"المـقدمـــة"

الحمد والثناء لله تعالى والصلاة والسلام على خير الأنام سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين وأصحابه الكرام وتابعيه بإحسان الى يوم الدين ، وبعد :-

إن الغش ظاهرة قد بانَ منذ العصور الأولى لخلق الانسان [1] ففي قصة إبني آدم (عليه السلام) إذ قام أحدهما فأحضر قربانا بما تطيب له النفس بينما جاء الآخر بالسيء مما لم يذكر ماهيته وجعلاه قرابين لله تعالى فتقبل الله من الذي صدق وقدم ما تطيب له النفس ولم يتقبل من الآخر[2] ، كما وجاء الوعيد والعذاب للغاش في الميزان والمعاملات [3] ، هذا و نجد في السيرة النبوية العطرة ترسيخ للمعاني النبيلة الوافرة للقرآن الكريم في واقع الحياة ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مَرَ على صَبرةِ طعامٍ فأدخلَ يدهُ فيها فنالَتْ أصابعهُ بَلَلاً فقال:ما هذا يا صاحبَ الطعام؟ قال: أصابتهُ السماء يا رسولَ الله ، قال:أفلا جعلتَهُ فوقَ الطعامِ كي يراهُ الناس؟ (من غشَّ فليس منِّي)[4]، وبهذه المبادئ القيمة ربى الإسلام أجيلاً على مر العقود الماضية ، تتسم بالأخلاق الحميدة في كافة مجالات الحياة ، و التجارة في مقدمتها ، كونها أكثر الأمور التي قد تخضع النفوس الى ما يخالف القيم الحميدة . شاء قدر الله معاشرتنا لمن طال بهم العمر من التجار الخيرين ليقصوا لنا قصصاً تكتب بماء الذهب ،عن صدق تجار زمانهم وخشيتهم لله تعالى وبعدهم عن أساليب الخداع والجشع ، حتى إن أحدهم إذا أصبح وذهب الى عمله واستفتح البيع وجاءه زبون آخر فإنه يوصيه أن يذهب إلى التاجر الذي بجواره كي يستفتح هو الآخر البيع ، ولكون القانون المدني العراقي قد شرع في أواسط القرن الماضي في ظل ما سبق عنه الحديث من الصلاح والوفاء بالعقود - في الغالب الشائع – قد تكون أحد الأسباب في عدم الإشارة الى مصطلح (الغش) في نصوصه بشكل واضح وصريح وإنما إكتفى ببحث بعض صوره[5] ولم يأتي بمبدأ عام للغش في العقود المدنية ، إلا أنه ومع تطور الجانب المادي للحياة الإنسانية ومنها الثورة الإلكترونية والعمليات التجارية وصور لا حصر لها من التعاملات الإقتصادية وفي مقابل ذلك إنتكاسات وهدم في القيم والمثل العليا وأصبح الحصول على الربح هو الهاجس والهدف والغاية في كثير من التعملات الحياتية في الوقت الحاضر للكثيرين ممن يتعاملون في مجال العقود المدنية ، نجد إن تطورا لظاهرة الغش لتحقيق الغايات الغير المشروعة ، كما وبات عمليات الغش تهدد جودة المواد الغذائية وحتى الأدوية الطبية وتعقد في سبيله أنواع متعدد من العقود بين الافراد والشركات ، فكان لابد من التصدي لتلك العقود المدنية التي تكون اساسها الغش والخداع بمباديء ونصوص قانونية أكثر وضوحاً لردع كل من تسول له نفسه للسير في سبل الغير المشروعة لتحقيق غايات غير مشروعة .

1- قال تعالى ((وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا ﴿7﴾ فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا ﴿8﴾ قَدْ أَفْلَحَ مَن زَكَّاهَا ﴿9﴾ وَقَدْ خَابَ مَن دَسَّاهَا ﴿10﴾سورة الشمس.

2- قوله تعالى ﴿وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقُبِّلَ مِن أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ ﴾آية 27 من سورة المائدة.

3- قوله تعالى ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ (1) الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ (2) وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ (3)سورة المطففين.

4 - الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ،بدون سنة طبع ، حديث رقم (102) ، ص 57.

5- الغبن مع التغرير و الصورية والتحايل على القانون .

أولاً: أهمية البحث واسباب أختياره :

نظراً للتطور الكبير الحاصل في الحياة و ما جرى في العقد الأخير من القرن الماضي و بداية هذا القرن من طفرة كبيرة لم تشهده التاريخ البشري خلال القرون الماضية في مختلف مجالات الحياة و خصوصاً في المجال الإقتصادي و المتمثل بالعقود المدنية بين الافراد أو الشريكات بمختلف أنواعها ، وقد ساهمت الشبكات الإلكترونية و الثورة الصناعية في سرعة التواصل والتعاقد و حركة التجارة مما يدعوا إلى صياغة جديدة للمبادئ والقواعد القانونية و خصوصاً مبدأ(حسن النية في التعاقدات) و مبدأ (الغش يفسد كل شيء) و مبدأ (إستقرار المعاملات) ، ذلك حمايةً لطرف المغرور (الواقع عليه الغش) لإحقاق الحق والتوازن بين أطراف العقد .

ثانياً: إشكالية البحث:

شرع القانون المدني العراقي وصيغ نصوصه بدقة ورصانة ، فلم تفلح محاولات الملمين بالقانون بتشريع قانون مدني جديد خشية تقديم ما هو دون المستوى [6] ، لذا لم نجد بحوث و دراسات معمقة حول موضوع البحث و بالتالي إفتقار القضاء من تطبيقات لصور الغش رغم أننا نلتمس في الواقع كم هائل من عمليات الغش في العقود المدنية بمختلف صورها.

ثالثاً: منهجية البحث:

إعتمدنا في هذا البحث على المنهج (التحليلي والتطبيقي) في دراسة الموضوع بتحليل النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي حول الغش في العقود والمواد ذات العلاقة به، والمنهج التطبيقي بعرض التطبيقات العملية في أروقة القضاء وسبل الأنجع في التصدي لظاهرة الغش .

رابعاً: صعوبة البحث:

من الصعوبات التي صادفتني هي قلة التطبيقات القضائية حول صور الغش المختلفة ، إلا إنه وجدنا أن أكثر الأحكام القضائية تصب في صورة دعوى الإستحقاق (عدم نفاذ التصرف) ، أما الصور الأخرى فلم نجد لها تطبيقات إلا نادراً ، كما و أنه لم نجد بحوث و دراسات معمقة حول الموضوع ، مما إضطرنا الى الإقتضاب في المبحث الثاني ، و هو الأساس القانوني لعدم مشروعية الغش. و ما بذلناه هو جهد متواضع لعله يكون بداية لفتح الباب أمام المهتمين بالتشريعات القانونية لإغناء الموضوع أكثر عن طريق مزيد من البحوث و الدراسات حول موضوع البحث .

خامساً: خطة البحث:

نتناول في المبحث الأول تعريف الغش و تحديد معنى الغش في نطاق العقد و أنواعه و حالاته و عناصره و معياره و تطبيقاته، و ذلك خلال ثلاثة مطالب، في الأول تعريف الغش و تحديد معنى الغش في نطاق العقد وفي المطلب الثاني أنواعه و حالاته وفي المطلب الثالث عناصر الغش و معياره و صوره في ثلاثة فروع الأول عناصر الغش و الثاني معيار الغش و الثالث صور الغش و تطبيقاته، أما المبحث الثاني نستعرض فيه الأساس القانوني لعدم مشروعية الغش و النصوص و المبادئ القانونية و القضائية حوله و ذلك في مطلبين الأول هو الأساس القانوني لعدم مشروعية الغش و النصوص و المبادئ القانونية والمطلب الثاني الأساس القانوني المقترح لعدم مشروعية الغش .

6 - د. عصمت عبدالمجيد، محاضرات القيت على طلاب الدورة الثانية للمعهد القضائي في إقليم كوردستان/ العراق سنة 2014.

المبحث الأول:
تعريف الغش و أنواعه و حالاته و عناصره و نطاق تحديده

لتحديد المقصود بالغش عموما يقتضي إبتداءً الإشارة إلى تعريف الغش لغةً و إصطلاحاً و من ثم عرض حالاته و إستخراج عناصره و نطاق تحديده و معياره و صوره لذا نبحث في هذا المبحث عن تعريف الغش و تحديد معنى الغش في نطاق العقد و حالاته و عناصرة و نطاق تحديده و معياره في ثلاثة مطالب نخصص المطلب الأول في تعريف الغش و تحديد معنى الغش في نطاق العقد وفي المطلب الثاني أنواع الغش و حالات الغش و نبحث في المطلب الثالث عن عناصر الغش و معيارالغش و صوره و تطبيقاته.

المطلب الاول:
تعريف الغش

يتطلب لتحديد تعريف الغش، تعريفه لغةً و إصطلاحاً و تحديد معناه في نطاق العقد، ونتناول هذا المطلب من خلال فرعين فرعين، الأول تعريف الغش لغةً و إصطلاحاً و الثاني تحديد معناه في نطاق العقد .

الفرع الأول:
تعريف الغش

أولاً: تعريف الغش لغةً:

الغش في اللغة (بالكسر) نقيض النصح، و يقال غشَ صاحبه غشاً: أي زين له غير المصلحة، و أظهر له غير ما أضمر، فهو غاشٌ و غشاشٌ و المغشوش غير الخالص[7].

و جاء ايضاً في تعريف الغش بأنه نقيض النصح و هو مأخوذ من الغشِش، و هو المشرب الكدر، و قال الليثي: غشَ فلان فلاناً، يغشه غشاً، إذا لم يمحضه النصح و أغتششت فلاناً اي عددته غاشاً[8].

و جاء ايضاً في تعريفه (غشَ) الغين و الشين أصول تدل على ضعف في الشيء و إستعجال فيه، ألا تمحض النصيحة. و شربٌ غشغشٌ: قليلٌ: و ما نام إلا غشاشاً: أي قليلاً و ذلك عند مغربان الشمس[9].

مما سبق يتضح ان كلمة (الغش) قد جاء في اللغة بما يدل على خلاف الحقيقة و أن الظاهر من الامر غير ما يبطن و هو السيء و الكدر إذا ما تبين حقيقته انصرف عنه الناس.

ثانياً: تعريف الغش اصطلاحاً:

الواقع أن الغش لم يعرف في نصوص القانون المدني العراقي بمعناه العام وإنما تم ذكر بعض صوره كتطبيقات، كما هو الحال بالنسبة للتغرير، والصورية، والدعوى البوليصية[10]، لأن التشريعات الوضعية كما جرى عليه العادة لاتهتم كثيرا بوضع التعريفات العلمية الدقيقة للمصطلحات

---

7 - احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1398ه،ماده(الغش)، ص 450.

8 - محمد بن احمد بن الازهري الهروي، المحقق: محمد عوض مرعيب، دار احياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الاولى، سنة 2001، الجزء الثامن، ص6.

9 - احمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، المحقق: عبدالسلام محمد هارون، معجم مقايس اللغة، دار الفكر، سنة 1399 ه- 1979 م، الجزء 4، ص 383.

10 - انظر: المواد(121 و 147 و263) مدني العراقي.

أوالمسميات القانونية وإنما تفسح المجال في ذلك لعمل الفقه و القضاء لتعريفها وتحديد المقصود بها على ضوء ما يصل اليه من بحث و اجتهاد. وسنحاول جاهدين التوصل الى تعريف شامل نبين من خلاله مضمون الغش وتحديد عناصره . فقد عرف من قبل بعض الفقهاء[11] بأنه: إتجاه الإرادة الى إرتكاب الفعل او الترك غير المشروع فضلا عن الأتجاه إلى إحداث الضرر. ونعتقد إن مضمون هذا التعريف أقرب إلى الخطأ العمد منه إلى الغش، لإن أهم ما يتميز به الغش عن الخطأ العمدي هو عنصر التضليل وإخفاء ماتتعمدت الإرادة مخالفته أو بعبارة أخرى إخفاء عدم مشروعية التصرف، وهو ما يفتقده هذا التعريف. كما عرفه البعض الآخر[12] بإنه: عمل يعمد إليه الشخص بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر. فعند التمعن يتضح لنا بإن هذا التعريف فضلاً على إفتقاره إلى عنصر التضليل، فإن قصد الإضرار بحقوق الغير المتضمن لمعنى الغش، إنما بعد الغرض الرئيس والوحيد وهو مالا نتفق معه، لإن الغرض الرئيس أو الوحيد في التصرف الغشي قد لايكون هو الإضرار بحقوق الغير. فقد يتضمن الغاية من اعمال الغش تحقيق مصلحة ذاتية، وإن كان غير مشروع أما الضرر الذي قد يلحق بالمتعاقد الأخر فقد يتحقق كنتيجة حتمية أو محتملة جراء إتباع تلك الوسائل المضللة، بمعنى إن إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر لم يكن ضمن المقاصد الأساسية والمباشرة للغاش - وإن كان وفق هذا المعنى يدخل ضمن مفهوم القصد غير المباشر[13]. كما لو تأخر المورد عمدا وبطرق ملتوية عن توريد ما ألتزم به في الميعاد المحدد له للإفادة من إنخفاض سعره، فأمتنع عن تنفيذ إلتزامه بأعذار واهية والتملص من تنفيذها. فهدف المورد هنا القصد هو الحصول على الربح الزائد منتهز فرصة إنخفاض الأسعار غير آبه أن يلحق الضرر بالدائن أم لا، إذ لم يدخل الضرر ضمن المقاصد. بل قد يكون تحقق الضرر منعدما أحيانا لعدم توافر نية الإضرار بالآخر كما في تفويت الفرصة على الغير أو مجرد تفضيل دائن على آخر دون وجه حق[14].
و من ذلك نستنتج أن الغش في المعنى الإصطلاحي هو "إستعمال طرق إحتيالية للخداع للحصول على مكاسب غير مشروعة ".

الفرع الثاني:
تحديد معنى الغش في نطاق العقد

لا شك أن الغش يدور وجوداً و عدماً مع الإرادة، و العقد بوصفه أهم صورة للتصرف القانوني[15] في الحياة العملية و القانونية قوامه الإرادة، و هي المحور و المجال الخصب لإعمال و تواجد الغش ، فالتصرف في جوهره ارادة، و اثاره تحددها هذه الارادة، و لذلك ينفرد بالاحكام التي تتعلق بوجود الإرادة و تعبير عنها و شروط صحتها و الشكل الذي يجب أن تفرغ فيه في بعض الحالات و مشروعية السبب الذي يدفعها و المحل الذي تنعقد عليه. و بهذا المعنى يستلزم إرتكاب الغش من خلال تلك الإرادة و بمحتوى تلك الإرادة (المحل و السبب)، سواء بإنعدام تلك الإرادة أو بجعلها معيبه، للقول بتوفره أو إنعدامه.
ولأجل فهم معنى الغش في نطاق العقد لا بد من تعريف العقد و تسليط الضوء على مفرداته للوصول الى فهم عميق لمعنى الغش في العقود، فالعقد كما جاء في المادة[73] من القانون المدني العراقي هو ((إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه))، و

---

11 - د. محمد محمد محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقه الإسلامي، جامعة المنصورة، كلية الحقوق،2004، ص48.

12 - و د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الأول، (طبعة منقحة)، بدون مطبعة ومكان النشر، 1992، ص 344.

13 - لاحظ: د.محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، ج 1 ، ص 266.

14 - لاحظ: المادة (1/268) مدني عراقي.

15 - د. عبدالمنعم فرج الصدة، اصول القانون ، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 542.

قد عرفه بعض الفقهاء بأنه عبارة عن ((إرتباط إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني[16].و في ما يلي شرح لبعض الأمور الهامة في تعريف العقد:

1-الأصل أن الرضا الذي يتم به العقد يجب أن يصدر من المتعاقدين ، غير إن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ قد يتم العقد عن طريق النيابة و ليس عن طريق المتعاقدين الاصليين[17]. ومن شروط التعاقد بالنيابة أن يعبر النائب عن إرادته لا عن إرادة الأصيل لكنه يتعامل باسم و لصالح الأصيل – المتعاقد- لا باسمه و لهذا فان الآثار ستترتب في حق الأصيل لأنه هو المتعاقد الحقيقي[18]. فضلاً أنه عند النظر في عيوب الإرادة يكون شخص النائب محل إعتبار وليس الأصيل (المتعاقد)، و نفس الشئ بالنسبة للخلف العام حيث ينتقل إليه وصف المتعاقد عن طريق سلفه من غير أن تسهم إرادته في إبرام العقد إبتداءً بل و لا يظهر إلا بعد وقت متاخر و ذلك عند موت السلف[19]. و كذلك قد يجمع طرفي العقد في شخص واحد ، فبالرغم إن الذي تولى العقد شخص واحد، إلا إنه قد عبر عن إرادتين متميزتين، و هناك بالمقابل شخصان لكل منهمامصلحة متميزة عن مصلحة الآخر تنصرف إليها آثار هذا العقد[20]. إذاً لا يشترط لابرام العقد أن تصدر الإرادة من العاقدان ذاتهما ، أو من شخصين مستقلين ، بل يكفي توافر إرادتين متميزتين .
2- نستنتج من الواقع العملي والقانوني أنه يلزم لإنعقاد العقد أن يقترن القبول بالإيجاب وليس العكس[21].
3- إن التعريف القانوني للعقد لم يشر إلى الإتفاقات اليومية التي تبرم دون أن يكون القصد منها ترتيب أثر قانوني كما في المجاملات الإجتماعية أو إرادة الهازل التي لايعتد بها ولايترتب على عدم الإيفاء أية مسؤولية لأنها لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني . فضلاً إن للعقود آثاراً (حكم العقد) تثبت بمجرد انعقادها[22] .

ويلاحظ أنه من خلال عبارة (إحداث أثر قانوني) الواردة في التعريف الذي بيناه أن العقد يتضمن كلا الأثرين ، فضلًا عن إن الأثر المترتب على المتعاقدين يقع على الذمة وليس على شخصيهما ويتضح ذلك من خلال تجريد الإرادة عن شخصية المتعاقدين أو ذاتيهما ، وهذا يدل على إنه تبنى النزعة الموضوعية في تعريفه دون النزعة الشخصية . و بعد ما أوردناه يمكننا القول بأن الغش في نطاق العقد عبارة عن ((التصرف المضلل الصادر من أحد العاقدين أو الغير (التغرير) أو من كلاهما (العقود الصورية) سواء كان تلك الصورية القصد منها التحايل على القانون واجب التطبيق (الغش نحو القانون) أو للإضرار بالغير(الغش نحو الغير) .

16 - د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، ج 1 ، ص 188.
17 - لاحظ: المواد (588الى 596) قانون المدني العراقي.
18 - د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد و الارادة المنفردة، ط4، 1987، ص266.
19 -د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد(دراسة في النظرية العامة للالتزام)، المكتبة القانونية(417)، دار الثقافة للنشر و التوضيع، عمان، 2001، الطبع الاولى، ص28.
20 - لاحظ: المواد (1/105 و 588 و 590و 1289) قانون المدني العراقي.
21- لاحظ المادة (85) من القانون المدني العراقي.
22- لاحظ المادة (143) من القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني:

أنواع الغش وحالاته

الغش في العقد ينطوي على أنواع وحالات متعددة الجوانب ومختلف في الطرق والوسائل، وسواءً كان ضمن دائرة العقد أو خارج دائرة العقد، عليه نقسم هذا المطلب على فرعين،نتناول في الأول أنواع الغش وفي الثاني حالات الغش .

الفرع الأول

أنواع الغش

الغش بدوره يتفرع إلى نوعين، وهما الغش الأصلي والغش العارض وسنتناول كلاهما في فقرتين مستقلتين وكالآتي:-

أولاً: الغش (الأصلي) أو الدافع إلى العقد :

الغش الأصلي هو العامل الدافع إلى العقد أي السبب الرئيسي الذي حمل الطرف المخدوع على التعاقد ، وهو يعد كذلك بحيث ((لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد))[23]، ويستدل عليه وفقا للمعيار الذاتي، بمعنى وفق حالة المغشوش عليه من الخبرة والذكاء وظروف الحال. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي لم يشر إلى جسامة الغش الذي يؤدي إلى وقف العقد، من حيث إن كان دافعا للتعاقد (غش أصلي) أم غير دافع (غش عارض)، كما فعل نظيره في القانون المدني المصري فيما يتعلق بالغش الدافع إلى التعاقد (الغش الأصلي) .سبق الإشار إليها - ويبدو أنه لتقدير تلك المسألة تركها المشرع العراقي لقاضي الموضوع ليبت فيها وفقا لحالة المتعاقد الشخصية[24]و نرى صواب ما فعله المشرع المصري و كان الأجدر بالمشرع العراقي أن يحذو حذوه في هذا الجانب .

ثانيا: الغش (العارض)

هو الذي لم يكن الباعث للتعاقد، ويكون تأثيره فقط في تعيين بنوده أو شروطه و مثال ذلك من يسعى لرفع ثمن عقاره المبيع عن طريق إبرازه للمشتري عقود إجارة مزورة لإيهام المشتري بإرتفاع ريع العقار فيدفع المشتري ثمناً أكثر من الثمن الحقيقي للعقار، فهذا النوع من الخداع لا يحمل العاقد على إبرام العقد بل يغريه ويجعله قابلاً بشروط أكثر كلفة أو صعوبة[25].

---

[23] - (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرمة الطرف الثاني العقد) المادة (125) مدني مصري.

[24] - د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، نظرية الإلتزام، ج 1، مرجع سابق، ص90 .

25 - د.هدى عبدالله، دروس في القانون المدني، العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، الطبعة الأولى، ص 180.

فوفقاً لهذا الإتجاه نجد إن أثر الغش العارض على العقد يختلف عن أثر الغش الأصلي أو الدافع إلى العقد، وهذا يتطلب الإختلاف في المعالجة والحكم أيضا، وهذا مادفع جانب من الفقه[26] للقول بتلك التفرقة لوجود إختلاف في أثر كل منها في مضمون العقد وأساسه ، لأن الشروط التي شابها عيب الغش لم تكن هي الدافع إلى التعاقد ولايمتد اثر الغش إلى أساس العقد، وبالتالي لايعيب الإرادة الدافعة للعقد لإن المتعاقد كان سيبرم العقد في كل الأحوال سواء بشروط عادية أم مكلفة.

وإن كان من شأنها أن تخل بالتوازن في مجال الإلتزامات التعاقدية فعندها يكتفي المطالبة بالتعويض عما أصاب الطرف المغشوش عليه من ضرر دون أن يكون سببا لوقف العقد أو إبطاله. إلا أن هذه التفرقة أنتقدت من قبل البعض الآخر[27] على أساس إن الغش المغري بشروط أبهظ هو تغرير دفع إلى التعاقد بهذه الشروط وهو أيضا يعيب الإرادة، فضلا على أنه من الناحية النفسية لايمكن التفرقة بين الإرادة المجردة للتعاقد، وإرادة التعاقد وفق شروط محددة، فيكفي لعد التغرير مؤثرة التحقق من أن العقد لم يكن ليبرم بنفس الشروط التي هو عليها فعلا لو لم يكن هنالك أي تغرير.

الفرع الثاني

حالات الغش

تتحدد حالات الغش العقدي في ثلاث نواحي رئيسية وهي: (الغش نحو المتعاقد) و (الغش نحو الغير) و(الغش نحو القانون)، فأما المجال الأول (الغش نحو المتعاقد) فيدخل ضمن دائرة التعاقد، أما المجال الثاني والثالث (الغش نحو الغير) و (الغش نحو القانون) فيقع تأثيرهما خارج العلاقة العقدية ، وهذا يستلزم أن نتناول الحالات الثلاث الرئيسية ضمن نطاق قانونها المختص كل في موضعه ، ضمن حالات الغش في نطاق القانون الداخلي و كالآتي:-

يتم إرتكاب الغش في نطاق القانون الداخلي ضمن دائرة التعاقد أو خارجها، وفيما يلي سنتناول تلك الحالات وذلك في فقرتين مستقلتين وكالتالي :-

أ-الغش داخل دائرة التعاقد :

يقصد بالغش داخل دائرة التعاقد أو ما نسميه ب(الغش نحو المتعاقد) إن أحد أطراف العلاقة العقدية هو المستهدف أو الموجه إليه الغش ، وهو إما يكون صادرة من الغير، أو من المتعاقد الآخر، أو من النائب ، أو أن يكون الغش متبادلة ، ومن ثم فإن الحالات التي يتم فيها الغش نحو المتعاقد يتضمن الفرضيات التالية والتي سنتناولها تباعاً :-

1- الغش الصادر من أحد المتعاقدين .

2- الغش الصادر من الغير .

---

26 - أنور سلطان، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص98.

27 - د. عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، نظرية الإلتزام، ج 1، مرجع سابق، ص 90.

3-الغش المتبادل .

1-الغش الصادر من أحد المتعاقدين :

إن الحالة الأكثر شيوعاً هي صدور الغش عن أحد أطراف العقد، أصالة أو بالنيابة ، تجاه المتعاقد الآخر، أو أن يصدر الغش من النائب تجاه الأصيل نفسه. مثال الحالة الأولى، كما في تقديم المؤمن له معلومات كاذبة عن وضعه الصحي لشركة التأمين طمعاً في حملها على التعاقد معه للتأمين على حياته أو بتقديم شخص آخر غيره للكشف الطبي ، أو كتمانه بيان شريكه قد توعده أمام شهود بإحراق متجره ، وهو يعلم بأن تلك الشركة ستمتنع عن التعاقد معه ، على الأقل وفق تلك الشروط لو قدم لها المعلومات الحقيقية عن وضعه الصحي أو المهني أو الأخطار التي يتعرض لها والتي تثقل من تبعة (إلتزامات) الشركة.

أما صدور الغش من النائب تجاه المتعاقد الآخر فيعتبر كأنما صدر من الأصيل نفسه ، فإذا ما إرتكب الوكيل مثلاً غشا جر الغير إلى التعاقد معه ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال ويجوز فوق ذلك للغير أن يرجع بالتعويض، لا على الوكيل فحسب لإرتكابه غشاً بل أيضا على الموكل ، كما لو كان الغش قد صدر منه ، ومن ثم يرجع الموكل فيما بعد عليه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إنصراف أثر التصرف الذي عقده الوكيل مع الغير إليه. كذلك إذا تواطأ الوكيل مع الغير الذي تعاقد معه للإضرار بحقوق دائني هذا الغير أو تواطأ معه على الصورية ، فإنه يعتد بهذا التواطؤ ويكون الموكل مسؤولاً عنه فيمتد أثره إليه ، ومن ثم يجوز لدائني الغير أن يطعنوا في التصرف بالدعوى البوليصية أو أن يتمسكوا بالعقد الصوري طبقاً لقواعد الصورية ، وذلك كله في مواجهة الموكل كما لو كان تواطؤ الوكيل مع الغير قد صدر منه هو[28].

أما الحالة الثانية، فقد يتعذر على صاحب الشأن في التصرف القانوني إبرام هذا التصرف بنفسه لمانع أو عارض أو ضرورات قانونية أو عملية تحول دون ذلك ، وحينئذ ينوب عنه شخص آخر في إبرام التصرف القانوني . وقد تكون هذه النيابة قانونية كما في حالة الولي، أو تكون قضائية كما في حالة الحارس القضائي أو أمين التفليسة ، أو قد تكون بموجب عقد الوكالة فعندها تكون النيابة إتفاقية، ويمكن أن نسوق تطبيقا للحالة الأخيرة، الوكيل الذي يقوم بأعمال إدارة وتصرفات قانونية ظاهرها تنفيذ عقد الوكالة وباطنها التواطؤ والغش، وفي ذلك ما قضت به محكمة تمييز الاتحادية / هيئة المدنية عقار[29]: ((..ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها أو التي تم بيعها على يدهم ، فإن باع الوكيل عقار موكله الى ولده يعتبر بحكم شراء أموال موكله لنفسه فيعتبر البيع في مثل هذه الحالة بيعاً باطلاً)) .

ونرى صواب ما ذهب إليه محكمة تمييز الإتحادية لما ينطوي فعل الوكيل على الغش وأن الغش يفسد كل شيء ، فلا مجال من إعتبار فعل الوكيل صحيحاً بعد ما إتضح أمره وهو تصرفه بتسجيل الملك باسم إبنه ، وخلال عملنا القضائي أصدرنا حكماً في قضية مشابهة بإبطال قيد الملك المباع عن

---

[28] - المستشار فتيحة قرة، الأوضاع الظاهرة (نظرية قضائية مستحدثة)، منشأة المعارف بالأسكندرية،2001،ص59.

[29] - محكمة تمييز الاتحادية ، رقم القرار 1479/ هيئة مدنية عقار / 2012 في 2012/5/28 المنشور في مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة ، العدد الأول ، شباط 2013 ، ص 261 .

طريق الوكالة بعد ما أقر الوكيل أنه تصرف بالوكالة لمصلحته وسجل الملك باسم شخص محل ثقته لعدم جواز تسجيل ملك موكله بإسمه وأعتبرت محكمة الموضوع عقد البيع بانع (بيعاً مستعاراً)[30] إلا أنه ونتيجة الطعن الإستئنافي أصدرت محكمة الإستئناف بصفته الأصلية قرارها بفسخ حكم محكمة الموضوع فسخاً كلياً ، ونتيجة للطعن التمييزي على قرار محكمة الإستئناف أصدرت الهيئة المدنية الإستئنافية في محكمة تمييز إقليم كوردستان قرارها بتصديق قرار محكمة الإستئناف وجاء في تسبيب القرار "بأن الوكالة الخاصة المنظمة مخولة فيها الصلاحيات القانونية لإجراء البيع ملك موضوع الدعوى لذا فإن تصرف الوكيل إستناداً الى الوكالة المخولة له صحيح ومنتج لإثاره وإن هذا لا يمنع مقاضاة المميز (المدعي) لخصمه لإستيفاء قيمة المبيع إن شاء ذلك وصدر القرار بالأكثرية"[31] ، ومن الملاحظ أن محكمة تمييز إقليم كوردستان أصدرت قرارها بالأكثرية وهذا يعني هناك إتجاه بإبطال قيد العقار إذا ما ثبت أن تصرف الوكيل الناقل للملكية ينطوي على الغش وكما نجد في القرار التمييزي المذكور - رغم إعتبار التصرف صحيحاً - إعطاء الحق للموكل بطلب قيمة العقارإن شاء ذلك ، ونرى في هذا الاتجاه محاولة للتوفيق بين مبدأ (استقرار المعاملات) من جهة ومبدأ (الغش يفسد كل شيء) من جهة أخرى .

2. الغش الصادر من الغير :

إستنادا إلى المادة (122) مدني العراقي الغش الصادر من الغير يستوعب الفرضيات التالية:-

الفرضية الأولى: الغش الصادر من الغير بالتواطؤ مع المتعاقد : وتجدر الإشارة إلى إن هذه الفرضية لم يتناولها المشرع العراقي، وعلة ذلك كما نرى هو إن المتعاقد المتواطئ مشترك في عملية الغش عمدا، ولاشك إنه يعد كأن الغش صادر عنه ، فيسري عليه حكم المادة (121/1) مدني عراقي كما في المؤمن له عندما يتفق مع شخص آخر ليتقدم بدلاً عنه للكشف الطبي ليخفي مرضه.

الفرضية الثانية: الغش الصادر من الغير مع العلم به من قبل المتعاقد دون أن يكون متواطئاً: ينزل المتعاقد في هذه الحالة منزلة الإشتراك فيه لكتمانه الغش الصادر من الغير، لاسيما إنه المستفيد من الغش، حيث إن من مقتضيات حسن النية يقتضي أن يقوم المتعاقد ياعلام الآخر بوجود التغرير الصادر من الغير، لذا إقتضى حكم العقد ان يكون موقوفاً.

الفرضية الثالثة : أن لايصل الغش الصادر من الغير إلى حد علم المتعاقد، لكن كان من السهل أن يعلم به: هذه الحالة لا تصل إلى حد العلم، ولكن كان من السهل أن يعلم به، فتوجب أن يتحقق من وجود الغش الواقع من الغير، ليتسنى له بعد ذلك إعلام المتعاقد الآخر به ليكون على بينة من أمره عند التعاقد. ولما أخل بإلتزامه (بالإعلام) اعتبر العقد موقوفا.

الفرضية الرابعة : الغش الصادر من الغير لايعلم به المتعاقد ولم يكن من السهل أن يعلم به ولم يكن متواطئة: المتعاقد المستفيد في هذه الفرضية ليس له ضلع في الغش الصادر من الغير بأي شكل من الأشكال، فوجب بقاء العقد صحيحة إستقرارا للتعامل وعملا بأحكام المادة (122) مدني عراقي، مع رجوع المغشوش عليه على الغير بالتعويض، حتى لو كان الغبن يسيراً.

---

30 - لاحظ المادة (592) مدني العراقي .

31 - قرار محكمة بداءة سوران بعدد 105/ب/2019 في 2019/11/27 ، وقرار محكمة إستئناف منطقة أربيل بعدد 81/س/2020 في 2020/8/31 ، وقرار محكمة تمييز إقليم كوردستان بعدد 431/ الهيئة المدنية الاستئنافية / 2020 في 2021/2/7 .

والمثال الذي ينطبق على الفرضيات الأربعة مع الأخذ بالحسبان تغاير الحكم في الفرضية الرابعة عن الفرضيات التي سبقتها هو مادرج عليه فقهاء الشريعة[32]تسميته بالنجش، ويكثر هذا النوع من الغش في العقود التي تتم عن طريق المزايدات بالرغم من إن نص المادة (124/3) مدني عراقي لم تجز الطعن بالغبن في عقد تم بطريقة المزايدة العلنية ، وذلك لضعف إحتمال حصول الغبن فيه ، لإن المزايد يزيد في العطاء لينافس الآخرين فضلاً على إنه على بينة ماسيحصل عليه بالمقابل ، أما إذا اكتشف الراسي عليه المزايدة إنه كان ضحية غش صادر من الغير والمتعاقد الآخر أقل مايقال عنه إن كان من السهل أن يعلم بهذا الغش ، فللعاقد المغشوش عليه أن يطلب إبطال العقد الناشئ عن الغش وفقا لإحكام المادة (134/1) مدني العراقي .

3. الغش المتبادل :

قد تكون إرادة كل من المتعاقدين معيبة بالغش ، ومن الممكن أن يكون غش أحدهما مختلف عن غش الآخر. كما لو لجأ ناقص الأهلية إلى طرق إحتيالية، كتقديم شهادة ميلاد مزورة ، لإخفاء نقص أهليته لإيهام الغير الذي يتعامل معه بكمالها (المادة 119) مدني مصري [33]، وفي الوقت ذاته المتعاقد الآخر يعلم بالواقعة وبالرغم من ذلك يقدم على التعامل معه أو لايعلم به لكنه يستعمل وسائل تضليلية يحمله على التعاقد ، ففي هذه الفرضية نجد أن الخطأ الغشي صادر من الجانبين، فالطرفان متساويان في إرتكاب الغش، لذا فإن العدالة تقتضي عند الحكم بالتعويض ، خاصةً إذا ما تضرر الغير من جراء ذلك ، توزيعه على الطرفين باعتبار أن الأضرار الواقعة كانت بسبب أخطاء صادرة من الجانبين، أو إعمال المقاصة إذا ما أقتصرت الأضرار بين الطرفين أو أن لايقضي بأي من التعويض إذا كانت الأضرار التي أصابت الجانبين متساوية.

ب - الغش خارج دائرة التعاقد :

الغش الصادر من أطراف العلاقة العقدية والذي غالباً ما يكون نتيجة تواطؤ المتعاقدين قد يمتد أثره إلى خارج العلاقة العقدية ، وبعبارة أخرى إن الطرف المتضرر أو الواقع عليه الغش هو أساساً خارج العلاقة العقدية ، والطرف المغشوش أو المتضرر قد يكون شخصاً ، كما لو كان دائن المتعاقد أو صاحب حق بنص القانون كما في الشفيع ، أو قد يكون القانون نفسه من خلال مخالفة قاعدة قانونية آمرة وذلك بالتحايل عليه ، وهو إجمالا يتضمن حالتين وهما:-

1-الغش نحو الغير .

2- الغش نحو القانون .

---

[32] - محمد احمد ابو سيد احمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، بيروت، دار الكتب العلمية، 2004،ط1، ص168.

[33] - لا يوجد نص يقابلها في القانون المدني العراقي.

1- الغش نحو الغير: ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين ومن في حكمهما، أما الغير [34] فإن مبدأ نسبية أثر العقد يقضي بأن يظل خارج الدائرة التي تتحرك فيها آثار العقد ، إلا إن فكرة أو مدلول (الغير) عن العقد فكرة نسبية، حيث قد لايسري أثر العقود التي يبرمها شخص ما في حق خلفه ودائنيه إستثناء في حالات يغلب فيها سوء النية وقصد الإضرار لديه ، ومن ثم فإن طائفة الخلف العام والخاص والدائنيين العاديين بالرغم من إنها تدخل ضمن مفهوم المتعاقدين) إلا إنهم يعدون من الأغيار.

بالإضافة إلى تلك الفئات ثمة فئة أخرى يعدون من الأغيار، والذي لم يكونوا طرفا فيه ولا خلفاً ولا دائناً لأحد طرفيه وهم الأجنبي تماماً عن العقد ، لكن قد يتغير وصفهم بنص القانون ، ومن ثم قد يتضررون من جراء التصرف المنطوي على الغش والصادر من المتعاقد ، كالشفيع أو المتعهد له. والغش الصادر قد يختلف طريقته أو أسلوبه بالنسبة لكل فئة ، وعليه سنتناول كل فئة على حدة.

أ- الخلف العام: إن الحق في الإيصاء يتقيد في حدود الثلث[35]، وهذا التحديد قد يدفع إلى التحايل على حكمه وذلك عن طريق إعطاء الوصية وصفا آخر بسترها في صورة تصرف منجز في الحال، كالبيع أو الهبة ، وقد يصدر التصرف من السلف وهو في مرض الموت ، ولا يكون القصد من التصرف هو التبرع ، فقد يحدث إنه قبض مقابلاً لما تصرف به ، لكنه فيه محاباة للمتصرف إليه فإن هذا القدر المحابي فيه هو الذي يسري عليه حكم الوصية فقط[36].

ب - الخلف الخاص: ولما كان الخلف الخاص يخلف سلفه في عين معينة بالذات فالإضرار به يكون عن طريق التصرف بهذه العين لأكثر من شخص ، فبالنسبة للمنقول لا تتم حماية الخلف الخاص بموجب قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، وبالتالي قد يعمد البائع بنقل حيازة المنقول المباع إلى المشتري الصوري للإضرار بالمشتري الحقيقي ، أو عندما يؤجر البائع العقار بعقد صوري قبل بيعه ، أو قد ترد الصورية على الأجرة فحسب وذلك عندما يشترط البائع والمستأجر في عقد الإيجار الظاهر - الذي يلتزم المشتري بأثره – أجرة هي أقل مما هي في الحقيقة ، حينئذ للمشتري أن يتمسك بالعقد المستتر مادام له مصلحة في ذلك ، أما بالنسبة للعقد الوارد على العقار فهو عقد شكلي لاينعقد إلا بالتسجيل ، لذلك لايتصور حصول تنازع بين الخلفاء الخاصين على ملكية العقار، لإن الخلف الخاص لا يكون إلا واحداً وهو من سجل عقده في دائرة التسجيل العقاري .

ج - الدائن العادي: لإنقاص الضمان العام للدائنيين أو تجنب التنفيذ على أمواله أو على جزء منها قد يعمد المدين المعسر إلى الغش إضراراً بدائنيه وذلك بمحاباة الغير من أقاربه أو أصدقائه ، بإن يبيع ماله بثمن بخس أو يهبهم إياه ، إلا إن الظن الراجح أن يقوم المدين بإبرام تصرفات صورية(مطلقة) دون أن يفقد هذه الأموال أو قيمتها ، وذلك أنه في الوضع العادي للأمور لايتصور أن يقصد المدين الإضرار بدائنيه عن طريق إفادة دائن جديد دون أن تكون له في ذلك فائدة تدفعه إلى غش أولئك الدائنيين، كما قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق في قرار لها بإن بيع المدعي عليه الأول ملكه موضوع الدعوى إلى إبنته المدعي عليها الثانية رغم مديونته قد انقص من حقوقه ويترتب عليه إعساره، كما إن علم المدعى عليها المذكورة بهذه الأمور السالفة الذكر ثابتة، لعلاقة القرابة بينها

34 - د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير، المصدر السابق، ص 138.
35 - المادة (1108/2) مدني العراقي.
36 - المادة (1109) مدني العراقي.

وبين والدها وفيه يثبت كذلك الغش والتواطؤ بينهما لذلك تتوافر في الدعوى الشروط المنصوص عليها في المادتين(263 و 264) من القانون المدني [37].حيث أن المشرع العراقي ميز فيما إذا كان التصرف معاوضة أو تبرع فإذا كان التصرف معاوضة أوجب أن يكون التصرف منطوي على غش المدين و علم المتصرف له[38]. أما لو كان التصرف تبرعاً فلا يستلزم العلم بالغش من جانب المتبرع له[39].

د- الشفيع: يعد الشفيع صاحب حق إستناداً إلى المادة (1128) مدني العراقي ، ولما كان الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه والثمن لايوجد إلا في البيع ، ومن ثم لاتصح الشفعة في أي تصرف قانوني آخر كالوصية أو الهبة فقد يتحايل البائع والمشتري بأن يستترا عقد البيع على إنه هبة لمنع الأخذ بالشفعة ، أو قد يلجأ البائع إلى أن يثبت في عقد البيع ثمناً أكبر (صوري) مما هو حقيقي(مستتر)، لعل الشفيع يخدع بالظاهر فيمنعه من الأخذ بالشفعة أو أن يحمله على أن يأخذ بالشفعة على أساس الثمن الصوري المعلن في العقد ، هذا وقد يصدر الغش من الشفيع حين يستعمل مكنة الشفعة لا لمصلحته وإنما لمصلحة شخص آخر، وذلك عندما لاينوي المشفوع منه بيع عقاره لآخر أو أن يطلب فيه ثمنا باهظة ، فيتواطأ هذا الأخير مع الشفيع لتملك العقار بالثمن المباع ومن ثم ينقل ملكيته إليه فيما بعد نظير مبلغ من المال[40]. ولما كان الشفعة في القانون العراقي مقصور على العقار دون المنقول[41] نجد إن المادة (149) مدني عراقي يقف حائلا وممتنعة على المتعاقدين والغير للطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيله في دائرة السجل العقاري بحجة إستقرار المعاملات العقارية ، و نجد في ذلك مأخذاً على المشرع العراقي.

هـ - المتعهد أو الموعود له: من الوسائل التي قد يلجأ إليها الواعد للتنصل من وعده فيما إذا كان محل العقد الموعود به منقولاً هو التصرف فيه مع نقل حيازته في الوقت ذاته ليتعذر على الموعود له المطالبة بالتنفيذ العيني لإصطدامه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، عند توافر شروطها. ولكن يلاحظ إن عقد الوعد إذا كان موضوعه إبرام عقد شكلي فإن هذا العقد لايتم إلا بإستيفاء الشكلية اللازمة لإتمام العقد أيضا[42]. فلو كان محل العقد الموعود به عقاراً أو حقاً عينياً عليها فإن المشرع العراقي إعتبر التسجيل ركناً في التصرفات الواقعة على العقار، فإذا كان العقد غير مسجل فإنه يعد باطلاً لإنعدام ركن من أركانه [43]، وكذلك الحكم عند التعهد (عقد الوعد) فيما لو لم يراعى تلك

---

[37] - القرار المرقم/392/الهيئة المدنية/2002، تاريخ القرار/18/11/2002)، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق السنوات (2001-2005)، إعداد الحاكم كيلاني سيد أحمد، أربيل، العراق، 2006، ط1، ص 173، تسلسل القرار7.

[38] -د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، أربيل، العراق، مطبعة وزارة الزراعة، 2007، ط1، ص 129.

[39] - انظر المادة (2/264) مدني عراقي.

[40] - نقلا عن د.عبدالرزاق السنهوري، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص742، هامش رقم 1.

[41] - د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ج2، أسباب كسب الملكية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 160، هامش رقم 3.

[42] - لاحظ: المادة (91/2) مدني عراقي.

[43] - إن المشرع العراقي إشترط التسجيل لإنعقاد العقد (المادة 508) مدني والمادة (3) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، وكذلك لإنتقال الملكية سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير المادة (1126/2) مدني.

الشكلية كما أشرنا إليه سابقا، هذا إذا ما علمنا عدم جدوى توثيق التعهد لدى كاتب العدل[44] أيضاً. ومن ثم فمن المتعذر على المتعهد له أن يطالب الواعد بتنفيذ ما إلتزم به عيناً، ولايمكن أيضاً أن يزاحم من إنتقلت إليه ملكية العقار أو حق عيني عليه بعقد مسجل حتى ولو تم التسجيل بنية التواطؤ(الغش) وذلك لإن التواطؤ لايمكن أن يعد مصدرا لإلزام المتعهد بتنفيذ التعهد مادام هذا التعهد لايلزمه أساساً بإجراء نقل الملكية أو ترتيب الحق العيني[45]، بل يقتصر على طلب التعويض ، فضلاً على عدم جواز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة السجل العقاري.

أما في العقود الشكلية الأخرى فإذا ما إستوفي الشكل المطلوب كالكتابة في عقد مرتب الحياة ، أو القبض في هبة المنقول ، أو التسجيل لدى كاتب العدل في بيع المكائن أو رهنها وأفصح الموعود له عن رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليه ونازعه الواعد في صحة العقد أو إمتنع عن تنفيذه كان للموعود له أن يستصدر حكما يقوم مقام العقد[46].

2. الغش نحو القانون: عرف الغش نحو القانون من قبل البعض [47] بإنه ((تواطؤ مابين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام وإخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع))، من خلال هذا التعريف يتضح إن القانون هو المستهدف المباشر في هذا النوع من الغش بالرغم من أنه يتم مخالفتها بشكل غير مباشر حيث إن العقد، يبرم بقصد تحقيق غاية لايسمح القانون بتحقيقها مباشرة فيتم بوسيلة غير مباشرة .

إلا أنه لايكفي مجرد توفر الرغبة أو القصد في تعطيل القانون لكي يوصف التصرف بأنه غش نحو القانون ، بل يستلزم فوق ذلك أن تكون القاعدة التي يقع عليها التحايل من قواعد النظام العام التي تحمي المصلحة العامة ، وهو بذلك يختلف عن عدم مشروعية السبب الذي يوجد من مخالفة أي قاعدة من قواعد النظام العام[48]، أي حتى لو كانت مخالفة بسيطة للقانون فتحريم الربا مثلاً قاعدة من قواعد النظام العام التي تحمي مصلحة عامة ، فقد يتحايل الناس على هذه القاعدة عن طريق اللجوء إلى بيوع الآجال أو بيع العينة مثلاً ، وصورته أن يشتري الشخص شيئا بثمن مؤجل يعيده مرة أخرى إلى بائعه بثمن أقل من الثمن الذي إشتراه به ، وهو في الواقع الإقراض بربا[49]، أمثلته أيضاً قيام المقرض باستئجار أرض من المقترض ثم تأجيرها منه إلى إبن المقترض بمبلغ يزيد على المبلغ الذي إستأجر به، فهو في الحقيقة يعد إقراضا بفوائد تتجاوز الحد القانوني.

---

44 - لاحظ: المادة (15/3) من قانون الكتاب العدول العراقي رقم 33 لسنة 1998 .

45 - د. عبد المجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، نظرية الإلتزام، مرجع سابق، ص51.وكذلك د.صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، مرجع سابق، ص220.

46 - لاحظ: المادة (30/ ثانية) من قانون الكتاب العدول العراقي رقم 33 لسنة 1998 وكذلك المادة (2) من قانون تسجيل المكائن العراقي رقم 56 لسنة 1952 المعدل.

47 - د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ط2، ص 235.

48- د.عبدالرزاق السنهورى ،المرجع السابق، ص 302.

49 - د. المحمدي أحمد أبو عيسى، النظرية العامة للإستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ط1، ص555.

وقد يتم ذلك عن طريق إستبعاد الوصف القانوني لوضع أو عمل وإحلال وصف آخر مكانه يتفق بذاته مع النص الذي يحكمه إلا إنه يرمي إلى الإستفادة من هذا الوصف الجديد بالتضحية بنص مختص ليحل محله نص آخر من قانون الدولة نفسها ، كما لو منع القانون بيع مال معين فيلتجئ الأفراد إلى- وصف عقدهم المنصب على ذلك المال بالإيجار الطويل[50].

50 - د.حسن الهداوي، تنازع القانون وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الإرشاد، بغداد،1972، ط2، ص119.

المطلب الثالث

عناصر الغش ومعياره و صوره

للغش - كأي مصطلح قانوني آخر - عناصر يرتكز عليه للدلالة على وجوده القانوني، وأبرز هذه العناصر النية غير المشروعة ، ولما كان من غير اليسير الكشف عن النوايا، لذا وجد من الضروري اللجوء إلى عامل مساعد (قرائن) ليتخذ دليلاً على قيام الغش من عدمه ، إلا أن مجرد قيامه - بتوافر عناصره وشروطه - لايمكن القول بترتب المسؤولية المدنية في كل الأحوال بل ليس بالمقدور الإستدلال عليه ، لذا يستلزم فوق ذلك الإستعانة بمقاييس أو معايير المعرفة فيما إذا كان الغش مؤثر يعتد به القانون أم لا، وكذلك لمعرفة وجود تقصير أو عدمه من جانب الطرف الذي يدعي تعرضه للغش. لكل ماسبق سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول في الاول عناصر الغش و في الثاني معيار الغش و في فرع الثالث نبحث عن صور الغش وتطبيقاته.

الفرع الأول

عناصر الغش

للقول بأننا أمام حالة الغش لا بد من توافر عناصره و هو العنصر المادي و المتمثل بإستخدام الطرق التضليلية قبل التعاقد أو عند تكوينه أو في مرحلة التنفيذ ، و العنصر الأخر هو العنصر المعنوي و هو الغاية غير المشروعة، وعليه سنتناول العنصرين وفق مايأتي :-

الأول : العنصر المادي - إستعمال الطرق الإحتيالية :

الطرق الإحتيالية إما أن تكون مشروعة في ذاتها[51] كما في العمل القانوني أو تكون غير مشروعة كالكذب أو الكتمان (عدم الإفضاء بالمعلومات)، هذا ويلجأ الغاش إلى تلك الطرق التضليلية لإخفاء الحقيقة وسترها عن المتعاقد أو إضفاء المشروعية لعمله ، هذا ويستلزم لإكمال العنصر المادي توافر شرطين، إحداها أن يكون إستعمال تلك الوسائل عن قصد، والأخرى أن تكون مؤثرة وفعالة. وبما إن الغش فكرة عمدية ، فيستلزم أن يكون صدور التصرف أو إحداث الفعل أو الترك غير المشروع عن تعمد (بنية التضليل)، فضلا عن قصد النتيجة المترتبة على الفعل أو الترك [52]، وهو الوصول إلى غاية غير مشروعة.

أما بالنسبة للشرط الثاني فيقصد به أن تبلغ الحيل حداً من الجسامة بحيث يحمل الشخص على التعاقد فيعيب الرضا، أو على أن يقتصر أثره على إستدراج المتعاقد إلى قبول شروط أفدح مما كان يقبله لو تبين حقيقة الأمر، وهذا الغش لايعيب الرضا كما أسلفنا إذ إن المتعاقد كان سيقبل على التعاقد حتى ولو لم يصدر هذا الغش، أو أن يؤثر الحيل على النتائج المتوقعة عند تنفيذ العقد بشكل مغاير.

وهذه الطرق أو الحيل تكون بطرق ايجابية أو سلبية، و من صور الطرق الإيجابية القيام بعمل مادي يقع على سلعة معدة للتعامل يكون من شأنه أن ينال من طبيعتها أو خواصها أو إظهاره بصورة

---

51 - فضيلة الإمام الأكبر محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، مطبعة دار الشروق، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 268.

52 - د. محمد وحيد محمد علي، دور مبدأ حسن النية في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

أفضل مما هو عليه في الحقيقة[53]و مثال ذلك: المقاول الذي يستعمل مواد معيبة في إنجاز محل المقاولة الغرض هو الإستفادة من فرق السعر بين المواد الصالحة والمواد المعيبة ، فإن إستعمال هذه المواد المعيبة مقصود بذاته ويتم بطريقة خفية، أو بائع السيارة عندما يقوم بالتلاعب بعداد السيارة لتظهر بإنها قليلة الإستعمال أو عندما يعمد لإخفاء الكسر الموجود بأحد أجزائها باللحام والطلاء ، أو كما في التاجر الذي يقوم بإجراء تغيير في ملصقات المنتوج (الغذائية أو الدواء) والصبغ ليبدو إنها صالحة للإستعمال أو إنها معدة للإستعمال البشري، مع إنها معدة للإستعمال الحيواني ، فقد قضت محكمة التمييز العراقي في قرارها المرقم 57/م2/975 في 13/4/1975 (...إن وكيل المدعي أوضح في المرافعة إن موكله بعد أن إستلم السيارة تبين أن له إعوجاج في الشاصي بسبب إنقلابها كما ظهر إن المدعي عليها غير لون السيارة من الأصفر إلى الأبيض وقد بين وكيل المدعي إن الواقعتين المذكورتين لم يكن بوسع المدعي الوقوف عليهما عند إستلام السيارة لإنها من العيوب الخفية التي تنطوي على الغش بحيث إستغرق خطأ المشتري في عدم فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، وإن الفقرة (2) من المادة (570) من القانون المدني تمنع البائع من التمسك بمرور الزمان في ضمان العيوب بإنقضاء ستة أشهر من وقت تسليم المبيع إذا ثبت إن خفاء العيب كان بغش منه...)) [54].

و قد يكون الغش بالقول كما هو الحال في الكذب إلا أنه ينبغي التفرقة بين الكذب المؤثر والكذب غير المؤثر[55]، فالكذب الذي يتدنى إلى مرتبة الغش هو الذي يأتي بمخالفة واجب خاص أو إنصب على واقعة معينة لها إعتبارها في التصرف القانوني ويجب على الشخص الإحجام عنه[56]، كما هو الشأن على الخصوص بالنسبة لعقد التأمين[57] فإن الكذب في مثل هذه العقود يعد غشا، بخلاف الكذب غير المؤثر كمن يبالغ في مدح بضاعته لترويجها فلايكفي حينها قيام الغش، مادام إن ذلك يعد مألوفة في التعامل.

وتجدر الإشارة إلى إنه لايعتد بالكذب التدليسي بالنسبة إلى البضاعة محل التعاقد إلا إذا وقع في حقيقتها أو طبيعتها أو الصفات الجوهرية الداخلة في تركيبها أو مصدر إنتاجها في الأحوال التي يعد فيها سبباً أساسية في التعاقد[58]، تلك الخواص الملازمة للبضاعة والتي لولاها لما أقدم المشتري على التعاقد، كما في إدعاء التاجر بأنه يبيع ماءً معدنياً طبيعياً في حين إنه يبيع ماءً معدنياً إصطناعياً، أو إنه يبيع لوحة لفنان مشهور، في واقع الأمر يعود لفنان هاو، أو بيع سجاد من نوع ردئ على إنه سجاد إيراني. و قد قضت محكمة التمييز في قرارلها بإن ((بيع المدين للسيارة المحجوزة قبل أن

53 - د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، 1996، ط1، ص 34 و ص60.

54 - قرار المرقم 57/م2/975 في 13/4/1975 ،مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة السادسة1975،ص 62.

55 -د. عبدالرزاق السنهوري ،الوسيط، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ف 181، ص 321.

56 -د عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معممة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة النهضة مصر، القاهرة، 1984،ص 335.

57 - لاحظ : المادة(1/987) قانون المدني.

58 -لاحظ: المادة 467 من قانون العقوبات.

يبت تمييزا بقرار رفع الحجز عنها ينطوي على ضرر بالدائن وغش بالمدين ويعطي الدائن حق طلب عدم نفاذ التصرف))[59].

أما الطرق السلبية فهي عبارة عن المواقف السلبية التي يتخذها الشخص عن طريق إمتناعه عن إستيفاء أو إقتضاء حق من حقوقه أو عدم القيام فيما يتوقع أن يقوم به وفق ما تقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل، أو كتمان ما يجب إظهاره به بقصد الغش.

والأصل إن الكتمان لايعد غش[60]، إذ ليس على المتعاقد أن يدلي إلى من يتعاقد معه بكل مايتعلق بالتعاقد، وإلا كان في هذا حرج شديد إلا إن هناك حالات يستلزم على المتعاقد أو الغير أن يفصح عن أمور معينة ، وهذه الحالات إما تكون مصدرها نص في القانون، كالواجب الذي يتطلبه عقد التأمين في معظم القوانين[61]، أو قد تفرضه طبيعة العقد إستجابة لوجوب توفر الثقة المتبادلة بين الطرفين، كما لو كان أحد الطرفين خبيرة أو فنية بحكم مهنته فكتم أمراً جوهرياً مع علمه إن المتعاقد الآخر يجهل هذا العيب ولايستطيع أن يتبينه بنفسه حتى لو بذل العناية المعتادة كما قضت محكمة التمييز على إنه ((إذا كانت العيوب في التلفزيونات المبيعة عيوباً خفية لايمكن كشفها إلا من قبل خبراء بإستعمال معدات وآلات لاتتوفر لدى المشتري فهي تفوت المنفعة من شرائها وتعطي للمشتري حق طلب فسخ بيعها))[62].

الثاني: العنصر المعنوي - قصد تحقيق غاية غير مشروعة :

العنصر المعنوي يشكل الجانب الخفي للمظهر المادي للتصرف القانوني أو الواقعة القانونية، ومن خلاله تترتب الآثار القانونية ، بل إن الكثير من الوقائع والتصرفات لاتصح تسميتها بمسمياتها القانوني مالم يكن القصد (العنصر المعنوي) أحد عناصرها ، والقصد من التضليل، لايعدو أن يكون مرحلة من مراحل النشاط الإرادي في سبيل إشباع الحاجة ، فالهدف الأخير للإرادة هو إشباع الحاجة ، وهذا الإشباع يتم التعبير عنه بالغاية [63].

وإن القصد من التضليل يختلف باختلاف صور الغش، فقد يكون حمل الطرف الآخر على التعاقد كما في التدليس أو التغرير أو قد يكون القصد منه التحايل على الآخرين أو على القانون، وهذا هو الغرض. أما الغاية من التضليل فهو الوصول إلى النتيجة غير المشروعة المترتبة على إستعمال الوسائل التضليلية.

إذا فالركن المعنوي للغش يحتوي على قصدين، إحداهما قريب هو نية التضليل، والآخر قصد بعيد وهو الوصول إلى غاية غير مشروعة . وعليه يستلزم لقيام الركن المعنوي للغش توفر القصدين

---

59 - قرار المرقم 416/م 1/72 تاريخ القرار 9/10/72 ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني إعداد إبراهيم المشاهدي، المكتبة القانونية، بغداد، مطبعة العمال المركزية، بدون سنة طبع، ص 496، رقم التسلسل6.

60 - د. عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، نظرية الإلتزام، مرجع سابق، ص 89.

61 - د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة،1964 ، ص347.

62 - قرار المرقم 1275/ هيئة عامة أولى/ 1971. في 10/6/72 ، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الثالثة،ص26.

63 - د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، مرجع سابق، ص 11.

معاً، فبإنعدام أحدهما ينعدم الركن المعنوي للغش. فإذا قدم المدين إلى الدائن، معلومات غير صحيحة عن حسن نية دون علمه بعدم مطابقتها للحقيقة، أو أهمل في تقديم بعض المعلومات التي من شأنها عدم إيقاع الدائن في غلط ، فلا قيام للغش دون إرادة مقصودة إلى تضليل الآخر[64]. وكذلك لو وجدت نية التضليل والخداع ولكن بقصد الوصول إلى غاية مشروعة، كما لو إستعمل المودع وسيلة خداع بقصد تضليل الوديع بعدما تبين له إنه غير أمين للحصول على إقرار بالوديعة[65].

والغاية تتجسد أما للإضرار بالمتعاقد أو لتحقيق ربح غير مشروع، أو قد لايكون هذا ولا ذاك وإنما تفضيل دائن على آخر دون حق أو إيثار أحد دائنيه بالوفاء دون غيره[66] أو ترتيب حق مالي خاص لشخص ما على حساب الآخرين .

هذا وأن المشرع لم يشترط توافر قصد الإضرار أو ترتب ضرر فعلي بالغير لعد التحايل على القانون تصرفات غشية بل إكتفي بإفتراض وجود ضرر عام يلحق بالمجتمع ، وهو يعد إفتراضية قانونية غير قابل لإثبات العكس[67]، أو عندما منع نفاذ تصرف المدين بحق دائنيه حتى لو ثبت أن المدين لم يقصد الإضرار بدائنيه فيما لو كان التصرف تبرعة[68]. و هنا نكرر القول بأن القصد السيء هو محور إعتبار الفعل غشاً من عدمه .

الفرع الثاني

معيار الغش

يشترط لإعتبار الغش موجباً للضمان أو الخيار توفر شروط معينة وبدونها لايكون بمقدور الشخص المخدوع الرجوع على الغاش بالضمان ، بالرغم من إن الغش قد يعد قائمة من حيث توافر أركانه ، بعبارة أخرى لكي يكون الغش منتجة لأثره القانوني يجب أن يستوفي شرطين حسب القواعد العامة ، وأول هذه الشروط أن لا يكون الشخص المخدوع عالماً بالغش ، لإنه بخلافه ومن دون أن يعترض يعد إنه قد تنازل عن حقه ورضي بالعقد بالكيفية التي تم إبرامه أو تنفيذه . وثانيها هو إن الحيل ينبغي أن تصل إلى حد من الجسامة بحيث تؤثر على إرادة الشخص أو الطرف المقابل، ومقدار هذا الحد من الجسامة التي ينبغي أن تصل إليه حتى تصل إلى مرتبة الغش هو تجاوز الأمور العادية في التعامل، فإذا كانت الحيلة قد تجاوزت الأمور العادية المألوفة في التعامل بين الناس أمكن لها أن تصل إلى مرتبة الغش وإلا فلا[69].

و لمعرفة المعيار الواجب إعتماده لإقرار ما إذا كان الغش مؤثر على شخص المتعاقد أم لا هناك ثلاث معايير و هي:-

---

64 - د.عبدالجبار ناجي الملاصالح، مرجع سابق، ص 51.
65 - د. محمد محمد محمد السروي، مرجع سابق، ص185.
66 - المادة (268) مدني عراقي.
67 - د.حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطا، ج2، مرجع سابق، ص 414.
68 - لاحظ: (264/2) مدني عراقي، وتقابلها المادة (238/2) مدني مصري.
69 - د.عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ف162، ص333.

الأول: المعيار الشخصي أو الذاتي للغش:

إن تقدير أثر الحيل وقيام الغش من عدمه وفق هذا المعيار هو النظر إلى الشخص المخدوع ذاته لا إلى مدى قوة الحيلة المستعملة أو غرابتها أو نوعها أو تأثيرها على الشخص المعتاد بل تأثيرها في الشخص المغشوش عليه نفسه ، فتراعي ظروف المتعاقد الإجتماعية والنفسية ، من السن والجنس والبيئة ودرجة ثقافته وعمله وذكائه وخبرته ومدى حرصه ، والواقع إن الأشخاص الذين نتعامل معهم ليسوا على درجة واحدة من الخبرة والدراية ، فما يؤثر في ساذج قد لايؤثر في إرادة متعلم مثلاً، ومن ثم فإن كان الغش قد إنطلي على أحدهم عد حتى ولو كان من شأنه ألا ينطلي على غيره من الناس . فالمعيار ذاتي شخصي يرتبط بحالة كل متعاقد. إذاً فالمعيار الشخصي ينظر فيه إلى المغشوش عليه دون غيره من الأشخاص، وبالتالي فإن الغش قد يتوافر في حق شخص معين بينما لايتوافر في حق شخص آخر رغم إن الغاش قد سلك نفس المسلك[70] ، فليس العبرة بوسيلة الغش في ذاتها وفي مدى تأثيرها في الشخص العادي بل العبرة بتأثيرها في المتعاقد نفسه ، ومن ثم فإن وجه المقارنة وفق هذا المعيار تكون بين سلوك الشخص المخدوع وبين ما كان ينبغي أن يفعله في ضوء ظروفه الخاصة ليتجنب الغش ، فمتى ما كان قادرا على تجنب الوقوع في شباك الغش بالنظر لصفاته الشخصية عد الشخص مقصرة والعكس صحيح، والأمر متروك لسلطة قاضي الموضوع وتقديره .

ويبدو لأول وهلة إن الأخذ بالمعيار الشخصي من شأنه أن يحقق أكبر قدر من العدالة، لأنه يعامل كل شخص وفقا لظروفه وحالته الإجتماعية وبقدر يقظته وفطنته. لكن لو أمعنا النظر لنجد إنه قد يؤدي إلى نتائج وآثار سيئة تتمثل في تبرئة وإفلات كثير من الأعمال الغشية من الجزاء على حساب المغشوش عليه الذي يتمتع بيقظة وفطنة وذكاء بحجة إن الأعمال الغشية هذه من المفترض إن لا ينخدع بها ولاتتأثر بها إرادته[71]. وفي الوقت ذاته نجد إن الغش قد تتحقق بالنسبة للشخص دون المستوى العادي من اليقظة والفطنة ، أي أن الغش يعد قائما في حق شخص معين بينما لايعد كذلك في حق شخص آخر مع أن كليهما تصرف بطريقة واحدة، فضلا عن إنه يؤدي إلى الإضطراب وعدم الإستقرار في التعامل .

الثاني: المعيار الموضوعي (معيار الرجل المعتاد) :

يقصد بالمعيار الموضوعي أن يتم تقدير تأثير الحيل المستعملة على الشخص المتعاقد وفقا النموذج الشخص المعتاد ، دون النظر لحالة الشخص المخدوع الذاتية أو ظروفه الشخصية. وفي هذا الصدد نقارن حالة الشخص المخدوع بمسلك الرجل المعتاد بفرض تعرضه لمثل هذا النوع من الغش الذي تعرض له الشخص المخدوع، فإن كان ينخدع من إستعمال هذه الحيل وتؤثر إرادته فإنه يؤدي إلى قيام الغش وإلا فلا[72].

وتطبيقاً لذلك لايضمن البائع مثلاً، العيب الذي يستطيع المشتري أن يتبينه لو إنه فحص المبيع بعناية الشخص العادي[73]، أما لو إتضح له أن هناك نقصا في خبرته ينزل بها عن مستوى الرجل العادي فيتحتم عليه حينها أن يستعين بالخبرة اللازمة ليكمل نقص خبرته وإلا عد مقصراً.

ومع ذلك عندما يتعامل المهني مع مايدخل ضمن نطاق صنعته أو مهنته فلا يسعه إدعاء وجود عيب خفي أو وقوعه في الغش لإنه كان من المفروض فيه أن يعرفه نتيجة خبرته في مهنته بالرغم من إن كشفه يستعصي على الرجل العادي[74].

---

70 - د. محمد محمد محمد السروى، مرجع سابق، ص 200.

71 - د.عمر السيد مؤمن، التغرير والغبن كعيبين في الرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص74.

72 - د. احمد شوقي عبدالرحمن، نظرية الحق، بدون مكان الطبع، 1999، ص 239.

73 - المادة (559) مدني عراقي.

74 - د.جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص 125.

فيما سبق يتضح لنا بإن المعيار الموضوعي يلقي على المتعاقد الحرص والتبصرو التحري، فإن لم يكن بمقدوره أن يصل إلى هذا المبلغ فما عليه إلا أن يطلب المعونة من مختص، فإن لم يقم به عد مقصرة.

لكل ماتقدم، نجد إن كلا المعيارين فيه من الميزات والمآخذ ويرى كثير من الفقهاء أن المعيار الموضوعي يؤدي إلى إنضباط الروابط القانونية أكثر وذلك لوحدة الأساس الذي يقاس به سلوك الأفراد وهي درجة عناية الشخص العادي التي يجب أن يبذلها المتعاقد في الكشف عن الحقيقة المنظورة إليها في مثل ظروف المتعاقد محل القياس ، فضلا إن هذا المعيار يسمح للقضاء بالسير على معيار واحد يحقق العدل بين المتقاضين، وإن لم يحقق العدالة، فهو يساوي بينهم في تحديد معنى الغش ويحرص على ضمان وتوفير الثقة المتبادلة والإستقرار في التعامل[75].

أما بشأن موقف القضاء العراقي بهذا الصدد وجدنا تجاوبا مع كلا المعيارين وذلك حسب ظروف وملابسات القضايا فتارة يأخذ بالمعيار الموضوعي و هذا ما قضت به محكمة تمييز العراق بان ((الواجب من يشتري مالا يحتاج إلى خبرة خاصة للإطلاع على حالته أن يستعين بخبراء للكشف على المال قبل شرائه أو بعد إستلامه بمدة معينة ...))[76]، وتارة أخرى نجد أن القضاء تأخذ بالمعيار الشخصي وفي هذا قضت محكمة تمييز الاتحادي بان ((... العلامتان التجاريتان تختصان بمواد ذات إستعمالات تخصصية لا يتعامل بها عامة الناس وإنما من قبل متخصصين في المجال الطبي والصيدلاني والذين يكونون على دراية تامة بما يستخدمونه فلا وجه للتشابه بين العلامتين ولا يؤدي ذلك للغش والبس والتضليل))[77] ، ونجد إن عدم الإستقرار على معيار لإعتبار التصرف غشاً أم لا من قبل القضاء ميزة إيجابية ذلك لإن الحياة بطبيعتها ليست خطاً مستقيماً وأن القضايا لا حصر لها ولا يمكن التضحية بالعدالة في سبيل نصوص قانونية جامدة وإنما على القضاة التحري عن روح النصوص وإبتغاء العدالة في أحكامهم .

الثالث: المعيار التشريعي :

بالرغم من جدوى كلا المعيارين الشخصي والموضوعي، وبالرغم من المآخذ التي وردت بشأنهما للتوصل ما إذا كان الغش مؤثرة أم لا، إلا إن ذلك المعيارين أو إحداها غير صالح لوحده ليقاس به مدى تأثير وجسامة الغش على المتعاقد في جميع حالات وصور الغش وخاصة فيما لو كان الغش خارج دائرة التعاقد، أو إذا لم تكن الوسيلة المستعملة تتمثل في سلوك مادي من أقوال أو أفعال غشية وإنما كان تصرفاً أو عملاً قانونية من جانب واحد، إذ عندها يتعدى الضرر ناحية الفرد فتصيب المجتمع بأسره لمخالفته قاعدة قانونية آمرة، فكان تدخل المجتمع (المشرع) ضرورية للتصدي لهكذا نوع من الغش وفق معياره الخاص ، لأنه هو المعني بالمخالفة بصورة مباشرة وإن الشخص (الغاش) قد تعدى حدوده إلى أقصى مايمكن فتجرأ أن يتطاول على القانون بإسم القانون. ويبرز قصد المشرع إلى الوجود وفق هذا المعيار عند إضفاء صفة عدم المشروعية للتصرف أو العمل القانوني المنطوي على الغش عندما يكون مخالفة لقاعدة قانونية آمرة، وذلك بإفتراض وجود الغش إفتراضا غير قابل لإثبات العكس كما في الغش نحو القانون، وتارة أخرى بإفتراض وجود الغش من خلال خلق قرائن قانونية بسيطة[78] - قابلة لإثبات العكس - عندما يكون الغاية هو حماية فئة معينة وتسهيل عبء الإثبات عليهم كما في الدعوى البوليصية[79]، أو تحديده ووضعه في النصاب

---

75 - د. أحمد شوقي عبدالرحمن، ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، مجلة البحوث القانونية، عدد 20، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1983، ص 39.

76 - قرار المرقم 2200/ح /956 في 18/12/56 ، مجموعة سلمان بيات، ج2، ص68.

77 - قرار رقم 208/ الهيئة المدنية / 2013 في 2013/2/4 ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة ، العدد الثالث 2013 ، ص 145

78- تنص المادة (103) من قانون الإثبات العراقي ((يجوز الإثبات بالقرائن القضائية للطعن في تصرف قانوني إذا قام الطعن على وجود غش أو إحتيال في ذلك التصرف)).

79 - المادة (264/1) مدني عراقي.

المسموح به قانونا كما في تقييد حق الأيصاء في حدود الثلث. في المحصلة النهائية ونظراً للمأخذ التي أوردناها على كل من المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي نفضل سلطة إعطاء الصلاحية لقاضي الموضوع ليتحرى أثر جسامة الغش على المتعاقد وحسب تقديريه وذلك من خلال تخويله حق إختيار إعمال أي من المعيارين وذلك لمعرفة مدى تأثير الغش على المتعاقد وذلك حسب الظروف والحالة وملابسات النزاع ، مع الإبقاء على المعيار التشريعي كما هي .

الفرع الثالث

صور الغش وتطبيقاته

الغش في العقد يظهر على صور وتطبيقات مختلفة وعديدة ، فلا يمكن حصر ذلك، فيقصد به تارة تحقيق ربح غير مشروع أو الإضرار بأحد المتعاقدين كما في التغرير، ويقصد به تارة التهرب من الإلتزامات المترتبة تجاه الغير، والغير إما يكون دائناً لأحد المتعاقدين كما في الدعوى البوليصية، وأما أن يكون غير دائن يريد المتعاقدان إلحاق الضرر به بمحاولتهما التملص من واجب عليهما نحوه، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة أو أقل من الحقيقة للإنتقاص من رسوم التسجيل المستحقة، وتارة يقصد به التحايل على أحكام القانون في أوضاع أخرى. إلا أنه بالإمكان إجمالها في صور وتطبيقات رئيسية، ولتناولها بالبحث والمعالجة و بالشكل الآتي:-

الأول: التغرير مع الغبن (التدليس):

التغرير لغة: هو الخداع ، وأغر بالشيء خدع بها[80]، أما إصطلاحاً : إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته والواقع خلاف ذلك [81]. أما التدليس لغةً : يأتي بمعنى الخديعة والخيانة والمدالسة تعني المخادعة ، والتدليس إخفاء العيب وهو في المبيع: كتمان عيب السلعة على المشتري[82]، أما إصطلاحاً فهو: إيهام الشخص بغير الحقيقة بقصد حمله على التعاقد [83]. ويعرف التدليس في الفقه المالكي والشافعي والحنبلي بهذا المسمى وعند الأحناف يطلقون عليه أسم " التغرير"[84].

فوفقاً لهذه المفاهيم يتضح لنا بأن التدليس والتغرير يأتيان بمعنى واحد حيث أنهما يحملان معنى الغش والخديعة ، وأنه لا يكون إلا في علاقة تعاقدية أثناء تكوين العقد . هذا وقد إستعمل المشرع

---

80 - إبن منظور، لسان العرب، ج5، مطبعة دار صادر، بيروت، لبنان، 1997، ط1، مادة "غر" ص3232.
81 - د. عبد المجيد مطلوب، الوجيز في المال والملك ونظرية العقد، (بدون مكان وتاريخ النشر)، ص204.
82 - إبن منظور، لسان العرب ، ج2، مادة " دلس " ص1408. و الرازي، مختار الصحاح، ، دائرة المعاجم، مكتبة لبنان، ناشرون، 1995، ص 209.
83 - د. عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزامات، ج 1، مرجع سابق، ص267.
84 -د. مصطفى الزرقاء الفقه الإسلامي بثوبه الجديد، ج 1، مطابع الأديب، دمشق، 1968، ط2، فـ186.

العراقي التغرير كمصطلح مرادف للتدليس بإعتباره إحدى صور أو تطبيقات الغش ، وأعتبره من عيوب الإرادة إذا إقترن بغبن فاحش[85].

هذا ويتميز التغرير بوصفه أحد صور الغش بأنه لا يمارس إلا من خلال أحد طرفي العقد أو عن طريق أجنبي عن العقد – الغير- في مواجهة الطرف الآخر أثناء تكوين العقد بقصد إيقاعه في حالة يدفعه إلى التعاقد [86]. أما باقي صور الغش فقد يقع من الطرفين معاً بقصد خرق لنص قانوني آمر أو الإضرار بالآخرين ، وهو يتم بعد تكوين العقد أو أثناء التنفيذ أو بعدها أو خارج دائرة التعاقد، كما في التصرفات التي تنشأ عنها الدعوى البولصية أو الصورية ، فوق ذلك يعد التغرير أحد عيوب الرضا و أثره ينحصر في عدم نفاذ العقد إلا أن الغبن وحده ولو كان فاحشاً لا يعب صحة العقد إلا اذا كان المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف ففي هذه الحالة يكون العقد باطلاً[87] نجد في القضاء العراقي تطبيقات بهذا الخصوص قديماً وحديثاً فقد قضت محكمة التميز العراقي ((أن المدعي يطالب بفسخ البيع لوجود غبن فاحش في قيمة السهام المبيعة العائدة لهم من الملك الموضوع البحث في الدعوى وحيث لم يقترن هذا البيع بالتغرير لذلك لم تتوفر الشرائط القانونية في الطلب فالبنظر لذلك وللاسباب الواردة في الحكم المميز ظهر أن حكم المذكور – القاضي برد الدعوى – موافق للقانون))[88] ونجد أن القضاء لا يزال يعتبر العقد صحيحاً وإن شابه الغبن-سواء كان فاحشاً ام يسيراً- إذا لم يصاحبه التغرير وهذا ما قضت به محكمة تمييز الاتحادية ((.. ذلك لان مقتضى طلب الفسخ هو اخلال من الخصم في الايفاء بإلتزاماته العقدية رغم انذاره بذلك فيما يكون الخصم الاخر (طالب الفسخ) قد أوفى بما عليه من التزامات ومستمرا بذلك الايفاء . أما الغبن فقد حددت المادة (124) من القانون المدني قاعدته العامة وهو لا يصلح سبباً للفسخ سواء كان فاحشا ام يسيرا ...))[89] ، أما صور الغش الأخرى فلايراد بها خديعة أحد المتعاقدين، بل كثيرا ما يتواطأ المتعاقدان على الغش ، ولذلك يبقى العقد صحيحة بينهما ، أما الآثار فتتنوع حسب الحالات ، فإما يكون بعدم نفاذ العقد في حق الغير كما في الدعوى البوليصية، وتارة يكون برد الشيء إلى حقيقته كما في الصورية أو البطلان عند التحايل على القانون، وهو على كل حال يوجب التعويض إذا أحدث ضرراً لكونه في ذاته عملاً غير مشروع[90].وتجدر الاشارة الى ان هناك فرق بين التدليس الجنائي تقوم به جريمة جنائية لها عقوبة (جريمة الاحتيال) في قانون العقوبات العراقي الوارد في المواد (456-459) ، وهو وسيلة على الاعتداء على الملكية ويتحقق وفق إحدى الوسائل التي ذُكرتْ حصرا في المادة سالفة الذكر وهي الطرق الاحتيالية التي لا يكفي لقيامها مجرد الكذب المجرد وإنما يتعيّن تدعيمه بمظاهر خارجية، أما التدليس المدني فهو عيب من عيوب الرضاء وخطأ موجب للتعويض لا حصر لصوره في القانون المدني؛ فإذا أثبت أن الكذب

85 - المادة (121) مدني العراقي.
86 - د.ثروت حبيب ، المصادر الإرادية في القانون المدني، منشورات الجامعة الليبية، 1972، بدون ناشر، ص 204.
87 - المادة (124) مدني العراقي .
88 - القرار رقم 691/حقوقية /1958 بغداد في 1958/5/17 ، منشور في كتاب القضاء المدني العراقي ، الجزء الاول ، سنة 1962 ، ص 113 .للمحامي سلمات بيات .
89 - القرار رقم 950/الهيئة الاستئنافية / 2013 في 2013/4/22 ، منشور في مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة ، العدد الرابع ، سنة 2013 ، ص 139 .
90 - د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص1035.

المجرد كافٍ لخداع المتعاقد قام به التدليس، بل إن الكتمان وهو مجرد مسلك سلبي كافٍ ليقوم به التدليس المدني، وعلى خلاف ذلك لا يعرف قانون العقوبات العراقي التدليس السلبي.

الثاني: الصورية :

تنص المادة (147/1) مدني العراقي على أنه ((إذا إبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر))، كما تنص المادة (148/1) مدني عراقي على أنه ((يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم))، ويعرض هذين النصين الصورية وأنواعها ، إما صورية مطلقة ، وهي الصورية التي تمس التصرف الظاهر في ذاته فيكون العقد الصوري لا وجود له ، مثال ذلك أن يعمد المدين لبيع أمواله بيعاً ظاهرياً (صوريا) إلى أحد أقربائه خشية مطالبة دائنيه وإيقاع الحجز عليها ، أو الصورية النسبية ، وتقتصر هذه الصورية على نوع العقد لا ذاته أو وجوده، مثال ذلك الهبة في صورة بيع أو بالعكس، أو إقرار بدين بينما والواقع أنه رشوة، فهذا النوع من الصورية يقتصر على إخفاء طبيعة التصرف القانوني أو جانب منه دون أن يمس وجوده وهذا النوع من الصورية قد يبدو في أكثر من صورة منها، الصورية بطريق التستر ويمس هذا النوع من الصورية التكييف القانوني للتصرف القانوني دون وجوده، فقد يعمد المدين إلى تنظيم عقد بيع لنقل ملكية الشيء الذي يريد في الحقيقة الوصية به للموصى به لكي لايوقف تنفيذها بعد تجاوز الثلث على موافقة الورثة، أو كالبيع في صورة هبة لكي يتهرب البائع من أداء الضرائب القانونية الناجمة عن البيع والتي لاتفترض على عملية نقل الملكية عن طريق الهبة ، أو الصورية بطريق المضادة وهو التي تتناول بعض شروط أو أركان العقد وتتمثل هذه الحالة بقيام البائع بتسجيل قيمة بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري بأقل من الثمن الحقيقي للعقار أو أكثر، بقصد التخفيف من رسوم التسجيل في الحالة الأولى و حرمان الشفيع من طلب العقار المبيع بالشفعة في الحالة الثانية ، وكذلك الصورية بالتسخير، وتنهض هذه الحالة عندما يمنع القانون أحد الأشخاص من التعاقد أو التملك فيتم إبرام الصفقة بعقد ظاهري بقصد الإلتفاف على المنع القانوني[91]. ومن تحليل نص المادتين المذكورتين يتبين لنا أن الصورية عملية قانونية ظاهرية تختلف عن المركز القانوني الحقيقي للمتعاقدين ، فهي وضع ظاهري غير حقيقي يستر موقفاً خفية حقيقية يقوم على إتفاق مستتر، قد يمحو كل أثر للوضع الظاهر وقد يعدل أحكامه[92]. فإن كان ذلك الوضع عقدا يخفي حقيقة العلاقة التعاقدية بين طرفيه، كان العقد الظاهر هو العقد الصوري، وكان العقد الخفي في العقد الحقيقي ويسمى أيضا بورقة الضد [93]. فإذا وقعت هبة في صورة بيع أو قرض، كان عقد البيع أو القرض هو العقد الصوري، أما الهبة فهي العقد الحقيقي.

والصورية كثيرة الوقوع في الحياة العملية، يلجأ إليها الشخص كلما أراد إخفاء حقيقة وضع ما. فقد يلجأ إليها المدين لإبعاد أمواله عن متناول أيدي دائنيه فيتصرف فيها عن طريق بيع صوري لايتخلى به عن ملكية المبيع، ويحتفظ لنفسه في مواجهة المشتري الظاهر بورقة الضد لإثبات أن التصرف الظاهر لاوجود له في الحقيقة ، وقد لايقصد الشخص الإضرار بدائنيه وإنما يهدف من

91 - د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص1074 ومابعدها.

92 - د. عبدالمجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و محمد طه البشير، أحكام الإلتزام في القانون المدني، ج2، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، 1986، ص 120.

93 - المستشار أنور طلبة، الصورية وأوراق الضد، مرجع سابق، ص 53.

ورائها إلى أغراض أخرى كإيثار شخص ببعض ماله، أو التهرب من دفع الضرائب المقررة، أو التحايل على أحكام القانون في أوضاع أخرى.

وتقع الصورية عادة في دائرة العقد إذا أراد الطرفان لسبب ما إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه ، وقد تقع في غير العقود، فتحقق في دائرة التصرف القانوني الصادر من جانب واحد كالتنازل عن حق عيني أو الإبراء من دين بشرط أن يوجه هذا التصرف إلى شخص معين ، ذلك لأن الصورية تقوم على الإتفاق ولا وجود للإتفاق إلا بين شخصين معينين . وقد تتحقق الصورية في غير دائرة التصرف القانوني فتقع في دائرة الأحكام ، كالأحكام التي تقضي بإيقاع البيع لشخص رسا عليه المزاد ويكون مشترية لحساب غيره .

لكن بالرغم من هذا القول فإن هذا لا يعني أن التصرف الصوري ينتج أي أثر ما دامت الإرادة لم تتجه إليه ، أو بعبارة أخرى لإنعدام نية الإلتزام بالتعبير الظاهر، فإن كان التعبير المخفي يقتصر على الكشف عن إنعدام نية الإلتزام لم يكن له من أثر إلا إظهار إنعدام الإرادة الصورية المطلقة ، أما إن كانت الصورية تخفي تصرفا آخر حقيقية الصورية النسبية فإن آثار هذا التصرف المخفي هي التي تنتج بشرط ألا يكون التصرف المخفي يهدف إلى غاية غير مشروعة وإلا كان باطلاً[94].

ومن التطبيقات القضائية في الطعن بتصرفات المدين نجده كثيراً ما تقام على أساس دعوى الإستحقاق (عدم نفاذ التصرف) والذي يدخل ضمن الصورية المطلقة ، أي إن المدين في الحقيقة لم يتصرف بأمواله وإنما أراد بتصرفه الظاهري حرمان دائنيه من إستيفاء ديونهم ، إلا أننا نجد أن القضاء العراقي متمسك بشكلية النص الوارد في شروط دعوى عدم النفاذ تصرف المدين في حق الدائن[95]ومن أهم هذه الشروط هو أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وعندها تصرف المدين بتصرف يضر به ونتيجة لعلم المدين بهذا الشرط فكثيرا ما يتعمد الى إعسار نفسه قبل موعد إستحقاق دائنيه ، وفي هذا قضت محكمة تمييز إقليم كوردستان بالأكثرية ((..إذا كان المدعى عليه قد تصرف بحصته في قطعة الارض قبل إستحقاق مطلقته لمهرها المؤجل تكون دعوى المدعية بعدم نفاذ تصرف المدعى عليه في حصته بتلك القطعة قد فقدت أحد شروطها))[96]، ومن الملاحظ أن القرار قد صدر بالاكثرية وهذا يعني هناك بوادر لإستحقاق الدائنة لحقوقها في حالة ثبوت غش المدين رغم عدم تحقق ميعاد الدين ونرى من باب سد الذرائع عدم إعطاء ذريعة لمن تسول له نفسه في حرمان دائنيه وخصوصا شريكة حياته والتي أذبلت زهرة شبابها معه ثم في الأخير يطرحها دون أن يعاملها بإحسان بل يحرمها من أبسط حقوقها ، لذا لا بد من تكييف الدعاوي في مثل هذه الظروف على أساس مبدااالغش وهوأن الغش يفسد كل شيء .

94 -انظر المادتين (147و 148) مدني عراقي .
95 - انظر المواد (263 الى 269) مدني عراقي
96 - القرار رقم 13/مدنية أولى / 2011 في 2011/1/9 ، منشور ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة العدد الثاني ، سنة 2013 ، ص 228 .

الثالث: التحايل على القانون :

هنالك علاقة وطيدة بين التحايل على القانون وبين الصورية النسبية، فكلاهما يهدف إلى إخفاء أو التستر على تصرف حقيقي غيرمشروع في الغالب، إلا أن الفارق الوحيد هو أن التصرف المستتر في التحايل على القانون هو دائما غير مشروع - مخالفة نص آمر . أما التصرف المخفي في الصورية النسبية فإما يكون في الأصل مشروعا كما في تستر الهبة في صورة بيع أو غير مشروع في الأصل كما في إخفاء السبب غير المشروع في الهبة كأن تكون إقامة علاقة غير مشروعة أو عندما يكون الوضع المخفي هو شخص المتعاقد وذلك عندما يكون هنالك مانع قانوني يحول دون إبرام الصفقة فتوسط شخص ثالث(مسخر) ليبرم العقد مع أحدهما ثم ينقل ما يتلقاه إلى الشخص الذي قام المانع من جانبه بعقد آخر، كما في منع القاضي بنص القانون(97) أن يبيع ماله للمحجور أو أن يشتري مال المحجور لنفسه.فبالامكان القول بان التحايل على القانون يمثل أحد حالتي الصورية النسبية و ذلك عندما تتعلق بإخفاء أو تستر على تصرف غير مشروع في الاصل بنص القانون ، ومن تطبيقات هذه الصورة ما قضت به الهيئة التمييزية في رئاسة إستئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية ((..بأن الغش الذي يمكن طلب إعادة المحاكمة عليه بالاستناد له هو أن يعمد الخصم الى خداع الخصم االاخر والمحكمة من أجل التوصل الى إصدار حكم لصالحه))[98].

97 -لاحظ:المادة (591)مدني عراقي.

98 - القرار رقم 1441/ م / 2012 في 2012/11/12 .

المبحث الثاني
الأساس القانوني لعدم مشروعية الغش

نتناول في هذا المبحث الأساس القانوني لعدم مشروعية الغش في مطلبين ، أولاهما الأساس القانوني لعدم مشروعية الغش ضمن النصوص والمبادئ القانونية وثانيهما يكون مخصصة حول الأساس المقترح لعدم مشروعية الغش.

المطلب الاول
الأساس القانوني لعدم مشروعية الغش ضمن النصوص و المبادئ القانونية

تنص المادة (2/1) من القانون المدني على انه (فاذا لم يوجد نص التشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).إذ مع فرض غياب النص التشريعي يمكن أن نقول هناك ثلاثة أسس أخرى لعله يكون أحداها الأساس القانوني السليم [99]لعدم مشروعية الغش ، وهذا مايدعونا أن نتناول تلك الأسس تباعاً وذلك في هذا المطلب عسى أن نجد ضالتنا في إحداها ليكون أساساً قانونيا لعدم مشروعية الغش .

في ضوء ما تقدم، سنتناول الأساس القانوني لعدم مشروعية الغش ضمن النصوص والمبادئ القانونية ، ضمن الفقرات الاتية:-

أولاً: نصوص القانون :

إن القانون مهما بلغ من الرصانة و الدقة في الصياغة و المضمون إلا أنه لايمكن ان يضع حلولاً لكافة المنازعات المتعلقة بالمسائل التي يتناولها ، لذا لا بد من اللجوء إلى المبادئ و القواعد العامة التي نص عليها المشرع لمعالجة الحالات الطارئة والمستجدة التي تنطوي تحت ظلالها ، لنجد لتلك الحالة السند والأساس القانوني السليم لمعالجتها.

من الواضح أن القانون لم ينص صراحة على عدم مشروعية الغش وإنما تناول في بعض مواده وبصورة مبعثرة تمثل بعض الجوانب التطبيقية لأنواع متعددة من صور الغش و أحكاماً عامة لسد الفراغ الذي تعتري النصوص بحيث تتضمن الرجوع الى المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون، أو قد يكون المبدأ من وضع القضاء بحيث أصبح عرفا أو مبدءا قضائياً معمولاً به في أروقة المحاكم. ومن المبادئ العامة التي نص عليها المشرع هو (الإلتزام بمبدأ حسن النية في التعامل)، إلا إن هذا المبدأ نفسه عندما نص عليها المشرع لم يقرره في جميع مراحل العقد وإنما أقتصر سريانه عند تنفيذ العقود دون المراحل الأخرى وهذا ما يبدو جلياً في نص المادة (1/150) مدني عراقي حيث ينص ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)).

وبالرجوع الى أراء الفقهاء بصدد هذا الموضوع [100] نجد بأن حسن النية مبدأ عام يسري في جميع العلاقات التعاقدية، فالمبدأ سار على مرحلة إبرام العقود كما هو في مرحلة التنفيذ. وفي نفس الوقت نجد إن الفقه ساكت عن التحليل القانوني الدقيق فلم يعطِ مبرراً للأخذ بهذا الرأي، وإنما عدوا ذلك من البديهيات التي لا تحتاج الى برهان، ويبدو أنهم يستندون إلى مفهوم ((من باب أولى)) وهذا

---

99 - د. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة السليمانية، 2008، غير منشور، ص 175.

100 - د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للألتزام، مصادر الألتزام، مصر، الناشر مكتبة عبدالله وهبة، 1966، ص 85.

النوع من الأستنتاج يدخل ضمن البديهيات التي يعد أنكارها مكابرة في علم الجدل والمناظرة[101]. اذ كيف يتم تنفيذ العقد بحس نية والمتعاقدان قد ساءت نيتهما في المراحل السابقة على تنفيذ العقد، فالعقد إذا نشأ مريضا لايمكن أن يستقيم بعد ذلك ، ومشابه لهذا الموقف[102] ما قيل ((ما الفائدة في الواقع من تطلب حسن النية في تنفيذ العقد اذا لم تفرضه في المرحلة الأولى الحاسمة من وجوه عديدة لتكوين العقد؟! ان العقد يشكل جسمة وحيدة ومن الحيوي أن يرويه حسن النية تماما)). هناك حاجة إلى نص صريح بشأن مبدأ حسن النية في ابرام العقود، إذ أن أهمية المراحل السابقة على مرحلة تنفيذ العقد لاتقل عن مرحلة التنفيذ، لاسيما في عصرنا هذه، حيث تقدمت الحياة التعاقدية، وجدت عقود على جانب من الخطورة بحيث اصبحت مرحلة التفاوض بشأن هذه العقود اهم من مرحلة تنفيذها.

وهذا ما دفع البعض[103]لتقديم مقترح وذلك بإدخال نص في القانون المدني العراقي يفيد الأخذ بمبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقود صراحة فضلا عن مرحلة التنفيذ. هذا وقد يعترض أحدهم بالقول بعدم جدية ولزوم هذا المقترح ذلك لأن الفقرة الثانية من المادة (150) مدني عراقي تعين القاضي فتمده بعوامل قد تساعد في تحديد ما يعد من مستلزمات العقد ، وهي القانون والعرف والعدالة وطبيعة الألتزام، وهذه العوامل قد تساعد في توسعة رقعة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ليتعدى المراحل السابقة بل واللاحقة على التنفيذ و رغم ذلك من الافضل تعديل الفقرة الأولى من المادة (150) مدني عراقي ونقترح أن ينص على ((يلتزم أطراف العقد بمبدأ بحسن نية في جميع مراحل العقد)) على أن توضع ضمن المواد الأولى للفصل المخصص لتنظيم العقد بوصفه من الأحكام والقواعد العامة للعقد بدءاً وإنتهاءاً وليس آثاراً للعقد فحسب.

ثانيا: العرف القضائي :

ليس من الضرورة حصر المبادئ القانونية في إطار النصوص و القواعد القانونية فقط، بل قد يحصل أن يوجد مبدأ ولم ينص عليه صراحة، وإنما أملته الضرورة العملية، ومن هنا يأتي دور الباحث أو الفقيه لتأصيل السند والأساس القانوني له في ثنايا المواد القانونية، ليضع له بعده وإطاره القانوني، ومن ثم لتصاغ الأحكام القانونية المتعلقة به ، ولئن كان المشرع يغفل أحيانا النص على المبادئ العامة، فإن من واجب القاضي هو الكشف عن هذه المبادئ ليتسنى إقرارها وصياغتها متى إستلزم الأمر ذلك.

فمن الراجح إن مبدأ (الغش يفسد كل أمر) أو يبطل التصرفات ، لم يتم إقراره بنص صريح، ولايجد سنداً له في التشريع، وإنما هو مقرر من قبل الفقه والقضاء [104]. وذلك من خلال أحكام المحاكم المتواترة بهذا الشأن حيث تولد عرفا قضائية أكتملت عناصره وأستقرت على مبدأ أو قاعدة معينة فأصبحت هذه القاعدة أو ذلك المبدأ عرفا ملزمة. أي إن هذه الأحكام المتواترة هي التي خلقت ذلك المبدأ وأعطته القوة الملزمة[105].

---

101 - د. محمد شريف أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية، بغداد، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، 1982،ص256.

102 - جاك غستان، المطول في القانون المدني: تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي: ط1، لبنان، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2000، ص267.

103 - د.شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 487.

104 - ((أن قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة، ولو لم يجربها نص خاص في القانون))، نقض مدني مصري 26/6/1996 وطعن رقم 4507، 65ق، ص450، مجلة هيئة قضايا الدولة، عدد4، س4 أكتوبر وديسمبر 1997.

105 - د. عبدالمنعم فرج الصدة، أصول القانون، مرجع سابق، ص 155.

وقد سعى الفقه من جانبه أيضا بدعم هذا المبدأ وإحترامه مبرراً أنه لاتوجد مصلحة تبرر فتح باب التحايل والمكر والخديعة بحجة إستقرار المعاملات، خاصة وقد أختلفت أساليب الغش وتنوعت، وقد ساعدهم على ذلك التقدم التكنولوجي وظهور العديد من صور الغش والتي يصعب كشفها.

وبالرغم من إن الطبيعة القانونية للعرف لاتسمح بمخالفة التشريع الآمر أو إلغاؤه، إلا إننا قد نجد إن هذا المبدأ يملك تعطيل بعض الأحكام الواردة في النصوص، كما في إهدار العقد الصوري المسجل، ففي القضاء المصري نجد تطبيقا لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها " بإن للمشتري الذي لم يسجل عقده أن يتمسك بالغش حتى ولو كان المشتري الثاني قد سجل عقده ليتوصل بذلك إلى بطلان التصرف "، مقررة بذلك بإن العقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يصححها التسجيل [106].

وندعوالى إعمال العرف القضائي وهو نتاج الواقع ونبض الحياة ليكون أساسا قانونياً سليماً لعدم مشروعية الغش وان كانت تؤدي الى تعطيل النصوص التشريعية الآمرة فالعدالة والحق يعلو ولا يعلو عليهما شيء .

ثالثا: مبادئ وقواعد الفقه الإسلامي :

إن النصوص القرآنية والسنة النبوية والقواعد الكلية المستخرجة منهما. والمتدبر لأحكام الشريعة الإسلامية يجد الكثير من الأدلة التفصيلية التي تحث المتعاقدين على التزام الصدق والأمانة في المعاملات وعلى الوفاء بالعقود وعدم الإخلال بها، وتجنب صنوف الغش والخديعة وخيانة الأمانة، والنصوص في هذا المعنى كثيرة[107].

لما كانت الآيات القرآنية قد تظافرت على إقرار عدم مشروعية الغش في التصرفات ، فأننا قد نجد في السنة النبوية الشريفة والأحاديث ما يدل على عدم مشروعية الغش وتحريمه. من ذلك قوله (صل الله عليه وسلم) : "لايؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه مايحب لنفسه " ما يفيد إلزام المؤمن بمراعاة المصالح الخاصة لأخيه المؤمن بقدر ما يحافظ على مصالحه الشخصية[108]. وهذا يتطلب منه حسن التعامل وإيفائه لمضامين العقود على وجه الخصوص بصدق وأمانة وعدم الغش . ومن ذلك أيضا ماروي عن أبي هريرة (رض) أن رسول الله (ص) مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال: ماهذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يارسول الله. قال (ص) و أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس من غشنا فليس منا. ووجه الدلالة أن النبي (ص) ألزم المتعاقد أن

---

106 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، ج4، دار أحياء التراث العربي، بيروت، المجلد الأول، بدون سنة طبع، فقرة 290، ص554.

107 - منها: قوله تعالى في سورة التوبة الآية/119 يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين ، ومعنى الصدق: مطابقة الكلام للواقع والصدق في التعاقد أن يكون كلام المتعاقد معبرة تعبيرا حقيقيا عما نواه وقصده. لاحظ: المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص362. وقوله تعالى في سورة المائدة الآية/1 (يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ولاشك أن الأمر بالوفاء يقتضي ألا يكون هناك غش، لأن الوفاء و الإيفاء هو الإتيان بالشيئ وافياً تماماً لانقص فيه. لاحظ: يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، 1980، ص42. وقوله تعالى في سورة الأنعام الآية/153 ه وإن هذا صراطي مستقيمة فاتبعوه ولاتتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلك وصاكم به لعلكم تتقون ، فإتباع السبل في هذه الآية هو التحيد عن الطريق السوي والمستقيم.

108 - د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات، مرجع سابق، ص 39.

يبتعد عن كافة الطرق الإحتيالية وصولا إلى الربح فلا يغش ولا يخدع، بل ويرشد الحديث إلى ضرورة إلتزام الصدق والصراحة، والرضا والنصيحة والتوضيح في الأخبار عن مواصفات المبيع وبيانه. فهذه الأدلة الشرعية تدل بشكل قاطع لا لبس فيه على تحريم الغش في المعاملات.

ومن القواعد الكلية قد نجد أساسا شرعية في موضوع (سد الذرائع)[109]، وهو أحد المصادر التبعية العقلية للشريعة الإسلامية، والذريعة في إصطلاح الأصوليين : هو إعطاء الوسيلة حكم غايتها، فالوسائل التي تكون غايتها مشروعة تفتح ابوابها أمام الناس، أما الوسائل التي تؤدي إلى غايات مضرة فاسدة ام مفاسدها تساوي مصالحها او تزيد عليها فإنها تسد أبوابها ويمنع مزاولتها.

رابعا: قواعد العدالة:

إن القانون لا يقتصر على مجرد القواعد القانونية الموضوعة من قبل السلطة المختصة بالتشريع في الدولة، بل أن هنالك قواعد أو بالأحرى قانونا آخر مثالي، عقلي، مطلق، يسمو على القانون الوضعي، هذا القانون يسمى بالقانون الطبيعي ويقوم مذهب القانون الطبيعي على أساس وجود قانون ثابت لا يتغير في الزمان أو المكان ويكشف عنه العقل السليم، وهو القانون الأمثل التي يتعين على القوانين الوضعية السير في نهجه، وبالتالي كلما اقتربت منه كلما كانت أقرب إلى الكمال [110].

وقد أوجدت هذا القانون بعض القواعد والمبادئ السامية وأوحت بها إلى الأنسان التحكم العلاقات في المجتمع بقصد تحقيق العدالة بين الناس، وهذه المبادئ يكشف عنها العقل السليم ويوحي بها الضمير المستنير ويهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه، ويطلق على تلك المبادئ بقواعد أو مبادى (العدالة)[111]. وتجدر الإشارة إلى إن هذه الفلسفة الفكرية تنسجم مع مبادئ وقواعد العدالة المستمدة من الشريعة الإسلامية والمتجسدة في قوله تعالى ((ونفس وما سواها، فألهما فجورها وتقواها، قد أفلح من زكاها، وقد خاب من دساها)) (الشمس الآية 10.7)، إذ تؤكد تلك الآية الكريمة على حقيقة أزلية هامة مفادها أنه قد تم إقامة العذر على الإنسان من خلال تبيان ما هو صائب وما هو خاطيء عن طريق الإلهام الإلهي، وكذلك مع نهج بعض المذاهب الفلسفية في الإسلام كالمعتزلة[112]. وهكذا نجد بأن إقرار عدم مشروعية الغش كمعيار أخلاقي لقواعد العدالة تفرض نفسه و يجعله واجب قانوني يلتزم به الكافة وإن لم ينص عليها القانون صراحة ، إلا إن المفاهيم التي تدخل ضمن مفهوم العدالة متشعبة ومتنوعة ولايمكن حصرها أو تحديدها فضلا على إنها تدخل ضمن التقويم الشخصي للقاضي، ومن ثم تختلف الرؤيا بدورها من شخص لأخر وفقا لنظرته الشخصية لمفهوم

---

109 - د. مصطفى إبراهيم الزلمي، اصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، ج 1، الطبعة الخامسة، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، 2002، ص 171.

110 - الدكتور عبدالرحمن رحيم عبدالله، محاضرات في فلسفة القانون، ط1، أربيل، مطبعة جامعة صلاح الدين، 2000، ص7 اومابعدها، ود. منذر الشاوي، مذاهب القانون، بغداد، وزارة العدل، مركز البحوث القانونية، 1986، ص22 وما بعدها. و د.علي محمد جعفر، نشاة القوانين وتطورها، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2002، ص60.

111 - د.صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص322. و د. علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص 178.

112 - د. علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص 180.

العدالة ليس هذا فحسب، بل إن هذا المصدر لايحمل حقيقة محددة، بعكس المصادر السابقة والتي تتضمن بعض التحديد، وإنما هو دعوة القاضي إلى الأجتهاد. لذلك فإن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة قصد بها أساسا فائدة عملية هي منع القاضي من النكول عن القضاء وبالتالي إنكار العدالة، كما أن المشرع أراد أن يبين أن سلطة القاضي في الأجتهاد ليست مطلقة بل عليه أن يصدر أحكامه عن إعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص[113]، وكذلك لتجنب إمتناع القاضي عن الحكم بحجة عدم وجود النص[114].أما الدور الرئيسي لمبادئ العدالة التي وصلت إليها في هذه المرحلة، فتتجلى في تهذيب القواعد القانونية الصارمة أو التي يعتريها النقص والقصور، ومن ثم لتصاغ بعد ذلك كقواعد قانونية فلا يتحرج القاضي عندئذ من تطبيقه خيفة من وقوعه في خطأ تأويلي للوقائع أو في تفسير النصوص القانونية. وهذا لايقلل من شأن ودور مبادئ العدالة، فهناك عدد لايستهان بها من القواعد القانونية قد عدلت أو ألغت أو تنتظر دورها في التغيير نتيجة الدور المؤثر لمفهوم ومضمون مبادئ العدالة. والأجل من هذا أنها تعد أحد مصادر التشريع في كثير من التشريعات المعاصرة.

113 - د.نبيل إبراهيم سعد و د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، نظرية الألتزامات، مرجع سابق،ص56.
114 - المادة (30) من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.

المطلب الثاني

الأساس المقترح لعدم مشروعية الغش

إن معالجة المشرع لموضوع الغش في التقنين المدني لم ترق إلى نظرية متكاملة على غرار نظرية المسؤولية المدنية، وإنما اكتفي بمعالجة الغش كتطبيقات تشريعية مبعثرة، حيث أورد سلسلة من النصوص والتطبيقات التشريعية التي لاتكفي لسد كل ثغرة أمام صور الغش المستحدثة والمتجددة ، ونخلص مما سبق إن عدم مشروعية الغش يفتقر إلى أساس قانوني سليم يرتكز عليه، حيث إنه لم يتم إقراره بنص صريح وإنما هو مقرر من قبل الفقه والقضاء وذلك من خلال تبني فكرة أو مبدأ (الغش يفسد كل شئ)، وهو مبدأ مبهم وغامض ولايسع لكل حالات الغش المتعددة والمتجددة كما اسلفنا بالإضافة إلى إن المصادر التبعية الأخرى التي قد يستعان بها القاضي لا تسعفه في كل الأحوال، ففيما يبدو إن سد النقص التشريعي بات ضرورة ملحة في هذا الموضوع، وعليه نوصي المشرع العراقي بأن ينص على ((إن التصرفات والأفعال الناجمة عن الغش لايعتد بها مالم ينص القانون على خلاف ذلك)). وبهذا يكون هذا النص أنسب الحلول لإضفاء الحماية عن المتضررين من اعمال الغش وفي الوقت نفسه منح قدر من الموازنة مع مبدأ استقرار المعاملات وذلك من خلال منح خيارات عدة للطرف المغشوش عليه.

والأهم من ذلك إنها تزيل الغموض والعمومية التي تسود الأحكام المقررة من قبل القضاء وذلك من خلال تبنيهم لمبدأ (الغش يبطل التصرفات)، وذلك لإنه يستلزم من المشرع المدني بأن يراعي مصلحة المتضرر من كافة الأوجه، ومصلحة المتضرر لاتتحقق في حالة التغرير في البطلان جزاء للغش في كل الأحوال وإنما قد يكون الجزاء تعويضا، كما في الغش عند اخلال بواجب تنفيذ الألتزام بطريقة تتفق وحسن النية، أو عدم نفاذ التصرف كما في الدعوى البوليصية أو رد الشئ إلى حقيقته كما في الصورية. فجزاء الغش يجب أن يختلف باختلاف حالاته وصوره المتعددة. وهذا ما يستلزم من النص آن يكون منطقية ومرنة بشكل يستوعب جميع الحالات التي قد تقرر لمصلحة المغشوش عليه، فضلا إن وضع نظرية عامة على أساس نص أو قاعدة قانونية أفضل من أن يكون أساس النظرية مبدءا هشا ومبهمة، لاسيما إن هنالك خلاف جوهري يتعلق بوظيفة كل من المبدأ والقاعدة القانونية من حيث الصفة العمومية في كل منهما، فالعمومية في المبدأ يقصد شموله بمجموعة لاحصر لها من التطبيقات [115] وهذا ما يجعل من الصعب حصر المواضيع التي تنساب نحوها ضمن نظرية واحدة مستقلة بالعكس من القاعدة القانونية حيث إنها بالرغم من انها تقرر نسبة غير محددة من الأعمال والوقائع لكنها من ناحية معينة تتميز بنوع من الخصوص من حيث انها لاتحكم إلا وقائع وأعمال معينة.

---

115 ـ شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل، مجلة الحقوق، جامعة الأسكندرية، السنة الثامنة، العدد الأول والثاني، ص114 .

الخاتمة

إن القضاء ساحة لاحقاق الحق ، وإن الحق يعلو ولا يعلو عليه شيء ، وأن القضاة عليهم الاجتهاد وبذل كل ما في وسعهم لاحقاق الحق ، وغلق السبل أمام كل من يحاول الحصول على مكاسب غير مشروعة بتسخير نصوص القانون لمصلحته ، فالقواعد القانونية تهدف الى تحقيق العدالة وهي الغاية المنشودة فلا مساغ للاتيان منها لتحقيق مئارب النفوس غير السوية ، ونسأل الله القبول فيما أصبنا والغفران عن الاخطاء والزلات فالكمال له وحده والنقصان والنسيان سمات عباده .

الاستنتاجات:-

بعد طرح موضوع البحث من جوانبه المختلفة توصلت الى ما يلي :-

1- عدم وجود مباديء ونصوص قانونية صريحة تعتبر الغش يفسد كل شيء.

2- هناك صور عديدة للغش في نصوص القانون المدني لكنها مبعثرة وغير جامعة في نصوص واضحة .

3- التقيد بشكلية بعض النصوص في التطبيقات القضائية وتفضيل مبدأ (استقرار المعاملات) على اساس مبدأ (الغش يفسد كل شيء) .

المقترحات :-

1- تثبيت مبدء (الغش يفسد كل شيء) ضمن نصوص القانون المدني

2- اعادة صياغة النصوص المتعلقة بالتغريرمع الغبن واعتبار الغبن الفاحش قرينه على وجود التغرير وعلى المتمسك بخلافه الاثبات .

3- تعديل الفقرة الأولى من المادة (150) مدني عراقي ونقترح أن ينص على ((يلتزم أطراف العقد بمبدأ بحسن نية في جميع مراحل العقد)) على أن توضع ضمن المواد الأولى للفصل المخصص لتنظيم العقد بوصفه من الأحكام والقواعد العامة للعقد بدءا وإنتهاءا وليس آثارة للعقد فحسب.

4- تعديل شروط دعوى عدم نفاذ تصرف المدين بحق الدائن الوارد في المادة 263 مدني فيما يتعلق بميعاد الاستحقاق كأن تكون تصرف المدين غير نافذة بحق دائنيه قبل ستة اشهر من ميعاد الاستحقاق واستثناءحق الزوجة في مطالبة زوجها من هذا الشرط وترك أمر تقدير توفر عناصر الغش من عدمه في تصرف الزوج للمحكمة .

5- ادعو الى عقد مؤتمرات و دراسات قانونية معمقة للوصول الى انجع الصيغ القانونية والامثل لتكون رادعا مدنيا وجزائيا لكل من تسول له نفسه سلوك المسلك السيء للوصول للغايات غير المشروعة .

المراجع

***القران الكريم**

اولاَ:الكتب :

1- احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1398ه،ماده(الغش).

2- محمد بن احمد بن الازهري الهروي، المحقق: محمد عوض مرعيب، دار احياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الاولى، سنة 2001، الجزء الثامن.

3- احمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، المحقق: عبدالسلام محمد هارون، معجم مقايس اللغة، دار الفكر، سنة 1399 ه- 1979 م، الجزء 4.

4- د. محمد محمد السروى، الغش في المعاملات المدنية، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقه الإسلامي، جامعة المنصورة، كلية الحقوق،2004.

5- د.عبدالحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، ج2، مصادر الإلتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1954.

6- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الأول، (طبعة منقحة)، بدون مطبعة ومكان النشر، 1992.

7- د. عبدالمنعم فرج الصدة، اصول القانون ، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع.

8- د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، ج 1 .

9- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد و الارادة المنفردة، ط4، 1987.

10- د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد(دراسة في النظرية العامة للالتزام)، المكتبة القانونية(417)، دار الثقافة للنشر و التوضيع، عمان، 2001، الطبع الاولى.

11- د.هدى عبدالله، دروس في القانون المدني، العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، الطبعة الأولى.

12- د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي، ج 1، مصادر الإلتزام، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982.

13- أنور سلطان، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1983.

14- د. حسن عبد الباسط الجميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد.

15- د. عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، نظرية الإلتزام، ج 1،.

16- د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، ج 1، المجلد الأول، دار النهضة العربية ،2000، ط3.

17- المستشار فتيحة قرة، الأوضاع الظاهرة (نظرية قضائية مستحدثة)، منشأة المعارف بالأسكندرية،2001.

18- شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل، مجلة الحقوق، جامعة الأسكندرية، السنة الثامنة، العدد الأول والثاني.

19- د.نبيل إبراهيم سعد و د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، نظرية الألتزامات،

20- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، اصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، ج 1، الطبعة الخامسة، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، 2002.

21- الدكتور عبدالرحمن رحيم عبدالله، محاضرات في فلسفة القانون، ط1، أربيل، مطبعة جامعة صلاح الدين، 2000.

22- د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، بغداد، وزارة العدل، مركز البحوث القانونية، 1986.
23- د.علي محمد جعفر، نشاة القوانين وتطورها، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2002.
24- د.صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963.
25- الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ،بدون سنة طبع ، حديث رقم (102) .
26- محمد احمد ابو سيد احمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، بيروت، دار الكتب العلمية، 2004،ط1،
27- د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، أربيل، العراق، مطبعة وزارة الزراعة، 2007، ط1،
28- د.عبدالرزاق السنهوري، أسباب كسب الملكية .
29- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ج2، أسباب كسب الملكية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999 .
30- د. المحمدي أحمد أبو عيسى، النظرية العامة للإستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 .
31- فضيلة الإمام الأكبر محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، مطبعة دار الشروق، القاهرة، بدون سنة طبع.
32- د. محمد وحيد محمد علي، دور مبدأ حسن النية في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
33- د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، 1996، ط1.
34- د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معممة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة النهضة مصر، القاهرة، 1984.
35- د.حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطا، ج2،
36- كيلاني سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق السنوات (2001-2005)، أربيل، العراق، 2006.
37- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ج2، أسباب كسب الملكية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
38- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، المكتبة القانونية، بغداد، مطبعة العمال المركزية، بدون سنة طبع .
39- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة،1964.
40- د.عمر السيد مؤمن، التغرير والغبن كعيبين في الرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
41- د. احمد شوقي عبدالرحمن، نظرية الحق، بدون مكان الطبع، 1999.
42- د. أحمد شوقي عبدالرحمن، ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، مجلة البحوث القانونية، عدد 20، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1983.
43- جاك غستان، المطول في القانون المدني: تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي: ط1، لبنان، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2000.
44- د.شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود ، مطبعة دار دجلة 2008 .
45- د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات،.

46- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، اصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، ج 1، الطبعة الخامسة، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، 2002.
47- د.علي محمد جعفر، نشاة القوانين وتطورها، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2002.
48- د.صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963.
49- د.نبيل إبراهيم سعد و د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، نظرية الألتزامات، .
50- المستشار أنور طلبة، الصورية وأوراق الضد، الطبعة الاولى ، القاهرة الاسكندرية ، مصر ،المكتب الجامعي الحديث ، سنة 2004 .
51- د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للألتزام، مصادر الألتزام، مصر، الناشر مكتبة عبدالله وهبة، 1966.
52- د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، بغداد، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، 1982.
53- د. عبد المجيد مطلوب، الوجيز في المال والملك ونظرية العقد، (بدون مكان وتاريخ النشر).
54- د. عبدالمنعم البدراوي، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري ، مصادر الالتزام ،ج1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، دون سنة طبع .
55- د. مصطفى الزرقاء الفقه الإسلامي بثوبه الجديد، ج 1، مطابع الأديب، دمشق، 1968، ط2، ف186.
56- د.ثروت حبيب، المصادر الإرادية في القانون المدني، منشورات الجامعة الليبية، 1972، بدون ناشر.
57- سلمات بيات ، القضاء المدني العراقي، الجزء الاول ، سنة 1962.
58- د.عبدالجبار ناجي الملاصالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، جامعة بغداد ، سنة 1974
59- د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية .

ثانياً:القواميس:
1-إبن منظور، لسان العرب ، ج2، مادة " دلس ".
2-إبن منظور، لسان العرب، ج5، مطبعة دار صادر، بيروت، لبنان، 1997، ط1، مادة "غر."
3-الرازي، مختار الصحاح، دائرة المعاجم، مكتبة لبنان، ناشرون، 1995.

ثالثاً:بحوث و المجلات:
1-مجلة التشريع والقضاء، السنة الخامسة ، العدد الأول ، شباط 2013.
2-النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الثالثة.
3-مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة السادسة1975.
4-مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة ، العدد الثالث 2013.
5-مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة ، العدد الرابع ، سنة 2013.
6-مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة العدد الثاني، سنة 2013.
7-د. عصمت عبدالمجيد، محاضرات القيت على طلاب الدورة الثانية للمعهد القضائي في إقليم كوردستان/ العراق سنة 2014.
8-د. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة السليمانية، 2008، غير منشور.

رابعاً: قرارات المحاكم:
1-قرار محكمة بداءة سوران بعدد 105/ب/2019 في 2019/11/27 .
2-قرار محكمة إستئناف منطقة أربيل بعدد 81/س/2020 في 2020/8/31 .

3-قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان بعدد 431/ الهيئة المدنية الاستئنافية/ 2020 في 2021/2/7.

خامساً : قوانين

1 - قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
2-قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
3- قانون الاثباتالعراقي رقم 107 لسنة 1979
3-قانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
4- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969