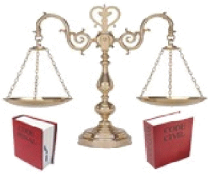
جامعة تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية



النظام القانوني للاشتراطات التعاقدية

– دراسة مقارنة –

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون المقارن

من إعداد الطالبة:

محجوب نادية

إشراف:

أ/د شهيدة قادة

لجنة المناقشة

د. بن يونس قطاية	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
د. ميكالي هواري	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة تلمسان	مناقشا
د. حجاري محمد	أستاذ محاضر قسم ب	جامعة معسكر	مناقشا

السنة الجامعية 2012/2011

"الشرط أملك لك أم عليك"

مثل عربي قديم يعود الى العصر الجاهلية

شكر و تقدير

بسم الله الرحمان الرحيم و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين، أحمد الله تعالى الذي وفقني لإنجاز هذه المذكرة.

و أتقدم بالشكر الخالص للأستاذ المحترم "شهيدة قادة" الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث و لم يبخل عليّ بالنصح و الإرشاد و التوجيه.

و أتقدم بالشكر إلى أستاذتي خلال دراستي النظرية للسنة الأولى ماجستير بكلية الحقوق جامعة تلمسان.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع.

إهداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله بعمرهما.

إلى زوجي العزيز "ولد سعدي رمضان".

إلى كل أفراد العائلة

إلى جميع زملائي في العمل الذين أبادلهم شعور المحبة بين أحضان

"مديرية التعمير و البناء".

و إلى جميع أصدقائي داخل الجامعة و خارجها.

والى كل من سلعدني على اتمام هذا العمل من قريب أو من بعيد

محجوب نادية

المقدمــة

لقد عرف الشرط منذ القدم، حيث تناوله الأطراف من باب الفطرة الإنسانية في تحقيق مصالحهم و حاجاتهم، إذ نجد في العصر الجاهلي أن العرب كانوا يحتكمون إلى مثل شائع "الشرط أملك لك أم عليك"، و قد كان يشكل هذا الموروث الحضاري البسيط مرجعية تشريعية عندهم في إطار القانون الجاهلي، كما حضي هذا المثل بقيمة و أهمية كبيرة في التشريع الحقوقي كمبدأ عام في نظرية الالتزام و على وجه الخصوص في سلطان الإرادة و مداه في إنشاء العقود و الشروط، بحيث يظهر اعتداد الشرع الإسلامي بفحواه من خلال النصوص القرآنية و الأحاديث النبوية وآثار الصحابة و أقوال التابعين و فقهاء المذاهب على مر تاريخ الفقه الإسلامي وفقا لما ستأتي ببيانه هذه الدراسة، و قد أقر و عمل الفقهاء بهذا المثل في نطاق النظام الحقوقي، بحيث استند إليه ابن شبرمة الكوفي[1] في تعبيره عن مذهبه في اعتبار الشروط، و كذلك شريح القاضي[2]، و لهم أثرهم بذلك في التشريع الوضعي لاسيما أن ثلة من المنصفين من علماء الغرب يقرون بمبادىء الشريعة الخالدة.

فلا غرابة إذن أن يستخلص من قدم و رسوخ هذا المثل في المنظومات التشريعية، أن الشرط في العقد أو المقترن به معروف منذ القدم، إذ كان يتداوله الأشخاص بغرض تحقيق بعض المصالح والمنافع الاجتماعية و الاقتصادية و غيرها.

و قد عرف الشرط حتى في الحضارة الفرعونية و التي كانت تعرفه بفكرة العبء، بحيث توجد وثيقة من الأسرة الرابعة وهب فيها شخص أمواله للكهنة شريطة أن يقوموا بمراسيم تقديم القرابين في مقبرته، و قد كيف الفقه العقد في هذه الحالة بأنه عقد هبة مقرون بعبء أي شرط، و أي إخلال به يفضي إلى فسخ الهبة.

[1]- عبد الله بن شبرمة بن طفيل، فقيه و قاضي القضاة في الكوفة في عهد أبي جعفر المنصور (92-144 هـ) و تنظر ترجمته "أخبار القضاة"

[2]- شريح هو ابن الحارث بن قيس الكندي من أشهر القضاة و الفقهاء المجتهدين في صدر الإسلام وعمر طويلا.

وعرف كذلك القانون الروماني الشرط خاصة في عقد البيع مثال خيار الوفاء أو الاسترداد وخيار الشرط، و في ظله تطورت و تبلورت فكرة الشرط لكنها لم تأخذ صيغتها النهائية إلا على أيدي الحشوية[1]، الذين قسموها إلى شروط تتصل بجوهر العقد، و شروط تقتضيها طبيعة العقد، وشروط لا تتصل لا بجوهر و لا بطبيعة العقد، فهي شروط عرضية و ذلك ما عرفه القانون الانجليزي الحديث.

ثم تطورت فكرة إجازة الشروط و صحتها بتطور الجماعات، فكان أساس الإجازة للشروط هو الحاجة إليها، مما دفع إلى اتساع دائرة الاشتراطات باستثناء منها ما يصطدم بالنظام العام والآداب و القانون، و رغم ذلك التطور ظل القانون الروماني يخلط بين الشروط المقترنة بالعقد و بين غيرها من الشروط الأخرى.

بينما الشريعة الإسلامية الغراء فقد تعرضت للشرط العقدي بإسهاب و إمعان مع المباشرة والدقة، فأعطت له حقه الوافي أكثر من أي شريعة أخرى أو قانون، و كانت مرجعا للقوانين الوضعية العربية و حتى الغربية، و ذلك لإدراكها مدى أهمية الشرط و دوره الفعال في مختلف العقود والمعاملات.

* فما معنى الشرط ؟ و ما مفهوم الاشتراط في العقد شرعا و قانونا؟

ارتبط الشرط بأهم المبادئ التي تقوم عليها التشريعات، و هو مبدأ سلطان الإرادة، كما أن عملية إبرام العقود تتم كما هو معلوم بمحض إرادة المتعاقدين، التي قد تتفق على ترتيب أحكام وآثار العقود المحددة مسبقا من الشارع الذي يرتب على كل عقد آثارا معينة، بيد أن الشرط التعاقدي من شأنه أن يزيد أو ينقص من هذه الآثار لمصلحة أحد المتعاقدين أو كلاهما حسب المصالح المتبادلة

[1] – تمركزوا بالناحية الأوربية الغربية

والمرجوة من التعاقد أساسا، إذ أنه يضيف إلى نتائج العقد حقوقا و التزامات بين أطراف العلاقة التعاقدية، و التي لم يكن ليقتضيها أصل العقد لو خلا مما تم اشتراطه فيه من قبل المتعاقدين.

من هنا يثار التساؤل حول مبدأ سلطان الإرادة في آثار العقود.

* فما مدى حرية الإرادة في الاشتراطات التعاقدية لدى الفقه الإسلامي و القانون الوضعي؟

من جهة أخرى و أمام تعقد و تشابك العلاقات التجارية و الاقتصادية، و تنوع المعاملات المالية في الحياة المعاصرة و نقص الثقة، و للزيادة في الضمان تعارف الناس شروطا لا حصر لها، فبعد أن كانت الشروط ضيقة اتسعت كثيرا، فصيغت شروط حديثة حسب المنافع و المصالح الكثيرة التي لا يوصل إليها مجرد التعاقد، إذ لا بد من اشتراطها صراحة و الاتفاق عليها مسبقا أو إدراجها في العقد أو إلحاقها به، حسب طبيعة التعامل المتداولة أو المعتادة كما هو الحال في شرط التجربة أو شرط التذوق وغيرها.

و لعل الأهم في صدد اتساع دائرة الشروط التعاقدية دور الفقه و القانون في ضبط هذه الشروط، لأنها لم تكن و لن تكون مطلقة، ذلك من اجل الضمان و الحفاظ على النظام العام والتوازن التعاقدي و استقرار المعاملات.

* فما هي ضوابط الشروط العقدية عند كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ؟

في الأخير صحيح أن الناس عملوا على إقران عقودهم و معاملاتهم بشروط أثرها يكمن في تحقيق مصالحهم المتبادلة، حتى لو كانت زيادة أو إنقاص في آثار العقد الأصلية، إلا أنها تتجه نحو نفس الغرض الذي يقوم عليه أساس التعاقد في إطار النظام الشرعي و القانوني الذي يحتويه، وبمخالفة ذلك يضطرب الشرط و آثاره، و بدوره العقد المرتبط به و آثاره.

* فما هي آثار الشرط و كيف يؤثر على العقد المقترن به ؟

الفصل الأول

ماهية الإشتراطات العقدية ومدى حريتها

الحديث عن الاشتراط في المعاملات المالية وغير المالية لا يكون ولا يوجد إلا عند قيام عقد من العقود أو تصرف من التصرفات، بحيث لا يمكن الحديث عن الشرط بعيدا عنهما لذلك لابد من إبراز وتوضيح مفهوم كل منهما:

تعريف العقد:

لغة: الجمع والربط والتوثيق والشد والإحكام بين أطراف الشيء.

اصطلاحا: "ارتباط إيجاب بقبول عِوجه يثبت أثره في محله"[1].

قانونا: توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني.

تعريف التصرف:

لغة: التقلب والحيرة والسعي في طلب الرزق[2].

اصطلاحا: كل ما يصدر عن الشخص من قول أوفعل ويرتب عليه الشارع أثرا من الآثار[3].

قانونا: اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون[4].

---

[1]- تعريف مرشد الخيران قدري الباشا، دار الغرجاني، القاهرة 1983: م/262/ ، عن د.توفيق دياب "حرية الاشتراط في المعاملات بين الفقه والقانون"، 2000، ص11

[2]- ابن منظور: محمد بن مكرم المصري –لسان العرب- بيروت دار صادر، طبعة 01/د.ت:190/9 و معجم مقاييس اللغة لابن فارس-دار الجيل-بيروت ط1991/1: 343/3. عن د.توفيق دياب نفس المرجع، ص13

[3]- الأستاذ وهبة الزحيلي " الفقه الإسلامي وأدلته " ، دار الفكر ، دمشق، ط3/ 1989: 81/4.

[4]- د. نبيل إبراهيم سعد - النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون طبعة – الدر الجامعية الجديدة للنشر – الإسكندرية 2004 ، ص 25.

أما مصطلح الشرط فيحمل مفاهيم واسعة و متشعبة، لاسيما مع اختلاف زوايا النظر إليه، إلا أن هذه الدراسة تخص الاشتراط العقدي.

المبحث الأول ماهية الاشتراطات العقدية في الشريعة و القانون.

ومما يرتبط بهذا الموضوع ولا ينفك عنه الحديث عن الإرادة لما لها من سلطان كبير في المجال التعاقدي، خاصة ما تتمتع به من حرية لاسيما في تعديل آثار العقد وتعديل نتائجه وأحكامها الأصلية عن طريق الاشتراطات، فالإرادة هي منبع العقود والشروط.

و بالوقوف على موضوع الشروط التي تتضمنها العقود والتصرفات من خلال ما قد تمليه إرادة المتعاقدين حسب الحاجة و الغاية، فهي تتم في نطاق حريات يختلف مداها بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بل وقد يختلف حتى الفقهاء والقوانين فيما بينهم،

المبحث الثاني: مدى حرية الإرادة في الاشتراطات العقدية.

المبحث الأول: ماهية الاشتراطات العقدية.

لما كان الحديث عن الشرط يقتضي وجود عقد من العقود أو تصرف من التصرفات، وبعد أن سبق تعريف كل من العقد والتصرف، وجب إيضاح مفهوم الشرط المقترن بالتصرفات خاصة منها العقود، وعليه أستعرض ما أمكن من التعاريف اللغوية للشرط وفي الاصطلاح القانوني والشرعي، ذلك حتى تنجلي حقائق الدراسة ويمكن من خلالها رصد جميع تداخلات الشرط مع غيره من الالتزامات الأخرى،

المطلب الأول: مفهوم الشرط في الشريعة والقانون

و قد اختلف فقهاء الإسلام والقانون حول حالات الشرط، الذي عرف تقسيمات وأنواع عديدة والمختلفة باختلاف زوايا نظرهم إليه،

المطلب الثاني: تقسيمات الشرط بين الشريعة والقانون

المطلب الأول: مفهوم الشرط بين الشريعة والقانون

يعرف الشرط بصيغته إن دخل على الكلام حرف من حروف الشرط مثل: إن الخفيفة[1] ما، مهما، حيثما، أينما، إذا، إذ ما، أم، إن الشرطية، كلما، حتى، فكان الفعل الذي تدخل عليه شرطا، ويعرف أيضا بدلالته عندما يكون الكلام الأول سببا للثاني[2]، ويستقل كل من الفقه الإسلامي والقانون بتعاريفات للشرط تختلف من حيث نظرتهم لهذا المصطلح.

الفرع الأول: تعريف الشرط في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: تعريف الشرط في القانون.

[1]- قوله تعالى: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن" سورة الطلاق الآية 06

[2]- نشوة العلواني "عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد" –دار ابن حزم 2003 ص 49

الفرع الأول: تعريف الشرط في الشريعة الإسلامية.

التعريف اللغوي: تشير الكثير من المعاجم والقواميس اللغوية إلى معنى الشرط بسكون الراء إلزام الشيء أو التزامه أو تعليق شيء بشيء[1] قال ابن منظور في لسان العرب: "الشرط معروف وكذلك الشريطة، والشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط وشرائط و"الشرط" بتحريك العلامة والجمع أشراط، و أشراط الساعة أعلامها و هو منه"[2] أي علامتها وهي الحوادث الدالة على قرب حدوثها لقوله تعالى: "**فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها**"[3].

وجاء في مصباح المنير أن الشرط من فعل شرطَ يشرُط شرطاً من بابي ضرب وقتل الواحدة شرطة، وشرطت عليه كذا شرطا، والشرَط بفتحتين العلامة[4] أي كعلامة تميز العقد عن أمثاله بأحكام إضافية وضعتها الإرادة المتعاقدة لتخصه.

و في القاموس المحيط تأتي كلمة الشرط بمعنى: "إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"[5] وقد يكون لفظ الشرط على المستوى نفسه أي على اسم المفعول[6] و يجمع الشرط بشروط وشرائط بمعنى الشريطة وهو القيد والحكم[7] وقد اشترط له وعليه كذا، وشرط له في صيغة يشرط ويشترط[8].

---

[1] – صالح مهدي السبع"تلخيص مذكرة أصول الفقه الإسلامي" –كلية الإمام الأوزاعي،– الدراسات الإسلامية ص 16

[2] – ابن منظور –لسان العرب– عن د.عبد السلام إسماعيل أوناغن –"ورقة بحثية بعنوان الشروط المستجدة في المعاملات غير المالية"– أحكامها وتأصيلها، ص 09

[3] – سورة محمد الآية 18

[4] – الفيومي، أحمد بن محمد بن علي –المصباح المنير، تحقيق محمد بشير الأدلبي، طبعة 1–309/1/1981، عن د.عبد السلام أوناغن، المرجع السابق ص 09

[5] – الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب –القاموس المحيط – تحقيق محمد بشير – عن د.عبد السلام أوناغن، نفس المرجع ص 10

[6] – منتديات الشروق– أونلاين "الشرط و الأجل في التقنين المدني الجزائري"(بحث كامل) htm. أوصاف/الالتزام/ الشرط /و الأجل.\:Fille://E

[7] – كتاب روحي البعلبكي – المورد الثلاثي – دار العلم للملايين 2004 ص1007، من –مذكرة ماجستير– الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري – إعداد الطالب مسعودي يوسف 2006–2007 ص 05

[8] – الكاتب عبد الفتاح إدريس – حرية الاشتراط في العقود – مجلة الوعي الإسلامي مجلة إسلامية شهرية تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الإسلامية، دولة الكويت ملف العدد 528،

و أورد الإمام الجرجاني[1] في تعريفاته" الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه، وفي اللغة عبارة عن العلامة ومنه أشراط الساعة والشروط في الصلاة"[2].

تعريف الشرط في الاصطلاح الفقهي: عنِيَ عدد من الفقهاء بتعريف الشرط[3]، ففي الفقه المالكي يوجد تعريف للشرط يمكن اقتباسه من كتاب الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: "وشرط شيء ما كان خارجا عن حقيقته وركنه ما كان جزء من حقيقته، والشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم"[4] و في تناوله للشرط ألمح إلى بعض الأحكام الأحكام العامة للشروط بقوله: "ومراده بالشرط ما يتوقف عليه الشيء من صحة ووجوب، أوهما معا فيشمل السبب كدخول الوقت والمراد باشتراط الوجوب هو ما تعمر به الذمة، ولا يجب على المكلف تحصيله، ثم ألمح إلى أن حقيقة شرط الوجوب تناقض حقيقة شرط الصحة، فكيف يجتمعان ؟ إذ أن شرط الوجوب تعمر به الذمة ولا يجب على المكلف تحصيله، وشرط الصحة ما تبرأ به الذمة ويجب على المكلف.

أما الأمام الجرجاني فلم يكتفي بالتعريفات اللغوية للشرط، بل عمد إلى اعتماد تعريف الشرط في الشريعة الإسلامية فقال: "...وفي الشريعة عبارة عما يضاف الحكم إليه وجودا عند وجوده لا

---

[1]- الجرجاني علي بن محمد بن علي، المعروف بشريف الجرجاني، ولد بتاكو سنة 789هـ، فيلسوف من كبار علماء العربية، له نحو 50 مؤلفا ومن تصانيفه (التعريفات)، الأعلام : 7/5.

[2]- الجرجاني علي بن محمد "التعريفات" –تحقيق إبراهيم الأنباري –بيروت- دار الكتاب العربي ط1405/01 هـ ص 166، وانظر القونوي، قاسم عبد الله أنيس الفقهاء – تحقيق أحمد عبد الرزاق الكبيسي – جدة دار الوفاء، ط1، 1406هـ ص 28، عن د.إسماعيل أوناغن المرجع السابق ص 11

[3]- تعريف المقري : " الشرط ما وقف وجود حكمه عليه مما هو خارج عليه"، وعرفه صاحب التلويح على التوضيح : "الأمر الخارج عن ماهية الموقوف الموقوف عليه غير المؤثر في وجوده"، وعرفه الآمدي: ما يلزم من نفي أمر ما، على وجه لا يكون سببا لوجوده ولا داخلا في السبب ، وعرفه البيضاوي في المنهاج : ما يتوقف عليه تأثير المؤثر لا وجوده " وعرفه الشوكاني في إرشاد الفحول " أنه وصف ظاهر منضبط يستلزم عدم الحكم ، أو يستلزم عدم السبب لحكمة في عدمه تنافي حكمة الحكم أو السبب "

[4]- الدردير- الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك-دار الفكر للطباعة-بيروت 2/ 131، عن د. عبد السلام أوناغن ، نفس المرجع المرجع ص12

وجوبا"[1] وقد عرف جمهور الفقهاء الشرط بأنه: "ما يتوقف ثبوت الحكم عليه"[2] وعرفه الزركشي[3] نقلا عن القرافي بقوله: "ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"[4] وقد جاء هذا التعريف وكأنه جواب عن السؤال التالي:

*متى يلزم وجود الشرط وجود المشروط؟

– إذا اقترن وجوده بوجود السبب وعدم المانع، لذا جاؤوا بقيد "لذاته" لأن الوجود هنا لا لذات الشرط فقط بل لانضمام غيره معه، كالزوجية هي شرط لوجود المشروط "الطلاق"، فإذا لم يوجد شرط الزوجية لم يوجد المشروط الطلاق، ولا يلزم من وجود شرط الزوجية وجود المشروط الطلاق:

فالأول: احتراز من المانع لأنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم.

والثاني: احتراز من السبب ومن المانع أيضا، أما من السبب فلأنه يلزم من وجوده الوجود لذاته كما سبق، وأما من المانع: فلأنه يلزم من وجوده العدم

والثالث: وهو قوله "لذاته" احتراز من مقارنة الشرط وجود السبب، فيلزم الوجود، أو مقارنة الشرط قيام المانع، فيلزم العدم، لكن لا لذاته وهو لكونه شرطا بل لأمر خارج، وهو مقارنة السبب أو قيام المانع.

---

[1]– التعريفات للجرجاني ص138، عن د.توفيق دياب، المرجع السابق، ص 15

[2]– الشاذلي حسن "نظرية الشرط في الفقه الإسلامي" دار الاتحاد العربي، القاهرة ط01/د.ت ص9 ، عن د.سانو قطب مصطفى، الشروط في العقود، البحرين: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسة المالية الإسلامية2002، بحث غير منشور ص 03

[3]– الزركشي الإمام بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، فقيه، محدث، أصولي ولد سنة 745هـ ، بالقاهرة من تصانيفه البرهان في علوم القرآن– البحر المحيط في أصول الفقه، توفي سنة 794هـ الأعلام: 239/10

[4]– البحر المحيط للزركشي–وزارة الأوقاف الكويتية ط1992/2: 309/1، عن د.توفيق دياب المرجع السابق، ص 16

1- إطلاقات الشرط : إذا علم ذلك فللشرط ثلاثة إطلاقات

الإطلاق الأول: ما يطلق في الأصول هنا مقابلا للسبب والمانع، وما يذكر في قول المتكلمين: لقول الفقهاء أن شرط الصلاة الطهارة وشرط صحة البيع التراضي ونحوه

الإطلاق الثاني: اللغوي والمراد به صيغ التعليق "بأن" ونحوها، وهو ما يذكر في أصول الفقه في المخصصات للعموم نحو قوله تعالى: "**وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن**"[1]. وما يذكر في الفقه من قولهم نحو إن "دخلت الدار فأنت طالق"، فإن دخول الدار ليس شرطا لوقوع الطلاق لا شرعا ولا عقلا بل من الشروط التي وضعها أهل اللغة، وهذا كما قال القرافي وغيره: يرجع إلى كونه سببا وضع للتعليق حتى يلزم من وجوده الوجود، ومن عدم العدم لذاته، ووهم من فسره هناك بتفسير الشرط المقابل للسبب والمانع، كما وقع لكثير من الأصوليين.

الإطلاق الثالث: جعل الشيء قيد في شيء: كشراء الدابة بشرط كونها حاملا ونحو ذلك[2] وقد اتفق علماء الفقه الاسلامي على مجموعة من التعاريف للشرط:

1-"مالا يوجد المشروط دونه ولا يلزم أن يوجد عند وجوده"[3]

2-"هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، بأن يوجد عند وجوده وينعدم بانعدام الشرط"[4]. كقول الرجل لزوجته إذا خرجت من الدار فأنت طالق، بحيث يتوقف الطلاق على خروج المرأة من الدار.

---

[1]- سورة الطلاق الآية 06

[2] تقي الدين أبو البقاء الفتوحي * أقسام الحكم الوضعي – السبب والشرط والمانع – الكتاب المنير – فصل خطاب الوضع- مطبعة السنة المحمدية جزء رقم01 طبعة د.ط: د.ت ص .26

[2] موسوعة دهشة – أوصول الفقه و قواعده ص 01 - الشرط في الفقه الاسلامي – شبكة دهشة 2007 – ناشر الموضوع : الجوير htm. ألشرط/في/ الفقه /الإسلامي.\:Fille://E

[3] "الشرط في الفقه الإسلامي" موسوعة دهشة- نفس المرجع .

3- "ما يتوقف عليه الحكم، وليس بعلة الحكم، أي ما يلزم من عدمه المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط"[1] كشرط الأهلية في إبرام العقد هي إلزامية لكل عقد وفاقد الأهلية لا ينعقد عقده كالمجنون، أي الشرط بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر له فهو ليس فعلا ولا حدثا.[2] و لا يدخل ضمن هذه الدراسة.

يستخلص من التعاريف السابقة أن المشروط لا يمكن أن يوجد دون شرط ولكن وجود الشرط لا يعني وجود المشروط، فقد يشترط الطرفان في العقد شرطا ولا يجد هذا طريقه للتنفيذ لتنازل المشروط له أو لعدم استيفائه موجبات الشرط، أي أن الوجود هنا بمعنى النفاذ[3]

و قد بين الأستاذ سانو قطب المراد بالشرط في الاصطلاح الفقهي في مقالته "الشروط في العقود" حيث قال: "الشيء الذي يتوقف عليه وجود الحكم المرتبط به، ويكون خارجا عن ماهيته أو يراد به أيضا تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجب أن يوجد الثاني"[4]

من خلال هذا الطرح الهائل لتعاريف ومفاهيم الشرط، يلاحظ أن هذا الأخير قد يرتبط ويختلط بألفاظ ذات الصلة كالركن والسبب والمانع والوعد، لذلك تجدر أن نفرقها عنه، مما يدفع إلى توضيح كل لفظ منفصلا عن الآخر مع إبراز المقارنة بينها وبين الشرط، ذلك كمزيد من التفصيل والشرح، و إبعادا لأي لبس حتى ينجلي المفهوم الحقيقي للشرط.

---

[4] نور الدين عباسي"إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط" مجلة الموافقات المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر 1995 العدد 04 ص325.

[2] كوثر كامل علي"شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية" –دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع- تونس 1983ص 36

[3]- د.أحمد علي عبد الله، قاضي الدرجة1 و رئيس المكتب التنفيذي لرئيس القضاء"ضوابط الشروط المقترنة بالعقود" –الدار السودانية، الخرطوم –العدد 2008، ص07

[4]- د سانو قطب مصطفى، المرجع السابق ص04

1-الفرق بين الشرط و الركن:

لما كان الركن ما لا وجود لذلك الشيء إلا به، وهو الجزء الذاتي الذي تتركب الماهية منه، ومن غيره، بحيث يتوقف قيامه عليه كالرضى والمحل والسبب في العقد.

فالفرق بينه و بين الشرط هو أن الأول داخل في الماهية، والثاني خارج عنها كالسجود في الصلاة هو جزء الذات من الحقيقة، والطهارة في الصلاة خارجة عن الماهية، فهما متباينان في كونهما يلزم من عدمها العدم ولا يلزم من وجودهما وجود[1] ، وكلاهما داخلان في الحكم إذا تخلف الركن بطل الحكم وإذا تخلف الشرط فسد الحكم[2].

2- الفرق بين الشرط و السبب:

السبب هو "ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته"[3]

و الفرق بينه وبين الشرط أنهما يتشابهان من حيث كونهما يلزم من عدمها العدم، لكن لا يلزم من وجودهما وجود، لأن السبب يلزم من وجوده الوجود أما الشرط فلا يلزم من وجوده الوجود، كصلاة الظهر سببها زوال الشمس –وشرطها الطهارة- أو صيام رمضان سببه رؤية الهلال والاسكار سبب تحريم الخمر، والضرر سببا للتعويض[4] ، والقرابة سببا للإرث[5]

[1]- تقي الدين أبو البقاء الفتوحي – المرجع السابق

[2]- مطاعي نور الدين – الشرط المقترن بالعقد – مذكرة ماجستير –كلية الحقوق – جامعة الجزائر 1995-1996 ص 24-25

[3]- الفروق للقرافي-دار إحياء الكتب العلمية-مكة المكرمة 1344هـ : 62/1 ، عن د.توفيق دياب المرجع السابق ص16

[4] -المادة 124 قانون مدني جزائري

[5] -المادة 126 قانون أسرة جزائري

3- الفرق بين الشرط و الوعد:

الوعد عند الفقهاء معناه الالتزام للغير بما يلزم ابتداء، وقد ورد لفظ الوعد في القرآن الكريم في آيات كثيرة، منها قوله تعالى:"**كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون**"[1] و قال تعالى في مدح إسماعيل عليه الصلاة والسلام والثناء عليه: "**واذكر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادق الوعد**"[2] ، ومن السنة ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وآله وسلم أحاديث كثيرة تحث الوفاء بالعهد، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله قال: " **أية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا اؤتمن خان، وإذا وعد خلف**"[3].

و يتميز الوعد عن الشرط في كون الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء وإن كان الوفاء به مطلوبا ديانة، فلو وعد شخص آخر ببيع منزل معين لا يتولد بذلك حق للموعود له، وليس له إجبار الواعد على تنفيذه قانونا، ولا بقوة القضاء، إلا إذا صدر الوعد معلقا على شرط، فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد، ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد فيصبح عندئذ ملزما لصاحبه كما ذهب إلى ذلك فقهاء الحنفية.[4]

بيد أن الفقهاء وإن كانوا قد فرقوا بين الوعد والشرط من حيث أثر كل منهما، فإنهم لم يضعوا ضابطا لتحديد ما يعد شرطا وما يعد وعدا، وتركوا تحديد ذلك إلى أعراف الناس وعاداتهم، وإلى قرائن الأحوال إذا كان الإخبار عن العقد بصيغة المضارع أما إذا كان بصيغة الماضي فلا يحتاج

---

[6]- سورة الصف الآية 03

[2]- سورة مريم الآية 54

[3]- صحيح البخاري: الحافظ أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة الجعفري/ محمد علي القطب/ هشام البخاري. مكتبة الرشد- المكتبة العصرية-بيروت 2005 : كتاب الإيمان باب علامات المنافق 1/ 12 و صحيح مسلم: لأبي الحسن مسلم الحجاج القشيري النسابوري- دار صادر- بيرون 2004، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: 78/1.

[4]- عبد الله بن سليمان – بحث في الوعد وحكم الإلزام به ديانه وقضاء www.islamiyatonline.com/arabia/magalat/index.asp

إلى قرينة.[1] وفي هذا المعنى يقول الشيخ عليش: "وأما الفرق بين ما يدل على الالتزام وما يدل على العدة (الوعد) فالمرجع فيه إنما هو إلى ما يفهم من سياق الكلام وقرائن الأحوال"[2] ، وجاء في الإقناع للمقدسي: "والشرط بين الناس ما عدوه شرطا، فالأسماء تعرض حدودها تارة بالشرع وتارة باللغة وتارة بالعرف وكذلك العقود"[3].

4- **الفرق بين الشرط و المانع:** ذكر القرافي في الفروق أن المانع: "ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته"[4] فهو بعكس الشرط الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود ولا عدم لذاته.

و العلاقة بين الشرط والسبب والمانع أن يوجد المانع مع وجود السبب وتوفر الشرط، ويمنع ترتب المسبب على سببه، والشرط عكس المانع والمانع عكس السبب[5].

أخيرا ولعل أهم تعريف للشرط يجدر الوقوف عنده هو التعريف الخاص، لأنه موضوع هذه الدراسة، وهو الشرط المقترن بالعقد أي الداخل في ماهية العقد وهو: "التزام العاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد، سواء كان مما يقضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له، أو كان منافيا له، أو يحقق منفعة لمن اشترط لصالحه الشرط"[6].

و عرفه العلامة الحموي: "بأنه التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة"[7] عن طريق اقتران التصرف بالتزام أحد المتعاقدين بالوفاء بأمر زائد عن أصل العقد وغير موجود وقت

---

[1]- أحمد إبراهيم بك،"الالتزامات في الشرع الإسلامي"، دار الأنصار، بدون سنة ص215،

[2]- عبد الله بن سليمان المرجع السابق.

[3]- كوثر كامل علي المرجع السابق ص41 و أحمد ابراهيم بك المرجع السابق ص 215.

[4]- الفروق للقرافي 62/1 – عن د.توفيق دياب المرجع السابق ص 16

[5]- صالح مهدي السبع – المرجع السابق ص20

[6]- رشدي شحاته " الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية" دار الفكر العربي-مصر 2001 ص 32

[7]- علي محمد قاسم " التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط " دار الجامعة الجديدة للنشر مصر 2005 ص10

التعاقد، وحسب الشيخ منصور البهوتي فإن المعتبر من الشروط هو ما يرد في صلب العقد، كأن يقول فلان زوجتك ابنتي بشرط أن لا تخرجها من بلدها ويقبل الزوج ذلك".

و قد اتفق بعض الفقهاء على وضع تعريفا خاصا للشرط بأنه: "إلزام أحد المتعاقدين، المتعاقد الآخر بسبب العقد بما له فيه منفعة "[1] وهذا التعريف يحدد المراد بالشرط بصورة واضحة.

إنه ورغم محاولات الفقهاء في تحديد المفهوم الحقيقي للشرط والتمييز بينه وبين ما يشابهه من مصطلحات، ما يزال اللبس والغموض يشوبه، فتارة سمي الركن شرطا، وتارة السبب شرطا وتارة يقع خلط بين الوعد والشرط، إلا أن تجاوز هذا الإشكال سينجلي بعد دراسة أقسام الشرط لاحقا.

الفرع الثاني: تعريف الشرط في القانون

وأما عن تعريف الشرط في اصطلاح الفقه القانوني المقارن، فإن كلمة "شرط" أطلقت على الأمر الخارجي الذي تضيفه الإرادة إلى الالتزام الذي استكمل عناصر تكوينه،

و من فقهاء القانون الغربي[2] من اعتبر أن الشرط هو علاقة التبعية إلى حدث معين و هو أمر متوقع فقط في اتفاق أسس على النحو اللازم قانونا، و طابع العلاقة التبعية للعلاقة التعاقدية الشرطية يؤدي إلى العوامل الخارجية للحدث المعين مقارنة مع العناصر المكونة للعقد، و قد جعل التشريع القانوني لكل مرحلة من مراحل العقد حدثا ما يؤكد تبعيته و تأثير ذلك على فعالية الاتفاق.

و إن ميزة الطابع التبعي في الأساس لا تؤثر على العلاقة التعاقدية، و إنما بالعكس هي قادرة على احتواء كل آثار الاتفاقيات الأساسية كنقل الملكية أو إلغائها،

---

[1]- الروض المربع شرح زاد المستقنع مختصر المقنع، للعلامة منصور بن يوسف البهوتي- دار الحديث-القاهرة ط1994/1 ص41، عن د.أحمد علي عبد الله ، المرجع السابق ص 07

[1]- D. Mathias Latina – Essai sur la condition en droit des contras – préface de Denis Mazeaud / prix de thèse de l'université panthéon – assus (paris //) L.G.D.J édition alpha 2010 p 83.

بهذا و طالما أنها لا تؤثر على الطابع الإنتقائي و الكلي للعقد، تصبح و ظيفتها هي دمج لأسباب تدخل في مجال تعاقدي أكثر تحديدا، كما أنها تعتبر مديرة لمجالات اهتمام العقود و مهيئة للبيئة التعاقدية، و تسمح هذه الميزة أيضا بإعطاء رؤية لكل من أطراف العقود عن طبيعة الأخطار التي تحيط بها سواء كانت أخلاقية أو ناجمة عن احتمال الفشل في تحقيق أهدافها.

و من الفقه الفرنسي من عبر عن الشرط بأنه المصب على الآثار المترتبة على الاتفاق، الذي لا يعني أن الالتزام التعاقدي يخضع لعرض دقيق حقيقي للحالة في القانون المدني، و الواقع قد أظهر عمل الشرط على المعايير التعاقدية دون أن يؤدي إلى تقطيع أوصال العقد.[1]

لقد وقع أغلب تركيز الفقه القانوني المقارن و هو بصدد التعريف بالشرط على بيان وظيفته ودوره في العقد، و خلاصة ذلك أن الشرط هو الوحيد الذي يؤدي لاتفاق فعلي و كامل،

لكن ذلك لم يمنع من تحديد المفهوم القانوني للشرط فهو: " ربط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبل محتمل و معنى كونه محتملا أنه غير مؤكد الحصول في المستقبل و لا ممتنع."[2] وتعريف آخر في صلب المعنى: " الشرط أمر عارض مستقبلي غير محقق الوقوع يتوقف عليه وجود الالتزام أو إنهاؤه"[3].

[1] - D. Matthias Latina – Essai sur la condition en droit des contras – p 123

[2] – د. جلال العدوي " أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني" الدار الجامعية 1993 ص 221-222

[3] – د عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني" (3) نظرية الالتزام بوجه عام-الأوصاف-الحوالة-الانقضاء،منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت-لبنان2000: 12/3

في سياق هذا التعريف صاغت أغلب القوانين المدنية العربية موادها، معرفة الشرط بأنه وصف معدل للالتزام يلحقه في الرابطة ذاتها و يؤثر في وجودها بحيث يجعله غير مؤكد[1] و في ذلك نجد القانون المدني الجزائري و المصري و السوري[2]

و بتحليل التعريف القانوني للشرط، يتبين قيامه على مجموعة من الخصائص:

1 – خصائص الشرط:

أ- أن الشرط أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد استكماله لأركانه، بحيث لو رفع

هذا الوصف يبقى الالتزام في صورته البسيطة المنجزة.

ب- الشرط أمر مستقبلي لم يوجد بعد، فلو كان الشرط وجد في الماضي أو الحاضر فلا يكون عندئذ شرط.

ج- الشرط أمر قابل للوجود أو عدمه، فلا يكون من الشرط ما كان محقق الوجود أو مستحيل الوجود.

د- الشرط إما أن يتوقف عليه وجود الالتزام و قيامه، و يسمى شرطا واقفا و إما إن يتوقف عليه فسخ الالتزام و انتهاؤه و يسمى شرطا فاسخا[3] .

[1]- "الشرط و الأجل في التقنين المدني الجزائري" المرجع السابق.

[2]- المادة 265 ق م مصري و سوري ، المادة 203 ق م جزائري :" يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع".

[3]- د. توفيق دياب المرج السابق ص 18.

إن التعريف القانوني للشرط جاء متفقا مع مضمون الشرط التعليقي بنوعية الفاسخ و الواقف في الاصطلاح الإسلامي[1] وفقا لما سنرى لاحقا من خلال تقسيمات الشرط، من هذا فقد وجهت عدة انتقادات له، و هي تتمحور حول الخلط الذي وقع فيه فقهاء نظرية الالتزام في الفقه الأجنبي، بحيث لم يعرفوا الشرط في حقيقته بل في زوايا مختلفة، من حيث وظيفته و دوره و تأثيره في العقد، ومن حيث تقسيمه إلى نوعين واقف و فاسخ، فضلا عن ذلك إن حتى هذا التقسيم لم يأتي ليخص الشرط نفسه، بل يخص الأمر المشروط، و أن كلا الحالتين واقف و فاسخ هي نوع واحد من قبيل التعليق في اصطلاح الفقه الإسلامي و إن اختلفت النتائج ، فمغزى دلك هو اختلاف نوع الأمر المشروط،[2]

وقد يرجع سبب اللبس و الغموض الذي يشوب تعريف الشرط مرده اختلاف زوايا النظر إليه، وهدا ما سيتضح أكثر عند دراسة أقسام الشرط،

إلا أنه رغم عدم وجود تعريف قانوني محدد للشرط، فذلك لم يمنع بعض القوانين المدنية من التطرق له كالقانون المدني العراقي المادة 1/131 " يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه، أو يكون جاريا العرف به أو العادة ، ومن شأن اقتران الشرط بالعقد إضافة التزام جديد إليه"، و القانون المدني الكويتي الكويتي المادة 1/132، و حتى الأردني و اليمني تعريفا بالشروط التي جرت بها العادة.

يتضح من خلال ما تقدم بيانه أن الفقه القانوني لم يعتبر الشروط القانونية التي يتطلبها المشرع لترتيب أثر معين من قبيل الشرط كوصف إرادي للالتزام مثل: شرط الرسمية في العقود الشكلية، ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا الشأن، أن الشرط الذي يفرضه القانون ليس شرطا بمعناه

[1]- مصطفى احمد الزرقاء -المدخل الفقهي العام بتطوير في الترتيب و التبويب و زيادات الجزء 01 -الطبعة الثانية 2004 -دار القلم -دمشق ص589.

[2]- مصطفى احمد الزرقاء -المدخل الفقهي العام- مطابع ألف باء -الطبعة 09 سوريا 1967 ص527 .

الصحيح، لأن الشرط بمعناه الصحيح أمر عارض، لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره فيضاف له، ويمكن تصور الحق بدونه، بينما الشرط القانوني ليس كذلك إذ هو عنصر من عناصر الحق ذاته، ولا يتصور قيام الحق بدونه لأنه وضع معين يقرره القانون و يرتب عليه نتائج معينة و ليس له أثر رجعي، و يقابله في الفقه الإسلامية الشرط الشرعي[1]، وكذلك من فقهاء القانون من لم يعتبر شرطا بالمعنى الدقيق، ما قد يتضمنه العقد من أحكام منظمة للعلاقات التعاقدية بين الطرفين كالشرط الجزائي وشرط منع التصرف[2].

إن هذه النظرة للشرط لم تكن قاصرة على قوانين الدول العربية، بل تعدت إلى القانون الروماني وكل القوانين ذات النزعة الفردية، حيث كانوا يفرقون بين الشرط و التعبيرات الفعلية التي يتضمنها العقد، فالشرط في نظرهم لا يعني جزء من الالتزام نفسه، بل أمرا خارجيا مستقلا – external. Fact– يعتمد عليه وجود الالتزام[3]، ورغم أن فقهاء القانون الانجليزي شايعوا هذا النظر، إلا أنهم توسعوا في استعمال كلمة شرط، ليس فقط على أمر خارجي يتعلق عليه الالتزام أو يزول، ولكن أيضا باعتباره تعبيرا في العقد يجوز تنفيذه ضد أحد المتعاقدين أو الآخر[4]

و قد كان سائدا خلال القرن 19 التفريق بين المعاني المختلفة لكلمة شرط " condition" فالشرط إما أن يكون شرطا واقفا "precedent" أو فاسخا "subsequent" أو طبيعيا "inherent" ويكون الشرط كذلك في الحالة التي يوصف أو يقيد أو تخضع الملكية فيها لوصف أو قيد أو تكليف[5].

و لقد فرق قانون بيع البضائع الانجليزي لسنة 1993 بين الشرط الجوهري

[1]- الوسيط للسنهوري ، المرجع السابق 34/3

[2]- د.جلال العدوي، المرجع السابق، ص222

[3]- أحكام العقد في القانون الانجليزي، دار الجيل ومروي بوكشب ج.س. شيشر و.س.ه فيفوت و.م.ب فيرستون، ترجمة هنري رياض-دار الجبل-الخرطوم-بلا تاريخ نشر ص344،

[4]- أحكام العقد في القانون الانجليزي نفس المرجع ص350،

[5]- أحكام العقد في القانون الانجليزي نفس المرجع ص350-351

condition in contract of sale the breach: –stipulation –of which may give rise to aright to treat the contract as repudiated."[1]

أي: "بأنه الاشتراط في عقد البيع الإخلال به يجوز أن يعطي الحق في اعتبار العقد مفسوخا."[2]

وبين الشرط غير الجوهري –warranty - :

"Stipulation the breach of which may give arise to claim for damages but not to right reject goods and treat the contract as repudiated." [3]

أي: "أنه اشترط الإخلال به يجوز أن يعطي الحق في التعويض وليس الحق في رفض البضاعة واعتبار العقد مفسوخا."[4]

وظل هذا الوضع سائدا أكثر من ثمانين 80 عاما، إلى أن تم إدخال تعديلات طفيفة على هذا المفهوم بحيث ترك الأمر للمحكمة بتحديد ما إذا كان الشرط جوهريا أم لا، وذلك بالنظر إلى آثار الإخلال على الطرف المضرور

The court look at the effects of the breach on the injured party.[5]

وقد أفرز التطور على ظهور شرط يعرف بالشرط غير الموصوف أو غير رسمي

"Innominate terms «are those » intermediate terms that can neither be classified as conditions nor as warranties where there has been a breach of innominate terms the innocent party is entitled to compensation but may or may not be entitled to set aside the contract, depending on the gravity of the breach." [6]

---

[1]. Cheshere and Fifoot's "law of contract". Ninth edition by M.P. Furmston – T.D.P.B.C.L.M.A London butter worths p139

[2]- شرح قانون بيع البضائع الانجليزي لسنة 1979- باتريك إدوارد عطية ترجمة هنري رياض وكرم شفيق-دار الجبل-الخرطوم- ص108.

[2]Cheshere and Fifoot's "law of contract" p139

[4] شرح قانون بيع البضائع الانجليزي، المرجع السابق ص108،

[5] Stefan Fafinski and Emily Finch " Contract law – Pearson Longman. printed by William Clows london p77

[6] Cheshere and fifoot's law of contract. p139

أي "الشرط الذي لم يصنف بكونه جوهريا أو غير جوهري، يتوقف تصنيفه على المحكمة بالنظر إلى درجة الإخلال وخطورته."[1]

*** خلاصة المطلب الأول:**

إن لفظ الشرط أطلق للدلالة على معاني مختلفة، كمعنى الالتزام الموصوف بأن يكون شرطا فاسخا أو واقفا، وقد يستعمل الشرط للدلالة على أركان العقد وشروط صحته فيسمى شرط شرعي أو قانوني، وإن ما يهمنا من هذه الدراسة هو لفظ الشرط الذي يطلق للدلالة على:

1. حكم من الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدان في عقدهما كأن يتفق الطرفان على تحمل نفقات التسليم أو تقديم مبلغ مالي في حالة التأخر عن التسليم "فيما يسمى بالشرط الجزائي" أو الاتفاق على دفع الثمن بالتقسيط، في جميع هذه الحالات يسمى كل واحد من هذه الأحكام شرطا في العقد أو بندا من بنود العقد[2]
2. وكذلك على الوصف الذي يلحق الالتزام من ناحية رابطته القانونية فيعلق هذه الرابطة على أمر مستقبل غير محقق الوقوع.

و قد عرّف علماء الشريعة الإسلامية الشرط تعريفا واضحا ومباشرا، في حين تنكبت القوانين طريق المباشرة و الوضوح، و الدقة و الخصوصية، فتركت بعض أحكام الشرط مبعثرة و متشعبة هنا وهناك، يكتنفها الغموض و الإبهام في كثير من الحالات، باستثناء بعض القوانين كالقانون المدني العراقي والكويتي اللذان عملا على تنظيم الشرط في نصوص خاصة[3]، في حين عرّف القانون المدني

[1] شرح قانون بيع البضائع الانجليزي، المرجع السابق ص108،

[2]- عبد الفتاح عبد الباقي "مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي"- نظرية العقد و الإرادة المنفردة-خال من مكان الطبع ص110 و د زكي الدين شعبان "الشرط الجزائي في الشريعة و القانون" مجلة الحقوق والشريعة الكويتية 1977ص 122

[3]- المادة 131 ق م عراقي (القانون رقم 40 الصادر سنة 1951) ، 132 ق م كويتي (صادر سنة 1961) ، 164 ق.م أردني، 266 ق.م يمني

الأردني واليمني وحتى الفرنسي الشروط التي جرت بها العادة ، بينما القانون المدني المصري والسوري والجزائري فلم يتطرقوا للشروط المقترنة بالعقد بنص صريح ومباشر فيما سبقت الاشارة إليه،

المطلب الثاني: أقسام الشروط العقدية بين الشريعة و القانون

الشرط في معانيه و مفاهيمه الواسعة التي تناولتها الدراسة، ينقسم إلى عدة أقسام تختلف باختلاف زوايا النظر إليه، من الناحية الفقهية الإسلامية ومن الناحية القانونية الوضعية، بحيث قسّم فقهاء الشريعة الإسلامية الشرط على أساس مجموعة من الاعتبارات.

الفرع الأول : أقسام الشروط في الشريعة الإسلامية

و أما عن التقسيم القانوني للشرط فنستخلصه من خلال تعريفه القانوني، والذي لم يحدد لنا حقيقة معنى الشرط بل أشار إلى أنواعه

الفرع الثاني : أقسام الشروط العقدية في القانون الوضعي.

الفرع الأول: أقسام الشروط العقدية في الشريعة الإسلامية

سبقت الإشارة أن فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا الشرط على أساس مجموعة من الاعتبارات من حيث اختلاف زوايا نظرتهم له وفق الطرح الآتي:

I. أقسام الشروط من حيث مصدرها:

العبرة في هذا التقسيم هي مصدر الشرط والذي يكون إما شرعيا أو قانونيا، وإما إراديا أو جعليا وقد يكون الشرط عرفيا، وبيانها كالآتي:

1- الشرط الشرعي: والذي سنتناوله باختصار جد شديد كونه لا يدخل في هذه الدراسة للشروط العقدية

و هو ما يكون اشتراطه بحكم الشارع، سواء ما شرع الله عز وجل، أو ما شرعه القانون، كالشروط التي اشترطها الشارع في مختلف أنواع العبادات كشرط الطهارة في الصلاة وشرط الحول في الزكاة... وكذلك الشروط التي اشترطها في مختلف أنواع العقود و التصرفات من بيع وهبة[1]

و يعرفه الأستاذ زكي الدين شعبان بأنه: "ما كان توقف المشروط فيه على وجود الشرط بحكم الشارع ووضعه، لما في ذلك الشرط من الملائمة للفعل و التكميل له حيث لا يصح الحكم بدونه"[2].

و من أمثلة الشروط التي اشترطها القانون: "شرط أهلية لإبرام العقود" والشروط الشرعية متعددة ومتنوعة منها شروط الانعقاد ومنها شروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم.

2- الشرط الجعلي أو الإرادي: هو الذي يرجع تحديد نطاقه إلى إرادة العاقد، ويعرف ابن فارس[3] الشروط الجعلية بأنها "ما كان مصدر اشتراطها المكلف أو العاقد ليحقق له رغبة و قصدا خاصا في العقد، فيجعل العقد مقترنا به أو معلقا عليه" وذلك ما أكده الأستاذ صالح غانم السدلان بقوله:"هو ما يشترط بتصرف المكلف و إرادته"[4]

---

[1]- عبد المجيد طيبي" الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري" مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية –قسم الشريعة- جامعة العقيد لخضر باتنة السنة الجامعية 2003-2004 ص 11-12

[2]- د زكي الدين شعبان" نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة و القانون" دار النهضة العربية – القاهرة 1968 ص 31-32

[3]- ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، من أئمة اللغة و الأدب، ولد في قزوين سنة 329هـ و توفي في سنة 395هـ، من تصانيفه مقاييس اللغة، الإعلام: 193/1

[4]- صالح غانم السدلان "الاشتراط في النكاح" دار معاذ للنشر و التوزيع –الطبعة الثانية –الرياض 1988 ص 24

و تعرف أيضا بأنها ما يتواضع عليه العاقدان من شروط يقيدان به مقتضى العقد المطلق، وقال الشيخ محمد علوشيش الورثلاني في الشرط الجعلي بأنه: "ما يشترطه المتعاقدان أو أحدهما ويكون القصد منه تحقيق المصلحة الخاصة"[1]

و تنقسم الشروط الجعلية من حيث مشروعيتها إلى 03 أنواع:

أ. شرط لا ينافي الشرع بل هو مكمل للعقد وذلك كما لو اشترط المقرض على المقترض رهنا أو كفيلا لضمان سداد القرض

ب. شرط غير ملائم للعقد وينافي مقتضاه كأن يشترط الزوج في العقد عدم الإنفاق على زوجته

ج. شرط لا ينافي العقد ويحقق مصلحة لأحد العاقدين أو كليهما، غير أن العقد لا يقتضيه أي لا يعرف مدى ملاءمته أو عدم ملاءمته للعقد، كالبائع لمنزله بأن يسكنه فترة معلومة وبعدها يسلمه للمشتري.

و نشير في هذا الصدد أن الفقهاء اختلفوا في أحكام هذا النوع من الشروط الجعلية[2].

أما الفرق بين الشرط الشرعي و الشرط الجعلي فيكمن في الأثر المترتب عنهما، ففي الشرط الشرعي أو القانوني ينتفي المشروط بانتفاء الشرط، مثلا ينتفي الإرث بانتفاء شرط الوفاة للمورث، بينما في الشرط الجعلي فقد يوجد المشروط رغم انتفاء الشرط، مثلا إذا اشترط الزوج على زوجته إن غادرت الدار فهي طالق، فالطلاق قد يقع لسبب آخر رغم عدم مغادرتها الدار[3].

3- الشرط العرفي: وهو ما يتقيد به الناس بناء على ما اعتاده جمهور الناس وما ألفوه من قول وفعل، تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن أثره في نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول، مثلا قد نجد

[1]- محمد العلوشيش الورثلاني "الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي و أثر الاختلافات الأصولية فيها" –شركة دار الأمة -1997 ص 28

[2]- نشوة العلواني المرجع السابق ص 46

[3]- كوثر كامل المرجع السابق ص 38

في عرف بعض البلدان الإسلامية تقسيم مهر بناتهم إلى معجل و مؤجل بنسب تختلف من بلد لآخر، أو مثلا حالات البيع بثمن معين دون اشتراط لا تأجيل ولا تعجيل دفعه، لكن المتعارف عليه تقسيط الثمن على أشهر معلومة عرفا أو الأشهر التالية لعملية البيع وذلك الشرط هو كالشرط الجعلي[1]

والشرط العرفي لا يمكن اعتباره شرعا إلا بتوافر الشروط التالية:

أ. أن يكون الشرط مطردا أو غالبا

ب. أن يكون الشرط المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها

ج. أن لا يعارض الشرط نصا شرعيا ولا نصا قانونيا، ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية وحكما ثابتا بحيث العمل بالعرف تعطيلا له

و قد اختلف الفقهاء في مدى تقييد العقود والتصرفات بالشرط العرفي، فذهب الحنفية إلى إجازة الشرط الجاري به العرف وتقييد العقد به، استنادا إلى بعض القواعد العامة كقاعدة "العادة المحكمة" وقاعدة "الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي"[2]، وفي ذلك قد أجاز الفقه الحنفي الشروط التي تخالف مقتضى العقد إذا جرى بها العرف، واعتاد الناس على اشتراطها في عقودهم وتصرفاتهم ، لكن أبا حنيفة[3] أجاز هذا استثناء لأن العرف مما يخص بالقياس، علما أن زفر يأخذ بالقياس فاعتبر هذا الشرط فاسدا، لأنه زائد على مقتضى العقد وغير مؤكد له وفيه منفعة لأحد المتعاقدين.

[1]- لمطاعي نور الدين –مذكرة ماجستير المرجع السابق ص39

[1]- المبسوط للسرخسي-دارالمعرفة-بيروت1993: ج13عن خديجة أحمد كامل أبو العطا " الشروط المشترطة في عقد النكاح "دراسة فقهية مقارنة- رسالة ماجستير – الجامعة الإسلامية –كلية الشريعة و القانون، فلسطين – غزة، 2006 ص36

[3]- أبو حنيفة: النعمان بن ثابت (50-150 هـ)، امتنع عن القضاء و هو إمام المذهب الحنفي، الأعلام 134/9.

و المالكية بدورهم ذهبوا لما ذهب إليه الحنفية في اعتبار شرط العرف، فأجازوا هذا النوع من الشروط، وأساس تنفيذ الشرط المتعارف عليه خاصة في المعاملات المالية ما قرره الفقهاء " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"[1] "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"[2].

أما الشافعية فالأصح عندهم أن العرف لا ينزل منزلة النص الصريح[3] ، فهم إذن لا يتفقون مع الحنفية في مسألة تصحيح العرف للشرط، والتي تعد في الأصل غير صحيحة، لأن ترك القياس بثبوث التعامل بالشرط يعد لديهم مخالفة لحكم النص، ويتفق الحنابلة مع الشافعية في عدم إجازة الشرط الجاري العرف به[4].

أما الإمام أحمد[5] فقد اعتبر الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ، كما اعتبر المعروف عرفا كالمشروط شروطا.[6]

و الخلاصة في ذلك أن أصل الشرط العرفي هو شرط جعلي وهذا الأخير يدخل ضمن الشرط المحض، وهو "ما يمتنع به وجود العلة، فإذا وجد الشرط وجدت العلة، فيصير الوجود مضافا إلى الشرط دون الوجوب، وذلك في كل تعليق بحرف من حروف الشرط"[7] مثل اشتراط الرهن في القرض.

القرض.

[1]- مجلة الاحكام العدلية –دمشق-ط1923/2: م/34 ، د. مصطفى الزرقاء،ج1 ط2، المرجع السابق ص370

[2]- مجلة الاحكام العدلية: م/34 ، د. مصطفى الزرقاء، نفس المرجع ص370

[3]- نشوة العلواني – المرجع السابق ص 89

[4]- الشيخ محمد أبو زهرة " الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية" دار الفكر العربي – القاهرة، بدون تاريخ نشر ص276-277

[5]- أحمد: أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، ولد ببغداد سنة 164هـ، وهو إمام المحدثين كان عن أصحاب الشافعي أول أمره، ومن تصانيفه (المسند) في الحديث، توفي 241هـ الأعلام 177/11

[6]- مجلة الأحكام العدلية م/34 ، د. مصطفى الزرقاء ،ط9، المرجع السابق ص570

[7]- "الشرط في الفقه الاسلامي" المرجع السابق.

II. أقسام الشروط من حيث وظيفتها:

تصدر التصرفات القولية، ومنها العقود في حالتان عامتان من حيث الإطلاق والتقييد.[1]

1- إما تصدر مطلقة منجزة عن المتكلم أي خالية من كل قيد و شرط، فيرتب العقد أو التصرف آثاره فور إنشائه.

2- وإما تصدر من المتكلم مربوطة بأمر يقصد به إما:

1) تعليق وجود العقد
2) تقييد حكمه وآثاره
3) تأخير مفعوله إلى زمن معين

1)- شرط التعليق: التعليق **لغة:** من علق شيء بالشيء وبه: نشب فيه و استمسك به، وعلق الشيء: وضعه عليه، وعلق القاضي الحكم: لم يقطع به.[2]

و التعليق في **الاصطلاح:** ربط حصول أمر بحصول أمر آخر[3]، وعرف بأنه: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، أو أنه ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد[4].

وعرف أيضا بأنه: "ما صدر معلقا وجوده على أمر آخر بإحدى أدوات الشرط"[5].

---

[1]- د مصطفى أحمد الزرقاء ط9 ، المرجع السابق، ص 571

[2]- القاموس المحيط للفيروزبادي ص819، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية،ط3: 645/2. عن د توفيق دياب المرجع السابق ص55

[3]- د مصطفى أحمد الزرقاء ط9، المرجع السابق: 503/1

[4]- الأشباه والنظائر لابن نجيم-دار الكتب العلمية-بيروت-ط1993/1: 334/3. د مصطفى الزرقاء ط9 نفس المرجع :504/1 و د توفيق دياب دياب المرجع السابق ص 56

[5]- د. حسن الشاذلي "نظرية الشرط في الفقه الإسلامي" ص 49-51 ، عن د توفيق دياب نفس المرجع ص56

إذن قسم شرط التعليق العقدي هو ربط وجود العقد بوجود شيء آخر لا يوجد العقد ما لم يوجد ذلك الشيء بإحدى أدوات التعليق.

مثلا: إن سافر مدينك فأنا كفيل بمالك عليه فهذا تعليق للكفالة فانعقاد الكفالة مربوط بتحقيق سفر المدين.

إن: أداة شرط

السفر: جواب شرط (الجزاء)

ويشترط لصحة التعليق للعقد أمور منها:

أ* أن يكون الأمر المعلق عليه وهو الشرط معدوما على خطر الوجود، أي معدوم محتمل الوقوع بمعنى مترددا بين أن يكون أو لا يكون، لأنه لو كان موجودا وقت التعاقد يكون التعاقد صوري و العقد منجزا، ولو كان الشرط المعلق عليه مستحيلا كان العقد باطلا، مثلا: بعتك داري إذا وافق باقي الورثة، وقبل المشتري بذلك فيكون المتبايعان في حالة غير معتزمي تنجيز البيع.

فالحكم هنا أن وجود الأمر المعلق عند تحقق الشرط المعلق عليه، وكأن الشرط سببا للمشروط ومن ذلك القاعدة التالية: "المعلق على الشرط ثبوته بثبوت الشرط."[1]

ب* وأن لا يوجد فاصل أجنبي بين الشرط و الجزاء.[2]

ج* أن يكون الأمر المعلق عليه مستقبلا، بخلاف الماضي فلا يدخل في التعليق[3]

[1]- مجلة الأحكام العدلية: م/82/ د.مصطفى أحمد الزرقاء، ج1ط2، المرجع السابق ص575

[2]- "الشرط في الفقه الاسلامي" المرجع السابق.

[3]- الأشباه و النظائر: ص436 . عن د توفيق دياب المرجع السابق ص 56

د* أن لا يقصد بالتعليق المجازاة، كاتهام الزوجة زوجها بالخيانة، فيرد عليها بقوله مادمت خائنا فأنت طالق، يقع الطلاق ناجزا سواء كان الزوج فعلا خائنا أم ليس كذلك وغضبه منها جعله يجازيها ويؤذيها بالطلاق.

هـ* أن يكون التعليق بين جملتين يربط بينهما بأدوات الشرط[1] ولا عبرة بتقدم إحدى الجملتين أو تأخرها.

و* أن يكون الذي صدر منه التعليق قادرا و مالكا للتنجيز، إلا أن هذا الأمر الأخير فيه خلاف .

2)- شرط التقييد: التقييد بالشرط، أو الاقتران به: فهو التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه.[2]

وعرفه الحموي[3] في حاشيته على ابن نجيم :"أن الشرط التزام أمر لم يوجد في امر وجد بصيغة مخصوصة".[4]

وعرفه آخرون: "التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه"[5]

فالعقد المسمى يرتب آثاره بمجرد انعقاده صحيحا مطلقا، لكن للعاقدين تقييد هذا المطلق في حدود اختلفت آراء الفقهاء حولها، من خلال ذلك نجد أن الأمر المقيد يختص بأمرين:

أ-كونه أمرا زائدا على أصل التصرف، فقد صرح الزركشي في قواعده بأن الشرط ما جزم فيه بالأصل (أي أصل الفعل) و شرط فيه أمر آخر، فهو ليس عنصر أساسي في تكوين العقد

---

[1]- عدنان خالد التركماني "ضوابط العقد في الفقه الإسلامي" دار الشروق – الطبعة الأولى: 1991 ص244

[2]- د. مصطفى أحمد الزرقاء،ج1 ط2-المرجع السابق ص575

[3]- الحموي: شهاب الدين أحمد بن محمد المكي، أبو العباس الحسني الحموي، من علماء الحنفية تولي إفتاء الحنفية، من تصانيفه غمز عيون البصائر شرح الأشباه و النظائر توفي 1098 الأعلام الأعلام 239/1

[4]- حاشية الحموي على الأشباه –دار الكتب العلمية-بيروت:224/2 – عن "الشرط في الفقه الاسلامي" المرجع السابق

[5]- د فتحي الدريني "الفقه المقارن"-مطبعة جامعة دمشق-ط1997/5: ص539 – عن د توفيق دياب المرجع السابق ص 62

ب-كونه أمرا مستقبلا مقرونا بالعقد[1]

ومثال ذلك أن يشترط المشتري لبضاعة معينة على البائع نقلها إلى محله، و يلتزم البائع بذلك ضمن عقده، هذا الالتزام المشترط على البائع لا يقتضيه البيع المطلق الذي تنتقل ملكيته بالعوض (الثمن).

ومثال آخر في ذلك الوكيل الذي تقيد وكالته بشرط، مثلا شراء شيء معين بالتقسيط وفق عدد محدد ومدة محددة، فلو اشتراه نقدا ودفعة واحدة فهو شراء للوكيل نفسه وليس لموكله، لأنه لا يلتزم به، وهكذا يقال في تخريج كل مثال من هذا القبيل، فالمقيد هنا هو حكم العقد المنشأ، و القيد هو الشرط الذي التزم به العاقد ما التزم علاوة على الحكم الأصلي للعقد[2]

و يلاحظ هنا أن العقد في حالة التقييد هو منجز مبرم ليس معلقا وجوده على شيء، لأن معنى التقييد يشعر بوجود الأمر المقيد، و يرجح الدكتور مصطفى الزرقاء تسمية هذا النوع "تقييدا" كما جاء في اصطلاح الحنفية لا "اقترانا" كما يسميه بعضهم[3]، لأن الاقتران معنى ينطبق على التعليق و الإضافة أيضا، فلا يدل على الخاصة التي يتمتع بها هذا النوع وهو تقييد أثر العقد، ويصاغ التقييد عادة بعبارة "على أن" أو "على شرط أن" أو "بشرط أن" ونحو ذلك مما يفيد معنى التقييد لآثار العقد.

هذا و نجد أن الشروط التقييدية للتصرفات تصدر إما صحيحة أو باطلة، و كذلك فاسدة وهي محطة ثالثة بين الصحة و البطلان أضافها السادة الأحناف، إلا أن غيرهم من الفقهاء لم يفرقوا بين الفساد و البطلان فكلاهما واحد.

[1]- د مصطفى أحمد الزرقاء، ج1-ط2 المرجع السابق ص 576

[2]- ر: ق 2/43 د مصطفى الزرقاء نفس المرجع ص 576

[3]- نشوة العلواني –المرجع السابق: ص 38

وكل من الشروط الصحيحة و الباطلة هي تشكل تقسيم آخر للشرط من حيث ترتيب آثاره، وتقسم بدورها إلى أنواع سيأتي بيانها لاحقا من خلال ضوابط الشروط المقترنة بالعقود.

3)– الشروط الإضافية: أو تأخير سريان أحكام العقد إلى زمن المستقبل[1]

الإضافة: هي تأخير حكم التصرف القولي المنشأ إلى زمن مستقبل معين [2] وذلك كما لو قال الموكل: "وكلتك في جميع شؤوني منذ الشهر أو السنة القادمة".

والعقد المضاف: وهو ما يصدر بصيغة الإيجاب إلى زمن مستقبل[3] ومثال ذلك أجرتك منزلي بدخولي موسم الصيف الآتي.

و حكم العقد المضاف أنه ينعقد في الحال، أي أنه عقد قائم بأركانه منذ انشاء الإضافة، ولكن الأثر المترتب عليه لا يوجد إلا إذا جاء الوقت المحدد الذي أضيف إليه العقد[4]، وكأن المتعاقدان أوقفا سريان آثار العقد إلى زمن أو أجل محدد في المستقبل، لذلك قرر الفقهاء أن من أضاف عتق عبده إضافة إلى المستقبل كقول: "أنت حر منذ الغد" لم يعد مالكا لبيع عبده رغم بقائه رقيقا قبل يوم الغد، لأنه قد انعقد له سبب الحرية بهذه الإضافة، فالعتق موجود، لكن ظهور أحكامه مؤخرة إلى أجل مسمى.[5]

* و الزمن المستقبل قد يكون ملحوظا، فيكون مضافا بدون تصريح بالإضافة، ومن العقود المضافة بطبيعتها نجد الوصية و الايصاء كمن يوصي بجزء من أملاكه للفقراء و المساكين، فأن الوصية تفيد

[1]– وهبة الزحيلي المرجع السابق ص 102

[2]– د مصطفى أحمد الزرقاء، ج1ط2، المرجع السابق ص 577

[3]– د. توفيق دياب المرجع السابق ص 60

[4]– د. توفيق دياب نفس المرجع ص 61

[5]– د. مصطفى الزرقاء ،ج1ط2،المرجع السابق ص 579

معنى الإضافة إلى ما بعد الموت، بشرط أن لا تشكل الوضعية تبرعا أو هبة أو صدقة لأنها تقع منجزة.

* و تصاغ بالإضافة عادة بذكر الزمن على سبيل الظرفية للتصرف الإنشائي المضاف بشكل واضح و دقيق، وقد تكون هذه الصيغة مطلقة على الاقتران بشرط كالمثال السابق وعلى العكس قد تكون صيغة العقد المضاف مقترنة بالشرط كقول أجرتك منزلي في موسم الصيف الآتي بشرط أن ترممه بقيمة ثمن الإيجار.

* وقد تأتي صيغة الإضافة بطريقة التعليق على مجيء الزمن[1] فإذا استعملت فيها أدوات الشرط التعليقية السالفة البيان اعتبرت تعليقا محضا لا إضافة، كما لو قال أحد "إذا جاء الشتاء القادم بعتك جميع الملابس الصوفية التي ينتجها مصنعي.

وفي هذه الحالة تأخذ أحكام التعليق لا أحكام الإضافة، لأن أصل انعقاد العقد حينئذ يكون معلقا على مجيء الزمن المعين ومربوطا به ارتباط المشروط بشرطه، كتعليق على أي حادث آخر، وليس معقودا في الحال و مؤخر الحكم إلى زمن المستقبل بالصورة التي سبق شرحها في معنى الإضافة الاصطلاحي.[2]

4)- الفوارق بين مقتضيات التعليق و التقييد و الإضافة:

يتفق كل من التعليق و التقييد أنهم من قبل العاقد و إرادته و اختياره، فهم من قبيل الشروط الجعلية، فيخرجون بذلك عن الشرط الشرعي الذي شرطه الشارع.

[1]- عدنان خالد التركماني – المرجع السابق ص 246

[2]- ر: الأشباه و النظائر لابن نجيم، الفن الثاني، كتاب الطلاق 255/1. عن د مصطفى الزرقاء ،ج1ط2،المرجع السابق ص 577

– أن كلا منهما لا يكون إلا أمرا مستقبلا، لكن التعليق و التقييد فمعدومان على خطر الوجود أما الإضافة فالزمن محقق القدوم وليس على خطر الوجود و العدم.[1]

– أن كلا من التعليق و التقييد زائد على أصل التصرف، ولا يتوقف وجود العقد في ذاته على وجود أي منهما، فالعقد المعلق على شرط عند الشافعية منعقد في الحال سببا للحكم، فالتعليق يؤخر وجود الحكم إلى وقت وجود الشرط المعلق عليه، بينهما التعليق عند الحنفية فينبني عليه عدم وجود العقد وعدم وجود أحكامه إلا بتحقق المعلق عليه.

– و التفرقة بين العقد المعلق و العقد المضاف عند مذهب الحنفية، لكن الشافعية قالوا بعدم التفريق باعتبار وجود العقد في حالتي التعليق و الإضافة، فالتعليق يمنع ترتب الحكم حتى يقوم الشرط، والإضافة حتى يجيء الوقت المضاف إليه.[2]

إن التعليق لا سلطان له على آثار العقد و أحكامه، بمجرد وجود الشرط المعلق عليه يوجد العقد بمطلق آثاره و أحكامه، بينما في التقييد فيأتي عمله في المرحلة المقبلة أي تحقق أحكام العقد وآثاره، فعمل التقييد يقتصر على أحكام و آثار العقد، فيقيدها بعدما كانت الإدارة مطلقة التصرف فيها.

– يتضح مما تقدم أن في حالة التعليق إذا وجد الشرط المعلق عليه فإنما يثبت الحكم المعلق مقتصرا لا مستندا، أي إنما يعتبر موجودا عند وجود الشرط لا عند التعليق، إذ لو اعتبر له بعد تحقق الشرط استنادا لتاريخ التعليق، أي بأثر رجعي، لازم ذلك تقدم العقد المشروط على شرطه وهذا بخلاف

[1]– د. مصطفى الزرقاء نفس المرجع ص 579

[2]– د. توفيق دياب المرجع السابق ص 61

المعقول[1]، كمن علق توكيله في بيع بضاعة بشرط وصولها سليمة، فباعها الموكل إليه قبل وصولها فإنه فضولي في بيعه لأن الوكالة في البيع لا تثبت إلا بعد وصول البضاعة سليمة.

5)- قابليات العقود للشروط : التعليقية و التقييدية و الإضافية

ليست جميع أنواع العقود و التصرفات القولية في نظر جمهور الفقهاء قابلة لكل نوع من الشروط العقدية الثلاثة: التعليق و التقييد و الإضاف، فمن العقود و التصرفات القولية ما يقبل هذه الشروط جميعا، فيصح تعليقها و تقييدها وإضافتها، ومنها ما يقبل بعضها دون البعض.

و المذاهب الاجتهادية على اختلاف في هذه القابليات، و إن أوسعها هو الاجتهاد الحنبلي و هو حد وسط بالنسبة إلى بقية الاجتهادات،

* و نظر الاجتهاد الحنفي في قابلية العقود للشروط يمكن تلخيصه كالآتي:

1- المعاوضات المالية، والتبرعات، والنكاح، لا تقبل التعليق ولا الإضافة مطلقا، بل يجب أن تنعقد منجزة فإذا علقت على شرط أو ضيفت إلى زمن مستقبل بطلت، حتى لو وجد الشرط المعلق عليه، أو جاء الزمن المضاف إليه لا ينعقد العقد، والشافعية يوافقون الحنفية في عقود المعاوضات و التبرعات جميعا[2]، و المالكية يوافقونهم في المعاوضات و يختلفون معهم في التبرعات، حيث يجيزون التعليق فيها، لأنه لا يترتب عليه ضرر منها ولأن الغرر فيها لا يلحق الضرر بواحد من المتعاقدين ، فأي ضرر يكون في قول أحد لابنه إن نجحت في الامتحان وهبتك سيارتي، لو تحقق الشرط وجبت الهبة وإن لم يتحقق لا يلحق الموهوب ضرر من ذلك.

إلا أن المذهب الحنفي يستثنى مما سبق ذكره الوصية و الإجارة و الإعارة:

---

[1]- د. مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص 580

[2]- حاشية الشرقاوي - دار المعرفة- بيروت: 20/2، المذهب الشيرازي -دار القلم- دمشق ط1996/1: 45/3، عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 57

أ* فالوصية و الوقف، يقبلان التعليق على الموت و الإضافة إلى ما بعده تسهيلا لأعمال الخيرات و الميراث و تشجيعا كليها.

ب* الإجارة والإعارة، يقبلان الإضافة إلى المستقبل دون التعليق لأن معنى الإضافة موجود في طبيعتها لكونهما عقودا زمنية (بمعنى أن الزمن المستقبل هو عنصر أساسي في تنفيذها). إذ لو كانت الإجارة و الإعارة منجزتين تعتبران في قوة عقود مضافة متجددة مع آناء الزمن المستقبل لورودهما على المنافع المستقلة المتجددة.

2- الإطلاقات و الولايات و القيادات و الالتزامات كالكفالة و الجوالة و الإذن للصبي بالتجارة والتقييدات كالرجعة و الإقالة فهي تقبل التعليق بالشرط الملائم دون غير الملائم او تقبل أيضا التقييد بالشرط و الإضافة إلى المستقبل.و الشرط التعليقي الملائم هو الذي يكون بينه وبين الأمر المعلق عليه مناسبة تستدعي ترتيبه عليه [1] كقول: "إن سافر مدينك أنا كفيله" أما قول مثلا "إن هبت الريح فانا كفيلك" يصح التعليق لعدم ملائمة الشرط .

3- الإسقاطات المحضة كالطلاق و التنازل عن الشفعة و الوكالة و الوصية تقبل التعليق بالشرط مطلقا ملائما أو غير ملائم كما تقبل الإضافة في المستقبل.

4- المعاوضات المالية كالبيع و الإجارة ونحوهما تقبل التقييد بالشرط التقييدي الصحيح ويلزم الوفاء بما اوجبا الشرط من التزامات[2].

[1]-د.مصطفى الزرقاء،ج1 ط2 المرجع السابق ص582

[2]- د.مصطفى الزرقاء،ج1 ط2 المرجع السابق ص583

5- أما فسخ العقود فإن الظاهر من عبارات الفقهاء بأن فسخ كل عقد يعتبر كأصل عقده في قابليته لهذه الشروط من تعليق و تقييد و إضافة، فقد صرحوا بان فسخ البيع و الإجارة يقبل من الشروط ما يقبله عقدهما[1].

و الأستاذ مصطفى احمد الزرقاء اظهر بان ما سبق هو نظر فقهي عام في فسخ كل عقد، وليس في فسخ البيع و الإجارة[2].

* أما عن المذهب الحنبلي فيما يتعلق بقابلية العقود للشروط، فقد أجاز الحنابلة التعليق في الجميع العقود و الالتزامات و الفسوخ ودليلهم في ذلك الحديث النبوي الذي رواه عمر بن عوف المزني أن رسول الله صلى الله عليه و اله و سلم قال .. **الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، و المسلمون على شروطهم إلا شرط حرم حلالا أو احل حراما.**[3]

و لله در بن القيم[4] الذي يعلل ذلك بالآتي:" إن تعليق العقود و الفسوخ و التبرعات والالتزامات و غيرها بالشروط أمر قد تدعوا إليه الضرورة أو الحاجة أو المصطلحة، فلا يستغني عنه المكلف"[5].

و نص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط، وقد علق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب عقد المزارعة بالشرط فكان يدفع أرضه إلى من يعمل عليها إن جاء عمر بالبذر فله كذا، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا، كما يعلق الطلاق، و قال أيضا بجواز تعليق البيع بالشرط في قوله: "إن بعت

---

[1]- نفس المرجع ص 583

[2]- اعتمد الأستاذ مصطفى الزرقاء في تحرير قابليات العقود للشروط في الاجتهاد الحنفي: رد المختار والدرر شرح الغرر و البحر الرائق و غيرها من كتب المذهب للحنفي في باب ما يفسد بشرط الفاسد و لا يصح تعليقه بالشرط في كتاب البيوع

[3]- البخاري تعليقا794/2، أبو داوود 304.3 .الترميذي :3/634 وقد صححه و انكر عليه، عن د.توفيق المرجع السابق ص58

[4]- ابن القيم الجوزية : محمد بن بكر الدمشقي (690-751هـ)، هو فقيه حنبلي و تلميذ بن تيمية، تصانيفه: "طرق الحكمية"، "زاد المعاد"، "أعلام الموقعين"، الأعلام 56/6.

[5]- إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، مطبعة السعادة-المطبعة المنيرية، القاهرة ط1: 3/339-340 باختصار، عن مصطفى الزرقاء ط9 المرجع السابق ص569

هذه الجارية فأنا أحق بالثمن، كما رهن الإمام أحمد نعله وقال للمرتهن" إن جئتك بالحق إلى كذا وإلا فهو لك، وكذلك تعليق الإبراء جائز عنده.[1]

و في ذات المقام يقول ابن القيم كلاما نفيسا مخلدا بعد أن استعرض في كتابه "إعلام الموقعين" بعض نصوص الشريعة وآثار السنة المروية في قاعدة الشروط، و الروايات الثابتة عن الإمام أحمد في تعليق العقود و تقييدها بالشروط، فيقول نصه: "والمقصود أن للشروط عند الشارع شأنا ليس عند كثير من الفقهاء... فهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه الدليل فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص"[2].

وتجدر الإشارة أن الاجتهاد الحنفي في تأثير الشروط على أنواع العقود و التصرفات لم يبقى له قيمة عملية، على عكس المذهب الحنبلي وبعض الآراء الفقهية الاجتهادية في الفقه الإسلامي، التي سعت إلى التعميم الذي يقتضي صحة التعليق و التقييد و الإضافة في جميع الالتزامات و العقود، ووافقها في هذا التعميم القوانين الوضعية وفقا لما ستجري عليه الدراسة.

III. تقسيمات الشرط من حيث موضعه (مكانه) :

ينقسم الشرط من حيث مكانه من العقد إلى ثلاثة (03) أقسام:

1- الشرط المتقدم: وهو الشرط الذي يضعه المتعاقدان قبل إبرام العقد، لكن لا يتطرقان إليه عند إبرام العقد لا بالنص و لا الإشارة، وسمي بالشرط السابق، لكن الإشكال الذي يثار بخصوص هذا الشرط: هل يلحق بالعقد رغم عدم إدراج متعاقدين له في عقدهما؟

في جواب الفقهاء: ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بالتحاق الشرط السابق بالشرط المقارن للعقد، وثبوته في العقد و تأثيره عليه، بينما يرى كل من الشافعية و الإمام أحمد بن حنبل في رواية

[1]- أعلام الموقعين: 3/399-400، عن د توفيق دياب المرجع السابق ص 58

[2]- إعلام الموقعين، 3/339-340 باختصار، عن مصطفى الزرقاء ط9 المرجع السابق ص569

عنه، إلى أنه لا تأثير للشرط المتقدم على العقد بل يكون مجرد وعد غير لازم، لأن ما قبل العقد لغوا لا يلتحق به[1]، وفي هذا الصدد سئل الإمام ابن تيمية[2] عن من شرط على زوجته بألا يخرجها من بلدها، أو ألا يتزوج عليها، وكان الاتفاق على هذه الشروط واقعا قبل الزواج لكن العقد لم يجري فيه ذكر هذه الشروط، فهل هذه الشروط هي صحيحة لازمة؟

* فأجاب بأنها تكون صحيحة لازمة ما لم يبطلاها، مستندا في فتواه هذه إلى عامة النصوص الواردة في الكتاب و السنة والتي تحدث على الوفاء بالعهود و العقود و الشروط و النهي عن الغدر.[3]

و يروي الإمام ابن القيم بأن الراجح من هذه الأقوال هو التسوية بين الشرط المتقدم والمقارن، لأن القول بعدم التسوية بينهما يفتح باب التحايل إلى الشروط المحرمة، حيث يتفق المتعاقدان على شرط غير مشروع قبل العقد ثم يسكتا عنه عند إبرام العقد ليتما غرضهما غير المشروع، عندئذ لا فائدة من التفريق بين متماثلين افترقا في تقدم اللفظ أو تأخره مع تساويهما في المعنى و الحقيقة[4].

2- الشرط المقارن: سمي كذلك لأنه يذكر أثناء إبرام العقد مقارنا و مرافقا له بالصيغة الدالة عليه[5] وهو شرط مرتب لآثاره في العقد، فلا خلاف بين الفقهاء حول ثبوت هذا الشرط في العقد وتأثيره فيه يختلف باختلاف الشرط صحة و فسادا – ويعرفه الأستاذ زكي الدين شعبان بأنه: "التزام أمر لم يوجد في امر وجد بصيغة مخصوصة أو هو التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة اطلاقه، أو أنه ما جزم فيه بالأصل و شرط فيه أمر آخر" فالشرط المقارن للعقد هو الذي لا يعلق عليه وجود الشيء أو انعدامه، و إنما هو أمر زائد يضاف إلى الشيء بحيث يقترن بالعقد

---

[1]- نشوة العلواني – المرجع السابق ص 92

[2]- ابن تيمية: شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم، ولد سنة 661هـ، فقيه حنبلي، من تصانيفه "الفتاوى" و "نظرية العقد"، توفي في سجنه بدمشق لفتواه في الطلاق سنة 728هـ ، الأعلام: 1/ 140-141

[3]- ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية ، المجلد 32، (النكاح)، مكتبة المعارف، المغرب بدون سنة ص166-167. عن يوسف مسعودي " الاشتراط في عقد الزواج" المرجع السابق ص 15.

[4]- كوثر كامل على، المرجع السابق ص 43

[5]- محمد علوشيش الورثلاني، المرجع السابق ص 35

بكلمة: "بشرط كذا" أو "على أن يكون كذا" أو "بشرط أن" ويكون العقد المقترن بالشرط منجزا، وليس معلقا على شيء، لأن معنى التقييد يدل على وجود الأمر المقيد[1] فالعقد المقترن بالشرط مقيد به، والشرط المقارن هو التزام جديد زائد على أصل العقد ينشئه العاقدان لزيادة أو تقوية التزامات العقد[2].

3- الشرط المتأخر: وهو شرط لاحق، يشترطه المتعاقدان بعد إبرام العقد، وقد اختلفت آراء الفقهاء حول مدى تأثير هذا الشرط على العقد والتحاقه به:

فذهب فقهاء المالكية إلى أن الشرط المتأخر لا يلتحق بالعقد مطلقا صيحا كان أم فاسدا، وسواء اشترط قبل العقد أو بعد لزومه.

أما الشافعية و الحنابلة فذهبوا إلى القول بالتحاق الشرط المتأخر بالعقد إذا اشترط قبل لزوم العقد، وإن كان بعد لزوم العقد فلا يلتحق به[3]

بينما ذهب أبو الحنفية إلى القول بالتحاق الشرط المتأخر بالعقد مطلقا[4]

و الرأي الراجح هو التحاق الشرط المتأخر بالعقد، لأن الإقرار بذلك يسمح للمتعاقدين بتحقيق منافع و مصالح مختلفة قد يكونا غفلا عنها وقت التعاقد بشرط أن يتم إدراج هذا الشرط المتأخر في عقد رسمي و يعتبر ذلك تعديلا للعقد السابق[5] وظاهر مذهب أحمد بن حنبل قد سوى في في الاعتبار بين الشروط المشروطة في صلب العقد، و الشروط المتفق عليها قبل العقد ولو لم يصرح

[1]- رشدي شحاتة، المرجع السابق ص 75-76-77

[2]- رشدي شحاتة، المرجع السابق ص 78

[3]- زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد المرجع السابق ص 56-57

[4]- نشوة العلواني، المرجع السابق ص93

[5]- يوسف مسعودي " الاشتراط في عقد الزواج" المرجع السابق ص 17

بها حال التعاقد، مادام العاقد إنما اعتمد عليها لأن الأمر بالوفاء بالشروط و العقود و العهود يتناول الحالين[1].

الفرع الثاني: أقسام الشروط العقدية في القانون

لما كان نهج الشريعة الإسلامية بصدد تقسيمات الشرط فيه قدر كبير من التفصيل، فقد اجتهدت على أثره محاولة مطابقة نهج القانون الوضعي له، ذلك حتى تنجلي الدراسة المقارنة بين الشريعة و القانون.

I. تقسيم الشرط من حيث مصدره:

1- الشرط القانوني: حكمه حكم الشرط الشرعي، فهوما وضعه الشارع الوضعي، وهذا ما سبق بيانه في تعريف الشرط الشرعي،ونشيردائماأنه لايدخل في دراستنا للشروط العقدية.

2- الشرط العرفي: إن القانون الوضعي على عكس الشريعة الإسلامية عند فقهاء الحنفية والمالكية، التي أوجدت للشرط العرفي مكانا بحيث يرتب أثاره، فالتشريعات الوضعية تفرض قاعدة إجرائية تنظيمية تقضي بوجوب أن يكون الشرط مكتوبا في صلب العقد أو في عقد رسمي لاحق، فمن يحرص على شرط معين يجب عليه أن يحرص على كتابة في العقد، إن كان راغبا فعلا في أن لا يفوته مضمون شرطه[2]، وإن أهمية هذه القاعدة الإجرائية تكمن في ضمان استقرار المعاملات و العقد، وتجنب المنازعات، من ذلك ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة بغرض ضمان المشارطات.

إلا أن هذا الطرح لا يخص إلا بعض العقود بما فيها عقد النكاح ، لأن الثابت عن العرف أنه يجري مجرى القانون في المسائل التجارية و المعاملات البحرية وعقود التأمين و الحساب الجاري، و في

[1]- كشاف القناع على متن الإقناع ، البهوتي، دار الفكر ، بيروت1988: 52/3. عن د مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص 559

[2]- أحمد خليفة العقلي "الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية" الدار الجماهيرية للنشر و التوزيع و الإعلان، ليبيا 1990 ص 60

ذلك نص القانون المدني العراقي على أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، و التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.[1]

و كما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه، ويتصل بالعرف الشروط المألوفة "clause de style" فتضاف للعقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه[2]، وقد نصت عليها بعض القوانين المدنية [3] صراحة بما فيها العراقي و الأردني و اليمني متأثرة بالفقه الإسلامي ممن صحح لشرط العرفي، و بدوره نص القانون الفرنسي على الشروط المطبقة عادة[4] وقضت في ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرار لها:" أي شرط في العقد ينتج مفعوله الطبيعي سواء كان مألوفا أم شرط استعمال"[5] و هي شروط أكثر تحديدا من العرف، ذلك أن هناك عقودا أصبح من المألوف فيها أن تشتمل على عبارات معينة، حتى صار تكرار هذه العبارات غير ذي فائدة، وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط ولو لم تذكر[6] لأنها أصبحت عرفا بهذا العقد، مثل ذلك ما جرت عليه العادة في الفنادق و المطاعم و المقاهي من أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفح بها الخدم، فهذا شرط ينفذ حتى ولو لم يره مكتوبا، ولكن عند تعارض شرط مألوف مع شرط خاص أدرج في العقد، فالشرط الخاص هو الذي يعمل به[7]

---

[1]- المادة 163 / 1 ق م عراقي

[2] -[دى باج ج 2 ص440 بند 469 و أحكام النقض البليجيكي، د.عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني/ مجلد 1،ط 3 الجديدة ص 693

[3]- المادة 1/131 ق م عراقي، المادة 164 ق م أردني، المادة 266 ق م يمني.

[4]- المادة 1160 ق م فرنسي

[5]- الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 03 آيار 1968، أشار إليه جاك غستان- المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد و آثاره- ترجمة منصور القاضي ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع- 2000-ص 63.

[6]- [بحث ليكومت (le comte) عن الشروط المألوفة –والمجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1935 ص 305 – و (زوكتا) zuchetta–رسالة من أكس سنة 1942، عن الوسيط للسنهوري مج1ط3 المرجع السابق ص 693.

[7]- استئناف مختلط في 6 يونيو سنة 1944م 66 ص182 ونقض فرنسي 26 أبريل 1932 –دالوز الأسبوعي 1932 ص 315 –دي باج ج 2 بند 469 – عن الوسيط للسنهوري نفس المرجع ص 694.

3- الشرط الجعلي: باعتبار انه من جعل إرادة المتعاقدان يضمنانه في عقدهما، و أشير من خلاله إلى ما سبق بيانه في التعريف القانوني بالشرط العقدي، الذي أوضح أنه ينقسم إلى نوعين أساسين: شرط واقف وشرط فاسخ، و يمكن اعتباره تقسيم للشروط من حيث آثارها:

أ* الشرط الواقف أو الموقف: condition suspensive [1] والذي يعلق نشوء الالتزام على تحققه، ويجعله متوقفا على أمر مستقبل محتمل: فالالتزام قبل تحقق الشرط غير موجود[2]، ويترتب على تحققه وجود الالتزام وقيامه، ويترتب على تخلفه منع الالتزام من الوجود مثل ذلك: قول الموظف لآخر أجرتك منزلي هذا لسنة بكذا، إن نقلت وظيفتي إلى بلد آخر، فالإجارة هنا معدومة بين الطرفين قبل وقوع شرط النقل.

أو قول الأب لابنه وهبتك سيارتي إن قبلت الزواج بفلانة، فالزواج من فلانة شرط واقف إن تحقق وجب التزام الأب بالهبة، وإن تخلف الشرط لا ينشأ العقد ولا الالتزام[3].

ب- الشرط الفاسخ: condition résolutoire شرط يعلق زوال الالتزام على تحققه، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، والالتزام في هذا النوع موجود بل تحقق الشرط، بحيث يترتب على تحققه زوال الالتزام القائم ويترتب على تخلفه بقاء الالتزام و تأييده، وهو شرط إلغاء، لأنه يتوقف عليه إلغاء الالتزام و زواله.

مثال ذلك: إذا أجر أحد أرضا فضاء، وعلق زوال الإيجار على صدور ترخيص بالبناء فإن هذا الشرط يكون فاسخا، حيث يجعل الزوال نصيب هذا الالتزام، فمادام لم يصدر ترخيص بالبناء يستمر الالتزام بالإيجار، وإذا تحقق الشرط وصدر الترخيص امتنع الالتزام و ألغي.

---

[1]- ترجم علماء القانون المصري كلمة condition suspensive في القانون الفرنسي بالشرط الواقف ودرج على ذلك القضاء المصري، لكن د مصطفى الزرقاء يرجع لفظ "موقف" اشتقاق من أوقف حتى لا يشتبه على الطلاب اسم "الشرط الواقف" من "شرط الواقف" الخاص بأحكام الأوقاف وهو بعيد عن صلب الموضوع.

[2]- د عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ص111 و د زكي الدين شعبان "الشرط الجزائي" المرجع السابق ص 123

[3]- المادة 205 ق م جزائري

ومثاله أيضا: من يقول استأجرت دارك على شرط إن جهز منزلي الجديد انتقلت إليه وانفسخت الإجارة، فالإجارة قائمة بين الطرفين لكنها تفسخ بوقوع شرط أن يجهز المنزل الجديد وينتقل إليه.

- فالفارق الأساسي بين الشرط الموقف و الفاسخ في الحكم هم أن الالتزام في الشرط الموقف معدوم محتمل الوجود، وفي الشرط الفاسخ موجود محتمل الزوال، فهو اختلاف في النتائج نشوء أو زوال الالتزام لا اختلاف في طبيعته الشرط و نوعيته، لأن كلا النوعين يدخلان تحت الشرط التعليقي فهما تقسيمان للشرط التعليقي من حيث أثره في الالتزام. ورغم ذلك يبقى هناك اختلاف طفيف في النظرة الفقهية الإسلامية حيث أن:

النوع الأول في الفقه الإسلامي لا يسمى واقفا بل تعليقا (معلق) و-حكمه- هو نفس الحكم المقرر قانونا وهو توقف وجود الالتزام على تحقق الشرط.

و النوع الثاني في الفقه الإسلامي لاسيما فاسخا يدخل في الشرط التقييدي(المقيد) في بعض الصور، التي يترتب على تحقق الشرط زوال الالتزام تلقائيا دون حاجة للجوء للقضاء لاستصدار حكم بذلك بموجب القانون.

من خلال هذا الطرح يتضح أن شراح نظرية الالتزامات في الفقه الأجنبي لم يميزوا بين التعليق على الشرط و التقييد بالشرط، كما ميز فقهاء الإسلام ذلك التميز الدقيق المستند إلى اختلاف ماهية هذين النوعين، فعلماء القانون قد أخلطوا بينهما.

لقد أبرزت الدراسة موقف القانون من تقسيم الشرط إلى تعليقي وتقييدي ضمن الشروط الجعلية، والتي يدخل تحتها كتقسيم ثالث شرط الإضافة، إلا أن القوانين الوضعية تعبر عن هذا الشرط

باصطلاح "الأجل"[1] وقد تناوله المشرع الجزائري من خلال نصوص المواد 209-211 قانون مدني، و المشرع الفرنسي في المواد 1176 و 1177 قانون مدني.

ج- شرط الإضافة (الأجل): تعريف الأجل: هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه دون أن يكون لذلك أثر رجعي، وكما هو واضح من هذا أن الأجل إما أن يكون واقفا يترتب عليه إرجاء نفاذ الالتزام، وإما أن يكون فاسخا فيؤدي إلى انقضاء الالتزام، و الأجل الفاسخ لا يعتبر وصفا للالتزام بالمعنى الدقيق لأنه لا يعدل من آثار الالتزام، فلا يجوز للدائن أن يطلب تنفيذ الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ فور نشوئه، لأن الأجل الفاسخ هو الذي يحدد النطاق الزمني للالتزام[2].

1) أقسام الأجل من حيث أثاره:

أ. الأجل الواقف: يكون الأجل واقفا إذا أضيف إلى حلوله نفاذ العقد، فالعقد موجود ومستكمل لعناصره و أركانه بدون أجل، لكن نفاذه أضيف إلى الأجل، فلا يمكن المطالبة بتنفيذه فإذا حل الأجل أمكن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه مثال ذلك: عقد القرض فالمقترض يلتزم برد ما اقترضه بعد مدة من تسلمه له، فإن حل الأجل المعين وجب عليه الوفاء، و أن لم يوفي في الوقت المعين اعتبر الشرط متخلفا، أما إذا لم يعين وقت الوفاء للشرط أن يتحقق في أي وقت لاحق، إلا إذا كان الوفاء أصلا مستحيلا و لن يقع.

ب. الأجل الفاسخ: يكون الأجل فاسخا إذا أضيف إليه انقضاء العقد، مثال ذلك: عقد الإيجار فهو ينقضي عند انتهاء مدته و يزول حق المستأجر بالانتفاع، بالعين المؤجرة.

[1]- الشرط و الأجل في التقنين المدني الجزائري- المرجع السابق .

[2]- الشرط و الأجل في التقنين المدني الجزائري -المرجع السابق.

2) أقسام الأجل من حيث مصدره :

أ. الأجل الاتفاقي: لأن الأصل في الأجل أن يتفق عليه المتعاقدان كتأجيل دفع الثمن إلى ميعاد لاحق اتفاقا صريحا، كما قد يكون اتفاقا ضمنيا يستخلص من طبيعة المعاملة كالاتفاق على تبريد محل في الشتاء في حين أن الفائدة منه تكون في الصيف.

ب. الأجل القانوني: يحدده القانون كالتأمين على الحياة، يحل أجل دفع مبلغ التأمين بالموت

ج. الأجل القضائي: يتدخل القاضي لتحديده و سمي بالنظرة الميسرة، رأفة بالمدين العاجز عن الدفع لتخفيف عبء الالتزام عليه.

و للأجل خصائص ثلاث: كونه – أمرا مستقبلا – ومحقق الوقوع – وأمرا عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفي عناصره الجوهرية، فهو بذلك شرط لأنه وصف مثله[1].

نخلص أخيرا إلى أن كل من الأجل و الشرط يعتبران من أوصاف الالتزام، فهما يتفقان في أشياء ويختلفان في أشياء أخرى.

حيث أن كل من الشرط و الأجل أمر مستقبل، وكلاهما ينقسمان إلى شرط واقف وأجل واقف وإلى شرط فاسخ و أجل فاسخ، إلا أن الشرط أمر غير محقق الوقوع بينما الأجل أمر محقق الوقوع.

و الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود ولكنه ناقص، بينما الحق المقترن بأجل واقف فهو حق موجود كامل الوجود، والحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود مهدد بالزوال، وأخيرا لتحقق الشرط كقاعدة عامة أثر رجعي، أما حلول الأجل فليس له أثر رجعي.

[1]– الشرط و الأجل في التقنين المدني الجزائري –المرجع السابق

3. تقسيم الشروط من حيث موقعه أو مكانه:

هو كما سبقت الإشارة يقسم على شرط متقدم وشرط مقارن وشرط متأخر، وأشير في ذلك لما أتى به المشرع الجزائري في قانون الأسرة الذي تبنى رأي الشافعية و الحنفية القاضي بعدم تأثير الشرط المتقدم على العقد وهذا ما يظهر جليا في المادة 19 منه التي أباحت للزوجين الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، لأنه من المفترض أنه لا يوجد ما يمنع المتعاقدين من إدراج الشرط السابق في صلب العقد إلا أن يكون قد قصد بذلك التحايل على القانون، لذلك الأجدر لهما النص على الشرط المتقدم في العقد حتى يصبح مقترنا به وبذلك يأخذ حكم الشرط المقترن بالعقد.

أما بالنسبة للشرط المتأخر فالإقرار به قانونا يكون بدوره بشرط إدراجه في عقد رسمي ويعتبر ذلك تعديلا للعقد السابق، فهو يسمح للمتعاقدين بتحقيق منافع ومصالح مختلفة قد يكون غفلا عنها وقت التعاقد.[1]

و كآخر و أهم تقسيم للشرط من حيث صحته وقبوله قانونا، أو بطلانه وعدم الاعتداد به، ينقسم إلى شرط صحيح و شرط باطل، وبدورهما شرطان قد يعرفا تقسيمات أخرى تدخل تحت ضوابط الشروط العقدية في القانون.

و فضلا عن ما تقدم من أنواع الشروط العقدية في القانون، يجدر التذكير بما جاء به قانون بيع البضائع الانجليزي من تقسيم للشرط في صوره الثلاثة، شرط جوهري وشرط غير جوهري وشرط غير موصوف أو غير رسمي[2].

[1] - يوسف مسعودي، المرجع السابق ص 17

[2] -سبق تعريفها في ص 22-23 من هذه المذكرة.

4. مدى قابليات أنواع العقود لأنواع الشروط:

إن صحة تعليق العقود بالشروط هو ما يقتضيه سلطان الإرادة في القوانين الحديثة اليوم[1] ومن ذلك مقتضى المادتين 365-366 من القانون المدني السوري، فقد أخذ القانون المدني السوري وقبله المادة 64 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية السابق باقتضاء صحة التعليق و التقييد و الإضافة في جميع التصرفات و العقود و هذا التعميم القانوني موافق لآراء المذاهب اجتهادية في الفقه الإسلامي، كما في المذهب الحنبلي على ما سبق بيانه[2].

* خلاصة المطلب الثاني:

يلاحظ أن علماء القانون لم يبحثوا عن الشرط ضمن نظرية العقد من مصادر الالتزام، كما فعل فقهاء الإسلام، بل بحثوا عنه في فصل على حدة، كما لو كان الشرط حالة مستقلة من الأحوال العامة للالتزام نفسه، بينما أن الشرط عنصر عقدي ولا يتصور له وجود إلا تبعا للعقد، فمحله الخاص المناسب إنما هو في نظرية العقد، و ترتب عن ذلك أن شراح نظرية الالتزامات في الفقه الأجنبي لم يميزوا بين التعليق على الشرط و التقييد بالشرط، فقد أخلطوا بينهما، في حين ميز فقهاء الإسلام بينهما تمييزا دقيقا يستند إلى اختلاف ماهية هذين النوعين،

و تجدر الإشارة إلى أن القانون الألماني جرى على ما قام عليه الفقه الإسلامي حيث تكلم عن أحكام الشرط في بحث التصرف القانوني أي: "العقد وتصرف الإرادة" خلافا للترتيب المألوف في "نظرية الالتزام العامة في القانون"[3]، و هذا أيضا ما يعمل عليه الفقه القانوني الغربي الحديث[4].

---

[1] -المواد 203-212 ق م جزائري، و ق م مصري و عراقي و فرنسي و غيرها

[2] -د مصطفى الزرقاء ج1ط2، المرجع السابق ص 583

[3] -د. مصطفى الزرقاء –المرجع السابق: ص: 591

[2]-D.matthias latina – essai sur la condition en droit des contras – p 94

و بخصوص مسألة مدى قابليات العقود للشروط، فقد اجتمعت بشأنها آراء القانون و المذاهب الاجتهادية في الفقه الإسلامي، لاسيما حول صحة التعليق و التقييد و الإضافة في التصرفات والعقود، مع احتفاظ باقي المذاهب الفقهية ببعض الموانع و الاستثناءات فيما سبق قوله.

المبحث الثاني

مدى حرية الاشتراطات التعاقدية

إن موضوع مبدأ سلطان الإرادة العقدية هو حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه، وحدود تلك الحرية، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع و القانون، وهذا المبدأ يتعلق بأربعة حريات في النواحي العقدية الأربع التالية:[1]

1-حرية العاقد في أصل التعاقد مع غيره

2-حريته في إنشاء العقود و الالتزامات بمجرد التراضي، دون تقييده بقيود شكلية ومراسم مخصوصة بحيث لا يعتبر تعاقده إذا لم تتحقق صورها.

3-حريته في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها دون تقييد بأنواع العقود المسماة التي أقرها التشريع، ونظم لكل منها أحكامها.

4-وأخيرا حريته في تحديد آثارالعقد المسمى وتعديل نتائجه واحكامه الأصلية في الحقوق الخاصة بالطرفين المتعاقدين، و ذلك باشتراط ما يشاءان من شروط والتزامات وقيود حسب إرادتهما وحاجتهما أو مصلحتهما،

هذه الأخيرة هي أهم نواحي سلطان الإرادة في النظر الحقوقي الحديث، وهي الحرية الخاصة بهذه الدراسة المقارنة

المطلب الأول: أساس حرية الاشتراطات التعاقدية في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: أساس حرية الاشتراطات التعاقدية في القانون

[1] -مصطفى الزرقاء "الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد"-المدخل الفقهي العام -دار الفكر ط1/537-542

المطلب الأول: أساس حرية الاشتراطات التعاقدية في الشريعة الإسلامية

ورد في الشريعة الإسلامية نصوص كثيرة من القرآن و السنة القولية و العملية، تثبت للعقود المسماة التي أقرها الشارع آثارا و أحكاما و التزامات تربط الطرفين في كل عقد حسب موضوعه، ومنها ما أضافه الاجتهاد استنباطا، وأما عن سلطة العاقدين في تعديل هذه الآثار أو الأحكام الأصلية التي قررتها النصوص للعقود، إما بالنقص أو الزيادة في التزاماتهم، فهو من عمل الشروط التي تضعها إرادتهما أثناء أو قبل أو بعد التعاقد.

و بالنظر إلى موقف الفقه الإسلامي من مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار العقد و أحكامه بين عاقديه، أو مدى حرية الشروط العقدية، فإنه يختلف سعة وضيقا باختلاف المذاهب الاجتهادية المشهورة، ويمكن تصنيف هذه الاجتهادات في هذا الموضوع إلى زمرتين:[1]

1. الاجتهادات التي تعتبر أن الأصل الشرعي في حرية الشروط العقدية هو التقييد، وهي الاجتهادات التي تمسكت بنظرية مقتضى العقد.

الفرع الأول: موقف المضيقين لحرية الاشتراطات التعاقدية

2. الاجتهادات التي تعتبر أن الأصل الشرعي في تلك الشروط هو الإطلاق

الفرع الثاني: موقف الموسعين لحرية الاشتراطات التعاقدية

[1] -د. مصطفى الزرقاء "الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد" المرجع السابق ص 549

الفرع الأول: موقف المضيقين لحرية الاشتراطات التعاقدية

أو الاجتهادات التي تمسكت بنظرية مقتضى العقد، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية وفقهاء المالكية وحتى الاجتهاد الشافعي إلى أن كل عقد في الشرع له أحكامه الأساسية تسمى بـ "مقتضى العقد" نص عليها الشرع مباشرة، أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفاظا على التوازن في الحقوق، ومنعا للتغابن بين المتعاملين الناتج عن الغرر المؤدي للتنازع، وضبطا لنظام التعامل بين الناس.[1]

فليس للمتعاقدين أن يشترطوا من الشروط ما يخالف هذا المقتضى للعقد، حيث جعل الجمهور لكل عقد أثرا نوعيا، أو حكما أصليا، كانتقال المبيع للمشتري، وملكية البائع للثمن، كما أن هناك التزامات متنوعة ينشئها العقد تكليفا بفعل، أو امتناعا عن فعل يثبت كأثر للعقد دون أن يذكر، كتسليم المبيع وقبض الثمن، وذهب الحنفية إلى أن مقتضى العقد هو ماله من أحكام أصلية وتبعية.[2]

وقد ميز الأستاذ مصطفى الزرقاء بين الحكم الأصلي و الالتزام، فالأول ما يفهم حصوله بمجرد سماعه بوقوع العقد، والثاني ما لا يفهم حصوله بالعقد بل يحتاج إلى استفهام بأنه التزام.

-ويمكن الاستدلال على وجهة نظر الجمهور بأسلوب آخر، و هو أن النصوص الكثيرة الواردة في القران الكريم و السنة النبوية القولية و العملية تنص على أن للعقود المسامة التي أقرها الشرع أثار وأحكام و التزامات تربط بين كل واحد من العاقدين :وهذه الآثار والأحكام تكون ما يسمى بمقتضيات العقود[3]، و كلها تثبت بدليل شرعي (من أعمال الشارع)، و ليس للعاقد أن يخالفها أو يضيف إليها شيئا أو يقيدها بقيد إلا إذا قام دليل شرعي يجيز التزامه و يوجب الوفاء به ، كاشتراط

[1] -د مصطفى الزرقاء "الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد" المرجع السابق 594 و د توفيق دياب المرجع السابق ص 83

[2] -د. توفيق دياب –المرجع السابق ص 85

[3] -د. توفيق دياب_ المرجع السابق ص 85

الفصل الثاني

ضوابط و آثار الشروط العقدية

لقد ارتبطت مسألة الشروط العقدية إرتباطا وثيقا بأهم مظاهر الحريات في النواحي العقدية، ألا و هي حرية تحديد آثار العقد و تعديلها أو تعديل أحكامه أو نتائجه الأصلية في الحقوق الخاصة بأطرافه، فكان الشرط الطريق والسبيل إلى ذلك التعديل، إلا أن إعمال هذا الشرط لا يتم مع إطلاق هذه الحرية، لأن الإرادة المشترطة ملزمة بالتقيد بحدود ما سنه الشارع فقها و قانونا.

فقد رسمت كل من الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ضوابطا تحكم الشروط في العقود، وعلى الإرادة أن تراعيها و تتوافق معها و هي بصدد وضع شروطها في العقود.

المبحث الأول: ضوابط الشروط العقدية بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي.

و بموجب الضوابط الشرعية و القانونية تنجلي أحكام الشروط العقدية الصحيحة منها والباطلة أو الفاسدة، و قد سبق للفقه و القانون اعتماد هذا التقسيم للشروط من حيث ترتيب آثارها سواء فيما تعلق بمدى إعمالها و نفاذها أو إلغائها وإهمالها، و فيما قد تعكسه على العقود المرتبطة بها من حيث وجودها و إحداثها لآثارها وفقا للغرض المقصود منها أو انعدامها و بطلانها لبطلان الشرط المقترن بها.

المبحث الثاني: آثار الشروط العقدية بين الشريعة والقانون.

المبحث الأول: ضوابط الشروط العقدية بين الشريعة و القانون

لعل أهم فكرة خلصت إليها الدراسة لمدى حرية الإشتراطات العقدية بين الشريعة و القانون هي أن الإرادة حرة كأصل عام في تعديل آثار العقد و نتائجه و أحكامه الأصلية، و ذلك من خلال الشروط التي لها وضعها لتقييد التزامات العقد، إلا أن هذه الإرادة ملزمة باحترام ما أوجده كل من الشرع والقانون من حدود و ضوابط، بحيث لا تأتي الشروط إلا متفقة معها.

فشرعا جاءت هذه الحدود والضوابط مسطرة في كتاب الله و سنة رسوله و عن طريق القياس والإجماع أو الاستصحاب مواكبة للعصرنة و التطور الاجتماعي و الإقتصادي و التجاري.

المطلب الأول: ضوابط الشروط العقدية في الشريعة.

أما قانونا فسطرت القوانين الوضعية هذه الضوابط وفقا لمجتمعاتها في إطار ما يسمى بالنظام العام و الآداب العامة التي تحكمها، فضلا عن وضع قواعد إلزامية خاصة، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

المطلب الثاني: ضوابط الشروط العقدية في القانون.

المطلب الأول: ضوابط الشروط العقدية في الشريعة.

وضع الله تعالى في كتابه العزيز ضوابطا للشروط العقدية، و ذلك ما عمل عليه و به رسوله الكريم عليه الصلاة و السلام كنهجه في تبليغ الرسالة، فأول و أهم ضابط للشروط هو أن توافق كتاب الله و سنة رسوله الكريم فعلا و قولا، و لا يفوت مطلقا الرصيد الذي عمل عليه و جاء به فقهاء الإسلام في باب الشروط لبالغ أهميته.

لقد اتفق الفقهاء حول مسألة تقسيم الشروط من حيث آثارها إلى صحيحة و باطلة أو فاسدة، إلا أن اختلافهم حول مدى حرية الاشتراطات العقدية بين موسعين و مضيقين، يرجع أساسا إلى اختلافهم من حيث الضوابط التي تحكم الشروط المجاز العمل بها أو غير المجازة، و لكل حجتهم و دليلهم الذي اهتدوا إليه و هم بصدد تحديد ضوابط الشروط الصحيحة منها و الباطلة.

الفرع الأول: ضوابط الشروط الصحيحة.

الفرع الثاني: ضوابط الشروط الباطلة.

الفرع الأول: ضوابط الشروط الصحيحة.

الشروط الصحيحة قسمان شروط متفق على صحتها و شروط غير متفق على صحتها، ولكل منهما ضوابطه الخاصة به.

I- ضوابط الشروط المتفق على صحتها: وهي الشروط محل إتفاق عند فقهاء المذهب الواحد على جوازها، أو شروط إتفقت على صحتها المذاهب الفقهية[1].

1- اشتراط ما يقتضيه العقد: هو بيان لحكم العقد، و محض تقرير لمقتضى العقد، أي هو بمثابة تأكيد باعتباره لا يعطي أثرا زائدا على أثار العقد، فمقتضى العقد لازم دون وجود هذا الشرط، ويقول الفقهاء في هذا الضابط للشرط الصحيح:

* في المذهب الحنفي: جاء في بدائع الصنائع[2]: "... و أما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساده، كما إذا اشترى بشرط أن يمتلك المبيع، أو باع بشرط أن يمتلك الثمن و نحو ذلك فالبيع جائز لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرا

[1] -د. توفيق دياب المرجع السابق ص 103

[2] -بدائع الصنائع، الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت ط 1986/2: 169/5 و العناية شرح الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفي 786 هجري و شرح فتح القدير- دار صادر للطباعة و النشر 214/5-216. عن د. أحمد علي عبد الله المرجع السابق ص27

بمقتضى العقد فلا توجب فساد العقد ... "، و الأقوال الفقهية عن نفس المذهب كثيرة و تصب في نفس المعنى[1].

* في المذهب المالكي: قال الخرشي [2]: "... شرط يقتضيه العقد، و هو واضح الصحة كشرط تسليم المبيع، و هو لازم دون شرط، فشرطه تأكيد... "

* في المذهب الشافعي: قال الشيرازي: " إذا شرط في البيع شرطا، نظرت، فإن كان شرطا يقتضيه البيع كالتسليم و الرد بالعيب و رد العوض و ما شابهها، لم يبطل العقد لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد... "[3] و هو يمثل أولى أضرب الشروط عند الشافعية.

* في المذهب الحنبلي: قال ابن قدامة [4]: "و الشروط تنقسم إلى أربعة أقسام: أحدهما: ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم، و خيار المجلس، و التقابض في الحال، فهذا وجوده كعدمه، لا يفيد حكما ولا يؤثر في العقد"[5].

2- الشرط الذي يلائم العقد: أو اشتراط ما يلائم العقد[6].

* في المذهب الحنفي: جاء في بدائع الصنائع: " فهذا شرط لا يقتضيه العقد و لكنه يلائم مقتضاه فهولا يفسد العقد و إنما هو مقرر لحكم العقد من حيث المعنى المؤكد إياه، فيلحق بالشرط

[1] -قال الميرغناني: "... ثم جملة المذهب (الحنفي) فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط"، وقال السرخسي: " ثم الشرط في البيع على أوجه، إما أن يشترط شرطا يقتضيه العقد، كشرط الملك للمشتري في البيع، فالبيع جائز، لأن هذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيده إلا وكادة... "

[2] -الخرشي: 1010 هـ- 1101 هـ محمد بن عبد الله الخراشي المالكي، أول من تولى مشيخة الأزهر، مصر – إمام فاضل ورع، من تصانيفه: الشرح الكبير على متن الخليل و شرح الصغير عل متن الخليل و شرح المقدمة السنوسية. الأعلام 118/7

[3] -شرح الكبير لابن قدامة-: 80/5 و المهذب للشيرازي-: 50/3، عن"الشرط في الفقه الإسلامي" المرجع السابق.

[4] -ابن قدامة: موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي صاحب المغني (540 هـ- 620 هـ) كان شيخ الحنابلة بدمشق و هو إمام الفقه والتفسير و الحديث من تصانيفه " الكافي و المقنع ". الأعلام 561/22

[5] -المغني لابن قدامة-دار الفكر-بيرون ط1984/1: 285/4، عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 104

[6] -هذه العبارة خاصة بالمذهب الحنفي

الذي هو من مقتضيات العقد و ذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا أو كفيلا، والرهن معلوم و الكفيل حاضر فيقبل، و جملة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن لا يخلو إما أن يكون معلوما أو مجهولا، فان كان معلوما فالبيع جائز استحسانا، و القياس أنه لا يجوز لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل، و شرط الرهن و الكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسدا، إلا أننا استحسنا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفا لمقتضى العقد صورة فهو موافق له معنا، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقا للثمن، و كذا الكفالة... "[1]

*في المذهب المالكي و الحنابلي: لهما عبارة أخرى هي اشتراط ما لا يقتضيه إطلاق العقد ولكنه لا ينافيه و يلائمه، و هو محقق مصلحة العقد و العاقدين، و يقول الخرشي فيه: "... و شرط لا يقتضيه و لا ينافيه، و هو من مصلحته، جائز لازم بالشرط ساقط بدونه كأجل الخيار و الرهن... هذا الشرط ليس فيه فساد و لا كراهية"[2].

و قال الشاطبي [3]: " الشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام: أحدها: أن يكون مكملا لحكمة المشروط و عاضدا لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال، كاشتراط الرهن و الحميل

---

[1] -البدائع: 171/5. عن د. أحمد علي عبد الله المرجع السابق ص 26، فتح القدير للكمال بن الهمام، المكتبة التجارية الكبرى-مصر: 384/5 عن حميد حماني- المثل العربي "الشط أملك لك أم عليك" و قيمته في التشريع الحقوقي

File: //E: \ n 35-13 hamaani – htm

إن الحنفية أجازوا شرط الرهن و الكفالة إستحسانا و ليس أصالة، لأن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد و إذن هو عقد في عقد و هو ما لا يجوز، أما وجه الاستحسان فكونه يؤكد وجوب استحقاق الثمن و استيفائه، فهو ملائم للعقد، ثم أن المخالفة لمقتضى العقد ليست إلا صورية، لأنه موافق له في المعنى أشبه باشتراط صفة الجودة، ويشترط الحنفية في الرهن ما لا يشترطه غيرهم، و ذلك أن يكون الرهن معلوما بالإشارة أو التسمية لأن هذا الشرط للتوثيق بالثمن و كذلك الحال بالنسبة للكفالة فلابد أن يكون الكفيل معينا حاضرا و يقبل و إلا كان للبائع خيار الفسخ أو أن يدفع المشتري الثمن فلابد لصحة الشرط الملائم عند الحنفية أن يكون تاما نافذ الأثر وقت العقد، و الفرق بين الكفيل و الراهن أن الكفيل واجب حضوره وقت العقد بخلاف الراهن لا يشترط حضرته.

[2] -حاشية الخرشي علي مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي – دار الفكر: 80/5- 82، عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص106

[3] -الشاطبي: هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ولد 790 هجري، أصولي حافظ، كان من أئمة المالكية من كتبه الموافقات في أصول الفقه و المجالس، و شرح كتاب البيوع من صحيحه و غيرها. الأعلام 71/1

والنقد والنسيئة في الثمن في المبيع... فهذا قسم لا إشكال في صحته شرعا لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما... "[1].

و قال ابن قدامة: "... و الثاني تتعلق به مصلحة العاقدين (العقد) ، كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو الشهادة أو صفة في المبيع مقصود... فهو شرط يلزم الوفاء به، فان لم يوف به، فللمشتري الفسخ و الرجوع بالثمن"[2]، و يؤكد ابن قدامة بخصوص هذا الشرط و الشرط الأول أنهما لم يعلم في صحتهما خلافا.

* في المذهب الشافعية: فعبارتهم هي اشتراط ما يلائم العقد أو الشرط الذي فيه مصلحة العقد، أو الشرط الذي تدعوا إليه الحاجة، و يدخلونه في الضرب الأول للشروط: "... فإن شرط ما لا يقتضيه العقد و لكن فيه مصلحة كالخيار و الرهن و الضمين لم يبطل العقد بل يصح و يثبت المشروط لأن الشرع ورد بذلك، ولأن الحاجة تدعوا إليه، فلم يفسد العقد"[3].

– الشرط الذي يلائم العقد يصح استثناء على سبيل الاستحسان عند الحنفية و يصح أصلا عند المذاهب الأخرى، فالحنفية أجازوه استثناء على سبيل الاستحسان لا على سبيل القياس، لأنه يشبه في معناه الشرط الذي يقتضيه العقد فيلحق به،

أما المذاهب الأخرى المالكية و الشافعية و الحنبلية فيجيزونه أصلا لا استثناء لأنه ليس من الضروري لصحة الشرط أن يكون العقد يقتضيه، بل يكفي أن يكون لا ينافي مقتضى العقد.

---

[1] –الموافقات في أصول الأحكام للشاطبي– دار الفكر للطباعة و النشر 283/1-285– عن د. أحمد علي عبد الله المرجع السابق ص28

[2] – المغني لابن قدامة – مكتبة الرياض الحديثة 249/6-251، عن "الشرط في الفقه الإسلامي" المرجع السابق

[3] –المجموع شرح المهذب لإمام أبي زكريا محي الدين بن شريف النووي –دار الفكر – المجلد التاسع ص 363 – 373. عن د. أحمد علي عبد الله المرجع السابق ص 28، و نهاية المحتاج للرملي–دار الفكر لإحياء التراث: 452/3، عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص106 – تجدر الإشارة إلى أنه و إن كان الشافعية و الحنابلة كالحنفية حول مسألة وجوب تعيين المرهون و الكفيل، إلا أنهم غير متشددين بخصوص وجوب حضور الكفيل بمجلس العقد، بالإضافة إلى أنه إذا لم يسلم الرهن أو لم يقبل الكفيل أو مات قبل قبوله يكون البائع مخيرا في الفسخ إذا لم يدفع المشتري الثمن، و هذا ما جاء في شرح المنهاج للرملي. أما المالكية فهم أوسع المذاهب في هذه المسألة، فيصح الشرط عندهم حتى و لم يكن الرهن والكفيل معينا، و يجبر المشتري على تسليم الرهن بالإضافة لإعطائه حق الفسخ، و إذا لم يعين الرهن أجبر المشتري على أن يعطي المعتاد ثيابا أو حليا أو دارا لما جاء في بداية المجتهد.

3- الشرط الذي ورد الشرع بجوازه: و هو الشرط الذي يثبت جوازه بنص شرعي، و القياس عدم جوازه، و مثاله:

أ* شرط الخيار للعاقدين: و يسمى في الفقه المالكي بخيار التروي[1]، و يقصد به أخذ الشيء مع خيار إبقائه أو إرجاعه، و قد اختلف الفقهاء حول مدته و الغالب هو 3 أيام، و دليل مشروعيته عند عبد الله بن دينار أنه سمع ابن عمر يقول ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه و سلم أنه يخدع في البيوع، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " **من بايعت فقل لا خلابة** "[2] فكان إذا بايع يقول لا خلابة.

و عن أنس بن مالك أن رجلا كان في عقدته ضعف و كان يبايع، و أن أهله أتوا النبي صلى الله عليه و سلم فقالوا: " يا رسول الله ! أحجر عليه، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فنهاه، فقال يا رسول الله ! إني لا أصبر عن البيع، فقال: " إذا بايعت فقل هاء هاء لا خلابة "، و قال نافع: "وكان ابن عمر إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه".

و في حديث حيان بن منقذ، أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: " **قل لا خلابة و لي الخيار ثلاثة أيام** "[3].

و يثبت خيار الشرط لكلا المتعاقدين أو لأحدهما أو حسب ما تراضيا عليه، و هذا ما ذهب إليه كل من الشافعية و الحنفية و الحنابلة و المالكية، إستثناءا يجوز خيار الشرط الأجنبي عن العقد

[1]-"الملكية و نظرية العقد" لأبي زهرة المرجع السابق ص 390،
[2]-البخاري: 285/3 - المسلم: 665/1
[3]-البخاري: 285/3 - المسلم: 665/1

وإن كان اشتراطا لنفسه و توكيلا لغيره[1] هذا قول أبي حنيفة و مالك[2].

إن العلة في شرط الخيار هي الحاجة إلى التروي و الإستشارة، و هذه واردة في البيع و غيره من العقود التي تقبل الفسخ بتراضي الطرفين، و ذلك كالإجارة و غيرها ولا يجوز وروده في النكاح والطلاق والهبة و الوصية و الصرف والإقرار و السلم، و قد جاء في المادة 330 من مرشد الحيران: "خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة كالبيع و الإجارة و المساقاة والمزارعة وقسمة القيميات المتحدة والمختلفة جنسا و الصلح عن المال... "[3].

أما في اشتراط خيار الرجوع دون ذكر المدة فهذا باطل عند المالكية و الشافعية، و في منزلته شرط العربون لأنه اشتراط للبائع بغير عوض.

ب* شرط التأجيل: للثمن لقوله تعالى: " **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه** "[4] و قوله تعالى: " **إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة** "[5] و هذا ما ذهب إليه الغزالي[6] في المذهب الشافعي عن إطلاقات الشروط: "...

2/ شرط الخيار 3 أيام فما دونه، بشرط أن يكون معلوما و أن لا يكون زائدا.

3/ شرط المهلة في الثمن إلى ميقات معلوم... و يعلل بعموم الحاجة لكي يعرف الكفيل بتعيينه، والمرهون بتعيينه...

---

[1]-المغني لإبن قدامة: 252/6، عن د. يوسف مسلم " الخيارات" المرجع السابق ص 14

[2] -سئل الإمام مالك يوما في الرجل يبيع السلعة أو يشتريها على أن أخاه أو رجلا أجنبيا بالخيار فقال: " البيع جائز لا بأس به، و إن رضي البائع أو رضي فلان البيع فالبيع جائز"، إلا أنه يوجد من الحنفية من قال بعدم جواز خيار الشرط الأجنبي عن العقد لأنه مفسد له، و أن خيار الشرط حق للمتعاقدين فقط كخيار العيب و الرؤية، وهذا موقف القلة القليلة.

[3]-مرشد الحيران: محمد قدري باشا- دار الغرجاني، القاهرة 1983، عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص108

[4]-سورة البقرة الآية 282

[5]-سورة البقرة الآية 283

[6]-الغزالي: (450 – 505 هـ) هو محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي أبو حامد، حجة الإسلام، فيلسوف و متصرف من كتبه إحياء علوم الدين و تهافت التهافت و المستصفي في أصول الفقه و غيره، الأعلام 247/7

4/ شرط الوثيقة في الثمن بالرهن، أو الكفيل أو الشهادة..."[1]

و بالوقوف عند الظاهرية الذين يعتمدون ظواهر النصوص و لا يعترفون بالقياس فهم يحصرون الشروط التي ورد الشرع بجوازها في سبعة شروط لا غير[2] و هي:

1- إشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى.

2- إشتراط تأجيل الثمن إلى أجل مسمى و إن كان دراهم أو دنانير.

3- إشتراط أداء الثمن إلى ميسرة و إن لم يذكرها.

4- إشتراط صفة في المبيع يتراضيان عليها، و يتم البيع على أساسها.

5- إشتراط أن لا خلابة.

6- بيع أصول تخل فيها ثمرة قد أبرت.

7- إشتراط المشتري مال العبد، أو الأمة، سواء كان كله أو بعضه، معلوما أو مجهولا، مسمى معينا أو مشاعا...

من تم يكون الظاهرية وعلى رأسهم ابن حزم قد خالف جمهور الفقهاء و قال بعدم مشروعية خيار الشرط، و حجته في ذلك ظاهر حديث "لا خلابة" فقط رغم أن استعمال أي لفظ آخر يفيد نفس المعنى "لا غبن" أو "لا غدر" يجدر أن يقدم نفس النتيجة لكن هذا واجه رفضا قاطعا عندهم.

[1] -د. السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" (3)، ص73-88

[2] -د. زكي الدين شعبان "نظرية الشروط المقترنة بالعقد" المرجع السابق ص 105

4- إشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد:

اتفقت المذاهب الإسلامية على جواز هذا الشرط في الجملة وقت التعاقد بشروط هي: [1]

أ- أن تكون الصفة المشروطة مقصودة و مرغوبا فيها.

ب- أن تكون الصفة المشروطة منضبطة و يمكن الوفاء بها، ولا تؤدي إلى غرر يؤدي إلى نزاع.

ج - ألا تكون الصفة ممنوعة أو محرمة شرعا. (أن تكون الصفة مشروعة).

و يقول الغزالي في إتمام كلامه عن إطلاقات الشروط: "... 5- إذا شرط في المبيع وصفا ناجزا، ليس يتوقف على أمر بعده، و ذلك ينقسم إلى ما يرجع إلى ما هو وصف محض، أما الوصف المحض فيصح شرطه، كقوله: بعت البهيمة على أنها حبلى، ففيه قولان: أحدهما: البطلان لأنه يرجع إلى إدراج الحمل في البيع.

فكأنه قال: بعت الجارية و حملها بدينار فيلتفت على تفريق الصفقة، و الوجه الأول: أن الحمل كالوصف في الحيوان... "[2]

و قد إختلف الفقهاء في اشتراط الحمل، فذهب الحنفية و المالكية إلى عدم جوازه و شرطوا كون الصفة محضة لا يتصور تخلفها أصلا كشرط الحمل، لأن ذلك غرر يؤدي إلى الجهالة و ذهب الحنابلة و الشافعية إلى صحة اشتراطه، لأنه لا جهالة فيه، و لا غرر بدليل ما جاء عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وآله و سلم قد حكم في الدية بأربعين خلفة في بطون أولادها[3] و منع أخذ الحوامل في الزكاة كما ذكر ابن قدامة، ولأنه بالإمكان الوقوف على الحمل و التأكد من وجوده بطريقة أو بأخرى و بالإستعانة بأهل الخبرة ومن تم يزول أي نزاع، و دليل جواز

[1]- الشرح الكبير: 4/ 55 – 56 – نهاية المحتاج: 65/3 – البدائع: 168/5. عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 109

[2] -الوسيط للسنهوري 73/3-88.

[3] -الترميذي: 67/4 و قال حديث حسن غريب، النسائي: 36/8، عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 109

هذا الشرط قول الرسول صلى الله عليه وآله و سلم " المؤمنون عند شروطهم "، ولأنه شرط مرغوب عند العاقد ليكون على علم بصفات المعقود عليه التي تختلف الأغراض فيها، فلابد من مراعاة قصد العاقد لتحقق الحكمة من تشريع البيع من أجلها، فهي تحقق رغبات المتعاقدين للوصول لما في أيدي غيرهم مما يفي بحاجاتهم المشروعة، و في ذلك مصلحة مقصودة للعقد.

و في حالة عدم تحقق هذا الشرط (الوصف) فللمشترط الخيار في الفسخ، و قد اختلفوا في الرجوع بالأرش[1] مع التمسك بالمبيع، و هذا رأي الحنابلة و بعض الشافعية[2]، في حين ذهب غيرهم[3] إلى عدم جواز أخذ الأرش لأنهم يسعون لاستقرار العقود، لكن تجدر الاشارة إلى أنه إذا كان تخلف الشرط إلى أفضل فلا خيار للمشترط و لا أثر لتخلف الشرط لأنه قد زاد خيرا [4].

5- الشرط الذي فيه معنى من معاني البر:

الإسلام دين بر لقوله تعالى: "**و تعاونوا على البر و التقوى و لا تعاونوا على الإثم والعدوان**"[5] و قوله تعالى: "**لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون**"[6].

و قوله تعالى: "**لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة**"[7].

[1] -الأرش: ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر به عيب، و يمثل جزءا من الثمن.

[2] -غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع و المنتهى-دار السلام: 23/2 و حاشية الشرقاوي: 42/2، عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 110

[3] -بدائع الصنائع: 288/5 و حاشية الدسوقي –دار الفكر للطباعة و النشر: 121/3-122، عن نفس المرجع و ص110.

[4] -غاية المنتهى: 24/2، عن د. أحمد علي عبد الله المرجع السابق ص 27

[5] -سورة المائدة الآية 2

[6] -سورة آل عمران الآية 92

[7] -سورة المائدة الآية 89

و بموجب هذه الدعوة إلى البر نجد أن فقهاء الإسلام قد أجازوا هذا النوع من الشروط مع اختلافهم في حدود هذا الجواز، وإن كان فيه مخالفة لمقتضى العقد، و من أمثلته: عتق العبد فهو مخالف لمقتضى البيع (التملك) ، لكنه شرط مستثنى من المنع لما فيه من معنى البر الذي قصده الشارع فكان صحيحا [1].

لذلك نجد لرواية العتق للعبد وجهان، فالوجه الأول أن شرط الإعتاق لا يلائمه العقد، لأن عقد البيع يقتضي الملك و الملك إطلاق التصرف في المملوك تحصيلا و تركا، و شرط الإعتاق يقتضي الاستحقاق و اللازم لا محل له، فلا يلائم العقد بل يضاده.

و الوجه الثاني حسب أبو حنيفة أن شرط العتق يلائم العقد من وجه و لا يلائمه من وجه آخر، لانهاء من وجه، و إزالة من وجه، فمن حيث أنه إنهاء كان يلائمه لأنه تقرير لهن ومن حيث أنه إزالة لا يلائمه لأنه تغيير لموجب العقد، فيجب العمل بالشبهين، و يقول أبو حنيفة: عملنا بشبهة الإنهاء، فقلنا بجوازه في الإنهاء...

فإن قيل: " لما لم يعمل بهما على العكس؟ " قيل: " لأنه لا يمكن، لأن لم نجد جائزا إنقلب فاسدا في أصول الشريعة، و وجدنا فاسدا إنقلب جائزا [2] لذلك إذا باع أحد بالشرط فأعتقه المشتري انقلب العقد جائزا بالإعتاق عند أبي حنيفة استحسانا.

و الشافعي ذهب لاشتراط العتق و تنص الكتب الشافعية على: " فإن شرط عتق المبيع لم يفسد العقد لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة لتعتقها "[3] والرواية عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءت بريرة إلي فقالت: " يا عائشة أني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية، فأعينيني، و لم تكن قد قضت من كتابها شيئا. فقالت عائشة: و نفست فيها: ارجعي إلى أهلك،

[1] –د. حسين الشاذلي، "نظرية الشرط"، دار الاتحاد العربي، القاهرة ص 226، عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 111

[2] –البدائع: 170/5. عن د أحمد علي عبد الله. المرجع السابق ص 27

[3] –المهذب: 51/3، نهاية المحتاج: 456/3 و ما بعدها. عن د. توفيق دياب ص112 و د. أحمد علي عبد الله المرجع السابق ص 28

فإن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعا و يكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها، فعرضت ذلك عليهم، فأبوا و قالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل، و يكون ولائك لنا، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه و على آله و سلم فقال: " لا يمنعك ذلك فيها، ابتاعي و إعتقي فإنما الولاء لمن أعتق " ففعلت، فقام رسول الله في الناس فحمد الله و أثنى عليه ثم قال: " ما بال الناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من إشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، و إن كان مئة شرطا، قضاء الله أحق و شرط الله أوثق... "[1]

و صح في مذهب الإمام مالك اشتراط عتق العبد على المشتري، أو وقف الأرض المبيعة، أو بناء مسجد، و غيرها من أعمال البر، و قد جاء في كتب المالكية: " يستثنى من الشروط المناقضة لمقتضى العقد تنجيز العتق فإنه جائز لحديث بريرة "[2] و قال ابن رشد[3]: " و إما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق، فإن كان إشتراط تعجيله جاز عنده، و إن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه "[4].

و من الحنابلة من ذهبوا إلى جوازه، و جاء في أحد الروايتين: أنه: يصح، و الدليل حديث السيدة عائشة رضي الله عنها في شراء بريرة، و سبق إيراده، وإن الحكم بصحته يعتق المشتري العبد ويوفي بما شرط عليه، و إن لم يعتق ففيه وجهان: أحدهما: يجبر، لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه فيجبر عليه كما لو نذر عنه، و الثاني: لا يجبر، لأن الشرط يوجب فعل المشروط، بدليل ما لو شرط الرهن و الضمين. . . "[5] و قال البهوتي: " النوع الثاني من الشروط الفاسدة شرط في العقد ما ينافي مقتضاه...

---

[1] -صحيح البخاري: كتاب المكاتب ما يجوز من الشروط- و صحيح مسلم: باب إنما الولاء لمن أعتق- و الموسوعة الحديثة السنن الكبرى للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي مؤسسة الرسالة.

[2] -مواهب الجليل للحطاب- دارا لفكر- بيروت ط1978/2: 375/4. عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 112.

[3] -ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، يلقب بالحفيد لتمييزه عن جده (520هـ -595 هـ) ، فقيه مالكي أصولي فيلسوف طبيب، من تصانيفه " تهافت التهافت " " بداية المجتهد ". عن الأعلام 376/1

[4] -بداية المجتهد لابن رشد-المكتبة الأزهرية لتراث: 164/2. عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 112

[5] -المغني لابن قدامة 249/6 -251 عن "الشرط في الفقه الإسلامي"، المرجع السابق

فهذا الشرط لا يبطل البيع لحديث عائشة... و الشرط باطل في نفسه إلا العتق فهو صحيح ويجبر من نذر به و إن امتنع يعتقه الحاكم لكونه قربة التزمها كالنذر. [1]

II- ضوابط الشروط غير المتفق على صحتها:

و هي الشروط التي اختلف الفقهاء أو المذاهب الفقهية حول صحتها.

1- شرط ورد العرف به: بمعنى اشتراط ما جرى عليه التعامل بين الناس، و قد قال بجوازه الحنفية ما عدا الإمام زفر. [2]

و قد جاء في بدائع الصنائع " أنه مما لا يقتضيه العقد و لا يلائم مقتضاه، و لم يرد نص شرعي بجوازه، لكن للناس تعامل فيه فالبيع جائز". [3] لما فيه من منفعة لأحد المتعاقدين، و الأصل فساد مثل هذه الشروط، و جوازه استحسانا.

أما الإمام زفر فقد أخذ بالقياس و قال بفساد هذا الشرط.

و مثاله: إذا اشترى نعلا على أن يحذوه البائع، أو جرابا على أن يخرزه له خفا، فهو جائز لتعامل الناس فيه، والقياس لا يجوز لأنه لا يقتضيه العقد و لا يلائمه، فهو مفسد، كما لو اشترى ثوبا بشرط أن يخيطه البائع له قميصا، و الناس تعاملوا بهذا الشرط، كما يتعاملوا بالإستصناع فسقط القياس بعدم الجواز بتعامل الناس وأصبح عادة، و يقول السرخسي: ". . . في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا " [4].

---

[1] -كشاف القناع: 194/3، غاية المنتهى: 74/3 د. توفيق دياب ص 113

[2] -زفر: بن الهديل 110هـ-158هـ صاحب أبا حنيفة، جمع بين الحديث و الرأي. الأعلام 38/8.

[3] -فتح القدير: 214/5- 216. عن حميد حماني المرجع السابق. ص11

[4] -المبسوط للسرخسي-دار المعرفة-بيروت 1993: 14/13، شرح الخرشي علي مختصر خليل-دار الفكر-بيروت: 80/5، المغني: 171/6، عن د. عبد الله السلمي، "عقد التصريف- تأصيله و حكمه" موقع مسلم htm c. عقد/التصريف\ :Fille: //E.

و كانت قد سبقت الإشارة إلى موقف الحنفية و المالكية من الشرط العرفي بالاحتكام إلى بعض الأسس " العادة محكمة "، " الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي " و غيره، و لقد اعتبر الحنفية الشروط المفسدة بحسب تفسيرهم لحديث " نهى الرسول صلى الله عليه و آله وسلم عن بيع و شرط، لكن إذا تعورف شيء منها يصبح بالعرف صحيحا واجبا و لازما احترامه شرعا، شريطة أن لا يحلل حرام، ولا يحرم حلال، ولا يوجد نص يمنعه، و نهي الرسول عن شرط و بيع فهو بغرض تجنب النزاع، و العرف يكون غالبا لفض أي نزاع، إذن فشرطه صحيح و يقضي بدوره على النزاع، وهذا ما قاله ابن عابدين في بيان مأخذ الحنفية بجواز الشرط الذي جرى به العرف و يجري به التعامل[1].

2- الشرط الذي لا يقتضيه العقد، و لا ينافي حكمه، و فيه منفعة لأحد العاقدين:

إن الشروط التي تخضع لهذا الضابط، و تنطوي تحته، قد كثر الخلاف حولها، فضلا عن أنها من الشروط المعمول بها كثيرا خاصة شرط العربون لما فيه من منفعة للبائع بغير عوض، إلا أن الظاهرية دائما من أشد المضيقين لها و يأتي بعدهم الشافعية ثم الحنفية فالمالكية، ليبقى الحنابلة خاصة متأخريهم كإبن تيمية و تلميذه ابن القيم أكثرهم توسعا و تيسيرا لهذه الشروط، و من أمثلة هذا النوع: من يبيع دار بشرط سكناها لفترة معينة أو يبيع سيارة بشرط الإنتفاع بها لمدة معينة، أو من يبيع أمة أو عبد بشرط خدمته (ها) له أو لغيره مدة من الزمن [2] و لتصح مثل هذه الشروط يستلزم الآتي:

[1] -حاشية ابن عابدين طبعة عام 1423 هـ: 282/7-283. عن فهد بن علي الحسون "الإجارة المنتهية بالتمليك في الفقه الإسلامي"، مكتبة مشكاة الإسلامية. ص25

[2] -كشاف القناع: 190/3، غاية المنتهى: 70/3 اعن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 117

أ- أن تكون المنفعة المستثناة مشروعة و مباحة لا محرمة لقوله تعالى: "**و الذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون**". [1]

ب- أن تكون المنفعة المستثناة معلومة في عقود المبادلات المالية، بخلاف عقود التبرعات، فإنها تحتمل الجهالة، لأن الغرر منهي عنه أصلا، و من أمثلته: شراء قماش بشرط خياطة البائع له، أو زرعا بشرط حصاده، أو شراء طعام بشرط توصيله للمنزل...

وما يفهم من هذه الأمثلة أنه لا بأس بالجمع في الصفقة الواحدة بين شراء سلعة و كراء، وهذا ما قاله مالك [2].

و أشار إلى ذلك أيضا الدسوقي [3] في حاشيته.

و من أدلة الحنابلة و المالكية المجيزين لهذا الشرط ما يلي:

قوله تعالى: "**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**" [4] و قوله تعالى: "**و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا**" [5] و قوله تعالى: "**و منهم من عاهد الله لئن أتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما أتاهم من فضله بخلوا به و تولوا و هم معرضون فأعقبهم نفاقا في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه و بما كانوا يكذبون**" [6].

---

[1] -سورة المؤمنون: 5 - 7.

[2] -المدونة الإمام مالك-دار الكتب العلمية-بيروت 1994: 196/3، عن د. أحمد علي عبد الله المرجع السابق ص28

[3] -حاشية الدوسوقي: 512 الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، من مصر، من علماء العربية و الشريعة، من تصانيفه: الحدود الفقهية والحاشية على شرح الكبير. عن د. توفيق دياب ص 118

[4] -سورة المائدة الآية 1

[5] -سورة الإسراء الآية 34

[6] -سورة التوبة الآية 75-77.

و قوله تعالى: "**و أوفوا بعهد الله إذا عاهدتم و لا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ما تفعلون**"[1].

و قال صلى الله عليه و على آله و سلم: "**آيات المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، و إذا أتمن خان**". [2] و قوله أيضا عليه الصلاة و السلام: "**ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى ثم غدر...**"[3].

فقد جاءت هذه الآيات القرآنية والأحاديث النبوية تأمر بالوفاء بالعهد و الشروط و المواثيق و العقود، و من ثم صحة العقود و الشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، و حصل به مقصوده، و مقصود العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع أمر بمقصود العهود، دل على أن الأصل فيها الصحة و الإباحة[4].

و دليلهم أيضا في باب جواز شرط المنفعة المعلومة حديث جابر رضي الله عنه " أنه كان يسير على جمل قد أعيا، فضربه النبي صلى الله عليه و آله و سلم، فسار سيرا لم يسر مثله، فقال بعنيه، فبعته، و استثنيت حملانه إلى أهله "[5] و هو استثناء لصحة بعض المنافع المعلومة في المبيع ويؤيده أنه عليه الصلاة و السلام: " نهى عن الثنيا إلا أن يعلم"[6].

و أما عن رد الحنابلة على أدلة من منع و أفسد مثل هذا الشرط مستدلين بحديث " نهى الرسول عن بيع و شرط "[7] فقد أضعف سنده كثير من الفقهاء المحدثين، بل و استغربه النووي و ابن

---

[1] -سورة النحل الآية 91

[2] -صحيح البخاري، "كتاب الإيمان"، باب علامات المنافق 21/1. و صحيح مسلم 78/1 من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

[3] -صحيح البخاري، "كتاب البيوع"، باب إثم من باع حرا 776/2، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه

[4] -القواعد النورانية لابن تيمية-مكتبة المعارف-الرياض ط1983/2 ص 219- 220 و مجموعة الفتاوى لابن تيمية: 145/29، عن د. عبد الله السلمي- موقع مسلم. المرجع السابق. ص 19

[5] -صحيح البخاري: 81/3، صحيح مسلم 698/1

[6] -أبو داوود: 262/3، الترمذي: 585/3، النسائي 296/7، البخاري: 650/2، عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 89

[7] -الترمذي: 230/4، النسائي: 296/7، الطبراني: 184/5. عن د. توفيق دياب ص 87

النواس و منهم من أنكره كالإمام أحمد[1]، و ابن القيم قال أنه حديث ليس له إسناد يصح، و هو مخالف للسنة الصحيحة، و دليله أن جابر باع بعيره و شرط ركوبه إلى المدينة، و عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه و على آله و سلم قال: "**من باع عبدا و له مال، فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع**"[2].

و أنه قال عليه الصلاة و السلام أيضا: "**من باع ثمرة قد أبرت فهي للبائع إلا أن يشترطها المبتاع**"[3] و هما شرطان صحيحان ثابتان بالسنة.

ومخالف للإجماع و الأمة مجمعة على جواز اشتراط الرهن و الكفيل و الضمين والتأجيل والخيار3 أيام، و هذا بيع و شرط متفق عليه، و شروط النكاح التي هي أحق لقوله صلى الله عليه وآله و سلم: "**إن أحق الشروط أن يوفى ما استحللتم به الفروج**"[4].

و من هذا فعقد الزواج و الشروط المقترنة به واجبة الوفاء أكثر من أي شرط في أي عقد.

الفرع الثاني: ضوابط الشروط الباطلة.

سبقت الإشارة أن الفقهاء قسموا الشروط من حيث ترتيب آثارها إلى شروط صحيحة وشروط باطلة، إلا أن الأحناف منهم أضافوا محطة ثالثة وهي الشروط الفاسدة، بهذا تستلزم الدراسة بيان ضوابط الشروط الفاسدة عند الحنفية ثم ضوابط الشروط الباطلة عند الحنفية و المالكية والشافعية والحنابلة.

---

[1] -فتح الباري لابن حجر-دار الكتب العلمية ط1989/1: : 229/5 و نيل الأوطار للشوكاني-دار الكتب العلمية-بيروت: 178/5/ عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 120.

[2] -أبو داوود: 27 /240، الترمذي: 451/4، النسائي: 44/4 و صححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل: 157/5. عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 121.

[3] -جزء عن حديث طويل ورد في صحيح البخاري: 102/3، مسلم 1182/3.

[4] -صحيح البخاري: كتاب الشروط -باب الشروط في المهر عند عقد النكاح - صحيح المسلم: كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح: 1036/2، الحديث 1418، كلاهما من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه.

I- ضوابط الشروط الفاسدة: و الشرط الفاسد عند الحنفية ضوابطه هي الآتي:

1- الشرط الذي فيه غرر غير يسير:

و مثاله عند الأحناف من اشترى بقرة على أن تكون حلوبا أو أن تحلب قدرا معين من اللبن أو بيع ناقة على أنها حامل أو أن تكون ولودة، و هذا أمر لا يمكن الوقوف على صحته وقت العقد و إنما لاحقا لأنه يحتمل الوجود و العدم، لذلك فوجود هذا الشرط فيه غرر غير يسير يستوجب فساد البيع، و المفروض أن الشرط يكون فاضا للنزاع لا مؤديا له و الرسول صلى الله عليه و آله وسلم "نهى عن بيع الغرر" [1] كبيع السنين[2] و حبل الحبلة[3] و بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: "**أرأيت إن منع الله الثمرة، بما يأكل أحدكم مال أخيه**"[4] و هذا هو الغرر و هو المخاطرة في أكل المال بالباطل، لان المقصود بالبيع قد يحصل و قد لا يحصل.

إلا أنه و بإعتبار أن معادلة الغرر متغيرة بالنظر لتطور نظم الحياة و المعرفة الذي من شأنهم إزالة أي جهالة و ما هو مستور العاقبة، فيزول الغرر و يصح العقد (البيع)، أي يرفع الفساد عن الشروط و العقد المقترن بها.

---

[1]-صحيح مسلم: 1153/3، و اللفظ له، أبوداوود: 346/3، الترمذي: 337/3، ابن ماجة: 10/2، عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص28

[2]-بيع السنين: هو بيع ثمرة النخل لأكثر من سنة، فقد ينبث الثمر و قد لا، و الرسول نهى عنه لأنه غرر و بيع ما لم يخلق. . عن. د. عبد الله السلمي. "عقد التصريف" حكمه و تأصيله المرجع السابق ص21

[3]-حبل الحبلة: بالتحريك، مصدر سمي به المحمول، كما سمي الحمل و المراد به بيع ما سوف يحمله الجنين الذي في بطن الناقة على تقدير أنه أنثى، ونهى عنه لمعنيين: 1- أنه غرر 2- أنه بيع شيء لم يخلق بعد، عن - د. عبد الله السلمي – عقد التصريف، المرجع السابق.

[4]-صحيح البخاري: كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل بدو صلاحها و فسادها 766/2، و صحيح مسلم، كتاب المسافات، باب وضع الجوائح 1190/3

2- الشرط المحظور: هو اشتراط أمر حظره الشارع، أي نهى عنه و منعه بخصوصه، كمن يشتري كبشا بشرط أن يكون نطاحا ليبارز به، أو ديكا مقاتلا، و أي شرط من شأنه صرف الإنسان عن واجباته الدينية و الدنيوية، لأنه يفسد العقد[1].

و يقابل الشرط المحظور في القانون الوضعي الشرط المخالف للنظام العام حيث هدفهما الوصول لأمر ممنوع شرعا و قانونا.

3- الشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين:

* في المذهب الحنفي: جاء في بدائع الصنائع: " أنه شرط لا يقتضيه العقد و فيه منفعة للبائع أو للمشتري أو المبيع... (مثل البائع الذي يبيع دارا على أن يسكنها شهرا) (و مثل المشتري: الذي يشتري ثوبا على أن يخيطه له البائع) ، و هو ليس بملائم للعقد، ولا مما جرى به التعامل بين الناس، فهذا الشرط فاسد و يقع العقد المقترن به فاسدا، لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع و هو تفسير الربا، و البيع الذي فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة الربا، و أنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا. [2]

وقال الميرغناني[3]: " و كل شرط لا يقتضيه العقد و فيه منفعة لأحد العاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الإستحقاق يفسده، كشرط أن لا يبيع المشتري الشيء المبيع، لأن فيه زيادة عالية عن العوض فيؤدي إلى الربا، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيغري العقد عن مقصوده... و مثاله من باع عبدا

[1] -البدائع: 129/5، فتح القدير: 222/5. عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 124

[2] -فتح القدير: 214/5-216، عن د. أحمد علي عبد الله "ضوابط الشروط"، المرجع السابق ص 28

[3] -الميرغناني: (530-593 هـ) من أكابر فقهاء الحنفية، حافظ مفسر محقق أديب، من كتبه: الهداية في شرح البداية و منتقى الفروع و الفرائض و مناسك الحج و غيرها. الأعلام 73/5

على أن يعتقه المشتري فالبيع فاسد، لأنه بيع و شرط والنبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع وشرط"[1].

و قد جاء في المبسوط: " و إذا اشترى على أن يقرض له قرضا، أو يهب له هبة، يتصدق عليه بصدقة..." فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد و فيه منفعة لأحد المتعاقدين و لأن الرسول عليه السلام نهى عن سلف و بيع، و شرطين في البيع و ربح ما لم يضمن، و في رواية أخرى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: " **لا يحل سلف و بيع، ولا شرطان في بيع، و لا ربح ما لم يضمن، و لا بيع ما ليس عندك** "[2]

و عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن بيعتين في بيعة وفسروا الحديث بأن المراد به اشتراط عقد في عقد[3]، و جاء عن ابن مسعود قال بدوره أن الرسول صلى الله عليه و سلم قد نهى عن صفقتين في صفقة.[4]

---

[1] -الحديث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي قاله عن عبد الوارثين سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة و ابن أبي ليلى و ابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا و شرط شرطا، فقال: البيع باطل و الشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز و الشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة، فسألته فقال: البيع جائز و الشرط جائز، فقلت سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة، فأتيت أبا حنيفة فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالا، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة و السلام: " أنه نهى عن شرط و بيع " واستند أبي ليلى إلى حديث بريرة فيما استند ابن شبرمة إلى حديث جابر في شراء الناقة - نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلفي - دار الحديث – الأزهر - 17/4، عن د. أحمد علي عبد الله " ضوابط الشروط" المرجع السابق ص 27

[2] -الترمذي: - كتاب البيوع - باب كراهية بيع ما ليس عندك رقم الحديث 1234، النسائي: كتاب البيوع - باب شرط في بيع، رقم الحديث 4630، ابن ماجة: كتاب التجارات - باب النهي عن بيع ما ليس عندك رقم الحديث 2188. عن فهد بن علي الحسون: "الإجارة المنتهية بالتمليك في الفقه الإسلامي"، المرجع السابق ص 23.

[3] -أبو داوود: كتاب البيوع – باب فيمن باع بيعتين في بيعة رقم الحديث 3461، الترمذي: كتاب البيوع - باب النهي عن من باع بيعتين في بيعة رقم الحديث 1231، النسائي، كتاب البيوع باب النهي عن من باع بيعتين في بيعة رقم الحديث 4632، عن فهد بن علي الحسون – نفس المرجع ص 23 -24.

[4] -مسند الإمام أحمد، المكتب الإسلامي، بيروت ط1985/5: 5/2 رقم الحديث: 3725، معجم الطبراني الأوسط، دار المعارف للنشر، الرياض، ط1332/1 هـ: 364/2. عن. د. توفيق دياب ص 125

و لما سبقت إليه الإشارة أن هذا الشرط فيه شبهة الربا، و يؤدي إلى النزاع فهذا كله يؤدي لفساد العقد، و العقد الذي يدخله الفساد لوجود الربا هو من عقود المعاوضات المالية، أما غير المالية كالنكاح و عقود التبرعات كالهبة و الولايات كالوكالة و التوثيقات كالكفالة فلا يدخلها فساد لأنه لا مدخل فيها للربا، و دليل ورود الشرط في التبرعات أن الرسول صلى الله عليه و آله و سلم يحكم بصحة العمرى[1].

II- ضوابط الشروط الباطلة: و الباطل كالفاسد عند الجمهور الفقهاء، بينما الحنفية فالباطل عندهم هو شرط لا يؤثر في العقد لا فسادا و لا بطلانا، فالعقد صحيح و الشرط ساقط ليس للمشترط المطالبة به، لذلك سأتعرف على ضوابطه عند الحنفية ثم بالمذاهب الاربعة.

1- ضوابط الشرط الباطل عند الحنفية: و هو ما لا يقتضيه العقد و لا يلائمه، و لم يرد بجوازه لاشرع و لا عرف، و لا منفعة فيه لأحد أو للمعقود عليه من اهل الإستحقاق.

أ- الشرط الذي لا نفع فيه لأحد: قال الميرغناني: ". . . . و لو كان لا يقتضيه العقد و لا منفعة فيه لأحد لا يفسده، و هو الظاهر في المذهب، كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة، لأنها انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا و لا إلى المنازعة، إذا ثبت هذا فنقول: أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف و التخيير لا إلزام حتما. . . " فشرط عدم بيع الدابة على مشتريها يعد باطلا لانه يناقض مقتضى العقد الذي يطلق يد المشتري فيما يمتلكه، و لا منفعة لأحد من هذا الشرط الغريب، و بالتالي هذا الشرط لا يبطل العقد، و ليس هناك من يطالب بتنفيذه، لأن لا منفعة فيه لأحد، و لا شبهة للربا فيه، فيسقط و يبقى العقد جائزا [2]

[1] -العمرى: تمليك منفعة شيء مملوك عقارا أو غيره مدة حياة المعطي، و هو المعمر بغير عوض - من دليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي، ط1- 1992، ص 221، عن د توفيق دياب ص 126.

[2] -البدائع: 170/5. عن "الشرط في الفقه الإسلامي" المرجع السابق.

ب- شرط فيه ضرر لأحد المتعاقدين: و هو شرط يصنعه أحد المتعاقدين يؤدي الإلتزام به إلى الضرر بالآخر، مثل من باع دارا على أن يحرقها، وهذا شرط باطل و شرط المضرة لا يؤثر في البيع.

ج- الشرط الذي فيه منفعة لأجنبي عن العقد: سواء كان هذا الأجنبي معينا، أو غير معين، ومثاله: أن يشترط بائع الدار على المشتري أن يسكنها فلان غيره، أو أن يجعلها مسجدا لينتفع الناس فهنا الشرط فاسد ساقط بينما العقد صحيح، بينما هناك من يقول من هذا المذهب بفساد العقد المقترن بهذا الشرط، و ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في شرح الجامع في باب الزيادة في المبيع من غير المشتري أن العقد لا يفسده، وذكر القدوري رحمه الله تعالى أن العقد يفسد[1]

د- الشرط الذي ليس فيه منفعة و لا مضرة: كمن باع طعاما و شرط على المشتري أكله، فالعقد يقتضي إباحة ذلك للمشتري، و الشرط يجعله واجبا لذلك يبطل في حين يصح العقد.

2- ضوابط الشرط الباطل عند المالكية:

أ- إشتراط أمر محضور: أي اشتراط ما هو محرم، وهو كل شرط من شأنه صرف الإنسان عن واجباته الدينية و الدنيوية، فهو باطل و مبطل للعقد.

ب- إشتراط أمر يخل بالثمن أو اشتراط ما يؤدي إلى غرر: بما يؤدي إلى جهالة، فيبيع بزيادة إن كان شرط السلف من المشتري، أو ينقص إذا كان البائع، لأن الإنتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن و هو مجهول، و اشتراط الرهن أو إشتراط ما فيه غرر مثاله: نجده في الهبة ما لو دفع أحد فرسا له لآخر لسنين يعمل بها، و شرط الواهب أن ينفق الموهوب له على الفرس خلال تلك السنين ثم تصبح الفرس ملكا له، فذلك لا يجوز لوجود الغرر.

[1] -حاشية ابن عابدين دار إحياء التراث ط1/1987: 112/4، عن د. توفيق دياب ص128

ج- إشتراط ما يناقض مقتضى العقد: كاشتراط الراهن أن لا يخرج الرهن من يده، أو إشتراط الزوج أن لا ينفق على زوجته، لرب أو إشتراط ما يحول دون إطلاق تصرف المشتري فيما اشتراه و امتلكه، فهي إشتراطات كما قال الحطاب: " لا تتلاءم مع المقصود من العقد، فيسقط الشرط و العقد [1]

و قال الصاوي [2] فيما سبق بيانه من ضوابط الشروط الباطلة عند المالكية: "... أعلم أن الشرط الذي يحصل عند البيع إما أن ينافي المقصود (أي يناقض المقصود) مثل: من باع دابة و شرط ألا يركبها أو لا يبيعها، أو يخل بالثمن و مثله في شرط و سلف... " [3]

و يجدر التنويه إلى أن المذهب المالكي انفرد بمسألة هامة جدا هي التنازل عن الشرط الباطل أي متى أسقطه المشتري يبقى العقد معه صحيحا [4]، و يقول ابن رشد الحفيد [5] في الشروط المشترطة في البيوع عل مذهب مالك رحمه الله "... شرط يفسخ به البيع ما دام مشترط الشرط متمسكا بشرطه، فإن رضي بترك الشرط صح البيع "[6]

3- ضوابط الشرط الباطل عند الشافعية:

أ- شرط لم يرد في الشرع: أو شرط مخالف للشرع، و مثاله: بيع عبد و إشتراط ولائه للبائع فهذا مخالف لحديث بريرة، إلا أنهم جعلوا العقد باطلا لا صحيحا كما في الحديث، حيث فسروا "

---

[1]-تحرير الكلام في مسائل الإلتزام للحطاب ص 339- 365. عن فهد بن علي الحسون المرجع السابق ص 25

[2]-الصاوي: (1175 -1241 هـ) . هو أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي، فقيه مالكي من مصر، انتقل إلى المدينة المنورة من كتبه: حاشية علي – تفسير الجلالين - حواش علي على كتب الشيخ أحمد الدردير في الفقه المالكي. الأعلام 232/1

[3] -بلغة السالك لأقرب المسالك – للشيخ أحمد الصاوي – دار الفكر: 32/2. عن د. أحمد علي عبد الله ص 27

[4]-الخرشي: 81/5. عن "الشرط في الفقه الإسلامي" المرجع السابق

[5]-ابن رشد الحفيد: 450-520 هـ بقرطبة. هو أبو الوليد قاضي الجماعة، من أعيان المالكية و هو جد ابن رشد الفيلسوف محمد بن أحمد، من كتبه: المقدمات الممهدات في الأحكام الشرعية و البيان و التحصيل و مختصر الطحاوي. الأعلام 376/1

[6]-المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام و التحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها: المشكلات لابن رشد القرطبي – أخرج أحاديثه الشيخ زكريا عميرات – منشورات محمد بن علي بيضون- دار الكتب العلمية بيروت 376/1 عن د. أحمد علي عبد الله – المرجع السابق ص28.

اشتراطي لهم " بمعنى عليهم لقوله تعالى: " و إن أسأتم فلها "[1] و أن حكم عدم إبطال البيع خاص بهذه القضية لقطع العادة التي كانوا عليها، ففي هذه الشروط و أمثالها يبطل الشرط و العقد أيضا[2].

ب- شرط ينافي مقتضى العقد: كشروط منع التصرف فيما هو مملوك، كشرط أن لا يبيع أولا يهب أوشرط الزواج دون أن تحل له، اشتراط بيع على سلف أو اشتراط عقد في عقد أو اشتراط شرط يعلق البيع، فهي شروط باطلة لأنها تنافي مقتضى العقد، و قد اختلف الفقهاء في أثرها على العقد، و الأصح بطلان العقد و الشرط لمخالفته لمقصود العقد.

ج- شرط يؤدي إلى جهالة: و مثاله: اشتراط العربون أو بيع شيئا بثمن إلى نتاج النتاج، فهذا بيع لا يصح لما فيه من جهالة في الأجل و الثمن الذي لابدا من ذكرهما (أن يكون معلومان) ، فهو شرط يبطل العقد.

د- شرط يخالف مقتضى العقد و ليس فيه منفعة لأحد: أو منفعة غير مقصودة عند الناس وعاداتهم، و مثاله: اشتراط المرأة في عقد النكاح أن يضمن لها مستوى راق من العيشة، أو أن يلبسها حلي معينا، و حكم هذا الشرط أنه لا يؤثر في العقد، بل يلغى الشرط وحده دون حاجة لأن يسقطه المشترط أو لا يسقطه، لأنه لا يترتب على فواته عدم الرضا بالعقد و لا يورث نزاعا يؤدي إلى خصومة[3] لأنه لا يخل بمقصود العقد.

4- ضوابط الشرط الباطل عند الحنابلة:

أ- الشرط الذي يخالف أو يتنافى و مقتضى العقد: و سبقت أمثلة كثيرة فيه من بيع أو هبة أو عتق من شأنهم منع حرية تصرف المشتري فيما صار ملكه، و أضاف الحنابلة مثال: اشتراط

---

[1] -سورة الإسراء الآية 07

[2] -نهاية المحتاج: 457/3، مغني المحتاج للخطيب الشربيني-دار الفكر: 34/2. عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص130

[3] -نهاية المحتاج: 442/3 -443، مغني المحتاج: 34/2، عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 132

المشتري على البائع إذا غصبه غاصب أن يرجع على البائع بالثمن، و هذا مناقض لمقتضى العقد، لذلك هي شروط باطلة لكن أثرها في العقد الذي اقترنت به اختلف لدى الحنابلة بين روايتين: الأولى: يبطل الشرط و يصح العقد و هذا ثابت عن أحمد، و الثانية: يبطل الشرط و يبطل العقد.

إن المذهب الحنبلي و المذهب المالكي لا يختلفان كثيرا في هذا الضابط، و قد جاء في المغني في تقسيم الشروط في رواية أخرى عن اشتراط ما ينافي مقتضى البيع أنه شرط فاسد، لأن شرط الولاء لغير العاتق ينافي مقتضى العقد، و هو أشبه إذا شرطه أن لا يبيعه، لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه، وليس في حديث عائشة رضي الله عنها أنها شرطت لهم العتق، و إنما أخبرهم بإرادتها لذلك من غير شرط، و هم اشترطوا الولاء، فالحكم فساده حكم سائر الشروط الفاسدة.

ب- اشتراط عقدين في عقد واحد: أو اشتراط البائع شرطا يعلق عليه البيع و مثاله: كما في كشاف القناع ما لو اشترط عليه سلفا أو سلما أو قرضا أو بيعا أو إجارة أو شركة أو صرف ثمن أو غيره.

و جاء في المغني: "... أن يشترط عقد في عقد، نحو أن يبيعه شيئا شرط أن يبيعه آخرا شيئا آخر بعينه، أو أن يشتري منه أو يؤجر منه أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع، سواء اشترطه البائع أو المشتري [1].

و حجة الحنابلة في ذلك أن الرسول نهى عن سلف و بيع و عن صفقتين في صفقة واحدة فيما سبق تخريجه من أحاديث، و قد ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية هو و غيره، إلى جواز اشتراط

[1]-المغني لابن قدامة: مكتبة الرياض الحديثة: 251/6. عن د. عبد الله السلمي، المرجع السابق.

عقد في عقد إلا إذا كان أحدهما معارضة و الآخر تبرع كالجمع بين البيع و القرض أو بين الإجارة والقرض [1] مستدلين بحديث "لا يحل سلف و بيع".

إذن فالحنابلة استدلوا بأن الأصل في المعاملات و الشروط الحل و الصحة لذلك ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية و غيره أن مسألة نهي الرسول عن بيعتين في بيعة المراد به هو " بيع العينة "، حيث يضمن بيع مؤجل و بيع حاضر، و تضمن أيضا الشرطين: شرط التأجيل، و شرط الحلول[2].

ج- اشتراط شرطين في عقد واحد: و المقصود به عند الحنابلة اشتراط شرطين فاسدين في العقد، لذلك يترتب عليه بطلان العقد، لأن الشرطين إذا كانا صحيحين أو أكثر يصحون و يصح العقد معهم[3]، و لعل هذا القول هو أقرب إلى التفسير الصحيح للحديث " لا يحل سلف و بيع، و لا شرطان في بيع، و لا بيع ما ليس عندك ". و أن اشتراط شرطين فأكثر صحيح لا يفسد العقد، لأنه لما كانت الشروط لا تؤثر في صحة العقد و هي منفردة فيلزم ألا تؤثر فيه و هي مجتمعة.

و الشرط الباطل عند الحنابلة هو ما ورد عن الشرع نهي عنه بخصوصه و مثاله: من يبيع جاريته بشرط أن يطأها، لأن الله تعالى حرم الوطء إلا بنكاح أو ملك اليمين و قد خرج الملك من يده بالبيع.

و الشرط الباطل عند ابن تيمية هو ما كان منافي لمقصود العقد، كعدم التصرف في الملك بشرط عدم البيع أو عدم الإيجار، فهي شروط تجمع بين متناقضين، حيث يقضي العقد بحرية التصرف في الملك، و الشرط يمنع هذا المقتضى للعقد، كما يحرم و يبطل ابن تيمية من الشروط ما ورد نص خاص بتحريمها و هذا ما ذهب إليه القانون من تحريم الشروط المخالفة للنظام العام والآداب العامة.

---

[1] -مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: 432/29. عن فهد بن علي الحسون – المرجع السابق ص 24

[2] -مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: 432/29. عن فهد بن علي الحسون – المرجع السابق ص24

[3] -د. حسن الشاذلي – مجلة الفقه الإسلامي – الدورة الخامسة (2635/4) . عن فهد بن علي الحسون المرجع السابق ص 27

*** خلاصة المطلب الأول:**

إن وصول المذاهب الفقهية الأربعة لتحديد ضوابط الشروط العقدية بالطرح الذي سبق بيانه، جاء بعد التطورات و التحولات التي عرفتها المشارطات في المعاملات، حيث أن الفقه الإسلامي لم يلبث جامدا عند المرحلة الأولى للفكر القانوني، بل خطا خطوات واسعة في طريق التطور.

فقد رأينا مما تقدم من نصوص الفقهاء أن المذهب الحنفي و الشافعي يتفقان على مبدأ عام وجوب وحدة الصفقة و منع التعدد، فأقرا- لا على سبيل الإستثناء بل مطاوعة لطبائع الأشياء- صحة الشرط الذي يقتضيه العقد و العمل به سواء ذكر في العقد أو لم يذكر، و تقرير هذه القاعدة لا يقصد بها الحكم في ذاته، بل التمهيد للاستثناءات الحقيقية من مبدأ وحدة الصفقة، فتبنى قاعدة على أخرى، فيصح معها الشرط الذي يلائم العقد لأنه إن لم يقتضيه العقد صورة، فهو يقتضيه حقيقة، بذلك يصح استحسانا عند الحنفية، أما الشافعية فيصح عندهم أصلا و يدعى بالشرط الذي فيه مصلحة أو تدعو إليه الحاجة، فهم لا يميزون بين الشرط الذي يلائم العقد و الشرط تدعو إليه حاجة التعامل (هما شيء واحد عند الشافعية) ، أما عند الحنفية فتناولوا الشرط الذي جرى به العرف و كان الباب الذي دخل منه التطور السريع، فجوزوا الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة و لو لم يقتضيه العقد و لا يلائمه ولكن جرى به التعامل فصح استحسانا. فقد كان الإستحسان مصدرا خصبا لأهم تطورات هذا المذهب.

و اتفق المذهبان أيضا بخصوص إلغاء الشرط الذي ليس فيه منفعة مطلوبة أو لا غرض فيه مع بقاء العقد قائما، أما الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة و لا يقتضيه العقد و لا يلائمه فكان باطلا عند الشافعية وفقا للأصل المعروف " يمنع البيع و الشرط"، و فاسدا عند الحنفية الذين قصروا التحريم في المعاوضات المالية دون التبرعات و الإسقاطات و الإطلاقات و التقييدات على ما تقدم، لأن في المعاوضات المالية يتحقق معنى تعدد الصفقة و في غير المالية يمكن إلغاء الشرط الفاسد و إبقاء العقد الأصلي.

أما في المذهب المالكي فتطوره كان أبعد مدى من تطور المذهب الحنفي و الشافعي، فمالك يجيز من الشروط ما يجيزه المذهبان الآخران، ثم هو يجيز منها كثيرا مما لا يجيزانه، و عنده أن الأصل في الشرط أن يكون صحيحا و يصح معه العقد، فقد أجاز الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة فيتخطى بهذه الإباحة العقبة التي ترجع المذهبين الآخرين إلى مبدأ و حدة الصفقة، و يقع الشرط فاسدا عنده على سبيل الاستثناء، لأن الشرط الفاسد عند مالك لا يجوز في أكثر صوره، و هذا واضح في الشرط الباطل الذي يبطل العقد و الشرط الباطل الذي يبطل وحده و يبقى العقد، إلا أن مالك أمام مسألة البيع و السلف وقف جامدا و لم يتابع تطوره لاصطدامه بمبدأ وحدة الصفقة دون أن يستطيع تخطيه.

و أخيرا فإن المذهب الحنبلي أبعد المذاهب تطورا في تصحيح الشروط، لاسيما بما أضافه إليه ابن تيمية، و هو كالمذهب المالكي تخطى مبدأ وحدة الصفقة، فالأصل عنده في الشرط أن يكون صحيحا و يصح معه العقد، بل سار في هذا الأصل إلى مدى أبعد من المالكية في تصحيح الشروط، فوسع في إباحة الشروط في عقد الزواج بوجه خاص، و يقع الشرط عند الحنابلة فاسد على سبيل الاستثناء، إذا كان ينافي مقتضى العقد، أو كان قد ورد بالنهي عنه نص خاص، فهم لا يختلفون كثيرا عن المالكية

و في استكمال عمل المذهب الحنبلي باجتهاد ابن تيمية، فالأصل في الشرط الصحة، ويصحح معه العقد سواء في المعوضات أو التبرعات، و لا يكون باطلا إلا إذا كان منافيا للمقصود من العقد و هذا طبيعي، و إلا إذا كان مناقضا للشرع فيحل حراما و هذا أشبه في الفقه الغربي بالشرط –الذي يخالف القانون او النظام العام– و لم يتعرض ابن تيمية إل تحريم إجتماع الشرطين ولا لتحريم اجتماع البيعتين في البيعة أو إجتماع البيع و السلف.

من ذلك يستخلص أن للشرط الباطل ضربان:

1- ضرب شرط باطل يجعل العقد معه باطلا.

2- و ضرب من الشروط الباطلة يبقى معها العقد صحيحان و هو قسمان:

أ- ما يحكم معه بصحة العقد لأن المشترط أسقطه: و قد ذكر المالكية في أقسام الشرط الباطل، وضوابطه عندهم: أمر يناقض المقصود من البيع أو يخل بالثمن أو يؤدي إلى غرر كمثال الهبة.

ب- ما يحكم بصحة العقد سواء أسقطه المشترط أو لم يسقطه و هو ثلاثة أنواع:

النوع 1: يتناول الشروط الباطلة عند الحنفية التي سبقت الإشارة إليها، كلها يبقى العقد معها صحيحا.

النوع 2: يتناول الشروط الباطلة عند المالكية الذي يصح معه العقد استثناءا: و هو اشتراط البراءة من العيوب أو من الإستحقاق، فإذا باع حيوانا على البراءة من العيوب ثم اطلع المشتري على عيب قديم فيه، كان له رده و لا عبرة بشرط البراءة.

النوع 3: يتناول الشروط الباطلة عند الشافعية و الحنابلة و حتى الحنفية فيما يتعلق باشتراط ما يخالف أو ينافي مقتضى العقد دون الإخلال بمقصوده و أمثلته:

- عند المالكية: ما لو اشترط رب الوديعة على المودع ضمانها فلا ضمان عليه إذا تلفت في محل لا ضمان عليه فيه، لأن يد المودع يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي على الوديعة من الأمانات، فلا يضمن في هذه الحالة، فيلغى الشرط و تصح الوديعة.

- عند الشافعية: قول: أعمرتك هذه الدار سنة، فعلى الجدير لو قال مع قوله: أعمرتكها فإذا مت عادة إلي أو إلى وارثي فكذا فهي هبة و إعمار صحيح في الأصح، و به قطع الأكثرون فيلغوا ذكر الشرط.

– عند الحنابلة: مثال اشتراط أن لا خسارة عليه أو شرط أنه متى نفق المبيع و إلا رده فهذا الشرط لا يبطل البيع.

النوع 4: اشتراط أمر يؤدي إلى جهالة أو أمر غير مشروع، كما لو باع بقرة و شرط أن تدر كل يوم صاعا من الحليب فإن ذلك لا يصح لعدم القدرة عليه و عدم إنضباطه.

المطلب الثاني: ضوابط الشروط العقدية في القانون

عملت القوانين الوضعية على اختلاف أنظمتها و مجتمعاتها على وضع ضوابط عامة للإرادة المشترطة، تقتضي أن الأصل حرية الإرادة في وضع الشروط على أن لا تخالف النظام القانوني المعمول به و على رأسه يأتي النظام العام و الآداب العامة[1]، الذي لعب دورا كبيرا في تقييد الإرادة المشترطة، ثم تأتي القواعد القانونية الإلزامية التي من شأنها تنظيم بعض الشروط العقدية بوجه خاص وفق ضوابط خاصة بها، و ستحاول الدراسة الإشارة إلى بعضها على سبيل المثال فقط، ذلك لأن الإلمام بها إجمالا يقتضي دراسة مستقلة و خاصة بكل شرط.

الفرع الأول: ضوابط الشروط صحة و بطلانا.

و أهمية هذه الضوابط تكمن في تنظيم الشرط من حيث صحته و بطلانه، إلا أنه تثار مسألة أخرى لا تقل أهمية بشأن إعمال أو إهمال الشرط قانونا، و بدورها اقتضت ضوابط أخرى للشرط وهي أن يتوافق مع كل من النية المشتركة و الغرض المقصود من التعاقد و التوازن العقدي من عدم ذلك، و التأكد من هذا التوافق من عدمه يثقل كاهل القضاء أمام ما يلعبه من دور كبير في ذلك.

الفرع الثاني: مدى إعمال أو إهمال الشروط.

[1]–د. أحمد علي عبد الله "ضوابط الشروط المقترنة بالعقد" المرجع السابق – ص 17

الفرع الأول: ضوابط الشروط صحة و بطلانا.

وضعت القوانين ضوابطا للشروط الصحيحة و الباطلة بموجب النصوص الآمرة، و تنجلي وفق الآتي:

I- ضوابط الشروط الصحيحة:

1/ أن لا يكون الشرط متوقفا على إرادة الملتزم: لعل من أهم خصائص الشرط أن لا يكون متوقفا على إرادة المدين [1] و هذا يعني أن تحقق الشرط ليس متروكا لمحض إرادة المدين و من هنا للشرط الصحيح ثلاثة أنواع.

أ- شرط إرادي: و يتعلق تحققه أوتخلفه بإرادة طرفي الإلتزام و هو نوعان:

1. شرط إرادي محض:

و هو يتعلق بمحض إرادة الدائن أو المدين، فإن تعلق بالدائن يكون الشرط معلقا عليه، إن شاء طالب المدين به أو أحله منه، لأن الإلتزام منجز بشرطه أو بدونه إلا أن رضاء الطرف الآخر و إرادته لابد منها دائما.

أما إذا تعلق الشرط بإرادة المدين يكون إما فاسخا أو واقفا، فمتى كان فاسخا كان الإلتزام قائما و الشرط صحيحا، و هنا لا يعلق وجود الإلتزام على إرادة المدين فالمعلق هو حق الفسخ الثابت بالشرط، لذلك للمدين الحق في فسخه أو إبقائه.

---

[1] -د. عبد الرشيد المأمون – النظرية العامة للإلتزامات- أحكام الإلتزام –كلية الحقوق – جامعة القاهرة، عن الأستاذ أحمد فاروق علي محامي الإستئناف العالي و مجلس الدولة – الشرط في القانون المدني – مقالة

E _ Mail: mr. a. Farouk __ Lawer @ hotmail. com

و متى كان الشرط واقفا كان باطلا و مبطلا للإلتزام لأنه يجعل عقدة الإلتزام منحلة منذ البداية[1].

2. **شرط إرادي بسيط**: و يتعلق بإرادة أحد طرفي الإلتزام، إلا أن هذه الإرادة ليست مطلقة بل مقيدة بظروف أو ملابسات، مثاله: كفلت ديون أبيك إذا قبلت الزواج بي و مثاله أيضا: أشركتك في أرباح مشروعي إذا أقرضتني مبلغ من المال، فشرطا الزواج و القرض متعلقان بإرادة الدائن و المدين، ولكن إلى جانب تلك الإرادة لابد أن تسمح بذلك الظروف الإجتماعية و الإقتصادية، و مثل هذا الشرط صحيح متى كان ممكنا و غير مستحيلا لأن الإستحالة تولد البطلان.

ب- شرط احتمالي: ليس له علاقة بإرادة أي من طرفي العقد أو الإلتزام، فتحققه أو تخلفه راجع إلى الصدفة و مثاله: وهبتك هذه الدار إذا أنجبتي لي ولدا، فهذا الشرط متروك للصدفة، فهو محتمل الوقوع، قد يقع و قد لا يقع لكنه بغير مستحيل، فمتى شاءت الصدفة بإنجاب الولد تحقق الشرط وصح عقد الهبة.

ج- شرط مختلط: هو الشرط الذي يتصل بإرادة أحد طرفي الإلتزام، و بعامل خارجي كمجرد الصدفة أو إرادة الغير، مثلا: وظفتك في شركتي إذا زوجتني أختك، فهنا تحقق الشرط مرتبط بإرادة الغير فضلا عن إرادة طرفي الإلتزام، فهو بذلك شرط مختلط، و الغير له أن يقبل الشرط و ينفذه و له رفضه و لا يلتزم به، فالشرط هنا غير محقق الوقوع و في نفس الوقت ليس بمستحيل الوقوع بل محتمل وقوعه، و متى تحقق شرط الزواج تحقق معه عقد العمل فهو شرط صحيح.

[1] -المادة 205 ق م جزائري و المواد 266 و 267 ق م مصري و سوري: " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم "

2/ أن لا يكون الشرط مخالفا للنظام العام و الآداب العامة: و قد نصت جل القوانين الوضعية[1] على جواز الإشتراط في العقود كقاعدة عامة، ما لم يكن ذلك مخالفا للنظام العام و الآداب العامة،

II- ضوابط الشروط الباطلة:

سبقت الإشارة إلى بعض الشروط الباطلة من خلال ضوابط الشروط الصحيحة فيها يتعلق بالشرط الإرادي المحض الواقف، إلا أن الآن يتحدث عنها بشكل خاص وفقا للقانون:

1/ أن يكون الشرط مستحيلا: و هو الممتنع حسا وقانونا، أي سواء كانت إستحالة ماديةة كشرط عبور المحيط سباحة، أو كانت إستحالة قانونية، كشرط عدم التصرف في الملك، فهذا لا يجيز القانون و يأخذ حكم الشرط الذي ينافي مقتضى العقد في الشريعة الإسلامية، فهو شرط باطل و يبطل العقد الذي يقترن به.

2/ أن يكون الشرط مخالفا للنظام العام و الآداب العامة: كمن يتعهد بدفع المال مقابل إرتكاب جريمة (سرقة أو قتل) ، أو من يعاشر إمرأة مقابلة إيراد معين، ففي الحالين يبطل الشرط و العقد، إلا إذا تبين لقاضي أن الشرط لم يكن هو الدافع للتعاقد، كمن يعين إمرأة مسكينة و يهبها مسكنا وهو يقصد الهبة و الإعانة ثم يطمع إليها و يضع شرط المعاشرة، فالهبة قصدها صاحبها و لو دون الشرط، هنا يبطل الشرط و يصح العقد.

3/ أن يكون الشرط مقيدا أو مانعا لإستعمال الحقوق الشخصية أو العامة: كشرط منع حق الزواج أو غيره من الحقوق المدنية، و كشرط عدم الإنتخاب أو عدم الترشح للإنتخاب.

[1] -و من ذلك القوانين المدنية بما فيها المادة 204 جزائري و المواد 265-267 مصري و سوري و المادة 1172 فرنسي و المادة 164 أردني و المادة 131 عراقي و المادة 82 قانون موجبات و عقود لبناني و المواد 108-109 قانون إلتزامات و عقود مغربي و المادة 83 قانون معاملات مدنية سوداني. . . و غيرها

لقد جاءت ضوابط الشروط في القانون سواء الصحيحة منها أو الباطلة في شكل عام وفق أفكار رئيسية، إلا أن من هذه الضوابط ما يقتضي الوضوح و التحليل الدقيق بما فيها الإطلاع على فكرة النظام العام و الآداب العامة.

1- فكرة النظام العام: لقد اختلف الفقهاء في تعريفها إختلاف يكاد لا ينتهي إلا أن الشراح إكتفوا بتقريبها للأذهان بقولهم: " إن النظام العام هو الأساس السياسي و الإجتماعي و الإقتصادي الخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها " [1].

أو بعبارة أخرى هي " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت مصالح سياسية أو إقتصادية أو خلقية لم يرد بهذه القواعد نص تشريعي لأن النظام العام يجاوز نطاق التشريع "[2]

إذن فالنظام العام عموما هو مجموع النظم التي يراد بها تأمين سير المصالح العامة و العليا للدولة، و ضمان حسن سير علاقات الأفراد فيما بينهم و لا يمكن لهم الإتفاق على استبعادها أو مخالفتها.

و دائرة النظام العام تضيق متى تغلبت النزعة الفردية، و تتسع بتغلب النزعة الإشتراكية ومذاهب التضامن الإجتماعي[3]، فمفهوم النظام العام متغير لا يمكن حصره في دائرة دون أخرى، بإعتباره يضيق و يتسع مع الزمن و ما يعتبره الناس في حضارة معينة مصالح عامة، لذلك لا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلق يتماشى مع كل زمان ومكان، فضلا عن أن حمايته تتكيف مع تغيره، فما كان محضورا في الماضي يمكن أن يصبح مباحا اليوم و العكس صحيح[4]، و ما

---

[1] -د عبد الرزاق السنهوري "الوجيز في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام" دار النهضة- القاهرة 1966: ص 943.

[2] -د. سليمان مرقس "نظرية العقد"، دار النشر للجامعات المصرية -1956 ص152 28 و أنظر الوسيط الطبعة الجديدة المجلد الأول ص434-435.

[3] - الوسيط للسنهوري، ج1، ط ج، المرجع السابق، ص 3435

[4] -د. بلحاج العربي، ال"نظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري"، التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفردة) ج2 بدون طبعة الجزائر 1999. ص45.

قد يكون مباحا في بلد يكون غير مباح في بلد آخر حسب المعتقدات و العادات و التقاليد لأن النظام العام أمر نسبي فكل ما يمكن هو وضع معيار مرن للمصلحة العامة [1].

2- فكرة الآداب العامة:

لا تقل فكرة الآداب العامة عن فكرة النظام من حيث عدم وضوحها و تعذر ضبطها، والرأي السائد في الفقه الحديث أن القانون قد قصد بالنص على الآداب الإحالة إلى بعض قواعد الأخلاق التي لم يتضمنها نص قانون خاص لا إليها كلها، ليرفع هذا البعض جملة عن طريق هذه الإحالة إلى مرتبة القواعد القانونية الآمرة من حيث بطلان كل اتفاق على ما يخالفها[2]، إلا أن هذا الرأي يلقى صعوبة في تحديد ذلك الجزء من القواعد الأخلاقية التي تكون الآداب العامة.

و في تعريف آخر: هي مجموعة القواعد الخلقية التي يلتزم بها الأفراد في بيئة معينة و زمن معين، و يكون مصدرها الدين و التقاليد في المجتمع، و كلما اقترب الدين من الحضارة كلما ارتفع المعيار الخلقي و زاد التشدد فيه[3]، و من تم فهي تدخل في فكرة النظام العام و تعتبر الشق الخلقي فيه[4] و إن اختلفت معه من حيث مجال كل منهما، إلا أنه لا يوجد فرق جوهري بينهما من حيث الوظيفة المسندة إليهما و المتمثلة في حماية المجتمع و المحافظة على النظام و الأمن الاجتماعي[5].

و معيار الآداب في القاموس الأدبي ليس معيارا ذاتيا يرجع فيه كل شخص لتقديره الذاتي، بل يتبع الرأي العام و ما يشعر به ضمير المجتمع [6].

فمعيار الآداب العامة غير ثابت يتطور تبعا لتطور الفكرة الأدبية في الحضارة، إذ هناك أمور كانت مخالفة للآداب فيما مضى، كالتأمين على الحياة و الوساطة في الزواج، و العري إلا أنها

---

[1] -الوسيط للسنهوري – المرجع السابق ص435

[2] -د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص 195-2196 .

[3] -الوسيط للسنهوري، ج1، ط ج، المرجع السابق، ص 3436

[4] -د. بلحاج العربي – المرجع السابق ص 153

[5] -د. علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، بدون طبعة – مطبعة وحدة الرغاية - الجزائر 2001. ص211

[6] -د. سليمان مرقس المرجع السابق ص196 .

أصبحت اليوم غير ذلك[1]، و من الاتفاقات التي تخالف الآداب العامة، كل إتفاق على إيجاد علاقة غير مشروعة جنسية، و كذلك كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصا آخر مقابل إجراء علاقة جنسية معه و كل إتفاق يتعلق بإستغلال بيوت العهارة [2]و كل اتفاق خاص بمقامر أو كب المال عن طريق غير شريف يقوم على الغش و التحايل و التدليس فكلها إتفاقات باطلة مخالفة للآداب العامة.

3- مصدر النظام العام:

يستمد النظام العام مصدره من النصوص القانونية الآمرة، فالشرط الصحيح إذن هو ما يتفق مع النص القانوني الآمر، فيتولى الشارع تحديد مختلف النصوص القانونية و تحديد ما إذا كانت من النظام العام أم لا، حيث يقضي النص صراحة أنه لا يمكن الإتفاق على ما يخالفه، و قد يقتصر القانون على وضع المبادئ العامة محيلا التفاصيل إلى السلطة التنفيذية التي تعالج التنظيم الدقيق لمختلف الأنشطة الإقتصادية و الإجتماعية بواسطة المراسيم و القرارات و المنشورات، و تكون كل هذه النصوص التنظيمية بمختلف أنواعها مصدر للنظام العام لا يجوز الإتفاق على ما يخالف أحكامها، لكن المشرع قد يغفل عن تكييف القاعدة القانونية فيذكر الحكم القانوني للمادة دون الإشارة إلى إمكانية مخالفتها أم لا، و هنا يتولى القاضي تكييف نص المادة و يعتمد في ذلك على تقدير الغرض من الحكم، فإذا تعلق بمصلحة عامة كيفه النظام العام و لا يمكن الإتفاق على مخالفته[3].

[1]-الوسيط للسنهوري ص 1436 .

[2]-الوسيط للسنهوري، ج1، ط ج، المرجع السابق ص2449 .

[3]-علي فيلالي. المرجع السابق ص 212

4- مجال النظام العام و تقييده لحرية التعاقد و التشارط:

إن حرية التعاقد و التشارط تجد قيدا خطيرا في النظام العام و الآداب[1]، و مجال النظام العام في تقييد حرية التعاقد و التشارط يمكن رصده من زاوية أثر النظام العام على سلطان الإرادة و حرية التعاقد أو التشارط.

يتميز النظام العام بمفهومين تقليدي و حديث، فالأول يعرف بالنظام العام السياسي والأخلاقي، و الثاني يعرف بالنظام العام الإقتصادي الذي يجسد التطورات التي عرفها.

يشمل النظام السياسي الحياة السياسية بما فيها من قوانين دستورية و تشريعية و إدارية وإقتصادية و الحريات العامة، و الوظائف و المؤسسات العامة و الحياة الإجتماعية الخاصة بنظام الأسرة و الميراث والأهلية و الجنسية و الإجراءات القضائية و المحاكمات لحماية حقوق الإنسان والتنظيم القضائي، و كل عمل قضائي يحمي المصلحة العامة و الأفراد، و النظام الأخلاقي للمجتمع و الفرد.

فكل إتفاق أوعقد أو شرط يجريه الأفراد يمس بهذه الأنظمة فهو باطل مطلقا لأنه يعدل مصلحة عليا أحاطها و حضها المشرع بحماية صارمة.

إن تقييد مبدأ سلطان الإرادة و حرية التعاقد بفكرة النظام العام جاءت في البداية على شكل قيود تقررت غالبيتها في مرحلة إنشاء العقد عند عدم إحترام شروطه و عناصر [2]بما فيها ما يتعلق بالركن و السبب و الرضا.

---

[1]- عبد المنعم فرج الصدة "نظرية العقد في قوانين البلاد العربية" –مصادر الالتزام- القاهرة 1950 بند 26 ص 47

[2]-محمد حسنين عبد العال، "الإتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد"، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998ص56.

إذن فقواعد النظام السياسي التقليدي إقتصرت على ممنوعات وجب إحترامها إلا أنه و مع إتساع فكرة النظام العام من حيث مضمونها تطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الإقتصادي والإجتماعي، فعرفت ما يسمى بالنظام العام الإقتصادي، و الذي كانت بدايته حماية الطبقات الإجتماعية الضعيفة و الفقيرة، مما أدى إلى الحد من سلطان الإرادة بهدف حماية الجانب الضعيف في العقد، و عرف هذا بالنظام العام الحمائي، كما و قد مكنت فكرة النظام العام الإقتصادي كثير من الدول من تحقيق سياسة النظام العام التوجيهي [1] و بموجب أحكامه شهدت الإرادة قيود و ضوابط أخرى لا يمكن مخالفتها و إلا كانت باطلة مطلقا.

و أما أحكام النظام العام الإجتماعي الحمائي فتضمنت شروط حماية المتعاقد الضعيف، وهي ملزمة في مواجهة الجميع خاصة المتعاقدين، مع جواز مخالفتها لصالح الطرف الضعيف، فهي أحكام تسمح بزيادة الحقوق التي تتضمنها لا بإنقاصها و للطرف المستفيد من الحماية التنازل عنها بعد إكتساب الحق محل الحماية بإرادته الحرة [2]و من ذلك المادة 167 قانون مدني أردني فقرة 02: " أما ما تعلق بإبطال التصرف القانوني فهو يخدم مصالح المتعاقد القوي فتنتفي بالمقابل الغاية من وجود أحكام النظام العام الإجتماعي، لذلك فحماية المتعاقد الضعيف تقتضي بقاء العقد و إبطال الشرط التعسفي أو إعفاء المتعاقد من تنفيذه مثال ذلك المادة 110 قا مدني جزائري و المادة 148 قا مدني مصري و المادة 204 قا مدني أردني و المادة 167 قا مدني أردني فقرة 02: " كما يجوز أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب العامة و إلا لغي الشرط و صح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع للتعاقد فيبطل العقد أيضا " كما و قد يتمثل الجزاء في إستبدال الشرط المخالف للنظام العام بحكم القانون، كما نصت المادة 136

[1]-محمد حسنين عبد العال، نفس المرجع ص 79-80

[2]-علي فيلالي – المرجع السابق ص228 -229

من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل في الجزائر[1] " يكون باطل و عديم الأثر كل بند في العقد مخالف الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها، و تحل محله أحكام هذا القانون و بقوة القانون ".

و في هذا الصدد تجدر الإشارة و التأكيد أن حقيقة المشروعية لأي شرط الموافق للنظام العام و الآداب، لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها و إنما بالغاية المقصود منها، لأن العمل المشروط قد ينطوي على عمل مشروع في حد ذاته، إلا أن الغرض المقصود منه قد يكون غير مشروع كشرط عدم الزواج مثلا و من ذلك المادة 109 قانون إلتزامات و عقود مغربي " كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق و الرخص الثابتة لكل إنسان، كحق الإنسان في أن يتزوج، و حقه في أن يباشر حقوقه المدنية يكون باطلا و يؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه "، الأصل أنه مشروع متى ترك الأمر لإرادة الشخص و حريته و لكنه يصبح غير مشروع إذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج، فشرط الترمل الذي يفرضه الموصي عل زوجته بعدم إعادة الزواج بعد وفاته فهو غير مشروع متى قصد به الزوج حرمان زوجته من حقها الطبيعي [2].

و على عكس ذلك نجد ان القضاء أحيانا أخرى قضى بمشروعية هذا الشرط متى كان مقصد الزوج منه تفرغ الزوجة لتربية أطفالها بعد وفاته و ضمان معيشتها و راحتها.

و من القضايا التي عرضت على القضاء اللبناني في هذا الصدد، أن رجل أوصى لزوجته بحق إستثمار بعض أمواله شريطة أن تبقى دون زواج بعد وفاته، فطلب أحد الورثة إبطال الوصية لمخالفتها النظام العام، بينما المرحوم الزوج قصد تأمين راحة زوجته و معيشتها بعد وفاته، فكان حسب المحكمة ما من شيء يخل بالنظام العام في هذه الدوافع الشريفة للزوج [3] طبقا للمادة 83 فقرة أخيرة من قانون موجبات و عقود لبناني، و في نفس السياق يوجد شرط مشابه في صياغة أخرى وهو شرط العزوبة

[1] -القانون 90-11 مؤرخ في 11 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل- الجريدة الرسمية العدد03

[2] -محمد شتا أبو سعد، "أحكام العقود المعلقة على شرط"، د. ج. ج للنشر القاهرة 2000 ص54-56،

[3] -قرار تمييزي 21 تشرين الأول 1955م المحامي 261/955، عن د سليمان بوذياب "مبادىء القانون المدني"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان 2003 ص186-187

الذي قد يفرض أحيانا في بعض عقود العمل على الإنسان، و توجد كثيرا من مؤسسات النقل الجوي تفرض على مضيفات الطيران شرط العزوبة، و في ذلك قضت محكمة باريس بطلان هذا الشرط، غير أنه في حالات أخرى أقر القضاء بتبرير هذه الشروط [1] و ذلك لإفتقار القانون الفرنسي لنص ثابت وقاطع الحكم بشأنها،

و بالرغم من بعض التردد بشأن شرط عدم الزواج في عقد الخدمة فإن الاجتهاد اعتبر هذا الشرط المفروض على النساء باطلا لأنه يعارض الحرية الشخصية و يسبب فقدان الوظيفة[2]، و يرى الإجتهاد الإداري أن شرط عدم الزواج لتوليه الوظائف أو للإستمرار فيها يخالف النظام الدستوري الذي لا يفرق بين الجنسين فيما يتعلق بالحقوق العامة، و لهذا يبطل كل قرار للإدارة العامة في شأنه وضع حد لخدمة اِمرأة بسبب زواجها[3]. و الاجتهاد الحديث يميل إلى نفي الطابع التعسفي عن صرف العامل بسبب زواجه[4]، إن كل ما تقدم بيانه و تمثيله، يؤكد بوضوح أن أحكام النظام العام بمفهومه التقليدي اقتصرت على ممنوعات يجب إحترامها، إلا أحكام النظام العام الإقتصادي و الإجتماعي – زيادة على ذلك– هي تهدف إلى حماية بعض الفئات الضعيفة إقتصاديا و إجتماعيا عن طريق التدخل في تنظيم العلاقة التعاقدية و فرض بعض الأحكام على المتعاقدين[5].

و بالرجوع إلى مراحل العقد فإن تقييد و ضبط النظام العام للإرادة جاء عبر مختلف مراحل العقد في مظاهر مختلفة، حيث قيد المشرع حرية المتعاقد المشترط أثناء إبرام العقد ثم تدخل في تحديد مضمونه و تدخل في تعديل العقد و تنفيذه و إنهائه.

---

[1] -محمود عبد الرحيم الديب، "بدأ سريان الإلتزام المشروط" دار الجامعة ج مصر1990،

[2] -إستئناف باريس في 30/ 04 /1963 المجلة الفصلية 570/964 و خلاف ذلك باريس في 4 /10 /1961 دالوز 1965 /1 /214 عن د. سليمان بوذياب المرجع السابق ص 189.

[3] -(شورى في 11. 3. 1960 مجموعة لابون ص194- و الإجتهاد الألماني في كتاب لابروس ريو La brusse Riau المساواة بين الزوجين في القانون الألماني 1965 /129) ، عن د. سليمان بوذياب نفس المرجع و ص 189

[4] -تمييز 1960/10/9 دالوز 8/1960 عن د. سليمان بوذياب نفس المرجع ص 190

[5] -علي فيلالي – المرجع السابق 227.

أ- تقييد النظام العام لحرية إبرام العقد: تجنبا للابتعاد عن ما يفيد صلب الدراسة للشروط العقدية، يتم الاكتفاء في مظاهر تقييد حرية إبرام العقد بما هو مرتبط بها، و من ذلك نجد في القانون الجزائري الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم بالأمر 03-03[1]، فالمادة 60 منه تنص "... حضر على الأفراد إبرام بعض العقود كحضر البيع المشروط أو الخدمة المشروطة، فهي ممارسة تجارية غير مشروعة تعرض المستهلك على التعاقد للحصول على مال أو خدمة، و هذا الحضر لا ينحصر في عقود البيع الخاصة بالمادة 352 ق مدني جزائري، و لكن قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2] أدرج أيضا عقود أداءات الخدمة أي العقود التي محلها إلتزام بعمل سواء تمت الخدمة بمفردها كعقد العمل أو كانت مصحوبة ببيع، كالخياط الذي يبيع القماش مع تفصيله بدلة[3] و مثال آخر يوجد في كل من القانونين اللبناني و الفرنسي، و هو منع تجميد الملكية من غير طريق الوقف لأن المبدأ القانوني يقول: "لا يجوز تقييد حق التصرف بالملكية من غير طريق الوقف لأن التصرف من مقومات حق الملكية و كل شرط يقيده لمدى الحياة يكون غير مشروع" و هدف الشارع من ذلك هو منع كل عمل قانوني ينشأ عن حق إنتفاع مؤبد لأنه باطل، و هذا ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف اللبنانية في قراراتها[4] و خلاصتها: "إن تجميد الملكية عن طريق الهبة أو الوصية خاضع للمادة 594 من الأصول المدنية التي تنص على أن المبالغ و الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم قابليتها للحجز و التفرغ لا يجوز حجزها سحابة عشر سنوات، و هذا النص يفسر على وجه يمنع تجميد الملكية من غير طريق الوقف لمدة عشر سنوات"، و قد ذهب الإجتهاد الفرنسي إلى إعتبار منع التصرف لمدى الحياة تجميدا مطلقا لا مؤقتا، و هذا غير جائز[5] و لا يعتبر من قبيل تجميد

---

[1] -الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة. الجريدة الرسمية العدد09، المعدل و المتمم بالأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 الجريدة الرسمية 43

[2] -قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المؤرخ في 23 يونيو 2004 جريدة رسمية العدد 41.

[3] -سيد محمد عمران- حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، بدون طبعة – الدار الجامعية للطبع و النشر، بيروت لبنان 2003 ص 42

[4] -قرار صادر في 25. 08. 1942 رقم 284 (دعوى حداد /حداد و في قرارها الصادر في 5/ 6/ 1945 النشرة القضائية 1945. عن د سليمان بوذياب المرجع السابق ص 184-185).

[5] -(تمييز في 16. 3. 903 دالوز 905 /12/1 و في 20. 6. 33 سيرالي 425/1/9/33 و إستئناف باريس في 7/1 /961 دالوز961 /13). عن د سليمان بوذياب. نفس المرجع ص 185

تجميد الملكية الإيصاء الذي يخصص التركة إلى شخص معه بقاء تصرفه بها كما يشاء و رجوع ما بقي منها لغيره بعد وفاته و ما تبقى منها قد يخصص لبناء كنيسة، فهذا النوع من الايصاء جائز في فرنسا وغير ممنوع بلبنان.

مع الإشارة أن شرط منع التصرف بالعقد قد أجمعت بشأنه المذاهب الاسلامية على عدم جوازه فهو شرط باطل مطلقا في الفقه الاسلامي.

في حين أن المشرع الجزائري و حتى العراقي لم يشيرا إلى مثل هذا الشرط رغم أهميته و رغم تناول العديد من التشريعات العربية و الغربية له، بحيث تناولته المادتين 823 و 324 ق م مصري والمادتين 778 و 779 ق م سوري و المادة 137 ق م ألماني.

شرط منع التصرف شرط خطير بحيث يؤدي إلى حبس الأموال و تجميدها عن التداول و هو ما لا يتماشى و المصالح الاقتصادية القائمة على أساس تداول الأموال، مما يؤدي إلى المساس بالنظام الإقتصادي للمجتمع و هو من النظام العام هذا من جهة، و من جهة أخرى هو مقيد لحرية التعاقد في استعمال الحق الناجم عن الملكية و هو حرية التصرف، لذلك كل الفقهاء القانونيين يرفضون هذا الشرط و حتى القضاء خاصة فرنسا، لكن سرعان ما بدأ يتساهل حتى قضى بصحته إذا كان لا يتضمن إهدار كامل لمضمون الملكية و حرية تداول الأموال، و يكون لمدة مؤقتة، و تحقيقا لمصالح مشروعة، و ذلك تأثرت به أيضا مختلف التشريعات كمصر و سوريا، فأباحا الشرط المانع من التصرف و لكن ضمن شروط و هي أن يكون الباعث مشروعا و أن تكون مدة المنع معقولة، وبتخلف أحد هذين الشرطين بطل الشرط، وبتوافر الشرطين يصح الشرط المانع و أي تصرف للمالك يكون باطلا مطلقا.

قد تكون عدم إشارة المشرع الجزائري و العراقي لهذا الشرط المانع من التصرف اقتداء و أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية المانعة لمثل هذا الشرط.

ب- تقييد النظام العام لحرية تحديد مضمون العقد: خلافا للدور السلبي للنظام العام السياسي والأخلاقي فقد تميز النظام العام الإقتصادي و الإجتماعي بطابع إيجابي بحيث أنه يؤدي إلى تحديد مضمون العقد و آثاره و امتد ليشمل فكرة حماية الجانب الضعيف في العقد بِاعتبارها تشكل هدفا رئيسيا له[1]، لذلك عمل المشرع على تنظيم بعض العقود و خاصة الشروط المقترنة بها بنصوص آمرة، وكذا توسيع مضمونها و أي إتفاق على مخالفتها يعد باطلا، إلا أن العقود كما تحكمها قواعد آمرة، تنظمها قواعد مكملة و التي من خلالها تقوم الإرادة المشترطة بتعديل آثار العقد:

1* تقييد العقود و الشروط بنصوص آمرة: لقد تولى المشرع تنظيم بعد العقود و الشروط بنصوص آمرة بنوع من التفاصيل و الدقة، حتى يحمي المتعاقد الضعيف من أي حالة تعسف من الطرف القوي، ففضلا عن إبطاله لبعض الشروط قام بفرض شروط معينة في العقد، فبعد أن كان هذا العقد أو الشرط من خلاله يجسد إرادة طرفيه، أصبح المشرع يتدخل في هذه الإرادة من حيث تحديد بنود هذا العقد و شروطه[2]، و لعل أهم الشروط التي نظمها المشرع بنصوص آمرة هي الشروط كثيرة الورود في عقود التأمين و عقود العمل و عقود الإستهلاك بصفة عامة و عقود البيع و عقود الإيجار و ذلك بالنظر إلى خطورتها، و لما قد تعكسه من تعارض في المصالح، لذلك فالأصل أن كل الشروط المخالفة لهذا التنظيم باطلة و لو كانت ناتجة عن إتفاق بين إرادة الطرفين، الأمر الذي جعلها تقترب مما أسماه البعض بالتصرف الشرطي[3].

فالشرط ينشأ صحيحا و مرتبا لآثاره بتوافقه مع النص القانوني الآمر و يكون باطلا و عديم الأثر بمخالفته له، إلا إذا كان الشرط باعثا للتعاقد فيبطل الشرط و العقد معا[4]، و العلة في البطلان هو مخالفة النظام العام أو الآداب العامة، هذا من جهة[5]، و من جهة أخرى لجعل العقد متوافق مع

---

[1] -محمد حسنين عبد العال – المرجع السابق ص79

[2] -علي فيلالي، المرجع السابق ص 41

[3] -د. بودالي محمد، "مكافحة الشروط التعسفية في العقود" (دراسة مقارنة) الطبعة 1 دار الفجر للنشر و التوزيع 2007 ص105

[4] -سهير حسن هادي "الشرط المألوف في العقد- دراسة مقارنة" – مذكرة ماجستير -جامعة بابل –كلية القانون العراق 2008 ص 54

[5] -ابراهيم المشاهدي، "المبادىء القانونية لقضاء محكمة التمييز"، بغداد 1988 ص 161. عن سهير حسن هادي المرجع السابق ص75

المصلحة التي جاء الشرط يخالفها، أمام ذلك كان لابد من هذه النصوص الآمرة لما توفره من حماية لكيان المجتمع و مصلحة الطرف الضعيف حتى تنظم و تضبط الشرط.

إن مسألة توافق الشرط مع النص القانوني الآمر لا تحتاج إلى تصريح من قبل المتعاقدين، لأنه مفترض ضمنا أن إرادتيهما إتجهت عند إبرام العقد إلى ذلك عن علم منهما أو عن جهل لأنه لا يعذر أحد بجهله للقانون[1]، و في حالة وقوع المخالفة يبطل الشرط و ذلك بإرادة المشرع وحده بغض النظر عن إرادة المتعاقدين، لأن الغاية من ذلك هو إجبار المتعاقد على وضع شروط غير مجحفة بحق الطرف الآخر و غير مخالفة للنظام العام و الآداب، و بحدود ما تسمح به هذه النصوص، سواء وردت في عقود المساومة أم عقود الإذعان[2].

و بناءا على ذلك نجد مثلا أن أغلب شركات التأمين رغم كونها تجري على المنافسة بتقديم شروط أفضل إلا أنها ملزمة بإدراج شروط تتفق مع أحكام القانون، فنجد أن المشرع الجزائري مثلا قد أشار إلى بعض الشروط التي قد ترد في وثيقة التأمين طبقا للمادة 622 قانون مدني جزائري، ومن تلك الشروط الآتي:

– بطلان الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين و اللوائح لكنه قد ينشأ صحيحا إذا إنطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية.

– بطلان شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة إلا أنه يكون صحيحا إذا جاء في صورة إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة و هذا أيضا ما ذهب إليه القانون المدني العراقي في مادته 985 فقرة 4.

[1] –د. عبد الحكم فوده " تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن" منشأة المعارف– الاسكندرية 2002 ص 111

[2] –د. عبد المنعم فرج الصدة "عقود الإذعان في التشريع المصري "– مطبعة جامعة فؤاد الأول – 1946 ص6 و ما بعدها.

– بطلان شرط تحديد مسؤولية شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين بما يقل عن قيمة التأمين التي تم إحتساب القسط على أساسها[1] و من ذلك المواد 623 قانون مدني جزائري و 751 قانون مدني مصري و 989 قانون مدني عراقي.

– و قد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 625 قانون مدني بأن الإتفاقات المخالفة لأحكام النصوص الخاصة بعقد التأمين تكون صحيحة فقط إذا صدرت لمصلحة المؤمن له أو مصلحة المستفيد و إلا كانت باطلة[2].

و في ذات الصدد نجد شركات النقل رغم أن الراكب يقبل على شراء التذكرة دون أن يجري أي مناقشة حول ما دون فيها، إلا أنه في الوقت ذاته سوف يجد هذه الشروط تتفق مع أحكام القانون و النظام العام[3]

و أما في إطار عقود الإذعان و في مجال علاقات العمل نجد أن التشريعات تضع نظاما يحكم هذه العلاقة و أي إتفاق على مخالفتها يعد باطلا، إلا فيما يمكن إضافته من حقوق أكثر فائدة للعامل[4]، و على ذلك عمل الاجتهاد الألماني فقد نفى الطابع التعسفي عن صرف العامل.

و أما فيما يتعلق بالعقود التي تبرم في مجال الإستهلاك فقد تدخل المشرع في تنظيمها سواء عن طريق قواعد عامة أو عن طريق قواعد الممارسات التجارية أو قانون حماية المستهلك إن وجد، وبإعتبار أن عقد الإستهلاك أكثر العقود تضمنا للشروط التعسفية سأتناولها من خلاله.

---

[1] –المحامي بهاء بهيج شكري – التأمين في التطبيق و القانون و القضاء –ط1 – عمان – دار النهضة للنشر و التوزيع 2007 ص476- 477- عن سهير حسن هادي – المرجع السابق ص76

[2] –أنظر في ذلك مذكرة الأستاذ شهيدة قادة "محاضرات في قانون التأمين" 2010-2011.

[3] –د. عبد الحكم فودة، "تفسير العقد"، المرجع السابق، ص 337

[4] –أحمية سليمان، "التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري" (علاقة العمل الفردية) ديوان المطبوعات الجامعية – بدون طبعة الجزائر 2002 ص141

-في الجزائر حارب المشرع الشروط التعسفية و منع العمل بها في مختلف أنواع العقود بموجب الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة[1] الذي منع البيع المشروط باقتناء كمية دنيا و كان قد عرف الأمر 37/75 المتعلق بالأسعار[2] البيع المشروط بأنه بيع رهين بالشراء لمنتوجات أخرى أو بكمية مفروضة أو بمكافأة مجانية، ثم من خلال القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 30 منه، و كذلك المادة 16 منه التي تمنع البيع المشروط بمكافأة مجانية، كما حدد أنواعا من الشروط التعسفية على سبيل المثال من خلال المادة 29 من نفس القانون " تعتبر شروطا و بنودا تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع التي تمنح هذا الأخير:

1-أخذ حقوق و إمتيازات لا تقابلها حقوق و إمتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك. . . " كما سمح المشرع للقضاء إدخال شروط لم يرد ذكرها في المادة 29 السابقة و ذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع [3]

و أخيرا جاء المرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التعسفية[4] حيث حددت المادتين 17 و 18 منه البيوع المشروطة (الممنوعة) : اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو بشراء سلعة أخرى أو خدمات، أو اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو شراء سلعة، حيث يمنع أي عون اقتصادي أن يحصل على شروط بيع من أي عون اقتصادي آخر، فهذا يدخل تحت الممارسات التجارية غير الاعتيادية في التعامل و تمس بالمستهلك بالدرجة الأولى لذلك هي ممنوعة.

[1] -الأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 متعلق بالمنافسة.

[2] -الأمر 37/75 المؤرخ في 25 أبريل 1975 متعلق بالأسعار

[3] -د. بودالي محمد – المرجع السابق- ص 137 و د. شهيدة قادة " مسؤولية المنتج دراسة مقارنة" دار الجامعة الجديدة ص 272.

[4] -المرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التعسفية مؤرخ في 11 سبتمبر 2006، جريدة رسمية 56.

– في المغرب من خلال مشروع قانون حماية المستهلك فقد أعطى المشرع للمجلس الوطني لإستهلاك إمكانية تحديد لائحة إخبارية غير حصرية بالشروط التعسفية حتى يسهل على القضاء الحكم ببطلانها، و بذلك يكون قد أعطى للقضاء دورا هاما في مواجهتها حيث نص على أن الشروط التي تعرض على المستهلك يجب صياغتها بكيفية واضحة و في حالة الشك يفسر لصالح المستهلك. [1]

– في مصر لا تتوفر لحد الآن على قانون لحماية المستهلك من الشروط التعسفية فهو يلجأ في ذلك إلى القواعد العامة للقانون المدني بموجب المواد 148و 149 منه و التي أعطت القاضي حق إبطال الشروط التعسفية أو تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها.[2]

–أما فرنسا فبموجب المادة 1/132 من تقنين الإستهلاك الفرنسي يكون تحديد الشروط التعسفية بمرسوم يصدره مجلس الدولة و القاضي ملزم بهذا المرسوم إذ عليه إعتبار الشروط المتضمنة تعسفية وكأن لم تكن مكتوبة "باطلة" و ينصب البطلان على الشرط دون العقد.

و حدد المشرع الفرنسي الشروط التعسفية المحظورة في 03 فقط:

1– الشروط المعفية أو المحددة لمسؤولية المهني في عقود البيع، مع إستبعاد عقود آداء الخدمات

2– الشروط التي تعطى للمهني الحق في أن يعدل من جانبه فقط خصائص السلعة أو الخدمة المطلوبة، و لا تلزم البائع بأي حال، و مع ذلك أجاز المرسوم شروط معينة – التعديلات المرتبطة أو المترتبة على التطور التكنولوجي –

[1] –منير البصري – أحمد المنصوري " حماية المستهلك من الشروط التعسفية " 2007

Fille: //E: \article – 5144865. html

[2] –منير البصري و أحمد المنصوري – نفس المرجع –

3- شروط الضمان التعاقدي التي لا تنص على وجود الضمان القانوني للعيوب الخفية[1]، و بالإضافة للشروط التي حددها المرسوم تحدد الشروط التعسفية في قائمة بيانية و ليست حصرية للإسترشاد عليها و هي شروط يكون هدفها الآتي:

أ- إستبعاد أو تحديد مسؤولية المهني في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسدية، بسبب فعل أو إهمال.

ب- إستبعاد أو تحديد الحقوق القانونية للمستهلك بطريق غير مقبول لصالح المهني أو لصالح طرف آخر في حالة عدم التنفيذ من جانب المهني.

ج- النص على إلتزام قاس على عاتق المستهلك في حين أن واجبات المهني تقف على إرادته المفردة.

د- السماح للمهني بالاحتفاظ بالمبالغ التي دفعها المستهلك الذي عدل عن إبرام العقد أو تنفيذه، دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض يعادل المبلغ الذي دفعه، و تقوم أيضا لجنة مقاومة الشروط التعسفية بدورها على تعيين الشروط التعسفية عن طريق التوصيات، و أخيرا للوائح والقضاء دورها في استبعاد الشروط التعسفية، حيث اعترفت محكمة النقض الفرنسية بسلطة القاضي في الحكم على الشرط أنه تعسفي[2].

لقد كان ذلك بشأن النصوص الآمرة المانعة للشروط التعسفية في العقود قانونا، و قد سبقه في ذلك المنع الفقه الإسلامي القاضي ببطلان هذه الشروط بوجه عام، من خلال الحكم ببطلان كل شرط مناقض لأصل شرعي[3] و كل ما كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين [4]

[1] -تنص عليه المادة 1241 قانون مدني فرنسي

[2] -منير البصري و أحمد المنصوري – المرجع السابق-

[3] -المبسوط: 13/13-14، عن د. عبد الله السلمي المرجع السابق

[4] -فتح القدير: 218/1 عن د. أحمد علي عبد الله المرجع السابق ص 29.

2* توسيع المشرع لمضمون العقد: فنجد أن المشرع تدخل لتوسيع مضمون بعض العقود و ذلك بفرض اِلتزامات على الأطراف دون إرادتهم بل و حتى دون علمهم، كالإلتزام بالضمان، و الإلتزام بالإعلام و الإلتزام بالسلامة.

أ. الإلتزام بالضمان: لا توجد فيه مبادىء عامة، فهو ليس من النظام العام، بحيث يجوز الإتفاق على تعديل أحكامه بالتشديد، أو التخفيف منه أو إسقاطه، باستثناء النصوص الخاصة بكل عقد على حدة كعقد البيع و الإيجار و المقاولة[1] و كذلك عقود الضمان و الامانة بما فيها عقد الوديعة والعارية فانه لا يجوز اشتراط عدم الضمان لأن الضمان هو الدافع إلى التعاقد في نظر القانون، و في نظر الفقه الإسلامي عدم الضمان هو مخالف لمقتضى العقد "لا ضرر ولا ضرار" و إن ذهب البعض إلى جواز إشتراط عدم الضمان إذا تنازل عنه صاحب الحق كما سبقت الاشارة و طالما يجوز إشتراط ما يلائم العقد فهو جائز، ففي عقد البيع من أهم الضمانات التي جعلها المشرع من النظام العام بحيث لا يجوز إشتراط مخالفتها ضمان البضاعة المعروضة للإستهلاك في إطار الحماية القانونية للمستهلك.

إلا انه في عقد البيع دائما قد يدرج المتعاقدان شرط ينص على إعفاء البائع من التزام ضمان أي عيب يظهر في المبيع، و ذلك ما نصت عليه القوانين المدنية[2] و هي تنص على أن الشرط يتم صحيحا متى لم يتعمد البائع إخفاء العيب.

- إن أحكام ضمان العيب تتفق في كثير منها في كل من الفقه الإسلامي و القانون حتى و لو إشترط البراءة من كل عيب، فإنه جائز قانوناً بشرط أن لا يكون البائع سيء النية و مدلسا، و في الفقه الإسلامي إختلف في صحة البراءة من العيب، فهناك من قال بجوازه[3] ذلك ما عمل به القانون

[1] -د مصطفى الزرقاء "شرح القانون المدني في العقود- نظرية الالتزام العامة" مطابع فتى العرب –دمشق ط1965/6: 159/1

[2] -المادة 384 قانون المدني جزائري/ المادة 453 قانون المدني المصري/ 568 قانون مدني عراقي/ 514 قانون مدني اردني/، أما إذا أخفاه غشا منه يقع الشرط باطلا/ المادة 1178 قانون مدني فرنسي تشتمل جميع حالات تحقق الشرط أو تخلفه بطريق الغش في جميع العقود و التصرفات

[3] -د. حسن الشاذلي – نظرية الشرط – المرجع السابق ص 598. عن د. توفيق دياب المرجع السابق ص 198

العراقي المادة 567 و نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 342، أما الإجتهاد الحنفي لم يميز بين سيء النية و حسنها[1]، و الإجتهاد المالكي ميز بين الحالتين فهو لم يعفي البائع سيء النية من الضمان.

– و قد ينص المتعاقدان على إدراج شرط الإعفاء من ضمان الإستحقاق[2]، ذلك أنه رغم الإتفاق على عدم الضمان يبقى البائع مسؤولا عن أي إستحقاق ينشأ بفعله[3]، فينشأ شرط الإعفاء من ضمان الإستحقاق صحيحا متى لم ينشأ الإستحقاق بالفعل الشخصي للبائع، و أن لا يكون متعمدا في إخفاء سبب الإستحقاق أو الحق المستحق لأنه متى حدث ذلك يرد الشرط باطلا.

لقد إتفق الفقه الإسلامي مع القانون في عدم جواز إشتراط الإعفاء من ضمان الإستحقاق إذا صدر من البائع.

– كما قد ينص المتعاقدان على شرط إعفاء البائع من ضمان حق الإرتفاق، فيفترض في حق الإرتفاق أن البائع قد إشترط عدم الضمان إذا كان الحق ظاهرا أو كان البائع قد بينه للمشتري، فينشأ هذا الشرط صحيحا إذا قام البائع بإعلام المشتري بوجود حق الإرتفاق وقت الإرتفاق وقت إعفائه من الضمان[4] و إلا وقع الشرط باطلا، ذلك ما نصت عليه أغلب القوانين المدنية[5] و بدوره القضاء المصري و الفرنسي قد إتجه إلى الحكم ببطلان الشرط الوارد في عقد البيع و الذي يقضي بعدم ضمان حق الإرتفاق الخفي الراجع لفعل البائع، و ذلك لتعارضه مع نص آمر[6].

---

[1] –د. أحمد الزرقاء "شرح القانون المدني في العقود" – المرجع السابق ص 216

[2] –عبد القادر محمد أقصاصي – ضمان التعرض و الإستحقاق في العقد البيع – رسالة ماجيستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل بالعراق سنة 1999 ص 163 و ما بعدها.

[3] –و في ذلك نجد المواد 378 قانون مدني جزائري و 1/446 ق م مصري و 1/557 عراقي

[4] –د. أحمد شوقي عبدالرحمن – الدراسات البحثية في نظرية العقد –الإسكندرية – منشأة المعارف 2006 ص 343،

[5] طبقا للمواد 377 ق م جزائري، 2/445 ق مصري، 2/556-3 ق م عراقي و 1628 ق م فرنسي،

[6] –د. أحمد شوقي عبد الرحمن – قواعد التفسير للعقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين، المطبعة العربية الحديثة 1977 ص44، عن سهير حسن هادي المرجع السابق ص57

– و في عقد الإيجار قد يرتب المشرع الإلتزام بالضمان على الأعمال التي تصدر من المؤجر ومن مأموريه، و كذا ضمان كل إضرار أو تعرض مبني على سبب قانوني يصدر من المستأجر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر، و أي إتفاق أو شرط يتضمن الإعفاء أو الحد منه يعد باطلا، و كذا الشأن بخصوص الإلتزام بالضمان بالنسبة للمقاول و المهندس المعماري.

ب. الإلتزام بالإعلام: الإلتزام العام بالإعلام هو واجب فرضه القانون لا سيما على بعض البائعين والمؤسسات بتقديم معلومات عن موضوع العقد أو العملية العقدية التي يواجهونها بوسائل مناسبة وبيانات إخبارية و إعلامية، و أخص في هذه الدراسة الشروط العقدية التي تقتضي ضابط الإعلام لصحتها و إعمالها، ولقد حاز هذا الإلتزام على نسبة كبيرة من الشمولية في المعاملات الضرورية حول الحدود الإتفاقية للمسؤولية العقدية [1]

و في إطار قواعد المسؤولية فقد أجاز القانون الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها، و هي إتفاقات يقصد بها تنظيم آثار المسؤولية على غير الوجه الذي جاء به القانون، و يقصد بها تعديل أحكام المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد في حدود النظام العام و الآداب العامة والقانون[2].

و من ذلك نجد في كل من القانون المدني المصري المادة 127 و السوداني المادة 120 أنهما قد نصا على صحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أو الحد منها متى تم إخطار المستفيد للطرف الآخر بوجود هذا الشرط قبل إبرام العقد إخطارا كافيا، و قد يكفي أن يتضمن هذا الشرط في وثيقة العقد أو وثيقة تكون جزء من العقد موقع عليه بالإمضاء و الختم أو الإبهام على أن لا يكون الموقع أميا أو جاهلا للغة المكتوب بها الشرط و أن يكون الشرط واضحا و بارزا و مفهوما، و بمخالفة ما تقدم لا يسري الشرط لأنه لا يمكن أن يقيد شخص بشرط دون أن يعلم بوجوده، فالشرط الذي

[1] –أ عبد المنعم موسى ابراهيم – حسن النية في العقود (دراسة مقارنة) ، بدون طبعة منشورات زين الحقوقية – بيروت –لبنان 2006. ص 08

[2] –الوسيط للسنهوري الطبعة الجديدة – المرجع السابق- المجلد الأول 756/1

يعفي من المسؤولية لا يجدي الطرف المتمسك به لحمايته، ما لم يتصل ذلك بطريق مناسب إلى علم الطرف الآخر قبل إبرام العقد، لأن الإخطار في غير الميعاد المناسب (المتأخر) ليس بذي قيمة و لا أثر[1].

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد أجاز بدوره الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالتشديد فيها مما يجعل المدين مسؤولا حتى عن السبب الأجنبي، أو بالتخفيف منها مما يجعل المدين غير مسؤول عن خطئه و تقصيره [2]، ففي التشديد نجد المواد 1/178 قانون مدني بحيث يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء أو القوة القاهرة/ و في 1/182 منه بحيث يجوز الإتفاق على زيادة إلتزام المدين بتعويض الدائن عن كافة الأضرار الناتجة على الإخلال بالإلتزام العقدي بما فيها الضرر غير المباشر غير المتوقع[3]، و في التخفيف من المسؤولية نجد المادة 2/178 ق م ج، إلا أن صحة هذا الشرط تكون ما لم يقم المدين بغش أو خطأ جسيم بفعله العمد، و يجب أن يصل هذا الشرط إلى علم الطرف الآخر.

فضلا عما أتى به القانون 03/09 الخاص بحماية المستهلك و قمع الغش[4] المادة 12 منه في الالتزام بالإعلام من خلال عرض المنتوج و اسمه و التعليمات المحتملة الخاصة باستعماله و إتلافه وكذا كل الارشادات الصادرة عن المنتج و أضراره، و يجب أن يبين ذلك في وثيقة مرفقة بالمنتوج، فضلا عن بيان بنود و شروط تنفيذ الضمانات إن وجدت.

[1] - أحكام العقد في القانون الإنجليزي – المرجع السابق ص170- 171

[2] -الأستاذ بوعزرة ديدن "شرط الإعفاء من المسؤولية و تأمين المسؤولية"، مجلة مخبر القانون الخاص –كلية الحقوق – جامعة تلمسان، عدد 2004/1. ص 06

[3] -محمد حسين منصور "النظرية العامة للإلتزام" (مصادر الإلتزام) – بدون طبعة - الدار الجامعية الجديدة للنشر بيروت 2000 ص411.

[4] -القانون رقم 03/09 خاص بحماية المستهلك و قمع الغش مؤرخ في 25 فبراير 2009

و في جميع الأحوال لا يمكن الإحتجاج بالشرط في مواجهة المتعاقد الآخر إلا إذا أثبت علمه به علما تاما، و إستطاع التدقيق فيه و التعرف على حقيقة مدلوله و الآثار المترتبة عليه لحظة إبرام العقد[1].

3. الإلتزام بالسلامة: لقد فرض القانون الإلتزام العام بالسلامة في بعض العقود رغم أن موضوعها لا يتطرق إلى هذا الإلتزام، كما هو الحال في عقد نقل الأشخاص بحيث يلتزم الناقل إلى جانب الإلتزام بتوصيل المسافر بضمان سلامته أثناء السفر، و من ثم لا يجوز الإتفاق على إعفاء الناقل من ضمان سلامة المسافر[2]، إلا أنه في إحدى القضايا الإنجليزية (PARHER. V-SOUTH EASTERN RAIL) بخصوص شرط إعفاء شركة النقل من مسؤولية الأذى الجسمي الذي يلحق العميل أثناء السفر، هو شرط واسع و غير مألوف بحيث يتطلب تحذيرا صريحا للغاية (الإعلام) وذلك قبل إبرام عقد النقل، وباعتبار أن الشركة عجزت عن ذلك الإخطار و في الميعاد المطلوب، ليس لها التنصل من مسؤوليتها عما أصاب المدعي من ضرر[3]، و بالنظر لقوانين حماية المستهلك فهي أكثر تشديدا للإلتزام العام بالسلامة، لقد جعلته يمتد إلى المنتوجات و الخدمات، بحيث لا يجوز إشتراط الإعفاء من الإلتزام بسلامة المستهلك، بل و قد وجد من التشريعات من تسلط عقوبات على مخالفة هذا الإلتزام، إلا أن الإتفاق على مخالفته وفقا للقانون الإنجليزي محاط بمجموعة من الإجراءات و الشروط حتى يمكن إعماله: (الإعلان أو الإخطار الصريح و المباشر و الدقيق قبل إبرام العقد والإمضاء و الختم على المستندات التي تتضمن مثل هذا الشرط و يتم ذلك كله بعيدا عن أي محاولة غش أو تدليس أو خطأ

[1] -د. نادية محمد معوض "شرط الإعفاء في العقود التجارية و عقود المستهلكين"، القاهرة ، دار النهضة العربية 2001 ص 28،

[2] -قرار المجلس الأعلى رقم 29-274 بتاريخ 1983/03/30 – نشرة القضاء – وزارة العدل، العدد2 لسنة 1975. ص64، عن بوفلجة عبد الرحمن "دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري "– مذكرة ماجيستير – جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان –كلية الحقوق 2007-2008. ص 79.

[3] -أحكام العقد في القانون الإنجليزي مرجع سابق ص 370 و 376-377.

عمدي من جانب من وقع لفائدته[1]، لأنه لا يجوز إعفاء المدين عن فعله العمد أو خطئه الجسيم أو غشه[2].

أخيرا، تجدر الإشارة إلى أن أهم ضابط للشرط هو أن يتفق أو يخالف نص قانوني آمر صحة و بطلانا، فالنص الآمر هو مصدر النظام العام و الآداب العامة، دون النص المفسر[3] و علة ذلك هو أن النص المفسر يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفته، و بعبارة أخرى فالنص المفسر يطبق متى لم ينص الطرفان على شرط يخالفه لأنه بوجود نص مخالف له، يهمل النص المفسر و يطبق ما تم الإتفاق عليه و مثاله: إذا وجد في العقد شرط ينص على كون نفقات التسليم للمبيع تتم مناصفة ما بين البائع والمشتري، و إعتاد الطرفان على مثل هذا الشرط، هنا يطبق الشرط و يهمل النص المفسر[4].

إضافة إلى تحديد المشرع لمضمون العقد، فقد سمح أيضا للقاضي بالتدخل في العقد لتكملة إرادة طرفيه، إذ أجاز له أن يتدخل عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية التي يرجئها المتعاقدان ليتفقا عليها فيما بعد، وفقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة، ليصدر حكمه بإكمال نطاق العقد فيما لم يتفق عليه الطرفان، فيساهم بدوره في العقد[5] من خلال الشروط المألوفة و المتعارفة، أما بخصوص تدخل المشرع لتعديل العقد عند التنفيذ و إنهائه فسيوضح الفرع التالي من خلال أهم ضابط الذي يقضي بتوافق الشرط مع التوازن العقدي.

الفرع الثاني: مدى إعمال أو إهمال الشرط

إن الشرط الصحيح قانونا لا يقتضي بالضرورة إعماله في العقد، لأن هذه المسألة بدورها تتطلب ضوابط أخرى، و للقضاء فيها الدور الأكبر من حيث التأكد من مدى تطابق الشرط مع

[1] -أحكام العقد في القانون الإنجليزي نفس المرجع 373 -374 1

[2] - الوسيط للسنهوري– الطبعة الجديدة – المرجع السابق – ص761-762

[3] -د. نبيل ابراهيم سعد – المرجع السابق ص 139

[4] -المواد 365 ق م ج و 464 ق م م و587 ق م ع و 531 ق م أردني و 1607 ق م فرنسي

[5] -الوسيط للسنهوري، ج1، ط ج، المرجع السابق، ص 218.

الخـاتمة

ساعدت هذه الدراسة المقارنة للنظام القانوني للاشتراطات التعاقدية بين الشريعة الإسلامية والقانون من الوصول إلى مجموعة من الحقائق و هي:

– إن علماء أصول الفقه وفروعه اتفقوا حول تحديد مفهوم الشرط، فشملوه بتعريفين دقيقين عام وخاص[1]، بذلك كانت الشريعة الإسلامية أكثر وضوحا ومباشرة من القانون في تعريف الشرط، خاصة و أن معظم القوانين المدنية تجنبت الوضوح و المباشرة، باستثناء البعض القليل كالقانون المدني العراقي و الكويتي.

– إن الشريعة الإسلامية حددت حالات الشرط و تقسيماته وفق اعتبارات و معايير دقيقة، بينما القانون الوضعي أخلط فيما بينها، فبعد أن جمعت أصول الفقه شرط التقييد و التعليق و الإضافة أنها نوع واحد من قبيل الشروط الجعلية، جاء القانون على اعتبار قسمين للشرط واقف (تقييدي) وفاسخ (تعليقي) و اعتبر الإضافة وصف آخر للالتزام و سماه بالأجل.

و اختلف فقهاء الإسلام حول مدى قابليات أنواع العقود لأنواع الشروط منعا و جوزا، إلا أن الإجتهاد الفقهي الحديث استقر و توافق مع القانون الوضعي على تعميم قابليات أنواع العقود لأنواع الشروط.

– إن الشريعة الإسلامية عرفت حرية سلطان الإرادة قبل القانون الذي كان غارقا في الشكلية، بحيث اتسعت دائرة الاشتراطات التعاقدية استنادا لموقف الموسعين الذي تقاس عليه ومعه المقارنة بالقوانين، فالأصل الإباحة و الحل للمشارطات باستثناء ما يخالف كتاب الله و سنة نبيه، وهي مسائل ثابتة غير متغيرة صالحة لكل مكان و زمان، فيصح عليها و معها القياس و الإجماع و الاستصحاب فيما

[1] –تعريف عام "مالا يوجد المشروط دونه و لا يلزم من وجوده ولا عدم لذاته.
وتعريف خاص بأنه: "إلزام أحد المتعاقدين المتعاقد الأخر بسبب العقد ما له فيه منفعة. "

قائمة المراجع و المصادر

أولا: المراجع

I- المراجع باللغة العربية:

[1]كتب في الفقه الإسلامي:

1- الإمام البخاري: الحافظ أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة الجعفري/ محمد علي القطب/ هشام البخاري "صحيح البخاري". مكتبة الرشد- المكتبة العصرية-بيروت 2005.

2- الإمام مسلم: أبي الحسن مسلم الحجاج القشيري النسابوري "صحيح مسلم"، دار صادر، بيروت، 2004.

3- الإمام أبي عبد الرحمان أحمد بن سعيب النسائي، الموسوعة الحديثة "السنن الكبرى"، مؤسسة الرسالة.

4- [1] أحمد إبراهيم بك،"الالتزامات في الشرع الإسلامي"، دار الأنصار، بدون سنة.

5- أحمد خليفة العقلي "الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية" الدار الجماهيرية للنشر و التوزيع والإعلان، ليبيا 1990.

6- تقي الدين أبو البقاء الفتوحي " أقسام الحكم الوضعي – السبب والشرط والمانع " شرح الكوكب المنير – فصل خطاب الوضع- مطبعة السنة المحمدية جزء رقم01 طبعة د.ط: د.ت.

.

7- كوثر كامل علي"شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية" –دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع- تونس 1983.

8- د عبد الرزاق السنهوري "مصادر الحق في الفقه الإسلامي"، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

9- عدنان خالد التركماني "ضوابط العقد في الفقه الإسلامي" دار الشروق – الطبعة الأولى: 1991.

10- د. محمد أبو زهرة"الملكية و نظرية العقد"، دار الفكر العربي، القاهرة.

11- د. محمد العلوشيش الورثلاني:"الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي و أثر الإختلافات الأصولية فيها"، شركة دار الأمة، 1997.

12- د.مصطفى احمد الزرقاء "المدخل الفقهي العام"- مطابع ألف باء -الطبعة 09 سوريا 1967.

13- د.مصطفى احمد الزرقاء "المدخل الفقهي العام" بتطوير في الترتيب و التبويب و زيادات الجزء01 -الطبعة الثانية دار القلم - دمشق 2004.

14- د.مصطفى أحمد الزرقاء، "الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد"، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ط 1،بدون تاريخ نشر.

15- د. أحمد الزرقاء "شرح القواعد الفقهية"، دار القلم-دمشق- ط2، 1993.

16- د.وهبة الزحيلي "الفقه الإسلامي و أدلته"، دار الفكر، دمشق، ط3، 1989.

-كتاب للتعريف بالأعلام:

1- الأعلام: قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء المستعربين و المستشرقين- لخير الدين الزركلي، ط3.

[2] كتب في القانون و المقارنة:

1- د. أحمد شوقي عبد الرحمن"الدراسات البحثية في نظرية العقد"، منشأة المعارف- الأسكندرية- 2006.

2- د. أحمد شوقي عبد الرحمن"تفسير العقد وفقا لقواعد الإثبات"، منشأة المعرف-الإسكندرية- 2003.

3- أحمد شوقي عبد الرحمن"مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية"، خال من مكان الطبع، 2003.

4- أحمية سليمان"التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري" (علاقة العمل الفردية)، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، الجزائر، 2002.

5- د.أنور سلطان"المبادئ القانونية العامة"، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية،2005.

6- د. أنور سلطان"النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام"، ج1-دار المعارف- 1965.

7- باتريك إدوارد عطية، ترجمة هنري رياض و كرم شفيق، "شرح قانون بيع البضائع الإنجليزي لسنة 1979"-دار الجبل- الخرطوم- بلا تاريخ نشر.

8- د. بلحاج العربي "النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري- التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)"، ج2، بدون طبعة، الجزائر،1999.

9- د. بودالي محمد "مكافحة الشروط التعسفية في العقود"، دراسة مقارنة، ط1، دار الفجر للنشر و التوزيع، 2007.

10- بيار إيميل طوبيا (محامي) "بطاقة الاعتماد و العلاقات العقدية المنبثقة عنها"دراسة تحليلية مقارنة على ضوء أحدث قرارات النقض الصادرة عن محكمة التمييز الفرنسية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

11- توفيق حسن فرج "النظرية العامة للإلتزام- نظرية العقد"، مطبعة دار الثقافة و النشر- الإسكندرية- 1969.

12-د. توفيق دياب "حرية الإشتراط في المعاملات بين الفقه و القانون"-دمشق-2000.

13- جاك غستان " المطول في القانون المدني- تكوين العقد"، ترجمة منصور القاضي – ط1- المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، 2000.

14- جاك غستان " المطول في القانون المدني- مفاعيل العقد و آثاره"، ترجمة منصور القاضي- ط1- المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، 2000.

15- د. جلال العدوي "أحكام الإلتزام دراسة مقارنة في القانون المصري و اللبناني"، الدار الجامعية، 1993.

16- د. جميل الشرقاوي "نظرية بطلان التصرف في القانون المدني المصري"، القاهرة، 1956.

17- د. رشدي شحاتة، "الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية" ، دار الفكر العربي، مصر، 2005.

18- د. زكي الدين شعبان "نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة و القانون"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

19- د.سليمان بوذياب "مبادئ القانون المدني"، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع – لبنان- 2003.

20- د. سليمان مرقس "نظرية العقد"، دار النشر للجامعات المصرية، 1956.

21- د.سيد محمد عمران "حماية المستهلك أثناء تكوين العقد"، بدون طبعة – الدار الجامعية للطبع و النشر- بيروت- لبنان، 2003.

22- د. شهيدة قادة "مسؤولية المنتج"، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة.

23- شيشر (ج – س)و فيفوت(و، س، ه)و فيرمستون(م، ب)، ترجمة هنري رياض "أحكام العقد في القانون الإنجليزي"، دار الجبل- الخرطوم- بلا تاريخ نشر.

24- د.صالح غالم السدلان "الإشتراط في عقد النكاح"، دار معاذ للنشر و التوزيع- الطبعة الثانية- الرياض، 1988.

25- د.عادل حسن علي السيد "أحكام إنتقاص العقد الباطل"، مكتبة زهراء الشرق، 1998.

26- د. عبد الحكم فودة "تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن"، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

27- د. عبد الحكم فودة "البطلان في القانون و القوانين الخاصة"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1993.

28- د.عبد الرزاق السنهوري:"الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(3) نظرية الإلتزام بوجه عام"، منشورات الحلبي الحقوقي بيروت- لبنان، 2000.

29- د.عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(3)- الإلتزام بوجه عام: الأوصاف- الحوالة- الإنقضاء"، ع. ر. أ. س. منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- لبنان، 2000.

30- د.عبد الرزاق السنهوري "شرح القانون المدني- النظرية العامة للإلتزام- نظرية العقد"، ج1- الطبعة الجديدة- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- لبنان 1998.

31- د.عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، ج4، البيع و المقايضة- مجلد1- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان2000.

32- د.عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "، ج6 – الإيجار والعارية- مجلد 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2000.

33- د.عبد الرزاق السنهوري "الوجيز في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام" – القاهرة- دار النهضة العربية، 1966.

34- د.عبد الفتاح عبد الباقي، "مصادر الإلتزام في القانون المدني الكويتي- نظرية العقد و الإرادة المنفردة"، خال من مكان الطبع، 1983.

35- د.عبد الله الجليلي، "الشرط المستحيل و المخالف للنظام العام و الآداب العامة"، المطبعة العالمية- القاهرة- 1958.

36- د.عبد المنعم فرج الصدة، "نظرية العقد في قوانين البلاد العربية- مصادر الالتزام"، القاهرة 1950.

37- د.عبد المنعم فرج الصدة، "عقود الإذعان في التشريع المصري"، مطبعة جامعة فؤاد الأول 1946.

38- د.عبد المنعم موسى إبراهيم، "حسن النية في العقود"، دراسة مقارنة، بدون طبعة، منشورات زين الحقوقية- بيروت- لبنان 2006.

39- د.علي فيلالي، "الإلتزامات- النظرية العامة للعقد"، دراسة مقارنة، بدون طبعة، مطبعة وحدة الرغاية، الجزائر 2001 و الطبعة المنقحة و المعدلة موفم للنشر 2008.

40- د.علي محمد قاسم، "التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط"، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005.

41- لعشب محفوظ بن حامد "،عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن"، بدون طبعة – المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر 1990.

42- محمد حسين عبد العال ، "الإتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام و مدى الحماية الدستورية لمبد حرية التعاقد، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.

43- محمد حسين منصور، "النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام"، بدون طبعة- الدار الجامعية الجديدة للنشر- بيروت 2000.

44- محمد تقية، "الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائري 1984.

45- د.محمد صبري سعدي، "شرح القانون المدني الجزائري- النظرية العامة للإلتزامات – العقد والإرادة المنفردة"، الجزء الأول، الطبعة 2، 2004.

46- محمد علي البدوي، "النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام"، الجزء الأول، منشورات الجامعة المفتوحة 1991.

47- محمود جمال الدين زكي، "الوجيز في النظرية العامة للإلتزام في القانون المصري، مطبعة جامعة القاهرة 1978.

48- محمود عبد الرحيم ديب، "بدأ سريان الإلتزام المشروط"، دار الجامعة الجديدة، مصر 1990.

49- د.مصطفى أحمد الزرقاء، "شرح القانون المدني في العقود – نظرية الإلتزام بوجه عام"، مطابع فتى العرب- دمشق- الطبعة 6- 1965.

50- مصطفى الجمال، "النظرية العامة للقانون"، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

51- مصطفى الجمال، "أصول التأمين – عقد الضمان"، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 1999.

52- مصطفى العوجي، "القانون المدني – العقد"، الجزء 1، الطبعة 1، بيروت، لبنان مؤسسة بحسون 1995.

53- مصطفى المتولي قنديل، "دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية"، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

54- د.نادية محمد معوض، "شرط الإعفاء في العقود التجارية و عقود المستهلكين"، دار النهضة العربية، القاهرة 2001.

55- د.نبيل إبراهيم سعد، "النظرية العامة للإلتزام"، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية.

56- نشوة العلواني، "عقد الزواج و الشروط الإتفاقية في ثوب عصري جديد"، دار ابن حزم 2003.

- **مجلة قضائية:**

1- "الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية" للمستشار حسن الفكهاني، الجزء 8، القاهرة، الدار العربية للموسوعات، 1982.

[3] الرسائل الجامعية و الأبحاث:

أ- **الرسائل الجامعية:**

1- منصور حاتم محسن، "فكرة تصحيح العقد" – دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية القانون- جامعة بغداد، العراق 2006.

2- بوفلجة عبد الرحمان "دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري"- مذكرة لنيل شهادة ماجستير- جامعة تلمسان- كلية الحقوق- 2007 – 2008.

3- خديجة أحمد كامل أبو العطا " االشروط المشتركة في عقد النكاح ، دراسة فقهية مقارنة "رسالة ماجيستار – الجامعة الاسلامية – كلية الشريعة و القانون – فلسطين – غزة – 2006.

4- سهير حسن هادي "الشرط المألوف في العقد" دراسة مقارنة – رسالة ماجستير- كلية الحقوق- جامعة بابل (العراق) 2008.

5- عبد القادر محمد أقصاصي "ضمان التعرض و الإستحقاق في عقد البيع" رسالة ماجستير- كلية القانون- جامعة بابل 1999.

6- عبد المجيد طيبي "الشرط الجزائي و بعض تطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري " مذكرة ماجستير- كلية العلوم الإجتماعية و الإسلامية- قسم الشريعة- جامعة باتنة 2003 – 2004.

7- نور الدين لمطاعي "الشرط المقترن بالعقد" مذكرة ماجستير – كلية الحقوق- جامعة الجزائر 1995 – 1996.

8- يوسف مسعودي "الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري " مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير- المركز الجامعي- بشار- كلية الحقوق 2006 – 2007.

ب- الأبحاث:

1- أحمد سعيد الزقرد "نحو نظرية عامة لصياغة العقود" بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد 4، سنة 30- 2006.

2- د.أحمد علي عبد الله "ضوابط الشروط المقترنة بالعقد" ادار السودانية، الخرطوم، العدد 2008.

3- الجوير "الشرط في الفقه الإسلامي" تأصيلة و حكمة – موسوعة دهشة.

fille://E:\الإسلامي%في الفقه%الشرط.htm

4- زكي الدين شعبان "الشرط الجزائي في الشريعة و القانون" - مجلة الحقوق و الشريعة الكويتية- 1977.

5- سانو قطب مصطفى "الشروط في العقود" البحرين: هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسة المالية الإسلامية 2002، بحث غير منشور.

6- د.عبد السلام إسماعيل أوناغن "ورقة بحثية بعنوان الشروط المستجدة في المعاملات غير المالية" أحكامها و تأصيلها

abdussalam3@yahoo.com

7- عبد الله بن سليمان "الوعد و حكم الإلزام به ديانة و قضاء"

www.islamiyatonline.com/arabia/Magalat/index-asp

8- د.عبد الله السلمي "عقد التصريف – حكمه و تأصيله" موقع مسلم C

Fille://E:\التصريف%عقد.htm

9- د.فهد بن علي الحسون "الإجازة المنتهية بالتمليك في الفقه الإسلامي" مكتبة مشكاة الإسلامية.

10- د.مسلم يوسف "الخيارات" الأساليب الوقائية و العلاجية للغبن في الفقه الإسلامي

http://saaid.net/Doat/moslem/abokotaiba@hotmail.com

11- منير البصري و أحمد المنصوري "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، سنة 2007.

Fille://E:\article-5144865.html

[4] المذكرات و المقالات:

أ- المذكرات:

1-د.شهيدة قادة "مذكرة محاضرات في قانون التأمين" 2010- 2011.

2-صالح مهدي السبع "تلخيص مذكرة أصول الفقه الإسلامي"، الدراسات الإسلامية، كلية الإمام الأوزاعي.

ب – المقالات:

1- أ. أحمد فاروق علي "الشرط في القانون المدني"

e-mail : mr.a.farouk_lawer@hotmail.com

2- أ. بو عزة ديدن "شروط الإعفاء من المسؤولية و تأمين المسؤولية"، مجلة مخبر القانون الخاص – كلية الحقوق- جامعة تلمسان- العدد 10- ديسمبر 2004.

3- نور الدين عباسي "إتقان الضبط في الفرق بين السبب و الشرط" مجلة الموافقات – المعهد الوطني العالي لأصول الدين- الجزائر 1995.

II- المراجع باللغة الأجنبية:

1- A. Rieg « Le role de la volenté das l'acte juridique en droit civil français et allemand », Paris L.G.D T -Pichon et duron- édition 1961. Préface de Roger Perrot.

2- Carlais Aulong « Rapport des synthèses in les contracts d'adhésion et la protection du consommateur », Paris 1978.

3- Cheser and Fifoat's « Law of contact » nith by M.P. Furmston – T.D.P.B.C.L.M.A, London.

4- Flour et Aubert, « droit civil- les obligations » volume 1- sources : l'acte juridique – Armand, Colin, 5ème édition 1991.

5- Henri, Léon et Jean, Mazeaud « Leçon de droit civil », Tome 2, 1er volume « obligation – théorie générale » 6ème édition par François Chabas – édition Montchretien.

6- J. Ghestin « Traité de droit civil – Laformation du contrat », édition L.G.D.T – Delta 1993.

7- Mathias Latina, « essai sur la condition en droit des contrats » préface de Denis Mazeaud, prix de thèse de l'université Panthéon – Assas (Paris II) L.G.D.J, édition Alpha 2010.

ثانيا: المصادر

I- القوانين:

1- القانون المدني الجزائري 75 – 58 جريدة رسمية العدد 78 لسنة 1975 معدل و متمم بالقانون 05 – 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، جريدة رسمية العدد 44.

2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1984.

3- القانون المدني السوري.

4- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

5- القانون المدني الكويتي لسنة 1961.

6- القانون المدني الفرنسي.

7- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

8- القانون المدني اليمني رقم 19 لسنة 1992.

9- قانون 90 – 11 المؤرخ في 11 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية العدد3.

10- قانون 04 – 02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41.

11- القانون 09 – 03 خاص بحماية المستهلك و قمع الغش، المؤرخ في 25 فبراير 2009.

II- الأوامر:

1- الأمر رقم 75 – 37 المؤرخ في 25 أبريل 1975، متعلق بالأسعار.

2- الأمر رقم 95 – 06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد9، المعدل و المتمم بالأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 الجريدة الرسمية 43.

III- المراسيم:

1- المرسوم التنفيدي 06 – 306 المؤرخ في 11 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين و البنود التعسفية، الجريدة الرسمية 56.

الفهرس العام

شكر و عرفان

إهداء

المقدمة 01

الفصل الأول

ماهية الإشتراطات العقدية ومدى حريتها 07

المبحث الأول: ماهية الاشتراطات العقدية. 09

المطلب الأول: مفهوم الشرط بين الشريعة والقانون 09

الفرع الأول: تعريف الشرط في الشريعة الإسلامية. 10

1- إطلاقات الشرط 13

الفرع الثاني: تعريف الشرط في القانون 18

خلاصة المطلب الأول: 24

المطلب الثاني: أقسام الشروط العقدية بين الشريعة و القانون 25

الفرع الأول: أقسام الشروط العقدية في الشريعة الإسلامية 25

I. أقسام الشروط من حيث مصدرها: 25

II. أقسام الشروط من حيث وظيفتها: 30

III. تقسيمات الشرط من حيث موضعه (مكانه) : 40

الفرع الثاني: أقسام الشروط العقدية في القانون 43

I.تقسيم الشرط من حيث مصدره: 43

خلاصة المطلب الثاني: 50

المبحث الثاني مدى حرية الاشتراطات التعاقدية 52

ملخص:

إن الشرط التعاقدي هو الشرط المقترن أو المرتبط بالعقد، و هو من مكنونات سلطان الإرادة، لأن أساس وجوده هو توافق إرادة المتعاقدين على تعديل آثار العقد، إلا أن الشارع تدخل لتوجيه هذه الإرادة المشترطة، بالقدر الذي يسمح بالإتفاق مع حدود كتاب الله، و بتوفير الإستقرار في المعاملات وإحداث التوازن العقدي، لاسيما أن الشرط يلعب دورا هاما في تنظيم العقد و سيره، فقد أثر عليه بشكل مباشر.

الكلمات المفتاحية:

الشرط – سلطان الإرادة – حرية الإشتراط – تقييد الحرية المشترطة – تعديل آثار العقد.

Résumé :

La clause contractuelle est une condition associée ou liée au contrat, et est l'un de principe le plus profond de l'autonome de volonté, parce que la base de son existance est de convenir de la volonté des contractants louillir modifier les effets du contrat. Sauf que l'intervention du législateur pour guide cette volonté stipulée dans la mesure compatible avec les limites de Dieu, et assure la stabilité dans les transactions nodales équilibrées, et en particulier, que la condition joue un rôle important dans l'organisation et le fonctionnement du contrat, qui a une influence sur lui directement.

Mots clés :

La condition – l'autonome de volonté – la liberté de stipulation – les restrictions de la volonté – la modification des effets du contrat.

summary :

The contractual clause is a condition associated with or linked to the contract, and is at the heart of the pricipal of will independance, because the basis of its existance is to agree the will of the contractors boiled modify the effects of the contract, exept that, the legislator intervention to guide this will stipulated, the extent consistent with the limits of God, and allows the provision of stability in the transactions and balance nodal in particular, that the condition plays an important role in the organisation of the contract and walking, which has the effect of directly on the contract.

Key words :

The condition – will independance – the will of stipulation – the will restruction – the contract modification.