القوه الملزمه للعقد والاتجاه الموسع لدائرة الغبن

الدكتور رياض حسين ابو سعيدة

المقدمة

تعد ، إقامة العدل بين الناس ، مهمة المشرع الأولى بتصرفه الدائم على حفظ المجتمع وتنظيم علاقات الافراد ببعضهم ببعض . فقد ألجأ المشرع تعدد المشاكل الناشئة عن التطور الطبيعي للمجتمع ، إلى سن الكثير من القوانين والتدخل في شؤون الحياة ، من تحديد ما نقرأ من صحف وثمن تذاكر ركوب الحافلات وغيرها ، التي تهدف إلى تنظيم المعاملات . وما لم يتم ذلك تذهب بعض الحقوق ادراج الرياح بأسم العلاقة العقدية نتيجة تفاوت قوى المتعاملين . ولذا لم يعد للحريه التعاقديه وجوداً مطلقاً إلا في حدودٍ معينةٍ ، فترتب على ذلك صور لا تحصى من الغبن وصفت بانها أستغلال الغير تحت ستار العقد .

لا يخفى ان العقد ليس غاية في ذاته بل هو وسيله لتحقيق الخير الاجتماعي من خلال تنسيق مصالح المجتمع ، فمن غير الممكن تقديس العقود إلى درجه لا تجعل مجالاً للمشرع في المساس بها ، تحت عنوان المحافظة على القوه الملزمه للعقد . بحجة المحافظة على القاعدة المقدسه ، لدى بعض الفقهاء ، التي تقضي بان ((العقد شريعة المتعاقدين)) ، قاوموا فكرة التوسع في الغبن القائمه على اسسٍ اجتماعية واقتصادية مستندة على مبدأ العداله . إذ المساس بهذه القاعدة ، وفق هذا الاتجاه ، يقوض دعائم المجتمع ولا يفسح مجالاً للضمان التعاقدي اكثر من الحاجه إلى العدل . كما وجدوا ان تدخل الدوله في تنفيذ العقد وإجازة المشرع تعديل العقد ، بمثابة سلاح ضد الضمان التعاقدي .

بنظرةٍ واقعية بعض الشيء عند تخيلنا عن فكرة تقديس النص القانوني ، نجد ان الأمر لا يعدو كونه تطور حتمي للمجتمع يلزم ان يتبعه ويسير معه جنباً إلى جنب تطور مماثل في الفكر التشريعي والقاعدة القانونية .

فالواجب يحتم على المشرع ، قبل ان يكون ذلك حقاً له ، السير في ركاب هذا التطور الطبيعي للمجتمع والقانون وإلا أصبح التشريع سلاسل واغلال تعوق

المجتمع عن التطور والنمو . وقد اظهرت التجربه الواقعية قدرة المجتمع على تحطيم تلك السلاسل إذا لم يبادر المشرع إلى تطويرها بنفس الاسلوب والدرجة التي يتطور بها المجتمع[1].

كشف الواقع العملي في عدة احوال ، بعد ان سعت التشريعات على اختلاف توجهاتها إلى تحقيق العداله العقديه من خلال ايجاد نوع من التوازن بين اداءات اطراف العلاقة العقديه بوضعها نصوص قانونيه هادفة حماية المصلحة المشتركه للعاقدين ، امكانية التعدي على مبدأ التوازن العقدي ، كأثقال كاهل المدين المتأتي من الظرف الطارىء ، أو عيب في الرضاء، أو تضمن العقد لشرطٍ تعسفي أو الغبن المعاصر لانعقاد العقد وقت نشوئه . فهل يلزم اعادة النظر في العقد لا عادة توازنه والتشريعات جعلت اساس القانون العام للعقود هو الحريه العقديه وسلطان الارادة ؟ ام يجب احترام الارادة العقدية للطرفين وترك العقد مختل التوازن .

وضعت التشريعات استثناءات ، بعد ان حاولت التوفيق بين الرأيين ، على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تعيد من خلالها الاعتبار لمبدأ العداله العقدية .

اختلاف المبدأ هذا ، ادى إلى اختلاف وجهات النظر بالنسبه لمجالات الغبن . اتجاه ذهب إلى اقتصاره على الاحوال المنصوص عليها قانوناً ، وآخر وسّع في ذلك محافظاً على توازن العقد من حيث اداءاته .

تجد هذه الدراسه ، ان دائرة عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه ، تختلف تبعاً للفلسفة السائدة بين الافراد في المجتمع تارةً تتوسع مع المذهب الاجتماعي واخرى تتقلص مع المذهب الفردي .

فضلاً عن ذلك يعالج البحث تنازع ، عدم اتزان العلاقه العقدية في اقتصاد العقد ، باتجاهين ، احدهما مادي ينظر إلى الغبن من خلال عدم تعادل التزامات اطراف العلاقة العقدية منظوراً اليها من جهة قيمتها المادية ، الأمر الذي يعد الغبن فيه عيباً في العقد ، يُعالجُ اما بمنح المغبون خياراً في فسخ العقد أو امضائه وهو ما اخذ به فقهاء الشريعة الاسلامية ، وفق راي الفقه القانوني العراقي[2] ، وإمّا باعطاء حقاً في طلب إبطال العقد كما هو الحال في بعض القوانين ومنها القانون الفرنسي والمصري . امّا الاتجاه الشخصي فهو يمثل الاتجاه الاخر الذي ينظر إلى عدم تعادل الالتزامات من خلال قيمتها الشخصية لدى العاقد . وقد ربطت القوانين المدنية عدم التعادل هذا بعيوب الرضاء ، فنظرت إلى الغبن على انه اثر ومظهر من مظاهر تلك العيوب فلا يعتد بالغبن فيها إلا إذا كان ناشئاً عن غلط أو اكراه أو تغرير أو استغلال . وعليه فان الغبن في هذه الحالات يعد عيباً من عيوب الرضا يؤدي إلى وقف العقد على إجازة

العاقد المغبون في بعض القوانين ومنها القانون المدني العراقي أو قابليته للابطال مع معالجات أخرى في بعضها الاخر كالفرنسي والمصري. والعقد يعد ذلك ، عقد صحيح غير نافذ ، لا تترتب عليه آثاره بانتظار اتضاح موقف العاقد المغبون ، فان اجاز خلال المدة القانونية أو مرت هذه المدة دون ان يصدر ما يدل على الاجازة أو النقض ، نفذ العقد وان نقضه خلالها بطل . لم يتبنى المشرع نظريه عامه في الغبن باعتباره خللاً في التوازن بين طرفي العلاقه العقديه ، مما يستوجب معالجته بمعزل عن **عيوب** الارادة ، نظرية قائمه بذاتها . فحكم خيار الغبن غير حكم العقد الموقوف ، إذ العقد معه (أي مع خيار الغبن) عقد صحيح نافذ غير لازم وهذا يختلف عن العقد الموقوف الذي حكمه عقد صحيح غير نافذ . فالنظريه الشخصيه تعد الغبن عيباً في الرضاء وتتطلب اثبات وقوع البائع في غلط أو تدليس أو اكراه معنوي . متقضى العمل بهذا الاتجاه : ان يبحث عن وجود الغبن كعيب في الرضاء عند الاتفاق على شروط العقد ، وهو الوقت الذي يلزم ان تكون فيه ارادة كل من المتعاقدين غير معيبه ، في حين نجد ان النظريه الماديه تنظر إلى الغبن في ذاته من ناحيته الماديه الماليه .

يذهب البحث إلى ان حكم العقد الموقوف ، بناءً على اتجاه عيوب الرضاء ، يعد الغبن فيه ، مظهراً من مظاهر عيوب الارادة . فهو لا يحدث إلا إذا كان العاقد المغبون قد وقع في غلطٍ أو اكراه أو تغرير (تدليس) ، كان قد مارسه العاقد الاخر ، أو ان الاخير قد استغَل حاجة للأول أو طيشاً أو رعونه أو هوى في نفسه ادى إلى هذا الاخلال الغير مسموح به في العقد . وغالباً ما يحدث ذلك تحت ظل سيادة النزعه الاجتماعية فتتوسع دائرة اهتمام القانون باختلال توازن طرفي العقد اقتصادياً من جهة أداءاته ، وبذا لا يكون النظر ، في هذا الاتجاه ، إلى الالتزامات المتبادله من خلال قيمتها الماديه بل من خلال قيمتها الشخصيه لدى المتعاقد . بعد ان جاهد الفقه والقضاء إلى لفت وجهة نظر المشرع إلى هذا النقص التشريعي ، بشمول مشكلة الغبن لجميع عقود المعاوضه وعدم اقتصارها على البيع مما يضيق من نطاقها، كان للفقة دور كبير في محاولة البحث عن اسس يستند اليها القضاء في احكامه والمطالبه بان يقوم المشرع بسد هذا النقص التشريعي .

جاءت استجابة المشرع في كثير من البلاد لنداء القضاء والفقه ، فنص على جزاء للغبن بعد ان جعل منه نظريه عامه تشمل جميع العقود . ولا تقتصر على حالات استثنائيه كما هو الشأن في القانون المدني الفرنسي أو المدني المصري القديم . من ذلك سيتناول البحث ، مؤكداً ، ان فكرة الغبن بمعناها التقليدي

الضيق وفكرة الاستغلال بمعناها الحديث الواسع قد اندمجتا في البلاد التي نصت قوانينها على جزاءٍ للاستغلال أو على الغبن في جميع صوره واصبح الاستغلال احد العيوب التي يمكن ان تؤثر في العقد ، ولم يعد الغبن إلا المظهر المادي للاستغلال وهو ما نادى به المشرع في العراق القديم في قانون اوراينمكينا وقانون اشنونا، عندما حدد سعراً للفائدة ، بعد ان حرم القرض بفائده ، وحدد أجر العامل واجرة العربات وثمن بعض الحبوب ، بوضعه ثمن عادلٍ وأجر عادل ، لايُستغَلَ فيه الطرف الضعيف في الارتباط العقدي اقتصاديا وهو ما عبر عنه المشرع الإسلامي بـ(الروح التي يجب ان تسود المعاملات بين الناس) . ستلحظ الدراسه المشرع الألماني ، الذي سبق غيره في هذا الميدان ، في نص المادة (١٣٨) من القانون الصادر سنة ١٨٩٦ م على ابطال العقد بسبب استغلال احدى العاقدين لحاجة الاخر أو لطيشه أو لعدم خبرته ، وتبعه كثير من المشرعين في بلاد أخرى [٣].مبدأ المقارنه في هذه الدراسه كان اعتماده بالدرجه الأولى على الفقه الإسلامي ، فضلاً عن الفقه القانوني المدني المقارن ؛ لنجد اساس ما يلزم المشرع المعاصر لسد النقص التشريعي ، آخذين بلحاظ الاعتبار المشرع في العراق القديم ، بوصفه أول مشرع على وجه الارض عمل على خدمة الانسانيه وسعاده ورفاه شعبه ، معالجاً قواعد السلوك الاجتماعي وفق نظرة اجتماعية مبينه على النظريه الشخصيه دون الماديه مبتعداً عن الفكر القرداني ، آخذاً الغبن عيبٌ في الارادة لا في العقد ، بعد أن حدد اجور العمال والعربات وحدد سعراً للفائدة ومنع الربا الفاحش واضعاً سعراً ، كحدٍ أعلى ، للحبوب مراعياً الظروف الطارئه أو حالة الاعسار التي يمر بها المدين ضمن مسؤوليته المدنية الناتجة عن الخطأ العقدي أو الخطأ التقصيري .

اغلب المصادر لم تسلط الضوء على اتجاه المشرع المعاصر ، ضمن مساله القصور التشريعي ، وإنما لاحظت نظريه الغبن ضمن رؤى تشريعيه ، وهذا يعد اهم معوق في البحث ، إذ ان وجود مدرسه فقهيه قانونيه تستمد رؤاها من الفقه الإسلامي بعد ان تلحظ القضاء والتشريع القانوني ، لا نجدها ومستوى الطموح وفق المدارس المعاصره ، إذا ما اخذنا بنظر الاعتبار العمليه العلميه المجرده البعيدة عن كل الاهواء والنزعات الهادفه للوصول إلى الحقيقه والمعرفه .

والحمد لله رب العالمين

المبحث الأول
تحديد معالم نظرية الغبن
في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

نحاول من خلال هذا البحث بيان الغبن لغةً وفقهاً وأصطلاحاً ، وتحديد وقت تقديره ومعيار احتسابه في كل من القانون الوضعي والفقه الإسلامي .

المطلب الأول : بيان الغبن :

المقصد الأول :

* الغبن لغةً :

اصله لغة الخدع ، (غَبَنَه) [٤] في البيع خدعه و(غَبِنَ) رأيه ، اذا نقصه فهو (غَبينٌ)[٥] أي ضعيف الرأي وفيه (غبانه) واعرابه مذكور في سَفِهَ نفسه [٦] .

المقصد الثاني :

* الغبن فقهاً :

عرفه الشيخ الانصاري في المكاسب[٧]، من جهة الغابن : هو تمليك ما له بما يزيد على قيمتة مع جهل الاخر ، اما من جهة المغبون فيكون : تمليك مال بأزيد من قيمتة . فهو بذلك : كون احد البدلين ، في عقد المعارضه ، لا يكافيء في الاخر قيمته ، كما لو اشترى سلمه بالغبن وقيمتها في السوق بألف [٨][٩] .

المقصد الثالث :

* الغبن اصطلاحاً :

الغبن عبارة عن عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه [١٠]، أي هو اختلال يحدث بالعقد على مستوى الاداءات المتقابله بين الطرفين [١١] .

وقد عرفة الاستاذ علي الخفيف بانه : عدم التكافؤ والتعادل بين البدلين في عقود المعاوضات عما يخرجها عن مالوف الناس في مبادلاتهم [١٢]. ويجد العلامة السنهوري في الوسيط[١٣] بانه : المظهر المادي للاستغلال[١٤].

وعرفه آخرون : على انه النقص الذي يراد به ان يكون احد البدلين في عقد المعارضه غير مكافيء للاخر في القيمه[١٥].

يبدو ان تعريف الغبن يتلخص بـ : عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد ما يأخذه .

المطلب الثاني : وقت تقدير الغبن وبيان معيار احتسابه :

المقصد الأول :

* وقت تقدير الغبن :

يتضح من تعريف الغبن ، ان الوقت الذي تقدر فيه قيمة الاشياء او الخدمات ، يجب ان يكون بالنظر الى قيمتها وقت التعاقد[١٦] . فاذا كانت قيمة اداءات طرفي العقد وقت التعاقد متكافئه ، فلا يعتبر بأي تغير يطرأ [١٧].

فالمدار على القيمه حال انعقاد العقد ، فلا اثر لزيادتها بعده ولو قبل علمه؛ لانها حصلت في ملكه ، والعقد وقع على غبن ولا عبره بالزيادة والنقيصه بعد العقد اتفاقاً[١٨].

المقصد الثاني :

* معيار قياس الغبن في التقنينات المدنية

يقف البحث في هذا المطلب على ماهية الغبن الذي يمكن ان يثبت به الخيار ، فهناك معايير معتمدة في تحديد الغبن في التقنيات المدنية ، نجد اصولاً لها في الشريعة الاسلامية من خلال دراسة معيار الغبن في الفقه الإسلامي ؛ للتوصل إلى المعيار الدقيق للغبن الذي يثبت به الخيار ؛ لذا سيكون مسار البحث في معيار قياس الغبن في التقنين المدني ثم نقف على معيار الغبن في الفقه الإسلامي في المطلب الثالث ، واحاطةً للمطلب ، نتعرف على شروط هذا الخيار وفقاً لرؤية فقهاء الشريعة الاسلامية الغراء .

يجد الباحث في التقنينات المدنية ، نظريتين لتحديد معيار الغبن ، اخذ بهما فقهاء القانون الوضعي ، هما : النظرية المادية والنظرية النفسيه .

اولا : النظرية الماديه

المعيار الذي يتحدد به الغبن هو معيارٌ موضوعي ؛ للنظر إلى قيمة الاشياء المادية عند عدم التعادل الذي يتحقق به الغبن . أي قيمة الاشياء في ذاتها بغض النظر عن قيمتها في نظر الراغبين فيها [١٩].

ينظر في المعيار المادي إلى المنافع المتبادله[٢٠] فإذا لم تكن هذه المنافع متوازنه أبُطل العقد[٢١]. فإذا اختلف هذا التوازن وبلغ حداً معيناً كان هناك غبن[٢٢].

يأخذ هذا الاتجاه قانون العرض الطلب بعين الاعتبار ، أي قيمة الشيء تبعاً للقوانين الاقتصادية ، إلى جانب ملاحظة درجة الاختلال في التعادل ، فهي درجة محدده بل نسبه ثابته ، فالغبن الذي يزيد على الخمس[٢٣] أو الربع[٢٤] أو النصف[٢٥] هو الذي يعتد به .

ضمان استقرار المعاملات ، هو ما يجده منْ يؤيد هذا الاتجاه، إذ يكفي نظره واحده لمعرفة وجود الغبن من عدمه ؛ كي يعد الاختلال مادياً دون اعطاء أهمية لما يقدرة المتعاقد للشيء [٢٦].

إلا ان بعض الأشياء ، إذا حسبت وفق المنفعة الحديه ، تبين انها ذات قيمه ضئيلة ولكن قيمتها تكون اكبر من ذلك بالنسبه إلى المتعاقد لاسباب يراها هو ، وهذا مما يؤخذ على هذا المعيار ويجعله لا يتصف بالعدالة دائما [٢٧].

وفقاً للمعيار المادي ، يكون الغبن في عنصرين هما : قيمة الشيء بما يتناسب وقانون العرض والطلب ، ودرجة الاختلال في التعادل ، إذ نجد ان التقنينات المدنيه قد حددته بنسبه مئويه في العقار كما فعل المشرع المصري في المادة (٤٢٥) من قانونه المدني .

مما تجدر ملاحظته : ان المعيار المادي يفصل بين قواعد الرضائية وفكرة الغبن ؛ لان مفاده كون الطعن بالغبن استثناء من القواعد العامه إذا لم يعد تعطيلا لها بحكم القانون وليظل العقد صحيحاً لولا ما يقرره القانون من جواز الطعن بالغبن ، حيث يجعل الغبن عيباً في العقد لا في الرضا [٢٨] . فنحن لا ننظر إلى الحاله النفسية للعاقد المغبون ولا ننظر إلى ظروف العقد والعاقد بل ننظر إلى التوازن ما بين الالتزامات ، فإذا كان هناك اختلال وفق درجة معينة كأن يكون خارجاً عن العاده المألوفه كان هناك غبن .

ثانياً : النظرية النفسيه (الشخصيه) :

يكفي ان ينطوي العقد في النظرية الشخصية ، عند ابرامه ، على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم العاقد بادائه وما يعود عليه من نفع مادي أو ادبي وفقاً لظروف كل حاله[٢٩].

جاءت هذه النظريه للجمع بين فوائد الرضائيه وفكرة الغبن ؛ ليكون الغبن عيباً في الرضا وبذا يبطل العقد للغبن تطبيقاً للقواعد العامة للالتزام الارداي لاستثناء منها .

يبحث هذا الاتجاه عن ارادة العاقد وما شابها من ظروف ادت إلى الرضا بالتزام لا يتوافر فيه توازن للمنافع ولا تتعادل فيه القيم إلى جانب النظره إلى مقدار اختلال التوازن بين العاقدين ، وبذلك قد لا نعمد إلى فكرة الغبن لابطال العقد ؛ لعيب في الارادة وهذا يكفي لاستبقاء الاثر الملزم للعقد .

اخذ بهذا المعيار القانون المدني العراقي في المادة (١٢٥) والقانون المدني المصري في المادة (١٢٩) والقانون المدني الكويتي في المادة (١٥٩) والقانون الالماني المادة (١٣٨) والسويسري الماده(٢١) منه والايطالي المادة

(١/١٤٤٨) والبولوني المادة (٤٢) والنمساوي المادة (٨٧٩) [٣٠]. ففي النظرية الشخصية يعد الغبن عيب في الارادة في التشريعات المدنية الحديثة ، على ان يكون هناك اختلالاً في الموجبات إلى جانب اشتراط توافر حالة استغلال لضعف معين في المتعاقد المغبون وان يكون هذا الاستغلال هو الدافع للتعاقد ولولاه لما ابرم هذا الاتفاق (العقد) .

يبدو ان التشريعات العربيه تجمع بين النظريتين ، فهي تضع ، كمبدأ عام ، معياراً مادياً لتحديد درجة الغبن المجرد يدور حول خمس القيمه ، وتضع معياراً مرناً لتحديد درجة الغبن الاستغلالي أو التدليس ، تعبر عنه بالغبن الفاحش أو بعدم التناسب الباهظ .

معيار الغبن الفاحش :

عالج المشرع العراقي القديم الرائد مشكله الغبن من خلال اعتماده نظام تسعيرة المواد الغذائية والحاجات التي تهم عموم الناس وثبّت اجور العمال والعربات والحيوانات[٣١] في المواد (١-١١) من قانون اشنونا [٣٢] والمواد من (١٢٥ – وما بعدها) من قانون حمورابي[٣٣] . كما اعتمد قانون حمورابي مفهوم السبب الاجنبي الذي يعفي المدين من تنفيذ التزامه ، فالمادة (٤٨) [٣٤] منه تقرر اعفاء المزارع الذي يهلك زرعه بفعل الفيضان من تقديم حبوب إلى دائنه في ذلك العام ويعفى من الفوائد الخاصه بتلك السنه، ولم تعرف البشريه مثل هذه الاحكام العادله التي تمنع استغلال مظاهر الضعف الانساني سواء كان مصدرها حالة الشخص ذاته أو كان مصدرها الطبيعيه ، إلا بعد عهود طويله من الظلم والعدوان الاجتماعي[٣٥] .

أمّا الغبن في القانون الروماني في عهده المدرسي ، يسيراً كان أو فاحشاً ، لا يؤثر على صحة العقد إلا إذا اقترن بالتدليس أو ان العقد صدر من قاصر يقل عمره عن (٢٥)سنه ويبررون ذلك بالقول : ان على الرجل العاقل المستقيم ان يتحمل نتائج عمله ، الا انه بحلول العصر العلمي (١٣٠ ق.م - ٢٨٤ م) ظهر ما يعرف بمبدأ حسن النيه ، الذي لاحظه المشرع العراقي القديم قبل غيره في اغلب تشريعاته ، في العقود التي يقتضي قيام المدين بتنفيذ الزامه بحسن نيه ومن دون غش وان يبذل في سبيل تنفيذه عناية الرجل المعتاد[٣٦] . وفي العصور الوسطى ، بدأ مبدأ سلطان الإرادة بالتنامي ، إلا ان رجال الكنيسه قيدوا هذا المبدأ بالعداله ومبدأ حماية الضعيف من استغلال القوي فحددوا للسلع[٣٧] اثمانها وللعمل اجره ، وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العدل والاجر العدل .

وقداطلقت حرية التعاقد ، في ظل الثورة الفرنسيه ، وفقاً لمبدأ سلطان الارادة ولم تحرمّ الغبن حتى في بيع العقار بل لم تضع حداً اعلى للفائدة ، فقد تأثر القانون الفرنسي بما جاءت به الثورة افرنسية فنظر إلى الغبن نظره ماديه ليتحقق في حالات محدودة ، فالغبن فيه لايؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائيه نص عليها .

ورغم ان المشرع العراقي قال بالغبن الفاحش ، إلا انه لم يتبن معياراً لتحديده ، إلا في حاله خاصه هي ما ذكرته المادة (١٠٧٧ / ف٢) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بشأن قسمه المال الشائع .

ولما كانت مبادىء الشريعه الاسلاميه بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي ، احد المصادر التي تستمد منها الاحكام بعد التشريع والعرف ، فيمكن للقاضي ان يعتمد احد المعايير التي تبناها جانب من الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث :

* موقف الشريعة الإسلاميه من معيار الغبن

تهتم الشريعة الاسلامية على وجه الدوام بصيانة العدل بين المتعاقدين عن طريق تحقيق المساواة التامه بينهم . وترتبط هذه المساواة بحسن النية ، أو يقع اللوم على من يستغل ضعف الطرف الاخر الذي يدخل معه في رابطه عقديه ؛ وبذلك حرمت الشريعه الاسلامية الربا تحريماً باتاً ؛ استناداً إلى فكرة استغلال المحتاجين الذين يستحقون المعونه والحمايه ضد الاقوياء [٣٨] .

الشريعة الاسلامية نظام متكامل تتساند فيه عقيدة الفرد ، والعبادات ، ونظام المعاملات، لتشترك في صنع نظام واحد . فالغبن – على سبيل المثال – تتظافر وسائل عديدة لحماية الافراد منه[٣٩] ، إذ يرى جانب من الفقه الإسلامي[٤٠]: ان الغبن الفاحش إذا اقترن بالتغرير يعيب الرضا، اما الغبن المجرد من التغرير فلا يعيب الرضا إلا في حالات استثنائية[٤١].

يجد بعض الفقهاء ان فسخ العقود بسبب الغبن وحدة ، بعد ان اثار مبدأ حرية التعاقد في الشريعة الاسلامية الخلاف بين وجهات النظر بصدد الغبن في العقود ، يؤدي إلى كثرة المخاصمه والمنازعه في البيوع ، الامر الذي يزعزع الاستقرار والثقه في نطاق التجارة[٤٢]. وبما ان التجارة تقوم على الربح وتعريض احد العاقدين للغبن لصالح المتعاقد الاخر؛ لذا يعد اصحاب هذا الرأي ان الفسخ ليس ارفق بالناس ، فالغبن لا يعد ، بناء على رأي اصحاب هذا الاتجاه وحده عيباً في العقد ولا يعتد بالغبن ما لم يشيب الارادة عيب[٤٣].

توجد في الشريعه الاسلاميه نظريتان في الغبن ، تنظر الأولى إلى الغبن في ذاته وهي النظرية الماديه وتأخذ في الغبن باحوال معينة ونظرية شخصية تتطلب ركناً نفسياً إلى جانب الاعتداد بالغبن من الناحية المادية[٤٤] .

يفرق فقهاء المسلمين بين صورتين من الغبن ، هما الغبن اليسير والغبن الفاحش . والغبن اليسير هو الذي لا يمكن تجنبه في المعاملات [٤٥] ومن المتفق عليه بين الفقهاء ان هذا النوع من الغبن يتسامح فيه ولا يعطى للمتعاقد المغبون خيار الغبن[٤٦] .

امّا الغبن الفاحش ، يكون كذلك إذا تجاوز عدم التعادل بين الاداءات فيه المألوف بين الناس وقد اختلف الفقهاء في تحديد مقداره ، وهناك معيارين لتحديده[٤٧].

ينظر إلى قيمة الشيء ، وفقاً للمعيار الأول ، وتحدد نسبه بين هذه القيمه وبين الثمن الذي دفعه المتعاقد كحدٍ ثابت للغبن ، فإذا زاد الثمن عن هذا الحد أو نقص عنه تحقق الغبن ، وقد تراوحت تقديرات الفقهاء في هذا الباب بين الثلث وربع العشر[٤٨][٤٩].

يتمثل المعيار النسبي لدى فقهاء الحنفية[٥٠]بما زاد من ٥% من قيمة الشيء فالزيادة أو النقيصة على هذه النسبه يكون غبناً ، إذا قدر محمد بن الحسن : ((الزيادة القليله التي يتغابن في مثلها ، بنصف العشر ، فان كانت العشر أو اقل فهي مما يتغابن في مثلها وان كانت اكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها))[٥١] . والعشر في الحيوان والخمس في العقار وما خرج فهو مالا يتغابن فيه[٥٢]، فما زاد على هذه النسبه فهو غبن فاحش إذا ما كان القدر معالاً لها أو اقل منها فهو يسير [٥٣] .

أمّا المعيار الثاني الذي تبناه جانب من فقهاء الشريعة الاسلامية فانه يعرفّ الغبن الفاحش بانه : ما لا يدخل في تقويم المقومين . فان دخل في تقوعيهم فهو يسير لا فاحش[٥٤] .

فلو بيعت سلعه بمليون دينار وقومها أهل الخبره بما يزيد على هذا المبلغ والبعض بما ينقص عنه كان الغبن يسيرا، أمّا لو اتفقوا جميعاً على تقويمها باقل من هذا المبلغ كان في البيع غبن فاحش بالنسبه إلى المشتري .

يذهب فقهاء الاماميه ، إلى انه يشترط لثبوت الخيار للمغبون ، كون التفاوت موجباً للغبن عرفا بان يكون مقداراً لا يتسامح به عند غالب الناس فلو كان جزئياً غير معتد به لقلته لم يوجب الخيار[٥٥] . وبذلك يستند هذا المعيار ، وفقاً لاصحاب هذا الراي ، إلى العرف والعادة[٥٦]ولا يعتمد الرقم المحدد في تحديد الغبن وتحديد مقداره حسب الظروف والملابسات والازمات الاقتصادية[٥٧] .

يبدو ان المعيار النسبي لا يتماشى ومصلحة العاقد المغبون ؛ لافتقاره إلى ما يحيط بالعاقد أو ظروفه . وكي يتم التوازن بين طرفي العلاقه العقدية ، من الاجدر بمكان ان لا يكون خيار الفسخ بما لا يتساهل فيه الناس ؛ لذا يفضل اعتماد المعيار المادي المستند إلى العرف والعادة لتحديد معيار الغبن المخل بالتعادل بين العوضين . فإن نسبة الربح والخسارة تختلف من سلعه إلى أخرى ومن زمن إلى آخر ، فقد تكون نسبة معينه ربحاً معتاداً في سلعه، بينما تعد غبناً فاحشاً في سلعة أخرى . كذلك ما يعد ربحاً معتاداً في زمن قد يكون غبناً فاحشاً في زمن آخر وهكذا.

المقصد الأول :

* الغبن اليسير والغبن الفاحش واثرهما في التصرف :

من الملاحظ ، ابتداءً ، انه لا يلجأ إلى التمييز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير إلا إذا كانت اسعار المعقود عليه غير معروفه في السوق : ((فإذا كان السعر معروفاً كما هو الحال بالنسبة للسلع التداوله ، فأن اية مخالفه لهذا السعر تعد غبناً بغض النظر عما إذا كان الغبن يسيراً أم فاحشاً ، زيادة ام نقصان)) [٥٨].

الفرع الأول :

* الغبن اليسير واثره في التصرف :

اختلف الفقهاء في بيان الغبن اليسير ، وأحق الاقوال بالقبول [٥٩]، هو الذي يرى ان الغبن اليسير ما كان يدخل تحت تقويم المقومين للمعقود عليه ، فإذا اشترى شخص شيئاً بتسعين وقدّره احد الخبراء بتسعين والاخر بثمانين والثالث بمائه ، كان الغبن يسيراً[٦٠].

يرى الاستاذ علي الخفيف [٦١]، ان هذا النوع من الغبن غير معتبر في المعاملات الماليه، لصعوبة الاحتراز منه ولاحتمال وجوده في اغلب الاحيان ، وقد جرت عادة الناس باغفاله ، فلذلك أغفل ولم يتأثر به العقد، وليس لمن وقع فيه الحق في المطالبه بفسخ العقد أو طلب التعويض عنه .

يستثنى الفقهاء حالتين من هذه القاعدة هما : تصرف المدين بدين مستغرق ان كان محجوزاً عليه ، فانه لا يغتفر في الغبن مطلقاً ، فيكون متوقفاً على اقرار الدائنين أو تكملة الثمن إلى القيمة وكذلك يستثنى من القاعدة السابقه تصرف المريض مرض الموت ، حفاظاً على حقوق الورثه [٦٢] .

الفرع الثاني :

* الغبن الفاحش واثرهُ في التصرف :

الغبن الفاحش هو الذي لا يكون داخل تحت تقويم المقومين وقد اختلف الفقهاء في أثره على التصرف بناءً على اشتراط مصاحبة التغرير له من عدم اشتراطه [٦٣].

ذهب جانب من الفقه الإسلامي [٦٤] إلى القول : بان الغبن الفاحش له تاثير على التصرف ، ولو لم يصاحب الغبن تغرير ؛ لان الغبن الفاحش ظلم ، والظلم تجب ازالته فيكون لمن وقع في غبن فاحش الخيار بين امضاء العقد أو فسخه [٦٥].

امّا الحنفية والشافعية والحنابله ، فلا يجعلون للغبن الفاحش اثراً في التصريف ان لم يصاحبه تغرير [٦٦] ، لما للعقد من قوه ملزمه ، والتي لا يجب رفعها بمجردالغبن ، بل يجب ان يصاحب الغبن تغرير ؛ لان الغبن المجرد عن كل خديعه لا يدل إلا على تقصير العاقد المغبون في تحري الاسعار ومعرفة حد البدل العادل ، ولا يدل على مكر من العاقد الذي يسعى إلى رزقه دون احتكار أو تحكم بالاسعار [٦٧].

يستثني الحنفيه ثلاث حالات يعد فيها الغبن الفاحش غير المصاحب بتغرير ، عيباً في الارادة ، وهي : الغبن في مال المحجور عليه ، والغبن في مال الوقف والغبن في بيت المال . ويستثني الفقه الحنبلي من قولهم حالتين يعد فيها الغبن المجرد عن التغرير عيباً في رضا المغبون ، هما : حالة الشخص المسترسل [٦٨]، وحالة تلقي الركبان [٦٩].

يذهب الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء في تحرير المجله [٧٠]، إلى ان عطف المجله التغرير والغبن ، احدهما على الاخر :((وتقييد الغبن بالتغرير واهن غير سديد واوهن من ذلك اعتبار التغرير في الغبن ، ثم استثناء المعاملة على مال اليتيم والوقف وبيت المال)[٧١].

إلا ان بعض الحنفيه وبعض الحنابله ذهبوا إلى ثبوت خيار الغبن وان لم يصاحبه تغرير [٧٢].

فإن الغبن ان كان لا يؤثر إلا بالتغرير فهو عام و : ((اخراج تلك المواضيع تخصيص بلا مخصص سوى الاستحسان ، وباب العقود والمعاملات منوط بقواعد عامه وادله كليه يتساوى فيها اليتيم وغيره ، والتقي والشقي ، والوقف والملك)) [٧٣]. فالمتبع الدليل لا الرأي والاستحسان .

يظهر مما تقدم ، (رجحان) ، كفاية الغبن الفاحش في التأثير على الإرادة ؛ كونه يحدث اختلالاً في التوازن بين ما يغنم المرء وما يغرم ، ولا شك ان هذا ضرر والضرر يجب ان يزال .

تصويباً لذلك ، يرى الاستاذ محمد علي الخطيب[٧٤]، ان هذا الرأي فيه ما يمنع استغلال العاقد الغابن لغيره ممن يدخل معه في المعاملة مع الضعفاء اقتصادياً ، أو اجتماعياً، كما يمنع انتشار ظاهرة الاستغلال بصورها المختلفه تحت شعار العقد ، ومن جانب أخر ، فان الزياده الفاحشه في احد العوضين قد حصل عليها الطرف الاخر دون مقابل ودون حق وبالتالي فان محاربه الاستغلال توجب انهاء العقد ، وازالة الغبن .

يستخلص مما سبق : ان الغبن الذي يمكن ان يثبت به الخيار للمغبون هو الغبن الفاحش أمّا الغبن اليسير القليل فلا تأثير له في العقد وفي اثبات الخيار ؛ لان البيوع والشراءات غالباً ما تكون مشتملة على الغبن اليسير ، فلا تسلم المعاوضات ومعاملات البيوع غالباً من الغبن القليل ،ولأن الغبن اليسير يمكن ان يتسامح به في العادة فهو محتمل لكثرة وقوعه[٧٥].

فضلاً عن ذلك فان الغبن الفاحش يحل بالعدل والمصلحه المطلوبان في الشريعة الاسلامية بين طرفي العقد ؛ لذا يثبت به الخيار فيتيح الفرصه امام المغبون في امضاء العقد أو فسخه[٧٦].

المقصد الثاني :

* شروط خيار الغبن في الفقه الإسلامي :

الخيار الذي يثبت للمغبون ليس على اطلاقه عند القائلين به ، بل لابد من توافر بعض الشروط ، حتى يتحقق الخيار للمغبون وهي [٧٧]عند الامامية والمالكية والظاهريه، كون الغبن فاحشاً [٧٨] ، والمغبون جاهلاً غير عالم بالغبن ووقوعه فيه عند التعاقد . فإذا كان عالماً بالغبن فلا خيار له به ؛ لانه قد علم بالغبن وتعاقد مع علمه به ، فهذا يدل على انه كان قد رضى بذلك ودخل فيه عارفاً مستبصراً ، فلا رد له بالغبن وهذا محل اتفاق ، إلا ما ثبت عند بعض الظاهريه خلاف ذلك فانهم ذهبوا إلى ابطال البيع باكثر مما يساوي وان علما جميعاً وتراضياً به .

امّا الحنابله والحنفيه والشافعيه ، فاشترطوا إلى جانب كونه فاحشاً ، ان يكون الغبن ناتجاً عن تغرير الطرف الآخر ، امّا مجرد الغبن إذا لم يصحبه التغرير فليس للمغبون خيار .

يؤكد ابن عابدين في رسائله[٧٩]، كون الفسخ بسبب الغبن الفاحش وحده دون تطلب أي شرط أخر : ((ليس أرفق بالناس بل على العكس انه ضار

بمصالحهم ؛ لانه يؤدي إلى كثرة المخاصمه والمنازعه في كثرمن البيوع ، إذ لم يزل اصحاب التجارة يربحون في بيوعهم الربح الوافر ويجوز بيع القليل بالكثير وعكسه)) .

من الملاحظ ، ان حلول الغبن في الفقه الإسلامي ، فعالّه لبساطه شروطه وسهولة اثباته ، ولعل الفريق الذي لم يشترط اقتران الغبن بالتغرير ليكون العقد قابلاً للفسخ هو الاوفق .

المبحث الثاني
تحديد دائرة الغبن
في القانون المدني

لا يقيم القانون وزنا للغبن ، إذا ساد المدنية مذهب الفرديه وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الادارة . ونجد ان القانون يتدخل لمنع الغبن عندما يضعف مذهب الفرديه ومبدأ سلطان الارادة .

فمن المفروض ان تتوازن التزامات طرفي العقد من الناحية الاقتصادية في مرحلة تكوين العقد ، فإذا ثبت حصول اختلال في تلك الالتزامات ضمن المرحلة المذكورة ، فان معالجة مثل هذا الاختلال والاثار الناشئه عنه أو سببه وصولاً إلى ازالة الذي لحق بأحد المتعاقدين ، تتوقف على مدى نظرة المشرع بين التوسع في تطوير مفهوم الغبن وبين القوة الالزاميه للعقد تحت مسمى حماية المصالح الخاصه ، الامرالذي له تاثير مباشر في استقرار المعاملات .

اعتمدت القوانين العراقيه القديمة ، نظام تسعيره المواد الغذائية ، بعد ان ثبتّ المشرع اجور العمال والعربات إلى جانب اعتماد السبب الاجنبي، لاعفاء الفوائد الخاصه؛ منعاً لاستغلال مظاهر الضعف الانساني، فضلاً عن اعتماد مبدأ حسن النيه[٨٠]في المعاملات واعطاء دوراً للارادة في انشاء الحق الشخصي [٨١].

لتشبعه بروح الفرديه ، لم يعبأ القانون الروماني بالغبن . فكان المبدأ العام عدم تأثير الغبن في العقود ، غير ان المشرع تدخل على سبيل الاستثناء ؛ لحماية القاصر إذا لحقه غبن، ولحماية بائع العقار إذا لم يحصل على نصف قيمته .

لم يقر المشرع الروماني نشوء الالتزامات إلا ان افرغت العقود في قالب شكلي كالكتابه أو القيام بعمل أو التفوه بألفاظٍ مقرره ، فلم يكفي الاتفاق لترتيب الأثر

القانوني[٨٢] وبالتالي فالشكليه لا الإرادة هي التي كانت تولد الالتزامات في اغلب مراحل تطور القانون الروماني[٨٣]، وكان من النتائج الطبيعيه لسيادة الشكليه ، ان لا يعترف القانون الروماني بفكرة الغبن المتمثله في الاجحاف المالي الذي يلحق المتعاقد بسبب عدم التعادل بين ما يعطيه وما يأخذه [٨٤].
فالقاعده في القانون الروماني ان الغبن لا يعيب الرضا ولا يؤثر في صحة العقد وانعقاده مادام هذا العقد قد استوفي الشروط والاوضاع الشكليه التي قررها القانون ، وحيث ان قيام العاقد بذلك دليل على انصراف ارادته الحره إلى الالتزام بما عقده وهو عالم بالآثار التي تنجم عنه وبالتالي لامجال للأحتجاج بالغبن اثناء تكوين العقد[٨٥] .
تراجعت الروح الفردية ، في القرون الوسطى ، بعد ان قيدّ رجال الكنيسه مذهب سلطان الارادة بمبدأ العداله ، بحماية الضعيف من استغلال القوي ، وتوسعوا في نظرية الغبن ، فكان ما يسمى بـ الثمن العدل (Juste Prix) وبالأجر العدل (Juste Salqire) ، وذلك من خلال تحديدهم اثمان السلع واجرة العمل .
نجد أن المشرع الإسلامي ، حماية للضعفاء من الغبن ، يحمي القاصر ، والمريض مرض الموت ، غيرهما ممن تتوافر لهم حماية من الغبن وتجده ، كذلك ، يحمي من الغبن الناتج من استغلال الحاجه وعدم الخبره وممن يسهل خداعه ، ولا يبتعد هذا كثيراً عمن يستغل لطيشه .
ايضا شملت الشريعه الاسلاميه الغراء بالحمايه ، المصلحة العامه من التصرفات الغبنيه، عندما يقع الغبن في اموال الدوله ، واموال الوقف والحقيقة ان هذه الحمايه التي توفرها الشريعة الاسلاميه ، تدل على كفاية في معالجة مسأله الغبن ليس لها نظير ؛ لان الحماية التي وفرتها الشريعه الاسلاميه ، تزيد على ما ورد في عدة قوانين عالميه حديثه ومجتمعه[٨٦][٨٧].
قويت نزعة الروح الفرديه في الثوره الفرنسية ، وضاق من تحريم الغبن ما كان قد اتسع وساد مبدأ سلطان الارادة وعادت القوانين لا تعتد بالغبن إلا في حدود خاصه .
ورث القانون المدني الفرنسي ، ومن ورائه القانون المدني المصري القديم ، الاحكام الضيقه في الغبن التي جاءت بها الثورة الفرنسية ، التي الغت حتى تعيين الحد الاقصى للفائدة وتحريم الغبن في بيع العقار .
أصبح الغبن في القانونيين ، عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء ، أي انه عيب في العقد لا عيب في الرضاء ، تمثل في عدم التعادل بين قيمة ما اعطى المتعاقد وقيمة ما اخذ على ان يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدود .

وبذلك التزم القانونان نظره ماديه للغبن ، الذي أصبح لا يؤثر فيهما ، في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها ، إذ العبرة في الغبن بالقيمة الماديه للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبه إلى المتعاقد(٨٨).

فقد لاحظ المشرع في القانون المدني المصري القديم ، في اظهر حالة للغبن ، ما إذا وقع البيع على عقار القاصر(٨٩)، كذلك الفائدة التي لا يزيد حدها الاقصى على ثمانية في المائه ، وجواز اعادة النظر في اجر الوكيل بـ عقد الوكاله .

وفقاً لما تقدم ، فان البحث سيتجه إلى معرفة مدى امكانية التوسيع من دائرة الغبن، أو عدمه بوجوب التضييق منها ؛ وبذا سنعمد إلى بحث اتجاهين بهذا الصدد: احدهما حصَر ولم يوسع من دائرة الغبن ، وثانيهما حاول ان يوسع من مجال عمل الغبن ؛ لاجل تحقيق أكبر قدر من الحمايه للطرف المغبون .

المطلب الأول :

* التضييق من نظرية الغبن :

تحدد قيمة الشيء تبعاً للقوانين الاقتصاديه لا سيما قانون العرض والطلب ، فالعبرة بقيمة الشيء بحد ذاته ، التي ينظر لها نظرة ماديه لا شخصية . فالغبن يتحقق ، باختلال التعادل في العقد بالنظر إلى قيمته حتى لو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمه الشخصيه للشيء .

فالمتعاقد ، طبقاً للنظريه الماديه ، يعد مغبوناً ما دام التعادل قد اختل بالنسبه إلى القيمة المادية . فإذا اشترى العاقد الشيء بثمن اكبر وكان على بينه من قيمة الشيء الماديه وهو غير مخدوع ؛ لان قيمته الشخصية تعدل الثمن الذي بذله ، فإن الغبن يتحقق مع علم المتعاقد بالقيمه الماديه ولم يخدع في امرها ولم يضطر إلى التعاقد ولم يكن ضحية غلط أو تدليس أو اكراه وبذلك يعد الغبن في النظرية المادية ، عيب مستقل قائم بذاته يقع في العقد لا في الرضاء(٩٠)(٩١).

ينظر إلى درجه الاختلال في التعادل ، نظره ماديه فهي رقم محدد، فالغبن الذي يستوجب الجزاء ويعتد به ، الذي يزيد على الخمس كما في القانون المصري أو الربع كما في القانون الفرنسي بالنسبه إلى القسمه أو النصف كما في القانون الفرنسي القديم أو سبعة اجزاء من اثني عشر كما في القانون الفرنسي بالنسبه إلى بيع العقار . تبنى المشرع الفرنسي ابتداءً وبشكل صريح ، أحوال الغبن على بعض التطبيقات وبعض الاشخاص ، متجهاً إلى تضييق حالات الغبن . إذ يحكم العلاقات التعاقديه في القانون الفرنسي مبدأ اساسي هو مبدأ سلطان الارادة ، الذي بموجبه يستطيع المتعاقدان اختيار مضمون عقدهما أو اتفاقهما ، ومن ثم فهما يلتزمان بهذا الاختيار شرط عدم تعارضه مع النظام العام . والغبن يصطدم مباشرة بهذا المبدأ – سلطان الارادة – بحيث يمكن ان يؤثر في

عقد لا يوجد فيه انعدام للرضا أو عيب من عيوبه (تدليس ، اكراه ، غلط) ، فيكفي ان يكون هناك عدم تناسب بين الالتزامات التعاقديه لكلا المتعاقدين كي يكون العقد قابلاً للابطال ؛ لذلك فان مخالفة نظريه الغبن للروح العامه التي تسود القانون الفرنسي وخاصه مبدأ سلطان الارادة ، يفسر التشكك الكبير للمشرع الفرنسي تجاه الغبن عبر قانون نابليون لعام ١٨٠٤ م والذي استمر في القانون المدني الحالي من خلال المادة (١١١٨) والتي تنص على ان الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في عقود معينه وتجاه اشخاص معينين[٩٢]. إلا انه توجد بعض النصوص تقبل بالغبن ضمن شروط معينه ، على سبيل المثال- في بيع العقار يجب ان تكون نسبة الغبن ١٢/٧ من قيمة العقار ، والمادة ١٦٧٤ من القانون المدني الفرنسي ، وفي القسمه يجب ان تكون هذه النسبه بمقدار الربع (المادة ٨٨٧ من القانون المدني الفرنسي) وتصرف القصّر غير المأذونيين (المادة ١٣٠٥) من نفس القانون. وبذلك يكون نطاق تطبيق الغبن قد ضيُقّ إلى حدٍ كبير [٩٣].

يبدو ان الهدف من تقنين الغبن ، باتجاهه الضيق ، في القانون المدني الفرنسي ، يتجلى في حماية المتعاقد من التفاوت في الالتزامات بين طرفي العقد ، وهي حمايه أحادية الجانب للمصالح الاقتصادية للشخص تحت الحمايه ، في حين ان حماية مؤسسة العقد تبقى في هذا النطاق ثانويه إلى حد كبير ، الامر الذي يخالف مبدأ القوه الالزاميه للعقد من اجل مصلحة خاصه لأحد العاقدين .

تبع المشروع الفرنسي ، في هذا الاتجاه ، بعض التشريعات العربية كالمشرع المصري والسوري والليبي والجزائري ، إلا انها اوردت تطبيقات للغبن من غير وضع مبدأ يقضي بان الغبن لا أثر له في التصرفات القانونيه إلا استثناء وبصوره محدده ، كما فعل المشرع الفرنسي بتبني المبدأ ابتداءً بعد التضييق من حالات الغبن [٩٤][٩٥].

يؤكد العلامه السنهوري[٩٦] عدم مرونه النظريه الماديه ، فهي : ((من الدقه الحسابيه بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسي ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبه لهذه الظروف)) .

يبدو ان الاتجاه المضيق ، بمزية التحديد هذه ، رغم انه يعد ضماناً لاستقرار التعامل إذ يمكن للوهله الأولى ، وفقا للنظريه المادية ، ان تتعرف هل في العقد غبن بعمليه حسابيه تقدر بها قيمة الشيء الماديه ، فان وصل الغبن ، بعد نسبة القيمه إلى الثمن ، إلى القدر المحدد اعتد به ، يعد قاعده جامدة ، رغم مظهر العداله الخادع فيه[٩٧].

المطلب الثاني :

* التوسع في نظريه الغبن :

استعانة بمبادىء الاخلاق ، حاولت كتابات فقهاء القانون في دعوةٍ إلى تعميم حالات الغبن في القانون ، في العصور الوسطى ، مكافحة الاستغلال في العقود وكل عقد يتحقق فيه ربح لأحد طرفيه على حساب العاقد الآخر .

مما دعا الفقهاء إلى اظهار توجهاً ، يعطي الغبن مفهوماً واسعاً يشمل جميع العقود، على اساس من حسن النيه والعداله الاجتماعية وعيب الحريه التعاقديه . فقد يستجمع التصرف القانوني جميع الشروط الأساسيه لصحته ، لكنه نتيجة الضعف ، أو الغلط ، أو حالة الضروره أو طيش المتعاقد الآخر يتحول إلى اثراء غير عادل لأحد طرفي العقد إضراراً بالغير ؛ لذا تمت مطالبة القضاء بتقدير قيمة هذا العقد، امّا عن طريق ابطاله أو تعديل عباراته، من اجل احداث التعادل الذي يمثل لنا تحقيقاً للعدل . والعبره تكون بقيمة الشيء في اعتبار المتعاقد (أي بالقيمة الشخصيه) ، فقد يكون الشيء تافهاً في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه ؛ لاعتبارات ترجع لظروف شخصية ، فلا يوجد غبن إلا إذا رضي المتعاقد ان يدفع ثمناً اكبر من القيمة الشخصية فيما إذا وقع في وهمٍ في قيمة الشيء أو انخدع في القيمه أو كان مضطراً للتعاقد . ولا يكون إلا نتيجة طيش أو رعونه أو عدم تجربة أو حاجه [٩٨].

يظهر ان الغبن وفق النظرية الشخصية ، لا يكون عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الارادة . ولتحديد درجة الاختلال ، يعتمد معياراً مرناً ، يترك فيه تحديد الرقم الذي يجب ان يصل اليه الغبن ، لظروف كل حاله ، ليكتفي الاختلال في التعادل ما بين القيمه : ((ان يصل إلى حدٍ باهظ)) [٩٩].

يخلص اصحاب هذا الاتجاه (الموسع) إلى القول ان العداله تقضي بضرورة اعادة التوازن للالتزامات ما بين الطرفين .

يبدو ان اصحاب هذا التوجه ينطلقون من اعتبارات اجتماعية ويبحثون على جعل الاخلاق تسيطر على العقود .

اراد انصار المذهب الموضوعي المؤسس على مبدأ العداله الاجتماعية ، من الفقه الفرنسي لفت نظر المشرع إلى ضرورة التخلص من الفكر الفرداني وتبني فكر اجتماعي يحد من الحريه التعاقديه وانانيتها ويضمن عداله عقديه افضل على غرار الاتجاهات التشريعيه الحديثه[١٠٠] .

فقد أوضح الفقهاء اثر الضرورات السابقه على الرابطه العقديه . إذ ان تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية ، كان عاملاً في زعزعة مبدأ سلطان الارادة في

العلاقة التعاقديه، وبالتالي نتج عن ذلك تدخل المشرع في العقود لحمايه الطرف الضعيف فيها . بتأثير هذا التبديل الذي طرأ على المفاهيم القانونيه ، خرجت فكرة الغبن من نطاقها المادي الفردي إلى النطاق الشخصي الاجتماعي واتسع مدلولها من العقود ذات الموضوع المتبادل إلى العقود التي لا تبادل فيها بين الطرفين كالتبرع . وقامت نظرية جديدة هي نظرية الاستغلال ، صار الغبن فيها مظهراً مادياً للاستغلال . وقننت النظريه الجديدة في القوانين المدنيه التي صدرت بعد التقنين المدني الفرنسي كالقانون المدني الالماني وقانون الالتزامات السويسري ، وتأثرت التقنينات المدنيه العربيه بهذا الاتجاه الجديد فأقرت نظرية الاستغلال[١٠١] . لان الطرف المغبون في التعاقد كان ضحية تدليس أو اكراه معنوي ؛ استحسن بعض الفقه الفرنسي هذا التطور في فكره الغبن ، وبدأ يجد في الغبن دليل على عيب في الارادة ؛ لوقوع الطرف المغبون في حالة ضرورة للتعاقد أو انه اخطأ في قيمة الشيء و الطرف الاخر استغل تلك الحاله وتعسف في انتزاع التعهد منه[١٠٢] . مما تقدم يجد البحث ، بناءً لما يذهب اليه اصحاب الرأي الموسع للغبن ، بتغيير طابع الغبن في شكل انعدام للعداله ناتج عن تعسف في العقد وليس عدم التوازن بين الاداءات سبباً لبطلان العقد ، بل هناك سبب آخر يتمثل في استغلال احد العاقدين للآخر. بهذا الشكل تغير النظر لدى التشريعات الحديثه في اختلال التوازن العقدي عن طريق الغبن ، الذي أصبح لا يشكل في نظرية الاستغلال سوى المظهر المادي له . وقد أخذ القانون المدني الالماني بداية بهذا التوسع في فكرة الغبن (المادة ١٣٨) منه ، تم قانون الالتزامات السويسري (المادة ٢١) ، والتقنين الايطالي الجديد (المادة ٢/١٤٤٨) ، والتقنين المدني البولوني (المادة ٤٢) والتقنين المدني النمساوي (المادة ٨٧٩). هدفت المانيا إلى اعطاء أهمية كبيرة للعنصر الاخلاقي وحماية المتعاقدين في المعاملات والعقود . ونجد ان الغبن وفقاً للماده (٢/١٣٨) من القانون المدني الالماني ، يعد تتمة لما ورد في الفقرة الأولى من المادة نفسها والمتعلقة بالاتفاقات المخالفه للآداب العامة[١٠٣]، فقد قضي ببطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره ، في نظير شيء يؤديه ، على منافع ماليه تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث يتبين من الظروف ان هناك اختلالاً فادحاً (disprooortion choquante) - B G B في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء [١٠٤]. تجدر الاشارة إلى ان المادة (٢/١٣٨) من القانون الالماني لا تقتصر على كونها جزاء على النسبه الفاحشه للفائده في عقد القرض أو ما شابهه ، فالمشرع الالماني لم يقصد بمصطلح (wucher) الربا الفاحش الناتج

عن المبالغة في سعر الفائدة المرتفع وانما أيضاً الغبن الفاحش . ولذلك فان هذا المصطلح يستخدم بشكلٍ اوسع مما يستخدم في مصطلح (usure) في القانون الفرنسي[١٠٥][١٠٦] . يتجه البحث ، إلى ان الغايه من تقنيين الغبن في القانون الالماني ، بالنسبه للفقه الالماني المعاصر ، تهدف إلى حماية مؤسسة العقد . يتجلى ذلك واضحاً في المادة (٢/١٣٨) ، فالمتعاقدان يبرمان العقد ؛ لان كل واحد منهما يملك مشاعر الثقه تجاه الاخر وما كتابة العقد إلا المرحله الاخيرة من عملية التعاقد وهي بمثابة الشكل المادي الذي تظهر به هذه الثقه .

البطلان هو ما تفرضه المادة (٢/١٣٨) جزاءً لكل تصرف صادر من شخص يستغل حالة الاكراه أو عدم الخبره أو عدم تقدير العواقب ، أو قلة التبصر لشخصٍ من الاشخاص ، لإبرام عقدٍ لصالحه بحيث يكون التفاوت بين التزامات الطرفين واضحاً للعيان.

تأسيساً لما تقدم يمكن القول : ان للغبن في القانون الالماني ، خصوصيه اخلاقية ، تهدف إلى حماية العقد ، تبرز عند تطبيقها متمثله بـ المصلحه العامه التي يهدف المشرع إلى حمايتها ، وليست المصلحة الخاصه لآحد طرفي العقد . فكلا طرفي العقد يمكنه اثارة البطلان؛ لان النص لا يهدف الى حماية طرفٍ دون آخر ولكنه يهدف الى منع كل اتفاق يخالف الآداب العامه ، أو مما يُطلَقَ عليه (الاخلاق والمبادىء الاساسيه للقانون) . بمقارنه النص الذي يتناول الغبن في القانون المدني الالماني ، بما يقابله في القانون المدني الفرنسي[١٠٧] ، نجد ان النص الالماني يعد نصاً عاما لا يقتصر على موضوع محددٍ أو فئات معينه من الاشخاص ، كما هو الحال في المادة (١١١٨) من القانون المدني الفرنسي ، أو ان يقتصر على اشخاص ناقصي الاهليه[١٠٨] أو على اشخاص اهليتهم كامله ولكنهم يتمتعون بحمايه قضائيه مسبقة [١٠٩] . مما يشار اليه في اتجاه الفقه الالماني المعاصر ، هو ان حماية مؤسسة العقد تشمل ايضاً حماية اطراف التعاقد فيه . فلم يكن هدف الفقره الثانيه الوحيد هو حماية مؤسسة العقد ، بل كانت تهدف كذلك إلى حماية العنصر الاخلاقي أو على الاقل عدم مخالفة العقد للآداب العامه[١١٠] . بعد ان لاحظ البحث الميزه القانونيه التي يتمتع بها القانون المدني الالماني في المادة (٢/١٣٨) ، القائمه على الحاق الغبن بالاتفاقات المخالفه للآداب العامه ، يطرح تساؤلاً : هل الغبن ، وفق رؤية الفقه الألماني ، يتعارض مع القوه الألزاميه للعقد ؟

يبدو ان ابطال العقد المخالف للآداب العامه – بناءً على اتجاههم في ذلك – لا يعد انتهاكاً للعقد بل حماية له ، واذا كان هناك انتهاكاً ، فانه يبرر من خلال حماية النظام الاجتماعي والمبادىء العليا للقانون [١١١].

يمكن ان تستخلص مما تقدم : ان كلاً من القانونين الفرنسي والألماني يضعان حلولاً مختلفه فيما يتعلق بمشكلة التنازع بين القوة الالزاميه للعقد ودعوى الابطال بسبب الغبن . فالقانون الفرنسي يلجأ إلى معيار موضوعي باشتراطه مقداراً معيناً للغبن لإقامة دعوى الابطال إلى جانب الحمايه الخاصه التي يوفرها المشرع لأحد طرفي العقد ، في حين يجعل القانون الألماني الغبن من الاتفاقات المخالفه للآداب العامه ، هادفاً حماية اطراف التعاقد في الرابطه العقدية . وتقضي المادة (٢١) من قانون الالتزامات السويسري ، بجواز اعلان المتعاقد المغبون في غضون سنه ، بطلان العقد الذي يوجد فيه اختلالاً واضحاً ما بين ما تعهد به أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الاخر ، واسترداد ما تم دفعه ، إذا تم هذا الدفع عن طريق استغلال حاجه وقع فيها المتعاقد ، أو خفه أو عدم تجربه .ثم أخذت التشريعات العربيه بهذا التوجه ، وكان اولها تبنياً لهذه النظريه قانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ٢١٤) ، وتبعه في ذلك التقنين المصري الجديد (المادة ١٢٩) والقانون المدني السوري في المادة (١٣٠) والليبي في المادة (١٢٩) والعراقي في المادة (١٢٥) والاماراتي المادة(١٨٨) والاردني المادة(١٤٦) [١١٢] . وقد حرص المشرع المصري في تقنينه الجديد المادة (١٣٠) ، وقابله السوري (م١٣١) والليبي (م ١٣٠) والعراقي (م ١٢٤) واللبناني (٢١٤) ، على مراعاة عدم الاخلال بالاحكام الخاصه بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة [١١٣][١١٤] .

المبحث الثالث
الاستغلال مظهر من مظاهـر تطـــــــور فكـــــــرة الغبـــــــن

بعد ان لاحظ البحث تطور الغبن من نظرية مادية إلى نظرية نفسية للاستغلال ، سيقف عند نظرية الاستغلال بوجه عام ، ثم يتم تسليط الضوء على عناصر الاستغلال ، الموضوعي (المادي) والنفسي (الشخصي) وصولاً إلى الجزاء الذي يترتب عليه ، بعد تناول البحث علاقة الغبن بعيوب الأرادة ومجال أعمال الغبن ، وذلك في المطالب التالية .

* نظرية الاستغلال بوجه عام :

نظام قانوني مؤداه ، توفير الحماية القانونية في حالة ان يعمد شخص إلى ان يفيد من ناحية من نواحي الضعف الانساني يجدها في الآخر ، كحاجة ملجئة تتحكم فيه أو طيش بين يتسم به سلوكه ، أو هوى جامح يتحكم في مشاعره أو عواطفه ، أو خشية تأديبية تسيطر عليه من عدم خبره أو ضعف في الادراك ، يجعله يبرم عقداً ينطوي عند أبرامه على غبن فاحش يتجسد في عدم التناسب بين ما أخذه منه واعطاه له ، فيؤدي به إلى خسارة مفرطه ، بحيث يمثل عقده هذا اعتداء على قواعد الأخلاق والائتمان السائدة في المجتمع ومبدأ حسن النيه . وبذلك يعد الغبن : مظهر من مظاهر تطور فكرة الغبن من نظرية مادية إلى نظرية نفسية . فالغبن هو المظهر المادي للاستغلال[١١٥] . الاستغلال كعيب يشوب الرضا ، نظام قانوني حديث نسبياً ظهر في العصور الحديثة بتأثير نزعة العداله من جهة والرغبة الصادقة في مكافحة النوايا السيئة من جهة أخرى، فنظام الاستغلال يجابه من ناحية التفاوت الصارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين مايعطيه ، ومن ناحية أخرى يجابه استغلال نواحي الضعف الانساني في المتعاقد ؛ كون ذلك لا يأتلف مع شرف التعامل وحسن النية وقيم لمجتمع المتحضر[١١٦] . يعد القانون المدني الألماني الصادر سنة ١٨٦٦ م النافذ في كانون الثاني سنة ١٩٠٠م، أول من تبنى الاستغلال ، عيباً مستقلاً من عيوب الرضا وهو الذي اوصى بفكرته للتشريعات التي تلته . ونظر المشرع الألماني إلى الاستغلال من ناحيته الثانية ، فرأى فيه مخالفه لحسن الآداب من شأنها ان تدفع التصرف بالبطلان المطلق[١١٧]، إلا ان السائد في التشريعات الحديثه ان

ينظر إلى الاستغلال ، عيب من عيوب الرضا لا يؤدي إلى البطلان وانما يتمثل بقابليته للابطال أو للانقاص . وهو ما اخذ المشرع المصري في قانونيه المدني الجديد ، المواد (١٢٩) ، (١٣٠) منه [١١٨][١١٩] . فق ذكر قانون الالتزامات السويسري ابان في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً ما بين تعهد احد المتعاقدين وتعهد الاخر ، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة ان يعلن بطلان العقد ويستر ما دفعه إذا كان قد دُفِع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو حقه أو عدم تجربه . تبنى المشرع العراقي نظرية الاستغلال في المادة (١٢٥) من قانونه المدني ، وقد اقتبس احكام هذه المادة من المادة (١٣٨) من القانون المدني الألماني والمادة (٢١) من قانون الالتزام السويسري [١٢٠] .

المطلب الأول :

* معيار الاستغلال

يعمل النظام القانوني للاستغلال على ان يفوت الفرصه على ذوي القصد السيء ممن يتلمسون مظاهر الضعف الانساني بقصد الحصول على مكاسب غير مشروعه ، والحال ان كل مظهر من مظاهر الضعف الانساني من شأنه ان يحقق الاستغلال . وفي ضوء ذلك فان بعض التشريعات تضع قاعدة عامه في الاستغلال من شأنها ان تنطبق على أي مظهر من مظاهر الاستغلال أيً كان نوعه أو طبيعة تماشياً مع خصيصة التجريد التي ينبغي ان تكون عليها القاعدة القانونية التي تسمو على التفصيلات والجزيئات .

المشرع العراقي لم يضع قاعدة عامه في الاستغلال وأنما اتبع طريقة التعداد على سبيل الحصر لمظاهر الضعف التي يحميها القانون ، وان توسع فيها قياساً للمشرع المصري الذي قصر محل الاستغلال على الطيش البين والهوى الجامح .

يظهر مما تقدم ، ان طريقة التعداد على سبيل الحصر ، تجعل من وضع معيار عام محدد لقياس مظاهر الصنف الانساني ، امراً متعذراً ايضاً ، ولما كانت الحالات المذكوره هي حالات نفسيه وتمثل اعتداء على اخلاقيات التعامل وحسن النيه ، من الاجدر بمكان على القاضي اعمال المعيار الذاتي والبحث في مدى قيام احد العاقدين باستغلال حاجة العاقد الاخر أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه .

يبدو ان بحث القاضي ينصب هنا على العناصر النفسيه والشخصية لدى المتعاقد الذي لحقه غبن نتيجة الاستغلال ، فهي عناصر داخلية لصيقة بذات المتعاقد ، يقوم القاضي بأكتشافها في ضوء مقومات المعيار الذاتي المتعلق

بحالات الضعف التي اوردها المشرع [١٢١]، مراعياً قواعد الاخلاق السائده في المجتمع . فضلاً عن ذلك مناط تحقق النظرية الشخصية ، بمعيار الفداحه ، عدم التعادل الفاحش ، يُرجع فيه إلى ظروف كل من المتعاقدين والى الملابسات التي احاطت بهذا المتعاقد الذي لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً أو عدم خبره [١٢٢][١٢٣].

المطلب الثاني :

* عناصر الاستغلال :

اختلال التعادل بين ما التزم به المتعاقد المغبون ، وبين ما ياخذه في مقابل ذلك اختلالاً يؤدي إلى الغبن الفاحش ، يعد العنصر الموضوعي في الاستغلال ، امّا العنصر الثاني ، العنصر النفسي (الشخصي) فانه يتمثل في استغلال الضعف لدى المتعاقد ، على ان يكون ذلك هو الدافع إلى التعاقد .

المقصد الأول :

* العنصر الموضوعي (المادي) :

لا يشترط التعادل بين التزامات طرفي العقد في عقد البيع ، فقد يغبن احدهما الاخر ولا يمنع ذلك من صحة البيع ، ولكن إذا اختل التعادل اختلالاً فادحاً بين قيمة المبيع الذي التزم به البائع والثمن الذي التزم به المشتري فان العنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق .

وفي الوعد بالبيع ، إذا كان الواعد قد التزم بيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل وما حصل عليه من فائده بوعده هذا ، وهو الثمن الزهيد ، قداختل اختلالاً فادحاً ، فان العنصر الموضوعي للاستغلال هنا قد تحقق كذلك .

العبره في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصيه بالنسبه إلى المتعاقد ، لا بقيمته الماديه في ذاته [١٢٤]. فقد تكون القيمه الماديه لمنزل ثلاثة آلاف ، فيرغب شخص في شرائه اربعه آلاف ، لان قيمة المنزل بالنسبة اليه تبلغ هذا الثمن، فالعبره هنا بالقيمة الثانية دون الأولى [١٢٥].

ولو اشتراه الراغب فيه باربعة آلاف أو بمبلغ اكبر ، بما لا يعد اختلالاً فادحاً بين ما دفعه وما اعتبر قيمة شخصية للمنزل ، فان العنصر الموضوعي للاستغلال لا يتحقق . أمّا إذا دفع ثمناً عالياً يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية ، كأن دفع تسعة آلاف ، جاز القول بأن الاختلال في التعادل اختلال فادح [١٢٦] .

* مجال أعمال الغبن

اتجه البحث إلى معرفة مدى امكانية التوسع من دائرة الغبن ، أو وجوب التضييق منها ، إلا انه يجدر التساؤل ، هل يختص الغبن بنوع معين من العقود ام انه يتحقق في انواع العقود؟

اكثر ما يكون الاختلال فادحاً في عقود المعاوضه المحدودة (contrats commutatifs) ففيها يأخذ المتعاقد ويعطي ، سواء في ذلك اخذ لنفسه أو اخذ لغيره كما في الاشتراط لمصلحة الغير [١٢٧] .

ولكن هل يقع الغبن في العقد الاحتمالي[١٢٨] (contrat Aleatoive) ؟

يذهب بعض الفقهاء، ويؤيدهم في ذلك العلامه السنهوري [١٢٩] ، إلى ان نظرية الغبن لا تقتصر على العقود المحددة وحدها ، فالعقود الاحتماليه يمكن القول ، في راي هذا الفريق ، بوقوع الغبن فيها ، وذلك إذا اختل التعادل بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة وقت التعاقد (انعقاد العقد) ، كبيع عقار كبير القيمة في مقابل ايراد مرتب مدى الحياة لشخص هرم مريض لا يحتمل إلى ان يعيش إلا مده وجيزه [١٣٠] . ولا يمكن القول في عقود التبرع ان هناك اختلالً فادحاً في التعادل، لان المتبرع يعطي ولا يأخذ . ولكن، بالرغم من ذلك ، يقع الاستغلال في التبرعات كما يقع في المعاوضات ، فقد يتبرع شخص بجميع امواله ، ويغلب ان يتم ذلك عن طريق هبه في صورة بيع ، لزوجته الثانية واولاده منها ، مضيعاً بذلك على زوجته الأولى واولاده منها ميراثهم الشرعي ، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال زوجته الثانية ، ضعفه أو هواه . وهنا لا يقال ان التعادل مختل اختلالاً فادحاً ، بل يقال انه غير موجود ابتداء ، فالمتبرع اعطى دون مقابل ، وهو لم يرضَ بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البينّ أو لهواه الجامح أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه [١٣١]. بل قد يتجاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونيه الصادره من جانب واحد. كما إذا اوصى شخص بجميع ما يملك الايصاء به لشخص استغل طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، أو أي حاله من حالات الضعف الانساني ، فالوصيه هنا يعيبها الاستغلال ، وهي ليست عقداً بل عملاً قانونياً من جانب واحد [١٣٢].

المقصد الثاني :

* العنصر النفسي في الاستغلال :

ينحصر العنصر النفسي في الاستغلال ، باستغلال أحد طرفي العقد ما في المتعاقد الاخر من طيش بين أو هوى جامح [١٣٣] أو حاجه أو عدم خبره أو ضعف إدراك ، وتتمثل الخفه الزائده التي تؤدي إلى التسرع وسوء التقدير في الطيش البين ، ومثالها حال الشاب الذي يرث المال الكثير ويصرفه يميناً وشمالاً لاشباع رغباته مما يجعله في حاجه إلى المال على الدوام ؛ جراء ذلك ، وبثمن زهيد يقوم ببيع ما يملك ، وقد يلقي هذا الطيش والنزق ، بالشاب في ايدي المرابين والمستغلين ، فيستكتبونه من العقود ما يجردهُ من الكثير من ماله ، وهم يستغلون في ذلك نزقه الشديد وطيشه البين [١٣٤] . اما ما يعمي الشخص عن تبين ما هو في صالحه جراء الرغبة الشديده ، سواء أنصرفت هذه الرغبه إلى شخص أو إلى شيء من الأشياء ، بحيث لا يتمكن الشخص من مقاومتها أو اتلافيها فتصير إرادته معيبه ، فهو الهوى الجامح ، ومن قبيل ذلك إقدام الزوجه على طلب الطلاق للتزوج برجل آخر ، هواها الجامح بغيره يستغله الزوج طالباً منها مبالغ ماليه طائله في مقابل طلاقها . وكثير ما يعمد رجل طاعن في السن إلى الزواج من أمرأة لا تزال في مقتبل عمرها ، وليس من النادر ان تعمد الزوجه إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى ، فتستكتبه من العقود لنفسها ولأولاها ما تشاء . وقد تتزوج امراءة غنيه من زوج شاب عن ميل وهوى ، فيتعمد الزوج إلى استغلال الزوجه وابتزاز مالها عن طريق عقود يمليها عليها [١٣٥] . واستغلال الحاجه يقرب من استغلال حالة الضرورة ، التي يمكن ملاحظتها في الاكراه ، كأن يعرض شخص مركبته الخاصه للبيع ، نتيجة حاجة ملحه للنقود ، فيستغل المشتري حاجة البائع إلى المال واضطراره إلى بيع سيارته فيدفع له ثمناً أقل بكثير من قيمتها الحقيقية ، فيضطر البائع إلى القبول لحاجته الملحه إلى المال وتتمثل الحاجه بالضائقه[١٣٦] التي تدفع الانسان للحصول على الشيء ، كأحتياج مريض إلى اجراء عملية عند طبيب معين واستغلال الطبيب لهذه الحاجه ، إلا انه ليس من الضروري اقتران الحاجه بالفقر ، فقد يكون المحتاج غنياً : ((كأحتياج مالك دارٍ عامره لا حديقه لها إلى شراء ارض مجاوره لاتخاذها حديقه لداره فيستغل مالك الارض هذه الحاجه)) [١٣٧] . امّا عدم الخبره وضعف الادراك ، فهما حالتان يكون الشخص فيهما غير قادر على تمييز الجيد من الرديء ، اولا معرفه له بالاسعار ، مما يجعل آخر يستغل ذلك النقص فيه ويغبنه غبناً باهضاً بعد ان يبرم معه عقداً بذلك أو حالة تلقي الركبان في الفقه الإسلامي[١٣٨] .

يعد الجاهل بالامور الذي يقدم على الامر دون نظرٍ ولا فكر ، عديماً للخبره ، وبذا يقترب عدم الخبره من الطيش من ناحية ومن الغفله من ناحية أخرى ، إلا ان الغفله وهن في القوى العقليه وعدم الخبره ليس كذلك(١٣٩) .

إذا اردنا ان نقرب هذه الحاله من الاستغلال من عيوب الرضا الاخرى وجدناها تقرب من حالة التغرير مع الغبن ومن حالة تدليس العيب . ويلاحظ مما تقدم ، ينبغي على القاضي ان يتحقق من ان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد ، بمعنى ان يكون المتعاقد الاخر هو الذي سعى إلى حمل الضحيه على ارتضاء العقد على نحو ما ارتضاه عليه بحيث انه ما كان ليرتضيه على هذا النحو لولاه ، فلو تبين ان المتعاقد المغبون كان سيتعاقد في كل الاحوال ، فلا يتحقق الاستغلال ولو تحقق الغبن وبوجود مظاهر الضعف بصورها المتعدده ؛ ذلك ان جانباً من الاتجاه التشريعي لا يعد الغبن – ابتداءً – لوحده عيباً مستقلاً ، كما ان وجود الضعف ، صفه لصيقه بالشخص لا يعني تحقق الاستغلال دائماً ، فكثير من الناس تبيع اموالها تحت ضغط الحاجه وكثير ما يهب المحبين اعزائهم اموالاً ، وقد لا يعرف الجديد في مهنته مواقع الاسواق الاكثر مناسبه من حيث السعر والجوده، والقول بوجود الاستغلال في مثل هذه الحالات فيه تهديد لاستقرار التعامل ، وانما ينبغي ان تتوافر عناصر الاستغلال ، من اختلالٍ فادحٍ (فاحش) وهذا هو العصر الموضوعي في الاستغلال ، وان يكون استغلال الضعف لدى المتعاقد هو الدافع إلى التعاقد ، وهذا العنصر النفسي في الاستغلال(١٤٠) .

يلاحظ ان العنصر النفسي يقتضي ان يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الاخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، فرغم تعدد نواحي الضعف النفسي التي يمكن ان تكون موضع استغلال ، إلا ان بعض التشريع ، حصرها في ناحيتين منها فقط، وبالتالي نجد ان القاضي يتقيد في ممارسة سلطته في حماية من وقع عليه الغبن بهاتين الحالتين من الضعف .وعليه في ضوء هذا الاتجاه التشريعي ، ولا يدخل في اطار هذه السلطه حماية المغبون نتيجة استغلال نواحٍ أخرى من الضعف الانساني ، كعدم الخبره أو الضروره أو ضعف الادراك ، وغير ذلك مما يؤدي إلى اضعاف ارادة الانسان واندافاعه إلى التعاقد دون ترون ووعي كافٍ . لا يخلوا هذا التوجه ، بحصر العنصر النفسي في حالتين فقط ، ومن جهة نظر ؛ لما فيه من تفويت لفرصة اعادة التوازن العقدي في احوال أخرى كحالة الحاجه وعدم الخبره وضعف الادراك ؛ لذا يظهر من الارجح تعميم حالات الغبن بالاستناد على احكام الفقه الإسلامي ، إلى جانب اعمال قواعد الاستغلال في الاحوال التي يمكن للمتعاقد المغبون ان يثبت فيها العنصر المادي والنفسي لهذا العيب . فكثير من التشريعات الوضعيه

العربيه منها والغربية ، بحثت[١٤١] هذا الاختيار ، كالمشرع السوداني ، والعراقي ، واللبناني ، والألماني، والسويسري والهولندي وغيرها من التشريعات ، ولا يوجد فيه ، وفق رؤية البحث ، مما يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات ، فلا معنى لمعاملة قائمة بغياب العدل بين طرفيها وقد أسست على الاستغلال والتمتع بأكل اموال الاخرين بغير وجه حق ، لما فيهم من ضعفٍ أو فاقه ، ويبدو ان الفكر الفرداني الذي لا يعرف حداً لجشع الانسان ، هو ما يتمثل به هذا التوجه الذي لا يرتب جزاء رادعاً للغايات التي نشأت على استغلال الصنف الانساني والوسائل الغير مشروعه[١٤٢] . يتضح مما تقدم ان جانباً من التشريعات لاسيما العربيه ، قد فصل بين عيب الاستغلال والغبن ، بشمول نص الاستغلال قاعدة عامه لكل العقود إذا تحقق شقه المادي المعنوي ، أمّا الغبن فقد تركت تطبيقاته مبوبه في مضامين بعض العقود ، ولم يجعل المشرع الفرنسي ، الاستغلال عيباً من عيوب الارادة ، بل اقتصر على العيوب الثلاثه (الغلط والتدليس والاداره) ، واكتفى في اعادة التوازن العقدي بالنص على الغبن في احوال محدده بموجب القانون . فضلاً عما تقدم ، يجد البحث انه يحسن بالمشرع توسيع حالات الغبن لتشمل جميع العقود ، وعلى القضاء ان يقبل بهذه التوسعه ويمد الحمايه لكل متعاقد هو بحاجه اليها ، فنصّ المشرع على بعض تطبيقات الغبن لا يمنع من مد حكمه على باقي الاحوال غير النصوص عليها ، لاسيما ان فلسفة القانون بالاساس هي قائمة على ضرورة تحقيق العدل بين افراد المجتمع كافه ، ولا يمكن القبول بالغبن بالتجاوزات الناتجه عن الحياة العمليه الماسه بشكلٍ واسع بالتوازن في أقتصاد العقد وأدآته في حين يتم المنع من إعادة النظر في العقد من جديد بحجة عدم وجود نص يقضي بذلك مما يؤدي بالتالي إلى قبول الغبن في العقد إذا تعلق البيع بمنقول قد تجاوز قيمته العقار الذي يرد عليه الغبن بنص قانوني . ويمكن القول بذلك : ان هذه النتيجه مجانبه للصواب قد ننجزُ اليها إذا ما سلمنا دون تمعن إلى وجهة نظر بعض الاتجاهات التشريعيه التي تعتد بذلك ، خاصه ان بعض المشرعين قد ضيقّ من دائرة الاستغلال ، باشتراطه في العنصر النفسي ان يكون متعلقاً بهوى جامح أو طيش . تأكيداً لما سبق ، فكما يقع الغبن في العقار يقع في المنقول ؛ لان العله في نقض البيع واحده بينهما ، وهو رفع ضرر الغبن عمن وقع عليه ، وعدم تمكين الناس من اغتيال بعضهم البعض باسم البيع ، وكما يقع الضرر في الغبن على البائع يقع على المشتري ، والعله رفع الضرر عن المتضرر ، من الاجدر ، تحقيقاً للعدل ، عدم التفرقه بين البائع والمشتري في جواز نقض البيع للمتضرر بينهما .

من خلال البحث ، يظهر ، ان مسألة تعميم قاعدة الغبن لا تثير إشكالاً بالنسبه للتشريعات التي تجعل الشريعه الاسلاميه مصدراً من مصادرها ، ولا يخفى ان فكرة الغبن في الشريعه الاسلاميه تعرف تعميماً من حيث التطبيق على جملة عقود المعاوضه ؛ لذا فمن الاوجب اعمال قواعد الفقه الإسلامي بهذا الشأن وعدم غض الطرف عنها تعطيلاً لها ، وإلا كان النص على مصدريتها لدى هذه التشريعات من قبيل التزيد واللغو ، وهذا مالا يمكن افترضه بأي حال ، ويبدو ان مبرر تمسك بعض الفقه لفرنسي وقضاءه بحرفية نص المادة(١١١٨) من القانون الدني ، مقبولاً لما تحكمه عندهم قاعدة لا حكم بدون نص ، لكن الذي يبدو غير مبرر لدى الفقه والقضاء في الدول العربية الاسلاميه ، انهم تمسكو بالقول ان حالات الغبن محدودة في القانون ولا يجب الخروج عنها ، وفاتهم ان نصوص هذه القوانين تعتمد الشريعه الاسلاميه مصدراً من مصادر القانون لديها ، تستقي منه الاحكام التي لم يرد نص بشأنها [١٤٣].

حظرت أحكام الشريعة الاسلاميه الغبن في جميع صوره ، وبالنسبه لجميع عقود المعاوضه الذي يرد عليها ، وهذا الحكم يعد من مباني الشريعة الاسلاميه الغراء التي بنيت على فكرة العدل في جميع شؤون الحياه ، واسست المعاملات على ذلك متجهةً إلى تحريم كل انواع اكل اموال الناس بالباطل[١٤٤]، وهي دعوه للمشرع ، إلى ضرورة اقرار مبدأ عام للغبن ودوره في اعادة التوازن العقدي والى أهمية ادراج قواعد اخلاقية في التقنين المدني تحكم عيوب الحياة الاجتماعية .

الفرع الأول :

* علاقة الغبن بعيوب الارادة :

يترتب على كون الاستغلال الذي وقع من المتعاقد الاخر ، هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد ، امران[١٤٥] : الأول ، ان ارادة المستغِلْ تكون ارادة غير مشروعه ، فانها انصرفت إلى استغلال المتعاقد المغبون وهذا عمل غير مشروع وبذا يعد العقد ، بناءً على الامر الأول ، الذي أملاه الطرف المستغِل عقدا غير مشروع ، وهو ما اخذ به القانون الألماني (م ١٣٨) وجعل عقد المستغِل باطلاً بطلاناً مطلقاً لمنافاته للآداب ، والثاني : ان ارادة المتعاقد المغبون تكون ارادة معيبه ، فهي ارادة ضلل بها الطيش البين ، أو ضغط عليها الهوى الجامح ، وقد دفع بها الاستغلال إلى التعاقد ، فالمعيار هنا معيار نفسي كما هو الامر في سائر عيوب الرضا ، فإذا تم اعتبار الامر الثاني ، فإن ارادة المتعاقد المغبون معيبه وكان هذا العقد ذاته ، الذي لم يرضَ به الطرف المغبون إلا عن ضلال من طيشه أو ضغط من هواه ، عقد قد داخله عيب من

عيوب الرضاء [١٤٦]. وبذلك – الاعتبار الثاني – اخذت التقنينات الحديثه ، وجلعت العقد قابلاً للابطال اوللانقاص لعيب في ارادة العاقد المغبون . وقد اقتفت الكثير من القوانين المدنيه اثر المشروع الفرنسي الايطالي وكثير من التقنينات الحديثه بالنظر إلى الاستغلال على اساس انه عمل من شأنه ان يعيب ارادة الطرف المغبون لا على اساس انه عمل غير مشروع صادر من الطرف المستغِل[١٤٧][١٤٨]. يجد البحث ، مما تم ذكره من ملاحظات ، ان التوسع في فكرة الغبن سواء أكان ناتجاً عن استغلال حاجة الضعف لدى المتعاقد الآخر ، أو كان مجرداً ، يكون له دور كبير في حماية المستهلك ازاء المضمون العقدي الذي يختل نتيجة لعدم توازن الأداءات [١٤٩] . ويبدو ان الاتجاه الذي يقول : ان اقرار مبدأ عام للغبن ازاء المضمون العقدي لإعادة توازن الاداءات في العقد ، أي اقرار مبدأ عام للغبن ، يؤدي إلى اغراق ساحة القضاء بالمنازعات المتعلقه بالغبن والاستغلال ، لا يستقيم مع الواقع العملي ؛ إذ ان سلطه التعديل والابطال للقاضي ، ستجعل تدخله يتسم ، بطبيعة كونها وقائيه وهامه ، تجعل المتعاقدان يدخلان في اعتبارها عند انشائهما للعقد تلك السلطه ، وبذا سيلتزم ابتداءً طرفي العقد الحدود المسموح بها وتحاشي الاسباب التي قد تؤدي إلى تعديل العقد أو ابطاله؛ حرصاً منهما على ان يضمن لتعاقده الاستقرار ، الامر الذي يجعل لهذه الحماية أثراً مسبقاً يتمثل في حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقديه [١٥٠].

الخاتمــة

من خلال هذا العرض ، نخلص إلى القول : بان نظرية الغبن هي من بين اهم الوسائل التي يلزم ان ينظر اليها بأكثر اهتمام من قبل المشرع والقضاء لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد . والامر لا يعدو في الواقع كونه ، مجرد ضرورة اعادة النظر في نظرية الغبن من اجل بسط احكامها على جميع العقود ، لاسيما قيام فلسفة القانون بالاساس على ضرورة تحقيق العدل بين افراد المجتمع دون إقصاء ، فكيف يقف المشرع ، عندما يتم تجاوز خطير يمس توازن العقد الاقتصادي ويمتنع من اعادة النظر في العقد من جديد ؛ لعدم وجود نص يقضي بذلك ، الامر الذي يحسن بالمشرع إلى تقبل الغبن في العقد إذا تعلق العقد بمنقول ق تجاوزْ قيمتهُ قيمة العقار الذي يرد عليه الغبن بنص قانوني . وفي مضمار هذه الدراسة اتضح عدداً من النتائج والمقترحات ، يبدو من الضرورة بمكان عرضها ؛ لأهميتها في التشريع المعاصر . وذلك على النحو التالي :

اولاً : النتائج :

- يظهر ان أهمية لفت الفقه الفرنسي ، نظر المشرع إلى ضرورة التخلص من الفكر الفرداني وتبني فكر اجتماعي يجد من الحريه التعاقديه وانانيتها بما يضمن عداله عقديه افضل ، على غرار الاتجاهات التشريعيه الحديثه ، تبين تأثيرها بشكل جليّ ، من خلال التبديل الذي طرأ على المفاهيم القانونيه ، بخروج فكرة الغبن من نطاقها المادي الفردي إلى النطاق الشخصي الاجتماعي واتساع مدلولها من العقود ذات الموضوع المتبادل إلى العقود التي لا تبادل فيها بين الطرفين كالتبرع ، وقامت نظريه جديدة هي نظرية الاستغلال ، صار الغبن فيها مظهراً مادياً للاستغلال . وقننت النظريه الجديدة في القوانين المدنيه التي صدرت بعد التقنين المدني الفرنسي ، كالقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسري ، وتأثرت التقنينات المدنيه العربيه بهذا الاتجاه الجديد فأقرت نظرية الاستغلال .
- يظهر ان التوسع في فكرة الغبن ، سواء أكان ناتجاً عن استغلال حالة الضعف لدى المتعاقد الآخر ، أو كان مجرداً ، يكون له دور كبير في حماية المستهلك ازاء المضمون العقدي الذي يختل نتيجة لعدم توازن الأداءات .
- واجه المشرع الإسلامي ، مسألتان في تنظيم الغبن ، تتمثل الأولى في مبدأ

حرية التعاقد والذي أثار الخلاف بين وجهات النظر ، في صدد الغبن في العقود ، بين الفقهاء المسلمين : هل ان الفسخ لوحده ، بسبب الغبن ، يؤدي إلى كثرة المنازعه والمخاصمة وهو ليس ارفق بالناس ؟ وان الغبن المجرد عن الغش والخديعه لا يعيب العقد . وتقف المسأله الثانيه ، في وجه تنظيم الغبن تنظيماً مادياً ، فتتمثل في نظرية القيمه بالنسبه لكل فردٍ على شكل منفرد والتي تتحدد تبعاً للظروف والمناسبات . ولا شك أنها جعلت المشرع الإسلامي يآخذها في الاعتبار عندما جعل للغبن شروطاً غير ماديه .

- الغبن وفق النظريه المادية ، يعد عيباً مستقلاً قائماً بذاته يقع في العقد لا في الرضاء . أمّا الغبن وفق النظريه الشخصية ، لا يكون عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد ، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الارادة (الغلط ، التدليس ، والاكراه) .
- اقتفت الكثير من القوانين المدنيه اثر المشروع الفرنسي الايطالي وكثير من التقنينات الحديثه ، بالنظر إلى الاستغلال على أساس انه عمل من شأنه ان يعيب إرادة الطرف المغبون ، لا على اساس انه عمل غير مشروع من الطرف المستغِلْ . فإرادة الاخير تعد إرادة غير مشروعه وبالتالي فأن العمل يعد غير مشروع . وعليه فان العقد الذي املاه الطرف المستغِلْ يعد غير مشروع وهو ما اخذ به المشرع الألماني في قانونه المدني (المادة١٣٨) ، فقد عدّ عقد المستغِلْ باطلاً بطلاناً مطلقاً لمنافاته الآداب . أمّا ارادة المتعاقد المغبون فانها ارادة معيبه وقد ضُلِلَ بها ودفع بها الاستغلال إلى التعاقد ، وبذا كان العقد ، عقدٌ قد داخله عيب من عيوب الرضاء ، وبذلك اخذت التقنينات الحديثة وجعلت العقد قابلاً للأبطال أو الانقاص ؛ لعيب في إرادة العاقد المغبونْ .
- يفرق تقدير العنصر المادي في الاستغلال عنه في الغبن ، فعدم التعادل في الاستغلال لا ينظر فيه إلى قيمته الأداءات في ذاتها كما في الغبن ، بل يتم بالنظر إلى قيمة الأداءات في نظر الراغبين فيها وبذلك لا نتقيد برقم معين ؛ وبذا فان مرجع التقدير في العنصر المادي ، هو بحث العناصر النفسيه لدى العاقدين . ومقتضى الاخذ بذلك هو تغيرمقدار التفاوت بين الأداءات المتقابله بحسب هذه القيمه الامر الذي يؤدي إلى ان تصبح المسأله من مسائل الواقع الخاضعه للسلطه التقديريه للقاضي .
- بما للقاضي من سلطه في التعديل والأبطال ، فان تدخله يتسم بطبيعة تتصف بكونها وقائيه وهامه ، تجعل طرفي العقد يدخلان في اعتبارهما

عند انشاء العقد تلك السلطه وبذلك يحرص كل من طرفي العقد على ضمان الاستقرار لرابطته العقديه ، بالتزامه ابتداءً الحدود المسموح بها وتحاشي الاسباب التي تؤدي إلى تعديل العقد أو ابطاله، مما يجعل لهذه الحمايه اثراً مسبقاً يتمثل في حماية الطرف الضعيف في العقد . وهذا الواقع العملي يثبت عدم استقامة الرأي القائل بالتضييق من دائرة الغبن وعدم إقرار مبدأ عام لهذه النظريه ازاء المضمون العقدي لإعادة توازن الأداءات فيه ، بحجة استقرار التعامل وعدم الأغراق لساحة القضاء بالمنازعات وانه ارفق بالناس .

- تعد مسألة ، تصرف المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً متلفاً للعين أو بحكم التلف، كبيع أو عتق ، محل نظر . فالتلف في سائر الخيارات لا يقتضي سقوط الخيار ، فما وجه سقوطه في هذا المطلب ؟ ، إذ ان هذه التصرفات المشار اليها لا تدل على الرضاء بالعقد المغبون به ، لعدم علم الاخير بالغبن ؛ لذا يقترح ان يخير العاقد المغبون بين الرد والفسخ ، ومع التلف حقيقة أو حكماً يسقط الرد ؛ لزوال الموضوع (العين محل العقد) ويتعين أمّا التفاوت مع امتناع الرد أو الفسخ ودفع قيمة العين واسترجاع الثمن .
- بما ان المتبرع يعطي ولا يأخذ ؛ لا يمكن القول في عقود التبرع : ان هناك اختلالاً فادحاً في الأدءات ، الاستغلال بالرغم من ذلك يقع في التبرعات كما يقع في المعاوضات بل قد يجاوز ذلك إلى التصرفات القانونيه الصادره من جانب واحد ، كما إذا أوصى شخص بجميع ما يملك الايصاء به لشخصٍ استُغِلَ فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً .

ثانيا : المقترحات

- يجدر ان يشمل العمل التشريعي ، إلى جانب اقرار مبدأ عام للغبن ودوره في اعادة توازن العقد ، اقرار نص عام للغبن في كل العقود .
- يبدوا ان تدخل المشرع واجب تفرضه عليه الضرورات في كثير من الآحيان . وكي يظل الافراد متحفظين بحريتهم العقديه في حدود نافعه لهم جميعاً دون استغلال هذه الحريه للآخرين ؛ ينبغي ان يكون هذا التدخل بقدرٍ يلازم تنظيم التعامل بما يضمن التوازن بين الحقوق والواجبات الناشئة عن ذلك .
- ان مسألة تعميم قاعدة الغبن لا تثير إشكالاً بالنسبة للتشريعات التي تجعل الشريعة الاسلامية مصدراً من مصادرها . ولا يخفى ان فكرة الغبن في الشريعه الاسلامية تعرف تعميماً من حيث التطبيق على جملة عقود

المعاوضه ؛ لذا من الاوجب على المشرع أعمال قواعد الفقه الإسلامي بهذا الشأن وعدم غض الطرف عنها تعطيلاً لها .

- يحسن بالمشرع توسيع حالات الغبن لتشمل جميع العقود ، وعلى القضاء ان يقبل بهذه التوسعه ويمد الحمايه لكل متعاقد هو بحاجة اليها ، خاصة ان بعض المشرعين قد ضيقّ من دائرة الاستغلال باشتراطه في العنصر النفسي ان يكون متعلقابهوى جامح اوطيش بين . فكما يقع الغبن في العقار يقع في المنقول ؛ لان العله في نقض البيع واحده بينهما ، وهو رفع ضرر الغبن عمن وقع عليه وعدم تمكين الناس من اغتيال بعضهم البعض باسم البيع . وكما يقع الضرر في الغبن على البائع يقع على المشتري ، والعله رفع الضرر عن المتضرر ؛ لذا يجب عدلاً التفرقه بين البائع والمشتري في جواز نقض البيع للمتضرر بينهما .
- لا يدخل في اطار ، حماية منْ وقع عليه الغبن نتيجة استغلال نواحي الضعف الانساني كـ عدم الخبره أو الضرورة أو ضعف الادراك ، لدى التشريعات التي حصرت ذلك في ناحيتين هما الطيش البين والهوى الجامح ، ولا يخلو هذا التوجهه من وجهة نظر ، لما فيه من تفويت لفرصه اعادة التوازن العقدي في احوال أخرى ، كحالة الحاجة وعدم الخبره وضعف الادراك ؛ لذا يبدو من الارجح تعميم حالات الغبن بالاستناد على احكام الفقه الإسلامي ، إلى جانب أعمال قواعد الاستغلال في الاحوال التي يمكن للمتعاقد المغبون ان يثبت فيها العنصر المادي والنفسي لهذا العيب .
- يذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى ان ، ارتفاع اللزوم المستلزم للضرر ، لا يعني ان الوظيفه بعد اللزوم ، هو الخيار بين الفسخ أو الإمضاء ، بل ان الضرر مرفوع ، وبما ان الضرر جاء من التفاوت (الزيادة أو النقيصه) ، فلزوم العقد بالنسبه اليه مرفوع ، أي ان له حق استرداد الزيادة من البائع أو مطالبة المشتري بالنقيصه فيما لو باع بأقل من الثمن ، ويبقى العقد على لزومه بالنسبه إلى القيمه المطابقه ، فان لم يدفع الزيادة أو التكمله تسلط المغبون بعدها على الفسخ . وعليه : إذا بذل الغابن التفاوت لم يكن للمغبون الفسخ وحلّ العقد واسترداد كل الثمن ، فلا يوجد دليل يقول : ان الغبن يوجب الخيار للمغبون حتى نأخذ باطلاقه ، وليس إلا قاعدة الضرر والاخير يتم تداركه ببذل التفاوت وتبقى اصالة اللزوم في العقود بحالها ، فلا خيار إلا بعد الأمتناع عن بذل التفاوت ، ومع البذل فلا حق له في الفسخ (الخيار) .

- يبدو ان المعيار النسبي لا يتماشى ومصلحه العاقد المغبون ؛ لافتقاره إلى ما يحيط بالعاقد أو ظروفه . وكي يتم التوازن بين طرفي العلاقة العقديه ، من الاجدر بمكان ، ان يكون خيار الفسخ بما لا يتساهل فيه الناس ؛ لذا يفضل اعتماد العرف والعادة ، وهو ما ذهب اليه جانب من الفقه الإسلامي ، لتحديد معيار الغبن المخل بالتعادل بين العوضين ، وهو ما أخذ به القانون المدني الألماني ، حيث جعل المعيار الذي يتبعه القضاء في تحديده لمقدار الغبن هو شعور الجماعه .

والحمد لله رب العالمين

الهـــــــوامش

١. مع الاخذ بلحاظ الاعتبار : ليس كل قديم غير صالح للمجتمع الجديد ، فالأمر يتوقف أولاً وآخراً على ملائمة القواعد القانونيه لحكم المجتمع الذي تنظمه ، فالكثير من القواعد القانونيه الموغله في القديم ، لا تزال سارية المفعول حتى الوقت الحالي في مجتمعاتٍ حديثه ؛ لملائمتها حكم ما وضعت من اجله رغم مرور الزمن وتطور المجتمع .

٢. استناداً الى آخر ما ذهب اليه العلامة الاستاذ الدكتور مالك دوهان الحسن والاستاذ الدكتور طه الملا حويش ، كلية التراث الجامعة – قسم القانون – ١٩٩١ في المحروسة بغداد ، وبناءً على مقابلة شخصيه مع العلامه الاستاذ الدكتور عزيز الخفاجي في ٢٠١١/٢/٢٥ – كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة الكوفة ، الذي اكده في بحثه الموسوم " الغبن عيب في الرضاء ام في ذات العقد " في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسه ، العدد الاول ، ٢٠٠٩ ، ص١٧ ، ص٥٢ .

٣. القانون المدني البولوني الصادر سنة ١٩٣٢ (م ٤٢) .
القانون المدني الايطالي الصادر سنة ١٩٤٢ (م ١٤٤٧ ، ١٤٤٨) .
القانون السويسري (م ١٢) .
القانون اللبناني ، الموجبات والعقود (م ٢١٤) .
القانون النمساوي (م ٨٧٩) .
القانون الصيني (م٧٤) .
القانون المشروع الفرنسي الايطالي (م ٢٢) .

٤. الرازي ، محمد بن أبي بكر (٦٦٦ هـ) ، مختار الصحاح ، الكويت ، ١٩٨٣، ص ٤٦٨ .

٥. لويس ، معلوف ، المنجد ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٥٤٤ .
٦. أبي الفضل ، جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، بيروت ، ب - ت ، ج ٢ ، ص ٩٥٦.
٧. الانصاري ، الشيخ مرتضى ، المكاسب ، ط ٤ ، قم ، ١٤٢٤هـ ، ج ٥ ، ص ١٥٧ .
٨. العاملي ، زين الدين الجبعي (ت ٩٦٥) ، الروضة البهية في شرح اللمعه الدمشقية ، ط١ ، النجف الأشرف ، ١٩٦٧ ، ج٣، ص٤٦٣/٤٦٤ .
٩. امّا حكمه ودليله : جعلوا الغبن بواقعة أو عند ظهوره موجباً لخيار المغبون على حدّ سائر الخيارات ، فيتخير بين الفسخ واسترجاع تمام الثمن ، أو الإمضاء بكل الثمن . واستـــدلوا ((أولا)) : بقوله تعالى : ((إلا ان تكون تجارة عن تراضٍ)) – سورة النساء آية ٢٩ – إذ ان البيع تجارة دلت الآية الشريفة ، على مشروعيتها وجوازها او تكون لازمه بالتراضي ، وحيث ان المغبون غير راضٍ واقعاً بشرائه بأكثر من قيمته فيقع البيع جائزا غير لازم ؛ لفقد شروط اللزوم وهو الرضا ، فله امضاؤه وله فسخه .
وبقاعدة ((الضرر)) فإن لزوم العقد على المغبون يستلزم الضرر والخسران وكل حكم يستوجب الضرر مرفوع بحكم القاعدة ، فاللزوم مرفوع ، وهو معنى الخيار . ثم ايدوا ذلك بالاخبار الكثيره الواردة بان : ((غبن المسترسل سحت)). يؤكد الشيخ - كاشف الغطاء ، في تحرير المجلة ، ج١ ، ص ٦٠٠ ، على ان القاعده ان دلت على ارتفاع اللزوم المستلزم للضرر ، ولكن لا تعني ان الوظيفه – بعد اللزوم – هو الخيار بين الفسخ او الإمضاء، بل لعل الاقرب في مفادها ان الضرر مرفوع ، والضرر انما جاء من جهة الزيادة او النقيصه ، فلزوم العقد بالنسبه الى الزيادة او النقيصة مرفوع .
أي ان له حق استراداد الزيادة من البائع ، او مطالبة المشتري بالنقيصه فيما لو باع باقل من الثمن ، ويبقى العقد على لزومه بالنسبه الى القيمة المطابقه ، فان لم يدفع الزيادة او التكمله تسلط المغبون بعدها على الفسخ .
واثر هذا ان الغابن لو بذل التفاوت لم يكن للمغبون الفسخ وحلّ العقد واسترداد كل الثمن ، كما حكم به المشهور حيث جعلوا للمغبون سلطنة الفسخ مهما كان الامر .
وهو رايٌ لا يعتمد على حجة ظاهرة ؛ إذ ليس عندنا دليل يقول: ان الغبن يوجب الخيار للمغبون حتى نأخذ باطلاقه، وليس إلا قاعدة الضرر، والضرر يتم تداركه ببذل التفاوت وتبقى اصالة اللزوم في العقود بحالها فلا خيار الا بعد الامتناع عن بذل التفاوت ، ومع البذل فلا حق له في الفسخ .
أمّا الاخبار الواردة في غبن المسترسل – أي الاستئناس والاطمئنان الى الانسان والثقه به فيما يحدثه – ، فهي خارجه عن الموضوع وهي الى الاحاديث الاخلاقية او المتكفله لبيان الاحكام التكليفية اقرب منها الى بيان الاحكام الوضعية. ويبدو ان المراد فيها : حرمه غش المستنصح في الرأي وخيانة المستأمن لك الواثق بك ، وهو المعبر عنه بـ المسترسل في تلك الاخبار ، أي المطمئن بك غير المتخدر منك

المرسل نفسه على سجيتها لديك . أما السحت وان كان في الأموال، ولكن الظاهر ان المواد منه في الخبر: ان غبن المسترسل حرام كحرمة السحت .
أنظر بخصوص ذلك : : كاشف الغطاء ، الشيخ محمدحسين (١٣٧٣هـ)، تحرير المجله ، ط١ ، قم ، ١٤٢٢هـ ، ج١ ، ص٦٠٠ – ٦٠١ .
: الانصاري ، المكاسب ، ج ٥ ، ص ١٥٨ .
: ابي الفضل ، لسان العرب ، ج ٥ ، ص ٢١٣ .

١٠.
١٠- السنهوري ، عبدالرزاق (الدكتور) ، نظرية العقد ، بيروت ، ب - ت ، ص ٤٤٦ .

١١. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، جامعة الاسكندرية ، ١٩٧٥، ص٨ ،٩.
فريد فتيان ، التعبير عن الارادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني العراقي ، معهد الدراسات العربية ، ١٩٨٥ ، ص ٥٧ .

١٢. الخفيف ، علي، " الغبن في العقود " في البحوث والدراسات العربية، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ع/١٠،ص٣.

١٣. السنهوري ، عبدالرزاق (الدكتور) ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط٣ ، بيروت ، ٢٠٠٠، ج١، ص ٣٨٦ .

١٤. زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، ط ١ ، بيروت ، ب - ت ، ج٤ ، ص٢٣ .
رباحي ، احمد (الدكتور) ، المجال المادي للغبن في العقود ، كلية العلوم القانونية – الجزائر ، ٢٠٠٧م، ص٦٢٢.

١٥. انور سلطان (الدكتور) ، النظرية العامه للالتزام ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٦٥ ، ص ١٧٨ .
الزّحيلي ، وهبه (الدكتور)، العقود المسماة ، ط١ ، دمشق ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٠ .

١٦. الخفيف ، علي ، احكام المعاملات الشرعيه ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص ٣٥٦ .

١٧. السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٣٨٦ .
رباحي ، المجال المادي للغبن ، مصدر سابق ، ص ٩ ، ١٢ .

١٨. كاشف الغطاء ، تحرير المجله ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٥٩٧ .
الانصاري ، المكاسب ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ١٦٧ .

١٩. عدم التعادل أو عدم التساوي في الالتزامات ، كما سيظهر في المطالب اللاحقه ، المتقابله بين طرفي العقد قد يكون عدم تعادل مادي (ويسمى غبن) وقد يكون عدم تعادل معنوي أو نفسي ويسمى استغلالاً . وينظر في الغبن لقيمة العوض من الناحية المادية وفقاً لقانون العرض والطلب ، بحيث إذا قلت قيمته بصورة معينة – متروك تقديرها للقاضي وفقاً لكل حاله على حده – اعتبر غبناً . في حين ان الاستغلال ينظر فيه لقيمة الشيء من الناحية الشخصية فلا يتحقق إلا إذا اعطي

الشخص ، على سبيل المثال ، ثمناً اكبر من قيمة الشيء الشخصية نتيجة لحاجته أو طيشه أو عدم خبرته التي استغلها الطرف الاخر. بخصوص ذلك أنظر:
رشوان حسن رشوان ، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، جامعة القاهره ، كلية الحقوق ، ١٩٩٤ ، ص ٣٠٥ / ٣٠٦ .

٢٠. انظر : ابو السعود ، حسن (الدكتور) ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٤٥ ، ص٢٢٨ .

٢١. فريد فتيان ، التعبير عن الارادة ، ص ٥٨ .

٢٢. الذنون ، حسن علي (الدكتور) ، النظرية العامة للالتزام ، بغداد ، ١٩٤٩ ، ص١٠٩ .
الخفاجي ، عزيز كاظم (الدكتور) ، " الغبن عيب في الرضا ام في ذات العقد" في الكوفة ، العدد الأول، النجف الأشرف ، ٢٠٠٩ ،ص ١٩ ، ٣٨ .

٢٣. كما في القانون المدني المصري .

٢٤. كما في القانون المدني الفرنسي . انظر بخصوص ذلك : الحراكي ، أحمد (الدكتور) ، "الغبن في القانون الفرنسي " في العلوم الاقتصادية والقانونيه ، دمشق ، المجلد ٢١ ، العدد الأول ، ٢٠٠٥ م ، ص٣، ١٢ .

٢٥. كما في القانون الفرنسي القديم .

٢٦. الذنون ، حسن علي ، النظرية العامه للالتزام ، ص ١٠٥ .
سليمان مرقس ، (الدكتور) ، الوافي في شرح القانون المدني – الالتزامات ، ط٤ ، المجلد الأول ، ١٩٨٧، مطبعة دار السلام ، ص ٤٠٧-٤٢١ .

٢٧. أبو السعود ، حسن (الدكتور) ، مصادر الالتزام ، ص ٢٢٩ .

٢٨. الدوري ، محمد جابر ، عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية "دراسة مقارنة" ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص ٨٤ .

٢٩. في حين تحدد النظريه الموضوعيه ، درجه الغبن بمعيار مادي ، يتمثل في نسبة خاصه أو رقم مرصود ، كالثلث أو الربع أو الخمس ، من دون النظر إلى ظروف كل حاله .

٣٠. السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج١ ، ص ٣٥٩ .

٣١. الهاشمي ، محمد ، " اقدم الوثائق الحقوقيه " في القضاء ، العدد ٦ ، بغداد ، ١٩٤٨، ص٣٨.

٣٢. انظر : فوزي رشيد (الدكتور)، الشرائع العراقية القديمة ، ط٣ ، بغداد،١٩٨٧،ص٨٧، ٩٨ .

٣٣. هاري ساكز ، عظمة بلبل ، ط٢ ، ترجمة : د. عامر سليمان ، لندن ، ١٩٦٦ ، ص٢٢٢-٢٢٤.
عامر سليمان (الدكتور) ، القانون في العراق القديم ، الموصل ، ب ت ، ص٢٤٨- ٢٤٩ .

٣٤. مسكوني ، صبيح (الدكتور) ، تاريخ القانون العراقي القديم ، ط١ ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص٤٠٢ وما بعدها .

الغازي ، إبراهيم عبدالكريم (الدكتور) ، تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية ، بغداد، ١٩٧٣ ، ص١٤٧ / ١٤٨ .

٣٥. أنظر : العبودي ، عباس (الدكتور) ، تاريخ القانون ، الموصل ، ١٩٨٨ ، ص٩٣ وما بعدها.

٣٦. السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٣٨٧ .

٣٧. سنلاحظ ذلك بشكل اكثر تفصيلاً في مطلب تطور فكره الغبن .

٣٨. المحمصاني ، صبحي ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلاميه ، بيروت ، ١٩٤٨ ، ج٢ ، ص١٧٨.

توفيق حسن فرج (الدكتور) ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، ص ١ .

٣٩. السنهوري ، عبدالرزاق (الدكتور)، شرح القانون المدني– نظرية العقد ، القاهره ، ١٩٣٤، ص٤٤٨.

السنهوري ، عبدالرزاق (الدكتور)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،ج١، ص ٣٥٦ .

٤٠. انظر : الهامش (٧) ص١ من هذه الدراسة .

: المحاسنه ، محمد يحيى (الدكتور)، حالات الاعتداد بالغبن بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الاردني ، الاردن ، ب . ت ، ص ٢ ، ٥ .

٤١. انور سلطان (الدكتور) ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، الجامعه الاردنية ، ١٩٨٧ ، ص٧٨-٨٣.

العلفي ، عبدالله(الدكتور) ، احكام الخيارات في الشريعة الاسلاميه والقانون المدني – دراسة مقارنه–، القاهره ، ١٩٨٨ ، ص٤٤-٤٨ .

٤٢. العطار ، عبد الناصر (الدكتور) ، نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية ، مطبعة السعادة ، ١٩٧٥ ، ص١٧٢ .

توفيق حسن فرج (الدكتور) ، نظرية الاستغلال في القانون المدني ، ص٣٩ .

٤٣. للمزيد أنظر : الخفاجي ، " الغبن عيب في الرضا ام في ذات العقد " ، مصدر سابق ، ص٢٠-٣٠.

٤٤. العطار ، عبد الناصر (الدكتور) ، نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية ، مصدر سابق ، ص١٧٢.

توفيق حسن فرج (الدكتور) ، نظرية الاستغلال في القانون المدني ،ص ٤٠ .

٤٥. توفيق حسن فرج (الدكتور) ، نظرية الاستغلال في القانون المدني ،ص ٤٠.

٤٦. الحنفي ، علاء الدين بن أبي بكر ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، بيروت ، ١٩٨٢، ص٣٠.

٤٧. تختلف وجهات نظر الفقهاء حول معيار التفرقه بين هاتين الصورتين وتطبيق الحدود التي تتخذ معياراً للتفرقه بين الغبن الفاحش والغبن اليسير ، فقط في حالة ما إذا كانت قيمة الشيء غير معووفة في الاسواق : انظر توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني ، ص٤٢.

٤٨. شبلي ، مصطفى ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٥ ، ص٥٨٧.
الجرجاني ، علي ، التعريفات ، بيروت ، ١٩٨٥ ، ص١٦٦ .

٤٩. وقد انتهى بعض الفقهاء إلى تحديد الغبن بثلث القيمه فما زاد ونقص عنه فهو غبن .
أنظر : المرداوي، علاء الدين بن الحسن ، الانصاف لمعرفة الراجح من الخلاف ، ط١ ، تحق : محمد حامد الفقي ، ١٩٥٦ ، ج٤ ، ص٣٩٤ .

٥٠. وهو ما ذهب اليه محمد بن الحسن ، من فقهاء الحنفيه .

٥١. الحنفي ، علاء الدين بن أبي بكر ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، ج٧ ، ص٣٤.

٥٢. المصدر السابق ، ص٣٠.

٥٣. انظر بخصوص ذلك : علي حيدر ، درر احكام شرح مجلة الاحكام ، الكتاب الأول ، بيروت ، ١٤١١، ص١١٣ .
: المحاسنه ، حالات الاعتداء والغبن ، مصدر سابق ، ص ٩، ١٣ .

٥٤. الخفاجي ، " الغبن عيب في الرضا ام في ذات العقد " ، مصدر سابق ، ص ٢٣ ، ٢٤ .

٥٥. الخوئي ، أبو القاسم (الامام) ، منهاج العاملين – المعاملات ، ط٢٦ ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ج ٢ ، ص٣٧.

٥٦. يلحظ ان المشرع العراقي حدد معياراً مادياً للغبن الفاحش بنصه في الفقرة(٢) من المادة (١٠٧٧) من قانونه المدني : (بان يعتبر الغبن فاحشاً متى ما كان على قدر ربع العشر في الدرهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس بالعقاد) .

٥٧. الحنفي ، بدائع الضائع ، ج٦ ، ص ٣٠ .

٥٨. عصمت عبدالمجيد بكر (الدكتور) ، أختلال التوازن الاقتصادي للعقد ، بغداد ، ١٩٧٨ ، ص٣١.

٥٩. أحال فقهاء الامامية مسألة تحديد الغبن اليسير والغبن الفاحش للعرف والعاده ، في معاملات الناس ويلتقي هذا الرأي مع ما ذهب اليه القانون المدني الالماني ، حيث جعل المعيار الذي يتبعه القاضي في تحديده لمقدار الغبن هو شعور الجماعة ، ويذهب مع هذا الاتجاه بعض فقهاء المالكيه. بخصوص ذلك أنظر : كاشف الغطاء، الشيخ محمدحسين، تحرير المجله، ج١ ، ص٥٩٧، ٥٩٨ .
الخوئي ، أبو القاسم ، منهاج العاملين – المعاملات ، ج٢ ، ص ٣٧ .
الخطيب ، محمد علي ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني

والمصـري والفقـه الإسـلامي ، جامعـة عـين شـمس ، ١٩٩٢ ، ص ١٦٥ .

٦٠. شلبي مصطفى ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٥، ص ٥٨٧ .

٦١. الخفيف ، علي ، الغبن في العقود ، ص ٨ .

٦٢. انظر : الخفيف ، علي ، احكام المعاملات الشرعيه ، ص ٣٥٧ ، ٣٥٨ .

٦٣. الحكيم، عبدالمجيد، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ط٣، بغداد،١٩٦٩ ، ج١ ،ص ١٦٨ .

٦٤. على الاخص فقهاء الاماميه وذهب معهم بعض فقهاء المالكية والحنابلة والحنفية .

٦٥. كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج١ ، ص ٦٠٠-٦٠١ .
الانصاري ، المكاسب ، ج٥ ، ص ١٥٨ .

٦٦. المادة (٣٥٦) مجلة الاحكام العدليه : ((إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير ، فليس للمغبون ان يفسخ البيع ، إلا انه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لايصح البيع ومال الوقف وبيت المال حكمه كحكم مال اليتيم)).

٦٧. انظر بخصوص ذلك : الزركاني ، عبد الباقي ، شرح الزركاني على مختصر خليل ، بيروت ، ١٣٩٨، ج٥، ص١٤٥ .
علي حيدر ، درر احكام شرح مجله الاحكام ، ج١ ، ص ١٣١ .

٦٨. الزرقاء ، مصطفى ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، دمشق ، ١٩٦٧ ، ج١ ، ص٣٧٩، ٣٨٠ .
الحسيني ، هاشم معروف ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، ص٣٧٤- ٣٧٩.

٦٩. حلو، عبدالرحمن ، نظرية الاستغلال في الشريعه الاسلاميه والقانون، بيروت،١٩٨٧، ص٤، ٥ .

٧٠. كاشف الغطاء ، تحرير المجله ، ج١ ، ص ٦٠٣ .

٧١. المادة (٣٥٦) مجله الاحكام العدليه .

٧٢. ابن قدامه ، أبي محمد عبدالله ، المغني ، ط١، تحق : عبدالله عبدالمحسن التركي ، القاهرة ، ١٤٠٨ ، ج٦ ، ص٣١٤ .
الزّحيلي ، وهبه ، العقود المسماة ، ص ٢٩ ، ٣٠ .

٧٣. كاشف الغطاء ، تحرير المجله ، ج ١ ، ص ٦٠٣ .

٧٤. الخطيب ، محمد علي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، ص ١٦٩ .

٧٥. انظر : الزبيدي ، زهير ، الغبن والاستغلال بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، مطبعة دار السلام ، ١٩٧٣ ، ص١٣٨ .

٧٦. شبلي ، مصطفى ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، ص ٥٨٧ .

٧٧. انظر : علي حيدر ، درر احكام شرح مجله الاحكام ، ج١ ، ص ٣٦٧ .
أبو عزة ، عبدالستار ، الخيار وأثره في العقود ، ط٢ ، الكويت ، ١٤٠٥ ، ج٢، ص ٦٥١ .

٧٨. انظر المادة (١٦٥) من مجلة الاحكام العدليه .

٧٩. ابن عابدين ، رسائل ابن عابدين ، دمشق ، ب. ت ، ج٢ ، ص٧٨ .

٨٠. من الملاحظ ان المشرع العراقي القديم ابتعد عن الشكليه المقيته ، متجهاً إلى اعتماد الارادة لانشاء الاتفاقات وبالتالي الاقتراب من فكرة الغبن .

٨١. انظر : المبحث الاول المقصد الثاني من المطلب الثاني من هذه الدراسه (معيار الغبن الفاحش) ، الفقره الأولى .

٨٢. الحافظ ، هاشم (الدكتور) ، تاريخ القانون ، ١٩٨٠ ، بغداد ، ص٧٧ .

٨٣. مسكوني ، صبيح ، القانون الروماني ، ط١ ، بغداد ، ١٩٦٨ ، ص ٢٣٢ .

٨٤. النعيمي، فاضل شاكر، نظرية الظروف الطارئه بين الشريعه والقانون، بغداد،١٩٦٠،ص٢٥، ٢٦.

٨٥. فيليه ، ميشيل ، القانون الروماني ، ترجمة : هاشم الحافظ ، بغداد ، ١٩٩٥ ، ص ٢٣ .

محمد عبد الجواد (الدكتور) ، "الغبن اللاحق والظروف الطارئه" في القانون والاقتصاد ، العدد الثاني ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ١، ١٢ ، ٣٧ .

٨٦. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني ، ص ٧٥ .
السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط ، ج١ ، ص ٣٨٧ .

٨٧. يمكن ارجاع ذلك في الشريعه الاسلاميه ، إلى تحرر هذه الشريعه من وضع النظريه العامة الجامدة ، بل يتعامل الفقهاء في وضع الحلول القانونية مع ضرورات الحياة إلى جانب ميل الفقه الإسلامي إلى الحلول الجزئية وعدم بناء النظريات العامه ، ليس إلا فهمها الدقيق لصفة الفن القانوني .

٨٨. انظر : السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج١ ، ص ٣٨٧ وما بعدها .

٨٩. م ٣٣٦ – ٣٣٧ من القانون المدني المصري القديم .
انظر بخصوص ذلك : محمد عبدالجواد ، الغبن اللاحق والظروف الطارئه ، مصدر سابق ، ص ٨ .

٩٠. الصده ، عبدالمنعم فرج ، نظرية العقد في قوانيين البلاد العربية ، بيروت ، ١٩٧٤، ص ٢٨٦ .

٩١. اختلفت الاراء الفقهيه في مدى تأثير الغبن عيباً في صحة العقد ، هل هو عيب مستقل ام ضرورة اقتران الغبن بالتغرير ليكون مؤثراً على صحة العقد . هذان الرأيان يمثلان اتجاهان في الفقه الإسلامي، الأول يرى ان للغبن صفة الاستغلال في تعييب العقد ، وبذا يكون للغبن أثره في اعطاء حق الخيار للمتعاقد المغبون في فسخ العقد . شريطة ان يكون الغبن فاحشاً ووقوع التفاوت بالقيمة عند العقد ، مستدلين على ذلك بقوله تعالى : [لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ] – النساء : الايه ٢٩ – ، كذلك ما جاء في حديث الرسول (ص) لا يحل لامرىء من مال أخيه شيء إلا ما طابت به نفسه . والقاعدة الفقهيه (لاضرر ولا ضرار) واستثنى الحنفيه حالات اخذوا فيها بالغبن المستقل واعتبروا العقد باطلاً ؛ لان تصرف من له الولايه على هذه الاموال منوط بالمصلحه وليس

في هذا التصرف مصلحة فيقع باطلاً ، وهذه الحالات هي : إذا وقع الغبن على مال الوقف ومال الدوله ومال المحجور .

امّا الاتجاه الثاني فانه يرى حتمية اقران الغبن بالتغرير حتى يؤثر على صحة العقد . وقد اشار القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، إلى ذلك في المادة (١٢١) الفقرة الأولى بقوله : ((إذا غرر احد المتعاقدين بالاخر وتحقق ان في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغبون)) وبالتالي فان الغبن المجرد لا يشوب العقد بأي عيب ، وهو ما اشار له نص المادة (١٢٤) : ((مجرد الغبن لايمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير على انه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدوله أو الوقف فان العقد يكون باطلاً)) . امّا القانون المدني المصري ، فقد اخذ بمبدأ التغرير ولم يشير إلى الغبن بشيء ، آخذ بنظرية الغبن المقترن بالاستغلال وهو ما نصت به المادة (١٢٥) والمادة (١٢٩) الفقره الأولى .

انظر : العاملي ، الروضه البهية في شرح اللمعه الدمشقية ، ج٣ ، ص ٤٦٤ .

الباز ، سليم ، شرح المجله ، ط ٣ ، بيروت ، ب . ت ، ص ١٩٩ .

غني حسون طه (الدكتور) ، الوجيز في شرح النظريه العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٢٠٦ .

رباحي ، المجال المادي للغبن في العقود ، مصدر سابق ، ص ١٢، ١٩ .

انور طلبه ، الوسيط في القانون المدني ، ج١ ، دار النشر والثقافة ، ١٩٨٧، ص٣٧١.

٩٢. الحكيم ، عبدالمجيد ، الموجز في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام ، ج ١ ، ص ١٥٥-١٦٣.

السنهوري ، أحمد عبدالرزاق (الدكتور) والدكتور أحمد قسمت ، اصول القانون ، القاهرة ، ١٩٤٦ ، ص٣٠٢ .

الحراكي ، الغبن في القانون الفرنسي ، مصدر سابق ، ص ٢، ٦ .

٩٣. الجدير بالذكر ان القانون السوري ، قد اقتفى اثر القانون الفرنسي عبر تبني نظرية الغبن في اضيق حدودها ، وذلك في حالة بيع عقار القاصر والقسمه ، غير انه قد طرأت عدة تطورات في القانون الفرنسي قد وسعت من نطاق نظرية الغبن ولم يواكب ذلك تطورات مثيله في القانون السوري .

للمزيد انظر : سليمان مرقس (الدكتور) ، الوافي في شرح القانون المدني – الالتزامات ، مجلد١، ص٤٠٧ – ٤٢١ .

٩٤. مالك درهان الحسن (الدكتور) ، نظرية الالتزام – المصادر ، محاضرات كليه التراث الجامعه ، قسم القانون ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص ٦٥- ٧٩ .

٩٥. حسب المشرع الفرنسي ، بان الغبن لا يؤثر في صحة العقد إلا استثناء في الاحوال المحددة قانوناً ، باعتبار ان العقد تم ابرامه بارادتين حرتين وكل متعاقد يعد حسب الاصل ، خير حَكَم لمصالحه ، فالمفترض إذاً ان كل واحد قد ابرم ذلك العقد وفق مصلحته . ويجد اصحاب هذا التوجه ، انه من غير الممكن تقرير قاعدة عامه تقضي : بأن كل اختلال بين الاموال والمنافع المتبادله يصلح سبباً للطعن في العقد

؛ لان الغبن بمعناه الواسع – كما سبقت الاشارة إلى ذلك في المبحث الأول من هذه الدراسه – لا يكاد يخلوا منه عقد من العقود ، وبالتالي فان التعادل بين الاداءات لا يوجد أبداً ، وفتح المجال للطعن بالغبن سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات ، واغراق ساحة القضاء بالمنازعات المتعلقه به . الامر الذي دفع المشرع الفرنسي إلى تبني اسلوب مضيق لحالات الغبن ، إلا ان الواقع العملي كشف ان اتباع هذا الاسلوب قد جعل الكثير من الحالات يفلت من الرقابة القضائيه ، رغم بروز فكرة الغبن فيها ، مما اقتضى المشرع ضرورة اصدار قوانين خاصه بالغبن تخرج عن نطاق القاعده المقررة . من ذلك قانون 8 جويليه ١٩٠٧ المعدل بقانون ١٠ مارس لسنة ١٩٣٧ . وقانون ١٣ جويليه ١٩٧٩ ، والذي يعطي لمشتري البذور أو الاسمدة أو الشتلات بقصد الزراعه ، حق طلب تخفيض الثمن أو التعويض إذا اصابه غبن يتجاوز الربع . وكذلك قانون ١٤ ديسمبر ١٩٢٦ وقانون ٥ نوفمبر ١٩٥٣ وغير ها من القوانين التي تحرم بعض المعاملات لشبهة احتوائها على غبن .

٩٦. السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج ١، ص ٣٨٩ .

٩٧. انظر : رباحي ، المجال المادي للغبن في العقود ، مصدر سابق ، ص ١٢ ، ٢٠ .
احسان ستار خضير ، نظرية الظروف الطارئه واثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود، ذي قار ، ١٩٩٧ ، ص١٣، ١٩ .

٩٨. الدوري ، محمد جابر ، عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفيه في النشريعات المدنية ، ص٨٤ .
أبو السعود ، حسن ، مصادر الالتزام ، ص ٢٢٩ .
انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ص ٨٥ .

٩٩. السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج١ ، ص ٣٨٨ .
سعيد عبد الكريم مبارك (الدكتور)، " العقود المسماة " ، محاضرات كلية التراث الجامعه ، قسم القانون ، بغداد ، ١٩٩٢ ، ص ٣٩- ٤٢ .

١٠٠. عصمت عبد المجيد بكر ، اختلاف التوازن الاقتصادي للعقد ، ص١٩ .

١٠١. الكوراني ، اسعد ، " الاستغلال والغبن في العقود " في المحاماة ، العدد السادس ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص٩٢٤-٩٢٥ .
رباحي ، المجال المادي للغبن ، مصدر سابق ، ص ١٨ ، ٢٠ .

١٠٢. الصده ، عبدالمنعم فرج ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربيه ، ص ٢٨٨ .

١٠٣. تنص المادة (١٣٨) من القانون المدني الالماني : ((١ - التصرف القانوني المخالف للآداب العامه يعد باطلا . ٢- يعد باطلاً بشكل خاص كل تصرف قانوني تم بالاستفادة من حالة اكراه ، أو قلة خبره ، أو عدم قدره على التصرف ، أو ضعف في التفكير لدى شخص آخر. وبحيث يحصل الذي قام بهذا التصرف على ميزات ماليه تتجاوز الميزات التي حصل عليها الطرف الآخر ، وبحيث يكون هذا التفاوت واضحاً للعيان (القانون المدني الالماني ، طبعة بيدون ، ١٩١٠) .

١٠٤. ولكن على خلاف الوضع في فرنسا فإننا نجد ان القانون الالماني قد خصص للغبن مادة مستقلة عن نظرية الاهلية وعوارضها . انظر : الحراكي ، الغبن في القانون الفرنسي ، مصدر سابق .

١٠٥. انظر :

-Mayer – moli, Mun chenar kommentar, P.1047.

-Witz (c) , Droit prive allemande , tomel ’Acte juridique , droit subjectif , litec , paris , 1992 .

-Reig (A) , Lerole dela rolonte dans l'acte juridique en droit francaiset allemande , LG DJ , paris , 1961 , P.191 ets .

١٠٦. يمكن ملاحظة أمكانية مخالفة القوة الالزمه للعقد من اجل المصلحة الخاصه لأحد طرفي العقد في القانون المدني الفرنسي ، في حين ان الامر يختلف في (BGB) ، عبر استخدام مفهوم الآداب العامة وكذلك فكرة حماية مؤسسة العقد .

١٠٧. المادة (١١١٨) من القانون المدني الفرنسي ، السالفة الذكر .

١٠٨. مثل الغبن البسيط في حالة القاصر في القانون الفرنسي .

١٠٩. كما هو الحال بالنسبه للغبن البسيط في اطار الحماية القضائية في القانون الفرنسي .

١١٠. على انه إذا كانت حماية اطراف العقد لم تكن هي الباعث لهذه الفقرة ، انما كانت هي النتيجة لحماية مؤسسه العقد .

١١١. انظر بخصوص ذلك: الكوراني ، اسعد ، الاستغلال والغبن في العقود ، ص ٩٢٥ .

: السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٣٥٩ وما بعدها .

: الدوري ، محمد جابر ، عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفيه في التشريعات المدنيه، ص٨٥ وما بعدها .

١١٢. وقد عرف الاستغلال بعد تبنيه من قبل التشريعات الحديثه ، بانه إفادة احد المتعاقدين لحالة ضعف يوجد فيها المتعاقد الاخر للحصول على مزايا لاتقابلها منفعة لهذا الاخير ، أو تتفاوت مع هذه المنفعه تفاوتاً غير مألوف . انظر : عبدالمنعم البدراوي (الدكتور)، مصادر الالتزام ، القاهرة ،١٩٨٥، ص ٢٩٥ .

: سليمان مرقس (الدكتور)، الوافي في شرح القانون المدني– الالتزامات، مجلد ١، ص٤٠٧ ،٤٠٨.

١١٣. بتفصيل اكثر : انظر : السنهوري ، احمد عبدالرزاق ، الوسيط ، ج١ ، ص ٣٩٠-٣٩٥.

١١٤. كعقد البيع إذا وقع على عقار القاصر وعقد القسمه وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد القرض إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائي . فالغبن في هذه الحالات قائم على اساس النظريه المادية وبذا هو عيب في العقد لا في الرضاء . ويعتد بقيمة الشيء الماديه لا بقيمته الشخصية .
انظر : محمد عبد الجواد ، الغبن اللاحق والظروف الطارئه ، مصدر سابق .

١١٥. السنهوري ، عبدالرزاق ، نظرية العقد ، ص ٤٤٦ .

١١٦. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال ، ص ١٧ .

١١٧. وهو ما نصت عليه المادة (١٣٨) من القانون المدني الألماني والمادة (٢١) من قانون الالتزامات السويسري .

١١٨. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، ص ٤٠١ .
رشوان حسن رشوان ، اثر الظروف الاقتصادية على القوه الملزمه للعقد ، ص ٣٠٧ .

١١٩. يشترط لتطبيق المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري الجديد ، ان يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الاخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً بمعنى ان يكون هذا الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد . وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد ام لا هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع . (الطعن رقم ٤٥ مكتب فني ١٨ صفحة رقم ٩٧٤ بتاريخ ١٩٦٧/٥/١١) .
أمّا المادة (٨٤٥) من نفسه القانون ، جعلت من الغبن الذي يزيد على الخمس عيباً في عقد القسمه يجيز بذاته للشريك المغبون طلب نقضها ولهذا الشريك ان يجيز القسمه التي لحقهُ منها فتصبح بعد ذلك غير قابله للنقض وهذه الاجازه كما تكون صريحه يجوز ان تكون ضمنيه إذ القانون لم يشترط لتحققها صوره معينه . وتصرف الشريك المغبون في كل أو بعض نصيبه بعد عمله بالغبن الذي لحقه وظروفه يمكن اعتباره اجازه ضمنيه للقسمه ونزولاً منه عن حقه في طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على ان نيته قد اتجهت إلى التجاوز عن هذا العيب والى الرضاء بالقسمه رغم وجوده . وتقدير تلك الظروف ، شؤون محكمة الموضوع . (الطعن رقم ٣٥٩ مكتب فني ١٩صفحة رقم ١٤٨ في ١٩٦٨/١٢/٥) .

١٢٠. الذنون ، حسن علي (الدكتور) ، النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام ، ص١٠٣-١٠٦.

١٢١. تارة تجد ان المشرع يورد هذه الحالات وفق طريقة التعداد على سبيل الحصر كالمشرع المدني العراقي ومن تبعه في ذلك واخرى نجد ان ان المشرع يقصرها على حالتي الطيش البين والهوى الجامح كما فعل المشرع المدني المصري والاردني – سيتم تناول هذه المسأله بشكل مفصل في دراسة لاحقه ، تنصب حول الاتجاهات التشريعية الحديثة ومدى الفراغ التشريعي .

١٢٢. أنظر : السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٣٩٤ وما بعدها .

الحكيم ، عبدالمجيد ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي – مصادر الالتزام ، ج١،ص١٧٥ .

١٢٣. من الواضح ، ان المعيار المادي المشار اليه ، ليس رقماً ثابتاً، بل هو متغيراً تبعاً للظروف في كل حاله. فقد تتحقق الفداحه بثمانية آلاف في المثال المتقدم ، وقد تتحقق بمبلغ اقل، وقد لا تتحقق بمبلغ اكبر. والقاضي هو الذي يقدر بأي مبلغ تتحقق، وينظر في ذلك إلى ظروف كل من المشتري والبائع والى جميع الملابسات الاخرى . وعبىء الاثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون ، فهو الذي عليه ان يثبت الفداحه في اختلال التعاقد ، وقت تمام العقد ، أمّا عدم التعادل الطارىء في انعقاد العقد ، فانه يخرج عن نطاق نظرية الاستغلال ويتصل بنظرية الظروف الطارئه .

١٢٤. يفترق تقدير العنصر المادي في الاستغلال عنه في الغبن ، فقدم التعادل في الاستغلال لا ينظر فيه إلى قيمة الأداءات في ذاتها كما في الغبن ، بل يتم بالنظر إلى قيمة الأداءات في نظر الراغبين فيها ولا نتقيد فيها برقم معين ، لذلك فان مرجع التقدير في العنصر المادي هو بحث العناصر النفسيه لدى المتعاقدين ، وكل فائده مبالغ فيها تعود على احد العاقدين ينظر اليها دائما في ظل العناصر النفسيه في كل حاله وما تتضمنه من استغلال ، ومقتضى الاخذ بالقيمة الشخصية للشيء ان يتغير مقدار التفاوت بين الأداءات المتقابله بحسب هذه القيمه .وتصبح المسأله بذلك من مسائل الواقع التي تخضع للسلطه التقديريه للقاضي .

١٢٥. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال ، ص١٧ .
رشوان حسن رشوان ، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، ص٣٠٧ .

١٢٦. السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٣٩٣-٣٩٤.

١٢٧. وهذا يتصور في العقد الذي ينشأ التزامات متقابله في ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع مثلاً ، حيث يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع في مقابل ان يلتزم المشتري بدفع الثمن .

١٢٨. العقد الاحتمالي : هو العقد لا يمكن فيه تحديد المركز المالي لكل من المتعاقدين وقت العقد ، فالمتعاقد لا يستطيع عند التعاقد ان يعرف بالضبط القدر الذي اخذ والقدر الذي اعطى ، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث امر غير محقق الوقوع ، كعقد التأمين وبيع التمار قبل ظهورها أو امر محقق الوقوع ولكن لا يعرف وقت وقوعه ، كالبيع بثمن هو ايراد مرتب مدى الحياة . ويسمي الفقهاء المسلمون هذه العقود بـ(عقود الضرر) . انظر : الذنون ، حسن علي (الدكتور) ، النظريه العامه للالتزامات – مصادر الالتزام ، ص٣٣ ، ٣٤ .

١٢٩. السنهوري ، احمد عبدالرزاق ، الوسيط ، ج١ ، ص ٣٩٥ وما بعدها .

١٣٠. الفضلي ، جعفر (الدكتور) ، العقود المسماة ، القاهرة ، ب ـ ت ، ص٣٩ .
سعيد عبدالكريم مبارك (الدكتور)وآخرون ، الموجز في العقود المسماة ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص٣٠.

١٣١. الحكـيم ، عبدالمجيـد،الموجز فـي شـرح القـانون المـدني العراقـي، ج١،ص١٧٥-١٧٧.

١٣٢. السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٣٩٦ .
سعيد مبارك (الدكتور) وآخرون ، الموجز في العقود المسماة ، ص ١٣ .

١٣٣. حصر بعض المشرعين حالات العنصر النفسي في الاستغلال بـ الطيش البين والهوى الجامح ، كالمشرع المدني المصري ، في حين وسع آخرين من هذه الحالات ، لكن على سبيل التعداد ، كالمشرع المدني العراقي في المادة (١٢٥) منه . ومن خلال سير البحث ، سنلاحظ مدى كفاية التوسع على سبيل التعداد من عدمه . انظر بخصوص ذلك :
رمضان جمال كامل (الدكتور) ، البطلان في ضوء الفقه والقضاء ، ط١ ، المركز القومي للاصدرات القانونيه ، ٢٠٠٦ ، ج١ ، ص ٣١٠ .
الذنون ، حسن علي (الدكتور) ، النظرية العامة للالتزام ، ص١٠٤ / ١٠٥ .

١٣٤. السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج١ ، ص ٣٩٧ – ٣٩٨ .

١٣٥. الصده، عبدالمنعم فرج ، الاستغلال كسبب لابطال العقد ، بيروت ، ١٩٧٤ ، ص ٤ .
حلو ، عبد الرحمن ، نظرية الاستغلال في الشريعة الاسلامية والقانون ، ص ٩٨ ، ١٠١ .

١٣٦. الذنون ، حسن علي (الدكتور) ، النظرية العامة للالتزام ، ص ١٠٤ .

١٣٧. المصدر السابق نفسه ، ص١٠٤ .

١٣٨. الحكيم ، عبدالمجيد ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج ١ ، ص ١٨٧ .

١٣٩. وفي حالة الطيش يكون الادراك غير السليم لنتائج العقد نتيجة لإراده مبصره ، امّا في حالة عدم الخبره فان هذا الادراك غير السليم ناشيء عن معرفة غير تامه بشؤون الحياة فعديم الخبره لا يستطيع رؤية النتائج المترتبه على تصرفاته .
انظر : الذنون ، حسن علي ، النظرية العامة للالتزام ، ص ١٠٥ .

١٤٠. رمضان جمال كامل ، البطلان في ضوء الفقه والقضاء ، ج ٢، ص٣٠٩ ، ٣١٠.
محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزام ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ج١ ، ص١٥٢-١٦٢ .

١٤١. فالمشرع العراقي و اللبناني (على سبيل المثال) قد اخذا بذلك.

١٤٢. انظر : زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، بيروت ، ب . ت ، ج ٤ ، ص٢٣-٢٨ .

١٤٣. يظهر ان وجود عيب الاستغلال إلى جانب الغبن ، لدى هذه التشريعات هو ما جعل الفقه والقضاء في هذه الدول يحذو حذو رأي الفقه الفرنسي ، إلا ان

هذا المعنى في الواقع لا نجد له مبرر ؛ فالاستغلال وان اشتمل على الغبن في عنصره المادي ، إلا انه يبقى على الطرف المغبون ضرورة اثبات العنصر النفسي في الاستغلال ، وهذا امر لا يمكن الوصول اليه بسهوله ؛ لتعلقه بذات المتعاقد ، مما يدلل على ذلك اعطاء المشرع مدة سنه فقط لرفع دعوى الابطال أو الانقاص - خلافاً لباقي عيوب الارادة - لصعوبه اثبات الجانب النفسي بعد هذه المدة .

١٤٤. العلفي ، عبدالله (الدكتور) ، احكام الخيارات في الشريعه الاسلاميه والقانون المدني (دراسة مقارنه)، ص ٤٤-٤٨ .
توفيق حسن فرج (الدكتور) ، نظرية الاستغلال في القانون المدني ، ص٥٧ .
زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، ط٢ ، ج١ ، ص٣٥٧-٣٥٨ .

١٤٥. الذنون ، حسن علي (الدكتور) ، النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام ، ص١٠٤- ١٠٥ .

١٤٦. انظر : السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٠٠- ٤٠١ .
: الدوري ، محمد جابر، عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية ،ص٨٤- ٨٥ .

١٤٧. الذنون،حسن علي (الدكتور)، النظرية العامة للالتزامات– مصادر الالتزام،ص ١٠٤ .
السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٠٢ .
زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، ط ١ ، بيروت ، ب ت ، ج٤ ،ص ٥ ، ٢٦ .

١٤٨. ذلك ان المتعاقد المغبون إذا هو استُغِلَ ، فيه طيشه البين كامظللاً ، وكان العيب يداخل ارادته اقرب ما يكون إلى التدليس أو الغلط . واذا ما استُغِلَ فيه هواه الجامح ، كان العيب الذي يداخل ارادته اقرب ما يكون إلى الاكراه ، فلا يتصور ان يكون المتعاقد المغبون قد قبل هذا الغبن الفاحش الذي يختل به التعادل بين ما اخذ وما اعطى اختلالاً باهضاً ، إلا ان يكون قد وقع في احدى حالات الضعف المعينه ، إلا ان الملاحظ ، ان الغلط والتدليس والاكراه في حالات الاستغلال عيوب لا تتميز تميزاً كافياً حتى يقام الدليل عليها ، بل هي عيوب مفترضه ، ويكفي في افتراضها ان يقوم الدليل على الاستغلال بعنصريه المادي والنفسي ؛ لذلك لم يقتصر به الجزاء فيها على قابلية العقد للابطال ، بل وضع بديلاً عن هذا الجزاء في بعض الاحوال جزاء آخر هو قابليه العقد للانقاص ، وجعلت المدة التي ترفع فيها دعوى الابطال أو دعوى الانقاص سنه واحدة من تأريخ العقد ، فخالفت دعوى الابطال للاستغلال ، بهذا وذاك ، دعوى الابطال الاخرى التي تترتب على الغلط والتدليس والاكراه .
انظر : السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٠٣ .
الحكيم ، عبدالمجيد ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج١ ، ص١٧٦-١٧٨.

١٤٩. الرفاعي ، أحمد محمد ، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص٣٦٧ .

١٥٠. الخطيب ، محمد علي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، ص١٥٦ .

المصادر والمراجع

اولا : باللغه العربيه

* القرآن الكريم .
١- احسان ستار ، نظرية الظروف الطارئه واثر اختلاف التوازن العقدي في تنفيذ العقود، ذي قار ، ١٩٩٧ .
٢- الانصاري ، الشيخ مرتضى ، المكاسب ، ،ط٤، ج٥، قم ، ١٤٢٤هـ .
٣- انور سلطان (الدكتور) ، النظريه العامه للألتزام – مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٦٥.
٤- انور سلطان (الدكتور) ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، الجامعة الاردنيه، ١٩٨٧ .
٥- انور طلبه (المستشار) ، الوسيط في القانون المدني ، ج١، دار النشر والثقافة ، ١٩٨٧.
٦- الباز ، سليم ، شرح المجله ، ط٣ ، بيروت ، ب . ت .
٧- توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، جامعة الاسكندريه ، ١٩٧٥ .
٨- الجرجاني ، علي ، التعريفات ، بيروت ، ١٩٨٥ .
٩- الحافظ ، هاشم (الدكتور) ، تأريخ القانون ، ١٩٨٠ ، بغداد .
١٠- الحراكي ، أحمد (الدكتور) ، " الغبن في القانون الفرنسي " في العلوم الاقتصاديه والقانونيه ، دمشق ، مجلدا ، العدد الأول ، ٢٠٠٥ .
١١- الحسني ، هاشم معروف ، نظريه العقد في الفقه الجعفري ، دمشق ، ١٩٦٧ .
١٢- الحكيم ، عبدالمجيد (الدكتور) ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ط٣ ، ج١، بغداد ، ١٩٦٩ .
١٣- حلو ، عبدالرحمن ، نظرية الاستغلال في الشريعه الاسلاميه والقانون ، بيروت ، ١٩٨٧ .
١٤- الحنفي ، علاء الدين بن أبي بكر ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، بيروت ، ١٩٨٢ .

١٥- الخطيب ، محمد علي ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٢
١٦- الخفاجي ، عزيز كاظم (الدكتور) ، " الغبن عيب في الرضا ام في ذات العقد" في الكوفة، العدد الأول، النجف الأشرف ، ٢٠٠٩ .
١٧- الخفيف ، علي ، احكام المعاملات الشرعيه ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
١٨- الخوئي ، أبو القاسم (الامام) ، منهاج العاملين – المعاملات ، ط٢٦ ،ج٢، بغداد ، ١٩٨٦.
١٩- الدوري ، محمد جابر ، عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية "دراسة مقارنة" ، بغداد ، ١٩٨٨ .
٢٠- الذنون ، حسن علي (الدكتور) ، النظرية العامة للالتزام ، بغداد ، ١٩٤٩ .
٢١- الرازي ، محمد بن أبي بكر (٦٦٦ هـ) ، مختار الصحاح ، الكويت ، ١٩٨٣.
٢٢- رباحي ، احمد (الدكتور) ، المجال المادي للغبن في العقود ، كلية العلوم القانونية – الجزائر ، ٢٠٠٧م .
٢٣- رشوان حسن رشوان ، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، جامعة القاهره ، كلية الحقوق ، ١٩٩٤ .
٢٤- الرفاعي، أحمد محمد ، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، القاهرة ، ١٩٩٤ .
٢٥- رمضان جمال كامل (الدكتور) ، البطلان في ضوء الفقه والقضاء ، ط١ ، ج١، المركز القومي للاصدرات القانونيه ، ٢٠٠٦.
٢٦- الزبيدي ، زهير ، الغبن والاستغلال بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، مطبعة دار السلام ، ١٩٧٣ .
٢٧- الزّحيلي ، وهبه (الدكتور)، العقود المسماة ، ط١ ، دمشق ، ٢٠٠٥ .
٢٨- الزرقاء ، مصطفى ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ج١ ، دمشق ، ١٩٦٧ .

٢٩- الزرقاني، عبدالباقي ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ج ٥ ، بيروت ، ١٣٩٨.
٣٠- زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، ج ٤ ، بيروت ، ب.ت .
٣١- ابو السعود ، حسن (الدكتور) ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٤٥ .
٣٢- سعيد عبد الكريم مبارك (الدكتور)، " العقود المسماة " ، محاضرات كلية التراث الجامعه ، بغداد ، ١٩٩٢ .
٣٣- سعيد عبدالكريم مبارك (الدكتور) وآخرون ، الموجز في العقود المسماة ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
٣٤- سليمان مرقس ، (الدكتور) ، الوافي في شرح القانون المدني – الالتزامات ، ط٤ ، مجله الأول ، مطبعة دار السلام ، ١٩٨٧ .
٣٥- السنهوري ، عبدالرزاق (الدكتور)، شرح القانون المدني– نظرية العقد،القاهره ، ١٩٣٤ .
٣٦- السنهوري ، احمد عبدالرزاق (الدكتور) والدكتور احمد حشمت ، اصول القانون ، القاهرة ، ١٩٤٦ .
٣٧- السنهوري ، عبدالرزاق (الدكتور) ، نظرية العقد ، بيروت ، ب ت .
٣٨- السنهوري ، عبدالرزاق (الدكتور) ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ط٣، ج١، بيروت ، ٢٠٠٠.
٣٩- شلبي مصطفى ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٥.
٤٠- الصده ، عبدالمنعم فرج ، نظرية العقد في قوانيين البلاد العربية ، بيروت ، ١٩٧٤ .
٤١- ابن عابدين ، رسائل ابن عابدين ، ج٢ ، دمشق ، ب- ت .
٤٢- عامر سليمان (الدكتور) ، القانون في العراق القديم ، الموصل ، ب ت .
٤٣- العاملي ، زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعه الدمشقية ، ط١ ، ج٣، النجف الأشرف ، ١٩٦٧ .
٤٤- أبو عزة ، عبدالستار ، الخيار وأثره في العقود ، ط٢ ، ج٢ ، الكويت ، ١٤٠٥ ، .

٤٥- عصمت عبدالمجيد بكر (الدكتور) ، أختلال التوازن الاقتصادي للعقد ، بغداد ، ١٩٧٨ م .
٤٦- العطار ، عبد الناصر (الدكتور) ، نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية ، مطبعة السعادة ، ١٩٧٥ .
٤٧- العلفي ، عبدالله(الدكتور) ، احكام الخيارات في الشريعة الاسلاميه والقانون المدني – دراسة مقارنه–، القاهره ، ١٩٨٨ .
٤٨- علي حيدر ، درر احكام شرح مجلة الاحكام ، الكتاب الأول ، بيروت ، ١٤١١ هـ .
٤٩- الغازي ، إبراهيم عبدالكريم (الدكتور) ، تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية ، بغداد، ١٩٧٣ .
٥٠- غني حسون طه (الدكتور) ، الوجيز في شرح النظريه العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٧١ .
٥١- فريد فتيان ، التعبير عن الارادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني العراقي ، معهد الدراسات العربية ، العدد١٠، القاهرة ، ١٩٧٩ .
٥٢- الفضلي ، جعفر (الدكتور) ، العقود المسماة ، القاهرة ، ب - ت .
٥٣- أبي الفضل،جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب،ج٢، بيروت،ب.ت.
٥٤- فوزي رشيد ، (الدكتور) ، الشرائع العراقية القديمة ، ط٣ ، بغداد ، ١٩٨٧ .
٥٥- فيليه ، ميشيل ، القانون الروماني ، ترجمة : هاشم الحافظ ، بغداد ، ١٩٩٥ .
٥٦- ابن قدامه ، أبي محمد عبدالله ، المغني ، ط١، تحق : عبدالله عبدالمحسن التركي ، ج٦، القاهرة ، ١٤٠٨ هـ.
٥٧- كاشف الغطاء ، الشيخ محمد حسين ، تحرير المجله ، ط١ ، ج ١ ، قم ، ١٤٢٢هـ .
٥٨- الكوراني ، اسعد ، " الاستغلال والغبن في العقود " في المحاماة ، العدد

السادس ، القاهرة ، ١٩٦١.
٥٩- لويس ، معلوف ، المنجد ، بيروت ، ١٩٨٦ .
٦٠- مالك درهان الحسن (الدكتور) ، نظرية الالتزام – المصادر ، محاضرات كليه التراث الجامعه ، بغداد ، ١٩٩١ .
٦١- المحاسنه ، محمد يحيى (الدكتور)، حالات الاعتداد بالغبن بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الاردني ، الاردن ، ب . ت .
٦٢- محمد عبد الجواد (الدكتور) ، الغبن اللاحق والظروف الطارئه في القانون والاقتصاد ، العدد الثاني ، القاهرة ، ١٩٦٣ .
٦٣- المحمصاني ، صبحي ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلاميه ، ج ٢، بيروت ، ١٩٤٨ .
٦٤- محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزام ، ج١ ، القاهرة ، ١٩٧٦ .
٦٥- المرداوي، علاء الدين بن الحسن ، الانصاف لمعرفة الراجح من الخلاف ، ط١ ، تحق : محمد حامد الفقي ، ج ٤ ، ١٩٥٦ .
٦٦- مسكوني ، صبيح ، القانون الروماني ، ط١ ، بغداد ، ١٩٦٨ .
٦٧- عبدالمنعم البدراوي (الدكتور) ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٨٥ .
٦٨- النعيمي ، فاضل شاكر ، نظرية الظروف الطارئه بين الشريعه والقانون، بغداد ، ١٩٦٠ .
٦٩- هاري ساكز ، عظمة بابل ، ط٢ ، ترجمة : د. عامر سليمان ، لندن ، ١٩٦٦ .
٧٠- الهاشمي ، محمد،" اقدم الوثائق الحقوقية " في القضاء ، العدد٦ ، بغداد ، ١٩٤٨ .

ثانياً : باللغة الفرنسية

* Reig (A) , Le , role de , la volonte dans l'acte jurdi que en droit francais , et allemande , LGDJ , Paris , 1961 .
* Mare (F) , la confiance d ans le contrat , Memoire , Rennes , 1994.
* Witz (C) , Droit prive allemande , tome 1 , Acte juridi que , droit subject if , litec , paris , 1992 .

ثالثاً : القوانين المعتمده في الدراسه

* القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
* قوانين العراق القديم .
* القانون المدني المصري الجديد .
* القانون المدني الفرنسي بعد نابليون ١٨٠٤ م .
* القانون المدني الفرنسي القديم .
* القانون المدني الألماني .
* قانون الالتزامات السويسري .
* قانون الموجبات والعقود اللبناني .

رابعاً : المختصرات الوارد في الدراسه

B G B : التقنين المدني الألماني .
B G : منشورات محكمه العدل الاتحاديه .
ق . م . ع : القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .