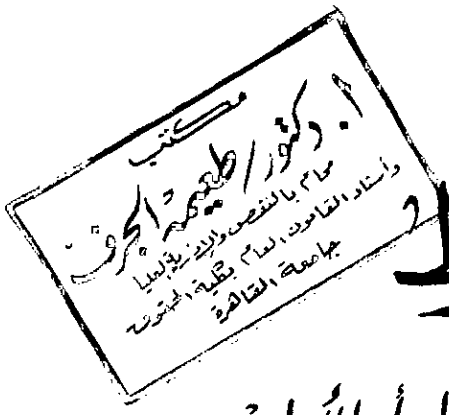
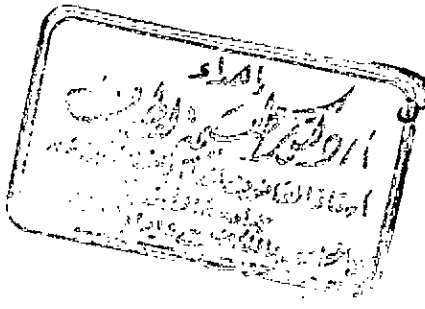


الشرط

المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب

في القانون المدني

بحث مقارن



رسالة دكتوراه مقدمة من

عبد الله الجبلي

لجنة التحكيم

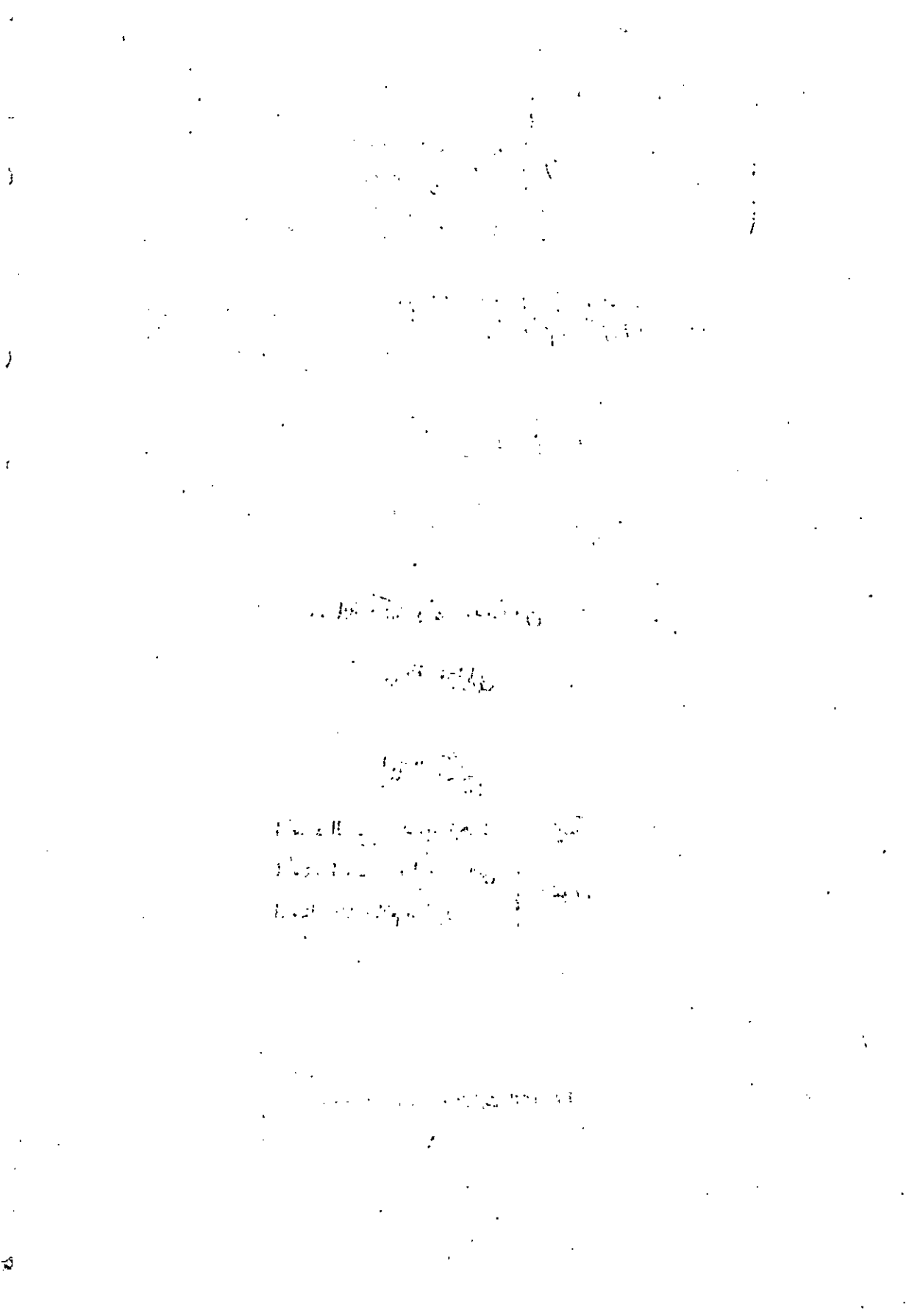
الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة — رئيساً

الأستاذ الدكتور سليمان مرقس — عضوين

الأستاذ محمد سلام مدكور — عضوين

المطبعة العالمية ١٦، ١٧ شارع ضريح سعد القاهرة

١٩٥٨



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

ليس من شأننا أن نبحث عن النظم القانونية وتطورها فى هذه المقدمة لأنه خارج عما نبغى الوصول إليه . بل كل همنا أن ندخل فى موضوعنا الأصلى ، وهو تأثير الشروط على المعاملات القانونية . فتأثيرها على المعاملات واضح وظاهر من حيث الصحة والبطلان . ولقد اختلفت الشرائع فى قبول هذا التأثير ، وبتعبير آخر فى إجازة هذه الشروط ومدى هذه الإجازة ، باعتبارها أموراً تقتضيها المعاملات أو لا تقتضيها . ولقد تطورت فكرة إجازة الشروط وصحتها بتطور الجماعة . فقد كانت ضيقة ثم اتسعت باتساع الحاجة إليها خلال التطور الذى أصاب الإنسان .

ولقد مرت الجماعات الإنسانية فى هذا التطور . فقد مر به الفقه الوضعى الممثل فى الفقه الرومانى . ففيه يظهر التطور واضحاً فى النظم القانونية التى سادت الإمبراطورية الرومانية . فكان القانون لا يجيز أن يشتمل العقد إلا على صفقة واحدة ، فإن تعددت الصفقة بموجب شرط أو أخل الشرط الداخل على العقد بوحدته من حيث الزمان كان باطلاً . ثم تطورت الفكرة القانونية فأجاز الرومان الشروط للحاجة إليها ، إلا إذا كان الشرط يخل بنص قانونى آمر أو ناهٍ ، أو كان مخالفاً للآداب[1] .

أما فى الفقه الإسلامى فإن آراء الفقهاء تطورت أيضاً ، فقسم منهم يرى وجوب وحدة العقد ، وكل شرط يخل بهذه الوحدة باطل ، وقد يبطل العقد معه ، وقسم يرى إجازة كل شرط غير مناقض للعقد ، أو لم يأت به نص

---

(١) مصادر الحق ج ٣ ص ١٥٤ وما بعدها .

شرعى خاص ، وفى هذا الفرع الأخير ذهب قسم منهم إلى التفسير الحرفى لبعض الأحاديث النبوية وقسم توسع فيه ، فقال ابن تيمية بصحة كل شرط غير مناقض لمقصود العقد ولم يكن ممنوعاً بالشرع لا نستثنى من ذلك أى شرط طالما كان الغرض المقصود منه مشروعاً .

وهذا التطور فى الفقه الإسلامى لم يكن كما كان فى القانون الرومانى بطريقة الاحتيال على النصوص القانونية لإدخال حالات لا يشملها النص ؛ بل كان يستمد أصله من نص من النصوص الشرعية . فكل فقيه إسلامى إستمد رأيه من نص من نصوص القرآن أو من السنة النبوية ، أى أن النصوص التشريعية كانت أسبق إلى إجازة المعاملات والشروط بأنواعها فإن خالفت نصاً آمراً أو ناهياً أى خالفت النظام العام الإسلامى ، ونقصد ما يسمى فى القانون بالنظام العام والآداب ، بطلت . وكان لابد لهذا التطور أن يوجد اختلافاً فى آراء الفقهاء الذى مرده اختلافهم فى فهم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية ، وفيما وصل إليهم من هذه السنة وما لم يصلهم فى حينه ؛ واختلافهم فى إمكان الجمع بين النصوص ، ومن عدم إمكان ذلك ، باعتبار بعضها مناقضاً للآخر ، فيلزم إيجاد المرجح للنص ، وترك الآخر باعتباره منسوخاً أو استثناءً من الأصل .

فالشروط وصحتها وبطلانها من أهم الأبحاث التى تصادف رجال القانون سواء فى تطورها أو فى مجال التطبيق ، ففى كل يوم تعقد آلاف العقود ، وفى كل منها شروطها الخاصة ، وقد تكون هذه الشروط موافقة لأحكام القانون والشرع ، وقد تكون مخالفة لنصوص آمرة وناهية فيه ، لا يجوز مخالفتها ، وعليهم قبل هذا أن يتأكدوا من أن العاقد أراد بتصرفه أو شرطه تصرفاً حقيقياً ، أى ينتج أثراً قانونياً ، أو أن تصرفه ظاهرى وأن الحقيقة أن تصرفه غير ممكن لاستحالة محل الالتزام أو لاستحالة تحقق الشرط الذى علق عليه العقد .

فهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	
الباب الأول	
الشرط المستحيل	١
الفصل الأول	
الشرط المستحيل فى القانون المدنى	
المبحث الأول	
تعريف الشرط المستحيل	٢
الوقت الذى تقدر فيه الاستحالة	٣
المحل المستحيل	٤
الفرق بين استحالة المحل والشرط المستحيل	٩
المبحث الثانى	
نوعا الاستحالة	١٠
المطلب الأول	
الاستحالة المادية	١٠
أنواع الاستحالة المادية	١٢
١ — الاستحالة المطلقة	١٢
٢ — الاستحالة بالنسبة إلى ظروف معينة	١٣
٣ — الاستحالة بالنسبة إلى شخص معين	١٣
المطلب الثانى	
الشرط المستحيل استحالة قانونية	١٥
تعريف الشرط المستحيل استحالة قانونية	١٦
الفصل الثانى	
الشرط المستحيل فى القانون الوضعى	١٨

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول	
تعريف الشرط المستحيل وتفريقه عن المحل المستحيل	١٨
الوقت الذى تقدر فيه الاستحالة	٢٠
المحل المستحيل فى القانون الوضعى	٢١
الفرق بين الشرط المستحيل والمحل المستحيل	٢٤
المبحث الثانى	
نوعا الاستحالة	٢٦
المطلب الأول	
الشرط المستحيل استحالة مادية	٢٦
١ — الاستحالة الطبيعية	٢٦
٢ — الاستحالة بالنسبة إلى ظروف معينة	٢٧
٣ — الاستحالة بالنسبة إلى شخص معين	٢٨
المطلب الثانى	
الشرط المستحيل استحالة قانونية	٣٢
الفصل الثالث	
تطبيقات على الشرط المستحيل	٣٦
المبحث الأول	
تطبيقات على الشرط المستحيل فى القانون المدنى	٣٦
المطلب الأول	
شرط حبس المال	٣٦
الرأى الأول : الوقف على ملك الواقف	٣٧
أولا — رأى الحنفية	٣٧
ثانياً — رأى المالكية	٣٨
الرأى الثانى : الوقف ينتقل إلى الموقوف عليهم	٤٠
الرأى الثالث : الوقف يخرج عن ملك الواقف إلى ملك الله أو إلى غير مالك ...	٤٠
تقدير الآراء	٤٢
المطلب الثانى	
حالات ترجع إلى الأحوال الشخصية	٤٦

الموضوع	الصفحة
١ — شرط التبنى	٤٦
٢ — حالات ترجع إلى الأحوال الشخصية	٤٧
المبحث الثانى	
تطبيقات على القانون الوضعى	٤٧
المطلب الأول	
شرط الإحلال	٤٧
المطلب الثانى	
شرط عدم قابلية المال للتصرف أو حبس المال	٥١
المطلب الثالث	
شرط عدم إمكان الحجز	٥٤
المطلب الرابع	
الشروط التى تؤثر على السلطة الأبوية أو الزوجية أو التى تعدل نظام الوصاية ...	٥٦
مقارنة بين الشرط المستحيل فى القانون المدنى والقانون الوضعى	٦٠
الباب الثانى	
الشرط المخالف للنظام العام	٦٣
الفصل الأول	
النظام العام	٦٣
المبحث الأول	
النظام العام فى القانون الوضعى	٦٣
تعريف النظام العام	٧٠
المبحث الثانى	
النظام العام فى القانون المدنى	٧٣
الفصل الثانى	
الشرط المخالف للنظام العام فى القانون المدنى	٧٨
المبحث الأول	
الشرط المقترن بالعقد	٧٩

الموضوع — الصفحة

المطلب الأول

رأى الظاهرية ٨١

المطلب الثانى

الشروط الصحيحة فى نظرية مقتضى العقد لدى كافة المذاهب الأخرى ٨٤
أساس نظرية مقتضى العقد ٨٥
الشرط الذى يقتضيه العقد ٨٥
الشرط الملائم للعقد ٨٦
العرف والعادة ٩٠

المطلب الثالث

الشروط الفاسدة ٩١
١ — المذهب الحنفى ٩١
القسم الأول : الشرط الفاسد الذى يفسد العقد ٩١
الصور المختلفة للشرط الفاسد الذى يفسد العقد ٩٥
العقود التى تفسد بالشروط الفاسدة ٩٦
٢ — المذهب الشافعى ٩٧
القسم الثانى : الشرط الفاسد الذى يبطل ويبقى العقد معه صحيحاً ٩٩
حجج الحنفية والشافعية فى الشروط الفاسدة المفسدة للعقد ٩٩
تقدير الأدلة ١٠٠
رأى المالكية فى الشروط الفاسدة ١٠٥
الشروط الفاسدة فى المذهب المالكى ١١١
١ — الشرط الذى يناقض المقصود من العقد ١١١
٢ — الشروط التى تخل بالثمن ١١٢
٣ — المذهب الحنبلى ١١٣
١ — الشروط الصحيحة ١١٤
٢ — الشروط الفاسدة ١١٥
الشرط الذى يناقض مقصود العقد ١١٥
الشرط الفاسد لورود نهى خاص ١١٦

المطلب الرابع

رأى ابن تيمية ١٢١
العبادات ١٢١

الموضوع	الصفحة
العادات	١٢٢
الأدلة الشرعية	١٢٣
القرآن الكريم	١٢٣
السنة النبوية	١٢٤
المعقول	١٢٥
الشروط الفاسدة	١٢٧
أولا — أن يكون الشرط منافياً لمقتضى العقد	١٢٧
ثانياً — الشروط الفاسدة لورود النهى الخاص	١٢٨
المطلب الثانى	
تعليق العقد	١٣١
أولا — الرضا لا يتحقق بالتعليق	١٣٣
ثانياً — التعليق من باب القمار	١٣٣
ثالثاً — العقود المالية لا تقبل التعليق	١٣٣
رابعاً — النهى عن التعليق	١٣٦
الزعم بوجود أدلة المنع فى المعاملات المالية	١٤١
الغرر والتعليق	١٤٤
المبحث الثالث	
متى يكون الشرط غير مشروع	١٤٧
المبحث الرابع	
الشرط الموجد لواقعة غير مشروعة	١٥١
المبحث الخامس	
الشروط التى غايتها الاحتيال على النصوص الآمرة والناهية	١٥٣
المطلب الأول	
الشروط التى ترمى إلى إدخال الحقوق العامة فى دائرة التعامل	١٥٥
١ — الحقوق السياسية	١٥٥
٢ — الحقوق العامة	١٥٦
(١) حرية العقيدة والحرية الدينية	١٥٦
(٢) حرية السكن	١٥٧
(٣) حرية اختيار العمل أو المهنة	١٥٩
(أ) شرط دراسة العلوم الإسلامية	١٥٩

الموضوع	الصفحة
(ب) شرط من نوع آخر	١٦٠
المطلب الثانى	
الشرط المخالف للنظام العام فى دائرة الأحوال الشخصية	١٦١
(أ) الزواج	١٦١
(ب) الإذن للصغير بالتجارة	١٦٥
(حـ) النفقة	١٦٦
(د) الحضانة	١٦٩
الفصل الثالث	
الشرط المخالف للنظام العام فى دائرة القانون الوضعى	١٧١
المبحث الأول	
تعريف الشرط المخالف للنظام العام	١٧١
متى يكون الشرط مخالفاً للنظام العام	١٧٥
أولا — الشرط الذى ينصب على فعل الغير	١٧٥
ثانياً — الشرط الذى يكون محله فعل الملتزم	١٧٦
ثالثاً — الشرط الذى يكون محله فعل الملتزم له	١٧٦
مقارنة بين الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام	١٧٧
المبحث الثانى	
الشرط المتجه إلى إحداث واقعة غير مشروعة	١٧٩
المبحث الثالث	
الشروط التى تفضى إلى مخالفة النصوص الآمرة والناهية	١٨٢
محل الالتزام	١٨٣
أنواع الالتزام	١٨٣
المحل المشروع	١٨٤
المطلب الأول	
الشروط التى ترمى إلى الاحتيال على النصوص الآمرة والناهية المتعلقة بالقانون العام	١٨٦
أولا — الحقوق السياسية	١٨٦
ثانياً — الحقوق العامة	١٨٧
(١) حرية الاعتقاد	١٨٨
(٢) حرية اختيار السكن	١٨٩

الموضوع	الصفحة
(٣) حرية العمل أو المهنة	١٩٠
المطلب الثانى	
الحقوق المدنية الخاصة	١٩٣
الحقوق المدنية الخاصة بالأحوال الشخصية	١٩٤
الزواج	١٩٥
حالات أخرى	١٩٧
مقارنة بين القانون المدنى والقانون الوضعى	١٩٨
الفصل الرابع	
الشروط الراجعة إلى الذمة المالية	٢٠٣
المبحث الأول	
شرط الامتناع عن التصرف فى القانون المدنى	٢٠٣
المطلب الأول	
طبيعة الشرط القانونية	٢٠٤
أولا — هل يوجب شرط الامتناع عن التصرف نقصاً فى الأهلية	٢٠٤
ثانياً — هل يوجد شرط بالامتناع عن التصرف حقاً عينياً على المال ...	٢٠٨
ثالثاً — شرط الامتناع عن التصرف هو التزام بالامتناع عن عمل ...	٢١٤
تطبيق على الحالات المتصورة	٢١٩
(١) شرط الامتناع عن التصرف لصالح المشترط	٢١٩
(٢) شرط الامتناع عن التصرف لصالح الغير	٢٢٣
(٣) شرط الامتناع عن التصرف لصالح المستفيد	٢٢٤
المطلب الثانى	
العمرى والرقبى	٢٣٠
١ — المذهب الحنفى	٢٣٠
القرينة الدالة على الوقت	٢٣٠
القرينة الدالة على الشرط « الرقبى »	٢٣٢
القرينة الدالة على المنفعة	٢٣٤
٢ — المذهب الشافعى	٢٣٦
٣ — المذهب الحنبلى	٢٣٨
٤ — المذهب المالكى	٢٤٠
تقدير الآراء فى العمرى والرقبى	٢٤٥

الموضوع الصفحة

(٣) حرية العمل أو المهنة ١٩٠

المطلب الثانى

الحقوق المدنية الخاصة ١٩٣
الحقوق المدنية الخاصة بالأحوال الشخصية ١٩٤
الزواج ١٩٥
حالات أخرى ١٩٧
مقارنة بين القانون المدنى والقانون الوضعى ١٩٨

الفصل الرابع

الشروط الراجعة إلى الذمة المالية ٢٠٣

المبحث الأول

شرط الامتناع عن التصرف فى القانون المدنى ٢٠٣

المطلب الأول

طبيعة الشرط القانونية ٢٠٤
أولا — هل يوجب شرط الامتناع عن التصرف نقصاً فى الأهلية ٢٠٤
ثانياً — هل يوجد شرط بالامتناع عن التصرف حقاً عينياً على المال ... ٢٠٨
ثالثاً — شرط الامتناع عن التصرف هو التزام بالامتناع عن عمل ... ٢١٤
تطبيق على الحالات المتصورة ٢١٩
(١) شرط الامتناع عن التصرف لصالح المشترط ٢١٩
(٢) شرط الامتناع عن التصرف لصالح الغير ٢٢٣
(٣) شرط الامتناع عن التصرف لصالح المستفيد ٢٢٤

المطلب الثانى

العمرى والرقبى ٢٣٠
١ — المذهب الحنفى ٢٣٠
القرينة الدالة على الوقت ٢٣٠
القرينة الدالة على الشرط « الرقبى » ٢٣٢
القرينة الدالة على المنفعة ٢٣٤
٢ — المذهب الشافعى ٢٣٦
٣ — المذهب الحنبلى ٢٣٨
٤ — المذهب المالكى ٢٤٠
تقدير الآراء فى العمرى والرقبى ٢٤٥

الموضوع	الصفحة
شرط الامتناع عن التصرف فيهما	٢٥٧
المطلب الثالث	
شرط الامتناع عن الرهن ومنع الحجز على المال	٢٥٨
الحالة الأولى : شرط الامتناع عن الرهن	٢٥٨
الحالة الثانية : منع الحجز على المال	٢٥٩
المطلب الرابع	
الشرط الجزائى	٢٦١
المبحث الثانى	
شرط الامتناع عن التصرف فى القانون الوضعى	٢٦٢
تحت أى نوع من الشروط يجب أن يوضع شرط الامتناع عن التصرف	٢٦٣
المطلب الأول	
الطبيعة القانونية لشرط الامتناع عن التصرف	٢٦٥
نظرية دمولومب « نقص الأهلية الفعلى »	٢٦٥
المأخذ على النظرية	٢٦٥
نظرية برتونو « عدم إمكان التصرف العينى »	٢٦٨
تقدير النظرية	٢٧١
نظرية لوران	٢٧٥
نظرية برتان « الامتناع عن التصرف التزام بالامتناع عن عمل »	٢٧٨
تطبيقات	٢٨٠
أولا — شرط الامتناع عن التصرف فيه مصلحة للمشترط	٢٨١
ثانياً — شرط الامتناع عن التصرف فيه مصلحة للغير	٢٨٢
ثالثاً — شرط الامتناع عن التصرف فيه مصلحة للمنتفع	٢٨٣
المطلب الثانى	
موقف القضاء الفرنسى	٢٨٤
١ — شرط الامتناع عن التصرف لمصلحة المشترط	٢٨٥
٢ — شرط الامتناع فيه مصلحة للغير	٢٨٧
٣ — شرط الامتناع فيه مصلحة للمتبرع إليه المستفيد	٢٨٨
المطلب الثالث	
شرط منع الحجز	٢٩٣

الموضوع	الصفحة
المطلب الرابع	
الشرط الجزائى	٢٩٥
مقارنة بين القانون المدنى والقانون الوضعى	٣٠٠
الباب الثالث	
الشرط المخالف للآداب	٣٠٦
الفصل الأول	
تعريف الآداب العامة	٣٠٨
الفصل الثانى	
تعارض نص قانونى مع الآداب	٣١٨
الفصل الثالث	
الشرط المخالف للآداب العامة	٣٢١
الفصل الرابع	
تطبيق « تحايل المطلقة ثلاثاً »	٣٢٥
نكاح المحلل باطل لا يفيد الحل	٣٢٦
أقوال التابعين والفقهاء	٣٢٦
التواطؤ على التحليل قبل العقد	٣٢٧
شرط التحليل فى العقد	٣٢٨
أدلة بطلان التحليل	٣٢٨
أولا — الأحاديث النبوية	٣٢٩
(١) اسم المحلل يعم الشارط والقاصد	٣٣٢
(٢) الحديث عنى كل محلل أى الحديث عام	٣٣٣
ثانياً — إجماع الصحابة	٣٣٦
ثالثاً — الآيات القرآنية	٣٣٧
الباب الرابع	
حكم الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب	٣٤١
الفصل الأول	
حكم الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب فى القانون الوضعى ...	٣٤٣

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول	
سبب الالتزام فى النظرية التقليدية	٣٤٥
أولا — تميزه عن الرضا	٣٤٦
ثانياً — تميزه عن الباعث	٣٤٧
خصائص السبب	٣٤٨
السبب فى التبرعات لا يكون غير مشروع	٣٤٩
نتائج ذلك	٣٥٠
المطلب الثانى	
النظرية الحديثة فى السبب	٣٥٣
أولا — نظرية كابيتان : السبب هو الغاية المتوخاة	٣٥٣
ثانياً — السبب هو البواعث النفسية التى دفعت إلى التعاقد	٣٥٨
ضبط الباعث	٣٥٨
حقيقة السبب الدافع	٣٦٠
السبب المخالف للنظام العام أو للآداب فى العقود الملزمة للجانبين ...	٣٦٦
السبب فى عقود التبرعات	٣٦٦
السبب ركن من أركان الالتزام	٣٦٨
المبحث الثانى	
الشرط المخالف للنظام العام أو للآداب هو السبب الدافع إلى التعاقد فى الشرط الفاسخ	٣٦٩
المبحث الثالث	
إثبات الشرط المخالف للنظام أو للآداب	٣٧٦
١ — فى عقود المعاوضات	٣٧٦
٢ — فى عقود التبرعات	٣٧٧
الفصل الثانى	
حكم الشرط المخالف للنظام العام أو للآداب فى القانون المدنى	٣٨١
النصوص القانونية	٣٨١
طبيعة التعليق	٣٨٣
أولا — نظرية الحنفية والمالكية	٣٨٣
ثانياً — نظرية الشافعى	٣٨٤
ثمرة الخلاف	٣٨٤
تقسيم الموضوع	٣٨٦

الموضوع	الصفحة
أولا — حكم الشرط المستحيل	٣٨٦
ثانياً — حكم الشرط المخالف للنظام العام أو للآداب	٣٨٧
حكم الشرط الواقف المخالف للنظام العام أو للآداب	٣٨٧
حكم الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام أو للآداب	٣٨٧
سبب الالتزام	٣٩٢
تعريف السبب	٣٩٦
وجود السبب	٤٠١
السبب الصحيح	٤٠٣
السبب المباح المشروع	٤٠٤
استخلاص السبب من الإرادة الظاهرة	٤٠٥
السبب مستخلص من طبيعة المحل	٤٠٧
علم الطرف الآخر بالسبب	٤١١
تفريق الشرط عن السبب	٤٢٢
الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد	٤٢٣
حكم الشرط المخالف للنظام العام أو للآداب	٤٢٣
حكم الشرط الفاسخ الذى هو السبب الدافع إلى التعاقد	٤٢٤
مقارنة بين القانون المدنى والقانون الوضعى	٤٢٥
خاتمة	٤٢٨