

خيار الغبن – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي
The option injustice- a comparative study between Islamic
jurisprudence and law of the Iraqi civil.
م.م إيناس مكي عبد نصار / رئاسة جامعة بابل

الخلاصة :

تعد الخيارات من الوسائل العلاجية الوقائية التي تمنح للمتعاقد بعد ابرام العقد للتأكد من اختياره إمضاء العقد او فسخه بإرادته المنفرده ودون توقف على إرادة المتعاقد الاخر ، لذا فقد تضمن بحثنا احد هذه الخيارات وهو خيار الغبن والذي يؤثر على المعاملة وصحة العقد بَعده من العيوب التي تشوبه بعد اقتترانه بالتعريض ، ذلك لان المشرع يحرص على تنظيم المعاملات التي يعقدها الناس واستقرارها دعماً للغش والخداع وتجنباً للنزاع الذي قد يحدث بين المتعاقدين ، ويؤكد على ان يكون رضا المتعاقدين غير مشوب بأي عيب من شأنه ان يجعل العقد موقوف لذا فقد تناولنا هذا الخيار بصورة منهجية مقارنة بين نصوص القانون المدني العراقي والفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة وذلك في أربعة مباحث أوضحنا في الاول مفهوم خيار الغبن في ثلاثة مطالب خصصنا الاول لتعريف خيار الغبن ، وكرسنا الثاني لمعيار تحقق الغبن ، واما المطلب الثالث فقد افردناه لشروط تحقق الغبن ، واما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه تطبيقات خيار الغبن في الفقه الإسلامي والقانون المدني في مطلبين ، وبيننا في المبحث الثالث مسقطات خيار الغبن .

Abstract

Options are of therapeutic means preventive granted to the contractor after the conclusion of the contract to make sure the chosen contract or dissolution willingly individual and non-stop on the will of the other Contracting, so to ensure our search one of these options, an option that injustice, which affects the transaction and the validity of the contract beyond the flaws after associate with sedition, because the legislator is keen to regulate transactions held by the people and the stability of the impetus for the fraud and deception and to avoid conflict that may occur between the contractors, and asserts that the satisfaction of contractors is unblemished by any defect that would make the contract Reserve so we dealt with this option has been systematically compared between texts of Iraqi civil law and Islamic jurisprudence Bmmahbh different in four of Detectives explained in the first concept of choice injustice in the three demands set aside the first to define the option of injustice, and we have dedicated the second to the standard achieved injustice, and either the third demand was aferdnah conditions achieved injustice, and either the second part, have we dealt with the applications option injustice in Islamic jurisprudence and civil law in the two demands, and showed in the third topic of doctrinal choice injustice .

المقدمة :

مما لا شك فيه ان التطور الذي يشهده المجتمع على مر العصور في شتى المجالات لا سيما المجال الاقتصادي كان له بالغ الأثر في ازدهاره ، فالمعاملات المالية والعقود المبرمة هي جوهر المجال الاقتصادي قد أخضعت لنظام قانوني دقيق روعي فيه ضمان توازن المصالح المتبادلة للمتعاقدين ،ومن ابرز النظم التي عرفتها العقود وتخللت مراحل إبرامها المختلفة وكان لها الأثر الكبير في إنهاء العقد او الإبقاء عليه مع ضمان امتيازات معينة للطرف الضعيف يمكن ان تعيد للعقد ما فاته من التوازن والغرض من وجود هذه النظم هو منح المتعاقد فرصة للتحقق من مدى ملائمة المعقود عليه للمصلحة التي ينشدها ، او درء الضرر عنه الذي قد ينجم عن عدم معلوميته بقيمة المعقود عليه او اخلال المتعاقد الاخر بالتزامه ، وهذه النظم تتمثل في الخيارات المتعددة والمتنوعة فمنها ما هو حكم الثبوت لا دور لإرادة المتعاقد في إنشائه إنما ينشأ في العقد بحكم الشارع بمجرد تحقق السبب الذي يستلزم قيامه ، ومنها ما تكون ارادة المتعاقد أساسا لإنشائه فلا يثبت في العقد الا اذا اشترط واتفق عليه المتعاقدان ولأهمية هذه الخيارات تكفلت الشريعة الإسلامية بتنظيم إحكامها

تنظيماً دقيقاً لما يبرم من معاملاتنا اليومية من عقود ليس بالقليل ، وهي لا تخلو البعض منها من عمليات الغش والخداع لضعف الوازع الديني وفساد الذمم الأخلاق ، ولعل من تطبيقات الغش والخداع هو ما يجعل العقد صحيح ولكنه موقوف من خلال ما يعيب الإرادة من عيوب واحد هذه العيوب هو الغبن بعد اقترانه بالتغريب^(١) فيكون السبب المؤثر في عدم نفاذ العقد ، وهذا ما بحثه فقهاءنا المسلمين تحت خيار الغبن ، ومن هذا فان خيار الغبن يكون وضعه وجعله بيد الشارع بحيث ان المتعاقد له الخيار في فسخ العقد اذا كان لا يعلم بوقوعه في الغبن عند التعاقد سواء كان بائعاً او مشترياً ، فمثلاً يعد مغبوناً من يشتري عقاراً قيمته أكثر بكثير من الحقيقة فهنا المنفعة التي يحصل عليها المشتري اقل من المنفعة التي يحصل عليها البائع ، كذلك البائع يعد مغبوناً اذا باع العقار بقيمة اقل من الحقيقة فهنا المنفعة التي حصل عليها المشتري أكثر من المنفعة التي يحصل عليها البائع وهكذا ويجب في الحالتين ان تكون القيمة لا تدخل تحت تقويم المقومين .

من هنا فان البحث في خيار الغبن يكتسب أهمية كبيرة وذلك لأهمية هذا الخيار وتعلقه بجانب مهم من جوانب الحياة العملية ألا وهو جانب المعاملات المالية وبالأخص في عقود المعاوضات التي تمثل علاقة عقدية قانونية ترتب على طرفي العقد التزامات وحقوق متبادلة لا سيما انها تنشأ صحيحة مرتبة لآثارها غير أنها لا تلزم المتعاقد الذي يثبت له هذا الخيار فيكون العقد قابلاً للانحلال بإرادة هذا المتعاقد بأستعمال خياره والخيار في العقد حق خارجي وليس من مفهوم العقد وحقيقته ومقتضاه^(١) . وفقاً لما تقدم سوف تكون خطة البحث مقسمة الى ثلاثة مباحث ، نخصص الاول لدراسة مفهوم خيار الغبن في ثلاثة مطالب نبين في الاول تعريف خيار الغبن ، ونفرد الثاني للمعيار الذي يتحدد به الغبن واما المطلب الثالث فسوف يكون لشروط خيار الغبن ، وستناول في المبحث الثاني تطبيقات خيار الغبن في مطلبين نتناول في الاول تطبيقاته في الفقه الإسلامي وفي المطلب الثاني نتعرض لتطبيقاته في القانون المدني العراقي ، واما المبحث الثالث سنفرده لأسباب سقوط خيار الغبن وإذا انتهينا من ذلك سوف نصل البحث بخاتمة نسجل فيها ابرز النتائج والمقترحات .

المبحث الاول : مفهوم خيار الغبن

خيار الغبن مصطلح فقهي يثبت للمتعاقدين أو أحدهما الاختيار بين إضفاء العقد ، أو فسخه عند تحقق شروطه لذا فسنحاول في هذا المبحث التعريف بخيار الغبن ومن ثم بيان معيار قياسه والتطرق أخيراً الى شروط ثبوته وذلك في ثلاثة مطالب متوالية .

المطلب الاول : تعريف خيار الغبن

خيار الغبن مركب إضافي من كلمة خيار وكلمة غبن ، والخيار لغة : هو اسم مصدر من اختار اختياراً وهو الانتقاء والاصطفاء لخير الأمرين^(٢) وورد في القران الكريم قوله سبحانه : ((واختار موسى قومه سبعين رجلاً لميقاتنا))^(٣) أي اصطفى الأختيار من قومه ومن هذا يمكن القول ان الخيار في اصطلاح الفقهاء لا يختلف عن معناه اللغوي فهو طلب خير الأمرين من الإضفاء أو الفسخ . واما الغبن لغة بسكون الباء مصدر غَبِنَ أي بمعنى النقص فيقال غَبْنُهُ يَغْبِنُهُ غَبْنًا إذا خدعهُ في البيع أو الشراء^(٤) . اما معنى الغبن في الفقه الإسلامي فقد عرفه الأنصاري في المكاسب بانه ((تملك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر ، وتسمية المالك غابناً والآخر مغبوناً مع انه قد

(١) التغريب هو ان يذكر أحد المتعاقدين للآخر أموراً أو أن يقوم بإجراءات فعلية تدفعه في التعاقد معه ، من مثل ان يذكر البائع للمشتري ان البضاعة التي ترغب بشرائها انقطع استيرادها او سوف ينقطع استيرادها فأمن المشتري ذلك فقدم لشرائها ظاناً ان الامر في مصلحته لكن الحقيقة خلاف ذلك . د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج ١ - مصادر الالتزام - بدون مكان نشر - ١٩٨٠ - ص ٨٦ .

(١) مرتضى الأنصاري - كتاب المكاسب - تحقيق محمد كلانتر - ج ١٣ - ط ١ - منشورات مؤسسة النور للطبوعات - بيروت - ١٩٩٠ - ص ٢٤ حاشية رقم ٦ .

(٢) الفيروز ابادي - القاموس المحيط - ط ١ - مؤسسة الرسالة - ١٤٠٦ هـ - ص ٤٩٧ .

(٣) سورة الاعراف - آية ١٥٥ .

(٤) احمد بن محمد الفيومي الحيوبي - المصباح المنير - بولاق مصر - دون مكان نشر - ص ٥٤٥ .

لا يكون خداع اصلاً كما لو كانا جاهلين... والمراد بما يزيد او ينقص العوض مع ملاحظة ما انضم اليه من الشرط ((^(١)). وجاء بحاشية ابن عابدين معنى الغبن بانه: ((الخسارة المالية التي تلحق احد المتعاقدين في عقود المعاوضات المالي نتيجة عدم التعادل بين العوض والمعووض))^(٢)، و يرى احد فقهاء المسلمين من المحدثين: ((بانه كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها))^(٣) وقال البعض هو: (ان تطغى مصلحة احد المتعاقدين على مصلحة الاخر، بحيث لا يكون توازن بين ماأخذه وما يعطي))^(٤).

وعلى هذا فالغبن يقع على طرفي العقد، فإذا كان الزائد هو الثمن وقع الغبن في جانب المشتري، وإذا كان الزائد هو المبيع وقع الغبن في جانب البائع، اما في الفقه القانوني فقد عرفه بعض فقهاء القانون بانه: (عدم التعادل بين ما يأخذه الإنسان وما يعطيه، فهو غابن اذا اخذ أكثر مما أعطى ومغبون اذا أعطى أكثر مما اخذ)^(٥) أو ((انه الضرر المادي الذي يقع على أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين ماأخذه وما يعطيه))^(٦) وبناء على ماتقدم يمكن ان نستخلص تعريفاً للغبن بانه: ((عدم توازن عوض المتعاقدين وقت العقد بما لايتعارف عليه الناس، جهلاً بقيمة العين السوقية)) . وبهذا يتبين أن خيار الغبن مركب إضافي من كلمتي (خيار) و (الغبن) .

و عرفه بعض الفقهاء بقوله: ((ان يتقرر للمتعاقد المغبون الحق في فسخ العقد او رده على أساس عدم التعادل في العوضين))^(٧). يتضح مما تقدم ان خيار الغبن هو حق من الحقوق الذي يعطي للمتعاقد الذي قدح له الغبن في العوض الذي استلمه بان يمضي العقد او يفسخه على أساس ذلك .

المطلب الثاني : معيار تحقق خيار الغبن

نتناول في هذا المطلب المعايير المعتمدة لتقدير الغبن في الفقه الإسلامي ومن ثم التطرق الى المعايير المعتمدة في القانون المدني ونفرد لكل منهما فرعاً مستقلاً

الفرع الاول : معيار الغبن في الفقه الإسلامي

قسّم فقهاء المسلمين الغبن الى نوعين، الاول اليسير وحدده الفقهاء بالزيادة او النقصان التي يتغابن الناس بمثلها وقد العقد عادة^(١)، أو ما كان داخلاً في تقويم المقومين^(٢) ومن المثل على ذلك لو باع شخص بضاعة بثلاثين دينار وهي تساوي تسعة وعشرين او واحد وثلاثين ديناراً كان الفرق بين القيمتين هو الدينار الواحد او الديناران هو الغبن ففي هذه الفرض يكون الغبن يسيراً ولا تتأثر المعاملة به^(٣). والثاني هو الغبن الفاحش وهو ما لايدخل تحت تقويم المقومين، أي الذي لا يتغابن

(١) مرتضى الأنصاري - كتاب المكاسب- المرجع السابق- ص ٣٣ .

(٢) محمد امين الشهير بابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار - ج٥- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت- ١٩٩٥- ص ١٤٢ .

(٣) محمد مصطفى شلبي - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي- دار التأليف- القاهرة - ١٩٥٦- ص ٣٩٤ .

(٤) مصطفى احمد الزرقاء - الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد - المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية - ج٢- دار الفكر - بيروت - بدون سنة نشر- ص ٤٠٧ .

(٥) د. حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات - طبع على نفقة الجامعة المستنصرية - بدون مكان نشر - ١٩٧٦- ص ١٠٠ .

(٦) د. غني حسون طه- الوجيز في العقود المسماة - مطبعة المعارف - بغداد- ١٩٧٠- ص ٨٩ .

(٧) د. محمد محمد فرحات - خيارات البيع في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة في المذاهب الفقهية والقانون المدني المصري- بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة السادسة والثلاثون- العدد الثاني- ١٩٩٤- ص ١٠٩ .

(١) الأنصاري - المكاسب- المرجع السابق- ص ٢٣٦ .

(٢) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي - بدائع الصنائع- في ترتيب الشرائع - ج٦- ط١- المكتبة الحبيبية - باكستان- ١٩٨٩- ص ٣٠ .

(٣) د. محمد محمد فرحات - المرجع السابق- ص ١٠٩ .

الناس في مثله (٤) وهنا اختلف الفقهاء المسلمين في تحديد الغبن الفاحش والذي يخل بالمعاوضة. وعليه فهناك معيارين لتحديده: الاول: المعيار النسبي التحكيمي وهذا ما ذهب اليه فقهاء الحنفية ويتمثل هذا المعيار ما زاد عن ٥٪ من قيمة الشيء فالزيادة او النقصان على هذه القيمة تكون غبناً فيقول الكاساني في البدائع ((وقد محمد بن الحسن الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر او اقل فهي مما يتغابن في مثلها وان كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها)) (٥) ويؤيد بعض فقهاء الحنفية (٦) هذا المعيار وأوضحه بشيء من التفصيل بان الذي يتغابن به الناس في القليل نصف العشر في العروض والعشر في الحيوان والخمس في العقار وما خرج فهو ما لا يتغابن فيه (١). والذي دعا الى هذا التفريق في الغبن بين أنواع الاموال هو مقدار التصرف بتلك الاموال فان كان التصرف بهذه الاموال كثير قلت النسبة التي يعود فيها غبناً فاحشاً وما كان التصرف بها قليلاً زادت تلك النسبة (٢). ومن الشائع ان التصرف يكثر وجوده في العروض ويقف في العقار ويتوسط في الحيوان (٣). وعلى هذا الأساس قدرت هذه النسبة بربع العشر في الدراهم بربع العشر بالنظر الى قيم الاشياء الحقيقية (٤). اذا فالقدر الذي رسمه البلخي للغبن الفاحش او ما يتغابن فيه الناس هو ما زاد على النسبة التي عينها اما اذا كان معادلاً لها او اقل منها فهو غبن يسير (٥) وانتهى بعض فقهاء الحنابلة الى تحديد الغبن بثلث القيمة، فما زاد او نقص عنه فهو غبن يقول المرادوي - من فقهاء الحنابلة - ((وقيل يقدر الغبن بالثلث، اختاره ابو بكر (البلخي) وجزم به في الارشاد قال في المستوعب: والمنصوص ان الغبن المثبت للفسخ ما لا يتغابن الناس بمثله وحده اصحابنا بقدر ثلث قيمة المبيع (٦) ويذكر المواق من فقهاء المالكية ((ان زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فاكتر فسخ البيع، وكذلك ان باع بنقصان الثلث من قيمته على ما قاله القاضي أبو محمد وغيره (٧). الثاني: المعيار المستند الى العرف والعادة وهو المعيار المادي لم يعتمد على رقم محدد في تحديد الغبن الذي يخل بالمعاوضة إنما يرجع اعتباره الى العرف والعادة لانه المرجع لتبيان مقدار الغبن وتحديد مقداره حسب الظروف والملابسات والازمات الاقتصادية يقول الكاساني ((ان الفاصل بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة، وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة لانه ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة، وما لا يدخل كانت زيادة متحققة)) (١)، يقول المرحوم الخوئي من فقهاء الجعفرية المحدثين في كتابه منهاج الصالحين

(٤) الكاساني - المرجع السابق - ص ٣٠.

(٥) الكاساني - المرجع السابق - ص ٣٠.

(٦) نصير بن يحيى ابو بكر البلخي من اعلام الحنفية من مدينة بلخ - وينظر ترجمته في الفؤاد الهندية في تراجم الحنفية لمحمد الكهنوي الهندي - ١٣٢٤ هـ - ص ٢١٥.

(٧) الكاساني - المرجع السابق - ص ٣٠.

(٨) علي حيدر - درر الاحكام في شرح مجلة الاحكام - تعريب فهمي الحسيني - مج ١ - ط ١ - دار الجيل - بيروت - ١٩٩١ - ص ١٣٠.

(٩) د. صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - ط ٢ - دار العلم للملايين - بيروت - ١٩٧٢ - ص ٤٣٦.

(١٠) علي حيدر - المرجع السابق - ص ١٣٠.

(١١) د. صبحي المحمصاني - المرجع السابق - ص ٤٣٦.

(١٢) علاء الدين علي بن سليمان المرادوي - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ٤ - ط ١ - ١٣٧٥ هـ - ص ٣٩٤.

(١٣) محمد بن يوسف بن ابي القاسم الغزنطي المواق - التاج والاكليل في شرح مختصر خليل - ج ٤ - مطبوع المواهب الجليل للحطاب - مطبعة السعادة - مصر - ١٣٢٩ هـ - ص ٤٦٨.

(١٤) الكاساني - المرجع السابق - ص ٣٠.

((ان يكون التفاوت موجباً للغبن عرفاً بان يكون مقدارا لا يتسامح به عند غالب الناس فلو كان جزئياً غير معتد به لقلته لم يوجب الخيار))^(٢).

يتضح لنا ان المعيار النسبي لتحديد الغبن هو معيار غير صالح ذلك لانه يفتقد الاعتبارات الاخرى التي تحيط بالسلعة او المتعاقدين او أية ظروف أخرى مرتبطة بهما مع قابليتها للتغيير من حال الى حال .

وقد نقل الكاساني عن الجصاص قوله ((ان ما ذكره محمد بن الحسن لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها ، لان ذلك يختلف باختلاف السلع منها ما يعد قل من ذلك غبناً ، ومنه ما لا يعد أكثر من ذلك غبناً فيه))^(٣) وبناءً على ماتقدم ومن لأجل استقرار المعاملات من جهة وتوفيراً للثقة بين المتعاقدين من جهة أخرى نرجح المعيار المادي المستند الى العرف والعادة للأسباب الآتية :

١- إن العرف التجاري هو المرجع لتحديد الغبن المخل بالتعادل بين العوضين ، وبعبارة أخرى هو الذي يمكن ان يحل أي اختلاف في تحديد القيم بصفته المسؤول عن وضع الضوابط والمقاييس للأسعار^(٤).

٢- انه معيار مرن يتماشى مع طبيعة العرض والطلب ويمكنه ملاحظة قيم السلع من جوانب أخرى لاتتصل بالسعر وحسب بينما المعيار النسبي يجمد على وضع تحكمي واحد وقد يكون ضرره اكثر من نفعه ولان ((حقيقة الغبن نقص احد العوضين عن العوض المسمى في العقد نقصاً لا يتسامح بمثله عادة))^(٥).

الفرع الثاني: معيار الغبن في القانون المدني

طرح فقهاء القانون نظريتين لتحديد الغبن هما :

النظرية المادية : وهي النظرية التي تأخذ بنظر الاعتبار لما يعطيه كل من المتعاقدين ووجوب تحقق التعادل والتوازن بينهما ، فإذا اختلف هذا التوازن وبلغ حداً معيناً كان هناك غبناً وتعتمد هذه النظرية على أمرين^(١):

١- قيمة الشيء فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته ، فإذا اختلف التعادل في العقد بالنظر الى تلك القيمة فان الغبن يتحقق وتقدر هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب^(٢) .

٢- درجة الاختلال في التعادل: فهي درجة محدودة بل نسبة ثابتة ومن المثل على ذلك فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في القانون المدني المصري او الربع كما في القانون الفرنسي ، او النصف كما في القانون الفرنسي القديم ، هو الغبن الذي يعتد به^(٣) .

ومن مميزات هذه النظرية وحسب ما رآه فقهاء القانون انه فيها ضمان لاستقرار المعاملات ، اذ تكفي نظرة واحدة لمعرفة الغبن من عدم وجوده في عقد من العقود أي يكون هناك غبن بحسب قيمة المنافع التي يحصل عليها احد المتعاقدين فاذا اختلفت تلك المنافع اختلاً مادياً يكون هناك غبن بغض النظر عن القيمة الشخصية التي تحددها ارادة المتعاقدين وتعبير اخر ان المعيار الذي حدد فيه قيمة

(١) ابو القاسم الخوئي- منهاج الصالحين - كتاب المعاملات- خيار الغبن -ج٢- ط٢٦- مطبعة العمال المركزية - بغداد - ١٩٨٩- ص ٣٦ .

(٢) الكاساني- المرجع السابق- ص ٣٠ .

(٣) د.محمد بحر العلوم- عيوب الارادة في الشريعة الاسلامية - دار الزهراء - ط٢- للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت - ٢٠٠٩ - ص ٤٥٤-٤٥٥ .

(٤) محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي - مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة - كتاب المتاجر - المطبعة الرضوية- مصر - ١٣٢٣هـ- ص ٥٧١ .

(٥) د. عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - ج١- شركة الطبع والنشر الاهلية -بغداد - ١٩٦٧ - ص ٣٤٤ .

(٦) فريد فتیان - التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والفقه المدني- معهد البحوث والدراسات العربية - بغداد - ١٩٨٥- ص ٥٨ .

(٧) د. حسن علي الذنون - النظرية العامة للالتزامات - المرجع السابق- ص ١٠٥ .

الشيء هو معيار مادي وليس معيار شخصي^(٤)، لكن على الرغم من الميزة الذي تمتع هذه النظرية الا انها لاتخلو من العيوب فهي غير مرنة اذ لاتصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر الشخصي لانها تعد رقم حسابي معين يطبق على جميع المسائل دون النظر الى الفروق بين مسألة واخرى^(٥).

٢- النظرية الشخصية : وهذه النظرية لاتعتمد بقيمة الشيء بحد ذاته ، بل قيمته في نظر الشخص الذي يرغب الحصول عليه فقد يكون مستعد لان يدفع فيه اكثر من قيمته المادية مختاراً ، لان له قيمة خاصة في نظره ، فلا يقال بانه قد غبن لان قيمة الشيء في نظره مساوية للثمن الذي دفعه عندئذ لا يكون هناك غبناً حسب هذه النظرية الا اذا رضى المتعاقد بان يدفع ثمناً اكبر من قيمة الشيء التي يقدرها وهو لا يفعل ذلك الا اذا كان واهم في قيمة الشيء او مخدوع او مضطر الى التعاقد ويكون كذلك الا نتيجة طيش او عوز او حاجة او عدم تجربة^(١).

ونلاحظ ان هذا النظرية أساسها الربط بين الغبن وفكرة الرضائية بحيث يجعل من الغبن عيب في الرضا ويكون إبطال العقد للغبن تطبيقاً للقواعد العامة للالتزام الإرادي لاستثناء منها وهنا الغبن لا يبحث عن القيم ومقدار اختلال التوازن بينهما وانما أيضاً عن ارادة المتعاقد وما شابه ذلك من الظروف التي أدت الى رضا المتعاقد بالالتزام لاتتوازن فيه المنافع ولاتتعادل فيه القيم وبحث هذه الظروف يكون من اختصاص قاضي الموضوع . فضلاً عن ذلك ان هذه النظرية لاتحدد رقماً يجب ان يصل اليه الغبن بل تترك ذلك لظروف كل حالة على حده وقد يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين الى حد باهظ^(٢). وقد اخذ قانوننا المدني العراقي بهذه النظرية استناداً الى المادة ١٢٥ منه والتي تنص على انه ((اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف إدراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول ، فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه السنة ان ينقضه))^(٣).

المطلب الثالث : شروط خيار الغبن

ان تمسك المتعاقد المغبون بخيار الغبن ونقض العقد من أساسه لا بد ان تتوفر شروط بعضها يتعلق بالغبن والبعض الاخر يكون متعلقاً بالمتعاقد نفسه ، ولتفصيل ذلك قسمنا المطلب الى فرعين ، نتناول في الاول شروط ثبوت هذا الخيار في الفقه الإسلامي في حين نخصص الفرع الثاني لشروط التمسك بالغبن في القانون المدني.

الفرع الاول: شروط خيار الغبن في الفقه الإسلامي

إن الخيار الذي يثبت للمغبون ليس على إطلاقه ، بل لا بد من توفر بعض الشروط حتى يتحقق الخيار للمغبون وهي كما يلي :

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج١ - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - ١٩٥٢ - ص ٣٥٨.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد - دار الكتب المصرية - القاهرة - ١٩٣٤ - ص ٤٥٠.

(١) د. عبد المحيد الحكيم - الوسيط - المرجع السابق - ص ٣٤٤ و٣٤٥.

(٢) د. السنهوري - الوسيط - المرجع السابق - ص ٣٥٨. ويرى السنهوري في كتابه نظرية العقد - ص ٤٥٢ حاشية رقم ١) ان الشريعة الاسلامية تحارب الغبن بكل شدة في احد مظاهره الاكثر شيوعاً وهو الربا ، فتحرم العقود الربوية ففي أي شكل من اشكاله المختلفة ، اما غير ذلك فلا تحرم الغبن الا اذا كان نتيجته التغيرير فهي تتبع في هذا النظرية الشخصية فاذا لم يكن هناك تغيرير فالعقد صحيح حتى لو كان فيه غبن الا في حالتين توليها الشريعة الاسلامية في العادة رعاية خاصة اذا لحق الغبن مال الصغير ، او الوقف)) .

(٣) يقابلها نص المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

- ١- أن يكون الغبن فاحشاً : وهو كما أسلفنا أن معيار الغبن الفاحش الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين . وهذا محل اتفاق بين جميع الفقهاء القائلين بخيار الغبن ، قالوا أما الغبن اليسير فلا يؤثر لأنه نادراً ما تسلم منه العقود (١) .
- ٢- أن يكون المغبون جاهلاً أي غير عالم بالغبن ووقوعه فيه عند التعاقد ، فإذا كان عالماً بالغبن فلا خيار له بالغبن ، لأنه يعلم بالغبن وتعاقد مع علمه به ، فهذا يدل على رضاه بالعقد ودخل فيه عارفاً مستبصراً ، لذا فلا يرد العين بالغبن . وهذا محل اتفاق بين فقهاء المسلمين (٢) .
- ٣- أن يكون الغبن ناتجاً عن تغيير الطرف الآخر : وهذا ما ذهب اليه جمهور فقهاء المسلمين ، وهم اشترطوا التغيير لإثبات الخيار للمغبون ، أما مجرد الغبن إذا لم يصحبه التغيير فليس للمغبون خيار عند غالبية الفقهاء (٣) ، استدلالاً لما ورد بالحديث الشريف من النهي عن الخديعة والغش في المعاملات منه قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) ((من غشنا فليس منا)) (٤) وحديث لاخلافة أي لاخديعة (٥) ، كما استدلو ان فسخ العقد بسبب الغبن الفاحش وحده لا يصيب الرضا مالم يصاحبه خداع ذلك لان الغبن المجرد عن كل خديعة لا يدل الا على تقصير العاقد المغبون في تحري الإسعار (٦) . يقول ابن عابدين : (إن الفسخ بسبب الغبن الفاحش وحده دون تطلب أي شرط آخر ليس أرفق بالناس بل على العكس إنه ضار بمصالحهم ، لأنه يؤدي إلى كثرة المخاصمة والمنازعة في كثير من البيوع ، إذ لم يزل أصحاب التجارة يربحون في بيوعهم الربح الوافر ويجوز بيع القليل بالكثير وعكسه) (١) . مع ذلك فان فقهاء الحنفية على الرغم من ان الأصل عندهم عدم اعتدادهم بالغبن المجرد عن التغيير الا أنهم خرجوا عن هذا الأصل العام في ثلاث حالات وهذه الحالات تعد استثناء وهي اذا وقع الغبن على مال الوقف او مال الدولة أو مال المحجور معللين ذلك ان تصرف من له الولاية بهذه الأموال تحاط به المصلحة فليس ذلك من مصلحة فيكون العقد باطلاً (٢) .

الفرع الثاني

شروط ثبوت الغبن في القانون الوضعي

كذلك في القانون المدني العراقي لا يترتب على الغبن نقض العقد بمجرد توفره بل لا بد من توفر بعض الشروط ومن أهمها:

١- ان يقترن الغبن بالتغيير

- (١) ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي - شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام - ج ٢ - اضواء الحوزة - بيروت - ٢٠١٠ - ص ٢٧٥ والكاساني - بدائع الصنائع - المرجع السابق - ص ٣٠ و ابن نجيم الحنفي - البحر الرائق في شرح كنز الدقائق - ج ٧ - شركة علاء الدين للطباعة - القاهرة - ص ١٦٩ .
- (٢) محمد بن جمال الدين مكي العاملي - الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية - تحقيق محمد كلانتر - ج ٣ - بيروت - بدون سنة نشر - ص ٤٦٤ وما بعدها ومرتضى الانصاري - المكاسب - المرجع السابق - ص ٢٣٥ - ٢٣٦ .
- (٣) ابن عابدين - المرجع السابق - ص ١٥٩ - ويقول إبراهيم بن احمد الشيرازي - في المذهب - ج ١ - عيس البابي - القاهرة - بدون مكان نشر - ص ٢٩٢ ((ويحرم تلقي الركبان وهو ان يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم ... لان هذا تدليس وغرر فلم يحل)) ومن مفهوم المخالفة لهذا النص ان فقهاء الشافعية يرون ان الغبن المصحوب بالتغيير هو الذي يثبت به الخيار .
- (٤) محمد بن الحسن الحر العاملي - تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة - كتاب التجارة - مج ١٢ - مؤسسة ال البيت عليهم السلام لإحياء التراث - ط ٢ - بيروت - ٢٠٠٣ - ص ٢١٠ .
- (٥) محمد بن علي بن احمد الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخبار شرح منقى الاخير - ج ٥ - دار الجليل - بيروت - ١٩٧٣ - ص ٢٠٦ .
- (٦) مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهي العام - المرجع السابق - ج ١ - ص ٤١٧ - ٤١٨ .
- (٧) ابن عابدين - رسالة تحبير التحرير في إبطال القضاء والفسخ بالغبن الفاحش بلا تغيير ضمن رسائل ابن عابدين - ج ٢ - ص ٧٨ نقلاً عن د. محمد بحر العلوم - المرجع السابق - ص ٤٥٦ .
- (٨) سليم الباز - شرح المجلة - دار الكتب العلمية - بيروت - ط ٣ - المطبعة الادبية - ١٩٢٣ - ص ١٩٩ .

يشترط القانون المدني العراقي لاستعمال خيار نقض العقد بسبب الغبن لابد ان يكون الغبن مقترناً بالتغريب ، ومن هنا فان الأصل ان مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد مادام الغبن لم يصحبه تغريب وهذا ما أشارت اليه الفقرة الاولى من المادة ١٢٤ من القانون المدني العراقي بقولها ((مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد مادام الغبن لم يصحبه تغريب))^(٣) وتشريعنا المدني يتفق مع جمهور فقهاء المسلمين^(٤) في هذا الجانب فالغبن لا يقوى على تعيب العقد الا اذا كان قائماً على التغريب حرصاً من المشرع على تثبيت استقرار المعاملات وعدم زعزعتها. الا ان هذا الأصل يرد عليه استثناء هو اذا كان المغبون محجوراً، او كان المال الذي حصل عليه الغبن مال عائد للدولة او الوقف فان العقد يكون باطلاً وهذا ما اشارت اليه الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي ((٢- على انه اذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً ، او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة ، او الوقف فان العقد يكون باطلاً)) . جدير بالذكر ان لايجوز الطعن بالغبن وان اقترن بالتغريب في عقد تم عن طريق المزايدة العلنية^(١) لان المزايدة العلنية تتم بإجراءات طويلة فضلاً عن ذلك ان المزايدة تنفي كون الدافع الى التعاقد هو التغريب^(٢) .

٢- ان يكون الغبن في عقد من عقود المعاوضات : كما أسلفنا سابقاً في صفحات البحث ان الغبن هو عدم التعادل بين العوضين بمعنى ان احد المتعاقدين يعطي أكثر مما يأخذ او انه يأخذ أكثر مما يعطي وهذا يكون في العقود التي تنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين من مثل عقد البيع يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع في مقابل ان يلتزم المشتري بدفع الثمن ، والصفة الجوهرية للعقد الملزم للجانبين هي التقابل القائم ما بين التزامات احد الطرفين والتزامات الطرف الاخر^(٣) . بهذا التقريب فان عقود التبرع تعتري هذا التقابل في الالتزامات لان احد الطرفين يعطي دون ان يأخذ ، كعقد الهبة بدون عوض والوصية والصدقة مثلاً فانها لامحل للكلام فيها عن الغبن ذلك لان هذه العقود وان كانت تنتج عن التملك لكنها تتم بدون بدل على عكس عقود المعاوضة فانها تنتج التملك ببذل . كذلك العقود الاحتمالية فانها لامجال فيها للغبن لان العقد الاحتمالي لاتحدد فيه قيمة الالتزامات الناشئة عنه ، او احدهما عند إبرامه بل تعتمد تلك القيمة على عوامل مستقبلية أي ان للصدفة اثر كبير^(٤) . نستنتج من ذلك ان نطاق الغبن يكون محصور في عقود المعاوضة المحددة دون عقود التبرعات و العقود الاحتمالية .

٣- ان يكون الغبن فاحشاً: وأخيراً يشترط لاستعمال خيار النقص للغبن ان يلحق المتعاقد المغبون غبن فاحش لايسير^(٥) وقد حدد تشريعنا المدني نسبة الغبن في التصرفات حتى نكون أمام غبن فاحش

^(٣) جدير بالإشارة ان القانون المدني المصري لم يشر الى الغبن بشيء الا انه اخذ بنظرية الغبن المقترن بالاستغلال ، فقد نصت الفقرة الاولى من المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري على انه : ((اذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائده بموجب العقد ، او مع التزامات المتعاقد الاخر وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لانه المتعاقد الاخر قد استغل فيه طيشاً بينا أو هوى جامحاً جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد)) .

^(٤) ابن عابدين - حاشية رد المحتار... المرجع السابق - ج٤ - ص ١٥٩ .

^(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤ من القانون المدني العراقي على انه : ((لايجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريقة المزايدة العلنية)) .

^(٢) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - المرجع السابق - ص ٩١ .

^(٣) د. حسن علي الذنون - المرجع السابق - ص ٣٢ ود. السنهوري - الوسيط - المرجع السابق - ج١ - ص ١٥٨

^(٤) د. عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق - ص ١١٠-١١١ .

^(٥) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - الوجيز - المرجع السابق - ص ٩١ ود. صلاح الدين الناهي - الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت - مصادر الحقوق الشخصية - مصادر الالتزامات - المصادر الإرادية - مطبعة البيت العربي - عمان - ١٩٨٤ - ص ٩٨ .

وهي متى ما كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروش والعشر في الحيوانات والخمس في العقار^(١).

المبحث الثاني : تطبيقات خيار الغبن

خيار الغبن مصطلح -كما بينا-^(٢) يقصد به ان يثبت للمتعاقد المغبون الحق في فسخ العقد او إمضائه على أساس الغبن الذي لحقه جِراء ما استلمه من المتعاقد الاخر الغابن وهذا المصطلح ثبته الفقهاء المسلمين في بعض البيوع الشائعة التي يتحقق فيها نوع من الغبن ويثبت عندئذ الخيار للمتعاقد المغبون ، كذلك فان اذا ما وجد الغبن في العقد فان للقاضي ان يقوم بتعديل العقد برفع الغبن الى الحد المعقول ويطبق ذلك في القانون المدني العراقي في عقد الإذعان وفي حالة القسمة الاتفاقية وفي حالة تعديل الأجر في عقد الوكالة اذا كان مبالغ فيه .

ومن أجل الإحاطة بذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في الاول تطبيقات الغبن في الفقه الإسلامي و في المطلب الثاني نتناول تطبيقاته في القانون المدني العراقي .

المطلب الاول : تطبيقات خيار الغبن في الفقه الإسلامي

الغبن في الفقه الإسلامي قد يكون هو السبب المؤثر في ثبوت الخيار للمتعاقد المغبون دون أن يصحبه تغرير ، ولكن في أحيانا أخرى نجده احد المؤثرات في ثبوت الخيار للمتعاقد وعليه سوف نفضل في هذا المطلب ابرز الخيارات المرتبطة بخيار الغبن وستناول ذلك في ثلاثة فروع نتعرض في الاول لخيار الغبن المجرد الذي ثبته فقهاء الجعفرية ونخصص الثاني لخيار غبن القاصر الذي ثبته فقهاء المالكية ، ونفرد الثالث لخيار غبن المسترسل الذي ثبته فقهاء المالكية والحنابلة .

الفرع الاول: خيار الغبن المجرد

المقصود بهذا الخيار هو ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين من الذي وقع عليه غبن من الاخر دون ان يقترن معه التغرير ، ومن القائلين بهذا الخيار هم فقهاء الجعفرية^(٣) ، بدليل قوله تعالى (لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراضٍ منكم)^(٤) واستدلالا بالقاعدة الفقهية المشهورة ((لا ضرر ولا ضرار))^(١) ومعنى ذلك ان المغبون في البيع قد لحقه ضرر وان البيع مع الغبن ليس تجارة عن تراض ، كذلك ان التساوي بين البائع والمشتري يعد من الشرائط الضمنية الذي يتفق عليها بين المتعاقدين وهنا في هذه الصورة التعادل بين العوضين منعدم . بينما نرى من المعارضين لهذا الخيار هم فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية^(٢) على الراجح بدليل قول الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) (دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض)^(٣) واستدلوا كذلك بأن الخيار في مثل هذه البيوع يؤدي إلى عدم استقرار التعامل وإلى زعزعة و عليه عندهم الغبن لا يثبت مطلقاً الا اذا صاحبه التغرير^(٤) . جدير بالإشارة ان هذا الخيار

(١) نصت المادة الفقرة الثانية ١٠٧٧ من القانون المدني العراقي على انه ((ويعتبر الغبن فاحشاً متى كان على قدر

ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروش والعشر في الحيوانات والخمس في العقار)) تقابلها في القانون

المدني المصري المادة ٨٤٥ ف ٢ .

(٢) راجع صفحة ٣ من هذا البحث .

(٣) العاملي - للمعة-ج٣- المرجع السابق-ص٤٦٥ والمحقق الحلي - ج٢- المرجع السابق- ص ٢٧٥ .

(٤) سورة النساء آية ٢٩ .

(١) الحر العاملي - وسائل الشريعة - المرجع السابق- حديث ٢٣٠٧٤ - ص ٣٢ .

(٢) ابن عابدين - حاشية رد المحتار - المرجع السابق-ج٥-ص١٤٢ و ابي زكريا يحيى بن شرف الدين النووي -

روضة الطالبين - ج٣- دار الكتب العلمية - بيروت - بدون سنة نشر - ص٣٧٤ ومنصور بن يونس البهوتي -

كشاف القناع - ج٣- دار الكتب العلمية - بيروت- بدون سنة نشر - ص٢١٢ وعبد الله بن محمد المغربي - مواهب

الجليل شرح مختصر خليل - ج٤- ط١- دار الكتب العلمية - بيروت- ١٩٩٥- ص ٤٧٠ .

(٣) ابي الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري - صحيح مسلم - مكتبة الإيمان - المنصورة - حديث ١٥٢٠ - باب تحريم تلقي الركبان -

بدون سنة نشر - ص٧٤٨ .

(٤) البهوتي - كشاف القناع - ج٣- ص ٢١٢ .

يثبت للبائع او المشتري معاً أي اذا اشترى المشتري مبيع بثمن يزيد على ثمنه، فان للمشتري الخيار ، وخلاف ذلك اذا قام البائع ببيع اقل من قيمة المبيع كان الخيار للبائع ، وفي كلتا الحالتين لا بد من جهل البائع والمشتري بقيمة المبيع حتى يتحقق الخيار ذلك لان لا خيار مع علمهما بها^(٥) .

الفرع الثاني : خيار غبن القاصر

كذلك من تطبيقات الغبن والذي يثبت بها الخيار خيار غبن القاصر والذي يثبت للوصي او الوكيل لمن لما يتول للقاصر من بيع او شراء ، دفعاً للضرر عن القاصر او الوكيل والذي أثبت هذا الخيار هم فقهاء المالكية^(٦) اما فقهاء الحنفية^(٧) صرحوا ببطلان العقد المشتتم على غبنهما وهذا الخيار لا يثبت الا عند شراء الوصي او الوكيل للوصي او الموكل مال او أي حق عيني اخر دون البيع ذلك لان في البيع يترتب زوال الملكية وهذا ما لا يتحقق الغبن فيه وهناك من الفقهاء من الحق هذا الخيار في البيع والشراء على السواء^(٨) .

الفرع الثالث : خيار بيع المسترسل

ان هذا النوع من البيوع معناه ان احد المتعاقدين يأتي الى الطرف الاخر ، ويكشف له عدم خبرته بالسعر او نوع المبيع ، فينصحه في البيع والشراء ويسترسل الى نصحه ويطلب منه الصدق في معاملته وان يعامله كما يعامل الناس وهناك من الفقهاء من عرفه بانه ((الجاهل بالقيمة ، من باع ومشتري ، ولا يحسن ان يماكس))^(٩) وهنا لا بد ان يكون المستأمن صادقاً مع هذا الشخص الذي يكشف له حقيقة السعر فلو ان كذب عليه فقد خانته وغشه وغبنه^(١٠) وعرف بعض فقهاء المسلمين المسترسل بانه ((الذي يجهل القيمة ولا يحسن المماكسة))^(١١) وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الخيار من عدمه في هذا البيع الى اتجاهين : الاتجاه الاول يرى ان المسترسل المغبون لا خيار له وهذا ما ذهب اليه فقهاء الحنفية^(١٢) والشافعية^(١٣) . اما الاتجاه الاخر فيرى ان المسترسل يخير بين إمضاء العقد وفسخه إذا غبن غبناً فاحشاً وهذا ما ذهب اليه فقهاء المالكية^(١٤) ، واستدلوا على ذلك على قوله تعالى ((ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم))^(١٥) وما روي عن يحيى بن ايوب انه قال ذكر رجل لرسول الله أنه يخدم في البيوع فقال له الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) : (من بايعت فقل لا خلافة)^(١٦) . بناءً على ما تقدم وبعد عرض هذين الاتجاهين نرجح ما ذهب اليه فقهاء المالكية من ان بيع المسترسل يتحقق فيه الغبن ، ينتج عن الجهل والضعف في المماكسة فلا بد من جبره وإزالته بالخيار^(١٧) .

(٥) د. عبد الستار ابو غده - الخيار وأثره في العقود - مطبعة مقهوي - الكويت - ١٩٨٩ - ص ٦٦٥

(٦) الخطاب - مواهب الجليل - ج٤ - المرجع السابق - ص ٤٧٢ .

(٧) نصت المادة ٣٥٦ من مجلة الاحكام العدلية على انه ((اذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغيير فليس للمغبون ان يفسخ البيع الا انه اذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم)) .

(٨) ابن مفتاح - المنتزح المختار من الغيث المدرار - ج٣ - ط١ - القاهرة - بدون سنة نشر - ص ٣٥٤ .

(٩) البهوتي - كشاف القناع - ج٣ - المرجع السابق - ص ٢١٢ .

(١٠) د. محمد بحر العلوم - المرجع السابق - ص ٥٣٩ .

(١١) شمس الدين محمد عرفه الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج٣ - دار احياء الكتب العربية - بدون مكان وسنة نشر - ص ١٤١ .

(١٢) الكاساني - المرجع السابق - ص ٢٣٢ .

(١٣) الشيرازي - المرجع السابق - ص ٢٩٢ .

(١٤) الخطاب - ج٤ - المرجع السابق - ص ٤٧٠ .

(١٥) سورة البقرة آية ١٨٨ .

(١٦) صحيح مسلم - حديث ١٥٣٣ - المرجع السابق - ص ٧٥٤ .

(١٧) د. عبد الستار ابو غده - المرجع السابق - ص ٦٥٣ .

المطلب الثاني : تطبيقات الغبن في القانون المدني

تسعى القوانين المدنية الى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وذلك من خلال توفير عدد من الوسائل لتقليل الظلم الذي يقع عليه ، ذلك لان معاملاتنا اليومية التي تعقد باليوم من بيع وشراء لاتخلو اليوم من الغش والخداع الذي يتعرض له المتعاقد الذي ليس لديه الخبرة في التعامل ، فضلاً عن ذلك هناك خاصية في العقود لاتقبل مناقشة ومفاوضة من المتعاقد الاخر ويقدم على التعاقد ويقبل شروط العقد على الرغم من انها لاتخلو من شروط تعسفية ، وتكون هذه سبباً للإجحاف بحق الطرف الأقل خبرة وذلك لتضمينها شروط تحد من حقوقه و تزيد من التزاماته فيلحقه من جراء ذلك التعامل غبن فاحش ، فضلاً عن ذلك هناك عقود وسع فيها المشرع من سلطة القاضي في تعديل الأجر اذا كان مبالغاً فيه . من هنا فان زوال الغبن بتعديل ما تتضمنه العقد من شروط و الإعفاء منها هو ما تتضمنه هذه التطبيقات فالغبن لايترتب عليه من أثر الا في بعض العقود التي خصها المشرع والشروط والمعايير التي يحددها ، فمثلاً في عقد الإذعان نظراً لما تتميز فيه من خاصية بتضمينها شروط لاتقبل مناقشة من الطرف الآخر ، كذلك الحال في عقد القسمة اذا كان الغبن فاحش يجعلها قابلة للتفويض بناءً على طلب الشريك المغبون ، وبطبيعة الحال فان القاضي يمنح القاضي سلطة تقديرية في رفع الغبن في عقد الوكالة نظراً لما يغبن فيه الوكيل من الاجر المتفق عليه ، ومن أجل الإحاطة بذلك سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع :

الفرع الاول: الغبن في عقد الإذعان .**الفرع الثاني : الغبن في القسمة الاتفاقية .****الفرع الثالث : الغبن في عقد الوكالة .****الفرع الأول: الغبن في عقود الإذعان**

الأصل في التعاقد أن يتم عن طريق التفاوض والمناقشة ، بحيث يتفاوض أطراف العقد على بنوده على نحو يحقق لهما مصالحهما ، ذلك لان أساس التعاقد هو حرية إرادة المتعاقدين، والعقد شريعة المتعاقدين، إذ لهما حق المناقشة والجدل فيما يتفقان عليه. ومتى تم الاتفاق أصبح العقد حجة على الطرفين^(١)، وعلى ذلك فحرية التعاقد هي التي تملي على الطرفين قانون العقد ، بيد أن هناك من العقود ما يشذ عن هذه القاعدة، فلا يكون هناك مفاوضات أو مساوم على بنود العقد ، وإنما يضع الطرف القوي في العقد شروطه وما على الطرف الثاني إلا أن يرضخ لهذه الشروط جملة وتفصيلاً أو يرفضها كلها مما قد يترتب على هذا العقد غبناً فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة^(٢) . وقد عدّ القانون المدني العراقي عقد الإذعان من العقود الصحيحة ، بحيث أن تسليم الطرف المذعن لمشئته الطرف الآخر يعد قبول للعقد، إلا أن قانوننا المدني لم يغفل من ان عقد الإذعان يتميز بطبيعة خاصة فالعقد قائم التفاوت الكبير بين مركز كل من طرفيه ، الأول يفرض شروطه والثاني عليه أن يقبلها دون أدنى مناقشة وربما أدى ذلك إلى وقوع الطرف المذعن تحت رحمة الطرف القوي ، فيشتغله بأن يفرض عليه شروطاً تعسفية^(٣) . وهذا مانصت عليه المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي بانه ((إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)) .

فمظهر الحماية التي يضعها القانون للطرف المذعن المغبون تتمثل في رفع هذا الغبن عن طريق رفع الأمر للقضاء طالباً منه تعديل الشروط التعسفية وفقاً لما تقضي به العدالة عن طريق رفع الغبن عن الطرف المذعن وإعادة الالتزامات إلى حالتها الطبيعية وفي هذه الحالة نكون أمام تصحيح عقد معيب منذ بدايته وسلطة القاضي في تعديل هذا العقد تكون رغماً على إرادة المتعاقدين^(٤) ، فمثلاً

(١) د. إسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- مكتبة عبد الله وهبه- عابدين- مصر -

١٩٦٦-١٣١٠. د. رمضان محمد ابو السعود ود. همام محمد محمود زهران- مبادئ القانون - المدخل للقانون والالتزامات - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ١٩٩٨ - ص ٣٦٤ .

(٢) د. رمضان ابو السعود ود. محمد محمود زهران - المرجع السابق- ص ٣٦٥ .

(٣) د. حسن علي الذنون - المرجع السابق- ص ٦٥ وما بعدها .

(٤) منصور حاتم محسن- فكرة تصحيح العقد- إطروحة دكتوراه دراسة مقارنة مقدمة الى مجلس جامعة بغداد-

٢٠٠٦- ص ٦٠ وما بعدها .

يعد عقد التأمين وعقد النقل من عقود الإذعان لان هناك اختلال بين الالتزامات فالمؤمن في عقد التأمين يريد الحصول على التعويض أعلى من قيمة الشيء الحقيقية وهذا التعويض فاحش جداً بالنسبة للقيمة الحقيقية للأشياء المؤمن عليها وبالتالي فإن هناك اختلالاً

بين الالتزامات وعليه فإن هناك غبناً^(١). والحقيقة أن تعديل الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان لا يقرره القاضي من تلقاء نفسه ، وإنما بناء على طلب الطرف المدعى ، فبعد أن يطلب الطرف المدعى رفع الغبن عنه ، فالقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان هناك غبناً أم لم يكن، أي ان المشرع منحه سلطة تقديرية ، فإذا اكتشف للقاضي أن هناك غبناً فله أن يزيله كلياً أو يزيل جزءاً منه ، فالمشرع لم يرسم للقاضي حدوداً في ذلك إلا بما تقتضيه العدالة ، ولا يجوز للمتعاقد أن يسلب سلطة القاضي هذه باتفاق خاص لأن هذا الاتفاق إذا ما وجد فهو باطل لمخالفته النظام العام^(٢).

الفرع الثاني : الغبن في القسمة الاتفاقية

نصت ١٠٧١ من القانون المدني العراقي على أنه ((١- للشركاء اذا لم يكن بينهم محجور ان يقسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها ٢- لاتتم القسمة الرضائية في العقار ، الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ٣- لدائني كل شريط ان يطعنوا بالقسمة اذا كان فيها غش او أضر بمصلحتهم))^(٣) والمادة ١٠٧٧ من القانون المدني العراقي على أنه ((١- يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن فاحش ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة ، وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل نقداً أو عيناً ما نقص حصته ٢- ويعتبر الغبن فاحشاً متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار))^(٤). يتبين من هذه النصوص ان القسمة الرضائية عقد أطرافه الشركاء المشتاعون ، ومحلها المال الشائع وعلى هذا العقد تسري أحكام سائر العقود من رضى جميع الشركاء على هذه القسمة ، وتوافر الاهلية ، وخلو الارادة من العيوب ومحل وسبب مشروعان ، فإذا لم يتوافر رضى جميع الشركاء ، وأبرم البعض عقد القسمة ، ولم يبرمه بعضهم الآخر ، فلا يترتب على ذلك إنهاء حالة الشبوع ، بل يسري هذا الاتفاق على من رضى به فقط ، حتى إذا رضى باقي الشركاء أصبحت هذه القسمة نافذة بحق الجميع. يتعين ألا يكون من بين هؤلاء الشركاء ناقص الاهلية فإذا كان هناك من هو ناقص الاهلية وجب إتباع الإجراءات التي يقضي بها القانون في هذا الصدد. كذلك من هذه النصوص يتبين أن المشرع العراقي أجاز للشريك المغبون أن يطلب نقض القسمة الاتفاقية ، إذا وقع فيها غبن بالمقدار الذي حدده القانون ذلك لان القسمة تهدف الى اختصاص كل من الشركاء المتقاسمين بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته في المال ، فالشريك الذي لحقه غبن فاحش من جراء القسمة ان يطلب نقضها ويتم إعادتها من جديد حتي يرتفع الغبن الفاحش وتكون القسمة عادلة^(١) ذلك لان التعادل والتساوي بين الشركاء هو الأصل في القسمة^(٢) . جدير بالذكر هنا ان نقض القسمة بسبب الغبن الفاحش يكون في القسمة الرضائية دون القضائية ذلك لان الثانية تكون قد اتبعت فيها كل

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٧٨.

(٢) صلاح الدين الناهي - المرجع السابق - ص ٣٩ و ٤٠.

(٣) يقابلها نص المادة ٨٣٥ من القانون المدني المصري .

(٤) بينما المادة ٨٤٥ / ف ١ من القانون المدني المصري نصت على أنه ((يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا ثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه غبن يزيد على الخمس على ان تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة)) .

(١) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه - الحقوق العينية - ج ١ - مكتبة السنهوري - بغداد - ٢٠٠٨ - ص

الاحتياطات اللازمة لمنع الغبن^(٣). وقد اكتفى قانونا المدني بالغبن الفاحش لنقض القسمة استثناء من القاعدة المقررة فيه على الغبن لابد ان يقترن بالتعريف^(٤) وهذا مانصت عليه المادة ١٢٤ ف اوف ٢ من القانون المدني العراقي ، كما ان المشرع العراقي يعتد بالغبن في عقد القسمة اذا كان فاحشاً ، وهناك معياران لتحديد الغبن ، الاول يحدده بنسبة معينة من قيمة الشيء ويتحدد بين الثلث وربع العشر ، والثاني يحدده بما لايدخل تحت تقويم المقومين . وقد أخذ المشرع العراقي ، بالمعيار الاول ، حين عدّ الغبن فاحشاً متى كان على قدر ربع العشر من الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار^(٥). من هنا إذا تحقق الغبن على النحو الذي ذكرناه في القانون المدني العراقي جاز للمتقاسم المغبون، ان يطلب إبطال القسمة والعودة إلى حالة الشيوخ، أما الشريك الذي لم يلحقه غبن فلا يستطيع رفع دعوى إبطال الغبن القسمة للغبن . والمدعي عليه دعوى الغبن هم سائر الشركاء ، لأن دعوى الغبن ترمي إلى إبطال القسمة الرضائية كلها، ويترتب على إبطال القسمة الرضائية للغبن إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل القسمة ويعدّ المال المملوك للشركاء شائعاً منذ بدأ الشيوخ وكان الشيوخ لم ينقطع أبداً، وعندئذ يجوز لأي شريك سواء أكان المغبون أو الغابن أن يطلب القسمة سواء أكانت اتفاقية أو قضائية . ويقع عبء الإثبات في هذه الدعوى على عاتق المدعي المغبون وله أن يثبت الغبن بجميع طرق الإثبات بما فيها القرائن^(١)، لأنها واقعة مادية، فالقاضي ان يبطل القسمة عند ثبوت وقوع الغبن . هذا ويجب أخيراً أن ترفع الدعوى خلال ستة أشهر من وقت انتهاء القسمة^(٢)، وهذه المدة هي مدة سقوط لا مدة تقادم وبالتالي لاتخضع للوقف والانقطاع^(٣) وإذا ما رفعت الدعوى كان للمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع إجراء القسمة من جديد إذا أكمل للمغبون نقداً ، أو عيناً ما نقص من حصته ولايحق للمغبون بعد ذلك ان يرفع طلب بإبطال القسمة^(٤).

الفرع الثالث : الغبن في عقد الوكالة

عرف القانون المدني العراقي الوكالة في المادة ٩٧٢ منه بانها ((عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)) . مما تقدم يتبين لنا بأن عقد الوكالة هو عقد من عقود التراضي يتم بالإيجاب والقبول، وأن محل هذه الوكالة هو عمل قانوني دائماً وأن الوكيل يجب عليه أن يعمل لحساب موكله لا لحسابه الشخصي^(٥) ومن هذا المنطلق نستطيع أن نذهب إلى نقطة هامة الا وهي الأجر في عقد الوكالة ، ففي حالة وجود اتفاق على الأجر للوكالة فان الأجر يكون خاضع لتقدير قاضي الموضوع لانه هو الذي يفصل ما إذا كانت الوكالة مأجورة وهذا مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٤٠ من القانون المدني العراقي بانه ((وإذا اتفق على اجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير المحكمة ، إلا اذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة . هذا مع مراعاة احكام القوانين الخاصة)) . يتضح من المادة أعلاه ان الوكيل لا يأخذ أجراً إلا إذا وجد اتفاق على ذلك ، وقد يكون الاتفاق على الأجر صريحاً لا لابس فيه ولاغموض بل وقد يكون متفق عليه ضمناً ، ومن أبرز الحالات التي

(٣) المرجع نفسه - ص ١٣٠ .

(٤) المرجع نفسه - ص ١٣١ .

(٥) منصور حاتم محسن - المرجع السابق - ص ٢٢٠ .

(١) نصت المادة السابعة من قانون الإثبات العراقي المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على انه ((البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)) .

(٢) بينما القانون المدني المصري جعل مدة رفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وهذا ما نصت عليه المادة ٨٤٥ ف ٢ .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني - ج ٢ - احكام الالتزام - ط ٦ - المكتبة القانونية - بغداد - ٢٠٠٩ - ص ٥٣٠ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٧ - ص ٩٠٩ .

(٥) د. محمد رضا العاني - الوكالة في الشريعة والقانون - بغداد - مطبعة العاني - ١٩٧٥ - ص ٥٥ .

يستخلص منها القاضي ضمناً أن الوكالة مأجورة هي المهنة التي يمارسها الوكيل ، فإذا كان الوكيل يحترف مهنة يكسب منها عيشه ، هذا يعني أن الوكالة قد تدخل في أعماق هذه المهنة وتكون مأجورة (١) ، فمن المثل على ذلك إذا وكل محامياً يكون قد اتفق ضمناً مع الوكيل على إعطائه أجراً كما يجري به العرف ، ويغلب أن يكون أجر الوكيل مبلغاً من النقود ولكن لاشيء يمنع من أن يكون من غير النقود إذا اتفقا على أجر صراحةً أو ضمناً ، فيغلب أن الأجر مستحقاً للوكيل ولو لم ينجح في مهمته الموكل لها ، فهو يؤجر على ما بذل من جهد دون النظر إلى النتيجة إذ التزامه هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية (٢) . والسؤال الذي يثار هنا انه في حالة نشوب خلاف على الأجر المتفق عليه بين الموكل والوكيل وادعى أحدهم بأن هناك غبناً في الأجر ، وادعى الآخر خلاف ذلك فما هو مقدار الغبن الذي يمكن رفعه في هذا الفرض ، الحقيقة ان حصول مثل ذلك يتم رفع الامر إلى القاضي ، فالقاضي منحه المشرع سلطة بإعادة الأجر إلى الحد المعقول لتصحيح ما وقع فيه المتعاقدين في تعيين مقدار الأجر سواء أكان بزيادة هذا المقدار إذا كان غير كاف ، أو بتخفيض هذا الأجر إذا كان مبالغاً فيه (٣) ، وبالتأكيد فانه يتوقف على ما تبين بعد تنفيذ الوكالة من أهمية العمل الذي قام به الوكيل وما لقي فيه من صعوبات وما أدى إليه العمل من نتائج ، فإذا ظهر أن مقدار الأجر يزيد على قيمة العمل رفع القاضي هذا الغبن عن كاهل الموكل ، وإذا كان مقدار الأجر ينقص عن قيمة العمل رفع القاضي هذا الغبن عن كاهل الوكيل. لكن بعكس ذلك يمنع على القاضي أن يعدل مقدار الأجر سواء أكان بزيادة أو بالنقصان إذا دفع الموكل الأجر المتفق عليه طوعاً بعد تنفيذ الوكالة حتى ولو كان مقدار الأجر يزيد على قيمة العمل أو ينقص (٤) .

ومما تقدم يتضح أنه إذا كان أجر الوكيل لا يتناسب مع العمل الذي قام به بعد إنهاء العمل ، فإن قاضي الموضوع يستطيع بماله من سلطة تقديرية أن يرفع الغبن بإعادة التوازن بين مقدار الأجرة والعمل المؤدى من قبل الوكيل .

المبحث الثالث : مسقطات خيار الغبن

إذا ثبت الغبن فللمغبون ليس له حق الغبن في جميع الحالات بل إن هناك مسقطات لهذا

الخيار ، ومن ذلك ما يلي :

- ١- موت المغبون فلا تنتقل بعد ذلك دعوى الغبن مع التفرير الى الوارث ، اما موت الغابن فلا يمنع من انتقالها الى الورثة لان حق المغبون بالرد يتعلق بذمة الغابن فلا تسقط الدعوى بموته كالدين (١) .
- ٢- أن يختار المغبون إمضاء العقد صراحة بعد علمه بالغبن فيسقط حق الخيار ويلزمه العقد ولا يصح فسخ العقد بعد ذلك ، وكذلك يسقط حقه لو سكت بعد علمه بالغبن (٢) .
- ٣- تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك أو تصرف به تصرفاً معدوداً من لوازم التملك بعد علمه بالغبن ففي هذه الحالات يسقط حقه في الفسخ (٣) ، وهذه التصرفات يدل على رضا المشتري بالغبن ، مثال ذلك إذا أخرج المشتري المبيع للبيع أو كان المبيع داراً فسكنها أو أجرها ، فلا خيار له في فسخ العقد بعد اطلاعه بالغبن الفاحش ، لأنه يعد دليل على رضاه بالغبن، أما إذا تصرف المشتري تصرف الأمين فلا يسقط عنه الخيار (٤) .

(١) د. محمد رضا العاني - المرجع السابق - ص ٣٣٦ .

(٢) زهدي يكن - شرح قانون الموجبات والعقود - ج ١٣ - الوكالة - ط ١ - دار الثقافة - بيروت - دون سنة نشر - ص ٥٠ - ٥١ .

(٣) محمد كامل مرسي بك، أجرة الوكيل، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد السابع، السنة الثامنة،

١٩٣٨، ص ٨٧٩ و د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - المرجع السابق - ص ٥٤٠ .

(٤) د. قذافي عبد الفتاح الشهاوي - أحكام عقد الوكالة - الإسكندرية - منشأة المعارف - ٢٠٠٥ - ص ١٨٨ .

(١) د. عبد الستار ابو غده - المرجع السابق - ص ٦٥٣ .

(٢) انظر المواد ٣٥٨ - ٣٦٠ من مجلة الاحكام العدلية ، والأنصاري - المكاسب - المرجع السابق - ج ١٣ - ص ٢٣٩ والعاملي الروضة شرح للمعة - ج ٣ - المرجع السابق - ٤٧٢ .

(٣) العاملي - الروضة شرح للمعة - ج ٣ - المرجع السابق - ص ٤٦٥ .

(٤) علي حيدر - المرجع السابق - ج ١ - ص ٣٢٥ .

٤- إذا أبرأ المغبونُ الغابنَ من دعوى الغبن الفاحش فليس له بعد ذلك دعوى الغبن وفسخ العقد^(٥). ٥- هلاك المبيع واستهلاكه – كأن يتعلق به حق الغير - او تغيره أو تعييبه بعد العقد فليس للمغبون الخيار في فسخ العقد^(٦).

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا الموجز - خيار الغبن - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني توصلنا الى بعض النتائج والمقترحات نوجزها بما يلي :

أ- النتائج

- ١- الغبن الذي يمكن أن يثبت به الخيار هو الغبن الفاحش وعرفنا الغبن الفاحش بأنه الذي لايتغابن الناس بمثله ، أي يكون خارج عن العادة المألوفة في المعاملة ، ذلك لان الغبن اليسير لا تخلو منه المعاملة ، كذلك لا بد من تحقق بعض الشروط الاخرى في الغبن حتى يثبت به الخيار للمتعاقد المغبون ، وهي ان يكون العقد من عقود المعاوضة وان يقترن به التغيرير .
- ٣- أن الذي لا يحسن المساومة ويجهل قيمة السلعة – المسترسل - يثبت له الخيار إذا غبنه الطرف الآخر .
- ٤- زيادة الثمن زيادة فاحشة تثبت الخيار ولو لم يصحبه تغيرير ، ولو لم يكن أحد المتعاقدين في حالة الاسترسال ، ولو لم يكن البيع من بيوع الأمانة (وهو ما يسمى بالغبن المجرد) .
- ٥- الغبن قد يوجد ولا يثبت به الخيار ، وذلك عند وجود سبب يؤدي الى سقوط هذا الخيار .
- ٦- نطاق الغبن يكون في عقود المعاوضة المحددة لا عقود التبرع والاحتمالية ذلك لان الغبن هو اختلال العوضين بان يأخذ المتعاقد اقل مما يعطي .
- ٧- عدم كفاية أحكام الغبن مع التغيرير لتقديم حماية كافية للطرف الضعيف في العقد ذلك لان المغبون عليه ان يثبت ان غريمه استعمل أسلوب التغيرير بحقه مما دفعه للتعاقد وهذا بحاجة الى اثبات بتطلب عنصرين الاول ، مادي يتعلق بطرق إحتيالية ، والثاني مما يصعب اثباته كونه يتعلق بالعنصر النفسي والبواعث ، فضلاً عن دعوى نقض العقد التي يمارسها المغبون تمر بإجراءات وهذه تكبده بنفقات وجهد أمام القضاء .

ب-المقترحات :

- ١- ان قيام مشرعنا العراقي باستثناء مال المحجور او مال الوقف او مال الدولة بحكم خاص لامبرر منه ، ذلك لانه لايعتد بالغبن الا اذا اقترن بتغيرير وهذا حكم عام وإخراج تلك الحالات هو تخصيص بلا مخصص والعقود منوطة بقواعد عامة ، وكان الاولى بالمشرع ان يجعل اثر الغبن في العقد في هذه المواطن بعد اقترانها بالتغيرير أيضا هو وقف العقد .
- ٢- إمتداد النصوص القانونية لمواجهة الشروط التعسفية في العقود الأخرى ليس في عقود الإذعان فحسب التي يستقل فيها الطرف القوي بصياغة بنودها ، بل تفعيل تلك النصوص وجعلها تواجه الشرط التعسفي الذي يضعه احد المتعاقدين على الآخر في بعض العقود وبالتالي تقرير حماية قضائية لمثل هذه الشروط في العقود الاخرى.

مصادر البحث :

القرآن الكريم

١-كتب الفقه الإسلامي

- ١- إبراهيم بن احمد الشيرازي- في المذهب - ج١- عيس البابي - القاهرة - بدون سنة نشر .
- ٢- ابن مفتح - المنتزح المختار من الغيث المدرار - ج٣- ط١- القاهرة - بدون سنة نشر .
- ٣- ابن نجيم الحنفي- البحر الرائق في شرح كنز الدقائق - ج٧- شركة علاء الدين للطباعة - القاهرة - بدون سنة نشر .
- ٤- ابو القاسم الخوني- منهاج الصالحين - كتاب المعاملات- خيار الغبن ج٢- ط٢٦- مطبعة العمال المركزية - بغداد - ١٩٨٩م .
- ٥- ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي - شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - ج٢- أضواء الحوزة - بيروت- ٢٠١٠م .
- ٦- ابي الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري -صحيح مسلم - مكتبة الإيمان - المنصورة - حديث ١٥٢٠ -باب تحريم تلقي الركبان - بدون سنة نشر .
- ٧- ابي زكريا يحيى بن شرف الدين النووي - روضة الطالبين - ج٣- دار الكتب العلمية - بيروت - بدون سنة نشر .
- ٨- سليم الباز - شرح المجلة - دار الكتب العلمية - بيروت- ط٣-المطبعة الادبية - ١٩٢٣م .
- ٩- د. صبحي المحمصاني- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - ط٢- دار العلم للملايين- بيروت- ١٩٧٢م .
- ١٠- شمس الدين محمد عرفه الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج٣- دار احياء الكتب العربية - بدون مكان وسنة نشر .

(٥) المواقع التاج والإكليل - المرجع السابق - ج٤ - ٤٦٨ .

(٦) د. عبد الستار ابو غده - المرجع السابق - ص ٦٥٣ .

- ١١- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي - بدائع الصنائع- في ترتيب الشرائع - ج٦- ط١- المكتبة الحبيبة - باكستان- ١٩٨٩.
 - ١٢- علاء الدين علي بن سليمان المرادوي- الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج٤- ط١- ١٣٧٥هـ.
 - ١٣- علي حيدر - درر الاحكام في شرح مجلة الاحكام- تعريف فهمي الحسيني -مج١- ط١ - دار الجيل - بيروت - ١٩٩١ م .
 - ١٤- عبد الله بن محمد المغربي -مواهب الجليل شرح مختصر خليل - ج٤- ط١- دار الكتب العلمية - بيروت- ١٩٩٥م.
 - ١٥- محمد امين الشهير بابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار - ج٥- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت- ١٩٩٥م.
 - ١٦- د.محمد بحر العلوم- عيوب الارادة في الشريعة الإسلامية - دار الزهراء - ط٢- للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت- ٢٠٠٩ م.
 - ١٧- محمد بن الحسن الحر العاملي- تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة - كتاب التجارة - مج٢- مؤسسة ال البيت عليهم السلام لإحياء التراث - ط٢- بيروت - ٢٠٠٣ م.
 - ١٨- محمد بن جمال الدين مكي العاملي - الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية -تحقيق محمد كلانتر -ج٣- بيروت- بدون سنة نشر.
 - ١٩- محمد بن علي بن احمد الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخبار شرح منقى الأختيار- ج٥- دار الجيل - بيروت - ١٩٧٣م.
 - ٢٠- محمد بن يوسف بن ابي القاسم الغرناطي المواق- التاج والاكليل في شرح مختصر خليل - ج٤- مطبوع المواهب الجليل للحطاب- مطبعة السعادة - مصر- ١٣٢٩هـ.
 - ٢١- محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي - مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة - كتاب المتاجر - المطبعة الرضوية- مصر - ١٣٢٣هـ.
 - ٢٢- محمد مصطفى شلبي - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي- دار التأليف- القاهرة - ١٩٥٦.
 - ٢٣- مرتضى الأنصاري - كتاب المكاسب- تحقيق محمد كلانتر - ج١٣- ط١- منشورات مؤسسة النور للمطبوعات - بيروت - ١٩٩٠ م.
 - ٢٤- مصطفى احمد الزرقاء - الفقه الاسلامي في توبه الجديد - المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية- ج٢- دار الفكر - بيروت - بدون سنة نشر .
 - ٢٥- منصور بن يونس البهوتي - كشاف القناع -ج٣- دار الكتب العلمية - بيروت- بدون سنة نشر .
 - ٢٦- نصير بن يحيى ابو بكر البلخي من اعلام الحنفية من مدينة بلخ- وينظر ترجمته في الفوائد الهندية في تراجم الحنفية لمحمد الكهنوي الهندي- ١٣٢٤ هـ.
- ### ٢- الكتب القانونية
- ١- د. إسماعيل غانم - في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- مكتبة عبد الله وهبه- عابدين- مصر - ١٩٦٦م.
 - ٢- حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات - طبع على نفقة الجامعة المستنصرية - بدون مكان نشر - ١٩٧٦م.
 - ٣- د. رمضان محمد أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران- مبادئ القانون - المدخل للقانون والالتزامات - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٨ م.
 - ٤- زهدي يكن - شرح قانون الموجبات والعقود - ج١٣- الوكالة ط١- دار الثقافة - بيروت- دون سنة نشر.
 - ٥- صلاح الدين الناهي - الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت - مصادر الحقوق الشخصية - مصادر الالتزامات - المصادر الإرادية - مطبعة البيت العربي - عمان - ١٩٨٤م.
 - ٦- د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج١- دار النشر للجامعات المصرية- القاهرة - ١٩٥٢م.
 - ٧- د. عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - ج١- شركة الطبع والنشر الاهلية -بغداد - ١٩٦٧م.
 - ٨- د. عبد الرزاق السنهوري- نظرية العقد- دار الكتب المصرية - القاهرة - ١٩٣٤م.
 - ٩- د. عبد الرزاق السنهوري- الوجيز في النظرية العامة للالتزام - منشأة المعارف- الإسكندرية- ٢٠٠٤ م.
 - ١٠- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٧م.
 - ١١- د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج١- مصادر الالتزام - بدون مكان نشر - ١٩٨٠ م.
 - ١٢- د. غني حسون طه- الوجيز في العقود المسماة - مطبعة المعارف - بغداد- ١٩٧٠م.
 - ١٣- د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني - ج٢- احكام الالتزام - ط١- المكتبة القانونية - بغداد - ٢٠٠٩ م.
 - ١٤- فريد فتیان - التعبير عن الارادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني- معهد البحوث والدراسات العربية - بغداد - ١٩٨٥م.
 - ١٥- د. فريدي عبد الفتاح الشهاوي- أحكام عقد الوكالة - الإسكندرية - منشأة المعارف - ٢٠٠٥م.
 - ١٦- د. محمد رضا العاني- الوكالة في الشريعة والقانون - بغداد - مطبعة العاني- ١٩٧٥م.
 - ١٧- د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه - الحقوق العينية - ج١- مكتبة السنهوري- بغداد - ٢٠٠٨ م.
- ### ٣- البحوث والرسائل الجامعية
- ١- د. محمد كامل مرسي - أجرة الوكيل- بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد- العدد السابع- السنة الثامنة- ١٩٣٨م.
 - ٢- د. محمد محمد فرحات - خيارات البيع في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في المذاهب الفقهية والقانون المدني المصري- بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة السادسة والثلاثون- العدد الثاني- ١٩٩٤م.
 - ٣- منصور حاتم محسن - فكرة تصحيح العقد - اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس جامعة بغداد - ٢٠٠٦ م.
- ### ٤- المصادر اللغوية
- ١- احمد بن محمد الفيومي الحيوي - المصباح المنير - بولاق مصر- دون مكان نشر.
 - ٢- الفيروز ابادي - القاموس المحيط - ط١- مؤسسة الرسالة - ١٤٠٦هـ.
- ### ٦- القوانين
- ١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م.
 - ٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.
 - ٣- قانون الإثبات العراقي رقم ١٧٩ لسنة ١٩٧٧م.