Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 16- Issue 1- March 2026 المجلد ١٦- العدد ١ – اذار ٢٠٢٦

Provisions on the destruction of the property in suspended contracts(A comparative analytical study in civil law)

[1] Prof. Dr. Ismail Namiq Hussein[2] Awdir Abdullah Bayez
[1] Department of Law/College of Law- University of Sulaymaniyah- Kurdistan Region of Iraq

act:

This research is devoted to studying the provisions of the destruction of the property in suspended contracts, through defining suspended contracts and stating the cases that lead to the suspension of the contract, then after that stating the provisions of the destruction of each case that leads to the suspension of the contract due to the lack of capacity, such as the voluntary act and the agent exceeding the limits of the agency, as well as a defect in consent, through explaining the provisions of the destruction of the property in coercion or error and deception, then a deficiency in capacity, concluding what this research has reached with what these legislative texts have established and stating the cases of legislative shortcomings in them, and reaching the appropriate recommendations to develop Iraqi civil legislation regarding the cases of destruction in it. This research is divided into an introduction, two sections, and a conclusion. In the first section, we show the provisions for the destruction of the property in a suspended contract due to the lack of capacity. It is in turn divided into two requirements: the first is the provisions for the destruction of the property in a suspended contract concluded by a busybody. The second is the provisions for the destruction of the property in a suspended contract due to the agent exceeding the limits of the agency. The second section is entitled the provisions for the destruction of the property in a suspended contract due to a defect in consent. It is also in turn divided into two requirements: the first is the provisions for the destruction of the property in a suspended contract due to coercion or error, and the second is the provisions for the destruction of the property in a suspended contract due to deception or lack of capacity. The conclusion includes the conclusions and recommendations in it.

1: Email:
esmail.hussain@univsul.edu.iq
2: Email:
awderbayz5@gmail.com

DOI
https://doi.org/10.37651/aujlps.2025.156272.1430

Submitted: 28/12/2024
Accepted: 5/1/2025
Published: 1/03/2026

Keywords:
destruction of property
suspended contracts
civil law
compensation.

©Authors, 2026, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

أحكام هلاك العين في العقود الموقوفة (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)

[١] أ.د.إسماعيل نامق حسين [٢] ئاودير عبدالله بايز
[١] قسم القانون/كلية القانون- جامعة السليمانية –إقليم كردستان العراق

الملخص:

كرس هذا البحث لدراسة أحكام هلاك العين في العقود الموقوفة، وذلك من خلال وتعريف العقود الموقوفة وبيان الحالات التي تؤدي إلى وقف العقد، ثم بعد ذلك بيان أحكام هلاك كل حالة من حالات التي تؤدي إلى وقف العقد وذلك لإنعدام الصفة كالتصرف الفضولي وتجاوز الوكيل حدود الوكالة، وكذلك كعيب في الرضاء وذلك من خلال بين حكم الهلاك العين في الإكراه أو الغلط و التغرير ثم نقص في الأهلية، إستنتاج ماتوصل إليه هذا البحث بما إنشأئها هذه النصوص التشريعية وبيان حالات القصور التشريعية فيها، والتوصيل إلى التوصيات المناسبة لتطوير التشريع المدني العراقي بخصوص حالات الهلاك فيه.

ويتوزع هذا البحث على المقدمة و المبحثين وخاتمة، حيت نبين في المبحث الأول أحكام هلاك العين في العقد الموقوف لإنعدام الصفة، وهو بدوره ينقسم إلى المطلبين، الأول أحكام هلاك العين في العقد الموقوف المبرم من الفضولي، والثاني أحكام هلاك العين في العقد الموقوف لتجاوز الوكيل حدود الوكالة، والمبحث الثاني بعنوان أحكام هلاك العين في العقد الموقوف لعيب في الرضا، وهو أيضاً بدوره ينقسم إلى المطلبين، الأول أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للإكراه أو للغلط، والثاني أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للتغرير أو لنقص في الأهلية. تتضمن الخاتمة من الإستنتاجات والتوصيات فيه.

الكلمات المفتاحية:

هلاك العين ، العقود الموقوفة ، القانون المدني ، التعويض.

المقدمة

أولا: التعريف بموضوع البحث وأهميته:

تكمن أهمية هذا البحث بان من أهم الوسائل المعاملات في التعاملات المدنية اليومية من أقل مبلغ من المال إلى مبالغ الضغمة والكبيرة، تكون بالعقد.

ويكون هذه الوسيلة المتمثلة في العقد له عدة تقسيمات كالعقد الباطل والصحيح، وهذه الأخيرة بدوره ينقسم إلى قسمين النافذ والموقوف.

ويكون الهلاك العين بإعتباره ركن من أركان العقد نقطة جوهرية واساسية قبل إبرام العقد وكذلك بعد إبرام العقد والسبب في ذلك أحياناً وجود مشاكل قانونية كثيرة وخصومات القضائية بين أطراف هذه العقود، وأهمية هذا الهلاك في العين في إختيار من هو المسؤول عن هذا الهلاك أي بمعن من الطرف من أطراف العقد الذي يتحمل تبعة الهلاك هذه العين. وبيان مصير العقد الذي أبرم بين هذه الأطراف.

ونحن بدورنا في هذا البحث نتكلم بشكل دقيق وتفصيلي على هلاك العين في العقود الموقوفة، وذلك من خلال بيان موقف المشرعين من العقود الموقوفة وهلاك العين في هذه العقود، حيث أخذ المشرع العراقي العقد الموقوف، فأتى ببيان حالاته والأسباب التي تؤدي إلى وقف العقد وكذلك تكلم عن حالة الهلاك العين في هذه العقود وذلك بإتيان كل حالة بشكل المنفرد.

وأيضاً نبين موقف كل من المشرع المصري والاردني والفرنسي عن هذا النوع من العقود وكيفية تنظيمها وبيان حالة هلاك العين في هذه العقود.

ثانياً: مشكلة البحث:

ويكون إشكالية هذا البحث عن بيان مدى تأثر المشرعين بالفقه الإسلامي والغربي ،وقد خلط بعض من الفقه القانوني بين العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والعقد القابل للإبطال في الفقه الغربي،[١]واي تجاهل لهذا الفرق بين العقد الموقوف والعقد الباطل بطلانا نسبيا يجعل الفرق بينهما نظريا محضا لا يترتب عليه أي نتائج عملية، في حين إن فكرة العقد الموقوف هي أقوى من غيرها في حماية حقوق الفرد.[٢]

أيضاً تكون مشكلة البحث عن كيفية تعامل المشرع العراقي عن حالات الهلاك العين في هذه العقود مثلا بان المشرع العراقي فرق بين هلاك البدل و هلاك المعقود عليها في التصرف الفضولي .

وكذلك المشرع أعطى حكم واحد للعقد الذي يوقف بسبب الأكراه و الغلط والتغرير في حالة هلاك العين في يد أي واحد من الثلاثة التي ذكرت حالاتهم و أية يدي إنتقلت إليه هذه العين، ولكن عند الكلام المشرع عن الأكراه و الغلط والتغرير وخاصة في حالة الهلاك بيد العاقد المكره أو المجبر ولم يتحدث عن الهلاك بيد العاقد الذي وقع في الغلط.

وكذلك المشرع فرق بين هلاك البدل وهلاك العين المعقود عليها في التصرف الفضولي في حالة إذا هلكت في يد الفضولي أو إذا هلكت في يد من إنتقلت إليه الشيء عن طريق الفضولي.

ثالثاً: أهداف البحث ومنهجيته:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الحالات التي تؤدي إلى وقوف العقد، وذلك من خلال بيان الأسباب التي تؤدي إلى وقف العقد هناك مجموعتان من الأسباب تؤديان إلى وقف العقد، وهما :

---

(١) د.مصطفى إبراهيم الزلمي، *الإلتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية*،ج١، (بغداد: السعدون للطباعة والنشر، د.س)، ص١٥٤.

(٢) د.صبري حمد خاطر، *النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)*، ج١،ط٢، (أربيل، كوردستان العراق: هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٢٤)، ص١٤٩.

المجموعة الأولى: وقف العقد بسبب عيب من عيوب الإرادة، أو نقص في الأهلية، وهنا يوقف العقد لخلل في الإرادة أو الرضاء.**المجموعة الثانية**: وقف العقد لإنعدام الولاية على المال، وسنعتمد في دراسة موضوع البحث المنهج المقارن التحليلي.

وكذلك بيان حالات الهلاك في العقود الموقوفة وبيان كيفية تعامل المشرع العراقي والمشرعين محل الدراسة وكذلك بيان جوانب النقص والقوة للمشرع العراقي والمشرعين الآخرى عند بيانهم لحالات الهلاك العين في هذه العقود.

ثالثاً:خطة البحث:

سنوزع موضوع البحث إلى المبحثين:

المبحث الأول: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف لإنعدام الصفة.

المطلب الأول: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف المبرم من الفضولي.

المطلب الثاني: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف لتجاوز الوكيل حدود الوكالة.

المبحث الثاني: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف لعيب في الرضا.

المطلب الأول: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للإكراه أو للغلط.

المطلب الثاني: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للتغرير أو لنقص في الأهلية.

I. المبحث الأول

أحكام هلاك العين في العقد الموقوف لإنعدام الصفة

العقد يوقف لعدة أسباب من ضمنها عدم الولاية الشخص على مال أي عدم سلطته لقيامه بتصرفات بمال معين لا يعود هذا المال إليه، وفي حال تصرفه بهذا المال يكون مسؤولا أمام المالك الحقيقي أي الأصلي، ومن ضمنها هلاك هذه العين، وعلى هذا الأساس نقسم هذا المبحث إلى المطلبين:

المطلب الأول: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف المبرم من الفضولي.

المطلب الثاني: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف لتجاوز الوكيل حدود الوكالة.

I.أ. المطلب الأول

أحكام هلاك العين في العقد الموقوف المبرم من الفضولي

عرفت مجلة الأحكام العدلية الفضولي[١]:" بأنه من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي." وعلى ذات النهج المشرع العراقي لم يقم المشرع الأردني بتعريف التصرف الفضولي، ويعتبر التصرف الفضولي يندرج تحت العقد الموقوف ويعتبره موقوفا ولكن غير نافذ، وذلك بنصه[٢]" يكون التصرف موقوف النفاذ على إجازة إذا صدر من الفضولي في مال غيره، أو من مالك في ماله له تعلق به حق الغير...".

والمشرع المصري أخذ بالتصرف الفضولي دون تعريفه ولكن ينظم أحكامه تحت العقد الباطل ويسمى بالعقد قابل للإبطال ولم يندرج ضمن العقود الموقوفة، وذلك متأثرا بالفقه

(١) سليم رستم باز اللبناني ، *شرح المجلة* ، ج١، ط٣، (بيروت ،لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، د.س).ص٦٦.

(٢) المادة (١٧١)، من القانون المدني الأردني.

الغربي. مثلا المشرع المصري نظم أحكامه في بيع ملك الغير[١] ضمن نظرية البطلان تحت مسمى العقد القابل للإبطال[٢](البطلان النسبي)[٣]. أما بخصوص القانون أو الفقه الغربي، كما يتمثل بالقانون المدني الفرنسي في بحثنا، يعتبر المشرع الفرنسي الفضولي هو من يقوم بحاجة ضرورية عاجلة لغيره، تفضلا منه، فيرجع عليه وفق في ذلك[٤]، وكل هذا نظمه المشرع الفرنسي في المواد(١٣٠٠-١٣٠١)[٥]، دون أن يقم بالتعريف للفضولي وإنما عرفه بالفضالة.

بعد عرض موقف القانون المدني العراقي والقوانين محل الدراسة نجد بان هناك إتجاهان في تعاملهم مع التصرف الفضولي، الإتجاه الأول: وهو إتجاه الفقه الإسلامي المتمثل بالمشرع العراقي والأردني لأخذهما بتصرف الفضولي وقاما بتنظيمه ضمن العقود الصحيحة الموقوفة ولكن حكمه غير النافذ وذلك وفق التقسيم الثنائي للعقد، أما الإتجاه الثاني: وهو الفقه الغربي نرى تاثيره في التشريعات لكل من المشرع المصري والفرنسي، الذان لم ينظما العقد الموقوف، ولكن نظما التصرف الفضولي تحت طائلة العقود القابل للإبطال،أما بالنسبة لتعريف التصرف الفضولي كل من المشرعين محل الدراسة لم يقوموا بتعريف التصرف الفضولي سواء الذي متأثرا بالفقه الإسلامي أو متاثرا بالفقه الغربي.

تناول المشرع العراقي أحكام هلاك العين في تصرف الفضولي، حيث نص على أنه:" فان هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد آداه عالما إنه فضولي فلا رجوع له عليه بشي منه"[٦]. وكذلك في نص آخر يتكلم عن هلاك العين المعقود عليها وذلك بنص:"،إذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتهما أيهما شاء. فإذا أختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر."[٧]

فإذا هلك البدل في يد الفضولي بعد أن إستلمه من المتعاقد معه، ليس للمتعاقد معه الرجوع على الفضولي بشيء، إذا تحقق هذان الشرطان:

الشرط الاول: إذا هلك الشيء في يد الفضولي دون تعد منه أي بدون خطاء من الفضولي، كما لو حدث الهلاك بسبب أجنبي.

---

(١) القانون المدني المصري، المادة(٤٦٦)،:"١-إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع..."

(٢) د.عصمت عبدالمجيد البكر، النظرية العامة للإلتزامات،ج١، المصدر السابق، ص٣٥٢.

(٣) (في الواقع إن تسمية العقد بانه باطل نسبيا هي تسمية غير صحيحة، لان العقد إذا كان باطلا فهو والعدم سواء وهذه التسمية شائعة وأستقرت كما يبدو في القوانين الغربية، وفي قرار لمحكمة النقض المصرية إذ يقضي بانه:"إن بطلان العقد وصف يلحق بالتصرف القانوني ويعيبه بسبب مخالفة لاحكام القانون المنظمة لأنشائه، فيجعله غير صالح لأن ينتج آثاره القانونية المقصودة). نقلا عن: د.صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص١٤٥.

(٤)د.أحمد عبيد جاسم، *التأصيل الفقهي للقانون المدني*، ط١، (بيروت ، لبنان: منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٣)، ص١٢٣.

(٥) د.محمد حسن قاسم، *القانون المدني الفرنسي المعدل، المترجم للعربية*، ط١، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٢٠)، ص١٠-١٢.

(٦)المادة(١٣٥/٣)، من القانون المدني العراقي.

(٧)المادة(١٣٥/٤)، من القانون المدني العراقي.

الشرط الثاني: إن يكون المتعاقد مع الفضولي عالماً بانه هذا الشخص هو الفضولي أي إنه ليس بمالك لهذه العين، وبمعنى الآخر المتعاقد مع الفضولي هو سيء النية وذلك لعلمه بانه فضولي وهذه العين لا تعود له، أما[١] إذا لم يعلم إنه الفضولي فله الرجوع على الفضولي بكامل بدله.

أما بالنسبة للعين المعقود عليها فهناك حالتان:

الحالة الاولى: إذا سلم الفضولي هذه العين الى المتعاقد معه، وهلكت بيده، فيكون المسؤولية على الفضولي والمتعاقد معه وذلك بشكل تضامني، لأنه كان الفضولي في هذه الحالة بمنزلة الغاصب والمتعاقد معه بحكم غاصب الغاصب وسيكون التعامل معهم وفق أحكام الغصب.ولكن بشرط أن يكون المتعاقد الآخر ليس له خطأ أو تعمد في هلاكها، هذا يعني ان المتعاقد مع الفضولي وحده هو يتحمل تبعة الهلاك العين المعقود عليها، لانه يده يد الأمان.[٢]

الحالة الثانية: وهي إذا لم يسلم العين للمتعاقد معه الفضولي وهلك بيده، ستكون هو وحده ضامنا ومسؤولا عن هلاك العين المعقود عليها لأنه يده يد الضمان وذلك لأنه الغاصب سواء هلكت العين بتعد منه أو بدون تعد سيكون ضامنا.[٣]

وفيما يتعلق بهلاك العين، عند المشرع الأردني حيث أنه لم ينظم أحكام هلاك العين المعقود عليها في نظرية التصرف الفضولي، بل ترك هذا الأمر تنظيمها إلى العقود المسماة كالبيع والإجارة ...، لذلك هلاك العين المعقود عليها في التصرف الفضولي يحكمها أحكام هلاك المبيع في العقد البيع في القانون المدني، تحت عنوان بيع ملك الغير.

وعلى هذا الأساس إذا هلك العين المعقود عليها في يد المالك قبل تسليمها إلى المشتري من قبل الفضولي، فيكون الهلاك على المالك، أما إذا هلك باليد المشتري (المتعاقد معه) فللمالك الخيار إن شاء ضمن الفضولي وإن شاء ضمن المشتري، على اساس أحكام الغصب.[٤] وهذا في حالة إذا رفض المالك التصرف الفضولي.[٥]

وبالنسبة للمشرع المصري، إنه لم ينظم التصرف الفضولي كنظرية مستقلة معروفة معالمها في القانون المدني، وانه لم يعتبر كجزء من عقد الصحيح بل يعتبره من العقود الباطلة وتحت عنوان العقد القابل للإبطال.

وهناك فرق جوهري بين هذين العقدين، حيث إن العقد الموقوف هو صورة عكسية من العقد القابل للإبطال، حيث نجد ان العقد الموقوف لا تنتج أي أثرا حتى تنفذ بالإجازة، أما العقد قابل للإبطال عقد صحيح ينتج كل آثاره حتى يحكم ببطلانه، فان التصرف الفضولي

---

(١)موفق البياتي ، *شرح المتون(مصادر الإلتزام)*، ج١، ط١، (بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٢)، ص١٣٦-١٣٧.

(٢)المادة(١/١٩٨)، من القانون المدني العراقي إذ ينص: "غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب فإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وأتلفه أو تلف في يده فالمغصوب منه مخيرا إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني. وله أن يضمن مقدارا منه الاول والمقدار الآخر الثاني. فإذا ضمن الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الثاني، وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول."

(٣) د.درع حماد ، *النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام)*، ج١، (بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٦)، ص١٨٤.

(٤) د.عدنان إبراهيم السرحان وأخرون، *شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية)، الإلتزامات*، ط٧، (عمان ، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٩)، ص٢١٨.

(٥)المواد (٥٥٠-٥٥١)، من القانون المدني العراقي.

ضمن عقد الموقوف أفضل بالنسبة للمالك من العقد القابل للإبطال، وذلك إنه يقف حتى تلحقه الإجازة دون تنفيذالعقد، أما في حالة العقد القابل للإبطال فانه ينفذ في الحال وفي حالة إبطاله سيدخل في تعقيدات بسبب تنفيذه.[١]

بما ان بيع ملك الغير يعتبر تصرفا فضوليا وتندرج تحت طائلة العقد القابل للإبطال في التشريع المصري ويكون حكم هلاك العين عند المشرع المصري على بيع ملك الغير وذلك بقوله: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الآمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل عقد أو لم يسجل."[٢] وكذلك في نص آخر يتحدث عن حكم هذا العقد وذلك بنصه: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات، وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع."[٣]

وفق النصوص، يكون تبعة الهلاك العين المعقود عليها(المبيع) في اليد المالك قبل أن يسلمه لسبب لايد للمالك فيه إنفسخ العقد وإسترد المتعاقد معه(المشتري) الثمن، وعلى كل حال سيكون تبعة الهلاك على المالك الأصلي(البائع) إلى حين التسليم إلا إذا كان الهلاك قد حصل بعد إعذار المتعاقد معه لتسلم العين المعقود عليها المبيع،وهذا يعني ان تبعة الهلاك تكون على البائع إلى حين التسليم بإعتباره مدينا فب الإلتزام الذي هلك محله.[٤]

أما إذا رفض المالك التصرف الفضولي وعدم منحه الإجازة فسيكون العقد القابل للإبطال وتقرر إبطاله فلا يكون له وجود قانوني، ولا يترتب أثرا سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير،[٥] وإذا أبطل العقد أعيد المتعاقد إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.[٦]

وأخيرا التصرف الفضولي في القانون المدني الفرنسي، يندرج تحت مسمى أشباه العقود، حيث عرفه المشرع الفرنسي في تشريعه، ويعتبر الفضالة هي التصرف الفضولي، وذلك بنص:"هي أفعال إرادية محضة ينتج عنها إلتزام على عاتق المستفيد منها دون وجه الحق، وأحيانا إلتزام على عاتق القائم بهذه الأفعال تجاه الغير."[٧] وحيث عرفه الفقه الفضالة بانها[٨]:"هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون يكون ملزما بذلك."، أما بالنسبة لبيع ملك الغير المشرع الفرنسي على النهج نظرائها لم يقم

---

(١) رانية حامد هادي، "العقد الموقوف وعلاقته بالعقد القابل للإبطال"، *بحث لنيل شهادة البكالوريوس، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة ديالى ، العراق*، (٢٠١٨): ص١٤.

(٢)المادة(١/٤٦٦)، من القانون المدني المصري.

(٣)المادة(١/٤٣٤)، من القانون المدني المصري.

(٤)عبدالعزيز حسن فرج، "نظرية العقد الموقوف، في الفقه الإسلامي"، (أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، ١٩٧٢)، ص١٨٨.

(٥) د. السنهوري ، *مصادر الحق (نظرية السبب ونظرية البطلان)*، ج٣، ط٣، (القاهرة: دار مصر للنشر والتوزيع، ٢٠٢٠)، ص١٢٢.

(٦)المادة(١/١٤٢)، من القانون المدني المصري.

(٧)المادة(١٣٠٠)، من القانون المدني الفرنسي.

(٨)مباركي نجمة وبودريقة جميلة، "بيع ملك الغير في القانون المدني"، (رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالرحمن ميرة، الجزائر، ٢٠١٣)، ص١١.

بالتعريف بيع الملك الغير[١]،ويعتبره بيع مالك الغير باطلا مطلاقا وذلك بنص:"إن بيع مال الغير هو باطل، ويمكن أن يؤدي إلى المطالبة بالعطل والضرر إذا كان المشتري يجهل أن ملكية الشيء تعود إلى الغير."[٢]، وبالنسبة للقانون المدني الفرنسي بيع ملك الغير مستقل عن الفضالة أو الفضولي في القانون.[٣]

حكم الهلاك العين المعقود عليها إذا هلك باليد الفضولي فهو يسأل عن هلاكه أما إذا هلك باليد المشتري هناك فرق الحالتين، الاولى إذا كان المشتري حسن النية أي لا يعلم بانه البائع (الفضولي)، ليس مالكا لهذه العين المعقود عليها ولا يرجع سبب الهلاك إلى خطئه، في هذه الحالة لا يسأل عن رده. أما في الحالة الثانية إذا كان المتعاقد معه (المشتري) سيء النية اي يعلم ان هذا الشخص ليس مالكا وكذلك هلاك العين يعود إلى خطئه في هذ الحالة يسأل عن رده، وكل هذا نص عليه المشرع الفرنسي إذ يقول: "يسأل من يرد الشيء عن التلف والهلاك الذي ينقص من قيمته، مالم يكن حسن النية ولا يعود التلف أو الهلاك إلى خطئه."[٤]

I.ب. المطلب الثاني

أحكام هلاك العين في العقد الموقوف لتجاوز الوكيل حدود الوكالة

نص المشرع العراقي فيما يتعلق في حالة تجاوز الوكيل حدود وكالته ونص على هذا بأنه: "إذا تعاقد الوكيل مع الغير بإسم الموكل، ولكن جاوز في تعاقده حدود الوكالة أو عمل أحد دون توكيلاً، فإن نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً على إجازته".[٥]

وفي هذه الحالة يكون للأصيل أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض من تأريخ علمه بمجاوزة الوكيل للحدود الوكالة، وذلك خلال ميعاداً مناسباً الذي حدده الغير (المتعاقد مع الوكيل) وليست ثلاثة اشهر كما في التصرف الفضولي، وكل هذا نصه المشرع العراقي في فقرة: "ويجوز لهذا الغير أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يجيز فيه التعاقد، فإن لم تصدر الإجازة في هذا الميعاد، تحلل من العقد".[٦]

وفيما يتعلق بالمشرع الأردني حيث نص على بانه: "تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دونأن يتجاوز حدوده إلا فيما هو أكثر نفعاً للموكل".[٧]

وهذا يعني إذا أبرم النائب تصرفا قانونياً نيابة عن موكله(الأصيل)، ثم جاوز في ذلك حدود السلطة المخولة له بموجب النيابة زالت عنه صفة النائب، ومن ثم لا ينتج التصرف أثره

---

(١) بوشرط وفاء ومعيزي سارة، "بيع ملك الغير"، (رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ٨ مايو ١٩٤٥، الجزائر، ٢٠٢٢)، ص٩.

(٢)المادة(١٥٩٩)، من القانون المدني الفرنسي.

(٣)محمد جبر الألفي ، "الفضالة دراسة المقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين بلدان الشرق الأوسط"، *مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت*، عدد٣، (١٩٨٠): ص٥١-٥٢.

(٤)المادة (١/١٣٥٢)، من القانون المدني الفرنسي.

(٥)المادة(١/٩٤٤)، من القانون المدني العراقي.

(٦)لمادة(٢/٩٤٤)، من القانون المدني العراقي.

(٧)المادة(٨٤٠)، من القانون المدني الأردني.

في حق الأصيل ولا يحتج به عليه، وينشأء العقد صحيحاً ولكنه غير نافذ، اي ينشأ موقوفاً على إجازة الأصيل.[١]

والمشرع المصري حيث نص بانه: "الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون لأن يجاوز حدودها المرسومة".[٢]وهذا يعني رغم النائب يعبر عن إرادته ويتمتع بناء على ذلك بشيء من الإستقلال، إلا أنه ينبغي الا يخرج على حدود الوكالة سواء من حيث نوع التصرف المراد إبرامه أو شروط هذا التصرف أو المدة التي يجوز خلالها إبرامه إلى غير ذلك من القيود، فإذا خرج الوكيل على هذه الحدود فأنه يفقد صفته ولا تنصرف آثار العقد إلى الأصيل.[٣]

اما فيما يتعلق بموقف المشرع الفرنسي بخصوص تجاوز الوكيل حدود وكالته، وهلى هذا نص بانه: "لا يجوز للوكيل أن يتجاوز السلطات المعطاة له في الوكالة".[٤]

لذلك يكون حكم الهلاك العين في العقد الوكالة تجاوز الوكيل حدود وكالته وذلك في الحالة التي الأصيل(الموكل) لا يجيز التصرف فيكون العقد باطلاً ويعود الحال إلى ماكان عليه قبل إبرام العقد. ويكون حكم الهلاك على النحو الأتي:

إذا هلك البدل في يد الوكيل بعد أن إستلمه من المتعاقد معه، ليس للمتعاقد معه الرجوع على الوكيل بشيء، إذا تحقق هذان الشرطان:

الشرط الاول: إذا هلك الشيء في يد الوكيل دون تعد منه أي بدون خطاء، كما لو حدث الهلاك بسبب أجنبي.

الشرط الثاني: إن يكون المتعاقد مع الوكيل عالماً بانه هذا الشخص هو تجاوز حدود وكالته.

أما بالنسبة للعين المعقود عليها فهناك حالتان:

الحالة الاولى: إذا سلم الوكيل هذه العين الى المتعاقد معه، وهلكت بيده، فيكون المسؤولية على الوكيل والمتعاقد معه وذلك بشكل تضامني، لأنه كان الوكيل في هذه الحالة بمنزلة الغاصب والمتعاقد معه بحكم غاصب الغاصب وسيكون التعامل معهم وفق أحكام الغصب. ولكن بشرط أن يكون المتعاقد الآخر ليس له خطأ أو تعمد في هلاكها، هذا يعني ان المتعاقد مع الفضولي وحده هو يتحمل تبعة الهلاك العين المعقود عليها، لانه يده يد الأمان.

الحالة الثانية: وهي إذا لم يسلم العين للمتعاقد معه الوكيل وهلك بيده، ستكون هو وحده ضامنا ومسؤولا عن هلاك العين المعقود عليها لأنه يده يد الضمان وذلك لأنه الغاصب سواء هلكت العين بتعد منه أو بدون تعد سيكون ضامنا.

خلاصة القول، ان المشرع العراقي نظم أحكام التصرف الفضولي من خلال أحكام والقواعد العامة ويعتبره هلاك العين المعقود عليها في يد الفضولي فهو ضامن سواء بخطئه أو بدون خطئه بانه غاصب ويده يد الضمان، أما إذا هلك باليد المتعاقد معه ولكن حسن النية ودون تعد منه في هذه الحالة يكون هو والفضولي مسؤولين متضامنين أمام المالك الأصلي،

---

(١) د.ياسين محمد الجبوري، *الوجيز في شرح القانون المدني الأردني*، ج١، ج١،ط١، (عمان الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨)، ص١٢٦.

(٢) المادة(١/٧٠٣)، من القانون المدني المصري.

(٣) د.سمير عبد السيد تناغو، *مصادر الإلتزام*، ط١، (إسكندرية، مصر: مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩)، ص٢٤.

(٤) المادة(١٩٨٩)، من القانون المدني الفرنسي.

وإذا كان المتعاقد مع الفضولي سيء النية، أي يعلم ان هذا الشخص ليس مالكا فيكون حكمه غاصب الغاصب ويده يد الضمان ويكون هو مسؤولا وضامنا وحده أمام المالك.

أما كل من المشرع الأردني والمصري لم ينظما التصرف الفضولي باحكام والقواعد العامة وإنما تركوا هذا الأمر إلى العقد البيع وسماه بيع ملك الغير، ولكن يوجد إختلاف فيما بينهما بان المشرع الأردني يعتبر التصرف الفضولي صحيحا ولكن غير النافذ، أما المشرع المصري يعتبر التصرف الفضولي في خانة العقد القابل للإبطال.

المشرع الفرنسي نظم أحكام التصرف الفضولي تحت عنوان الفضالة وهو أضيف على ذلك من المشرع العراقي والاردني والمصري، ولا يعتبر بيع الملك الغير تصرف فضولي.

أما بخصوص التصرف الذي أجراه الوكيل لموكل ولكن تجاوز حدود وكالته بما أن المشرع نظم أحكامه في العقود المسماة كالعقد الوكالة، ولكن يطبق عليها أحكام العقد الموقوف ضمن القواعد العامة. ويكون حمه نفس الحكم للفضولي.

II. المبحث الثاني

أحكام هلاك العين في العقد الموقوف لعيب في الرضا

العقد يوقف بمجموعة ثانية من الأسباب التي تصيب الأهلية أي صحتها ويكون لها تأثير على أحكام التصرفات التي يقوم بها صاحبها ولا ينفذ على الرغم إنه مالك لهذه العين، كالإكراه والغلط والتغرير ونقص الأهلية، ويكون حكم الهلاك لهذه العين مختلفاً في حالة وجود أحد هذه العوارض.

وعلى هذا الأساس نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

الفرع الأول: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للإكراه أو للغلط.

الفرع الثاني: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للتغرير أو لنقص في الأهلية

II.أ. المطلب الأول

أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للإكراه أو للغلط

يوقف العقد في حالة وجود الإكراه والغلط في العقد، بما يخص المحل العقد أي العين في حالة هلاكها، يكون تحديد المسؤولية على هذا الهلاك يختلف في تحديد الهوية من المسؤول عن هلاك هذه العين، ولذلك **نقسم هذا المطلب إلى الفرعين:**

الفرع الأول: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للإكراه.

الفرع الثاني: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للغلط.

II.أ.١. الفرع الأول

أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للإكراه

عرف المشرع العراقي الإكراه بانه:" إجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملا دون رضاه."[(١)]، وهذا ما إستحواه في مجلة الأحكام العدلية، إذ هو بدورها قامت بتعريف الإكراه، حيث نص بانه :"هو إجبار واحد بالإخافة على أن يعمل عملا بغير حق، بدون رضاه ويقال له

(١)المادة(١/١١٢)، من القانون المدني العراقي الرقم (٤٠) ، السنة (١٩٥١).

المُكرَه ويقال لمن أجبره: مجبِرٌ ولذلك العمل: مكرَه عليه، وللشيء الموجب للخوف: مُكَرَه به."[١]

والتشريع الأردني لم يخلو من التعريف الإكراه حيث عرفه بانه عبارة عن: "هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه ويكون ماديا أو معنويا."[٢]

ويقصد المشرع الأردني بمصطلح (الإكراه المادي) عندما يقع الإكراه فعلا، فيندفع المُكرَه إلى التعاقد تخلصا من إستمرار الألم، كالضرب مثلا، ولكن يشترط في الإكراه المادي أن يؤدي إلى إنعدام الرضاء كالإكراه عن طريق السُكر أو أمسك المُكرِه بيد المُكرَه وأجرى القلم في يده بالتوفيق.[٣]

وكذلك المشرع المصري عرفه بان:"...للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس."[٤] وأخيرا المشرع الفرنسي ينص على الإكراه بانه:"يتعهد أحد الأطراف تحت تأثير ضغط يولد لديه الخوف من تعرض شخصه أو ثروته أو ثروة أقاربه لضرر جسيم."[٥]

وملفت للنظر بان المشرع الفرنسي إعتبر إستخدام الوسائل أو الطرق القانونية إكراها، إذا إستعملت لهدف غير التي إنشأت من أجله، وذلك بنص إذ يقول: "لا يشكل التهديد باللجوء إلى الطرق القانونية إكراها .ويكون الأمر على خلاف ذلك عندما تستعمل الطرق القانونية لغاية غير التي وجدت من أجلها أو عندما يتم التلويح بها أو إستعمالها بقصد الحصول على منفعة زائدة بشكل واضح."[٦]

والإكراه يجعل العقد موقوفاً إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

الشرط الأول: إستعمال وسائل تهدد بخطر يصيب المتعاقد الآخر، وهذا هو العنصر المادي في الإكراه وهو الخطر الجسيم المحدق الذي يهدد المتعاقد الآخر في نفسه أو ماله أو أولاده، كالضرب والجرح والإيذاء والقتل وحرق المال أو إتلافه وخطف الأبناء وقد تكون وسائل الإكراه نفسية كالتهديد بالضرب أو القتل أو حرق المال، ولا فرق بين وسائل الضغط المادية والنفسية في قيام الإكراه.[٧]

الشرط الثاني: رهبة تحمل على التعاقد، ويجب حتى يتحقق الإكراه أن يكون قد بعث في النفس المتعاقد رهبة،وأن تكون هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه، ولابد في تقدير الرهبة من النظر إلى حالة التعاقد الذي وقع عليه الإكراه والظروف التي أحاطت به، فيراعي في ذلك جنس من وقع عليه الإكراه وسنه، وحالته الصحية وحالته العقلية وحالته الإجتماعية.[٨]

---

(١) مجلة الأحكام العدلية العثمانية، المادة (٩٤٨).
(٢) المادة(١٣٥)، من القانون المدني الأردني ، الرقم(٤٣)، السنة(١٩٧٦).
(٣) د.عدنان إبراهيم السرحان، ط٧، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، ٢٠١٩، ص١٢٤.
(٤) المادة(١/١٢٧)، من القانون المدني المصري ، الرقم (١٣١) ، السنة (١٩٤٨).
(٥) المادة(١١٤٠)، من القانون المدني الفرنسي.
(٦) المادة(١١٤١)، من القانون المدني الفرنسي.
(٧) د.درع حماد ، *النظرية العامة للإلتزامات(مصادر الإلتزام)*، ج١، المصدر السابق، ص١٣٠.
(٨) د.عبد المجيد الحكيم ود.عبدالباقي البكري ود.محمد طه البشير، *الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي(مصادر الإلتزام)*، ج١، (القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ١٩٨٠)، ص٧٩.

الشرط الثالث: يجب أن يكون الإكراه غير مشروعاً، لكي يؤخذ الإكراه في الإعتبار يجب أن يكون قد وقع لتحقيق غرض غير مشروع، أما إذا كان القصد منه تحقيق غرض مشروع فلا تأثير له على العقد.(١)

وفيما يتعلق بحكم هلاك العين في العقد الموقوف المبرم بالإكراه إبتداءا نستعرض موقف المشرع العراقي من العقد الذي يتعقد نتيجة هذا الإكراه، الإكراه في التشريع العراقي وصفه المشرع بانه من عيوب الإرادة، وإذا أنشىء العقد على أساس الإكراه يعتبر هذا العقد صحيحا ولكن غير نافذ وموقوفا على إجازة من وقع عليه الإكراه وكذلك هذا ما نص عليه المشرع في هذه المادة(٢):"من أكره إكراها معتبرا بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده." وكذلك نص المشرع على انواع بالإكراه، وذلك بنص(٣):"ويكون الإكراه ملجئا إذا كان كان تهديدا بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد إو إتلاف خطير في المال. ويكون غير ملجيء إذا كان تهديدا بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس. "وهذا يعني سواء كان الإكراه ملجئا أو غير الملجيء لهما نفس الحم.

إذا نقض المُكرَه التصرف أو العقد سيكون له الحق بإسترداد العين سواء باليد المتعاقد معه أو غيره من إنتقلت إليه العين، وإذا هلكت العين بايدي المتعاقد معه أو من إنتقلت إليه سيكون ضامنا قيمتها اي ثمنها وسيكون للمُكرَه مخير بين ضمن المجبر أي الشخص الذي وقع منه الإكراه او المتعاقد معه،إن ضمن أيهما فلا رجوع له على الآخر، وإذا قبض المُكرَه البدل وهلك في يده بلا تعد منه فلا يكون ضامناً، وهذا يعني إذا كان بتعد منه فهو مسؤول وضامن، لانه يده تكون يد أمانة.(٤)

كان أجدر للمشرع العراقي أن يحمي أكثر وأضمن المُكرَه من المجبر، لانه وقع العقد وهو كان معيب إرادته، لذلك إذا هلك الثمن في يده سواء بتعد منه أو بدون تعد كان الأنصف هو أن لا يكون ضامناً وإذا كان ضامنا لتعد منه أن يكون مسؤولا بنصف المبلغ وذلك جزءا للطرف المقابل سواء المجبر نفسه أو غيره، بما فعله من وسيلة الضغط على المُكرَه.

أما بخصوص المشرع الأردني إذا تحقق الإكراه جعل من العقد موقوفا وهو لا ينفذ إلا بإجازة المُكرَه أو من ينوب عنه بعد زوال الإكراه(٥) ، وهذ من نص المشرع الأردني وذلك بقوله(٦):"من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجاز المُكرَه أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة او دلالة ينقلب صحيحا."

ولكن المشرع الأردني لم يتناول عن هلاك العين المعقود عليها في حالة إنعقاد العقد على اساس الإكراه، وإنما تناول في العقود المسماة أي لم يرد قاعدة عامة، وإنما عالجه بقواعد خاصة.

---

(١) د.علي نجيدة، *النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)*، ج١، ط١، (القاهرة: المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٠، ص١٤٣.

(٢) المادة(١١٥)، من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة(٢/١١٢)، من القانون المدني العراقي.

(٤) موفق البياتي ، المصدر السابق، ص١٣٣.

(٥) د. عدنان إبراهيم السرحان والأخرون، المصدر السابق ، ص١٣٢.

(٦) المادة (١٤١)، من القانون المدني الأردني.

وإضافة إلى ذلك إن المشرع الأردني ينص على بانه إذا المُكرَه لم يجيز التصرف فيبطل العقد أو التصرف، عندما نرجع إلى أحكام العامة للعقد الباطل لا يشير أو ينص على شيء يوحي بمصير العين المعقود عليها، اي بإعادة الحال إلى ما كان عليه كما فعله المشرع العراقي في المادة(٢/١٣٨) من القانون المدني العراقي.

أما بخصوص المشرع المصري والفرنسي، فيما يتعلق بالمشرع المصري، فقد نص على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس"[١].

أما المشرع الفرنسي هو بدوره نص على أنه: "يعتبر الإكراه سبباً للبطلان سواء تمت ممارسته من قبل الطرف الأخر أو الغير"[٢] ويكون البطلان نسبيا عند المشرع الفرنسي وذلك بنصه: "تعتبر عيوب الرضاء سبباً للبطلان النسبي للعقد"[٣].

حدد مصير الهلاك العين المعقود عليها، في الحال لم يجيز المُكرَه التصرف ويكون العقد باطلا، ويطبق عليها أحكام العقد الباطل، وهي إعادة المتعاقدان إلى ما كان عليه قبل التعاقد، إذا كان هذا مستحيلا بسبب هلاك المعقود عليها في هذه الحالة الإلتجاء إلى التعويض العادل.[٤]كما ذكرناه سابقا في عقد الباطل وإضافة على ذلك، الإكراه يعد عملا غير مشروعا فيجوز لضحية الإكراه أن يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر نتيجة الإكراه، تطبيقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.[٥]

خلاصة القول أن المشرع العراقي أخذ بفكرة الإكراه من الفقه الإسلامي وعرفه ونظم أحكامه بشكل خاص وجعله يوقف العقد، أما المشرع الأردني عرفه وجعله يوقف العقد أيضا دون أن ينظم أحكامه، وحكم الهلاك العين المعقود عليها في القانون المدني العراقي كما أشرنا إليه، يتحدث بان إذا كان المجبِر أو المتعاقد الآخر شخصان مختلفان، أما كل من المشرع المصري والفرنسي ، عرفا الإكراه ومتأثرا بالفقه الغربي لم يجعله يوقف العقد، بل جعله العقد قابل للإبطال وفي حالة إذا لم يجيز المُكرَه العقد، سيكون العقد باطلا، يعاد الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام وإذا كان مستحيلا الرجوع بسبب الهلاك العين فيكون التعويض العادل.

ونجد ان المشرع العراقي جعل المجبِر والمتعاقد معه مسؤولان عن هلاك وإرجاع ثمنها أي قيمتها، ولكن لم يحدد قيمتها وقت إبرام العقد أو وقت هلاكها أو وقت رجوعها، ولكن القوانين محل الدراسة من المصري والفرنسي، نصا في حالة هلاك المعقود عليها فيكون التعويض المعادل أو العادل وليس قيمتها وهذا يعني ليس الشرط أن يكون التعويض مقابل القيمة العين بل مقابل الضرر، ونحن نرى ان المشرع العراقي صوب الهدف ولم يترك مجالا لأراء الخبرا في تقدير التعويض.

---

(١) المادة(١/١٢٧)، من القانون المدني المصري.
(٢) المادة(١١٤٢)، القانون المدني الفرنسي.
(٣) المادة(١١٣١)، القانون المدني الفرنسي.
(٤) المادة (١/١٤٢)، من القانون المدني المصري، المادة(١١٧٨) القانون المدني الفرنسي.
(٥) د.محمد حسن قاسم، *القانون المدني الإلتزامات، المصادر (العقد)* ك١، ج١، (الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٧)، ص٢٤٩.

الفرع الثاني
أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للغلط

هناك ثلاثة أنواع من الغلط وهي:

أ:**الغلط المانع**: وهو الغلط الذي يحول دون إبرام العقد أو يمنع من وجود العقد، وهذا الغلط على أنواع(أ.الغلط في طبيعة العقد.ب.الغلط في محل العقد.ج: الغلط في السبب العقد).[١]

ب:**الغلط غير المؤثر**: عبارة عن ذلك الغلط الذي لا يعدم الإرادة ولا يعيبه، بل يصحيحه، مثلا، إذا وقع الغلط في الحساب. وكل هذا نص المشرع في تشريعه وذلك بقوله:"هو الغلط الذي لا يمنع من إنعقاد العقد ولا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب وهو أمر ثانوي وإنما يجب تصحيح هذا الغلط."[٢]

ج:**الغلط المؤثر**: هو الغلط الذي يفسد الرضاء، ولكنه لا يمنع من إنعقاد العقد لتوافر أركان العقد، غير انه يكون مهدداً بالزوال بناء على طلب من عيبت إرادته، ولكي يكون هذا الغلط يوقف العقد إذا توافرت الشروط الأتية[٣]

الشرط الأول: يجب أن يكون الغلط جوهرياً(جوهرية الغلط):لا يمكن أن يعد الغلط الجوهري عيباً من عيوب التراضي، مالم يتمثل في حالة من الحالات التالية وهم(يجب ان يكون الغلط في صفة جوهرية في المحل، ويجب ان يكون الغلط في شخص العاقد أو في صفة من صفاته، والغلط في القانون الذي توافرت فيه شروط الغلط في الواقع)[٤].

الشرط الثاني: إيصال المتعاقد الآخر بالغلط، لما كان الغلط قد تحول طبقاً للنظرية الحديثة إلى معيار ذاتي نفسي، بعد ان كان وفقاً للنظرية القديمة معياراً مادياً، فقد تحتم إلا ينفرد به المتعاقد الذي وقع في الغلط دون أن يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجه، ثم كان الواجب أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط حتى ينضبط التعامل، فهذا المتعاقد الآخر ينبغي أن يكون أما مشتركاً في الغلط، وأما أن يكون غير مشترك فيه ولكنه يعلم أو يستطيع أن يعلم به[٥].

وإذا هلكت العين المعقود عليها في الغلط المؤثر، فلا ينفذ العقد ويجعل العقد موقوفا، وإذا نقض العاقد الذي تبين الغلط له فان هلك في اي يد إنتقلت له فسيكون ضمانا لقيمتها مثل الإكراه كما بحثنا عنه سابقا.

ولكن ما يأخذ على المشرع العراقي انه لم يتحدث عن البدل الذي قبضه المتعاقد الذي وقع في الغلط هل هو يردها أو إذ هلكت العين ما هو مصيرها، أما بالنسبة للمشرع المصري والفرنسي، فيما يتعلق بالمشرع المصري حيث نص على أنه: "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، أن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به أو من السهل عليه أن يتبينه"[٦].

---

(١) د.صبري حمد خاطر، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، ج١، المصدر السابق، ص٧٢.
(٢) د.عدنان إبراهيم سرحان ونوري حمد خاطر، المصدر السابق، ص١٣٦.
(٣) د.محمد إبراهيم بنداري، *الوجيز في مصادر الإلتزام في قانون معاملات المدنية العماني*، (سلطنة عمان: مكتبة الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ٢٠٢٣)،ص١١٢.
(٤) د.ياسين محمد الجبوري، المصدر السابق، ص٢٠٦-٢١٠.
(٥) د.حسن علي الذنون، *النظرية العامة للإلتزامات*، (القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ١٩٧٦)، ص٩٤.
(٦) المادة (١٢٠)، من القانون المدني المصري.

وأيضا نص المشرع الفرنسي على الغلط الذي يوقف العقد وذلك بنصه: "يكون العيوب الرضاء سبباً للبطلان النسبي للعقد".[١]

إذا وقع الغلط للمتعاقد فسيكون معيبا وقابل للإبطال النسبي إذا لم يجيز المتعاقد الذي وقع في الغلط وينقض التصرف، فسيكون مصير هذا التصرف أو العقد البطلان،[٢]ويكون مصير هلاك العين في المعقود عليها ذات المصير الذي حصل للإكراه فسيكون إعادة الحال غلى ماكان عليه قبل التعاقد، إذا كان غيرممكنا فسيكون التعويض معادل أو العادل.[٣]

وإضافة إلى ذلك، كل من المشرع المصري والفرنسي، بالنسبة للمشرع المصري فقد نص على أنه:"يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين، هذا مالم يقض القانون بغيره"[٤] وكذلك المشرع الفرنسي نص على أنه:"يكون الغلط في القانون أو في الواقع، مالم يكن غير مغتفر، سبباً لبطلان العقد إذا وقع في الصفات الجوهرية للأداء الواجب أو في تلك المتعلقة بالمتعاقد معه"[٥].

وهذا يعني إذا غلط المتعاقدان في القانون هذا يعيب الإرادة ويكون العقد قابلا للإبطال، إذا كان المتعاقد وقع في الغلط الجوهري وكان المتعاقد آخر على العلم به أو وقع فيه.[٦]

صفوة القول، ان المشرع العراقي يعتبر الغلط من عيوب الإرادة ويوقف العقد ونظم له أحكاما خاصة به، أما كل من المشرع المصري والفرنسي، يعتبرون الغلط من عيوب الإرادة ولكن تاثيره على العقد لا يوقفه مثل المشرع العراقي بل يكون العقد المعيب للغلط القابل للإبطال دون أن ينظم له أحكاما خاصة، حيث في حالة نقض التصرف من قبل العاقد الذي وقع في الغلط، إذا لم يستطيعا إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد فسيكون حكم الهلاك بتعويض معادل، أما بالنسبة للمشرع العراقي، إذا نقض العاقد الذي وقع في الغلط فسيكون العقد باطلا ويكون الطرف المقابل مسؤولا عن هلاك العين العقود عليها وذلك برجوع قيمتها وهذا أفضل من المشرعين محل الدراسة.

II.ب. المطلب الثاني

أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للتغرير أو لنقص في الأهلية

يكون العقد يوقف في حالة وجود التغرير وناقص الأهلية في العقد، بما يخص المحل العقد أي العين في حالة هلاكها، يكون عمر الأنسان لها دور في تحديد المسؤولية على تصرفاته وله دور في مصير التصرفات التي يبرها.

وهذه الأسباب لها دور في تحديد المسؤولية على هذا الهلاك ويختلف في تحديد الهوية من المسؤول عن هلاك هذه العين، ولذلك نقسم هذا المطلب إلى الفرعين:

الفرع الأول: أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للتغرير.

الفرع الثاني: أحكام هلاك العين في العقد الموقف لنقص في الأهلية.

---

(١)المادة (١١٣١)، من القانون المدني الفرنسي.

(٢) القانون المدني الفرنسي ، السنة (١٨٠٤) المادة(١١٣١).

(٣)المادة (١/١٤٢)، من القانون المدني المصري، المادة (١١٧٨) من القانون المدني الفرنسي.

(٤)المادة (١٢٢)، من القانون المدني المصري.

(٥)المادة (١١٣٢)، من القانون المدني الفرنسي.

(٦)المادة (١٢٢)، من القانون المدني المصري ، المادة (١١٣٢)، من القانون المدني الفرنسي.

II.أ.١. الفرع الأول

أحكام هلاك العين في العقد الموقوف للتغرير

يجعل الغبن مع التغرير العقد موقوفاً إذا توافرت فيه هذه الشروط:

الشرط الأول: إستعمال طرق الإحتيالية: وهي الأقوال والأفعال التي تستعمل لتاثير على إرادة المتعاقد الآخر كالمظاهر الخادعة والأقوال الكاذبة التي ترد على وقائع معينة فتدفع المتعاقد إلى إبرام العقد.(١)

الشرط الثاني: أن يكون التغرير هو الدافع إلى التعاقد وهو يجب أن تبلغ الطرق الإحتالية حداً من الجسامة بحيث تؤثر في إرادة المتعاقد معه فتدفعه إلى التعاقد والمعيار هو المعيار شخصي يؤخذ فيه بحالة المتعاقد الشخصية بحسب جنسه وسنه وحظه من الثقافة والتجربة.(٢)

الشرط الثالث: أن تكون هذه الطرق الإحتيالية صادرة من أحد المتعاقدين، وإذا صدر التغرير من الغير فإنه لا يعتبر إلا إذا أثبت المتعاقد المغبون أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل أن يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد.(٣)

الشرط الرابع: أن يقترن التغرير بالغبن الفاحش، لا يكفي مجرد التغرير وإنما يتعين أن يتحقق في العقد غبن فاحش حتى يعتبر عيباً من عيوب الرضا.(٤)

ويكون مصير العقد بالنسبة للمشرعين، هو ان موقف المشرع العراقي أنه لم يعتبر العقد موقوفا للتغرير، إلا إذا نشاء عنه غبن الفاحش وكان المتعاقد الآخر يعلم بالتغرير أو كان من السهل عليه ان يعلم به، وبين المتعاقدين فقط دون غيرهم، وكل هذا نصه المشرع العراقي في تشريعة، إذ يقول: "إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على إجازة العاقد المغبون".(٥)

أما إذا صدر التغرير من غير أحد العاقدين، نتيجة ذلك لا يتوقف العقد إلا إذا ثبت الطرف المغبون ان العاقد الآخر كان يعلم أو من السهل يعلم بهذا التغرير وقت إنعقاد العقد، وهذا ما نصه المشرع العراقي إذ يقول: "إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون إن العاقد الآخر كان يعلم أو من السهل عليه ان يعلم بهذا التغرير وقت إبرام العقد."(٦)

لذلك موقف المشرع العراقي في حالة التغرير المصاحبة بالغبن الفاحش يكون يوقف العقد، وهذا إذا كان التغرير مع الغبن الفاحش من المتعاقدين، أما إذا كان هذا التغرير مع الغبن الفاحش من غير المتعاقدين فسيكون لا يوقف العقد، إلا بَيَنَ للمتعاقد المغبون ان الطرف الآخر يعلم ومن السهل ان يعلم بالتغرير عند إبرامه للعقد.

---

(١) د.درع حماد ، النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام)، ج١، المصدر السابق، ص١٤٤.

(٢) د.عبدالمجيد الحكيم و د.عبدالباقي البكري ود.محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي(مصادر الإلتزام)،المصدر السابق، ص٩٠.

(٣) د.صبري حمد خاطر، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، ج١، المصدر السابق، ص٨٢.

(٤) د.يوسف محمد عبيدات، *مصادر الإلتزام في القانون المدني*، ط٢، (عمان ، الاردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ٢٠١١)، ص١٢٣.

(٥) المادة(١/١٢١)، من القانون المدني العراقي.

(٦) المادة(١٢٢)، من القانون المدني العراقي.

إن المشرع العراقي نص بانه إذا نقض التصرف العاقد المغرور، فسيكون له الحق برد ما أخذ منه اي العين المعقود عليها في اي يد من إنتقلت إليه، وإذا هلكت فيكون الشخص الذي هلكت في يده، فهو ضامنا ومسؤولا عن رد قيمتها، وهذا ما نص عليه المشرع وذلك بقوله: "إذا إنعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر أو إرتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو إنكشاف التغرير كما ان له ان يجيزه.فإذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من إنتقلت إليه العين وإن يستردها حيث وجدها وان تداولتها الأيدي. فان هلكت العين في يد من إنتقلت إليه ضمن قيمتها."[١]

وكذلك المشرع أعطى الحق للمغرور بان إذا كان الشخص الغار أي الشخص الذي هو عمل التغرير، غير المتعاقد معه، فالمغرور حق إختيار بان يضمن المتعاقد الآخر أو الغير المتعاقد.

نجد ان المشرع فرق بين حالتين وهما، إذا كان الإكراه من غير المتعاقد أو إذا كان التغرير من غير المتعاقد، مع إنهم أعطى لهم ذات الحكم في الهلاك العين، أما في الإكراه لا يحتاج المكره إلى إثبات إذا كان الإكراه أتى من غير المتعاقد، أما في التغرير فيحتاج المغرور إلى إثبات، بان المتعاقد الآخر كان يعلم أو يسهل عليه أن يعلم به وقت التعاقد. وكان أجدر للمشرع العراقي ان يعطي ذات الحكم على أثنين معا لانهم لهم ذات الحكم في الهلاك العين.

على نهج المشرع العراقي ان المشرع الأردني لا يعتبر التغرير وحده يؤثر على العقد إلا إذا كان مصحوبا بالغبن الفاحش. ولكن المشرع الأردني لا يجعله عيبا من عيوب الإرادة [٢]ويعتبر العقد الذي يقع فيه أحد المتعاقدين التغرير مع الغبن الفاحش يكون غير لازم يحق للمتعاقد المغرور المطالبة بالفسخ وهذا يعني أن مصير العقد بالنسبة للمشرع الأردني هو عقد الصحيح، وذلك بنصه: "إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد".[٣]

وإننا نرى بأن المشرع الاردني نظم التغرير مع تحت عنوان عيوب الرضا ولكن لم يعط الحكم الذي أعطاه للعيوب الآخرى.

المشرع الأردني لم ينظم حكما خاصا في حالة إذا كان العين المعقود عليها هلكت، بل ترك الموضوع لأحكام والقواعد العامة للفسخ، بما انه له حق الفسخ العاقد المغرور.

وحكم الهلاك العين في حالة الفسخ هو التعويض للطرف المغرور، أي يكون هلاك العين على الطرق الذي غرر بالمغرور وهذا ما نص عليه المشرع :"إذا إنفسخ العقد أو فسخ اعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد فإذا إستحال ذلك يحكم بالتعويض."[٤]

أما بخصوص موقف المشرع المصري نص على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".[٥] وكذلك نص المشرع المصري في حالة صدر التغرير من غير المتعاقدين إذ يقول: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن

(١) المادة(١/١٣٤)، من القانون المدني العراقي.
(٢) د.عدنان إبراهيم السرحان، المصدر السابق، ص١٥٧.
(٣) المادة(١٤٥)، من القانون المدني الأردني.
(٤) المادة(٢٤٨)، من القانون المدني الأردني.
(٥) المادة (١٢٥)، من القانون المدني المصري.

يطلب إبطال العقد، مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس".[١]

أما فيما يتعلق بالموقف المشرع الفرنسي فانه متشابه للموقف المشرع المصري بان سمى التغير بالتدليس، وجعله عيبا من عيوب الرضا، فقد نص على انه:" تعتبر عيوب الرضاء سبباً للبطلان النسبي للعقد".[٢] وفق هذا النص للمشرع يكون مصير العقد في حالة إقترانه بالتدليس أو التغرير يكون العقد القابل للبطلان أي البطلان النسبي. وأيضا نص المشرع الفرنسي في حالة إذا صدر التغرير من غير أحد المتعاقدين وينص على بانه: "ويتحقق التدليس بصورة مماثلة إذا صدر عن نائب للمتعاقد أو من قبل الفضولي أو التابع أو المتعهد عن المتعاقد. ويتحقق التدليس كذلك إذا صدر عن الغير المتواطي".[٣] وعلى خلاف المشرع العراقي والأردني، يعتبرون التدليس وحده كافيا على إبطال العقد ويعتبرونه من عقود قابل للإبطال النسبي.

ويكون موقف المشرع المصري بالنسبة لحكم الهلاك العين على أثر التدليس إذ ينص على: "في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل".[٤]

وهذا يعني إذا حصل االبطلان في العقد بسبب التدليس يجب أن يعودا المتعاقدان إلى ما قبل إبرام العقد، أما هذا الرجوع إلى ما قبل إبرام العقد مستحيلا مثلا بسبب هلاك العين المعقود عليها في هذه الحالة يتحمل تبعة الهلاك الذي هلك بيده أي ماله الجديد.

أما موقف المشرع الفرنسي فيما يتعلق بخصوص هلاك العين بسبب التدليس، فقد نص على انه:"إن العقد الذي لا يستوفي الشروط المطلوبة لصحته يكون باطلاً. يجب أن يقضي القاضي بالبطلان، مالم يثبته الأطراف بالإتفاق بينهم. ويعتبر العقد الباطل كأن لم يكن ويجب رد الداءات التي تم تنفيذها وفق الشروط المنصوص عليها في المواد ١٣٥٢ إلى ١٣٥٢-٩.وإضافة إلى البطلان العقد ، يجوز للطرف المضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية غير التعاقدية".[٥]

إذا نقض التصرف المدلس عليه، فيكون العقد باطلا ويرجع المتعاقدان إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد، وإذا إستحال هذا الرجوع، وذلك بسبب هلاك العين المعقود عليها سيكون على الطرف الذي هلك في يده أي هو الذي يتحمل تبعة هلاكه، وفي هذه الحالة سيكون التعويض المعادل أو العادل، وأضاف المشرع الفرنسي في حالة الرجوع إلى ما قبل إبرام العقد وتعويض عن الهلاك فيكون هناك تعويض آخر على اساس المسؤولية غير العقدية.

خلاصة القول، وإستخدم مصطلحين التدليس والتغرير، من قبل القوانين حسب تأثير كل منهم بالمدرستين الفقهية، القوانين التي متأثرا بالفقه الغربي يستعملون مصطلح التدليس والقوانين آخرى يستخدمون التغرير لتأثرهم بالفقه الإسلامي.

---

(١)المادة (١٢٦)، من القانون المدني المصري.
(٢)المادة(١١٣١)، من القاون المدني الفرنسي.
(٣)المادة(١١٣٩)، من القانون المدني الفرنسي.
(٤)المادة (١/١٤٢)، من القانون المدني المصري.
(٥)المادة(١١٧٨)، من القانون المدني الفرنسي.

وطبعا وهذا الإختلاف في التسمية نتج عنه الإختلاف في أحكامهم، مثلا المشرع العراقي والأردني، لا يعتبرون التغرير وحده سببا لتأثيره على العقد، بل يجب ان يكون مصاحبا بالغبن الفاحش، وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين، أما الطرف الآخر يعتبرون التدليس وحده كافيا لتأثيره على العقد، كمشرع المصري والفرنسي .

وهناك ثلاث أحكام موجود ليحكم هذا التصرف مصاحبا بالتغرير، أولا، يوقف العقد، وهذا ما تبناه المشرع العراقي، ثانيا، يفسخ العقد وهذا الموقف يعتبر شاذا، وهذا ما نهجه المشرع الأردني، والثالث وأخيرا، العقد قابل للإبطال، وهذا ما سلكه المشرع المصري والفرنسي.

وأخيرا، ان حكم هلاك العين في القانون المدني العراقي، هو ضامنا وسواء هلك بيده أولا الغار سوا كان المتعاقد بنفسه أو غيره بالمبلغ الغبن أي قيمتها.

أما لحكم هلاك العين في حالة نقض التصرف، فيكون (التعويض المعادل) في القانون المصري والفرنسي، أما في القانون الأردني فحكمه التعويض في حالة هلاك العين عند الفسخ.

II.ب.٢. الفرع الثاني
أحكام هلاك العين في العقد الموقوف لنقص في الأهلية

قبل بدء بالحديث عن حكم هلاك العين في ناقص الأهلية، نبين تصرفات ناقص الأهلية، وهي على ثلاثة أنواع كالآتي:

أولاً: التصرفات النافعة نفعاً محضاً: وهي التي يثرى من يباشرها دون أن يأخذ مقابلاً. وتشمل أعمال الإغتناء، كقبول الهبة فانه يصلح لمباشرة هذه التصرفات وهي نافذة.(١)

ثانياً: التصرفات ضارة ضرراً محضاً: وهي عقود التبرع بالنسبة للمتبرع والهبة بالنسبة للواهب، فلا يحق للصغير ناقص الأهلية إجراؤها ولو أذن وليه ومن ثم فلا يستطيع هبة أمواله، يعني أن حكم هذه التصرفات باطل بالنسبة للولي سواء أجازه الولي أم لم يجزها.(٢)

ثالثاً: التصرفات دائرة بين النفع والضر: وهي التصرفات المتعلقة بعقود المعاوضة كالبيع والشراء وهذه التصرفات موقوفة على إجازة الولي أو الوصي وإن أجازها نفذت وإن نقضها بطلت.(٣)

فإذا نقضت هذه التصرفات وكان ناقص الأهلية قد إستلم عيناً، بالنسبة لمصير العقد يكون باطلا بعد نقض، وبالنسبة لهلاك العين، وإذا هلكت في يد ناقص الأهلية من يتحمل تبعة الهلاك (٤) فان الموقف المشرع العراقي بالنسبة للناقص الأهلية، إذا نقض المحجور عليه (الناقص الأهلية)، فيكون ينقض كل التصرفات على العين وإستردادها في أي أيد كان، وإذا هلكت العين المعقود عليها في اي يد سيكون هذا الشخص هو الذي يتحمل تبعة الهلاك هلاك العين المعقود عليها ثم يعود قيمة أو الثمن هذه العين إلى الناقص الأهلية.

---

(١) د.عبدالمجيد الحكيم ود.عبدالباقي البكري ود.محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي(مصادر الإلتزام)،المصدر السابق، ص٦٤.

(٢) د.عصمت عبدالمجيد بكر، *النظرية العامة للإلتزامات*،ج١،ط١، (أربيل: منشورات جامعة جيهان ، ٢٠١١)، ص١٩٥.

(٣) د.درع حماد ، النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام)، ج١، المصدر السابق، ص١٢١.

(٤) المادة(١/١٣٤)، من القانون المدني العراقي.

بما إن إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الإبرام العقد، فيجب على الناقص الأهلية بإعادة العين أو الثمن إلى المتعاقد الأول. ولكن المشرع حدد مصير هلاك الشيء وكيفية إستردادها من قبل المتعاقد مع ناقص الأهلية، وذلك بنص: "ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد في ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد."[١]

وهذا يعني هناك إستثناء للناقص الأهلية أي حكم إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد لا يتم بشكل التام، يرد عليها إستثناءا يتعلق ببطلان عقد ناقص الأهلية، فإذا كان ناقص الأهلية قد تسلم شيئا تنفيذا للعقد الذي أبطل بعد ذلك فانه لا يلتزم برد ما إستفاده بموجب العقد الباطل،[٢]وذلك حماية للقاصر، لانه لو ألزم بإعادة ما تسلمه بعدما أنفقه في ملذاته أو لهوه لما إستطاع التمسك ببطلان العقد لمصلحته[٣]،مثل كلهب القمار ، إرتياد سباق الخيل، فإلزامه برد الثمن يعني تعجيزه عن طلب الإبطال، بذلك تصبح الحماية التي أنشأئها المشرع له، حماية صورية.[٤]

وعلى النهج المشرع العراقي، حدد المشرع الأردني مصير تصرفات الناقص حيث نص على انه:"١-تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً.٢-أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف إبتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد".[٥]

ويكون موقف المشرع الإردني من مصير العقد، وهذا ما نص عليه بانه:" يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر... من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفا داراً بين النفع والضرر...".[٦]، هذا يعني يستطيع ناقص الأهلية قبول التصرفات القانونية التي تنفعه نفعاً محضاً، كقبول جميع التبرعات التي تتم لمصلحته، وجميع هذه التصرفات صحيحة دون حاجة إلى إذن من احد ، ولكن لا يستطيع الصغير المميز إجراء التصرفات التي تضره ضراراً محضاً، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فله القيام بها ولكنها تبقى موقوفة على إجازة وليه أو إجازة القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد.[٧]

لذلك، إذا لم ينفذ العقد الباطل وحكم ببطلانه، حيث لا يلزم طرفاه بتنفيذه فان تم التنفيذ العقد الباطل قبل تقرير بطلانه، فإن البطلان يؤدي إلى أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ويترتب على ذلك أن لكل من المتعاقدين الحق في إسترداد ما سلمه تنفيذا للعقد، فان إستحال رد ما تم الوفاء به بناء على عقد الباطل، إلزم الطرف المقابل للناقص الأهلية برد مثله ان كان من المثليات أو قيمته إن كان من القيميات.[٨]وذلك على اساس ما نص

(١) المادة(٣/١٣٨)، من القانون المدني العراقي.
(٢) د.درع حماد، النظرية العامة للإلتزامات(مصادر الإلتزام)، ج١، المصدر السابق، ص١٩٠.
(٣) د.صبري حمد خاطر، النظرية العامة للإلتزام(مصادر الإلتزام)، ج١،مصدر السابق، ص١٤٠.
(٤) موفق البياتي،ج١، المصدر السابق، ص١٤٣.
(٥) المادة(١،٢/١١٨)، من القانون المدني الأردني.
(٦) المادة(١٧١)، من القانون المدني الأردني.
(٧) د.يوسف محمد عبيدات، المصدر السابق، ص١٠٢.
(٨) د.عدنان إبراهيم سرحان، المصدر السابق، ص٢٠٧.

نص المشرع بانه: "يصح إسترداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لدين لم يتحقق سببه لأول دين زال سببه بعد أن تحقق".[١]

يعني أن المشرع الأردني يتحمل الناقص الأهلية تبعة الهلاك العين المعقود عليها ويلتزم بالرد ما إستلمه ردا كاملاً دون إستثناء كما فعله كل من المشرع العراقي، اي ما قام المشرع باستثناء لناقص الأهلية وهو الرد بما هو إستفادة منها.

فيما يتعلق المشرع المصري يكون موقفه مشابها للموقف المشرع العراقي، وذلك بنص :"١-إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضا.٢-أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفق القانون".[٢]حيث يعتبر التصرفات الناقص الأهلية، قابل للإبطال لمصلحة القاصر، وهذا في حالة إذا لم يجيز التصرف أي بطل التصرف. في هذه الحالة يتحكم بمصير العين المعقود عليها، أحكام العقد الباطل، وذلك بنص على انه:"١-في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان مستحيلاً جاز الحكم بتعويض المعادل ".[٣] وهذا يعني إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد، وإذا كان هذا غير ممكنا بسبب هلاك العين، يكون تبعة الهلاك على من جزاءه تعويض المعادل اي مساوي لها.

ولكن المشرع المصري كنظيره العراقي إستثنى الناقص الأهلية من القاعدة العامة وذلك حماية له، وذلك بنص: "ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".[٤] ويكون هذا الإستثناء إذا بطل الناقص الأهلية التصرف هو غير ملزم برد ما قبضته سواء كان العين أو البدل إلا ما هو إستفاد منه، وهذا يعني أن ناقص الأهلية هو الذي يتحمل تبعة الهلاك ولكن بقدر ما هو إستفاد من هذا المال أو العين.

وأخيرا موقف المشرع الفرنسي حيث حدد مصير التصرفات الناقص الأهلية، سببا للبطلان النسبي وهذا ما نص عليه: "عدم الأهلية للتعاقد سبباً للبطلان النسبي".[٥]، وهذا يعني يعني إعاد الحال إلى مان عليه يتم رد الشيء عينا أو إذا كان مستحيلا بسبب هلاك العين برد قيمته اي ثمنه يوم الرد، ويكون ناقص الأهلية هو الذي يتحمل تبعة الهلاك.

وكذلك المشرع الفرنسي أعطى حماية للناقص الأهلية وذلك ما نص عليه بانه: "الرد الواجب على قاصر غير مأذون أو بالغ تحت الحماية يتم تخفيضه في حدود ما عاد عليه من فائدة من التصرف الذي تم إبطاله".[٦] وهذا يعني أن الناقص الاهلية يتحمل تبعة الهلاك

(١) المادة(٢٩٧)، من القانون المدني الأردني.
(٢) المادة(١١١)، من القانون المدني المصري.
(٣) المادة(١/١٤٢)، من القانون المدني المصري.
(٤) المادة(٢/١٤٢)، من القانون المدني المصري.
(٥) المادة(١١٤٧)، من القانون المدني الفرنسي.
(٦) المادة(٤/١٣٥٢)، من القانون المدني الفرنسي.

ويتحمل قيمتها أو ثمنها ولكن بقدر ما عاد إلي الناقص الأهلية بالفائدة أي بعدم رد كل ما قبضه بأستثناء مارجع إليه من الفائدة.

خلاصة القول، إن المشرع العراقي أخذ في الفقه الإسلامي أحكام الناقص الأهلية ولم يعرف الناقص الأهلية، ولكن حدد الأشخاص المشمولون بالناقص الأهلية، وكذلك حدد تصرفاتهم، وإضافة إلى ذلك حدد مصير هلاك العين جراء تصرفاتهم و قام بحمايتهم إستثناءا على أحكام البطلان، وذلك بعدم رد كل ما قبضته من العين المعقود عليها في حالة هلاكها، بل يرد بالقدر إستفادة منها وذلك حماية لهم.

أما كل من المشرع المصري والفرنسي قاما بتعريف الناقص الأهلية وأعطوا تصرفهم بانه قابل للإبطال، ويطبقا عليه أحكام بطلان العقد أي بإعادة الحال إلى ما كان عليه بإستثناء الناقص الأهلية لا يرجع إلا ما رجع عليه بإستفادة منه.

الخاتمة

أولا: الإستنتاجات:

١. توصلنا بان المشرع العراقي في تنظيمه لحكم هلاك العين المعقود عليها بيد الشخص الذي تعاقد معه الفضولي فيكون المسؤولية المشتركة فيما بينهما ويطبق عليهما أحكام الغصب، وله الرجوع عليهما معاً أو منفرداً أي تضمينهما، وهذا يعني أن المشرع لم يفرق بين إذا كان هذا العاقد مع الفضولي كان عالماً بانه فضولي أو لم يعلم، وكان أجدر له أن يفرق بين الحالتين.

٢. نجد بان المشرع تعامل مع الهلاك العين المعقود عليها في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة بانه هذا العقد يعتبر موقوفاً وكذلك لم يحدد تقع تحت طائلة اي حالة من حالات العقد الموقوف وعلى الرغم إنه نظم حالة تجاوز الوكيل حدود وكالته ضمن عقد المسمى وهو عقد الوكالة ولكن لم يعطي حكماً خاصاً به، وهذا يدل إن المشرع العراقي لم يهتم أو يدرس هذه الحالة بشكل دقيق.

٣. نجد بان المشرع العراقي لم يتحدث عن هلاك العين المعقود عليها في حالة الإستغلال أحد العاقدين وخاصة إذا كان العقد تبرعاً لأنه يعتبره الإستغلال يوقف العقد.

ثانياً: التوصيات:

١. نوصي المشرع العراقي في تنظيمه لحكم هلاك العين المعقود عليها بيد الشخص الذي تعاقد معه الفضولي فيكون المسؤولية المشتركة فيما بينهما ويطبق عليهما أحكام الغصب، وله الرجوع عليهما معاً أو منفرداً أي تضمينهما، ولكن هذا في حالة إذا كان الشخص الذي أبرم العقد مع الفضولي يعلم بانه الذي عقد معه إنه الفضولي ويكون النص المقترح لتعديل في المادة(٣/١٣٥) على هذه الصيغة(إذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون أن يعلم أن الشخص الذي تعاقد معه إنه الفضولي، فلا ضمان عليه)

٢. نوصي المشرع العراقي بان ينظم حكم للهلاك العين المعقود عليها في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة في عقد الوكالة دون أن يرجع إلى الاحكام العامة في العقد الموقوف، ويكون النص المقترح المضافة إلى المادة(٩٤٤) على هذا النحو(إذا سلم الوكيل العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون أن يعلم أن الشخص الذي تعاقد معه إنه تجاوز حدود الوكالة، فلا ضمان عليه، وإذا كان يعلم إن الوكيل تجاوز حدود الوكالة فلا ضمان عليه بغير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد الوكالة).

٣. نوصي المشرع العراقي بان يتحدث عن هلاك العين المعقود عليها في حالة الإستغلال أحد العاقدين بإعتباره الإستغلال في حالة التبرع يوقف العقد، ويضيف هذا النص إلى المادة(١/١٣٤) على هذا النحو(إذا إنعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير أو إستغلال جاز للعاقد أن ينقض العقد يعد زوال الحجر أو إرتفاع الأكراه أو تبين الغلط أو إنكشاف التغرير أو الإستغلال كما أن له ان يجيزه. فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من أنتقلت إليه العين وأن يستردها حيث وجدها وأن تداولتها الأيدي .فان هلكت العين في يد من أنتقلت إليه ضمن قيمتها).

قائمة المصادر

أولا: الكتب:

١. د.مصطفى إبراهيم الزلمي، *الإلتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية*،ج١، بغداد: السعدون للطباعة والنشر، د.س.

٢. د.صبري حمد خاطر، *النظرية العامة للإلتزام(مصادر الإلتزام)*، ج١،ط٢، أربيل، كوردستان العراق: هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٢٤.

٣. سليم رستم باز اللبناني ، *شرح المجلة* ، ج١، ط٣، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.س.

٤. د.أحمد عبيد جاسم، *التأصيل الفقهي للقانون المدني*، ط١، بيروت ، لبنان: منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٣.

٥. موفق البياتي ، *شرح المتون(مصادر الإلتزام)*، ج١، ط١، بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٢.

٦. د.درع حماد، *النظرية العامة للإلتزامات(مصادر الإلتزام)*، ج١، بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٦.

٧. د.عدنان إبراهيم السرحان وأخرون، *شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية)، الإلتزامات*، ط٧، عمان ، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٩.

٨. د. السنهوري ، *مصادر الحق(نظرية السبب ونظرية البطلان)*، ج٣، ط٣، القاهرة: دار مصر للنشر والتوزيع، ٢٠٢٠.

٩. د.ياسين محمد الجبوري، *الوجيز في شرح القانون المدني الأردني*، ج١،ط١، عمان الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨.

١٠. د.سمير عبد السيد تناغو، *مصادر الإلتزام*، ط١، إسكندرية، مصر: مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠٠٩.

١١. د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري ود.محمد طه البشير، *الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي(مصادر الإلتزام)*، ج١، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ١٩٨٠.

١٢. د.علي نجيدة، *النظرية العامة للإلتزام(مصادر الإلتزام)*، ج١، ط١، القاهرة: المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٠.

١٣. د.عدنان إبراهيم السرحان، *شرح القانون المدني (الإلتزامات)*، ط٧، عمان ، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٩.

١٤. د.محمد حسن قاسم، *القانون المدني الإلتزامات، المصادر* (العقد) ك١،ج١، الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧.
١٥. د.محمد إبراهيم بنداري، *الوجيز في مصادر الإلتزام في قانون معاملات المدنية العماني*، سلطنة عمان: مكتبة الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ٢٠٢٣.
١٦. د.حسن علي الذنون، *النظرية العامة للإلتزامات*، القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ١٩٧٦.
١٧. د.يوسف محمد عبيدات، *مصادر الإلتزام في القانون المدني*، ط٢، عمان ، الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ٢٠١١.
١٨. د.عصمت عبدالمجيد بكر، *النظرية العامة للإلتزامات*،ج١،ط١، أربيل: منشورات جامعة جيهان، ٢٠١١.
١٩.

ثانياً: الرسائل:

١. بوشرط وفاء ومعيزي سارة، "بيع ملك الغير"، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ٨مايو ١٩٤٥، الجزائر، ٢٠٢٢.
٢. عبدالعزيز حسن فرج، "نظرية العقد الموقوف، في الفقه الإسلامي"، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، ١٩٧٢.
٣. مباركي نجمة وبودريقة جميلة، "بيع ملك الغير في القانون المدني"، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالرحمن ميرة، الجزائر، ٢٠١٣.

ثالثاً: البحوث العلمية:

٤. رانية حامد هادي، "العقد الموقوف وعلاقته بالعقد القابل للإبطال"، بحث *لنيل شهادة البكالوريوس، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة ديالى ، العراق*، (٢٠١٨).
٥. محمد جبر الألفي ، "الفضالة دراسة المقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين بلدان الشرق الأوسط"، *مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت*، عدد٣، (١٩٨٠).

رابعاً: القوانين:

١. القانون المدني العراقي، الرقم(٤٠)، السنة(١٩٥١).
٢. القانون المدني المصري، الرقم(١٣١)، السنة (١٩٤٨).
٣. القانون المدني الاردني، الرقم(٤٣)، السنة (١٩٧٦).
٤. القانون المدني الفرنسي.