اقتران العقد بشرط تقييدي في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية في المملكة الأردنية الهاشمية

اعداد
د. عبد الناصر بن موسى أبو البصل
كلية الشريعة - جامعة اليرموك

ملخص

يتناول هذا البحث مسألة اقتران العقد بشرط يوجب التزاماً على أحد طرفيه أو كليهما، هذا الالتزام هو التزام اضافي لا يوجبه العقد أصلاً وإنما فرضته ارادة المتعاقدين. وقد كان مجال البحث في هذه المسألة مركزاً في جانبين من جوانب التعامل الجاري في المجتمع أولهما: - المعاملات المالية وثانيهما: الأحوال الشخصية.

وقد ظهر بنتيجة البحث أن القانون المدني الاردني وقانون الأحوال الشخصية قد انتهجا نهجاً تشريعياً موفقاً في استمداد أحكام هذه المسألة من مجموع المذاهب الفقهية الاسلامية وخاصة المذهب الحنبلي ممثلاً بآراء الامام ابن تيمية.

إلا أنّ صياغة المواد القانونية المتعلقة ببحث المسألة التي نحن بصددها سواء في القانون المدني أو في قانون الأحوال الشخصية تحتاج إلى اعادة نظر، حيث اتسم بعضها بالزيادة، وبعضها بالتكرار، ومن الممكن الغاء بعضها أو تعديله ليتخلص من هذه العيوب الفنية.

Abstract

This study investigates the issue of including a condition in the contract which imposes a commitment on one or two parts of the contract. This commitment is additional because the contract does not impose it primerily but the will of the contractors. Therefore, the study has concentrated on two tracks of dealings amonypeaple, the financial and the personal affairs.

The study revealed that the Jordanian Civil Law and the personal affairs law have adopted a reconciliatory way of concluding the rules governing this issue of Islamic religion schools, especially, that of Ibin Hanbal represented by Al Imam Ibin Taimiah. However, the wording of this legal matter - both in the civil law and personal affairs needs a reassessment. This because some of them have many additions and others are repetitive. It is viewed that some of these issues may be modified or even abolished in order to avoid such technical flaws.

مقدمه

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين وبعد،

فهذا البحث يتعلق بمسألة لها أهميتها في نطاق التعامل التجاري الحديث، والتعامل الاجتماعي المعاصر؛ ألا وهي مسألة حرية الانسان في اشتراط التزامات زائدة عن الاصل الذي توجبه العقود لمصلحة ما يراعيها المشترط.

وقد قصرت بحثي على القانون المدني الاردني وقانون الاحوال الشخصية، وهما القانونان اللذان، يحتلان قمة الهرم من حيث الأهمية في مجالي المعاملات والنظام الأسري.

فتوسيع نطاق المعاملات وتنشيطها منوط بمدى حرية المتعاقد في الاشتراط وهذه مسألة تنبه لها واضعو مجلة الاحكام العدلية لما رأوا أن رأي المذهب الحنفي يقف حاجزاً دون كثير من المعاملات التجارية الدولية مما جعلهم يتجهون لغيره من المذاهب التي فيها الحلول الميسرة وفي الوقت نفسه ادلتها قوية.

وكذلك الأمر في النظام الأسري، حرية الاشتراط تؤدي إلى أن لا يدخل الرجل أو المرأة إلى حياة لا يريدها، أو يخشى من تغيرها، فيشترط مقدماً ما يحقق له الاطمئنان والسعادة، فالمرأة التي لا تحب أن تخرج من بلدها إلى بلاد بعيدة، أو تخشى أن يتزوج عليها زوجها مثلاً، تستطيع أن تشترط ما يجعلها في أمان من ذلك، وإذا حدث ما يعكر صفو حياتها فإنها تجد لنفسها مخرجاً؛ هو أنها لا تجبر على ما تكره أولاً، ولها أن تطالب بفسخ العقد ثانياً. وهذه المسائل نصت عليها الشريعة الغراء وأجادت، ومنها نقل القانونان المدني والأحوال الشخصية على تفصيل معين يتبين خلال البحث إن شاء الله.
وقد قسمت بحثي إلى تمهيد ومطلبين على النحو الآتي:

التمهيد: في التعريف بمفردات البحث.

المطلب الأول: القانون المدني والشرط المقترن بالعقد وفيه تمهيد وفرعان:

الفرع الأول: مذهب الحنفية في الشروط.

الفرع الثاني: مدى أخذ القانون المدني من المذهب الحنفي.

المطلب الثاني: الشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الاحوال الشخصية.

ثم الخاتمة.

التمهيد

التعريف بمفردات البحث

اولاً: التعريف بالعقد في اللغة والإصطلاح

١- العقد في اللغة:

تطلق كلمة العقد ويراد بها عدة معانٍ تدور معظمها حول: الشدِّ، والربط؛ يقال: عقدت الحبلَ عقداً فهو معقود، والعقد نقيض الحل، وعقد كل شيء ابرامه، وعقد العهد واليمين أكدهما.[١]

٢- العقد في الإصطلاح:

عرفت المادة ٨٧ من القانون المدني الأردني العقد بقولها «العقد: هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر».

وهذا التعريف مستقى من الفقه الاسلامي بوجه عام ومن المذهب الحنفي بوجه خاص[٢]، وعلى الرغم من أن التعريف جامع مانع إلا أن فيه بعض العبارات الزائدة التي يمكن الاستغناء عنها، ومن ذلك اضافة قيد «توافقهما» -أي توافق الايجاب والقبول- الواردة في التعريف؛ فهذا القيد لا داعي له لأن عبارة «ارتباط الايجاب بالقبول «تغني عن ايراده ولا يمكن أن يرتبط الابجاب بالقبول إلا إذا توافقا. ومن ذلك أيضاً العبارة الواردة في ذيل المادة التي نحن بصددها والتي جاء فيها «ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب

---

(١) انظر: ابن منظور: جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ج٣ ص٣٩٦. الفيومي: أحمد بن محمد المقري، المصباح المنير ج٢ ص٤٢١. النووي: محي الدين يحيى بن شرف، تهذيب الأسماء واللغات، ج٤ ص٢٧.

(٢) انظر في هذا الموضوع: ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ج٢ ص٣١٤. الجرجاني: علي بن محمد الشريف، التعريفات ص٥٨. القونوي: قاسم بن عبد الله، أنيس الفقهاء، ص٢٠٣. انظر كذلك المادتين ١٠٣-١٠٤ من مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

عليه للآخر» فهذه ايضاً يغني عنها القول بترتب أثر العقد عند ارتباط الايجاب بالقبول فإضافة هذا القيد تحصيل للحاصل فلا داعي له.

ومما يؤيد ما ذهبنا إليه أنّ مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد والذي اتخذ من القانون المدني الأردني اساساً له- قد استبعد في تعريفه للعقد هاتين العبارتين المشار إليهما آنفاً فقال: في المادة ١٤٦ منه معرّفاً للعقد بأنه «ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه بينهما». وهذا التعريف مأخوذ بالنص من المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران.(١)

وبالاضافة الى ما سبق ذكره يمكننا اعتماد التعريف الذي ارتضاه كثير من المحدثين وهو قولهم: «العقد هو ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله(٢)، وهذا التعريف يجمع ما تضمنه التعريف السابق كما أنه يتميز بالاختصار والشمول.

التعريف بالشرط في اللغة والاصطلاح:

الشرط في اللغة:

الشرط في اللغة العلامة ومنه قوله تعالى«فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها»(٣) أي علاماتها، وهي مأخوذة من الشرط بفتح الشين والراء يقال:

شرط الحاجم شرطاً والواحدة شرطة، وشرطت عليه شرطاً واشترطت عليه وجمع الشرط شروط، والشريطة بمعنى الشرط ايضاً.(٤)

(١) انظر: محمد قدري باشا: مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ص٧٢.

(٢) انظر: الزرقاء: مصطفى احمد، شرح القانون المدني السوري، ج١ ص٩٧. شلبي: محمد مصطفى: المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي، ص٤١٥. الصابوني: عبد الرحمن محمود، المدخل لدراسة الشريعة، ج٢ ص٤٩١.

(٣) آية ١٨ من سورة محمد.

(٤) ابن منظور: لسان العرب ٣٢٩/٧، الفيومي: المصباح المنير ٣٠٩/١، السمرقندي: ميزان الأصول ٦١٦.

الشرط في الاصطلاح:

للشرط في الاصطلاح عدة معان نذكر أهمها فيما يأتي:

الأول[1] : «ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. وهذا المعنى هو المعروف عند علماء الأصول، ومثال هذا الشرط: التراضي لصحة العقد، والطهارة لصحة الصلاة، ويسمى الشرط الشرعي.

الثاني : الشرط اللغوي[2] «التعليق» كقول البائع: بعتك سيارتي اذا قدم ولدي من السفر. ويسمى ايضاً هذا النوع من الشروط بالشروط الجعلية أي التي مصدرها المكلف نفسه، وهذه عادة تتضمن شرطاً وجزاءً.

الثالث: الشرط التقييدي أو «الشرط المقترن بالعقد» وهو المقصود بهذا البحث.

وفي هذا المعنى يقصد بالشرط المقترن بالعقد. «اقتران العقد بالتزام أحد طرفيه بأمر زائد عن أصل التصرف وغير موجود وقت التعاقد»[3] أو هو التزامات اضافية منجزة علاوة على أصل مقتضى العقد يلتزم بها العاقد في ضمن عقده بإرادته.[4]

ففي حالة العقد المقترن بشرط العقد ينعقد ويرتب أثره؛ إلا أنّ الشرط يكون أمراً زائداً عن أصل ذلك العقد.

ويختلف العقد المقترن بشرط عن العقد المعلق على شرط، بأن الأول منعقد، أما الثاني وهو المعلق، فلم ينعقد بعد حتى يقع الشرط.

ومن تعريف الشرط المقترن بالعقد يتبين أنه يشترط لاعتبار الشرط مقترنا بالعقد أن يشترط عند تكوين العقد وفي صلبه.[5]

---

(١) ابن قدامه: روضة الناظر ٣١، التفتازاني: التلويح على التوضيح ١٤٥/١، الجرجاني: التعريفات ١٣١.

(٢) الفتوحي: شرح الكوكب المنير ١٤١-١٤٥.

(٣) انظر: الشاذلي: نظرية الشرط ٥١، القرة داغي: مبدأ الرضا ١١٦٥/٢، ابراهيم: مذكرة مبتدأة في بيان الالتزمات ص ٢٠٨.

(٤) الزرقاء: شرح القانون المدني ٢٠٢/٢.

(٥) البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج٣ ص٣٩.

فالشرط السابق على العقد واللاحق له لا يصدق عليهما اطلاق الشرط المقترن بالعقد. وذلك لأن التراضي يجب أن يكون منصباً على العقد والشرط معاً.

وهذا الشرط المقترن بالعقد، في حقيقته أمر زائد على أصل التصرف لأنه لو كان من أصل التصرف ومن مقتضياته لما كان في اشتراطه أي مصلحة زائدة يبتغيها المشترط. كالشرط الذي يقتضيه العقد.

وهذا الشرط - أخيراً - أمر مستقبل ليس موجوداً وقت التعاقد والا أصبح الشرط كشرط صفة معينة في المعقود عليه، كشرط أن يكون العصفور مغردا، وان تكون الزوجة بكرا أو أن يكون الزوج يحمل شهادة في الطب مثلاً وغير ذلك.

المطلب الأول

القانون المدني والشرط المقترن بالعقد

نظم القانون المدني الأردني أحكام الشروط المقترنة بالعقد في المادة ١٦٤ منه والتي جاء فيها:

١ - يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة.

٢ - كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب والإلغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً.

ولفهم احكام هذه المادة لابد من الرجوع إلى الأصل الذي أخذت منه، وترشدنا المذكرة الإيضاحية إلى هذه المسألة فتقول:

«وبالمذهب الحنفي أخذ في الفقرة الأولى من هذه المادة ١٦٤.

وفي الفقرة الثانية من المادة نص على جواز الشرط الذي فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب، وفي هذه الحالة أي اذا منعه

الشارع أو خالف النظام العام أو الآداب يلغو الشرط ويصبح العقد أخذاً برأي ابن ابي ليلى وبرأي الحنفية في المعاوضات المالية. أما ما ورد في عجز الفقرة الثانية فقد اعتمد فيه على ما ورد في المادتين ٢و٣ من المجلة وشرحهما لعلي حيدر... »[١]

وبناءً على ذلك لابد أن نبحث احكام الشروط في المذهب الحنفي لنرى مدى المطابقة بين ما ذكرته المذكرة الايضاحية وبين المذهب ولتتضح احكام المادة ثم ننظر من أي المذاهب الأخرى استقيت باقي الاحكام.

الفرع الأول

«مذهب الحنفية في الشروط المقترنة بالعقد»

ذهب الحنفية الى تقسيم الشروط الى ثلاثة أقسام، صحيح، وفاسد، وباطل على النحو التالي:-

الشرط الصحيح:-

الصحيح: خلاف السقيم، ويقال للصحيح الحق وهو خلاف الباطل، يقال صح العقد اذا ترتب أثره.[٢]

والصحيح في عرف الشرع، في العبادات والمعاملات هو ما اجتمع اركانه وشرائطه حتى يكون معتبرا في حق الحكم.[٣]

والشروط الصحيحة هي الشروط التي يجوز اقتران العقد بها فيترتب أثرها عند وقوع الشرط.

---

(١) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني ١٦٣/١.

(٢) ابن منظور: لسان العرب، م٢، ص٥٠٧، الفيومي: المصباح، ج١، ص٣٣٣.

(٣) السمرقندي: ميزان الأصول، ص٣٧، الجرجاني: التعريفات، ص١٣٧.

ويكون الشرط صحيحاً عند الحنفية في الحالات التالية:-

١ - إذا كان الشرط موافقاً لمقتضى العقد.

٢ - أو يؤكد مقتضى العقد.

٣ - أو أن الشرع ورد بجوازه.

٤ - أو جرى به العرف.

اولاً: الشرط الذي يقتضيه العقد:-

هذا الشرط لا يضيف جديداً على العقد فوجوده كعدمه، لأن ما يقضي به العقد في ذاته يوجب ذلك دون حاجة الى الشرط[١]، مثال هذا الشرط في البيع، اشتراط المشترى تسليم البيع، والبائع تسليم الثمن، وفي النكاح كاشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها، أو يقسم لها، أو يتزوج عليها إن شاء أو يسافر بها، أو لا تخرج الاّ بإذنه، أو أن يدفع لها مهرها، فهذه الشروط وجودها في العقد لا يضيف جديداً؛ فعقد البيع يرتب حكماً بتسليم المشتري المبيع وتسليم البائع الثمن وعقد الزواج يرتب حكماً بوجوب النفقة على الزوج، وان تسكن الزوجة مع الزوج اينما سكن، ودفع المهر، وعدم خروج الزوجة من بيتها الا بإذنه وغير ذلك من الاحكام التي تترتب بمجرد العقد دون حاجة الى اشتراط.

ثانياً: الشرط المؤكد لمقتضى العقد (الشرط الملائم للعقد):

هذا الشرط ليس مما يقتضيه العقد، أي أن ما يقرره هذا الشرط ليس أثراً من آثار العقد ولكنه يؤكد ما أوجبه العقد ووجوده يلائم ما يقتضيه العقد فيلحق به في الحكم، فيصح، مثاله أن يشترط البائع على المشتري أن يُحضر كفيلاً بالثمن بأن كان مؤجلاً أو

(١) وهبه مصطفى الزحيلي: الفقه الاسلامي وادلته، ج٣ ص٢٠٣، ابن الهمام - فتح القدير ج٦ ص٧٧.

رهناً، وفي عقد الزواج أن تشترط الزوجة على الزوج أن يكون والد الزوج كفيلاً بالمهر والنفقة.

وقد جوز الحنفية هذا الشرط استحساناً، والقياس أنه ليس مما يقتضيه العقد فيفسد والاستحسان أن الشرط الملائم يخالف مقتضى العقد صورة ويوافقه معنى، والاستحسان مقدم على القياس فيصح الشرط الملائم ويلحق بالشرط الموافق لمقتضى العقد.[1]

ثالثا: الشرط الذي ورد الشرع بجوازه:

هذا الشرط ليس مما يقتضيه العقد ولا يؤكد ما يقتضيه، ولكنه ثبت بدليل شرعي، ويضرب الحنفية لذلك مثالا: الاجل والخيار. فلو اشترط المشتري تأجيل الثمن جاز ذلك، لانه ثبت بالشرع بيان ذلك، والخيار كذلك يخالف ما يقتضيه العقد ولكن لورود حديث بذلك جاز وهو ما روى أن حبان بن منقذ كان يغبن في التجارات فشكا أهله الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له: إذا بايعت فقل لاخلابة ولي الخيار ثلاثة أيام «رواه البيهقي»[2]. فكل شرط ورد من الشرع دليل بجوازه فهو جائز وصحيح وملزم وان كان يخالف مقتضي العقد[3].

ولكن عقد الزواج عقد لازم ولا يقبل الخيار، فلا يجوز أن يشترط فيه الخيار ولا الأجل.

رابعا: الشرط الذي جرى به العرف:

هذا الشرط ليس مما يقتضيه العقد ولا مما يؤكد مقتضاه، ولم يرد من الشرع دليل بجوازه ولكنه مما تعارف عليه الناس، فيصح الشرط استحساناً عند أبي حنيفة وصاحبيه وقال: زفر لا يجوز هذا الشرط.

---

(١) علاء الدين، ابو بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥ ص١٧١، جلال الدين الخوارزمي الكفاية على الهداية، ج٦ ص٧٧.

(٢) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى، ج٥ ص٢٧٣.

(٣) أنظر، الكاساني: بدائع، ج٥ ص١٧٤، ابن الهمام: فتح القدير ج٦ ص٧٨. الخوارزمي: الكفاية ج٦، ص٧٧.

مثال ذلك ما لو اشترى نعلا على أن يحذوه البائع، قال زفر هذا الشرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين فيفسد للقياس. أما الامام وصاحباه فقالوا: أن الناس تعاملوا في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع.[1]

ونستطيع أن نلحق بالشرط الذي جرى به العرف في زماننا ما يحدث في كثير من الأحوال عند شراء جهاز من الأجهزة، أن العرف يقضي بأن الشركة البائعة ملزمة باصلاح أي عطل يحدث بالجهاز في مدة معينة ما لم يشترط غير ذلك.[2]

الشرط الفاسد:-

الشرط الفاسد عند الحنفية هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يؤكده ولم يأت دليل من الشرع بجوازه ولم يتعارف عليه الناس ولكن فيه مصلحة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه ان كان من أهل الاستحقاق.[3]

مثاله: بيع عبد[4] بشرط أن لا يبيعه المشتري (مصلحة للمعقود عليه)، والعبد من أهل الاستحقاق، أو باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً، أو ثوبا على أن يلبسه أسبوعاً، أو اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً، أو حنطة على أن يطحنها، أو على أن يهب له هبة، أو يزوج ابنته منه، أو يبيع منه بكذا.

ومثال الشرط الفاسد في عقد الزواج اشتراط الزوجة أن لا ينقلها من بلدها الذي تزوجت فيه، أو ألاّ يتزوج عليها أو أن يطلق امرأته الأولى أو ألاّ يطلقها أبداً.

---

(١) الكاساني: بدائع، ج٥ ص١٧٢ ويجدر بالذكر أن نقول: أن العرف الذي يعتد به شرعا هو العرف الصحيح لا الفاسد، انظر الكبيسي: أصول ص١٣٧.

(٢) كشراء الثلاجة والتلفاز وغيرها. انظر القرة داغي، مبدأ الرضا ج٢ ص١١٦٨.

(٣) برهان الدين، ابو الحسن علي بن عبد الجليل المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي مطبوع مع فتح القدير م٦ ص٧٧ الخوارزمي: الكفاية، م٦ ص٧٧، ابن الهمام: فتح القدير م٦ ص٧٨.

(٤) لم يعد مثل هذا النوع من المعاملات موجوداً في زماننا -ولله الحمد- ولكن ليس هناك مثال ينطبق عليه هذا النوع من الشروط إلا هو فاقتضى التنويه.

حكم الشرط الفاسد:-

فرق الحنفية في أثر الشرط الفاسد بين المعاوضات المالية، والتبرعات: ففي المعاوضات المالية كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن مال والمزارعة ونحوها يكون الشرط فاسداً والعقد كذلك. أي أن الشرط الفاسد يفسد العقد الذي يقترن به ذلك الشرط.

اما المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع على مال، أو التبرعات كالهبة والقرض، وكذلك الرهن والشركة والوصية والمضاربة والكفالة والحوالة والوديعة ونحو ذلك فهذه لا تبطل بالشرط الفاسد وحكمها أن الشرط يلغو ويصح العقد.[1]

وفساد العقد في المعاوضات المالية عند الحنفية يرجع:

أولا : الى النهي الوارد في الحديث الذي رواه ابو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبنه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط.[2]

والنهي يقتضي فساد المنهي، فيدل على فساد كل بيع وشرط إلا ماخص من عموم النص.

ثانياً : إلى أن بعض هذه الشروط فيه منفعة زائدة ترجع الى العاقدين أو الى غيرهما وزيادة منفعة مشروطة في عقد البيع تكون ربا والربا حرام والبيع الذي فيه ربا فاسد.

ثالثا : أن بعض هذه الشروط فيه غرر وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن

---

(١) انظر محمود بن اسرائيل بن قاضي سماونه (٨٢٣هـ) جامع الفصولين ج٢ ص٤-٥، الكاساني: بدائع ج٥ ص١٧٥. ابن الهمام: فتح القدير ج٦ ص٧٨. وانظر محمد بن الحسن الشيباني صاحب ابي حنيفة (١٨٩هـ) كتاب الحجة على أهل المدينة ج٢ ص٣٠٦.

(٢) هذا الحديث رواه الطبراني في الاوسط وابن حزم في المحلى والخطابي في معالم السنن والحاكم في علوم الحديث. انظر: عبد الله بن يوسف الزيلعي (ت٧٦٢هـ) نصب الراية لأحاديث الهداية ج٤ ص١٨، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ) التلخيص الحبير في تخريج الرافعي الكبير. مطبوع مع المجموع شرح المهذب وفتح العزيز. ج٨ ص١٩٥.

بيع فيه غرر، وبعضها -الشروط- يغير مقتضى العقد وهو معنى الفساد؛ إذ إن الفساد هو التغيير.[1]

أما المعاوضات غير المالية والاسقاطات والتبرعات فالعلة في عدم فسادها مع الشرط؛ أن النكاح ليس مبادلة مال بمال ولأن الشروط الفاسدة تعتبر مفسدة للعقد لافضائها إلى الربا، وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات المالية.

أما الهبة وان كانت من التمليكات الا أن النص ورد بعدم بطلانها بالشرط الفاسد[2]؛ لأنه صلى الله عليه وسلم أجاز العُمرى بشرط عود المعمر فتصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر.[3]

الشرط الباطل:

الشرط الباطل عند الحنفية ليس مما ذكرنا في السابق، فهو شرط لا يقتضيه العقد ولا يؤكده، ولم يأت دليل من الشرع بجوازه. ولم يتعارفه الناس، وليس فيه منفعة لاحد المتعاقدين ولكن فيه ضرر بأحد المتعاقدين أو منفعة لغيرهم أو لا منفعة فيه لاحد.[4]

---

(١) الكاساني: بدائع، ج٥ ص١٧٥، ١٧٦، اكمل الدين محمد بن محمود البابرتي (ت٧٨٦هـ) شرح العناية على الهداية. ج٦ ص٧٨. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج٣ ص١٢٨. الشاذلي: نظرية ص١٨٨ وما بعدها.

(٢) انظر، ابن الهمام: فتح القدير م٦ ص٨٣، الخوارزمي: الكفاية م٦ ص٨٤، البابرتي: العناية م٦ ص٨٣ المرغيناني الهداية م٦ ص٨٣.

(٣) العمرى والرقبي: نوعان من الهبة يفتقران الى ما يفتقر اليه سائر الهبات من ايجاب وقبول وقبض وغير ذلك من الشروط وصور العمرى أن يقول الرجل اعمرتك داري هذه أو هي لك عمرى أو ما عشت أو مدة حياتك وسميت عمرى لتقييدها بالعمر، وبالنسبة لاشتراط عود الملك للمعمر فهذا محل خلاف بين الفقهاء فأبو حنيفة والشافعي في الجديد وظاهر مذهب أحمد يقولون بسقوط الشرط وذهب مالك وأبو ثور وداود الظاهري ورواية عن أحمد بأن الشرط والعقد صحيحان دليل الجمهور مطلق الاحاديث التي ذكرت في المسألة ونكتفي بذكر واحد منها وهو حديث مسلم عن جابر قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم «امسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من اعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه» وفي لفظ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم «بالعمرى لمن وهبت له» متفق عليه. انظر: موفق الدين، أبو محمد عبد الله بن قدامه «٦٣٠هـ) المغني على مختصر الخرقي (٣٣٤هـ) ج٦ ص٣٠٢، ٣٠٧.

(٤) المرغيناني، الهداية ج٦ ص٧٩. ابن الهمام، فتح القدير ج٦ ص٧٩، عبد الله بن مودود الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج٢ ص٢٥ الكاساني: البدائع، ج٥ ص١٧٠.

ومثال الشروط الباطلة التي فيها ضرر كأن يبيعه ثوباً على أن يحرقه أو داراً على أن يخربها.

ومثال الشروط التي فيها منفعة لغير المتعاقدين، كأن يبيعه دارا على أن يقرض فلانا من الناس دراهم ونحو ذلك.

ومثال الشروط التي لا منفعة لاحد فيها كأن يبيعه ثوبا على أن لا يبيعه أو لا يهبه، أو طعاما على أن لا يأكله ولا يبيعه ونحو ذلك.

حكم الشرط الباطل:

اذا اقترن بالعقد شرط باطل فإن العقد يبقى صحيحاً، ويلغو الشرط كأن لم يكن وهذا الحكم سواء في المعاوضات المالية أو في غير المالية كالزواج وغيره.[1]

الفرع الثاني

مدى أخذ القانون المدني من المذهب الحنفي في هذه المسألة:

إن ما ذكرته المذكرة الايضاحية من ان الفقرة الأولى من المادة ١٦٤ مأخوذة بكاملها من المذهب الحنفي صحيح تماماً، أما في الفقرة الثانية والتي احتوت على ثلاث مسائل فتحتاج الى تفصيل بيانه فيما يلي:

المسألة الأولى:

تكملة ذكر الشروط الصحيحة التي اذا اقترنت بالعقد كانت ملزمة، وفي هذا الصدد جاء في الفقرة الثانية ما نصه، «كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير...».

(١) انظر المراجع السابقة نفسها.

وبالرجوع للمذهب نجد أن الشرط الذي فيه نفع لأحد العاقدين يعتبر من الشروط الفاسدة، أما الشرط الذي فيه منفعة لغير المتعاقدين ففي المذهب رواية بالفساد ورواية بالبطلان كما مر فيما سبق.

هذا ولم تنص المذكرة الايضاحية على أصل هذه المسألة كما نصت على الفقرة الأولى، وبالرجوع لأصول المذاهب نجد أن مذهب الحنابلة بوجه عام ومذهب ابن شبرمة يجيزان مثل هذه الشروط وبيان ذلك:

أن الحنابلة يجيزون الشروط التي يقتضيها العقد، والشروط التي بها مصلحة العقد كالرهن والكفالة، ويجيزون ايضاً الشروط التي بها منفعة معلومة للعاقدين أو لأحدهما، ففي عقد البيع مثلاً يجوز للبائع أن يشترط سكنى الدار شهراً قبل تسليمها، أو حملان الدابة إلى موضع معلوم، كما يجوز للمشتري أن يشترط على البائع حمل الحطب إلى البيت أو تكسيره، أو خياطة الثوب ونحو ذلك[1].

وممن ذهب إلى جواز مثل هذه الشروط الإمام ابن شبرمه[2] فقد روى الطبراني في المعجم الأوسط ووكيع في اخبار القضاة عن عبد الوارث بن سعيد أنه قال قدمت مكة[3] فوجدت بها أبا حنيفة وابن ابي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعاً وشرط شرطاً فقال: البيع باطل والشرط باطل، ثم اتيت ابن أبي ليلى فسألته، فقال: البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع جائز والشرط جائز فقلت: سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة.

فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط، البيع باطل والشرط باطل.

ثم أتيت ابن ابي ليلى فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالا، حدثني هشام بن عروة عن

---

(١) ابن قدامة: المغني ٢٨٥/٤، شمس الدين بن قدامة: الشرح الكبير ٥٢٦/٧، مجد الدين بن تيمية: المحرر في ١/ ٣١٢-٣١٣.

(٢) عبد الله بن شبرمة، فقيه، مجتهد، قاضٍ ت١٤٤هـ انظر اخبار القضاة ٣٦/١.

(٣) عند وكيع في اخبار القضاة قدمت الكوفه انظر ٤٦/١.

أبيه عن عائشة قالت: أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أشتري بريرة فأعتقها، البيع جائز والشرط باطل.[١]

ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا، حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر قال: بعتُ النبي صلى الله عليه وسلم ناقة شرط لي حملانها إلى المدينة؛ «البيع جائز والشرط جائز».[٢]

وبقي أن ننبه إلى أن الحنابلة اجازوا بيعاً وشرطاً، ولم يجيزوا شرطين في بيع لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما «ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك»[٣] وقد اختلف المذهب في تفسير الشرطين المنهي عنهما فروي عن أحمد انهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد -وهو المعتمد- ما لم يكونا من مقتضاه أو من مصلحته فيصح كاشتراط رهن وكفيل بالثمن.[٤] وفي رواية أخرى عن الامام أحمد أنّ المراد بالشرطين الشرطان الفاسدان، وفي رواية ثالثة اخذاً بظاهر الحديث يبطل العقد بوجود شرطين سواء كانا صحيحين او فاسدين.[٥]

لقد تبين اذن أن جواز اشتراط ما فيه منفعة لأحد العاقدين مأخوذ من مذهب الحنابلة ومذهب ابن شبرمه.[٦] وبقي أن نبحث عن الأصل الذي اخذ منه جواز اشتراط ما فيه منفعة لغير العاقدين.

وبالنظر الى احكام الشروط في المذاهب لم أجد من يصحح مثل هذا النوع من

---

(١) اجاز النبي العقد وابطل الشرط لانهم اشترطوا الولاء لهم فقال لعائشة رضى الله عنها ان تشتري بريرة وتعتقها ولا عبرة باشتراط البائع الولاء للمخالفة لمقتضى العقد.

(٢) انظر: الزيلعي: نصت الراية ٤/١٧-١٨، وكيع: اخبار القضاة ١/٤٦-٤٧.

(٣) رواه الخمسة الا ابن ماجد ورواه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٣٣٦، انظر: الشوكاني نيل الاوطار ج٥ ص٢٨٣.

(٤) انظر: ابن قدامة: المغني ٤/٢٨٥، البهوتي: شرح منتهى الارادات ٢/١٦٢.

(٥) ابن قدامة: المغني ٤/٢٨٥.

(٦) ذكر واضعو مجلة الاحكام العدلية على انهم اختاروا مذهب ابن شبرمه لانه اكثر ملاءمة لأحوال العصر. انظر شرح على المجلة ص١٤.

الشروط إلا شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم من الحنابلة، وخلاصة مذهبهم ان الأصل في الشروط والعقود الاباحة والجواز والصحة إلا ما دل الشرع على تحريمه وحظره نصاً أو قياساً[1] وقد افاض ابن تيمية -رحمه الله- في الاستدلال لهذا الرأي وتأييده بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول يرجع إليها في مظانها.

والحق أن هذا الرأي هو أقوى الآراء في مسألة الاصل في العقود والشروط، وفيه من التيسير على الناس في معاملاتهم الشيء الكثير، بالإضافة لقوة أدلته. وقد اختاره أكثر العلماء المحدثين كالزرقاء[2] والزحيلي[3] وغيرهم.

المسالة الثانية: الشرط الباطل في القانون المدني:

بمنطوق الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ نجد أن الشرط يكون باطلاً في الحالات الآتية:

اولاً : اذا نص الشارع على منعه. والمقصود بالشارع هنا التشريع في القانون الاردني فيشمل كل ما يعد تشريعاً بالمعنى القانوني الدقيق سواء كان دستوراً أو قانوناً أو نظاماً صادراً عن السلطة المختصة باصداره. والاصل الفقهي لهذا النص أن يراد بنص الشارع على منعه ما كان حكمه الحظر والتحريم في الشريعة الاسلامية سواء كان ذلك بالكتاب أو السنة أو القياس أو أي دليل معتبر عند الائمة.

ومن أمثلة الشروط الباطلة الاشتراط باستبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة مثلاً كما نصت على ذلك المادة ٢٠٥ من القانون.

ثانيا : اذا كان الشرط مخالفاً للنظام العام والآداب، ومصطلح النظام العام مصطلح قانوني وضعي عرف بأنه «قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد».[4]

---

(١) القواعد النورانية ص ١٨٨، ابن القيم: اعلام الموقعين ٣٤٤/١.

(٢) المدخل الفقهي العام ٤٨٧/١.

(٣) الفقه الاسلامي وأدلته ٢٠٩/٤.

(٤) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ٣٩٩/١.

أما الآداب فهي «مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي، يسود علاقاتهم الاجتماعية. هذا الناموس الادبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس».[1]

وفكرتا النظام العام والآداب في الفكر القانوني الوضعي مرنتان جداً، فهما تختلفان من مجتمع لآخر، وفي المجتمع الواحد تختلفان من زمن لآخر، فما كان محظوراً بالنظر لفكرة الآداب في زمن قد يصبح أمراً مشروعاً في زمن آخر وذلك بحسب اقتناع المجتمع بأفكار معينة أو تأثره بعادات مجتمع معين.

ومن الأمثلة على المسائل المخالفة للآداب الاتفاقات والشروط المتعلقة بايجاد علاقة جنسية غير شرعية أو المقامرة وغيرها.

وبالمقارنة بين فكرة النظام العام والاداب في القانون الوضعي وبين ما يقابل هذه الفكرة في الشريعة نجد انهما مختلفتان تماماً فالنظام الشرعي العام في الشريعة ثابت على مر الزمن، لا يجوز تغييره ولا تبديله[2] أما في القانون فيخضع للتغير.

المسألة الثالثة: حكم اقتران العقد بالشرط الباطل:

نصت الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ المذكورة على أن الشرط المخالف للشرع. أو النظام العام أو الاداب يعتبر لغوا لا اثر له، ووجوده كعدمه، وبذلك يعتبر العقد صحيحا لا اثر للشرط الباطل عليه.

وهذا الحكم أخذ برأي عبد الرحمن بن أبي ليلى[3] الذي يعتبر الشرط الباطل لاغياً كما مر معنا في قصة عبد الوارث بن سعيد المتقدمة الذكر.

---

(١) السنهوري: الوسيط ١/٤٠٠.

(٢) الدريني: المناهج الأصولية ١/٢٤٨، وفي هذا المرجع معلومات مهمة لمن اراد الاستزادة في فكرة النظام الشرعي العام.

(٣) توفي ابن ابي ليلى سنة ١٤٨هـ وهو فقيه مجتهد مستقل.

غير أن الشرط الباطل قد يتعدي أثره إلى ابطال العقد نفسه وذلك في حالة واحدة وهي أن يكون الشرط الباطل هو الباعث على التعاقد؛ فيبطل الشرط والعقد لعدم مشروعية سبب التعاقد (الباعث).[1]

والقانون نفسه يشترط في السبب بمعنى الباعث أن لا يخالف النظام العام والآداب كما نصت على ذلك المادة ١٦٥.

والأصل الفقهي لابطال العقد لعدم مشروعية الباعث هو قوله عليه الصلاة والسلام «انما الأعمال بالنيات»[2] وأخذاً مما عليه المذهبان المالكي والحنبلي من الاعتداد بالباعث سواء ذكر في العقد أم لم يذكر فكيف به اذا كان مشترطاً في العقد.[3]

الفرع الثاني

مدى الحاجة للنص على الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني

اذا كان القانون قد اطلق العنان في حرية الاشتراط للمتعاقدين ولم يستثن من الشروط إلا ما كان مخالفاً للقانون والنظام العام ، فإنني والحالة هذه أرى أنه لا داعي لذكر مسألة الشروط المقترنة بالعقد في صلب مواد القانون المدني، وأن القواعد الواردة في القانون تغني عنها باستثناء ما يتعلق بالشرط الباطل في حالة واحده وهي اذا كان باطلاً في ذاته وليس هو الباعث على التعاقد فيصح العقد ويلغو الشرط فهذه فقط من

---

(١) يفرق في القانون بين سبب العقد وسبب الالتزام، فسبب الالتزام في عقد البيع مثلا هو التزام المتعاقد الاخر، فسبب التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشترى بدفع الثمن، أما سبب العقد فهو الدافع الى التعاقد أو الباعث الى التعاقد وهو أمر يتعلق بالنية، ويشترط عادة في سبب العقد أن يكون مشروعا أي غير ممنوع بنص القانون وغير مخالف للنظام العام والآداب، مثال ذلك التزام شخص بدفع مبلغ من النقود مقابل تعهد شخص آخر بارتكاب جريمة من الجرائم. انظر في ذلك د. عبد الحميد الحكيم وآخرين الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ص١٠٢، ١٠٣. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ج١ ص٤٨٠، ٤٨١.

(٢) حديث صحيح رواه البخاري في الصحيح (مع الفتح) ١٣٥/١. ومسلم (بشرح النووي) ٥٣/١٣.

(٣) انظر المذكرات الايضاحية للقانون المدني ١٦٦/١.

مسائل الشروط تحتاج لنص خاص.فالشروط الصحيحة وهي ما كانت تلائم مقتضى العقد أو تؤكده أو جرى بها العرف أوفيها منفهة لاحد العاقدين أو للغير، هذه الشروط نصوص القانون العامة لا تمنعها فذكرها في القانون لم يفد حكماً جديداً.

أما اذا اقترن بشرط باطل مخالف للنظام العام والآداب وكان هذا الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً لبطلان الباعث، هذا الحكم أيضاً يمكن الاستغناء عنه والاكتفاء باشتراط مشروعية الباعث في العقد وهو ما نص عليه القانون نفسه في المادة «١٦٥»، وبالتالي المادة «١٦٥» فيها ما يغني عن هذه الفقرة.

ولهذا السبب نجد أن واضعي مشروع القانون العربي الموحد للمعاملات المالية لم يتطرقوا لموضوع الشروط المقترنة بالعقد اكتفاء بما ورد في نصوص القانون من قواعد تندرج تحتها احكام الشروط.[1]

يضاف الى ذلك أن كثيراً من القوانين لم تنص على هذه المسألة كالقانون المصري والسوري وغيرهما اعمالاً لمبدأ سلطان الارادة العقدية في انشاء العقود والاتفاقات، والشروط تعتبر من ضمن العقد أو الاتفاق.

المطلب الثاني

«الشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية الأردني»

عالج القانون الاردني مسألة العقد واقترانه بشرط في المادة ١٩ منه ولكنه في المادة التي قبلها (م١٨) تحدث عن العقد المضاف الى المستقبل والعقد المعلق على شرط، لذا ينبغي أن نتحدث عن هذين العقدين قبل الشروع في الحديث عن الشروط المقترنة

(١) انظر نصوص نظرية الالتزام في القانون الموحد في الملحق الذي اورده استاذنا الزرقاء بكتابه الفعل الضار ص١٨٧ وما بعدها.

بالعقد.

العقد المضاف الى المستقبل: هو العقد الذي لا يرتب أثره مباشرة بل يتراخى ترتيب أثره إلى مجيء الوقت المعين، كأن يقول الولي للخاطب زوجتك ابنتي بعد سنة فيقول قبلت أو يقول زوجتك اذا جاء رأس الشهر، وهذا العقد لا ينعقد بالاجماع[1] فالصيغة يجب أن تكون منجزة وهذا ما قضت به المادة ١٨ من القانون.

أما العقد المعلق على شرط غير متحقق: وهو ربط انعقاد العقد بحدوث أمر مستقبل لم يتحقق بعد، كأن يقول زوجتك ابنتي ان رضيت امها أو زوجتك ابنتي اذا عاد فلان من السفر ونحو ذلك؛ فالعقد باطل من أصله ولا ينعقد، لان عقد النكاح من عقود التمليكات والمعارضة وهذه العقود لا تقبل التعليق لان المعلق عليه في حكم المعدوم لانه غير متحقق.

ومن الجدير بالذكر أن الجمهور لم يفرقوا بين العقد المضاف والعقد المعلق بل نظروا الى العقدين نظرة واحدة فقد يكون التعليق باضافة زمن أو ربط العقد بحدوث أمر مستقبل وكلاهما غير متحقق ومستقبل.

الشروط المقترنة بعقد النكاح:

قسم قانون الاحوال الشخصية الاردني الشروط المقترنة بعقد الزواج الى قسمين صحيحة وباطلة:

الشروط الصحيحة

ويكون الشرط صحيحاً اذا:

(١) انظر، المقدسي، الشرح الكبير ج٧ ص٥٣٩، النووى، الروضة ج٧ ص٣٩، محمد محي الدين عبد الحميد الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، ص٣٢، ٣٣، محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي ص٥٧١، ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين ج٢ ص١، ٢.

١ - لم يكن منافيا لمقاصد الزواج.

٢ - كان يحقق مصلحة لاحد الطرفين وهذه المصلحة بشرط أن لا تكون محظورة.

٣ - أن لا يترتب على الشرط مساس بحق الغير.

والشرط قد يكون لصالح الزوجة على الزوج أو لصالح الزوج على الزوجة فمن الشروط الصحيحة التي يجوز للمرأة أن تشترطها مما نص عليه القانون -تمثيلاً- «كشرط أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها اذا شاءت، أو أن يسكنها في بلد معين». وهذه الشروط وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر في القانون؛ لانه وضع القاعدة العامة كاشتراط عدم المنافاة لمقاصد الزواج وعدم المساس بحقوق الغير ثم وضع امثلة عليها.

فاذا اشترطت الزوجة مثل هذه الشروط ولم يف الزوج بها بل خالفها فان للزوجة الحق في طلب فسخ عقد النكاح في المحكمة الشرعية ولا يؤثر طلبها هذا في حقوقها الزوجية كالمهر المؤجل فلا تسقط هذه بطلبها بل تثبت لان الزوج هو المقصر. (م١٩ فقرة١).

واذا كان الزوج هو المشترط على المرأة كأن لا تعمل خارج البيت أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه ونحو هذه الشروط، ولم تلتزم المرأة بهذه الشروط كأن تعمل خارج البيت دون موافقته أو ترفض اللحاق به والسكن معه في البلد الذي يعمل فيه فإن للزوج الحق في فسخ العقد بطلب يقدم للمحكمة الشرعية ويعفي الزوج من المهر المؤجل ومن نفقة العدة.. (م١٩ فقرة ٢).

الشروط الباطلة

يكون الشرط باطلا في القانون الاردني اذا كان مما يلي:

١ - اذا كان ينافي مقاصد الزواج. ومقاصد الزواج المعتبرة هي المقاصد التي وضعها الشارع لهذا العقد، ولا عبرة بمقاصد المكلف إلا أنه قد تتوافق مقاصد المكلف مع

مقاصد الشارع وهذا هو الأصل.

ومقاصد الزواج كثيرة على رأسها السكن والمودة، وحفظ النسل، وتكثير الأمة الاسلامية، واعفاف الرجل والمرأة عن الحرام وغير ذلك، ومما ينافي مقصد العقد اشتراط ما يناقض مقتضى هذا العقد، فمقتضى عقد الزواج المباشر حل الاستمتاع، والعقد المشترط فيه المنع من المعاشرة الزوجية والاستمتاع يكون منافيا لمقاصد العقد ومناقضا له في الوقت نفسه.

٢ - اذا كان الالتزام في الشرط المقترن بعقد الزواج محظورا شرعا بأن يشترط احد العاقدين شرطا مما حرمه الشارع كشرط أن يشرب الخمر أو يقاطع والديه أو احدهما أو أن يشترط احد الزوجين على الاخر أن لا يعاشره معاشرة الازواج أو لا يساكنه.

٣ - اشترط القانون أيضا في الشرط الصحيح حتى يراعى أن لا يمس حقوق الغير. ولم يعط القانون مثالا على ذلك كما فعل في الشروط السابقة ويبدو أن القانون أراد بذلك استبعاد شرط تطليق الضرة لأن التطليق يمس بحقوق الغير. فالشرط الذي من هذا الصنف يكون من الشروط الباطلة. وحكم الشروط الباطلة أنها تبطل وحدها ويبقى العقد صحصحا (م١٩ فقرة٣).

وقد استلزم القانون شرطا توثيقيا لايجاب مراعاة الشروط الصحيحة والزاميتها وهو أن يكون الشرط الصحيح مسجلا في وثيقة العقد.[1]

أما بالنسبة للمصدر الذي استقى منه القانون أحكام الشروط المقترنة بالعقد فبيانه كما يلي:-

القانون الحالي لم يغير في أحكامه شيئا عما كان عليه قانون حقوق العائلة الاردني الملغى رقم ٩٢ لسنة ١٩٥١. اللهم الا في ناحية الصياغة ، وقد عالج القانون الملغى

(١) ما يجرى عليه العمل الإن في المحاكم الشرعية أن هناك وثائق معدة خصيصا لعقد الزواج وتسمى بوثيقة عقد الزواج، يقوم الماذون بتعبئتها عند اجراء العقد، ويقوم بسؤال اطراف العقد عن الشروط التي قد يشترطها أحد الزوجين على الآخر وفي الوثيقة بند خاص بالنسبة للشروط التي يشترطها احد الطرفين ومكان هذه الشروط بعد عبارة الايجاب والقبول لان الوثيقة رتبت بشكل خاص لهذا الغرض وذلك للنواحي التوثيقية وللاثبات ويوقع على العقد الطرفان أو من ينوب عنهما الوكيل أو الولي.

الشروط المقترنة بالعقد في المادة ٢١ منه.

ويبدو من قراءة مواد القانون السوري ان القانون الاردني قد استمد كثيرا من احكامه منه، وبالنظر لمذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد نجد ان القانون الاردني وما حذا حذوه من القوانين العربية الاخرى قد استمدوا احكامهم من المذهب الحنبلي خلافا لجمهور الفقهاء.[1]

ولكن يصح التساؤل فيما اذا حدث خلاف حول تفسير بعض الشروط هل هي من الشروط الصحيحة أم من الباطلة، أحيانا الشروط تشترط وتتغير الظروف وتحدث الخلافات فما الحل؟

مع ملاحظة ان المادة ١٨٣ من قانون الاحوال الشخصية قضت بأن «ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب ابي حنيفة «ففي مسألة الشروط مثلا أخذ القانون بمذهب الحنابلة، وفي كثير من الاحيان يأخذ من غير المذهب الحنفي، فهل نرجع عند الاختلاف الى المذهب الذي أخذت منه المادة أو المواد أم الى مذهب الحنفية كما نص القانون؟

في مثل هذه الحالة أرى وجوب الرجوع إلى المذهب الذي أخذت منه احكام المسألة سواء أكانت في الشروط أم في غيرها، وفي المسائل التي لم ينص عليها اساساً يرجع فيها لمذهب الحنفية.

أما بالنسبة لصياغة المادة (١٩) فإن هناك بعض الملحوظات يمكن أن تلاحظ عليها وقبل ذكر هذه الملحوظات ينبغي ذكر نص المادة (١٩)، التي تقول: «اذا اشترط في العقد شرط نافع لاحد الطرفين ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعا وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته وفقا لما يلي:

١ - اذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق الغير كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها أو لا يتزوج عليها أو

(١) انظر ابن قدامة، المغني ج٧ ص٤٤٨ وما بعدها. عبد الرحمن محمود الصابوني: الاحوال الشخصية، ج١ ص٦٤، وهبه الزحيلي: الفقه الاسلامي وأدلته ج٧ ص٦١، ٦٢.

أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها اذا شاءت أو أن يسكنها في بلد معين كان الشرط صحيحا، ملزما فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.

٢- اذا اشترط الزوج على زوجته شرطا تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حق الغير كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه كان الشرط صحيحا وملزما فان لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج واعفى من مهرها المؤجل من نفقة عدتها.

٣ - أما اذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعا كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه أو أن لا يعاشره معاشرة الازواج أو أن يشرب الخمر أو أن يقاطع أحد والديه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحا».

يلاحظ على هذه المادة أن صياغتها تتسم بالتكرار: ففي صدر المادة ذكر أنه اذا اشترط في العقد شرط نافع لاحد الطرفين ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً...».

ثم كرر هذه العبارة أو مفرداتها في حديثه عن الحالات التي يجب مراعاتها فيها، ففي الفقرة الاولى بعد قوله «على زوجها شرطا قال «تتحقق لها به مصلحة...« وهذا هو شرط النفع لاحد الزوجين الذي ذكره في صدر المادة. ثم قال «غير محظورة شرعا...» هي قوله الالتزام الذي فيه ما هو محظور شرعا الذي ذكر في صدر المادة. ولكن زاد قيد «لا يمس حق الغير».

الفقرة الثانية: اعادة الكلام الموجود في صدر المادة وفي الفقرة الاولى ولكن بنسبته الى الزوج.

ثم اعاد معظم الشروط في الفقرة الثالثة: فأعاد شرط عدم المنافاة لمقاصد الزواج وشرط المحظور شرعاً.

وكان يجب على المشرع أن يتجنب هذا التكرار بوضع ضابط عام للشرط الصحيح والباطل دون حاجة لهذا التكرار الذي يعتبر من العيوب التي تنتقد على المشرع الذي كان عليه اتباع قاعدة «الكلام ما قل ودل» وخصوصا بالنسبة لمواد القوانين والتي يراعى

فيها عدم الاطالة والشمول للاحكام وقوة الدلالة.

كذلك يتجه على هذه المادة أنها لم تحدد نوع الفرقة في حالة اشتراط المرأة طلاقها بيدها. ويبدو أن الاتجاه السائد هو اعتبار الفرقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى إذا لم يسبقه طلقتان، فإذا سبقه طلقتان كان بائناً بينونة كبرى ويتضح ذلك من نص مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية لسنة ١٩٨٢ الذي لم يأخذ مجراه لاصداره كقانون.

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت للمادة (١٩) نجد أن القانون الاردني يعد من أكثر القوانين معالجة للموضوع فقد أفرد له المادة (١٩) بثلاث فقرات وتوسع في الاشتراط أما القوانين الأخرى فعالجت الموضوع سريعا باستثناء القانون السوري.

مذهب القانون السوري في الشروط:-

عالج القانون السوري الشروط المقترنة بالعقد في المادة (١٤) فقرة (١) منها على أنه «اذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي، أو ينافي مقاصد ويلتزم فيه ما هو محظور شرعا كان الشرط باطلا والعقد صحيحاً.

هذه الفقرة توافق الفقرة الثالثة من م١٩ من القانون الاردني.

ف٢ «واذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا، ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في اعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحا ملزما.

ف٣ «واذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة، أو يمس حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحا ولكنه ليس بملزم للزوج، فاذا لم يف الزوج به فللزوجة طلب فسخ النكاح.

هاتان الفقرتان توافقان في مضمونهما الفقرة الاولى من المادة (١٩) والحقيقة ان القانون الاردني استبدل بعض جمل المواد الواردة في القانون السوري ببعض الامثلة، فحرية الزوج في اعماله الخاصة المشروعة هي الزواج بأخرى وهكذا...[1]

(١) انظر الصابوني: الاحوال ج١ ص٢٦٤، الزحيلي، الفقه ج٧ ص٦١، ٦٢.

الخاتمة

يمكننا تلخيص ما ورد في البحث بأن القانون المدني الذي اجاز لأطراف العقد اشتراط ما يرونه محققاً لمصلحتهم شريطة أن لا يكون مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب، وهو في هذا يؤيد مذهب الحنابلة (مذهب ابن تيمية وابن القيم) ومذهب ابن شبرمة، واذا كان الشرط الباطل هو الدافع للتعاقد فإن العقد كله يعتبر باطلاً لعدم مشروعية الباعث.

وخلصنا إلى القول إلى أنه لاداعي لايراد مسألة الشروط المقترنة بالعقد في صلب القانون وانما يكتفى بما ورد من قواعد عامة في حرية التعاقد مع الاشارة إلى مسألة النص على بطلان الشرط وحده اذا لم يكن هو الباعث على التعاقد مع بقاء العقد الأصلي مرتباً لاثره أخذاً برأي ابن ابي ليلى من الفقهاء.

أما قانون الاحوال الشخصية فأرى انه من الضروري النص على مسألة الشروط المقترنة بالعقد وذلك لعظم خطر هذا العقد وأهميته مع ملاحظة أمرين اثنين:

الأول: اجتناب التكرار في الصياغة وهو ما وقعت فيه المادة ١٩ من القانون.

الثاني: النص على نوع الفرقة التي تحدث بطلب من المشترط عند الاخلال بالشرط.

والله تعالى أعلم

قائمة المصادر والمراجع

★ **ابراهيم:** أحمد.

١ - مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الاحكام في الشرع الاسلامي. مكتبة عبد الله وهبه، مصر، ١٩٤٥.

★ **الباتري:** أكمل الدين محمد بن محمود،

٢ - شرح العناية على الهداية، مطبوع مع شرح فتح القدير. دار إحياء التراث بيروت.

★ **الباجي:** ابو الوليد سليمان بن خلف بن سعد،

٣ - المنتقى شرح موطأ الإمام مالك. مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٣٢هـ

★ **باز:** سليم رستم،

٤ - شرح المجلة: دار إحياء التراث العربي بيروت، ١٩٨٦م.

★ **البخاري:** محمد بن اسماعيل،

٥ - الجامع الصحيح، مطبوع مع فتح الباري لابن حجر الطبعة السلفية

★ **البهوتي:** منصور بن يونس بن ادريس،

٦ - شرح منتهى الارادات. عالم الكتب، بيروت.

★ **البيهقي:** ابو بكر أحمد بن الحسين،

٧ - السنن الكبرى. مطبعة مجلس دائرة المعارف حيدر أباد، الهند، ط١، ١٣٥٢هـ.

★ **التفتازاني:** سعد الدين مسعود بن عمر،

٨ - شرح التلويح على التوضيح. دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة مصورة عن طبعة صبيح سنة ١٩٥٧، بالقاهرة.

★ **ابن تيمية:** أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام،

٩ - القواعد النورانية. مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط١، ١٩٥١.

★ **ابن تيمية:** مجد الدين عبد السلام،

١٠ - المحرر في الفقه. مطبعمة السنة المحمدية، مصر، ١٩٥٠.

★ **الجرجاني:** علي بن محمد الشريف،

١١ - التعريفات. مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٧٨.

★ **الحكيم:** د. عبد المجيد وآخرون،

١٢ - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام. مطابع دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٠.

★ **الخوارزمي:** جلال الدين،

١٣ - الكفاية على الهداية، مطبوع مع شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

★ **الدريني:** محمد فتحي،

١٤ - المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي. دار الكتاب الحديث، دمشق، ط١، ١٩٧٥.

★ **ابن رشد:** أبو الوليد محمد بن أحمد(الجد)،

١٥ - البيان والتحصيل. دار الغرب الاسلامي، بيروت

١٦ - المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونه من الاحكام الشرعيات و...، مطبعة السعادة، مصر.

★**الزحيلي:** وهبة مصطفى،

١٧ - الفقه الاسلامي، وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٩٨٤.

★ **الزرقاء:** مصطفى أحمد، شرح القانون المدني السوري، مطبعة الحياة، دمشق، ١٩٦٤.

١٨ - المدخل الفقهي العام،
دار الفكر، بيروت.

١٩ - الفعل الضار والضمان فيه،
دار القلم، دمشق، ط١، ١٩٨٨.

★ **الزيلعي:** عبد الله بن يوسف،

٢٠ - نصب الراية لاحاديث الهداية،
المكتبة الاسلامية، ط٢، ١٩٧٣.

★ **ابن سلمون:** ابو محمد بن عبد الله،

٢١ - العقد المنظم للحكام، مطبوع بها مش تبصرة الحكام.
دار الكتب العلمية، بيروت.

★ **السمرقندي:**

٢٢ - ميزان الاصول، في نتائج العقول، تحقيق محمد زكي عبد البر.
مطابع الدوحة الحديثة، قطر، ط١، ١٩٨٤.

★ **السنهوري:** عبد الرزاق أحمد،

٢٣ - الوسيط في شرح القانون المدني.
دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.

★ **الشاذلي:** حسن علي،

٢٤ - نظرية الشرط في الفقه الاسلامي.
دار الاتحاد العربي القاهرة.

★ **شلبي:** محمد مصطفى،

٢٥ - المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي.
دار النهضة م العربية، بيروت، ١٩٨٥.

★ **الشوكاني**: محمد بن علي،

٢٦ - نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار للمجد بن تيمية.
دار الفكر ، بيروت.

★ **الشيباني**: محمد بن الحسن،

٢٧ - الحجة على أهل المدينة، تحقيق مهدي الكيلاني.
مطبعة المعارف الشرقية، حيدر أباد، الهند، ط٤، ١٩٦٩.

★ **الصابوني**: عبد الرحمن محمود،

٢٨ - المدخل لدراسة الشريعة، المطبعة التعاونية، دمشق، ١٩٧٥.
- الاحوال الشخصية، جامعة حلب، ١٩٦٥.

★ **عبد الحميد**: محمد محي الدين،

٢٩ - الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية.
دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٩٨٤.

★ **العسقلاني**: أحمد بن علي بن حجر،

٣٠ - التلخيص الحبير، في تخريج الرافعي الكبير،
مطبوع مع المجموع للنووي، دار الفكر العربي، بيروت.

★ **عليش**: ابو عبد الله محمد أحمد،

٣١ - فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك.
مطبعة البابي الحلبي، مصر، ١٩٨٥.

★ **الفتوحي**: شهاب الدين أحمد بن عبد العزيز الحنبلي،

٣٢ - شرح الكوكب المنير، تحقيق محمد حامد الفقي.
ط١، ١٩٥٣، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة.

★ **الفيومي**: أحمد بن محمد المقري،

٣٣ - المصباح المنير في غريب الرافعي الكبير،
المكتبة العلمية، بيروت، د.ت.

★ **ابن قاضي سماونه**: محمود بن اسرائيل،

٣٤ - جامع الفصولين،
المطبعة الكبرى بيولاق مصر، ١٣٠١، ط١.

★ **ابن قدامة**: شمس الدين عبد الرحمن،

٣٥ - الشرح الكبير، مطبوع مع المغني.
دار الكتاب العربي، بيروت.

★ **ابن قدامة**: موفق الدين عبد الله بن أحمد. روضه.

٣٦ - روضة الناظر وجنة المناظر، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٣٩٧هـ

٣٧ - المغني على مختصر الخرقي،
دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٣.

★ **قدري باشا:** محمد،

٣٨ - مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان، تعليق صلاح الدين الناهي الدار العربية للتوزيع، عمان، ١٩٨٧.

★ **القرة داغي:** علي محي الدين،

٣٩ - مبدأ الرضا في العقود،
دار البشائر، بيروت، ١٩٨٥.

★ **القونوي:** قاسم بن عبد الله،

٤٠ - انيس الفقهاء.
دار الوفاء، جده، ١٩٨٦.

★ **ابن القيم:** محمد بن ابي بكر الزرعي،

٤١ - اعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٩٧٧.

★ **الكاساني:** علاء الدين ابو بكر بن مسعود،

٤٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.
دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٩٨٢.

★ **الكبيسي:** حمد عبيد،

٤٣ - اصول الاحكام وطرق الاستنباط في التشريع الاسلامي.
دار الحرية للطباعة بغداد، ط١، ١٩٧٥.

★ **لجنة وضع القانون المدني الاردني،**

٤٤ - المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني.
طبع نقابة المحامين المكتب الفني، عمان، ١٩٨٥.

★ **المرغيناني:** برهان الدين علي بن عبد الجليل،

٤٥ - الهداية شرح بداية المبتدي، مطبوع مع شرح فتح القدير.
دار إحياد التراث العربي، بيروت.

★ **مسلم:** الامام مسلم بن الحجاج،

٤٦ - صحيح مسلم، مطبوع مع شرح النووي عليه،
مؤسسة مناهل العرفان، بيروت.

★ **ابن منظور:** جمال الدين محمد بن مكرم،

٤٧ - لسان العرب،
دار صادر، بيروت، د.ت.

★ **الموصلي:** عبد الله بن مودود،

٤٨ - الاختيار لتعليل المختار،

دار المعرفة بيروت.

★ **النووي: محي الدين يحي بن شرف،**

٤٩ - **تهذيب الاسماء واللغات،**
دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.

٥٠ - روضة الطالبين،
طبع المكتب الاسلامي، بيروت.

★ **ابن الهمام:** كمال الدين بن عبد الواحد،

٥١ - شرح فتح القدير،
دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.

★ **وكيع:** محمد بن خلف بن حيان (٣٠٦هـ)،

٥٢ - اخبار القضاة،
عالم الكتب، بيروت.

★ **الونشريسي:** ابو العباس أحمد بن يحى.

٥٣ - المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والاندلس والمغرب.
دار الغرب الاسلامي، بيروت، ١٩٨١.