

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجزائر

معهد الحقوق و العلوم الإدارية

## الشرط المقترن بالعقد

« دراسة مقارنة »

بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية

تحت إشراف الأستاذ

اعداد الطالب

الدكتور: الغوثي بن ملحة

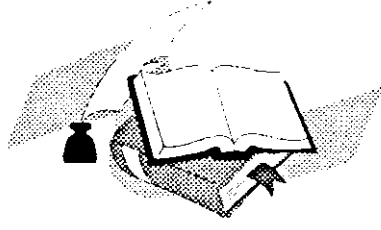
لمطاعي نورالدين

لجنة المناقشة

- 1 - الأستاذ ..... رئيسا
- 2 - الأستاذ الدكتور الغوثي بن ملحة مقررًا
- 3 - الأستاذ ..... عضوا

السنة الجامعية : 1996 / 1995

نوقشت و ناله به الطالب مرتبة الشرف الأولى مشرفاً



« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »

" قرآن كريم "

« المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما »

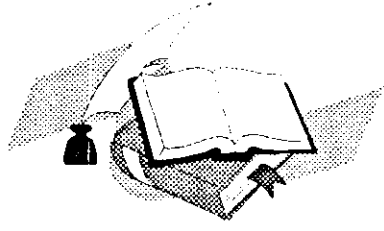
" حديث شريف "

« المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم »

« مقاطع الحقوق عند الشروط »

" من الأثر "





إلى والدي مثلي الأعلى في الحياة وقدوتي في طريق العلم

إلى والدي الحنون التي ضحت من أجلي كثيرا

إلى إخوتي الطيبين الذين ساعدوني وتحملوا الكثير من أجلي

إلى أختي و زوجتي و زوجة أخي الطيبات

إلى أقاربي و أصدقائي وزملائي الأعزاء

إلى أساتذتي المحترمين

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد في إعداد هذا البحث

أهدي هذا العمل المتواضع



# المقدمة

# بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

## مقدمة

لقد عرف الشرط المقترن بالعقد منذ القدم ، إذ كان يتداوله الأشخاص بغرض تحقيق بعض المصالح و المنافع الاجتماعية و الاقتصادية وغيرها .

كما تطورت فكرة إجازة الشروط وصحتها بتطور الجماعات ، فقد كانت ضيقة إذ اتسعت بإتساع الحاجة إليها خلال التطور الذي أصاب الإنسان . ولقد مرت الجماعات الإنسانية بهذا التطور ، لأن الشرط المقترن بالعقد له صلة قوية بالحياة الاجتماعية ومعاملات الناس في مختلف العصور، والتي تتم بعقود وشروط كثيرة ومتنوعة في دن المعاملات .

إذ نجد أن الشرط المقترن بالعقد قد عرف حتى في الحضارة الفرعونية والتي كانت تعرفه بفكرة العباء ، حيث توجد وثيقة من الأسرة الرابعة وهب فيها شخص أمواله للكهنة شريطة أن يقوموا بمراسيم تقديم القرابين في مقبرته ، و لقد كيف الف العقد في هذه الحالة ، بأنه عقد هبة مقرون بعباء أو عوض ، أي بشرط و هو تقدب

القرايين . وكان إخلال الموهوب له بالإلتزامات أو الأعباء أو الشروط المفروضة عليه يفضي إلى فسخ الهبة ، وسقوط حقوق الموهوب له التي ترتبت عليها .

كما عرف القانون الروماني كذلك الشرط المقترن بالعقد ، خاصة في عقد البيع ، ومن أمثلة بعض الشروط التي عرفها نجد : خيار الوفاء أو الاسترداد ، وخيار الشرط .

ولقد تطورت وتبلورت فكرة الشرط المقترن بالعقد في القانون الروماني ، ولكنها لم تأخذ صيغتها النهائية إلا على أيدي الحشوية ، الذين قسموها إلى شروط تتصل بجوهر العقد ، وشروط تقتضيها طبيعة العقد ، وشروط لا تتصل بجوهر العقد ولا بطبيعته ، وهي الشروط العرضية .

كما كان لا يجيز أن يشتمل العقد إلا على صفقة واحدة ، بحيث إذا تعددت الصفقة بموجب شرط ، أو أخل الشرط الداخل على العقد بوحدته كان باطلا .

ثم تطورت الفكرة القانونية ، فأجازوا الشروط للحاجة إليها ، إلا إذا كان الشرط يخل بنص قانوني أمر أو ناه أو كان مخالفا للآداب . غير أنه وبالرغم من ذلك ، فإن القانون الروماني ظل يخلط بين الشرط المقترن بالعقد وبين غيره من الشروط الأخرى .

أما الشريعة الإسلامية الغراء ، فقد عرفت كذلك الشرط المقترن بالعقد و تعرضت له بإسهاب و إمعان ، وأعطت له حقه الوافي أكثر من أي شريعة أخرى أو قانون ، وذلك لإدراكها لما له من أهمية قصوى ، ومن دور فعال يلعبه في مختلف عقود المعاملات ، كما سوف نراه فيما بعد .

و أما إذا نظرنا إلى مختلف التشريعات الحديثة ، فإننا نلاحظ أن البعض منها تطرق إلى الشرط المقترن بالعقد ، ونظمه في نصوص خاصة (1) ، في حين نجد البعض الآخر لم ينص عليه ، بل ترك بعض أحكامه مبعثرة ومتشعبة هنا وهناك ، يكتنفها الغموض والإبهام في كثير من الحالات .

إن الشرط المقترن بالعقد يتعلق بأهم المبادئ التي تقوم عليها التشريعات ، وهو مبدأ سلطان الإرادة ، كما أن عملية إبرام العقود تتم كما هو معلوم بمحض إرادة المتعاقدين ، فإذا ما تم ذلك ، ترتبت أحكام تلك العقود وأثارها ، والتي تكون محددة مسبقاً من قبل الشارع ، إذ أن هذا الأخير هو الذي يرتب على كل عقد آثاراً معينة .

بيد أن الشرط المقترن بالعقد ، من شأنه أن يزيد أو ينقص من هذه الآثار لمصلحة أحد المتعاقدين أو كلاهما ، حسب المصالح المتبادلة والمرجوة من إبرام العقد أساساً ، إذ أنه يضيف إلى نتائج العقد حقوقاً والتزامات بين أطراف العلاقة التعاقدية والتي لم يكن ليقضيها أصل العقد لو خلا مما تم إشتراطه فيه من قبل المتعاقدين .

ومن هنا يثور التساؤل حول مبدأ سلطان الإرادة في آثار العقد ، فهل يمكن للمتعاقدين تعديل الآثار الأصلية للعقد المسمى بينهما بما يشترطه من شروط فيه ، أم

---

(1) - أ نظر على سبيل المثال : المادة 132 من القانون المدني الكويتي الصادر سنة

1961 ، والمادة 131 من القانون المدني العراقي الصادر بالقانون رقم 40

لسنة 1951 .

أنه لا يمكنهما ذلك ، باعتبار أن تحديد الشارع لهذه الآثار ، كما سلف ذكره ، يعني وجوب ترتيبها وعدم إمكانية تعديلها أو تغييرها أو مخالفتها بإرادتهما المنفردة ؟ أي بمعنى آخر نتساءل حول مدى حرية إرادة المتعاقدين لدى الفقه الإسلامي في اشتراط الشرط المقترن بالعقد ؟ هل الأصل هو الحرية والإطلاق أم المنع والتقييد ؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك ؟ هذا من جهة .

كما أنه ومن جهة أخرى ، نجد أن الحياة المعاصرة تعقدت وتشابكت فيها العلاقات التجارية و الاقتصادية ، وتنوعت المعاملات المالية ، وتعارف الناس شروط لا حصر لها، وصاغوا عقودهم وفقا لهذه الشروط ، لتحقيق منافع ومصالح كثيرة لا يوصل إليها بمجرد التعاقد ، بل لابد من اشتراطها صراحة والإتفاق عليها مسبقا وإدراجها في العقد .

فما هو حكم الشرع الإسلامي ، والرأي الفقهي الشرعي في هذه الشروط المقتترنة بالعقد ، وما مدى تأثيرها عليه ؟ وما هو حكمها في القانون الجزائري ؟

وتكمن أهمية هذا البحث في كونه يزيل الكثير من اللبس و الغموض ، إذ يحدد مفهوم الشرط المقترن بالعقد من بين مفهوم واسع ومتشعب لمصطلح الشرط ، خاصة وأنه يبين ما إذا كانت الشروط المقتترنة بالعقد هي شروط فاسخة ، أم أنها شروط لا صلة لها بها ، هذا من جهة .

كما يبين من جهة أخرى ، مدى حرية الإرادة في اشتراطه ، مع إعطاء معيار التمييز بين ما هو مشروع وما هو غير مشروع من الشروط ، ناهيك عن حكمها ومدى تأثيرها على العقد .



إن البحث في صحة الشروط وبطلانها ، تعتبر من أهم الأبحاث التي تصادف رجال القانون ، سواء في تطورها أو في مجال تطبيقها ، خاصة وأنه في كل يوم تعقد آلاف العقود ، وفي كل منها شروطها الخاصة ، وقد تكون هذه الشروط موافقة لأحكام القانون والشرع كما قد تكون مخالفة له ، ومنه يجب على القضاء ، أن يراعي مدى توافق وصحة هذه الشروط المدرجة في العقود مع النظام القانوني والخلق الاجتماعي ، ويبطل غيره عملاً بالمبادئ القانونية و التشريعية المطلوب تطبيقها .

وعليه وأمام هذه الأوضاع ، يكون النص على الشرط المقترن بالعقد وتبيان ضوابطه وأحكامه ، أكثر من ضرورة للتسهيل على المتعاقدين ورجال القانون والقضاء في تأسيس أحكامه وتسببها عندما يثور نزاع بشأنها .

ولقد كان لمختلف الدراسات والبحوث العديدة التي تناولت الشرط المقترن بالعقد وإبرازه ، أثره الواضح على الكثير من التقنيات الحديثة ، كالتقنيين المدنيين العراقي و الكويتي ، اللذين تناولوا الشرط المقترن بالعقد في تقنيتهما .

ولكن الغريب في الأمر كما سنرى ، أن المشرع الجزائري أغفل بدون مبرر النص على الشرط المقترن بالعقد ! وذلك في الوقت الذي أصبح فيه من الواجب تناوله ، خاصة وأن مجال المعاملات توسع ، وكثرت فيه أنواع العقود والشروط وتفنن الناس فيها .

ولقد لفتت هذه المسألة إهتمامي ، وشدني إليها عامل التطلع والفضول العلمي ، حتى وجدت نفسي مضطراً إلى البحث والتنقيب عن الشرط المقترن بالعقد ، والذي يتعلق بأهم المبادئ التي تقوم عليها التشريعات ، وهو مبدأ سلطان الإرادة ، ولماذا

وقف المشرع الجزائري موقفه هذا منه ، خاصة وأن كل المعاملات مركبة على العقود ، وكل العقود مركبة على الشروط ، هذا من جهة .

كما أن بلادنا توسعت فيها المعاملات ، وهي مقبلة على اقتصاد السوق ، وكثرة العقود ، ومنه تفنن المتعاقدان في الشروط التي تقترن بها ، من جهة أخرى .

وقد شجعتني أحد أساتذتي ، وهو المشرف على بحثي هذا ، في تناول هذه المسألة الجديرة بالبحث ، والذي كان يقول لي دائما : " أنتم الذين تكونون الفقه الجزائري " .

كما إرتأيت أن تكون دراستي لهذا الموضوع ، دراسة مقارنة ما بين الشريعة الإسلامية ، التي تناولت الشرط المقترن بالعقد بإسهاب ، وبين القانون الجزائري ، الذي لم يتطرق إليه ضمن نصوص القانون المدني .

ولقد وجدت كحافز قوي ومبرر لإعداد مثل هذا البحث المتواضع ، الظروف التي تعيشها بلادنا بصدد مراجعة التشريعات الوضعية ، لمطابقتها و مواكبتها لمقتضيات مجتمعنا ، ولإعتقادي الراسخ بضرورة النص على الشرط المقترن بالعقد وتبيان أحكامه وضوابطه في نصوص قانوننا المدني ، لما له من أهمية قصوى في مجال المعاملات .

وكلي أمل في أن أكون قد وفقت بهذه الدراسة المتواضعة في إثراء قانوننا المدني ، وإبراز ملامح الشرط المقترن بالعقد ، وضرورة النص عليه .

وفي سبيل ذلك عمدت إلى تقسيم هذا البحث ، إلى مقدمة وفصل تمهيدي وبابين ، وكل باب يحتوي على فصلين ، ثم أعقبته بخاتمة .

حيث تعرضت في الفصل التمهيدي ، كمدخل عام للموضوع ، لمفهوم الشرط بصفة عامة ، إذ بالتطرق إلى ماهية الشرط عامة ومحاولة تبين المقصود منه وتحديد أنواعه ، يسهل علينا الأمر بعد ذلك في إستخراج الشرط المقترن بالعقد من بين مفهوم واسع و متشعب لمصطلح الشرط .

ولقد عمدت في ذلك ، إلى تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث ، بحيث نتطرق في المبحث الأول منه إلى تعريف الشرط ، سواء في أصل اللغة أو في إصطلاح كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي .

أما المبحث الثاني ، فنخصه للتمييز بين الشرط وبعض المصطلحات الأخرى التي قد تختلط به ، كمصطلحي الركن و السبب .

وأما في المبحث الثالث ، سنتناول فيه أنواع الشرط ، سواء من حيث مصدره أو وظيفته أو من حيث ارتباطه بالسبب أو المسبب أو من حيث موضعه من العقد ، حتى يمكننا في الأخير أن نحدد موقع الشرط المقترن بالعقد من كل هذه الأنواع .

وفي الباب الأول من هذا البحث ، تناولنا عملية إقتران الشرط بالعقد في الشريعة الإسلامية ، والقانون الجزائري .

وقسمنا الدراسة لهذا الباب إلى فصلين ، بحيث نتعرض في الفصل الأول منه ، إلى مفهوم الشرط المقترن بالعقد و تبين مدى حرية إرادة المتعاقدين في اشتراطه .

ولكي يتسنى لنا ذلك ، رأينا أن نقسمه إلى ثلاثة مباحث . فنخصص المبحث الأول منه ، للتعريف بالشرط المقترن بالعقد و محاولة تمييزه عما يشابهه من الشروط الأخرى ، كالشرط الفاسخ و شرطي الغرر و الصفة .

أما المبحث الثاني ، فنخصصه لدراسة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد ، بحيث نتطرق إلى رأي المقيدين و المبيحين و المتوسطين وكذا تبين أدلتهم و حججهم ، مع إبراز رأينا و تقديرنا لكل رأي منهم .

وفي المبحث الثالث ، نتعرض لموقف المشرع الجزائري من حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد .

أما الفصل الثاني من هذا الباب ، فنبين فيه ضابط أو معيار التمييز بين الشروط المشروعة و الشروط غير المشروعة ، لدى كل من الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري . و لذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، إذ خصصنا المبحث الأول منه ، لتبيان معيار التمييز بين الشروط المشروعة و الشروط غير المشروعة في الشريعة الإسلامية .

والمبحث الثاني منه ، خصصناه لتبيان معيار التمييز بين الشروط المشروعة و الشروط غير المشروعة في القانون الجزائري .

أما الباب الثاني من هذا البحث ، فقد تطرقنا فيه إلى حكم الشرط المقترن بالعقد في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ، ومنه إرتأينا أن نقسم دراستنا لهذا الباب إلى فصلين كاملين .

حيث نتناول في الفصل الأول منه حكم الشرط المقترن بالعقد في الشريعة الإسلامية . وحتى يتسنى لنا ذلك ، لا بد علينا من التطرق إلى حكمه ومدى تأثيره على مختلف العقود التي يقترن بها لدى مختلف المذاهب الإسلامية ، وذلك من أجل استخلاص الحكم الحقيقي الذي يتماشى وروح شريعتنا الغراء . لذلك إرتأينا أن نقسم دراستنا لهذا الفصل إلى خمسة مباحث ، بحيث نتناول في كل مبحث منها ، حكم الشرط المقترن بالعقد وتبيان مدى تأثيره على هذا الأخير لدى كل مذهب .

أما الفصل الثاني من هذا الباب ، فخصصناه لتبيان حكم الشرط المقترن بالعقد ومدى تأثيره على هذا الأخير في القانون الجزائري . وعليه قسمنا دراستنا لهذا الفصل إلى أربعة مباحث .

٤٩٥٦٦٦

إذ تناولنا في المبحث الأول منه الشروط الصحيحة في القانون الجزائري . أما المبحث الثاني ، فقد خصصناه لدراسة الشروط الباطلة وتبيان مدى تأثيرها على العقد الذي تقترن به .

وأما المبحث الثالث ، فقد تم تخصيصه لمعرفة مدى إمكانية مراقبة صحة الشرط المقترن بالعقد . وفيه تطرقنا إلى تبيان مدى مسؤولية الموثق في مراقبة صحة الشرط عند إبرام العقود ، وإلى تحديد مدى سلطة القاضي في تعديل أو نقض مختلف الشرط المقترنة بالعقود :

وفي المبحث الرابع والأخير ، أوردنا بعض التطبيقات المشتركة لبعض الشروط المقترنة بالعقود بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري ، كالشرط المانع من التصرف و الشرط الجزائي و شرط الطريق الممهّد و شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء و الشرط الوفائي .

والخاتمة لهذا البحث ، تضمنت خلاصة للأفكار الأساسية ، وإلى النتائج التي وردت في هذا البحث ، وبعض الإقتراحات والحلول التي من شأنها أن تثري قانوننا المدني .

وأرجو من الله العلي القدير أن أكون قد وفقت في محاولتي هذه .

الفصل التمهيدي

مفهوم الشرط عامة

## الفصل التمهيدي

### مفهوم الشرط عامة

#### تمهيد:

حتى يتضح لنا الشرط المقترن بالعقد أكثر والذي هو موضوع بحثنا هذا ، إرتأينا أن نتكلم في الفصل التمهيدي على مفهوم الشرط بصفة عامة ، إذ بالتطرق إلى ماهية الشرط عامة ومحاولة تبيان المقصود منه وتحديد أنواعه ، يسهل علينا الأمر بعد ذلك في استخراج الشرط المقترن بالعقد من بين مفهوم واسع ومتشعب إسمه الشرط .

ولنبين ونعطي المفهوم الحقيقي للشرط بصفة عامة ، إنتهجنا خطة مصغرة نتناوله بالبحث من خلا لها ضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : نتطرق فيه إلى تعريف الشرط ، ولكي نثري هذا التعريف رأينا أن نتناوله في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : والذي نتناول فيه تعريف الشرط لغة ، أي التعرض إلى المقصود من كلمة الشرط في أصل اللغة ، هل لها معنى واحد أم لها عدة معاني .

المطلب الثاني : نتطرق فيه إلى تعريف الشرط في إصطلاح الفقه الإسلامي ، وذلك حتى يمكننا إستخلاص المقصود بالشرط في الشريعة الإسلامية .

المطلب الثالث : وفيه نحاول التعرف على معنى الشرط في إصطلاح القانون الوضعي ، وذلك حتى نستطيع في الأخير الخروج بخلاصة ، من خلال المقارنة والموازنة ما بين تعريف الشرط في إصطلاح كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .



المبحث الثاني : نحاول فيه تمييز الشرط عن بعض المصطلحات التي قد تختلط به ،  
ولذا سنتناوله في مطلبين :

المطلب الأول : نميز فيه بين الشرط والركن ، وذلك حتى نزيل اللبس والغموض اللذين  
قد يكتنفهما ، وتبيان دور وأهمية كل منهما .

المطلب الثاني : وفيه نميز بين الشرط والسبب ، وذلك لنفس الحكمة السابقة الذكر .

وطبعا في الأخير نحاول الخروج بخلاصة ، نبين فيها مدى ضرورة  
إجراء هذا التمييز ، مع إجراء مقارنة بسيطة بين الشريعة الإسلامية  
والقانون الوضعي ، لتوضيح مدى أخذ كل منهما بهذا التمييز .

المبحث الثالث : والذي نخصصه لتسليط الضوء على أنواع الشرط ، وذلك ضمن  
أربعة مطالب :

المطلب الأول : نتناول فيه أنواع الشرط من حيث مصدره ، بحيث نتطرق فيه الى كل  
من الشرط الشرعي أو القانوني والشرط الإرادي أو الجعلي والشرط  
العرفي .

المطلب الثاني : وفيه نتطرق الى أنواع الشرط من حيث وظيفته ، حيث نتناول فيه كل  
من شروط التعليق والإضافة والتقييد .

المطلب الثالث : نتعرض فيه الى أنواع الشرط من حيث إرتباطه بالسبب أو المسبب ،  
ومن خلاله نتناول كل من الشرط المكمل للسبب والشرط المكمل  
للمسبب .

المطلب الرابع : وفيه نتناول أنواع الشرط من حيث موضعه من العقد ، حيث سنتطرق  
فيه الى كل من الشرط المتقدم والشرط المتأخر وأخيرا الشرط المقار  
أو المقترن بالعقد .

وفي الختام نحاول الخروج بخلاصة ، نبين فيها موقع الشرط المقترن بالعقد من بين كل هذه الأنواع ، والذي هو موضوع بحثنا هذا .

وفيما يلي نتطرق إلى تعريف الشرط في المبحث الأول الموالي .

## المبحث الأول

### تعريف الشرط

وللتعرف على الشرط ، لابد علينا أن نتعرض الى تعريفه لغة ، ثم في اصطلاح كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي .

## المطلب الأول

### تعريف الشرط لغة

الشرط بفتح فسكون ، وجمعه شروط ، تدل مادته بمختلف صيغها وحركاتها في أصل اللغة على معنى العلامة الدالة المميزة .  
ومنه قيل : أشراط الساعة ، جمع شرط " بفتحيتين " للحوادث الدالة على قربها .  
ومنه الشرطي واحد الشرطة "بالضم" لأفراد السلطة المكلفة بضبط النظام والأمن الداخلي ، لأنهم يمتازون بعلامات في ألبستهم تميزهم عن سواهم .  
والشريطة بمعنى الشرط وجمعها : شرائط ، ومنه أطلق الشرط لغة على ما يشترطه الإنسان في عقوده والتزاماته على نفسه أو على غيره لأنه كعلامة تميز العقد عن أمثاله بأحكام تخصه إتفق عليها الطرفان .

وقد عم هذا المعنى وشاع في اللغة وإستمر، وعليه يقع أشباه قولهم في المثل العربي المتقدم "الشرط أملك ، عليك أم لك " (1) .

كما نقول شارط - مشارطة " شرط " أي شرط كل منهما على صاحبه " عاهده في المعاملة على أمر يلتزمه " (2) .

والشرط يعني إلزام الشيء وإلتزامه في البيع ونحوه ، والإشتراط : العلامة التي يجعلها الناس بينهم ، وأشراط الشيء أوائله .

قال بعضهم : ومنه أشراط الساعة والتي ذكرها النبي صلى الله عليه وسلم .

والإشترقان متقاربان لأن علامة الشيء أوله ، ومشاريط الأشياء أوائلها كأشراطها .

وقال الأصمعي : أشراط الساعة علاماتها ، قال : ومنه الإشتراط الذي يشرطه الناس بعضهم على بعض ، أي هي علامات يجعلونها بينهم ، ولهذا سميت الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها (3) .

ولقد ورد في دائرة المعارف الإسلامية : أن الشرط في الفروع هو ما ينص عليه

أحد المتعاقدين في العقد ، وهي تقابل عند الغربيين كلمة " Condition " ومن

---

(1) - مصطفى أحمد ، الزرقاء ، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد

السورية ، الطبعة الثالثة . سوريا : مطبعة الجامعة السورية ، 1952 ، ص 107

(2) - المنجد الإعدادي ، الطبعة الثانية . بيروت - لبنان : دار المشرق ، 1977 ،

ص 331 .

(3) - أبي الفضل ، ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الثالث ، المجلد السابع .

بيروت - لبنان : دار صادر، بدون سنة ، ص 329 ، 330 .

استعمال كلمة الشرط في الدلالة على ما ينص عليه في العقد صارت تطلق على وثيقة التعاقد ، ومن عصر مبكر نشأ علم خاص بكتابة الوثائق على وجه صحيح ، وهو " علم الشروط " أو " كتاب الوثائق " وأقدم أئمة هذا العلم : الشافعي و المازني والخصاف والطحاوي (1) .

وتجدر الإشارة الى أن للشرط في أصل اللغة معنيين آخرين غير المعاني التي تم ذكرها ، فقد يقصد بكلمة الشرط " الأشراف والأراذل " . قال يعقوب : هذا الحرف من الأضداد يقع على الأشراف والأراذل ، ومنه شرط السلطان هم نخبة جنوده ، وأصحابه وأصفاؤه الذين يقدمون على غيرهم من جنده .

كما يقال أن الشرط هو اسم " لنجم وآلة " فالشرطان نجان يقال لهما قرنا الحمل ، وهما أول نجم الربيع ، ومن الشرط اشتق اسم " مشرط الحجام " وهي آلة (2) .

ولكن في الحقيقة ، ومن خلال تصفحنا لمختلف التعاريف الواردة في باب الشرط ، يمكن القول بأن الشرط الشائع في اللغة ، هو غير هاذين المعنيين الآخرين ، بل ماسبق ذكره ، وهو الذي يقارب معنى بحثنا هذا .

وعليه يمكننا الوصول الى نتيجة مفادها ، أن كلمة الشرط في اللغة العربية والتي هي في الحقيقة مصدر لفعل إشرط ، يقصد بها إلزام أحد المتعاقدين للآخر

(1) - أنظر في ذلك : أحمد ، الشنتاوي ، إبراهيم زكي ، خورشيد ، دائرة المعارف الإسلامية ، بيروت - لبنان : مطبعة دار المعرفة ، بدون سنة ، الجزء الثالث ، ص 191 ، 192 .

(2) - أنظر في ذلك : ابن منظور ، المرجع السابق ، ص 330 وما يليها .

بشيء ، حيث يعتبر كل منهما ملزم نحو الآخر بما اشترطه في العقد ، وبالتالي فالشرط بهذه الصفة يصبوا الى بيان حقوق و واجبات المتعاقدين ، أو بمعنى آخر المشترط و المشترط عليه ، وبالتالي فالشرط في العقد يعتبر بمثابة علامة مميزة تميز ذلك العقد عن غيره من العقود الأخرى نتيجة أحكام و التزامات يتفق عليها المتأقدان في شكل شروط في العقد .

## المطلب الثاني

### تعريف الشرط في اصطلاح الفقه الاسلامي

لمحاولة الوصول الى تعريف الشرط في اصطلاح الفقه الاسلامي ، علينا التعرض الى بعض التعاريف التي قيلت بشأنه من قبل مختلف الفقهاء .

حيث يقول الإمام محمد أبو زهرة : " الشرط هو الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم ، ويلزم من عدمه عدم الحكم ، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم " (1) .

ويقول الأستاذ محمد الزحيلي : " الشرط في الإصطلاح هو ما يتوقف وجود الحكم وجودا شرعيا على وجوده ، ويكون خارجا عن حقيقته ، ويلزم من عدمه عدم الحكم " (2) .

---

(1) - محمد ، أبو زهرة ، أصول الفقه : دار الفكر العربي ، 1983 ، ص 59 .

(2) - محمد ، الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي . دمشق - سوريا : المطبعة

الجديدة ، 1976 ، ص 337 .

وجاء في تعريف الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء : " الشرط أو الشريطة هو كل أمر ربط به غيره عدما لوجودا وهو خارج عن ماهيته ، أي أن عدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط له ، أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط " (1) .

مثال ذلك : أهلية المتعاقد ، فإنها شرط في كل عقد ، ففقد هذه الأهلية ، كالمجنون مثلا لا ينعقد عقده ، وكذلك قابلية المال المبيع للتمليك ، فإنها شرط لإنعقاد البيع ، فإذا لم يكن المال المبيع قابلا للتمليك ، فإن البيع لا ينعقد ، كما هو الحال في المال الموقوف ، فإن بيعه باطل لعدم قابليته للتمليك (2) ، وكذلك الشأن بالنسبة لكون المبيع مقدور التسليم أم لا ؟ . فلو باع شخص ما حيوانا شاردا منه لا يقدر على تسليمه ، فالبيع باطل ، لأنه كما يقول المثل العربي " فاقد الشيء لا يعطيه " ، إذ أن عدم القدرة على التسليم يعني عدم القدرة على نقل الحق العيني الناتج عن عقد البيع (3) .

وعليه ففقدان أحد الشروط ، ينتج عنه عدم إمكانية إنعقاد البيع شرعا وقانونا ، لكن تحقق هذه الشروط في المال لا يوجب وجود البيع .

- 
- (1) - الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 207 ، 208 .  
 (2) - تنص المادة 213 من قانون الأسرة على أن : " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق " .  
 (3) - أنظر نص المادة 167 من القانون المدني ، والتي تنص على مايلي :  
 " الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم " .

وكل من هذه الشروط ، هو أمر خارجي عن معنى البيع . فأهلية المتعاقد و قابلية المال للتمليك و التسليم ، ليسوا أجزاء ذاتية في عملية العقد وماهيته ، لأن حقيقة العقد هي إيجاب وقبول ، وإنما المال محل له ، والمتعاقد فاعل .

والشروط بوجه عام ، إنما هي مكملات للأمور المشروطة لها في نظر الشارع ، كتكميل الصفة للموصوف ، بحيث أن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام . فالقدرة على تسليم المبيع مكملة لغاية البيع ، لأنه سبب للملكية ، وغاية الملكية الوصول الى الإنتفاع . وعليه ، فعدم القدرة على تسليم الشيء المبيع ، يخل بهذه الغاية المشروعة لأجلها . ولذا كانت هذه القدرة شرط في البيع . وهكذا نظر التشريع في كل الشروط التي يشترطها بالنسبة الى مشروطاتها .

وجاء في كشف الأسرار (1) : " أن الشرط إصطلاحاً هو اسم لما يتعلق به الوجود دون الوجوب ، أي ما يتوقف عليه وجود الشيء بأن يوجد عند وجوده لا بوجوده ، كالدخول في قول الرجل لإمرأته : " إن دخلتي الدار فأنت طالق ، فإن الطلاق يتوقف على وجود الدخول ، و يصير الطلاق عند وجود الدخول مضافاً الى الدخول ، موجوداً عنده لاواجباً به ، بل الوقوع بقوله أنت طالق عند الدخول".

ولذا قيل بأن الشرط ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم ولا بجزء لعلته (2) .

و منه يمكننا في الأخير الخروج بنتيجة مفادها : أن الشرط في إصطلاح الفقه الإسلامي

---

(1) - عبد العزيز أحمد ، البخاري ، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي ،

بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، 1974 ، ص 183 .

(2) - عبد العزيز ، بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ومصالح الأنام ، تحقيق عبد

الروؤف سعد ، الجزء الثاني . مطبعة دار الشرق للطباعة ، 1968 ، ص 105 .

هو ذلك الأمر الخارج عن ماهية المشروط ، وليس عنصرا من عناصره ، ولكن يتوقف وجود المشروط على وجوده وإذا إنعدم إنعدم المشروط ، وأما إذا وجد فليس بالضرورة أن يوجد المشروط .

وبعد تعرفنا على معنى الشرط في اصطلاح الفقه الإسلامي ، وحتى نستطيع التعرف عليه أكثر ، إرتأينا أن نتناوله كذلك في اصطلاح القانون الوضعي ، لمحاولة إجراء موازنة بينهما .

### المطلب الثالث

#### تعريف الشرط في اصطلاح القانون الوضعي

إذا ما حاولنا البحث عن المقصود بمصطلح الشرط في القوانين الوضعية، فإننا نلاحظ بأن لفظ الشرط في اللغة القانونية يستعمل للدلالة على عدة معاني :

حيث قد يقصد به كل من العناصر اللازمة لإنعقاد العقد أو لصحته . فيقال شروط إنعقاد وهي : التراضي ، المحل ، السبب والشكل في العقود الشكلية . وشروط صحة وهي : الأهلية وسلامة الرضا من العيوب .

كما قد يقصد به الحكم الذي يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على إتباعه فيما يتعلق بجزئية من جزئيات تطبيق العقد ، ومن هذا القبيل في عقد البيع : شرط استحقاق الثمن فورا ، شرط ضمان الاستحقاق و شرط تسليم المبيع بالحالة التي يكون عليها وقت العقد . . . إلخ .

ويقال في هذا المعنى شروط العقد " Les conditions du contrat " .



وقد يقصد به ، التكليف الذي يفرض على طرف في عقد ليس من طبيعته أن

يلزم هذا العقد بشيء ، كما هو الحال في :

" Donation avec charge ou avec condition " الهبة المقترنة بشرط

كما قد يقصد بالشرط ، أمر مستقبل و غير محقق الوقوع يعلق عليه ، أي على

تحققه ، وجود الإلتزام أو زواله ، وهذا المعنى هو المقصود بالشرط الذي يلحق

بالإلتزام فيجعله الإلتزام موصوفا (1) .

وفي هذا المعنى ، يقول الدكتور مصطفى الجمال (2) : إن لفظ الشرط يستعمل

في لغة القانون ، للدلالة على معاني مختلفة تماما على المعنى المقصود بالوصف الذي

يلحق بالإلتزام فيعدل من آثاره . فلفظ الشرط يستعمل مثلا ، للدلالة على حكم من

الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدان في عقدهما ، أو على بند من بنود العقد . فإذا نص

في عقد البيع مثلا : على أن ثمن البيع يدفع على أقساط ، أو نص على أن يتحمل البائع

نفقات عقد البيع ، أو نص على أن يسلم المبيع للمشتري في موطنه ، فإن كلا من هذه

النصوص تسمى شرطا . والشرط بهذا المعنى ، لا يعدو أن يكون جزءا من مضمون

العقد الذي أبرمه الطرفان ، و ليس وصفا يلحق إلتزاما من الإلتزامات الناشئة عنه

يتوقف على تحققه وجود الإلتزام أو زواله . وعليه يمكن القول بأن المراد بالشرط في

---

(1) - سليمان ، مرقس ، شرح القانون المدني في الإلتزامات ، الجزء الثاني .

القاهرة - مصر : المطبعة العالمية ، 1964 ، ص 731 .

(2) - مصطفى ، الجمال ، أحكام الإلتزام : الدارالجامعية ، 1989 ، ص 4 .

لغة القاتون ، هو الأمر الذي يلزم توافره لقيام نظام قانوني معين أو لإنتاج أثره (1) .  
ومنه يرد في هذا المعنى أيضا ، ما يقال له شروط مباشرة الدعوى البولصية ، وشروط  
شهر الإعسار ، وشروط التسجيل لإنتقال الملكية في بيع العقار .

وقد قسم كل من زهدي يكن (2) وجمال زكي (3) الشروط الى ثلاثة معاني :

أولهم المعنى الفني ، والذي يقصد به الأمر غير المحقق الوقوع والذي يترتب على  
وجوده وجود الإلتزام أو زواله ، و هذا الشرط يقسم بدوره الى قسمين : شرط واقف و  
شرط فاسخ .

و ثانيهم الشرط بمعنى أركان العقد و شروط صحته . و أما الثالث فهو الحكم المتفق  
عليه بين الأفراد في العقد ، أي بما يسمى " بنود العقد " أو " التكاليف " .

ونخلص في الأخير ، و من خلال تصفحنا لمختلف التعارف الإصطلاحية القانونية  
للشرط ، أنها كلها تصب في بوتقة واحدة ، و كلها تتفق على أن الشرط في إصطلاح  
القانون يقصد به : إما الشرط بمعنى الركن ، أو الشرط بمعنى السبب ، أو الشرط  
بمعنى التكاليف الذي يفرض في العقد على شكل بند فيه ، أو الشرط بمعنى الأمر اللازم

---

(1) - عبد الفتاح ، عبد الباقي ، دروس أحكام الإلتزام . القاهرة - مصر : مطبعة

جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، 1992 ، ص 64 .

(2) - زهدي ، يكن ، شرح قاتون الموجبات والعقود ، الطبعة الأولى ، الجزء الأول .

بيروت - لبنان : دار الثقافة ، بدون سنة ، ص 271 ، 272 .

(3) - جمال ، زكي ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات . القاهرة - مصر : دار

النهضة العربية ، بدون سنة ، ص 847 .

الذي يلحق بالإلتزام فيجعله موصوفا ، سواء كان هذا الشرط واقفا أم فاسخا ، كما يقصد بالشرط تحقق بعض العناصر اللازمة لقيام حق ما وحتى يمكن إستعماله .

وفي الحقيقة إن إستعمال لفظ الشرط أو هذا المصطلح ، في التعبير عن كل هذه المعاني هو زلل و خلط كبير قد يؤدي الى إلتباسات لاحصرة لها ، إذ نلاحظ إستعمال هذا المصطلح في كل صوب . و بالتالي قد يؤدي هذا ، الى تساؤل المتطلع عليه في حالة من الحالات السابق ذكرها : هل المقصود بالشرط في هذه الحالة : الركن أم السبب أم هو عبارة عن بعض العناصر اللازم توافرها فقط و لا تدخل في حقيقة الشيء وذاته ، أم يقصد بها الشروط المدرجة في العقد ؟

و عليه و حتى تتضح لنا الرؤية أكثر حول المعنى الحقيقي للشرط ، و لإزالة اللبس و الغموض ، إرتأينا أن نتعرض الى التمييز بين الشرط وبعض المصطلحات الأخرى التي قد تختلط به لمشابهته نوعا ما ، وبالتالي يتضح لنا المعنى الحقيقي للشرط ، ومنه يمكننا الموازنة من خلاله ما بين التعريف الإصطلاحي للشرط لكل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ولنتطلع على أي منهما أقرب للصواب .

## المبحث الثاني

### تمييز الشرط عن بعض المصطلحات

يعتبر كل من الركن والسبب من أهم المصطلحات وأكثرها تشابها مع الشرط ، ولذا كان من الواجب علينا أن نتناول كل منهما في مطلب مستقل ، لمحاولة تمييزهما عن الشرط وإزالة الغموض واللبس اللذين قد يوحيان بتشابههما به .

ولذا سنتناول في المطلب الأول الركن ونحاول التفريق بينه و بين الشرط . ثم في المطلب الثاني ، نتطرق الى السبب ونحاول تميزه عن الشرط .

## **المطلب الأول**

### **تمييز الشرط عن الركن**

للتمييز بين الشرط والركن ، لابد من التعرض لماهية الركن أولا ، ثم محاولة تبيان الفرق بينهما ثانيا .

### **أولا ماهية الركن**

للإحاطة بماهية الركن أكثر ، رأينا أن نتعرض لتعريفه لغة وإصطلاحا .

#### **أ - تعريف الركن لغة**

الركن في اللغة هو الجانب القوي ، فركن الشيء هو الجانب القوي الذي يمسكه ، وعليه فأركان البيت مثلا : هي زواياه وجوانبه ودعائمه التي يعتمد عليها ويتمسك بها .  
ومنه نستنتج بأن الركن في اللغة يعني الركيزة الأساسية التي يرتكز ويقوم عليها الشيء .

## ب - تعريف الركن اصطلاحاً

يقصد بالركن في اصطلاح الفقهاء هو ما يكون به قوام الشيء ، بحيث يعد جزءاً داخلاً في ماهيته (1) . أي بمعنى ما يتوقف عليه وجود الشيء و يكون جزءاً داخلاً في ماهيته .

مثال ذلك : يعتبر كل من الركوع والسجود ركن يتوقف عليه وجود الصلاة ، كما أن التراضي والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية يعتبر كل منهم ركن يتوقف على وجودهم قيام العقد .

وعليه ففي المثالين السابقين ، إذا إختل أو تخلف أي ركن من هذه الأركان ، فإن الصلاة تبطل في المثال الأول ، وكذلك الشأن بالنسبة للعقد في المثال الثاني .

## ثانياً: الفرق بين الشرط والركن

لقد سبقت الإشارة الى أن الركن هو ما يتوقف عليه وجود الحكم ، ويكون جزءاً في ماهيته ، أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الحكم ، ويكون خارجاً عن حقيقته وماهيته .

ويتضح من هذا ، أن الركن والشرط يتفقان بأن كلا منهما يتوقف عليه وجود

---

(1) - الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 205 .

الحكم ، وإذا تخلف الركن أو الشرط بطل أو فسد الحكم .  
ويختلفان بأن الركن جزء في الماهية ، والشرط ليس جزءا في الماهية (1) .

وحتى يتضح لنا المقال نضرب لذلك مثال : إن الركوع يعتبر ركنا يتوقف عليه وجود الصلاة ، وهو يعتبر جزءا منها ، كما أن التراضي يعتبر ركنا في العقد بصريح نص المادة 59 من القانون المدني . ومنه ينتج عن تخلف الركوع أو التراضي تخلف الركن ، ويترتب عن ذلك بطلان الصلاة في المثال الأول ، وبطلان العقد في المثال الثاني .

كما أن الوضوء يعتبر شرطا يتوقف عليه وجود الصلاة ، ولكنه خارج عنها لأنه يسبقها ، وكذلك الشأن بالنسبة لطهارة الثوب والجسد والمكان .  
كما أن وجود الشهود يعتبر شرطا لصحة عقد الزواج ، لأنه خارج عن مفهوم الزواج و ماهيته ، وليس كما إعتبره المشرع الجزائري في نص المادة 9 من قانون الأسرة من أنه ركنا فيه .

وعليه إذا تخلف الشرط في المثالين السابقين ، فإنه سوف تتخلف الصلاة في الأول ، ويتخلف عقد الزواج في الثاني .

وفي حالة ما إذا حصل خلل في الركن كان الخلل في نفس التصرف أو العقد ، لايتحقق وجود المسبب والماهية ، وكان حكمه البطلان باتفاق العلماء في الفقه

---

(1) - الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 338 .

الإسلامي ، وكذلك الشأن بالنسبة للقانون الجزائري (1) .

أما إذا حصل خلل في شرط من الشروط ، كان الخلل في وصف خارج عن الحقيقة وتكون الحقيقة والماهية موجودة ، ولكن لا يترتب عليها أثرها الشرعي أو القانوني لإنتفاء الشرط فيها ، وحكمها البطلان عند جمهور العلماء كالركن وكذلك الشأن في القانون الجزائري ، خلافا للحنفية الذين وصفوها بالفساد .

فحصل مما تقدم ، أن كل ما يتوقف عليه الوجود وليس جزءا من الماهية لا يسمى ركنا إصطلاحا . فالطهارة مثلا بالنسبة للصلاة ، وإن توقفت عليها صحة الصلاة لكنها ليست جزءا من ماهيته ، فلذلك كانت شرطا ولم تكن ركنا (2) .

وتجدر الإشارة هنا ، الى أن المشرع الجزائري قد وضع أركان العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان " شروط العقد " . وفي الحقيقة أن تسمية أركان العقد شروطا هي تسمية غير سديدة ، لأن كما هو معلوم أن للعقد شروط إنعقاد وهي الأركان ، وأن تخلف أي ركن منها يترتب البطلان المطلق للعقد ، وهناك شروط صحة ، وأن تخلف أحد هذه الشروط يجعل العقد قابلا للإبطال فقط .

---

(1) - أنظر على سبيل المثال المواد : 93 ، 96 و 97 من القانون المدني في حالة تخلف ركن المحل أو السبب في العقد .

(2) - أحمد أبو سنة و مجموعة من الأساتذة ، مدخل الفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية ، جامعة الأزهر : دار الفكر العربي ، 1965 ، ص 132 .

كما نجد أنه ، وبالرجوع الى نص المادة 9 من قانون الأسرة ، أنها تنص على ما يلي : " يتم عقد الزواج برضا الزوجين ، وبولي الزوجة ، وشاهدين وصادق " . وبذلك يكون المشرع الجزائري قد خالف ما هو مقررا شرعا ، وما جاءت به معظم القوانين العربية الأخرى ، التي تعتبر الإشهاد شرطا لصحة عقد الزواج وليس ركنا لقيامه .

حيث تنص المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية السوري على مايلي :

" يشترط في صحة عقد الزواج ، حضور شاهدين رجل وإمرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب و القبول وفاهمين المقصود بهما " .

وينص الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على مايلي :

" يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين " .

وينص الفصل الثالث من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على مايلي :

" . . . ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة ، وتسمية مهر للزوجة " .

كما يشترط مشروع القانون العربي الموحد (1) الإشهاد لصحة عقد الزواج في المادة 33 منه التي تنص على مايلي : " يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين " .

ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري لايفرق بين أركان عقد الزواج وشروط صحته ، لأن الولي والصادق والشاهدان هي شروط لصحة عقد الزواج وليست أركانها

---

(1) - أنظر في ذلك : المجلة للفقهاء والقضاء . الدار البيضاء - المغرب : مطبعة النجاة -

الجديدة ، 1984 ، ص 12 .



لقيامه . كما أن هذا الخلط بين أركان عقد الزواج وشروط صحته سوف يرتب أثارا خطيرة جدا ، إذ لو إعتبرنا الشاهدين ركنا في عقد الزواج فسينجر عن تخلفه بطلان العقد بطلانا مطلقا تطبقا للقواعد العامة ولنص المادة 32 من قانون الأسرة التي جاء فيها : " يبطل النكاح ، إذا إختل أحد أركانه . . . " ، وهو ما لا يصدق وما لا يجب أن يتم .

كما يتضح لنا جليا هذا الخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري بين الركن

والشرط ، عندما رتب في نص المادة 33 من نفس القانون على تخلف أحد الأركان الثلاثة والمتمثلة في الشاهدين والصداق فساد العقد ، مخالفا بذلك القواعد العامة ، كما رتب على تخلف ركنين غير الرضا البطلان المطلق (1) . مع العلم أن الفساد هو نتيجة لتخلف شرط من شروط الصحة وليس ركنا من أركان قيام العقد . كما أن البطلان هو نتيجة لتخلف ركن واحد من الأركان وليس كنتيجة لتخلف ركنين كاملين كما هو في نظر المشرع الجزائري مخالف بذلك القواعد العامة .

كما أنه لا يعقل أن يبطل عقد الزواج لمجرد تخلف الشاهدين أو الولي والصداق، لما سينجر عن ذلك من آثار خطيرة على نظام الأسرة والمجتمع . ولكن للأسف الشديد وجدنا أن القضاء الجزائري ، يطبق ذلك ويؤكد عليه ، بحيث أقرت به المحكمة العليا

---

(1) - تنص المادة 33 من قانون الأسرة على مايلي : " إذا تم الزواج بدون ولي أو

شاهدين أو صداق ، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا إختل ركن واحد ، ويبطل إذا أختل أكثر من ركن واحد " .

في العديد من قراراتها (1) .

وبالتالي فينبغي على المشرع الجزائري أن يسمي هذه الأشياء بمسمياتها حتى يتجنب الالتباس الذي قد يحدث في تحديد المعنى الحقيقي للشروط ، هل هي الشروط بمعنى شروط الإنعقاد ، أم هي الشروط بمعنى شروط الصحة ، وعليه فمن الأحسن ومن الأفضل أن نسمي شروط الإنعقاد بأركان العقد .

و من خلال كل ما تقدم نستنتج أن نقطة الخلاف الجوهرية بين الركن والشرط تكمن في أن الأول يعتبر جزءا من ماهية الشيء وحقيقته ، بينما يعتبر الثاني أمرا خارجا عن ماهية وحقيقة المشروع ، وليس جزءا من أجزائه ولا عنصرا من عناصره ، على الرغم من كون ماهية الشيء تتوقف على كل منهما .

- 
- (1) - أنظر على سبيل المثال : القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 02 / 01 / 89 ، ملف رقم 51107 ، والمنشور بالمجلة القضائية لسنة 1992 ، العدد الثالث ، ص 53 . وكذا القرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 08 / 10 / 84 ، ملف رقم 34137 ، والمنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الرابع ، ص 79 .

## المطلب الثاني

### تمييز الشرط عن السبب

ليمكننا التمييز أكثر بين الشرط والسبب ، لابد من معرفة ماهية السبب أولاً ، ثم نحاول تبيان الفرق بينهما ثانياً .

#### أولاً : ماهية السبب

للتعرف على ماهية السبب ، ينبغي علينا التعرض لتعريفه لغة وإصطلاحاً .

#### أ - تعريف السبب لغة

السبب في أصل اللغة ، هو الحبل الذي يتعلق به الإنسان ويتشبث به للإرتقاء والانتقال ، ولقد سمي منهج الطريق سبباً تشبيهاً بالحبل الممتد ، ومن ثم يطلق السبب أيضاً على كل ما يتوصل به إلى غيره ويفضي إليه ، وعليه قوله سبحانه وتعالى : " وأتيناها من كل شيء سبباً " (1) ، أي عرفناه بالذرائع التي توصل إلى النتائج في كل أمر (2) .

---

(1) - سورة الكهف ، الآية 25 .

(2) - الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 205 ، 206 .

## ب- تعريف السبب اصطلاحاً

السبب في اصطلاح الفقهاء ، هو كل حادث ربط به الشرع أمراً آخر وجوداً وعدمًا ، وهو خارج عن ماهيته (1) .

وعليه فالمقصود بالسبب إذا ، هو ذلك الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع علامة على وجود الحكم ، بحيث يوجد الحكم بوجوده ، وينتفي بإتفائه (2) . ونستنتج من ذلك ، أن وجود السبب يستلزم وجود المسبب ، كما أن عدم السبب يستلزم عدم المسبب .

ولابأس من ضرب مثال حتى يتضح المقال : فإذا ما سبب شخص لشخص آخر ضرر نتيجة خطأ صادر عنه ، فإنه يلزم في هذه الحالة بتعويضه طبقاً لنص المادة 124 من القانون المدني ، ومنه نلاحظ هنا أن العمل الضار الذي أحدثه هذا الشخص يعتبر هو السبب في التعويض . كما تعتبر كل من الزوجية والقرابة سبباً للإرث ، طبقاً لنص المادة 126 من قانون الأسرة .

وعليه فكلما وجد العمل الضار وجب التعويض ، وكلما وجدت القرابة أو الزوجية في حالة موت المورث وجب الإرث .

---

(1) - الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 205 ، 206 .

(2) - محمد شتا ، أبو سعد ، الشرط كوصف للتراضي . القاهرة - مصر : دار الهنا

للطباعة ، 1980 ، ص 30 .

وتجدر الإشارة هنا ، الى أن السبب قد يختلط ويشتبه بالركن من ناحية ارتباط مسببه به وجودا وعدما ، ولكنهما في الحقيقة يختلفان من جهة أن سبب الشيء هو أمر خارجي عنه وليس جزءا ذاتيا من ماهيته .

وعليه ففي المثال السالف ذكره ، فإنه يعتبر العمل الضار الذي أوجب التعويض سبب له ، ولكنه لايعتبر جزءا من مفهومه ، أي من مفهوم التعويض ، وكذلك الشأن بالنسبة للقرابة أو الزوجية ، حيث لايعتبران جزءا من مفهوم الإرث ، أي لايدخلان في بنيته الداخلية .

### ثانيا : الفرق بين الشرط والسبب

إذا تمعنا جيدا في تعريف السبب وقارناه بما قيل عن الشرط ، فإننا نلاحظ ونستنتج بأنهما يتفقان في حالة العدم ، فإذا إنعدم السبب إنعدم المسبب ، وإذا إنعدم الشرط إنعدم المشروط ، وفي الحقيقة هذا الإتفاق أو التشابه إنما هو في الصفة الخارجية فقط .

وأما الفرق بينهما فيمكن فيمالي : إن الشرط إذا وجد لايستلزم من وجوده وجود الحكم ، فلا يلزم مثلا من وجود الوضوء والذي هو شرط الصلاة وجوبها ، ولايلزم من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج ، ووجودهما شرط لصحته . ولكن لاتصح الصلاة من غير وجود الوضوء ، ولا يصح عقد الزواج من غير شاهدين .

أما السبب فإنه يلزم من وجوده وجودالحكم إلا إذا كان ما يمنع ذلك ، فإذا كان

وقت الصلاة فقد وجبت الصلاة ، وإذا كان رمضان فقد وجب الصيام (1) .

وفي ذلك يقول الأستاذ أحمد الزرقاء : " إن الشرط يفترق عن السبب من حيث أن الارتباط بين الشرط ومشروطه إنما هو في العدم ، أما الارتباط بين السبب ومسببه فهو في الوجود و في العدم ، ولذلك كان من المقرر أن السبب متى وجد وكان مستوفي الشرائط منتفي الموانع فلا بد أن ينتج الحكم المسبب عنه ، بخلاف الشرط فإن وجوده لا يوجب وجود المشروط " (2) .

وعليه فإذا وجد العمل الضار كما تقدم في المثال السابق والذي أحدث الضرر وجب التعويض لإصلاح ذلك الضرر ، وكذلك الحال بالنسبة للزوجية أو القرابة فيما يخص الإرث .

## خـ لـ اـ صـ لـ ة

نخلص من كل ما تقدم ، أن تعريف الفقه الإسلامي للشرط كان أكثر دقة من التعاريف الواردة بشأنه في القانون الوضعي ، الذي نراه يطلق مصطلح الشرط على كل شيء ، فهو تارة يطلقه على العناصر اللازمة لقيام التصرف والتي تدخل في كيانه وماهيته أي بمعنى أركانه ، وتارة يطلقه على العناصر التي يتطلبها القانون لترتيب أثر معين ، ويسمى هذا الشرط بالشرط القانوني .

---

(1) - أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 59 ، 60 .

(2) - الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 208 .

وتجدر الإشارة هنا الى أن الاستاذ السنهوري (1) يقول في هذا الشأن : " بأن الشرط الذي يفرضه القانون ليس شرطا بمعناه الصحيح ، لأن الشرط بمعناه الصحيح أمر عارض لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره فيضاف إليه ، ويمكن تصور الحق بدونه ، أما إذا كان الشرط عنصرا من عناصر الحق ذاته ، فلا يتصور قيام الحق بدوننا وإنما هو وضع معين يقرره القانون ويرتب عليه نتائج معينة ، وليس له أثرا رجعيا "

وفي الحقيقة كما سبقت الإشارة إليه أن القوانين الوضعية أخلطت كثيرا بين مصطلحات عدة ، لأن الشرط شيء والركن شيء آخر وكذلك السبب وهو ما تم توضيحه فيما سلف . وعليه فاتنا نرى بأن الفقه الإسلامي يسمي الأشياء بمسمياتها ، فإذا ما كان الحق يتطلب لقيامه ووجوده أمر ما ، وكان هذا الأمر يدخل في كياته وذاتية سمي ركنا ، وإذا ما كان يتطلب لقيامه حدوث أمر ما لكي يوجد وبمجرد وجود هذا الأمر يوجد حتما ، و إذا غاب أو تأخر لم يتم سمي هذا سببا . أي بمعنى هو السبب في قيامه ووجوده ، أما إذا كان الحق يتطلب لقيامه تحقق أمر ما ، وإذا تأخر لم يتم ، ولكن قد يوجد ومع ذلك فالحق لايقوم سمي هذا شرطا .

وإننا نعتقد بأن المشرع الجزائري قد وقع في نفس الغلط والخلط الذي وقعت في القوانين الوضعية الأخرى لمعنى الشرط الإصطلاحي ، فهو تارة يسمي الركن بالشرط وتارة يسمي السبب بالشرط . . . إلخ ، وبالتالي ينبغي على المشرع الجزائري أن يطلق على كل مصطلح قانوني المصطلح المناسب له ، لأن حكم كل واحد من هذه المصطلحات يختلف عن الآخر ومستقل عنه بأحكامه الخاصة .

---

(1) - عبد الرزاق ، السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني . بيروت - لبنان دار إحياء التراث العربي ، 1973 ، ص 34 ، 35 .

إذا بعد كل ما تقدم و حتى يكتمل المفهوم الحقيقي للشرط بصفة عامة ، علينا أن نتطرق الى أنواعه حتى يمكننا من خلال تسليط الضوء عليها أن نستخرج الشرط المقترن بالعقد من بين كل هذا ، و الذي هو موضوع بحثنا هذا .

### المبحث الثالث

#### أنواع الشرط

إن للشرط عدة أنواع ، سواء من حيث مصدره أو وظيفته ، أو من حيث إرتباطه بالسبب أو المسبب ، أو من حيث موضعه من العقد .  
و لذا نتناول أنواعه من خلالها ضمن الأربعة مطالب الموالية :

#### المطلب الأول

##### أنواع الشرط من حيث المصدر

إذا ما جئنا للبحث عن أنواع الشرط من حيث مصدره ، فإننا نجدها تنحصر في ثلاثة أنواع ، حيث إما أن يكون المصدر شرعياً أو قانونياً و إما أن يكون إرادياً أو جعلياً ، و أخيراً قد يكون مصدر الشرط العرف ، و فيما يلي نتطرق الى كل منهم تبعا فيما يلي :



## أولاً : الشرط الشرعي أو القانوني

لقد تناول الكثير من الفقهاء الشرط الشرعي أو القانوني في إصطلاح القانون الوضعي ، ووضعوا له تعاريف عدة ، و لا بأس من أيراد بعضها حتى نستطيع الخروج بنتيجة في الأخير حول - ما المقصود بالشرط الشرعي ياترى ؟ مع مقارنته بنظيره في القوانين الوضعية .

يقول الدكتور أحمد فراج حسين (1) : " الشرط الشرعي هو ما وضعه الشارع و أئزمنأ مراعاته و أوجب علينا إءترامه ، وإذا ءالفة المتعاقدان فسد العقد وءرم الإئئفاع به " .

و جاء في تعريف الأستاذ محمد الزءهيلي (2) : " أن الشرط هو ما إءشترطه الشارع للأءكام و التصرفات ، مثل الشروط التي وردت في العبادات و المعاملات و إقامة الحدود " .

كما أورد الأستاذ أحمد الزرقاء (3) تعريف جاء فيه على الءصوص : " الشرط الشرعي هو الشرط الذي يفرضه الشرع فيءعل ءءققه لازماً لءءقق أمر آءر ربط به ءءما ، بءيء إذا لم يءءقق الشرط لم يءءقق ذلك الأمر " .

---

(1) - أحمد ، فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية : الدار الجامعية ، ص 147 .

(2) - الزءهيلي ، المرجع السابق ، ص 342 .

(3) - أحمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 209 .

وفي الحقيقة من خلال تمعنا في هذه التعاريف ، يمكننا القول بأن المقصود بالشرط الشرعي ، هو ذلك الشرط الذي يكون مصدر وجوده هو الشرع ، والذي فرضه في أثناء إبرام العقود ومختلف التصرفات القانونية على المتعاقدين ، ومنه فإذا ما تخلف هو أو أن المتعاقدان لم يوليائه الإهتمام اللازم كان عقدهم أو تصرفهم باطل لتخلف هذا الشرط الذي هو مفروض ويجب مراعاته وإحترامه بقوة الشرع .

إذا ما حولنا إيجاد نظيره في القوانين الوضعية ، نلاحظ بأن الشرط الشرعي هو نفسه الشرط الذي يعرف في لغة القانون بالشرط القانوني ، أي الشرط الذي يفرض بقوة القانون على المتعاقدين ، وما عليهم إلا إحترامه ومراعاته وإلا وقع باطلاً ذلك التصرف الذي قاموا به .

و بالرجوع الى نصوص القانون المدني ، نلاحظ مثلا أن المشرع الجزائري ينص في المادة 78 منه على أن : " كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون " .

فمن خلال هذا النص مثلا ، نستنتج أن المشرع الجزائري جعل شرطا في إبرام العقود وهو أهلية التعاقد ، وبمفهوم المخالفة فإن الشخص الذي ليست له أهلية التعاقد لا يكون أهلا للتعاقد ويكون بالتالي تصرفه باطلا . وكما هو معرف فإن أحكام الأهلية من النظام العام فلا يجوز الإتفاق على مخالفتها ، وكل إتفاق على ذلك يكون مصيره البطلان المطلق .

وعليه يمكن القول ، أن الشرط الشرعي أو القانوني ، هو ذلك الشرط الذي يفرض من قبل الشارع على المتعاقدين في باب العقود أو التصرفات القانونية ، وإذا تخلف أو تم مخالفته بطل ذلك التصرف . و بذلك يكون مصدر هذا الشرط هو الشرع ، ومنه نتساءل : هل يكون دائما المشرع هو مصدر هذا الشرط أم قد يكون الشرط

من جعل الأطراف ونابع عن إرادتهم ؟ ، والإجابة تكون بنعم ، إذ هناك ما يعرف بالشرط الإرادي أو الجعلي . وهو ما سنبينه فيما يلي .

## ثانياً : الشرط الإرادي أو الجعلي

يقصد بالشرط الإرادي ، ذلك الشرط الذي يكون مصدره الإرادة ، و هو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي بمصطلح الشرط الجعلي ، وبذلك يختلف عن الشرط الشرعي أو القانوني الذي يكون مصدره الشرع أو القانون .

والشرط الجعلي سمي كذلك ، لأنه يكون دائما من جعل أطراف العلاقة التعاقدية في العقد ، أي يكون من جعل المتعاقدين ، و الغرض منه هو الوصول الى تحقيق المصالح المتبادلة بينهما ، و بما أن مصدر هذا الشرط هي الإرادة فإنه يمكن الوصول الى ذلك .

وإذا ما دققنا أكثر في هذا النوع من الشروط ، فإننا نلاحظ بأنه يحمل معنيين : فقد يقصد به ذلك الشرط الذي يتوقف عليه وجود العقد ، بمعنى أن المكلف يجعل تحقق العقد معلقا على تحقق الشرط الذي إشتراطه ، مثل تعليق الكفالة على عجز المدين عن الوفاء ، وهذا الشرط يسمى بالشرط المعلق و الذي سنبينه في حينه .

أما المعنى الثاني ، فقد يقصد به الشرط المقترن بالعقد ، أي ذلك الشرط الذي يكون مدرج في العقد المنجز . أو بمعنى آخر هناك شروط جعلية تتصل بوجود العقد ، و هناك شروط جعلية تقتترن بالعقد الموجود أصلا فتزيد في إلتزاماته أو تقوي هذه الإلتزامات ، كالبيع بشرط أن يقدم البائع كفيلا بضمان رد الثمن .

و في هذا المعنى يقسم الشيخ محمد الخضري (1) : الشروط الجعلية مع مشروطاتها الى ثلاثة أنواع :

1 - شرط مكمل لحكمه المشروع بحيث لا ينافيه .

2 - شرط غير ملائم لمقصود المشروط و لا مكمل لحكمته ، بل هو على الضد من الأول .

3 - ألا يظهر في الشرط منافاة للمشروط و لا ملائمة له .

و كل هذه الأمور في الحقيقة سوف نتناولها بالتفصيل في حينها ، لأنها موضوع بحثنا هذا . وعليه نكتفي بهذا القدر و ننتقل الى الشرط العرفي .

### ثالثا : الشرط العرفي

على غرار الشرع أو القانون و الإرادة ، يعتبر العرف كذلك من مصادر الشرط ، و ذلك لما للعرفي من أهمية في حياة الناس اليومية ، و نلاحظ بأن المشرع الجزائري أولى إهتماما كبيرا للعرف ، إذ اعتبره مصدرا من مصادر القانون (2) .

---

(1) - محمد ، الخضري ، أصول الفقه . سوسة - تونس : منشورات دار المعارف للطباعة والنشر ، 1989 ، ص 79 .

(2) - تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني على مايلي :

" وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف " .

و لكن قد يثور التساؤل حول ما المقصود بالشرط العرفي يا ترى و متى يكون هذا العرف معتبرا في نظر الشارع ؟

ولإزالة كل غموض وإبهام ، لابد من التعرض إلى تعريف العرف و تبيان أنواعه ، ثم بعدها الى الشروط الواجب توافرها فيه حتى يؤخذ بعين الاعتبار .

### أ - تعريف الشرط العرفي

الشرط العرفي هو ما يتقيد به التصرف بناء على ما إعتاده جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن أثره في نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول (1) .

إذا فالشرط العرفي ، هو ذلك الشرط الذي تعارف الناس عليه وساروا على حكمه . ومثال ذلك : تأجيل جزء من مهور النساء في البلدان الإسلامية ، حيث تعارف الناس على تقسيم المهر الى معجل ومؤجل بنسبة تختلف مقدارا من بلد الى آخر ، فقد تكون النسبة ثابتة ، بحيث أنه متى ذكر بين الطرفين مبلغ المعجل عرف المعجل . وكذلك مثال أن يبيع شخص لآخر سلعة بثمن معين ، ولا يشترطان حلول الثمن ولا تأجيله ، وأن المتعارف هو التأجيل الى شهر أو التقسيط على أشهر معلومة ، فإن الثمن يقسط على تلك الشهور المتعارفة ، ويكون ذلك شرطا في البيع كالشرط الجعلي سواء بسواء .

---

(1) - عيسوى أحمد ، عيسوى ، الفقه الإسلامى - المدخل ونظرية العقد ، الطبعة

الثالثة . مطبعة دار التأليف ، 1961 ، ص 218 .

وتجدر الإشارة ، الى أن من العلماء من يسوي بين العرف والعادة لأنها ما اعتاده الناس من قول أو فعل ، والعرف لا يصدق إلا على العادة الجماعية ، وإذا اعتاد بعض الناس شيئا لا يسمى ذلك عرفا ، بل لابد في تحقق العرف من اعتياد الكل أو الأغلب لافرق بين علماتهم وعامتهم (1) .

## ب - أنواع العرف

إن للعرف ستة أنواع وهي :

1 - العرف القولي : وهو الذي يكون مصدره القول " النطق " أو إطلاق الكلام ، ومثاله :  
تعارف الناس إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، مع أنه في اللغة يشمل النوعين .

2 - العرف الفعلي : يكون مصدره الفعل ، ومثال ذلك : تعارف الناس فيما بينهم على تقديم جزء من المهر وتأجيل باقيه الى أبعـد الأجلين " الطلاق والموت " ، وتعارفهم تعجيل الأجرة قبل إستيفاء المنفعة .

3 - العرف العام : وهو الذي يعم كل العالم ، أي يكون منتشرًا في جميع البلدان .

4 - العرف الخاص : وهو الذي يخص بلد أو بعض البلدان فقط دون سواها ، أو يخص طائفة معينة دون غيرها من الطوائف .

---

(1) - محمد مصطفى ، شلبي ، المدخل في الفقه الإسلامي - نظرية الملكية و العقد ، الطبعة العاشرة : الدار الجامعية ، 1985 ، ص 260 ، 261 .

5 - العرف الصحيح : هو ذلك العرف الذي لا يخالف قواعد الشريعة أو القانون ، وإن لم يورد نص خاص في موضعه ، أي بمعنى لا يخالف النصوص الشرعية في مفهوم الفقه الإسلامي و لا النظام العام والآداب في مفهوم القانون الوضعي .

6 - العرف الفاسد : هو ذلك العرف الذي يكون مخالفا لقواعد الشريعة أو القانون ، أو مبطلا للنصوص ، كتعارف الناس على التعامل بالربا .

إن المعتبر من هذه الأنواع في نظر الشارع ، هو العرف الصحيح العام (1) ، وفي الحقيقة لكي يعتبر العرف معتبرا لابد أن تتوافر فيه بعض الشروط .

### ج - شروط الشرط العرفي

يجب أن تتوافر في العرف الذي يأخذ كشرط ، الشروط التالية :

- 1 - يجب أن يكون العرف مطردا أو غالبا .
- 2 - يجب أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها .
- 3 - يجب ألا يعارض العرف تصریحا بخلافه .
- 4 - يجب ألا يعارض العرف نصا شرعيا ولا قاعدة شرعية " أي لا يخالف النظام العام بمفهوم القانون الوضعي " ، ولا حكما ثابتا بحيث يكون العمل بالعرف تعطیلا له (2) .

(1) - شلبي ، المرجع السابق ، ص 261 ، 262 .

(2) - أحمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 874 . / شلبي ، المرجع السابق ،

ص 263 ، 264 ، 265 .



وتجدر الإشارة الى أن آراء الفقهاء اختلفت في تقييد العقود والتصرفات بالشرط العرفي وعدم تقييدها به وإعتبارها به . و نرجىء حكم الشرط العرفي الى حين التطرق الى حكم الشرط المقترن بالعقد في الباب الثاني من البحث .

هذه هي إذا أنواع الشرط من حيث مصدره . فقط نشير هنا الى أن الخلاف الجوهرى الذى يوجد بين الشرط الشرعى أو القاتونى والشرط الجعلى أو الإرادى ، يكمن فى أنه إذا إنعدم الشرط فى الأول إنعدم المشروط ، أما فى الثانى فإن المشروط يمكن أن يوجد بدون الشرط .

## المطلب الثانى

### أنواع الشرط من حيث وظيفته

إذا ما حاولنا البحث فى أنواع الشرط من حيث وظيفته ، فإننا نحصرها فى ثلاثة أنواع . فوظيفة الشرط إما التعليق أو الإضافة أو التقييد ، وسنتناولهم على التوالى فيما يلى :

#### أولاً : شرط التعليق

فى البداية تجدر الإشارة ، إلى أن كل من الشريعة الإسلامية و القاتون الوضعى بما فيها القاتون الجزائرى يعرفا شروط التعليق ، وأن المعنى العام متقارب فى كل منهما . غير أن الخلاف الجوهرى الذى يوجد بينهما ، يكمن فى أن الشريعة الإسلامية

تناولته في نطاق العقد ، لأن الشرط بصفة عامة لا يؤثر إلا في التصرف الإرادي ، وبالتالي فهي تعتبره كوصف للتراضي ، على خلاف الغالبية الساحقة إن لم نقل جلها من القوانين الوضعية التي تعتبره كوصف للإلتزام ، وهو ما لانوافقهم عليه .

إن المقصود بشرط التعليق (1) ، هو ذلك الشرط الذي يعلق عليه وجود الإلتزام أو زواله ، بحيث إذا تحقق الشرط يوجد الإلتزام أو يزول ، والعكس صحيح .

فالعقد المعلق ، هو ما كانت صيغته غير دالة على إنشائه وإمضائه من وقت صدورها ، ولكن تدل بأداة من أدوات التعليق ، وهي " إن و أخواتها " على تعليق هذا الإنشاء وربط وجوده بأمر مستقبل ، بحيث إذا وجد هذا الأخير وجد العقد حيث وجوده، وإذا لم يوجد فالعكس صحيح .

مثال ذلك : " إذا عينت في منصب عمل خارج هذه المدينة فسوف أبيعك منزلي".  
فهنا بيع المنزل معلق على شرط وهو التعيين في منصب خارج المدينة .

كما أن العقد الذي يلحقه هذا النوع من الشرط ، يسمى العقد المعلق ، أي ذلك العقد الذي تكون صيغته غير دالة على إنشائه و تنجيزه في الحال ، وإنما تدل وتوحي على تعليق هذا التنجيز بتحقق الشرط .

---

(1) - لقد تكلم المشرع الجزائري عن شرط التعليق من المادة 203 الى المادة 208 في القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثاني من القانون المدني .

ومن خلال تمعنا في مواد القانون المدني الجزائري المتعلقة بالشرط كوصف من أوصاف الإلتزام (1) ، نستنتج أمرين :

فالأمر الأول ، هو أن للشرط أربعة مقومات وهي : أنه أمر مستقبل ، وأنه غير محقق الوقوع لكن ممكن وقوعه ، وأنه غير مخالف للنظام العام و الآداب ، وأنه أمر

---

(1) - في الحقيقة إن إعتبار الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام لا نوافقه كما سبق قوله ، لأنه إعتبار غير سديد ، بل يجب إعتباره كوصف للتراضي ، وإنما نساند المنادين بهذه الفكرة ، لأن هذا الشرط إذا ما نظرنا الى مصدره فإننا نجد بأن المصدر الوحيد له هي الإرادة أو التصرف القانوني ، وعليه ينبغي أن يدرج ضمن أحكام العقد أو التصرفات القانونية ، على خلاف ما هو موجود عليه الآن في القانون الجزائري ومعظم القوانين العربية والغربية الأخرى ، والتي تجعله ضمن أحكام الإلتزام ، و ذلك لأنها تعتبره وصف من أوصاف الإلتزام .

وتجدر الإشارة الى أن الفقه الحديث بدأ يثير هذه النقطة الهامة والجوهرية، كما بدأت تتناوله الرسائل الجامعية " أنظر في ذلك رسالة الدكتوراه التي قدمها الأستاذ محمد شتا أبو سعد - السالفة الذكر - والتي عنونها ب :  
« الشرط كوصف للتراضي » . "

كما أن بعض مشروعات القوانين الحديثة في العالم العربي و الغربي تفتنت لهذه المشكلة فتساءلت عن " الموضوع الذي ينظم فيه الشرط : هل ينظم في أحكام التصرف القانوني أو العقد ، أم توضع نصوصه في تنظيم الإلتزام في ذاته على إعتبار أن الشرط وصف من أوصافه ، كما هو الشأن بالمنظار =

عارض . والمقصود بالأمر العارض كما عرفه الأستاذ السنهوري (1) ، هو ذلك الوصف الذي يدخل على الحق بعد تمام هذا الحق وتكامل عناصره ، فيكون الشرط أمرا عارضا لا يساهم في تكوين الحق ذاته ، بل يضاف إليه بعد تكوينه ويمكن تصور قيام الحق بدونه ، وعليه فالشرط بإعتباره أمرا عارضا قد يوجد وقد لا يوجد ، وهو إذا وجد فالحق يصبح موصوفا ، وإذا لم يوجد فالحق يقوم بالرغم من ذلك لأنه استكمل عناصره ، ويكون حقا غير موصوف أي حقا بسيطا منجزا ، وسوف يتجلى لنا كل غموض ويختفي بعدما نتناول الشرط المقترن بالعقد و تمييزه عن هذا النوع من الشروط .

---

= التقليدي " ، ثم أجابة على ذلك باستعراض حقيقة جوهرية مؤداها أن المصدر الوحيد لإقتران الإلتزام بالشرط " هو الإرادة أو التصرف القانوني " ، و وجدت في ذلك " حجة قوية للقول توضع أحكام الشرط في نطاق تنظيم التصرف القانوني أو العقد على إعتبار أن الشرط وصفا من أوصاف التراضي " .  
" راجع في ذلك ما جاء في الرسالة السالفة الذكر ص 11 ، 12 " .

و عليه فإتنا نرى ، و بما أن الشرط توجده الإرادة كما أنها تعتبر مصدره ، فكان ينبغي أن ينسب لها ، و ينظم ضمن أحكام التصرف القانوني أو العقد بإعتباره وصفا من أوصاف التراضي . و حسبنا أن يفعل المشرع الجزائري ذلك حتي يواكب التطور القانوني الحديث لفكرة الشرط و الذي لم يعد يعتبر كوصف من أوصاف الإلتزام ، وإنما كوصف من أوصاف التراضي ، و هو ما بدأ يأخذ به القانون الألماني و الكويتي و هو عين ما وصل إليه الفقه الإسلامي منذ زمن بعيد .

(1) - السنهوري ، المرجع السابق ، ص 24 .

أما الأمر الثاني ، فإنه يكمن في كون أن الشرط بهذا المعنى على نوعين :  
 شرط واقف وشرط آخر فاسخ . فأما الشرط الواقف فيقصد به ذلك الشرط الذي إذا  
 تحقق تحقق معه الإلتزام ، وإذا تخلف كان العكس صحيحا ، أي تخلف الإلتزام .  
 مثال ذلك : أن يعلق الأب هبته لإبنه على شرط حصوله على شهادة الكفاءة المهنية  
 للمحامة .

وتجدر الإشارة الى أنه إذا علق وجود الإلتزام على شرط واقف مستحيل " كإشتراط قطع المسافة ما بين مدينة الجزائر العاصمة و مدينة تمنراست راجلا وبدون  
 توقف " ، أو مخالف للنظام العام أو الآداب " كأن يعلق شخص هبته على حرق ملك  
 الغير " فإن الشرط و الإلتزام في كلا الحالتين يبطلان معا وذلك استنادا الى نص  
 المادتين 204 و 205 من القانون المدني الجزائري ، وكذلك الشأن بالنسبة للشرط  
 المعلق على محض ارادة المدين " كقوله سوف أهبك منزلي عندما أشاء " .

وأما الشرط الفاسخ فهو ذلك الشرط الذي يضربه الفقه (1) بكثرة وهو نزول  
 الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية ، كل قسط في ميعاده ،  
 فالشرط في هذه الحالة شرط فاسخ لأنه يترتب على تخلف المدين عن دفع الإقساط  
 الباقية ، إعتبار نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن .  
 و غني عن البيان أن الإلتزام المعلق على شرط فاسخ مستحيل أو مخالف للنظام العام  
 أو الآداب ، و كان هو السبب الدافع للإلتزام ، يكون مصيرهما البطلان ، أي بطلان  
 الشرط و الإلتزام معا بحكم نص المادة 204 / 2 من القانون المدني .

(1) - السنهوري ، المرجع السابق ، ص 28 .

كما لا يفوتنا هنا أن نشير الى أن هناك الكثير من رجال القانون يخلطون ما بين الشرط الفاسخ و الشرط المقترن بالعقد - والذي هو موضوع بحثنا هذا - على الرغم من الاختلاف البين الموجود بينهما ، والذي سوف نبينه في حينه عند تمييز الشرط المقترن بالعقد عن الشرط الفاسخ ، و حسبنا الإكتفاء هنا لان شرط التعليق ليس هو موضوع بحثنا ، و لذا نكتفى بما أوردناه عنه من معلومات عامة و موجزة ، و ننتقل عقبه مباشرة الى شرط الإضافة .

### ثانياً : شرط الإضافة

يقصد بشرط الإضافة ، ذلك الشرط الذي يجعل أحكام العقد على الرغم من قيامه تتراخى الى زمن معين في المستقبل ، أي بمعنى آخر يحدد له أجلا ، ولذا نجد معظم القوانين (1) تطلق عليه اسم الأجل ، ومعنى ذلك تحديد أجل معين لبروز و تجسيد أحكام ذلك العقد الذي تم إنشائه ولكن تم تجميده - إن صح التعبير- من قبل المتعاقدين إلى أجل معين . و يسمى العقد الذي يلحق به هذا الشرط بالعقد المضاف ، أي أنه مضاف الى أجل حدده المتعاقدان و عليه فالعقد المضاف هو ما دلت صيغته على انشا في الحال مع اضافة احكامه الى زمن مستقبل ، اذ هو موجود فعلا، و غاية ما فيه أن حكمه لا يظهر الا عند مجيء الزمن الذي اضيف اليه، بحيث لولا هذه الإضافة لترتب الحكم من وقت العقد (2) .

- 
- (1) - لقد تناول المشرع الجزائري الأجل من المادة 209 الى المادة 211 في القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثاني من القانون المدني .
- (2) - فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 283 . / مصطفى شلبي ، المرجع السابق ص 571 .

و إذا ما تمعنا جيدا في نصوص القانون المدني الجزائري التي تناولت الأجل ، نلاحظ أن للأجل ثلاث مقومات و هي : أن يكون أمرا مستقبلا و محقق الوقوع و أمرا عارضا يضاف الى الإلتزام بعد أن يستوفي عناصر تكوينه الأصلية ، وبما أن الأجل عبارة أمّيعاد ، فبطبيعة الحال سوف يكون حتما مشروعا ، ولذا أسقط المقوم الرابع الوارد في الشرط و هو مخالفة النظام العام و الاداب .

كما نلاحظ أن الاجل يمكن أن يكون واقفا كما يمكن أن يكون أجلا فاسخا : فأما الاجل الواقف فيقصد به ان تنفيذ الإلتزام متوقف على حلول الاجل ، بمعنى انه كلما كان تنفيذ الإلتزام مترتب على حلول الأجل كان الأجل واقفا ، بحيث لا يمكن تنفيذ الإلتزام قبل حلول الاجل المحدد .

و مثال ذلك أن يؤجر المؤجر منزلا الى شخص ما ابتداءا من أول الشهر القادم . فهنا لا يلزم المؤجر بتنفيذ إنتزامه الوارد في عقد الايجار قبل حلول اول الشهر القادم ، و إنما على المستأجر الانتظار حتى حلول الاجل .

وأما الأجل الفاسخ ، فهو ذلك الأجل الذي ينقضي فيه الإلتزام بحلوله ، أي بمعنى آخر كلما كان إنقضاء الإلتزام مترتبا على حلول الأجل كان ذلك الأجل فاسخا . ومثاله عكس المثال السابق ، فإذا ما أجر المؤجر منزلا لشخص ما الى غاية نهاية السنة الجارية ، فان المؤجر في هذه الحالة ملزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طوال المدة المحددة في العقد الى غاية حلول الأجل ، فاذا ما حل الأجل و هو نهاية السنة الجارية إنقضى إلتزام المؤجر .

كما تجدر الإشارة ، الى أن العقد المضاف قد يكون مطلقا . و مثاله أن يقول شخص لآخر : أجرتك منزلي بمبلغ ثلاثة آلاف دينار جزائري (3000 دج ) شهريا ابتداء من أول الشهر القادم و لمدة سنتين ، ويقبل الطرف الآخر . كما قد يكون مقترنا بشرط ، كما لو قال له أجرتك منزلي بمبلغ ثلاثة الاف دينار جزائري ( 3000 دج ) شهريا ابتداء من أول الشهر القادم و لمدة سنتين على أن تدفع لي أجرة سنة كاملة في أول الشهر ، و يوافق الطرف الآخر .

و إذا ما جننا الى تبين حكم شرط الاضافة ، فاتنا نلاحظ بأنه يلحق بالعقد فيجعله عقدا مضافا ، و هو عقد قائم من وقت صدور الصيغة ، الا أن أحكامه لا تترتب الا عند حلول الأجل المضاف اليه .

ففي المثال السابق ذكره ، نلاحظ بأن العبارة الزائدة الواردة في الصيغة ، وهي قول المؤجر " ابتداء من أول الشهر القادم " أنها أخرت ترتيب الحكم الى حين تحقق الأجل و الميعاد الذي أضيف إليه ، بحيث لولا هذه الاضافة لكان الحكم مترتبا من وقت قيام العقد . و منه يكون العقد الذي يلحقه شرط الاضافة منعقدا الى زمن معين حالا ، و لكن يتراخى حكمه الى حين تحقق ذلك الزمن ، أي الميعاد أو الأجل المحدد .

و الجدير بالذكر ، أن الصيغة المقترنة بشرط الاضافة الى زمن المستقبل في عقد الزواج ، كأن يقول الخاطب : تزوجت إبنتك غدا أو بعد شهر ، فيقول الأب : قبلت . فهذه الصيغة لا ينعقد بها الزواج لا في الحال ولا عند حلول الزمن المضاف اليه ، لأن الاضافة الى المستقبل تنافي عقد الزواج الذي يوجب تملك الإستمتاع في الحال (1) .

---

(1) - السيد ، سابق ، فقه السنة ، الطبعة الخامسة ، المجلد الثاني . بيروت - لبنان :

دار الكتاب العربي ، 1983 ، ص 35 .



وحسبنا الإكتفاء بما أوردناه بشأن هذا الشرط ، لأنه ليس موضوع بحثنا وهو الشرط المقترن بالعقد .

### ثالثا: شرط التقييد

المقصود بشرط التقييد كما هو واضح من تسميته ، ذلك الشرط الذي يقيد المتعاقدين بمجرد إدراجه في العقد ، بحيث يضيف إلزاما زائدا على الالتزام المفروض أصلا بمجرد إبرام العقد فيعدل حكمه .

كما يقول الأستاذ زكي الدين شعبان (1) بشأنه : أنه لا عمل له في أصل التصرف ، بل يوجد التصرف معه ، وإنما يعمل في أثره و حكمه الذي يترتب عليه فيقيده بعد أن كان مطلقا . و مثال ذلك : إذا قال بعتك هذه الدار على أن أسكنها ستة أشهر و قبل الآخر ذلك ، فالعقد قد تحقق مقارنة للشرط غير موقوف على شيء ، فيعمل العقد و الشرط معا : العقد في إستتباع حكمه وهو نقل الملكية و حل التصرف ، و الشرط في تقييد ذلك الحكم بأثبات حق السكنى للبايع بعد أن كان لا يملك ذلك بمقتضى العقد الخالي من ذلك الشرط .

فشرط التقييد ، هو أن يقترن التصرف بإلتزام أحد الطرفين أو كليهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف و غير موجود وقت التعاقد ، وذلك بكلمة : بشرط كذا ، أو على

---

(1) - زكي الدين ، شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ، الطبعة الأولى .

القاهرة - مصر : دار النهضة العربية ، 1968 ، ص 33 .

أن يكون كذا ، أو ما أشبه ذلك مما يدل على الاشتراط (1) .

و لقد عرف الفقهاء (2) التقييد بالشرط أو الاقتران به ، بأنه : " إلزام حكم في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه " ، وهو في الحقيقة مشابه للتعريف الذي سلف ذكره منذ قليل .

ولأبأس من ضرب مثال حتى يتضح المقال : فإذا ما باع شخص مجموعة من الأبقار الى شخص آخر ، و اشترط عليه هذا الأخير حملها الى مزرعته ، و وافق البائع على هذا الشرط ، فان عقد البيع هنا يتم وينشأ بمقتضى الشرط إلتزاما زاندا على البائع ، وهو نقل الأبقار الى مزرعة المشتري .

وفي الأصل أن هذا الإلتزام لايلزم البائع لو تم العقد مطلقا غير مقيد بهذا الشرط ، لأنه لايدخل في إلتزامات البائع لا في الفقه الاسلامي ولا في القانون الجزائري ، حيث يلتزم البائع فقط بنقل الملكية و التسليم و ضمان التعرض و الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية (3) .

و نلاحظ في المثال المتقدم ، أن القيد يتمثل في الشرط الذي اشترطه المشتري زيادة على أصل العقد ، وأما المقيد فهو حكم العقد المبرم .

كما نشير الى أن العقد في حالة تقييده أو إقترانه بشرط ، يكون منجزا ، وبالتالي

---

(1) - موسوعة الفقه الاسلامي ، إصدار المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية ، الجزء

الحادي عشر . تونس ، ص 142 .

(2) - الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 366 ، 367 .

(3) - أنظر في ذلك : المواد من 361 الى 386 من القانون المدني الجزائري .

تتحقق آثاره بمجرد إنعقاده ، وليس معلق وجوده على أمر ما ، وإنما فقط حكمه لم يعد كما كان مطلقا قبل تقييده بالشرط .

## خـ لـ اـ صـ لـ اـ ة

نخلص من كل ماتقدم حول أنواع الشرط من حيث وظيفته ، أن هناك أنواع ثلاث من الشروط تختلف بحسب وظيفة كل شرط في العقد :

فشرط التعليق ، هو ذلك الشرط الذي إما يتوقف عليه وجود العقد ، فإذا ما وجد قام العقد و ترئبت آثاره و أحكامه ، و إذا تخلف تخلف العقد معه ، و يسمى هذا الشرط في القانون الوضعي بالشرط الواقف و في الفقه الاسلامي بالشرط المعلق .

و أما ذلك الشرط الذي اذا تحقق زال الالتزام الناتج عن العقد و انجلت آثاره و أحكامه ، و اذا لم يتحقق بقي العقد منتجا لآثاره ، و يسمى هذا الشرط في القانون الوضعي بالشرط الفاسخ ، و أما في الشريعة الاسلامية فانه يدرج ضمن شرط التقييد في بعض الحالات فقط ، و لكن لا يعتبر شرط التقييد أو الشرط المقترن بالعقد هو نفسه الشرط الفاسخ كما هو في صن و إعتبار الكثيرين ، ولسوف نوضح ذلك أكثر في حينه.

أما شرط الاضافة ، فهو ذلك الشرط الذي يلحق بالعقد فيجعل آثاره و أحكامه تتراخى الى زمن معين على الرغم من قيام العقد و وجوده .

وعليه ، فالفرق بين العقد المضاف والعقد المعلق يكمن في كون أن العقد في حالة الاضافة موجود وقت التكلم و الحكم يكون غير موجود ، ولكنه سيوجد عندما يحا

الأجل ، أما في حالة التعليق فإن الكلام والحكم غير موجودين وإنما يوجدان عند تحقق الشرط المعلق عليه ، غير أنه في الشرط الفاسخ يكون الكلام و الحكم موجودين ولكنهما يزولان بمجرد تحقق الشرط .

وأما شرط التقييد ، فهو ذلك الشرط الذي يقترن بالعقد المنجز ، فيضيف إلزاماً زائداً على الالتزام الأصلي ، أي أنه يعدل أحكام العقد بزيادة التزامات تقييد المتعاقدين .

وأن هذا النوع الأخير من الشروط هو موضوع بحثنا ، لأن الشرط المقترن بالعقد هو أصلاً شرط تقييد ، وهي وظيفته الأصلية ، ومنه نستبعد كل من شرطي التعليق و الإضافة من دائرة بحثنا هذا .

## المطلب الثالث

### أنواع الشرط من حيث ارتباطه بالسبب أو المسبب

إذا ما بحثنا على أنواع الشرط من حيث ارتباطه بالسبب أو المسبب ، نجد أن هناك نوعين من الشرط ، فهناك الشرط المكمل للسبب و هناك الشرط المكمل

للمسبب (1) ، و سوف نتناولهما بإيجاز فيما يلي :

### أولاً : الشرط المكمل للسبب

يقصد بالشرط المكمل للسبب ، ذلك الشرط الذي يكمل السبب حتى ينتج أثره في الحكم و هو المسبب . أي بمعنى آخر هو الذي يقوي معنى السببية فيه و يجعل أثره مترتباً عليه (2) . و قد يكون مصدر هذا الشرط إما شرعياً أو قانونياً و إما إرادياً أو جعلياً ، و سنبين ذلك بأمثلة عن كل منهما حتى تتضح لنا الرؤية أكثر .

---

(1) - وتجدر الإشارة الى أن كلاهما يمكن أن يكون مصدره إما شرعياً أو قانونياً وإما إرادياً أو جعلياً ، وعليه إرتأينا التطرق الى الشرط المكمل للسبب في الحالتين ، أي في حالة الشرط المكمل للسبب والذي يكون مصدره الشرع أو القانون ، وفي حالة كون مصدره إرادياً أي من جعل الأطراف أو المتعاقدين ، وكذلك الشأن بالنسبة للشرط المكمل للمسبب ، حيث سنتناوله في الحالتين و بنفس الكيفية .

(2) - أنظر في ذلك : محمد بن أحمد ، تقية ، الوجيز في أصول الفقه . الجزائر : الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1992 ، ص 49 . / أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 60 . / الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 341 .

## أ - حالة كون الشرط المكمل للسبب مصدره الشرع أو القانون

و هو ذلك الشرط الذي يشترطه الشرع أو القانون لتحقيق السبب . و لا بأس هنا من إيراد بعض الأمثلة ، بعضها شائع في كتب الفقه بكثرة و بعضها حاولنا إستنتاجها من القانون الجزائري ، و ذلك حتى يتضح لنا المقال بها .

فمثلا حولان الحول في وجوب الزكاة في النصاب ، فالنصاب هنا يعتبر سببا لوجوب الزكاة ، و لا يتحقق وجود النصاب الدال على الغنى إلا بشرط حولان الحول ، فالحول يعتبر شرطا مكملا للنصاب .

كما أن الاحراز شرطا لجعل السرقة موجبة للحد ، لان السرقة لا تتحقق كاملة إلا إذا كان المال مصونا محرزاً محفوظاً في حرز مثله .  
كما أن القتل العمد و العدوان شرطان في القتل الموجب للقصاص ، فالقتل يعتبر سببا و القصاص مسببا ، و لا يرتبط السبب و المسبب إلا إذا تحقق شرطا العمد و العدوان .  
وكذلك الشأن بالنسبة لعقد الزواج ، إذ يعتبر سببا لحل الاستمتاع عند تحقق الشرط ، وهو حضور الشاهدين ، وبالتالي إذا لم يتحقق الشرط فان السبب لا يتحقق كذلك .

وعليه فإن عدم تحقق هذه الشروط يعني عدم تحقق السبب ، ومنه نستنتج أن الحكم يتوقف على وجود السبب وتحقيق الشرط .

ولكن قد يطرح هنا سؤال نفسه على بساط الموضوع ، مفاده : ان وجد السبب فقط فهل يصح أن يقع الحكم بدون الشرط أو لا يصح ؟

في الحقيقة ثار خلاف فقهي بين مختلف المذاهب حول هذه النقطة بالذات ، حيث ذهب بعض الفقهاء الى تغليب مراعاة السبب و وقوع المسبب عليه دون توقفه على الشرط .

وذهب البعض الآخر الى توقف الحكم على تحقق الشرط ، مراعاة لأثر الشرط ، وإن إختفاء الشرط مانع للسبب من تأثيره في وجود المسبب .

والرأي الراجع و الذي نؤيده هو الرأي الثاني، لأنه يعطي إستقراراً و طمأنينة في تطبيق النصوص ، و حتى لا تصبح تفسر حسب الأهواء ، إذ لو تركت على الخيار، فقد يحدث خلط وإهدار للعدالة ، حيث في نفس التصرف قد يستفاد شخص بحكم الأول ويضار به الثاني ، والعكس صحيح خصوصاً في تطبيق أحكام القاتون الجزائري ، حتى يكون هناك إستقراراً في المعاملات وتحقيقاً للعدالة من خلال التطبيق الصحيح للنصوص .

فمثلاً في الأمثلة السابقة : تقدم أن النصاب سبب في وجوب الزكاة ، والحوال شرط له . فإذا ما إتبعنا أصحاب الرأي الأول فإنه يجوز تعجيل الزكاة قبل تحقق الشرط أما بالنسبة للرأي الثاني فلا يجوز ذلك الا بعد تحقق الشرط وهو حولان الحول على النصاب . كما سبق القول كذلك بأن الشاهدين شرط لعقد الزواج الذي هو سبب لحل الاستمتاع . فإذا ما طبقنا الرأي الأول فإنه يجوز تعجيل حل الاستمتاع الذي سببه عقد الزواج قبل حدوث شرطه وهو الشاهدان ، بينما في الرأي الثاني لايجوز ذلك .

وعليه يمكن القول بأن الرأي الثاني هو السائد والمطبق في القاتون الجزائري بحيث إذا إنتفى الشرط المكمل للسبب إنتفى المسبب . ومنه نستنتج أنه لا بد من وجو ثلاثي لترتيب الحكم : السبب ، المسبب و الشرط المكمل للسبب .

## ب - حالة كون الشرط المكمل للسبب مصدره إرادي أو جعلي

يقصد بذلك ، تلك الشروط التي أجاز فيها الشرع أو القاتون للمتعاقدين بأن يشترطونها ، والتي تكون متعلقة بوجود الإلتزام فتكون مكملة للسبب .

ومثال ذلك : إجازة المشرع الجزائري تعليق الإلتزام على شرط (1) ، كأن يعلق شخص بيع منزله على شرط نقله من وظيفته . فهنا نلاحظ بأن النقل من الوظيفة يعتبر شرطا لوجود البيع و بالتالي شرط مكمل للسبب وهو عقد البيع .

وتجدر الإشارة هنا الى أن عدم تحقق الشرط يؤدي حتما الى عدم تحقق السبب ، وبالتالي ففي المثال السابق ، ينتج عن عدم تحقق الشرط وهو النقل من الوظيفة ، عدم تحقق السبب والمتمثل في عقد البيع ، وهو ما يدعم و يعزز ما جاء به الرأي الثاني السالف الذكر .

## ثانيا : الشرط المكمل للمسبب

يقصد بالشرط المكمل للمسبب ، ذلك الشرط الذي يكمل المسبب وهو الحكم ، أي بمعنى آخر هو ذلك الشرط الذي يقوي المسبب بحيث يدعم ركنه ويقويه (2) .

---

(1) - أنظر في ذلك : المواد من 203 الى 208 من القانون المدني .

(2) - أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 60 . / الزحلي ، المرجع السابق ، ص 341



وكما سبقت الإشارة إليه من قبل ، فإن الشرط المكمل للمسبب يمكن أن يكون مصدره شرعياً أو قانونياً ، كما يمكن أن يكون مصدره إرادياً أو جعلياً ، وسنبين كل منهما مع تدعيم ذلك بأمثلة فيما يلي :

### أ- الشرط المكمل للمسبب و الذي مصدره الشرع أو القانون

إن المقصود بالشرط المكمل للمسبب و الذي مصدره شرعي أو قانوني ، هو ذلك الشرط الذي يشترطه الشرع أو القانون لتحقيق و وجود المسبب (1) .  
 فمثلاً الطهارة وستر العورة يعتبران شرطان يكملان الصلاة ، وكذلك الشأن بالنسبة لإستقبال القبلة إذ تعتبر هي كذلك مكملة لحقيقة الصلاة .  
 وكذلك إشتراط التساوي بين الجاني والمجني عليه في القصاص من حيث السلامة من نقص الأطراف ونحوها ، فإن الحكم وهو القصاص أساسه المساواة بين العقوبة والجريمة وسلامة الأطراف .

وإذا ما جننا للقانون الجزائري لتطبيق ذلك ، نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل التسجيل في بيع العقار شرطاً لإنتقال الملكية (2) ، فالتسجيل هنا يعتبر شرطاً مكملًا

(1) - أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 60 . / الزحلي ، المرجع السابق ، ص 341

(2) - أنظر في ذلك : المادتين 15 ، 16 من قانون تأسيس السجل العقاري الصادر بالأمر رقم 75 - 74 والمؤرخ في 1975/11/12 .

للمسبب وهو إنتقال الملكية ، إذ لا يكفي أن يكون العقد صحيحا (1) ، لأن هذا الأخير يرتب فقط آثاره الشخصية ، أي يوجد إلتزامات شخصية لاغير ، حيث بموجبه يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع والتسليم وضمان التعرض والاستحقاق وكذا العيوب الخفية ، كما يلتزم المشتري في المقابل بدفع الثمن ومصروفات البيع والتكاليف المتعلقة بالمبيع وبتسلمه (2) ، ولكن الملكية لا تنتقل على الرغم من ذلك إلا بالتسجيل في سجل الشهر العقاري والذي يعتبر شرطها الأساسي والجوهري .

ولابأس أن نشير هنا الى أن هناك من يقول بأن الشرط مصدره دائما الاتفاق ، لذلك يختلف عن الشروط التي إشتراطها القانون لترتيب أثرا قانونيا معينا على توافرها كإجراءات التسجيل (3) .

وفي الحقيقة أننا لا نأيد ما يذهبون إليه ، لأنه يمكن أن يكون مصدر الشرط الشرع أو القانون وليس الاتفاق ، ولكن هذا الشرط لا يؤخذ ولا يجب أن يفهم على أنه ركن يفرضه القانون ، وإنما هو شرط مكمل للمسبب . فالتسجيل في العقار يعتبر شرطا

- 
- (1) - في القانون الجزائري حتى يعتبر عقد بيع العقار صحيحا ، يجب توافر الأركان الثلاثة واللازمة لقيام كل عقد وهي التراضي والمحل والسبب ، بالإضافة الى ذلك يجب توافر الشكل ، حيث يجب ا فراغ العقد في قالب رسمي أمام الموثق ، بمعنى يجب توثيق العقد ، فالكتابة في عقد بيع العقار تعتبر ركن للاتعاقد ، ومنه يمكن القول بأن لها وظيفتان ، وظيفة للاتعاقد وأخرى للثبات .
- (2) - أنظر في ذلك : المواد من 361 الى 393 من القانون المدني .
- (3) - خليل أحمد ، قدارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني بن عكنون - الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1990 ، ص 119 .

مكملا للمسبب ، وعليه فإننا نقول أنه وبعد الاطلاع على الشرط المكمل للمسبب فإن القول بأن الشرط مصدره الإتفاق دائما هو قول يمكن التراجع عنه .

كما تجدر الإشارة الى أن هناك فرق كبير وجوهري بين ركن المسبب وبين الشرط المكمل للمسبب . حيث أن الاول هو ذلك الأمر الذي يكون حقيقة المسبب ويدخل في ماهيته وغير خارج عنه . بينما الثاني لا يدخل في ماهيته وحقيقته بل هو أمر خارج عنه ، ولكن بالرغم من ذلك فإن آثار المسبب لا تترتب إلا بتحقيقه .

و للتوضيح أكثر نرجع لبعض الأمثلة السابقة ونطبق عليها ماقلناه الآن ، ففي مثال الصلاة ، نجد أن الركوع والسجود مثلا يعتبر كل منهم ركنا في الصلاة ، فإذا تخلف بطلت الصلاة . أما الوضوء وستر العورة فكل منهما يعتبر شرطا للصلاة ولا يدخلان في ماهيتها ، وإذا ما تخلفا تخلفت الصلاة أي لا يترتب أثرها ، فالركوع ركن للمسبب والوضوء شرط مكمل للمسبب .

وكذلك الشأن بالنسبة للشهود في عقد الزواج ، فإذا ما وجد العقد من غير شهود نكون أمام واقعة مادية ، حيث وجد العقد فعلا ، ولكن أثره الشرعي لا يترتب إلا بتحقق الشرط. وكذلك في حالة بيع العقار ، فإذا وجد العقد مستوفيا الأركان السابق ذكرها ، فإن العقد يكون قائما وصحيحا ولكن أثره الناقل للملكية لا يترتب إلا بتحقق الشرط وهو التسجيل، فنلاحظ هنا بأن عقد البيع يعتبر سببا ، وإنقال الملكية مسببا ، والتسجيل شرطا يكمل المسبب وهو انتقال الملكية للانتفاع بها ، لأن بمجرد قيام العقد صحيحا ينشأ إلزام في ذمة البائع بنقل الملكية وهو المسبب ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل وهو شرطها الذي يكملها ، أي يكمل الغاية المقصودة من عقد البيع وهي انتقال الملكية الى المشتري ، ولا يعتبر ركن يدخل في مفهوم الملكية ، وإنما إذا لم يتحقق هذا الشرط فإن الملكية لا تنتقل أبدا ، ولذا سبق القول بأن الشرط المكمل للمسبب هو ذلك الشرط الذي يشترطه الشرع أو القاتون لتحقيق المسبب وقيامه لكي ينتج ويرتب أثره .

## ب - الشرط المكمل للمسبب و الذي مصدره إرادى أو جعلى

ويقصد به ذلك الشرط الذي ترك فيه الشرع أو القاتون للمتعاقدين الحرية في اشتراطه ضمن عقودهما ، حيث يقترن بها ، فهي عبارة عن شروط تقترن بالعقد بحيث تقوي وتدعم الإلتزامات المترتبة عنه أو تزيد فيها ، كأن يبيع شخص لشخص آخر منزلا ويشترط عليه أن يبقى فيه لمدة ستة أشهر أخرى . فمثل هذا الشرط يدخل في أثر العقد المنجز هذا وبالتالي في المسبب ، وهذا النوع من الشرط المكمل للمسبب والذي مصدره إرادى أو جعلى هو الذي يعرف بالشرط المقترن بالعقد ، وهو موضوع بحثنا هذا ، وعليه نرجىء الحديث عليه بالتفصيل الى حينه ، وحسبنا أن نكتفي بما أوردناه في هذا الشأن .

## المطلب الرابع

### أنواع الشرط من حيث موضعه من العقد

إذا ما جننا للبحث عن أنواع الشرط من حيث موقعه أو موضعه من العقد ، فاتنا نلاحظ بأن هناك ثلاثة أنواع من الشرط ، أي إن صح التعبير ثلاثة مواضع لا رابع لهم ، حيث لا يخرج على إفتراضات ثلاث :

فإما يكون الشرط متقدما عن العقد أي بمعنى آخر يتم الاتفاق عليه قبل قيام العقد ، و لكن لا يتم ذكره في مضمون العقد و أثنائه ، و لذلك يسمى بالشرط المتقدم.

و إما أن يكون الشرط قد تم الاتفاق عليه من قبل المتعاقدين أثناء العقد و أدرجوه فيه ، و لذا يسمى بالشرط المقارن أو المقترن بالعقد ، و هو موضوع بحثنا هذا .

و أخيرا قد يكون ذلك الشرط الذي يتفق عليه المتعاقدان بعد إبرام العقد و قيامه، و منه جاءت تسميته بالشرط المتأخر أو اللاحق على العقد .  
و سوف نتناول كل منهما بإيجاز فيما يلي :

### أولاً: الشرط المتقدم

يقصد بالشرط المتقدم ، ذلك الشرط الذي يشترطه المتعاقدان قبل إبرام العقد ، أي بمعنى آخر يكون سابقاً على العقد .  
و الإشكال الذي قد يطرح نفسه هنا هو : ما مصير هذا الشرط و ما حكمه وعلاقته بالعقد ؟

في الحقيقة غني عن البيان ، أن إعادة ذكر هذا الشرط في صلب العقد عند إبرامه فانه يصبح بمثابة الشرط المقارن و تطبق عليه أحكام الشرط المقترن بالعقد ، لأن إعادة ذكره في أثناء العقد يوحي لنا حتماً أن المتعاقدين قد أرادا تنجيز عقدهما وفقاً للشرط أو الشروط التي سبق الاتفاق عليها قبل العقد .

كما أن النص في مضمون العقد أثناء إبرامه " أن العقد يتم بدون الشرط أو الشروط السابق الاتفاق عليها " ، أي خالياً من الشرط المتقدم عن العقد ، فان هذا الشرط سوف يسقط بداهة و لا يلحق بالعقد و لا يكون له أي أثر فيه بأي حال من الأحوال و بالتالي في العلاقة التعاقدية التي تربط بين المتعاقدين .

لكن الاشكال يدق حينما يتم إبرام العقد و لم يتم إدراج ذلك الشرط المتقدم فيه ،  
و لم ينص على التخلي عنه . أي بمعنى آخر تم إبرام العقد دون النص على مصير  
الشرط السابق الاتفاق عليه ، و عليه لم يفهم من ذلك ، هل أن المتعاقدين أرادا بذلك  
تنجيز العقد خاليا من الشرط المتقدم أم العكس ؟ و بالتالي هل يلحق هذا الشرط بالعقد  
على الرغم من أنه لم يدرج فيه ، و منه يحدث أثره فيه ؟

لقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في هذا الشأن ، حيث ذهب كل منهم الى رأي  
مخالف : فالمالكية (1) ذهبوا الى الحاق الشرط المتأخر بالعقد ، و بالتالي احداث أثره  
فيه ، و هو ما ذهب إليه كذلك الحنابلة . كما ذهبت طائفة من أصحاب أحمد كالقاضي  
أبي يعلى الى التفريق بين أن يكون الشرط رافعا لمقصود العقد أو مغير له ، فان كان  
رافعا لمقصود العقد كالمواطأة على كون العقد تلجئه أو تحليلا أبطله ، و ان كان مغيرا  
لمقصود العقد كاشراط كون المهر أقل من المسمى لم يؤثر فيه (2) .

أما الشافعية (3) فاتهم لايحقونه بالعقد ، بل جعلوه التزاما مستقلا بنفسه ،  
ومنه لا يؤثر في العقد ، لكن للملتزم الخيار ، إن أراد وفى بالتزامه وإن لم يرد فلا يلزم  
بذلك ، الا أن الوفاء به أولى وأحسن لأنه من مكارم الخلق كالوعد المطلق ، وهو

(1) - فتاوى الشيخ عليش ، الجزء الأول ، ص 124 .

(2) - تقي الدين ، ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، المجلد التاسع والعشرون . الرباط -

المغرب : مكتبة المعارف ، ص 132 . / ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، الجزء

الثالث . القاهرة - مصر : مكتبة كردستان العلمية بالجمالية ، ص 349 .

(3) - يحيى بن شرف ، النووي ، المجموع شرح المهذب ، الجزء الثامن . مصر :

مطبعة الامام ، ص 374 .

نفس ما ذهب اليه كذلك كل من الامام أحمد (1) في رواية والظاهرية (2) . أما الحنفية فقد فرقوا بين حالتين : الحالة التي يكون الشرط فيها صحيحا ، والحالة التي يكون فيها الشرط فاسدا ، وبالتالي إما أن يتفق المتعاقدان على قيام العقد عليه أو على عدم قيامه عليه ، وإما يختلفان في ذلك .

فاذا ماتم الاتفاق على قيام العقد عليه كان حكمه حكم الشرط المقارن مطلقا سواء كان شرطا صحيحا أم فاسدا .

وإذا لم يتم الاتفاق على أنه لم يحضرهما شيء وقت العقد أو تخلفا في ذلك ، فقال أحدهما : قصدت انشاء العقد على ما تقدم بيننا من الشرط ، وقال الآخر أعرضت عنه أو لم أقصد الانشاء ولا الاعراض عنه .

فاذا كان الشرط المتقدم صحيحا ثبت في العقد ووجب الوفاء به كالشرط المقارن بالاتفاق بين الامام وصاحبيه ، وإن كان الشرط فاسدا فلا يثبت في العقد عند الإمام أبي حنيفة ويثبت فيه عند الصاحبين .

ومن هذا يتضح أن رأي أبي يوسف ومحمد يتفق مع رأي المالكية والحنابلة ، وأن الامام أبي حنيفة يوافق هؤلاء في الشرط الصحيح ، وفي الشرط الفاسد إذا إتفق المتعاقدان على قيام العقد عليه ، ويوافق الشافعية ومن معهم فيما عدا ذلك .

(1) - محمد ، ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن . منشورات المكتب التجاري للطباعة

والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، ص 212 .

(2) - العلامة إديس ، الباهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، تحقيق مصطفى هلال

الجزء الثاني . الرياض - المملكة العربية السعودية : مكتبة النصر الحديثة ،

ص 36 .

وتجدر الإشارة الى أن أبا حنيفة يفرق بين الشرط الصحيح والشرط الفاسد في عقد البيع دون النكاح ، لأن النكاح لا يفسد بالشرط الفاسد ، لذا فاته يرى أن الشرط المتقدم إذا كان صحيحا التحق بالعقد ووجب الوفاء به وهو ما يراه صاحبا محمد وأبو يوسف ، وان كان الشرط فاسدا فلا يلتحق بالعقد عنده خلافا لصاحبيه وهو ما سبق بيانه .

كما يقول ابن القيم (1) : " لافرق بين الشرط المتقدم والمقارن ، إذ مفسدة الشرط المتقدم لم تنزل بتقدمه وإسلامه ، بل مفسدته مقارنا كمفسدته متقدما ، و أي مفسدة زالت بتقدم الشرط إذا كانا قد علما وعلم الله تعالى والحاضرون أنهما إنما عقدا على ذلك الشرط الباطل المحرم وأظهرا صورة العقد مطلقا وهو مقيد في الأمر بذلك الشرط المحرم ، فإذا اشترطا قبل العقد أن نكاح تحليل أو متعة أو شغار وتعهدا على ذلك وتواطنا عليه قبل العقد ، ثم عقدا على ما إتفقا عليه وسكتا عن إعادة الشرط في صلب العقد ، اعتمادا على تقدم ذكره وإلتزامه . لم يخرج العقد بذلك عن كونه عقد تحليل ومتعة وشغار حقيقة ، وكيف يعجز المتعقدان اللذان يريدان عقدا قد حرمه الله ورسوله لوصف أن يشترطا قبل العقد إرادة ذلك الوصف وأنه هو المقصود ثم يسكتا عن ذكره في صلب العقد لئتم غرضهما ؟ وهل إمام غرضهما الا عين تفويت مقصود الشارع ، وكيف تفرق الشريعة بين متماثلين من كل وجه لافتراقهما في تقديم لفظ وتأخره مع استواء العقدين في الحقيقة والمعنى والقصد ؟ " .

---

(1) - شمس الدين ابن القيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، الجزء الثالث . القاهرة -

مصر: مكتبة الكليات الأزهرية : ص 133 .



وجاء في جامع الفصولين : " لو شرط التلجنة في البيع فسد البيع ، ولو تواطنا قبل البيع ثم تباعا بلا ذكر الشرط جاز البيع عند أبي حنيفة إلا إذا تصادقا على أنهما تباعا على تلك المواضعة " (1) .

وعليه يمكن القول ، أن هذا الخلاف في جملته يقسم الآراء الى قسمين أو الى فريقين : فريق يقول أن الشرط المتقدم يأخذ حكم الشرط المقترن ، وفريق آخر يقول عكس ذلك ، أي بمعنى لا يأخذ حكم الشرط المقترن بل هو كالوعد ان شاء وفيه الملتزم وإن شاء لم يف به ، ولكل فريق أدلته وبراهينه ولاداعي الخوض فيها ومناقشتها لأنها ليست الموضوع الجوهرى في بحثنا هذا .

فقط يمكن القول أن هناك الكثيرون الذين يؤيدون ويرجحون الرأي الأول ، أي أنهم يقولون بالتسوية بين الشرط المتأخر والشرط المقترن ، وأن حجتهم في ذلك أن العمل به يوصل باب التحايل على من يريد التوصل الى الشروط المحرمة في نظر الشارع ، لأنه لا يفرق في تأثر العقد بالفساد منها بين الشرط المتقدم عليه وبين المقارن له ، بخلاف الرأي المقابل والذي يؤدي حسب رأيهم الى فتح باب التحايل الى الشروط المحرمة ، إذ لا يعجز من يريد عقدا حرمه الله ورسوله لما فيه من الشرط أن يتواطأ مع من يتعاقد معه على ذلك الشرط ، ثم يسكتا عنه أثناء إنعقاده ليتم غرضهما ، ويحصل مقصودهما (2) .

---

(1) - محمد بن اسماعيل ، ابن قاضي سماوي ، جامع الفصولين ، الطبعة الأولى ،

الجزء الأول . القاهرة - مصر : المطبعة الأزهرية ، ص 171 .

(2) - شعبان ، المرجع السابق ، ص 55 .

غير أننا لانوافق ولانؤيد كل ما جاء به هؤلاء المساندين للرأي الأول ، ونميل قليلا فقط للرأي الثاني ، فنقول إن الشرط المتقدم حسب رأينا لا يمكن الأخذ به طالما أنه لم يدرج في العقد ، ونرى أنه لو أن المتعاقدين فعلا أرادا إبرام عقدهما ضمن وحسب الشرط أو الشروط المتقدمة عنه ، فما الذي يمنعها من إدراجه في صلب العقد ؟ بل ذلك يؤكد ويعزز بقائهم على عهدهم وإصرارهم على الأخذ به ، وبذلك يزول الشك والغموض اللذان قد يحدثا في حالة عدم النص عليه في صميم العقد ويؤدي ذلك الى تغليب احتمال أن المتعاقدين أرادا بهذا إستبعاده ، وبالتالي إبرام العقد من دون أن يكون له أثرا فيه أي كأنهم تنازلوا عما تقدم من شرط أو شروط عن العقد .

أما القول بأن عدم إدراجه في العقد قد يرجع الى الاتفاق السابق عنه وبالتالي يعني عن تكراره في العقد من جديد ، فانه قول غير سديد وإحتمال ضعيف جدا ، وهو إستثناء شاذ والشاذ لا يقاس عليه ولايتوسع فيه ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، أليس في كتاب الله سبحانه وتعالى ما يحثنا على الكتابة ؟ فلقد حثنا سبحانه وتعالى على الكتابة لأنه أعلم بما نفوس البشر وقلوبهم المنقلبة والمتغيرة خصوصا في عصرنا هذا .

وعليه فاذا ما كان هناك شرط متقدم عن العقد ، فما هو المانع من إدراجه في العقد للتأكيد على الأخذ به ، حيث يقول الله سبحانه وتعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه " ، وكذلك قال في نفس الآية (1) : " ولا تسنموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى أجله " .

---

(1) - سورة البقرة ، الآية 281 .

ومنه يكون الأصح والأجدر أن يكتب الشرط المتقدم في العقد حتى يصبح مقترنا به وبذلك يأخذ حكم الشرط المقترن بالعقد ، لأنه لا يمكن القول بأي حال من الأحوال بأن الشرط المتقدم هو نفسه الشرط المقترن لأن كل واحد منهم يختلف موضعه عن الآخر من العقد ، حيث ان الأول يوجد قبل العقد ، بينما الثاني يوجد مع العقد أي أثناء التعاقد ، فكيف إذا يمكن الجمع بينهما ؟

كما نرى أنه في حالة ما إذ كان هذا الشرط مكتوباً فلا مانع من إلحاقه بالعقد ، ولكنه يقوم في مقام الوعد لا غير .

وأما فيما يخص مسألة فساد أو صحة الشرط المتقدم ، فاتنا نرى متى كان صحيحاً قبل العقد فانه يبقى كذلك عند إدراجه في العقد ، لأن العبرة في هذا الموضوع ليست في صحته أو فساده ، وإنما في مدى تحبيذ المتعاقدان للأخذ به ، فإذا ما أرادا الأخذ به فما عليهم إلا إدراجه في العقد ، وعندها يأخذ حكم الشرط المقترن بالعقد .  
وأما إذا لم يريدوا الأخذ به فما عليهم إلا استبعاده من العقد وبالتالي في هذه الحالة لا يؤخذ به حتى مع صحته ، لأن المتعاقدين لم يريدوا إبرام العقد في ضله وبالتالي استبعاده .

وأما إذا كان الشرط فاسداً من أساسه ، فانه لا يلحق بالعقد إذا لم يتم إدراجه فيه من قبل المتعاقدين ، وأما إذا تم إدراجه فيه فانه في هذه الحالة يأخذ حكم الشرط الفاسد والمقترن بالعقد ، والذي سيتم بيانه في حينه .

ونعتقد بأن كلا من القانون والقضاء الجزائري يأخذان بهذا الموقف حيث يأخذان دائماً بما يذكر في العقد ، وليس بما لم يتم إدراجه فيه ، أي على إفتراضات سابقة عنه ، ونرى بأن الشرط المتقدم هو أقرب للأخذ بأحكام الوعد منه بأحكام الشر

المقترن بالعقد ، وحسبنا الإكتفاء بما أوردناه في هذا الشأن ، وننتقل فيما يلي الى دراسة الشرط المتأخر عن العقد .

## ثانياً : الشرط المتأخر

يقصد بالشرط المتأخر ، ذلك الشرط الذي يشترطه المتعاقدان بعد إبرام عقدهما . ومنه يثور التساؤل حول مدى تأثير هذا الشرط على العقد والتحاقيه به ؟

في الحقيقة لقد اختلفت آراء الفقهاء في ذلك :

حيث ذهب أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - الى أن الشرط الواقع بعد العقد يلتحق به مطلقا ، ويحدث أثره فيه كالشرط المقترن به مطلقا ، سواء كان الشرط صحيحا أم فاسدا على خلاف ما ذهب إليه صاحبيه محمد وأبي يوسف في الشرط الفاسد ، حيث قالوا أنه لا يلتحق بالعقد ولا يؤثر فيه ، بينما في الشرط الصحيح فإنهم يتفقون مع الإمام أبي حنيفة ، حيث قلا بأنه يلتحق بالعقد ويحدث أثره فيه (1) .

وأما الشافعية والحنابلة ، فقد قالوا : إن الشرط المتأخر إما أن يشترط قبل لزوم العقد ، فإن اشترط قبل لزومه إلتحق به ولزم الوفاء به إن كان صحيحا ، ولا يلزم إن كان فاسدا أو باطلا . أما اذا كان بعد لزوم العقد فلا يلتحق به ولا يؤثر فيه (2) .

---

(1) - علاء الدين ، الكسائي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الثانية ،

الجزء الخامس . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، 1974 ، ص 176 .

(2) - منصور ، البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، الجزء الثالث . الرياض -

المملكة العربية السعودية : مكتبة النصر الحديثة ، ص 189 .

وذهب المالكية والظاهرية : أن الشرط المتأخر لا يلتحق بالعقد مطلقاً صحيحاً  
كان أم فاسداً ، وسواء شرط قبل لزوم العقد أو بعد لزومه (1) .

ومن خلال تفحصنا لأراء فقهاءنا الأجلاء ، نلاحظ بأن هناك من يؤيد الإلتحاق  
وهناك من يرفض ذلك .

والذي نراه نحن ونرجحه ، هو الإلتحاق الشرط المتأخر بالعقد إذا كان قبل لزوم  
العقد ، وعدم الإلتحاق به إن كان بعد لزومه ، وهو ما كان قد ذهب إليه الشافعية  
والحنابلة ، وذلك لأن العقد قبل اللزوم يكون قابل للفسخ وقابلاً لتعديل أحكامه أو إلغائها  
وتغيير آثاره بواسطة شروط تكون لاحقة عليه ، فالعقد شريعة المتعاقدين (2) .

وغني عن البيان أن العقد بعد لزومه فإنه لا يستطيع عندئذ المتعاقد التملص  
والتحلل من إلتزاماته الناتجة عن أحكامه ، ومنه لا يكون للشرط اللاحق عنه أي أثر ،  
وذلك حتى لا يخل بمبدأ لزوم العقد وإستقراره . فالمتعاقدان يرتبطان بالعقد كما يرتبطان  
بالقانون ، وبالتالي لا يجوز لأحدهم أن ينفرد بنقضه أو بتعديله بشرط لاحق إلا بإتفاق  
الطرفين ، وإتينا نرى هنا أنه لا يجوز ذلك كذلك حتى وإن كان بإتفاق الطرفين إلا قبل  
لزوم العقد ، أما بعد لزومه فلا يجوز .

---

(1) - الشيخ عيش ، المرجع السابق ، ص 24 ./ ابن حزم ، المرجع السابق ،  
ص 412 .

(2) - تنص المادة 106 من القانون المدني على أن : " العقد شريعة المتعاقدين  
فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون

### ثالثا: الشرط المقترن

بعد ما تطرقنا الى كل من الشرط المتقدم عن العقد و الشرط المتأخر عنه ، نصل الآن الى الشرط المقترن بالعقد ، وهو ذلك الشرط الذي يكون مقارنا ومرافقا للعقد ، أي بمعنى آخر ليس متأخرا عن إنشائه وإنعقاده ، وليس متقدما عنه كذلك ، وهو موضوع بحثنا هذا ، وسوف نتناوله بالتفصيل ونبين أحكامه بعد قليل .

### خاتمة

من خلال كل ما تقدم في هذا الفصل التمهيدي ، يمكننا القول بأننا وصلنا الى مبتغانا فيه ، وهو الإحاطة بمفهوم الشرط بصفة عامة . حيث تمكنا من خلاله التعرف على معنى الشرط لغة ومعناه في إصطلاح كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وبيان الفرق بينهما .

كما أمكننا التقرب أكثر الى ماهية الشرط ، تطرقنا الى تمييزه عن غيره من المصطلحات التي كانت تختلط به الى حد كبير ، حيث تمكنا من تمييزه عن كل من الركن والسبب ، و تعرفنا على مقومات كل واحد من الثلاثة وعلى أحكامه وضوابطه .

والذي زاد في التقرب أكثر من مفهوم الشرط بصفة عامة ، هو تعرضنا الى أنواعه ، إذ من خلالها تعرفنا على كل أنواع الشرط وحصرها ، بحيث تناولناها من كل زاوية يمكن أن تكون لها علاقة مع الشرط .

إذ تعرضنا الى أنواع الشرط من حيث مصدره ، ومن خلاله تمكنا من التعرف على ثلاثة أنواع منه وهي : الشرط الشرعي أو القاتوني ، والشرط الجعلي أو الإرادي ، وأخيرا الشرط العرفي .

أما أنواع الشرط التي وجدناها من خلال تعرضنا إليها من حيث وظيفته ، فهي الأخرى تنحصر في ثلاثة أنواع وهي : شرط التعليق و شرط الإضافة وأخيرا شرط التقييد .

وأما أنواع الشرط التي أمكننا حصرها من خلال تطرقنا إليها من حيث ارتباطها بالسبب أو المسبب فاتها تكمن في نوعين وهما : الشرط المكمل للسبب والشرط المكمل للمسبب .

وأخيرا فإن أنواع الشرط التي وجدناها عند تعرضنا إليها من حيث موضعها من العقد فهي تنحصر في ثلاثة أنواع وهي: الشرط المتقدم ، الشرط المقترن ، والشرط المتأخر.

ومن خلال كل ما تقدم وبسط هذه النقاط على بساط الموضوع أمكننا القول بالإجابة على السؤال الذي قد يطرح والذي مفاده : أين يقع الشرط المقترن بالعقد من كل هذه الأنواع ؟ وماهي علاقته بكل حيثية ؟

حيث يمكن تلخيصه بما يلي : إن الشرط المقترن بالعقد هو ذلك الشرط الذي يجعله المتعاقدان بمحض إرادتهما في العقد أثناء إبرامهم له ، فهو شرط مصاحب ومقارن له ليكمل المسبب فيه ، وذلك بتقييدهما بأمر زائد فيه للوصول الى تحقيق المصالح والمنافع المتبادلة .

ومنه تكون علاقته بكل حيثية كما يلي :

- فمن حيث المصدر فهو شرط جعلي أو إرادي .
- ومن حيث الوظيفة فهو شرط تقييد .
- ومن حيث إرتباطه بالسبب أو المسبب فهو شرط مكمل للمسبب .
- ومن حيث موضعه من العقد فهو شرط مقترن به .

وهذا الشرط الأخير ، أي الشرط المقترن بالعقد هو موضوع بحثنا هذا ، والذي سنبين ماهيته وضوابطه وأحكامه بالتفصيل ، وذلك لأهميته البالغة في تأثيره على العقود ومنه على المصالح الاجتماعية والاقتصادية وكل ما يدخل في مجال المعاملات المتبادلة . وعليه سنشرع في التطرق إليه والتنقيب عليه أكثر للوصول الى مبتغانا الرئيسي وهو الإحاطة بمفهومه ومعرفة حكمه ومدى تأثيره على العقد ، وذلك ابتداءا من الباب الأول الموالي من هذه الرسالة .



## الباب الأول

إقتران الشرط بالعقد  
في الشريعة الإسلامية  
و القانون الجزائي

## الباب الأول

### إقتران الشرط بالعقد في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

#### تمهيد:

لقد كان إقتران الشروط بالعقد متداولاً بين الأشخاص منذ القدم ، وهذا بغية تحقيق بعض المصالح والمنافع الاجتماعية والاقتصادية وغيرها .

حيث نجد بأن الشرط المقتنن بالعقد قد عرف حتى في الحضارة الفرعونية ، والتي كانت تعرفه بفكرة العبيء ، حيث توجد وثيقة من الأسرة الرابعة وهب فيها شخص أمواله للكهنة شريطة أن يقوموا بمراسيم تقديم القرابين في مقبرته . ولقد كيف الفقه العقد في هذه الحالة بأنه عقد هبة مقرون بعبيء أو عوض أي بشرط وهو تقديم القرابين .

وكان إخلال الموهوب له بالالتزامات أو الأعباء أو الشروط المفروضة عليه ، يفضي إلى فسخ الهبة وسقوط حقوق الموهوب له التي ترتب عليها .

وتجدر الإشارة إلى أنه قد يكون العبيء أو الشرط في شكل إيراد مرتب لمدى الحياة ، والدفن في مكان معين ، وتقديم القرابين أو العمل ككاهن جنائزي وغيرها (1)

---

(1) - شفيق شحاتة ، تاريخ القانون الخاص في مصر ، الجزء الأول . مصر :

1950 ، ص 29 ، 86 ، 87 .

ويذهب بعض الفقهاء الى أن بعض الوثائق عبرت عن الارث بلفظ الهبة ، ولذا قال فريق منهم أن الارث كان يعتبر هبة مقيدة بشرط ، حيث كان المورث يهب أمواله الى أولاده أو ابنه الأكبر ويشترط عليه في الوقت نفسه عدم إنتقال ملكية المال الموهوب إلا بعد وفاته (1) .

أما القانون الروماني فقد عرف هو الآخر الشرط المقترن بالعقد خاصة في عقد البيع ، ومن أمثلة بعض الشروط التي عرفها : « خيار الوفاء أو الإسترداد » « Le Pactum de Retrovendendo » ، و « خيار النقد Lex commissoria » ، و « خيار الأفضل » « L'addictio in diem » ، و « خيار الشرط » « Le Pactum displicentiae » (2) .

كما تجدر الإشارة ، الى أن القانون كان قد أعطى قوة ملزمة للاتفاقات التي تلحق بعقدا ، أي تضاف إليه بعد إبرامه بقصد تعديل الآثار العادية التي من شأنه أن يرتبها (3) .

---

(1) - محمود ، السقا ، معالم تاريخ القانون المصري . مصر : مكتبة القاهرة الحديثة بدون سنة ، ص 353 .

(2) - Paul Frédéric Girard : Manuel élémentaire de droit romain ، - (2) sixième édition ، Paris 1918 , P 732 , 733 .

(3) - توفيق ، حسن فرج ، القانون الروماني ، بيروت - لبنان : 1985 ، ص 41 .

ولقد تطورت وتبلورت فكرة الشرط المقترن بالعقد في القانون الروماني ، ولكنها لم تأخذ صيغتها النهائية إلا على أيدي الحشوية الذين قسموها الى شروط تتصل بجوهر العقد « ESSENTIALIA » ، وشروط تقتضيها طبيعة العقد « NATURALIA » ، وشروط لا تتصل بجوهر العقد ولا بطبيعته وهي الشروط العرضية (1) . غير أنه وبالرغم من ذلك فإن القانون الروماني ضل يخلط بين الشرط المقترن بالعقد و بين بعض الشروط الأخرى .

كما أن الشريعة الإسلامية الغراء عرفت هي الأخرى الشرط المقترن بالعقد ، ولكنها تعرضت له بإسهاب وإمعان ، وأعطت له حقه الوافي أكثر من أي شريعة أخرى أو قانون ، وذلك لما له من أهمية في مختلف عقود المعاملات . فتطرق الى مدى حرية الإرادة في إبرام العقود وإشتراط الشروط ، وأعطت معيار التمييز بين الشروط المشروعة وغير المشروعة ومدى تأثيرها على مختلف العقود .

أما اذا نظرنا الى مختلف التشريعات الحديثة ، فاتنا نلاحظ بأن الكثير منها تطرقت الى الشرط المقترن بالعقد ونظمتة في نصوص خاصة ، على خلاف البعض الآخر الذي ترك أحكامه مبعثرة ومتشعبة هنا وهناك يكتنفها الغموض والابهام في كثير من الحالات .

ودرستنا لمسألة إقتران الشروط بالعقود تقتضي منا تقسيم هذا الباب الى فصلين كاملين ، حيث رأينا أن نخصص الفصل الأول منه لمفهوم الشرط المقترن بالعقد وتبيان مدى حرية الإرادة في إشرطه سواها في الفقه الإسلامي أو القانون الجزائري .

---

(1) - شحاتة ، المرجع السابق ، ص 311 .

وأما الفصل الثاني ، منه فقد إرتأينا أن نتطرق فيه الى تحديد و تبيان ضابط أو معيار التمييز بين الشروط المشروعة وغير المشروعة ، وذلك طبعاً دائماً وفقاً لدراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري .

## الفصل الأول

مفهوم الشرط المقترن  
بالعقد ومدى حرية  
الإرادة في اشتراطه

## الفصل الأول

### مفهوم الشرط المقترن بالعقد ومدى حرية الإرادة في اشتراطه

#### تمهيد :

بعدما تطرقنا في الفصل التمهيدي الى مفهوم الشرط بصفة عامة ، وبعد تمكننا من خلال ذلك من تحديد موقع الشرط المقترن بالعقد من مفهوم واسع ومتشعب لمصطلح يسمى الشرط .

وبعد إستبعاد كل الشروط التي لامت له بأية صلة ، سواء من حيث المصدر (1)، أو من حيث الوظيفة (2) ، أو حتى من حيث موضع الشرط في حد ذاته من العقد (3) ،

---

(1) - حيث تم إستبعاد كل من الشرط الشرعي أو القانوني و الشرط العرفي ، وتم الإبقاء على الشرط الجعلي أو الإرادي " راجع في ذلك الصفحة 35 ومايلها من هذه الرسالة " .

(2) - حيث تم إستبعاد كل من شرطي التعليق والاضافة ، وتم الإبقاء على شرط التقييد . " راجع في ذلك الصفحة 44 ومايلها من هذه الرسالة " .

(3) - حيث تم استبعاد كل من الشرط المتقدم والمتأخر ، وتم الإبقاء على الشرط المقارن للعقد ، أي المقترن به . " راجع في ذلك الصفحة 63 ومايلها من هذه الرسالة " .

و كذا من حيث مدى إرتباطه بالسبب أو المسبب (1) . نأتي الآن الى تسليط الضوء أكثر على هذا النوع من الشروط .

وحتى يتسنى لنا ذلك ، لابد من تقسيم هذا الفصل الى أربعة مباحث : يتم التعرف في المبحث الأول منه إلى تعريف الشرط المقترن بالعقد ، و تمييزه عما يشابهه من الشروط الأخرى ، والتي توحي بظاها أنها شروط مقتترنة بالعقد .

أما المبحث الثاني فأتنا نخصه لدراسة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء في مدى حرية الإرادة في إشتراط الشروط المقتترنة بالعقود .

وبالمقابل يخصص المبحث الثالث الى موقف المشرع الجزائري من حرية إشتراط الشروط حتى يمكن الخروج في الأخير بخلاصة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في هذا الصدد .

---

(1) - حيث تم إستبعاد الشرط المكمل للسبب وتم الإبقاء على الشرط المكمل للمسبب .  
" راجع في ذلك الصفحة 55 ومايليها من هذه الرسالة " .



## المبحث الأول

### تعريف الشرط المقترن بالعقد و تمييزه

#### عما يشابهه من الشروط الأخرى

إن دراسة مضمون هذا المبحث تقتضي منا تقسيمه الى مطلبين . حيث يتم في مطلبه الأول التعرض الى مختلف التعاريف التي قيلت بشأن الشرط المقترن بالعقد ، حتى يمكن من خلال ذلك إبراز وإستخراج تعريف جامع وماتع له .

أما المطلب الثاني فيتم تخصيصه الى محاولة تمييز الشرط المقترن بالعقد عن بعض الشروط التي تشبهه به كثيرا الى حد الخلط بينهما ، والناجم عن إحتوائها لصفة الاقتران بالتصرف ، غير أن تأثيرها في هذا الأخير راجع الى عوامل أخرى غير عامل إقترانها بالعقد .

## المطلب الأول

### تعريف الشرط المقترن بالعقد

إن لفظ أو مصطلح الشرط المقترن بالعقد ، له عدة كلمات أو مصطلحات مرادفة له في القانون الوضعي في إطار العقد ، للدلالة على جزء من مضمون ما إتفقا عليه

أطرافه ، أي كجزء من التصرف القانوني أو بند من بنود العقد (1) .

حيث يلاحظ وجود عدة مصطلحات تطلق عليه فتارة يطلق عليه مصطلح " شرط " ، وتارة أخرى مصطلح " عبئ " ، وطورا مصطلح " تكليف " ، وطورا آخر مصطلح " بند " .

وهذه المصطلحات في الحقيقة تؤدي في كثير من الحالات الى احداث خلط كبير بين مختلف المصطلحات والغرض المقصود الوصول اليه ، اذ قد يطلق لفظ أو مصطلح ذا دلالة معينة على أمر ذي دلالة مغايرة تماما للمعنى المقصود .

ونعتقد أن هذا الخلط وارد في القانون الفرنسي (2) ، والذي يخلط بدوره بين

(1) - أنظر في ذلك كل من :

- A . Coline & H . Capitant : Cours élémentairededroit civil français ; quatrième édition , deuxième tome , Paris 1924 , p127 .
- T. Huc : Comentaire théorique & pratique du droit civil ; septième tome , Paris 1894 ; p323 .
- Lacantinerie & L . Barde : Traité theorique & pratique du droit civil ; deuxième édition ; p 3.
- جميل ، الشرقاوي ، أحكام الالتزام . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، 1977 ، ص 164 .
- سليمان ، مرقس ، موجز أحكام الالتزام . القاهرة - مصر : دار الهنا للطباعة - 1961 ، ص 811 .
- (2) - ولقد ورث القانون الفرنسي هذا الخلط عن القانون الروماني السالف الذكر .

مصطلحات عدة ، فهو تارة يطلق عليه لفظ " CONDITION " ، وتارة أخرى مصطلح " CHARGE " ، وفي بعض الأحيان مصطلح " CLAUSE " ، وهو ما ذهب اليه الأستاذ سيمليه " Simler " (1) حينما قال :

« Dans certains cas , la terminologie juridique française comport d'importantes lacunes , en ce sens qu' elle désigne souvent par le même terme des notions très différentes , ce qui ne laisse pas de provoquer des confusions facheuses . Ainsi en est-il du terme ( Condition ) » .

ولقد حاول العديد من الفقهاء و رجال القانون تعريف الشرط المقترن بالعقد . حيث قال بعضهم (2) : أن الشرط المقترن بالعقد هو التزام المتصرف في تصرفه أمرا زائدا على أصل ذلك التصرف ، سواءا كان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك التصرف بأن كان أثرا من آثاره أم لم يكن كذلك ، وسواءا أكان فيه منفعة لمن إلترزم به أو لغيره أم لم يكن فيه منفعة لأحد . وأضاف الأستاذ زكي الدين شعبان (3) على ذلك عبارة " ثبت ذلك باللفظ أم لا " .

---

(1) Philippe Simler : la nullité partielle des actes juridiques , Paris -

1969 , p 51 .

(2) - علي ، الخفيف ، أحكام الوصية ، القاهرة - مصر : مطبعة معهد الدراسات

العربية ، بدون سنة ، ص 77 .

(3) - شعبان ، المرجع السابق ، ص 29 .

وهناك من يقول بأن الشرط المقترن بالعقد هو الشرط الذي يضاف الى أصل العقد ، بحيث يوجب بهذا الشرط أمرا زائدا على العقد (1) .

وإذا ما تفحصنا التعريف الذي أورده الأستاذ محمد سلام مذكور (2) ، فاتنا نلاحظ بأنه يذهب الى تعريف يقارب تعريف الشيخ علي الخفيف السابق ذكره ، حيث يعرف الشرط المقترن بالعقد بأنه عبارة عن التزام المتعاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد ، سواء أكان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط ، أم كان الاشتراط لصالح الغير ، أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقا .

أما الأستاذ السنهوري (3) ، فقد قال بشأنه أنه شرط يضيف لمقتضى العقد ما هو أصل ، وليس في وجوده غرر ولا هو محرم ، أي ليس بالشرط المحذور .

والاقتران بالشرط أو التقيد به ، هو إلتزام حكم في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه .

وذلك كما لو باع إنسان بضاعة على شرط أن تكون محمولة على حسابه الى محل

---

(1) - عبد الله ، الجليلي ، الشرط المستحيل و المخالف للنظام العام أو للآداب .

القاهرة - مصر : المطبعة العالمية ، 1958 ، ص 79 .

(2) - محمد سلام ، مذكور ، المدخل للفقهاء الاسلامي ، الطبعة الثانية ، القاهرة - مصر :

دار النهضة العربية ، 1963 ، ص 639 .

(3) - عبد الرزاق ، السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي . المجلد الأول ،

الجزء الثالث : دار الفكر للطباعة والنشر ، بدون سنة ، ص 105 .

المشتري . فهنا نلاحظ أن هذا الالتزام لم يكن ليقترضه البيع المطلق الخالي من الشرط، لأن البيع المطلق إنما يوجب إنتقال الملكية بعوض ، ثم أن المالك الجديد " المشتري " هو المكلف بنقل مشتراه على حسابه .

و الجدير بالذكر أن الفقهاء يعرفون الشرط التقييدي " أي الشرط المقترن بالعقد " بأنه التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد . ومنه ففي المثال المذكور أعلاه ، نلاحظ أن البائع قد إلتزم أمرا لم يقع ، وهو حمل المبيع على حسابه ، وأن التزامه هذا حصل في ضمن أمر قد وجد وإبرم ، وهو عقد البيع .  
ومنه نجد أن هذا التعريف يقابل قولهم في تعريف الشرط التعليقي بأنه : " ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد " .

وبالتالي فالمقيد هو حكم العقد المنشأ ، والقيد هو الشرط الذي التزم به المتعاقد ماإلتزم علاوة على الحكم الأصلي للعقد .  
وغني عن البيان أن العقد في حالة الاقتران أو التقييد يكون منجزا منبرما وليس معلقا وجوده على شيء ، لأن معنى التقييد يشعر بوجود الأمر المقيد (1) .

وفي ذلك يقول الأستاذ صبحي المحمصاتي (2) في تعليقه مايلي : " ولما كانت هذه الشروط تقيد أحكام العقد ، فقد سميت شروط التقييد ، فشرط التقييد إذا هو مااتفق عليه المتعاقدان لتحديد علاقتهما ، وتعيين موجباتهما ، وتغيير أحكام العقد العادية زياداً أو نقصان .

(1) - راجع في ذلك : الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 366 ، 367 .

(2) - صبحي ، المحمصاتي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية

الطبعة الثانية . بيروت - لبنان : دار العلم للملايين ، 1972 ، ص 460 .

مثال ذلك : الشروط الخاصة بقسمة الأرباح في عقد الشركة ، أو الخاصة بدفع الأجرة في عقد الاجارة ، أو ما أشبه ذلك " .

ومن خلال كل ما تقدم ، يمكن الاستنتاج و القول بأن الشرط المقترن بالعقد ، هو ذلك الشرط الذي يدرجه المتعاقدان في عقدهما بغية تحقيق أغراض و مصالح إجتماعية و إقتصادية ومالية وغيرها خارجة عن مقتضى العقد ذاته ، فيزيديا بواسطته في الالتزامات الواردة في العقد .

وإن هذه الالتزامات الزائدة عن مقتضى العقد والتي تدرج فيه ، هي التي تعرف باسم " الشرط المقترن بالعقد " ، لأنها تلحق بالعقد فتقترن به فتكون بمثابة الحكم أو الأحكام التي اتفقا عليها المتعاقدان بنية تنظيم وتنجز عقدهما ضمن إطارها ، وقد تسمى ببند العقد أو تكاليفه أو أعبائه ، ولكن في الحقيقة تعددت الأسماء واختلفت إلا أن المعنى واحد ، وهو ما يشترط في العقد من شروط من قبل أحد المتعاقدين أو كلاهما والتي هي ليست لازمة بمقتضى العقد المنجز ، ولكن باشتراطها فيه أصبحت لازمة ، أي استمدت قوتها الإلزامية من الشرط .

كما تجدر الإشارة ، الى أن الشرط المقترن بالعقد كما يمكنه أن يقترن بعقد منجز يمكن كذلك الاقتران بعقد معلق على شرط أو مضاف الى أجل ، ولكن بمجرد إدراجه في العقد يصبح جزءا لا يتجزأ منه ، ويدخل بالتالي في مضمونه وصميمه . وعليه فالشرط المقترن بالعقد لا يعتبر كأمر عارض مثل ما هو عليه الحال بالنسبة لشرط التعليق .

كما أن الشرط المقترن بالعقد يصاغ عادة بكلمة « على أن » أو « على شرط أن » أو « بشرط أن » وغيره من الصيغ التي تفيد معنى تقييد العقد بهذا الشرط .

وبعدما تم التعرف على الشرط المقترن بالعقد ، يمكن الآن تمييزه عن غيره من الشروط الأخرى حتى نبرزه ونوضحه أكثر ، خاصة وأن هذه الشروط تشبه به كثيرا الى حد اعتبارها من قبل البعض أنها من قبيل الشرط المقترن بالعقد ، في حين أنها ليست كذلك ، وهذا ما سنتناوله في المطلب الموالي .

## المطلب الثاني

### تمييز الشرط المقترن بالعقد عما يشابهه من الشروط الأخرى

في هذا المطلب ، نتعرض الى محاولة تمييز الشرط المقترن بالعقد عن جملة من الشروط والتي قد تختلط به كثيرا .  
ومن بين هذه الشروط التي يتم تناولها بالدراسة ، أي التي نميز بينها وبين الشرط المقترن بالعقد ، الشروط التالية : الشرط الفاسخ - شرط الغرر - شرط الصفة .

### أولا : التمييز بين الشرط المقترن بالعقد والشرط الفاسخ

يعتقد الكثيرون من رجال الفقه القانوني ، أن الشرط المقترن بالعقد هو نفسه الشرط الفاسخ ، إلا أن الأمر غير ذلك .  
فمثلا هناك من يقول (1) : أن الشرط المقترن بالعقد هو الشرط الفاسخ في القانون

---

(1) - الجليلي ، المرجع السابق ، ص 80 .

الوضعي وإن كان هذا الشرط الفاسخ في بعض الأحيان يكون صريحا وفي بعض الأحيان يكون ضمنيا ، ومع ذلك فليس في الفقه الاسلامي ما يمنع من أن يكون الشرط المقترن بالعقد شرطا فاسخا صريحا بإدخال كلمة "إن لم تقم بالعمل فلي الفسخ" .

ثم استطرد الأستاذ عبد الله الجليلي (1) قائلا : " لو نظرنا الى معنى الشرط الفاسخ ، لرأينا أن التصرف فيه يكون نافذا غير لازم ، لأن ارادة العاقدين أرادت له ذلك اذا لم يقم المشترط عليه بالأمر المطلوب منه القيام به بأمر منهي عنه في العقد . ولو رجعنا الى أقوال الفقهاء ، لرأينا أنهم يرون أن للمشترط في الشرط المقارن للعقد حق الفسخ ، ومعنى هذا أن العقد يكون نافذا غير لازما ، وهذا رأي كثير من فقهاء الشريعة الاسلامية . . . وأن القاضي لا يجد أمامه غير فسخ العقد إن أبان المتعاقد إرادته بالفسخ . وهذا يدل على أن الشرط المقترن بالعقد شرط فاسخ من حيث الظاهر" .

وأضاف قائلا (2) : " أن إقتران العقد بالشرط يجعل العقد على خطر الزوال عندما لا يقوم المشترط عليه بما طلب منه المشترط ، أي أن المشترط ترك تنفيذ الشرط على إرادة المشترط عليه ، فإن وفى بالشرط أصبح العقد نافذا لازما ، وإلا عد الشرط متخلفا لعدم قيام المشترط عليه بالشرط ، وبذلك يصبح العقد نافذا غير لازما ويمكن للمشترط أن يفسخ العقد .

ومن إستعراضنا لأقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة ، يظهر لنا أن إقتران العقد بالشرط ليس أكثر من كونه شرطا فاسخا كالشرط الفاسخ الصحيح ، لا فرق بين الإثنين

(1) ، (2) - الجليلي ، المرجع السابق ، ص 388 ، 389 ، 391 .



طالما كان الشرط الفاسخ يجعل العقد نافذا غير لازم ، فقد رأينا أن العقد المقترن بالشرط يجعل العقد نافذا غير لازم كذلك فالإثنان سيان في الحكم " .

بيد أنه وكما سبقت الإشارة إليه ، أن حقيقة الأمر غير ذلك ، لأن الشرط المقترن بالعقد شيء والشرط الفاسخ شيء آخر .

فالشرط الفاسخ ، هو ذلك الشرط الذي يزول الإلتزام بوجوده وتحققه ، إذ كلما تحقق الشرط زال الإلتزام .

مثال ذلك : نزول الدائن عن جزء من حقه ، بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط في ميعاده .

فالشرط في هذه الحالة شرطا فاسخا ، لأنه يترتب على تخلف المدين عن دفع الأقساط الباقية ، إعتبار نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن على الإطلاق .

أما الشرط المقترن بالعقد ، فهو ذلك الشرط الذي يضاف الى أصل العقد ، بحيث يوجب بهذا الشرط أمرا زائدا على العقد ومقتضاه ، كما يندمج في مضمونه بمجرد إدراجه فيه .

والذي يؤكد أن الشرط المقترن بالعقد ليس بالشرط الفاسخ ، هو أن تحقق الشرط الفاسخ يؤدي الى فسخ العقد بقوة القانون دون حاجة الى حكم أو إعدار .

أما فسخ العقد بسبب عدم تنفيذ الشرط المقترن به ، فإنه لا يتم إلا بصدر حكم قضائي يقرر ذلك .

وفي هذا الصدد يقول جوسران " Josserand " (1) :

« La resolution conditionelle d'un acte juridique est automatique ; la révocation d'une libéralité pour inexécution des charges est judiciaire » .

كما تجدر الإشارة ، الى أن إلتجاء صاحب المصلحة في بعض الحالات الى القضاء لإستصدار حكم منه في حالة الشرط الفاسخ وصدور حكم يقضي بالفسخ ، فإن هذا الحكم لا يعتبر حكما منشئا له ، بل هو حكم كاشف ومقرر له فقط ، لأن الفسخ في حقيقته وقع بقوة القانون من وقت تحقق الشرط .  
وغني عن البيان أن المحكمة لا تملك سلطة تقديرية بشأن الفسخ في حد ذاته ، كما أنها لا تنشؤه .

وفي ذلك يقول كابتان « Capitant » (2) :

« Le tribunal ne joui d'aucun pouvoir d'appréciation »

أما في حالة الشرط المقترن بالعقد ، فإن الفسخ لا يتم كما سلف ذكره ، وإنما يتم عن طريق القضاء . وبالتالي فإن حكم المحكمة في هذه الحالة يعتبر حكما منشئا للفسخ ، عكس حالة الشرط الفاسخ الذي يكون فيها الحكم كاشفاً ، ومنه فإن عدم تنفـذ الشرط المقترن بالعقد لا يؤدي الى فسخ العقد تلقائياً .

---

(1) Josserand ; les mobiles dans les actes juridiques en droit

privés , Paris 1928 ; p 176.

(2) Capitant ; de la cause des obligation , Paris 1923 ; p 188 .

كما أنه إذا نظرنا من زاوية الأثر الرجعي للفسخ ، فإننا نلاحظ أن تحقق الشرط في حالة الشرط الفاسخ ، يؤدي الى فسخ العقد بأثر رجعي طالما لم يوجد نص أو إتفاق يقضي بغير ذلك ، وبالتالي يرجع المتعاقدان الى حالة ما قبل التعاقد .  
وعليه إذا قام المدين بالوفاء ، فإن له أن يسترد ما أوفى به ، وإذا ما إستحال الرد وجب عندئذ التعويض ، إلا إذا كانت الإستحالة قد وقعت بسبب أجنبي ، فهنا لا يكون التعويض لا نفاء المسؤولية .

أما إذا كنا بصدد الشرط المقترن بالعقد ، فإن فسخ العقد يكون خاليا من الأثر الرجعي. ومنه يمكن الإستنتاج والقول ، بأن كل التصرفات التي تصدر من المالك تحت شرط فاسخ تسقط (1) .

---

(1) - وتجدر الإشارة هنا ، الى أن هناك إستثناءات ترد على الأثر الرجعي أوردها المشرع الجزائري ، والتي تتمثل فيمايلي :

أ - أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن ، تبقى نافذة على الرغم من تحقق الشرط الفاسخ ، بوصفها أعمال ضرورية يجب القيام بها في الوقت المناسب حتى لا يتعطل إستغلال الأموال . " راجع في ذلك المادة 207 من القانون المدني " .

ب - إذا تبين من إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمنا ، أنهما إستبعدا الأثر الرجعي للشرط ، لأن الأثر الرجعي قائم على نيتهما المحتملة ، فإذا تعارضت النية المحتملة مع النية الحقيقية ، فإن النية الحقيقية هي التي يعمل بها . " راجع في ذلك المادة 208 من القانون المدني " . =

كما أن الشرط الفاسخ ، يعتبر في حقيقته أمرا عارضا لا يدخل في مضمون وصميم العقد على الإطلاق ، ومنه لا يمتد الى أهداف المتعاقدين وغاياتهم ، وعليه فإن فكرة المشروعية لا يمكن أن تثار بالنسبة إليه ، لأنه بطبيعته لا يمكن أن يتصف بالمشروعية أو عدمها . على عكس الشرط المقترن بالعقد ، الذي يعتبر بمجرد إدراجه في العقد جزءا لا يتجزأ منه ، ويدخل بالتالي في مضمون ما إتفقا عليه المتعاقدان ، ومنه يمكن أن تثار بشأنه فكرة المشروعية، لأن الشرط إنصب على تراضي المتعاقدين.

ومن خلال كل ما تقدم ، يمكن الإستنباط والقول بأن الشرط المقترن بالعقد ليس هو الشرط الفاسخ كما نادى به البعض ، بل كل منهما مستقل عن الآخر وله أحكامه الخاصة به . وعليه فعند دراستنا للشرط المقترن بالعقد فإنه لا يقصد من ذلك دراسة الشرط الفاسخ ، لأن هذا الأخير متميز عنه ، وبالتالي سيتم إستبعاده من مجال هذا البحث الخاص بالشرط المقترن بالعقد فقط .

---

= ج - إذا كان العقد بطبيعته لا يقبل الأثر الرجعي ، مثال ذلك العقد الزمني كعقد الإيجار ، فإذا علق عقد الإيجار على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط ، فإن ما تم من العقد لا يقبل بطبيعته الأثر الرجعي ، فلا يفسخ الإيجار إلا بالنسبة للمستقبل فقط ، أما الماضي فلا يمكن الرجوع فيه . " راجع في ذلك المادة 208 من القانون المدني " .

د - إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط . " راجع في ذلك المادة 208 / 2 من القانون المدني " .

## ثانياً: التمييز بين الشرط المقترن بالعقد وشرط الغرر

إن شرط الغرر يعتبر في حقيقة الأمر، من قبيل الشرط المقترن بالعقد طالما أنه مصاحب ومقارن للعقد ، لكن هذا الشرط يؤدي الى فساد العقد الذي إقترن به نتيجة للغرر الذي لحق به .

وكما هو معلوم فإن الغرر يفسد العقد حتماً ، فهو عكس الشرط المقترن بالعقد الذي يشترطه المتعاقد في عقده ليضيف أمراً زائداً على أصل ومقتضى العقد فيحدث أثره في حكمه .

وعليه فشرط الغرر بهذه الصفة ، يكون مخالفاً ومتميزاً عن الشرط المقترن بالعقد الذي نحن بصدد دراسته والبحث عنه .

فشرط الغرر ، هو الشرط الذي لا يمكن الوقوف عليه والتحقق من وجوده وقت العقد ، ولو أمكن التحقق منه بعد ذلك (1) . مثال ذلك إشتراط الحمل في الشيء المبيع إذا كان أنثى حيوان .

ولقد ورد في البدائع (2) : " منها شرط في وجوده غرر ، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم ، ولا يمكن الوقوف عليه بالحال ، لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره ، فكان في

---

(1) - السنهوري ، مصادر الحق ، المجلد الأول ، الجزء الثالث ، ص 103 .

(2) - الكساتي ، المرجع السابق ، ص 168 .

وجوده غرر ، فيوجب فساد البيع ، لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وغرر ، والمنهى عنه فاسد . . . (ثم إصطرد قائلا) . . . لأن الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطا ، وكون الناقة حاملا وان كان صفة لها لكن لا تحقق له إلا بالحمل ، وهو عين في وجوده غرر ومع ذلك مجهول ، فأوجب ذلك فساد البيع " .

وعليه فالفرق واضح بين شرط الحمل والشرط الذي هو في حقيقته صفة في المعقود عليه ، حيث لا ينفصل عنه ، كما لا يتصور إنقلابه أصلا . أما الحمل في حد ذاته هو عين لا صفة ، إذ ينفصل عن المعقود عليه ، كما يتصور إنقلابه أصلا .

فالشرط المقترن بالعقد إذا يتميز ويختلف عن شرط الغرر ، ومنه سنستبعد هذا الأخير من مجال هذه الدراسة وهذا البحث .

### ثالثا: التمييز بين الشرط المقترن بالعقد وشرط الصفة

قد يشترط المشترط في العقد توافر صفة معينة في الشيء المبيع ، وهو ما يعرف بشرط الصفة . وهذا الشرط وان كان يشتبه في ظاهره بالشرط المقترن بالعقد ، لأنه هو الآخر مقارن ومصاحب للعقد ، إلا أنه في حقيقة الأمر يختلف عنه .

فالفرق واضح ، كما يقول الأستاذ السنهوري (1) بين الشرط الذي هو في

(1) - السنهوري ، المرجع السابق ، ص 102 ، 103 .

حقيقته صفة للمعقود عليه وبين الشرط المقترن بالعقد . فصفة المعقود عليه لا يتصور انقلابها أصلا ، وليست له حصة من الثمن (1) ولو كان المشروط موجودا وقت العقد لدخل في المبيع من غير تسمية . ثم ان الصفة المحضة ليست عينا بخلاف الشرط المقترن بالعقد ، فانه يتصور انقلابه أصلا ، وهو شيء مستقل عن العين المباعة ، هذا الى أن الصفة تقرير أمر حال ، والشرط انشاء أمر مستقبل .

كما أن شرط الصفة لا يضيف أمرا زائدا على أصل العقد طالما أن هذه الصفة لا تنفصل عن الشيء المعقود عليه ، على عكس الشرط المقترن بالعقد الذي يضيف أمرا زائدا على أصل العقد ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، فإن الشرط المقترن بالعقد كما سلف ذكره يعتبر أمرا خارجا عن الماهية ، وله تأثيرا كبيرا و مباشرا على آثار العقد وأحكامه . بينما الصفة تدخل في الماهية ، وعليه تؤثر مباشرة في محل التعاقد ، إذ بها يتحدد ركن المحل .

ولقد جاء في البدائع (2) : " ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طبخة أو خبازة ، أو غلاما على أنه كاتب أو خياط . . . فالبيع جائز لأن المشروط صفة للمبيع

---

(1) - في الحقيقة لا نوافق الأستاذ السنهوري في كون الصفة ليست لها مقابل من الثمن ، بل بالعكس قد تكون الصفة هي التي لها القسط الأكبر في تحديد الثمن . فمن يشتري حصان عادي مثلا يدفع الثمن أقل ممن يشتري حصان عربي أصيل ، فالثاني صفته تزيد في ثمنه على الرغم من أن هذه الصفة لا يتصور انقلابها أصلا .

(2) - الكساتي ، المرجع السابق ، ص 168 .

... لا يتصور إنقلابها أصلا . . . بخلاف ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل ، أن البيع يفسد في ظاهر الرواية ، لأن الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطا ، وكون الناقة حاملا وان كان صفة لها لكن لا تحقق له الا بالحمل ، وهو عين في وجوده غرر، ومع ذلك مجهول ، فأوجب ذلك فساد البيع " .

وجاء في تعليق الأستاذ السنهوري (1) على ذلك : " أنه هناك فرق بين شرط الحمل والشرط الذي هو في حقيقته صفة في المعقود عليه . . . فلو اشترى جارية على أنها طباحة أو خبازة ، فالشرط هنا صفة في الجارية لا ينفصل عنها ولا يتصور إنقلابه أصلا .

أما إذا اشترى الجارية على أنها حامل ، فإن الحمل عين لا صفة ، ينفصل عن الجارية، ويتصور إنقلابه أصلا " .

ومنه فمن يشتري بقرة على أنها حلوب ، فالشرط هنا يكون بمثابة صفة . أما إذا اشترى البقرة على أنها حامل فهنا لا تكون بصدد صفة ، بل أمام عين تنفصل عن الأصل وهو الشيء المعقود عليه ، وهي البقرة في هذا المثال .

وعليه يمكن القول بأن الشرط المقترن بالعقد يختلف تماما عن شرط الصفة ، وبذلك نستبعد هذا الأخير من دائرة البحث والدراسة .

---

(1) - السنهوري ، المرجع السابق ، ص 103 .



فمن خلال كل ما تقدم في هذا المبحث ، يمكن القول بأنه زال الغموض حول الشرط المقترن بالعقد ، خاصة بعد تعريفه وتمييزه عن غيره من الشروط الأخرى التي تشتبه به كثيرا .

وبعد هذا كله ، نأتي الآن للتطرق إلى مدى حرية الإرادة في اشتراطه ، سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الجزائري .  
وسوف يتم تخصيص المبحث الموالي ، للتعرض إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى حرية الإرادة في اشتراط الشروط .  
ثم في المبحث الذي يليه ، يتم التعرض إلى موقف المشرع الجزائري من ذلك ، حتى يمكن في الأخير الخروج بمقارنة بينهما حول هذا الموضوع الحساس في مجال المعاملات .

## المبحث الثاني

### آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في

### حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد

#### تمهيد

إن عملية إبرام العقود تتم كما هو معلوم بمحض إرادة المتعاقدين ، فإذا ما تم ذلك ترتبت أحكام تلك العقود وآثارها ، والتي تكون محددة مسبقاً من قبل الشارع ، إذ أن هذا الأخير هو الذي يرتب على كل عقد آثاراً معينة . وأن الشروط التي تقتنر بالعقود من شأنها أن تزيد أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة أحد المتعاقدين أو كلاهما حسب المصالح المتبادلة والمرجوة من إبرام العقد أساساً ، إذ أنها تضيف إلى نتائج العقد حقوقاً والتزامات بين أطراف العلاقة التعاقدية ، والتي لم يكن ليقترضها أصل العقد لو خلا مما اشترطه المتعاقدين فيه .

من هنا يثور التساؤل حول مبدأ سلطان الإرادة في آثار العقد ، فهل يمكن

للمتعاقدين من تعديل الآثار الأصلية للعقد المسمى بينهما بما يشترطه من شروط فيه ، أم أنه لا يمكنهما ذلك باعتبار أن تحديد الشارع لهذه الآثار كما سلف بيانه ، يعني وجوب ترتيبها وعدم إمكانية تعديلها أو تغييرها أو مخالفتها بإرادتهم المنفردة ؟ أي بمعنى آخر نتساءل حول مدى حرية إرادة المتعاقدين في اشتراط الشرط المقتنر بالعقد ؟ هل الأصل هو الحرية والإطلاق أم المنع والتقييد ؟

في الحقيقة كان هذا التساؤل محل اختلاف كبير بين مختلف فقهاء الشريعة الإسلامية ، إذ أنهم انقسموا إلى ثلاثة آراء : فمنهم المقيدون أو المضيقين لحرية

الإشتراط ، إذ لا يجوز في نضرم الإشتراط في العقود إلا إذا ثبت النص والدليل الصريح على إباحة هذا الشرط أو ذلك في العقد .

ومنهم الموسعين أو المبيحين الذين يطلقون للإرادة حريتها في إشتراط ما تشاء من الشروط في مختلف العقود ، ولا يطالبون بتقديم النص أو الدليل الصريح الذي يدل علم جواز الإشتراط ، بل بالعكس يكتفون بعدم وجود النص أو الدليل الصريح الذي يدل على تحريم العقد أو الشرط ليقولوا بالجواز والصحة ، على غرار ما استقرت عليه المبادئ القانونية الحديثة في ذلك .

أما الفريق الثالث ، فيمثله الموسطون بين الرأيين السابقين ، فهم لا يميلون كل الميل الى المنع والتقييد المطلق كما ذهب إليه الرأي الأول ، ولا يميلون الى الإباحة والإطلاق كما ذهب إليه الرأي الثاني ، بل جعلوا الأصل هو التقييد والإستثناء هي الإباحة ، وتمسكوا بنظرية مقتضى العقد ، ولكنهم توسعوا في الإستثناء كثيرا كما سوف يتضح عند التطرق الى هذا الرأي .

وعليه سيتم التطرق في هذا المبحث وتسليط الضوء أكثر، على مختلف آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى حرية إرادة المتعاقدين في إشتراط الشروط في مختلف العقود وذلك ضمن أربعة مطالب :

يتم في المطلب الأول ، التعرض الى الرأي الأول ، والذي يقول بحضر إشتراط الشروط وتقييدها إلا ما ورد الشرع بإيجازته ، حيث يتم تناول مضمونه ثم أدلته فتقديره .

أما المطلب الثاني ، فإنه يخصص لدراسة الرأي الثاني ، والذي ينادي بحرية الإشتراط إلا إذا دل على تحريمه نصا أو قياسا ، فيتم فيه توضيح مضمونه وتبيان أدلته فمحاولة تقديره .

وفي المطلب الثالث ، يتم التطرق الى الرأي الثالث ، وهو الرأي المتوسط الذي يتوسط الرأيين السابقين ، وفيه يكون التعرض الى مضمونه وكذا أدلته فتقديره .

وفي الأخير نحاول الخروج بخلاصة حول هذه الآراء فنستمد منها موقف الشريعة الإسلامية الغراء من حرية إشتراط الشروط في مختلف العقود .

ثم بعد كل ذلك يتم التطرق في المبحث الذي يليه ، الى موقف المشرع الجزائري من ذلك ، حتى يكمن في الأخير الخروج بمقارنة بين ما ذهب إليه القاتون الجزائري والشريعة الإسلامية في ذلك .

## المطلب الأول

### الرأي الأول : حظر اشتراط الشروط إلا ما ورد الشرع بإجازته

في هذا المطلب ، تتم دراسة مضمون هذا الرأي فتبيان أدلته ثم تقديره .

#### أولاً : مضمون هذا الرأي

إن أنصار هذا الرأي هم أصحاب المذهب الظاهري ، الذين يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها ، حيث ذهبوا الى تقييد حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط ، فكل شرط لم يرد به الشرع يعتبر في نظرهم باطلا .

فمن خلال نظرتهم الظاهرية والسطحية لبعض النصوص ، ذهبوا الى أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا شروطا في العقد الا اذا ورد بشأنها دليل خاص معين ومحدد من الأدلة المعتبرة في اثبات الأحكام الشرعية ، لأن الالتزامات المفروضة بموجب العقد لا يمكنها أن تستمد قوتها إلا من النصوص الشرعية ، وبالتالي فليس لإرادة المتعاقدين أي دور في فرضها عن طريق الشرط في العقد ، وإنما مما يرتبه الشارع على أقوالهم ويحكم بأنه أثر لتصرفاتهم . وبالتالي فما لم يرد من الشارع دليلا على إعتبار الشروط التي يشترطها المتعاقدان ، فإنه لا يلتفت ولا ينظر إليها ولا يحكم لها بأثر ، كما لا تنال قوة التنفيذ .

وعليه يمكن القول ، بأن أصحاب هذا الرأي يجعلون الأصل في الشروط والعقود هو الحظر والمنع حتى يقوم الدليل الشرعي على الصحة والجواز ، وإلا فإن العقود والشروط باطلة لا يجب الوفاء بها ، وذلك لإعدام الأساس أو الدليل الشرعي الذي

يبیح الإ شتراط ، وتبعاً لذلك يبطل حتى العقد في نظرهم ، ويعلّون ذلك بأن الرضا بالعقد قد إقترن بالشرط ، وبالتالي إذا بطل الشرط زال الرضا ، وإذا زال الرضا بطل العقد .

وتجدر الإشارة ، الى أن أصحاب هذا الرأي جعلوا آثار العقود من عمل الشارع ، وبالتالي كان الأصل في العقود والشروط عندهم المنع والحظر ، حتى يقوم الدليل على جوازها وبالتالي الوفاء بها .

كما حصروا الأدلة في النص والإجماع فقط ، إذ لا يعترفون لا بالقياس ولا بالعرف ولا بغيرها من الأدلة ، حيث لا إعتبار لها عندهم في تشريع الأحكام . ولذا نجد ابن تيمية (1) يقول فيهم : " فلم يصححوا عقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع ، وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه " .

ويدعم هذا القول كذلك ابن حزم (2) وهو ظاهري إذ يقول : " ان كل شرط اشترطه انسان على نفسه أو على غيره ، فهو باطل يلزم من التزمه أصلاً إلا أن يكون النص أو الإجماع ، وقد ورد أحدهما بجواز التزام الشرط بعينه أو بالزامه " .

ولقد استدل أصحاب هذا الرأي بالكتاب والسنة والمعقول لتدعيم آرائهم .

---

(1) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 323 .

(2) - محمد ، ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، الجزء الخامس . مصر : مطبعة

الامام ، بدون سنة ، ص 61 .

## ثانياً: أدلة هذا الرأي

لقد إستدل أصحاب هذا الرأي بالكتاب والسنة و المعقول .

### أ - من الكتاب:

قوله سبحانه وتعالى : " ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود (1) " . وقوله سبحانه : " وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم (2) " .

حيث يقول الامام ابن حزم (3) : " أما أمر الله بالوفاء بالعقود ولا يختلف اثنان في أنه ليس على عمومه ولا على ظاهره ، ولقد جاء في القرآن بأن نتجنب نواهي الله تعالى ومعاصيه ، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها، فان لا شك في هذا ، فقد صح أن كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ، والباطل محرم ، فكل محرم لايجل الوفاء به .

وكذلك قوله تعالى : " أوفوا بعهد الله إذا عاهدتم " ، فلا يعلم ما هو عهد الله إلا بنص وارد فيه ، وقد علمنا أن كل عهد نهى الله عنه فليس هو عهد الله تعالى ، بل هو عهد

---

(1) - سورة المائدة ، الآية 1 .

(2) - سورة النحل ، الآية 91 .

(3) - ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن ، ص 414 .

الشيطان فلا يحل الوفاء به ، وقد نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل لا يحل الوفاء به " .

كذلك استدلوا بقوله سبحانه وتعالى : " ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون " (1).  
وقوله عز وجل : " ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه " (2) .

ووجه الدلالة في ذلك ، هو أن انشاء العقود والشروط التي لم يرد بها دليل معين ، يعتبر تعديا على حدود ما شرع الله لعباده ، والزيادة في الدين ، وبالتالي فإن من يفعل ذلك يكون قد دخل في زمرة الظالمين المتعدين على حدود الله ونواهيها ، وعليه يجب عدم الوفاء بتلك الشروط التي لم يرد بشأنها دليل معين (3) .

وتجدر الإشارة الى أن المخالفين لهذا الرأي ، أي الذين يطلقون العنان لحرية الإرادة في ابرام العقود واشتراط الشروط ، ناقشوا هذه الإدلة وردوا عليهم بما يلي :

إن الآية الأولى والثانية ليس فيهما ما يدل على ما ذهبتم اليه ، إذ هما واردتان في شأن من يخالف ما شرع الله ، فيترك ما أمر الله بفعله ويرتكب ما نهى عنه ، حيث أن الآية الأولى مسبوقة بذكر أحكام حددها الله سبحانه وتعالى لعباده وبينها لهم من اليمين بالله تعالى والايلاء والطلاق بمال وبغير مال ، ثم عقب الله تعالى ذلك بقوله " تلك حدود الله " أي قوانينه و أحكامه " فلا تعتدوها " أي لا تجاوزوها بفعل ما يخالفها .

(1) - سورة البقرة ، الآية 227 .

(2) - سورة الطلاق ، الآية 1 .

(3) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 326 .



أما الآية الثانية فهي مسبقة بأحكام شرعها الله لعباده و ألزمهم بها من تطبيق النساء في عدتهن أو لإستقبال عدتهن ، ومن نهى المطلقين أن يخرجوا مطلقاتهم من المحل الذي يسكن فيه وقت الطلاق . حيث بعد ذلك وبعد تبين هذه الأحكام ، قال سبحانه وتعالى : " ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه " في الآية الثانية .

وبالتالي فهذه الآيات لا تنطبق على ما يشترط في العقود على الإطلاق ، و أن المقصود بهما هو بيان حكم المتعدي لحدود الله وشريعته ، وذلك ردعا وزجرا للعباد من مخالفة شرع الله وحكمه ، وبهذا يبطل الاحتجاج بهاتين الآيتين (1) .

كما أن استدلال ابن حزم بالآيات الموجبة للوفاء بالعقود والعهود والشروط ، ليست على عمومها ولا على ظاهرها ، كما يقول تعتبر بمثابة دعوى تحتاج للثبات ، وأن ابن حزم لم يقدم أي دليل يعقد به إلا مجرد القياس على المعصية التي لا يجب الوفاء بها ، ولا يختلف الاثنان في أن المعاصي أو التعاقد على المعاصي لا يجب الوفاء به وأنه باطل ، وأن التعاقد على الطاعات يجب الإلتزام والوفاء بها .

كما أن المفسرين والمحدثين ، متفقون على أن الآيات الخاصة بوجوب الوفاء بالشروط والعقود على عمومها وظاهرها حتى يثبت الدليل الخاص (2) .

٤٩٥٦٦٦

(1) - راجع كل من : كوثر، كامل علي ، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى . تونس : دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع ، 1983 ، ص

45 . / شعبان ، المرجع السابق ، ص 73 .

(2) - محمد ، باروني ، الشروط الجعلية في عقود المعاملات الشرعية ، 1988 ،

ص 45 .

إذا ومن خلال كل ما تقدم ، يمكن القول أن الأدلة التي استند عليها المذهب الظاهري من الكتاب ، لم تكن في محلها وكانت خارجة عن جادة الصواب ، كما أن الآيات المستدل بها لم تقيد إطلاقاً حرية الإرادة في إبرام العقود واشتراط الشروط .

## ب - من السنة

استدل أصحاب الرأي الأولى من السنة بمايلي :

1 - بما رواه ابن حزم عن سعد بن ابراهيم أن القاسم بن محمد قال له : أخبرتني عائشة - رضي الله تعالى عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " .

قالوا فهذا حديث صحيح لا منازع في صحته يدل على بطلان " كل عمل ليس على طريقة الشارع وسنته " ، والشرط الذي لم يدل على جوازه دليل معين ليس على طريقة الشارع وسنته فيكون رداً وباطلاً .

ووجه الدلالة أنه أفاد الحديث بطلان كل عمل لا يسير على طريقة المسلمين ولا يوافق شرع الله وحكمه ، والشرط الذي لم يرد على صحته وجوازه دليل معين ليس على طريقة الشارع ولا يتفق مع حدوده الشرعية ، لذا كان مردوداً وباطلاً ، فلا يجب الوفاء به . ومن يعقد عقداً أو شرطاً لم يرد به النص الشرعي يكون خارجاً عن أمر الشرع فيكون باطلاً (1) .

---

(1) - ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، الجزء الخامس ، ص 32 .

2 - بما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة رضي الله تعالى عنها (1) ، قالت: جاءتني بريرة قالت : كاتبت أهلي على تسع أواق في تسع سنين ، في كل سنة أوقية فأعينيني ، قالت عائشة : إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ، ويكون الولاء لي فعلت ، فذكرت ذلك لأهلها فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم ، فأتتني فذكرت ذلك ، قالت فانتهرتها ، فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألني فأخبرته ، فقال : اشتريها وأعتقها و اشتري لهم الولاء ، فان الولاء لمن اعتق ، ففعلت ، قالت : ثم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم عشية فحمد الله وأثنى عليه بما أهله ثم قال : " أما بعد : فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وان كان مائة شرط ، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق ، ما بال رجال منكم يقول أحدهم : أعتق فلانا والولاء لي ، انما الولاء لمن أعتق " (2) .

ووجه الدلالة في ذلك قولهم أنه يؤيد ما ذهبوا إليه من جهتين :  
الجهة الأولى : قوله صلى الله عليه وسلم : " ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " ، فبيان ذلك : أن كتاب الله تعالى اما أن يكون المراد به خصوص القرآن أو حكم الله وشرعه ، وعلى كل فالحديث دليل على بطلان كل شرط لم يدل على صحته دليل معين من القرآن أو السنة أو اجماع أو القياس " عند من يقول به وهم الجمهور " ، وأنه لا يصح شرط الا اذا دل على جوازه وصحة اشتراطه واحد مما ذكر أما على الأخير فالأمر واضح لأن كل ما ذكر في القرآن أو السنة أو أجمع المجتهدون على صحته

(1) - ولقد ورد هذا الحديث بروايتين أخريتين كذلك .

(2) - أبي الحسن ، مسلم النيسابوري ، صحيح مسلم ، الطبعة الثانية ، الجزء العاشر

بيروت - لبنان : دار الفكر ، 1972 ، ص 144 .

أو صح القياس به فهو حكم الله وشرعه ، وأما على الأول فلأن المراد بما ليس في القرآن ما لا يكون فيه أصلا ، لا بواسطة ولا بغير وساطة ، وما كان في السنة أو الاجماع أو القياس فهو في القرآن لدلالته على اعتبار كل من السنة والاجماع ، وأنهما دليلان على اثبات الأحكام الشرعية : ودلالة كل من السنة والاجماع على اعتبار القياس وأنه حجة في ثبوت الأحكام .

وعلى هذا فالحديث واضح الدلالة . على أن المشروع من الشروط هو ما جاء في القرآن ذكره ، أو ثبت عن رسول الله جوازه وصحته ، أو أجمع المجتهدون على إباحته ، أو دل القياس الصحيح على جوازه . وما عدا ذلك فهو باطل لا يجوز اشتراطه ولا يحل الوفاء به .

الجهة الثانية : أن الرسول صلى الله عليه وسلم " حكم فيه ببطلان شرط الولاء للبايع الذي ليس بمعتق ، وهو يدل على بطلان كل شرط ينافي مقتضى العقد وحكمه ، إذ المناط في ابطال شرط الولاء إنما هو منافات هذا الشرط لمقتضى البيع ، فإن مقتضاه ثبوت الملك للمشتري في العين المباعة مع ما يترتب على هذا الملك من الحقوق والآثار ، التي منها ثبوت الولاء عند العتق وإن كان المبيع رقيقا ، فيكون اشتراط الولاء للبايع مخالفا لهذا المقتضى ومنافيا له فلا يكون صحيحا ، وعلى هذا فكل شرط يخالف مقتضى العقد الذي يوجد فيه ، يثبت له هذا الحكم وهذا البطلان بطريق القياس على اشتراط الولاء (1) .

(1) - راجع في ذلك كل من : شعبان ، المرجع السابق ، ص 70 ، 71 . / كامل علي ، المرجع السابق ، ص 46 .

و قالوا أن هذا الحديث صريح في تأييد أن كل شرط لم يرد به نص في الكتاب أو في السنة أو في الاجماع - لدلالة الكتاب و السنة على حجية الاجماع ، فهو شرط باطل لا يجوز اشتراطه ، و تقصر عنه إرادة الانسان (1) . و بالتالي فإن كل شرط لم يرد على صحته دليل معين من كتاب الله جل ثناؤه ، فهو باطل ملغى ، لأنه ليس في حكم الله و شرعه (2) .

3 - بما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن البيع الذي يشتمل على شرط بصيغة من صيغ العموم لأن كلمة " بيع و شرط " نكرتان في سياق النهي ، والنهي في معنى النفي فيكون كل بيع اشتمل على أي شرط منهيًا عنه ، والمنهي عنه فاسد ، إلا أنه لما كانت العلة في هذا النفي هي منافاة الشرط لما يجب بالعقد من أحكام و آثار ، لم يشمل هذا النهي الشروط التي ليست فيها تلك المنافاة بأن كان الملتزم بها من مقتضى العقد وحكمه أو مؤكدا لهذا المقتضى كاشراط البائع على المشتري تسليم الثمن ، أو تقديم رهن ، أو كفيل به ان كان موجلا ، على أن غالب هذه الشروط في الواقع ليست أمرا زائدا على أصل العقد . فإطلاق اسم الشرط عليه إنما هو من باب المسامحة والتساهل ، وإذا كانت العلة في النهي عن البيع المتضمن للشرط هي المنافاة ، كان كل شرط يتحقق فيه هذه المنافات منهيًا عنه كذلك .

أما في البيع بطريق النص ، وفي غيره فبالقياس عليه ، ولا يخرج عن هذا الحكم حتى يقوم الدليل المعين على الجواز والصحة ، فثبت بهذا فساد الشروط في العقود ، وأنه

(1) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 325 .

(2) - عبد الله ، ابن قدامة ، المعنى ، الجزء السابع . بيروت - لبنان : دار الكتاب

العربي ، بدون سنة ، ص 93 .

لا يصح شرط منها الا بدليل معين يدل على جوازه وصحته فيكون حينئذ مخصوصا من هذا العموم (1) .

4 - استدل كذلك ابن حزم (2) في منع الشروط المقتترنة بالعقد ، بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم حينما قال : " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام " .

لقد ناقش العديد من الفقهاء ، وخاصة المبيحون منهم ، هذه الأدلة وردوا على المضيقين بما يلي :

ان الاستشهاد بالحديث الأول هو في غير محله لأنه لا يدل الا على ابطال الشروط التي تخالف أمر الله وحكمه فقط ، أما بقية الشروط والتي لم يثبت تحريمها ولا فسادها فلا ينطبق عليها الحديث ، والقول بغير ذلك مردود ومرفوض .

أما الاستدلال بالحديث الثاني فهو كذلك استدلال في غير موضعه لأن هذا الحديث ، كما يقول ابن تيمية " فهو خاص بالشروط المخالفة حقا للشرع ، كاشتراط الولاء ، فهو باطل لا يصح لأن الولاء نظير النسب ، وكذلك يحرم الانتقال عن المنع بالاعتاق (3) " ، وأن اعتبار الشرط الذي نفاه الرسول صلى الله عليه وسلم ، وحكم ببطلانه هو ذلك الشرط الذي لم يذكر في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية الشريفة ، ولا بالاجماع ، هو اعتبار خاطئ ، وأن الاعتبار والقصد الصحيح هو الشرط الذي يخالف حكم الله وشرعه .

---

(1) - شعبان ، المرجع السابق ، ص 71 .

(2) - ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن ، ص 416 .

(3) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء 29 ، ص 163 .

كما أن أكثر الأحكام الشرعية مستفادة من أدلة أخرى اعتمدها الفقهاء لما رُوا أنها لا تتنافى مع روح الشريعة وأسسها العامة وقواعدها الكلية ، فليس المراد بكتاب الله في قوله صلى الله عليه وسلم " ما كان من شرط ليس في كتاب الله " القرآن قطعا ، لأن أكثر الشروط الصحيحة علمت من السنة ، كما أن كتاب الله سبحانه وتعالى يطلق على كلامه وعلى حكمه ، كقوله سبحانه وتعالى : " كتاب الله عليكم " ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " كتاب الله القصاص " .

وكما هو معلوم أن كل شرط ليس في كتاب الله فهو مخالف له فيكون باطلا ، وعليه كيف يمكن القول واعتبار أن ماسكت عن تحريمه من الشروط والعقود يكون باطلا حراما .

إن تحريم ما أحل الله وإباحة ما حرمه الله أو إسقاط ما أوجبه هو الذي يعتبر التعدي بعينه على حدود الله ، وليس بإباحة ما سكت عنه وعفى عنه ، بل تحريمه هو نفس تعدي حدود الله (1) ، إذ يقول سبحانه وتعالى : " قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق " (2) .

ولقد أورد ابن القيم (3) : أن بطلان شرط الولاء للبايع الذي ليس بمعتق فليس لكونه شرط ينافي مقتضى العقد ، وإنما لكونه مخالفا لما شرعه الله وبينه على لسان

---

(1) - راجع في ذلك كل من : كامل علي ، المرجع السابق ، ص 46 ، 47 . / شعبان ، المرجع السابق ، ص 74 ، 75 .

(2) - سورة الأعراف الآية 30 .

(3) - ابن القيم ، أعلام الموقعين ، الجزء الأول ، ص 348 .

رسوله صلى الله عليه وسلم " إنما الولاء لمن أعتق " ، فشرط خلاف ذلك يكون شرطا مخالفا لحكم الله فيكون باطلا ، ولأن الولاء لا ينافي مقتضى البيع وحكمه ، فإن مقتضاه ثبوت الملك للمشتري في العين المبيعة ، وجعل الولاء للبايع لا ينافي هذا ولا يخالفه ، لأنه إنما يكون بعد العتق الذي لا بد له من الملك ، والعتق قد يكون مقصودا من العقد ، فإن شراء العبد لعتقه يقصد كثيرا (1) .

أما الاستدلال بالحديث الثالث ، فهو في غير محله كذلك ، لأنه لم يرد في أي كتاب من كتب السنة المعتمدة ، وقد أنكره الامام أحمد وغيره من العلماء ، وقالوا أنه لا يعرف وإن الأحاديث الصحيحة تعارضه (2) .

ومنه فإن الاحتجاج بهذا الحديث غير مقبول ، ولو فرضنا جدلا أنه حديث صحيح، فإنه ليس فيه ما يدل على المطلوب ، لأن المراد منه النهي عن الشرط الذي يخالف ما جاءت به الشريعة الإسلامية ، جمعا بينه وبين الأدلة الأخرى الدالة على أن الأصل في الشروط هي الإباحة إلا إذا قام الدليل على تحريمه .

وعليه فإن القول أن الحديث ينهي عن الشرط لمخالفته لمقتضى العقد مردود ، إذ لم يقم على اعتبار هذه العلة دليلا من الأدلة المعتمد بها في إثبات العلل ، كالتص

---

(1) - شعبان ، المرجع السابق ، ص 76 .

(2) - راجع في ذلك : محمد بن علي ، الشوكاتي ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار

من أحاديث سيد الأخيار ، الطبعة الأخيرة ، الجزء الخامس . مصر : مطبعة

مصطفى البابي الحلبي ، ص 129 ، 152 . / محمد بن اسماعيل ، الصنعاني ،

سبل السلام ، الجزء الثالث . بيروت - لبنان : مطبعة دار الجيل ، ص 9 ، 23



والاجماع " وهي المصادر التي يعتمد عليها الظاهرية " ، بل يردها ما ثبت عن الشارع من اجازته لكثير من الشروط التي تخالف مقتضى العقد في نظر الظاهرية .

فمثلا في شرط الخيار نلاحظ أن الشارع أجازته في البيع مع مخالفته لمقتضى عقد البيع وهو اللزوم ، وكذلك غيره من الشروط التي ورد عن الشارع اباحتها ، فإذا كانت مخالفة الشرط لمقتضى العقد غير ماعة من ورود الاذن فيه ، فالتحليل بالمخالفة لا يكون ملانما لما ورد عن الشارع فلا يكون صحيحا ولا معتبرا (1) .

أما الاستدلال بالحديث الرابع ، فهو الآخر لم يكن في محله ، لأن الظلم والغصب وأكل أموال الناس بالباطل حرام ، لا يحل الا بالتراضي ، وأما التعاقد والاشتراط في العقد هي أسباب اباحة شرعية أباحها الشرع لتداول وتملك الأموال ، فليس فيها دليلا يحرم الشروط و العقود ، خاصة وأنه لا خلاف بين العلماء والفقهاء والمحدثين ، والمفسرين ، أن العقود والشروط أسباب شرعية جعلت للملك وتداول المال ، وأنها توجب ما لم يكن واجبا ، وتفرض ما لم يكن فرضا (2) .

فمن خلال كل ما تقدم يمكن الاستنتاج والقول ، بأن أصحاب هذا الرأي لم يفلحوا في التأكيد على رأيهم بالاستناد في الدفاع عنه على الحديث النبوية الشريفة ، إذ أن هذا الاستدلال كان في غير الطريق الصحيح ، حيث أن كل الأحاديث الشريفة التي استندوا عليها ، لم تمنع ولم تقيد مطلقا حرية الارادة في ابرام العقود ولا في اشتراط الشروط .

---

(1) - شعبان ، المرجع السابق ، ص 76 .

(2) - باروني ، المرجع السابق ، ص 45 .

## ج - من الأدلة العقلية

يتمثل معقول أصحاب هذا الرأي في ثلاثة نقاط هي :

أولا : ما ذكره ابن القيم في أعلام الموقعين و أصله لأبن حزم الظاهري و هو : أن كل شرط ليس في النصوص ايجابه ، و لا الاذن فيه لا يخلو من أحد أمور أربعة : لأنه اما أن يكون صاحبه قد التزم به اباحة ما حرم الله و رسوله ، أو تحريم ما أباحه الله ، أو ألزم اسقاطا ما أوجبه ، أو التزم ايجاب ما لم يوجبه ، و لا خامس لهذه الأقسام ، فان ملكتم العاقد جميع هذه الشروط ، و أبحتموها له ، انسلختم من الدين ، و ان ملكتموه البعض دون البعض تناقضتم ، و سألناكم ما الفرق بين ما يملكه من ذلك و بين ما يملكه ، و لن تجدوا اليه سبيلا .

ثانيا : الشروط التي لم يرد عن الشارع دليل معين يدل على صحتها ، و لزوم الوفاء بها ، اما أن نلزم بها من اشترطت عليه و التزم بها ، و اما ألا نلزمه . فان كان الثاني لم يتحقق اشتراط ، و ان كان الأول فقد أوجبنا أمرا لم يوجبه الله ولا رسوله ، و هو لا يجوز ، لأنه لا ايجاب الا من الله تعالى كما أنه لا تحريم الا منه سبحانه وتعالى .

فايجاب الوفاء بالشروط لم يرد عن الشارع دليل يدل على صحتها ، يكون تعديا على الدين ، و تهجما على الشرع بغير علم و لا سلطان مبين .

ثالثا : ان العقود و التصرفات الشرعية لها مقتضيات و أحكام تثبت بها ، و تنشأ عنها بوضع الشارع و حكمه ، فاذا اشترط فيها شرط يخالف تلك المقتضيات و الأحكام كان ذلك تغييرا للمشروع ، و تغيير المشروع لا يجوز الا باذن الشارع و بدليل منه يدل على جواز ذلك و صحته .

و تجدر الإشارة ، الى أن المبيحون للاشتراط ردوا على أصحاب هذا الرأي في معقولهم بما يلي (1) :

فبالنسبة للمعقول الأول ، فانه لا يملك العاقد واحدا مما ذكروه و انما يملك أمرا وراء ذلك ، و هو ما أباح الله للمكلف فعله ، و تركه ، كالاتقال من بلد الى آخر ، و كالتزوج بأكثر من امرأة الى أربع من الحرائر ، و كالتبيع والرهن وغير ذلك من كل أمر للمكلف مطلق الحرية في فعله وتركه .

فهذا هو النوع الذي يملك العاقد أن يشترط على نفسه فعله ، أو تركه ، وليس في ذلك محذور من المحذورات التي تم تعدادها ، أما في صورة التزام الترك ، كما إذا شرط لامرأته في عقد النكاح ألا ينقلها من دارها ، أو من بلدها ، فلأنه لم يزد على أنه اختار أحد الأمرين الجائزين له وهو عدم الانتقال من بلد الزوجة أو دارها ، ألزم نفسه باختياره ألا يفعل الأمر الآخر إختيارا لأحب الأمرين إليه ، وليس في إلتزام أحب الأمرين الجائزين له أي مانع في الشرع .

وما يظن من أن في هذا الإلتزام تحريما لما كان مباحا له من قبل ، وهو ما لا يجوز ، فليس بصحيح ، لأن مقتضى هذا الشرط وموجبه عدم الإلتقال ما دامت المرأة في عصمته خوفا من دخول خيار الفسخ في يد الزوجة ، وأين عدم الإلتقال مختارا لأمر ومفضلا له على غيره من تحريمه شرعا ؟ بل هو أقرب ما يكون من امتناعه عن بعض المباحات لحلفه ألا يفعله ، ولهذا لو إنتقل من بلد الزوجة لا يقال إنه فعل حراما .

---

(1) - راجع في ذلك : شعبان ، المرجع السابق ، ص 77 وما يليها .

وأما في صورة إلزام الفعل ، كما لو شرط البائع على المشتري بيع العين التي اشتراها أو هبتها لفلان أو اعطائه رهنا بالثمن المؤجل فلأنه أيضا ليس فيه إلا إختيار أحد الأمرين الجائزين له وهو الفعل ، وإلزام نفسه بإختياره أن يفعله ، لما يرى في ذلك الفعل من المصلحة التي لا تتحقق في حالة الترك ثم هو في ذلك ليس مخالفا لحكم من أحكام الشرع ، لأن الشارع لم يلزمه ترك الفعل حتى يكون إلتزامه للفعل مخالفا لأمر الشارع وحكمه ، وإذا وضع هذا فلا في الشروط المباحة ما يسقط فعلا أوجبه الله ، ولا ما يوجب ما أسقطه ، كما أنه ليس فيها ما يبيح ما حرمه الله تعالى ، ولا يحرم ما أحله ، بل كل ما فيها إلتزام لأمر وكل الشارع فعله وتركه لإختيار المكلف على حسب ما يرى من المصلحة .

أما في معقولهم الثاني فيقال لهم : أنه يجب الوفاء بالشروط التي لم يرد فيها دليلا معينا يدل على صحتها ويمنع هذا الوجوب في الوقت نفسه أن يكون فيه تعديا على دين الله ، وتهجما على شرعه بغير حجة ولا برهان لأنه وجوب مستند الى الحجة مؤيد بالبرهان ، وهو ماجاء عن الشارع جل وعلا من إيجاب الوفاء بالعقود و الإلتزامات على وجه العموم مالم تشتمل على شيء حرمه الله ورسوله ، بل التعدي على الدين إنما هو في تحريم الشروط وتأثير من يلزم أو يلزم غيره بشيء منها، لأنه لأحرام إلا ما حرم الله ، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله تعالى ، وليس في أدلة الشرع ما يدل على تحريم جنس الشرط إلا ما ثبت حله بعينه فتحريمها يعد تعديا على الدين ، وتهجما على الشرع بغير علم ، ولاسلطان مبين .

وأما في معقولهم الثالث: فيقال لهم أنه لا ينكر أحد أن مقتضيات العقود

وأحكامها إنما تثبت بترتيب الشارع وحكمه ، ولكن لا نوافقكم في قولكم إن مقتضى هذا ألا يملك العاقد تغيير حكم من أحكامها ، أو أثر من آثارها إلا بدليل معين يبيح هذا التغيير ، ويأذن فيه ، إذ أن هذه المقتضيات والأحكام لم يثبتها الشارع ابتداء كما أثبت

إيجاب الواجبات ، وتحريم المحرمات المبتدأة ، وإنما أثبتتها بناء على ثبوت سببها من المكلفين من بيع ، وإيجارة ، ونكاح ، ورهن وغير ذلك ، وإن الشارع الحكيم الذي وضع الشريعة لتكون عامة للناس في جميع الأزمنة ، قد أعطى العاقد سلطانا كبيرا ، ومنحه حرية واسعة في إنشاء تلك الأسباب وترتيب مايشاء من الآثار والإلتزامات ، وذلك بإيجاب الوفاء بالعقود والعهود والشروط على وجه العموم ، ويجعله " سبحانه " الرضا أساسا لنقل الحقوق وإسقاطها ، حيث يقضي هذا بأن نتيجة العقد ، وما يترتب عليه شرعا تابع لما يتراضى عليه المتعاقدان ، ويلزمان به أنفسهما ، ما لم يكن في شيء من ذلك مخالفة لحكم الله ، ومناقضة لشرعه ودينه .

وعليه فإذا وقع التراضي من المتعاقدين على إنشاء عقد مطلق غير مقيد بشرط ، كان مقتضى هذا العقد و موجب ، ما يوجب الشرع ، ويرتبه على هذا العقد من الأحكام والآثار . أما إذا تم التراضي على عقد مقيد بشرط فإن مقتضى هذا العقد هو ما يتلأم وذلك الشرط .

وعلى هذا فالعقود التي يتراضى عليها المتعاقدان نوعان : عقود مطلقة عن الشرط ، وعقود مقيدة به ، ولكل نوع مقتضيات وأحكام تترتب عليها وتنشأ عنها ، وكل ذلك بحكم الشارع وجعله .

والذي يؤيد ذلك هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " من ابتاع نخلا أو عبدا له مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع " (1) .

---

(1) - رواه مسلم و ابن ماجة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه .

فمن خلال هذا الحديث الشريف ، نلاحظ أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل موجب بيع النخل الذي أبره البائع ، وموجب بيع العبد الذي له مال عند الإطلاق ، وعدم الأشرط ، بقاء الثمر والمال في ملك البائع وجعل موجب ذلك في حالة الأشرط ، إنتقال الثمر والمال الى ملك المشتري ، وفي هذا دليل على أن موجب العقد المطلق عند الشرط يخالف موجب العقد المقيد به .

وإذا ثبت هذا فلا يصح التمسك بمقتضيات العقود المطلقة وعرض شروط المتعاقدين عليها ، فما كان ملائماً لها فهو صحيح ، وما لا يكون ملائماً لها فلا يصح حتى يدل على صحته دليل معين .  
بل اللازم عرض هذه الشروط على أحكام الشرع ، وقواعده الكلية فما كن مخالفا لها حكمنا ببطلانه وعدم صحته ، وما لم يخالفها فهو صحيح يجب الوفاء به ، سواء وافق مقتضى العقد المطلق عن الشرط أو لم يوافقه ، وليس في هذا التغيير لأحكام الشرع ، ولا تعد لحدوده .

وعليه فمعقولهم هذا ليس بمعقول على الإطلاق لأن إشرط الشرط في العقد لايعتبر إنسلاخ في الدين بل هو من صميم الأمور التي ترك الله سبحانه وتعالى فيها الحرية المطلقة للمتعاقدين للقيام بها طالما لا تخالف أحكامه ونواهييه .

### ثالثاً: تقدير هذا الرأي

من خلال كل ما تقدم حول هذا الرأي يمكننا أن نقول أن أنصار هذا المذهب قد دفنوا الإرادة في بغير مبرر ، فهم يقيدون ويضيقون عليها الخناق في مجال إبرام العقود وإشرط الشروط .

وهذا راجع في إعتقادنا إلى نظرته السطحية و الظاهرية لمختلف النصوص ، و تأويلهم الخاطيء لها من جهة ، و إستبعادهم لبقية مصادر الشريعة الإسلامية الغراء من جهة أخرى ، إذ لا يولون إهتمام إلى أي دليل مثبت للأحكام الشرعية بخلاف النص و الإجماع .

و هذا المنصى في حقيقة الأمر خطير جدا لا سيما إذا علمنا أن أصحاب هذا الرأي يقيمون الخطر على كل شرط يقترن بالعقد غير وارد في الشرع ، هذا من ناحية .

و من ناحية أخرى أن المصالح الإقتصادية و الإجتماعية و المالية للبشرية تتطلب الكثير من هذه الشروط للإدراجها في مختلف العقود ، فكل المصالح البشرية مرتبطة بالعقود ، و كل العقود مرتبطة بالشروط التي تسيرها و تدير أحكامها و تبين الهدف المرجو من إبرام العقد أصلا ، فإذا ما نزعنا الشرط من العقد كأننا نزعنا الشرط من العقد كأننا نزعنا العقد من البشر ، و تكون بذلك قد قضينا على مصالح الناس و بددناها .

فهذا الرأي و نظرية العقد إذا كالنقيضان مثل النور و الضلام لا يجتمعان في مكان واحد و في آن واحد ، و منه يمكن القول بأنه بعيد كل البعد عن أهداف شريعتنا الغراء التي تراعي مصالح البشر كثيرا ، و خاصة في مجال حساس كعقود المعاملات التي تنظم و تدير مصالح و أعمال الناس .

و لقد صدق الأستاذ أبو زهرة (1) حينما تساعل في ذلك و قال : " و هنا يجول بالخاطر

---

(1) - محمد ، أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، بيروت -

لبنان : دار الفكر العربي ، 1977 ، ص ، 263 ، 264 .

سؤال يبيلب النفس ، و يثير الحيرة ، أتقف الشريعة في نظر أولئك . . . جامدة فتحكم بالبطلان على كل ما يجد في شؤون المعاملات من عقود و شروط ؟  
 إن الصفقات التجارية قد إتسع أفقها ، و تشعبت أنواعها ، و تنوع بحسب العرف التجاري ما يشترطه العاقدون ، حتى وجدت عقود لم تكن ، و تفنن الناس في الشروط تفننا باعد ما بين العقود ، و أصولها المذكورة في كتب الفقه .  
 و لو حكمنا ببطلان تلك العقود ، و فساد هاتيك الشروط لصار الناس في حرج و ضيق ، و لشلت الحركة في الأسواق ، و لتقطعت العلاقات التجارية بين الناس ، بل لتقطعت الأسباب ، فلا تنمو ثروات أحد الناس ، و لا تنمو ثروة الجماعات !! " .

بعدها تطرقنا في هذا المطلب إلى الرأي الأول ، الذي جعل الأصل في الشروط هو الحظر و المنع ، يتم التطرق في المطلب الموالي إلى الرأي الثاني ، الذي يعتبر على النقيض من الأول ، إذ يجعل الأصل في الشروط هو الإباحة و الإطلاق .

## المطلب الثاني

الرأي الثاني : الأصل في الشروط الجواز والصحة و لا يحرم

ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه نص أو قياس

إن هذا الرأي مناقض تماما للرأي الأول ، وحتى يمكن الإطلاع عليه أكثر لا بد من التطرق الى مضمونه فأدلته ومناقشتها ، حتى يمكن في الأخير الخروج بتقدير لهذا الرأي وتقييمه .



## أولاً : مضمون الرأي

إن أصحاب هذا الرأي هم الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، والبعض من المالكية ، وهم يعاكسون تماما الرأي الأول في مدى حرية الإرادة في إبرام العقود وإشتراط الشروط ، إذ يفتحون باب الإشتراط في العقود على مصرعيه ، فيعطون للمتعاقدين الحرية التامة في أن يشترطا ما يشاءان من شروط حسبما يتفق وأغراضهما ومصالحهما في أثناء تكوين العقد . ولكن بشرط واحد فقط وهو أن لا يكون ذلك الشرط منهيًا عنه بنص خاص ، أو يعود على أصل العقد بالنقض والإلغاء ، أي إلغاء المقصود من العقد وإبطاله . ويعتبر كل إتفاق على مخالفته باطلا ، كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحل حراما أو تحرم حلالا .

وعليه فطبقا لهذا الرأي يجوز أن تقترن العقود بالشروط طالما لا تخالف حكم الله ورسوله ، ولا تتنافى مع دين الله وشرعه ، وسواء قام الدليل المعين على إعتباره أو لم يقم ، و سواء وافق مقتضى العقد أو لم يوافق .

ففي هذا الرأي ، لا يعتبر للعقود مقتضيات ضيقة بحدود ثابتة تتحكم في شروط المتعاقدين، بل يرون أن الشارع في الشريعة الإسلامية قد فوض إلى إرادة المتعاقدين تحديد هذه المقتضيات ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يصادم نصا من نصوص الشريعة ، و لا ينقض أصلا من أصولها الثابتة (1) . و طالما لم يوجد هذا النص المحرم كان للمتعاقد مطلق الحرية في إنشاء ما يشاء و ما يريد من عقود و شروط .

---

(1) - الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 345 ، 346 .

و يقول ابن تيمية (1) في هذا المذهب الذي يطلق حرية التعاقد و الإشتراط ،  
و هو من أنصاره ، بأنه " هو الصحيح بدلالة الكتاب و السنة و الإجماع و الإعتبار مع  
الإستصحاب " .

كما قال كذلك في تدعيمه لهذا الرأي : " إن أصول أحمد المنصوص عنه أكثرها  
تجري على هذا القول ، و مالك قريب منه . . . و أن ليس في الفقهاء الأربعة أكثر  
تصحيحا للشروط من أحمد ، و عامة ما صححه أحمد من العقود و الشروط ، فيها  
تنبيه بدليل خاص من أثر أو قياس ، لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعا من الصحة ،  
و لا يعارض ذلك بكونه يخالف مقتضى العقد ، أو لم يرد به نص ، وكان قد بلغه في  
العقود و الشروط من الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم و الصحابة ما لم يجده عند  
غيره من الأئمة " (2) .

وإن الذين جعلوا الأصل في العقود الإباحة ووجوب الوفاء بما تعاقد العاقد عليه ،  
حتى يقوم الدليل على المنع و التحريم ، هم أولئك الذين تساهلوا و جعلوا لإرادة المتعاقين  
و حاجاتهما سلطانا في آثار العقود بمقتضى الإذن العام من الشارع ، و جعلوا الرضا ذا  
أثر في الإلتزام و الوفاء بما إشتمل عليه العقد .

و على هذا القول يكون الناس أحرارا في أن يعقدوا ما شاؤا من العقود و يشتطون  
من الشروط ما يرون فيه مصلحتهم في إشتراطه . و يجب عليهم الوفاء بما إلتزموا ،

---

(1) ، (2) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 326 ومايليها .

وبما إشتراطوا، وبما أخذ عليهم من شروط إلا إذا قام الدليل من الشرع على النهي عنه، وعلى عدم إعتبراره .

ومنه فهو ملزم يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد ، وذلك لأن الناس عند شروطهم ، وعليهم رعاية عهودهم ، وإلا نكلوا وحاولوا التحلل من قيودها حملهم القضاء على الوفاء به . ولذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التي تصحب عقد الزواج، كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها زوجها ، وأن لا ينقلها من بلدها أو دارها ، ويجوز لها فسخ النكاح إذا تزوج عليها .

وهكذا نرى أن الكثير من الحنابلة ، قد فتحوا باب الشروط في العقود من غير قيد ولا شرط ، إلا شرطاً واحداً وهو ألا يخالف الشرط شيئا من كتاب الله سبحانه وتعالى ، أو في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، أو يثبت من قواعد الشريعة العامة المنع فيه (1) .

ولقد إنبنى على مخالفة هؤلاء الحنابلة لجمهور الفقهاء في مقتضيات العقود وآثارها ، إختلافهم معهم في حرية التعاقد ، والشروط المقتترنة بالعقود . فالحنابلة يقررون أن الأصل في العقود والشروط الإباحة ، والناس أحرار في أن يعقدوا أي عقد كان وبأي شروط كانت، وما يعقدونه يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى خاص، لأن

---

(1) - محمد ، أبو زهرة ، إبن تيمية ، الطبعة الثانية . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، 1956 ، ص 385 ، 386 . / أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد . ص 272 ، 273 . / محمد ، أبو زهرة ، إبن حنبل . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، 1947 ، ص 334 .

الأصل في العقود رضی المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد .

ويقول ابن تيمية (1) رحمه الله في تعليل ذلك : " إن العقود إنما توجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقا ، إلا ما خصه الدليل ، على أن الوفاء بها من الواجبات العقلية التي إتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم ، وأدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي (2) .

### ثانياً : أدلة هذا الرأي

لقد استدل أصحاب هذا الرأي لتدعيم رأيهم ، بالكتاب والسنة والمعقول والأثر نوردها بإيجاز فيما يلي :

#### أ - من الكتاب

1 - استدلوا بقوله سبحانه وتعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " (3) .  
ووجه الدلالة هو أن الله سبحانه وتعالى أوجب الوفاء بالالتزامات الشرطية التي

---

(1) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 339 .

(2) - وهم المعتزلة .

(3) - سورة المائدة ، الآية 1 .

ينشأها المتعاقد بإرادته ، وحفظ ما يقتضيه العقد ، وبالتالي فكل ما صدق عليه  
إسم العقد فهو واجب الوفاء ، والشرط في عرف العرب ولغتهم عقد من العقود ،  
وعليه فيجب الوفاء به إلا إذا ما ظهر ما يدل على تحريمه أو فساده .

2 - إستدلوا بما جاء في كتابه العزيز الحكيم من الآيات ما يدل على الوفاء بالعقود  
و العهود والشروط ، ومنها : قوله سبحانه وتعالى : " وأوفوا بالعهد إن العهد كان  
مسؤولا " (1) ، و قوله تعالى : " وبعهد الله أوفوا " (2) ، وقوله كذلك : والذين  
هم لآماتاتهم وعهدهم راعون " (3) ، وقوله : " ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل  
لا يولون الأدبار وكان عهد الله مسؤولا " (4) ، وقوله : " يا أيها الذين آمنوا لما  
تقولون ما لا تفعلون ، كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون " (5) ، و كذلك قوله  
تعالى : " ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسيؤتيه أجرا عظيما " (6) ، وقوله : " إن  
الذين يشترون بعهد الله وإيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم  
الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم " (7) ، وكذلك قوله تعالى : " وما يظن به  
إلا الفاسقين الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه " (8) ، وكذا قوله جل وعلا :

- 
- (1) - سورة الإسراء ، الآية 34 .
  - (2) - سورة الأنعام ، الآية 152 .
  - (3) - سورة المؤمنون ، الآية 8 .
  - (4) - سورة الأحزاب ، الآية 15 .
  - (5) - سورة الصف ، الآية 3 ، 4 .
  - (6) - سورة الفتح ، الآية 10 .
  - (7) - سورة آل عمران ، الآية 77 .
  - (8) - سورة البقرة ، الآية 26 ، 27 .

" وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ما تفعلون ، ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة انكاثا تتخذون أيمانكم دخلا بينكم ، أن تكون أمة هي أربى من أمة إنما يبلوكم الله به " (1) .

ووجه الدلالة ، أنه أوجب الله سبحانه وتعالى في هذه الآيات الوفاء بالعهد والوعد ، وحرّم الغدر فيهما ، ومدح الموفين بعهودهم وذم الناقضين للعهود والناكثين لها . فقد جاء الكتاب والسنة بالوفاء بالعقود و الشروط و الموائيق والعهود بأداء الأمانة ورعاية ذلك ، والنهي عن الغدر ونقض العهد والخيانة ، فالعقود والشروط والمعاملات تعد عفوا حتى يثبت تحريمها ، وقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعهد والعقد والشروط (2) .

وكل هذه الآيات تدل على الوفاء بالعقود والشروط ، وبالتالي حرية الإرادة في إبرام العقود وإشتراط الشروط إلا ما دل على تحريمه نص أو قياس .

وتجدر الإشارة الى أن أصحاب الرأي المضيق لحرية الإشتراط في العقود ، قد ناقشوا هذه الأدلة وردوا عليها ، ولكننا نكتفي في هذا المقام فقط بما أورده ابن حزم :

(1) - سورة النحل ، الآية 91 ، 92 .

(2) - راجع في ذلك : ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء التاسع والعشرون ،

ص 145 ، 146 . / ابن القيم ، اعلام الموقعين ، الجزء الأول ، ص 344 .

ففيما يخص الإستدلال بالآية الأولى : يقول ابن حزم (1) : إن العقود في الآية الكريمة مقصورة على ما صح عن الشارع الأمر به ، وثبت عنه جوازه فحسب ، لأنه لا خلاف بين العلماء في أن هذه الآية ليست باقية على عمومها ، وإنما هي في بعض العقود دون البعض ، وهي التي لم ينع الشارع عنها ، ولم يدل دليل على بطلانها وتحريمها .

أما التي جاء الدليل بتحريمها فيحرم عقدها وإلتزامها ، ولا يجب الوفاؤ بها . وحيث ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم إبطال كل شرط ليس في دين الله الأمر به والنص على إباحته بقوله في الحديث المتفق على صحته : " ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " ، فتكون الآية الكريمة مقصورة على إيجاب الوفاء بالشروط التي جاء القرآن أو السنة أو الإجماع الصحيح بإجازتها ، وصحة الإلتزام بها وإلتزامها ، ويبقى ما عدا ذلك باطلا لا يحل إشتراطه ، ولا يلزم الوفاء به عملا بقول الرسول الكريم : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " .

أما فيما يخص بقية الآيات الكريمة ، فيقول فيها ابن حزم دائما ، وهو ظاهري كما سلف ذكره ، ويعد من أنصار المذهب المضيق في حرية الإرادة في إبرام العقود وإشتراط الشروط : " إن كل ما ذكروا من ذلك فلا حجة لهم في شيء منه " وأورد الآيات الكريمة السابقة " ثم قال فيها : " إنها كلها ليست على عمومها ، ولكنها في بعض العهود ، وبعض العقود ، وبعض النذور ، وبعض الشروط ، وهي قول رسول الله

(1) - ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن ، ص 414 . / الإحكام في أصول الأحكام ،

الجزء الخامس ، ص 14 ، 15 .

صلى الله عليه وسلم " من نذر أن يطلع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصيه " ، مع ما ذكرنا من قوله عليه السلام : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " ، فصح بهذه النصوص أن تلك الآيات ، إنما هي فيمن شرط أو نذر أو عقد أو عاهد على ما جاء القرآن أو السنة بإلزامه فقط .

وقد وافقتنا ههنا المخالفون على أن من نذر أو عقد أو عاهد أو شرط أن يزني أو يكفر أو يقتل مسلماً ظلماً ، أو أن يأخذ مالا بغير حق ، أو أن يترك صلاة ، فإنه لا يحل له الوفاء بشيء من ذلك لأنه معصية . ولا فرق بين هذا وبين من شرط وعاهد وعقد أن يضيع حداً ، أو أن يبطل حقاً ، أو أن يمنع مباحاً ، و المفرق بين ذلك متناقض متحكم في الدين بالبطل " (1) .

ولكن إذا ما تمعن جيداً في هذا النقد وما جاء به ابن حزم ، يمكننا القول أنه فيما يخص الآية الأولى ، فإنها تدل على وجوب الوفاء بالعقود ، ويدخل ضمنها الوفاء بالشروط التي تقترب بالعقود ما دامت لا تخالف نصوص الشريعة الإسلامية وأحكامها . وليس ما ذهب إليه ابن حزم من إيجاب الوفاء بالشروط التي قامت الأدلة الشرعية على جوازها وصحة اشتراطها ، خاصة إذا علمنا أن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " يدل على بطلان كل شرط يخالف حكم الله و ينافي ما ثبت في شرعه ، وليس على بطلان كل شرط ليس في الأدلة الشرعية إباحة اشتراطه ، ولزوم الوفاء به .

وكذلك الشأن بالنسبة لنقده الثاني وتعليقه على الإحتجاج بالآيات الكريمة ، فإنه لم يكن في محله ، بل أن هذه الآيات الكريمة توحى وتحث على وجوب الوفاء بالشروط

(1) - ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، الجزء الخامس ، ص 600 ، 601 .



المقترنة بالعقود طالما أنها لا تخالف أحكام الشريعة ، حتى ولو لم تكن هذه الشروط معروفة من قبل .

وفي هذا يقول ابن القيم (1) : " إن الأصل في العبادات البطلان حتى يقوم الدليل على الأمر ، والأصل في العقود و المعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان و التحريم . . . أما العقود و المعاملات و الشروط فهي عفو حتى يجرمها ، ولهذا نعى سبحانه و تعالى على المشركين مخالفة هذين الأصلين ، وهو تحريم ما لم يجرمه ، و التقرب إليه بما لم يشرعه ، وهو سبحانه لو سكت عن إبادة ذلك و تحريمه لكان عفوا لا يجوز الحكم بتحريمه و إبطاله ، فإن الحلال ما أحله الله و الحرام ما حرمه الله ، و ما سكت عنها رحمة من غير نسيان و إهمال ، فكيف و قد صرحت النصوص بأنها على الإباحة " .

ومن خلال كل هذا ، يكون الأصل في الشروط حسب هذا الرأي ، هو الإباحة و الإطلاق ، وليس التحريم أو الحظر و التقييد . وهذه هي أدلتهم من الكتاب الكريم . أما من السنة النبوية الشريفة فهو الآتي .

### ب - من السنة

لقد استدل أنصار هذا الرأي بالأحاديث التالية :

1 - ما روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، و من كان فيه خصلة منهن

---

(1) - ابن القيم ، اعلام الموقعين ، الجزء الأول ، ص 344 ، 346 . و الجزء الرابع ، ص 402 .

كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر " (1) .

2 - ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : قال الله عز وجل : " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حرا فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطيه أجره " (2) .

3 - ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إذا جمع الله الأولين و الآخرين يوم القيامة ، يرفع لكل غادر نواء ، فيقال هذه غدرة فلان بن فلان " (3) .

4 - وعن عبد الله بن عمر أنه قال : " دعيتي أمي يوما ورسول الله صلى الله عليه وسلم قاعد في بيتها ، وقالت : أعطيه تمرا ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما أنك لو لم تعطه شيئا كتبت عليك كذبة " (4) .

---

(1) - النيسابوري ، صحيح مسلم ، الجزء الثاني ، ص 46 .

(2) - أبو عبد الله محمد ، البخاري ، صحيح البخاري ، الجزء الثالث . بيروت -

لبنان : دار الفكر العربي ، 1981 ، ص 79 .

(3) - أبو زكريا يحيى ، النووي ، شرح صحيح مسلم ، الجزء الثاني عشر . بيروت -

لبنان : دار الفكر العربي ، 1981 ، ص 42 .

(4) - سليمان أبو داود ، السجستاني ، سنن أبي داود ، الجزء الرابع . بيروت -

لبنان : دار الفكر ، ص 298 .

- 5 - ما روي عن عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " خيركم قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يجيء قوم يندرون ولا يفون ويخنون و لا يؤتمنون " (1) .
- 6 - ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أهل حراما " (2) .
- 7 - وزاد سليمان بن داود : " المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أهل حراما " - قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح (3) .
- 8 - جاء في الصحيحين : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج " (4) .
- 9 - عن عبد الله بن عمر أن الرسول صلى الله عليه وسلم ، قال : " من باع نخلان قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع " (5) .

---

(1) - البخاري ، صحيح البخاري ، الجزء الخامس ، ص 2 ، 3 .

(2) - السجستاني ، سنن أبي داود ، الجزء الثالث ، ص 304 .

(3) - محمد بن عيسى ، الترمذي ، سنن الترمذي ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني . بيروت - لبنان : دار الفكر ، 1983 ، ص 403 .

(4) - الصحيحين . " صحيح مسلم و صحيح البخاري " .

(5) - النووي ، المرجع السابق ، ص 142 .

ووجه الدلالة في ذلك ، هو أن هذه الأحاديث النبوية الشريفة صريحة في صحة الإشتراط في عقود المعاملات المختلفة ، ومنه وجوب الوفاء بكل شرط يقترن بالعقد . فهي تأمر بالوفاء بالعهود والعقود والشروط والمواثيق ، وتنهاي عن نقضها و الوقوع في الغدر و الخيانة بها .

وعليه فلو كان الأصل في الشروط هو المنع و الفساد إلا إذا دل على إباحته و صحته دليلاً معيناً ، فلماذا جاء في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم الحث على الوفاء بها بصيغة مطلقة و عامة ؟

والجواب معروف ، لأن الأصل العام في الشروط هو الجواز إلا إذا دل على تحريمه نص محدد ، ومنه فلو كان العكس ، لكان النهي عنها هو الوارد على وجه الإطلاق و العموم ، وما كان مباحاً يرد بشأنه نصاً محدداً .

وفي هذا يقول ابن تيمية (1) : " و إذا كان حسن الوفاء ورعاية العهد مأموراً به ، علم أن الأصل صحة العقود والشروط ، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده ، ومقصوده هو الوفاء به ، وإذا كان الشرع قد أمر بمقصود العهد دل على أن الأصل فيها الصحة و الإباحة " . وإذا كانت الشروط في العقود جميعها مستحقة الوفاء بحكم الشارع كانت صحيحة جائزة إذ لا يستحق الوفاء إلا ما كان جائزاً فعلى من يدعي بطلان شرط من الشروط أن يأتي بالدليل الذي يدل على هذا البطلان (2) .

---

(1) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 332 .

(2) - شعبان ، المرجع السابق ، ص 65 .

وتجدر الإشارة الى أن أنصار المذهب المضيق لحرية الإرادة في إبرام العقود و  
إشتراط الشروط قد ناقشوا هذه الأدلة وعارضوها ، ولا بأس أن نورد هنا مناقشتهم  
لحديث واحد فقط والذي أثار جدلا كبيرا عندهم ، وهو حديث رسول الله صلى الله  
عليه وسلم حينما قال: "المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما".

حيث قالوا من جهة حديث ضعيف ، ومن جهة أخرى لأن فيه إضافة النبي صلى  
الله عليه وسلم الشروط الى المسلمين ، ولا شروط للمسلمين إلا الشروط التي أباح  
الله تعالى في القرآن أو السنة الثابتة عقدها ، فلا شروط للمسلمين غيرها ، لأن  
المسلمين لا يستجرون إحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها ، هذه شروط الشيطان  
وأتباعه لا شروط المسلمين ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " كل محدثة بدعة ، وكل  
بدعة ضلالة ، والضلالة في النار " (1) .

ولكن في الحقيقة بالتمعن في هذه المناقشة نلاحظ بأنها لم تكن في الصميم ،  
وأنها حادت عن جادة الصواب ، إذ أن الشروط المقترنة بالعقود تكون صحيحة وواجبة  
الوفاء للأسباب السالفة الذكر ، وأن للمتعاقدين الحرية التامة في إشتراطها ، وأنه ليس  
كما ذهبوا الى أن الشروط لا تضاف الى المسلمين إلا إذا ورد الدليل الدال على إباحتها.

كما أن رد ابن تيمية عليهم كان في الصميم حينما قال : " إن الحديث أفاد أن  
المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ، فإن شرطه يكون حينئذ إبطالا لحكم الله ،  
وليس للمشترط أن يسقط ما أوجبه الله ، وإنما له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا

---

(1) - ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، الجزء الخامس ، ص 608 .

بدونه . فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما ، وعدم الإيجاب ليس نفيا للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضا للشرع ، وكل شرط صحيح ، فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجبا ، ويباح أيضا لكل منهما ما لم يكن مباحا ، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراما ، وقد وردت شبهة عند بعض الناس حتى توهم أن هذا الحديث متناقض وليس كذلك ، بل كل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه " (1) .  
هذا دليلهم من السنة ، أما دليلهم من الأثر فنورده باختصار فيما يلي .

### ج - من الأثر

1 - روي أن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - رفعت إليه قضية رجل شرط لإمرأته عند نكاحها ألا ينقلها من بلدها ، ثم أراد أن ينقلها ، فأبت عليه ذلك تمسكا بما شرط لها ، فقضى عمر على الرجل وألزمه ألا ينقلها من بلدها عملا بما شرط على نفسه ، فقال الرجل: إذا يطلقنا، فقال عمر: إن مقاطع الحقوق عند الشروط ، لها شرطها " .  
وفي رواية أخرى: "المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم" (2) . فهذا دليل قاطع على حرية الإشتراط في العقود و صحته .

---

(1) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 333 .

(2) - ابن حجر ، العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، الطبعة الثالثة ، الجزء التاسع . بيروت - لبنان : دار إحياء التراث العربي ، 1985 ، ص 347 / .

النووي ، المرجع السابق ، ص 148 .

2 - كما روي أن عثمان بن عفان ، و عبد الرحمان بن عوف كانا يتبايعان أمام جمع غفير من الصحابة الذين تمنوا أن يتبايع عثمان وعبد الرحمان بن عوف ، ليعلم أيهما أشطر في التجارة وأربح ، فقد إشتري عبد الرحمان بن عوف من عثمان بن عفان فرسا بأرض تساوي أربعين ألف درهم إن أدركتها الصفقة وهي سالمة ، ثم أجاز قليلا فرجع ، فقال: أزيدك ستة آلاف درهم ، إن وجدها رسولي سالمة ، فقال: نعم ، فوجدها رسول عبد الرحمان قد هلكت ، فخرج منها بالشرط . وهذا يعني صحة الإشتراط في المعاملات كالبيع وغيره ، وهو صريح في إشتراط عبد الرحمان سلامة الفرس في البيع مقابل أن يسلمه الأرض ، وقبول عثمان لهذا الشرط مع وجود جمع من الصحابة الذين لم ينكروا البيع بشرط ، وكذلك عثمان كان يجيز الإشتراط في عقد الزواج للمرأة المتزوجة . كما إشتري عثمان من صهيب دار له وإشتراط صهيب سكنها فقبل عثمان بذلك الشرط ، وسلمه الثمن ، وإنتفع صهيب بسكنها (1) . وكذلك قول شريح " لكل مسلم شرطه " (2) . وكل هذا يدل على صحة الإشتراط في العقود .

---

(1) - محمد رواس ، موسوعة عثمان بن عفان ، القاهرة - مصر : مكتبة الخانجي ، ص 213 ، 215 .

(2) - مسند ابن أبي شيبة ، الجزء السابع ، ص 249 ، 273 .

## د - من الأدلة العقلية

أما أدلتهم العقلية فتتمثل فيما يلي (1) :

**أولاً :** إذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمور به ، علم أن الأصل صحة العقود والشروط ، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده ، ومقصود العقد هو الوفاء به ، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود ، دل على أن الأصل فيها الصحة و الإباحة ، كما أن ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود و الشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه .

**ثانياً :** إن رضا المتعاقدين أصل في صحة العقود ، وما يترتب عليها من الآثار ، تابع لما يوجباته على أنفسهما بالتعاقد ، ويشهد لهذا الأصل قوله سبحانه وتعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وقوله " إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم " فهنا لم يشترط سبحانه وتعالى في التجارة إلا التراضي ، وهذا يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة ، وإذا كان كذلك كان التراضي أصلاً في التمليكات جميعها ، فيجب أن يحكم بصحة كل ما يتراضي عليه العاقدان ، ويتفقان على الإلتزام به فيما بينهما ، لتحقق مناط الجواز وهو التراضي ، وألا يبطل شرطاً تراضياً عليه ، إلا أن يتضمن إباحة ما ورد الشرع بتحريمه

---

(1) - راجع : ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء التاسع والعشرون ، ص 146 ،

150 . والجزء الثالث ، ص 334 ومايلها .



و النهي عنه ، كأن يشترط عليه ما يؤدي الى الربا أو سرقة الأموال .

**ثالثا:** الشروط من الأشياء التي يحتاج الناس إليها كثيرا في عقودهم وتصرفاتهم ، إذ هي الوسيلة إلى جعل أحكام العقد و آثاره محققة لمصلحة العاقد ، وافية بغرضه ، و ما يقصده من تعاقده ، فلو كان الأصل فيها الحظر و الفساد ، و لا يصح شرطا منها إلا بدليل معين لزم إيقاع الناس في الحرج و الضيق ، و هو مما صرح القرآن الكريم بنفيه " و ما جعل عليكم في الدين من حرج " و " يريد الله بكم اليسر و لا يريد بكم العسر " ، فوجب أن تكون كلها مباحة و مشروعة إلا ما دل على تحريمه و فساده دليل معين ، حتى يرفع الحرج على العباد ويتحقق التيسير على المسلمين وهو ما يتفق مع روح الشريعة ومقاصدها العامة .

**رابعا:** إن الأمر في الشروط المقترنة بالعقود لا يخلو من أمور ثلاثة : إما ألا تحل الى بدليل خاص من الكتاب والسنة والقياس ، وحيث حلت وجب الوفاء بها ، وكان على الحاكم المسلم أن يعين على تنفيذها ، إذ لا ينفذ إلا ما قام دليل خاص من الشارع على وجوب تنفيذه ، وأما أنها لا تحل إلا بدليل عام أوجب الوفاء بها ، وأما أنها تحل من غير حاجة الى دليل ما دام لا دليل على التحريم .

وفي الحقيقة إذا ما تفحصنا جيدا ما جاء في معقولهم ، فإنا نجد بأنه كان معقولا حقا ، ويتمشى مع متطلبات المجتمع وما يحتاجه من سرعة وإتقان في المعاملات ، ولا يتأتى ذلك إلا بإطلاق حرية الإرادة في إبرام العقود وإشترط الشروط .

### ثالثاً: تقدير هذا الرأي

من خلال كل ما سلف ذكره وبياته يمكننا أن نبدي رأينا وتقديرنا لهذا المذهب أو الرأي فنقول :

إن أنصار هذا الرأي قد أعطوا للإرادة حريتها وأطلقوا لها العنان في إبرام ما نشاء من العقود وإشتراط ما يعود عليها بالمنافع والمصالح من الشروط . وهذا راجع في إعتقادنا للفهم الصحيح لشريعتنا الغراء وتعمقهم في مفاهيمها وعدم التمسك بظاهر النصوص كما ذهب الى ذلك أصحاب الرأي الأول ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، راجع لإدراكهم لحاجات ومتطلبات البشر لمثل هذه الشروط لإدراجها في مختلف العقود بغية تحقيق أهدافهم وأغراضهم الإجتماعية ، الإقتصادية ، والمالية وغيرها . كما أن الأدلة التي إستدلوا بها ، كانت في محلها ودعمت رأيهم ، فالبينة على من إدعى ، وإذا سلم الدليل سلم المدعى.

وتجدر الإشارة ، الى أن إطلاق الحرية للإرادة في إشتراط الشروط في هذا المذهب ، لا يقصد منه أن باب الإباحة مفتوح على مصرعيه هكذا لإباحة كل الشروط ، ومن قبل كل من هب و دب ، وإنما لمن أراد الحكم بصحة أي شرط يجب عليه أن يكون مستوعبا للأدلة المعارضة لتلك الأدلة العامة التي جاءت بإباحة الشروط ، حتى يكون حكمه صحيحا ، فإن وجد المعارض عمل به ، وإلا حكم بإباحة الشرط وصحته .

وفي ذلك يقول ابن تيمية : " وإذا ظهر أن لعدم تحريم الشروط وصحتها أصلين : الأدلة الشرعية العامة ، والأدلة العقلية التي هي الإستصحاب وإنشاء المحرم ، فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الإجتهد في

خصوص ذلك النوع والمسألة ، هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم ، فإن الأدلة النافية لتحريم الشروط ، والمبينة لحلها مخصوصة ، تجمع ما حرمه الله ورسوله منها ، فمن غلب على ظنه من الفقهاء إنتفاء المعارض في خلافة أو حادثة إنتفع بهذه القاعدة ، فيذكر من أنواعها قواعد حكمية مطلقة " (1) .

وهذا كما يرى الأستاذ زكي الدين شعبان (2) إحتياط من أصحاب هذا الرأي وسدهم للباب في وجه من لم يتأهل لمنزلة الفتوى والحكم وأنه في الوقت نفسه توسعة على الناس الذين باتوا يتخرجون من تضيق حريتهم في الإشتراط ، خاصة أن مجال المعاملات تطورت كثيرا .

إن تلك الشروط هي الضمان الوحيد الذي يسير بسفينة المعاملات الى حيث قضاء المصالح والحاجات لم يتردد في الحكم بصحة هذا الرأي ، وأنه الذي يتفق ونظام المجتمع ، ولم نسمع شريعة من الشرائع جاءت منافية لناموس الإجتماع والرقي ، فما بالك بشريعة الخلود الصالحة لكل عصر ومكان ، والتي ختم الله بها الشرائع والتي بنيت أصولها على التسيير ورفع الحرج على العباد . كما أن هذا يمنع الناس من الدخول في باب الحيل الذي ولجه أولئك الماتعون للشروط عندما وجدوا مذهبهم لا يسائر الزمن ، ولا يلائم ما يتعامل به الناس فإبتدعوا منها أصنافا إستباحوا بها حل الشروط التي كانت قواعد المذهب تقضي بتحريمها وفسادها .

وعليه يعتبر هذا الرأي ، هو الصالح لهذا الزمان خاصة بعد تطور مجال المعاملات والمبادلات التجارية والإقتصادية ، و كثرة العقود و تزايد الشروط .

(1) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 341 ، 343 ، 346 .

(2) - شعبان ، المرجع السابق ، ص 92 .

## المطلب الثالث

### الرأي الثالث

الأصل في الشروط الحظر و التحريم إلا ما ورد الشارع بإجازته وأنه

كان موافقا للقواعد العامة للشريعة أو مما يقتضيه العقد أو جرى به العرف

يتم التطرق في هذا المطلب ، الى مضمون هذا الرأي وأدلته فتقديره وتقييمه .

#### أولا : مضمون هذا الرأي

إن هذا الرأي يمثل الإتجاه الوسط بين الرأيين المتباينين والمتباعدين السابق ذكرهما ، فهو لا يشترط لإباحة العقد والشرط ورود نص خاص بالإباحة كما هو الشأن بالنسبة للرأي الأول ، كما لا يجعل الأصل في العقود والشروط الإباحة كما هو الشأن بالنسبة للرأي الثاني ، بل جعل الأصل في الشروط هو الحظر والتحريم ، وإستثنى منها البعض ، ولكن إستثنائه هذا توسيع فيه كثيرا و أكثر منه .

ويمثل هذا الرأي ، جمهور فقهاء الحنفية (1) ، والشافعية (2) ، والمالكية (3)

---

(1) - ابن نجيم ، الدر المختار ، الجزء الثاني . بيروت - لبنان : دار المعرفة للطباعة ،

بدون سنة ، ص 231 .

(2) - الشيرازي ، المهذب ، الجزء الأول : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ص 265 .

(3) - محمد ، ابن جزي ، القوانين الفقهية . الجزائر : دار الكتب ، 1987 ، ص 257 .

و البعض من الحنابلة (1) ، وهم يرون بأن كل شرط يخالف الشرع الشريف أو يزيد على مقتضى العقد الذي إقترن به من غير ورود أثر به ، هو شرط لا يقره الشرع ولا يبرعاه ، لأن الإرادة تنشأ العقد ، وأحكام العقد و آثاره من عمل الشارع ، فمقتضيات العقود كلها تثبت بدليل شرعي وليس للعاقد أن يضيف شيئا إليها أو يقيد هذه المقتضيات ، إلا إذا قام دليل من الشارع عليها يجيز إنترامها و الوفاء بها .

وكما هو واضح أن أنصار هذا الرأي يأخذون بنظرية مقتضى العقد ، غير انه و إن كانوا جميعا يأخذون بها على وجه العموم ، إلا أنهم في الحقيقة يختلفون فيما بينهم في التفاصيل ، وذلك راجع إلى أن كل منهم ينظر إليها بمنظاره الخاص ومن زاويته الخاصة .

حيث نجد أن الحنفية يرون أن حرية المتعاقدين مقيدة على أساس من القياس أو الأخبار غير الصحيحة ، وعلى أساس مخالفة الشرط لمقتضى العقد ، إذ يجعلون كل شرط متضمن لمنفعة زائدة على أصل مقتضى العقد مخالفا ومفسدا لعقد المعاوضة المالية ، وأنه لا يصحح في العقود شرطا يخالف مقتضاه المطلق ، وإنما يصحح الشرط في المعقود عليه إذا كان العقد مما يمكن فسخه ، كما يوسع معنى الدليل فيدخل فيه القياس و الإستحسان و العرف .

أما المالكية ، فهم على العموم لا يختلفون عن الحنفية ، إلا أنهم يجيزون بعض

---

(1) - من بين هؤلاء الحنابلة : ابن عقيل ، وأبي يعلى الحنبلي ، وعبد الله بن محمد ، وإبن أبي موسى ، وغيرهم .

الشروط لأن الشرع جاء بها ، كاشتراط الإنتفاع بالمبيع مدة معينة . فالمالكية يضيّقون من حرية الإرادة في الإشتراط ، ولكن أقل حدة من الحنفية، وتجدر الإشارة الى أن الإمام مالك (1) إنفرد برأي في الشروط التي تفسد العقود ، وهو أن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ويفسده إذا تنازل عنه شارطه فلم يتمسك به صح العقد وبطل الشرط ، وهو يبنى ذلك على نظرية المانع ، فيعتبر الشرط المنافي مانعا من صحة العقد ، فإذا زال المانع عاد الممنوع .

أما الشافعية فهم كذلك لا يختلفون عن الحنفية إلا في مسائل محددة ، وهم أقل تصحيفا للشروط من المالكية الذين توسعوا أكثر منهم ، إذ يعتبر الشافعية من أكثر المتشددين والمضيّقين لحرية الإرادة في إشتراط الشروط بعد الظاهرية ، فهم يعتبرون أن مقتضيات العقود كلها إنما تثبت بدليل شرعي ، وليس للعاقّد أن يضيف إليها شيئا أو يقيد بها بقيد إلا إذا قام دليل شرعي يجيز إلتزامه والوفاء به ، كاشتراط تأجيل الثمن في البيع .

أما البعض من الحنابلة السالف ذكرهم ، والذين يأخذون بنظرية مقتضى العقد ، فإنهم يذهبون الى نفس ماسلف ذكره إلا أنهم يستثنون أكثر مما إستثناء الشافعية .

وعلى العموم فإن أصحاب هذا الرأي يتفقون على أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقود هو الحظر والتحریم إلا إذا دل على إجازتها الشارع ، أو كانت توافق مقتضى العقد ، إلا أن نظرتهم لمقتضى العقد تختلف سعتا و ضيقا من فريق الى آخر ،

(1) - أنظر في ذلك : محمد ، ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني.

بيروت - لبنان: دارالفكر، ص 135. / أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 149.

كما سوف نرى عندما نتعرض الى نظرية مقتضى العقد . أما أدلة أصحاب هذا الرأي فسوف نتعرض لها فيما يلي :

### ثانياً: أدلة هذا الرأي

يرى أصحاب هذا الرأي وهم المتمسكون بنظرية مقتضى العقد ، أن لكل عقد في الشرع أحكاماً أساسية تسمى مقتضى العقد نص عليها الشرع مباشرة و إستنبطها الإجتهد و أثبتها ، حفظاً للتوازن بين المتعاقدين في الحقوق .  
فليس للمتعاقدين أن يشترطوا من الشروط ما يخالف هذا المقتضى ، فإن إشتراط شرطاً من هذا القبيل يفسد العقد ، كما لو إشتراط الأجير العام من صباغ أو خياط مثلاً أن لا يضمن ما يتلف بصنعه .

وهذا مبنى الإجتهد الحنفي في الشروط العقدية ، ونقاربه في ذلك نظرة جمهور فقهاء المالكية ، ثم الإجتهد الشافعي ، حيث يعتبر في نظرهم أن الشروط التي يصح أن تشترط في العقد مطلقاً هي التي تتفق مع نظام العقد في الشريعة ، عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " ، أي ما يخالف قواعد الشريعة المستفادة من أدلتها (1) .

---

(1) - الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 341 ، 342 . / مصطفى السباعي ، شرح قانون

الأحوال الشخصية ، دمشق - سوريا : مطبعة جامعة دمشق ، الجزء الأول ،

كما استدلوا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقالوا أنه " نهى عن بيع وشرط " ، وأن إطلاق حرية الإشتراط يعتبر مخالفة لخبر النهي عن بيع وشرط على أساس القياس . وكذلك يقيسون جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على إشتراط الولاء ، لأن العلة فيه كونه مخالفا لمقتضى العقد ، وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع فيعتبر تغييرها تغييرا لما أوجبه الشرع ، وهذه نكته القاعدة ، وهي أن العقود مشروعة على وجه ، فإشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع (1) ، كما استدلوا بالنسخ ، خاصة بشروط النبي صلى الله عليه وسلم عام الحديبية .

لقد تم الرد على هذه الأدلة بالحجة والبرهان ، حيث نجد مثلا ابن تيمية يقول في رده عليهم أنهم :

" يقيسون جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على منع إشتراط الولاء الوارد في الحديث الصحيح ، لأن العلة في المنع هي كون الولاء مخالفة لمقتضى العقد ، لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع ، فيعتبر تغييرا لما أوجبه الشرع بمنزلة تغيير العبادات . . . . ومن إشتراط أمرا ليس في حكم الله أو كتابه بواسطة أو بغير واسطة فهو باطل لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشروط ، حتى يصح إشتراطه ويجب بالشرط ، ولما لم يكن في كتاب الله أن الولاء لغير المعتق أبدا ، كان هذا الشرط وهو بثبوت الولاء لغير المعتق شرطا ليس في كتاب الله ، فانظر الى المشروط إن كان فعلا أو حكما ، فإن كان الله قد أباحه جاز إشتراطه ووجب " (2) .

فهذا القياس الذي أدى بهم الى منع الإشتراط في العقود يعتبر قياسا خاطئا ، إذ

---

(1) ، (2) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، ص 131 ، 160 ، 161 .



لا يصح القياس بهذا الحديث ، لأنه خاص بالشروط المحرمة والمخالفة للشرع ، وليس بالشروط المباحة ولا بالشروط التي يقتضيها العقد كما سبق بيانه ، بالإضافة الى أن الشرط المخالف لمقتضى العقد والواجب بمقتضى العقد يعتبر كل منهما مستبعد من العقود ومن الإشتراط ، لأن الأول مخالف للشرع فهو باطل ، والثاني واجب بمقتضى العقد حتى وإن لم يتم إشتراطه في العقد .

ولقد تمادى أصحاب هذا الرأي أكثر من ذلك حينما قالوا : " فصح بهذه النصوص إبطال كل شرط وعهد وعقد ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحته ، وقالوا كل شرط أو عقد ليس في النصوص ، إيجابه ولا الإذن فيه ، فاته لا يخلو من أحد الوجوه ، إما أن يكون صاحبه إلترزم بإباحة ما حرمه الله ورسوله ، أو تحريم ما أباحه ، أو إسقاط ما أوجبه أو إيجاب ما أسقطه " (1) .

ولقد أدى بهم هذا كله الى الوقوع في الخلط بين النصوص والأحكام ، حتى قال فيهم ابن القيم : " أنهم وسعوا طرق الرأي و القياس وقالوا بقياس الشبه ، وعلقوا الأحكام بأوصاف لا يعلم أن الشارع علقها بها ، وإستنبطوا عللا لا يعلم أن الشارع شرع الأحكام لأجلها ، ثم إضطرهم ذلك الى أن عارضوا بين كثير من النصوص والقياس ثم إضطربوا ، فتارة يقدمون القياس ، وتارة يقدمون النص ، وتارة يفرقون بين النص المشهور وغير المشهور ، وإضطرهم ذلك الى الإعتقاد أن كثيرا من الأحكام شرعت خلافا للقياس فكان خطأهم من خمسة أوجه : أحدهما ضمنهم قصور النصوص عن بيان جميع الحوادث ، الثاني ، معارضة كثير من النصوص بالرأي والقياس ،

(1) - ابن القيم ، اعلام الموقعين ، الجزء الأول ، ص 347 .

الثالث ، إعتقادهم في كثير من أحكام الشريعة أنها خلاف القياس ، الرابع ، إعتبارهم عللا وأوصافا لم يعتبرها الشارع وإلغانهم عللا وأوصافا إعتبرها الشرع ، والخامس ، تناقضهم في القياس " (1) .

كما أن إستدلّاهم بالنسخ كان خارجا عن جادة الصواب ، حيث نجد ابن القيم يرد عليهم بقوله : " أما دعواكم النسخ فإتها دعوى باطلة تتضمن أن هذه النصوص ليست من دين الله ولا يحل العمل بها ، وتجب مخالفتها وليس معكم برهان قاطع بذلك ، فلا تسمع دعواكم ، وأين إلتجاؤكم الى الإستصحاب " (2) .

وفي الحقيقة ، إن تقييدهم لحرية الإرادة في إشتراط الشروط بهذا الشكل ، راجع الى البعد عن النصوص الشرعية والإكتفاء باللجوء الى قول الآخرين دون محاولة البحث في الأدلة الشرعية ، مما يؤدي الى القول أن أقوالهم وإدعاءاتهم كانت خالية من الأدلة الدامغة ، وإنما لايسعنا في هذا المقام إلا أن نردد ما قاله ابن تيمية : " إن الشروط و العقود لم تشرع تعد لحدود الله وزيادة في الدين ، وما أبطله هاؤلاء من الشروط دلت النصوص على جوازها بالعموم والخصوص ، قالوا : ذلك منسوخ، كما قال بعضهم في شروط النبي صلى الله عليه وسلم في عام الحديبية، أو قالوا هذا

(1) - ابن القيم ، نفس المرجع ، ص 349 ، 350 .

(2) - راجع في ذلك : ابن القيم ، نفس المرجع السابق ، ص 348 . / محمد سعيد

رمضان ، البوطي ، محاضرات في الفقه المقارن ، الطبعة الثانية . دمشق -

سوريا : دار الفكر ، 1981 ، ص 80 وما يليها .

مطلق ، فيخص بالشرط الذي في كتاب الله " (1) .

حتى أن ابن حزم (2) وهو ظاهري ، ومن أشد المنادين بتقييد حرية الإشتراط في العقود ، قال في وصفهم : " أنهم أشد الناس إضطرابا وتناقضا في ذلك ، لأنهم يجيزون شروطا ، ويمنعون شروطا كلها سواء ، في أنها باطلة ليست في كتاب الله تعالى ، وينسون ههنا " المسلمون عند شروطهم " وكلهم يجيزون بيع الثمرة التي لم يبدو صلاحها بشرط القطع ، وهو ليس في كتاب الله " .

وفي حقيقة الأمر أن إطلاق الحرية للإرادة في بعض الشروط وتقييدها في البعض بدون أي دليل يعتبر تقييدا لحرية التعامل وتكريسا لمصالح الناس بغير عذر مقبول ، وهو ما يجعل هذا الرأي في غير جادة الصواب في هذا المجال .

### ثالثا : تقدير هذا الرأي

من خلال كل ما تقدم حول هذا الرأي يمكن القول بأن أنصاره لم يعطوا للإرادة حقها الكامل في إشتراط ما تشاء من الشروط في مختلف العقود . كما أن إتجاههم يميل الى الحظر والتقييد في الإشتراط أكثر من الإباحة ، على الرغم من إباحتهم لبعض الشروط .

---

(1) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء التاسع و العشرون ، ص 132 .

(2) - ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن ، ص 415 .

وهذا يدعونا للتساؤل : لماذا يفعلون ذلك من غير مبرر شرعي ؟ خاصة إذا علمنا أن إجازة بعض الشروط دون البعض ، وتحديد المنافع اليسيرة و إجازتها في الشروط لا يبطل المنافع الكثيرة و لا الشروط التي لا تخالف الشرع ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى أن صحة الإشتراط لا غبار عليها ولا يفسدها شيء من النوع أو العقل أو المصلحة بشرط عدم مخالفة الشرع ومقاصده وأحكامه وضوابطه ونواهييه.

كما أن قصورهم في الإتيان بالأدلة الدامغة ، من جهة ، وضعف الشيء القليل المستدل به منها ، من جهة أخرى ، يدفعنا الى القول بأن هذا الرأي لم يكن واضحا ودقيقا في موقفه ، خاصة وأن نظرتهم لنظرية مقتضى العقد لم تكن ثابتة من ناحية ، ولا موحدة ، من ناحية أخرى .

وعليه فإن هذا الرأي ، في اعتقادنا لا يتماشى ومصالح الناس كما ينبغي ، إذ بتقييد حرية الإشتراط في العقود على ضوء ما جاؤا به ، نكونوا قد قيدنا مجال المعاملات ، ومنه تعطيل المصالح ، وهذا ما لا يتماشى وشريعتنا الغراء التي راعت وتراعي مصالح البشر في كل زمان ومكان .

## خلاصة

بعد التطرق لمختلف آراء فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء في مدى حرية الإرادة في إشترا الشروط المقترنة بالعقود ، يمكن إستنتاج ما يلي :

### أولاً : فيما يخص درجة تقييم حرية الإرادة في الإشتراط عند الفقهاء :

يمكن القول أن دائرة التقييد والإباحة تتسع ضيقا وسعتا ، وبشكل تدريجي من مذهب الى آخر حسب الترتيب التالي :

فأكثر المذاهب تضيقا وتقييدا لحرية الإرادة في حرية الإشتراط هو المذهب الظاهري ، إذ أن الأصل عنده هو الحظر والتقييد التام ، ثم يليه الشافعية ثم الحنفية فبعض الحنابلة الذين يأخذون بنظرية مقتضى العقد ، فالمالكية ، الى أن تتسع دائرة الإباحة عند جمهور الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية و تلميذه ابن القيم ، إذ يجعلون الأصل هو حرية الإشتراط حتى يرد النص الشرعي الذي يدل على المنع .

### ثانياً : فيما يخص سبب هذا الإختلاف :

في إعتقادنا يرجع السبب الرئيسي في هذا الإختلاف الى عدم إتحاد المذاهب المختلفة في الأخذ بالأدلة الشرعية ، حيث أن كل منهم يأخذ بدليل معين ولا يأخذ بالآخر والذي قد يأخذ به مذهب آخر ، ومنه فإن حجر الزاوية في هذا الإختلاف يرجع الى الإختلاف في الأخذ بمصادر الأدلة الشرعية ، حيث نجد مثلا أن الظاهرية لا يأخذون من الأدلة الشرعية إلا النص و الإجماع ، وبالتالي يكون طبقا لهذا المذهب عدم جواز الإشتراط طالما لم يرد بشأن هذا الشرط أو ذاك دليل يدل على الجواز بالنص أو الإجماع ، وعليه لا يجوز

إشتراطه حتى ولو دل على جوازه دليل آخر من الأدلة المثبتة للأحكام الشرعية.

كما أن الشافعية والحنفية يخففون من أصل الحظر والتقيد ويطلقون الحرية في الإشتراط في بعض الحالات أخذاً بالإستحسان (1) ، كالشرط الملائم للعقد والذي جرى به العرف ، وهي تعتبر من المخففات لأصل الحظر ومقتضى العقد وخروجاً عن القياس والرأي المبني على الأثر الضعيف ، غير أن الحنفية أكثر إطلاقاً ، حيث نجد أن الشافعية لا يأخذون بالإستحسان وبالشروط العرفية فهم يضيقون من دائرة مقتضى العقد أكثر من الحنفية الذين فسروها تفسيراً دقيقاً ومحكماً .

أما البعض من الحنابلة فهم يأخذون بالإضافة الى ذلك بفكرة مقتضى العقد والقياس .

وأما المالكية فإتهم يجمعون بين مختلف النصوص ، إلا أن جمهور الحنابلة هم أكثر المبيحون لحرية الإشتراط ، ويأخذون بكافة الأدلة الشرعية من جهة و يدققون أكثر في مفاهيمها تماشياً مع متطلبات المجتمع وحاجات الناس في مجال عقود المعاملات .

---

(1) - الإستحسان هو العدول عن القياس إذا أدى الى حرج أو مشقة ، فيمكن بواسطة ذلك إمداد التشريع الإسلامي بالعناصر المرنة التي تساعد على التطور في إنشاء العقود ضمن حدود النظام العام . " راجع في ذلك : عبد الرحمان الصابوني ، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، 1965 ، ص 176 .

### ثالثا : فيما يخص أرجح المذاهب :

في اعتقادنا أن المذهب المرجح في مدى حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد ، هو المذهب الحنبلي أي الرأي الثاني في هذا المبحث ، وذلك لسببين رئيسين :

أولا : أن أدلتهم كانت قوية ودامغة من جهة ، وتفسيرهم لمختلف النصوص والأحكام الشرعية كان صحيحا ومحكما بإتفاق جميع الفقهاء المعاصرين من جهة أخرى .

ثانيا : كان تصورهم أكثر تماشيا مع متطلبات المجتمع ومصالح الناس في معاملاتهم اليومية في تحقيق المصالح والمنافع الإقتصادية والمالية والاجتماعية وغيرها من المصالح ، وهو ما يتماشى كذلك ومتطلبات العصر الحديث ، والذي يتطلب مثل هذه المرونة في مجال حساس كمجال العقود والشروط طالما لا تصطدم مع النصوص الشرعية، هذا من ناحية. و من ناحية أخرى لفتح آفاق التطور في باب المعاملات لتحقيق الرقي والإزدهار في شتى الميادين من خلالها ، وهو عين ما إستقرت عليه المبادئ القانونية الحديثة بعد مرور زمن كبير وبعيد ، وهذا ما يدل على مدى نضج وعمق فهم فقهاننا الكرام وسبقهم في هذا الميدان، وليس كما يدعي البعض بأن الشريعة تضيق على الناس وتكبح إرادتهم. وإننا لا نرى في هذا المقام إلا أن نردد ما قاله الأستاذ محمد أبو زهرة بعد عرضه مذهب أحمد بن حنبل في حرية التعاقد والشروط العقدية ، والذي جاء فيه على الخصوص : " وهكذا ترى ذلك الإمام الذي جعل آثار السلف أستاذه فتخرج عليها وإهتدى بهديها إنتهى في العقود وكثير من معاملات الناس الى التوسعة بدل التضييق ، والإباحة دون المنع . وبذلك قام الدليل على أن الناس الذين يزعمون أت الرجوع الى مسالك السلف

الصالح فيه تضيق على الناس ، لم يعرفوا حقيقة هذه الآثار وكيف سلك الصحابة السبيل ، وكيف عالجوا المشاكل التي عرضت بروح الدين الذي جاء رحمة للناس ، ولم يجيئ لإعانتهم والتضييق عليهم ، وهذه عقود تقوم عليها الأسواق العالمية اليوم قد كان في فقه أحمد متسع لها ، وقد تبين أنه إهتدى في هذا بهدي السلف رضي الله عنهم " (1) .

إن كل شيء مركب على العقود ، والعقود مركبة على الشروط ، وعليه يجب مراعات هذا الجانب الهام والهام جدا من حياتنا المعاصرة ، خاصة وأن ديننا الحنيف هو دين يسر وليس بدين عسر أخذنا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " يسروا ولا تعسروا ، وبشروا ولا تنفروا " .

وبعدما تم التعرض لمختلف آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد ، يأتي الآن التطرق في المبحث الموالي الى موقف المشرع الجزائري من ذلك . هل جعل الأصل في الإشتراط الإباحة أم التقييد ؟ وهذا ما سوف يتم التنقيب عليه فيما يلي .

---

(1) - أبو زهرة ، ابن حنبل ، ص 342 .



## المبحث الثالث

### موقف المشرع الجزائري من حرية الإرادة في اشتراط

#### الشرط المقترن بالعقد

في حقيقة الأمر ، المشرع الجزائري لم يفصح عن موقفه بصراحة تامة فيما يخص مدى حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد ، الأمر الذي دفعنا الى الغوص في البحث والتنقيب عن الإتجاه الذي يريد أن ينحو إليه ، وذلك من خلال دراسة معمقة لمختلف النصوص القانونية الواردة في القانون المدني .

ولقد مكنا ذلك من إستنتاج موقفه ، والذي يكمن حسب إعتقادنا في كونه يجعل الأصل في الإشتراط هو الإباحة كمبدأ عام ، ويجعل الإستثناء هو التقييد والحظر .

وعليه سيتم تقسيم دراستنا لهذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في المطلب الأول منه إطلاق حرية الإشتراط كأصل عام ، وأما المطلب الثاني منه فنخصصه الى الإستثناء الذي قيد فيه المشرع الجزائري حرية الإرادة في الإشتراط ، وذلك فيما يلي .

## المطلب الأول

### إطلاق حرية الإشتراط كأصل عام

إن المنطلق الذي إنطلقنا منه ، والذي دفعنا الى القول بأن المشرع الجزائري أطلق حرية الإشتراط كأصل عام ، هو نص المادة 106 من القانون المدني ، وبالتحديد بداية نص هذه المادة والذي ينص على أن " العقد شريعة المتعاقدين " .

إذ كما هو معلوم فإن العقد يقوم أساسا على الإرادة ، كما أن المتعاقدين لا يلتزمان إلا بإرادتهما ، وبالتالي فكل ما يرتضيه الملتزم دينا في ذمته ، يكون صحيحا ومنتجا لآثاره ، وذلك لأن هذا الإلتزام إنما إنبنى على إرادته الحرة .

ومنه يكون مصدر إنشاء آثار العقد طبقا للقانون الجزائري ، هو إرادة المتعاقدين الحرة ، بناء على القاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني ، و التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين ، و نتيجة لذلك ، يكون كل ما يرتضيه المتعاقد من أحكام في صيغة شروط في عقده ، يكون صحيحا و واجب الوفاء و الإلتزام به .

و عليه يكون المشرع الجزائري ، قد جعل الإشتراط في العقود بصفة عامة عملا جائزا و غير محذور ، بحيث أطلق الحرية لإرادة المتعاقدين في أن يشترطا ما يشاءان

من شروط ضمن مختلف العقود (1) ، إذ يجوز أن يقترن عقدهما بشروط يشترطاتها فيه ، وأن يتحكما في الأثر المترتب على ذلك العقد فيخضعانه لرغباتهما .

ذلك لأن المتعاقد بإرادته الحرة ، هو الذي يوجد العقد كما يرتب آثاره ، فله أن يتحكم تبعا لذلك فيما ينتج عنه من أحكام ، إذ يصبح العقد بمثابة القانون الذي أراد المتعاقدان أن ينجزا عقدهما ضمنه و في إطاره ، و بالتالي يلزمهم بكل ما تم الإتفاق عليه .

فمن خلال هذا المنطلق ، نلاحظ بأن المشرع الجزائري ، قد أعطى أهمية كبرى لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ، الذي موضوعه حرية إرادة المتعاقد في أصل العقد و نتائجه و حدود تلك الحرية ، بحيث أطلق العنان لأهم الحريات ، و هي حرية الإرادة في تحديد آثار العقد المسمى ، و تعديل نتائجه الأصلية بين الطرفين المتعاقدين ، بإشتراطهما ما يشاءان من شروط بحسب إرادتهما ، فبإضافة إلى نتائج العقد حقوقا و إلتزامات ، لم يكن ليقترضها أصل ذلك العقد لو خلا مما تم إشتراطه فيه .

بيد أن إطلاق العنان للإرادة في ترتيب آثار العقد و نتائجه ، من شأنه أن يحول دون تحقيق الصالح العام و العدالة ، ذلك لأن العقود قد تمتد في بعض الأحيان لتمس

---

(1) - والجدير بالذكر ، أن المشرع الجزائري قد أباح للزوجين ، أن يشترطا في عقد الزواج ما يشاءان من الشروط ، طالما لا تتنافى مع قانون الأسرة ، حيث تنص المادة 19 من قانون الأسرة على مايلي : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يرياتها ، مالم تتناف مع هذا القانون " .

مصالح الغير ، لذلك نجد أن المبدأ القانوني الذي إستقرت عليه مختلف التشريعات الحديثة حول سلطان الإرادة العقدية ، هو أن السلطان الأصلي في إنشاء العقد وفي تحديد التزاماته ، إنما هو لإرادة المتعاقدين ، ولكن ضمن حدود معينة يحددها التشريع وفقا للمصالح الفردية ، الإجتماعية ، الإقتصادية والسياسية .

و نعتقد جازمين ، أن المشرع الجزائري يوافق هذا الإتجاه وهو مبتغاه ، على الرغم من عدم النص الصريح على ذلك ، إذ نستنتج من مختلف النصوص القانونية ، أن المشرع الجزائري لم يطلق العنان للإرادة في إشتراط الشروط هكذا ، وإنما قيدها إستثناءا ، وهو ما سنتناوله في المطلب الموالي .

## المطلب الثاني

### تقييد حرية الإشتراط كإستثناء

إن الإشتراط في العقود بصفة عامة ، عملا جائزا كما سبق ذكره ، وذلك إستنادا الى القاعدة القانونية القائلة بأن " العقد شريعة المتعاقدين " . ولكن السؤال الذي يطرح نفسه على بساط الموضوع ههنا هو : هل يفهم من ذلك أن للمتعاقدين أن يشترطا في عقدهما ما يشاءان من شروط هكذا ، ومهما كانت طبيعة تلك الشروط ، أم أنه هناك حدودا وقيودا معينة لا يجوز لهما أن يخرججا عن نطاقهما ؟ أي بمعنى آخر : هل أن إرادة المتعاقدين مقيدة بقيود محددة في مجال الإشتراط أم لا ؟

في الحقيقة المشرع الجزائري ، لم يفصح عن رأيه بصراحة تامة في تقييده لحرية إرادة المتعاقدين في إشتراط الشروط المقترنة بالعقود ضمن نص قانوني محدد وواضح ، على الرغم من أننا ندرك جيدا أن هدفه هو تقييدهم في حدود معينة ، غير أنه لم يفصح عن ذلك بشكل واضح ، والسبب في ذلك حسب رأينا هو إعتقاده أنه نص على ذلك عندما تناول الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام ، مع العلم أن الشرط كوصف يختلف تماما عن الشرط المقترن بالعقد كما سبق بيانه (1) ، الشيء الذي دفعنا الى البحث والغوص في مختلف النصوص القانونية ، لمحاولة كشف وإستنتاج الموقف الذي يصبوا إليه المشرع الجزائري ، ومعرفة إتجاهه في هذا المجال .

---

(1) - راجع في ذلك الصفحة : 46 ، 47 ، 87 ومايليهها من هذا البحث .

ولقد مكنا ذلك الوصول إلى نتيجة مفادها ، أن المشرع الجزائري وإن لم ينص على تقييد حرية الإرادة في إشتراط الشروط المقترنة بالعقود في نص صريح وواضح ، إلا أنه في الواقع هذا هو هدفه ومبتغاه ، أي تقييد حرية الإشتراط ولكن إستثناءا وليس أصلا ، بحيث نجد أن المشرع الجزائري يعترف بسلطان الإرادة ، ولكنه يحصره في دائرة محددة تتوافق وتتماشى فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام ، وهو عين الصواب ، لأنه إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث أنها ترتب أحكام وآثار الإلتزامات التعاقدية ، لوجدنا أنها محدودة ومقيدة في ذلك دائما وأبدا بحدود وقيود النظام العام والآداب .

وعليه يكون موقف المشرع الجزائري من حرية الإرادة في إشتراط الشرط المقترن بالعقد ، هو أن الأصل فيها الإباحة والإطلاق ، وأما الإستثناء فيها فهو التقييد والحظر .

غير أننا نعيب على المشرع الجزائري عدم إفصاحه عن موقفه بصراحة تامة وواضحة ، وعليه نقترح عليه أن ينص على ذلك ضمن نص قانوني محدد ، يجعل فيه عملية إقتران الشرط بالعقد عملية جائزة كأصل عام ، غير أنها تكون محددة ومقيدة بقيود ، بحيث تجعل عملية الإشتراط غير جائزة كلما كانت تلك الشروط غير مشروعة .

## خـ لـا صـة

مما تقدم وبمقارنة موقف المشرع الجزائري بمختلف آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد ، نجد أن المشرع الجزائري يوافق ويتمشى مع الرأي الثاني ، الذي يجعل الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه نص أو قياس ، وهو الرأي الذي يتزعمه المذهب الحنبلي والبعض من المالكية .

ومنه يكون المشرع الجزائري وهذا الرأي ، قد فتحا باب الإشتراط في العقود على مصرعيه ، إذ يعطيان للمتعاقدين الحرية التامة في أن يشترطا ما يشاءان من شروط ، حسبما يتفق وأغراضهما ومصالحهما في أثناء تكوين العقد ، غير أنهما يقيدان تلك الحرية بقيد واحد فقط ، وهو ألا تكون تلك الشروط غير مشروعة ، وهو في الحقيقة ما يتمشى ومتطلبات العصر ومصالح البشر .

ومن هذه النقطة بالذات ، يثور التساؤل حول ماهية المعيار المتخذ للتمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة ، سواءا في القاتون الجزائري أو في الشريعة الإسلامية ؟ الأمر الذي سنتناوله في الفصل الثاني الموالي .

## الفصل الثاني

ضابط الشروط المشروعة  
و الشروط غير المشروعة  
في  
الشريعة الإسلامية و القانون  
الجزائري



## الفصل الثاني

### ضابط الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة

### في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

#### تمهيد :

في هذا الفصل سنحاول تبين المعيار المتخذ للتمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة ، سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الجزائري .

ولذا يتم تقسيم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين كاملين ، إذ نتناول في المبحث الأول منه معيار التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة في الفقه الإسلامي .

ثم نتطرق في المبحث الثاني ، إلى ماهية المعيار المتخذ في القانون الجزائري للتمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة ، وهذا حتى يتسنى لنا في الأخير إجراء مقارنة ما بينهما ، لتبيان مدى التطابق أو التوافق في طريقة إقامة الضابط المتخذ لذلك .

## المبحث الأول

### معيار التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة

#### في الشريعة الإسلامية

يمكن القول بوجه عام ، أن أهم المعايير المعتمدة للتمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة في الفقه الإسلامي ، تكمن في الضوابط التالية : النص الشرعي ، الإجماع والقياس ، وهو ما سيتم التطرق إليه في المطلبين التاليين .

#### المطلب الأول

##### النص الشرعي

يقصد بالنص الشرعي ، الكتاب الكريم أو السنة النبوية الشريفة ، وهما من بين أهم المعايير التي تعتمد في تمييز الشروط المشروعة عن الشروط غير المشروعة في الفقه الإسلامي .

إذ يعتبر الكتاب وهو القرآن الكريم ، أصل التشريع الإسلامي والمصدر الأول والأساسي لأحكام الشريعة الإسلامية ، وهو في الفقه الإسلامي بمثابة الدستور في الشرائع الوضعية لدى مختلف الأمم ، كما أن مختلف المصادر الأخرى ترتبط به ارتباطاً وثيقاً ، ولذا لا يجوز لأي مصدر بشري إجتهادي أن تتصادم أو تتعارض أحكامه مع هذا

المصدر الألهي ، لأنه هو المصدر والمنبع الأصل ، سواءا ما كان منه إعتقاديا أم أخلاقيا أم عمليا ، ولا يلجأ إلى غيره إلا إذا لم يوجد فيه ما يدل على حكم الواقعة المبتغاة من وراء البحث (1) والتتقيب .

ومنه يكون كل شرط يخالف أحكام الكتاب الكريم ، شرط غير مشروع ، وبالتالي لا يجوز إشتراطه في العقد مطلقا .

كما تعتبر السنة النبوية الشريفة (2) ، المصدر الثاني للتشريع الإسلامي بعد القرآن الكريم في إستنباط وإستخراج الأحكام ، فهي دليل من أدلة الأحكام التشريعية وحجة شرعية ، ولذا يجب العمل بمقتضاها والأخذ بها متى صحت وثبتت عن الرسول صلى الله عليه وسلم .

ومنه يكون كل شرط يخالف أحكام السنة النبوية ، شرط غير مشروع لا يجوز إشتراطه في العقد .

---

(1) - راجع في ذلك كل من : محمد ، محدة ، مختصر أصول الفقه . باتنة - الجزائر :

دار الشهاب ، بدون سنة ، ص 48 و ما يليها . / العربي ، بلحاج ، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي . الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1992 ، ص 87 و ما يليها .

(2) - يقصد بالسنة النبوية الشريفة ، ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير .

وعليه يجب أن نخضع كل شرط لمعيار النص الشرعي ، فإذا ما كان هذا الشرط أو ذلك يتعارض أو يتنافى مع ضوابط وأحكام الكتاب الكريم أو السنة النبوية الشريفة ، إعتبر شرطاً غير مشروع ، وبالتالي لا يجوز إقترانه بالعقد مطلقاً .

## المطلب الثاني

### الإجماع والقياس

يقصد بالإجماع ، إتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي إجتهادي في واقعة من الوقائع لا نص فيها ، كما يعتبر مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي ، ودليلاً من أدلة الأحكام الشرعية (1) .

ولقد إتفق جمهور الفقهاء ، على أن الإجماع الصريح حجة قطعية يجب العمل به وعدم مخالفته .

---

(1) - راجع في ذلك كل من : أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص 58 ومايليها . / مذكور ، المرجع السابق ، ص 289 . / بلحاج ، المرجع السابق ، ص 127 . / الحضري ، المرجع السابق ، ص 68 .

وعليه فكل شرط جاء مخالفا لما أجمع عليه الفقهاء ، كان هذا الشرط غير مشروع ، وبالتالي لا يجوز إقترانه بالعقد على الإطلاق .

كما يعتبر القياس ، معيار صالح للتمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة ، إذ يعتبر القياس أول طريق يلجأ إليه المجتهد لإستنباط الحكم فيما لا نص فيه ، وهو المصدر الرابع من مصادر التشريع الإسلامي (1) بعد الكتاب والسنة والإجماع ، وهو يعتمد على العقل والإجتهد ، في إلحاق الأمر الذي لا نص فيه ولا إجماع بآخر منصوص على حكمه أو مجمع عليه ، لإتحاد العلة فيهما والتي من أجلها شرع الحكم ، لأن القياس هو عبارة عن إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص حكمها ، لإشتراكهما في العلة التي شرع لأجلها الحكم الشرعي ، أي بمعنى آخر ، تسوية واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة ورد نص بحكمها في الحكم الذي ورد به النص ، لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم (2) .

وعليه فكل شرط جاء مخالفا لما إستقر عليه القياس ، إعتبر شرط غير مشروع ، ومنه لا يجوز إقترانه بالعقد مطلقا .

- 
- (1) - والجدير بالذكر ، أن الظاهرية لا يعتبرون القياس دليلا من الأدلة الشرعية ، كما أن المذاهب الأخرى تختلف في درجة الأخذ به بين موسع ومضيق ، بحيث يتوسع الأحناف في الأخذ به ، بينما نجد الحنابلة والمالكية والشافعية لا يعملون به ، إلا في حالة الضرورة وعدم وجود دليل من السنة ولو ضعيفا .
- (2) - راجع في ذلك كل من : أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 64 ومايليها./مذكور، المرجع السابق ، ص 290 ومايليها ./ الحضري ، المرجع السابق ، ص 289 ومايليها ./ بلحاج ، المرجع السابق ص 127 .

## المبحث الثاني

### معيار التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة

#### في القانون الجزائري

#### تمهيد :

يمكن القول بوجه عام ، أن المشرع الجزائري لم يتطرق الى مشروعية الشرط المقترن بالعقد ضمن نص قانوني واضح ، في حين نجده تطرق الى فكرة المشروعية عندما تناول الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام ، وهذا حسب إعتقادنا راجع الى الخلط الحاصل بين الشرط المقترن بالعقد والشرط كوصف كما سلف بيانه .

وفي حقيقة الأمر ، أن الشرط المقترن بالعقد هو الذي يجب أن يتصف بالمشروعية ، وهو الذي كان على المشرع الجزائري أن يولي له الإهتمام الكامل ، لأن المشروعية ليست من صفات الشرط كوصف ، إلا أنها تعتبر من المتطلبات الأساسية للشرط المقترن بالعقد ، والذي يعد كجزء لا يتجزء من مضمون العقد الذي يقترن به ، على عكس الشرط كوصف ، والذي لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يدخل في مضمون وصميم العقد الذي يلحق به .

ولمعرفة ما إذا كان هذا الشرط أو ذاك مشروع أو غير مشروع ، لا بد من معرفة ما إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب أم لا ؟ فالشرط المشروع هو ذلك الشرط الذي لا يخالف النظام العام أو الآداب .

وعليه فالمعيار المعتمد في القانون الجزائري و مختلف القوانين الوضعية الأخرى ، للتمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة ، هو معيار النظام العالم والآداب ، ولذلك نقسم دراستنا لهذا المبحث الى مطلبين ، إذ نخصص المطلب الأول منه ، لدراسة معيار النظام العام ، أما المطلب الثاني ، فنتناول فيه معيار الآداب وذلك فيما يلي .

## المطلب الأول

### النظام العام

يمكن القول بوجه عام ، أن النظام العام يعتبر من بين أهم المعايير التي يعتمد عليها في التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة ، في القانون الجزائري ومختلف القوانين الوضعية الأخرى .

وعليه يتم التعرض في هذا المطلب الى النظام العام من خلال ثلاثة نقاط ، بحيث نتطرق الى تعريفه ، ثم بيان مصدره فأيراد بعض الأمثلة التطبيقية على الشروط المخالفة له ، وذلك في مايلي .

## أولاً: تعريف النظام العام

لقد وجدت عدة محاولات لتعريف النظام العام ، ولكنها باءت كلها بالفشل ولم تصل الى مبتغاهما المرجو، كما أنها لم تتحد و لم تتفق على تعريف جامع وماتع له، ولذا قيل بأن محاولة تعريف النظام العام ، هي عبارة عن مغامرة على الرمال الزاحفة ، خاصة إذا علمنا أن النظام العام هو عبارة عن أمر نسبي في حد ذاته يتغير بتغيير ظروف المكان والزمان ، إذ يتغير من بلد الى بلد آخر (1) ، وحتى في البلد الواحد يتغير من زمان الى زمان آخر (2) ، وهذا أمر طبيعي ، لأن المجتمع في تطور وإزدهار

---

(1) - حيث قد يكون ما يعتبر من النظام العام في بلد ما لا يعتبر كذلك في بلد آخر ، بل بالعكس قد يكون نقيضه من النظام العام فمثلا الجمع بين أكثر من زوجة وحق الطلاق ، هما من الأمور المتصلة بالنظام العام في البلاد الإسلامية " أنظر نص المادة الثامنة (8) من قانون الأسرة " ، إذ لا يجوز النزول عنها ، وكل إتفاق يستبعد حرية المسلم في الزواج بأكثر من واحدة وحقه في تطليق زوجته ، هو إتفاق باطل لمخالفة للنظام العام في البلاد الإسلامية ، وعلى العكس من ذلك نجد الكثير من البلاد العربية لا يجوز الجمع فيها بأكثر من زوجة ، كما لا يعترفون بحق الطلاق بمشينة الزوج .

(2) - فمثلا قديما ذهبت المحاكم الفرنسية ، الى أن الإتفاق على تقييد حق المالك في التصرف في ملكه يعتبر مخالفا للنظام العام ، لخروجه عن أساس من الأسس الإقتصادية التي يقوم عليها المجتمع وهو حرية تداول الأموال وعدم حبسها عن التعامل ، ولكن المحاكم الفرنسية عادت وأجازت أن يتضمن التصرف الناقل للملكية " البيع أو الهبة أو الوصية " شرطا يمنع الممتلك من التصرف لمدة =



وبدون شك يؤدي هذا الى تغير وتطور أسس تنظيمه بتغيير مبادئه و أسسه ، والمذاهب الفكرية و الإجتماعية و السياسية السائدة فيه .

كما أن تحديد فكرة النظام العام ، تعتبر من أصعب الأمور و أدق المسائل ، ومن أكثرها إثارة للمناقشات الفقهية .

غير أنه يمكن القول ، بأن النظام العام هو عبارة عن الأساس السياسي والإجتماعي والإقتصادي والخلقي ، الذي يقوم عليها كيان المجتمع في الدولة كما ترسمه القوانين المطبقة فيها (1) .

---

= معقولة متى وجدت مصلحة خاصة وجدية تبرر هذا المنع .  
وكذلك الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع ، فقد إتجه الفقه والقضاء الفرنسيان ، الى إعتبار هذا الإتفاق غير سائغ فأبطلاه لمخالفته للنظام العام ، وذلك على أساس أن أحكام هذه المسؤولية من صنع القاتون لا الأفراد ، ولكن الفقه الفرنسي أصبح الآن يرى أن هذا الإتفاق لا يخالف النظام العام في جميع الأحوال ، فالإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التي تترتب على تعمد الإضرار بالغير أو ما هو بمنزلة هذا التعمد " الخطأ الجسيم " أو التخفيف منها ، في هاتين الحالتين هو الذي يكون مخالفا للقانون العام ، وكذلك الأمر إذا كان الضرر يلحق المال ويترتب على خطأ يسير فلا يكون الإتفاق إذا مخالفا للنظام العام .

(1) - عبد المنعم ، البدر اوي ، الأصول العامة للقانون ، القاهرة - مصر : مكتبة وهبة ،

بدون سنة ، ص 167 . / محمد ، عمران ، الأصول العامة للقانون ، بيروت -

لبنان : دار النهضة العربية ، بدون سنة ، ص 76 .

وعليه فكل ما يتصل بالمصالح الأساسية العليا للنظام الاجتماعي في بلد معين هو من النظام العام " فقواعد النظام العام هي القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية " كالقوانين الإدارية و القضائية " ، أو إجتماعية " كالقوانين الجنائية وما يتعلق بتكوين الأسرة ، وحالة الأشخاص الأهلية والمدنية " ، أو إقتصادية كالقوانين التي تنص على حماية الملكية ، والتي تجعل التنافس حرا أمام الجميع ، أو خلقية . فهذه المصالح الأربعة تعتبر مصالح أساسية يعنى بها القانون ، ويحرص على حمايتها ، فلا يبيح لأفراد أن يتفقوا على ما يخالف واحدة منها ، ولو حققت لهم هذه الإتفاقات مصالح شخصية ، لأن المصالح الشخصية لا تقوى على الوقوف أمام المصلحة العامة (1) .

وهكذا فإن فكرة المصلحة العامة التي تقوم عليها قواعد النظام العام ، أصبحت لا تقتصر على المسائل المتعلقة بتنظيم شؤون الدولة والمصالح العمومية ، بل امتدت الى عدة مجالات أخرى ، كالمجال الإقتصادي والاجتماعي ، بل حتى وصلت الى حد التدخل في مضمون العقد وتعديله . فالنظام العام يفرض على أطراف العلاقة التعاقدية إحترام المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في شتى المجالات لضمان السير الحسن والإستقرار في ميدان المعاملات .

وعليه فالشروط التي تقتنن بمختلف العقود نخضعها لمعيار النظام العام ، فإذا ما كانت مخالفة له ، إعتبرت شروطا غير مشروعة فيجب عندئذ عدم إشتراطها في العقد، وإذا ما كانت غير مخالفة له جاز وصح إشتراطها وإدراجها فيه .

(1) - شعبان ، المرجع السابق ، 96 ، 97 .

ويدفعنا هذا الى البحث عن مصدر النظام العام ، أي بمعنى آخر من أي مصدر يمكننا معرفة ما إذا كان هذا التصرف أو ذاك من النظام العام أم لا ، أي من هو الذي يحدد لنا فكرة النظام العام ؟ وهو الأمر الذي نتناوله فيما يلي .

## ثانياً : مصدر النظام العام

إن مصدر النظام العام قد يكون القانون ، كما قد يكون القضاء والذين سوف نتناولها فيما يلي :

### أ - القانون

يمكن القول بأن أهم مصدر للنظام العام هو القانون ، لأنه وإن اختلف الجميع في تعريف النظام العام ، إلا أنهم إتفقوا على أن النصوص القانونية الآمرة والناهية لا يمكن ولا يجوز مخالفتها من قبل الأفراد لأن المشرع عند وضعها ألزمهم باحترامها وتطبيق أحكامها لأنها كفيلة بتنظيم الحياة الإجتماعية و الإقتصادية للدولة تنظيمياً يجعلها قادرة على الحياة والإستمرار .

وبالعكس فإن النصوص القانونية التي ليست أمرة أو ناهية ، يمكن للأفراد أن يتفقوا على مخالفتها في تصرفاتهم اليومية ، ولذا قيل بأن النظام العام هو نظام قانوني إذ هو عبارة عن المبادئ القانونية التي لا يمكن للأفراد مخالفتها ، وإلا كانت تصرفاتهم باطلة .

وإن المعيار الذي يمكن إعماله في معرفة ما إذا كان النص القانوني من النظام العام أم لا ، هو عندما يمنع المشرع مخالفته من قبل المتعاقدين بعبارة " لا يمكن الإتفاق على ما يخالفه " (1) .

كذلك يعتبر من النظام العام ، النص القانوني الذي نجده لا يجيز للأفراد الإتفاق على عكس ما تضمنه من حكم ، إلا ما كان لصالح الطرف الضعيف (2) .

وكما هو معروف ، فإن دائرة النظام العام تتسع كلما تغلبت وهيمنة الفكرة الإشتراكية ومذاهب التضامن الإجتماعي ، إذ تتدخل الدولة بنصوص أمرة في تنظيم شؤون الأفراد الخاصة ، حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، حيث ترفع بعض المصالح الخاصة الى مرتبة ودرجة المصالح العامة الجديرة بالحماية ، ولهذا تكثر القيود على حرية التعاقد حماية للضعفاء من الإستغلال .

في حين نجد في المجتمع الذي تغلبت عليه النزعة الفردية ويقدم فيه مبدأ سلطان الإرادة ، أن النظام العام تضيق فيه دائرته ويقصر مجاله ، لأن حرية الأفراد فيه مطلقة ، بحيث لا تتدخل الدولة في شؤونهم ، وتترك للأفراد حرية واسعة في تنظيم روابطهم الخاصة ، ومنه يكون الضعيف في العلاقة التعاقدية تحت رحمة القوي .

(1) - أنظر على سبيل المثال : المادتين 107 و 110 من القانون المدني .

(2) - إذ تنص المادة 625 من القانون المدني على ما يلي : " يكون باطلا

كل إتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد " .

وعليه ففي الدولة التي يتسع فيها نطاق النظام العام ومن بينها الجزائر ، نلاحظ بأن القاتون هو الذي يعتبر المصدر الأساسي له ، حتى وإن كنا نلاحظ في بعض الحالات أن القاتون يقتصر على وضع المبادئ الأساسية في تنظيم مختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية ، تاركا التفاصيل الى السلطة التنفيذية التي تقوم بدورها بتنظيمها بواسطة المراسيم والقرارات أو المنشورات أو حتى الإتفاقات الجماعية ، فكل هذه التنظيمات تعتبر مصدرا للنظام العام طالما يمنع الإتفاق على ما يخالفها ، وعليه فكل شرط مخالف للنظام العام يدرج في العقد يكون شرطا باطلا ، وبذلك يكون الشرط المخالف للنظام العام ، هو الشرط المقصود منه الوصول الى أمر ممنوع بالقاتون ، وذلك بتشويه نص أو أكثر من النصوص الأمرة أو الناهية أو عن طريق الإحتيال عليها.

## ب - القضاء

يمكن أن يكون القضاء مصدرا من مصادر النظام العام في الجزائر ، إذ في كثير من الحالات نجد أن المشرع الجزائري ، لا يحدد فكرة النظام العام تاركا المجال للقضاء لتحديدها ، بحيث إذا رجعنا الى بعض النصوص الواردة في القانون المدني الجزائري مثلا ، نلاحظ بأنها لم تفصح صراحة أو ضمنا عن منع أو إباحة الإتفاق على ما يخالفها ، على عكس النصوص التي سبق الإشارة إليها .

ومثال ذلك نص المادة 121 من القانون المدني ، والتي تنص على أن " في العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى التزام بسبب تنفيذه إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون " .

وكذلك نص المادة 1/514 من القانون المدني التي تنص على أن " للشاغلين عن حسن نية للأماكن المعدة للسكن أو المهن أو المنتفع بها عن طريق الإيجار، الحق في أن يتمسكوا بالبقاء في الأماكن دون اللجوء إلى أي إجراء حسب مقتضيات وشروط العقد الأصلي مالم تكن مخالفة لنصوص هذا القانون " .

فهذه النصوص ، أعطت الحكم القانوني فقط دون تبيان ما إذا كان في إستطاعة المتعاقدين الإتفاق على ما يخالفها أم لا ؟

ومن هنا يثور التساؤل حول ما إذا فرضنا أن المتعاقدين قد أدرجا في عقدهما شروطا تقضي بمخالفة تلك النصوص ، فهل يكون ذلك الإشتراط مخالفا لتلك النصوص أم لا طالما أنها لم تفصح عن ذلك ؟

في الحقيقة أمام هذا الوضع يجد القاضي نفسه هو صاحب الرأي في تكييف تلك النصوص ، إذ يقع عليه عبء تحديد ما يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر كذلك ، وهو في هذا الصدد سيتعرض الى المبادئ الأساسية للنظام الإجتماعي والقانون السائد في الجزائر ، ويستخلص منها مبادئ النظام العام فيه ، وهو في هذا خاضع لرقابة المحكمة العليا ، وهكذا يستطيع القضاء أن يتأثر بالنتيقات الخلقية والإجتماعية والسياسية التي تسود بلادنا في كل عصر وزمان ، وبالتالي فإذا رأى القاضي أن الغرض من حكم النص القانوني هو حماية المصلحة العامة ، جعل هذا الإتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام ، لأن هذا الأخير يهدف الى حماية المصلحة العامة كما سبق ذكره ، وإذا ما تبين له العكس أجاز الإتفاق على مخالفتها .

وعليه ففي هذه الحالة ، نجد أن مصدر النظام العام يمكن أن يكون القضاء ، إذ هو الذي يحدد في بعض الحالات ما إذا كان هذا النص أو ذاك من النظام العام أم لا .

## ثالثا : تطبيقات على الشروط المخالفة للنظام العام

### في القانون الجزائري

يمكن إيراد بعض الأمثلة التطبيقية حول الشروط المخالفة للنظام العام ضمن القانون المدني .

ففي المادة 110 من القانون المدني ، نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى حماية للمتعاقد الضعيف في عقود الإذعان ، فأجاز تعديل الشروط التعسفية المجحفة ، كما أجاز الإعفاء منها ، وجعل كل إتفاق على خلاف ذلك باطل ، وعليه فإذا ماتص في عقد الإذعان على أن الطرف المذعن يتنازل عن هذا الحق، فإن هذا الشرط لا تأثير له عليه، بحيث يكون باطلا من أساسه لمخالفته للنظام العام .

ومثال ذلك أيضا ، ما جاء في نص المادة 107 من القانون المدني ، إذ عندما قرر إنقاص الإلتزام المرهق في حالة الظروف الطارئة الى الحد المعقول ، جعل كل إتفاق على مخالفة ذلك باطلا ، ومنه فإذا ما أدرج المتعاقدان شرطا في العقد يقضي بخلاف ذلك ، كان هذا الشرط عديم الأثر لمخالفته للنظام العام .

كذلك ماورد في نص المادة 426 من القانون المدني ، والتي لا تجيز أن يتضمن عقد الشركة شرطا يقضي بأن لا يساهم أحد الشركاء في أرباح الشركة ولا في خسائرها ، حيث إذا ما وجد هذا الشرط إعتبر شرطا باطلا ويبطل معه عقد الشركة لمخالفته للنظام العام .

وفي الأخير ومن خلال كل ما تقدم ، يمكن القول بأن النظام العام يمكن أن يكون هو المعيار الأساسي في تحديد الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة في القانون الجزائري . بحيث إذا ما كانت تلك الشروط تعارض النظام العام وتخالفه كانت شروط غير مشروعة وبالتالي لا يجوز إقترانها بالعقود ، وإذا ما كانت لا تخالف النظام العام وتتماشى معه كانت شروط مشروعة وجاز للمتعاقدين إدراجها في عقدهما بدون حرج .



## المطلب الثاني

### الآداب

تعتبر الآداب كذلك من بين أهم المعايير التي يعتمد عليها في التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة ، والتي يمكن أن تقترن بمختلف العقود في القانون الجزائري و مختلف القوانين الوضعية الأخرى .

وعليه سيتم التطرق في هذا المطلب ، الى تعريف الآداب وتبيان ماهو الشرط المخالف لها ، ثم إيراد بعض الأمثلة التطبيقية على ذلك .

### أولاً : تعريف الآداب

بالرجوع الى النصوص القانونية ، نلاحظ بأنها تمنع الإتفاقات التي تكون مخالفة للآداب ولكنها لم تعرف الآداب، وعليه حاول الكثيرون من الفقهاء إيجاد تعريف للآداب.

حيث قيل بأنها جزء من الأخلاق المجتمعية يعتبرها المشرع أساسا للتنظيم القانوني فيه ، وهذه القواعد هي نتيجة المعتقدات الموروثة وما جرى عليه العرف

وتواضع عليه الناس (1) .

كما قيل بأنها مجموعة القواعد التي تمثل الحالة الخلقية السائدة في بيئة معينة وفي عصر من العصور ، والتي يتبعها الناس طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الإجتماعية ، وكلما تقدمت الأخلاق وارتقت إزدادت حساسية المعيار الخلقي (2) .

وهناك من يقول ، بأن الآداب في أمة معينة وفي جيل معين ، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الإجتماعية ، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة ، وما جرى به العرف ، وتواضع عليه الناس ، وللدين أثر كبير في تكييفه ، وكلما إقترب الدين من الحضارة كلما إرتفع المعيار الخلقي (3) .

فمن خلال هذه التعاريف ، يمكن القول بأن الآداب هي عبارة عن مجموعة من القواعد المنظمة للمجتمع الواجب إحترامها ، والتي تستمد قوتها من الدين والأخلاق العالية وما تألف عليه الناس في مجتمع وزمان معينين من عادات وأعراف في مجال المعاملات .

---

(1) - عبد المنعم ، البدر اوي ، المدخل للعلوم القانونية . بيروت - لبنان : دار النهضة

العربية ، 1966 ، ص 153 .

(2) - حشمت ، أبو ستيت ، نظرية الإلتزام ، الطبعة الثانية ، بيروت - لبنان : دار

النهضة العربية ، 1954 ، ص 212 .

(3) - السنهوري ، مصادر الحق ، ص 81 .

وفكرة الآداب نسبية هي كذلك ، كفكرة النظام العام إذ تتغير من مكان الى آخر ، كما تتغير من زمان الى آخر ، حيث قد يكون ما يعتبر من الآداب في مجتمع معين هو غير ذلك في مجتمع آخر ، والعكس صحيح ، كما قد يكون ما يعتبر في البلد الواحد وفي وقت ما من الآداب ليس كذلك في وقت لاحق (1) ، ولا يقصد بالقواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق ، وإنما يقصد بها تلك التي تعتبر الحد الأدنى من قواعد الأخلاق التي تعتبر في وقت معين لا زمة لحفظ المجتمع من الإنحلال ، بحيث يفرض على المجتمع إحترامها وعدم المساس بها ، فهي تهدف الى حماية الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة (2) .

وعليه يمكن القول ، بأن الآداب تهدف الى حماية المصلحة العامة من خلال حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، حيث تمنع إقتران العقود بشروط مخالفة لها ، ومنه فإن الآداب تصلح لأن تكون معيارا حاسما في التمييز بين الشروط المشروعة و الشروط غير المشروعة ، بحيث إذا ما كانت شروطا تخالف الآداب إعتبرت شروطا غير مشروعة ، وبالتالي لا يجوز إقترانها بالعقود مطلقا ، وإذا كانت العكس جاز إقترانها بها .

(1) - ومثاله عقد التأمين على الحياة ، حيث إعتبرته الكثير من التشريعات في أول ظهوره من العقود المخالفة للآداب ، وذلك بدعوى أن حياة الإنسان لا يجوز أن تكون موضوع تعامل ، ولأن وفاة الإنسان لا يجوز أن تكون مصدر إغتناء لغيره ولأنها خشيت أن يتعجل المستفيد من وفاة المؤمن عليه ، ولكن ما لبثت هذه التشريعات أن تغيرت نظرتها للتأمين على الحياة ، بل ووضعت له اليوم نظاما مسلما به في أغلب التشريعات.

(2) - يحي ، مطر ، أصول القانون ، بيروت - لبنان : دار النهضة العربية ، ص 76 .

غير أنه يبقى هنالك سؤال يطرح نفسه على بساط الموضوع ، وهو كيف يمكننا معرفة ما إذا كان هذا الشرط أو ذاك مخالفا للآداب أم لا ؟ أي بمعنى آخر ماهو الشرط المخالف للآداب ؟ وهو الأمر الذي سنتناوله في مايلي .

## ثانيا : ماهية الشرط المخالف للآداب

إذا ما رجعنا الى أقوال الفقهاء ، فإننا نجد منهم من يقول بأن " الشرط المخالف للآداب هو ذلك الشرط الذي يتجه الى إيجاد واقعة تمنعها الآداب بشرط ألا يمنعها القانون " (1) . ومعنى ذلك أن الشرط المخالف للآداب ، هو إشتراط حصول واقعة مخالفة للآداب ، فكما أن إشتراط واقعة مخالفة للقانون يعد شرطا مخالفا للنظام العام ، كذلك الشرط المخالف للآداب يتجه الى غاية معيبة لأنه يفترض واقعة مخالفة للقوانين الخلقية .

وهناك من يقول ، بأن الشرط المخالف للآداب هو " ذلك الشرط الذي يضع العلاقات الشخصية تحت تصرف شخص آخر ، لأن كل شرط يضع الأخلاق في تصرف الشخص موضع التصرف ، أي الفرد بإعتباره كأننا معنويا « comme un etre moral » وإذن فيجب أن نستبعد مما يتعلق بالآداب : الشروط الراجعة الى الذمة المالية ، والشروط الراجعة الى الحقوق السياسية ، لأنها تتعلق بالإنسان بإعتباره

---

(1) - Lepelletier : Des condition impossibles, illicites ou contraire

aux moeurs , thèse , Paris , 1889 . p 242 .

عضوا في المجتمع أي كمواطن فيه ، كما أن الشروط الراجعة الى العقيدة بعيدة عن متناول هذه الشروط ، لأنها ترجع الى علاقة الإنسان بذاته هو فقط ولا تتعدى الى الغير " (1) .

والمعيار القانوني للشروط المخالف للآداب حسب هذا الرأي ، ليس في القصد المباشر للمشترط ، لأنه إذا ارتبط الإنسان بهذا القصد المباشر ، لكان كل شرط يمس الآداب سواء كان موافقا لها أو مخالفها مخالفا للنظام العام وباطلا ، لذا فالمعيار هو القصد النهائي « L'intention ultime » للمتصرف الذي يجب أن يكون محلا للإعتبار، ومن ثم يكون صحيحا ، و إن كان العكس ، فالشروط مخالف للآداب .

وعليه فالشروط المخالف للآداب حسب هذا الرأي ، هو الشرط الذي يكون موضوعه أمرا شخصيا هدفه النهائي يكون مخالف للآداب .

أما الفقيه سيجي « J. SAIGET » (2) ، فإنه يرى بأن الشرط يكون مخالفا للآداب في حالتين : إذا كان قد أملى لبواعث مخالفة للآداب ، أو كان الغرض منه فرض تصرف مخالف للآداب ، ويعتبر الآداب المقررة هي الآداب المسيحية في البلاد المسيحية ، فإذا كان التصرف تبرعا فيجب إعتبار إرادة المتصرف من الشرط ، وإن كان على العكس بعد مناقشة وقبول الجانبين ، فالبواعث التي تعتبر هي تلك التي تكون في القصد المشترك للأطراف ، فإذا كانت البواعث مخالفة للآداب يعتبر الشرط مخالفا

---

(1) - BARTIN : Theorie des conditio impossibles , illicites ou

contraire aux moeurs , Paris 1887 , p 249 .

(2) - SAIGET : Le contrat immoral , Paris 1939 ; P 225 .

للآداب ، ولكن لا يكفي أن تكون البواعث محمودة ليكون الشرط كذلك ، بل يلزم أن يكون التصرف المفروض متفقاً مع الآداب .

ولكن في الحقيقة وبالتمعن في كل هذه الآراء ، فإننا نلاحظ بأن الرأي الأول والذي يرى بأن الشرط المخالف للآداب هو ذلك الشرط الذي يتجه إلى إيجاد واقعة تمنعها الآداب بشرط ألا يمنعها القانون ، هو رأي غير سديد وغير صائب فيما ذهب إليه لأنه يهمل الغرض ويتجاهله ، في حين أن عدم مشروعية الشرط ليس بعدم مشروعية الواقعة بل بالغرض الذي يهدف إليه المتعاقدان ، لأن العمل المشروط قد ينطوي على عمل مشروع في ذاته ، ولكن الشرط يصبح غير مشروع بسبب الغرض المقصود منه ، ومثال ذلك : عدم الزواج فهو في حد ذاته أمراً مشروعاً ، ولكن اشتراطه في ظروف معينة قد يكون غير مشروع إذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج أو سلبها .

وكذلك الشأن بالنسبة للرأي الثاني ، فهو غير سديد أيضاً ، لأنه إذا ماتم تطبيقه فإنه سوف يتم استبعاد عدة شروط من دائرة الشروط المخالفة للآداب ، في حين هي من صميم هذه الشروط .  
ومثاله إيجار محلا للعب القمار ، فإن هذا الشرط مخالف للآداب وهو مع ذلك لا يتعلق بشخص الإنسان .

كما أن القول بأن محل الشرط المخالف للآداب أمور لا يمكن التعامل فيها غير صحيح لو نظرنا إلى الشيء ذاته ، بل بالعكس ، الصحيح قد يكون محلاً للتعامل ، كتعهد شخص بخدمة دار للعاهرة ، فإن تعهد الشخص القيام بعمل محل بالآداب أصبح

التعهد مخالفا الآداب (1) .

أما الرأي الثالث فهو أرجحهم ، إذ يجعل الباعث والغرض من فرض التصرف هو الأساس في تكييف الشرط ، فإذا كان مخالفا للآداب أعتبر الشرط كذلك ، والعكس صحيح ، غير أن مصدر الآداب في الجزائر هي الآداب المستمدة من الشريعة السمحاء والعداات والأعراف السائدة فيها ، والتي تكون غير متعارضة مع مبادئ ديننا الحنيف . ولا بأس من إيراد بعض الأمثلة التطبيقية على الشروط المخالفة للآداب فيما يلي .

### ثالثا : تطبيقات على بعض الشروط المخالفة للآداب

إن من بين بعض الشروط المخالفة للآداب ، والتي لا يجوز إقترانها بالعقود

مطلقا مايلي :

بطلان كل إتفاق يتعلق بإستغلال بيوت أعدت للعاهرة ، وذلك لمخالفته للآداب .

كذلك بطلان كل إتفاق خاص بالمقامرة أو الرهان وذلك طبقا لنص المادة 612 من

القانون المدني ، لأنه مخالف للآداب .

وكذلك بطلان كل شرط يقضي بارتكاب عمل غير مشروع مقابل إلتزام بأداء مبلغ من

النقود ، لمخالفته للآداب . . . الى غير ذلك من الأمثلة .

غير أن الجدير بالذكر في هذا المقام هو أن المشرع الجزائري جعل مركز النظام

العام أقوى من مركز الآداب ، وإلا كيف نفسر إسقاطه للآداب في المادتين 161

---

(1) - أنظر في ذلك : الجليلي ، المرجع السابق ، ص 323 .

و 1/ 344 من القانون المدني (1) .

فمثلا وبمفهوم المخالفة ، يفهم أن الإلتزام الطبيعي المنصوص عليه في المادة 161 من القانون المدني إذا كان مخالفا للآداب ، يكون صحيحا طالما لا يخالف النظام العام .

غير أنه إذا ماتم النص على الآداب الى جانب النظام العام ، ففي هذه الحالة تكون لهما نفس القوة الإلزامية ، ومنه فإننا نرى أنه ينبغي على المشرع الجزائري أن يتدارك ذلك عن طريق منح الآداب نفس القوة التي يمنحها للنظام العام .

وفي الأخير يمكن القول ، بأن الآداب تعتبر كذلك من بين أهم المعايير التي يعتمد عليها في التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة في القانون الجزائري والقوانين الوضعية الأخرى ، فإذا ما أدرج المتعاقدان شروطا في عقدهما وكانت هذه الشروط مخالفة للآداب ، إعتبرت شروطا غير مشروعة ، وبالتالي لا يجوز إقترانها بالعقد مطلقا ، وإذا كانت غير مخالفة للآداب كانت مشروعة وجاز إقترانها بمختلف العقود مع مراعات عدم مخالفتها للنظام العام كذلك ، لأنه قد تكون بعض الشروط غير مخالفة للآداب ولكن مع ذلك لا يجوز إشتراطها في العقد لمخالفتها للنظام العام .

---

(1) - بحيث تنص المادة 161 من القانون المدني على مايلي " يقدر القاضي عند عدم النص ما إذا كان هناك إلتزام طبيعي ، وعلى أي حال فإنه لا يجوز أن يخالف الإلتزام الطبيعي النظام العام " .

كما تنص المادة 1/ 344 من القانون المدني على مايلي : " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام " .



## الباب الثاني

حكم الشرط المقترن بالعقد  
في  
الشريعة الإسلامية و القانون  
الجزائري

## الباب الثاني

### حكم الشرط المقترن بالعقد في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

#### تمهيد :

بعدما تطرقنا في الباب الأول إلى مفهوم الشرط المقترن بالعقد ، من جانب تعريفه ، و تمييزه عما يشابهه من الشروط الأخرى ، و بعد إطلاعنا على مدى حرية الإرادة في اشتراطه ، سواءا في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية أو في نظر القانون الجزائري . و بعد ما تعرفنا كذلك على المعيار المتخذ للتمييز بين الشروط المشروعة ، والشروط غير المشروعة ، والتي يمكنها أن تقترن بالعقد ، لدى كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري .

نأتي الآن الى الباب الثاني من البحث ، لنبين فيه حكم الشرط المقترن بالعقد ، وتبيان مدى تأثيره على مختلف العقود ، وفقا لدراسة مقارنة ما بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري ، حتى تكتمل دراستنا للشرط المقترن بالعقد بشكل تام و واضح .

ولأجل ذلك ، إرتأينا أن نقسم دراستنا لهذا الباب الى فصلين كاملين ، إذ نتناول في الفصل الأول منه ، حكم الشرط المقترن بالعقد في الشريعة الإسلامية ، وتبيان مدى تأثيره على العقد الذي يقترن به .

أما الفصل الثاني منه ، نخصه لدراسة ومعرفة حكم الشرط المقترن بالعقد في القانون الجزائري ، ومدى تأثيره على مختلف العقود التي يمكنه أن يقترن بها .

## الفصل الأول

حكم الشرط المقترن بالعقد  
في  
الشريعة الإسلامية

## الفصل الأول

### حكم الشرط المقترن بالعقد في الشريعة الإسلامية

#### تمهيد :

لمعرفة حكم الشرط المقترن بالعقد في الشريعة الإسلامية ، لابد علينا التطرق الى حكمه لدى مختلف مذاهب الفقه الإسلامي ، حتى يمكننا ذلك من الإطلاع على الحكم الحقيقي الذي يتماشى وروح شريعتنا الغراء .

ولتسليط الضوء أكثر على ذلك ، إرتأينا أن نقسم دراستنا لهذا الفصل الى خمسة مباحث ، بحيث نتناول في كل مبحث منه ، حكم الشرط المقترن بالعقد ، وتبيان مدى تأثيره عليه لدى مذهب معين .

إذ نخصص المبحث الأول منه ، الى حكم الشرط المقترن بالعقد في المذهب الظاهري ، وفي المبحث الثاني ، نتناول فيه حكم الشرط المقترن بالعقد لدى الحنفية ، وفي المبحث الثالث ، نتطرق الى حكم الشرط المقترن بالعقد في المذهب الشافعي . أما المبحث الرابع فسنبين فيه حكم الشرط المقترن بالعقد عند المالكية ، وأما حكم الشرط المقترن بالعقد ومدى تأثيره عليه في المذهب الحنبلي ، فسننتطرق إليه في المبحث الخامس و الأخير ، بإعتباره المذهب الأكثر تطورا ، وتصحيحا في مجال الشروط التي تقتنر بمختلف العقود .

## المبحث الأول

### حكم الشرط المقترن بالعقد في المذهب الظاهري

بالتمعن في مختلف كتب ومؤلفات المذهب الظاهري ، نلاحظ بأنهم يقسمون الشروط التي تقترن بمختلف العقود الى قسمين رئيسيين هما : الشروط الصحيحة ، والشروط الباطلة ، وهو ما سنتطرق إليه بشيء من التبيان والإيضاح في المطلبين التاليين .

## المطلب الأول

### الشروط الصحيحة

يقصد بالشروط الصحيحة في المذهب الظاهري ، تلك الشروط التي ورد بشأنها نص خاص من الكتاب أو السنة يبيح إقترانها بالعقود ، أو تم الإجماع على جوازها أو الأخذ بها من قبل الفقهاء . ومثال ذلك الضمان وخيار الشرط والرهن وتأجيل الثمن وإشتراط صفة معينة في المبيع .

وتجدر الإشارة الى أن الظاهرية (1) ، قد حصروا ما يجوز إشتراطه في سبعة شروط فقط وهي :

---

(1) - راجع في ذلك : ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن ، ص 412 ، والإحكام في أصول الأحكام ، الجزء الخامس ، ص 593 وما يليها .

1 - إشتراط الرهن فيما تبايعاه الى أجل ، لقوله تعالى : « ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة » .

2 - إشتراط أداء الثمن الى ميسرة ، لقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » ، ولما روي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث الى يهودي قدمت عليه ثياب ، أبعث إلي بثوبين الى الميسرة » .

3 - إشتراط تأخير الثمن إن كان دراهم أو دناتير الى أجل مسمى لقوله تعالى : « إذا تدانيتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » .

4 - إشتراط صفة في المبيع تراضيا عليها ، وتبايعا ذلك الشيء على تلك الصفة ، لقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم » فنص جل شأنه على التراضي منهما ، والتراضي لا يكون إلا على صفة المبيع والثن ضرورة (1) .

---

(1) - لقد إختلف الظاهرية في هذا التقييد ، بحيث أن الآية الكريمة جاءت مطلقة في حكمها وعامة في نصها ، فكل ما يمكن أن يعد تراضيا من المتعاقدين يدخل في معناها إلا إذا كان هناك دليل على التخصيص ، ودليل التخصيص لا يفترض بل لابد أن يكون نصا بالقرآن أو حديثا من الرسول صلى الله عليه وسلم ثابت الرواية ، وأن قصرهم الرضا على أوصاف المبيع والثن لا مبرر له بل لابد من جعل التراضي يشمل كل أنواع التراضي في كل عقد من العقود ، ولا يختص بالمبيع فقط ، كما أن التراضي يشمل كافة أنواع العقود سواءا أكانت مطلقة أو =

5 - إشتراط أن لا خلابة (1) ، لحديث حبان بن منقذ ، إذ كان يغبن في البياعات ، فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم " بايع وقل لا خلابة ، ثم إنك بالخيار ثلاثا في بيعك " .

6 - إشتراط المشتري ثمرة النخل المؤبرة من البائع ، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " من باع نخلا مؤبرة فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع " .

7 - إشتراط المشتري مال العبد أو الأمة ، سواء أكان كله أو بعضه معينا أو منسوباً شأنها في جميعه، وسواء أكان مالهما مجهولاً كله أو معلوماً بعضه مجهولاً بعضه لما روى عبد الله بن عمر عن أبيه رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » .

أما الشروط الصحيحة التي تقترن بعقد الزواج في المذهب الظاهري فمثالها إشتراط الزوجة في عقد الزواج على أن لا يأنذها زوجها أو يدوس على حقوقها المقررة شرعاً ، أو كإشتراط تأجيل المهر أو حلولة .  
وعليه يمكن القول بأن حكم هذا النوع من الشروط بصفة عامة عند الظاهرية هو الصحة والجواز وبالتالي يجب الوفاء بها ، وأما ما عدا هذه الشروط فإنه يدخل في صنف الشروط الباطلة .

---

= مقيدة ، فإستدلال الظاهرية القاصر لا مبرر له ، لأنه تخصيص دون مخصص . « راجع في ذلك كل من : الجليلي ، المرجع السابق ، ص 82 . /  
مذكور ، المرجع السابق ، ص 644 » .  
(1) - الخلابة يعني الخداع بلطيف الكلام .

## المطلب الثاني

### الشروط الباطلة

إن دراستنا لهذا المطلب تتطلب منا تقسيمه الى فرعين ، بحيث نتناول في الفرع الأول منه المقصود بالشروط الباطلة في المذهب الظاهري ، لأن لكل مذهب مفهومه ومقصوده الخاص في هذا المجال ، أما الفرع الثاني فنخصه الى التعرف على حكم هذا النوع من الشروط ومدى تأثيره على العقد الذي يفترن به .

#### أولاً : المقصود بالشروط الباطلة

يقصد بالشروط الباطلة في المذهب الظاهري ، تلك الشروط التي يشترطها المتعاقدان في عقدهما ولم يرد بشأنها نص خاص من الكتاب أو السنة أو الإجماع يدل على جوازها .  
ومن أمثلة الشروط الباطلة : اشتراط البائع على المشتري في عقد البيع الإنتفاع بالعين المبيعة ، أو اشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن لا ينقلها من بلدها ، أو ألا يتزوج عليها ، أو كاشتراط المؤجر على المستأجر في عقد الإيجار على أن لا يسكن هذا الأخير في العين المؤجرة إلا بعد مرور مدة غير محددة .



## ثانيا : حكم الشروط الباطلة وأثرها على العقد

إن حكم هذا النوع من الشروط عند الظاهرية ، هو عدم جواز إشتراطها في العقد مطلقا ، ويكون مصيرها دائما وأبدا البطلان المطلق ، وإذا ما تم إقترانها بأي عقد ما ، سواء أكان من عقود المعاوضات أم كان من عقود التبرعات ، فبإثباتها تؤثر فيه بالبطلان ، بحيث في مثل هذه الحالات يبطل الشرط والعقد معا .

والسبب في ذلك حسب الظاهرية ، يعود لكون أن " العقد لا يصح إلا بصحة الشرط ، والشرط لا صحة له لأنه لا دليل عليه ، فلا صحة لما عقد ، لأن ما إنبنى على باطل فهو باطل " (1) .

ولذلك نجدهم يقولون بأنه " من باع مملوكا بشرط العتق أو آمة بشرط الإيلاء ، أو دابة وإشترط ركوبها مدة مسماة قلت أو كثرت أو الى مكان مسمى قريبا أو بعيدا ، أو دارا وإشترط سكنها ساعة فما فوقها ، أو غير ذلك من الشروط فهي باطلة " (2) .

وتجدر الإشارة الى أن البطلان في المذهب الظاهري يتعدى ويمتد الى كل شرط ليس من مقتضى العقد ، حتى ولو كان فيه منفعة تعود على أحد المتعاقدين أو كلاهما ما دام لم يرد بشأنه نص شرعي .

ولذلك نجد الظاهرية ينادون ببطلان كل شرط تم إدراجه في العقد من قبل المتعاقدين وبارادتهما المنفردة مهما كانت طبيعته ، وإستثنوا من ذلك سبعة شروط فقط والتي

---

(1) ، (2) - ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن ، ص 412 ، 413 .

وردت على سبيل الحصر ، وهي التي سبق ذكرها عند تطرقنا الى الشروط الصحيحة لديهم ، وهو ما نستنتج ذلك من قول ابن حزم الظاهري ، حيث يقول : " وكل شرط وقع في بيع منهما أو من أحدهما برضى الآخر ، فإتھما إن عقداه قبل البيع أو بعد تمام البيع بالنفرق بالأبدان أو بالتخيير ، أو في أحد الوقتين - يعني قبل العقد أو بعده - ولم يذكره حين العقد ، فالبيع صحيح تام والشرط باطل لازم ، فإن ذكرنا ذلك الشرط في حال عقد البيع ، فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل أي شرط كان لاتحاشى شيئا إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمة والبيع صحيح إن اشترطت في البيع " (1) . ولقد استدل الظاهرية في كل هذا بجملة من الأدلة والتي تم التعرض إليها ومناقشتها في باب مدى حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد (2) .

---

(1) - ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، الجزء الخامس ، ص 593 وما يليها . /

المحلي ، الجزء الثامن ، ص 412 .

(2) - راجع في ذلك الصفحة 104 وما يليها من هذه الرسالة .

## المبحث الثاني

### حكم الشرط المقترون بالعقد في المذهب الحنفي

تنقسم الشروط التي تقترن بمختلف العقود في المذهب الحنفي الى ثلاثة أقسام ، حيث هناك الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة والشروط الباطلة ، وعليه سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، نتناول في المطلب الأول الشروط الصحيحة ونبين أنواعها وحكمها ، ثم في المطلب الثاني نتطرق الى حكم الشروط الفاسدة وفي المطلب الثالث والأخير نتعرض الى الشروط الباطلة .

### المطلب الأول

#### الشروط الصحيحة و حكمها

يقسم الحنفية الشروط الصحيحة الى أربعة أنواع وهي : الشروط التي يقتضيها العقد ، والشروط الملائمة له ، والشروط التي ورد بها أثر من الشارع وإن كان لا يقتضيها العقد ولا يلائمها ، وأخيرا الشروط التي جرى بها العرف . وفيما يلي سنتناول حكم كل شرط من هذه الشروط ضمن الفروع الأربعة التالية .

## أولاً: حكم الشروط التي يقتضيها العقد

يقصد بالشروط التي يقتضيها العقد في المذهب الحنفي ، تلك الشروط التي تقرر أو تؤكد أثراً من آثار العقد ، أو حقاً من حقوقه ، أي بمعنى آخر ما يكون موجباً حكماً من أحكام العقد وأثراً من آثاره ، وهي تجب بالعقد من غير شروط ، وإنما مهمة الشروط في مثل هذه الحالات هي مجرد إظهار هذا الأثر ، إذ لا جديد فيها ، وذلك لأنها مقررة أصلاً بموجب العقد نفسه، وغايتها أن المتعاقد أكدها وأبرزها في صورة اشتراط. ومثال ذلك : اشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع ، أو اشتراط المشتري رد المبيع إذا وجد به عيباً ، أو كاشتراط الراهن على المرتهن ضمان العين المرهونة في حال هلاكها .

وحكم هذه الشروط ، هو أنه يلزم الوفاء بها لأنها صحيحة وتلحق بأصل العقد ، بحيث تصبح جزءاً لا يتجزأ من مقتضاها ، وذلك راجع لكون ماتم اشتراطه يثبت في الحقيقة بمطلق العقد ، إذ الشروط لا تزيده إلا توكيداً (1) ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى نجد أن العقد يقتضي مثل هذه الحقوق من غير شروط ، فكان ذكرها في معرض الشروط تقريراً لمقتضى العقد نفسه ومنه لا توجب فساده (2) ، بل تؤكد

---

(1) - شمس الدين ، السرخسي ، المبسوط ، الطبعة الثانية ، الجزء الثالث عشر .

بيروت - لبنان : دار المعرفة للطباعة والنشر ، بدون سنة ، ص 14

(2) - علاء الدين ، الكساتي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الثانية ،

الجزء الخامس . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، 1982 ، ص 171 .

موجبه (1) لأن مقتضيات العقود تجب من دون شروط ، وإنما هذه الأخيرة ما وجدت إلا لبيان حكم العقد والتأكيد عليه فقط .

وعليه فإذا ما إقترن العقد بشروط يقتضيها ، فإنه يجب الوفاء بها من قبل من التزم بها وذلك لصحتها ، ويترتب على ذلك أنه إذا تخلف الملتزم عن الوفاء ، كان للشارط الخيار بين إمضاء العقد وبين فسخه إذا كان العقد قابلاً للفسخ بتراضي الطرفين كعقد البيع وغيره من العقود الخرى .

### ثانياً : حكم الشروط الملائمة للعقد

يقصد بالشروط الملائمة للعقد في المذهب الحنفي ، تلك الشروط التي لا يقتضيها العقد ، ولكنها تؤكد ما يجب به العقد وتقرر حكمه من حيث المعنى ، إذ تقرر وتؤكد مقتضاه ، لأنها عبارة عن توثيق له ، لذا فمن مصلحة العقد اشتراطها .  
ومثال ذلك : اشتراط البائع على المشتري أن يقدم له كفيلاً أو رهناً معيناً بالثمن المؤجل في عقد البيع وغيره من العقود الأخرى .

والجدير بالذكر ، أن هذا النوع من الشروط لا يجب بمجرد التعاقد لأن العقد لا يقتضيها ، كما أن اشتراطها لا ينافي مقتضى العقد ، بل بالعكس تؤكد هذا المقتضى وثلاثمه .

---

(1) - كمال الدين ، ابن الهمام ، فتح القدير ، الجزء الخامس . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، بدون سنة ، ص 215 .

ولذا تعتبر هذه الشروط عند فقهاء المذهب الحنفي ، شروطاً صحيحة يجوز إقترانها بالعقود ، وبالتالي يجب الوفاء بها ، وفي حالة عدم الوفاء يكون للمشتري الحق في الخيار بين إمضاء العقد وبين فسخه إذا كان العقد قابلاً للفسخ بتراضي الطرفين كالبيع والإيجار ونحوها .

كما تجدر الإشارة ، الى أن مثل هذه الشروط لا تصح عند الحنفية إلا إستثناءً وعلى سبيل الإستحسان فقط ، إذ يلحقون هذه الشروط بالشروط التي تكون من مقتضى العقد ، لأنها تقرر حكمه وتؤكد من حيث المعنى، إذ تزيد في توثيقه كما سبق ذكره . أما قياساً فلا يجوز إشتراطها في العقد حتى ولو كانت ملائمة له طالما لا يقتضيها ذلك العقد ، وحجتهم في ذلك هو أن هذه الشروط تتضمن منفعة زائدة لا يقتضيها العقد ، فيؤدي ذلك الى تكوين عقد ضمن عقد وهو ما لا يصح . ومثال ذلك إشتراط المشتري على البائع في عقد البيع نقل هذا الأخير للشيء المبيع وعلى حسابه .

والذي يؤيد هذا ، هو ما قاله السرخسي ، وهو حنفي المذهب ، في هذا النوع من الشروط عندما أخذ مثالا له في حالة إشتراط الرهن ، إذ يقول : " وإن شرط أن يرهنه المبتاع هذا بعينه ، ففي القياس العقد فاسد لما بينا أنه شرط عقد في عقد ، وفي الإستحسان يجوز هذا العقد ، لأن المقصود بالرهن الإستفاء ، فإن موجبه ثبوت يد الإستفاء ، وشرط إستفاء الثمن ملائم للعقد ، ثم الرهن بالثمن للتوثيق بالثمن ، فإشتراط ما يتوثق به كإشتراط صفة الجودة في الثمن " (1) .

وكذلك ورد في البدائع ما يلي : " الشرط الذي لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم للعقد،

(1) - السرخسي ، المرجع السابق ، ص 19 .

لا يوجب فساد العقد أيضا ، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً إياه . . . .  
 فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد ، وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه  
 المشتري بالثمن رهنا . . . . فإن كان معلوماً فالبيع جائز إستحساناً ، والقياس ألا يجوز ،  
 لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل ، وشرط الرهن والكفالة مما  
 يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً ، إلا أننا إستحسننا الجواز لأن هذا الشرط لو كان  
 مخالفاً لمقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى ، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن ،  
 وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة ، فكان كل واحد منهما مقرر لمقتضى  
 العقد ، فأشبهه بإشتراط صفة الجودة في الثمن ، وأنه لا يوجب فساد العقد " (1) .

وبالتالي نخلص الى القول بأن الشرط الملائم للعقد ، وإن كان العقد لا يقتضيه  
 إلا أنه لا يتعارض مع مقتضاه كما أنه لا يتنافى مع أحكامه وضوابطه ، بل بالعكس هو  
 شرط من مصلحة العقد والمتعاقدين على سواء .

حيث أن إشتراط البائع على المشتري مثلاً أن يعطيه رهناً معيناً بالثمن الموجب ،  
 أو أن يأتيه بكفيل به ، أو أن يحيله بالثمن على فلان ، فإن كل من الرهن والكفالة  
 والحوالة لا تجب بالبيع من غير شرط ، غير أنها تؤكد ما يجب به الثمن ، وذلك راجع  
 لكون أن كلا من الرهن والكفالة يعتبران من العقود المشروعة للتوثيق بالدين ، إذ  
 إشتراطهما في الثمن توثيقاً له ، وضماناً للحصول عليه ، وبذلك يكونان ملاحظين للعقد .

وأما الحوالة فلأن المحال في العادة لا يختار الحوالة بالدين إلا إذا كان المحال  
 عليه في نظره أيسر حالاً من المدين الأصلي وأحسن منه وفاءً للدين ، ومنه يكون

---

(1) - الكساتي ، المرجع السابق ، ص 171 .

إشراطها في العقد ملائماً ومؤكداً لما يجب به وهو الثمن .

ويترتب عن إمتناع المشتري في مسألة الرهن من تسليم المرهون أو قيمته ، نشوء الحق في جانب البائع في الخيار بين فسخ العقد أو إمضاؤه ، لأنه لم يرض بتأجيل الثمن إلا بالرهن ، فإذا لم يسلمه إليه يكون رضاؤه قد تخلف ، ومنه ينشأ حقه في الفسخ لكي لا يتضرر من لزوم العقد مع فوات الشرط الذي تم إشراطه .

### ثالثاً : حكم الشروط التي ورد بها أثر من الشارع وإن كان

#### لا يقتضيا العقد ولاياتهما

يقصد بهذا النوع من الشروط ، تلك الشروط التي وردت في النصوص الشرعية وثبتت بالنص ، أي التي ورد بها أثراً من الشارع ، كإشراط أحد المتعاقدين أو كلاهما خيار الشرط (1) لنفسهما أو لغيرهما ، إذ لو اشترط البائع أو المشتري في عقد البيع الخيار لنفسه مدة معلومة أو في أي عقد آخر لا زم يقبل الفسخ بتراضي الطرفين ، فإن ذلك الشرط يعتبر صحيحاً ، و يحق للمشتري فسخ العقد .

---

(1) - خيار الشرط : هو إشراط أحد المتعاقدين أو كلاهما لنفسهما أو لغيرهما أن يكون له الحق في الإختيار بين إجازة العقد أو فسخه كله أو بعضه في مدة معينة ، وخيار الشرط كما قد يكون صحيحاً في كل الصفقة يمكن أن يكون صحيحاً في بعض الصفقة ، إذ لو اشترى شخص شيء ما موزوناً وإشترط الخيار في نصفه أو ثلثه أو ربعه فإن ذلك يعتبر جائزاً وصحيحاً .



وفي الحقيقة يعتبر هذا الشرط خارجا عن مقتضى العقد ، ولا يلائمه أو يؤكدده ، ولكن ورود الأثر به جعله جائزا ، إذ كما هو معلوم أن مقتضى العقد هو اللزوم ، لأن الأصل أنه متى تم العقد وإستوفى أركانه وشروطه إنعقد نافذا لا زما لاختيار فيه لأحد ، وذلك لضمان إستقرار المعاملات بين الناس ، وقطعا لدابر المخاصمات والمنازعات ، غير أن إعمال هذا الأصل على إطلاقه مع إجازة الشارع للشخص أن يتعاقد على شيء لم يره من قبل إنقضاء بوصفه وصفا دقيقا ، قد يوقع المتعاقد في ضرر أو يلحق به ضيقا وحرجا ، بحيث قد يجد العقد معيبا ، أو على غير ما وصف ، أو أنه كان متعجلا في التعاقد من غير روية ولا تأمل ، فلهذه الأسباب ولغيرها شرعت الخيارات ومن بينها خيار الشرط وفقا للمتعاقدين ودفعاً للأضرار التي قد تلحقه نتيجة لزوم العقد من جهة ، وضمائنا لرضائهم من جهة أخرى ، إذ لا بد من إكمال التراضي بين المتعاقدين مع التأكد من سلامته وإقامته على أسس صحيحة .

وعليه فإذا ما باع شخص شيئا ما على أنه بالخيار ، ورضي بذلك المشتري كان هذا الشرط صحيحا ومن ثم يصبح العقد غير لازم بالنسبة لمن شرط له الخيار ، وعليه فحكم هذا النوع من الشروط هو الصحة واللزوم لورود النص الشرعي الذي يجيزه ، حيث ثبتت مشروعيته بما روي عن حبان بن منقذ الأنصاري والذي أصيب بضربة سيف في رأسه فنقل بذلك نطقه وضعف إدراكه وتمييزه فأصبح يغبن كثيرا في البياعات ، ومع ذلك لا يدع التجارة ، فشكى أهله ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم رجاء أن يمنعه منها ، فقال له صلى الله عليه وسلم : " إذا أنت بايعت فقل لا خلاية ثم أنت بالخيار في كل ساعة إبتعتها ثلاث ليال " .

فقد دل الحديث صراحة على جواز إشتراط الخيار وفقا بالناس وتمكيننا لهم من التروي وإستشارة أهل الخبرة ، وحتى يكون رضاؤهم تاما على أكمل وجه .

والجدير بالذكر ، أن هذا الشرط يصح إستحسانا فقط للمنفعة و المصلحة المستهدفة من وراء إشتراطه وهي التروي والإستشارة ، أما في مقتضى القياس فإنه لا يصح إذ يعتبر شرطا فاسدا ، وذلك لمخالفته لمقتضى العقد ، وهو ثبوت الملك في العوضين معا في الحال ، ويقاس على ذلك الخيارات الأخرى ، كخيار النقد (1) ، وخيار التعيين (2) ، وغيرهما . فكل هذه الشروط تعتبر شروطا صحيحة لازمة على الرغم من مخالفتها لمقتضى العقد ، وذلك لورود النص والأثر الدال على جوازها وعلى صحتها .

(1) - خيار النقد : هو أن يشتري شخص شيئا ما على أنه إن لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع ، فإن نقده في الثلاث صح إستحسانا للحاجة ، ولإجماع الصحابة على ذلك ، والجدير بالذكر أن هذا الشرط يصح في الثلاثة أيام فقط ، ولا يصح فيما زاد عنها ، وذلك لتجنب المماثلة ، كما نشير الى أن هذا الخيار غير جائز عند زفر والأئمة الثلاثة .

(2) - خيار التعيين : هو بيع أحد الشينين أو الثلاثة أشياء على الأكثر ، على أن يأخذ المشتري أيا شاء من الإثنين أو الثلاثة ، ولا يجوز في أكثر من ثلاثة لإشتمال الثلاثة على الجيد والرديء والوسط ، وكما يجوز خيار التعيين من جانب المشتري يجوز أيضا من جانب البائع ، وهو جائز كذلك من باب الإستحسان أيضا . " أنظر في ذلك : مجمع الأنهر ، الجزء الثاني ، ص 24 ومايلها "

## رابعاً : حكم الشروط التي جرى بها العرف

لقد أجاز الحنفية الشرط الذي جرى به العرف إستحساناً ، حتى وإن كان هذا الشرط لا يقتضيه العقد أو لا يلائمه أو يؤكداه ، لأنه جرى به التعامل بين الناس ورضوا به حتى وإن كان القياس يقضي ببطلانه .

ولقد إنفرد الحنفية في جعل العرف والعادة مصدرا من مصادر التوسع في حرية الإرادة في إستراط الشروط ، وهذا على عكس الشافعية الذين يرون بأن العادة مهما صارت وتفتت بين الناس لا يمكن لها أن تؤثر على حكم شرعي ، ولديهم " أن دعوى الحرج مردودة بالنص على الحكم الشرعي في الواقعة ، فإذا ورد حكم شرعي يطبق في نصه وفحواه ، وعلته ما شابه الواقعة التي أتى بها النص ، فإن خالف الناس النص في كافة أحكامه بدعوى العرف ، فهم مخالفون لحكم النص ، لأن النص أمر على معاملاتهم وليس العرف بأمر على النص " (1) .

غير أن العرف عند الحنفية يعتبر أصلاً إعتدوه في تصحيح الشروط العقدية التي لم تسمح به نظرية مقتضى العقد ، ويرجعون ذلك الى قاعدة « الجائز بالعرف كالجائز بالنص » (2) ، أي بنص شرعي ، كما أن الشرط وإن كان لا يقتضيه العقد

---

(1) - شمس الدين محمد ، الرملي ، نهاية المحتاج الى ألفاظ المنهاج ، الجزء الثالث .  
مصر : مطبعة مصطفى الحلبي ، ص 58 ، 59 .

(2) - السرخسي ، المرجع السابق ، ص 14 . / ابن الهمام ، المرجع السابق ، ص

وفيه عرف ظاهر فهو جائز ، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا ، بالإضافة الى الضرورة الملحة التي يقتضيها التعامل وما إستقر عليها الناس من عادات وأعراف خاصة ، وأن هذه الأعراف لم تجد متسعا لها في مجال القياس كما سبق ذكره لتجده في مجال الإستحسان .

والجدير بالذكر أن الإجتهد الحنفي يبني موقفه من حرية الشروط العقدية على شيء من المبالغة والتوسع بمبدأ التوازن بين حقوق المتعاقدين الناشئة عن العقد ، فيرى أن إشتراط المنفعة في جانب أحد المتعاقدين يؤدي الى الإخلال بالتوازن الواجب ، كما يؤدي الى النزاع ، لأنها منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد بلا عوض يقابلها ، وبذلك تشبه ربا الفضل الممنوع شرعا ، فإذا جرى العرف على إشتراطها يصبح المتعاقد على بصيرة من أمرها فيحسب لها حساب في العوض المقابل فيعود التوازن مضمونا، ويكون التعارف نافيا للنزاع (1)، ومنه لا تبقى منفعة زائدة لا يقابلها عوض.

ولابأس من ضرب مثال حتى يتضح المقال : فإذا ما إشتري شخص قطعة قماش على أن يقوم البائع بخياطتها له ، فالبائع يأخذ بداهة في إعتبراره ثمن القطعة و أجره الخياطة ، ثم يطلب الثمن من المشتري الذي سيدفعه على هذا الأساس ، وبالتالي لا تكون هناك منفعة بلا عوض ومنه لاربا ولا شبهة ربا .

---

(1) - الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 343 . / محمد أمين ، ابن عابدين ، رد المحتار

على الدر المختار ، الطبعة الثانية ، الجزء الرابع . مصر : دار الفكر ، 1966 ،

ص 123 .

وفي الحقيقة يعتبر هذا تضيقاً ضعيف المبنى ، لأن الإنسان العاقل في الواقع لا يشترط في عقده منفعة أو التزاماً إلا وقد وازنه وحسب له ألف حساب في المعاوضة. وعلى كل حال لقد كان لإستثناء الشرط العرفي من المنع والحظر الدور الكبير في التوسيع من تضيق دائرة حرية الإشتراط في الإجتهد الحنفي خاصة وأن العرف على الشروط قد عم ، ولو قيل بأن تعارف الناس على إشتراط الشروط في العقود بوجه عام صحيح معتبر كتعارفهم على صور مخصوصة من الشروط في بعض العقود لكان ذلك تفقها حسناً إستناداً الى نظرية العرف في الإجتهد الحنفي ، وعندئذ نستطيع القول بأن الشرط الفاسد قد زال من معاملات الناس بمفعول الزمن ، وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الإجتهد الحنفي نفسه ، إلا إذا كان الشرط يصطدم بنص تشريعي خاص يمنعه ، أو منافياً لقواعد الشريعة ومقاصدها العامة ، لأن الناس اليوم قد إعتادوا ربط معاملاتهم كافة بشروط يتفق عليها في كل عقد ولاسيما بعد أن أوجبت الأحكام القانونية إحترامها .

كما تكاد تكون هذه الإجتهدات سوى المذهب الحنبلي متفقة على أن عقد الزواج هو أبعد ما يكون عن سلطان إرادة المتعاقدين على آثاره وأحكامه ، لأن أحكامه التي يقررها الشرع ليست من حقوق المتعاقدين فقط بل هي من حقوق الأسرة ونظام المجتمع ، وهذا أيضاً ما يقرره التشريع الوضعي ونظرياته في القوانين الحديثة (1) .

ومن بين الشروط التي جرى بها العرف ، إشتراط نقل البضاعة الى مكان المشتري ، وكإشتراط المشتري على البائع أن يتعهد بإصلاح الشيء المباع في مدة

---

(1) - الزرقاء ، المرجع السابق ، ص 343 ، 344 .

معينة من الزمان كالسيارة والساعة والثلاجة ، وغيرها من الأشياء المعقدة في تركيبها أو تشغيلها مادام العرف يجيز ذلك .

كما تجدر الإشارة الى أن الشريعة الإسلامية السمحاء لا تعارض الشروط التي يجري بها العرف طالما لا تخالف نصا أو أثرا من نصوصها أو آثارها .

وعليه يعتبر الشرط الذي جرى به العرف شرطا صحيحا ، وبالتالي يلتحق بأصل العقد ، ويستحق الوفاء على حسب قوة العقد نفسه إذ يصير جزءا من مقتضى العقد ، فإذا ما اشترى شخص ساعة واشترط إصلاحها، وساغ ذلك الشرط صار واجب الوفاء ، بحيث يلزم البائع بالإصلاح إذا امتنع عن ذلك، وهكذا كل أنواع الشروط الصحيحة (1)، لأن كل ما يتعارف عليه الناس ويشترطونه في عقودهم يكون صحيحا ويتقيد العقد به ، ويصير موجبه حكما من أحكامه وأثرا من آثاره ، لأن إبطاله فيه تشديدا وإحراجا وتضييقا ، ولذلك ترك القياس في المذهب الحنفي والذي كان يقضي ببطلانه وتم اللجوء الى الإستحسان الذي هو وسيلة من وسائل تخفيف وطأة القياس .

في الأخير ومن خلال كل ماتقدم في هذا المطلب ، يمكن القول أن كل شرط يقتضيه العقد أو يلائمه أو ورد به أثر من الشارع وإن كان لا يقتضيه ذلك العقد ولا يلائمه أو كل شرط جرى به العرف بين الناس ، يعتبر شرطا صحيحا يجوز اقترانه بمختلف العقود ، ومنه وجوب الوفاء به ، وإذا لم يتم الوفاء به جاز لمشترطه الاختيار بين فسخ العقد أو اجازته .

---

(1) - أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص 277 .

## المطلب الثاني

### الشروط الفاسدة

إن دراستنا لهذا المطلب تقتضي منا تقسيمه الى فرعين كاملين . بحيث نخصص الفرع الأول منه لمعرفة المقصود بالشروط الفاسدة في المذهب الحنفي ، أما الفرع الثاني فإتنا سوف نتناول فيه حكم هذا النوع من الشروط ومدى تأثيرها على العقود ، وذلك فيمايلي .

#### أولاً : المقصود بالشروط الفاسدة

يقصد بالشروط الفاسدة ، تلك الشروط التي تخرج عن التي سبق ذكرها في المطلب الأول ، أي بمعنى آخر هي تلك الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا يلائمها أو يؤكدها ولم يرد بها أثراً من الشارع كما لم يجر بها العرف بين الناس وجاءت مخالفة لمقتضى القياس ومتضمنة لمنفعة زائدة تعود على المتعاقدين أو كلاهما أو على المعقود عليه .

ومثال ذلك : كمن يبيع سيارة لغيره ويشترط لنفسه الإنتفاع بها مدة معلومة ، أو كمن يبيع منزلاً ويشترط لنفسه سكتها مدة معلومة ، أو كمن يشتري قطعة قماش على أن يخطبها البائع قميصاً ، أو كمن تتزوج على شرط ألا يخرجها زوجها من بلدها ، أو ألا يتزوج عليها أو أن يكون صاحب وظيفة معينة ، أو اشتراط الزوج المستوى الدراسي العالي ، وكذلك كاشتراط الشركاء في عقد الشركة " شركة الأموال " أنه إذا خرج أحدهم من الشركة فلا بيع لنصيبهم للغير . الى غير ذلك من الشروط الزائدة عن أصل ومقتضى العقد .

وفي ذلك نجد الكاساتي (1) يقول : « ومنها - أي الشروط المفسدة للعقد - شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق ، وليس بملائم للعقد ، ولا جرى به التفاعل بين الناس ، نحو ما إذا باع دارا على أن يسكنه البائع شهرا ثم يسلمها إليه ، أو أرضا على أن يزرعها سنة ، أو دابة على أن يركبها شهرا ، أو ثوبا على أن يلبسه أسبوعا ، أو على أن يقرضه المشتري قرضا أو على أن يهب له هبة، أو يتزوج ابنته منه . . . ونحو ذلك، فالبيع في كل هذا فاسد . » .

وعليه يمكن القول ، بأن الشرط الفاسد يمكن أن يكون في صورة منفعة تعود على البائع أو على المشتري أو على المعقود عليه ، أو حتى على أجنبي خارج عن العلاقة التعاقدية تماما .

كما أن المنفعة التي تكون للبائع قد تكون هي الأخرى منفعة تتعلق بالمبيع ذاته أو منفعة مستقلة عنه .

فمثل المنفعة الأولى ، أن يبيع البائع دارا ويشترط سكونها شهرا ، أو يبيع ثوبا ويشترط لبسه أسبوعا ، ونلاحظ في مثل هذه الحالة أن البيع قد تضمن إجازة أو إعارة ، بحيث إذا كان للشرط مقابلا من الثمن كان متضمنا إجازة ، وإذا كان العكس أي لا يقابله ثمن كان متضمنا إعارة .

أما المنفعة الثانية ، أي المستقلة عن الشيء المبيع ، فمثالها اشتراط البائع على

---

(1) - الكسائي ، المرجع السابق ، ص 169 .



المشتري أن يقرضه قرضاً ، أو أن يهب له هبة ، أو أن يشتري منه شيئاً آخر ، أو أن يزوجه إبنته . ونلاحظ في مثل هذه الحالات أن عقد البيع قد تضمن عقداً آخر وهو عقد قرض أو هبة أو زواج .

كذلك الشأن بالنسبة للمنفعة التي تعود على المشتري ، بحيث قد تكون متعلقة بالمبيع ذاته أو مستقلة عنه .

فمثل المنفعة الأولى ، أن يشتري المشتري حنطة ويشترط على البائع طحنها ، أو ثوبا ويشترط خياطته ، أو أن يشتري شيئاً ما ويشترط على البائع حمله الى منزله (1) . كما نلاحظ كذلك أن عقد البيع قد إقترن بعقود أخرى .

---

(1) - وتجدر الإشارة الى أن هذا الشرط الأخير ، هو عبارة عن شرط فاسد بإجماع الفقهاء إذا لم يكن البائع والمشتري في بلد واحد ، فإن كاتا معاً في مصر فالشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف إستحساناً لجريان التعامل عليه ، وهو فاسد عند محمد أخذاً بالقياس ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه وفيه منفعة تعود على المشتري . « راجع في ذلك كل من : الكساتي ، المرجع السابق ، ص 171 . / نصر الدين ، السمرقندي ، خزانة الفقه وعيون المسائل ، الجزء الثاني . بغداد - العراق : شركة الطبع والنشر ، 1965 ، ص 135 . / قاضي ، خان ، الفتاوى الهندية ، الجزء الرابع ، بدون سنة ، ص 423 . / السرخسي ، المرجع السابق ، ص 14 و مايليها . »

أما المنفعة المستقلة عن المبيع ، فمثالها إشتراط المشتري على البائع أن يقرضه قرضاً ، أو يهب له هبة أو أن يتزوج ابنته . وهنا كذلك نلاحظ وجود عقود أخرى الى جانب عقد البيع .

أما المنفعة التي تعود على المعقود عليه ، فمثالها كمن يشتري رقيقاً " طبعاً هذا سابقاً ، أما الآن فيمكن أن نتصور بدله في بيع الحيوانات كبيع خيول السباق " على أن لا يبيعه أو يهبه أو يخرج من ملكه بحال ، أو على أن لا يخرج من بلد معين . بحيث نلاحظ بأن الشيء المبيع في مثل هذه الحالات صارت له منفعة ، إذ من مصلحته أن لا تتكاثر تداول الأيدي عليه ، أو إنتقاله من بلد الى آخر من حين الى حين لأن في الإستقرار مصلحة (1) .

أما المنفعة التي تعود على الأجنبي الخارج عن العلاقة التعاقدية ، فمثالها أن تباع أرض على أن يبني المشتري فيها مسجداً ، أو يباع طعام على أن يتصدق به المشتري ، أو أن يبيع البائع منزلاً ويشترط على المشتري أن يهبه الى شخص ما . وهنا نلاحظ بأن هذا الشرط يشابه الى حد بعيد الإشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليه في المادة 112 من القاتون المدني ، ولما كان الشرط فاسداً في هذه الحالة فقد أوقف باب الإشتراط لمصلحة الغير في الفقه الحنفي (2) .

---

(1) ، (2) - شعبان ، المرجع السابق ، ص 115 . / السنهوري ، مصادر الحق في

الفقه الإسلامي ، ص 126 ، 12 ، 128 . / علي ، الخفيف ، أحكام

الوصية . القاهرة - مصر : مطبعة معهد الدراسات العربية ، ص 80 .

ومن خلال ما تقدم ، قد يثور التساؤل حول ما إذا كان كل عقد يقترب بشرط فاسد هل يكون مصيره البطلان أم لا ؟ أي بمعنى آخر هل كل أنواع العقود تفسد بالشروط الفاسدة أم أن هناك أنواع لا تأثير للشروط الفاسدة عليها ؟

في الحقيقة إن تأثير الشرط الفاسد يختلف من عقد إلى آخر . فهناك من العقود من تتأثر به فتبطل معه ، ومنها من لا تتأثر به فتبقى صحيحة ، وبالتالي يبطل الشرط وحده فقط . وهذا ما سنبينه من خلال تعرضنا إلى حكم الشروط الفاسدة و أثرها على العقد في الفرع الموالي .

### ثانياً : حكم الشروط الفاسدة و أثرها على العقد

في حقيقة الأمر أن كل الشروط الفاسدة مصيرها الزوال والإلغاء ، بحيث لا يجوز إقترانها بالعقد مطلقاً ، غير أنه إذا تم إقترانها به فإن تأثيرها فيه يختلف باختلاف نوع العقد نفسه ، أي بمعنى آخر إذا إقترن عقد من العقود بأي شرط فاسد ، فإنه لكي نعرف حكمه ومدى تأثيره عليه يجب أن نعرف من أي صنف هو ذلك العقد . هل هو من عقود المبادلات المالية أم من عقود المبادلات غير المالية .

وعليه يمكن القول بأنه هناك عقود تفسد بالشروط الفاسدة وهناك عقود لا تفسد بها وإنما يلغو الشرط ويصح العقد. وهذا ما سنوضحه فيما يلي :

## أ - العقود التي تفسد بالشروط الفاسدة

يمكن القول بوجه عام ، بأن العقود التي تفسد بالشروط الفاسدة هي تلك العقود التي يكون الأصل فيها هو مبادلة مال بمال كعقد البيع . ومثاله ، كمن يبيع منزله ويشترط سكنه شهرا كاملا ولم يكن العرف يجر بذلك ، فإن هذا الشرط يعتبر شرطا فاسدا لأنه إزام للمشتري بتلك المنفعة الزائدة على مقتضى العقد المطلق ، كما أنه لم يرد به نص ولم يقتضه عرف ، وعليه يفسد به العقد ولا يستتبع أثره الذي هو الملك إلا إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع صراحة . وكذلك الشأن بالنسبة لعقد الإجار كما لو أجز منزله بشرط أن يقرضه المستأجر . الى غير ذلك من العقود التي أساسها مبادلة مال بمال .

ولقد جاء في نص المادة 323 من مرشد الحيران (1) مايلي : " كل ما كان

مبادلة مال بمال ، كالبيع و الشراء و الايجار و الاستجار و المزارعة و المسقاة و القسمة و الصلح عن مال ، لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد ولا تعليقه به ، بل تفسد إذا اقترنت أو علقته به . . . و مثل ذلك إجازة هذه العقود فإنها تفسد بإقترانها بالشرط الفاسد و بتعليقها به " .

كما قال الزيلعي : " ما يبطل بالشرط الفاسد : هي البيع و القسمة و الإجارة ، و الإجازة و الرجعة و الصلح عن مال ، والإبراء عن الدين، وعزل الوكيل ، والمزارعة

---

(1) - محمد ، قدرى باشا ، مرشد الحيران الى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات

الشرعية للإمام النعمان ، الطبعة الثامنة . بدون سنة ، ص 82 .

والمعاملة ، والإقرار ، والوقف ، والتحكيم . والأصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشرط الفاسد " لأن الشرط الفاسد باطل في نفسه و المنتفع غير راض بدونه ، ومنه إذا ما إقترن بعقد من عقود المبادلات المالية فإنه سوف يتغلغل في صلبه وبالتالي يفسده معه ، لأن الشرط لما كان فاسدا فقد سقط ، ولما كان المتعاقد قد رضي بمبادلة ماله بمال المتعاقد الآخر على هذا الشرط وقد فات عليه ، فينتج عن ذلك عدم رضائه بالمبادلة ومنه فساد العقد (1) ، لذا فالعقود التي تفسد بالشروط الفاسدة هي العقود التي يكون أصلها مبادلة مال بمال .

### ب - العقود التي لا تفسد بالشروط الفاسدة

يمكن القول بوجه عام ، أن العقود التي لا تفسد بالشروط الفاسدة تتمثل في كل ما كان مبادلة مال بغير مال ، كعقد الزواج ، مثل اشتراط الزوجة على زوجها عدم نقلها من بيت أهلها ، أو كاشتراط الزوج على زوجته ألا مهر لها . إذ في مثل هذه الحالات يصح العقد وأما الشرط فيعتبر كأنه لم يكن ، بحيث أن الزوجة تلزمها الطاعة في الحالة الأولى ، كما أن مهر المثل يجب في الحالة الثانية ، ولا يعتبر الإشتراط بأي حال من الأحوال مانعا من حق الزوج في الطاعة والإمساك بالمعروف ، أو مانعا الزوجة من حقها في المهر . وكذلك حالة الخلع على مال ، بأن قال خلعتك على أن يكون لي الخيار مدة يحددها . فإن

---

(1) - السنهوري ، المرجع السابق ، ص 130 . / السرخسي ، المرجع السابق ، ص

15 ومايليها .

الشرط في هذه الحالة يبطل ويقع الطلاق ويجب المال .

أو كان من الإسقاطات المحضة كالطلاق ، بأن قال طلقتك على ألا تتزوجي غيري .  
أو كان من التبرعات كالقرض ، بأن قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدميني شهرا  
مثلا . فإن العقد لا يبطل بهذا الشرط ، بل يبقى صحيحا ومنتجا لجميع آثاره ، والشرط  
لا يلزم . وكذلك الشأن بالنسبة لعقد الهبة .  
أو كان من التقييدات ، كعزل الوكيل والحجر على الصبي من التجارة ، بحيث لها نفس  
الحكم .

أو كان من الإطلاقات ، كالإذن للصبي بالتجارة ، وكذلك الإقالة والرهن والكفالة  
والحوالة والإيصاء والوصية والشركة والمضاربة ، فكل تصرف من هذه التصرفات إذا  
إقترن بها شرط فاسد فإن العقد دائما يبقى صحيحا وأما الشرط فيكون لاغيا (1) ، أي  
بمعنى أن العقد لا يتأثر بالشرط الفاسد ، كما أن هذا الشرط لا يجب الوفاء به .

وبصدد ذلك نجد الزيلعي يقول : " وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من  
التبرعات كالهبة والقرض ، أو من التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي من  
التجارة ، أو من الإسقاطات المحضة كالطلاق وتسليم الشفعة بعد وجوبها ، أو من  
الإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة وكذلك الرهن والإقالة والكفالة والحوالة والوكالة  
والإيصاء والوصية " (2) .

(1) - راجع في ذلك المواد 324 ، 325 ، 326 من مرشد الحيران ، ص 83 . /

مجمع الأنهر ، الجزء الثاني . بدون سنة ، ص 111 ومايليها .

(2) - فخرالدين ، الزيلعي ، تبيين الحقائق على شرح كنز الدقائق ، الجزء الرابع .

لبنان : دار المعرفة ، بدون سنة ، ص 133 .

وفي الحقيقة إذا ما حولنا البحث عن السبب الداعي في الفقه الحنفي الى القول بفساد الشرط والعقد في عقود المبادلات المالية ، وفساد الشرط فقط وصحة العقد في عقود المبادلات غير المالية ، نجد بأن أنصاره يعللون ذلك بأنه في عقود المبادلات المالية إذا إقترن بها شرط فاسد فإنه يكون متضمنا لمنفعة زائدة لا يقابلها عوض من قبل المطالب بها وبالتالي تكون بمثابة ربا أو شبهة ربا (1) ، لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض ، وغني عن البيان بأن أي عقد يكون متضمنا لربا أو شبهة ربا يكون مصيره الفساد . هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، وكما سبق توضيحه فإن العقد الذي يتضمن مثل هذه الشروط الفاسدة فإنه يحدث في ذلك العقد عقداً آخر ، أي بمعنى آخر يصبح العقد الواحد مركبا من عقدين ، وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وعن صفقتين في صفقة واحدة ، كما أن التزام هذا الشرط يكون دائما غير مشروع لأنه لم يرد به نص ولم يجز به عرف بين الناس ، وهو في حد ذاته مخالف لمقتضى العقد ، وعليه يكون في مثل هذه الحالات خالياً وغير مدعما بالحماية الشرعية ، وبالتالي يكون مصيره الإلغاء .

---

(1) - الكساتي ، المرجع السابق ، 169 . / السرخسي ، المرجع السابق ، ص 15 ،  
 18 . / ابن عابدين ، المرجع السابق ، ص 126 . / ابن الهمام ، المرجع  
 السابق ، ص 214 .

وفي الأخير نخلص الى القول بأن الشروط الفاسدة هي شروط غير معتبرة في كافة العقود ، كما لا يجب الوفاء بها ، وليس هذا فحسب بل إن الفساد لا يقتصر على الشرط وحده بل يتعدى الى العقد الذي يقترن به فيفسده ، وهذا طبعا في عقود المبادلات المالية كعقد البيع ونحوه كما سبق ذكره .

ويرجع تأثيره بالفساد على مثل هذه العقود الى كون أن أساس صحة العقود هو الرضا ، فإذا ما فات الرضا تخلفت معه صحة العقد ، وعليه فإذا ما تم إبطال الشرط فإن الرضا حتما سوف يزول ممن إشرطه ، لأن رضى هذا الأخير بالعقد مبني على أساس الموازنة بين العوضين حال قبول المتعاقد الآخر للشرط ، وهذا على عكس العقود الأخرى والتي لا موازنة فيها بين العوضين حتى يكون الشرط مقابلا لجزء من العوض ، ففوات الشرط فيه لا يفوت معه الرضا وبالتالي يكون العقد دائما صحيحا ومنتجا لجميع آثاره .

### المطلب الثالث

#### الشروط الباطلة

إن دراستنا للشروط الباطلة تقتضي منا تقسيم هذا المطلب الى فرعين مستقلين ، بحيث نتناول في الفرع الأول منه ، المقصود بالشروط الباطلة ، وأما في الفرع الثاني ، فإننا سنخصصه الى حكم هذا النوع من الشروط ومدى تأثيره على العقد، وذلك فيما يلي.



## أولاً : المقصود بالشروط الباطلة

يقصد بالشروط الباطلة تلك الشروط لا توافق مقتضى العقد ولا تؤكد ولا تلتزمه ولم يرد بها أثر من الشارع ولم يجر بها عرف بين الناس وليس فيها نفعاً لأحد المتعاقدين أو لغيرهما مما هو أهل للإنتفاع ، وفيها ضرراً بأحد المتعاقدين . ومثالها أن يبيع شخص شيئاً ما ويشترط على المشتري أن لا يبيعه أو أن لا يهبه ، أو كمن يبيع سيارة ويشترط على المشتري ألا يستعملها إلا في بعض الحالات أو في أوقات معينة ، أو بأي قيد من القيود المانعة من للإنتفاع بالشيء المبيع . ومثالها كذلك ، إشتراط الزوج على زوجته في عقد الزواج ألا ينفق عليها أو ألا ترثه ، أو كإشتراط المؤجر على المستأجر في عقد الإيجار عدم سكنى العين المؤجرة لمدة سنة أو لمدة غير محدودة ، الى غير ذلك من الأمثلة .

## ثانياً : حكم الشروط الباطلة ومدى تأثيرها

### على العقد

في الحقيقة أن حكم هذا النوع من الشروط محمول في ذاتها ، وهو البطلان المطلق ، غير أنه لا تأثير لها على العقد الذي تفتقرن به ، بحيث تبطل هي وأما العقد فيبقى صحيحاً وقائماً منتجاً لجميع آثاره ، وهذا ما نستنتج من خلال تصفحنا لمختلف النصوص الواردة في الفقه الحنفي .

حيث ورد في المبسوط مايلي : " وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل

والعقد صحيح ، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط ألا يبيع ، لأنه مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد وكان لغوا والبيع صحيحا ، إلا في رواية عن أبي يوسف قال يبطل به البيع ، نص عليه في آخر المزارعة ، لأن في هذا الشرط ضرا على المشتري من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه ، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولكننا نقول لا معتبر بعين الشرط ، بل بالمطالبة به ، والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر " (1) .

وجاء في فتح القدير : " أما لو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمي ، فقد خرج الجواز مما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين إذا شرط في المزارعة ألا يبيع نصيبه أو يهبه أن المزارعة جائزة و الشرط باطل لأنه ليس لأحد العاملين فيه منفعة ، وكذا ذكر الحسن في المجرّد قال المصنّف وهو الظاهر من المذهب لأنه إذا لم يكن من أهل الإستحقاق إنعدمت المطالبة و المنازعة ، فلا يؤدي الى الربا ، وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة للبيع إلا لأنه يؤدي إليه ، لأنه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا " (2) .

كما ورد في البدائع : " إذا باع ثوبا على ألا يبيعه المشتري أو ألا يهبه . . . وفي الإملاء عن أبي يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد ، ووجهه أنه شرط لا يقتضيه

(1) - السرخسي ، المرجع السابق ، ص 15 .

(2) - ابن الهمام ، المرجع السابق ، ص 215 ، 216 .

العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعامل بين الناس ، فيكون مفسدا كما في سائر الشرائط المفسدة ، والصحيح ما ذكر في المزارعة ، لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجب الفساد ، وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ، ولم يوجد في هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد ، إلا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد ، فالعقد جائز و الشرط باطل ، ولو باع ثوبا على أن يحرقه المشتري، أو دارا على أن يخربها ، فالبيع جائز والشرط باطل، لأن شرط المضرة لا يؤثر في البيع على ما ذكرنا " (1) .

وعليه يمكن القول من خلال ما تقدم ، أن الشرط الباطل الذي لا منفعة فيه لأحد إذا إقترن بأي عقد من العقود فإنه يبطل ولا يحدث أي أثر في العقد ، بحيث يبقى هذا الأخير صحيحا لعدم تغلغله في صميم ومضمون العقد ، لأن من يطالب به لا يحصل على أي منفعة .

وإذا ما حاولنا البحث عن السبب الداعي في المذهب الحنفي الى القول ببطلان الشرط دون العقد ، فإنه يجب علينا الرجوع الى ما سبق ذكره في الشرط الفاسد فيما يخص سبب قول الحنفية ببطلان الشرط والعقد معا ، بحيث رأينا أن فساد العقد إنما يرجع الى فساد الشرط والذي يحتوي على منفعة زائدة في العقد لا يقابلها عوض ، وبالتالي تكون في مثل هذه الحالة أمام فضل خال من عوض هو عين الربا ، والربا كما هو معلوم مفسدة للعقود .

---

(1) - الكساتي ، المرجع السابق ، ص 170 .

أما الشرط الذي نحن بصدده ، أي الشرط الباطل ، فإنه لا يتضمن منفعة ، وعليه لا نكون أمام فضل زائد خال من عوض ، أي بمعنى آخر يكون غير محتوي على الربا ، ومنه لا يحدث أي تأثير على مستوى العقد الذي يقترن به ، بحيث يبقى هذا الأخير صحيحا ومنتجا لجميع آثاره ، وإنما يبطل الشرط وحده فقط . هذا من جهة .

ومن جهة أخرى رأينا كذلك أن سبب فساد العقد المقترن بالشرط الفاسد يرجع الى كون هذا الأخير يحتوي على منفعة زائدة تؤدي الى إحداث صفقة في صفقة ، أي بمعنى آخر يصبح العقد باقترانه بهذا الشرط عقدا مركبا من عقدين ، وهو الشيء المنهي عنه .

وإذا ما رجعنا الى الشرط الباطل الذي نحن بصدده ، فإننا سوف نجد لا يحتوي على منفعة كما سبق ذكره بل بالعكس يحتوي على مضرة ، وبالتالي فإذا ما إقترن هذا الشرط بأي عقد كان فإنه لا يؤدي الى إحداث صفقة جديدة فيه ، كما لا ينتج عنه عقد جديد ضمن العقد الأول ، ومنه يمكن القول بأنه لا تأثير لمثل هذا النوع من الشروط على كافة العقود ، وبالتالي يبقى كل عقد في مثل هذه الحالة صحيحا وتاما منتجا لجميع آثاره ، وإنما يبطل الشرط الباطل وحده فقط ، أي بمعنى أدق ، إذا إقترن هذا النوع من الشروط بأي عقد من العقود فإنه لا يؤثر عليه ، سواءا أكان ذلك العقد من عقود المبادلات المالية أو من عقود المبادلات غير المالية (1) ، على عكس الشرط الفاسد الذي يتضمن منفعة لمن يشترطها بحيث وكما سبق ذكره أنه يفسد النوع الأول من العقود ولا يفسد النوع الثاني منها بل يسقط وحده فقط ، أي بمعنى آخر يتغير حكمه من

---

(1) - شلبي ، المرجع السابق ، ص 463 ومايليها . / أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 279 .

عقود المعاوضات المالية الى عقود المعاوضات غير المالية ، في حين نجد أن الشرط الباطل لا يتغير حكمه وتأثيره على العقد بتغير نوع العقود ، إذ حكمه سواء في كل العقود ، وهو بطلان الشرط وصحة العقد ، وبالتالي لا تأثير للشرط الباطل على العقد المقترن به سواءا بفساد أو ببطلان .

وفي الأخير قد يتسائل البعض عن الفرق الموجود بين حكم الشرط الباطل وحكم الشرط الفاسد ، غير أننا نقول أنه في الحقيقة يوجد هناك فرق شاسع بينهما في المذهب الحنفي (1) سواءا من حيث طبيعة الشرط ، أو من حيث الأثر المترتب عليه . وهذا ما سنبينه فيما يلي .

---

(1) - وهبة ، الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الطبعة الثانية ، الجزء الرابع . دمشق - سوريا : دار الفكر ، 1985 ، ص 276 ومايليها . / أحمد ، الزرقاء ، شرح القواعد الفقهية ، تحقيق عبد الناصر أبو عزة ، مطبعة الغرب الإسلامي ، بدون سنة ، ص 183 ومايليها . / شلبي ، المرجع السابق ، ص 475 ومايليها . / أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 245 ومايليها . / عدنان خالد ، التركماتي ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى . بيروت - لبنان : مطبعة دار الشروق ، 1981 ، ص 227 ومايليها . / باروني ، المرجع السابق ، ص 74 ، 75 . / السنهوري ، مصادر الحق ، المجلد الأول ، الجزء الثالث ، ص 101 ومايليها .

## ثالثا: الفرق بين حكم الشرط الفاسد

### وحكم الشرط الباطل

إن الفرق بين حكم الشرط الفاسد و حكم الشرط الباطل ، يتضح لنا جليا من خلال طبيعة الشرط نفسه ومن حيث الأثر المترتب عليه .

#### أ- الفرق من حيث طبيعة الشرط

حيث أن الشرط الفاسد يعتبر شرطا زائدا على مقتضى العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، كأن يشترط وصف معين أو خصائص ومزايا في المبيع ، أو يشترط البائع منافع خاصة له من المبيع كأن ينتفع بالعين المباعة مدة أو أن تكون هذه العين له بنفس الثمن إن أراد المشتري بيعها ، أو غير ذلك من الشروط التي تعود عليه بالمنفعة التي لا يقتضيها العقد ، وكذا اشتراط المشتري في المبيع أن يكون بصفات خاصة ، ككون الدابة لبونا أو قوية ، أو أن السلعة من إنتاج معين أو شركة معينة ، أو غير ذلك من الشروط التي تعد عند الحنفية شروطا فاسدة أصلا وقياسا إلا أن جريان العرف بها جعلها جائزة إستحسانا .

أما الشروط الباطلة ، فهي شروطا تخالف مقتضى العقد ، وتعد تحكما في أحد المتعاقدين ، كشرط ألا يبيع أو ألا ينتفع بالمبيع أو ألا يهبه ، وغير ذلك من شروط

المنع التي تؤدي الى التحجير على المشتري وعدم قدرته على التصرف في الشيء المبيع الذي أصبح يملكه بموجب العقد الصحيح الذي أبرمه مع المتعاقد الآخر ، وبذلك يبطل الشرط ويصح العقد قياسا على حديث بريرة ، حيث أجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق ومنع اشتراط الولاة .

### ب - الفرق من حيث الأثر المترتب على الشرط

إن الشرط الفاسد ، لغو إلا أن يتمسك به المشتري فيبطل الشرط ويمتد البطلان الى العقد ، وهو حكم القياس إلا أن العرف إذا جرى بين الناس على صحة التعامل فيبطل القياس ويجوز الشرط الفاسد إستحسانا ، وهناك رأي آخر للأحناف يبطل الشرط الفاسد حتى ولو جرى به العرف اعتمادا على القياس في بطلان الشروط المخالفة لمقتضى العقد .

أما الشرط الباطل ، فهو دائما باطل ، غير أن البطلان يقتصر عليه فقط ، دون أن يمتد الى العقد الذي يقترب به ، كما أن الشرط الباطل لا يمكنه أن يجوز بالإستحسان ولو جرى به العرف لأنه يعد خروجاً عن النصوص الشرعية وبالتالي لا يصح أبدا .

## خ ل ا ص ل ة

من خلال ما تقدم في هذا المبحث ، يمكن إستخلاص النتائج التالية :

أولا : الشرط الصحيح : إذا إقترن بالعقد شرط يقتضيه العقد أو يلائمه أو ورد به أثر من الشارع أو جرى به عرف بين الناس ، كان هذا الشرط صحيحا ووجبالوفاء به ، لأنه أصبح من صميم ومضمون العقد

ثانيا : الشرط الفاسد : في مثل هذا الوضع ، يجب أن نفرق بين حالتين :

أ - إذا إقترن الشرط الفاسد بعقد من عقود المبادلات المالية ، فإن الشرط يفسد ويسقط كما يفسد العقد معه .

ب - إذا إقترن الشرط الفاسد بعقد ليس من عقود المعاوضات المالية ، فإن الشرط يفسد ويسقط ، وأما العقد فيبقى صحيحا ومنتجا لجميع آثاره .

ثالثا : الشرط الباطل : إذا إقترن الشرط الباطل بعقد ما ، فإن هذا الشرط سوف يبطل ولكن العقد يبقى دائما صحيحا قائما ومنتجا لآثاره مهما كانت طبيعته ، أي بمعنى آخر ، سواءا أكان ذلك العقد من عقود المعاوضات المالية أم من عقود المعاوضات غير المالية .



## المبحث الثالث

### حكم الشروط المقترون بالعقد في المذهب الشافعي

بالتمعن في مختلف كتب ومؤلفات المذهب الشافعي ، نلاحظ بأنهم يقسمون الشروط التي تقتنر بمختلف العقود الى ثلاثة أقسام رئيسية وهي : الشروط الصحيحة ، الشروط الفاسدة ، والشروط الباطلة . وهو ما سنتطرق إليه ضمن المطالب الثلاثة التالية .

### المطلب الأول

#### الشروط الصحيحة

تنقسم الشروط الصحيحة في المذهب الشافعي الى قسمين رئيسيين وهما :  
الشروط التي يقتضيها العقد ، والشروط التي لا يقتضيها العقد ولكن فيها منفعة تعود على المتعاقدين أو على العقد نفسه .

وفيما يلي نتعرض الى حكم كل منهما في الفرعين المستقلين التاليين .

## أولاً: حكم الشروط التي يقتضيها العقد

إن حكم الشروط التي يقتضيها العقد عند الشافعية ، هو نفسه الذي تم التطرق إليه عند الحنفية ، إذ حكمه الصحة والجواز مع نفاذ العقد به ، كما أن هذا النوع من الشروط يجب بمجرد إنعقاد العقد .

وخير دليل على ذلك ، هو ما ورد في المذهب ، إذ جاء فيه مايلي : " إذا شرط في البيع شرطاً نظرت ، فإن كان شرطاً يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما ، لم يبطل العقد ، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد ، فلم يبطله " (1) .

ومن هذا النص يتضح لنا كذلك ، أن دور الشرط في مثل هذه الحالات ، لا يتعد كونه يبين مقتضيات ذلك العقد فقط ، إذ لا يضيف إليه شيئاً جديداً .

وعليه فمن يشتري شيئاً ما ويشترط في العقد على أن ملكية الشيء المبيع تعود إليه ، فإن مثل هذا الشرط في الحقيقة لا يكون له أي تأثير على العقد ، والسبب في ذلك يعود إلى كون أن ماتم إشتراطه هو واجب من دون ذكر هذا الشرط في العقد ،

---

(1) - أبو إسحاق ، الفيروزآبادي ، المذهب ، الجزء الأول . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، بدون سنة ، ص 268 .

بحيث يعد " حكما من أحكام العقد " (1) وأثرا من آثاره ، ومنه يكون وجود الشرط في مثل هذه الحالة كعدمه ، وإذا ماتم إدراجه في العقد ، فإن ذلك جائز ولكن يكون من باب التأكيد والتذكير بما يقتضيه ذلك العقد لاغير .

## ثانيا : حكم الشروط التي لا يقتضيهما العقد ولكن فيما

### منفعة تعود على المتعاقدين أو على العقد نفسه

في الحقيقة يعتبر هذا النوع من الشروط ، من قبيل الشروط المعروفة في المذهب الحنفي بالشروط الملازمة للعقد .

وحكم هذه الشروط هو الصحة والجواز ، وبالتالي يجب الوفاء به ، وفي حالة عدم الوفاء ، يجوز للمشتراط أن يطلب فسخ العقد ، كما يجوز له إمضاؤه وإجازته . ومثال ذلك : اشتراط الإشهاد في البيع أو الإعارة أو الرهن ، أو اشتراط تقديم كفيل بالثمن أو المبيع الذي قد أجل تسليمه ، لأن ذلك يعتبر شرطا مؤكدا لما يجب بالعقد ، وهو تسليم المبيع والثمن ، إذ هو " توكيد لما في العقد و ضمان له من

---

(1) - راجع في ذلك كل من : محمد ابن إدريس ، الشافعي ، الأم ، الطبعة الأولى ، الجزء الثاني . مصر : مكتبة الكليات الأزهرية ، 1961 ، ص 82 . / محمد بن علي ، أبو الفتح ، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، الجزء الثاني . القاهرة - مصر : مطبعة السنة المحمدية ، بدون سنة ، ص 149 ، 150 .

الجحود والإنكار وهي مصلحة للعقد أو للعقد " (1) .

كما تجدر الإشارة في هذا المقام الى أن المذهب الشافعي ، يقول بصحة هذا الشرط أصلا وليس إستثناء كما هو الشأن بالنسبة للمذهب الحنفي ، كما سبق التطرق إليه ، إذ أن الفقه الشافعي لا يميز بين الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي تدعو إليه حاجة التعامل ، فهما عنده شيء واحد ، بحيث يتحدث عن الشرط الذي يلائم العقد تحت إسم الشرط الذي فيه مصلحة للعقد أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة ، ولا يورد أمثلة خاصة للشرط الذي تدعو حاجة التعامل إليه (2) ، وبذلك يكون الشافعية قد توسعوا في معنى الملاءمة ، وقالوا بهذا الشرط في ثوب آخر وهو " الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة تدعو الحاجة إليه " (3) ، أو الوصف المقصود في المبيع ، بحيث يقول الشافعية : " ولو شرط وصفا يقصد ، ككون العبد كاتباً أو خطيباً أو خبازاً أو طباخاً ، أو الدابة حاملاً أو لبونا ، صح العقد مع الشرط ، لأن الشرط تتعلق به مصلحة العقد ، وهو العلم بصفات المبيع ، والتي تختلف بها الأغراض ، وله الخيار

(1) - شعبان ، المرجع السابق ، ص 118 .

(2) - السنهوري ، المرجع السابق ، ص 153 .

(3) - الفيروزآبادي ، المرجع السابق ، ص 268 . / شمس الدين محمد ، الرملي ،

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الثالث . مصر : مطبعة مصطفى البابي

الحلبي ، 1967 ، ص 436 ، 438 .

فورا إن أخلف المشروط عليه لفوات شرطه " (1) ، وعليه تكون هذه الشروط صنفين (2) وهما :

أ - الصنف الذي فيه وصف مقصود في المبيع نفسه ، كالمواصفات المرغوبة في البيع باعتبار نوع السلعة مثلا وجودتها ، وإعتبار الحيوان ذا لبن أو حاملا ، وغير ذلك من الصفات المقصودة في الأشياء المباعة .

ب - صنف مكمل لحكمة وغرض العقد نفسه ، وهو : الخيار ، والرهن ، والضمان ، والأجل ، والشهادة في المبيع . وهذه الشروط شرعت لإستقرار التعامل والقضاء على المنازعات وتثبيت العلاقات التجارية ، فكانت صحيحة ، وكلا الصنفين من الشروط تصح في العقود ويجب الوفاء بها إلا في مسألة " الدابة الحامل " حيث هناك خلاف بين فقهاء الشافعية ، إذ نجد بعضهم يجيز الشرط للمصلحة ، والبعض الآخر يبطله على أساس جهالة الحمل وأنه غرر ، ومن ثم يبطل العقد المبني على شرط الغرر ، لأن الحمل قد يثبت وقد يبطل فيؤدي الى المنازعات والخصومات وعدم إستقرار التعامل ، ومن ثم أبطله الشافعية وأجازوه البعض ، والمسألة خلافية .

- 
- (1) - محمد الشربيني ، الخطيب ، مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج ، الجزء الثاني . مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، 1958 ، ص 30 . / الشافعي ، المرجع السابق ، ص 82 . / عبد الله ، بن حسن ، زاد المحتاج شرح المنهاج ، تحقيق عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، الطبعة الأولى ، الجزء الثاني . قطر : مطبعة الشؤون الدينية ، 1982 ، ص 31 ، 38 .
- (2) - باروني ، المرجع السابق ، ص 83 .

ومن خلال ما تقدم ، نستنتج أن حكم هذا النوع من الشروط عند الشافعية هو الصحة والجواز وأن العقد يتقيد بها ، وعليه يجب الوفاء بها ، وإذا أخل بها الملتزم ، كان للمشترط الخيار بين إمضاء العقد وبين فسخه ، لأن الرضا بالعقد إنما كان لأجل تحقيق المشروط فيه ، فإذا ما إنتفى ذلك المشروط ، فإن الرضا بالعقد يزول حتماً ، ومنه يثبت له الحق في فسخ العقد لفوات المصلحة ، وكل هذا دفعا وتحاشيا للضرر الذي قد يلحقه من لزوم العقد .

كما يمكن القول في مجال الشروط الصحيحة عند الشافعية عندما نقارنها بنظيرها من الشروط عند الحنفية ، أن الشافعية لا يصحون الشروط بشكل واسع كما يفعل الحنفية ، بحيث أنهم يضيقون من دائرة تصحيح الشروط ، وخير دليل على ذلك ، هو عدم أخذ الشافعية بالشروط العرفية ، على عكس الحنفية ، بالرغم من أنها تعتبر من بين الأسس التي تقوم عليها نظرية مقتضى العقد .

## المطلب الثاني

### الشروط الفاسدة

إن دراستنا لهذا المطلب تقتضي منا تقسيمه الى فرعين مستقلين ، بحيث نتطرق في الفرع الأول منه الى المقصود بالشروط الفاسدة ، وأما الفرع الثاني منه فإتنا نخصه الى معرفة حكم الشروط الفاسدة ومدى تأثيرها على العقد .

#### أولا : المقصود بالشروط الفاسدة

يقصد بالشروط الفاسدة في المذهب الشافعي ، تلك الشروط التي تكون مخالفة لمقتضى العقد ، وفي نفس الوقت لا تتضمن منفعة مقصودة لمن يشترطها فيما تعارف عليه الناس .

ومن أمثلة هذه الشروط الفاسدة في المذهب الشافعي : اشتراط المشتري على البائع إطعام الشيء المبيع " إن كان حيوانا " طعاما معينا ، أو اشتراط مشتري الزرع على البائع أن يحصده ، أو كاشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن يطعمها طعاما معينا ، أو أن يشتري لها كل شهر حليا معينة ، أو يلبسها نوعا معينا من الثياب ، أو ألا يخرجها من بلدها أو لا يتزوج عليها ، وغيرها من الأمثلة التي تكون الشروط فيها لا تحتوي على منفعة معروفة ومعمول بها في عرف وعادة ذلك المجتمع الذي يبرم فيه العقد .

## ثانيا : حكم الشروط الفاسدة وأثرها على العقد

إن حكم هذه الشروط محمول في ذاتها ، وهو الفساد ، ومنه لا يجوز ولا يصح اشتراطها كما لا يجب الوفاء بها إذا ما إقترنت بالعقد ، وأما تأثيرها فيه فيكوم دائما محدودا ، بحيث لا تأثير لها على العقد الذي تقترن به على الإطلاق ، إذ أنها تبطل وحدها وتسقط ويبقى العقد صحيحا قائما ومنتجا لجميع آثاره . والسبب في ذلك يعود الى كون أن مثل هذه الشروط لا تحمل في طياتها فائدة مرجوة أو منفعة مقصودة في عرف الناس وعاداتهم ، بل بالعكس قد تحقق مضرة وظلم إذ قد " تورث تنازعا وخصوصة " (1) .

ومن جهة أخرى ، إذا نظرنا من ناحية الرضا بالعقد ، فإننا نجد بأن إلغاء الشرط الفاسد ، والذي ليس فيه منفعة وفائدة مقصودة في العرف والعادة ، لا يؤثر على رضا المتعاقدين بالعقد ، وخاصة ممن إشرطه ، وعليه ، فما دام الرضا قائما ، فالعقد يبقى معه صحيحا والشرط هو الذي يلغو ويبطل وحده فقط .

---

(1) - يحي بن شرف ، النووي ، المجموع في شرح المهذب ، الجزء التاسع . مصر : مطبعة الإمام ، ص 405 ومايلها .



## المطلب الثالث

### الشروط الباطلة

إن دراستنا للشروط الباطلة ، تقتضي منا معرفة المقصود بالشروط الباطلة أولاً ، وهو ما نتناوله في الفرع الأول ، ثم معرفة حكم هذا النوع من الشروط ثانياً ، وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني .

#### أولاً: المقصود بالشروط الباطلة

يقصد بالشروط الباطلة في المذهب الشافعي ، تلك الشروط التي تخالف مقتضى العقد وأحكامه الأساسية ، ولم يكن الشرع قد ورد بجوازها وكان فيها منفعة أو مصلحة مقصودة تعود على المشترط ومعروفة في عرف الناس وعاداتهم .

ومن أمثلة هذه الشروط : اشتراط البائع على المشتري في عقد البيع ألا يتصرف هذا الأخير في الشيء المباع بالبيع أو الهبة أو القرض أو ألا ينتفع به أصلاً ، أو كاشتراط المشتري على البائع أن يحمل له الشيء المباع الى منزله .

أو كاشتراط الراهن على المرتهن ألا يبيع العين المرهونة عند حلول الدين أصلاً ، أو ضمان العين المرهونة عند الهلاك ، أو أن يكون المرتهن وغيره من الغرماء في الإستفاء من العين سواء . مع العلم أن مقتضى عقد الرهن يقضي بأن الدائن المرتهن

يملك بيع العين المرهونة عند حلول أجل الدين ، وأنه يقدم في الإستفاء منها على سائر الغرماء .

ومن أمثلة هذه الشروط أن في عقد الزواج ، نجد مثلا إشتراط الزوج على زوجته في العقد ألا ينفق عليها أو ألا ترثه ، أو كإشتراط الزوجة على زوجها في العقد طلاق ضررتها ، أو أن يكون أمر الطلاق بيدها تستعمله متى شاءت .

ومن أمثلة هذه الشروط في عقد الشركة ، نجد مثلا إشتراط أحد الشركاء في العقد أن يكون له كل شهر مبلغ محدد من الربح دون أن يتحمل الخسائر ، إلى غير ذلك من الشروط الباطلة التي تقترن بمختلف العقود .

### ثانيا : حكم الشروط الباطلة وأثرها على العقد

إن حكم هذا النوع من الشروط عند الشافعية ، هو عدم جواز إشتراطها أو إقترانها بالعقد مطلقا ، وإذا ماتم إقترانها بأي عقد كان فإنها تبطل هي كما تؤثر على ذلك العقد بالبطلان ، إذ يبطل معها ، بحيث يمتد البطلان إليه فيعدمه من أساسه ، سواءا أكان ذلك العقد من عقود المعاوضات كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الزواج(1)، أم كان من عقود التبرعات كعقد الهبة وعقد الرهن وعقد الكفالة .

---

(1) - غير أنه تجدر الإشارة ، إلى أن المشهور في المذهب الشافعي ، أن عقد الزواج لا يبطل في مثل هذه الحالة ببطلان الشرط ، بل يصح العقد ويبطل الشرط وحده =

والسبب في ذلك يعود الى كون أن بطلان الشرط الذي يحمل في طياته فائدة حتما لمشترطه ، يفوت معه رضا هذا الأخير ، إذ أنه لم يرض بالعقد إلا مع تحقق هذا الشرط الذي إشتراطه ، وعليه فإذا ما بطل الشرط فإنه يؤدي حتما الى زوال الرضا ، ومنه الى بطلان العقد الذي يقوم كما هو معروف أساسا على التراضي ، الذي هو ركن أساسي فيه ، بحيث أن تخلفه يؤدي الى بطلان العقد بطلانا مطلقا .

ولذا نجد الشافعية يتشددون في مثل هذه الحالات حتى في عقد الزواج ، إذ أنهم يعتبرون أن عقد الزواج الذي يشترط فيه أحد الزوجين الخيار لنفسه أو لغيره مدة معلومة ، عقدا باطلا ، وذلك لمخالفة هذا الشرط لمقتضى عقد الزواج وحكمه ، وهو اللزوم ، وبالتالي يبطل في مثل هذه الحالة كل من الشرط والعقد معا .

ومنه تكون الشروط الواردة في الأمثلة السابقة ، باطلة كلها ومبطله للعقد الذي تقترن به في نفس الوقت ، وذلك لمخالفتها لمقتضاه وضوابطه وأحكامه الأساسية .

---

= فقط ، ومنه يكون عقد الزواج مستثني من بقية العقود وذلك لعدم الإخلال بمقصود هذا العقد وهو الوطاء والإستمتاع .

" أنظر في ذلك كل من : الشافعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص 73 / الخطيب ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص 226 / النووي ، المرجع السابق ، ص 405 " .

## المبحث الرابع

### حكم الشروط المقترون بالعقد في المذهب المالكي

يقسم المالكية الشروط التي تقترن بمختلف العقود الى ثلاثة أنواع وهي :  
الشروط الصحيحة ، الشروط الفاسدة والشروط الباطلة ، وعليه سنقسم دراستنا لهذا  
المبحث الى ثلاثة مطالب ، نتناول في كل مطلب نوع معين من هذه الشروط فيما يلي .

#### المطلب الأول

##### الشروط الصحيحة

تنقسم الشروط الصحيحة في المذهب المالكي الى ثلاثة أنواع كذلك وهي :  
الشروط التي يقتضيها العقد ، والشروط التي لا تنافي مقتضى العقد وحكمه وتكون من  
مصلحته ، والشروط التي لا تناقض مقتضى العقد . وعليه سنتطرق الى حكم كل نوع  
من هذه الشروط من خلال الفروع الثلاثة التالية .

#### أولاً : حكم الشروط التي يقتضيها العقد

يقصد بالشروط التي يقتضيها العقد في المذهب المالكي ، تلك الشروط التي يكون  
موجبها حكماً من أحكام العقد واثراً من آثاره .

ومثالها : إشتراط تسليم الشيء المبيع ، وإشتراط الضمان في عقد البيع ،  
 وكإشتراط النفقة ودفع المهر في عقد الزواج ، وكإشتراط الدائن المرتهن في عقد  
 الرهن أن يكون له الحق في بيع العين المرهونة إذا لم يستوفي الدين الذي رهن به ،  
 أو أن يكون يتقدم على سائر الغرماء في إستفاء الدين .

وحكم هذه الشروط ، هو أنها تجب وتلحق بالعقد ولو لم تشتط أو لم تذكر فيه ،  
 لأنها تدخل في مقتضى العقد بمجرد تطابق الإرادتين وحصول التراضي ، ومنه يكون  
 إدراجها أو عدم إدراجها في العقد سيات ، كما أن إقحامها ضمن مضمون العقد يكون  
 بمثابة التأكيد و التذكير لا غير .

حيث جاء في الخرشي مايلي : " وبقي شرط يقتضيه العقد وهو واضح الصحة ،  
 كشرط تسليم المبيع و القيام بالعيب ، ورد العوض عند إنتقاض البيع ، وهو لا زم دون  
 شرط ، فشرطه تأكيد (1) " .

وعليه ، يمكن القول بأن حكم الشروط التي يقتضيها العقد في المذهب المالكي ،  
 هو نفسه الحكم الذي وجدناه عند المذاهب الأخرى ، وهو الصحة و الجواز و الإلتزام  
 بالوفاء به .

---

(1) - أبو عبد الله محمد ، الخرشي ، حاشية الخرشي على مختصر خليل ، الطبعة  
 الأولى، الجزء الخامس . مصر : المطبعة الخيرية بالجمالية، بدون سنة ، ص80.

## ثانيا : حكم الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد و حكمه وتكون من مصلحته

يقصد بهذا النوع من الشروط ، تلك الشروط التي لا تجب بمجرد العقد ، لأنها لا يقتضيها ، ولكن إذا ما تم إدراجها فيه فإنها تصبح لازمة واجبة الوفاء مادام لا تنافي مقتضى ذلك العقد ، فهي إن صح التعبير تعتبر بمثابة شروط ملزمة له ، غير أنها تؤثر على كل عقد تقترن به فتقيدته نتيجة تغلغلها في صلبه ، كما أن هذه الشروط تعود حتما بالفائدة على ذلك العقد .

ومثال ذلك : إشتراط البائع على المشتري في عقد البيع تقديم رهن أو كفيل ، أو كإشتراط تأجيل الثمن الى أجل معين .

فإشتراط الكفالة أو الرهن في المثال السابق ، هي في الحقيقة شروط لا يقتضيها ذلك العقد ، ولكن يصح إشتراطها لأنها لا تنافي مقتضى العقد ، وبذلك تكون لازمة ونافذة بإشتراطها في العقد ، أما إذا لم يتم ذلك فلا حق للمطالب بها ، لأنها لا تدخل ضمن مقتضيات ذلك العقد ، و لا تجب من غير إشتراط .

ولقد جاء في الخرشى مايلي : " و شرط لا يقتضيه - العقد - ولا ينافيه وهو من مصلحته جائز لازم بالشرط ساقط بدونه " (1) .

---

(1) - الخرشى ، المرجع السابق ، ص 80 .

وعليه ، يمكن القول من خلال كل ماتقدم ، أنه وطبقا للمذهب المالكي ، فإن مثل هذه الشروط جائزة و صحيحة ، وبالتالي يجب الوفاء بها إذا ما إقترنت بعقد ما ، ولكن عدم إقترانها به يجعلها غير لازمة الوفاء ، لأنها لا تدخل ضمن مقتضى ذلك العقد ، فهي شروط واجبة بالإشتراط طالما لا تنافي مقتضيات تلك العقود فقط .

### ثالثا : حكم الشروط التي لا تناقض مقتضى العقد

يقصد بالشروط التي لا تناقض مقتضى العقد في المذهب المالكي ، تلك الشروط التي تحمل في طياتها نفعاً لأحد المتعاقدين .

ومثال ذلك : إشتراط بائع المنزل على مشتريها سكنها مدة معقولة (1) ، أو إشتراط بائع السيارة ركوبها مدة معقولة (2) ، أو كإشتراط مشتري الثوب على بائعه خياطته أو تفصيله بدلة ، أو إشتراط المشتري على بائع الزرع حصاده .

حيث ورد في بداية المجتهد مايلي : " فأما إذا إشتراط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة يسيرة

---

(1) - لقد ضبط المالكية هذه المدة بشهر في قول ، وبسنة أشهر في قول آخر ، والمهم هو أنه لا يمكن أن تتعدى مدة الإنفعا بالسكن أكثر من مدة الستة أشهر ، وهي المدة القصوى .

(2) - ولقد حددها المالكية بثلاثة أيام فقط .

مثل الشهر وقيل سنة ، فذلك جائز على حديث جابر " (1) .

وعليه ، يكون طبقا للمذهب المالكي ، كل شرط متضمن لمنفعة معقولة تعود على أحد المتعاقدين وليس فيها منعا للمتعاقد الثاني من حق إعطائه له الشارع بمقتضى العقد صحيح ، وبالتالي يجب الوفاء به ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمه أو يؤكد طالما أنه لا يناقض ذلك العقد .

والجدير بالذكر ، أنه سبقت الإشارة عند تعرضنا الى حكم الشروط المقترنة بالعقود في المذهب الظاهري و الحنفي و الشافعي ، الى أنهم لا يجيزون مثل هذه الشروط التي تتضمن منفعة زائدة تعود على أحد المتعاقدين ، بحيث أجمعوا على فسادها مع فساد العقد الذي تقترن به .

ومن هنا يتضح لنا أن المذهب المالكي كان أكثر إتساعا في مجال تصحيح الشروط ، وأكثر إطلاقا لحرية الإرادة في اشتراط الشروط وفي فتح آفاق وأبواب التعامل من المذهب الظاهري و الحنفي و الشافعي .

كما تجدر الإشارة ، الى أن المذهب المالكي لم يعتمد عند تصحيحه للشروط على العرف ، بحيث لا يعتبر العرف كأساس لتصحيح الشروط ، بل قام بتصحيح الشروط على أساس عدم مناقضتها للعقد ، ويقصد بعدم المناقضة ، أن لا يحصل ولا يتحقق مع اشتراط الشرط المقصود من العقد أصلا .

---

(1) - أبو عبد الله محمد ، الخرشى ، حاشية الخرشى على مختصر خليل ، الطبعة

الأولى، الجزء الخامس . مصر : المطبعة الخيرية بالجمالية، بدون سنة ، ص 80



وعليه يعتبر كل شرط يقترن بالعقد ولا يناقض مقتضاه ، صحيحا حتى ولو  
إشتمل على منفعة معقولة تعود على أحد المتعاقدين ، بل حتى ولو كان هذا الشرط لا  
يقتضيه أو لا يلائمه ذلك العقد .

غير أن فقهاء المذهب المالكي لم يقفوا عند هذا الحد في تصحيح الشروط  
المقترنة بالعقود ، بل تجاوزوا ذلك بتصحيحهم لبعض الشروط ، والتي لم يأت بمثلها  
المذاهب الثلاثة السابق التعرض لها ، كالشروط التي يكون القصد و الهدف من  
إشتراطها هو " إيقاع معنى من معاني البر " (1) كإشتراط بائع العقار على مشتريه  
جعله مسجدا تقام فيه الصلوات ، أو كإشتراط بناء مدرسة أو مستشفى على الأرض  
المبيعة .

ولكن في حقيقة الأمر ، لو تمعنا جيدا في هذه الشروط ، لوجدناها شروطا مقيدة  
للتصرفات ، وكما هو معلوم فإن مثل هذه الشروط ، تعتبر شروطا باطلة ، لكن المالكية  
إعتبروها في هذا المقام شروطا صحيحة لكونها تحمل في طياتها معاني البر ، ولكن مع  
ملاحظة أنه " إذا كان العقد مشروطا فيه التعجيل ، فإن العقد يصح مع الشرط ، و إن  
لم يكن التعجيل مشروطا فيه ، لم يصبح للفرر الذي يفضي الى النزاع في الزمن الذي

---

(1) - أبو الوليد سليمان ، الباجي ، المنتقى شرح الموطأ ، الطبعة الثالثة ، الجزء

الرابع . لبنان : دار الكتاب العربي ، 1983 ، ص 211 . / ابن رشد ،

المقدمات الممهدة ، ص 542 . / ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،

الجزء الثاني ، ص 162 .

لم يكن يجب فيه الصرف على جهة البر " (1) .

و الجدير بالذكر ، أن الشروط التي ورد بها أثر من الشارع ، تعتبر هي الأخرى صحيحة كما هو الشأن بالنسبة لجميع المذاهب الأخرى وذلك لورود النصوص الشرعية التي تجيزها .

ومثال ذلك : إشتراط المشتري غلة الأرض المبيعة ، إذ في هذه الحالة تعود إليه ، أما إذا لم يشترطها فبأنها تكون من حق البائع ولو أن ملكية الأرض صارت للمشتري ، حيث جاء في المدونة مايلي : " رأيت إن إشتريت أرضا وفيها زرع ولم أذكر الزرع لمن يكون ؟ الزرع زرع البائع إلا أن يشترطه المبتاع " (2) .

وإننا نعتقد أن المالكية بنوا ذلك على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، الذي جاء فيه : " من باع نخلا مؤبرة فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع " ، فكان هذا الحديث هو النص المعتمد في الجواز والصحة .

وخلاصة القول من خلال دراستنا للشروط الصحيحة في المذهب المالكي ، هو أن هذا المذهب كان أكثر تصحيفا للشروط المقترنة بالعقود من المذاهب السابقة ، وبذلك يكون قد فتح باب التعامل في مجال العقود والشروط بشيء من الحرية والإطلاق تسهيلا على الناس في معاملاتهم وفي تحقيق مصالحهم اليومية .

---

(1) - أبو زهرة ، إبن تيمية ، ص 394 . / أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص 281 .

(2) - بن أنس ، مالك ، المدونة الكبرى ، الجزء الرابع . بيروت - لبنان : دار صادر ، بدون سنة ، ص 508 .

## المطلب الثاني

### الشروط الفاسدة

إن دراستنا لهذا المطلب تتطلب منا تقسيمه الى فرعين ، بحيث نتطرق الى المقصود بالشروط الفاسدة في الفرع الأول منه ، وأما الفرع الثاني فإننا سوف نخصصه لمعرفة حكم هذا النوع من الشروط ومدى تأثيره على العقد ، وذلك فيمايلي .

#### أولاً : المقصود بالشروط الفاسدة

يقصد بالشروط الفاسدة في المذهب المالكي ، تلك الشروط التي لا يقتضيها العقد وإنما تناقض مقتضاه ، غير أنها لا تنافيه بحيث إعمالها لا يخل بالعقد فتسقط الشروط ويبقى العقد قائماً صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره .

ومن امثلة هذه الشروط في بعض العقود مايلي :

1 - في عقد البيع : كإشتراط البائع على المشتري إن لم يأت بالثمن الى أجل محدد فلا بيع بينهما . أو كإشتراط البائع على المشتري في بيع الثمار ألا يكون له الحق في المطالبة بترك جزء من الثمن إذا أصاب الثمار شيء من الآفات الزراعية .

2 - في عقد الرهن : كإشتراط الدائن المرتهن على الراهن ، ألا ضمان عليه في الأعيان التي يغاب عليها ويمكن إخفاؤها وكتمها ، كالكتب والثياب والحلي .

3 - في الوديعة : كإشتراط رب الوديعة ضمانتها عن الهلاك .

4 - في الوقف : كإشتراط الواقف عمارة الموقوف على المستحقين في الوقف ،  
أو لا يبدأ من غلته بإصلاح الوقف ونفقته .

5 - في عقد الزواج : كإشتراط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها ، أو ألا يخرجها  
من دارها أو من بلدها .

وعليه يمكن القول ، أن كل شرط يدخل ضمن هذه الشروط الواردة في كتب الفقه  
المالكي ، أو غيرها من الشروط ، والتي لا يقتضيها العقد ، تعتبر شروطا فاسدة حتى  
وإن كانت هي في حد ذاتها لا تتنافى مع ذلك العقد .

### ثانيا : حكم الشروط الفاسدة و أثرها على العقد

إن حكم الشروط الفاسدة في المذهب المالكي ، هو أنها تدخل في باب الكراهية ،  
ولذا لا يلزم الوفاء بها ، كما أنه لا تأثير لها على العقد الذي تقترن به ، إذ تلغو هي  
ويبقى العقد صحيحا (1) ومنتجا لجميع آثاره .

---

(1) - أنظر في ذلك كل من : الحطاب ، الإلتزامات ، الجزء الأول ، ص، 302 . / فتاوى  
الشيخ عيش ، الجزء الأول ، ص 252 .

وعليه ، ففي الأمثلة السابقة : يكون في عقد البيع ، الشرط الأول و الثاني في المثال المتقدم ، شرطين فاسدين ، ومنه تلغو هي ، وأما عقد البيع فلا تؤثر عليه إذ يبقى قائما صحيحا.

وكذلك الشأن بالنسبة لعقد الرهن ، حيث أن الشرط الذي إقترن به فاسد ، وبالتالي يلغو ، وأما عقد الرهن فيصح مع إشتراطه حتى يضمن الدائن المرتهن العين المرهونة ، ويكون مقدما في الإستفاء على غيره من الدائنين .

وفي الوديعة ، يكون كذلك الشرط فاسد في المثال المتقدم ، وبالتالي يلغو ، ولكن الوديعة تظل صحيحة ، ويكون ضماناتها من صاحبها .

وكذلك الشأن في الوقف ، بحيث يصح الوقف ويبطل الشرط وحده .

أما في عقد الزواج ، فيستحب الوفاء بالشرط ، لأن المرأة " تأبى من العقد حتى يلزم الشرط " (1) ، غير أنه لا يدخل في باب الإيجاب والإكراه على تنفيذه ، وإنما هو من باب الإستحسان فقط ، وبالتالي لا يكون للمرأة الحق في فسخ العقد أو الرجوع بما أسقطته من مهرها في العقد عند إنتفائها وعدم الوفاء بها(2) .

(1) - الإمام مالك ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 197 .

(2) - محمد ، ابن جزي ، القوانين الفقهية . الجزائر : دار الكتب ، 1987 ، ص

175 ومايليها .

وعليه يمكن القول من خلال كل ما تقدم في هذا المطلب ، بأنه وطبقا للمذهب المالكي ، فإن كل شرط فاسد يكون مصيره الزوال والبطلان ولاتأثير له على العقد الذي يقترن به مطلقا ، بحيث يصح العقد ويبطل الشرط وحده فقط ، وعلى عكس الشرط الباطل الذي له تأثيره البالغ على العقد ، وهذا ماسوف نتناوله في المطلب الموالي .

### المطلب الثالث

#### الشروط الباطلة

إن دراستنا للشروط الباطلة تقتضي منا معرفة المقصود بالشروط الباطلة أولا ، ثم معرفة حكم هذا النوع من الشروط ومدى تأثيره على العقد الذي يقترن به ثانيا ، وهو ما سنتطرق إليه من في الفرعين التاليين .

#### أولا : المقصود بالشروط الباطلة

يقصد بالشروط الباطلة في المذهب المالكي ، تلك الشروط التي تنافي وتناقض مقتضى العقد أو التي تؤدي الى غرر أو تخل بالثمن أو بأي أمر آخر من الأمور المعتبرة في صحة العقد شرعا ، وبالتالي يدخل في هذا الإطار ، كل شرط فيه منع لأحد المتعاقدين من تصرف أعطاه إياه الشارع بمقتضى العقد من غير ان يكون في الشرط

جهة بر (1) . بحيث جاء في بداية المجتهد ما يلي : "وأما إن إشتراط معنى في البيع ليس ببر، مثل ألا يبيعها ، فذلك لا يجوز عند مالك ، وقيل عنه البيع مفسوخ " (2) ، ولذا يسمى المالكية هذا النوع من الشروط " بالشروط الحرام " (3)

ومن أمثلة هذه الشروط في بعض العقود عند المالكية مايلي :

1 - في عقد البيع : كإشتراط المشتري تأجيل الثمن الى أجل مجهول ، أو كإشتراط البائع على المشتري أن يقرضه بمبلغا معينا من المال ، أو كإشتراط بعض الشروط المانعة من التصرف ، كإشتراط البائع على المشتري ألا ينتفع بالعين المباعة أو ألا يبيعها أو ألا يهبها ، أو أن تكون العين المباعة إن كانت منزلا مأوى لأهل الفساد والفسق والفجور .

---

(1) - لأنه كما سبقت الإشارة إليه ، أن المالكية يجيزون الشروط التي فيها معاني البر حتى وإن كان فيها تقييد لبعض التصرفات .

(2) - ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، ص 167 .

(3) - محمد بن يوسف ، الكافي ، أحكام الأحكام على تحفة الحكام ، الطبعة الثالثة . بيروت - لبنان : دار الفكر ، 1981 ، ص 146 . / محمد ، عليش ، فتح العلي ، الجزء الأول . لبنان : مطبعة دار المعرفة ، بدون سنة ، ص 281 ومايلها .

2 - في عقد القرض : كاشتراط المقرض على من أقرضه أن يرد إليه أحسن مما خذ .

3 - في عقد الهبة : كاشتراط الواهب على الموهوب له ألا يقبض العين الموهوبة .

4 - في عقد الزواج : كاشتراط الزوج على زوجته ألا ينفق عليها أو ألا ترثه ، أو كاشتراط الزوجة على زوجها إن لم يأتي بالمهر في وقت كذا فلا نکاح بينهما ، أو كاشتراط طلاق ضررتها .

5 - في عقد الرهن : كاشتراط الراهن على المرتهن بقاء العين المرهونه تحت يده ، أو ألا تباع عند حلول أجل الدين ، أو إذا مضت مدة معينة خرجت من الرهن .

وعليه ، فكل شرط ينافي ويناقض مقتضى العقد ، أو يؤدي الى غرر ، أو يحول دون تحقيق المقصود من العقد أصلا ، يعتبر في نظر المذهب المالكي شرطا باطلا وحراما .

### ثانيا : حكم الشروط الباطلة و أثرها على العقد

إن حكم الشروط الباطلة لدى المذهب المالكي ، هو عدم جواز إشتراطها ضمن مختلف العقود ، إذ لا يجوز ان تقترن بأي عقد كان ، كما أن تأثيرها في العقود التي تقترن بها يكون بالغا بحيث تؤدي الى بطلانها ، خاصة إذا علمنا أن بطلان الشروط الباطلة في المذهب المالكي تسري وتمتد الى العقد الذي تقترن به فتأتي عليه بالبطلان من أساسه ، إذ في مثل هذه الحالات يبطل الشرط والعقد معا .



كما أن المالكية لا يفرقون بين العقود في هذا المجال كما فعل الحنفية ، الذين جعلوا بعض العقود تتأثر بمثل هذه الشروط فتبطل معها ، والبعض الآخر لا يتأثر بمثل هذه الشروط بحيث تبطل الشروط فقط بينما العقد يبقى صحيحا قائما ومنتجا لجميع آثاره .

وعليه ففي الأمثلة السابقة الذكر ، تكون تلك الشروط كلها شروطا باطلة لمخالفتها لمقتضيات تلك العقود . كما أن تأثيرها فيها يكون بالغا ، بحيث تؤدي الى بطلانها .

فمثلا في عقد البيع يكون المقصود الأساسي من العقد ، هو أن تكون للمشتري الحرية التامة في الإنتفاع و التصرف في الشيء المبيع . ومنه يكون كل شرط يحول دون تحقيق هذا الغرض و هذا المقصود ، يجعل العقد لا يفي ولا يقدم الهدف والغاية المرجوة والمتوخاة من إبرامه أصلا ، وبذلك يكون هذا الشرط مناقضا ومنافيا لمقتضى هذا العقد ، وهو حرية المشتري في التصرف في الشيء المبيع الذي أصبح ملكه ودخل في ذمته المالية .

وعليه فكل شرط من هذا القبيل يقترن بأي عقد كان ، يؤدي في نظر المالكية الى بطلان الشرط والعقد معا ، وذلك لأنه شرط " لا يتم معه المقصود من العقد " (1) .

---

(1) - الخطاب ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص 273 ، 275 .

كما يوجد في المذهب المالكي نوع آخر من الشروط الباطلة ، وهي تلك الشروط التي إذا ما إقترنت بعقد ما فإنها تبطل و ذلك العقد ، إلا إذا نزل المشتراط عن الشرط ، فيسقط الشرط حينئذ وحده ويبقى العقد صحيحا ومنتجا لآثاره ، ويكون ذلك في الحالات التي يكون فيها الشرط يخل بالثمن ، كالبيع والسلف ، أي بمعنى بيع يتضمن قرض ، أو كبيع الثنيا (1) ، بحيث يعتبر باطلا لمناقضته للعقد الذي إقترن به ، كما انه يعود بغرر و جهالة على الثمن . ومثاله كمن يبيع سلعة ويشترط انه متى رد الثمن فالسلعة تعود عليه ، أو كإشتراط البائع على المشتري ، أنه متى باع هذا الأخير السلعة فهو أحق بها من الثمن . والسبب في فساد الشرط هو أنه إشرط لمصلحة البائع او المشتري ، وقد روعي فيه نقص الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة المشتري ، كما في بيع وقرض للمشتري من البائع ، وفي الحالتين تلحق الجهالة بالثمن (2) ، ومن هنا يتضح لنا ان الجهالة التي تلحق بالثمن تكون " أما بزيادة إن كان من المشتري ، أو بنقص إن كان من البائع ، وفي الحالتين تكون الجهالة مائة من صحة العقد ، لأن الإنتفاع بالسلف من الثمن أو المثلن وهو مجهول ، ويصح البيع إن حذف شرط السلف مع قيام السلعة على المشهور " (3) .

والجدير بالذكر ان الحنابلة لايوافقون المالكية في إبطالهم لشرط شرائها من بائعها إن باعها المشتري ، إذ يرون أن مثل هذا الشرط جائزا إقترانه بالعقد ، كما انه كذلك إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد عن طريق إيقاعه معنى في البيع ليس من معاني البر ، وذلك كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما إشتراه أو ألا يهبه ،

(1) - وهو مايسمى في إصطلاح القاتون الوضعي ببيع الوفاء .

(2) - السنهوري ، المرجع السابق ، ص 157 .

(3) - الخرشي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص 81 .

وهذا إذا عمم أو إستثنى قليلا ، كقوله على ألا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلا من فلان ،  
وأما إذا خصص ناس قليلا ، فيجوز الشرط ويصح البيع (1) .

وعليه ومن خلال كل ماتقدم ، نلاحظ أن الشرط الباطل في المذهب المالكي يؤثر  
تارة على العقد فيبطله ، وتارة أخرى لا يحدث فيه أي أثر بحيث يبطل وحده وأما  
العقد فيبقى صحيحا ، كما أنه يؤثر في العقد طورا آخر فيبطله معه ، إلا في حالة ما إذا  
نزل المشترط عنه فإن العقد يبقى صحيحا ويبطل الشرط وحده .

حيث جاء في بداية المجتهد مايلي : " وأما مالك فالشروط عنده تنقسم الى ثلاثة  
أقسام ، شروط تبطل هي والبيع معا ، وشروط تجوز هي والبيع معا ، وشروط تبطل  
ويثبت البيع ، وقد يضمن أن عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما إن تمسك  
المشترط بشرطه بطل البيع ، وإن تركه جاز البيع ، وأعطاه فروق بينه في مذهبه بين  
هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ، وإنما هي راجعة الى  
كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحته في البيوع وهما الربا  
والغرر والى قلته والى التوسط بين ذلك ، أي ما يفيد نقصا في الملك ، فما كان دخول  
هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلا أجاز  
الشرط ، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ، ويرى أصحابه في أن مذهبه هو  
أولى المذاهب ، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها ، والجمع عندهم أحسن من الترجيح ،  
وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة " (2) .

(1) - السنهوري ، المرجع السابق ، ص 158 .

(2) - ابن رشد ، المرجع السابق ، ص 161 .

## المبحث الخامس

### حكم الشرط المقترون بالعقد في المذهب الحنبلي

يقسم الحنابلة الشروط التي تقترون بمختلف العقود الى ثلاثة أقسام وهي :  
الشروط الصحيحة ، الشروط الفاسدة ، والشروط الباطلة .

وإن دراستنا لهذا المبحث تقتضي منا تقسيمه الى أربعة مطالب ، بحيث نتناول في المطلب الأول الشروط الصحيحة ، وأما في المطلب الثاني فنخصصه لدراسة الشروط الفاسدة ، أما الشروط الباطلة فسنتطرق اليها من خلال المطلب الثالث ، غير أن المطلب الرابع نخصصه الى معرفة حكم الشرط المقترون بالعقد عند ابن تيمية باعتباراه ذروة الاجتهاد الحنبلي في هذا الميدان .

### المطلب الأول

#### الشروط الصحيحة

تنقسم الشروط الصحيحة في المذهب الحنبلي الى ثلاثة أنواع وهي : الشروط التي يقتضيها العقد ، والشروط التي لا يقتضيها العقد ولكن فيها منفعة تعود على العقد أو على المتعاقدين ، وأخيرا الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد .

وعليه سنقسم دراستنا لهذا المطلب الى ثلاثة فروع ، بحيث نتناول في كل فرع حكم كل نوع من هذه الأنواع فيما يلي

## أولاً : حكم الشروط التي يقتضيها العقد

تعتبر الشروط التي يقتضيها العقد في المذهب الحنبلي كذلك حكماً من أحكام العقد واثراً من آثاره المقررة شرعاً ، فهي صحيحة وواجبة الوفاء ولو لم تسترط في العقد ، إذ إدراجها في العقد كعدمه . ومثالها اشتراط تسليم الشيء المبيع في عقد البيع .

وخير دليل على ذلك هو ما جاء في المعنى : " والشروط تنقسم الى أربعة أقسام : " أحدها " ما هو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم ، وخيار المجلس والتقابض في الحال ، فهذا وجوده كعدمه ، لا يقيد حكماً ولا يؤثر في العقد " (1) .

وعليه فمثل هذا النوع من الشروط ، هو في حقيقة الأمر مقرر شرعاً ، وبالتالي يجب الوفاء به حتى ولو لم يشترط صراحة في العقد ، لأن إدراج مثل هذه الشروط في العقد ، هو بهدف التأكيد و التذكير بما يقتضيه ذلك العقد فقط لا غير .

ومن هنا نستنتج و يتضح لنا ، أن المذاهب الإسلامية كلها قد إتفقت حول صحة هذه الشروط دون خلاف يذكر ، فكل شرط يقتضيه العقد يعتبر صحيحاً واجب الوفاء به لدى كافة المذاهب .

---

(1) - عبد الله ، ابن قدامة ، المعنى ، الجزء الرابع . دار الفكر العربي ، بدون سنة ، ص 285 .

## ثانياً : حكم الشروط التي لا يقتضيها العقد ولكن فيما

### منفعة تعود على العقد أو على المتعاقدين

يقصد بهذا النوع من الشروط ، تلك الشروط التي تحقق مصلحة و منفعة للمتعاقدين بإشتراطها في العقد ، كما أنها شروط لا يقتضيها العقد ، وهي من قبيل الشروط الملائمة للعقد المعروفة في الفقه الحنفي .

ويرى الحنابلة (1) ، أن مثل الشروط التي هي من مصلحة العقد ، إشتراط صفة مقصودة في الثمن أو المبيع وتأجيل الثمن كله أو بعضه الى مدة معلومة . ومثل الصفة المقصودة في المبيع ، كون الدابة لبونا أو العبد كاتباً أو خطيباً .

كما يدخل ضمن هذا النوع من الشروط كذلك ، إشتراط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل بالثمن المؤجل .

---

(1) - راجع في ذلك كل من : وزارة الأوقاف الكويتية ، معجم الفقه الحنبلي ، الجزء الأول . بدون سنة ، ص 121 . / علي ، الخفيف ، الكفالة . القاهرة - مصر : مطبعة معهد الدراسات العربية ، بدون سنة ، ص 42 ، 43 . / منصور ، البهوتي ، كشاف القناع ، الجزء الثالث . لبنان : دار الفكر ، 1982 ، ص 188 ومايليها . / منصور ، البهوتي ، شرح منتهى الإيرادات ، الجزء الثاني . السعودية ، مطبعة إدارة البحوث ، بدون سنة ، ص 160 ومايليها .

وحكم هذه الشروط ، هو الصحة و الجواز ، ومنه يجب الوفاء بها عند اشتراطها ، بحيث يتقيد العقد بموجبها ، كما أن هذه الشروط تعتبر من بين الشروط التي تلتزم العقد و تؤكد مقتضاه وليس فيها منفاة له و لمقاصده ولا للشرع و أحكامه و ضوابطه .

وعليه ، فكل شرط لا يقتضيه العقد ولكن فيه منفعة أو مصلحة تعود على أحد المتعاقدين أو على العقد نفسه ، يعتبر شرطا صحيحا واجب الوفاء به عند إقترانه بالعقد ، ويكون للمشتراط الحق في طلب فسخ العقد عند عدم الوفاء به .

### ثالثا: حكم الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد

يقصد بهذا النوع من الشروط ، تلك الشروط التي هي ليست من مقتضى العقد ولا من مصلحته ، غير أنها لا تنافي مقتضى العقد و حكمه عند إقترانها به ، وتوصف عند الحنابلة بأنها عبارة عن " إشتراط نفع معلوم " (1) .

ومن أمثلة هذا النوع من الشروط ، إشتراط سكنى الدار مدة معلومة ، كالشهر و السنة ، و كإشتراط المشتري على البائع في عقد البيع نقل الشيء المبيع أو حمله الى منزله ، أو كإشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج عدم نقلها من بلدها أو عدم التزوج عليها .

---

(1) - البهوتي ، شرح منتهى الإيرادات ، الجزء الثاني ، ص 160 . / البهوتي ،

كشاف القناع ، الجزء الثالث ، ص 183 . / ابن قدامة ، المرجع السابق ،

ونلاحظ من خلال هذه الأمثلة ، أن مثل هذه الشروط ، هي في حقيقتها لا تنافي ولا تخالف مقتضى العقد من جهة . كما أنها لا تخالف أحكام الشرع من جهة أخرى . وعليه يكون حكمها هو الصحة و الجواز ، ووجوب الوفاء بها عند إقترانها بالعقد ، بحيث يتقيد بها هذا الأخير ، ومنه يكون للمشتراط الحق في طلب فسخ العقد عند عدم الوفاء بالشرط .

وفي هذا الصدد ، نشير الى أن المذهب الحنبلي ، يعطي الحق للمرأة التي تشتراط في عقد الزواج أن لا ينقلها من دارها أو من بلدها ، أو ألا يتزوج عليها ، في طلب فسخ النكاح ، وذلك لأن الحنابلة ، يقررون الشروط التي تتضمن منفعة للمرأة مادامت لا تمنع ولا تعارض المقصود من النكاح (1) . ولقد إستدلوا في ذلك على الحادثة التي

---

(1) - وتجدر الإشارة في هذا المقام ، الى أن القضاء الجزائري ، لا يجيز مثل هذه الشروط في عقد الزواج . إذ قررت المحكمة العليا في قرار لها ، صادر بتاريخ 20 جوان 1988 عن غرفة الأحوال الشخصية ، مايلي : " إن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ، ولا يؤثر في عقد الزواج ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ ، يعد مخالفاً للأحكام الشرعية . ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج - بالعرف - بتعهده بالبقاء بزوجه بالعاصمة ، يكونون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيوداً هو مخير فيه " .

" انظر في ذلك : المجلة القضائية ، تصدر عن قسم المستندات و النشر بالمحكمة العليا ، العدد الثاني - الجزائر : 1991 ، ص 54 " .



وقعت وقت عمر رضي الله عنه ، بحيث تزوج رجلا بإمرأة وشرط لها دارها ، ثم أراد نقلها فخاصموه الى عمر رضي الله تعالى عنه فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : إذا يطلقنا ، فقال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط (1) .

وتجدر الإشارة ، الى أن مثل هذه الشروط المتضمنة لمنفعة زائدة على العقد ، هي شروط غير جائزة عند كل من الظاهرية و الحنفية و الشافعية ، كما سبقت الإشارة إليه .

كما أن الحنابلة ، يجيزون شروطا في عقد الزواج ، لم يجزها حتى المالكية ، فكان بذلك المذهب الحنبلي حقا هو المذهب الأكثر تصحيحا للشروط المقترنة بالعقود على الإطلاق ، خاصة بإجازته للشروط الزائدة عن مقتضى العقد .

## المطلب الثاني

### الشروط الفاسدة

في هذا المطلب سنتطرق الى المقصود بالشروط الفاسدة عند الحنابلة ، كما نتعرض الى حكم هذا النوع من الشروط وى تأثيره على العقد الذي يقترن به ، وذلك ضمن الفرعين التاليين .

---

(1) - البهوتي ، كشاف القناع ، الجزء الثالث ، ص 52 ، 53 .

## أولاً : المقصود بالشروط الفاسدة

يقصد بالشروط الفاسدة في المذهب الحنبلي ، تلك الشروط التي تنافي مقتضى العقد ، ولكنها لا تنافي المقصود منه ولا تلغيه . كما يدخل ضمنها كل شرط فيه تقييد وحجر على المالك بالعقد .

ومن أمثلة هذا النوع من الشروط في عقد البيع : إشتراط البائع على المشتري في العقد ، ألا يتصرف في العين المباعة بالبيع أو بالهبة ، أو ألا ينتفع بها أصلا ، أو أن يكون أحق بالمبيع بثمنه إن باعه المشتري (1) .

وأما مثال هذه الشروط في عقد الزواج : إشتراط الزوج على زوجته في العقد ألا ينفق عليها أو ألا مهر لها ، أو إشتراط الزوجة على زوجها أن يطلق ضررتها .

## ثانياً : حكم الشروط الفاسدة وأثرها على العقد

إن حكم هذا النوع من الشروط لدى الحنابلة ، هو الفساد وعدم جواز إشتراطها و إقترانها بالعقد مطلقا ، وذلك لمنافاتها لمقتضيات العقود ، غير أنها إذا ما إقترنت بعقد ما فإنها تبطل وحدها ، بحيث لا تأثير لها على العقد مطلقا والذي يبقى قائما صحيحا ومنتجا لجميع آثاره إذ لا يمتد إليه البطلان .

---

(1) - وتجدر الإشارة ، الى أن مثل هذا الشرط الأخير لا يجوز أن يقترن بالعقد عند المالكية لأنه يخل بالثمن .

وعليه تكون كل الشروط الواردة في الأمثلة السابقة وكل الشروط التي تكون على شاكلتها فاسدة (1) لمنافاتها لمقتضيات تلك العقود من جهة ، وحملها التصديق والحجر على حرية المتعاقد الآخر في تصرفاته من جهة أخرى ، لأن مقتضى العقد يتنافى ومثل هذه الشروط ، إذ ينبذ مثل هذه القيود التي تحد من حرية المتعاقد وتقيدها، في حين نجد أن الشرع أعطى لها كامل الحرية في ذلك .

(1) - والجدير بالذكر أن الحنابلة اختلفوا في حكم اشتراط البائع في عقد البيع أن يكون أحق بالمبيع بثمنه إن باعه المشتري ، حيث نجد في ذلك روايتين مختلفتين :  
فقد روي المروزي عن أحمد أنه فاسد لأنه في معنى حديث النبي صلى الله عليه وسلم " لا شرطان في بيع " لأنه شرط أن يبيعه إياه وأن يبيعه بالثمن الأول ، فهما شرطان في بيع نهى عنهما ، ولأنه يتنافى مقتضى العقد لأنه شرط ألا يبيعه من غيره إذا أعطاه ثمنه فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من فلان .  
وروي عن إسماعيل بن سعيد ، البيع جائز لما روى عن ابن مسعود أنه قال :  
ابتعت من امرأتي زينب الثقفية جارية ، وشرطت لها إن بعتها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها ، فذكرت ذلك لعمر فقال : لا تقربها ولأحد فيها شرط ، فذكرت لأحمد الحديث فقال البيع جائز ولا تقربها لأن فيها شرطا واحدا للمرأة ، ولم يقل عمر البيع فاسد .  
" راجع في ذلك : ابن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص 55 " .

## المطلب الثالث

### الشروط الباطلة

إن دراستنا لهذا المطلب تقتضي منا تقسيمه الى فرعين ، بحيث نتناول في الفرع الأول منه المقصود بالشروط الباطلة في المذهب الحنبلي ، وأما الفرع الثاني فسوف نخصه الى حكم هذا النوع من الشروط ومدى تأثيره على العقود ، وذلك فيمايلي .

#### أولاً : المقصود بالشروط الباطلة

يقصد بالشروط الباطلة في المذهب الحنبلي ، تلك الشروط التي تكون مخالفة لمقتضى العقد ولأحكام الشرع وضوابطه ونواحيه، بحيث يكون منهي عنها بنص خاص، كالنهي عن بيعتين في بيعة ، وعن بيع و سلف ، وعن شرطين في بيع .

ومثال ذلك : إشتراط أحد المتعاقدين على الآخر في عقد البيع عقداً آخر ، كالقرض أو البيع أو الشركة أو ما أشبه ذلك .  
أو كإشتراط الزوجة على زوجها الثاني في عقد الزواج ، أن يتزوجها بغرض أن يحلها لزوجها الأول (1) . أو كإشتراط أب الزوجة على الزوج ، أن يزوجه أخته في مقابل زواجه من ابنته على أن يضع بضع إحداهما في مقابل بضع الأخرى ، أو كإشتراط توقيت عقد الزواج ، الى غير ذلك من الأمثلة .

---

(1) - وهو ما يعرف بالتيس المستعار .

## ثانياً: حكم الشروط الباطلة وأثرها على العقد

إن حكم الشروط الباطلة عند الحنابلة ، محمول في ذاتها ، وهو البطلان المطلق ، بحيث لا يجوز اشتراطها ولا إقترانها بالعقد مطلقاً ، وإذا ما تم ذلك فسوف يكون مصيره البطلان ، كما أن تأثيره في العقد يكون بالغاً ، إذ يؤثر فيه بالبطلان ، لأن البطلان المصاحب للشروط المقترن بذلك العقد يمتد الى هذا الأخير فيتغلغل في صلبه ويؤدي الى بطلانه .

حيث جاء في الشرح الكبير مايلي : " أن يشترط على صاحبه عقداً آخر ، كسلف أو قرض أو بيع أو إجازة أو صرف للثمن أو غيره ، فهذا يبطل البيع ويحتمل أن يبطل الشرط وحده ، والمشهور في المذهب ، أن هذا الشرط فاسد يبطل به البيع ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وهذا منه . قال أحمد : وكذلك كل ما في معنى ذلك ، مثل أن يقول على أن تزوجني إبتك أو على أن أزوجك إبتني ، فهذا كله لا يصح . . . وهذا قول أبي حنيفة و الشافعي وجمهور العلماء ، وجوزه مالك وجعل العوض المذكور في الشرط فاسداً ، وقال ولا ألتفت الى اللفظ الفاسد إذا كان معلوماً حالاً فكأنه باع السلعة بالدرهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير ، ولنا الخبر و النهي يقتضي الفساد ، ولأن العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت بالذمة فيسقط ، فيفسد العقد لأن البائع لم يرض به إلا بالشرط ، فإذا فات فات الرضا به ، ولأنه شرط عقداً في عقد فلم يصح (1) " .

---

(1) - المقدسي ، ابن قدامة ، الشرح الكبير . دارالكتاب العربي ، بدون سنة ، ص 61.

كما أن الجمع بين الشرطين كذلك غير جائز عند الحنابلة ، بحيث ثبت عن الإمام أحمد أنه قال : الشرط الواحد لا بأس به إنما نهى عن الشرطين في البيع ، وهو ما روى عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا يحل بيع ولا سلف ولا شرطان في بيع " قال الأثرم قيل لأبي عبد الله أن هؤلاء يكرهون الشرط في البيع ، قال إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع ، وحديث جابر يدل على إباحة الشرط حين باعه جملة وشرط ظهره الى المدينة ، و اختلف في تفسير الشرطين المنهى عنهما ، فروى عن أحمد أنهما ليسا من مصلحة العقد ، فحكى ابن المنذر عنه وعن إسحاق فيمن اشترى ثوبا واشترط على الباع خياطته أو قصرته أو طعاما و اشترط طحنه وحمله ، إن شرط أحد هذه الأشياء فالبيع جائز ، وإن اشترط شرطين فالبيع باطل ، وكذا فسر القاضي على شرحه الشرطين المبطلين بنحو هذا التفسير ، وروى الأثرم عن أحمد تفسير الشرطين أن يشترىها على أن لا يبيعهما من أحد ولا يطأها ، ففسره بشرطين فاسدين ، وروى عنه إسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع أن يقول إذا بعته فأنا أحق بها بالثمن ، وأن تخدمني سنة ، فظاهر كلام أحمد أن الشرطين المنهى عنهما ما كان من هذا النحو ، وأما إن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو من مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر .

ومن خلال كل ما تقدم نلاحظ بأن هناك آراء وحلول متعددة حول مسألة واحدة ، وهذا وإن دل على شيء إنما يدل على مدى تطور ونضج فكر المذهب الحنبلي ومدى نجاعته في معالجة الأمور ، بحيث نستنتج أن هذا التعدد ، هو في الحقيقة يدل على أن كل رأي من هذه الآراء هو صالح لزمان معين يتماشى مع تطوراته ، ويواكب التقدم المتواصل في مجال المعاملات ، ومدى حاجة الناس لمثل هذه الشروط لإدراجها في مختلف العقود ، لقضاء مصالحهم المتعددة و المتنوعة في نفس الوقت ، وهو ما يتماشى مع الأحكام والقواعد الشرعية ، وبذلك يكون المذهب الحنبلي فعلا مذهب مرناً ،

يوأكب متطلبات العصر ، في إطار حدود و ضوابط الشريعة الإسلامية الغراء .

والجدير بالذكر ، أن ابن تيمية هو الذي طور و أوصل الفقه الحنبلي الى ذروته و قمته في مجال إبرام العقود و إشتراط الشروط . وعليه إرتأينا أن نضيف مطلباً رابعاً الى هذا المبحث ، نتناول فيه حكم الشرط المقترن بالعقد عند ابن تيمية لنصل الى ذروة وقمة ما وصل إليه المذهب الحنبلي في مجال إقتران الشروط بمختلف العقود ، وذلك فيما يلي .

## المطلب الرابع

### حكم الشرط المقترن بالعقد عند ابن تيمية

يقسم ابن تيمية الشروط التي تقترن بمختلف العقود الى قسمين رئيسيين هما الشروط الصحيحة و الشروط الباطلة . وعليه نقسم هذا المطلب الى فرعين ، بحيث نتناول في الفرع الأول منه الشروط الصحيحة ، وأما الفرع الثاني فنخصصه للشروط الباطلة وذلك فيما يلي .

### أولاً : الشروط الصحيحة

بتصفحنا لمختلف آراء ابن تيمية ، نستنتج أن الأصل في العقود والشروط عنده هو الصحة والجواز ، إذ يطلق الحرية للإرادة في إشتراط ما تشاء من شروط في مختلف العقود ، بحيث يضيف عليها طابع الصحة ، ويتوسع في ذلك طالما لا تخالف

أحكام الشرع و ضوابطه ، بحيث نجده يقول : " إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم ولا يبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به ، فإن لم يوجد هذا الدليل ، فالأصل الحل والعفو " (1) .

وعليه يكون حكم مختلف الشروط التي تقترن بمختلف العقود عند ابن تيمية هو الصحة والجواز ، ولكن بشرط واحد فقط ، وهو ألا تكون هذه الشروط مخالفة لأحكام الشرع الإسلامي ، أي بمعنى آخر ، إذا دل على تحريمها نص أو قياس ، فإنه لا يجوز إقترانها بالعقود مطلقا ، وإذا ما تم ذلك كان مصيرها البطلان المطلق .

ويضيف ابن تيمية في توكيده على صحة الشروط بقوله : " إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية ، والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم ، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم ، وقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم » عام في الأعيان والأفعال ، وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة ، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة ... فالوفاء بالشرط إذا واجب بالنقل والعقل ، وبخاصة بعد أن رضيها المتعاقد مختارا ، فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هي ما أوجباه على نفسها بالتعاقد ، لقوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراضي » " (2) .

كما استدل ابن تيمية في تصحيحه للشروط بأدلة قاطعة من الكتاب والسنة والآثر و المعقول (3) .

---

(1) ، (2) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 272 ، 334 .

(3) - راجع في ذلك الصفحة 125 ومايليها من هذه الرسالة .



وعليه يمكن القول ان الشروط التي تقترن بمختلف العقود بصفة عامة عند ابن تيمية ، هو الصحة والجواز ، كما أن العقد الذي تقترن به يبقى صحيحا ومنتجا لآثاره، سواءا أكان ذلك العقد من عقود المعاوضات أم من عقود التبرعات ، بحيث نجد ابن تيمية يجيز للبائع أن يشترط منفعة المبيع في عقد البيع ، كأن يسكن الدار شهرا ، أو ينتفع بزراعة الأرض سنة ، كما يجيز إشتراط المشتري على البائع أن يخيط له الثوب أو حمل المبيع الى داره ، كما يجيز كذلك للواهب أو للواقف أن يشترط لنفسه منفعة ما يهبه أو ما يقفه مدة معينة أو طول حياته ، وغير ذلك من الأمثلة (1) .

ولذلك فهذه الشروط واجبة الوفاء طالما لا تخالف أحكام الشرع ، وبالتالي فالأصل العام هو الصحة ، غير أنه إستثناءا قد تكون هذه الشروط باطلة في بعض الحالات ، وهو ما سنتناوله فيمايلي .

### ثانيا : الشروط الباطلة

يقسم ابن تيمية الشروط الباطلة الى قسمين رئيسيين وهما : الشروط التي تنافي المقصود من العقد ، والشروط التي تناقض الشرع فتحل الحرام . وسنتناول فيمايلي كل منهما .

---

(1) - أنظر في ذلك : ابن تيمية ، المرجع السابق ، ص 327 ومايليها . / ابن تيمية ، نظرية العقد ، ص 16 .

## أ- الشروط التي تنافي المقصود من العقد

يقصد بالشروط الباطلة عند ابن تيمية ، تلك الشروط التي تنافي المقصود من العقد ، بحيث توجب أمرا يخالف مقتضى و مقصود العقد الذي إنعقد ، أي بمعنى أن يكون إجتماع الشرط والعقد يوجب تنافرا وتناقضا بين العقد والشرط ، فيكون مثلا اشتراط البائع على المشتري في عقد البيع تأخير تسليم المبيع الى حين تسليم الثمن وكان موجلا ، شرط غير سائغ التوفيق بينه وبين العقد الذي كان فيه الثمن موجلا ، لأن مقصود العقد الذي عقده ، هو أن يتسلم المشتري المبيع ويسلم بعد ذلك الثمن في مدة معلومة ، لكن شرط البائع جعل العقد لا يمكن تنفيذه بشرطه ، لذا كان العقد باطلا .

كذلك يعتبر اشتراط البائع على المشتري في عقد البيع ، ألا يتصرف في الشيء المبيع بالمبيع أو الإجارة ، شرطا منافيا لمقصود العقد ، وهو حرية المتعاقد في التصرف في مشتراه ، وهنا نلاحظ جليا حدوث التناقض الصارخ بين الشرط والمقصود من العقد أصلا .

ويقول ابن تيمية في ذلك : " إن للعقد حالين : حال إطلاق وحال تقييد ، ففرق بين العقد المطلق وبين المعنى المطلق من العقود . فإذا قيل هذا شرط ينافي مقتضى العقد ، فإن أريد به تنافي العقد المطلق ، فكذلك كل شرط زائد وهذا لا يضره . وإن أريد تنافي مقتضى العقد المطلق والمقيد ، إحتاج الى دليل على ذلك ، وإنما يصح هذا إذا أتى في مقصود العقد ، فإن العقد إذا كان له مقصود يراد به جميع صورته وشرطا فيه ما ينافي ذلك ، فقد جمع بين المتناقضين من إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل شيء ،

ومثل هذا الشرط باطل بالإتفاق بل هو مبطل للعقد عندنا " (1) .

وعليه فحكم هذا النوع من الشروط هو البطلان المطلق ، كما أن تأثيرها على العقد الذي تفتقرن به يكون بالغا ، بحيث تؤدي الى بطلانه وإعدامه من أساسه .

والجدير بالذكر ، أن ابن تيمية لم يميز بين الشرط والشرطين ، إذ أن الحكم عنده دائما هو الصحة طالما لا ينافي الشرط مقتضى العقد الذي يقترن به ، وسواء أكان هناك شرط واحد فقط أم تعددت الشروط ، فالعبرة بالمنافاة والتناقض و التنافر بين الشرط والعقد لا بعدد الشروط ، وهذا في الحقيقة هو الذي يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية الغراء ، ويساير تطور العصر الحالي ، فالشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان .

### **ب - الشرط الذي يناقض الشرع فيجمل الحرام**

يقوم ابن تيمية (2) في هذا الشرط بعملية التمييز بين الشرط المحرم والشرط المباح ، بحيث يرى أن المشترط ليس له أن يبيح ما حرم الله ولا يحرم ما أباحه له ، فإن شرطه يكون حينئذ إبطالا لحكم الله ، وكذلك ليس له ما أوجبه الله ، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه ، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما ، كما أن كل شرط صحيح ، فلا بد أن يقيد وجوب ما لم يكن واجبا ،

---

(1) ، (2) - ابن تيمية ، المرجع السابق ، ص 333 ومايليها .

إذ أن الشروط لا تبيح حراما أو تحرم حلالا ، أو توجب ساقطا أو تسقط واجبا ، وذلك لا يجوز إلا بإذن الشرع ، بل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه ، كالزنا والوطء في ملك الغير ، وكثبوت الولاء لغير المعتك . فإن الله حرم الوطء إلا بملك نكاح أو بملك يمين . فالولاء يثبت للمعتق كما يثبت النسب للولد ، فهذا أمر لا يجوز فعله بغير شرط ، فلا يبيح الشرط ما كان محرما ، وأما ما كان مباحا بدون الشرط فالشرط يوجبه ، كالزيادة في المهر والثمن والرهن وتأخير الإستفاء ، فما كان حراما أو حلالا مطلقا فالشرط لا يغيره .

وعليه فإذا كان الشرط منافيا لمقصود العقد كان لغوا ، وإذا كان منافيا لمقصود الشارع كان مخالفا لله ورسوله ، فأما إذا لم يكن مشتملا على واحد منهما ، أي إذا لم يكن لغوا ولا يشتمل على ما حرم الله ورسوله ، فلا وجه لتحريمه ، بل الواجب حله لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه ، إذ لولا حاجتهم إليه ما فعلوه ، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه ولم يثبت تحريمه ، فبيح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج .

ولذا يرى ابن تيمية ، أن الشرط الذي يحل الحرام أو يحرم الحلال ، هو ما كان بنفسه ممنوعا ، فإن دخل على العقد بالشرط كان الشرط باطلا ، لأن المشتراط قد أراد بهذا الشرط التوصل إلى ما حرمه الله أو ما أحله مطلقا ، أما إن كان العقد صحيحا والمشروط جائزا بذاته ، فشرطه جائز إلا إذا كان متخذا وسيلة إلى غاية محرمة ، لأن ذلك محرم مطلقا ، ومنه يكون الشرط المناقض للشرع ، هو ذلك الشرط الذي يتخذ كوسيلة للوصول إلى نواهي الشرع وأحكامه وضوابطه .

وفي ذلك يقول ابن القيم - وهو تلميذ ابن تيمية - ما يلي : " وهنا قضيتان من قضايا الشرع التي بعث الله بها رسوله . إحداهما : أن كل شرط خالف حكم الله

وناقض كتابه ، فهو باطل كائنا من كان . والثانية : أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه وهو ما يجوز فعله وتركه بدون الشرط ، فهو لا زم بالشرط . ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء " (1) . وفي الأخير يمكن القول في هذا السياق ، أن ابن تيمية يأخذ بنظرية الباعث الدافع الى التعاقد المعروفة في القاتون الوضعي الحديث وهو كان السباق إليها، فكل شرط يشترط في العقد ، ننظر الى الباعث الدافع لمشرطه، فإذا كان الدافع حلا لا جاز الشرط ، وإن كان العكس بطل .

---

(1) - ابن القيم ، اعلام الموقعين ، الجزء الثالث ، ص 390 .

## خـلاصة

وبعد دراستنا لحكم الشرط المقترن بالعقد في الشريعة الإسلامية ، نخلص الى النتائج التالية :

### أولاً : فيما يخص تقسيم الشروط :

يمكن القول بوجه عام ، أنه هناك إتفاق أو شبه إجماع بين مختلف المذاهب الإسلامية على تقسيم الشروط المقترنة بالعقود ، الى ثلاثة أقسام (1) هي :

أ - الشروط الصحيحة : وهي الشروط التي يجب الوفاء بها عند إقترانها بالعقد ، غير أن هناك من المذاهب من وسع فيها كالمذهب الحنبلي و بأقل درجة المذهب المالكي والحنفي . وهناك من المذاهب من ضيق فيها كالمذهب الظاهري ثم يليه المذهب الشافعي .

---

(1) - غير أن المذهب الظاهري ، يقسم الشروط التي تقترن بمختلف العقود الى قسمين فقط ، وهما : الشروط الصحيحة و الشروط الباطلة ، وكذلك الشأن بالنسبة لابن تيمية .

ب - الشروط الفاسدة : وهي الشروط التي لا يجوز إقترانها بالعقد مطلقا ، وإذا ما تم ذلك ، فلا يجب الوفاء بها لعدم صحتها .

ج - الشروط الباطلة : وهي الشروط التي لا يجوز كذلك إقترانها بالعقد ، كما لا يجب الوفاء بها .

أما الإختلاف ، فيكمن في عدم إتفاقهم على تحديد ماهية الشروط التي تدخل ضمن فئة الشروط الباطلة ، وماهي الشروط التي تدخل تحت زمرة الشروط الفاس

### ثانيا: فيما يخص الأخذ بمقتضيات العقود :

في هذا الصدد ، نجد أن الحنفية و الشافعية و المالكية و جمهور الحنابلة ، يتفقون و يجمعون على الأخذ بمقتضيات العقود وأحكامها ، ومنه إبطال كل شرط يخالف مقتضى العقد الذي يقترن به (1) .

بيد أنهم يختلفون من حيث نظرتهم الى مقتضيات العقود ، إذ نجد كل مذهب ينظر إليها من زاويته الخاصة ، و التي تختلف في مضمونها مع نظيرتها في المذهب الآخر ،

---

(1) - وتجدر الإشارة في هذا المقام ، الى أن المذهب الظاهري لا يأخذ بنظرية مقتضى العقد إطلاقا .

ونتيجة لذلك وجدنا إختلافهم الواضح في الحكم على نفس الشرط ، بحيث نجد أن البعض يحكم بصحته ، والبعض الآخر يحكم بفساده أو بطلانه ، إذ أن من يحكم بصحته يرى فيه أنه موافق لمقتضى العقد الذي يقترن به ، أما من يحكم بفساده أو ببطلانه فهو يراه على العكس من ذلك تماما .

### **ثالثا : فيما يخص جواز الشروط التي جرى بها العرف :**

لقد رأينا في هذا المجال أن الحنفية يجيزون الشروط التي جرى بها العرف بين الناس ، ويقضون بصحتها حتى وإن كانت مخالفة لمقتضى العقد وحكمه .

بينما نلاحظ أن كل من الظاهرية والشافعية والمالكية وجمهور الحنابلة لا يجوزون الشروط التي جرى بها العرف بين الناس .

### **رابعا : فيما يخص الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد :**

من خلال ما سبق التطرق إليه ، وجدنا أن الظاهرية يعتبرون الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد شروطا باطلة من أساسها ، خاصة وأنهم لا يأخذون بمقتضيات العقود . كما أن الشافعية يبطلونها ، ويتشبثون بمقتضى العقد ، حتى ولو كانت تلك الشروط لا تنافي مقتضاه .

بينما بالمقابل ، نجد أن كل من المالكية والحنابلة يحكمون بصحة الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد ، حتى وإن كانت لا توافقه في حد ذاتها .



كما أن الحنفية يجيزونها ، وخير دليل على ذلك أخذهم بالشروط العرفية ، وهي عبارة عن شروط لا يقتضيها العقد ، غير أنها لا تنافي مقتضاه .

#### **خامسا : فيما يخص تأثير الشرط الفاسد على العقد :**

لقد وجدنا في هذا المجال أن كل من الشافعية والمالكية والحنابلة يقرون تأثر العقد بالشرط الفاسد ، بحيث يؤدي الى بطلانه عند إقترانه به ، وكذلك نجد نفس الحكم في المذهب الظاهري ، ومنه لا يجوز تصحيح ذلك العقد .

بيد أنه يرتب الحنفية على ذلك فساد العقد لا بطلانه ، ومنه يجيزون تصحيح العقد الذي يقترن بذلك الشرط الفاسد ، ولا يحدث فيه أي تأثير ، بحيث يسقط الشرط عنه ، ومنه يزول الفساد .

#### **سادسا : فيما يخص العقود التي تتأثر بالشروط الفاسدة والباطلة :**

من خلال دراستنا لمختلف أحكام المذاهب في هذا الشأن ، وجدنا هناك إختلاف شاسع بينهم .

إذ نجد أن الحنفية يقومون بعملية التفرقة والتمييز بين العقود ، بحيث يقرون تأثر عقود المعاوضات المالية بمثل هذه الشروط ، في حين لا تتأثر بها عقود المعاوضات غير المالية وعقود التبرع .

غير أننا نجد بقية المذاهب الأخرى لا تفرق بين العقود ، إذ تقرر تأثر كل العقود بمثل هذه الشروط ، إلا عقد الزواج الذي له أحكام خاصة كما سبق توضيحه .

### **سابعاً : فيما يخص أوجه المذاهب في حكم الشروط المقتترنة بالعقود :**

في اعتقادنا يعتبر المذهب الحنبلي ، هو المذهب المرجح في إستنباط أحكام الشرط المقتترن بالعقد ، بحيث أن أحكامه وطريقته في التعامل مع الشروط والعقود كانت أكثر تماشياً مع متطلبات المجتمع ومصالح الناس في معاملاتهم اليومية في تحقيق المصالح والمنافع الإقتصادية والمالية والاجتماعية وغيرها من المصالح ، وهو ما يتماشى كذلك ومتطلبات العصر الحديث ، والذي يتطلب مثل هذه المرونة في الأحكام خاصة في مجال حساس كمجال العقود والشروط ، طالما لا تصطدم مع النصوص الشرعية ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، لفتح آفاق التطور في باب المعاملات لتحقيق الرقي والإزدهار في شتى الميادين من خلالها ، وهو عين ما إستقرت عليه المبادئ القانونية الحديثة بعد مرور زمن كبير وبعيد ، وهذا ما يدل على مدى نضج وعمق فهم فقهاءنا الكرام وسبقهم في هذا الميدان ، وليس كما يدعي البعض بأن الشريعة الإسلامية تضيق على الناس وتكبح إرادتهم ، خاصة وأن كل شيء مركب على العقود ، والعقود مركبة على الشروط ، وعليه يجب مراعات حكم هذا الجانب الهام في حياتنا المعاصرة ، خاصة وأن ديننا الحنيف هودين يسر وليس بدين عسر ، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم : « يسروا ولا تعسروا ، وبشروا ولا تنفروا » .

## الفصل الثاني

حكم الشرط المقترن بالعقد  
في  
القانون الجزائري

## الفصل الثاني

### حكم الشرط المقترن بالعقد في القانون الجزائري

#### تمهيد :

إن دراستنا لحكم الشرط المقترن بالعقد في القانون الجزائري ، تقتضي منا تقسيم هذا الفصل الى أربعة مباحث .

حيث نبين في المبحث الأول منه المقصود بالشروط الصحيحة وفقا للقانون الجزائري .

وفي المبحث الثاني ، نتطرق الى الشروط الباطلة مع تبين حكمها ومدى تأثيرها على العقد عند إقترانها به .

أما المبحث الثالث ، فنخصه الى معرفة مدى إمكانية مراقبة صحة الشرط المقترن بالعقد ، وذلك من خلال التطرق الى مدى مسؤولية الموثق في مراقبة صحة الشروط عند إبرام العقود ، وكذلك الى معرفة مدى سلطة القاضي في تعديل أو نقض مختلف الشروط المقترنة بالعقود .

وأما المبحث الرابع والأخير ، فإننا نخصه للتطرق الى مجموعة من التطبيقات المشتركة لبعض الشروط المقترنة بالعقود في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية .

## المبحث الأول

### الشروط الصحيحة

في هذا المبحث سنتطرق الى الشروط الصحيحة في القانون الجزائري ، والتي صنفناها ضمن أربعة أنواع ، ومنه نتناول حكم كل نوع منها في مطلب مستقل .

وعليه نوزع دراستنا لهذا المبحث الى أربعة مطالب ، ونتناول في المطلب الأول منه حكم الشروط التي يقتضيها العقد ، ثم نتطرق في المطلب الثاني ، الى حكم الشرود الملائمة للعقد ، وفي المطلب الثالث ، نتعرض الى حكم الشروط التي لا تناقض مقتضى العقد ، وأما المطلب الرابع والأخير ، فسنخصصه لمعرفة حكم الشروط التي جرى بها العرف .

فكل هذه الأنواع من الشروط ، عبارة عن شروط صحيحة ، وهذا ما سنبينه عند دراستنا لها فيما يلي .

## المطلب الأول

### حكم الشروط التي يقتضيها العقد

إن الشرط الذي يقتضيه العقد في القانون الجزائري ، له نفس الحكم المقرر لدى مختلف المذاهب في الشريعة الإسلامية ، إذ حكمه الصحة والجواز ، كما أن إشتراطه

في العقد لا يزيد الحكم إلا تأكيداً ، لأن الحكم يثبت بدونه ، ولا تأثير له على العقد مطلقاً .

وعليه فإذا اشترط مثلاً المشتري في عقد البيع على البائع في القانون الجزائري ، أن ينقل له ملكية الشيء المبيع ، أو اشتراط البائع على المشتري تسليم المقابل النقدي في مقابل تسليم الشيء المبيع ، فإن هذه الشروط هي من صميم مقتضى عقد البيع ، وهو واجب من غير اشتراط ، لأن مقتضى عقد البيع كما تؤكد المادة 351 من القانون المدني (1) ، هو أن ينقل البائع للمشتري ملكية الشيء المبيع أو حقا ماليا آخر في مقابل تسليم المشتري الثمن النقدي له .

وكذلك الشأن بالنسبة لعقد الإيجار وغيره من العقود الأخرى ، بحيث أن اشتراط المستأجر على المؤجر تسليم العين المؤجرة ، واشتراط المؤجر على المستأجر دفع بدلات الإيجار ، لا يزيد شيئا في أحكام وأثار العقد ، لأن ما تم اشتراطه هو من مقتضيات عقد الإيجار ، واشتراطه كعدمه ، إذ إدراجه في العقد لا يحدث أي تأثير عليه ، وحكمه الصحة والجواز ، لأن مقتضى العقد لا زم من غير شروط ، وبالتالي يكون دور هذه الأخيرة ينحصر في تبيان حكم العقد و التأكيد عليه فحسب .

فهذه الشروط تترتب على العقد بمجرد إتمام التعاقد وإتفاق الطرفين ، وتعد أثرا من أثاره وحكما من أحكامه الأساسية سواء شرطت فيه أم لا ، إذ وجوبها يتقرر بموجب العقد نفسه من غير حاجة للإشتراط .

---

(1) - تنص المادة 351 من القانون المدني على ما يلي : " البيع عقد يلتزم بمقتضاه ، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " .

وعليه يمكن القول ، بأنه ووفقا للتشريع الجزائري ، فإنه يجوز أن يقتصر العقد بشروط يقتضيها ذلك العقد ، ويكون دورها بمثابة المذكر والمؤكد لأحكام وآثار العقد ، وأن حكمها الصحة ، ووجوب الوفاء بها من قبل من إلتزم بها ، ويترتب على ذلك أنه إذا تخلف الملتزم عن الوفاء كان للمشتراط الخيار بين إمضاء العقد وبين فسخه طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني .

## المطلب الثاني

### حكم الشروط الملائمة للعقد

إن المقصود بالشروط الملائمة للعقد ، هي تلك الشروط التي لا يقتضيها العقد ، ولكنها تؤكد ما يجب به العقد وتقرر حكمه ، بحيث تقرر وتؤكد مقتضاه ، كما أنها تحقق مصلحة و منفعة للمتعاقدين بإشراطها في العقد ، لأنها عبارة عن توثيق له ، لذا فمن مصلحة العقد و المتعاقدين إشراطها .

بيد أنها لا تجب بمجرد العقد ، لأنه لا يقتضيها ، غير أنه إذا ما تم إدراجها فيه ، فإنها تصبح عندئذ لازمة وواجبة الوفاء طالما لا تنافي مقتضى ذلك العقد ، إذ تؤثر على كل عقد يقتصر به ، بحيث تقبده نتيجة تغلغلها في صلبه ومضمونه .

ومثال ذلك : إشراط البائع على المشتري في عقد البيع أن يقدم له كفيلا أو رهنا معينا بالثمن المؤجل ، أو يحيله بالثمن على فلان .

فبالتمتع في هذا المثال ، نلاحظ بأن إشراط الكفالة أو الرهن أو الحوالة ، هي في الحقيقة شروط لا يقتضيها عقد البيع ، ولكن يصح إشراطها في العقد لأنها

لا تنافي مقتضى ذلك العقد ، بل بالعكس تؤكد وتلائمه ، وبذلك تكون لازمة ونا فذة بإشراطها في العقد . أما إذا لم يتم ذلك ، فلا حق للمطالب بها ، لأنها لا تدخل ضمن مقتضيات ذلك العقد .

كما أن عقد الكفالة وعقد الرهن ، يعتبران من العقود المشروعة للتوثيق بالدين في القانون الجزائري ، وذلك إستنادا لنص المادتين 644 ، 882 من القانون المدني إذ اشترطها في الثمن توثيق له ، وضمان للحصول عليه ، وبذلك يكونان ملائمين للعقد .

وكذلك الشأن بالنسبة للحوالة و المنصوص عليها في المادة 251 و ما يليها من القانون المدني ، إذ أن المحال في العادة لا يختار الحوالة بالدين إلا إذا كان المحال عليه في نظره أيسر حالا من المدين الأصلي وأحسن منه وفاء للدين ، ومنه يكون اشترطها في العقد ملائما ومؤكدا لما يجب به وهو الثمن .

وبالتالي نخلص في الأخير الى القول ، بأنه وطبقا للقانون الجزائري ، فإن الشرط الملائم للعقد وإن كان العقد لا يقتضيه ، إلا أنه لا يتعارض مع مقتضاه ، كما أنه لا يتنافى مع أحكامه و ضوابطه ، بل بالعكس هو شرط من مصلحة العقد والمتعاقدين على السواء ، و بالتالي يجوز اقترا نه بالعقد لا اعتباره من الشروط الصحيحة الواجبة الوفاء .

كما يترتب عن امتناع المشتري عليه من تنفيذ الشرط ، نشوء الحق في جانب المشتري في الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه وإجازه ، لأن المشتري لم يرض بالعقد إلا مع تحقق الشرط ، وعليه فإذا ما تخلف الشرط يكون و كأن رضا وه قد تخلف ،



و منه ينشأ حقه في الفسخ حتى لا يتضرر من لزوم العقد مع فوات الشرط الذي تم  
إشتراطه فيه .

### المطلب الثالث

#### حكم الشروط التي لا تناقض مقتضى العقد

يقصد بالشروط التي لا تناقض مقتضى العقد في القانون الجزائري ، تلك  
الشروط التي هي ليست من مقتضى العقد و لا من مصلحته ، غير أنها تحمل في  
طياتها نفعاً لأحد المتعاقدين ، كما أنها لا تناقض مقتضى العقد و حكمه عند  
إقترانها به .

و مثال ذلك : إشتراط بائع السيارة على مشتريها ركوبها مدة معقولة ، أو  
كإشتراط بائع المنزل على مشتريه سكناه مدة معلومة كالشهر و السنة . أو إشتراط  
المشتري على البائع في عقد البيع نقل الشيء المبيع أو حمله الى منزله ، أو إشتراد  
مشتري الثوب على بائعه خياطته أو تفصيله ، أو إشتراط الزوجة على زوجها في عقا  
الزواج عدم نقلها من بلدها (1) .

---

(1) - والجدير بالذكر ، أن المحكمة العليا الجزائرية ، أصدرت في هذا الشأن قرارين  
متناقضين ، بحيث إعتبرت في أحدهما أن مثل هذا الشرط هو شرط باطل ، =

و في الحقيقة و بالتمعن جيدا في هذه الأمثلة، فإننا نلاحظ أن مثل هذه الشروط، هي عبارة عن شروط لا تنافي و لا تخالف مقتضى العقد ، من جهة ، كما منها لا تخالف الأحكام و النصوص القانونية ، من جهة أخرى .

وعليه يكون كل شرط متضمن لمنفعة معقولة تعود على أحد المتعاقدين ، وليس فيها منعا للمتعاقد الثاني من حق منحه أياها المشرع الجزائري بمقتضى العقد ، هو عبارة عن شرط صحيح ، وبالتالي يجب الوفاء به ولو لم يكن العقد يقتضيه ، أو يلائمه ، أو يؤكدده ، طالما أنه لا يناقض ذلك العقد ، إذ يتقيد العقد في هذه الحالة بموجبه .

ومنه يمكن القول ، بأن كل شرط لا يناقض مقتضى العقد ، وكان فيه منفعة ، أو مصلحة ، تعود على أحد المتعاقدين ، يعتبر وفقا للقانون الجزائري، شرطا صحيحا، يجب الوفاء به عند إقترانه بالعقد .

ويترتب على ذلك نشوء الحق الى جانب المشتراط في طلب فسخ العقد عند عدم الوفاء به من قبل المشتراط عليه ، وذلك وفقا للقواعد العامة في فسخ العقود .

---

= وقضت في ثا نهما على أن مثل هذا الشرط هو شرط صحيح يجب الوفاء به .

« أنظر في ذلك : القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 20 جوان 1988 ، ملف رقم 49575 ، المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثاني ، ص 54 . وكذا القرار الصادر عن غرفة القانون الخاص بالمحكمة العليا بتاريخ 03 مارس 1971 ، نشرة القضاة لسنة 1972 ، العدد الثاني ، ص 39 . " وسنرجع إلى هذا الموضوع في حينه " . »

## المطلب الرابع

### حكم الشروط التي جرى بها العرف

لقد سبقت الإشارة في شروحنا السابقة ، الى أن العرف يعتبر كذلك من بين مصادر الشرط ، وذلك لما للعرف من أهمية بالغة في حياة الناس اليومية (1) .

كما أن المشرع الجزائري أولى اهتماما كبيرا للعرف ، إذ اعتبره مصدرا من مصادر القانون ، وذلك بموجب نص المادة 2/1 من القانون المدني (2) .

فالشرط الذي جرى به العرف ، هو ذلك الشرط الذي تعارف الناس عليه وساروا على حكمه .

ومثال ذلك : أن يبيع شخص لآخر سلعة بثمن معين ، ولا يشترطان حلول الثمن ولا تأجيله ، وكان المتعارف عليه هو التقسيط على أشهر معلومة ، فإن الثمن في مثل هذه الحالة سيقسط على تلك الشهور المتعارف عليها ، ويكون ذلك بمثابة شرط عرفه صحيح يجب الوفاء به .

---

(1) - راجع في ذلك الصفحة 40 ومايليها من هذه الرسالة .

(2) - إذ تنص المادة 2 /1 من القانون المدني على ما يلي : " وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف " .

كما نصت المادة 107 / 1 / 2 من القانون المدني ، والتي وردت ضمن أحكام  
أثار العقد ، على مايلي :

- « - يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية .  
- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من  
مستلزماته وفقا للقانون ، والعرف ، والعدالة ، بحسب طبيعة الإلتزام » .

وهو تعبير صريح في إجازة المشرع الجزائري للشروط العرفية ، والتي يجب  
إلزام المتعاقد بتنفيذها .

والجدير بالذكر أن الشرط العرفي ، يجب الوفاء به حتى وإن كان لا يقتضيه  
العقد أو لا يلائمه أو لا يؤكدده ، وذلك لأنه جرى به التعامل بين الناس ورضو به ،  
فيكون بالتالي حجة على المتعاقدين .

وبذلك يكون المشرع الجزائري ومن خلال إجازته للشروط اللتي جرى بها العرف ،  
قد زاد في توسيع حرية الإرادة في إشتراط الشروط المقترنة بالعقود ، وهو عين  
الصواب ، خاصة إذا نظرنا إلى الحاجة والضرورة الملحة التي يقتضيها التعامل اليوم ،  
وما إستقر عليه الناس من عادات وأعراف خاصة ، لا سيما وأن العرف على الشروط  
قد عم .

ولذا فالشرط الذي جرى به العرف ، يكون دائما صحيحا طالما لا يصطدم مع  
نص تشريعي خاص يمنعه ، أو لم يكن منافيا بوجه عام لقواعد النظام العام والآداب ،  
خصوصا وأن المتعاقدين في عصرنا الحاضر إعتادوا ربط معاملاتهم كافة بشروط  
يتفق عليها في كل عقد ، ولا سيما بعد أن أوجبت الأحكام القانونية إحترامها .

وعليه ومن خلال كل ما تقدم ، يمكن القول بأنه ووفقا للقانون الجزائري يعتبر الشرط الذي جرى به العرف شرطا صحيحا ، إذ يلحق بأصل العقد ، ويكون مستحق الوفاء على حسب قوة العقد نفسه ، بحيث يصبح جزءا لا يتجزأ من مقتضى العقد ، وبالتالي يجب الوفاء به من قبل من إلتزم به .

ويترتب على ذلك ، أنه إذا تخلف الملتزم عن الوفاء ، قيام الحق الى جانب المشتراط في الخيار بين إمضاء العقد وإجازته وبين فسخه ، وذلك وفقا لنص المادة 119 من القانون المدني .

ذلك لأن كل ما يتعارف عليه الناس ويشترطونه في عقودهم ، يكون صحيحا ويتقيد العقد به ، ويصير موجبه حكما من أحكامه ، وأثرا من آثاره .

كما أن إبطال الشرط في مثل هذه الحالات ، يعتبر بمثابة تشديد وتضييق لحرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد ، وهو ما لا يتماشى ومتطلبات العصر الذي يتطلب حرية ومرونة أكثر في مجال إبرام العقود وإشتراط الشروط ، خاصة وان الجزائر مقبلة على نظام إقتصاد السوق ، وحرية التداول ، وهو الأمر الذي يتطلب ويستدعي تنظيم المصالح المتبادلة بين المتعاملين والمتعاقدين .

وبذلك يكون الشرط الذي جرى به العرف شرطا صحيحا يجوز إقترانه بمختلف العقود ، سواءا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية أو لأحكام القانون الجزائري ، فكلاهما متفقان على ذلك ، ولا يعارضانه مراعاة لمصالح البشر في معاملاتهم اليومية .

## المبحث الثاني

### الشروط الباطلة

إن دراستنا للشروط الباطلة تقتضي منا معرفة ما المقصود بالشروط الباطلة في القانون الجزائري ، ثم تبين حكم هذه الشروط ومدى تأثيرها على العقد الذي تقترب به ، وبذلك يمكننا الإطلاع على ماهية الشروط التي تبطل ويبطل العقد معها ، وكذا على الشروط التي تبطل ولا يبطل العقد معها ، ومنه معرفة العقود التي تبطل بالشروط الباطلة .

ولذلك إرتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين كاملين ، بحيث نخصص المطلب الأول منه لمعرفة الشروط الباطلة . وأما المطلب الثاني ، سنتناول فيه حكم الشروط الباطلة ومدى تأثيرها على العقد الذي تقترب به .

### المطلب الأول

#### المقصود بالشروط الباطلة

يقصد بالشروط الباطلة في القانون الجزائري ، تلك الشروط التي تكون غير ممكنة أو مخالفة للنظام العام أو الآداب ، وكذلك كل شرط لا يوافق مقتضى العقد بحيث يناقضه وينافيه ويخالف أحكامه الأساسية ، كما لا يؤكده ولا يلائمه ولم يجرب به عرف بين الناس .

ويدخل في هذا الإطار ، كل شرط ليس فيه نفع لأحد المتعاقدين أو لغيرهما مما هو أهل للإنتفاع وكان فيه ضررا لأحدهما ، أو كان مؤديا الى الغرر ، أو يخل بأي أمر من الأمور المعتبرة في صحة العقد قانونا .

كما يدخل في هذا السياق كذلك ، كل شرط فيه منع لأحد المتعاقدين من تصرف منحه إياه المشرع بمقتضى العقد ، أو كل شرط يتنا في والمقصود من العقد أصلا .

ومنه يعتبر كل شرط يدخل ضمن هذه الأنواع من الشروط ، شرطا باطلا .  
ومثال ذلك في مختلف العقود ما يلي :

1 - في عقد البيع : كاشتراط المشتري في العقد تأجيل الثمن الى أجل مجهول ، أو اشتراط البائع على المشتري في العقد ألا ينتفع هذا الأخير بالعين المبيعة ، أو ألا يبيعها ، أو ألا يهبها ، أو أن تكون العين المبيعة إن كانت منزلا محلا للفسق والفجور .

2 - في عقد الرهن : كاشتراط الراهن على الدائن المرتهن في العقد بقاء العين المرهونة تحت يده ، أو أن لا تباع عند حلول أجل الدين ، أو إذا مضت مدة معينة خرجت العين المرهونة من الرهن .  
أو اشتراط الدائن المرتهن على الراهن في العقد أن يمتلك العقار المرهون عند عدم الوفاء في مقابل الدين أو في مقابل ثمن آخر .  
أو اشتراطه على الراهن في العقد ألا ضمان عليه في الأموال المرهونة ، والتي يمكن إخفاؤها بطريقة أو بأخرى كالحلي .

3 - في عقد الشركة : كاشتراط أحد الشركاء في العقد ، على أن لا يساهم في أرباح

الشركة ولا في خسائرها .

4 - في عقد الوديعة : كما شتراط صا حب الوديعة في العقد ضما نها عند الهلاك .

5 - في عقد الزواج : كما شتراط الزوج على زوجته في العقد ألا ينفق عليها ، أو

ألا ترثه . أو إ شتراط الزوجة على زوجها في العقد طلاق

ضرتها ، أو ألا يتزوج عليها .

## المطلب الثاني

### حكم الشروط الباطلة ومدى تأثيرها على العقد

في حقيقة الأمر يعتبر حكم هذا النوع من الشروط محمولا في ذاتها وهو

البطلان المطلق ، بحيث لا يجوز إقترا نها بالعقد مطلقا ، كما لا يجب الوفاء بها لعدم صحتها و بطلانها من الأساس ، لأن كل ما بني على باطل فهو باطل .

بيد أن تأثير هذا النوع من الشروط على العقد يختلف من نوع الى آخر ، إذ أنه

في بعض الحالات ، نجد أن الشرط الباطل عند إقترا نه بالعقد ، يبطل ذلك الشرط ويبطل

معه العقد المقترن به ، وفي بعض الحالات ، نجده يبطل وحده فقط ، في حين يبقى

العقد المقترن به قانا صحيحا ومنتجا لجميع آثاره ، هذا من جهة .



ومن جهة أخرى ، نلاحظ أن هناك صنف من العقود يتأثر بالشروط الباطلة فيبطل معها حتما ، وهناك صنف آخر منها لا يبطل عند إقترانه بالشروط الباطلة مهما كان نوعها .

وعليه ، ولتوضيح الرؤية أكثر ولتسليط الضوء بشكل أحسن على ذلك ، إرتأينا أن نتناول ذلك ضمن ثلاثة محاور .  
 بحيث نتطرق الى الشروط التي تبطل ويبطل العقد المقترن معها أولا ، ثم نتناول ثانيا الشروط التي تبطل ولا يبطل معها العقد المقترن بها ، وثالثا وأخيرا نبين العقود التي تبطل بالشروط الباطلة ، وذلك فيمايلي .

### أولاً : الشروط التي تبطل ويبطل العقد معها

يمكن القول بوجه عام ، أن الشروط التي تبطل ويبطل العقد معها ، هي تلك الشروط الباطلة لعدم مشروعيتها وتكون في نفس الوقت هي الباعث الدافع الى التعاقد .

ويقصد بالباعث الدافع ، سبب العقد والذي يختلف من متعاقد لآخر في العقد الواحد ، ولا يقصد به سبب الإلتزام (1) ، والذي يعني كفا عدة عامة الإلتزام أو

---

(1) - إن عملية التعاقد لها سببين ، أحدهما مباشر وموضوعي ، فلا يختلف بالنسبة للعقد الواحد من متعاقد لآخر ، ويعرف بسبب الإلتزام ، وأما الآخر فهو غير مباشر وشخصي ، إذ يختلف من متعاقد الى آخر في العقد الواحد ، ويعرف بسبب العقد .

## الإلتزامات المقابلة .

والجدير بالذكر ، أنه غالباً ما تتعدد بواعث المتعاقد من إبرام العقد ، ولذلك فإنه يؤخذ في الحساب أن الباعث الأساسي والرئيسي الذي دفعه إلى ذلك فقط ، بحيث يكون لولاه لما أقدم على التعاقد .

وعليه فالشرط الباطل غير المشروع والذي يقترن بالعقد ، فإنه يؤثر على ذلك العقد تأثيراً بليغاً إذا كان هو السبب الدافع إلى التعاقد ، إذ يؤدي إلى بطلانه من أساسه ، لأنه إنبنى على شيء باطل ، وكل ما بني على باطل فهو باطل ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى لأن أساس صحة العقد هو التراضي ، فإذا ما تخلف هذا الأخير تخلفت معه صحة العقد ، ومنه فإذا ما تم إبطال الشرط المقترن بالعقد والذي كان هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، إذ لولاه لما تم التعاقد أصلاً ، فإنه سوف يؤدي ذلك حتماً إلى زوال وتخلف الرضا ممن إشرطه ، ومنه يتخلف التراضي الذي هو ركن جوهري في العقد ، فيؤدي ذلك إلى بطلانه .

و الجدير بالذكر ، أن المشرع الجزائري لم يتناول الشرط المقترن بالعقد ضمن نصوص القانون المدني ، كما سلف ببيان ، كما نجده في هذا الصدد ، أنه تطرق إلى مشروعية الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام ، وأهم ذلك بالنسبة للشرط المقترن بالعقد ، في حين كان من الأولى عليه أن يتناول هذا الأخير أولاً ، إذ هو الأجدر بالنص عليه من الأول ، ذلك لأن صفة المشروعية تثار بصدد الشرط المقترن بالعقد وليس بصدد الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام .

غير أن المشرع الجزائري حذا حذو القانون المدني المصري وأغلب القوانين الوضعية الأخرى ، والتي تطرقت نصوصها الى مشروعية الشرط كوصف ، وأهملت مشروعية الشرط المقترن بالعقد .

وهذا في الحقيقة ، راجع في اعتقادنا ، الى الخلط الذي وقع فيه هؤلاء بين الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام وبين الشرط المقترن بالعقد كجزء لا ينفصل عن مضمون العقد .

ويتضح لنا ذلك جليا وخاصة من خلال مختلف الأمثلة التي ضربها الفقه عند تطرقه الى شرح وتفسير نصوص القانون المدني ، إذ بتحليل تلك الأمثلة ، نلاحظ أن أغلبيتها يدور حول الشرط المقترن بالعقد وليس حول الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام .

وبالرجوع الى نصوص القانون المدني ، وبالضبط الى نص المادة 204 (1) ، نجدها تقرر أن الشرط الفاسخ غير المشروع ، والذي علق عليه الإلتزام ، لا يقوم إذا

---

(1) - تنص المادة 204 من القانون المدني على مايلي : " لا يكون الإلتزام قائما على شرط غير ممكن ، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفا ، أما إذا كان الشرط فاسخا ، فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم . غير أنه لا يقوم الإلتزام الذي على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للإلتزام " .

علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للإلتزام .

ونستنتج من هذا النص ، أن المشرع الجزائري يقسم الشرط الفاسخ غير المشروع الى نوعين : شرط غير مشروع ثا نوي ، وهو شرط لا يؤثر على الإلتزام بحيث يبقى قائما وصحيحا ، وشرط غير مشروع رئيسي أو جوهري ، وهو الشرط الذي يكون هو الباعث الدافع الى قيام الإلتزام ، وهو شرط يؤثر على الإلتزام تأثيرا بليغا ، بحيث يؤدي الى عدم قيامه .

غير أننا لا نوافق المشرع الجزائري على ذلك إطلاقا ، ذلك لأن الشرط مهما يكون فهو دائما وأبدا جوهريا ، وإلا كيف نفسر تعليق المتعاقدان إنقضاء الإلتزام بمجرد تحققه ، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى ، كيف يمكننا تصور أن الشرط الفاسخ هو الباعث الدافع الموجب للإلتزام ، في حين نجد أن زوال هذا الأخير علقه المتعاقدان على تحققه .

كما أنه لو سلمنا بذلك جدلا ، لترتب عن ذلك : أن عدم مشروعية الشرط تؤدي دائما الى عدم قيام الإلتزام ، وأن سبب ذلك لا يتمثل في كون أن الشرط هو الباعث الدافع ، بل كونه يكشف عن وجود دافع غير مشروع هو أيضا .

ونعتقد كما سبقت الإشارة إليه ، أن المشرع الجزائري قد بلغ الى هذا التحليل غير الصائب ، نتيجة الخلط الذي وقع فيه بين الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام ، والذي يلحق بالإلتزام فيعدل من آثاره ولكن يبقى دائما بعيدا عن مضمونه ، وبين الشرط المقترن بالعقد ، والذي يعتبر حكما من الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدان في

العقد ، وهذا الأخير هو وحده الذي يدخل في مضمون العقد ، وهو الذي يتصور أن يكون دافعا أو غير دافع للتعاقد .

وأما الشرط كأمر عارض ، فلا يتصور تغلغله في صلب ومضمون العقد ، ونتيجة لذلك لا يمكنه أن يتصف بالمشروعية ، لأن هذه الأخيرة ليست من صفات الشرط كوصف ، ولكنها من متطلبات الشرط كجزء من مضمون العقد ، والذي يمكن أن يتصف بالمشروعية ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، فإن فكرة المشروعية هي من المسائل التي تتعلق بالغايات ، ومن ثم فهي ترتبط بالشرط المقترن بالعقد ، والذي يدخل في مضمون غايات المتعاقدين ، ولا ترتبط بالشرط كوصف ، والذي لا يدخل في مضمون غايات المتعاقدين ، وبالتالي لا يمكن تصور تغير طبيعته تبعا لتغير غايات المتعاقدين ، على عكس الشرط المقترن بالعقد ، إذ يقصد مشروطه أن يتحمل به الطرف الآخر كمقابل للإلتزامه هو ، كما أن شرطه هذا يعد جزءا لا يتجزأ من العقد وتراضا عليه المتعاقدان .

فالمشروعية أو عدمها صفة لا تتحقق إلا لهدف يصبو إليه المتعاقد من وراء إبرام العقد أصلا ، والشرط كوصف ، أمر عارض وخارج عن مضمون الإرادة ، أي هو واقعة محاذية ، لا تدخل في نطاق الأهداف المرجوة من إبرام العقد ، ولا تقبل بالتالي أن توصف بالمشروعية أو عدم المشروعية ، على خلاف الشرط المقترن بالعقد .

كما ان المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها ، بل بالغاية المقصودة منها .

وعليه يمكن القول ، بأن الشرط الباطل الذي يقترن بالعقد ، إذا كان هو السبب الدافع الى التعاقد ، فإنه يكون باطلاً ومبطلاً للعقد الذي يقترن به ، لأن البطلان المصاحب للشرط المقترن بذلك العقد يمتد الى هذا الأخير فيتغلغل في صلبه ، ويؤدي بذلك الى بطلانه .

### ثانياً : الشروط التي تبطل ولا يبطل العقد معها

إن الشروط التي تبطل ولا يبطل العقد معها ، هي تلك الشروط التي تقترن بالعقد ، وتكون باطلة ، غير أنها لا تكون هي الباعث الدافع الى التعاقد ، إذ في مثل هذه الحالة تبطل وحدها ولا يبطل العقد معها .

وعليه ففي مثل الشروط الواردة في الأمثلة السابقة ، وفي كل الشروط التي تكون على شاكلتها ، تعتبر شروطاً باطلة لمنافاتها لمقتضيات تلك العقود ، من جهة ، وحملها التضيق والحجر على حرية المتعاقد الآخر في تصرفاته ، من جهة أخرى ، لأن مقتضى العقد يتناهى في ومثل هذه الشروط ، كما ينبذ هذا النوع من القيود التي تحد من حرية المتعاقد وتقيدها ، في حين نجد أن المشرع أعطى لها كامل الحرية في ذلك .

ومنه يمكن القول ، بأنه في حالة ما إذا كانت هذه الشروط باطلة ، سواء لمنافاتها لمقتضيات العقد ، أو كانت بصفة عامة غير مشروعة ، أو الى غير ذلك من الأسباب التي تجعلها باطلة ، والتي سبق ذكرها في المطلب الأول ، فإنه في مثل هذه الحالات تعد هذه الشروط كأن لم تكن ، وكأنها لم تدرج في العقد أصلاً ، بحيث تبطل وحدها ولا يبطل العقد الذي تقترن به .

كما تجدر الإشارة ، الى أنه يمكن في مثل هذه الحالة تطبيق نظرية إنقاص العقد

« La réduction du contrat » المنصوص عليها في المادة 104 من القانون

المدني ، إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع الى التعاقد ، إذ في مثل هذا الوضع ، يبطل كل من الشرط والعقد معا ، كما سبق توضيحه .

فمثلا في عقد البيع ، يكون المقصود الأساسي من العقد ، هو أن تكون للمشتري الحرية التامة في الإنتفاع والتصرف في الشيء المبيع ، وعليه فكل شرط يقترن به ويحول دون تحقيق هذا الغرض وهذا المقصود ، يجعل العقد لا يفي ولا يقدم الهدف والغاية المرجوة والمتوخاة من إبرامه أصلا ، ومنه يكون هذا الشرط منا قضا ومنا فيا تماما لمقتضى هذا العقد ، وهو حرية المشتري في التصرف في الشيء المبيع الذي أصبح ملكه ، ودخل في ذمته المالية ، وبالتالي إذا كان هذا الشرط ليس هو الدافع الى التعاقد ، فإنه يبطل وحده ، وأما العقد الذي إقترن به يبقى قائما صحيحا ومنتجا لجميع آثاره .

غير أنه إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع الى التعاقد ، ففي هذه الحالة ، يبطل كل من الشرط والعقد معا ، لأن الشرط لا يتم معه المقصود من إبرام العقد أصلا بالنسبة للمشتري عليه ، وكذلك يترتب عن تخلف الشرط تخلف رضا المشتري ، إذ لولا هذا الشرط لما أبرم ذلك العقد .

### ثالثا : العقود التي تبطل بالشروط الباطلة

تنقسم العقود من حيث طبيعتها ، الى عقود معاوضة وعقود تبرع . فعقد المعاوضة « Contrat à titre onéreux » ، هو ذلك العقد الذي يأخذ فيه كل من

المتعا قدین مقابلا لما أعطاه ولما إلتزما به ، مثل عقد البیع والإیجار والشركة  
والصلح والعمل ، وغيرها من العقود الأخرى .

أما عقد التبرع « Contrat à titre Gratuit » ، فهو ذلك العقد الذي لا يأخذ فيه  
أحد المتعا قدین عوضا لما أعطاه ، كالهبة والعارية والوديعة والقرض بدون فائدة  
والوكالة بدون أجر ، وغيرها من العقود الأخرى .

والسؤال الذي يطرح نفسه على بساط الموضوع ههنا هو : ماهي العقود التي  
تبطل بالشروط الباطلة ؟ هل هي عقود المعاضات أم عقود التبرع ؟

بالرجوع الى القانون المدني الفرنسي ، بإعتباره القانون الذي تأثرت به مختلف  
التشريعات العربية ومنها القانون الجزائري ، نجد نص في المادة 1172 على مايلي:

« Toute condition d'une chose impossible,ou contraire aux bonne moeurs,ou  
prohibée par la loi,est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend » (1) .

و ينص في المادة 900 على ما يلي:

« Dans toute disposition entre vifs ou testamentaires , les conditions  
impossible , celles qui sont contraires aux lois ou aux moeurs , seront  
réputée non écrites » (2) .

---

Code civil français , Rennes - France : imprimerie Oberthur , - (2) ، (1)

1981 .



فبتحليل هذين النصين ، نجد أن المشرع الفرنسي ، يقرر في نص المادة 1172 ، أن الشرط المستحيل أو المخالف للأداب أو الذي يمنعه القانون باطل وفي نفس الوقت مبطلاً للإتفاق الذي يعتمد عليه ، في حين نجده يقرر في نص المادة 900 من نفس القانون ، والواردة في باب الهبة والوصية ، على أنه إذا إقترنت الهبة أو الوصية بشرط مستحيل أو مخالف للأداب أو غير مشروع ، فإن الشرط يعد كأن لم يكن ، أي بمعنى آخر يبطل الشرط ويصح العقد .

ومن خلال مقارنة نص المادة 1172 بنص المادة 900 ، يتضح لنا جلياً أن القانون الفرنسي يفرق بين عقود المعاوضات وعقود التبرع ، إذ أنه يرتب في حالة إقتران الشرط المستحيل أو غير المشروع بأي عقد من عقود المعاوضة بطلان الشرط والعقد معا ، أما إذا إقترن الشرط المستحيل أو غير المشروع بعقد الهبة مثلاً ، والذي هو من عقود التبرع ، فإنه في مثل هذه الحالة يرتب بطلان الشرط فقط ويبقى العقد مع ذلك قائماً صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره .

غير أنه وبالرجوع إلى ما جرى عليه القضاء الفرنسي ، فإننا نجده يقضي ببطلان العقد والشرط معا في مثل هذه الحالات ، وهو في ذلك لا يفرق بين عقد البيع وعقد المعاوضة ، ولكنه يشترط شرطاً واحداً فقط ، وهو أن يكون ذلك الشرط الباطل هو السبب الدافع إلى التعاقد ، ونستنتج بمفهوم المخالفة ، أنه إذا كان الشرط الباطل ليس هو الدافع إلى التعاقد ، فحينئذ يبطل الشرط فقط وأما العقد فيبقى قائماً صحيحاً .

وبالتمعن جيداً في الحكم الذي وصل إليه القضاء الفرنسي ، نجد بأنه هو نفس الحكم الذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 204 من القانون المدني ، ولكنه تناوله في نطاق الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام ، وليس في نطاق الشرط المقترن بالعقد ، والذي أهمل النص عليه .

وعلى أي حال ، يمكن القول بأنه مهما تكن طبيعة العقد ، فالشرط الذي يقترب ب  
إذا كان باطلاً فإن ذلك الشرط هو الذي يبطل فقط ، وأما العقد فيبقى صحيحاً ومنتجاً  
لآثاره ، غير أنه إذا كان الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، فإنه في هذه الحالة  
يبطل كلا من الشرط والعقد معا ، وذلك مهما تكن طبيعة ذلك العقد .

وتجدر الإشارة في هذا المقام ، إلى أنه هناك بعض الحالات يجعل فيها المشرع  
إقتران العقد بشرط باطل كافياً لبطلان ذلك العقد ، ودون تأثير لقصد المتعاقد على ذلك  
كما هو الشأن بالنسبة لنص المادة 1 / 426 من القانون المدني (1) ، إذ جعلت إقتران  
عقد الشركة بشرط يقضي بأن لا يساهم أحد الشركاء في أرباح الشركة ولا في  
خسائرها ، بطلان عقد الشركة من أساسه لبطلان ذلك الشرط .

والجدير بالذكر أن عقد الزواج ، والذي يعتبر من عقود المعاوضات غير المالية  
إذا إقترن بشرط باطل ، فهو لا يتأثر بذلك الشرط ، بحيث يبطل الشرط فقط ، وأما  
العقد فيظل قائماً وصحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره .

وهذا ما وصل إليه الإجتهد القضائي الجزائري ، بحيث أن عقد الزواج الذي  
يقترب بشرط مخالف لمقتضياته ، يؤدي إلى بطلان الشرط فقط وأما العقد فيبقى صحيحاً  
إذ جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي : " من المقرر شرعاً أن الشرط الوارد في عقد  
الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من

---

(1) - تنص المادة 1 / 426 من القانون المدني على ما يلي : " إذا وقع الإتفاق على  
أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها ، كان عقد الشركة  
باطلاً " .

التحجير لا يلزم الزوج به و لا يؤثر في عقد الزواج ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية .

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بزوجه بالعاصمة ، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيودا هو مخير فيه ، ومتى كان كذلك إستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه " (1) .

غير أننا لا نوافق المحكمة العليا عندما قضت بأن الشرط في مثل هذه الحالة يعتبر مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء ، إذ في الحقيقة هو شرط لا يتنا في إطلاقا مع ضوابط وأحكام الشريعة الإسلامية ، والتي تجيز مثل هذه الشروط ، وهو ما بيناه فيما سبق عند تطرقنا الى حكم الشرط المقترن بالعقد عند مختلف المذاهب الإسلامية .

والجدير بالذكر كذلك ومن خلال تصفحنا لمختلف قرارات المحكمة العليا وجدنا قرارا آخر يتنا قض مع الأول تماما ، وهو القرار الذي قررت فيه المحكمة العليا :  
" حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما ، أو تحرم حلالا وبشرط أن لا تناقض روح العقد ، وحيث أن قضاة الموضوع ، بعد إن إستبعدوا التهم التي أسندت

---

(1) - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار صادر بتاريخ 20 جوان 1988  
ملف رقم 49575 ، المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثاني ، ص 54 .

الى الزوج إستنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لها من سلطة تقديرية ، أنا الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخالفاً بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي إلتزم بها الزوج ، مما يترتب عليه فك العصمة ، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير سديد " (1) .

وفي الحقيقة وحسب إعتقادنا فإن هذا القرار الأخير هو الذي يتماشى مع ضوابط وأحكام شريعتنا الغراء ، خاصة وأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول في هذا الصدد: " إن أحق الشروط أن توفوا بها ما إستحللتهم به الفروج " (2) ، وقوله سبحانه وتعالى : "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " (3) ، وقوله سبحانه كذلك : " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً " (4) .

ومنه يمكن القول أنه مادام وأن الزوج قبلها فهو يتقيد بها ، وإلا لما بقيت بالشرط من قيمة في العقد ، طالما لا تتنافى وأحكام الشرع أو مقتضى ومقصود عقد الزواج .

وعليه نخلص في الأخير الى القول ، بأن ما عدا عقد الزواج فإن كل العقود تبطل عند إقترانها بالشروط الباطلة إذا كانت هذه الأخيرة هي الباعث الدافع إلى التعاقد،

---

(1) - المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص ، قرار صادر بتاريخ 03 مارس 1971 ،

نشرة القضاة لسنة 1972 ، العدد الثاني ، ص 39 .

(2) - الصحيحين .

(3) - سورة المائدة ، الآية الأولى .

(4) - سورة الإسراء ، الآية 34 .

أما إذا لم تكن كذلك فإن الشرط هو الذي يبطل وحده فقط ، وأما العقد فيظل قائما ، صحيحا ومنتجا لجميع آثاره .

وكنتيجة لما تقدم ، نقترح على المشرع الجزائري ، النص على تبين الشروط الصحيحة والشروط الباطلة وتوضيح حكمهما ، حتى يتسنى للقاضي أن يحكم على ضوء ذلك عندما يثور بشأنها نزاعا .

### المبحث الثالث

#### مدى إمكانية مراقبة صحة الشرط المقترن بالعقد

في هذا المبحث سنحاول التطرق الى مدى مسؤولية الموثق في مراقبة صحة الشروط عند إبرام العقود ، بإعتباره المحرر الرسمي لها .

ثم بعد ذلك نحاول تبين مدى سلطة القاضي في تعديل أو نقض مختلف الشروط المقترنة بالعقود ، بإعتباره المراقب والفاصل في النزاعات المتعلقة به .

وعليه يكون تقسيمنا لدراسة هذا المبحث الى مطلبين كاملين . إذ نخصص المطلب الأول منه لتبيان مسؤولية الموثق في مراقبة صحة الشروط ، وأما المطلب الثاني فسنتناول فيه سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشروط ، وذلك فيما يلي .

## المطلب الأول

### مدى مسؤولية الموثق في مراقبة صحة الشروط عند إبرام العقود

في الحقيقة ليس هنالك نص قانوني خاص يقرر مسؤولية الموثق عندما يقوم بتحرير العقود ، وبالأخص عندما تتضمن هذه العقود شروطا مخالفة للنظام العام أو للأداب أو بصفة عامة القواعد العامة للقانون .

ونتيجة لذلك ، يجد الموثق نفسه في مركز محمي يسمح له بإدراج كل شرط يطلبه المتعاقدان ومهما تكن طبيعته ، إذ لا تترتب مسؤولية إتجاهه فيما يخص ذلك .

بيد أننا نعتقد ترك الموثق هكذا ، وبدون تحد يد مسؤوليته ، نكون وكأننا قد تركناه للمساهمة في إدراج الشروط والتي في الحقيقة كان من الواجب أن لا تدرج في العقد ، وبالتالي ترفض عند بداية كتابة العقد ، ومنه تجنب وصولها الى القضاء ، بحيث بذلك يمكن القضاء على النزاعات التي قد تثور بشأنها في مهدها ، من جهة ، ومن جهة أخرى حتى يمكن التخفيف من أعباء القضاء .

ولذا كان على المشرع الجزائري ، أن يلزم الموثق بمراقبة مدى صحة الشروط المقترنة بالعقود عند إبرام هذه الأخيرة من حيث انها مخالفة أو موافقة للقانون ، وذلك بأن يمنحه سلطة قانونية تخوله الحق في التحقيق في صحة أو عدم صحة الشروط المقترنة بالعقود ، وذلك عن طريق القيام بعملية تمحيص وتحقيق لها قبل تحريره للعقد ، إذ يقوم بمحاولة التمييز بين ما هو جائز ومقبول وبين ما هو غير جائز وغير مقبول مما يشترطه المتعاقدان من شروط ، من خلال تقييمها وفحصها ، ومعرفة ما إذا كانت هذه الشروط أو تلك تتنافى أو لا تتنافى وأحكام القانون الجزائري ، باعتبار أن

ذلك يدخل ضمن إطار عمله ، وضرورة حرصه على مراعاة تطبيق القانون تطبيقاً سليماً وعلى مسؤوليته .

كما يجب على المشرع الجزائري ، أن يمنح بالمقابل للمتعاقدين في حالة تعسف الموثق في استعمال هذه السلطة ، ورفضه لتحرير العقد بحجة عدم صحة الشروط المقترنة بالعقود ، الحق في اللجوء الى القضاء ، ليؤكد هذا الرفض أو يقرر صحة الشروط ، وذلك بموجب أمر على عريضة (1) يقدمها أحد المتعاقدين أو كلاهما الى رئيس المحكمة التي يوجد بها مقر الموثق الذي رفض تحرير العقد .

والجدير بالذكر ، أن الشروط التي وقع النص عليها في القانون لحماية مصلحة أحد المتعاقدين أو كليهما ، يمكن الإتفاق على مخالفتها أو إسقاطها بموجب شروط تقترن بعقدتهما ، وبناءاً على إرادتهما الحرة ، ولكن بشرط أن لا تكون تلك الشروط مخالفة للنصوص الآمرة أو الناهية في القانون .

ذلك لأن الشروط التي وضعها المشرع لمصلحة أحد المتعاقدين أو كليهما ، ولم تكن من النظام العام ، يجوز الإتفاق على مخالفتها بموجب شروط يشترطاتها المتعاقدان ، وفي هذه الحالة لا يجوز للموثق منعها من ذلك .

---

(1) - الأوامر على العرائض ، هي الأوامر التي تصدر من رئيس المحكمة عندما تقدم إليه العرائض والتي يطلب فيها الأطراف إجراء المعاينة وإتخاذ كل التدابير المستعجلة . " أنظر في ذلك : الغوثي ، بن ملحة ، القانون القضائي الجزائري . الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1995 ، ص 291 " .

وبذلك نعتقد أنه من الأفضل ومن الواجب على المشرع الجزائري ، أن يمنح للموثق سلطة قانونية ، تخوله بموجب نص قانوني صريح ، مراقبة مدى صحة الشروط المقترنة بالعقود عند إبرامها .

كما يرتب كذلك الى جانبه مسؤوليته في حالة تعسفه في استعمال سلطته ، أو تغاضيه أو مساهمته في إدراج شروط كان من الواجب ان لا تدرج في العقد ، لمخالفتها الصريحة للنظام العام أو للآداب ، أو بصفة عامة تتنافى والقانون الجزائري .

وذلك كله من أجل المساهمة في إستقرار المعاملات ، والقضاء على النزاعات في مهدها ، من جهة ، وكذا من أجل الحرص على مراعاة تطبيق القانون تطبيقا سليما وعادلا وصحيحا .

## المطلب الثاني

### مدى سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشرط المقترن بالعقد

في حقيقة الأمر ، لا يملك القاضي أي سلطة تخول له تعديل الشرط المقترن بالعقد ، بل لا يجوز له ذلك مطلقا .

فبالرجوع الى نص المادة 106 من القانون المدني ، نجدها تقر على ما يلي :

" العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون " .



فطبقاً لهذا النص ، يعتبر العقد كالقانون بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام ، بحيث يلتزم المتعاقدان بما رتب من آثار كالتزامهما بإحترام القانون ، إذ يقوم العقد في مثل هذه الحالة مقام القانون في تنظيم العلاقات التعاقدية ، ومنه لا يمكن لأي أحد من المتعاقدين ، وبأي حال من الأحوال ، نقض العقد أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون (1) .

ولقد أكدت على ذلك المحكمة العليا في العديد من قراراتها (2) ، ذلك لأن الإرادة

---

(1) - إذ أن القانون الجزائري يجيز في بعض العقود لأي من المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد ، كما في الوكالة أو الوديعة أو الشركة أو الإيجار ، والمنصوص عليهم على التوالي في المواد التالية : 587 ، 588 ، 594 ، 440 ، 474 ، 475 من القانون المدني .

كما يجيز في عقود أخرى لأحد المتعاقدين فقط نقض العقد ، كما في عقد الهبة المنصوص عليه في المادة 202 من قانون الأسرة .

(2) - أنظر على سبيل المثال القرارات التالية : القرار الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 08 فيفري 1988 ، ملف رقم 26766 ، والمنشور في نشرة القضاة لسنة 1986 ، العدد الرابع ، ص 266 . وكذلك القرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 03 أبريل 1985 ، ملف رقم 33528 ، والمنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الرابع ، ص 48 .

المشتركة للمتعاقدين هي وحدها التي أنشأت العقد ، وهي وحدها فقط التي تستطيع إنهائه أو تعديله .

ونتيجة لذلك لا يجوز للقاضي الذي هو خارج عن العلاقة التعاقدية أن يمتد الى العقد بالتعديل أو بالنقض ، بل يجب عليه تطبيق أحكام العقد كما لو كان بصدد تطبيق الأحكام القانونية وذلك من أجل إستقرار المعاملات بين الأفراد من جهة .

ومن جهة أخرى ، تحقيقاً للعدالة التي تقضي بعدم تدخل القاضي في قانون العقد بالنقض أو التعديل .

والذي يدعم أكثر ما تم ذكره ، هو ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للثقتين المدني المصري بصدد شرح نص المادة 147 / 1 المقابلة لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري ، إذ جاء فيها ما يلي : " العقد شريعة المتعاقدين ، ولكنه شريعة إتفاقية ، فهو يلزم عاقديه بما يرد الإتفاق عليه متى وقع صحيحاً ، والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولا يجوز ذلك للقاضي ، لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديه ، وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع الى نية هؤلاء المتعاقدين ، فلا يجوز إذن نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي عاقديه ، ويكون هذا التراضي بمثابة عقد جديد ، أو لسبب من الأسباب المقررة في القانون ، كما هو الشأن في أسباب الرجوع في الهبة " (1) .

---

(1) - نص أشار إليه الأساتذة : عمران محمد السيد ، ويحي مطر، ونبيل إبراهيم سعد، في مرجعهم السابق ، ص 490 .

وعليه يمكن القول بأنه لا يجوز للقاضي ، بأي حال من الأحوال وتحت أي سبب كان ، من أن يعدل في مختلف الشروط التي يمكن أن تُقترن بالعقد .

كما يستنتج من خلال نصوص القانون المدني أن المشرع الجزائري لا يسمح للقاضي أن يعدل في العقد ، إلا في حالات خاصة جاءت كاستثناء يرد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وعلى سبيل الحصر فقط .

إذ يجوز للقاضي ولإعتبارات تتعلق بالعدالة ، أن يعدل في العقد ، وذلك في الحالات التالية دون سواها :

1 - في حالة الظروف الطارئة : والمنصوص عليها في المادة 107 من القانون المدني ، أين يجوز للقاضي رد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول .

2 - في حالة عقود الإذعان : بحيث يجوز للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد أو حتى الإعفاء منها ، ولقد تطرقت الى ذلك المادة 110 من القانون المدني .

3 - في حالة نظرة الميسرة : والتي تناولتها المادة 119 / 2 ، والمادة 281 / 2 من القانون المدني ، إذ يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا للوفاء بالإلتزام .

4 - في حالة الشرط الجزائي : أين يجوز للقاضي أن يخفض قيمته إذا كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ، وهو الحكم الذي تضمنته المادة 184 / 2 من القانون المدني .

وكننتيجة لذلك ، يتبين لنا بدهاءة بأن القاضي لا يجوز له خارج هذه الحالات أن يعدل في العقد ، ومنه يكون مفتقرا ومفتقدا لسلطة تعديل الشرط المقترن بالعقد ، خاصة وأن هذا الأخير يعد المعبر الحقيقي عن إرادة المتعاقدين ، وعن الضوابط والأحكام التي يريدان تنجيز عقدهما ضمن إطارها وفي حدودها .

وعليه يجب على القاضي أن يتقيد بالشرط المقترن بالعقد طالما كان واضحا ، وبالتالي لا يجوز له الإحراف عنه بما ينافيه بحجة تفسير إرادة المتعاقدين ، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا كذلك في العديد من قراراتها (1) ، إذ أن العقد شريعة المتعاقدين .

ولذلك نجد المشرع الجزائري وحرصا منه على عدم إحراف القاضي عن مهمته الأساسية ، وهي التفسير الى تعديل العقد ، وضع ضوابط وقواعد تقيد القاضي عند تفسيره للعقد ، والتي أوردها في نص المادة 111 من القانون المدني .

وعليه إذا كان الشرط المقترن بالعقد واضحا ، فإنه لايجوز للقاضي الخروج عن حكمه وتعديله ، وذلك إستنادا الى نص المادة 1 / 111 من القانون المدني ، والتي

---

(1) - أنظر على سبيل المثال القرارات التالية : القرار الصادر عن الغرفة المدنية

بتاريخ 30 أكتوبر 1985 ، ملف رقم 34951 ، والمنشور بالمجلة القضائية

لسنة 1990 ، العدد الثاني ، ص 44 . / وكذلك القرار الصادر عن نفس الغرفة

بتاريخ 16 مارس 1983 ، ملف رقم 30914 ، والمنشور بالمجلة القضائية

لسنة 1989 ، العدد الثاني ، ص 39 .

تنص على أنه : " إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الإحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

ومنه يجب على القاضي أن يتقيد بالمعنى الظاهر للشرط المقترن بالعقد إستنادا لنص المادة 111 / 1 من القانون المدني ، وتطبقا للقاعدة الشرعية القائلة : " لاسماع للاجتهاد في مورد النص ، ولا عبرة للدلالة في مقابلة الوضوح " .

وعليه فإذا كان على القاضي واجب عدم تفسير الشرط المقترن بالعقد والإحراف عنه ، فمن باب أولى أن لا يعدل فيه ، لأن عدم إعمال الشرط المقترن بالعقد أو التعديل فيه والإحراف عنه ، يعتبر بمثابة تعدي صارخ على إرادة المتعاقدين الصريحة ، وهو الأمر الذي يؤدي حتما الى تعيب الحكم ونقضه ، إذ يصبح في مثل هذه الحالة مشوبا بالقصور ، لأن تحريف أو تعديل أو نقض الشرط المقترن بالعقد الواضح أمر محذور على القاضي كما سبق ذكره وبيانه .

بيد أنه إذا كان الشرط المقترن بالعقد في حد ذاته مخالفا للنظام العام أو بصفة عامة غير مشروع ، ففي هذه الحالة يجب على القاضي أن يتدخل لإعادة التوازن التعاقدية الى نصابه القانوني ، وإخضاع العقد الى مبادئ العدل وأحكام النظام العام والآداب ، حتى يمكن تطبيق أحكام العقد ضمن طريقها ومنهجها القويم والصحيح ، ومنه الحفاظ على قيام المعاملات وفقا لأسس قانونية متينة ومنطقية تتماشى ومصالحة المتعاقدين والمجتمع بصفة عامة .

ومما تقدم من شرح يمكننا القول ، بأن القاضي لا يملك أي سلطة تخول له تعديل أو نقض الشرط المقترن بالعقد ، وذلك حفاظا على إستقرار المعاملات ، من جهة ، وإحتراما لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقا للعدالة ، من جهة أخرى .

## المبحث الرابع

### تطبيقات مشتركة لبعض الشروط المقترنة بالعقود

#### في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

في هذا المبحث سنحاول التطرق الى بعض التطبيقات عن الشرط المقترن بالعقد، ولقد إختارنا لذلك أربعة أنواع من الشروط لأهميتها القصوى ، والتي نتناولها بالدراسة في أربعة مطالب ، فنفرد لكل شرط مطلبا مستقلا مع إجراء دراسة مقارنة حول حكمها، ما بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ، لتبيان مدى التوافق أو الإختلاف في أحكامها ، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

أولا : الشرط المانع من التصرف .

ثانيا : الشرط الجزائري .

ثالثا : شرط الطريق الممهد وشرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء .

رابعا : الشرط الوفائي .

## المطلب الأول

### الشرط المانع من التصرف

تعتبر الشروط المانعة من التصرف ، من القيود الإرادية (1) التي ترد على سلطة المالك في التصرف في ملكه ، وهي شروط تقترن بالعقد فتصير جزءا منه ، بحيث يتم إدراجها فيها من قبل أحد المتعاقدين أو كلاهما حسب طبيعة كل عقد (2) .

وحتى نطلع على موقف كل من القانون الجزائري والشريعة الإسلامية من هذا النوع من الشروط ، إرتأينا أن نفرّد لكل منهما فرع مستقل ، نبين فيه الحكم الذي أخذ به كل منهما ، حتى نستطيع الخروج في الأخير بخلاصة تكون بمثابة مقارنة وموازنة بينهما .

---

(1) - تتمثل القيود الواردة على سلطة المالك في استعمال حقه أو إستغلاله أو التصرف

فيها ، في القيود التالية :

1 - القيود الإدارية . 2 - القيود القانونية . 3 - القيود الإرادية .

(2) - أي بمعنى حسب ما إذا كان العقد ملزما لجانبين أم ملزما لجانب واحد .

## أولاً : حكم الشرط المانع من التصرف في الشريعة الإسلامية

لكي نستطيع التعرف على حكم الشريعة الإسلامية في هذا المجال ، لابد علينا أن نتطرق الى حكم هذا النوع من الشروط لدى مختلف المذاهب الإسلامية ، حتى يمكننا الخروج بالرأي الراجح والغالب الذي تأخذ به شريعتنا الغراء .

### أ - حكم الشرط المانع من التصرف عند الظاهرية

يعتبر الشرط المانع من التصرف عند الظاهرية شرطا باطلا مبطلا للعقد ، سواء كان ذلك العقد عقد معاوضة أم عقد تبرع ، لأنه لم يرد بشأنه نصا خاصا يبيحه ، كما انه ليس من مقتضى العقد .

والجدير بالذكر أن الظاهرية يقررون بأن : " العقد لا يصح إلا بصحة الشرط ، والشرط لا صحة له ، لأنه لا دليل عليه فلا صحة لما عقد ، لأن ما إنبنى على باطل فهو باطل " (1) .

ومنه يكون حكم الشرط المانع من التصرف في المذهب الظاهري ، شرطا باطلا لا يجوز إشتراطه في العقد ، كما أن تأثيره في العقد الذي يقترن به يكون بالغا ، إذ يؤدي الى بطلانه وزواله .

---

(1) - ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن ، ص 413 .



## ب - حكم الشرط المانع من التصرف عند الحنفية

يعتبر الشرط المانع من التصرف عند الحنفية ، شرطا فاسدا إذا ما كان يحقق منفعة لأحد المتعاقدين أو كلاهما أو لغيرهما ، وذلك لأن العقد الذي يقترن به لا يقتضيه أصلا ، كما أنه لا يلائم مقتضاه ولم يجز به التعامل لدى الناس .

وأما تأثيره في العقد فيختلف بحسب ما إذا كنا بصدد عقود المعاوضات المالية أم بصدد عقود المعاوضات غير المالية ، بحيث تأثيره في الأولى يكون بالغاً إذ يؤدي إلى فسادها ، وأما في الثانية فتأثيره فيها يكون محددًا إذ يلغو الشرط وحده ويبقى العقد مع ذلك صحيحاً .

كما يعتبر الشرط المانع من التصرف في المذهب الحنفي ، شرطا باطلا إذا كان بالإضافة إلى كونه شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه أو يؤكد به أثر من الشارع ولم يجز به عرف بين الناس ، يكون شرطا لا يتضمن منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما مما هو أهل للإنتفاع وفيها ضرر بأحد المتعاقدين .

وأما تأثيره في العقد الذي يقترن به يكون دائما سلبيا ، بحيث يبطل الشرط وحده ويبقى العقد مع ذلك قائما وصحيحا .

وعليه يمكن القول بأنه مهما كان الأمر فإن الشرط المانع من التصرف لدى الحنفية (1) يكون حكمه دائما عدم الصحة والبطلان ، والسبب في ذلك يعود إلى عدة

---

(1) - راجع في ذلك كل من : السرخسي ، المرجع السابق ، ص 15 . / الكسائي ، المرجع السابق ، ص 170 .

عوامل أهمها كونه لا يقابله عوض (1) .

### ج - حكم الشرط المانع من التصرف عند الشافعية

يعتبر الشرط المانع من التصرف عند الشافعية شرطا باطلا لا يجوز إشتراطه ، وإذا ما إقترن بعقد ما فإنه يؤثر فيه بالبطلان بحيث يعدمه من أساسه ، إذ يبطل الشرط والعقد معا سواءا أكان ذلك العقد من عقود المعاوضات كالبيع والإيجارة أم كان من عقود التبرعات كالهبة .

ويعلل الشافعية (2) ذلك بكون أن بطلان الشرط الذي يحمل فائدة حتما لمشترط يفوت معه رضا هذا الأخير ، إذ أنه لا يرضى بالعقد إلا مع تحقق هذا الشرط الذي إشتراطه ، وعليه فإذا ما بطل الشرط فإنه يؤدي حتما الى زوال الرضا ومنه بطلان الـ الذي يقوم كما هو معروف أساسا على التراضي الذي هو ركن أساسي فيه ، إذ بتخلف يبطل العقد .

وعليه فالشرط المانع من التصرف يعتبر في المذهب الشافعي شرطا باطلا مبطل للعقد .

---

(1) - راجع في ذلك ص 214 ومايليها من هذه الرسالة .

(2) - أنظر في ذلك : الشيرازي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص 268 ومايليها

## د - حكم الشرط المانع من التصرف عند الملكية

يعتبر الشرط المانع من التصرف عند الملكية شرطا باطلا مبطلا للعقد لأنه يناهض مقتضى العقد والمقصود منه أساسا وذلك إذا كان بالتعميم أو باستثناء القليل ، أما إذا كان بتخصيص أناسا قليلين فإنه يجوز ، حيث نجد الملكية يقولون : " فأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع ، مثل أن يشترط عليه ألا يبيع ولا يهب ، وهذا إذا عمم أو إستثنى قليلا ، كقوله على أن لا تباع إلا من فلان ، وأما إذا ما خصص ناسا قليلا فيجوز " (1) .

كما يقولون : " وأما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام ، فذلك لا يجوز لأنه من الثنية ، مثل أن يبيع الأمة على الا يطأها ، أو ألا يبيعهها ، وأما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق ، فإن كان يشترط تعجيله جاز عتده ، وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه . . . وإختلف أيضا فيمن باع بشرط ألا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقليل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره . . . وأما إذا اشترط معنى في البيع ليس ببر مثل أن لا يبيعهها ، فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخا " (2) .

---

(1) - الحطاب ، الجزء الرابع ، ص 373 ومايلها .

(2) - ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، ص 133 ، 134 ،

ومنه يكون حكم الشرط المانع من التصرف لدى المذهب المالكي هو البطلان ، كما أن العقد الذي يقترن به يبطل كذلك سواء أكان من عقود المعاوضات المالية أم من غيرها ، لأنه " لا يتم معه المقصود من العقد " (1) أصلاً ، إذ المقصود من إبرام العقد هو حرية المتعاقد في التصرف في الشيء المعقود عليه بدون أي قيد أو شرط .

### هـ - حكم الشرط المانع من التصرف عند الحنابلة

يعتبر الشرط المانع من التصرف عند الحنابلة شرطاً فاسداً ، لأنه ينافي مقتضى العقد .

ولقد ورد في المعنى : " . . . الرابع ، اشتراط ما ينافي مقتضى العقد ، وهو على ضربين . . . الثاني ، أن يشترط غير العتق ، مثل أن يشترط ألا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطاء ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو أن يقفه ، فهذه وأشباهاها شروط فاسدة " (2) .

ويذهب ابن تيمية إلى أبعد من ذلك ، بحيث يبطل العقد مع الشرط ، إذ يقول : " إن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صورته ، وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود ، فقد جمع بين المتناقضين ، بين إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل الشيء ، ومثل هذا

---

(1) - راجع في ذلك : الخطاب ، المرجع السابق ، ص 273 وما يليها .

(2) - ابن قدامة ، المعنى ، الجزء الرابع ، ص 286 .

الشرط باطل بالإتفاق ، بل هو مبطل للعقد عندنا " (1) .

وعليه يمكن القول ، بأن الشرط المانع من التصرف يعتبر في نظر الحنابلة كذلك شرطاً باطلاً ، مع العلم ان المذهب الحنبلي يعد أكثر المذاهب الإسلامية تطوراً في تصحيح الشرط على الإطلاق .

يمكن القول في الأخير ومن خلال كل ما تقدم ، أن كافة المذاهب الإسلامية تجمع وتقرر عدم جواز إقتران الشرط المانع من التصرف بالعقد ، ومنه يكون حكم هذا الشرط في الفقه الإسلامي هو البطلان المطلق .

---

(1) - ابن تيمية ، الفتاوي ، الجزء الثالث ، ص 342 ، 343 .

## ثانياً: حكم الشرط المانع من التصرف في القانون الجزائري

في حقيقة الأمر، ومن خلال تصفحنا لمختلف نصوص القانون المدني ، لم نجد النص على هذا النوع من الشروط ، بحيث أن المشرع الجزائري لم ينظم الشرط المانع من التصرف على الرغم من أهميته ، خاصة وأنه تناولته العديد من التشريعات العربية والغربية (1) .

والجدير بالذكر أن الشرط المانع من التصرف يعتبر شرطاً خطيراً وبالغ الأهمية في نفس الوقت ، بحيث يؤدي إلى حبس الأموال وتجميدها عن التداول ، وهو ما لا يتماشى و المصالح الاقتصادية التي تقوم على أساس تداول الأموال ، كما يؤدي ذلك حتماً إلى المساس بالنظام الاقتصادي للمجتمع ، وهو من النظام العام ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، نجد أن مثل هذا النوع من الشروط يحد من حرية التعاقد ويقيدها في إستعمال الحق الناجم عن الملكية ، وهو حرية التصرف ، وهذا ما لا يتماشى و المقصود من إبرام العقد أصلاً ولا مع مقتضاه .

وتجدر الإشارة ، إلى أنه في بادئ الأمر كان كل الفقهاء القاتونيين يرفضون مثل هذا الشرط وحتى القضاء ، إذ نجد مثلاً أن الفقهاء في فرنسا وحتى القضاء

---

(1) - بحيث تناولته المادتين 823 و 824 من القانون المدني المصري ، والمادتين 778 و 779 من القانون المدني السوري ، والمادة 137 من القانون المدني الألماني .

الفرنسي كان يحكم ببطلان الشرط المانع من التصرف ، ثم بعد ذلك بدأ يتساهل في الحكم حتى قضى بصحته إذا كان لا يتضمن إهدارا كاملا لمضمون الملكية ولحرية تداول الأموال ، كأن يكون لمدة مؤقتة ولتحقيق مصالح مشروعة .

وبهذا تأثرت مختلف التشريعات كالتشريع المصري والسوري ، حيث أباح كل منهما الشرط المانع من التصرف ولكن ضمن شروط (1) ، بحيث يشترط لصحة الشرط المانع من التصرف أن يكون الباعث مشروعاً ، وأن تكون مدة المنع معقولة .

(1) - إذ تنص المادة 823 من القانون المدني المصري والمقابلة للمادة 778 من

القانون المدني السوري على ما يلي :

« - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط، ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدعقولة. - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، أو للمتصرف إليه ، أو الغير . - والمدة المعقول يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه أو الغير » .

- كما تنص المادة 824 من القانون المدني المصري والمقابلة للمادة 779

من القانون المدني السوري على ما يلي :

" إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً " .

وعليه إذا تخلف شرط من هذين الشرطين ، إعتبر الشرط المانع من التصرف باطلا (1) .

أما إذا توافرت شروطه فإن الشرط المانع من التصرف يحدث أثره ومفعوله في مواجهة المالك ، بحيث لا يجوز له بأي حال من الأحوال القيام بأي تصرف محضور عليه بمقتضى الشرط المقترن بالعقد ، وفي حالة القيام بذلك يكون مصير ذلك التصرف هو البطلان المطلق ، ولكن العقد يبقى صحيحا .

وبقي لنا أن نتساءل ، لماذا لم ينص ولم ينظم المشرع الجزائري الشرط المانع من التصرف ضمن نصوص القانون المدني إسوة بالقوانين الأخرى ؟ وهل هو بذلك يريد أن يأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية التي تمنع مثل هذه الشروط على غرار القانون المدني العراقي ، الذي هو الآخر لم ينظم الشرط المانع من التصرف لتأثر نصوصه بمبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء والتي تعتبر الشرط المانع من التصرف شرطا باطلا ؟

يمكن القول بأن سكوت المشرع الجزائري عن النص على الشرط المانع من التصرف ، قد يستنتج منه أنه لا يبيح مثل هذا النوع من الشروط ، خاصة بعد ما قرر في المادة 674 من القانون المدني بأن الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء ، دون أن يتبعها بالنص على هذا النوع من الشروط التي تحد من حرية التصرف .

---

(1) - يمكن في هذه الحالة ، إعمال قاعدة إنتقاص العقد ، المنصوص عليها في المادة 104 من القانون المدني .



ومن هنا يكون المشرع الجزائري والفقهاء الإسلامي متفقين على أن الشرط المانع من التصرف هو عبارة عن شرط باطل لا يجوز إقترانه بالعقد مطلقا ، ولكن كان بودنا أن يفصح المشرع الجزائري عن رأيه في ذلك بصراحة تامة وبشكل واضح ، بحيث ينظم هذا الشرط ويبين أحكامه في نص واضح ودقيق حتى إذا ما تم رفع نزاع ما حول هذا الشرط أمام القضاء يجد القاضي أمامه النص الواضح الذي يستند عليه في تسبيب وتأسيس حكمه .

كما يمكننا القول بأن الشرط المانع من التصرف يعتبر شرطا باطلا في نظرنا لمخالفته للنظام العام ، وذلك لأن هذا الشرط يرتب حقا عينيا على المال ، ومنه الحجر عليه ، وينجم عن ذلك أن يصبح المالك عاجزا عن التصرف في ملكه على الرغم من ملكيته له ، وبالتالي يكون وكأنه إنتقلت إليه الملكية إنتقالا ناقصا بحيث لا يجوز له التصرف فيه ، وهذا ما لا يتماشى وحقوق الملكية ، وخاصة منه حق التصرف ، والمخول له بصريح نص المادة 674 من القانون المدني .

وعليه يمكن القول ، بأنه طالما أن المالك بالغاً راشدا عاقلا غير محجور عليه ، فإن له الحرية المطلقة في التصرف في ملكه ، وأنه إذا ماتم إدراج مثل هذا الشرط في العقد فإنه لا يجوز الوفاء به ، وأن مصير هذا الشرط هو البطلان المطلق لمخالفته للنظام العام ، من جهة ، وخروجه عن مقتضيات العقود ، من جهة أخرى .

وأما تأثيره على العقد فإنه يكون بالغاً إذا كان هو السبب الدافع الى التعاقد ، بحيث يبطل العقد والشرط معا .

أما إذا لم يكن هو السبب الدافع الى التعاقد ، فإنه في مثل هذه الحالة يكون الشرط هو الذي يبطل وحده فقط ، وأما العقد فإنه يبقى صحيحا ومنتجا لآثاره .

وفي الأخير يمكن القول ، بأنه حسن فعل المشرع الجزائري ، من جهة ، عندما لم ينص على نظير المواد 823 و 824 من القانون المدني المصري ، و كذا نظير المواد 778 و 779 من القانون المدني السوري ، للأسباب السالف ذكرها .

ولكن يعاب عليه من جهة أخرى ، عدم إفصاحه عن رأيه بوضوح ، إذ كان لا بد عليه من النص على عدم صحة إقتران هذا النوع من الشروط بمختلف العقود بصراحة تامة ويبين حكمه بوضوح على ضوء ما سبق ذكره .

## المطلب الثاني

### الشرط الجزائي « La Clause Penale »

يعتبر الشرط الجزائي من بين الشروط الإرادية التي تقترن بمختلف العقود ، وهو عبارة عن إتفاق المتعاقدين مقدما على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه (1) .

فالشرط الجزائي ، هو عبارة عن تقدير وتحديد لمقدار التعويض الناجم عن عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدي أو المماثلة في تنفيذه ، كما هو الشأن بالنسبة لإلتزام مقاولة النقل بتحديد مبلغ التعويض مسبقا عن ضياع البضائع في عقد النقل ، أو كما يرد عادة في عقد المقاوله من تقدير مبلغ التعويض مسبقا عن كل تأخير في إتمام المشروع .

وحتى نستطيع المقارنة والموازنة ما بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية فيما يخص حكم الشرط الجزائي ، لا بد علينا أن نتطرق الى موقف وحكم كل منهما منه

---

(1) - عبد الحي ، الحجازي ، موجز النظرية العامة للإلتزام . القاهرة - مصر : دار النهضة ، بدون سنة ، ص 161 . / عبد الفتاح ، عبد الباقي ، دروس أحكام الإلتزام . القاهرة - مصر : مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، 1992 ، ص 64 ومايليها . / المحمصاتي ، المرجع السابق ، ص 469 ومايليها . / محمد ، حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام . الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1983 ، ص 263 .

في فرعين مستقلين ، إذ نخصص الفرع الأول الى حكم الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية ، وأما الفرع الثاني فنتناول فيه حكم الشرط الجزائي في القانون الجزائري ، حتى يمكننا في الأخير الخروج بنتيجة حول مدى التوافق أو الإختلاف بينهما في هذا المجال .

### أولاً: حكم الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية

بما أن الشرط الجزائي يعتبر كضمان لتنفيذ العقد أو لعدم التأخر في تنفيذه ، فإننا نجده مدرجا في كافة العقود عبر الأحقاب الزمنية ، بحيث أن كل عقد سواء في الوقت الحاضر أو الماضي نجده يكون دائما مقترنا بهذا الشرط ، وهذا راجع الى فائدته العظمى في الإسراع في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية .

ولقد عرفت الشريعة الإسلامية السمحاء هي الأخرى الشرط الجزائي ، إذ نجد مثلا المالكية يجيزون الشرط الجزائي في كل الحالات ، إلا إذا كان مفضيا الى الربا فإنه في مثل هذه الحالة لا يجوز إقترانه بالعقد مطلقا ، وهو يوافق ماذهب إليه شريح القاضي . فقد روى البخاري في صحيحه عن محمد بن سيرين ، قال : " قال رجل لكريه، أدخل ركابك ، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم ، فلم يخرج ، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره ، فهو عليه " (1) . وهو صريح في تجويز الشرط الجزائي ولزومه (2) ، بحيث يجب الوفاء به إذا ما تم إقترانه بعقد ما .

(1) - البخاري ، صحيح البخاري ، الجزء الثاني ، ص 124 .

(2) - شعبان ، المرجع السابق ، ص 163 .

وفي الحقيقة ، على الرغم من عدم ورود الحكم الصريح على مثل هذا الشرط عند مختلف المذاهب الإسلامية ، إلا أنه يمكن القول وخصوصا على ضوء ما تقدم ذكره في مجال حرية الإشتراط وحكم الشرط المقترن بالعقد لدى مختلف المذاهب الإسلامية ، أنه يعتبر الشرط الجزائي شرطا صحيحا واجب الوفاء إذا ما إقترن بعقد ما لدى المبيحين لحرية الإشتراط ، وعلى رأسهم المذهب الحنبلي . أما المالكية ، فقد تقدم أنهم يجيزون مثل هذا الشرط إذا كان لا يؤدي الى الربا . وأما الحنفية ، فإتهم يجيزون مثل هذا الشرط كذلك ، لأنه وكما سبقت الإشارة إليه أن الحنفية يجيزون الشروط التي جرى بها العرف (1)، وكما هو معروف فإن الشرط الجزائي يعتبر من بين الشروط المؤلوفة، والتي جرت العادة على إشتراطها ، بحيث أصبح الشرط الجزائي بمثابة عرف متعارف عليه بين الناس ، إذ لا يكاد يخلو أي عقد منه لما فيه من فائدة جمة تعود على مشترطه ، من جهة ، وباعتباره كاصمام الأمان لإستقرار المعاملات ، من جهة أخرى ، إذ أن الشرط الجزائي يقف في وجه كل المحاولات التي تهدف الى التلاعب بالعقود ، بحيث كل من تسول له نفسه بذلك يكون جزاؤه محددًا مسبقًا بالشرط الجزائي .

وتجدر الإشارة ، الى أن الشرط الجزائي يعتبر شرطا باطلا لا يجوز إقترانه بالعقود مطلقا لدى المذاهب المضيقه لحرية الإشتراط وعلى رأسهم المذهب الظاهري ، ثم يليه المذهب الشافعي ، بحيث أن كل شرط لم يرد النص الصريح على إجازته وإباحة إشتراطه يعتبر في نظرهم شرطا باطلا لا يجوز إشتراطه مطلقا كما لا يجب الوفاء به . وعليه يمكن القول وبوجه عام ، أن الشرط الجزائي يعتبر شرطا جائزا لدى جمهور الفقهاء ، وبالتالي يجب الوفاء به إذا ما تم إقترانه بعقد ما ، وإنما نرى بأن

---

(1) - راجع في ذلك الصفحة 201 و ما يليها من هذا البحث .

الشريعة الإسلامية السمحاء تبيح مثل هذا الشرط طالما لا يتعارض مع أحكامها وضوابطها ، إستنادا لقوله سبحانه وتعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " (1) ، وكذلك قوله عز وجل : " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا " (2) ، ومصدقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما " (3) . والشرط الجزائي لا يعتبر من الشروط التي تحل الحرام أو تحرم الحلال .

### ثانيا : حكم الشرط الجزائي في القانون الجزائري

لقد أجاز المشرع الجزائري إقتران العقد بشرط جزائي ، وذلك بصريح نص المادة 183 من القانون المدني ، والتي تنص على مايلي :

" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في إتفاق لاحق ، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد من 176 الى 181 " .

يمكن القول بأن الشرط الجزائي يقترن عادة بالعقد لكي يستعمل كوسيلة للضغط، إذ يقوم بعملية التهديد المالي ، وهذا في حالة ما إذا كان أكبر من الضرر الفعلي . أما إذا كان أقل من ذلك ، فإته في مثل هذه الحالة يستعمل كوسيلة للخروج من العلاقة التعاقدية بأقل التكاليف ، إذ يلعب دور الشرط المخفف من المسؤولية أو حتى المعفي منها .

- 
- (1) - سورة المائدة ، الآية الأولى .
  - (2) - سورة الإسراء ، الآية 34 .
  - (3) - حديث صحيح ، رواه الترمذي .

كما يقوم الشرط الجزائي بعملية التقدير الجزافي للتعويض إذا كان معادلا للضرر الفعلي ، إذ في هذه الحالة يكون المدين على علم مقدما بمقدار ما سيلزم به عند عدم التنفيذ أو التأخر في ذلك .

وفي حقيقة الأمر ، يعتبر الشرط الجزائي بمثابة إلتزام تبعي للإلتزام الأصلي الذي هو على عاتق المدين ، ومنه فإن حكم الشرط الجزائي يكون دائما تابعا لحكم الإلتزام الأصلي سواء من حيث البطلان أو من حيث الصحة أو الإنقضاء أو حتى الفسخ، و بصفة عامة كل مايرد على الإلتزام الأصلي يرد ويلحق بالشرط الجزائي عن طريق التبعية .

كما يعتبر الشرط الجزائي كذلك بمثابة إلتزام إحتياطي ، أي بمعنى يكون كالإلتزام إستثنائي لا يقوم إلا إذا تخلف الإلتزام الأصلي ، أي بصيغة أخرى إذا أمكن إعمال الأصل فإن الإستثناء لا يكون له مقام ، ومن ثم لا يجوز الإختيار بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني للإلتزام الأصلي ، لأن الشرط الجزائي إنما وجد كتعويض و كجزاء في نفس الوقت عن عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي أو التأخر في تنفيذه لا غير .

والجدير بالذكر ، أن المشرع الجزائري ربط إستحقاق إعمال الشرط الجزائي بحدوث الضرر ، وهذا بصريح نص المادة 184 / 1 من القانون المدني ، والتي تنص على مايلي : "لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " .

ونستنتج من ذلك أنه لحدوث الضرر لابد من وقوع الخطأ وذلك من جانب المدين وعلى الدائن إثبات ذلك من جهة ، وإثبات وجود علاقة السببية التي تربط بين الخطأ

والضرر الحاصل له من جهة أخرى (1) .

ومتى توافرت هذه الشروط ، فإن الشرط الجزائي يكون مستحق الأداء بعد القيام  
طبعا بإعذار المدين طبقا لنص المادة 179 من القانون المدني .

وتجدر الإشارة ، الى أنه وبالرجوع الى نص المادة 184 / 2 من القانون  
المدني ، فإننا نجد المشرع الجزائري قد أعطى للقاضي سلطة تخفيض مقدار الشرط  
الجزائي في حالة ما إذا كان مبلغ التعويض محدد بالشرط الجزائي مبالغاً فيه ، أي  
بمعنى يكون مفرطاً بحيث لا يتناسب البتة مع الضرر الحاصل فعلاً ، وكذلك في حالة  
إذا كان الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه . ولقد جعل المشرع الجزائري ذلك من  
النظام العام ، إذ لا يجوز الإتفاق على مخالفته .

والجدير بالذكر ، أنه كما جعل المشرع الجزائري للقاضي سلطة تخفيض مقدار  
الشرط الجزائي ، أعطى له كذلك بالمقابل سلطة الزيادة في مقداره ، وهذا بصريح نص  
المادة 185 من القانون المدني ، بحيث إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد بالشرط

---

(1) - والجدير بالذكر في هذا المقام أن المدين يجوز له أن يقطع في هذه الحالة علا  
السببية إذا أثبت أن الضرر راجع الى سبب أجنبي ، سواء كان ذلك نتيجة قوة  
قاهرة أو حادث مفاجئ أو نتيجة خطأ المضرور أو خطأ الغير ، أو يثبت أن  
الضرر كان ضرراً غير مباشر أو غير متوقع ، إلا إذا وجد إتفاق سابق بينهما  
يقضي بتحمل المدين كل هذه الإعفاءات ، أي بمعنى التشديد في المسؤولية وذ  
طبقاً لنص المادة 178 / 1 من القانون المدني .



الجزائي ، فإن القاضي يجوز له بناء على طلب الدائن أن يزيد في قيمة التعويض ، ولكن بشرط أن يثبت الدائن ان المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما (1) .

ونخلص مما تقدم ، أن المشرع الجزائري يأخذ بالشرط الجزائي ويجيز اشتراطه في العقود بنصوص صريحة أوردها في القانون المدني ، إذ يكون كل شرط جزائي يقترن بأي عقد كان فحكمه دائما الصحة والجواز وبالتالي يجب الوفاء به .

وفي الختام يمكن القول وعلى ضوء كل ماتقدم سواء في الفرع الأول أم في الفرع الثاني ، أن المشرع الجزائري متفق تماما مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء فيما يخص الشرط الجزائي الذي هو من قبيل الشرط المقترن بالعقد ، وحكمه يكون دائما سواء في القانون الجزائري أو في الشريعة الإسلامية هو الصحة و الجواز ، كما يجب الوفاء به مراعاة للعدالة ولإستقرار المعاملات وحفاظا على المصالح المتوخات من إبرام العقد أساسا .

---

(1) - وتجدر الإشارة في هذا المقام ، الى أنه لا يجوز للدائن أن يستفيد من هذا النص إذا وجد إتفاق سابق بينه وبين المدين يقضي بمسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه ، وهو من قبيل التخفيف من المسؤولية ، وهذا طبقا لنص المادة 178 / 2 من القانون المدني ، كما أنه إذا كان مقدار الشرط الجزائي نافها فإن الدائن لا يستفيد منه ، لأنه يكون بمثابة الشرط المعفي من المسؤولية في مثل هذه الحالات .

## المطلب الثالث

### شروط الطريق الممهد وشرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء

إن الأصل العام وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، هو أن للمتعاقدين أن يدرجا في عقدهما ما يشاءان من شروط في حدود النظام العام والآداب ، ومنه يجوز أن يقترن عقد الرهن بشروط قد يرى فيها المتعاقدان مصلحة أو منفعة خاصة تعود عليهما .

ومن بين أهم الشروط التي قد تقترن بعقد الرهن والتي يلجأ إليها الكثير من المتعاقدين عند إبرام عقد الرهن ، إشتراط الدائن المرتهن على الراهن بيع العقار المرهون عند عدم الوفاء دون إتباع الإجراءات التي يتطلب القانون لذلك ، وهو ما يعرف " شرط الطريق الممهد " ، وكذلك إشتراط الدائن المرتهن على الراهن أن يملك العقار المرهون عند عدم الوفاء في مقابل الدين أو في مقابل ثمن آخر .

وحتى نستطيع إجراء مقارنة بين حكم هذا النوع من الشروط لدى كل من القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ، لا بد علينا ان نتطرق الى حكم شرط الطريق الممهد وشرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء لدى كل واحد منهما في فرع مستقل ، حتى يمكننا في الأخير الخروج بموازنة بينهما في هذا المجال .

## أولاً: حكم شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء في الشريعة الإسلامية

إن حكم شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء في الشريعة الإسلامية هو البطلان المطلق ، بحيث لا يجوز أن يقترن بعقد الرهن على الإطلاق ، إذ جاء في حديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا يعلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه " (1) ، ويقال " غلق الرهن إذا خرج عن ملك الراهن وإستولى عليه المرتهن بسبب عجزه عن أداء ما رهنه فيه " ، وكان هذا عادة العرب فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم (2) .

والجدير بالذكر هنا ، أن إقتران شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء بعقد الرهن لا يؤثر في هذا الأخير ، إذ يبطل الشرط وحده لورود النهي الصريح عن إشتراطه ، ويبقى مع ذلك عقد الرهن صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره .

وعليه يمكن القول من خلال ما تقدم ، أن الشريعة لا تجيز إقتران هذا النوع من الشروط بعقد الرهن مطلقاً ، وجعلت حكمه البطلان دون عقد الرهن الذي يقترن به .

---

(1) - حديث رواه سعيد بن المسيب . " راجع : متن موطأ الإمام مالك على رواية يحيى

بن يحيى . الجزائر : دار الكتب ، 1985 ، ص 414 .

(2) - محمد ابن إسماعيل ، الصنعاتي ، سبل السلام ، الجزء الثالث . مصر : مطبعة

صبيح ، بدون سنة ، ص 52 .

## ثانياً : حكم شرط الطريق الممهد وشرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء

### في القانون الجزائري

في الحقيقة وبالرجوع الى نصوص القانون المدني ، نجد بأن المشرع الجزائري قد تطرق الى حكم هذين الشرطين اللذين قد يقتربان بعقد الرهن ، بحيث منع منعاً باتاً إقترانهما بعقد الرهن (1) ، وجعل حكمهما البطلان المطلق دون العقد ، إذ يبطل الشره ويبقى العقد مع ذلك قائماً صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره .

حيث تنص المادة 903 / 1 من القانون المدني على مايلي : " يكون باطلاً كل إتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم إستيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الإتفاق قد أبرم بعد الرهن " .

وعليه فإذا ما تم إدراج شرط بيع المال المرهون دون إتباع الإجراءات اللازمه لذلك ، فإن مثل هذا الشرط يعتبر وكأنه لم يكن ، وبالتالي يجوز للراهن أن يبيع المال المرهون وفقاً للإجراءات المنصوص عليها قانوناً على الرغم من وجود هذا الإتفاق المخالف ، إذ أن هذا الشرط يتعارض و النظام العام .

---

(1) - يمنع المشرع الجزائري إقتران هذا الشرط بعقد الرهن ، سواء كنا بصدد الرهن الرسمي أم بصدد الرهن الحيازي . " راجع في ذلك : المادتين 903 و 960 ، القانون المدني " .

كما أنه إذا تم إدراج شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء في عقد الرهن ، فإن مثل هذا الشرط يعتبر هو الآخر باطلا ، وذلك لأنه ينطوي على إستغلال الدائن المرتهن حاجة الراهن الذي هو في مركز ضعف ، وهو ما لا يتماشى و النظام العام .

وتجدر الإشارة ، الى أنه وإن كان هذا الشرط الذي يقترن بعقد الرهن يبطل وحده دون أن يؤثر على العقد، فإنه يمكن في بعض الأحيان أن يكون تأثيره عليه بالغا، إذ يؤدي الى بطلان عقد الرهن من أساسه ، وذلك في حالة ما إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع الى التعاقد .

والجدير بالذكر ، أن البطلان يرد على هذين الشرطين سواء تم اشتراطهما عند إبرام العقد أم بعد ذلك ذلك .

غير أنه وطبقا لنص المادة 903 / 2 من القانون المدني ، فإنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الإتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه.

والحكمة التي أرادها المشرع الجزائري من وراء ذلك هو أن الدين إذا حل أجله أو حل أجل قسط منه تكون شبهة إستغلال حاجة المدين عند نذ معدومة ، ومنه لا يستطيع الدائن المرتهن أن يستغل الراهن الذي لم يعد في مركز ضعيف كما كان في السابق قبل حلول أجل الدين أو قسط منه ، إذ بمركزه الجديد هذا يستطيع الراهن أن يبيع المال المرهون بأي ثمن يشاء للدائن المرتهن أو يتنازل له عنه ، كما يجوز له أن يبيعه وفقا للإجراءات القانونية الواجب إتباعها في هذا المجال ، دون أن يكون تحت أي ضغط كان أو في حاجة ماسة الى شيء ما ، لأن المركز الضعيف في مثل هذه الحالة يزول .

ونخلص في الأخير الى القول بأن المشرع الجزائري قد أفصح عن حكمه بصراحة فيما يخص إقتران شرطي الطريق الممهّد وتملك المال المرهون عند عدم الوفاء لعقد الرهن ، إذ منع إقترانهاما بالعقد مطلقاً .

وعليه فإذا ما تم إقتران هذان الشرطان بعقد الرهن فإتبعهما ببطان ، ولكن عقد الرهن يبقى صحيحاً ومنتجاً لكل آثاره .

ومن خلال كل ما تقدم سواء في الفرع الأول أم في الفرع الثاني ، ومن خلال مقارنة حكم الشريعة الإسلامية بحكم القانون الجزائري ، يمكن القول بأن القانون الجزائري يتفق تماماً مع أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص بطلان شرط تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم الوفاء ، إذ لا يجوز إقترانه بعقد الرهن مطلقاً ، وفي حالة ما إذا تم ذلك فإنه يبطل وحده ، أي بمعنى يبطل الشرط فقط ولكن العقد يبقى قائماً صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره .

## المطلب الرابع

### الشرط الوفائي

بعدما عرفنا في المطلب السابق أن شرط تملك الدائن المرتهن للمال المرهون هو عبارة عن شرط باطل، سواء في القانون الجزائري أو في الفقه الإسلامي، بحيث لا يجوز إقترانه بعقد الرهن لجأ الكثير من المتعاقدين الى التحايل على هذا المنع والحظر، وذلك عن طريق إخفاء الرهن في صورة بيع وفائي، بحيث يقوم الراهن في هذه الحالة بإنتحال صفة البائع للمال المرهون، وفي المقابل يظهر الدائن المرتهن بصفة المشتري، وأما الدين المضمون فإته يأخذ صورة الثمن. وبموجب هذا البيع الصوري يجوز للبائع " والذي هو في الأصل الراهن " إسترداد الشيء المبيع إذا قام بالوفاء في مواجهة المشتري " والذي هو في الأصل الدائن المرتهن " غير أنه إذا لم يتم بالوفاء، ففي هذه الحالة تبقى ملكية الشيء المبيع للمشتري .

وفي حقيقة الأمر نلاحظ في هذه الصورة أنه هناك بيعا وفائيا يخفي وراءه رهنا مقترن بشرط تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم الوفاء الذي هو عبارة عن شرط باطل كما سبق ذكره سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الجزائري .

فالشرط الوفائي هو عبارة عن شرط يقترن بعقد البيع، يملك البائع بموجبه حق إسترداد الشيء المبيع في حالة ما إذا رد الثمن الى المشتري خلال مدة معينة . ومثال ذلك كأن يبيع شخص لآخر منزلا بثمن معين، ويشترط عليه في عقد البيع أن يرده إليه إذا ما رد إليه ثمنه في خلال سنة كاملة .

وحتى يتسنى لنا إجراء مقارنة ما بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية حول مدى أخذ كل منهما بهذا النوع من الشروط ومدى إجازته عندهما، لا بد علينا أن

نتطرق الى حكم الشرط الوفائي لدى كل منهما في فرع مستقل ، حتى يمكننا في الأخير الموازنة بينهما .

### أولا : حكم الشرط الوفائي في الشريعة الإسلامية

لقد عرف الشرط الوفائي منذ القدم ، كما أن شريعتنا الغراء عرفتة هي الأخرى ، حيث كان يسمى عقد البيع الذي يفتن به الشرط الوفائي بإسم " بيع الوفاء " عند الحنفية ، وبإسم " بيع الأمانة " عند الحنابلة ، وبإسم " بيع العهدة " و " بيع الناس " عند الشافعية ، وبإسم " بيع الثنيا " عند المالكية (1) .

وحتى نستطيع التعرف على حكم هذا الشرط عند إقترانه بعقد البيع لدى الشريعة الإسلامية السمحاء ، لابد علينا من التطرق الى حكم الشرط الوفائي عند كافة المذاهب الإسلامية .

---

(1) - شعبان ، المرجع السابق ، ص 148 . / خان ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 280 . / ابن عابدين ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص 276 . / ابن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص 70 . / الباهوتي ، كشاف القناع ، الجزء الثالث ، ص 202 . / النووي ، المجموع شرح المهذب ، الجزء التاسع ، ص 207 . / محمد بن عرفة ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي على المختصر ، الجزء الثالث . بيروت - لبنان : دار الفكر ، بدون سنة ، ص 90 وما يليها .



## أ - حكم الشرط الوفائي عند الظاهرية

يعتبر الشرط الوفائي عند الظاهرية ، شرطا باطلا لا يجوز إقترانه بالعقد مطلقا ، وإذا ما تم إقترانه بعقد البيع فإنه يؤثر فيه ويؤدي الى بطلانه ، بحيث يبطل كل من الشرط والعقد معا .

والسبب في ذلك حسب المذهب الظاهري ، هو عدم وجود نص شرعي يبيح هذا النوع من الشروط ، ومنه فإشتراطه لا يجوز ، كما أن إقترانه بعقد البيع يؤدي الى بطلان هذا الأخير ، لأن " العقد لا يصح إلا بصحة الشرط ، والشرط لا صحة له لأن لا دليل عليه ، فلا صحة لما عقد ، لأن ما إنبنى على باطل فهو باطل " (1) .

## ب - حكم الشرط الوفائي عند الحنفية

لقد اختلف فقهاء الحنفية في حكم الشرط الوفائي ، بحيث أجازوه البعض و اعتبروه شرطا صحيحا يجب الوفاء به ، و ذلك راجع حسب رأيهم ، لكون أن شرط الوفاء تعارف عليه الناس و تعاملوا به لحاجتهم إليه فيكون صحيحا لا يفسد البيع بإشتراطه فيه ، و إن كان مخالفا للقواعد ، لأن القواعد تترك بالتعامل كما في الإستصناع (2) .

---

(1) - ابن حزم ، المحلى ، الجزء الثامن ، ص 413 .

(2) - الزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص 184 .

و على النقيض من ذلك ، نجد البعض لا يجيزون مثل هذا الشرط و يعتبرونه شرطا فاسدا مفسدا لعقد البيع الذي يقترن به ، و ذلك راجع حسب رأيهم كون أن شرط الوفاء شرط يخالف مقتضى عقد البيع و حكمه من جهة ، و من جهة أخرى يتضمن منفعة تعود على البائع و أنه لم يرد الشرع بجوازه ، وهو يأخذ حكم البيع المكروه عليه ، و ذلك لأن الفساد يترتب نتيجة لعدم رضا البائع .

ولكن في الحقيقة و بالرجوع إلى مختلف كتب وأراء الفقهاء الحنفية (1) نجدهم يعتبرون عقد البيع الذي يقترن بمثل هذا الشرط عقد رهن وليس بعقد بيع ، حيث جاء في الفتاوي الهندية أن " البيع الذي تعارفه أهل زماننا إحتيالا على الربا وسموه بيع الوفاء ، وهو في الحقيقة رهن ، وهذا البيع في يد المشتري كالرهن " (2) وبذلك يأخذ هذا البيع أحكام الرهن .

ولقد قال كذلك النسقي : " البيع الذي تعارفه أهل زماننا ، إحتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ويسقط الدين بهلاكه ، كما لو بقي ، ولايضمن الزيادة ، وللبيع إسترداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام"(3).

(1) - راجع في ذلك كل من : خان ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص 208 .

الزرقاء ، شرح القواعد الفقهية ، ص 13 . / التركماتي ، المرجع السابق ، ص 277 . / شعبان ، المرجع السابق ، ص 149 . / الزيلعي ، المرجع السابق ، ص 183 .

(2) - خان ، المرجع السابق ، ص 208 .

(3) - الزيلعي ، المرجع السابق ، ص 184 .

غير أنه وفي حقيقة الأمر أن عقد الرهن شئ وعقد البيع شئ آخر حتى وإن كان إقتران عقد البيع بالشرط الوفائي يجعله يشابه الرهن ظاهريا .

ونعتقد أن الأمر الذي دفع الحنفية الى القول بما سبق ذكره هو راجع الى كثرة تعامل الناس بهذا الشرط في زمانهم ، بحيث وكما سلف ذكره أن الحنفية يعتبرون ذلك ربا فوجدوا أنفسهم في حرج فقاموا بإيجاد حل يتمثل في إعتباره رهنا ومنه إيجازته إستحسانا وعملا بالعرف حتى وإن كان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد .

وعليه أصبح بيع الوفاء عند الحنفية رهنا وهو بمثابة عقد صحيح ، ولذا نجد ابن عابدين يقول في تبريره لصحة بيع الوفاء على أساس العرف إن " العادة الفاشية قاضية بقصد الوفاء " (1) .

وعليه نخلص في الأخير بأن المذهب الحنفي مجمع على جواز الشرط الوفائي ولكن من باب الرهن فقط وليس من باب البيع الوفائي .

### ج - حكم الشرط الوفائي عند الشافعية

إن المذهب الشافعي كما سبق بيانه يبطل الإشتراط في العقود مهما كانت تلك الشروط التي تقترن بمختلف العقود ، ومن ذلك إبطال الشرط الوفائي الذي يقترن بعقد البيع لأنها تخالف مقتضى العقد ، كما أنها تتضمن أمورا زائدة عن العقد ، والنتيجة هي بطلان الشروط والعقود التي تقترن بها أصلا .

---

(1) - ابن عابدين ، المرجع السابق ، ص 276 .

وفي الحقيقة أن الشافعية تعرضوا الى حكم الشرط الوفائي عند تطرقهم الى خيار

الشرط في العقود ، حيث نجد الإمام النووي يقول : " لو اشترى شيئا بشرط أنه إن لم ينقده الثمن ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، فوجهان ، أحدهما : يصح ويكون تقدير الصورة الأولى: أن المشتري شرط الخيار لنفسه فقط ، وفي الثانية: أن البائع شرط لنفسه فقط ، وهو قول أبي إسحاق قال لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أجاز ذلك .

والثاني : وهو الصحيح باتفاقهم ، وبه قطع الروياتي وغيره أن البيع باطل في صورتين ، لأن هذا ليس بشرط خيار بل هو شرط فاسد مفسد للبيع لأنه شرط في العقد شرطا مطلقا فأشبهه ما لو باع بشرط أنه إن قدم زيد القوم فلا بيع بينهما " (1) .

كما قال ابن حجر عن الشرط الوفائي (2) " أنه بيع صحيح معتد به يترتب عليه سائر أحكامه حيث خلا عن شرط فاسد ، كتأقيت ، وتعليق ، وشرط ينافي مقتضاه كأن تكون الأجرة مثلا لغير المشتري ونحو ذلك ، ولا عبرة بما يسبق العقد من تواطؤ على ما لو وقع في العقد لأفسده ، هذا هو مذهبنا ، ولا تغتر بما قد أطاله في ذلك بعض علماء اليمن مما يخالف ما قررناه ، وينحو في أكثره نحو غير مذهبنا " (3) .

ومن خلال كل ما تقدم فيما يخص حكم الشرط الوفائي لدى المذهب الشافعي نخلص الى القول بأن الشرط الوفائي عندهم لا يجوز إقترانه بعقد البيع مطلقا لأنه

(1) - النووي ، المرجع السابق ، ص 207 . / الشيرازي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص 258 .

(2) - ويسمى الشرط الوفائي عند الشافعية بإسم " بيع العهدة " كما سبقت الإشارة إليه.

(3) - شهاب الدين ابن حجر ، الهيتمي ، الفتاوي ، الجزء الثاني . بيروت - لبنان : دار الفكر ، ص 230 .

عبارة عن شرط باطل ، وإذا ما تم ذلك فإن الحكم المترتب عنه هو بطلان الشرط والعقد معا .

#### د - حكم الشرط الوفائي عند المالكية

يعتبر الشرط الوفائي (1) عند المالكية شرطا باطلا (2) لا يجوز إشتراطه في العقد لأنه يؤدي الى التآرجح بين السلف والبيع وهو ما لا يجوز ، خاصة وأنه يؤدي الى الربا وإلى الغرر والجهالة وهو ما لا يصح به البيع ، إذ أنه إذا رد البائع الثمن الى المشتري كان سلفا ، وإذا لم يرده كان بيعا ، هذا من جهة .

---

(1) - يعرف بيع الوفاء عند المالكية باسم بيع الثنيا .

(2) - راجع في ذلك كل من : خليل ابن إسحاق ، المختصر ، بيروت - لبنان :

دار الفكر ، 1981 ، ص 180 . / ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،

الجزء الثاني ، ص 162 . / أحمد الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك في فقه

مالك ، بيروت - لبنان : دار الفكر للطباعة والنشر ، الجزء الثاني ، ص 36 . /

ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص 205 ، 206 . / عبد العزيز بن عبد الله ،

معلمة الفقه المالكي ، الطبعة الأولى ، بيروت - لبنان : دار الغرب الإسلامي ،

1983 ، ص 194 . / مالك ، المدونة الكبرى ، الجزء الرابع ، ص 203 . /

الزرقاتي ، المرجع السابق ، ص 112 ، 113 . / ابن رشد ، المقدمات

الممهديات ، الجزء الثالث ، ص 202 .

ومن جهة أخرى يكون وكأن المبتاع أسلف البائع الثمن على أن يستغل المبيع حتى يرد إليه السلف وهو غير جائز .

وتجدر الإشارة الى أن المالكية اختلفوا بين ما إذا كان بيع الثنيا هو بيع أم سلف أم رهن . والذي يهمنا هنا أن الفقهاء المالكيين مجمعون على أن الشرط الوفا ئي لا يجوز إقترانه بعقد البيع مطلقا لمنفاته للعقد ، كما أنه يؤدي إلى الجهالة والغرر والربا من جهة، وبإشتراطه تكون أمام بيع وشرط من جهة أخرى ، وهو ما لا يجوز .

وعليه فحكم هذا النوع من الشروط عند المالكية هو البطلان المطلق ، كما أنه يؤدي الى بطلان العقد الذي يقترن به .

### د - حكم الشرط الوفا ئي عند الحنابلة

يعتبر الشرط الوفا ئي عند الحنابلة شرطا باطلا لا يجوز إشتراطه في الفقه ، خاصة إذا إنطوى على التحاليل ، حيث جاء في المعني : " إذا شرط الخيار حيلة على الإنتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة إنتفاع المقرض بالثمن ، ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن ، فلا خيار فيه لأنه من الحيل ولايحل لأخذ الثمن الإنتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه " (1) .  
وجاء في كشف القناع نقلا عن ابن تيمية : " وبيع الأمانة (2) الذي مضمونه إتفاقهما

---

(1) - ابن قدامة ، المعنى و الشرح الكبير ، الجزء الرابع ، ص 70 .

(2) - لقد سبقت الإشارة إليه أن الحنابلة يسمون البيع الوفا ئي ببيع الأمانة .

على أن البائع إذا جاءه بالثمن أعاد عليه ملك المبيع ، ينتفع به المشتري بالإجارة و السكنى ونحو ذلك ، هو عقد باطل بكل حال ، ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء الدراهم الى أجل ، ومنفعة الدار هي الربح ، والواجب فيه رد المبيع الى البائع ، وأن يرد الى المشتري ما قبضه ، لكن يحسب له منه ما قبضه المشتري من المال الذي سموه أجرة " (1) .

وعليه نخلص الى القول بأن المذهب الحنبلي لايجيز هو الاخر مثل هذا الشرط ، بحيث إذا ما تم إقترانه بعقد البيع فإنه يبطل الشرط والعقد معا .

في الأخير ومن خلال كل ما تقدم في هذا الفرع حول آراء فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص الشرط الوفائي ، يمكن القول أن الشرط الوفائي يعتبر بصفة عامة شرطاً باطلاً لا يجوز إقترانه بالعقد مطلقاً عند كافة المذاهب ، إلا أنه يمكن القول بأنه يعتبر شرطاً جائزاً فقط عند البعض من الحنفية (2) الذين يبيحون الشرط الذي يجري به العرف ، وكما هو معلوم فإن الشرط الوفائي هو من قبيل الشروط التي جرى بها العرف ، إلا أن الرأي الراجح في ذلك هو أن الشريعة الإسلامية الغراء لا تأخذ بهذا الشرط مطلقاً وتبطله من أساسه .

---

(1) - البهوتي ، كشاف القناع ، الجزء الثالث ، ص 202 .

(2) - بحيث أجازته ابن نجيم في الأشباه والنظائر ، إذ يقول : « إن بيع الوفاء صحيح

لحاجة الناس إليه فرارا من الربا . . . وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع

حكمه » ، " راجع في ذلك : الأشباه والنظائر ، ص 41 " .

## ثانيا : حكم الشرط الوفائي في القانون الجزائري

لقد تناول المشرع الجزائري الشرط الوفائي وسماه بحق الإسترداد في المادة 396 من القانون المدني ، وجعل حكمه البطلان ، بحيث لا يجوز أن يقترن عقد البيع بهذا الشرط على الإطلاق ، و إذا ما تم ذلك فإنه يبطل هو ويبطل العقد معه ، حيث تنص المادة 396 من القانون المدني على ما يلي : " يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق إسترداد الشيء المبيع في أجل معين " .

وفي إعتقادنا أن السبب الذي دفع بالمشرع الجزائري لإيجاد مثل هذا النص هو أنه لما رأى الكثير من المتعاقدين يلجؤون الى التحايل على منع الإتفاق على تملك المال المرهون عند عدم الوفاء (1) ، وذلك عن طريق إخفاء الرهن في صورة بيع وفائي ، إذ يتصف الراهن بصفة البائع ، ويتصف الدائن المرتهن بصفة المشتري ، وأما الدين المضمون فيظهر في صورة الثمن .

وفي الحقيقة حسن فعل المشرع الجزائري عندما نص بصراحة تامة على هذا المنع والحظر حتى يكون بمثابة صمام الأمان لنص المادتين 903 و 960 من القانون المدني من جهة أخرى .

---

(1) - حيث كما سبقت الإشارة إليه أن المشرع الجزائري يمنع منعا باتا إقتران عقد الرهن بشرط تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم الوفاء " راجع في ذلك الصفحة 329 وما يليها من هذه الرسالة " .



بحيث عند ما يحاول أصحاب العلاقة التعاقدية إدراج شرط تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم الوفاء في عقد الرهن يجدون بأن المشرع الجزائري قد منع عليهما إدراج مثل هذا الشرط في عقد الرهن وبصراحة تامة في المادتين 903 و960 من القانون المدني .

وعندما يحاولون إخفاء هذا الشرط في عقد الرهن وإستعماله في عقد البيع " وهم في الحقيقة لا يقصدون من وراء ذلك عقد البيع حقيقة ، وإنما يقومون بإخفاء الرهن في صورة البيع الوفائي " ، يجدون بالمقابل نص المادة 396 من القانون المدني تقف لهم بالمرصاد ، بحيث تمنع عليهم ذلك . وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تفتن الى مخاطر هذا البيع الوفائي ، والذي يخفي في حقيقته عقد رهن مقترن بشرط تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم الوفاء ، فقضى ببطان الشرط والعقد معا .

ونخلص من ذلك في الأخير بأن المشرع الجزائري لا يجيز إشتراط الشرط الوفائي في العقد مطلقا ، كما جعل حكمه البطلان المطلق مع بطلان عقد البيع الذي يقترن به .

٤٩٥٦٢٦

ومن خلال كل ما تقدم في هذا المطلب يمكن القول في الأخير بأن القانون الجزائري متفق تماما مع أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص عدم صحة إشتراط الشرط الوفائي ، بحيث لا يجوز أن يقترن عقد البيع بهذا الشرط مطلقا ، وإذا ما تم ذلك فإن مصيره يكون البطلان المطلق وعدم الوفاء به على الإطلاق ، بل ويمتد البطلان الى العقد الذي يقترن به فيبطله من أساسه ، وهذا الحكم جاء لحماية إستقرار المعاملات من جهة ، ولمحاربة أصحاب النوايا السيئة من المتعاقدين من جهة أخرى ، وهذا سواء في القانون الجزائري أم في الشريعة الإسلامية السمحاء .

## الختامة

فمن خلال ما ورد فيما تقدم في هذا البحث ، يمكننا القول بأننا وصلنا الى مبتغانا فيه ، وهو الإحاطة بمفهوم الشرط المقترن بالعقد ، وتبيان ضوابطه وأحكامه ، وإزالة الغموض والإبهام عنه والذين كان يكتنفاته ، وذلك بإخراجه من بين مفهوم واسع ومتشعب لمصطلح الشرط ، ولقد مكنا ذلك من الخروج بالنتائج التالية عنه :

### أولاً: فيما يخص تعريف الشرط المقترن بالعقد

يمكن القول بأننا خرجنا بالتعريف التالي ، والذي مفاده أن الشرط المقترن بالعقد يقصد به ذلك الشرط الذي يدرجه المتعاقدان بمحض إرادتهما الحرة في العقد أثناء إبرامهما له ، فهو شرط مصاحب ومقارن له ليكمل المسبب فيه ، وذلك بتقيدهما بأمر زائد فيه للوصول الى تحقيق بعض المصالح والمنافع المتبادلة .  
وهو التعريف الذي يتماشى حسب إعتقادنا مع أحكام كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري في هذا المجال .

### ثانياً : فيما يخص حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد

استنتجنا أن دائرة التقييد والإباحة تتسع ضيقاً وسعة في الفقه الإسلامي ، وبشكل تدريجي من مذهب الى آخر حسب الترتيب التالي :  
فأكثر المذاهب تضييقاً وتقييداً لحرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد هو المذهب الظاهري ، إذ أن الأصل عنده هو الحظر والتقييد التام ، ثم يليه الشافعية ثم الحنفية ، فبعض الحنابلة الذين يأخذون بنظرية مقتضى العقد ، فالمالكية ، الى أن تتسع

دائرة الإباحة عند جمهور الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، إذ يجعلون الأصل هو حرية الإشتراط حتى يرد النص الشرعي الذي يدل على المنع .

أما في القاتون الجزائري ، فقد إستنتجنا أن الأصل عنده هو الحرية والإطلاق ، بينما يرد الحظر أو التقييد كإستثناء عندما يصطدم الشرط المقترن بالعقد بالنظام العام أو الآداب .

ومن خلال تمحيص أدلة وحجج مختلف المذاهب الإسلامية ، لاحظنا أن القاتون الجزائري يتفق تماما مع المذهب الحنبلي ، والذي يعتبر حسب إعتقادنا هو المذهب الأقرب الى مقاصد الشريعة الإسلامية في هذا المجال إستنادا للعديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة السالف ذكرها .

ومنه يكون القاتون الجزائري و مذهب الحنابلة ، قد قتحا باب الإشتراط في العقود على مصرعيه ، إذ يعطيان للمتعاقدين الحرية التامة في أن يشترطا ما يشاءان من شروط حسبما يتفق وأغراضهما ومصالحهما في أثناء تكوين العقد ، غير أنهما يقيدان تلك الحرية بقيد واحد فقط وهو ألا تكون تلك الشروط غير مشروعة ، وهو في الحقيقة ما يتماشى ومتطلبات العصر ، ومع مصالح البشر .

### ثالثا : فيما يخص سبب إختلاف الفقهاء في حرية إشتراط

#### الشرط المقترن بالعقد

لقد مكنتنا دراسة هذا الإختلاف من معرفة وإستنباط السبب الرئيسي في ذلك ، والذي يعود حسب إعتقادنا الى عدم إتحاد المذاهب المختلفة في الأخذ بالأدلة الشرعية حيث أن كل منهم يأخذ بدليل معين ولا يأخذ بالآخر ، والذي قد يأخذ به مذهب آخر .

وعليه فإن حجر الزاوية في هذا الإختلاف يرجع الى الإختلاف في الأخذ بمصادر الأدلة الشرعية .

حيث وجدنا مثلا ، أن الظاهرية لا يأخذون من الأدلة الشرعية إلا النص والإجماع ، وبالتالي يكون طبقا لهذا المذهب عدم جواز الإشتراط طالما لم يرد بشأن هذا الشرط ذاك دليل يدل على الجواز بالنص أو الإجماع ، وعليه لايجوز إشتراطه حتى ولو دل على جوازه دليل آخر من الأدلة المثبتة للأحكام الشرعية . ولقد وجدنا أن الحنفية يخففون من أصل الحظر والتقييد ، ويطلقون الحرية في الإشتراط في بعض الحالات أخذا بالإستحسان ، كالشرط الملائم للعقد ، والشرط الذي جرى به العرف ، والتي تعتبر من المخففات لأصل الحظر ومقتضى العقد وخروجا عن القياس ، والرأي المبني على الأثر الضعيف ، وبذلك يكونون أكثر إطلاقا من الشافعية الذين لا يأخذون بالإستحسان وبالشروط العرفية ، بحيث يضيّقون من دائرة مقتضى العقد أكثر من الحنفية الذين فسروها تفسيرا دقيقا ومحكما .

كما وجدنا أن البعض من الحنابلة يأخذون بالإضافة الى ذلك بفكرة مقتضى العا والقياس .

أما المالكية فقد وجدناهم يجمعون بين مختلف النصوص ، إلا أن جمهور الحنابلة هم أكثر المبيحين لحرية الإشتراط ، وعلى رأسهم ابن تيمية ، إذ يأخذون بكافة الأدلة الشرعية من جهة ، ويدققون أكثر في مفاهيمها ، تماشيا مع متطلبات العصر وحاجات الناس في مجال المعاملات ، وهو الأمر الذي يتماشى وروح القانون الجزائري كما سلف بيانه .

## رابعاً : فيما يخص الأخذ بمقتضيات العقود

في هذا الصدد وجدنا أن الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ، وجمهور الحنابلة ، يتفقون ويجمعون على الأخذ بمقتضيات العقود وأحكامها ، ومنه إبطال كل شرط يخالف مقتضى العقد الذي يقترن به ، كما وجدنا أن الظاهرية لا يأخذون بنظرية مقتضى العقد على الإطلاق .

بيد أنهم يختلفون من حيث نظرتهم الى مقتضيات العقود ، إذ نجد بأن كل مذهب ينظر إليها من زاويته الخاصة ، والتي تختلف في مضمونها مع نظيرتها في المذهب الآخر ، ونتيجة لذلك وجدنا إختلافهم الواضح في الحكم على نفس الشرط المقترن بالعقد ، بحيث نجد أن البعض يحكم بصحته ، والبعض الآخر يحكم بفساده أو بطلانه ، إذ من يحكم بصحته يرى فيه أنه موافق لمقتضى العقد الذي يقترن به ، أما من يحكم بفساده أو ببطلانه ، فهو يراه على العكس من ذلك تماما .

أما في القانون الجزائري ، فقد استنتجنا أنه يأخذ بمقتضيات العقود ، إذ يعتبر كل شرط لا يوافق مقتضى العقد ، بحيث يناقضه وينافيه ويخالف أحكامه الأساسية شرطا باطلا ، وبذلك يتفق مع الشريعة الإسلامية في الأخذ بمقتضيات العقود .

## خامساً : فيما يخص جواز الشروط التي جرى بها العرف

لقد رأينا في هذا المجال أن الحنفية يجيزون الشروط التي جرى بها العرف بين الناس ، ويقضون بصحتها حتى ولو كانت مخالفة لمقتضى العقد وحكمه .

بينما وجدنا كل من الظاهرية ، والشافعية ، والمالكية ، والبعض من الحنابلة لا يجيزون الشروط التي جرى بها العرف بين الناس .

بينما إستنتجنا أن القانون الجزائري يجيز الشروط العرفية ويأخذ بأحكامها ، وبذلك يتفق مع الحنفية في الأخذ بها .

### سادسا : فيما يخص الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد

من خلال ما سبق التطرق إليه في هذا البحث ، وجدنا أن الظاهرية يعتبرون الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد شروطا باطلة من أساسها ، خاصة وأنهم لا يأخذون بمقتضيات العقود كما سلف ذكره . كما وجدنا كذلك أن الشافعية يبطلونها ، ويتشبهون بمقتضى العقد ، حتى ولو كانت تلك الشروط لا تنافي مقتضاه .

بينما وبالمقابل ، وجدنا أن كل من المالكية ، والحنابلة يحكمون بصحة الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد ، حتى وإن كانت لا توافقه في حد ذاتها . كما أن الحنفية يجيزونها كذلك ، و خير دليل على ذلك هو أخذهم بالشروط العرفية ، و التي هي عبارة عن شروط لا يقتضيها العقد ، غير أنها لا تنافي مقتضاه .

كما إستنتجنا أن القانون الجزائري يتفق مع المجيزين ، بحيث يجيز الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد .

## سابعا: فيما يخص تأثير الشرط الفاسد على العقد

لقد وجدنا في هذا المجال أن كل من الشافعية ، و المالكية و الحنابلة يقرون بتأثر العقد بالشرط الفاسد ، بحيث يؤدي إلى بطلانه عند إقترانه به ، و كذلك نجد نفس الحكم عند الظاهرية ، و منه لا يجوز تصحيح ذلك العقد .

بيد أنه يرتب الحنفية على ذلك فساد العقد لا بطلانه ، و منه يجيزون تصحيح العقد الذي يقترن به ذلك الشرط الفاسد ، و لا يحدث فيه أي تأثير، بحيث يسقط الشرط عنه ، و منه يزول الفساد .

أما بالنسبة للقانون الجزائري فلقد رأينا أن الشرط إما يكون صحيحا وإما باطلا، و هذا الأخير عند إقترانه بالعقد لا يؤثر على العقد بل يبطل وحده و يبقى العقد صحيحا و قائما منتجا لجميع آثاره ، إلا إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، فحينها يبطل كل من الشرط و العقد معا .

## ثامنا: فيما يخص العقود التي تتأثر بالشروط الفاسدة و الباطلة

من خلال دراستنا لمختلف أحكام المذاهب في هذا الشأن ، وجدنا هناك إختلاف شاسع بينهم .

إذ وجدنا أن الحنفية يقومون بعملية التفرقة و التمييز بين العقود ، إذ يقرون بتأثر عقود المعاوضات المالية بمثل هذه الشروط ، في حين لا تتأثر بها عقود المعاوضات غير المالية و عقود التبرع .

غير أننا وجدنا بقية المذاهب الأخرى لا تفرق بين العقود ، إذ تقرر تأثر كل العقود بمثل هذه الشروط ، إلا عقد الزواج الذي له أحكاما خاصة كما سبق توضيحه .

بينما إستنتجنا بالنسبة للقانون الجزائري أنه ليس هناك تفرقة بين العقود ، بحيث أن كل العقود لا تتأثر بالشروط الباطلة ، إذ تبطل هذه الأخيرة وحدها ، إلا إذا كانت هي الباعث الدافع إلى التعاقد فحينئذ تبطل هي و العقد الذي تقترن به معا .

بينما في عقد الزواج فإن الشرط الباطل لا يحدث أثاره فيه بل يبطل وحده فقط و هذا راجع لما لعقد الزواج من قدسية و أحكام خاصة به ، و هو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا .

### **تاسعا : فيما يخص أرجح المذاهب و أقربها للقانون الجزائري**

#### **في حكم الشرط المقترن بالعقد**

في إعتقادنا يعتبر المذهب الحنبلي هو المذهب المرجح أكثر في إستنباط أحكام الشرط المقترن بالعقد ، بحيث أن أحكامه وطريقته في التعامل مع الشروط و العقود كانت أكثر تماشيا مع متطلبات المجتمع و مصالح الناس في معاملاتهم اليومية لتحقيق المصالح و المنافع الإقتصادية ، المالية ، و الإجتماعية ، و غيرها من المصالح ، و هو ما يتماشى كذلك و متطلبات العصر الحديث ، الذي يتطلب مثل هذه المرونة في تقرير الأحكام ، خاصة في مجال حساس كمجال العقود و الشروط ، طالما لا تصطدم مع النصوص الشرعية .

و كذلك لفتح آفاق التطور في باب المعاملات لتحقيق الرقي و الإزدهار في شتى الميادين من خلالها ، و هو عين ما أراد المشرع الجزائري تقريره و مسابته ، لأن



المشرع الجزائري إذا كان قد سكت عن النص على الشرط المقترن بالعقد في القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة فهو لا يعني بأنه لا يأخذ به ، و إنما يرجع ، حسب إعتقادنا ، و حسب ما تم شرحه فيما سبق ، إلى الخلط الذي وقع فيه بين الشرط المقترن بالعقد و بين الشرط كوصف من أوصاف الإلتزام ، و إلا كيف نفسر النص عليه في بعض التقنينات الأخرى كالمادة 19 و 35 من قانون الأسرة .

وأمام هذا الوضع ، و حفاظا على إستقرار المعاملات ، و التي يمكن أن تضطرب في ظل هذا الفراغ التشريعي ، خلصنا الى ضرورة سن هذا الفراغ التشريعي بإقرار الشرط المقترن بالعقد ، و تبين أحكامه و ضوابطه في القانون المدني ، على غرار بعض التشريعات الوضعية الحديثة التي نصت على ذلك صراحة . خاصة بعد ما خلصنا الى نبذ الفكرة العتيقة التي تقول بأن الشرط المقترن بالعقد ، هو من قبيل الشرط الفاسخ ، وبالتالي ضرورة زوالها من أذهاننا بعد أن ظلت عالقة به لأمد طويل ، وأن نعلم بأن الشرط المقترن بالعقد هو أمر مستقل بذاته .

وفي سبيل ذلك نود لو أن المشرع الجزائري يضم النص المقترح التالي الى نصوص القانون المدني ، والذي مفاده ما يلي :

" يجوز أن يقتنر العقد بشرط ، يؤكد مقتضاه ، أو يلائمه ، أو جرى به العرف . كما يجوز أن يقتنر بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ، إذا لم يكن يناقض مقتضى العقد ، أو ممنوعا قانونا ، أو مخالفا للنظام العام أو للآداب ، و إلا بطل الشرط و صح العقد ، ما لم يكن هذا الشرط هو السبب الدافع الى التعاقد ، إذ عندئذ يبطل كل من الشرط و العقد معا " .

وفي الأخير ، نأمل في أن نكون قد وفقنا بهذه الدراسة المتواضعة في إثراء  
قانوننا المدني ، وإبراز ملامح الشرط المقترن بالعقد ، وضرورة النص عليه .

**تم بحون الله وتوفيقه**

# المراجع

## مراجع البحث

أولا : المراجع باللغة العربية :

1 - في الشريعة الإسلامية :

أ - القرآن الكريم والتفسير :

- 1 - القرآن الكريم ، رواية الإمام ورش . القاهرة - مصر : دار المصحف ، 1964 .
- 2 - مختصر تفسير الإمام الطبري . دار الشروق ، 1984 .

ب - كتب الحديث :

- 3 - البخاري ، أبو عبد الله محمد ، صحيح البخاري . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، 1981 .
- 4 - النووي ، أبو زكريا يحيى ، شرح صحيح مسلم . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، 1981 .
- 5 - النيسابوري ، أبي الحسين مسلم ، صحيح مسلم بشرح النووي . بيروت - لبنان : دار الفكر ، 1972 .

- 6 - السبجستاني ، أبو داود سليمان ، سنن أبي داود . بيروت - لبنان : دار الفكر ، بدون سنة .
- 7 - العسقلاني ، إبي حجر ، شرح صحيح البخاري ، الطبعة الثالثة . بيروت - لبنان : دار إحياء التراث العربي ، 1985 .
- 8 - الصنعاني ، محمد ، سبل السلام . بيروت - لبنان : دار الجيل ، بدون سنة .
- 9 - الشوكاتي ، نيل الأوطار شرح منقلى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، بدون سنة .
- 10 - الترميذي ، محمد ، سنن الترميذي ، الطبعة الثانية . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، 1983 .

### ج - فقه المذاهب :

#### 1 - الفقه الحنفي :

- 11 - الزيلعي ، فخر الدين ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق . لبنان : دار المعرفة ، بدون سنة .
- 12 - الكسائي ، علاء الدين ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الثانية . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، 1982 .
- 13 - السمرقندي ، نصر الدين ، خزانة الفقه وعيون المسائل . بغداد - العراق : شركة الطبع والنشر ، 1965 .
- 14 - السرخسي ، شمس الدين ، المبسوط ، الطبعة الثانية . بيروت - لبنان : دار المعرفة للطباعة والنشر ، بدون سنة .
- 15 - العز ، بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ومصالح الأنام ، تحقيق عبد الرؤوف سعد . مطبعة دار الشرق للطباعة ، 1968 .

16 - ابن الهمام ، كمال الدين ، فتح القدير . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، بدون سنة .

17 - ابن عابدين ، محمد أمين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، الطبعة الثانية . مصر ، دار الفكر ، 1966 .

18 - سماوي ، ابن قاضي محمد ، جامع الفصولين ، الطبعة الأولى . القاهرة - مصر : المطبعة الأزهرية ، بدون سنة .

## 2 - الفقه الشافعي :

19 - النووي ، يحيى بن شرف ، المجموع شرح المهذب . مصر : مطبعة الإمام ، بدون سنة .

20 - الرملي ، شمس الدين محمد ، المحتاج الى شرح المنهاج . مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، 1967 .

21 - الشافعي ، محمد ابن إدريس ، الأم ، الطبعة الأولى . مصر : مكتبة الكليات الأزهرية ، 1961 .

22 - الشيرازي ، أبو إسحاق الفيروز آبادي ، المهذب . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، بدون سنة .

23 - الخطيب ، محمد الشربيني ، مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، 1958 .

24 - أبو الفتح ، محمد بن علي ، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام . القاهرة - مصر : مطبعة السنة المحمدية ، بدون سنة .

25 - ابن حجر ، شهاب الدين ، الفتاوى . بيروت - لبنان : دار الفكر ، بدون سنة .

26 - بن حسن ، عبد الله ، زاد المحتاج شرح المنهاج ، تحقيق عبد الله الأنصاري . الطبعة الأولى ، قطر : مطبعة الشؤون الدينية ، 1982 .

### 3 - الفقه المالكي :

27 - الباجي ، أبو الوليد سليمان ، المنتقى شرح الموطأ ، الطبعة الثالثة .

بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، 1983 .

28 - الدسوقي ، محمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على المختصر . بيروت - لبنان :

دار الفكر العربي ، بدون سنة .

29 - الزرقاني ، محمد ، شرح الزرقاني على مختصر خليل . بيروت - لبنان :

دار الفكر ، بدون سنة .

30 - الكافي ، محمد بن يوسف ، أحكام الأحكام على تحفة الحكام ، الطبعة الثالثة .

بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، 1981 .

31 - الصاوي ، أحمد ، بلغة السالك لأقرب المسالك في فقه مالك . بيروت - لبنان :

دار الفكر للطباعة والنشر ، بدون سنة .

32 - الخرشي ، أبو عبد الله محمد ، حاشية الخرشي على مختصر خليل ، الطبعة

الأولى . مصر : المطبعة الخيرية بالجمالية ، بدون سنة .

33 - ابن إسحاق ، خليل ، المختصر . بيروت - لبنان : دار الفكر ، 1981 .

34 - ابن جزي ، محمد ، القوانين الفقهية . الجزائر : دار الكتب ، 1987 .

35 - ابن رشد ، محمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد . بيروت - لبنان : دار الفكر ،

بدون سنة .

36 - ابن رشد ، محمد ، المقدمات الممهדות . مصر : مطبعة دار السعادة ، بدون

سنة .

37 - بن عبد الله ، عبد العزيز ، معلمة الفقه المالكي ، الطبعة الأولى . بيروت -

لبنان : دار الغرب الإسلامي ، 1983 .

38 - مالك ، بن أنس ، المدونة الكبرى . بيروت - لبنان : دار صادر ، بدون سنة .

- 39 - متن موطأ الإمام مالك على رواية يحيى بن يحيى . الجزائر : دار الكتب ، 1985 .
- 40 - عليش محمد ، فتح العلي . لبنان : مطبعة دار المعرفة ، بدون سنة .

#### 4 - الفقه الحنبلي :

- 41 - البهوتي ، منصور بن يونس ، شرح منتهى اليرادات . المملكة العربية السعودية : مطبعة إدارة البحوث والإفتاء ، بدون سنة .
- 42 - البهوتي ، منصور بن يونس ، كشاف القناع على متن الإقناع . بيروت - لبنان : دار الفكر ، 1982 .
- 43 - الجوزية ، ابن القيم شمس الدين ، زاد المعاد . بيروت - لبنان : مطبعة مؤسسة الرسالة ، بدون سنة .
- 44 - الجوزية ، ابن القيم شمس الدين ، إعلام الموقعين . القاهرة - مصر : مكتبة الكليات الأزهرية ، بدون سنة .
- 45 - ابن قدامة ، عبد الله ، المغنى . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، بدون سنة .
- 46 - ابن قدامة ، المقدسي ، الشرح الكبير . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، بدون سنة .
- 47 - ابن تيمية ، تقي الدين ، الفتاوى الكبرى . القاهرة - مصر : مطبعة كردستان العلمية بالجمالية ، بدون سنة .
- 48 - ابن تيمية ، تقي الدين ، مجموع الفتاوى . الرباط - المغرب : مكتبة المعارف ، بدون سنة .
- 49 - ابن تيمية ، تقي الدين ، نظرية العقد ، تحقيق محمد حامد الفقى . مطبعة السنة المحمدية ، 1949 .



## 5 - الفقه الظاهري :

50 - ابن حزم ، محمد ، المحلي . بيروت - لبنان : منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون سنة .

51- ابن حزم ، محمد ، الإحكام في أصول الأحكام . مصر : مطبعة الإمام ، بدون سنة .

## د - الفقه الإسلامي المعاصر :

52 - البوطي ، محمد سعيد رمضان ، محاضرات في الفقه المقارن ، الطبعة الثانية . دمشق - سوريا : دار الفكر ، 1981 .

53 - البكري ، مصطفى ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية . بغداد - العراق : بيت الحكمة ، 1989 .

54 - البخاري ، عبد العزيز أحمد ، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، 1974 .

55 - الزحيلي ، محمد ، أصول الفقه الإسلامي . دمشق - سوريا : المطبعة الجديدة ، 1976 .

56 - الزحيلي ، وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الطبعة الثانية . دمشق - سوريا : دار الفكر ، 1985 .

57 - الزرقاء ، أحمد ، شرح القواعد الفقهية . بيروت - لبنان : دار الغرب الإسلامي ، بدون سنة .

58 - الزرقاء ، أحمد ، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية في البلاد السورية ، الطبعة الثالثة . سوريا : مطبعة الجامعة السورية ، 1952 .

59 - الحطاب ، محمد ، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام ، تحقيق عبد السلام محمد الشريف . بيروت - لبنان : دار الغرب الإسلامي ، 1984 .

- 60 - المحمصاتي ، صبحي ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية . بيروت - لبنان : دار العلم للملايين ، 1972 .
- 61 - المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، موسوعة الفقه الإسلامي . بدون سنة .
- 62 - السنهوري ، عبد الرزاق ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي . بيروت - لبنان : دار الفكر للطباعة والنشر ، بدون سنة .
- 63 - العدوي ، شوكت ، مذكرة نظرية العقد في الشريعة الإسلامية . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، بدون سنة .
- 64 - الشاطبي ، أبي إسحاق ، الموافقات في أصول الشريعة . مصر : مطبعة المكتبة التجارية ، بدون سنة .
- 65 - الخضري ، محمد ، أصول الفقه . سوسة - تونس : منشورات دارالمعارف للطباعة والنشر ، 1989 .
- 66 - أبو الفتح ، أحمد ، كتاب المعاملات ، الطبعة الثانية . مصر : مطبعة النهضة ، 1923 .
- 67 - أبو زهرة ، محمد ، أصول الفقه . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، 1983 .
- 68 - أبو زهرة ، محمد ، إبن حنبل . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، 1947 .
- 69 - أبو زهرة ، محمد ، إبن تيمية ، الطبعة الثانية . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، 1952 .
- 70 - أبو زهرة ، محمد ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، 1977 .
- 71 - أبو سنة ، أحمد ومجموعة من الأساتذة ، مدخل الفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، 1965 .
- 72 - باشا ، محمد قدري ، مرشد الحيران الي معرفة أصول الإنسان في المعاملات الشرعية للإمام النعمان ، الطبعة الثامنة . بدون سنة .
- 73 - بدران أبو العنين بدران ، الشريعة الإسلامية - تاريخها ونظرية الملكية في

- العقود . الإسكندرية - مصر : مؤسسة شباب الجامعة للطباعة ، بدون سنة .
- 74 - بلحاج ، العربي ، المخل لدراسة التشريع الإسلامي . الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1992 .
- 75 - زيدان ، عبد الكريم ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، الطبعة الخامسة . مكتب القدس ، مؤسسة الرسالة ، 1976 .
- 76 - كامل علي ، كوثر ، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى . تونس : دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع ، 1983 .
- 77 - مذكور ، محمد سلام ، المدخل للفقهاء الإسلاميين ، الطبعة الثانية . القاهرة - مصر : دار النهضة العربية ، 1963 .
- 78 - محد ، محمد ، مختصر أصول الفقه . باتنة - الجزائر : دار الشهاب ، 1992 .
- 79 - سابق ، السيد ، فقه السنة ، الطبعة الخامسة . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، 1985 .
- 80 - عيسوي ، أحمد عيسوي ، الفقه الإسلامي - المخل ونظرية العقد . مطبعة دار التأليف ، 1961 .
- 81 - فراج حسين ، أحمد ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية . الدار الجامعية ، بدون سنة .
- 82 - رواس ، محمد ، موسوعة عثمان بن عفان . القاهرة - مصر : مكتبة الخاتجي ، بدون سنة .
- 83 - شلبي ، محمد مصطفى ، المدخل في الفقه الإسلامي - نظرية الملكية و العقد ، الطبعة العاشرة . الدار الجامعية ، 1985 .
- 84 - شعبان ، زكي الدين ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ، الطبعة الأولى . القاهرة - مصر : دار النهضة العربية ، 1968 .
- 85 - ثقيفة ، محمد بن أحمد ، الوجيز في أصول الفقه . الجزائر : الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1992 .

## 2 - في القانون الوضعي :

### أ - الكتب القانونية :

- 86 - البدراوي ، عبد المنعم ، المدخل للعلوم القانونية . بيروت - لبنان : دار النهضة العربية ، 1966 .
- 87 - البدراوي ، عبد المنعم ، الأصول العامة للإلتزام . القاهرة - مصر : مكتبة وهبة ، 1975 .
- 88 - البدراوي ، عبد المنعم ، عقد البيع في القانون المصري ، الطبعة الثانية . القاهرة - مصر : مكتبة وهبة ، 1958 .
- 89 - السباعي ، مصطفى ، شرح قانون الأحوال الشخصية . دمشق - سوريا : مطبعة جامعة دمشق ، 1962 .
- 90 - السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني . بيروت - لبنان : دار إحياء التراث العربي ، 1973 .
- 91 - السعدي ، محمد صبري ، شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للإلتزام ، الطبعة الأولى . عين مليلة - الجزائر : دار الهدى ، 1993 .
- 92 - السعدي ، محمد صبري ، شرح القانون المدني الجزائري - التأمينات العينية والشخصية ، الطبعة الأولى . عين مليلة - الجزائر : دار الهدى ، 1992 .
- 93 - السقا ، محمد ، معالم تاريخ القانون المصري . القاهرة - مصر : مكتبة القاهرة الحديثة ، بدون سنة .
- 94 - العطار ، عبد الناصر توفيق ، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية و القانون المدني . القاهرة - مصر : دار النهضة العربية ، بدون سنة .
- 95 - القاسم ، هشام ، محاضرات في القانون المدني . دمشق - سوريا : المطبعة

- الجديدة ، 1969 .
- 96 - الشرفاوي ، جميل ، أحكام الإلتزام . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، 1977 .
- 97 - الخطيب ، أحمد علي ، والكبيسي ، حمد عبید ، والسامرائي ، محمد عباس ، شرح قانون الأحوال الشخصية . بغداد - العراق ، مطبعة مكتب الطباعة المركزية ، 1990 .
- 98 - الخليفي ، حبيب إبراهيم ، المدخل للعلوم القانونية . الجزائر : الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، 1980 .
- 99 - الخفيف ، علي ، الكفالة . القاهرة - مصر : مطبعة معهد الدراسات العربية ، بدون سنة .
- 100 - الخفيف ، علي ، أحكام الوصية . القاهرة - مصر : مطبعة معهد الدراسات العربية ، بدون سنة .
- 101 - أبو ستيت ، حشمت ، نظرية الإلتزام ، الطبعة الثانية . القاهرة - مصر : دار النهضة العربية ، 1954 .
- 102 - إبراهيم منصور ، إسحاق ، نظريتنا القانون والحق . الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1987 .
- 103 - بلحاج ، العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري . الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1995 .
- 104 - بلحاج ، العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994 .
- 105 - بلحاج ، العربي ، قانون الأسرة - مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا . الجزائر : ديوان المطبوعات الجزائرية ، 1994 .
- 106 - بلعور ، عبد الكريم ، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري . الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 .

- 107 - بن ملحّة ، الغوثي ، القانون القضائي الجزائري . الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1995 .
- 108 - زهدي ، يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، الطبعة الثانية . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، بدون سنة .
- 109 - زكي ، جمال ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام . القاهرة - مصر : دار النهضة العربية ، بدون سنة .
- 110 - حجازي ، عبد الحي ، موجز النظرية العامة للإلتزام . القاهرة - مصر : دار النهضة ، بدون سنة .
- 111 - حجازي ، عبد الحي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية . الكويت ، 1972 .
- 112 - حسنين ، محمد ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثالثة . الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1990 .
- 113 - حسنين ، محمد ، الوجيز في نظرية الإلتزام . الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1983 .
- 114 - حسنين ، محمد ، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي . الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1988 .
- 115 - حسن فرج ، توفيق ، القانون الروماني . القاهرة - مصر مكتبة القاهرة الحديثة ، 1985 .
- 116 - حسن فرج ، توفيق ، أحكام الإلتزام . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، 1978 .
- 117 - حسن فرج ، توفيق ، ويحي مطر ، محمد ، الأصول العامة للقانون . الدار الجامعية ، 1989 .
- 118 - يوسف الحكيم ، جاك ، عقد البيع . دمشق - سوريا : دار الفكر ، 1970 .
- 119 - يحي مطر ، محمد ، أصول القانون . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، بدون سنة .

- 120 - يحيى ، عبد الودود ، دروس فى الإلتزام . القاهرة - مصر : دار النهضة ، بدون سنة .
- 121 - محمد الجمال ، مصطفى ، أحكام الإلتزام . الدار الجامعية ، 1989 .
- 122 - محمد الجمال ، عبد الحميد ، ومحمد الجمال ، مصطفى ، القانون والمعاملات . الدار الجامعية ، 1987 .
- 123 - مرقس ، سليمان ، شرح القانون المدنى - الإلتزامات - ، الجزء الثانى . القاهرة - مصر : المطبعة العالمية ، 1964 .
- 124 - مرقس ، سليمان ، شرح القانون المدنى - العقود المسماة - عقد البيع ، الجزء الثالث ، المجلد الأول . مصر : مطبعة النهضة الجديدة ، 1968 .
- 125 - مرقس ، سليمان ، شرح القانون المدنى - العقود المسماة - عقد الإيجار ، الجزء الثالث ، المجلد الثانى . الطبعة الرابعة ، مؤسسة روز اليوسف ، 1985 .
- 126 - مرقس ، سليمان ، موجز أصول الإلتزام . القاهرة - مصر : دار الهنا للطباعة ، 1961 .
- 127 - مرقس ، سليمان ، المدخل للعلوم القانونية . القاهرة - مصر : دار المعرفة ، بدون سنة .
- 128 - نبيل إبراهيم ، سعد ، التأمينات العينية والشخصية . الإسكندرية - مصر : منشأة المعارف ، 1982 .
- 129 - نعمان ، محمود ، موجز المدخل للعلوم القانونية . القاهرة - مصر : دار النهضة العربية ، 1975 .
- 130 - سوار ، وحيد الدين ، شرح القانون المدنى . دمشق - سوريا : مطبعة ألف باء - الأديب ، 1969 .
- 131 - سلامة ، أحمد ، المدخل لدراسة القانون . القاهرة - مصر : دار المعرفة ، 1974 .

- 132 - سلطان ، أنور ، عقد البيع . مصر : مطبعة دار المعارف ، 1966 .
- 133 - سلطان ، أنور ، أحكام الإلتزام . بيروت - لبنان : دار الكتاب العربي ، 1957 .
- 134 - سعد ، عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثانية . قسنطينة - الجزائر : دار البعث والنشر ، 1989 .
- 135 - عبد الباقي ، عبد الفتاح ، دروس أحكام الإلتزام . القاهرة - مصر : مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، 1992 .
- 136 - علي علي ، سليمان ، مصادر الإلتزام . الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994 .
- 137 - عمران ، السيد ، ونبيل إبراهيم ، سعد ، ويحي مطر ، محمد ، الأصول العامة للقانون . الدار الجامعية ، 1991 .
- 138 - عمران ، محمد ، الأصول العامة للقانون . القاهرة - مصر : دار النهضة العربية ، بدون سنة .
- 139 - فرج الصدى ، عبد المنعم ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية . بيروت - لبنان : دار النهضة العربية ، 1974 .
- 140 - فرج الصدى ، عبد المنعم ، المعاملات المالية بين الشريعة الإسلامية والقانون . بيروت - لبنان : دار الفكر العربي ، بدون سنة .
- 141 - فضيل ، سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري . الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1985 .
- 142 - قدارة ، خليل أحمد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري . الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1990 .
- 143 - قدارة ، خليل أحمد ، عقد البيع . الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994 .
- 144 - شحاته ، شفيق ، تاريخ القانون الخاص في مصر . القاهرة - مصر : مكتبة القاهرة الحديثة ، 1950 .



145 - غاتم ، إسماعيل ، مصادر الإلتزام . القاهرة - مصر : دار النهضة العربية ،  
1968 .

146 - غاتم ، إسماعيل ، أحكام الإلتزام . القاهرة - مصر : دار النهضة العربية ،  
1968 .

### ب - التشريعات :

147 - القانون المدني . الصادر بالأمر رقم 75 / 58 والمؤرخ في 26

سبتمبر 1975 م . الجزائر : الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1991 .

148 - قانون تأسيس السجل العقاري . الصادر بالأمر رقم 75 / 74 والمؤرخ في

12 نوفمبر 1975 م ، الجريدة الرسمية رقم 72 السنة 1975 .

149 - قانون الأسرة . الصادر بالأمر رقم 84 / 11 والمؤرخ في 09 جويلية 1984 ،

الجزائر : مطبعة المركز الوطني لوثائق الصحافة والإعلام ، 1989 .

150 - قانون حماية المستهلك . الصادر بالأمر رقم 89 / 02 والمؤرخ في 07

فيفري 1989 ، الجريدة الرسمية رقم 6 السنة 1989 .

151 - قانون رقم 91 / 04 ، المؤرخ في 08 جاتفي 1991 ، المتضمن تنظيم مهنة

المحاماة ، الجريدة الرسمية ، رقم 28 العدد 2 .

152 - القانون المدني الكويتي . الصادر بتاريخ 1961 .

153 - القانون المدني العراقي . الصادر بالقانون رقم 40 لسنة 1951 .

### ج - الرسائل :

154 - الجليلي ، عبد الله ، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب .

القاهرة - مصر : المطبعة العالمية ، 1958 . « رسالة دكتوراه » .

155 - باروني ، محمد ، الشروط الجعلية في عقود المعاملات الشرعية . 1987 .

« رسالة ماجستير » .

156 - شتا أبو سعد ، محمد ، الشرط كوصف للتراضي . القاهرة - مصر : دار الهنا

للطباعة ، 1980 . « رسالة دكتوراه » .

#### د - المجلات :

157 - المجلة القضائية . الجزائر ، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة

العليا ، العدد الأول ، 1989 .

158 - المجلة القضائية . الجزائر ، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة

العليا ، العدد الرابع ، 1989 .

159 - المجلة القضائية . الجزائر ، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة

العليا ، العدد الثاني ، 1991 .

160 - المجلة القضائية . الجزائر ، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة

العليا ، العدد الثالث ، 1992 .

161 - مجلة القانون والإقتصاد . السنة الرابعة ، العدد 6 ، 1934 .

162 - مجلة القانون و الإقتصاد . السنة الخامسة والعشرون ، العدد 3 و 4 .

163 - نشرة القضاء . الجزائر ، تصدر عن مديرية التشريع - وزارة العدل ، العدد

الثاني ، 1972 .

164 - الموسوعة المغربية في التشريع والقضاء . إصدار الدار المغربية للموسوعا

المجلد الثاني .

165 - المجلة للفقهاء والقضاء . الدار البيضاء - المغرب : مطبعة النجاح الجديدة ،

1984 .

## و - المحاضرات والدروس :

- 166 - الصابوني ، عبد الرحمان ، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي . جامعة حلب - كلية الحقوق ، سوريا : مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، 1965 .
- 167 - أبو السعود ، رمضان ، دروس في عقد البيع في القانون المدني المصري واللبناني . أقيمت على طلبية السنة الثانية ليسانس ، جامعة بيروت العربية وجامعة الإسكندرية ، الدار الجامعية .
- 168 - بن ملحمة ، الغوثي ، محاضرات في النظام العام . أقيمت على طلبية الماجستير فرع العقود والمسؤولية ، بجامعة الجزائر ، معهد الحقوق ، 1992 .
- 169 - بن ملحمة ، الغوثي ، محاضرات في عقد الزواج . أقيمت على طلبية الماجستير ، فرع العقود والمسؤولية ، بجامعة الجزائر ، معهد الحقوق ، 1991 .

## 3 - اللغة و المعاجم :

- 170 - المنجد الإعدادي ، الطبعة الثانية . بيروت - لبنان : دار المشرق ، 1977 .
- 171 - الشتتاوي ، أحمد ، وجوريش ، إبراهيم زكي ، دائرة المعارف الإسلامية . بيروت - لبنان : مطبعة دار المعرفة .
- 172 - ابن منصور ، أبي الفضل ، لسان العرب . بيروت - لبنان : دار صادر ، بدون سنة .
- 173 - منجد الطلاب ، الطبعة الجديدة . بيروت - لبنان : المطبعة الكاثوليكية ، 1960 .

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

- 174 - **Bartin : Theorie des conditions impossibles ; illicites ou contraire aux moeurs .**
- 175 - **Capitant , de la cause des obligations , Paris , 1932 .**
- 176 - **Colin et Capitant : traité de droit civil , deuxième tome, les obligations refondu par Julliot de la Morandière , Paris , 1959 .**
- 177 - **Colin et Capitant : coures élémentaire de droit civil français , quatrième édition , Paris , 1924 .**
- 178 - **Huc .T : commentaire théorique et pratique du droit civil , 1894 .**
- 179 - **Josserand ; les mobiles dans les actes juridiques en droit privé , Paris , 1928 .**
- 180 - **Marty et Raynaud : Droit civil , deuxième tome , volume 1 , les obligations , Paris , 1962 .**
- 181 - **Lacantinerie et L . Barde : Traité théorique et pratique de droit civil , 2<sup>o</sup> édition .**
- 182 - **Lepelletier : Des conditions impossibles , illicites ou contraire aux moeurs , thèse , Paris , 1889 .**

**183 - Paul Frédéric Girard : Manuel élémentaire de droit  
Romain , sixième édition , Paris , 1918 .**

**184 - Saiget : Le contrat immoral , Paris , 1939 .**

# الفهرس

# الفهرس

الصفحة	الموضوع
1	المقدمة
11	- الفصل التمهيدي : مفهوم الشرط عامة
11	- تمهيد
13	- المبحث الأول : تعريف الشرط
13	- المطلب الأول : تعريف الشرط لغة
16	- المطلب الثاني : تعريف الشرط في إصطلاح الفقه الإسلامي
19	- المطلب الثالث : تعريف الشرط في إصطلاح القانون الوضعي
22	- المبحث الثاني : تمييز الشرط عن بعض المصطلحات
23	- المطلب الأول : تمييز الشرط عن الركن
23	- أولا : ماهية الركن
23	أ - تعريف الركن لغة
24	ب - تعريف الركن إصطلاحا
24	- ثانيا : الفرق بين الشرط و الركن
30	- المطلب الثاني : تمييز الشرط عن السبب
30	- أولا : ماهية السبب
30	أ - تعريف السبب لغة
31	ب - تعريف السبب إصطلاحا
32	- ثانيا : الفرق بين الشرط والسبب
33	خلاصة
35	- المبحث الثالث : أنواع الشرط
35	- المطلب الأول : أنواع الشرط من حيث المصدر
36	- أولا : الشرط الشرعي أو القانوني
39	- ثانيا : الشرط الإرادي أو الجعلي

الصفحة	الموضوع
40	- ثالثا : الشرط العرفي
41	أ - تعريف الشرط العرفي
42	ب - أنواع العرف
43	ج - شروط الشرط العرفي
44	- المطلب الثاني : أنواع الشرط من حيث وظيفته
44	- أولا : شرط التعليق
49	- ثانيا : شرط الإضافة
52	- ثالثا : شرط التقييد
54	خلاصة
55	- المطلب الثالث : أنواع الشرط من حيث ارتباطه بالسبب أو المسبب
56	- أولا : الشرط المكمل للسبب
57	أ - حالة كون الشرط المكمل للسبب مصدره الشرع أو القانون
59	ب - حالة كون الشرط المكمل للسبب مصدره إرادي أو جعلي
59	- ثانيا : الشرط المكمل للمسبب
60	أ - الشرط المكمل للمسبب والذي مصدره الشرع أو القانون
63	ب - الشرط المكمل للمسبب والذي مصدره إرادي أو جعلي
63	- المطلب الرابع : أنواع الشرط من حيث موضعه من العقد
64	- أولا : الشرط المتقدم
71	- ثانيا : الشرط المتأخر
73	- ثالثا : الشرط المقترن
73	خلاصة
76	- الباب الأول : إقتران الشرط بالعقد في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري
76	- تمهيد
80	- الفصل الأول : مفهوم الشرط المقترن بالعقد ومدى حرية الإرادة في اشتراطه
80	تمهيد
82	- المبحث الأول : تعريف الشرط المقترن بالعقد وتمييزه عما يشابهه من الشروط الأخرى
82	- المطلب الأول : تعريف الشرط المقترن بالعقد
88	- المطلب الثاني : تمييز الشرط المقترن بالعقد عما يشابهه من الشروط الأخرى
88	- أولا : التمييز بين الشرط المقترن بالعقد والشرط الفاسخ
94	- ثانيا : التمييز بين الشرط المقترن بالعقد وشرط الغرر
94	- ثالثا : التمييز بين الشرط المقترن بالعقد وشرط الصفة
99	- المبحث الثاني : آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد



الصفحة	الموضوع
99	مهيد
102	المطلب الأول: الرأي الأول: حظر اشتراط الشروط إلا ما ورد الشرع بإجازته
102	- أولا: مضمون هذا الرأي
104	- ثانيا: أدلة هذا الرأي
104	أ - من الكتاب
107	ب - من السنة
115	ج - من الأدلة العقلية
119	- ثالثا: تقدير هذا الرأي
121	المطلب الثاني: الرأي الثاني: الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه نص أو قياس
122	- أولا: مضمون هذا الرأي
125	- ثانيا: أدلة هذا الرأي
125	أ - من الكتاب
130	ب - من السنة
135	ج - من الأثر
137	د - من الأدلة العقلية
139	- ثالثا: تقدير هذا الرأي
141	المطلب الثالث: الرأي الثالث: الأصل في الشروط الحظر و التحريم إلا ما ورد الشرع بإجازته أو أنه كان موافقا للقواعد العامة للشريعة أو ما يقتضيه العقد أو جرى به العرف .
141	- أولا: مضمون هذا الرأي
144	- ثانيا: أدلة هذا الرأي
148	- ثالثا: تقدير هذا الرأي
150	خلاصة
154	المبحث الثالث: موقف المشرع الجزائري من حرية الإرادة في اشتراط الشرط المقترن بالعقد
155	المطلب الأول: إطلاق حرية الإشتراط كأصل عام
158	المطلب الثاني: تقييد حرية الإشتراط كاستثناء
160	خلاصة
161	الفصل الثاني: ضابط الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري
161	مهيد
162	المبحث الأول: معيار التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة في الشريعة الإسلامية
162	المطلب الأول: النص الشرعي
164	المطلب الثاني: الإجماع والقياس
166	المبحث الثاني: معيار التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة في القانون الجزائري

الصفحة	الموضوع
167	- المطلب الأول : النظام العام
168	- أولا : تعريف النظام العام
171	- ثانيا : مصدر النظام العام
171	أ - القانون
173	ب - القضاء
175	- ثالثا : تطبيقات على الشروط المخالفة للنظام العام في القانون الجزائري
177	- المطلب الثاني : الآداب
177	- أولا : تعريف الآداب
180	- ثانيا : ماهية الشرط المخالف للآداب
183	- ثالثا : تطبيقات على بعض الشروط المخالفة للآداب في القانون الجزائري
185	- الباب لثاني : حكم الشرط المقترن بالعقد في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري
185	- تمهيد
186	- الفصل الأول : حكم الشرط المقترن بالعقد في الشريعة الإسلامية
186	- تمهيد
187	- المبحث الأول : حكم الشرط المقترن بالعقد في المذهب الظاهري
187	- المطلب الأول : الشروط الصحيحة
190	- المطلب الثاني : الشروط الباطلة
190	- أولا : المقصود بالشروط الباطلة
191	- ثانيا : حكم الشروط الباطلة وأثرها على العقد
193	- المبحث الثاني : حكم الشرط المقترن بالعقد في المذهب الحنفي
193	- المطلب الأول : الشروط الصحيحة وحكمها
194	- أولا : حكم الشروط التي يقتضيها العقد
195	- ثانيا : حكم الشروط الملائمة للعقد
198	- ثالثا : حكم الشروط التي ورد بها أثر من الشارع وإن كان لا يقتضيها العقد ولا يلائمها
201	أ - رابعا : حكم الشروط التي جرى بها العرف
205	- المطلب الثاني : الشروط الفاسدة
205	- أولا : المقصود بالشروط الفاسدة
209	- ثانيا : حكم الشروط الفاسدة وأثرها على العقد
210	أ - العقود التي تفسد بالشروط الفاسدة
211	ب - العقود التي لا تفسد بالشروط الفاسدة

الصفحة	الموضوع
214	- المطلب الثالث : الشروط الباطلة
215	- أولا : المقصود بالشروط الباطلة
215	- ثانيا : حكم الشروط الباطلة ومدى تأثيرها على العقد
220	- ثالثا : الفرق بين حكم الشرط الفاسد و حكم الشرط الباطل
220	أ - الفرق من حيث طبيعة الشرط
221	ب - الفرق من حيث الأثر المترتب على الشرط
222	- خلاصة
223	- المبحث الثالث : حكم الشرط المقترن بالعقد في المذهب الشافعي
223	- المطلب الأول : الشروط الصحيحة
224	- أولا : حكم الشروط التي يقتضيها العقد
225	- ثانيا : حكم الشروط التي لا يقتضيها العقد ولكن فيها منفعة تعود على المتعاقدين أو على العقد نفسه
229	- المطلب الثاني : الشروط الفاسدة
229	- أولا : المقصود بالشروط الفاسدة
230	- ثانيا : حكم الشروط الفاسدة وأثرها على العقد
231	- المطلب الثالث : الشروط الباطلة
231	- أولا : المقصود بالشروط الباطلة
232	- ثانيا : حكم الشروط الباطلة وأثرها على العقد
234	- المبحث الرابع : حكم الشرط المقترن بالعقد في المذهب المالكي
234	- المطلب الأول : الشروط الصحيحة
234	- أولا : حكم الشروط التي يقتضيها العقد
236	- ثانيا : حكم الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد وحكمه وتكون من مصلحته
237	- ثالثا : حكم الشروط التي لا تنافض مقتضى العقد
241	- المطلب الثاني : الشروط الفاسدة
241	- أولا : المقصود بالشروط الفاسدة
242	- ثانيا : حكم الشروط الفاسدة وأثرها على العقد
244	- المطلب الثالث : الشروط الباطلة
244	- أولا : المقصود بالشروط الباطلة
246	- ثانيا : حكم الشروط الباطلة وأثرها على العقد
250	- المبحث الخامس : حكم الشرط المقترن بالعقد في المذهب الحنبلي
250	- المطلب الأول : الشروط الصحيحة
251	- أولا : حكم الشروط التي يقتضيها العقد
252	- ثانيا : حكم الشروط التي لا يقتضيها العقد ولكن فيها منفعة تعود على العقد أو على المتعاقدين

الصفحة	الموضوع
253	- ثالثاً : حكم الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد
255	- المطلب الثاني : الشروط الفاسدة
256	- أ و لا : المقصود بالشروط الفاسدة
256	- ثانياً : حكم الشروط الفاسدة ومدى تأثيرها على العقد
258	- المطلب الثالث : الشروط الباطلة
258	- أ و لا : المقصود بالشروط الباطلة
259	- ثانياً : حكم الشروط الباطلة وأثرها على العقد
261	- المطلب الرابع : حكم الشرط المقترن بالعقد عند ابن تيمية
261	- أ و لا : الشروط الصحيحة
263	- ثانياً : الشروط الباطلة
264	أ - الشروط التي تنافي المقصود من العقد
265	ب - الشروط التي تناقض الشرع فتحل الحرام
268	خلاصة
273	مفصل الثاني : حكم الشرط المقترن بالعقد في القانون الجزائري
273	مهيّد
274	مبحث الأول : الشروط الصحيحة
274	- المطلب الأول : حكم الشروط التي يقتضيها العقد
276	- المطلب الثاني : حكم الشروط الملائمة للعقد
278	- المطلب الثالث : حكم الشروط التي لا تناقض مقتضى العقد
280	- المطلب الرابع : حكم الشروط التي جرى بها العرف
283	مبحث الثاني : الشروط الباطلة
283	- المطلب الأول : المقصود بالشروط الباطلة
285	- المطلب الثاني : حكم الشروط الباطلة ومدى تأثيرها على العقد
286	- أ و لا : الشروط التي تبطل ويبطل العقد معها
291	- ثانياً : الشروط التي تبطل ولا يبطل العقد معها
292	- ثالثاً : العقود التي تبطل بالشروط الباطلة
298	مبحث الثالث : مدى إمكانية مراقبة صحة الشرط المقترن بالعقد
299	المطلب الأول : مدى مسؤولية الموثق في مراقبة صحة الشروط عند إبرام العقود
301	المطلب الثاني : مدى سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشرط المقترن بالعقد
307	مبحث الرابع : تطبيقات مشتركة لبعض الشروط المقترنة بالعقود في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية
308	- المطلب الأول : الشرط المانع من التصرف
309	: حكم الشرط المانع من التصرف في الشريعة الإسلامية

الصفحة	الموضوع
309	أ - حكم الشرط المانع من التصرف عند الظاهرية
310	ب - حكم الشرط المانع من التصرف عند الحنفية
311	ج - حكم الشرط المانع من التصرف عند الشافعية
312	د - حكم الشرط المانع من التصرف عند المالكية
313	هـ - حكم الشرط المانع من التصرف عند الحنابلة
315	- ثانيا : حكم الشرط المانع من التصرف في القانون الجزائري
320	- المطلب الثاني : الشرط الجزائي
321	- أولا : حكم الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية
323	- ثانيا : حكم الشرط الجزائي في القانون الجزائري
327	- المطلب الثالث : شرط الطريق الممهد و شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء
328	- أ ولا : حكم شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء في الشريعة الإسلامية
329	- ثانيا : حكم شرط الطريق الممهد و شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء في القانون الجزائري
332	- المطلب الرابع : الشرط الوفائي
333	- أ ولا : حكم الشرط الوفائي في الشريعة الإسلامية
334	أ - حكم الشرط الوفائي عند الظاهرية
334	ب - حكم الشرط الوفائي عند الحنفية
336	ج - حكم الشرط الوفائي عند الشافعية
338	د - حكم الشرط الوفائي عند المالكية
339	هـ - حكم الشرط الوفائي عند الحنابلة
341	- ثانيا : حكم الشرط الوفائي في القانون الجزائري
343	- الخاتمة
352	- المراجع
370	- الفهرس