الشرط الفاسخ
(دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)

Fascinating condition
(Legal study compared to Islamic jurisprudence)

د. عزيز الله فهيمي

د. محمد صادقي

محمد قاسم الحبوبي

الكلمات الافتتاحية:
القانون المدني، فسخ، الشريعه الإسلامية، القانون

Keywords:
Fascinating, condition ,Legal, study compared , Islamic jurisprudence

Abstract

Many of the problems that occur between the contracting parties are due to the failure of one of the contracting parties to implement its commitment to the terms and conditions in the contracts binding on both sides, with the other's willingness to implement the terms of the contract, which leads to the possibility that the other will demand annulment, but the annulment does not come easily. Rather, this is referred to the judiciary, which may not It is ruled or the period is prolonged with the litigation procedures, which is necessary to inflict harm on one or both parties, and for that reason the resolving condition was legislated in order to shorten the time and effort and prevent or reduce the harm, but is the resolving condition safe from negative effects? Is it possible to come up with a new general idea through this study in refining the resolving condition in a manner that suits the objectives of the legislature and the judiciary and takes into account the interests of the parties to the contract. Therefore, the revocable condition is considered one of the vital issues in our present time because of its many practical dimensions, whether in terms of the stability of transactions or in terms of the purpose of the courts In observing the balance between all parties and settling cases.

المقدمة

بسمه تعالى وله الحمد كما يحب ويرضى ، والصلاة والسلام على حبيبه المصطفى وأله خير الورى ، وصحبه المخلصين ومن اهتدى ، وبعد .. ترجع العديد من المشكلات التي تقع بين المتعاقدين إلى عدم قيام أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه بالشروط والبنود في العقود الملزمة للجانبين مع استعداد الآخر في تنفيذ بنود العقد مما يحتمل معه مطالبة الآخر بالفسخ ، ولكن الفسخ لا يتأتى بهذه السهولة بل مرجع ذلك إلى القضاء الذي قد لا يحكم به أو تطول المدة مع إجراءات التقاضي مما يلزم منه لحوق الضرر بأحد الطرفين أو كلاهما ، ومن أجل ذلك شرع الشرط الفاسخ من أجل اختصار الوقت والجهد ومنع الضرر أو تقليله ، ولكن هل سلم الشرط الفاسخ من الآثار السلبية ؟ وهل بالإمكان الخروج بفكرة عامة جديدة من خلال هذه الدراسة في تهذيب الشرط الفاسخ بما يلائم غايات المشرع والقضاء ويراعي مصلحة أطراف العقد. ولذا يعد الشرط الفاسخ من المواضيع الحيوية في عصرنا الحاضر لما له من أبعاد عملية كثيرة سواء من جهة استقرار المعاملات أو من جهة هدف المحاكم في مراعاة التوازن بين جميع الأطراف وحسم الدعاوى . وقد يقع العديد من المتعاقدين وأحياناً المختصين بالقانون في مشكلة التمييز بين الفسخ والانفساخ والتفاسخ في القانون ، وبين ما هو قضائي أو اتفاقي ، والاتفاقي بين ما هو تقييدي أو تعليقي ، وكذلك في معرفة الآثار المترتبة على كلا منهم والمتمثلة في زوال الرابطة العقدية بين المتعاقدين ، أي رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .وبناءً على ذلك فإن الهدف من هذا البحث هو الخروج بفكرة عامة حول الشرط الفاسخ ليتضح من خلاله بيان المقصود من الشرط الفاسخ والأساس الذي يقوم عليه ، وما يميزه عن غيره من صور الشرط ، في محاولة يقصد البحث منها إيجاز آثاره التطبيقية وتمييزها عن آثار الشرط الواقف ، ومحاولة حصر موارده المتناثرة في القانون المدني من خلال وضع قاعدة عامة موحدة يمكن أن تغنينا عن ذلك التكرار والتطويل في الصياغة التشريعية والارتباك في تكييف القرارات القضائية . ومن أجل التعرف على الشرط الفاسخ بصورة تفصيلية وبيان قيوده ومميزاته والتعرف على تطبيقاته من خلال التحليل والمقارنة بين الفقه الإسلامي في مذاهبه المشهورة والقوانين المدنية ، وبالخصوص العراقي والمصري ، ولأننا حاولنا تقديمه بصورة تحليلية جديدة ، لذا لم يألُ البحث جهداً في جدية البحث ودراسة موضوعه بسبر أغواره من مختلف النواحي التشريعية والفقهية والقضائية .

مشكلة البحث

يمكن صياغة مشكلة البحث من خلال الأسئلة التالية:

هل أن تقسيم العقود إلى عقود معلقة على شرط واقف وعقود معلقة على شرط فاسخ كان تقسيماً صائباً ؟

وهل أن الشرط الفاسخ استثناء من أصالة اللزوم في العقد أم يؤسس أصلا جديدا، ثم أن مشروعية الشرط الفاسخ هل تعني إطلاق إرادة الطرفين للتدخل في فسخ العقد من خلال تعمد إيجاد الشرط الفاسخ . وهل أن الأثر الرجعي اللازم من حصول الشرط الفاسخ يتوافق مع غايات المشرع والقضاء ، ثم كيف يمكن تفسير نسبية الأثر الرجعي في العين دون ثمارها ؟ وهل تدخل المشرع في تقييد الشرط الفاسخ بتحديد أجله ، أم ترك ذلك إلى إرادة الطرفين ؟ وهل كان غياب الشرط الفاسخ عن الفقه الإسلامي جهلا حقيقيا به ، أم كان جهلاً صورياً يرجع فيه إلى تحليل تطبيقاته المحتملة ؟

خطة البحث

تتألف خطة البحث من ثلاثة مباحث وخاتمة ، وكما يأتي بإيجاز :-

المبحث الأول : مفهوم الشرط

المطلب الأول : تعريف الشرط

المطلب الثاني : مقومات الشرط

المطلب الثالث : أقسام الشرط

المبحث الثاني : مفهوم الشرط الفاسخ

المطلب الأول : تعريف الشرط الفاسخ

المطلب الثاني : تمييز الشرط الفاسخ عن غيره

المطلب الثالث : تأصيل الشرط الفاسخ

المبحث الثالث : أحكام الشرط الفاسخ

المطلب الأول : مخالفة النظام العام والآداب

المطلب الثاني : عدم لزوم العقد

المطلب الثالث : الأثر الرجعي (الاستناد)

المطلب الرابع : انتقال الحق

الخاتمة : النتائج والتوصيات

المبحث الأول

مفهوم الشرط

يُراد بالمفهوم المعنى المقصود ، وللاطلاع على مفهوم كلمة الشرط سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، حيث يختص المطلب الأول في تعريف الشرط ، وأما المطلب الثاني حول المقومات التي يجب توافرها في كل شرط ، بينما المطلب الثالث فهو عبارة عن فكرة إجمالية عن أنواع الشرط من خلال تقسيماته المشهورة ، وكما يأتي :-

المطلب الأول : تعريف الشرط

يمكن الاطلاع على تعريف الشرط من خلال بيان المعنى الاصطلاحي لكلمة الشرط عند كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية وفقاً للفروع التالية -:

الفرع الأول الفقه الإسلامي قبل بيان آراء الفقه الإسلامي فإن الشرط لغة إما أن يكون بفتحتين (شَرَط) فيعني العلامة، والجمع أشراط، كما في قوله تعالى : ((فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها فأنّى لهم إذا جاءت ذكراهم (

أو الشَرط بفتحة وسكون ، والجمع شروط ، وهو المقصود هنا في البحث.

قال أهل اللغة : الشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، وهذا المعنى هو ما عبر عنه البعض بالمعنى الحدثي (المصدري) ، أي مصدر شَرَطَ أي ما يرجع إلى شخص شارط للأمر ، وإلى هذا المعنى يشير حديث النبي الأكرم صلى الله عليه وآله ((المؤمنون عند شروطهم)) . وعرفه بعض الفقه الإسلامي بأنه : إلزام أحد المتعاقدين ، المتعاقد الآخر بسبب العقد بما له فيه منفعة. وأما تعريف الشرط عند علماء الأصول : هو ما يتوقف وجود الحكم وجودًا شرعيًّا على وجوده، ويكون خارجًا عن حقيقته، ويلزم من عدمه عدم الحكم ، أي ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود أو لا . والإلزام في حقيقته خارج عن معنى الشرط ، بل جوازه أمر مترتب على صحة الشرط في المعاملة ونفوذه ، حيث يكون للمشروط له إلزام الآخر بالعمل أو رعاية الحق كما لا يخفى.

وعرفه بعض المعاصرين بأنه : ((التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه)) وآخر بأنه : ((التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه شرعاً)) إلا أن كل ما تقدم لم يذكر معنى التعليق والربط ، مع أن معنى الربط هو المعنى الذي يتبادر منه ، فهو الزام يحصل بواسطة ربطه بلازم آخر، وما لم يكن فيه ربط بالمرة فلا يطلق عليه لفظ (الشرط) بل يصح سلبه عنه ، فالشرط إنما هو أمر لاحق يربطه العاقد بالعقد ويقصدهما معا على نحو التركيب ، فلابد من الوفاء بالشرط حتى يحصل الوفاء بالعقد تبعاً لقوله تعالى : ((يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)) وإما لأن الشرط بنفسه عهد من العهود وقد دلت الآية على لزوم الوفاء بالعهود. فالشرط وصف يتوقف عليه وجود الحكم، وحقيقته أن عدمه يستلزم عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، ولا يتحقق الحكم بشكل شرعي إلا بوجود الشرط الذي وضعه الشارع له، كالوضوء شرط للصلاة، فلا توجد الصلاة بشكل شرعي إلا إذا وجد الوضوء.

الفرع الثاني : القانون الوضعي : يقصد بكلمة الشرط في القانون عدة معاني ، حيث تعني الأركان أو العناصر الواجب توفرها لقيام العقد ، كالتراضي والمحل والسبب ، وقد يقصد بها الأوصاف أو التكاليف التي تلحق التزاماً تعاقديا ، فالأجرة في الوكالة أو الوديعة شرط بهذا المعنى العام ، وكذلك الحال في عقد الهبة إذا اشترط فيه العوض على الموهوب له سمي هبة بشرط ، ولكن بحسب تعبير بعض شراح القانون المدني العراقي بأن هذه المعاني ليست هي المقصودة من الشرط هنا ، بل المراد بالشرط في هذا البحث هو الأمر المستقبل

غير المحقق الوقوع الذي يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله ، ولكن التأمل في هذا التعريف يظهر أنه تعريف خاص بالشرط التعليقي وليس لمطلق الشرط ، ومن هنا حسنا فعلت جملة من القوانين المدنية ومنها القانون المدني العراقي افي عدم التعرض لتعريف الشرط بل اقتصر على بيان أحكامه ، سواء للشروط المقترنة ضمن الحديث عن محل العقد كما في المادة (١٣١) ، أو للشروط التعليقية ضمن الحديث عن الأوصاف المعدلة للآثار الالتزام في المواد . (290 – 286) بينما نجد القانون المدني الأردني قد وقع في خلط واضح حيث ذكر الشرط مطلقا ولكن عرفه بما يختص بالشرط المعلق بقوله : (الشرط التزام مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه) وتبعه القانون الإماراتي بنفس الألفاظ وكذلك قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل ١٠٧ بأنه (تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل لم يقع وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام وإما زواله) . وأما القانون اليمني الذي اعتاد وفقاً لمنهجه الإسلامي التعرض إلى تعريف المصطلحات ، فإنه عرف الشرط بأنه : ((الشرط في العقد هو ما يتوقف وجود الحكم عليه ويكون التزاما مستقبلا في امر غير محقق الوقوع يضاف الحكم اليه عند وجوده)) . فالشرط يعد وصفاً من أوصاف الالتزام يمثل اتفاق ذوي الشأن أو الإرادة بصفة عامة ، فلا ينشأ الشرط عن حكم القضاء ولاعن نص القانون ، فالشرط عنصر عرضي أي عنصر خارج عن أركان الالتزام إذ يمكن تصور الالتزام بدونه . والشرط يخالف الركن ، فمثلاً أهلية المتعاقدين تعد ركناً للتراضي الواجب في العقد وليس أمراً عارضاً فلا تسمى شرطاً ، لأن أصل الالتزام التعاقدي يتوقف على وجود الأهلية ، وكذلك الحال فيما لو كان الأمر عارضاً على العقد ولكن بحكم القانون فلا يسمى شرطاً كما هو الحال في تسجيل المبيع في السجل العقاري إذا كان المبيع عقاراً حتى تنتقل الملكية للمشتري ، فهو واجب بحكم القانون لا باتفاق المتعاقدين ، وكذلك لا يصح إطلاق الشرط على الاتفاق الحاصل بين البائع والمشتري على أن يكون دفع الثمن في مكان معين أو القيام ببعض الاصلاحات في الشيء قبل تسليمه ، فكل هذه الأمور وإن نشأت عن الاتفاق إلا أنها لا تعتبر شروطاً بالمعنى الصحيح، لأن نشوء أو انقضاء الالتزام لا يتوقف عليها.

المطلب الثاني : مقومات الشرط: يمكن التعرف بصورة إجمالية على مقومات الشروط التي تدخل كوصف معدل للالتزام عقدا كان مصدر الالتزام أو غيرة وفقاً للفقه الإسلامي والقانون الوضعي وحسب ما يأتي-: الفرع الأول: الفقه الإسلامي

يشترط فقهاء الإمامية في وجوب الوفاء بالشرط اللاحق للعقد عدة أمور هي في أكثرها محل اتفاق بينهم ، ولذا يمكن إجمالها وفقاً لقول البعض بما يأتي -1: أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنة بأن لا يكون محللاً لحرام أو محرماً لحلال ، و المراد بالأول ما يشمل ارتكاب محرم كأن يشرب الخمر ، أو ترك واجب كأن يفطر في شهر رمضان ، أو الإخلال بشرط وجودي أو عدمي في متعلقات الأحكام أو موضوعاتها كأن يأتي بالصلاة في أجزاء السباع أو ينكح

نكاح الشغار أو يطلق زوجته طلاقاً بدعياً، و منه اشتراط وقوع أمر على نحو شرط النتيجة في مورد عدم جوازه كاشتراط أن يكون زوجته مطلقة أو أن لا يرث منه ورثته أو بعضهم و أمثال ذلك ، و المراد بالثاني تحريم ما حل عنه عقدة الحظر في الكتاب و السنة مما كان محظوراً في الشرائع السابقة أو العادات المنحرفة فيكون الشرط مقتضياً لإحياء ذلك الحكم المنسوخ كاشتراط عدم أكل البحيرة أو السائبة و نحوهما ، و بعبارة جامعة يعتبر في الشرط أن لا يكون هدماً لما بناه الإسلام تشريعاً و لا بناءً لما هدمه الإسلام كذلك.

-2أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد كما إذا باعه بشرط أن لا يكون له ثمن أو آجره الدار بشرط أن لا تكون لها أجرة.

-3أن يكون مذكوراً في ضمن العقد صريحاً أو ضمناً كما إذا قامت القرينة على كون العقد مبنياً عليه و مقيداً به إما لذكره قبل العقد أو لأجل التفاهم العرفي مثل اشتراط التسليم حال استحقاق التسليم ، فلو ذكر قبل العقد و لم يكن العقد مبنياً عليه عمداً أو سهواً لم يجب الوفاء به.

-4أن يكون متعلق الشرط محتمل الحصول عند العقد ، فلو كانا عالمين بعدم التمكن منه كأن كان عملاً ممتنعاً في حد ذاته أو لا يتمكن المشروط عليه من إنجازه بطل و لا يترتب على تخلفه الخيار ، و أما لو اعتقد التمكن منه ثم بان العجز عنه من أول الأمر أو تجدد العجز بعد العقد صح الشرط و ثبت الخيار للمشروط له ، و كذا الحال لو اعتقد المشروط عليه التمكن منه دون المشروط له ثم بان العجز ، و أما لو اعتقد المشروط عليه العجز و المشروط له التمكن ففي صحته و ترتب الأثر عليه إشكال.

-5أن لا يكون متعلق الشرط أمراً مهملاً لا تحديد له في الواقع كاشتراط الخيار له مدة مهملة فإن في مثله يلغو الشرط و يصح البيع

في حين يذكر أحد المعاصرين في الفقه الإسلامي ما يعتبر من ضوابط في الشروط المقترنة بالعقد ولكن من زاوية أخرى تعطي بعداً جديداً عن ماهية الشرط ما يأتي -:

-1أمر زائد عن أصل التصرف أو العقد:

وكما قال الزركشي (الشرط ما جزم فيه بالأصل – أي أصل التصرف – وشرط فيه أمراً آخر ، كما لو اشترط البائع على المشتري في بيع النسيئة إعطاءه رهناً أو كفيلاً بالثمن المؤجل .

-2التزام زائد عن مقتضى العقد : وهو الشرط المقترن بالعقد زائد عن آثار العقد أو مقتضاه ، كما لو اشترط المشتري على البائع إيصال المبيع إلى محل سكناه.

الفرع الثاني:القانون الوضعي : يمكن تلخيص ما يشترط توفره في الشرط من مقومات بما يأتي -:

-1أن يكون الشرط امرا مستقبلا

وهذا يعنى ان يكون موضوع الشرط امرا مستقبلا فهي ربما تتحقق في المستقبل وربما لا تتحقق واما الامر الذى تحقق فعلا عند ابرام العقد فانه لا يصح ان يكون شرطا لأن الالتزام في هذه الحالة يعتبر منجزا ولا مجال لإدخال الشرط علية حتى ولو كان المتعاقدان يجهلان وقت التعاقد تحقق الامر ، كما لو يتعهد اب لولده أن يهب له سيارة اذا تزوج وثبت ان الولد كان متزوجا بالفعل فان الهبة تكون في هذه الحالة منجزة وليست معلقة على شرط.

-2أن يكون الشرط امر غير محقق الوقوع ويؤدى قولنا بان الشرط يجب الا يكون امرا محقق الوقوع الى التفرقة بين الشرط والاجل فالأجل أمر مستقبل محقق الوقوع حتى لو كان تاريخ وقوعه غير محدد واما في حالة الشرط فان عدم التحقق ينصب على امكان الوقوع لا على وقت الوقوع فإذا كان الامر محقق الوقوع ولكن وقت وقوعه غير معروف فانة يكون اجلا لا شرطا . مثال ذلك الموت امر مستقبل ولكنة محقق الوقوع وعلى هذا فالالتزام المعلق على وفاة شخص معين هو التزام مضاف الى اجل وليس معلقا على شرط ولكن قد يعلق الالتزام على وقوع الموت وفى هذه الحالة تكون الوفاة شرطا لا اجل فقد يشترط المؤمن على شركة التأمين الا تدفع مبلغ التامين الى المؤمن له الا اذا توفى المؤمن على حياته خلال مدة معينة وفى هذه الحالة يكون التزام شركة التامين التزاما معلقا على شرط لان الامر الذى علق علية الالتزام غير محقق الوقوع فقد يستمر المؤمن حيا حتى تنقضي المدة المحددة وفى هذه الحالة لا تدفع شركة التامين شيئا للمستفيد ، فالنتيجة أن عدم تحقق وقوع الشرط مرده إلى أنه حادثة مستقبلية متروك أمرها للصدفة ، ولكن هذه الصدفة على تفصيل في أثرها ، ولذلك يمكن تقسيم الشرط وفقا لها إلى ما يأتي-:

أ-شرط احتمالي : وهو ما يترك أمر تحققه لمجرد الصدفة دون أن يكون لإرادة أحد المتعاقدين دخل في ذلك ، كما لو باع شخص بضاعة لآخر على شرط وصول السفينة سالمة.

ب-شرط مختلط : وهو ما يترك أمر تحققه أو تخلفه لإرادة أحد المتعاقدين وإرادة شخص ثالث أجنبي عن العقد ، كما لو علق الوالد هبته لابنه على زواجه من امرأة معينة.

ت-شرط إرادي : وهو ما يترك أمر تحققه أو تخلفه لإرادة أحد المتعاقدين ، كما لو التزام أحد المتعاقدين على سفره ، وهو ما يسمى بالشرط الإرادي المحض ، فإذا علق على إرادة الدائن كان صحيحاً سواء كان شرطاً واقفاً أم فاسخاً ، بينما إذا علق على إرادة المدين فيكون باطلاً إذا كان شرطا واقفاً كما لو قال أبيعك داري إذا أردت ، ويكون صحيحاً إذا كان شرطا فاسخاً ومثاله الواضح هو شرط الخيار .

-3الا يكون الشرط مستحيل الوقوع

سبق ان ذكرنا ان الشرط امر محتمل الوقوع وهذا يعنى انه قد يقع وقد لا يقع ولكن اذا كان الامر مستحيل الوقوع فان ذلك يتنافى مع الاحتمال لأنه من المؤكد ان الامر لن يقع واستحالة الوقوع قد تكون قانونية أي انها ترجع الى حكم القانون وقد تكون مادية أي انها ترجع الى طبيعة الاشياء ومن امثلة الاستحالة القانونية تعليق الالتزام على قيام

شخص بالزواج من احدى المحرمات فالزواج بالمحرمات مستحيل قانونا واما الاستحالة المادية فتظهر في حالة تعهد شخص لآخر بأن يعطيه جائزة مالية اذا قام بعبور المحيط سباحة والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة النسبية فهي الاستحالة التي تقوم بالنسبة لبعض الاشخاص ولكن البعض الاخر يقدر على القيام بالأمر المطلوب وهذا النوع من الاستحالة لا يؤدى الى بطلان الشرط وكذلك لا يبطل الالتزام المقترن به ويلزم وجود الاستحالة وقت تعليق الالتزام على الشرط فقد يكون الشرط ممكنا في لحظة التعليق ثم يصبح مستحيلا بعد ذلك وفى هذه الحالة يكون الشرط صحيحا وتؤدى الاستحالة اللاحقة الى تخلف الشرط ويترتب على هذا التخلف زوال الاثار المعروفة من حيث وجود الالتزام او زواله . وحكم الشرط المستحيل إن كان واقفاً (موقفاً) أدى إلى بطلان الشرط والتصرف كمن قال أبيعك داري إذا لمست السماء بأصبعك ، بينما إذا كان الشرط فاسخاً لغا الشرط وصح التصرف كما قال أهبك ألف دينار على أن يكون لي حق الرجوع إذا لمست السماء بأصبعي .

4-الا يكون الشرط مخالفا للنظام العام والآداب يشترط المشرع في الشرط ايضا الا يكون مخالفا للنظام العام والآداب كما في المادة٢٨٧ وذلك يحدث اذا كان منصبا على امر غير مشروع في ذاته كان يقوم شخص بهبة الى امراءه بقصد اقامة علاقة غير مشروعة معها وقد يكون العمل مشروع في حد ذاته ولكن الشرط يعتبر غير مشروع بسبب الهدف المقصود من الشرط.

المطلب الثالث : أقسام الشرط : يمكن التعرف بصورة إجمالية على أنواع الشروط كوصف للالتزام عقدا كان مصدر الالتزام أو غيرة ووفقاً للفقه الإسلامي والقانون الوضعي كما في الفرعين الآتيين -:

الفرع الأول:الفقه الإسلامي :يقسم فقهاء جمهور المذاهب الإسلامية الشرط من حيث مصدره إلى شروط شرعية ، وشروط جعلية ، وكما يأتي -:

1-الشروط الشرعية على ضربين: ما كان راجعاً إلى خطاب التكليف – إما مأموراً بتحصيلها كالطهارة مع الصلاة ، وإما منهياً عن تحصيلها – كنكاح المحلل . وما يرجع إلى خطاب الوضع كالحول في الزكاة والإحصان في الزنا.

2-الشروط الجعلية : هي التي يكون اشتراطها بتصرف المكلف وإرادته ، كشروط المتعاقد في العقد ، وشروط الواقف وشروط الموصي. وكاشتراط الكفيل لضمان الثمن ، وهذه الشروط بدورها تقسم إلى -:

أ – شرط ملائم للمشروط : بل هو مكمّل للشّروط وذلك كما لو اشترط المقرض على المقترض رهناً أو كفيلاً .

ب – شرط غير ملائم للمشروط : بل هو مناف لمقتضاه ، كما لو اشترط الزّوج في عقد الزّواج أن لا ينفق على الزّوجة .

ج – شرط لا ينافي الشّرع ما شرط فيه وفيه مصلحة لأحد العاقدين أو كليهما أو لغيرهما ولكنّ العقد لا يقتضيه فلا تعرف ملاءمته أو عدم ملاءمته للعقد وذلك كما لو باع منزلاً على أن يسكنه البائع مثلاً فترةً معلومةً أو يسكنه فلان الأجنبيّ.

ويمكن تقسيم العقود بالنسبة إلى اللزوم وقابلية الفسخ وعدمه إلى أربعة أنواع-:

1ـ عقود لازمة لا تقبل الفسخ : كالزواج لا يقبل الفسخ ولو باتفاق العاقدين بطريق الإقالة أي لا يقبل الإلغاء الاتفاقي. وإنما يقبل الإنهاء بطرق شرعية كالطلاق والخلع والتفريق القضائي لعدم الإنفاق أو للعيب أو للضرر وسوء العشرة أو للغيبة أو للحبس والاعتقال ونحو ذلك.وكل ما لا يقبل الفسخ لا يثبت فيه خيار؛ لأن الخيار يعطي حق الفسخ لصاحبه.

2ـ عقود لازمة تقبل الفسخ: أي تقبل الإلغاء بطريق الإقالة أي باتفاق العاقدين. وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع والإيجار والصلح والمزارعة والمساقاة ونحوها. وهذه العقود تقبل الفسخ بالخيار أيضاً.

3ـ عقود لازمة لأحد الطرفين: كالرهن والكفالة: فإنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل، وغير لازمين بالنسبة للدائن المرتهن، والمكفول له؛ لأن العقد لمصلحتهما الشخصية توثيقاً للحق، فلهما التنازل عنه.

- 4عقود غير لازمة للطرفين: وهي التي يملك كل من العاقدين فيها حق الفسخ والرجوع، كالإيداع والإعارة والوكالة والشركة والمضاربة والوصية والهبة، فالعقود الخمسة الأولى يجوز لكل من العاقدين فسخ العقد متى شاء. والوصية والهبة يصح للموصي والواهب الرجوع عنها، كما يصح للموصى له والموهوب له ردها وإبطالها بعد وفاة الموصي، وفي حال حياة الواهب.

وأما الإمامية فلهم تقسيم خاص للشرط تترتب عليه أثار كثيرة أقلها الصحة والبطلان حيث تم تقسيم الشرط الى أقسام ثلاثة: شرط الوصف ، شرط الغاية والنتيجة ، شرط الفعل ، حيث ان الشرط اما ان يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصي ، ككون العبد كاتبا ، والجارية حاملا ، ونحوهما ، واما أن يتعلق بفعل من افعال احد المتعاقدين أو غيرهما ، كاشتراط إعتاق العبد ، وخياطة الثوب ، وإما ان يتعلق بما هو من قبيل الغاية والنتيجة للفعل كاشتراط تملك عين خاصة وانعتاق مملوك خاص ونحوهما ، ولا اشكال في انه لا حكم للقسم الاول الا الخيار ، مع تبين فقد الوصف المشروط.

الفرع الثاني

القانون الوضعي

يمكن تقسيم الشروط العارضة على الالتزامات المختلفة كأوصاف معدلة لها بناءاً على أساسين وفقاً للفقرات الآتية -:

أولاً : أساس التعليق

يقسم الشرط على أساس تعليقه للالتزام وجوداً وعدماً إلى نوعين هما الشرط الواقف والشرط الفاسخ ، حيث يمكن تلخيص المقصود منهما بما يأتي -:

-1الشرط الواقف : هو الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود. ومثال ذلك أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج. فالزواج هنا شرط واقف، إذا تحقق وتزوج الابن وُجِدَ التزام الأب بالهبة، وإذا تخلف الشرط ولم يتزوج الابن فإن التزام الأب بإعطاء هبة لابنه لا يوجد.

-2الشرط الفاسخ : وهو ما يعلق عليه زوال الالتزام القائم والنافذ. فتحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه يُحل الملتزم من التزامه، وتزول رابطته. ومثال ذلك نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط في ميعاده. فالشرط هنا شرط فاسخ. فإذا تأخر المدين في دفع الأقساط الباقية عدّ نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن.

ثانياً : أساس الإرادة

يمكن تقسيم الشروط على أساس إرادة أحد الطرفين إلى أنواع ثلاثة وفقاً لما يأتي -:

-1 الشرط الاحتمالي: وهو متروك للمصادفة المحضة دون أن يتعلق بإرادة أي من طرفي الالتزام.

-2الشرط المختلط: وهو شرط يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام وبإرادة شخص ثالث. وكلا الشرطين الاحتمالي والمختلط صحيح؛ لأنه ينطوي على عنصر خارجي يفلت من إرادة المتعاقدين.

-3الشرط الإرادي: وهو ذاك الذي يتوقف على إرادة أحد الطرفين أو قدرته. وهو إما أن يكون شرطاً إرادياً محضاً وإما شرطاً إرادياً بسيطاً.

أ-الشرط الإرادي البسيط: هو الذي يتوقف على إرادة أحد الطرفين مقترنة بظروف خارجية على نحو لا يكون فيه العقد متوقفاً على محض مشيئة المدين. فالزواج شرط إرادي يتعلق بإرادة الدائن أو المدين، ولكن إرادة المشترط عليه الزواج ليست مطلقة، إذ الزواج تحوط به الظروف والملابسات الاجتماعية والاقتصادية؛ ومن ثم يكون شرطه صحيحاً.

ب- الشرط الإرادي المحض: فهو الذي يتوقف على إرادة أحد الطرفين فقط كالتعليق على المشيئة.

فإذا تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطاً صحيحاً، وكان الالتزام قائماً معلقاً على إرادة الدائن، إن شاء تقاضى المدين الشيء الذي ألزمه به وإن شاء أحله من التزامه. كما لو التزمت أنا بأن أعيرك سيارتي للتنزه إذا أردت أنت. أما إن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين؛ فإن كان شرطاً فاسخاً، كأن يلتزم المدين حالاً، ويجعل فسخ هذا الالتزام معلقاً على إرادته المحضة؛ كان الشرط صحيحاً، وكان الالتزام قائماً؛ لأن الالتزام لم يعلق وجوده على محض إرادة المدين، فهو إذن قد وجد، وإنما استبقى المدين زمامه في يده، إن شاء أبقاه، وإن شاء

فسخه. ومثال ذلك أن تحول المحلات التجارية لزبائنها الحق برد البضاعة إذا لم تعد تروق لهم.وإن كان الشرط المتعلق بمحض إرادة المدين شرطاً واقفاً، كأن يلتزم المدين إذا أراد، أو يلتزم إذا رأى ذلك معقولاً أو مناسباً؛ فهذا الشرط يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية كما لو قال المدين المشترط : " سأدفع لك ألف دينار إذا أردتُ .. " إذ إن الالتزام قد عُلق وجوده على محض إرادة المدين إن شاء حقق الشرط وإن شاء جعله يتخلف ، ومن ثم يكون هذا الشرط باطلاً، ويسقط كل التزام معلق على شرط واقف؛ هو محض إرادة المدين .

المبحث الثاني : مفهوم الشرط الفاسخ: يُراد بالمفهوم المعنى المقصود ، وللاطلاع على مفهوم كلمة الشرط الفاسخ سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، حيث يختص المطلب الأول في تعريف الشرط الفاسخ ، وأما المطلب الثاني حول تمييز الشرط الفاسخ عن غيره ، بينما المطلب الثالث عبارة عن فكرة إجمالية لبيان التأصيل القانوني للشرط الفاسخ ، وكما يأتي -:

المطلب الأول

تعريف الشرط الفاسخ

يمكن الاطلاع على المقصود بالشرط الفاسخ من خلال الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من خلال الفرعين الآتيين -:

الفرع الأول:الفقه الإسلامي

قبل الدخول إلى الفقه الإسلامي فإن الفقه الإسلامي كعادته يبدأ في بيان المعنى لغة ، ولذا يمكن تعريف الفسخ لغة بأنه النقص أو التفريق ، فقد جاء في تاج العروس : الفسخ: الضعف في العقل والبدن، والجهل، والطرح، وإفساد الرأي، والفسخ: النقض، فسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفسخ: نقضه فانتقض، والفسخ: التفريق، وقد فسخ الشيء: إذا فرقه. ومن المجاز: انفسخ العزم والبيع والنكاح: انتقض، وقد فسخه: إذا نقضه، وفي الحديث: كان فسخ الحج رخصة لأصحاب النبي صلّى الله عليه وسلم: وهو أن يكون نوى الحج أولاً، ثم يبطله وينقضه، ويجعله عمرة، ويحل، ثم يعود يحرم بحجة، وهو التمتع أو قريب منه. وأما الفسخ اصطلاحاً : حل ارتباط العقد ، أو هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن ، فتستعمل كلمة الفسخ أحياناً بمعنى رفع العقد من أصله ، كما في الفسخ بسبب أحد الخيارات، وتستعمل أيضاً بمعنى رفع العقد بالنسبة للمستقبل، كما في أحوال فسخ العقود الجائزة أو غير اللازمة. فإذا انعقد العقد لم يتطرق إليه الفسخ إلا في أحوال سأذكرها، مثل الخيارات، والإقالة، وهلاك المبيع قبل القبض، وكون العقد غير لازم، ويتم ذلك بإرادة العاقد أو غيره، ويعود العاقدان إلى الحالة الأصلية التي كانا عليها قبل التعاقد، ففي البيع مثلاً يعود المبيع إلى ملك البائع، والثمن إلى ملك المشتري، وإذا فسخ الزواج بحكم القاضي زالت رابطة العقد بين الزوجين وصار كل منهما أجنبياً بالنسبة

للآخر.قال السيوطي : يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في العقود ، ومن ثم لم يحتج إلى قبول ، وقبلت الفسوخ التعليقات دون العقود.

ويمكن تلخيص ما يشترط لصحة الفسخ من شروط بما يأتي-:

- 1أن يكون الخيار موجوداً؛ لأن الخيار إذا سقط بشيء مما تقدم، لزم العقد، فلا يحتمل النقض بالفسخ.

- 2ألا يترتب على الفسخ تفريق الصفقة على البائع، برد بعض المبيع وإجازة العقد في البعض الآخر؛ لأن في التفريق ضرراً عليه، ولأن خيار الرؤية ـ قبل القبض وبعده ـ يمنع تمام الصفقة، وتجزئتها قبل تمامها باطل بلا ريب.

- 3أن يعلم البائع بالفسخ، ليكون على بينة من أمره، وأمر سلعته ليتصرف فيها كما يريد، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. أما أبو يوسف: فلا يشترط علم البائع، على ما تقدم في خيار.

الفرع الثاني:القانون الوضعي

تبعاً لما ذكرته القوانين الوضعية حول الشرط الفاسخ ومنها القانون المدني العراقي الذي ذكره في المادة (٢٨٩) التي نصها : (١ – العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فإذا استحال رده وجب الضمان واذا تخلف الشرط لزم العقد. ٢ – على ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط .) ، وفي المعنى ذاته ذكر المشرع اليمني ذلك مختصراً كما في نص المادة (٢٦٠) : (يجوز تعليق زوال العقد على شرط اذا وجد انفسخ العقد وترتب على الفسخ حكمه) ، ومما تقدم يمكن تعريف الشرط الفاسخ بما يأتي .

فقد تم تعريف الشرط الفاسخ بتعريفات عديدة لا تخرج في مضمونها عما ذكره البعض من الشراح العراقيين بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه زوال الالتزام ، ويضرب للشرط الفاسخ مثالاً هو بيع شخص عيناً يملكها لآخر ويشترط البائع على المشتري أن يكون له حق استردادها بعد فترة معينة إذا وقع له الثمن والمصاريف (وهو ما يسمى ببيع الوفاء) ، وعلى هذا فإن المقرر فقها وقضاءاً أن الدائن يملك حقاً مؤكدا كما لو كان العقد بسيطاً غير معلق على شرط ، إلا أن حقه هذا يزول عند تحقق الشرط ، ففي المثل السابق ذكره يملك الدائن (المشتري) حقاً مؤكداً في تملك العين إلا أن هذا الحق عرضة للزوال . ويميز القانون الوضعي بين نوعين للشرط الفاسخ ، الأول الصريح والثاني الضمني .والفرق بينهما هو أن الشرط الفاسخ الصريح يستند في جميع الصور إلى إرادة الطرفين ولا يتعلق بالضرورة بالتزامات متقابلة ، في حين أن الشرط الفاسخ الضمني (الشرط الفسخي) مجالهما هو الالتزامات المتقابلة ، لذا يقع الشرط الفاسخ الضمني دون حاجة إلى اتفاق سابق ، بل هو مفروض قانوناً ، على أنه يمكن تعديل نهاية الاتفاق من حيث الإنذار أو الإمهال ، إلا أذا وجود التعسف في الشرط

ومن أمثلة القضاء عليهما على كل منهما ما يأتي -:

أولاً : تطبيق الشرط الفاسخ الصريح

نص الحكم القضائي : الشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة سلطة تقدير أسباب الفسخ يلزم أن تكون صيغته قاطعة الدلالة علي وقوع الفسخ بمجرد حصول المخالفة . الموجبة له. والقاعدة لهذا الحكم : أنه وان كان القانون لا يشترط ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ . الا أنه يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة علي وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد . حصول المخالفة الموجبة له.

)الطعن رقم ٣٠٩٣ لسنة ٥٧ ق و ١٢٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٠/٦/١٩٩٠ س ٤١ ج ٢ ص(

ثانياً : تطبيق الشرط الفاسخ الضمني

نص الحكم القضائي : الشرط الفاسخ الضمني لا يقتضي الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام. وجوب الالتجاء للقضاء لاستصدار حكم بفسخ العقد جزاء الإخلال وفقاً للمادة ١٥٧ مدني مصري . بينما الاستثناء هو أن تكون عبارات الشرط واضحة قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول الإخلال . وفقاً للمادة ١٥٨ مدني مصري.

المطلب الثاني : تمييز الشرط الفاسخ عن غيره

قد يختلط الشرط الفاسخ بعدة أوضاع قانونية كالبطلان والفساد والإنهاء والإقالة وغيرها . إلا أن ما يهمنا هنا هو تمييزه عن الشرط التقييدي بناءاً على أنه في مقابل الشرط التعليقي هذا من جهة . ومن جهة أخرى تمييزه عن قسيمه المشهور تبعاً لاشتراكهما في عنوان التعليق وهو الشرط الواقف . وعليه يمكن إيضاح أبرز الفروق حسبما يأتي -:

الفرع الأول :الشرط التقييدي

عرف شرط التقييد بأنه "كل ما يشترطه الطرفان المتعاقدان لتحديد علاقاتهما وتعيين التزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها" . وانه "الشرط الذي لا يؤثر على اصل العقد بقاءً وزوالاً ولا على آثاره الأصلية وانما يؤثر على الآثار الفرعية" . كما وعرف بأنه: "التزام العاقد في عقده امراً زائداً على اصل العقد سواء أكان مما يقتضيه العقد نفسه ام كان مؤكداً له ام كان مخالفاً له وسواء أكان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط ام كان الاشتراط لصالح الغير ام لم تكن هناك منفعة لاحد مطلقاً" . والظاهر ان التعاريف المتقدمة قاصرة عن بيان ماهية شرط التقييد وتحديد مقوماته ذلك لأنها 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 الاشارة الى احد مقومات شرط التقييد وهو التزام بأمر زائد على اصل العقد الا ان ذلك لا يشعر بوضوح تام ماهية هذا الشرط لذا يقترح البعض تعريفه بأنه :

"التزام بأمر مستقبل ممكن مشروع يضيفه المتعاقدان الى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به اثر العقد تغييرا أو تعديلا أو إضافة" . والشرط بهذا المعنى يكون جزءاً من العقد وبنداً من بنوده. ولأجل ان يكون الالتزام شرطا تقييديا لابد ان تتوافر فيه عدة مقومات هي :

اولاً – ان يكون الالتزام في الشرط بأمر مستقبل: ان الزمن المستقبل في شرط التقييد وسيط ينبثق منه امر جوهري هو الإرادة صاحبة السلطان الاوحد في تحديد وقت تحقق الشرط –ونطلق هذه العبارة على تنفيذ الشرط تجاوزاً، إذ اننا لسنا بصدد امر محتمل الوقوع بل بصدد التزام يتحتم على المدين الوفاء به والا كان مخلا بالتزامه مالم يحول دون ذلك سبب اجنبي لا دخل لإرادة المدين فيه، فيحق للدائن عندئذ المطالبة بالتنفيذ العيني او الفسخ، او على الاقل ان الإرادة هي صاحبة السلطان الاكبر في تحديد هذا الوقت .

واما الزمن المستقبل في شرط التعليق، فهو وسيط ايضا إلا ان الذي ينبثق منه هو امرٌ عارض وغير محقق، وبعبارة اوضح ان إرادة المتعاقد في حالة شرط التعليق لا تؤدي دوراً مهماً في تحديد وقت تحقق الشرط إذا لم نقل : ان ليس لها أي دور يذكر في تحديد هذا الوقت .

ومع ذلك ، فان ما تقدم من قول لا يلغي حقيقة ان الاصل في الشرط هو التزام بأمر مستقبل زائد عن اصل العقد، إذ ليس من الضروري لوجود العقد وصحته ان يقترن العقد بشرط لأن العقد كما يمكن ان يبرم بصيغة مطلقة خالية من كل شرط، يمكن ايضا ان يبرم بصيغة مقيدة أي مقترنة بشرط .

ثانياً :– ان يكون الالتزام بأمر ممكن: الالتزام بأمر ممكن يعني التزام بأمر غير مستحيل استحالة مطلقة وقت اقتران العقد بالشرط، ويترتب على هذا امران :

اولهما – ان الشرط يعد متخلفا لا مستحيلا ان استحال الالتزام المشروط بعد اقترانه بالعقد .

وثانيهما – ان صيرورة استحالة الالتزام امكاناً لا تجعله شرطا ما دام لم يكن ممكنا وقت اقترانه بالعقد وان كان الامكان من خصائص شرط التعليق وشرط التقييد، الا ان الامكان في شرط التقييد يعني الالتزام بأمر ممكن، اما الامكان في شرط التعليق فيعني اناطة تحقق الشرط او تخلفه بأمر ممكن لا دخل للإرادة فيه .

ثالثا:– يرى البعض أن الالتزام بأمر مشروع يعني التزام بأمر غير مخالف للقانون او للنظام العام او للآداب العامة، ومن الامثلة على مخالفة الشرط للقانون: الالتزام باقتضاء فائدة ربوية، او الالتزام بالزواج بمحرم. ومن الامثلة على مخالفة الالتزام للنظام العام: الالتزام بعدم الزواج، او الطلاق، او ممارسة مهنة او حرفة معينة، مالم يكن الباعث الدافع على اشتراط الالتزام بذلك هو تحقيق غرض مشروع يرمي اليه المشترط. ومن الامثلة على مخالفة الالتزام للآداب :– الالتزام بإقامة علاقة غير مشروعة او استمرارها او استئنافها بعد انقطاعها كما واعتبر البعض ان كل شرط يتحقق معه الجزاء المادي على القيام بالواجب الذي يفرضه المشرع شرطاً مخالفاً للآداب، كاشتراط اخذ الاجر لقاء الكف عن

التشهير بأخر . وعلى هذا، ولأجل أن يكون الالتزام شرطا تقييديا لابد ان يكون التزاما بأمر مشروع، وبانتفاء المشروعية يفقد الشرط صحته ويبطل معه العقد ان كان هو الباعث الدافع الى التعاقد ووفقا لتقدير ذلك البعض ان المشروعية تقتصر على شرط التقييد دون شرط التعليق لان المشروعية تلتقي دائماً مع الغايات والإرادات أي مع الشروط التي تعتبر جزءاً من مضمون الارادة لا امراً خارجاً عنها وهذا المعنى لا ينطبق الا على شرط التقييد .

رابعا – ان يكون من شأن الالتزام المشروط تقييد اثر العقد

ان تقييد اثر العقد اما ان يكون تغييرا او تعديلا او اضافة : فأما تغيير اثر العقد فيكون باشتراط اثر مغاير للأثر الذي يرتبه العقد اصلا، كما لو اقترن عقد البيع وغيره من العقود اللازمة القابلة للفسخ بشرط الخيار، وان شرط الخيار يعطي لمشترطه الحق في فسخ العقد او امضائه خلال المدة المتفق عليها، وهذا يعني ان ما يترتب على اقتران عقد البيع بشرط الخيار تغيير حكم العقد من اللزوم الى عدمه من جانب من شرط الخيار له .

واما تعديل اثر العقد فينضوي تحت صورتين : اولهما تعديل مدى الالتزامات التي يفرضها العقد اصلا على المتعاقدين كشرط تعديل التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق، إذ ان المشرع وان كان قد نظم أحكام التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق الا انه اعطى للمتعاقدين الحق في اشتراط تعديل احكامه تشديداً او تخفيفاً او اسقاطاً .

وثانيهما – تعديل الكيفية التي يتم بها تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد اصلا – كشرط تحديد مكان او زمان تسليم المبيع او الثمن.

الفرع الثاني :الشرط الواقف

نصت المادة ٢٨٨ مدني عراقي على : (العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط) .ويتبين من النص أعلاه أن الالتزام المعلق على شرط واقف وهو في مرحلة التعليق لا يكون نافذاً، بل هو لا يكون موجوداً وجوداً كاملاً، فهو حق موجود ولكن وجوده غير كامل. فالدائن ذو حق في الالتزام المعلق على شرط ناشئ من وقت الاتفاق، ولكنه مرتبط بتحقق الشرط، فحقه منعقد السبب، ولكنه ليس كالحقوق المنجزة لأن وجوده المنتج مرتبط بوجود شرط معلق عليه.وعليه فإن الحق المعلق على شرط واقف حق موجود و يمكن الاستدلال عليه بما يأتي -:

1- ينتقل هذا الحق من صاحبه إلى الغير بالميراث وغيره من أسباب انتقال الحقوق.

2- يجوز لصاحبه أن يجري الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف. ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة.

3-يجوز لصاحبه أن يقوم بالأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه، ويجوز أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية.

4-يجوز لصاحبه أن يدخل في التوزيع، ويطلب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ في خزانة المحكمة وتعليق قبضه إياه على تحقق الشرط. ويجوز أن يوزع المبلغ على الدائنين التالين بشرط أن يقدموا كفالة تضمن رده في حالة تحقق الشرط.

5-لا يجوز لصاحبه حجز ما لمدينه لدى الغير ولا أن يقوم بأي حجز تحفظي آخر؛ لأن حقه غير حال الأداء ولا محقق الوجود. ولكن إذا حجز دائن آخر ما للمدين لدى الغير كان للدائن تحت شرط واقف أن يدخل في التوزيع.

ويترتب على كون الحق المعلق على شرط واقف بناءا على أن وجوده غير مكتمل الصورة النتائج الآتية:

1-لا يكون قابلاً للتنفيذ الجبري.

2-لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختياري، فإذا كان المدين قد وفى الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق جاز له استرداده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق.

3-لا يسري التقادم عليه، ولا تجوز المقاصة القانونية بهذا الحق.

4- إذا كان هذا الحق هو حق الملكية، كان لهذا الحق مالكان، مالك تحت شرط واقف؛ وهو الذي انتقلت إليه الملكية معلقة على هذا الشرط وحقه غير كامل الوجود، ومالك تحت شرط فاسخ؛ وهو من انتقلت منه الملكية إلى المالك تحت شرط واقف وحق المالك كامل الوجود، وبالتالي لهذا المالك الأخير أن يدير العين، ويتصرف بها، وأن يطهر العقار وهو الذي يتحمل هلاك العين، ويستطيع دائنوه أن ينفذوا بحقوقهم عليها.

المطلب الثالث : تأصيل الشرط الفاسخ

المراد بالتأصيل البحث عن شرعية الشرط الفاسخ ، سواء في الفقه الإسلامي وفقاً لأدلة التشريع وضمن مذاهبة المختلفة ، أو في القانون الوضعي وبالخصوص ما موجود في القانون المدني العراقي ، وكما يأتي في فرعين -:

الفرع الأول :الفقه الإسلامي

اختلف الفقه الإسلامي بين مذاهبه بل وصل الخلاف إلى ما بين فقهاء نفس المذهب حول جواز الفسخ تبعا للشرط الصريح أو الضمني. فقد أثبت جمهور الحنفية وبعض العلماء استحساناً حق الفسخ حال الشرط الصريح بإلغاء العقد، وفقاً لما يسمى بخيار النقد: وهو أن يشترط البائع على المشتري أداء الثمن في مدة معينة، وإلا لغا البيع بينهما، أو يشترط البائع أنه إذا رد الثمن للمشتري في المدة المعينة، يفسخ البيع، وذلك منعاً لمماطلة المشتري بدفع الثمن وهذا ما يعبر عنه ببيع الخيار أو بيع الوفاء.

لكن اختلف المجيزون له في المدة، فحددها أبو حنيفة بثلاثة أيام كخيار الشرط، وحددها غيره بحسب الحاجة، وتركها محمد بن الحسن الكاساني بدون تحديد، وبرأيه أخذت مجلة

الأحكام العدلية . لكن الأصل في خيار الشرط اللزوم، فإذا انتهت المدة المشروطة دون فسخ لزم العقد، والأصل في خيار النقد عدم اللزوم، فإذا لم ينقد الثمن في المدة فسد البيع ولا ينفسخ. ولم يجز الشافعي وزفر من الحنفية خيار النقد وقالوا بعدم صحته مطلقاً ، بينما الإمامية امتازوا بخيار التأخير الذي يجيز للبائع بعد ثلاثة أيام من تأخير الثمن الخيار بين الفسخ أو الصبر بانتظار المشتري ، وكذلك أجازوا بيع الخيار (خيار الشرط) بشرط تحديد المدة ، وكل ذلك تبعاً للنصوص الصريحة عن أئمة أهل البيت عليهم السلام .

وأما عند عدم الشرط الصريح فلم يقرّ الفقه الإسلامي كمبدأ عام حق إلغاء العقد بسبب عدم التنفيذ ، بل إنما أقر الفسخ في بعض الحالات المذكورة سابقاً في بحث أسباب الفسخ لوجود شرط ضمني بجواز الفسخ أو الإلغاء، ومن تلك الحالات:

أولاً – أن حق الفسخ مقرر في بعض أحوال استحالة التنفيذ، كعجز البائع عن تسليم المبيع بسبب هلاكه، يكون للمشتري خيار الفسخ، وكبيع السّلم (بيع آجل بعاجل) إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل، لعدم وجوده، يكون المشتري بالخيار بين فسخ السّلم واسترداد الثمن، أو انتظار وجوده إلى العام المقبل . وكعقد الإجارة إذا لم يستطع المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، فإن التزامه بدفع الأجرة يسقط. ثانياً – أجاز الجمهور تبعاً للنصوص ورعاية لمصلحة المشتري ما يسمى بخيار الوصف أو خيار فوات الوصف المرغوب فيه أو خيار الرؤية (وهو أن يكون المشتري مخيراً بين أن يقبل بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع حيث فات وصف مرغوب فيه، في بيع شيء غائب عن مجلس العقد) أي أنه يثبت حق الفسخ للعاقد الذي اشترطه إذا لم يوجد الوصف المطلوب، كأن يشتري جوهرة على أنها أصلية أو بقرة على أنها حلوب أو شيئاً يحتاج لتجربة، ثم يظهر العكس، فيكون المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن المسمى؛ لأن هذا وصف مرغوب فيه، يستحق في العقد بالشرط، فإذا فات، وجب التخيير، لعدم توافر الرضا بدونه ، بل أضاف الإمامية إلى ذلك خيار الحيوان تبعاً للنصوص.

ثالثاً: يجوز عند جمهور الفقهاء غير الحنفية الفسخ في عقود المعاوضة بسبب الإفلاس حال وفاة المدين واسترداد المبيع الموجود، كما تقدم. كذلك أجاز الإمام الشافعي أيضاً خلافاً للجمهور حق الرجوع والاسترداد في حال وفاة المدين إذا تبين أنه مفلس.

رابعاً: أثبت الفقهاء بالاتفاق خيار العيب، فيجوز الفسخ بسببه، والشرط ليس صريحاً بل هو ضمني، كما إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً، فإنهم قالوا: إن سلامة المبيع من العيوب شرط ضمني في عقد البيع، وكذلك في الإجارة، فإنها تنفسخ بخيار عيب حاصل قبل العقد أو بعده بعد القبض يفوت به النفع، كخراب الدار، وانقطاع ماء الرحى وانقطاع ماء الأرض.

خامساً : انفرد جمهور الإمامية تبعاً للنصوص الخاصة وجملة من علماء المسلمين استحساناً رعاية للمصلحة بخيار الغبن وهو ما إذا باع بأقل من قيمة المثل، ثبت له الخيار، وكذا إذا اشترى بأكثر من قيمة المثل، ولا يثبت هذا الخيار للمغبون، إذا كان عالما بالحال .

الفرع الثاني :القانون الوضعي

وفقاً للمادة ٢٨٩ مدني عراقي : (١ – العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فإذا استحال رده وجب الضمان واذا تخلف الشرط لزم العقد . ٢ – على ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط) يمكن الخروج بجملة أمور تلخص الوضعية القانونية للشرط الفاسخ وأطراف العقد وكما يأتي . ولكن قبل الدخول في موضوع التأصيل القانون فإنه ينبغي الإشارة إلى مسألة ضرورية تتعلق بالصياغة القانونية الخاصة بالمادة (٢٨٩) أعلاه ، حيث ابتدأت المادة بعبارة " العقد المعلق على شرط فاسخ " وهذه عبارة غير تامة ، بل فيها من الخلط بين الشرط الواقف والفاسخ ، لأن العقد لا يكون معلقاً إلا مع الشرط الواقف ، بينما مع الشرط الفاسخ فإن فسخ العقد هو الذي يكون معلقاً ، لأن العقد قبل حصول الشرط الفاسخ يكون نافذاً ، وبعبارة أخرى أن التعليق على قسمين ، إما تعليق للعقد وهذا سببه الشرط الواقف ، وإما تعليق لفسخ العقد وهذا سببه الشرط الفاسخ .

وأما ما يمكن استفادته من النص أعلاه للوضعية القانونية للشرط الفاسخ فيمكن تلمسه بعد التمييز بين حالتي فترة التعليق وما بعدها وكما يأتي :-

أولاً : آثار الشرط الفاسخ خلال فترة التعليق :

إن حق الدائن المرتبط بشرط فاسخ هو حق منجز قائم من كل وجه ومنتج لآثاره خلال فترة التعليق وإن كان معرضاً للزوال بتحقق الشرط الفاسخ.

فصاحب هذا الحق يملكه حالاً، وله أن يديره وأن يتصرف فيه، ولكن تصرفاته تكون على خطر الزوال كحقه، فإذا ما تحقق الشرط الفاسخ زال حقه وزالت معه جميع التصرفات التي أجراها فيه.على أن هناك من الأعمال التي يقوم بها صاحب الحق العيني المعلق على شرط فاسخ ما يبقى حتى بعد تحقق الشرط، وهي أعمال الإدارة المقترنة بحسن النية.

فيستطيع المالك تحت شرط فاسخ أن يباشر دعاوى الملكية والحيازة وأن يطلب قسمة العين إذا كانت على الشيوع.

ثانياً : آثار الشرط الفاسخ بعد تحقق الشرط : ومما تقدم من نص المادة ٢٨٩ أعلاه يمكن القول -: يستخلص من ذلك أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن تحققه يزيل الالتزام زوالاً مستنداً إلى تاريخ انعقاد سببه، كما لو لم يكن ثمة عقد ولا التزام أصلاً، ويجب إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد. فيكون المشتري ملزماً بردّ المبيع الذي تسلمه، كما يكون البائع ملزماً بردّ الثمن الذي قبضه.

وإذا استحال الرد لسبب غير أجنبي كان عليه أن يعوض المدين عما أصابه من ضرر، أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي فقد انقضى الالتزام بالرد، ولا محل للتعويض في هذه الحالة.وبتحقق الشرط الفاسخ تسقط جميع التصرفات التي صدرت من الدائن تحت شرط فاسخ، ولا تبقى إلا أعمال الإدارة كالإيجار الذي لا تزيد مدته على ثلاث سنوات وقبض الأجرة وقبض المحصولات والثمار وبيعها، ذلك لأن هذه الأعمال لا تؤثر في الحقوق التي تترتب على تحقق الشرط، وقد اشترط القانون لبقائها على الرغم من تحقق الشرط الفاسخ أن يكون الدائن قد أجراها بحسن نية، ولم يتجاوز فيها حدود المألوف.

المبحث الثالث : أحكام الشرط الفاسخ

بعدما تقدم ذكره من عدم الخلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في جواز الشرط الفاسخ ، فإنه سيتم التركيز في هذا المبحث على أبرز الأحكام المترتبة على وجود الشرط الفاسخ خاصة تلك التي تثير بعض الإشكاليات ، وهي عبارة عن أثر الشرط الفاسخ على حكم العقد من حيث اللزوم ، والحكم المترتب على كون الحق مع وجود الشرط الفاسخ هو حق حاصل ومؤكد للدائن ولكن يبقى ذلك الحق متزلزلاً أي معرض للزوال ، وأيضاً من أحكام الشرط الفاسخ الأثر الرجعي في حال تحقق متعلق الشرط الفسخ ، وأخيراً موضوع مراعاة النظام العام والآداب والحكم المترتب على مخالفة ذلك ، وعليه سيتم بحث ذلك من خلال خمسة مطالب تباعاً وفقاً لما تقدم .

المطلب الأول :لزوم العقد : يقصد باللزوم ما يمتنع انفكاكه عن الشيء ، وأما قاعدة اللزوم فتعني : كل عقد يشك في لزومه ، فالأصل فيه اللزوم فإذا اجتمع للعقد أركانه مع شروط صحته ، بحيث كان صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه ولم تعترضه عيوب الرضا فإنه ينعقد صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره الشرعية ، والأصل في العقد الصحيح النافذ هو اللزوم بحيث لا يكون لأي من المتعاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة سواء للفقه الإسلامي وللقانون كعقد البيع والإيجار ، إلا إذا وجد الدليل على جوازه سواء للطرفين كما في عقد الوكالة والعارية والوديعة أو للإرادة المنفردة لأحد الطرفين سواء لطبيعتها كما في الكفالة للمكفول له أو لأجل الخيارات . وتختلف العقود اللازمة فيما بينها ، فبعضها ما لا يقبل الفسخ بحال من الأحوال ولو اتفق المتعاقدان مثل النكاح ، بينما هناك عقود لازمة تقبل الفسخ بالاتفاق أو باشتراط الخيار ، وعليه يمكن أن تتحول إلى عقود جائزة .

ومن تلك العقود اللازمة التي تتحول إلى عقود جائزة ما هو محل البحث ، أي تلك العقود التي يطرأ عليها الشرط الفاسخ ، حيث يترتب عليها حكم الجواز من حين انعقادها بسبب وجود الشرط الفاسخ وإلى حين نهاية المدة المضروبة لإمكانية تحقق الشرط الفاسخ . وهنا يجب الالتفات إلى مسألة ضرورة تقييد وجود الشرط بمدة محددة ، فإذا ما حصل خلالها الشرط الفاسخ لزم فسخ العقد وإلا فمع انتهاء المدة يفترض لزوم العقد ، ولذا وجب تقييد الشرط التعليقي بمدة محددة سواء كان واقفاً أم فاسخاً ، وهذا القيد

هو المائز الأساس ما بين الشروط التقييدية (المقترنة) والشروط التعليقية ، ولكن يبدو من المشرع العراقي في المواد المتعلقة بالشرط (٢٨٦ – ٢٩٠) الغفلة عن ضرورة تحديد الشروط التعليقية بالمدة المحددة من قبل المتعاقدين لذا وجب عليه التدارك ، فضلاً عن أنه ذكر في المادة ٢٨٩ /١ (وإذا تخلف الشرط لزم العقد) فالسؤال هنا : ومتى يكون ذلك التخلف إن لم تحدد مدة معينة للشرط ؟ . نعم هناك من أمثلة الشرط الفاسخ الذي تدل القرائن الحالية على أن مجرد وجوده مطلقا يدل على الدوام ، كما هو الحال في اشتراط المؤجر على المستأجر استعمال المأجور لمنفعة معينة فلو خالف الاستعمال المبين في العقد أو خالف في استعماله الغرض الذي أعدت له العين فإن المشرع وإن لم يذكر أحكاماً خاصة بالجزاء إلا أن تطبيق القواعد العامة يقضي بأن للمؤجر الخيار بين أن يطالب بالتنفيذ العيني مع التعويض أو أن يطالب بالفسخ مع التعويض ، فإن قرينة الإيجار تدل على أن الشرط الفاسخ لطول مدة الإيجار .

المطلب الثاني :حق مؤكد للدائن : ظهر مما تقدم من نص المادة ١/٢٨٩ مدني عراقي وما يقابلها من القوانين المدنية المختلفة أن العقد مع عروض الشرط الفاسخ عليه يكون نافذاً ولا يؤثر ذلك على صحته ، وكما لو كان عقداً بسيطاً غير معلق ، ولذا فإن الدائن وكما في مثال بيع الوفاء (البيع الخياري) يكون مالكاً للعين المبيعة لكون حقه في العين مؤكد ، ومن آثار هذا الحق المؤكد ما يأتي بإيجاز :-

أولاً : يجوز للدائن اتخاذ جميع الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه ، فضلاً عن أنه يجوز له اتخاذ الوسائل التحفظية للمحافظة على حقه ، فللمشتري أن يطلب من البائع نقل ملكية المبيع إليه وله تسجيل العقد إذا كان المبيع عقاراً ، وله إقامة دعوى عدم نفاذ التصرف ، وتحرير العقار إن كان مرهوناً ، والمطالبة بالشفعة مع تحقق موضوعها.

ثانياً : لا يجوز للمدين إذا أوفى بالتزاماته أن يطالب باسترداد ما دفعه ، لأنه دفع دينا مستحقاً واجب التنفيذ قد اشتغلت به ذمته.

ثالثاً : إذا هلكت العين قضاءاً وقدراً فإنها تهلك على الدائن إلا في حال بقائها عند البائع وعدم تسليمها للمشتري فإنها تهلك على البائع وفقاً للقواعد العامة .

رابعاً : يسري التقادم بالنسبة للحق المعلق على شرط فاسخ على نقيض ما يقع في الشرط الواقف ، فلو أن دائناً بشرط فاسخ لم يطالب بحقه حتى مضت المدة اللازمة لسقوط الحق بالتقادم فإنه لا يستطيع بعد ذلك المطالبة بحقه حتى لو ثبت هذا الحق ولزم بتخلف الشرط الفاسخ ، والسبب في ذلك لأنه حق مؤكد مملوك للمشتري.

المطلب الثالث:حق متزلزل للدائن

كما تقدم أن من لوازم الشرط الفاسخ المتعلق بالعقد هو جعل العقد متزلزلاً أي أن حق الدائن فيه يكون عرضة للزوال ، مما يترتب على ذلك جملة من الآثار يمكن اختصارها بما يأتي :-

أولاً : بتحول العقد اللازم بسبب عروض الشرط الفاسخ إلى عقد جائز وفقاً لما نص عليه المشرع العراقي وهو بعينه ما يقول به الفقه الإسلامي.

ثانياً : ينتقل حق المشتري إلى الخلف العام بهذه الصفة (حق متزلزل) ، أي أن كل تصرف مترتب عليه يكون قابلاً للزوال أيضاً.

ثالثاً : لا تقع المقاصة الجبرية بينه وبين حق بات ، وذلك لأن الدين المعلق على شرط فاسخ عرضة للزوال في مقابل الدين الثابت المستقر ، لأن الأول أضعف قوة وهذا خلاف شرط المقاصة في ضرورة تساوي الدينين في القوة.

المطلب الرابع: الأثر الرجعي (الاستناد): تناول الفقه الإسلامي فكرة الأثر الرجعي وأخذ الجمهور بحكمها إلا الشافعية في الأكثر من التصرفات ، وقد تناولت مذاهب الفقه الإسلامي فكرة الأثر الرجعي من خلال عدة مصطلحات ، فالفقه الحنفي استخدم مصطلح الاستناد كما مثّل له ببعض المسائل كالغضب بعد ضمانه وأما الفقه الشافعي والمالكي فاستخدم مصطلح الانعطاف وتبعهم بذلك بعض الفقه الحنبلي حيث ذكر بعضهم قاعدة الانعطاف في الملك ، وبين الفروع التي يجري فيها الانعطاف ومنها الشفعة، والوصية والهبة ، بينما الإمامية استخدموا مصطلح الكشف ، والحكم عندهم الجواز حيث ذكروا ذلك فيما يخص بيع الشرط (خيار الشرط) الذي هو أبرز أمثلة الشرط الفاسخ بقولهم : (يجوز عندنا البيع بشرط ، مثل أن يقول : بعتك إلى شهر فإن رددتَ عليّ الثمن وإلا كان المبيع لي ، فإن ردّ عليه وجب عليه ردّ الملك ، وإن جازت المدّة ملك بالعقد الأوّل) .

وأما القوانين المدنية الحديثة فقد اختلفت حول تبني فكرة الأثر الرجعي ، فالمدرسة الجرمانية قد نبذت هذه الفكرة وهو ما نجده في القانون الألماني في المادة ١٥٨ والقانون السويسري في المواد ١٧١ ، ١٧٤ ، بينما على الضد منها المدرسة اللاتينية قد أخذت بفكرة الأثر الرجعي بعد مخاض طويل واختلاف كثير حوها حتى أيدها الفقيه الفرنسي الكبير بوتييه وعنه أخذها المشرع الفرنسي وكذلك القوانين المتأثرة به كالقانون المصري في المادة ٢٧٠ وبنفس الألفاظ ذكره المشرع العراقي كما في المادة (٢٩٠) مدني عراقي : ((١ – اذا تحقق الشرط واقفاً كان او فاسخاً استند اثره الى الوقت الذي تم فيه العقد الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط . ٢ – ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعي اذا اصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن بسبب اجنبي لا يد للمدين فيه.) ، ومما تقدم يمكن تلخيص مجمل الآثار المترتبة سواء على وجود الأثر الرجعي أو عدمه بما يأتي-:

أولاً : تقتصر فكرة الأثر الرجعي على الحقوق العينية المكتسبة أثناء فترة التعليق لقابلية انتقالها من شخص لآخر ولو كان الانتقال من يد المشتري جبراً عليه عن طريق المزاد العلني دون أعمال الإدارة فقد استثناها المشرع رغم تحقق الشرط.

ثانياً : ليست فكرة الأثر الرجعي من النظام العام ، فيجوز استبعادها بتراضي الطرفين ، وكذلك طبيعة الإجراء القانوني كما هو الحال في الإجراءات التحفظية التي تم اتخاذها قبل تحقق الشرط كما هو صريح الفقرة الأولى من نص المادة (٢٩٠ مدني عراقي) أعلاه .

ثالثاً : لا يسري الشرط الفاسخ بأثر رجعي فيما قام الدائن به من تحرير للعقار المرهون ، فلو حرر المشتري العقار من الرهون كما في البيع الخياري (بيع الوفاء) لم يكن للبائع الفسخ وذلك لنص القانون حفاظاً على الظاهر من استقرار المعاملات ، وكذلك الحال للشفيع في العقار.

رابعاً : لا يوجد في حال تلف العين وقبل حصول الشرط الفاسخ أثر رجعي ، أي أن العين تهلك على الدائن (المشتري) في العقود الملزمة للجانبين وعلى المدين (الراهن) في العقود الملزمة لجانب واحد كالرهن الحيازي .

المطلب الخامس : مخالفة النظام العام أو الآداب : يختلف الشرط الفاسخ عن الشرط الواقف في موضوع مخالفتهما للنظام العام أو الآداب ، وليس موضوع الاختلاف مما يتعلق بنفس النظام العام أو الآداب ، بل مرجع الاختلاف إلى أثر الشرط في كليهما على وجود العقد ، فلما كان وجود العقد في الشرط الفاسخ معلقاً على صحة الشرط ، فإذا بطل الشرط لمخالفته للنظام العام أو الآداب بطل لأجل ذلك العقد المشروط ، وهذا بخلاف الشرط الفاسخ ، فالعقد معه موجود وصحيح ، وإنما التعليق هو لفسخ العقد كما تقدم ، أي أن فسخ العقد معلق على حصول الشرط الفاسخ ، فإذا تبين عدم إمكان حصول الشرط الفاسخ من أساسه لمخالفته للنظام العام والآداب فقد ثبت العقد من حين انعقاده وكما هو صريح الفقرة الأولى من المادة ٢٨٧ مدني عراقي ، بينما يكون العقد باطلاً إذا كان الشرط الفاسخ الفاسد هو السبب الدافع للتعاقد ، وهذا مفاد الفقرة الثانية للمادة ٢٨٧

و قبل مناقشة المادة في فقرتيها نضرب مثالاً على ذلك -:

أولاً : المثال على مخالفة النظام العام : كمن يشترط في عقد إيجار العقار على المستأجر أن لا يسجل العقد في دائرة التسجيل العقاري ، وهذا شرط باطل لأن النظام العام يشترط التسجيل . ثانياً : المثال على مخالفة الآداب : كمن يشترط في عقد إيجار العقار على المستأجر أن لا يقيم علاقة شرعية ، وهذا شرط باطل لأن الآداب العمة تشترط أن تكون العلاقة الشرعية.

وإنما تعمدنا هنا التفصيل في ذكر أمثلة الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام والآداب العامة لأن الكثير من شراح القانون والباحثين إما لم يمثلوا له أصلاً أو لم يحسنوا التمثيل ، فقد مثل البعض لعقد الهبة شرطاً فاسخاً بأن علق فسخ الهبة على عدم قيام الموهوب له بجريمة قتل أو على قطع الموهوب لها العلاقة غير المشروعة ، لأن حقيقة هذين الشرطين

هي من نوع الشرط الواقف ، أي تعليق الهبة على جريمة القتل والعلاقة غير المشروعة ، ولا يصح معهما الشرط الفاسخ.

الخاتمة :

بعد هذه الرحلة المضنية بين مطالب الشرط الفاسخ وصل الكلام إلى خاتمة البحث التي يمكن إجمالها بما توصل له البحث من نتائج ملحقة بتوصيات مشفوعة برغبة الباحث أن تجد لها صدى من التفاعل التطبيقي في ساحة التشريع والقضاء والله ولي التوفيق.

أولاً : النتائج

1- لم يكن القانون الوضعي متميزاً عن الفقه الإسلامي بمعرفة الشرط الفاسخ إلا بالمصطلح ، لأن الفقه الإسلامي عرف أنواعاً كثيرة من الشرط كما هو الحال في الخيارات وكذلك شرط الخيار (بيع الوفاء).

2- إن الشرط الفاسخ وإن كان يشترك مع الشرط الواقف في التعليق ، إلا أن المعلق على الشرط الواقف نفس العقد ، بينما المعلق على الشرط الفاسخ هو فسخ العقد ، وفرق كبير بينهما ، أن العقد غير موجود في الشرط الواقف ولذا فإن جمهور الفقه الإسلامي لم يجز مثل ذلك العقد بسبب التعليق ، وهذا بخلاف الشرط الفاسخ فإن العقد فيه موجود ومؤكد إلا أنه عقد متزلزل .

3- يجب التمييز بين الشرط الفاسخ الصريح والضمني ، وأن الأول يمكن أن يسلب القضاء سلطته التقديرية لأن مرجعه إلى تراضي المتعاقدين ، بينما الثاني يقرره القانون ولا يلزم القضاء بفسخ العقد لأجله وإن طالب به أطراف العقد .

ثانياً : التوصيات

1- يرى البحث ضرورة تقييد الشرط الفاسخ بالمدة المحددة التي خلا منها نص المادة القانونية ١/٢٨٩ مدني عراقي (العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد ..) وهذا تغرير بالطرف الآخر وكذلك الغير ممن له مصلحة متوقفة على العقد ، إذ لا يعلم مع وجود الشرط الفاسخ المطلق متى يلزم العقد ، لذا وجب إضافة قيد الزمان المحدد للشرط الفاسخ ليكون النص كالآتي : (العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم إلى ما قبل المدة المحددة للشرط ، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد ..) .

2- يوصي البحث إلى التأمل جيداً في نص المادة ٢٨٧ مدني عراقي ، حيث اعتمد المشرع في أساس التمييز بين فقرتي المادة في الحكم بصحة العقد في الفقرة (١) لأن الشرط لغو وأبطل العقد في الفقرة (٢) لأن الشرط كان الباعث الدافع ، وهذا غير صحيح لأن الشرط الفاسخ لا ينفك أبدا عن كونه الباعث الدافع ، ولذا يرى البحث أن يكون الحكم عند مخالفة الشرط الفاسخ للنظام العام أو الآداب بصحة العقد وعدم اعتبار الشرط

الفاسخ الفاسد عقوبة لذلك المشترط حماية للنظام العام والآداب وعدم التساهل في ذلك لأنهما قوام الدولة والمجتمع .

وله الحمد

المصادر القرآن الكريم
- معاجم اللغة :
- احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (٧٧٠ هـ) ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، تحقيق عبد العظيم الشناوي ، مادة ضمن ، ج٢ ، طبعة دار المعارف ، المدينة المنورة ١٩٧٧م.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (٨١٧ هـ) ، القاموس المحيط ، طبعة دار الفكر ، بيروت – لبنان سنة ١٩٨٣م .
- الفقه الإسلامي
1. ابو اسحق الشاطبي – الموافقات في اصول الشرعية –دار الفكر بلا سنة طبع
2. للإمام أبي محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي المتوفي ٤٩٠ه أصول السرخسي دار الكتب العلمية بلا سنة طبع.
3. الحسيني المراغي ، العناوين الفقهية ، نسخة المكتبة الشاملة الإلكترونية.
4. الأستاذ فتحي الدريني ، الشروط المقترنة بالعقد ضمن بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي
5. د. علي ذوات حمد السالوس – الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة ، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي السنة الثانية عشرة العدد الرابع عشر
6. السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، دار المؤرخ العربي بيروت – لبنان ط١٨ ١٤٣٤هـ.
7. السيد محمد صادق الروحاني ، منهاج الفقاهة ، المكتبة الشاملة الإلكترونية.
8. د. محمد عثمان شبير ، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه (في الفقه الإسلامي) ، جامعة قطر ، كتاب الكتروني على الانترنت.
9. الشيخ محمد علي بن حسين المكي المالكي ، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية ، ضبطه وصححه خليل المنصور- منشورات محمد علي بيضون- دار الكتب العلمية بيروت ، بلا سنة طبع
10. الشيخ مرتضى الأنصاري ، المكاسب طبعة ٢٢ ـ مطبعة كل وردي – قم سنة ١٤٣٩هـ .

11. العلامة منصور بن يوسف البهوتي ، الروض المربع شرح زاد المستقنع مختصر المقنع ، دار الفكر بلا سنة طبع.
12. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، الجمهورية العربية السورية بلا سنة طبع.

كتب ومتون القانون

13. أحمد السعود الزقرد ، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ ، الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن ، المكتبة العصرية سنة ٢٠٠٧.
14. أسمادي محمد نعيم ، نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي ، دار النفائس ، الأردن سنة ٢٠٠٦ .
15. انور سلطان- الموجز في النظرية العامة للالتزام – دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني – احكام الالتزام – بيروت- دار النهضة العربية للطباعة والنشر – ١٩٧٤م.
16. توفيق حسن فرج – الحقوق العينية الاصلية – الاسكندرية – مؤسسة الثقافة الجامعية – ١٩٨٦م.
17. د. حسن علي الذنون – النظرية العامة للفسخ – مطبعة النهضة ، مصر سنة ١٩٤٦.
18. د. حسن كيرة – اصول القانون العام/ ج١ – الحقوق العينية الاصلية – الاسكندرية منشأة المعارف – ١٩٦٥م.
19. سيف الدين بلعاوي ، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٩٩.
20. د. صبحي المحمصاني – محاضرات في القانون المدني اللبناني/ الاوصاف المعدلة لاثار الالتزام – مطبعة نهضة مصر – ١٩٥٨م.
21. د. طلبة وهبة – احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون – ط١ – القاهرة – دار الفكر العربي – بلا سنة طبع.
22. د. عباس حسن الصراف – شرح عقدي البيع والايجار – بغداد – ١٩٦٥م.
23. عبدالباقي البكري محمد طه البشير – الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي – ج٢ – احكام الالتزام – بغداد – ١٩٨٠م.
24. عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه ، ط٣ منشأة المعارف الاسكندرية بلا سنة طبع.
25. د. عبدالحي حجازي – النظرية العامة للالتزام/ ج١ – مطبعة نهضة مصر – ١٩٥٤م.

26. د. عبدالرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١- القاهرة دار النشر للجامعات المصرية – ١٩٥٢م ، ج٣- القاهرة مكتبة نهضة مصر – ١٩٥٨م ، ج٤- القاهرة مطابع النشر للجامعات المصرية – ١٩٦٠م.

27. د. عبدالفتاح عبدالباقي – دروس احكام الالتزام- القاهرة- بلا تاريخ.

28. د. عبدالقادر الفار- احكام الالتزام- ط٤ – عمان – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – ١٩٩٧م.

29. عبد الكريم بلعور ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر سنة ٢٠٠١.

30. د. عبدالمجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني العراقي- ج٢- احكام الالتزام – ط٣ – ١٣٩٧هـ- ١٩٧٧م.

31. د. عبدالمنعم البدراوي – النظرية العامة للالتزام – ج٢ – دار النهضة العربية للطباعة والنشر.

32. فايز محمد حسين ، الشروط المقترنة بالعقد ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ٢٠١٠.

33. د. محمد حسن قاسم ، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، العدد الأول لسنة ٢٠١٠ .

34. .د. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، إلسكندرية، جمهورية مصر العربية، بلا سنة طبع..

35. د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، منشاة المعارف، االسكندرية، جمهورية مصر العربية، ٨١١٥.

36. د. محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأزاريطة – الاسكندرية سنة ٢٠٠٣.

37. د. محمد سلام مدكور – المدخل للفقه الاسلامي – ط١ القاهرة – دار النهضة العربية – ١٩٦٠م.

38. د. محمد شتا ابو سعد – الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الاسلامية – القاهرة- ١٩٨١م.

39. د. محمد شكري سرور- موجز الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري – ط١ – القاهرة – دار الفكر العربي ١٩٨٤/١٩٨٥.

40. محمد عبد الملك محسن ، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس مصر سنة ٢٠٠٦.

41. محمد محمود المصري ، محمد عابدين ، الفسخ والانفساخ والتفاسخ ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ٢٠٠٧.

42. د. مصطفى ابراهيم الزلمي – اصول الفقة في نسيجه الجديد/ ج٢-ط٤ – ١٩٩٩م.
43. د. مصطفى احمد الزرقا – المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية – ج١ – ط٣ – مطبعة الجامعة السورية – ١٩٥٢م.
44. مصطفى عبد السيد الجارحي ، فسخ العقد ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٨.
45. د. منصور مصطفى منصور – حق الملكية في القانون المدني المصري – مكتبة عبدالله وهبة – ١٩٦٥م.
46. ناصر جميل محمد الشمايلة، كسب ملكية المضمونات بالضمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، المملكة ألأردنية . بلا سنة طبع.
47. .د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، االسكندرية، جمهورية مصر العربية، بلا سنة طبع..
48. وليد صلاح مرسي رمضان ، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديد سنة ٢٠٠٩ .
49. ياسر كامل أحمد الصيرفي ، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٨.
50. القانون المدني العراقي – رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م – ط٣ – بغداد – ٢٠٠٠م.
51. القانون المدني المصري – رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م – اعداد المحامي احمد شتات/ دار الكتب القانونية – ١٩٩٣م.
52. القانون المدني السوري – رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩/ اعداد وتنسيق ممدوح عطري – مؤسسة النوري للطباعة – دمشق –١٩٩٢م.
53. قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر ١٩٣٢– اعداد موريس نخلة – منشورات الحلبي الحقوقية – ١٩٩٤م.
54. القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م– اعداد المكتب الفني في نقابة المحامين – عمان – ط٣ – مطبعة التوفيق – ١٩٨٥م.
55. القانون المدني اليمني – رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢/ الجريدة الرسمية – مطابع مؤسسة اكتوبر للصحافة والطباعة والنشر – ١٩٩٢ .

1.Mazeand (Henriet – Jean) et chabas (Francois) – Lecons de droit civil – 111-1991.

2. Code Dalloz –1998.

الهوامش:

) آية ١٨ سورة محمد .

[١]) القاموس المحيط: ٢ ص ٣٦٨، المصباح المنير: ١ ص ٤٢١.
[١]) الشيخ مرتضى الأنصاري ، المكاسب طبعة ٢٢ سنة ١٤٣٩هـ مطبعة كل وردي - قم ج٦ ص ١١ .
[١]) الروض المربع شرح زاد المستقنع مختصر المقنع – للعلامة منصور بن يوسف البهوتي دار الفكر ص ١٧٠.
[١]) الإحكام، الآمدي: ١ ص ١٢١، مصادر التشريع الإسلامي: ص ٥٥٣، أصول الفقه، خلاف: ص ١٣٤، أصول السرخسي: ٢ ص ٣٠٣، الحدود في الأصول، الباجي: ص ٦٠، شرح الكوكب المنير: ١ ص ٤٥٢.
[١]) الشيخ جواد التبريزي ، إرشاد الطالب إلى شرح المكاسب ج٧ ص٤٩ .
[١]) الأستاذ مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج١ ص٥٠٦ .
[١]) الأستاذ فتحي الدريني ، الشروط المقترنة بالعقد ضمن بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي ، ج٢ ص٤١٤ .
[١]) الحسيني المراغي ، العناوين الفقهية ، نسخة المكتبة الشاملة الإلكترونية ج٣ ص٢٢٤ وما بعدها .
[١]) سورة المائدة ، آية ١ .
[١]) سورة الإسراء ، آية ٣٤ .
[١]) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، أحكام الالتزام ط٢ ٢٠٠٧ ، ص١٢٧ .
[١]) مدني عراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ((مادة ١٣١ : ١ – يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة. ٢ – كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً.))
[١]) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م ، المادة ٣٩٣ .
[١]) قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ ، المادة ٤٢٠ .
[١]) القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ ، المادة (٢٥٩) .
[١]) السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ م/ ١٧٢ .
[١]) د. محمد عثمان شبير ، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه (في الفقه الإسلامي) ، جامعة قطر ، كتاب الكتروني على الانترنت .
[١]) الزركشي ، المنثور في قواعد الزركشي ، ج١ ص٣٧٠ .
[١]) كما هو صريح المادة ٢٨٦/ف٢ مدني عراقي (ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلاً) .
[١]) د. حسن علي الذنون ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ص١٢٩ .
[١]) م٢٨٧ (١ – اذا علق على شرط مخالف للنظام العام او للآداب كان باطلاً اذا كان هذا الشرط واقفاً فان كان فاسخاً كان الشرط نفسه لغوا غير معتبر. ٢ – ومع ذلك يبطل العقد الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب او للنظام العام اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد) .

[١]) الشبكة الفقهية ، موقع على شبكة النت .
[١]) ابو اسحق الشاطبي – الموافقات في اصول الشرعية –دار الفكر ١/ ١٩١ .
[١]) د. وهبه الزحيلي – أصول الفقه الإسلامي- دار الفكر ١٠٦/١ وانظر الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة د. علي ذوات حمد السالوس – بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي السنة الثانية عشرة العدد الرابع عشر ص ٦٩- ٧٠ هناك تقسيمات اخري للشرط عند الفقهاء للمزيد أنظر تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن حسين المكي المالكي – ضبطه وصححه خليل المنصور- منشورات محمد علي بيضون- دار الكتب العلمية بيروت ١٠٥/١وأنظر أصول السرخسي للإمام أبي محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي المتوفي ٤٩٠ه دار الكتب العلمية ٣٢٠/٢ .
[١]) الطلاق ليس فسخاً للزواج، بل إنهاء له بوضع حد لحكمه وآثاره. والخلع: هو إنهاء الزواج لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها. والطلاق أو الخلع أو التفريق ليست إلغاء للعقد، وإنما هي إنهاء بدليل بقاء حرمة المصاهرة وثبوت النسب بعد الإنهاء، فأم الزوجة مثلاً تبقى محرّمة على زوج ابنتها أبداً ولو طلق البنت.
[١]) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٤ ص٣١٥٧ وما بعدها .
[١]) السيد محمد صادق الروحاني ، منهاج الفقاهة ، المكتبة الشاملة ، ج٦ ص٢٨٨ وما بعدها .
[١]) مادة ٢٨٦ / ف١ مدني عراقي (١ – العقد المعلق هو ما كان معلقاً على شرط واقف او فاسخ) .

[١]) مادة ٢٨٨ / مدني عراقي (العقد المعلق على شرط واقف لا ينفق الا اذا تحقق الشرط) .
[١]) مادة ٢٨٩ /ف١ مدني عراقي (١ – العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فإذا استحال رده وجب الضمان واذا تخلف الشرط لزم العقد) .
[١]) الزبيدي ، تاج العروس شرح القاموس ج٢ ص٢٧٣ .
[١]) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٨٣٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٣١٣.
[١]) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ص١٨٢ .
[١]) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٤ ص٣١٤٧ وما بعدها .
[١]) البدائع: ٢٦٨/ ٥، الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة: ٢١١/ ١، الشرح الصغير: ١٤٥/ ٣، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى: ص ٤٧٧، ٤٨٧.
[١]) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، أحكام الالتزام مصدر سابق ص١٣٧ وما بعدها .
[١]) علي كحلون ، الأصل التجاري: إشكاليات الأصل التجاري في القانون وفقه قضاء محكمة التعقيب ص٣٢٤ وما بعدها .
[١]) المادة ١٥٨ مدني مصري : (يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار ،الا اذا اتفق صراحة على الإعفاء منه .)

[١] المادة ١٥٧ /٢ مدني مصري : (ويجوز للقاضي ان يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام جملته .)
[١] موقع مكتب أحمد قناوي ، بوابة مصر للقانون والقضاء ، أحكام محكمة النقض المصرية .
[١] د. عبدالرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد- ج٣- مكتبة النهضة المصرية – ١٩٥٨م – ص٧، د. صبحي المحمصاني- محاضرات في القانون المدني اللبناني- الاوصاف المعدلة لاثار الالتزام- مطبعة نهضة مصر – ١٩٥٨ – ص٥٧، ود. عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي- ج٢- احكام الالتزام- بغداد- ١٩٨٠م ص١٥٨، د. مصطفى احمد الزرقا- المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية – ج١-ط٣- مطبعة الجامعة السورية – ١٩٥٢-ص٥٢٦.
[١] د.السنهوري- مصدر سابق -بند ١٥ و١٦ ص٢٣-٢٥، ود.عبد الفتاح عبد الباقي- دروس إحكام الإلتزام - القاهرة- خال من التاريخ ص٢٤٥-٢٤٦.