ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)

م.د.سجى عمر شعبان
sajaalamr@uomosul.edu.iq
كلية الحقوق /جامعة الموصل

CONTROLS OF CONDITIONS ASSOCIATED WITH THE CONTRACT IN SHARIA AND LAW (A COMPARATIVE STUDY)

Lecturer.Dr. Saja Omar Shaban
Faculty of Law / University of Mosul

الملخص

ترتبط حرية الاشتراط في العقد بمبدأ سلطان الإرادة فهي لا تنفك عن هذا المبدأ لان الارادة هي منبع الشروط بل ان حرية الاشتراط هو مبدا سلطان الارادة في تعديل اثار العقد الا ان هذا المبدأ ترد عليه قيود في دائرة الشروط وله مدى هذا المدى حددهُ الشرع والقانون ضمن ضوابط معينة باعتبارها جزءا من حرية التعاقد. فالذين يفتحون باب التعاقد على مصراعيه بدون قيود يفتحون باب الشروط ايضا في العقود، والذين يقيدون باب التعاقد لا يحترمون من الشروط الا ما يتفق مع مقتضاه. ان الشروط المقترنة بالعقد هي الشروط التي تقيد العقد وزائدة عن أصله ومقتضياته غايتها تعديل احكام العقد العادية زيادة او نقصانا وهي بذلك تختلف عن الشروط التعليقية التي تعلق وجود العقد على وجودها بحيث لا يوجد العقد ما لم توجد بينما زائدة عن وجود العقد. وعليه فقد اختلفت المذاهب الفقهية الإسلامية في تحديد هذا المدى بين موسع ومضيق للرادة في ذلك فوضعوا ضوابط شرعية للشروط المقترنة في العقد اما التشريعات القانونية فقد حددت هي الأخرى ضوابط تحد من إرادة الأطراف في الشروط جاءت في اغلبها موافقة للشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية :العقد، حرية الاشتراط ،الضوابط الشرعية، الضوابط القانونية

Abstract

The freedom to stipulate in the contract is linked to the principle of the authority of the will, as it does not depart from this principle because the will is the source of the conditions. Rather, the freedom of stipulation is the principle of the authority of the will in amending the effects of the contract, but this principle is subject to restrictions in the circle of conditions and has a range of this extent defined by Sharia and law within the controls Certain as part of the freedom to contract. Those who open the door to contracting completely without restrictions also open the door to conditions in contracts, and those who restrict the door to contracting do not respect the conditions except what is consistent with its requirements. The conditions attached to the contract are the conditions that restrict the contract in excess of its original and its requirements, whose purpose is to modify, increase or decrease the regular provisions of the contract, and thus differ from the suspensive conditions that attach the existence of the contract to its existence, so that the contract does not exist unless it exists while in excess of the existence of the contract. Accordingly, the Islamic jurisprudence schools differed in determining this range between broad and narrow for the will to do so, so they set Sharia controls for the conditions attached to the contract. As for the legal legislations, they also set controls that limit the will of the parties to the conditions, most of which are in accordance with Islamic law.

Key words: contract, freedom of stipulation, legal controls, legal controls

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على من جاء رحمة للعالمين محمد صلى الله عليه وسلم واله وصحبه اجمعين وبعد...

أولا: مدخل تعريفي بالبحث: تزداد اهمية الشروط المقترنة بالعقود بازدياد تطور العقود وازدياد المعاملات المالية تعقيدا، فأصبحت تلك العقود تصح وتبطل باقترانها

بالعقود وفق ما وضعه الشرع والقانون من ضوابط. فالعقد ينشأ ويتكون بإرادة المتعاقدين متى ما توافرت فيه الاركان والشرائط وتترتب عليه الاثار والاحكام التي لا دخل لإرادة المتعاقدين في إنشائها، فالشرع جعل لكل عقد طريقا الى تحقيق اهداف معينة. ولكن هل يتدخل العاقد او بالأحرى الارادة في تعديل هذه الآثار؟ واذا كانت الاجابة بالإيجاب فالسؤال التالي هو ما مدى تدخل الارادة في تعديل اثار العقد وماهي الضوابط المتبعة في التعديل؟ ان طريق اشتراط الشروط المقترنة بالعقد هي السبيل امام الارادة في التعديل ولكن السير في هذا الطريق لا يكون الا ضمن ضوابط تحدد هذا المسير في الشريعة والقانون على حد سواء. وحرية الاشتراط نابعة ومتفرعة عن مبدأ سلطان الارادة والبحث في الشروط المقترنة بالعقد يعني البحث في مدى سلطان الارادة في الاشتراط. وقد تعرضت المذاهب الفقهية الاسلامية لتلك المسألة فضلا عن التشريعات المقارنة حيث حددت ضوابط معينة بينت للإرادة مداها في الاشتراط.

ثانيا: اهمية البحث واسباب اختيار الموضوع

١. الاهمية الكبيرة التي تحدثها الشروط في العقود اليومية في حياة الناس فالشروط يمكن ان تعدل اثار العقد زيادة ونقصانا لحفظ الحقوق فهو موضوع له مساس بمعاملات الناس فلابد من معرفة ضوابط هذه الشروط الشرعية والقانونية لأثرها على العقد فتلك الشروط قد تبطل العقود وتصححها.
٢. تقديم دراسة تجمع شتات الضوابط الشرعية والقانونية معا. حيث لاحظ الباحث قلة الجمع بين الضوابط الشرعية والقانونية في دراسة واحدة فكان التركيز على الضوابط التي جاءت بها المذاهب الاسلامية.
٣. معرفة موقف المذاهب الاسلامية والتشريعات المقارنة لاسيما التشريع العراقي من هذه الشروط ومدى موافقتها للمذاهب الاسلامية

ثالثا: منهجية البحث : اتبع الباحث الأسلوب التحليلي المقارن بين المذاهب الاسلامية من جهة والتشريعات المقارنة مستعينا بالقانون المدني العراقي ذي الرقم٤٠ لسنة ١٩٥١و القانون المدني الاردني ذي الرقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦والقانون المعاملات المدنية الإماراتي ذي الرقم ٥ لسنة١٩٨٥والقانون المدني المصري ذي الرقم ١٣١لسنة ١٩٤٨،

بالإضافة الى مجلة الاحكام العدلية كلما أمكن ذلك، مع الأسلوب التطبيقي والتحليلي بالاستعانة بالقرارات القضائية.

رابعا: هيكلية البحث : مطلب تمهيدي: حقيقة الشروط المقترنة بالعقد.

المبحث الاول: ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة الإسلامية.

المطلب الاول: التضييق على الارادة في الشروط.

المطلب الثاني: التوسيع على الارادة في الشروط.

المبحث الثاني: ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في القانون.

مطلب تمهيدي

حقيقة الشروط المقترنة بالعقد

لكي نفهم معنى الشروط المقترنة بالعقد فهما دقيقا لابد ان نوضح معنى الالفاظ التي تحملها هذه المصطلحات بما يميزها عن غيرها كالاتي:

أولاً: معنى الشرط: الشرط لغة [١] التزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط وقد شَرط له وعليه كذا يشُرط وَشرطَ شرطاً واشترط عليه امرا الزمه اياه.

اما اصطلاحا: فهو ما يتوقف وجود الشيء عليه دون ان يكون جزاءا منه كتوقف الصلاة على الطهارة مع ان الطهارة ليست جزءا من الصلاة، فالشرط ما كان خارج عن حقيقة الشيء وليس جزءا منه يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عد[٢] ، وعرفه ابن رشد القرطبي [٣]: بانه (وصف مكمل لمشروطه ويكون مما اقتضاه المشروط). وهذا بالنسبة للمعنى العام للشرط، اما المعنى الخاص والمقصود في بحثنا فهو ما عرفه البعض [٤] احداث التزام زائد في العقد لم يكن يدل عليه لولاه.

([١]) ابن منظور، جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب ،مجلد ٧، حرف ص-ظ ،دار صادر، بيروت ،دون سنة طبع ، ص٣٢٩.

([٢]) د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص١٤٦.

([٣]) ابي الوليد محمد ابن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد حققه هيثم جمعة هلال، ط/١، مؤسسة المعارف، بيروت، ٢٠٠٦،ص٥٥٥.

([٤]) راجع د. محمد عثمان شبير، الشروط المقرنة بالعقد وأثرها في الفقه الاسلامي مجلة كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة قطر، عدد ٢٢، ٢٠٠٤، ص٦٠

وعند الشيخ ابن تيميه فهو (ما يلزم من عدمه العدم ولايلزم من وجوده وجود ولا عدم) ويرى ان الشرط بين الناس ما عدوهُ شرطا [١]اما مجلة الاحكام العدلية فقد عرفت الشرط من م/٢٠٩ [٢] بأنه: (كل امر ربط به غيره عدما لا وجودا وهو امر خارج عن ماهيته)

ثانيا: معنى الشرط المقترن العقد: الاقتران (لغة) [٣] من قارن الشيء بالشيء مقارنة اقترن به وصاحبه وقرنت الشيء بالشيء وصلته والقرين المصاحب. فهو من لازدواج كونه اجتماع شيئين او اشياء في معنى من المعاني.

ويطلق عليه عدة تسميات منها (الشرط المقترن بالعقد) او (الشرط المقارن) او (الشرط التقييدي) ومن معانيه الربط والاشتراط والقيد اي اخراج اللفظ المطلق على الشيوع وعليه مهما تكن له من مسميات فهو التزام واقع في العقد ناشئا بإرادة المتعاقدين كالبيع والاجارة والنكاح ام بإرادة منفردة كالهبة والوصية وهو يضاف الى صلب العقد عند انشائه بحيث يصبح جزء من اجزائي التي تم التراضي على اساسها [٤]

نلاحظ على هذا التعريف انه قصر الشروط المقترنة بالعقد فقط تلك التي يتفق عليها المتعاقدين عند تكوين ونشوء العقد بينما الشروط المقترنة بالعقد يمكن ان تكون لاحقة على تكوين العقد وتكون بعد ذلك جزءا منه اذا تم الاتفاق عليها في وقت لاحق.

وعرفه اخر [٥] بانه التزام في التصرف القولي لا يستلزم ذلك التصرف في حال اطلاقه. ويمكن القول بانه: ذلك الشرط الذي لا يتعرض سبيل الانعقاد في ظن الطرفين المتعاقدين وانما يقيد حكم العقد به ويعدل من اثاره الاصلية بأحداث التزامات اضافيه بين الطرفين لم تكن قائمة او صدر العقد مطلقا في ذلك الشرط [٦] فاقتران العقد

---

(١) راجع د. محمد رواس قلعة جي، موسوعة فقه ابن تيمية، ط/٣، دار النفائس، بيروت، ج/٢، ٢٠٠٧، ص ٨١٦.

(٢) راجع المادة ٢٠٩ من مجلة الاحكام العدلية.

(٣) ابن منظور، مصدر سابق، مجلد ١٣ حرف ن-ه، ص ٣٣٦.

(٤) راجع د. محمد عثمان شبير، مصدر سابق، ص٦١.

(٥) راجع الشيخ احمد ابراهيم ابراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، سنة رابعة، العدد الاول، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده، ١٩٣٤، ص٦٦٧.

(٦) د. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار البحوث العلمية للنشر، الكويت، ١٩٧٥، ص٢١٥.

بالشرط هو ان يزاد على العقد شرط فيه فائدة لاحد العاقدين او لغيرهما ويشترط امر زائد على ما يقتضيه العقد.

وقد عرفه الدكتور صبحي المحمصاني بالقول :(هو ما اتفق عليه المتعاقدين بدون استعمال اداة الشرط لتحديد علاقتهما وتعيين موجباتها وتغيير احكام العقد العادية زيادة او نقصانا وسمي بشرط التقييد لإنه يقيد احكام العقد) [١].

من خلال استعراض تلك التعاريف لمعرفة معنى الشروط المقترنة بالعقد نرى ان التعريف الاخير يبين بشكل واضح ومتكامل معنى هذه الشروط والغاية المقصودة من اقترانها بالعقد وهي تعديل احكام العقد بالزيادة او النقصان. ومن الجدير بالذكر ان التشريعات المقارنة جاءت خالية من تعريف الشروط المقترنة بالعقد.

ثالثاً: مميزات الشروط المقترنة بالعقد عن غيرها: من خلال التعاريف السابقة لمعنى الشروط المقترنة بالعقد يمكن تلخيص خصائصها وتميزها عن غيرها من الشروط، حيث ان الشروط بصورة عامة مقسمة الى قسمين من حيث مصدر شرطيتها: شروط شرعية وشروط جعلية. فالشروط الشرعية هي الشروط التي وضعها الشارع والزمنا مراعاتها واوجب علينا احترامها فاذا خالفها المتعاقدان فسد العقد وحرم الانتفاع اما الشروط الجعلية فهي ما كانت بتصرف المتعاقدان او احدهما وقد يكون القصد منها تحقيق مصالح خاصه وقد تكون مقترنة بالعقد او معلقة عليه[٢] والشروط الشرعية ليست محور دراستنا لان المقصود من الدراسة هي الشروط الجعلية ولكن فقط المقترنة منها بالعقد. ما الشروط التعليقية فهي ما علق وجود العقد على امر بحيث لا يوجد العقد ما لم يوجد كما لو قال البائع بعتك هذا الدار بكذا ان وافق ابي. فكان البيع تحت احتمال الوجود والعدم [٣]، ويرد هذا الشرط بأحد ادوات الشرط ويقصد منهُ تعليق تحقق

(١) د. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج/٢، ط/٢، دار العلم للملايين، بيروت ، ١٩٧٢، ص٦٤٠.
(٢) راجع د. احمد فراج حسين، مصدر سابق، ص١٤٧
(٣) د. عباس الصراف، مصدر سابق، ص٢١٥.

العقد على تحقق شي اخر وهو من الاوصاف المعدلة لآثار الالتزام [١] وعليه فالشرط التعليقي هو حدث مستقبل غير مؤكد الحدوث يتعلق عليه تولد الالتزام او سقوطه [٢] فحكم العقد المعلق على شرط مقتضاه انه عقد قبل وقوع الشرط فلا يوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه الا بعد وجود المعلق عليه [٣] وعلى هذا الاساس يمكن تحديد خصائص ومميزات الشروط المقترنة بالعقد بالاتي:

١. انها امر زائد عن أصل العقد ومقتضاه: فاشتراط الكفيل في عقد البيع التزام زائد عن عقد البيع لان البيع انعقد بدون هذا الشرط فهو زائد في اثار العقد [٤]
٢. انها امر مستقبل: فتقديم الكفالة في المثال السابق يلزم أحد المتعاقدين بأمر تمام العقد مستقبلا فالشرط هنا التزام امر لم يوجد في الماضي او الحال بل سيوجد في امر قد وجد بالفعل
٣. انها امر محتمل الوقوع: اي ان يكون في المقدور القيام به اي ممكن الوقوع مستقبلا لإنه اذا لم يكن كذالك كان اشتراطه دليلا على عدم الرغبة في اتمام التصرف [٥]

المبحث الاول

ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة الاسلامية

ترتبط حرية الاشتراط في العقد بمبدأ سلطان الإرادة فهي لا تنفك عن هذا المبدأ لان الارادة هي منبع الشروط بل ان حرية الاشتراط هو مبدا سلطان الارادة في تعديل اثار العقد [٦] الا ان هذا المبدأ ترد عليه قيود في دائرة الشروط وله مدى هذا المدى حددهُ الشرع ضمن ضوابط معينة باعتبارها جزءا من حرية التعاقد. فالذين يفتحون باب

---

(١) راجع: د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العرقي، مصادر الالتزام ،ج/١، دار ابن الاثير،جامعة الموصل،١٩٨٠، ص١١١.

(٢) راجع مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج/١ ،ط/٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص ٦٨.

(٣) راجع الشيخ احمد ابراهيم ابراهيم بك، مصدر سابق، ص ٦٦٤.

(٤) راجع محمد عبد الله طلافحة، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ٢٠٠٤، ص٣١.

(٥) راجع د. محمد عثمان شبير، مصدر سابق، ص٦٤.

(٦) د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج/٤، ط/٤،دار الفكر،سوريا، ،دون سنة طبع، ص٥٥٧

التعاقد على مصراعيه بدون قيود يفتحون باب الشروط ايضا في العقود، والذين يقيدون باب التعاقد لا يحترمون من الشروط الا ما يتفق مع مقتضاه وفي هذا الصدد يقول الامام محمد ابو زهرة [١] (غير ان ترك الناس وشأنهم في ترتيب ما يشاؤون من آثار على العقود طبقا لرغباتهم واهوائهم التي ليس لها مدى ولا تنتهي عند حد قد تخرجهم عن حدود الشارع وما امر به من عدل ومساواة وتنشر في عقودهم الغرر والجهالة والربا والخديعة واكل المال بالباطل) لذلك لم يترك الشارع حكم الشروط طبقا لرغبات المتعاقدين بل وضع ضوابط استلزم بها موافقة رغباتهم لتلك الضوابط، على هذا الاساس تعرض الفقهاء المسلمون الى مسألة الشروط وصحة اقترانها بالعقد وعدم الصحة وضوابط ذلك منطلقين من قاعدتين اساسهما حدثيان للرسول صل الله عليه وسلم: ((ما بال اقوام يشترطون شروطا ليس في كتاب الله. من اشتراط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وان اشترط مائة شرط))[٢]وقوله صلى الله عليه وسلم: (المسلمون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا) [٣] من خلال هذه الأحاديث تساءل الفقهاء عن الضابط للشروط غير الملائمة والموافقة للشريعة والمخالفة لها فكانت اجتهاداتهم جوابا على هذا التساؤل من خلال انقسامهم الى رأيين بين موسع ومضيق للإرادة في تلك المسألة وسنبحث ذلك من خلال المطلبين الآتيين:المطلب الاول: التضييق على الارادة في الشروط المطلب الثاني: التوسيع على الارادة في الشروط

المطلب الاول

التضييق على الارادة في الشروط

يرى اصحاب هذا الرأي ان الاصل في الشروط المنع والحظر والتقييد فلا تجوز الشروط الا ما ورد به الشرع واجازه وهؤلاء هم من يتمسكون بنظرية مقتضى العقد على

---

(١) راجع الامام محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص٢٧٢.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، رقم الحديث ٢٧٣٥، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط، الامام محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بردزبة البخاري، صحيح البخاري، مكتبة الايمان المنصورة، ٢٠٠٣، ص ٥٧٥

(٣) رقم الحديث ٨٢٩/ باب الصلح، الامام محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ط/١ ،دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤،ص٤٨٩

راسهم المذهب الظاهري ومتفق عليه عند الشافعية والحنفية والمالكية ولكن الخلاف بينهم في ضوابط تصحيح الشروط ولمعرفة هذه الضوابط لابد من ايراد اراء هذه المذاهب بالاتي:

اولا: ضوابط الشروط المقترنة بالعقد عند المذهب الظاهري: يرى اهل الظاهر ان الاصل في الشروط الحظر فلا يجوز تقييد العقود بالشروط الا اذا انصف الشارع على جوازه فلم يصححوا لا عقدا ولا شرطا الا ما يثبت جوازه بنص او اجماع [١]

لذلك حددوا الشروط الصحيحة في سبعة شروط ليؤكدوا من خلالها تمسكهم بظاهر النصوص وعدم اباحة شرط لم يرد بالكتاب والسنة [٢] .

فالشروط عندهم غير معتبرة لان الالتزامات لا تأخذ قوتها من اقوال العاقدين وارادتها ولكن مما يرتبه الشارع على اقوالهم وما كان منها غير وارد من الشارع لا ينال قوة التنفيذ. [٣] واستندوا الى ادلة من الكتاب والسنة وذلك في قوله تعالى "اليوم اكملت لكم دينكم" سورة] المائدة–اية٣[وقوله تعالى : "ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون" سورة]البقرة–اية٢٢٩[وحديث الرسول (صلى الله عليه وسلم) (ما بال اقوام

---

(١) انظر: د.محمد يوسف موسى، الفقه الاسلامي، ط/٣،مطابع دارالكتاب العربي،مصر،١٩٥٨، ص٤١٥.

(٢) وهذه الشروط هي:

أ/ اشتراط الرهن في بيع الآجل لقوله تعالى "وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ‘‘سورة البقرة الآية ٣٨٣.

ب/ اشتراط تأخير الثمن الى اجل مسمى لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه" البقرة الآية ٢٨٢.

ج/ اشتراط اداء الثمن الى الميسرة لقوله تعالى: "وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة" البقرة الآية ٢٨٠.

د/ اشتراط صفة في المبيع بتراضي العاقدين لقوله تعالى: "الا ان تكون تجارة عن تراض منكم".

هـ/اشتراط خيار الشرط لقوله صل الله عليه وسلم لحبان بن منقذ الذي كان يغبن في البيوع: (اذا تبايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام)

و/ اشتراط المشتري اخذ مال العبد المباع او بعضه من البائع لقوله صلى الله عليه وسلم (من ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه الا ان يشترط المبتاع)

ز/ اشتراط المشتري اخذ ثمر النخل المؤبر (الملقح) الا يشترط المبتاع. (راجع علي بن احمد بن احمد بن حزم الاندلسي ابو محمد، المحلى بالآثار شرح المحلي بالاختصار، ج/٩، دون مطبعة، دون سنة طبع، ص٤٠٣)

(٣) راجع الامام محمد ابو زهرة، مصدر سابق، ص٣٧٣-٣٧٤.

يشترطون شروطا ليست في كتاب الله)[١] وحديثه (صلى الله عليه وسلم): (ومن عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد)[٢]فهذه الآيات والأحاديث عند ابن حزم براهين قاطعة في ابطال كل شرط ليس في كتاب الله الامر به او النص على اباحة عقد[٣] وعليه نستنتج من هذا المذهب ان الضابط في الشروط انها باطلة مالم يرد فيها نص في القران والسنة او الاجماع. ويتجه المذهب لإبطال الشروط الفاسدة المنافية لطبيعة العقد في الواقع العملي.

ثانيا: ضوابط الشروط المقترنة بالعقد عند المذهب الشافعي: يتفق الشافعية مع الظاهرية في ان الاصل في الشروط الحظر الا انهم يختلفون معهم في توسيع دائرة الشروط الصحيحة فاشترطوا لذلك ضابطين: الاول: ان لا يخالف مقتضى العقد الثاني: ان تتضمن معنى من معاني البر، واستندوا في ذلك الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم عن بريرة (السابق ذكره) لدى مذهب الظاهرية.[٤]وكذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع)[٥] واستندوا ايضا على اساس المصلحة والقياس لانه مما تدعو الحاجة اليه. وعليه نستنتج من هذا المذهب انه يتوسع في اباحة الشروط التي يقتضيها العقد ويلائمها.

ثالثا: ضوابط الشروط المقترنة بالعقد عند المذهب الحنفي: يتفق الحنفية مع الظاهرية والشافعية في ان الاصل في الشروط الحظر ويتفقون مع الشافعية في التوسيع في تصحيح الشروط بما يتلاءم ويقتضيه العقد، الا انهم يختلفون عنهم في افساح المجال للشرط الذي جرى التعامل به وذلك استحسانا فيدخل العرف من هذا الباب عنصرا مرنا لان عندهم الثابت بالعرف ثابت بالنص، فالشرط المتعارف كالشرط الثابت شرعا وهذا الاقرار بالشرط المتعارف فتح الباب واسعا لتصحيح الشروط في كل زمان ومكان

---

(١) سبق تخريج الحديث في ص٨ من هذا البحث

(٢) رواه البخاري رقم الحديث ٣٨٥، جواهر البخاري، مصطفى محمد عمارة، دار الفكر، دون سنة نشر، ص٣٢٥.

(٣) المحلى، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٤) سبق تخريج الحديث في ص٨ من البحث

(٥) رواه الخمسة وصححه الترمذي، رقم الحديث ٨٢١، الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام في ادلة الاحكام صححه محمد حامد الفقي، دار ابن الهيثم، ٢٠٠٤، ص١٦٨.

مادامت لا تتعارض مع الشريعة وتحقق منافع للناس [١] ففتحوا الباب امام الشروط المقترنة بالعقد واضفاء صفة الشرعية عليها. ولو اخذوا بالعرف وحده لكان كافياً لإطلاق الحرية للمتعاقدين فهم لم يغلقوا ابواب حرية التعاقد [٢]

وعلى هذا الاساس فقد قسموا الشروط الى صحيحة وفاسدة وباطلة فالشروط الصحيحة وهي:

١. ما كان موافقا لمقتضى العقد ومؤكدا لمقتضاه.
٢. ما جاء به الشرع.
٣. ما جرى به العرف.

اما الشروط الفاسدة فهي مالم تكن ضمن ضوابط الشروط الصحيحة وانما فيها منفعة زائدة لاحد العاقدين كشراء حنطة على ان يطحنها البائع فالبيع فيه شبهة ومفسدة فهو شرط لا يقتضيه العقد ولا يلئمه فالمشروط لا يكون محظورا ومنه منفعة [٣]

اما الشروط الباطلة فهي مالم تكن أحد انواع الصحيح وليس فيها منفعة لاحد المتعاقدين ولا لغيرها وانما ما كان فيها ضرر كاشتراط البائع على المشتري ان لا يبيع المبيع [٤]، واستندوا في ذلك الى عده ادلة منها حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم) في النهي عن بيع السلف والشرط [٥]. وهذا المذهب ضيق كثيرا في قبول الشروط الفاسدة ولهم في ذلك اقوال كثيرة لا يتسع المجال لذكرها هنا.

نستنتج من هذا المذهب ان الضابط في الشروط ما كان موافقا لمقتضى العقد ويلائمه ومما جرى به العرف وفيه منفعة لأحد العاقدين او لغيرهما.

رابعا: ضوابط الشروط المقترنة بالعقد عند المذهب المالكي: يتفق المالكية مع المذاهب السابقة في ان الاصل في الشروط هو الحظر الا انهم اجازوا تصحيح كل شرط فيه

---

(١) راجع د. محمد عثمان شبير، مصدر سابق، ص٧١
(٢) د. نذير بو صبع، نظرية العقد عند الامام ابن حزم الاندلسي اصولها ومقوماتها، دار ابن حزم، دون سنة طبع، ص٥٢٢
(٣) راجع الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، الحنفي، ج/٢، ط/٢، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٩٨٢، ص٢٢.
(٤) راجع د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص٥٦١.
(٥) سبق تخريج الحديث في ص٩من البحث

منفعة لاحد المتعاقدين وان لا يناقض مقتضى العقد ولا يؤدي الى الغرر والفاحش لا اليسير [١]. فضوابط الشروط عندهم هي:

١. ان تكون مكملة لحكمة المشروط بحيث لا تكون منافاة لها على حال
٢. ان تكون ملائمة لمقصود المشروط
٣. ان لا تكون منافية للمشروط ومن مصلحته [٢].

وعليه يستنتج من هذا المذهب ان الضابط في الشروط ما كان موافقا وملائما لمقتضى العقد وفيه منفعة وليس فيه غرر فاحش.

وفي نهاية هذا المطلب يمكن القول ان هذه المذاهب ضيقت في دور الارادة من اشتراط الشروط فالأصل عندها منع الاشتراط والاستثناء هو الاشتراط بما يوافق الكتاب والسنة والاجماع على ان يكون من مقتضى العقد.

المطلب الثاني

التوسيع على الارادة في الشروط

يرى اصحاب هذا الرأي ان الاصل في الشروط الاباحة والحل الا ما جاء الشرع بتحريمه ومنعه فأطلقوا الحرية للمتعاقدين في الشروط في حدود ما نهى الشارع عنه واوجبوا الوفاء بها. وهذا عند المذهب الحنبلي عامة وعند الامام ابن تيمية خاصة.

فعند المذهب الحنبلي عامة الاصل في الشروط الاطلاق والشرط مالم يرد تحريمهُ من الشارع فهو جائز الا في حالات ثلاث وهي:

١. ان يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد والغرض منه ومصلحته.
٢. ان يكون الشرط مخالفا لحكم الله ورسوله.
٣. ان يكون الشرط متضمن عقد جديد [٣]

واستندوا الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يحل بيع ولا سلف ولا شرطان في بيع) [١] وقد حمل لواء هذا المذهب ابن تيمية وابن القيم وذهبا الى ابعد مدى في

---

(١) راجع ابي الوليد محمد بن احمد بن راشد القرطبي، مصدر سابق، ص ٥٨٧.
(٢) راجع الامام محمد ابو زهرة، مصدر سابق، ص ٢٧٤-٢٧٥.
(٣) انظر: عبد الله بن قدامة المقدسي ابو محمد، الكافي في فقه ابن حنبل ج/١، دون مطبعة، دون سنة الطبع، ص٢٢.

فتح الباب امام الشروط ما دام لم يرد عن الشارع نهي عنها بخصوصها سواء قام الدليل على اعتبارها ام كان مسكوتا عنها حتى لو خالفت مقتضى العقد لان العقود انما وجب الوفاء بها [٢]

اما عند الشيخ ابن تيمية خاصة فالأصل عنده في الشروط الاباحة والصحة واللزوم الا ما دل الدليل على خلافه فالمسكوت عنه في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم هو شرط مباح وصحيح ولازم. ولكنه اشترط شروط لهذا الشرط وهي:

١. الجهر: اي ان يكون مسموع من قبل المتعاقدين
٢. ان يكون مباح وموافق لمقصود الشرع.
٣. ان لا يكون منافيا لمقصد العقد [٣]

ويرى ابن تيمية ان التصرفات نوعان الاول العبادات والثاني المعاملات وسماها العادات. فالعبادات لا يثبت الا بأمر اي دليل شرعي اما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون اليه والاصل فيه عدم الحظر فلا يحرم منه الا ما حرمه الشارع ،فالبيع والاجارة والهبة وغيرها من العادات التي يحتاجها الناس في معاشهم كالأكل والشرب واللباس فان امكن تحريم هذه التي قال فيها تعالى "قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق " أمكن حظر العقود والشروط) [٤] وكذلك استنادا الى دلالة الكتاب والسنة والإجماع مع الاستصحاب من خلال الامر بالوفاء بالعهود والشروط والعقود والنهي عن الغدر من باب الافعال فالأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم كالأعيان لقوله تعالى "فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم له " (الانعام–أية ١١٩) فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس من العقود والشروط الا ما ثبت حله بعينه فاستدلوا بالمعقول من أن العقود افعال عادية وان

(١) سبق تخريج الحديث في ص١٠من البحث
(٢) راجع د. نذير بو صبع مصدر سابق، ص٥٢٣
(٣) راجع موسوعة ابن تيمية، مصدر سابق، ص٨١٧ و٨١٨.
(٤) نقلاً عن د. عبد الله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام او للآداب في القانون المدني، المطبعة العالمية القاهرة ،١٩٥٨، ص١٢٦

الاصل في العقود رضا المتعاقدين[١] نستنتج من هذا المذهب أنه أكثر المذاهب توسيعاً لدائرة الارادة في الشروط الصحيحة فهذا المذهب وسع في الشروط التي تلائم مقتضى العقد والمتعارف عليها والتي فيها منفعة معقولة لاحد المتعاقدين. ويظهر لنا الشيخ أبن تيمية كما يقول البعض [٢] أنه نظر الى العقود والشروط نظرة الباحث المستقصي لمبادئ التشريع الاصلية واستخلص من هذه المبادئ أن الاصل في الشروط والعقد الصحة سواء كان ذلك في عقود المعاوضات او في عقود التبرعات لان عقود المعاملات عادات يحتاج اليها الناس في معاشهم وفي حياتهم فعنده جواز كل شرط فيه مقصود صحيح أي غير منهي لذاته لأنه الاساس في المعاملات.

أن هذا المذهب في تصورنا المتواضع يتفق مع المعقول حيث ان الارادة يجب أن تكون طليقة وحرة وقادرة على انشاء العقود واقترانها بالشروط الا ما نهى عنه الشارع لأن الاصل في الاشياء الاباحة والاستثناء التحريم. فأدلة وجوب الأخذ بهذا المذهب قوية في الحجة وتتماشى مع المعقول.وهذا المذهب يتماشى أيضاً مع مبدأ سلطان الارادة في القانون ويلبي حاجات الناس المتغيرة في المعاملات وفي هذا الصدد يقول الامام محمد أبو زهرة [٣](أن هذا المذهب فهو اوسع رحابا واخصب جناباً بالنسبة للشروط) مع مراعاة ما جاءت به المذاهب الاخرى في التقييد كالاستثناء على الحرية.ألا أن هناك من يرى الاخذ برأي الحنابلة في حرية الاشتراط في العقود المالية فقط دون الزواج تحقيقاُ لحاجات الناس ومراعاة لمصالحهم ولما يطرأ من تطورات واعراف في الشروط مع اتساع دائرة العقود [٤] اما المذاهب الاخرى وهي وان كانت تقوم على التضييق الا ان البعض [٥] قد يرى انها قامت على اساس اثبات الحرية للإنسان فابن حزم يؤكد ان الاصل براءة الذمة الا ما الزم بالنص او الاجماع اذ ان العقود متصفة

---

(١) ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس احمد بن عبد الحليم بن عبد الله بن ابي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي، نظرية العقد، تحقيق حامد الفقي ومحمد ناصر الدين الالباني، مطبعة السنة المحمدية، ١٩٤٩ ص١٣

(٢) الجليلي، مصدر سابق، ص١٢٦

(٣) راجع الامام محمد بو زهرة، مصدر سابق، ص٢٨٢

(٤) د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص٥٥٨

(٥) د. نذير بو صبع، مصدر سابق، ص٥١٧

باللزوم وفتح الباب امام التعاقدات يوقع الانسان تحت طائلة الالتزامات وهو بنوع من التكليف فكان تحفظه حفاظا من الناحية العملية على حرية الانسان.

المبحث الثاني

ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في القانون

يحكم العقود في القانون مبدأ سلطان الارادة فالقاعدة العامة هي أن الإرادة سيدة صاحبة السلطان في هذا المجال وإنها تعمل متحررة من القيود فالتعبير عن الارادة كافي لإنشاء العقد بأي مظهر خارجي ملموس دون شكل محدد ولا يقتصر ذلك على كفايتها في أنشاء العقود بل أنها حرة في تحديد اثار هذه العقود [١] فالإرادة الحرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي اليها ومهمة كل قانون هي تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض مع حريات الآخرين [٢]

وإذا كان الاصل في التشريعات المقارنة هو حرية التعاقد طبقا لهذه المبدأ ولما كانت حرية الاشتراط نابعة من هذا المبدأ فتخضع لما يخضع له هذا المبدأ من أصل واستثناءات ومن حرية وقيود حيث ان موضوع سلطان الارادة لا ينفك عن موضوع وضع الشروط واقترانها في العقود فالعلاقة بينهما تبادلية لان وضع الشروط قيد الارادة ولكن الارادة هي التي تضع هذه الشروط ولكن ضمن ضوابط تحدد مدى سلطان هذه الإرادة [٣] وعلى هذا الاساس وضعت التشريعات المقارنة قاعدة عامة في الاشتراط مفادها حرية الاشتراط ولكنها قيدت هذه الحرية بضوابط عامة وخاصة حسب طبيعة العقود فمنها ما نص صراحة على جواز اقتران العقود بالشروط كالقانون العراقي والأردني والإماراتي ومنها ما سكت عن النص على ذلك كالقانون المصري [٤] الذي جاء خالياً من النص على حالة اقتران العقد بالشرط وضوابطه. وهذا السكوت لا يعني

---

(١) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، دون مطبعة ،١٩٨٤، ص٤١

(٢) عبد الحميد عمر وشاجي، نظرية الالتزامات في القانون المدني، مطبعة النقيض الاهلية، بغداد، ١٩٨٤، ص٢٩

(٣) راجع د. محمد علي عبد الله، ضوابط الشروط المقترنة بالعقد، ص٨ بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي:http://sjsudan.org

(٤) راجع المواد ١٣١ ،١٣٢، ١٣٥، ١٣٧ من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٩ والمتضمنة شروط المحل والسبب.

أن المشرع قد منع اقتران العقود بالشرط ألا ان يبدو أنه أكتفى على النص بشروط المحل والسبب في العقد دون التطرق الى الشروط المقترنة به على اعتبار ارتباط تلك الشروط بالمحل والسبب الباعث الدافع الى التعاقد في الغالب.

أما التشريعات التي نصت على اقتران العقد بالشرط فأنها جاءت بقاعدة عامة في حرية الاشتراط ولكنها اوردت ضوابط تحدد مدى هذه الحرية كمعايير قانونية تبين صحة هذه الشروط حيث نص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في م/١٣١ على أنه [١] "يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة.

١. كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لاحد المتعاقدين أو الغير أذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب"

من خلال تحليل هذا النص يتضح لنا ان المشرع العراقي قد جاء بقاعدة عامة مفادها حرية المتعاقدين في الاشتراط حيث أن الاصل هو جواز الاشتراط. وهذا يعني أنه أخذ بالمذهب الحنبلي [٢] الذي يرى الاصل في الشروط الاباحة والجواز. الا انه قي الفقرات الاخرى اورد قيوداً أو ضوابط على هذا الجواز وأخذ بنظريه مقتضى العقد التي جاءت بها كافة المذاهب وبوضع هذه الضوابط يكون قد جارى المذهب المقيد أو المضيق على الارادة.

وفي الفقرة الثانية من هذه المادة جارى الفقه الغربي في الضابط الاخير وهو عدم مخالفة الشرط للنظام العام والآداب والنصوص الامرة.

وبناء على هذا النص القانوني يمكن تحديد الضوابط القانونية للشروط المقترنة بالعقود بالمطلبين الآتيين: –

الضابط الاول: ان يكون الشرط من مقتضى العقد ويلائمه ومما جرى عليه العرف: أن هذا الشرط مأخوذ من نظرية (مقتضى العقد) التي اتفقت عليها كافة

---

(١) راجع المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي النافذ ويقابلها المادة ١٦٤ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والمادة ٢٠٦ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

(٢) راجع صفحة١٢ من هذا البحث.

المذاهب الاسلامية وما دام الامر كذلك فلا بد في هذا الصدد من الرجوع الى معرفة نظرية مقتضى العقد بشكل قانوني دقيق. فأساس نظرية مقتضى العقد هي أن ما يقتضيه العقد المطلق صحيح وكذلك ما يلائمه وهذا أمر بديهي ولازم دون الشرط فالشرط المقترن به لا يزيده الا توكيداً وفي الحالتين (الاقتضاء والملائمة) يعتبر الشرط مقررا بحكم العقد او مقررا لمقتضاه وعلى ذلك ووفقاً لهذه النظرية أن الشرط المقارن ما كان يقتضيه العقد ويلائمه [١] ولمعرفة هذا الضابط لا بد من معرفة المصطلحات التي أوردها المشرع في المادة اعلاه كالآتي:

١. الشرط من مقتضى العقد: هو الاحكام المقررة لكل عقد لخلق التوازن بين المتعاقدين في الحقوق هو الغاية المقصودة من العقد، فإذا تعارض هذا الشرط مع هذه الغاية فهو مخالف لمقتضى العقد [٢] ومعنى كون الشرط مما يقتضيه العقد هو انه يجب بالعقد من غير اشتراطه في العقد لم يأت بشيء جديد ذكره العقد ذكراُ لشيء سيثبت نتيجة للعقد متى تم[٣]. والأمثلة على ذلك كثيرة كاشتراط البائع تسلم المبيع، أو البيع بشرط تملك الثمن أو حبس المبيع حتى يستوفي الثمن أو اشتراط المِستأجر على المؤجر تسليم المأجور في الوقت المتفق عليه ونحو ذلك فذكرها في معرض الشرط لمقتضى العقد [٤]. والعقد المقترن بهذا الشرط يكون صحيحاُ والشرط معتبر وهذا ما نصت عليه م/١٨٦[٥] من مجلة الاحكام العدلية حيث قررت أنه "البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر". أي أن الشرط المقترن بعقد مؤكداً لمقتضاه يجعله لازماً ويجب تنفيذه على نحو ما أشترط ويحق للعاقد أن يفسخ العقد عند عدم تنفيذ هذا الشرط. وهذا ما قررته محكمة التمييز الاتحادية في العراق في أحد

---

(١) د. عبد الله الجليلي ، مصدر سابق ،شص ٨٥

(٢) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق ، ص٤١

(٣) راجع علي قراعة ، أحكام العقود في الشريعة الاسلامية، دار مصر للطباعة ، دون سنة طبع ،ص ٨٣

(٤) راجع عبد الله الجليلي ،مصدر سابق ، ص٨٥-٨٦

(٥) راجع المادة ١٨٦ من مجلة الاحكام العدلية

قراراتها [١] حيث جاءت فيه: (أذا لم يكمل المساطح البناء وفق الشروط الواردة في عقد المساطحة وتجاوز المدة المحددة بالعقد رغم كونها كافية لأعمال البناء فمن حق مالك الارض فسخ عقد المساطحة المسجل في دائرة التسجيل العقاري بعد الانذار) فالمدة المحددة من مقتضيات عقد المساطحة فلا يجوز مخالفتها والشرط المخالف لمقتضى العقد يعد لاغياً وهذا ما قررته محكمة التمييز الأردنية [٢] في احد قراراتها جاءت فيه :(أن تعليق العقد على شرط يتطلب تنفيذه مدة عشرين سنة على الاقل هو شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلزمه ويقتضي اعتبار الشرط لا غياً مع بقاء العقد صحيحاً عملاً بأحكام المادة ١٦٤ من القانون المدني)

٢. الشرط الملائم للعقد: وهو الشرط الذي يقرر حكم العقد من حيث المعنى وهو شرط مقرر لمقتضى العقد ولتأكيد مقتضى العقد كاشتراط الرهن تأميناً لدفع الثمن والكفالة. فهذا الشرط ملائم لمقتضى العقد لإنه يوثق استيفاء الثمن [٣] والعقد المقترن بهذا الشرط صحيح والشرط معتبر. وهذا ما قررته المادة ١٨٧ من مجلة الاحكام العدلية [٤] التي جاء فيها (البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط معتبر مثلا لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوما حتى أذا لم يفي المشتري بالشرط فالبائع فسخ العقد لان هذا الشرط مؤيد لتسلم الثمن الذي هو مقتضى العقد).

٣. الشرط المتعارف عليه (المألوف): وهو الشرط الذي جرى عليه العرف والعادة فهو شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن جرى العرف به، او على حد تعبير التشريعات المقارنة ومنها التشريع العراقي (يكون جارياً به العرف

---

(١) رقم القرار ١٨٣٨/ هيئة استئنافية/ عقار ٢٠٠٨، تاريخ القرار ٢٠٠٨/٨/٢٠، محكمة التمييز الاتحادية في العراق (غير منشور)

(٢) تمييز الحقوق رقم القرار ٨٨/٤٢٣ ص١٩٢٣ س ٨٨ الصادر عن محكمة التمييز الاردنية (مشار اليه في المحامي جمال مدغمش ، مجموعة اجتهادات الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاردنية المكتبة الوطنية ١٩٩٦م)

(٣) راجع د. عبد الله الجليلي مصدر سابق، ص ٨٦

(٤) راجع المادة ١٨٧ من مجلة الاحكام العدلية

والعادة).ويطلق عليه أيضاً (بالشرط المألوف) وهو الشرط الذي درج العرف على أدراجه في العقود دون الحاجة الى النص عليه صراحة لاستقرار التعامل به وجريان عرف التعامل على ذلك مثال ذلك تعارف الناس على أيصال المبيع الى محل المشتري [١] فهي شروط يشيع ورودها في العقود ذات الطبيعة الواحدة وقد أستقر القضاء الحديث لمحكمة النقض الفرنسية على أن الشروط الواضحة في العقود لا يجوز استبعاد اثارها القانونية بحجة انها من الشروط المألوفة ، ذلك سيشكل هدماً صريحاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين [٢] وهذا أيضا ما قررته مجلة الاحكام العدلية في المادة /١٨٨ التي نصت [٣] على أنه "البيع بشرط متعارف و هو الشرط المرعي في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر"

يلاحظ على هذا الضابط في الشروط والذي تضمنته ف/١ في المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي والتشريعات المقارنة مأخوذة من المذهب الحنفي في التوسعة في العقود الصحيحة كما مر بنا حيث جعل العرف والعادة مصدرا من مصادر التشريع في مدى حرية الارادة للاشتراط.

٤. الشرط الذي تقع فيه لاحد المتعاقدين نفع أو لغيرهما: وهذه هي الشروط التي أثارت خلافا فقهيا بين الفقهاء المسلمين ألا أن التشريعات المقارنة [٤] ومنها المشرع العراقي أعتبر العقد المقترن بشرط يعود بنفع لاحد المتعاقدين أو لغيرهما صحيح معتبر وفقا للمادة ١٣١.

ومن الجدير بالذكر أن مجلة الاحكام العدلية لم تشر الى هذا الشرط مثلما أشارت الى الشروط الاخرى وهذا ما قررته المحكمة النقض المصرية في أحد قراراتها

(١) سهير حسن هادي، الشرط المألوف في العقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، ٢٠٠٨م ص٥.
(٢) للمزيد أنظر د. احمد شوقي محمد عبد الله. الدراسات البحثية قي نظرية العقد والقضاء المصري والفرنسي. منشاة المعارف، ٢٠٠٦م، ص ٤٤٣-٤٥٣
(٣) راجع المادة ١٨٨ من مجلة الاحكام العدلية
(٤) راجع المادة/١٦٤ من القانون المدني الاردني، المادة٢٠٦ من قانون المعاملات المدنية ألإماراتي

[١] والتي جاءت فيه (أذا تضمن عقد البيع شرط البائع على المشتري أنه لا يحق للمشتري التصرف في هذا العقار الا بعد وفاة البائع وللبائع الاحتفاظ بنفسه حق الانتفاع طوال حياته ضمانا لحقه فأنه لا يمنع من اعتبار التصرف عقد بيع صحيح ناقلا للملكية ولا يعني الشرط أن هذا البيع ما هو الا وصية).

وبهذه الضوابط حاولت التشريعات المقارنة الجمع بين المذاهب الاسلامية دون الوقوف على مذهب واحد وهو أمر محمود تقتضيه المصلحة.

الضابط الثاني: عدم مخالفة الشرط للقانون والنظام العام والآداب: طالما أعطى القانون للأطراف المتعاقدة حرية وضع الشروط طبقاً لمبدا سلطان الارادة وتبعا لمشيئتهم الا أن هذه المشيئة مقيدة بالقانون أيضاً، فالقانون في صدد الشروط يعد قيداً على حرية الاشتراط لما يراه المشرع من حكمة في منع الاطراف من الاتفاق على شروط معينة فمثلما وضع ضوابط عامة للشروط في م/١٣١ جاء ووضع ضوابط خاصة لحالات معينة. والامثلة على هذه الحالات كثيرة في القانون منها منع شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن غش المدين أو ارتكابه أخطاء جسيمة وذلك في الفقرة الثالثة من المادة /٢٥٩ [٢] من القانون المدني النافذ وكذلك ما عليه المادة/٥٥٧ [٣] التي نصت على أنه "أذا أتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولا عن أي استحقاق ينشأ عن فعله ويقع باطلا كل أتفاق يقضي بغير ذلك" وكذلك الحال في عقد المقاولة والإيجار فالأمثلة على الشروط الممنوعة قانونا كثيرة والحكمة من هذا المنع واضحة وذلك حماية للمصلحة العامة، فالإعفاء من المسؤولية العقدية عن الخطأ الجسيم، مثلا قد يشجع على الاهمال وعدم الاهتمام والتقصير [٤] وكذلك ما

---

(١) طعن ٩ ،١٤٤ لسنة٨/٣ /١٩٤٥جلسة ١٤ منشور على شبكة ألانترنت على الموقع الالكتروني الاتي:http://www.justic-lawhome.com

(٢) راجع المادة/ ٢٥٩ من القانون المدني العراقي النافذ

(٣) راجع المادة /٤٥٣ من القانون المدني المصري،٥٣٤من قانون المعاملات المدنية الاماراتي ،٥٠٣ من القانون المدني الأردني.

(٤) للمزيد راجع د. سعدي البرزنجي، شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي، أربيل، ط١، ٢٠٠٣، ص٣٨

ورد في المادة/٩٨٠ [١] من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: "لا يصح أن يشترط عدم جواز الحجز على المرتب مدى الحياة ألا أذا كان على سبيل التبرع"

فمخالفة هذه النصوص القانونية الامرة في الشروط العقدية تؤدي الى عدم ترتيب أي أثار لتلك الشروط فتبطل.

والقضاء العراقي يرفض الاعتراف بأي شرط عند وجود نص قانوني يحرم ذلك الشرط حيث قررت محكمة التمييز العراقية في أحد قراراتها عدم تطبيق شرط الاعفاء من المسؤولية ورد في بوليصة الشحن في النقل البري لمخالفة نص المادة /٣٣٢ من قانون التجارة الاسبق والتي لا تسمح للناقل بتحديد مسؤوليته ألاعن الاضرار الحاصلة في الطريق [٢] وكذلك بطلان شرط الدفع بالذهب في عقود البيع لدى القوانين التي تحرمه كالقانون الفرنسي فلا يجوز مخالفة هذه القاعدة بالشروط[٣] وبالإضافة الى ذلك يجب أن يكون الشرط غير مخالف للنظام العام والآداب.

وفكرة النظام العام تستعصي على التعريف من جانب الفقه والقضاء لذلك حاولوا تقريبها الى الاذهان بقولهم أنها الاساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها والصعوبة في التعريف الدقيق لهذه الفكرة هو أنها فكرة مرنة غير محدودة متغيرة من مكان وزمان الى مكان وزمان اخر وهي دائماً تشكل معياراً لما هو جائز ومشروع [٤]

ويمكن القول أن النظام العام هو المبادئ القانونية التي تمثل أرادة المجتمع العليا التي لا يمكن للأفراد مخالفتها وإن خالفوها كان جزاء تصرفهم البطلان [٥] فإذا أقترن العقد بشرط يخالف النظام العام فأن هذا الشرط يبطل أذا لم يكن هو الباعث الدافع التعاقد وقد عبرت المحكمة الابتدائية اللبنانية عن هذه الفكرة بوضوح في أحدى قراراتها

(١) راجع المادة/٩٨٠ من القانون المدني العراقي النافذ
(٢) تمييز٤٢٧/مدنية/١٩٥٧في١٢/نيسان١٩٥٧(أشار اليه د.سعدي البرزنجي،مصدر سابق، ص٨٨)
(٣) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق ص٤٥١
(٤) راجع د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٦، ص١٩٤
(٥) راجع د. عبد الله الجليلي، مصدر سابق ص٧٠

[١] والتي جاءت فيه (أن القاعدة القانونية التي تعبر عن النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية

تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصلحة الافراد الذين يجب عليهم جميعاً مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز ان يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت لهم هذه الاتفاقات مصالح فردية وذلك لان المصالح الفردية لا تقوم أمام المصالح العامة)

أما فكرة الآداب العامة فليست بالأسهل من فكرة النظام العام في التعريف ولكن يمكن تعريفها بانها القواعد التي جرى المجتمع على أتباعها وتواضع الناس عليها وأصبحت جزء من عادات المجتمع وتقاليده بحيث أصبح الافراد ملزمين بأتباعها ومعيار الآداب العامة هو معيار اجتماعي متطور مختلف من مجتمع الى أخر [٢] وتطبيقات فكرة الآداب العامة في نطاق الشروط المقترنة بالعقد كثيرة أغلبها متعلقة في مسائل متصلة بالعلاقات الجنسية والمقامرة [٣] والشرط الذي يخالف النظام العام والآداب يعد شرط لغو و يبطل مثل أن يهب شخص مالا على شرط أن يصرف جزء منه في القمار فالهبة صحيحة والشرط باطل ألا أذا كان هذا الشرط الباعث الدافع على التعاقد ومخالف للنظام العام والآداب فيبطل هو والعقد [٤]

وهذا ما قررته محكمة التمييز العراقية في قرار [٥] لها جاءت فيه (العقد شريعة المتعاقدين وكل شرط وارد فيه معتبر مالم يكن مخلا بالنظام العام أو مخالف للآداب وأن أشترط الضمان على المتعاقد المخل بواجبه وواجب التنفيذ فهذا الاخلال يلزمه بالضمان المشروط في العقد). ولا بد من القول في هذا الصدد ان ما جاءت به الفقرة

([١]) تمييز لبناني، الغرفة الاولى، قرار رقم ١ في ٩أذار ١٩٨٢ (مشار اليه في مصطفى العوجي، مصدر سابق ص٤٤٠)

([٢]) راجع د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج/١ ، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٩، ص١٨

([٣]) للمزيد راجع د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١٩٨

([٤]) راجع د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق ص١١٢

([٥]) رقم القرار ٤١٠/ب /١٩٤٩في ١٩-١٢-١٩٤٩ (أشار اليه: سهير حسن هادي، مصدر سابق، ص٣٧)

المتعلقة بالنظام العام والآداب فيما يتعلق بالشروط سواء في القانون العراقي في م/١٣١ أو التشريعات المقارنة قد يحدث التباساً. أو بمعنى أدق أن هذا الضابط الاخير لتحديد دور الارادة في الشروط يؤدي للبس وهذه الفقرة مأخوذة من الفقه الغربي حيث حاولت التشريعات انفة الذكر مجاراة الفقه الغربي في ذلك كما جارت الفقه الاسلامي في الفقرة السابقة محاولة مزج الضوابط الاسلامية بالضوابط الغربية مما أدى الى الوقوع في الالتباس كان يمكن على المشرع تفاديه بعدم ذكر هذه الفقرة والاكتفاء بالضوابط الاسلامية للشروط لأنها واضحة لا لبس فيها بينما الضوابط الغربية المتعلقة بالنظام العام والاداب ضوابط غير محددة المعالم والمعايير لأنها قائمة على فكرتان مرنتان متغيرتان من مكان لآخر وزمان لآخر وبالتالي تكون معايير الشروط الصحيحة او الباطلة متغيرة قد تتسع وتضيق مما يؤدي ذلك الى جعل مدى الارادة في الشروط متغير وغير ثابت بل غير منضبط بدقة . وعلى هذا الاساس فان الشروط الفعالة والتي تبطل العقد طبقا للتشريعات المقارنة تحمل صفتان الاولى مخالفتها للقانون والنظام العام والاداب والثانية ان تكون السبب الباعث الدافع للتعاقد.

الخاتمة

يتعين علينا في نهاية هذا البحث ان نخرج بجملة من النتائج والاكثر من ذلك يتعين علينا الخروج بتوصيات ندرجها تباعا:

أولاً: النتائج

١. ان الشروط المقترنة بالعقد هي الشروط التي تقيد العقد وزائدة عن أصله ومقتضياته غايتها تعديل احكام العقد العادية زيادة او نقصانا وهي بذلك تختلف عن الشروط التعليقية التي تعلق وجود العقد على وجودها بحيث لا يوجد العقد ما لم توجد بينما زائدة عن وجود العقد.
٢. ان مبدأ سلطان الارادة لا ينفك عن حرية الاشتراط في العقد حيث ان العلاقة بينهما تبادلية فالإرادة هي التي تضع الشروط وتحددها ولكن تحديد مدى هذه الارادة يخضع لضوابط شرعية وقانونية.

٣. اتفق الفقه الاسلامي على حرية الاشتراط ونظرية مقتضى العقد الا انهم اختلفوا في مدى هذه الحرية وجاء اختلافهم من حيث الضوابط الشرعية لتلك الشروط بين موسع للإرادة ومضيق لها.

٤. ان المذهب الحنبلي كان أكثر تماشيا مع مبدا سلطان الارادة في الشروط لأنه من أكثر المذاهب توسعا في الشروط الصحيحة ولان الاصل لديه هو حرية الاشتراط الا ما نهى عنه الشرع.

٥. اتفقت التشريعات المقارنة على حرية الاشتراط ضمن ضوابط معينة حاولت المزج بين الضوابط الاسلامية والضوابط الغربية.

٦. حاولت التشريعات المقارنة ومنها التشريع العراقي مجاراة المذاهب الاسلامية والاخذ بما جاءت به دون الوقوف عند مذهب فقهي واحد وهذا امر محمود تقتضيه المصلحة.

٧. الأخذ بضابط النظام العام والاداب في ضبط الشروط المقترنة بالعقد امر يثير الالتباس فهو ضابط غير منضبط مثل الضوابط الاسلامية.

٨. لم يأتي القانون المدني المصري بنص مماثل لما اتت به التشريعات المقارنة بصدد الشروط المقترنة بالعقد.

٩. ان صفات الشروط التي تبطل العقد صفتان الاولى مخالفتها للقانون العام والاداب والثانية كونها سببا للعقد.

ثانياً: التوصيات

تعديل نص المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية بحيث تصبح كالآتي:

"٢. يجوز ان يقترن العقد بشرط فيه نفع لاحد العاقدين او للغير مالم يكن مخالفا للشريعة الاسلامية والقانون والا لغي الشرط وصح العقد. مالم يكن هو الباعث الدافع الى التعاقد" لان ذلك يتفق والضابط الذي وضعه الفقه الاسلامي لما يتسم به من الانضباط والوضوح. بينما الضوابط الغربية المتعلقة بالنظام العام والاداب ضوابط غير محددة المعالم والمعايير لأنها قائمة على فكرتان مرنتان متغيرتان من

مكان لآخر وزمان لآخر وبالتالي تكون معايير الشروط الصحيحة او الباطلة متغيرة قد تتسع وتضيق مما يؤدي ذلك الى جعل مدى الارادة في الشروط متغير وغير ثابت بل غير منضبط بدقة.

المصادر

اولاً/ كتب اللغة

١. ابن منظور، جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب مجلد ٧و١٣ دار صادر، بيروت ، دون سنة طبع.

ثانياً/ كتب الحديث

٢. الامام محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن بردزبة البخاري، صحيح البخاري، مكتبة الايمان المنصورة ،٢٠٠٣.
٣. الامام محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ، ط/١، دار الكتب العلمية، بيروت٢٠٠٤.
٤. جواهر البخاري، مصطفى محمد عمارة، دار الفكر، دون سنة نشر.
٥. الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام في ادلة الاحكام صححه محمد حامد الفقي، دار ابن الهيثم، ٢٠٠٤.

ثالثاً/ كتب الفقه الاسلامي

٦. ابي الوليد محمد ابن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط/١، حققه هيثم جمعة هلال، مؤسسة المعارف، بيروت، ٢٠٠٦.
٧. ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس احمد بن عبد الحليم بن عبد الله بن ابي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي، نظرية العقد، تحقيق حامد الفقي ومحمد ناصر الدين الالباني، مطبعة السنة المحمدية ،١٩٤٩.
٨. د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥.
٩. علي بن احمد بن احمد بن حزم الاندلسي ابو محمد، المحلى بالآثار شرح المحلى بالاختصار، ج/٩، دون مطبعة، ، ،دون سنة طبع.
١٠. الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، الحنفي، ج/٢، ط/٢، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٩٨٢
١١. عبد الله بن قدامة المقدسي ابو محمد، الكافي في فقه ابن حنبل،ج/١، دون طبعة، دون سنة الطبع .
١٢. علي قراعة، أحكام العقود في الشريعة الاسلامية، دار مصر للطباعة، دون سنة طبع.
١٣. د. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج/٢،ط/٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢
١٤. الامام محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، ١٩٧٦
١٥. د. محمد رواس قلعة جي، موسوعة فقه ابن تيمية، ج/٢، ط٣، دار النفائس، بيروت، ، ٢٠٠٧
١٦. د. محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٨.
١٧. د. نذير بو صبع، نظرية العقد عند الامام ابن حزم الاندلسي اصولها ومقوماتها، دار ابن حزم، دون سنة طبع.
١٨. د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج/٤، ط/٤، دار الفكر، سوريا، دون سنة طبع

رابعاً/ كتب القانون

١٩. د. احمد شوقي محمد عبد الله. الدراسات البحثية في نظرية العقد والقضاء المصري والفرنسي. منشأة المعارف، ٢٠٠٦.
٢٠. د. سعدي البرزنجي، شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي، ط١، أربيل، ٢٠٠٣.
٢١. د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٦
٢٢. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، دار ابن الاثير، جامعة الموصل،١٩٨٠
٢٣. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج/١،شركة الطبع والنشر الاهلية بغداد، ١٩٦٩
٢٤. د. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار البحوث العلمية للنشر، الكويت، ١٩٧٥.
٢٥. د. عبد الله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام او للآداب في القانون المدني، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٨.
٢٦. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، ١٩٨٤.
٢٧. عبد الحميد عمر وشاجي، نظرية الالتزامات في القانون المدني، مطبعة النقيض الاهلية، بغداد، ١٩٨٤.

خامساً/ الرسائل والمجلات

٢٨. سهير حسن هادي، الشرط المألوف في العقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، ٢٠٠٨.
٢٩. محمد عبد الله طلافحة، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ٢٠٠٤.
٣٠. الشيخ احمد ابراهيم ابراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، سنة رابعة، العدد الاول، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده، ١٩٣٤.

سادساً/القرارات والاجتهادات القضائية

٣١. المحامي جمال مدغمش، مجموعة اجتهادات الهيئة العامة لمحكمة التمييز الأردنية المكتبة الوطنية ١٩٩٦.
٣٢. القرار ١٨٣٨/ هيئة استئنافية/ عقار ٢٠٠٨، تاريخ القرار ٢٠٠٨/٨/٢٠، محكمة التمييز الاتحادية في العراق (غير منشور) .

سابعاً/ القوانين

٣٣. مجلة الاحكام العدلية.
٣٤. الفانون المدني العراقي ذي الرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٣٥. القانون المدني الاردني ذي الرقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
٣٦. قانون المعاملات المدنية الإماراتي ذي الرقم ٥ لسنة١٩٨٥.
٣٧. القانون المدني المصري ذي الرقم ١٣١لسنة ١٩٤٨.

ثامناً/ مواقع الانترنت

٣٨. د. محمد علي عبد الله ضوابط الشروط المقترنة بالعقد، بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي:http:/www./sjsudan.org
٣٩. .طعن ٩ ١٤٤، لسنة٨/٣ /١٩٤٥جلسة ١٤ منشور على شبكة ألانترنت على الموقع الالكتروني الاتي:http://www.justic-lawhome.com