Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 15- Issue 1- March 2025 المجلد ١٥- العدد ١ – اذار ٢٠٢٥

Bad faith in contract execution according to subjective standard

[1] Dr. Jihan Haider Khalil Daham
[1] university of Karbala/ college of pure Education- Department of physics

Abstract:

The subjective standard is generally crystallized by looking at the contractor himself, and assessing whether he is acting in bad faith in implementing his contractual obligations is based on his behavior in light of his personal behavior. If the act issued by him (i.e. the contracting person) constitutes a deviation from the usual behavior, he is considered to have committed an error and thus in bad faith. This behavioral deviation is represented by committing an intentional or serious error or causing harm to the other contractor through his fraud, collusion, or abuse of his right in bad faith.

1: Email:
Jihan.h@uokerbala.edu.iq
2: Email:

DOI
https://doi.org/10.37651/aujlps.2024.155309.1400

Submitted: 20/10/2024
Accepted: 29/10/2024
Published: 8/12/2025

Keywords:
Insight
Contracting
serious medical error
collusion
fraud
bad faith.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

صور سوء النية في تنفيذ العقد حسب المعيار الذاتي

[١] م.د جيهان حيدر خليل دحام
[١] جامعة كربلاء - كلية التربية الصرفة :- قسم الفيزياء

الملخص:

يتبلور المعيار الذاتي بوجه عام بكونه ينظر من خلاله إلى المتعاقد نفسه فيتم تقييم ما اذا كان سيء النية في تنفيذ التزاماته التعاقدية على ما يقوم به من تصرف في ضوء سلوكه الشخصي ذاته، فإذا ما شكل الفعل الصادر عنه(اي عن الشخص المتعاقد) انحرافاً عن السلوك المعتاد عد مقترفاً للخطأ وبالتالي سيء النية ، ويتمثل هذا الانحراف السلوكي باقترافه خطأ عمدي او جسيم او الحاقه الضرر بالمتعاقد الاخر بغشه وتواطؤه او تعسفه باستعمال حقه بسوء نية .

الكلمات المفتاحية:

التبصير ، الخطأ الطبي الجسيم ، التواطؤ، الغش ، سوء النية.

المقدمة

يعد سوء النية في تنفيذ العقد من الموضوعات الهامة التي لها تأثير واضح على مستقبل الحياة العقدية ، ومن جزئيات هذا الموضوع المتميزة هي صور سوء النية موضوع بحثنا ، وقبل الخوض في هذا الموضوع سوف نبين جوهر فكرة البحث واهميته ومنهجيته وهيكليته .

اولا – جوهر فكرة البحث

يتسع سوء النية في تنفيذ العقد ليشمل صوراً عدة بما ان معيار سوء النية هو ذاته ليس واحداً ، كونه يقاس بمعيار ذاتي واخر مادي ، مما اضفى التعددية في الصور حسب التصرفات التي تصدر من الطرف المسيء سواء كان دائناً ام مديناً عند تنفيذ الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه ، ومن ثم فان ازدواجية المعيار المعتمد في قياس سوء النية في مرحلة تنفيذ العقد اعطت نوعاً من الشمولية والاتساع للنطاق الموضوعي لسوء النية ، مما يوفر للطرف المضرور ضماناً اكبر في تلقي حقه ، وحتى يتصف متعاقد ما بانه سيء النية على وفق المعيار الذاتي ، يستلزم الامر ان نكون امام حالة من الانحراف السلوكي لذلك المتعاقد ويتمثل هذا الانحراف السلوكي باقترافه خطأ عمدي او جسيم او الحاقه الضرر بالمتعاقد الاخر بغشه وتواطؤه او تعسفه باستعمال حقه بسوء نية ، وهذا ما سنبينه في المطالب الثلاثة الاتية تباعاً .

ثانيا – اهمية موضوع البحث

يمكن تلمس اهمية البحث من الناحيتين العملية والنظرية وكما يلي :

الاهمية العملية : تظهر اهمية البحث عملياً من ابراز ذاتية الموضوع محل البحث ، ومدى اعتبار حالة ما او موقف معين سوء نية ام لا ، كالكتمان الغشي ، ومجرد العلم والتواطؤ وغير ذلك، مما يستدعي الوقوف على حقيقة الموضوع على نحو مفصل للخروج بحصيلة علمية يمكن الاستناد عليها .

الاهمية النظرية : تأتي اهمية البحث نظرياً من خلال ما سنقوم به من عرض وتقييم لآراء الفقه ونصوص القوانين واحكام القضاء المقارن حول الموضوع محل البحث ، لنفتح بذلك الطريق لدراسات اكثر عمقاً بالمستقبل ، واستكمالا للجهود التي بذلت من الباحثين الذين سبقونا في دراساتهم .

ثالثا – منهجية البحث

سوف نستقرء موضوع البحث في نصوص القوانين المدنية التي سوف تكون موضوعا للمقارنة مع القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، اذ سنعتمد كل من القانون المدني الفرنسي باعتباره الانموذج الامثل للقوانين اللاتينية والقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ مع الاشارة لاحكام الفقه الاسلامي ، ولذا سيكون المنهاج هو استقرائيا تحليليا مقارنا .

رابعا- مشكلة البحث

تتمحور الاشكالية حول اذا كان الخطأ يعد عمديا اذا اتجهت ارادة الشخص الى احداث الضرر ،وما مدى تأثير سوء النية والغش في احداث الضرر .

خامسا- هيكلية البحث

سوف نتناول بحثنا في ثلاث مباحث ، نتناول في الاول منهما صورة الخطأ العمد ، وفي الثاني صورة الغش والتواطؤ ، وفي الثالث صورة التعسف باستعمال الحق.

I. المبحث الاول

صورة الخطأ العمد والجسيم

لعل مصطلحي الخطأ العمد والخطأ الجسيم قد كانا محل شد وجذب في الوسط الفقهي القانوني بين من يرى ان الجسيم ما هو الا صورة من الخطأ العمدي وبين من يرى عدم وجود الخطا الجسيم اصلاً وغير ذلك من الاراء وان كان الجامع بينهما انهما في كل الاحوال خطأ مرتكب من قبل المتعاقد وهذا ما دفعنا الى ان نتناولهما في فرع واحد ، وزيادة للايضاح سنتناولهما في فرعين للوقوف على مدلولهما القانوني تباعاً

I.أ. المطلب الاول

صورة الخطأ العمد

يعرف الخطأ العمد بانه (الاخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الاضرار بالغير)[١]، وعليه فالخطأ العمد هو الفعل او الترك الصادر بسوء نية ، ويتضح على التعريف المذكور انفاً انه اقرب للخطأ العمد في المسؤولية التقصيرية منه الى المسؤولية العقدية ، وان كان الاخلال بالعقد ينافي مبدأ قانونياً وهو مبدأ الزامية العقود وحجيتها ، لكن يبقى القانون هو المصدر غير المباشر للالتزامات التعاقدية ويبقى العقد هو المصدر المباشر .

ويعد الخطأ عمدياً بمجرد اتجاه ارادة الشخص الى احداث الضرر ، ومن ثم فأن الاخلال المتعمد بالالتزامات التعاقدية على رأي بعض فقهاء القانون لا يدل على سوء النية ، وانما يقتضي الامر حتى تثبت سوء نية المتعاقد في تنفيذ العقد ان يتم الاخلال بالالتزامات التعاقدية بصورة ارادية ، وان يكون هنالك هدف اخر يتبلور بقصد المتعاقد المخل بالتزامه من اخلاله هو الحاق الضرر بالمتعاقد الاخر [٢].

وعرف البعض الخطأ العمد على انه (الانحراف في السلوك المتسم بالخبث والذي يستخلص من الرغبة في عمل السوء تجاه الغير او عدم الاكتراث التام احياناً تجاه مصالح الغير)[٣] ، وان كان هذا التعريف هو اكثر مقبولية من سابقه لوروده على نحو يتسم بالعمومية والنأي عن التخصيص ضمن نطاق اي من المسؤوليتين التقصيرية والتعاقدية ، الا انه لا يظهر سوء النية في تنفيذ العقد بشكل جلي وهو المبتغى الذي يراد الوصول اليه ، وفي هذا الصدد نرى ان يعرف الخطأ العمد بانه (اتجاه ارادة المتعاقد الى احداث الضرر بالمتعاقد الاخر بسوء نية اثناء تنفيذ العقد المبرم بين الطرفين) ، وبذلك نكون قد اظهرنا ذاتية الخطأ العمد في العلاقات التعاقدية .

ويرى البعض من الفقه القانوني ان الخطأ العمد هو خطأ شخصي محض ، وان هذا الخطأ حتى يمكن الكشف عنه لا مناص من الولوج الى الحالة النفسية للمتعاقد الذي يراد معرفة نيته ، واستقصاء مكنون ضميره ، ويكون من اتجاه النية الى الانتفاع الشخصي على حساب

---

(١) د. سليمان مرقس ، *الوافي في شرح القانون المدني ، الكتاب الثاني في الالتزامات* ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، القسم الاول – في الاحكام العامة ، الطبعة الخامسة ، (من غير ذكر مكان نشر ، ١٩٨٨)، ص ٢٦٠ .

(2)– Marty et Raynaud , Traite de droit civil , tome 2 -1- , 1962 , p 403

(3) - Mazeaud (Henri , Leon) et Tunc ,Traite ,théorique et pratique de la responsabilité civil , Tome second ,5 Edition ,paris , 1965 , p470 .

المتعاقد الاخر عن طريق الاضرار بالمتعاقد الاخر ، وليس من لزوم حتمي لاتجاه النية مباشرة الى الاضرار وانما يكفي هاجس الانتفاع الشخصي كما في حالة المنافسة غير المشروعة فالمنافس لا يريد الاضرار بقدر ما يريد الاثراء من تصرفاته [١].

ويرى اكثر الفقه القانوني ان الخطأ العمد ما دام قوامه قصد الاضرار بالغير ، فأن القاضي يتعين عليه ان يبحث في نفس الفاعل عن توافر هذا القصد من عدمه ، اي ان يكون تقدير الخطأ على وفق المعيار الشخصي او الواقعي ، وليس تقديراً موضوعياً مجرداً [٢].

في حين ان من فقهاء القانون من يرى نقيض ذلك اذ يرى ان المقياس الموضوعي المجرد هو من يجب تطبيقه على الخطأ العمد ، ولا يكفي لتطبيقه ان يقال ان الشخص العادي في سلوكه المألوف لا يقصد الاضرار بالغير ، فيكون الخطأ العمد انحرافاً عن هذا السلوك المألوف ، ذلك لان من يتعمد الاضرار بالغير لا يكون مخطئاً في جميع الاحوال ، فالتاجر الذي ينافس تاجراً اخر منافسة شريفة لا يكون مسؤولاً حتى لو تعمد الاضرار بمنافسه ، وانما يكون من يتعمد الاضرار بالغير متعدياً اذا هو انحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادي ، فهنا نحن نطبق المقياس المجرد ، ولا يغنينا عنه قصد الاضرار بالغير [٣]، ولا نوافق اي من الرأيين على اطلاقه ، اذ ان اصحاب كل اتجاه نظروا من زاوية واحدة فقط فاصحاب المعيار الشخصي نظروا في الخطأ العمد الى قصد الاضرار ، اما من تبنوا المعيار الموضوعي المجرد فلا يكفي لديهم قصد الاضرار حنى نكون بصدد خطأ عمدي وانما لابد من اخلال بواجب تعاقدي ، وبالتالي فأن تعيين الواجب يتم بمقياس موضوعي مجرد ، والاصح هو ان يتم الاخذ بكلا المعيارين والابتعاد عن النظرة احادية الجانب .

وهنا يثار التساؤل عن مدى تأثير الباعث المشروع على الحاق صفة الخطأ العمد بالفعل المقترف كما في حالة افشاء السر الطبي على سبيل المثال ؟ ان الافشاء اذا ما كان لدواع انسانية او حماية للمصالح العامة او بطلب من القضاء ، اي الافشاء خضوعاً للقانون ،

---

(1)- Planiol Et Ripert , Traite Pratiquc de droit civil Francais , tome 6 ,2 Edition ,paris , 1952 , p 696 .

(٥) voir Mazeaud (Henri , Leon) et Tunc ,Traite ,théorique et pratique de la responsabilité civil , op. cit , p 470 . et Colin et Capitant et Julliot de lamorandiere , Cours elementaire de droit Civil Francais , 10 Edition , tome 2 , paris , 1948 , p 580 . et Starck , droit Civil , obligations , 1 responsabilité delictuelle , 2 Edition , 1985 , p 147 .

(٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، *شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام* ، الجزء الاول ، من غير ذكر طبعة ، (بيروت ، لبنان: دار احياء التراث العربي ، من غير ذكر سنة نشر)، ص ٧٨٥ ، هامش رقم ١ .

فمثل هكذا باعث ينفي صفة الخطأ العمد[١]، وخلاف ذلك يعد خطأ عمديا موجباً للمسؤلية المدنية ومجسداً لسوء النية وهذا ما جسده القضاء الفرنسي في حكم شهير معروف بحكم (جويلير) والسيد (جويلير) هو الطبيب الشخصي للرئيس الفرنسي (فرنسوا ميتيران) والذي نشر عنه كتاب (السر الكبير) بعد وفاته والذي تعرض فيه لصحة الرئيس مصرحاً بان الرئيس قد كذب على الرأي العام بشأن صحته في سنوات حكمه الاخيرة من اجل كسب كرسي الرئاسة[٢]، اذ جاء في قرار محكمة استئناف باريس والذي ايدته محكمة النقض الفرنسية فيما خلصت اليه (ان الكشف عن الوقائع التي يتضمنها السر الطبي والذي من المفروض ان يقوم بحفظه المؤلف المشترك لكتاب " السر الكبير" يكتسي طابعاً لا مشروعاً بشكل جلي ، مما يعلل الامر باتخاذ الاجراءات الكفيلة بايقافه بما في ذلك منع مواصلة نشر الكتاب)[٣] ، واستتبع هذا القرار ، قرار من محكمة جنح باريس على الطبيب جوبلير لانتهاكه السر المهني بالحبس اربعة اشهر موقوفة النفاذ وغرامة قدرها ثلاثين الف فرنك فرنسي دفعت لورثة الرئيس [٤].

I.ب. المطلب الثاني

صورة الخطأ الجسيم

لعل الخطأ الجسيم ينفرد عمن سواه من الاخطاء في كثرة ما يخرج اليه من مداليل ساقها له الفقه القانوني والقضاء وما يترتب عليه من اثر حتى عند الاشارة اليه من قبل المشرع في القوانين المقارنة الذي ادخل نفسه في فوضى المصطلحات ، وجعل على حد تعبير احد فقهاء القانون الفرنسيين هرمية غير دقيقة للاخطاء ، فالتعابير المستعملة تفتقر إلى الدقة المطلقة ، لان المشرع لجأ حسب المواد الى اوصاف مختلفة لا يعرف دائماً اذا كانت متعادلة

(١)- LAPORTE(Sylvie), la vénalité des 879edical879 du corps humain، mémoire 879edical en vue de l'obtention du master droit filière 879edical879é, mention droit 879edical université de Lille 2 – droit et santé école doctorale n° 74 faculté des sciences juridiques، politiques et sociale, année 2003-2004, p 149 .

(2) Elodie (JORY), le secret médical. Mémoire université Paris II panthéon Assas, année 2005. P 30 et 31.

كذلك ينظر حسن زكي الابراشي ، "مسؤولية الاطباء المدنية"، (رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٤)، ص ٤٣٥ – ٤٣٦ .

(3) Cass. Civ 1éreCh. 16 déc. 1997. N° de pourvoi: 96-12762 96-12876. Consulter l'arrêt sur le lien suivant: http://www. Legifrance .gouv.fr/ affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037902&fastReqId=132458104&fastPos=258.

(4) Elodie (JORY), le secret médical , op.cit, P 30 et 31.

ام لا ، اذ يجري الكلام عن خطأ عمدي في قانون التأمينات ، وعن خطأ تدليسي في قانون العقود ، وعن خطأ جسيم وخطأ خطير في قانون العمل ، وعن خطأ غير معذور في قانون النقل الجوي [١].

ولقد احتدم الخلاف بين الفقهاء حول وجود أو عدم وجود فكرة الخطأ الجسيم ، فذهب البعض منهم إلى انكار وجود فكرة الخطأ الجسيم على اعتبار ان للخطأ درجة واحدة مهما كان سببه ، وقد كان ذلك اساسا لظهور نظرية " وحدة الخطأ ". إذ ذهبت هذه النظرية إلى القول بأن الخطأ لا تختلف درجاته وانما ينصب الاختلاف على مدى الالتزام الذي يقع على عاتق المدين ، وان اي اخلال بتنفيذ الالتزام يعد خطأ مهما كانت درجة هذا الإخلال ، فالتنفيذ الناقص لا يعد وفاء الالتزام بغض النظر عن مقدار هذا النقص، والإخلال بالتزام جوهري يعد اجسم من الإخلال بالتزام ثانوي كما هو الحال بالنسبة إلى الالتزام ببذل عناية إذ يعد الإخلال بهذا الالتزام اقل جسامة فيما لو كان اخلالاً بالتزام بتحقيق نتيجة ، وهذا التفاوت يعبر عن اهمية الالتزام الذي يحصل الإخلال به ولا يعبر عن درجة الخطأ أو درجة الإخلال ، لذا فإن انصار نظرية وحدة الخطأ قد ذهبوا إلى القول بأن فكرة تدرج الخطأ لا تتلاءم مع طبيعة الالتزام الواقع على عاتق المدين [٢].

الا ان بعض الفقهاء وبتأثير القانون المدني الفرنسي القديم فرق بين ثلاثة انواع من الخطأ وذلك بالنسبة إلى الاخطاء التي يرتكبها الشخص من حيث الخطورة وضمن ما يسمى بنظرية تدرج الخطأ ، ومن هذه الاخطاء الخطأ الجسيم وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل ، وهو خطأ أقرب إلى العمد ويلحق به ، ووجدت فكرة الخطأ الجسيم حيزاً تطبيقياً كبيراً من قبل القضاء الفرنسي بعد صدور تقنين نابليون (القانون المدني الفرنسي) لسنة ١٨٠٤ مما اسهم في عودتها من جديد [٣]، ان ما يهمنا في هذا الصدد من المعاني[٤] التي

---

(١) الان بينابنت ، *القانون المدني* ، الموجبات ، القسم الثاني ، الموجبات من منشأ قانوني ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الاولى ، (بيروت: لبنان مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٤)، ص ٣٧٥ .

(2) Francois Terre et Philippe Simler et Yves Lequette , Droit Civil , Les obligations , Tome 2 , 11 Edition , Dalloz , 2013 , P 734 .

د. سليمان مرقس ، *الوافي في شرح القانون المدني* ، الجزء الثاني ، المجلد الاول – نظرية العقد ، (القاهرة: ١٩٨٧)، ص ٥٤٠ – ٥٤١ .

(3) Patrice Jourdain , Les Principes de la responsabilité civiie , 9 Edition , , Dalloz , 2014 , P 28 – 30 .

(٤) اشرنا الى معاني الخطا الجسيم الاخرى في المطلب الثاني من مبحث صور سوء النية في تنفيذ العقد من اطروحتنا للدكتوراه باعتباره احد انواع خطأ الاهمال وذلك تلافياً للتكرار ، اذ سنبحثه ضمن نطاق صور سوء النية على وفق المعيار الموضوعي .

يخرج لها الخطا الجسيم هو ما ذهب اليه بعض الفقه القانوني العراقي وهو حين يتخذ الخطأ الجسيم قرينة على الغش أو الخطأ العمد وذلك متى كان مرتكب الخطأ الجسيم يقصد منذ البداية إلى الحاق الضرر بالغير إلا أنه وتخلصاً من المسؤولية لم يرد ان يظهر بمظهر الفاعل الايجابي ، لذا فإنه لا يمكن تفسير موقفه هذا الا عن طريق افتراض اتجاه نيته إلى الحاق الضرر بالغير فيكون خطؤه في هذه الحالة قرينة على الخطأ العمد ، أما إذا لم تتوافر نية الإضرار لديه ، فإن الاهمال الذي لا يرتكبه حتى الشخص دون المعتاد هو خطأ جسيم يلحق من حيث اثاره بالخطأ العمد [١]، وهو ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار بليغ لها جاء فيه (ان الخطأ الجسيم ليس بالضرورة ان يصدر بقليل من الحيطة والحذر لدرجة انه لا يصدر عن اقل الناس حيطة وحذرا ، بل هو الخطأ الذي يصدر بدرجة غير يسيرة ولا يشترط ان يكون متعمدا. اي انه يجب ان يكون الخطأ على درجة من الاهمال البين)[٢] ، فيفهم من مفهوم مخالفة القرار ، ان الخطأ الجسيم من الممكن ان يصدر بشكل عمدي ، اي ان يكون مقترف السلوك غير القانوني قاصداً الحاق الضرر بالمتعاقد الاخر.

وفيما يتعلق بال**شرع الاسلامي** فنجد موقف الشريعة الغراء صريحاً تجاه عمل السوء ونية الاضرار فالقرآن الكريم حافل بالايات التي تبين حكم من يتصرف بسوء وما يترتب على ذلك السلوك السيء من تبعات ، اذ قال تعالى في محكم كتابه الكريم (ثُمَّ كَانَ عَاقِبَةَ الَّذِينَ أَسَاءُوا السُّوأَى)[٣] ، وتفسير الاية الكريمة هذه كما يراها المفسرون ، هي بيان لما انتهى اليه امر الظالمين الذين اقترفوا السوء في افعالهم ، اذ ان سوء العذاب هو الذي اليه امر اولئك الذين عملوا السوء [٤]، وقال جل شأنه في اية اخرى (اسْتِكْبَارًا فِي الْأَرْضِ وَمَكْرَ السَّيِّئِ وَلَا يَحِيقُ الْمَكْرُ السَّيِّئُ إِلَّا بِأَهْلِهِ فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا سُنَّةَ الْأَوَّلِينَ فَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَحْوِيلًا)[٥] ، اي وما يعود وبال ذلك المكر الا عليهم انفسهم دون غيرهم [٦].

(١) ينظر د. غني حسون طه ، *الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام* ، (بغداد: ١٩٧١)، ص ٣٦٩ ، وعبد الجبار ناجي الملا صالح ، مصدر سابق ، ص ٧٤.

(٢) ينظر الطعن رقم ٨٠٨ لسنة ٤٤ في ٢٦/ ٤/ ١٩٨٠. المكتب الفني ، ص ٣١.

(٣) سورة الروم ، الآية ١٠ .

(٤) محمد حسين الطباطبائي ، *الميزان في تفسير القرآن* ،الجزء السادس عشر ، الطبعة الاولى ، (بيروت – لبنان: مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، ١٩٩٧)، ص ١٦٤ .

(٥) سورة فاطر ، الآية ٤٣ .

(٦) الحافظ ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ، *تفسير القرآن العظيم ، تفسير بن كثير* ، المجلد السادس ، الطبعة الثانية ، (الرياض، السعودية: دار طيبة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩)، ص ٥٥٩ .

وفي منع التعدي يروى عن النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) انه قال (وعلى اليد ما اخذت حتى تؤدي)[١]، وفي هذا الحديث ضمانة بليغة في استرجاع الحقوق المسلوبة ، وتضمين من كان معتدياً على المتعاقد الاخر قاصداً الحاق الضرر به بسوء نية .

اما بالنسبة لاراء فقهاء المسلمين ، فنجد اجماعاً لدى فقهاء المذاهب المختلفة في تحريم ومنع تعمد الاضرار بالغير في التصرفات ، اذ ان الضرر منهي عنه وفق تعاليم الدين الحنيف ، فكل العقود والايقاعات محكومة بعدم تعمد الحاق الضرر بالمتعاقد الثاني ، وهذا ما يجد تأصيله الفقهي في حديث النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) اذ قال (ملعون من ضار مسلماً او غيره)[٢] ، وفي هذا الحديث قاعدة عامة يستند اليها الفقه الاسلامي في تأصيل عدم جواز تعمد الاضرار بالمتعاقد الاخر بسوء نية ، بغض النظر عما اذا كان الطرف المتعاقد مسلماً او غير مسلم ، على اعتبار ان الشريعة الاسلامية هي شريعة سمحاء توفر الحماية للجميع وتصون حقوق الكافة دونما اي تمييز .

II. المبحث الثاني

صورة الغش والتواطؤ

للوقوف على هذه الصورة من صور سوء النية سوف نتناول هذا المطلب في فرعين نتناول في الاول منهما صورة الغش والتواطؤ قانونا وفي الثاني صورة الغش والتواطؤ في الفقه الاسلامي .

---

(١) زين الدين البجعي العاملي المعروف بالشهيد الثاني ، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية* ، الجزء السابع ، الطبعة الاولى ، (النجف: مطبعة الاداب ، ١٩٦٨)، ص٣٧ .

(٢) ينظر من فقهاء الجعفرية محمد كاظم الطباطبائي اليزدي ، *العروة الوثقى* ، المجلد الرابع ، تحقيق مؤسسة فقه الثقلين الثقافية ، الطبعة الاولى ، (قم المقدسة ، ايران: مطبعة الزيتون ، منشورات ميثم التمار ، ١٤٢٧ ه) ، ص ٣٦ . ومن فقهاء الحنفية ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن حبيب ، *كتاب الخراج* ، الطبعة الاولى ، (المطبعة الاميرية ببولاق: ١٣٠٢ ه)، ص ١٦١ . ومن المالكية سليمان البجيرمي ، *حاشية البجيرمي على منهج الطلاب* ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، ١٣٤٥ ه)، ص ٢٧٤ . ومن الحنابلة محي الدين يوسف بن جمال الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن علي المعروف بابن الجوزي الحنبلي ، *المذهب الاحمد في مذهب الامام احمد* ، دون ذكر طبعة ، مطبعة " ق " ، (الهند: بومباي ، ١٣٧٨ ه ، ١٩٥٩ م)، ص ٧٤ – ٧٦ . ومن الشافعية سراج الدين ابي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي ، *التدريب في الفقه الشافعي المسمى بتدريب المبتدي وتهذيب المنتهي* ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، (الرياض، السعودية: دار القبلتين ، ٢٠١٢)، ص ١٧٨ .

المطلب الاول

صورة الغش والتواطؤ قانونا

يحدث ان يتخذ سوء النية في تنفيذ العقد صورة غش المتعاقد او تواطؤه من اجل الحاق الضرر بالطرف الاخر ، والغش حسب رأي بعض فقهاء القانون العراقي يتبلور مفهومه في كونه عمل غير مشروع ينوي من يقوم به الحاق الضرر بالغير فهو اخلال بالتزام تعاقدي أو بواجب قانوني عام بقصد الإضرار بالغير [١].

وقد اطرت التشريعات موضوع المقارنة اثر الغش على العقد كما في نص المادة (٧٥٩) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (يقع باطلاً كل اتفاق يتضمن الاعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب اذا كان المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان) ، كذلك ما نصت عليه المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه او كان يستطيع ان يتبينه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، الا اذا اثبت ان البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا المبيع او اخفى العيب غشاً منه)[٢].

اما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد نص المادة (٤٥٣) منه على انه (يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقضه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه)، وما نصت عليه المادة (٥٧٣ /١) بصدد عقد الايجار من انه (إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش ، فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر أخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره ، فانه هو الذي يفضل) وغير ذلك من المواد[٣] ، التي تبين حكم الغش على تنفيذ العقد والذي يعد دليلاً على سوء نية المتعاقد وقصده الاضرار بالمتعاقد الاخر .

كما جاء في المادة (١٣٤١ /٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل في ٢٠١٦ (يحق للدائن ايضاً ان يرفع دعوى بأسمه ليعلن ان التصرفات التي قام بها المدين على سبيل الغش اضراراً

---

(١) د. حسن علي الذنون ، *المبسوط في المسؤولية المدنية* ، الجزء الثاني ، الخطأ، بدون ذكر طبعة او دار او مكان نشر ، ٢٠٠١ ، ص ١٩٨.

(٢) وفي نفس المعنى ما نصت عليه المواد (٦٨٧ / ٢)، بصدد عقد القرض التي جاء فيها (اما اذا كان القرض بفائدة او كان بغير فائدة ولكن قد تعمد اخفاء العيب كان للمستقرض ان يطلب اما اصلاح العيب، واما ابدال شيء سليم بالشيء المعيب) ، والمادة (٨٥٠)، بصدد عقد الاعارة والتي نصت على انه (١ – لا ضمان على المعير في استحقاق الشيء المعار، الا ان يكون قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او رضى بالضمان باتفاق خاص. ٢ – ولا ضمان عليه كذلك في العيوب الخفية، غير انه اذا تعمد اخفاء العيب او ضمن سلامة الشيء، لزمه تعويض المستعير كل ضرر يلحقه بسبب ذلك) .

(٣) على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (مادة ٦٣٨)، من القانون المدني المصري بصدد عقد الاعارة (١- لا ضمان على المعير فى استحقاق الشيء المعار إلا إذا أن يكون هناك اتفاق على الضمان أو أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق .٢- ولا ضمان عليه كذلك فى العيوب الخفية ، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشيء منه لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك) ، وما جاء بصدد عقد الحراسة في المادة (٣/٧٣١) منه (إذا كان أحد المستحقين مدنياً معسراً ، وتكون الحراسة على حصته وحدها إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة ، وإلا فعلى الوقف كله . ويشترط أن تكون الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته) .

بحقوقه غير قابلة للاحتاج بها تجاهه ، ويقع عليه عبء اثبات فيما يتعلق بالتصرف بعوض ان المتعاقدين من الغير كان لديهم علم بهذا الغش)[١] .

ويبدو ان النص الفرنسي يشير صراحة الى حالتي الغش الذي يقوم به المدين اضراراً بدائنه وحالة التواطؤ الذي يرتكبه المتعاقدين من الغير والذي يكونون على علم بأن ما تصرف به المدين هو مستحق لدائنه ومع ذلك اقدموا على التعاقد معه ، فالتواطؤ يتحقق من الغير مع العلم بالاستحقاق لمتعاقد اخر غشاً وعدواناً [٢].

كذلك ما جاء في المادة (١٦٣٨) من القانون المدني الفرنسي من انه (اذا كان العقار المبيع مثقلاً بحقوق ارتفاق غير ظاهرة لم يصرح بها وكانت من الاهمية بحيث يفترض ان المشتري لو علم بها لما اشترى ، فان له والحالة هذه الحق بان يلغي العقد مالم يفضل الاكتفاء باخذ التعويض)[٢٨]، وهو نفسه ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه (اذا صرح البائع خطأ في عقد البيع انه لم ينشأ على العقار اي حق ارتفاق وان لا وجود لهذا الحق حسب علمه يكون قد ارتكب خطأ تعاقدياً يتوجب عليه التعويض عنه)[٣] ، وعليه فاخفاء معلومة ما تعد من قبيل الغش الذي يرتب مسؤولية مدنية تعاقدية تستوجب التعويض .

وقد تطرق البعض من الفقه القانوني ان الغش كل عمل أو امتناع عن عمل يقع من المدين بالالتزام العقدي أو من احد تابعيه بقصد إحداث الضرر ، وهو بذلك يقابل الخطأ العمد الذي يكون فيه المدين قاصدا إحداث الضرر بالدائن [٤].

ويرى البعض أن الغش يمثل مرتبة عليا من الخطأ العمد ، فهو ينطوي تحت اصطلاح الخطأ العمد. اذ ان كل غش هو خطأ عمد ، الا ان الخطأ العمد ليس غشا دائما. ففي حالة

---

(1) Art. 1341-2.-(Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude).

(٢) ابراهيم سيد احمد ، *فكرة حسن النية في المعاملات المدنية فقهاً وقضاءاً دراسة مقارنة* ، مطبعة دار الهدى ، (الاسكندرية ، مصر: نشر منشأة المعارف ، ٢٠١٥)، ص ٥١ .

(3) Art 1638 (Si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité).

(4) Cass. Civ. 1ereCh.31 janvier , 21 marce , 2001, http: // www .legifrance .gour.fr.

(٥) د. عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر ، *شرح القانون المدني* ، مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، (عمان: الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢)، ص ٣٣٤. ود. عبد المنعم فرج الصدة ، *مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري* ، (بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٧٩)، ص ٤٢٢.

الخطأ العمد يجابه احد المتعاقدين وهو مرتكب الخطأ ، المتعاقد الاخر بمخالفته مجابهة صريحة ، فتتاح الفرصة للمتعاقد الذي تعاقد مع مرتكب الخطأ العمد لتلافي ما قد يستطيع تلافيه من أضرار، كما هو الحال في رفض البائع في عقد البيع تسليم الصفقة من البضائع التي تم بيعها. ويكون المخطئ بذلك قد عرض نفسه لإجراءات قانونية قد تفوت عليه قصده [١].

ونحن لا نميل لذلك الرأي ، فما نراه صحيحاً هو القول ان الغش يمثل مرتبة عليا ليس من الخطأ العمد وانما من نية الاضرار ، اذ تبقى للخطأ العمد خصوصيته وللغش ذاتيته مهما حاولنا التقريب بينهما ، اما محاولة اختزال الغش بوصفه من صور سوء النية في تنفيذ العقد وادراجه تحت طائلة الخطأ العمد سيدخلنا في اشكالية هرمية جسامة الاخطاء ونحن بمنأى عن هكذا اشكالية لا طائل منها ولا نفع .

وللغش ركنان ، الركن الموضوعي والذي يتخذ صورة فعل أو كتمان والفعل هو عبارة عن وسائل احتيالية يلجأ إليها احد اطراف العقد لأيهام الطرف الاخر ، ويجب ان تبلغ هذه الوسائل حداً معينا من الجسامة حتى يتحقق الركن الموضوعي للغش ، أما الركن الثاني للغش فهو الركن المعنوي المتمثل في القصد أو الرغبة في التضليل لتحقيق غرض غير مشروع ، وانعدام هذا الركن يؤدي إلى انعدام الغش وان توافر الركن الموضوعي كما لو قدم احد طرفي العقد معلومات غير صحيحة عن حسن نية دون علمه بعدم مطابقتها للحقيقة ، فلا يعد غاشا رغم أنه قد أوقع الطرف الاخر في غلط. أو إذا أهمل في تقديم بعض المعلومات التي من شأن عدم تقديمها ايقاع المتعاقد في غلط ، فلا قيام للغش من دون ارادة قاصده إلى تضليل الغير ، ذلك لان الغش فكرة عمدية [٢].

II.ب. المطلب الثاني

صورة الغش والتواطؤ في الفقه الاسلامي

بالنسبة لموقف **الشريعة الاسلامية** من الغش فهو موقف جلي يظهر موقفها البارز في الضد منه ، اذ جاء قوله تعالى في محكم كتابه الكريم (وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ)[٣] ، وقوله تعالى (وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ أَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ)[٤]، وقال تعالى

(١) عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مصدر سابق ، ص ٥٩ – ٦٠ .
(٢) ابراهيم سيد احمد ، فكرة حسن النية في المعاملات المدنية فقهاً وقضاءاً دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص ٥٣ .
(٣) سورة المطففين ، الآيات من ١ - ٣ .
(٤) سورة الرحمن ، الايات من ٧ – ٩ .

في ايات مباركة (وَإِلَى مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْبًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُمْ مِنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ وَلَا تَنْقُصُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ إِنِّي أَرَاكُمْ بِخَيْرٍ وَإِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ عَذَابَ يَوْمٍ مُحِيطٍ وَيَا قَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ)[١] ، وقال جل شأنه في اية اخرى من كتابه الكريم (وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا)[٢].

وهذه الآيات الكريمات تصرح بمنع واجتناب الغش في المعاملات ، تحذر مما سيؤول اليه مصير من يرتكبون الافعال الغشية ، كما وان من ابلغ الادلة على حرمة الغش في الشريعة الاسلامية ما روي عن النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) من انه مر على صبرة من طعام – والصبرة يقصد بها كوم من طعام مجموع بلا كيل ولا وزن – فأدخل يده المباركة فيها فنالت اصابعه بللاً فقال (ما هذا يا صاحب الطعام ؟) قال اصابته السماء يا رسول الله فقال الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) لصاحب الطعام (افلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ؟ من غش فليس مني) [٣].

ان الحديث الشريف سالف الذكر يدل في معناه دلالة واضحه لا لبس او غموض فيها على حرمة الغش والتدليس والخداع في المعاملات اذ يعد الغش من الامور المنكرة المنبوذة والمحرمة ، اذ يجب على المتعاملين التزام جانب الصراحة والصدق والايضاح والتبيين في الكشف عن حقيقة المبيع ومواصفاته التي يحتاجها المتعاقد الاخر ، وعدم اخفائها عنه ، فالرسول محمد (صلى الله عليه واله وسلم) وقف موقفاً حازماً تجاه بائع الطعام شاجباً غشه حين اخفى الطعام الرديء واظهر الحسن فقط ، ولما اراد الاعتذار بان طعامه قد اصابته السماء لما امطرت لم يقبل الرسول الكريم اعتذاره ، مبيناً ان من غش ليس منه اي ليس من امته ، وان دل هذا فهو يدل على عظم شناعة الغش ومدى خطورته .

كما روي عن النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) انه قال (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما)[٤] ، وفي

---

(١) سورة هود ، الآيات ٨٤ و ٨٥ .

(٢) سورة الاسراء ، الآية ٣٥ .

(٣) ينظر محمد بن اسماعيل الكحلاني الصنعاني ، *سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام* ، الجزء الثالث ، تحقيق ابراهيم عصر ، الطبعة الاولى ، (مكتبة دار الحديث ، من غير ذكر سنة او مكان نشر)، ص ٨٣٠ . وابو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، *صحيح مسلم بشرح النووي* ، المجلد الاول ، الجزء الثاني ، (طبعة دار احياء التراث العربي ، من غير ذكر سنة او مكان نشر)، ص ١٠٨ .

(٤) مالك بن انس الاصبحي ، *الموطأ ،كتاب البيوع* ، الطبعة الاولى ، (القاهرة ، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٤٠)، ص ٣١ ، حديث رقم ٩٦ . وابو محمد عبد الله بن عبد الرحمن ابن الفضل بن بهرام الدارمي ، *سنن الدارمي* ، البيوع ، (بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية ، من غير طبعة او سنة نشر)، الباب ١٩ .

هذا الحديث المبارك اشارة اخرى الى وجوب الافصاح وتبصير الطرف الاخر بموضوع العقد وعدم الكتمان ، اذ يعد التدليس والغش الى محق بركة المعاملة المجراة بين المتعاقدين .

اما بالنسبة **للفقه الاسلامي** فنجد ثمة اجماعاً على تحريم الغش ، اذ ذهب فقهاء **الامامية الاثني عشرية**[١] الى تحريم الغش مستندين في ذلك الى جملة من احاديث المعصومين (صلوات الله عليهم اجمعين) منها قول رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) لرجل يبيع التمر (يا فلان اما علمت انه ليس من المسلمين من غشهم ؟) وما رووه عن الامام جعفر بن محمد الصادق (عليهما السلام) انه قال(من غشنا ليس منا) وما روي عنه ايضاً انه قال (نهى النبي ان يشاب اللبن بالماء للبيع) ، وما روي عن الامام محم الباقر (عليه صلوات الله وسلامه) انه قال (مر النبي في سوق المدينة بطعام ، فقال لصاحبه : ما ارى طعامك الا طيباً ، وسأله عن سعره ، فاوحى الله عز وجل اليه ان يدس يده في الطعام ، ففعل ، فأخرج طعاماً رديئاً ، فقال لصاحبه : ما اراك الا وقد جمعت خيانة وغشاً للمسلمين) ، وما رواه هشام بن الحكم اذ قال كنت ابيع السابري _ وهو نوع من القماش _ في الظلال فمر بي ابو الحسن الامام موسى بن جعفر (عليهما السلام راكباً فقال لي (يا هشام ان البيع في الظلال غش ، والغش لا يحل) .

كما ذهب جمهور فقهاء مذاهب العامة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة الى عدم جواز تصرية المواشي عند بيعها باعتباره غشاً ، والمقصود بالتصرية حبس اللبن في ضرع المواشي حتى يبدو ضرعها كبيراً فيوهم المشتري بانها ماشية حلوب فيقبل على شرائها ، من غير ان يعلم ان اللبن في ضرعها محبوس ، وان الفقهاء قد استندوا في تحريم التصرية على ما روي عن النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) في حديث مبارك من انه قال (لا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها ، ان رضيها امسكها ، وان سخطها ردها وصاعاً من تمر)[٢]. وبهذا يعلم ان التصرية محرمة ، اذا قصد البائع بذلك ايهام المشتري بكثرة اللبن ، اما لو حبس لبن الحيوان لا للتدليس والبيع ، بل لامر اخر غير البيع فأن بعض الفقهاء اخذ من حديث نهي رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) عن التصرية تحريم التصرية سواء قصد به التدليس ام لم يقصد ، وبهذا جزم بعض الشافعية ، وعلله بما فيه من ايذاء للحيوان ، غير ان جمهور الفقهاء يرى ان النهي خاص في

---

(١) ينظر محمد بن الحسن الحر العاملي ، *تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة* ، الجزء السابع عشر ، الطبعة الرابعة ، (قم المقدسة ، ايران: تحقيق ونشر مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، ١٤٣٨ ه)، ص ٤٦٦ . ومحمد تقي المدرسي ، *الوجيز في الفقه الاسلامي* ، فقه العقود ، الطبعة الاولى ، (قم المقدسة: مطبعة عترت ، ٢٠٠٣)، ص ٣٥ - ٤١ .

(٢) احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، *فتح الباري شرح صحيح البخاري* ، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، (بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية ، ١٤١٠ ه)، ص ٤٥٤ ، الحديث رقم ٢١٤٨ .

البيع [١]، ومن ثم فلا خلاف في ان فعل التصرية بقصد الايهام هو حرام لما فيه من الغش والخديعة ، والخداع محرم في الشريعة قطعاً لما فيه من الاضرار بالمشتري [٢].

وجاء في بعض كتب الفقه الاسلامي [٣]، (وسئل القاضي ابو عبد الله بن علاق عما يفعل الناس من خلط الزعفران جيده برديئه حين الجد هل ذلك من التدليس ام لا ؟ وهو ما يشق التحرز منه ويحتاج الى كلفة في تخليصه ولا يريد ان يتعب نفسه في انتقائه فيكون بمثابة النخالة في الدقيق ... فأجاب : .. وقفت على السؤال والمسائل ، اما الاولى فهي خلط الزعفران وما يعد دلسة فخلطه يكون على وجهين : احدهما ان يخلط زعفران جيد بزعفران رديء فهذا يجري مجرى خلط الزبيب الرديء بالجيد وخلط التمر الجيد بالرديء وهذا ينظر فيه في امور : احدها في جواز هذا الخلط وهذا الخلط اذا كان للبيع فهو من الغش الذي لا يجوز لاحد ان يفعله عليه وان بين عند البيع انه مخلوط لانه وان لم يغش به هو فقد يغش به غيره ...) .

كما اشار الفقهاء الى صورة الغش في تفريق الصفقة واثره على العقد المبرم ، مستندين في ذلك الى حديث النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) انه قال (لا يجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة)[٤] ، والمراد بتفريق الصفقة كما يقول بعض الفقه هو تفريق ما اشتراه المتعاقد في عقد واحد [٥]، وان يجمع بين ما يصح بيعه وما لا يصح

(١) عبد الباقي الزرقاني ، *شرح الزرقاني على مختصر خليل* ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، (بيروت ، لبنان: دار الفكر ، من غير سنة نشر)، ص ١٣٣ . محمد امين ابن عابدين ، *حاشية رد المحتار على الدر المختار* ، الجزء الرابع ، بدون طبعة ، (بيروت – لبنان: دار الكتب العلمية ، ، ١٩٩٤)، ص ٩٦ . وزكريا الانصاري ، *اسنى المطالب شرح روضة الطالب* ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، (السعودية: المكتبة الاسلامية)، ص٢١٥ .

(٢) ابو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر، *الاجماع*، تحقيق عبد القادر شن أر ، الطبعة الاولى ، (طبعة انقرة ، تركيا)، ص ٩٢ . وعون الدين يحيى بن محمد بن هبيرة ، *الافصاح عن معاني الصحاح في الفقه على المذاهب الاربعة* ، تحقيق محمد حسن اسماعيل ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، (بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٧ ه)، ص ٢٨٩ . وابو عمر يوسف بن عبد البر المالكي ، *الكافي في فقه المدينة المالكي* ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، (بيروت ، لبنان : دار الكتب العلمية ، ١٤٠٧ ه)، ص ٧٠٧ .

(٣) ابو العباس احمد بن يحيى الونشريسي ، *المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى اهل افريقية والاندلس والمغرب* ، الجزء الخامس ، بدون طبعة ، (نشر وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية للمملكة المغربية ، ١٩٨١)، ص ٢١٧ .

(٤) احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، *فتح الباري شرح صحيح البخاري* ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، (بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية ، ١٤١٠ ه)، ص ٤٠٠ ، الحديث رقم١٤٥٠ .

(٥) منصور بن يوسف بن ادريس البهوتي ، *كشاف القناع عن متن الاقناع* ، الجزء الثالث ، (الرياض: مكتبة النصر الحديثة ، بلا سنة نشر)، ص ١٧٧ .

بيعه صفقة واحدة على حد قول بعض الفقهاء ،[١] كصورة ان يكون المبيعان معلومين ، مما لا ينقسم عليهما الثمن بالاجزاء مثل ان يبع المتعاقد بستانه وبستان غيره بغير اذنه ، او خلاً وخمراً صفقة واحدة ، ولم يعلم المشتري بالحال فغش فغر بذلك ، فهذا غش وخداع .

III. المبحث الثالث

صورة التعسف باستعمال الحق

يقصد بالتعسف في استعمال الحق هو ان يستعمل الانسان حقه على وجه غير مشروع ، والفرق بينه وبين استعمال الانسان لما ليس له هو ان التعسف مزاولة للحق بطريقة غير مشروعة ، اما استعمال الانسان لما ليس من حقه فهو مزاولته امرا لا يحق له ابتداء [٢].

ان للحقوق وظيفة اجتماعية، اذ انها لا تعطى للفرد بمنأى عن المجتمع الذي يعيش فيه ، فتكون لممارسة تلك الحقوق المعطاة ضوابط معينة يتعين مراعاتها عند اجراء اي تصرف قانوني ، كونها وضعت لمهمة اجتماعية، وتخصيص معين، وغاية يجب ان تتمحور ضمن اطارها ، فلا يجوز استعمال الحق بما يضر الفرد أو الجماعة؛ بل لابد من استعماله في المصلحة التي شرع من أجلها، وهي المقاصد التي رآها ووضعها المشرع. فللحق وظيفة أو غاية اجتماعية يتعين ان يلتزم بها صاحب الحق، فإذا حاد عن هذه الغاية يكون قد تعسف في استعمال حقه مما يجعل هذا الاستعمال غير مشروع وبالتالي يوسم تصرفه بسوء النية [٣].

---

(١) موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ، *المغني مع الشرح الكبير* ، المجلد السادس ، بدون طبعة ، (دار الفكر ، بدون تاريخ نشر)، ص ٣٣٥ .

(٢) ينظر حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، *المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية* ، الطبعة الثانية ، (الإسكندرية: منشأة المعارف ، ١٩٧٨)، ص ٢٣٩ . ود. محمد رأفت عثمان ، "التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الاسلامية والقانون"، *بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون* ، *القاهرة* ، العدد الاول ، ص ٤ . خليل جريج، *النظرية العامة للموجبات ، الجزء الثاني ، مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة* ، الطبعة الرابعة ، (منشورات صادر الحقوقية ، ٢٠٠٠)، ص ١٥ . اميل شعيب ، *في نظرية الموجبات والعقود ، الجزء الاول ، مصادر الموجبات* ، (بيروت: ١٩٩٨)، ص ٣٥ .

(٣) د. حسن علي الذنون ، *دور المدة في العقود المستمرة* ، من غير ذكر رقم الطبعة ، (جامعة الموصل: مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٨٨)، ص ١٦٣ . وفاضل حبشي ، "الامتداد القانوني لعقود الايجار في القانونين المصري والفرنسي – نظرية العلاقة الايجارية شبه التعاقدية"، (رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٢)، ص١٨٢ . ود. ابراهيم الصالحي ، *ضوابط الاستعمال غير المشروع للحق وتطبيقاته في القانون المدني دراسة مقارنة باحكام الفقه الاسلامي*، (القاهرة: جامعة الازهر ، بدون ذكر سنة نشر)، ص ٥ وما بعدها .

فالرأي الغالب للإساءة يستند على فكرة مفادها إن الحق مقيد في حدوده المادية التي يرسمها المشرع في الدول المختلفة ، اذ تتوافر علاقة وطيدة بين إساءة الاستعمال وتحديد مضمون الحق وتأطير حدوده، فالإساءة في الاستعمال ما هي في اكثر الحالات إلا تحديد مضمون الحق وبيان حدوده، وهو مرتبط بفكرة الغاية المبتغاة من الحق، فتقييد الحقوق الذي تفرضه الاعتبارات الاجتماعية يخضع ليس فقط للحدود الظاهرة المشار اليها في التشريعات ، بل أيضاً لحدود أقل وضوحاً مستمدة من الوظيفة الاجتماعية التي يؤديها الحق على أساس إن القانون اجتماعي في غايته، وهذه تتفق مع الغاية من الاجتماعية التي استهدفتها إرادة المجتمع عند سن القانون، ومن هذه الأهداف ما هو فردي ومنها ما هو اجتماعي، فكل حق له هدف اجتماعي معين [١]، وحددت معايير التعسف في استعمال الحق في المادة (٧) من القانون المدني العراقي اذ نصت على انه ١- من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان . ٢ – ويصبح استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

أ - إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير .
ب- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
ج- إذا كان المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة.)
وورد بالمادة (٥) من القانون المدني المصري (يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية
(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .
(ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
(ج) إذا كان المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة) .
ب . إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة .
ج . إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر)[٢].
وقد وجدنا ان القضاء الفرنسي قد اخذ بنظرية التعسف باستعمال الحق ، على الرغم من ان المشرع لم ياتِ بنص قانوني يأطر هذه النظرية تأثرا منه بالنزعة الفردية الليبرالية التي تعطي للفرد اكثر مما تعطي للمجتمع ، اذ جاء في قرار للغرفة الاجتماعية في محكمة النقض الفرنسية انه (يخل بالتزامه بتنفيذ العقد بحسن النية ، رب العمل الذ يقوم باستعمال بند التغيير الذي يتضمنه العقد بشكل تعسفي)[٣] ، وجاء في قرار للمحكمة الابتدائية الكبرى في برست بفرنسا انه (يكون تعسفياً البند الذي يحتفظ بموجبه مركز رياضي بحق تعديل مواعيد التدريب

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، *الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام*، (جامعة بغداد: كلية القانون، ١٩٨٠)، ص ٢٣٠ . د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٩٤٧.
(٢) ليس لها مقابل في القانون المدني الفرنسي .
(3) Soc. Civ . 18 mai , 1999 , D 2000 , 84 .

من جانب واحد)[١] ، ويبدو ان القضاء الفرنسي قد اعتنق هذه النظرية من غير المبالات لموقف المشرع ، ولابد من الاشارة هنا الى المعايير الثلاثة للاستعمال التعسفي للحق، التي أوردها القانون المدني العراقي والمصري ايضا والتي سنخصص فرع مستقل لكل منها :

III.أ. المطلب الاول

قصد الإضرار بالمتعاقد الاخر

يعد المتعاقد متعسفاً إذا لم يقصد باستعماله سوى الإضرار بالمتعاقد الاخر، وواضح هنا إن المشرع يعتمد معياراً ذاتياً أو شخصيا بحتاً، بمعنى أن ينظر أساساً إلى نية صاحب الحق في استعماله، فإن كان لا يقصد بهذا الاستعمال إلا أن يضر المتعاقد الاخر من غير أن يحصل من هذا الاستعمال على فائدة، كان مصداقاً للتعسف في هذا الاستعمال [٢]، وإنه لا يكفي أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير؛ بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي؛ فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحاناً كبيراً على الضرر الذي يلحق بالغير، فقصد الإضرار في هذه الحالة لا يعتبر تعسفاً إذ إن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي، أما إذا كان إحداث الضرر هو العامل الأصلي الذي غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير، اعتبر هذا تعسفاً، ولو كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي[٣]، وهذا يعني من ناحية إن توافر قصد الإضرار بالغير لا يكفي لتوافر إساءة الاستعمال إذا اقترن هذا القصد بدوافع أخرى، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إذا اقترن ذلك القصد بتلك الدوافع لا يحول من دون توافر إساءة الاستعمال إذا كان قصد الإضرار بالغير هو القصد الوحيد من الاستعمال وكانت الدوافع الأخرى التي اقترنت به مجرد عوامل ثانوية، كما هو شأن صاحب العمل الذي يقدم على فصل العامل لمجرد الانتقام منه، لأنه طالب بالحقوق المقررة له بمقتضى قانون العمل، أو لأنه قام بالشهادة ضد صاحب العمل [١].

III.ب. المطلب الثاني

---

(1) TGI.Brest , 21 dec , 1994 , D 1995 , 310 .

(٢) د. فتحي الدريني، *نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي* ، الطبعة الرابعة ، (بيروت: مؤسسة الرسالة ، ١٩٨٨)، ص٣٢٨ وما بعدها.

(٣) د. أنور سلطان ،"نظرية التعسف في استعمال حق الملكية "، *بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة* ، العدد الأول ، السنة السابعة عشر ، (١٩٤٧): ص٧٣ وما بعدها . وينظر في معنى مقارب د. جلال العدوي ، *الإجبار القانوني على المعاوضة* ، (مطبعة جامعة الإسكندرية ، ١٩٦٥)، ص٦١ وما بعدها . وحسين عامر ، *التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود* ، الطبعة الأولى ، (مطبعة مصر ، ١٩٦٠)، ص١٧١ وما بعدها. وآلان بينابنت ، *القانون المدني ، الموجبات (الالتزامات)* ، ترجمة منصور القاضي ومراجعة د. فيصل كلثوم ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ،(بيروت ، لبنان: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٤)، ص٥١ و ص٢٣٦ .

(١) د.حسن كيره ، *المدخل إلى القانون* ، (الإسكندرية: منشأة المعارف ، ١٩٦٩)، ص٧٣٢ .

عدم تناسب المصلحة من الاستعمال مع ما ينجم عنها من ضرر بالمتعاقد الاخر

هذا المعيار يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض، والحق الفردي مع المصلحة العامة من باب أولى. فصاحب الحق يكون متعسفاً في استعماله، ولو كان يقصد من هذا الاستعمال تحقيق مصلحة شخصية له، ما دام إن هذه المصلحة لا تتناسب على الإطلاق مع ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال، شريطة أن يكون التفاوت شاسعاً، أو أن تكون المصالح التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق باستعماله قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها [٢].

III.ج. المطلب الثالث

عدم مشروعية المصالح المقصود تحقيقها من الاستعمال

يتبلور مفهوم هذا المعيار في أنه لا تكفي أن تكون المصلحة التي يروم صاحب الحق من وراء استعماله لحقه بينة وذات نفع له، بل يتعين أن تتسم هذه المصلحة بالمشروعية كذلك، لان الحقوق إنما شرّعت لتحقيق غايات رفيعة ، قد تكون عامة وقد تتسم بالخصوصية ، وليس لها قيمة تذكر إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة، فينبغي أن يستعمل الحق في الغايات المشروعة التي منح الحق من أجلها، فإذا استعمل الشخص حقه، لا لمجرد الإضرار بالغير، بل لمصلحة شخصية له تتناسب مع الضرر الذي يسببه للغير، فإن ذلك لا يكفي لنفي إساءة الاستعمال، إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها مصلحة غير مشروعة، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون وبالتالي يعد المتعاقد سيء النية [٣].

اما بالنسبة لموقف **الفقه الاسلامي** فقد كان صريحاً بالوقوف بالضد من التعسف تعود الى حديث نبوي شريف بلغ من الشهرة حداً عظيماً وهو (لا ضرر ولا ضرار)، والذي قاله النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم بصدد قصة (سمرة بن جندب) والتي روي فيها (ان سمرة بن جندب كان له عذق في حائط لرجل من الانصار وكان منزل الانصاري بباب البستان وكان يمر به ولا يستأذن ، فكلمه الانصاري ان يستأذن اذا جاء فأبى سمرة فلما تأبى جاء الانصاري الى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فشكا اليه وخبره الخبر ، فأرسل

---

(٢) نعيم شلالا ، *دعاوي التعسف وإساءة استعمال الحق* ، الطبعة الأولى ، (بيروت ، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٦)، ص١٢١ .

(٣) حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، "النظام العام العقدي"، (رسالة ماجستير ، كلية الحقوق – جامعة النهرين ، ٢٠٠٢)، ص٥٤ وما بعدها . د. نزيه الصادق المهدي ، "محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام "، *بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد* ، العددان الأول والثاني ، السنة التاسعة والأربعون ، ١٩٧٩م ، ص١٢٤ وما بعدها . وايضاً :

Briot de La Crochais (Martin), (L’abus Dans Les Contrats), Préparation à l’épreuve de droit, Agrégations d’économie et gestion, Centre national d'enseignement à distance (CNED), En cours de travail la buffatière, février 2006, : Descartes.Disponible sur internet dans Les Carnets de L'université Paris, p. 20 http:/ /blogs. parisdescartes. fr/ briot/weblog/2023.html .

رسول الله صلى الله عليه واله وسلم وخبره بقول الانصاري وما شكا وقال ان اردت الدخول فاستاذن ، فأبى فلما ابى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله فابى ان يبيع ، فقال صلى الله عليه واله وسلم لك بها عذق يمد لك في الجنة فأبى ان يقبل ، فقال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم للانصاري اذهب فأقلعها وارم بها اليه فأنه لا ضرر ولا ضرار)[١]، واستنادا لقول النبي الكريم هذا اصل فقهاء المسلمين لحرمة التعسف في استعمال الحق ، فقال فقهاء **الامامية** بحرمته وصح عندهم الحديث المذكور سلفاً اي حديث (لا ضرر ولا ضرار) وعد قاعدة فقهية عامة تأصل عليه الاحكام [٢]، وعلى رأي الامامية باقي المذاهب الاسلامية من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة وزيدية وظاهرية واباضية [٣]، ولم يشذ بالرأي منهم احد .

الخـــاتمـة

بعد ان انتهينا من كتابة بحثنا الموسوم (صور سوء النية في تنفيذ العقد حسب المعيار المادي) سوف نضمنه اهم ما توصلنا اليه من استنتاجات وما نبديه من مقترحات بصدد الموضوع محل البحث .

(١) ينظر محمد بن يعقوب الكليني ، *الكافي* ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، (طهران ، ايران: مطبعة حيدري ؟)، ص ٢٩٢ . ابو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابوية القمي المعروف بالشيخ الصدوق ، *من لا يحضره الفقيه* ، الجزء الثالث ، تحقيق حسن الخرسان ، الطبعة الاولى ، (مطبعة النجف ، ١٣٧٨ ه)، ص ١٧٤ .

(٢) محمد تقي الحكيم ، *المدخل لدراسة الفقه المقارن* ، الكتاب الثاني ، القواعد العامة في الفقه المقارن (قواعد الضرر والحرج والنية انموذجا) ، الطبعة الاولى ، (بيروت ، لبنان: المؤسسة الدولية للدراسات والنشر ، ٢٠٠١)، ص ٤٥ وما بعدها . ومحمد باقر السيستاني ، "قاعدة لا ضرر ولا ضرار"، تقريرات لمحاضرات اية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني بجامعة النجف ، ١٤١٤ ه ، ص ١٣ .

(٣) ينظر من فقهاء الحنفية ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن حبيب ، كتاب الخراج، مصدر سابق ، ص ١٦١ . ومن المالكية الشاطبي ، الموافقات ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص ٢٤٢ . ومن الشافعية شمس الدين محمد بن احمد الرملي ، *نهاية المحتاج* ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، (بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية ، ١٩٩٣)، ص ٣٣٤ . ومن الحنابلة تقي الدين احمد بن حليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي ، مجموع الفتاوى ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص ٤٠ . ومن الزيدية شرف الدين الحسيني الصنعاني ، *الروض النضير شرح المجموع الكبير* ، الجزء الرابع ، (دار الجيل ، من غير تاريخ نشر)، ص ١١٢ . ومن الظاهرية علي بن احمد بن سعيد الظاهري الاندلسي ، المحلى في شرح المجلى بالحجج والاثار ، الجزء التاسع ، مصدر سابق ، ص ٣٢٢ . ومن الاباضية محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل وشفاء العليل ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ٦١٨ .

اولا – الاستنتاجات

ا- توصلنا الى ان الخطأ يعد عمدياً بمجرد اتجاه ارادة الشخص الى احداث الضرر ، ومن ثم فأن الاخلال المتعمد بالالتزامات التعاقدية على رأي بعض فقهاء القانون لا يدل على سوء النية ، وانما يقتضي الامر حتى تثبت سوء نية المتعاقد ان يتم الاخلال بالالتزامات التعاقدية بصورة ارادية ، وان يكون قصد المتعاقد المخل بالتزامه من اخلاله هو الحاق الضرر بالمتعاقد الاخر .

٢ – توصلنا ان الغش يمثل مرتبة عليا ليس من الخطأ العمد وانما من نية الاضرار ، اذ تبقى للخطأ العمد خصوصيته وللغش ذاتيته مهما حاولنا التقريب بينهما ، اما محاولة اختزال الغش بوصفه من صور سوء النية في تنفيذ العقد وادراجه تحت طائلة الخطأ العمد سيدخلنا في اشكالية هرمية جسامة الاخطاء .

٣ - استنتجنا ان للحق وظيفة أو غاية اجتماعية يتعين ان يلتزم بها صاحب الحق، فإذا حاد عن هذه الغاية يكون قد تعسف في استعمال حقه مما يجعل هذا الاستعمال غير مشروع وبالتالي يوسم تصرفه بسوء النية .

ثانيا – المقترحات

ا- نقترح ان يعرف الخطأ العمد بانه (اتجاه ارادة المتعاقد الى احداث الضرر بالمتعاقد الاخر بسوء نية اثناء تنفيذ العقد المبرم بين الطرفين) ، وبذلك نكون قد اظهرنا ذاتية الخطأ العمد في العلاقات التعاقدية .

٢ – تفعيل نص المادة (٧) من القانون المدني العراقي والخاصة بالتعسف في استعمال الحق بما ينسجم وظروف المرحلة والتغييرات الكبيرة على المستوى التكنلوجي والاقتصادي .

قائمة المصادر

- القرآن الكريم

أ- المصادر باللغة العربية

اولا – كتب التفسير والحديث

١ - ابو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابوية القمي المعروف بالشيخ الصدوق ، *من لا يحضره الفقيه* ، الجزء الثالث ، تحقيق حسن الخرسان ، الطبعة الاولى ، مطبعة النجف ، ١٣٧٨ ه .

٢ - ابو محمد عبد الله بن عبد الرحمن ابن الفضل بن بهرام الدارمي ، *سنن الدارمي* ، البيوع ، بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية ، من غير طبعة او سنة نشر ، الباب ١٩ .
٣ - احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، *فتح الباري شرح صحيح البخاري* ، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية ، ١٤١٠ هـ .
٤- الحافظ ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ، *تفسير القرآن العظيم - تفسير بن كثير* - ،المجلد الثالث ، الطبعة الثانية ، الرياض: دار طيبة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٩ .
٥- مالك بن انس الاصبحي ، *الموطأ* ،*كتاب البيوع* ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٤٠ .
٦- محمد بن يعقوب الكليني ، *الكافي* ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، طهران ، ايران: مطبعة حيدري .
٧- محمد حسين الطباطبائي، *الميزان في تفسير القرآن* ،الجزء السادس عشر ، الطبعة الاولى ، بيروت – لبنان: مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، ١٩٩٧ .

ثانيا – كتب الفقه الاسلامي

١ - ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن حبيب ، *كتاب الخراج* ، الطبعة الاولى ، بولاق: المطبعة الاميرية، ١٣٠٢ ه.
٢ - ابو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر، *الاجماع*، تحقيق عبد القادر شن أر ، الطبعة الاولى ، تركيا: طبعة انقرة.
٣ - ابو عمر يوسف بن عبد البر المالكي ، *الكافي في فقه المدينة المالكي* ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، (بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية ، ١٤٠٧ هـ .
٤ - ابو العباس احمد بن يحيى الونشريسي ، *المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى اهل افريقية والاندلس والمغرب* ، الجزء الخامس ، بدون طبعة ، نشر وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية للمملكة المغربية: ١٩٨١.
٥ - زين الدين البجعي العاملي المعروف بالشهيد الثاني ، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية* ، الجزء السابع ، الطبعة الاولى ، النجف: مطبعة الاداب ، ١٩٦٨ .
٦ - زكريا الانصاري ، *اسنى المطالب شرح روضة الطالب* ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، السعودية: المكتبة الاسلامية.
٧ - سليمان البجيرمي ، *حاشية البجيرمي على منهج الطلاب* ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، ١٣٤٥ ه.
٨ - سراج الدين ابي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي ، *التدريب في الفقه الشافعي المسمى بتدريب المبتدي وتهذيب المنتهي* ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، الرياض ، السعودية: دار القبلتين ، ٢٠١٢.

٩ - شرف الدين الحسيني الصنعاني ، *الروض النضير شرح المجموع الكبير* ، الجزء الرابع ، طبعة دار الجيل ، من غير تاريخ نشر .
١٠ - عبد الباقي الزرقاني ، *شرح الزرقاني على مختصر خليل* ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، بيروت ، لبنان: دار الفكر ، من غير سنة نشر .
١١ - علي بن احمد بن سعيد الظاهري الاندلسي المعروف بابن حزم ، *المحلى في شرح المجلى بالحجج والاثار* ، بيت الافكار الدولية ،الجزء الثامن، كتاب الاكراه ، عمان – الأردن: بدون تاريخ نشر.
١٢ - عون الدين يحيى بن محمد بن هبيرة ، *الافصاح عن معاني الصحاح في الفقه على المذاهب الاربعة* ، تحقيق محمد حسن اسماعيل ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، بيروت ، لبنان: طبع دار الكتب العلمية، ١٤١٧ ه.
١٣ - محمد بن الحسن الحر العاملي ، *تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة* ، الجزء السابع عشر ، الطبعة الرابعة ، قم المقدسة ، ايران: تحقيق ونشر مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، ١٤٣٨.
١٤ - محمد كاظم الطباطبائي اليزدي ، *العروة الوثقى* ، المجلد الرابع ، تحقيق مؤسسة فقه الثقلين الثقافية ، الطبعة الاولى ، قم المقدسة ، ايران: مطبعة الزيتون ، منشورات ميثم التمار ، ١٤٢٧ ه.

١٥ - محمد تقي المدرسي ، *الوجيز في الفقه الاسلامي* ، فقه العقود ، الطبعة الاولى ، قم المقدسة: مطبعة عترت ، ٢٠٠٣ .
١٦ - محمد امين ابن عابدين ، *حاشية رد المحتار على الدر المختار* ، الجزء الرابع ، بدون طبعة ، بيروت – لبنان: دار الكتب العلمية ، ١٩٩٤ .
١٧ - محمد تقي الحكيم ، *المدخل لدراسة الفقه المقارن* ، الكتاب الثاني ، القواعد العامة في الفقه المقارن (قواعد الضرر والحرج والنية انموذجا) ، الطبعة الاولى ، بيروت ، لبنان: المؤسسة الدولية للدراسات والنشر ،٢٠٠١.
١٨ - محمد باقر السيستاني ، *قاعدة لا ضرر ولا ضرار* ، تقريرات لمحاضرات اية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني بجامعة النجف: ١٤١٤ ه.
١٩ - محمد بن يوسف اطفيش ، *شرح كتاب النيل وشفاء العليل* ، الجزء الثاني ، من غير ذكر طبعة او دار او مكان نشر ، ١٩٨٧ .
٢٠ - منصور بن يوسف بن ادريس البهوتي ، *كشاف القناع عن متن الاقناع* ، الجزء الثالث ، الرياض: مكتبة النصر الحديثة ، بلا سنة نشر .
٢١ - موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ، *المغني مع الشرح الكبير* ، المجلد السادس ، بدون طبعة ، دار الفكر ، بدون تاريخ نشر.

٢٢ - محي الدين يوسف بن جمال الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن علي المعروف بابن الجوزي الحنبلي ، *المذهب الاحمد في مذهب الامام احمد* ، دون ذكر طبعة ، مطبعة " ق " ، بومباي ، الهند: ١٣٧٨ ه ، ١٩٥٩ م.

ثالثا- الكتب القانونية

١ - ابراهيم الصالحي ، *ضوابط الاستعمال غير المشروع للحق وتطبيقاته في القانون المدني دراسة مقارنة باحكام الفقه الاسلامي*، جامعة الازهر ، القاهرة: بدون ذكر سنة نشر .

٢ - ابراهيم سيد احمد ، *فكرة حسن النية في المعاملات المدنية فقهاً وقضاءاً دراسة مقارنة* ، مطبعة دار الهدى ، الاسكندرية ، مصر: نشر منشأة المعارف ، ٢٠١٥ .

٣ - آلان بينابنت ، *القانون المدني ، الموجبات (الالتزامات)* ، ترجمة منصور القاضي ومراجعة د. فيصل كلثوم ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٤ .

٤ - اميل شعيب ، *في نظرية الموجبات والعقود* ، الجزء الاول ، مصادر الموجبات ، بيروت: ١٩٩٨ .

٥ - جلال العدوي ، *الإجبار القانوني على المعاوضة* ، مطبعة جامعة الإسكندرية، ١٩٦٥

٦ - حسن كيره ، *المدخل إلى القانون* ، الإسكندرية: منشأة المعارف ، ١٩٦٩ .

٧ - حسين عامر ، *التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود* ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصر ، ١٩٦٠ .

٨ - حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، *المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية* ، الطبعة الثانية ، الإسكندرية: منشأة المعارف ، ١٩٧٨ .

٩ - حسن علي الذنون ، *دور المدة في العقود المستمرة* ، من غير ذكر رقم الطبعة ، جامعة الموصل: مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٨٨ .

١٠ - حسن علي الذنون ، *المبسوط في المسؤولية المدنية* ، الجزء الثاني ، الخطأ، بدون ذكر طبعة او دار او مكان نشر ، ٢٠٠١.

١١ - خليل جريج، *النظرية العامة للموجبات* ، الجزء الثاني ، مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة ، الطبعة الرابعة ، منشورات صادر الحقوقية ، ٢٠٠٠ .

١٢ - سليمان مرقس ، *الوافي في شرح القانون المدني* ، الجزء الثاني ، المجلد الاول – نظرية العقد ، القاهرة: ١٩٨٧.

١٣ - سليمان مرقس ، *الوافي في شرح القانون المدني ، الكتاب الثاني في الالتزامات ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، القسم الاول – في الاحكام العامة* ، الطبعة الخامسة ، من غير ذكر مكان نشر ، ١٩٨٨ .

١٤ - عبد الرزاق احمد السنهوري ، *شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام* ، الجزء الاول ، من غير ذكر طبعة ، بيروت ، لبنان: دار احياء التراث العربي ، من غير ذكر سنة نشر .

١٥ - عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، *الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي* ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، بغداد: مكتبة السنهوري ، ٢٠١٢ .

١٦ - عبد المنعم فرج الصدة ، *مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري* ، بيروت: دار النهضة العربية ، ١٩٧٩ .

١٧ - عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر ، *شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات دراسة مقارنة* ، الطبعة الاولى ، عمان: الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢ .

١٨ - غني حسون طه ، *الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام*، بغداد : ١٩٧١ .

١٩ - فتحي الدريني، *نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي* ، الطبعة الرابعة ، بيروت: مؤسسة الرسالة ، ١٩٨٨ .

٢٠ - نعيم شلالا ، *دعاوي التعسف وإساءة استعمال الحق* ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٦ .

رابعا – الرسائل الجامعية

١ - حسن زكي الابراشي ، "مسؤولية الاطباء المدنية"، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٤ .

٢ - حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي ، "النظام العام العقدي"، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق – جامعة النهرين ، ٢٠٠٢ .

٣ – فاضل حبشي ، "الامتداد القانوني لعقود الايجار في القانونين المصري والفرنسي – نظرية العلاقة الايجارية شبه التعاقدية"، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٢ .

خامسا – البحوث

١ - أنور سلطان ، "نظرية التعسف في استعمال حق الملكية"، *بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة*، العدد الأول ، السنة السابعة عشر ، (١٩٤٧) .

٢ - محمد رأفت عثمان ، "التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الاسلامية والقانون"، *بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، القاهرة*، العدد الاول.

٣ - نزيه الصادق المهدي ، "محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام"، بحث منشور في *مجلة القانون والاقتصاد* ، العددان الأول والثاني ، السنة التاسعة والأربعون ، (١٩٧٩).

سادسا – الاحكام القضائية

١ - الطعن رقم ٨٠٨ لسنة ٤٤ في ٢٦/ ٤/ ١٩٨٠ امام محكمة النقض المصرية ، المكتب الفني .

سابعا - القوانين

١ - القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٢ - القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

ب – المصادر الاجنبية

- Ouvrages et Theses et Memoires et Articles :

1 - Briot de La Crochais (Martin), (L'abus Dans Les Contrats), Préparation à l'épreuve de droit, Agrégations d'économie et gestion, Centre national d'enseignement à distance (CNED), En cours de travail la buffatière, février 2006, Disponible sur internet dans Les Carnets de http:/ /blogs. parisdescartes. fr/ : Descartes.L'université Paris, p. 20 briot/weblog/2023.html .

2 - Elodie (JORY), le secret médical. Mémoire université Paris II panthéon Assas, année 2005.

3 - Francois Terre et Philippe Simler et Yves Lequette , Droit Civil , Les obligations , Tome 2 , 11 Edition , Dalloz , 2013 .

4 - LAPORTE(Sylvie), la vénalité des éléments du corps humain, mémoire réalisé en vue de l'obtention du master droit filière recherche, 24 mention droit médical université de Lille 2 – droit et santé école doctorale n° 74 faculté des sciences juridiques, politiques et sociale, année 2003-2004.

5 - Mazeaud (Henri , Leon) et Tunc ,Traite ,théorique et pratique de la responsabilité civil , Tome second ,5 Edition ,paris , 1965 .

6 - Mayer . Brown , Good faith – is there a new implied duty in English contract law? , Legal Update , July 2013.
7 - Patrice Jourdain , Les Principes de la responsabilité civiie , 9 Edition , Dalloz , 2014 .

Legislations Francaises :

1 - Code civil français.

2 - Loi no 2016.41 du26 janvier 2016.

Jurisprudence Francaise :

1 - Cass. Civ 1éreCh. 16 déc. 1997. N° de pourvoi: 96-12762 96-12876. Consulter l'arrêt sur le lien suivant: http://www. Legifrance .gouv.fr/ affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037902&fastReqId=132458104&fastPos=258.
2 - Cass. Civ. 1ereCh.31 janvier , 21 marce , 2001, http: // www .legifrance .gour.fr .
3 - Soc. Civ . 18 mai , 1999 , D 2000 , 84 .
4 - TGI.Brest , 21 dec , 1994 , D 1995 , 310 .