وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة النهرين

كلية الحقوق

((أثر الشرط في حكم العقد))

بحث مقدم الى كلية الحقوق - قسم القانون - كجزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون.

من قبل الطالبة

آيه رائد رشاد

بإشراف

أ.م.د. زينة حسين علوان

م.د. ورقاء عبد السلام

1445هـ

2024م

بسم الله الرّحمٰن الرّحيم

(قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ)

صَدَقَ اللهُ العَلي العَظيم

سورة البقرة: الآية 32

الإهداء

إلى من أفضلها على نفسي، ولم لا؛ فلقد ضحت من أجلي ولم تدخر جهدا في سبيل إسعادي على الدوام

(أمي الحبيبة).

نسير في دروب الحياة، ويبقى من يسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه

صاحب الوجه الطيب، والأفعال الحسنة.

فلم يبخل علي طيلة حياته

(والدي العزيز).

الى من كان سند لي، ودائما من وقف بجواري وساعدني بكل ما يملك،

وفي أصعدة كثيرة

و الى شرفتا هذا البحث اللتان لم تتوانا في مد يد العون لي

إلى كل من يفكر ويبحث للإرتقاء بالعلم في كل مكان

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

شكر وتقدير

أتوجه بعميق وخالص الشكر والتقدير الأستاذتي الفاضلة (**أ.م.د. زينة حسين علوان**

م.د. ورقاء عبد السلام) حيث كان لتفضلهن بالإشراف على هذا البحث وما قدموه من ملاحظات وارشادات قيمة كان لهن الأثر الاكبر في انجاز هذا البحث واخراجه على اكمل وجه لذلك اشكرها الشكر الجزيل.

واتقدم بالشكر والإحترام والتقدير لأساتذة قسم الحقوق خصوصاً واعضاء لجنة المناقشة الموقرين.

واتقدم بالشكر الجزيل إلى مكتبة كلية الحقوق لما ابدوه لي من مساعدة لإكمال هذا البحث ولا يفوتني ان اتوجه بالشكر والتقدير إلى من قدم لي المساعدة او ساهم في ابداء المشورة والنصح في مسيرتي العلمية.

فشكراً لهم جميعاً ....

الباحثة: آيه رائد رشاد

قائمة محتويات

ت	الموضوع	صفحة
1	الآية	أ
2	الاهداء	ب
3	الشكر والتقدير	ت
4	قائمة المحتويات	ث
5	الملخص	1
6	المقدمة	3-2
7	المبحث الاول: التعريف بمفردات البحث	4
8	المطلب الاول:تعريف الشرط والعقد	4
9	الفرع الاول : تعريف الشرط	5-4
10	الفرع الثاني: تعريف بالعقد	6
11	المطلب الثاني:انواع الشرط والعقد	7
12	الفرع الاول : انواع الشرط	13-7
13	الفرع الثاني : انواع العقد	17-14
14	المبحث الثاني: أثر الشرط في الحكم	18
15	المطلب الاول:العقد الفاسد	20-18
16	المطلب الثاني: العقد الباطل	23-21
17	الخاتمة	25-24
18	المصادر	30-26

الملخص:

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

المقدمة:

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى صلوات ربي وسلامه عليه وعلى آله وصحبه ومن سار على دربه واهتدى بهداه إلى يوم الدين.

تأثير الشرط في حكم العقد هو موضوع يثير الكثير من الجدل والاهتمام في القانون المدني، حيث يتناول هذا الموضوع دراسة الشروط التي يتم تضمينها في العقود وكيفية تأثيرها على صحة ونفاذ تلك العقود. يعتبر الشرط عنصراً أساسياً في تكوين العقود ويمكن أن يكون له تأثيرات متعددة على حكم العقد، بما في ذلك إمكانية إثبات العقد ونفاذية شروطه وتنفيذها. في هذه البحث، سنقوم بتحليل مفهوم الشرط في العقود، وأنواع الشروط المختلفة، وتأثيرها على صحة ونفاذ العقود، بالإضافة إلى استعراض القوانين والقضايا القانونية ذات الصلة بهذا الموضوع.

ثانيا : اهمية البحث واسباب البحث

1. الاهمية الكبيرة التي تحدثها الشروط في العقود اليومية في حياة الناس فالشروط يمكن ان تعدل اثار العقد زيادة ونقصانا لحفظ الحقوق فهو موضوع له مساس بمعاملات الناس فلابد من معرفة ضوابط هذه الشروط الشرعية والقانونية لأثرها على العقد فتلك الشروط قد تبطل العقود وتصححها.

2. تقديم دراسة تجمع شتات الضوابط الشرعية والقانونية معا.

3.معرفة موقف المذاهب الاسلامية والتشريعات المقارنة لاسيما التشريع من هذه الشروط ومدى موافقتها للمذاهب الاسلامية.

4. إن فهم أثر الشرط في حكم العقد يسهم في تعزيز العدالة التعاقدية وتحقيق التوازن بين حقوق الأطراف المتعاقدة.

منهجية البحث:

الطريقة المتبعة في بحثنا هي المنهج االستقرائي فقمنا بتحليل النصوص الموجودة، بشأن الموضوع في التشريع و القانون العراقي ببيان أثر الشرط في حكم العقد حيث سنتناول فيه المبحث الاول : التعريف بمفردات البحث المطلب الاول : تعريف الشرط والعقد، ،المطلب الثاني: الفرق بين اركان العقد وشروطه أمّا المبحث الثاني : أثر الشرط في حكم العقد، المطلب الاول : العقد الفاسد ، المطلب الثاني :العقد الباطل.

المبحث الأول

التعريف بمفردات البحث

يتضمن هذا المبحث مطلبين : الأول تعريف الشرط والعقد، أمّا المطلب الثاني فيتناول أنواع الشرط و العقد وعلى النحو الاتي :

المطلب الأول

تعريف الشرط والعقد

إنّ الخوض في التعريف بالشرط والعقد يتضمن معرفة معناهما في اللغة وفي الاصطلاح من خلال فرعين وكما يلي :

الفرع الاول

تعريف الشرط

لغة: الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة[1]، والشرط بالتحريك: العلامة ، والجمع اشراط ومنه : أشراط الساعة: علاماتها.قال الله تعالى: {فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا}[2] أي علاماتها، والاشتراط: العلامة التي يجعلها الناس بينهم.

اصطلاحا: عرّف الاصوليون والقانونيون الشرط وفيما يلي بيان ذلك:(هو مايلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته)

يقصد بالشرط عن الاصوليين:

[1] احمد بن فارس الشهير بالقزويني ، معجم مقاييس اللغة (ت395هـ)، تحقيق: زهير سلطان، دار النشر: مؤسسة الرسالة، بيروت ،ط2، ج260/3 ، مادة (شرط) .

[2] سورة محمد : الاية 18 .

فالشرط هو أمر زائد عن ماهية الفعل وحقيقته الشرعية اذ يتوقف عليه وجود الفعل فيلزم عدم ذلك الفعل، ولا يكون لوجوده تأثير في وجود الفعل.

وهذا ما يسمى بالشرط الجعلي[1]. فحضور الشاهدين في عقد الزواج اذ لا يصح عقد الزواج دون هذا الحضور، وهذا هو (رأي الجمهور) فعدم فحضور يلزم معه بطلان عقد الزواج شرط ولكن العقد لا يلزم أكمال الزواج وكذلك العقل والبلوغ بالنسبة إلى صحة التصرفات[2].

اما الشرط في فقه القانون: فهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله ، فإذا كان نشوء الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط يطلق عليه حينذاك الشرط الواقف ، وإذا كان زوال الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط سمي الشرط الفاسخ[3].

---

[1] شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الشهير بالقرافي (ت 684هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد ، شرح تنقيح الفصول،شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1 ،1393 هـ - 1973 م، ص82.

[2] ينظر: مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ، دار الثقافي، بيروت، لبنان، م2011، 41/2.

[3] ينظر: عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط3 ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ،2011م، 3/ 34-35 .

الفرع الثاني

التعريف بالعقد

العقد لغةً : ، العين والقاف والدال : أصل واحد ، يدل على شدٌ وشدة وثوق ، وإليه ترجع فروع الباب كلها ، من ذلك عقد البناء، ويقال: الحبل أعقده عقدا، الشد الذي هو نقيض الحلَ..))[1]

أمّا **العقد في اصطلاح الفقهاء الشرعيين** : هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله[2]

أمّا **العقد في اصطلاح الفقهاء القانونيين** ، فهو ((توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله))[3]

---

[1] أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ،مصدرسابق، 83/4،

[2] ينظر: مصطفى الزرقاء – الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد – الجزء الأول: المدخل الفقهي العام، ط6، مطبعة جامعة دمشق، 1959م، 18/1.

[3] ينظر:عبد المنعم فرج الصدة– نظرية العقد في قوانين البلاد العربية – الناشر: دار النهضة العربية، ط 1،عام ١٩٧٤م، 72/1.

المطلب الثاني

أنواع الشرط والعقد

إنّ الخوض في أنواع الشرط يتضمن عدة تفرعات، لبيانهما عند الفقهاء وعند القانونيين وكما يلي:

الفرع الأول

أنواع الشرط

سأتطرق لأنواعه عند الفقهاء الشرعيين اولاًوالقانونين ثانياً:

أنواع الشرط في المفهوم الفقهي :

أنواع الشرط عند جمهور الأصوليين والفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)[1] خمسة: شرط شرعي ، وشرط جعلي ، وشرط عقلي ، وشرط عادي، وشرط لغوي ؛ لكن الحنفية اعتمدوا غيرها: شرط محض، وشرط في حكم العلة، وشرط في حكم السبب، وشرط بمعنى العلامة؛ وهل الخلاف لفظي أم لفظي ومعنوي؟ هذا ما سأبينهٌ بعد الحديث عن كل شرط من الشروط، مقدمين الحنفية لتقدمهم زمنا:

أنواع الشرط عند الحنفية : شرط محض : وهو ما يمتنع به وجود العلة.[2]

شرط في حكم العلة : هو كل شرط لم يعارضه علة صالحة لانضياف الحكم إليها.[3]

شرط في حكم السبب : هو ما يعترض عليه فعل مختار غير منسوب إليه، و يكون سابقا عليه.[4]

---

[1] اصول البزدوي(4/202)، المنار بشرح كشف الاسرار (437/2).

[2] المغني في أصول الفقه (347).

3 كنز الوصول إلى معرفة الأصول (٣١٢/٤) ، كشف الأسرار الحافظ الدين النسفي (441/2)

4 كنز الوصول إلى معرفة الأصول (أصول فخر الإسلام البزدوى) (٤-٢١٨) المغني في أصول الفقه، جلال الدين الخبازي (٣٥١).

5 أصول السرخسي، ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي (ت 483ه)، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد بالهند،(323/2).

شرط اسما لا حكما : هو كل حكم تعلق بشرطين، أولهما شرط اسما لا حكما لعدم إضافة الوجود إليه.[5]

شرط يشبه العلة : انفرد به الفقهاء وعرفوه بأنهُ يعارضه ما لا يصلح أن يكون علة للحكم بانفراده .[1]

أنواع الشروط عند جماهير الأصوليين والفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) خمسة:

1- شرط شرعي: وهو ما يتوقف عليه الشيء في الواقع، أو بحكم الشارع حتى لا يصبح الحكم بدونه أصلا.[2]

2 – شرط جعلي : وهو ما يعتبره المكلف و يعلق عليه تصرفاته .[3]

3 – شرط عقلي : يعرف بأنه : ما يلزم من عدمه عدم مشروطه، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم المشروطه عقلا .[4]

4 – شرط عادي : يعرف بأنه : ما يلزم من عدمه عدم مشروطه، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم المشروطه عادة .[5]

5 – شرط لغوي : عرفه الأصوليون بأنه : ما يلزم من وجوده الوجود، ويلزم من عدمه العدم .[6]

انواع الشرط في القانون المدني:

الشرط في القانون المدنى هو أمر مستقبل وغير محقق الوقوع ويترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله وقد نص الشارع على ذلك في المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي وكالاتي :

---

[1] قول السرخسي شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (2-145)

[2] شعبان زكي الدين، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية ، 1968م،ص 31.

[3] شرح التشريح في التوضيح (145/٢).

[4] شعبان زكي الدين ، مصدر سابق ، ص31.

[5] شعبان زكي الدين ، مصدر سابق، ص31.

[6] القرافي ' الفروق (83/1).

1- يجوز أن يقترن العقد بشرط مؤكد مقتضاه أو يُلائمه أو يكون جارياً به والعادة .

2- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين او الغير اذ لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام أو الأدب، و الإلغاء الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد. يذكر ان المفهوم الصريح من أن الشرط المقترن بالعقد ينقسم إلى شرط صحيح وشرط غير صحيح . فهناك أنواع معينة وهذا ما ساتناوله في الفرعين الآتيين:

اولاً:أنواع الشرط الصحيح

اقتفى المشرع العراقي اثر الفقه الإسلامي فيما يصح من شروط وقد حسم بنصه على أنواعها خلافا كما كان سائداً بين فقهائها، وعليه سوف نتطرق إلى أنواع الشروط التي اخذ بها المشرع العراقي في المادة (131) من القانون المدني، فأنواع الشرط الصحيح حسب القانون المدني العراقي هي :

أولاً // الشرط الذي يقتضيه العقد :

وهو الشرط الذي لا يضيف فيه المتعاقدين شيئاً على حكم العقد بل يكون متفقاً ومبيناً ومؤكد له وذلك من قبيل اشتراط البائع تسلم المشتري للمبيع واشتراط المشتري حق التصرف في المبيع بمجرد انتقال الملكية له واشتراط المستأجر انتفاعه بالمأجور انتفاعاً هادئاً خالياً من التعرض ، واشتراط المؤجر استعمال المستأجر المأجور وفقاً للغرض المبين في العقد[1].

[1] ينظر:عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام،دار النهضة المصرية، ط2،القاهرة ، 1978، 240/1.

ثانياً // الشرط الملائم للعقد :

وهو كل شرط لا يقتضيه العقد لكنه يؤكد ما يجب به ويقرر حكمة معنى فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد، مثل اشتراط الشافعية[1] يبررون صحة كل منها بالحاجة اليه في التعامل [2].

ثالثاً // الشرط الذي جرى به العرف :

ويعني كل شرط جرى به بين متعاقدين من بين الناس وان لم يكن مما يقتضيه العقد او مما يلائمه أو مما ثبت النص له ومثال ذلك لو تعارف الناس على أن يقوم البائع بإيصال المبيع إلى محل المشتري، أو أن يقوم بتصليح المبيع اذ حدث به خلل خلال مده معينة[3].

رابعاً // الشرط الذي فيه منفعة :

وهو كل شرط ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولكن فيه منفعة معلومة المتعاقدين أو الغير ، كاشتراط البائع الانتفاع بالمبيع مدة معلومة كسكني الدار شهراً، أو اشتراط انجاز البائع عملاً معينا كنقل المبيع إلى مكان معين، أو اشتراط البائع أن يقرضه المشتري مبلغا من المال ، أو يؤجر له داراً ، أو اشتراط المشتري أن يهبه البائع شيئا آخر غير المبيع ، أو اشتراط الزوجة ألا ينقلها زوجها من دارها، أو يخرجها من بلد أو لا يتزوج عليها ، أو ما شابه ذلك[4].

---

[1] تأليف: وحدة البحث العلمي بإدارة الإفتاء (الكويت) ، كتاب: (المذاهب الفقهية الأربعة: أئمتها – أطوارها – أصولها – آثارها) ، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ط1، 2015م، ص: 132.

[2] ينظر: زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية، ط6،بيروت،1998 ص 50 .

[3] ينظر:عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنه بالفقه العربي المدين، جامعة الدول العربية ، القاهرة، معهد الدراسات العربية العالمية ، 1956 ، 3/ 242 .

[4] ينظر:عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، احكام الالتزام ، ط3 ، 1397 هـ ، 1977 م ، 139/2.

ثانياً: أنواع الشرط غير الصحيح

دأبت غالبية القوانين المدنية على تقسيم الشرط غير الصحيح إلى أربعة أنواع وهي : الشرط الممنوع قانوناً ، و الشرط المخالف للنظام العام، و الشرط المخالف للآداب، و الشرط المستحيلوفي ما يلي بيان لهذه الانواع الاربعة :

أولاً : الشرط الممنوع قانوناً :

وهو كل شرط يجيز ما يمنعه القانون ، أو يعارض ما يوجبه من أحكام إلزامية ، كشرط اقتضاء فائدة ربويه ، أو الاتجار بالمخدرات، أو الأسلحة ، أو تغيير قواعد الإرث أو انتقال الملكية دون تسجل في السجل العقاري أو غيرها وابرز مثال على ذلك هو شرط اقتضاء الربوية كمثال على الشرط الممنوع قانونا[1] .

فشرط اقتضاء الفائدة الربوية : نعني به شرط مخالف للأحكام التي اقرها المشرع للفائدة، والفائدة هي مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعة على سبيل التعويض عن التأخر في تنفيذ التزام محله مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له ، او نظير انتفاعه بمبلغ من النقود في عقد من عقود المعاوضة [2]، وعلى هذا تكون الفائدة المبتغاة على نوعين : أولهما – فائدة تأخيريه لتعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء بتنفيذ التزام محله أداء مبلغ معين من النقود أياً

---

1 ينظر: المادة 192/ القانون المدني العراقي.

2 ينظر: صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ،ط2، دار العلم للملايين ، بيروت ،1972، 87/2.

كان مصدر هذا الالتزام –عقداً أم أرادة منفردة أم عملاً غير مشروع ام كسبا دون سبب ام قانونا[1].

ثانياً : الشرط المخالف للنظام العام :

وهو كل شرط من شأنه أن يقيد أو يمنع استعمال الحقوق والحريات التي منحها القانون كالشرط المقيد لحرية الزواج أو العمل أو الشرط المانع من التصرف ومن أبرز الأمثلة على ذلك : الشرط المقيد لحرية الزواج : لقد أفردت التشريعات الوضعية للزواج أحكاماً خاصة استمدتها من الشرائع السماوية ولم تسمح بتجاوزها في أي حال من الأحوال، إذ أن أي تجاوز لهذه الأحكام يعني الإخلال بنظام الحياة الاجتماعية، لان الزواج هو النظام الذي تتبنى عليه حياة الأسرة نواة المجتمع المكون لإطار النظام العام ، وفق الأحكام التي أقرتها التشريعات عدم جواز تقييد حرية الفرد في الزواج، وبذا فأن الأصل في الشرط المقيد لحرية الزواج هو عدم الصحة لمخالفته للنظام العام [2].

ثالثاً : الشرط المخالف للآداب :

ويعني كل شرط يتعارض مع ما يقره مجتمع ما من أخلاق عامة في زمن معين، وهذه الأخلاق هي وليدة المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وما تواضع عليه الناس، ومن تطبيقات الشرط المخالف للآداب مثلاً: اشتراط أقامة علاقة غير مشروعة، كما لو اشترط الواهب أن تكون عوض هبته أقامة علاقة غير مشروعة مع الموهوب لها، أو استمرارها، أو

---

1 ينظر: المادة 171 / القانون المدني العراقي النافذ .

2 ينظر:عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام ، ، ط3 ، 1397 هـ ، 1977 م ، 68/2.

استئنافها بعد انقطاعها، وكما لو وهب شخص مالاً لأخر بشرط أن يمكنه من أقامة علاقة غير مشروعة مع قريبة له او الفرار معها[1].

رابعاً : الشرط المستحيل :

هو كل شرط لا يمكن تحققه لمانع مادي أو قانوني أي إنَّ استحالة الشرط نوعان :

أولهما : استحالة مادية ترجع إلى طبيعة الشيء في ذاته كما لو اشترط الوصول إلى الشمس ، أو لمس القمر بأصبع اليد ، أو بلوغ أقصى موقع في السماء وكذلك استحالة الشرط ماديا إما أن تكون مطلقة أي يتعذر تحققها عن الناس كافة أو نسبية – أي يتعذر تحققها على المشترط عليه فحسب، والإستحالة التي نقصدها هنا هي الإستحالة المطلقة لا الإستحالة النسبية .

ثانيهما : إستحالة قانونية ترجع إلى حكم القانون – كاشتراط عدم التصرف بالمبيع مؤبداً، أو بيع العين الموقوفة ، أو غير ذلك و وقت التعاقد هو الوقت الذي يعنينا لتحديد ما أذا كان الشرط مستحيل أو ممكنا، لأن إستحالة والإمكان أمر نسبي يتغير بتغير الزمان والمكان[2].

1 ينظر:السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ص 206 .

2 ينظر: صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين ، بيروت ،1972 ، ص132.

الفرع الثاني

أنواع العقد

العقد في المفهوم الفقهي :

فالعقد هو ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو ما يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه؛ فسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأنَ كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك، وكذلك العهد والأمانة؛ لأنَ معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل؛ فهو عقد وكذلك النذور وما جرى مجرى ذلك[1].

-فالعقد في الفقه الإسلامي – إذن – يشتمل على نوعين: **أحدهما:** عقد بإرادتين على الأقل وهذا مثل عقود البيع والإجارة والشركة وسائر العقود التي يشترط فيها تلاقي الإيجاب بالقبول، **وثانيها:** عقد بإرادة واحدة وهو ما يسمى العقد بالإرادة المنفردة – في الاصطلاح الحديث – فهو ينعقد بمجرد الإيجاب من العاقد فيلزم نفسه بالعقد وهذا مثل عقود اليمين والنذر والحوالة، عند الحنابلة فهي تنعقد بإرادة المحيل وحده إذا كان المحال عليه مليئاً، والضمان عند الحنابلة فهو ينعقد بإرادة الضامن وحده، والوقف على غير معين (كالمساكين والمساجد) هو من عقود الإرادة المنفردة باتفاق الفقهاء والوقف على معين يعتبر من عقود الإرادة المنفردة عند بعض الفقهاء وهو بإرادتين عند بعضهم الآخر[2] .

---

[1] ينظر: أحكام القرآن للجصاص(371/2) في تفسير قوله تعالى :﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾]المائدة: 1]، 294/2- 295.

[2] المغني، عبدالله ابن قدامة، الوفاة 620هـ، فقه المذهب الحنبلي، جديدة بالأوفست، 491/5 وما بعدها.

ويلاحظ أن كثيراً من الفقهاء عندما يعرفون العقد يقتصرون على المعنى الذي يقترن في الإيجاب بالقبول ولا يذكرون العقد بإرادة الموجب وحده، ولكن يلاحظ أيضاً أن هذه التعريفات جاءت تخص عقوداً بإرادتين كالبيع والإجارة وغيرها من البيوع ولذلك فإنهم – في الوقت نفسه – عندما يذكرون التصرفات التي بإرادة منفردة كالطلاق واليمين فإنهم لا يترددون في إضافة كلمة عقد إليها مما يؤكد أن الاقتصار على المعنى الأول لا يقصد منه إنكار المعنى الثاني، والأهم من هذا كله أن المعنى الثاني (العقد بالإرادة المنفردة) ثابت في كتاب الله عز وجل، قال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾[1]، أي عقد اليمين الملزم، وهذا المعنى اللغوي داخل في المعنى الاصطلاحي الفقهي لكلمة العقد .

العقد عند القانونين:

اولاً: العقود من حيث التكوين: (عقد رضائي، عقد شكلي،عقد عيني):

- عقد رضائي: هو انعقاده بمجرد التراضي، لا داعي للكتابة فيه، وليس له شكلاً معين، ومثاله: عقود البيع والإيجار والكتابة بمثل هذه العقود شرط للإثبات وليس لصحة العقد.
- عقد شكلي: لا ينعقد بمجرد التراضي، يحتاج لشكل وإجراءات معينة يوضحها القانون كالكتابة لصحة العقد أي لا ينعقد إلا باتخاذ رضا العاقدين شكلية معينة حددها القانون كعقد بيع عقار فهو لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة الطابو[2].
- عقد عيني: هو الذي لا ينعقد إلا بشرط التسليم للمعقود عليه[3].

ثانياً: العقود من حيث الموضوع: (عقد مسمى،عقد غير مسمى):

---

[1] سورة المائدة، الاية 89.

[2] تقسيم العقود في القانون المدني– موسوعة ودق القانونية على الموقع الاتي :https://wadaq.info/

[3] المصدر نفسه.

• عقد مسمى: هو الذي نظمه القانون وخصصه بتسمية معينة؛ نتيجة كثرة شيوعه بين الناس، مثاله: عقود الهبة والبيع والشركة.

• عقد غير مسمى: هو من اسمه نصيب غير مسمى أي لم يخصصه القانون باسم معين ولم ينظمه بتفصيلات وتنظيمات خاصة، فهو خاضع للقواعد العامة لأنه غير شائع بين الناس، مثال: عقد بين شركتين يهدف لتدريب الطلبة المتميزين في الشركة مقابل مبلغ مادي يحول للشركة.

ثالثاً: العقود من حيث الأثر (عقد ملزم للجانبين، وعقد ملزم لجانب واحد، عقد معاوضة، عقد تبرع):

• عقد ملزم للجانبين: هو أن يقع على كلا المتعاقدين التزامات مثلاً على المشتري دفع الثمن للبائع وعلى البائع تسليم المبيع للمشتري فالعقد الملزم للجانبين، كعقود البيع .* لا يتم فسخ العقد إلا بموافقة الطرفين[1].

• عقد ملزم لجانب واحد: يقع التزام على أحدى الأطراف أي في ذمة أحد الأطراف وتكون علاقتهم دائن له حق، ومدين عليه التزام هذا ما يعنيه ملزم لجانب واحد، ومثاله: الوديعة غير المأجورة (هي ما يضعه الشخص المودع بقصد أن يحافظ المودع عنده (الطرف الذي وضعت الوديعة عنده) على المودوع (الشيء التي وضعها المودع) دون أي مقابل. في هذا العقد يتم الفسخ من طرف واحد.

• عقد المعاوضة:هو العقد الذي يقوم على أساس التعويض أي كل ما قدمه الطرف الأول يأخذ عليه عوضاً من الطرف الثاني (عقد بيع).

[1] مصادر الالتزام في القانون المدني ، د. صاحب عبيد الفتلاوي، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2020، ص 87.

• عقد الهبة: هو أن لا يتم التعويض فيه لأنه قائم على الوهب والمنح دون مقابل كعقود التبرعات والهبة[1].

رابعاً: العقود من حيث الطبيعة (عقد محدد، عقد احتمالي، عقد فوري، عقد زمني).

• عقد محدد: هو الاتفاق بالضبط حول ما أقدم وما آخذ كأن اقول أبيع هذا المنتج باسمه، بسعر 200 دينار فهذا محدد.

• عقد الاحتمالي: هو الذي لا يعلم فيه الشخص مقدار ما يقدم ومقدار ما يأخذ، مثاله: بيع ارض مقابل راتب مدى الحياة.

• عقد فوري: هو الذي لا يكون الزمن ركن جوهري فيه أي قد يكون تراخي وإطالة في تنفيذه، كالبيع يمكن الاتفاق على بيع عقار بمبلغ معين او يمكن الاتفاق على بيعه أقساط... ويتم فسخه ويتم إرجاع الحال التي كانا عليها المتعاقدين قبل التعاقد.

• عقد زمني: وهو عكس العقد الفوري وهو الذي يكون الزمن ركن جوهري كعقود الإيجار، وعقود العمل، ولا يتم فسخه لانه لا يرجع الحال لما كانا عليه قبل التعاقد إلا أنه يطبق عليه نظرية الظروف الطارئة (هي حدوث حدث غير متوقع أثناء إبرام العقد ويكون استثنائي وسبب ظروف قاهرة للمدين وأصبح يصعب عليه تنفيذ التزاماته فيتدخل القاضي لتعديل الالتزامات بقيمة متساوية بين المتعاقدين)[2].

---

[1] تنظيم عقد الإذعان في القانون – موسوعة ودق القانونية.

[2] الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني – موسوعة ودق القانونية

المبحث الثاني

أثر الشرط في حكم العقد

تتحدد فكرة الشرط المقترن بالعقد بأنه: إلتزام بأمر مستقبل ممكن ومشروع يضيفه المتعاقدان إلى العقد المبرم بينهما، يكون من شأنه تقييد حكم العقد تغييراً او تعديلاً أو إضافة، فلا يترتب على إقتران الشرط بالعقد تعليق حكم العقد المقترن به أو إضافته إلى المستقبل، بل يترتب على ذلك تقييد الحكم الثابت له، فيلزم له أحد المتعاقدين أو كليهما بإلتزام شرطي لمصلحة الآخر أو الغير،لأن الشرط المقترن بالعقد يعد جزءاً من مضمون الإرادة وغايات المتعاقدين لا أمراً عارضاً منها ، وبذلك اتسع مفهومه لحالات عدتها بعض القوانين المدنية شرطاً معنى الوصف في الإلتزام أو بمعنى الأجل ، إلا أَّن الفقه الإسلامي بعمق أصالته ميز بين ما يعد جزءاً من الإرادة وما يُعَدُّ عمل من أعمالها، مما اقتضى تتبع مواقف الفقه الإسلامي وموقف بعض القوانين المدنية التي اقتبست منه غالبية أحكامها في هذا الموضوع و يتضمن هذا المبحث مطلبين : الأول العقد الفاسد، أما المطلب الثاني : فيتناول العقد الباطل وعلى النحو اللآتي:

المطلب الأول

العقد الفاسد

العقد الفاسد لغة: من فَسَدَ الشيء يفسد بالضم، فساداً فهو فاسدٌ وفَسُد بالضم أيضاً فساداً فهو فَسِيدٌ وأفْسَدَهُ ففسَد ولا يقال انفسد والمَفْسَدَةُ ضد المصلحة[1].

اصطلاحاً:للعلماء في تعريف العقد الفاسد اتجاهان الاتجاه الأول: وهو رأي جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة[2] حيث عرفوا العقد الفاسد بجملة من التعريفات، منها ما عرفه البصري

[1] لسان العرب، ابن منظور،ط،الوفاة:711، السنة محرم 1405هـ ،ط 3، الناشر: نشر أدب الحوزة – قم –ايران، 335/3.

[2]محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: البغا، (مطبعة الهندي، دمشق).

بقوله هو: "ما لم يستوف شرائطه التي يتوقف عليها حصول الغرض بالفعل[1] ، وعرفه البيضاوي بقوله: كون الشيء لم يستتبع الغاية[2].

وهذه التعريفات تصب في مجملها على عدم حصول الغرض والغاية من هذا الفعل.

الاتجاه الثاني: وهو رأي الحنفية حيث عرفوا العقد الفاسد بأنه ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه[3].

فالجمهور قسموا العقد إلى قسمين صحيح وغير صحيح (فاسد أو باطل)، أما الحنفية فقسموا العقد إلى ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل، فالصحيح والباطل قسم مشترك بين الحنفية والجمهور من حيث ثبوت حكمهما والآثار المترتبة عليهما، وإن كان هناك اختلاف لفظي في تعريفهما.

أما العقد الفاسد فخالف فيه الحنفية الجمهور من حيث التعريف والآثار المترتبة عليه، ويرجع بعض العلماء الخلاف في ذلك إلى قضية أصولية وهي فهم أثر النهي الصادر عن الشرع، فهل النهي يقتضي فساد المنهي عنه؟، ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم[4].

فالجمهور يرون أن نهي الشارع عن عقد ما يعني عدم اعتباره أصلاً، وإثم من يقدم عليه، ولا فرق بين النهي عن ركن من أركان العقد أو النهي عن وصف عارض للعقد ملازم له أو غير ملازم[5].

أما الحنفية فيرون أن نهي الشارع قد يكون معناه إثم من يرتكبه فقط لا إبطاله[6].

---

[1] أبو الحسين محمد بن علي الطيب البَصْري المعتزلي، المعتمد في أصول الفقه ،(ت 436 هـ - 1044 م)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1403، 184/1.

[2] عبدالرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي ،نهاية السول شرح منهاج الوصول،ابو محمد، جمال الدين (ت 772هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ، ط1، 1420هـ - 1999م، 96/1.

[3] علاء الدين ،عبد العزيز بن احمد البخاري، كشف الاسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي (ت 730هـ)،النشر :شركة الصحافة العثمانية ،اسطنبول، ط1، مطبعة سنده 1308هـ - 1890م، 380/1.

[4] أ.د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، النشر : دار الفكر - سوريا، دمشق، ط4 ، 3087/4.

[5] ابو وليد الباجي، احكام الفصول في احكام الأصول الناشر،:دار الغرب الإسلامي ، 1995م، 430/2.

[6] احمد بن علي ابو بكر الرازي الجصاص الحنفي، الفصول في الأصول (ت 370هـ)، الناشر ،وزارة الأوقاف الكويتية ، ط2، 1414هـ-1994م،336/1.

ومع ذلك نجد أن هذا الأمر ليس على إطلاقه، فهناك مسائل دخلها فساد ومع ذلك أجازها الجمهور، ومسائل دخلها الفساد أبطلها الحنفية.

ومن الأمثلة على العقد الفاسد : العقد الفاسد في الزواج هو عقد صحيح من حيث الشكل، ولكنه غير صحيح من حيث المضمون، أي أن أركانه وشروطه متوفرة، ولكنه يخالف الشرع أو القانون، مثل زواج الرجل من امرأة دون حضور شاهدين ،وكذلك زواج الرجل من امرأة محرمة عليه شرعاً، مثل زواج الرجل من أمه أو أخته. وبالتالي يكون حكم الزواج الفاسد هو زواج محرم شرعاً، ولا يجوز لأحد الزوجين أن يتزوج من الآخر[1].

وهنا يطرح تساؤل عن إمكانية تصحيح العقد الفاسد ؟

القاعدة العامة هي أن العقد الفاسد لا يصحح، ولكن هناك بعض الاستثناءات على هذه القاعدة:

وذلك لأن العقد الفاسد يخالف الشرع أو القانون، وبالتالي لا يجوز التمسك به بأي حال من الأحوال ولكن هناك بعض الاستثناءات على هذه القاعدة، حيث يجوز تصحيح العقد الفاسد إذا كان ذلك ممكناً، مثل أن يكون العقد الفاسد فاسداً بسبب عيب في الشكل، وفي هذه الحالة يجوز تصحيح العقد بتعديل الشكل.

وهناك استثناء آخر، حيث يجوز تصحيح العقد الفاسد إذا كان ذلك لازماً لتحقيق مصلحة مشروعة، مثل أن يكون العقد الفاسد فاسداً بسبب عدم أهلية أحد المتعاقدين، وفي هذه الحالة يجوز تصحيح العقد إذا بلغ الشخص الذي كان فاقد الأهلية سن الرشد، مثل عقد زواج بين شخصين غير بالغين، حيث يتم تصحيح العقد بعد بلوغ الشخصين سن الرشد[2].

[1] و انظر الفقه الاسلامي وأدلته (426/4)، والإعلام لابن الملقن (7/ 341) ، بدائع الصنائع (326/7)
[2] وانظر المذكرة ، ص 55.

المطلب الثاني

العقد الباطل

البطلان لغة : الباطل ضد الحق، والجمع أباطيل. وقد بطل الشئ يبطل بطلا وبطولا وبطلانا. ويقال: ذهب دمه بطلا أي هدرا . ويقول اهل اللغة ان الباء والطاء واللام أصل واحد، وهو ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثه. وسمي الشيطان الباطل لأنه لا حقيقة لأفعاله. والباطل من الأعيان: ما فات معناه المخلوق له من كل وجه بحيث لم يبق إلا صورته والباطل من الكلام ما يلغى ولا يلتفت إليه لعدم الفائدة في سماعه وخلوه من معنى يعتد به، وإن لم يكن كذبا ولا فحشا[1].

اما اصطلاحاً: هو الذي لا يكون صحيحا بأصله، وما لا يعتد به ولا يفيد شيئا، وما كان فائت المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة، إما لانعدام الأهلية أو المحلية، كبيع الحر، وبيع الصبي[2].

اما أسباب البطلان في الفقه الاسلامي فهي تتعلق بصيغة العقد أو بالعاقدين أو بالمحل ، فأذا لم يطابق القبول الايجاب ، أو لم يتحد مجلس العقد ، او لم يكن هناك عاقدان ، او كان احد العاقدين فاقد التمييز أو لم يكن المعقود عليه قابلاً لحكم العقد ، بأن كان غير مقدور التسليم أو غير معين أو غير قابل للتعين أو غير قابل للتعامل فيه ، فأن العقد في جميع الحالات يكون باطلاً[3].

فأسباب البطلان شيئان : أما خلل في ذات العقد ومقوماته أي في ركنه وأما خلل في أوصافه الخارجية عن ذاته ومقوماته ، فالأول ، مثل أن يصدر الايجاب أو القبول ممن ليس أهلاً للتعاقد ، أو ألا يوافق القبول الايجاب أو أن يكون المحل مما لايجوز التعامل فيه أو أن يكون خالياً عن سبب أو ان يكون السبب غير مشروع أو أن يكون المحل أو السبب مخالفاً للنظام العام ، فكل من هذا الاخلال يمس ذات العقد ومقوماته ، والثاني مثل أن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة

---

[1] أبو البقاء الحنفي (المتوفى) ، الكليات للكفوي (١٠٩٤هـ) المحقق عدنان درويش – محمد المصري الدائر مؤسسة الرسالة – بيروت – من 244.

[2] علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، ط1، ١٤٠٣هـ –١٩٨٣م، تعريفات الجرجاني.

[3] النظرية العامة للالتزامات، د. حسن علي الذنون، محاضرات القيت على الصف الثاني في كلية القانون ،جامعة بغداد ،1965 –1966 ،مطبوعة بالرونيو ،ص56 اومابعدها.

أو أن لايستوفي الشكل الذي فرضه القانون[1]. يتضح مما تقدم ، بأن المشرع العراقي ، لم يأخذ بنظرية البطلان من الفقه الغربي وانما أقر نظرية الفقه الاسلامي فيه ، فالبطلان على وفق قانوننا المدني ليست له مراتب متدرجة وإنما على درجة واحدة[2].

فالعقد الباطل على وفق قانوننا المدني لاينعقد ولايفيد الحكم أصلاً فلا يرتب أي أثر من الاثار التي قصد المتعاقدان تحقيقها ، إذ يجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[3].

إلا ان هذه الآثار حاول المشرع التخفيف منها من خلال التقليل من حالات البطلان عن طريق الأبقاء على العقد بدلاً من إنعدامه، فقد جاء بمبدأ عام في المادة 139 من قانوننا المدني ، يتضمن الابقاء على العقد الباطل بطلاناً جزئياً ، مرتباً لآثاره بوصفه عقداً صحيحاً بعد إستبعاد ما بطل منه، عندها نكون امام انتقاص العقد الباطل ، فبموجبه يتم تصحيح هذا العقد بالأبقاء عليه نفسه ولكن بعد بتر الجزء الباطل ،فمثلاً اذا اقترن عقد هبة بشرط غير مشروع ولم يكن هذا الشرط هو الدافع اليها ، فأن عقد الهبة يبقى ولكن بعد استبعاد جزئه الباطل[4]. فهنا نكون أمام تصحيح للعقد الباطل ، فالعقد بعد أن كان متصفاً بصفة البطلان ، أصبح بعد تصحيحه بالأنتقاص صحيحاً مرتباً لآثاره بصورة منتقصة بمعنى أن آثار الجزء الباطل وحدها التي تنعدم ، فالعقد يبقى نفسه دون تغيير في طبيعته أو نوعه ، ولكن قد حصل تغيير في عنصر من عناصره ويتمثل هذا التغيير بالأنقاص ، ففي هذه الحالة تكون مع تصحيح الباطل بأنتقاصه[5]. فالعقد الباطل ،على وفق قانوننا ، لم يكن مصيره الأنعدام دائماً، وإنما من الممكن بقاؤه ولكن بعد اكتسابه صفة أخرى هي " الصحة "أي بعد

---

[1] المسؤولية عن الأشياء وتطبيقاتها على الأشخاص المعنوية بوجة خاص،د.اياد عبد الجبار ملوكي،الناشر:دار الثقافة والنشر والتوزيع، ص185-186.

[2] الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د. غني حسون طه، الكتاب الأول، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ،1971، ص271.

[3] انظر المادة (138 /فقرة 1و2) ، من قانوننا المدني النافذ.

[4] د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص297.

[5] فقد بحث جميع الفقهاء والكتّاب الانتقاص بوصفه أثراً من آثار العقد الباطل . إلا ان بعضهم قد أشار صراحة الى أن أنتقاص العقد الباطل يعد تصحيحاً لهذا العقد . ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط / مصدر سابق / 501/1 ، د. صاحب عبيد الفتلاوي /مصدر سابق /ص197 ، د. عبد العزيز المرسي حمود/ مصدر سابق /ص17-21 ، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل /المفهوم القانوني لأنقاص التصرفات القانونية /مجلة الحقوق الكويتية / السنة الاولى /العدد الثاني /1987/ص114-115.

أن يصبح صحيحاً لزوال صفة البطلان ،وزوال هذه الصفة لم يستند الى ارادة المتعاقدين وإنما استند الى إرادة المشرع ، وهذا يعني ان العقد بعد تصحيحه قد أصبح متفقاً مع القواعد القانونية وما أراد المشرع تحقيقه من أهداف، كما انه لايرتبط بترتيب العقد لآثاره بل ان ترتيب العقد لآثاره يتحقق بعد زوال صفة البطلان أي بعد تصحيح العقد . بمعنى آخر ، ان العقد الباطل من الممكن أن يترتب عليه جميع آثاره ، وبأرادة المشرع ، على الرغم من عدم تصحيحه ، أي على الرغم من بقاء صفة البطلان ملازمة له.

لذا يمكن تعريف بطلان العقد بأنه (وصف يلحق بالعقد يترتب قانوناً على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها)[1]. فهذا التعريف يتفق مع مفهوم تصحيح العقد الباطل ، فالتصحيح يهدف الى زوال صفة البطلان مما يجعل العقد مرتباً لآثاره وبأثر رجعي يمتد الى يوم ابرام العقد[2].

[1]العقد في ظل النظام الاشتراكي، د.عبد الرحمن عبد الرزاق الطحان،رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، مسحوبة على آلة الرونيو،1981،ص71-72.

[2]كما في حالة الأبقاء على العقد الباطل ، في عقد الشركة الباطل وعقد الرهن الباطل،العدد الثالث ،عام 1934 ، ص317 وما بعدها .

الخاتمة :

لقد تبين من دراسة البحث عدة استنتاجات منها:

1. يتباين تأثير الشرط في حكم العقد حسب نوع الشرط وطبيعته، حيث يمكن أن يكون الشرط شرطًا جائزًا يعزز صحة العقد أو شرطًا باطلاً يجعل العقد غير صالح.
2. يحدد القانون والأحكام القضائية متى يكون الشرط نافذًا وملزمًا على الأطراف، ومتى يتم اعتبارها باطلة أو غير قانونية.
3. يمكن للشروط المدرجة في العقد أن تؤثر على طبيعة ومدى التزام الأطراف بأداء التزاماتهم بموجب العقد، وقد تكون لها تأثير مباشر على الحقوق والالتزامات الخاصة بكل طرف.
4. يتطلب تقدير صحة الشروط في العقود تحليل دقيق للظروف والتوجهات القانونية، ويعتمد ذلك على التفسير القانوني والأحكام القضائية السابقة ذات الصلة.
5. يسعى القانون إلى تحقيق التوازن بين حقوق الأطراف المتعاقدة وحريتهم في تحديد شروط العقد، وبين الحاجة إلى تحقيق العدالة التعاقدية ومنع استغلال الطرف الأقوى.

التوصيات:

1. ينبغي على المشرعين والقضاة توفير توجيهات واضحة بشأن كيفية تقدير صحة ونفاذية الشروط في العقود، وتوضيح الضوابط والمعايير التي يجب اتباعها في هذا الصدد.
2. يجب على الأطراف في العقود أن يكونوا على دراية بحقوقهم والتزاماتهم المتعلقة بالشروط المدرجة في العقد، وينبغي توفير المعلومات الكافية والواضحة بشأن ذلك.
3. ينبغي على الأطراف في العقود السعي إلى التوفيق والتفاوض بشأن الشروط المتعلقة بالعقود، بهدف تحقيق التوازن بين حقوقهم وحريتهم التعاقدية.
4. يجب أن يكون القانون موجهًا نحو تحقيق العدالة التعاقدية، ومنع الاستغلال والظلم في تحديد وتنفيذ الشروط في العقود.
5. ينبغي تشجيع البحوث والدراسات القانونية حول أثر الشرط في حكم العقد، وذلك لتوسيع فهمنا لهذا الجانب الهام من القانون المدني وتطوير التشريعات والممارسات القانونية ذات الصلة.

المصادر:

1. القرآن الكريم
2. أبو البقاء الحنفي (المتوفى) ، الكليات للكفوي (١٠٩٤هـ) المحقق عدنان درويش – محمد المصري الدائر مؤسسة الرسالة – بيروت.
3. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ،مصدرسابق.
4. أبو الحسين محمد بن علي الطيب البَصْري المعتزلي، المعتمد في أصول الفقه ،(ت 436 هـ - 1044 م)، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط1، 1403.
5. ابو وليد الباجي، احكام الفصول في احكام الأصول الناشر،:دار الغرب الإسلامي ، 1995م.
6. أحكام القرآن للجصاص(371/2) في تفسير قوله تعالى :﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾]المائدة: 1].
7. احمد بن علي ابو بكر الرازي الجصاص الحنفي، الفصول في الأصول (ت 370هـ)، الناشر ،وزارة الأوقاف الكويتية ، ط2، 1414هـ-1994م.
8. احمد بن فارس الشهير بالقزويني ، معجم مقاييس اللغة (ت395هـ)، تحقيق: زهير سلطان، دار النشر: مؤسسة الرسالة، بيروت ،ط2، مادة (شرط) .
9. اصول البزدوي(4/202)، المنار بشرح كشف الاسرار.
10. أصول السرسخي، ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي (ت 483هـ)، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد بالهند.
11. انظر المادة (138 /فقرة 1و2) ، من قانوننا المدني النافذ.
12. تأليف: وحدة البحث العلمي بإدارة الإفتاء (الكويت) ، كتاب: (المذاهب الفقهية الأربعة: أئمتها – أطوارها – أصولها – آثارها) ، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ط1، 2015م.
13. تقسيم العقود في القانون المدني– موسوعة ودق القانونية على الموقع الاتي : https://wadaq.info/

14.تنظيم عقد الإذعان في القانون – موسوعة ودق القانونية على الموقع الاتي : https://wadaq.info/

15.زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية، ط6،بيروت،1998 .

16.شرح التشريح في التوضيح (145/٢).

17.شعبان زكي الدين، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية ، 1968م.

18.شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الشهير بالقرافي (ت 684هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد ، شرح تنقيح الفصول،شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1 ،1393 هـ – 1973.

19.صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ،ط2، دار العلم للملايين ، بيروت ،1972.

20.عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام،دار النهضة المصرية، ط2،القاهرة ، 1978.

21.عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام ، ، ط3 ، 1397 هـ ، 1977 م.

22.عبد المنعم فرج الصدة– نظرية العقد في قوانين البلاد العربية – الناشر: دار النهضة العربية، ط 1،عام ١٩٧٤م.

23.عبدالرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي ،نهاية السول شرح منهاج الوصول،ابو محمد، جمال الدين (ت 772هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ، ط1، 1420هـ – 1999م.

24.عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط3 ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ،2011م.

25.عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنه بالفقه العربي المدين، جامعة الدول العربية ، القاهرة، معهد الدراسات العربية العالمية ، 1956.

26.عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، احكام الالتزام ، ط3 ، 1397 هـ ، 1977 م.

27.علاء الدين ،عبد العزيز بن احمد البخاري، كشف الاسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي (ت 730هـ)،النشر:شركة الصحافة العثمانية ،اسطنبول، ط1، مطبعة سنده 1308هـ – 1890م.

28.علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، ط1، ١٤٠٣هـ –١٩٨٣م، تعريفات الجرجاني.

29.فقد بحث جميع الفقهاء والكتّاب الانتقاص بوصفه أثراً من آثار العقد الباطل . إلا ان بعضهم قد أشار صراحة الى أن أنتقاص العقد الباطل يعد تصحيحاً لهذا العقد . ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ،مصدر سابق ، د. عبد العزيز المرسي حمود، مصدر سابق ، ، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، المفهوم القانوني لأنقاص التصرفات القانونية ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة الاولى ، العدد الثاني ،1987.

30.القرافي ' الفروق.

31.قول السرخسي شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني.

32.كنز الوصول إلى معرفة الأصول ، كشف الأسرار الحافظ الدين النسفي .

33.كنز الوصول إلى معرفة الأصول (أصول فخر الإسلام البزدوى) المغني في أصول الفقه، جلال الدين الخبازي.

34.لسان العرب، ابن منظور،ط،الوفاة:711، السنة محرم 1405هـ ،ط 3، الناشر: نشر أدب الحوزة – قم –ايران،

35.المادة 171 / القانون المدني العراقي النافذ .

36.المادة 192/ القانون المدني العراقي.

37.محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: البغا، (مطبعة الهندي، دمشق).
38.المسؤولية عن الأشياء وتطبيقاتها على الأشخاص المعنوية بوجة خاص،د.اياد عبد الجبار ملوكي،الناشر:دار الثقافة والنشر والتوزيع.
39.مصادر الالتزام في القانون المدني ، د. صاحب عبيد الفتلاوي، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2020.
40.مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ، دار الثقافي، بيروت، لبنان، م2011.
41.مصطفى الزرقاء – الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد – الجزء الأول: المدخل الفقهي العام، ط6، مطبعة جامعة دمشق، 1959م.
42.المغني في أصول الفقه(347).
43.المغني، عبدالله ابن قدامة، الوفاة 620هـ، فقه المذهب الحنبلي، جديدة بالأوفست، وما بعدها.
44.النظرية العامة للالتزامات، د. حسن علي الذنون، محاضرات القيت على الصف الثاني في كلية القانون ،جامعة بغداد ،1965 –1966 ،مطبوعة بالرونيو ، اومابعدها.
45.وانظر الفقه الاسلامي وأدلته، والإعلام لابن الملقن ، بدائع الصنائع
46.وانظر المذكرة .
47.الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د. غني حسون طه، الكتاب الأول، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ،1971.
48. الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني – موسوعة ودق القانونية على الموقع الاتي :https://wadaq.info/
49.وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، النشر : دار الفكر – سوريا، دمشق، ط4.

50.ينظر: صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين ، بيروت ،1972.