Journal of Economic, Administrative and Legal Sciences
Volume (5), Issue (15): 30 Aug 2021
P: 104 - 125
ISSN: 2522-3372
مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية
المجلد (5)، العدد (15): 30 أغسطس 2021 م
ص: 104 - 125

Controls of the conditions associated with the contract in Bahraini civil law and Islamic jurisprudence: comparative analytical study

Abdullah Mohammed Ali Al. Mekhlafi
Faculty of Law || Kingdom University || Bahrain Kingdom

Abstract: This study deals with the controls of the conditions associated with the contract in Bahraini civil law and Islamic jurisprudence. The knowledge of conditions carries great importance in the financial transactions that take place between individuals in society, and in particular the contracts that are concluded between the contracting parties and the terms that contain these contracts and which are relied upon in The protection and guarantee of contracting funds, as the various contracts and actions through which individuals practice different transactions include many conditions, and on these conditions the validity and invalidity of contracts depend, and given the impact of the conditions on contracts, civil laws have interfered and legal controls have been set for the conditions that are set in the different contracts to protect it from nullity. This research aims mainly to define the legal and controls for the conditions associated with contracts in Bahraini civil law and Islamic jurisprudence, and to show the impact of conditions on the validity of contracts.

This study has reached a number of results, the most important of which is that the principle in the conditions is permissibility and not prohibition, and it has restricted freedom in terms of contracts associated with contracts by placing exceptions on the original in order to achieve the public interest and the private interest, and adopting this principle is a desire of the Bahraini legislator not to restrict and limit the contracting parties. The permissibility of the conditions associated with contracts in specific conditions, and the study also showed that adherence to the legal controls related to the conditions protect contracts and actions from nullity, and the contracting parties avoid disputes and material losses that may befall them as a result of contract nullity in the event of Non-compliance with legal and legitimate Controls.

Keywords: Bahraini civil law, conditions associated with contracts, Bahraini civil law, public order, Islamic jurisprudence.

ضوابط الشروط المقترنة بالعقود في القانون المدني البحريني والفقه الإسلامي: دراسة تحليلية مقارنة

عبد الله محمد علي المخلافي
كلية الحقوق || جامعة المملكة || مملكة البحرين

المستخلص: تتناول هذه الدراسة ضوابط الشروط المقترنة بالعقود في القانون المدني البحريني والفقه الإسلامي، وعلم الشروط يحمل أهمية بالغة في المعاملات المالية التي تقوم بين الأفراد في المجتمع، وعلى وجه الخصوص العقود التي يتم ابرامها بين المتعاقدين وما يتضمن تلك العقود من شروط والتي يعتمد عليها في حماية وضمان أموال المتعاقدين فالعقود والتصرفات المختلفة التي يمارس من خلالها الأفراد المعاملات المختلفة تتضمن كثيراً من الشروط، ويتوقف على هذه الشروط صحة العقود وبطلانها، ونظر لما تحمله الشروط من أثر على العقود فقد تدخلت القوانين المدنية وضعت الضوابط القانونية للشروط التي تضبط بالعقود المختلفة حماية لها من البطلان. ويهدف هذ البحث بشكل رئيسي إلى تحديد الضوابط القانونية والشرعية للشروط المقترنة بالعقود في القانون المدني البحريني والفقه الإسلامي، وبيان أثر الشروط على صحة العقود. وقد استخدمت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، وتوصلت

هذه الدراسة إلى عدد من النتائج من أهمها، أن الأصل في الشروط الاباحة عند اتجاه في الفقه الإسلامي والقانون البحريني وليس الحظر، وقيد الأصل من حرية المتعاقدين في الشروط المقترنة بالعقود بوضع استثناءات على هذا الأصل تحقيقا للمصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وتبين أن الأخذ بهذا الأصل يعد رغبة من المشرع في عدم التضيق على المتعاقدين، كما بينت الدراسة أن الالتزام بالضوابط القانونية المتعلقة بالشروط تحمي العقود والتصرفات من البطلان وتجنب المتعاقدين المنازعات والخسائر المادية التي يمكن أن تلحق بهم من جراء بطلان العقود في حال عدم الالتزام بالضوابط القانونية والشرعية.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني البحريني، الشروط المقترنة بالعقود، القانون المدني البحريني، النظام العام، الفقه الإسلامي.

مقدمة.

لا غرو في أن العقد يعد من أهم مصادر الالتزام وبه تتحقق مصالح ومنافع الناس في شؤون حياتهم ولا غنى عنه لأي تعامل يقوم بين الاشخاص في المجتمع، ونظرا لذلك أحاطت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية العقود بضوابط وقواعد ألزمت المتعاقدين بها عند إبرام العقود، حتى يتحقق للمتعاقدين المصلحة المرجوة من ابرام العقود وجعلت الشريعة والتشريعات لإرادة المتعاقدين الحرية في إنشاء العقود وما يتضمنه من شروط.

فالعقد يقوم كأصل عام على مبدأ سلطان الإرادة، ومفاده أن لإرادة المتعاقدين الحرية في إنشاء العقود وفي اختيار ما يشاؤون من بنود العقد بالاتفاق الحر بين اطراف العقد وهو آمر لم تحرمه الشريعة الإسلامية كما جاء في الحديث في قول النبي صلى الله عليه وسلم "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلاًلاً أو أحل حراماً" فإذا ما ابرم المتعاقدين عقداً وتوافرت فيه أركان العقد وشروطه، فإن ذلك العقد يكون صحيحا ومرتباً لآثاره، ونظراً إلى أن كل متعاقد يحرص على أن يضع الشروط التي تصب لتحقيق مصالحه، وما قد يترتب على ذلك من التحلل من التزامات معينة أو تعديل لآثار العقد، ومن هنا كان لابد من معرفة مدى تدخل المشرع على صعيد الفقه الإسلامي والقانون المدني البحريني في إرادة المتعاقدين بوضع ضوابط وقواعد تحد من حرية المتعاقدين في وضع الشروط التي يشترطها المتعاقدين في العقود التي يقومون بإبرامها، وما هي ضوابط الشروط التي يصح اشتراطها؟ وتلك التي لا يصح اشتراطها ؟، وما الأصل في الشروط؟ وإذا اشترط المتعاقدين شرطاً وكان ذلك الشرط غير صحيح فما أثره على العقد؟. وما الضوابط والاعتبارات التي أعتمدها القانون وكذلك الفقهاء في تدخلهم في إرادة المتعاقدين فيما يضعونه من شروط في العقود التي يبرمونها ؟ ثم هل ما ذهب إليه القانون البحريني يتفق مع ما ذهب اليه الفقه الإسلامي، تلك التساؤلات التي سوف تقوم الدراسة البحث فيها على صعيد الفقه الإسلامي والقانون المدني البحريني، خاصة وأن الفقهاء الأوائل قد اعتنوا في بيان الشروط وآثارها وتعددت آراءهم في هذه المسألة لاعتبارات شرعية مختلفة، وكذلك اعتناء القوانين ومنها القانون البحريني في هذه المسالة، لما لها ايضا من انعكاس على النظام العام والأدب العامة والقوانين النافذة وبما يحقق حماية المصلحة العامة والخاصة. والمصالح الاقتصادية للمتعاقدين.

أهمية البحث:

إن تحديد ضوابط معينة للشروط لها أهمية عملية كبيرة في المعاملات المالية لتي تقوم بين الأفراد وعلى وجه الخصوص العقود التي يتم إبرامها بين المتعاقدين وما يتضمن تلك العقود من شروط والتي يعتمد عليها في حماية وضمان أموال المتعاقدين، وفي هذا يقول السرخسي "واعلم بأن علم الشروط من آكد العلوم، وانظمها صنعة فأن الله تعالى أمر بالكتاب في المعاملات فقال عز وجل ﴿إذا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ (البقرة 284) فكان في الشروط صيانة الأموال وقد آمرنا بصيانتها ونهينا عن اضاعتها) (السرخسي، 1978) وكما جاء في حديث رسول الله (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً) (سنن الترمذي، 2008) وكما جاء في الأثر عن عمر ابن الخطاب قوله (مقاطع الحقوق عند الشروط). وهذ يتطلب من المتعاقدين مراعاة الشروط الصحيحة عند

ابرام العقود التي تجيزها القوانين المدنية والشريعة الإسلامية، وبما يحقق للمتعاقدين ضمان حقوقهم واموالهم ويجنبهم الخسائر المادية التي يمكن ان تلحق بهم من جراء وضع الشروط الباطلة، كما تتمثل الأهمية في عدم وجود بحث مستقل لدراسة الشروط المقترنة بالعقود في القانون البحريني ومقارنته بالفقه الاسلامي. وايضاً لها اهميتها العملية في الإفادة منها عند صياغة العقود حتى لا تتعرض العقود للبطلان.

مشكلة البحث:

تكمن مُشكلة البحث فيما يتناوله من مسألة هامة في المعاملات المالية وعلى وجه الخصوص العقود التي تبرم بين المتعاقدين والتي تتضمن كثيرا من الشروط وما تتضمنه تلك الشروط من التزامات اضافية على المتعاقدين ولأهمية ذلك فإن المشكلة في عدم التحديد الواضح للشروط المقترنة بالعقود وما يحيطها من الغموض في تحديد الأصل في الشروط وما يعد من الشروط الصحيحة وغير الصحيحة وما يترتب على ذلك من أثر على صحة العقود ومدي ملائمة ذلك مع مبدا العقد شريعة المتعاقدين وسلطان الإرادة.

أسئلة البحث:

تتحدد مشكلة البحث في الأسئلة الآتية.

1- ما المقصود بالشروط المقترنة بالعقود وتحت أي نوع تندرج الشروط المقترنة بالعقود، وما مدى مشروعية الشروط في الشريعة الإسلامية بصفة عامة؟
2- ما لضوابط التي حددها القانون البحريني والفقه الإسلامي للشروط المقترنة للعقود؟
3- ما آثار الشروط المقترنة بالعقود في القانون والفقه الإسلامي؟
4- ما الصور الخاصة التي أفرد لها الفقه الإسلامي والقانون المدني البحريني ضوابط للشروط التي تقترن بالعقود؟

أهداف البحث:

1. بيان ماهية الشروط المقترنة بالعقود وموقف الشرع الإسلامي من الشروط وأنواعها.
2. تحديد ضوابط الشروط المقترنة بالعقود في القانون المدني البحريني والفقه الإسلامي
3. بيان آثار تلك الشروط على العقد
4. إبراز موقف الفقه الإسلامي والقانون لبعض الصور التي عالجها القانون بصفة خاصة وتلك التي هي محل خلاف في الفقه الإسلامي.

حدود البحث.

سوف تقتصر الحدود الموضوعية للدراسة على ضوابط الشروط المقترنة بالعقود في القانون المدني البحرين مرسوم بقانون رقم (19لسنة2001م. وضوابط الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الاسلامي.

مصطلحات البحث:

- الشروط المقترنة بالعقود: هي الشروط الذي يتم وضعها باردة المتعاقدين ورضاهم في عقودهم وتصرفاتهم المختلفة بقصد وضع التزامات اضافية أو التحلل من التزامات معينة وبما يحقق مصلحة أحد المتعاقدين أوكلاهما.

- القانون المدني البحريني: هو القانون المدني البحريني الصادر بمرسوم قانون رقم (19) لسنة 2001

منهج البحث:

أتبع الباحث في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي بدرجة أساسية، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية في القانون المدني البحريني وأقوال الفقه الإسلامي، وبالإضافة الى المنهج التحليلي اعتمدنا المقارنة بين القانون البحريني والفقه الإسلامي، وذلك باعتبار أن هذا المنهج هو المناسب لهذه الدراسة.

خطة البحث: قسمت البحث الى الآتي :

- المبحث التمهيدي: التعريف بالشروط وأنواعها ومشروعيتها في الشريعة الإسلامية بصفة عامة .
- المبحث الأول: الضوابط العامة للشروط المقترنة بالعقد في القانون البحريني والفقه الإسلامي .
- المبحث الثاني. أثر الشروط على العقود في القانون المدني البحريني والفقه الإسلامي.
- المبحث الثالث: الصور الخاصة لضوابط الشروط في القانون المدني البحريني والفقه الإسلامي .

المبحث التمهيدي: التعريف بالشروط وأنواعها ومشروعيتها في الشريعة الإسلامية بصفة عامة

اولا: تعريف الشرط.

الشرط في اللغة: الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه شروط والشرط "بفتحتين": العلامة، وجمعها أشراط، ومنه قوله تعالى ﴿فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً ۖ فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾ (محمد: 18)(الفيروز أبادي، 1999)

وفي الاصطلاح: ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده.) وعرف ايضاً بانه "ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته (السالوس، 2006، وهبه الزحيلي2007).

ثانيا: أنواع الشروط: يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الشروط من حيث مصدرها إلى شروط شرعية وشروط جعليه، والشرط الشرعي: هو ما كان مصدر اشتراطه الشارع، أي أن الشارع هو الذي اشترطه لتحقيق الشيء، ومثاله بلوغ الصغير سن الرشد لتسليم المال إليه، ومثاله سائر الشروط الشرعية التي اشترطها الشارع في العقود والتصرفات والعبادات والجنايات.

والشرط الجعلي: هو ما كان مصدر اشتراطه إرادة المكلف كالشروط التي يشترطها الناس بعضهم على بعض في عقودهم وتصرفاتهم، أو التي يشترطها المكلف في تصرفه الذي يتم بإرادته المنفردة كالوقف. ويدخل في هذا النوع الشرط المقترن بالعقد. (زيدان، الزحيلي2007)

ثانيا: تعريف الشرط المقترن بالعقد:

- الشرط المقترن بالعقد، هو من الشروط الجعلية، وهو ما كان مصدر اشتراطه إرادة المكلف ورغبته فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه، أو مقيدة به بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات (اليمني1426)، لذلك وعرف بانه "التزام العاقد في عقده أمراً زائداً على أصل العقد (مدكور، بدون) وعرفه بعض الفقه هو" التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة اطلاقه (الزرقاء، 1418)

وعرفه بعض الفقه القانوني بأنه "ما يقترن بالعقد ويقيد من حكمه في المعقود عليه" (يونس صلاح، 2013) ويمكن القول أن الشروط المقترنة بالعقود هي الشروط الذي يتم وضعها باردة المتعاقدين ورضاهم في عقودهم وتصرفاتهم المختلفة بقصد وضع التزامات اضافية أو التحلل من التزامات معينة وبما يحقق مصلحة أحد المتعاقدين أوكلاهما. وهذه الشروط هي محل الدراسة في هذا البحث:

ثالثاً: الحث والأمر من الشارع في الوفاء بالعهود والعقود.

وردت أيآت قرانيه وأحاديث نبوية تحث على الوفاء بالعقود والعهود، فالعقود تتضمن التزامات وشروط متبادلة تلزم العاقدين الوفاء بها ومن هذه الآيات والأحاديث: قوله تعالى في القران الكريم ﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة 1) وقوله تعالى ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۖ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (الإسراء 34)

فهذه النصوص القرآنية وغيرها واضحة الدلالة فيما تقرره من وجوب الوفاء بالعقود والعهود التي تبرم بين المتعاقدين، فالإنسان يكون مسؤولا في تنفيذ عهده ووعده، وفي تفسير الجصاص لهذه الآيات القرآنية يقول (وكذلك كل شرط شرطه الانسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد) (القرطبي، 1967)

ومن الأحاديث الصريحة الدالة على الوفاء بالشروط قوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) (سنن الترمذي، 2007) (ويقول عمر بن الخطاب إن مقاطع الحقوق عند الشروط). فهذه الآيات والأحاديث وغيرها تدل على مشروعية الشروط ووجوب الوفاء بها، وهي الشروط التي لا تحلل حراما أو تحرم حلالا.

المبحث الأول: الضوابط العامة للشروط المقترنة بالعقد في القانون البحريني والفقه الإسلامي

إن الشريعة الإسلامية وكذلك التشريعات ومنها القانون المدني البحريني والتي تنظم العلاقات التي تقوم بين الأفراد في الجوانب المختلفة ومنها المعاملات المالية تراعي ما يحقق مصلحة المتعاقدين فتجعل لإرادة الأفراد الحرية في إنشاء العقود ووضع الشروط المختلفة في تلك العقود وبضوابط محددة تقيد حرية المتعاقدين في وضع الشروط بما يحقق المصلحة العامة والخاصة للأفراد وللمجتمع، لذلك نجد أن المشرع البحريني واتجاه في الفقه الإسلامي قد جعل الأصل في الشروط الإباحة ووضع استثناءات على ذلك الأصل، والاتجاه الأخر من الفقه الإسلامي وضع قواعد تفصليه للشروط المقترنة بالعقود كما سوف نبينها وتتنوع الضوابط التي تضعها القوانين والشريعة الإسلامية إلى ضوابط عامة للشروط وضوابط مقيدة للشروط، وهذ ما سنتناوله على النحو التالي.

أولا: الضابط العام للشروط في القانون المدني البحريني.

وضع المشرع البحريني الضابط العام للشروط المقترنة بالعقود، وهو أن الآصل في الشروط الإباحة والصحة، كما حدد ما يعد ضوابط مقيدة للأصل العام للشروط. حيث تنص الفقرة (أ) من المادة (110) من القانون المدني البحريني على انه "يجوز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان، إذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفا للنظام العام أو الآداب.

الأصل العام للشروط المقترنة بالعقود في القانون المدني البحريني.

الأصل في الشروط في القانون البحريني الإباحة والصحة، وذلك بحسب النص الوارد في الفقرة (ا)من القانون المدني البحريني والتي تنص على أنه "يجوز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان. " ويتضح من النص أن المشرع البحريني قد أطلق الحرية للمتعاقدين في وضع أي شرط يرتضيه المتعاقدين، وهو بذلك قد أعتد

بما تفتضيه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عدى الاستثناء المتعلق بالنظام العام والقانون اللذين يقيدان من إطلاق الحرية في الشروط المقترنة بالعقود، والأخذ بهذا الأصل يعد رغبة من المشرع البحريني في عدم التضيق على المتعاقدين في وضع الشروط التي تحقق مصالحهم الاقتصادية والاجتماعية، كما أن ذلك من شأنه أن يزيل العقبات التي تقف أو تحول بين المتعاقدين في تحقيق ما يرونه محققا لمصالحهم من جراء الشروط وتضمن لهم تنفيذ العقود بالصورة التي تلبي حاجاتهم ومصالحهم الاقتصادية. وعليه يكون للمتعاقدين في العقود المختلفة اقتران العقود باي شرط يحقق مصالحهم، ولا يقيدهم من وضع الشروط سوى الاستثناءات المقيدة لهذا الأصل العام.

الضوابط المقيدة للأصل العام للشروط.

وضع المشرع البحريني عددا من القيود التي تحد من إرادة المتعاقدين من وضع الشروط التي تقترن بالعقود، وتتمثل تلك القيود في النظام العام والقانون.

اولاً- النظام العام: إذا كان القانون قد جعل الأصل في الشروط هو الإباحة والجواز، فانه لم يترك الأمر على إطلاقة، بل قيد ذلك الجواز بعدم مخالفة الشروط التي تقترن بالعقود بالنظام العام، فالنظام العام من الضوابط التي تتحدد على ضوئه الشروط الصحيحة والمشروعة والشروط غير المشروعة، وهو قيد عام هدفه حماية المتعاقدين من ابرام العقود خارج حدود النظام العام تحقيقا للمصلحة العامة والخاصة للأشخاص في المجتمع.

تحديد المقصود بالنظام العام.

مصطلح النظام العام من المصطلحات القانونية التي أختلف الفقه حول تحديد معناه، مما جعل بعض شراح القانون يصف ذلك بالقول بأن الخوض في تعريف النظام العام كمحاولة ركوب خيل جامح لا تدري على أي أرض سيلقي بك (الجبوري، 2002). و صعوبة تعريفة تأتي من كونه نسبي يختلف من وقت إلى آخر ومن مكان لأخر، فما قد يكون من النظام العام في بلد لا يعد كذلك في بلد أخر وما يعد من النظام العام في زمن لا يكون كذلك في زمن آخر، الا أن تلك الصعوبة لم تمنع الفقه من وضع تعريف له. فعرف بانه "مجموعة المصالح الاساسية للجماعة" (كيرة، بدون) وهناك من عرفه بانه " عباره عن الأساس السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي يقوم عليه نظام المجتمع في الدولة كما ترسمه القوانين المطبقة في الدول (الجبوري، 2002).

نطاق النظام العام في الشروط المقترنة بالعقود.

إن فكرة النظام العام تعد فكرة معيارية تقوم دائما على معيار المصلحة العامة، وعليه فإن نطاق القواعد المتعلقة بالنظام العام لا تقتصر على القواعد التشريعية الذي يقضي التشريع بعدم جواز الاتفاق على مخالفتها، وإنما يتسع ليشمل القواعد التشريعية الأخرى التي لا يفصح المشرع عن عدم جواز مخالفتها والقواعد غير التشريعية التي يتبين أن مخالفتها تتعارض مع المصلحة العامة (الجبوري، 2002) وتأتي شرعية النظام العام من كونها نافعةٌ اجتماعياً إضافةً إلى أنها متوافقة مع المصلحة العامة (غستان، 2000)

ويشمل النظام العام القوانين الآمرة جميعاً كما يذهب الشراح، سواء أكانت ذات منفعة عامة مما يسوغ البطلان للعقود غير المتوافقة مع النظام العام والتي لا تجيز لأي شخص الاتفاق على مخالفتها أو تلك القواعد القانونية التي لا تتوخي سوى حماية المصالح الخاصة، بدون محاولة التفريق بين تلك القواعد التي تهدف تحقيق مصلحة عامة أو خاصة (غستان، 2000) ومادام أن المشرع البحريني قد جعل كل القواعد الآمرة تتعلق بالنظام العام، فإن السؤال الذي يمكن أن يثور هنا هو مدى تغطية فكرة النظام العام القواعد التي تحمي المصلحة الخاصة؟

الجواب على ذلك يظهر من خلال القواعد القانونية التي تتصل بالمصلحة الخاصة، حيث نجد أن التشريعات ومنها التشريع البحريني تقف إلى جانب حماية المصلحة الخاصة، مما تجعل حرية الأفراد في وضع الشروط المقترنة بالعقود مقيدة بضابط المصلحة، وذلك لما قد يترتب من عدم حماية المصلحة الخاصة إهداراً للمصلحة العامة (الجبوري، 546)، فالقانون الخاص لا يخلوا من القواعد التي تتصل بالنظام العام لاتصالها بالمصالح الأساسية، لذلك فقد اكثرت التشريعات من القيود التي تحد من سلطان إرادة الأفراد في إبرام التصرفات القانونية والشروط المقترنة بها (الجبوري، 2002)، من ذلك ما تقرره القوانين ومنها القانون المدني البحريني من حماية للطرف الضعيف، كعقود الاذعان (حيث تنص المادة (58) من القانون المدني البحريني على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط برفع ما فيها من إجحاف أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقا لما تفتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" ومن ذلك حماية المدين الراهن ببطلان الشرط الذي يشترطه الدائن المرتهن تملك العقار المرهون بالدين في حال حلول اجل الدين وعدم الوفاء به (954 مدني بحريني) وهذا النص يحقق حماية للمدين الراهن من استغلال الدائن حاجة المدين باشتراطه تملك المرهون بالدين، أو اشتراط الدائن عدم اتباع الإجراءات التي فرضها قانون المرافعات والتي تتطلب أن يكون البيع بالمزاد العلني (964مدني بحريني)، وايضاً ما قرره المشرع البحريني ببطلان الاتفاقات التي تتم بين الأفراد وإن كانت تتضمن مصلحة خاصة بالأفراد واعتبر ان مثل تلك الاتفاقات تتعارض مع النظام العام، من ذلك بطلان اتفاق البائع مع المشتري عدم ضمانه التعرض والاستحقاق الصادر من قبله (مادة407 مدني بحريني)، وعليه فإن المشرع البحريني يكون قد أحسن صنعا مما تبناه من اعتماد وإقرار النظام العام كضابط للشروط المقترنة بالعقود وهو معيار يقيد من الحرية المطلقة للمتعاقدين في وضع الشروط المقترنة بالعقود. وإقرار القانون للنظام العام كقيد على حرية الأفراد في وضع الشروط، وهو قيد يصب في حماية المصلحة العامة والخاصة للأفراد. وما ذهب اليه المشرع البحريني في ضابط النظام العام كقيد على الحرية التعاقدية، هو أن هناك توافق على الاعتراف بأنه يجب أن يتمكن المشرع والقاضي من تامين تطابق العقد مع المصلحة العامة أو الانتظام العام (غستان، 2000).

وعلى ذلك فالشروط التي تقترن بالعقود يجب أن تخضع لمعيار النظام العام، وعدم تقيد المتعاقدين بمعيار النظام العام يجعل العقد مهدداً بالبطلان. مما قد يترتب على ذلك من إهدارٍ للمصالح الاقتصادية للمتعاقدين جراء بطلان العقد.

1. **القانون**: من الضوابط التي قيد بها المشرع حرية الأفراد في وضع الشروط المقترنة بالعقود القانون، كما جاء في نص المادة (110-أ مدني بحريني السالفة الذكر)، ويقصد به كل القوانين الصادرة في الدولة، والتي تشمل القوانين الآمرة جميعا وقد لوحظ أن بعض القوانين الآمرة هي ذات منفعة عامة مما يسوغ البطلان للعقود غير المتوافقة مع النظام العام أو التي تخالف القواعد القانونية الأمرة. اذ لا يجوز للأشخاص وفقا للقواعد الآمرة الاتفاق على اقتران العقود بشروط تتعارض مع القانون، سواء القوانين المدنية أو التجارية أو غيرها من القوانين والتي تحد من حرية المتعاقدين في وضع الشروط التي تخالف القوانين. ويعتبر الشراح أن القانون هو مصدر للنظام العام (غستان2000).

ونجد ايضا أن القانون المدني البحريني بالإضافة إلى النص الخاص بالنظام العام قد نص صراحة على منع التعامل بالتركة المستقبلية، (م104مدني بحريني) حيث هدف المشرع من ذلك حماية مصلحة خاصة لحياة المورث من أن تكون هدفا من جانب ورثته لاستعجالهم الحصول على نصيبهم من التركة، وحماية للوارث من طيشه وتهوره الذي قد يدفعه الى التهاون في بيع ما سيؤول له من تركة مورثه بأبخس الأثمان (حسن، 2002).

كما لم يكتفي المشرع البحريني بمنع الشروط المخالفة للقانون بل منع أبرام العقود في بعض الحالات، كمنع التعاملات أو البيوع المستقبلة التي إذا كان وجود الشيء محل العقد رهينا بمحض الصدفة (م104مدني بحريني)، فالشيء الذي يتوقف وجودة على محض الصدفة لا يتعين حقيقة وجود الشيء ولا قابليته وجوده في المستقبل فقد يتحقق وجود الشيء أو لا يتحقق، والهدف من هذا الحظر وضع ضوابط للتعامل بالأشياء المستقبلية حماية للمصالح الخاصة للمتعاقدين (حسن2002).

2. الآداب العامة:

تعتبر الآداب العامة من الضوابط الهامة التي تحد من حرية المتعاقدين في الشروط المقترنة بالعقود، وذلك حماية للمصلحة العامة والخاصة والتي تتصل بما تعارف عليه أعضاء المجتمع بالجانب الديني والخلقي للمجتمع.

ومفهوم الآداب العامة هو الذي يعبر عن المظهر الخلقي للانتظام العام، أي القواعد الخلقية التي تفرضها مصلحة المجتمع على الإرادات الفردية (غستان، 2000).

وتعرف أيضا "بانها مجموعة المبادئ التي جرى الناس على اتباعها واحترامها طبقا لناموس معين يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذه القواعد وليد عوامل كثيرة منها اجتماعية واقتصادية نابعة عن الدين والعرف والتقاليد في المجتمع (السنهوري، 1987).

ويلعب الدين دوراً بارزاً في الآداب وتوسيع دائرتها. ومعيار الآداب ليس معيار شخصياً، إنما هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص إلى ما هو متعارف عليه اجتماعيا وما تواضع عليه الناس (الجبوري، 2002).

وحول مفهوم للآداب هناك اقتراح من أجل نوع من الموضوعية لمفهوم الآداب العامة، بأن يرجع القاضي إلى العرف كممارسة متبعة عموما أو وجه العموم. وبناء على هذا الاستثناء فان حرية المتعاقدين تكون مقيدة فلا يجوز للمتعاقدين وضع أي شرط يتعارض من الآداب العامة.

3. **الاجتهاد**: يذهب الفقه إلى القول أن اجتهاد المحاكم هو مصدر للنظام العام، اذ يكون بإمكان الاجتهاد في حال غياب أي حكم قانون صريح الغاء عقد ضد الانتظام العام، والاجتهاد في الواقع يحدد ايجابا أو سلبا المفاهيم العامة للنظام العام والآداب العامة ويخضع مدى تحقق النظام العام لرقابة محكمة النقض (غستان، 2000).

ومن ذلك فإن موقف القانون البحريني يتفق مع ما ذهب اليه اتجاه في الفقه الإسلامي الذي أخذ بقاعدة عامه وهي أن الأصل في الشروط الإطلاق والإباحة لا الحظر فيكون للمتعاقدين الحرية الكاملة في أن يشترطا أي شرط بما يحقق مصالحهم من العقود، بشرط أن يتصف الشرط بالمشروعية المتمثلة في عدم مخالفته للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة، فيعد كل شرط يقترن بالعقد صحيحا ويعد شرطا مشروعا ويرتب آثاره القانونية بين المتعاقدين. أما الشرط الذي يقترن بالعقد ويكون مخالفا للقانون أو النظام العام والآداب العامة فيتصف بعدم المشروعية، وبالتالي لا يجوز اقترانه بالعقد.

ثانياً: الضابط العام للشروط في الفقه الإسلامي.

الأصل في الشروط في الفقه الإسلامي.

اختلفت نظرة الفقهاء في الآصل في الشروط، اذ ذهب البعض إلى أن الأصل في الشروط الحظر وعدم الصحة وهناك من ذهب إلى أن الاصل في الشروط الاباحة، والذين ذهبوا القول بان الأصل في الشروط الاباحة الحنابلة، فالأصل عندهم في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة وليس الحظر ولا يحرم منها إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا وقياسا (ابن قدامة، 2004)، ويتفق ابن تيمية وابن القيم الحنبليان مع ما ذهب اليه الحنابلة

في أن الأصل في الشروط الإباحة، قال ابن تيمية "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه، وإبطاله نصاً أ وقياساً عند من يقول به. وهذ القول هو الصحيح بدلالة الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وهدم الدليل المنافي " (ابن تيمية، 1947) وقال ابن القيم "الأصل في العقود والشروط الصحة، إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح" (ابن القيم، 2008)

، واستدل أصحاب هذا القول على أن الأصل فيها الصحة على قول الله تبارك وتعالى: ﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فهذه أية من كتاب الله عز شأنه توجب الوفاء بالعقود وحفظ ما يقتضه العقد والقيام بموجبه على وجه العموم من غير فرق بين عقد وعقد، والشرط عقد من العقود كما يشهد بذلك عرف العرب (ابن تيمية، 1947)، كما استندوا إلى قول رسول الله - ﷺ : (الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)

ووجه الدلالة في هذا الحديث، أنه عليه الصلاة والسلام أخبر عن المسلمين بأنهم واقفون عند شروطهم، مرتبطون بما ابرموه منها، ففيه دليل على صحة الشروط جميعها وأنه لا يجوز الإخلال بموجبها ما لم يرد عن الشارع ما يدل على تحريم شرط منها وبطلانه (ابن تيمية، 1947). ويقول ابن تيمية: أن المشترط ليس له ان يبيح ما حرم الله ولا يحرم ما أباحه له فإن اشتراطه يكون حينئذ إبطالا لحكم الله وذلك ليس ما اوجبه الله. .

وقد ذهب كثيرا من العلماء المعاصرين ايضاً إلى القول أن الآصل في العقود والشروط الإباحة، لأنه يعطي السعة والمرونة والقدرة على استيعاب المعاملات الجديدة (القرضاوي، 2009)، وقد خلصت لجنة تقنينات الازهر للشريعة الإسلامية بوضع نص لحكم الشروط في المادة 60 التي تنص على أن

1- الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الاباحة.
2- ويجوز الاتفاق على شرط من مقتضى العقد، أو يلائم مقتضى العقد، أو فيه مصلحة مباحة ومعلومة وممكنة.
3- يبطل كل شرط يحرم حلالا أو يحل حراما.
4- إذا بطل الشرط، وتفرقت الصفقة بطل العقد. وإذا بطل الشرط ولم تتفرق الصفقة، صح العقد وغير لازم لمن فات شرطه (العطار، 1998). ويرى الشيخ الصديق الضرير، أن الأصل في الشروط الإباحة وهو الذي تؤيده النصوص ويتفق مع المعقول وهو أن إرادة المتعاقدين طليقة من كل قيد فهي قادرة على إنشاء أي عقد، وعلى اشتراط أي شروط ترى إلا ما نهى الشارع عنه وهو القيد الذي يحد من إرادة المتعاقدين (الضرير، 1410) وما ذهب اليه أصحاب هذا القول في جعل الأصل في الشروط الإباحة هو أن الشروط مقيدة عندهم بأن تكون موافقة لكتاب الله. ويرى جانب من الفقه، الحنفية والمالكية والشافعية، أن الأصل في الشروط الحضر وليس الإباحة ويحدد هؤلاء الفقهاء ضوابط تفصيلية للشروط الصحيحة التي يجوز اقترانها بالعقود والشروط غير الصحيحة التي لا يجوز اقترانها بالعقود.

الضوابط التفصيلية للشروط المقترنة بالعقود لدى جمهور الفقهاء.

وضع فقهاء الشريعة الإسلامية ضوابط للشروط، بشكل مفصل مفرقين بين الشروط الصحيحة والشروط غير الصحيحة وكانت نظرتهم إلى تلك الشروط بين مضيق وموسع. كما سنرى في الدراسة التفصيلية لتلك الشروط.

الشروط الصحيحة:

الشروط الصحيحة، هي تلك الشروط التي تكون من مقتضى العقد أو موجبه أو لوازمه أو ملائمة للعقد ومنها ما تحقق مصلحة مشروعة للعاقدين أو اشتراط صفة قائمة بمحل العقد، وما جرى به التعامل، وهذه هي

الشروط الصحيحة على وجه الإجمال في نظر الفقهاء، والفقهاء كما سنرى تنقسم الشروط عندهم إلى اربعة أنواع وقد اختلفوا في تلك الشروط بين مضيق وموسع كما يلي:

- **الشرط الذي يقتضه العقد**: إذا اشترطه أحد المتعاقدين على الآخر يكون صحيحا باتفاق الفقهاء ومثاله أن يشترط المشتري على البائع أن يسلمه المبيع، فهذا الشرط من مقتضيات العقد وهو ما يوجب أثراً من آثار العقد، فما ينتجه ثابت بالعقد نفسه ومهمة الشرط أنه يظهر هذا الأثر ويصرح به، ويكون الاشتراط حينئذ من باب التأكيد والحث على الوفاء بهذا المقتضى فالشروط التي تعد من موجبات العقد ومن مقتضاه هي التي يرتبها الشرع وإن لم يشترطها المتعاقدين كانتقال ملكية المبيع إلى المشتري والثمن للبائع، والتزام البائع يضمان استحقاق المبيع ومنها اشتراط الرد بالعيب. والاجتهادات الفقهية ترى أن لكل عقد في الشرع أحكاما اساسية تسمى مقتضى العقد، نص عليها الشرع مباشرة، أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفظا للتوازن بين العاقدين في الحقوق. فليس للعاقدين ان يشترطان من الشروط ما يخالف هذا المقتضى (الزرقاء، 1986). فقد جاء في البدائع للكاساني (واما الشرط الذي يقتضه العقد فلا يوجب فساده، كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع، أو باع بشرط أن يتملك الثمن أو اشترى على ان يسلم المبيع أو اشترى دابة على ان يركبها أو ثوباً على أن يلبسه ونحو ذلك، فالبيع جائز، لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرا المقتضى العقد، فلا يوجب فساد العقد) (الكاساني، 2003) وجاء في المهذب ((إذا شرط في البيع شرطاً نظرت، فإن كان شرطاً يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبهها، لم يبطل العقد، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضه العقد، فلم يبطله) (الشيرازي، 1990) وجاء في المغني ((والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام (أحدها) ما هو من مقتضى العقد، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال، فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد) (ابن قدامة، 2004). وجاء في البحر الزخار (باب الشروط المقارنة للعقد يفسده صريحها ومن عقدها ما اقتضى جهالة في العقد أو المبيع أو ألثمن أر رفع موجبه. . . ولو قال (البائع)للمشتري على أن لا تنتفع فسد إذ رفع موجبه، وجاء فيه (فرع) فإن شرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه، أولا خسارة عليه، فسد لرفعه موجب العقد) (العنسي، 1993).

فالشرط الذي يقتضه العقد يجوز اشتراطه في العقود وهو لا يزيد عن كونه تأكيدا لما يوجبه الشرع، لأن الشرع قد أوجبه إذ رتبه على العقود واوجب الوفاء به وإن لم يشترطه المتعاقدين فهو شرط لا يضيف شيئاً جديداً على العقد.

وهذا النوع من الشرط يعتبر شرطاً صحيحاً في القانون البحريني، فالقانون البحريني أجاز كل شرط، واشترط لجواز الشرط عدم مخالفته للقانون والنظام العام، والشرط الذي يقتضه العقد لا يتضمن أي محالفة للقانون أو النظام العام، من ذلك الشرط الذي يتم اشتراطه بتسليم المبيع أو ضمان العيوب الخفية أو ضمان التعرض والاستحقاق أو غيرها من الشروط التي اوجبها القانون (393-435 مدني بحريني).

- **الشرط الملائم للعقد ومصلحته**: الشرط الملائم للعقد هو ما يحقق مصلحة للمتعاقدين أو احدهما باشتراطه من احد الاطراف أو كليهما زيادة في ضمان تنفيذ الالتزام أو من اجل المحافظة على حقوق المتعاقدين، وبالتالي يعتبر من الشروط الصحيحة والملائمة للعقد، الشرط الذي قد لا يكون من مقتضى العقد وموجباته وانما ملائم لمقتضي العقد كما جاء في عبارة الحنفية أو محققا مصلحة العاقدين كما قال الشافعية وغيرهم من الفقهاء يقول الكاساني في البدائع (وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكدا اياه على ما نذكر إن شاء الله تعالى فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد. نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا أو كفيلا (الكاساني، 2003) وجاء في المهذب

(فأن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين من ذلك كتابة الدين والاشهاد علية والرهن والكفالة، ومثاله ان يطلب البائع من المشتري ان يعطيه بالثمن رهنا أو كفيلا (الشيرازي، 1995)، وجاء في التاج المذهب (أمالو شرط البائع كفيلا أو رهنا في الثمن أوفي المبيع أو شرط المشتري كفيلا في الثمن إن استحق المبيع فإنه يصح سواء كان الكفيل أو الرهن معينا أم لا وسواء كان عقدا أم شرطا فلو امتنع من تسليم الرهن أو امتنع الكفيل فللبائع الفسخ ولا إجبار في تسليم الرهن لان من شروط الرهن التراضي) (العنسي، 1993)، وجاء في كشاف القناع (وهي شروط لضمان العقد من الضمانات التي يشترطها المتعاقدين لضمان الوفاء بحقوهم كشرط الرهن أو الكفيل،) (البهوتي، 1986) قد اورد الشرع احكاما خاصة في هذه الضمانات وبين الفقهاء اركان وشروط واحكام الرهن والكفالة والحولة. ،

ولا يختلف موقف القانون البحريني عن أحكام الشريعة في جواز هذ الشرط، كونه لا يخالف القانون أو النظام العام، وباشتراطه مما يتفق مع القانون فالقانون البحريني أجازا الكفالة والرهن ووضع الاحكام المتعلقة بالرهن والكفالة، كما بين أحكام الشروط التي يمكن ان تقترن في حال الكفالة والرهن.

- **الشرط الذي يجري به العرف.**

يعد العرف مصدراً من المصادر التي يعتد بها في المعاملات لمالية وأصبح له دوراً كبيرا في المعاملات المالية، لذلك يعد من الشروط الصحيحة عند الحنفية، الشرط الذي اشترطه المتعاقدين ودل على مشروعيته العرف، جاء في المبسوط (وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر، فذلك جائز ايضا كما لو اشترى نعلا بشرط أن يحذوه البائع لان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بيناً (السرخسي، 1978)

وعلى هذا فالشرط الذي جرى به العرف بين الناس يعتبر شرطاً صحيحاً إذا توافرت فيه اركان العرف وشروطه، ويعتبر العرف مصدرا لبعض الاحكام عند كثير من الفقهاء، استنادا إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم (ماراه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) (الموطأ، 2016واحمد في المسند2008) واكدت القواعد العرفية على اعتبار العرف كمصدر للإحكام الشرعية، مثال ذلك (العادة محكَّمة، المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، تلك هي الشروط الصحيحة التي يجوز اشتراطها في العقود وهي الشروط التي تحقق كثر من الضمانات للمتعاقدين في حال اشتراطها، وحماية حقوقهم نحو بعضهم البعض. والعرف في القانون البحريني يعد المصدر الثاني من مصادر التشريع (م1 مدني بحريني).

ويمكن القول وبالاتفاق مع ما توصل اليه بعض الفقه بأن النظرة العامة إلى الشروط عند الفقهاء هو إباحة الشروط المقترنة بالعقود وليس الحظر، فيجوز اشتراط الشروط التي لا تتعارض مع مقتضيات العقد اوجاء الدليل على تحرميها، مما يعني ان للمتعاقدين ان يضمنوا العقود ما يشاؤون من الشروط بشرط أن لا يقترن العقد بشرط باطل يخالف مقتضى العقد أو موجبه وما جاء الدليل بتحريمه، وقد توصل بعض الفقه الى القول بان الأصل في الشروط عند المذاهب الاربعة الإباحة واستدل على ذلك بالقول. بانه لو كان الأصل عندهم في الشروط الحظر، لكانوا اعتمدوا عليه في ابطال كل شرط دون الحاجة الى ذكر دليل اخر لكنهم عند ردهم لشرط ما فإنهم يستدلون على ذلك بالأدلة مما يدل على أن الأصل عندهم الإباحة إلا ما جاء الدليل بتحريمه (اليمني 1426)

وبالتحقق والنظر فيما ورد عن هولا الفقهاء نجد توسعاً في الشروط الصحيحة بما يقرب من القول في جعل الأصل في الشروط الإباحة عندهم، حيث أجازوا كثيار من الشروط المقارنة للعقد والتي تتسع لكثير من الشروط التي يلجأ اليها المتعاقدين.

المبحث الثاني. أثر الشروط على العقود في القانون المدني البحريني والفقه الإسلامي.

أولا- أثر الشروط في القانون المدني البحريني:

لم يتناول القانون المدني البحريني على وجه التفصل، كما هو الأمر في الفقه الإسلامي، أثر الشروط غير الملائمة أو تلك التي لا تفتضيها العقود، وإنما وضع قاعدة عامة لا أثر الشرط غير المشروع، ، وهو بطلان الشرط وصحة العقد، وذلك في الفقرة (ب) من المادة (110 من القانون المدني التي تنص على انه" فإذا كان الشرط الذي تضمنه العقد غير مشروع بطل الشرط وصح العقد، مالم يثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان ليرتضي العقد بغيره، فيبطل العقد" وعليه فالقاعد العامة أن أي شرط يقترن بالعقد يقترن بالعقد يعد صحيحاً الا إذا كان غير مشروع مخالفا للقانون أو النظام العام والآداب فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا ويرتب آثاره القانونية وبالتالي فإن الشروط التي تفتضيها العقود أو الملائمة للعقد أو جرى بها العرف لا تتعارض مع النظام العام أو القانون مما يعد اشتراطها صحيحا وموافقاً للقانون، فإذا كان الشرط مخالفا للنظام العام أو الآداب أو القانون يلغى الشرط ويصح العقد ما لم يكون الشرط هو الدافع للتعاقد فيبطل العقد، وبذلك يكون القانون المدني البحريني قد أحسن صنعا عندما جعل الأصل في الشروط الإباحة ورتب البطلان للشرط المقترن بالعقد دون العقد، إذا كان الشرط مخالفا للقانون أو النظام العام مما يحفظ بقاء العقد صحيحا مرتباً آثاره بين المتعاقدين. ويستثنى من ذلك إذا كان الشرط هو الدافع الى التعاقد، فيبطل العقد.

ثانيا: أثر الشرط على العقد في الفقه الإسلامي.

الشروط غير الصحيحة. :

الشروط غير الصحيحة، هي تلك الشروط التي يشترطها المتعاقدين، وهي غير صحيحة باتفاق الفقهاء وهذه الشروط على عكس الشروط الصحيحة لا يجوز اشتراطها في العقود، وتتمثل في الشروط التي تتنافى مع مقتضى العقد ولوازمه، ، أو مخالفة لأحكام الشرع الاسلامي. وسنبين أقوال الفقهاء في أثر هذه الشروط فيمايلي.

الشروط الفاسدة عند الحنفية وهي :

- الشرط الذي لا يقتضيه العقد. كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع أو يهبه ونحو ذلك من التصرفات، فهذا مبطل للعقد .أما إذا كان الشرط ليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين، فالشرط باطل والعقد صحيح، فقد جاء في المبسوط "وإن لم يكن فيه منفعة لأحد، فالشرط باطل، والبيع صحيح نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط ألا يبيعه، لأنه لا مطالب بهذا الشرط، فانه لا منفعة فيه لأحد، وكان لغوا والبيع صحيح، الافي رواية عن أبي يوسف قال يبطل به البيع لما في هذا الشرط من ضرر على المشتري من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولكنا نقول لا معتبر بعين الشرط، بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر (السرخسي، 1978،)

اما الشرط الذي فيه نفع لأحد المتعاقدين، وهو ما يشترطه أحد العاقدين على الأخر، كشرط أن يقرض له قرضا أو يتصدق عليه بصدقه، أو على أن يبيعه بكذا أو كاشتراط سكنى الدار شهرا، فالبيع في جميع ذلك فاسد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعه. .وكذلك الشرط الذي يعود نفعه على المشتري، كشرط حمل المتاع إلى منزله أو يطحن الحنطة أو يخيط الثوب فهو فاسد لأن فيه منفعة لأحد العاقدين والعقد لا يقتضيه، فهذه الشروط فاسدة تفسد معه العقد (السرخسي، 1978) أما الشرط المؤدي إلى الغرر والمنازعة، كعدم معرفة حال المبيع من حيث وجوده من عدمه كمن اشترى بقرة على أنها حامل فالعقد يكون باطلاً. أما الشرط الذي

ليس فيه منفعة ولا مضرة، كمن باع طعاما واشترط على المشتري أن يأكله فهذا الشرط وامثاله يبطل ويصح العقد، لأن هذا الشرط يوجب على أحد العاقدين ما ليس بواجب فيلغو ويصح العقد (الكاساني، 1986)

الشروط الباطلة عند المالكية: جاء المالكية على خلاف الحنفية، فاعتبروا كثيرا من الشروط الفاسدة عند الحنفية صحيحة عندهم ولهذا فان الشروط الباطلة عندهم تنقسم الى نوعين:

الاول: الشروط الباطلة المبطلة للعقد، وهي الآتي:

الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، ويقصد به الشرط الذي يمنع المشروط عليه من الحصول على حق اثبته له العقد، مثال ذلك اشتراط بائع الدابة على المشتري عدم ركوبها، أو الاشتراط في عقد النكاح أن لا ينفق على زوجته فهذا الشرط باطل ويبطل العقد إذا أبطله المشترط، والدليل على إبطال هذ الشرط حديث عمر ابن شعيب عن أبيه عن جده قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وحملوا الشرط هنا على الشرط المناقض لمقتضى العقد. والشرط الذي يورث جهالة فهذا الشرط يفسخ به العقد، الا في حالة ما إذا ترك المشترط الشرط صح العقد (الدسوقي، بدون)

الشرط المحظور، وهو الشرط الذي يحل أمراً محرما، كشرط البائع على المشتري استعمال البائع الدار في اعمال الفساد المحرم كالدعارة ونحوها، فهذا الشرط فاسد يفسد معه العقد.

اشتراط حق من حقوق العقد، كاشتراط البائع عدم ضمان الاستحقاق، فهذا يبطل الشرط ويصح العقد . ومن ضابط الشرط الباطل عند المالكية الشرط الذي يخل بشرط من شروط صحة العقد، كالشرط الذي يؤدي الى جهل، أو غرر في العقد أو في الثمن أو في المثمون أو الوقوع في المحظور كالربا والشرط الذي يكون مناقضا لمقتضى العقد: كما إذا اشترط على المشتري ألا يتصرف في المبيع (شبير، 2007).

الشروط الباطلة عند الشافعية: يتفق الشافعية مع الحنفية والمالكية ببطلان الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، مثال ذلك، بأن باع عبدا بشرط أن لا يبيعه أولا يعتقه، أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة أو ثوبا بشرط أن يخيطه له بطل البيع، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط. (الشيرازي، 1990) .

اما الشروط الفاسدة عند الحنابلة ثلاثة أنواع:

أحدها: اشتراط أحدهما على الأخر عقدا أخر، كسلف أو بيع وإجاره، أو غيره، والمشهور في المذهب أن هذا يبطل البيع والشرط، لقول النبي صلى الله عليه وسلم كما ورد في الحديث بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم (لا يصح بيع وسلف ولا شرطان في بيع) سنن الترمذي، كتاب البيوع) فالنهي يقتضي الفساد ولأن العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لأن البائع لا يرضى إلا بالشرط فإذا فات الرضاء به، ولأنه شرط عقد في عقد فلم يصح كنكاح الشغار

الثاني: ما ينافي مقتضى العقد. نحو أن لا يبع أو لا يهب وغيره فالشرط باطل في نفسه لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث بريره حين شرط أهلها الولاء ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل.) ولكن هل يبطل البيع، والمنصوص عن احمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن ابي ليلى وأبو ثور (البهوتي، 1982) .

الثالث: أي شرط لا ينعقد معه البيع، وهو المعلق عليه البيع كقوله بعتك إن جئتني بكذا أوان رضى فلان فلا يصح البيع لأنه علق البيع على شرط مستقبل فلم يصح وكما إذا قال: بعتك إذا جاء رأس الشهر (البهوتي، 1982). .

الشروط الفاسدة عند الزيدية.

لا تختلف أثر الشروط الفاسدة عند الزيدية كثيراً عن الشروط الفاسدة عند فقهاء المذاهب الأربعة، اذ يرون ان الشرط الفاسد إذا اقترن بالعقد، فسد به العقد، فالمشتري لا ينتفع بالمبيع مع وجود شرط يمنع المشتري من الانتفاع بالمبيع، فالعقد يوجب انتفاع المشتري بالمبيع، ومثلوا لذلك بمن باع واشترط على المشتري أن لا يبيع ولا يهب أولا يعتق أولا يدخل المبيع بيته أولا يلبس الثوب أو شرط بقاء الثمرة المشتراة كلها شروط تنافي موجب العقد، وكذا لو شرط البائع على المشتري أن لا يرجع إليه بالثمن عند استحقاق المبيع فسد لأنه يرفع موجبه ومنها ايضا أن يشترط البائع أو المشتري بقاء المبيع في يد البائع (العنسي، 1993).

إضافة إلى تلك الشروط التي تؤدي إلى فساد العقد والشرط أو فساد الشرط دون العقد، فقد ذكر الفقهاء الشروط الفاسدة التي تخالف قواعد الشرع وأحكامه المتعلقة بالغرر والغش ونحو ذلك.

المبحث الثالث: الصور الخاصة لضوابط الشروط في القانون المدني البحريني والفقه الإسلامي

وهي تلك المسائل المتناثرة في القانون المدني والتي وضع لها المشرع البحريني أحكاماً خاصة، والشروط التي أختلف فقهاء المذاهب الإسلامية حول جوازها، ، فمن الفقها ء من قال بجوازها ومنهم من قال بعدم جوازها. ، وهذه الشروط لا تندرج ضمن مقتضيات العقود أو موجباته أو ملائمة له، وهي شروط وردت بشأنها أحاديث من السنة النبوية، واجتهادات فقهية وقد اختلف الفقهاء حول تفسيرهم لهذه الأحاديث ومنها، اشترط المنفعة لأحد العاقدين والعربون والتعويض المالي والاحتفاظ بالملكية وشرط البراءة من ضمان العيوب ونتناول هذه الشروط فيما يلي:

شرط المنفعة.

ويقصد به ما يشترطه أحد العاقدين من شرط يكون فيه منفعة فوق العقد، كما إذا باع دارا على ان يسكنها شهرا وقد اختلف الفقهاء فيه الى مذهبين:

المذهب الاول: هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية، إلى عدم جواز هذا الشرط وعدم الجواز عند الحنفية، أن هذا من بيع صفقتين في صفقة المنهي عنه في حديث رسول الله صلى الله عليه بما روي عن ابي هريره (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعه) الترمذي، كتاب البيوع (السرخسي، 1978) ولا يجوز عند الشافعية لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ولما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم (أنه نهى عن بيع وشرط (الرملي، 1967)

-الرأي الثاني، ويذهب إلى جواز هذا الشرط المالكية (ابن رشد، 1988) إذ يجوز عندهم بيع الدار وشرط سكناها إذا كانت المدة يسيره مثل الشهر أو الأسبوع أو اشترط حمل المتاع على الدابة الى مكان البائع، لأن هذا شرط فيه منفعة يسيره للبائع، لا تعود في منع التصرف في اصل المبيع، واستدل على جواز هذا بحديث جابر، الذي أخرجه البخاري ومسلم من حديث جابر رضي الله عنه أنه كان يسير على جمل له قد أعياه فمر رسول الله صلى الله عيه وسلم فضربه فدعا له، فكان يسير سيرا لا يسير مثلهن ثم قال: بعنيه بأوقية، قلت: لا ثم قال بعنيه بأوقية فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا المدينة اتيته بالجمل ونقدني ثمنه، ثم انصرفت فارسل على أثري قال: ماكنت لأخذ جملك، فخذ جملك ذلك فهو مالك (الشوكاني).

ففي الحديث دلالة واضحة على جواز اشتراط الانتفاع بالمبيع مدة معلومة، فلو لم يكن الانتفاع بالمبيع جائزا لما فعله النبي صلى الله عليه وسلم (ابن رشد1988). ويتفق الحنابلة مع المالكية في جواز بيع الدار مع اشترط السكنى مدة معلومة وفيه ان هذا قول الاوزاعي وابي ثور واسحاق وابن المنذر (ابن قدامة2004).

ويصح كذلك عند الزيدية جاء في التاج المذهب (وكذا لوشرط البائع الركوب إلى موضع معين صح) (العنسي1993). وما ذهب اليه هؤلاء الفقهاء، هو ما نميل اليه كونه يتم بالرضا وفيه تيسير للعاقد المشترط. ويحقق له منفعة مؤقته لا تخل بعنصر جوهري بالعقد.

ويعتبر هذا الشرط صحيحا في القانون البحريني، لأنه ليس فيه مخالفة للقانون أو النظام العام، مادام قد تم برضى من المتعاقدين، فالأصل في القانون هو جواز أي شرط يتم برضى المتعاقدين بشرط التقيد بأحكام القانون والنظام العام والآداب.

اقتران العقد بأكثر من شرط.

آراء الفقهاء في اقتران العقد بأكثر من شرط.

للفقهاء أقول مختلفة في اشتراط شرطين أو اكثر في العقد، وذلك لأنه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن شرطين في بيع) وحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ما ليس عندك) (الشوكاني، بدون) فاختلفت تفسيرات الفقهاء لهذا الحديث فذهب بعض الفقهاء إلى أن المقصود به هو التردد بين النقد والنسيئة في صفقة واحدة وقال هؤلاء بعدم جوازها وفسره البعض اشتراط عقد في عقد، كما لو قال بعتك هذه السلعة بكذا على ان تبيعني سلعتك بكذا وفسر الحنابلة الحديث في الأصح عندهم أن النهي هو اشتراط شرطين فاسدين يبطل العقد أما اشتراط شرطين صحيحين أو كثر فانه يصح ويصح العقد (ابن قدامة2004). وير ى الشيخ الصديق الضرير، أنه لا مانع من أن يحتوي عقد واحد على عقدين من عقود المعاوضة المالية وبخاصة البيع والإجارة، وبانه يجوز أن يقترن العقد بشرط أو أكثر يقتضه العقد أو يؤكد مقتضاه أو يحقق مصلحة لعاقديه. وبالنسبة لموقف القانون البحريني لم يرد نص خاص بشأن هذا النوع من العقود، وفي هذه الحالة يرجع إلى القاعدة العامة والضوابط التي وضعها القانون لصحة الشروط وهي النظام العام والقانون، وهنا نشير إلى أن القانون المدني البحريني نص في المادة الأولى من القانون المدني، على أن الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون مما يمكن معه الأخذ بهذا الشرط بما يتفق مع الشريعة الإسلامية.

وهذا ما نميل اليه، لأن اشتراط شرطين لا يؤثر على صحة العقد مادامت تلك الشروط صحيحة ولا تتنافى مع مقتضى العقد، وحديث رسول الله (المسلمون عند شروطهم) (سنن الترمذي) سواء اكان شرطاً أو اكثر من شرط مادام أنها لاتحل ما حرمه الله ولا تحرم ما احله الله.

شرط البراءة من العيوب.

من الشروط التي يتم اشتراطها في العقود شرط البراءة من العيب، في حكم هذا الشرط نجد أن الفقهاء اختلفوا فيه إذ يرى بعض الفقهاء أنه إذا كان المشتري عالما بالعيب حال العقد وسكت، فإن البيع يكون لازما وليس للمشتري أن يرجع على البائع بهذا العيب فعلمه بالعيب وسكوته يدل على رضاه بالمبيع وبالعيب الموجود فيه أما إذا لم يكن المشتري عالما بالعيب واشترط البائع براءته من العيوب وذهب البعض إلى جواز الشرط بإطلاق، فقد ذهب الحنفية ورواية عن الإمام أحمد إلى جواز شرط البراة من كل عيب بإطلاق، سواء علم بالعيوب أو لم يعلم. وهو ما نصت عليه المادة (342) من مجلة الأحكام العدلية بالقول: إذا باع مالاً على أنه بريء من كل عيب وظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب"

واستدلوا على ذلك بما روي عن أم سلمة رضي الله عنها (أن رجلين اختصما في مواريث درست الى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: استهما وأوجبا الحق، وليحلل كل واحد منكما صاحبه. يقول ابن قدامه بعد ذكره لهذ

الحديث (فدل هذا الحديث على ان البراة من المجهول جائزة، ولأنه اسقاط حق لا تسليم فيه، فصح من المجهول كالعتاق والطلاق، ولا فرق بين الحيوانات وغيره، فما ثبت في أحدهما يثبت في الآخر) (ابن قدامة، 2004)

واستدلوا بجواز ذلك بأن الإبراء وان كان فيه إبراء من المجهول إلا أن الجهالة هنا لا تؤدي إلى المنازعة والإبراء ينبئ عن الاسقاط لا التمليك فيعتبر التصرف إسقاطاً لا تمليكاً، والجهالة لا تمنع الاسقاطات (الكاساني، 1986).

وذهب البعض من الفقهاء إلى أن البيع بشرط البراة جائز إذا كان البائع لا يعلم بالعيب، وأما إن كان عالما به فلا يجوز روي هذا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه، وهو مذهب المالكية والشافعية (الرملي، 1967، الدسوقي). وقد أستدل اصحاب هذا الرأي بما روي "أن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما باع غلاما له بثمانمائة درهم وباع بالبراءة من العيب، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: به داء لم تسمه فاختصما إلى عثمان بن عفان فقال الرجل باعني عبداً وبه داء لم يسمه لي، فقال عبد الله ابن عمر: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله باليمين أن يحلف له، لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف له، وارتجع العبد، فباعه عبد الله ابن عمر بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم، رواه البيهقي في السنن الكبرى، فدل قضاء عثمان في هذه الواقعة على صحة اشتراط البراة من العيوب، إذا كان البائع غير عالم بالعيب ولم ينكر احد من الصحابة على عثمان ما قضى به" وهناك رأي ثاني عند الحنابلة أنه جائز مطلقا (ابن قدامة، 2004).

وهذا ما أميل إلى ترجيحه، استناداً إلى ما قضى به عثمان ابن عفان، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك وليس في هذا الشرط وهو البراة من العيب إذا لم يكن البائع عالما به محظور شرعي من غش أو غرر، إذ يفترض بالمشتري أن يكون قد عاين المبيع وتأكد من سلامته فأن لم يكن لديه القدرة رفض الشرط فقبوله بالشرط البراءة دليل على رضاه بشراء المبيع بحالته سليمة أو معيبة، ويتفق القانون المدني البحريني مع ما ذهب اليه الراي القائل بجواز اشتراط البائع البراءة من ضمان العيب الخفي. فشرط عدم ضمان العيب يقع صحيحا لعدم مخالفته أحكام القانون ولعدم تعلقه بالنظام العام والأدب، ويستثنى من ذلك حالتين يضمن فيها البائع العيب الخفي ولو كان قد اشترط عدم الضمان هما: إذا تعمد البائع إخفاء العيب، أو إذا كان البائع قد أكد خلو المبيع من عيب معين. (م417) مدني بحريني.

شرط التعويض المالي. وهي حالة اشتراط أحد المتعاقدين (الدائن)على المدين دفع مبلغ مالي كتعويض في حال الامتناع عن تنفيذ العقد أو التأخر في التنفيذ أو المماطلة في سداد الأقساط وهذا ما يعرف بالشرط الجزائي في الفقه والقانون وهو اتفاق المتعاقدين سلفا على تقدير التعويض الذي يستحق عند عدم التنفيذ العيني أو التأخير فيه. وعرفه البعض بانه اتفاق المتعاقدين سلفا على التزام معين يستحقه الدائن أو غيره على المدين، إذا لم يقم المدين بواجباته أو تأخر في تنفيذها (السنهوري، 1987).

حكم الشرط الجزائي في سداد الدين في الفقه الإسلامي والقانون البحريني.

الشرط الجزائي هو التعويض المقدر سلفا من قبل طرفي الالتزام لجبر الضرر الذي يصيب أحدهما من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير في تنفيذه (حسن، 2002)

وبالنظر إلى الشرط الجزائي وضوابط الشروط التي وضعها الفقهاء للعقود المقترنة بالعقود فهو لا يعد من مقتضيات الشروط ولا من لوازمه لذلك تناول الفقهاء بيان هذا النوع من الشرط، واختلف الفقهاء في اشتراطه، وقد فرق الفقهاء المعاصرين بين حالة شرط التعويض في الديون الذي يتضمن تحديد مقدار التعويض عن الضرر الذي يحتمل وقوعه مسبقا بإرادة العاقدين وبرضاهما، ويلزم المدين بدفعه إذا تأخر عن دفع التزامه في حينه سواء

لحق ضرر فعلي أم لا وحكم هذا الشرط عند الفقهاء عدم جوازه، ومن هؤلاء العلامة مصطفى الزرقاء، فقال (أن الاتفاق على مقدار ضرر الدائن عن تأخير الوفاء له محذور كبير، وهو انه قد يصبح ذريعة لربا مستور، بتواطؤ بين الدائن والمدين، بان يتفقا في القرض على فوائد زمنية وربوية، ثم يعقد القرض في ميعاده لكن يستحق عليه الدائن تعويض تأخير متفق عليه مسبقا يعدل سعر الفائدة فلذلك لا يجوز في نظري (الزرقاء، 1985)

ويرى الدكتور الصديق الضرير بأنه (لا يجوز أن يتفق البنك مع العميل على أن يدفع مبلغا محددا أو نسبة من الدين الذي عليه في حال تأخره عن الوفاء في المدة المحددة سواء سمي هذا المبلغ غرامة، أو تعويضا أو شرطا جزائيا لان هذا هو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه) (الضرير، 1410) غير أن صاحب هذا الرأي يجيز الاتفاق على دفع تعويض عن الضرر، وممن ذهب إلى عدم جواز الشرط الجزائي في الديون مجمع الفقه الإسلامي في قراره الصادر رقم 95/2/89 في الدورة الحادية عشرة التي عقدت بمكة في الفترة من 13 الى 20رجب1409ه الموافق 19الى 29فبراير 1898م، وقد نظر المجمع في موضوع السؤال التالي: إذا تأخر المدين عن سداد الدين عن المدة المحددة فهل للبنك الحق بأن يفرض على المدين غرامة مالية بنسبة معينة بسبب التأخير عن السداد في الموعد المحدد بينهما) وقد اجاب المجمع الفقهي على ذلك بالقول (إن الدائن إذا اشترط على المدين أو فرض عليه أن يدفع مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة وبنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو قرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء أكان الشرط هو المصرف أم غيره، لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القران بتحريمه)

اما الحالة الثانية: حالة وقوع الضرر فعلا بالدائن من عدم سداد الدين وقد ذهب البعض من الفقهاء المعاصرين إلى جواز التعويض في حال التأخير في سداد الدين ووقوع الضرر فعلاً على الدائن المماطل بسبب التأخير في سداد الدين عن وقته، مستدلا على ذلك بأن الأصل في الشروط اللزوم، وللحديث الشريف المسلمون عند شروطهم إلا شرط أحل حراما أو حرم حلالا، وان هذ الشرط يدخل في نطاق الشروط التي فيها مصلحه للعاقدين كالرهن والكفالة واستدل صاحب هذا الرأي على جواز عن التعويض المالي بما أخرجه البخاري عن ابن عون عن ابن سيرين أن رجلا قال لمكثريه أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا فلك مائة درهم، فلم يخرج فقال شريح: من شرط على نفسه شرطا غير مكره فهو عليه. وهذ القول يدل على جواز الشرط الحاصل برضا الطرفين والشرط الجزائي يكون برضى الطرفين، فهو لا ينفذ في حق الطرف الأخر إلا في حالة عدم قيام الملتزم بتنفيذ التزامه.

ومن ذلك يمكن القول إن الشرط الجزائي من الشروط الخلافية في الفقه الإسلامي، ولا يدخل صراحة تحت الضوابط أو ضوابط الشروط التي وضعها الفقهاء القدامى والمقترنة بالشروط والتي عرضناها سابقا أي الشروط الصحيحة ولذلك فإن حكم الشرط الجزئي ومدى مشروعيته يستقل بأحكامه وادلته الخاصة التي خلص فيه أكثر الفقه المعاصر إلى عدم جواز الشرط الجزائي في الديون كون الشرط الجزائي في هذه الأخيرة هو قرض مبلغ مالي يدفعه المدين في حال عدم تسديد الدين يعد ربا محرما، وأجاز البعض للشرط في حال وقوع الضرر فعلا. وهو ايضا موقف القانون المدني البحريني الذي لم يجز الشرط الجزائي في الديون حيث تنص المادة 225 على أنه: إذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود يحوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدما التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق" ويتضح من النص عدم جواز الشرط الجزائي في القانون المدني البحريني إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، مما يفهم من ذلك انه إذا كان الشرط الجزائي يتمثل في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام من غير الديون كالالتزامات الناشئة عن الاعمال يجوز اشتراطه فذلك لا يعد من قبيل الربا المحرم شرعا. كما يتضح من النص ان الشرط الجزائي في غير الديون في القانون البحريني يكون جائزا إذا توفرت فيه الشروط اللازم توافرها لقيام المسؤولية المدنية.

البيع بشرط العربون. من الصور الخاصة التي تقترب بالعقود البيع بالعربون، والعربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، وللعربون دلالات مختلفة سواء في نطاق الفقه الإسلامي أو القانون المدني البحريني فمن دلالته أن العقد يصبح باتا لا يجوز الرجوع فيه، أو كمقابل لحق العدول عند عدم اتمام العقد. وصورة العربون التي يشترطها المتعاقدين هو ما يشترطه البائع على المشتري دفع مبلغ مالي على أنه ان أمضى البيع حسب من الثمن وان لم يمضه كان له ولا يرجعه للمشتري (بني يونس شلقامي، 2016).

هذه الصورة من العربون هي ما تعرف بدلالة العدول والتي أختلف الفقهاء في مشروعيتها فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز العربون، واحتجوا بحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربون، رواه ابن ماجه، ولأنه شرط للبائع شيئا بغير عوض فلم يصح، ويعتبر من أكل أموال الناس بالباطل (ابن قدامة، 2004)

ويرى الحنابلة جواز بيع العربون استنادا إلى ما روى عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فإن رضى عمر وإلا فله كذا وكذا، قال الأثرم قلت لأحمد: تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه (ابن قدامة2004).

ونخلص من ذلك الى أن العربون في الفقه الإسلامي محل خلاف بين فقهاء الشريعة في صوره اعتبار العربون ثمنا لخيار العدول، فالرأي الغالب في الفقه الإسلامي عدم جوازه لما فيه من أكل لأموال الناس بالباطل، وهناك من يرى جوازه، أما موقف القانون المدني البحريني من العربون، فقد جعل للعربون دلالة أصلية وهي دلالة العدول فقد نصت المادة (52) من القانون المدني البحريني على أن "دفع العربون، وقت إبرام العقد، يفيد أن لكل من المتعاقدين خيار العدول عنه، مالم يظهر أنهما قصدا غير ذلك، أو كان العرف يقضي بخلافه" ويتضح من النص أن الأصل في العربون أنه للدلالة على خيار العدول عن العقد ومعنى ذلك بإمكان أي من المتعاقدين العدول عن العقد ويترتب عليه خسارة قيمة العربون إذا كان العادل هو من دفع قيمة العربون فإنه يخسره أما إذا كان العادل هو قبض العربون فانه يخسر أيضا وذلك برد العربون وضعفه، كما جعل المشرع البحريني للعربون دلالة أخرى وهي ما يقصده الأطراف أو يقضي به العرف (بني يونس، شلقامي، 2016).

شرط البيع مع الاحتفاظ بالملكية:

اختلف فقهاء الشريعة في حكم هذا الشرط، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذا الشرط يبطل العقد، لأن من أحكام عقد البيع انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وللمشتري أن يتصرف فيه بأي نوع من نواع من التصرف، والاحتفاظ بالملكية يمنعه من التصرف فيه، وبالتالي فهو منافي لمقتضى العقد، والشرط المنافي للعقد يجعل العقد غير صحيح كما مر بيانه. فالأصل في البيع أنه يرتب آثاره فور العقد، وهذ الشرط فيه خروج على القواعد العامة التي وضعها الشارع لضبط العقود ويفرغ العقود من مضمونها، وهو شرط يتنافى مع مقتضى العقد ولا يلائمه (فياض، 1999).

وذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة إلى القول بعدم جواز مثل هذا الشرط واعتبرته من الشروط التي تتنافى مع مقتضى عقد البيع، وهو انتقال الملكية، لكنها أجازت أرجاء تسجيل السلعة باسم العميل لغرض ضمان سداد الثمن.

أما حكم القانون في هذ الشرط فقد أجاز القانون المدني البحريني هذا الشرط بنص خاص لما فيه من مصلحة للبائع في الحصول على حقه في ثمن المبيع، وعملا بمبدأ حرية التعاقد ووضع الشروط وكونه لا يتعارض مع النظام العام، فقد نصت المادة (391) منه على أنه "إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل

الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع. فإذا كان الثمن يدفع أقساطا، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم يوف جميع الاقساط. " ففي هذه الصورة تنتقل ملكية المبيع الى المشتري معلقة على شرط الوفاء بالثمن، فإذا وفى بالثمن انتقلت الملكية كاملة وان لم يوفي بالثمن انفسخ العقد بأثر رجعي.

شرط المنع من التصرف.

ونشير هنا إلى أن فقهاء الشريعة قد تطرقوا الى مسألة شرط المنع من التصرف، وهو الشرط الذي يشترطه المتصرف على المتصرف اليه المنع من التصرف في المتصرف فيه، كما ورد في الامثلة عند الفقهاء (السرخسي، 1978ابن رشد، 1988، الشيرازي، 1990)، فاعتبر الفقهاء أن ذلك الشرط يكون باطلا، كونه يرفع موجب العقد ولا يحقق المصلحة التي يريدها المتعاقد من عقده، وأن القول بإجازة شرط المنع من التصرف يعد قفزا عن الحقيقة في جوهر الفقه الإسلامي وهو شرط فاسد يفسد العقد (قدادة2004)

أما المشرع البحريني كغيره من التشريعات نجد أنه لم يجز الشرط المانع من التصرف على إطلاقه، وإنما جعل الشرط المانع من التصرف صحيحا بشروط معينة بما يجعل من الشرط المانع من التصرف عدم مخالفته لمقتضي العقد وبما لا يخالف القانون والنظام العام، إذا اشترط في شرط المنع من التصرف أن يكون الباعث من الشرط قويا ومشرعا وايضا اشترط أن يكون المنع لمدة معقولة أي أن لا يكون المنع من التصرف مؤبدا، (م774مدني بحريني) بحيث اذ كان المنع من التصرف مؤبد فانه يكون شرطا باطلا فيبطل كل من الشرط والتصرف معا. (عثمان، 2010).

الخاتمة:

خلصت الدراسة إلى النتائج والتوصيات الآتية.

النتائج:

- إن الأصل في الشروط في القانون البحريني هو الإباحة للمتعاقدين في العقود المختلفة، إذ جعل إرادة المتعاقدين حرة في وضع الشروط المقترنة بالعقود، تحت ضابط القانون والنظام العام والآداب. أما الأصل في الشروط في الفقه الإسلامي فقد أختلف الفقهاء إلى اتجاهين فهناك من رأى أن الآصل في الشروط الإباحة وهناك من رأى أن الأصل في الشروط الحظر.
- يتفق القانون البحريني مع ما ذهب اليه بعض الفقه الاسلامي الحنابلة الذي أخذ بقاعدة الأصل في الشروط الإباحة لا الحظر، فيعد كل شرط يقترن بالعقد صحيحا إلا إذا كان مخالفا للنظام العام والقانون والآداب العامة.
- أن جعل الأصل في الشروط الصحة كما ذهب اليه القانون المدني البحريني والفقه الإسلامي فيه من السعة والمرونة التي تلبي حاجات المتعاقدين وتحقق مصالحهم.
- حدد القانون البحريني عدداً من الضوابط قيد من خلالها الآصل العام للشروط حيث منع كل شرط يتعارض مع نصوص القانون والنظام العام والآداب.
- أن الالتزام بالضوابط القانونية المتعلقة بالشروط تحمي العقود والتصرفات من البطلان وتجنب المتعاقدين المنازعات والخسائر المادية التي يمكن أن تلحق بهم من جراء بطلان العقود في حال عدم الالتزام بالضوابط القانونية والشرعية

- أن ما ذهب اليه الفقهاء في تفصيلات الشروط المقترنة في العقد وحكمها يعد أثراء من قبل الفقهاء في معرفة كثير من التفصيلات للشروط التي تقترن بالعقود والتي تعود بالفائدة العملية في وضع الشروط المقترنة بالعقود عند إبرام العقود والتصرفات القانونية.
- الشروط التي تُبطل ويبطل معها العقد هي الشروط التي تنافي مقتضى العقد، ويرى المالكية ان الشرط المنافي لمقصود العقد يبطل به العقد إذا بقي المشترط متمسكا به ولم يتنازل عنه فإذا تنازل المشترط يصح العقد.
- وضع المشرع البحريني ضوابط للشروط لعدد من الصور الخاصة والتي هي مثار خلاف في الفقه الاسلامي، متفقا بذلك مع ما ذهب اليه بعض الفقهاء وبضوابط معينة، حماية للمصلحة الخاصة والعامة للمتعاقدين.
- أن التشريع البحريني والفقه الإسلامي يتفقان إلى جانب حماية المصلحة العامة حماية المصلحة الخاصة، إذ قيدت حرية الأفراد في وضع الشروط المقترنة بالعقود بضابط المصلحة، وذلك لما قد يترتب من عدم حماية المصلحة الخاصة اهداراً للمصلحة العامة.

التوصيات والمقترحات.

1- أن يراعي المتعاقدون ضوابط الشروط المقترنة بالعقود التي تحددها القوانين النافذة في الدولة عند ابرام العقود.
2- إجراء دراسات تطبيقية للشروط المقترنة بالعقود والتي يتم وضعها في كثير من العقود التي تبرم بين المتعاقدين في نواحي الحياة المختلفة.

قائمة المراجع.

- ابن القيم: ابي عبد الله محمد بن ابي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، القاهرة: دار الحديث
- ابن رشد، محمد بن أحمد (1988)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ط1)، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
- ابن قدامة، مجد الدين عبد الرحمن المقدسي (2004)، المغني لابن قدامة، تحقيق د. محمد شرف الدين خطاب، ود. السيد محمد السيد أحمد، المغني لموفق الدين أبي محمد أبن قدامه، القاهرة: دار الحديث.
- بني يونس، جميل محمد، واخرون (2016)، العقود المسماة في القانون المدني البحريني، البيع- الايجار (ط1)، البحرين: مطبعة جامعة البحرين.
- البهوتي، منصور بن يونس (1982)، كشاف القناع عن متن الاقناع، القاهرة: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- جاك، غستان ترجمةمنصورالقاضي2000، المطول في القانون المدني (ط1)، بيروت، لبنان: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- الجبوري، ياسين محمد (2002)، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني (ط1)، عمان، الاردن: دار وائل للنشر والتوزيع.
- حسن، خالد جمال أحمد حسن (2009)، دروس في أحكام الالتزام في ظلال نصوص القانون المدني البحريني (ط1)، البحرين، جامعة البحرين.
- الدسوقي، شمس الدين محمد (بدون)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصر، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية: مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- الرملي، محمد بن ابي العباس بن شهاب الدين وبهامشه حاشية أبي الضياء نور الدين على الشبراملسي (1967 نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصر. القاهرة: مطبعة مصطفي البابي الحلبي.

- ريان، أحمد (2003)، فقه البيوع المنهي عنها مع تطبيقاتها الحديثة في المصارف الإسلامية (ط3)، سلسة اصدارات البنك الإسلامي للتنمية
- الزحيلي، وهبه (2007)، أصول الفقه الإسلامي دمشق: (ط4)، دار الفكر المعاصر، دمشق.
- الزرقاء، مصطفى أحمد (1985)، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض، الرياض مجلة ابحاث الاقتصاد الاسلامي مجلد 2.
- الزرقاء، مصطفي أحمد (1418)، المدخل الفقهي العام (ط1) سوريا، دمشق: دار القلم
- الزفتاوي، عصام أنس (1981)، حكم الغرامة المالية في الفقه الإسلامي القاهرة، إصدار المعهد العالي للفكر الإسلامي القاهرة، دراسات في الاقتصاد الإسلامي.
- زيدان، عبد الكريم (2009)، الوجيز في أصول الفقه، دمشق: مؤسسة الرسالة.
- السالوس، على أحمد (2006)، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر دراسة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون (ط4)، مصر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر: مكتبة دار القران.
- السرخسي، محمد بن احمد (1978)، المبسوط (ط3)، بيروت، لبنان: دار المعرفة للطباعة والنشر.
- السنهوري، عبد الرزاق (1987)، الوسيط في شرح القانون المدني القاهرة: دار النهضة العربية.
- شبير، محمد عثمان (2004)، الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الاسلامي، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية –العدد: 32: 58-108جامعة قطر.
- الشوكاني محمد بن علي (بدون)، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخيار، القاهرة: مكتبة دار التراث.
- الصواء، علي محمد حسين الصواء الشرط الجزائي في الديون_ https: //elibrary. mediu. edu. my/ books/MAL05885. pd
- الضرير، الصديق محمد الامين الضرير (1410)، الغرر وأثره على العقود في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة، بيروت، دار الجيل.
- العطار، عبد الناصر توفيق (1998)، توحيد تقنينات الأزهر للشريعة الإسلامية، القاهرة: مطبعة جامعة الازهر.
- عطية، فياض (1999)، التطبيقات المصرفية لبيع المرابحة في ضوء الفقه الإسلامي (ط1)، مصر، دار النشر للجامعات.
- علي، يونس صلاح الدين، 2013) بنود العقد في في القانون الانجليزي دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، مجلة الرافدين، مجلد (16) العدد (58)، 65-114
- العنسي، أحمد بن قاسم اليماني الصنعاني (1993)، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار (ط1)، صنعاء، اليمن: ، دار الحكمة اليمانية للطباعة والنشر.
- الفيروز آبادي، مجد الدين- القاموس المحيط- دار الكتب العلمية –بيروت-لبنان 1999م.
- الفيروزابادي، أبي اسحاق إبراهيم الشيرازي (1995)- المهذب في فقه الإمام الشافعي (ط1)، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
- القانون المدني البحريني، مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001.
- قدادة (خليل احمد حسن (2004)، مدى شرعية القيود الإدارية على حق الملكية دراسة مقارنة، مجلة الجامعة الاسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) مجلد، 12. العدد2: 115-151

- القرضاوي، يوسف (2009)، القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، بحث قدمه الى المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، الدورة التاسعة. .
- القرطبي، ابي عبد الله محمد بن أحمد الانصاري (1967)، الجامع لأحكام القران (ط3) القاهرة- دار الكتب العربية للطباعة والنشر.
- القليصي، على أحمد (2000)، فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية (ط4)، صنعاء، اليمن:. دار الجامعات اليمنية للنشر.
- الكاساني، أبي بكر بن مسعود أحمد الحنفي (1986) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ط3)، مصر، القاهرة:- دار الحديث.
- مالك، ابو عبدالله مالك بن انس، (2016) الموطأ ط1، مصر، القاهرة، دار التأصيل.
- المتطلبات الشرعية لصيغ الاستثمار والتمويل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، 1422هـ/2001م.
- محمد، عبد الحميد عثمان محمد (2010) –المفيد في شرح القانون المدني البحريني (ط3)، مملكة البحرين: مطبعة جامعة البحرين.
- مدكور، محمد سلام، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر.
- اليمني، محمد بن عبد العزيز سعد (2006)، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة – دراسة فقهية مقارنة (ط1)، السعودية: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع.