



ISSN: 1994-4217 (Print) 2518-5586(online)

Journal of College of Education

Available online at: <https://eduj.uowasit.edu.iq>

Dr. Muhammad
Salehi Mazandarani

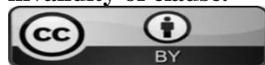
Student: ISHRAQ
HASAN ODHAIB

Qom University -
College of Law

Email:
salehimazandarani@yahoo.com
iothaib@uowasit.edu.iq

Keywords:

simulation theory,
dependence theory,
implicit clause theory,
unconditional
invalidity of clause.



Article info

Article history:

Received 3.Oct.2024

Accepted 3.Nov.2024

Published 28.Nov.2024



Theoretical Principles in Contract Rectification (A Comparative Study between Iraqi and Iranian Laws)

A B S T R A C T

The topic of theoretical principles in the contract correction are not reflected in the Iraqi Civil Code and the Iranian Civil Code in direct legal texts that deal with it in detail despite the importance of these principles, and their role in correcting the avoidable contract is a set of legal rules that clarify the basis for the correction of the contract, as they are referred to in the cases of contract interpretation containing vague terms of true intention of the contracting parties. In the cases of conclusion the contract in bad faith and deception of the other party, these principles are the theory of simulation (simulated), the theory of accreditation, the theory of implicit clause, and the invalidity of unconditional clause.

© 2022 EDUJ, College of Education for Human Science, Wasit University

DOI: <https://doi.org/10.31185/eduj.Vol57.Iss2.4151>

المبادئ النظرية في تصحيح العقد (دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والإيراني)

المشرف: دكتور محمد صالح مازندراني الباحثة: إشراق حسن عذيب
جامعة قم الحكومية / كلية القانون

المستخلص

إن موضوع المبادئ النظرية في تصحيح العقد لم ترد بشأنه في القانون المدني العراقي، والقانون المدني الإيراني نصوص قانونية مباشرة تتناوله بشكل مفصل بالرغم من أهمية تلك المبادئ، ودورها في تصحيح العقد القابل للإبطال حيث إنها تمثل مجموعة القواعد القانونية التي توضح أساس تصحيح العقد حيث يتم الرجوع عليها في حالات تفسير العقد المتضمن شروطاً غامضة لمعرفة النية الحقيقية للأطراف المتعاقدة وفي حالات إبرام العقد بسوء نية وخداع الطرف الآخر،

وتتمثل تلك المبادئ بنظرية السيمولاسيون (الصورية)، ونظرية الاعتماد، ونظرية الشرط الضمني، وبطلان الشرط دون المشروط

الكلمات المفتاحية: نظرية السيمولاسيون، نظرية الاعتماد، نظرية الشرط الضمني، بطلان الشرط دون المشروط .

المقدمة

لاحظنا من خلال الرجوع إلى نصوص القانون المدني العراقي، والقانون المدني الإيراني خلو كل منهما من نصوص قانونية خاصة بالتصحيح تمثل مبدأ أو نظرية عامة له، ولمعرفة المبادئ النظرية في تصحيح العقد لابد من تناول تلك المبادئ، والتي تتمثل بالنظريات السيمولاسيون (الصورية)، ونظرية الاعتماد، ونظرية الشرط الضمني، وبطلان الشرط دون المشروط التي تناولها القانون، والفقه الغربي والفقه الإسلامي، والفقه القانوني إضافة إلى بيان التطبيقات القانونية لتلك المبادئ، ودورها في الحفاظ على العقود من البطلان وبالتالي استقرار المعاملات المالية بين الأطراف المتعاقدة.

المطلب الأول: نظرية السيمولاسيون (الصورية) في قانون الغرب والفقه والقانون الإيراني والقانون العراقي .

لبيان مضمون نظرية السيمولاسيون (الصورية) في قانون الغرب، والفقه، والقانون الإيراني والقانون العراقي ودورها في تصحيح العقد الباطل، وإنقاذه من البطلان يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على فرعين كالآتي :

الفرع الأول: نظرية السيمولاسيون (الصورية) في قانون الغرب

إحدى النظريات القانونية المقترحة في الدول الأوروبية هي نظرية محاكاة العقد بحيث يقوم الأطراف بإخفاء عنوان، واسم العقد بسبب الخطأ أو عمداً لتحقيق أهداف محددة، وتعرف هذه النظرية بالسيمولاسيون (الصورية) في القانون الفرنسي، والسويسري، وفي قوانين الدول المشتركة، وتضمنت المادة ١٨ من قانون الالتزامات السويسري على أنه من أجل تقييم شكل العقد وشروطه يجب البحث عن النية الحقيقية والمشاركة بين الأطراف دون الاعتماد على كلمات أو أسماء كاذبة يستخدمها سواء عن طريق الخطأ أو في غير قصد من أجل إخفاء الطبيعة الحقيقية للعقد على أن تكون ملزمة إن ما يدور في المحاكاة هما عقدان ظاهر و خفي بحيث عكس الطرفان نواياهما الحقيقية في العقد المخفي ولم يتظاهرا إلا في العقد الظاهر، وفي الواقع يعقد الطرفان عقداً ظاهرياً ومع أنه لا يعكس اتفاقهم الحقيقي إلا أن العقد الحقيقي في هذه الحالة هو المعيار في كتابات قانون العقود في الدول الأوروبية، ويشترط أنه إذا ظهر طرفاً عقد واحد فإن العقد المخفي ملزم لهم شرعاً إلا في حالة التدليس، ولذلك فمن حيث الآثار التي تحكم المحاكاة ينبغي القول أن آثار العقد الحقيقي هي المعيار ما لم يثق شخص أو أطراف ثالثة بظاهر العقد، وعملوا بمقتضاه فيجوز لهم في هذه الحالة الاعتماد على ظاهر العقد في لوائح القانون الخاص الأوروبي يتم شرح نظري سيمولاسيون أي المحاكاة بهذه الطريقة إذا أبرم الطرفان عقداً وكانت الآثار الظاهرة للعقد مختلفة عن الآثار الفعلية المقصودة للأطراف، وفي هذه الحالة تكون الغلبة للآثار الحقيقية للعقد، وفقاً لنظرية السيمولاسيون (المحاكاة) لا ينبغي بالضرورة أن تكون هناك إرادة حقيقية لدى الأطراف لإبرام العقد (مازندراني، ايمان صالح، (١٤٠٠)، ص ١٠٤-١٠٥) .

من التطبيقات على السيمولاسيون (المحاكاة) هي حالة قيام المدين المحكوم عليه بمصادرة أمواله بنقلها إلى أحد أصدقائه مع عدم نيته بنقل الملكية، وفي بعض الأحيان تعود المحاكاة إلى الاعتراف بطبيعة العقد كعقد الهبة مثلاً يوصف بأنه بيع عقار مع وجود اتفاق خفي على عدم دفع الثمن النوع الأول من المحاكاة يعرف بالمحاكاة المطلقة (الصورية المطلقة) وفي هذا النوع من المحاكاة لا توجد إرادة لخلق الالتزام والنوع الثاني من المحاكاة هو المحاكاة النسبية (الصورية النسبية) وفيها إرادة للدخول في العقد (كاتوزيان، ١٣٨٤، ش ٧٠)

بين الفقه الفرنسي المقصود بالصورية حيث يقصد بها إخفاء الأطراف لإراداتهم الحقيقية وراء مظهر كاذب وعلى ذلك تتحقق الصورية في كل مرة يتفق فيها شخصان على إجراء تصرف ظاهر يخفي حقيقة العلاقة بينهما وعلى هذا النحو تقتضى الصورية وجود تصرف ظاهر وهو العقد الصوري وتصرف مستتر وهو العقد الحقيقي أو ما يسمى بورقة الضد ويرمي الاتفاق المستتر أو العقد الحقيقي أما إلى محو كل أثر للتصرف الظاهر وأما تعديل أو نقل بعض آثاره ولذلك يلزم حتى تتحقق الصورية على هذا النحو ان يكون هناك تعاصر بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر وإلا كنا بصدد اتفاق جدي سابق تعدلت أحكامه باتفاق لاحق ويتوافر هذا التعاصر ولو لم يحرر الاتفاق المستتر إلا في وقت لاحق طالما ان إرادة الطرفين كانت متجهة من بادئ الأمر إلى محو آثار التصرف الظاهر والتعديل فيها ، وعلى ضوء ما تقدم فان الصورية نوعان صورية مطلقة وصورية نسبية (سعد، ٢٠٠٣، ص ١٤٠) .

الصورية المطلقة (simulation absolue): تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة كما إذا أراد شخص ان يمنح دائنيه من التنفيذ على شيء مملوك له فيبيع هذا الشيء بيعاً صورياً إلى شخص يتفق معه على ذلك ويكتبان به عقداً ظاهراً ويكتبان في الوقت ذاته سنداً مستتراً يذكران فيه ان البيع لا حقيقة له ، وهذا السند هو ورقة الضد، والصورية النسبية (simulation relative par voie de): تتناول نوع العقد دون وجوده كهبة في صورة بيع العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقي ويكون الغرض من الصورية عادة في مثل هذه الحالة الهرب من رسمية العقد فيما إذا ظهرت الهبة في ثوبها الحقيقي وأمثلة أخرى لهذه الصورية منها ان يكتب شخص سكا على نفسه بدين لأخر يقول عنه انه ثمن لشيء اشتراه وهو في الحقيقة قرض بربا فاحش أراد الطرفان إخفائه ومنها ان يخفي الطرفان رهن الحياة تحت صورة بيع الوفاء (السنهوري، ١٩٩٨، ج٢، ص ٨٢٨ - ٨٢٩) .

والسيمولاسيون أي الصورية النسبية بطريق المضادة تتناول شروط العقد أو ركنا من أركانه ومثال على ذلك ان يذكر في بيع العقار ثمناً اقل من الثمن الحقيقي تهرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة أو يذكر في عقد الإيجار أجرة اكبر من الأجرة المتفق عليها في الحقيقة بقصد رفع قيمة المنزل المؤجر عند بيعه وقد يذكر في عقد هبة سبب مشروع لها إخفاء للسبب الحقيقي غير المشروع ، ويهيمن على أحكام السيمولاسيون أي الصورية ثلاثة مبادئ يجب التنسيق بينها فمبدأ سلطان الإرادة يفرض احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين أي الاعتداد بالتصرف المستتر أو ما يسمى بورقة الضد ، ونظرية الأوضاع الظاهرة تملّي السماح للغير حسن النية بالاعتداد بالتصرف الظاهر ، ومبدأ محاربة الغش قد يقتضي إبطال ورقة الضد أو ورقة الضد والتصرف الظاهر معاً ، ويتضح من ذلك ان السيمولاسيون أي الصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان فإذا لجا المتعاقدان إلى الصورية بقصد التحايل على القانون فان اثر هذا التحايل يختلف باختلاف الأحوال فقد يترتب على إعلان الصورية بطلان العقد الحقيقي لعدم مشروعيته ، وقد يقتضي الجزاء على تقويت قصد المتعاقدين بمنع تحقيق الغرض الذي قصده بتحايلهما وتطبيقاً لذلك إذا كان الغرض من التحايل على القانون هو تصحيح عقد مخالف للقانون بإخفائه تحت ستار عقد آخر ترتب على الكشف عن الصورية بطلان العقد الحقيقي لعدم مشروعيته كهبة يقصد بها استمرار علاقة غير شرعية يسترها المتعاقدان تحت ستار عقد بيع أو قرض أما إذا كان القصد من التحايل على القانون عدم إخفاء تصرف غير مشروع فان الكشف عن الصورية لا يترتب عليه بطلان التصرف المستتر مادام مشروعاً وإنما يقتصر الجزاء على منع تحقيق الغرض الذي قصده المتعاقدان بتحايلهما كما في حالة إذا كان القصد من إخفاء البيع تحت ستار هبة أو من ذكر ثمن أكبر من الثمن الحقيقي هو منع الشفيع من الأخذ بالشفعة فان جزاء هذا التحايل يقتصر على تقويت قصدهما فتثبت الشفعة رغم ان العقد ظاهره هبة ، ولا يلتزم إلا بدفع الثمن الحقيقي دون الثمن الظاهر (سعد، مصدر سابق، ص ١٤٣ - ١٤٤) .

يتضح لنا مما تقدم ان نظرية سيمولاسيون (الصورية) النسبية بطريق المضادة هي لها دور في إنقاذ العقد من البطلان من خلال الأخذ بالعقد الحقيقي وترك العقد الظاهر لان العبرة بالنيات والمقاصد لا للألفاظ .

الفقه الفرنسي يبين شروط تحقق نظرية سيمولاسيون(الصورية) وهي ثلاثة شروط منها وجود اتفاق خفي بين طرفي العقد الظاهر ومعاصر له أي الصورية لا تكون محققة إلا إذا وجد عقدان متعاصران متغايران أحدهما خفي والثاني ظاهر ومع ذلك يقر الاجتهاد الفرنسي بأن العقد الظاهر والعقد الحقيقي قد لا يتعاصرا فقد يكون العقد الحقيقي سابقا على العقد الظاهر ومتى انتهى وجود العقد الخفي يصبح العقد الظاهر حقيقياً ويعمل به مهماً كان الهدف الذي يرمي المتعاقدان ولو كانا يخفيان حقيقة قصدهما ما لم يكن الهدف منطوياً على غش أو احتيال على القانون ،والشرط الثاني انطواء العقد الخفي على هدف من شأنه تعديل أحكام العقد الصوري أو تجميد نتائجه أما الشرط الثالث هو انصراف التعديل إلى حد أركان العقد الصوري أو احد عناصره حيث ممكن ان يتناول العقد الخفي التعديل في أركان العقد الظاهر من ناحية طبيعة العقد كما لو جرى العقد الظاهر بصيغة البيع البات وكان العقد الخفي يثبت اتفاق الطرفين على هبة أو من ناحية موضوع العقد ومحتوياته كما لو ذكر في بيع عقار ثمناً اقل من الثمن الحقيقي تهرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة وفي هذه الحالة فان جزاء التحايل هذا ليس بطلان العقد الحقيقي بل تفويت ما قصده المتعاقدان وذلك باقتضاء الرسوم كاملة على أساس الثمن الحقيقي وليس على أساس الثمن الظاهر أما من ناحية سبب العقد كما لو تعهد رجل بدفع مبلغ من المال إلى امرأة تربطه بها علاقة غير شرعية وصرح في العقد انه استقرض منها المال وكان واقع الحال في العقد الخفي يثبت ان التعهد حرر على سبيل التبرع ففي هذه الحالة يكون العقد الخفي باطل لأنه مبني على سبب غير مشروع (هدى عبد الله ، ٢٠٠٨، ص ٢٩٠ - ٢٩١) .

حكم نظرية سيمولاسيون بالنسبة للمتعاقدين والورثة فالعقد الصوري لا وجود له والعقد الحقيقي هو الذي يسري في حقهم بقدر ما تتوفر فيه شروط الصحة وهذا تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة فالمتعاقدان قد أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر فيلتزمان بما أراده لا بما لم يريداه وهذا يتفق مع ما تتضمنه المادة(١٣٢١) من القانون المدني الفرنسي من ان العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على ذلك وعلى الطرف الذي يريد التمسك بالعقد المستتر هو الذي يجب عليه ان يثبت وجوده طبقاً لقواعد الإثبات أما إذا لم يستطع ان يثبت ان هناك عقداً مستتراً فالعقد الظاهر هو الذي يعمل به ويعتبر عقداً جدياً لا صورياً فإذا لم يثبت وجود العقد المستتر وجب ان يكون من حيث الموضوع قد توافرت فيه شروطه حتى تجري عليه أحكامه فعقد الهبة المستتر في صورة بيع مثلاً يجب ان يصدر من ذي أهلية للهبة وان تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها فإذا توفرت أجريت على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع (السنهوري، ج٢، مصدر سابق، ص٨٣٥ - ٨٣٦) .

أما أثر نظرية سيمولاسيون بالنسبة للغير حيث يستطيع الغير إقامة دعوى الصورية دون حاجة إلى التمسك بارتكاب الاحتيال من قبل المتعاقدين ولو نشأ حقه بعد قيام العمل الصوري حيث ان العقد يعتبر بالنسبة للغير عملاً مادياً ولهذا يجوز إثبات صورته بكافة طرق الإثبات ولو تعلق الأمر بعقد رسمي لان الغير له حق بالحماية من الفريقين ويقصد بالغير الخلفاء على وجه خاص والدائنون وجماعة الدائنين في تغطية الورثة ذوو الحصص المحفوظة عندما يكون عمل المورث موجهاً لحرمانهم من حصصهم المحفوظة لان المشرع يضمن لهم حقاً خاصاً تجاه مورثهم فلا يسري عليهم تصرفه ،والمنتفع في التعاقد الصوري لمصلحة الغير فإنه لا يعتبر من الغير لان حقه الذي يراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصوري ذاته والمنتفع يسري عليه العقد الحقيقي لا العقد الصوري أو الظاهر (هدى عبد الله، مصدر سابق، ص ٢٩٥) .

الفرع الثاني: نظرية السيمولاسيون (المحاكاة) في الفقه والقانون الإيراني والقانون العراقي

مضمون نظرية سيمولاسيون (المحاكاة) أو الصورية هو عادة ما يختار الناس عند إبرام العقد عنواناً له أو يعينون له وصفاً وهذه التسمية أو الوصف يعتبرها القاضي إذا كانت مطابقة لطبيعة العقد أما إذا كانت الوصفة المعطاة خلافاً لطبيعة العقد يرى القاضي إنه من الضروري تجاهل تسمية الأطراف بسبب تحديد التزامات الأطراف المتعاقدة وتفسير العقد من خلال قواعد وضوابط محددة للقيام بالوصف الصحيح للعقد ، و وصف العقد هو عملية يستخدمها القاضي من أجل اكتشاف العنوان الصحيح للعقد بسبب الوصف غير الصحيح الذي قدمه الطرفان إثناء إبرام العقد (مازندراني، ايمان صالح، مصدر سابق، ص ٨١) .

ومما تقدم يلاحظ ان شرح وصف العقد ثبت ان تحول العقد يجب ان يتم بناءه على وصف العقد وتشخيص وتحديد الطبيعة القانونية للعقد هو ابسط شيء في نظام تحول العقد لذلك فإن نظام تحول العقد والسيمولاسيون في العقد مما يؤدي إلى الخلط بينهما بحيث لا يصح العقد الظاهر في كل منهما، ويعطي القاضي الوصف الصحيح للعقد لكي يفعل ، وتحول العقد هو عملية قانونية تكون مصحوبة دائماً بوصف العقد و وصف العقد هو احد مراحل تحول العقد لأنه إثناء تحول العقد يتعرض القاضي للكلمات والعبارات التي يستخدمها الطرفان المتعاقدان لعمل وصف جديد للعقد الباطل (تركمانية غزال، ٢٠١٤، ص ٧٢) .

ويبدو كذلك ان تصور تحول العقد يشبه وصف العقد القائم على اكتشاف إرادة الطرفين المتعاقدين فإن التحول ليس إلا مسألة التأويل والتفسير بالرغم من التشابه بين كل من السيمولاسيون في العقد وتحول العقد ألا إنهما يختلفان من حيث كون إرادة الطرفين في السيمولاسيون موجودة بشكل حقيقي ويتم تصحيح الوصف الخاطئ للطرفين فقط لذلك فان القاضي في عملية وصف العقد يقارن بين الإرادة الحقيقية للطرفين وطبيعة عقد معين أما في محور تحول العقد فإن مهمة القاضي هو اكتشاف الإرادة المفترضة للطرفين وليس الإرادة الأولى الحقيقية التي أبطلت العقد الأصلي (الفتلاوي، ١٩٨٦، ص ١١٧) .

وبالتالي العبرة بالمقصود والمعاني لا للألفاظ والمباني حيث أخذ المشرع الإيراني بالإرادة الباطنة في العقد في المادة (١٩١) من القانون المدني الإيراني حيث نصت على أنه (ينعقد العقد بقصد التعاقد بشرط اقتترانه بما يدل على القصد) أي لا يوجد نص خاص بنظرية سيمولاسيون في القانون المدني الإيراني ،واخذ المشرع العراقي أيضاً بالإرادة الباطنة في العقد أي العقد الحقيقي لكن يوجد نص خاص بنظرية سيمولاسيون أي نظرية الصورية في القانون المدني العراقي في المادة (١٤٨) منه حيث نصت على أنه (١- يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم ٢- وإذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام قد استوفى شرائط صحته) .

ويمكن استخدام الكلمات الشرطية للدلالة على الالتزام بعقد آخر ونتيجة لذلك إذا كانت الكلمة لا تعني عقداً فيمكن الاستدلال بها على أنها تعني عقداً آخر بوجود القرائن ولذلك سبب منشأ تكوين العقد هو العاقد وليست ألفاظ العقد وللقصد والنية في إبرام العقد تدخل وأثر كاملاً (بجنوردي، ١٤١٩ق ،ج١، ص٣، ج٣، ص ١٣٧) .

ويرى الفقهاء أن وضع المهر الظاهر في عقد الزواج هو مثال للمحاكاة في الواقع تضع العائلات أحياناً مهرًا رسميًا لإظهار فخرها وتعزيز أساس الأسرة بينما اتفقا سراً على مهر آخر، وقد ذكر الشيخ الطوسي في هذا السياق أنه إذا تم الاتفاق على المهر سرا في عقد الزواج ولكن تم التصريح بالمهر خلافاً للاتفاق الأول فالمهر الأول هو المعيار، ومما جاء في أنه إذا اتفق الزوجان على إعلان المهر بألفي درهم ألا إنهما في النهاية قد عقدا زواجاً بألف درهم فقط وتواطؤا مع

بعضهما البعض على إعلان المهر بألفي درهم والدرهم ينبغي أن تكون مبنية على المعاني والمقاصد، وفي القانون الإيراني قد تكون هناك تشكيلات جاهلة أو مستتيرة حسب الحالة، وفي الصياغة الجاهلة لا يكون لدى الطرفين أي نية لإخفاء نوع العقد والاكتماء بتسمية العقد إتباعاً لعرف غير صحيح أو دون معرفة العنوان الحقيقي للعقد فمثلاً من الشائع في العرف أن جاراً إذا أراد أن يستعمل أثاث جاره يقول أقرضني هذا الأثاث بحلول الغد إذا لم تكن نية الطرفين حقيقة عقد القرض (امامى، ١٣٤٠، جلد ٢، چاپ نوزدهم، ص ٣٢) .

أحياناً يبحث الناس عن أهداف مشروعة، ويجعلون من الزواج الظاهري منطلقاً لتحقيق نتائج إلهية على سبيل المثال من أجل إخفاء نواياهم الحقيقية، وتجنب التعرض لآفة النفاق يقومون بتحرير وثيقة مع إدارة الوقف لإبرام عقد البيع كما أن وجود دوافع غير مشروعة قد يكون عاملاً في الصياغة لأن التكاليف الباهظة التي تترتب على بعض العقود أو وجود بعض العوائق القانونية أمام إبرام عقد حقيقي أو الحفاظ على الممتلكات في مأمن من سلوك الدائنين تتسبب في ظهور هذا النوع من العقود الظاهرة على سبيل المثال يجوز لمالك السيارة وضع قيود قانونية على بيع سيارة من خلال توقيع عقد توكيل وتنفيذ عقد البيع فعلياً بنفسه (باريكلو، ١٣٨٩، چاپ سوم، ص ٥٤) .

بالنسبة للاتفاقات التي تقوم على عقود ظاهرية وباطنية فليس للقانون المدني الإيراني حكم خاص فيها على عكس المشرع العراقي جاء بحكم خاص بها في المادة (١٤٨) السابقة الذكر إلا إنه جاء في المادة ١٩٦ من القانون المدني الإيراني إن إخفاء طرف العقد ليس مانع من نفوذه حيث نصت على أنه (ينصرف اثر العقد إلى الشخص الذي ابرمه ما لم يصرح خلاف ذلك إنشاء التعاقد أو يثبت خلافه بعد التعاقد مع ذلك يمكن أن يلزم شخص نفسه ضمن العقد الذي يبرمه بنفع لشخص ثالث)، وتقابلها المادة (١/١٤٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت على (ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)، وتشير المادة ٤٦٣ من القانون المدني الإيراني أيضاً إلى حكم الإرادة الداخلية حيث نصت هذه المادة على أنه (إذا تبين في بيع الشرط بأن البائع لم يقصد عقد البيع حقيقة فلا تجري عليه أحكام البيع).

وبعيداً عن خلق نظام اقتصادي واجتماعي فإن تسمية العقود تساعد على تكوين طبيعة قانونية تعتمد على التسمية التي اختارها الأطراف لعقدهم، وبالطبع فإن آثارها ترتبط بسرعة في العقل وتتجلى مهمة التحقيق للتحقق لتحديد نوعية العلاقة القانونية لكن العنوان الذي نسبته الطرفان إلى العقد كالبيع والإيجار وضمن القرض وما شابه ذلك ليس محدد، ويمكن للقاضي أن يصف العقد حسب الإرادة الحقيقية للطرفين، ويعطيه عنواناً آخر وفقاً لنظرية المحاكاة (الصورية) التي تم تشكيلها في القانون الغربي (الفت نعمت الله، فتح الله عطاردي، ١٣٩٨، ش ١١١) .

المطلب الثاني: نظرية الاعتماد

تناول الفقه الإسلامي وفقه الغرب وفقه القانون الإيراني شرح نظرية الاعتماد كأساس نظري في تصحيح العقد، وإنقاذه من البطلان مع الإشارة إلى موقف المشرع العراقي من تلك النظرية وبيان ذلك يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع وهي كالآتي:

الفرع الأول: نظرية الاعتماد في الفقه الإسلامي

الفقه الإسلامي عرف نظرية الاعتماد حيث أنّ احترام الثقة في ظاهر الكلام والسلوك في الأحاديث ضمناً، ونهى الناس عن الخداع كما جاء في الحديث (غبنُ المسترسلُ سحتُ) أي أنّ خداع الثقة محرم، والحقيقة إن الشخص الذي يستغل ثقة

الطرف الآخر ويأخذ منه المال قد ارتكب أبشع فعل محرم تحت اسم السحت ويشير هذا الحديث إلى إن الحقوق لا تتفصل عن القيم الأخلاقية، وإن انتهاك القواعد الأخلاقية في عالم القانون يمكن أن يؤدي إلى المسؤولية (مازندراني، صالح إيمان ، مصدر سابق، ص ١١٨).

وحالات تدفق هذه النظرية تشبه حالات الشرط الأساسي في فقه وقانون إيران، ومع أن الإخلاص للشرط الأولي مرغوب فيه من الناحية الأخلاقية إلا أنه من الناحية الفقهية عند الأمامية غير ملزم والسبب الرئيسي إذ يمكن اعتبار ذلك أن عدم التبادل ووجود الثقة والتسامح في الخسارة لخلق المسؤولية التعاقدية لا يكفي فمثلاً ورد في استفسار ذي صلة أن عدة أشخاص استأجروا أحد أبنية وقف المسجد، والذي كان متهاكاً وغير مستعمل وجعله صالحاً للاستعمال ثقة بالوعد والالتزام الشفوي من خادم المسجد باستعماله الدائم ومن ذلك المكان ،وبعد حصولهم على موافقة المستأجرين على الإخلاء تمكنوا من تحمل هدر الوقت والمصاريف للحصول على التصريحات اللازمة وبعد مرور بعض الوقت قرر مجلس إدارة المسجد إخلاء المبنى للجان الثورة، وذهب المستأجرون إلى محكمة اللجنة المركزية في طهران وكان قرار تلك المحكمة والقاضي الشرعي لصالحهم، يدرسون ثم يسألون رأي المرحوم آية الله الكلبايكاني في هذا الشأن وجاء في جوابه: "إذا كان الشرط والالتزام المذكور ضرورياً في العقد، وكان أيضاً لمصلحة الوقف، وجب على الوصي الشرعي أن يتصرف"، ومع ذلك إذا لم يكن حسب نفع الوقف أو إذا لم تتوفر الشروط اللازمة في العقد فلا يجب العمل به أما إذا كان مخالفاً وإذا كان الوقف مناسباً فالشرط باطل ولا يجوز العمل به (كاتوزيان، ١٣٩٤، جاب سيزدهم، ص ٢٥).

ومع ذلك يبدو أن الشرط الأولي قابل للتنفيذ أيضاً باعتباره التزاماً تعاقدياً إلا إذا كان سبباً في كبرياء المدين وخسر بسببه فيكون سبباً في ضمان المدين الإيجابي، وفي هذا السياق تبرز أهمية الأسئلة والأجوبة الفقهية التالية: أربعة أشخاص كانوا يستخرجون بشكل مشترك حجارة البناء في المنجم أحدهم كان بالمرصاد لتجنب ضرب أي شخص بحجر، وتوقف الشخص الآخر عن العمل لتخفيف التعب وجلس وكان اثنان منهم يعملان فجأة انحرف حجر وأصاب أحدهما فقتله ج على فرض المشكلة إذا لم يتخلف الحارس عن إعلان الخطر فلا أحد ضامن، وإذا كان الشركاء يعملون مع الثقة في الحارس والالتزام الذي قدمه في الحراسة، وهو فإن أخطأ في حراسة نفسه فهو الضامن، وبحسب نظرية الثقة فإن ما يؤدي إلى نشوء الالتزام هو فعل أحد الطرفين وثقة الطرف الآخر في هذا الفعل (كاتوزيان، ١٣٧٨، جلد أول، جاب أول، ص ٦٥).

فنظرية الثقة ركزت على الجانب العملي والتنفيذي للعقد أي الثقة هي أساس القوة الملزمة للعقد والركيزة الأساسية لخلق المسؤولية التعاقدية لذلك فإن أي وعد أو تصريح كاذب من أحد طرفي العقد فإن نظرية الثقة لا يمكن أن تكون القوة الملزمة للعقد (مازندراني، صالح إيمان ، مصدر سابق، ص ١١٦-١١٧).

نظرية الاعتماد كما عرفها الفقه الإسلامي (بنظرية الثقة) جاءت بعنصر جديد ملزم للعقد خلافاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو عنصر الثقة حيث انه، وفقاً لنظرية الاعتماد (الثقة) تعد تصرفات أحد الطرفين المتعاقدين، وثقة الطرف الآخر بتلك التصرفات هي التي تخلق الالتزام .

الفرع الثاني: نظرية الاعتماد في فقه الغرب

وفقاً للنظرية التقليدية للإخلال في القانون الإنجليزي فإن الالتزام العقدي يثبت في ذمة صاحبه بمجرد إبرام العقد أو حلول الأجل المحدد لتنفيذه، ويترتب على ذلك أن تكون المخالفة العقدية سابقة عليه لا لاحقة له وإذا كانت هذه المخالفة من النوع العادي للخطأ العقدي فإن وقوع المخالفة العقدية قبل التنفيذ تعد حالة موضوعة بقواعد وأحكام قضائية، التي تميزها عن أي حالات مماثلة لانقضاء العقد، ولذلك فإن الإخلال المتقدم بأي تصرف صدر من المدين بصورة ظاهرة أو خفية

يجعل تنفيذ التزام مستقبلي مستحيلاً أو بلا جدوى، وذلك بسبب وجود غرامة مالية جسيمة للدائن تسمح له بفسخ العقد أو إنهائه أو المطالبة بالتعويض عن أي غرامة مالية قد يسببها المدين ويبقى الالتزام التعاقدى صحيحاً إذا كان أمامه استبدال، والتطبيق الدقيق لهذه النظرية قد يسبب الظلم في الممارسة العملية لذلك بُدلت جهود لتعديل نظرية الاستبدال، ومن بينها الاحتكام إلى مفهوم الاعتماد المعقول الذي تم تفضيله في بعض دول القانون العام من نظرية الثقة (شهيد، ١٣٩٧، ج ٢، ص ٤٤) .

يضع الفقيه عطية نظريته، وقبل أن يشرحها يقدم نظرية العقد التقليدي التي من وجهة نظره تقوم على نظرية الإرادة، ومن الأمثلة الواضحة على ذلك الاتفاق الثنائي التنفيذي يتكون هذا النوع من العقود من تبادل الوعود، والذي يتم من خلال عملية الإيجاب والقبول، ومن أجل إنشاء التزام ليس من الضروري أن يقوم أحد الطرفين بعمل ربحاً للآخر لكن الثقة بالعقد هي سبب ملزم قصد المتعاقدان الالتزام به بالرغم من وجود التبادل ضروري من الناحية القانونية وبالتالي فإن هذا المثال من العقد يكون مطابقاً لشرط التبادل عند تكوين العقد يلزم الأطراف بتنفيذه أو في حالة عدم التنفيذ يتحملون مسؤولية دفع التعويضات، ولذلك يجوز للمدعي رفع دعوى قضائية على أساس عقد مؤجل بالكامل وذلك لأنه لم يقدّم المدعى عليه بالوفاء بالتزامه التعاقدى وقد يتمكن من الحصول على تعويضات عن توقعاته المفقودة دون أن يعتمد المدعى على تصرفات الطرف الآخر وحتى دون أن يحصل المدعى عليه على أي فائدة من العقد (خزاني، ١٣٩٥، ص ٧) .

ويرى بعض الفقه في الغرب منهم الفقيه باترك ان نظرية الثقة تتصل بثلاثة أفكار عامة هي استقرار المعاملات، ومبدأ النسبية، ومبدأ حسن النية فاستقرار المعاملات يتحقق بحماية الشخص الذي يعتقد اعتقاداً مبرراً انه كسب حقا فلا ينهار حقه هذا الأمر كان خافياً عليه، ولم يكن في استطاعته معرفته، وعلى ذلك ففي مشكلة تكوين العقد لا يجوز لمصلحة التعامل ان تهدر ثقة شخص في إيجاب وجه إليه وقبله بحجة وجود خلاف بين المضمون العادي للإيجاب وبين الإرادة الباطنة للموجب أما مبدأ النسبية فمقصود به الاعتداد بالمضمون الذي فهمه المخاطب من التعبير ولو كان مختلفاً مع الإرادة الباطنة دون اشتراط وقوع تقصير من صاحب التعبير فليس أخذه بالمعنى الذي فهمه المخاطب بمثابة جزاء على خطأ وقع منه يتمثل بعدم إفصاحه عن مضمون إرادته الحقيقية إفصاحاً واضحاً وإنما ذلك لأنه حرك في ذهن المخاطب ثقة مشروعة في هذا التعبير فمن تسلّم خطاباً مزوراً منسوباً إلى شخص يتضمن إيجاباً منه بالتعاقد واعتقد المرسل إليه ان التوقيع صحيح فان من زور توقيعه لا يكون ملزماً بالإيجاب الذي تضمنه الخطاب لأنه أجنبي عنه تماماً مبدأ حسن النية فهو يعني ألا يكون المخاطب عالماً بوجود خلاف بين التعبير الذي وجه إليه وبين الإرادة الحقيقية لصاحب هذا التعبير ويشترط ان يكون علمه هذا مبرراً بأن لم يكن في استطاعته ان يفهم غير ما فهمه على ضوء الظروف المحيطة بالتعاقد (سليمان، ٢٠٠٨، ط ١، ص ٢٥٩ - ٢٦٠) .

الفرع الثالث: نظرية الاعتماد في الفقه والقانون الإيراني والقانون العراقي

وبحسب نظرية الثقة فإن أعمال أحد الطرفين وثقة الطرف الآخر هي التي تخلق الالتزام، وليس تبادل الوعود كما تقول نظرية التبادل التقليدية، وهذا المعيار العملي هو الأكثر دقة لتحليل العديد من الحالات التعاقدية وقبوله يفتح الطريق أمام اتفاقيات ملزمة لا يوجد فيها تبادل من حيث النظرية التقليدية، ومن بين النظريات المتنافسة لنظرية الثقة تعد نظرية الإرادة التقليدية أكثر أهمية. (بهرامى، ١٣٧٧، جاب سوم، ص ١٥) .

أن الالتزامات التعاقدية، والالتزامات الناشئة عن الوعود تقوم على القبول الطوعي للالتزام هي النظرية المعروفة بالمعيار الموضوعي للمسؤولية التعاقدية، ووفقاً لهذه النظرية فإن المهم هو التعبير عن النية، وعادة لا تكون النية الداخلية، والحقيقية مهمة للغاية إذا كان الشخص ملزماً بوعده أو عقد على خلاف نيته أو تصوره فإن مسؤوليته لا تقوم على القبول

الاختياري للالتزام بل تقوم على مفهوم آخر، وهذا المفهوم في أغلب الأحوال هو الثقة الاتقائية (ره بيك، سيامك (١٣٨٢)، ش ٦٢، ص ٣٦) .

لذلك عندما يتم إنشاء الثقة التقليدية قد تنشأ التزامات أخلاقية وقانونية، ولا تقتصر هذه الالتزامات بأي حال من الأحوال على الحالات التي يتم فيها الوعد الصريح لأنه على الرغم من إمكانية الوفاء بهذه الالتزامات في الحالات التي يمكن فيها الاستدلال على وجود الوعد إلا أن الالتزامات المذكورة تنشأ في كثير من الحالات التي تتم فيها محاولة اكتشاف الوعد من ركب الحافلة دون نية دفع الأجرة مطالب بدفع الأجرة، والادعاء بالوعد الضمني بالدفع بعيد عن الواقع، ومن يوقع على مستند دون قراءته لا يقدم وعداً ضمناً ناهيك عن الوعد الصريح في نظرية العقد التقليدي فإن نموذج العقد هو الاتفاق المؤجل (شهيدي (١٣٨٢)، جاب اول، ص ٢٠) .

أن المعاملات تتضمن وعوداً، و يعتبر كل اتفاق مؤجل وعوداً متبادلة في حين أن الأطراف قد لا يقبلون أنهم قدموا وعداً خاصة في التفسيرات المستخدمة في المعاملات الاستهلاكية إلا أن كلمة "الوعد" لا تستخدم لكن تحدث الناس عن حجز مكان لقضاء إجازة أو على متن طائرة وطلب البضائع، وقبول السعر، وما إلى ذلك حتى في دوائر الأعمال مثل هذه التعبيرات أكثر شيوعاً من التفسير الصريح للوعد والتعهد منذ العصور القديمة، ورأى أن إنشاء الالتزام في مثل هذه التأويلات يتوقف على ما إذا كان التفسير المقصود ينطوي على وعد أم لا ولكن يبدو أن الواقع في كثير من الأحيان هو عكس ذلك بمعنى أنه في المناقشات من وجهة نظر القانون الإيراني يمكن انتقاد نظرية الثقة التقليدية من جوانب مختلفة نذكر بعضها، ولعل أهم الانتقادات هو أنه من وجهة نظر القوانين في إيران فإن نظرية تعارض التبادل واعتمادها على بعضها البعض هي إحدى الأسس الرئيسية لارتباط الالتزامات التعاقدية في عقود الصرف وبموجب هذه العلاقة فإن التضاد والتبعية بين موضوعي العقد، ومفهوم كل واحد منهما يقوم محل الآخر فإن غياب أحدهما يؤدي إلى بطلان العقد، ويعتبر حق الحجز والقبض وتصفية الالتزام بسبب إلغاء الالتزام المتبادل من الآثار الأخرى لهذه النظرية (صفايي، عزت الله، زاده، ١٣٨٤، جاب أول، ص ٥٠) .

كما تعتبر المعاملة بالمثل عملاً آخر لهذه النظرية ولم يقتصر الأمر على أن المشرع المدني الإيراني لم يقتنع ببقاء التزام أحد الطرفين دون تعويض لذلك أوجد خيار الإفلاس حيث نصت (المادة ٣٨٠) من القانون المدني الإيراني على انه (إذا أفلس المشتري فللبائع حق استرداد المبيع منه فإن لم يستلم المشتري المبيع بعد للبائع الامتناع عن تسليمه)، وأقام خيار تأخير الثمن في (المادة ٤٠٢) من القانون المدني الإيراني حيث نصت على انه (إذا عين المبيع بالنوع أو ما في حكمه ولم يعين المتبايعان أجلاً لأداء الثمن أو لتسليم المبيع فإن مرت ثلاثة أيام على تاريخ البيع ولم يسلم البائع المبيع إلى المشتري وكذلك لم يدفع المشتري كل الثمن إلى البائع فللبائع خيار فسخ العقد)، وتعتبر القدرة على تسليم المعاملة أي (محل العقد) في بعض العقود كالبيع المادة (٣٤٨) حيث نصت على أنه (يبطل البيع إذا كان المبيع شيئاً منع القانون بيعه وشراؤه أو شيئاً ليس له قيمة مالية أو منفعة عقلانية أو شيئاً لا يقدر البائع على تسليمه إلا إذا كان المشتري قادراً على تسلمه)، والإجارة (المادة ٤٧٠) من القانون المدني الإيراني شرطاً لصحة العقد حيث نصت المادة (٤٧٠) على إن (القدرة على تسليم المأجور شرط لصحة الإجارة)، وقد ذكر الفقهاء هذا الشرط كقاعدة عامة (احمدى، ١٣٩٢، جاب اول، ص ٢٣) .

وفي المادتين ٣٣٦ و ٣٣٧ من القانون المدني الإيراني، ومن الواضح أن هذه المناقشة لها مكان في قضايا المسؤولية المدنية لكن نظرية الثقة التقليدية في هذا المجال لا تعبر إلا عن جزء من الواقع صحيح أنه في حالات الانتفاع بفعل مادي أو قانوني يلزم غير المنتفع بدفع أجرة المثل أو ثمنه لكن هذا لا يعني عدم صحة فكرة العقد والمعاملة وبطريقة

أفضل ينبغي تجاهل إمكانية تبادل العقود بشكل عام لتبرير الحالات العادية والتقليدية للعقد حيث يوجد تبادلًا نعم ليست هناك حاجة لهذه النظرية (كاتوزيان، ١٣٧٨، جلد أول، جاب أول، ص ٦٥) .

فلا نستطيع أن نتحدث عن مبدأ عام في تكوين العقود ثانياً هناك التزام حتى في العقود الحالية مع توضيح أن الالتزام في بعض الحالات هو موضوع صلح الأطراف ويشكل أحكام عقد العهد فإن موضوع هذا النوع من الالتزام هو القيام بشيء ما أو عدم القيام به ومثل هذا الالتزام غير موجود في عقود الاستحواذ، ويتضح التزامهم بشروط العقد من تصرفهم لإبرام العقد، وهذا النوع من الالتزام موجود في جميع العقود ومضمونه كما قيل هو الالتزام بالعقد، وعدم القيام بالعمل أو تركه، أما النوع الثاني من الالتزام في جميع العقود التعاقدية والملكية، وكذلك الحاضرة والمؤجلة على الرغم من الانتقادات التي وجهت لنظرية الثقة التقليدية إلا أن بعض المؤسسات والقواعد القانونية في إيران تتشابه مع هذه النظرية حيث لوحظ في أدبيات القانون في إيران قاعدتي الفخر والاستيفاء في المسؤوليات غير التعاقدية هناك نقاط مشتركة مع نظرية الثقة التقليدية في مجال قانون العقود، وعلى الرغم من أن الأساس الملزم للعقد في الفقه والقانون الإيراني يمكن اعتباره أقرب إلى نظرية الإرادة إلا أنه يمكننا أيضاً أن نرى عدة علامات على وجود علاقة ثقة نوع من نظرية الثقة، واعتبر أن عقد الضمان من الناحية الفقهية وخلافاً لرأي بعض المحامين هو عقد غير تعويضي، ورغم أنه من الممكن أن يكون قد تم اتفاق بين الكفيل والموضوع في مجال التعويض عن الأضرار التي لحقت بالكفيل إلا أن وجود هذا الاتفاق ليس له تأثير مباشر على العلاقة بين الكفيل والمكفول له الضامن الذي هم الأطراف الرئيسية في عقد الكفالة، ووفقاً لهذه النقاط يمكن القول أن أساس عقد الكفالة هو الثقة التي أوجدها الكفيل في الضامن فيما يتعلق بتحصيل الطلب، ومن هذا المنطلق عقد الضمان يشبه نظرية الثقة (لوراسا، ١٣٧٥، جاب أول، ص ٧٠) .

نظرية الثقة التقليدية تلغي الحدود بين المسؤولية التعاقدية، والتقصيرية بينما تم فصل هذين النوعين من المسؤوليات في القانون المدني الإيراني حيث نظمت المسؤولية التعاقدية، والأضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد في المواد (٢٢١-٢٣٠) أما المسؤولية التقصيرية، والأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام قانوني في المواد (٣٣١ حتى ٣٣٧) .

أخذ المشرع الإيراني بنظرية الثقة في المادة (٣٣٦) من القانون المدني الإيراني حيث نصت على (إذا عمل شخص عملاً بأمر من آخر وبحسب العرف يستحق العامل أجراً لقاء عمله أو كان العامل عادة ما يهيئ ذلك العمل يستحق العامل أجر عمله إلا إذا تبين أنه قصد التبرع بذلك العمل)، والمادة (٣٣٧) من القانون المدني الإيراني حيث نصت على انه (إذا استوفى شخص منفعة من مال الغير بموجب إذن صريح أو ضمني يستحق صاحب المال أجر المثل إلا إذا تبين إن الإذن في الانتفاع كان مجانياً)، أيضاً نلاحظ من خلال الرجوع إلى القانون المدني العراقي إن المشرع العراقي قد أخذ بنظرية الثقة بصورة غير مباشرة في عقد الإيجار إذا تعذر الاتفاق على مقدار الأجرة حيث نصت المادة (٧٣٨) منه على انه (إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها أو إذا تعذر إثبات الأجرة المدعى بها وجب أجر المثل) .

المطلب الثالث: نظرية الشرط الضمني وبطلان الشرط دون المشروط

تناول الفقه الإسلامي، والفقه القانوني كل من نظرية الشرط الضمني، وبطلان الشرط دون المشروط، وذلك لدور كل منهما في إنقاذ العقد من البطلان، وبالتالي ترتيبه لآثاره القانونية بين أطرافه، وبيان ذلك يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على فرعين هما كالآتي :

الفرع الأول: نظرية الشرط الضمني

وفي شرح نظرية الشرط الضمني ينبغي القول أن هذه النظرية تقوم على أن الأطراف تبرم العقد دائماً على افتراض أن شروط العقد لن تخضع لتغيير جوهري وهم يقبلون ذلك ضمناً، وضمناً، وفي حالة مخالفة هذا الشرط فإن أحكام العقد يجب أن تتكيف مع الظروف الجديدة أو يتم إنهاؤه (فاضل مقداد، ٤٠٣، ص ٥٥)

أن الاستشهاد بالشرط الضمني المحتمل بأن حالة العقد مستقرة وقت إبرام العقد لا يمكن أن يتعارض مع مبدأ الطبيعة الملزمة للعقد، والواقع أن الأصل في العقد أنه ملزم ولا يمكن التنازل عنه إلا إذا تيقن زوال هذه الضرورة، ويؤكد الشرط الضمني لا يعتبر مبرراً مناسباً لتعديل العقد في القانون المدني الإيراني، وفقاً لنظرية الاختلاس بالصدفة فكما أن الخلل الجسيم في سعر الصرف وقت التسوية يمكن أن يسبب اختلاسا للطرف المتضرر إذا كان وقوع أحداث غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد يخل أيضاً بالتوازن العرفي للالتزامات من الطرفين ستكون هناك إمكانية تعديل العقد أو إنهائه، وفيما يتعلق بهذه النظرية ينبغي القول أنه حتى لو تم قبول الاختلاس ليس فقط في وقت إبرام العقد، ولكن أيضاً في وقت تنفيذه فإن النتيجة التي يعطيها هي ببساطة إعطاء حق الإنهاء للطرف المتضرر، وليس تعديل العقد، ووفقاً له فإن هذه النظرية مرفوضة أيضاً (كاتوزيان، ١٣٩٣، جلد ٣، ص ٣، جاب نهم) .

على هذا الأساس الشرط العرفي الضمني من الأسباب المبررة لتصحيح العقد حتى في حالة عدم توقعه صراحة في العقد، وعلى هذا الشرط المبني على الدلالة العرفية يتم تشكيل أي اتفاق على أساس وجود شروط مماثلة في وقت التنفيذ، وفي الواقع فإن الاختلال الشديد في التوازن الاقتصادي على هذا الأساس يمكن أن يكون أساساً لتعديل العقد لأنه بناء على الشرط المذكور يوافق المتعاقد على تنفيذ العقد وفق نفس الشروط وقت إبرامه (ميرزاوي، ١٣٨٨، ص ١١) .

وجانب من الفقه الأمامي يبين المقصود من الشرط الضمني في المعاملات المالية بأنه ما تتضمنه المعاملة بحسب نظر العرف والعقلاء وان لم يصرح به في إنشاء المعاملة نظير ما نقول في البيع من انه يتضمن تقارب مالية الثمن والمثمن فإن علم أحدهما بعد ذلك ان ما أخذه اقل مالية عما دفعه بكثير فإنه يدعي الغبن وينقض المعاملة اعتباراً بهذا الشرط الضمني في ارتكاز العقلاء (الستاني، www.sistani.org) .

فرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الغبن اليسير والغبن الفاحش، والغبن اليسير هو ما يدخل في تقويم المقومين أي ما لا يزيد عن خمس الثمن والفاحش ما عدا ذلك، ومعنى الغبن هو ان يكون احد البديلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر في القيمة كما في حالة ان يعقد عقد البيع بثمن بخس أو بثمن مرتفع ارتفاعاً فاحشاً فيتضمن في الحالة الأولى غبناً بالبايع، وفي الحالة الثانية غبناً بالمشتري (الناهي، ١٩٥٠، ص ٩٥) .

وتقابل نظرية الشرط الضمني نظرية الخطأ عند تكوين العقد حيث تعزى هذه النظرية الأخيرة إلى الفقيه الألماني اهرنغ ومؤداها ان كل متعاقد يضمن عند التعاقد قيام الشروط اللازمة لانعقاد العقد وصحته وبذلك ينعقد بين الطرفين عقد ضمني يضمن صحة العقد الأصلي فأن لم يتحقق العقد الأصلي وأصبح باطلاً فأن المتعاقد الذي يعزى إليه سبب البطلان يعتبر مقصراً ويسأل عن التعويض مسؤولية تعاقدية لا تقصيرية نظراً لمخالفته حكم العقد الضمني، ولو كان حسن النية بشرط ان يجهل المتعاقد الآخر سبب البطلان، والتعويض في هذه الحالة يقتصر عن المصلحة السلبية أي عن الضرر الذي أصاب المتعاقد المضار من جراء بطلان العقد بخلاف التعويض عن عدم تنفيذ العقد الصحيح فيكون عن المصلحة الإيجابية أي عما فات المتعاقد المضار من كسب وما لحقه من خسارة، ويعتبر نص المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي التي تقرر بطلان بيع ملك الغير أساساً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد لان هذه المادة تلزم البائع بتعويض المشتري سواء كان البائع حسن النية ام سيء النية (الناهي، مصدر سابق، ص ١٥٨ - ١٥٩) .

قد تتغير ظروف إبرام العقد عن تنفيذه فتؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد فيشترك الطرفان في تحمل تبعه الإخلال في توازن العقد كما في العقود المستمرة حيث إن السمة الأساسية لهذه الأنواع من العقود هي وجود فترة طويلة بين وقت إبرامها وتنفيذها نظراً لأن شروط، وظروف إبرام العقد لا تظل ثابتة دائماً ففي كثير من الحالات حيث إن حدوث أحداث غير متوقعة في عملية تنفيذ العقد يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بحيث يكون من الصعب على المرء أن يلتزم بتنفيذ أحكام العقد، وفي مثل هذه الحالات يتم مناقشة موضوع إمكانية تعديل العقد، وتعديل العقد أنواع حيث أنه قد يبرم الطرفان العقد بطريقة، ويديجان فيه شروطاً تتمتع في حالة تغير الظروف بالمرونة اللازمة، وتستطيع التكيف مع الظروف الجديدة، ويسمى هذا النوع من التعديل في أحكام العقد التعديل التعاقدية، وهو يرجع إلى اتفاق وإرادة أطراف العقد بالرغم من إن في بعض الأحيان، لا يقوم الأطراف بوضع نص خاص لتعديل العقد، ويرى المشرع أنه من الضروري إعادة النظر في أحكام العقد في ظروف خاصة، ووفقاً للمصالح الاجتماعية العامة، وينص على ذلك صراحة في القانون، ويسمى هذا النوع من التغيير في شروط العقد التعديل القانوني، وفي بعض الحالات لم يتوقع أي من طرفي العقد أو المشرع تعديل العقد بشكل صريح لكن الضرورة تقتضي أن يقوم القاضي بمراجعة أحكام العقد باستخدام المبادئ القانونية المقبولة عموماً أو من خلال تفسير إرادة الأطراف وهو ما يشار إليه بـ التعديل القضائي، والتعديل القانوني على خلاف التسوية القضائية حيث أن المشرع في التسوية القانونية يقبل صراحة إمكانية التعديل في شروط العقد، ويوضح بدقة شروط العقود القابلة للتعديل أما في التسوية القضائية فهناك عدم وجود مستند قانوني صريح لإمكانية التعديل أو أن الأحكام المعنية عامة جداً بحيث يترك للقاضي الاعتراف بوجود الشروط اللازمة للتكييف (اشعاريان، ترابي، ١٣٩٣، ص ٦٠) .

أن تصحيح العقد الباطل بتدخل القاضي أي التعديل القضائي يتحقق حسب السلطة التقديرية للقاضي ففي حالة العقد المشوب بعيب الغبن فيصححه القاضي من خلال أحد الخيارين أما إنقاص التزامات المغبون وإبقاء العقد أو زيادة التزامات المتعاقد المستغل إذا كانت الزيادة التي يعرضها المستغل كافية لرفع الغبن (خليل احمد، ٢٠١٦، ص ١٨) ، وعلمنا إن القاضي لا يحكم ببطلان العقد من تلقاء نفسه بل يكون ذلك بناء على طلب المتعاقد المغبون .

ومن بين أنواع تعديل العقود المذكورة لا يواجه قبول التعديل القانوني، والتعديل التعاقدية في النظام القانوني لمعظم البلدان أي مشكلة معينة لاسيما إن التعديل القانوني يكون بموجب القانون، ومن الأمثلة على التعديل القانوني ما جاء في المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه (١- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعيين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار ٢- وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشتراطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت إن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة) .

لكن التعديل القضائي يتعرض دائماً لعقبات خطيرة، وفي النظام القانوني لمختلف البلدان تم الاستناد إلى أسس مختلفة لتبرير "التكيف القضائي" أهمها "نظرية عدم القدرة على التنبؤ" أو "تغير الظروف"، ومقتضى هذه النظرية هو أنه في بعض الأحيان تتغير الظروف السائدة وقت إبرام العقد نتيجة لأشياء لا يمكن التنبؤ بها لدرجة أنه لا يمكن لأي رجل أعمال ذي خبرة ورؤية أن يتنبأ بهذه الحالة (شوكت، ١٣٩٠، ص ١٢) .

الفرع الثاني: بطلان الشرط دون المشروط

الشرط يطلق في العرف على معنيين أحدهما المعنى الحدتي وهو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شرط للأمر الفلاني، وذلك الأمر مشروط، وفلان مشروط له أو عليه، وفي القاموس أنه إلزام الشيء والتزامه في البيع وغيره، والثاني ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود أو لا، وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر فليس فعلاً لأحد، واشتقاق المشروط منه ليس على الأصل ك (الشارط) ولذا ليسا بمتضايين في الفعل والانفعال بل الشارط هو الجاعل والمشروط هو ما جعل له الشرط ك (المسبب) بالكسر والفتح المشتقين من السبب، وأيضاً المراد من الشرط ف قولهم صلوات الله عليهم المؤمنون عند شروطهم هو الشرط باعتبار كونه مصدرراً أما مستعملاً في معناه أي إلزامهم على أنفسهم أما مستعملاً بمعنى ملتزماتهم أما بمعنى جعل الشيء شرطاً بالمعنى الثاني بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر (الأنصاري، ١٢١٤ - ١٢٨١، ج٦، ص ١١-١٤) .

أن مناقشة تبعية الشرط للعقد ليست مسألة جديدة في الفقه الإسلامي حيث ينقسم الشرط باعتبار ارتباطه بالسبب أو المسبب وهو الذي على نوعين الشرط المكمل للسبب وهو الذي يكمل السبب حتى ينتج أثره في الحكم وهو المسبب مثل القدرة على تسليم المبيع شرط لصحة البيع الذي هو سبب ثبوت الملك، وعدم الشرط يفيد عدم السبب والشرط المكمل للمسبب هو الذي يكمل المسبب فالطهارة وستر العورة شرطان يكملان الصلاة لان عدم الشرط يستلزم عدم الحكم أما الشرط من حيث جهة اشتراطه ينقسم على قسمين الأول: الشرط الشرعي هو ما اشترطه الشارع للأحكام والتصرفات التي وردت في العبادات، والمعاملات أما الثاني الشرط الجعلي هو ما اشترطه المكلف كما لو اشترط المشتري نقل المبيع أو استلامه في مكان معين، ومن شروط الشرط الجعلي ان يكون موافقاً لحكم الشرع، ومتفقاً مع مقتضى العقد أو التصرف فأن كان منافياً له بطل التصرف كما لو اشترط البائع تقييد ملكية المشتري، ولذا تتفاوت درجات الشرط الجعلي فإما يكون مكماً لحكم الشرع، ومتفقاً مع مقتضى العقد، ومحققاً للغاية منه كاشتراط الكفالة أو الرهن في الدين المؤجل (الزحيلي، ج١، مطلب ٢، ص ٤٠٧ - ٤٠٨) .

وفي هذا الشأن نلاحظ ان المشرع الإيراني جار الفقه الإسلامي في موضوع الشرط المقترن في العقد حيث نصت المادة ٢٤٦ من القانون المدني الإيراني على (إذا انحَلَّ العقد بالإقالة أو الفسخ يبطل الشرط الذي تضمنه فأن كان الملتمزم بالشرط قد عمل به يمكنه اخذ البذل من المشروط له)، وعليه فأن الشرط ليس مستقلاً عن العقد أي أنه تابعاً له، وبناءً على ذلك يمكن القول إن المادة ٢٤٦ من القانون المدني الإيراني تعتبر قاعدة تكميلية تنطبق فقط في حالة وجود شروط مرتبطة بالعقد، فضلاً عن ان المادة ١٦ من قانون التحكيم التجاري الدولي الإيراني الصادر في عام ١٣٧٦، أشارت أيضاً إلى موضوع الشرط في العقد كشرط التحكيم حيث أشارت على أن شرط التحكيم يعتبر مستقلاً عن العقد في العقود التي تخضع لهذا القانون حيث انه للمحكم ان يقرر اختصاصه، وكذلك وجود اتفاق التحكيم وصحته، ويعتبر شرط التحكيم وهو جزء من العقد بمثابة اتفاق مستقل في تطبيق قانون التحكيم التجاري، وان بطلان اتفاق التسوية لا يعني بطلان شرط التحكيم الوارد في الاتفاق، ولا يجوز ان يؤدي الاعتراض على اختصاص التحكيم إلى تأخير تقديم مذكرة الدفاع لان مجرد تعيين المحكم من قبل الأطراف لا يمنع من مسألة الاختصاص.

الشروط التابعة أو المرتبطة انه من البديهي اعتبارها باطلة لبطلان العقد لأنه ببطلان العقد يسقط موضوع الشرط التابع له أيضاً أما فيما يتعلق بالشروط المستقلة فليس من السهل الحكم على البطلان حيث يجب التحقق من سبب البطلان أولاً لان الشرط جزء من الفعل فهو مشروع، ويحتاج إلى شروط صحته لتحقيقه، ومن معنى المادتين (٢٣٢) و (٢٣٣) من القانون المدني الإيراني يمكن استنتاج خمسة شروط لصحة العقد إضافة إلى مراعاة شروط صحة العقد الواردة في المادة (١٩٠) من القانون المدني الإيراني، يجب ضرورة التمييز بين سبب فسخ العقد في الشروط المستقلة، واعتبار

المادة (٢٤٦) من القانون المدني الإيراني شرطاً تابعاً وهذا يعني انه إذا بطل العقد الأصلي لعدم توفر شرط من الشروط الأساسية لصحة المعاملات مثل انتفاء نية وهو أمر ضروري أيضاً في شرط مستقل فأن الشرط المستقل في العقد هو باطل أيضاً أما إذا كان استيفاءه غير ضروري في الشرط وفقاً للأصول المقبولة في هذه المادة فلا وجه لبطلان الشرط أي الشرط المستقل رغم انه يرتبط بالعقد الأساسي بشكل ما ألا إنه في نفس الوقت له هوية مستقلة مما يمنع الشرط من الزوال في بعض الحالات مثلاً في عقد البيع أهلية المتعاقدين ضرورة نظراً للطبيعة المالية لعقد البيع في حين ان الشرط المستقل في ضمن العقد مبني على منح وكالة في اخذ الهوية بصورة غير مرتبطة مالياً بالشرط لا يحتاج إلى مثل هذه القيود ويكتفي فقط ببلوغ الموكل ، وعليه إذا كان العقد الأساسي غير نافذ بسبب عدم الأهلية فلا سبب لبطلان الشرط (زاده، جويباري، ١٣٩٧، ص ١٣١-١٣٢) .

نلاحظ أيضاً إن المشرع الإيراني قد أشار إلى بطلان الشرط مع بقاء العقد صحيحاً حيث نص في المادة (٢٣٢) من القانون المدني الإيراني على إن (الشروط المبينة أدناه باطلة ولكنها غير مبطله للعقد : ١- الشرط المستحيل ٢- الشرط الخالي من النفع والفائدة ٣- الشرط الغير مشروع)، وتقابلها المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي حيث نصت على (٢- كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو الغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب، وإلا لغا الشرط، وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً) .

والشرط قانوناً يكون أما على شكل شرط فعل أو شرط نتيجة طبقاً للمادة (٢٣٤) من القانون المدني الإيراني حيث نصت على انه (يقسم الشرط إلى ثلاثة أنواع:

- ١- شرط الصفة هو عبارة عن الشرط المتعلق بنوعية أو كمية محل العقد.
 - ٢- شرط النتيجة هو الاشتراط بتحقق أمر على ارض الواقع.
 - ٣- شرط العمل هو الاشتراط على أحد المتعاقدين أو على شخص ثالث القيام بعمل أو الامتناع عن عمل) .
- وتقابلها في القانون المدني العراقي المادة (٢٨٨) حيث نصت على أنه (العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط) والمادة (٢٨٩) حيث نصت على انه (١- العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم فإذا تحقق الشرط فسخ العقد وألزم الدائن برد ما أخذه فإذا استحال رده وجب الضمان، وإذا تخلف الشرط لزم العقد ٢- على ان أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط) .

أما فيما يتعلق بأثر اقتران الشرط بالعقد إذا كان يخالف قاعدة قانونية أمرة حيث يبطل الشرط ويبقى العقد كما في حالة ضمان الاستحقاق في عقد البيع حيث نصت المادة (٥٥٧) من القانون المدني العراقي على (١- إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك ٢- أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير فأن البائع يكون مسؤولاً عن رد الثمن فقط).

والمادة ٣٦٢ من القانون المدني الإيراني تبين آثار البيع الذي تم بطريقة صحيحة حيث نصت على أنه (آثار البيع الصحيح كالاتي:

- ١- يملك المشتري المبيع والبائع الثمن.
- ٢- يضمن البائع استحقاق المبيع والمشتري استحقاق الثمن.
- ٣- يلزم البائع بتسليم المبيع ٤- يلزم المشتري بدفع الثمن) .

الخاتمة

وفي نهاية بحثنا الموسوم بعنوان المبادئ النظرية في تصحيح العقد (دراسة مقارنة مع القانونين العراقي والإيراني) بعد ان تطلبت منا الدراسة البحث في نظرية السيمولاسيون (الصورية)، ونظرية الاعتماد، ونظرية الشرط الضمني، وبطلان الشرط دون المشروط، وبيان موقف المشرع العراقي والمشرع الإيراني منها، ذلك لدور كل منهما في التقليل من حالات بطلان العقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج، والتوصيات والتي نجل أهمها في الآتي :

أولاً: النتائج

١- ثبت في كتب العقود القانونية في الدول الأوروبية كفرنسا وسويسرا مبدأ نظري لتصحيح العقد المتمثل بنظرية السيمولاسيون (الصورية) في العقد، ومقتضاهما بأنه إذا أبرم المتعاقدان عقداً أحدهما ظاهراً والآخر خفياً فالعقد الخفي هو العقد المعترف بينهما والملزم لهما لأنه يعكس النية الحقيقية لهما أي تغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة وبالتالي العبرة بالمقصود والمعاني لا للألفاظ والمباني كما أكد المشرع الإيراني على الإرادة الباطنة في العقد في المادة (١٩١) من القانون المدني الإيراني حيث نصت على انه (ينعقد العقد بقصد التعاقد بشرط اقترانه بما يدل على القصد) ألا إنه لم يأتي بنص خاص بنظرية الصورية على خلاف المشرع العراقي حيث أورد نص خاص بنظرية الصورية وأيضاً أخذ بالإرادة الباطنة في المادة (١٤٨) من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه (١- يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم ٢- وإذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام قد استوفى شرائط صحته) .

٢- تناول الفقه الإسلامي نظرية الاعتماد حيث اعتبرت مبدأ نظري لتصحيح العقد حيث جاءت بعنصر جديد ملزم للعقد خلافاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهو عنصر الثقة حيث انه وفقاً لنظرية الاعتماد تعد تصرفات أحد الطرفين المتعاقدين وثقة الطرف الآخر بتلك التصرفات هي التي تخلق الالتزام، وليس تبادل الوعود كما تنص نظرية التبادل التقليدية، وقد أخذ المشرع الإيراني بنظرية الاعتماد (الثقة) في المادة (٣٣٦) من القانون المدني الإيراني حيث نصت على (إذا عمل شخص عملاً بأمر من آخر وبحسب العرف يستحق العامل أجراً لقاء عمله أو كان العامل عادة ما يهيئ ذلك العمل يستحق العامل أجر عمله إلا إذا تبين أنه قصد التبرع بذلك العمل)، والمادة (٣٣٧) من القانون المدني الإيراني حيث نصت على انه (إذا استوفى شخص منفعة من مال الغير بموجب إذن صريح أو ضمني يستحق صاحب المال أجر المثل إلا إذا تبين إن الإذن في الانتفاع كان مجانياً)، أيضاً نلاحظ من خلال الرجوع إلى القانون المدني العراقي إن المشرع العراقي قد أخذ بنظرية الثقة بشكل غير مباشر في عقد الإيجار إذا تعذر الاتفاق على مقدار الأجرة حيث نصت المادة (٧٣٨) منه على انه (إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها أو إذا تعذر إثبات الأجرة المدعى بها وجب اجر المثل) .

٣- جاء كل من القانون المدني الإيراني، والقانون المدني العراقي خالياً من نصوص قانونية صريحة مباشرة تبين المبادئ النظرية في تصحيح العقد على الرغم من دورها في التقليل من حالات بطلان العقود التي تكون لها أهمية في الحياة العملية حيث تعد من أهم مصادر الالتزام في التعاملات اليومية بين الأشخاص .

٤- والشرط في القانون المدني الإيراني يكون أما على شكل شرط فعل أو شرط نتيجة طبقاً للمادة (٢٣٤) منه حيث نصت على انه (يقسم الشرط إلى ثلاثة أنواع: ١- شرط الصفة هو عبارة عن الشرط المتعلق بنوعية أو كمية محل العقد

٢- شرط النتيجة هو الاشتراط بتحقيق أمر على ارض الواقع ٣- شرط العمل هو الاشتراط على احد المتعاقدين أو على شخص ثالث القيام بعمل أو الامتناع عن عمل) أما في القانون المدني العراقي فقد أشارت المادة(٢٨٨) منه إلى أنواع الشرط حيث نصت على أنه (العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط) والمادة (٢٨٩) حيث نصت على أنه (١- العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم فإذا تحقق الشرط فسخ العقد وألزم الدائن برد ما أخذه فإذا استحال رده وجب الضمان ،وإذا تخلف الشرط لزم العقد ٢- على ان أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط) .

ثانياً: التوصيات

- ١- نأمل من المشرع العراقي إيراد نص قانوني يشير فيه إلى المبادئ النظرية لتصحيح العقد ،ومنها مبدأ نظرية الثقة حيث تعتمد هذه النظرية على الثقة المتبادلة ،والتوقعات المعقولة ،وبالتالي تجعل العقود أكثر عدالة وتجنباً للاستغلال فإذا شاب العقد عيب الغموض كأن لم يعين العوض في العقد بالنسبة لأحد العاقدين فيمكن اللجوء إلى نظرية الثقة لتفسير العقد أي تفسير الإرادة الظاهرة التي فهمها المخاطب والموجهة له من قبل صاحب الإرادة .
- ٢- نأمل من المشرع العراقي إيراد نص قانوني مباشر يبين فيه حالات بطلان الشرط وحده دون العقد لسهولة الحسم في النزاع الذي يحدث بين الأطراف المتعاقدة عندما تبرم عقود مقترنة بشروط كما جاء في المادة (٢٣٢) من القانون المدني الإيراني حيث نصت على ان (الشروط المبينة أدناه باطلة ولكنها غير مبطله للعقد ١- الشرط المستحيل ٢- الشرط الخالي من النفع والفائدة ٣- الشرط الغير مشروع) .

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية

أ- الكتب

- ١- الأنصاري، مرتضى، المكاسب ، ج٦، في الشروط التي يقع عليها العقد وشروط صحتها وما يترتب على صحيحها وفاسدها، لجنة تحقيق تراث الشيخ، مجمع الفكر الإسلامي للنشر، ١٢١٤-١٢٨١.
- ٢- بكر، عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧١.
- ٣- الزحيلي، محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المطلب الثاني الشرط وأنواعه، ج١، منشورات المكتبة الشاملة .
- ٤- السستاني، سيد علي، الشرط الضمني والتعهد الضمني، مقال منشور في موقع مكتب المرجع السستاني www.sistani.org.
- ٥- سعد، نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- ٦- سليمان، شيرزاد عزيز، حسن النية في إبرام العقود، ط١، منشورات دار دجلة، عمان-الأردن ، ٢٠٠٨.
- ٧- السنهوري، عبد الرزاق احمد ، نظرية العقد، ج٢، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ١٩٩٨ .
- ٨- عبد الله، هدى، دروس في القانون المدني العقد، ج٢، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٨.
- ٩- الناهي، صلاح الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، موازن بين أحكام المعاملات المالية الشرعية والمدنية المرعية في بلاد الجامعة العربية، ج ١-٢، مجلد ١، لا توجد دار نشر، بغداد، ١٩٥٠.

ب- البحوث

- ١- تركمانية غزال، محمد عمار، الإشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد، بحث منشور في مجلة كلية احمد بن محمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية، جامعة قطر، ٢٠١٤.

ت- الرسائل والأطاريح

- ١- خليل احمد، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، الجزائر، قسم الحقوق، ٢٠١٦.
- ٢- الفتلاوي، صاحب عبيد، تحول العقد، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٦ .

ثانياً: المصادر باللغة الفارسية

- ١- احمدى حبيب ، مسئوليت پيش قراردادى ، چاب اول ، نشر ميدان ، تهران، ١٣٩٢ .
- ٢- اشعاريان إبراهيم وترابي إبراهيم، حقوق تعهدات ، مطالعه تطبيقى طرح إصلاحى حقوق تعهدات فرانسه ، ١٣٩٣.
- ٣- إمامي، حسن ، حقوق مدني، جلد ٢، چاب نوزدهم ، كتاب فروشي إسلامية، تهران، ١٣٤٠.
- ٤- باريكلو، على رضا، مسئوليت مدني، چاب سوم، بنياد حقوقي ميزان ، ١٣٨٩.
- ٥- بجنوردي، سيد حسن ، القواعد الفقهية، چاب ١، ج٣، نشر الهادي، قم، ١٤١٩ ق .
- ٦- بهرامي، احمدى حميد، سوء استفاده از حق مطالعه تطبيقى در حقوق اسلام وديگر نظام هاي حقوقي ، چاب سوم، انتشارات اطلاعات ، تهران، ١٣٧٧.
- ٧- خزاني سيد على، مسئوليت ، پيش قراردادى شرايط تحقق وضرر قابل جبران ، پژوهشنامه حقوق اسلامى، ١٣٩٥.
- ٨- رضايي راد عبد الحسين، گستره كار آمدی قاعدة فقهي لا ضرر حقوق إسلامي، سال هفتم ، شماره ٢٥، ١٣٨٩ .
- ٩- ره بيك، سيامك، منع سوء استفاده از حق در نظريه های حقوقي ومفاهيم قرآني، مطالعات اسلامى، شماره ٦٢، ١٣٨٢ .

- ۱۰- زاده، سید مرتضی قاسم، جویباری، محمد قریای، اثر بطلان عقد بر شرط مستقل (توجیه وتحلیل رویه قضایی) فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره بیست و دوم بهار، ۱۳۹۷.
- ۱۱- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، عقود معین جاب اول، مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۲.
- ۱۲- شوکت حمید، نظریه تحول عقد پایان نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق، دانشگاه قم، ۱۳۹۰.
- ۱۳- صفایی، حسین عراقی، عزت الله قاسم، زاده سید مرتضی وسایرین، بررسی تطبیق حقوق خانواده، جاب اول، مؤسسه انتشارات و جاب دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- ۱۴- فاضل مقداد جمال الدین مقداد بن عبد اله، ضد القواعد الفقهية على مذهب الأمامية، منشورات اية الله العظمى المرعشي الأنجفي، ۱۴۰۳ ق.
- ۱۵- الفت نعمت الله، فتح الله عطاردی، نظریه تحول عقد باطل به عقد صحیح در حقوق اسلام ایران، مصر، فرانسه، دو فصلنامه حقوق تطبیقی، ش(۱۱۱)، ۱۳۹۸.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، الزام های خارج از قرارداد ضمان قهری، جلد اول، جاب دوم، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، جاب نهم، شرکت سهامی انتشارات، تهران، ۱۳۹۳
www.gisoom.com
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، جاب سیزدهم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۴.
- ۱۹- لورر اس، میشل، مسئولیت مدنی، ترجمه محمد اشتري، جاب اول، تهران، نشر حقوقدان مجموعه نشت های قضایی مسائل قانون مدنی، جاب دوم، تهران، انتشارات جاودانه، ۱۳۷۵.
- ۲۰- مازندرانی، محمد صالحی، صالح، ایمان، نظریه تحول عقد در حقوق خارجی فقه و حقوق قرارداد های ایران، مجمع علمی و فیشکی مجد للنشر، تهران، میدان انقلاب، جاب اول، ۱۴۰۰.
- ۲۱- مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، انتشارات عصر حقوق، تهران، ۱۳۹۷.
- ۲۲- میرزایی نجف علی، فرهنگ اصطلاحات عربی فارسی، نشر فرهنگ معاصر، نیل واژه تحول، ۱۳۸۸.

ثالثاً: القوانين

- ۱- القانون المدني العراقي رقم (۴۰) لسنة ۱۹۵۱، إعداد، القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي، المكتبة القانونية للنشر، بغداد، ۲۰۰۸.
- ۲- القانون المدني الإيراني ملحقاً به قانون المسؤولية التقصيرية، الترجمة القانونية م.م عمار عبد الحسين قاسم، ط ۲، مكتبة القانون المقارن، بغداد- الصالحية، ۱۴۴۳هـ - ۲۰۲۱م.
- ۳- قانون التحكيم التجاري الدولي الإيراني الصادر في عام ۱۳۷۶.