الرقم الدولي: ISSN2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- وسائل معالجة التعسف الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة. (دراسة مقارنة) — أ.د. فراس كريم شيعان، م.م.صلاح عجمي جميل
- ذاتية العقد الممتد.(دراسة مقارنة) — أ.د. إيمان طارق مكي، م.م. وسيم جبار
- الالتزامات المفروضة على منتج الدواء. (دراسة مقارنة) — أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، راسم عايد حسن
- خلافة الدول في الديون المقيتة . — أ. د. صدام حسين الفتلاوي، م. م. محمد جبار العبدلي
- الحقوق الخاصة للمهاجر وفقاً لقانون دولة الجنسية.(دراسة مقارنة) — أ.د. عبد الرسول عبد الرضا، م.م. نصيف جاسم محمد

السنة الحادية عشر العدد الثالث

2019

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377

AL-Mouhakiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal
Issued By
College of Law in Babylon University

- Methods of controlling the procedural "Arbitrariness" in private international Relations. (A comparative study) — PP. Dr. Firas k. shiaan, A.Lec.Salah agmi gmeel
- Subjectivity of the extended Contract. (A Comparative Study) — P.Dr. Eman T. Makki, Wasseam J. AL- Shemary
- Obligations Imposed on the Drug owner. (A Comparative Study) — P.Dr. Salam A. Abdullah, Rassim A.Hassan
- Succession of States in odious debts . — P. Dr. Saddam AL-Fatlawi, A. Lec. Mohammed J .J.
- Special rights of migrants according to the law of the State of nationality .(comparative study) — P.Dr.Abdul Rasool A. J., Dr.Nsaeif J. AlKarawi

Third Issue 2019 Eleventh Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرست

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١-	وسائل معالجة التعسف الإجرائي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة. (دراسة مقارنة)	أ.د. فراس كريم شيعان م.م.صلاح عجمي جميل	٩-٥٠
٢-	ذاتية العقد الممتد.(دراسة مقارنة)	أ.د. إيمان طارق الشكري م.م .وسيم جبار الشمري	٥١- ٨١
٣-	الالتزامات المفروضة على منتج الدواء. (دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي راسم عايد حسن	٨٢-١٦٤
٤-	خلافة الدول في الديون المقيتة.	أ. د. صدام حسين الفتلاوي م. م. محمد جبار العبدلي	١٦٥-٢٥٤
٥-	الحقوق الخاصة للمهاجر وفقاً لقانون دولة الجنسية.(دراسة مقارنة)	أ.د. عبد الرسول عبد الرضا م.م. نصيف جاسم محمد	٢٥٥- ٣١٥
٦-	إخلال القضاء الوطني بتطبيق وتفسير العرف الدولي.	أ. د. حيدر كاظم عبد علي كريم كاظم كريم	٣١٦-٣٦٢
٧-	حدود الحق ألاستئثاري لصاحب براءة الاختراع (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.م.د. ميثاق طالب عبد حمادي سعد حامد هادي	٣٦٣- ٣٩٤
٨-	مدى انطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية. (دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الإشارة إلى القانونين الأمريكي والفرنسي)	أ.م.د. محمد جاسم محمد	٣٩٥ - ٥٥٦
٩-	الاكتتاب العام برأسمال الشركة المساهمة في ظِل قانون الشركات رقم ٢١لسنة ١٩٩٧ المعدل .	م. م. نوفل رحمن ملغيط علي عبد الحسين الياسري	٥٥٧- ٥٩٥
١٠-	المركز القانوني للأجنبي وفقاً لقانون إقامة الأجانب العراقي رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧ النافذ	م.م. إبراهيم عباس الجبوري	٥٩٦ - ٦١٥

ذاتية العقد الممتد

(دراسة مقارنة)

أ.د. إيمان طارق الشكري — كلية القانون/جامعة بابل

م.م. وسيم جبار الشمري — جامعة الفرات الاوسط التقنية/المعهد التقني بابل

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

الملخص

تختلف المعايير التي استند اليها الفقه التقليدي لتحديد ما يعد من العقود عقداً زمنياً باختلاف التسمية التي اتبعها الفقه لوصف العقد الذي يكون للزمن اثر بين فيه ، كما ان اختلاف الفقه لم يقف عند حد اختلافه في تسمية هذا العقد بل تعدى حدود التسمية هذه ليصل الى ما يعتبر من هذه العقود عقداً زمنياً من عدمه ، الى درجة ان عقداً من طبيعه واحدة يعد عقداً فورياً من وجهة نظر فقه معين و هو في نفس الوقت و بذات الطبيعة و السمات يعد عقداً يلعب الزمن دوراً مهماً فيه ، كما ان الفقه عند تقسيمه للعقود الى عقود فورية و عقود مستمرة ، معتمداً على تاثير الزمن في هذه العقود ، لم يكن دقيقاً في بيان اثر الزمن على هذا العقد , اذ عد قسماً من العقود الفورية التنفيذ بالاصل عقوداً زمنية و اعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيها و في ذات الوقت اهمل اي اثر للزمن في عقود لا يمكن التغاضي عن اثره الزمن فيها و عدم منحه اي اهمية لمدة تنفيذ هذا العقود ، على الرغم من ان هذه العقود لم تكن لتنفذ على الوجه الاكمل لو لا هذه الفترة الزمنية . لذلك جاء البحث لبيان مدى تمتع العقد الممتد بذاتية خاصة و محاولة ابراز هذه الذاتية و ذلك من خلال البحث في حقيقة المعايير المستخدمة في تحديد العقود الزمنية و مدى فائدة استخدام هذه المعايير في تحديد ذاتية العقد الممتد و ما تحققه هذه الذاتية من نتائج مهمة .

المقدمة

ان المعايير التي استند اليها الفقه التقليدي لتحديد ما يعد من العقود عقداً زمنياً مختلفة باختلاف التسمية التي اتبعها الفقه لوصف العقد الذي يكون للزمن اثر بين فيه . كما ان اختلاف الفقه لم يقف عند حد التسمية بل تعدى حدود التسمية هذه ليصل الى ما يعتبر من هذه العقود عقداً زمنياً من عدمه ، الى درجة ان عقداً من طبيعة واحدة يعد عقداً فورياً من وجهة نظر فقه معين و هو في نفس الوقت و بذات الطبيعة و السمات يعد عقداً يلعب الزمن دوراً مهماً فيه . لا بل ان في ذات الاتجاه الفقهي الواحد نجد اختلافاً في اثر الزمن على العقد ، فمنهم من الزمن ميزاناً لمحل العقد او مقياساً تقاس فيه الاداءات ، في حين ذهب البعض الى القول بان المدة او الزمن ركناً فيه . كما ان الفقه عند تقسيمه للعقود الى عقود انية و عقود

مستمرة معتمداً على تاثير الزمن في هذه العقود لم يكن دقيقاً في بيان اثر الزمن على هذا العقد , اذ عد قسماً من العقود الفورية التنفيذ بالاصل عقوداً زمنية و اعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيها ، و في ذات الوقت اهمل اي اثر للزمن في عقود لا يمكن التغاضي عن اثره فيها و عدم منحه اي اهمية لمدة تنفيذ هذه العقود ، على الرغم من ان هذه العقود لم تكن لتنفذ على الوجه الاكمل لو لا هذه الفترة الزمنية , كل هذا يدعو الى القول بعدم تمتع هذه العقود بذاتية مستقلة عن باقي انواع العقود بعدها قسماً من اقسام العقود . و لبيان مدى تمتع العقد الممتد بذاتية خاصة و محاولة ابراز هذه الذاتية و ذلك من خلال البحث في حقيقة المعايير المستخدمة في تحديد العقود الزمنية و مدى فائدة استخدام هذه المعايير في تحديد ذاتية العقد الممتد و ما تحققه هذه الذاتية من نتائج مهمة ، عليه ستكون دراسة موضوع (ذاتية العقد الممتد) دراسة تحليلية تفصيلية مقارنة في نطاق القانون المدني و الفقه الاسلامي من خلال تقسيم البحث الى مبحثين ، الاول نتناول فيه تقدير القيمة الفعلية لذاتية العقد الممتد , اما المبحث الثاني فنخصصه لمناقشة النتائج المترتبة على ذاتية العقد الممتد .

المبحث الاول

تقدير القيمة الفعلية لذاتية العقد الممتد

عمل الفقه القانوني على تقسيم العقود على عقود فورية و عقود زمنية او عقود مدة و ذلك عند دراسة أثر المدة على العقد , أذ يعرف العقد الفوري على انه (هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه , فيكون تنفيذه تنفيذاً فورياً ولو تراخى التنفيذ الى اجل او اجال متتابعة) [١] او هو (العقد الذي لا يدخل الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذه) [٢] او هو ذلك النوع من العقود الذي يستبعد الزمن ، اذ انه يقوم على اشباع حاجات ذات اشباع فوري كما ان أثاره تنفذ مرة واحدة [٣] , كما عرف العقد الفوري التنفيذ عن طريق مقابلته مع تعريف العقد المستمر بانه (العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً من عناصره و بعبارة اخرى هو العقد الذي لا يكون الزمن مقياساً لتقدير الالتزامات او الأداءات الناشئة عنه) [٤] او (هو العقد الذي تتحدد فيه التزامات المتعاقدين بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول , و لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذه حتى لو كان هذا التنفيذ يتم على دفعات متعددة) [٥] ، و عرف العقد

الفوري كذلك بانه (العقد الذي لا يكون للزمن دخل في تعيين محله و لو كان له دخل في تعيين اجل تنفيذه ، فالبيع عقد فوري لان محله المبيع و الثمن و هما لا دخل للزمن في تعيينهما)[٦] . و يظهر من هذه التعاريف انها تستند للتمييز بين العقد الفوري و المستمر الى معيار اساسي و هو جوهرية عنصر الزمن في هذه العقود و اثره الفاعل في تحديد ذاتية هذا العقد ، و يعتمد في هذا المعيار على ضابطين هما طبيعة الأداءات المتعاقد عليها و اهمية الزمن في تنفيذ العقد ، و في نفس الوقت اعتبر الفقه الزمن عنصراً جوهرياً اذا ماكان هذا الزمن هو المقياس للاداءات في العقد. و نتيجة لعدم شمول المعيار السابق لكل اقسام العقود و التي اراد الفقه ادراجها تحت اقسام العقود الزمنية ، ذهب الى الاخذ بطبيعة الحاجة المراد اشباعها كمعيار اخر لتحديد ذاتية هذه العقود [٧]. لذلك سنبين القيمة الفعلية لذاتية العقد الممتد من خلال تناول تاثير الزمن بعده مقياساً للأداءات في العقد و ذلك في المطلب الاول من هذا المبحث ، اما في المطلب الثاني سنتناول فيه مدى امكان اعتبار طريقة تنفيذ العقد كطريق لابراز ذاتية العقد الممتد.

المطلب الاول

الزمن مقياساً للأداءات في العقد

يذهب اغلب الفقه التقليدي الى القول بان العقد يعد زمنياً اذا ماكان تدخل الزمن في العقد بصورة جوهرية بعده مقياساً لاداءات العقد ، و يكون الزمن مقياساً للأداءات في العقد اذا ما كان ارتباط هذا الزمن بالعقد ارتباطاً طبيعياً لا يتصور قيام العقد بدونه و لا يمكن قياس منفعة العقد بغيره[٨] ، و تكون المدة جزءاً من العقد و مقصودة لذاتها و بذاتها [٩] . و المدة هي الفترة الزمنية التي تقاس بها المنفعة في العقود المستمرة كعقد الايجار و هي ركن فيه [١٠] .

الا ان اعتبار المدة او الزمن معياراً لتحديد ذاتية العقد كونه عقد مستمراً محل نظر , فمن ناحية اولى ليس من الصحيح اطلاق القول ان الانتفاع بالعقد لا يتصور الا بمضي مدة العقد , فقد يتم تحديد الانتفاع بالشيء عن طريق تحديد الغاية من ابرام العقد من دون تحديد لمدة العقد ، كما هو عليه الحال عند استئجار سيارة للقيام برحلة معينة من دون تحديد مدة هذه الرحلة[١١] ، و لا يبرر كون طبيعة بعض الاداءات لا تسمح بقياسها بغير مقياس الزمن ان

يصبح هذا الزمن عنصراً جوهرياً في العقد[١٢] ، و ذلك كون الزمن لا يعدو ان يكون وسيلة لقياس الاداءات . و القول بان المدة او الزمن مقصوداً بذاته و لذاته هو خلط بين وظيفة المدة في العقود المستمرة وبين محل العقد و لا يصح ان يكون مقياس الشيء جزءاً فيه[١٣] ، اذ لا يعد الزمن الضابط الوحيد الذي يمكن الرجوع اليه في تحديد الاداءات كما هو عليه الحال في عقد العمل و المقاولة كضابط للعمل . كما ان الزمن لا يكون مؤثراً في العقد من ناحية تنفيذه فقط ، بل قد يؤثر في وجود الالتزام او استمراره او توقفه و احياناً التأثير في كمه من دون الحاجة الى قصر دور الزمن في عقود المدة فقط[١٤] . و القول بان المنفعة ما هي الا واقعة ممتدة في الزمان لا المكان لا تتصور الا ممتدة في الزمن[١٥] اذ انها شيء مستقبلي ينشأ بالتدريج شيئاً فشيئاً و بالتالي فهي معدومة وقت انعقاد العقد و لابد من وجود الزمن كي توجد المنفعة [١٦] , لا يعني ان يكون وجود المنفعة مرتبطاً بمرور الزمن ، لان المنفعة توجد دون ان يكون للزمن دور في وجودها و ما الزمن الا معيار لتحديد مقدار هذه المنفعة[١٧] ، كما لو كان الامر في حالة لا يمر فيها الزمن افتراضاً لما توقفت المنفعة عن الحدوث ، الا انه و لما كان الزمن يمر كان هو المقياس لظهور هذه المنفعة و ليس سبباً في وجود المنفعة لانها مرتبطة بذات الشيء [١٨] . بالاضافة الى ان مسألة قياس اداءات العقد مسألة مرتبطة بتكوين العقد لا تنفيذه ، و هو ما يتفق معه الفقه من ناحية التمييز بين العقود الفورية و العقود المستمرة بالقول بان المدة لازمة لتنفيذ العقد ، و بالتالي فان اعمال القول بان الزمن هو وحدة قياس اداءات العقد يستبعد اعتبار الزمن او المدة هو مدة تنفيذ هذا العقد . و بذلك فان المدة التي يستغرقها تنفيذ العقد ، سواء اكان فورياً ام مستمراً ، لها قيمة ذاتية لا يمكن تجاهلها ، و لا تأثير لهذه المدة بنفس الوقت على محل العقد و لا وجود لعلاقة طردية بين محل العقد الزمني و المدة اللازمة لتنفيذه ، بل توجد هذه العلاقة بين محل العقد و الزمن بوصفه وسيلة لقياس الاداءات و ليس بوصفه المدة اللازمة لتنفيذ العقد ، و بذلك لا يصح القول بان المدة اللازمة لتنفيذ العقد الزمني تعد مدة جوهرية و ان مدة تنفيذ العقد الفوري مدة عرضية ، بحجة ان مدة تنفيذ العقد الزمني تؤثر في محل العقد بينما مدة تنفيذ العقد الفوري لا تأثير لها فيه فكلا المدتين لا اثر لها في محل العقد[١٩]. و هو ذات ما يقول به الاتجاه الفقهي المدافع عن صفة الزمن من ان هذه الصفة للزمن تكون جوهرية في العقود الزمنية او المستمرة ، بالاضافة الى ان هذا الاتجاه الفقهي لم يجعل من الزمن او المدة المعيار الوحيد في تحديد زمنية العقود ، اذ نجده يقر بامكان قياس الاداءات بغير وساطة الزمن و يكون استخدام الزمن

عند ذلك لأظهار الحاجة المراد اشباعها و بالتالي بيان عدد مرات تكرار الاداء المعد للأشباع ، و يقرر و بذات الوقت (ان طبيعة الأداء يجب ان لا تكون هي الفيصل الوحيد الذي يخلع طابع المدة على عقد ما و يجرده منه اذ يجب الى جوار طبيعة الاداء ان نعتد بالطابع الفوري او الممتد للحاجة المراد اشباعها) [٢٠] .

و يذهب اتجاه فقهي الى نفي صفة الجوهرية عن الزمن ، و كذلك نفي فكرة كون الزمن ركناً في العقد و انما هو اداة عارضة تحدد زمن تنفيذ الالتزام المؤقت[٢١] ، و هو ما يتفق معه الباحث بان المدة ما هي الا مجالاً زمنياً لتحديد تنفيذ الالتزام المؤقت , الا ان الباحث لايتفق مع الاتجاه الاخير من ناحية القول باعتبار مدة التأقيت اداة لقياس مقدار محل الالتزام المؤقت لما قدمناه من ضرورة الفصل بين مدة تنفيذ العقد و ادوات قياس محل العقد , هذا من جانب و من جانب اخر يرى الباحث ، على خلاف الاتجاه الاخير ، بان محل العقد محدد مسبقاً عند التعاقد عليه ، ففي عقد الايجار مثلاً قد تم التعاقد على محل العقد و هو المنفعة التي يجب ان تكون معلومة ابتداء , فالتعاقد على منفعة الشيء المؤجر لا يكون مطلقاً من كل تقييد يحدد هذه المنفعة و الا عد عقداً غررياً لجهالة مقدار المحل ، اذ عند الاتفاق على ايجار لمدة سنة مثلاً يكون مقدار المنفعة معلوماً و محدداً و هو الحصول على منفعة الشيء لمدة سنة ضبطاً لا تقديراً عن طريق تحديد مدة تنفيذ العقد لمدة سنة ، و في حالة عدم تحديد مدة الأيجار يتعذر فيها تسليم المنفعة .

اما بخصوص اهمية مدة العقد كمعيار في تحديد طبيعة العقد ، يلاحظ ان في كل العقود لا بد من مرور زمن معين لتنفيذ الالتزامات الناشئة عنها و هو من الامور الطبيعية ، الا ان ليس كل مدة في تنفيذ العقد يكون لها تاثير في العقد ، اذ يتوقف ذلك على اهمية هذه المدة في تنفيذ العقد ، فالعقد يعد ممتداً اذا ما كانت المدة مهمة في تنفيذه ، و الضابط في تحديد اهمية الزمن من عدمها هو الكيفية التي يتم فيها تنفيذ العقد ، و تكون المدة مهمة في تنفيذ العقد اذا كان العقد ينفذ على شكل دفعات مستمرة او متتالية ، و لا تعد المدة مهمة فيما اذا كان العقد ينفذ دفعة واحدة [٢٢] ، و بالتالي فاذا تم تنفيذ العقد دفعة واحدة لا يكون للزمن اثر مهم فيه ، على العكس فيما اذا نفذ العقد باداءات مستمرة يحتاج فيها الى مدة طويلة ، فطول مدة التنفيذ هي التي تجعل من العقد عقداً ممتداً . و بناءاً على ذلك يعد كل من الايجار و العمل و التأمين من العقود الممتدة بينما البيع نقداً و المقايضة من العقود الفورية [٢٣] . و يذهب اتجاه فقهي

الى اعتبار عقد المقاولة من العقود الزمنية وفقاً لهذا الضابط ، و ذلك من خلال ما يفرضه على المقاول من التزامات مستمرة على الرغم من ان المدة التي يستلزمها تنفيذ عقد المقاولة لا تكون مقصودة من المتعاقدين ، الا ان الضابط و الذي يتمثل في كيفية تنفيذ العقد لا يبين اهمية المدة في العقد المستمر و التي تعد المعيار في التمييز بين العقد الفوري و المستمر ، و ذلك لان بعض العقود و على الرغم من كونها تنفذ بأداءات مستمرة الا ان اهمية المدة فيها تكون ثانوية [٢٤] .

و يتفق الباحث مع الاتجاه الذي يرفض هذا الانتقاد ، و ذلك لان اهمية المدة في تنفيذ العقد لا تكون مستندة في ذلك الى اتفاق المتعاقدين بل تتأتى هذه الاهمية من طبيعة العقد التي تقتضي طول مدة التنفيذ ، و بالتالي فان تنفيذ الالتزام باداءات متعددة يفرض قرينة على طول مدة التنفيذ ، كما ان تنفيذ العقد باداء واحد يعد قرينة على قصر مدة التنفيذ ، فلا يمكن ان يترك تحديد اهمية المدة في العقد الى محض ارادة المتعاقدين فيمنحوها اهمية تارة وتارة اخرى تسلب هذه الاهمية متى شائوا من دون الاستناد الى ضابط ذاتي متولد من ذات العقد و المدة اللازمة لتنفيذه سواء اكان تنفيذ الالتزام يقتضي اداء واحد ام اداءات متعددة . فالمقصود هنا هو طول مدة التنفيذ لا أهمية المدة باعتبار المتعاقدين ، (فمهما كانت اهمية المدة في نظر المتعاقدين فانها لا يمكن ان تضفي على العقد وصف العقد المستمر الا اذا كانت مدة طويلة فطول المدة هو الذي يبرزها عند تنفيذ العقد و يكسبها الاهمية. و ليس ادل على ذلك من ان جميع النتائج التي يقول الفقه بانها تترتب على التمييز بين العقد الفوري و العقد المستمر لا تتصور الا مع الاخذ بهذا التفسير لاهمية المدة)[٢٥].

و يحسب لاهمية المدة في تنفيذ العقد ، كمعيار في تحديد اثر الزمن في العقد ، كونه يتميز بوحدة الضابط ، و هو وحدة الاداءات و تعددها ، الا انه في نفس الوقت يثير جملة من المسائل ، اولها هو عدد الاداءات التي يمكن معها القول بان العقد من العقود الزمنية ، و الاجابة المنطقية عن هذا التسائل هي ان كل زيادة عن اداء واحد تجعل من العقد زمنياً و ان اي اجابة اخرى تكون تحكمية ، و بذلك فان اي عقد يتم تنفيذه باكثر من اداء واحد يصبح زمنياً بصرف النظر عن المدة اللازمة لتنفيذه ، و بالتالي استبعاد كلي للزمن في العقد و هذا يناقض القول بان الزمن هو الفيصل في تحديد العقد الزمني عن غيره . و القول كذلك بان تنفيذ العقد باداءات متعددة يستغرق مدة من الزمن اطول من المدة في تنفيذ العقد عندما يكون

بأداء واحد ما هو الا مجرد قرينة لا تصدق في الكثير من الاحيان ، خصوصاً بعد اتساع نطاق العقود الزمنية ليشمل العقود المستمرة و العقود التي يكون تنفيذها باكثر من اداء [٢٦] .

و المسألة الاخرى التي تثيرها وحدة و تعدد الاداءات هي قابلية الاداءات الناشئة عن العقد ذاتها للانقسام ، و ما تمثله هذه القابلية للانقسام من كونها المعيار الفعلي لتحديد ذاتية العقد الممتد بصورة خاصة و العقد المستمر بصورة عامة و التي يتطلب تنفيذها مدة من الزمن ، و نجد ضمن هذا الاطار اتجاهين في الفقه يذهب الى الاعتماد على قابلية الاداءات للانقسام ، الاتجاه الاول ذهب الى تجزئة التزامات طرفي العقد معتمداً في ذلك على المقابلة التامة بين الالتزامات في العقد [٢٧]، و يشترط هذا الاتجاه ان تكون التزامات كلا الطرفين قابلة للتجزئة ليضفى عليها صفة الاستمرار ، كما انه و في ذات الوقت يلغي دور المدة اللازمة لتنفيذ العقد و لا يوليها اية اهمية و جعل من تقابل الالتزامات هو الضابط في التمييز بين العقد الفوري و العقد المستمر بحيث ان كل تجزئة في تنفيذ التزام احد الطرفين يقابلها تجزئة في تنفيذ التزام الطرف الاخر[٢٨] ، و لما كان مفهوم العقد الممتد اوسع و اشمل من مفهوم العقد المستمر ، يرى الباحث عدم ضرورة استلزام المقابلة بالتجزئة بين التزامات الطرفين في العقد ، اذ يكفي في العقد ان يكون التزام احد الطرفين قابل للتجزئة كي ينطبق عليه مفهوم العقد الممتد ، مع الاخذ بالاعتبار القيمة الذاتية للمدة في العقد الممتد من كونها متحققة نتيجة لطبيعة العقد كما هو عليه الحال في عقد الايجار او كونها ناشئة بسبب اتفاق الطرفين عليها كما في عقد التوريد . اما الاتجاه الثاني فانه يذهب الى القول بان صفة الاستمرار تثبت بالنسبة للعقود التي تكون محلاتها قابلة للانقسام ، و يجعله المعيار الحقيقي للتمييز بين العقد الفوري و العقد المستمر ، و يقول هذا الاتجاه بعدم اثارة اي صعوبة في تطبيق هذا المعيار اذا كانت القابلية للانقسام ترجع الى طبيعة الاداءات ، اذ نص على (فاذا كان الاداء بحكم طبيعته لا يقبل الانقسام كما هو الشان مثلاً عندما يكون محل العقد حصان , فان مثل هذا العقد يكون حتماً فورياً , اما اذا كان الاداء بحكم طبيعته يقبل الانقسام و لا يمكن تنفيذه الا مجزء على دفعات كما هو الشائن بالنسبة للمنفعة في عقد الايجار فان مثل هذا العقد يكون حتماً مستمراً) [٢٩].

و على الرغم من اتجاه الباحث مع الاتجاه الاخير من كون معيار قابلية الاداءات للانقسام هو المعيار الاكثر توفيقاً من جهة التمييز بين العقود الممتدة و غير الممتدة ، الا انه محلاً

للنظر في بعض النقاط , اولها هي الاعتماد على محل العقد في تحديد استمرارية العقد من عدمها دون الاخذ بالاعتبار الاختلاف الفقهي حول محل العقد و هل هو العملية القانونية المراد اتمامها من ابرام العقد ام انه الاعمال المادية التي يجب ان يقوم بها الطرفين لاتمام العقد[٣٠] . كما انه اعتمد في اضفاء صفة الاستمرار من عدمه على التزام احد الطرفين و دون الاعتبار لالتزام الطرف الاخر ، و خاصة بعد رفض ذات الاتجاه التمييز بين التزامات الطرفين و اعتبار احدهما رئيس و الاخر ثانوي ، و قوله (فكلا الالتزامين يعتبر التزاماً اساساً ولايقل اهمية عن الاخر) ، كما انه قصر صفة الاستمرار على العقود التي تكون محالها قابلة للانقسام بحكم طبيعتها فقط دون ما يكون منها قابلاً للانقسام بحسب اتفاق المتعاقدين او بسببه ، و يذهب الى القول بحتمية الوفاء المجزء اذا ما كان محل الاداءات تقبل بطبيعتها الانقسام ، و يضرب لذلك مثال (تسليم ٧٠٠ طن من القمح بانه لا يمكن ان يتم ككتلة واحدة في لحظة واحدة و انما يتم التسليم تباعاً شيئاً فشيئاً و بعمل متكرر يستغرق مدة من الزمن) ، اذ يرد على هذا المثال بان تسليم هذه الكمية من القمح يمكن ان تسليم دفعة واحدة من خلال تسليم مفتاح المخزن الموجود فيه هذا القمح او تسليم سند شحن هذه الكمية و هو بمثابة التسليم الحكمي لهذه الكمية ، و بنفس الوقت لا يستلزم القيام بتجزئة هذه الكمية مطلقاً , و القصد من ذلك هو عدم ضرورة اقتصار صفة استمرار العقد على ما كان محله قابلاً للتجزئة بحسب طبيعته ، بل قد يكون ذلك بحسب اتفاق المتعاقدين على المدة اللازمة لتنفيذ اداءات العقد . و يرى الباحث ان الاعتماد على تسمية العقد الممتد اوسع و اشمل من العقد المستمر و تكون اكثر ملائمة و اكثر مرونة و تتجنب في نفس الوقت الانتقادات التي قد توجه الى العقد المستمر او عقد المدة من ناحية مرونة معيار العقد الممتد ، مما تبرز و بكل وضوح ذاتية هذا العقد عن باقي اقسام العقود الاخرى و بكلا نوعي العقد الممتد بطبيعته و العقد الممتد بسببه ، و المعيار في ذلك هو قابلية الاداءات الناشئة عن العقد للتجزئة من دون تمييز اداء عن اخر و من دون الدخول بمعيار الزمن و ما يثيره من اشكالات بعدها مقياساً للأداءات او جزء من العقد ذاته بل عد الزمن مجالاً لتنفيذ الاداءات الناشئة عن العقد الممتد .

المطلب الثاني

الكيفية التي يتم فيها تنفيذ العقد

نتيجة لعجز معيار اهمية المدة عن الالمام بكافة العقود التي يعدها الفقه من العقود الزمنية او العقود المستمرة ذهب الفقه الى الاتجاه نحو الطريقة التي يتم من خلالها تنفيذ العقود كوسيلة لتحديد العقود الزمنية عن غيرها من العقود , علاوة على وجود جملة من العقود التي لا تنفذ دفعة او باداء واحد ، كما ان تنفيذ هذه العقود لا يوصف بانه تنفيذاً مستمراً ، و هي العقود ذات التنفيذ المتدرج او المتكرر و في مقدمة هذه العقود عقد التوريد , و هو من العقود التي لا يتم تنفيذها دفعة واحدة و انما بصورة متدرجة و متكررة و يعده الفقه من العقود الزمنية [٣١] ، و يبرر هذا الاتجاه بالقول ان المدة في هذه العقود ليست مجرد اجل تعجيلي او تأجيلي و انما تقوم بدور اصيل ، ذلك لان الحاجة المراد اشباعها مرهونة بالزمن ، كما ان تكرار الاداء اللازم لاشباع هذه الحاجة منوطاً بالزمن ايضاً لذا كانت المدة عنصراً اصيلاً من عناصر ظهور الحاجة و تكرار الاداء ، و برر هذا الاتجاه رأيه بالقول (ان طبيعة الاداء يجب الا تكون هي الفيصل الوحيد الذي يخلع طابع المدة على عقد ما او يجرده منه , اذ يجب الى جوار طبيعة الاداء ان نعتد بالطابع الفوري او الممتد للحاجة المراد اشباعها و لا شك اننا في هذه الحالة بصدد حاجة ذات اشباع ممتد يمكن اشباعها باحدى صورتين ، اما ان ينتظر المتعاقد مواقيت ظهور حاجته فيعقد لها كل مرة تظهر فيها عقداً يشبعها ... و اما ان يعقد عقداً واحداً لكي يضمن منذ الان اشباع هذه الحاجة الدورية ... و انه يجب ان نميز بين نوعين من الاداءات : أداءات لا يمكن تصورها بحسب طبيعتها الا ممتدة في الزمان و اخرى لا تمتد بحسب طبعها الا في المكان ففي الاولى لا يمكن ان يكون الزمن الا عنصراً اصيلاً ... اما في الثانية فيدخل الزمن كعنصر عرضي او كعنصر اصيل بحسب طبيعة الحاجة المراد اشباعها...)[٣٢] ، و يلاحظ على ذلك ان هذا الاتجاه لم يبين اولاً ما المقصود بالحاجة فاذا كان يقصد منها السبب بمعنى الباعث الدافع الى التعاقد فهي بهذا الوصف تكون سابقة على التعاقد و مستقله عنه و بالتالي استبعاد الزمن اللازم لتنفيذ العقد , و في نفس الوقت لم يبين متى تكون الحاجة المراد اشباعها فورية و متى تكون مستمرة مكتفياً بالقول بان الحاجة الفورية تشبع بعقد فوري و المستمرة بعقد مستمر ، و معنى ذلك ان الحاجة المستمرة لا تحدد طبيعة العقد المشبع لها او (معناه لا توجد حاجة تعتبر بطبيعتها مستمرة و اخرى بطبيعتها

فورية , و انما طريقة الاشباع هذه هي التي تضفي على الحاجة وصفها ... فبعد ان قال لنا ان طبيعة الحاجة المراد اشباعها هذه التي تحدد لنا طبيعة العقد... عاد ليقول لنا ان طريقة اشباع الحاجة هذه التي تبين لنا طبيعتها بحسب ما اذا كان هذا الاشباع يتم بعقد فوري ام مستمر. و في ذلك استحالة منطقية فاما ان نقول بان الحاجة هذه التي تحدد طبيعة العقد او نقول بان العقد هو الذي يحدد طبيعة الحاجة)[٣٣] ، لذا ذهب اتجاه في الفقه الى القول بان العقود ذات التنفيذ المتكرر تعد نوعاً مستقلاً بذاتها ، فهي ليست من العقود المستمرة و ليست كذلك من العقود الفورية ، بل هي عقوداً وسط بين العقد المستمر و العقد الفوري ، كبيع الاشياء مع تسليمها على شكل دفعات في مواعيد مختلفة[٣٤]. و يذهب هذا الاتجاه الى القول بان العقد يكون فورياً عندما يحصل تنفيذ الاداءات خلال برهة قصيرة من الزمن باتفاق المتعاقدين و يكون العقد مستمراً عندما يتضمن اداءات مستمرة او متتالية و لمدة محددة او غير محددة ، و يوجد بين هذين النوعين من العقود نوع وسط هي العقود ذات التنفيذ المتكرر كالبيع بالتقسيط , و تكون هذه العقود خاضعة لنظام مختلط و حسب نية المتعاقدين في تجزئة الصفقة الى عقود متتابعة صغيرة و بعكس ذلك تعتبر من العقود الفورية اذا ما اتجهت نية المتعاقدين الى ابرام الصفقة بعقد واحد غير قابل للتجزئة [٣٥] ، و لما كان معيار القابلية للانقسام متوقفاً على نية المتعاقدين عند ابرام العقد مما يجعله محلاً للتكهن بهذه النية اصبح من الصعب تطبيقه بدقه , كما لا يمكن الحديث عن القابلية للانقسام الا اذا كان العقد غير محدد المدة ، ذلك لان العقد المحدد المدة يعتبر غير قابل للانقسام[٣٦] . و هناك رأي فقهي اخر عمل على التفرقة في الحكم للعقود ذات التنفيذ المتكرر ، اذ ذهب الى انه اذا ما كانت الاداءات كلها متعددة و متماثلة و كانت تواريخ تسليمها متقاربة من بعضها البعض فمن المؤكد ان نكون بصدد عقد مستمر, اما اذا كانت الاداءات قليلة العدد و كميتها غير متساوية و يجب تسليمها في مدد متفاوته فانها تعد من العقود ذات التنفيذ المتكرر و ليست عقود مستمرة[٣٧]. و لا يخفى غموض هذا المعيار كونه مستنداً الى عدد الاداءات و تماثلها فيما بينها و تقاربها.

و يذهب الراي الراجح في الفقه الفرنسي الى القول ان العقود ذات التنفيذ المتكرر عقود مستمرة ، و ذلك لصعوبة التمييز بين الفكرتين (فكرة الاستمرار و فكرة التكرار) ، كما ان فكرة الاستمرار لا تكون الا بالنسبة للألتزامات السلبية اما الالتزامات الايجابية فهي لا تكون مستمرة على هذا النحو ، و غاية الامر ان الاداءات في العقد المستمر تتكر تكراراً سريعاً لا

يتخلله اي فاصل زمني و ان قل ، اما في العقد المتكرر التنفيذ فان تكراره يتخلله فواصل زمنية تطول او تقصر بحسب ما اتفق عليه المتعاقدين[٣٨] . و بذلك فان المعيار في تحديد العقد المستمر، و الذي هو احد صور العقد الممتد ، يتمثل في هذه الحالة بكون التنفيذ يتم باداء واحد ام باكثر من اداء سواء أكانت هذه الاداءات مستمرة ام متكررة و سواء اكان هذا التكرار من طبيعة الاداءات ذاتها ام باتفاق المتعاقدين ، و المعيار على هذه الصورة يجعل دائرة العقود الزمنية اكثر شمولية و اتساع و لم تعد قاصرة على العقد المستمر بالمعنى الحرفي للكلمة كما كان عليه الحال من قبل .

و بذلك تظهر ذاتية العقد الممتد المتميزة عن باقي انواع العقود الاخرى و بصورة اكثر فاعلية و شمولية من التقسيم التقليدي الذي طالما نادى به الفقه التقليدي ، الى تقسيم العقود بالاعتماد على معايير مزدوجة و بضوابط متعددة لا تخلو من الابهام و التداخل و الارتباك ، و التي اعتمدت على مدة العقد في تحديد تصنيفه من حيث الاستمرار و الفورية ، و اضطرار الفقه الى القول بامتداد العقد مكانياً بان مدة تنفيذه تعد عنصراً جوهرياً فيه مما يسمح باضفاء صفة الاستمرار عليه ، و هو وصف لا يخلو من الانتقادات خصوصاً بعد استبعاد نفس الفقه لعدد من العقود ذات الامتداد الزماني عن قائمة العقود المستمرة بحجة عدم جوهرية هذه المدة ، و نتيجة لذلك اتجه الفقه الحديث الى البحث عن معايير مغايرة لتصنيف العقود ، و كان اكثرها توفيقاً هو معيار تكرر الاداءات و ضابطه قابلية هذه الاداءات للتجزئة ، و بذلك تبرز ذاتية العقد الممتد ذات قيمة اكثر فاعلية و عملية من القيمة التي كان يأمل ان تحققها العقود المستمرة .

المبحث الثاني

النتائج المترتبة على ذاتية العقد الممتد

جرى الفقه في العادة على ترتيب العديد من النتائج على التقسيمات التي يجريها للعقود محل التقسيم ، و ذلك بعد تمييز هذه العقود عن غيرها ، مكتفياً بهذا القدر في تبيان النتائج المترتبة عليها . الا اننا و في مناقشة النتائج المترتبة على ذاتية العقد الممتد سوف ننتهج منهج مغاير ، من خلال ابراز نقاط الشبه بين بعض انواع العقود و التي رفض الفقه التقليدي جمعها تحت صنف واحد من العقود , و ذلك من خلال تناول التوافق الحاصل بسبب طبيعة الاداءات في المطلب الاول ، و نتناول في المطلب الثاني اتفاق الطرفين كسبب في توافق طبيعة العقود .

المطلب الاول

التوافق الحاصل بسبب طبيعة الاداءات

عمد الفقه التقليدي الى رفض اعتبار العقود التي تحتاج الى اعمال تحضيرية لازمة للوصول الى نتيجة العقد من العقود المستمرة او عقود مدة ، و ذلك بالقول بان نتيجة هذه العقود لا تتصل بمحل العقد ، اذ لا يقاس بها كم النتيجة المتعاقد عليها فهي نتيجة او حقيقة مكانية لازمانية ، و بذلك فلا فائدة من مدة هذه الاعمال , و عليه فان قيمة العمل لا تزيد و لا تنقص بزيادة هذه المدة او نقصها و لا يوجد اي تاثير لهذه المدة على الاجر . و بذلك فان الفقه يذهب الى اعتبار عقد المقاولة من العقود الفورية التنفيذ كونه يتصل بنتيجة هذه المقاولة و لا دخل للمدة فيه . الا ان الباحث يرفض القول بانعدام القيمة الذاتية للمدة في هذا العقد ، اذ لابد لعمل او تصنيع اي شيء من مدة ، و لابد من وجود مقدار معين من المدة اللازمة لتنفيذ العقد بصورة كاملة ، و ذلك طبقاً لطبيعة الاشياء و التي لا يمكن بدونها و باي حال من الاحوال الوصول الى النتيجة النهائية المرجوة من قبل المتعاقدين , بل على الاغلب ان المتعاقدين قد وضعوا نصب اعينهم هذه المدة للوصول الى نتيجة العقد ، و بالتالي تحقق قيمة لهذه المدة اما من ناحية الوقت اللازم للحصول على هذه النتيجة او من ناحية الجودة و المواصفات التي يتطلب توفيرها في هذه النتيجة ، و بالتالي لا يمكن انكار قيمة هذه المدة و

بصورة تكاد تكون معدومة التاثير في هذا النوع من العقود ، بالاضافة الى ذلك لا يمكن القول بالتناسب العكسي بين المنفعة و المدة على اطلاقه ، و حتى على اعتبار هذه المدة هي اجل تعجيلي يجب ان ينفذ او ينتهي به تنفيذ العقد فيه ، فليس بالضرورة زيادة المنفعة اذا ماقصرت هذه المدة او قلت هذه المنفعة عند زيادتها ، بالاضافة الى ان تقدير هذه الزيادة او النقصان للمنفعة منظور من جانب طرف واحد من اطراف العقد و هو الدائن بهذا التنفيذ ، بالرغم من ان العدالة التعاقدية تقتضي اكبر قدر ممكن من التوازن في العلاقة العقدية . علاوة على ما قد ذهبنا اليه من ان لا دخل للمدة في تحديد مقدار محل العقد ، و ان القول بذلك يجعل من محل العقد غير معيناً او مجهولاً جهالة مؤدية الى الغرر الفاحش او ما يجعل العقد من العقود غير محددة المدة و هو ما لا يذهب اليه الفقه فيما يخص عقد المقاولة ، حيث ان الفقه يعد عقد المقاولة من العقود الفورية التنفيذ ، ذلك لان الزمن الذي يتطلبه العقد هو للوصول الى نتيجة يقصدها المتعاقدان و ليس الزمن في حد ذاته , فالزمن في عقد المقاولة ما هو الا مجالاً للاعمال التحضيرية يستمر حتى تمام نتيجة العقد و بالتالي لا يتصل بمحل العقد[٣٩] .

و يثور التسائل عن طبيعة المدة في عقد المقاولة و دور ارادة الاطراف فيها؟ و هل ان هذه المدة تكون محلاً لاتفاق الاطراف بحيث يمكن لهما زيادة هذه المدة او تقصيرها؟ ام ان هذه المدة مدة مفروضة في العقد و مرتبطة ارتباطاً وثيقاً به؟ و هل هذا الارتباط ان وجد ليحدد محل الالتزام ام له طبيعة اخرى؟ و في حالة امكان استبعاد المدة هل يبقى العقد على طبيعته ام يتغير الى طبيعة اخرى؟

فبخصوص طبيعة المدة و دور ارادة الاطراف فيها نجد ان اتجاهاً في الفقه لا يتردد بالقول بان هذه المدة مفروضة على الاطراف و ان الزمن الذي يستغرقه اتمام العقد ليس مقصوداً و انما مفروض و ان كل ما اريد به هو النتيجة من دون النظر الى الوسيلة ، و ان الزمن لابد ان يمر لاتمام هذه النتيجة[٤٠] . اذن فالزمن هنا مفروض و مرتبط ارتباطاً لا يمكن الاستغناء عنه ، و بالتالي فان المدة هنا من طبيعة العقد ، اذ في حالة استبعاد المدة لا يمكن الحصول على النتيجة النهائية و هي غاية المتعاقدين , كما ان هذا الارتباط يكون ناتجاً من طبيعة النتيجة ذاتها و لا دخل لارادة المتعاقدين فيها في الحالة الاعتيادية لتنفيذ العقد ، و الذي يحدد هذه المدة هو نوع النتيجة المراد الوصول اليها . اما القول بان المدة او الزمن مقياس لمحل العقد في العقد الممتد بطبيعته و ان النتيجة النهائية في عقد المقاولة محددة عند العقد ، نرى ان محل العقد في العقد الممتد بطبيعته محدد كذلك عند العقد , ففي عقد الايجار

نرى ان محل العقد في العقد الممتد بطبيعته محدد كذلك عند العقد , ففي عقد الايجار مثلاً يتم الاتفاق على مقدار المنفعة لمدة معينة و التي لا يمكن الحصول عليها الا بعد المرور في هذه المدة ، و لولا هذه المدة لما تم الاستيفاء الكامل للمنفعة فان هذا الكلام نفسه ينطبق في عقد المقاولة ، فلولا هذه المدة لما تم الحصول على المنفعة الكاملة للعقد و هو النتيجة النهائية للعقد , و اذا ما قيل ان المدة في عقد المقاولة ما هو الا اجل لتعجيل اتمام العقد[٤١] و هي اجل يجب ان ينتهي التنفيذ فيه فهو اجل معجل لا مؤجل ، كذلك الامر في عقد الايجار اذ يجب ان ينتهي عند نهاية مدته و في حالة عدم ذلك فان مقابل المنفعة يكون واجب الدفع و بحسب اختلاف سبب عدم الانتهاء . وثمة تسائلاً يثار بخصوص عقد المقاولة ، ما هو مصير العقد في حالة الوصول الى النتيجة النهائية قبل حلول الاجل؟ هل يعد العقد في هذه الحالة لما تبقى من الزمن لا محل له؟ ام تعد المدة منذ البداية زمن يجب ان يتم فيه التنفيذ او خلاله؟ كل هذه التساؤلات تؤكد ارتباط المدة او الزمن بعقد المقاولة ارتباطاً طبيعياً لا يمكن الاستغناء عنه باي حال من الاحوال نتيجة لأرتباط هذه المدة بطبيعة المحل او النتيجة المراد انجازها ، و لا دخل لأرادة الافراد فيها الا من ناحية نقطة الشروع في تنفيذ هذا العقد و هو من الامور المسلم بها.

و مناقشة التساؤل الاخر ، وهو عند امكان استبعاد المدة فما هي طبيعة العقد عند ذلك؟ في حال عقد المقاولة سيكون بيع لمعدوم و هو باطل من ناحية عدم توفره بالحال (عند العقد) ، و المعروف ان عقد المقاولة يختلف عن عقد البيع ، و حتى في حال القول بان محل العقد لا يلزم ان يكون موجوداً بل ممكن الوجود او سيوجد في المستقبل[٤٢] فان الامر ينطبق كذلك على عقد الايجار الذي تكون فيه المدة من طبيعة هذا العقد بلا خلاف ، فالمنفعة معدومة حال العقد و لا تنشأ الا مستقبلاً شيء فشيء[٤٣] حتى الوصول الى المنفعة الكاملة ، و هو عين ماعليه الحال في عقد المقاولة فان النتيجة النهائية تنشاء شيئاً فشيئاً ، و بالتالي فان عقد المقاولة عقداً ممتداً بطبيعته.

اما على صعيد الفقه الاسلامي فان الفقه مختلف بين اعتبار الاستصناع من ضمن السلم او (السلف) و هو ماعليه الجمهور[٤٤] او عده عقداً قائماً بذاته و هو ماعليه الحنفية [٤٥]. اذ يكون للمدة اثر فيه من ناحية شروط عقد السلم، و عقد السلم او (السلف) هو (ابتياع كلي مؤجل بثمن حال)[٤٦] او (ابتياع مال غير موجود بالفعل و لكنه ممكن الوجود بثمن مقبوض

حالاً على ان يسلم البائع للمشتري المبيع في اجل معلوم)[٤٧] ، او (ابتياع مال مضمون الى اجل معلوم بمال حاضر او في حكمه)[٤٨] ، او هو (بيع اجل بعاجل)[٤٩]، و (ان يسلم عوض حاضر في عوض موصوف في الذمة الى اجل)[٥٠] ، و الذي يهمنا في هذا المقام هو شروط السلم و بالتحديد شرط المدة ، اذ يشترط في السلم ان يكون مؤجلاً الى اجل معين معلوم و هو ما اجمع عليه الفقهاء [٥١] . و المعروف ان للسلم صور متعددة و الاستصناع ما هو الا سلماً يكون محله مصنوعات ، و لا فرق في الاحكام بين صورة السلم في صنع المصنوعات و غيره من انواع السلم الاخرى[٥٢] . حيث ذهب ابو حنيفة الى القول (اذا ضرب للاستصناع اجلاً صار سلماً) اما ابو يوسف و محمد فذهبوا (هذا ليس شرط و هو على كل حال ضرب فيه اجلاً او لم يضرب و لو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب و غيرها اجلاً ينقلب سلماً في قولهم جميعاً و وجه قولهما ان العادة جارية بضرب الاجل في الاستصناع)[٥٣] ، و ذكر في الفروع فيما يخص شروط السلم (شرطه الاجل لايصح حالاً)[٥٤] ، و جاء في وسائل الشيعة في باب انه يجوز ان يبيع ما ليس عنده حالاً اذ كان يوجد (محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن سعيد, قال : سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه مالاً قال : ليس به بأس , قلت انهم يفسدونه عندنا , قال : و اي شيء يقولون في السلم ؟ قلت : لا يرون فيه باساً يقولون : هذا الى اجل , فاذا كان الى غير اجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح , فقال : فاذا لم يكن الى اجل كان اجود ثم قال : لا باس بان يشتري الطعام و ليس هو عند صاحبه , (والى اجل , فقال) : لا يسمى به اجلاً , الا ان يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب و البطيخ و شبهه في غير زمانه , فلا ينبغي شراء ذلك حالاً)[٥٥] ، و يفهم من ذلك ان خلو السلم من الاجل ينقل العقد من كونه عقد من نوع خاص و هو السلم والذي هو نوع من انواع البيع الى البيع باعتباره الاعم الاشمل و ينتفي وصف السلم على المعاملة اذا ما كان المبيع موجوداً عند العقد و يأخذ حكم البيع المستقبلي اذا لم يكن المبيع موجوداً عند العقد ، كما هو عليه الامر في الاستصناع و بانتفاء المدة التي هي شرط صحة عقد السلم عند اغلب الفقهاء فلا صحة لهذا العقد عند انتفاء الاجل.

و بذلك يظهر لنا مدى ارتباط المدة في عقد السلم ، مما يمكن معه القول بان هذا الارتباط بين المدة و عقد السلم يجعل من المدة شرطاً لاتمام العمل في الاستصناع خصوصاً ، اذ لابد من هذه المدة مهما كانت لاتمام العمل و من دونها يسقط وصف العقد عن المعاملة كونها سلماً او استصناعاً ، و بذلك نستنتج ان هذه المدة لازمة طبيعياً لهذه المعاملة و بدونها تفقد صحتها

بهذا المسمى (سلماً او استصناعاً) مما يمكن القول معه ان الاستصناع بعده صورة من صور السلم عقداً ممتداً بطبيعته .

المطلب الثاني

اتفاق الطرفين كسبب في توافق طبيعة العقود

يذهب الفقه الى اعتبار عقد التوريد من العقود المستمرة و الذي يكون الزمن فيه عنصراً جوهرياً اصيلاً , ذاهباً في الوقت نفسه الى اعتبار عقد البيع بالتقسيط من العقود الفورية التنفيذ ، ذلك لاختلاف وظيفة المدة في العقدين ، فهي تستعمل لقياس حاجة دورية في عقد التوريد و هي بذلك عنصراً اصيلاً فيه , اما في البيع بالتقسيط فهي عرضية لأنها لا تنشاء الا من تقسيم الاداء الوحيد بحيث ينعقد كل قسم منها في وقت معين . عليه سنبين طبيعة المدة في كل من عقد البيع بالتقسيط و عقد التوريد لاستيضاح مدى التوافق بينهما من ناحية اثر المدة في كلاً منهما.

ان البيع بالتقسيط لا ينعقد الا باتفاق الطرفين عليه صراحة و يمكن في نفس الوقت استبداله باية طريقة اخرى او زواله من دون ان يؤثر في مضمون العقد , علاوة على ان تنفيذ البيع المنجم يفترض وحدة الاداء و بالتالي يعتبر كل عمل تنفيذي تنفيذاً جزئياً للعقد[٥٦] ، لذا وجب الاتفاق على هذه الطريقة للتنفيذ ، و بالتالي فان المدة لا تعد من طبيعة عقد البيع الا انها تدخل على البيع بالتقسيط باتفاق المتعاقدين مما تجعل من عقد البيع بالتقسيط عقد ممتد بسببه .

اما بخصوص عقد التوريد فان اول مايلاحظ ان المدة في عقد التوريد لاتأخذ صورة واحدة بل لها اكثر من صورة , فقد يتم الاتفاق على تقديم المبيع على شكل دفعات مع تحديد مقدار المبيع و موعد تقديمها , او يتم الاتفاق على تقديم المبيع من دون تحديد مقدار هذا المبيع و بصورة دائمة مع تحديد هذه المدة او من دون تحديدها و يكون حساب الثمن بهذه الحالة على اساس المدة او على اساس المرات التي يتم تقديم المبيع او بالامرين معاً . و بناءاً على تعدد صور عقد التوريد على هذا النحو فان تأثير الزمن على هذا العقد سوف يكون مختلفاً و بحسب الصور المختلفة لهذا العقد , و لا تكون درجة هذا التاثير متساوية في كافة الصور بل يختلف دور الزمن فيه من كونه زمناً لتحديد ميعاد التنفيذ الى كونه مقياساً لمحل

العقد . اذ ياخذ الزمن في الصورة الاولى و الثانية دور ميعاد او المواعيد التي يجب ان يتم فيها التنفيذ ، اما في الصورة الثالثة و الرابعة فان دور الزمن او المدة يظهر بعده عنصراً جوهرياً ، باتفاق المتعاقدين ، على تكرار التوريد او استمراره ، و بذلك يكون المتعاقدين قد جعلوا من الزمن المقياس الذي يحدد به محل العقد , الا ان العقد في صورته الثالثة يعد عقداً ذا تنفيذ دوري ، في حين في الصورة الرابعة يعد عقداً ذا تنفيذ مستمر[٥٧] غير محدد المدة ، و لما كانت الحاجة دورية يلزم منها ان يكون العقد دورياً كذلك فهي بذلك عنصراً اصيلاً فيه[٥٨] ، و يؤخذ على هذا الاتجاه انه لم يبن لنا معيار دورية هذه الحاجة ، و اما ربط هذه الدورية بالزمن مطلقاً فهو امر محل نظر من جهة عدم التلازم المطلق بين الزمن و ظهور الحاجة الدورية ، فقد تظهر الحاجة بصورة مستمرة من دون اي فاصل زمني او اثر بين للزمن ، و مع ذلك يقال بان هذه الحاجة تشبع بعقد توريد ذو التنفيذ المتكرر ، كما هو عليه الامر في عقود توريد الكهرباء او خدمات الهاتف النقال , و القول بان هذه الحاجة يتم اشباعها بصورة متكررة و مستمرة لكان من الافضل ان تشبع هذه الحاجة عن طريق عقد ايجار لتطابق معيار تحديد اشباع الحاجة خلال فترة زمنية محددة او غير محددة وعدم القول بتكرار ظهور هذه الحاجة مع مرور الوقت , هذا من جانب و من جانب اخر قد لا تنضبط المدة التي تظهر فيها هذه الحاجة مما يسمح بابرام عقد توريد ، فقد تظهر هذه الحاجة كلما نفذ ما موجود منها كما هو الحال في بعض المواد الاولية الداخلة في الصناعات , فقد يزداد الطلب على سلعة معينة خلال مدة معينة لسبب او لاخر و حسب حاجة المستهلكين لها من دون الاعتماد على ضابط معين ، مما يستدعي طلب مواد اولية بصورة متداخلة غير معينة او محددة و بالعكس فقد يقل الطلب على هذه السلعة و بالتالي عدم الحاجة الى المادة الاولية بصورة متكررة خلال فترات معينة ، و بذلك يعجز الزمن عن القيام بدوره كمعيار لتكرار ظهور الحاجة في عقد التوريد . كما ان القول بعدم امكان استبدال التنفيذ المتعاقب في عقد المدة باي طريقة اخرى من دون ان يترتب على ذلك تغييراً في جوهر الالتزام ، و لا يؤثر هذا التغيير في جوهر الالتزام الناشئ عن التنفيذ المنجم قول ليس صحيحاً [٥٩] ، اذ لا يمكن للبائع ان يقوم بتسلم الكمية المتعاقد عليها دفعة واحدة او اي كمية اخرى غير متفق عليها ، اذ العبرة في ذلك هو اتفاق المتعاقدين ، و القول بغير ذلك يؤدي الى تغييراً في جوهر الالتزام بتسلم الكمية المحدودة و هو ما يتطابق عليه الامر في عقد التوريد ، و الذي يمكن ان يكون محله قابلاً للتنفيذ الفوري ، و في هذه الحالة يعد مخالفاً لاتفاق المتعاقدين كما هو عليه الحال في البيع

بالتقسيط . بالاضافة الى ان كلاً من عقد التوريد و البيع بالتقسيط ينشأ التزام يتم تنفذه بصورة مجزئة خلال المدة المتفق عليها ، فهو التزام واحد في كلا العقدين من الناحية القانونية يتم تنفيذه في صورة مجزئة ، و كل اداء يعد تنفيذاً جزئياً لالتزام واحد لا يمكن فصله عن باقي الاداءات الاخرى , اما القول بتعدد الاداءات و اعتبار كل اداء قائماً بذاته و كاملاً و نهائياً مع القول بتعدد الاداءات في عقد التوريد[٦٠] لا يمكن التسليم به الا مع الاخذ بنظرية تعدد العقود في العقد المستمر . كل ذلك يدفع الباحث الى القول بان المدة في عقد التوريد لا تكون من طبيعة هذا العقد , صحيح ان المدة تلعب دوراً جوهرياً في هذا العقد الا ان هذه الجوهرية لا تكون متأتية الا من خلال اتفاق الاطراف عليها في العقد من دون ان تكون ذات ارتباط طبيعي فيه ، و بالتالي يكون العقد في هذه الحالة عقداً ممتداً بسببه نتيجة لاتفاق الطرفين على مد اداءات العقد الى اوقات متعددة كما هو عليه الحال في البيع بالتقسيط .

و من كل ما تقدم ، يظهر عدم اهمية التفرقة التي نادى بها الفقه بين العقد المنجم التنفيذ و عقد التوريد وعد الاخير من العقود الزمنية واعتبار الاول عقداً فوري التنفيذ بالاعتماد على جوهرية المدة في عقد التوريد وعدم اعتبارها كذلك في العقد المنجم التنفيذ ، مما يستدعي توحيد القول تجاه العقدين اما بفورية كلا العقدين و اما بزمنية كليهما ، و لما كان القول الاول ممتنع باتفاق المتعاقدين صح القول الثاني باتفاقهما كذلك ، و بذلك يترتب على تحقق ذاتية العقد الممتد ان يعد كلاً من العقد المنجم التنفيذ و عقد التوريد من العقود الممتدة لا بسبب طبيعة هذه العقود بل بسبب الاتفاق على ذلك .

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحث موضوع (ذاتية العقد الممتد) نود ان نسجل بعض النتائج التي توصل اليها البحث و ذلك في النقاط الاتية :

١. قصور المعيار الذي و ضعه الفقه للتمييز بين العقد الفوري و العقد الزمني و ذلك من خلال عدم خضوع جميع انواع العقد الزمني التي حددها الفقه لهذا المعيار ، بالاضافة الى ان الزمن لا يعد المعيار الوحيد لهذا التقسيم فقد يكون العمل هو المعيار في تحديد زمنية العقد من عدهما .
٢. تظهر ذاتية العقد الممتد و بصورة اكثر وضوح من خلال الاعتماد على معيار قابلية الاداءات الناشئة عن العقد للتجزئة من دون تمييز اداء عن اخر و من دون الدخول بمعيار الزمن و ما يثيره من اشكالات بعدها مقياساً للأداءات او جزء من العقد ذاته ، بل عد الزمن مجالاً لتنفيذ الاداءات الناشئة عن العقد الممتد ، كما ان الاعتماد على مصطلح العقد الممتد يكون اكثر ملائمة و اكثر مرونة و يتجنب في نفس الوقت الانتقادات التي قد توجه الى العقد المستمر او عقد المدة من ناحية مرونة معيار العقد الممتد مما تبرز و بكل وضوح ذاتية هذا العقد عن باقي اقسام العقود الاخرى و بكلا نوعي العقد الممتد بطبيعته و العقد الممتد بسببه .
٣. تظهر ذاتية العقد الممتد في نطاق عقد المقاولة من خلال اهمية مدة التنفيذ اهمية لا يمكن انكارها او التغاضي عنها حتى و ان كانت مدة تنفيذ عقد المقاولة غير داخله في اعتبار المتعاقدين ، اذ تعد هذه المدة مفروضة عليهما لا يستطيعان تجنبها او التخلي عنها في سبيل الوصول الى نتيجة العقد .
٤. يعد كل من عقد التوريد و البيع بالتقسيط من العقود الممتدة بسبب اتفاق المتعاقدين على هذه المدة فهي بالتالي عقود ممتدة بسببها لا بطبيعتها نتيجة لاتفاق المتعاقدين على الطريقة التي ينفذ من خلالها العقد و من ثم ادخال المدة في اعتبار المتعاقدين لا يكون بصورة طبيعية بل نتيجة لاتفاقهم على ذلك .

الهوامش

([1]) د.احمد عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , ج١ , نظرية الالتزام بوجه عام , مصادر الالتزام , دار احياء التراث العربي , لبنان , بيروت , ص١٦٥ .

([2]) د. عصمت عبد المجيد بكر , مصادر الالتزام في القانون المدني , دراسة مقارنة , ط١ , المكتبة القانونية , ٢٠٠٧ ، ص ٣٦ .

([3]) د. عبد الحي حجازي , عقد المدة او العقد المستمر او الدوري التنفيذ , مطبعة جامعة فؤاد الاول , ١٩٥٠ , ص١٦ .

([4]) د. حسن علي الذنون , دور المدة في العقود المستمرة , وزارة التعليم العالي والبحث العلمي , جامعة بغداد , ١٩٨٨ , ص٨-٩ .

([5]) د. عبد المجيد الحكيم , الموجز في شرح القانون المدني , مصادر الالتزام , المكتبة القانونية , ٢٠٠٧ , ص ٥٢ .

([6]) د. سليمان مرقس , نظرية العقد , دار النشر للجامعات المصرية , القاهرة , ١٩٥٦ , ص ٨١ .

(7) د.عبد الحي حجازي , عقد المدة , مصدر سابق , ص٢١-٢٥.

(8) د.محمد نجيب , عنصر المدة و اثره في العقود – دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني, خال من مكان وسنة الطبع ، ص١٩٧.

(9) د.عبد الحي حجازي , عقد المدة , مصدر سابق, ص١٩.

(10) د. جواد كاظم جواد سميسم ، دور المدة في عقد الايجار دراسة تحليلية مقارنة ، ط ١ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٠١, ص١٤.

(11) د. عبد الناصر توفيق العطار الأجل في الالتزام , خال من مكان وسنة الطبع, ص٢٧٠.

(12) د.ياسر الصيرفي , نقد التمييز , مصدر سابق, ص٢٨٢.

(13) د.عبد الناصر العطار, الاجل , مصدر سابق, ص٢٧٠.

(14) د.محمد نجيبب , عنصر المدة , مصدر سابق, ص٨٥ و ص١٤٠.

([15]) د.عبد الحي حجازي , عقد المدة , مصدر سابق, ص٣١.

([16]) د. احمد عبد الرزاق السنهوري , مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي،ج ٦، ط ١، دار احياء التراث العربي ، خالٍ من سنة الطبع , ص١٦٢.

(17) د.ياسر الصيرفي , نقد التمييز , مصدر سابق, ٢٨٥.

(18) د.عبد الناصر العطار , الاجل , مصدر سابق, ص٢٧٠-٢٧١.

(19) د.ياسر الصيرفي , نقد التمييز , مصدر سابق, ص٢٨٣-٢٨٥.

(20) د.عبد الحي حجازي , عقد المدة , مصدر سابق, ص٢٠-٢٢.

(21) د.عبد الناصر العطار , الاجل , مصدر سابق, ص٢٧١ وما بعدها.

(22) planiol, repert , esmein . traite pratique de droit civil francais, tome vi, n. 45 .p55

(23) د. ياسر الصيرفي , نقد التمييز , مصدر سابق , ص٢٩٢-٢٩٥.

(24) Corenblit, Moise . Critique de La Distinction Entre Los Contras a Execution Instantanee et Les Contreats a Execution Snccessive au Point de Vue de Lapplication des Articles 1183 et 184 c. civ . p11-13.

(25) د.ياسر الصيرفي , نقد التمييز , مصدر سابق , ص٢٩٧ هامش ٢.

(26) Picq, Marielle. La Distinction Entre Contrats à Execution Instantanée et Contrats à Execution Successive, these, Grenoble 1994.

نقلاً عن د. ياسر الصيرفي ، نقد التمييز , مصدر سابق ، ص ٣٠٤-٣٠٥ .

(27) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الحرية ، ١٩٧٦, ص٥٤.

(28) د.حسن علي الذنون , دور المدة , مصدر سابق , ص١٢.

(29) د.ياسر الصيرفي , نقد التمييز , مصدر سابق , ص ٣٠٥-٣٠٧.

(30) راجع في الفرق بين محل العقد و محل الالتزام , د. عبد الحي حجازي , النظرية العاملة للالتزامات , الجزء الاول , الالتزام في ذاته , مطبعة نهضة مصر , ١٩٥٤ , ص٩٦ ومابعدها وج٢ مصادر الالتزام , ص٥٠ وما بعدها ؛ د. جميل الشرقاوي , طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني , مجلة القانون و الاقتصاد ، المجلد ٣٤ , العدد ٢, ١٩٦٤ ؛ د. محمد يحيى عبد الرحمن , مفهوم المحل و السبب في العقد , دار النهضة العربية , ١٩٨٦ ص١٠ و مابعدها ؛ د. عبد المجيد الحكيم , الموجز في شرح القانون المدني , مصادر الالتزام , مصدر سابق ، ص١٨٠ و مابعدها .

(31) د.عبد الحي حجازي , عقد المدة ، مصدر سابق, ص٢١ و ص٥٠ ؛ د.مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في ثوبه الجديد ، مصادر الالتزام ، ط ١ ، الفتح للطباعة و النشر ، خالٍ من سنة الطبع, ص٤١٥.

(32) د.عبد الحي حجازي , عقد المدة , مصدر سابق , ص٢١-٢٥.

(33) د.ياسر الصيرفي , نقد التمييز ، مصدر سابق , ص٢٨٧-٢٨٨ هامش رقم (١).

(34) Demogue , Traite des Obligation en General , Paris 1923,T.2.p,17

(35) Planiol , Riprt ef Esmeni , op. Tom 4. Partic I ,N45 P.48

(36) د.ياسر الصيرفي , نقد التمييز ، مصدر سابق , ص٢٩٩.

(37) Lepargear, La Prorogatiln des Contrats a Execution Successive Apres un Cas de Farce Majeuere et Particuliere Ment LA SAite de 10 Qaerre 1,i4 , these, paris , 1920 ,p.1

(38) Ghestin . op. n142.p.165 .

(39) د.عبد الحي حجازي, عقد المدة ، مصدر سابق , ص٣٧.

(40) المصدر السابق , ص٣٧-٣٩.

(41) د. احمد عبد الرزاق السنهوري , الوسيط , ج٣ ، دار احياء التراث العربي , بيروت , ١٩٦٤, ص٨٠، هـ١.

(42) د. عبد الحي حجازي , النظرية العامة للالتزام , ج١ , مصدر سابق , ص٩٩ .

(43) د. احمد عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ١٦٢ .

(44) شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير, ج٣, دار احياء الكتب العربية ، خالٍ من سنة الطبع , ص٢١٧؛ ابي عبدالله محمد محمد بن ادريس الشافعي ، الام ، ج ٣ ، ط ١ ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، ١٩٦١ ، ص ١٣٣ ؛ شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي ، كتاب الفروع , تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي ، ج٦ ، ط ١ ، دار المؤيد للنشر و التوزيع ، ٢٠٠٣, ٣١٨ ؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي, الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج ٤، دار إحياء التراث العربي ، خالٍ من سنة الطبع ، ص ٣٠٠ ؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد الشهير بابن الهمام ، شرح فتح القدير، ج ٥، ط ١ ، المطبعة الاميرية ، ١٣٦١ هـ ، ص ٣٥٥ ؛ الشيخ الطوسي ، الخلاف ، ج ٣ ، الطبعة الجديدة ، مؤسسة النشر الاسلامي ، ١٤١١ ، باب السلم ، ص ٢١٥ ، مسألة ٣٣ ؛ اية الله السيد محمود الهاشمي الشاهرودي ، كتاب الاجارة ، ج ١، ط ٢ ، مؤسسة دار معارف الفقه الاسلامي ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٧ .

(45) علاء الدين الكاساني , بدائع الصنائع في ترتب الشرائع , ج٥ , ط٢ , دار الكتب العلمية , بيروت, ١٩٨٦ , ص٢ ؛ علاء الدين السمرقندي , تحفة الفقهاء , ج٢, دار الكتب العلمية , بيروت , ١٩٨٤ , ص٣٦٢-٣٦٣ ؛ شمس الدين السرخسي, المسبوط ، ج ١٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، خالٍ من سنة الطبع ، ص ١٣٨ ؛ علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتب الشرائع , دار الكتب العلمية , بيروت , ١٩٨٦ , ج ٦، ص ٢٦٧٧ ؛ محمد بن محمود البابرتي ،العناية شرح الهداية ، ج ٥ ، دار الفكر ، خالٍ من سنة الطبع ، ص ٣٥٤ ؛ عثمان بن علي الزيلعي , تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٢، ط ١, المطبعة الكبرى الاميرية , ص ٢٥٦؛ محمد امين الشهير بن عابدين ، حاشية بن عابدين ، ج ٥ خالٍ من مكان و سنة الطبع ، ص ٢٢٣ ؛ محمد قدري باشا ، كتاب مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان , ج ٢، ط ٢ ، المطبعة الاميرية ، ١٩٨١، ص ٤٦٢ .

(46) السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين في المعاملات ,ج٢ ، خالٍ من مكان و سنة الطبع, ص٨٢ .

(47) محمد جواد مغنية , فقه الامام جعفر الصادق , ج ٣, مؤسسة الشيخ المظفر الثقافية ، بيروت ، خالٍ من سنة الطبع ، ص٣٧٧.

(48) الشيخ ابي القاسم نجم الدين محمد بن الحسن الهندي المحقق الحلي , شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام , شرح و تعليق السيد عبد الزهراء الحسيني الخطيب , ج ٣ , خالٍ من مكان و سنة الطبع ، ص ٧٥.

(49) عبد الله ابن احمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ج٦ ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ١٩٩٧، ص ، ١٦٨ ؛ محمد امين الشهير بابن عابدين، حاشية بن عابدين ، ج ٥ ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩ - ١١٠؛ كمال الدين بن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٦ ، مصدر سابق ، ص ٧٠.

(50) محمد بن مفلح شمس الدين المقدسي و علي بن سليمان المراداوي علاء الدين و أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلي ، كتاب الفروع و معه تصحيح الفروع و حاشية ابن قندس، ج٥ ، مؤسسة الرسالة - دار المؤيد ، ٢٠٠٣، ص ٦٤٢.

(51) محمد بن الحسن الحر العاملي , تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة , تحقيق مؤسسة ال البيت عليهم السلام لأحياء التراث , ج ١٨ ، خالٍ من مكان و سنة الطبع ، ص ٤٦ ؛ وسائل الشيعة ، ج ١٢ ، باب ٧ ، احكام العقود ، ص ٤٦ ؛ السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ٨٣ ؛ الشيخ حسن الجواهري ، بحوث في الفقه المعاصر ، ج ١ ، ، ط١ ، دار الدفاتر , بيروت , لبنان, خالٍ من سنة الطبع ، ص ١٨٦ ؛ عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة , ط٢ ، دار الكتب العلمية , ٢٠٠٣ ، ص ٢٨١ ؛ محمد ماجد عنتر ، المفصل في الفقه الحنفي ، الاموال و المعاملات المالية ، حلب ، مكتبة دار المستقبل ، ط ١ ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٢٦ ؛ ابي بكر حسن الكشناوي ، اسهل المدارك شرح ارشاد مالك في فقه امام الائمة مالك ، دار الفكر ، ج ٢ ، ط ٢ خال من سنة الطبع ، ص ٣١٢ . الا ان الشافعية اجازوه مؤجلاً على اساس ان الاجل مزية لا شرط اذ يصح ان يكون مؤجلا كما يصح ان يكون حالاً ، شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد الرملي الشهير بالشافعي الصغير ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ٥ ، ط ٣ ، دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٣ ، ١٨٣و ما بعدها .

(52) براحلية بدر الدين و براحلية لعلايمة فاطمة ، مخاطر التمويل بصيغة السلم ، بحث مقدم الى المؤتمر العالمي الثامن للاقتصاد و التمويل الاسلامي ، قطر ، ٢٠٠١ ، ص ٦ منشور على الموقع الالكتروني www.iefpedia.com

(53) علاء الدين الكاساني، البدائع , ج٦ , مصدر سابق ، ص٨٦.

(54) محمد بن مفلح شمس الدين المقدسي ، ج٦ , مصدر سابق ، ص٣٢٦.

(55) محمد بن الحسن الحر العاملي , تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة , ج١٨ ، مصدر سابق , ص٤٦.

(56) د. عبد الحي حجازي ، عقد المدة ، مصدر سابق , ص١٢٦-١٢٧.

(57) د. اسامة بن حمود بن محمد , بيع الدين و تطبيقاته المعاصرة في الفقه الاسلامي ج ١ ، ط ١, دار الميمان, ٢٠١٢, ص ٥٥٨- ٥٦٠ .

(58) د.عبد الحي حجازي , عقد المدة ، مصدر سابق , ص٥١.

(59) د. ياسر الصيرفي , نقد التمييز ، مصدر سابق , ص٢٨٩.

(60) د.عبد الحي حجازي , عقد المدة ، مصدر سابق , ص٥١و١٢٦.

المصادر

المصادر العربية

اولاً : الكتب القانونية

١. د. احمد عبد الرزاق السنهوري , الوسيط , نظرية الالتزام بوجه عام , ج٣ ، دار احياء التراث العربي , بيروت , ١٩٦٤ .
٢. د. احمد عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , نظرية الالتزام بوجه عام , مصادر الالتزام ، ج ١, دار احياء التراث العربي , لبنان , بيروت .
٣. د. جواد كاظم جواد سميسم ، دور المدة في عقد الايجار دراسة تحليلية مقارنة ، ط ١ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٠١ .
٤. د. حسن علي الذنون , دور المدة في العقود المستمرة , وزارة التعليم العالي و البحث العلمي , جامعة بغداد , ١٩٨٨ .
٥. د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الحرية، ١٩٧٦.
٦. د. سليمان مرقس , نظرية العقد , دار النشر للجامعات المصرية , القاهرة , ١٩٥٦ .
٧. د. عبد الحي حجازي , النظرية العامة للالتزام , ج١ , الالتزام في ذاته , مطبعة نهضة مصر , ١٩٥٤ .
٨. د. عبد الحي حجازي , النظرية العاملة للالتزامات , الجزء الثاني , الالتزام في ذاته , مطبعة نهضة مصر , ١٩٥٤ .
٩. د. عبد الحي حجازي , عقد المدة او العقد المستمر او الدوري التنفيذ , مطبعة جامعة فؤاد الاول , ١٩٥٠ .
١٠. د. عبد المجيد الحكيم , الموجز في شرح القانون المدني , مصادر الالتزام , المكتبة القانونية , ٢٠٠٧ .
١١. د. عبد الناصر توفيق العطار الأجل في الالتزام , خالٍ من مكان و سنة الطبع.

١٢. د. عصمت عبد المجيد بكر , مصادر الالتزام في القانون المدني , دراسة مقارنة , ط١ , المكتبة القانونية , ٢٠٠٧ .

١٣. د. محمد نجيب عوضين المغربي , عنصر المدة و اثره في العقود – دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و القانون المدني , خالٍ من مكان و سنة الطبع .

١٤. د. محمد يحيى عبد الرحمن , مفهوم المحل و السبب في العقد , دار النهضة العربية , ١٩٨٦ .

١٥. د. مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في ثوبه الجديد ، مصادر الالتزام ، ط ١ ، الفتح للطباعة و النشر ، خالٍ من سنة الطبع .

ثانياً : كتب الفقه الاسلامي

١. ابو بكر بن حسن الكشناوي ، اسهل المدارك شرح ارشاد مالك في فقه امام الائمة مالك ، ج ٢ , ط٢ ، دار الفكر ، خالٍ من سنة الطبع .

٢. ابي عبد الله محمد محمد بن ادريس الشافعي ، الام ، ج ٣ ، ط ١ ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، ١٩٦١ .

٣. د. احمد عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج ٦ ، ط ١ ، دار احياء التراث العربي ، خالٍ من سنة الطبع .

٤. د. اسامة بن حمود بن محمد , بيع الدين و تطبيقاته المعاصرة في الفقه الاسلامي , ج١ ، ط ١ ، دار الميمان , ٢٠١٢ .

٥. الشيخ حسن الجواهري , بحوث في الفقه المعاصر , دار الدفاتر ، ج ١ , ط١ , بيروت , لبنان , خالٍ من سنة الطبع .

٦. شمس الدين السرخسي, المسبوط ، ج ١٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، خالٍ من سنة الطبع .

٧. شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير, ج٣, دار احياء الكتب العربية ، خالٍ من سنة الطبع .

٨. شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد الرملي الشهير بالشافعي الصغير ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ٥ ، ط ٣ ، دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٣ .

٩. عبد الرحمن الجزيري , الفقه على المذاهب الاربعة , دار الكتب العلمية , ط٢ , ٢٠٠٣.

١٠. عبد الله بن احمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج٥ ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، ١٩٩٧.

١١. عثمان بن علي الزيلعي , تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٢، ط ١, المطبعة الكبرى الاميرية .

١٢. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي , الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج ٤، دار إحياء التراث العربي ، خالٍ من سنة الطبع .

١٣. علاء الدين السمرقندي , تحفة الفقهاء , ج٢, دار الكتب العلمية , بيروت , ١٩٨٤ .

١٤. علاء الدين الكاساني , بدائع الصنائع في ترتب الشرائع , ج٥ و ج ٦ , ط٢ , دار الكتب العلمية , بيروت, ١٩٨٦ .

١٥. اية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني دام ظله , منهاج الصالحين في المعاملات ,ج٢ ، خالٍ من مكان و سنة الطبع .

١٦. كمال الدين بن الهمام , شرح فتح القدير , تعليق الشيخ عبد الرزاق غالب المصري , ج٦ , ط١, دار الكتب العلمية , بيروت , ٢٠٠٣ .

١٧. محمد امين الشهير بن عابدين ، حاشية بن عابدين , ج٥ ، خالٍ من مكان و سنة الطبع .

١٨. محمد بن الحسن الحر العاملي , تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة , تحقيق مؤسسة ال البيت عليهم السلام لأحياء التراث , ج١٨ ، خالٍ من مكان و سنة الطبع .

١٩. محمد بن الحسن الحر العاملي , تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة , تحقيق مؤسسة ال البيت عليهم السلام لأحياء التراث ، ج ١٢ ، باب ٧ ، احكام العقود خالٍ من مكان و سنة الطبع.

٢٠. الشيخ محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، الخلاف ، ج ٣ ، الطبعة الجديدة ، مؤسسة النشر الاسلامي ، ١٤١١ .

٢١. محمد بن محمود البابرتي ،العناية شرح الهداية ، ج ٥ ، دار الفكر ، خالٍ من سنة الطبع .

٢٢. محمد بن مفلح شمس الدين المقدسي و علي بن سليمان المراداوي علاء الدين و أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلي ، كتاب الفروع و معه تصحيح الفروع وحاشية ابن قندس , مؤسسة الرسالة - دار المؤيد ، ج٥ و ج ٦ ، ٢٠٠٣ .

٢٣. محمد جواد مغنية , فقه الامام جعفر الصادق ، ج ٣ , مؤسسة الشيخ المظفر الثقافية ، بيروت, خالٍ من سنة الطبع .

٢٤. محمد قدري باشا ، كتاب مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان , ج ٢، ط ٢ ، المطبعة الاميرية ، ١٩٨١ .

٢٥. محمد ماجد عنتر ، المفصل في الفقه الحنفي ، الاموال و المعاملات المالية ، ، ط ١، حلب ، مكتبة دار المستقبل ، ٢٠٠٥ .

٢٦. اية الله السيد محمود الهاشمي الشاهرودي ، كتاب الاجارة ، ج ١، ط ٢ ، مؤسسة دار معارف الفقه الاسلامي ، ٢٠٠٨ .

٢٧. نجم الدين محمد بن الحسن الحلي , شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام , شرح و تعليق السيد عبد الزهراء الحسيني الخطيب , ج ٣ , خالٍ من مكان و سنة الطبع .

ثالثاً : البحوث

١. براحلية بدر الدين و براحلية لعلايمة فاطمة ، مخاطر التمويل بصيغة السلم ، بحث مقدم الى المؤتمر العالمي الثامن للاقتصاد و التمويل الاسلامي ، قطر ، ٢٠٠١ منشور على الموقع الالكتروني www.iefpedia.com .

٢. د. جميل الشرقاوي , طبيعة المحل و السبب في التصرف القانوني , مجلة القانون و الاقتصاد ، المجلد ٣٤ , العدد ٢, ١٩٦٤ .

٣. د. ياسر احمد كامل الصيرفي , نقد التمييز بين العقد الفوري و العقد المستمر ، بحث منشور في مجلة القانون و الاقتصاد , العدد الثاني و السبعون , ٢٠٠٢ .

المصادر الاجنبية

1. Corenblit, moise . critique de La distinction entre Los contras a execution instantanee et les contreats a execution snccessive au point de vue de Lapplication des articles 1183 et 184 c. civ .
2. Demogue , Traite Des Obligation En General , paris 1923,t.2.
3. planiol, repert , esmein . traite pratique de droit civil francais, tome vi,.

Abstract

The criteria on which the traditional jurisprudence is based to determine the What is considered are different according to the term used by the jurisprudence to describe the contract for which the time has an effect. The difference of jurisprudence did not stop at the difference in naming this kind of contracts, The contract is a time contract or not, to the extent that a contract of one nature is a contract of immediate from the point of view of a particular jurisprudence. It is at the same time, in the same nature and features, a contract in which time plays an important role, as is jurisprudence when it is divided into decades and decades. Time in these decades was not accurate In the statement of the impact of time on this decade, as counting part of the contracts implementation of the original decades and time was considered a fundamental element in them at the same time neglect any impact of time in contracts can not be overlooked the impact of time and not give it any importance for the duration of the implementation of these contracts, despite These contracts would not have been fully implemented had it not been for this period of time. Therefore, the research sought to demonstrate the extent to which the extended contract was unique and to attempt to clarify this identity by examining the criteria used in determining the time contracts and the usefulness of using these criteria And what they have achieved Resume of important results.

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

Subjectivity of the extended Contract

A Comparative Study

P.Dr.Iman Tariq Al-Shukri

A.Lec.Wasseam J. AL- Shemary