

الفـن
فـي
القانون المدني الكويتي
«دراسة مقارنة»

الدكتور بحر جاسم محمد اليعقوب

استاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

الطبعة الأولى

١٩٨٧

الغيبين
في
القانون المدني الكويتي
«دراسة مقارنة»

الدكتور بدر جاسم محمد اليعقوب

استاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

الطبعة الأولى

١٩٨٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تنبيه

المواد المشار اليها في هذا الكتاب هي مواد القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ الصادر بتاريخ ٥ يناير ١٩٨١ ما لم يذكر غير ذلك.

الإهداء

إلى إبني مبارك . . . حفظه الله ورعاه . .
أهدي هذا المؤلف . . عسى أن يكون دافعا له
لتكملة الطريق الذي بدأت

بدر

مقدمة

وضع مشكلة البحث وأهميته

١ - وضع المشكلة : الاصل في المعاملات المالية هو التعادل بين التزامات كل من الطرفين، فالمشتري، مثلاً، يعطي البائع مقابلاً يساوي قيمة السلعة المباعة في عقد البيع، وكذلك البائع يعطي المشتري سلعة تعادل الثمن الذي دفع فيها، وهكذا تسير الحياة كأصل عام، إلا أن هذا الاصل ليس هو المتبع دائماً في المعاملات المالية وخاصة في عقود المعاوضة، حيث أن مثل هذه العقود تخضع عادة لقانون العرض والطلب، ومن ثم قد يكون ثمن السلعة المتفق عليه في العقد اكبر من قيمتها الحقيقية أو أقل حسب الظروف والاحوال، وهنا يظهر عدم التعادل بين الالتزامات المتبادلة في العقد الذي هو جوهر الغبن^(١).

ولقد كانت فكرة الغبن ولا تزال ميداناً رحباً للمناقشة واختلاف وجهات النظر، لأنها من المشاكل الدقيقة المعقدة، ومن أكثر موضوعات القانون المدني قاطبة وعورة وصعوبة، كما إنها كانت ولا تزال عرضة للتطور والظهور في حالات مختلفة وعلى هيئة نظريات حديثة تتخذ اسماً متنوعة واشكالاً متباينة،

(١) انظر: El-Bassouni (O.F): La lésion en droit compare. 1973.p.I ets; Tetifeha (T) le problème de la lésion dans les contracts en Tunisie. 1980.op.I ets.

لأنها تقوم على اعتبارات اجتماعية واقتصادية متغيرة، وإنها من أهم الأمور التي تثيرها روابط القانون والاخلاق والدين في نطاق العقد، ولهذا شغلت اذهان رجال القانون منذ القدم، وخاض ولا يزال يخوض فيها هؤلاء، ولم يقتصر بحثها والعمل على علاجها عليهم وحدهم، بل شاركهم بالتفكير فيها علماء الفلسفة ورجال الاجتماع والاقتصاد^(١).

أن فكرة الغبن وإن كانت من المسائل الشائعة المعروفة، ومن أكثرها تعرضاً للدراسة والبحث، إلا أنها من أكثر المشاكل تعقيداً من حيث الحلول الموضوعية لها، والسبب في ذلك هو تعدد أوجهها واختلاف مظاهرها وتنوع العناصر التي تدخل في تكوينها، فتختلط فيها المعايير والضوابط القانونية بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية^(٢).

ولقد كتب الأستاذ Ripert في هذا الصدد يقول: «مما لا شك فيه أن مسألة الغبن من المسائل الخطيرة التي تثيرها روابط القانون والاخلاق في العقد، وإنها أيضاً من أكثر المسائل المعروفة، بل ومن المحتمل أن تكون من أكثرها استعصاء على الحل»^(٣). ونظراً لصعوبة هذه المسألة فإن الفقهاء الذين

(١) انظر: زهير الزبيدي، الغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (دراسة مقارنة)، مطبعة دار السلام، بغداد ١٩٧٣، ص ١٣.

(٢) انظر: توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٦، ص ٧، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزامات بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الاول، العقد، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٤٧٧. زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٣ - ١٤.

(٣) انظر: Ripert (G): La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1949, p.105. no: 6 1. Il dit: "Le problème le plus grave que soulèvent les rapports du droit de la morale dans le contrat est assurément celui de la lésion. C'est aussi le plus connu et peut-être le plus insoluble.

وانظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٧. وانظر كذلك:

Planiol, Ripert et Esmein: Traité partique, VI, No: Z10 et s; Ripert et Boulanger: Traité de droit civil de planiol; T.II. 1948. no: 260 et s;

عالجوا هذا الموضوع لم يستطيعوا الوصول إلى حل مقنع بل على العكس «كان أقصى ما وصلوا إليه هو انقسموا بين مؤيدين متحمسين وبين معارضين متعصين لرأيهم»^(١).

والمشكلة الأساسية التي يثيرها الغبن ليس هو عدم التناسب بين البدلين فحسب وإنما هي أن الغبن يكون وليد عقد توافرت فيه أركانه الأساسية بما فيها الإرادة الحرة السليمة للمتعاقدين دون أن يشوبها أي عيب من عيوب الرضا المعروفة، التي تدمغ العقد بالقابلية للإبطال، كالغلط والإكراه والتدليس، ومن ثم، فلا مكان، كقاعدة عامة، للحماية الخاصة للمغبون، فمادامت إرادته حرة عند إبرام العقد، فيجب، إذن، أن يتحمل نتيجة عمله^(٢).

وإذا سلمنا بالغبن واقبنا له وزنا باعتبار أن الاختلال بين الاداءات المتبادلة يمس العدالة ويؤدي إلى اضرار اجتماعية، إلا أنه من غير الممكن تقرير قاعدة قانونية عامة على نحو يقضي بأن كل اختلال بين الاموال والمنافع المتبادلة في العقد يصلح سببا للطعن فيه، لان تقرير مثل هذه القاعدة يؤدي لا محالة إلى عدم استقرار المعاملات وكثرة المنازعات المتعلقة بها، حيث أن الغبن بمعناه الواسع^(٣)، يمكن أن يثور في عدد كبير من التصرفات القانونية، وإنما تمتد على وجه التقريب إلى كل ميادين القانون بل وحتى خارج نطاقه، فلا تقف حدودها عند حدوده، وإنما المقصود بالاختلال هنا معنى خاصا لا يدخل في الاعتبار إلا إذا كان غير مألوف وغير عادي، وعلى هذا يلزم وضع الضوابط والشروط وتعيين الأساس الذي يتسبب في هذا الاختلال، ويجوز، من ثم، وفقاً له

(١) انظر: De page (H): Le problème de la lésion dans les contrats, Bruxelles, 1946, p.15.

وانظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٧.

(٢) انظر: Weill (Alex) et Terré (Français): Droit Civil les obligations, 3ème édit Précis

Dalloz. 1980. no: 198. p.e229-230.

(٣) انظر: Baudouin (Jean-Louis): Traité élémentaire de droit civil, les obligations, Montreal,

1970, p.91 no: 152.

الطعن بالعقد بسبب الغبن، وهنا تصعب المهمة وتتفاوت المقاييس، وتختلف وجهات نظر الفقهاء حوله.

ولم يقتصر أمر هذا الخلاف حول الحل الواجب اعطاؤه لمشكلة الغبن على الفقه وحده، وانما تسلل إلى التشريعات في البلاد المختلفة حيث تبنت حلولاً متفاوتة ومتعارضة حول تأثير الغبن على العقود، ويختلف هذا التأثير باختلاف الاعتبارات الاقتصادية والاخلاقية والاجتماعية التي بنى عليها كل تشريع^(١)، فمن التشريعات ما يعتنق المذهب الفردي ومبدأ سلطان الارادة فلا يعبر الغبن إلا قليل اهتمام ولا يضع له جزاء إلا في حالات معينة يأخذ فيها بالنظرية المادية^(٢)، ومن التشريعات ما يدين بمبدأ التضامن الاجتماعي ومبدأ الثقة المشروعة في المعاملات فيؤسس الغبن على النظرية الشخصية، ويجعل منه سبباً من اسباب ابطال العقود^(٣)، وفيما يأتي عرض مبسط لاساس الغبن وفقاً لهاتين النظريتين^(٤).

(١) انظر: Farjat (G): L'ordre public économique L.G.D. no:72. p.164.

(٢) انظر: بشرى الجندي، مصير نظرية عيوب الازادة في القانون المدني الاشتراكي، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد الاول، السنة الثانية عشرة، يناير - مارس، ١٩٦٨، ص ٤٢٩ فقرة ٥.

(٣) انظر: انور سلطان، شرح البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، ١٩٥٢، ص ٧٦-٧٧، فقرة ٥٨، السبنوري، المرجع السابق، ص ٤٧٧، وانظر:

El-Bassouni (O.F): La lésion en droit Comparé thèse, p.I. et s; Tefifeha (T): le problème de la lésion dans les contrats en Tunisie, thèse. 1980. p.I. et s.

(٤) انظر في مزيد من التفاصيل حول هاتين النظريتين:

El-Bassouni: Ibid.p.3 ets; Tefifeha: Ibid. p.28 ets; Rieg (ALFRED): le règle de la volonté dans l'acte Juridique en droit civil Français et Allemand. Paris. 1961; Ghestin (J):

Traité de droit civil, les obligation, le contrat 1980.p.463 et s. no:567 et suiv.

Rawandozi (Z): La théorie de la lésion dans les cōntrats en droit civil comparé, thèse.

فبالنسبة للنظرية الموضوعية أو المادية للغبن^(١) La théorie objective de la lésion تؤسس هذه النظرية الغبن على واقعة عدم التعادل أو التوازن بين الاداءات المتقابلة في العقد^(٢)، والغبن هنا عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضا المعروفة وهي الغلط والإكراه والتدليس، وهو عيب في العقد لا في الرضا^(٣)، وآيته ألا يكون هناك تعادل بين قيمة ما اعطى المتعاقد المغبون، مثلاً، وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال في التعادل إلى نسبة معينة، فهذه النظرية تنظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا شخصية، فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته، وتحدد هذه القيمة تبعاً لقانون العرض والطلب، ويرتب على ذلك انه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة فإن الغبن يكون متحققاً حتى لو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء، فقد يكون المتعاقد على دراية من قيمة الشيء المادية، ومع ذلك يشتريه بثمن أكبر غير منخدع ولا مضطر، لأن قيمته الشخصية تعادل الثمن الذي دفعه، في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد مغبوناً مادام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية مع انه كان

1967. Paris.p.22 et s. De Mesmay (H): La nature Juridique de la lésion en droit civil = Français, thèse Paris, 1980.p.19 et s. Marty et Raynaud: Droit civil. T.II. I er vol. les obligation 1962. p. 142 et s. n°: 155; Ripert la règle morale: op. cit. p.116 et s.

(١) ومن مؤيدي هذه النظرية، انظر: la Demogüe: Traité des obligations-T.I.P.620; Tochar: la lésion dans le cadre de la justice d'équité. 1960. p.80 et s.

Tefifeha: op. cit. p.39; Rawandozi: op; cit; p.27 ets. وانظر كذلك:

(٢) انظر في ذلك: Marty et Raynaud: op. cit. p.142. no.155 De Mesmay: op.cit. p.19 ets;

Weill et terré op. cit. p.240 no: 205; Mazeaud: (H.L. et Jean): Lecons de droit civil. T.2. 1re vol. 6ème édit. par Chabas (F): 1978. p.191. no: 211.

(٣) انظر: منصور مصطفى منصور، المصادر الارادية للالتزام، التزامات (١)، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٩٨٣ - ١٩٨٤، مذكرات على الاستنسل، ص١١١، عبد الرزاق السنهوري،

المرجع السابق، ص٤٧٨، وانظر: Tefifeha: op. cit. p.37.

وذهب بعض الفقه في فرنسا إلى ربط الغبن بالسبب حيث أن بطلان العقد للغبن يكون بغياب السبب حيث أن الغبن ما هو في حقيقته سوى تخلف جزئي للسبب. انظر في ذلك: Ghestin: op. cit. no. 568 p.464 n°: 632 p. 525-526; Starck (B): les obligation no: 1602.

عالمًا بهذه القيمة ولم يندفع في امرها ولم يضطر إلى التعاقد، أي انه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه، فالغبن، إذن، كما اشرنا، في النظرية المادية هو عيب مستقل قائم بذاته، وهو عيب يرد على العقد لا في الرضا^(١).

ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها وفقاً لهذه النظرية نظراً لمادية أو موضوعية، فهي درجة محددة، بل رقم مرصود كالخمس أو الربع أو النصف.. الخ. والغبن بهذا المستوى هو الذي يعتد به ويستوجب الجزاء ابطالاً أو تكملة، وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية بالنسبة لظروف التعاقد الخاصة، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد أو النسبة المعينة من الناحية المادية، فلا يعتد به في مثل هذه الحالة ولا يؤثر في صحة العقد^(٢).

وعلى ذلك فان مؤدى هذه النظرية أن يكون ابطال العقد للغبن واسعاً رحباً^(٣)، وللقاضي سلطة واسعة في الرقابة على العقود، حيث أن العقد غير العادل، كما يقول انصار النظرية الموضوعية، يصطدم بفكرة النظام العام^(٤)، فطالما اتضح وجود الغبن في العقد، فان القاضي لا يملك التدخل في تعديله وإنما كل ما يملكه هو ابطال العقد، إذا لم يكمل الثمن بما يرفع الغبن عن هذا العقد^(٥).

وما يحمد لهذه النظرية أن فيها ضمانات واضحة لاستقرار المعاملات، إذ

(١) انظر: السهوري، المرجع السابق، ص ٤٧٩. ويقول Demogue في هذه المناسبة «ان الغبن يكون متوافراً عند ابرام العقد طالما ان احد المتعاقدين لا يأخذ بدلاً يقابل البذل الذي بذله، أي ان الغبن يعتبر عيباً في العقد ذو طبيعة موضوعية». Demogue: op. cit. p.620. ويضيف Tocharد قائلاً: ان الغبن مستقل عن الظروف التي املته، فهو عيب مستقل في عقود المعاوضة حيث انه ليس من العدل ان يباع شيء بأقل من الثمن العادل، فالعقد يجب ان يكون متوازناً، وعدم توافر التوازن وحده هو المحرك للبطلان بسبب الغبن. Tocharد: op. cit. p.80. ets.

(٢) انظر: السهوري، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

Mazeaud: op. cit. p.191 no: 211.

(٣) انظر:

Mazeaud: op. cit. no: 211; weill et Traité op. cit. p. 242.

(٤) انظر:

Rawandózi: op. cit. p.33.

(٥) انظر:

يمكن بسهولة وسر أن نتعرف على ما إذا كان يوجد غبن في العقد أم لا، ولا يتطلب ذلك سوى مسألة حسابية تقدر بموجبها قيمة الشيء المادية، وتنسب هذه القيمة إلى الثمن الذي بذل في العقد، فان وصل الغبن إلى القدر المحدد أو النسبة المقررة اعتد به وإلا فلا، ولكن مع ذلك يؤخذ عليها جودها وعدم مرونتها، حيث أن التزامها، في الغالب، بمعايير حسابية محددة، يجعلها لا تعطي حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسي، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف، «وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حسابياً على جميع المسائل دون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى تكون قاعدة ظالمة رغماً من مظهر خداع فيها للعدالة»^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن من التشريعات التي اعتنقت النظرية المادية في الغبن كالقانون المدني الفرنسي، والقانون المدني المصري القديم، لم تأخذ بهذه النظرية على إطلاقها وتقر بتأثير الغبن بهذا المفهوم الواسع على كل العقود، وإنما حصرت تأثير الغبن على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر، مما جعل هناك عقوداً كثيرة بمنأى عن الحماية التشريعية، وإزاء هذا النقص التشريعي، جاهد القضاء والفقه جهاداً مستمراً لسد هذا النقص، أحياناً بالتوسع في تفسير النصوص المتعلقة بتأثير الغبن على العقود، وتارة أخرى بالقياس، ولكن رغم هذه الجهود إلا أنها لم تستطع سد هذا النقص مما حدا ببعض الفقه مناشدة المشرع صراحة بالتدخل لسد هذا القصور التشريعي^(٢).

وفيما يتعلق بالنظرية الشخصية أو النفسية للغبن^(٣) La theorie

(١) انظر: السهوري، المرجع السابق، ص ٤٨٠.

(٢) انظر: توفيق فرج، الرسالة السابقة، ص ٧٦ - ٧٨، وانظر كذلك: محمد عبد الجواد محمد، الغبن اللاحق والظروف الطارئة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، يونيو ١٩٦٣، العدد الثاني، السنة الثالثة والثلاثون، ١٩٦٣، ص ١٥٦.

(٣) ومن مؤيدي النظرية الشخصية في فرنسا، انظر على سبيل المثال:

Josserand: Cours de droit civil positif français T.II, 1939. p. 555; Lucas (L): Lésion et contrat, 1962; p.24 ets; Pothier: Traité des obligation, édition Bugnet, no:33 p.21-22.

subjective de la lésion فان هذه النظرية لا تنظر عند تقدير الشيء إلى قيمته المادية، كما تذهب النظرية الموضوعية، بل إلى قيمته الشخصية باعتبار ظروف التعاقد، فالغبن لا يقع إلا إذا أعطى الشخص ثمناً أكبر من القيمة الشخصية للشيء، وهو لا يقدم على ذلك إلا إذا كان وإهما في قيمته أو مخدوعاً فيها أو مضطراً إلى التعاقد، ولا يكون هذا إلا بسبب طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة^(١).

ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع التعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه، فلا يكون الغبن، إذن، بموجب هذه النظرية، عيباً مستقلاً بذاته وواقعاً في العقد، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء^(٢) ولذا فإن القابلية للإبطال تلحق العقد بسبب الغبن^(٣).

وتتخذ النظرية الشخصية في تحديد درجة اختلال التعادل أو التوازن بين الاداءات المتقابلة في العقد، وبخلاف النظرية المادية، معياراً مرناً، فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل إليه الغبن بل تترك لظروف كل حالة على حده، إنما تشترط فقط أن يكون عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة في العقد فادحاً أو ظاهراً. وتجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضي عند تقدير الغبن وفقاً لهذه النظرية تكون أكثر اطلاقاً منها في النظرية المادية^(٤).

وإذا ما تجمعت عناصر الغبن، وفقاً للنظرية الشخصية، بان استغل

(١) انظر: السهوري، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

(٢) انظر: Lucas (L): op. cit. p.24 ets; Josserand: op. cit. p.555; Rawandozi: op. cit. p.22; Marty et Raynaud: op. cit. p.142. no: 155.

وقد يتساءل البعض إذا كان الغبن يعتبر عيباً من عيوب الرضا لا يكفي عنه الغلط والتدليس والإكراه؟ لماذا نجعل الغبن سبباً إضافياً لإبطال العقد، والسبب كما يرى البعض أن المغبون يستطيع أن يطلب إبطال العقد للغبن في كل الحالات حتى تلك التي لا تتوفر فيها شروط أعمال العيوب الخفية. انظر: Mazeaud: op. cit. p.191 no: 211.

Ghestin: op. cit. p.464.

(٣) انظر:

Ghestin: Ibid.

(٤) انظر:

احد الطرفين عوز الطرف الآخر أو طيشه أو عدم خبرته استغلالا من شأنه الاخلال بالتعادل في العقد إلى حد فاحش كان الجزء هو ابطال العقد كما في التقنين السويسري (م ٢١ من قانون الالتزامات) أو بطلانه بطلانا مطلقا كما في التقنين الالماني الذي يرى الغبن عملا مخالفا للأداب (م ١٣٨ من القانون المدني الالماني).

ولا شك أن النظرية الشخصية أو النفسية في الغبن تلافت القصور التشريعي في بعض الدول، التي اعتنقت النظرية الموضوعية أو المادية في الغبن في حدود ضيقة، واندجحت بذلك فكرة الغبن بمعناها التقليدي الضيق، وفكرة الاستغلال بمعناها الحديث الواسع، واصبح الاستغلال، كما سنرى، أحد العيوب التي يمكن أن تؤثر في العقد، ولم يعد الغبن إلا المظهر المادي للاستغلال.

وإن كانت أكثر التشريعات الحديثة، وفي مقدمتها القانون المدني الالماني، وقانون الالتزامات السويسري، وسائر التشريعات العربية المدنية تقريبا، قد اعتنقت نظرية الاستغلال، واصبح بموجب هذه النظرية الغبن عيبا عاما يمكن أن يؤثر في جميع العقود، إلا أن هذه التشريعات مع ذلك اعتبرت الغبن المجرد وحده في حالات محددة كافيا للتأثير في بعض العقود.

٢ - أهمية البحث: لا مرأ أن ما دفعنا إلى دراسة الغبن في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة) عدة أسباب أهمها: -

أ - ما يثيره موضوع الغبن من اشكالات متعددة الجوانب نظراً لتعدد الحلول وتباين المواقف التي اعتنقتها التشريعات المقارنة في معالجته.

ب - أن المشرع الكويتي قد انفرد من بين التشريعات العربية والاجنبية على حد سواء في ايراد نصوص محددة في القانون المدني الجديد لتنظيم الغبن، وذلك بعد النصوص المتعلقة بعيوب الارادة التقليدية، وهي الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال، مما يوحي بأن المشرع بايراده مثل هذه النصوص قد صاغ الغبن المجرد وحده في نظرية عامة تسري على جميع

العقود في حالات وبشروط محدده إلى جانب نظرية الاستغلال الذي يعتبر فيه الغبن المجرد مظهره المادي .

ج - ولما كانت هذه الدراسة دراسة مقارنة، لذا كان لزاما علينا، لتحقيق هذا الهدف بصورة كاملة وشاملة أن نتعرض بصورة تفصيلية لموقف التشريعات المقارنة، القديم منها والحديث، وموقف الفقه الاسلامي للتطور الذي لحق بها بشأن موضوع الغبن من حيث مفهومه وحالاته وشروطه واثره، ولقد آثرنا استكمالاً لموضوع الدراسة أن نعرض كل تشريع على حده حتى تكون الرؤية اماناً واضحة جلية في بيان هذا التطور، ولنرى بعدها إلى أي مدى جاء القانون الكويتي، في موضوع الغبن بالذات، متأثراً به .

د - ولا يخفى اخيراً ما تمثله هذه الدراسة باعتبارها خطوة في سبيل استكمال مسيرة شرح القانون المدني، وذلك بالتعريف بالجوانب الجديدة التي اخذ بها هذا القانون من جهة، ولسد الفراغ في المكتبة القانونية الكويتية بالنسبة للدراسات المتخصصة لبعض جوانب هذا القانون، من جهة أخرى .

٣ - خطة البحث : وتكون خطتنا في معالجة موضوع البحث علم النحو الآتي :-

الفصل الأول : تحديد مفهوم الغبن وتمييزه عن غيره من الأنظمة المقاربة . ويتكون من مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم الغبن وتطوره .

المبحث الثاني : تمييز الغبن عن غيره من الأنظمة المقاربة .

الفصل الثاني : احكام الغبن

ويتكون من ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حالات الغبن.

المبحث الثاني: شروط الغبن.

المبحث الثالث: أثر الغبن.

الخاتمة: ونعرض فيها لاهم النتائج التي توصلنا اليها من هذا البحث.

الفصل الأول مفهوم الغبن وتمييزه عن غيره من الأنظمة المقاربة

٤ - تمهيد وتقسيم : تعرض الغبن منذ ظهوره في الأنظمة القانونية القديمة لتطور جذري سواء من حيث مفهومه أو من حيث مداه أو من حيث أثره، لذلك رأينا أن نبدأ بصدد تحديدنا لمفهوم الغبن بدراسة جذوره العميقة ببحث نشأته في بعض الأنظمة القانونية القديمة كالقانون الروماني والقانون الكنسي والفقه الاسلامي والقانون الانجليزي، باعتبار أن كلا من هذه الانظمة يمثل اتجاها قانونيا مستقلا، ثم نتعرض بعد ذلك لما طرأ على فكرة الغبن ومفهومها من تطور لاحق في بعض التشريعات الحديثة.

ونخصص لتلك الموضوعات المبحث الأول من هذا الفصل الذي نجعله لتحديد مفهوم الغبن وتطوره، أما المبحث الثاني فنجعله لتمييز فكرة الغبن، وفقا للتطور الذي انتهت إليه، عن بعض الافكار والأنظمة القانونية المقاربة.

المبحث الأول تحديد مفهوم الغبن وتطوره

٥ - تقسيم . ٦ - تمهيد . ٧ - تعريف الغبن في اللغة . ٨ - تعريف الغبن في القانون .

٥ - تقسيم : قلنا أن الغبن هو عدم التعادل بين ما يبذله العاقد وما يأخذه، ويختلف تأثير الغبن باختلاف الاعتبارات الاقتصادية والخلقية التي بني عليها كل تشريع، فمن التشريعات ما يعتنق المذهب الفردي ومبدأ سلطان الارادة، فلا يعير الغبن الا قليل اهتمام ولا يضع له جزاء إلا في حالات معينة يأخذ فيها بالنظرية المادية، ومن التشريعات ما يدين بمذهب التضامن الاجتماعي ومبدأ الثقة المشروعة في المعاملات فيؤسس الغبن على النظرية الشخصية ويجعل منها سببا من اسباب الطعن في العقود.

ونحاول فيما يأتي، بعد تمهيد نحدد فيه المقصود بالغبن لغة وقانوناً، تقصي فكرة الغبن من حيث ظهورها وتطورها في الأنظمة القانونية القديمة ثم ما توصلت وانتهت إليه في بعض التشريعات الحديثة. ويكون ذلك في مطلبين نخصص الأول لمفهوم الغبن وتطوره في الأنظمة القانونية القديمة، والمطلب الثاني نتعرض فيه لمفهوم الغبن في التشريعات الحديثة.

٦ - تمهيد : نعرف الغبن في اللغة، وبعدها ننتقل إلى تعريفه في القانون وذلك على النحو الآتي : -

٧ - تعريف الغبن في اللغة: الغبن بالتسكين في البيع، والغبن بالتحريك، في الرأي، وغبت رأيك أي نسيت وضيعته، والغبن في البيع والشراء الوكس، يقال: يغبنه غبنا أي خدعه وغلبه ونقصه، وقد غبن فهو مغبون وغبت في البيع غبنا إذا غفلت عنه، بيعا كان أو شراء، ويقال تغابن القوم أي غبن بعضهم بعضاً، ويوم التغابن يوم البعث، وقيل سمي بذلك لأن أهل الجنة يغبن فيه أهل النار بما يصير إليه أهل الجنة من النعيم وتلقى فيه أهل النار من العذاب الجسيم^(١)، وسئل الحسن عن قوله تعالى: ﴿وذلك يوم التغابن﴾ فقال غبن أهل الجنة أهل النار أي استغصبوا عقولهم باختيارهم الكفر على الإيمان، ونظر الحسن إلى رجل غبن آخر في بيع، فقال: أن هذا يغبن عقلك أي ينقصه^(٢).

٨ - تعريف الغبن في القانون: الغبن Lésion هو الضرر أو الخسارة الحالية التي تلحق المتعاقد^(٣)، في عقيد المعاوضة إذا كانت قيمة ما أخذه أقل من

(١) انظر: الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الثاني، دار الحضارة العربية، بيروت، ص ١٨٧، معجم مقاييس اللغة لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية. اسماعيليان نجفي، إيران، قم، ص ٤١١، لسان العرب لابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، الجزء السابع عشر، المؤسسة العامة للتأليف والانباء والنشر، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ص ١٨٥.

(٢) انظر: لسان العرب لابن منظور، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص ٩٥٧.

(٣) انظر في عرض ذلك تفصيلاً:

Tefiteha: op. cit. p.9 ets.

قيمة ما اعطاه بموجب العقد وفي لحظة تكوين العقد au moment du contrat^(١)، وبعبارة أخرى هو عدم التعادل بين الاداءات المتقابلة في العقد على وجه يختل التوازن الذي يضعه المتعاقدان موضع الاعتبار بحيث يكون ما يأخذه احدهما اقل مما يعطيه فهو مغبون إذا اعطى اكثر مما اخذه وغابن إذا أخذ اكثر مما اعطى^(٢).

(١) انظر في ذلك على سبيل المثال : Jossierand: op. cit. T.2. no: 101 bis.; Ghestin: op. cit. no: 540. p.440; Ripert et Boulanger: T.2. no: 256; et Ripert: T.VI. 1er. part. Par Esmein: no: 210; Marty et Raynaud: obligation. no.149; Bricks: op. cit. no: 39. p.30; Engel (P): Terré des obligation en droit suisse. no: 63; Baudouin: Traité élémentaire de droit civil, les obligations, 1970, Montréal. p.90-91; Carbonnier; Droit civil. 4. les obligations. p.120; Starck (B): Droit civil, les obligations. p.477; Aubry et Rau: Cours de droit civil; T.4. no.343 bis; Mazeaud: Lésion de droit civil. T.2. vol.I, obligations. p.179, no: 209; De Mesmay (H): La nature juridique de la lésions en droit civil français. Th. 1980. Paris (2); Marty et Raynaud: Droit civil. T.2. vol.I. no:140; Malaurie (Ph) Aynes (L): Cours de droit civil. les obligations, 1985. no: 277 p.200; Weill et Terré : Droit civil, Les obligations, 3ème édit. 1980. no: 179. p.229; Flour et Aubert: obligations. vol. I. no: 238.

ويعبر عن الغبن في القانون الروماني باصطلاح خاص هو Domnum وهو يمثل في كل الاضرار التي تنتج عن العقد، وقد يكون هذا الضرر نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه وقد يكون هو التحمل بخسارة أو ربح غير متوقع، فالغبن هو اختلال التوازن بين البدلين : انظر في ذلك : Rawandozi: op. cit. p.10.

(٢) انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، (١) نظرية العقد والارادة المنفردة، ١٩٨٣، ص٣٨٧، فقرة ١٨٩، وانظر: عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام، ص١٧٢، عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، دار البحوث العلمية، الكويت، ط(١)، ص١٧٥، سليمان مرقس، شرح القانون المدني، (٣) العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الرابعة، ١٩٨٠، عالم الكتب، ص٢٢١، منصور مصطفى منصور، المصادر الارادية للالتزام، التزامات (١)، مذكرات على «الاستنسل» ٨٣ / ١٩٨٤، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص١١١، انور سلطان، العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، ١٩٥٢، ص٧٦، زهير الزبيدي، الغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة، مطبعة دار السلام =

والغبن يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة، كما إذا بيع شيء قيمته خمسة آلاف دينار بألف فقط، فهو يتجافى مع مبدأ المساواة فيما تقضي به العقود من الأخذ والعطاء، وهذه المثابة يبرز الغبن عينا موضوعيا في العقد نفسه، وليس عينا شخصيا يتعلق بالمتعاقد، وهو، من ثم، لا يعتبر عينا في الرضاء، وإن امكن أن يجيء نتيجة أحد عيوبه، فمن الممكن أن يأتي نتيجة غلط في قيمة الشيء يقع فيه المتعاقد أو نتيجة حيلة خدع بها، أو تحت تأثير إكراه أوقع به، أو استغلال ناحية من نواحي الضعف الانساني فيه، ولكن من الممكن ايضا أن يأتي الغبن بعيدا عن كل عيوب الرضاء، كما لو باع شخص شيئا بأقل من قيمته من غير أن يكون واهما أو مخدوعا أو مضطرا أو مستغلا^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن تأثير الغبن على العقود يختلف باختلاف الاعتبارات الاقتصادية والخلقية التي بني عليها كل تشريع، فمن التشريعات ما يعتنق المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة، فيعتبر الغبن ذا أهمية بسيطة ولا يضع له، من ثم، جزاء إلا في حالات معينة يأخذ فيها بالنظرية المادية، ومن التشريعات ما يدين بمذهب التضامن الاجتماعي ومبدأ الثقة المشروعة في المعاملات فيؤسس الغبن على النظرية الشخصية ويجعل منه سببا من اسباب ابطال العقود^(٢)، ونرى في حينه عند التعرض لموقف التشريعات المقارنة من الغبن مدى تطور فكرة الغبن والعوامل التي أدت إلى هذا التطور.

٩ - ومن التعريف المتقدم للغبن يمكننا استخلاص الملاحظات الآتية^(٣):

١٩٧٣، ص ٤٣. محمد الشيخ عمر، العقد والارادة المنفردة، المصادر الارادية، (١)

ص ١٧٠، فتحي عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد، ص ٢٥٠، غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ص ٨٩، فقرة ١٥٢، محمد المالدفي، شرح القانون التونسي، ص ٥٤.

(١) انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٨٧، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١١١.

(٢) انظر: انور سلطان، المرجع السابق، ص ٧٧، غني حسون طه، المرجع السابق، فقرة ١٥٣، ص ٩٠.

(٣) انظر: Tefifeha: op. cit. p.16 ets.، وانظر: عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون =

- ١ - أن الغبن كقاعدة عامة لا يمكن تصوره إلا في عقود المعاوضة، أما عقود المعاوضة الاحتمالية، كمبدأ عام، وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن لأن الأولى طبيعتها تقضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين، ولأن الثانية يعطى فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ مقابلاً لما أعطاه فلا محل، إذن، للحدث عن عدم التعادل في هذه الحالة.
- ٢ - للثبوت من وجود الغبن من عدمه ينظر إلى التعادل بين التزامات الطرفين عند إبرام العقد، فإذا كان هذا التعادل موجوداً في تلك اللحظة ثم اختلف بعد ذلك فلا غبن.
- ٣ - لا يمكن الاحتراز من الغبن في المعاملات، فيندر أن نجد في عقد معاوضة تعادلاً تاماً بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يحصل عليه، لذلك لا بد من التسامح فيه إلى حد ما، وهذا ما يقول به الفقهاء المسلمون، كما سنرى، فهم يقسمون الغبن إلى قسمين: فاحش لا يتسامح فيه ويسير يتسامح فيه، كما أن التشريعات الوضعية حددت غالبيتها الغبن بنسبة معينة، فإذا تجاوز عدم التعادل هذه النسبة كان المتعاقد مغبوناً وإذا كان أدنى منها فلا غبن.
- ٤ - لذلك يمكننا القول أن الغبن بمعناه القانوني الدقيق، لا يتحقق بمجرد عدم التعادل بين الاداءات المتقابلة أياً كان عدم التعادل، وإنما يلزم أن يصل انعدام التعادل إلى حد معين من الجسامة، وهذا ما تختلف بشأنه الأنظمة القانونية.
- ١٠ - بعد التمهيد السابق في معنى الغبن لغة وقانوناً، نوضح فيما يأتي مفهوم الغبن وتطوره في الأنظمة القانونية في مطلبين نخصص الأول لمفهوم الغبن وتطوره في الأنظمة القانونية القديمة، وفي المطلب الثاني نتعرض لمفهوم الغبن وتطوره في التشريعات الحديثة.

= المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، طبعة ثانية، ١٩٦٣، بغداد، ص ١٥٢، فقرة ٢٦٩، السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ١٩٨١، ص ٤٧٦ - ٤٧٧، فقرة ٢٠٢.

المطلب الأول

مفهوم الغبن وتطوره في الأنظمة القانونية القديمة

١١ - تقسيم: نتعرض لمفهوم الغبن وتطوره في الأنظمة القانونية القديمة في أربعة فروع، نخصص الفرع الأول للقانون الروماني، والثاني للقانون الكنسي والفرع الثالث للفقه الاسلامي، أما الفرع الرابع والاخير فيكون من نصيب القانون الانجليزي.

الفرع الأول

في

القانون الروماني^(١)

١٢ - القاعدة العامة في القوانين الحديثة هي أن مجرد الاتفاق بين شخصين على أمر ما يستتبع التزامهما أو احدهما في حدود ما اتفقا عليه، فالاتفاق يصبح، في الاصل، ملزماً بمجرد توافر الرضا لدى طرفيه دون حاجة إلى إجراء آخر، طالما أن هذا الاتفاق لا ينطوي على مخالفة للنظام العام أو حسن الآداب، وتفسير ذلك ان القوانين الحديثة تأخذ، كقاعدة عامة، بمبدأ سلطان الارادة الذي يقضي بأن الارادة وحدها تكفي لنشوء الالتزام دون أي اجراء آخر.

١٣ - أما القانون الروماني فعلى العكس من ذلك تماماً لم يكن يعطي الارادة كل هذا السلطان فلا يكفي، في ظل هذا القانون، أن يتفق شخصان على أمر ما حتى يكتسب اتفاقهما قوة ملزمة، ويعتد به القانون، وانما كان من الضروري لكي يصبح الاتفاق ملزماً أن يأتي في قالب معين أو أن يحاط

(١) انظر في ذلك : Trudel (G): *lésion et contrat*, Montréal 1965. p.17 ets; Rawandozi: op.

cit. p.9 ets; demontés (E): *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, Paris, 1924, p.5 ets;

Boulangier (F): *le problème de la lésion dans droit intermédiaire*, p.54-55.

باجراءات خاصة، وقد عبر فقهاء القانون الروماني عن هذه القاعدة بأن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام *Nudum Paetum obligation non parit* أو أن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه دعوى *Exnudo pacto non nascitur actio* فالمبدأ السائد في القانون الروماني، إذن، هو مبدأ الشكلية الذي يقضي بضرورة أن تنضاف إلى عنصر الرضا عناصر أخرى لكي يصبح الاتفاق ملزماً^(١).

وعندما يستجمع العقد عناصره الجوهرية يصبح شريعة المتعاقدين وقانونها الخاص يلتزمان باحترامه وتنفيذه، ولا يمكن أن يتصور بعد ذلك، في ظل هذا الوضع، أن يكون الغبن الذي يدعيه أحد الطرفين عيباً يجيز الطعن في العقد ما لم يكن هناك سبب آخر كالغش والصغر، أضف إلى ذلك أن الالتزامات الناشئة عن العقد كانت تعتبر مستقلة عن بعضها ولهذا لم يكن من المقبول اعتبار الغبن عيباً في العقد. حيث أن العقد يعتبر صحيحاً دون البحث عن تعادل الالتزامات أو تكافئها^(٢). فالغبن سواء كان يسيراً أو فاحشاً لا يؤثر على صحة العقد لان على الرجل العاقل المستقيم الإدراك الذي يتمتع باهلية كاملة أن يتحمل نتائج عمله.

١٤ - إلا أنه في اواخر العصر الجمهوري وجد نظام قريب من فكرة الغبن وضعه البريتور تكملة لقانون بليتوريا *Lex plaetoria*^(٣).

حيث صدر قانون بليتوريا في أوائل القرن الثاني قبل الميلاد وكان يرمي المشرع من إصداره إلى توفير الحماية للأشخاص البالغين القاصرين (أقل من ٢٥ سنة) من استغلال الغير لعدم خبرتهم، ولم يتجه المشرع في تقريره هذه الحماية إلى تقييد أهلية هؤلاء الأشخاص وإنما قرر لهم دعوى ضد من تعامل معهم، ويشترط لرفع هذه الدعوى أن يكون من تعامل مع القاصر قد استعمل

(١) انظر في ذلك: توفيق فرج، الرسالة السابقة، ص ٩٧، زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ٤٩، محمود سلام زناقي، نظم القانون الروماني، ١٩٦٦، دار النهضة العربية، مصر، ص ١١٤، عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ١٩٧١، دار الفكر، ص ٨.

(٢) انظر: Rawandozi: op. cit; p.10.

(٣) انظر: انور سلطان، المرجع السابق، ص ٧٧.

طرقا احتيالية، أي أن يكون قد ارتكب غشا في مواجهة القاصر. فجعل من هذا الفعل جريمة هي جريمة غش القاصر.

ولا يعرف بالتحديد الجزء المترتب على هذه الجريمة^(١)، فيرى بعض الشراح أن هذا القانون أوجد دعويين الأولى جنائية عامة تباشرها الدولة وتؤدي إلى الحكم على الفاعل بغرامة مالية وعقوبات تبعية كالحرمان من بعض الحقوق، والثانية دعوى جنائية خاصة يحكم فيها لمصلحة القاصر بمثل أو ضعف قيمة ما دفعه القاصر تنفيذا للعقد الذي خدع فيه.

ويرى البعض الآخر أن هذا القانون أوجد دعوى واحدة هي دعوى جنائية خاصة يحكم فيها بغرامة مالية وبالعقوبات تبعية على المستغل، ويجوز عن طريق دعوى التخلي إن كان الأخير تابعا لغيره، وهي في ذلك دعوى حسبة *Judicium publicum* أي يجوز رفعها بواسطة أي شخص^(٢)، ولكن من الثابت أن هذا العقاب كان رادعا بدليل امتناع المرايين عن اقراض القاصر عن ٢٥ سنة بعد صدور هذا القانون.

ولم تكن دعوى قانون بليتوريا تحول دون مطالبة الغير للقاصر بتنفيذ التصرف المبرم بينهما، ولذلك عمد البريتور إلى التدخل بإجراء اصلاحات على القانون المشار إليه، ففي مرحلة أولى تدخل بمنح القاصر دفعا مبنيا على قانون بليتوريا *exceptio legis Plaetoria* يستطيع بمقتضاه أن يتفادى الحكم عليه بتنفيذ التصرف إذا لم يكن قد نفذه بعد وطالبه الطرف الآخر بالتنفيذ.

وفي مرحلة ثانية وفي اواخر الجمهورية تدخل ومنح القاصر الحق في طلب فسخ التصرف واعتباره كأن لم يكن عن طريق اعادة الشيء إلى أصله *Restitutio in integrum* إذا كان قد قام بتنفيذ التصرف، ولم يشترط البريتور

(١) انظر: عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، الطبعة الثالثة، ١٩٥٩، الناشر دار المعارف، مصر، ص ٢٦٠.

(٢) انظر في ذلك: محمود سلام زناقي، المرجع السابق، ص ١٠٥، عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

لذلك أن يكون قد وقع غش على القاصر، بل يكفي أن يكون لحقه غبن من التصرف يرجع إلى عدم خبرته، على أنه يتعين في هذه الحالة على القاصر الذي اشترى مثلاً بثمان مرتفع أو باع بثمان بخس أن يطلب إعادة الشيء إلى أصله في خلال سنة من يوم بلوغه سن الخامسة والعشرين أو قبل مضي أربع سنوات على بلوغ هذه السن في قانون جستنيان^(١).

١٥ - أما بالنسبة لتأثير الغبن في العقود، فإن هذه الفكرة لم تظهر في القانون الروماني إلا في عهد الإمبراطور ديوكليسيان Diocletien حيث أن المشتري والبائع، في عقد البيع، كانا ملتزمين به بغض النظر عن الغبن الذي يلحق أحدهما منه، فلم يكن في العصر العلمي يشترط أن يكون الثمن عادلاً Justum أي أن يكون معادلاً لقيمة الشيء الحقيقية فالبائع كان حراً في المبالغة في قيمة الشيء الذي يعرضه، والمشتري كان حراً في محاولة الحصول عليه بثمان يقل كثيراً عن قيمته الحقيقية، وطالما أن البائع أو المشتري لم يرتكب غشاً فإن البيع يكون صحيحاً ولا عبرة بكون الثمن بخساً أو باهظاً، فالقانون الروماني في العصر العلمي لم يأخذ كقاعدة عامة بفكرة الغبن^(٢).

(١) انظر: عمر معدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٦١، محمود سلام زناتي، المرجع السابق، ص ١٠٤ - ١٠٥، وانظر كذلك: محمد عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدر، القانون الروماني، جزء (١) طبعة ١٩٤٩، فقرة ٢٠٥، ٢٠٦، انور سلطان، المرجع السابق، ص ٧٧. وانظر:

Ghestin: op. cit. no: 544. p.443; Weill et Terré: op. cit. no: 199. p.230; Marty et Raynaud: op. cit. p.137 no: 151; Giffardt (A.F.) Villers Robert: Droit Romain et ancien droit français (obligations) 4ème édit. 1976 no: 267. p.185.

وقد غالى البريتور في حماية القاصر، فصار لا يحكم له ببطالان التصرفات التي يأتيها القاصر وحده والتي لا يجوز له مباشرتها بل سمح له بعد بلوغه بطلب فسخ التصرفات التي اتاها القيم في حدود سلطته، أو التي باشرها القاصر باذن القيم إذا لحقه غبن منها، وقد اطلق الشراح هذا الحكم على الصبي أيضاً. انظر محمد عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة ٢٧٧، ص ٢٥٧ - ٢٥٨.

(٢) انظر: محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، الجزء الأول، الطبعة =

وقد ظهرت القاعدة الخاصة بالغبن في البيع في عصر الامبراطورية السفلى auBas-Empire في نهاية القرن الثالث، حيث اقر في عهد الامبراطورين Diocletien et Maximen الغبن لعدم التعادل كسبب لابطال العقد بالنسبة للبالغين^(١)، واجيز لبائع العقار^(٢) - وحده حق رفع الدعوى وعليه أن يثبت ان البيع وقت التعاقد كان بغبن اكثر من النصف^(٣) - دون المشتري^(٤) الذي يبيع

= الخامسة، مكتبة الشرق، حلب، ١٩٦٣، ص ٣٥٦ - ٣٥٧، محمد سلام زنتي، المرجع السابق، ص ١٨٥.

(١) انظر: Rawandozi: Boulanger: le problème de lésion dans le droit intermédiaire, p.54; op. cit. p.11.

وقد اختلف الشراح المحدثون حول ظهور القاعدة الخاصة بالغبن في البيع فبعضهم يرى استنادا الى مرسومين منسوبين الى الامبراطور دقلديانوس، ان هذا الامبراطور هو الذي اوجد هذه القاعدة على اثر الازمة النقدية التي نشأت في اواخر القرن الثالث للميلاد. والتي جعلت الافراد يبيعون اموالهم العقارية بأي ثمن. انظر عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٨٢.

لكن معظم الشراح يميلون الى الاعتقاد بان هذه القاعدة ظهرت في وقت لاحق لعصر دقلديانوس، وبعض هؤلاء يرى انها ظهرت قبل جوستنيان والبعض الآخر من رأيه ان جوستنيان نفسه هو الذي اوجدها، انظر: محمود سلام زنتي، المرجع السابق، ص ١٨٦ هامش (٢) والمراجع التي اشار اليها في الموضع نفسه. وانظر: محمد عبد الجواد محمد، الغبن اللاحق والظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، يونيه ١٩٦٣، العدد الثاني، السنة الثالثة والثلاثون، ص ١٥١ فقرة (٤).

(٢) ويرى بعض الفقهاء ان ابطال العقد بسبب الغبن كان ممكنا طبقا لمجموعة Code de Justenien في جميع عقود البيع مهما كانت قيمة المبيع، وليس في بيع العقارات فقط. ويرى البعض الآخر ان التحليل الدقيق الذي قام به الفقهاء الآخرون للنصوص الواردة في المجموعة المشار اليها والخاصة بالغبن اثبتت ان هذا الرأي محل نظر. انظر: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٥٢.

Rawandozi: op. cit. p.12. (٣) انظر:

(٤) ولم يفكر المشرع الروماني في حماية المشتري رغم انه قد يضطر ايضا للشراء في ظروف غير صالحة، وعلى الرغم من هذا النقد، إلا أن القاعدة الرومانية انتقلت الى القانون الفرنسي في المادة ١٦٤٧. ويعقب الاستاذ جيفار على ذلك فيقول: ان فكرة الثمن العادل Juste Prix لم =

بغبن فاحش الحق في طلب ابطال البيع ويكون الغبن فاحشا إذا بيع العقار باقل من نصف القيمة الحقيقية له، وللمشتري إذا اراد تفادي الغاء البيع أن يكمل الثمن إلى النصف^(١)، واعطاء بائع العقار الحق في الغاء البيع في حالة الغبن الفاحش تفسره الظروف الاجتماعية التي كانت سائدة خلال عصر الامبراطورية السفلى، ففي كثير من الحالات كان صغار الملاك الزراعيين يجدون أنفسهم مضطرين بسبب الحاجة إلى بيع اراضيهم إلى كبار الملاك وكثيرا ما كانوا يضطرون تحت ضغطهم إلى بيعها بثمن بخس^(٢)، اضيف إلى ذلك كثرة الضرائب التي كانت ترهق الملاك الصغار تحت ظل الامبراطورية السفلى^(٣).

والواقع أن المنشور الامبراطوري الذي أصدره الامبراطورين (ديو كليسيان وماكسيميان) لا يقضي باكثر من أنه إذا بيعت عين من الاعيان باقل من نصف قيمتها فإن البائع يستطيع استرداد هذه العين، إلا إذا قام المشتري بدفع ما نقص من الثمن، وعلى الرغم من أن نص هذا المنشور جاء مطلقا في صيغته الا أن بعض الفقهاء ذهب إلى عدم تطبيقه إلا على بيع العقار، وذلك لأن المثل الذي ضربه هذا المنشور الامبراطوري يتعلق ببيع مزرعة^(٤)، ويثور الشك حول ما إذا كان المشتري يستطيع العدول عن الصفقة التي يكون الثمن فيها باهظاً ما لم يرض البائع بقبول ثمن عاقل^(٥).

= تنشر الا في القرون الوسطى وتحت تأثير الكنيسة.

انظر: Mazeaud: op. cit. no:210. p.7، ومحمد معروف الدواليبي، المرجع السابق،

ص ٣٥٧.

Boulanger: op. cit. p.54. Rawandozi op. cit. p.11.

(١) انظر:

(٢) انظر: محمود سلام زناي، المرجع السابق، ص ١٨٦، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٩٩،

وانظر: Boulanger: op.cit.p.54.

Boulanger: op. vit. p.54. Weill et Terré: op. cit. no: 199 p.230.

(٣) انظر:

Hunter: Roman Law 4th. ed. London p.493.)

(٤) انظر:

Melville: Manual of the principles of Roman Law, Edinbourg. 1915 p.367.

(٥)

وانظر زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ٥١. وتجدر الاشارة إلى أن القاعدة المشار اليها والتي تجعل العقد قابلا للابطال لا تسري إلا على البيوع الرضائية للعقار، اما البيوع القضائية فان

فكرة الغبن مستبعدة من نطاقها. انظر: Rawandozi: op. cit. p.12.

ثم صدرت بعد عهد الامبراطور ديو كليسيان عدة منشورات وأوامر تلغي دعوى الفسخ التي تقوم على مجرد بخس ثمن المبيع ولكن هذا الالغاء لم يستمر طويلا فقد أخذت التعاليم المسيحية تفعل فعلها في هذا الصدد وتحرم كل ربح فاحش^(١) وهكذا اعاد الامبراطور جستنيان دعوى فسخ البيع بسبب الغبن الفاحش.

١٦ - تعقيب : ونخلص إلى أن القانون الروماني رغم تشبعه بروح الفردية إلا أنه في مرحلة من مراحل تطوره عرف الطعن بالغبن بالنسبة للعقود التي يبرمها القاصر عن ٢٥ سنة بالاضافة إلى الطعن بالغبن في بيع العقار، ويمكن أن يقال كذلك أن دعوى ابطال العقد للغبن ظهرت كذلك بالنسبة للقسمة^(٢).

الفرع الثاني في القانون الكنسي^(٣)

١٧ - لا مرأ أن القانون الكنسي Droit Canonique يقوم أساسا على مبادئ الدين المسيحي الذي يحض على العدل وافشاء المحبة والتسامح بين الناس ومساعدة الضعفاء منهم^(٤)، فأخذت تطبع كل شئون الحياة الاجتماعية وكل العلاقات بين الافراد بروح العطف والمحبة^(٥) وعلى ذلك اوضحت علاقات

Ripert: La Règle morale: op. cit. p.105.

(١) انظر:

Ghestin: op. cit. no: 544. o.445.

(٢) انظر:

وانظر: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٥١، فقرة ٤.

Demontés: op. cit. p.27.

وانظر:

Brissaud: Histoire du droit prive T.II. p.1424 Boulanger: op. cit. p.56 ets.

(٣) انظر:

Demintés; op. cit. p.16 ets. Ripert: La Règle morale: op. cit. p.105. no: 51.

وانظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٠١ - ١٠٤ فقرة ٣٦ ب، محمد عبد الجواد محمد،

البحث السابق، فقرة ٥ ص ١٥٢ - ١٥٣.

(٤) انظر: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٥٢.

Rawandozi: op. cit. p.14.

(٥) انظر:

الناس تقوم على رابطة بينهم وبين الله، ولكي تصفو هذه الرابطة، يجب أن تكون النفس الانسانية نقية من الخطايا لتظفر بالسلامة الأبدية (Salu éternel)، كما عادت إلى الظهور كل التعاليم التي كان ينادي بها فلاسفة الاغريق وخاصة افلاطون وارسطو، وانعكست هذه التعاليم بشكل حاد على كتابات رجال الدين في القرن الثاني عشر مثل القديس توماس الاكوينى St. Thomas d'Aquin والبير الكبير Albert le Grand حيث ينادي توماس بأن الالتزامات لا تكون صحيحة إلا حيث يعطي كل فرد بقدر ما يأخذ^(١)، وهذا هو مذهب العدل التبادلي La doctrine de la justice commutative أو العدل المتساوي الذي هو محور تعاليمه، وهذا الاتجاه مهد الطريق لاقامة نظرية جديدة في العقود ترمي صراحة إلى القضاء على كل احتمال للغبن فيها^(٢).

وقد تمثل مذهب العدل التبادلي الذي نادى به القديس توماس في ثلاثة مبادئ رئيسية تحارب الغبن في جميع صوره، وهي^(٣) :-

(١) انظر: Gaudment: la formation du droit seculier et du droit de l'église au IV et V siecles; p. 163-167.

(٢) انظر: توفيق فرج، الرسالة السابقة، ص ١٠١ - ١٠٢، وانظر: Weill et Terré: op. cit. no: 199. p. 230-231.

وقد عبر أحد فقهاء القانون الكنسي عن الروح التي يجب ان تسود معاملات الناس بعضهم لبعض بقوله: ضع نفسك دائما في مكان من تعامله وضع من تعامله في مكانك وبذلك تستطيع ان تحكم في الامر حكما عادلا، فاجعل نفسك بائعا اذا اشترت ومشتريا اذا بعت، وبذلك تباع وتشتري بالعدل. وتنسب هذه العبارة إلى Saint François de Sales حيث نقلها عنه مازو، انظر:

Mazeaud: Rapport sur la lésion dans les contrat travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture Juridique française. T.I. 1954. p.186.

(٣) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٠١ - ١٠٢. وانظر: Boulanger: op. cit. p.55 ets.

(٤) انظر في ذلك: Weill et Terré: op. cit. no: 199. p. 230-231; demontés: op. cit. p. 18 ets; Rawandozi op. cit. p.14; Ghestin: op. cit. no: 544. p. 443.

وانظر: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٥٢ - ١٥٣.

أ - مبدأ الثمن العادل Le Just Prix^(١): لقد كان فقهاء القانون الكنسي مثاليين مشبعين بروح العدل المطلق، وعلى هذا فانهم اقاموا العقود على اساس ديني أو روحي قبل أن يقيموها على اساس قانوني، فحتى تكون العقود صحيحة ينبغي أن تكون عادلة، وهذه العدالة أو التساوي بين الاداءات هي التي ادت بفقهاء القانون الكنسي إلى تلقف فكرة الثمن العادل، فعندهم لا يتحقق الثمن العادل إلا عند تساوي الاداءات فينبغي أن يتعادل المبيع مع الثمن المقابل له ولا تتحقق هذه المعادلة إلا إذا تساوت القيم^(٢). وقد صيغ هذا المبدأ في عبارات محددة مؤداها ان «كل سلعة وكل خدمة يجب أن يكون لها في وقت معين وفي سوق معين ثمن عادل مناسب لا يعتمد على ارادة المتبايعين ولا على رغبتهم أو حاجاتهم ولا على أي شيء يتعلق بالفرد»^(٣).

فالثمن العادل وفقاً لهذا المبدأ، إذن، هو الثمن المعقول Le Prix raisonnable وهذا المفهوم للثمن ينسب إلى سانت أوغسطين Saint Augustin حيث أن الثمن لا يكون عادلاً إذا كان مبعثه غلط وقع في نفس البائع، والغبن يكون، عنده، نتيجة غلط يقع فيه البائع^(٤).

ب - مبدأ الأجر العادل Le Juste Salaire: وتطبق عليه القاعدة المشار إليها لان الاجر هو ثمن العمل Le Prix du travail، والعمل كأبي سلعة يجب أن يقابله ثمن عادل وهو الذي يسمح للعامل واسرته بالعيش حياة كريمة^(٥).

ج - مبدأ تحريم القرض بفائدة La prohibition du prêt à intérêt ويتمثل هذا المبدأ في تحريم الربا L'usure في جميع صورته واشكاله^(٦)، ولم تطبق الكنيسة تمثيلاً مع منطقها فكرة الفائدة العادلة.

Tarde (De): L'idée du Just prix. th. Paris, 1906.

(١) انظر:

Rawandozi: op. cit. p.15.

(٢) انظر:

(٣) انظر: Demontés: op. cit. p.19، وانظر: محمد عبد الجواد، البحث السابق، ص ١٥٢.

Boulanger: op. cit. p.55; Rawandozi: op. cit. p.19; Demontés: op. cit. p.19.

(٤) انظر:

Demontés: op. cit. p.20.

(٥) انظر:

Demontés: Ibid. p. 20-21.

(٦) انظر:

وهذه التطبيقات الثلاثة ترجع في حقيقتها، كما ذهب البعض^(١)، وبحق إلى فكرة أساسية واحدة هي فكرة الثمن العادل ذلك أنه يوجد بينهما عامل مشترك هو أن الأمر يتعلق في أية حالة منها بعدم مراعاة العدل وانتهاك حدود الثمن العادل^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن نطاق فكرة الغبن في ظل مذهب العدل التبادلي تتحدد في خارج نطاق الأعمال التبرعية، وهذا ما أكده القديس توماس عندما فرق بين التصرفات التبرعية Les actes de libéralité والتصرفات القائمة على العدل Les actes de Justice حيث استبعد بعد ذلك الطائفة الأولى من نطاق الغبن، فخارج نطاق التبرعات يمكن القول أن هذه النظرية تنادي بتطبيق الغبن في كل العقود.

وبهذا يبدو الغبن في فقه الكنسيين كعيب عام وإذا «كان القانون الوضعي لم يأخذ بالفكرة إلا في بعض الفروض مثل حالة القرض بفائدة، فمما لا شك فيه أن الجهد الذي بذله الكنسيون والذي قام على العدل التبادلي، كان يتجه إلى الاعتراف بالدور الذي يقوم به الغبن في البطلان والذي عمم في كل العقود»^(٣).

(١) انظر: توفيق فرج، البحث السابق، ص ١٠٢، وانظر المراجع التي اشار اليها في هامش (٣) من الصفحة ذاتها.

(٢) ولذا يرى بعض الفقه «أن قصر مشكلة الغبن على البيع وحده، كما يحدث غالباً، فيه تضيق لنطاقها، وعدم تقديرها التقدير المناسب من الناحيتين الاجتماعية والسياسية، ويعتبرون أن فقهاء القانون الكنسي هم الذين فهموا مشكلة الغبن على حقيقتها ورسموا لها النطاق المناسب الذي يجب ان تشمله. انظر: Mazeaud: Rapport sur la lésion: op. cit. p.182-183. وانظر كذلك: محمد عبد الجواد، البحث السابق، ص ١٥٣.

(٣) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٠٣، حيث اشار الى:

Louis-Lucos: Lésion et contrat. 1926. p.28.

وفي المعنى نفسه انظر: Planiol- Ripert et Esmein: Traité pratique de droit civil. T.VI.

2ème édit 1952 p.211.

١٨ - والخلاصة ان فكرة الثمن العادل في أول ظهورها كانت قائمة على أساس موضوعي لا ذاتي إلا أننا نجد منذ القرن السادس عشر تطوراً هاماً في فكرة الغبن وطريقة تقدير الثمن العادل، فقد أصبح الفقهاء يقدرّون قيمة السلعة أو الخدمة لا بحسب قيمتها وفقاً لقانون العرض والطلب فقط ولكن بعد أن يأخذوا بنظر الاعتبار حاجة الطرفين المتعاقدين وتقديرهما الذاتي، وهكذا أصبح تقدير الثمن العادل قائماً لا على أساس موضوعي كما كان أول الأمر ولكن على أساس ذاتي أو شخصي^(١).

الفرع الثالث في الفقه الاسلامي

١٩ - تمهيد. ٢٠ - مبدأ الحرية التعاقدية في الفقه الاسلامي. ٢١ - تعريف الغبن في الفقه الاسلامي. ٢٢ - معيار التفرقة بين الغبن الفاحش والغبن اليسير. ٢٣ - موقف فقهاء المسلمين من تأثير الغبن على العقود. ٢٤ - الاتجاه الأول: عدم تأثير الغبن على العقود. ٢٥ - الاتجاه الثاني: تأثير الغبن على العقود. ٢٦ - تأثير العقد بالغبن الفاحش ولو كان مجرداً. ٢٧ - عدم تأثير العقد الا بالغبن المصحوب بالتفريط. ٢٨ - الاستثناءات الواردة على ارتباط الغبن الفاحش بالتفريط. ٢٩ - صور أخرى من الغبن في مجلة الاحكام العدلية. ٣٠ - تعقيب.

١٩ - تمهيد: قبل أن نعرض أحكام الغبن في الفقه الاسلامي، اجد أنه من المناسب التقديم بمدخل إليه يتضمن مبدأ الحرية التعاقدية في هذا الفقه، حيث أن خيار الغبن في بعض جوانبه يعتبر خروجاً على هذا المبدأ، وبعد ذلك نتجه إلى بيان أحكام الغبن، حيث نبدأ بتعريف الغبن، ومعيار التفرقة بين الغبن الفاحش والغبن اليسير، وبعدها ننتقل إلى عرض موقف فقهاء المسلمين وآرائهم من تأثير الغبن على العقد، إذ يتمخض عن هذه الآراء اتجاهان أساسيان، الأول: ينكر تأثير الغبن على العقود اياً كانت جسامته، والثاني يعترف بتأثير الغبن على العقود وإن اختلف انصار هذا الاتجاه فيما بينهم حول

(١) انظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ٥٤ - ٥٥.

شروط تأثير الغبن، في هذه الحالة، على العقد^(١) وذلك على النحو الآتي :-

٢٠ - مبدأ الحرية التعاقدية في الفقه الاسلامي : لا شك أن مبدأ حرية التعاقد يجد له مكان الصدارة في رحاب الفقه الاسلامي، حيث أن الارادة المجردة وحدها كافية لإبرام التصرف دون أن تخضع لأي قيد من القيود الشكلية على خلاف ما كان سائدا في القانون الروماني.

وهذا الدور الذي تلعبه الارادة في إبرام التصرف يجد سندَه في القرآن الكريم ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا﴾ [آية ٤ من سورة النساء]، والحديث الشريف (إنما البيع بالتراضي)، فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضى صاحبه إما على سبيل التجارة والتبادل أو على سبيل المنحة والتنازل عن طيب نفس واختيار، أي أن الأساس في ذلك هو ارادة صاحب المال الذي له شرعا كما له الحرية في عقد المعاوضة أو المنحة^(٢).

بيد أنه إلى جوار هذا المبدأ الجوهرى، «مبدأ حرية التعاقد» فإن هناك بعض الاستثناءات ترد عليه حيث يوجد عدد قليل من العقود لا تكفي فيه مجرد الارادة، وإنما لابد من اتخاذ شكلية معينة، كالاشهاد في عقد الزواج والقبض في الهبة^(٣).

ومهما يكن من أمر فقد كان من نتيجة هذا الطابع الرضائي الذي يتميز به الفقه الاسلامي أن اتسع نطاق مبدأ الحرية التعاقدية، وعدت هذه الحرية القاعدة العامة التي تحكم إبرام العقود طالما أنها لا تخالف قيودا وضعها المشرع أو تمس الصالح العام، وبعبارة أخرى يكون نشاط الانسان حرا منطلقا في هذا

(١) أما فيما يتعلق بخيار الغبن فإننا نتعرض اليه عند الحديث لاحقا عن اثر الغبن.
(٢) انظر: مصطفى الزرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، المدخل الفقهي العام، دمشق، ١٩٦٤، فقرة ٢١٣ / أ / ب ص ٥٠٤.
(٣) انظر: توفيق حسن فرج، الرسالة السابقة، ص ٣٨.

النطاق وفي تلك الحدود طالما لم يوجد مانع أو تعدي على حقوق الغير^(١).

والفقه الاسلامي، في هذا المجال يقيم التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، فهو يقدم مصلحة الفرد حيث يقتضي العدل والحق تقديمها، كما يقدم مصلحة الجماعة حيث يستلزم العدل والحق كذلك تقديمها، ولهذا جعل العقود اسبابا جعلية شرعية للاحكام، وجعل للارادة دوراً فيها، بمعنى أن للارادة أن تبرم ما ترضاه من العقود، فإذا باشرت عقداً فيها فإنما تباشر سببا من الأسباب التي يرتب الشرع عليها احكاما معينة، وفي هذا تقييد مصلحة الفرد لصالح الجماعة، لكن في مقابل ذلك، فان للارادة أن تشرط في العقد ما تريده من شروط، وفي هذا ضمان لتحقيق مصلحة الفرد.

وقد حاول المذهب الحنفي، ويقترب منه المذهب المالكي والشافعي، وضع الضوابط لما تشترطه الارادة في العقد من شروط، وعند هؤلاء يجوز للارادة أن تشترط شرطا ورد الشرع بجوازه، كأشترط تأجيل ثمن المبيع، أو تشترط شرطا ملائما لمقتضى العقد أو جرى به عرف صحيح، أما غير ذلك من الشروط فلا يصح إلا إذا قام دليل شرعي على جوازه^(٢).

ولكن المذهب الحنبلي توسع في اجازة الشروط، فاجاز للارادة أن تشترط ما شاءت من الشروط في العقد إلا شرطا احل حراما أو حرم حلالا، فالشرط وفقا للحنابلة يصح ولو لم يقم دليل شرعي على جوازه، طالما لم يقم دليل شرعي على عدم جوازه أو حرمة^(٣).

وفوق كل ذلك فان الفقه الاسلامي يوالي اهتماما بالغا باقامة العدالة بين المتعاقدين عن طريق تحقيق المساواة التامة والتوازن بينهم، هذه المساواة

(١) انظر: توفيق حسن فرج، الرسالة السابقة. ص ٣٨.

(٢) انظر: عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية، الكتاب الأول في مصادر الالتزام، مطبعة السعادة، ص ٢٩، مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص ٥٠٢ وما بعدها.

(٣) انظر: عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٣٠.

ترتبط ارتباطا وثيقا بحسن النية الذي يجب أن يسود كل العلاقات والمعاملات المالية، ويقع اللوم على من يستغل ضعف الطرف الآخر الذي يدخل معه في رابطة تعاقدية، هذا هو المبدأ الذي يسير على هداة الفقه الاسلامي في تنظيمه للعقود، والتي تستند إليه كل النصوص التي من شأنها قمع كل ربح أو فائدة لا يوجد لها مبرر، ومن آثار هذه النزعة في الفقه الاسلامي هو تحريمه للربا تحريما قاطعا وردم جميع الطرق المؤدية اليه أو التي تقترب منه فقال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [آية ٢٩ من سورة النساء]، وفي الحديث الشريف: (ولا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه) وذلك التحريم يستند إلى فكرة استغلال المحتاجين من الافراد الذين يستحقون المعونة والحماية ضد الأقوياء^(١).

ولقد اثار مبدأ الحرية التعاقدية في هذا الفقه خلافا بين فقهاء المسلمين حول تأثير الغبن على العقود، مما أدى إلى ظهور اتجاهين رئيسيين حول هذا الموضوع، يحسن قبل التعرض اليهما تفصيلا أن نحدد المقصود بالغبن في الفقه الاسلامي، وبيان معيار التفرقة بين الغبن الفاحش والغبن اليسير.

٢١ - تعريف الغبن في الفقه الاسلامي: الغبن هو النقص في الثمن في البيع والشراء، والنقص في البذل في باقي عقود المعاوضة^(٢)، أي أن يكون لأحد العوضين مقابل بأقل مما يساويه في السوق، أو هو البيع أو الشراء بغير القيمة أي بغير قيمته الواقعية زيادة أو نقصانا وتعتبر القيمة وقت التعاقد^(٣)، وبعبارة أخرى أن يكون أحد البديلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر في القيمة عند التعاقد كمن يبيع دار بخمسمائة ألف وقيمتها سبعمائة أو يشتريها شخص بستمائة وقيمتها ثمانمائة ألف، أو يستأجر دارا بمائة دينار في الشهر

(١) انظر: توفيق فروج، الرسالة السابقة، ص ٣٨، غني حسون طه، الوجيز، ص ٩٠، النجفي، جواهر الكلام، جزء ٢٣، ص ٤١-٤٢، وانظر:

Rawandozi: op. cit. p.200; Tefifeha: op. cit. p.30.

(٢) انظر: الزيلعي، البحر الرائق، جزء (٦)، ص ١١٥.

(٣) انظر: محمد جمال الدين مكّي العاملي، اللعة الدمشقية، جزء (٣) ص ٤٦٣-٤٦٤.

واجرة مثلها خمسون ديناراً^(١) ويعرف الغبن كذلك بأنه تمليك المال بما يزيد على قيمته وهذا التعريف من جهة الغابن، أما من جهة المغبون فهو تملك المال بما يزيد على قيمته، وعلى هذا فالغبن في عقد البيع هو عدم التعادل بين قيمة المبيع والتمن^(٢)، وبعبارة أخرى فإن الغبن عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة إلا يغبن الناس بمثله أو اشتراها كذلك، أما ما جرت العادة به فلا يعتبر غبناً^(٣).

وقال البعض أنه إذا باع بأقل من قيمة المثل ثبت له الخيار، وكذا إذا اشترى بأكثر من قيمة المثل ولا يثبت هذا الخيار (خيار الغبن) للمغبون إذا كان عالماً بالحال^(٤).

والغبن ليس على درجة واحدة من الجسامه، فهناك غبن فاحش وآخر يسير، وفيما يأتي بيان معيار التفرقة بينهما.

٢٢ - معيار التفرقة بين الغبن الفاحش والغبن اليسير: يفرق فقهاء المسلمين بين صورتين من الغبن: الغبن الفاحش والغبن اليسير، بيد أن معيار التفرقة بين هاتين الصورتين مختلف فيه.

فبعض الفقهاء يرى أن الغبن اليسير هو ما لا يمكن تجنبه في المعاملات وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين، أي ما يتغابن فيه عادة ولا يمكن تحاشيه وإلا تعطلت المكاسب ولم يرتزق الناس بعضهم ببعض، إذ لا مزية في أن المعاملات يقصد منها. أن كل عاقد يرغب في تحقيق الربح والمنفعة، والشارع لم ينه عن الربح في البيع والشراء ولم يحدد له قدراً^(٥).

(١) انظر: محمد ابو زهرة، الملكية، ص ٤٦١.

(٢) انظر: غني حسون طه، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٣) انظر: الخطاب، مواهب الجليل، جزء (٤) الطبعة الثانية، ص ٤٦٨ - ٤٦٩.

(٤) انظر: الخوئي، منهاج الصالحين، جزء (٢)، ص ٣٦.

(٥) انظر في عرض ذلك: حسن صبحي، المدخل إلى الفقه الاسلامي، ص ٤٥٦، زهير الزبيدي، الغبن والاستغلال، ص ١٣٨، علي الخفيف، الملكية في الشريعة الاسلامية، ص ١٠٧، =

لذلك اجمع فقهاء المسلمين على أن الغبن اليسير لا يؤثر في صحة العقد ولا يعطي للمغبون خيار الغبن إلا إذا كان المتعاقد المغبون، كما سنرى، مدينا حجر عليه بسبب دينه المستغرق لماله، أو مدينا بدين مستغرق وصدر منه العقد في مرض الموت^(١).

أما الغبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وبعبارة أخرى هو ما لا يتغابن الناس في مثله، عرفا وعادة سواء كان ذلك زيادة أم نقصا^(٢)، وهذا هو الرأي المختار عند فقهاء المالكية والحنابلة والشيعة وبعض الأحناف^(٣).

= عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ص ١٥٥، علي الخفيف، مختصر احكام المعاملات الشرعية، العقد، ١٩٥٤، ص ١١٨.

(١) انظر: غني حسون طه، المرجع السابق، ص ٩٠، فقرة ١٥٥، عبد المجيد عبد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٥٥.

(٢) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، جزء (٥) الطبعة الثانية، ١٩٦٦، ص ١٤٣، رسائل ابن عابدين، الجزء الثاني، ص ٧١، العاملي، المرجع السابق، ص ٤٤، فتاوي ابو القاسم الخوئي، ص ٣٦، النجفي جواهر الكلام، جزء (٢٣)، ص ٤٤، الزيلعي، جزء (٣)، ص ١٤١، محمد سلام مذكور، نظرية العقد، ص ١٣٠، الفقه على المذاهب الأربعة، جزء (٢)، ص ٢٨٥، غني حسون طه، المرجع السابق، ص ٩١، احمد فرج حسين، الملكية، ص ٣٣٠، عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود في الفقه الاسلامي، جزء (١)، ص ١٤٣. وقالت دائرة التمييز الكويتية في هذا الشأن: المعتمد عند فقهاء الشريعة الاسلامية ان الغبن زيادة أو نقصان بين في القيمة، فمتى كانت الزيادة أو النقص ظاهرين كان ذلك غبنا فاحشا يعتد به ويعول عليه، اما اذا كان الغبن يسير فلا اثر له، طعن رقم ٣١ / ١٩٧٣ تجاري، بتاريخ ١٩ / ٢ / ١٩٧٥ منشور في مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز الكويتية في المدة من ١ / ١١ / ٧٢ حتى ١ / ١٠ / ١٩٧٩، وزارة العدل، محكمة الاستئناف العليا، المكتب الفني، ص ٢١٥.

(٣) وتجدر الاشارة الى ان الغبن في المذهب الظاهري يعد سببا لابطال البيع أو الشراء حتى لو كان بسيطا اذا لم يكن المغبون عالما به عند التعاقد، لان بيع الشيء بأقل من قيمته أو شراؤه بأكثر منها كلاهما اضرار للمال من جهة المغبون واكل لمال الغير بالباطل من جهة الغابن، انظر: ابن حزم، المحلى، جزء (٨) مسألة ١٤٦٣، وانظر: Rawandozi: op. cit. p.209.

فإذا كان تقويم أهل الخبرة لا يصل إلى القدر الذي اتفق عليه الطرفان، فإننا نكون بصدد غبن يقع على المشتري، أما إذا كان هذا التقويم لا ينزل إلى هذا القدر الذي اتفق عليه، فإننا نكون بصدد غبن يقع على البائع، وعلى هذا فإذا كان الثمن الذي اتفق عليه، في بيع من البيوع «الف» مثلاً وقومها بعض أهل الخبرة بتسعمائة وبعضهم بسبعمائة وآخرون بخمسمائة، ولم يصل تقويم أي من هؤلاء إلى الألف، كان هذا الغبن فاحشاً، وعلى العكس من ذلك إذا قدر كل الخبراء الشيء محل العقد بأكثر مما اتفق عليه الطرفان، كما إذا قدر هذا الشيء بألف ومائة، أو بألف وثلاثمائة، ففي هذه الحالة يكون هناك غبن فاحش على البائع الذي تنازل عن ماله بثمان أقل مما يستحق عادة^(١).

وهناك فريق آخر من الفقهاء اتخذ رقماً معيناً في تحديد الغبن الفاحش فإذا بلغ الغبن هذا الرقم كان غبناً فاحشاً وما دونه يكون غبناً يسيراً لا يعطي خيار الغبن، مقيماً بذلك معياراً مادياً جامعاً من شأنه أن يحد من سلطة القاضي في تقدير الغبن.

أما عن حد الغبن فقد حدده بعض فقهاء المالكية، ورأى عن مالك بالثلث^(٢)، لأن الثلث كثير بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «والثلث كثير» وقيل بالسدس^(٣).

وقد انتقد من جانب آخر بعض المالكية هذا التحديد بمقولة: «وقد حكى بعض البغداديين عن المذهب وعزاه لابن القصار انه يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث، وذلك ليس بصحيح لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرتزق بعضهم من بعض، وفي قوله

(١) انظر: محمد ابوزهرة، المرجع السابق، ص ٤٦٢، حاشية ابن عابدين، جزء (٥)، ص ١٤٢، زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٢) انظر: الفقه على المذاهب الأربعة، جزء (٢)، ص ٢٨٤، غني حسون طه، المرجع السابق، ص ٩١، فقرة ١٥٦، الخطاب، مواهب الجليل، جزء (٤)، ص ٤٦٩، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية العدوي، جزء (٥)، ص ١٥٢ - ١٥٣.

(٣) انظر: ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، جزء (٣)، ص ٤٩٨.

صلوات الله عليه، غبن المسترسل ظلم، دليل على أن لا غبن في غير المسترسل، وما لم يكن فيه ظلم فهو حق يجب القيام به^(١)، واذاف: «القيام بالغبن في بيع الاستثمان والاسترسال هو المذهب وانه لا قيام به في غيره اما اتفاقا أو على المشهور»^(٢).

وإلى جانب الرأي السابق الذي يحدد الغبن برقم أو حد ثابت واحد بالنسبة لجميع التصرفات، فقد وجد رأي آخر ينوع ويغير في هذا الحد وفقا للتصرفات، وهو رأي نصير بن يحيى البلخي، ومؤداه أن الغبن الذي يعتبر فاحشا ينبغي أن يتجاوز نصف العشر (٥٪) في عروض التجارة، والعشر (١٠٪) في الحيوان، والخمس في العقار (٢٠٪)، فإذا لم يصل الغبن هذا القدر كان يسيرا، أما إذا تجاوز هذا القدر فهو غبن فاحش، وفي كل ماله سعر معين بما لا يزيد عنه أو ينقص^(٣).

واساس هذا الخلاف في الرقم الذي يتخذ معيارا للغبن الفاحش هو كثرة التصرفات في عروض التجارة وقلتها في العقار وتوسطها في الحيوان، بالاضافة إلى مقدار التفاوت بين تقديرات المقيمين فيها، فالعقار يختلفون فيه كثيرا، والحيوان قليلا والعروض بنسبة أقل، وما له سعر محدد لا يختلفون فيه قط^(٤).

وبهذا التحديد للغبن الفاحش اخذت مجلة الأحكام العدلية حيث نصت المادة ١٦٥ منها على ان: «الغبن الفاحش على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة».

(١) انظر: الخطاب، المرجع السابق، ص ٤٦٨، الخرشبي، المرجع السابق، ص ١٥٢.

(٢) انظر: الخطاب، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

(٣) انظر: مصطفى شلبي، المدخل في الفقه، ص ٢ - ٨، الكاساني، البدائع، جزء (٦)، ص ٣٠.

(٤) انظر: عباس الصراف، شرح عقد البيع، ص ١٧٦، احمد ابراهيم بك، مذكرات مبتدأ في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الاسلامي، ٤٤ / ١٩٤٥، مكتبة وهبة، مصر، ص ١٠٦.

والحقيقة أن النص المشار إليه لم يصل إلى حقيقة قصد البلخي في تحديده لمقدار الغبن، حيث اعتبر الحد الفاصل، الذي هو غبن يسير عند ابن بجي بدء الغبن الفاحش، والأصح أن يقال أن الغبن الفاحش هو ما زاد على القدر المذكور فقط لا ما كان مساوياً له^(١).

وحدد جانب من فقهاء الشيعة الغبن بالثلث وبعضهم بالربع وآخرون بالخمس ولا يبعد عندهم «اختلاف المعاملات في ذلك، فالمعاملات التجارية المبنية على المماسكة الشديدة يكفي في صدق الغبن فيها العشر بل نصف العشر واما المعاملات العادية فلا يكفي فيها ذلك»^(٢).

هاتان هما الطريقتان الأساسيتان في الفقه الاسلامي في تحديد التفرقة بين الغبن الفاحش والغبن اليسير الذي لا يمكن تجنبه في المعاملات، فالأولى ترك تقدير الغبن لأهل الخبرة دون تحديد نسبة ثابتة، والثانية تأخذ بمعيار تحدده بنسبة معينة.

وإن كان لنا أن نبدي رأينا حول صلاحية احدي هاتين الطريقتين، فلا نتردد في الوقوف إلى جانب رأي جمهور الفقهاء في وضع معيار مجرد وهو أن الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وما دخل تحت تقويمهم فهو غبن يسير، فالأفضل رد ذلك إلى العرف وأهل الخبرة بالشيء محل التعامل، حيث أن تحديد معيار جامد محاط بحدود مادية من شأنه بلا شك أن يحد من سلطان القاضي في التقدير، اضافة إلى ذلك أن تحديد الغبن الفاحش بنسب معينة، كما اشرنا، يقف حجر عثرة أمام التعامل بين الناس لأن التصرفات والمعاملات اليومية بينهم تتقيد بالمتعارف عليه بالبيع بثمن المثل وأن طبيعة عقود المعاوضات تقتضي التبادل على نسب متعادلة في الربح والخسارة، ولو أن هذه الزيادات بموجب التقديرات المشار إليها تعتبر غبنا فاحشا لتعطلت

(١) انظر: صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات، جزء (١)، ص ٤٣٦، عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص ١٤٣ - ١٤٤.

(٢) انظر: فتاوى الخوئي، المرجع السابق، ص ٣٧ مسألة ١٢٨.

المعاملات خاصة وأن هذه المعاملات تخضع بطبيعتها لقانون العرض والطلب، فلا بد من التفاوت بين التزامات الطرفين وأن استقرار التعامل وإحلال الثقة في المعاملات ينبغي أن يقف حائلا دون الرجوع بسهولة ويسر في المعاملات^(١).

اضف إلى ذلك «ان قاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقا حسيابيا على جميع المسائل، دون النظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى تكون قاعدة ظالمة رغما من مظهر خداع فيها للعدالة»^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن نراعي دائما أن تقدير الغبن يرجع إلى وقت العقد^(٣)، فإذا ما ثبت في هذا الوقت أن الثمن كان ثمن المثل، فإن دعوى الغبن لا تسمع، ومن ناحية أخرى فإن هذه الحدود التي تتخذ معيارا للفرقة بين الغبن الفاحش والغبن اليسير، إنما تنطبق فقط في حالة ما إذا كانت قيمة الشيء غير معروفة في الأسواق، فإذا كان السعر معلوما في السوق كما هو الحال في سعر الخبز، مثلا، أو اللحم، فإن الغبن يتحقق في الغالب كلما وقعت مخالفة في هذا السعر زيادة كان ذلك أو نقصا، ولكن هل يؤثر هذا النوع من الغبن في العقود؟ هذا هو محل خلاف في الفقه نعرضه فيما يأتي: -

٢٣ - موقف فقهاء المسلمين من تأثير الغبن على العقود^(٤): اختلف

فقهاء المسلمين حول تأثير الغبن على العقود في اتجاهين رئيسيين، الأول يرى أن الغبن المجرد بغض النظر عن نوعه لا يؤثر على العقد، والثاني يذهب إلى أن الغبن الفاحش ولو كان مجردا يؤثر في العقد.

(١) انظر في نقد تحديد نسب الغبن الفاحش: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٤٠، عباس الصراف، شرح عقد البيع، ص ١٧٦.

(٢) انظر: السنهوري، الوسيط، جزء (١)، ١٩٨٣، فقرة ٢٠٣، ص ٤٨٠.

(٣) انظر: النجفي، جواهر الكلام، جزء (٢٣)، ص ٤٣، الخوئي، منهاج الصالحين، جزء (٢) مسألة ١٢٩، ص ٣٧.

(٤) انظر في ذلك: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٤١، وما بعدها.

Rawandozi: op. cit. p.202 ets.

وانظر:

ونعرض هذين الاتجاهين بالتفصيل على النحو الآتي :-

٢٤ - الاتجاه الأول: عدم تأثير الغبن على العقود: ذهب اتجاه في الفقه الإسلامي إلى أن الغبن لا يؤثر بصفة عامة في لزوم العقد، فلا يحق للمغبون أن يفسخ^(١) العقد أيا كانت جسامته الغبن، والعقد لازم ما لم يمنع اللزوم سبب آخر، وهذا الرأي هو المروي في كتب ظاهر الرأي وهو رأي أكثر الأئمة^(٢).

ذلك لأن الغبن المجرد عن كل خديعة لا يدل إلا على تقصير العاقد المغبون في تحري الأسعار واحوال السوق ومعرفة حد البذل العادل، ولا يدل على سوء نية من العاقد الآخر، ولكل انسان أن يطلب المزيد من المنفعة بالطريق المشروع دون غش أو احتيال ما لم يضر بمصلحة الجماعة، فحينئذ يجد من حريته، ويجد من منفعته، كما هو الحال في احتكار المواد الضرورية، وحالة تحكم الباعة بالاسعار حيث يبيع ولي الأمر المال المحتكر رغما عن صاحبه، فيلجأ إلى التسعير على الباعة إذا رأى أن هناك تواطؤاً في التحكم بالاسعار بدون وجه حق^(٣).

فالفقه الاسلامي لا يسمح باساءة استعمال الحق، وقد قرر الاسلام مبدأ المنع من اساءة استعمال الحق قبل أن تعرفه القوانين الوضعية^(٤).

(١) الفسخ في الفقه الاسلامي مصطلح عام يقصد به التحلل من العقد بأية صورة كانت، ولا يعني معناه المحدد والمعروف في القوانين الوضعية.

(٢) انظر في عرض ذلك: حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص ١٤٢ رسائل ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٦٨، الزيلعي، البحر الرائق، جزء (٤)، ص ٧٩، محمد مذكور، المرجع السابق، ص ١٣١، مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص ٤١٧ فقرة ١٨٩، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ١٣١، حسن صبحي، المدخل الى الفقه الاسلامي، ١٩٧٠، ص ١٩٧١، ص ٤٥٨، فتح القدير، جزء (٦)، ص ١٠٧.

(٣) مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص ٤١٧، فقرة ١٩، وانظر في بيان موقف الفقه الاسلامي من الاحتكار بالتفصيل، زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ٢١٦ وما بعدها.

(٤) انظر: محمد يوسف موسى، الفقه الاسلامي، مدخل لدراسة نظام المعاملات، ١٩٥٤، ص ٨٠.

أما التعامل العادي بين الناس في غير حالة الاحتكار والتحكم في الاسعار فليس من مهمة التشريع أن يمنع التغاين المجرد عن الغش والخديعة، وإنما من مهمته أن يقيم المتعاقدين على قدم المساواة في الأهلية والحرية.

ويدعم هؤلاء الفقهاء وجهة نظرهم بما يأتي :-

أ - ان عقود المعاوضات التي هي موضوع الغبن لازمة في اصلها، ويجب أن تكون بمنأى عن الفسخ كلما امكن ذلك، فلو ابيع للمغبون فسخها لكان ذلك ذريعة إلى تغيير لزومها المشروع، ومن جهة أخرى فإن المغبون إما أن يكون قد علم بالغبن وقت العقد أم لا، فإن كان عالماً به وقت التعاقد يكون قد اقدم عليه وهو على بينة من أمره، ويكون الرضا بالعقد تاماً من كل الوجوه، وإما أن يكون المتعاقد غير عالم بالغبن، وفي هذه الحالة كان يمكنه ان يعلم لو تأنى ولم يتسرع فهو المقصر في حق نفسه ويتحمل نتيجة إهماله ويبقى للعقد احترامها والمحافظة عليها من البطلان^(١).

ب - أنه يصعب ايجاد معيار ثابت للغبن يبين متى يعتبر المتعاقد مغبوناً ومتى لا يعتبر كذلك، حيث أن الآراء تختلف في تحديد المعايير بين التشدد في تحديد مقدار الغبن والتوسع فيه، مما يؤدي إلى تهديد استقرار العقد واختلاف في النتائج والآثار المترتبة على تبني رأي دون آخر^(٢).

ج - انه ليس من المفيد أن نجعل الغبن مؤثراً في لزوم العقد طالما كانت هناك وسائل أخرى كثيرة ومتعددة لحماية المتعاقد، كما في حالة التفرير والخداع، وعيوب الارادة، والخيارات حيث أن اضافة الغبن إلى هذه الوسائل يكون من شأنها زيادة الأخطار التي تهدد المعاملات بين الناس^(٣).

(١) انظر: محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص ٤٦٣، ٤٦٤، محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص ٨٠٤.

(٢) انظر في ذلك: Rawandozi: op. cit. p.203.

(٣) انظر: احمد ابراهيم، المعاملات، القاهرة، ص ٤٥.

Rawandozi: Ibid. p.203.

وانظر:

د - كما يستند الاتجاه السابق في تدعيم رأيه إلى بعض الاحاديث النبوية منها: قول رسول الله صلى الله عليه وسلم (دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض)^(١)، وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ (إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام).

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الأخير أن الرسول عليه الصلاة والسلام لم يذكر لحبان بن منقذ، أن له الحق في الخيار، لمجرد الغبن الفاحش، وإنما بين له أن الخيار يصبح من حقه، إذا شرط مع المتصرف معه عدم الخديعة، ولو كان التصرف مع الغبن الفاحش يؤثر في العقود، لما كلف الرسول صلى الله عليه وسلم حبان اشتراط الخلافة.

وواضح أن استدلال هؤلاء الفقهاء بحديث حبان بن منقذ ليس فيه دلالة صريحة على أن الغبن الفاحش لا يؤثر على العقود، وكل الذي يفيد اثبات الخيار عند شرط عدم الخلافة^(٢).

٢٥ - الاتجاه الثاني: تأثير الغبن على العقد: اختلف انصار هذا الاتجاه حول شروط تأثير الغبن على العقد، فبعضهم اكتفى بكون الغبن فاحشا ليكون مؤثرا على العقد، والبعض الآخر تطلب أن يقترن الغبن بالتغيير دون حاجة لاشتراط جسامته الغبن، وفيما يأتي بيان هذين الرأيين بالتفصيل:

٢٦ - أولا - تأثير العقد بالغبن الفاحش ولو كان مجرداً : يذهب انصار هذا الرأي إلى أن الغبن الفاحش فقط هو الذي يؤثر في حكم العقد فيجعله غير لازم بالنسبة لمن وقع الغبن في جانبه من غير علمه، فيحق له أن يفسخ العقد لان الغبن ظلم وهو مطلوب رفعه^(٣).

(١) اشار إليه مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص ٤١٨ هامش (١).

(٢) انظر: حسن صبحي، المرجع السابق، ص ٤٥٨ - ٤٥٩.

(٣) انظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها، وانظر كذلك:

Rawandozi: op. cit. p.207 ets.

(٤) انظر: محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص ٨٠٤، محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص ٤٦٤، حسن صبحي، المرجع السابق، ص ٤٥٩، غني حسون طه، المرجع السابق، ص ١٩٢.

ومن هذا الرأي ظاهر مذهب مالك^(١)، والشيعة الإمامية^(٢)، وانضم اليهم ابن حزم من الظاهرية^(٣)، وهو قول مرجوح في المذهب الحنفي^(٤).

واستدل فقهاء هذا الرأي بما روي عن محمد بن سيرين أن رجلاً قدم المدينة بجواري فتزل على ابن عمر، فقال: يا أبا عبد الرحمن غنبت بسبعمئة درهم، فأق ابن عمر الى عبد الله بن جعفر، فقال: انه غن بسبعمئة درهم، فأما أن تعطيها اياه، وإما أن ترد عليه بيعه، فقال ابن جعفر: بل نعطيها اياه، فابن عمر وابن جعفر قد رأيا رد البيع من الغبن في القيمة^(٥).

ونرى للوقوف على حقيقة هذا الاتجاه ان نتعرض فيما يأتي تفصيلاً لموقف مذهب الإمام مالك منه، ومن خلاله نتعرض لموقف المذاهب الأخرى المتفقة معه في الرأي:

مذهب الإمام مالك: يرى ظاهر مذهب مالك أن الغبن منفردا يكفي لاثبات الخيار لمن وقع عليه.

وفي ذلك يقول ابن جزى^(٦): الغبن ثلاثة أنواع: (الأول) غبن لا يقام به وهو اذا زاد المشتري في ثمن السلعة على قيمتها لغرض له كالمشاكلة. (الثاني) غبن يقام به قل أو كثر وهو الغبن في بيع الاسترسال واستلام المشتري للبائع. (الثالث) اختلف فيه وهو ما عدا ذلك وعلى القول بالقيام به فيقوم المغبون سواء كان بائعاً أو مشترياً إذا كان مقدار الثلث فأكثر وقيل لا حد له وإنما يرجع فيه للعوائد فما علم أنه غبن فللمغبون الخيار.

(١) انظر: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٣٦٥.

(٢) انظر: العاملي، المرجع السابق، جزء (٣)، ص ٤٦٣ - ٤٦٤، النجفي، المرجع السابق، جزء (٢٣)، ص ٤٣.

(٣) انظر: ابن حزم، المحلى، جزء (٤)، ص ٧٩، وانظر: Rawandozi: op. cit. p.209.

(٤) انظر: الزيلعي، البحر الرائق، جزء (٤)، ص ٧٩، حاشين ابن عابدين، جزء (٥)، ص ١٤٢.

- ١٤٤، رسائل ابن عابدين، جزء (٢) ص ٦٨.

(٥) انظر: حسن صبحي، المرجع السابق، ص ٤٥٩.

(٦) انظر ابن جزى، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

ويتبين من ذلك ان الغبن في مذهب مالك على ثلاثة أنواع:

(١) غبن يقدم عليه العاقد وهو على بينة من أمره، فهو لا يجهل قيمة السلعة، ولكنه مع ذلك يشتريها بأكثر من قيمتها لغرض له في ذلك قد يكون الرغبة الملحة في الحصول على الشيء لقيمتها الذاتية بالنسبة الى المشتري، وقد يكون مجرد المزاحمة والمشاكلة. ومثل هذا الغبن، الذي لا يصحبه تغرير ولا غلط، لا يعتد به، إلا في حالات محدودة نادرة حيث يؤثر مجرد الغبن المادي المحض في لزوم التصرف، كالغبن الواقع في مال المحجور وفي مال الوقف وبيت المال.

(٢) غبن يصحبه التغرير، ويرد هذا في بيع الاسترسال وبيع الأمانة وفي غيرها من المعاملات التي يلجأ فيها أحد العاقدين إلى طرق احتيالية توقع العاقد الآخر في الغلط. وهذا هو التدليس أو الغبن مع التغرير.

(٣) غبن يقع فيه المتعاقد عن غلط في قيمة المعقود عليه وهذا هو الغلط في القيمة الذي نقف عنده لنرى ما ورد من نصوص بشأنه في الفقه المالكي^(١).

فقد جاء في حاشية العدوي على الخرشي^(٢): «حصل بعض الأشياخ في القيام بالغبن وعدم القيام به ثلاث طرق. الأولى للقاضي عبد الوهاب في المعونة: ثبوت الخيار لغير العارف باتفاق، وفي العارف قولان. الثانية للمازري: ان استسلم أي أخبر المشتري البائع أنه غير عارف بقيمته، فقال له البائع قيمتها كذا، فله الرد. وان كان عالماً بالمبيع وثنمه، فلا رد له. وخلاف في هذين القسمين. وفيما عداها قولان. الطريقة الثالثة لصاحب المقدمات: البيع ان وقع على جهة الاسترسال والاستئمان، وجب القيام بالغبن، كقوله اشترمني سلعتي كما تشتري من الناس، وأن وقع على وجه المكايسة، فلا قيام له باتفاق».

(١) انظر: السهوري، مصادر الحق، جزء (٢)، ص ١٣٧.

(٢) انظر: حاشية العدوي على الخرشي، دار صادر بيروت، جزء (٥)، ص ١٥٢.

وجاء في الخطاب^(١): قال الإمام أبو عبد الله ليس الخلاف على الإطلاق إنما هو مقيد بأن يكون المغبون لم يستسلم إلى بائعة ويكون أيضاً من أهل المعرفة بقيمة ما اشتراه وإنما وقع في الغبن غلط يعتقد أنه غير غلط، فإما إذا علم القيمة فزاد عليها فهو كالواهب، أو فعل ذلك لغرض له فلا مقال له، وكذلك إذا استسلم لبائعه وأخبره أنه غير عالم بالغبن، فذكر له البائع ما غره به، مثل أن يقول أعطيت فيها كذلك ويسمى له بائعها منه، قال فهذا ممنوع باتفاق، وأضاف قائلاً: «... والغبن قيل الثلث وقيل ما خرج عن المعتاد...» وصرح به صاحب الجواهر فقال إذا قلنا بآثار الخيار بالغبن المتفاحش، فقد اختلف الأصحاب في تقديره، فمنهم من حده بالثلث فأكثر ومنهم من قال لا حد له. وإنما المعتبر فيه العوائد بين التجار، فما علم أنه عن التغابن الذي يكثر وقوعه بينهم ويختلفون فيه فلا مقال فيه للمغبون باتفاق، وما خرج عن المعتاد فالمغبون فيه بالخيار^(٢).

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير^(٣): «قال المتطي قال بعض البغداديين إن زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع، وكذلك إن فسخ بنقصان الثلث من قيمته فأعلى، إذا كان جاهلاً، بما صنع، وقام قبل مجاوزة الطعام. وبهذا أفتى المازري وابن عرفة والبرازي وابن لب، ومثى عليه ابن عاصم في متن التحفة... قلت والعمل به مستمر عندنا بفاس».

ونخلص مما تقدم أن الغبن الذي يرجع إلى غلط في القيمة يثبت الخيار حتى لو لم يصحبه تغير وهذا رأي آخر في مذهب مالك (وهو قول البغداديين المالكية) وذلك بشروط ثلاثة استخلصت من تحفة ابن عاصم^(٤) وهي:

١ - أن يكون هناك غبن فاحش، في غير بيع المزايدة، والغبن الفاحش

(١) انظر: الخطاب، كتاب مواهب الجليل، جزء (٤)، الطبعة الثانية، ١٩٧٨، ص ٤٧١.

(٢) انظر: الخطاب، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، جزء (٣)، ص ١٤١.

(٤) انظر: السهري، المرجع السابق، ص ١٤٠ - ١٤١.

هو الثلث، زيادة في البيع ونقصا في الشراء، على قول، وعلى قول آخر بقدر ما لا يتغابن فيه الناس وتعتبر القيمة وقت البيع.

٢ - أن يكون الغبن راجعا إلى جهل المغبون وغلطة في قيمة المبيع. بل يجب فوق ذلك ان يكون المغبون معروفاً بعدم الخبرة، كما هو الحال في بيع المسترسل، وقد استغل المتعاقد الآخر عدم خبرته^(١).

٣ - أن يقيم المغبون دعوى الغبن في خلال عام من وقت صدور التصرف الذي وقع فيه الغبن، وذلك حتى لا يطول الوقت الذي يكون فيه هذا التصرف مزعزعا قابلا للنقض بغية استقرار التعامل بين الناس.

فترى من ذلك أن مذهب مالك يتسع للقول بأن الغلط في قيمة المبيع يعتد به مادام العاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الغلط، ومادام العاقد المغبون يقيم دعوى الغبن في مدة عام.

٢٧ - ثانيا : عدم تأثر العقد الا بالغبن المصحوب بالتغريير : ويعطي هذا الاتجاه الحق للطرف المغبون بفسخ العقد فيما إذا كان الغبن نتيجة تغريير غيره، ومنعه اذا لم يكن كذلك، وهذا هو الظاهر في المذهب الحنفي والشافعي ومذهب احمد.

ونعرض لموقف هذه المذاهب من الغبن المؤثر في العقد وذلك على النحو الآتي : -

٢٨ - المذهب الحنفي : اختلف فقهاء المذهب الحنفي في مسألة الغبن في البيوع، فقال بعضهم بانه سبب لفسخ العقد بخيار الغبن، وقال البعض الآخر ليس سببا لذلك، ولكن الرأي المختار عندهم هو أن الغبن لا يكون سببا للفسخ إلا إذا كان فاحشا - لأن غبنه ناشئ عن تقصيره في حق نفسه

(١) وهذا يقرب من الاستغلال المعروف في القانون الوضعي، وهو في الوقت ذاته يكفل استقرار التعامل بان يجعل العاقد الآخر علما بالغلط أو مستطعا ان يعلم ذلك.

وتركه الاحتياط^(١) - وأن يكون نتيجة تغرير صدر من العاقد الآخر^(٢)، ويتبين من هذا الاتجاه الأخير مدى تعلق الفقه الاسلامي بمبدأ حرية التعاقد، فالعقد لا يمكن الطعن فيه بسبب الغبن إلا إذا وقع التعاقد في غلط ناشئ عن الخيل التدليسية التي يقوم بها الطرف الآخر^(٣).

وجاء ابن عابدين في رسالته عارضا موقف الاحناف من الغبن بقوله^(٤): «واما دعوى البالغين وفسخهم البيع به ففيها أقوال ثلاثة. قيل تصح ويفسخ مطلقا. وقيل لا مطلقا. وقيل بالتفصيل: أن غره نعم. والا فلا، وبه أفتى أكثر العلماء رفقا بالناس. ومشى عليه في متن التثوير آخر باب المراجعة. وفي الزيلعي والصحيح أن يفتي بالرد أن غره، وإلا فلا. وبه أفتى الخير الرملي قبيل البيع الفاسد. حيث سئل هل له خيار الفسخ به حيث غره بذلك. أجاب نعم له فسخ البيع بذلك والحالة هذه. وقد ذكر المسألة في فتاوي قارئ الهداية في ثلاثة مواضع منها. وكذا ذكره الزيلعي في باب التولية والمراجعة وصاحب البحر وصاحب منح الغفار وكثير من الأسفار. فاختر بعضهم الرد مطلقا. وبعضهم عدمه مطلقا، والصحيح الذي يفتي به أن غره رد والا فلا.

ونقل قبله في الخيرية قوله وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقا بالناس فإن قلت لم أطلتكم الجواب في فسخ القاصر بعد بلوغه بدون اشتراط التغرير، قلت ان البالغ العاقل يصح شراؤه وبيعه لنفسه بما عز وهان، فصح تصرفه، لكن ان غره البائع مثلا فهو معذور، فيثبت له خيار الرد. بخلاف وصي القاصر، فإن تصرفه في مال القاصر منوط بالمصلحة، وليس من المصلحة بيعه مال القاصر بالغبن الفاحش ولو بدون تغرير».

(١) انظر: محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٢) وهذا ما اخذت به مجلة الاحكام العدلية حيث نصت المادة ٣٥٦ منها على انه «إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون ان يفسخ العقد».

(٣) انظر: توفيق حسن فرج، الرسالة السابقة، ص ٤٦، صبحي محمضاني، النظرية العامة للموجبات، ص ٤٣٥.

(٤) انظر: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، الجزء الثاني، ص ٦٩.

وهذا ما أكده ابن نجيم كذلك بقوله^(١): «وفي القنية من اشترى شيئا وغبن فيه غبنا فاحشا. فله أن يرده على البائع بحكم الغبن. وفيه روايتان. ويفتي بالرد رقفا بالناس... وقع البيع بغبن فاحش، ذكر الجصاص وهو أبو بكر الرازي في واقعاته أن للمشتري أن يرد للبائع أن يسترد، وهو اختيار أبي بكر الزرنجري والقاضي الجلال، وأكثر روايات كتاب المضاربة الرد بالغبن الفاحش وبه يفتي... ليس له الرد والاسترداد، وهو جواب ظاهر الرواية، وبه أفتى بعضهم... ان غر المشتري البائع فله أن يسترد، وكذا ان غر البائع المشتري له أن يرد... قال البائع للمشتري قيمته كذا فاشتراه، ثم ظهر أنها أقل، فله الرد، وإن لم يقل فلا، وبه أفتى صدر الاسلام... ولو لم يغره البائع ولكن غره الدلال فله الرد، ولو اشترى فيلقى الابريس خارج البلد عن لم يكن عالما بسعر البلد بغبن فاحش، فللبائع أن يرجع على المشتري بالفيلق، مثله في حق المشتري... فقد تحرر أن المذهب عدم الرد بغبن فاحش. ولكن بعض مشايخنا أفتى بالرد به. وفي خزانة الفتاوي خدع بغبن فاحش فالمذهب ليس له الرد، وقال أبو بكر الزرنجري يفتي بالرد. وبعضهم أفتى به ان غره الآخر، وبعضهم أفتى بظاهر الرواية من عدم الرد مطلقا. وفي الصيرفية اختار عماد الدين الرد بالغبن الفاحش اذا لم يعلم به المشتري. وكذا في واقعات الجصاص، وعليه أكثر روايات المضاربة، وبه يفتي، واختاره النسفي وأبو اليسر البزدوي. وقال الامام جمال الدين جدي ان غره فله الرد، والا فلا. والصحيح ان ما يدخل تحت تقويم المقومين فيسير، وما لا ففاحش. وكما يكون المشتري مغبونا مغرورا يكون البائع كذلك، كما في فتاوي قارئ الهداية».

ويتضح من أقوال فقهاء المذهب الحنفي انهم يقولون بالرد عند الغبن الفاحش في حالة ما إذا اقترن بتغريب، وعلى ذلك اذا تحقق الغبن الفاحش دون تغريب فلا يجوز الرد.

(١) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، جزء (٦)، ص ١١٥ - ١١٦، وانظر كذلك: ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص ٨٥ حيث قال: «اذا غر البائع المشتري وقال له قيمة متاعي كذا فاشتراه بناء على قوله، ثم ظهر فيه غبن فاحش فانه يرده وبه يفتي».

٢٩ - ويقصد بالتغريير (التدليس) في الفقه الاسلامي، أن يجعل العاقد في حالة يعتقد معها انه اخذ الشيء بقيمته والحقيقة هي غير ذلك^(١)، وبعبارة اخرى هو ايهام الشخص بما يرغبه في التعاقد^(٢)، وعلى قول مجلة الأحكام العدلية توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية^(٣) أو هو اغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب احد المتعاقدين في العقد وحمله عليه^(٤).

وعلى هذا فالتغريير ينقسم إلى نوعين، تغريير قولي وآخر فعلي.

٣٠ - فالتغريير القولي^(٥)، يكون بالقول أي بمجرد الكذب، متى كان الكذب من شأنه التغريير بالتعاقد الآخر والحاق الغبن به^(٦)، والكذب المكون للتدليس قد يكون باعطاء بيانات أو معلومات كاذبة في عقود تقوم أساساً على صحة هذه البيانات، والمشتري يطمئن إليها ويقدم على ابرام العقد، كما في حالة بيعات الأمانة، فهو على سبيل المثال إما أن يشتري الشيء من البائع بالثمن الذي قام عليه مع اضافة شيء من الربح اليه، ويسمى هنا البيع مرابحة^(٧)، وإما أن يشتري منه بالثمن الذي قام به عليه مع انقاص شيء من هذا الثمن، ويسمى البيع في هذه الحالة وضيعة أو مواضعه، وإما أن يشتريه بالثمن الذي قام به على البائع بدون زيادة ولا نقصان ويسمى البيع في هذه

(١) انظر: محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص ٤٦١.

(٢) انظر: عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، فقرة ٢٥٦، ص ١٤٧.

(٣) انظر: المادة ١٦٤.

(٤) انظر: مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص ٤٠٩، والظاهر ان المادة ٤٤ من القانون المدني الاردني جاءت متأثرة بالتعريف الذي اوردته مصطفى الزرقاء باعتباره احد المشاركين في وضع هذا القانون. وانظر كذلك: الشيرازي، المهذب جزء (٢)، ص ٢٨٣ - ٢٨٤، القواعد لابن رجب، قاعدة ٣٣ ص ٤١ - ٤٢، ابن نجيم، البحر الرائق، جزء (٦)، ص ٣٥.

(٥) انظر: Rawandozi: op. cit. p.258، ويسميه البعض التغريير في السعر، انظر: مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص ٤١٠.

(٦) انظر: السنهوري، مصادر الحق، جزء (٢)، ص ١٧٨.

(٧) انظر: عبد الحميد محمود البعلي، فقه المrabحة، من مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية، مصر الجديد، القاهرة، ص ٧ وما بعدها، الهداية، جزء (٢) مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ص ٥٦.

الحالة تولية، واما ان يشارك المشتري البائع في جزء من المبيع يقابله من الثمن ويسمى في هذه الحالة اشراكاً^(١)، فالمشتري في هذه الصورة جميعاً انما يقدم على الشراء بعد أن يقيم الامور على ضوء الثمن الذي يخبر به البائع، فاذا كان البائع كاذباً في اخباره اعتبر ذلك منه تغريراً قولياً موجباً لنقض العقد^(٢)، ومن ابرز حالات التغرير كذلك النجش.

وتجدر الاشارة إلى أن الراجح لدى فقهاء الحنفية هو إنه لا بد من أن يرافق التغرير غبن فاحش، وإلا كان لا تأثير له^(٣)، غير ان لهذه القاعدة استثناءات تتعلق ببيع المربحة ونظائره^(٤)، ففي هذه البيوع يكفي التغرير وحده دون غبن فاحش للطعن في العقد، وتتفق كل المذاهب الفقهية على اعطاء المشتري حق الطعن في العقد ولكنها تختلف من حيث طبيعة الجزاء، فيرى بعض هذه المذاهب ان للمشتري طلب فسخ العقد، ويرى البعض

(١) والمربحة والمواضعة والتولية والاشراك تسمى في الفقه الاسلامي بيوع الامانة أو بيعات الامانة، انظر في مزيد من التفصيل حول هذه البيوع في الفقه الاسلامي: ابن نجيم، البحر الرائق، جزء ٦، ص ١١٦ - ١١٨، الكاساني، البدائع، جزء (٥) ص ٢٣٣، السرخسي، المبسوط، جزء ١٣، ص ٧٨، مالك، المدونة الكبرى برواية سنحون، ١٣٢٤هـ، المطبعة الخيرية، جزء (١٠) ص ٦٠ - ٦٩، الشيرازي، المهذب، ١٣٤٣هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، جزء (١) ص ٣٨٨ - ٢٩٠، الطوسي (محمد) المبسوط في فقه الامامية، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، جزء (٢)، ص ١٤١، ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، جزء (٤) ص ١٠٠ وما بعدها.

(٢) انظر: عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٤٩. وتجدر الاشارة الى أن المشرع الكويتي اعتبر كتمان البائع ملائسات احاطت بشرائه، إذا كانت من شأنها أن تؤثر في رضاء المشتري تدليسا تجعل العقد قابلاً للإبطال (انظر المادة ٤٦٢ / ٣ من القانون المدني)، اما القانون المدني العراقي فقد اعتبر العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغبون إذا نشأ عن التغرير غبن فاحش، واعتبر عدم الامانة تغريراً (م ١٢١).

(٣) انظر المادة ٣٥٧ من مجلة الاحكام العدلية حيث تنص على انه: «إذا غر احد المتبايعين الآخر وتحقق ان في البيع غبناً فاحشاً للمغبون ان يفسخ البيع حينئذ».

(٤) انظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٦٠.

الآخر منها ان له طلب الخط من الزيادة التي كذب البائع فيها^(١).

٣١ - أما التغيرير الفعلي^(٢) فهو ما كان التغيرير فيه ناتجا عن فعل، وهو على نوعين: إما أن يحصل بعمل سلبي محض، كأخفاء العيب وعدم اظهاره للمتعاقد الآخر، فهو لا يتضمن طرعا احتيالية ولا تأكيدات غير صحيحة، وإنما يقوم على اساس أن المتعاقد قد اخفى عن الطرف الآخر في العقد ما كان يجب عليه الافضاء به، وإن الطرف الآخر لم يكن باستطاعته معرفة الأمر الذي كتم عنه من طريق آخر، فهذا الكتمان يكفي بذاته لاعتباره تدليسا^(٣).

وإما أن يحصل التدليس بفعل ايجابي يزيد به الثمن، والصورة الواضحة لذلك والتي يذكرها الفقهاء عادة هي التصرية، وهي ربط اخلاف الشاه أو الناقه وترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيكثر، فيظن المشتري أن ذلك عاداتها، فيزيد على اثر هذا التغيرير في ثمنها^(٤)، وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك بقوله: «لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها فانه يخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء امسك وإن شاء ردها وصاعا من تمر»^(٥).

وهناك صور أخرى من التغيرير الفعلي لا يمكن حصرها تزخر بها كتب الفقه الاسلامي، كتلطيف ثياب العبد بالمداود حتى يظهر لمن يود شراؤه انه

(١) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، جزء (٤) ص ١٦٩ وما بعدها، وانظر في عرض موقف الفقهاء، تفصيلا: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٧٩ وما بعدها. وانظر: المغني والشرح الكبير، جزء ٤ ص ١٠٠ وما بعدها.

Rawandozi: op. cit. p.252.

(٢) انظر:

(٣) انظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٥٤، الزيلعي، شرح كنز الدقائق، جزء (٦)، ص ٣٥. وقد اختلف الفقهاء في درجة جسامه العيب الذي يعمد البائع الى كتمه عن المشتري ولم يبينه. انظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٥٦، محمد يوسف موسى، الفقه الاسلامي، مدخل لدراسة نظام المعاملات، ١٩٥٤، ص ٧٣ - ٧٤.

(٤) انظر: الشوكاني، نيل الاوطار، جزء (٥) ص ٢٢٧.

(٥) انظر: ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، جزء (٤) ص ٨٠، انظر: توفيق فرج، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص ٤٧، مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص ٤١١.

يعرف الكتابة، وكصبيغ الثوب القديم ليظهر جديدا، ومنها حبس ماء الرحي تحميلا لكثرتة، ومنها تسويد شعر الجارية لاختفاء بياضه، أو تجعيده لاختفاء سبطته، أو تحمير وجهها لتغطية صفرتة فتبدو أجمل من حقيقتها لتغري المشتري ويزيد من ثمنها^(١).

وفي جميع الأحوال السابقة يشترط في التغرير حتى يكون سببا للفسخ^(٢)، أن يصدر من أحد المتعاقدين أو من دلاله^(٣)، وعلى ذلك لا يقبل طلب الفسخ من البائع المغبون إذا غره رجل اجنبي غير الدلال، فلو غر المشتري البائع في العقار فأخذه الشفيع بالشفعة لا تقبل دعوى هذا البائع قبل الشفيع لأن التدليس صدر من المشتري لا من الشفيع^(٤).

وفضلا عن ذلك فإن الحيل التدليسية كما يمكن أن تصدر من البائع يمكن كذلك أن تصدر من المشتري، فالمشتري الذي يبالغ في انقاص قيمة الشيء ليحصل عليه بثمان منخفض يرتكب هو الآخر تدليسا قوليا، وهو يرتكب تدليسا قوليا كذلك إذا زعم أن شخصا آخر عرض عليه سلعة من صنف ممتاز وبالثمان نفسه^(٥).

على أنه لا يلزم، في حقيقة الأمر لكي يؤدي التغرير إلى ابطال العقد أن

(١) انظر: عبد الحميد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٤٨، حسن علي ذنون، اصول الالتزام، بغداد، ١٩٧٠، ص ٩٣.

(٢) وأما التغرير الفعلي وحده فعند أبي يوسف موجب للخيار وعند أبي حنيفة لا يوجب الخيار غير أن البائع المغرور يرجع بنقصان الثمن ولا يتصور التغرير الفعلي من غير البائع، انظر في ذلك: منير القاضي، شرح المجلة، الجزء الأول، ص ٣٢٤، صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، جزء (٤)، ص ١٧٦.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، جزء (٤)، ص ١٧٦، وهذا الشرط تستلزمه التشريعات الحديثة في شأن التدليس، انظر المواد (١٢٥ - ١٢٦ مدني مصري)، المادة (١٥٣ مدني كويتي).

(٥) انظر في ذلك: المحاسني، شرح المجلة، جزء أول، ص ٢٩٤.

يصطحب بغبن فاحش فالتغير كما يبدو في الفقه الاسلامي ، له معنى واسع ، وهو كما تعرفه المادة ١٦٤ من مجلة الأحكام العدلية : «توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية» لكي يستثير رغبة الطرف الآخر فيقدم على ابرام العقد^(١).

ورغم هذا المعنى الواسع الذي يعطي للتغير في الفقه الاسلامي فان غالبية الفقهاء المعاصرين لم يتصوروه كعيب قائم بذاته . ولم يحاولوا تحديد نطاقه كعيب مستقل منفصل عن الغبن الفاحش^(٢).

وفي هذا المعنى يقول احد الفقهاء المعاصرين : « . . . وبذا نستطيع أن نقول أن الغبن والتغير كلاهما لا يعتبر بمفرده عيبا من عيوب الارادة فلا يترتب على احدهما حق فسخ العقد على اساس ظاهر الرواية . . . ولكن إذا اجتماعا فهما يكونان عيبا في الارادة والرضا بالعقد مما يؤثر في لزوم العقد ويرتب لمن تحقق في جانبه هذا الغبن التدليسي أو التغير الغابن خيار فسخ العقد أو اجازته . . . »^(٣).

ولكي يؤدي التدليس أو التغير إلى ابطال العقد يجب ان يكون ابرامه قد تم تحت تأثير الخداع الذي ينبغي أن يصدر، كما ذكرنا، من المتعاقد الآخر لا من الغير، وفي هذه الحالة لا يشترط أن يقترب التدليس بغبن فاحش ومن الممكن ان يقترب بغبن يسير محتمل في نطاق المعاملات، ومن الممكن الا يصطحب كما يرى البعض بأي غبن على الاطلاق مادام قد دفع المدلس عليه الى ابرام العقد، بحيث انه كان يمتنع عن ذلك لو انه علم حقيقة الأمر^(٤).

أما التغير القولي، فقد رأينا ان الرأي الراجح لدى فقهاء الاحناف هو انه لا بد أن يرافقه غبن فاحش والا كان لا تأثير عليه، غير ان هذه القاعدة، كما اشرنا استثناءات في بيع المرابحة ونظائره.

(١) انظر: توفيق فرج، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، فقرة ١٧م، ص ٤٩.

(٢) انظر في ذلك: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٤٩.

(٣) محمد سلام مذكور، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ١٣١ - ١٣٢.

(٤) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٤٩ - ٥٠، المحاسني، المرجع السابق، ص ٢٩٤،

مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص ٤١١.

٣٢ - الاستثناءات الواردة على ارتباط الغبن الفاحش بالتغدير: وإذا كان الاصل في الفقه الحنفي أن يكون الغبن مقترنا بالتغدير حتى يكون مؤثرا على العقد، إلا أن هذا الاصل ترد عليه استثناءات يكفي فيها الغبن الفاحش وحده دون تغدير أو يكفي فيها الغبن وحده ليكون مؤثرا على العقد^(١)، ومن هذه الاستثناءات:

أ - بيع المدين المحجور عليه بسبب دينه المستغرق لماله، لا يغتفر فيه الغبن مطلقا، سواء كان فاحشا أو يسيرا، ولذا كان متوقفا على اجازة الدائنين أو تكملة الثمن إلى القيمة، فإن اجاز الدائنون أو اكمل المشتري الثمن نفذ البيع ولا بطل^(٢)، لان حقوق الدائنين قد تحققت بأموال المدين فتصرفه حينئذ في ملك غيره حكما^(٣).

وهذا ينطبق كذلك على بيع المريض مرض الموت إذا كان مدينا بدين مستغرق، فاذا باع المدين وهو مريض مرض الموت شيئا من ماله بأقل من قيمته، ثم مات وتركته مستغرقة بالدين يعتبر هذا محاباة، فللدائنين عندئذ أن يطلبوا من المشتري تكملة الثمن حتى يبلغ القيمة الحقيقية للمبيع وقت البيع، فإذا أبى كان لهم الحق في فسخ البيع ورد الثمن الذي دفعه المشتري إليه وينزع منه المبيع^(٤).

-
- (١) انظر: احمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، ص ٣٣١.
(٢) انظر: Rawandozi: op. cit. p.277، وانظر: محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٤٠٩.
(٣) وتجدد الإشارة الى ان مجلة الاحكام العدلية فرقت بشأن تأثير الحجر على تصرف المدين بين المال الذي يكون موجودا وقت الحجر والمال الذي يملكه المحجور عليه بعد ذلك، فنصت المادة ١٠٠١ على انه: الحجر للدين يؤثر في مال المديون الذي كان موجودا في وقت الحجر فقط ولا يؤثر في المال الذي تملكه بعد الحجر. وازافت المادة ١٠٠٢ قائلة: ان الحجر يؤثر في كل ما يؤدي الى ابطال حق الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بأنقص من ثمن مثله. بناء عليه لا تعتبر تصرفات المديون المفلس وتبرعاته وسائر عقودهم المضرة بحقوق الغرماء في حق امواله الموجودة وقت الحجر ولكن تعتبر في حق امواله التي كانت موجودة وقت الحجر ويعتبر بعد زوال الحجر ويبقى مديونا بادائها ذلك الوقت وايضا ينفذ اقراره على ان يؤدي مما يكتسب بعد الحجر».
(٤) انظر: المادة ٢٦٦ من مرشد الحيران.

وكذلك الحال بالنسبة للمريض مرض الموت الذي يوصي بثلث ماله، فإذا باع شيئاً بغبن ولو يسيراً فإن ذلك يعتبر مجابة تدخل في ثلث ماله^(١).

ب - ويعتبر الغبن الفاحش وحده سبباً لإبطال البيع، ولو كان بدون تغرير في مال اليتيم ومال الوقف وبيت المال^(٢)، فقد ورد في المادة ٣٥٦ من مجلة الأحكام العدلية، «إذا وجد غبن فاحش في البيع، ولم يوجد تغرير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه إذا وجد الغبن في مال اليتيم فلا يصح البيع ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم».

فعليه إذا باع الولي أو الوصي مال اليتيم أو إذا باع متولي الوقف مال الوقف بحال الاستبدال مثلاً، أو إذا باع المأمور المأذون مال بيت المال، بغبن يسير صح البيع، أما إذا كان البيع بغبن فاحش فلا يصح ولو لم يكن المشتري غاراً^(٣). ما لم يرفع الغبن ذلك لأن تصرف هؤلاء على هذا الوجه فيه إضرار بالآخرين لأن تصرفهم قد تعلق به حق الغير، فيجب أن يعمل على رفع هذا الضرر^(٤).

ثم أن قوامة هؤلاء الأوصياء والأولياء إنما جعلت تحقيقاً لمصلحة من هم تحت أيديهم، ومحافظة على أموالهم من الضياع، فيجب أن تستهدف تصرفاتهم المصلحة وتحقيق الغاية المرجوة منهم، فإذا حادت تصرفاتهم عن جادة الطريق وكان الغبن الفاحش دليلها، فهم بهذا قد نقضوا وظيفتهم الأساسية التي جاءوا

(١) انظر: الانقوري، الفتاوى الانقورية، طبعة بولاق، جزء (١)، ص ٢٥٨، أشار إليه زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٤٦ هامش (٤).

(٢) وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ وليس من الحسب إدخال الغبن الفاحش في ماله، وإن بيت المال ومال الوقف أولى ما يحتاط لهما، فالبيع عليها كالبيع على المحجور، انظر: التاج والاكلیل للمواق بهامش الخطاب، جزء (٤) ص ٤٦٩، زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٤٣، عباس الصراف، شرح عقد البيع، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٣) انظر: صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص ٤٣٧.

(٤) انظر: الخطاب، التاج والاكلیل، جزء (٤) ص ٤٦٩، وانظر رسائل ابن عابدين، جزء (٢)، ص ٧٣ وما بعدها.

من اجلها فتقع تصرفاتهم بذلك باطلة.

ويتفق الفقهاء - رغم الاختلاف فيما بينهم حول تأثير الغبن بصفة عامة على العقد، - مع الفقه الحنفي في تأثير الغبن الفاحش أو اليسير حسب الأحوال على مثل هذه العقود^(١)، ولكنهم اختلفوا في الجزاء الذي يوقع عليها، فذهب اتجاه في الفقه الحنفي إلى توقيع البطلان عليها «لان بيع مال اليتيم وما عطف عليه بغبن فاحش باطل لا ينعقد اصلاً»^(٢)، إلا أن الرأي الراجح في مذهب الاحناف جعل جزاء هذه العقود الفساد وليس البطلان، وذلك لصدور العقد من اهله مضافاً إلى محله فينعقد العقد ولكن مع الفساد لوجود الغبن الفاحش فاذا زال ما اوجب الفساد صح العقد والافسخ^(٣)، وجانب آخر من الفقه يجعل جزاء احتواء هذه العقود على الغبن الفاحش يتردد بين منح المغبون حق الخيار، أو اعطائه الحق في مطالبة الغابن بتكملة القيمة الحقيقية، أو منح الغابن الحق في دفع الفرق الى المغبون، وامساك الشيء المتغابن فيه، فاذا رفض للمغبون الحق في نقض العقد، وهذا ما ذهب اليه ايضاً الحنابلة والظاهرية

(١) انظر في ذلك: الخطاب، كتاب التاج والاكلیل، جزء (٤)، ص ٤٦٨، مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص ٤١٩، محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص ٨٠٩، عباس الصراف، شرح عقد البيع، ص ١٧٨، فقرة ٢٣٠، محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ١٣١ هامش (٣)، عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام، ص ١٧٢، سليمان مرقس، عقد البيع، ١٩٨٠، ص ٢٢٣، انور سلطان، العقود المسماة، ص ٨٠، وانظر: احمد ابراهيم بك، مذكرات مبدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام في الشرع الاسلامي ١٩٤٤ - ١٩٤٥، ص ١٠٧.

(٢) انظر: سليم رستم باز، المرجع السابق، ص ١٩٩ في تعليقه على المادة ٣٥٦، محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص ٨٠٩، وانظر المادة ١٢٤ / ٢ من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه: اذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً. أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فان العقد يكون باطلاً، ويلاحظ ان المشرع العراقي لم يقتف أثر الرأي الراجح في مذهب ابي حنيفة، وانما اتبع المجلة (٣٥٦م).

(٣) انظر: محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ١٣١ هامش (٣)، حسن صبحي، المرجع السابق، ص ٤٥٨.

ورواية عن المالكية^(١).

٣٣ - صور أخرى من الغبن في مجلة الأحكام العدلية^(٢): ذكرنا فيما سبق ان الفقهاء المسلمين تعرضوا تفصيلا للغبن عند شرح عقد البيع، وقلنا ان هذا لا يمنع من سريانه على جميع عقود المعاوضة^(٣)، وقد اوردت مجلة الأحكام العدلية أمثلة أخرى لأثر الغبن في العقود المختلفة - الى جانب البيع بطبيعة الحال - من ذلك الاجارة والقسمة والوكالة، وفيما يأتي عرض لها بايجاز:

(١) في الاجارة: يعتبر الغبن الفاحش مبررا لفسخ العقد في اجارة اموال الصغير والوقف. وفي هذا نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٤٤١ منها على انه: لو أجر الوصي أو المتولي عقار اليتيم أو الوقف بأنقص من اجرة المثل «وفي غير مال اليتيم أو الوقف يسري حكم الغبن في البيع على الغبن في الاجارة أي أنه اذا أجز أحد المتعاقدين الآخر، وكان في الاجارة غبن فاحش، فللمغبون فسخ الاجارة، وهذا وان لم تذكره المجلة إلا أنه متفق عليه عند الاحناف^(٤) وذلك عن طريق القياس لان الاجارة هي بيع منافع^(٥).

(٢) في القسمة: تنص المادة ١١٢٧ من مجلة الأحكام العدلية على أن «يلزم ان تكون القسمة عادلة، أي أن تعدل الحصص بحسب الاستحقاق وان

(١) انظر: حسن صبحي، المرجع السابق، ص ٤٥٨، وانظر: عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود، المرجع السابق، ص ١٤٤، ابن حزم، المحلى جزء (٨) ص ٧٧.
(٢) انظر: صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص ٤٣٧ - ٤٣٩، زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٤٣ - ١٤٥.

(٣) الغبن في المجلة، تبعا لاسلوب الفقه الاسلامي لا يتنظم في قاعدة واحدة وانما قد ورد في بعض العقود المسماة على صور وحالات متفقة أو مختلفة، وتقرر في بعضها على سبيل القياس لفقدان النص، اسعد الكوراني، الاستغلال والغبن في العقود، المحاماة، العدد السادس، السنة (٤١)، ص ٩٢٣.

(٤) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، جزء (٤)، ط (٢)، ١٩٦٦، ص ٤٠٧ وما بعدها، علي حيدر، شرح المجلة، الجزء (٢)، ص ٤٨٤، صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص ٤٣٨.
(٥) انظر: علي حيدر، المرجع السابق، جزء (١) ص ٨٢٨ - ٨٢٩.

لا يكون باحدها نقصان فاحش، مفاد ذلك تسمع دعوى الغبن الفاحش في
القسمة».

وللمغبون أن يستقل بفسخها^(١)، وبعد ذلك إن شاء الشركاء أو بعضهم
اعيدت القسمة على وجهها دون جور أو تحيف ودون خطأ متفاحش، سواء في
ذلك قسمة الاجبار (القسمة القضائية) أو قسمة التراضي، لان التعادل شريطة
صحة القسمة في كل الأحوال^(٢)، ما لم ينزل أحد عن شيء بطيب نفس منه،
ولأن الاجبار أو القضاء مشروط بالعدالة، سواء كان الغبن نتيجة تغرير أم
نتيجة غلط^(٣).

(٣) الوكيل بالشراء: تنص المادة ١٤٨٢ من المجلة على أن: «كما يصح
للوكيل باشتراء شيء بدون بيان قيمته أن يشتري ذلك الشيء بقيمة مثله كذلك
يصح له أن يشتريه بغبن يسير، ولكن لا يعفي الغبن اليسير ايضا في الأشياء
التي سعرها معين كاللحم والخبز، واما إذا اشترى بغبن فاحش فلا ينفذ شراؤه
على الموكل بكل حال ويبقى المال على ذمته».

ومعنى ذلك أن الوكيل بالشراء يستطيع أن يشتري بسعر المثل أو بغبن
يسير في الأشياء التي لم يعين سعرها، وليس له أن يشتري ولو بغبن يسير في
الأشياء التي سعرها معين، وكذلك من باب أولى ليس له أن يشتري بغبن

(١) انظر: طبيعة تمهيدية لنماذج من موضوعات الموسوعة الفقهية الموضوع (١٢) القسمة، وزارة
الاقواف والشئون الاسلامية، دولة الكويت، الموسوعة الفقهية، ص ٩٣، فقرة ٢٠٢، وانظر
الكفاية مع فتح القدير، جزء (٨)، ص ٣٧٢.

وقد ورد في كلام بعض الحنفية التصريح بان القسمة حيثئذ تكون باطله، ابن عابدين، المرجع
السابق، جزء (٥)، ص ١٧٥.

(٢) انظر: علي الخفيف، الملكية، ص ١٠٧.

(٣) وإن كان بعض الاحناف يعبر بالغلط بدل الغبن اذ لا شك ان الغبن قد يكون بسبب الغلط،
وان كان ايضا قد يكون متعمدا فيكون احق بالازالة، انظر: الموسوعة الفقهية، المرجع
السابق، ص ٩٤، الكاساني، جزء (٧) ص ٧٦.

فاحش، فلو فعل ذلك فان شراؤه لا ينفذ في مواجهة الموكل ويبقى المال على ذمته^(١).

وهذا على خلاف الوكيل بالبيع المطلق، فله أن يبيع بالغبن الفاحش (المادة ١٤٩٤ من المجلة)، وهذا عند الإمام أبي حنيفة على خلاف ما ذهب إليه صاحبان^(٢)، وذلك أن الوكالة بالبيع إما أن تكون مقيدة بضمن معين أو صفة بالضمن أو أن تكون مطلقة، ففي الحالة الأولى لا يصح للوكيل أن يتعدى ما يراه الموكل فان خالفه، فان ذلك يكون على صورتين، إما أن يكون خلافه إلى ما هو خير للموكل أو على العكس. فالصورة الأولى تحصل بالبيع بأكثر من الثمن الذي عينه الموكل، فاذا وكل انسان آخر بيع ارضه بالف دينار، فباعها بأكثر من ذلك أو باعها بضمن حال على حين ان الموكل اباح له تأجيل الثمن، فان تصرف الوكيل يكون صحيحا نافذا لانه لم يتعد حدود توكيله لانه كما يقول الكاساني في بدائعه «ان كان خلافا صورة، فهو وفاق معنى، لانه امر به دلالة»^(٣). أما الصورة الثانية فإن تصرف الوكيل لا يكون صحيحا إلا إذا اجازه الموكل، كأن يشترط الموكل على الوكيل، ألا يكون الثمن مؤجلا أو ان يقيده بضمن معين، فباع السلعة بأقل أو باعها بضمن مؤجل كله أو بعضه، كان البيع غير نافذ إلا إذا اجازه الموكل، أي يكون البيع صحيحا موقوفا عند الاحتاف، وباطلا عند الشافعي^(٤).

أما إذا كانت الوكالة مطلقة «فالإمام ابو حنيفة يرى أن للوكيل أن يبيع بضمن عاجل أو آجل ويملك البيع بأي ثمن قل أو كثر حتى ولو بالغبن الفاحش وإلا لما كان هناك من معنى لاطلاق الوكالة، أما عند الصاحبين، فليس للوكيل مهما تطلق يده أن يبيع بما لا يتغابن الناس فيه عادة، ولا أن يبيع مؤجلا،

(١) انظر: صبحي محمدي، المرجع السابق، ص ٤٣٨.

(٢) انظر: صبحي محمدي، المرجع السابق، ص ٤٣٩، زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٤٥.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، جزء (٦)، مطبعة الجمالية، بمصر، ص ٢٣.

(٤) انظر: محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٣٨٢ - ٣٨٣.

وكون التوكيل بالبيع مطلقا غير مقيد بضمن، معناه انصرافه إلى البيع المتعارف، والبيع بالغبن الفاحش غير متعارف بين التجار، ينصرف التوكيل إليه، كما هو الحال بالتوكيل بالشراء^(١). ولهذا فقد اجاز الصاحبان للتوكيل المطلق ان يبيع ما وكل له ببيع لمن شاء مادام البيع بمثل قيمته أو أكثر لا تنفاء التهمة، لان التوكيل يتقيد بالعرف. وإلى ذلك ذهب الشافعي^(٢).

الخلاصة: ونخلص مما سبق أن الاصل في الفقه الحنفي أن الغبن الفاحش لا يكون مؤثرا في العقد إلا إذا اجتمع مع التغرير، ومع ذلك فان هناك استثناءات على هذا الاصل، يتفق فيها، كما اشرنا، مع مجموعة الفقه الاسلامي. وخلاصة هذه الاستثناءات ما يأتي :-

أولا - يعتبر التغرير وحده، في التدليس أو التغرير الفعلي عند ابي يوسف، وفي كتمان العيوب، وفي اظهار الخيانة في المراجعة ونظائرها، ولو لم يكن في كل ذلك غبن فاحش.

ثانيا - يعتبر الغبن الفاحش وحده، دون تغرير، في مال القاصر والوقف وبيت المال، وفي تصرف الوكيل بالشراء وفي القسمة.

ثالثا - يعتبر الغبن ولو لم يكن فاحشا في بعض الاحوال، كتصرفات المدين المريض وما أشبه.

٣٤ - المذهب الشافعي: يتفق المذهب الشافعي مع الاحناف في أن الغبن المصحوب بالتغرير هو الذي يثبت فيه الخيار، اما الغبن المجرد المصحوب بغلط فلا رد فيه^(٣)، وهذا ما نستنتجه من اقوال فقهاء المذهب على

(١) انظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٤٦، والمراجع المشار إليها في هامش (١) من الصفحة نفسها.

(٢) انظر: الرملي (محمد) مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ١٣٥٧هـ، مطبعة البابي الحلبي، جزء ٥، ص ٨٥، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية، جزء (٧) ص ١٨٤.

(٣) انظر: غني حسون طه، الوجيز، ص ٩٢ فقرة ١٥٧٢.

النحو الآتي: -

فقد جاء في شرح البهجة لذكريا الانصاري^(١): «ولا يخبرون بغبن وان فحش، كالزجاج حيث ظن زجاجة انها جوهرة حتى بالغ فيها بالثمن لتقصيره - حيث لم يبحث. ويعلق الشرييني في حاشيته على هذا النظر قائلا: ظنها جوهرة خرج به ما لو قال له البائع هي جوهرة - فانه يثبت له الخيار».

وذكر الرملي في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج^(٢): «ويجوز الخلاف في الباسه ثوبا مختصا بحرفة من أرباب الصنائع، كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة بثمان الجوهرة لانه المقصر. ووجه ما تقرر، وان استشكله ابن عبد السلام، حيث حقيقة الرضا المشترطة لصحة البيع لا تقيد مع التقصير. ويعلق الشبراملي على ذلك بقوله: قوله يظنها جوهرة - خرج به لو قال له البائع هي جوهرة - فيثبت له الخيار في هذه الحالة فيما يظهر. ويفرق بين هذا - وبين ما لو قال اشتريت بكذا كاذبا - أوزاد البائع في السلعة وهي مع الدلال، ليضر غيره - بأن البائع - لم يحدث في ذات البيع صفة. لا حقيقة ولا حكما. واخباره هنا عن الزجاجة بأنها جوهرة بمنزلة احداث صفة تخيل للمشتري فيها ذلك - فكان كتسويد الشعر وتجميعه بل أولى فليراجع. ثم للكلام حيث لم يسمها بغير جنسها وقت البيع. اما لو فعل ذلك، كما لو قال بعثك هذه الجوهرة، فان العقد باطل».

ويبدو مما تقدم أن الغبن المؤثر في المذهب الشافعي هو الذي يكون مقترنا بتغير، أما الغبن الفاحش بدون تغير فلا يرتب الرد.

٣٥ - المذهب الحنبلي: في مذهب احمد بن حنبل يثبت خيار الغبن في صور ثلاث، وكلها كما يرى البعض وبحق لا تخلو من التغير^(٣). الاولى بيع

(١) انظر: الجزء الثاني، ص ٤٥٥.

(٢) انظر: الجزء الرابع، ص ٧٤.

(٣) انظر: السهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص ١٣٦، وذهب بعض الفقهاء إلى القول أن احمد بن حنبل يجعل الغبن وحده مؤثرا في العقد ودون تغير: انظر على سبيل المثال: غني =

متلقي الركبان والثانية النجش والثالثة بيع المسترسل . وفيما يأتي نعرض هذه الصور في المذهب الحنبلي ومن خلال هذا العرض نبين موقف فقهاء المسلمين من هذه الصور.

أ - تلقي الركبان : وذلك أن يخرج المتعاقد إلى ظاهر المدينة فيتلقى من يقدم من البادية لبيع بضاعته فيشتريها في ذلك المكان أو يبيع لهم أشياء يحملها وهم لا يعرفون أسعار السوق، فاذا تبين أنهم قد غبنوا في بيعهم أو في شرائهم ثبت لهم حق الخيار^(١).

وقد عرض ابن قدامة موقف فقهاء المسلمين والرد عليهم بشأن تلقي الركبان وذلك على الوجه الآتي : -

« . . . فنهى النبي (ص) عن ذلك فروى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد» وعن أبي هريرة مثله متفق عليهما^(٢) وكرهه أكثر العلماء منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والاوزاعي والشافعي وإسحاق وحكى عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأساً، وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع فإن خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قول الجميع قاله ابن عبد البر، وعن أحمد أن البيع باطل لظاهر النهي، والاول اصح لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار» . . والخيار لا يكون الا في عقد صحيح، ولأن النهي لا لمعنى في البيع بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها باثبات الخيار فاشبه ببيع

= حسن طه، المرجع السابق، ص ٩٣، عباس الصراف، المرجع السابق، ص ٢٢٨، فقرة ١٧٦، مصطفى الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص ٤١٩. ولا شك أن هذا الرأي يصطدم مع ما ورد - كما نرى في المتن - مع مؤلفات الفقه الحنبلي.

(١) انظر: عباس الصراف، المرجع السابق، ص ١٧٦ - ١٧٧. وانظر: شيخ الاسلام المقدسي، الاقتناع، جزء (٢) ص ٩١، المغني لابن قدامة على مختصر الخرقي، جزء (٣) ص ٤٩٨، انظر كذلك: الشوكاني، نيل الاوطار، جزء (٥) ص ١٧٧ - ١٧٨.

(٢) انظر: نيل الاوطار، المرجع السابق، ص ١٧٣ - ١٧٤.

المصراه، . . . وقال اصحاب الرأي لا خيار له إلا مع الغبن لانه إنما يثبت لاجل الخديعة ودفع الضرر عن البائع ولا ضرر مع عدم الغبن وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحمل اطلاق الحديث في اثبات الخيار على هذا لعلنا بمعناه ومراده ولان النبي (ص) جعل له الخيار إذا اتى السوق فيفهم منه أنه اشار إلى معرفته بالغبن في السوق ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع، وظاهر كلام الخرقى أن الخيار يثبت له بمجرد الغبن وان قل والاولى ان يتقيد بما يخرج عن العادة لا ما دون ذلك لا ينضبط، وقال اصحاب مالك إنما نهى عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق بأهل السوق لئلا ينقطع عنهم ما له جلسوا من ابتغاء فضل الله، قال ابن القاسم فإن تلقاها متعلق فاشترها عرضت على اهل السوق فيشتركون فيها، وقال الليث بن سعد يباع في السوق، وهذا مخالف لمدلول الحديث فان النبي ﷺ جعل الخيار للبائع إذا هبط السوق، ولم يجعلوا له خيارا وجعل النبي ﷺ الخيار له يدل على أن النهي عن التلقي لحقه لا لحق غيره، ولان الجالس في السوق كالتلقي في أن كل واحد منهما مبتغ فضل الله ولا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما والحاق الضرر به دفعا للضرر عن مثله، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقي، ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته فلا يعرج على مثل هذا^(١).

ومما سبق يتضح لنا أن فقهاء المسلمين اختلفوا حول مفهوم النهي الوارد في الحديث المشار إليه، فقد كره التلقي اكثر العلماء منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق، ولم يفسد أحد منهم البيع، غير أن الشافعي اثبت الخيار للبائع - مع الغبن - قولاً بظاهر الحديث، وهذا كما يبدو ظاهر مذهب احمد، وروي كذلك عن ابي حنيفة أنه اجازه^(٢).

(١) انظر: ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، جزء (٤)، ص ٧٧ - ٧٨، وانظر: شيخ الاسلام المقدسي، المرجع السابق، ص ٩١.

(٢) انظر: بدائن المن، عبد الرحمن البناء، جزء (٢) ص ١٥٣ - ١٥٤، اشار اليه زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٧٦ هامش (٢)، ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ١٣٣٣هـ، جزء (٢) ص ١٣٨، ابن قدامة، المرجع السابق، ص ٧٨.

هذا إذا خرج قاصدا تلقي الركبان، أما إذا خرج لغير قصد التلقي فلقى ركبا «فقال القاضي ليس له الابتياح منهم ولا الشراء وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، ويحتمل أن لا يحرم عليه ذلك وهو قول الليث بن سعد والوجه الثاني لأصحاب الشافعي أن لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي، ولأنه نادر فلا يكثر ضرره كمن يقصد ذلك، ووجه الأول انما نهى عن التلقي دفعا للخديعة والغبن عنهم وذلك متحقق سواء قصد التلقي أو لم يقصد فأشبه ما لو قصد»^(١).

ب - النجش : وهو أن يتفق المتعاقدان صوريا مع شخص على أن يزايد على شيء من أجل أن يغري المشتري على الشراء، فيشتري السلعة بأكثر من قيمتها بسبب هذه المزايدة الصورية^(٢)، والنجش نوع من الخداع «قال البخاري الناجش آكل ربا خائن باطل لا يحل لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش متفق عليه ولأن في ذلك تغريرا بالمشتري وخديعة له، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «الخديعة في النار»^(٣).

وقد اختلف الفقهاء حول حكم النجش الممنوع في البيع، فذهب أكثر العلماء منهم الشافعي في أحد أقواله، وأصحاب الرأي أن الشراء صحيح، وهو ما ذهب إليه الحنفية والهادوية فيقولون بصحة البيع وإن كان مكروها^(٤). وقال أهل الظاهر بفساد ذلك البيع بسبب الغش، والمشتري بالخيار أن

(١) انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٢) انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ص ٧٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، دار احياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، ص ٦٧ - ٦٨، الخرشبي على مختصر خليل، وبهامشه حاشية العدوي، الجزء الخامس، دار صادر، بيروت، ص ١٤٩ - ١٥٠، شيخ الاسلام المقدسي، الاقناع، المرجع السابق، ص ٩١.

(٣) ابن قدامة، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٤) انظر في عرض ذلك: الشوكاني، المرجع السابق، جزء (٥) ص ١٧٥ - ١٧٦.

شاء امسك وان شاء رد، وهذه أيضاً رواية عن احمد ومالك لان النهي عندهم يقتضي الفساد، وهو القول الآخر للشافعي^(١).

ويرى جانب آخر من الحنابلة «ان النهي عاد إلى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في البيع ولان النهي لحق آدمي فلم يفسر العقد كبيع المدلس وفارق ما كان لحق الله تعالى فان حق الأدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن، لكن ان كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء كما في تلقي الركبان فان كان يتغابن بمثله فلا خيار به، وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن»^(٢).

وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن ذلك بمواطأة من البائع وعلمه فلا خيار، واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه فقال بعضهم لا خيار للمشتري لان التفريط منه حيث اشترى ما لا يعرف قيمته^(٣).

ج - المسترسل (المستأمن): والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة المطمئن إلى التعاقد معه بحسن نية والذي لا يحسن المساومة^(٤) فيشتري السلعة بثمن زائد على ما يشتريه في العادة. وفي عبارة أخرى هو من يستأمن المتعامل معه ويستنصحه في الرأي ويرسل نفسه على سجيته ويطمئن الى نصحه

(١) انظر: الشيرازي، المهذب، جزء (١) ص ٢٨٩، ابن حزم، المحلى، جزء ٨ رقم ١٤٦٦.

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني، جزء (٤) ص ٧٩.

(٣) انظر: ابن قدامة، المغني، جزء (٤) ص ٧٩، ويرد ابن قدامة على الرأي المذكور بمقولة: ولنا انه تغرير بالعاقد فاذا غبن ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان، وبذلك يبطل ما ذكره، ولو قال البائع اعطيت هذه السلعة ما لم يعط فصدقه المشتري ثم كان كاذبا فالبيع صحيح وللمشتري الخيار ايضا لانه في معنى النجش، انظر المرجع المشار اليه، ص ٧٩.

(٤) انظر: عباس الصراف، المرجع السابق، ص ١٧٧، شيخ الاسلام، الاقناع، جزء (٢) ص ٩١، الخطاب، مواهب الجليل، جزء (٤) ص ٤٧٠، الفقه على المذاهب الاربعة، جزء (٢) ص ٢٨٤. وانظر كذلك: علي الخفيف، الغرر في العقود، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية، العدد الرابع، جمادى الاول، ١٣٩٣، يونيو حزيران ١٩٧٣، ص ١٢٣.

ويفوض الامر إلى ضميره ويطمئن إلى اخباره ويشق به غير متحذر منه^(١).

ويتلخص موقف فقهاء المسلمين من حكم بيع المسترسل، كما ذكره ابن قدامة، على النحو الآتي: «ثبت الخيار في البيع للغبن في مذهب احمد - في مواضع... الثالث المسترسل اذا غبن غبنا يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والامضاء، وبهذا قال مالك، وقال ابن ابي موسى، وقد قيل قد لزمه البيع، وليس له فسخه وهذا مذهب ابي حنيفة والشافعي لان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد، كبيع غير المسترسل وكالغبن اليسير... ولنا انه غبن حصل لجهله بالبيع فأثبت الخيار، كالغبن في تلقي الركبان، فأما غير المسترسل فانه دخل على بصيرة بالغبن، فهو كالعلم بالغيب، وكذا لو استعجل، فجهل ما لو ثبت لعلمه لم يكن له خيار، لانه انبنى على تقصيره، وتفريطه، والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المبايعة، قال احمد المسترسل الذي لا يحسن ان يماكس وفي لفظ الذي لا يماكس، فكأنه استرسل الى البائع، فأخذ ما اعطاه من غير معاكسة، ولا معرفة بغبنه، فأما العالم بذلك، والذي لو توقف لعرف، إذا استعجل في الحال، فغبن فلا خيار لهما...»^(٢).

وما سبق نرى أن أبا حنيفة والشافعي يذهبان إلى لزوم البيع وليس للمسترسل فسخه، وذلك بحجة ان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع

(١) انظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ٢٠٩. ويختلف بيع الاسترسال عن بيعات الامانة، ففي بيعات الامانة يتخذ المتبايعان كلفة المبيع على صاحبه اساسا لتحديد الثمن أما في بيع الاسترسال، فان تحديد الثمن يقوم على سعر السوق ومقياس العرض والطلب. الذي هو العامل الاقتصادي الاساسي في تحديد حركات الاسعار ومستواها. وكذلك تختلف بيعات الامانة عن بيع الاسترسال فإن البيان في هذه البياعات يجب أن تصدر من البائع أما في بيع الاسترسال فان الجهل بالسعر قد يصدر من البائع أو من المشتري، وان البيان يصدر من احدهما. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٢٣٠ - ٣٣١.

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، جزء (٣) ص ٤٩٧ - ٤٩٨، المغني والشرح الكبير، جزء (٤) ص ٧٩، الخطاب، مواهب الجليل، جزء (٤) ص ٤٧٠، الخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، جزء (٥) ص ١٥٢.

لزوم العقد كما هو الحال في بيع غير المسترسل وكالغبن اليسير.

وفي مذهب احمد يثبت الخيار بين الفسخ^(١) والامضاء في بيع الاسترسال متى كان هناك جهل من البائع أو المشتري وكذب الآخر عليه لسوء نية التعاقد وتضليله، وبشرط أن يكون الغبن فاحشا، أما إذا حصل التعاقد على علم بالغبن فلا مجال للخيار لعدم تصور الجهل النافي للرضا لان التعاقد قد أبرم العقد بكامل رضاه، أما ما وقع عليه من غبن فقد كان نتيجة تقصيره وتفريطه وعدم تأنيه وبحثه فتقع تبعة الغبن عليه وحده^(٢)، ويتفق المذهب المالكي مع المذهب الحنبلي في جواز الرد للغش والخديعة اذا كان المغبون جاهلا مستسلما بان يستأمن المشتري البائع كأن يقول له انا لا أعلم قيمة هذه السلعة فبعني كما تبيع الناس، أو يقول البائع للمشتري اشترمني كما تشتري من الناس، اما إذا كان الغبن قد حصل من غير استسلام ولو كان مصحوبا بجهل فالامر مختلف فيه، أما في حالة ما اذا اقدم التعاقد وهو عالم بالغبن فلا حق له في الرد اتفاقاً^(٣).

ويذهب جانب من الفقه الجعفري إلى بطلان العقد في هذه الحالة استنادا إلى قوله صلى الله عليه وسلم «غبن المسترسل سحت» أي أنه غبن لا يحل فهو باطل^(٤).

٣٦ - تعقيب : نخلص مما سبق عرضه من موقف فقهاء المسلمين حول

(١) والواقع أن المقصود بالفسخ هنا الرجوع في التعاقد باعتباره وسيلة لحماية الرضاء المتسرع غير المتأن الذي يحول صاحب الحق فيه خيار الرجوع إن شاء امضى العقد وإن شاء رجع فيه وتحلل منه. راجع في تفصيل ذلك: ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضاء دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الاسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، مجلة المحامي الكويتية، يوليو / اغسطس / سبتمبر ١٩٨٥، ص ١١ وما بعدها.

(٢) انظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ٢١٣.

(٣) انظر: الدردير في الشرح الصغير، هامش الصاوي، جزء (٢) مطبعة محمد علي صبيح واولاده بمصر، ص ٦٣، الدردير (شمس الدين) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، جزء (٣) ص ١٤١ - ١٤٢.

(٤) النجفي، جواهر الكلام، جزء ٢٣ ص ٤١ - ٤٢.

تأثير الغبن على العقود أن هناك اتجاهين رئيسيين :-

الاتجاه الأول : يذهب إلى أن الغبن كقاعدة عامة، سواء كان فاحشا أو يسيرا، لا يؤثر في لزوم العقد.

والاتجاه الثاني: يعترف بتأثير الغبن على العقد، ولكن انصار هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم فيما يتعلق بشروط تأثير الغبن على العقد، فبعضهم اكتفى بكون الغبن فاحشا. ومن هذا الرأي ظاهر مذهب الإمام مالك والشيعة الإمامية وابن حزم وهو قول مرجوح في المذهب الحنفي، والبعض الآخر تطلب أن يقترن الغبن الفاحش بالتغيير حتى يثبت حق الخيار للطرف المغبون، وهذا هو الظاهر من المذهب الحنفي والشافعي ومذهب احمد.

وهذا الاختلاف في الآراء بين الفقهاء يخرج عنه بعض الصور هي موضع اتفاق على أن الغبن الفاحش وحده يؤثر في العقد بالابطال إذا لم يرفع الغبن، وهي التصرف في مال اليتيم والوقف واموال بيت المال، فاذا بيع شيء من ذلك بالغبن الفاحش نقض سواء كان الغبن نتيجة تغيير أو لا^(١)، لان التصرف في هذه الاموال مقيد بالمصلحة، وليس من المصلحة في شيء بيعها بالغبن الفاحش، فيقع غير صحيح من أول الأمر.

وكذلك يتفقون في أن الغبن سواء كان فاحشا أم يسيرا يكون مؤثرا، كما أشرنا، في بيع المدين المحجور عليه بسبب دينه المستغرق لماله، وبيع المدين في مرض موته وكان دينه مستغرقا لماله^(٢).

ونستطيع القول هنا ان الغبن اعتبر في الفقه الاسلامي عيبا يلحق بالعقد

(١) انظر: مصطفى الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص ٤١٨ - ٤١٩، وانظر المادة ٣٥٠ من مرشد الحيران لقديري باشا، حيث تنص على ان: «الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب فسخه للمغبون إلا إذا كان فيه تغيير وانما يفسد العقد ويجب فسخه بالغبن الفاحش ولو لم يكن فيه تغيير إذا كان المغبون غنبا فاحشا صغيرا أو كان المال الذي حصل فيه الغبن الفاحش مال وقف».

(٢) انظر: علي الخفيف، مختصر احكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص ١١٩.

كما في الحالات السابقة (وهذه هي النظرية المادية في الغبن) واعتبر كأصل عام، عند جمهور الفقهاء عيبا يلحق الرضا إذا اقترن بتقرير (النظرية الشخصية) في كافة العقود على أن تكون عقود معاوضة لا تبرع لان عقود التبرع يعود نفعها على المتبرع له^(١).

وبعد، فإذا كان لنا أن نتخذ موقفا من هذين الاتجاهين، فإننا لا نتردد لحظة واحدة في الوقوف إلى جانب الاتجاه الذي يربط الغبن الفاحش بالتقرير، لأن الغبن يجب ألا يكون مؤثرا في العقد إلا إذا كان بسبب وسائل احتيالية أو تدليس أو تقرير من المتعاقد الآخر دفعت بالمتعاقد المغبون إلى الرضاء بالعقد بحيث لولا هذه الوسائل لما رضى بالعقد، ومن هنا كان لزاما على المشرع أن يتدخل لحمايته من هذا الخداع والتضليل فيمنح الطرف المغبون خيار الغبن، أما في حالة الغبن الفاحش فإن الطرف المغبون هو الذي رضى بالعقد دون أي ضغط من الطرف الآخر أو تأثير عليه، فالغبن، إذن، لحقه بتقصيره وعدم ترويه فوجب عليه أن يتحمل وحده نتيجة فعله وتقصيره^(٢).

اضف إلى ذلك أن هذا الاتجاه يؤدي إلى اضافة استقرار على المعاملات المالية بين الافراد اكثر من الاتجاهات الثانية، حيث ان العقود لا تفسخ بسهولة الا في حالة اثبات الغبن الفاحش أولا، واثبات أن هذا الغبن قد كان نتيجة تقرير أو تدليس، مما يجعل طريقة الاثبات هذه هي نفسها وسيلة حماية واستقرار للمعاملات المالية.

(١) انظر: احمد سالم، الاستغلال، بحث منشور في مجلة المحاماة، مصر، العدد الثاني، السنة (٣٥)، ص ٢٨٩ - ٢٩٠.

(٢) وليس دائما بالضرورة أن تقتصر حماية المشرع للرضا على وجود غش أو تدليس بل يمكن أن يتدخل المشرع لحماية المتعاقد فقط لتسريع في التعاقد، وهذا ما يتحقق بالفعل في الفقه الاسلامي حيث تمنح خيار الرجوع في التعاقد لحماية الرضا دون حاجة لاشتراط التدليس أو التقرير كخيار الرؤية مثلا بخيار العيب. وهذا لا يعني ضرورة التوسع في الرجوع في العقد، وانما يجب المحافظة على استقرار التعامل إلى اقصى درجة ممكنة، انظر في تفصيل ذلك: ابراهيم الدسوقي ابو الليل، البحث السابق، ص ١١ وما بعدها.

واخيرا فان هذا الاتجاه كما يقول بعض الفقهاء: فيه رفق بالناس وفيه فوق ذلك عدل، ومنع لان يكون الغش مثبتا لحق من الحقوق^(١).

الفرع الرابع في القانون الانجليزي^(٢)

٣٧ - يلزم في القانون الانجليزي أن يكون المقابل Consideration موجودا في العقد عند ابرامه، وان يكون هذا المقابل غير مبالغ فيه، ولذا فان العدالة وفقا لمنطق هذا القانون تفترض أن تكون التزامات طرفي العقد متعادلة ومتوازنة^(٣). وهذا هو جوهر فكرة الغبن في التشريعات الأخرى.

وإذا كان القانون الانجليزي لا يعرف بصورة واضحة فكرة الغبن المعروفة في القوانين اللاتينية، فان القضاء الانجليزي (محاكم العدالة Equity) قام بتكوين نظرية خاصة في هذا الشأن أطلق عليها نظرية «التأثير غير المشروع» Influence^(٤)، وذلك بقصد الحد من سلطان الطرف القوي في العقد ومنعه من الاستفادة من مركزه الذي يخوله فرض شروطه على الطرف الآخر، واسسها على القاعدة القائلة: أن العدالة هي اساس المساواة، وبموجب هذه القاعدة استطاع القاضي الانجليزي أن يبطل العقد اذا تخلف التعادل بين

(١) انظر: محمد ابوزهرة، الملكية، المرجع السابق، ص ٤٦٥، وفي المعنى نفسه: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٤٠٥.

(٢) انظر في ذلك: Guest (A.G.) Anson's (M.A.): Law of Contract, 24th edition. 1975. p. 259
ets; 25 edit. 1979. p.570 ets; Treitel (G.H.) The Law of Contract. 1979. p.306 ets;
Cheshire and Fifoot's: Law of Contract. 10th edit. 1981. p.274 ets; Demontés: op. cit.,
p.51 ets; El Bassouini: op. cit., p.5 ets; Rodiere: op. cit., p. 141 ets.

وانظر كذلك: توفيق فرج، الرسالة السابقة، ص ٢٢٥ وما بعدها.

(٣) انظر: Demontés: op. cit., p.57.

(٤) انظر: Anson's Law of Contract: op. cit., p.261 ets.

الطرفين^(١)، وعدم التعادل بين البديلين، في مفهوم هذا القضاء، هو في حقيقته عدم التعادل بين المتعاقدين انفسهم^(٢).

وقد بحث القضاء الانجليزي في كل الحالات التي تقوم فيها مظنة عدم التعادل بين المتعاقدين^(٣). واسس نظرية عامة اقيمت فيها قرينة على عدم صحة الاتفاقات التي تبرم في مثل هذه الظروف^(٤).

والتأثير غير المشروع نظام قانوني في التشريعات الانجلوسكسونية يعتبر المتعاقد في حالة ضعف ازاء الطرف الآخر وذلك في طائفتين من الفروض^(٥):

أ - تتضمن الطائفة الأولى ما يسمى في القانون الانجليزي الاتفاق غير المعقول أو المنافي للصواب أو للضمير أو الصفقات غير المتكافئة أو عقود التسلط Unconscionable Bargain، فالقضاء في هذه الحالة يستطيع أن يقضي بابطال

(١) انظر في تفصيل ذلك : Demontés: op. cit., p.53 ets; David (R.) et Pugsley (D):

Les Contrats en droit Anglais, 2e edit., 1985. p. 196. No.278.

(٢) وتجدر الاشارة إلى أن البطلان النسبي أو القابلية للابطلان ليست هي الجزاء الوحيد على الغبن في هذه الحالة وإنما يستطيع القاضي الانجليزي بمقتضى سلطته التقديرية ان يصحح العقد ويعيد التوازن بين البديلين، وهذا النظام يقترب من تكملة الثمن في القانون الفرنسي، كما سئرى، مع مراعاة ان القاضي الانجليزي هو الذي يقدر الغبن. El-Bassouni: op. cit., p.113. كما انه يمكن اجازة العقد في هذه الحالة، ويجوز كذلك، في ظل هذا القانون، طلب التعويض بدلا من الابطال وتقرر كل ذلك بعد التعديل الذي أجرته المحكمة العليا في سنة ١٨٥٨ بمقتضى قانون اللورد (Lord Lairs Act) انظر في ذلك : Rodiere: op. cit, p.145.

(٣) انظر : 3assouni: op. cit., p.6.

(٤) انظر في تطبيقات متعددة للقضاء الانجليزي :

n's: op. cit., p. 262 ets; Cheshire and Fifoot's: Cases on the Law of Contract, 17

1977, p.216 ets; The Law of Contract. 9th edit. 1976, p.284 ets; David (R) et

Pugsley (D): op. cit., No. 279, p. 196 - 197.

(٥) وتجدر الاشارة إلى أن القانون الانجليزي القديم لا يعرف نظرية الغبن، وإنما كانت لديه نظرية ضيقة في الاكراه (Duress) حيث أن الاكراه كان يعتبر عيبا يمس الرسمية، المعروفة في القانون الانجليزي، ويؤثر على صحتها، وكما هو عند الرومان فإن الانجليز يعرفون العيب الذي يصيب العقد لا العيب الذي يؤثر على الاداء، فيرون ان العقد المعيب بالاكراه يكون قابلا =

الصفقات غير المتكافئة عندما يوجد أحد طرفي التعاقد في مركز يسمح له باستغلال ضعف الآخر، كما لو استغل فيه ضعف معنوي ظاهر أو ضعف اقتصادي^(١) أو جهله أو عدم خبرته أو حاجته، ففي مثل هذه الظروف فإن النفوذ غير الواجب يكون مفترضاً، إذ تقيم العدالة قرينة بسيطة لصالح ضحية استغلال هذه الظروف، وعلى الشخص الذي يريد أن يتخلص من البطلان أن يثبت أن العقد عادل ومتكافئ، وهذه القرينة من أهم الخصائص المميزة للقانون الانجليزي^(٢).

= للإبطال Voidable، وهذه الفكرة تخالف تماماً مثلتها في القانون الفرنسي وأكثر ضيقاً، ومع ذلك فإن محاكم العدالة cours d'équity كانت أكثر مرونة من فقهاء الـ "Commun Law"، حيث إنها أحلت محل الفكرة الضيقة للاكراه فكرة التأثير غير المشروع. El-Bassouni: op. cit. p.53. وهذه الفكرة استقرت بعد صراع طويل في القضاء، لتقوم بدورها الاجتماعي في تكريس القواعد الاخلاقية حتى تمنع أي متعاقد من اخذ مزايا لا يستحقها، ولا يمكن تحديد أصل فكرة النفوذ غير المشروع، وإنما وجد صداها في عدة احكام متواترة ابتداء من القرن الثامن عشر حيث أن هذه الفكرة اخذت في الظهور، ولهذا فإن محاكم العدالة في سنة ١٧٨٨ حكمت بإبطال العقد لعدم تكافؤ البدلين حيث قررت انه في البيع يلزم ألا يقل السعر عن نصف قيمة الشيء المباع، وإلا فإن العقد يكون قابلاً للإبطال، إلا أن هذا القضاء كان محل نقد إلى أن اتجه إلى وضع فكرة جديدة بتأثير اللورد Eldon مؤداها: فيما عدا حالات الغش والتدليس القاطع، فإن عدم كفاية الثمن ليست سبباً لعدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً. .
إلا أن هذا المبدأ الجديد لم يكتب له الاستمرار تحت اضرار القضاء والفقه، واعتبر القضاء انه في حالة كون العوض أو المقابل غير كاف Inadequacy of Consideration أي في حالة عدم كفاية العوض تكون الارادة مغيبة، وبعبارة اخرى أن ارادة أحد الطرفين ليست ارادة حرة، واعتبر أن عدم كفاية العوض ليس هو في حقيقته إلا تعبير عن ارادة معيبة فرضت على المغبون، والقاضي يطبق في هذه الحالة قاعدة التأثير غير المشروع. انظر: El-Bassouni: op. cit. p.54. ونشير إلى أن القضاء الانجليزي والفقه لم يعطيا تعريفاً محدداً للتأثير غير المشروع وإنما تركا القضاء يحكم ببطلان العقد لكل حالة على حده وفقاً للظروف والاجتهاد. انظر: Anson's: op. cit., p.262.

(١) انظر فيما يتعلق بحماية المستهلك وفقاً لقانون التجارة ١٩٧٣:

Treitel: op. cit., p. 315 ets.

Treitel: Ibid, p. 312 ets; Demontes (E): op.cit., p.57.

(٢) انظر:

فبمقتضى قوانين الاقراض، مثلا، الصادرة من ١٩٠٠ الى ١٩٣٧ Money lenders Acts فان على الاشخاص الذين يمتنون الاقراض بفائدة، خلاف البنوك، أن يشتوا إذا ما قاضوا مدينهم أن سعر الفائدة أو مبلغ العمولة والمصاريف ليس مبالغا فيها، مع الأخذ في الاعتبار التأمينات التي تضمن الدين.

وبمقتضى هذا القانون تستطيع المحكمة أن تعدل سعر الفائدة أو العمولة وقد تعطي الحق للمقترض في استعادتها إذا كان مبالغا فيها، كما تستطيع أن تعدل من التأمينات الضامنة للدين^(١).

وقررت «محكمة العدالة» كذلك بأن عقد البيع بثمن بخس تحت ضغط الحاجة إلى النقود أو تحت ضغط عدم الخبرة، تجعل البائع قادرا على استرداد الاشياء التي باعها، لأنه وفقا لظروف السوق فان التعادل منعدم بين البديلين، فالسعر يجب أن يترجم ثمن المثل أو الثمن العادل، وهو عنصر اساسي في العقد، وتقرير العدالة في مثل هذه الاحوال يستوجب التضحية بالعقد^(٢).

ب - أما الطائفة الثانية فتتضمن الحالات التي تقوم فيها علاقة ثقة بين الافراد أو علاقات خاصة Fiduciary relations. والعدالة ايضا تقيم في هذه الطائفة من العلاقات قرينة بسيطة على النفوذ غير الواجب، وهي تتعلق بالعلاقات التي يكون فيها أحد الاطراف خاضعا لنفوذ أو سلطة الآخر، ورغم أن القانون الانجليزي لم يضع قائمة محددة بهذه العلاقات إلا أنه يمكن أن يدخل في هذه الطائفة ثلاث مجموعات من الروابط تقوم فيها القرينة على وجود «التأثير غير المشروع»، فنجد أولا روابط الاسرة^(٣) كالعلاقة بين الاب وابنه

(١) انظر في ذلك: فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام. ١٩٧٩، ص ٢٣٨ فقرة ١٣٧.

(٢) انظر: El-Bassouni: op. cit, p.60. وانظر تطبيقات اخرى: Ansonas: op., cit., p. 267.

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الانجليزي استبعد من هذه الروابط علاقة الزوج بزوجه، والسبب في هذا الوضع غير العادي، انه خلال القرون الماضية كان من المستحيل ابرام عقد بين الزوج والزوجة باعتبارهما في نظر القانون شخصا واحدا، انظر: Anson's: op. cit, p. 264.

والوصي والقاصر، ونجد ثانيا علاقات «الاعمال» كالصلة بين الاصيل والنائب وبين المودع والمودع لديه وبين المحامي Solicitor وعميله، ومدير الاموال المرصودة لقرض معين Trustee والمستفيد منها. ونجد اخيرا العلاقات التي تستند على التأثير الروحي كما هو الحال في الصلة بين رجال الدين أو غيرهم ممن لهم نفوذ مشابه والمتدينين أو بين الطبيب والمريض^(١).

وقرينة النفوذ غير الواجب يمكن تطبيقها حتى بعد ان تكون العلاقة الخاصة قد توقفت مادام النفوذ بقى قائما ولم ينقطع تأثيره كعلاقة الاب بأبنة القاصر الخاضع لولايته، فان القرينة يمكن الاستفادة منها، طالما بقى الابن قاصرا، ومتى تحرر الابن من سلطة والده وذلك ببلوغه سن الرشد فان هذه القرينة لا يمكن الاستفادة منها في هذه الحالة، وان كان زواج الابن قد لا يرتب هذا الاثر.

ولم يعرف القانون الانجليزي هذه العلاقات الخاصة التي تتضمن الثقة التي يؤسس عليها قرينة النفوذ غير الواجب، ولكنه يطبق القرينة على العلاقات التي تنشأ بين طرفين يكون احدهما بسبب الثقة المفروضة فيه، والسلطة المزود بها التي تفرض عليه النصح البريء، في مقدوره ان يحصل على مزايا غير عادلة من الطرف الآخر الخاضع لنفوذه، فامكانية تفضيل مصلحته الخاصة على مصلحة من هو تحت نفوذه امر واضح في مثل هذه الظروف، وعلى ذلك يجب أن تكون طبيعة العلاقة من نوع يبرر تدخل العدالة بموجب هذه القرينة، وهنا يجب عليه أن اراد أن يوقي نفسه من أثر القرينة المشار إليها أن يثبت أنه لم يستغل وضعه^(٢).

والواقع أن هناك عقودا كثيرة يتصور قيامها بين هؤلاء الاشخاص التي تقوم بينهم علاقات خاصة، «وتفترض فيها العدالة» انها لم تبرم بحرية

(١) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٥٥ - ٢٥٩، فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ٢٤٠ - ٢٤١، فقرة ١٣٨.

(٢) انظر في تطبيقات متعددة حول هذا الموضوع: Anson's: op. cit., p. 264 - 266.

واختيار، ولدحض هذه القرينة يجب اثبات أن العقد عادل بالنسبة لهذا الذي تريد العدالة حمايته، لذلك يجب اثبات أن الأخير كان لديه فرصة اخذ النصيحة من شخص آخر قبل التعاقد، وأن النصيحة قد اتبعت، «وقد قضى كذلك بأن اثبات وجود ظروف كافية تدل على أن العقد تم بحرية واستقلال، يكفي للحكم بصحة المعاملة حتى ولو لم تعط نصيحة خارجية، ومع ذلك فهذه الظروف وتلك ليست قاطعة، فالأمر كله متروك لسلطة القاضي التقديرية الذي يقرر ما اذا كان العقد متفقا مع الضمير ومن ثم يظل قائما أم يقضي بابطاله اذا كان مخالفا له، ومن العناصر الهامة التي تضعها المحكمة في اعتبارها طول المدة التي انقضت دون ان يطلب الشخص المراد حمايته الابطال بعد أن أصبح متحررا من نفوذ التعاقد معه»^(١).

٣٨ - الخلاصة في موقف القانون الانجليزي من فكرة الغبن، أن فكرة النفوذ غير الواجب التي يقيم عليها القانون الانجليزي فكرة الغبن وخاصة فكرة الاتفاقات المنافية للصواب أو للضمير، ليست إلا تطبيقا لفكرة الغبن الموصوف أو ما يسمى بالاستغلال الذي اخذت به غالبية التشريعات

(١) انظر: فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ٢٤٢ - ٢٤٣.

وفي هذا الاتجاه انظر قضية Allcard V. Skinner التي تركز وقائعها في أن المدعية وهبت عن طريق مستشارها الروحي الفقراء Sisters of the poor بعض الاموال وحدث بعد ذلك أن أصبحت المدعية عضوة في تلك الطائفة والزمّت نفسها بمراعاة قوانين الفقر والطهر والطاعة، وكان قانون الفقر الخاص بالطائفة يقضي بالزامها بعدم طلب النصح من أي شخص خارج الطائفة بدون اذن سابق، وحدث ان تملكّت في عام ١٨٧٢ بعض الاسهم التي قامت بنقلها إلى المدعي عليها باعتبارها رئيسة الطائفة كما قامت بتنظيم وصية لمصلحة المدعية عليها، وفي عام ١٨٧٩ تركت هذه المرأة طائفة «اخوات الفقراء» وبادرت فورا بنقض الوصية، الا انها لم تتخذ اجراءات استعادة العقارات التي سبق لها أن نقلت ملكيتها إلى المدعية عليها حتى بعد مرور ست سنوات من تاريخ تركها للطائفة، ولقد قررت المحكمة بانها بعدم اتخاذها اجراءات بعد تحريرها من النفوذ الروحي Spiritual Influence للمدعي عليها فانها قد اقرت الهبة أو الهدية، وهكذا رفضت دعواها.

Anson's: Law of Contract, op. cit., p. 269.

انظر:

الحديثة^(١)، وهذه الفكرة تختلف عن فكرة الغبن المجرد التي اعتنقها القانون المدني الفرنسي، كما سنرى، والتي تعتد بانتفاء التعادل بين الاداءات فحسب في بعض الحالات الاستثنائية لنقض العقد، وهي فكرة لم يأخذ بها القانون الانجليزي الذي يتميز عن التشريعات الحديثة بأمرين:

أ - انه لم يضع قائمة يحصر فيها حالات الضعف في التعاقد والتي يستغلها الطرف الآخر، كما فعل القانون المصري مثلاً، بل ترك الباب مفتوحاً لتحقيق العدالة وتوازن العقد في كافة الظروف وواجه النقص النفسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي التي قد تكون في العاقد ويستغلها الطرف الآخر عند ابرام العقد.

ب - أن القانون الانجليزي وضع قرينة استغلال النفوذ غير الواجب في عقود عديدة لصالح الطرف الذي يراد حمايته سواء في العقود التي تبرم بين من تربطهم علاقات خاصة أو غيرهم ممن يوجدون في مركز اجتماعي أو اقتصادي أو نفسي غير متوازن، فجعل عبء اثبات عدالة العقد على الطرف القوي^(٢).

٣٩ - تعقيب : وهكذا يتبين لنا من خلال عرضنا السابق لفكرة الغبن في القانون الروماني، والقانون الكنسي والفقه الاسلامي، وكذلك في القانون الانجليزي أن هذه الانظمة المختلفة التي تعبر كل منها عن فلسفة تشريعية وقانونية خاصة، تتحد جميعها في موقفها من محاربة الغبن من حيث المبدأ، وأن اختلفت، كما رأينا في حينه، بعضها عن البعض الآخر في مواجهتها لهذا الحظر، من حيث الوسيلة تارة، ومن حيث المدى والنطاق تارة أخرى، ومن حيث الأثر أو الجزاء الذي ترتبه تارة ثالثة.

(١) كالقانون المدني المصري (١٢٩م)، المادة ١٣٠ مدني سوري، المادة ١٢٩ مدني ليبي، والمادة ١٢٧ مدني صومالي، والمادة ٩٠ مدني جزائري، المادة ١٢٥ مدني عراقي، المادة ١٣٨ مدني المادة ٢١ التزامات سويسري المادة ١٥٩ مدني كويتي.

Rodiére: op. cit., p. 144.

(٢) انظر :

المطلب الثاني

مفهوم الغبن في التشريعات الحديثة

٤٠ - تقسيم: نتعرض لتطور مفهوم الغبن في الأنظمة اللاتينية والجرمانية باعتبارهما الامتداد الطبيعي للقانونيين الروماني والكنسي لنوضح مدى تأثيرها بكل منهما، ثم نتقل إلى دراسة التشريعات العربية لنوضح مدى تأثيرها بموقف الفقه الاسلامي من فكرة الغبن من جهة وبالتشريعات الحديثة من جهة ثانية.

وعلى هذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الأول لمفهوم الغبن وتطوره في التشريعات اللاتينية والجرمانية، ونجعل الثاني لمفهوم الغبن وتطوره في التشريعات العربية وذلك على النحو الآتي :-

الفرع الأول

مفهوم الغبن وتطوره في التشريعات اللاتينية والجرمانية

٤١ - تمهيد. ٤٢ - أولا: في القانون الفرنسي. ٤٣ - موقف الفقه الفرنسي من اساسا الغبن في المادة ١١١٨ من القانون المدني. ٤٤ - موقف القضاء الفرنسي من فكرة الغبن. ٤٥ - ثانيا: في القانون الألماني. ٤٦ - ثالثا: في القانون الايطالي. ٤٧ - تعقيب.

٤١ - تمهيد : لا يمكن بداهة أن نتكلم في هذا الفرع عن تطور مفهوم الغبن في جميع التشريعات اللاتينية والجرمانية على حد سواء، وانما أثرنا أن نختار من بينها قانونا معيناً يمثل كل مجموعة، فاخترنا القانون الفرنسي والايطالي عن التشريعات اللاتينية، والألماني عن التشريعات الجرمانية، وذلك على النحو الآتي :

٤٢ - أولا - في القانون الفرنسي^(١): نتعرض أولا إلى الغبن في القانون الفرنسي القديم، ثم نتقل بعد ذلك إلى عرض موقف القانون المدني الفرنسي

Giffardt (A.E.) et Villers (Robert): op. cit., No.76, p.53 - 54.

(١) انظر في ذلك :

الحالي «قانون نابليون» وذلك كما يأتي:

١ - الغبن في القانون الفرنسي القديم^(١): كان القانون المدني الفرنسي القديم متأثراً عند صدوره بالروح الاجتماعية التي تدين بالمذهب الفردي الذي اخذ بها القانون الروماني، وتحلّى بذلك عن المبادئ التي اقرها القانون الكنسي في القرن السادس عشر الميلادي، فحصر دائرة الغبن في عقد البيع وعقد القسمة.

فبالنسبة لعقد البيع فانه يصعب تبرير ابطاله بسبب الغبن، لان هذا العقد من عقود المساومة أو المضاربة التي يريد من ورائها كل متعاقد الحصول على ربح أو منفعة، ولم يجوز بذلك قبول الطعن في عقد البيع بسبب الغبن إلا إذا ورد العقد على عقار وكان الغبن يزيد على نصف الثمن العادل للمبيع.

أما بالنسبة للقسمة، والمراد بها القسمة الرضائية، فانها بطبيعتها بعيدة عن فكرة المساومة أو المضاربة التي يريد من ورائها كل متقاسم الحصول على ربح أو منفعة، وانما كل ما يصبو إليه المتقاسم هو الخروج من الملك المشترك بالحصول على نصيب عادل، ولهذا كان من السهل القول بأن الغبن يصيب القسمة ويكون سبباً لنقصها، وهذا ما جرى عليه القانون الفرنسي القديم متى زاد الغبن على الربع.

واخرج من دائرة الغبن البيوع الاحتمالية، كالبيع في مقابل مرتب دائم Rente Vigere، كما اخرج البيوع الجبرية والقضائية ايضاً.

ومع أن القانون القديم لم يكن متأثراً بالمبادئ التي أقرها القانون الكنسي، إلا أن أثر هذا القانون وبالمبادئ التي كان ينادي بها، انعكس بصورة حادة وواضحة على كتابات بعض فقهاء القانون الفرنسي ولعل هذا التأثير كان واضحاً على كتابات بوتييه Pothier ودوما Domat حيث ان مؤلفاتهما ساعدت بصورة مباشرة في اعداد قانون نابليون.

(١) انظر: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٥٣، فقرة ٦، انور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٦٢.

ويرى بوتيه «أن العدالة يجب أن تسود العقود والاتفاقات، ويترتب على هذا انه في عقود المعاوضة التي يأخذ المتعاقد فيها مقابلا لما يعطيه كضمن أو اجر يكون الغبن الذي يقع فيه احد الطرفين رغم عدم صدور حيلة أو خداع من الطرف الآخر كافيا في حد ذاته لأن يوصم العقد بالعيب، وذلك لان العدالة في المعاملات هي عبارة عن التعادل بين التزامات الطرفين، فإذا «ما جرحت» هذه العدالة blesse l'équité بأن اعطى أحد المتعاقدين اكثر مما يأخذ فقد اصبح العقد معيبا لانه خرج عن قواعد العدالة التي ينبغي أن تسود هذا العقد»^(١)، ويذهب بوتيه إلى ابعاد من ذلك ليقرر وجود عيب في رضا المتعاقد لانه لم يرض باعطاء ما قدمه بمقتضى العقد إلا بناء على افتراض خاطيء هو أنه سيأخذ مساويا له محل محله، ولو أنه كان يعرف أن ما يأخذه اقل مما يعطيه لما اعطى ما اقدم على اعطاءه^(٢).

ويقوم بوتيه الغبن على اساس القواعد الخلقية، وبمقتضى هذه القواعد فان الغبن ولو كان قليلا فهو غير مسموح به، ولذا فهو يحيز الطعن بسبب الغبن لكل من المتعاقدين البائع والمشتري^(٣).

إلا أن بوتيه يورد استثناء مهما على القاعدة المتقدمة وهو أنه لا يحيز الطعن بسبب الغبن في العقود التجارية إلا إذا كان فاحشا Considerable، وذلك لأن مصلحة التجارة تقتضي التضحية بمصلحة هؤلاء الراشدين لضمان امنها وحريتها، لأن قبول هذه الدعاوي يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات التجارية، وأن هؤلاء البالغين يستحقون أن يتحملوا الغبن نتيجة اهمالهم في تقصي القيمة الحقيقية للسلعة^(٤).

(١) انظر: Pothier: Traité des obligations, T.1, p.6;

Ripert: La règle morale, op. cit., p. 107, no.62.

وانظر كذلك: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ٥٥ - ٥٦.

(٢) انظر: Mazeaud: op. cit., p. 190; Rawandozi: op. cit., p.18; Demontés: op. cit., p. 28.

(٣) انظر: Demontés: Ibid. p.28; Mazeaud: Ibid.p.190.

(٤) انظر: Demontés: Ibid. p. 15 - 21.

أما دوما فهو الذي وضع القواعد الأساسية التي اخذ بها قانون نابليون، وهو يقصر حق الطعن بالغبن على بيع العقارات وبالنسبة للبائع وحده، إذا كان الثمن اقل من نصف القيمة العادلة le prix est moindre que la moitié de la juste valeur.

وفي غير البيع لا يسمح دوما بالطعن بسبب الغبن إلا في حالة القسمة فقط، لكنه لم يحدد مقدار الغبن le taux de la lésion فيها واكتفى بالغبن الفاحش lésion considérable، والغبن عند دوما عيب مادي في العقد objectif^(١)، وهو بذلك يستقل عن حسن أو سوء نية المشتري^(٢).

٢ - الغبن في تقنين نابليون: نصت المادة ١١١٨ من القانون المدني على أن الغبن لا يعيب الرضاء الا في عقود معينة أو بالنسبة إلى بعض الأشخاص. فالاصل، إذن، في القانون الفرنسي أن الغبن لا يترتب عليه فساد العقد إلا إذا صرح القانون بذلك^(٣). بصورة استثنائية، وكان المشرع الفرنسي في تقرير هذه القاعدة مدفوعا بعدة اعتبارات^(٤):

la théorie objective

(١) وهذا اساس النظرية المادية في الغبن

(٢) انظر: محمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص ٨. Demontés: op. cit., p. 29.

(٣) انظر: Rawandozzi: op. cit. p.20; Mazeaud: op. cit., no.209, p.189; Rieg: La Role de la volonté dans l'acte Juridique, 1961, p.181 ets; Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marche commun objet, cause, et lésion du contract., 1980, p.49.

واعبر كذلك القضاء الفرنسي أن الغبن استثناء لا يتوسع به

Paris, 11 Oct. 1962, D. 1963, p.288.

ولذلك لا يجوز الطعن بسبب الغبن في عقد الاجارة ولا في عقد العمل أو المفاولة، فليس للقاضي أن يزيد الاجرة المتفق عليها بين صاحب العمل والعمال بدعوى انها ليست المقابل الحق للعمل، ولا يجوز الفسخ بسبب الغبن في عقد المفاوضة (١٧٠٦ م) contract d'échange ولا الصلح transactions (٢٠٥٢ م / ٢).

وانظر في الاتجاه نفسه القانون المدني البلجيكي في المادة ١١١٨ منه حيث أن الغبن لا يعتبر كأصل عام عيبا في الاتفاق أو العقد إلا في عقود معينة، أو عقود يرمها اشخاص معينون.

Bricks: op. cit., no. 42, p.31.

(٤) انظر:

أ - اعتبارات اقتصادية ، لانه من الصعب تقدير ما إذا كانت قيمة التزام أحد المتعاقدين معادلة لقيمة التزام المتعاقد الآخر، إذ الغالب أن يختلف الناس في تقدير قيم الاشياء لاعتبارات شتى، لان كلا من المتعاقدين لا يتعاقد إلا بأمل أن ينال ربحا، فإذا خاف أن يضع منه هذا الربح فلا يكون اقدامه على التعاقد بالسهولة التي يقدم بها على العقد إذا لم يوجد هذا الخوف .

ب - واعتبارات قانونية : لان من المصلحة العامة أن تستقر العقود وعدم اعتبار الغبن سببا للبطلان يؤيد الحرية التعاقدية، فالحياة الاقتصادية تستلزم سلامة الاعمال القانونية وضمانها .

ج - اعتبارات عملية : فإن التجارب دلت على أنه في كل عقد تقريبا يندم بعض المتعاقدين على اتمام الصفقة، فاذا كان من الممكن في كل الاحوال طلب بطلان العقد بسبب الغبن، فاننا سنكون في مواجهة دعاوي لا حصر لها .

فالغبن، إذن، وفقا للمادة المشار إليها لا يؤثر في العقود كقاعدة عامة، وانما يؤثر في عقود معينة بغض النظر عن يرمها حتى لو كان بالغاب كبيع العقار، وقبول التركة، والشركة، والقسمة الرضائية، كما أن هناك حالات معينة صدرت بها قوانين لاحقة على القانون المدني الفرنسي يكون الغبن مؤثرا فيها، اصف إلى ذلك أن الغبن يؤثر كذلك في العقود، بغض النظر عن نوعها، وهي التي يعقدها اشخاص معينون، أي أنه ينظر في هذه الحالة إلى الشخص الذي وقع عليه الغبن . وهذا ما ستعرض له تفصيلا عند الحديث عن حالات الغبن في الفصل الثاني .

٤٣ - موقف الفقه الفرنسي من اساس الغبن في المادة ١١١٨ من القانون المدني : اختلف الفقه في فرنسا حول اساس الغبن الوارد في المادة ١١١٨ المشار اليها، فهل اخذت هذه المادة بالنظرية الشخصية في الغبن أو اعتنقت النظرية الموضوعية، وبعبارة اخرى هل الغبن عيب في الارادة كعيوب الارادة المعروفة الاخرى، أم انه عيب مستقل عن عيوب الارادة ومن ثم فهو عيب في العقد؟

فوفقا للاتجاه الأول من الفقه^(١)، فإن الغبن لا يقوم بذاته وبصورة مستقلة، فهو عيب من عيوب الارادة حيث أن وجود الغبن يفترض دائما وجود إرادة معينة لم ترتض العقد إلا بناء على غلط أو تدليس أو إكراه^(٢).

فإذا كانت الارادة معينة، فإن العقد يجب، وفقا لهذا الاتجاه، أن يكون مشوبا بالبطلان النسبي، فالغبن، هنا، بمثابة ارادة مشوبة بعيب^(٣).

ويستند بعض الفقه لتدعيم هذا الاتجاه بمقولة: أن المادة ١١١٨ المشار إليها جعلت، كما يرون، الغبن عيبا في الارادة، أما المادة ١١٠٩ التي حددت عيوب الارادة وإن كانت لم تورد لهذا العيب أي ذكر ولم تتكلم عنه، فأنها قد ذكرت العيوب العامة في الارادة التي تعتبر عيوباً في كل الحالات التي تشوب الارادة، أما الغبن فلا يعتبر عيباً عاماً في الارادة، وإنما عيباً فيها فقط، كما ورد

(١) ومن انصار هذا الاتجاه: Pothier حيث يقول في تبريره لبطلان العقد بسبب الغبن انه يوجد نقص في ارادة الطرف المغبون

Il y a l'imperfection dans le consentement de la partie lésée. Pothier: Traité des obligations., T. II, no.33, p. 21 - 22; De mesmay: op. cit., p. 236, no. 80; Weill: op. cit., p. 242.

وانظر كذلك: planiol Traité élémentaire de droit: civil, 1902, T. I, p. 108 ets; T.II, p.497; Aubry et Rau: Cours de droit civil français, 1907. T. V. Sémé éd. revue par Martin (E). p.176; no. 358; Colin et Capitant: Cours élémentaire de droit civil français 1932. T. II. p.44. no. 48; De Measmay: Ibid. p. 235 note (1).

ويذهب Demontés في الاتجاه نفسه قائلا: أن العيب في عقد البيع لا يتمثل في الاختلاف الحسابي بين القيمتين المعطيتين في العقد أو الذي وعد بهما المتعاقد. ولكن العيب الحقيقي هو في غياب الارادة الحرة، فالإكراه الادبي الذي يكون البائع قد خضع له عند ابرام العقد هو الذي جعله يرضى بضمن قليل.

Demontés: Observations sur la théorie de la lésion dans les contrat, Etudes civil a la memoire de H. Capitant: 1939. p. 182. De mesmay: Ibid. p. 51 note (1)

Lucas (Louis): Lésion et contrat, 1962, p.24 ets.

Josserand: Droit Civil positif français. T.II, ed. 1939, p.555.

(٢)

(٣) انظر:

في المادة ١١١٨ في حالات معينة وبصورة استثنائية^(١).

فوفقا لهذا الاتجاه، إذن، فإن الغبن لا يوجد إلا نتيجة إكراه معنوي، لا يستفيد منه المشتري، مثلا، ويقدر بوقت البيع حيث ان تلك اللحظة هي التي يكون فيها البائع خاضعا للاكراه ومن ثم تعييت ارادته^(٢).

وانتقد جانب آخر من الفقه الاتجاه السابق بالقول^(٣): أن الغبن ليس له علاقة بعيوب الإرادة أو الرضا، حيث أن هذه العيوب أغلبها عيوب نفسية، كما أن بعضها كالتدليس يحتاج إلى وسائل احتيالية، اصف إلى ذلك أن واضعي القانون الفرنسي كان بإمكانهم ادخال الغبن ضمن عيوب الارادة، ولكنهم مع ذلك افردوا له نصا خاصا وفي حالة استثنائية فلماذا إذن يفسر النص خلافا لارادة واضعيه؟

ولا يرى اصحاب هذا الاتجاه تأسيس الغبن على الاكراه المعنوي لأن هذا القول يجعل الغبن، كما يرون، عيبا في كل العقود لا في بيع العقار وحده، ويضيفون قائلين: لأي هدف يحمي المشرع بائع العقار أكثر من المستأجر مثلا، فإذا كان الغبن عيبا في الارادة فلماذا لا يطبق على جميع العقود، ويقتصر فقط على عقود معينة ومحددة بذاتها، فالإرادة عنصر اساسي في جميع العقود لا في بعضها فحسب.

ويصل هذا الرأي إلى القول أن الغبن المشار إليه في المادة ١١١٨ ليس عيبا عاما، وانما تطبيقات لحالات معينة، فيها تكون عيوب الارادة التقليدية غير كافية لحماية المتعاقدين^(٤).

Planiol et Lucas et Demontés

(١) ومن هذا الاتجاه :

Demontés: Observations, op. cit., p.177.

انظر في ذلك :

Rawandozi: op. cit., p.25; Demesmay op. cit., p. 235 ets.

وانظر كذلك :

Rawandozi: op. cit. p.27.

(٢) انظر :

Rawandozi: op. cit. p.77 ets.

(٣) انظر :

Rawandozi: op. cit. p.77 ets.

(٤) انظر :

وانظر : Req. 28 déc. 1932 D.P. 1933, I.87 rapp. Dumas; Rouen 28 sept 1976, Gaz. pal. 1977.1.123.

ويتجه الرأي الغالب في فرنسا الى ان القانون المدني في المادة ١١١٨ اعتنق النظرية المادية في الغبن التي تعتمد اساسا على مجافاة العدالة في العقود التي يسهل فيها تقدير التعادل والتي يعلق المشرع على تحقيق التعادل فيها أهمية خاصة، ويترتب على ذلك ضرورة تقدير القيم المتعادلة بالمعيار المادي وبقطع النظر عن الاعتبارات الشخصية، فالغبن في هذا المعنى يبرز كعيب مستقل عن الظروف التي أدت إلى ولادته^(١).

ويقول Demogue في هذا الشأن: أن الغبن يعتبر متوافرا في لحظة ابرام العقد طالما أن أحد المتعاقدين لم يأخذ مقابلا عادلا لما أعطى، أي أن الغبن يعتبر عيبا في العقد ذو طبيعة موضوعية^(٢).

ويضيف Tocharد قائلا: أن الغبن مستقل عن الظروف التي ابلته، فهو عيب مستقل في عقد المعاوضة حيث انه ليس من العدل أن يباع شيء بأقل من ثمنه، فالعقد يجب أن يكون متوازنا، وانعدام هذا التوازن هو المحرك الاساسي للبطلان بسبب الغبن^(٣).

ويستهون إلى القول بأن المشرع الفرنسي قد اعتنق النظرية الموضوعية في الغبن ويستدلون على ذلك بالمادة ١٦٧٤ التي تجيز نقض بيع العقار بسبب الغبن إذا تجاوز ٧ / ١٢ من قيمة المبيع الحقيقية^(٤)، والمادة ١٠٧٩ حول قسمة

(١) De mesmay: op. cit., p. 68, 51 ets.

(٢) Demogue: Traité des obligations, T.I.p. 620.

(٣) Tocharد: La lésion dans le cadre de la justice d'équité. 1960. p.80 ets.

وهذا ما يذهب اليه: Flour (J) et Aubert (J): Droit civil les obligations. Vol. I., l'acte juridique 1975, p. 177, no. 242.

(٤) كان الاستاذ Henri Mazeaud يرى ان الغبن وفقا للمادة ١٦٧٤ ووفقا لما ذهب اليه قضاء النقض إلى ما قبل سنة ٣٢ - ١٩٣٣ عيبا من عيوب الرضا.

انظر: Cour de droit civil. Paris, Cours licence, 2ème année. 1943 - 44, p.136.

ولكنه في مناسبة اخرى ذهب إلى أن القضاء الفرنسي اتجه الى ان الغبن هو عيب موضوعي في

الاصول les partages d'ascendants^(١)، والمادة ١٤٧٦ حول قسمة المشاع
les partages de communaute والمادة ١٨٧٢ حول قسمة الشركة^(٢)
. de societe

٤٤ - موقف القضاء الفرنسي من فكرة الغبن: كان القضاء الفرنسي إلى
ما قبل سنة ١٩٣٢ يعتبر الغبن عيبا من عيوب الارادة لا عيبا موضوعيا في
العقد^(٣).

فذهب القضاء في هذه الفترة إلى القول: أنه يفترض أن هناك عيبا في
الارادة في كل حالة يتجاوز فيها سعر بيع العقار عن ١٢ / ٧ من القيمة
الحقيقية للمبيع، وان المادة ١٦٧٤ وان لم تضع أي شرط آخر سوى الغبن
المادي والتي حددت مقداره، إلا أن المشرع افترض أن هناك شرطا آخر وهو
الاكراه المعنوي الذي كان البائع خاضعا له عند البيع^(٤). ومن ثم استبعد
القضاء، تأسيسا على هذه الفكرة نقض العقد أو تعديله بسبب الغبن بالنسبة
للعقود التي لم تكن معيبة من عيوب الارادة الظاهرة فرفضت تعديل عقد

= العقد أي أن مجرد التجاوز عن ٧/ ١٢ من قيمة المبيع الحقيقية يعطي الحق للبائع في نقض
العقد دون حاجة إلى اثبات عيب في الارادة.

Mazeaud (H.L. et J): Leçon de droit civil, T.2, 1978. Vol. 1. p.201 - 202. No.219;

Demesmay: op. cit., p. 51 - 52, note (1).

(١) وقد تم تعديل المواد الخاصة بقسمة الاصول بالقانون رقم ٥٢٣ / ٧١ الصادر في ٣ يوليو
١٩٧١.

انظر في ذلك: Philippe (C): La pratique des partages d'ascendant depuis la loi du 13
juillet 1971. Rev. Trim. civ. 1984, 203.

(٢) انظر: Dekeuwer Defosse: Indivision dans les sociétés en participation. J.C.P.
80.1.2970.

(٣) انظر في تفصيل ذلك: Rieg: op. cit., p. 193 ets.

(٤) انظر في ذلك: Paris 2ème ch. 10 déc. 1929. G.P.1930.1. 222 obs anonymes; Paris
8ème Ch. 18 dec 1929.G.P. 1930. 1.403 note lalou (H); Paris 8ème ch. 21 mai 1930.

D.H. 1932. Somm. P.10.

عمل^(١) بالنسبة للمكافآت والخدمات التي تمنح للعامل وذلك قبل ان يتدخل المشرع في تحديدها، وعقد ايجار الأشياء^(٢)، وبيع المنقول^(٣)، وحوالة الدين^(٤)، وحوالة عملاء العيادة الطبية^(٥). وحوالة اسهم شركة مدنية عقارية^(٦) وذلك لعدم وجود عيب خاص في هذه العقود.

ولم يصمد هذا القضاء امام سهام النقد التي وجهت إليه من الفقه الفرنسي، لذلك فانه تحول بحكمين شهيرين اصدرتهما محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٣٢، ٢١ مارس ١٩٣٣ إلى المعيار الموضوعي كأساس للغبن^(٧) واعتبر الغبن عيبا موضوعيا في العقد لا عيبا في الارادة^(٨)، وتواترت بعد ذلك احكام القضاء ترى على هذا النهج.

واكد القضاء، هنا، أنه بالنسبة لاثبات الغبن فان وجوده لا يتوقف على

(١) انظر: Cass. Civ. 20 nov. 1906. D. 1907. 1.80; S. 1909.1.29 civ. 20 dec. 1852. D.1853.1.95.

(٢) انظر: Rouen: 21 mai 1844; S. 1844.2. 652; Douau 24 juillet 1865. D.P. 1866.2. 29; Lyon: 10 juin

10 juin 1875. S. 1876. 2. 119. (٣)

Orléans. 14 fév. 1894. D.P. 1900.1.489 S.1895.1.488. (٤)

Paris 16 nov 1927. Sem. Jur. 1928.53. (٥)

(٦) انظر: Cass. civ. 3e 9 avril 1970. D. 1970. p. 726; Bull civ. III. 172; Cass. 1re 14 févr. 1968. D. 1968. Somm. P. 82. Bull. civ. 1. o.51. No.66.

(٧) انظر في ذلك: Cass. Req. 21 mars 1933. D.P. 1933.1.87. et D.H. 1933, 235, S. 1933.1. 377, note Tortat (René)

وانظر في عرض هذه الاحكام تفصيلا: De Mesmay (H): op. cit., Rapport et note de Cavarroc (Raoul), P.14 ets. no. 9ets. Civ. 21 avril 1950. J.C.P. 1950. 50 800; Cass. civ (1) 19 Oct. 1960. Bull. civ.1, p.366 no. 448; Paris Ch (1) - Supple. I, II Oct. 1962. D. 1963. D. 1963. 288 note. anon.

(٨) انظر في ذلك: Weill: op. cit., no. 207. p. 243 - 244. Marty et Raunyaud: op. cit., p. 140. no.155; Req. 28 déc. 1932. Gaz. Pal. 1933. I. 287; De Mesmay: op. cit., p.24 ets.

وجود اكراه معنوي من عدمه أو تدليس وقع فيه البائع، وانما يكفي لوجوده مجرد التجاوز في بيع العقار عن نسبة ٧ / ١٢ من القيمة الحقيقية له، وأن الغبن وحده يصلح سببا لنقض العقد مستقلا عن أي ظروف أدت إلى وجوده^(١).

وقالت محكمة استئناف باريس مؤكدة هذه النزعة: أن الغبن في القانون الفرنسي من خلق القانون الوضعي، وهو الثمن العادل في بيع العقار ويعتبر عنصرا في السلام الاجتماعي والنظام العادل^(٢)، فهو لا يعطي بائع العقار الحق في طلب نقض العقد إلا إذا أثبت أن الغبن يتجاوز ٧ / ١٢ من القيمة الحقيقية والفعلية للعقار^(٣)، ودعوى الإبطال بسبب العيب تختلف عن دعوى نقض البيع بسبب الغبن^(٤).

وعلى الرغم من أن القضاء الفرنسي اعتبر الغبن عيبا موضوعيا في العقد، إلا أنه مع ذلك رفض أعمال اثر الغبن في غير الحالات التي حددها القانون^(٥)، وبعبارة أخرى أكد القضاء القاعدة القائلة أن الغبن لا يعتبر عيبا

(١) انظر: De Mesmay: op. cit., p. 44 ets.

وانظر: Req. 21 avril 1950. Bull. civ. 1951.1.47; Req. 21 mars 1933. D. H. 1933. 2. 113;

Levy: op. cit., p. 58. Cass. civ. (3) 6 déc. 1972. Bull. civ. 1972. III. P. 493. no. 668; Cass.

civ. (3) 21 mai 1979. Bull. 1979. V. No. 110. p. 82.

Paris: 9 févr. 1931. D. 1931. 2. 33; S. 1931. II. 145, note Audient. (٢)

Paris 18 déc. 1929. Gaz. Pal. 1930. I. 403, 10 déc. 1929. Gaz. Pal. 1930. I. 222. 21 mai (٣)

1930. D.H. 1932. Somm. P. 10. S. 1930. 2. 212. Rawandozi: op. cit., p.34 note (I).

وذهب جانب آخر من القضاء إلى أن الغبن هو نتيجة لاختلاف قيمة العقار الحقيقية والثمن المعطى في العقد.

Trib. civ. Seine 12 mars 1929. D.H. 1929. P. 306; 25 nov. 1928; Gaz. Pal. 1928. 1447;

Paris, 2ème Ch. 8 juin 1963. D. 1964. somm. 19.

Civ. 3 janv. 1951. S. 1952. I. 58. Rev. Trim. Civ. 1952. p. 235. Observation de M. (٤)

Carbonnier.

(٥) ولذلك رفض ابطال عقد بيع المنقولات، انظر في ذلك:

Civ. 14 fév. 1968. D. 1968. Somm. 82. Civ. 17 mai 1832 S. 1832. I. 849.

عاما في كل العقود وإنما استثناء لا يتوسع فيه^(١).

ورغم ايمان القضاء الفرنسي بالصفة الاستثنائية للغبن إلا أنه حاول أن يوسع من نطاق الغبن ويمده إلى تصرفات وعقود أخرى رغبة منه في إقامة العدالة بين المتعاقدين^(٢).

فمد فكرة الغبن إلى القسمة وإلى التصرفات المشابهة للقسمة التي أقرها القانون المدني^(٣)، وتدخل في تحديد اتعاب المحاماة وتخفيضها إذا كان مبالغاً فيها Réduction des honoraires d'avocat^(٤) وكذلك أجر الطبيب^(٥) والمهندس المعماري^(٦) ووكيل الاشغال l'agent d'affaires^(٧) ووكيل الدعوى avoués،

Paris. II oct. 1962. D. 1963. p. 288.

(١) انظر :

(٢) انظر الأحكام التي أشار إليها : Ghestin: Op.cit., No. 550-552. p. 446-450 et note 22-44.

(٣) انظر : Cass. civ. (1) 9mars 1966. Bull. civ. I. No. 178. p. 139.

(٤) Cass. 17Janv. 1908. S. 1908.1.223; Paris. 1905. S. 1906. 227; Trib. Seine 1mars 1905.

Gaz. Pal. 1905. p. 36 S. Cass. Civ (1) 17juin 1970. Bul. civ. no. 205, p. 167; 13ect. 1976.

D. 1978. p. note. A. (Brunios); Paris, 5mai 1903. S. 1904. 11. 32.

(٥) Trib. civ. Sein ch 1). 18mars 1953. Gas. Pal. 1953. 2. 84; Paris 6mai 1903. S.

1904.11.32; 14mars, 1922. D. 1922.5.7.

(٦) Cass. civ. 3nov. 1926. D. 1927; Marseille: 23févr. 1925. D.P. 1926.2:157.

(٧) Perrin (J): Essai sur la réductibilité des obligations successives. Thèse. Paris. انظر :

1905. P. 187. ets.

Cass. Civ. 24oct. 1958. وتدخل القضاء في تخفيض هذه الأتعاب إذا لم تتم الأعمال المطلوبة.

Bull. Cass. 1958.11.430.

ورفض القضاء تخفيض الأتعاب إذا كانت الأعمال التي قام بها الوكيل تعادل الأتعاب.

civ. 1er mars 1932. 1932. 456.

والموثق notaire^(١)، واجور الوكيل^(٢) des rémunérations des mandataires والمهن الحرة المشابهة.

٤٥ - ثانيا - في القانون الألماني: اعتنق القانون المدني الألماني منذ البداية، النظرية الشخصية للغبن^(٣) حيث تبني نظرية الاستغلال على نحو لا يخلو من المبالغة والاسراف فنص في المادة ١٣٨ / ١ منه على أن: «العمل القانوني المخالف للأداب يعتبر باطلا»، وازداد في الفقرة الثانية قائلا: «ويعتبر باطلا بوجه خاص العمل القانوني الذي يستغل فيه الشخص حاجة الغير أو طيشه أو عدم خبرته ليحصل على نفسه أو لغيره على منافع مالية تزيد على قيمة المنافع التي يقدمها بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا في التعادل بين قيمة تلك المنافع»^(٤).

(١) Req. 7Mars 1927. D.H. 1927. 205; Paris, 13mai 1928, S. 1929.2.21.

وانظر في تخفيض ثمن تنازل الموثق عن الأعمال المكلف بها prix des cessions d'office ministériel بحجة أن عقود التنازل عن هذا النوع من الأعمال تعتبر ذات طبيعة خاصة تتعلق بالنظام العام الذي يستلزم أن يكون الثمن معادلاً للقيمة تماماً.

(٢) Cass. Req. 13 Juin 1910. S. 1913.1.347. 11 Juin 1890. D. 1891.1.193; S. 1892.1.449 note Chavegrin; 6févr. D. 1894.1.285; 5.1895.1.177. note Chavegrin.

(٣) وقد جاءت أغلب القوانين العربية متأثرة بالقانون الألماني واعتنقت كأصل عام النظرية الشخصية في الغبن.

(٤) انظر في شروط تطبيق هذه المادة: Rodiere (René): Op. cit., p. 127 ets; Rieg: Op. cit., P. 190; Trude: op.cit., p. 39.

وانظر كذلك: توفيق حسن فرج، الرسالة السابقة، ص ٣٢٢ وما بعدها. وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الألماني تطور بشأن ابطال العقد للغبن فابتدأ برفض ابطال العقد للغبن أو تعديل التزامات الطرفين حتى لو كان الغبن بنسبة كبيرة، هذا بطبيعة الحال مع توافر العنصر النفسي، إلى أن توسع في مفهوم الغبن ابتداء من سنة ١٩٠٧ مروراً في سنة ١٩٣٣ وذلك تحت وطأة الثورة الوطنية الاشتراكية إلى أن أصدر في ١٢ مارس ١٩٣٦ حكماً توسع فيه بمفهوم الغبن في تطبيق المادة ١٣٨ / ٢ وأكد فيه أن عدم التناسب بين البدلين بغض النظر عن درجته يكفي لتطبيق أثر المادة المشار إليها، وتوسع القضاء في تطبيق هذه المادة بصورة أكبر في فترة الحرب والظروف الاقتصادية التي مرت بها البلاد حيث حاول هذا القضاء حماية الأفراد

فالمشرع الألماني، إذن، يرى وفقا لهذا النص أن الاستغلال، بعنصريه الموضوعي وهو عدم التناسب بين البدلين، والنفسي المتمثل في استغلال ناحية من نواحي الضعف في التعاقد وهي الحاجة le besoin أو الطيش والخفة la légèreté وعدم الخبرة l'inexpérience^(١) يتنافى مع حسن الآداب، - ويقصد به مجموعة الافكار السائدة فعلا بين متوسطي الخيرين من الناس^(٢) - ، الأمر الذي حدا به إلى أن يجعل العقد الذي يشوبه باطلا بطلانا مطلقا.

والملاحظ ان المشرع الألماني وفقا للنص المذكور لم يتطرق إلى الغبن المجرد بطريقة صريحة ولم يجعله لوحده مؤثرا بالعقد ومن ثم مبطلا له، وانما جاء ذكر الغبن باعتباره احد العناصر المكونة للاستغلال الى جوار العنصر النفسي، وقد يكون، كما ذهب القضاء الألماني في بعض احكامه، الغبن المجرد وحده قرينة على وقوع عيب في الارادة، وان كانت هذه القرينة قابلة لاثبات العكس.

على أن البطلان المطلق كما قرره المشرع الألماني كجزاء للاستغلال في العقود^(٣)، يبدو كما ذهب بعض الفقه^(٤)، وبحق، جزاء صارما لا مبرر له، ولذا فإن الحل الذي اخذ به القانون السويسري والذي جاء عقب القانون الألماني يجعل العقد قابلا للابطال لصالح ضحية الاستغلال اكثر توفيقا باتفاق الشراح^(٥).

= بتصحيح العقود غير العادلة التي أبرمها وذلك بتطبيق معيار حسن النية وحسن الآداب بصورة واسعة.

El-Bassoûni: Op.cit., p. 45 ets.

انظر في تفصيل ذلك :

El-Bassouni: Ibid. p. 98-100.

(١) انظر :

Saleilles (R): De la déclaration de volonté 1929, no. 69.

(٢) انظر :

(٣) وقد ثار خلاف في ألمانيا حول ما إذا كان الغبن يبطل العقد كله أو الجزء الذي وقع فيه فقط،

انظر في تفصيل ذلك: توفيق فرج، الرسالة السابقة، ص ٣٢٨ وما بعدها، وانظر:

Rodière (R): Op.cit., p. 130: Rieg: Op.cit., p. 190.

(٤) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣٢٥.

(٥) انظر في عرض ذلك: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣٢٥ وما بعدها.

٤٦ - ثالثا - في القانون الايطالي : بين الاتجاهين السابقين، اتجاه القانون الفرنسي الموضوعي والقانون الالماني الشخصي يمكن ادراج القانون المدني الايطالي، الذي لم ينحز انحيازاً واضحاً إلى أي منهما، وإنما أثر أن يختط لنفسه منهجاً وسطاً، حيث اعتمد النظرية الشخصية في الغبن كقاعدة عامة، كما فعل القانون الالماني، واوجد إلى جوار هذه النظرية حالات خاصة يمكن أن تتأثر بالغبن المجرد وحده، كما فعل القانون الفرنسي^(١)، وبموجب هذا المنهج استطاع القانون الايطالي أن يوجد طائفة من العيوب تتعلق بتكوين العقد^(٢) إلى جانب عيوب الرضا الاصلية وهي الغلط والاكراه والتدليس وهي التي ترد على الارادة^(٣).

فيجوز، كقاعدة عامة، وفقاً للمادة ١٤٤٨ من القانون المدني الايطالي للطرف المغبون في العقد أن يطالب بإبطاله إذا وجد هناك اختلال في التوازن بين البديلين يرجع إلى استغلال حاجة الطرف المغبون في التعاقد.

وحددت المادة المشار إليها شروط ممارسة دعوى الإبطال، حيث تتركز هذه الشروط في ثلاثة: أن يكون هناك عدم توازن بين البديلين في العقد، ونسبة عدم التعادل أو التوازن التي تسمح بممارسة الدعوى هي التي تزيد على نصف قيمة المقابل عند تكوين العقد^(٤)، أي يلزم أن يكون أحد أطراف العقد قد حصل على نسبة تفوق على ٥٠٪ عما التزم به المتعاقد الآخر، وأن يكون الطرف المغبون عند إبرام العقد واقعا تحت تأثير الحاجة^(٥)، وأن يكون أخيراً

(١) انظر في تفصيل ذلك : Rodiere (R): Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun, objet, cause, et lésion du contrat, Paris, 1980., p. 109 ets.

(٢) انظر: المادة ١٤٤٨ مدني ايطالي.

(٣) انظر: المادة ١٤٢٧ مدني ايطالي. وانظر Rodiere: Op.cit., p.p. 109.

(٤) Rodiere: Ibid. p. 111.

(٥) ومعيار الحاجة هو معيار شخصي يعتمد على شخص المتعاقد المغبون، ولقد توسع الفقه الايطالي والقضاء في تفسير «حالة الحاجة» بحيث مدها لتشمل كل صعوبة اقتصادية متوقعة أو مؤقتة momentanée فلا تقتصر على الحاجة إلى النقود وإنما يمكن أن تتمثل في أي خدمة اقتصادية، ولا يشترط أن يكون هذا المال أو الخدمة ضرورياً للمتعاقد. انظر:

Rodiere: Ibid. p. 112.

الطرف الآخر في العقد قد استغل هذه الحاجة من اجل تحقيق ربح أو منفعة .

هذه هي القاعدة العامة في القانون الايطالي، حيث أن دعوى إبطال العقد المشوب بالغبن تسري على كل العقود إلا ما استبعد بنص خاص كالعقود الاحتمالية les contrats aléatoires^(١)، والمرتب مدى الحياة les rents viagères^(٢)، والمنافسة الرياضية les competitions sportives^(٣)، والصلح la transaction^(٤)، والبيع الجبرية la vente forcée^(٥). ولا شك ان استبعاد هذه العقود من دعوى الابطال للغبن له ما يبرره حيث ان غالبا ما تتضمن نوعا من الغبن بحسب طبيعتها، وذلك باستثناء البيع الجبرية حيث ان هذا النوع من البيع يخضع لاجراءات وضمانات معينة يكفل ابعاد الغبن عنه^(٦).

ولا تسري كذلك هذه الدعوى على العقود الملزمة من جانب واحد وعقود التبرع إذ الغرض في مثل هذه العقود عدم وجود بدلين متقابلين وانما هناك بدل واحد يلتزم به احد الاطراف في مواجهة الطرف الآخر في العقد^(٧).

فالعقود التي تسري عليها دعوى الابطال للغبن هي عقود المعاوضة كالبيع والمقايضة، وعقد التوريد le contrat de fourniture، والبيع بشرط التجربة في المنقول la vente à l'essai en matière mobilière^(٨).

(١) انظر: المادة ١٤٤٨ / ٤ .

(٢) انظر: المادة ١٨٦١ .

(٣) انظر: المادة ١٩٣٤ .

(٤) انظر: المادة ١٩٧٠ .

(٥) انظر: المادة ٢٩٢٢ / ٢ .

Rodiére: Op. cit. p. 110.

(٦) انظر:

Rodiére: Op.cit., p. 110.

(٧) انظر:

Rodiére: Ibid. P. 110

(٨) أنظر:

والعقد الابتدائي أيضا يكون محلا للابطال بسبب الغبن، وكذلك الحال بالنسبة للوعد بالبيع

la promesse de vente، وقد كان قانون ١٨٦٥ مقلدا في ذلك القانون الفرنسي لا يعترف إلا

في الغبن بالنسبة لبيع العقار، ولم تكن مقبولة إلا إذا اقترنت مع قابلية عقد البيع للابطال =

هذا بالنسبة لمجال دعوى الغبن من حيث العقود، أما فيما يتعلق بمجالها من حيث الأشخاص فإنه يمكن أن يستفيد منها جميع الأشخاص بدون أي قيد، سوى أن يكون الغبن الذي وقع ضحيته التعاقد نتيجة الحاجة عند التعاقد^(١).

وإلى جانب النظرية الشخصية في الغبن التي اعتنقها المشرع الإيطالي كقاعدة عامة، جعل الغبن المجرد وحده مؤثرا في العقد في حالات معينة، كالعقود التي تبرم في حالة الخطر^(٢)، وعقد القسمة^(٣)، وذلك دون اشتراط ضرورة أن يكون الغبن قد جاء نتيجة استغلال حاجة الطرف المغبون.

٤٧- تعقيب : يتضح لنا من دراستنا السابقة للتطور اللاحق الذي وصلت إليه بعض التشريعات الغربية بالنسبة لمفهوم الغبن، أن بعضا منها كالتشريع الفرنسي قد اعتنق النظرية المادية في الغبن والتي تعتمد أساسا على مجافاة العدالة في العقود، فالغبن، وفقا لهذا القانون، يبرز كعيب مستقل في العقد عن الظروف التي أدت إلى ولادته، ولا يؤثر الغبن باعتباره عيبا موضوعيا على جميع العقود، وإنما كما اشرنا، على عقود محددة بالذات، وإن كان المشرع الفرنسي، في وقت لاحق على صدور القانون المدني، قد توسع في هذه العقود.

= المتضمن تنفيذ الوعد، بنفس الشروط الموضوعية والشخصية في وقت الوعد، والعبرة في وقت تقدير الغبن، وكذلك بدء التقادم لهذه الدعوى بتاريخ البيع لا تاريخ الوعد به. أنظر:

Rodière: (R): Op. cit., P. 111.

وهذه القواعد المشار إليها ظلت سارية بعد تعديل القانون المدني في ١٩٤٢ وتطبيقها امتد إلى العقد الابتدائي le contrat préliminaire بصفة عامة، طالما توافرت شروط الغبن. وذهبت محكمة النقض باستمرار إلى التأكيد على وجود دعويين منفصلتين ومستقلتين للعقد الابتدائي وللعقد النهائي. définitif.

Rodière: Ibid. P. 111.

أنظر:

(١) أنظر: المادة ١٤٤٨.

(٢) أنظر: المادة ١٤٤٧.

(٣) أنظر: المادة ١٤٤٨.

أما بالنسبة للقانون الألماني، فقد جاء متأثراً بالطابع الشخصي للغبن حيث لا يعترف به ولا يقره كقاعدة عامة إلا إذا شابه عيباً من عيوب الإرادة. وفيما يتعلق بالقانون الإيطالي فإنه اتخذ، كما أشرنا، موقفاً وسطاً بين القانونين فأعتنق كقاعدة عامة النظرية الشخصية في الغبن حيث لا يكون الغبن مؤثراً في العقد إلا إذا كان مرتبطاً بعيب من عيوب الإرادة، وإلى جانب ذلك أورد حالات معينة استثنائية يؤثر فيها الغبن المادي وحده دون حاجة لأن يكون هذا الغبن وليد عيب من عيوب الإرادة.

الفرع الثاني

مفهوم الغبن وتطوره في التشريعات العربية

- ٤٨- تمهيد. ٤٩- أولاً: في القانون المصري. ٥٠- ثانياً: في القانون المدني العراقي. ٥٣- ثالثاً: في القانون الكويتي. ٥٤- رابعاً: في قانون الموجبات والعقود اللبناني. ٥٥- خامساً: في القانون المدني الأردني. ٥٦- سادساً: في القانونين التونسي والمغربي. ٥٧- تعقيب.

٤٨- تمهيد: انتهينا في الفرع السابق من عرض ما لحق بعض التشريعات الأجنبية، وخاصة القانون الفرنسي، والقانون الألماني، والقانون الإيطالي، من تطور لمفهوم الغبن وفقاً لما وصلت إليه هذه التشريعات في الوقت الحالي، ونقوم الآن بالتعرض للموضوع نفسه بالتطبيق على التشريعات العربية. والواقع أن ما يميز تطور الاتجاه الغالب في هذه التشريعات فيما يتعلق بمفهوم الغبن هو تأثرها المزدوج بأفكار وأحكام الفقه الإسلامي من جهة، وما استقر عليه تطور التشريعات الأجنبية بصفة خاصة من جهة أخرى.

وهذا التأثير المزدوج هو الرابط المشترك للقوانين العربية الحالية، والذي انتهى إليه تطور الغبن فيها، وإن كانت تتميز في داخلها، بين بعض منها والبعض الآخر بمدى التأثير بكل من النظامين السابقين، وهو ما يتضح من خلال عرضنا لهذه التشريعات، والذي نبدأه بالقانون المصري باعتباره أقدم

التشريعات التي ظهرت في البلاد العربية، إضافة إلى تأثير التشريعات العربية الأخرى به إلى حد كبير بل وتطابقت بعضها معه تطابقا يكاد يكون كاملا.

٤٩ - أولا - في القانون المصري : نتعرض، هنا، إلى مفهوم الغبن في القانون المدني المصري القديم، ثم نلحقه ببيان ذلك في القانون المدني المصري الحالي كما يأتي : -

١ - في القانون المدني المصري القديم : رغم أن القانون المدني المصري القديم كان متأثرا بقانون نابليون الفرنسي من جهة، وبأحكام الفقه الإسلامي من جهة أخرى، إلا أنه لم يأخذ بكل ما قرره بشأن الغبن وتأثيره على العقود، وإنما ضيق من نطاق الغبن عما جاء به القانون الفرنسي والفقه الإسلامي، وذلك بدافع إعطاء الثقة للدائنين وتشجيع رؤوس الأموال الأجنبية^(١)، ولم ينص التشريع المدني المصري القديم إلا على حالة واحدة من حالات الغبن المجرد، وهي حالة الغبن في بيع عقار مملوك للقاصر، فنص في المادة (٤١٩/٣٣٦) على أن : «الغبن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه حق إلا للبائع في طلب تكملة الثمن ويكون ذلك في حالة بيع عقار القاصر فقط».

وقد وجدت حالات أخرى في القانون المصري القديم ترمي إلى تحقيق التعادل في العقد بعضها مستمد من الشريعة الإسلامية كما في حالة إيجار الوقف (م/٦٨٩ مرشد الحيران) والتي أخذت بها المحاكم المصرية، والبعض الآخر ورد في نصوص قانونية توخى المشرع فيها القصد نفسه دون إن يسمى الطعن فيها بإسم الغبن (م/١٢٥/١٨٥) أهلي ومختلط الخاصة بتحديد السعر الأقصى للفائدة و (م/٤٣٤/٥٢٩/١٨٥٥) المتعلقة بما يسمى بالشركة الاسدية و (م/٥١٤/٦٢٨) فيما يختص بعقد الوكالة^(٢).

(١) أنظر: توفيق فرج، الرسالة السابقة، ص ٦٣.

(٢) أنظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ٦١ هامش (٤)، توفيق فرج، الرسالة السابقة، ص ٦٥ هامش (١).

بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة. ٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن»..

وأضاف في المادة ١٣٠ قوله: «يراعى في تطبيق المادة السابقة (١٢٦) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة» والعقود التي يشير إليها هي عقد البيع إذا وقع على عقار القاصر (م ٤٢٥) وعقد القسمة (م ٨٤٥) وعقد الوكالة (م ٧٠٩) وعقد الشركة (١/٥١٥) وعقد القرض إذا اشترط فيه الفائدة (م ٢٧٧) والشرط الجزائي (م ٢/٢٢٤).^(١)

ويتضح من كل ذلك أن المشرع المصري إلى جانب النظرية النفسية الشخصية في الاستغلال التي أخذ بها في المادة ١٢٩ المذكورة، والذي يستتبع وجوده بطلان العقد بطلانا نسبيا^(٢)، اعتد بالغبن المادي، أي مجرد عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه بمقتضى العقد، رغم أن إرادة الطرف المغبون

(١) أنظر: محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام، ١٩٦٨، ص ٧٣ فقرة ٦٧، عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ١٩٧٤، ص ٣١٥.

وأنظر: السنبوري، الوسيط جزء (١)، ١٩٨١، ص ٤٨٣ - ٤٨٤، ونترك الحديث عن هذا النوع من العقود عند التعرض لحالات الغبن الخاصة بعقود معينة لاحقا في الفصل الثاني. (٢) تجدر الإشارة إلى أن الاقتراح بمشروع قانون بإصدار قانون المعاملات المدنية المصري، قد جعل العقد إذا كان نتيجة استغلال موقوفا، كما أنه توسع في حالات الاستغلال كالقانون الكويتي فنص في المادة ١١٦ على:

١ - يكون العقد موقوف النفاذ إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل بدرجة غير مألوفة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين، ويتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقدين الآخرين قد استغل حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه، أو تبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف، ويجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ٢ - ويسري هذا الحكم إذا كان التصرف تبرعا، وكانت التزامات الطرف المغبون لا تتناسب البتة مع مقدار ثروته، أو مع ما يؤلف التبرع به في مثل ظروفه. =

عييا من غيوب الرضا»^(١).

على أن هذا العيب، وهو بعد مجرد وضع مفروض، ليس من الضروري أن يستتبع بطلان العقد بطلانا نسبيا. فقد يكتفي القاضي بانتقاص الالتزامات المفرطة أو الفاحشة. وهو لو رأى ابطال العقد، ففي استطاعة العاقد الآخر أن يتقي هذا الأثر، إذا عرض أن يؤدي ما يراه القضاء كافيا لرفع الغبن. وعلى هذا النحو، يكون جزاء استغلال المتعاقد، اما انتقاص الالتزامات الفاحشة وإما تكملة الالتزامات الناقصة أو القاصرة.

كما أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري «أن المشرع لم يأخذ بمذهب التقنين الألماني، فيما يتعلق باستغلال المتعاقد، بل اقتفى أثر المشروع الفرنسي الإيطالي. وليس يعني هذا التقنين إلحاق الاستغلال بعيوب الرضا. ولكن ما يعنيه أمر مختلف كل الاختلاف، هو أن الطرف الآخر قد استغل، فيمن تعاقد معه، ما قام به من ضعف، وما اشتد عليه من عوز. فليس ينطوى الأمر على عيب في الرضا، بل هو ينطوى على عمل مخالف للأداب، صدر من المتعاقد الذي حصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته. ولذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق، لا البطلان النسبي».

وتجدر الإشارة إلى أنه لما كان القانون المدني المصري يعتبر، كما أشرنا، أقدم القوانين العربية، لذلك كان من الطبيعي أن ينعكس تأثيره على تشريعات الدول العربية الأخرى بالتطور الذي طرأ تحت ظله فاعتنقت ما أخذ به^(٢).

(١) أنظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري وهي بصدد تعليقها على المادة ١٢٩. وأنظر كذلك: جمال العظيفي، جزء (١) التقنين المدني المصري، ص ٢٤٠، والمادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي.

(٢) أنظر في ذلك: المادة ٣٠-٣١ مدني سوري، المادة ١٢٩-١٣٠ مدني ليبي، المادة ١٢٤ عراقي، المادة ٢١٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني، المادة ١٥٩-١٦١ مدني كويتي. المادة ١٢٧-١٢٨ مدني صومالي، المادة ٢٨ من قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم ١٩٧١/١٦.

قانون الموجبات اللبناني والقانون المدني الاردني، كما سنرى، وقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة^(١).

والملاحظ أن المشرع العراقي لم يضع معيارا ماديا يركن اليه في تحديد ما يكون من الغبن الفاحش وما لا يكون داخلا فيه في التصنوص المتعلقة بالغبن والتغيير^(٢)، وإنما وضع هذا المعيار عند تعرضه للقسمة فنص في المادة ١/١٠٧٧ من القانون المدني على أنه: «ويعتبر الغبن فاحشا متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمسة في العقار».

وقد إستثنى القانون المدني العراقي من القاعدة المتقدمة والتي تشترط لجعل العقد موقوفا أن يكون الغبن الفاحش ناشئا عن تغير، عدة حالات أقر فيها الغبن المجرد وحده دون ضرورة اقترانه بالتغير واعتبره عيبا من عيوب العقد^(٣)، ومن هذه الحالات، الغبن الذي يلحق المحجور عليه، أو مال الدولة أو الوقف، (م ٢/١٢٤)، وتجاوز حدود الفائدة عن ٧٪ (م ١/١٧٢) واجر الوكيل (م ٢/٩٤٠)، والقسمة الاتفاقية (م ١/١٠٧٧)^(٤).

٥٢ - الغبن الناتج عن الاستغلال: وإذا كان المشرع العراقي قد جعل

= وقال آخرون أن الغبن والتغير مفهومان متغايران: فقد يتحقق الغبن بلا تغير، كما لو كان جاهلا فاشترى الشيء باضعافه دون أن يكون أحد قد حبزه له، وقد يتحقق التغير دون الغبن، كما لو غرره في ارتكاب عمل ساقط فارتكبه، فهنا تغير من غير غبن فعطف أحدهما على الآخر وتقييد الغبن بالتغير واهن غير سيديد. أنظر: محمد الحسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ١٣٦٠ هـ (المطبعة الحيدرية) النجف الأشرف، العراق، جزء ص ١٠١.

(١) أنظر: المادة ١٩١.

(٢) ما حدا ببعض الفقهاء إلى القول أن القانون المدني العراقي لم يحدد مقدار الغبن الفاحش وإنما ترك تقديره للقاضي وفقا لسلطته واجتهاده. أنظر: عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٥٦.

(٣) أنظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٦٤ وما بعدها.

(٤) أنظر: في عرض هذه الحالات بالتفصيل لاحقا في الفصل الثاني عند الحديث عن حالات الغبن.

ونظرا لاعتناق المشرع العراقي قاعدة الغبن مع التغيرير وأخذه في الوقت نفسه بنظرية الاستغلال، فقد ثار خلاف في الفقه العراقي حول ضرورة الإبقاء على القاعدة المشار إليها بعد أن أخذ القانون المدني العراقي بنظرية الاستغلال باعتبار أن تطبيقات نظرية الإستغلال تستغرق حالة الغبن مع التغيرير والتي تكون هي الأخرى مصطبغة بصبغة نفسية.

فذهب إتجاه إلى الإستغناء عن قاعدة الغبن مع التغيرير والاكتفاء بنظرية الاستغلال^(١)، بينما أصر إتجاه آخر^(٢)، وبحق، على ضرورة إبقاء نظرية الغبن مع التغيرير تعمل إلى جوار نظرية الاستغلال، وتركز حجتهم فيما يلي: -
أولا : أن التغيرير والاستغلال مفهومان متغايران، لأن التغيرير لا يتحقق إلا بطرق احتيالية تكون غالبا طرقا مادية يقوم بها أحد المتعاقدين ضد الآخر تكفي لتضليله وإيقاعه في الغلط، والأمر على خلاف ذلك في نظرية الاستغلال، فلا يشترط فيها أن يقوم المستغل (الغابن) بأي فعل إحتيالي إيجابي، فحالة الضعف التي يوجد فيها الطرف المغبون هي السبب الذي دفعه إلى التعاقد في الغالب والحاق الغبن الفاحش به، وكل ما يقوم به الآخر هو انتهاز هذه الفرصة للتعاقد معه واستثمار ما حل به من ضعف.

ثانيا : إن الغبن وفق قاعدة الغبن التدليسي مادي محض، لا يقوم على اعتبارات شخصية في المتعاقد الآخر كما هو الحال في الطابع المزدوج لنظرية الاستغلال والتي تقوم على إستغلال الحاجة أو الطيش أو الهوى أو عدم الخبرة أو ضعف الإدراك ولحوق الغبن الفاحش بالمتعاقد الضعيف.

= الطرف الآخر أو هوام الجامح هو إبطال العقد أو انقاص التزامات الطرف المغبون (المادة ١٢٩). وأنظر المادة ١٥٩ مدني كويتي.

(١) أنظر: محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الأول، ص ٢٣ فقرة ٢٣.

(٢) أنظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ١٦٣.

ولما جاء القانون المدني الكويتي حاول أن يجمع بين هذين الاتجاهين في مدونة واحدة، فاعتنق كأصل عام النظرية الشخصية في الغبن وذلك في المواد ١٥٩ - ١٦١ منه فجعل الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة إلى جانب الغلط والتدليس والإكراه، وأقر إلى جانب هذا الاتجاه أن الغبن الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال غير مؤثر في العقد في الأحوال الخاصة المتفرقة التي ينص عليها القانون (م ١٦٢).

واستثنى القانون المدني من قاعدة أن الغبن المجرد وحده لا يؤثر في العقد طالما لم يكن نتيجة عيب من عيوب الإرادة، إلى جانب الأحوال المتفرقة الخاصة التي ينص عليها القانون، الغبن الفاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية أو لأحد من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة الوقف، حيث جعل الغبن في هذه الحالة مؤثراً في العقد ويعطي الحق للطرف المغبون المطالبة بتعديل التزام الطرف الآخر أو التزامه هو بما يرفع عنه الفحش في الغبن (م ١٦٣).

فالمشرع الكويتي، في القانون المدني، كما يبدو، حاول التوفيق بين النظرية الشخصية في الغبن والتي تركز على الاستغلال وبين الغبن المجرد الذي لا يكون وليد عيب من عيوب الإرادة.

ويثور سؤال في هذه المناسب مؤداه أنه إذا كان المشرع الكويتي قد اعتمد الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في شكل نظرية عامة تسري على جميع التصرفات والعقود، فهل هذا هو الحال بالنسبة للغبن؟ وبعبارة أخرى هل الغبن في القانون المدني الكويتي عيب من عيوب الإرادة؟ وهل الغبن، من جهة أخرى، نظرية عامة يمكن أن تمتد إلى جميع التصرفات القانونية؟ نقول في البداية أن المشرع الكويتي لم يكن موفقاً عندما ضمن الغبن تحت عيوب الرضا أو الإرادة إلى جوار الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال مما قد يوحي بأن الغبن هو أيضاً عيب من هذه العيوب، لأن الغبن أي مجرد عدم التعادل، يعتد به المشرع في أحوال خاصة فيترتب عليه آثار تختلف من حالة إلى أخرى، ولذا كان يفترض أن ينظم الغبن بعيداً عن عيوب الإرادة حتى لا يختلط بها.

وبذلك يكون المشرع اللبناني قد استبعد بصورة صريحة الطعن في عقود التبرعات بالغبن، وذلك لعدم تصور حدوث غبن في هذه العقود.

ثم انتقل القانون بعد ذلك إلى بيان حكم الغبن في المادة ٢١٤ التي نظم فيها نظرية الاستغلال فنص على أن الغبن لا يفسد في الأساس رضى المغبون ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية: -

١ - إذا كان المغبون قاصراً: وإذا كانت المادة المذكورة قد اكتفت بالنص على حالة القصر دون حالة السفه والعتة، فإنما ذلك لأن ما يسري على القاصر من أحكام يسرى كقاعدة عامة على السفه والمعتوه، وهنا لم يشترط المشرع اللبناني أن يكون الغبن فاحشاً، كما في الحالة التالية لها، وإنما يمكن أن يكون يسيراً كذلك، إضافة إلى أنه لم يشترط أن يكون الغبن نتيجة استثمار (استغلال) ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المغبون، فالغبن المجرد في هذه الحالة يكفي لدمغ العقد بالقابلية للإبطال.

٢ - إذا كان المغبون راشداً، وكانت للغبن خاصتان هما: -

أ - أن يكون الغبن فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة، ولم يضع المشرع، هنا، معياراً للغبن الفاحش، فالمعيار يكون موضوعياً يترك أمر تقديره للقاضي الموضوع، بحسب ظروف كل حالة، وبدون تقيد برقم معين ثابت محدد، فإذا كان هناك عدم تناسب بين ما يحققه العقد لكل من طرفيه، فقد يرى القاضي مثلاً، أن معيار الغبن الفاحش يتحقق إذا زاد الفارق بين قيمة ما يحققه العقد لكل من طرفيه على النصف أو الثلث أو الربع . . الخ^(١).

ب - أن يكون المستفيد قد أراد استثمار^(٢) ضيق أو طيش أو عدم خبرة في

(١) جلال العدوي، محمد ليب شنب، مصادر الالتزام، ١٩٨٥، الدار الجامعية، بيروت، ص ١٧٥.

(٢) وما بلغت النظر، هنا، أن لفظ الاستغلال في هذا النص ترجم في النص العربي باصطلاح استثمار، وبناء على ذلك جرى التعبير بلفظ الاستثمار في الفقه اللبناني وفي القضاء، مع أن =

الموجبات والعقود رغم أنه استعمل مصطلح الغبن *lesion* فإنه اضطر وهو بصدد ذكر شروط الغبن المقصود في النص إلى إستعمال مصطلح الاستغلال فأوجب أن يكون المستفيد قد أراد إستغلال ضيق أو طيش أو عدم خبرة المتعاقد^(١).

٥٥- خامسا - في القانون الأردني: يعتبر القانون المدني الأردني أكثر القوانين المدنية العربية تأثرا بالفقه الإسلامي، من حيث قواعده الموضوعية، ومن حيث صياغة قواعده، وكان أكثر تأثرا بأحكام الفقه الحنفي وخاصة مجلة الأحكام العدلية.

ولقد اعتبر المشرع الأردني أن عيوب الإرادة ثلاثة هي: الإكراه (م ١٣٥ - ١٤٢) والتغيير والغبن (م ١٤٣ - ١٥٠) والغلط (م ١٥١ - ١٥٦). وما يهنا في هذا المجال هو بيان تأثير التغيير والغبن على العقد، وفيما يأتي عرض ذلك:

الأصل المقرر في المادة ١٤٥: اقتضى المشرع الأردني، أثر النظرية الشخصية في الغبن الواردة في الفقه الإسلامي والتي تشترط، كما رأينا، لأعمال أثر الغبن الفاحش أن يكون مقترنا بتغيير، ومتى توافر ذلك في العقد فإن الطرف المغبون له الحق في فسخ العقد، وهذا ما قرره المادة ١٤٥ من القانون المذكور بقولها: «إذا غرر أحد العاقلين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد».

وإذا ما فسخ العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها ويرد كل منهما المقابل الذي حصل عليه، ففي البيع يرد المشتري المبيع ويرد البائع الثمن ويعتبر العقد كأن لم يكن.

فالأصل إذن أن المشرع الأردني في المادة المشار إليها يقرر القاعدة العامة في تأثير الغبن الفاحش على العقود، فهو لا يميز للمتعاقد المغرر به أن يطلب

(١) أنظر: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٢٩١ هامش (١).

كذلك في المادة ١٤٩ منه فسخ العقد بالغبن الفاحش وحده دون تغير إذا أصاب الغبن مال المحجور^(١) ومال الوقف ومال الدولة وهذه المادة تتفق مع إجماع الفقه الإسلامي كما رأينا، ومع المادة ٣٥٦ من مجلة الأحكام العدلية، وأضاف تطبيقا آخر لفسخ العقد للغبن الفاحش في حالة القسمة^(٢).

فالقانون المدني الأردني، إذن، يعتنق النظرية الشخصية في الغبن كأصل عام، ويتبنى النظرية الموضوعية المادية التي تعتمد على الغبن المجرد وحده في حالات معينة.

٥٦ - سادسا - في القانونين التونسي والمغربي^(٣): تنص المادة ٦٠ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أن: «الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا تسبب عن تغير العاقد الآخر أو من نائبه أو بمن نابه في العقد عدى ما استثنى بالفصل (المادة) الآتي: -

وتقضي المادة ٦١ بأن: «الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد يحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغير من معاقدة الآخر والغبن في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث».

والملاحظ في القانون التونسي أن المادة ٤٣ منه التي عدت عيوب الإرادة لم تذكر من بينها الغبن، وإنما تعرضت المادة ٦١ للغبن فقط باعتباره عيبا خاصا لا يكون مؤثرا في العقد إلا عندما يكون مرتبطا بالتغير أو إذا كان الشخص المغبون هو ناقص الأهلية. فالغبن، إذن، ليس عيبا في الإرادة وإنما هو عيب موضوعي في العقد^(٤).

(١) ويقصد به تناقص الأهلية في الاصطلاح القانوني للصغر أو للسفه أو للغفلة.
(٢) أنظر المادة ١٠٨٠ حيث تنص على أنه: يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة وإعادتها عادلة. وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسم وقت القسمة.

(٣) أنظر في ذلك: Tefifeha: Op. cit., P. 28 ets.

Tefifeha: Ibid., p. 36; Knani (Youssef): la lésion est-elle une entité juridique autonome? (٤)

Revue Tunisienne de droit, 1978, P. 41. ets.

وإلى جانب هاتين الحالتين التي يكون فيها الغبن مؤثرا في العقد، وردت حالات أخرى في القانون التونسي يكون الغبن المجرد لوحده أو إذا اقترن بظروف خاصة مؤثرا فيها^(١)، وجاء القانون التونسي، في ذكر هذه الحالات، كما سنرى لاحقا، متأثراً بالقانون المدني الفرنسي إلى حد بعيد، ومن هذه الحالات الإنقاذ البحري^(٢)، عقد الشركة المتضمن شرط الأيد^(٣)، والقرض بفائدة^(٤).

وجاء بعد ذلك التنظيم المغربي للغبن متأثرا بكل من القانون التونسي من ناحية والقانون الفرنسي من ناحية أخرى^(٥)، فالأصل أن الغبن وفقا للمادة ٥٥ من القانون المدني المغربي، كما هو الحال في القانون التونسي ليس عيبا في العقد مستقلا في ذاته، وإنما مرتبط بالتدليس، وهنا يقترب كذلك من القانون الفرنسي^(٦).

ويرجع الفقه المغربي سبب رفض الغبن لديهم كعيب في العقد إلى تأثير المشرع المغربي عند وضعه لأحكام الغبن، لاعتبارات تاريخية، بالقانون التونسي حيث تم نقل المادة ٦٠ المشار إليها نقلا يكاد يكون حرفيا^(٧). ومن ناحية أخرى، وعلى الرغم من التشابه بين القانون المغربي والفرنسي إلا أن الاستثناءات التي أوردها القانون الفرنسي بالنسبة لبيع العقار بغبن يتجاوز $\frac{1}{4}$ من قيمته، وكذلك الغبن في القسمة الاتفاقية إذا تجاوزت الربع غير معروفة في القانون المغربي.

Tefiteha: Ibid. P. 136 ets.

(١) أنظر:

وقرب المادة ٩٠ من القانون المدني الجزائري.

(٢) أنظر: المادة ٢٥٠ من قانون التجاري البحري. التونسي.

(٣) أنظر: المادة ١٣٠١ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

(٤) أنظر: المادة ١١٠٣ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

(٥) أنظر في ذلك: Levy-Soussan (A): Essai sur la lésion dans les contrats au Maroc. 1952.

Paris.

(٦) أنظر المادة ١١١٨ مدني فرنسي.

Levy: Op. cit., P. 39 ets.

(٧) أنظر:

بيد أن القانون المغربي، متأثراً بالقانون التونسي، أورد بعض الاستثناءات الخاصة فيها يكون الغبن مؤثراً في العقد، جاء في بعض الإستثناءات متفقاً بها مع القانون التونسي، والفرنسي كالانقاذ البحري^(١)، وعقد الشركة المتضمن شرط الأسيد^(٢)، والبعض الآخر منها يتفق فيه مع القانون التونسي ويختلف بها عن القانون الفرنسي، كالقرض بفائدة^(٣).

٥٧ - تعقيب: ونرى مما سبق أن أغلب التشريعات العربية تأخذ كأصل عام بنظرية الإستغلال فتجعل الغبن مؤثراً في العقود إذا كان نتيجة لاستغلال حالة من حالات الضعف لدى الطرف الآخر، وهذا حال التشريع المصري والسوري، والليبي، والصومالي والجزائري والموجبات اللبناني والقطري وأخيراً الكويتي، وهذا الاتجاه يبدو أنه جاء متأثراً بشكل واضح بالقانون الألماني وإن كان لم يحدّ حذوه فيما يتعلق بالجزاء المترتب على الغبن، وذهب جانب آخر من هذه التشريعات إلى توسيع نطاق الغبن ليشمل بالإضافة إلى الحالة السابقة بعض الحالات الأخرى التي يأتي فيها الغبن نتيجة التغير (التدليس) وإن اختلفت هذه التشريعات فيما بينها بالنسبة لأثر الغبن في هذه الحالة.

ومن ناحية أخرى فإن التشريعات العربية تتفق في عدم اكتفائها بتقرير الأصل العام في الغبن وإنما أوردت تطبيقات متفرقة بشأن تأثير الغبن المجرد وحده على العقود، وجاءت هذه التطبيقات متناثرة في تشريعات هذه الدول، والملاحظ أنها لم تأخذ بتطبيقات موحدة للغبن المجرد، ولم تسر على منوال واحد في تنظيمها أو شروطها، وإنما يبدو موقفها متفاوتاً بالنسبة لهذه التطبيقات، كما سنرى، بين السعة والضيق بحسب الظروف التي مر بها التشريع عند وضعه أو بحسب مدى تأثرها بالقانون الفرنسي من جهة وبالفقه الإسلامي من جهة أخرى.

٥٧ - والخلاصة: إن الأصل في التشريعات العربية أنها تنظر لتقدير

(١) أنظر: المادة ٣٠٠-٣٠٩ من قانون التجارة المغربي بالنسبة للمساعدة والانقاذ البحري.

(٢) أنظر: المادة ١٠٣٤ من القانون المدني المغربي.

(٣) أنظر: المادة ٨٧٠ من القانون المدني المغربي.

الغبين ومدى تأثيره على العقد إلى سلوك من تعاقد مع المغبون، سواء كان عن طريق الاستغلال أو التدليس، والاستثناء هو الاعتداد بوضع الطرف المغبون بصرف النظر عن سلوك من تعاقد معه، وهذه هي حالات الغبن المجرد.

المبحث الثاني

التمييز بين الغبن وغيره من الأنظمة القانونية المقاربة

٥٨ - تمهيد. ٥٩ - الغبن المعاصر لتكوين العقد والغبن اللاحق لتكوينه. ٦٠ - الغبن المعاصر لتكوين العقد والاستغلال. ٦١ - فكرة الغبن وفكرة الظروف الطارئة. ٦٢ - الغبن المعاصر لتكوين العقد ونظرية الظروف الطارئة. ٦٣ - الغبن اللاحق لتكوين العقد ونظرية الظروف الطارئة. ٦٤ - مقارنة ثلاثية بين الغبن المعاصر والغبن اللاحق والظروف الطارئة. ٦٥ - الغبن والاستغلال أمران إراديان عادة والظروف الطارئة والغبن اللاحق خارجان عن الإرادة. ٦٦ - الغبن وعقود الإذعان.

٥٨ - تمهيد: رغم أن فكرة الغبن فكرة قديمة قدم القوانين الأولى التي عرفت البشرية منذ نشأتها الأولى، إلا أنها كانت ولا تزال ميدانا فسيحا للمناقشة واختلاف الآراء، كما أنها كانت ولا تزال عرضة للتطور والظهور في مظاهر مختلفة في شكل نظريات حديثة تتخذ أشكالا متعددة واسماء مختلفة في حقيقتها تركز على فكرة الغبن القديمة نفسها^(١). فمن الغبن تولدت نظرية الاستغلال، ومن هذه الأخيرة نشأت نظرية الظروف الطارئة بوصفها الحديث، بل ومن الغبن بمعناه التقليدي وجد نوع آخر يسمى بالغبن اللاحق *lesion a posteriori* ظهر حديثا في الفقه والقضاء الفرنسيين^(٢).

وإذا كانت هذه النظريات الأربع قد تختلف فيما بينها بدرجات متفاوتة من حيث أسبابها ونطاق تطبيقها وشروطها، إلا أن هناك جامعا عاما يشملها معا وهو عدم التعادل بين التزامات أحد المتعاقدين وحقوقه الناشئة في العقد، ويمكن أن نقرر بصفة عامة، هنا، أنه إذا عاصر عدم التعادل هذا إنعقاد العقد فأنا نكون أمام حالة غبن أو إستغلال، أما إذا طرأ عدم التعادل بعد انعقاد

(١) أنظر: Ghestin: Op. cit., no. 540, P. 440-441. وانظر كذلك: محمد عبد الجواد محمد، الغبن

اللاحق والظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، يونيو سنة ١٩٦٣، عدد (٢) السنة

(٣٣)، ص ١ وما بعدها.

(٢) أنظر: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٤٨.

العقد، أو بعد الإنفاق على شروطه وقبل إنعقاده النهائي فإننا نكون أمام حالة ظروف طارئة أو غبن لاحق، كما أن هناك نوعاً من التقارب والتداخل بين فكرة الغبن بمعناها التقليدي أي الغبن المعاصر لتكوين العقد وعقود الإذعان، ولإعطاء صورة واضحة عن فكرة الغبن والأفكار المشار إليها، ولرسم الحدود الفاصلة بينها بشكل دقيق، نتعرض في هذا المبحث بالتفصيل للتمييز بين فكرة الغبن المعاصر لتكوين العقد والغبن اللاحق لتكوينه، والغبن المعاصر لتكوين العقد والاستغلال وفكرة الغبن وفكرة الظروف الطارئة، وأخيراً الغبن وعقود الإذعان، وذلك على النحو الآتي :-

٥٩- الغبن المعاصر لتكوين العقد والغبن اللاحق لتكوينه : الغبن بمعناه التقليدي هو عدم التعادل بين الالتزامات المتبادلة الناشئة عن عقد المعاوضة، هذا هو الغبن المعاصر لإنعقاد العقد *lesion ab initio*، فلكي يتحقق وجود الغبن بمعناه التقليدي يلزم أن يتوافر أمران : أولاً - عقد معاوضه قد تم انعقاده وتكوينه بصورة نهائية، ثانياً : أن تكون الالتزامات التبادلية الناشئة عن هذا العقد غير متعادله، بمعنى أن التزام أحد المتعاقدين لا يتعادل مع ما يخوله العقد من حقوق، أو مع الالتزام المقابل له في ذمة المتعاقد الآخر، ولذا يقال أن الغبن يجب أن يقدر وقت تمام العقد، بحيث يلزم أن يوجد عدم التعادل بين الالتزامات المتبادلة وقت تمام العقد^(١).

وفي هذين الأمرين يكمن الشبه والخلاف في الوقت ذاته بين الغبن المعاصر لتكوين العقد وبين الغبن اللاحق، فالغبن في صورتيه لا يمكن أن يتحقق إلا في عقود المعاوضة، أما عقود التبرع فلا يمكن أن ينشأ عنها غبن، ذلك أنها تقوم على التزام أحد المتعاقدين دون مقابل، أي يعطي ولا يأخذ،

(١) ويقول السهوري في كتابه الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ١٩٤٦، ص ١٢٥ فقرة ١٠٦ «يقدر الغبن وقت تمام العقد، بمعنى أن قيمة ما يعطيه العاقد وقيمة ما يأخذه إنما يعتبران في هذا الوقت، وينظر إلى التعادل بين القيمتين حينئذ، فإذا تغيرت القيم بعد ذلك فلا عبرة بهذا التغير، ولا يكون هناك غبن إذا كانت القيمتان متعادلتان وقت تمام العقد واختل التعادل فيما بينهما بعد ذلك».

ومن ثم فلا مجال للحديث عن التعادل بين التزامات المتعاقدين.

ولكن هذا الشبه لا يكفي للقول بأنها شيء واحد أو أنها منطبقان، بل أن هناك خلافا بينهما وهو، أن الغبن المعاصر لتكوين العقد، ينبغي تحققه وقت انعقاد العقد، ومن هذا أخذ تسميته، وعلى أن يكون العقد قد تم انعقاده بصفة نهائية.

أما الغبن اللاحق فيتوجب لتحقيقه توفر الشروط التالية: -

١ - اتفاق تام على جميع شروط عقد المعاوضة، إلا أن انعقاده بصفة نهائية يتوقف على تحقق أمر لاحق لهذا الاتفاق، بحيث تنقضي فترة من الزمن بين ذلك الإنفاق التام على شروط العقد وبين تحقق الأمر الذي يتوقف عليه إنعقاد العقد بصفة نهائية.

وهذا الأمر إما أن يتوقف على إرادة أحد المتعاقدين كما في حالة الوعد بالبيع أو الوعد بالشراء، أو على أمر يتطلبه القانون كما في حالة إشتراط القانون الحصول على إذن إداري.

٢ - أن تكون التزامات المتعاقدين متعادلة في وقت الاتفاق على جميع شروط العقد، أي أن لا يكون هناك غبن، سواء كان ناتجا عن إستغلال أحد المتعاقدين للآخر أو لاذعان أحدهما للآخر.

٣ - أن يختل التوازن الإقتصادي بين التزامات المتعاقدين في الفترة الواقعة بين الاتفاق التام على جميع شروط العقد وبين تحقق الأمر الذي يتوقف عليه انعقاد العقد نهائيا. وعلى أن يرجع ذلك الاختلال إلى وقوع حوادث طارئة خارجة عن إرادة المتعاقدين وغير متوقعة عند التعاقد، كارتفاع مفاجيء في أسعار المواد الأولية أو إندلاع حرب غير متوقعة.

يتضح مما تقدم أن الفروق بين الغبن المعاصر لتكوين العقد والغبن اللاحق تتلخص فيما يلي: -^(١)

(١) أنظر: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٧٩ فقرة ١٩، عصمت عبد المجيد بكر، الغبن اللاحق وموقف القانون المدني العراقي منه، العدالة، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل في الجمهورية العراقية، العدد الأول، السنة الرابعة، ١٩٧٨، ص ٥ - ١٦.

١ - في حالة الغبن المعاصر يكون العقد منعقدا بصورة نهائية، أما في حالة الغبن اللاحق فهناك اتفاق تام على جميع شروط العقد ولكن انعقاده بصورة نهائية متوقف على تحقق أمر.

٢ - أن التزامات المتعاقدين تكون غير متعادلة عند انعقاد العقد في حالة الغبن المعاصر. في حين تكون الالتزامات، في حالة الغبن اللاحق، متعادلة في وقت الاتفاق على شروط العقد، ولكنها تختل بعد ذلك، وقبل انعقاد العقد بصورة نهائية.

٦٠ - الغبن المعاصر لتكوين العقد والاستغلال: يجب عدم الخلط بين الغبن في معناه التقليدي باعتباره معاصرا لتكوين العقد والاستغلال. فالغبن هو عدم التناسب بين ما يأخذ العاقد وبين ما يعطيه، ومثال ذلك أن يبيع شخص شيئا تبلغ قيمته ألف دينار بخمسمائة أو ثمانمائة، وقد يجيء الغبن نتيجة الاستغلال، كما إذا استغل الطيش البين أو الهوى الجامح في مالك الشيء، فيجعله يبيع له بثمان زهيد، ولكن ليس من المحتم أن يأتي الغبن نتيجة استغلال، فالعبرة فيه بنتيجة العقد بالنسبة إلى المتعاقد دون النظر إلى الوسيلة التي أدت إليها، فالغبن يتوفر مثلا إذا باع الشخص ماله بثمان بخس حتى لو كان هو الذي سعى بنفسه إلى البيع بهذا الثمن ولم يفعل المشتري إلا أنه قبل منه ما عرضه عليه.

أما الاستغلال فهو الالتجاء عن قصد إلى الإفادة من الضعف الإنساني في المتعاقد، يجعله يرتضي تصرفا يؤدي به إلى غرم مفرط فادح.

هكذا يظهر أن الفارق بين الاستغلال والغبن يتركز في أن الأول قد يكون وسيلة تؤدي إلى الثاني، وإن لم تكن وسيلة حتمية، حيث أنه من الممكن أن يترتب الغبن دون استغلال، ثم أن الاستغلال من ناحية أخرى أعم من الغبن فيمكن أن يجد له مكانا في التبرعات إلى جانب المعاوضات، بل أن التبرعات تمثل مجاله الخصيب، وذلك في حين أن الغبن لا يكون بطبيعته إلا في المعاوضات.

والاستغلال كعيب يشوب الرضا نظام حديث العهد نسبيا في عالم القانون، فهو لم يعرف كنظام شامل يسري على التصرفات القانونية في مجموعها إلا من عهد ليس بجيد بعيد، ولعل القانون المدني الألماني الصادر في ١٨٩٦/٨/٢٦ هو الذي أوصى بفكرته للمدونات القانونية التي تلتها.

أما في القديم فلم يكن نظام الاستغلال معروفا، وقد كان يستعاض عنه جزئيا بنظام الغبن، بل حتى هذا النظام الأخير بقي محدود الأثر، فلم يكن له تأثير في العقود إلا في نطاق ضيق وفي حالات استثنائية خاصة تحددها النصوص وفي هذا يتفق الفكر الغربي مع الفقه الإسلامي^(١).

وفي الوقت الحاضر وبتأثير نزعة العدالة الاجتماعية من جهة والرغبة في مكافحة إفادة البعض من ضعف الآخرين من وجه آخر، بدأ نظام الاستغلال يشق طريقه ويرسخ أقدامه في عالم القانون، وهذا إذا كان يرجع في نشأته إلى قوانين البلاد ذات النزعة الجرمانية، وعلى الأخص القانون الألماني، إلا أنه إمتد ليجد مكانا رحبا في قوانين كثير من البلاد الأخرى حتى البلاد اللاتينية النزعة^(٢).

ونظام الاستغلال ذو شقين فهو من ناحية أولى يحارب التفاوت الصارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه من تصرفات عموما دون الاقتصار على بعض محدد منها، ودون الوقوف على نوعية معينة من العاقدين، متخالفا في ذلك مع نظام الغبن، بل أن نظام الاستغلال يسري أيضا على عقود التبرع

(١) أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، ص ٥٨٥.

(٢) وقد أخذ القانون المدني المصري بنظام الاستغلال (م ١٢٩ - ١٣٠) والقانون المدني الليبي (م ١٢٩ - ١٣٠) والمدني العراقي (م ١٢٥) ثم قانون التجارة الكويتي الملغي (م ١٢٦) وأخيرا جاء القانون المدني الكويتي فأوسع لنظام الاستغلال رحابه خاصا إياه بثلاث مواد هي المواد من ١٥٩ - ١٦١ ضمنها أحكامه التي عمد فيها إلى ضبطه على النحو الذي يصل به إلى تحقيق هدفه وغايته وفق ما تقتضيه مصلحة الناس وفي ظل فن رفيع من صناعة التشريع. أنظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

ويرى فيها المجال الرحب لأعماله، في حين أنها تمثل مجالا مستغلقا على الغبن، ومن ناحية ثانية لا يحارب الاستغلال التفاوت الصارخ بين الأخذ والعطاء أو الإفراط في الغنم، إلا إذا جاء نتيجة إستغلال من ناحية من نواحي الضعف في التعاقد لوجوده مثلا في ظروف تلجئه إلى حاجة أو لاتسامه بطيش بين أو ضعف ظاهر، أو لكونه اسيرا لهوى جامح أو لسطوة أدبية^(١).

وقوام الإستغلال أمران يتمثل أحدهما في وسيلة الوصول إلى الثاني، فهو يقوم على إستغلال الضعف في التعاقد بغية الوصول منه إلى غنم مفرط.

وقد غلب القانون الألماني الأمر الأول فنظر إلى الإستغلال من زاوية أنه ينطوي في المقام الأول على استغلال الضعف في التعاقد، وقد أدى به ذلك إلى أن يرى فيه مخالفة لحسن الآداب من شأنها أن تدفع التصرف بالبطلان المطلق^(٢).

ولكن النظرية الألمانية لم تسد في الفكر القانوني المعاصر حتى في البلاد الأخرى التي تسير قوانينها على النهج الجرمانى، كمدونة الالتزامات السويسرية، ذلك لأن استغلال الضعف في التعاقد وإن كان يمثل تنكرا لشرف التعامل إلا أنه مع ذلك لا يصل في تدنيه إلى مرتبة الأعمال التي تعتبر مخالفة لحسن الآداب - على نحو ما يقصد بهذا الاصطلاح.

وإذا كان الفكر القانوني لم يتقبل النظرية الألمانية للاستغلال باعتبار أنه ينطوى على مخالفة لحسن الآداب، فقد نظر إليه على اعتبار أنه يمثل عيبا في الرضا، الأمر الذي دعاه إلى أن يرى الجزء المترتب عليه لا يتمثل في بطلان التصرف وإنما - وفي أبعد الحدود - في دمه بالقابلية للابطال.

وقد اثر القانون المدني الكويتي أن يتمشى مع هذه النزعة الأخيرة وهي

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٧٠ فقرة ١٨٠.

(٢) المادة ١٣٨ من القانون المدني الألماني.

من بعد النزعة التي تنتهجها قوانين أغلب الدول التي أخذت بنظام الاستغلال^(١).

وقد راعى المشرع الكويتي في إعتبار الاستغلال عيباً في الرضا أن ناحية في التعاقد التي تستغل فيه ليبرم تصرفاً يؤدي به إلى الإفراط في العزم تصل به إلى أن رضاه لا يكون تام السلامة.

ولقد وضع المشرع الكويتي شروط أعمال الاستغلال وأثره في المادة ١٥٩ والتي تقضي بأنه: «إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوى جامعاً، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم، لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي بحيث يكون إبرامه تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي، بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقاً للعدالة ومراعاة لظروف الحال أن ينقص من التزاماته أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد».

ومن هذا النص يتبين لنا أنه يلزم لقيام الاستغلال وإنتاجه أثره توافر شروط ثلاثة، نجد أنه من المفيد أن نتعرض إليها بإيجاز بالقدر الذي نستعين به للفرقة بين الغبن والاستغلال وذلك على النحو الآتي: -

١ - استغلال الضعف الإنساني في التعاقد: قوام الاستغلال هو أن يعتمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني يتلمسها في الآخر، أي ما كان مظهر هذا الضعف ليحصل منه على غنم فادح مفرط.

وكل مظهر من مظاهر الضعف الإنساني أي ما كان نوعه أو طبيعته من شأنه أن يقيم الاستغلال طالما قد استغل بالفعل في صاحبه، وإذا كان المشرع قد ذكر بعضاً من مظاهر هذا الضعف الإنساني، وإن كان قد عمد إلى التوسعة

(١) المادة (١١) من قانون الالتزامات السويسري، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٧١.

فيه، حتى أن بعضها يختلط ببعض الآخر، فهو لم يذكرها إلا على سبيل التخصيص والتمثيل وليس على سبيل التحديد والحصر^(١). وهو بذلك يتدارك عيباً وقع فيه قانون التجارة الملغى بعد أن توارثه من القانون المدني المصري^(٢).

٢ - الغرم المفرط أو التفاوت الفاحش بين البديلين: وهذا هو الركن المادي في الاستغلال والمتمثل في الغبن، ومناطه هو عقود المعاوضات سواء منها المحددة والاحتمالية، فلا يكفي للطعن في العقد على أساس الاستغلال أن يلجأ شخص إلى استغلال الضعف الإنساني في آخر وحمله بذلك على مجرد إبرام العقد، وإنما يجب أن يصل من وراء هذا الاستغلال إلى غنم مفرط، وبعبارة عكسية إلى تحميل المتعاقد الآخر بغرم مفرط، ما كان ليصل لولاه^(٣)، فجوهر الاستغلال وأساسه هو التفاوت الصارخ الباهظ الجسيم بين الأخذ والعطاء، وعدم التناسب الفاحش الباهظ الجسيم الذي هو قوام الاستغلال يكون في المعاوضات بين ما يرتبه العقد على كل من طرفيه من التزامات وبين ما يمنحه إياه من حقوق، ففي البيع مثلاً يكون عدم التناسب بين قيمة المبيع وبين الثمن، أما في التبرعات فيكون عدم التناسب بين ما يعطيه المتبرع أي قيمة الشيء المتبرع به، وبين المنفعة الأدبية التي يحققها له التبرع، فاعمال نظام الاستغلال لا يكون في المعاوضات فحسب، كنظام الغبن وإنما يكون في

(١) أنظر: المذكرة الإيضاحية وهي بصدد تعليقها على المادة ١٥٩.

(٢) لم يذكر قانون التجارة الملغى في المادة ١٢٦ منه من الأمور التي تكون محلاً للاستغلال إلا الطيش البين والهوى الجامح وكذلك فعل من قبل القانون المصري في المادة ١٢٩، والسوري في المادة ١٣٠ والليبي في المادة ١٢٩ أما القانون العراقي فقد جاء أكثر شمولاً حيث ذكر الحاجة والطيش والهوى وعدم الخبرة وضعف الإدراك (م ١٢٥) والألماني ذكر الحاجة والخفة وعدم الخبرة (م ١٣٨) ومدونة الالتزامات السويسرية ذكرت الحاجة والخفة وعدم الخبرة (م ١٢١). أنظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٧٣ هامش (٣)، محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الالتزامات (١) ١٩٥٤، ص ٣٨٣، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٦٣، ص ٨١.

(٣) أنظر: المادة ١٥٩ من القانون المدني.

التبرعات أيضا، بل أن التبرعات هي المجال الخصب لنظام الاستغلال^(١). وإذا كان قوام الاستغلال هو عدم التناسب الباهظ فإنه لا يوجد بالضرورة معيار معنوي مرن يحدد القاضي على هده ما إذا كان عدم التناسب بين الأخذ والعطاء يصل إلى حد الفحش الذي يقيم الاستغلال من عدمه، وقوام هذا المعيار هو كون إبرام العقد بالوسيلة التي أتبعت في حمل ضحية الاستغلال على ارتضائه وبالغاية التي وصلت به إليه هذه الوسيلة من تحميله بغرم مفرط يتمثل تنكرا ظاهرا لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية أم أنه لا يتبدى إلى هذا الحد، والأمر بعد ذلك متروك لقاضي الموضوع يفصل فيه بسلطته التقديرية من غير تعقيب عليه في ذلك من دائرة التمييز.

وغنى عن البيان أن عدم التناسب الباهظ بين الأخذ والعطاء الذي يقيم الاستغلال هو ذلك الذي يكون قائما عند إبرام العقد، فلا عبرة لما تصير الأمور إليه في تاريخ لاحق وقد حرصت المادة ١٥٩ على أن تصرح بذلك في قولها أن الاستغلال يقوم إذا أدى بضحيته إلى أن يبرم عقدا ينطوي عند إبرامه على عدم التناسب الباهظ^(٢).

٣- الاستغلال هو الدافع الى التعاقد: والشرط الثالث الذي يجب أن يتوافر إلى جوار الشرطين السابقين هو أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد، بمعنى أن يكون هو الذي حمل الضحية على ارتضاء العقد على نحو ما ارتضاه عليه، بحيث أنه ما كان ليرتضيه على هذا النحو لولاه، وفي هذا يتشابه

(١) لا سيما استغلال الهوى الجامع، وقد حرص المشرع في المادة ١٥٩ على أن يذكر أن عدم التناسب الذي يقوم عليه الاستغلال يقع بين ما يلتزم به ضحية الاستغلال بمقتضى العقد وبين ما يجبره العقد عليه من نفع مادي أو أدبي حتى يقطع كل شبهة في سريان نظام الاستغلال على التبرعات. أنظر: المذكرة الإيضاحية في تعليقها على المادة ١٥٩. وذلك فضلا على أنه خص الطعن في عقود التبرع بالاستغلال بنص خاص ضمنه المادة ١٦٠، وقد ثارت الشبهة يوما ما في الفكر القانوني تحت تأثير فكرة أن نظام الاستغلال جاء تحويرا لنظام الغبن التقليدي الذي يتمثل مجالات محرما على التبرعات.

(٢) أنظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٧٨.

الاستغلال مع غيره من عيوب الرضا الأخرى^(١).

وبعد عرض ما سبق نستطيع أن نحدد أوجه الخلاف بين الغبن المعاصر لتكوين العقد والاستغلال، وذلك على النحو الآتي^(٢):-

أ- من حيث الطبيعة: الغبن في نظرية الاستغلال لا يعتبر عيباً في العقد بل يعتبر عيباً من عيوب الرضا نتيجة استغلال أحد المتعاقدين ضعفاً في المتعاقد الآخر^(٣). أما الغبن في مفهومه التقليدي أي المعاصر لتكوين العقد، فهو عيب في العقد لا في الرضا، فالرضا لا محل له في هذه الحالة حيث أن المتعاقد يتعاقد في الغالب برضا كامل فمتى بلغ عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين درجة محددة تحقق الغبن، بصرف النظر عن القيمة الشخصية للشيء في نظر المتعاقد وبصرف النظر، من ناحية أخرى، عن قصد المتعاقد الآخر المستفيد من الاختلاف في التعادل.

ب- من حيث النطاق: الغبن المادي، في القانون المدني الكويتي، والتشريعات التي أخذت به، يعتد به استثناء في العقود الصادرة من بعض الأشخاص أو الواردة على طائفة من الأموال وهي عقود المعاوضات دون التبرعات حيث أن مجاله مغلق في مواجهة النوع الأخير من التصرفات. أما الاستغلال فهو يعمل في عقود المعاوضات والتبرعات، كما أشرنا، على حد سواء بل أن التبرعات هي المجال الرحب لنظام الاستغلال^(٤).

ج- من حيث الإثبات: الغبن في النظرية المادية، لا يشترط أن يثبت

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية في تعليقها على المادة ١٥٩، السهوري، الوسيط، (١) ١٩٨١، ص ٤٩٣.

(٢) انظر: أحمد سيّام الشوري، الاستغلال، بحث منشور في المحاماة، العدد الثاني، السنة الخامسة والثلاثون، ص ٢٨٧.

(٣) انظر: شمس الدين الوكيل، دروس في العقد، طبعة أولى، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٦١/٦٠، ص ١١٦.

(٤) انظر: توفيق فرج، نظرية العقد، ص ١٣٠، رمضان أبو السعود، دروس في مبادئ الالتزام، الطبعة الأولى ١٩٧٧، ص ١٣٥.

المغبون أن رضاه جاء معينا، وإن التعاقد تم في حالة من حالات الضعف الإنساني وإنما يكفي أن يثبت وجود التفاوت بين البديلين وفقا للنسبة التي حددها القانون^(١)، إما وفقا لنظرية الاستغلال، فإن المغبون يجب عليه أن يثبت أن الغبن الذي وقع فيه كان مدفوعا بعامل نفسي يتمثل في ناحية من نواحي الضعف حتى ولو أثبت التجاوز الباهظ بين البديلين.

د - من حيث مدى عدم التعادل : عدم التعادل في الاستغلال لا يتحدد برقم معين أو نسبة محده، كما هو الحال في الغبن، لأن القيمة على ماديتها ما دامت شخصية، فمن الطبيعي أن تختلف باختلاف اعتبارات الناس في تقييم الأشياء، فلا بد من ترك تحديد القيمة وعدم التعادل إلى ظروف كل شخص واعتباراته، وهي مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي^(٢).

هـ - من حيث تحديد القيمة : القيمة في نظرية الغبن المجرد تتحدد بقيمة الشيء في السوق وقت التصرف بخلاف الأمر في نظرية الإستغلال فإن الغبن يقدر فيها على أساس شخصي أي بقيمة الشيء لدى المغبون^(٣).

(١) وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية من سنة ١٩٣٢، أنظر:

Req. 28 dec. 1932. D. 1933. 1. 87 rapport Dumas-S. 1933. 1. 377. Gaz. Pal. 1933. 1.

287; Req. 21 mars 1933. S. 1933. 1. 131. D. H. 1933. 235.

Civ. 21 avril. 1950. J.C.P. 11. 5800. RAPPORT DE M. اللاحقة
Cavarroc. S. 1951. 1. 57.

(٢) أنظر: اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ١٩٦٤، ص ٢٢٦ فقرة ١١٣، أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٨٢، محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، جزء (١) مصادر الالتزام ١٩٦٨، ص ٦٨. أسعد الكوراني، الاستغلال والغبن في العقود، البحث السابق ص ٩٣١.

(٣) واختلف الفقهاء في تحديد معنى القيمة الشخصية، فذهب البعض إلى أنها القيمة التي يقدرها المغبون للشيء بسبب رغبته فيه، ولو كانت لا تتناسب البتة مع قيمته في التعامل على مثل هذا الشيء، ولو كانت رغبته نزوة، ولكن هذا التحديد لمعنى القيمة الشخصية غير معقول (انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٩٠) ولذا يذهب البعض الآخر إلى أن القيمة الشخصية هي القيمة التي تتحقق للشخص بحصوله على الشيء وأنها قد تكون أكبر من قيمة السوق ولكن =

٦١ - فكرة الغبن وفكرة الظروف الطارئة : بالرغم مما يبدو من أن فكرة الظروف الطارئة فكرة حديثة^(١)، وذلك لأنها كما يبدو في ظاهر الأمر، لم تأخذ مكانها في الفقه والقضاء والتشريع إلا منذ الحرب العالمية الأولى حين ارتفعت الأسعار ارتفاعا فاحشا، وعرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة القضية المشهورة بقضية غاز بوردو^(٢) والتي طبق عليها المجلس نظرية الظروف الطارئة، كما أن القوانين الحديثة لم تعترف بها إلا منذ وقت قريب^(٣)، إلا أن

حصول الشخص على الشيء بحق له اثر لا يقل كثيرا عما دفعه فيه من مقابل (اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص ٢٢٦) ونحن نعتقد أن قيمة الشيء التي تؤخذ في الاعتبار لتقدير وجود عدم التناسب هي قيمة الشيء في التعامل المعتاد مع اعتبار الظروف الشخصية للمتعاقدين، فقيمة طابع البريد النادر هو قيمته في نظر هاهو يستكمل مجموعته فإن دفع ثمنه له، يزيد بكثير عن القيمة المعقولة لمثل هذا الطابع فإنه يكون مغبونا (جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، التصرف القانوني، ١٩٧٤، ص ١٥٣ - ١٥٤، فقرة ٣٥). فقد تكون القيمة المادية لعقار، مثلا، مائة الف دينار فيرغب الشخص في شرائه بمائتي ألف لأن قيمة المنزل بالنسبة اليه تبلغ هذا الثمن فالعبرة هنا بالقيمة الثانية دون الاولى، ولو اشتراه الراغب بمائتي ألف أو بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال فادحا بين ما دفعه وما اعتبره قيمة شخصية للمنزل، فإن العنصر المادي أو الموضوعي في الاستغلال لا يتحقق، أما إذا دفع ثمنه عاليا يزيد كثيرا على هذه القيمة الشخصية كأن دفع اربعمائة ألف مثلا، جاز القول بأن الاختلال في التعادل صارخ، (انظر: السنيهوري، الوسيط، (١)، ١٩٨١، فقرة ٢٠٦ ص ٤٨٥ - ٤٨٦).

وانظر: أسعد الكوراني، الاستغلال والغبن في العقود، البحث السابق، ص ٩٣١.
(١) انظر في ذلك: محمد عبد الجواد، البحث السابق، ص ١٥٧ وما بعدها، عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، ١٩٧١، دار الفكر، حسب الغزواني، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، الاسكندرية، ١٩٧٩، ص ٩٥ وما بعدها، السنيهوري، الوسيط، جزء (١) المجلد الاول، ص ٨٥٥ وما بعدها، فقرة ٤١٦.
(٢) انظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٣٠ مارس ١٩١٦.

D. 1916. 3. 25.5. 1916. 3. 17.

(٣) انظر المادة ٢٦٩ من القانون المدني البولوني الصادر سنة ١٩٣٢، المدني الايطالي الصادر في سنة ١٩٤٢ (م ١٤٦٧) والقانون المدني المصري (٢/١٤٧) والسوري (٢/١٤٨) والمادة ٢/١٤٦
مدني عراقي، والمادة ٢/١٤٧ ليبي، والمادة ٣/١٠٧ من القانون المدني الجزائري واخير المادة ١٩٨ مدني كويتي.

نظرية الظروف الطارئة في حقيقة الأمر قديمة قدم نظرية الغبن نفسها، فهي في الواقع قديمة جدا بالنسبة لنظرية الاستغلال والغبن اللاحق، بل أنها تعتبر قديمة قدم الفلسفة الرومانية إن لم يكن القول بأنها قديمة قدم القانون الروماني نفسه، كما يرى بعض الفقهاء. وإن كان البعض منهم وقف بنشأتها عند القانون الكنسي، كما أن رجال الفقه الإسلامي قد وضعوا من الفروض والحلول ما يعتبر تطبيقا لهذه النظرية^(١).

ولأن الغبن إما أن يكون معاصرا لانعقاد العقد وتكوينه أو لاحقا له، فانه من المفيد أن نحدد العلاقة بين الغبن المعاصر لتكوين العقد ونظرية الظروف الطارئة من جهة، وبينها وبين الغبن اللاحق لتكوين العقد من جهة أخرى وذلك على النحو الآتي:

٦٢ - الغبن المعاصر لتكوين العقد ونظرية الظروف الطارئة^(٢): مؤدى الغبن المعاصر لتكوين العقد هو أن يتخلف التعادل بين الاداءات المتقابلة في العقد عند تكوينه، أي أن يكون هناك ضرر يصيب الطرف المغبون عند تكوين العقد، فالغبن يفترض مقارنة بين القيمة النقدية التي يدفعها الشخص والمقابل الذي يحصل عليه^(٣)، أي أن الغبن يكون متوافرا عند إبرام العقد طالما كان ثمن السلعة أو الخدمة المثلث في العقد لا يتناسب مع المقابل^(٤). في حين أنه وفقا لنظرية الظروف الطارئة فإن إختلال التعادل في العقد لا يكون عند انعقاده، وإنما بعد العقد وقبل تمام تنفيذه نتيجة ظروف خارجة عن العقد^(٥).

(١) انظر: السنهاوري، المرجع السابق، ص ٨٥٦، محمد عبد الجواد، البحث السابق، ص ١٤٨ - ١٤٩.

(٢) أنظر في تفصيل ذلك: EL-GAMMAL: Op. cit., no. 267 et suiv. P. 153 ets.

(٣) أي أن الغبن ليس له دور في عقود المقايضة، وهذا ما نصت عليه المادة ١٧٠٦ من القانون المدني الفرنسي بقولها: "la rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange."

(٤) انظر: Ghestin (J): Op. cit., P. 441.*

(٥) Demontés: observations sure la théorie de la lésion dans les contrats, Etudes Capitantes. P. 171, Ripert la Règle morale, no. 43, 51 ets; Weill et Terré: Op. cit., no. 197. P. 229.

ورغم هذا الوضوح في التمييز بينها فقد حدث خلط بين نظرية الظروف الطارئة والغبن المعاصر لانعقاد العقد في التشريع والقضاء الفرنسي، ففي ظل القانون الفرنسي القديم، أي قبل صدور القوانين الفرنسية في عهد نابليون، كانت تقبل دعوى طلب إبطال العقد بسبب الغبن *l'action en rescision*، مع أن هذا الغبن لم يكن معاصراً لانعقاد العقد، بل حدث بسبب الظروف الطارئة بعد انعقاد العقد، كما رفعت دعاوى كثيرة في عهد الثورة الفرنسية للمطالبة بتعديل العقود بسبب انخفاض قيمة العملة الورقية المسماة *assignats* في هذا العهد. كما أن كثيراً من القوانين الحديثة التي صدرت في فرنسا أثناء وبعد الحربين العالميتين (١٩١٤ - ١٩١٨ و ١٩٣٩ - ١٩٤٥) تعتبر تطبيقاً صريحاً لنظرية الظروف الطارئة، ولكنها صدرت دائماً تحت ستار إعطاء المتعاقد الحق في رفع دعوى إبطال العقد *rescision pour lésion*، أو تعديله *revision* بسبب الغبن^(١).

كما حاول بعض الفقه في فرنسا وهم يصدد التعليق على المادة ١٦٧٤ من القانون المدني الفرنسي التي خولت الحق لبائع العقار في رفع دعوى طلب إبطال البيع إذا زاد الغبن على سبعة أجزاء من إثني عشر جزءاً من ثمن العقار

(١) انظر: Mazeaud: Op. cit., P. 193. حيث يقول:

"Bien qu'ils soient ici tout à fait distincts les deux domaines de la lésion et de l'imprévision ont été cependant parfois confondus".

ويضرب المثل بقانون ٢٩ يونيو ١٩٣٥ الذي يعطي لمشتري المحل التجاري الحق في رفع دعوى الإبطال بسبب الغبن *rescision pour lésion* وكذلك قانون ١٧ يوليو ١٩٣٧. كما أن Margo قد عدد القوانين التي صدرت بسبب الالتزامات الاقتصادية أثناء الحربين العالميتين وما بينها (منذ سنة ١٩١٦ إلى ١٩٤٥) وهي تعتبر تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، حيث يقول:

"Mais il ne s'agit plus seulement d'une lésion existant au jour du contrat. La lésion post-contractuelle est aussi sanctionnée, dans certaine mesure".

Margo (B): Lésion a postériori et imprévision dans les contrats, thèse, Paris, انظر: 1949. P. 156. Ghestin: Op. cit., no. 556-557. P. 451-453.

الحقيقي، تأسيس الظروف الطارئة على أساس الغبن وحجة هؤلاء أنه إذا كان القانون قد رتب جزاء بالنسبة للغبن الذي يحدث عند نشأة العقد فيجب بداهة أن يرتب جزاء الغبن الذي يحدث عند تنفيذ العقد^(١).

فعندما بات في حكم المؤكد فشل جميع المحاولات الفقهية التي بذلت بغرض إثناء القضاء الفرنسي عن موقفه المتشدد ازاء نظرية الظروف الطارئة، لجأ بعض الفقهاء إلى حيلة ذكية وهي تصوير الظروف الطارئة، وكأنها حالة غبن تقع في الفترة اللاحقة على قيام العقد، ولهذا السبب اطلقوا على هذه الصورة من صور الظروف الطارئة اسم الغبن اللاحق *lésion àposteriori*^(٢). وفيما يأتي بيان حقيقة العلاقة بين الظروف الطارئة والغبن اللاحق.

٦٣ - الغبن اللاحق لتكوين العقد ونظرية الظروف الطارئة^(٣): إعتنق القانون المدني الكويتي في المادة ١٩٨ منه نظرية الظروف الطارئة، وبين مضمونها وشروطها بقوله: «إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند ابرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشيء عنه وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين. بحيث يهدده بخسارة فادحة...».

ويستخلص الفقه^(٤) من هذا النص أنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة: أن يحدث بعد انعقاد العقد وقبل تمام تنفيذه حادث استثنائي عام، وأن يكون هذا الحادث غير متوقع الحدوث عند التعاقد، وإن ينتج عن هذا

(١) انظر في ذلك: حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة، ص ٥١٧-٥١٨ عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، فقرة ٣١٢، ص ٤٠٣.

(٢) انظر في عرض ذلك: حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص ٥١٨.

(٣) انظر في ذلك: Margo (B): *Lésion a postérieure et Imprévision dans les contrats*, op. cit., Paris, 1949; De Mesmay: Op. cit., P. 101 ets.

(٤) انظر في تفصيل هذه الشروط، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٢٥ وما بعدها، فقرة ٢٦٤، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٢٠، ص ٨٦٧ وما بعدها، توفيق حسن فرج، نظرية العقد، ١٩٦٩، ص ٢٥٧ وما بعدها، عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، ١٩٧٤، فقرة ٢٩٣ وما بعدها، ص ٤٨٢ وما بعدها.

الحادث أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا بحيث يهدد المدين الملتزم بخسارة فادحة.

والارهاق هو الذي ينقل نظرية الظروف الطارئة من الميدان النظري إلى ميدان العمل، وهو الشرط الوحيد الذي ينتج من العقد نفسه، أما بقية الشروط الاخرى فخارجة عن نطاق العقد^(١).

هذه هي الشروط الثلاثة المنصوص عليها في المادة ١٩٨ المذكورة ولكن هناك شرطا رابعا يتعلق بالعقد وهو أن يكون هذا العقد مستمر التنفيذ أو متراخي التنفيذ، بحيث تنقضي فترة زمنية بين انعقاده وتنفيذه، فيستوى إذن أن يكون عقدا مستمرا أو عقدا فوريا ما دام أن تنفيذه قد استمر زمنا أو تراخي لفترة زمنية بحيث يمكن أن يطرأ في هذه الفترة حادث استثنائي عام^(٢).

هذا بالنسبة لشروط نظرية الظروف الطارئة، أما بالنسبة للغبن اللاحق فإنه لكي نكون أمام حالة غبن لاحق يجب أن يكون هناك اتفاق تام على جميع شروط العقد التبادلي، ولكن انعقاد هذا العقد بصفة نهائية يتوقف على حدوث أمر لاحق لهذا الاتفاق، وأن تكون التزامات المتعاقدين الناشئة عن هذا العقد متعادلة وقت الاتفاق على شروط العقد، وأن يختل هذا التعادل في الفترة ما بين الاتفاق على شروط العقد، وتحقق الامر الذي يتوقف عليه انعقاد العقد بصفة نهائية وأن يحدث هذا الاختلال بسبب حدوث ظرف طارئ^(٣). فإذا كان الأمر

(١) انظر في ذلك: محمد عبد الجواد محمد، شرط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٦٣ السنة (٣٣)، فقرة ١٠، ص ١٦، عصمت عبد المجيد بكر، البحث السابق، ص ١٧. وأنظر: محكمة الاستئناف العليا، دائرة التمييز، طعن رقم ٨٣ لسنة ٧٧ جلسة ٢٤ يناير ٧٩ «حكم غير منشور».

(٢) محمد عبد الجواد محمد، مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، المحاماة، السنة (٣٩) أكتوبر ١٩٥٨، ص ١٨٨، الغبن اللاحق ونظرية الظروف الطارئة، البحث السابق، ص ١٨٢، فقرة ٢٠، عبد الحى حجازي، عقد المدة، ص ١٦٣.

(٣) محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٨٦.

كذلك فما مدى الاتفاق والاختلاف بين هذه الشروط والشروط التي ذكرناها بالنسبة للظروف الطارئة؟^(١).

١- فيما يختص بالعقد: يتفق الغبن التقليدي أو الغبن المعاصر، والظروف الطارئة، والغبن اللاحق في أنه يجب أن يكون العقد عقد معاوضة.

أما كون العقد دوري التنفيذ أو مؤجل التنفيذ فهذا الشرط قاصر على تطبيق نظرية الظروف الطارئة. أما في حالة الغبن المعاصر فلا مجال لوجود هذا الشرط لأن هذا النوع من الغبن يجب أن يتحقق وجوده وقت انعقاد العقد كما سبق أن ذكرنا، ولا حاجة إلى فكرة الوقت فيه.

أما في حالة الغبن اللاحق ففكرة الوقت لازمة وضرورية بنفس القدر المطلوبة به في حالة الظروف الطارئة، ولكن الفارق الأساسي بين فكرة الوقت في حالة الغبن اللاحق، وحالة الظروف الطارئة أنه في هذه الحالة الأخيرة يجب أن يوجد هذا الوقت بعد انعقاد العقد بصفة نهائية، سواء كان ذلك في الفترة ما بين انعقاد العقد وبين تنفيذه، أو في فترة تنفيذ العقد، أما في حالة الغبن اللاحق فيجب أن يوجد هذا الوقت بين الاتفاق على جميع شروط العقد، وبين حصول الأمر الذي يتوقف عليه إنعقاد العقد بصفة نهائية، ووجود هذا الوقت ممكن في جميع أنواع العقود.^(٢)

وهذا الفارق بين فكرة الوقت في حالة الظروف الطارئة وحالة الغبن اللاحق هو الفارق الجوهرى بين هذين الأمرين، بل في واقع الأمر هو الفارق الوحيد بينهما. وذلك لأن شرط الحادث الاستثنائي بشروطه المعروفة في القانون والفقه الكويتيين هو نفسه وبشروطه نفسها المطلوب توافره في كلتا الحالتين،

(١) محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٨٦.

(٢) انظر: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٨٦ وما بعدها، عصمت عبد المجيد

بكر، البحث السابق، ص ١٨.

حالة الظروف الطارئة، وحالة الغبن اللاحق كما يعرفه الفقه الفرنسي^(١).

٢ - فيما يختص بالحادث الاستثنائي (الظرف الطارئ): يتفق الغبن اللاحق ونظرية الظروف الطارئة في أن الحادث الطارئ يجب أن يكون حادثا استثنائيا عاما غير متوقع، وأن يؤدي إلى أن يكون تنفيذ العقد مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة.

أما الفارق بين الغبن اللاحق ونظرية الظروف الطارئة فهو أن يكون الحادث لاحقا لانعقاد العقد ومعاصرا لتنفيذه في حالة الظروف الطارئة بينما في حالة الغبن اللاحق ينبغي أن تقع تلك الحوادث في الفترة الفاصلة بين الاتفاق التام على جميع شروط العقد وبين انعقاد العقد نهائيا.

وعلى ذلك فلا خلاف بين الظروف الطارئة والغبن اللاحق فيما يتعلق بنوع العقد وكونه فوري التنفيذ أو دوري التنفيذ أو مؤجل التنفيذ، وإنما الخلاف الوحيد بينهما ينحصر في الوقت الذي يمكن أن يحدث فيه الظرف الطارئ. فبينما يوجد هذا الوقت في حالة الظروف الطارئة في الفترة التي تلي انعقاد العقد، وقد يكون ذلك في أثناء مدة تنفيذ العقد في حالة العقد الدوري التنفيذ، أو في الفترة التي تنقضي بين انعقاد العقد وتنفيذه في حالة العقد الفوري المؤجل التنفيذ، إذا بهذا الوقت يوجد في حالة الغبن اللاحق بين وقت الاتفاق على شروط العقد ووقت حصول الأمر الذي يتوقف الانعقاد النهائي للعقد على حصوله^(٢).

وما دام قد حدث خلط بين الغبن المعاصر لانعقاد العقد ونظرية الظروف الطارئة في فرنسا، والفارق بينهما بالوضوح الذي رأيناه. فإن إمكان حدوث الخلط بين الغبن اللاحق ونظرية الظروف الطارئة يكون أن صح التعبير من باب أولى، فالتمييز بين الغبن اللاحق والظروف الطارئة يبدو وكأنه تمييز مصطنع أكثر منه تمييزا طبيعيا، بل ويبدو أنهم في فرنسا كانوا حريصين على

De Mesmay: Op. cit., P. 101 ets.

(١) انظر:

(٢) انظر: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٨٨.

اطلاق عبارة الغبن اللاحق *lésion à posteriori* على هذا النوع من الغبن الذي يمكن تسميته «بالظروف الطارئة السابقة» أي السابقة على الإنعقاد النهائي للعقد، تميزها لها عن الظروف الطارئة العادية، أي الظروف الطارئة بعد انعقاد العقد، وذلك ليتفادوا مجرد ذكر اسم الظروف الطارئة *Imprévision* التي قُضت عليها محكمة النقض الفرنسية قضاء مبرما، ولا يزال القضاء المدني في فرنسا وفي بلجيكا حريصا كل الحرص على ألا تبعث هذه النظرية مطلقا في رحاب القانون الخاص^(١).

فعندما بات في حكم المؤكد فشل جميع المحاولات الفقهية التي بذلت بغرض اثناء القضاء الفرنسي عن موقفه المتشدد ازاء نظرية الظروف الطارئة، لجأ بعض الفقهاء إلى محاولات أخرى للتوصل إلى الاعتراف بما اطلقوا عليه «الغبن اللاحق» وهذا النوع في حقيقته لا يعدو إلا أن يكون نوعا من الظروف الطارئة التي تطرأ في الفترة ما بين الاتفاق على شروط العقد وحصول الامر الذي يتوقف عليه انعقاد العقد بصورة نهائية. كما لجأوا أيضا إلى فكرة الغبن اللاحق على انعقاد العقد *lésion post-contractuelle* وهذا النوع من الغبن ما هو الا ظروف طارئة.

والغرض من هذه المحاولات الفقهية هو الوصول إلى أن يعتبر القضاء هذين النوعين من الغبن صورتين من الغبن التقليدي *lésion ab initio* ويعاملهما المعاملة نفسها المقررة للغبن في الحالات التي يضع فيها القانون المدني الفرنسي جزاء للغبن التقليدي، وبالفعل اعتنقت محاكم الاستئناف ومحكمة النقض الفرنسية في بعض الأحوال هذا الرأي وبخاصة في الوعد بالبيع^(٢).

٦٤- مقارنة ثلاثية بين الغبن المعاصر والغبن اللاحق والظروف الطارئة^(٣): يختلف الغبن المعاصر لتكوين العقد عن الغبن اللاحق من حيث

(١) انظر: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٩١ فقرة ٢٤، حسب الفزاري، ص ٥١٨.

(٢) انظر في تفصيل هذا الموضوع: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٩١، ص ٢٠١ وما بعدها. الأحكام المشار إليها في هوامش ص ٢٠٣ - ٢١٥.

(٣) انظر: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، فقرة ٢٢، ص ١٨٨ - ١٩٠.

أن العقد في حالة الغبن المعاصر يكون منعقدا بصفة نهائية، أما في حالة الغبن اللاحق فلا يوجد الاتفاق على شروط العقد، ولكن إنعقاده بصفة نهائية يتوقف على حصول أمر لاحق، وفي هذا يتفق الغبن المعاصر والظروف الطارئة في أن كلا منهما يتطلب وجود عقد تام.

وينتج عن الخلاف المشار إليه بين الغبن المعاصر والغبن اللاحق خلاف آخر مؤداه أن عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين في الغبن المعاصر يتحقق وجوده عند انعقاد العقد، فإذا طرأ عدم التعادل بعد ذلك فإنه يدخل في نطاق نظرية الظروف الطارئة، أما في حالة الغبن اللاحق فإن عدم التعادل هذا يوجد في الفترة التي تنقضي بين الاتفاق على جميع الشروط العقد وبين حصول الأمر الذي يتوقف انعقاد العقد بصفة نهائية على حصوله، أي أن التزامات المتعاقدين تكون متعادلة وقت الاتفاق على شروط العقد، ولكن عدم التعادل يكون لاحقا للاتفاق على شروط العقد، ولكنه يسبق وقت انعقاد العقد بصفة نهائية، وهذا ما دعا إلى تسميته بالغبن اللاحق *lésion a posteriori*.

إلا أنه إذا كان من المقرر أن عدم تعادل الالتزامات المتبادلة أيا كان سببه وأيا كان وقته هو غبن بالمعنى الواسع لكلمة الغبن، فإن عبارة الغبن اللاحق لا تقتصر على هذا النوع من الغبن، بل تطلق أيضا على عدم تعادل الالتزامات المتبادلة الذي ينشأ بسبب حدوث الظروف الطارئة. ولذا أطلق بعض الفقهاء على هذا النوع من الغبن *lésion post-contractuelle* أو *lésion postérieure*^(١)، أي الغبن الذي يحدث بعد إتمام التعاقد. وهذا ما حدا ببعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بأن «نظرية الظروف الطارئة ما هي إلا جزء للغبن اللاحق»^(٢). ومعنى ذلك أنهم يعتبرون عدم التعادل بين الالتزامات المتبادلة

Margo: Op. cit., P. 156.

(١) انظر:

Ripert: Le régime démocratique et le droit civil moderne, 1933, P. 184.

(٢)

Laure Turmel: L'imprévision apparaît comme la sanction d'une lésion à *posteriori*, thèse, Paris, 1945, P. 5.

(٣) انظر:

La théorie de l'imprévision apparaît comme la sanction d'une lésion *a posteriori*, حيث يقول

الذي يطرأ بسبب الحادث الاستثنائي ويدعو إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بشروطها المعروفة غبنا لاحقا.

٦٥ - الغبن والاستغلال أمران اراديان عادة والظروف الطارئة والغبن اللاحق خارجان عن الارادة: يوجد الغبن أو الاستغلال في الظروف العادية إلا أنهما في الغالب أمران اراديان بمعنى أن أحد المتعاقدين قد قصد الحصول على منفعة تتجاوز الحد المعقول على حساب المتعاقد الآخر بحيث لا تتناسب هذه المنفعة مع ما يلتزم به في مواجهة هذا الأخير، وهذا أمر ممكن في جميع الاوقات يستوي في ذلك الاوقات العادية والاوقات المضطربة من الناحية الاقتصادية، إلا أنه لكي يتحقق أثر الظرف الطارئ أو الغبن اللاحق لا بد أن تتغير الظروف عما كانت عليه وقت التعاقد وأكثر ما يحدث هذا التغير في أوقات الازمات الاقتصادية والحروب التي تؤدي إلى تقلب الأسعار تقلبا سريعا ومفاجئا ارتفاعا أو انخفاضاً فتقلب تقديرات المتعاقدين رأسا على عقب، ويؤثر في قيمة الالتزامات الناشئة عن العقود، ولذا نجد أن مشكلتي الظروف الطارئة والغبن اللاحق لا تتوران إلا في أثناء أو في أعقاب هذه الأزمات الاقتصادية أو الحروب، فالواقعة في الغبن اللاحق والظروف الطارئة أمر خارج عن إرادة كل من المتعاقدين^(١).

٦٦ - الغبن وعقود الاذعان: الأصل في التعاقد أن يتسم، في اجرائه، بحرية النقاش والمساومة بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة في أن يجعل الآخر يرتضي أفضل الشروط بالنسبة إليه، وهناك نوع من العقد يشذ عن هذه القاعدة، فلا تكون هناك مساومة أو نقاش في شروطها، وإنما يفرض أحد الطرفين هذه الشروط، ولا يكون أمام الطرف الثاني ألا أن يقبلها أو يرفضها جملة بحيث أن قبوله إياها يكون أقرب إلى التسليم والرضوخ والاذعان منه إلى

(١) انظر في ذلك: محمد عبد الجواد محمد، البحث السابق، ص ١٧٧، حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص ٥٦٤، الزبيدي، المرجع السابق، ص ٣٢.

الرضا الخالص، ومن الجائز أن يؤدي ذلك إلى غبن يلحق بالطرف الضعيف^(١).

والحقيقة أن هناك نوعاً من التقارب بين مركزي الطرف المغبون في حالة الغبن المعاصر عند تكوين العقد، والطرف المغبون في عقود الأذعان، فهما يواجهان الاختلال بتوازن الأموال والمنافع عند تكوين العقد، على أنه بالرغم من هذا التقارب بين مركز الطرف المغبون والطرف المذعن فهناك اختلاف بينهما

(١) انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ١٨٠ - ١٨١، فقرة ٨٠. فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، ١٩٦٩، بغداد، ص ٧٧ - ٧٨، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، المجلد الثاني، ص ٣٦٥. مختار القاضي، تأثير الالتزامات المدنية بالنزعة الشخصية والمادية، المحاماة، السنة التاسعة والثلاثون، ١٩٥٩/٥٨، ص ١٨٦.

وأنظر كذلك: Ghestin: Op. cit., no. 73. P. 49 ets; Dereux (G): De la nature juridique des contrats d'adhésion. Rev. Trim. dr. civ. 1910., P. 503 ets; Gounot (E): Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Th. Dijon. 1912. P. 14-19, 183 et 227-231; Choley: L'offre de contracter et la protection de l'adhésion dans le contrat d'adhésion. th. Aix. 1975.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي حاول في فترات متلاحقة إصدار بعض التشريعات لوضع حد لبعض صور الأذعان منها القانون رقم ٧٨/٢٢ الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ المتعلق في رسوم الاستهلاك droit de la consommation ويهدف هذا القانون إلى حماية المستهلك في حالة الائتمان أو التسليف. أنظر في ذلك J.C.P. 1978-1-2909.

Alessi: Les contrats d'adhésion et la défense du consommateur; Gaz. Pal. 1973.11. Doctr. 715. Gavalda: D. 1978. 189; Stoufflet: Premières réflexions sur la loi 78-22 du 10 janv. 1978. Etudes M.E. de la Grange 1978.

والقانون رقم ٧٩/٥٩٦ الصادر في ١٣ يوليو ٧٩ والمتعلق بحماية المقترض العقاري. أنظر Dogot (M): Prêt Immobilier et protection de l'emprunteur. J.C.P. 1980. ed. G. : في ذلك 1. 2979. Demesmay: op. cit., P. 279 ets.

وطبقت المحاكم هذه القوانين بشكل حاسم حيث استطاع القاضي أن يعدل أو يزيد أو يلغي من الشروط، إذا كان واضحاً أن هذه الشروط مبالغ فيها أو عديمة الفائدة. أنظر: Cass. Civ. 1^{re} 24 juill. 1978. Bull. civ. 1979. Iv. P. 77. No. 99.

من عدة وجوه نذكر أهمها فيما يأتي .:

١ - يكون القبول في عقد الإذعان في معظم الحالات تسليماً ورضوخاً للشروط التي يضعها الموجب دون أية مناقشة، فعقد الإذعان يستبعد كل مناقشة ومفاوضة بين المتعاقدين، فالموجب يصدر إيجاباً نهائياً والقابل ينحصر موقفه في قبول التعاقد كما هو أو رفضه، ولما كان هذا النوع من العقود يتصل بمرافق ضرورية لا يستطيع الاستغناء عنها، فهو مضطر إلى القبول، فقبوله، كما أشرنا، هو مجرد اذعان، على أن هذا الإذعان ليس عيباً من عيوب الإرادة التقليدية، وإنما هو نوع من الإكراه الاقتصادي الذي لا صلة له بعيوب الإرادة، فكون أحد الطرفين ضعيفاً أمام الآخر، فإن ذلك يتعلق بظاهرة اقتصادية تقتضيها ضرورات الحياة اليومية لا ظاهرة نفسية لأن الرضا يعتبر صحيحاً من الوجهة القانونية، وإذا كان القانون يفترض المساواة القانونية بين الطرفين، فهو لا يشترط المساواة الاقتصادية بينها. إذ قلنا تتحقق هذه المساواة الأخيرة من الناحية العملية^(١).

ويظهر من ذلك أن عقد الإذعان لا يكون إلا في دائرة معينة فهو لا يوجد إلا إذا صدر الإيجاب ممن يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي للسلع أو المرافق المعتبرة من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين أو على الأقل سيطرة تجعل المنافسة منها محدودة النطاق.

أما فيما يتعلق بالغبن المعاصر لتكوين العقد فانه من السعة بحيث يشمل جميع العقود دون أن يقتصر على عقد دون آخر بشرط أن تتوافر الشروط اللازمة لتطبيقه، فإنها يمكن أن تحتضن كل الحالات التي يكون فيها الطرف المذعن ضحية لعمل من جانب الطرف القوي في العقد أو القصور في نفسه فتتوفر بذلك حمايته من التعاقد الآخر ومن نفسه، فإذا ما تحققت الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الاستغلال فلا ينبغي التردد في الأخذ بها، وطبيعي أن ذلك لا يكون إلا إذا لم تتوفر الحماية المقررة لمصلحة الطرف المذعن في عقود

(١) انظر: عبد المنعم فرج الصده، عقود الإذعان، القاهرة، ص ٧٦.

الاذعان، وعلى أن لا تتوفر الشروط والخصائص المميزة لها وقبل أن يوصف العقد بأنه إذعان وهذا افتراض كما يبدو نادر الوقوع^(١).

على أنه يمكننا القول أن حالات الغبن لا تبرز من الناحية العملية في عقود الاذعان التي تبرم مع من يتمتع باحتكار قانوني، فالمفروض في هذه العقود أن رقابة السلطة الادارية تحول دون أن يكون الطرف المدعن ضحية إستغلال من جانب الطرف القوي في العقد، ويمكن أن تتجسم عملا بالنسبة للعقود التي تعقد مع من يتمتع باحتكار فعلي، أو على الأقل من يتمتع بسيطرة إقتصادية تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

٢ - لا يوجه الايجاب في عقود الاذعان إلى شخص معين وإنما يوجه إلى الجمهور وبعبارة أخرى إلى الناس كافة أو إلى فريق غير محدد على أن يكون هذا الايجاب في صيغة واحدة وتحتوي على شروط معقدة كثيرا ما يصعب فهمها على الناس العاديين، أما في حالة الغبن المعاصر لتكوين العقد، فإن الايجاب عادة يوجه إلى شخص أو إلى أشخاص محددين. ويحتوي الايجاب عادة على شروط تكون مفهومه في أغلب الاحيان للموجب له.

٣ - القبول في عقود الاذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة، أما في حالة العقود المشوبة بالغبن بمعناه التقليدي، فالقابل قد يناقش شروط العقد وقد يكون له رأي بها ومع ذلك يغبن.

٤ - الغبن المعاصر لتكوين العقد عادة يكون محددًا برقم معين أو نسبة معينة، في حين أن عدم التوازن الاقتصادي في حالة عقود الاذعان يكون غير محدد ويتركز في قبول الطرف المدعن شروطًا تعسفية.

٥ - يتعلق عقد الاذعان بسلع أو خدمات لا يمكن الاستثناء عنها لأنها تعتبر من الضروريات بالنسبة للحياة اليومية، في حين أنه في العقود المشوبة بالغبن، فإنها لا يشترط أن تتعلق بسلع أو خدمات ضرورية.

(١) أنظر: زهير الزبيدي، المرجع السابق، ص ٢٨.

الفصل الثاني أحكام الغبن

٦٧ - تقسيم : تشمل أحكام الغبن حالاته وشروطه وآثاره، ونعالج هذه الأحكام بالتفصيل في ثلاثة مباحث، نخصص الأول لحالات الغبن. والمبحث الثاني نكرسه لشروط الغبن، أما المبحث الثالث والأخير فيكون من نصيب أثر الغبن وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول حالات الغبن

٦٨ - تمهيد : الأصل أن الغبن بمجرد ذاته أي مجرد عدم التعادل بين ما يلتزم المتعاقد بادائه بمقتضى العقد وبين المقابل الذي يقرره له لا ينهض سببا للطعن في العقود، وهذا ما قرره المادة ١٦٢ من القانون المدني الكويتي بقولها : «الغبن الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال لا يكون له تأثير على العقد إلا في الأحوال الخاصة التي يصرح بها القانون ومع مراعاة ما تقضي به المواد التالية».

فالغبن، وحده، إذن، ومن غير أن يأتي نتيجة أحد عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال لا يكون له تأثير على العقد إلا في الأحوال الخاصة التي يقضى فيها القانون بحكم مخالف لحكمة يقدرها.

وإذا جاء الغبن نتيجة أحد عيوب الرضا فإنه لا يطعن في العقد تأسيسا عليه وإنما تأسيسا على العيب الذي جاء نتيجة له الأمر الذي يقتضى توافر شروط هذا العيب القانونية، فإذا جاء غبن البائع، مثلا نتيجة وقوعه في غلط في قيمة المبيع أمكن الطعن في العقد بالإبطال تأسيسا على الغلط لا تأسيسا على مجرد الغبن، وإنما يلزم هنا توافر شروط أعمال الغلط التقليدية، وعلى الأخص شرط الاتصال بالمتعاقد الآخر، كما أنه يمكن للمغبون أن يعمل على خلاصه

من الضرر الذي لحقه به الغبن تأسيساً على القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية إذا جاء الغبن نتيجة عمل غير مشروع كما إذا جاء نتيجة إكراه أو احتيال.

والحكمة التي يتبناها المشرع من تقرير الأصل العام القاضي بأن الغبن بذاته وبمجردة لا ينهض سبباً للطعن في العقود بينة واضحة، فهو يريد أن يحيط العقود بسياج الأمن والاستقرار طالما أنه لا يوجد اعتبار أقوى يحمله على عكس ذلك. والقول بهذا يضل بالناس إلى العنت والخرج وبالتعامل إلى القلق وعدم الاستقرار.

وإذا كان الأصل في الغبن أنه لا يصلح بمجردة وذاته سبباً للطعن في العقود فإن هذا الأصل بعيد عن أن يكون مطلقاً فثمة اعتبارات هامة مختلفة جعلت المشرع يورد على هذا الأصل بعض الاستثناءات^(١).

وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني وهي بصدد تعليقها على المادة ١٦٢ حيث قالت: «وببدأ المشروع في المادة ١٦٢ بوضع الأصل العام . . . على أنه يورد على هذا الأصل تحفظين يتعلق أولهما بالأحوال الخاصة التي ينص فيها القانون في صدد عقد من العقود أو تصرف قانوني بوجه عام على إعطاء الغبن أثراً معيناً يحدده، ويتعلق الثاني بالعقود أياً كانت إذا ترتب عنها غبن لأشخاص محددين بنوعياتهم» كما بيّنهم المادة ١٦٣ بقولها «إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لأحد من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة الوقف جاز للمغبون . . .».

ومما سبق يتضح أن حالات الغبن المجرد في القانون الكويتي على نوعين: الأول: حالات خاصة يصرح بها القانون، وهي إما أن تكون حالات

(١) وقالت المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن: «والمشرع إذ يقرر الأصل العام القاضي بأن الغبن بمجردة وذاته لا يكون له تأثير على العقد يتجاوب تماماً مع الفقه الإسلامي ومع الفكر القانوني المعاصر على حد سواء». وأنظر في ذلك أيضاً: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٨٩ وما بعدها، فقرة ١٩٢.

تتعلق بالطبيعة الخاصة بعقود معينة أو حالات تتعلق بطبيعة الحق وبغض النظر عن طبيعة العقد الذي يقرره وعن نوعية العاقد وبعبارة أخرى حالات الغبن الواردة بصدد بعض الشروط الخاصة، والنوع الثاني حالات ترجع إلى نوعية معينة من المتعاقدين. ولما كانت دراستنا للغبن وإحكامه دراسة مقارنة لذا فمن الضروري أن نتعرض لحالات الغبن المجرد في القوانين المقارنة، وفي هذه القوانين توجد حالات لا يعرفها القانون الكويتي، لذا فإنه من المفيد عرضها تفصيلاً إلى جانب الحالات الواردة في القانون الأخير.

وعلى ذلك ينقسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب، الأول نتعرض فيه لحالات الغبن الخاصة بعقود معينة، والثاني نجعله لحالات الغبن الواردة بصدد بعض الشروط الخاصة أما المطلب الثالث والأخير نكرسه لحالات ترجع إلى صفة في المتعاقد. وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

حالات الغبن الخاصة بعقود معينة

٦٩- تمهيد: إن حالات الغبن الخاصة بعقود معينة، رغم اختلافها وتعددتها من تشريع لآخر، إلا أن هناك بعض الحالات متفق عليها بين كل التشريعات تقريباً، والبعض الآخر من هذه الحالات انفردت بها تشريعات معينة دون الأخرى، وحتى تلك الحالات المتفق عليها بين التشريعات المقارنة نجد أن هذه التشريعات تتفاوت فيما بينها بالنسبة لمدى هذه الحالات وشروطها والجزاء المقرر لها.

وعلى ذلك فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين، نجعل الفرع الأول لحالات الغبن المشتركة بين التشريعات المختلفة، والفرع الثاني يكون من نصيب حالات الغبن التي تنفرد بها بعض التشريعات.

الفرع الاول حالات مشتركة بين التشريعات المختلفة

٧٠- تمهيد: تشترك أغلب التشريعات في الدول المختلفة في تنظيم حالات الغبن الخاصة بعقود معينة، وفي هذه الحالات بسط المشرع حمايته على المتعاقب المغبون سواء أكان راشداً أم قاصراً، ومن أبرز هذه الحالات، الغبن في القسمة الاتفاقية، وفي الوكالة (اجر الوكيل)، وفي عقد الشركة عندما يقتزن بشرط الاسد (شركة الاسد) وأخيراً في عقد الازعان، وسنوالي شرح هذه الحالات في أربعة غصون على النحو الآتي:

الفصل الأول القسمة الاتفاقية

٧١- تمهيد: ٧٢- وجوه الطعن في القسمة الاتفاقية. ٧٣- إبطال القسمة الاتفاقية للغبن. ٧٤- مقدار الغبن وكيفية حسابه. ٧٥- دعوى إبطال القسمة للغبن. ٧٦- الآثار التي تترتب على إبطال القسمة للغبن. ٧٧- تفادي إبطال القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون. ٧٨- إجازة القسمة المشوبة بالغبن.

٧١- تمهيد: تهدف القسمة le partage إلى إختصاص كل من الشركاء المتقاسمين بجزء مفرز من الشيء الشائع يعادل حصته الشائعة في الشيء والأصل أن تتم القسمة باتفاق جميع الشركاء، فإن تعذر تحقيق هذا الهدف فتم القسمة عن طريق القضاء، فالقسمة قد تكون اتفاقية أو ودية le partage amiable كما قد تكون قضائية^(١) Le partage judiciaire.

(١) أنظر: منصور مصطفى منصور، حق الملكية، ١٩٦٥، ص ١٨٢ وما بعدها، فقرة ٧١ وما بعدها، غنى حسن طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، الجزء الأول، حق الملكية، ١٩٧٧، ص ١٢٩ - ١٣٠، فقرة ١٤٤، صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي، حق الملكية في ذاته، ١٩٦٠ - ١٩٦١، ص ٢٥٩ وما بعدها. =

٧٢- وجوه الطعن في القسمة الاتفاقية: تتم القسمة الاتفاقية بموافقة وتراضي جميع الشركاء عليها. ^(١) فهي عقد تسرى عليه أحكام العقود ووجوه الطعن فيها هي نفس وجوه الطعن في العقد.

فقد يطعن بالقسمة الاتفاقية بالبطالان المطلق، كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث، فهذا العقد يكون تعاملًا في تركة مستقبلية، ومن ثم يكون باطلاً. ^(٢) ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيه بالبطالان.

وتعتبر القسمة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ولذلك يشترط في الشريك الذي يوافق عليها أن يكون كامل الأهلية، فإن كانت أهليته ناقصة، كانت القسمة قابلة للإبطال لمصلحته ما لم تبرم القسمة بواسطة من يمثله قانوناً.

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة، فإذا وقع الشركاء مثلاً في غلط جوهري في قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير جاز للشريك الذي وقعت في نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من قيمتها أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط. ^(٣)

= وانظر: Terré et Lequette: Op. cit., no. 928, P. 825. No. 931, P. 828; Mazeaud: Op. cit., no. 1714, P. 910.

وانظر كذلك: Cive, 11 dec. 1973, d. 1973, I. R. P. 62, sem. Jur. 1974, 11, 17826 note
Dagot; Rev. Trim. dr. civ. 1975, 135 obs. Savatier.

(١) انظر: المادة ٨٣١ مدني كويتي. وانظر: Mazeaud: Ibid. No. 1714 P. 910; Terre et Lequette: Ibid. no. 928, P. 825.

(٢) انظر: المادة ١٦٩ مدني كويتي، وفي الاتجاه نفسه: المادة ٢/١٣١ مدني مصري، المادة ٢/١٣٢ مدني سوري، المادة ٢/١٣١ مدني ليبي، المادة ٩٢ مدني جزائري، المادة ١٢٩ مدني صومالي، المادة ١٢٩/ مدني عراقي، المادة ٢/١٦٠ مدني أردني.

(٣) انظر: السهوري، الوسيط، جزء (٨) حق الملكية، ١٩٦٧، ص ٨٩٨، فترة ٥٤٤.

كذلك يجوز طلب إبطال القسمة للتدليس أو للاكراه، أما الغبن فقد أفرد القانون بأحكام خاصة لأهميته في القسمة^(١)، فننتقل الآن للكلام في إبطال القسمة الاتفاقية للغبن.

٧٣- إبطال القسمة الاتفاقية للغبن: تنص المادة ٨٣٢ من القانون المدني على أنه «١- للمتقاسم الحق في طلب إبطال القسمة التي تمت بالتراضي إذا لحقه منها غبن يزيد على الخمسين، ويكون التقدير حسب قيم الأشياء وقت القسمة.

٢- وتسقط دعوى الإبطال بمرور سنة من وقت القسمة.

٣- والمدعي عليه أن يمنع الإبطال إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من نصيبه»^(٢).

فوفقا للقواعد العامة لا يعتد بالغبن الذي يصيب أحد المتعاقدين إلا إذا كان هذا الغبن استغلاليا أي نتيجة لاستغلال أحد المتعاقدين ضعفا معيناً لدى المتعاقد المغبون قد يكون طيشه البين أو هواه الجامح. أما بالنسبة للقسمة فقد اعتد القانون بالغبن مجردا، أي ولو لم يكن نتيجة استغلال من جانب أحد المتعاقدين، والعلة في إختصاص القسمة بهذا الحكم الاستثنائي هو رغبة المشرع في تحقيق المساواة التامة بين الشركاء^(٣)، لأنها وإن كانت من عقود المعاوضة إلا أنها لا تتضمن شيئا من المضاربة.

ونص القانون صريح في عدم الاعتراف بالغبن في القسمة إلا إذا كانت حاصلة بالتراضي أي كانت قسمة اتفاقية ونهائية، أما القسمة القضائية فلا يعتد بالغبن فيها لو فرض وجوده لأن القانون يحيط هذه القسمة بضمانات

(١) انظر: Delhay (F): Op. cit., P. 481 ets.

(٢) انظر في الاتجاه نفسه: المادة ٨٤٥ مدني مصري، المادة ٧٩٩ مدني سوري، المادة ٨٤٩ مدني ليبي، المادة ٧٣٢ مدني جزائري، المادة ١٠٧٧ مدني عراقي، المادة ١٢٥ مدني تونسي، المادة ١٠٥٠ مدني أردني.

(٣) وهذا تقليد موروث من القانون الروماني حيث يقرر أن العدالة روح القسمة. Del Hay (F.): Op. cit., P. 481. l'egalite est l'ame du partage.

تكفل عدم وجود غبن وتحقيق المساواة بين المتقاسمين، فإذا ترتب عليها غبن بالرغم من هذه الضمانات فيكون غبنا لم يكن في الوضع تجنبه^(١)، ويجوز إبطال القسمة للغبن أيا كانت الأموال المقسومة وسواء كان المتقاسم المغبون قاصرا أو رشيدا^(٢).

(١) وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الفرنسي (م ٨٨٧ - ٨٨٨) يبيح نقض القسمة للغبن حتى لو كانت قضائية: أنظر في تفصيل ذلك: Demontés: Op. cit., P. 111 ets; Mazeaud: Op. cit., no. 1794, P. 998. والمشرع الفرنسي لم يكتف بتأثير الغبن على القسمة فقط وإنما أجاز إبطال التصرف كذلك للغبن في حالات مقاربة للقسمة الكلية global أو الجزئية partiel، منها حوالة حق الورثة، وحوالة حقوق الشركات، حيث أن قسمة الشركة تخضع لقسمة الموارث ويجوز من ثم رفع دعوى بطلان قسمتها إذا تجاوزت الربع. أنظر: Cass. Comm. 61, ars. 1954. J.C.P. 1954. No. 8816; Aix 13 dec. 1947. J.C.P. 1948. 11. 4590 avec une note de M. Bastien.

وحالة الحقوق الاحتمالية كالديون غير المحدودة. Civ. 1^{re} 4 fév. 1981. D. 1982. I.R.21. OBS. D. Martin. Bull. civ. 1. P. 37; J.C.P. 1981. 11. 19694 note Remy. أو بيع شخص حقوقه لآخيه من ميراثه لآبيه. Civ. 1^{re} 28 avril 1982. D. 1982. I.R. 353; Bull. Civ. 1. P. 134. Demontés: Op. cite, P. 115 ets.

والغبن في قسمة الأصول le partage d'ascendant وهي في الحقيقة قسمة يجزئها الأصل لكل ذمته أو جزء منها بين فروعه، وهذا النوع من القسمة له طابع الوصية ولا ترتب آثارها إلا بعد وفاة الأصل: Rawandozi Op. cit., P. 128. ويجوز للوارث الذي لحقه غبن في هذا النوع من القسمة أن يطالب بإبطالها، ولا تباشر هذه الدعوى إلا من وقت وفاة الوهاب لا من وقت القسمة. وكان الفقه في فرنسا يسمح للوارث بمباشرة الدعوى للغبن في قسمة الأصول خلال عشر سنوات تحسب من يوم وفاة الأصل. Rawandozi: Ibid. P. 132. ولما كانت هذه المدة طويلة نسبيا وتؤدي إلى عدم استقرار القسمة لذلك تدخل المشرع في القانون الصادر في ٧ فبراير ١٩٣٨ وأعلن في المادة ٢/١٠٨٠ على أن الدعوى لا تسمع إلا بعد وفاة الأصل الذي أجرى القسمة وحدد المدة بستين من تاريخ الوفاة، وأجرى المشرع الفرنسي في وقت لاحق تعديلا على هذه المادة بالقانون رقم ٧١/٥٢٣ الصادر بتاريخ ٣ يوليو ١٩٧١ وأحال على أحكام المادة ٢/١٠٧٧ والتي تحدد المدة بخمس سنوات من تاريخ الوفاة. أنظر: Terré et Lequette: Op. cite., no. 1050. P. 947 Mazeaud: Ibid. No: 1804 et suiv.

(٢) وهذا هو حال أغلب التشريعات التي أخذت بتأثير الغبن على القسمة ولم يشذ عنها إلا القانون التونسي والمغربي، حيث أن هذين القانونين رغم تأثرهما بالقانون الفرنسي إلا أنها لم يجعل الغبن =

٧٤ - مقدار الغبن وكيفية حسابه : لم تتفق التشريعات المدنية في الدول المختلفة على مقدار واحد للغبن المؤثر في القسمة .

فذهب بعضها إلى تحديد الغبن بمقياس مرن لا يتحدد برقم معين ، كالقانون المدني الأردني^(١) ، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات المتحدة^(٢) حيث حدده بمقياس الغبن الفاحش وهو مالا يدخل تحت تقويم المقومين^(٣) . أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فحدد الغبن المؤثر بكونه فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة^(٤) ، ولم يترك جانب آخر من هذه التشريعات الغبن الفاحش دون تحديد وإنما وضع له معياراً جامداً يتحدد في ظله الغبن برقم محدد ، واختلفت هذه التشريعات فيما بينها في هذا الرقم . فذهب القانون المدني المصري^(٥) والسوري^(٦) والجزائري^(٧) والليبي^(٨) والصومالي^(٩) والایراني^(١٠) إلى تحديده بما

= مؤثراً في القسمة إلا إذا لحق الغبن بالقاصر أو ناقص الأهلية فقط ، أما إذا كان من أجرى القسمة متمتعاً بكامل أهليته ولحقه غبن فلا يكون هذا الغبن مؤثراً في القسمة . انظر الفصل ١٠٨٩ ج ١٠٩١ من القانون المغربي . أنظر : مأمون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، بيروت ١٩٦٨ ، ص ١٤٤ - ١٤٥ فقرة ٩٣ . وأنظر كذلك المادة ٢/١٣٥ من مجلة الحقوق العينية التونسية لعام ١٩٦٥ التي تنص على أن القسمة : « تنقضي بسبب الغبن إذا تعلق بمناب من ليس له أهلية التصرف ، وكان الفرق في القيمة الربع » .

(١) انظر المادة ١/١٠٥٠ .

(٢) انظر المادة ١١٧٢ .

(٣) انظر : المادة ١٤٦ مدني أردني ، المادة ١٨٨ قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

(٤) انظر المادة ٢١٤ .

(٥) انظر المادة ٨٤٥ .

(٦) انظر المادة ٧٩٩ .

(٧) انظر المادة ٧٣٢ .

(٨) انظر المادة ٨٤٩ .

(٩) انظر المادة ٧١٤ .

(١٠) انظر : المادة ٤١٧ ، وإن كان القانون الإيراني قد اعتبر الغبن مؤثراً في العقد حتى لو كان أقل من الخمس إذا كان العرف يعتد بذلك .

يزيد على الخمس. وبما يزيد على الربع في القانون المدني الفرنسي^(١) والتونسي^(٢)، وبالعشر في القانون اليمني^(٣) وبما يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء في القانون المغربي^(٤) أما القانون المدني العراقي فرغم استعماله معيار الغبن الفاحش إلا أنه لم يكتف بتحديدته في معيار ثابت^(٥) وإنما جعله يختلف باختلاف ماهية الأشياء. فقدرة برقع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار^(٦).

وسار القانون المدني الكويتي على نهج أغلب التشريعات وذلك بتحديد الغبن الفاحش بما يزيد على الخمس وذلك بقوله في المادة ٨٣٢ أن «للمتقاسم الحق في طلب إبطال القسمة التي تمت بالتراضي إذا لحقه منها غبن يزيد على الخمس، ويكون التقدير حسب قيم الأشياء وقت القسمة». ولم يشأ أن يتبع مسلك المشرع العراقي ذلك أن هذا التنوع في مقدار الغبن يؤدي إلى صعوبات عملية في التطبيق يحسن تفاديها إذ كثيراً ما يكون المقسوم عدة أموال متنوعة وتتم بالنسبة لها جميعاً قسمة واحدة. والعبرة في تقدير قيمة الغبن هي قيمة الشيء وقت القسمة^(٧) a l'epoque du partage فلا ينظر إلى التغيرات التي تطرأ على هذه القيمة بعد ذلك، فلا يعتد مثلاً بأي أمر يحدث بعد القسمة ويزيد من

(١) انظر: المادة ٨٨٧. وانظر 1-1902 S. 21 mai. 1902. Paris 13 nov. 1958-1.

(٢) انظر: المادة ٢/١٢٥ من مجلة الحقوق العينية التونسية. 1958. 1. 129.

(٣) انظر: المادة ١٨٠ من القانون المدني اليمني.

(٤) انظر: المادة ٥٦ من القانون المدني المغربي.

(٥) انظر: المادة ١/١٠٧٧.

(٦) انظر: المادة ٢/١٠٧٧.

(٧) انظر في ذلك: المادة ٨٣٢ من القانون المدني الكويتي، المادة ١/٨٤٥ مدني مصري، المادة ٧٩٩

مدني سوري، المادة ٨٤٩ مدني ليبي، المادة ١٧٤ مدني صومالي، المادة ٧٣٢ جزائري، المادة

٢/١٠٥٠ مدني أردني، فصل ١٢٦ تونسي، المادة ١١٧٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة

الإمارات العربية المتحدة.

= وأنظر كذلك المادة ٨٩٠ مدني فرنسي، وانظر: Civ. 1^{re} 13 oct. 1981. Bull. 1. n. 288. P.

هذه القيمة أو ينقص منها^(١). ولتقدير ما إذا كان هناك غبن أم لا وقيمتها، تقدر قيمة الشيء الشائع كله وقت القسمة وتقدر تبعاً لذلك قيمة حصة الشريك مدعي الغبن، ثم قيمة الجزء الذي خصص لهذا الشريك، وتقارن قيمة هذا الجزء بقيمة الحصة وعلى أساس هذه المقارنة يتضح وجود الغبن من عدمه كما يتضح مقدار الغبن إن وجد، فمثلاً إذا كان الشيء الشائع مملوكاً لثلاثة شركاء على الشيوع لكل منهم ثلثه. وقدر الشيء الشائع وقت القسمة بمبلغ ٣٠٠٠، فمعنى ذلك أن حصة كل شريك يجب أن تساوي ألفاً من الدينارين فإذا تبين أن قيمة الجزء الذي اختص به أحد الشركاء تساوي ٦٠٠ دينار فقط فمعنى ذلك أنه قد لحقه بسبب القسمة غبن يزيد على الخمس لأن خمس قيمة حصته هو ٢٠٠ فيكون لهذا الشريك أن يطعن في القسمة بالغبن، أما إذا تبين أن قيمة الجزء المفرز الذي خصص للشريك هو ٨٠٠ دينار أو أكثر، فإن الغبن الحاصل لا يكون مجاوزاً للخمس ومن ثم لا يكون هناك مطعن على القسمة.

٧٥- دعوى إبطال القسمة للغبن: إذا ما تحقق الغبن على النحو الذي ذكرناه جاز للمتقاسم المغبون طلب إبطال القسمة أي اعتبارها كأن لم تكن والعودة إلى حالة الشيوع التي كانت موجودة قبل القسمة^(٢).

= 241; Civ. I^{re} 4 mai 1983; Bull. 1. n. 139, P. 120; Civ. I^{re} 16 juill. 1970. D. 1971. 424 note
Martin; Civ. I^{re} 19 janv. 1971. Bjuill. 1.n.22. P. 17; Civ. I^{re} 7 juin, 1952. Bull. Civ. 1. no.
189. P. 157; 19 juin (2) arrêts. Bull. civ. 1. no. 326 et 327, P. 261-262.

(١) انظر في موقف الفقه والقضاء الفرنسي وتطوره حول هذا الموضوع:

Rawandozi: Op. cit., P. 137, 140; Cass. Req. 15 juin, 1933. D. 1933-430; Cass. Req. 16
déc. 1878. d. 1878. 1. 223; Civ. I^{re} 18 mai 1978, D. 1978. I. R. 76. obs. D. Martin. J.C.P.
1980. 11. 19349 note Dagot; Civ. I^{re} 4 janv. 1980, J.C.P. 80. éd. N. Prat. 630.

(٢) وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي في المادة ١/١١٧٢ قد قرر حكماً مؤداه «يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من القاضي فسخ القسمة واعادتها عادلة» يعني أن القاضي في ظل هذا النص بعد أن يقرر الفسخ يعود إلى قسمة المال الشائع بصورة تحقق العدل بين الطرفين بما يرفع الغبن. وذلك بناء على طلب الطرف المغبون وعندئذ تكون القسمة قضائية وتنتهي عن الطعن فيها بالغبن ويبدو أن المشرع الإماراتي جاء متأثراً بالمادة ١/١٠٥٠ من القانون المدني الأردني، والمادة ١١٦٠ من مجلة الأحكام العدلية.

والمشروع الكويتي في المادة ٨٣٢ أورد اصطلاح «طلب إبطال القسمة» ولم يعبر عنه بكلمة «نقض»^(١) أو «فسخ»^(٢) كما ذهب بعض التشريعات. ولا شك أن المشروع الكويتي كان أكثر توفيقاً من غيره، لأن كلمة «نقض القسمة» لا تعني في الحقيقة أكثر من إزالتها أو هدمها دون أن تدل على ماهية الوسيلة الفنية التي توصل إلى ذلك ونظراً إلى أن سبب القسمة هو الغبن وهو أمر معاصر للإتفاق على القسمة، ولأن القسمة مع وجود الغبن تنعقد وتبقى قائمة منتجة لاثارها إلى أن تنقضى فحقيقة النقص إذن هي الإبطال، ويترتب على ذلك أن يخضع حق الإبطال للقواعد العامة في غير ما ورد بشأنه حكم خاص، كما أن اصطلاح «فسخ القسمة» الذي ورد في بعض التشريعات غير دقيق حيث أن الفسخ بمعناه الاصطلاحي الدقيق يفترض أن هناك إخلالاً من أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه ويطلب الطرف الآخر فسخ العقد، مع مراعاة توافر شروط الفسخ الأخرى، في حين أنه في حالة الغبن في القسمة لا يوجد هناك إخلال ينسب إلى أحد المتعاقدين كل ما هنالك أن أحد أطراف القسمة لحقه غبن أجاز له القانون أن يرفعه عنه عن طريق طلب الإبطال.

والمدعي في هذه الدعوى هو الشريك الذي لحقه الغبن، فإذا كان بعض الشركاء قد لحق بهم غبن دون البعض الآخر، فلا يستطيع الشريك الذي لم يلحقه غبن رفع الدعوى، وتتقل دعوى الغبن من الشريك الذي لحقه الغبن إلى وارثه فيجوز لهذا الأخير بعد موت مورثه أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها، ويجوز كذلك لدائن الشريك الذي لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه، طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة.

والمدعي عليه في دعوى الغبن هم سائر الشركاء، لأن دعوى الغبن ترمي إلى إبطال القسمة الإتفاقية، وهذه قد تمت بتراضي جميع الشركاء.

(١) انظر على سبيل المثال: المادة ٨٤٥ مدني مصري، المادة ٧٩٩ مدني سوري، المادة ٨٤٩ مدني ليبي، المادة ٧١٤ مدني صومالي، المادة ٧٣٢ مدني جزائري، المادة ١/١٠٧٧ مدني عراقي، والمادة ١٢٦ من مجلة الحقوق العينية التونسية والمادة ٨٨٧ فرنسي.

(٢) من هذا الاتجاه: المادة ١/١١٧٢ قانون المعاملات المدنية الاماراتي والمادة ١٠٥٠ مدني أردني.

ويجب على المغبون أن يرفع دعوى إبطال القسمة خلال السنة التالية للقسمة وهذا ما قرره أيضا المشرع الكويتي بالنسبة لدعوى الاستغلال من أنها هي أيضا يجب أن ترفع خلال سنة من وقت إبرام العقد^(١).

فإذا تأخر حتى انقضت هذه السنة سقط حقه في طلب إبطال القسمة حتى ولو لم يكن قد عرف بالغبن إلا بعد مضي هذه السنة ومدة السنة هي مدة سقوط فلا تقبل الوقف ولا الانقطاع^(٢).

وعبء إثبات الغبن الذي يزيد على الخمس في القانون الكويتي والتشريعات الأخرى التي تقرر هذا الحد، يقع على عاتق المدعي أي الشريك المغبون، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية، والغالب في العمل أن تعين المحكمة خبيراً لتقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة، ولتقدير قيمة المال المفرز الذي وقع في نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضاً، وبمقارنة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة.

ومتى ثبت للقاضي وقوع غبن للمدعي يزيد على الخمس، كما أشرنا، فإنه يتعين عليه أن يقضي بإبطال القسمة، ففي دعاوي الإبطال، على خلاف دعاوي الفسخ، لا يملك القاضي سلطة تقديرية ويتحتم عليه أن يقضي بإبطال

(١) ومدة السنة جاءت في جميع التشريعات العربية فيما عدا القانون المدني العراقي حيث حدد المدة بستة أشهر بعد انتهاء القسمة. أنظر المادة ١٠٧٧/١. أما القانون الفرنسي فإن القسمة المشوبة بالغبن كأى عقد قابل للإبطال يخضع للقواعد العامة، فالمادة ١٣٠١ منه تجعل المدة خمس سنوات لتصحيح العقد، أي أنه إذا لم تمارس دعوى إبطال القسمة خلال هذه المدة فإن معنى ذلك أن التصرف أصبح صحيحاً ضمناً أنظر:

Civ. 1^{re} 10 juill. 1979. Bull. 1. no. 202, P. 162.

وهذا تطبيق للاجازه الضمنية أنظر: Rawandozi: Op. cit, P. 159. وكانت المدة قبل تعديل

المادة المشار إليها بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٨ وذلك في الثالث من يناير ١٩٦٨ عشر سنوات.

(٢) انظر: محمد ليبب شنب، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٨١، جامعة الكويت، كلية الحقوق، مذكرات على الاستئسل، ص ١٧٥، السهوري المرجع السابق، ص ٩٠٦.

العقد متى تحقق سبب الإبطال.

٧٦ - الآثار التي تترتب على إبطال القسمة للغبن: إذا أبطلت القسمة

أعتبرت كأن لم تكن، وعادت حالة الشيوخ التي كانت قد زالت بالقسمة قبل إبطالها، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعا بينهم منذ بدأ الشيوخ وكأنه لم ينقطع، فيجوز إذن لأي شريك أن يطلب القسمة من جديد، سواء في ذلك الشريك المغبون الذي أبطل القسمة أو أي شريك آخر لم يطلب إبطالها ويجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت أول مرة وعندئذ يجوز إبطالها هي أيضا للغبن كما ذكرنا، كما يجوز أن تكون قسمة قضائية وعندئذ لا يجوز نقضها للغبن.

وإبطال القسمة للغبن له أثر رجعي، كما ذكرنا، فتسقط تصرفات الشركاء في الأموال المفروزة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغير طبقا للقواعد المقررة في شأن أثر إبطال العقد في التصرفات الصادرة للغبر، أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بآثارها حتى بعد إبطال القسمة وذلك وفقا للقواعد المقررة في هذا الشأن.

٧٧ - تفادي إبطال القسمة باكمال نصيب الشريك المغبون: تنص المادة

٣/٨٣٢ من القانون المدني المشار إليها على أنه: «للمدعي عليه أن يمنع الإبطال إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من نصيبه»^(١) فيستطيع شركاء المتقاسم المغبون وفقا لهذا النص أن يتفادوا إبطال القسمة بسبب الغبن إذا اكملوا للمغبون نقدا أو عينا ما نقص من حصته، والمقصود، هنا، كما يبدو من النص هو إكمال نصيب المغبون بما يرفع الغبن منه كلية، وليس فقط بما يرفع الفحش من الغبن وجعله يسيرا بتكملة النصيب إلى أربعة أخماس قيمة الحصة^(٢)، وهذا تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بعدم جواز التمسك بالإبطال

(١) في هذا الاتجاه، المواد: ٢/٨٤٥ من القانون المدني المصري و ٧٩٩ مدني سوري و ٨٤٩ مدني

ليبي، و ٧١٤ مدني صومالي، و ٧٣٢ مدني جزائري، و ١/١٠٧٧ مدني عراقي.

(٢) وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ٨٩١ من القانون المدني مع مراعاة أن هذا النص

يقترّب من المادة ١٦٨١ مع خلاف أنه في حالة الغبن في البيع فإن المادة المشار إليها تسمح

على نحو يخالف حسن النية. وعلى ذلك إذا كانت حصة الشريك تساوي ألفا من الدينارين وخصص له جزء من الشيء الشائع يساوي سبعمائة دينار فيجب لتوفي إبطال القسمة اكمال نصيبه بحيث تصل قيمته إلى ألف دينار وليس ثمانمائة دينار فقط.

ويستطيع شركاء المتقاسم المغبون منع إبطال القسمة^(١) في أي وقت تكون

= للمشتري بتكملة الثمن حتى $\frac{1}{2}$ أي تعطيه سماحا في حدود $\frac{1}{2}$ الثمن الكلي أنظر: Civ. 3° 4 dec. 1973. 1. Gaz. Pal. 1974. 1. 239. note. Plancqueel.

في حين أن المادة ٨٩١ تجعل الشريك ليتلافى إبطال القسمة ملزما بتكملة كامل الثمن Rawandozi; Op. cit., P. 148; Civ. 3° 4 dec. 1973. D. 1974. Somm. 20.

ويستطيع المدعي عليه التقدم بتكملة الثمن وفقا للمادة ٨٩١ في أي وقت طالما لم يصدر حكم نهائي ببطالان القسمة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم يبين الوقت الذي يقدر فيه قيمة الشيء عند تكملة الثمن، مما أدى إلى تضارب أحكام القضاء في تحديد هذا الوقت.

فذهب جانب إلى تقدير قيمة الغبن من يوم القسمة أي أن يراعي في تكملة الثمن قيمة الأشياء وقت القسمة. أنظر: Cass. civ. 6 déc. 1955. Journal notariat 1957. P. 117 art. 45198; Toulouse: 31 Oct 'j.c.p. 1956. 11. 9041 avec note de M. Voirin.

وذهب اتجاه آخر إلى تحديد هذا الوقت بوقت صدور الحكم. أنظر: 9 Mars 1961. D. 1961. 505. et note Aneel. sem. Jur. 1961. 11. 12091 et note Voirin; Gaz. pal. 1961. 1. 348;

وأنظر كذلك: Civ. 1° 10 mai 1961. Gaz. Pal. 1961. 2. 58 Sem. Jur. 1961. 11. 12210; 12 mars 1963. Gaz. Pal. 1963-26. D. 1963. 567; Civ. 1° 19 avril 1977, Gaz. Pal. 7 janv. 1970. note Plancqueel; Rev. Trim. dr. civ. 1978. 396. obs. Savatier.

وذهب اتجاه ثالث إلى أن تكملة الثمن يكون بتقدير قيمة الشيء وقت المطالبة بإبطال القسمة Cass. Civ. 9 mars. 1961. J.C.P. 1961. 2. 12091; Cass. 10 mai 1961. P. 1961-2. somm. 90.

(١) وقد فضل المشرع عبارة «أن يمنع طلب الإبطال» الوازدة في النص، على العبارة المقابلة التي نجدها في كثير من التشريعات العربية وهي «للمدعي عليه أن يقف سيرها (أي الدعوى) ويمنع القسمة من جديد» (المصري، والسوري، والليبي، والعراقي، والصومالي، والجزائري) وذلك لأن المسألة ليست مسألة وقف الدعوى، ولأن التشريعات المذكورة تستعمل دون مبرر عبارتين =

عليه دعوى المتقاسم المغبون سواء أمام محكمة أول درجة أو أمام المحكمة الاستئنافية طالما لم يصدر حكم نهائي بإبطال القسمة، حيث أنه بصدد حكم نهائي بإبطال القسمة عادت حالة الشئوع إلى ما كانت عليه ولم يعد مقبولا أن يكون من حق من كان مدعى عليه أن يطلب تكملة النصيب، ولا يبقى بعد الحكم النهائي إلا العمل على الاتفاق على القسمة من جديد أو رفع دعوى القسمة.

٧٨ - إجازة القسمة المشوبة بالغبن: تكون القسمة الاتفاقية المشوبة بالغبن، كما أشرنا، قابلة للإبطال ومن ثم تسرى عليها القواعد العامة التي تسرى على هذا النوع من العقود، ومنها إجازته، فيجوز للشريك المغبون أن يميز القسمة المشوبة بالغبن أما إجازة صريحة Confirmation expresse أو ضمنية tacite والإجازة تصحح العقد وتزيل الغبن ويغدو نظيفا طاهرا، ويشترط أن تصدر الإجازة بطبيعة الحال ممن له الحق بها^(١)، وفي هذا تقضي المادة ١٨١ من القانون المدني بأن «إجازة العقد القابل للإبطال ممن له الحق في طلب إبطاله صريحة كانت أم ضمنية تطهره من العيب الذي أنصب عليه وتزيل حق طلب الإبطال بسببه».

الفصل الثاني عقد الوكالة

٧٩ - تمهيد. ٨٠ - الأجر في عقد الوكالة. ٨١ - أ - في حالة عدم وجود اتفاق على الأجر. ٨٢ - ب - في حالة وجود اتفاق على الأجر. ٨٣ - تعقيب.

٧٩ - تمهيد: الشائع في غالبية التقنيات أن الوكالة تبرعية مالم يتفق على غير ذلك، وهو حكم موروث عن تقاليد القانون الروماني حيث كانت بعض

= «يقف سر الدعوى» و «يمنع القسمة من جديد» وقد أدى هذا بالبعض استنادا إلى العبارة الأخيرة إلى القول أن المدعي عليه له أن يكمل النصيب حتى بعد الحكم النهائي بإبطال القسمة. أنظر في ذلك: محمد ليب شنب، المرجع السابق، ص ١٧٥ - ١٧٦.

(١) أنظر في ذلك: Req. 12 nov. 1938. Gaz. Pal. 1. 31; Ghestin: Op. cit., no. 824, P. 704-205.

المهن الحرة، وبخاصة مهنة المحامي ومهنة الطبيب من المكانة الرفيعة في نظر الرومان بحيث تترفع عن الأجر، ولكن مع تطور الظروف الإقتصادية وما تقتضيه من أن يعيش أصحاب المهن الحرة من ممارسته مهنتهم، أجاز لهم لا أن يأخذوا أجراً، بل أن يتقاضوا تعاباً تحمل معنى التقدير، وانتقلت هذه التقاليد إلى مدونة نابليون عبر القانون الفرنسي القديم، فجعلت الوكالة تبرعية في الأصل، ولا يكون للوكيل أجر إلا إذا اتفق عليه مع الموكل، وتأثر القضاء الفرنسي بأن أجر الوكيل لا يكون إلا باتفاق، فذهب إلى أنه حتى مع وجود هذا الاتفاق يجوز للقضاء تخفيض أجر الوكيل، ثم انتقلت هذه الأحكام إلى التقنين المصري كما انتقلت إلى غيره من التقنينات^(١).

٨٠- الأجر في عقد الوكالة: عرفت المادة ٦٩٨ من القانون المدني الوكالة بقولها: «الوكالة عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني»^(٢) والأصل في الوكالة، كما أشرنا، وكما قررت المادة ١/٧١١ من القانون المشار إليه أنها تبرعية مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص من مهنة الوكيل أو غيرها من ظروف الحال^(٣) أما إذا اتفق «على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير التقاضي إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة»^(٤). ويستخلص مما سبق أنه يجب التمييز بين فرضين، الأول حالة عدم الإتفاق على الإجر بين الموكل والوكيل، والفرض الثاني، في حالة وجود الاتفاق على الإجر. ونعرض فيما يأتي لهذين الفرضين:

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي، المجلد الخامس، ص ٢٢٠٢.

(٢) انظر في تعريف الوكالة: Mazeaud: leçons. T. 3, Vol. 2. no. 1384 P. 849.

(٣) في هذا الاتجاه انظر: المادة ١/٧٠٩ مدني مصري، ٦٧٥ مدني سوري ٧٠٩ مدني ليبي، ٥٨٤

مدني سوداني، ٦١٧ مدني صومالي، ٥٨١ مدني جزائري، ١/٩٤٠ مدني عراقي، ٧٧٠

موجبات لبناني، والمواد ١١١٤ و ١١٤٣ و ١١١٤ مدني تونسي، ٨٨٨، ٩١٥، ٩١٦ مدني

مغربي، المادة ١٩٨٦ فرنسي، المادة ٥٦٧ من المشروع الفرنسي الايطالي، المادة ٦٦٢ مدني

المان، المادة ٣٩٤ التزامات سويسري.

(٤) انظر المادة ٢/٧١١ من القانون المدني.

٨١ - أ - في حالة عدم وجود اتفاق: قررت المادة ١/٧١١ كما ذكرنا أن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك، ومعنى أنه إذا لم يوجد بين الموكل والوكيل اتفاق على الاجر كانت الوكالة غير مأجورة وكان الوكيل متبرعا واعتبرت الوكالة في هذه الحالة من عقود التبرع.

٨٢ - ب - في حالة وجود اتفاق على الأجر: الوكيل لا يأخذ اجرا إلا إذا وجد اتفاق على ذلك، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا، كما قد يكون ضمنيا في أغلب الحالات^(١)، وبرزت الحالات التي يستخلص منها ضمنا أن الوكالة مأجورة هي مهنة الوكيل^(٢) فإذا كان الشخص يحترف مهنة يكسب منها عيشه، فالمفروض أن الوكالة التي تدخل في أعمال هذه المهنة تكون مأجورة فمن وكل محاميا يكون قد اتفق ضمنا مع الوكيل على اعطائه اجرا كما هي العادة.

ويغلب أن يكون اجر الوكيل مبلغا من النقود، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون من غير النقود، كما إذا اتفق الوكيل مع الموكل أن يأخذ أجره حصة من العين التي يشتريها بالوكالة عنه.

والغالب أنه إذا اتفق على أن تكون الوكالة مأجورة، أن يتفق الطرفان على مقدار الاجر والأصل أن يسري هذا الاتفاق فيتقاضى الوكيل من الموكل المقدار المتفق عليه دون نقص أو زيادة أيا كانت النتيجة التي وصل اليها الوكيل في تأدية مهنته.

إلا أن المشرع الكويتي أورد استثناء على هذا الأصل مؤداه أنه: إذا اتفق

(١) انظر في ذلك: Christine Lazergues: Les mandats tacites, Rev. Trim. dr civ. 1975, No. 222 ets.

(٢) انظر في تطبيقات متعددة حول هذا الموضوع في القضاء الفرنسي: Labbé: note. S. 1893. 1. 497; Solus et Perrot: Droite judiciaire privé, T. I, 1961. No. 1067 ets; Viatte: Le mandat (ad litem) Gaz. Pal. 1976. 1. doct. 393; paris, 23 Janv 1912 S. 1913. 2. 27; civ. 2^e. 24 oct. 1958. Bull. 11. no. 653. P. 430; Req. 1^{er} juill. 1936. D. H. 1936. 428; civ. 1^{er} 10 fev. 1981. Bull. 1. no. 50. P. 40.

على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة^(١).

ويبدو أن القاعدة في القانون الكويتي بنيت على أساس أن التصرف القانوني الذي يعهد به إلى الوكيل يكون عادة أدق في تقدير الأجرة عليه من العمل المادي الذي يقوم به الوكيل، فإذا اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر قبل أن ينجز الوكيل مهمته فقد يظهر بعد إنجاز المهمة أنها أخطأ في تقدير هذا المقدار أو أن أجر الوكيل كان مبالغا فيه بحيث لا يتناسب مع الخدمات التي قدمها الموكل. فأجاز القانون للقاضي أن يصحح هذا الخطأ وفقا لسلطته التقديرية ويرفع الغبن عن الموكل ليعيد التوازن بين العمل الذي قدمه الوكيل والاجر الذي يتقاضاه من جراء هذه العمل^(٢).

(١) ونشير إلى أن النصوص في القانون الفرنسي وردت صريحة بجواز أن يأخذ الوكيل اجرا إذا اتفق مع الموكل على ذلك، ففي القضاء الفرنسي متأثرا بأن الأصل في الوكالة أن تكون تبرعية فعمد الى تقرير قاعدة تقضي بجواز تخفيض اجر الوكيل إذا قدر القاضي أن هذا الاجر مبالغا فيه، ولم يستند هذا القضاء في ذلك إلى نص بل كان اجتهادا منه. أنظر في ذلك: Mazeaud: Op. cit., no. 1407; P. 869, 870.

وأنظر كذلك: السهوري، الوسيط، الجزء (٧) المجلد الأول، ١٩٦٤، ص ٥٢٣ - ٥٢٤.
وأنظر هامش (٢) من ص ٥٢٤.

(٢) وتجدر الإشارة إلى أنه أثناء مناقشة مشروع القانون المدني في اللجنة التشريعية، أبدت وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ملاحظة على الفقرة الثانية من المادة ٧١١ مؤداها: «واضح أن الوكالة بأجر تعتبر من قبيل الاجارة على عمل وما دام الاجر متفقا عليه والمتعاقدان كاملا الأهلية فلا مساع لتدخل القضاء لأنه كما تقول القاعدة القانونية المعروفة: العقد شريعة المتعاقدين أي فيما لا يخالف الشرع، والشرع هنا يقرر أن الاجر المسمى يستحق جميعه ولا يعدل عنه إلا عند اعتبار العقد فاسدا فيرجع حينئذ إلى اجر المثل . . . لذا تقترح الوزارة حذف هذه الفقرة واعتبار الفقرة الاولى مادة كاملة». وكان الرد على هذه الملاحظة هو ترى اللجنة أن ما نص عليه المشروع هو الاوفق لأن الاتفاق على الاجر قد يكون نتيجة اضطرار من جانب الموكل وفي هذه الحالة يقبل الاجر الذي يفرضه الوكيل، فمن الخير أن نجعل له ملجأ للتخلص مما لحقه نتيجة هذا الاضطرار حماية للجانب الضعيف من الاستغلال، وهو ما يتمشى مع مبادئ الشريعة الغراء. أنظر مجموعة الاعمال التحضيرية، المجلد الخامس، ص ٢١٩٤.

ويترتب على هذا الأساس الذي أشرنا إليه ما يأتي: -

أ - أنه يجوز للقاضي لاعادة الإجر إلى الحد المعقول وتصحيح ما وقع فيه المتعاقدان في تعيين مقدار الاجر أن يزيد في هذا المقدار إذا كان غير كاف لجزاء الوكيل على عمله، كما له أن يخفضه إذا كان مبالغاً فيه إذ أن النص مطلق يشمل التخفيض والزيادة فهو يجعل الاجر خاضعاً لتقدير القاضي ويتوقف ذلك على ما يتبين بعد تنفيذ الوكالة من أهمية العمل الذي قام به الوكيل وما لقي فيه من صعوبات وما أدى العمل إليه من نتائج فإذا ظهر أن مقدار الأجر يزيد كثيراً على قيمة العمل من هذه النواحي خفض القاضي هذا المقدار حتى يتكافأ ويتوازن الأجر مع العمل ومن ثم يرفع الغبن عن كاهل الموكل.

ب - لا يجوز للقاضي أن يعدل مقدار الاجر بالنقص أو بالزيادة إذا دفع الموكل مقدار الأجر طوعاً وقبض الوكيل هذا الأجر بعد أن تبين من تنفيذ الوكالة قيمة ما أداه الوكيل من عمل يكون بمثابة إقرار منها بأن هذا العمل يستحق هذا المقدار من الأجر وحتى لو فرضنا أن مقدار الاجر يتجاوز قيمة العمل أو ينقص فإن الموكل يدفعه طوعاً كل مقدار الأجر. بعد أن يتبين قيمة العمل يكون متبرعاً بالزيادة في الأجر، وكذلك الوكيل يكون متبرعاً بما ينقص فيه وليس في هذا التبرع من الجائنين ما يخالف النظام العام.

٨٣ - تعقيب: يتضح مما تقدم أنه إذا كان أجر الوكيل لا يتناسب مع العمل الذي قام به بعد انتهاء الوكالة، فإن القاضي بما له من سلطة تقديرية وفقاً للمادة ٢/٧١١ أن يخفض من قيمة الاجر المتفق عليه ليتناسب مع العمل الذي أداه الوكيل، وبذلك فإن القاضي يقوم بدوره في محاربة الغبن في مثل هذا الفرض.

الغصن الثالث شركة الاسد

٨٤- تمهيد. ٨٥- حماية الشريك المغبون في شركة الاسد. ٨٦- تعقيب.

٨٤- تمهيد: يعين عقد الشركة عادة نصيب كل شريك في أرباح الشركة وفي خسائرها وعند ذلك توزع الارباح والخسائر على الشركاء طبقا لما تعين من ذلك في عقد الشركة وليس من الضروري أن يتعين نصيب الشريك في الربح معادلا لنصيبه في الخسارة، فقد يكون نصيب أحد الشركاء في الخسارة أكبر من نصيبه في الربح إذا كان مثلا مديرا للشركة أو العكس، كذلك ليس من الضروري أن يكون نصيب الشريك في الربح أو في الخسارة متناسبا مع قيمة حصته في رأس المال أو متناسبا مع ما تفيده الشركة من هذه الحصة إذا كان عملا، بل يجوز أن يزيد النصيب أو ينقص عن ذلك.

فمن من مقومات عقد الشركة، وفقا لما سبق، أن يساهم كل شريك في ارباحها وفي خسائرها بنصيب ما، وإلا كانت الشركة باطلة لانقضاء نية المشاركة، فإذا نص عقد الشركة على ألا يساهم شريك في الربح، فمعنى ذلك أن يساهم في الخسارة دون الربح فيكون عليه الغرم وليس له الغنم، أو نص عقد الشركة، على ألا يساهم شريك في الخسارة. فمعنى ذلك أن يساهم في الربح دون الخسارة، فيكون له الغنم وعلى شركائه الآخرين الغرم. والشركة التي يكون فيها لشريك الغنم دون الغرم أو الغرم دون الغنم تسمى شركة الأسد. ولا شك أن في هذه الشركة طرف مغبون يتضرر حتما من وجود هذا العقد، يلزم حمايته ورفع الغبن عنه، من هنا ننتقل إلى بيان كيفية حماية الشريك المغبون في شركة الأسد.

٨٥- حماية الشريك المغبون في شركة الاسد: تفاوت موقف التشريعات المختلفة بشأن حماية الشريك المغبون في شركة الاسد، واختلفت نظرتهم الى هذا النوع من الشركات.

فذهب اتجاه يتزعمه القانون المدني المصري^(١) إلى بطلان الشركة المتضمنة شرط الأسد وهو الشرط الذي يستبد فيه أحد العاقدين بكل ما ينشأ عن العقد من ربح ويتحمل العاقد الآخر كل ما ينشئ عنه من خسارة، وهذا ما قرره المادة ١/٥١٥ بقولها: «إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها كان عقد الشركة باطلا». ^(٢) فإذا نص عقد الشركة على أن أحد الشركاء يساهم في الربح أو أن يكون نصيبه فيه تافها إلى حد أن يكون هذا النصيب غير جدي، فإن الشركة تكون باطلة، وتكون باطلة كذلك إذا نص العقد على أن أحد الشركاء لا يساهم في الخسارة أو أن يكون نصيبه فيها تافها إلى حد عدم الجدية ولكن لا يعتبر الشريك معفيا من الخسارة إذا كانت حصته في رأس المال هي عمله ما دام لم يتقرر له أجر على هذا العمل، إذ هو في هذه الحالة يكون مساهما في الخسارة حتماً فقد قام بعمل لم يأخذ عليه أجرا وهذه هي خسارته، وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٥١٥ مدني صراحة هذا الحكم بقولها: «ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر، بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر على عمله» إما إذا كانت حصة الشريك الانتفاع بمال أو نقود، فإنه لا يجوز أن يعفى من المساهمة في الخسارة وإلا كانت الشركة باطلة، لأن الشريك في هذه

(١) انظر في هذا الاتجاه: المادة ٤٨٢ مدني سوري، المادة ٨٩٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني، المادة ١/٤٢٦ مدني جزائري، المادة ١/٥٩٠ مدني أردني. المادة ١٣٠١ مدني تونسي، المادة ١٠٣٤ مدني مغربي.

(٢) والحكم الوارد بالنص الذي يقرر بطلان شركة الأسد «نتيجة معقولة لطبيعة عقد الشركة، وهو تعاون الشركاء لتحقيق عمل مشترك ونية المساهمة في هذا العمل عن طريق قبول بعض الاخطار، فلا يجوز إذن الاتفاق على أن يستولي واحداً أو أكثر من الشركاء على كل الأرباح، أو لا يتحمل نصيباً من الخسارة ولا يلزم لتطبيق النص أن يكون الاعفاء منصبا على تحمل كل الخسارة أو الاستئثار بكل الربح كاملاً، بل يكفي أن يكون نصيب الشريك في الخسارة أو في الربح تافها للدرجة يتبين منها أنه صوري، ويترتب على مخالفة هذا الحكم بطلان العقد كله لأن الشروط الأساسية في الشركة وحدة لا تتجزأ وقد يكون الشريك لم يقبل التعاقد إلا بناء على الشرط الباطل» أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري»، جزء (٤) ص ٣٣٣.

الحالة يساهم في الارباح، فإذا هو أعفى من المساهمة في الخسائر شارك في الغنم دون الغرم وهذه هي شركة الأسد^(١).

وشركة الأسد، في أية صورة من صورها، باطلة بطلانا مطلقا، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، كما يحكم به القاضي من تلقاء نفسه ولا ترد عليه الاجازة ولا يسرى في حقه التقدم، وبعبارة أخرى فإنه يسرى على شركة الأسد القواعد العامة المقررة في البطلان.

ولم تكتف بعض التشريعات بإقرارها، بطلان عقد الشركة، وإنما أصرت كذلك على بطلان الشرط نفسه وذلك تأكيدا منها على خطورة هذا النوع من الشركة ولمخالفته للنظام العام، في حين أن النص على بطلان الشركة يتضمن إبطال الشرط كذلك حيث أن إبطال الكل يشمل إبطال الجزء. كما أنها لم تكتف بإبطال الشرط والعقد معا، وإنما أجازت للشريك المغبون الرجوع على الشركة بما نقص له من الربح أو بما دفعه من الخسارة^(٢).

إما في فرنسا وإن كان نص المادة ١٨٤٤/١ من القانون المدني يحظر مثل هذا النوع من الشروط في عقد الشركة إلا أن الفقه الفرنسي لم يتفق على رأي واحد في شأن هذا النوع من العقود، فذهب البعض إلى بطلان الشركة المتضمنة هذا الشرط في حين ذهب جانب آخر وهو الراجح إلى الاكتفاء ببطلان الشرط فقط مع بقاء الشركة^(٣)، وذلك حرصا على إستقرار المراكز

(١) انظر: السهوري، الوسيط، جزء (٥) المجلد الثاني، ١٩٦٢، دار النهضة العربية فقرة ١٩١، ص ٢٨٢ - ٢٨٥.

(٢) انظر: المادة ١٣٠١ من القانون التونسي حيث تقضي بأن: «إذا اشترط لأحد الشركاء مقدار من الربح أو الخسارة زائدا عما يستحقه بالنسبة لما نابه من رأس المال بطل الشرط والعقد وللشريك الرجوع على الشركة بما نقص له من الربح أو بما دفعه من الخسارة» وفي الاتجاه نفسه انظر: المادة ١٣٠٤ مدني مغربي.

(٣) انظر في عرض هذا الخلاف: Hamel (J), Lagard (G) et Janffert (A) Droit Commercial. T. 1. 2^eédit. Vol. 2 par Lagard (G) 1980. No. 406. P. 48-49; Richard (J): A propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur de son industrie. J.C.P. 80. Prat. éd. No. 7693.

القانونية التي نشأت من عقد الشركة.

وفي بلجيكا ولو كسمبورج فإن المادة ١٨٥٥ من القانون المدني اعتبرت العقد المتضمن شرط الأسد صحيحا وإنما يكون قابلا للإبطال لمصلحة الشريك المغبون حيث إن جانباً من الفقه، وهو الراجح عندهم، اعتبر هذا الشرط عيباً في الإرادة لا عيباً في العقد^(١).

أما فيما يتعلق بالقانون الكويتي فإن المشرع في المادة ١٣ من قانون الشركات التجارية^(٢) فقد أخطت لنفسه خطأ مغايراً بعض الشيء عن التشريعات السابقة حيث نص على أن: «إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو لا يساهم في خسائرها، جاز فسخ عقد الشركاء بناء على طلب الشريك الذي حرم من المساهمة في الأرباح أو بناء على طلب أي من الشركاء الذين يقع عليهم وحدهم عبء الخسائر»^(٣).

ولقد كانت صياغة نص المادة ١٣ من قانون الشركات التجارية هي السبب على ما يبدو وراء اختلاف الفقه في الكويت من جهة واضطراب أحكام القضاء بهذا الصدد من جهة أخرى.

فذهب بعض الفقه إلى أن الشرط هو الذي يبطل دون بطلان الشركة، إلا إذا تبين من ظروف الواقع أن هذا كان الدافع الأساسي لتكوين الشركة وفي مثل هذه الحالة يتعين القول ببطلان عقد الشركة برمته^(٤)، في حين ذهب البعض الآخر إلى أن النص المذكور لا يجعل الشركة المتضمنة شرط الأسد باطلة بطلاناً مطلقاً وإنما قابلة للأبطال لصالح الشريك الذي حرم من المساواة

(١) انظر: Rodiere: OP. cit., P. 74.

(١) انظر:

(٢) نشر في ملحق الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٣ مايو ١٩٦٠ - العدد ٢٧٦. تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني لم ينظم عقد الشركة بين نصوصه.

(٣) وجاء قانون الشركات الكويتي في هذا النص متأثراً بالمادة ٦٣٥ من القانون المدني العراقي.

(٤) انظر: أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، الطبعة الأولى،

١٩٧٨، ص ٨٥ فقرة ٨٤.

في الارباح أو الذي يقع عليه عبء الخسائر^(١).

أما بالنسبة للقضاء الكويتي فيبدو أنه مضطرب بهذا الصدد^(٢) حيث يذهب في بعض الاحيان إلى اعتبار أن وجود شرط الأسد في عقد الشركة، يكون باطلا لهذا السبب^(٣)، أو «أنه رغم بطلان العقد برمته، فإن المحكمة لا ترى مانعا من الاقتصار على النص على بطلان «شرط الأسد»^(٤).

وفي أحيان أخرى - ترى بعض الأحكام أنه إذا كان شرط الأسد «فيه إخلال بما يقتضيه عقد الشركة من مساواة بين الشركاء في الربح والخسارة وعلى الرغم من ذلك فإن المدعي عليه لا يستطيع أن يطلب الغاء أو تعديله وإنما يجوز له أن يطلب فسخ العقد عملا بالمادة ١٣ من قانون الشركات لان البطلان هنا نسبي لا يلحق . . . شرط الأسد وحده وإنما يلحق العقد كله . . . الخ^(٥). كما أنه طالما لم يطلب فسخ عقد الشركة». فإن العقد يظل قائما بجميع شروطه منتجا لكافة آثاره . . . إذ أن طلب الفسخ يجب أن يكون صريحا لا غموض فيه وأن ترفع الدعوى حسب الاوضاع المعتادة^(٦).

ونرى في تفسير هذا النص ما يأتي :-

أولا : إن المشرع الكويتي لم يكن موفقا في إستعماله اصطلاح «فسخ عقد الشركة» لأن هذا المصطلح بمعناه الدقيق يوحي بأن العقد قد انعقد

(١) انظر: سميحة القليوبي، الشركات التجارية وفقا للقانون الكويتي، مذكرات، ٧٥-١٩٧٦ ص ٢٥ فقرة ٥٧.

(٢) انظر: في عرض ذلك: أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ٨٤ وهوامش الصفحة ذاتها.

(٣) راجع: المحكمة الكلية بتاريخ ١٩٦٩/١١/٦ - القضية رقم ٦٩/٨٠٦ تجاري منشور في مجلة القضاء والقانون - السنة الاولى . ع ٣. ص ٧٥ - ٧٨.

(٤) حكم المحكمة الكلية المشار إليه آنفا. وقد استندت المحكمة المشار إليها على الاقتصار على بطلان شرط الأسد. لأنها مقيدة بطلبات الخصوم.

(٥) انظر: حكم المحكمة الكلية بتاريخ ١٩٧١/١٠/١ تجاري كلي - رقم ٧١/٩٥٠.

(٦) انظر: محكمة الاستئناف العليا - الدائرة الثانية التجارية بتاريخ ١٩٧١/١٢/١٨ القضية رقم ١٩٧١/٤٤٩.

صحيحاً ومن ثم حصل إخلال من أحد الطرفين بتنفيذ التزامه الذي يترتب عليه جواز طلب الفسخ في هذه الحالة، ولا شك أن مضمون النص لا يفيد هذا المعنى إطلاقاً وإنما نرى أن المشرع يقصد بفسخ العقد إبطال عقد الشركة لا فسخه.

ثانياً : إن المشرع الكويتي في النص المذكور لم يفرق بين الشرط المتضمن في عقد الشركة وبين عقد الشركة ذاته، حيث أن الحكم يسرى عليهما معاً، ومن ثم لا حجة للرأي الذي يفرق بين الشرط والعقد ويطلب الأول دون الثاني، حيث أن الأخذ بهذا الرأي يصطدم بداهة، مع صراحة النص الذي يوحد بينهما في الحكم وذلك بقوله «جاز فسخ عقد الشركة» فعقد الشركة يتضمن الشروط ولا انفصال بينهما.

ثالثاً : ونحن بدورنا نميل مع الرأي الذي يقرر أن الشركة المتضمنة شرط الأسد، وفقاً للمادة المشار إليها صحيحة، وإنما قابلة للإبطال لصالح الشريك الذي حرم من المساواة في الأرباح أو الذي يقع عليه عبء الخسائر، وبعبارة أخرى لصالح الطرف المغبون. وهذا الاتجاه، كما نرى، يحقق هدفين يسعى المشرع لتدعيمهما الأول: المحافظة على المراكز القانونية التي نشأت في ظل هذه الشركة، والثاني: حماية الطرف المتضرر أو المغبون من هذا الشرط حيث لا يجيز له اللجوء إلى القضاء لإبطال العقد^(١).

رابعاً : إن عقد شركة الأسد وفقاً للتصور الذي أخذنا به يخضع للقواعد العامة بشأن العقد القابل للإبطال من حيث من له حق التمسك به، ومن حيث الإجازة، ومن حيث التقادم.

(١) وتجدر الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص على أن الشركة تكون قابلة للإبطال لمصلحة من يضار من الشركاء بشرط عدم المساهمة في الخسارة - وهم سائر غير من أغضى من المساهمة في الخسارة - أو لمصلحة الشريك الذي اشترط عليه عدم المساهمة في الربح. ولكن عدل النص في لجنة مجلس الشيوخ فجعل البطلان مطلقاً. أنظر: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء (٤) ص ٣٣٣.

٨٦- تعقيب: ونخلص مما سبق أن التشريعات المختلفة رغبة منها في حماية الطرف المغبون في عقد شركة الأسد ورفع الاجحاف عنه، قد تفاوتت في هذه الحماية فالبعض كالقانون الفرنسي لم يبين صراحة الجزاء المترتب على وجود هذا الشرط مما نتج عنه خلاف في الفقه والبعض قرر بطلان الشركة، بينما التشريعات الأخرى قررت بطلان الشركة والعقد معا، وأجازت للشريك المتضرر، امعانا في حمايته، الرجوع على الشركة بما نقص له من الربح أو بما دفعه من الخسارة، في حين أن جانباً آخر من التشريعات اعتبرت عقد شركة الاسد قابلاً للإبطال وهذا ما نميل إليه، على ضوء المادة ١٣ من قانون الشركات التجارية الكويتي..

الفصل الرابع عقد الاذعان

٨٧- تمهيد. ٨٩- حماية الطرف المذعن في عقد الاذعان. ٩٠- الحماية من الشروط التعسفية. ٩١- تعقيب.

٨٧- تمهيد: الأصل في التعاقد أنه يتسم في اجرائه بحرية النقاش والمساومة. بحيث يترك لكل من طرفيه الفرصة في أن يجعل الآخر يرضى أفضل الشروط بالنسبة اليه، وهناك ضرب من هذه العقود يشذ عن هذه القاعدة فلا تكون هناك مساومة أو نقاش في شروطها وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط ولا يكون أمام الطرف الثاني إلا أن يرضخ ويقبلها أو يرفضها كما هي بحيث أن قبوله لها يكون أقرب إلى التسليم والرضوخ والاذعان مما يترتب عليه أن يغبن أحد المتعاقدين في قبول مثل هذه الشروط^(١).

(١) انظر في ذلك: Dereux (G): De la nature juridique des contrats d'adhésion Rev. Trim. dr. civ. 1910. P. 503; Ghestin (J): Op. cit., no. 74, p. 50-51; Gounot (E): Le Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, th. Dijon 1912. P. 14-19, 183 et 227 a 231; Berlioz (G): Le contrat d'adhésion. th. Paris. 2° ed. 1976 préface. B. Goldman, Choley: L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion. th. Aix. 1975.

٨٨ - حماية الطرف المذعن في عقد الإذعان: اعتبر القانون المدني الكويتي^(١) شأن غيره من قوانين البلاد الأخرى^(٢)، عقد الإذعان *de contrat d'adhésion* عقداً صحيحاً واعتد فيه بتسليم الطرف المذعن لمشئته وإرادة الطرف الآخر على اعتبار أنه يصلح قبولاً، إلا أنه لم يغفل عن أنه يتميز بطبيعة خاصة تقوم على التفاوت الكبير بين مركز كل من طرفيه. حيث أن أحدهما يوجد من الناحية الواقعية في مركز سيادي بالنسبة إلى الآخر، سمح له بأن يملئ عليه شروطه ولم يكن لهذا المتعاقد الآخر إلا أن رضى وأذعن لمشئته وقد أدى به هذا الاعتبار إلى أن ينحصر عقود الإذعان ببعض أحكام تستهدف حماية الطرف المذعن ورفع الغبن عنه.

وما يهمننا في هذا المجال هو حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية.

٨٩ - الحماية من الشروط التعسفية: طالما أن عقد الإذعان يعتبر في حقيقته من إعداد مقدم الخدمة أو السلعة الذي أملى شروطه على الطرف الآخر، فإنه من الممكن له أن يتضمن شروطاً تعسفية جائرة بالنسبة لهذا الأخير. وهذا ما دعا الفكر القانوني إلى أن يعمل جاهداً في سبيل حماية الطرف المذعن من تلك الشروط. وقد جاء القانون المدني الكويتي يضيفي الحماية بسخاء في هذا المجال قاضياً في المادة ٨١ منه بأنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي بناء على طلب الطرف المذعن أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه اجحافها أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك».

فالمظهر الأساسي للحماية التي يضعها القانون للطرف المذعن تتمثل في رفع الضرر الذي من شأن أعمال ما قد يتضمنه العقد من شروط تعسفية أن

(١) انظر: المادة ٨٠ والتي تنص على أن «لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعاناً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضى التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة في شروطه».

(٢) انظر المادة ١٠٠ مدني مصري، ١٠٠ مدني ليبي، ١٠١ مدني سوري، ١٦٧ مدني عراقي، والمادة ١٧٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

يلحقه به، وذلك بتحويله الحق في أن يرفع الأمر إلى القضاء طالبا منه الحكم بتعديل تلك الشروط بما يرفع عنه اجحافها، أو بإعفائه كلية منها على نحو ما تقتضيه العدالة ونزاهة التعامل وحسن النية.

وتعتبر الشروط التعسفية على حد قول المذكرة الإيضاحية: إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة أو مع ما يستوجبه من مراعاة مقتضيات حسن النية وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا من عدمه منوط بالقاضي الذي يكون خاضعا في هذا الأمر إلى دائرة التمييز^(١).

وتثبت حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية حتى لو كان يعلم بها وقت التعاقد ورضى بها. فهي لا تقف عند حد الشروط التي لم تثبت علمه بها، وقد حرص المشرع الكويتي أن يصرح بهذا الحكم في المادة ٨١ المشار إليها بقوله «إن الحماية من الشروط التعسفية تثبت للطرف المذعن» ولو ثبت علمه بها حتى يقطع أي مظنة بعد أن وصل القضاء، في بعض البلاد التي لم تتقرر فيها الحماية تشريعا، إلى أن الحماية من الشروط التعسفية لا تثبت للطرف المذعن إلا بالنسبة لما لم يعلمه منها دون ما علمه.

وغنى عن البيان أن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها لا يجريه القاضي من تلقاء نفسه وإنما بناء على طلب الطرف المذعن.

(١) وتجدر الإشارة إلى أن الأصل العام في مثل هذه الحالة هو أن تقدير ما إذا كان الشرط الذي يتضمنه عقد الإذعان هو شرط تعسفي أم أنه غير ذلك هو مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة من دائرة التمييز عليه. إلا أن الفكر القانوني في فرنسا، فقها وقضاء يتجه إلى تحويل الرقابة على قاضي الموضوع بالنسبة لتفسير العقود التي لها صفة تنظيمية عامة كالعقود النموذجية وعقود الإذعان وهي العقود التي يقال عنها أنها عقود تنشئ في حقيقة الأمر القانون الذي يطبق في حالات عديدة وعلى مجموعة من الأشخاص. فمن أجل توحيد القضاء في مثل هذه الحالات يتجه الفقه وأحكام النقض الفرنسية إلى تحويل الرقابة في شأن تفسير العقود لمحكمة النقض، وهذا ما تميل إليه. انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ١٨٨ هامش (١)، وانظر:

Civ. 4 mai, 1942. D. C. 1942. 1. 131. et note Besson; Ghestin: op. cit., No. 81, P. 56.

والحق الذي يقرره القانون للطرف المذعن في تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد بما يرفع احجافها، أو في إعفائه من تلك الشروط، هذا الحق يتعلق بالنظام العام، إذ أنه يستهدف حماية الضعفاء من الناس من جور القوى الاقتصادية الكبرى، وإذا كان الأمر كذلك، فإن الحق في تعديل الشروط التعسفية أو في الاعفاء منها يثبت للطرف المذعن، ولو تضمن عقد الإذعان الاتفاق على غير ذلك، إذ أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلاً.

وبلاحظ أن القانون عندما يقرر للقاضي في مثل هذه الحالة بناء على طلب الطرف المذعن، أن يعدل الشروط التعسفية بما يرفع عن هذا الأخير احجافها أو يعفيه كلية منها. يلاحظ أن القانون وهو يقرر ذلك، يخص عقود الإذعان بحكم خطير عن طريق منح القاضي سلطة تتجاوز إلى درجة كبيرة المألوف من سلطته. فهو يمنح القاضي هنا سلطة تعديل الشرط التعسفي بل واهداره كلية إذا اقتضت ذلك العدالة وشرف التعامل، وذلك في حين أن مهمته، وفقاً للقواعد العامة تقتصر في شأن العقود على مجرد تفسيرها بغية أعمال حكم القانون فيها. دون أن يترخص له في أن يجري تعديلاً فيها أو اهدار لشروطها، وذلك كله بهدف إعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين في مثل هذه العقود ورفع الاحجاف والغبن عن الطرف المغبون (المذعن)^(١).

٩٠ - تعقيب: ونخلص مما سبق أن هناك عقود معينة يكون الغبن مؤثراً فيها وتشارك في تنظيمها أغلب التشريعات في الدول المختلفة، وقد أثّرنا في هذا المجال أن نذكر أبرز هذه الحالات الخاصة - وإن كانت هناك حالات أخرى جانبية - وذلك لكثرة شيوعها في العمل وتداولها بين الناس.

(١) انظر في ذلك: Ghestin (J): op. cit., no. 82, P. 56-57.

وانظر في هذا الاتجاه أيضاً:

Cornu (G): Obs. Sur. Trib. Com, Paris, 14 avril 1972, (gaz. Pal. 8-9 nov. 1972); Rev.

Trim. dr. civ. 1973, P. 145.

الفرع الثاني

حالات الغبن التي تنفرد بها بعض التشريعات

٩١ - تمهيد: ٩٢ - حالات وردت في القانون المدني الفرنسي. ٩٣ - حالات وردت في قوانين لاحقة على القانون المدني الفرنسي. ٩٤ - تعقيب.

٩١ - تمهيد: بالإضافة إلى حالات الغبن الخاصة بعقود معينة التي تتفق فيها أغلب التشريعات في الدول المختلفة، هناك حالات أخرى تنفرد بها تشريعات معينة، أو بعبارة أخرى حالات جاء بعضها في القانون المدني الفرنسي، ووردت حالات في القانون المدني الفرنسي لا تعتبر من قبيل العقود، وإنما مع ذلك يكون الغبن مؤثرا بها مثل قبول التركة acceptance de succession وذلك إذا ظهرت وصية مستغرفة للتركة بما يزيد على النصف ولم تكن هذه الوصية معلومة وقت القبول. (م ٧٨٣ مدني فرنسي). وجاء بعضها الآخر في تشريعات لاحقة على القانون المدني الفرنسي، وانتقلت هذه الحالات في مجموعها إلى تشريعات دول أخرى كانت متأثرة عند وضعها بدرجة كبيرة بالقانون المدني الفرنسي وبالتطور الذي لحقه، كتشريع بلجيكا ولوكسمبورج من جهة والتشريع التونسي والمغربي من جهة أخرى، ونعرض هذه الحالات فيما يأتي: -

٩٢ - حالات وردت في القانون المدني الفرنسي: وأبرز هذه الحالات هي حالة بيع العقارات^(١)، حيث يجوز لبائع العقار وفقا للمادة ١٦٧٤ من القانون المدني نقض البيع^(٢) la rescision de la vente إذا غبن بما يزيد على $\frac{1}{4}$ من قيمة المبيع الحقيقية. وهذا الحق مقرر للبائع وحده دون المشتري (م ١٦٨٣).

(١) وهذا تقليد موروث من القانون الروماني ويقتصر على العقار وحده دون المنقول res mobilis, res vilis.

Gebler: Op. cit., P. 9-10; Mazeaud: OP. cit., T. 2, Vol. I, P. 193.

(٢) انظر في المعنى نفسه: المادة ١٦٧٤ من قانون بلجيكا ولوكسمبورج.

وذهب بعض الفقه في تبرير قصر الحماية على البائع فقط بقوله: إن البائع هو المحتاج دائماً إلى النقود وقد يكون مجبراً على البيع للوصول إلى هذا الهدف، في حين أن المشتري ليس كذلك حتى لو دفع ثمناً كبيراً ما لم تكن إرادته معينة لأنه ليس مجبراً على الشراء^(١).

وانتقد جانب آخر من الفقه قصر الحماية على بائع العقار وحده دون مشتريه بحجة أن المشتري، كالبائع، قد يكون مغبوناً بالثمن كذلك، وخاصة أنه إذا كان مضطراً لا يجاد سكن لاسبرته^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن المادة ١٦٧٤ قصرت نطاق الغبن على البيوع العقارية فقط دون سواها، فيجب أن يكون هناك عقد بيع من جهة، وأن يكون من جهة أخرى منصبا على عقار بمعناه الواسع، سواء كان عقاراً بطبيعته أو بالتخصيص أو بيع موضوعه حق عيني على عقار، كملكية الرقبة، والإنتفاع والحكر، وحق الارتفاق أما المقايضة فلا تأثير للغبن عليها إن كان موضوعها عقاراً لأنها ليست بيعاً بالمفهوم الدقيق للبيع لتخلف المقابل النقدي^(٣) لذلك نجد أن محكمة النقض رفضت تطبيق هذه المادة على بيع أسهم في شركة تعطي الحق بالتمتع والملكية المستقبلية للشقة. بحجة أن هذه الأسهم هي حقوق منقولة^(٤). كما استبعدت المادة ١٦٨٤ من القانون المشار إليه البيوع العقارية القضائية من نطاق الغبن سواء تعلقت بأموال القاصر أو البائع تحت الوصاية وكذلك بيع الأموال المحجوزة ventes sur saisies بحجة أن هذه الأموال يتم بيعها تحت سلطان القاضي وبأمره ومن ثم فإن الإجراءات التي تحيط ببيعها كفيلة بأن لا يكون للغبن تأثير عليها^(٥).

Mazeaud: Op. cit., p. 193; Weill: Op. cit., p. 232.

(١) انظر في ذلك:

Weill: Ibid. P. 233.

(٢) انظر في ذلك:

Rediere: Op. cit., p. 72.

(٣) انظر:

Civ. 3^e 5 juin 1970. D. 1970. 72; civ. 3^e 9 avril 1970. Sem. Jur. 1971. 11. 16925 et

note Mme. Fontaine-Petot.

(٤) انظر: Mazeaud: Op. cit., P. 193. وأنظر تطبيقات على ذلك:

= Com. 8 juil. 1980, Bull. IV. No. 190, P. 237; Civ. 3^e, 26 oct. 1971, Gaz. Pal. 1972. 1. 60;

ولا يمتد نطاق المادة ١٦٧٤ المشار إليها على بيع العقار بثمن بخس *ventes à vil prix* حيث أن بخاسة الثمن تجعل عقد البيع عقدا صوريا ساترا في حقيقته عقد هبة، كما لا يمتد نطاقها على البيوع الاحتمالية التي تتضمن شروط احتفاظ البائع بحق المنفعة^(١)، ولا عقد البيع المتضمن احتفاظ البائع بحق الاستعمال والسكنى^(٢) *Droit d'usage et d'habitation*

٩٣ - حالات وردت في قوانين لاحقة على القانون المدني الفرنسي:^(٣) وهناك بعض العقود التي يؤثر فيها الغبن لم ترد في القانون المدني وإنما وردت بنصوص خاصة في قوانين لاحقة على القانون المدني، وانتقلت بعض هذه الحالات إلى قوانين دول أخرى، ونعرض هنا لأهم الحالات في القانون الفرنسي ومن خلال هذا العرض نذكر التشريعات التي تأثرت بها وذلك على النحو الآتي: -

١ - قانون ٨ يوليو ١٩٠٧ والمعدل بقانون ١٠ مارس ١٩٣٧ بشأن بيع السماد^(٤) *vente d'engrais*. وهذا أول قانون يصدر بعد القانون المدني يذكر الغبن ويجعله مؤثرا في عقد بيع السماد، وقد يبدو أن نطاق هذا القانون محدود في العمل إلا أنه من الناحية النظرية يمثل تحولا في موقف المشرع الفرنسي الذي خالف الأصل المقرر في القانون المدني وخاصة المادة ١٦٧٤ المشار إليها، فمد

= Civ. 1^{re} 27 avril 1964. D. 1964. 413; civ. 3^o 9 Janv. 1979. D. 1979. I.R. 240.

ولا يمتد نطاق المادة ١٩٨٤ على جميع بيع المحجوزات الاختياري: انظر: Civ. 1^{re} 27 avril 1964. D. 1964. 413.

(١) انظر: Civ. 1^{re} 14 d.c. 1959. D. 1960, 244; civ. 1^{re} 17 fév. 1964. D. 1964, 266.

(٢) انظر: Civ. 1^{re} 19 juill. 1983. Bull. 1, no. 212, P. 188.

(٣) انظر في ذلك: Ripert: *Op. cit.*, P. 110 ets. No. 64; Rieg: *Op. cit.*, No. 179 et suiv. P. 186

ets; El-Bassouni: *Op. cit.*, p. 85 ets; Bricks: *Op. cit.*, no. 45, P. 32-33; Weill: *Op. cit.*, P.

234; Rawandozi: *Op. cit.*, P. 163 ets; Mazeaud: *op. cit.*, P. 194; Ghestin: *Op. cit.*, P. 445.

(٤) انظر: الامر الملكي في بلجيكا ولوكسمبورج رقم ٨٩ الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٣٩ وقانون ١١ يوليو ١٩٦٩ حيث اعتنق الاتجاه الفرنسي في تأثير الغبن على عقد بيع السماد وتبني الأحكام المشار إليها تماما.

نطاق الغبن إلى المنقول بعد أن كان قاصرا على العقار، واعطى الحق لمشتري السماد دون بائعه في رفع دعوى انقاص ثمن السماد إذا تجاوز الربع وقت إبرام العقد^(١). كما أجاز له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته، وكان يهدف من إصدار مثل هذا التشريع حماية المزارعين من عسف التجار وتسلبهم ومنع استغلالهم في سلعة حيوية ومهمة بالنسبة للمزارعين.

فنصت المادة الاولى من القانون المذكور على أن: «الغبن الذي يزيد على الربع في شراء السماد والمواد الغذائية للحيوانات في المزرعة يعطى للمشتري الحق في دعوى انقاص الثمن والتعويض عن الأضرار التي أصابته».

وتجدر الإشارة إلى أن قانون ٨ يوليو ١٩٠٧ لم يتعرض إلا إلى السماد والمواد الغذائية لحيوانات المزرعة أو الحقل ولم يتطرق إلى المواد الزراعية الأخرى الضرورية للزراعة كالبدور de semences لذا أجرى تعديل عليه في ١٠ مارس ١٩٣٧ لتلافي هذا النقص^(٢).

٢ - قانون ٢٩ ابريل ١٩١٦ بشأن المساعدة والانقاذ البحري^(٣)
assistance et le sauvetage maritime: نصت المادة ٧ من القانون المذكور على أن: «كل اتفاق بشأن المساعدة البحرية والإنقاذ البحري يوقع تحت تأثير الخطر يستطيع أحد طرفيه أن يبطله أو يعدله عن طريق المحكمة، إذا كانت الالتزامات بين طرفيه غير متكافئة، . . . طالما ثبت أن إرادة أحد طرفيه كانت معيبة بالتدليس والكتمان reticence، أو أن المقابل (المبالغ الموعود بها) لا يتناسب مع الخدمات التي قدمت في سبيل الانقاذ أو المساعدة»^(٤).

والملاحظ أن هذا النص كان مجرد تقنين لما نادى به الفقه من جهة

(١) انظر في ذلك: Rawandozi: Op. cit., P. 164.

(٢) انظر: D.P. 1938. IV. P. 168 (la loi du 10 mars 1937).

(٣) وتبنى هذا القانون ما ورد بمجاهدة بروكسل بشأن المساعدة والانقاذ البحري في ٢٣ سبتمبر ١٩١٠.

(٤) قرب في هذا المعنى المادة ٢٥٠ من قانون التجارة البحري التونسي، المادة ٣٠٦ - ٣٠٧ من قانون التجارة البحري المغربي.

والقضاء في فرنسا من جهة أخرى الذي كان يتدخل بصورة متواترة في انقاص الالتزامات المبالغ فيها بالنسبة لحوادث المساعدة والانقاذ البحري^(١).

ولقد اختلف الفقه في فرنسا حول أساس الغبن في هذه المادة، فذهب البعض إلى أن أساس الغبن هو عيب في الإرادة حيث أن الإرادة لم تكن حرة تحت وطأة هذه الظروف حيث تم الاتفاق على المساعدة والانقاذ البحري تحت تأثير الخطر^(٢).

وذهب البعض الآخر إلى ترك الإرادة وما إذا كانت معيبة أم لا جانبا، والاتجاه إلى التزامات الطرفين والبحث حول ما إذا كانت متعادلة ومتكافئة بين الطرفين أو أنها مرهقة لاحدهم دون الآخر^(٣).

ويرى جانب ثالث من الفقه أن الأساس هو موضوعي وشخصي في الوقت نفسه، فهو موضوعي من جانب المضاهاة بين البديلين أي بين المقابل الذي قدمه أحد أطراف الاتفاق والخدمات التي أدت له، وشخصي من حيث أن القانون اعتبر الإرادة في هذه الحالة معيبة بالتدليس والكتمان^(٤).

ونشير أخيرا إلى أن ما ورد في النص المشار إليه قد أكدته المادة ١٥ من قانون ٧ يوليو ١٩٦٧ المتعلق بالحوادث البحرية التي تعطي الحق بتخفيض مكافأة الإنقاذ طالما كانت المبالغ الموعود بها لا تتناسب مع قيمة أو أهمية التدخل.

٣ - قانون ٢٩ يونية ١٩٣٥ المتعلق ببيع المحل التجاري les ventes de fonds de commerce^(٥) ويتشابه هذا القانون مع القانون المتعلق ببيع

(١) أنظر في ذلك : Cass. Req. 29 avril 1887. D. 1888. 1. 1203; Cass. Civ. 24 avril 1904. S. 1904. 1. 349; D. 1971. 1; Rawandozi: Op. cit., P. 166.

(٢) أنظر : Touchard : La lésion dans le cadre de la justice d'équité, 1960. P. 116 ets.

(٣) أنظر : Dalem (J); L'extension de la notion de lésion 1937, P. 233-234.

(٤) أنظر في ذلك : Rawandozi: Op. cit., P. 168.

(٥) وكان الدافع وراء هذا القانون في حقيقة الامر انتخابي محض، حيث كان دافعه حماية عدد كبير من غير التجار الذين يشترون المحل التجاري لاعادة بيعه بهدف بيعه بأكثر قيمة للحصول =

السداد المشار إليه حيث أنه يتعرض لفكرة الغبن في المنقول إذ أن المحل التجاري يعتبر في حكم المنقول أضف إلى ذلك أن الطعن للغبن في هذه الحالة ليس قاصرا على البائع فقط، وإنما يمتد كذلك إلى المتصرف له (المشتري).

فأجازت المادة ٩ من القانون المشار إليه للمشتري أن يطلب تخفيض الثمن إذا كانت قيمة العناصر المعنوية للمحل تتجاوز ٣٣٪ من القيمة الفعلية له في يوم البيع، وتتضمن العناصر المعنوية حقوق الإيجار والشهرة أو السمعة التجارية l'achalandage والاسم التجاري وعملاء المحل^(١).

٤- قانون ١١ مارس ١٩٥٧ بشأن الملكية الادبية والفنية: تتضمن المادة ٣٧ من القانون المذكور، وذلك فيما يتعلق بحالة الحقوق الادبية والفنية، على أنه إذا تعرض الكاتب أو المؤلف أو المبتكر إلى استغلال يتجاوز $\frac{1}{3}$ من قيمة العمل الحقيقية، فإنه يستطيع أن يراجع شروط السعر في العقد، والملاحظ أن الدعوى الممنوحة هنا للأشخاص المذكورين ليست دعوى قابلية للإبطال أو بطلان وإنما هي دعوى مراجعة السعر أو إعادة تقييم السعر^(٢).

٩٤- تعقيب: هذه هي أبرز حالات الغبن الخاصة بعقود معينة التي انفردت فيها بعض التشريعات وخاصة القانون الفرنسي وانتقلت بعد ذلك إلى تشريعات أخرى، وتدل كل هذه التطبيقات على أن المشرع الفرنسي حاول رغم وضوح المادة ١٦٧٤ أن يمد نطاق الغبن إلى عقود أخرى لا يشملها النص المذكور وذلك رغبة منه في إسباغ الحماية على أطرافها.

= على الربح. انظر:

Ripert: Le régime démocratique et le droit civil moderne, no. 1039, P. 201,

Rawaridözi: Op. cit., P. 171.

Dalem (J): Op. cit., P. 231.

Rawandozi: Op. cit., P. 175.

(١) انظر:

(٢) انظر في ذلك:

المطلب الثاني

حالات الغبن الواردة بصدد بعض الشروط الخاصة

٩٥ - تمهيد: من الاستثناءات التي تقررها قوانين الدول المختلفة على أن مبدأ الغبن بمجرد ذاته لا ينهض سببا للطعن ما تورده بالنسبة لطبيعة الحق ذاته وبغض النظر عن طبيعة العقد الذي يقرره، وبعبارة أخرى نتعرض في هذا المطلب إلى حالات الغبن الواردة بصدد بعض الشروط الخاصة، كحالة الشرط الجزائي، وحالة الالتزام بدفع الفائدة ونعرض لهاتين الحالتين فيما يأتي: -

الفرع الأول

حالة الشرط الجزائي

٩٦ - تعريف الشرط الجزائي . ٩٧ - الصفة التعويضية للشرط الجزائي . ٩٨ - دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي .

٩٦ - تعريف الشرط الجزائي : إذا كان الأصل أن يترك تقدير التعويض للقاضي، فليس هناك ثمة ما يمنع أن يعتمد الدائن والمدين إلى الاتفاق على هذا التعويض مسبقا عند التعاقد أو في وقت لاحق ولكن قبل وقوع الضرر بالفعل، أي قبل الإخلال بالعقد، فإذا قام الطرفان بذلك واشترطا مبلغا معينيا يستحق في حالة عدم تنفيذ العقد كعنا أمام شرط جزائي ويكون مثل هذا الاتفاق صحيحا اعمالا لمبدأ القوة الملزمة للعقد والذي بمقتضاه يكون هذا الاتفاق شريعة المتعاقدين.

فالشرط الجزائي la clause pénale هو ذلك البند أو الشرط الذي يرد عادة في العقود والتصرفات القانونية المختلفة لكفالة احترامها وضمان تنفيذها اذ بمقتضى هذا الشرط يلتزم المتعاقد الذي يخل بالتزامه بأداء معين لصالح

المتعاقد الآخر.^(١) والشرط الجزائي بهذا المفهوم ما هو إلا تقدير إتفاقي للتعويض الذي يتحمله المدين إذا أخل بالتزاماته التي تعهد بها.

وغالبا ما يكون هذا الأداء الذي يتمثل فيه الشرط الجزائي مبلغا من المال، ولكنه قد يكون شيئا آخر، أو عملا، أو امتناعا عن عمل أو تقصيرا لميعاد في استعمال الحق أو تشديدا في شروط استعماله أو اشتراط الترخيص أو تغييرا لمكان تنفيذ العقد^(٢).

وهذا الأداء، الذي يهدد المتعاقد، هو الذي يدفعه الى تنفيذ التزامه، أما في حالة إخلال المتعاقد بهذا الالتزام فيكون للشرط الجزائي ميزة التقدير المسبق لمبلغ التعويض المستحق عليه، وهنا يغني الشرط المتعاقدين عن الصعوبات المتعلقة بإثبات الضرر وتقدير التعويض.

وذكرنا أنه إذا كان الشرط الجزائي يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي، وهذا ما تدل عليه تسميته، الذي يستحق التعويض على أساسه، إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون هذا الشرط في اتفاق لا حق لهذا العقد.

(١) انظر في ذلك: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، ١٩٨٢، فقرة ٦، ص ١١، السهوري، الوسيط، الجزء الثاني، المجلد الأول، ١٩٨٢، فقرة ٤٧٧، ص ١١١٢. وانظر كذلك: محكمة الاستئناف العليا، دائرة التمييز، جلسة ١٩٨٣/٦/٢٩، طعن بالتمييز رقم ١٩٨٣/١٧ منشور في مجلة القضاء والقانون، تصدر عن المكتب الفني بمحكمة الاستئناف العليا بدولة الكويت يوليو ١٩٨٦، السنة الحادية عشرة العدد الثالث رقم ٧٦ ص ٢٥٩ - ٢٦٣.

وانظر كذلك: Mazeaud: Leçons. T. 2, Vol. 1, No. 641, P. 748 ets. Bricks (Hélène): Les clauses abusives. Paris, 1982. P. 81-83. No. 123-125. civ. 27 juin, 1859, D. P. 59. 1. 259; Req. 8 juill. 1873. D.P. 74. 1. 56.

(٢) انظر: إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق ص ١١.

وهذا ما أكدته المادة ٣٠٢ من القانون المدني الكويتي^(١)، عندما أجازت للمتعاقدین الاتفاق مقدما على تقدير التعويض الذي يستحق عند إخلال المدين بالتزامه، أو أن يكون هذا الاتفاق لاحقا على إبرام العقد، وذلك كله في غير الحالات التي يكون فيها محل هذا الالتزام مبلغا من النقود^(٢).

٩٧ - الصفة التعويضية للشرط الجزائي^(٣): الشرط الجزائي في جوهره تقدير اتفاقي للتعويض يتمثل في المبلغ الذي يتم تحديده جزافا، مسبقا من طرفي التعاقد، يقدرون به مقدما لإضرار المتوقع حدوثها من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي.

ومن هذه الصفة التعويضية للشرط الجزائي يظهر دوره الرئيسي وهو استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض حيث يتوقع الطرفان مقدما ما قد يعترض ذلك التقدير من صعوبات مما يدفعهم إلى الاتفاق مسبقا في صورة شرط جزائي، كما تظهر فائدته، هنا، أيضا وهي اعفاء الدائن من عبء اثبات

(١) انظر في هذا الاتجاه أيضا: المادة ٢٢٣ مدني مصري، المادة ٢٢٤ مدني سوري، المادة ٢٢٦ مدني ليبي، المادة ٢٢٠ مدني صومالي، المادة ١٨٣ مدني جزائري، المادة ١٧٠ مدني عراقي، المادة ١/٣٦٤ مدني أردني.

(٢) وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الكويتي قد حرص على أن ينص في صدر النص على المجال الذي يصح فيه الاتفاق مقدما على مقدار التعويض وهو حالة ما إذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود، فيكون الاتفاق على التعويض عند إخلال المدين بالتزامه هو اتفاق على فائدة وهو باطل بمقتضى المادة ٣٠٥ أما إذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود فالاتفاق على تقدير تعويض يلتزم به المدين عند إخلاله بالتزامه يعتبر صحيحا عند جمهور فقهاء المسلمين ولا يبطل إلا عند الشافعية. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي، المجلد الثالث ص ١٥٧.

ولعلاج ما قد يترتب على الحكم السابق من نتائج ضارة بالنشاط الاقتصادي والائتماني فقد أجازت المادة ٣٠٦ الحكم على المدين المتأخر في تنفيذ التزامه، الذي يكون محله مبلغا من النقود بتعويض عادل حماية لصالح الدائن الذي أخل بثقتة فيه.

(٣) انظر: إبراهيم الدسوقي: المرجع السابق، فقرة ١٥ وما بعدها ص ٢٦ وما بعدها.

الضرر الذي اصابه^(١).

وإذا كان الشرط الجزائي اتفاقا بين الأطراف على تقدير التعويض الذي يستحق على من يخل بالتزامه، فلا يتصور أن يكون هو سبب أو مصدر استحقاق هذا التعويض بل للاستحقاق مصدر آخر هو الاخلال بتنفيذ الالتزام الاصيل الذي أدرج الشرط من أجله.

وتقدير التعويض عن طريق الشرط الجزائي يتم جزافا حيث يقوم المتعاقدان مقدما وقبل وقوع الضرر بتوقيع هذا الضرر وتقدير تعويضه بمبلغ مقطوع أي جزافي، وهنا يكون للشرط الجزائي ميزة تغطي الصعوبات المتعلقة بتقدير مدى وقيمة الضرر وما قد يستلزمه ذلك من الإستعانة بأهل الخبرة، فبالقدير الجزافي المسبق للتعويض من الطرفين لا يكون محل لما يثار عادة من جدل ونقاش بصدد تقدير التعويض.

وللشرط الجزائي باعتباره تقديرا جزافيا للتعويض أهمية عملية حتى لو لم يكن محلا للتطبيق، إذ للقضاء اللجوء إليه ليس لتطبيقه في الدعوى وإنما كعنصر في تقدير قيمة الضرر الذي تحمله الطرف الآخر والذي يخضع لمطلق تقديرهم.

والمفروض اعمالا للصفة الجزافية للشرط الجزائي، أنه يستحق حتى ولو لم تتناسب مع حقيقة الضرر الذي أصاب الدائن بل حتى ولو لم يصب الدائن أية أضرار. وذلك بالمخالفة للقواعد العامة في المسؤولية والتعويض التي تتطلب ضرورة الضرر لاستحقاق التعويض وأيضا ضرورة تناسب التعويض مع هذا الضرر وهذا ما كان معمولاً به بالفعل في القانون المدني الفرنسي قبل تعديله الأخير بالقانون رقم ٥٩٧ الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥، حيث كان المبدأ وقتئذ أنه ليس الضرر هو الذي يجعل الشرط الجزائي مستحقا وإنما تحقق الواقعة والوقائع التي اشترط من أجلها الشرط، أي عدم تنفيذ الالتزام^(٢) وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يجعله شريعة المتعاقدين.

(١) انظر: ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٢) انظر: Mazeaud: leçons: T.2, Vol. I, No. 641 ets. P. 748 ets. Bricks: Op. cit., P. 81-83.

وكان القضاء الفرنسي حتى التعديل المشار إليه يعمل الشرط الجزائي حتى لو لم يصب الدائن أي ضرر، أما التعديل الجديد الذي جاء به القانون المذكور فقد اشترط حصول الضرر لأعمال الشرط الجزائي^(١).

ولا شك أن هذا الاتجاه لا يكتفي فقط بجعل الضرر منطاً للشرط الجزائي به بل يميز للقاضي إضافة إلى ذلك تعديل هذا الشرط ليجعله متناسباً مع قدر الضرر الذي لحق الدائن، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي وإن كانت تمثل اعتداء صارخاً على الصفة الجزائية للشرط، إلا أنها تمثل اتجاهاً محموداً للقضاء على الغبن في العقود المتضمنة لهذا النوع من الشروط.

٩٨ - دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي: تتضمن القواعد العامة بشأن القوة الملزمة للعقود والاتفاقات بحصانة الشرط الجزائي وعدم قابليته للمساس باعتباره أحد بنود الاتفاق الذي تم برضاء أطرافه ومن ثم يكون قانونهم وشريعتهم ويجب التقيد به.

ومع ذلك فقد أدت المغالات في الشرط الجزائي، في العديد من الحالات، والتي بلغت أحياناً حد التعسف إلى وجوب تدخل القاضي في تلك

No. 123-125; Civ. 14 fév. 1866. S. 1866. 1. 194; D. 1866. 1. 84; civ. 23 mai 1940. D. H. = 1940. 161; Cass. com. 2 nov. 1927. Bull. Civ. 1967. 111. No. 351, P. 333; Rev Trim. dr. civ. 1969. obs. J. Chevallier; Cass. com. 4 juill 1972. D. 1972. 732. et note Malaurie. com. 30 avril, 1974. sem. Jur. 1976. 11. 18282 et note Mme. Furkel.
Mazeaud: Op. cit., P. 750. No. 641/2. (١) انظر في تفصيل هذا الموضوع:

وانظر كذلك: Boccard (B): La réforme de la clause pénale conditions et limites de l'intervention judiciaire. J. C. P., 1975. No. 2742; Hubrecht (G): La révisibilité judiciaire des clauses pénales (10i 9 juill, 1975), Gaz. Pal. 1976. 1. 64; Chabas (F): L' réforme de la clause pénale. D. 1976, chr. 229; Evadé: L'réduction des clauses pénale excessives (10i 9 juill, 1975). Gaz. Pal. 1976. 2 Doc. 449; Steinmetz: Observation sur le pouvoir modificateur du juge en matière de clause pénale depuis la loi du 9 juill. 1975. Rev. gen. lois 1976. 405; Bèy: de la réforme de la clause pénale. J.C.P., 1975 éd. C. 1, 11882; Noctoux (Ph): La révision judiciaire des clauses pénales. J. C. P. 1978. 1. 2913.

الحالات لتقدير الشرط الجزائي ورفع الغبن والمغالة والتعسف فيه، وأصبح من المسلم به في الوقت الحالي أن الشرط الجزائي الذي يرد في العقود والاتفاقات المختلفة لضمان تنفيذها يمكن تعديله من القضاء في حالات معينة وبشروط محددة إذا ما طلب منه ذلك.

وتذهب مختلف التشريعات إلى منح القاضي سلطة التدخل لتعديل الشرط الجزائي، بما يحقق الهدف والقصد منه هو تعويض الاضرار التي تترتب على الإخلال بالالتزامات التي يضمنها^(١)، كما يجيز ذلك كل من القانون الكويتي^(٢) والمصري^(٣).

أما في فرنسا، فلم يكن للقاضي، كما أشرنا، حتى وقت قريب سلطة تعديل الشرط الجزائي، كأصل عام، ولم يملك هذه السلطة إلا مؤخراً بمقتضى القانون الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥^(٤).

(١) انظر في ذلك المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الايطالي، المادة ١٦٣ من قانون الالتزامات السويسري، المادة ٣٤٣ مدني الماني، ويأخذ بنفس المبدأ القانون الانجليزي حيث يشترط الا يجاوز الشرط الجزائي الضرر الذي تحمله الدائن. ويسمح القضاء البلجيكي بتعديل الشرط الجزائي، فعلى الرغم من اعتناق القانون البلجيكي لنصوص القانون الفرنسي نفسها، إلا أن القضاء البلجيكي اعتنق تفسيراً مخالفاً لتفسير القضاء الفرنسي فقد رأى القضاء البلجيكي أن الشرط الجزائي الذي يمنح الدائن فائدة أكثر مما يمنحه التنفيذ المعتاد للعقد يكون مخالفاً للنظام العام. انظر في ذلك: ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ١٧٧، هامش (١)، العام. وانظر: Chabas (F): L' reforme de la clause penal D. 1976. Chr. P. 22291.

(٢) انظر: المادة ٣٠٣ مدني كويتي.

(٣) انظر: المادة ٢٢٤ مدني مصري.

(٤) كان الفقه الفرنسي في أغلبه مع مبدأ حصانة الشرط الجزائي وعدم السماح للقاضي بتعديله، كما احترم القضاء هذا المبدأ، ورفض تعديل الشرط الجزائي حتى لو كان مبالغاً فيه، أو كان على العكس تافهاً. ومع ذلك فإن مبدأ حصانة الشرط الجزائي في القانون الفرنسي لم يكن مطلقاً حتى في عهده القديم المتشدد بل كانت ترد عليه بعض الاستثناءات منها المادة ١٢٣١ المتعلقة بحالة التنفيذ الجزئي للالتزام الاصيلي من مبدأ حصانة الشرط الجزائي انظر: Chabas: D. 1976. Chron. P. 229; Rev. Trim. dr. civ. 1981. 399; Boccara: J. C. P., 1975, 1. 2742:

= Cornu: Rev. Trim. dr. civ. 1976. 571; 1977, 388, 1979. 147.

فإذا كان للشرط الجزائي، إذن، بحسب الأصل حصانة تحول دون تدخل القاضي لتعديله، إعمالا واحتراما لاتفاق الطرفين، إلا أنه يجوز للقاضي في حالات معينة تعديل هذا الشرط، ونصت المادتان ٣٠٣، ٣٠٤ من القانون المدني على هذه الحالات وهي:

أ - المغالاة في الشرط الجزائي: كان المبدأ في القانون الفرنسي القديم،

= وإلى جانب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي توجد حالة أخرى يملك فيها القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه وهي الحالة التي يكون فيها موضوع الالتزام مبلغا من النقود فوفقا للمادة ١١٥٣ من القانون الفرنسي يتعين ألا يزيد التعويض في حالة التأخير في التنفيذ على الأقل بالنسبة للمعاملات المدنية على المقدار الذي تحدده الفوائد القانونية وذلك بالنسبة للأنظمة التي تجيز هذه الفوائد. أنظر: ابراهيم الدسوقي المرجع السابق، ص ١٨٢، وأنظر: Lobin (Y): Le point de départ des intérêts légaux apres une décision de condamnation D. 1978. Chron. P. 13.

وبالنسبة لزيادة الشرط الجزائي فلم يكن القضاء يقرر إلا في حالتين: الأولى: هي حالة ثبوت غش المدين أو خطئه الجسيم: أنظر في ذلك:

Civ. 16 juin 1903, D. P. 1903. 1. 407, Req. 3 juin, 1924. D. P. 1924. 1. 193. Civ. 15 mars 1876. D. 1876. 1. 449; 29 juin 1948. D. 1948. 435; J. C. P., 1949, 11. 4660 NOTE Redière; Civ. 1^{re} 4 fev, 1969. D. 1969. 601; note Mazeaud (J); J. C. P. 1969. 11. 16030 NOTE Prieur; 22 oct, 1975 D. 1976. 151 note Mazeaud (J).

والثانية هي حالة اصابة الدائن بضرر لم يكن يواجهه الشرط الجزائي فيكون له عندئذ المطالبة بتعويض تكميلي إلى جانب الشرط الجزائي أنظر:

Civ. 27 juin 1859. D. 1859. 1. 259; S. 1859. 1. 656; Paris 19 fevr, 1970. J. C. P. 1970. 11. 16575. civ. 1^{re} 22 oct, 1975. D. 1976. 151 note Mazeaud (J).

ولا شك أن محاولات الفقه والقضاء التي هدفت إلى مقاومة الشرط الجزائي المبالغ فيه باءت بالفشل مما دفع المشرع تحت ضغط من الفقه إلى التدخل في القانون الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥ الذي أضاف بموجبه فقرة ثانية إلى المادة ١١٥٢ مدني فرنسي وأباح للقاضي بموجبها سلطة تعديل الشرط الجزائي المبالغ فيه، هذا إلى جانب المادة ١٢٣١ التي تجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، ويستطيع القاضي في كل الحالات زيادة الشرط الجزائي ليحصل الدائن على كامل التعويض عندما يرجع الضرر إلى غش المدين أو خطئه الجسيم.

كما أشرنا، هو جواز تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه بدرجة كبيرة، إلا أن المشرع الفرنسي عند تقنينه لقواعد القانون المدني أصر على أن يحفظ لهذا الشرط هيئته وحصانته المطلقة فحظرت المادة ١١٥٢ على القاضي التدخل لتعديل ما اتفق عليه المتعاقدان ولو كان مبالغا فيه بدرجة كبيرة، وتقييد القضاء الفرنسي بهذا النص ولم يجد عنه فلم يجز تخفيض الشرط الجزائي المتفق عليه أيا كانت قيمته واستمر الحال كذلك إلى أن تدخل المشرع بتعديل المادة المشار إليها في ٩ يوليو ١٩٧٥ وأباح للقاضي بموجبها تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه.

أما في مصر فقد كان القانون المدني القديم في المادة ١٢٣/١٨١ يمنع تعديل الشرط الجزائي مهما كان مبالغا فيه، ومهما بلغ عدم التناسب بينه وبين الضرر الذي لحق الدائن، وكان القضاء المصري في هذه المرحلة مترددا ومتناقضا في أحكامه حول جواز تعديل هذا الشرط إلى أن تدخلت محكمة الاستئناف وحسنت الأمر باعتناقها وجهة النظر القاضية بتعديل الشرط الجزائي المبالغ فيه وأيدت محكمة النقض في وقت لاحق هذا القضاء^(١).

وجاء القانون المدني مقننا ما استقر عليه القضاء الوطني فأجاز للقاضي تعديل الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أنه كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة^(٢). وأخيرا أتى القانون المدني الكويتي متفقا مع ما توصلت إليه أحدث التشريعات في هذا الشأن ونص في المادة ٣٠٣ منه على أن « . . . ويجوز للمحكمة أن تخفض التعويض، عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة.

ويشترط لتدخل القاضي، على ضوء هذا النص، في تخفيض الشرط الجزائي أن يكون مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، فلا يكفي مجرد زيادة الشرط عن الضرر وإنما يشترط المغالاة والتجاوز الصارخ، فما زال هناك مجال يقوم فيه

(١) انظر: إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، فقرة ١٢٦، ص ٢٠٨.

(٢) انظر: المادة ٢/٢٢٤ مدني مصري، المادة ٢٤٠، ٣٤٣ مدني الماني، المادة ١٦١، ١٦٣ التزامات سويسري، المادة ١٣٨٤ مدني ايطالي.

الشرط الجزائي بوظيفته التهديديه، ويتحقق ذلك عندما تكون هناك زيادة في الشرط الجزائي عن مقدار الضرر، ولكن هذه الزيادة تكون معقولة غير مبالغ فيها هنا ولا يسمح للقاضي بالتدخل ويظل الشرط الجزائي قائما غير قابل للمساس رغم عدم تناسبه مع الضرر.

فسلطة القاضي لا تصل في الحقيقة إلى إنقاص الشرط الجزائي إلى حد جعله متفقا تماما مع مدى الضرر بل هي تقف عند رفع المبالغة والاسراف وبعبارة أخرى رفع الفحش من الغبن عن المتعاقد المغبون^(١).

ولم يوضح المشرع الكويتي، والمصري والفرنسي قدر أو نسبة هذه المغالاة وإنما أورد معيارا عاما لها، وحسنا فعل المشرع في تلك الدول حيث أنه ترك تقدير المغالاة في الشرط الجزائي إلى قاضي الموضوع يفصل فيها على ضوء الظروف المحيطة في كل دعوى آخذا في إعتباره الوظيفة المعترف بها للشرط الجزائي وكونه مجرد تقدير لتعويض الضرر فإذا جاوز الشرط ذلك ليصل إلى حد الجزاء وجب التدخل لتعديله. ويلزم في هذه الحالة أن يسبب القاضي حكمه حتى يسوغ لدائرة التمييز ممارسة رقابتها على تكييف الشرط الجزائي وما إذا كان معتادا إم مبالغا فيه ويجب أخيرا أن يثبت المدين المغالاة في الشرط الجزائي والعبرة في المغالاة ليست بقيمة الشرط الجزائي وقت إبرام العقد وإنما بوقت تنفيذه^(٢).

ب- التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي: تنص المادة ٣٠٣ من القانون المدني على أن: «ويجوز للمحكمة أن تخفض التعويض عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين . . . أن الالتزام قد نفذ في جزء منه» وهكذا يسوغ للقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، ولا تخفي علة التخفيض في هذه الحالة فالفرض أنه روعى في تحديد قيمة الشرط الجزائي الضرر الناجم للدائن من الاخلال التام بالالتزام فإن تنفذ هذا الالتزام في جزء

(١) انظر في مزيد من التفصيل حول المغالاة في الشرط الجزائي: ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق، فقرة ١٣٢ - ١٣٣ ص ٢١٦ - ٢١٩.

(٢) انظر: ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص ٢١٩.

منه وجب أن يرفع من قيمة الشرط الجزائي ، قيمة الضرر الذي انتفى عن الدائن من جراء هذا الوفاء الجزئي . وبعبارة أخرى فإن المحكمة ترفع الغبن في الشرط الجزائي في حدود ما تم تنفيذه من الالتزام الأصلي .

٩٩ - هاتان هما الحالتان الأساسيتان اللتان يسوغ فيهما للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي وذلك فضلا عن سلطة القاضي في وجوب رفض الحكم بقيمة الشرط الجزائي كلية إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وهذا ما أكدته المادة ٣٠٣ من القانون المدني بقولها: «لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر» .

والحكم بتخفيض التعويض الاتفاقي يتعلق بالنظام العام ومن ثم «يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك» .

الفرع الثاني حالة الالتزام بدفع الفائدة

١٠٠ - تمهيد . ١٠١ - في القانون المدني الكويتي . ١٠٢ - في قانون التجارة الكويتي . ١٠٣ - في التشريعات الأخرى .

١٠٠ - تمهيد: الأصل، كما هو معروف، يقوم القاضي بتقدير التعويض وفقا للقواعد المقررة في القانون المدني، وقد يتفق المتعاقدان على تقدير التعويض مقدما، كما أشرنا، في شرط جزائي .

أما أن المشرع يتكفل في نصوص تشريعية بتحديد مقدار التعويض فهو أمر نادر في العمل، ولا يقدم عليه المشرع إلا في حالات نادرة يرى ضرورة مثل هذا الاجراء .

وأهم حالة عمد فيها المشرع إلى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض في نصوص تشريعية هي حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، فإن التعويض الذي يجوز أن يرتبه القاضي على هذا الالتزام، سواء أكان تعويضا عن التأخر في دفعه أو كان تعويضا عن الانتفاع برأس المال تحده النصوص

التشريعية في صورة فوائد.

ومن الاستثناءات الواردة على مبدأ أن الغبن بمجرد ذاته لا ينهض سببا للطعن في العقود، في بعض التشريعات، حالة الالتزام بدفع الفائدة سواء أكانت فائدة تأخيرية أم كانت مقررة في مقابل الانتفاع بالنقود فأيا ما كان نوع الفائدة أو طبيعة العقد الذي يقررها أو نوعية الشخص الذي تقرر له ينبغي ألا تزيد الفائدة عن الحد الأقصى الذي يقضى به القانون فإن تجاوزه خفضت إليه. هذا بالنسبة لبعض التشريعات في الدول المختلفة، فما هو، إذن موقف القانون الكويتي من ذلك؟ وبعبارة أخرى ما هو موقف القانون الكويتي من شرط الفائدة؟

لقد اختط القانون المدني الكويتي خطا مغايرا بالنسبة لشرط الفائدة يختلف عن النهج الذي سار عليه قانون التجارة ولذا فإنه من المفيد أن نعرض أولا لموقف القانون المدني الكويتي، ويعد ذلك نبين موقف قانون التجارة الكويتي، ومن خلال هذا العرض نشير إلى موقف التشريعات المختلفة.

١٠١- في القانون المدني الكويتي: لا شك أن المشرع الكويتي جاء متأثرا عند وضع القانون المدني إلى حد كبير بأحكام الشريعة الإسلامية، ومن أهم صور تأثره بها هو تحريمه للربا بجميع أشكاله، لما يمثله الربا من صورة واضحة وجلية للغبن.

ولذا سار المشرع على إستبعاد نظام الفوائد سواء أكانت اتفاقية أم قانونية في مقابل إنتفاع المدين بمبلغ من النقود أو جزاء التأخير في الوفاء بالنقود في كل موضع يكون فيه محل الالتزام مبلغا من النقود.

وحتى لا يحمل السكوت عن النص على الفوائد محمل تركها للاجتهاد أو في الأقل حتى لا يثور الشك حول مدى صحة الاتفاق على فائدة رؤى وضع نص المادة ٣٠٥ التي تقرر بطلان الاتفاق على الفائدة ظاهرة كانت أو مستترة، وفي هذا المعنى تقول: «١- يقع باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به».

وتمادى المشرع في تحريم الفائدة في كل صورها ومنع التحايل على النص

بشكل واضح بقوله في الفقرة الثانية من المادة المشار إليها: «ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون قد آداها فعلاً».

وإذا كان النص على بطلان الاتفاق الذي يلزم بفائدة لا يثير مشاكل في معاملات الناس يستحق الوقوف عندها، فتبقى مسألة قد يؤدي السكوت عنها إلى تأثير سىء في النشاط الاقتصادي فيحجم الكثير من الناس عن ائتمان غيرهم، وهذه المسألة هي: ما الحكم إذا تأخر المدين بمبلغ من النقود عن الوفاء وبخاصة إذا كان قادراً؟

وهذه المسألة هي التي عرض لها نص المادة ٣٠٦ من القانون الذي أريد به تحقيق شيء من الحماية للدائن الذي أدخل المدين بثقته فيه، وبمقتضى هذا النص يجوز للمحكمة أن تحكم على المدين المتأخر بالتعويض وذلك بمراعاة ما يأتي: ^(١)

أولاً: لا يعتبر المدين متأخراً على النحو الذي يمكن معه الحكم عليه بالتعويض إلا بعد اعداره، وقد يبدو أن المشرع يشدد على المدين بأكثر مما هو متبع في نظام الفوائد حيث لا تستحق الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية بها، ولكن حكم المشرع قد روعي فيه أولاً أن الحكم بالتعويض لا يكون إلا حيث يكون المدين قادراً على الوفاء، وثانياً لأن المشرع يهدف إلى حمل المدين على الوفاء دون أن يلجئ الدائن إلى الالتجاء إلى القضاء خاصة والخطر الذي يراود حماية الدائن منه - والفرض أن المدين مقتدر - هو حرمان الدائن من النقود في الفترة ما بين وقت استحقاق الدين والوقت التي يتمكن فيه من استيفاء حقه بالتنفيذ على أموال المدين.

ثانياً: يجب أن يثبت الدائن قدرة المدين على الوفاء، وعلى المحكمة في هذا أن تراعي طبيعة الأموال التي يملكها المدين والوقت اللازم لتدبير المبلغ المطلوب منه.

(١) انظر في ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي، المجلد الثالث، ص ١٠٦٤ - ١٠٦٥.

ثالثاً: لا يكون للدائن الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب تأخر المدين في الوفاء أياً كان هذا الضرر، بل لا بد كما يقول النص أن يكون الضرر غير مألوف وهو ما يعني أن يكون ضرراً غير عادي، له صفة الاستثناء، فلا يكفي مجرد حرمان الدائن من مبلغ من المال كان سيستثمره كما يستثمر الناس أموالهم. ويمكن التمثيل للضرر غير المألوف بحالة ما إذا كان الدائن قد اعتمد على أنه سيستوفي حقه في موعد استحقاقه وارتبط بناء على ذلك بصفقة يلتزم فيها بمبلغ يستحق في موعد استحقاق الدين الذي له أو بعده بقليل، وبسبب عدم وفاء مدينه، ومن ثم عدم وفائه بما عليه فسخ العقد الذي تمت به الصفقة وحكم عليه بالتعويض. وكذلك حالة ما إذا كان الدائن قد اعتمد على المبلغ الذي لم يف به المدين ليفي ديناً عليه، ولما تأخر المدين تأخر الدائن في الوفاء بما عليه وانتهى الأمر بالحجز على منزله وبيعه جبراً.

رابعاً: عندما تحكم المحكمة بالتعويض، لا تلتزم في ذلك بالقواعد العامة في تقدير التعويض، أي ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بل تراعى كما يقول النص، مقتضيات العدالة الأمر الذي يفتح الباب أمام القاضي ليدخل في اعتباره كافة الظروف الخاصة بطرفي النزاع.

ومن هنا يتضح أن المشرع الكويتي بهذا الموقف قد حارب باباً واسعاً من أبواب الغبن، وذلك بتحريمه الفائدة بجميع صورها، ولا شك أن هذا الاتجاه يمثل خطوة واسعة نحو تقنين الشريعة الإسلامية وإن كان لم يفت المشرع أن يعالج وضعاً شاذاً من جراء تأخر المدين بتنفيذ التزامه عندما يكون قادراً على الوفاء وذلك بالحكم عليه بالتعويض وفقاً لاعتبارات معينة.

١٠٣ - في قانون التجارة الكويتي^(١): جاء قانون التجارة الكويتي مخالفاً لتوجيهات القانون المدني حيث أقر بين نصوصه الفوائد بنوعها قانونية واتفاقية.

(١) مرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، نشر بالجريدة الرسمية الكويت اليوم، العدد رقم ١٣٣٨ الصادر في ١٩ يناير ١٩٨١.

فنص في المادة ١١٠ منه بالنسبة للفوائد القانونية على أنه: «إذا كان محل الالتزام التجاري مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها سبعة في المائة».

أما بالنسبة للفوائد الاتفاقية فقد نظمها المشرع التجاري وفقاً للمادة ١١١ بقوله: «يجوز للعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على ألا يزيد هذا السعر على الأسعار المعلنة من البنك المركزي والتي يقوم بتحديددها مجلس إدارة البنك بعد موافقة وزير المالية، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذه الأسعار، وجب تخفيض الأسعار المعلنة في تاريخ إبرام الاتفاق، وتعين رد مادفع زائداً على هذا القدر». وأضافت الفقرة الثانية قائلة: «وكل عمولة أو منفعة أياً كان نوعها اشترطها الدائن، إذا زادت هي، والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة».

وبما سبق نلاحظ أن مقدار الفوائد يختلف باختلاف غايتها، أي من حيث أنها تهدف التعويض عن التأخير في الوفاء بالدين أو تتمثل بمقابلاً للانتفاع بالنقود، ولكن باختلاف مصدرها أي باختلاف ما إذا كانت قانونية أم اتفاقية.

فالفوائد القانونية وهي فوائد تأخيرية دائماً لها سعر معين يحدده القانون وهو ٧٪^(١).

أما الفوائد الاتفاقية، سواء أكانت تأخيرية أم مشترطة مقابل الانتفاع بالنقود فقد ترك القانون تحديد مقدارها لاتفاق ذوي الشأن، بشرط ألا يتجاوز هذا المقدار الأسعار المعلنة من البنك المركزي.

(١) رفع المشرع التجاري سعر الفائدة إلى ٧٪ بعد أن كانت ٥٪ بمقتضى المادة ١٦٥ من قانون التجارة السابق رقم ٢ لسنة ١٩٦١.

فإذا كان الأصل هو أنه عند التأخر في الوفاء بالالتزام بمبلغ النقود، تستحق على المدين الفوائد القانونية محددة على أساس ٧ ٪، إلا أنه يجوز أن يتفق الدائن والمدين على سعر آخر للفوائد وهنا تصير الفوائد المستحقة اتفاقية، وللدائن والمدين أن يتفقا على أي سعر يشاءانه، بشرط ألا يتجاوز السعر المعلن من البنك المركزي، فإن اتفقا على سعر يزيد على هذا القدر، صح اتفاقهما في حدوده، وبطل قيمها تجاوزه، وتعين رد ما دفع زائداً عنه، حتى لو كان المدين قد قام بدفعه مختاراً وعن بينة من حكم القانون، إذ دفع ما يزيد على الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية لا يعتبر حتى وفاء بالتزام طبيعي وذلك لمخالفته للنظام العام.

وإذا امتنع الاتفاق على فوائد تتجاوز الحد الأقصى المسموح به، وهو السعر الذي يحدده البنك المركزي، فإن هذا المنع يسري بالضرورة على كل حالة يبين فيها أن الدائن يحصل من مدينه، في مقابل دينه، على مزايا تربو على هذا الحد حتى لو كانت هذه المزايا عينية وليست نقدية، إذ أن هذه المزايا لا تعدو في الحقيقة أن تكون فائدة مستترة.

وعلى ذلك فإن المشرع التجاري الكويتي اعتبر أنه إذا زاد سعر الفائدة المتفق عليه عن السعر الذي يحدده البنك المركزي غنياً يجب تخفيضه إلى الأسعار المعلنة في تاريخ إبرام الاتفاق وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار.

١٠٤ - في التشريعات الأخرى: لم تسلك التشريعات في الدول المختلفة مسلكاً واحداً بشأن شرط الفائدة وأثره على العقد وإنما تفاوت حكمها بشأنه.

فحرمت بعض التشريعات العربية كالتشريع المدني التونسي^(١) والمغربي^(٢) تعاطي الفوائد بصورة مطلقة بين المسلمين فأبطلتها بينهم وأبطلت العقد الذي يتضمنها كذلك، وأباحتها بالنسبة لغيرهم بشرط أن تكون مكتوبة في الاتفاق^(٣).

(١) انظر المادة ١٠٩٥ من مجلة الالتزامات والعقود.

(٢) انظر المادة ٨٧٠ من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

(٣) انظر المادة ٨٧١ مغربي، المادة ١٠٩٦ تونسي.

وأبطل القانون المدني الجزائري بين الأفراد^(١) وأجازها بالنسبة للمؤسسات التي تودع لديها الأموال^(٢)، وتمنح قروضاً^(٣)، وسار على هذا النهج تقريباً القانون الليبي رقم ٧٤ لعام ١٩٧٢ في صدد الفائدة (ربا النسيئة) حيث أبطلها في مادته الأولى بالنسبة للأشخاص الطبيعيين وأجازها للأشخاص الاعتباريين.

والقانون المدني الأردني وإن كان لم يورد ذكر الفائدة بين نصوصه إلا أنه تعرض لها بصورة غير مباشرة عند تنظيمه للقرض مما يوحي عدم اقراره لها حيث نص في المادة ٦٣٦ منه على أن: «القرض تمليك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدرأً ونوعاً وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض» وأضاف قائلاً في المادة ٦٤٠ «إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقرض لغا الشرط وصح العقد».

ومع ذلك فإن نظام المرابحة العثماني الصادر في ٩ رجب ١٣٠٤ والمطبق في الأردن ولبنان قد وضع في مادته الأولى حداً أقصى للفائدة هو ٩ في المائة^(٤).

وأجاز القانون المدني المصري الفوائد في المادة ٢٢٦ وجعل الفوائد القانونية أربعة في المائة، في المسائل المدنية، وخمسة في المائة في المسائل التجارية أما الفوائد الاتفاقية فجعل حدها الأقصى سبعة في المائة، وهكذا فعل القانون المدني العراقي في المادة ١٧١ منه، أما القانون المدني السوري فجعل الحد الأقصى للفائدة تسعة في المائة وذلك في المادة ٢٢٨.

ونصت المادة الأولى من قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٦٦ الفرنسي بشأن القرض بفائدة على ألا يتجاوز سعر الفائدة الاجمالي عند إبرام العقد على $\frac{1}{4}$ الفائدة

(١) انظر المادة ٤٥٤ مدني جزائري، وانظر كذلك المادة ١٨٦.

(٢) انظر المادة ٤٤٥ مدني جزائري.

(٣) انظر المادة ٤٥٦ مدني جزائري.

(٤) انظر في ذلك: وحيد رضا سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني الجديد دراسة موازنة بالقانون المدني السوري، فقرة ٣٦ ص ١٧.

التي تحددها البنوك والمؤسسات المالية وإذا زادت عن هذا الحد خفضت إلى ما هو مسموح به. مع مراعاة أن القانون المشار إليه يسري على جميع القروض الاتفاقية، تجارية منها أو مدنية^(١).

ونخلص مما سبق إلى أنه رغم اتجاه أغلب التشريعات في الدول المختلفة إلى إقرار الفائدة إلا أنها تسعى دائماً في الوقت نفسه إلى عدم المغالاة فيها^(٢) أو تجاوزها عن الحد الذي يقرره القانون أو المؤسسات المالية المعترف بها، فإذا ماتم الاتفاق على تجاوز هذا الحد بأي صورة كانت وبأي شكل وجب تخفيضها إلى السعر المحدد، وبهذا يكون المشرع قد حارب الغبن الفاحش في مثل هذا النوع من الشروط، وأعطى القاضي صلاحيات واسعة في تخفيض سعر الفائدة المتفق عليها إلى الحد المعقول وهو الحد الذي قرره المشرع^(٣).

(١) وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون أوجد نظاماً جديداً لتحجيم القرض بفائدة، بصورة أكثر تنظيمياً ووضوحاً من قانون ٣ سبتمبر ١٨٠٧ وقانون ١٩ ديسمبر ١٨٣٠ المتعلق بجريمة الربا d'usure وقانون ١٢ يناير ١٨٨٠، ١٧ أبريل ١٩٠٠ المتعلق بسعر الفائدة النقدية المشروعة ١٨ أبريل ١٩١٨ الذي عدل سعر الفائدة النقدية وحدد سعر الفائدة الاتفاقية وأخيراً مرسوم ٨ أغسطس ١٩٣٥ المتعلق بالربا. انظر: Capitant (H): La repression de l'usure. D.H. 1935. chr. P. 66 ets.

والملاحظ أن المادة المشار إليها في المتن قد حرمت الاتفاق الربوي إذا جاوز ٤/١ السعر المحدد للفائدة، وأوقعت عقوبة على الراي تتراوح بين شهرين إلى سنتين حبس وغرامة ما بين ٢٠٠٠ - ٣٠٠٠ فرنك أو باحدى هاتين العقوبتين. كما تأمر المحكمة بنشر الحكم أو مستخرج منه مع تحميله بالمصاريف اللازمة لذلك في الجرائد المعتمدة.

(٢) انظر الأمر الملكي رقم ١٤٨ الصادر في ١٨ مارس ١٧٣٥ في بلجيكا ولوكسمبورج والمادة ١٩١٧ من القانون المدني. وانظر في شأن قانون كيويك Quebec.

Brick (H): Les Clause abusives. op. cit., p. 36.n. 52;

Jobin (P.G.): La rapide évolution de la lésion en droit Québécois, Rev. Trim. dr. comp. 1977, p. 331.

(٣) انظر أحكام في القضاء المصري حول تخفيض الفائدة التي تزيد عن الحد المقرر، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الاصدار المدني، الجزء الثامن، ١٩٨٢، ص ٢٦٣ وما بعدها.

المطلب الثالث

حالات ترجع إلى صفة في المتعاقد

١٠٥ - تمهيد. ١٠٦ - تأثير الغبن الفاحش في عقود بعض الأشخاص. ١٠٧ - تأثير الغبن اليسير في عقود بعض الأشخاص. ١٠٨ - الغبن في بيع عقار لمن لا تتوافر فيه الأهلية. ١٠٩ - شروط الطعن بالغبن. ١١٠ - الجزاء المترتب على بيع العقار لمن لا تتوافر فيه الأهلية. ١١١ - ندرة تطبيقات الغبن في هذه الحالة. ١١٢ - تعقيب.

١٠٥ - تمهيد: ومن الاستثناءات التي تقرها بعض التشريعات على مبدأ أن الغبن بمجرد وذااته لا ينهض سبباً للطعن في العقود ما يرجع إلى نوعية معينة من المتعاقدين وليس إلى طبيعة العقد الذي يبرمونه، فمن هذه التشريعات ما يجعل الغبن الفاحش وحده مؤثراً في عقود بعض الأشخاص، في حين أن تشريعات أخرى بالإضافة إلى اقرارها بتأثير الغبن الفاحش في عقود بعض الأشخاص تضيف حالات أخرى يؤثر فيها الغبن اليسير، وأخيراً فإن هناك جانب آخر من التشريعات لم يجعل الغبن وحده مؤثراً على نوعية معينة من المتعاقدين إلا بالنسبة لعقود معينة، ونعرض لهذه الاتجاهات بالتفصيل فيما يأتي:

١٠٦ - تأثير الغبن الفاحش في عقود بعض الأشخاص: جعلت بعض التشريعات كالمصري والكويتي والمصري الأردني^(١)، والاماراتي^(٢)، والمصري العراقي^(٣) الغبن الفاحش وحده مؤثراً في عقود بعض الأشخاص مراعاة لصفة معينة فيهم، فنصت المادة ١٦٣ من القانون المدني الكويتي على أنه: «١ - إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو لأحد

(١) تنص المادة ١٤٩ من القانون المدني الأردني على أن: «لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغيير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة».

(٢) انظر المادة ١٩١ من قانون المعاملات المدنية وهي مطابقة تماماً لنص المادة ١٤٩ من القانون المدني الأردني.

(٣) تنص المادة ١٢٤ / ٢ على أنه «إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلاً».

من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة الوقف، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر، أو التزامه هو بما يرفع عنه الفحش في الغبن. ٢ - ويعتبر الغبن فاحشاً إذا زاد عند إبرام العقد على الخمس....».

فالمشرع الكويتي هنا خص الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة كالمبلدية، مثلاً ومؤسسة التأمينات الاجتماعية، وعديمي الأهلية وناقصيها، أو جهة الوقف بحكم متميز بالنسبة إلى الغبن، حيث يجوز لهم بشروط خاصة الطعن في كافة العقود التي يبرمونها ويكونون فيها ضحية له^(١). والحكمة من الاعتداد بالغبن بالنسبة لهؤلاء الأشخاص هي أن كلاً منهم جدير بأن يحيطه المشرع برعاية خاصة متميزة، لا سيما وأنهم لا يتولون أمورهم بأنفسهم وإنما بمن ينوب عنهم في توليها، وقد لا يبلغ النائب من الخلق أو الضمير ما يدفعه إلى الحرص في الحفاظ على أموالهم على نحو ما ينبغي، ثم أن القانون الكويتي في تقرير هذه الحماية لا يأتي بجديد فهو لا يفعل، كما فعل القانون المدني الأردني والعراقي والاماراتي، أكثر من أن يتجاوب مع الشرع الاسلامي الذي يفرض رعاية خاصة على أموال الدولة، واليتيم والوقف.

وقد جاءت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي وهي بصدد تعليقها على المادة ١٦٣ قائلة: «والمشروع إذ يقرر حاية الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة وجهة الوقف وعديمي الأهلية وناقصيها، يتجاوب مع الفقه الاسلامي الذي حرص كل الحرص على مال اليتيم ومال بيت المال ومال الوقف، ومع ذلك فلم يشأ المشروع، أن يصل في مدى الحماية إلى حد تقرير عدم صحة العقد كما تقضي مجلة الأحكام العدلية (م ٣٥٦) أو إلى بطلانه كما يقضي القانون العراقي (م ١٢٤ / ٢) مكتفياً برفع ما فحش من الغبن». وإذا وجب لأعمال أثر الغبن أن يلحق أحداً من الأشخاص الذين

(١) انظر: مختار القاضي: تأثير الالتزامات المدنية بالنزعة الشخصية والمادية، المحاماة، مصر، العدد الثاني، السنة التاسعة والثلاثون، ص ١٨٥، حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، نظرية العقد، معهد الدراسات العربية، ١٩٥٦، ص ٥٥.

حددناهم فلا أهمية بعد ذلك إلى طبيعة العقد المبرم طالما أنه يدخل في زمرة عقود المعاوضات سواء أن يكون العقد بيعاً أو إيجاراً أو مقاوله أو غير ذلك كله من شتى أصناف العقود.

كما أنه لا أهمية لما إذا أبرم أحد من الأشخاص الذين ذكرناهم العقد بنفسه كما لو كان قاصراً أو من في حكمه، أو تولاه عنه نائبه، ففي كلتا الحالتين يجوز الطعن في العقد على أساس الغبن لأن النائب قد لا يبذل من العناية بمصلحة من يمثله القدر اللازم الذي تقتضيه مصلحته، حتى لو كانت المحكمة نفسها قد أذنت بإبرام العقد^(١).

أما القانونين المغربي والتونسي، فقد أجازا الطعن بالغبن الفاحش فقط بالنسبة لفئة واحدة من الفئات التي حددتها القوانين المشار إليها وهي إذا كان الطرف المغبون قاصراً أو ناقص الأهلية، وفي هذا تقضي المادة ٥٦ من قانون الالتزامات والعقود المغربي^(٢) بأن: «الغبن يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصراً أو ناقص الأهلية ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقاً للأوضاع التي يحددها القانون، ولم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر، ويعتبر غبناً كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء»^(٣).

(١) انظر المادة ١٦٣ / ٣ مدني كويتي.

(٢) وتنص المادة ٦١ من القانون التونسي على أن: «الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيراً وليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لينظره على الصورة المرغوبة قانوناً ولو لم يقع تغير من معاقده الآخر. والغبن في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث» ونلاحظ أن المشرع التونسي استعمل اصطلاح «الفسخ» في حين أن المغربي استعمل الإبطال ولا شك أن المشرع الأول يقصد في معنى الفسخ الإبطال كما ورد في القانون المغربي.

(٣) وبهذا يختلف القانون المغربي عن الفرنسي الذي لا يقتصر على الاعتداد بالغبن المجرد لإبطال تصرفات ناقص الأهلية، بل هو يعتد كذلك بهذا الغبن، كما أشرنا في حينه لإبطال بعض التصرفات، ولو أن من أجزاها كان متمتعاً بكامل أهليته، كما في الغبن الواقع في القسمة إذا ما زاد على الربع أو الغبن اللاحق ببيع العقار إذا زادت نسبته على سبعة من أصل اثني عشر. =

وبهذا فإن المشرع المغربي والتونسي يجعل الغبن الفاحش مؤثراً في العقود التي يبرمها القاصر وناقص الأهلية بغض النظر عن طبيعتها فالحماية التشريعية واردة على من يبرم العقد لا على طبيعته.

١٠٧- تأثير الغبن اليسير في عقود بعض الأشخاص: الأصل أن كل تعاقد ينطوي على شيء من الغبن اليسير لتعاقد من الطرفين، فهذا ما تقتضيه طبيعة التعامل بين الناس في الأنواع المختلفة من العقود، حيث تسبق التعاقد مرحلة تسمى مرحلة «المساومة الاقتصادية» يدخل كل من العاقدين خلالها في صراع يريد كل منهما أن يحصل على أكثر فائدة ممكنة مع بذل أقل مقابل ممكن وعلى قدر اصرار كل منهما. وعلى قدر أهمية الشيء محل التعاقد في السوق وقيمه الاقتصادية بالنسبة لكل منهما وحاجة كل منهما إليه تستقر مرحلة المساومة على اتفاق يدخل مرحلة التعاقد، ولا بد أن يصيب عقداً من المتعاقدين قدر قليل من الغبن تبعاً للاعتبارات السابقة وطبقاً للسائد من العرف والعادات في السوق، وهو ما يعبر عنه في الاصطلاح بتعبير «الغبن اليسير».

والأصل أن الغبن اليسير، وهو، كما نرى، الغبن الذي لا يصل إلى مرتبة الغبن الفاحش، لا يعتبر عيباً مؤثراً في العقد، بل هو ما تقتضيه طبيعة التعاقد عادة، ولذلك فهذا النوع من الغبن يكون مغتفراً.

ومع ذلك فإن هذا الأصل ورد عليه استثناء في تشريعات بعض الدول حيث جعلت الغبن اليسير وحده، بخلاف الأصل، مؤثراً في العقد مراعاة لصفة معينة في المتعاقد. فنصت المادة ١٤٧ من القانون المدني الأردني على أن: «إذا أصاب الغبن ولو كان يسيراً مال المحجور عليه للدين أو للمريض مرض

= ومن الجدير بالذكر أن المشرع المغربي بعد أن ذكر في الفصل ١٠٨٩ أن القسمة يمكن أن يعيها الغبن وأكد على ذلك في الفقرة الثانية من المادة ١٠٩١، أوضح في الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٩١ المذكورة أنه «لا يكون للإبطال على أساس الغبن محل إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة ٥٦» وهي الحالة المتعلقة بالغبن اللاحق بالقاصر وناقص الأهلية. انظر: مأمون الكزبري، المرجع السابق ص ١٤٩.

الموت وكان دينهما مستغرقاً لمالهما كان العقد موقوفاً على رفع الغبن أو اجازته من الدائنين وإلا بطل». وتأثر قانون المعاملات المدنية في دولة الامارات العربية عند وضعه بالقانون الأردني، ونقل النص المشار إليه حرفياً في المادة ١٨٩ منه.

ولا شك أن تقرير مثل هذا الاتجاه، بالإضافة إلى اتفاقه مع السائد في الفقه الاسلامي^(١) إلا أنه يقرر حماية أوفر حظاً مما قررها لأموال الدولة والوقف والمحجور، وذلك مراعاة منه لوضع هؤلاء الأشخاص ومراكزهم، وفي الوقت نفسه حرصاً على أموال دائنيهم، حيث أن تصرفات هؤلاء الأشخاص القانونية إن لم تكن متوازنة، فإنها ستؤثر على دائنيهم حتى لو كان الغبن الذي يحصل لهم يسيراً^(٢).

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد فرق فيما يتعلق بالغبن بين ما إذا كان الذي يقع عليه الغبن بالغاً أم قاصراً، فإذا كان بالغاً، فالغبن كما أشرنا، لا يؤثر في العقد كأصل عام إلا في حالات معينة ووفق شروط محددة.

أما إذا كان المغبون قاصراً، فإن المادة ١٣٠٥ من القانون المدني - المعدلة بالقانون ١٤ ديسمبر ١٩٦٤ - أجازت نقض العقد للغبن بصرف النظر عن درجته يسيراً كان أم فاحشاً، لمصلحة القاصر غير المأذون في جميع أنواع العقود^(٣)، ولمصلحة القاصر المأذون في جميع العقود التي تتجاوز حدود أهليته كما هو مقرر في باب القصر والوصاية والخروج من الحجر^(٤).

(١) وقد استمد المشرع الأردني حكمه من فقه ابن عابدين في رسالته في الغبن، جزء (٢) ص ٧٤.

(٢) ونرى أن الغبن اليسير لا يؤثر في العقد إلا إذا كان ملحوظاً، أما إذا كان تافهاً فإنه لا يؤثر في العقد، وذلك لصعوبة إقامة التوازن في العمل بصورة مطلقة وتامة بين المتعاقدين.

(٣) وهذا تقليد موروث من القانون الروماني حيث كانت القاعدة تنص:

Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam loesus.

انظر: Weill: Op.cit. p.23, no. 200; Ghestin Op.cit., no. 545, p. 444; Rawandozi: Op.cit., p.55.

(٤) وذهب القضاء الفرنسي في أحد أحكامه في هذا الشأن إلى أن العقد الذي يبرمه القاصر لا يمار سيطرة لا يمكن الطعن فيه بسبب نقص الأهلية وإنما فقط بسبب الغبن.

انظر: Civ. tre 4 nov. 1970, J.C.P.11. 16631.

ولقد مد القضاء الفرنسي نطاق المادة المذكورة ليشمل ليس فقط العقود التي يبرمها القاصر وحده، وإنما كذلك تلك التي يبرمها بالمشاركة مع وصيه^(١) مع العلم أن هذه المادة كانت قبل التعديل المشار إليه تجعل العقد الذي يبرمه القاصر صحيحاً إذا أبرم بمساعدة الوصي.

وتطور التشريع الفرنسي في وقت لاحق ومد هذه الحماية كذلك الى البالغين المحجور عليهم (تحت رقابة القضاء *Sauvegarde de justice*) وذلك وفقاً لقانون ٣ يناير ١٩٦٨ الخاص بتعديل قانون البالغين المحجور عليهم^(٢)، حيث أجازت المادتان ٤٩١ / ٢^(٣)، و ٥١٠ / ٣^(٤)، من القانون المدني لهؤلاء البالغين، في الحالة التي تكون مساعدة الوصي غير مطلوبة الحق في التمسك بنقض العقود التي أبرمها بسبب الغبن.

ولم يحدد المشرع الفرنسي، مقدار الغبن، وإنما ترك الأمر للقاضي يقدره وفقاً لما له من سيطرة تقديرية ووفقاً لظروف التعاقد^(٥).

١٠٨ - الغبن في بيع عقار ممن لا تتوافر فيه الأهلية: لم تجعل بعض التشريعات كالقانون المدني المصري الغبن مؤثراً على نوعية معينة من المتعاقدين إلا بالنسبة لطبيعة معينة في العقد الذي يبرمونه، فنص في المادة ٤٢٥ على أنه: «١ - إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل،

Civ. Ire 4 nov. 1970. D. 1971. 186

(١) انظر:

Massip: La réforme du droit des incapables majeurs. Répertoire du notariat Defrénois. (٢)

1968. art. 29184. No. 96 ets. Mazeaud: Op. cit., no.212., p.192.

(٣) وتنص المادة ٤٩١ / ٢ من القانون المدني على أن العقود التي يبرمها الرشيد الموضوع تحت الرقابة القضائية يمكن أن تنقض بسبب الغبن طالما لم يستطع إبطالها وفقاً للمادة ٤٨٩.

(٤) وتقضي المادة ٥١٠ / ٣ من القانون المدني بأن البالغ تحت الوصاية إذا أبرم العقد وحده وبدون مساعدة الوصي فيجوز له وللوصي الحق في طلب بطلان العقد.

Harmonisation du droit: Op.cit., No.51.

(٥)

٢ - ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع^(١).

وعلى ضوء هذا النص والنصوص اللاحقة له نعرض للشروط اللازمة للطعن في العقد بسبب الغبن في هذه الحالة، ثم نعرض للجزاء الذي يقرره القانون في شأنها، ثم نشير أخيراً إلى ندرة تطبيق أحكام الغبن في هذا المجال من الناحية العملية، وذلك حتى تكون الرؤية شاملة، هنا، بالنسبة لهذا الموضوع.

١٠٩ - شروط الطعن بالغبن^(٢): يشترط لأعمال المادة المذكورة توافر خمسة شروط هي كالآتي:

١ - أن يكون العقد بيعاً: لكي تنطبق أحكام الغبن هنا ينبغي أن نكون بصدد بيع، فلا ينطبق إذا تعلق الأمر بعقد آخر أبرمه من لا تتوافر فيه الأهلية، أو أبرم لحسابه، مالم ينص المشرع على ذلك، وفي هذه الحالة يعمل حكم النصوص.

(١) انظر: المادة ٣٩٣ / ١ مدني سوري، وقارن المادة ١٦٧٤ فرنسي المشار إليها التي بسطت حمايتها من الغبن على القاصر والراشد معاً، إذ تنص على أنه: «إذا بيع عقار بغبن يزيد على ٧ / ١٢ فإنه يحق له ابطال العقد، ولو نزل صراحة عن حقه في الابطال». وقارن الجزائري التي بسطت بدورها حمايتها على القاصر والراشد معاً، إذ تنص على أنه: «إذا بيع عقار بغبن يزيد على الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل» ويحمل هذا النص طابعاً توفيقياً فهو من حيث شمول تطبيقه للقاصر والراشد معاً قد تأثر بالقانون المدني الفرنسي الذي كان مطبقاً في الجزائر قبل صدوره، كما تأثر من حيث تحديد مدى الغبن بالقانون المدني المصري، الذي استمد منه جل أحكامه، وبذلك تكون حماية المغبون الرشيد قد أصبحت في القانون الجزائري أظهر وأوسع منها في القانون المدني الفرنسي، ذلك لأن حمايته تكون واجبة إذا تجاوز غبنه الخمس في حين أن هذه الحماية لا تكون واجبة في القانون الفرنسي إلا إذا تجاوزت ٧ من ١٢ وقارن كذلك قانون منع بيع الأراضي السوري رقم ٣ الصادر في ٢٤ فبراير ١٩٧٦ (م ٧) الذي بسط الحماية من الغبن على القاصر والراشد معاً بشأن العقارات المشمولة بأحكام هذا القانون انظر في ذلك: وحيد رضا سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني الجديد، ص ٢٦ هامش ٧٢.

(٢) انظر في ذلك: توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، ١٩٧٩ ص ١٦٢. وما بعدها.

٢ - أن يتعلق الأمر ببيع عقاري: فالنص يتكلم عن حالة ما «إذا بيع عقار»، ويشمل هذا بيع العقار وبصفة عامة كل حق عيني يقع على عقار. فإذا كان المبيع حقاً لا يقع على عقار كالحقوق الذهنية أو الحقوق الشخصية، لا يجوز الطعن بالغبن استناداً إلى هذا النص.

وإذا كان المشرع يعرض للغبن في بيع العقار، فإنه يستبعد الطعن بالغبن في بيع المنقول، وهو يهدف من وراء ذلك إلى حماية العقارات جرياً على التقاليد القديمة التي نقلت عن الرومان، حيث كانوا ينظرون إلى الثروة العقارية باعتبارها قيمة، وإلى أن المنقولات نافهة القيمة، ولا شك أن هذه الفكرة لا تتفق مع الواقع في الوقت الحاضر، حيث تحتل ثروات منقولة مكان الصدارة من حيث قيمتها.

٣ - أن يكون المبيع مملوكاً لشخص لا تتوافر فيه الأهلية: ذلك أن المشرع أضفى حمايته في هذه الحالة على من لا تتوافر فيه الأهلية. وهذه الحماية موضوعية متعلقة بالبيع العقاري متى توافر فيه الغبن. بصرف النظر عن من يقوم بهذا البيع، سواء أوقع التصرف من لا تتوافر فيه الأهلية نفسه، أم وقع ممن له الولاية أو الوصاية عليه أو من القيم.

فإذا كان العقار مملوكاً لكامل الأهلية لا تتوافر الشروط المنصوص عليها في هذا الصدد، ومن ثم لا يجوز الطعن في العقد على أساس الغبن، وإن كان من الجائز أن يطعن فيه على أساس الاستغلال طبقاً للمادة ١٢٩، متى توافرت شروطه، كما أنه إذا كان المبيع مملوكاً لعديم الأهلية وقام هذا بإبرامه وقع البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وإذا كان يلزم أن يتعلق الأمر ببيع عقاري بحيث يكون المبيع مملوكاً لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، فإن الأمر لا يقف لدى ناقص الأهلية فقط، وإنما يمتد إلى فاقدها كذلك^(١).

(١) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٦٣.

ومن ناحية أخرى فإن اكتمال الأهلية قد يكون بالنظر إلى العقار المبيع بالذات، فقد تكتمل الأهلية بالنسبة إلى عقار بالذات دون غيره من العقارات المملوكة لناقص الأهلية، كما إذا اشترى من بلغ ١٦ سنة عقاراً مما يكسبه من عمله الخاص، إذ يكون له أن يبيعه باعتباره كامل الأهلية، بالنسبة لهذه الحالة فقط، ومن ثم لا يكون له أن يطعن في العقد بعد ذلك على أساس الغبن^(١)، هذا ما لم تتوافر شروط الاستغلال طبقاً للقواعد العامة.

ومن الواضح أن المقصود هنا هو أن يكون من يقع عليه الغبن هو البائع لا المشتري.

٤ - أن يكون الغبن على قدر من الجسامة: يستلزم القانون أن يكون الغبن في هذه الحالة «يزيد على الخمس»، أي يتجاوز خمس قيمة العقار المبيع، بحيث يكون الثمن المعين للمبيع أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية له. وقد تأثر المشرع المصري في تحديده لهذا القدر بالشريعة الإسلامية، فضلاً عن أنه عن طريق هذا التحديد، يهدف إلى استقرار المعاملات بوضع معيار محدد للغبن.

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع وأن تراعى في ذلك قيمته المادية بحسب قانون العرض والطلب لا قيمته الشخصية عند المشتري^(٢).

٥ - ألا يكون البيع قد تم بطريق المزاد العلني: وهذا ما تنص عليه

(١) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٦٣، والمراجع المشار إليها في هامش (٢) من الصفحة ذاتها.

(٢) وفي هذا الموضوع يختلف التقنين المصري عن التقنين الفرنسي الذي يشترط أن يزيد الغبن على سبعة أجزاء من اثني عشر من قيمة المبيع وقت التصرف. والعلة في اشتراط هذه الدرجة الفاحشة من الغبن في القانون الفرنسي، هو أنه لا يشترط في هذا القانون أن يكون العقار مملوكاً لغير كامل الأهلية، ولذا أوجب رفع درجة الغبن حتى يؤثر في صحة البيع الصادر من كامل الأهلية. أما إذا كان المبيع مملوكاً لقاصر فلا يشترط أن يبلغ الغبن درجة معينة، بل يترك لتقدير القاضي.

المادة ٤٢٧ مدني بقولها: «لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني».

وعلى ذلك، ففي الحالات التي يتم فيها بيع عقار من لا تتوافر فيه الأهلية بطريق المزاد العلني، عندما يقرز القانون ذلك، كما في حالة بيع أموال المدين بيعاً جبرياً تنفيذاً عليها وفاء لديونه، فلا يجوز الطعن في البيع بطريق الغبن، ذلك أن الاجراءات التي يضعها القانون لهذا النوع من البيوع، تكفل الحصول على أعلى ثمن ممكن، وبذلك لا توجد فرصة لتحقيق غبن بالبائع^(١). ولهذا فإنه إذا لم يتم البيع بالمزاد كنص القانون، ولكنه تم بالمزاد في غير الحالات التي يوجبها القانون، كما لو كان تم المزاد بتنظيم البائع مثلاً، فلا تتوافر الضمانات في هذا الصدد، وتبعاً لذلك يجوز الطعن في البيع العقاري على أساس الغبن متى توافرت باقي الشروط الأخرى.

١١٠ - الجزاء المترتب على بيع العقار ممن لا تتوافر فيه الأهلية: إذا ما توافرت شروط الغبن التي بينها فيما سبق كان «للبيع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل». ويقضي القانون بسقوط دعوى تكملة الثمن في هذه الحالة فينص على أن «تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية، أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع».

ومن هذا يتضح أن للبيع أن يطلب تكملة الثمن في هذه الحالة. ولا يكون له إلا طلب التكملة إلى الحد الذي يرفع عن البيع ما لحق به من غبن، وهو ما يكمل إلى أربعة أخماس ثمن المثل، دون أن يكون له طلب ابطال البيع (مالم يلجأ ناقص الأهلية إلى ذلك بسبب نقص أهليته)، ودون أن يطلب تكملة الثمن إلى ثمن المثل، فرفع الغبن هذا يتحقق من بلوغ الثمن أربعة أخماس ثمن المثل.

(١) انظر: جميل الشرقاوي: شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٥٢ وما بعدها.

ودعوى تكملة الثمن، الغرض منها كما هو ظاهر تكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع وقت البيع، ويجب لتقدير هذه القيمة النظر إلى قيمة العقار الشرائية العادية مع ملاحظة موقعه وطبيعته ومحتوياته وقيمه التجارية، وإذا اشتمل العقد على عقار ومنقول، فلا يمنع ذلك من الطعن في بيع العقار بالغبن على أساس المادة ٤٢٥، وفي بيع المنقول على أساس المادة ١٢٩ إذا توافرت شروطها، ويسهل معرفة مقدار الغبن في ثمن العقار إذا اشترط ثمن له وآخر للمنقول، أما إذا بيعت جميعاً بثمن واحد فيجب تقويم العقار بمفرده والمنقول كذلك، ثم توزيع الثمن بين العقار والمنقول بحسب قيمة كل منهما، وما يخص العقار من الثمن ينسب إلى قيمته الحقيقية حسب التقويم المتقدم، وعندئذ يتضح ما إذا كان هناك غبن في بيع العقار يبيح رفع دعوى تكملة الثمن^(١).

ويكون طلب تكملة الثمن للمالك العقار الذي لم تتوافر لديه الأهلية، وذلك من وقت بلوغه إذا كان قاصراً، أو بعد رفع الحجر إذا كان محجوراً عليه، كما يكون ذلك أيضاً لورثته إذا توفي. كما يكون أخيراً للولي أو الوصي أو القيم على من لا تتوافر لديه الأهلية، في الحالات التي يتصور فيها ذلك^(٢).

وأياً ما كان الأمر فإن رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن يجب أن يتم خلال مدة معينة. وقد حدد القانون هذه المدة بثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية، أو من الوقت الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع. فإذا انقضت هذه المدة فإن الدعوى تسقط بالتقادم.

فإذا لم يقم المشتري بتكملة الثمن إلى القدر الذي يحدده القانون، بعد الحكم عليه بها، يحق للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إذا لم يكن هذا التسليم قد تم. كما يكون له أن يطلب فسخ البيع نظراً لأنه لم يستوف الثمن كاملاً. وفي هذا الصدد تطبق القواعد العامة.

(١) انظر: أنور سلطان، العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، ١٩٥٢ دار نشر الثقافة، الاسكندرية، ص ٨٦ - ٨٨، فقرة ٦٥ وانظر كذلك: Baudry-Lacantinerie: Traité de droit civil - la vente. T XIX, p.712 ets.

(٢) انظر في عرض ذلك: سليمان مرقس، عقد البيع، طبعة ١٩٨٠، فقرة ١٣٥ ص ٢٣٥.

ويراعى أنه إذا ما لجأ البائع إلى دعوى تكملة الثمن، وانتهى الأمر إلى فسخ البيع، فإن هذا لا يلحق ضرراً بالغير حسن النية إذا تلقى من المشتري حقاً عينياً على العقار المبيع (مادة ٤٢٦ / ٢). وفي هذا الصدد قد ينتهي الأمر إلى عدم تمكن البائع من استرداد المبيع، أو إلى عدم التمكن من استرداده خالياً مما تقرر من حق لهذا الغير حسن النية، ولهذا لا يكون للبائع إلا مطالبة المشتري بالتعويض، أما عن قيمة المبيع كاملة وأما عما لحقه من نقص بسبب تقرير حق عيني عليه للغير^(١).

١١١ - ندرة تطبيق أحكام الغبن في هذه الحالة^(٢): يخضع المتصرف في أموال غير كامل الأهلية لقيود شكلية ترمي إلى حماية مصلحته، وتهدف إلى منع ما قد يلحق به من غبن. ولهذا فإن أعمال أحكام الغبن المنصوص عليها في المادة ٤٢٥ وما بعدها قلما يتحقق من الناحية العملية.

ومع ذلك فإن من الممكن تصور بعض الفروض التي يحتمل أن يقع فيها الغبن من ذلك مثلاً حالة ما إذا صدر البيع من الولي (الأب)، وذلك في الحالات التي لا يشترط فيها إذن المحكمة، وهي حالة ما إذا كانت قيمة العقار لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه^(٣).

كما يمكن تصور وقوع الغبن كذلك في حالة ما إذا تم البيع بواسطة ممثل من لا تتوافر فيه الأهلية، بعد حصوله على إذن المحكمة وتعيين خبير. إذ على الرغم من تعيين الخبير، إلا أن من المحتمل أن يخطئ هذا الخبير في تقديره لقيمة العقار. وقد يقع هذا التقدير غير سليم لأي سبب آخر. وفي هذه الحالة يكون لصاحب العقار المبيع الحق في ممارسة دعوى الغبن، حتى ولو أن البيع صحيح من حيث الشكل الذي يتطلبه القانون. ويشترط في هذه الحالة إقامة الدليل على وجود غبن في الثمن يزيد عن الخمس.

(١) انظر: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٢٣٦، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٢) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٦٦ - ١٦٧ فقرة ٩٨.

(٣) انظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٨٧.

وأخيراً فإن البيع قد يصدر عن غير كامل الأهلية نفسه، ويكون مشوباً بالغبن. وفي هذه الحالة يكون له طريقان: إما أن يطلب إبطال العقد بصفته غير كامل الأهلية، وإما أن يطلب تكملة الثمن استناداً إلى دعوى الغبن، ويكون له الخيار في هذه الحالة حسب ما يراه في صالحه. وتتحقق مصلحته في الالتجاء إلى دعوى الغبن إذا نزلت قيمة العقار وقت الطعن بالغبن عما كانت عليه عند البيع، بحيث تكون تكملة الثمن الذي يحصل عليه من وراء الطعن بالغبن خيراً له من استرداد المبيع إذا هو طعن في البيع بالبطلان.

١١٢ - تعقيب: عرفنا أنه إذا كان الأصل في الغبن أنه لا يصلح بمجرد ذاته سبباً للطعن في العقود، فإن هذا الأصل بعيد عن أن يكون مطلقاً، فثمة اعتبارات هامة جعلت تشريعات الدول المختلفة تورد على هذا الأصل بعض الاستثناءات. ومن تلك الاستثناءات ما يتعلق بالطبيعة الخاصة لعقود معينة، ومن الاستثناءات كذلك ما يرجع إلى طبيعة الحق ذاته وبغض النظر عن طبيعة العقد الذي يقرره وعن نوعية العاقد، وبعبارة أخرى حالات الغبن الوارد بصدد بعض الشروط الخاصة، ومن الاستثناءات التي يقررها القانون كذلك ما يرجع إلى نوعية معينة من المتعاقدين، واختلفت القوانين فيما بينها في تحديد هذه الفئات، فالبعض وسع فيها بحيث جعل الغبن الفاحش يؤثر في طائفة معينة، وجعل الغبن اليسير يؤثر في طائفة أخرى، وذلك بغض النظر عن طبيعة العقد الذي يبرمونه، في حين أن جانب آخر من هذه القوانين جعل هذا الاستثناء مقصوراً على نوعية معينة من المتعاقدين ومرتبطاً في الوقت نفسه بطبيعة العقد الذي يبرمونه في آن واحد.

المبحث الثاني شروط الغبن

١١٣ - تمهيد. ١١٤ - أولاً: أن يكون العقد من العقود التي يطعن فيه على أساس الغبن. ١١٥ - أن يكون عقد معاوضة. ١١٦ - ٢ - أن يكون عقد محدد القيمة. ١١٧ - ٣ - أن يكون العقد ملزماً للجائين. ١١٨ - ٤ - أن يكون الغبن معاصراً لتكوين العقد. ١٢٥ - ثالثاً: أن يكون الغبن فاحشاً.

١١٣ - تمهيد: إن المقصود في شروط الغبن في هذا المبحث هي الشروط التي أوردتها المادة ١٦٣ من القانون المدني الكويتي، والتي تتعلق بحالات الغبن بالنسبة إلى نوعية معينة من المتعاقدين وبصرف النظر عن العقد الذي يبرمونه وهم الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، وعديمو الأهلية وناقصوها وجهة الوقف^(١). أما فيما يخص حالات الغبن الأخرى فإننا تعرضنا لها في حينه وذلك عند الحديث تفصيلاً عن هذه الحالات. ولما كانت دراستنا مقارنة بين القانون الكويتي والتشريعات الأخرى، فإنه من المفيد، كعادتنا في هذا البحث، أن نتعرض لموقف هذه التشريعات من خلال عرضنا لهذه الشروط كلها كان الأمر لازماً وضرورياً وفي حدود البحث.

فالمادة ١٦٣ المشار إليها تنص على أن: «١ - إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، أو لأحد من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة الوقف... ٢ - ويعتبر الغبن فاحشاً إذا زاد، عند إبرام العقد على الخمس».

وتضيف المادة ١٦٥ قائلة: «لا يجوز الطعن بالغبن، في عقد تم بطريق المزايدة أو المناقصة إذا كان ذلك قد حصل وفق ما يقضي به القانون».

(١) ولقد تعرضنا إلى هذا الموضوع بالتفصيل عند الحديث عن حالات الغبن التي ترجع إلى صفة في المتعاقد وبيننا في حينه الحكمة من الاعتداد بالغبن بالنسبة لهؤلاء الأشخاص انظر سابقاً فقرة ١٠٦.

يتضح مما سبق أنه يلزم لأعمال أثر أو جزاء الغبن للأشخاص المذكورين كعيب يلحق المعقود بوجه عام توافر الشروط الآتية: أن يكون العقد من العقود التي يطعن فيه على أساس الغبن، وأن يكون الغبن معاصراً لتكوين العقد، ويلزم أخيراً أن يكون الغبن فاحشاً.

ونعرض لتفصيل هذه الشروط فيما يأتي:

١١٤ - أولاً: أن يكون العقد من العقود التي يطعن فيه على أساس الغبن: ويلزم هنا أن يكون العقد من عقود المعاوضة، وأن يكون محدد القيمة، وأن يكون من العقود الملزمة للجانبين^(١) وألا يكون أخيراً قد تم العقد عن طريق المزايدة أو المناقصة.

١١٥ - ١ - أن يكون عقد معاوضة: تنقسم العقود، كما هو معروف، بالنسبة إلى ما إذا كان عاقدها يأخذ مقابلًا لما يعطي أو لا إلى عقود بمقابل أو عقود معاوضات وإلى عقود بغير مقابل أو عقود تبرع، ففي النوع الأول يعطي العاقد ويأخذ مقابلًا لما يعطيه، ومثاله البيع حيث يعطي البائع الشيء المبيع إلى المشتري ويأخذ منه الثمن، ويعطي المشتري للبائع الثمن ويأخذ منه المبيع، وفي النوع الثاني يعطي أحد المتعاقدين للآخر شيئاً دون أن يأخذ مقابلًا لما يعطيه إياه، فهو يتبرع له بشيء من عنده، والمثال الواضح لهذا النوع هو الهبة، حيث يعطي الواهب الشيء الموهوب له بنية التبرع دون أن يأخذ مقابلًا لما يعطيه إياه^(٢).

(١) انظر في ذلك: Tefifeha: Op.cit., p.16 ets; Terre (Fr): Op.cit., no. 197, p.229.

(٢) انظر في ذلك: المادة ٥٢٤ مدني كويتي، وانظر: Ghestin: Op.cit., no. 17, p.11.

. وذهب جانب من الفقه إلى أنه يصعب التمييز بين عقد التبرع والمعاوضة بالنظر إلى المقابل الذي يعطيه كل طرف في العقد الآخر، وإنما تعتمد التفرقة أساساً على وجود نية التبرع.

Terre (Fr): Sociologie du contrat. Arch. Philosophie du droit. 1968, p.75. Overstake (J):

Essai de classification des contrats speciaux th. Bordeaux. 1966. p.205 ets.

ولا خلاف بين الفقه والقضاء^(١) والتشريع^(٢)، في أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة بوصف كونه اختلالاً في التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه، ومن ثم يسهل بيان الغبن ودرجة جسامته.

أما بالنسبة لعقود التبرع، فإن مجالها مستغرق تماماً على الغبن، لأن وجود الغبن يعتمد أساساً على التفاوت في قيمة الالتزامات على طرفي العقد، في حين أن التبرع لا يوجد فيه مثل هذا التفاوت حيث أن أحد أطرافه يعطي دون أن يأخذ مقابلًا لما أعطاه^(٣).

وينحصر فيها سبب التزام المتبرع في نية التبرع ذاتها، فعقود التبرع، إذن، مبنية أساساً على الغبن حيث أن أحد أطراف العقد يعطي ويعلم أنه لن يأخذ شيئاً مقابل ما يعطيه فهو يعلم أنه مغبون^(٤).

Tefifeha: Op.cit., p. 17.

(١) انظر في ذلك :

(٢) تشترط المادة ٢٣٨ / ٢ من القانون المدني الألماني لتطبيق نظرية الغبن أن يكون العقد معاوضة وهذا أيضاً هو رأي الفقهاء فهم يطلبون لتطبيق المادة المشار إليها أن توجد إرادات متبادلة أي التزام والتزام مقابل وينبغي أن يوجد الالتزام المقابل على أن يكون من القلة بحيث يستبعد كل تناسب مع الالتزام الآخر، ويتج من ذلك أن الغبن لا يمكن أن يعيب إلا عقداً من عقود المعاوضة ولا يتصور على الإطلاق أن يسمح به أيضاً في حالة الهبات. انظر في ذلك: توفيق فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، الاسكندرية، ١٩٦٦، ص ٢٤٧.

Tefifeha: Op.cit., p. 17.

(٣) انظر :

Mazeaud: Léon: Tome. 2, Vol. I, No. 216, p. 199

(٤) انظر :

ويستبعد القانون الإيطالي عقود التبرع من نطاق النظرية العامة للغبن التي تعالجها المادة ١٤٤٨ / ١ من القانون المدني الصادر في ١٩٤٣. والقانون المدني المصري يسير على نفس النمط في استبعاد التبرع من أثر الغبن حيث أن المادة ١٢٩ / ١ تتطلب أن تكون «التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين» وهذا يتضمن أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين توجد فيه التزامات متقابلة حيث يمكن مقارنتها لمعرفة ما إذا كانت لا تتعادل البتة، فمعرفة أهمية كل من الإرادتين المتقابلتين وقيمتها بالنسبة للآخر لا يمكن أن تكون إلا في هذه الطائفة من العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين وهذا يتعارض بطبيعة الحال مع ما تتميز به الهبة من أنه توجد نية الاعطاء من جانب واحد دون الحصول على مقابل: توفيق فرج، المرجع السابق ص ٢٤٨. وهذا ما سارت =

وفي هذا يتميز الغبن عن الاستغلال، فمن الممكن أن يطعن في العقد تأسيساً على الاستغلال، سواء أكان من عقود المعاوضات أم من عقود التبرع، وعلة التفريق بين الاستغلال والغبن في هذا الخصوص ترجع إلى أن الاستغلال عيب يشوب إرادة المتعاقد، فلا تكون من ثم أهمية لطبيعة العقد الذي يبرمه. أما الغبن، فهو عيب يلحق العقد، ويقوم على التفاوت بين الأخذ والعطاء فيه، الأمر الذي يقتضي أن يكون من شأنه أن يؤدي إلى ذلك، أي أن يكون من عقود المعاوضات^(١).

١١٦ - ٢ - أن يكون من العقود محددة القيمة: تنقسم العقود بحسب ما إذا كان من الممكن عند إبرامها تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عنها أم لا، إلى عقود محدد: القيمة Commutatif وعقوداً احتمالية^(٢). فالعقد المحدد القيمة هو ذاك الذي يمكن عند إبرامه أن نتبين قيمة الالتزامات الناشئة عنه، بحيث يستطيع كل متعاقد أن يعرف في هذا الوقت مدى ما يأخذه ومدى ما يعطيه، ومثال ذلك بيع شيء معين أو إيجار نظير مبلغ نقدي محدد الثمن أو كأجرة، فهنا نستطيع أن نتبين عند إبرام العقد مدى ما يعطيه وما يأخذه كل من البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر فالغبن في مثل هذه العقود يلعب دوراً هاماً حيث يمكن بسهولة ويسر تحديد نسبته وبيان التفاوت بين البدلين. ومن ثم أعمال أثر الغبن من عدمه.

أما بالنسبة للعقد الاحتمالي contrat aléatoire، وهو الذي لا تتحدد قيمة الالتزامات الناشئة عنه أو أحدها عند إبرامه، بل تتوقف تلك القيمة على

= عليه كذلك المادة ١٥٩ من القانون المدني الكويتي، التي تقضي: «وجعله بذلك يبرمه لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي وأدبي بحيث يكون إبرامه تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية». وانظر المادة ١٣٠ مدني سوري، المادة ١٢٩ مدني لبيي.

(١) انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٩٣.

(٢) انظر: عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص ٦٧ فقرة ٣٠ وانظر:

Grua (F): Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs, Rev. Trim. dr. civ. 1983, 263.

عوامل مستقبلية فيها أثر كبير^(١)، مثل عقد التأمين^(٢) والبيع الذي يكون فيه إيراد مرتباً لمدي حياة المشتري، فلا نستطيع مثلاً عند إبرام عقد التأمين على الحياة، أن نعرف قيمة المبالغ التي يدفعها المؤمن له لشركة التأمين فهذه القيمة تتأثر بطول حياة المؤمن له، أو قصرها فهو قد يموت بعد أداء قسط واحد وقد تمتد به الحياة إلى أن يدفع الكثير منها^(٣)، فقد استبعد في بادئ الأمر جانب من الفقه والقضاء^(٤) في فرنسا^(٥) وبعض التشريعات^(٦)، الغبن من نطاق العقود الاحتمالية "L'alea Chasse la lesion".

والسبب في ذلك يعود إلى احتمال الكسب والخسارة، في مثل هذه العقود بالنسبة لكل من الطرفين، ويخضع الطرفان لما تأتي به الصدفة بالنسبة

Ghestin: Op.cit., No. 559.

(١) انظر في ذلك :

والمادة ١٩٦٤ مدني فرنسي، وانظر

Ch. Commercial. 4 oct. 1977. Bull. civ. IV.No. 218, p.185; Cass. Com. 3 mai 1978. D. 1979. p. 247 note J.J. Burst.

Ch. Comm

(٢) انظر في تفصيل الاحتمال في عقد التأمين :

C. ass. art. L.III-1 ets. Art. R. III-1 ets; J.Cl. Civil Annexes. V^e Assurance sur les assurances obligatoires. V.C. ass. art. L. 211-1 ets; art. R. 211-1 ets. L.10 août 1943 sur l'assurance scolaire obligatoire (J.C.P.43. 111. 76441).

(٣) انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٤) انظر في تطبيقات متعددة للقضاء الفرنسي : Req. 6 mai 1946. D. 1946 J. 287, Rev. Trim. dr. civ. 1946. p. 324 obs de M. Carbonnier; Aix 28 juin 1955; Gaz. Pal. 1955.2. 169; D. 1956. Somm. 64; Rev. trim. dr. civ. 1957, p. 142 obs. M. Carbonnier; Civ I^{ère} sect civ. 14 dec. 1959. D. 1960. 244.

(٥) انظر في تفصيل ذلك : Deprez (J): La lésion dans les contrats aléatoires. Rev. Trim. dr. civ. 1955. p.1 ets. Marty et Raynaud: Op.cit., p.158, C.P. 145-147.

Araud: La rescision pour cause de lésion dans les contrats aléatoires. These. Toulouse, 1941.

(٦) انظر على سبيل المثال: المادة ١٤٤٨ / ٤ من القانون المدني الايطالي حيث نصت صراحة على استبعاد الغبن من العقود الاحتمالية:

"Aléatory Contracts cannot be rescinded for lésion".

لكل منها، ولا يتسنى وقت التعاقد تحديد مدى ما يمكن الحصول عليه عن طريق العقد، فالذي يقرر ذلك في المستقبل إنما هو أمر غير محقق أو غير معروف ولا يمكن إذن أن يحدد على وجه الدقة مقدار الغبن الذي يقع على أحد الطرفين، ومن ثم، لا يمكن القول عما إذا كانت الالتزامات المتقابلة لا تتعادل البتة أم لا^(١).

ولا خلاف في امكانية نقض العقد بسبب الغبن في مثل هذه العقود إذا لم يكن هناك إلا مجرد مظهر للاحتمال، فمجرد وجود مظهر الاحتمال لا يكفي، إذ أن المشكلة لا تثور إلا إذا وجد احتمال حقيقي فقد يصف الطرفان اتفاقاً من الاتفاقات بأنه احتمالي وهو ليس كذلك في حقيقته، بل وقد يرعى من توجه ضده دعوى الغبن قيام الصفة الاحتمالية للعقد لكي يتخلص من نقضه، ولكي لا نقف عند مجرد المظهر الاحتمالي للعقد يتعين على القضاء بحث حقيقة العقد واعطائه الوصف السليم، وسلطة القضاء في ذلك مطلقة، فإذا ما وجد أن العقد ليس له من الاحتمال إلا المظهر، وأن التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع التزامات المتعاقد الآخر فلا مجال للتردد في اعمال أثر الغبن^(٢).

ويورد القضاء الفرنسي تطبيقات متعددة حول هذا الموضوع، فهو ينقض بسبب الغبن، العقد الذي يبيع بمقتضاه مالك العقار ملكية الرقبة إلى مشتر والمنفعة إلى آخر في نفس المحرر، مقابل ثمن كلي لأن العقد في هذه الحالة ليس فيه احتمال حقيقي إذا لم يكن من شأنه أن يتضمن أي أمل أو مصادفة بالنسبة للبائع، ذلك أن هذا البائع بعد أن ربط بين البيعين لم يكن له أية فائدة يأملها من طول أو قصر المدة التي تتجزأ فيها الملكية^(٣) وتنقض كذلك المحاكم الفرنسية بسبب الغبن حالة التنازل عن حقوق الارث إذا لم يكن الاتفاق

(١) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٦١.

وانظر: Mazeaud: Op.cit., No. 215, p. 197. Deprez: Op. cit., p. 2-3; Marty et Raynaud: Op.cit., p. 145-147, No. 158 / C.

(٢) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

(٣) انظر: Cass. iv. 16 avr. 1948. S. 1948.1.31.

احتمالياً إلا في الظاهر فقط متى كان المتنازل إليه لا يتحمل بأية مخاطر، كما لو وقع التنازل على عقارات سميّت ووصفت بطريقة صريحة واضحة في العقد^(١).

وتجدر الإشارة إلى أنه في ظل التشريعات التي تأخذ بالنظام المادي للغبن، ينعقد الاجماع على استبعاد هذه العقود من نطاق دعوى الابطال بسبب الغبن، حيث يرضخ الطرفان لما تأتي به الظروف من غرم أو غنم^(٢).

ولكن حتى في ظل هذه التشريعات، فإن هناك من ينادي بكسر حدة هذه القاعدة^(٣). ومد نطاق الغبن إلى العقود الاحتمالية، لذلك تدخل القضاء الفرنسي تحت تأثير هذا الاتجاه وحاول أن يكون أكثر مرونة في مواجهة هذه العقود وسمح بنقض بعض العقود الاحتمالية بسبب الغبن إذا مكنته الظروف من الكشف عن تخلف الاحتمال أو إذا أمكن تحديد قيمة الالتزامات التي هي محل له^(٤). ولقد توصل القضاء بطرق شتى إلى الحد من اطلاق القاعدة التي كانت تستبعد نقض العقد بسبب الغبن في العقود الاحتمالية والتي غالباً ما أظهرت على أنها قاعدة لا يمكن المساس بها^(٥).

وعلى هذا يمكن تطبيق الغبن إذا ما تبين بسبب سن البائع ومبلغ الايجارات أن الايراد المرتب لا ينطوي على أي احتمال بالنسبة للمشتري الذي كان متأكداً بعد ثلاث سنوات من الحصول على ايجار مساو بل وأعلى من قيمة

(١) انظر: Deprez (J): Op.cit., p.17 et note 73-71.

(٢) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٦٦ والمراجع التي أشار إليها هامش (١).

(٣) انظر: Planiol et Ripert: T. 2, p.811.

(٤) انظر: Cass. Civ. 3^e 3oct. 1968. Bull. Civ.111. no. 363. P. 278. 25 janv. 1978 Bull. civ.111, no.55, p.43.

وانظر: Req. 22nov. 1937, Gaz. Pal. 1938-1-69. D.1939.1.81; Rev. Trim. de droit civil 1938, p.265 obs. Marty; Civ.28 fevr. 1951. D. 1951. J. 309; Rev. Trim. dr. civil. 1951. p.268 obs Carbonnier. Paris 11mars 1957 J.C.P.11. 9920.

(٥) انظر: Deprez: Op.cit., no. 6, p.8. Ghéstin: Op.cit., No. 560, p.456.

أقسام الأيراد، كل هذا من شأنه أن يزيل أي احتمال في العقد. ويمكن أن تثار فكرة الاحتمال خارج نطاق عقد الأيراد المرتب وذلك إذا ما استند إلى بعض عناصر غير محددة لا يمكن مع هذا مقارنتها بالاحتمالات الحقيقية، ذلك أن الاحتمال ينتج من أن ما يكسبه أحد الطرفين يخسره الطرف الآخر وبالعكس، وعلى هذا فلما كان بيع ترخيص إداري باستغلال عين للمياه المعدنية يمكن للإدارة سحبه أو عدم تجديده، لا يعطي للبائع الذي تخلى عنه أي ربح إضافي. وكانت فرص الخسارة بالنسبة للمشتري لا تقابلها ربح للبائع، فإنه لا يمكن اعتبار العقد في هذه الحالة عقداً احتمالياً، ولا يمكن أن يكتسب العقد صفة العقد الاحتمال من مجرد امكان سحب أو عدم تجديد الترخيص^(١).

أما التشريعات التي تأخذ بنظرية عامة للاستغلال، فإنها ترمي إلى تطبيق هذه النظرية على العقود الاحتمالية، ففي القانون الألماني تخضع كل عقود المعاوضة سواء كانت محددة القيمة أو احتمالية للقاعدة الواردة في المادة ١٣٨ / ٢ من القانون المدني. وقد نقضت المحكمة العليا حكماً لمحكمة برلين لأنه كان «يعتقد أنه لا ينبغي أن يدخل في الاعتبار عند بحث عدم التعادل، منافع مالية محتملة، وتبين محكمة النقض أن مثل هذه المنافع ينبغي أن تقدر تبعاً للاحتمالات، وإذا لم يتسن ذلك فتقدر تبعاً للظروف، ويمكن للقاضي في مثل هذا التقدير ألا يدخل في اعتباره الاحتمالات البعيدة جداً، ولكنه ينبغي على أية حال أن يدخل في اعتباره احتمالاً ما، ولما كان مثل هذا الاحتمال قد أقر به القاضي في هذه الحالة كان من اللازم تبعاً لذلك أن تحتسب هذه المنفعة المالية التي كان تحققها ينطوي على احتمال يصل إلى أقل من ٥٠ ٪ من قيمتها، وقد كان القاضي يستطيع ذلك ما دام المشرع لا يتطلب تعادلاً حسابياً^(٢)».

(١) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

Cass. civ. 15 juill. 1952. S. 1953.1.75.

Deprez: Op. cit., no. 17, p. 20-21.

(٢) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٦٧، وانظر المراجع المشار إليها في هامش (٦).

الرجبة في توفير الحصانة للعقود التي تبرم بهذا الطريق الرسمي . وما يترتب على ذلك من تشجيع الأشخاص على الاشتراك فيه^(١).

وينبغي هنا لتحصيل العقد من الطعن بالغبن أن يكون المزاو رسمياً أي يقضي به القانون أو أن يكون قد تم وفق الاجراءات التي يرسمها فإن كان المزاو عرفياً أو كان رسمياً ولكن الاجراءات القانونية لم تراعى فيه بقي الطعن بالغبن ممكناً.

١١٩ - ثانياً: أن يكون الغبن معاصراً لتكوين العقد: يتحدد الغبن وقت ابرام العقد وبعبارة أخرى وقت تكوين العقد^(٢) au moment de la formation du contrat ولذا فإن الغبن حتى يؤثر في العقد ينبغي أن يقوم منذ البداية فهو يفترض اختلال التوازن بين الأداءات عند ابرام العقد، فالضرر ينبغي أن يوجد وقت التعاقد وأن يقدر في الوقت الذي يتحقق فيه، وهذا ما أكدته المادة ١٥٩ من القانون المدني الكويتي حيث نصت على أن: «... وجعله بذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند ابرامه على

(١) انظر: المذكرة الايضاحية للقانون المدني وهي بصدد تعليقها على المادة ١٦٥ ولم يعد المشرع الفرنسي كذلك نطاق الغبن إلى البيوع القضائية. les ventes faites par autorité de justice. انظر: Rawandozi: Op.cit, p.48 وانظر كذلك: المادة ٤٢٥ مدني مصري، المادة ٣٩٥ مدني سوري وسار القانون المدني العراقي على النهج نفسه فقرر في المادة ٣٢٤ / ٣ منه على عدم جواز الطعن بالغبن في العقود التي تتم بطريق المزايدة العلنية والسبب كما يقول بعض الفقه في تقرير هذا الحكم هو عدم امكان حصول الغبن في هذا النوع من التعاقد فالتنافس موجود بين المزايدين، وكل يدفع ما يراه مساوياً لما يريد الحصول عليه، أما إذا حصل تواطؤ بين أحد الأشخاص وبين صاحب السلطة على أن يزيد في الثمن ليرفعه فقط فعندئذ تكون أمام صورة من صور التفرير الصادر من غير التعاقد وهذه الصورة هي بيع الفحش. وفي هذه الحالة يمكن للمتعاقد المغبون أن يطلب فسخ العقد للغبن الناشئ عن التفرير. انظر: عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٥٦، ويتخذ جانب آخر من الفقه العراقي هذا الاتجاه بقوله: أنه يصعب الأخذ بهذا الاتجاه بالنظر الى المادة ١٢٤ / ٣ حيث جاءت بصيغة عامة لا يجوز معها استثناء الحالة المشار إليها من تطبيقها «انظر كمال ثروت الوندواي، شرح أحكام عقد البيع، ١٩٧٣، ص ٥١ هامش (١).

(٢) انظر: Weill et Terre: Op.cit., No. 210/2. p. 245; Ghestin: Op.cit., No. 556, p. 451

١٢٠ - الحالات التي يمكن أن يثور فيها صعوبة تحديد وقت تكوين العقد: وإذا كان الأمر يبدو سهلاً في أكثر العقود بالنسبة لتحديد وقت تكوين العقد، ومن ثم تقدير الغبن، إلا أن هناك حالات خلافية قد يصعب فيها تحديد وقت تكوين العقد ومن ثم وقت تحديد الغبن. ونذكر فيما يلي بعض العقود والتصرفات المهمة التي يثور بشأنها هذا الأمر:

١٢١ - العقود التي تعلق على شرط واقف: في حالة العقود المعلقة على شرط واقف فإن العقد يوجد فعلاً في هذه الحالة ولكن تنفيذه يعلق طالما لم يتحقق الشرط، فالمفروض أن التزامات الطرفين قد وجدت من وقت الاتفاق بينهما وإن كان تنفيذها معلقاً على توافر عنصر عرضي علاوة على العناصر الأصلية اللازم تحققها لوجود هذا الالتزام. وعلى ذلك فمن وقت الاتفاق ينبغي النظر لمعرفة ما إذا كان هناك غبن يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي في العقد أو ما إذا كان هناك توازن بين البديلين فالاختلال الذي يطرأ عليها بعد ذلك في الفترة بين وقت الاتفاق ووقت تحقق الشرط لا يدخل في نطاق الغبن المعاصر لتكوين العقد إذ من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط يصير العقد نهائياً بطريقة آلية ويعتبر أنه قد أبرم منذ تبادل رضا الطرفين، وذلك طبقاً للأثر الرجعي للشرط^(١) حيث نصت المادة ٣٢٨ / ١ على أن: «إذا تحقق الشرط واقفاً كان أو فاسخاً استند أثره إلى الوقت الذي تم فيه العقد إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط».

ومن الجائز أن يدخل الغبن اللاحق لوقت تبادل رضا الطرفين في نطاق

(١) إلا أن بدء المدة المحددة قانوناً لرفع دعوى نقض العقد بسبب الغبن لا يكون إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط الواقف، وهذا الرأي متفق عليه في حالة ما يكون الشرط الواقف غير متعلق بإرادة المتعاقدين. انظر: محمد عبد الجواد، البحث السابق، ص ٢٣٣، هامش (٢) من الصفحة ذاتها.

أما بالنسبة للوعد الملزم لجانب واحد، فقد ثار خلاف بشأن وقت تحديد الغبن في الفقه والقضاء الفرنسيين. هل هو وقت الوعد أو وقت ابداء الموعود له رغبته في العقد وبعبارة أخرى وقت الخيار. وذلك باعلان إرادة المستفيد بالموافقة على العقد الموعود به، ومصدر هذا الخلاف يعود كما يبدو إلى اعتناق إحدى النظريتين في الغبن، فأنصار النظرية الشخصية يرون أن الغبن عيب في الرضا، ومن ثم يقدر الغبن في الوقت الذي تم فيه الرضا بالوعد أي اليوم الذي صدر فيه الوعد^(١)، وعلى العكس من ذلك يرى أنصار النظرية المادية في الغبن أن الوقت الذي يحدد فيه الغبن هو وقت ابداء الرغبة أو وقت الخيار، حيث أن الغبن لا يوجد إلا بوجود العقد المشوب به^(٢).

(١) انظر في ذلك : Cass. Req. 28dec. 1932. S. 1933. 1.337. D.P. 1933.1.187; 21mars 1933. S.1933.1.136. D.H.1933. 235.

(٢) اعتنق القضاء الفرنسي هذا الاتجاه منذ أن عرض عليه الموضوع لأول مرة بعد الحرب الأولى. انظر : Cass. Civ. 14nov. 1949., J.C.P. 1950.5255, J.C.P. 1949. 111. 14803; Bayer: Les promesses synallagmatiques de vente. Rev. Trim. dr. civ. 1948.1; René (J): La promesse unilatérale de vente en droit français 1930. p.100; Civ. 14nov. 1916, D.P. 1921.1.34.

وانظر في تفصيل موقف الفقه : Rawandozi: Op.cit., P. 64 ets; Carbonnier: Les Obligations. p. 129 et 130 No. 36, Jambu-Merlin: Cour lic. 2^{ème} 1970.80. No. 16; Mazeaud: Op.cit., No. 218, p.200; El-Gammal: Op.cit., No. 244, P.141.

وانظر كذلك : Trib.Civ. de la Sein 12nov. 1925. Gaz. Pal 1926.1.96; Cass. Req. 19avril 1926. S. 1926.1.128; Cass. Civ. 14nov. 1916. S. 1920.1.365; Lalou (H): Note sous l'arrêt du Trib. de Caen du 18avril. 1921. D. 1922.2.89; Rawandozi: Op.cit., P. 69. *
وذهبت بعض الأحكام إلى اعتبار تقدير الغبن من لحظة التوقيع على العقد انظر في ذلك : Paris, 15juill. 1931. D.P. 1931.2.147, note de M. Minvielle.

إلا أن التاريخ لا يكون له قيمة إذا كان الاتفاق النهائي قد تم في وقت لاحق، وهنا تكون العبرة في وقت الاتفاق. انظر : Civ. 1^{re} 27mai, 1964 D. 1964. 623.

أما بالنسبة للبيع الإيجاري فإن تقدير قيمة العقار لممارسة دعوى الإبطال يكون من اللحظة التي أصبح فيها المؤجر حائزاً للعقار بموجب الوعد الملحق في عقد الإيجار.

انظر : Req.: 18oct. 1927, D.P. 1928.1.35 note de M. Lalou; Civ. 29janv. 1930. D.P. 1932.1.57. note de M. Radouant; Civ. 3^o 13mars 1979. D. 1979. I.R. 380.

والمشرع بتحديد الغبن الفاحش بما يزيد على الخمس لا يفرق بين الأشياء التي يتعلق بها محل الالتزام بسبب طبيعتها منقولة كانت أم عقارية أو بسبب نوعها نقوداً كانت مثلاً أو أي شيء آخر^(١).

والعبرة، كما رأينا في تقدير ما إذا كان الغبن فاحشاً فيؤثر في العقد أو يسيراً لا يؤثر فيه هو بوقت إبرام العقد، فلا أهمية لاختلاف قيم الأشياء بسبب طارئ يقع في تاريخ لاحق، أي العبرة بالغبن المعاصر لتكوين العقد.

المبحث الثالث أثر الغبن

١٢٦ - تقسيم: عرضنا فيما سبق للشروط اللازم توافرها لأعمال الغبن الحاصل للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولعديمي الأهلية وناقصيها ولجهة الوقف، وإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة أمكن للغبن أن ينتج أثره.

ويلزم، كما نرى، عند الحديث عن أثر الغبن أن نتعرض للجزاء الذي يترتب عند توافر الغبن من جهة، ولدعوى الغبن التي يرفعها الطرف المغبون من جهة أخرى.

(١) ولقد رأينا سابقاً أن موقف التشريعات في الدول المختلفة لم يكن واحداً بالنسبة لتحديد قدر الغبن الفاحش، وإنما تشعبت بها السبل، فالبعض كالقانون الفرنسي والعراقي لم يحدد الغبن المؤثر في العقد بنسبة ثابتة وإنما جعل هذه النسبة تتغير بحسب طبيعة الأشياء، بينما حددت تشريعات أخرى الغبن الفاحش بما يجاوز نسبة معينة، وإن اختلفت فيما بينها حول هذه النسبة. في حين اكتفى جانب آخر من التشريعات كالأردني والإماراتي واللبناني بترك تقدير الغبن المؤثر في العقد لقاضي الموضوع. ومن الاتجاه الأخير قانون كيويك.
انظر: Bricks: Op.cit., p.37.

سواء كان البائع أو المشتري على حد سواء، وذلك إذا اجتمع الغبن الفاحش مع التغيرير كما يقول به أنصار النظرية الشخصية في الغبن، أو في حالة الغبن الفاحش وحده دون اشتراط اقترانه مع التغيرير وفقاً لدعاة النظرية الموضوعية في الغبن.

وإن كان فقهاء الأحناف قد توسعوا في دراسة خيار الغبن الفاحش مع التغيرير، فالمغبون، إذن، بغض النظر عن نوع هذا العقد طالما كان من عقود المعاوضة له حق أما فسخ العقد والرجوع فيه أو امضائه أي اجازته كما هو دون طلب استرداد مقابل التفاوت بين السعر المتفق عليه في العقد المشوب بالغبن وبين السعر الحقيقي للسلعة.

وفيما يأتي نتعرض لخيار الغبن على نحو نحيط به في كل ما يثيره من مسائل وهي شروط التمسك بالخيار، وأثر ثبوت الخيار، ومدة الخيار وأخيراً سقوط خيار الغبن وذلك حتى يكون موضوع خيار الغبن في الفقه الاسلامي متكاملًا في هذا المجال وفي حدود ما يتطلبه البحث.

١٢٩ - شروط التمسك بالخيار: يجب أن تتوافر فيمن يتمسك بخيار الغبن عدة شروط هي:

(١) يجب أن يكون الغبن الفاحش، وفقاً لأنصار النظرية الشخصية في الغبن مقترناً بتغيرير من جانب الطرف الآخر في العقد، أما بالنسبة للمذاهب الأخرى فيكفي، كما أشرنا، أن يكون الغبن فاحشاً دون أن يشترط ارتباطه بالتغيرير.

(٢) يجب أن يكون الغبن موجوداً، كما أشرنا، وقت تكوين العقد، أما الغبن اللاحق الذي يكون بسبب تغير فجائي في الأسعار فلا يعطي هذا الخيار.

(٣) يجب ألا يكون المتعاقد المغبون عالماً بوجود الغبن، فإذا علم بالغبن الواقع عليه، ومع ذلك لم يتوقف وأتم التعاقد، ففي هذه الحالة لا يتأثر العقد بهذا الغبن الفاحش، وذلك لأن العاقد لما لم يتوقف عن التعاقد مع علمه

على إرادة المتعاقد الآخر. فبمجرد إبرام العقد تنتهي هذه العلاقة بانتهاء مبررها، فإذا زال المانع عاد الممنوع.

- سقوط وانقضاء خيار الرجوع بمجرد استعماله أو بمجرد انقضاء الفترة المحددة للرجوع، دون أن يعلن المتعاقد الذي له ذلك الخيار رغبته في عدم التعاقد، وهذا الاستعمال للخيار يكون نهائياً، فلا يجوز الرجوع فيه، أي لا يجوز الرجوع فيما اختاره المتعاقد من تنفيذ للعقد، فبعد اختياره هذا لا يحق له العودة والمطالبة بالرجوع.

- اختفاء حالة الشك والقلق التي كانت تشوب تنفيذ العقد والتي تدفع بالمتعاقد إلى الترقب والانتظار إلى ماسيئول إليه أمر العقد.

ب - أن يفسخ العقد فإن كان الخيار للمشتري فعليه أن يرد الشيء إلى بائعه ويسترد الثمن الذي دفعه في المبيع، وهذا متفق عليه بين الفقهاء^(١)، أي أن الفسخ كما يقول الفقهاء في هذه الحالة يكون رافعاً للعقد من أصله^(٢)، أي يكون بأثر رجعي في عبارة القانون الوضعي. ومن ثم يقع على المتعاقد الذي نفذ العقد لصالحه إعادة الحال إلى ما كان عليه، فإذا كان المشتري في البيع المنزلي قد تسلم المبيع من البائع وجب عليه إعادته بالحالة التي تسلمه عليها.

وإن كلاً من الإجازة والفسخ كما يكون بالقول يمكن أن يكون بالفعل^(٣)، فالإجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع، كأجرت ورضيت والفسخ القولي كل لفظ يدل على عدم الرضا كفسخت وتركت^(٤).

(١) انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ص ٤٩٧، وذهب أبو حنيفة والشافعي بخلاف مالك وابن حنبل إلى أن غبن المسترسل إذا غبن غبناً يخرج عن العادة ليس له فسخه، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامته لا يمنع لزوم العقد، كييع المسترسل، وكالغبن اليسير، انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ص ٤٩٨.

(٢) انظر: شيخ الاسلام، المقدسي، المرجع السابق، ص ٩١.

(٣) المادة ٣٠٢ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) المادة ٣٠٣ من مجلة الأحكام العدلية.

كان ذلك بمناسبة شرح أحكام عقد البيع، وأن هذا لا يمنع من سريان هذا الخيار على جميع عقود المعاوضة^(١).

١٣١ - مدة الخيار: لم يتفق فقهاء المسلمين حول المدة التي يبقى فيها خيار الغبن قائماً، فالحنابلة والأحناف والشيعة الإمامية لا يشترطون الفور في استعمال الخيار وإنما يجوز التراخي فيه فيبدأ الخيار عندهم من وقت اكتشاف الغبن، ويبقى مستمراً إلى فسخ العقد أو امضائه^(٢).

أما الشافعية فيشترطون الفور في استعمال الخيار، أي يجب على المغبون استعماله عند الاطلاع على الغبن، وإذا تأخر في طلب الفسخ بدون عذر سقط حقه في الخيار. وقد كان المالكية أكثر تحديداً من بين المذاهب الإسلامية في سريان خيار الغبن، فقد حددوا مدة الخيار بسنة من وقت صدور التصرف يكون خلالها للمغبون خيار طلب فسخ العقد، وإذا لم يطلب الفسخ خلال السنة لزم العقد^(٣)، وسبب لزوم في هذه الصورة هو أن الخيار إنما يثبت ضمن المدة، فإذا مرت بدون استعمال زال مانع لزوم العقد، وهو الخيار الذي قد بطل فكان لازماً بالضرورة.

١٣٢ - سقوط خيار الغبن: لا شك أن بقاء خيار الغبن سلاحاً فاعلاً يوجه إلى العقد المشوب به إلى ما لانهاية أمر يتنافى مع استقرار المعاملات وثبوتها، ولذا فإنه لا بد لهذا الخيار أن يأتي وقت يسقط فيه، وحالات سقوطه في الفقه الإسلامي متعددة هي كما يأتي^(٤):

١ - التصرف في المبيع: إذا كان الخيار للمشتري وتصرف في المبيع

(١) انظر: الخوئي، المرجع السابق، جزء (٢) ص ٢٤٠، مسألة ١٣٥.

(٢) انظر: البهوتي، كشف القناع، جزء (٢) ص ٦٥، الكاساني، البدائع، جزء (٥) ص ٢٨١، الخوئي، جزء (٢)، ص ٤٠ مسألة ١٣٤.

(٣) انظر في ذلك: Rawandozi: Op.cit., p. 235.

(٤) انظر في ذلك: والمراجع المشار إليها في الصفحة المذكورة.

(٤) انظر: منير القاضي، المرجع السابق، ص ٣٢٥ - ٣٢٦.

الاستهلاك إذ أن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات^(١)، أما لو باعه على أنه بالخيار ثم اطلع على الغبن فله أن يردّه لأن البيع بشرط الخيار للبائع لا يتعلق به حق المشتري، لأنه لا يخرج المبيع عن ملك البائع^(٢)، هذا إذا كان المبيع قيمياً أما لو كان مثلياً فإن استهلكه كله فالحكم فيه كذلك وإن استهلك بعضه فيرد ما بقي مع مثله ما أتلّفه ويرجع بكل الثمن^(٣).

وللشيعة الإمامية تفصيل في ذلك مؤداه: «إذا تلف ما في يد الغابن بفعله أو بأمر سماوي وكان قيمياً ففسخ المغبون رجع عليه بقيمة التالف وفي كونها قيمة زمان التلف أو زمان الأداء وجوه أقواها الثاني، ولو كان التلف باتلاف المغبون لم يرجع عليه بشيء، ولو كان باتلاف أجنبي ففي رجوع المغبون بعد الفسخ على الغابن أو على الأجنبي أو يتخير في الرجوع على أحدهما وجوه أقواها الأول، ويرجع الغابن على الأجنبي، وكذا الحكم لو تلف ما في يد المغبون ففسخ بعد التلف فإنه إن كان التلف بفعل الغابن لم يرجع على المغبون بشيء، وإن كان بأفة سماوية أو بفعل المغبون أو بفعل أجنبي رجع على المغبون بقيمته يوم الفسخ ورجع المغبون على الأجنبي إن كان هو المتلف وحكم تلف الوصف الموجب للأرض حكم تلف العين^(٤)».

٤ - حدوث عيب في المبيع : إذا حدث عيب في المبيع بعد قبض المشتري إياه سقط الخيار^(٥).

٥ - التنازل عن حقه في الخيار في وقت سابق بعد معرفته بوجود الغبن^(٦).

(١) انظر: المادة ٩٨ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) انظر: المادة ٣٠٨ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) انظر: سليم رستم باز، المرجع السابق، ص ٢٠٠، الخوئي، جزء (٢) ص ٣٨ مسألة ١٣١،

منير القاضي، المرجع السابق، ص ٣٢٥، حاشية ابن عابدين، جزء (٥) ص ١٤٤.

(٤) انظر: الخوئي، المرجع السابق، جزء (٢) ص ٤١.

(٥) وهذا الحكم نفسه بالنسبة لخيار العيب، انظر المادة ٣٣٩ من مجلة الأحكام العدلية.

(٦) انظر: المادة ٣٤٣ من مجلة الأحكام العدلية، وقرب المادة ٥٣٠ - ٥٣١ من مرشد الحيران، والمالكية لا يشترطون هذا الشرط، انظر: الخطيب الشربيني، جزء (٤) ص ٤٣٩.

٦ - إذا حصل في المبيع زيادة متصلة غير متولدة، كما إذا بنى مشتري العرصه عليها بناء^(١)، أما الزيادة المنفصلة المتولدة كما إذا ولدت الدابة فلا تسقط الخيار.

وإذا سقط الخيار بوجه من الوجوه فليس للمضروب الرجوع بشيء على الغار مطلقاً، ويرى البعض أن قواعد الفقه الاسلامي لا تأبى اعطاء حق الرجوع بمقدار الغبن على الغار في حالات السقوط المتعلقة بهلاك المبيع أو استهلاكه، وحدوث عيب في المبيع، وحصول زيادة متصلة غير متولدة في البيع، وهذا موافق للعدل على حد تعبيرهم^(٢).

(١) انظر: المادة ٣٦٠ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) انظر: منير القاضي، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني في المادة ١٥٠ - وقانون المعاملات المدنية الاماراتي في المادة ١٩٢ - قد جاء متأثراً بحالات سقوط الخيار في الفقه الاسلامي، فقرر أنه: «يسقط الحق في الفسخ بالتغريب والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفاً يتضمن الاجازة وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته ويتبين من النص المشار ما يأتي:-

أولاً: أن هذا النص لا يسري على الحالة الواردة بالمادة ١٤٩، لأنه قرر سقوط الحق في الفسخ «للتغريب والغبن الفاحش» وهو القاعدة الأصلية في هذا العيب من عيوب الرضا المقررة في المادة ١٤٥. ولم يتضمن أية إشارة إلى الاستثناء من القاعدة الواردة بالمادة ١٤٩ وهو الفسخ للغبن الفاحش دون تغريب الخاص بمال ناقص الأهلية ومال الدولة ومال الوقف، وعلى ذلك فالحق في الفسخ في هذه الأحوال الثلاث لا يسقط وفقاً للمادة ١٥٠ المذكورة، وحكمة المشرع في ذلك واضحة، حيث أن حكم المادة ١٤٩ استثناء مقرر للمصلحة العامة وله نص خاص، وحكمة تقرير الاستثناء وهي الصالح العام للمجتمع، هي ذات الحكمة التي تقتضي اعتباره استثناء كذلك من نص المادة ١٥٠، فلا يرد السقوط على الحالات المذكورة في المادة ١٤٩ المشار إليها.

ثانياً: ليس كل تصرف في المال محل العقد يرتب سقوط الحق في طلب الفسخ للتغريب والغبن الفاحش، بل التصرف الذي يتضمن الاجازة، وتحديد التصرف الذي يتضمن هذا المعنى والتفرقة بينه وبين سائر أنواع التصرفات من اختصاص قاضي الموضوع، وهلاك المال، واستهلاكه وتعيبه وزيادته، وهذه الحالات المذكورة هي نفسها التي اعتبرها الفقه الاسلامي، كما سنرى لسقوط خيار الغبن.

الفرع الثاني في القانون الكويتي

١٣٣ - تمهيد. ١٣٤ - في تشريعات الدول المختلفة. ١٣٥ - في القانون المدني الكويتي. ١٣٦ - ١ - تعديل أثر العقد. ١٣٧ - ٢ - حق المتعاقد مع المغبون في فسخ العقد اتقاء تعديل آثاره. ١٤٠ - تعقيب.

١٣٣ - تمهيد: يحسن قبل عرض موقف القانون المدني الكويتي من جزاء الغبن أن نبين جزاء الغبن في تشريعات الدول المختلفة، حتى نستطيع على ضوء ذلك أن نرى مدى تأثير القانون الكويتي بالحلول التي أخذت بها هذه التشريعات.

١٣٤ - في تشريعات الدول المختلفة: لم تتفق تشريعات الدول المختلفة على غط واحد بالنسبة لجزاء الغبن، وإنما تعددت اتجاهاتها.

فبالنسبة للقانون المدني الفرنسي فإنه قرر نقض *la rescision* العقد للغبن (ابطاله) كجزاء في المادة ٨٨٧ الخاصة بالقسمة والمادة ١٦٧٤ المتعلقة ببيع العقار، ويكاد يجمع الفقه في فرنسا على أن البطلان، هنا، هو بطلان نسبي^(١)

= ثالثاً: لم يرتب القانون الأردني مدة تسقط فيها دعوى الفسخ فيمكن اقامتها في أي وقت، طالما لم يسقط حق الفسخ في الحالات المشار إليها، وإن كان المشرع الأردني في عدم تجديده مدة لسقوط دعوى الفسخ يتبع رأي مجموعة من فقهاء المسلمين، كما ذكرنا، وعلى رأسهم الأحناف، إلا أنه كان الأولى حرصاً على استقرار المعاملات النص على مدة زمنية لسقوط الحق في فسخ العقد لعب التغرير والغبن الفاحش حتى لا تبقى دعوى الفسخ سيقاً مسلطاً إلى مالا نهاية على عنق المتعاقد.

رابعاً: إن المشرع الأردني - اقتداء بالفقه الاسلامي - عبر عن أثر الغبن بقابلية العقد للفسخ، وكان على المشرع أن يجتريز عند استخدامه هذا التعبير والذي يفيد معنى واسعاً في الفقه الاسلامي لا يقتصر على معناه القانوني الدقيق وهو إزالة وحل الرابطة التعاقدية لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، بل يشمل كل حالات ازالة وحل العقد.

Marty et Raynaud: Op.cit., p.147. No.160

(١) انظر في ذلك:

يخضع للقواعد العامة لهذا النوع من البطلان^(١). وإلى جانب نقض العقد كجزاء للغبن في هاتين الحالتين أوجد المشرع الفرنسي في تشريعات لاحقة على القانون المدني أنواعاً أخرى من الجزاءات، فأجاز للطرف المغبون وفقاً لقانون بيع السداد رقم ٨ يوليو ١٩٠٧ طلب تخفيض سعر السداد المبالغ فيه إلى جانب طلب التعويض، كما أجاز له في قانون ٧ يوليو ١٩٦٧ بشأن الانفاق حول المساعدة البحرية حق ابطال العقد أو تعديله، وهذا الجزاء الأخير ورد كذلك في قانون ١١ مارس ١٩٥٧ المتعلق باستغلال حق المؤلف، وأجاز قانون ٢٨ ديسمبر ١٩٦٦ المتعلق بالقرض بفائدة للطرف المغبون أن يطالب بتخفيض الفائدة المرتفعة^(٢)، وسبق أن تعرضنا لهذه القوانين بالتفصيل في حينه.

أما القانون المدني الايطالي فإنه أجاز للطرف المغبون وفقاً للمادة ١٤٤٨ إبطال العقد وتلافي البطلان فقد خول المشرع الايطالي للطرف المغبون إجازة العقد المشوب بالغبن، كما أجاز للمتعاقد معه أن يعدل العقد بما فيه الكفاية لإعادة التوازن بين البديلين^(٣)، ويتفق مع القانون الايطالي في ذلك قانون كوبيك الصادر في ١٤ يوليو ١٩٧١ والمتعلق بحماية المستهلك^(٤).

وفيما يتعلق بالقانون المدني العراقي، والأردني، والاماراتي، والتونسي، والمغربي، والموجبات والعقود اللبناني، والايرواني، فإنه رغم اتفاقهم على أن الغبن الفاحش يكون مؤثراً في عقود طائفة معينة من الأشخاص كالمحجور عليه أو ناقص الأهلية والدولة والوقف إلا أنهم اختلفوا حول الجزاء في مثل هذه الحالة.

فكان القانون المدني العراقي أكثرهم تشدداً في ذلك حيث قرر في المادة

(١) وتجدر الإشارة الى أن المادة ١٦٧٦ من القانون المدني الفرنسي، حددت مدة رفع الدعوى للغبن في بيع العقار بـ ١٠ سنوات من تاريخ البيع وهي مدة قصيرة، وهذا فيه خروج على القواعد العامة في البطلان النسبي.

Weill: op. cit. p. 252; Marty et Raynaud: op. cit. P. 148.

(٢)

Rodiere: Op.cit., p.115-116

(٣) انظر:

Bricks: Op.cit., p.37.

(٤) انظر:

١٢٤ / ٢ منه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً - وهذا ما ذهب إليه اتجاه في الفقه الاسلامي -، في حين جعل القانون المدني المغربي في المادة ٥٦ منه العقد، هنا، قابلاً للإبطال. وأيده في ذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ٢١٤ منه. أما القانون المدني الأردني (المادة ١٤٩) والاماراتي (المادة ١٩١) والتونسي (المادة ٦١) والايروبي (المادة ٤١٦) فقد أجاز للطرف المغبون فسخ العقد. ونعتقد أن اصطلاح الفسخ الوارد في هذه القوانين هو في حقيقته ابطال، لأن مفهوم الابطال أكثر تحقّقاً في هذا الغرض من الفسخ الذي يكون جزاء اخلال أحد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته.

ولم يكف القانون المدني الأردني، والاماراتي، كما أشرنا، بجعل الغبن الفاحش وحده مؤثراً في العقد وإنما جعل الغبن اليسير كذلك، فنص في المادة ١٨٩ منه على أن: «إذا أصاب مال المحجور عليه للدين أو للمريض مرض الموت وكان دينها مستغرقاً. فإن العقد في هذه الحالة يكون موقوفاً على رفع الغبن أو اجازته من الدائنين وإلا بطل^(١)».

ويتضح أن المشرع الأردني ومن بعده الاماراتي اعتد بالغبن اليسير في مجال معين، وهذا يتفق كما رأينا، مع اتجاه الفقه الاسلامي، وهو مجال مال المحجور عليه للدين والمريض مرض الموت إذا استغرقت الديون مالها، وقررت المادة ١٨٩ المشار إليها أن هذا الغبن في هاتين الحالتين يرتب اعتبار العقد موقوفاً على أحد أمرين: إما أن يرفع الغبن وذلك بزيادة ما لحق المغبون، وإما أن يميز الدائنون في الحالتين العقد فينفذ تبعاً لذلك. وفي حالة عدم رفع الغبن أو اجازة الدائنين بطل العقد (ويقصد به ابطال العقد).

وفي هذا يختلف الجزاء المترتب على الغبن في العقود، في القانون المدني الأردني والاماراتي، بحسب نوعية من وقع عليهم الغبن من جانب، وبحسب ما إذا كان الغبن فاحشاً أم يسيراً من جانب آخر، فإذا كان الغبن فاحشاً ووقع على مال المحجور كالصغير والسفيه والمجنون ومال الوقف وأموال الدولة فإن

(١) انظر: المادة ١٨٩ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة.

الجزء هنا هو فسخ العقد^(١)، أما إذا كان الغبن يسيراً وأصاب مال المحجور عليه للدين أو المريض مرض الموت وكان دينها مستغرقاً، فإن العقد يكون موقوفاً على رفع الغبن أو اجازته من الدائنين وإلا بطل.

أما القانون المدني اليمني فقد كان أكثر تفصيلاً ووضوحاً بالنسبة لجزاء الغبن مما سبقه من القوانين، فنص في المادة ١٨٠ منه على أن: «الغبن هو أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع العوض الآخر ولا تأثير للغبن على صحة العقد من البالغ العاقل، ويتأثر العقد بالغبن دائماً إذا وقع على مال وقف أو صغير أو من في حكمه أو على المتصرف عن غيره بالوكالة أو الفضالة، ويعتبر الغبن فاحشاً إذا بلغ عشر قيمة المعقود عليه وقت التصرف، وعلى الحاكم أن يستجيب لطلب ابطال العقد أو إزالة الغبن بحسب طلب المغبون أو من يمثله، ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال بأن يعرض إزالة الغبن قبل المغبون وتسمع دعوى المغبون إذا رفعت بعد ثلاث سنوات من تاريخ العقد مع عدم المانع».

هذا هو الجزء وتنوعه في تشريعات الدول المختلفة بالنسبة للعقد المشوب بالغبن، فما هو، اذن، موقف القانون المدني الكويتي؟

١٣٥ - في القانون المدني الكويتي: يتركز جزاء الغبن المجرد في القانون المدني الكويتي فيما يتعلق بحالات الغبن التي ترجع إلى صفة معينة في التعاقد على منح المغبون الحق في تعديل أثر العقد بما يرفع عنه الفحش فيه، وعلى حق التعاقد مع المغبون في فسخ العقد اتقاء تعديل آثاره، أما بالنسبة لحالات الغبن الأخرى فقد تعرضنا في حينه إلى الجزاءات المقررة في تلك الحالات.

(١) وقالت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني وهي بصدد تعليقها على المادة ١٤٩: «ولكن اختلف في الأثر هل هو البطلان أم الفساد. ذهب رأي إلى البطلان لأنه لا يجوز له عند مباشرته - وهذا ما أخذ به القانون العراقي -، وآخر إلى الفساد لصدور التصرف من أهله في محله، وهذا هو الراجح لاتفاقه مع القواعد العامة لأنه عقد منهي عنه، لوصف عرض له، وهو الغبن الضار بالمدعى عليه، وبناء على ذلك إذا باع الوصي مال الصغير بغبن فاحش أو أجر داره بغبن فاحش كان العقد فاسداً».

١٣٦- ١ - تعديل أثر العقد: تنص المادة ١٦٣ / ١ على أنه: «إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة . . . جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر، أو التزامه هو، بما يرفع عنه الفحش في الغبن». وتضيف في فقرتها الثالثة قائلة: «ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجرى عن المغبون ممن ينوب عنه وفقاً للقانون، أو أذنت به المحكمة».

ويتضح من المادة المشار إليها أن أثر الغبن فيها ينحصر في منح المغبون الحق في طلب تعديل أثر العقد بما يرفع عنه لا كل الغبن وإنما الفحش فيه فحسب، فدعوى الغبن لا تستهدف تقرير التعادل بين التزامات طرفي العقد وإنما فقط إزالة ما تجاوز الغبن اليسير^(١).

وتعديل آثار العقد الذي يثبت للدولة ولمن في حكمها عندما يلحقهم الغبن الفاحش يكون بتعديل الالتزام المقابل الذي يتحمل به الطرف الآخر، أو تعديل التزام المغبون نفسه وفق ما تقتضيه الظروف وتعملية العدالة.

فإذا بيع مال القاصر، مثلاً، بغبن فاحش عليه أمكن له أن يطلب من القضاء الحكم بانقاص التزاماته الباهظة أو الحكم على المشتري بتكملة الثمن وذلك بما يرفع الفحش من الغبن، وإذا اتفقت الدولة بطريق الممارسة مع مفاوض على أن يقوم بمشروع معين نظير مبلغ محدد، فيه غبن فاحش لها، أمكنها أن تطلب انقاص التزاماتها هي أو زيادة التزام المفاوض.

(١) وفي هذا تختلف دعوى الغبن الحاصل في العقود بوجه عام، اضراً بالدولة ومن في حكمها، مع دعوى الغبن الحاصل في القسمة، فدعوى الغبن في القسمة تستهدف المساواة بين المتقاسمين. فإن لحق أحد المتقاسمين غبن، أمكن له أن يطلب إبطال القسمة، ما لم يكمل له نصيبه على النحو الذي كان يستحقه بالمساواة مع متقاسمه. ويلاحظ أن ثمة فرقاً آخر بين دعوى الغبن الحاصل في العقود بوجه عام للدولة ومن في حكمها وبين دعوى الغبن في القسمة. فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى إبطال، أي أنها تستهدف إزالة العقد بالكلية. أما دعوى الغبن في العقود بوجه عام لمصلحة الدولة ومن في حكمها، فلا تستهدف إبطال العقد، وإنما تعديل آثاره بما يرفع الغبن الفاحش فحسب. انظر في الغبن في القسمة المادة ٨٣٢ مدني.

ولا يلزم في هذا المجال أن ينقص القاضي الالتزامات الباهظة أو المرهقة إلى الحد الذي يجعلها معادلة تماماً لما يقابلها وإنما يكفي أن ينقصها إلى الحد الذي يجعلها عادلة غير باهظة أي بالقدر الذي يراه كافياً لرفع الغبن وجعل عدم التعادل بين الالتزامات المتعادلة غير مفرط وهذه مسألة تدخل في التقدير المطلق للقاضي فينظر فيها حسب الظروف في كل حالة على حدة.

وإذا طلب المغبون انقاص التزاماته فليس هناك ما يمنع القاضي من أن يرفض الطلب ويحكم بزيادة التزامات المتعاقد الآخر بناء على طلب هذا الأخير إذا قدر القاضي أن ذلك أدعى إلى تحقيق العدالة بالنظر إلى الظروف، كما لو كان المغبون قد باع كمية معينة من سلعة ما بثمان بخس وطلب انقاص الكمية التي يلتزم بها بمقتضى العقد، وعرض المشتري زيادة الثمن.

ومجوز كذلك طلب زيادة التزامات المتعاقد الآخر، فليس هناك أيضاً ما يمنع القاضي من أن يرفض الطلب ويحكم بناء على طلب المتعاقد الآخر بانقاص التزامات المغبون، كما لو كان المغبون في المثال السابق هو المشتري الذي اشترى بثمان باهظ وطلب زيادة الكمية التي يلتزم بها البائع وعرض البائع انقاص الثمن الذي التزم به المشتري.

ومقدار هذه الزيادة يرجع فيها إلى تقدير قاضي الموضوع ولا يشترط كذلك أن تكون هذه الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشيء بل يكفي أن تكون بحيث تجعل الغبن الذي يتحمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش^(١).

وإذا كان الطرف المغبون له الحق في طلب تعديل العقد، إلا أنه ليس له طلب إبطاله لأن النص جاء قاصراً على طلب تعديل العقد فحسب، كما أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد، إذا طلب منه تعديله، لأن القاضي لا

(١) انظر: نبيل استماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدني والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الأولى ١٩٨٤، ص ٢٥١. أسعد الكوراني، البحث السابق، ص ٣٦.

يحكم بأكثر مما يطلب منه من جهة^(١)، ولعدم النص على ذلك في المادة ١٦٣ المشار إليها من جهة أخرى، ولا يحول، أخيراً، دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجرى عن المغبون ممن يتوب عنه وفقاً للقانون، أو أذنت به المحكمة، ذلك لأن النائب قد لا يبذل من العناية بمصلحة من يمثله القدر اللازم الذي تقتضيه مصلحته.

١٣٧ - ٢ - حق التعاقد مع المغبون في فسخ العقد اتقاء تعديل أثاره: إذا كان للدولة ولن في حكمها عندما يلحقهم الغبن الفاحش أن يطلبوا تعديل الالتزامات بما يرفع الفحش من الغبن، إلا أن المشرع قدر أن التعديل قد يضر بالتعاقد الآخر الذي ارتضى العقد بالشروط التي تم بها وما كان ليرتضيه لولا هذه الشروط، أو إذا كان التعديل بزيادة التزامه بحيث لا يستطيع أن يدفع الزيادة^(٢)، ولذلك نصت المادة ١٦٤ على أنه: «يجوز للمتعاقد مع المغبون أن يتوقى تعديل أثر العقد بطلب الفسخ، وذلك ما لم يكون المغبون هو الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة» وعلى ذلك إذا كان المغبون هو عديم أو ناقص الأهلية أو جهة الوقف فيكون للمتعاقد الآخر إذا ما رفعت دعوى الغبن أن يختار بين أن يتحمل نتائج الحكم بتعديل أثر العقد وبين الفسخ فله أن يطلب الفسخ الذي يؤدي إلى اعتبار العقد كأن لم يكن ويسترد كل من المتعاقدين ما أداه. والعلة في عدم اعطاء المتعاقد الآخر في طلب الفسخ إذا كان المغبون هو الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة هو أن الفسخ قد يؤدي إلى تعطيل المصلحة العامة، فيجب التضحية بمصلحة المتعاقد الآخر في الفسخ في سبيل تحقيق المصلحة العامة.

وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية وهي بصدد تعليقها على المادة ١٦٤ قائلة: «ويجبيء المشروع، في المادة ١٦٤، ويرخص لمن يتعاقد مع المغبون،

(١) انظر: جلال العدوي ومحمد لبيب شنب: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٧٦.

(٢) انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٩٦ - ٣٩٧، فقرة ١٩٦، منصور

مصطفى منصور، مذكرات في التزامات (١)، المرجع السابق، ص ١١٥.

الذي يطعن بالغبن، أن يتوقى زيادة عبء التزامه بما يرفع الغبن الفاحش، وذلك بمنحه الحق في طلب فسخ العقد. وقد راعى المشروع، في منح هذه الرخصة للمتعاقد مع المغبون، أنه من المحتمل أن يكون قد ارتضى العقد لمجيئه على نحو ما تم عليه، بحيث أنه ما كان ليرتضيه بالزيادة التي يراد له أن يتحملها في مدى التزامه. ثم أنه قد يكون في تحميله هذه الزيادة ما يبهظه. فإذا كان ذلك، فلا أقل من أن يترك له الخيار بين أن يتقبل الزيادة في مدى التزامه بما يرفع عن المغبون فحش الغبن، وبين أن يتحلل من العقد. على أن المشروع يمنع رخصة توقي الزيادة في الالتزام عمن قد تعاقد مع الدولة أو مع غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، تقديراً منه للمصلحة العامة التي قد تتأذى من فسخ العقد، والتي ينبغي على المصلحة الخاصة أن تنزوي أمامها.

١٣٨ - وتجدر الإشارة إلى أنه أثناء عرض مشروع القانون المدني على اللجنة التشريعية أبدت وزارة العدل ملاحظات حول المادة ١٦٣ مؤداها: جعلت للمغبون طلب تعديل التزام الطرف الآخر بما يرفع عنه الفحش في الغبن، ولما كانت الأموال التي أرادت هذه المادة حمايتها هي أموال محل طمع - عادة - بما يحسن معه حمايتها على نحو يكفل عدم التعدي عليها وذلك بأن يكون للمغبون حق طلب ثمن المثل أو فسخ العقد، إذ أن المادة بحالتها تحول له أن يطلب رفع القيمة إلى أربعة أضعافها، في حين أن المادة ١٦٤ جعلت للطرف الآخر أن يتوقى التعديل بأن يطلب الفسخ، والمفروض أنه إذا أعطى أحد الأطراف حق الفسخ يكون للطرف المقابل المتمتع بهذا الحق، فضلاً عن أن الطرف الغابن إذا علم وقت التعاقد أن العقد مهدد بالفسخ عند اكتشاف الغبن قد يجعله لا يقدم على مثل ذلك التصرف^(١).

وكان الرد على هذه الملاحظات بالقول بأن: جزاء الغبن - مجرد الغبن - هو تكملة الثمن إلى الحد الذي يرفع الفحش في الغبن. هذا هو منطلق الغبن. لأن العقد لو جاء منذ الأصل بغير فحش في الغبن لوقع صحيحاً، حتى

(١) انظر: الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ص ٦٠٧ - ٦٠٨.

لو تضمن سير الغبن . وهذا هو الحكم الذي يقول به القانون المعاصر والفقهاء الاسلامي في مجموعه على حد سواء وعلى الأخص المذهب المالكي . ولم يخالف ذلك إلا المذهب الحنفي وتبنته المجلة في المادة ٣٥٦ . أما المذهب المالكي فهو يتمشى مع منطق الغبن ويقضي بأنه إذا لحق الغبن اليتيم ومن في حكمه فإن جزءا غبنه هو تكملة الثمن إلى ما يرفع عنه الفحش فيه . وقد تجاوب المشروع مع المذهب المالكي وأخذ بحكمه لتمشيه مع منطق الأمور ومع الأحكام العامة فيه . وليس من المصلحة اطلاقاً أن يخول المغبون الحق في فسخ العقد إذا ما انصاع الطرف الآخر إلى قضاء القاضي في تكملة الثمن . أما إذا قضي على المتعاقد مع المغبون بتكملة الثمن ولم يؤدها، فيجوز للمغبون عندئذ أن يطلب الفسخ بطبيعة الحال اعمالاً للقواعد العامة في الفسخ التي أوردها المشروع .

أما الرخصة التي أعطيت للغابن في بعض الحالات في فسخ العقد إذا قضي عليه بتكملة الثمن ولم يكن راغباً في التصرف على النحو الجديد فقد بنيت على اعتبار خاص بالغابن . إذ أنه قد يكون رتب أموره على أساس الوضع الذي تعاقد عليه في الأصل . وهو تعاقد الفرض أنه سليم تماماً من الناحية القانونية بالنسبة إلى ذات قيامه . فالفرض مثلاً بالنسبة إلى القاصر أنه أجرى من وليه وبعد اذن المحكمة في الحالات التي يتطلب فيها هذا الاذن . أما إذا جاء تصرف ناقص الأهلية ومن في حكمه بغير مراعاة اجراءات القانون فهو قد يقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، بغض النظر عن الاستناد إلى فكرة الغبن^(١) .

١٣٩ - والملاحظ أن القانون المدني الكويتي قد استعمل في المادة ١٦٤ مصطلح «الفسخ» ولا شك أن المشرع الكويتي وإن جاء في هذا الاستعمال متأثراً بالفقه الاسلامي ، كما رأينا، إلا أنه يخالف في الوقت نفسه ، السياسة العامة التي سار عليها في القانون المدني، حيث استعمل مصطلح «ابطال» في مثل الحالة الواردة في المادة المذكورة .

ولا شك أن المشرع الكويتي في هذا الاتجاه لم يكن موفقاً في إيراد

(١) انظر: الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ص ٦٠٨ - ٦٠٩ .

مصطلح الفسخ، لأن الفسخ له معنى محدد وهو الجزاء المترتب على عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته وهذا ما أكدته القانون المدني نفسه في المادة ٢٠٩ منه بقوله: «١ - في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وبعد اعذاره، جاز للمتعاقد الآخر، إن لم يفضل التمسك بالعقد، أن يطلب من القاضي فسخه...» وفي حالة الغبن لا يوجد إخلال من أحد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته حتى يمكن تقرير الفسخ، وإنما كان الأجدر أن يستعمل «إبطال» بدلاً من الفسخ، فبالإضافة إلى أن هذا الاتجاه يؤدي إلى توحيد الاصطلاحات في القانون فإنه لا يتعارض مع سياسة المشرع المدني نفسه الذي استعمل الإبطال في حالات مماثلة.

حيث أن العقد القابل للإبطال وإن كان بحسب الأصل ينتظم في حالتين أساسيتين هما نقص الأهلية وعيوب الإرادة^(١) إلا أن المشرع جعل العقد قابلاً للإبطال في حالات أخرى، نص عليها، لا يرد عليها، نقص في الأهلية ولا عيب من عيوب الإرادة، منها ما تقضي المادة ٤٥٦ / ١ بأنه في حالة عدم علم المشتري بالمبيع علماً كافياً يكون له الحق في طلب إبطال العقد. والمادة ٨١٦ / ١ بشأن الشرط المانع من التصرف التي وضعت الجزاء على مخالفة المالك الشرط الصحيح وذلك بأن منحت كلاً من المشتري ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف المخالف للشرط، وكذلك الحال بالنسبة للغبن في القسمة الاتفاقية حيث ورد في المادة ٨٣٢ / ١ أن للمتقاسم الحق في طلب إبطال القسمة التي تمت بالتراضي إذا لحقه منها غبن يزيد على الخمس.

ولا نرى بعد ذلك أي مبرر من استعمال المشرع للفسخ بدلاً من الإبطال في المادة ١٦٤ المشار إليها، ولا حجة بعد ذلك للقول بأن القابلية للإبطال لا تستقيم مع الحالة الواردة في المادة المذكورة لأنها لا ترد إلا على العقود المشوبة بعيب نقص الأهلية أو عيوب الإرادة، لأن المشرع نفسه قد خالف هذا الأصل، كما رأينا، بتقرير القابلية للإبطال كجزء في عقود أخرى لا يرد عليها نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة المعروفة.

(١) Gaudemet: Théorie générale des obligations. S. 1965. p. 141-160.

١٤٠ - تعقيب : إن جزاء الغبن في قوانين الدول المختلفة ومنها القانون المدني الكويتي لم يأت على نمط واحد، وإنما اختلف من دولة إلى أخرى وفقاً لنظرة المشرع وتصوره في تقرير حماية المتعاقدين المغبون، وهذه الجزاءات باختلاف أنواعها تهدف إلى تحقيق هدفين أساسيين تسعى إليها القوانين في وقت واحد، وهما إعادة التوازن بين البديلين في العقد بما يرفع الغبن عن الطرف المغبون من جانب واستقرار المعاملات المالية وثباتها إلى أبعد مدى من جانب آخر.

المطلب الثاني دعوى الغبن

١٤١ - تمهيد. ١٤٢ - طبيعة الميعاد. ١٤٣ - بدء الميعاد. ١٤٤ - أثر انقضاء الميعاد. ١٤٥ - اثبات الغبن.

١٤١ - تمهيد : نتعرض في هذا المطلب إلى دعوى الغبن من حيث طبيعة ميعادها وبدء الميعاد، وأخيراً أثر إنقضاء الميعاد وذلك على النحو الآتي:

١٤٢ - طبيعة الميعاد: حددت المادة ١٦٦ من القانون المدني المدة التي ينبغي أن ترفع خلالها دعوى الغبن أعمالاً لحكم المادة ١٦٣، وهذه المدة هي سنة واحدة - وهي المدة نفسها التي حددتها المادة ١٦١ / ١ بالنسبة لدعوى الاستغلال - سواء كانت هذه الدعوى دعوى تعديل التزام الطرف الآخر في العقد أو التزام الطرف المغبون أو دعوى فسخ العقد، والسنة هنا ليست ميعاداً للتقادم Prescription ولكنها ميعاد سقوط délai préfix، لذلك فلا يطبق عليها لا أحكام الوقف ولا الانقطاع أي لا يرد عليها لا الوقف ولا الانقطاع^(١).

وهذا على خلاف فكرة مرور الزمن المانع من سماع الدعوى التي اعتنقها المشرع الكويتي في المواد ٤٣٨ - ٤٥٣، حيث أنه لا يعطي الحق إلا بشرط أن يباشر في مدة محددة وهو يرى أن انقضاء المدة يؤدي إلى انقضاء الحق انقضاء

(١) انظر: ابراهيم الدسوقي، الرجوع في التعاقد، البحث السابق، ص ١٢٣ - ١٢٤. وانظر في هذا الاتجاه كذلك: Req.: 3mai 1927. D.H. 1927. 302; Civ. Sec. Civ. 29mars 1950. D. 1950. 396 et sur renvoi Grenoble 20fevr. 1952. D. 1952.498.

آلياً دون استثناء كما أنه يرى أن توطيد قيام التصرف الظاهر أمر لا يخلو من فائدة، وفي جعل هذا الميعاد ميعاد «عدم سماع الدعوى» يخضع لأسباب الانقطاع العادية ما يتعارض مع مقصوده^(١).

وهذا الميعاد القصير تبرره رغبة المشرع في معرفة مصير العقد، فحماية المصلحة العامة تقتضي ألا يطول بقدر المستطاع، تعليق مصير العقود على دعوى مجال الادعاء فيها واسع رحب، وإذا كان كل عقد لا يصبح نهائياً إلا بعد مضي فترة طويلة يمكن خلالها الطعن فيه فإن في هذا تعريضاً بالائتمان واستقرار التعامل^(٢).

ومن جهة أخرى فإن تقدير قيمة الأدعاءات المتقابلة في العقد، ومن ثم معرفة ما إذا كان هناك غبن أم لا، يعتبر أمراً دقيقاً حال إبرام العقد، فكيف الحال إذن بعد أن يمر وقت طويل على إبرامه؟ لاشك أن الأمر يصبح أكثر صعوبة ودقة، وإذا كان الميعاد في حالة عيوب الإرادة المعروفة أطول منه في حالة الغبن والاستغلال ومن طبيعة مغايرة حيث يعتبر ميعاد تقادم، فذلك لأن الطعن في العقد لعيب من هذه العيوب أمر ميسر نسبياً يتبين وجه الحق فيه حتى ولو طال الزمن أكثر من سنة.

وعلى ذلك فإلى جانب الاضطراب وعدم الاستقرار وهي أمور ينفر منها المشرع دائماً في نطاق المعاملات، تقوم مشكلة أخرى هي مشكلة الإثبات التي يخشاها المشرع ولا يتحمس من أجلها لمباشرة الدعوى الناشئة عن الغبن^(٣).

١٤٣ - بدء الميعاد: أما فيما يتعلق ببدء الميعاد الذي ينبغي أن ترفع الدعوى فيه، فهو سنة من وقت إبرام العقد بالنسبة إلى الدولة أو غيرها من

(١) انظر: توفيق فرج، الرسالة السابقة، ص ٣٥٢، فقرة ١٤٣، انظر في التمييز بين التقادم المسقط والسقوط، عبد المنعم البدرأوي، أثر مضي المدة في الالتزام، رسالة دكتوراة، القاهرة، ١٩٥٠، فقرة ٣٣، وما بعدها، ص ٤٣ وما بعدها.

(٢) انظر: عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، فقرة ٤٤، ص ٥٤ - ٥٥.

(٣) انظر: توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف، ومن وقت اكتمال الأهلية أو الموت بالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها. والمشرع الكويتي في هذه الحالة فرق بالنسبة لبدء ميعاد رفع دعوى الغبن بين الدعوى التي ترفع من الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف، وبين الدعوى التي ترفع من عديم الأهلية أو ناقصيها. فنص في المادة ١٦٦ على أن «... إذا لم ترفع خلال سنة، تبدأ بالنسبة إلى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت إبرام العقد، وبالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها من تاريخ اكتمال الأهلية أو الموت، وعلى أية حال تسقط الدعوى بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد».

فجعل المشرع الكويتي الميعاد يبدأ بالنسبة للفئة الأولى من تاريخ إبرام العقد^(١)، وذلك أن مدة السنة كافية لمثل هذه الفئة لتتحرى مصلحتها وتعرض حقيقة وضعها في العقد، لما تتوافر لديها من أساليب الخبرة والمعرفة فتكون مدة السنة تبدأ من إبرام العقد، حتى تستقر العقود.

أما بالنسبة للفئة الأخرى وهي فئة ناقصي الأهلية وعديميها، فهناك

(١) قرب المادة ١٤٤٨ من القانون المدني الإيطالي. وتجدر الإشارة إلى أن المادة ١٦٧٦ من القانون المدني الفرنسي قد حددت المدة بـسنتين لممارسة دعوى الإبطال للغبن من تاريخ بيع العقار. وفيما يتعلق بهذا النص فقد اتجه القضاء الفرنسي إلى القول أن مدة السنتين تبدأ من الاتفاق النهائي على العقد الذي قد يكون سابقاً على الاتفاق النهائي. انظر:

Trib. Civ. de Bordeaux: 6janv. 1948. J.C.P. 1948-4209; Rawandozi: Op.cit., p. 79; Paris 7Janv. 1825. S. 1825-2. Cass. Req.2mai. 1827. S. 1827-1-413

وإذا كان البيع معلقاً على شرط واقف فإن دعوى الغبن بأكثر من ١٢/٧ ومدة السنتين لا تبدأ إلا من تاريخ تحقق الشرط. انظر:

Cass. Civ. 9avr. 1937. D.H. 1937. P. 302; J. Josserand: Cours de droit civil français. T. II. P. 602. Civ. 1^{re} Sec. Civ. 22déc. 1954. D. 1955. 713. note de M.Malaurie; 18oct. 1955. D. 1956. Somm. 40.

أو من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً Civ. 24mars 1962. Gaz. Pal. 1962.2.136; Civ. 7mai 1962. D. 1965. Somm. 107.

أما في حالة الوعد الانفرادي بالبيع *la promesse de vente unilatérale* فإن مدة السنتين لا تبدأ =

مدتان أحدهما قصيرة هي سنة وتبدأ من وقت اكتمال الأهلية أو موت من كان عديم الأهلية أو ناقصها، والثانية طويلة هي خمس عشرة سنة وتبدأ من وقت إبرام العقد والدعوى تسقط بانقضاء المدة التي تنقضي أولاً، فنظراً لاختلاف وقت بداية المدة يكون من الممكن أن تنقضي أي المدتين قبل الأخرى^(١).

ولا شك أن ما دعا المشرع إلى تقرير مثل هذا الحكم هو ما رآه من أنه في العمل يتعذر على من يبرم التصرف وهو ناقص الأهلية أو عديمها أن يطعن فيه طالما لم تكتمل أهليته ومن ثم لزم أن تبدأ فترة السنة من وقت اكتمال الأهلية حيث أنه بهذا الاكتمال يستطيع أن يتدبر شؤنه ويعرف مصالحه فإما أن يرفع الدعوى خلال السنة أو يميز العقد صراحة أو ضمناً ومن ثم يستقر العقد، وأعطى المشرع الموت حكم اكتمال الأهلية وجعل السنة تبدأ من تاريخ الوفاة، وفي هذه الحالة يطعن بالعقد من له مصلحة في الطعن كالورثة.

١٤٤ - أثر انقضاء الميعاد: لا ينطبق ميعاد السنة بالنسبة للدعوى فقط بل ينطبق أيضاً بالنسبة للبطلان الذي يثار في صورة دفع، والعرض الذي يتصور فيه الدفع هنا يكون في الحالة التي لا يرفع فيها المغبون دعوى ولم ينفذ التزاماته خلال السنة التالية لإبرام العقد، فإذا ما طالبه الطرف الآخر بالتنفيذ فلا يمكن للمغبون في هذه الحالة أن يدفع بالغبن، إذ أن الأمر لا يتعلق هنا بتقادم حقيقي بل بسقوط من شأنه أن يضع حداً نهائياً لمباشرة الدعوى، وانتهاء الميعاد إنما هو واقعة موضوعية من شأنها أن تؤدي إلى زوال العيب الذي

= من تاريخ الوعد وإنما من تاريخ القبول. انظر في ذلك: Cass. Civ. 29mars 1949. Gas. Pal. 1949.1.287; Cass. civ. 9mai 1933. Gaz. Pal. 1933.2.266 avec une note; 8nov. 1933. Gaz. Pal. 1934.1.10; Civ. 3 aout 1935. D.H. 1935-572.

أما في حالة الوعد الملزم للجانبين la promesse synallagmatique de vente فإن الملكية تنتقل بمجرد موافقة الطرفين على المبيع وعلى السعر (م ١٥٨٩) انظر: Cass. 14nov. S. 1936. 1.52; Planiol et Ripert: T.10, No. 242; Poitiers: 24mai 1949. D. 1949. 343. وبعبارة أخرى فإن المدة تبدأ من تاريخ التوقيع على العقد. انظر: Paris. 15 juill. 1931.2.147; Chambéry 13mars. 1944. D.H. 1944.80.

(١) انظر: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١١٥.

يلحق بالعقد وتصحيحه بأثر رجعي ، فالعقد يصير نهائياً بصفة مطلقة ولا يمكن إثارة ابطاله لا في صورة دعوى ولا في صورة دفع .

وقد أخذ بهذه الفكرة في الفقه الفرنسي حتى من الكتاب الذين يأخذون بمبدأ عدم قابلية الدفع للتقادم ، فهم يقررون دائماً أن هذا المبدأ لا يطبق في حالة مواعيد السقوط ، ويطبق القضاء الفرنسي هذا الحكم نفسه ، فهو يقرر أن مبدأ عدم تقادم الدفع لا ينطبق إذا كان الميعاد محدداً يؤدي انقضاؤه إلى سقوط الدعوى^(١) .

وفي حقيقة الأمر فإن هذه النتيجة تبدو كأثر لطبيعة الميعاد فلا يمكن الاحتجاج بالحق إذا ما انتهى هذا الميعاد وإلا ما كان هناك داع لتحديده سلفاً بطريقة صارمة ، ذلك أن السماح ببقاء الدفع معناه إطالة الميعاد إطالة غير محددة وهذا شأنه في ذلك شأن امكان الايقاف بالنسبة لانقضاء الدعوى لا يتفق وطبيعة الميعاد المحدد^(٢) .

١٤٥ - اثبات الغبن : يعتبر الغبن الفاحش لوحده عيباً مؤثراً في العقد وفقاً للمادة ١٦٣ دون حاجة لاقتراحه بأي عيب من عيوب الإرادة المعروفة ، فهو واقعة مادية يستقل القاضي بتقديرها يجوز اثباتها وفقاً للقواعد العامة بكافة طرق الاثبات المعروفة^(٣) ، ومنها الاستعانة بأهل الخبرة لتقدير قيمة التجاوز بين البديلين في العقد ، ويقع عبء اثبات الغبن في هذه الحالة على الطرف المغبون

(١) انظر: توفيق فرج ، الرسالة السابقة ، ص ٣٥٨ - ٣٥٩ ، فقرة ١٤٦ ، وانظر كذلك المراجع المشار إليها في هوامش ٣ ، ٤ ، ٥ في الصفحات ذاتها . وانظر : Req. 22déc. 1931. Gaz. Pal. 1932.1.435

(٢) انظر: توفيق فرج ، الرسالة السابق ، ص ٣٥٩ .

(٣) Req. 28déc. 1932. S. 1933.1.377. note Tortat, D.P. 1933.1.87; rapport Dumas; D.H. 1933.1.48.

وانظر . Req. 21mars 1933. D.H. 1933. p.235; S. 1933.1.136; Cass. Civ. 21avril 1950.

Bull. Civ.1. No. 71. 1951.1.57; J.C.P. 1950.11.5800. Rapport Cavarroc. Rouen 28 septembre 1976. Gas. Pal. 1977.1.123 note G. Raymond; Defrénois. 1977., art. 31441.

P. 848 obs. J.L. Aubert.

وانظر : Ghestin: Op. cit., p. 466-467; Marty et Raynaud: Op. cit., p. 147m No. 159 / 3.

خاتمة

١٤٦ - وبعد أن وصلنا إلى نهاية المطاف في هذا البحث نأتي الآن لنعرض أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة.

١٤٧ - أن نظرية الغبن على درجة كبيرة من الأهمية، تحتل مكاناً له أهمية بين المبادئ العامة للقانون المدني، إذ أنها تمس العلاقات بين الأفراد، وتهدف إلى وضع حد لرغبتهم الجارحة في الربح، وإلى إعادة التوازن بين قيمة الأداءات المتبادلة فيما بينهم عن طريق التعاقد، ولقد كانت أهمية هذه النظرية وما تحتله من مكانة بين المبادئ العامة للقانون المدني، كما ذكرنا، سبباً فيما أثير من صعاب ومشاكل تلمسناها من خلال دراستنا. وقد كان حتماً علينا أن نخلص هذه النظرية من كل النظريات الأخرى التي غالباً ما تلتحم بها وتختلط معها ولتحقيق هذا الهدف بصورة كاملة وشاملة اقتضانا أن نتعرض بصورة تفصيلية لموقف التشريعات المقارنة القديم منها والحديث وموقف الفقه الاسلامي للتطور الذي لحق بها بشأن موضوع الغبن من حيث مفهومه وحالاته وشروطه وأثره.

١٤٨ - ورأينا أن الغبن بمعناه القانوني الدقيق لا يتحقق بمجرد عدم التعادل إلى حد معين من الجسامة وهذا ما تختلف بشأنه الأنظمة القانونية وتباين..

١٤٩ - وتبين لنا من عرضنا السابق لفكرة الغبن في القانون الروماني والقانون الكنسي والفقه الإسلامي وكذلك في القانون الانجليزي أن هذه الأنظمة المختلفة التي تعكس كل منها فلسفة تشريعية وقانونية خاصة تتحد جميعها في موقفها من محاربة الغبن من حيث المبدأ وإن اختلفت، كما رأينا، في حينه بعضها عن البعض الآخر في مواجهتها لهذا الخطر من حيث الوسيلة تارة ومن حيث المدى والنطاق تارة أخرى، ومن حيث الأثر والجزاء الذي ترتبه تارة ثالثة.

١٥٠ - وفيما يتعلق بالتطور اللاحق الذي وصلت إليه بعض التشريعات

العربية بالنسبة لمفهوم الغبن، أن بعضاً منها كالتشريع الفرنسي قد اعتنق النظرية المادية في الغبن والتي يعتمد أساساً على مجرد مجافاة العدالة في العقود، فالغبن يبرز كعيب مستقل في العقد عن الظروف التي أدت إلى ولادته، لذلك كان طبيعياً ألا يؤثر الغبن باعتباره عيباً موضوعياً على جميع العقود وإنما، كما أشرنا، على عقود محددة بالذات وإن كان المشرع الفرنسي في وقت لاحق على صدور القانون المدني قد توسع في هذه العقود أما بالنسبة للقانون الألماني، فقد جاء متأثراً بالطابع الشخصي للغبن حيث لا يعترف به ولا يقره كقاعدة عامة إلا إذا شابه عيباً من عيوب الإرادة، فالغبن يعتبر عيباً من عيوب الإرادة تحت مظلة الاستغلال.

والقانون الإيطالي اتخذ موقفاً وسطاً، كما أشرنا، بين القانونين فاعتنق كقاعدة عامة النظرية الشخصية في الغبن حيث لا يكون الغبن مؤثراً في العقد إلا إذا كان مرتبطاً بعيب من عيوب الإرادة، وإلى جانب ذلك أورد حالات معينة استثنائية يؤثر فيها الغبن المادي وحده دون حاجة لأن يكون هذا الغبن وليد عيب من عيوب الإرادة.

١٥١ - أما التشريعات العربية فإنها تأخذ كأصل عام بنظرية الاستغلال فتجعل الغبن مؤثراً في العقود إذا كان نتيجة لاستغلال حالة من حالات الضعف لدى الطرف الآخر، وهذا حال التشريع المصري والسوري، والليبي، والصومالي، والجزائري والموجبات اللبناني والقطري وأخيراً الكويتي، وهذا الاتجاه يبدو أنه جاء متأثراً بشكل واضح بالقانون الألماني وإن كان لم يحذو حذوه فيما يتعلق بالجزاء المترتب على الغبن، وذهب جانب آخر من هذه التشريعات إلى توسيع نطاق الغبن ليشمل بالإضافة إلى الحالة السابقة بعض الحالات الأخرى التي يأتي فيها الغبن نتيجة التغير (التدليس) وإن اختلفت هذه التشريعات فيما بينها بالنسبة لأثر الغبن في هذه الحالة.

ومن ناحية أخرى فإن التشريعات العربية تتفق في عدم اكتفائها بتقرير الأصل العام في الغبن وإنما أوردت تطبيقات متفرقة بشأن تأثير الغبن المجرد

وحده على العقود، وجاءت هذه التطبيقات متناثرة في تشريعات هذه الدول، والملاحظ أنها لم تأخذ بتطبيقات موحدة للغبن المجرد، ولم تسر على منوال واحد في تنظيمها أو شروطها، وإنما يبدو موقفها متفاوتاً بالنسبة لهذه التطبيقات، كما رأينا، بين السعة والضيق بحسب الظروف التي مر بها التشريع عند وضعه أو بحسب مدى تأثيرها بالقانون الفرنسي من جهة وبالفقه الاسلامي من جهة أخرى.

أي أن الأصل في التشريعات العربية أنها تنظر لتقدير الغبن ومدى تأثيره على العقد إلى سلوك من تعاقد مع المغبون، سواء كان عن طريق الاستغلال أو التدليس، والاستثناء هو الاعتداد بوضع الطرف المغبون بصرف النظر عن سلوك من تعاقد معه، وهذه هي حالات الغبن المجرد.

لذلك فإن هذه التشريعات تقترب كثيراً من موقف القانون الايطالي. ١٥٢ - ولما كانت فكرة الغبن فكرة قديمة قدم القوانين الأولى التي عرفتها البشرية، إلا أنها كانت ولا تزال ميداناً رحباً للمناقشة واختلاف الرأي، كما أنها كانت ولا تزال عرضة للتطور والظهور في مظاهر مختلفة في كل نظريات حديثة تتخذ أشكالاً متعددة وأسماء في حقيقتها تركز على فكرة الغبن القديمة نفسها، فمن الغبن تولدت نظرية الاستغلال، ومن هذه الأخيرة نشأت نظرية الظروف الطارئة بوصفها الحديث، كما ظهرت عقود الاذعان، بل ومن الغبن بمعناه التقليدي وجد نوع آخر يسمى بالغبن اللاحق ظهر أخيراً في الفقه والقضاء الفرنسي لذا فإنه كانت من الحكمة التمييز بين فكرة الغبن وهذه الأفكار المقاربة حتى يتحدد لنا مفهوم الغبن ونطاقه بصورة واضحة.

١٥٣ - وعرفنا كذلك من خلال هذا البحث أنه إذا كان الأصل في الغبن أنه لا يصلح بمجرد ذاته سبباً للطعن في العقود، وهذا هو الاتجاه الشخصي في الغبن، فإن هذا الأصل بعيد عن أن يكون مطلقاً، فثمة اعتبارات هامة جعلت تشريعات الدول المختلفة تورد على هذا الأصل بعض الاستثناءات لتكون بذلك الاتجاه الموضوعي للغبن ومن تلك الاستثناءات ما يتعلق بالطبيعة الخاصة لعقود معينة، ومنها ما يرجع إلى طبيعة الحق ذاته

وبغض النظر عن طبيعة العقد الذي يقرره وعن نوعية العاقد وبعبارة أخرى حالات الغبن الواردة بصدد بعض الشروط الخاصة كالفائدة، وشروط الأسد، والشروط الجزائي، ومن الاستثناءات التي يقررها القانون كذلك ما يرجع إلى نوعية معينة من المتعاقدين، واختلفت القوانين المقارنة فيما بينها في تحديد هذه الفئات فالبعض وسع فيها بحيث جعل الغبن الفاحش يؤثر في طائفة معينة، وجعل الغبن اليسير يؤثر في طائفة أخرى، وذلك بغض النظر عن طبيعة العقد الذي يبرمونه، حيث أن جانب آخر من هذه القوانين جعل هذا الاستثناء قاصراً على نوعية معينة من المتعاقدين ومرتبطة في الوقت نفسه بطبيعة العقد الذي يبرمونه في آن واحد.

١٥٤ - انتقلنا بعد ذلك إلى عرض شروط الغبن بالتفصيل مع مراعاة أن الشروط في هذه الحالة والتي أوردتها المادة ١٦٣ من القانون المدني الكويتي تتعلق، فقط، بحالات الغبن الخاصة بنوعية معينة من المتعاقدين وبصرف النظر عن العقد الذي يبرمونه وهم الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، وعديمو الأهلية وناقصوها وجهة الوقف، أما فيما يخص شروط الغبن في الحالات الأخرى فقد وضحتها بصدد عرضنا لهذه الحالات.

أما بالنسبة لأثر الغبن فقد تبين لنا تعدد وتنوع هذا الجزاء من تشريع إلى آخر وإن كان جميعها يصب في قالب واحد وهو محاولة التوفيق بين حماية الطرف المغبون من جهة واستمرار التعامل بين المتعاقدين من جهة أخرى..

ولقد أجاز المشرع الكويتي للطرف المغبون أن يعدل أثر العقد، كما أجاز للمتعاقد معه أن يتوقى هذا التعديل ويطلب الفسخ، وأشرنا في حينه أن مصطلح «فسخ» لا يؤدي إلى المعنى الذي ابتغاه المشرع من تقرير هذا الجزاء وإنما كان يقصد حتماً إبطال العقد^(١) أي جعل العقد قابلاً للإبطال في هذه الحالة لمصلحة المتعاقد مع المغبون الذي يريد توقي أثر تعديل العقد.

(١) انظر في عرض الخلاف بين إبطال العقد وفسخه: جميل الشرفاوي - نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري. مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، فقرة ٥٥ - ٦٤. ص ١٦٨ وما بعدها.

قائمة باهم المراجع

أولاً: باللغة العربية

١ - المراجع الفقهية الأصلية:

أ - في الفقه الحنفي

ابن عابدين

: محمد أمين.

حاشية رد المحتار، جزء ٥، الطبعة الثانية،
١٩٦٦، شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي
وأولاده، مصر.
مجموعة رسائل، الجزء الثاني.

ابن نجيم

: زين العابدين بن ابراهيم

البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة
العلمية الجزء السادس والسابع.

الزيلعي

: فخر الدين عثمان بن علي.

البحر الرائق، جزء (٦). دار المعرفة،
بيروت.

الكاساني

: علاء الدين بن مسعود.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء
الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي.

شروح مجلة الأحكام العدلية

الاتاسي

: محمد خالد.

شرح المجلة، سوريا، مطبعة جرجس،
١٣٤٩ هـ - ١٩٣٠ م.

المحاسني

: شرح المجلة، دمشق، ١٩٢٧.

القاضي

: منير.

شرح المجلة، الطبعة الأولى، بغداد، مطبعة
العاني، ١٩٤٩ م.

باز

: سليم رستم.

شرح المجلة، الطبعة الثالثة، بيروت، المطبعة
الأدبية، سنة ١٩٣٣ م.

حيدر

: علي.

دور الأحكام شرح مجلة الأحكام، منشورات
مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، الكتاب الأول،
البيوع.

ب - في الفقه المالكي:

ابن جزىء

: ابن عبد الله محمد بن أحمد ابن محمد بن
جزىء الكلبي.

القوانين الفهية، دار الكتاب العربي، بيروت،
الطبعة الأولى، ١٩٨٤.

الخطاب

: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ونهامشه
التاج والاكلیل لمختصر خليل، الجزء الرابع،
الطبعة الثانية، ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م.

الخرشي

: أبو عبد الله محمد الخرشي.
شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه
حاشية الشيخ العدوي، الجزء الخامس، دار
صادر، بيروت.

الدسوقي

: شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة
الدسوقي.
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، جزء (٣)
دار حياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي
وشركاه.

مالك

: أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي.
المدونة الكبرى برواية سحنون، ١٣٢٤هـ،
المطبعة الخيرية الجزء العاشر.

ت - في الفقه الشافعي:

الشيرازي

: أبو اسحاق ابراهيم
المهذب في فقه الامام الشافعي، ١٣٤٣هـ،
الجزء الأول مطبعة ومكتبة مصطفى البابي
الحلبي.

الرملي

: محمد
مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،
١٣٥٧هـ، مطبعة البابي الحلبي، جزء ٥.

ث - في الفقه الحنبلي :

ابن قدامة

: ابن محمد عبد الله .

المغنى والشرح الكبير، جزء (٤) دار الكتاب
العربي للنشر والتوزيع ١٣٩٢هـ، ١٩٧٢م
بيروت، لبنان المغنى على مختصر الخرقي، مع
تحقيق طه محمد الزيني، جزء (٣)، الناشر
مكتبة القاهرة.

المقدسي

: شمس الدين المقدسي ابن عبد الله محمد بن
مفلح .

كتاب الفروع، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة،
راجع عبد الستار أحمد فراج، سنة ١٩٦٧،
عالم الكتب، بيروت.

ج - في الفقه الظاهري

ابن حزم

: أبو محمد علي بن أحمد .

المحلى، الجزء الثامن، تحقيق لجنة احياء التراث
العربي في دار الأوقاف الجديدة، منشورات دار
الآفاق الجديدة بيروت.

ح - في فقه الشيعة الامامية :

الخوئي

: السيد أبو القاسم الموسوي .

منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثاني،
الطبعة الثامنة، مطبعة النعمان، ١٣٩٧هـ،
النجف الأشرف.

العاملی : محمد جمال الدین مکی (الشہید الأول).
اللمعة الدمشقية، ١٤٠٣ - ١٩٨٣ م الجزء
الثالث، دار احیاء التراث، بیروت، لبنان.

النجفی : الشیخ محمد حسن.
جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، الجزء
الثالث والعشرون، بیروت، لبنان ١٩٨١،
الطبعة السابعة.

الطوسی : محمد.
المبسوط فی فقه الامامية، المكتبة المرتضوية
لاحیاء الآثار الجعفرية، الجزء الثاني.

٢ - المؤلفات الفقهية الحديثة:

ابراهيم دسوقي أبو الليل : البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى
مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٤.
الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية
دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٢.

أبو زيد رضوان : الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن،
الطبعة الأولى، ١٩٧٨.

أحمد ابراهيم : مذكرات مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق
بها من الأحكام في الشرع الاسلامي، سنة
١٩٤٤ - ١٩٤٥ الناشر مكتبة عبد الله وهبة.
مصر.

- أحمد فرج حسين : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية،
مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية.
- اسماعية غانم : في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام،
١٩٦٤ مكتبة عبد الله وهبة.
- أنور سلطان : العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، الطبعة
الثانية، ١٩٥٢، مطبعة دار نشر الثقافة
الاسكندرية.
- : النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر
الالتزام الاسكندرية، ١٩٦٥.
- توفيق حسن فرج : نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري
منشأة دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٦.
عقد البيع والمقايضة، ١٩٧٩، مؤسسة الثقافة
الجامعية.
- : النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد،
١٩٦٩.
- ثروت حبيب : المصادر الارادية للالتزام في القانون المدني
الليبي منشورات الجامعة الليبية، كلية
الحقوق، ١٩٧٢.
- جمال الدين العطيفي : التقنين المدني المصري، الصادر به القانون رقم
١٣١ لسنة ١٩٤٨، الجزء الأول، ١٩٤٩.

جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول،
مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد
والارادة المنفردة، ١٩٧٤ دار النهضة العربية،
القاهرة.

: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون
المدني المصري مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٦ .
شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، ١٩٦٦ .

جلال علي العدوي : مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين
و محمد لبيب شنب
المصري واللبناني . ١٩٨٥ الدار الجامعية
للطباعة والنشر، بيروت.

حسبو الفزاري : أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في
القانون المقارن، رسالة دكتوراه، الاسكندرية
١٩٧٩ .

حسن الذنون : محاضرات في القانون المدني العراقي، نظرية
العقد معهد الدراسات العربية . ١٩٥٦ .

حسن الفكهاني : الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها
و عبد المنعم حسني
محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام
١٩٦١ . الاصدار المدني.

حسن صبحي : المدخل الى الفقه الإسلامي، ١٩٧٠ -
١٩٧١ .

رمضان أبو السعود : الوجيز في مبادئ الالتزام، الطبعة الثانية
١٩٧٩ .

- زهير الزبيدي : الغبن والاستغلال بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة، مطبعة دار السلام، ١٩٧٣.
- سعيد عبد الكريم مبارك : شرح القانون المدني العراقي. الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى. سنة ١٩٧٣. دار الحرية للطباعة، بغداد.
- سليمان مرقس : شرح القانون المدني (٣) العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع. الطبعة الرابعة ١٩٨٠. عالم الكتب.
- شمس الدين الوكيل : دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، طبعة أولى ٦٠ - ١٩٦١، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- صبيحي محمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، الجزء الأول، دار العلم للملايين، بيروت.
- صلاح الدين الناهي : محاضرات عن القانون المدني العراقي. حق الملكي في ذاته. ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية معهد الدراسات العربية العالية ١٩٦٠ - ١٩٦١.
- عامر خطاب عمر : بيع العقار عن طريق المزايمة. مطبعة الزهراء بغداد. ١٩٧٣.

عباس الصراف : شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي،
دراسة مقارنة. دار البحوث العلمية،
الكويت، الطبعة الأولى ١٩٧٥.

عبد الحميد البقلي : فقه المراجعة، من مطبوعات الاتحاد الدولي
للبنوك الاسلامية، القاهرة.
ضوابط العقود في الفقه الاسلامي، الجزء
الأول.

عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول،
مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، الطبعة
الثالثة، ١٩٨١ دار النهضة العربية.

: الوسيط، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه
عام، المجلد الثاني، آثار الالتزام ١٩٨٢. دار
النهضة العربية.

: الوسيط، الجزء الخامس، العقود التي تقع على
الملكية، المجلد الثاني، ١٩٦٢، دار النهضة
العربية.

: الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود
الواردة على العمل، ١٩٦٤، دار النهضة
العربية.

: مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة
بالفقه الاسلامي، (٢) ١٩٦٧.

عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الالتزام في القانون الكويتي، الجزء الثاني
أحكام الالتزام، مذكرات على الاستنسل.
مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي (١)
نظرية العقد. ١٩٨٣.
مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي،
نظرية العقد. (١).

عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في
مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي،
طبعة ثانية، ١٣٨٣ هـ ١٩٦٣ م. بغداد.

عبد المجيد محمد الحفناوي : تاريخ القانون المصري، مؤسسة الثقافة
الجامعية بالاسكندرية.

عبد المنعم البدر اوي : أثر مضي المدة في الالتزام، القاهرة رسالة
دكتوراة، ١٩٥٠.

عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ١٩٧٤،
دار النهضة العربية، بيروت.
: حق الملكية، الطبعة الثانية، ١٩٦٤، شركة
مكتبة ومطبعة البابي الحلبي.

عبد السلام الترماني : أثر الظروف الطارئة في القانون المقارن. دراسة
تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في
القانون المقارن وفي الشريعة الاسلامية. دار
الفكر دمشق. ١٩٧١.

عبد الناصر توفيق العطار : نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية، الكتاب الأول، في مصادر الالتزام (العقود والعهود) مطبعة السعاد.

على الخفيف : مختصر أحكام المعاملات الشرعية (العقد) القاهرة ١٩٥٤، مطبعة السنة المحمدية.
الملكية في الشريعة الاسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية محاضرات ألقاها على طلبة قسم البحوث والدراسات القانونية، ١٩٦٩. معهد البحوث والدراسات العربية.

غني حسون طه : الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٧١.

: الوجيز في العقود المسماة، الجزء الأول، عقد البيع ١٩٧٠، مطبعة المعارف، بغداد.

فاضل شاكر النعیمی : نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون رسالة ماجستير، ١٩٦٩، دار الجاحظ، بغداد.

فتحی عبد الرحیم : العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن. ١٩٧٩ مطبعة الجيزة، الاسكندرية.

كمال ثروت الوندای : شرح أحكام عقد البيع، ١٩٧٣ الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام، بغداد.

- مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي. الجزء الأول، مصادر الالتزام، بيروت، ١٩٦٨.
- محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي.
- محمد الشيخ عمر : العقد والإرادة المنفردة، المصادر الإرادية (١).
- محمد المديفي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي ١٩٨٠.
- محمد سلام مذكور : نظرية العقد. الناشر دار النهضة العربية. المدخل للفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٩٦٦ دار النهضة العربية، مصر.
- محمد عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدر اوي : القانون الروماني، جزء (١)، ١٩٤٩
- محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات الجزء الأول، ١٩٥٤، المطبعة العالمية، مصر.
- الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ١٩٥١، المطبعة العالمية، مصر.
- محمد ليب شنب : الحقوق العينية الأصلية، ١٩٨١، مذكرات على الاستنسل، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

- محمد مصطفى شلبي : المدخل في الفقه الاسلامي، تعريفه وتاريخه ومذاهبه. نظرية الملكية والعقد.
- محمد معروف الدواليبي : الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، مكتبة الشرق حلب، ١٣٨٢هـ، ١٩٦٣م.
- محمود جمال الدين زكي : نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ١٩٦٨، القاهرة.
- محمود سعيد الشريف : شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام جزء (١).
- محمود سلام زناتي : نظم القانون الروماني، ١٩٦٦، دار النهضة العربية، مصر.
- مصطفى الزرقا : القانون المدني السوري، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٦٨م.
- الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، المدخل الفقهي العام، ١٩٦٤، دمشق.
- منصور مصطفى منصور : دور الارادة في تكوين التصرف القانوني، مذكرات لطلبة الدراسات العليا في القانون الخاص في مادة القانون المدني المقارن، ١٩٧٣ / ٧٢.
- المصادر الارادية للالتزام، مذكرات على الاستنسل لطلبة كلية الحقوق - جامعة الكويت ١٩٨٤ / ٨٣.
- حقل الملكية في القانون المدني المصري، ١٩٦٥، الناشر مكتبة عبد الله وهبة. مصر.

نبيل اسماعيل عمر : سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الناشر منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٨٤.

وحيد رضا سوار : الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني دراسة موازية بالقانون المدني السوري.

٣ - المقالات والبحوث:

ابراهيم دسوقي أبو الليل : الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مجلة المحامي، تصدرها جمعية المحامين الكويتي، السنة الثامنة، الاعداد يوليو / أغسطس / سبتمبر، ١٩٨٥، ص ١١ وما بعدها.

أحمد سالم الشورى : الاستغلال، مجلة المحاماة، مصر، العدد الثاني، السنة الخامسة والثلاثون، ص ٢٨٥ وما بعدها.

أسعد الكوراني : الاستغلال والغبن في العقود، بحث مقارنة في القانون المصري وفي القوانين المدنية العربية، المحاماة، مصر، السنة الحادية والأربعون، العدد السادس، فبراير ١٩٦١ ص ٩٢٢ وما بعدها.

بشرى الجندي : مصير نظرية عيوب الرضا في القانون المدني الاشتراكي. مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الأول، السنة الثانية عشرة. يناير مارس ١٩٦٨ ص ٤٢٧ وما بعدها.

عصمت عبد المجيد بكر : نطاق تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في القانون العراقي، مجلة العدالة، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل في العراق، العدد الثاني، السنة الخامسة ص ٥٢٣ وما بعدها.

: الغبن اللاحق وموقف القانون المدني العراقي منه، مجلة العدالة، العدد الأول، السنة الرابعة، ١٩٧٨.

على الخفيف : الغبن في العقود، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية، العدد الرابع، جمادى الأول، ١٣٩٣ يونية، حزيران ١٩٧٣.

محمد جبر الألفي : عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة التاسعة، العدد الأول، مارس، ١٩٨٥، ص ١١ وما بعدها.

محمد عبد الجواد محمد : الغبن اللاحق والظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، يونية سنة ١٩٦٣، العدد الثاني، السنة الثالثة والثلاثون، ص ١ وما بعدها.

مختار القاضي : تأثير الالتزامات المدنية بالنزعة الشخصية والمادية. المحاماة، مصر، العدد الثاني السنة التاسعة والثلاثون، ص ١٧٥.

ثانياً : باللغة الانجليزية

ANSON,S: Law of Contract. 25th Edition By A.G. Guest M.A.

CHESHIRE AND FIFOOT'S: Law of Contract, Tenth edition, 1981,
: Cases on the Law of Contract. Seventh edition, London.
1979.

TREITEL (G.H.): The Law of Contract. Fifth edition, 1979

ثالثاً : باللغة الفرنسية

1 - OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX ET THÈSES

ARAUD: La rescision pour cause de lésion dans les contrats aléatoires.
th. Toulouse, 1941

ARMINJON (P) et BARON BORIS NOLDE ET MARTIN WOLFF:
Traité de droit comparé, T. 11, 1950, Paris.

AUBRY et RAU: Cours de droit civil français, 5ème éd, revue par E.
BARTIN, 1907, T.V.

Le BALLE (Robert): Cours de droit civil 1966 - 1967.

BASSOUNI (O.F.): La lésion en droit comparé. 1943, Strasbourg.

BAUDOUIN (J.L.): Traité élémentaire de droit civil. Les obligations, 1970,
Montréal.

BAUDRY-LACANTINERIE: Traité théorique et pratique de droit civil,
3ème éd. 1906, T. XII "Des Obligations" coll. L. BARDE;
1908, T.XIX, "De la Vente et de l'Echange" coll.L.
SAIGNAT

BERLIOZ (G): Le contrat d'adhésion, Préface de B. GOLDMAN, 2° édit,
1976.

- BEUDANT (Ch.):** Cours de droit civil français par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE 2ème éd, 1936, T.VIII "Les Contrats et les Obligations" coll. G. LAGARDE.
- BORÉ (J):** La cassation en matière civile, 1980.
- BOULANGER (F):** Le problème de la lésion dans le droit intermédiaire dans l'études d'histoire économique et sociale du XVIII siècle. Paris 1966. avec DECOUFLÉ (A) et PIERRELLE (B.A.)
- BRICKS (H):** Les clause abusives. Paris. 1982.
- CARBONNIER:** Droit civil, 9ème éd. 1976, T. 4 "Les Obligations"; 10ème éd. 1977, T. 2, "La Famille, les Incapacités"; 9ème éd. 1978 T. 3 "Les Biens," Collection "THEMIS."
- CHOLEY:** L'offre de contractor et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion. th. Aix. 1975.
- COLIN et CAPITANT:** Cours élémentaire de droit civil français, refondu par L. JULLIOT de la MORANDIERE 1959, T. II.
- CORNU (G):** Cours de droit civil polycopie..Paris. 2. 1971-1972.
- DALEM (J):** L'extension de la notion de lésion. 1937.
- DAVID (R) et PUGSLEY (D):** Les contrats en droit Anglais. 1985.
- DELHAY (F):** La nature juridique de l'indivision. Paris. 1968.
- DEMOGUE:** Traité des Obligations en général, 1923, T.I.
- DEMONTÉS (E):** De la lésion dans les contrate entre Majeurs, 1924. Paris.
- DEMONTÉS (E):** "Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats" dans etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant. Paris. Dalloz, 1939, P. 171.
- DJERMAKLI:** La lésion en jurisprudence, droit français et Syro-Egyptien, 1981.

DUPERYRON (M): La régularisation des actes nuls. Toulouse. L.G.D.J.

ENGEL (P): Traité des obligations en droit Suisse.

FLOUR et AUBERT: Droit civil. 1ère éd. 1975. "Les Obligations" Vol. I.
"L'Acte juridique."

EL-GAMMAL (M.M.): L'adaptation du contrat aux circonstances
Economiques. Paris. 1967.

GAUDEMONT (E): Théorie générale des Obligations. Travaux de la
Faculté de droit et des sciences Politiques de Strasbourg
1937; et réimpression par H. DESBOIS et J. GAUDEMONT,
1965.

GHESTIN (J): Traité de droit civil. Les Obligations. Le contrat. 1980.

GIFFARDT (A.E.) VILLERS (ROBERT): Droit Romain et ancien droit
Français (Obligations) 4ème édité. Précis. Dalloz. 1976.

GOUNOT (E): Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé.
Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique.
Dijon 1911-1912.

HAMEL (J) LA GARD (G) et JAUFFRET (A): Droit Commercial. T. 1,
2ème édité Vol.2.

Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun
objet, cause et lésion du contrat 1980.

JOSSERAND: Cours de droit civil français, T. II, 3ème édité. 1939.

DE JUGLART (M.): Cours de droit civil, 8ème éd. 1974, T.I. Vol. II.

LEVY-SOUSSAN (A): Essai sur la lésion dans les contrats au Maroc
Paris. 1952.

LOUIS-LUCAS: Lésion et Contrat. 1926.

MALAUZIE (Ph) et AYNÈS (LAURENT): Cours de droit civil. Les
Obligations. 1985.

MARGO (B.): Lésion "apostériori" et imprévision dans les contrats. Paris.
1949.

MARTY (G) RAYNAUD (P): Droit civil. T. 2. Vol. I. Les Obligations. 1962.

MAURY (J): Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français. Toulouse. 1920.

MAZEAUD (H.L.) et JEAN: Leçons de droit civil. T.I. Vol.I. 6ème édit. 1980; Vol. 2. 6ème édit. 1981; Vol.3. 6ème édit. 1976.
- Tome.2. Vol. I. 6ème édit. 1978; Vol. 2. 5ème édit. 1976.
- Tome. 3. Vol..I. 5ème édit. 1977; Vol. 2. 5ème édit. 1980.
- Tome. 4. Vol..I. 5ème édit. 1982; Vol. 2, 4 ème édit. 1982.

DE MESMAY (H): La nature juridique de la lésion en droit civil français. th. 1980. Paris.2.

OSSIPOW (P): De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé, Lausanne, 1940.

PÉROT-MOREL: De l'équilibre des prestation dans la conclusion du contrat, th. Lyon. 1961.

PLANIOL (M) et RIPERT (G): Traité pratique de droit civil français. T.X. Contrats civil 1956.

LA PRADELLE (G): Les conflits de lois en matière de Nullités. 1967.

RAWANDOZI ZOZEK: La théorie de la lésion dans les contrats en droit civil comparé. th. 1967.
Univ. de Paris.

RENÉ (J): La promesse unilatérale de vent en droit français. 1930.

RIEG (A): Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand. Strasbourg. 1958.

RIPERT (G): Le règle Morale dans les obligations civiles. Paris. 1949.
4ème édit.

RODIERE (R): Objet. Cause et lésion du droit. Paris.

DE SAINT-REMY (R): De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion. Paris. 1928.

SCHMIDT (F): Le contrat de promesse unilatérale de vente. L.G.D.J. 1983.

- SIMLER (Ph):** La nullité partielle des actes juridiques. Paris. 1969.
- TEFIFEHA (T):** Le probleme de la lésion dans les contrats en Tunisie.
Paris. 2. 1980.
- THOMAS (D):** Le contrat d'adhésion, Mémoire. D.E.S. Montpellier. 1971.
- TOUCHARD:** La lésion dans le cadre de la justice d'équité, 1960.
- TRUDEL (G):** Lésion et contrat. Montréal. 1965.
- VALMONT (MARIE):** Le fondement Juridique de la lésion entre majeurs.
Paris. 1938.
- WEILL (A) et TERRE (F):** Droit civil. Les Obligations. 3 ème édit. Dalloz
1980.

2. ARTICLES

- BAYER:** Les promesses synallagmatiques de vente. Rev. Trim. dr. civ.
1948. 1 ets.
- BEY:** De la réforme de la clause pénale. J.C.P. 1975 édit. C.I. 11882.
- BOCCARA (B):** La réforme de la clause pénale conditions et limites de
l'intervention judiciaire. J.C.P. 1975. No. 2742.
- CHABAS (F):** La réforme de la clause Pénale D. 1976. Chr. 229.
- CHEVALLIER (YVES):** Une promesse de vente peut-elle survivre au
Refus de Réalisation pour cause de lésion opposé par le
vendeur a une Réquisition de l'a cheteur? Rev. Trim. de
droit. civil. 1970. P. 709 ets.
- CHRISTINE LAZERGUAG:** Les mandats tacites. Rev. Trim. dr. civ.
1975.
- DEMOGUE (R):** Vente d'une une propriété contre une vente viagère,
Rev. Trim. dr. civil. 1937.144.
- DEPREZ:** La lésion dans les contrats aléatoires. Rev. Trim. dr. civ. 1955.
P. 1 ets.

DEREUX (G): De la nature juridique des contrats d'adhésion. Rev. Trim. dr. civ. 1910.

EVADE: La réduction des clauses pénale excessives (loi 9 juill 1975)
Gaz. Pal. 1976 2.doct. 449.

GEBLER (M.J.): Les Obligations alternatives Rev. Trim. dr. civ. 1969. P. 1 ets.

Le GRIEL (H): La jurisprudence récente concernant la lésion dans la vente d'immeuble. D. 1967. chr. 57.

GRUA (F): Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs Rev. Trim. dr. Civ. 1983.

HUBRECHT (G): La révisibilité judiciaire des clause pénale (loi 9 juill. 1975) Gaz. Pal. 1976. 1. 64.

JOBIN (P.G.): La rapide évolution de la lésion en droit québécois. Rev. Trim. dr. comp. 1977, P. 331.

KATNANI (Y): La lésion est-elle une entité Juridique autonome. Revue Tunisienne de droit. 1978 (1^{er} semestre) P. 41 ets.

MAGNIN (Fr): Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol, dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation J.C.P., 1976-1. Doct. 1780.

NOCTOUX (Ph): La révision judiciaire des clauses pénales J.C.P. 1978. 1. 2913.

PRELLE et ALESSI: Les contrats d'adhésion et la défense du consommateur. Gaz. Pal. 8 nov. 1973, P. 715.

RICHARD (J): A propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur de son industries. J.C.P. 80, Prat. éd. N. 7693.

STEINMETS: Observation sur la pouvoir modificateur du juge en matière de clause pénale depuis la loi du 9 juillet. 1975. Rec. gén lois. 1976-405.

WATTE: Des promesse unilatérale de vent. Gaz. Pal. 1975. 1. P. 67.

Le mandat (ad litem) Gaz. Pal. 1976-1 doct. 395.

3. EXPLICATION DES ABBREVIATIONS

Arr.: Arrêté

Art.: Article

Bul.Civ: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation en matière civile.

Ch. réun: Arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation.

Chron: Chronique

Civ.: Arrêt de la Chambre Civil de la Cour de Cassation.

D.: Dalloz

D.C.: Dalloz Recueil Critique de Jurisprudence et de législation.

D.H.: Dalloz, Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence.

D.P.: Dalloz, Périodique et critique mensuel.

Gaz. Pal: Gazette de Palais

J.C.P. (Sem. Jur.): Juris-Classeur. Périodique (La Semaine Juridique).

I.R.: Revue Dalloz. Information rapides.

Ibid.: Au même en droit.

Rép Civ: Répertoire de droit civil.

Réq.: Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation.

Rev. Trim. dr. civ.: Revue Trimestrielle de droit civil.

Somm.: Sommaires

Trib. gr. Inst: Jugement d'un Tribunal de grande instance.

Trib. Inst.: Jugement d'un Tribunal d'instan.

الفهرس

الفهرس

مقدمة

وضع مشكلة البحث وأهميته

- ١ - وضع المشكلة ٧
 ٢ - أهمية البحث ١٥
 ٣ - خطة البحث ١٦

الفصل الأول

مفهوم الغبن وتطوره وتميزه عن غيره من الأنظمة المقاربة

- ٤ - تمهيد وتقسيم ١٩

المبحث الأول

مفهوم الغبن وتطوره في الأنظمة القانونية

- ٥ - تقسيم ١٩
 ٦ - تمهيد ٢٠
 ٧ - تعريف الغبن في اللغة ٢٠
 ٨ - تعريف الغبن في القانون ٢٠
 ٩ - تعقيب ٢٢

المطلب الأول

مفهوم الغبن وتطوره في الأنظمة القانونية القديمة

- ١١ - تقسيم ٢٤

الفرع الأول في القانون الروماني

١٢ - ٢٤

الفرع الثاني في القانون الكنسي

١٧ - ٣٠

الفرع الثالث في الفقه الاسلامي

١٩ - تمهيد ٣٤

٢٠ - مبدأ الحرية التعاقدية في الفقه الاسلامي ٣٥

٢١ - تعريف الغبن في الفقه الاسلامي ٣٧

٢٢ - معيار التفرقة بين الغبن الفاحش والغبن اليسير ٣٨

٢٣ - موقف فقهاء المسلمين من تأثير الغبن على العقود ٤٣

٢٤ - الاتجاه الأول : عدم تأثير الغبن على العقود ٤٤

٢٥ - الاتجاه الثاني : تأثير الغبن على العقود ٤٦

٢٦ - أولاً : تأثير العقد بالغبن الفاحش ولو كان مجرداً ٤٦

٢٧ - ثانياً : عدم تأثير العقد إلا بالغبن المصحوب بالتغريب ٥٠

٣٢ - الاستثناءات الواردة على ارتباط الغبن الفاحش بالتغريب ٥٨

٣٣ - صور أخرى من الغبن في مجلة الأحكام العدلية ٦١

٣٦ - تعقيب ٧١

الفرع الرابع في القانون الانجليزي

٣٧ - ٧٤

مفهوم الغبن وتطوره في التشريعات الحديثة

٤٠ - تقسيم ٨١

الفرع الأول

مفهوم الغبن وتطوره في التشريعات اللاتينية والجرمانية

- ٤١ - تمهيد ٨١
- ٤٢ - أولاً: في القانون الفرنسي ٨١
- ٤٣ - موقف الفقه الفرنسي من أساس الغبن في المادة ١١١٨ ٨٥
- من القانون المدني ٨٥
- ٤٤ - موقف القضاء الفرنسي من فكرة الغبن ٨٩
- ٤٥ - ثانياً: في القانون الألماني ٩٣
- ٤٦ - ثالثاً: في القانون الايطالي ٩٥
- ٤٧ - تعقيب ٩٧

الفرع الثاني

مفهوم الغبن وتطوره في التشريعات العربية

- ٤٨ - تمهيد ٩٨
- ٤٩ - أولاً: في القانون المصري ٩٩
- ٥٠ - ثانياً: في القانون المدني العراقي ١٠٤
- ٥٣ - ثالثاً: في القانون الكويتي ١٠٨
- ٥٤ - رابعاً: في قانون الوجبات والعقود اللبناني ١١٠
- ٥٥ - خامساً: في القانون المدني الأردني ١١٣
- ٥٦ - سادساً: في القانونين التونسي والمغربي ١١٥
- ٥٧ - تعقيب ١١٧

المبحث الثاني

التمييز بين الغبن وغيره من الأنظمة القانونية المقاربة

- ٥٨ - تمهيد ١١٩
- ٥٩ - الغبن المعاصر لتكوين العقد بالغبن اللاحق لتكوينه ١٢٠
- ٦٠ - الغبن المعاصر لتكوين العقود بالاستغلال ١٢٢
- ٦١ - فكرة الغبن وفكرة الظروف الطارئة ١٣٠
- ٦٢ - الغبن المعاصر لتكوين العقد ونظرية الظروف الطارئة ١٣١
- ٦٣ - الغبن اللاحق لتكوين العقد ونظرية الظروف الطارئة ١٣٣
- ٦٤ - مقارنة ثلاثية بين الغبن المعاصر والغبن اللاحق والظروف الطارئة ١٣٧
- ٦٥ - الغبن والاستغلال أمران إراديان عادة - والظروف الطارئة
بالغبن اللاحق خارجان عن الإرادة ١٣٩
- ٦٦ - الغبن وعقود الإذعان ١٣٩

الفصل الثاني

أحكام الغبن

- ٦٧ - تقسيم ١٤٣

المبحث الأول

حالات الغبن

- ٦٨ - تمهيد ١٤٣

المطلب الأول

حالات الغبن الخاصة بعقود معينة

- ٦٩ - تمهيد ١٤٥

الفرع الأول

حالات مشتركة بين التشريعات المختلفة

٧٠ - تمهيد ١٤٦

الفصل الأول

القسمة الاتفاقية

- ٧١ - تمهيد ١٤٦
- ٧٢ - وجوه الطعن في القسمة الاتفاقية ١٤٧
- ٧٣ - ابطال القسمة الاتفاقية للغبن ١٤٨
- ٧٤ - مقدار الغبن وكيفية حسابه ١٥٠
- ٧٥ - دعوى ابطال القسمة للغبن ١٥٢
- ٧٦ - الآثار التي تترتب على ابطال القسمة للغبن ١٥٥
- ٧٧ - تفادي ابطال القسمة باكمال نصيب الشريك المغبون ١٥٥
- ٧٨ - اجازة القسمة المشوبة بالغبن ١٥٧

الفصل الثاني

عقد الوكالة

- ٧٩ - تمهيد ١٥٧
- ٨٠ - الأجر في عقد الوكالة ١٥٨
- ٨١ - أ - في حالة عدم وجود اتفاق على الأجر ١٥٩
- ٨٢ - ب - في حالة وجود اتفاق على الأجر ١٥٩
- ٨٣ - تعقيب ١٦١

الفصل الثالث شركة الأسد

- ٨٤ - تمهيد ١٦٢
٨٥ - حماية الشريك المعنون في شركة الأسد ١٦٢
٨٦ - تعقيب ١٦٨

الفصل الرابع عقد الاذعان

- ٨٧ - تمهيد ١٦٨
٨٨ - حماية الطرف المذعن في عقد الاذعان ١٦٩
٨٩ - الحماية من الشروط التعسفية ١٦٩
٩٠ - تعقيب ١٧١

الفرع الثاني حالات الغبن التي تنفرد بها بعض التشريعات

- ٩١ - تمهيد ١٧٢
٩٢ - حالات وردت في القانون المدني الفرنسي ١٧٢
٩٣ - حالات وردت في قوانين لاحقة على القانون المدني الفرنسي ١٧٤

المطلب الثاني حالات الغبن الواردة بصدد بعض الشروط الخاصة

- ٩٥ - تمهيد ١٧٨

الفرع الأول حالة الشرط الجزائي

- ٩٦ - تعريف الشرط الجزائي ١٧٨
 ٩٧ - الصفة التعويضية للشرط الجزائي ١٨٠
 ٩٨ - دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي ١٨٢

الفرع الثاني حالة الالتزام بدفع الفائدة

- ١٠٠ - تمهيد ١٨٧
 ١٠١ - في القانون المدني الكويتي ١٨٨
 ١٠٢ - في قانون التجارة الكويتي ١٩٠
 ١٠٣ - في التشريعات الأخرى ١٠٤

المطلب الثالث حالات ترجع إلى صفة المتعاقد

- ١٠٥ - تمهيد ١٩٥
 ١٠٦ - تأثير الغبن الفاحش على عقد بغض الأشخاص ١٩٥
 ١٠٧ - تأثير الغبن اليسير في عقود بغض الأشخاص ١٩٨
 ١٠٨ - الغبن في بيع عقار من لا تتوافر فيه الأهلية ٢٠٠
 ١٠٩ - شروط الطعن بالغبن ٢٠١
 ١١٠ - الجزاء المترتب على بيع العقار من لا تتوافر فيه الأهلية ٢٠٤
 ١١١ - ندرة تطبيقات الغبن في هذه الحالة ٢٠٦
 ١١٢ - تعقيب ٢٠٧

المبحث الثاني
شروط الغبن

فقرة

صفحة

- ١١٣ - تمهيد ٢٠٨
- ١١٤ - أولاً: أن يكون العقد من العقود التي يطعن فيها على أساس الغبن ٢٠٨
- ١١٥ - ١ - أن يكون عقد معاوضة ٢٠٩
- ١١٦ - ٢ - أن يكون عقداً محدد القيمة ٢١١
- ١١٧ - ٣ - أن يكون العقد ملزماً للجانبين ٢١٦
- ١١٨ - ٤ - ألا يكون العقد قد تم عن طريق المزايدة أو المناقصة ٢١٦
- ١١٩ - ثانياً: أن يكون الغبن معاصراً لتكوين العقد ٢١٧
- ١٢٥ - ثالثاً: أن يكون الغبن فاحشاً ٢٢٢

المبحث الثالث
اثر الغبن

- ١٢٦ - تقسيم ٢٢٣

المطلب الأول
في جزاء الغبن

- ١٢٧ - تمهيد ٢٢٤

الفرع الأول
في الفقه الاسلامي
(خيار الغبن)

- ١٢٨ - تمهيد ٢٢٤
- ١٢٩ - شروط التمسك بالخيار ٢٢٥
- ١٣٠ - أثر ثبوت الخيار ٢٢٦
- ١٣١ - مدة الخيار ٢٢٩
- ١٣٢ - سقوط خيار الغبن ٢٢٩

الفرع الثاني في القانون الكويتي

١٣٣ - تمهيد	٢٣٣
١٣٤ - في تشريعات الدول المختلفة	٢٣٣
١٣٥ - في القانون المدني الكويتي	٢٣٦
١٣٦ - ١ - تعديل أثر العقد	٢٣٧
١٣٧ - ٢ - حق المتعاقد مع المغبون في فسخ العقود اتقاء تعديل آثاره	٢٣٩
١٤٠ - تعقيب	٢٤٤

المطلب الثاني دعوى الغبن

١٤١ - تمهيد	٢٤٣
١٤٢ - طبيعة الميعاد	٢٤٣
١٤٣ - بدء الميعاد	٢٤٤
١٤٤ - أثر انقضاء الميعاد	٢٤٦
١٤٥ - اثبات الغبن	٢٤٧
١٤٦ - خاتمة	٢٤٨
- قائمة المراجع	٢٥٣
- الفهرس	٢٧٧

