اسباب اباحة النص للجزاء المدني

Legal Groungs for Permitting the Civil Sanction

م.د. زينب زامل غالب

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – الدائرة الادارية والمالية

zzwzw6505@gmail. com

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٦/٥/١٠ تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٦/٧/٢٨

الملخص:

تُمثل اباحة النص للجزاء المدني المترتبة من دراسة وتحليل النصوص القانونية وسيلة تفصل آثار العقد عن بقية المبادئ العامة التي يمكن عن طريقها اباحة وسائل تمثل بطبيعتها جزاءات مدنية دون الاعتداد الحرفي بمعنى النصوص القانونية والفاظها المتعلقة بهذا الجانب، اذ قد يُمثل تفسير وتطويع النص القانوني للحالات التي تستدعي وجود جزاء ملائم وسيلة مهمة لتحديد هذه الجزاءات، وان لم تكن تحمل ذات المعنى بشكل صريح، الا انها تبرز كوسيلة تحمي التصرف القانوني وتفرض الالتزام بعدم الاضرار بالأخر، فالجزاء المدني لا يمكن ان يكون متمثلاً بتحاشي الضرر فقط او التعويض عنه في نطاق المسؤولية المدنية، انما يمثل في حقيقته وسيلة لحفظ الحقوق والالتزامات من الغش وسوء النية، فهو وسيلة لتحقيق التوازن في المصالح المتبادلة بين اطراف العلاقة العقدية انسجاماً وتطبيقاً لمبدأ حسن النية ومبادئ العدالة وصلاحيات القضاء.

الكلمات المفتاحية: اباحة، جزاء مدني، تفسير العقد، حسن النية، ضرر.

Abstract:

Civil sanction arising from the permissibility established through the study and analysis of legal provisions constitutes a means of distinguishing the effects of a contract from the other general principles through which certain measures may be regarded, by their very nature, as civil sanctions, without adhering literally to the meaning or wording of the legal provisions relating to this aspect. The interpretation and adaptation of a legal provision to circumstances requiring an appropriate sanction may constitute an important means of identifying such sanctions, even where the provision does not expressly convey the same meaning. Nevertheless, such interpretation and adaptation serve as a means of protecting legal transactions and imposing an obligation to refrain from causing harm to others.

A civil sanction cannot, in essence, be confined merely to preventing harm or compensating for it within the scope of civil liability. Rather, it constitutes, in its true nature, a means of safeguarding rights and obligations against fraud and bad faith. It also serves to achieve a balance between the reciprocal interests of the parties to a

contractual relationship, in accordance with and in application of the principle of good faith, the principles of justice, and the powers vested in the judiciary. The findings of this study further demonstrate that civil sanctions differ from, and possess distinct characteristics in relation to, certain legal concepts that may be conceptually or consequentially similar to or overlap with them.

Keywords: Permissibility, Civil Sanction, Contract Interpretation, Good Faith, Harm.

المقدمة

يُمثل الجزاء المدني وسيلة يطبقها المشرع على مخالفة الالتزامات العقدية، فهو وسيلة الضغط التي يمكن عن طريقها الضغط على ارادة الافراد للامتثال لأوامر القانون، لذلك يفترض ان يكون هذا الجزاء وسيلة غير تقليدية تفرض على مخالفة المدين لالتزاماته العقدية وحسب وفقاً لما اشارت اليه النصوص القانونية في ظاهرها، وانما وسيلة لحماية الطرفين وعدم ربط هذا الجزاء بآثار العلاقة العقدية وحسب، اذ ان المبادئ القانونية تجيز اباحة العديد من الجزاءات المدنية والاستعانة بها جراء كل مخالفة وان لم تكن تحت مسمى الجزاء، اذ قد تمثل هذه الجزاءات وسائل الحماية لأطراف العلاقة العقدية عن طريق هذه النصوص ذاتها دون ان تكون وسائل خارجة عن المألوف في نصوص القانون، اذ قد تحمل هذه النصوص في مفهومها وفحواها وسائل تضمن تنفيذ الالتزام القانوني، كما قد تقر الاباحة جزاء مدني بوسائل اخرى لا تعد من اثار العقد كاللجوء الى القضاء طالما توافرت اسباب ذلك، فتحقق الضرر امراً لا يستوجب فرض الجزاء فحسب بل وسيلة لإباحة جزاءات ربما لم تلتفت اليها النصوص القانونية بمعناها الصريح او المتعارف عليه، اذ قد توفر وتبيح هذه النصوص وسائل حماية ذات اثر مهم وتحمل في الوقت ذاته معنى الجزاء المدني، فتأتي الاباحة بها كوسيلة لاعتمادها انسجاماً مع تطور الحياة الاجتماعية والحاجة الى اقرار وسائل حماية وجزاءات تتناسب واحداث الفعل الضار او التصرف الذي يستوجب فرض الجزاء او اباحته لأجله ان يكون هناك حاجة لتعديل هذه النصوص، اذ يكفي تطويعها وفقاً للمصلحة الاجتماعية وهي من اهم الاسباب التي ادت الى البحث في هذا الموضوع.

سبب اختيار البحث: يُعزى سبب اختيار البحث الى عدم التطرق الى صور الجزاء المدني التي تجيزها النصوص القانوني، واعتماد الجزاء الذي يفرض نتيجة مخالفة الالتزامات التعاقدية غالباً، في حين يتخذ الجزاء صوراً مهمة تجيز تنفيذ الالتزامات بطرق غير التنفيذ المباشر او اللجوء الى الضمان.

مشكلة البحث: يتناول هذا البحث تحديد مفهوم الاباحة للجزاء المدني من خلال تحديد مفهوم هذا الجزاء ومصادر اباحته لغرض تطبيقه بهدف ايجاد الحلول والجزاءات المدنية التي تتناسب ومخالفة الالتزامات سواء التي تنفذ عن طريق العقد او تلك المعروضة امام القضاء والتي يتم حلها بفرض الجزاء القضائي، وهل يمكن فرض جزاء مدني عن طريق تطويع وتطبيق النصوص القانونية على الحالات المستجدة في الحياة العملية والاجتماعية وهل يستطيع هذا الجزاء تحقيق الغاية منه وتوفير الحماية

للتصرفات القانونية، وهل يستطيع هذا التفسير والتطويع للنص القانوني محاكاة تطور الحياة الاجتماعية دون اللجوء الى تعديل هذه النصوص، وما يتمخض عن هذا الجزاء من نتائج تضمن حفظ حقوق اطراف العلاقة العقدية.

منهجية البحث: روعي في منهية البحث اتباع منهجاً علمياً تحليلياً للنصوص القانونية والآراء الفقيه وعرض موقف القوانين المقارنة.

هيكلية البحث: قُسم هذا البحث الى مطلبين تناول المطلب الاول مفهوم اباحة الجزاء المدني حيث تم تقسيمه الى ثلاثة فروع يتناول الفرع الاول التعريف بإباحة الجزاء واهميته في التصرفات القانونية ويتناول الفرع الثاني شروط اباحة الجزاء المدني، اما المطلب الثاني فيتعلق بالمصدر القانوني لإباحة الجزاء المدني حيث يتناول الفرع الاول الحق مصدراً للجزاء وتناول الفرع الثاني اباحة العرف للجزاء وتناول الفرع الثالث تفسير النص مصدراً لإباحة الجزاء.

المطلب الأول: مفهوم اباحة الجزاء المدني

يتناول هذا المطلب البحث في مفهوم الاباحة والجزاء المدني، ويقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع يتناول الفرع الاول التعريف بإباحة الجزاء واهميته في التصرفات القانونية ويتناول الفرع الثاني شروط اباحة الجزاء المدني، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التعريف بإباحة الجزاء المدني واهميته في التصرفات القانونية

يتناول هذا الفرع التعريف بالإباحة والجزاء المدني، فضلاً عن تناوله اهمية الجزاء المدني في التصرفات القانونية، وذلك على النحو التالي:

اولاً – التعريف بالإباحة لغة وفقاً: تعرف الاباحة لغةً بانها " اباح الشيء احله والمباح ضد المحظور "[1]، ولم يُعرف المشرع المدني الاباحة كمفهوم قانوني دقيق، الا ان الاباحة وردت في القانون الخاص وتحديداً في نص المادة (٢١٢) من القانون المدني العراقي التي ارتبطت بتحقق فعل ضار يستوجب التعويض يندرج تحت حالات انتفاء المسؤولية لانتفاء صفة الخطأ من الفعل الضار، حيث نصت المادة (٢١٢) على " ١– الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تُقدر بقدرها، ٢– فمن احدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عن غيره كان غير مسؤول على الا يتجاوز في ذلك القدر الضروري والا اصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة".

واذا ما تم اعتماد العدالة اساساً لفرض التعويض وتحقق الفعل الضار فإنها تُعد اساساً لفرض غالبية الجزاءات المترتبة على مخالفة الالتزامات العقدية والقانونية سواء اكانت هذه الجزاءات تستند الى صراحة النص القانوني ام تلك التي تُفرض لغرض تحقيق العدالة المنشودة من اباحة الجزاء وان لم يتم النص عليها صراحة كأساس لتعويض الضرر اياً كانت صورة هذا التعويض، " فالعدالة فكرة أخلاقية بحتة وهذه الفكرة تقوم عليها نظرية العقد بوجه عام، لإن العقد انما يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة للمتعاقدين، وهو لا يلزم الا في الحدود التي ارادها الطرفان [2]، كما وتفرض العدالة اسس قانونية تخرج

عن الحدود المتفق عليها في القعد قد تكون هي المصدر لإباحة الجزاء المدني في نطاق العقد ذاته سواء في مرحلة تفسيره او تعديله، " فتعديل العقد ما هو الا استثناء تبرره العدالة [٣]، لان قواعد العدالة هي الملاذ الذي يلجأ اليه القاضي في تحديد مضمون العقد [٤].

وقد تترتب الاباحة للجزاء المدني اذا ما تم تجاوز فكرة كون اثار العقد ترتبط بنطاق العقد، حيث يُعد هذا النطاق الامتداد القانوني لآثار العقد، حيث تسمح عملية الامتداد القانوني لآثار العقد بإيجاد الاساس القانوني لمبدأ حسن النية بوصفه من المبادئ القانونية المتعلقة بآثار العقد بما يرتبه من التزامات قانونية على الاطراف المتعاقدة الى جانب الالتزامات التي رتبها عليهم العقد [٥]، وكذلك الابتعاد عن كون اثار العقد مرتبطة بالمسؤولية العقدية كجزاء للعقد نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه او تنفيذه في وقت متأخر عن الموعد المحدد في العقد [٦]، من شانه التوسع اكثر في مفهوم الجزاء المدني، كما ان تناول مفهوم الاباحة بعيداً عن اثار العقد من شانه التوصل الى تحديد مفهوم دقيق للإباحة والجزاء المدني، خاصة اذا ما تم اعتماد تفسير النص القانوني، وهذا ما سوف يتم تناوله لاحقاً في هذا البحث في مصادر اباحة الجزاء المدني.

وبهدف التوصل الى تعريف خاصة بإباحة النص كجزاء صريح للمخالفة القانونية، وتحمل نتيجة المسؤولية او اعتماد العدالة كأساس لفرض الجزاء المدني يمكن القول بان الاباحة التي تجيز الجزاء" هي تحمل التبعات القانونية المترتبة صراحة على الفعل الضار في نطاق المسؤولية المدنية، اوهي اثر قانوني يترتب على تنفيذ التصرفات القانونية بالرجوع الى نية الطرفين ".

ثانياً– التعريف اللغوي للجزاء: يُراد بالجزاء لغوياً بانه " المكافأة سواء كانت بالخير ام بالشر "[٧]، وقد ورد الجزاء في القرآن الكريم في آيات كريمة قال تعالى ومنها قوله تعالى " جَزَاؤُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ جَنَّاتُ عَدْنٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا ۖ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ ۚ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ رَبَّهُ "[٨]، وقوله تعالى " وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ لِيَجْزِيَ الَّذِينَ أَسَاءُوا بِمَا عَمِلُوا وَيَجْزِيَ الَّذِينَ أَحْسَنُوا بِالْحُسْنَى"[٩].

ثالثاً– التعريف الاصطلاحي للجزاء المدني واهميته: لم يرد تعريفاً محدداً للجزاء المدني من شانه ان يكون تعريفاً شاملاً وخاصاً به الا انه عُرف بانه " ما يترتب على الاعمال من ثواب او عقاب "[١٠]، كما عُرف بانه " الجزاء الذي يوقع في حالة مخالفة قاعدة من قواعد القانون الخاص تحمي مصلحة خاصة او حق خاص بفرد من الافراد"[١١]، يُمثل الجزاء العلامة الفارقة التي تميز القانون عن باقي القواعد الاجتماعية، فالقاعدة الخالية من الجزاء ليست الا مجرد تمنٍ، والجزاء بدوره يرتبط بالسلطة وان استخدام السلطة للجزاء هو فرض تراعي فيه القوانين، ومن ثم توحد بهذه الصفة يتوجب فيه ان تلجأ ارادة السلطة الى الارغام، كما لا يمكن انكار دور الجزاء في تطبيق القوانين وتنفيذ القاعدة القانونية وان كانت مطاعة في غالب الاحيان، الا انه لا يمكن ان نتجاهل دور الجزاء ومن يتضمنه من تهديد في التأثير في نفوس الافراد الذين توجه اليهم القاعدة، ومن ثم طاعة القاعدة القانونية، الا ان الجزاء لا يعد معياراً

للقاعدة القانونية انما له دوراً مساعداً في تنفيذها ليس الا، اي تنفيذ ما جاءت به القاعدة القانونية من امر، فالأصل هو القاعدة القانونية الآمرة والتابع هو الجزاء، فالجزاء ما هو الا ضمان نجاعة القاعدة القانونية وليس لصحتها او وجودها القانوني [١٢]، فالقانون يتضمن فكرة وجود واجب باحترام نصوصه وليس فقط امراً يسنده التهديد [١٣].

رابعاً– اهمية الجزاء المدني: تبدو اهمية الجزاء بالضغط على ارادة الافراد للامتثال لأوامر القانون ونواهيه واحكامه وذلك من خلال استخدام القوة المادية التي تملكها الدولة لمنع مخالفة القاعدة او لمحو اثار المخالفة او للانتقام من مخالفتها[١٤]، ويتمثل كذلك بتحاشي الضرر الناتج عن مخالفة القاعدة القانونية او ازالته او اصلاحه بعد حدوثه فهو يُفرض عند الاعتداء على حق خاص او انكاره دون المساس بالمصلحة العامة او الاخلال بالنظام الاجتماعي[١٥]، ويستند الجزاء في تطبيقه الى فكرة اصلاحية تهدف الى اصلاح الضرر غير المشروع عن طريق تعويض المضرور او ازالة أثر الضرر قدر الامكان [١٦]، ويتميز الجزاء المدني بكونه جزاءً رادعاً للمدين في حال تحقق ضرر استثنائي يلحق بالدائن في المسؤولية العقدية عندما يكون هذا الضرر الاستثنائي يمثل صورة مختلفة عن الضرر المألوف الذي يصيب الدائن في نطاق المسؤولية العقدية وتتحقق صورة هذا الضرر عندما يكون المدين سيء النية متعمداً التأخير وعدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما قد ينتج عن فعله من ضرر للدائن [١٧]، حيث يلحق فعل المدين المتمثل بإحداث الضرر الاستثنائي بالدائن الى بالخطأ الجسيم الذي يدخل في عداد الخطأ العمد الذي ارتكبه، لان ارادته تكون متجهة لإحداث النتائج الضارة حيث يكون المعيار في الخطأ العمد معيار شخصي يبحث فيه عن ارادة الفاعل ونيته في احداث الضرر وعلى الفاعل اقامة الدليل على عدم توافر نية الاضرار لديه [١٨]، ويُعد الغش احد التصرفات التي يتحقق فيها اهميةً ودوراً مهماً للجزاء المدني، لان الغش ما هو الا مناورة وخداع يُقصد بها الاضرار بالآخرين اذ انه قد يتم في مواجهة الافراد او في مواجهة القانون[١٩]، لأنه يُعبر عن كل تصرف ضار صادر عن سوء نية ويعتمد الخديعة والحيلة والمناورة اضراراً بحقوق الغير ويكون ذلك في الغالب بإخفاء الحقيقة او تشويهها، فمرتكب الغش يعلم ان تصرفه غير مشروع ومن شانه الحاق الضرر بالغير ومع ذلك يقدم عليه بهدف تحقيق مصلحة شخصية على حساب الغير، فالغش تميزه الحيلة والخدعة التي تمثل جوهر الغش عن طريق ايهام شخص ما بحقيقة واقعه مزيفة[٢٠]، وقد يتحقق الغش وان لم يتوفر قصد الاضرار اذا تعارض تنفيذ الالتزام ومبدأ حسن النية فالغش المتحقق في حال امتناع المدين عن تنفيذ التزامه عمداً مع قدرته على تنفيذه لا يمكنه معه التمسك بالحماية التي يتقرر بناءً عليها رفع او تخفيف او تحديد المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذه العقد فالمدين في هذه الحالة يكون سيء النية وان لم تنصرف نيته الى احداث الضرر بالدائن لإخلاله بمبدأ حسن النية[٢١]، لان حسن النية التزام قانوني متبادل بين الاطراف المتعاقدة ويقتضي العمل وفق ما ينسجم مع مصلحة الطرف المقابل في العقد[٢٢].

الفرع الثاني: شروط اباحة الجزاء المدني

يتناول هذا الفرع الشروط التي يجب توفرها لإمكانية اباحة الجزاء المدني والاعتداد به في نطاق التصرفات القانونية وتتمثل هذه الشروط بالتالي:

اولاً – حسن النية: تظهر اهمية حسن النية بكونه يفرض على كل متعاقد اداء التزاماته أداءً كاملاً لا نقص فيه [٢٣]، فحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد هو احترام للأوضاع القائمة بين أطراف العقد فهو الاستقامة والنزاهة وعدم الغش، كما يمثل حسن النية وسيلة لحماية المقصد المشترك والابتعاد عنه بأي طريقة ملتوية، فضلاً عن كونه يفترض التطبيق الدقيق بكل ضمير للوعد بقصد الحماية لكل من الطرفين وكذلك المصلحة العامة، كما يفترض حسن النية الالتزام لمبدأ الانصاف الاجتماعي [٢٤].

واستناداً الى الاتجاهات الحديثة التي أخذت بحسن النية، فإن حسن النية لم يعد مجرد قاعدة اخلاقية يتم من خلالها تحديد مفهوم ومضمون هذا المبدأ، نظراً لاعتباره مبدأ قانونياً عاماً تم الحاقه بالنظام العام وهو الاتجاه الأحدث الذي تبناه المشرع الفرنسي في المادة (١١٠٤) عندما اعتبره مبدأ عاماً يسود جميع مراحل العقد بدأً من مرحلة التفاوض حتى مرحلة التنفيذ [٢٥]، وان التوسع في مفهوم حسن النية وجعله شرطاً خاصاً لصحة العقد وقاعدة آمرة يترتب على مخالفتها البطلان، امراً من شانه ترسيخ استقرار المعاملات طالما اصبح حسن النية متعلقاً بالنظام العام ابتداءً من مرحلتي المفاوضات العقدية وتكوين العقد حتى مرحله تنفيذه [٢٦]، فمبدأ حسن النية لا يقتصر على تنفيذ الالتزامات العقدية وان تمت الاشارة اليه عادة في باب العقد، وانما هو يعم تنفيذ الالتزامات كافة اياً كان مصدرها [٢٧].

ويترتب على اعتبار حسن النية مبدأ متعلقاً بالنظام العام انه اصبح يُمثل قيداً او تحديداً لحرية الإرادة [٢٨]، فهو لم يُعد مجرد معياراً لفكرة العدالة والاخلاق الذين يأبيان ان يتعمد شخص الاضرار بغيره او يتحايل على احكام القانون توصلاً الى غرض غير مشروع، على الرغم من ان القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية تختلفان في بعض الخصائص، الا ان الفصل بينهما ليس تاماً فكثير من قواعد القانون هي في الاصل قواعد اخلاقية، ولا ضير في القول بإن حسن النية هو التزام ناتج عن خلط القاعدة الخلقية في الالتزامات القانونية، الا ان هذا المبدأ قد تحول من مبدأ اخلاقي الى مبدأ قانوني عن طريق ربطه بقواعد العدالة، اذ لم يعد هذا المبدأ متمثلاً بعدم انتفاء الغش في التصرفات وانما بدأ بفرض التزامات ايجابية على المتعاقدين [٢٩].

ونرى ان اهم طرق اقرار الجزاء المدني وما يترتب عليه من اثار في المعاملات هو تطبيق مبدأ حسن النية، خاصة اذا ما تم التعامل معه كأساس قانوني للالتزامات المعنوية كالأخبار والتحذير والنصيحة[٣٠]، او اذا ما تم التعامل معه كمبدأ عام يسود جميع العلاقات القانونية على اعتباره من الاحكام القانونية التي لا تنتفي بعدم النص عليها، فهو روح القانون وليس عاملاً نظرياً مفترضاً في العلاقات القانونية بل انه عامل ايجابي وواقعي، لان الاخلاق هي من اوجدته وهو مبدأ قادراً على فرض وجوده شأنه شأن سائر القواعد الاخلاقية وفي المجالات العقدية، لأنه من المبادئ الاساسية في تشريع العقد وهو مبدأ يسود العقد في جميع مراحله فلا يقتصر اثره في ابرام العقد بل يمتد الى تنفيذه وانقضائه[٣١].

وقد يتقرر انتفاء الجزاء وانعدامه اذا ما تم التعامل مع مبدأ حسن النية على اعتباره مبدأً يجمع بين المبدأ الاخلاقي والمبدأ القانوني عن طريق ربطه بقواعد العدالة، حيث يترتب على ذلك عدم عد هذا المبدأ متمثلاً بعدم انتفاء الغش في التصرفات وانما بدأ بفرض التزامات ايجابية على المتعاقدين[٣٢]، ومنها تلك التي يؤدي الى التخفيف من شدة مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" وعدم تطبيقه بصورة حرفية، فضلاً عن قيامه بوظيفة اخرى الا وهي تحقيق المساواة في المراكز العقدية والمصالح المتبادلة من خلال تحقيق العدالة بين اطراف العقد وتتمثل هذه العدالة بتحقيق التوازن بين مصالح اطرافها، فلا يُسمح لطرف فيها ان يفعل فعلاً يؤدي الى تفوقه على حساب الطرف الاخر بغير حق اذا ما شاب التعاقد سوء النية من خلال ارتكاب الغش والتغرير، لذلك فلا تتحقق العدالة ولا تتحقق المساواة بين اطراف التعاقد الا بمراعاة حسن النية عند ابرام العقود وتنفيذها، مع مراعاة جانب استقرار التعامل كلما امكن ذلك[٣٣]، فالتسليم بان العقد شريعة المتعاقدين ووجوب تنفيذ جميع آثاره قد يحمل العاقد احياناً على التمسك بالعقد ومحاولة المغالاة في الافادة منه على حساب العاقد الاخر بان يختار من طرق تنفيذه الطريق الاكثر اجحافاً بذلك العاقد الاخر[٣٤].

ثانياً- تأثير الضرر على الالتزامات: الضرر هو " الحاق مفسدة بالغير "[٣٥]، وهو" الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه او بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق او تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه او عاطفته او بماله او حريته او شرفه واعتباره او غير ذلك "[٣٦]، ففي هذا الفرض يتم اعتماد صور الضرر كافة ومنها الضرر المنافي لحسن النية وهو الضرر الاستثنائي الذي يُشترط فيه ان يكون المدين الذي ارتكبه سيء النية او في حكم سيء النية وقد ارتكب خطأ جسيم في تأخر الوفاء بالدين، وقد يعد القضاء مجرد علم المدين بالضر الاستثنائي الذي سيحل بالدائن من جراء عدم ايفائه الدين او تأخره في اداءه خطأ جسيم ان لم يكن خطأ عمداً والحالتين ذات حكم واحد [٣٧]، كما ويُعد الضرر الأساس الذي من خلاله يتخلص الدائن من عبء الاثبات من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه وخاصة في الشرط الجزائي حيث ينقل عبء الاثبات الى المدين، فيتعين على الأخير اذا اراد منع استحقاق التعويض ان يثبت ان الضرر المفروض وقوعه لم يتحقق [٣٨].

ويقابل الضرر الاستثنائي من جهة المدين جزاءً يفرضه حسن النية في تنفيذ العقود لحماية هذا المدين وفقاً لمبدأ حسن النية والعدالة وهو ما يمثل جزاءً عادل لطرفي العقد، لأنه لا يلزم المدين باحترام العقد وتنفيذ التزامه فحسب بل والدائن في استعمال حقوقه استبعاداً للأضرار بالمدين، ومبنى ذلك هو فكرة التعاون بين المتعاقدين في تنفيذ العقد طالما ان العقد هو نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة [٣٩]، فالجزاء المقرر في نص معين لحماية الدائن قد يكون سلاح ذو حدين يمكن من خلاله حماية المدين حسن النية.

ويتمثل الجزاء الضرر بفكرة اصلاح الضرر غير المشروع بتعويض المضرور او ازالة أثر الضرر قدر الامكان [٤٠]، اذ يتحقق الضرر نتيجة لسوء النية ومنها الضرر المتحقق عن طريق الغش بقصد الحاق الضرر، وذلك من خلال علم المتصرف بنتائج تصرفه، لان العلم بالضرر الذي يصيب الغير يُعد

قرينة واضحة على نية المتصرف السيئة في الاضرار بالغير اذا ما انعدمت المصلحة الجدية المشروعة مع العلم بالضرر الذي يصيب الغير، ومن ثم اعتبار الشخص سيء النية استناداً لهذا التصرف، على ان المعيار على تحقق سوء النية لا يتمثل بنية الاضرار فحسب، بل يتحقق هذا الوصف ايضاً في حالة قصد المتصرف التحايل على القانون ولو لم تكن نية الاضرار بالغير موجودة في سلوك المتصرف، لان نية الاضرار بالغير في العقود والتصرفات تزيد سوء النية عمقاً وصعوداً، فاذا وجدت نية الاضرار في تكوين العقد سميت تدليساً، واذا وجدت في مرحلة تنفيذه سميت غشاً، واذا اشترك طرف ثالث في التدليس او الغش كان سوء النية تواطؤاً [٤١]، وقد يتحقق الضرر بشكل ضرر مالي باعتباره عاملاً مؤثراً في التوازن الاقتصادي، فالضرر الاقتصادي يتحقق عندما يكون نتيجة لعدم التنفيذ على الوجه المتفق عليه في الذمة المالية، ومن امثلته الضرر المتعلق بعدم تسليم الشيء المبيع او التأخر في تسليم البضاعة المتفق عليها والضرر المتحقق في هذه الحالة هو عدم امكان بيعها في المناسبة المخصصة لها او تلفها جزئياً او كليا، واهم صورة للضرر الاقتصادي هو ما لحق الدائن من خسارة، نتيجة عدم التنفيذ، اذ يترتب على ذلك اخراج قيمة مالية معينة كانت ضمن عناصر الذمة المالية للدائن، فكان لعدم التنفيذ السبب المباشر في اخراجها بصفة نهائية في ذمته، اذ تُعد هذه الحالة العنصر الاهم من عناصر الضرر الاقتصادي [٤٢]، غير ان هناك حالات لا يتحقق فيه استحقاق التعويض عن الضرر في نطاق المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وهي حالة تحقق الضرر غير المباشر الذي لا يمكن تعويضه لانعدام احد اركان المسؤولية تقصيرية او عقدية وهي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، كذلك عدم استحقاق التعويض عن الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية لافتراض ان الطرفين قد اتفقا ضمناً على استبعاد تعويضه الا في حالة الغش او الخطأ الجسيم التي تستلزم التعويض[٤٣]، كما لا يتوجب التعويض في حال انعدام احد اسباب المسؤولية التقصيرية[٤٤].

مما يتقدم يتبين ان تحقق الفعل الضار وتحقق المسؤولية الناتجة عنه هي شروط مباشرة لإباحة الجزاء اما الاسباب الاخرى فتتمثل بموجبات التعويض في الحالات غير المباشرة والصريحة لحماية المتعاقد او الطرف في العقد وان لم يشر اليها القانون صراحة.

المطلب الثاني: المصدر القانوني لإباحة الجزاء المدني

يُقصد بالمصدر عادة المنشأ او الاصل[٤٥]، وان البحث في مصدر الجزاء انما يهدف الى تحديد اسباب اباحة الجزاء، فيتناول هذا الفرع تحديد مصدر الجزاء القانوني سواء اكان هذا المصدر يستند الى نص القانون ام الى سلطة استثنائية، حيث تم تقسيمه الى ثلاثة فروع تناول الفرع الاول الحق مصدراً للجزاء وتناول الفرع الثاني اباحة العرف للجزاء وتناول الفرع الثالث تفسير النص مصدراً لإباحة الجزاء، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الحق مصدراً للجزاء

ان اعتبار الحق مصدراً لإباحة الجزاء المدني يجعل منه وسيلة للتوسع في مفهوم اثار العقد، لان العقد ينتج آثاراً قانونية مقتضاها لا يتوقف عند الالتزامات فقط بل ويشمل ايضاً الحقوق، فالأطراف المتعاقدة تحاول ان تضمن العقد جملة من الالتزامات وتتبعها بالحقوق، وان كان الالتزام المترتب في ذمة المتعاقد هو بمثابة الحق الممنوح للمتعاقد الاخر[٤٦]، وان تبني هذا الرأي يمكن عن طريقه اعتماد الحق مصدراً يبيح الجزاء، فالجزاء يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحق والسلطة، والحق " ميزة يمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة اجتماعية "[٤٧]، كما ويُعد الحق " ميزة يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة ان يتصرف في مال اقر القانون باستئثاره باعتباره مالكاً له او باعتباره مستحقاً له في ذمة الغير "[٤٨]، ويمتاز الحق في القانون العراقي بان له بعداً اجتماعياً متقدماً فهو لا يُعد حقاً طبيعياً يقترن وجوده بوجود الشخص وسابقاً لوجود القانون وهو ليس حقاً فردياً مطلقاً وانما هو ميزة تتمثل باستئثار بقيمة معينة وتسلط يقدرها القانون، فالحق هنا قانوني لا يوجد الا اذا انشاءه القانون ثم هو يحميه وكل ذلك تحقيقاً لمصلحة اجتماعية، ذلك لان القانون لا يعترف بالحقوق حماية لكافة المصالح التي يقصد اليها الافراد في المجتمع بل هو يتخير منها ما يكون جديراً بالحماية ولا يستحق مصلحة الفرد حماية القانون الا اذا اتفقت مع المصلحة العامة للجماعة، لذلك يتقيد استعمال الحق بمصلحة الجماعة وابرز مثال للحق وابعدها اثراً وفقاً للمضمون الاجتماعي هو الحقوق المدنية ذات القيمة المالية [٤٩].

لذلك فان اعطاء الحق صفة الارتباط بالمجتمع لكون المجتمع هو الاسبق بالظهور من الحق وهو كذلك اسبق منه في القانون وبذلك يمنح الافراد القوة في فرض الجزاء استناداً الى الاجتماعية، فالقانون وليد نشوء العلاقات التي تتولد بين افراد المجتمع التي تنتج بطبيعتها حقوقاً وواجبات يحتاج بدوره الى قانون ليقوم بمهمة تنظيم هذه الحقوق والالتزامات [٥٠]، وعلى ذلك فان ارتباط الحقوق المالية بفكرة الحق وفكرة حيازة الشيء والاستئثار به هي النتيجة المؤدية الى نشوء علاقة القانون بالمجتمع التي يُعبر عنها بانها علاقة خادم بمخدوم وكانت صلته بالحق صلة معلوم بعلة او أثر بسبب، وهو ما ادى الى اعتبارها وجهاً لعدسة واحدة وهي العدسة القانونية التي تنظر من خلالها الى الحياة القانونية الا انهما يختلفان في فرق واضح وهي ان مهمة القانون تنحصر في امرين اولهما الكشف عن الحقوق في المجتمع عن طريق اظهار الحقوق واجلاء طبيعتها لتبرز معالمها ويتحدد نطاقها ويعرف ما اذا كان صاحب الحق قد تجاوز حدود حقه او انه لا يزال في نطاق هذه الحدود [٥١]، والحق لا يُملك وانما يمنح فهو لا يمكن ان يكون سابقاً على المجتمع بل هو مدين له بالوجود وهو لا يملك قيمته بذاته بقدر ما هو رابطة او وضع يقوم على السلطة اي الخضوع الذي اراده او اقامه القانون الوضعي [٥٢]،

وعلى ذلك فان التجاوز على القانون هو الذي يفترض وجود الجزاء وذلك حماية للحقوق الناتجة عن اباحة الجزاء من المجتمع لحماية هذه الحقوق اولاً.

وقد ينطوي الحق على مفهوم متلازم يجمع بين عنصرين هما الاستئثار والتسلط والاستئثار هو الذي يميز الحق فالحق ينشأ علاقة بين صاحب الحق ومحله وهذه العلاقة تمثل الاستئثار، والاستئثار انما ينصب على مصلحة او شيء على ان هذه المصلحة او الشيء يخصه، ومن ثم ينبغي الا يكون للشيء موضوع الاستئثار مفهوماً ضيقاً، لان الاستئثار لا يرد فقط على المال المادي وانما يشمل الاموال والقيم اللصيقة بالشخص الطبيعي او المعنوي ويمتد الى الاموال المادية وغير المادية التي تصير خارجة عن الشخص ولكنها كانت من انتاجاته، وايضاً هي الادعاءات المستحقة لشخص اخر وحتى الواجبات والوظائف، اما التسلط فهو الوجه الاخر للحق وهو متلازم مع الوجه الاول وهو الاستئثار الا ان الفرق بينهما يتمثل بكونه خاصية في الشيء اما التسلط خاصية في الشخص، اما اذا كان الحق في مواجهة الغير فهو يستوجب توفر عنصراً ثالثاً لقيام الحق وهو وجوب احترام الناس جميعاً لهذا الحق واستطاعة صاحب الحق ان يقيم هذا الاحترام، فصاحب الحق يعيش في مجتمع وهو يستأثر بالشيء او القيمة دون سائر الاشخاص في هذا المجتمع وله سلطة التصرف فيه بحرية ولكنه لا يستطيع ان يتمكن من هذا الاستئثار او يمارس تلك السلطة اذا تعرض له سائر الاشخاص ونازعوه في حقه، وهذا ما يتطلب كفالة احترام هذا الحق، فالحق لا يوجد الا بالنظر الى الاشخاص الاخرين، فلا ينشأ الحق الا بوجود الغير وقبل ذلك لا يوجد الا استئثار وسلطة ولا يوجد حق، وبناءً على ذلك فان الحق لا يوجد في نطاق القانون الوضعي الا بتوفر هذه الحماية، وذلك بان يخول صاحب الحق دعوى يستطيع بها ان يقتضي احترام هذا الحق، وذلك لان الحق لا يكون كاملاً الا اذا قامت الجماعة بحمايته فاذا لم تتول الجماعة حمايته فلا يوجد حق من الناحية القانونية ولو اعتبر موجوداً من الناحية الاخلاقية، ويعبر هذا الرأي عن مدى حجية الحق الشخصي ووجوب احترامه من قبل الكافة واقرار الحماية القضائية له[٥٣].

ويتطلب النظر الى الحق من زاوية الغير ان يضاف الى الاستئثار والتسلط الاحتجاج بالحق الذي ينطوي على عنصرين يتمثلان بعدم الاعتداء على الغير والاقتضاء، والاقتضاء هو الزام شخص بأداء معين، وعدم الاعتداء على الحق يفرض على الغير كما وان صاحب الحق يستطيع احترام حقه، يضاف الى ذلك عنصر الحماية متمثلاً بالدعوى كعنصر ثالث لحماية الحق وهذا العنصر لا يجعل هذه الحماية مختلطةً بالحق بل لازمةً له اي ان الحق لا يختلط بالدعوى، فالحماية وان كانت تتبع الحق غير انها تخول حقاً جديداً متميزاً عن الحق المحمي وهو الحق في الدعوى، وبناءً على ذلك يكون جوهر الحق هو الاستئثار وهذا الاستئثار يقره القانون، ومن ثم تظهر العلاقة الوثيقة بين الحق والقانون فلا يوجد الحق الا اذا كان القانون يعترف به ويقره وهو ما يميز الاستئثار المشروع لصاحب الحق عن الاستئثار غير المشروع كاستئثار السارق او المغتصب، وعليه فان فكرة الاستئثار الذي يقره القانون والتسلط والاقتضاء توضح بذاتها علاقة صاحب الحق بالغير وضرورة احترام الكافة لهذا الحق ولا تمثل الدعوى الا وسيلة لحماية الحق، لان وسيلة الحماية ليست عنصراً من عناصر الحق الجوهرية، لأنها تكون تالية لنشوئه ولاحقة لوجوده، فالدعوى في واقع الامر لا تعدو ان تكون اثراً من اثار وجود الحق واستناده الى القانون[٥٤].

وعليه فان الحق على اعتباره مصدراً لإباحة الجزاء المدني يمكن من خلاله استخدام السلطة التي يخولها القانون لحماية الحق واستحصاله، وان كان عن طريق غير مباشر لاقتضائه، بدافع حماية الحقوق، ومن ثم فهو احد اسباب اباحه الجزاء المدني.

الفرع الثاني: اباحة العرف للجزاء

تُمثل الاعراف عادات في التصرف او السلوك تراعى بصفة عامة في طبقات المجتمع او فئاته بصفة عامة وقد تتعلق بتصرفات تتعلق بملبس او شعائر تحيط بإحداث الحياة الهامة الاخرى او تتعلق بإبرام الاتفاقات والوفاء بالالتزامات، وان اي مخالفة للعرف من هذا القبيل يتمثل برد فعل لدى المجتمع في اظهار السخط والاستنكار، فاذا خالف شخص مبادئ الحياة الاجتماعية على نحو دائم او متكرر فهو يوشك ان يجد نفسه خارج المجتمع والذي يميز هذه الاعراف الاجتماعية هو عدم استخدام جزاء ينال بصورة مباشرة من حرية مخالفتها او ثروته او مكانته، الا ان انواع اخرى من الاعراف تُعد في معنى اكثر تحديداً واشد صرامة واجبات والتزامات محددة على الناس كانتقال حق الملكية عند الوفاة او كيفية تنفيذ الاتفاقات وهذا النوع هو ما يتصل بالعمل الجوهري للمجتمع وهو العمل الذي يجب اداؤه لكفالة وضمان الشروط اللازمة للحياة الاجتماعية والغالب في مثل هذه الاعراف ان تندمج في صلب القانون، ومن ثم غالباً ما يواجه مخالفها بالجزاءات المميزة التي يستعين بها النظام القانوني بما فيها استعمال القهر بصورة مباشرة من قبل السلطة المختصة بتطبيق القانون[٥٥]، لذلك فالعرف هو تكراراً للتصرف على نفس الوجه وهو نزع بحكم العادة تحديداً الى اتخاذ صفة القاعدة القانونية، ويتصف العرف بالعمومية والتجريد وهو بهذا يفترض يجب ان يتوجه الى كل من يقع ضمن نطاق تطبيقه[٥٦]، وان وصف العرف ان له قوة القاعدة القانونية يثير التساؤل حول مدى امكانية وجود سلطة للعرف في اباحة فرض الجزاء على التصرفات القانونية، ونرى ان للعرف في هذه الحالة ان يكون مصدراً للجزاء بل ان قوة العرف في التعامل هي السبب في تقنينه واكتساب النص القوة القانونية لتطبيقه، " ففي الحالة التي يكون فيها القانون قد غفل عن ذكر القاعدة القانونية يكون للعرف الدور الاساسي في سد هذه الثغرة في القانون اي حالة النقص التشريعي، ومن جانب اخر قد تكون النصوص القانونية هي التي اجازت التفويض في الرجوع الى العرف وفي هذه الحالة يكون العرف قد انتفع من قوة القانون ويُعد القانون مساعداً اضافياً للعرف الذي يستمد القوة منه اي بمثابة الضمانة للقانون فهو يثبت عملياً وبشكل علني قاعدة للسلوك تكون مصدر لثقة الافراد وطالما كانت موافقة للقانون، الا انه وفي جميع الاحوال لا يكون للعرف الا دور متمم للقانون [٥٧]، فالقاعدة الأخلاقية لها دوراً هاماً في تكوين القاعدة القانونية، من خلال إصدار الأحكام القضائية في حالة افتقاد النص والعرف، ومنها اعتبرت مبادئ العدالة مصدراً رسمياً للقانون يرجع اليه القاضي إذا افتقد الحكم في المصادر الرسمية، فمبادئ العدالة هي طائفة من القسم الأخلاقية التي أُسبغ عليها قدراً من القوة الملزمة التي تتوسط بين القانون وبين قوة الأخلاق، والتي تعتبر من دواعي استقرار التعامل [٥٨]، لذلك يكون العرف في مجال استعانة القاضي به في مجال تكملة العقد فله ان يدخل في العقد ما جرى عليه العرف في التعامل بين الاشخاص من التزامات ولو لم يرد ذكرها في العقد [٥٩].

كما ويُعد العرف من العوامل التي تساعد على تحديد مستلزمات العقد، وان كان الغالب في اللجوء الى العرف بناءً على احالة من المشرع، فيترك المشرع للعرف تحديد ملحقات محل الالتزام، فملحقات المبيع والعين المؤجرة تتحدد في ضوء العرف، وكذلك تبدو اهمية العرف في مجال التأمين والمعاملات التجارية والمصرفية، كما ان التوسع في مفهوم العرف في هذا الصدد يشمل العادات وما يجري التعامل، حيث تعد العادات قواعد عرفية كاملة ولكن القاعدة العرفية النابعة من العادة تعد ذات طابع مكمل فهي تلعب في مجال العرف نفس الدور التي تلعبه القاعدة المكملة في مجال التشريع [٦٠].

ومن النصوص القانونية التي منحت القوة للعرف جواز اقتران العقد بشرط جرى به العرف وهو ما جاءت به الفقرة (١) من احكام المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي وكذلك ما ورد في الفقرة (١) من المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي التي منحت العرف قوة النص القانوني [٦١]، وعند الوقوف امام تفسير نص الفقرة (٢) من المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي تتكشف قوة العرف في تنظيم شؤون التجارة المتبعة بين التجار حيث عبرت الفقرة (٢) على " والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم "، الامر الذي يدل على قوة العرف في تنظيم العرف التجاري، كذلك ما ورد في المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي والمادة (١٧٥)، حيث يبدو من نصوص هذه المواد اهمية العرف في التعامل والمعاملات المدنية والتجارية [٦٢]، كما ويتبين دور العرف واهميته في الزام القضاء بالحكم بمضمونه استناداً الى النص القانوني ذاته حيث يكون الحكم بالعرف من قبل القاضي في هذه الحالة مستنداً الى قوة القانون، حيث اجازت المادة (٩١٩) من القانون المدني العراقي للمحكمة تقدير التعويض التعسفي بالرجوع الى العرف الجاري اذا لحق ضرر بالعامل [٦٣].

نستنتج مما تقدم ان العرف هو مصدراً من مصادر اباحة الجزاء اذا كان مستنداً الى قاعدة قانونية اقرت بإلزاميته، وما هذا الاقرار القانوني الا لما نتج عنه من الزام ذاتي بفعل العمل به من المجتمع واكتسابه لذه القوة وقدرته على حماية الحقوق من بعض التصرفات القانونية التي قد تؤثر سلباً على قوة هذه التصرفات دون وجود رادع قانوني ملزم، فيكون الجزاء المتمخض عنها جزاءً ملزماً بقوة النص القانوني.

الفرع الثالث: تفسير النص مصدراً لإباحة للجزاء

يرتبط التفسير عموماً بتفسير العقد، ويُعد تفسير العقد في القانون المدني العراقي خروجاً عن القاعدة العامة، لان تفسير العقد أُخذ به عن الفقه الغربي، ومعنى ذلك ان القاضي اذا لم يستطع ان يزيل الغموض الذي يشوب عبارات العقد وان يتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين فانه يفسره لمصلحة المدين[٦٤]، وقد عبرت المحاكم الفرنسية عن تفسير العقد بانه " ليست قواعد قانونية حقيقية تلزم المفسر ولكنها مجرد مرشد صغير، فهي مجموعة من النصائح او الارشادات التي يستطيع القاضي ان يستلهمها وفقاً للظروف، فالأصل ان تفسير العقد متروك للسلطة التقديرية للقاضي مع التقيد بعدم تحريف ما هو واضح ومحدد من عبارات العقد"[٦٥]، ويستعين القاضي في تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل ويقصد بذلك نوع العقد وطبيعته، فاذا احتملت عبارات العقد اكثر من معنى

فيجدر بالقاضي ان يأخذ بالمعنى الذي يتفق وطبيعة العقد، لذلك يستهدي القاضي في تفسير العبارات الغامضة بما ينبغي ان يتوفر من امانة وثقة بين المتعاقدين، فاذا كان احد المتعاقدين قد استبان ما في تعبير المتعاقد الاخر من خطأ او لبس فلا يجوز له ان يستغل ذلك لتحقيق فائدة ليست من حقه، فالأمانة في التعامل تستلزم الا يستغل احد المتعاقدين ما يقع من ابهام في التعبير، والثقة حق للمتعاقد فله ان يطمئن الى التعبير الذي وجه اليه بحسب معناه الظاهر وهذه هي الثقة المشروعة [٦٦].

وان الرجوع الى سلطة القضاء في تفسير العقد لا يمكن اعتباره من اثار العقد، " اذ تتعلق اثار العقد بالالتزامات التي يُنشأها العقد على اعتبار العقد احد مصادر الالتزام[٦٧]، وعلى اساس ذلك يتقرر الجزاء القانوني لمخالفة قاعدة قانونية، وعليه يمكن القول بان التدخل القضائي المتمثل بتفسير العقد لا يُعد اثراً للعقد وانما من قبيل المبادئ العامة التي يستعين بها القاضي " فالمبدأ هو الشيء الثابت والراسخ، اما عمومية المبدأ تعني انه يمكن ان يتلقى سلسلة غير محددة من التطبيقات وعلى الرغم من اختلاف المبادئ العامة عن القاعدة القانونية الا انه توجد علاقة هرمية بينها فالمبدأ يؤسس ويحكم القاعدة، لان القانون لا يتألف فقط من قواعد، الا انها يختلفان بكون المبدأ خلافاً للقواعد الموضوعة والتي تعبر عن ارادة السلطة بان المبدأ ليس موضوعاً بل يكتشفه القاضي، كما وان المبدأ يسمح بتعليق تطبيق قاعدة صحيحة او يضيف استثناءات ومعارضاً لنظرية الفصل بين القانون والاخلاق، لان المبادئ التي هي جزء من القانون هي ذات طبيعة اخلاقية، والمبادئ ما هي الا قواعد لا تتميز عن القواعد الاخرى الا بانها اكثر عمومية "[٦٨]، لذلك يُعد المبدأ القانوني طريقة من طرق التفسير المنطقي التي على القاضي ان يسلكها وهو بسبيل الفصل في نزاع ما، وذلك اذ كان النص غامضاً حيث انه يعود الى المبدأ القانوني العام الذي يعتبر هذا النص تطبيقاً له وكذلك في حالة ما اذا كان النص المراد تطبيقه استثناءً من مبدأ عام[٦٩]، " فتفسير النصوص عملية عقلية علمية للكشف عن قصد الارادة التشريعية من النص" [٧٠]، والتفسير هو عنصر جوهري في تطبيق القانون ويشتمل على معنيان معنى واسع ومعنى ضيق، فالمعنى الضيق هو ازالة الغموض وتوضيح معاني النصوص، اما المعنى الواسع للتفسير فيشمل توضيح معاني الالفاظ في حالة غموضها كما يشمل اصلاح العيوب في النص ان وجدت، كما انه يسعى الى ازالة التعارض وهذا هو التفسير الحقيقي او الاصطلاحي للنص القانوني، اما اذا تعلق التفسير بمعالجة النقص في التشريع عن طريق تكميل النص او سد الثغرات فهذا هو تكمل التشريع الذي يُلقى على عاتق القاضي بالاجتهاد للوصول الى الحكم الذي يتلائم والحالات المعروضة لسد هذا النقص، فالتفسير يشمل جميع العمليات اللازمة لجعل النصوص القانونية صالحة لتطبيقها على الحالات الخاصة المعروضة على القاضي [٧١]، فالتفسير ما هو الا فرصة ينتهزها القضاء لتعديل او اضافة بعض الاحكام في التشريع الذي يكون ربما قد خرج في عاجلة وتبين نقصه او تعيبه عند التطبيق، وهذا جائز لان السلطة التي تقوم بالتفسير هي التي انشأت التشريع وتختص به، فالنصوص تعتبر عامة مجردة ويتولى القاضي اعمالها واستخراج الحلول منها للمشاكل الماثلة امامه، فيقوم القضاء احياناً تحت شعار التفسير بخلق قواعد

قضائية الى الكثير من المبادئ انطلاقاً من تفسير بعض القواعد التشريعية، لذلك يعتبر التفسير القضائي ذا صبغة عملية، لان القاضي لا يقوم بالتفسير من تلقاء نفسه بل بمناسبة نزاع معروض امامه فيقوم بتفسير القانون حتى يتمكن من تطبيقه على هذا النزاع [٧٢].

لذلك يكون للتفسير الموضوعي اثاراً لم تكن متوقعة وقت انشائه وعلى ذلك فان النص التشريعي يكتسب بمرور الزمن مجالات في التطبيق اوسع مما كان مقدراً له، فيمتد النص ويشمل علاقات لم تكن مقصودة في الاصل، اذ يجب على المفسر ان يقدر تقديراً حساساً المتطلبات الاجتماعية المتغيرة، على ان يكون اميناً على نص القانون وهذا هو المنهج التطوري لتفسير القاعدة القانونية [٧٣]، وهذا ما يفرض على القاضي ان يأخذ في اعتباره تغير الحكمة مع الزمن، اذ يجب عليه ان يبحث عن الاساس العقلي للنص وقت تفسيره، اذ قد يحدث ان يكون النص وضع لتحقيق غاية معينة يستهدف بعدها تحقيق غاية اخرى فالحكمة التشريعية من النص هي التي تبعث في النص الحياة على الدوام طالما انه قائم وهذا ما يكسب النص مع تطور الزمن معاني جديدة ليطبق على الحالات الجديدة، وعلى ذلك يمكن تفسير النصوص بحيث يوائم مضمونها التغيرات التي تطرأ على ظروف الحياة التي وضعت من اجلها تلك النصوص، اذ قالت في ذلك محكمة النقض الفرنسية " طالما النص القانوني والظروف متغيرة فلا جرم على المحاكم اذا وائمت بين النص القائم والظروف الجديدة" [٧٤].

كما لا يقتصر التفسير فقط على جميع المصادر الرسمية للقانون بل يتعداها ايضاً في حالة قصورها الى المصادر الاولية التي تكون جوهر القانون، اذ يرد التفسير على التشريع والعرف والشريعة الاسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة [٧٥]، ومن مزايا التفسير الواسع انه يمنع التحايل على القانون او الغش نحوه، والتحايل على القانون يكون بالالتزام بنصوصه من الناحية الشكلية فقط ومخالفته من الناحية الموضوعية، فالتحايل هو الوصول بوسائل غير مباشرة الى النتيجة التي يمنعها، وهو القصد الى التهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة عن طريق تشكيل تصرف او تصرفات قانونية بصورة تؤدي الى ان يكون ظاهرها مطابقاً للقانون مع استهدافها الغاية التي تخالف هذه القاعدة، اذ يجب ان يفهم القانون وفقاً لروحه، وليس وفقاً لألفاظه فقط وان للنص غرضاً معيناً يستهدفه لا شكلاً لذاته، لذلك يعمل التفسير السليم على ابطال فاعلية الوسائل المراد بها تحقيق النتيجة التي تخالف القاعدة القانونية، وعلى ذلك فان التفسير الواسع يؤدي الى الكشف عن التحايل على القانون مما يقتضى الحكم بالبطلان [٧٦].

ويترتب على التفسير الواسع وجوده في كافة القواعد القانونية حتى لو كانت قواعد استثنائية والتي يفترض ان تفسر تفسيراً ضيقاً، اذ ان هذه القواعد الاستثنائية انما لا تتحمل القياس عليها، ومن هنا يبرز الفرق بين القياس والتفسير الواسع للقاعدة القانونية، فالقياس يتعلق بحالات لم ترد اصلاً على ذهن الشارع ويخلق قاعدة جديدة مستعيناً بما ورد في التشريع عن طريق حلول لحالات مشابهة لتماثلها في علة الحكم، اما التفسير الواسع للنص، فانه يكشف عن معنى كان يريده الشارع وكان يدور في خلده، فهو يكمل عبارة التشريع، اما القياس فيكمل فكرة التشريع [٧٧].

وبناءً على ما تقدم يمكن القول بان التدخل القضائي متمثلاً تفسير العقد من شانه ان يكون سبباً لإباحة الجزاءات المدنية، دون ان يكون هذا الجزاء اثراً من اثار العقد الصريحة الواردة في النصوص القانونية، وانما مبدأ عاماً تقره المبادئ القانونية ومبادى العدالة وبشكل يضمن استقرار المعاملات، وبذلك تمنح هذه المبادئ العامة الاباحة التي يجيزها القانون للقاضي بفرض الجزاء المناسب لتنفيذ العقد عن طريق صلاحيات القضاء دون الالتزام بحرفية هذه النصوص فتأتي هذه الجزاءات مستندةً لروح القانون.

وبناءً على ما تقدم وبعد البحث في مفهوم الاباحة والجزاء المدني يمكن تحديد مفهوم الجزاء المدني بانه " وسيلة لحماية الحقوق المترتبة على مخالفة الالتزامات العقدية والقانونية او الالتزام بتنفيذ الالتزامات التي تثبت للعاقدين والغير استناداً لحسن النية وروح القانون ".

الخاتمة

بعد ان تم الانتهاء من بحث الجوانب المتعلقة بموضوع هذا البحث توصلنا الى استنتاجات وتوصيات نوردها بالاتي:

اولاً – النتائج:

١. تم التوصل الى تحديد مفهوم الاباحة بانها " تحمل التبعات القانونية المترتبة صراحة على الفعل الضار في نطاق المسؤولية المدنية، اوهي اثر قانوني يترتب على تنفيذ التصرفات القانونية بالرجوع الى نية الطرفين ".

٢. تم التوصل الى تحديد مفهوم الجزاء المدني بانه " وسيلة لحماية الحقوق المترتبة على مخالفة الالتزامات العقدية والقانونية او الالتزام بتنفيذ الالتزامات التي تثبت للعاقدين والغير استناداً لحسن النية وروح القانون ".

٣. ان الجزاء المدني ليس اثراً من اثار العقد فحسب وانما وسائل حماية اقرتها المبادئ العامة للقانون وتم تطويعها بموجب النصوص القانونية لتحقيق المصلحة الاجتماعية وفقاً لروح القانون.

٤. ان التدخل القضائي متمثلاً بتفسير العقد من شانه ان يكون سبباً في اقرار واباحة الجزاء المدني، دون ان يكون هذا الجزاء مرتبطاً بآثار العقد المقررة بنص قانوني صريح كالتعويض، وانما مبدأ عاماً تقره العدالة العقدية والمبادئ القانونية العامة والصلاحيات التي يقررها القانون للقاضي دون ان يؤثر ذلك على استقرار التعامل، وبذلك تمنح هذه المبادئ العامة الاباحة التي يجيزها القانون للقاضي بفرض الجزاء المناسب لتنفيذ العقد عن طريق القضاء وهو استثناء بعدم التقيد بمبدأ شرعية العقد.

ثانياً– التوصيات:

١. اعتماد تفسير النصوص القانونية بالمفهوم الواسع لأجل توضيح الاثار الخاصة بالجزاء وعدم اعتماد التفسير للحرفي للنص سواء اكان هذا التفسير صادراً بطريق القضاء ام بطريق التشريع ذاته تماشياً مع تطور الحياة الاجتماعية دون الحاجة الى تعديل النصوص القانونية.

الهوامش:

(١) ينظر: مختار الصحاح ، محمد بن ابو بكر بن عبد القادر الرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، بدون مكان نشر، ١٩٥٠، ص ٨٢.

(٢) توفيق حسن فرج، النظرية العامة للاستغلال في القانون المدني المصري، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، مصر، ١٩٥٧، ص ١٤.

(٣) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، الطبعة الاولى، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص ٦٠، ٦٧.

(٤) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الاول، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص٣٥٤. ينظر كذلك الى موقف النصوص القانونية التي اشارت الى تفسير العقد حيث اشارت المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل " ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". كذلك نص المادة (١١٨٨) من القانون المدني الفرنسي الصادر بموجب الامر رقم (٢٠١٦-١٣١) المعدل: " يتم تفسير العقد وفقاً للنية المشتركة للأطراف دون التوقف عند المعنى الحرفي لألفاظه ".

(٥) د. حامد شاكر محمود الطائي، ترابط المبادئ العامة المتعلقة بأثار العقد، الطبعة الاولى، دار المسلة للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٢٤، ص٦٦، ٦٧.

(٦) د. احمد غريب شبل البنا، اثار العقد- دراسة تفصيلية واحكام القضاء، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية-دار النهضة العلمية، مصر-الامارات، ٢٠١٨، ص١٦٥.

(٧) القاموس المحيط، الجزء الرابع، باب الواو والباء-فصل الجيم.

(٨) سورة البينة، الآية (٨).

(٩) سورة النجم، الآية (٣١).

(١٠) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية واثره في التصرفات في الفقه الاسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٤٧١.

(١١) د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون-القاعدة القانونية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٢٩.

(١٢) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ١٦٦، ١٦٧.

(١٣) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ١٦٩.

(١٤) د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ٢٩.

(١٥) د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك- المكتبة القانونية، بغداد-القاهرة، ١٩٨٩، ص٥٠.

(١٦) د. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، الطبعة الاولى، الجزء الاول، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٩٩.

(١٧) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات- الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، الجزء الثاني، المجلد الثاني، بدون دار نشر ، بدون مكان نشر، ص٥٦٣.

(١٨) د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية–التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة – مصر، ١٩٧٩، ص ١٤٤–١٥١.

(١٩) د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني–دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠٠٨، ص ٧٩.

(٢٠) د. بيار اميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص(الاطار العقدي والاطار التقصيري)–دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس–لبنان، ٢٠٠٩، ص ١٠، ١١.

(٢١) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الاول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٨٦.

(٢٢) د. شيرزاد عزيز سلمان، حسن النية في ابرام العقود، الطبعة الاولى، دار دجلة، عمان، ٢٠٠٨، ص ٢١١.

(٢٣) د. عبد الحليم عبد اللطيف القواني، المصدر السابق ، ص ٤١٧.

(٢٤) د. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود–دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت٢٠٠٦، ص ٨٤–٨٩.

(٢٥) تنص المادة (١١٠٤) من القانون المدني الفرنسي على " يجب التفاوض على العقود وابرامها وتنفيذها بحسن نية، يُعد هذا الحكم من النظام العام ".

(٢٦) د. اسامة ابو الحسن مجاهد، شرح قانون العقود الفرنسي الجديد، نادي القضاة، مصر، ٢٠٢٣، ص ٨٢.

(٢٧) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار السنهوري، بغداد–بيروت، ٢٠١٥، ص ١٢.

(٢٨) د. عبد المنعم موسى ابراهيم، المصدر السابق، ص٨٩.

(٢٩) عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المصدر السابق، ص ٢٩٥، ٢٩٦.

(٣٠) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المصدر السابق، ص ٨٠.

(٣١) د. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، الطبعة الاولى، دار الرسالة للطباعة، بغداد، ١٩٧٥، ص ٥، ٢٥.

(٣٢) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المصدر نفسه، ص ٢٩٥–٢٩٦.

(٣٣) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المصدر نفسه، ص ٣١٩–٣٢١.

(٣٤) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، نظرية العقد والارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، الجزء الثاني، المجلد الاول، بدون مكان نشر، ١٩٨٦، ص٥٠٨.

(٣٥) د. رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٦٣.

(٣٦) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص١٣٣.

(٣٧) عبد الجبار ناجي الملا صالح، المصدر السابق، ص ١١٢، ١١٣.

(٣٨) انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية الجزء الاول، دار المعارف بمصر، ١٩٥٨، ص٣٥٧.

المادة (٣/١٧٠) من القانون المدني العراقي على " اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأ جسيم ". ينظر كذلك نص المادة (١/٢٢٤) من القانون المدني المصري(١٣١) لسنة ١٩٤٨ التي اشارت الى " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر "

(٣٩) د. غني حسون طه، المصدر السابق، . ص ٣٥٥.

(٤٠) د. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، المصدر السابق، ص ١٩٩.

(٤١) د. محمد شكري جميل العدوي، سوء النية واثره في عقود المعاوضات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص ٢٥٤، ٢٥٥.

(٤٢) محمد حسن قاسم، المصدر السابق، ص٢٢١-٢٢٣.

(٤٣) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص١٣.

(٤٤) اشار الى ذلك القرار الصادر عن مجلس القضاء الاعلى، محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٥٤٢/الهيئة المدنية ٢٠٢١)/ت٧٦٣٥.

(٤٥) د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، الجزء الاول، دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٧.

(٤٦) د. حامد شاكر محمود الطائي، المصدر السابق، ص٥٥.

(٤٧) ورد تعريف الحق في المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي.

(٤٨) د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المصدر السابق، ص ٢٢٦.

(٤٩) د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المصدر نفسه، ص ٢٢٦.

(٥٠) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، الطبعة الاولى، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص ١٨١.

(٥١) د. حسن علي الذنون، الصدر السابق، ص ١٨١، ١٨٢.

(٥٢) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ٣٢٩.

(٥٣) د. علي فيصل علي، مبدأ حجية العقد- دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، الخليج العربي للنشر والتوزيع، بدون مكان نشر ، ٢٠١٣، ص ٢٩- ٣٢.

(٥٤) د. هدى عبد الله، في الموجبات على وجه عام- في انواع الموجبات، في مصادر الموجبات وشروط صحتها، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠، ص ٥٧، ٥٨.

(٥٥) ادجار بودنهيمر، القانون طبيعته ووظائفه، ترجمة د. محمود سلام زناتي، دار الجمهورية للصحافة، نادي القضاة، مصر ، بدون سنة نشر، ص ١٣٨-١٤٠.

(٥٦) جان لوك اوبير، مدخل الى علم الحقوق، ترجمة د. شفيق شحاته، الطبعة الاولى، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ٢٠١٠ ، ص ٧٤، ٧٥.

(٥٧) جان لوك اوبير، المصدر السابق، ، ص ٥٩.

(٥٨) عبد الباقي البكري و زهير البشير، المصدر السابق، ص ٦٧.

(٥٩) د. احمد غريب شبا البنا، المصدر السابق، ص١٣٧.

(٦٠) د. محمد حسن قاسم، المصدر السابق، ص ٣١.

(٦١) ينظر نص الفقرة (١) من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي التي نصت على " يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة ". ينظر كذلك الفقرة (١) من المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص ".

(٦٢) اشارت المادة (١٧١) من القانوني المدني العراقي الى " اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخاً اخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره ". ينظر كذلك نصوص المواد (١٧٥) التي نصت على " الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ويتبع في طريقه احتساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري "

(٦٣) ينظر نص المادة (٩١٩) من القانون المدني العراقي على " تراعي المحكمة في تقدير التعويض عن الفسخ التعسفي العرف الجاري وطبيعة الاعمال التي تم التعاقد عليها ومدة خدمة العامل مع مقارنتها بسنه وما استطاع منه او دفعه من مبالغ لحساب التقاعد وبوجه عام جميع الاحوال التي قد يتحقق معها وقوع الضرر ويتحدد مداه ".

(٦٤) د. عبد المجيد الحكيم واخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الاول، دار السنهوري، بيروت–بغداد، ٢٠١٥، ص١٥٨. نص التشريعات على سلطة القاضي في تفسير العقد، حيث نصت المادة (١/١٦٧) من القانون المدني العراقي على "ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً" ، واشارت المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني المصري على " اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات ".

(٦٥) د. اسامة ابو الحسن مجاهد، المصدر السابق، ص٣٩٧.

(٦٦) د. محمد حسن قاسم، المصدر السابق، ص١٨.

(٦٧) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، اثار الالتزام نتائجه وتوابعه في التشريع المصري والمقارن، منشاة المعارف، مصر، ٢٠٠٣، ص١١.

(٦٨) د. حامد شاكر محمود الطائي، المصدر السابق، ص٣٢.

(٦٩) د. عباس مبروك محمد الغزيري، دور القضاء في التوفيق بين الواقع والقانون، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص٢٥٠.

(٧٠) د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٩٧٩، ص٢٥٨.

(٧١) د. محمد صبري السعدي، المصدر السابق ، ص٢٥، ٢٦.

(٧٢) د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ٢٦٥، ٢٦٦.

(٧٣) د. محمد صبري السعيدي، المصدر نفسه، ص ٧٠، ٧١.

(٧٤) د. عباس مبروك محمد الغزيري، المصدر السابق، ص٢٤٧.

(٧٥) د. محمد صبري السعيدي، المصدر نفسه، ص ٤٥.

(٧٦) د. محمد صبري السعيدي، المصدر السابق، ص٢٥٢، ٢٥٣.

(٧٧) د. محمد صبري السعيدي، المصدر نفسه، ص٢٤٦.

المصادر

القرآن الكريم

اولاً – المصادر اللغوية:

١) مختار الصحاح، محمد بن ابو بكر بن عبد القادر الرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، بدون مكان نشر، ١٩٥٠.

٢) القاموس المحيط، الجزء الرابع، باب الواو والباء–فصل الجيم.

ثانياً – المصادر المترجمة:

١) ادجار بودنهمنر، القانون طبيعته ووظائفه، ترجمة د. محمود سلام زنكاتي، دار الجمهورية للصحافة، نادي قضاة مصر، بدون سنة نشر.

٢) جان لوك اوبير، مدخل الى علم الحقوق، ترجمة د. شفيق شحاته، الطبعة الاولى، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ٢٠١٠.

ثانياً – المصادر القانونية:

١) د. احمد غريب شبل البنا، اثار العقد– دراسة تفصيلية واحكام القضاء، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية – دار النهضة العلمية، مصر–الامارات، ٢٠١٨.

٢) د. اسامة ابو الحسن مجاهد، شرح قانون العقود الفرنسي الجديد، نادي القضاة، مصر، ٢٠٢٣.

٣) د. بيار اميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص (الاطار العقدي والاطار التقصيري)–دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٩.

٤) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للاستغلال في القانون المدني المصري، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، مصر، ١٩٥٧.

٥) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٦) د. حامد شاكر محمود الطائي، ترابط المبادئ العامة المتعلقة بأثار العقد، الطبعة الاولى، دار المسلة للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٢٤.

٧) د. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، الطبعة الاولى، الجزء الاول، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦.

٨) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، الطبعة الاولى، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥.

٩) د. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية–التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة –مصر، ١٩٧٩.

١٠) د. رعد عداي، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية– دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

١١) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١.

١٢) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات– نظرية العقد والارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، الجزء الثاني، المجلد الاول، دون دار نشر، دون مكان نشر، ١٩٨٦.

١٣) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات– الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، الجزء الثاني، المجلد الثاني، بدون دار نشر، بدون مكان نشر.

١٤) د. شيرزاد عزيز سلمان، حسن النية في ابرام العقود، الطبعة الاولى، دار دجلة، عمان، ٢٠٠٨.

١٥) د. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك– المكتبة القانونية، بغداد– القاهرة، ١٩٨٩.

١٦) د. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، الطبعة الاولى، دار الرسالة للطباعة، بغداد، ١٩٧٥.

١٧) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية واثره في التصرفات في الفقه الاسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠.

١٨) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار السنهوري، بغداد– بيروت، ٢٠١٥.

١٩) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الاول، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.

٢٠) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، انعقاد العقد، الجزء الاول، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧.

٢١) د. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود– دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

٢٢) د. علي فيصل علي، مبدأ حجية العقد–دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، الخليج العربي للنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، ٢٠١٣.

٢٣) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الاول، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.

٢٤) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، آثار الالتزام نتائجه وتوابعه في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

٢٥) د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، الجزء الاول، دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٧١.

٢٦) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، العقد، الطبعة الاولى، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.
٢٧) د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون–القاعدة القانونية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
٢٨) د. محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
٢٩) د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.
٣٠) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الاول، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٨.
٣١) د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني–دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،٢٠٠٨.
٣٢) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
٣٣) د. هدى عبد الله، في الموجبات على وجه عام، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٠.

ثالثاً – الرسائل والاطاريح:

١) عباس مبروك محمد الغزيري، دور القضاء في التوفيق بين الواقع والقانون، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.

رابعاً – القرارات القضائية:

١) قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٠/ ٧٥٨ في ٣/٢١/ ١٩٤٧.
٢) القرار الصادر عن مجلس القضاء الاعلى، محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٥٤٢/الهيئة المدنية٢٠٢١)/ ت٧٦٣٥.

خامساً – القوانين:

أ. القوانين العراقية:

١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

ب. القوانين العربية:

١) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

ج. القوانين الاجنبية:

١) القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الامر رقم (٢٠١٦-١٣١) الصادر في ١٠ فبراير بشان اصلاح قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والاثبات.