الانـهاء الوجوبي للعقد كأثر لسوء النية .

Mandatory termination of the contract as an effect of bad faith

بحث مقدم من قبل
م.د جيهان حيدر خليل دحام القرعاوي
جامعه كربلاء / قسم القانون

الخلاصة.
نقصد بالإنهاء الوجوبي للعقد كاثر لسوء النية ؛ ابطال العقد واعادة الحال الى ما كان عليه الوضع قبل الولوج في الرابطة التعاقدية وكأن شيئاً لم يحصل ، في حالات يمثل فيها بطلان العقد امراً واقعاً لا محالة ، وان سبب البطلان هذا يظهر لخلل كبير يشوب الرضا عند تكوين الرابطة التعاقدية لكن اثاره تظهر عند تنفيذ العقد ، فنكون امام رضا معيب يشكل حائلاً قانونياً دون تنفيذ العقد ، وسوء النية التي تلقي بضلالها على العقد مسببةً ابطاله ، تظهر جلياً في حالة الاكراه على التعاقد ، كما تظهر في حالات معينة نتيجة وقوع الغبن الفاحش الذي يصيب اشخاص بحد ذاتهم او يقع على اموال معينة ضمن حالات حصرها القانون .

الكلمات المفتاحية -:بطلان- العقد – الفسخ –الانـهاء.

Abstract.

We mean the mandatory termination of the contract as a result of the feminist; nullifying the contract and returning the situation to what it was before entering into the founding bond. I was young and they did not start cases in which the contract is actually invalidated internationally inevitably, the reason and that this invalidity appears due to a major defect that taints it because it is with the founding founding bond, but its effects last when executing the contract, so we are faced with a defective consent that is a legal obstacle to executing the contract, and the bad faith that is attached to its error on the contract is the cause of its invalidation, a clear limit in the case of coercion to contract, as it is cut off in special cases as a result of the gross fraud that people are mastered because of them or signs on certain funds within cases limited by the termination

Keywords: law , Invalidity of contract , Termination termination

المقدمة.

يحدث ان تطرأ حالات تجعل بطلان العقد امرا واقعا لا محالة وحالات الابطال ترتد لسوء نية المتعاقد ، وقبل الخوض في موضوع البحث لابد من بيان جوهر فكرة البحث ومنهجيته وهيكليته وكما يلي :

اولا / جوهر فكرة البحث.

ان الانهاء الوجوبي للعقد كأثر لسوء النية يحدث عندما يتصرف المتعاقد بسوء نية في مرحلة ابرام العقد ، كأن يقوم بإبرام العقد تحت تأثير الاكراه الواقع عنوة على المتعاقد الاخر فيحمله على ابرام العقد ، او ان المتعاقد لحقه غبن فاحش وكان الغبن اصاب مالا يعود لقاصر او للدولة او للوقف لما لهذه الجهات الثلاثة من خصوصية كونها تحظى بحماية القانون ، وان البطلان هنا لا تلحقه الاجازة لان الاجازة تفوت الغرض من البطلان ويبلغ سوء النية ذروته في هذه الحالات .

ثانيا / منهجية البحث.

اعتمدنا المنهج المقارن في بحثنا ، اذ سنقارن بين نصوص القوانين المدنية العراقي رقم 40 لسنة 1951 والمصري رقم 131 لسنة 1948 والفرنسي المعدل مع الاشارة لاحكام الفقه الاسلامي .

ثالثا / هيكلية البحث.

سنتناول البحث في مبحثين نتناول في الاول منهما سوء النية الناتج عن الاكراه المبطل للعقد وسنبينه في مطلبين نتناول في الاول سوء النية الناتج عن الاكراه المبطل للعقد قانونا ، وفي الثاني سوء النية الناتج عن الاكراه المبطل للعقد في الفقه الاسلامي وفي الثاني سوء النية الناتج عن الغبن الفاحش المبطل للعقد والذي سنبينه في مطلبين نتناول في الاول منهما سوء النية الناتج عن الغبن الفاحش اللاحق بالمحجور ، وفي الثاني سوء النية الناتج عن الغبن الفاحش اللاحق بأموال الدولة والوقف .

المبحث الاول/ سوء النية الناتج عن الاكراه المبطل للعقد .

كثيرا ما يقع الاكراه في الواقع العملي ، ولا شك ان له اثارا تنسحب على الرابطة التعاقدية ، والاكراه يمثل وجهاً واضحاً لسوء النية ، فمن يكره على شخصاً على ابرام عقد ما ، يقدم على ذلك بدافع من مصلحة تعود اليه على حساب الطرف الاخر ، وللاستيضاح عن هذا الموضوع سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين نتناول في الاول سوء النية الناتج عن الاكراه المبطل للعقد قانونا ، وفي الثاني سوء النية الناتج عن الاكراه المبطل للعقد في الفقه الاسلامي

المطلب الاول/ سوء النية الناتج عن الاكراه المبطل للعقد قانونا.

الإكراه كما يراه جانب من الفقه القانوني هو ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيحمله على التعاقد [1]، بعبارة أخرى هو إجبار الشخص بغير حق على أن يبرم عقداً من دون رضاه[2]،وقد عرفت المادة (1/112) من القانون المدني العراقي الإكراه بأنه: (إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه)[3]، بينما نصت المادة (1140) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله في (10/ شباط / فبراير) لعام على ان (يتحقق الاكراه عندما يتعاقد طرف تحت تأثير ضغط يحمله على الخوف من تعرض شخصه او ثروته او احد اقاربه لأذى جسيم)[4] ،كذلك بالرجوع الى ما نصت عليه المادة (1143) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل عام 2016 والتي جاء فيها (يتحقق الاكراه ايضا عندما يحصل احد الاطراف باستغلال حالة التبعية التي يوجد فيها المتعاقد الاخر ، على تعهد منه ما كان ليضع توقيعه عليه لولا وجود الاجبار ، ويجني من ذلك منفعة فاحشة بشكل جلي).

وهذا ما اكده القضاء الفرنسي اذ جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية (ان تقاضي المحامي اتعابا مفرطة يمكن ان تكون موضوعا لطلب الرد ، ذلك ان جهل المقدار الطبيعي لأتعاب كهذه في ظروف القضية قد شكل احد عناصر الضغط المعنوي الذي حمل الزبون ، وهو في حالة ضعف واضحة على دفع المبلغ المطلوب من المحامي)[5] ، ونجد في قرار محكمة النقض الفرنسية هذا اشارة بليغة الى الاخذ بالإكراه المعنوي وليس بالمادي فقط ، والتعويل على الاكراه هذا وعده من الاسباب التي تعيب رضاء المتعاقد الذي وقع ضحية الاكراه او ابطال العقد حسب الاحوال . ويشوب الإكراه الإرادة في حريتها واختيارها، فهو يحدث رهبة أو خوفاً في نفس المكره يدفعه إلى قبول التعاقد، الذي يسلب الإرادة حريتها واختيارها ليس هي الوسائل المادية المستعملة في الإكراه، بل الخوف الذي تحدثه هذه الوسائل في نفس

المتعاقد،[6] والإكراه حسب جسامة الخطر الذي يتهدد المكره قد يكون ملجئاً أو غير ملجئ وذلك استناداً لنص الفقرة الثانية من المادة (112) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م حيث نصت على أنه: ((2- ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس))، وليس هنالك تقسيم للإكراه الى ملجأ وغير ملجأ في القانونين المدنيين المصري والفرنسي وانما اكتفيا بالنص على الامور التي يتحقق فيها الاكراه .

وما يجدر ذكره انه لا جدوى عملية تذكر لتقسيم الاكراه الى ملجأ او غير ملجأ ما دامت النتيجة القانونية المترتبة على نوعي الاكراه واحده ، فالمحصلة النهائية حسب نص المادة (115) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه: ((من أكره اكراهاً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده)) ، وما دامت النتيجة واحدة نرى ان ايراد هكذا نص من باب التزيد والاولى هو الابتعاد عن التأثر بالترف الفقهي والتركيز على ايراد الاختلاف عندما يتبعه تغير في الحكم القانوني .

كما أن الإكراه، حسب نوع الوسيلة، قد يكون حسياً كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة، وهذا نادر الوقوع لاسيما في الأواسط المتحضرة. وقد يكون نفسياً وهو يكون تهديداً بإلحاق الأذى من دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لألم نفسي، وهو ما شارت له المادة (112) من القانون المدني العراقي والمادة (127) من القانون المدني المصري والمواد (1140 و 1143) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله في (10 / شباط / فبراير) عام 2016 ، مع الاشارة الى ان الإكراه النفسي هو الأكثر وقوعاً في الحياة العملية، وليس هناك فرقاً بين الإكراه المادي (الحسي) والإكراه النفسي؛ لأن كل منهما يفسد الرضاء ويجعل العقد موقوفاً ، ويترتب على الاكراه المأخوذ رهبة وقف العقد ،اذ لا ينفذ قانونا وهذا مستفاد من نص المادة (115) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه: ((من أكره اكراهاً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده)) ، وما نصت عليه المادة (1/127) من القانون المدني المصري التي جاء فيها (يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق. وكانت قائمة على أساس) .

في حين نصت المادة (1130) من القانون المدني الفرنسي على انه (الغلط والتدليس والاكراه تعيب الرضا ، التي من شأن وجودها ، ولولاها ، ما كان لاحد الاطراف ان يتعاقد ، او لكان تعاقد طبقاً لشروط مختلفة جوهرياً ز تقدر الصفة المؤثرة لهذه العيوب مع مراعاة الاشخاص او الظروف التي صدر فيها الرضا) ، ثم عطف على هذه المادة بالمادة (1131) التي جاء فيها (عيوب الرضا هي سبب البطلان النسبي للعقد) [7]، والبطلان النسبي هنا عدم النفاذ وامكانية ابطال العقد من قبل المكره ، كذلك امكانية اجازة العقد الموقوف من قبله ، ولم يكتفِ المشرع الفرنسي بهذين النصين وانما جاء المادة (1142) من القانون المدني بعد تعديل (10 / شباط / فبراير لعام 2016) التي نصت على انه (يعد الاكراه سببا للبطلان سواء تمت ممارسته من قبل طرف متعاقد ام شخص ثالث)[8] ، وهنا يبدو لأول وهلة نوع من الارتباك في النصوص الفرنسية المذكورة فالمادة (1130) ذكرت ان الاكراه يعيب الرضا ، في حين المادة (1131) بينت ان عيوب الرضا يتحقق معها البطلان النسبي ، في حين ان المادة (1142) عدت الاكراه سببا للبطلان ولم تبين هل هو البطلان المطلق ام النسبي ، لكن مثل هكذا اشكالية يمكن حلها برأينا اذا ما اوضحنا ان الاكراه يقع رهبة احيانا ، ويقع عنوة في الاحيان الاخرى ، فالإكراه الواقع رهبة يعيب الرضا كما بينا ذلك ، اما الواقع عنوة فهو اكراه يبطل العقد ولا تلحقه الاجازة ، كأن يمسك شخص بيد المتعاقد ويجبره بوضع امضاءه او بصمة ابهامه على محرر ما ، وهذا النوع من الاكراه هو المقصود في عنوان بحثنا في الانهاء الوجوبي نظراً لخطورته ، وهو نفسه ما اشار اليه بعض الفقه القانوني العراقي [9] ، والذي يمثل اوج سوء النية لدى الطرف المكره الذي يمارسه على الشخص الواقع تحت طائلة الاكراه ، وفي هذا الصدد نقترح على المشرع العراقي ان يورد نصاً في القانون المدني العراقي يفيد انه (يعد العقد باطلاً ولا تلحقه الاجازة اذا ابرم تحت طائلة الاكراه الواقع عنوة على الشخص المكرَه ، وللأخير حق المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى) ، وبإيراد مثل هكذا نص نتلافى حالة الفراغ التشريعي الداعم لرأي الفقه القانوني في عد الاكراه الواقع عنوة مبطلاً للعقد .

ويجدر الاشارة هنا ان التهديد باستعمال الوسائل القانونية ضد شخص ما ، كحالة الحصول على ورقة مثبتة لدين او ابرام عقد توثيقي لا يعد اكراها ولا يمثل سوء نية مطلقاً ، وهنا كانت التفاتة جيدة للقانون المدني الفرنسي في المادة (1141) التي جاء فيها (لا يشكل التهديد بالوسائل القانونية اكراها . والحكم نفسه كذلك تحويل الوسائل القانونية عن هدفها او عند التمسك بها او مباشرتها للحصول على منفعة فاحشة بشكل جلي) ، وهذا ما اشارت اليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه (ان التهديد باستعمال طريقة قانونية لا يشكل اكراها الا اذا حصل تجاوز في استعمال هذه الطريقة القانونية اما بتحويلها عن هدفها واما باستعمالها بهدف الحصول وعد او منفعة لا علاقة له بالالتزام الاصلي او يتجاوز حدوده كليا)[10]، ويفهم مما سبق ان حق التهديد القانوني مشروط بعدم التجاوز او الانتحاء به منحى بعيد عن الهدف المراد تحقيقه في ضمان الحقوق وبخلاف ذلك فان مثل هكذا تصرف يوصم بسوء النية ويؤاخذ الفاعل على وفق النصوص المرعية في حالة الاكراه .

المطلب الثاني/ سوء النية الناتج عن الاكراه المبطل للعقد في الفقه الاسلامي.

اولت الشريعة الاسلامية الغراء جل اهتمامها لحرية الاختيار ، وتطرقت للإكراه واثره في التصرفات ، فالإكراه من مظاهر سوء النية في التصرفات الشرعية ، ولا يكاد مذهب من مذاهب المسلمين المتعددة لم يتطرق لموضوع الاكراه وتناوله من جوانب عدة ،فبالنسبة لتعريف الاكراه نجد ان بعض فقهاء الجعفرية الاثني عشرية ذهب بالقول الى ان الاكراه هو (حمل الغير على ما يكره بتوعيده بالضرر غير المستحق)[11]، وفي هذا التعريف التفاتة بليغة اوردها الفقه الجعفري وهي عبارة (بالضرر غير المستحق) ، وهذا توائم مع ما موجود في القانون بشأن التهديد بالوسائل القانونية ،اذ لا اكراه عندما تستخدم التصرفات المقرة والمثبة للحقوق ، اما اذا انتفت المصلحة المشروعة يمكن عد التصرف انه اكراه وبالتالي يتسم القائم به بسوء النية . في حين عرفه بعض فقهاء الاحناف انه (اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكرَه أو يسقط عنه الخطاب)[12] ، وما تجدر الاشارة له عند تتبع موقف فقهاء الحنفية انهم يركزون على عنصري الإرادة، الرضا والاختيار. فإذا ما تعرض شخص ما لإكراه لم يكن بمقدوره مقاومته ينتفي رضاه ويفقد حرية اختياره فيكون خاضعاً خضوعاً مطلقاً لشخص المكرِه لكن هذا الإكراه لا ينتفي به الإدراك ذلك أن المكرَه يبقى متمتعاً بكامل قواه العقلية إلا أن اختياره ليس حراً.[13]

اما بالنسبة لموقف فقهاء المسلمين من مذهب المالكية فمنهم من عرف الإكراه بأنه (ما فعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه من ضرب أو غيره)[14]، وما يبدو على تعريف المالكية اختزاله للإكراه بكل ما يسبب ضرر للإنسان او يلحق به الالم ، وعرف بعض فقهاء الشافعية الاكراه بانه (من لا مندوحة له عما أكره عليه إلا بالصبر على ما أكره به)[15]، ايانه الفعل الذي لا مفر للشخص منه الا الصبر على ما نزل به فأن كان له سبيل اخر يستطيع به التخلص مما وقع عليه من الفعل المشكل للإكراه انتفى وصف الاكراه عند الشافعية .

أما فقهاء الحنابلة فقد ذهب بعضهم (أن هدد بالقتل ونحوه وأخذ المال قادر يغلب على الظن وقوع ما هدد به فهو إكراه)[16]، كما عرفه بعض فقهائهم بانه (إذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغط في الماء مع الوعيد فإنه يكون إكراهاً بلا شك)[17]، ويلاحظ على تعريفات الحنابلة انها تعريفات بالمثال ، اي بتعداد الامثلة التي تعد صورا للإكراه .كما اجمع الفقهاء من شتى المذاهب الاسلامية على أن الإكراه يؤثر بشكل جلي وواضح بالتصرفات التي تقع تحت تأثيره ، لكون المكرَه ليس بملئه دفع الضرر عن نفسه وكف الأذى الواقع عليه فيخضع خضوعا تاما للمكره [18]. اما بالنسبة لأثر الاكراه على التصرفات في الفقه الاسلامي، فهي موضع خلاف في الفقه الاسلامي ، المكرَه ذهب الجعفرية الاثني عشرية وباقي جمهور الفقهاء من الحنابلة والشافعية والظاهرية ،[19] الى ان العقد الواقع تحت ضغط الإكراه هو عقد باطل بطلاناً مطلقاً. لا يصح حتى وإن زال الإكراه المعني واجازهُ من وقع عليه الاكراه ، فعندهم بيع المكره واجارته وهباته وكل معاوضاته المالية والتي لا تقبل الفسخ باطلة ، مستدلين بقول الرسول الكريم محمد (صلى الله عليه واله وسلم) بشان الاكراه (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) .

في حين ذهب الاحناف[20] الى ان العقد الواقع تحت وطئة الإكراه عقداً فاسداً، لأن العقد الذي يعتريه الإكراه هو عقد صحيح في أصله غير صحيح في وصفه، لاقتران العقد بالعيب، إلا أن فساد العقد لا يعني عند الحنفية عدم قابليته لأن يتحول إلى عقد صحيح، فيمكن أن يصبح العقد الفاسد عقداً صحيحاً إذا ما أجاز المكرَه العقد بعد زوال الإكراه الواقع عليه [21].

المبحث الثاني/ سوء النية الناتج عن الغبن الفاحش المبطل للعقد.

من المعروف ان القانون المدني العراقي لم يعد الغبن المجرد عيباً من عيوب الارادة يترتب عليه امكانية ابطال العقد من قبل المغبون ، وانما تطلب ان يقترن الغبن بالتغرير ، الا انه استدرك هذا الموقف بشرط ان يكون الغبن فاحشاً، اي كي يؤخذ بالغبن يجب ان يكون مناهضاً لما يسلم به الانسان في تعامله مع الغير بمعنى ان يكون الفارق بين القيمة الحقيقية للشيء وما ورد بشأنها في العقد كبيرا بحيث يبدو للعيان ان هناك عدم توازن بين وظاهر بصورة تجعل كل انسان عاقل يصدم حسه السليم عند اجراءه المقارنة بين القيمة الحقيقية وما ورد بشأنها في العقد [22]، وان يصيب هذا الغبن اموالا محددة على سبيل الحصر والتي وردت في المادة (124 / 2) التي جاء فيها (على انه اذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او مال الوقف فان العقد يكون باطلا) .

ان الاخذ بفكرة الغبن الفاحش جاءت لحماية فئات معينة يستلزم الحال ان يتصدى القانون لحمايتها نظرا للخصوصية التي تتمتع بها تلك الفئآت ، فالمحجور يحيطه القانون بهالة من الحماية نظرا لخطورة موقفه وضرورة حماية اموالـه لعدم تمتعه بالأهلية ، ومال الدولة والوقف ، اموال تتعلق بمصالح المجتمع وحقوقه ، وللاستيضاح اكثر سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين نتناول في الاول منهما سوء النية الناتج عن الغبن الفاحش اللاحق بالمحجور ، وفي الثاني سوء النية الناتج عن الغبن الفاحش اللاحق بأموال الدولة والوقف .

المطلب الاول/ سوء النية الناتج عن الغبن الفاحش اللاحق بالمحجور.

المحجور هو الشخص الذي لا يملك سلطة التصرف في امواله على نحو كامل او جزئي بسبب نقص اهليته او انعدامها ، والاهلية هي صلاحية الشخص لان تثبت له حقوق او اجراء التصرفات القانونية على وجه يعتد به شرعا "،[23] وهذه الاهلية قد لا تكون متوافرة في شخص المحجور كونه لم يبلغ سن الرشد[24] ، او انه بلغه ولكن حُكمَ باستمرار الوصاية او الولاية لعارض اصاب الاهلية[25]، إن مناط اهلية الشخص هي تمييزه ، فان كان الشخص عديم التمييز كان عديم الاهلية فليس له اجراء اي نوع من انواع التصرفات القانونية وان كانت نافعة نفعاً محضاً [26]، وان انعدام الاهلية اما ان يكون لصغر سن الشخص او ان يكون لعارض ادى الى اختلال القوى العقلية مما جعله عديم التمييز ،[27] كحالة الاصابة بالجنون والقانون المدني العراقي أخذ بما جاء به الفقه الإسلامي فاعتبر المجنون محجوراً لذاته وأنه في حالة الإفاقة تكون تصرفاته كتصرفات العاقل، وهذا ما نصت عليه المادة (94) بقولها (الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم) ، على خلاف المادة(113) من القانون المدني المصري التي جاء فيها (المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم. وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون) ، ولم يأت القانون المدني الفرنسي بنص مشابه ، ونصت المادة (108) من القانون المدني العراقي على أن (المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة أفاقته كتصرفات العاقل) ، كذلك يقع الحجر حين يكون الشخص قد بلغ سن الرشد غير ان عارضاً اصاب اهليته فينقص منها ولا يعدمها كأن يكون لعته ، والعته "هو عارض يضعف القوى العقلية فيصير من اصيب به مختلط الكلام قليل الفهم فاسد التدبير ولكنه لا يضرب ولا يشتم كالمجنون "[28] ، وحكم المعتوه حكم الصغير المميز [29]. ومن العوارض الاخرى التي تصيب الاهلية فتنقصها ولا تعدمها هو عارض السفه " وهو انفاق المال على غير مقتضى العقل والشرع "[30].

و المقصود بالعته "[31]وهو عارض يضعف القوى العقلية فيصير من اصيب به مختلط الكلام قليل الفهم فاسد التدبير ولكنه لا يضرب ولا يشتم كالمجنون " ، وعارض الغفلة " وهو الذي لا يهتدي الى التصرفات الرابحة فيغبن في المعاوضات لسهولة خداعه "[32]، وما يجدر ذكره ان الشخص السفيه حكمه

حكم الصغير المميز في المعاملات ، بعد ايقاع الحجر عليه ،[33] اما المريض المعتوه فحكمه حكم الصغير ، المميز،[34] ويأخذ ذو الغفلة في القانون المدني العراقي حكم السفيه.[35]
وهنا لابد من الاشارة الى تقدير الغبن الفاحش الموجب لسوء النية حسب ما يراه بعض الفقه [36]، بحسب درجة التفاوت بين القيمة الحقيقية للشيء وما ورد بشأنها في العقد ، والقاضي من يحدد ذلك بالاعتماد على الاسعار المتداولة ، اذا كان العقد بيعا ، او قيمة الشيء بالنظر الى مواصفاته غير المتداولة في السوق كقيمة لوحة فنان ، وله ان يستعين بالخبرة الفنية عند الاقتضاء اذا لم توفر عناصر القضية المعروضة امامه من مستندات او معايير ما يمكنه من تحديد القيمة الحقيقية للشيء ، ولا يكفي ان يكون التفاوت بين الالتزامات المتقابلة فاحشاً حتى يعد المتعاقد حسب رأي بعض الفقهاء سيء النية وانما يجب ايضا ان يكون شاذا عن المألوف بالنظر الى العادات المرعية ، فالمعيار اذن هو العادة المألوفة ، لذلك اقتضى كي يسمح الادعاء بالغبن ، ان يكون خارجا عن المألوف بالنظر الى التعامل الساري في النطاق التبادلي الحاصل في العقد ، اي ان يكون الثمن المتفق عليه بعيدا عن الثمن المتداول دون مبرر خاص به.[37]

والسؤال الذي يمكن ان يطرح هنا ما هو مقدار الغبن الفاحش؟ ، لم يبين المشرع العراقي في القانون المدني قيمة الغبن الفاحش او مقداره ، في حين ان القانون المدني المصري في المادة (425) قد اشار الى مقدار الغبن والتي جاء فيها (1 - إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فالبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل . 2 - ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع) ، كما نصت المادة (1674) من القانون المدني الفرنسي على ان (اذا حصل للبائع غبن بنسبة تفوق سبعة من اثني عشر من ثمن العقار ، يحق له طلب فسخ عقد البيع ولو كان قد تنازل صراحة في العقد عن حق المطالبة بهذا الفسخ وصرح بإعطاء القيمة الزائدة)، وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه (ليكون هناك غبن يجب ان يكون الثمن المحدد في العقد اقل من نسبة خمسة من اثني عشر من قيمة العقار عند البيع ويجب عدم اخذ الضريبة على القيمة المضافة بعين الاعتبار عند تقدير الغبن) [38]، كما ونصت المادة (1675) من القانون المدني الفرنسي على ان (لمعرفة ما اذا كان هنالك غبن تفوق نسبة سبعة من اثني عشر ، يجب تقدير قيمة العقار بحسب حالته وقيمته عند البيع) ، ويفهم من النصوص المصرية والفرنسية وما نصت عليه محكمة النقض الفرنسية عند تحديد مقدار الغبن يتم بنسب حسابية ثابتة وهي اربعة اخماس الثمن في القانون المدني المصري وسبعة من اثني عشر (7/ 12) في القانون المدني الفرنسي ، ولا نرى صلاحية تقييد القاضي بنسب حسابية تحول القانون الى معادلات رياضية وانما يجب حسب رأينا النظر الى حالة المغبون وظروفه وظروف الصفقة ومنح محكمة الموضوع سلطة واسعة في تقدير مدى عد الغبن فاحشا من عدمه بعد الاستئناس برأي اهل الخبرة وعليه نقترح ان يورد المشرع العراقي في القانون المدني نصا مفاده (تحدد محكمة الموضوع مقدار الغبن يسيرا كان ام فاحشا بعد استشارة اهل الخبرة) .
اما بالنسبة لموقف الفقه الاسلامي من الغبن الفاحش المجرد فقد ذهب جانب من فقهاء المسلمين الى ان الفسخ يتم عندما يصيب الغبن الفاحش اموال بيت المال واموال الوقف واموال المحجور عليهم بسبب الصغر او الجنون او السفه ، فاذا بيع شيء من ذلك بغبن فاحش ولو من غير تغرير نقض البيع .[39]
ويذهب راي اخر في الفقه الاسلامي الى ان الغبن الفاحش يؤثر في العقد فيجعله غير لازم سواء كان بتغرير ام بغير تغرير ، ويعطى المتعاقد المغبون حق الفسخ [40].
ومن كل ما ذكر نتبين انه اذا لحق بالمحجور سواء كان معدوم الاهلية كالمجنون او ناقصها كالسفيه والمعتوه ومن لم يبلغ سن الرشد غبن فاحش عد ذلك سوء نية وترتب عليه بطلان العقد المبرم كون المشرع راعى خصوصية معينة في المغبون الا وهي حالة الحجر .

المطلب الثاني/ سوء النية الناتج عن الغبن الفاحش اللاحق بأموال الدولة والوقف.

حسب ما ورد في المادة (1 / ثانيا) من انون بيع و ايجار اموال الدولة رقم 21 لسنة 2013 (ثانيا- يشمل تعبير (اموال الدولة) اموال القطاع العام اينما وردت في هذا القانون)[41]، كما نصت المادة (27) من الدستور العراقي النافذ لعام 2005 على : (للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن،

ثانيا. تنظم بقانون الأحكام الخاصة بحفظ أملاك الدولة وإدارتها وشروط التصرّف فيها والحدود التي لا يجوز فيها النزول عن شيء من هذه الأموال)، واعتبر المشرّع العراقي في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 في المادة (71) ما يعتبر من الأموال العامة التي تنص على (تعد أموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون)[42]، ويلاحظ وحسب النص العراقي ان الاموال العامة هي تلك الاموال التي تملكها الدولة او يمكلها الاشخاص المعنوية العامة ويجب ان يكون المال مخصصاً للمنفعة العامة فعلاً او بنص القانون .

وتقسم اموال الدولة على اموال خاصة وهي التي تخضع للقانون الخاص من ناحية التعامل بها واموال عامة وهي الاموال المنقولة والعقارية التي تملكها الدولة واشخاص القانون العام الاخرى والتي تخصص للمنفعة العامة وتخضع للقانون والقضاء الاداريين في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج ، ويرى بعض الفقهاء ان التمييز بين الاموال العامة والاموال الخاصة للإدارة من ابداعات الفقه الذي ميز في شروحاته وتعليقاته على المواد(538) وما بعدها من القانون المدني الفرنسي بين الاموال العامة وهي المخصصة للانتفاع العام وبين اموال الدولة الخاصة [43].

اما بالنسبة لموقف الفقه الاسلامي من تعريف اموال الدولة فنجد من الفقهاء من عرفه بانه (اسم لما مخلوق لاقامة مصالحنا به ، ولكن باعتبار صفة التمول ، والاحراز)[44] ،وعرف ايضا بانه ه (ما من شأنه ان يدخر للانتفاع به وقت الحاجة)[45]، وعرفه بعض الفقهاء المسلمين بانه (هو كل ما تمول ، وتملك)[46] ، ثم اضاف الى هذا التعريف المذكور بعض فقهاء المسلمين شرط التقييد بالشرع ، اذ قالوا (هو كل ما يملك شرعاً ولو قل)[47]، والاموال المملوكة للدولة في الفقه الاسلامي ، هي اموال مخصصة للانتفاع المباشر لأفراد الامة ، كالطرق والانهار ونحوها او للمنفعة العامة المباشرة كالقلاع او غير المباشرة كالمعدات اللازمة لها ، ومن ثم فانه ليس من الجائز تملكها ما دامت هذه الاموال تحتفظ بصفتها ، اذ ان المالك لهذه الاموال هو بيت مال المسلمين او بتعبير اخر مجموع افراد الامة او جماعة من الشعب [48]. هذا وقد اسبغ الفقه الاسلامي الحماية الشرعية على الاموال العائدة لبيت المسلمين اي اموال الدولة ، فلا يجوز التصرف بها على وجه الاستقلال للمنفعة الخاصة او الاستئثار بها او الحاق الضرر بها ، او المساومة عليها من غير وجه شرعي وكل عمل يترتب عليه الحاق الغبن بها يعد باطلا ، ويتسم بالحرمة الشرعية [49].

اما الوقف فقد عرفته الفقرة (4) من المادة (1) من قانون ادارة الاوقاف العراقي رقم 64 لسنة 1966 التي جاء فيها (الوقف الصحيح ـ هو العين التي كانت ملكا فوقفت الى جهة من الجهات ويشمل العقر الموقوف) وكان المشرع العراقي قد عرف الوقف على وفق الاتي (الاوقاف الصحيحة ـ هي التي كانت رقبتها ملكا ثم اوقفت الى جهة من الجهات) بموجب المادة (1) من قانون ادارة الاوقاف رقم 27 لسنة 1929 الملغى .

اما بالنسبة للمشرع المصري فلم يعرف الوقف بموجب القانون رقم 48 لسنة 1946 والمتعلق بأحكام الوقف ،[50] وكذلك خلى القانون الفرنسي من النص على الاوقاف كونها نظام اسلامي اقتبسته المشرع في البلدان الاسلامية من ادبيات الشريعة الغراء .

اما الوقف عند فقهاء المسلمين فنجد انه لدى الجعفرية من يذهب الى انه (حبس الاصل وتسبيل الثمرة) ، او (تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة) وإذا تمّ بشروطه الشرعية خرج المال الموقوف عن ملك الواقف وأصبح مما لا يوهب ولا يورث ولا يباع إلاّ في موارد معينة يجوز فيها البيع)[51] ، وعرفه بعض فقهاء الحنفية بانه (حبس المملوك عن التمليك من الغير)[52] ، في حين عرفه فقهاء المالكية بانه (اعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً) ، اما الشافعية فقد عرفوه بانه (حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح)[53]، اما فقهاء الذهب الحنبلي فقد ذهبوا في تعريفهم للوقف الى انه (تحبيس مالك مطلق التصرف ، مال المنتفع به ، مع بقاء عينه ، بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته ، بصرف ريعه الى جهة بر ، تقربا الى الله سبحانه تعالى)[54]، ومن خلال استقراء مجمل التعريفات التي ساقها الفقهاء المسلمين لأموال الوقف ، والتي اتضح منها ان مال الوقف مخصص لجهات بر ولخدمة الصالح العام ، بمعنى اندراجه ضمن الاموال العامة مما يعني تعلق الحقوق المجتمعية بها ولذا

فأن اموال الوقف وانطلاقا من خصوصيته المذكورة فقد اسبغ المشرع العراقي حماية خاصة لأموال الوقف والتي تمثلت ببطلان اي تصرف اذا لحق من جراء بأموال الوقف غبناً فاحشا حتى وان لم يصاحبه اي تغرير ، وحسناً فعل المشرع العراقي بنصه على بطلان العقود للغبن الفاحش ان اصابت اموال الدولة او الوقف للدور الكبير الذي تمارسه هذه الامور في خدمة الصالح العام .

الخـــاتمـة .

بعد ان انتهينا من كتابة بحثنا الموسوم (الانهاء الوجوبي للعقد كأثر لسوء النية- دراسة مقارنة -) خلصنا الى مجموعة من الاستنتاجات بصدد الموضوع اعلاه وما ارتأينا من مقترحات سنتناولها تباعا .

اولا / الاستنتاجات .

1 – استنتجنا ان الانهاء الوجوبي للعقد يرتد الى بطلان العقد في مرحلة تكوينه والتي يظهر سبب البطلان جليا حينما يراد تنفيذه والذي يعود الى احد سببين اما بسبب الاكراه او الغبن الفاحش المبطلين للعقد .

2 – استنتجنا ان الاكراه المبطل للعقد هو الذي يقع عنوة لا رهبة اما العبن الفاحش المبطل للعقد فينحصر في ثلاث حالات عندما يصيب اموال القاصر او اموال الدولة او اموال الوقف .

3 – استنتجنا ان سبب بطلان العقد للغبن الفاحش في الحلات المذكورة هو بسبب خصوصية الاموال المذكورة ، كما ان البطلان لا تلحقه الاجازة في الاحوال المذكورة .

ثانيا / المقترحات .

1 – نقترح على المشرع العراقي ان يحذف نص المادة (2/112) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م حيث نصت على أنه: ((2- ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس لأنه لا جدوى عملية تذكر لتقسيم الاكراه الى ملجأ او غير ملجأ ما دامت النتيجة القانونية المترتبة على نوعي الاكراه واحدة .

2 - نقترح ان يورد المشرع العراقي في القانون المدني نصا مفاده (تحدد محكمة الموضوع مقدار الغبن يسيرا كان ام فاحشا بعد استشارة اهل الخبرة) وذلك لأنه لم يبين المشرع العراقي في القانون المدني قيمة الغبن الفاحش او مقداره .

هوامش البحث.

1 - د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1950 ، ص75 ؛ د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج1 ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1963، ص110.

2 - د. حسن علي الذنون ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد ، بدون مكان طبع ، 1956 ، ص40 .

3- لم يعرف القانون المدني المصري الاكراه وانما اكتفى بما ورد في المادة (127) المبينة لحكم الاكراه وتحققه والتي جاء فيها ما يلي : (1) يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق. وكانت قائمة على أساس.(2) وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. (3) ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه) .

4 - « Art. 1140.-Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable.

5- Cass. Civ. 3ére Ch, 3 nov , 1976 , , Bull.civ l,67 .

6- د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، مصطفى ألباني الحلبي ، القاهرة ، 1960 ، ص205 ؛ د. أحمد سلامة ، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق في القانون المدني ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1960 ، ص131 .

7- « Art. 1131.-Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat >>.

8- « Art. 1142.-La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers) .

9– د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية معززة بآراء الفقه واحكام القضاء ، ص 139 .
3ére Ch,17 ,janvier , 1984, Bull.civ lll , no 13 . 10 - Cass. Civ.

11- محسن الطباطبائي الحكيم ، نهج الفقاهة، تعليق على كتاب البيع من مكاسب الأنصاري ، المطبعة العلمية، النجف، 1371هـ، ص190.
12- شمس الدين أبي بكر محمد بن احمد بن سهل السرخسي ، المبسوط ، الجزء الرابع والعشرين ، مطبعة السعادة ، مصر، 1324هـ ، ص38.
13– ينظر عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب ، الجزء الثالث ، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ص107.
14- أبو عبد الله محمد بن يوسف الشهير (بالمواق) ، التاج والاكليل لمختصر خليل المطبوع مع مواهب الجليل، الجزء الرابع ، ص45.
15- حمد بن احمد المصري، شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لتاج الدين عبد الوهاب بن السبكي ، الجزء الاول ، مطبعة دار أحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، مصر، ص72.
16– ابو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، الجزء السابع ، المكتب الإسلامي، دمشق، 1397هـ-1977م، ص255.
17- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المعروف (بابن قدامة) ، المغني ، الجزء الثامن ، الطبعة الاولى ، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984م، ص261 .
18- ينظر علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، 1406هـ- 1986م، ص176، وما بعدها. وبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، كتاب الام مع مختصر المزني ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، 1403هـ، 1983م ، ص241. وابي يعلى محمد بن الحسين بن خلف بن احمد بن الفراء البغدادي الحنبلي ، الجامع الصغير في الفقه ، الطبعة الاولى ، باب الإكراه، دار أطلس للنشر والتوزيع، الرياض السعودية، 1421 ه ، ص399. مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى، الجزء الثالث ، كتاب العتق ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1323 ه ، ص209.
19– ينظر محسن الطباطبائي الحكيم ، منهاج الصالحين ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، ص122-182، وابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي القرشي المطلبي ، الام ، الجزء الثالث ، دون ذكر طبعة او سنة نشر ، بيت الافكار الدولية ، عمان ، الاردن. ص 20 . عبد الوهاب الشعراني ، الميزان ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة الحجازي ، القاهرة ، 1936 ، ص 129 . أبي حامد محمد ابن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول ، الطبعة الاولى ، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة، 1356هـ- 1937م،ص43 .
20- كمال الدين محمد بن محمود البابرتي، المطبوع مع تكملة فتح القدير، الجزء الثامن ، الطبعة الثانية ، دار الفكر، بيروت، ص169.
21- الفاسد: هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ، فالعقد الفاسد هو المشروع بأصله، الممنوع بوصفه. فيقصد بأصله (ركنه أي الصيغة والمحل). وبوصفهِ الأمور الخارجة عن الصيغة والمحل ، للاطلاع ينظر فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق ، الجزء الرابع ، مرجع سابق ، ص 44 .
22– احمد محمد ديب حجال ، القواسم المشتركة لعيوب الرضا دراسة مقارنة ، من غير ذكر طبعة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006 ، ص 167 .
23- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الجزء الاول مصادر الالتزام ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1946 ، ص 88 . وينظر في المعنى نفسه د. توفيق حسين فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، مصر ، ص 227 – 228 . وشامل رشيد الشيخلي ، عوارض الاهلية بين الشريعة والقانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعالي ، بمساعدة وزارة الاعلام العراقية ، 1974 م ، ص 18.
24- نصت المادة (106) من القانون المدني العراقي على ان (سن الرشد هي ثماني عشر سنة كاملة) وقد حددها القانون المدني المصري في المادة (2/44) التي جاء فيها (وسن الرشد هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة) ، ، ونصت المادة (414) من القانون المدني الفرنسي والتي عدلت بموجب المرسوم رقم (308 - 2007 في 5 اذار / مارس 2007 وبدأ نفاذها في 1 كانون الثاني / يناير 2009) (حُدد الرشد بثمانية عشر كاملة ، وفي هذا السن يكون كل شخص اهلاً للممارسة الحقوق التي يتمتع بها) .
25- جاء في المادة (93) من القانون المدني العراقي (كل شخص اهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته او يحد منها) وجاء في المادة (1/44) من القانون المدني المصري (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه ،

يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية) كما نصت المادة (109) منه على ان (كل شخص اهل للتعاقد ما لم تسلب اهليته او يحد منها بحكم القانون) والمادة (1145) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم (131 - 2016 في 10 كانون الاول 2016) والتي نصت على انه (لكل شخص طبيعي ان يتعاقد مالم ينص القانون على عدم اهليته) .

26- د. صلاح الدين الناهي ، الخلاصة الوافية في القانون المدني ، مبادى الالتزامات ، مطبعة سلمان الاعظمي ، بغداد ، 1968 ، ص 51 .

27- نصت المادة (96) من القانون المدني العراقي (تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان اذن وليه) وتقابلها في التشريعات المقارنة (المادة 110 في القانون المدني المصري ، ، اما المادة (2/97) من القانون المدني العراقي فقد بينت سن التمييز بنصها (وسن التمييز سبع سنوات كاملة) ، وتقابلها المادة (46 / 2) من القانون المدني المصري وليس هناك نص مقابل لهما في القانون والفرنسي ، اما من اصاب اهليته عارض ويعامل معاملة عديم التمييز فهو المجنون المطبق والذي نصت على حكمه المادة (108) من القانون المدني العراقي بقولها " المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز اما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة افاقته كتصرفات العاقل) اما المادة (45 / 1) من القانون المدني المصري فنصت على انه (لا يكون اهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن او عته او جنون) فلم تميز بين الجنون المطبق وغير المطبق ، في حين نصت المادة (425) من القانون المدني الفرنسي (المعدلة بالقانون رقم 308 - 2007 في 5 اذار / مارس 2007 والتي دخلت حيز التنفيذ في 1 كانون الثاني / يناير 2009) على انه (كل شخص يستحيل عليه تدبير مصالحه وحده بسبب تلف ثابت طبياً اما في قدراته العقلية او في قدراته الجسدية بحيث تمنعه من التعبير عن ارادته ، يمكنه ان يستفيد من تدبير الحماية القانونية الملحوظة في الفصل الحاضر) ، ويلاحظ على النص الفرنسي عموميته ليغطي كل الحالات بعد ما نصت المادة (388) على (ان القاصر هو الفرد من هذا الجنس او ذاك الذي لم يبلغ بعد سن الثامنة عشرة كاملة) ، ولذا فلا صغير مميز واخر غير مميز في القانون الفرنسي .

28- ينظر د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2012 ، ص 72 .

29- نصت المادة (107) من القانون المدني العراقي على ان (المعتوه في حكم الصغير المميز) ، وتقابلها المادة 114 من القانون المدني المصري ، وليس لهما نص مقابل في القانون الفرنسي .

30- ينظر عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون ، العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، لبنان ، دون ذكر سنة نشر ، ص 297 .

31- ينظر د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2012 ، ص 72 .

32- ينظر د . عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، 2009 ، ص 228 .

33- نصت المادة (1/109) من القانون المدني العراقي على ان (السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز ، ولكن ولي السفيه المحكمة او وصيها فقط وليس لأبيه وجده ووصيهما حق الولاية عليه ، أما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر فهي كتصرفات غير المحجور الا اذا كان التصرف وقع غشا بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعا للحجر)، وتقابلها المادة 115 من القانون المدني المصري ، وليس من نص يقابلهما في القانون الفرنسي ولذا يسري بشأنه فيهما ما ذكرناه بصدد من يقوم مقام المريض عديم الاهلية .

34- نصت المادة (107) من القانون المدني العراقي على ان (المعتوه في حكم الصغير المميز) ، وتقابلها المادة 114 من القانون المدني المصري ، وليس لهما نص مقابل في القانون الفرنسي .

35- نصت المادة (110) من القانون المدني العراقي على انه (ذو الغفلة حكمه حكم السفيه) وتقابلها المادة 115 في القانون المدني المصري ، ولا يقابلهما نص في القانون الفرنسي .

36- احمد محمد ديب حجال ، القواسم المشتركة لعيوب الرضا دراسة مقارنة ، مصدر سابق، ص 167 .

37- ينظر عاطف النقيب ، نظرية العقد ، الطبعة الاولى ، منشورات عويدات ، دار صادر للمنشورات الحقوقية ، 1988 ، ص 247 . مصطفى العوجي ، القانون المدني ، الجزء الاول ، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، الطبعة الاولى ، ، مؤسسة بحسون ، 1995 ، ص 390 .

38- Cass. Civ. 3^{ére} Ch,20 , nov , 1984, Bull.civ lll , no 195 .

39– ينظر محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، مطبعة سرور ، نشر المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ، طهران ، 1422 ه ، ص 558 وما يليها .

40- ينظر تفصيل ذلك ابن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،ج6، مصدر سابق ، ص74-75 .

41- نشر هذا القانون في جريدة الوقائع الوقائع العراقية ، رقم العدد : 4286| تاريخ العدد :19-08-2013 .

42– نصت المادة (87) منم القانون المدني المصري على ان (1- تعتبر أموال عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص . 2- وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم) .
43- د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الاداري (دراسة مقارنة) جامعة الموصل ، دار الكتب للطباعة والنشر ، 1996 ص138 .
44– شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، الجزء السابع ، مصدر سابق ، ص 79 .
45– سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ، التلويح على التوضيح ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، من غير ذكر طبعة او سنة نشر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ص 171 .
46– ابو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ، التمهيد ، الجزء الثاني ، مطبعة فضالة المحمدية ، مصور عن طبعة وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية بالمغرب ، ص 5 .
47– احمد بن غنيم بن مهنا النفراوي ، الفواكه الدواني على رسالة بن ابي زيد القيرواني ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، 1374 ، ص 330 .
48– ينظر احمد ابراهيم بك ، المعاملات الشرعية المالية ، الطبعة الاولى ، المطبعة الفنية في القاهرة ، 1355 ه ، ص 9 . وينظر علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية في بيروت ، 1990.
49– ينظر ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم ، الخراج ، الطبعة الخامسة ، مطبعة السلفية في القاهرة ، 1396 ه ، ص 105 . وابو عبد الله محمد بن الحاج الفاسي ، المدخل ، الجزء الاول ، الطبعة الأولى ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، مصر ، 1380 ه ، ص 240 .
50- ما يتميز به قانون الوقف رقم 48 لسنة 1946 انه اجاز للواقف ان يرجع عن الوقف ويعود المال الموقوف ملكا للواقف من جديد اذا كان حيا اما اذا مات فانه يكون للمستحقين من ورثته من بعده والامر على حد السواء في الوقف الخيري او الذري فالواقف له أن يرجع عن وقفه كله أو بعضه كما يجوز له أن يغير في مصارفه وشروطه، كذلك له الحق في الشروط العشرة وهى (الزيادة والنقصان في مقادير الأنصبة المخصصة للمستحقين والموظفين ـ والإعطاء والحرمان لبعض الموقوف عليهم ـ والإدخال والإخراج للموقوف عليهم ـ والتفضيل والتخصيص ـ والإبدال والاستبدال) وذلك كله بما لا يؤدى إلى مخالفة ما نص عليه القانون ، للاطلاع ينظر د. محمد عبد الحليم عمر ـ تجربــة إدارة الأوقاف في جمهورية مصر العربية ـ منشورات المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب في جدة ـ ص 4
51– ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، الجزء الثالث ، المكتبة الرضوية لإحياء الاثار الجعفرية ، من غير ذكر سنة او مكان نشر ، ص 286 .
52– شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، الجزء الحادي عشر ، مصدر سابق ، 27 .
53- شهاب الدين القليوبي الشافعي وشهاب الدين البرلسي الشافعي ، حاشية قليوبي ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ، مصر ، ص 97 .
1 – ابو عبد الله الحنبلي ، المطلع على ابواب المقنع ، الطبعة الاولى ، المكتب الاسلامي للطباعة والنشر ، لبنان ، 1385 ه ، ص 285 .

المصادر البحث.

– المصادر باللغة العربية .
اولا – كتب الفقه الاسلامي .
1 - ابو عبد الله الحنبلي ، المطلع على ابواب المقنع ، الطبعة الاولى ، المكتب الاسلامي للطباعة والنشر ، لبنان ، 1385 ه.
2 - ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، الجزء الثالث ، المكتبة الرضوية لإحياء الاثار الجعفرية ، من غير ذكر سنة او مكان نشر .
3 - ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم ، الخراج ، الطبعة الخامسة ، مطبعة السلفية في القاهرة ، 1396 ه.
4 - ابو عبد الله محمد بن الحاج الفاسي ، المدخل ، الجزء الاول ، الطبعة الأولى ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، مصر ، 1380 ه .
5 - ابو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ، التمهيد ، الجزء الثاني ، مطبعة فضالة المحمدية ، مصور عن طبعة وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية بالمغرب .
6 - أبو عبد الله محمد بن يوسف الشهير (بالمواق) ، التاج والاكليل لمختصر خليل المطبوع مع مواهب الجليل، الجزء الرابع .
7 - ابو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، الجزء السابع ، المكتب الإسلامي، دمشق، 1397هـ-1977م .

8 - أبو محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المعروف (بابن قدامة) ، المغني ، الجزء الثامن ، الطبعة الاولى ، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ-1984م.
9 - ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي القرشي المطلبي ، الام ، الجزء الثالث ، دون ذكر طبعة او سنة نشر ، بيت الافكار الدولية ، عمان ، الاردن .
10 - ابو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، كتاب الام مع مختصر المزني ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، 1403هـ، 1983م .
11 - ابو يعلى محمد بن الحسين بن خلف بن احمد بن الفراء البغدادي الحنبلي ، الجامع الصغير في الفقه ، الطبعة الاولى ، باب الإكراه، دار أطلس للنشر والتوزيع، الرياض السعودية، 1421 ه.
12 - أبو حامد محمد ابن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول ، الطبعة الاولى ، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة، 1356هـ- 1937م.
13 - احمد بن غنيم بن مهنا النفراوي ، الفواكه الدواني على رسالة بن ابي زيد القيرواني ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر .
14 - حمد بن احمد المصري، شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لتاج الدين عبد الوهاب بن السبكي ، الجزء الاول ، مطبعة دار أحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، مصر.
15 - سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ، التلويح على التوضيح ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، من غير ذكر طبعة او سنة نشر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.
16 - شهاب الدين القليوبي الشافعي وشهاب الدين البرلسي الشافعي ، حاشية قليوبي ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ، مصر .
17 - شمس الدين أبي بكر محمد بن احمد بن سهل السرخسي ، المبسوط ، الجزء الرابع والعشرين ، مطبعة السعادة ، مصر، 1324هـ.
18 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، 1406هـ- 1986م .
19 - عبد الوهاب الشعراني ، الميزان ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة الحجازي ، القاهرة ، 1936.
20 - عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب ، الجزء الثالث ، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان .
21 - كمال الدين محمد بن محمود البابرتي، المطبوع مع تكملة فتح القدير، الجزء الثامن ، الطبعة الثانية ، دار الفكر، بيروت.
22 - مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى، الجزء الثالث ، كتاب العتق ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1323 ه .
23 - محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، مطبعة سرور ، نشر المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ، طهران ، 1422 ه .
24 - محسن الطباطبائي الحكيم ، نهج الفقاهة، تعليق على كتاب البيع من مكاسب الأنصاري ، المطبعة العلمية، النجف، 1371هـ.
25 - محسن الطباطبائي الحكيم ، منهاج الصالحين ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى . من غير ذكر سنة او مكان او دار نشر .

ثانيا / الكتب القانونية .

1 - احمد ابراهيم بك ، المعاملات الشرعية المالية ، الطبعة الاولى ، المطبعة الفنية في القاهرة ، 1355 ه .
2 - د. أحمد سلامة ، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق في القانون المدني ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1960 .
3 - احمد محمد ديب حجال ، القواسم المشتركة لعيوب الرضا دراسة مقارنة ، من غير ذكر طبعة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006 .
4 - د. توفيق حسين فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، مصر.
5 - د. حسن علي الذنون ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد ، بدون مكان طبع ، 1956
6 - شامل رشيد الشيخلي ، عوارض الاهلية بين الشريعة والقانون ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعالي ، بمساعدة وزارة الاعلام العراقية ، 1974 م
7 - د. صلاح الدين الناهي ، الخلاصة الوافية في القانون المدني ، مبادى الالتزامات ، مطبعة سلمان الاعظمي ، بغداد ، 1968 .
8 - د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1950 .
9 - علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية في ببيروت ، 1990.
10 - عاطف النقيب ، نظرية العقد ، الطبعة الاولى ، منشورات عويدات ، دار صادر للمنشورات الحقوقية.

11 - عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون ، العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، لبنان ، دون ذكر سنة نشر
12 - د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2012 .
13- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2012 .
14 - د . عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، 2009 .
15 - د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، مصطفى ألباني الحلبي ، القاهرة ، 1960 .
16 - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الجزء الاول مصادر الالتزام ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1946 .
17 - مصطفى العوجي ، القانون المدني ، الجزء الاول ، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية ، الطبعة الاولى ، ، مؤسسة بحسون ، 1995.
18 - د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الاداري (دراسة مقارنة) جامعة الموصل ، دار الكتب للطباعة والنشر ، 1996 .
19 - د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية معززة بآراء الفقه واحكام القضاء ، دار ئاراس ، كردستان العراق .

رابعا / القوانين .

1 – القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
2 – القانون المدني المصري رقم 139 لسنة 1948
3 - قانون ادارة الاوقاف العراقي رقم 64 لسنة 1966 .
4 – القانون المدني الفرنسي المعدل .

– **المصادر باللغة الفرنسية .**

1- Cass. Civ. 3ére Ch,20 , nov , 1984, Bull.civ lll , no 195 .
2- Cass. Civ. 3ére Ch,17 ,janvier , 1984, Bull.civ lll , no 13 .
3- Cass. Civ. 3ére Ch, 3 nov , 1976 , , Bull.civ l,67 .