محقق الوقوع، وبين انقضاء تحقق الشرط الإرادي المحض بإرادة المتعاقد! فكيف يمكن أن يوفق الفقه القانوني بين وسمه هذا الشرط بالصفة الإحتمالية والعارضة وبين جعله الإرادة هي المتحكم الأوحد في تحقيق الشرط الإرادي المحض في مفهوم واحد؟! وتعليقاً على ذلك: - كان الأجدر بالفقه القانوني أن يقف عند الشرط الإرادي البسيط إذا لم نقل عند الشرط المختلط، أي عند الحد الذي لا تستبد فيه الإرادة في وقت تحقق الشرط؛ لأن هذا الحد فقط هو الذي لا يتنافى مع حياد الشرط ووسمه بالصفة الإحتمالية والعارضة.

وبناء على ما تقدم يمكننا القول أن الشرط الإرادي المحض يعتبر شرطاً تقيدياً إن كان فسخ العقد منوطاً بمحض إرادة الدائن أو المدين، أي إن كان شرطاً فاسخاً - كما يطلق عليه في الفقه القانوني - إذ إن الدائن أو المدين يحتفظ بمقتضى هذا الشرط بالحق في إصدار إرادته في العدول عن العقد - أي فسخه وحل الرابطة التعاقدية - في وقت لاحق على إبرامه، وهذا الأمر هو ليس من شأن شرط التعليق إذ أنه لا يمكن أن يتمثل في الإرادة ذاتها، ولا في أحد مقوماتها. هذا من جهة، ولا يمكن أن يكون محض مشيئة تصدر عن صاحبها متى شاء من جهة أخرى.

أما إذا كان الشرط الإرادي المحض شرطاً واقفاً منوطاً بمحض إرادة الدائن، فإنه لا يعدو أن يكون إيجاباً (أي أنه مجرد تعبير عن إرادة) أو وعداً بالتعاقد لا غير.

أما إذا كان الشرط الإرادي شرطاً واقفاً منوطاً بمحض إرادة المدين، فمنطقياً لا يمكن القول بقيام التزام قد اقترن بشرط المشيئة من جانب المدين، لأن من شأن هذا الشرط أن يجعل الرابطة التعاقدية منحلة منذ البداية. بمعنى أن إرادة المدين غير بائنة بشأن الالتزام، أي أنها مرهونة بمشيئته إن شاء التزام وإن شاء لم يلتزم.

^١ د. السنهوري - مصدر سابق - بند ١٢ ص ١٧-٢١، و د. صبحي المحمصاني - مصدر سابق - ص ٦٦-٦٧،

و د. عبد المجيد الحكيم - مصدر سابق - بند ٣٠١ و ٣٠٤ ص ١٥٠-١٥٢

المطلب الثاني : الشروط التي تضيق حرية المتعاقد في ممارسة الحقوق المتعلقة بالنظام العام

ونعني بها كل شرط من شأنه ان يقيد او يمنع استعمال الحقوق والحريات التي منحها القانون كالشرط المقيد لحرية الزواج او العمل او الشرط المانع من التصرف. ونأتي على كل منها بشئ من التفصيل:-

الشرط المقيد لحرية الزواج: لقد افردت التشريعات الوضعية للزواج احكاماً خاصة استمدتها من الشرائع السماوية ولم تسمح بتجاوزها في أي حال من الاحوال، اذ ان أي تجاوز لهذه الاحكام يعني الاخلال بنظام الحياة الاجتماعية، لان الزواج هو النظام الذي تتبني عليه حياة الاسرة نواة المجتمع المكون لاطار النظام العام.

ومن هذه الاحكام التي اقرتها التشريعات عدم جواز تقييد حرية الفرد في الزواج، وبذا فان الاصل في الشرط المقيد لحرية الزواج هو عدم الصحة لمخالفته للنظام العام. وبناءً على هذا المبدأ يمكن القول اجمالاً ان هذا الشرط لا يخرج بنطاقه عن احدى الصور الآتية :

١- شرط عدم الزواج مؤبداً: ومثاله- قد يشترط الواهب او الموصي عدم زواج الموهوب له او الموصى له مؤبداً لقاء ما وهب او اوصى به. فهذا الشرط لا يصح اياً كان الباعث حتى لو كان الباعث معقولاً، لان ذلك لا يبرر حرمان الفرد من حق منحه اياه الشرائع السماوية قبل ان تقره التشريعات الوضعية، إضافة الى ان المصلحة التي ينطوي عليها الباعث اياً كانت لا يمكن ان تتصف بالدوام كي يكون الشرط معها مؤبداً. لذا يكون شرط التقييد هذا لاغياً شرعاً وقانوناً ولا يعمل به قضاء لعدم صحته.

٢- شرط عدم الزواج مؤقتاً: الاصل في هذا الشرط عدم الصحة، إلا انه يصح ان كان الباعث اليه معقولاً وان يكون بتحقيقه نفع للمشروط عليه او الغير، أي ان مشروعية هذا الشرط مقرونة بالنفع الذي يحققه- كما لو وهب الاب لولده مالاً واشترط عليه الأيتزوج حتى يكمل دراسته الجامعية، او لحين الحصول على وظيفة او مورد معيشة معين يؤهله لتحمل المسؤولية العائلية، ومثل ذلك وصية الزوج لزوجته بشئ ما بشرط ألا تتزوج بعد وفاته وان ترعى اولاده لحين تمكنهم من القيام بواجباتهم الحياتية وادارة شؤونهم العائلية.

٣- شرط عدم الزواج بمعين او الزواج بمعين: نرى انسحاب الحكم السابق على هذه الصورة ايضاً، أي وجوب التمييز فيما اذا كان الباعث على الإشتراط معقولاً ام لا؟ فان كان معقولاً كان الشرط صحيحاً وغير مخالف للنظام العام- كما لو رغب المشتراط ألا يتزوج المشروط

عليه الامن كفى له، اما اذا كان الباعث على الشرط الكراهية او الإثرة او الغيرة او ما شابه ذلك فلا يصح ويكون مخالفا للنظام العام لما فيه من ضرر وغبن لاحق بالمشروط عليه¹.
الشرط المقيد لحرية العمل : ان للفرد حرية كاملة في اختيار العمل او المهنة التي يرغب ممارستها، فكل شرط يرمي الى تقييد هذه الحرية هو شرط الاصل فيه مخالفة للنظام العام.
وهذا الشرط بنطاقه لا يخرج عن احدى صورتين الآتيتين :

الصورة الاولى - الشرط الوارد على اختيار نوع المهنة او العمل : وهو كل شرط يقيد حرية الفرد في اختيار نوع المهنة او العمل، وهذا مخالف للنظام العام، لان اختيار العمل او المهنة لا يمكن ان يكون مجالا للتعامل، لذا فلا يكون محلا للشرط من باب اولى²، اذ لا يصح ان يشترط الواهب على الموهوب له ان يمارس عملاً او مهنة معينة من قبل الواهب لما في ذلك من سلب لحرية الفرد وتعطيل لارادته في الاختيار.

الصورة الثانية - الشرط الوارد على ممارسة العمل او المهنة :
ولهذه الصورة حالتان الاولى : المنع الكلي من ممارسة عمل او مهنة معينة وذلك كالإشتراط على التاجر ان يمتنع عن ممارسة تجارته بوجه عام دون قيد بزمان او مكان. ومثل هذا الإشرط لا يصح مخالفته للنظام العام. والثانية : المنع الجزئي من ممارسة عمل او مهنة معينة وهو إشرط صحيح ليس فيه مخالفة للنظام العام وبموجبه يشترط احد المتعاقدين على الآخر عدم ممارسة مهنة او عمل في زمان معين او مكان معين محدد، كما لو اشترط مشتري المتجر ابتعاد بائعه بنشاطه عن الجهة التي يوجد فيها المحل التجاري، أي ان المشتري في مثل هذا الإشرط لا يهدف الى سلب حرية الفرد او تقييدها في اختيار نوع المهنة او العمل بل يرمي الى حماية نفسه وتأمين وضعه التجاري من منافسة المشروط عليه في تلك المنطقة ولفترة معينة لضمان نجاحه في عمله³.

شرط المنع من التصرف : وهو كل شرط يقضي بمنع المشروط عليه من التصرف فيما يملك، وهذا الشرط لا يصح الا اذا كان مؤقتاً ومؤسساً على باعث مشروع منطوق على مصلحة جديدة، لان حق التصرف هو أخص عناصر الملكية، وبسلبه يفقد هذا الحق قوامه. هذا من جهة، ومن جهة اخرى ان حق التصرف هو الذي يكفل تداول الاموال واستثمارها ويفسح المجال واسعاً

¹ انظر في ذلك - د. عبدالله الجليلي - الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام او الاداب في القانون المدني - القاهرة - المطبعة العالمية - ١٩٥٨ - ص ١٦١-١٦٥ و ١٩٥-١٩٧

² - المصدر السابق - ص ١٩٢

³ - المصدر السابق - ص ١٩١ وما بعدها و د. السنهوري - الوسيط - ج ١ - القاهرة - مكتبة النهضة المصرية - ١٩٥٨ - بند ٢٣١ - ص ٤٠٥ و ٤٠٦، و د. صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - ج ٢ - ط ٢ - دار العلم للملايين - بيروت - ١٩٧٢م - ص ٤٦٦.

امام النشاط الفردي¹. وعلى هذا فان شرط المنع من التصرف قد يكون مؤبداً -كإشتراط البائع او الواهب عدم تصرف المشتري او الموهوب له بالعين المبيعة او الموهوبة. فمثل هذا الشرط لا يصح اياً كانت المصلحة التي ينطوي عليها الباعث اليه لمخالفته للنظام العام اذ لا يمكن تبرير هذه المصلحة لحرمان الفرد مؤبداً من حق منحه اياه القانون، وابعاحه هذا الشرط يسبب عرقلة النشاط الفردي.

وقد يكون شرط المنع من التصرف مؤقتاً - كإشتراط البائع في عقد بيع عقار ثمنه مقسط على خمس سنوات عدم تصرف المشتري بالعقار المبيع حتى يفي بجميع الاقساط، فمثل هذا الشرط صحيح، اذ ان شرط المنع من التصرف يصح ان كان مؤقتاً ومؤسسا على باعث مشروع لانطوائه على مصلحة مشروعة وجدية اياً كان المستفيد منها المشتري نفسه او المشروط عليه او الغير².

ولاتفوتنا الاشارة الى ان خلو القانون المدني العراقي من نص يعالج شرط المنع من التصرف قد اثار خلافاً بين شراح العراقيين فذهب فريق منهم الى انه "لامناس من تطبيق احكام القواعد العامة وهي تقضي بأن كل شرط غير ممنوع بالقانون ولا مخالف للنظام العام ولا للآداب شرط صحيح يجب احترامه وعلى هذا فإن شرط المنع من التصرف متى كان مؤقتاً وكان للمشتري مصلحة جدية من وراء إشتراطه فهو شرط صحيح يجب العمل به"³.

في حين ذهب فريق آخر الى ان (اعراض المشرع العراقي عن اخذ النصيين المصريين (م ٨٢٣ و ٨٢٤) ...، عند نقله احكام القانون المدني العراقي من مشروع القانون المدني المصري، لا يمكن تفسيره الا بعدم رغبته في تقرير الاحكام الواردة فيهما، وترك الامر في ذلك الى القواعد العامة، وهي مانصت عليه المادة (١٣١ مدني - عراقي) ويمكن القول بأن شرط المنع من التصرف يعتبر في الاصل مخالفاً للنظام العام، لتجريد المالك من ابرز عناصرها ولمخالفته لمبدأ حرية تداول الاموال، فهو غير جائز الا في الاحوال الاستثنائية، ولا بد ان يكون المنع من التصرف مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة أي

¹ انظر في ذلك د. شاكر ناصر حيدر - الوجيز في الحقوق العينية الاصلية - ج١ - بغداد - مطبعة العاني - ١٩٦٩ - ص ٤٢٠ و ٤٢١، و د. حسن كيرة - اصول القانون المدني - ج١ - الحقوق العينية الاصلية - الاسكندرية - ١٩٦٥ - بند ٨٥ - ص ٢٨٤ .

² د. حسن علي الذنون - الحقوق العينية الاصلية - بغداد - ١٩٥٤ - بند ٥٨ - ص ٦٢ .

³ د. السنهوري - الوسيط - ج٨ - القاهرة - ١٩٦٧. ود. عبدالمعز فرح الصدة - الحقوق العينية الاصلية - دراسة مقارنة بالقانون اللبناني والقانون المصري - بيروت - دار النهضة العربية - ١٩٨٢ - ص ١٣٨ وما بعدها. ود. منصور مصطفى منصور - حق الملكية في القانون المدني المصري - ١٩٦٥ - ص ٩٩-١٠١. ود. توفيق حسن فرج - الحقوق العينية الاصلية - الاسكندرية - ١٩٨٦ - ص ٢٠٢-٢٠٥ .

مؤقتة، كما ان الغالب ان يكون ذلك الشرط وارداً في وصية او في عقد من عقود التبرع)¹. كما ان القانون المدني الفرنسي هو الاخر قد خلى من النص على هذا الشرط.

اما عن موقف القانون المدني المصري فانه على اثر عزوف القانون المدني المصري القديم عن معالجة شرط المنع من التصرف، وبعد استقرار احكام القضاء المصري على اعتبار الشرط المانع من التصرف شرطاً صحيحاً مادام مؤقتاً في مدته ومشروعاً في غايته، نص القانون المدني المصري الجديد في مادته ٨٢٣ على ما يأتي: ((١ - اذا تضمن العقد او الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او المتصرف اليه او الغير . ٣ - والمدة الممعقولة يجوز ان تستغرق مدى حياة المتصرف او المتصرف اليه او الغير)).

فإذا كانت كل الشروط المتقدمة يضربها الفقه القانوني كامثلة لشرط التعليق، فبتقديرنا ان هذا الوصف لا يمكن ان يصدق عليها لان الشرط المقيد لحرية الزواج او العمل او التصرف الذي يقترن ببعض الهبات او البيوع ما هو الا التزام في صورة بند تعاقدى يتنافى مع حرية الشخص في ممارسة أي من هذه الحقوق في الحدود المسموح بها قانوناً - أي مراعاة التاقية والمصلحة المشروعة - فهذه الشروط تدخل في محتوى التصرف بقصد ايجاد التزام يعده المشتري مقابلاً للالتزامه ، ولذا يكون الشرط جزءاً من مضمون الارادة لا امراً عارضاً عنها ، واذا كان الشرط كذلك فهو شرطاً تقيدياً لا شرطاً تعليقياً والقول بغير ذلك معناه التسوية بين ما هو ذات الارادة وبين ما هو عمل من اعمالها وعارضاً عنها وهذا ما لا يمكن قبوله باي حال من الاحوال.

المطلب الثالث: البيع بشرط التجربة

يقصد بالبيع بشرط التجربة بانه البيع الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع قبل شرائه^١، وذلك اما للتأكد من صلاحية المبيع للغرض المقصود منه او للتأكد من مدى ملائمته لحاجته الشخصية^٢.

^١ د. شاکر ناصر حيدر - مصدر سابق - ص ٤٣٢ - ٤٣٤ والى هذا الرأي ذهب ايضاً، د. صلاح الدين

الناهي - في كتابه الوجيز في الحقوق العينية الاصلية - ١٣٨٠هـ - ١٩٦٠-١٩٦١م - ص ١٠٥.

^١ د. عباس حسن الصراف - شرح عقدي البيع والايجار - بغداد - مطبعة الاهالي - ١٩٦٥م - ص ٨٨.

^٢ د. السنهوري - الوسيط - ج٤ - القاهرة - مطابع النشر للجامعات المصرية - ١٩٦٠ - ص ١٣٠.

وعلى هذا فإن البيع شرط التجربة ينطوي على حالتين متميزتين: الأولى: اعتماد التجربة على غير المتعاقدين: في هذه الحالة لا يكون لإرادة المشتري أي دخل في تحديد نتيجة التجربة بقبول المبيع أو رفضه، إذ يبقى المتحكم في هذه النتيجة هو استظهار مدى ملائمة المبيع للغرض المقصود منه أو الذي اعد له حتى وان لم يوافق مشيئة المشتري أو رغبته في الاختيار، فلا شك ان الامر يتعلق بشرط التعليق في هذه الحالة، طالما ان مشيئة احد المتعاقدين، بل المتعاقدين معاً لن يكون لها ادنى دخل في تحديد نتيجة التجربة.

الثانية: اعتماد التجربة على احد المتعاقدين (المشتري) في هذه الحالة يكون للمشتري كامل الحرية في نتيجة التجربة بقبول أو رفض المبيع فالعبرة هنا ليست بصلاحية المبيع في ذاته كما هو الحال في الحالة الاولى بل بملائمته لحاجة المشتري الشخصية، وبهذا تكون مشيئة المشتري هي الحكم الوحيد في تحديد نتيجة التجربة ولذا فإن الشك يثور لا محالة في مدى اعتبار هذه الحالة شرطاً تعليقاً لانتفاء الصفة العارضة للشرط وبتقديرنا ان شرط التجربة هنا ما هو الا شرطاً تقييدياً يحقق نفعاً لمن اشترطه مادامت ارادة المتعاقدين قد اتجهت الى اناطة نتيجة التجربة بمشيئة المشتري وحده.

ومما يلفت النظر ان المشرع العراقي في المادة/٥٢٤ من القانون المدني العراقي نص على انه: "١- في البيع شرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة فاذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فأذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً للمبيع.

٢- ويعتبر البيع شرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، الا اذا تبين من الاتفاق والظروف ان البيع معلق على شرط فاسخ".

وبهذا النص يكون المشرع العراقي قد ضيق نطاق البيع شرط التجربة لان المشرع اقتصر على ذكر حالة واحدة في البيع بشرط التجربة الا وهي اعتماد التجربة على المشتري دون الاشارة الى الحالة الاخرى وهي اعتماد التجربة على غير المتعاقدين هذا من جهة. ومن جهة اخرى فقد خلط المشرع بين مفهوم شرطي التعليق والتقييد اذ عد قبول المشتري أو رفضه للمبيع شرطاً تعليقاً وهذا مما لا يمكن قبوله لان اعطاء المشتري حرية القبول أو الرفض معناه ان المشتري وحده هو الذي يتحكم بنتيجة التجربة، لذا فإن الامر يكون منوطاً بالارادة ذاتها لا بأمر عارضٍ عنها ولذا لا يمكن القول ان شرط التجربة في هذه الحالة شرط تعريقي بل شرط تقييدي - كما اشرنا سابقاً - ولم يكن هذا هو موقف القانون المدني العراقي وحده بل موقف

العديد من القوانين المدنية كالقانون المدني الفرنسي والمصري والسوري والليبي والجزائري وقانون الموجبات والعقود اللبناني^١.

كما واعتبرت القوانين المذكورة البيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق وضعان قانونيان مختلفان في حين ان الامر في حقيقته يوجب التسوية بينهما باعتبارهما وضعين قانونيين متحدين لان المذاق لا يعدو ان يكون نوعاً من التجربة لاشياء لاتعرف خصائصها الا به، فالتسوية بينهما بتقديرنا امراً لامناص منه خاصة في فرض البيع الذي لا يقصد منه سوى الاستيثاق من مدى ملائمة المبيع للحاجة الشخصية للمشتري.

^١ انظر المواد: ١٥٨٨ مدني - فرنسي، ٤٢١/٢ مدني - مصري، ٣٨٩/٢ مدني - سوري، ٤١٠ ف ٢ مدني - ليبي، ٣٥٥ مدني - جزائري، ٣٩١ موجبات وعقود لبناني.

الخاتمة

أولاً: تعريف شرط التقييد تعريفاً متضمناً لجوهر فكرته ومقوماته التي تميزه عن شرط التعليق بأنه: "التزام بأمر مستقبلي ممكن ومشروع يضيفه المتعاقدان الى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به اثر العقد تغييراً او تعديلاً او اضافةً).

ثانياً: ان العديد من القوانين المدنية كالقانون المدني العراقي والفرنسي والمصري والسوري والليبي والاردني واغلب الفقه القانوني قد حددوا مقومات شرط التعليق بأنه امر مستقبلي غير محقق الوقوع، ممكن، يعلق عليه نشوء الالتزام او زواله الا انهم اغفلوا الاشارة الى الصفة العارضة كأحد مقومات شرط التعليق، على الرغم من اهميتها في تحديد طبيعة هذا الشرط وتمييزه عما يشته به من اوضاع قانونية، ولاسيما تمييزه عن شرط التقييد هذا من جهة، ومن جهة اخرى ان القوانين المذكورة قد تطلبت في شرط التعليق ان يكون مشروعاً وكذلك الحال لدى اغلب الفقه القانوني، في حين ان فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها بل بالغاية المقصودة منها وعليه كيف يمكن التوفيق بين ما كان امراً عارضاً في الالتزام، أي ما كان بعيداً عن مضمون الالتزام وغايات المتعاقدين وبين فكرة المشروعية وهي بعد ذاتها صفة لا تثبت الا لغاية يهدف اليها المتعاقد واذا كان هناك شرط يمكن ان يوسم بالمشروعية فهو شرط التقييد لا شرط التعليق لان الاول هو ما يمثل جزءاً من مضمون الارادة لا الاخير. وعلى هذا نقترح ان ينص المشرع على الصفة العارضة باعتبارها احد مقومات شرط التعليق لاهميتها في تحديد طبيعته، وان يستبعد المشروعية من نطاق شرط التعليق وقصرها على شرط التقييد.

ثالثاً: لقد عرف القانون المدني الاردني شرط التعليق في المادة ٣٩٣ تعريفاً معيباً لا يتألف مع طبيعته ولا يحدد مفهومه تحديداً يميزه عن غيره من الشروط وعلى الاخص شرط التقييد بل على العكس انه خلط بين المفهومين باعتباره الامر العارض التزاماً وذلك بالنص على ان شرط التعليق هو (التزام مستقبلي يتوقف عليه وجود الحكم او زواله).

رابعاً: درج الفقه القانوني وغالبية القوانين المدنية على اعتبار الشرط الارادي المحض هو نوع من انواع شرط التعليق في حين تبين لنا ان هذا الشرط - ان كان فاسخاً كما يطلق عليه في الفقه القانوني - ما هو الا شرط تقييدي يحتفظ بمقتضاه المشترط دائماً كان ام مدين بالحق في اصدار ارادته في العدول عن العقد في وقت لاحق على ابرامه وهذا ليس من شأن شرط التعليق اذ انه لا يمكن ان يتمثل في الارادة ذاتها ولا في احد مقوماتها، وكذلك

الحال في الشروط التي تضيق حرية التعاقد في ممارسة حق من الحقوق المتعلقة بالنظام العام كحق الزواج والعمل والاقامة والتصرف كأشترط الاقامة او عدم الاقامة في مكان معين او ممارسته او عدم ممارسة عمل معين او الزواج او عدم الزواج بمعين او غير معين او عدم التصرف في العين المبيعة او الموهوبة، فكل هذه الامثلة تمثل جزءاً من مضمون الالتزام وغايات المتعاملين وهذه هي جوهر فكرة شرط التقييد لا شرط التعليق ولذا فهي شروط تقييدية ليس الا.

خامساً: اقتصر عدد من القوانين المدنية كالقانون المدني العراقي والفرنسي والمصري والسوري والليبي والجزائري وقانون الموجبات والعقود اللبناني في البيع بشرط التجربة على ذكر حالة واحدة وهي اعتماد التجربة على المشتري دون الاشارة الى الحالة الاخرى وهي اعتماد التجربة على غير المتعاقدين هذا من جهة ومن جهة اخرى فان القوانين المذكورة قد خلطت بين مفهوم شرط التعليق والتقييد اذ عدت قبول المشتري او رفضه للمبيع شرطاً تعليقياً وهذا مما لا يمكن قبوله لان اعطاء المشتري حرية القبول او الرفض معناه ان المشتري وحده يتحكم بنتيجة التجربة، لذا فان الامر منوطاً بالارادة ذاتها لا بأمر عارض عنها، وبهذا لا يمكن القول ان شرط التجربة في هذه الحالة هو شرط تعليقى بل شرط تقييدى.

المصادر

- ♦ د. انور سلطان - **الموجز في النظرية العامة للالتزام** - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني - احكام الالتزام - بيروت - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - ١٩٧٤م.
- ♦ د. توفيق حسن فرج - **الحقوق العينية الاصلية** - الاسكندرية - مؤسسة الثقافة الجامعية - ١٩٨٦م.
- ♦ د. حسن علي الذنون - **الحقوق العينية الاصلية** - بغداد - ١٩٥٤م.
- ♦ د. حسن كيرة - **اصول القانون العام** / ج ١ - الحقوق العينية الاصلية - الاسكندرية منشأة المعارف - ١٩٦٥م.
- ♦ د. شاكر ناصر حيدر - **الوجيز في الحقوق العينية الاصلية** / ج ١ بغداد - ١٩٦٩م.
- ♦ د. صبحي المحمصاني - **محاضرات في القانون المدني اللبناني** / الاوصاف المعدلة لاثار الالتزام - مطبعة نهضة مصر - ١٩٥٨م.
- ♦ - **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية** - ج ٢-٢ - بيروت - دار العلم للملايين - ١٩٧٢م.
- ♦ د. صلاح الدين الناهي - **الوجيز في الحقوق العينية الاصلية** - ١٣٨٠هـ - ١٩٦٠-١٩٦١م.
- ♦ د. طلبة وهبة - **احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون** - ط ١ - القاهرة - دار الفكر العربي - بلا تاريخ.
- ♦ د. عباس حسن الصراف - **شرم عقدي البيع والابجار** - بغداد - ١٩٦٥م.
- ♦ د. عبدالحى حجازي - **النظرية العامة للالتزام** / ج ١ - مطبعة نهضة مصر - ١٩٥٤م.
- ♦ د. عبدالرزاق احمد السنهوري - **الوسيط في شرم القانون المدني الجديد** ج ١ - القاهرة دار النشر للجامعات المصرية - ١٩٥٢م.
ج ٣ - القاهرة مكتبة نهضة مصر - ١٩٥٨م.
ج ٤ - القاهرة مطابع النشر للجامعات المصرية - ١٩٦٠م.
ج ٨ - ١٩٦٨م.
- ♦ د. عبدالفتاح عبدالباقى - **دروس احكام الالتزام** - القاهرة - بلا تاريخ.
- ♦ د. عبدالقادر الفار - **احكام الالتزام** - ط ٤ - عمان - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - ١٩٩٧م.

- ♦ د. عبدالمجيد الحكيم - **الموجز في شرح القانون المدني العراقي** - ج ٢ - احكام الالتزام - ط ٣ - ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- عبدالباقي البكري محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج ٢ - احكام الالتزام - بغداد - ١٩٨٠م.
- ♦ د. عبدالمنعم البدر اوي - **النظرية العامة للالتزام** - ج ٢ - دار النهضة العربية للطباعة والنشر.
- ♦ د. محمد سلام مذكور - **المدخل للفقه الاسلامي** - ط ١ القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٦٠م.
- ♦ د. محمد شتا ابو سعد - **الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية** - القاهرة - ١٩٨١م.
- ♦ د. محمد شكري سرور - **موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري** - ط ١ - القاهرة - دار الفكر العربي ١٩٨٤/١٩٨٥.
- ♦ د. مصطفى ابراهيم الزليمي - **اصول الفقه في نسيجه الجديد** / ج ٢ - ط ٤ - ١٩٩٩م.
- ♦ د. مصطفى احمد الزرقا - **المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية** - ج ١ - ط ٣ - مطبعة الجامعة السورية - ١٩٥٢م.
- ♦ د. منصور مصطفى منصور - **حق الملكية في القانون المدني المصري** - مكتبة عبدالله وهبة - ١٩٦٥م.
- ♦ Mazeand (Henriet - Jean) et chabas (Francois) - Lecons de droit civil - 111-1991.
- ♦ Code Dalloz -1998.
- ♦ القانون المدني العراقي - رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م - ط ٣ - بغداد - ٢٠٠٠م.
- ♦ القانون المدني المصري - رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م - اعداد المحامي احمد شتات/ دار الكتب القانونية - ١٩٩٣م.
- ♦ القانون المدني السوري - رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩/ اعداد وتنسيق ممدوح عطري - مؤسسة النوري للطباعة - دمشق - ١٩٩٢م.
- ♦ **قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر ١٩٣٢** - اعداد موريس نخلة - منشورات الحلبي الحقوقية - ١٩٩٤م.
- ♦ **القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م** - اعداد المكتب الفني في نقابة المحامين - عمان - ط ٣ - مطبعة التوفيق - ١٩٨٥م.

♦ **القانون المدني اليمني** - رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ / الجريدة الرسمية - مطابع مؤسسة
اكتوبر للصحافة والطباعة والنشر - ١٩٩٢.

الفهرست

١	المقدمة
٢	المبحث الاول: ضوابط التمييز بين شرطي التعليق والتقييد.
٢	المطلب الاول: مقومات شرط التعليق.
٦	المطلب الثاني: مقومات شرط التقييد
١٠	المبحث الثاني: اهمية التمييز بين شرطي التعليق والتقييد في حسم مشكلات التطبيق العملي.
١٠	المطلب الاول: الشرط الارادي.
١٢	المطلب الثاني: الشروط التي تضيق حرية المتعاقد في ممارسة حق من الحقوق العامة.
١٥	المطلب الثالث: البيع بشرط التجربة.
١٨	الخاتمة
١٩	المصادر