

عيوب الرضا الطارئة بعد ابرام العقد

(دراسة مقارنة)

أ.م.د. علي صلاح ياسين

جامعة تكريت / كلية القانون

المستخلص

ان تعيب الرضا لا يقتصر على اللحظة الزمنية التي يقترن فيها الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر، فقد يتعيب الرضا بعد ابرام العقد ولأسباب لا صلة لها بعيوب الرضا المرافقة لإبرام العقد المعروفة في اطار القوانين المدنية ، ولقد حظيت هذه العيوب باهتمام الفقه الإسلامي ، وأورد القانون العراقي وبعض القوانين المقارنة تطبيقات تشريعية يستشف منها وجود نواة للأخذ بهذه العيوب ولقد جاء البحث لبيان تلك العيوب واحكامها في اطار الفقه الإسلامي والقانون ومن اجل استقراء نصوص عامة من تلك التطبيقات الخاصة من اجل اقتراح تنظيم تشريعي لتلك العيوب في اطار النصوص القانونية المنظمة لتنفيذ العقد في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

الكلمات المفتاحية (عيوب ، الرضا ، الطارئة ، العقد).

Defects of Consent After Concluding the Contract Comparative Study

Assistant Professor Dr. Ali Salah Yassin

Tikrit University / College of Law

Abstract

The defect of consent is not limited to the moment in time when the offer issued by one of the contracting parties is coupled with the acceptance of the other. Consent may be defective after the conclusion of the contract and for reasons unrelated to the defects of consent accompanying the conclusion of the contract known within the framework of civil laws. These defects have received the attention of Islamic jurisprudence, and Iraqi law and some comparative laws have provided legislative applications from which it is inferred that there is a nucleus for taking these defects into account. The research came to clarify these defects and their provisions within the framework of Islamic jurisprudence and law and in order to extrapolate general texts from those special applications in order to propose a legislative regulation for these defects within the framework of the legal texts regulating the implementation of the contract in Iraqi Civil Law No. ٤٠ of ١٩٥١.

Keywords (defects, satisfaction, consequence, contract).

المقدمة :

نبدأ بحمد الله جلّت قدرته وعظمته ، على سابغ نعمته وفيض إحسانه ، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، أما بعد :

فإننا نوضح مقدمة بحثنا هذا من خلال الفقرات الآتية :

أولاً : مدخل تعريفى بموضوع البحث

دأبت الفقهاء المسلمون ومشرعي القوانين المدنية بالاهتمام بوجود الرضا وصحته كشرطين لازمين للاعتداد بالتراضي الحاصل على إبرام العقد وانتاجه إثاره القانونية المنشودة منه لذلك نجد ان الفقه الإسلامي والتشريعات المدنية اهتمت باشتراط الاهلية كشرط لصحة الرضا واشتراط خلو العقد من العيوب المرافقة لإبرامه وقتنت اهم صور هذه العيوب الا وهي (الإكراه والغلط والغبن مع التغير والاستغلال) ، الا ان الفقهاء المسلمون ومشرعي القوانين المدنية لم يعطوا الاهتمام ذاته لعيوب الرضا التي قد تطرأ بعد التراضي على العقد الا ان تأثيرها يرتد على الرضا المرافق لإبرام العقد كما لو تفرقت الصفقة في عقود المعاوضة بسبب هلاك المعقود عليه او استحقاقه كلياً أو جزئياً او في حالة الجمع بين ما يجوز التصرف به وما لا يجوز التصرف به لمجاورة التعامل به مع نصوص الشرع والقانون أو ظهر ان المعقود عليه معيب بعيب خافي على طرفي العقد أو ظهر انه مثقل بتكاليف كما لو كان مرهوناً أو مؤجراً قبل العقد أو إذا اقترن بشرط لا يمكن جبر المتعاقد المدين بالشرط على تنفيذه فلم نجد عند مراجعتنا لكتب الفقه الإسلامي القديمة كلاماً عن تلك العيوب بشكل مستقل سوى في مواضع متفرقة في معرض حديث الفقهاء عن أحكام بعض العقود كالبيع والأمر ذاته بالنسبة للتشريعات المدنية إذ قننت تلك العيوب كتطبيقات للإخلال بالالتزامات الناشئة عن بعض العقود كعقد البيع ، ومن هنا جاءت فكرة البحث من اجل استعراض تلك التطبيقات الجزئية الخاصة بمحاولة منا لإيجاد مبدأ عام يستشف منها ليقنن المشرع تلك العيوب اسوة بعيوب الرضا المرافقة لأبرام العقد .

ثانياً : أهمية موضوع البحث وسبب اختياره

تكمن أهمية البحث من نواحي عديده يمكن ابرازها بالاتي :

- ١- **الأهمية الواقعية :** تكمن تلك الأهمية في شيوع تعيب الرضا بأبرام العقد لأسباب لاحقة لأبرام العقد يرتد أثرها الى الرضا الواقع ابتداء وقت إبرام العقد فكثيراً ما يظهر بعد إبرام العقد ان المعقود عليه معيب بعيب او مرهون أو مؤجر أو ان العقد مقترن بشرط لا يمكن جبر المتعاقد الاخر على تنفيذه ان امتنع عن تنفيذه طوعية ولاشك ان الظهور اللاحق لتلك الأسباب يمس الرضا الواقع ابتداءً على إبرام العقد بحيث لو كان هذا السبب معلوما وقت التراضي على إبرام العقد لأحجم المتعاقد الذي يضره ظهور هذا السبب عن إبرام العقد الأمر الذي يوجب استقصاء تلك العيوب وبين اثر ظهورها اللاحق لإبرام العقد على الرضا الواقع

ابتداءً على ابرامه ومعرفة مدى إمكانية استمرارية نفاذ العقد مع وجودها مع تعديل أحكامه لتحقيق العدالة التبادلية المنشودة وقت ابرامه سيما في عقود المعاوضات القائمة على تلك الفكرة وعلى فكرة تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدین .

٢- **الأهمية القانونية :** تكمن أهمية البحث من هذه الناحية في كثرة المنازعات القضائية التي تحصل بعد ابرام عقود المعاوضات لظهور أسباب لاحقة لإبرام العقد يترد أثرها على الرضا الحاصل بإبرامه ابتداءً فكثيراً ما يظهر وجود عيوب في السلع والبضائع التي يتم شرائها إلكترونياً وان هذه العيوب قد لا تكون مدلس بها وقد تكون مصنعية لا يعلم بها البائع وتظهر بعد استعمال المبيع لفترة زمنية معينة فهنا يتعيب رضا المشتري بأبرام العقد لأنه لو كان يعلم بها ابتداءً لما رضي بالشراء من الأساس ، كما ان كثيراً ما يحصل ان يظهر ان المعقود عليه مثقل بحق للغير الامر الذي يمس منفعة المعقود عليه المتوخى تحصيلها من ابرام العقد كما لو ظهر ان المبيع الذي اشتراه المشتري مثقل بحق ايجار للغير او برهن للغير ، كما ان بعض الشروط العقدية المقترنة بالعقد قد لا يتمكن المستفيد منها وهو من وقع الاشتراط لمصلحته أن يجبر المتعاقد الآخر على تنفيذها لمصلحته لكونها تتطلب اجباراً يشكل مساساً بحرية اختياره فهنا يتعذر تحصيل المنفعة التي أبرم العقد لغرض تحصيلها ويمس هذا الامر رضا المشتري ابتداءً بإبرام العقد لأنه لو كان يعلم بتعذر تنفيذ الشرط جبرياً لامتنع عن ابرام العقد ومن هنا تظهر ضرورة استقصاء احكام هذه العيوب من اجل بيان مدى إمكانية تقاضي اثارها الضارة على العقد من خلال تعديل الالتزامات العقدية والإبقاء على الرابطة العقدية قدر الإمكان لكون العقود تشكل ركيزة النشاط الاقتصادي في المجتمع ووسيلة التبادل التجاري الأساسية الامر الذي يوجب وجود مواجهة قانونية لأي عوارض تحول دون تنفيذها وتحصيل النفع المتوخى من ابرامها .

ثالثاً مشكلة موضوع البحث :

تكمن إشكالية البحث الأساسية في غياب التنظيم التشريعي لعيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل كعيوب رئيسية تشمل عقود المعاوضة عامة لا عقد معاوضة معين بالذات فلا يوجد في ثنايا القانون المدني موضع مخصص بشكل مستقل لبحثها كما هو الحال في عيوب الرضا المصاحبة لإبرام العقد اذا افرد المشرع العراقي لها المواد (١١٢-١٢٥) من القانون المدني العراقي في حين تناثرت الاحكام المتعلقة بعيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد في اطار العديد من العقود سيما عقد البيع بوصف الأخير من اهم صور العقود المسماة وأكثرها شيوعاً ووسيلة التبادل الأساسية لمنافع الأشياء الامر الذي يوجب استقصاء التطبيقات المتفرقة لتلك العيوب في اطار العقود من اجل بيان أحكامها الجزئية ومحاولة النفاذ من تلك الاحكام الجزئية الى مبدأ عام يقنن كل عيب منها ويبين حكمه في عقود المعاوضة عامة لا في اطار العقد الذي ورد فيه حصراً .

رابعاً : منهجية موضوع البحث

اقتضت ضرورة البحث العلمي الاستعانة بالمناهج العلمية الآتية :

١- **المنهج المقارن :** من خلال بيان احكام الفقه الإسلامي ابتداء لكونه المصدر الذي استقت منه القوانين أساس هذه العيوب واحكامها ثم بيان أحكام القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠ بالقدر المنظم تشريعياً فيما يخص عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد بالمقارنة مع أحكام التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل وفق المرسوم رقم ١٣١ الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٢/١١ و القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والقانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ وقانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ .

٢- **المنهج الاستقرائي :** من خلال بيان الاحكام الخاصة بعيوب الرضا اللاحق لإبرام العقد في اطار بعض العقود للتعرف على الجزئيات الخاصة بها واحكامها من اجل تعميم الاحكام الخاصة بكل عيب في اطارها على كل عقود المعاوضة التي يتوقع حصول هذا العيب في اطارها .

خامساً : خطة موضوع البحث

اقتضت ضرورة البحث العلمي في موضوع عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد تقسيم البحث الى أربعة مطالب نبحت في المطلب الأول تفرق الصفقة في الفقه الإسلامي والقانون بوصف هذا العيب من اهم صور عيوب الرضا اللاحقة لأبرام العقد وفي المطلب الثاني تناولنا ظهور عيب غير مدلس به في الفقه الإسلامي والقانون وفي المطلب الثالث تناولنا ظهور المعقود عليه مثقلاً بتكاليف لا علم للدائن بها في الفقه الإسلامي والقانون وفي المطلب الرابع وهو الأخير بحثنا امتناع المدين عن تنفيذ شرط عقدي يستحيل جبره على تنفيذه في الفقه الإسلامي والقانون .

المطلب الأول**تفرق الصفقة في الفقه الإسلامي والقانون**

يعد تفرق الصفقة من اهم صور عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد والتي أنفرد الفقهاء المسلمون ببيان مفهومها و صوره وأحكامه في إطار عقود المعاوضة ثم قننت القوانين المدنية صوره و أحكامه بشكل تطبيقات خاصة في إطار بعض العقود المسماة ، ولقد قدم الفقهاء المسلمون تعريفات له ثم بينوا طريقة مساس هذا العيب بالرضا المرافق لإبرام العقد ، وبصدد تعريفه فقد عرف هذا العيب رأي في الفقه بأنه قصور يلحق حكم العقد يؤدي الى عدم إمكانية استيعابه لكافة المعقود عليه الامر الذي يؤدي الى تبعض الصفقة من خلال التجزئة اللاحقة بها بسببه ^(١) ، وعرف رأي آخر بأنه التجزئة الحاصلة خلال تنفيذ عقود

(١) الموسوعة الفقهية - ج ٢٠ - وزارة الأوقاف والشؤون الدينية - ط ٢ - الكويت - ١٩٩٠ - ص ٥٧ .

المعاوضة نتيجة حصول سبب يوجب ذلك كالهلاك الجزئي الطارئ على المبيع بعد إبرام العقد^(١)، أما بصدد آلية مساسه بالرضا المصاحب لإبرام العقد فتتلخص بكون حصول هذا العيب يؤدي بالمحصلة الى عدم تنفيذ العقد بالشكل الذي تم التراضي عليه وقت إبرام العقد مع عدم إمكانية اجبار المتعاقد الذي أخل بالتزامه وتسبب بتفريق الصفقة على تنفيذه بالشكل المتفق عليه سواء كان التفريق راجعا الى فعله او فعل اجنبي عن العقد ، وبناء على ما تقدم سنبحث أحكام تفريق الصفقة في الفقه الإسلامي والقانون في فرعين وفق الخطة الآتية:

الفرع الأول : تفريق الصفقة في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : تفريق الصفقة في القانون .

الفرع الأول

تفريق الصفقة في الفقه الإسلامي

سبق ان بينا ان الفقهاء المسلمون حددوا مفهوم تفريق الصفقة والية مساسه بالرضا المرافق لإبرام العقد وبعد هذا البيان اتفق الفقهاء المسلمون على ثبوت الخيار للمشتري في عقد البيع بعده من اهم عقود المعاوضات التي يحصل فيها تفريق الصفقة في فسخ البيع بسبب تفريق الصفقة مع استرداد الثمن في فرض دفعه أو إبقاء البيع مع انقاص الثمن بسبب تفريق الصفقة واسترسلوا في بيان الحالات التي يثبت فيها هذا الخيار وحدد كل مذهب من المذاهب الإسلامية الحالات التي تتفرق فيها الصفقة ، وبناء على ما تقدم سنبحث حالات تفريق الصفقة في كل مذهب من المذاهب الإسلامية وفقا للآتي :

- ١- **مذهب الحنفية :** ذهب الأحناف الى ثبوت هذا الخيار عند حصول الهلاك الجزئي للمبيع بفعل شخص أجنبي قبل تسليم الأخير من قبل البائع الى المشتري اذ يكون للمشتري الخيار بين فسخ العقد او امضائه مع تضمين الأجنبي اما اذا كان الهلاك الجزئي للمبيع بفعل سبب اجنبي يبطل عقد البيع^(٢).
- ٢- **مذهب المالكية :** يثبت عندهم هذا الهيار عند ظهور المبيع معيبا او عند استحقاق المبيع جزئيا اذا كان الأخير أشياء متعددة بيعت صفقة واحدة اذا يأخذ الجزء غير المعيب وغير المستحق بقيمته وقت التقويم بعد طرح ثمن الجزء المعيب او المستحق من ثمن البيع الإجمالي^(٣) .

(١) الزرقا - مصطفى أحمد- المدخل الفقهي العام - ج ١ - ط ٢ - دار القلم - دمشق - ٢٠٠٤ - ص ٤٩٠ .
(٢) النسفي- الإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين - البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية والشرح البحر الرائق للإمام زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بأن نجيم المصري الحنفي ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق للشيخ محمد امين عابدين المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي- ج ٦ - ط ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٩٧ - ص ٢٣ .
(٣) المالكي - محمد بن يوسف المواق - التاج والإكليل لمختصر خليل - ج ٧ - ط ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٩٩٤ - ص ٣٥٦ - ٣٥٧ .

٣- **مذهب الشافعية** : ذهب فقهاء هذا المذهب الى ثبوت خيار تفرق الصفقة عند الجمع في عقد البيع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه لكنهم اختلفوا في اثر ثبوت الخيار في الفرض الأخير فذهب جزء منه الى صحة بيع ما يجوز بيعه وبطلان بيع ما لا يجوز بيعه وذهب جزء اخر الى بطلان الصفقة بالكامل لتعذر التفرقة بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه (١).

٤- **مذهب الحنابلة** : ذهب فقهاء هذا المذهب الى مسلك مقارب لمسلك فقهاء الشافعية اذ ذهبوا الى ثبوت هذا الخيار عند الجمع في صفقة واحدة بثمن واحد بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه لكنهم اختلفوا عن الشافعية من خلال تمييزهم بين الفروض التي يحصل فيها الجمع المذكور أنفاً وبين الحكم الشرعي الخاص بكل صوره ويمكن ايجاز تلك الفروض واحكامها بثلاثة فروض وهي :

الفرض الأول : بيع مال معلوم في جانب منه ومجهول في جانب اخر منه كبيع حيوان حامل مع جنيته فهنا يبطل البيع لتعذر تحديد نصيب الجزء المجهول وهو الجنين من الثمن الكلي للمبيع.

الفرض الثاني : بيع مال شائع بالكامل من قبل احد الشركاء على الشيوع فيه دون استحصال الأخير أذن شركائه فهنا يصح البيع بالنسبة لحصته فقط دون حصص باقي الشركاء ، أما بالنسبة للمشتري فله حق إبقاء العقد مع التعويض او فسخ العقد اذا كان غير عالم بتصرف الشريك دون اذن باقي الشركاء اما اذا كان عالماً عالم بتصرف الشريك دون اذن باقي الشركاء فلا خيار له .

الفرض الثالث : بيع شخص ماله ومال غيره دون اذنه بصفقة واحدة فهنا يصح بيعه لماله ويبطل بيعه لمال الغير دون اذنه (٢).

٥- **مذهب الجعفرية** : ذهب فقهاء هذا المذهب الى القول بثبوت تفرق الصفقة في حالة الهلاك الجزئي للمبيع، ففي الفرض الأخير يفسخ العقد بالنسبة للجزء الذي أصابه الهلاك ، أما بالنسبة للجزء السليم من المبيع الذي لم ينله أثر الهلاك يكون للمشتري الخيار فيه بين فسخ العقد او امضاؤه بصده بسبب تضرره من تفرق الصفقة (٣) .

وبعد ان اتممنا البحث في حالات ثبوت تفرق الصفقة في الفقه الإسلامي نميل متواضعين الى استنباط حكم عام من تلك التطبيقات الخاصة ليشمل كل حالات تفرق الصفقة المذكورة في إطاره وهو إعطاء الدائن الحق في فسخ العقد او ابقاؤه مع التعويض ان تفرقت الصفقة لأي سبب كان مع إمكانية تحديد نصيب

(١) النووي - الإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف - المجموع شرح المذهب للشيرازي - ج ٩ - مكتبة الارشاد - المملكة العربية السعودية - بدون سنة نشر - ص ٤٩٦ .

(٢) المقدسي - أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي - الأقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل - ج ٢ - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - دون سنة نشر - ص ٩١ .

(٣) العاملي - السيد محمد جواد الحسيني - مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة - ج ١٤ - ط ١ - مؤسسة النشر الإسلامي - قم - المشرفة - ١٤٢٥ هـ - ص ٦٩٦ .

الجزء المتبقي من الثمن وتقرير بطلان العقد ان تفرقت الصفقة لأي سبب كان وتعذر تحديد نصيب الجزء المتبقي من الثمن .

الفرع الثاني

تفرق الصفقة في القانون

لم يستعمل القانون المدني العراقي النافذ والقوانين المقارنة مصطلح تفرق الصفقة كأحد صور العيب الطارئ بعد ابرام العقد والعلة في هذا الأمر واضحة لكون تلك القوانين لم تنظم هذا العيب بشكل مستقل الا ان هذا الامر لا ينفي الاخذ به جزئيا من خلال ايراد تطبيقات له في إطار عقدي البيع والايجار ، وبناء على ما تقدم لا بد من بحث حالات تفرق الصفقة البارزة مع بيان حكمها في ظل القانون العراقي والمقارن من اجل بيان الحكم الأكثر عدالة كجزاء لتفرق الصفقة وهو ما سنوضحه تباعا وعلى النحو الاتي :

١- تطبيقات تفرق الصفقة الواردة في عقد البيع :

أ- **النقص الواقع في مقدار المبيع :** ميز المشرع بين النقص في المثليات التي يضرها التبعض و المثليات التي لا يضرها التبعض ففي المثليات التي يضرها التبعض الحاصل عن طريق التجزئة ميز بين حالتين ^(١) :

الحالة الأولى في حالة تحديد الثمن جملة : يكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع أو ابقاء البيع بكامل الثمن المسمى مالم يوجد اتفاق مسبق بين البائع والمشتري على أخذ المقدار المتوافر وقت التسليم بما يقابله من الثمن المسمى وهذا ما قضت به الفقرة الاولى من المادة ٥٤٤ من القانون المدني العراقي ^(٢) .

الحالة الثانية في حالة تحديد الثمن بسعر الوحدة : منح القانون المشتري خيار فسخ البيع أو إبقاء البيع من خلال أخذ المقدار المتوافر وقت التسليم بما يقابله من الثمن وهذا ما قضت به المادة ٥٤٥ من القانون المدني ^(٣) .

وفي الحالتين المذكورتين انفا كلتاهما يشترط للمطالبة بفسخ العقد او ابقاؤه مع انقاص الثمن بسبب النقص في مقدار المبيع أن يكون ذلك النقصان مؤثرا بشكل محسوس ولقد اخذ المشرع العراقي بمعيار مادي فاشترط ان لا يقل النقصان عن ٥٪ من مقدار المبيع الكلي في الفقرة الاولى من المادة ٥٤٦ من القانون

(١) الفضلي - د. جعفر - الوجيز في العقود المدنية (البيع - الإيجار - المقاوله) - ط٢ - المكتبة القانونية - بغداد - دون سنة طبع - ص ٩٨-١٠٠ .

(٢) نصت الفقرة المذكورة من المادة أعلاه على انه : " إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبعضها ضرر أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها وسمى ثمنها جملة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن".

(٣) تنص المادة المذكورة أعلاه على انه : " إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبعضها أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها وسمى ثمنها بسعر الوحدة، ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً عند التسليم، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن".

المدني العراقي منه ^(١) ، وأن تقام دعوى الفسخ او المطالبة بانقاص الثمن خلال المدة القانونية وهي ثلاثة أشهر من تاريخ تسلم المبيع وفقا للفقرة الثانية من المادة ٥٤٦ من القانون المدني العراقي .

وقد أوردت التشريعات المقارنة حكماً يختلف عن الحكم الوارد في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ويمكن تقسيم موقفها إلى ثلاث اتجاهات :

الاتجاه الأول: تشريعات قننت حكماً عاماً يبين أثر النقص في مقدار المبيع دون الاخذ بعين الاعتبار قابليته للتجزئة من عدمه ويمثل هذا الاتجاه التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ الذي وضع أثر النقص في مقدار المبيع بنص عام لكنه فرق في الوقت ذاته بين العقارات التي تم بيعها بسعر الوحدة وباقي الأموال فإذا تم بيع عقار بسعر الوحدة وظهر نقص مساحته فلا بد من تكملة نقص المساحة فان تعذرت التكملة لاستحالتها أو لعدم رغبة المشتري بتكملة النقص وجب على البائع تخفيض الثمن نسبياً وفقاً للمادة ١٦١٧ منه ، أما إذا كان المبيع عين معينة أو عقار تم بيعه بثمن أجمالي فلا يمنح للمشتري حق المطالبة بتخفيض الثمن إلا في فرض كون النقص محسوساً ولقد اخذ المشرع الفرنسي بمعيار مادي أيضاً وحدد النقص بمقدار الجزء من العشرين أي ٥٪ من مقدار المبيع الكلي طبقاً لأحكام المادة ١٦١٩ منه ^(٢).

الاتجاه الثاني تشريعات أحوالت الى الاتفاق أو العرف لبيان حكم النقص في مقدار المبيع وقت التسليم: ويمثل هذا الاتجاه القانون المدني المصري الذي وضع لزوم إتباع حكم العرف عند ظهور النقص في مقدار المبيع وقت التسليم في ظل غياب اتفاق الطرفين على بيان أثره على عقد البيع ، ويفهم ان المبدأ العام لزوم تطبيق حكم الاتفاق بين المتعاقدين عند ظهور المبيع ناقصاً وقت التسليم ، أما في فرض غياب اتفاق الطرفين على اثر النقص فتطبق القواعد العامة مع الاخذ بعين الاعتبار ما يجري به العرف فإن كان النقص جسيماً بتعذر معه الحصول على مقصد المشتري من الشراء يعطى المشتري الخيار بين فسخ البيع أو إبقاء البيع مع تعويضه بمقدار الضرر الذي لحق به بسبب النقص فان كان لم ينفذ التزامه بدفع الثمن بعد جاز له

(١) نصت الفقرة المذكورة من المادة أعلاه : " في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة، لا يكون للمشتري الحق في الفسخ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع إلا إذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خمسة في المائة من القدر المحدد للشيء المبيع " .

(٢) نصت المادة ١٦١٧ من التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل على انه : " إذا تم بيع عقار مع تعيين محتواه ، بمقدار معين للوحدة القياسية ، وجب على البائع أن يسلم المقدار المعين في العقد إلى المشتري عند تشيئته بذلك . وإذا استحال عليه الأمر أو إذا لم يتشبت به المشتري ، وجب على البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن " ، و نصت المادة ١٦١٩ من التقنين أنف الذكر على انه : " في الحالات الأخرى كافة ، إذا عقد البيع على عين معينة محدودة ، أو على عقارات متميزة مستقلة أو سواء بدأ البيع بتعيين القياس أو بتعيين الشيء المبيع ثم القياس بعده ، فلا يخول البائع حق استزادة الثمن إذا وجد القياس زائداً ولا يمنح المشتري حق تخفيضه إذا وجد ناقصاً إلا إذا كان الفرق بين القياس الفعلي والقياس المعين في العقد جزءاً من عشرين زيادة أم نقصاناً بالنظر إلى قيمة مجمل الأموال المبيعة مالم يشترط غير ذلك " .

خصم التعويض من الثمن وإن كان قد دفع الثمن وجب على البائع تعويضه ^(١) وهذا ما قضت به الفقرة الاولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدني المصري ^(٢).

الاتجاه الثالث تشريعات اعتدت بالتفرقة بين المثليات التي يضرها التبويض والتي لا يضرها التبويض لكنها في الوقت ذاته لم تعين مقدار النقص المؤثر بمعيار مادي (نسبة مئوية من مقدار الصفقة) وتركزت بيان أثر النقص في مقدار المبيع إلى الاتفاق والعرف فان غاب الاخيرين طبقت القواعد القانونية المكملّة للإرادة لبيان أثر النقص في مقدار المبيع : ويمثل هذا الاتجاه القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي إذ بين هذين القانونين أنّ اكتشاف النقص في المثليات التي لا يضرها التبويض وقت تسليمها من البائع الى المشتري يوجب إنقاص الثمن بمقدار قيمة الجزء الناقص غير المسلم للمشتري بصرف النظر عن تسمية الثمن جملة أو بسعر الوحدة، أما إذا تم اكتشاف النقص في المثليات التي يضرها التبويض وجبت التفرقة بين فرضين ، أولهما حالة تسمية الثمن جملة والتي لا يجوز فيها للمشتري المطالبة بقيمة النقص، وثانيهما حالة تسمية الثمن بسعر الوحدة والتي يتعين فيها على البائع إنقاص الثمن ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن النقص المسبب بتفريق الصفقة حتى يسمح للمشتري بطلب فسخ البيع يجب ان تتوافر فيه ثلاثة شروط ، أولها أن يكون محسوس المقدار وثانيها وأن يتسبب بالإخلال بمقصود المشتري من الشراء وثالثهما وأن لا يكون المبيع قد تم استلامه من المشتري مع العلم بنقصه ولم يبين هذين التشريعين مقدار النقص المحسوس بنسبة مادية من المقدار الكلي كما فعل المشرعين العراقي والفرنسي ^(٣) ، ولقد قننت الأحكام المذكورة أنفا المادة ٤٩٢ من القانون المدني الأردني و المادة ٥٢٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ^(٤).

وبعد ان بينا موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من اثر النقص في مقدار المبيع فإننا نميل الى الإبقاء على التفرقة بين المثليات التي لا يضرها التبويض والتي يضرها التبويض لكننا في الوقت ذاته

(١) مرقس - د. سليمان - شرح القانون المدني - العقود المسماة - عقد البيع - ط٤ - عالم الكتب - القاهرة - ١٩٨٠ - ص ٣٥٢.

(٢) نصت الفقرة المذكورة من المادة أعلاه على انه : "إذا عيّن في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف ما لم يتفق على غير ذلك، على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد " .

(٣) الزحيلي - د. وهبة - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ - ط٨ - دار الفكر - دمشق - ٢٠١٤ - ص ٧٤-٧٥.

(٤) نصت المادة ٤٩٢ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ على انه : "إذا عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية : ١- كان المبيع لا يضره التبويض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينا والنقص من حسابه سواء أكان الثمن محدد لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع ٢- إذا كان المبيع يضره التبويض وكان الثمن محدد على أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه ٣- إذا كان المبيع مما يضره التبويض وكان الثمن المسمى لمجموعه فالزيادة للمشتري والنقص لا يقابله شيء من الثمن ٤- كلما كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما اشترى أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع ما لم يكن المقدار تافها ولا يخل النقص في مقصود المشتري ٥- إذا تسلم المشتري المبيع مع علمه بأنه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ المشار إليه في الفقرة السابقة " يقابلها نص المادة (٥٢٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

نميل متواضعين الى الاخذ بالأحكام التي جاء بها المشرعين الأردني والاماراتي بصدد اثر هذه الزيادة خصوصا احالتهما لتحديد النقص المؤثر الى الاتفاق او العرف لان الإحالة اليهما افضل من تبني نسبة مادية لا تراعي نوع المال المباع وقيمتة لكون النقص في ظل ارتفاع قيمة المبيع قد يكون محسوسا وان كان اقل من ٥٪ وان ترك تحديد النقص للاتفاق والعرف أفضل من جهة تحقيق العدالة لكون المتعاقدين هم الاعلم بمقدار النقص المحسوس وكذا الحال بالنسبة للعرف في ظل غياب الاتفاق لان العرف يتغير بتغير الزمان ويحدد النقص المؤثر وفق لما هو متعارف في مثل ظروف الصفقة التي أصابها التفريق وهذا الامر يحقق العدالة عند تحديد المقدار المؤثر كما نؤيد الشروط الثلاثة التي اشترطها المشرعين الأردني والاماراتي لإباحة طلب فسخ البيع من قبل المشتري بسبب النقص في مقدار المبيع لكونها تحقق العدالة التبادلية لكلا طرفي العقد وبناء على ما تقدم ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المواد (٥٤٣-٥٤٤) من القانون المدني العراقي و تبني أحكام مماثلة لما جاء في التشريعين الأردني والاماراتي بصدد اثر النقص في مقدار المبيع وقت التسليم .

ب-الهالك الجزئي للمبيع : اذا تعرض المبيع الى الهالك الجزئي من خلال اصابته بتلف يؤدي الى تجزئته الى عدة أجزاء بعضها سالم والبعض الآخر سليم فان حصل ذلك الهالك بعد ابرام العقد وقبل التسليم فان اثر ذلك الهالك يختلف بحسب جهة التسبب بذلك الهالك ويمكن التمييز بين ثلاثة فروض أولهما إذا حصل بسبب أجنبي فيعطى للمشتري الخيار بين فسخ العقد أو إبقائه مع إنقاص الثمن ، وثانيهما إذا حصل بفعل البائع ففي هذا الفرض يتعين على البائع تعويض المشتري ، وثالثهما إذا حصل بفعل المشتري فيتعين على المشتري في هذا الفرض دفع الثمن الى البائع كاملاً^(١) ، ولقد قننت هذا الاحكام المادة ٥٤٧ من القانون المدني العراقي^(٢) ، ولقد تسنى للقضاء العراقي تطبيق أحكام تلك المادة في العديد من النزاعات التي عرضت عليه^(٣).

(١) طه - د. غني حسون - الوجيز في العقود المسماة - ج ١ - عقد البيع - مطبعة المعارف - بغداد - ١٩٦٩-١٩٧٠ - ص ٢٦٣ .
(٢) تنص المادة المذكورة أنفاً على انه : " ١ - إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يهلك على البائع ولا شيء على المشتري إلا إذا حدث الهالك بعد اعدار المشتري لتسلم المبيع، وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع إنقاص الثمن. ٢ - على انه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الاولى، والزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية ".
(٣) تطبيقاً لتلك المادة قضت محكمة التمييز الاتحادية في حكمها المرقم (١٧٦١ / أ.م. / ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٦/٢٦) بنقض حكم محكمة استئناف ميسان الاتحادية / الهيئة الاستئنافية بصفتها الأصلية المرقم (٢١/س/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٦/٢) والذي نقضت فيه حكم محكمة بداءة البصرة المرقم (٣/م/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٤/٧) القاضي بإلزام المدعى عليه بدفع أجرة محولة كهربائية إلى المدعي سبق أن اشتراها منه لتسليمها من قبل الأخير إليه والتي امتنع عن دفعها لكون تلك المولدة قد سُرقت بعد استلامه لها لجملة من الأسباب التي استندت إليها واستندت محكمة التمييز في نقضها للحكم الاستئنافي إن المدعى عليه قد تسلمها وهلك بفعله لكونه قصر في توفير الحماية للمولدة الأمر الذي تسبب بسرقتها فيتحمل تبعات ذلك التقصير وفقاً للمادة (٢/٥٤٧) من القانون المدني العراقي الحكم منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية ومتاح على الرابط: <https://iraqlid.e-sjc-services.iq/VerdictsLstResults.aspx?AID=169786> (تأريخ زيارة للموقع في ٢٠٢٥/١/٢٩).

أما بالنسبة لموقف التشريعات محل المقارنة من الهلاك الجزئي للمبيع فيمكن تقسيمه الى ثلاثة اتجاهات وفقاً للاتي :

الاتجاه الأول تشريعات لم تبين أثر الهلاك الجزئي للمبيع ضمن نصوص عقد البيع وأحالت بصده الى الأحكام العامة المتعلقة بالهلاك الجزئي للمعقود عليه الواردة في باب العقود أو الالتزامات التعاقدية بشكل عام ويجسد هذا الاتجاه التقنين المدني الفرنسي طبقاً للمادة ١٦٢٤ منه^(١).

الاتجاه الثاني تشريعات وضحت أن الهلاك الجزئي للمبيع يعطي الخيار للمشتري بين فسخ البيع أو إبقاء البيع مع إنقاص الثمن بشرط جسامه الهلاك الجزئي ويجسد هذا الاتجاه القانون المدني المصري^(٢) في المادة ٤٣٨ منه^(٣).

الاتجاه الثالث تشريعات وضحت الحكم القانوني للهلاك الجزئي للمبيع بحسب جهة التسبب بالهلاك وأفردت حكماً خاصاً لكل فرض من فروضه ويمثل هذا المسلك القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي^(٤) إذ بين هذين التشريعين إن هلاك المبيع جزئياً إذا كان راجعاً إلى سبب أجنبي أو فعل البائع وجب إعطاء المشتري الخيار بين فسخ البيع أو إبقاء البيع مع تخفيض الثمن وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٠٠ من القانون المدني الأردني^(٥) والتي يقابلها نص الفقرة الثانية من المادة ٥٣١ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ، أما إذا كان الهلاك الجزئي للمبيع عائداً فعل المشتري فيحق للبائع عده قابضاً للمبيع ومطالبته بالثمن وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٥٠١ من القانون المدني الأردني^(٦) والتي يقابلها نص الفقرة الأولى من المادة ٥٣٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، أما الهلاك الجزئي الطارئ بفعل أجنبي فيخير فيه المشتري بين فسخ البيع أو إبقائه مع انقاص الثمن أو إجازة البيع بالثمن المحدد بالعقد والرجوع على متلف المبيع بالتعويض ، وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة

(١) نصت المادة المذكورة أعلاه على انه : " تفصل مسألة معرفة ما إذا كان البائع أم الشاري يتحمل هلاك الشيء المباع أو تعييبه قبل التسليم وفقاً للقواعد المنصوص عليها في باب العقود أو الالتزامات التعاقدية عامة "

(٢) غانم- د. اسماعيل - مذكرات في العقود المسماة - عقد البيع - مطابع دار الكتاب العربي - مصر - ١٩٥٨ - ص ١٦٣ .

(٣) نصت المادة المذكورة أنفاً على أنه : " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري أما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن " .

(٤) الزحيلي - د. وهبة - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني الاردني- مصدر سابق - ص ٧٧-٧٨ .

(٥) نصت الفقرة المذكورة من المادة أعلاه على انه : " فإذا تلف بعض المبيع يخبر المشتري أن شاء فسخ البيع أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن " .

(٦) نصت الفقرة المذكورة من المادة أعلاه على انه : " إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري اعتبر قابضاً للمبيع ولزمه أداء الثمن " .

٥٠٢ من القانون المدني الأردني^(١) والتي يقابلها نص الفقرة الثانية من المادة ٥٣٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

وبعد ان استعرضنا موقف القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة نجد انها جاءت بأحكام تحقق العدالة وان كانت الية تحقيقها مختلفة في كل منها ونميل الى الاخذ بموقف المشرع المصري مع التفرقة بين فرضين أولهما حالة الهلاك الجزئي الجسيم وفيها نرى ضرورة منح المشتري الخيار بين فسخ العقد او ابقاؤه مع التعويض والهلاك الجزئي البسيط ونرى ضرورة قصر حق المشتري فيها التعويض وعدم السماح له بفسخ العقد للمحافظة على الرابطة العقدية قدر الإمكان تحقيقا لمقصود العقد.

ت-الاستحقاق الجزئي للمبيع : قد يثبت بعد ابرام العقد عدم ملكية البائع لجزء من المبيع ففي الفرض المذكور أنفا خير المشرع العراقي المشتري بين فسخ البيع أو ابقاؤه من خلال الاحتفاظ بالمقدار المتبقي منه مقابل تعويضه عن الاضرار اللاحقة به بسبب الاستحقاق^(٢) وهذا الحكم اشارت إليه المادة ٥٥٥ من القانون المدني العراقي رقم (٣).

أما بالنسبة لموقف التشريعات المقارنة من الاستحقاق الجزئي للمبيع فيمكن تقسيمه إلى الاتجاهات الآتية :

الاتجاه الأول تشريعات تفرق في الحكم بين الاستحقاق الجزئي الجسيم والبسيط وتقرر لكل صورة الاثر القانوني المتعلق بها ، ففي فرض الاستحقاق الجزئي الجسيم الذي يلحق بالمشتري خسارة كبيرة بحيث لو درى به لما وافق على أبرام العقد يحق له إبقاء عقد البيع مع التعويض أو رد الباقي منه مع استرداد الثمن المدفوع من قبله وبين الهلاك الجزئي البسيط الذي لا يتسبب بإصابة المشتري بخسارة كبيرة ولو درى به لما أحجم عن ابرام عقد البيع والذي يمنح المشتري فيه حق المطالبة بالتعويض فقط لا غير وفق القواعد العامة^(٤)، ويمثل هذا الاتجاه التقنين المدني الفرنسي في المادتين ١٦٣٦ و ١٦٣٧ منه^(٥) والقانون المدني المصري في المادة ٤٤٤ منه^(٦)

(١) نصت الفقرة المذكورة من المادة أعلاه على انه : " وإذا وقع الاتفاق على بعض المبيع كان للمشتري الخيار بين الأمور التالية: أ- فسخ البيع. ب- أخذ الباقي بحصته من الثمن وبنفس البيع فيما تلف. ج- امضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما أتلف " .

(٢) طه- د. غني حسون - مصدر سابق - ص ٢٩١ .

(٣) تنص المادة المذكورة أنفا على انه : " ١- إذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلاً بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد، كان للمشتري أن يفسخ العقد. ٢- وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق " .

(٤) ابو السعود - د. رمضان محمد- شرح أحكام القانون المدني - العقود المسماة - (البيع ، المقايضة ، الإيجار ، التأمين) - القسم الأول - الكتاب الأول - عقد البيع - ط ١- منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠١٠ - ص ٣٣٨-٣٣٩ .

(٥) نصت المادة ١٦٣٦ من التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ على انه : " إذا لم ينزع من المشتري إلا جزء من المبيع وكان هذا الجزء بالنسبة إلى المجموع من الأهمية إلى حد أن المشتري لولا وجوده لامتنع عن الشراء ، فإن له الحق بأن يفسخ عقد البيع " ، ونصت المادة ١٦٣٧ منه على انه : " إذا لم يفسخ البيع في حالة نزع اليد عن جزء من المبيع ، فتد إلى المشتري قيمة الجزء

الاتجاه الثاني تشريعات فرقت في حكم الاستحقاق الجزئي بين الاستحقاق الجزئي السابق لقبض المبيع والاستحقاق الجزئي اللاحق لقبض المبيع فأجازت للمشتري في الاستحقاق الجزئي السابق لقبض المبيع طلب فسخ البيع أو إبقائه مع الرجوع في الوقت ذاته على البائع لمطالبته بقيمة الجزء المستحق ، أما في حالة الاستحقاق الجزئي اللاحق لقبض المبيع فرقت بين الاستحقاق المؤثر في المقدار المتبقي من المبيع فأباحته للمشتري طلب فسخ البيع أو إنقاص الثمن والاستحقاق غير المؤثر في المقدار المتبقي من المبيع وقصرت حق المشتري فيه بالرجوع على البائع بقيمة الجزء المستحق ويمثل هذا المسلك القانون المدني الأردني في الفقرتين (الأولى والثانية) من المادة ٥٠٩ منه^(١) وقانون المعاملات المدنية الإماراتي في الفقرتين (الأولى والثانية) من المادة ٥٤٠ منه^(٢) واللّتين يطابق مضمونهما ما جاء في الفقرتين أنفتي الذكر من القانون الأردني^(٣).

وبعد ان استعرضنا موقف القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة من الاستحقاق الجزئي للمبيع نميل بكل تواضع إلى تأييد مسلك التشريعين الأردني والإماراتي لأنهما يحققان التوازن بين مصلحتي طرفي العقد (البائع والمشتري) بواسطة تمكين المشتري من فسخ البيع أو إبقائه مع الرجوع على البائع لمطالبته بقيمة الجزء المستحق في فرض الاستحقاق الجزئي السابق لقبض المبيع وان حصل الأخير بعد القبض تبيح للمشتري حق فسخ البيع في الاستحقاق الجزئي المؤثر على المقدار المتبقي من المبيع دون غير المؤثر على المقدار المتبقي من المبيع الذي يقتصر خيار المشتري فيه على طلب التعويض.

٢- تطبيقات تفرق الصفقة الواردة في عقد الإيجار :

أ- النقص في مقدار المأجور : يمكن تقسيم موقف التشريعات إلى الاتجاهات الآتية :

الاتجاه الأول : تشريعات فرقت بصدد أثر نقصان مقدار المأجور عند تسليمه عن المقدار المعين في عقد الإيجار بين فرضين أولهما تحديد الاجرة جملة وثانيهما تحديد الاجرة بسعر الوحدة ويمثل هذا الاتجاه

المنزوعة اليد عنه وفقاً للتقدير الحاصل بتاريخ نزاع اليد وليس بالنسبة إلى مجموع ثمن المبيع سواء ارتفعت قيمة المبيع أو انخفضت"

(١) تنص المادة المذكورة أعلاه على انه : " ١- إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلاً بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة في المادة السابقة على أن يردّ له المبيع وما أفاده منه. ٢- فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبيّن في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق."

(٢) تنص هذين الفقرتين من المادة المذكورة أنفاً على أنه : " ١- إذا استحق بعض المبيع قبل أن يقبضه كله كان للمشتري أن يرد ما قبض ويسترد الثمن أو يقبل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق. ٢- وإذا استحق بعض المبيع بعد قبضه كله وحدث الاستحقاق عيباً في الباقي كان للمشتري رده والرجوع على البائع بالثمن أو التمسك بالباقي بحصته من الثمن وان لم يحدث عيباً وكان الجزء المستحق هو الأقل فليس للمشتري إلا الرجوع بحصة الجزء المستحق."

(٣) الزحيلي - د. وهبة - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني الاردني- مصدر سابق - ص ٨٤.

القانون المدني العراقي ^(١) والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي ^(٢) واختلفت جزئياً في بعض الاحكام الخاصة بالفرضين المتقدمين ، ففي **الفرض الأول وهو تحديد الأجرة جملة** : أعطت التشريعات أنفة الذكر للمستأجر الخيار في فسخ العقد أو قبوله بالأجرة المحددة بالعقد في كافة التشريعات وأعطى المشرع العراقي هذا الحق مطلقاً فلم يشترط ان يكون النقص جسيماً لإعطاء المستأجر الحقين المذكورين أنفاً بينما اشترط المشرعان الاردني والاماراتي ذلك الشرط لإباحة طلبه بفسخ الإيجار ^(٣) ، أما **الفرض الثاني وهو تحديد الأجرة بسعر الوحدة** : فهنا يعطى للمستأجر الخيرة بين فسخ الإيجار أو إبقاءه مع دفع الأجرة المقابلة للوحدات المستلمة من قبله من المؤجر ، ومنح المشرع العراقي الخيرة المذكورة أنفاً بشكل مطلق فلم يشترط ان يكون النقص جسيماً بينما اشترط المشرعان الأردني والإماراتي ذلك الشرط لثبوت حق طلب فسخ الاجارة بسبب النقص ^(٤) . ولقد أصدر القضاء العراقي عدداً من الاحكام بصدد جزاء النقص في مقدار المأجور طبق فيها أحكام القانون المدني المتعلقة بذلك الموضوع ^(٥) .

الاتجاه الثاني : تشريعات لم تورد نصاً خاصاً في إطار عقد البيع يبين حكم النقص في المأجور وأحالت فيما يخصه إلى أحكام النقص الخاصة بالمبيع والواردة في ثنايا النصوص المنظمة لعقد البيع ، واستناداً الى الاحالة المذكورة أنفاً فإن كان النقص في مقدار المأجور جسيماً محسوساً حق للمستأجر طلب فسخ عقد الإيجار وان كان النقص المذكور أنفاً غير جسيم وغير محسوس اقتصر حق المستأجر على طلب تخفيض

(١) مبارك- د. سعيد عبد الكريم ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي - الموجز في العقود المسماة (البيع - الإيجار - المقولة) - المكتبة القانونية - بغداد- دون سنة طبع .- ص ٢٦٢- ٢٦٣ .

(٢) الزحيلي - د. وهبة - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني الاردني- مصدر سابق - ص ٢٣٦-٢٣٧ .

(٣) تنص المادة (٧٤٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه : " إذا استؤجرت ارض على انها تشتمل على مساحة معينة فتنين انها زائدة ناقصة، صحت الإجارة ولزم الأجر المسمى ولكن في حالة النقص يكون المستأجر مخيراً في فسخ الإجارة " ، يقابلها نص الفقرة ١ من المادة (٦٧٩) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ولكن يشترط لثبوت خيار الفسخ أن يكون النقص جسيماً بموجب الفقرة ٣ من المادة ذاتها ونص الفقرة ١ من المادة ٧٦٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والتي اشترطت جسامه النقص للفسخ أيضاً بموجب الفقرة ٣ منها .

(٤) تنص المادة (٧٤٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه : " إذا استؤجرت ارض على انها تشتمل على مساحة وعينت الاجرة بنسبة الوحدة القياسية في مساحتها فظهرت زائدة أو ناقصة، كان المستأجر مخيراً بين الفسخ وبين الاستمرار على العقد بنسبة ما يخص مجموع الوحدات من الاجرة " يقابلها نص الفقرة ٢ من المادة (٦٧٩) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ولكن يشترط لثبوت خيار الفسخ أن يكون النقص جسيماً بموجب الفقرة ٣ من المادة ذاتها ونص الفقرة ٢ من المادة (٧٦٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والتي اشترطت جسامه النقص للفسخ أيضاً بموجب الفقرة ٣ منها .

(٥) قضت محكمة بداءة الرصافة في حكمها المرقم (١٠٧٥ / ب / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/٣/٧) برفض طلب أمين بغداد / إضافة لوظيفته بزيادة أجرة أرض مؤجرة لشركة سردار لتجارة السيارات والمكائن المحدودة ومستغلة كمعروض لبيع السيارات لاكتشاف زيادة المساحة الواقعية البالغة (٦٣ × ٧٣) عن المساحة المذكورة في العقد (٦٢ × ٧٢) لكون الأجرة محددة جملة وليس على أساس سعر الوحدة الحكم منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية ومتاح على الرابط : <https://iraqlid.e-sjc-services.iq/VerdictsLstResults.aspx?AID=169992> (آخر زيارة للموقع في ٢٠٢٥/١/٢٩) .

الأجرة ^(١) ويمثل هذا الاتجاه القانون التقنين المدني الفرنسي وفقا للمادة ١٧٦٥ منه والقانون المدني المصري وفقا للمادة ٥٦٦ منه ^(٢).

وبعد ان استعرضنا موقف المشرع العراقي والمقارن بصدد حكم النقص في مقدار المأجور فأئنا نميل بكل تواضع إلى تأييد موقف المشرع العراقي لانه يميز بين تحديد الأجرة جملة وبسعر الوحدة ففي الفرض الأول يعتبر النقص وصفا لا أصلا ونقصان الوصف لا يقابله نقصان جزء من الأجرة خلافا لحالة تحديد الأجرة بسعر الوحدة فالوصف في هذا الفرض يعتبر أصلا لا وصفا لانه يراعى عند تقدير الأجرة فالتمييز بين الفرضين انفي الذكر يحقق العدالة ويحقق الموازنة بين مصالح المؤجر والمستأجر لكي لا يثري طرف على آخر دون وجه حق.

ب- الهلاك الجزئي للمأجور: يمكن تقسيم موقف التشريعات من الهلاك الجزئي للمأجور إلى الاتجاهات الآتية :

الاتجاه الأول : تشريعات منحت للمستأجر الخيار بين فسخ الاجارة أو تخفيض الأجرة في فرض الهلاك الجزئي للمأجور العائد الى سبب أجنبي لكن التشريعات المذكورة أنفا اختلفت في شروط ممارسة هذين الحقين وفي نطاق منح خيارات أخرى للمستأجر غير الخيارين سالفين الذكر ويمثل هذا المسلك القانون المدني العراقي ^(٣) والتقنين المدني الفرنسي لسنة والقانون المدني المصري ^(٤)، فلقد تطلب المشرع العراقي أن ينشأ عن الهلاك الجزئي للمأجور نقصان كبير لمنفعة العين المؤجرة وعدم قيام المؤجر بإصلاح المأجور لثبوت الخيارين انفي الذكر للمستأجر وهذا الحكم أشارت إليه صراحة الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٧٥١ من القانون المدني العراقي ، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فيفرق بين الهلاك الجزئي الجسيم والذي يتيح للمستأجر عند حصوله فسخ عقد الايجار وبين الهلاك الجزئي البسيط الذي يقتصر حق المستأجر على انقاص الأجرة فحسب وهذا ما اشارت إليه المادة ١٧٢٢ من التقنين المدني الفرنسي ، أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فهو يقارب موقف المشرع العراقي لكنه منح للمستأجر خيار ثالث وهو

(١) عبد الرحمن - د. حمدي- عقد الإيجار وفقاً للقانون المدني وقوانين ايجار الأماكن- دار الفكر العربي - مصر - ١٩٧٤-١٩٧٥ ص ١٩٥ .

(٢) تنص المادة (١٧٦٥) من التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل بتاريخ ٢٠١٦ على أنه : " إذا أعطيت الأرض في عقد الإيجار الريفي مساحة أصغر أو أكبر مما هي عليه فعلياً ، لا يزداد البذل على المزارع أو يخفض ، إلا في الحالات ووفقاً للقواعد الواردة في باب البيع " ، بينما تنص المادة ٥٦٦ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أنه : " يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الالتزام بتسليم العين المباعة من أحكام ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها " .

(٣) الفضلي - د. جعفر - مصدر سابق - ص ٢٣٧-٢٣٨ .

(٤) تناغو - د. سمير - عقد الإيجار - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٨ - ص ١٤١-١٤٣ .

الحق في مطالبة المؤجر بإصلاح الخلل الحاصل بالمأجور وهذا قضت به الفقرتين (الثانية والثالثة) من المادة ٥٦٩ من القانون المدني المصري^(١).

الاتجاه الثاني تشريعات أوردت نصاً مطلقاً عاماً يبين أثر فوات منفعة المأجور بشكل جسيم يتسبب بالإخلال بالنفع المقصود استيفاءه من العين المؤجرة بموجب عقد الإيجار و لأي سبب يعود إلى المؤجر ويدخل الهلاك الجزئي الناشئ عن إهمال المؤجر لالتزامه بصيانة المأجور في حكم النص المذكور لعموم الصيغة التي ورد فيها ، وبناءً على ما ذكر يحق للمستأجر في حالة الهلاك الجزئي الجسيم ان يطلب فسخ الإيجار وتسقط عنه اجرة المأجور من تاريخ الفسخ ولكنها التشريعات انفة الذكر قننت وسيلة وقائية للحيلولة دون استعمال المستأجر خيار الفسخ وهي منح المؤجر رخصة إصلاح ذلك الهلاك فإن أصلح الهلاك سقط حق فسخ الاجارة المقرر للمستأجر ، كما وضحت تلك التشريعات أن تسبب فعل السلطات العامة بفوات منفعة المأجور بشكل جزئي يعطي للمستأجر الخيرة بين طلب فسخ الإيجار وتسقط عنه اجرة المأجور من وقت إعلامه المؤجر بذلك الأمر ، ويمثل هذا الاتجاه موقف المشرعين الأردني والإماراتي^(٢) وذلك في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (٦٩٧) والفقرة الثانية من المادة (٦٩٨) من القانون المدني ، واللذان يطابقهما الفقرتين (الثانية والثالثة) من المادة (٧٨١) والفقرة الثانية من المادة (٧٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي^(٣).

وبعد ان استعرضنا موقف القانون المدني العراقي والتشريعات المقارنة من الهلاك الجزئي للمأجور نميل بكل تواضع إلى تأييد موقف مشرعنا العراقي لأنه يحاول إبقاء العقد بكل الوسائل الممكنة المتاحة

(١) نصت الفقرتين ٣٠٢ من المادة ٧٥١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه : " ٢ - أما إذا أصبح في حالة لا يصلح معها للانتفاع الذي اجر من اجله أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ، ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك جاز له إذا لم يقيم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة المأجور إلى الحالة التي كان عليها أن يطلب أما نقص الاجرة أو فسخ الاجارة. ٣ - ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين، أن يطلب تعويضاً إذا كان الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب لا يد للمؤجر فيه " ، بينما نصت المادة ١٧٢٢ من التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ على أنه : " إذا تلف المأجور كلياً بحادث طارئ خلال مدة الإيجار ، يفسخ العقد حكماً ، أما إذا تلف جزئياً فيمكن للمستأجر وفقاً للظروف ، أن يطالب أما بتخفيض البدل أو بفسخ عقد الإيجار بالذات ، وفي كلاً الحالتين لا يكون ثمة محل لدفع أي تعويض " ، ونصت الفقرتين (٣٠٢) من المادة (٥٦٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أنه : ٢ - أما إذا كان هلاك العين جزئياً ، أو إذا أصبحت العين في حالة لا تصلح معها للانتفاع الذي أوجرت من أجله ، أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك ، فيجوز له ، إذا لم يقيم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها أن يطلب تبعاً للظروف أما إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار ذاته دون إخلال بما له من حق في أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقاً لأحكام المادة السابقة. ٣ - ولا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين أن يطلب تعويضاً إذا كان الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب لا يد للمؤجر فيه " .

(٢) الزحيلي - د. وهبة - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني الاردني- مصدر سابق - ص ٢٤٥ .

(٣) تنص الفقرتين (٢ و ٣) من المادة (٦٩٧) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ على أنه : " فإذا كان فوات المنفعة جزئياً وبصورة تؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة كان له فسخ العقد وتسقط الاجرة من تاريخ الفسخ. ٣ - فإذا أصلح المؤجر المأجور قبل الفسخ سقط عن المستأجر من الأجر بمقدار ما فات من منفعة ولا خيار له في الفسخ " ، يطابقها حرفياً نص الفقرتين (٣٠٢) من المادة (٧٨١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ ، بينما تنص الفقرة (٢) من المادة (٦٩٨) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ على أنه : " وإذا كان المنع بخل بنفع بعض المأجور بصورة يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة فللمستأجر فسخ العقد ويسقط عنه الأجر من وقت قيامه بأعلام المؤجر " ويطابقها حرفياً نص الفقرة (٢) من المادة (٧٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ .

من اجل تحقيق المنفعة المقصودة من ابرامه لأطرافه بواسطة جبره المؤجر على إصلاح المأجور في حالة الهلاك الجزئي البسيط لتفادي النقص الحاصل في منفعة جراء هلاكه جزئيا ولا يتيح المطالبة بفسخ العقد إلا في حالة الهلاك الجزئي الجسيم والذي يمتنع فيه المؤجر عن اصلاح المأجور فيتسبب امتناعه باستمرارية نقص المنفعة فيكون من العدل منحه حق الفسخ او انقاص الأجرة لما إصابه من ضرر جراء نقص المنفعة .

ت- الاستحقاق الجزئي للمأجور : إذا أُستحق المأجور جزئيا بثبوت عدم ملكية المؤجر لجزء من المأجور وانتزاع الجزء الأخير من المأجور من يد المستأجر من قبل من حكم القضاء له بالاستحقاق فإن المستأجر يحرم من من منفعة ذلك الجزء فيثبت له الحق في أن يطلب فسخ عقد الايجار إذا كان ذلك الاستحقاق جسيماً ، أما إذا لم يكن جسيماً فيقتصر حق المستأجر على طلب إنقاص الأجرة وفي كلاً الحالتين يحق له طلب التعويض عن كافة الإضرار التي لها مقتضى وهذا الحكم تقريبا محل اتفاق بين القانون العراقي وأغلب القوانين محل المقارنة ^(١) باستثناء التقنين المدني الفرنسي الذي لم يمنح المستأجر في حالة الاستحقاق الجزئي سوى الحق في إنقاص الأجرة دون فسخ الايجار ^(٢) ، وبعد ان استعرضنا موقف القانون العراقي والمقارن من الاستحقاق الجزئي للمأجور نميل متواضعين إلى تأييد موقف المشرع العراقي والقوانين المقارنة التي حذت حذوه لكون موقف تلك القوانين أقرب الى تحقيق العدالة العقدية ولكونه يوازن بين مصالح الأطراف في العقد موازنة فعلية ليتمكن كل طرف من تحصيل النفع الذي ابرم العقد من أجله .

المطلب الثاني

ظهور عيب غير مدلس به في الفقه الإسلامي والقانون

ان المشتري عندما يشتري شيئاً من البائع يفترض وقت الشراء ان يكون المبيع خالياً من العيب لان قصد السلامة مفترض في عقود المعاوضات عموماً وفي عقد البيع خصوصاً ولان العيب من الصفات العارضة والاصل في الصفات العارضة عدم ، فان ظهر بعد العقد ان المبيع معيب بعيب فهنا يختل رضا المشتري الحاصل بإبرام عقد البيع لانه لو كان يعلم بالعيب لما أقدم على الشراء ، فإن ظهر ان العيب قد

(١) ينظر - الفضلي - د. جعفر - مصدر سابق - ص ٢٤٦ ، تناغو - د. سمير - عقد الإيجار - مصدر سابق - ص ١٧٦ ، الزحيلي - د. وهبة - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني الاردني- مصدر سابق - ص ٢٣٨ .

(٢) تنص الفقرة (٢) من المادة (٧٥٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه : " فإذا ترتب على هذا التعرض أن حرم المستأجر فعلاً من الانتفاع الواجب بعقد الإيجار له تبعاً للظروف أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض أن كان له مقتضى " ، يقابلها نص الفقرة (٢) من المادة (٥٧٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، ونص المادة (٦٨٥) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ، والمادة (٧٧١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ ، أما بالنسبة لموقف التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل فقد قصر حق المستأجر على إنقاص الأجرة بموجب المادة (١٧٢٦) منه والتي جاء فيها : " إذا حصل على العكس من ذلك إخلال بحق انتفاع لمستأجر عقار أو لمستأجر أرض زراعية بنتيجة دعوى تتعلق بملكية عقار ، فإنه يحق لهما تخفيض نسبي لبدل الإيجار شرط أن يتم إعلام المالك بالإخلال والعرقلة الحاصلة " .

استعمل البائع التدليس لإخفائه ففي هذا الفرض يجوز للمشتري الرجوع على البائع ان أصابه غبن فاحش وفق قواعد الغبن مع التبرير وان هذا الفرض يخرج عن نطاق بحثنا لتعلقه بعيوب الرضا الحاصل وقت إبرام العقد لا عيوب الرضا الحاصلة بعد إبرام العقد ذات الأثر الممتد الى وقت إبرامه ، أما إذا كان العيب غير مدلس به ولم يستعمل البائع أي أساليب احتيالية لإخفائه كنا امام عيب لاحق لإبرام العقد ممتد في اثره الى الرضا الحاصل وقت إبرام العقد فلا بد من معرفة الاحكام الخاصة بهذا العيب ، وبناء على ما تقدم سنبحث ظهور عيب غير مدلس به في الفقه الإسلامي والقانون كأحد عيوب الرضا اللاحق لإبرام العقد في فرعين وفق الخطة الآتية :

الفرع الأول ظهور عيب غير مدلس به في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني ظهور عيب غير مدلس به في القانون .

الفرع الأول

ظهور عيب غير مدلس به في الفقه الإسلامي

يكفي وجود عيب في المبيع لم يستعمل البائع التدليس لإخفائه من قبيل عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد لأنَّ شرط خلو المبيع من العيوب وسلامته تعد من المسائل المقترضة في إطار عقد البيع فإذا تبين بعد إبرام العقد أن المبيع معيب بعيب أمكن عد المشتري قد وقع في غلط الأمر الذي يبرر منحه الخيار لأنَّ إرادة المشتري في قصد السلامة تعد ظاهرة و مكشوفة ومنَّ القواعد المقررة في الفقه الإسلامي فيما يخص العقود أنَّ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الالفاظ والمباني ، وان هذا العيب علاوة عن إمكانية تصور تكيفه كشل من أشكال الغلط في العقد يمكن تكيفه في الوقت ذاته كإخلال لاحق لإبرام العقد يحدث وقت تنفيذه خصوصاً في حالة حصول العيب في المبيع وهو في حيازة البائع وقبل حصول قبضه من المشتري إذ لا يمكن للقاضي إجبار المشتري على تنفيذ العقد من جانبه طبقاً لما اتفق عليه بعد حدوث العيب لتعذر إعادة المبيع سالمًا من العيب من قبل البائع فيختل الرضا بالنسبة للمشتري ويمنح خيار التحرر من العقد عن طريق طلب انهاء العقد المبرم بينه وبين البائع^(١).

الفرع الثاني

ظهور عيب غير مدلس به في القانون

أورد المشرع العراقي والمقارن تطبيقات مهمة لهذا العيب في نطاق عقدي البيع والإجارة وسنبحث تلك التطبيقات باختصار وافي وفقاً للآتي :

(١) الزرقا - مصطفى أحمد - المدخل الفقهي العام - ج ١ - مصدر سابق- ص ٤٩١-٤٩٢.

أ- **ظهور عيب في المبيع** : يمكن تقسيم موقف القانون العراقي والمقارن بصدد ذلك العيب إلى الاتجاهات الآتية :

الاتجاه الأول تشريعات منحت للمشتري الخيرة بين فسخ البيع أو إبقاء البيع بكامل الثمن المسمى الوارد فيه إذا تبين وجود عيب خفي في المبيع مؤثر في قيمة المبيع أو منفعته بشرط ان يكون ذلك العيب متصفاً بالقدم ويتحقق الشرط الأخير اذا كان العيب موجوداً في المبيع قبل إبرام عقد البيع أو طرأ بعد إبرام عقد البيع وقبل تسليم المبيع من قبل البائع للمشتري كأصل مع وجود استثناءات ترد عليه ويمثل هذا المسلك القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي^(١) إذ بينت تلك القوانين ذلك الأمر بشكل صريح^(٢).

الاتجاه الثاني : تشريعات ذهبت الى منح المشتري الخيرة بين فسخ البيع أو إبقاء البيع مع إنقاص الثمن إذا ظهر في المبيع عيب يتصف بالخفاء والقدم والتأثير في قيمته ويمثل هذا الاتجاه التقنين المدني الفرنسي^(٣)

الاتجاه الثالث : تشريعات لم تورد نصاً خاصاً يبين حكم ظهور عيب في المبيع بعد إبرام العقد وأحالت إلى أحكام ضمان استحقاق المبيع فيما يتعلق بالعيب الخفي الموجود في المبيع ويمثل هذا الاتجاه القانون المدني المصري فقد اُحال بموجب المادة (٤٥٠) منه^(٤) إلى أحكام المادة (٤٤٤) المتعلقة بضمان الاستحقاق واستناداً الى تلك الإحالة فإن العيب الجسيم في المبيع يبرر إعطاء المشتري الحق في فسخ البيع مع التعويض إما العيب غير الجسيم فقد قصر المشرع المصري حق المشتري فيه على طلب نقصان الثمن دون الفسخ^(٥).

وبعد ان استعرضنا موقف المشرع العراقي والمقارن من اثر ظهور عيب في المبيع غير مدلس به من جانبنا نميل متواضعين إلى تأييد موقف المشرع الفرنسي لأن الضرر الناشئ عن العيب يصيب المشتري وان الأخير هو الأقدر على تقدير مصلحته في إبقاء عقد البيع عن طريق استبقاء المبيع المعيب مع تعويضه عن العيب الظاهر فيه أو إنهاء العقد إذا قدر أن العيب الموجود بالمبيع يحول دون تحصيل المنفعة المقصودة منه ، وندعو مشرعنا العراقي إلى تعديل نص الفقرة الاولى من المادة ٥٨٨ من القانون المدني العراقي والإتيان بنص يماثل النص الوارد في التقنين المدني الفرنسي .

(١) ينظر- طه - د. غني حسون - مصدر سابق- ص ٣١٤ ، الزحيلي - د. وهبة - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني الاردني- مصدر سابق - ص ٨٨-٨٩.

(٢) تنص الفقرة (١) من المادة (٥٨٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه : " إذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً أن شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى " ، يطابقها الفقرة (١) من المادة (٥١٣) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والفقرة (١) من (٥٤٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٣) تنص المادة ١٦٤٤ من التقنين المذكور على أنه : " في الأحوال الواردة في المادتين ١٦٤١ و ١٦٤٣ ، للمشتري أن يختار بين إعادة الشيء واسترداد الثمن أو الاحتفاظ بالشيء واسترجاع جزء من الثمن وفقاً لما يقدره الخبراء "

(٤) تنص المادة المذكورة أنفاً على أنه : " إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ " .

(٥) تناغو - د. سمير عبد السيد - عقد البيع - ط١- مكتبة الوفاء القانونية - الإسكندرية - ٢٠٠٩ - ص ٣٠٢-٣٠٣.

ب- ظهور عيب في المأجور : يمكن تقسيم موقف القانون العراقي و المقارن من ظهور عيب في المأجور غير مدلس به إلى الاتجاهات الآتية :

الاتجاه الأول تشريعات منحت للمستأجر الخيرة بين طلب فسخ الايجار أو إبقاء الايجار مع إنقاص الأجرة إذا تبين وجود عيب خفي في المأجور وكأن مؤثراً في منفعته وتوافرت الشروط المطلوبة قانوناً فيه، كما أجازت للمستأجر أن يطلب التعويض عن أي ضرر لحق به نتيجة وجود العيب في المبيع إذا كان المؤجر يعلم بالعيب وقت إبرام عقد الايجار ويمثل هذا المسلك القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي ^(١) فقد قننت تلك التشريعات هذا الحكم بنصوص قانونية صريحة ^(٢).

الاتجاه الثاني تشريعات منحت المستأجر حق المطالبة بفسخ الايجار أو إبقاء الايجار مع تخفيض الأجرة أو مطالبة البائع بالتنفيذ العيني الجبري إذا لم يكن الأخير باهضاً إذا تبين وجود عيب خفي في المأجور مؤثر في منفعته وتوافرت المتطلبات القانونية فيه ، كما سمحت له بالمطالبة بالتعويض عن أي ضرر لحق به بسبب العيب إذا كان المؤجر يعلم بعيب المبيع وقت إبرام العقد ^(٣) ويمثل هذا الاتجاه القانون المدني المصري ^(٤).

الاتجاه الثالث تشريعات لم تمنح المستأجر الا خيار واحد في حالة ظهور عيب خفي بالمأجور ينشأ عنه خسارة تلحق به ألا وهو المطالبة بالتعويض ويمثل هذا الاتجاه التقنين المدني الفرنسي ^(٥).

بعد ان استعرضنا موقف القانون العراقي و المقارن من ظهور عيب في المأجور غير مدلس به ، نميل بكل تواضع إلى تأييد موقف المشرع المصري لأنه منح المستأجر حق مطالبة المؤجر بإصلاح العيب أو إنقاص أجرة المأجور مع إبقاء الايجار إن ارتأى ن إبقاء عقد الايجار يصب في مصلحته أو فسخ الايجار إن قدر إن استمراريته لا تنصب في مصلحته ، وندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص

(١) ينظر - تناغو - د. سمير - عقد الايجار - مصدر سابق - ص ٢٠٤ ، الزحيلي - د. وهبة - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني الأردني - مصدر سابق - ص ٢٤٠ .

(٢) تنص المادة (٧٥٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه : " ١ - إذا وجد بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة . ٢ - فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب" ، يقابلها نص المادة ٦٨٧ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والمادة (٧٧٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٣) البكري - المستشار محمد عزمي - عقد الإيجار في التقنين المدني الحديث - ط٥ - دار محمود للنشر والتوزيع - القاهرة - ٢٠٠١ - ص ٥٩٦ .

(٤) تنص المادة (٥٧٧) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أنه : " ١ - إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان، جاز للمستأجر تبعاً للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان هذا الإصلاح لا يبهظ المؤجر . ٢ - فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه، ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب " .

(٥) تنص المادة (١٧٢١) من التقنين المذكور على أنه : " تتوجب الضمانة للمستأجر عن كل العيوب والنواقص في الشيء المأجور والتي تحول دون استعماله حتى ولو لم يكن يعلم بها المؤجر عند إبرام عقد الإيجار . إذا نتجت عن هذه العيوب أو النواقص خسارة ما للمستأجر ، فيلزم المؤجر بالتعويض عليه "

المادة (٧٥٨) من القانون المدني العراقي واحلال نص يماثل نص القانون المدني المصري محل النص الحالي .

المطلب الثالث

ظهور محل العقد مثقلا بتكاليف لا علم للدائن بها في الفقه الإسلامي والقانون

ان المشتري قد يبرم عقد البيع ويظهر بعد ابرامه لذلك العقد مع البائع أن المبيع مثقل بحق للغير كما لو كان البائع قد رهن المال المباع قبل بيعه ضمانا لدين في ذمته ، أو يكون البائع قد أجر المال الذي باعه قبل البيع وان الإجارة نافذة في حق المشتري لكونها سابقة لإبرام عقد البيع ففي الفرضين المذكورين أنفا يختل رضا المشتري بشكل لاحق لإبرام العقد لانه لم يرض بإبرام العقد إلا على أساس انتقال رقة ومنفعة المبيع له مباشرة بعد العقد لان انتقال الملكية بمجرد إبرام العقد يمثل حكم العقد في التصرفات الواردة على الاعيان والتي تنقل ملكيتها من البائع (المتصرف) الى المشتري (المتصرف إليه) وان وجود الرهن والايجار السابقين للبيع يحول واقعا دون ترتب هذا الحكم الأمر الذي يوجب تسليط الضوء على عيب ظهور محل العقد مثقلا بتكاليف لا علم للدائن فيها وقت العقد في الفقه الإسلامي والقانون وهو ما سنبحثه في هذا المطلب في فرعين متتاليين وعلى النحو الاتي :

الفرع الأول : ظهور محل العقد مثقلا بتكاليف لا علم للدائن بها في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : ظهور محل العقد مثقلا بتكاليف لا علم للدائن بها في القانون .

الفرع الأول

ظهور محل العقد مثقلا بتكاليف لا علم للدائن بها في الفقه الإسلامي

ظهر اهتمام الفقهاء المسلمون ببحث أحكام هذا العيب عند تطرقهم لحكم ظهور المبيع مثقلا بتكاليف لا علم للمشتري بها وقت إبرام العقد كما لو ظهر انه مرهون أو موجد قبل إبرام عقد البيع ودون علم المشتري بذلك الامر وقت ابرامه لعقد البيع ، فلو تبين أن المبيع مؤجر قبل البيع ففي هذا الفرض يبقى المستأجر محتفظا بالمأجور لغاية انتهاء مدة عقد الايجار وكذا الحال إذا تبين أن المبيع مرهون قبل البيع و أنه في حيازة الدائن المرتهن فيظل المبيع محبوسا في يد الأخير الى غاية استيفائه لكامل دينه ، فلا يتأثر حق المستأجر والدائن المرتهن بانتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري إذ ليس بمقدور المشتري في كلتا الحالتين المذكورتين أنفا إرغام المستأجر أو الدائن المرتهن على تسليم المبيع له قبل انقضاء حقه الذي يتقل المبيع ، ومما لا شك فيه أن الأمر الأخير يؤدي بالمحصلة إلى اختلال تنفيذ عقد البيع إذ يختل رضا المشتري الذي لم يقدم على الشراء إلا اعتقادا منه بانه سيتسلم المبيع فور إبرام البيع لذلك قرر الفقهاء

المسلمون منح المشتري الخيرة بين انتظار انقضاء حق المستأجر والدائن المرتهن اللذين يثقلان المبيع ليتمكن من تسلم المبيع بعد ذلك أو طلب إبطال العقد من القضاء^(١).

الفرع الثاني

ظهور المعقود عليه مثقلاً بتكاليف لا علم للدائن بها في القانون

أورد المشرع العراقي والمقارن تطبيقاً لهذا العيب في إطار عقد البيع وذلك في حالة تبين أن المبيع مثقل بتكاليف لا يعلم للمشتري بها وقت البيع ولكن التشريعات اختلفت في اثر ظهور هذا العيب ويمكن تقسيمه موقفاً إلى ثلاث اتجاهات وفقاً للآتي :

الاتجاه الأول تشريعات تمنح المشتري الخيرة بين فسخ البيع أو ابقاء البيع مع تعويض المشتري إذا تبين ان المبيع مثقل بتكاليف لا علم له بها وقت البيع بصرف النظر عن كون تلك التكاليف جسيمة أو بسيطة ويمثل هذا الاتجاه القانون المدني العراقي^(٢) الذي قنن الحكم المذكور أنفاً بنص قانوني صريح^(٣).

الاتجاه الثاني تشريعات تمنح المشتري الخيار بفسخ البيع أو ابقائه مع تعويضه عن الاضرار التي لحقت به بسبب تلك التكاليف بشرط ان تكون جسيمة تثقل كاهل المبيع بحيث لو درى المشتري بها لما أبرم عقد البيع أصلاً ويمثل هذا الاتجاه التقنين المدني الفرنسي^(٤).

الاتجاه الثالث تشريعات تمنح المشتري الخيرة بفسخ البيع أو ابقائه مع التعويض إذا كانت التكاليف التي تثقل العقار جسيمة بحيث لو تحققت دراية المشتري بها لما أبرم عقد البيع فإذا لم تصل جسامه التكاليف التي تثقل المبيع إلى الحد المذكور أقتصر جق المشتري على طلب التعويض^(٥) ويمثل هذا الاتجاه القانون المدني المصري^(٦).

(١) الزرقا - مصطفى أحمد - المدخل الفقهي العام - ج ١ - مصدر سابق - ص ٤٩٢-٤٩٣.
(٢) السنهاوري - د. عبد الرزاق أحمد - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٤ - العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة) - دار أحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - دون سنة نشر - ص ٦٨٦ .
(٣) تنص المادة (٥٥٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه : "١- إذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلاً بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد، كان للمشتري أن يفسخ العقد. ٢ - وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق. " .
(٤) جعل المشرع الفرنسي البائع ضامناً لكل عبء يتحمل المبيع ولم يصرح به وقت البيع بموجب المادة (١٦٢٦) من التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل وارود تطبيقاً لهذه الغيوب في المادة (١٦٣٨) منه والتي بينت حكم ظهور حقوق ارتفاق خفية على المبيع غير مصرح بها من قبل المشتري وذات درجة من الأهمية بحيث لم يكن المشتري ليرم العقد لو علم بها فأعطته الحق في طلب الفسخ أو التعويض.
(٥) سعد - د. نبيل إبراهيم - العقود المسماة - ج ١ - عقد البيع - ط ١ - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٩٧ - ص ٣٧٥-٣٧٦ .
(٦) تنص المادة (٤٤٤) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أنه : " ١ - إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلاً بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه. ٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ القدر المبيّن في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق " .

الاتجاه الرابع تشريعات منحت المشتري حق طلب رفع الحق الثابت للغير المتقل للمبيع أو فسخ البيع ويمثل هذا الاتجاه مسلك القانون المدني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي^(١) اللذين أوردا نصوصاً صريحة تنص على ذلك^(٢)

وبعد أن أطلعنا على موقف المشرع العراقي والمقارن من ظهور المبيع مثقلاً بتكاليف لا علم للمشتري بها نميل إلى الجمع بين موقف التشريعات (العراقي والإماراتي والأردني) بواسطة منح المشتري حق مطالبة البائع برفع الحق الثابت للغير فإن تعذر على الأخير ذلك جاز للمشتري أن يطلب له فسخ البيع أو إبقاءه مع التعويض لأن الأصل في تنفيذ الالتزام العقدية أن تنفذ عينياً فإن تعذر الأصل يصار إلى فسخ البيع مع تعويض المشتري عن الأضرار التي لحقت به إن وجد مقتضى لذلك .

المطلب الرابع

امتناع المتعاقد عن تنفيذ شرط لا يمكن إجباره على تنفيذه في الفقه الإسلامي والقانون

أجاز كثير من الفقهاء المسلمون و التشريعات ان يقرن العقد بشرط يكون ملائماً للعقد أو يؤكد لمقتضاه أو جارياً اشتراطه طبقاً للعرف ، أو فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير طالما لم يكن هذا الشرط ممنوعاً في الشرع والقانون أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ، فإن أقرن العقد بشرط لمصلحة أحد طرفيه كان يشترط البائع على المشتري تعجيل الثمن كاملاً فهذا الشرط مشروع ويجب على المدين به تنفيذه طواعية فإن لم ينفذه طواعية واختياراً أجبره القضاء على ذلك ألا أن العقد قد يقرن بشرط مشروع إلا أن القضاء لا يستطيع جبر المدين بالشرط على تنفيذه كما لو اشترط البائع على المشتري ان يقدم له رهناً من الغير أو كفلاً ضماناً لتنفيذ العقد فهنا ان أحل المشتري بالتزامه بتقديم رهن أو كفيل لا يمكن جبر الغير على تقديم رهن ضماناً لوفاء المشتري بالتزاماته الناشئة عن عقد البيع أو كما لا يمكن إجبار الغير على كفالة المشتري ضماناً لتنفيذ الأخير لالتزاماته ولاشك ان تعذر جبر المشتري على إجبار الغير على تقديم رهن لمصلحته أو كفالته يمس رضا البائع لأنه لم يرضَ بالبيع من الأساس الا بناء على ذلك الشرط الذي تعذر تنفيذه ومن هذا التصور يتعيب رضا البائع بإبرام العقد بسبب لاحق لإبرام عقد البيع الامر الذي يحتم علينا استقصاء أحكام هذا العيب في الفقه الإسلامي والقانون وهو ما سنبحثه في هذا المطلب في فرعين متتالين وعلى النحو الآتي:

(١) الزحيلي - د. وهبة - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني الاردني- مصدر سابق - ص ٨٤.

(٢) تنص الفقرة (٣) من المادة (٥٠٩) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ على أنه: " فإذا ظهر بعد البيع أن على المبيع حقاً للغير كان للمشتري الخيار بين انتظار رفع هذا الحق أو فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن " يطابقه حرفياً نص الفقرة ٣ من المادة (٥٤٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ .

الفرع الأول : امتناع المتعاقد عن تنفيذ شرط لا يمكن إجباره على تنفيذه في الفقه الإسلامي
الفرع الثاني : امتناع المتعاقد عن تنفيذ شرط لا يمكن إجباره على تنفيذه في القانون

الفرع الأول

امتناع المتعاقد عن تنفيذ شرط لا يمكن إجباره على تنفيذه في الفقه الإسلامي

من القواعد المقررة في إطار الفقه الإسلامي والقانون جواز اقتران العقد بشرط طالما كان موافقا للشرع والقانون ويحقق المصلحة لكلا المتعاقدين أو أحدهما ، فان لم يبادر الطرف الملزم بتنفيذ الشرط العقدي الى تنفيذه طوعا تولى القضاء جبره على التنفيذ بناء على طلب الدائن ، ولكن القاعدة الأخيرة ليست مطلقة فقد لا يتسنى للقضاء جبر المدين بالشرط العقدي على تنفيذه كما لو امتنع المشتري لمال معين بثمن مؤجل عن تقديم الرهن أو الكفالة التي اشترطها البائع عليه لضمان حقه في سداد الثمن ، فهنا لا يجوز إجباره على رهن أحد أمواله لكون عقد الرهن من العقود الرضائية التي لا يبيح القانون إبرامها عن طريق الاجبار ولو كان الاجبار مشروعا ولكون الرهن أيضا من العقود العينية التي لا تتعقد إلا بالقبض وفي الفرض الأخير لا يمكن جبره على التسليم ، وكذا الحال بالنسبة للكفالة لأنها عقد رضائي أيضا فليس من المباح إكراه شخص ما على ان يكون كفيلا لغيره لذلك يتعيب رضا البائع الذي لم يرضَ بالبيع بثمن مؤجل إلا بناء على الضمان الذي اشترطه على المشتري وهو تقديم الرهن والكفالة لذلك قرر الفقهاء المسلمون منحه الحق في ابطال العقد^(١).

ومن الجدير بالذكر ان هنالك فرق جوهري بين اختلال تنفيذ العقد والاخلال بتنفيذ العقد لان الأول يحصل نتيجة حادث ما يتعذر معه تنفيذ العقد بالشكل الذي تم التراضي عليه ابتداء وغالبا ما يحصل في وقت لاحق لإبرام العقد فهو يعيب الرضا دائما ويتيح للدائن طلب ابطال العقد، اما الاخلال بتنفيذ العقد يكون جراء عدم تنفيذه المدين لالتزاماته العقدية مع قدرته على التنفيذ فهنا ان امكن جبره عن طريق القضاء فلا يتعيب الرضا اما اذا تعذر جبره يتعيب الرضا ويسوغ للدائن طلب انهاء العقد^(٢).

(١) الزرقا - مصطفى أحمد - المدخل الفقهي العام - ج ١ - مصدر سابق - ص ٤٩٣-٤٩٤.

(٢) نفس المصدر اعلاه - ص ٤٩٤.

الفرع الثاني

امتناع المدين عن تنفيذ شرط عقدي لا يمكن جبره على تنفيذه في القانون

إذا اقترن العقد بشرط مشروع في ميزان القانون^(١) فعلى الطرف المدين بتنفيذ الشرط ان يبادر الى تنفيذه رضائياً فان امتنع عن تنفيذه جبره القضاء على التنفيذ لكن ان تعذر جبره على تنفيذ الشرط كما لو كان البائع قد اشترط على المشتري ان يقدم له كفالة او رهن مقابل قبوله تأجيل الثمن وامتنع بعد ابرام عقد البيع عن تقديم الرهن او الكفالة فهنا لا يمكن جبره على تقديم الرهن والكفالة لكون العقدين الأخيرين من العقود الرضائية التي لا يجوز ابرامهما عن طريق الاكراه فلا يكون امام البائع سوى طلب فسخ العقد لإخلال المدين بالشرط العقدي والذي يعد التزاماً بذمته ويكون طلبه في هذه الحالة موافقاً للقانون لكونه يستند الى أساس قانوني الا وهو نص الفقرة الاولى من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١^(٢).

(١) نصت المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على حكم الشروط المقترنة بالعقد إذ جاء فيها: "١ - يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة. ٢ - كما يجوز أن يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب وإلا لغا الشرط =
=وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً " ، يقابله نص المادة ١٦٤ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ونص المادة ٢٠٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ ولا وجود لمقابل في باقي التشريعات المقارنة ولكن المشرع الفرنسي بين عدم جواز مخالفة شروط العقد للنظام العام بموجب المادة ١١٦٢ من التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ ونص في المادة ١١٧٠ منه على بطلان أي شرط يفرغ الالتزام الرئيس للمدين من مضمونه وسلك المشرع المصري مسلكاً مقارباً لمسلك المشرع الفرنسي إذ اشترط أن لا يكون الشرط الواقف أو الفاسخ مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في المادة ٢٦٦ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

(٢) تنص الفقرة المذكورة من المادة أعلاه على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته " ، يقابله نص المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، ونص المادة ٢٤٦ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ، ونص = المادة (٢٧٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ ويقاربها في المضمون نص المادة (١٢٢٤) من التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل .

الخاتمة

في ختام هذا البحث الوجيز توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات التي يمكن ايجازها بالاتي :

أولا الاستنتاجات :

١- تبين لنا عدم تنظيم المشرع العراقي والمقارن لعيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد كما فعل بصدد عيوب الرضا السابقة لإبرام العقد وانما أورد تلك العيوب كتطبيقات للإخلال بالالتزامات العقدية في بعض عقود المعاوضة كعقدي البيع والإيجار ولقد استعرضنا تلك التطبيقات محاولة منا في الانتقال من الخاص الى العام لتقرير مبدأ عاما بصدد كل عيب ليقننه المشرع العراقي عند تنظيم تلك العيوب ضمن نصوص القانون المدني العراقي بشكل مستقل اسوة بعيوب الرضا المرافقة او المصاحبة لإبرام العقد .

٢- تبين لنا وجود أربعة عيوب للرضا اللاحق لإبرام العقد وهي تفرق الصفقة وظهور عيب غير مدلس به وظهور كون المعقود عليه مثقلا بتكاليف لا علم للدائن بها وامتناع المدين عن تنفيذ شرط عقدي لا يمكن اجباره عليه ولقد تناول الفقهاء المسلمون القدامى عيب تفرق الصفقة بشيء من التفصيل لكونه أهمها وتناول الفقهاء المحدثون استقراء تلك العيوب من شروحاتهم الفقهية للعقود الأخرى ، أما بالنسبة للقانون العراقي والمقارن فلم ينظمها في نصوص قانونية مستقلة متتابعة وانما أوردتها كتطبيقات للإخلال بالالتزامات في إطار ابرز عقدين من عقود المعاوضة وهما البيع والإيجار ويمكن استقراء العيوب من تلك التطبيقات ومن نصوص قانونية أخرى بينهاها في ثنايا البحث .

٣- العيب الأول من عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد هو تفرق الصفقة ولقد حظي هذا العيب باهتمام وعناية من لدن الفقهاء المسلمون الذين وضعوا تعريفا له وبيّنوا كيفية حصوله ولكنهم اختلفوا في تحديد حالاته ولقد بينا حالاته في إطار كل مذهب في ثنايا البحث وبيننا ان الفقهاء اباحوا للدائن التحلل من الصفقة ان تعذرت معالجة التفرق او إبقاء الصفقة مع تخفيض العوض المحدد فيها كمقابل لحصوله على المعقود عليه ، اما بالنسبة للقانون العراقي والقوانين المقارنة فلم تعرف هذا العيب ولكنها أوردت حالاته كتطبيقات في ثنايا عقدي البيع والإيجار ، واهم تطبيقاته في عقد البيع هي النقص في مقدار المبيع والهلاك الجزئي للمبيع والاستحقاق الجزئي للمبيع واهم تطبيقاته في عقد الإيجار هي النقص في مقدار المأجور والهلاك الجزئي للمأجور والاستحقاق الجزئي للمأجور ، ولقد تبين موقف هذه القوانين من حكم تفرق الصفقة في كل حالة من حالاتها ولقد حللنا المواقف التشريعية من خلال بيان حكم القانون المدني العراقي والمقارن (الفرنسي والمصري والأردني والاماراتي) ولقد رجحنا احد المواقف التشريعية بصدد كل حالة منها .

٤- العيب الثاني من عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد هو ظهور عيب غير مدلس به ولقد بينا ان الفقه الإسلامي اخذ بهذا العيب واتاح للدائن التحلل من العقد ان كان العيب يؤدي الى عدم تحقيق مقصود العقد بالنسبة له ، اما بالنسبة للقانون العراقي والقوانين المقارنة فلم تعرف هذا العيب ولكنها اوردت حالاته

كنماذج للإخلال بالالتزام بضمان العيب الناشئ عن عقدي البيع والإيجار ، فبينما ان التشريع العراقي و التشريعات المقارنة أجازت للمشتري ان يفسخ العقد اذا ظهر ان المبيع معيب بعيب خفي وقديم ومؤثر كما اجازت للمستأجر فسخ العقد اذا ظهر ان المأجور معيب بعيب خفي ومؤثر ، ولقد تباين موقف هذه القوانين من الخيارات الأخرى التي تمنح للمشتري اذا ظهر ان المبيع معيب بعيب غير مدلس به وللمستأجر اذا ظهر ان المأجور معيب بعيب غير مدلس به ولقد حللنا المواقف التشريعية من خلال بيان حكم القانون المدني العراقي والمقارن (الفرنسي والمصري والأردني والاماراتي) بصدد تلك الخيارات ولقد رجحنا احد المواقف التشريعية بصدد هذه الحالة .

٥- العيب الثالث من عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد هو ظهور المعقود عليه مثقلا بتكاليف لا علم للدائن بها ولقد بينا ان الفقه الإسلامي اخذ بهذا العيب واتاح للدائن التحلل من العقد ان كان العيب يؤدي الى عدم تحقيق مقصود العقد بالنسبة له ، اما بالنسبة للقانون العراقي والتشريعات المقارنة فلم تعرف هذا العيب ولكن أوردت حالته كنموذج للإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد البيع ، فبينما ان التشريع العراقي و التشريعات اجازت للمشتري فسخ العقد اذا ظهر ان المبيع مثقل بتكاليف لا علم له بها ، ولقد تباين موقف هذه القوانين من الخيارات الأخرى التي تمنح للمشتري اذا ظهر ان المبيع مثقل بتكاليف لا علم له بها ولقد حللنا المواقف التشريعية من خلال بيان حكم القانون المدني العراقي والمقارن (الفرنسي والمصري والأردني والاماراتي) بصدد تلك الخيارات ولقد رجحنا احد المواقف التشريعية بصدد هذه الحالة .

٦- العيب الرابع من عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد هو امتناع المدين عن تنفيذ شرط عقدي لا يمكن جبره على تنفيذه ولقد بينا ان الفقه الإسلامي اخذ بهذا العيب واتاح للدائن التحلل من العقد ان كان العيب يؤدي الى عدم تحقيق مقصود العقد بالنسبة له ، اما بالنسبة للقانون العراقي والمقارن فلم يعرفا هذا العيب ولكن يمكن اعتباره من صور الإخلال بالالتزامات العقدية لكون الالتزامات الناشئة عن الشرط هي التزامات تكميلية تضاف الى الالتزامات الأصلية للعقد التي تنشأ بحكم القانون فان امتنع المدين بالشرط العقدي عن تنفيذه اعتبر مخلا بالتزاماته العقدية فيجوز للدائن المطالبة بفسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى.

ثانيا : التوصيات :

١- نوصي المشرع العراقي ان ينظم عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد بنصوص مستقلة أسوة بعيوب الرضا المرافقة او المصاحبة للعقد وان يورد النصوص المنظمة لها ضمن باب تنفيذ الالتزام لكون هذه العيوب تظهر وقت تنفيذ العقد .

٢- نوصي المشرع العراقي ان ينظم عيب تفرق الصفقة كأحد عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد في باب تنفيذ الالتزام ونقترح ان يكون النص وفق الصيغة الآتية : " في عقود المعاوضة إذا طرأ على المعقود

عليه طارئ بعد ابرام العقد يمنع من استيعابه لحكم العقد جاز للدائن بالعقد طلب فسخ العقد او انقاص الالتزامات الناشئة عنه مع التعويض ان كان حدوث الطارئ راجعا الى خطأ المدين " .

٣- نصي المشرع العراقي ان ينظم ظهور عيب غير مدلس به كأحد عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد في باب تنفيذ الالتزام ونقترح ان يكون النص وفق الصيغة الآتية: " في عقود المعاوضة إذا تبين بعد العقد ان المعقود عليه معيب بعيب غير مدلس به جاز للدائن بالعقد طلب فسخ العقد او انقاص الالتزامات الناشئة عنه مع التعويض ان كان له مقتضى " .

٤- نصي المشرع العراقي ان ينظم ظهور ان المعقود عليه مثقل بتكاليف لا علم له بها كأحد عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد في باب تنفيذ الالتزام ونقترح ان يكون النص وفق الصيغة الآتية: " في عقود المعاوضة إذا تبين بعد العقد ان المعقود مثقل بتكاليف لا علم للدائن بالعقد فيها جاز له طلب فسخ العقد او انقاص الالتزامات الناشئة عنه مع التعويض ان كان له مقتضى " .

٥- نصي المشرع العراقي ان ينظم امتناع المدين عن تنفيذ شرط عقدي لا يمكن جبره على تنفيذه عن كأحد عيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد في باب تنفيذ الالتزام ونقترح ان يكون النص وفق الصيغة الآتية: " في عقود المعاوضة إذا امتنع المدين بعد ابرام العقد عن تنفيذ شرط لا يمكن جبره على تنفيذه جاز للدائن بالعقد طلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى " .

٦- نصي المشرع العراقي بصدد التطبيقات التشريعية لعيوب الرضا اللاحقة لإبرام العقد الموجودة في اطار عقدي البيع والايجار والتي اشرنا اليها في ثنايا البحث ان يبقى على موقفه بصدد الجزئيات التي رجحنا فيها موقفه الحالي ونقترح تعديل بعض النصوص القائمة في القانون المدني العراقي والتي بينا في ثنايا البحث رجحان موقف التشريعات محل المقارنة فيها مع الاخذ بنصوص مماثلة لما جاء في تلك التشريعات .

المصادر

- القرآن الكريم .

أولا كتب الفقه الإسلامي :

١- النسفي - أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين - البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية والشرح البحر الرائق للأمام زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بأن نجيم المصري الحنفي ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق للشيخ محمد امين عابدين المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي- ج ٦- ط ١- دار الكتب العلمية - بيروت - ١٩٩٧

٢- المقدسي - أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي - الأقتناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل - ج ٢- دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - دون سنة نشر.

٣- النووي - أبي زكريا محي الدين بن شرف- المجموع شرح المذهب للشيرازي-ج ٩- مكتبة الارشاد - المملكة العربية السعودية - دون سنة نشر .

٤- المالكي - محمد بن يوسف المواق - التاج والإكليل لمختصر خليل - ج ٧- ط ١- دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان - ١٩٩٤.

٥- العاملي - محمد جواد الحسيني - مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة - ج ١٤- ط ١- مؤسسة النشر الإسلامي - قم - المشرقة - ١٤٢٥ هـ .

٦- الزرقا - مصطفى أحمد- المدخل الفقهي العام - ج ١- ط ٢- دار القلم - دمشق - ٢٠٠٤ .

٧- الموسوعة الفقهية - ج ٢٠- ط ٢- وزارة الأوقاف والشؤون الدينية - الكويت - ١٩٩٠ .

ثانيا الكتب القانونية :

١- الفضلي - جعفر- الوجيز في العقود المدنية (البيع - الإيجار - المقاوله) - ط ٢- المكتبة القانونية - بغداد - دون سنة طبع.

٢- مرقس - سليمان - شرح القانون المدني - العقود المسماة - عقد البيع - ط ٤- عالم الكتب - القاهرة - ١٩٨٠ .

٣- الزحيلي - وهبة - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ - ط ٨- دار الفكر - دمشق - ٢٠١٤ .

٤- طه - غني حسون - الوجيز في العقود المسماة - ج ١- عقد البيع - مطبعة المعارف- بغداد - ١٩٦٩-١٩٧٠ .

٥- غانم - اسماعيل - مذكرات في العقود المسماة - عقد البيع - مطابع دار الكتاب العربي - مصر - ١٩٥٨ .

٦- أبو السعود - رمضان محمد- شرح أحكام القانون المدني - العقود المسماة - (البيع ، المقايضة ، الإيجار ، التأمين) - القسم الأول - الكتاب الأول - عقد البيع - ط ١- منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠١٠ ،

٧- مبارك - سعيد عبد الكريم ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي- الموجز في العقود المسماة (البيع - الإيجار - المقاوله)- المكتبة القانونية - بغداد- دون سنة طبع .

٨- حمدي عبد الرحمن - عقد الإيجار وفقاً للقانون المدني وقوانين إيجار الأماكن- دار الفكر العربي - مصر - ١٩٧٤- ١٩٧٥ .

٩- تناغو - سمير عبد السيد - عقد الإيجار - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٨ .

- ١٠- تناغو - سمير عبد السيد - عقد البيع - ط١- مكتبة الوفاء القانونية - الإسكندرية - ٢٠٠٩.
- ١١- البكري - محمد عزمي - عقد الإيجار في التقنين المدني الحديث- ط٥- دار محمود للنشر والتوزيع - القاهرة - ٢٠٠١.
- ١٢- السنهوري - عبد الرزاق أحمد - الوسيط في شرح القانون المدني - ج٤- العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)- دار أحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - دون سنة نشر
- ١٣- سعد - نبيل إبراهيم - العقود المسماة- ج١- عقد البيع - ط١ - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٩٧.

ثالثا : القوانين

- ١- التقنين المدني الفرنسي لسنة ١٨٤٠ المعدل بتاريخ ٢٠١٦ .
- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- ٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٤- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
- ٥- قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ .

رابعا الاحكام القضائية :

- ١- حكم محكمة بداءة الرصافة في المرقم (١٠٧٥ / ب / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/٣/٧) ، الحكم منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية ومتاح على الرابط : <https://iraql.d.e-sjc-services.iq/VerdictsLstResults.aspx?AID=169992> (آخر زيارة للموقع في ٢٠٢٥/١/٢٩).
- ٢- حكم محكمة التمييز الاتحادية في حكمها المرقم (١٧٦١ / د.أ.م / ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٦/٢٦) ، الحكم منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية ومتاح على الرابط : <https://iraql.d.e-sjc-services.iq/VerdictsLstResults.aspx?AID=169786> (آخر زيارة للموقع في ٢٠٢٥/١/٢٩).