الغبن واثره في تعييب العقد
دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني

إعداد المدرس المساعد سميرة حسن محسن
جامعة القادسية – كلية القانون

الخلاصة :

لقد شاعت في معاملاتنا اليومية وانتشرت عمليات الغش والخداع فيما يبرمه الناس من عقود في هذا الزمن لضعف الوازع الديني وفساد الذمم الأخلاق . وهذا ما اكده الشارع الكريم في كتابه ((يأيها الذين امنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وانتم تعلمون)) صدق الله العظيم
ولعل من صور الغش والخداع هو مايجعل العقد غير صحيحا وموقوفا من خلال مايشوب الإرادة من عيوب. واحد هذه العيوب هو الغبن بعد اقترانه بالتغرير فيكون مؤثرا على صحة العقد ويقع الشخص المغرر به في وهم يعتقد فيه إن التعاقد قد تم لمصلحته. وبذلك حرص المشرع على تنظيم عقود الناس واستقرار معاملاتهم دفعا للنزاع بين المتعاقدين.فأكد على ضرورة أن يكون *رضا* المتعاقدين صحيحا غير مشوب بأي عيب من شأنه أن يجعل العقد موقوف لذا سنتناول هذا الموضوع من خلال مبحثين نستوضح في الأول تعريف الغبن ومعيار قياسه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ونبين في الثاني الغبن وصحة العقد إذا كان صفة مستقلة وإذا كان صفة ملازمة للتغرير من خلال مطلبين متتابعين وصولا إلى أهم مسقطات خيار الغبن.

Abstract:-

(Gabon faultfinding and its impact on the contract - a comparative study between Islamic jurisprudence and civil law)

Have become in our dealings and day-to-day operations spread fraud and deception in contracts made by the people in that time the vulnerability of religious morals and ethics worried. This Macdh the street, the holy book ((Othose who believe not Allah nor the Prophet, nor Omanatkm you know)) the great truth of God.

Perhaps the images of fraud and deception is, however, makes the contract valid and suspended by the will of the Maamu defects .

One disadvantage is the injustice of sedition would be combined after moving to the validity of the contract and the person is fooled by the illusion of thought that the contract had been for him. Thus, the legislature's contracts to organize the people and the stability of their push for a dispute between contractors. Stressed the need to ensure that the consent of the contractors Unblemished correct any defect that would render the contract is suspended, therefore we will address this issue through the first Mbgesin in clarifying the definition of injustice and a standard measure of Islamic law and the law positive in the second and show the validity of the contract even if the independent status and, if inherently Ngrer through the two days leading to the most important option Msagtat Ghaben It is God's reconciling .

المقدمة :

لاخلاف بشأن ما يقيمه الشخص من علاقات قانونية قد لاتنعقد دائما على نسق واحد بحيث يكون رضا إطرافها تاما صحيحا لاتشوبه شائبة تعتري صحته فتؤثر بذلك على مجمل العلاقة القانونية والتي قد تكون علاقة عقدية في كثير منها.فقد يشوب الرضا عيبا من عيوب الإرادة ومن بينها عيبا من أوسع العيوب تطبيقا في الواقع العملي إلا وهو التغرير ولكي يكون هذا العيب مؤثرا على صحة التعاقد كان لابد إن يقترن بعيب أخر يؤثر على المتعاقد الأخر وهو المغرر به (الطرف الأخر في العقد) ويقع في وهم مفاده ان التعاقد قد تم لمصلحته بطريقة او بأخرى وهذا العيب هو الغبن وهو ما اخذ به المشرع العراقي دون المشرع المصري والفرنسي وما أخذت به الشريعة الإسلامية ولكي يصبح التغرير باقترانه بالغبن وبعد توفر عناصره عيبا من عيوب الإرادة كان لابد من استيضاح الغبن من خلال تعريفه ،وبيان معايير قياسه ،ومدى تأثير الغبن في صحة العقد شرعا وقانونا ،ومعرفة مسقطاته من خلال اقترانه بالتغرير وبحث هذه المحاور الغاية التي من اجلها عقدت هذه الدراسة لتحقيقها الا وهي (الغبن وأثره في تعييب العقد).

المبحث الأول

تعريف الغبن ومعيار قياسه

لكي يكون التغرير من عيوب الإرادة التي تجعل العقد مشوبا غير صحيحا لابد ان يقترن بغبن فاحش وهذا ما اخذ القانون المدني العراقي متأثرا بالشريعة الإسلامية فلابد من تعريف الغبن والتطرق إلى معايير قياسه وذلك من خلال مطلبين نبين في الأول تعريف الغبن و نخصص الثاني لمعيار قياس الغبن في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي .

المطلب الأول

تعريف الغبن

الغبن: هو (عدم التعادل عند تمام العقد بين ما يدفعه المتعاقد وما يأخذه). (١)

هو(الضرر الذي يصيب احد المتعاقدين من جراء شروط العقد وعدم التعادل في قيمة المنافع المتبادلة). (٢) وعرفه البعض الأخر بأنه(النقص ويرادبه ان يكون احدالبدلين في عقدالمعاوضةغيرمكافئ للأخرفي القيمة). (٣) ومثال ذلك يعد مغبونا من يشتري عقارا قيمته أكثر بكثير من الحقيقة لان المنفعة التي يحصل عليها المشتري أقل بكثير من المنفعة التي يحصل عليها البائع اذ قام الشخص بتأجير منزله شهرا بأجره قدرها عشرة دنانير في حين أجرته فيما معروف لأتزيد على خمسة دنانير او استأجره في هذه الحال شخص بدينارين كان الغبن واقعا على المستأجر في الحالة الأولى وواقعا على المؤجر في الحالة الثانية . كما عرفه آخرون بأنه (عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد أي عدم التعادل بين ما يبذله العاقد وما يأخذه). (٤)

المطلب الثاني
معيار قياس الغبن

ونتناول فيه المعايير المعتمدة في تحديد الغبن في الفقه الإسلامي ،والمعايير المعتمدة في القوانين المدنية المقارنة لتوصل إلى المعيار الدقيق للغبن ،وسنبين ذلك في الفرعين الآتيين :
الفرع الأول : معيار الغبن في الفقه الإسلامي .
الفرع الثاني : معيار الغبن في القانون الوضعي.

الفرع الأول
معيار الغبن في الفقه الإسلامي

لقد ميز فقهاء الشريعة بين نوعين من الغبن ، فالأول هو الغبن الفاحش وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين . أي ما لا يتغابن الناس في مثله . والثاني هو الغبن اليسير وهو ما تعارف الناس عليه في المعاملات أي ما كان داخلا تحت تقويم المقومين . (٥)
فالمعيار النسبي هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية ويتمثل هذا المعيار بما زاد من ٥% من قيمة الشيء فالزيادة او النقيصة على هذه النسبة يكون غبنا . فيقول الكاساني (وقدر محمد بن الحسن الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في الجامع . بنصف العشر فقال : ان كانت العشر او اقل فهي مما يتغابن في مثلها وان كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها) . (٦)
ويؤيد بعض الاحناف (٧) المعيار السابق وأوضحه بشيئ من التفصيل بأن ما يتغابن فيه الناس في القليل نصف العشر في العروض والعشر في الحيوان والخمس في العقار وما خرج فهو ما لا يتغابن فيه. (٨) والذي دعا الى هذا التفريق في الغبن بين انواع الأموال هو مقدار التصرف بتلك الأموال فما كان التصرف بها كثيرا قلت النسبة التي يعود فيها غبنا فاحشا وما كان التصرف بها قليلا زادت تلك النسبة .(٩) ومن المعروف ان التصرف يكثر وجوده في العروض ويقل في العقار ويتوسط في الحيوان .(١٠) وعلى هذا الأساس قدرت النسبة في الدراهم بربع العشر نظرا الى قيم الأشياء الحقيقية .(١١) اذاً فالقدر الذي رسمه البلخي للغبن الفاحش او ما يتغابن فيه الناس هو مازاد على النسبة التي عينها اما إذا كان معادلا لها او اقل منها فهو غبن يسير .(١٢)
وانتهى بعض الفقهاء الى تحديد الغبن بثلث القيمة فما زاد ونقص عنه فهو غبن يقول المرداوي من فقهاء الحنابلة (وقيل يقدر الغبن بالثلث اختاره ابو بكر البلخي وحزم به في الارشاد قال في المستوعب والمنصوص ان الغبن للفسخ هو ما لا يتغابن الناس بمثله وحدوده اصحابنا بقدر ثلث قيمة المبيع) .(١٣) ونقل المرداوي قولا عن الحنابلة بأن حد الغبن السدس وقيل يقدر بالربع. (١٤)
اما المعيار الاخر هو المعيار المستند الى العرف والعادة وهو المعيار المادي .(١٥) لم يعتمد الرقم المحدد في تحديد الغبن الذي يخل بالمعاوضة انما ارجع اعتباره الى العرف والعاده لانه المرجع لبيان مقدار الغبن وتحديد مقداره حسب الظروف والملابسات والازمات الاقتصادية . يقول الكاساني (ان الفاصل بين القليل والكثير ان كانت زيادة ، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كزنه زيادته).(١٦)
يقول المرحوم الخوئي من فقهاء الامامية المعاصرين (يشترط في ثبوت الخيار للمغبون ان يكون التفاوت موجبا للغبن عرفا بأن يكون مقدرا لايتسامح به عندغالب الناس فلو كان جزئيا غيرمعتد به لقلته لم يوجب الخيار).
(١٧) نلاحظ ان المعيار النسبي التحكمي هو معيار غير صالح لتحديد الغبن وذلك لانه يفقد الاعتبارات الاخرى التي تحيط بالسلعة او المتعاقدين او اية ظروف مرتبطة بهما مع قابليتها للتغيير من حال الى حال وقد نقل الكاساني عن الجصاص الذي انتهت اليه رئاسة الحنفية قوله ان (ما ذكره محمد بن الحسن لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها الا ان ذلك يختلف بأختلاف السلع منها ما بعد اقل من ذلك غبنا فيه ومنها ما لا اكثر من ذلك غبنا فيه) (١٨) .
وتوفيرا للثقة بين المتعاقدين يجب ان لايكون خيار الفسخ بما لايتساهل فيه الناس ،ولهذه الاسباب فاننا نختار المعيار المادي المستند الى العرف والعادة وذلك لان العرف التجاري هو المرجع لتحديد معيار الغبن المخل بالتعادل بين العوضين وهو الذي يمكن ان يحل أي اختلاف في تحديد القيم بصفته المصدر المسؤول لوضع الظوابط والمقاييس للاسعار .

الفرع الثاني
معيار الغبن في القانون الوضعي
طرح فقهاء القانون الوضعي نظريتين لتحديد معيار الغبن هما:

اولا:- النظرية الماديه (المذهب المادي)

وهي النظريه التي تاخذ بنظر الاعتبار القيمه المادية لما يعطيه كل من المتعاقدين ووجوب تحقق التعادل والتوازن بينهما أي يقدر الغبن في العقود حسب هذه النظرية تقديرا ماديا .(١٩) ينظر فيه الى المنافع المتبادلة فاذا لم تكن هذه المنافع متوازنة ابطل العقد .(٢٠) فاذا اختلف هذا التوازن وبلغ حدا معينا كان هناك غبن .(٢١)

وتعتمد هذه النظرية على أمرين :
١- قيمة الشيء تبعا للقوانين للاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب .(٢٢)
٢- درجة الاختلال في التعادل : فهي درجة محدودة بل نسبة ثابتة فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في القانون المدني المصري او الربع كما في القناون المدني الفرنسي او النصف كما في القانون الفرنسي القديم او سببه أجزاء من اثنتي عشر كما البيع في القانون الفرنسي هو الغبن الذي يعتد به .(٢٣)
ومن مميزات هذه النظرية كما يرى القانون بالتحديد حيث فيها ضمان لاستقرار المعاملات اذ يكفي نظرة واحدة لمعرفة وجود الغبن من عدم وجوده في العقد فيصبح الطعن في العقد عندما يختل التوازن بين المنافع اختلالا ماديا أي بحسب قيمة المنافع بغض النظر عن القيمة الشخصية التي يقدرها المتعاقد للشيئ ،ويتميز بأنه سهل التطبيق وغير معقد الصياغة .
ومن عيوبها هو عدم مرونتها وانه مقياس حسابي يقدر فيه المنافع فحسب بغض النظر عن القيمة الحقيقية للشيء منظورا اليه من جهه المتعاقد نفسه فبعض الاشياء اذا حسبت وفق القانون العرض والطلب والمنفعة الحدية تبين انها ذات قيمة ضئيلة ولكن قد تكون قيمتها اكبر من ذلك بالنسبة الى المتعاقد لاسباب يراها هو لهذا نلاحظ ان المعيار المادي ليس عادلا دائما .(٢٤)

ثانيا :- النظرية النفسية (المذهب الشخصي)

ولما تميزت به نظرية المادة من عيب غلب على ميزة النظرية خرج بعض الشراح والمحاكم على القياس المادي في الغبن وذهبوا الى معيار اخر هو ما يسمى (النظرية النفسية) او المعيار الشخصي او الذاتي ، اساسه الربط بين فوائد الرضائية وفكره الغبن بحيث يجعل من الغبن عيب في الرضا ويكون ابطال العقد للغبن تطبيقا للقواعد العامة في الالتزام الإرادي لااستثناء منها ونلاحظ ان الغبن لايبحث عن القيم ومقدار اختلال التوازن بينهما وانما ايضا عن ارادة المتقاعد وما شابها من الظروف ادت الى الرضا بالتزام لاتتوازن فيه المنافع ولاتتعادل فيه القيم ويحث هذه الظروف من اختصاص قاضي الموضوع .
ومن مميزات هذه النظرية انها تربط بين الغبن وفكره الرضائية وتجعل الغبن من عيوب الرضا كما تم بيانه وبذلك يكون جزاؤه تطبيقا للقواعد العامة في الالتزام الارادي الااستثناءا منها ولا تعطيلا لها . وبيان ذلك ان البطلان الذي يؤدي الى الحكم بصحة العقد او بطلانه الا ان السبب الدافع الى الغبن قد يكون الغلط او التدليس او الاكراه وعندئذ لاحاجة الى الالتجاء الى فكره الغبن لابطال العقد لان الارادة تكون عندئذ معيبة وهي كافية لاستبعاد الاثر الملزم للعقد .وقد لا يكون هناك عيب فيها من هذه العيوب ولكن المتعاقد المغبون لجأ لظروف كثيرة على التعاقد دون ان يصل الى حد الاكراه او الغلط لاتتوفر فيه الشروط اللازمة او لجهل منه وطيش وقلة خبرة بالاسعار ودراية بالمعاملات ففي هذه الحالة يلتجأ الى الغبن لآنه لايمكن التوصل الى ابطال العقد على اساس العيوب الثلاثة .وقد اخذ بهذا المعيار القانون المدني المصري في المادة (١٢٩) والقانون المدني العراقي في المادة (١٢٥) والقانون المدني الكويتي في المادة (١٥٩) كما اسكشفتها القوانين الحديثة غير العربية منها القنون الماني المادة (١٣٨) والقانون السويسري المادة (٢١) والقانون الايطالي المادة (١٤٤٨) فقرة (١) والقانون البولوني المادة (٤٢) والقانون النمساوي المادة (٨٧٩) (٢٥) وبهذا فقد اخذ بالمعيار الشخصي لان

المعيار المادي يفصل بين قواعد الرضائية وفكرة الغبن لان مؤداه ان يكون الطعن بالغبن استثناءا من القواعد العامة بل هو تعطيل لها بحكم القانون أي لولا ما يقرره القانون من جواز الطعن بالغبن لظل العقد صحيحا . حيث يجعل الغبن عيبا في العقد لا في الر ضا . (٢٦)

المبحث الثاني
الغبن وأثره في صحة العقد

لقد اختلف الرأي الفقهي في مدى اعتبار الغبن عيبا مستقلا في تعيب العقد او لابد من اقتران هذا العيب بعيب التغرير ليكون مؤثرا على صحة العقد . وقد اخذ الفقه القانوني بأحد هذه الآراء الفقهية لتعيب العقد وهذا ما سنحاول بيانه من خلال مطلبين ، نتناول في الأول خلاف الفقه الإسلامي في عيب الغبن ، ونخصص الثاني للقانون الوضعي ومدى اعتباره عيبا مستقلا ام مقتربا بالتغرير ليؤثر على صحة العقد .

المطلب الأول
الغبن كعيب في محل العقد في الفقه الإسلامي

لقد ظهر في الفقه الإسلامي اتجاهان في الاعتداد بالغبن كعيب مؤثر في صحة العقد ،فيرى الاتجاه الأول ان للغبن صفة الاستقلال في تعيب العقد ، بينما يرى الاتجاه الثاني لابد ان يقترن الغبن بالتغرير ليؤثر على صحة العقد وذلك من خلال فرعين :-

الفرع الأول
للغبن صفة الاستقلال في تعيب العقد

لقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه الفقهي إلى ان الغبن أثره في إعطاء حق الخيار للمتعاقد المغبون في فسخ العقد . شريطة ان يكون الغبن فاحشا والمغبون جاهرا بالقيمة وقت تفاوت القيمة عند العقد .(٢٧) وقد استدلوا على اتجاه ذلك بأن الله سبحانه وتعالى قد نهى عن اكل مال الغير بقوله تعالى " الا إن تكون تجارة عن تراضٍ" .(٢٨)
والمراد بالتراضٍ إن لايكون الشخص مغبونا في بيعه او شرائه لان ذلك مما يمنع الرضا . وان الغَبن يكون إما بيع الشيء بأقل مِن قيمته او شراؤه بأكثر منها .وكلاهما إضاعة للمال من جهة المغبون واكل مال الغير بالباطل من جهة الغابن . كما استندوا الى قول رسول الله (ص) (غبن المؤمن حرام) و (غبن المسترسل سحت) . والقاعدة الفقهية (لأضرر ولا ضرار) .(٢٩)
اما فقهاء الحنفية فبالرغم من عدم اعتدادهم بالغبن المجرد عن التغرير الا انهم اخذوا بالغبن المستقل في ثلاث حالات وهذه الحالات تعتبر استثناء من الاصل العام عندهم وذلك اذ وقع الغبن على مال الوقف مال الدولة ،ومال المحجوز .(٣٠) وفي هذه الحالات يعتبر العقد باطل لان تصرف من له الولاية على هذه الاموال منوط بالمصلحة وليس في هذه التصرف مصلحة فيقع باطلا .(٣١)

الفرع الثاني
الغبن صفة ملازمة للتغرير لتعيب العقد

وقد ذهب أصحاب هذاالرأي إلى ان العقدلايعتبرمعيبا إلاإذا اقترن بالتغريروهذا ما ذهب إليه جمهورالفقهاء.(٣٢)

وقد استدلوا على ذلك بالحديث الشريف من النهي عن الخديعة والغش في المعاملات منه قوله (ص) (من غشنا فليس منا) (٣٣) ، وحديث لاخلابة .اي لاخديعة .كما استدلوا على ذلك بأن الفسخ بسبب الغبن الفاحش وحده لايصيب الرضا ما لم يصاحبه الخداع لان الغبن وحده لايدله إلا على تقصير من العاقد المغبون في تحري الأسعار .(٣٤)

نلاحظ ان أصحاب هذا الاتجاه لاينظرون إلى خلل العقد ومحله وإنما إلى إرادة المتعاقدين كونها هي التي تتأثر بالتضليل والخداع والتغرير فتتوهم ان العقد الذي هي في صدد إبرامه يحمل من المزايا والصفات التي أدت إلى إتمام أجزائه سالما من كل تغرير وأقدم إليه بإرادة مبتصرة . الا ان الحقيقة كما نرى ان التضليل الذي حصل للإرادة نتيجة التغرير وما الغبن الا مظهر مادي له لأنه خدعة فغبنه .ومن ثم يحق للمغبون الفسخ لهذا السبب ومن هنا نجد ان الغبن وحده لايمكن ان يكون عيبا من عيوب الإرادة لأنه يتعلق بأختلال البدلين فيكون موقعه محل العقد .

المطلب الثاني

الغبن كعيب في محل العقد في القانون الوصفي

لقد أشار القانون المدني العراقي في المادة (١٢١) ألفقره أولا إلى إن (إذا غرر احد المتعاقدين بالأخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على إجازة العاقد المغبون) ومن تحليل هذا النص يتبين لنا ان الغبن المقترن بالتقرير هو الذي يصلح أساسا لوقف العقد . وبالتالي فأن الغبن المجرد لايشوب العقد بأي عيب . ولا يسوغ لمن لحقه حق طلب بطلان العقد على أساس ان إرادته جاءت معيبة كما أشار في نص المادة (١٢٤) على (مجرد الغبن لايمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تقرير .على انه اذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ فأن العقد يكون باطلا) .(٣٥)

إما القانون المدني المصري فقد اخذ بمبدأ التغرير ولم يشر إلى الغبن بشيء . وقد اخذ بنظرية الغبن المقترن بالاستغلال . فقد نصت المادة (١٢٥) من القانون المدني المصري (يجوز إبطال العقد للتدليس ، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين او نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد) وتنص المادة (١٢٩) من القانون ذاته على (١- إذا كانت التزامات احد المتعاقدين لاتتناسب آليته مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الأخر . وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا إن المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيشا بيناً او هوى جامحا جاز للقاضي بناءاً على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد والا كانت غير مقبولة ٣- ويجوز في عقود المعاوضة ان يتوخى الطرف الأخر دعوى الإبطال اذ يفرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن). (٣٦)

إما القانون الكويتي ،فلم يعتبر الغبن المجرد سببا لمنع نفاذ العقد ما يصحبه تقرير .فقد أشارت المادة (١٦٢) من القانون المدني الكويتي منه إلى (الغبن لايكون نتيجة غلط او تقرير او أكراه او استغلال .ولا يكون له تأثير على العقد الا في الأحوال الخاصة التي صرح بها القانون .(٣٧)

المطلب الثالث

مسقطات خيار الغبن

يسقط خيار الغبن اذا توفرت احدى الحالات الاتية:

١-يسقط خيار الغبن بموت المغبون ولا تنتقل دعوى التغرير مع الغبن الى الوارث اما موت الغابن لايمنع من انتقال الدعوى لان حق المغبون في الرد يتعلق بذمة الغابن ولا يسقط بموته كالدين .(٣٩)

٢-العلم بالغبن فان كان المغبون عالماً بالغبن حال العقد لم يكن له الرد لعلمه فكانت تجارة عن تراضٍ . حتى ان غبن المسترسل لم يثبت له الخيار لانه دخل عن علم بالغبن فهو كالعلم بالعيب .(٤٠)

٣-كما يسقط خيار الغبن عن المغبون بأن يذكر الخيار عن التأبيد كان يقول المشتري اشتريت على ان لي الخيار أبدا او مطلقا ولم يبين وقتا أصلا فإذا لم يسم المشتري المدة او لم يحددها كان الأجل مجهولا وهذا ما يسقط الخيار بأنواعه .(٤١)
٤-تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك بعد اطلاعه على الغبن الفاحش دليل على رضائه وهذا يعد إسقاطا لحقه بالخيار لان الخيار حقه والإنسان حر في التصرف في حقه استيفاء او إسقاطا .(٤٢)
٥-هلاك المبيع او استهلاكه اوتغيره او تعيبه يعد إسقاطا لحق المغبون ففي هلاك العين او استهلاكها فوات لمحل الرد والهلاك المسقط للخيار هو الذي يحدث بفعل المشتري او بآفة سماوية بعد القبض اما في حالة تغير المبيع او تعيبه يسقط حق المشتري بالخيار لان شرط الرد بخيار الغبن هو ان يكون المردود على الصفة التي كان عليها ولو جوزنا له الرد لرفعنا الضرر عنه وألحقناه بالمقابل والضرر لايزال بالضرر .(٤٣)
وهذا إذا كان العيب نقصان في الغبن لايرجى زواله إما إذا كان يرجى زواله في المدة المحددة فان للمغبون خياره لكن ليس ان يرده حتى يبرأ في المدة فإذا ابرأ إبراء عاما او إبراء بخصوص البيع الواقع . فليس للمضرور المبرئ دعوى ا لفسخ .(٤٤)

الخاتمة :

بعد إن أكملت بعون الله كتابة هذا البحث فلابد من طرح بعض الاستنتاجات والمقترحات كالتالي :-

أولا:- الاستنتاجات

١-إن القانون العراقي لم يعتبر الغبن كقاعدة عامه عيبا مستقلا من عيوب الإرادة مستقلا عن التغرير بل اشترط اقترانهما وهذا خلاف ما أخذت به التشريعات الحديثة كالقانون المصري .
٢-ان القانون المدني العراقي قد تأثر بالنهج الذي سار عليه فقهاء الحنفية في اقتران التغرير بالغبن .
٣-ان ما اخذ به الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي من ضرورة اقتران الغبن بالتغرير ليعيب الإرادة وتقييد احدهما بالأخر واهن وغير سديد وأوهن من ذلك اعتبار التغرير مع الغبن . ثم استثنى المشرع العراقي مال المحجور ومال الدولة والوقف فلابد ان يكون تأثير الغبن المقترن بالتغرير عاما ولا داعي لاخراج تلك الحالات لان المعاملات والعقود منوطة بقواعد عامة .

ثانيا :- المقترحات

١-ان قيام المشرع العراقي باستثناء مال المحجور او الدولة او الوقف من المبدأ العام الذي يؤكد على اقتران الغبن بالتغرير كأساس لطلب بطلان العقد . وذلك بتقريره ان الغبن الفاحش يقع مؤثرا ويجعل التصرف القانوني باطلاً إذ وقع مال المحجور أو الدولة او الوقف ولو لم يكن ثمة تقرير من الطرف الا خر إلا إن المشرع لم يشير ما يحمي مال الصغير ومن في حكمه فكان الأجدر بالمشرع ان ينص على ذلك من خلال تعديل الفقره (٢) من م (١٢٤) على النحو التالي " على انه اذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون ضعيف الادراك ، او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او الوقف فأن العقد يكون باطلا .
٢-ان المشرع العراقي قد حدد معيار ماديا للغبن الفاحش بنصه في الفقرة (٢) من المادة (١٠٧٧) من القانون المدني العراقي بأنه " يعتبر الغبن فاحشاً متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار " وترى ان كل هذه التقارير تحكمات وافتراضات بغير دليل . وكان الافضل رد الامر الى العرف والعادة واهل الخبرة دون تحديد بنسب جامدة فما يكون فاحشاً في وقت معين قد لايكون كذلك في وقت اخر ومكان اخر .

الهوامش :

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشر . الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ،مصادر الالتزام ،مكتبة السنهوري ،بغداد ١٩٨٠ ، ص٦٢ .

(٢) فريد فتيان : التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني العراقي ،معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٨٥ ، ص٥٧ .

(٣) علي الخفيف :احكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الرابعة ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص٣٢٧ .

(٤) د.انور سلطان : النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام ، دار المعارف ،١٩٦٥ ص ١٧٨ .

(٥) الإمام علاء الدين ابي بكر مسعود الكاساني الحنفي : بدائع الصانع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ١٩٨٢ ، ص ٣٠

(٦) الكاساني ، الكاساني : بائع الصنائع ، الجزء السابع/٣٤٦٩

(٧) نصير بن يحي ابو بكر البلخي من اعلام الحنفية من مدينة بلخ توفي سنة ٢٦٨ هـ وينظر ترجمته في الفؤاد الهندية في تراجم الحنفية لمحمد الكهنوي . الهندي سنة ١٣٢٤ هـ ، ص٢٢١ .

(٨)الكاساني : بدائع الصنائع ، المصدر السابق ، ص٣٠

(٩)علي حيدر : درر الاحكام ، شرح مجلة الاحكام النظرية العامة ، الكتاب الاول ، مكتبة النهظة ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ، ص١١٣ .

(١٠)صبحي المحمصاني : النظرية العامة للعقود والموجبات في الشريعة الاسلامية الطبعة الثانية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ص٤٣٦ .

(١١)علي حيدر : دور الاحكام ، المصدر السابق ، ص١١٣.

(١٢)المحمصاني : العقود والموجبات ، المصدر السابق ، ص٤٣٧.

(١٣)لشيخ علاء الدين بن الحسن بن علي بن سلمان المرداوي : الانصاف لمعرفة الراجح من الخلاف . صححه وحققه محمد حامد الفقي ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٦ ، ٣٩٤/٤ .

(١٤)المرداوي : الانصاف ، المصدر السابق ، ٤/ ٣٩٤ – ٣٩٥ .

(١٥)ان المشروع العراقي حدد معيارا ماديا للغبن الفاحش بنصه في الفقرة (٢) من المادة (١٠٧٧) منه (بان يعتبر الغبن فاحشا متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار)

(١٦)الكاساني : بدائع الصنائع ،المصدر السابق ، ٣٠/٦ .

(١٧)ابو القاسم الخوئي :منهاج العلمين ، المعاملات ،الطبعة ٢٦ ،بغداد، مطبعة العمال المركزية ،بغداد ،١٩٨٩ ، كتاب التجارة ، المكاسب المحرمة ، ٣٧/٢ .
(١٨)الكاساني : بدائع الصنائع ، مصدر سابق ،٣٠/٦ .

(١٩)د.حسن ابو السعود : مصادر الالتزامات ، مجموعة محاضرات القيت على طلاب الصف الثاني في كلية الحقوق ،مطبعة الفيض الاهلية ،بغداد ،١٩٤٤-١٩٤٥،ص٢٢٨.

(٢٠)د. فريد فتيان : التعبير عن الارادة ،المصدر السابق ،ص٥٨ .

(٢١)د. حسن علي الذنون : النظرية العامة للالتزام ،مطبعة المعارف ،بغداد ، ١٩٤٩ ، ص١٠٩ .

(٢٢)د. فريد فتيان : التعبير عن الارادة ، المصدر السابق ، ص٥٨ .

(٢٣)د.علي حسن الذنون : النظرية العامة للالتزام ، المصدر السابق ، ص١٠٥

(٢٤)د.حسن ابو السعود : مصادر الالتزامات ،المصدر السابق ، ص٢٢٩

(٢٥) د. عبد الرزاق السنهودي . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٢ ،ص٣٥٩.

(٢٦) د. محمد جابر الدوري : عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية ،دراسة مقارنة طبقت في مطبعة الشعب ، بغداد ١٩٨٨ ، ص٨٤ .

(٢٧) زين الدين الجبعي ألعاملي : اللمعة الدمشقية ، شرح الروضة البهية ،جامعة النجف الدينية ،ط الأولى ، بلا سنة طبع ،ص٤٦٤/٣ .

(٢٨) سورة النساء ،الايه (٢٩) .

(29)الحر ألعاملي ، وسائل الشيعة ، طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،بلا سنة طبع ،ص٣٦٣ .

(٣٠) سليم ألباز : شرح المجلة ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،ط٣ ،ص١٩٩ .

(٣١) د.غني حسون طه :الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،الكتاب الأول ،مصادر الالتزام ، ساعدت جامعة بغداد على نشره ،١٩٧١ ،ص٢٠٦ .

(٣٢) علاء محمد بن احمد بن ابي احمد السمرقندي ، تحفة الفقهاء ،دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان ،الطبعة الأولى ،١٩٨٤ ،ص١٣٦ ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق ، شرح كنز الدقائق المتوفى ، دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ، الطبعة الأولى ،٢٠٠٠ ، ص٧٩ .

(٣٣) الحر ألعاملي : المصدر السابق ، ص٢١٠ .

(٣٤) د. مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ،الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، الطبعة الثانية ، مطبعة الحياة ، دمشق ، ١٩٦٤ ،ص٤١٧-٤١٨ .

(٣٥) المادة (١٢١) والمادة (١٢٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩١٥ .

(٣٦)المادة (١٢٥) ،(١٢٩) ، من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

(٣٧)المادة (١٢٦) من القانون المدني الكويتي .

(٣٩) علي حيدر :المصدر السابق ،ص٣٦٠ .

(٤٠) ابي اسحاق برهان ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مصلح المؤرخ دمشق ،١٩٧٧ ، ص٧٩ .

(٤١) علاء الدين السمرقندي ، المصدر السابق ،ص٦٥ .

(٤٢) الكاساني : المصدر السابق ، ص٢٨٢ .

(٤٣)الكاساني : المصدر السابق ،ص٢٨٣ .

(٤٤)كمال الدين بن عبد الواحد المعروف (بابن الهمام) الحنفي ، فتح القدير شرح الهداية ، المتوفي (٨٦١ هـ) ، مطبعة بولاق ، مصر ، ١٨٩٤ ، ص٣٠٨ .

المصادر

اولا:- القران الكريم

ثانياً : كتب الفقه الاسلامي

١-ابو القاسم الخوئي : منهاج العالمين ،المعاملات ،الطبعة ٢٦ ، بغداد ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ،١٩٨٩ .

٢-ابي اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مصلح ،دمشق ،١٩٧٧ .

٣-الامام علاء الدين ابي بكر مسعود الكاساني الحنفي :بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،دار الكتاب العربي ،بيروت ،١٩٨٢ .

٤-الحر العاملي : وسائل الشيعة ،طبعة دار احياء التراث العربي ،بيروت ، بلا سنة طبع .

٥-زين الدين الجبعي العلمي : اللمئة الدمشقية ، شرح الروضية البهية ، جامعة النجف الدينية ، الطبعة الاولى ، بلا سنة طبع .

٦-الشيخ علاء الدين بن الحسن بن علي بن سلمان المرداوي : انصافا لمعرفة الراجح من الخلاف ،صححه وحققه محمد حامد الفقي ، الطبعة الاولى ،١٩٥٦ .

٧-علاء محمد بن احمد بن ابي احمد السمرقندي ، تحفة الفقهاء ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ، الطبعة الاولى ، ١٩٨٤ .

٨- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، يتبين الحقائق ، شرح كنز الدقائق ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،لبنان ، ٢٠٠٠ .

٩-كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف (بأبن الهمام) الحنفي ،فسخ القدير (شرح الهدايه) ، مطبعة بولاق ،مصر ،١٨٩٤ .

١٠-مصطفى الزرقا ،المدخل الفقهي العام ، الفقهي الاسلامي في ثوبه الجديد ،الطبعة الثانية ،مطبعة الحياه ،دمشق ،١٩٦٤ .

١١-نصير بن يحي ابو بكر البلخي من اعلام الحنفية من مدينة بلخ ،الفوائد الهندية في تراجم الحنفية لمحمد الكهنوي الهتدي ،١٣٢٤هـ .

ثالثا : الكتب والمؤلفات القانونية

١-د. انور سلطان : النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام ، دار المعارف ، ١٩٦٥ .
٢-د. حسن ابو السعود : مصادر الالتزامات ، مجموعة محاظرات القيت على طلاب الصف الثاني في كلية الحقوق ، مطبعة النقيض الاهلية ، بغداد ، ١٩٤٤ – ١٩٤٥ .
٣-د. حسن علي الذنون : النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٩ .
٤-د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ،١٩٥٢ .
٥-د.غني حسون طه:الوجيز في النظرية العامة للالتزام،الكتاب الاول، مصادر الالتزام ،جامعة بغداد ،١٩٧١ .
٦-د. محمد جابر الدوري : عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية ، دراسة مقارنة طبعت في مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٨٨ .
٧- سليم الباز : شرح المجلة ،دار الكتب العلمية ،بيروت ، لبنان ،بلا سنة طبع .
٨- صبحي المحمصاني : النظرية العامة للعقود والموجبات في الشريعة العامة ، الطبعة الثانية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، بلا سنة طبع .
٩-علي الخفيف:احكام المعاملات الشرعية،المطبعة الرابعة، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
١٠-علي حيدر : درر الاحكام ، شرح مجلة الاحكام النظرية العامة ، الكتاب الاول ، مكتبة النهظة ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع .
١١-فريد فتيان : التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والفقه المدني العراقي ، معهد البحوث والدراسات العربية ،بغداد ، ١٩٨٥ .