تأصيل الوصف الاحتمالي الموجب لفسخ التصرف القانوني

م. د. طارق عبد الرزاق شهيد

University of Kouf – College of Law–
tariqa.alhammami@uokufa.edu.iq

rooting probabilistic description that necessitates the revocation of the legal disposition

الكلمات الافتتاحية :
وصف احتمالي ، أثر رجعي ، أساس ، الخيار

Keywords :
probabilistic description, retrospective effect, basis, option.

Abstract: is attached, is placed in legal studies as an independent topic alongside the restrictive conditions and along with the option of the condition. We can reach its rooting in a way that is not what it is in many legislative and jurisprudential directions, taking the opinions and reports of the Islamic jurisprudence into consideration in this rooting.oting the probabilistic description positive for rescission of the legal disposition . And this description, if achieved, necessitates rescission, then the effects of the behavior that was commented on from the time it was concluded cease to exist, not from when this description (condition) is fulfilled. This is the origin of the Moroccan and Tunisian legislators, and the opposite of the rule, as the origin for them does not have a retroactive effect. However, this principle does not work at all, and for this reason there are exceptions in which this effect is left behind, as in the work of administration and time contracts. . The retrospective approach relied on more than one basis to justify what happened as if it did not happen, so they said that it is a legal metaphor, and that (the one who has lost something does not give it), and that this is in response to the supposed will of the contracting parties, and another believes that its basis is the right of renunciation, while the reprehensible trend is gone. To the fact that the condition is an essential element, there is no reason to adopt the idea of the retroactive effect of it, and saying it requires that the effect precedes its cause, and also saying that it requires a legal impossibility that leads to a practical impossibility that lies in the inability of two people to exercise one right at the same time,

and saying metaphorically what It is nothing but a lie to reality, and the principle of losing something does not give it does not essarily require taking the idea of the retroactive effect of the condition; Because during the attachment period he had a right he could dispose of. And we do not find - in our Sharia - a counterpart to these foundations because the origin of the idea is imported from other than our legal heritage . The researcher concluded that there is no basis for what jurisprudence proposed for the retroactive effect of this probabilistic description of commitment. And that rooting the idea of retroactive effect on those foundations is not likely according to its extrapolation according to the legislative and jurisprudential description of the idea, and that its application in the light of the civil texts in force - including the Iraqi civil law - if the description is achieved, leads to instability of transactions, and the issue of the condition should be reconsidered in a way that differs from what it is now In our Iraqi legislation, by drawing up a general theory of the conditions and options that necessitate the annulment of legal actions, by noting the option of the condition and the voluntary sale in the front Islamic jurisprudence, as they are the origin of this description .In his scientific plan, the research was divided into two sections: the first is in the rooting of the probabilistic description at the level of its essence, and the second is in the rooting of the probabilistic description at the level of its retrospective effect, and the researcher used 42 scientific sources for this in his research .

الملخص

هذا الوصف الاحتمالي الذي يعلق عليه فسخ التصرف القانوني ، يوضع في الدارسات القانونية كموضوع مستقل إلى جانب الشروط التقييدية والى جانب خيار الشرط ، ويتعرضون له تحت عنوان أوصاف الالتزام ويطلقون عليه بالشرط الفاسخ ، ولكن لو نظرنا الى ماهيته لاسيما اذا وضعنا نصب أعيننا شريعتنا الحقوقية وبالخصوص الفقه الإمامي نتوصل إلى تأصليه على نحو غير ما عليه في كثير من الاتجاهات التشريعية والفقهية ، آخذين آراء وتقريرات الفقه الإسلامي الإمامي بنظر الاعتبار في هذا التأصيل . هذا الوصف اذا تحقق أوجب الفسخ فعندئذ تزول آثار التصرف الذي علق عليه من حين أبرامه لا من حين تحقق هذا الوصف ، وهذا هو الأثر الرجعي للفسخ وهو الأصل لدى غالب التشريعات المتأثرة بالاتجاه اللاتيني(الفرنسي) كالمشرع العراقي وغالب الدول العربية وقد خرج عن هذا الأصل المشرع المغربي والتونسي وعكس القاعدة فالأصل لديهما ليس للوصف سواء كان احتماليا أو معلوما أثرا رجعيا . ولكن هذا الأصل لا يعمل به على نحو الأطلاق ولهذا وردت استثناءات يتخلف فيها هذا الأثر كما في أعمال الإدارة والعقود الزمنية. . واستند الاتجاه القائل بالأثر الرجعي إلى اكثر من أساس ليبرر بما حصل واقعا انه وكأن لم يحصل ، فقالوا انه مجاز قانوني ، وان(فاقد الشيء لا يعطيه) ، وان في ذلك استجابة للإرادة المفترضة للمتعاقدين ، ويرى آخر ان أساسهُ حق العدول ، بينما ذهب الاتجاه المنكر إلى انب هذا الوصف عنصر جوهري فليس هناك ما يدعو إلى تبني فكرة الأثر الرجعي له ، والقول به يستلزم ان المعلول يسبق علته ، وأيضا القول به يستلزم استحالة

قانونية تفضي إلى استحالة عملية تكمن في عدم إمكان قيام شخصين بممارسة حق واحد في وقت واحد ، والقول بالمجاز ما هو إلا كذبٌ للواقع ، وان مبدأ فاقد الشيء لا يعطيه لا يقتضي حتما الأخذ بفكرة الأثر الرجعي للشرط ؛ لان خلال فترة التعلق كان يملك حقا يمكنه التصرف به . ونحن لا نجد – في شريعتنا – نظير تلك الأسس لان اصل الفكرة مستوردة من غير تراثنا القانوني فما طرحوه متأثر بالفقه اللاتيني تبعا للأصل التشريعي التي جات منه ألينا الفكرة ، ولم نجد فيها من يتكلم عن الأثر الرجعي للشرط بالنحو الذي تناولته التشريعات العربية والفرنسية . وانتهى الباحث انه لا أساس ناهض فيما طرحه الفقه القانوني للأثر الرجعي لهذا الوصف الاحتمالي للالتزام . وان تأصيل فكرة الأثر الرجعي على تلك الأسس غير راجحة وفق استقراءه بحسب الوصف التشريعي والفقهي للفكرة ، وان تطبيقها على ضوء النصوص المدنية النافذة – ومنها القانون المدني العراقي- حال تحقق الوصف مدعاة إلى عدم استقرار المعاملات ، وينبغي إعادة النظر لموضوع الأوصاف والشروط التي تلحق التصرفات والالتزامات بطريقة تختلف عما عليه الآن في تشريعنا العراقي وذلك من خلال رسم نظرية عامة للشروط والخيارات التي توجب فسخ التصرفات القانونية وذلك بملاحظة خيار الشرط والبيع الخياري في الفقه الإسلامي الإمامي باعتبارهما أصلا لهذا الوصف . هذا وقد قُسم البحث في خطته العلمية إلى مبحثين: الأول في تأصيل الوصف الاحتمالي على مستوى ماهيته ، والثاني في تأصيل الوصف الاحتمالي على مستوى اثره الرجعي ، واستخدم الباحث من اجل ذلك ٤٢ مصدرا علميا في بحثه .

المقدمة

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

رب اشرح لي صدري ويسر لي امري، واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي، وصلى الله على محمد واله الطاهرين.

وبعد: سنتناول في هذه المقدمة الفقرات الآتية :

أولاً: أهمية البحث : تتجسد أهمية هذا البحث في انه ينصب على موضوع يمس الحياة العملية في مجال المعاملات المالية ألا وهو الوصف المحتمل الذي يعلق عليه التصرف القانوني ، والذي يبحث في الأوصاف التي تلحق الالتزام ، وهو يؤدي – اذا تحقق- إلى الغاء تصرف كان نافذا ومنتجا للآثار ، وقد يكون لحق التصرف الأول تصرفات قانونية أخرى خلال فترة التعليق ثم تحقق الوصف وهنا تتعقد المسالة وتكون مدعاة إلى ظهور مشاكل قانونية وعملية .

ثانياً: مشكلة البحث : ما نراه اليوم في اغلب التشريعات المعاصرة من عدّ هذا الوصف الاحتمالي أمرا مستقلا عن خيار الشرط ففي الأول ينفسخ التصرف عند تحقق الوصف(

الأمر المستقبلي الاحتمالي العارض) وأما في الثاني يُفسخ التصرف من قبل من له الخيار في خلال مدة الخيار المتفق عليها، وان الأصل عند تحققه إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل أبرام التصرف . وهذا سيولد مشاكل كثيرة ؛ لان في الفترة التي تسبق تحقق الشرط قد يكون أجريت عليه تصرفات . فما هو تأصيل هذا الوصف واثره الرجعي الذي في ضوئه نتخلص من بعض المشاكل العملية في تعليق العقد على وصف يوجب فسخه .

ثالثاً: نطاق البحث : يتركز البحث على التعرض إلى تأصيل ماهية الوصف الاحتمالي الذي يعلق على تحققه فسخ التصرف القانوني . وتأصيل فكرة الأثر الرجعي له . فيخرج عن نطاق بحثنا غير هاتين المسألتين من الموضوعات الأخرى المرتبطة بهذا الوصف والموارد الأخرى لأثره الرجعي .واستبدلنا التعبير بذلك عن مصطلح الشرط الفاسخ لان استخدام هذا التعبير- كما نعتقد- اكثر دلالة على جوهر هذا الشرط- ولا مشاحة في الاصطلاح بعد الاتفاق على المعنى .

رابعاً: منهج البحث وخطته العلمية :لقد اتبعنا المنهج الوصفي والاستقرائي في معالجة البحث من اجل تأصيل هذا الوصف الاحتمالي الموجب لفسخ التصرف القانوني عند تحققه واثره الرجعي . أما خطة البحث فقد قسمنا هذا البحث إلى مبحثين . تناولنا في المبحث الأول تأصيل الوصف الاحتمالي على مستوى ماهيته . وفي المبحث الثاني تأصيل الوصف الاحتمالي على مستوى اثره الرجعي . . وانتهى البحث بخاتمة ثبتنا فيها عدد من النتائج والتوصيات . وفي ختام هذه المقدمة أقول: لقد بذلت جهدي لإنجاز هذا الموضوع ولتقديم ما هو افضل في مجال البحث العلمي . ولكن الكمال للّه وحده . وما التوفيق إلا من عنده سبحانه وتعالى .

المبحث الأول : تأصيل الوصف الاحتمالي على مستوى ماهيته : لإجل تأصيل هذا الوصف من حيث ماهيته . وهل هو قائم بشكل مستقل أم ان مرجعه إلى خيار الشرط سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين . نتناول في المطلب الأول مفهوم الوصف الاحتمالي للالتزام وفي المطلب الثاني تمييز الوصف احتمالي للالتزام عما يشتبه به .

المطلب الأول : مفهوم الوصف الاحتمالي للالتزام : عند أبرام التصرف القانوني كالعقد يصبح هذا العقد نافذا منجزا . ولكن قد يضاف إلى هذا العقد وصفا . وهذا الوصف اذا تحقق مستقبلا يودي إلى فسخ العقد . وعندئذ يعاد الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . وعليه فهذا الوصف هو امر يضاف إلى التزام مستكمل للعناصر التي تطلبها القانون، وان هذا الوصف غير معلوم التحقق مستقبلا - معدوما على خطر الوجود- فالشك[1] هو جوهر هذا الوصف أي احتمال وقوعه مساو لاحتمال تخلفه . ويترتب على وجوده زوال الالتزام . ويعرف الفقه الفرنسي هذا الوصف انه الواقعة القابلة أو غير القابلة لإحداث آثارها والتي تودي إلى انقضاء عملهم[2]. فهذا الوصف لابد ان يكون أمرا مستقبلا غير أكيد الوقوع . فهو امر احتمالي ولكن مع ذلك هو ليس بمستحيل التحقق . ونص المشرع العراقي عليه بان (العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذا غير لازم . . .)[3] ونص انه (يشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوما

على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا. . .)[٤]. ونص المشرع المصري على انه (يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده أو زواله مترتبا على امر مستقبل غير محقق الوقوع)[٥]. ونص المشرع الفرنسي- معبرا عنه بالشرط المُلغي-بانه (. . الشرط الذي عند تحققه يؤدي إلى الغاء الالتزام [٦]. ويلاحظ ان هذا المشرع اقتصر على بيان اثر تحققه وهو الغاء الالتزام . ونص المشرع اللبناني- وهو يسميه شرط الإلغاء -على ان هذا الوصف(عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه . . .)[٧] . ونص انه (. . في الحالة الثانية يسمى شرط الإلغاء) . ونص المشرع الأردني على انه (التزام مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه) [٨]. ونص المشرع الجزائري على انه (يكون الالتزام معلقا اذا كان وجوده أو زواله مترتبا امر مستقبل وممكن وقوعه)[٩]. ونص المشرع السوري الليبي والكويتي والفلسطيني والقطري[١٠]بما يوافق نص المشرع المصري المتقدم . ونص المشرع الإماراتي على انه (أمر مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه)[١١] . ونص المشرع المغربي على انه (تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، إما وجود الالتزام أو زواله . .)[١٢]. ونص المشرع التونسي على انه (تصريح بمراد المتعاقدين وبموجبه يعلق وجود الالتزام أو انقضاؤه بأمر مستقبل غير متحقق الوجود. .) [١٣] . رغم اختلاف صياغة النصوص المتقدمة نجد هناك تقاربا فيما بينها في مفهوم هذا الوصف وكونه أمرا احتماليا عارضا . اذا تأملنا في التعاريف المتقدمة نرى ان فسخ العقد عُلق على حدث مستقبلي يودي حصوله إلى فسخ التصرف القانوني أي أننا في نطاق اشتراط خيار يقرره مثلا البائع ان العقد ينفسخ اذا تحقق هذا الحدث الذي علق عليه العقد . إذن هو من حيث اشتراطه انه إرادي أي يتقرر بإرادة الطرفين ولابد من الوفاء بذلك اذ «المسلمون عند شروطهم. الاّ كل شرط خالف كتاب اللّه عزّ وجلّ فلا يجوز»[١٤] فالإرادة بناءا على سلطانها تقرر ما تشاء من الشروط ولكن يجب إلا يكون مخالفا للنظام العام والآداب . فهو خيار من خيارات الشرط . فلو ان الفسخ توقف على حصول حدث خلال مدة كمن باع شيئا واشترط على المشتري انه لو أعاد له الثمن خلال سنتين ينفسخ العقد وعلى المشتري إرجاع المبيع والذي يعبر عن هذا البيع ببيع الخيار وهو احد مصاديق خيار الشرط وقد قامت الأدلة على مشروعيته في الفقه الإسلامي لاسيما الفقه الإمامي فقد قال إسحاق بن عمار(حدثني من سمع أبا عبد اللّه-عليه السلام- وسأله رجل وانا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه وتكون لك أحب اليّ من ان تكون لغيرك، على ان تشترط لي ان أنا جئتك بثمنها إلى سنة ان ترد عليّ، فقال: لا بأس بهذا ان جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة، لمن تكون الغلة؟ فقال: الغلة للمشتري، ألا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله)[١٥] وقال معاوية بن ميسرة،(سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد اللّه -عليه السلام- عن رجل باع دارا له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاضر، فشرط انك ان أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه

بماله. قال: له شرطه . قال أبو الجارود: فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين؟ قال: هو ماله . وقال أبوعبد الله(عليه السلام): أرأيت لوان الدار احترقت من مال من كانت، تكون الدار دار المشتري)[١٦]. وبملاحظة مناسبة الحكم والموضوع . انه لا خصوصية لشرط المجيء بالثمن في ثبوت الخيار بحيث يدور مداره جواز جعل الخيار وعدمه، يستكشف إمضاء الشارع المقدس لشرط الخيار من قبل المتعاقدين وجعل حق الفسخ وفق الضوابط التي يختارانها[١٧]. وأيضا قامت مشروعيته في القوانين الوضعية بمقتضى السيرة عات البشرية – كما تدرك فطريا الحاجة إلى إنشاء العقود وتنظيم المعاملات في شتى الحياة الاجتماعية . يدركون أيضا الحاجة إلى فسخ بعض تلك العقود نظرا لظروف حادثة بلحاظ عنصر الزمان أو المكان أو العقد أو المتعاقدين أ وغيرها تفرض نفسها على العقد وتتطلب تجديد الموقف منه . فالإدراك الفطري هو الأساس في الاشتراط وجعل الخيار في العقد[١٨] .

فالصورة أعلاه من بيع الخيار والتي يعبر عنها ببيع الوفاء . يرى غالبية الفقه العربي ان تكييف هذا البيع على انه بيع معلق على شرط فاسخ- وهذا ما يذهب اليه القضاء الفرنسي ايضا- ويتمثل هذا الشرط في قيام البائع برد الثمن إلى المشتري وهو امر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على تحققه فسخ العقد[١٩]فبيع الوفاء عبارة عن بيع معلق على وصف احتمالي هو ان يستعمل البائع حقه في استرداد المبيع في الفترة المتفق عليها، فالمشتري يتملك المبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ[٢٠]. وبما ان بيع الخيار المعبر عنه ببيع الوفاء هو صورة من صور خيار الشرط فالنتيجة ان هذا الوصف الاحتمالي يعود إلى خيار الشرط . وكان ينبغي ان يعالج خيار الشرط ضمن النظرية العامة للالتزامات لا ضمن عقد البيع ووضع نظرية متكاملة في موضوع أوصاف الالتزامات والشروط . ومن الملفت للنظر ان المشرع العراقي منع بيع الوفاء في المادة ١٣٣٣ من القانون المدني في حين هو يقرر ان الوصف الاحتمالي الفاسخ هو احد أوصاف الالتزام . وفي الواقع ان بيع الوفاء هو صورة من صور الشرط الفاسخ كما تقدم أعلاه . نظير من اجر داره واشترط ان العقد ينفسخ لو عاد ولده من السفر، فان الرجوع من السفر امر غير معلوم قد يتحقق أو لا يتحقق . ولا فارق بين الصورتين سوى ان المدة في الصورة الأولى معلومة أو قل محددة بحصة زمنية معينة بينما في الصورة الثانية المدة مجهولة لكونها ممتدة على طول العمر . نعم هناك من الفقهاء يرى ان جعل الخيار آخر العمر يعني هناك جهل بالمدة وهذا الجهل يستلزم الغرر وبالتالي يوجب البطلان . وقد نوقش هذا الراي بان جعل الخيار إلى آخر العمر رغم ان الجهل بالمدة موجود ولكن لا يستلزم الغرر الذي بمعنى الخطر- أي لم يكن هناك جهالة في الثمن والمبيع ومقدارهما فمع جهالة المدة لا يذهب ماله هدرا بلا عوض-- وإنما يجعل العقد جائزا لإنه قابل للفسخ متى حصل الحدث أو استُعمل الخيار وهذا لا أشكال فيه لان عقد الهبة- مثلا- من العقود الجائزة وقابل للفسخ في أي وقت ولا يقال ان الهبة تستلزم الغرر . إذن لا فرق في صحة اشتراط الخيار بين اشتراطه إلى زمان

دون زمان واشتراطه إلى آخر العمر على نحو الإطلاق. فلا أشكال فيمن يبيع ملكه ويشترط لنفسه الخيار ما دامت الحياة[٢١] . وكذلك الحال لو جعل المدة تنتهي على حدث مستقبلي نحو نزول المطر فتكون عندئذ المدة أيضا مجهولة لان نزول المطر ممّا لا نعلم بأصل تحقّقه لاحتمال أن لا ينزل المطر أصلاً، ولا نعلم بزمانه لأنّا نحتمل تقدّمه وتأخّره، فزمان حصوله مجهول إذ لا زمان معيّن لنزول المطر- وبالتالي لا إشكال في ذلك الشرط سوى أننا لا نعلم متى ينفسخ أو لا ينفسخ العقد . وهذا حاصل حتى في الخيارات معلومة المدة للجهل بأنّ ذي الخيار يفسخ أو لا يفسخ . ويلاحظ هنا رغم جهالة المدة ولكنها كانت متعيّنة بحسب الواقع[٢٢] . وعليه ففي بيع الخيار الذي هو مصادق للوصف الاحتمالي الموجب لفسخ التصرف القانوني ممكن ان يكون مطلقا أي يكون الخيار مجعولا بنحو التعليق دون تحديد وقت. كما لو باعا واشترطا ثبوت الخيار للبائع بعد ردّ الثمن مطلقا في أيّ وقت كان. إنّ هذا البيع يكون متزلزلا من حين العقد قبل تحقّق المعلّق عليه . وذلك لقدرة البائع على إثبات الخيار لنفسه بردّ الثمن بحسب النوع . ولا فرق في تزلزل العقد بين أن يكون الخيار ثابتا فعلا وكان إعماله معلّقا على أمر، أو يكون نفس الخيار معلّقا على أمر يكون تحت قدرة من يجعل له الخيار . فالمشتري إنّما يقدم على العقد المتزلزل، ولا خطورة في ذلك اعني لم يغرر المشتري لإنه اقدم على أبرام العقد ابتداءا وهو يعلم انه عقد متزلزل[٢٣]. وعليه فلو علق العقد على حدث مستقبلي عارض غير معلوم التحقق وبدون ان يصرح بمدة لاستعمال الخيار . كمن علق فسخ عقد البيع على عودة ولده من السفر. فانه في الواقع – كما نرى- ان هذا الحدث هو ظرف للممارسة الخيار من قبل البائع وان كان مذهب القوانين المتقدمة تعني الانفساخ لا الفسخ . أي العقد ينفسخ بمجرد عودة الولد من السفر. ولكن النتيجة الواحدة لو ان البائع هو أنشئ الفسخ عند عودة ولده. ومع ذلك يرى الفقيه الإمامي السيد علي الحسيني انه لا يجوز مجرد حصول الحدث سببا للانفساخ العقد اذ قال (لا يجوز شرط الانفساخ ولكن يجوز ان يجعل لنفسه الحق في الفسخ في الظرف الخاص)[٢٤] يعني الحدث المستقبلي يكون ظرفا ووقتا- اذا تحقق- للممارسة خيار الفسخ لمن اشترطه لنفسه حين العقد[٢٥] . وبهذا الصدد يرى الشيخ نوري الهمداني اذا كان (شرط الفسخ في العقد معلقا على تحقق شيء فيكون البيع من قبيل البيع مع خيار الشرط فلا بأس به . وان كان المراد التعليق في نفس العقد فهو مبطل للعقد)[٢٦] ويرى الشيخ بشير النجفي (لا يصح تعليق العقد اللازم على شرط غير محدد من حيث الصفات والزمان وخصوصياته والله العالم)[٢٧] .

المطلب الثاني : تمييز الوصف الاحتمالي عما يشتبه به

أولا- تمييزه عن الشرط الفاسخ الضمني والصريح : في العقود الملزمة للجانين . اذا لم يقم احد الأطراف بتنفيذ التزاماته فانه يجوز للطراف الآخر ان يطلب فسخ العقد وان مستند هذا الطلب باعتبار هناك شرط فاسخ ضمني . وهذا الفسخ لا يقع إلا بحكم القضاء . ويجب عدم الخلط بين هذا الشرط وهذا الوصف – محل البحث- لاختلاف طبيعة

كل منهما . فالشرط الفاسخ الضمني ليس في حقيقته شرطا بل هو افتراض يفترض وجوده في العقود الملزمة للجانين لتبرير طلب الفسخ عند عدم تنفيذ احد الطرفين لالتزامه . ولكن قد يتفق الطرفان في هذه العقود صراحة على طلب الفسخ فعندئذ يترقى الأمر إلى وجود شرط فاسخ صريح يكون مصدره إرادة الطرفين وبالتالي يكون هذا الفسخ مقررا ليس للقاضي إزاءه سلطة تقديرية . وإنما هو جزاء مباشر للإخلال بالالتزامات العقدية . وهذا الشرط وان كان يلتقي مع الوصف الاحتمالي المعدل الالتزام باعتبار كلاهما اتفاقي وفي كلاهما اذا صدر الحكم القضائي بالفسخ يكون مقررا لا منشأ إلا ان الفارق بينهما هو ان الحادثة مناط إعمال الشرط في الشرط الفاسخ الصريح ذات طابع شخصي تتمثل في تخلف احد الطرفين عن تنفيذ التزاماته بينما الحادثة مناط إعمال الشرط كوصف في الالتزام ذات طابع موضوعي فالعقد يعتبر مفسوخا بمجرد تحقق الواقعة التي عُلق عليها التصرف دون ان يكون لإرادة الأطراف دخل في ذلك ودون حاجة إلى البحث في التنفيذ من عدمه[٢٨] .

ثانيا – تمييزه عن الأجل الفاسخ : قد يتفق الطرفان على ان ينتهي العقد بناءً على حصول واقعة معينة مستقبلا وهو ما يُعبّر عنه بالأجل الفاسخ . وهذا وان كان يتفق مع الوصف الاحتمالي من حيث انفساخ التصرف إلا ان الفارق الجوهري بينهما ان الانفساخ يحصل في الأول على اثر واقعة معلومة التحقق بينما هي في هذا الوصف محتملة مرددة بين الوقوع وعدمه[٢٩] وهذا ما دعنا إلى استخدام تعبير الوصف الاحتمالي لان بذلك يتميز تماما عن الأجل .

ثالثا– تمييزه عن خيار الشرط :يذهب البعض – وهو في مقام تمييز هذا الوصف عن خيار الشرط – ان الأول هو ربط مضمون بحصول مضمون آخر مستقبل محتمل وعارض بينما خيار الشرط عندما يناط العقد به لا نجد تعليقا وإنما نجد الخيار محض إرادة أو تحفظ لا يتجزأ عن مضمون التصرف . فالتعليق على الوصف الاحتمالي حالة قانونية تنشا من إناطة التصرف بواقعة عارضة من عمل الإرادة وليست ذات الإرادة[٣٠] . وتقييما للتفرقة بين المفاهيم القانونية المتقدمة وتأصيلا لماهية الوصف الاحتمالي . ان التمييز بين الشرط الفاسخ الضمني عن هذا والوصف واقع في محله لان الأول موضوع الفسخ متعلق بعدم قيام احد الطرفين بتنفيذ التزاماته بينما الثاني لا علاقة له بمسالة عدم تنفيذ الالتزامات وإنما هو وصف يلحق الالتزام ويجعل التصرف القانوني متزلزلا قابلا للفسخ وكانه ينقلب من عقد ملزم إلى عقد جائز . وأما تمييزه عن الشرط الفاسخ الصريح لم يكن في محله لان هذا الأخير لا يختلف عن الأول سوى ذاك مفهوم ضمنا وهذا ابرز بالاتفاق عليه فصار صريحا . والتفرقة بينهما على أساس مناط إعمال كل منهما كونها في الأول ذات طابع شخصي وفي الثاني ذات طابع موضوعي . نقول ليس بالضرورة ان يكون الوصف الذي علق عليه فسخ التصرف لا دخل لإرادة الطرفين في تحققه اذ قد يكون إراديا كما راينا في تعليق الفسخ على إعادة الثمن من قبل البائع في البيع الخياري . نعم تمييز هذا الوصف عن الأجل الفاسخ من جهة تردد الواقعة وعدمه في محله لإنه قلنا

ان هذا الوصف الموجب لفسخ العقد هو محتمل قد يحصل وقد لا يحصل بينما الوصف في الأجل الفاسخ محقق الوقوع . ولا نتفق مع من ذهب إلى تمييز هذا الوصف عن خيار الشرط اذ قد تبين لنا ان الوصف الاحتمالي الذي يلحق التصرف القانوني هو احد صور خيار الشرط والذي تجسد في خيار البيع المعبر عنه ببيع الوفاء كما هو مذهب جملة من الفقهاء وقد يكون الوصف المحتمل واقعة إرادية كما لو علق الفسخ على إعادة الثمن كما تقدم[٣١] .

المبحث الثاني : تأصيل الوصف الاحتمالي على مستوى اثره الرجعي : من اجل تأصيل فكرة الأثر الرجعي لهذا الوصف ، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول أساس فكرة الأثر الرجعي ، ونتناول في المطلب الثاني تقدير فكرة الأثر الرجعي .

المطلب الأول : أساس فكرة الأثر الرجعي

أولا- نظرية الافتراض القانوني (المجاز القانوني) : من الفقهاء من يذهب إلى ان الأثر الرجعي لتحقق الوصف الاحتمالي ليس إلا مجرد افتراض من المشرع ، فالالتزام المعلق عليه كان قائما وموجودا أثناء فترة التعليق ، وعند تحقق الوصف نفترض كانه لم يكن وهذا مجرد مجاز لا يطابق الواقع ، فهو أسلوب من أساليب الصياغة القانونية ، فاذا نزلنا ذلك على فكرة الأثر الرجعي كان مؤدى الصياغة ان الأثر الرجعي يجعل العقد المعلق على هذا الوصف وما انبثق عنه من حقوق والتزامات كلها لم تكن قائمة أصلا ، الغرض من ذلك تفسير النتائج التي تترتب على تحقق الوصف أي المشرع أراد من تقريره المحافظة على حقوق الطرف الذي تحقق الشرط لمصلحته – وهو المدين في الشرط الفاسخ- وهذا التبرير مستمد من الغرض المقصود للأثر الرجعي[٣٢].

ثانيا- نظرية الوجود السابق للعقد :فتنفيذ العقد وليس وجوده منوطا بتحقق واقعة إضافية عرضية ارتضاها المتعاقدان كمناط للتعليق وهي واقعة لا يقتضي تحققها إلى خلق الحقوق ، فالحق المعلق على شرط حق موجود من الاتفاق وما تحقق الشرط بمنشئ له بل هو تثبيت لوجوده[٣٣]

ثالثا- عدم جواز أدلاء شخص إلى غيره اكثر مما يملك : ويذهب البعض ان الأثر الرجعي لهذا للوصف الاحتمالي ليس إلا تطبيقا للمبدأ القاضي عدم جواز أدلاء شخص إلى غيره اكثر مما يملك والذي يعني ان فاقد الشيء لا يعطيه ، فصاحب الحق المعلق على هذا الوصف لا يستطيع التصرف في هذا الحق إلا تحت الوصف والا أعطى اكثر مما يملك ، فاذا كانت الملكية معلقة على هذا الوصف الفاسخ ، فان مقتضى الأثر الرجعي عندئذ انه اذا تحقق ، فان الملكية ترجع إلى البائع وهي غير مثقلة من أي قيد أو تصرف ؛ لان الأثر الرجعي يجعل المشتري الأول كأن لم يَملك مطلقا ، فلا يسوغ له أن يُملك الغير اكثر مما يَملك ، وعلى ذلك تسقط تصرفاته[٣٤] .

رابعا- الإرادة المفترضة للمتعاقدين : ويرى آخرون- ومنهم العلامة السنهوري- ان أساس فكرة الأثر الرجعي لتحقق الوصف تستجيب في أكثر الأحوال لظروف التعاقد وللنية

المحتملة للمتعاقدين . وذلك أن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد إن كان الشرط يتحقق أو لا يتحقق . ولو أنهما كانا يعرفان ذلك لما علقا العقد على الشرط ولجعلا عقدهما بسيطاً منجزاً . فيمكن تفسير نيتهما على أنهما إنما أرادا أن يسندا أثر العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الوصف المحتمل أي الواقعة التي عُلق عليها التصرف القانوني . يعني انصراف آثار تحقق هذا الوصف إلى وقت أبرام العقد إنما هو استجابة لإرادة المتعاقدين فهما عند أبرام العقد أرادا ذلك . فزوال آثار التصرف عند تحقق هذا الوصف يستجيب مباشرة لهذه الإرادة . ومن أجل ذلك لم يجعل المشرع مبدأ الأثر الرجعي من النظام العام فلا تجوز مخالفته . بل جعل للمتعاقدين الحق في أن يفصحا عن نيتهما . فإن كانا لا يريدان أن يجعلا للوصف أثراً رجعياً فليس عليهما إلا أن يبينا ما أرادا . وعند ذلك لا يكون لتحققه أثر رجعي . لأن النية الحقيقية للمتعاقدين قد تعارضت مع النية المحتملة . ولا شك في أن الأولى تنسخ الثانية وليس على المتعاقدين ضير من الأثر الرجعي ما داما يقصدان هذا الأثر . ولا على الغير ضير من ذلك أيضاً ما دامت قواعد الشهر تحمي الغير من المفاجآت . ويستطيع المشرع أن يفرض أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الأثر الرجعي إلا إذا ظهر العكس . كما فعل التقنينان الفرنسي والمصري . كما يستطيع أن يفرض انهما أرادا الأثر الفوري إلا إذا ظهر العكس . كما فعل التقنينان الألماني والسويسري[٣٥] .

خامساً- حق العدول : ويرى آخر ان الأساس لفكرة الأثر الرجعي حق العدول . فان كلا المتعاقدين يُعبّر عن رضائه بالعقد ويشترط بنفس الوقت حقه في العدول عن الارتباط به والتحلل من الالتزام الذي تعهد به أن تحققت الواقعة المحتملة التي تعد وصفا في العقد . فاذا كان التصرف القانوني معلق على الوصف المحتمل الموجب لفسخه فهو اشتراط لحق الملتزم في العدول عن التصرف اذا تحققت الواقعة المحتملة ولو بعد تنفيذه . والعدول يعني إزاله آثاره وكأن التصرف لم يبرم قط أي أزالته باثر رجعي[٣٦] .

المطلب الثاني : تقدير فكرة الأثر الرجعي : أولا – الاتجاه المنكر لفكرة الأثر الرجعي

هذا الاتجاه يذهب إلى أنكار الأثر الرجعي للوصف . فلو تحقق يكون اثره من حين تحققه لا من حين أبرام التصرف . ومما استندوا اليه :

١- ان الأمر المستقبل هو جزء لا يتجزأ من المركز الواقعي لتكوّن الحق أو التصرف في المستقبل وهذه أي فكرة المركز الواقعي اللازم لنشوء الحق أساس لفكرة التكوّن المتتابع للحقوق كما هو الحال في نشؤ الحق الاحتمالي . فالحق الاحتمالي حق ناقص يتكوّن بالتتابع فهو توافرت فيه بعض عناصره ولا زال يفتقر إلى عنصر ضروري لاكتماله وهو الحادث الاحتمالي . ومعنى ذلك ان الحق لا يخرج إلى حيز الوجود مرة واحدة وإنما يتكوّن على مراحل أي يتكوّن تكونا متتابعا . إذن ان المركز الواقعي اللازم للحق قد يتكوّن بطريقة تتابعية وهو النظام الحقيقي لفكرة الحقوق الاحتمالية وكذلك الشرطية لوحدة الطبيعة بينهما . ومادام الوصف عنصرا جوهريا فليس ما يدعو البتة إلى تبني فكرة الأثر الرجعي لتحققه[٣٧] .

وبناء على ما ذهبوا اليه أعلاه حول التكوّن المتتابع للحقوق أو التصرفات فانه في نطاق الوصف الاحتمالي ممكن ان نقول بالزوال المتتابع للحقوق .

٢ـ أن إسناد أثر الوصف الذي علق عليه التصرف القانوني لتاريخ سابق على تحققه أو تخلفه أمر مخالف لطبيعة الأشياء . وأن الطبيعي هو أن ينتج تحقق الوصف أو تخلفه ما يترتب عليه من الأثر من الوقت الذي وقع فيه هذا التحقق أو هذا التخلف لا قبل ذلك . لأن تحقق الوصف أو تخلفه هو العلة لهذا الأثر والمعلول لا يسبق العلة[٣٨] .

٣- ان الوصف الاحتمالي قبل تحققه ينشا مشكلة بالغة الصعوبة بشان تحديد حقوق المتعاقدين إزاء بعضهما الأمر الذي يعني هناك استحالة عملية اذ في هذه المرحلة يهمين الشك على مصيره يحول كلا المتعاقدين بان يرى الحق لنفسه وكان هناك حق متنازع عليه بينهما وبالتالي تفضي دون إفادة أي منهما من الحق على الوجه الأكمل وهذه الاستحالة القانونية تفضي إلى استحالة عملية تكمن في عدم إمكان قيام شخصين بممارسة حق واحد في وقت واحد[٣٩] .

٤- القول به يؤدي إلى مضار اقتصادية ويكون عقبة أمام تداول الأموال . فالمشتري المعلق زوال عقده على وصف احتمالي يضعف لديه الحافز لإدارة المال إدارة تحقق مصلحته كاملة . فالتصرفات التي يقوم بها ستصبح بمجرد تحقق الوصف كأن لم تكن وهو كأن لم يكن مالكا مطلقا . مما يستتبع ذلك ان إعمال فكرة الرجعية عند تحقق الوصف ستقف عقبة أمام تداول الأموال[٤٠].

٥- نقد الأسس التي قيلت في تبرير الأثر الرجعي

أ- بالنسبة لنظرية الافتراض القانوني: يرون ان القول بان فكرة الأثر الرجعي أنها قامت على أساس الافتراض والمجاز . يبقى التساؤل قائم دون إجابة لماذا افترض المشرع هذا الافتراض الوهمي في النتائج التي رتبها على تحقق الوصف خاصة وان هذا الافتراض ما هو إلا كذب على الواقع وتزوير وكما عبّر عنه الفقيه الألماني اهرنج بان الافتراض ما هو إلا كذب فني تقتضيه الضرورة . وعبّر عنه الفقه المصري بانه ألباس الخيال ثوب الحقيقة . واننا لا نلجأ إلى هذا التعليل إلا اذا اعوزنا الدليل المنطقي لتبرير قاعدة قانونية نص عليها المشرع[٤١].

ب- بالنسبة لنظرية الوجود السابق للعقد: هذا النظرية تقتصر على تفسير الوصف المحقق المعبر عنه بالشرط الواقف دون الوصف الاحتمالي المعلق عليه زوال التصرف[٤٢].

ج- بالنسبة لمبدأ عدم جواز أدلاء شخص إلى غيره اكثر مما يملك : ان هذا المبدأ لا يكفي لتأسيس فكرة الأثر الرجعي فاذا كان المالك تحت تصرف مهدد بالزوال عند تحقق الوصف الاحتمالي لا يستطيع ان ينقل للغير اكثر مما يملك . فان هذا لا يمنعه ان ينقل ما يملك وهو يملك حقا معلقا على وصف احتمالي ومن ثم يستطيع ان ينقله . واذا تحقق الوصف لم ينتج اثره إلا من حين تحققه لا منذ البداية . فهذا المبدأ لا يقتضي حتما الأخذ بالأثر الرجعي لتحقق الوصف[٤٣] .

د- وبالنسبة لنظرية الإرادة المفترضة : اذا كان ذلك تفسير لإرادة الطرفين فكيف لهذه الإرادة ان تتعدى إلى حقوق الغير فتزولها . فالمشتري تحت الوصف الاحتمالي تنتقل اليه ملكية المبيع كاملة وله الحق في ان يتصرف به لشخص ثالث وأيضا تنتقل اليه الملكية نافذة كاملة . وليس من المنطق ان نقول بفسخ حق الغير دون ان يكون لدينا سند قانوني آمر بذلك، وأيضا كيف نفهم تأثر الحقوق العينية لهذا الغير دون حقوقه الشخصية ؟ وكيف نفهم الزامه برد العين دون رد الثمار؟[٤٤].

ثانيا- الاتجاه القائل بفكرة الأثر الرجعي

هذا الاتجاه يذهب إلى ان لهذا الوصف اثر رجعي . فلو تحقق ترجع آثاره إلى حين أبرام التصرف . ومما استندوا اليه :

١- - كون هذا الوصف امر عرضي : راينا ان الاتجاه المنكر يرى ان الوصف عنصر جوهري في التصرف . لا قوام للتصرف قبل وجوده . لذا لا يتصور وجود حق في الفترة السابقة على تحقق الوصف بينما يرى هذا الاتجاه ان هذا الوصف امر عرضي بمعنى انه لا دخل له في مضمون التصرف فاذا اتفق المتعاقدان على تعليق العقد فان ذلك يفترض بعد ان استوفى كافة مقوماته . فلو ارتفع الوصف لكان التصرف بسيطا غير موصوف . فيرون ان الاتجاه المنكر يخلط بين فكرتين متعارضتين فكرة الوصف من جهة وفكرة الحادث الاحتمالي من جهة أخرى، فالأول عارض على التصرف والثاني جوهري فيه، فان آثاره تترتب من لحظة إبرام العقد والسبب يكمن في فكرة الرجعية للوصف لإنه امر عارض . وهم يجمعون على تبني فكرة عرضية الوصف وهو الاطار الحقيقي الذي تتبلور في داخله فكرة الرجعية ويبرر هذا الاتجاه الأثر الرجعي مستمد من الغرض المقصود منها وهو حفظ حقوق الطرف الذي تحقق الشرط لمصلحته وهو المدين في التصرف الذي علق زواله على تحقق الوصف الاحتمالي[٤٥]. ٢- ان القول بالأثر الرجعي يترجم بأمانة عن النية الحقيقية للمتعاقدين . فإن هذين لو علما وقت الاتفاق هل يتحقق الوصف الذي علقا عليه العقد أو يتخلف لبنيا تعاقدهما على هذا الحساب منذ الاتفاق . فإذا كانا قد جهل الغيب . ولم يعلما بتحقق الوصف أو تخلفه وقت الاتفاق . فليس هذا الجهل الاضطراري بمانع من أنهما يريدان إرجاع أثر الوصف إلى وقت الاتفاق . وقد كان يفعلان ذلك لو أنهما استطاعا أن يتبينا مآل الوصف منذ ذلك الوقت[٤٦].

٣- ما ادلوا به من نظريات في بيان الأساس القانوني للأثر الرجعي كما راينا فيما تقدم .

وعلى الصعيد التشريعي تعتبر اكثر القوانين المدنية العربية تذهب إلى هذا الاتجاه . فقد نص المشرع العراقي على تحقق الأثر الرجعي عند تحقق الوصف الاحتمالي الذي عُلق عليه التصرف القانوني . وكذلك المشرع المصري . فنص الأول على انه (استند اثره إلى الوقت الذي تم فيه العقد . .)[٤٧] ونص الثاني (استند اثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام . . .)[٤٨] أما المشرع الفرنسي فنص بان (الشرط المُلغي هو الشرط الذي عند تحققه يؤدي إلى الغاء الالتزام ويعيد الأوضاع إلى الحالة التي يكون عليها كما لو ان الالتزام لم يحصل

. . .)[٤٩] . أما التشريعات العربية الأخرى ، فان غالبية نصوصها تُجاري نصوص التشريعات المتقدمة ، وان اختلفت الألفاظ المعبّرة عن ذلك . فنص المشرع اللبناني على انه (اذا تحقق شرط الإلغاء ، فان الأعمال التي أجراها الدائن خلال ذلك تصبح لغوا)[٥٠] .ونص المشرع السوري (اذا تحقق الشرط استند اثره إلى الوقت الذي نشا فيه الالتزام .)[٥١]، ونص المشرع الأردني على انه (يزول التصرف اذا تحقق الشرط الذي قيده . .)[٥٢] ، ونص المشرع الجزائري (اذا تحقق الشرط يرجع اثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام . .)[٥٣]، ونص المشرع الليبي (اذا تحقق الشرط استند اثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام . .)[٥٤] ونص المشرع الكويتي انه اذا تحقق الشرط (استند اثره إلى الوقت الذي تم فيه العقد . .)[٥٥] ونص المشرع الإماراتي (يزول التصرف اذا تحقق الشرط الذي قيده . .)[٥٦]. يتضح لنا مما تقدم ان القوانين العربية المذكورة آنفا جعلت الأصل انه كلما تحقق الوصف الذي عُلق عليه التصرف تحقق معه الأثر الرجعي ، ويلزم الدائن برد ما أخذه فان تعذر الرد بسببه يصار إلى التعويض أو كان ملزما بالضمان أو أداء المقابل[٥٧] . وخرج المشرع المغربي التونسي عن الأصل المتقدم ، وذهبا إلى ان تحقق هذا الوصف لا يلازمه تحقق الأثر الرجعي إلا اذا اتفق الطرفان على إعطائه ذلك الأثر أو طبيعة الالتزام تقتضيه ، فنص الأول على انه (لتحقق الشرط اثر رجعي يعود إلى يوم الاتفاق على الالتزام اذا ظهر من إرادة المتعاقدين أومن طبيعة الالتزام انه قصدا إعطاؤه هذا الأثر..)[٥٨] .ونص أيضا على ان الحكم أعلاه يطبق (. .على الالتزامات المعلقة على شرط فاسخ بالنسبة للأفعال القانونية التي أجراها من يترتب على تحقق الشرط زوال حقوقه . .)[٥٩] ، أما المشرع التونسي فهو يتفق مع المشرع المغربي، فقد نص على ان (اذا حصل الشرط استند عمله إلى يوم الالتزام ان تبين من اتفاق المتعاقدين أو من نوع الالتزام ما يدل على ان المراد من الشرط عمله من ذلك اليوم .)[٦٠] . وبما ذهبا اليه جاريا المشرع الألماني والسويسري اللذان قضيا بأن الوصف سواء علق على تحققه نفاذ التصرف أو زواله ، ليس لتحققه أثر رجعي ، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك ، والحقوق العينية التي تصدر، أثناء فترة التعليق ، ممن تلقى الملكية تحت الوصف الاحتمالي الموجب لفسخ التصرف تسقط بتحقق الوصف[٦١] . من خلال استقراء ما تقدم على الصعيد الفقهي والتشريعي، ان جوهر الوصف الموجب لفسخ التصرف عند تحققه هو الشك، فالتصرف قد يزول أو لا يزول ، فالتصرف بالفعل موجود ومنتج لآثاره إلا انه متزلزل ، وعبّرت التشريعات عنه في حالة تحققه بعبارات متفاوتة ، انه يؤدي إلى الغاء الالتزام أو انقضاؤه أو زواله أو انه يودي إلى سقوط الموجب أو يؤدي إلى زوال الحكم ، واختلفت تعبيرات المشرعين- ويكشف هذا عن وجود ارتباك في الدلالات أيضا- عن الأثر الرجعي الذي يتحقق بتحقق الوصف ، فالبعض عبّر عن ذلك بانه يرجع اثره إلى الوقت الذي تم فيه انعقاد العقد، وأخر قال إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، وعبّر آخر عن ذلك كما لو ان الالتزام لم يحصل أو ان الأعمال تصبح لغوا . وفضلا عما تقدم – وفي ذلك دلالة

على ان الأثر الرجعي تاباه كثير من العقود والتصرفات- جاءت الاستثناءات على الأصل مثل أعمال الإدارة والعقود الزمنية . . . وغيرها أما اذا نظرنا فيما طرحوه من نظريات لتأسيس الأثر الرجعي عليها نجدها نظريات غير ناهضة . فبعضها من وحي الافتراض الذي يأباه الواقع وبعضها لا يمت بصلة إلى الوصف الاحتمالي . وبعضها يتعسف في تطبيق بعض القواعد على هذا المورد وبعضها يحاول جاهدا ان يترجم إرادة الطرفين بالانصراف إلى ذلك أو يترجم تحقق الوصف الاحتمالي انه اتفاق على العدول ونحن لا نجد أساسا مقنعا منطقيا لذلك . ومن ثم أنها فكرة غير متسالم عليها ولهذا وجد اتجاه ينكر هذا الأثر الرجعي ليس فقط عندنا بل حتى في نطاق الفقه اللاتيني لاسيما الفرنسي[٦٢].

ولم نجد في شريعتنا الحقوقية من يتكلم عن الأثر الرجعي للوصف الاحتمالي المعبر عنه بالشرط الفاسخ بالنحو الذي تناولته التشريعات المدنية . بأنه اذا تحقق الوصف الاحتمالي يزول الالتزام من حين انعقاده لا من حين تحقق الوصف؛ لان -كما اشرنا- المسالة من مساوئ الزرع القانوني غير الواعي فقامت الدول العربية وبعض الدول الإسلامية بزرع التشريعات الأوربية لاسيما الفرنسية بصرف النظر عن دراسة البيئة هل صالحة للزرع أم لا . وكان الأولى بالأنظمة القانونية الوضعية ان ترجع إلى شريعتنا الحقوقية لاسيما في التقريرات والنظريات الفقهية المبنية على الأسانيد المستقيمة في الموازين الشرعية والعقلية . وتبحث موضوع الشرط لاسيما الوصف الاحتمالي على غرار ما لديها من فقه دون ان تستجدي من هنا وهناك . فينبغي بحث مسالة الشرط والأوصاف التي تلحق التصرفات بالتمييز بين الشرط التعليقي والشرط التقييدي على ضوء ما في تراثنا . وينفعنا في المقام ان نلحظ خيار الشرط . . وان نلحظ من التطبيقات لخيار الشرط والتي تناسب موضوع هذا الوصف خيار البيع . . وقد راينا في التأصيل على مستوى ماهية الوصف الاحتمالي ما ادلى به الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) بصدد أجابته عن سؤال حول بيع الخيار[٦٣]. فبناءا على ذلك ان المبيع اذا حصل له نماء قبل تحقق الوصف الموجب للفسخ فان هذا النماء للمشتري وان تلف المبيع يتلف عليه أي من ماله اذا كان البائع هو الذي اشترط الوصف الموجب للفسخ ويكون التلف من مال البائع ان كان المشتري هو الذي اشترط ذلك . وراينا ان فقهاء القانون يكيفون هذه التصرفات القانونية إنها معلقة على شرط فاسخ أي علقت على وصف احتمالي موجب لفسخها ان تحقق . ولا حاجة للقول بالأثر الرجعي إنما ينبغي الالتزام بالشرط وفيه لا يجوز للمشتري خلال مدة الخيار التصرف الناقل للمبيع من هبة أو بيع أو نحوهما ولو تصرف كذلك صح البيع وضعا وان كان مخالفا تكليفا[٦٤] .

الخاتمة

في ختام البحث نثبت عدد من النتائج والتوصيات :

أولا- النتائج

١- لا استقلالية للوصف الاحتمالي الموجب لفسخ التصرف القانوني وإنما تأصيله يرجع إلى خيار الشرط حتى وان علق على حدث محتمل التحقق مستقبلا ، فعندئذ نكون أمام صورة لخيار الشرط غير محدود المدة كما هو لدى الفقيه السيد أبو القاسم الخوئي (قده) .

٢- في ضوء ما يراه الفقيه المعاصر السيد على الحسيني(دام ظله) ان لا يكون تحقق الوصف الموجب للفسخ الذي علق عليه التصرف سببا لانفساخ العقد كما عليه القانون المدني العراقي واغلب القوانين المدنية العربية وإنما لابد من إنشاء الفسخ عند تحقق الوصف .

٣- بيع الوفاء -المسمى ببيع الخيار في الفقه الإسلامي الإمامي- حسب تكييف ثلة من فقهاء القانون انه بيع معلق على وصف محتمل ان تحقق أوجب فسخ هذا البيع وبما ان تأصيل هذا الأخير يرجع إلى خيار الشرط إذن هو أيضا يؤصل بانه صورة من صور هذا الخيار .

٤- لا أساس ناهض فيما طرحه الفقه القانوني للأثر الرجعي للوصف الاحتمالي وإنما تبقى التصرفات كما هي حتى ولو انتفع احد الأطراف قبل تحقق الشرط اذ كما قال الإمام الصادق (ع): (. . . هو ماله ، وقال . . . أرأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت ، تكون الدار دار المشتري) نعم ينبغي الالتزام بالشرط وفيه لا يجوز للمشتري خلال مدة الخيار التصرف الناقل للمبيع من هبة أو بيع أو نحوهما ولو تصرف كذلك صح البيع وضعا وان كان مخالفا تكليفا .

ثانيا-التوصيات

١- نوصي بملاحظة أحكام بيع الخيار في الفقه الإسلامي الإمامي ومراعاتها عند إرادة إعادة النظر في تشريع الشروط لاسيما الوصف الاحتمالي الموجب لفسخ التصرف القانوني عند تحققه وفكرة الأثر الرجعي له .

٢- نوصي المشرع العراقي- بل المشرع العربي- إعادة النظر في التشريعات المتأتية نتيجة الزرع القانوني ومنها فكرة الأثر الرجعي للوصف الاحتمالي الذي عبروا عنه بالشرط الفاسخ أو شرط الإلغاء .

٣- إعادة النظر في التعرض لموضوع الشرط والأوصاف التي تلحق الالتزامات بطريقة تختلف عما عليه الآن في تشريعنا العراقي وذلك من خلال تقسيم الشروط إلى الشروط التقييدية والشروط التعليقة للتصرف القانوني ورسم نظرية متكاملة للأوصاف والشروط التي تلحق التصرفات القانونية .

الهوامش

١. الشك يتساوى فيه الطرفان فاذا تساوت النسبتين في طرفي الأمر أي كل منهما ٥٠٪ نكون أمام (الشك) ، أنظر بهذا الصدد: د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص٢٨-٣١ . سعيد عبد الله المدلوح ، توضيح المنطق ، مؤسسة المنارة ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٦ ، ص ١٤.

٢. أسامة محمد سليمان الدباس ، الواقعة الشرطية في القانون المدني الأردني ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٣-٢٠١٤ ، ص٢٩ -٣٠ و ص ٣٦ .

٣. أنظر: المادة (٢٨٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٤. أنظر: المادة (٢/٢٨٦) من القانون المدني العراقي .
٥. أنظر: المادة (٢٦٥) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٦. المادة (١١٨٣) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.
٧. المادة (٨١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ .
٨. المادة (٣٩٣) من القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦ .
٩. المادة (٢٠٣) من القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥.
١٠. أنظر: المادة (٢٦٥) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ . المادة (٢٥٢) من القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٤. وكذلك القانون المدني الكويتي رقم٦٧ لسنة ١٩٨٠ فنصه تماما كالليبي. أنظر المادة (٢٧٩) من القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ . أنظر المادة (٢٨٥) من القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤.
١١. المادة (٤٢٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.
١٢. المادة (١٠٧) من قانون الالتزامات والعقود المغربي ١٩١٣.
١٣. المادة (١١٦) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ١٩٠٦ .
١٤. محمد بن الحسن الحر العاملي و الحسين النوري ، وسائل الشيعة ومستدركها ، ج١٥ ، ط ١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، بلا سنة نشر، ص ٤٩٥ .
١٥. المصدر نفسه، ص٤٩٨ .
١٦. المصدر نفسه ص٤٩٩ .
١٧. السيد محمد تقي الخوئي ، الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود - ج٢، ، ط٣ ، مؤسسة المنار ، بلا مكان نشر، ١٩٩٥، ص٢١ .
١٨. السيد محمد تقي الخوئي، مصدر سابق ، ص٢٢ .
١٩. سارة سعيد مريط ، بيع الوفاء ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة قطر ، ٢٠٢١ ، ص٢٥-٢٦ . د.علي هادي العبيدي ، بيع الوفاء، بحث منشور في الدليل الإلكتروني للقانون العربي(www.arablawinfo.com) ArabLawInfo ، ص١٧ .
٢٠. د. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، مطبعة نهضة مصر ، مصر، ١٩٤٦ ، ص٤٠٥ .
٢١. الشيخ ميرزا علي الغروي ، التنقيح في شرح المكاسب ، تقريرا لأبحاث السيد أبو القاسم الخوئي ، ج٣٨ ، ط٥ ، مؤسسة الخوئي الإسلامية ، بلا مكان نشر، ٢٠١٣ ، ص١٩١.
٢٢. الشيخ ميرزا علي الغروي ، مصدر سابق ، ص١٩٢-١٩٥
٢٣. السيد علي الحسيني الشاهرودي ، محاضرات في الفقه الجعفري ، تقريرا لبحث السيد أبو القاسم الخوئي ، ج٤ ، ط٢ ، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي بلا مكان نشر ،٢٠١٦ ، ص١٧٨ .
٢٤. هذا جواب سماحة السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله) على استفتاء موجه من قبل الباحث إلى موقعه الإلكتروني حول الشرط الفاسخ باعتباره وصفا احتماليا موجبا لفسخ العقد عند تحققه ./http://www.sistani.org
٢٥. للمزيد من الاطلاع ،انظر : السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، ط١٩ ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، ص٣٨-٣٩ .

٢٦. هذا جواب من سماحة الشيخ (دام ظله) على الاستفتاء الموجه من الباحث اليه info@noorihamedani.com.

٢٧. هذا جواب من سماحة الشيخ (دام ظله) على الاستفتاء الموجه من الباحث اليه info@alnajafy.com

٢٨. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج٢، أحكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية ، ١٩٦٥، ص١٣٣. د. محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص١٦-١٧.

٢٩. أسامة محمد سليمان الدباس ، مصدر سابق ، ص ١٧- ١٨.

٣٠. د. ياسر باسم ذنون ، خيار الشرط بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، الصادرة من كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة كركوك ، عدد ١٧ ، المجلد ٥ ، ٢٠١٦ ، ص ٦٠٥-٦٠٦.

٣١. هناك جملة من فقهاء القانون ذهبوا إلى ان بيع الوفاء بيع معلق على شرط فاسخ ، منهم الأستاذ الدكتور حسن علي ذنون ، كما تقدم ، وفي هذا المعنى أيضا : د. عبد المجيد الحكيم ، وأستاذنا عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير ، انظر لهم: القانون المدني وأحكام الالتزام ،ج٢ ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، بلا سنة نشر، ص ١٦٩. د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص١٤٢-١٤٣ .

٣٢. د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٣ دار إحياء التراث العربي، بيروت ، بلا سنة نشر ، ص٦١-٦٢. د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٤٦. د. محمود عبد الرحيم الديب ، مصدر سابق ، ص٨١ و ص٨٣-٨٤ .

٣٣. د. محمد شتا أبو سعد ، الأثر الرجعي للشرط واهم المشكلات العملية التي تفسر خطا من خلال رجعية الشرط ، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الأول ، السنة الرابعة الأربعون ، مارس ٢٠٠٠، العدد رقم ١٧٣، ص٦١ .

٣٤. د. محمد شتا أبو سعد ، مصدر سابق ، ص٥٥-٧٥ .

٣٥. د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦٥-٦٦ .

٣٦. د. محمد شتا أبو سعد ، العدد رقم١٧٤، مصدر سابق ، ص٦٤-٦٥ .

٣٧. د. محمد شتا أبو سعد ، العدد رقم ١٧٣، مصدر سابق ، ص٨٣ وص٩١-٩٥وص٩٩ .

٣٨. د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦٣-٦٤ .

٣٩. د. محمد شتا أبو سعد ، ، العدد رقم ١٧٣ ، مصدر سابق ، ص١٠١ .

٤٠. د. محمد شتا أبو سعد ، العدد رقم ١٧٣، مصدر سابق ، ص١٠٣-١٠٤.

٤١. د . محمود عبد الرحيم الديب ، مصدر سابق ، ص٨١ . د . عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ .

٤٢. د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦٣

٤٣. د . محمد شتا أبو سعد ، العدد رقم ١٧٣، مصدر سابق ، ص٥٧. د. السنهوري ، المصدر نفسه، ص ٦٢-٦٣. د. محمود عبد الرحيم الديب ، مصدر سابق ، ص٨٢.-٨٣ .

٤٤. د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص٣٥٤-٣٥٥.

٤٥. د. محمد شتا أبو سعد ، العدد رقم ١٧٣، مصدر سابق ، ص١١١-١٢٥ .

٤٦. د. السنهوري ، مصدر سابق ، هامش (٣) ص٦٣ .

٤٧. أنظر: المادة (٢٩٠) من القانون المدني العراقي .

٤٨. أنظر: المادة (١/٢٧٠) من القانون المدني المصري .

٤٩. المادة (١١٨٣) من القانون المدني الفرنسي .
٥٠. المادة (٩٩) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .
٥١. المادة (٢٧٠) من القانون المدني السوري .
٥٢. المادة (٣٩٩) من القانون المدني الأردني .
٥٣. المادة (٢٠٨) من القانون المدني الجزائري .
٥٤. لمادة (٢٥٧) من القانون المدني الليبي . وأنظر أيضا المشرع الفلسطيني في المادة (٢٨٤) من القانون المدني . ونصه تماما كالنص الليبي . وكلاهما أخذا ذلك تماما من المشرع المصري .
٥٥. المادة (٣٢٨) القانون المدني الكويتي . وأنظر أيضا المادة ٢٩٠ من القانون المدني القطري ، النص نفسه تماما .
٥٦. المادة (٤٢٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .
٥٧. أنظر: المواد (١/٢٦٩) مدني سوري ، (٩٧) مدني لبناني ، (٣٩٩) مدني اردني ، (٢٨٣) مدني فلسطيني ، (٣٢٧) مدني كويتي ،(١/٢٨٩) مدني قطري ، (٢٧٤) قانون المعاملات الإماراتي .
٥٨. المادة (١٢٤) من قانون الالتزامات والعقود المغربي .
٥٩. المادة (١٢٥) ، القانون أعلاه .
٦٠. المادة (١٣٣) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .
٦١. انظر: المواد(١٥٨و ١٦٩و١٦١) من القانون المدني الألماني. والمواد(١٧١ و٢/١٧٤) قانون الالتزامات السويسري نقلا عن د. السنهوري ، مصدر سابق ، هامش (١) ص٦٥.
٦٢. أنظر: د. محمد شتا أبو سعد ، مصدر سابق ، العدد رقم ١٧٣ ، ص٧٢ وما بعدها .
٦٣. انظر: ص٤ من البحث
٦٤. أنظر: السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، دار المؤرخ العربي بيروت ، ص٤٢ . الشيخ محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق، ج٣ ، دار العلم للملايين، بيروت ،١٩٨٧، ص١٦١- ١٦٧ . السيد سابق ، فقه السُنة ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٩٢٢ .

المصادر

أولا- كتب القانون
١- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة في الفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، مطبعة نهضة مصر ، مصر، ١٩٤٦ .
٢- د. سمير عبد السيد تناغو ، أحكام الالتزام والإثبات ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ .
٣- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج٣ دار إحياء التراث العربي، بيروت ، بلا سنة نشر.
٤- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج٢، أحكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية ، ١٩٦٥ .
٥- د. عبد المجيد الحكيم ، والأستاذ عبد الباقي البكري الأستاذ محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ،ج٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، بلا سنة نشر .
٦- د. محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣.
٧- د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،٢٠٠٦ .

٨- د. محمد عبد الظاهر حسين ، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني ، القصر للطباعة والدعاية والإعلان ، دون مكان ، ٢٠١٦ .
٩- د. محمود عبد الرحيم الديب ، بدء سريان الالتزام المشروط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ .
ثانيا- الرسائل والأطاريح الجامعية
١- أسامة محمد سليمان الدباس ، الواقعة الشرطية في القانون المدني الأردني ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٣-٢٠١٤ .
٢- سارة سعيد مريط ، بيع الوفاء ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة قطر ، ٢٠٢١.

ثالثا- البحوث العلمية
١- عادل عبد الحميد الفجال ،الأحكام المتعلقة بتعارض الأثر الرجعي مع حق الغير في القانون المدني المصري ، بحث منشور في مجلة الشمال للعلوم الإنسانية ، مج١ ، العدد ١ ، جامعة الحدود الشمالية ، السعودية ،٢٠١٦ .
٢- د. علي هادي العبيدي ، بيع الوفاء ، بحث منشور في الدليل الإلكتروني للقانون العربي ArabLawInfo (www.arablawinfo.com) .
٣- د. شامل سليمان عسلة ، الأثار القانونية للفسخ القضائي في العقود المتعاقبة ، بحث منشور في حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات ، الإسكندرية ، مج٧، عدد ٣٢ .
٤- د. محمد شتا أبو سعد ، الأثر الرجعي للشرط واهم المشكلات العملية التي تفسر خطا من خلال رجعية الشرط ، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الأول ، السنة الرابعة الأربعون ، مارس٢٠٠٠، العدد رقم ١٧٣ والعدد رقم ١٧٤.
٥- د. ياسر باسم ذنون ، خيار الشرط بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، الصادرة من كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة كركوك ، عدد١٧ ، المجلد٥ ، ٢٠١٦ .
رابعا-كتب الفقه الإسلامي
١- السيد سابق، فقه السُنة ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٤.
٢- السيد علي الحسيني الشاهرودي ، محاضرات في الفقه الجعفري ، تقريرا لبحث السيد أبو القاسم الخوئي ، ج٤ ، ط٢ ، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي ، بلا مكان نشر ،٢٠١٦ .
٣- السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، دار المؤرخ العربي ، بيروت .
٤- الشيخ ميرزا علي الغروي ، التنقيح في شرح المكاسب ، تقريرا لأبحاث السيد أبو القاسم الخوئي ، ج٣٨ ، ط٥ ، مؤسسة الخوئي الإسلامية ، بلا مكان نشر، ٢٠١٣ .
٥- السيد محمد تقي الخوئي ، الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود - ج٢، ، ط٣ ، مؤسسة المنار ، بلا مكان نشر، ١٩٩٥.
٦- الشيخ محمد جواد مغنية ، فقه الأمام جعفر الصادق ، ج٣ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٨.
خامسا- كتب الروايات :
١- محمد بن الحسن الحر العاملي و الحسين النوري ، وسائل الشيعة ومستدركها ، ج١٥ ، ط ١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم .
سادسا-كتب المنطق
١- سعيد عبد الله المدلوح ، توضيح المنطق ، مؤسسة المنارة ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٦.
٢- د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، المنطق القانوني في التصورات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
سابعا- الاستفتاءات

١- استفتاء موجه من الباحث إلى ىسماحة السيد علي الحسيني السيستاني(دام ظله)http://www.sistani.org
٢- استفتاء موجه من الباحث إلى ىسماحة الشيخ نوري الهمداني (دام ظله) info@noorihamedani.com.
٣-استفتاء موجه من الباحث إلى ىسماحة الشيخ بشير النجفي (دام ظله) info@alnajafy.com
ثامنا-القوانين
١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.
٢- مجلة الالتزامات والعقود التونسية ١٩٠٦.
٣-قانون الالتزامات والعقود المغربي ١٩١٣.
٤- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢.
٥- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٦- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.
٧- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٨- القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٤.
٩- القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥.
١٠- القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦ .
١١- القانون المدني الكويتي رقم٦٧ لسنة ١٩٨٠.
١٢- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.
١٣- القانون المدني القطري رقم ٢٢لسنة ٢٠٠٤.
١٤- القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢.