الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون – تيارت

قسم الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة القانون الخاص

التخصص: قانون خاص معمق

بعنوان:

الغش في العقود المدنية في القانون المدني الجزائري

من إعداد الطلبة:

- بروبة مخطارية
- شرفي براهيم

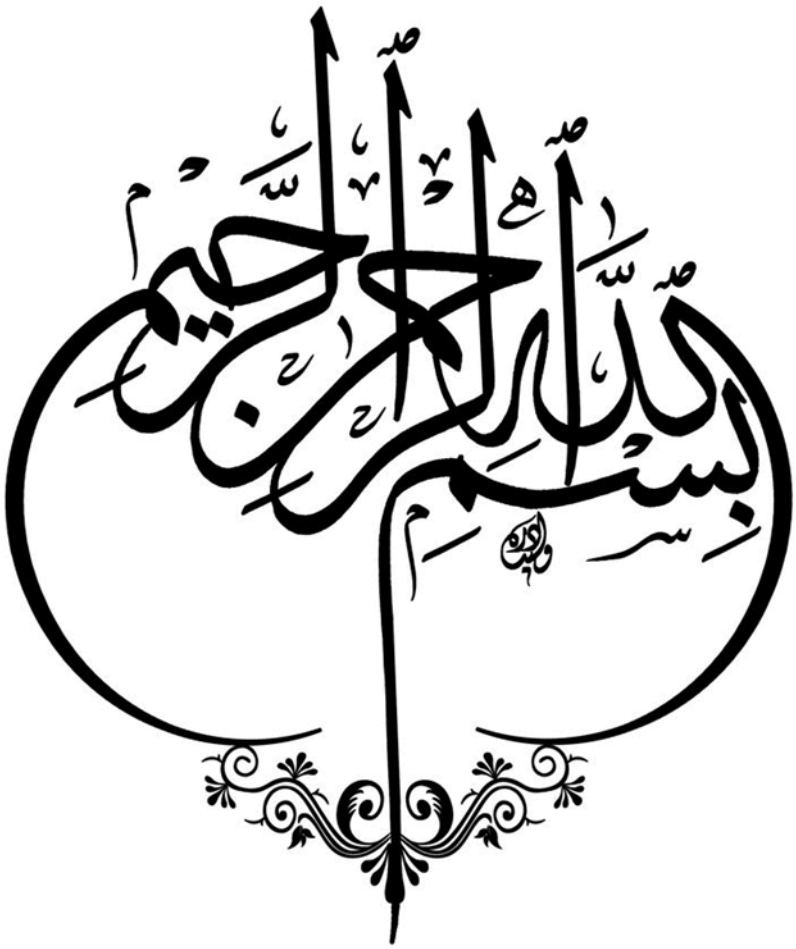
تحت إشراف:

أ/د. الطيب ولد عمر.

لجنة المناقشة:

أعضاء اللجنة	الرتبة	الصفة
د. بوسماحة الشيخ	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
د. ولد عمر الطيب	أستاذ التعليم العالي	مشرفا مقررا
د. عجالي بخالد	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا
د. حمر العين عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	عضوا مدعوا

السنة الجامعية: 2022-2023 م



قال الله تعالى:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ ﴾

التوبة الآية: 119.

شكر وعرفان

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله الحمد الله بكرة وأصيل، الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات الحمد لله على نعمه ،فضله هديه توفيقه خيراته الحمد الله على كل هذا، الحمد الله ليوم الدين و الصلات والسلام على رسوله الكريم.

أتقدم بجزيل الشكر و وافر الإحترام والتقدير إلى الأستاذ الطيب ولد عمر لتفضله بإشراف على هذه الرسالة و من بذله من جهد مخلص، وفق الله و أطال في عمره.

كما أتقدم بالشكر والإمتنان إلى أعضاء الجنة المناقشة لتفضلهما بمناقشة هته الرسالة و التي سيكون في ملاحظتهم القيمة الأثر الطيب لإخراجها بالصورة الأمثل والشكر الموصول إلى أساتذة كلية الحقوق على ما أحاطونا به من إهتمام و علم نافع وكل من ساهم في هذا العمل من قريب أو من بعيد

إهداء

إلى من تحملت معي مشقة هذا العمل وشجعتني على المضي قدما لإتمامه،

إلى أمي الغالية حفظها الله ورعاها.

إلى أبي العزيز أطال الله في عمره

إلى أخي وأخواتي وأبنائهما

وإلي زوجي حفظه الله

وإلى كافة عائلة بروبة

إليهما أهدي ثمرة جهدي المتواضع.

مخطارية

إهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك، ولا يطيب النهار إلا بطاعتك، ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك، ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك، ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك.

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة، ونصح الأمة إلى نبي الرحمة

ونور العالمين سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم.

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار إلى من علمني العطاء دون انتظار

إلى والدتي العزيزة حفظها الله و رعاها و أطال الله في عمرها

إلى التي كانت و لازالت هي بسمة الحياة وسر الوجود .

إلى من كان دعائها سر نجاحي

إلى القلوب الطاهرة والرقيقة والنفوس البريئة وعائلة الكريمة والأصدقاء دون استثناء .

وإلى كل من ساهم في إنجاح هذا البحث المتواضع

من قريب أو بعيد

بن اهيم

مقدمة

مقدمة :

الغش سلوك قديم موجود منذ الأزل على وجه الأرض و ظهر لكثرت وجود علاقات التبادل فيما بينهم من أجل تلبية حاجاتهم ، فالإنسان معروف بأنه يسعى لتحقيق أهدافه و أمنياته على حساب غيره ،و حتى يحقق ذلك يلجأ إلى أساليب محرمة شرعا و قانونيا للوصول إلى مبتغياه في مختلف مجالات التعامل ، فقد أصبح هم الناس و شغلهم الشاغل تقصي أسباب الثراء الفاحش و لو أوى بهم اللجوء إلى الأساليب الغير الأخلاقية ، ألا و هو ما يعرف بالغش في المعاملات .

الغش ظاهرة انتشرت في المعاملات شيئا فشيئا و أصبحت تتزايد بشكل كبير ، كما هو معلوم يعيب الإدارة في بعض صورها كالتعزيز فيؤدي إلى اختلال التوازن كما هو معلوم يعيب الإرادة في بعض صورها كالتعزيز فيؤدي إلى اختلال التوازن العقدي و عند التعامل في الالتزامات و الحقوق و يؤدي في النهاية إلى بطلات العقد.

بل نجد أحيانا أن الأمر يتدنى إلى حد التماطل على القانون بشكل مباشر و ذلك من خلال التحايل على نص قانوني أم عندما يقضي الصفة غير المشروعة على إتيان تصرف ما فيتم الاحتماء بتصرف أخر ظاهره مشروع ، و هنا تكمن خطورة الغش حيث ظاهره يبدوا مشروعا للعيان ، أما في الحقيقة فباطنه المكر و الخديعة ، و من ثم يصعب الوقاية منه أو الحد منه أو محاربته .

وجاء الإسلام لتحريم الغش و كل ما يشابهه من خداع أو كل وسيلة تخصه ، لأخذ أموال الناس بغير حق ويبين النبي عليه الصلاة و السلام فيه قوله : **(من غشنا فليس منا)**، فالإسلام كان سباقا إلى حماية المسلمين في كل متعسف متطاول على حقوق الغير ، لما ينطوي عليه من سوء فيه و التي تتجسد في الأساليب الاحتيالية المستعملة و التي تؤدي إلى سلب أموال الناس .

ونظرا لافتقار مكافحة الغش إلى أساس قانوني سليم يتركز عليه ،وعدم إقراره بنص صريح يتبنى مبدأ "الغش يفسد كل شيء " في القوانين المدنية الحديثة بموجب نص فصل المخصص ،أو مفهوم مستقل .ارتأينا البحث في هذا الموضوع من أجل محاولة تحديد مفهوم للغش رغم صعوبة ذلك .نتيجة تداخل مفهومه مع مفاهيم قانونية أخرى قريبة منه كالتدليس والاستغلال والغلط .

ولأن مهمة ضحية الغش مهمة عسيرة وشاقة في الدفاع عن الحقوق اقتضى الأمر العمل على إيجاد الوسائل التي تخفف من وطأة هذا العبء .لاعتبار أن الغش يعكر صفو العقود ويهدد استقرار المعاملات ،ويزعزع السلم الاجتماعي .

ومن هنا يتجلى الهدف من هذه الدراسة التي تتركز على محاولة وضع تأصيل قانوني لأحكام الغش من خلال بيان عناصره .المادية والمعنوية بالإضافة إلى تطبيقاته وأسبابه ودوافعه والآثار المترتبة عليه .

ومن هنا تتجلى أهمية الموضوع بأنه يتركز على محاولة وضع تأهيل قانوني لأحكام الغش من خلال بيان عناصره المادية و المعنوية و أثره الذي يترتب عليه لما له من أهمية كبيرة لارتباطه الوثيق بالواقع العلمي الذي يحتاج إلى إظهاره حتى يستطيع الجميع معرفة حقيقة ما يبرمونه من تصرفات .

كما تظهر أهمية هذه الدراسة من حيث اهتمام القرآن و السنة النبوية بالصدق ، و أيضا إبراز خطورة الغش و أنه جريمة تستحق العقاب .

وهذه مجموعة من الأفكار التي يمكن صياغتها في سؤال أو أكثر حول تحديد فكرة الغش و محاولة معالجتها من خلال هذه الدراسة في إشكالية بحثنا ، و تتمثل الإشكالية في ماهية الطبيعة القانونية للغش و آثاره في العقد ؟

ومن خلال بحثنا توصلنا إلى مجموعة من الدراسات السابقة التي عالجت موضوع الغش ، فمنهم من تكلم عن الغش في شتى المعاملات و منهم من تفرد بالغش في العقود ، و من بين هذه الدراسات السابقة نجد :

- عبد الله بن ناصر السلمي ، الغش و أثره في العقود ، ج1 ، كنوز اشبيليا للنشر و التوزيع ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى .
- تماني جميلة ، الغش في العقود ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ، قانون خاص كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 .
- بن عيسى زهرة ،الغش في العقود ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع : العقود و المسئولية ، كلية الحقوق الجزائر -1- .

واعتمدنا في دراستنا لموضوع الغش في العقود المدنية على المنهج التحليلي ، و ذلك عن طريق متابعة المواد القانونية الخاصة بهذا الموضوع خاصة مواد القانون المدني ، و أيضا الكتب القانونية التي تكلمت عن الغش في العقود المدنية ، و بعد مراجعة هذه المصادر و دراستها قمنا بتحليلها و ما تحتويه من أفكار و معلومات من شأنها أن تساهم في الوصول إلى معلومات قيمة في بحثنا هذا .

كما قمنا في بحثنا هذا بتقسيمه إلى خطة ثنائية و ذلك من خلال فصلين :

تطرقنا في الفصل الأول إلى الإطار المفاهيمي للغش في العقود بعد أن قسمناه هو الآخر إلى مبحثين ، درسنا في المبحث الأول : ماهية الغش ، أما المبحث الثاني فدرسنا فيه تطبيقات الغش في العقود.

أما بالنسبة للفصل الثاني ، قد خصصناه في مرحلة إبرام و تنفيذ العقد و آثاره ، و قد قسم كذلك لمبحثين : المبحث الأول ، الغش في مرحلة إبرام العقد أما المبحث الثاني فقد خصصناه لآثار الغش في العقد .

وفي الأخير أنهينا بحثنا بخاتمة ضمناها مختلف النتائج المتوصل إليها من خلال هذا البحث ، و كذا مجموعة من الاقتراحات التي يمكن المساهمة بها لحل بعض المشكلات التي يطرحها هذا النوع من الأساليب.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للغش في العقود

الفصل الأول : الاطار المفاهيمي للغش في العقود :

ورد مصطلح الغش في مواد كثيرة من القانون المدني و مع ذلك لا نجد له تعريفا دقيقا خاصة و أنه يختلط بأنظمة أخرى مما يجعل تحديد مفهومه أمرا صعبا ، و لكن يمكن التعرف على حقيقة من خلال ماهيته المبحث الأول "والتطرق لتطبيقاته "المبحث الثاني " .

المبحث الأول : ماهية الغش :

لم يورد المشرع تعريفا للغش في القانون المدني ، إنما ترك للاجتهاد القضائي و الفقهي مما وجب علينا البحث عن تعريف الغش المطلب الأول ، و عناصر الغش في العقد –المطلب الثاني –

المطلب الأول : تعريف الغش :

كما ذكرنا سابقا أن مصطلح الغش مفهوم صعب التحديد لاختلاطه بأنظمة أخرى ، و لكن سنحاول الاقتراب من التعرف على مفهومه من خلال تعريفه في مرحلة إبرام العقود و تمييزه عن باقي الأنظمة الأخرى "فرع ثاني " .

الفرع الأول : الغش في إبرام العقود :

للوصول إلى مفهوم الغش في إبرام العقود لا بد علينا أولا تعريف الغش لغة و اصطلاحا

أولا : تعريف الغش لغة : وضع علماء اللغة عدة معان للغش نذكر منها ما يلي :

الغش هو نقيض النصح و هي مأخوذة من الغشغش اي المشروب الكدر ، و يراد به كذلك تزين المصلحة أي إظهار الشيء على خلاف ما يظهر [1].

و يأتي كذلك معنى الخروج العمدي عن حسن النية في التعامل و يراد به أيضا وجود لشيء ما ليس بجدير فيظهر الحسن منه و يخفي القبح [2].

[1] أحمد محمد عبد الخالق ، معجم الألفاظ الشخصية ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، 2000 ، ص 42 .

[2] أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، ج13 ، دار صادر 1984 ص 3259.

يتضح من هذا أن مصطلح الغش له عدة استعمالات ، فأحيانا يراد به نقيض النصح و أحيانا أخرى يستعمل للدلالة على إظهار شيء ما على غير حقيقته بقصد تزيين المصلحة و كذلك يستعمل للدلالة على الخروج عن حسن النية كما يقصد به أيضا إخفاء قبح في شيء معين ، إن الغش إذن هو إخفاء قبح في شيء معين عمدا و هذا سوء نية قصد تزيين مصلحة معينة .

ثانيا : تعريف الغش اصطلاحا : بادر الفقه القانوني في ظل غياب تعريف تشريعي للغش إلى وضع تعاريف اصطلاحية له ، كما أن الفقه الاسلامي اهتم بذلك أيضا .

1. **في الفقه القانوني** :

في الفقه العربي جرت عادة الفقهاء على الإشارة إلى اصطلاح الغش نسبة لكلامهم عن التدليس كعيب من عيوب الرضا ، و هذا ما نجده في كتابات القانون المدني المصري أو الجزائري نذكر منها .

- تعريف للأستاذ عبد الرازق السنهوري : يرى أن التدليس يختلف عن الغش لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد أو يقع خارجا عن دائرة العقد [1]
- تعريف الأستاذ علي الفيلالي : يرى أن هناك فرقا بين التدليس و الغش لأن التدليس هو الغش الذي يحصل أثناء عملية التعاقد و الغرض منه دفع المتعاقد إلى إبرام العقد ، بينما المقصود بالغش في لغة القانون هو ذلك الغش الذي يحصل بعد قيام العقد من أجل الاضرار بحقوق موجودة [2].

يظهر من التعريفين السابقين أن الغش هو عبارة عن طرق احتيالية تقع بعد تكوين العقد أو تقع خارج مجال العقد .

كما اهتمت بعض الدراسات المتخصصة بموضوع الغش و قد سعت إلى ضبط مفهومه نذكر منها :

- تعريف الأستاذ محمد محمد السروي : يرى الغش أنه كل خدعة تقع بعد انعقاد العقد و أثناء التنفيذ ، كما تقع هذه الحيلة خارج نطاق العقد بقصد الإضرار بصاحب الحق [3].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجيد ج1 ، مصادر الالتزام ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2015 ص 342 .

[2] علي فيلالي : الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، مونم للنشر 2013 ، هامش 1 ، ص 189 .

[3] محمد محمد محمد السروي ، الغش في المعاملات المدنية ، دار الفكر و القانون ، 2008 ، ص 22 .

- تعريف الأستاذ بيار ايميل طوبيا: يعرفه على أنه كل تصرف صادر عن سوء نية يتعمد الخدعة والحيلة والمناورة، إضرارا بحقوق الغير ، و يكون ذلك في الغالب لإخفاء الحقيقة و تشويهها [1].
- تعريف الأستاذ هلدير أسعد أحمد : يرى الغش على أنه عبارة عن "التضليل الصادر من أحد المتعاقدين أو من كليهما أو من قبل الغير بقصد تحقيق غاية غير مشروعة [2].
- عرف الأستاذ فيدال : يثار الغش حينما يكون صاحب الحق قد تمكن من تجنب قاعدة قانونية ملزمة بواسطة استعمال وسيلة ناجعة للوصول إلى غرض معين يكون صحيحا في نظر القانون تعريف الأستاذ هنري ديبوا : إن الغش هو التدبير الإداري لوسائل مشروعة في ذاتها للوصل إلى أغراض تخالف أوامر القانون و نواهيه [3].

1. في الفقه الفرنسي : اهتم الفقه الفرنسي كثيرا بموضوع الغش لذلك تجد عدة تعاريف له في القاموس القانوني الفرنسي إن الأمر يتعلق بعمل تم إنجازه باستعمال وسائل غير نزيهة لمباغتة الرضا و الحصول على قائدة مادية أو معنوية غير مستحقة أو منجز بنية التهرب من تطبيق القوانين [4]. كما جاء في المعجم القانوني للأستاذ جيرار كورني ، الغش : تصرف بسوء نية خديعة تصرف بغرض الاضرار بحقوق يجب علينا احترامها [5].

[1] بيار إميل طوبيا ، الغش في القانون الخاص ، دراسة مقارنة الإطار العقدي و الإطار التقصيري و المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان 2009 ، ص 11.

[2] هلدير أسعد أحمد ، نظرية الغش في العقد ، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني دار الثقافة للنشر و التوزيع 2012 ص 23 .

[3] Henri Deboi , La fraude a la loi et la juris prudence française, Thése de doctorat, Paris Librairée Dolloz 1927, P59 .

[4] Bruado Dictionnaire de droit privé , www. DictionaireJurid.com/définition/fraude.

[5] Acte de maurise foi tromperie, acte accomli dans le dessein de préjudicier a des droits que l'on doit respecter G.cornu vocabulsires Juridique, Point Delta, Liban , 2011, P 373 .

2. **في الفقه الاسلامي** : جاءت مجمل الآيات القرآنية التي ورد فيها الغش على إقرار عدم مشروعيته منها في قوله تعالى " يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود "[1]. و كذا قوله صلى الله عليه و سلم : "أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس من غشنا فليس منا "[2].

ثالثا : الغش في إبرام العقود : يرى الغش في هذه المرحلة على أنه كتمان للعيب في السلع مما يؤدي إلى اختلاف الثمن ، فقد تعددت التعاريف بتعدد المذاهب .

1. **عند المالكية** : إبداء البائع ما يوهم كمالا في مبيعة كاذبا ، أو كتم عيبه [3]. معنى هذا إظهار البائع صفة أخرى لمبيع غير صفته الحقيقية تظهر كمالا لمبيعه أي أنه خال من العيوب .
2. **عند الحنفية** : إن كتمان العيوب هو عبارة عن احتيال من قبل العاقد عن عيب بالمعقود عليه إخفاء منه للمتعاقد الأخر ، و معنى العيب عند الحنفية هو كتمان أوجه نقصان الثمن [4] و كلما اشتمل المبيع على نقص لو علم به المتعاقد الأخر و امتنع عن شرائه كان غشا .
3. **عند الشافعية** : هو أن يكتم البائع عن المشتري عيبا في المبيع لو اطلع عليه لما اشتراه بذلك الثمن ، كأن تكون البهيمة لا ترى في إحدى عينيها ، مع أن الناظر إلى عينيها يظن أنهما سليمتان ، فلو علم المشتري بهذا العيب لما اشتراها بهذا الثمن الذي اشتراها به ، بل بما لم يقبلها مطلقا كما لو أرادها أضحية [5].
4. **عند الحنابلة** : اشتمال المبيع و نحوه على وصف نقص ، لو على به المشتري لامتنع من شرائه ، و تعريف أخر و هو أن يظهر البائع الحسن للمشتري و يخفي الذي دونه أو يخفي عيبا في المبيع و يكتمه عن المشتري ، أو يفعل فعلا في المبيع فيحسنه في عين المشتري . [6]

---

[1] سورة المائدة الأية 01 .

[2] عبد الله ناصر السلمي ، الغش و أثره في العقود ج1 كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع المملكة العربية السعودية ، ط1 ، 2012 – ص 47 .

[3] عبد الله بن ناصر السلمي ، الغش و أثره في العقود ، مرجع سابق ، ص 28-29 .

[4] علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني ج07 ، دار التراث العربي بيروت ط2 ، سنة 1982 ، ص 1219 .

[5] عبد الله بن ناصر السلمي ، مرجع سابق ص 30 .

[6] عبد الله بن ناصر السلمي ، مرجع سابق ص 31 .

و عليه بالتعاريف الجامع لهذه التعاريف هو : أن يبين و يظهر أحد المتعاقدين الغش و يخدع بها الطرف الأخر ، إما البائع كالتدليس و الكتمان ، أو المشتري كأن يعيب السلعة و يزري بها كي يزهد البائع بها فيبيعها ببخس .

مثال ذلك ، كأن يقول البائع للمشتري : إنه عرض علي ثمن أكثر من هذا ، و لكن أثرتك به مع قلة ما تدفعه ، أو أن يقول : إن هذا الشيء ندر في الأسواق و لن تجده بعد اليوم بهذا السعر ، أو ن يقول المشتري للبائع : في سلعتك عيب و أنها لا تستحق هذه القيمة و عرضت علي بأقل من ثمنك و نحو ذلك ....[1]

فالغش هو كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من المدين بالتزام عقدي أو من تابعيه بقصد إحداث الضرر " و يعرف أيضا أنه "تعمد للتصرف على وجه يخالف أحكام القانون ، و بهذين التعريفين يكون الغش في إبرام العقد ناتج من سوء نية من قبل المتعاقد الأخر و لا يشترط أن يكون منصبا على تنفيذ أحد الالتزامات التعاقدية فقط ، فقد يكون بالتخلي كليا عن هذه الالتزامات و عدم الاستمرار في علاقة عقدية كانت نحو الاستمرار وفق الاتفاق و الظروف المؤدية لتنفيذها .

و القاعدة المعروفة التي تقضي بأن الغش يفسد العقود تقوم على سوء النية لأن الغش عمل غير مشروع و أن مجرد الغش بشكل قرينة على سوء نية المتعاقد الذي قام به .

و للغش ركنان معنوي و موضوعي "مادي " يتمثل الركن المعنوي في الرغبة في التضليل توصلا لغرض غير مشروع ، و معناه نية و قصد الإضرار بالغير ، أما الركن الموضوعي فيتخذ فعل أو كتمان و الفعل هو عبارة عن الوسائل الاحتيالية التي تلجأ إليها المتعاقد لإيهام المتعاقد الأخر .

و الغش يجوز إثباته بجميع الطرق ، و لكن قد يضع المشرع في بعض الحالات قرينة قانونية على وجود الغش ، مثل ما جاء في نص المادة 192 ق.م أنه "إذا كان تصرف المدين يعوض ، فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين ، و إذا كان الطرف الأخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين و هو عالم يعسره ".

[1] عبد الله بن ناصر السليمي ، مرجع سابق ص 33-34 .

و يدخل في حكم الغش في مرحلة إبرام العقد ، ما يقوم به المتعاقد من تدليس أو استغلال ، فكلاهما يتنافى مع حسن النية ، فالمتعاقد الذي يستعمل الحيل التضليلية لدفع المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد ، أو يستغل الضعف النفسي لدى المتعاقد الأخر ، لا يمكن وصفه إلا بسوء النية [1].

الفرع الثاني : تمييز الغش عن باقي الأنظمة :

قد يجدل مفهوم الغش و عناصره أن يختلها ببعض المفاهيم القانونية الأخرى ، لذا يتعين تمييزه عنها و أهمها ، التدليس ، الاستغلال ، الغلط .

أولا : الغش و التدليس :

إذا كان الغش هو استعمال طرق احتيالية مقرونة بسوء نية قصد الإضرار بحقوق شخص أخر بعد تكوين العقد ، فإن التدليس عرفه الفقهاء على أنه [2] استعمال حيلة توقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد .

و يقال أيضا أن التدليس نوع من الغش يصاحب تكوين العقد و هو إيقاع المتعاقدين في غلط يدفعه إلى التعاقد نتيجة لاستعمال الحيلة [3].

إن بين الغش و التدليس أوجه تشابه و أوجه اختلاف .

1. **أوجه التشابه** : نص القانون المدني الجزائري على أحكام التدليس في المادتين 86-87 و يشترط توافر عنصرين .

أجدهما موضوعي : يتعلق باستعمال الطرق الاحتيالية التي قد تصدر من أحد المتعاقدين أو الغير و الأخر نفسي يؤدي إلى تضليل الشخص و دفعه إلى التعاقد بطريق الاحتيال ، و بذلك تكمن أجه التشابه بين الغش و التدليس في أمرين هما خداع المتعاقد و سوء قصد المتعاقد .

---

[1] لعجال مداني ، مبدأ حسن النية و جزاء الإخلال به في القانون المدني الجزائري ، مجلة الفكر القانوني و السياسي المجلد السادس ، العدد الثاني ، 2022/11/02 ، جامعة عمار ثليجي ، الأغواط ، ص 188 – 189 .

[2] بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في ق.م الجزائري ، الجزء الأول التطرف القانوني العقد و الإرادات المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية : ص 109 .

[3] بن عيسى بن زهرة الغش في العقود ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، فرع العقود و المسئولية ، جامعة الجزائر كلية الحقوق ، ص 16-18 .

خداع المتعاقد : الغش و التدليس ينطويان على فكرة الخداع يسلكها الفاعل بواسطة عدة وسائل تضليلية تدفع المتعاقد إلى التعاقد توهما منه على حقيقة معينة .

سوء قصد المتعاقد : يكون من خلال نية التضليل الغاية منها الوصول إلى غرض غير مشروع أي أن الشخص على علم بأن العمل الذي يقوم به عمل غير مشروع إلا أنه يتعمد فعله و يضر بالآخرين .

و لهذا التقارب بين الغش و التدليس من حيث الطرق الاحتيالية ، حيث أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يفرقوا بين الغش و التدليس باعتباره عملا ترفضه القيم و الأخلاق [1].

2. أوجه الاختلاف :

التدليس هو الغش الذي يحصل أثناء عملية التعاقد ، و يكون الغرض منه دفع المتعاقد إلى إبرام العقد [2].

أما الغش فهو ما يحصل بعد قيام العقد من أجل الاضرار بحقوق موجودة .

التدليس يكون من أحد أطراف العقد ، أما الغش فقد يقع من الطرفين معا قصد الإضرار بالآخرين[3].

و بهذا نستخلص أن التدليس مجاله العقد و هو الإضرار بأحد المتعاقدين ، أما مجال الغش فهو أوسع ويتعدى الإضرار بأحد المتعاقدين إلى الإضرار بالغير .

و مما سبق ذكره فإن الغش أعم من التدليس الذي يعد صورة مصغرة من صوره .

و يمكن القول أن التدليس هو الخديعة التي تصاحب تكوين العقد و تدفع إلى التعاقد في حين أن الغش هو الخديعة التي تقع في تنفيذ العقد بعد تمام انعقاد أو تقع في أمر أخر خارج نظاق العقد و مثال ذلك استعمال البائع وسائل احتيالية بعد انعقاد العقد يوهم بها المشتري أن بضاعة التي يريد تسليمه اياها هي من النوعية المتفق عليها (وثائق أو فواتير) و هي في الحقيقة من نوعية أدنى ، فيتسلمها المشتري

[1] محمد محمد محمد السروي ، الغش في المعاملات المدنية ، ص 90 .

[2] علي فيلالي الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، ص 189 .

[3] المادة 192 ، من القانون المدني الجزائري .

ويرضى بها ثم يكشف بعد ذلك رداءة البضاعة فهذا ليس بتدليس و إنما غش وقع في أثناء تنفيذ العقد و يخضع لأحكام خاصة ، (و يبدو أن المحكمة النقض السورية بين الغش و التدليس ، إذ قضت في أحد قراراتها أن المطالبة بإبطال العقد سواء كان الغش أن تدليس أم غش فلا يجوز في جميع الأحوال أن تتجاوز مدة التقادم 16 سنة و هنا نرى أن الغش لا يعد عيب من عيوب الإدارة و تأثيره في العقد يختلف من حالة إلى أجزاء و من ثم فهو لا يسري عليه التقادم الخاص بعيوب الإدارة النصوص عليه في المادة 141 المدني و نص القانون المدني على التدليس في المادتين 126 -127 منه .

ثانيا : الغش و الاستغلال .

نقصد بالاستغلال هنا : ما يعيب الإدارة عند التعاقد حيث يكون أحد المتعاقدين في حالة ضعف سواء كان بسبب نفسي كسلطة الأب أو الزوج أو صاحب العمل أو بسبب مادي مثل الحاجة إلى المال و هذا الضعف أو العيب في الإرادة لا يجعل العقد متكافئا فلا يكون هناك تناسب بين الالتزام المتعاقد الذي فرض قوته و الالتزامات الطرف الأخر الضعيف .

و يجب التفريق بين الاستغلال أو الغش عند عدم التعادل بين الالتزامات طرفي العقد ، فمن الممكن ألا يكون الغش نتيجة الاستغلال و كذلك ، فإن الاستغلال لا يقتصر تطبيقه على نوع معين من العقود هو يقع على عقود المعاوضة و عقود التبرع و أما الغش الغين فبطاقة مقصور على عقد المعاوضة ، و الاستغلال فيه مسحة من مخالفة الشرق و الأخلاق .

لذلك نصت المادة 159 من القانون المدني على أنه " إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة أو طيشا بينا أو ضعفا ظاهرا أو هوى جامحا أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه و جعله بذلك يبرم لمصلحته أو المصلحة غيره عقدا ينطوي عند ابرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بإدانة بمقتضاه و ما يجري عليه من نفع مادي أو أدبي بحيث يكون ابرامه تنكرا ظاهر لشرف التعامل و مقتضيات و ما يجري عليه من نفع مادي أو أدبي بحيث يكون إبرامه تنكرا ظاهر لشرف التعامل و مقتضيات حسن النية ، كان للقاضي

بناء على طلب ضحية الاستغلال وفقا للعدالة هو مراعاة لظروف الحالة أن ينقص من التزاماته أو ان يزيد من الالتزامات الطرف الأخر أو أن يبطل العقد "[1]

و تسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من وقت إبرام العدد أو من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة الأدبية العقد أو من تاريخ زوال تأثير [2].

و فيما يخص موقف المشرع الجزائري نجد أن نص المادة 90 ق.م وارد تحت عنوان الرضا "في القسم الثاني " شروط العقد ، من الكتاب الثاني " الالتزامات و العقود فيتضح من موقع النص أن المشرع جعل من الاستغلال عيبا في الرضا منبعا نظيره المشرع المصري ، حيث جاءت المادة 90 مطابقة تقريب لمادة 129 مدني مصري .

و لقد انصب اهتمام المشرع الجزائري من خلال هذا النص على حماية أحد المتعاقدين و هو المغبون بسبب استغلال المتعاقد الأخر لضعفه النفسي الناتج عن طيش بين الهوى الجامح هذا استغلال إنما يدل على سوء النية ففعله هذا ما هو إلا غش فيعرف الغش بأنه "كل فعل أو امتناع يقع من الشخص أو تابعيه بقصد إحداث الضرر و القصد في الغش يكون دائما خفيا بحيث لو ظهر لما تحقق الضرر و الغش هنا يستوجب سوء النية أو تعمد إحداث الضرر و على العموم الغش عبر عن استعمال وسائل ظليلة بقصد تحقيق غاية غير مشروعة و تندرج جميع صور الغش تحته سواء كان صادر من أحد المتعاقدين [3]

و استنتج أن الاستغلال يقوم على التعسف و الاستغلال أحد المتعاقدين على أخر إما عن طريق فرض سلطة و القوة لجعل الطرف الأخر أن يلتزم إما الغش فيقوم على وسائل تظليلية و يقوم على إخفاء العيوب و تدخل فيه سوء النية كي تعمد إحداث الضرر دون علم المتعاقد أخر .

ثالثا : الغش و الغلط

---

[1] عبد الرزاق عبد الله، ما هية الاستغلال المبطل للعقد، مجلة أرقام، 2009، منشورة على الموقع: www.argaam.com اطلع عليه في: 2023/04/04

[2] تماني جميلة ، الغش في العقود ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص جامعة بالجزائر 1 ، كلية الحقوق سنة 2019 ، 32 .

[3] تماني جميلة ، المرجع نفسه ص33 .

الغش هو كتمان للعيب في السلع قصد الاضرار و أيضا هو تدبير الارادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول الأغراض تخالف أوامر القانون و نواهيه .

كما كان تعريف الأستاذ دوما :" يعرف الغش على أنه عبارة عن كل وسيلة سيئة لخداع أحد ما ".

لكن عند الحنفية : إن كتمان العيوب هو عبارة عن احتيال من قبل العاقد عن عيب بالمعقود عليه اخفاء منه للمتعاقد الأخر .

و معنى العيب عند الحنفية هو كتمان أوجد نقصان الثمن و كلما اشتمل المبيع على نقص لو علم به المتعاقد الأخر امتنع عن شرائه كان غشا [1].

و هذا يعني أن الغش يعد اخفاء العيب في السلعة التي يظنها المتعاقدان له فيها فائدة و منفعة .

أما من ناحية الغلط هو وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص أو حالة تقوم بالنفس تجعله يتصور الأمر على غيره حقيقته أي على غير الواقع هو الوهم أو غير الواقع قد يكون واقفة غير صحيحة يتوهم الانسان صحتها أو واقفة صحيحة يتوهم عدم صحتها ، فالمتعاقد يتوهم أمر فيقوم بناء على ذلك الوهم بالتعاقد و لكن سرعان ما يتبين الحقيقة و الغلط الذي وقع فيه [2].

و يمكن للغلط أن يبطل العقد و يعدم الرضا و يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا فيكون في ثلاث أحوال : غلط في ماهية العقد كما إذا أعطى شخص لأخر نقودا على أنها قرض ، و أخذها الأخر على أنها هبة ففي مثل هذه الحالة لا يكون هناك قرض و لا هبة ، و كل من العقدين يكون باطلا بطلانا مطلقا ، أو هو غير موجود لأن الغلط قد وقع في ماهية العقد ذاته .

غلط في ذاتية محل الالتزام الناشئ من العقد كما إذا أراد شخص شراء كتاب لمؤلف فباعه التاجر كتابا لمؤلف أخر و كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع احداهما و الشتري .

[1] بن عيسى زهرة ، الغش في العقود مذكرة لنيل شهادة الماجيستير فرع العقود و المسئولية ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق سنة 2017 ، ص 10-11.

يعتقد أنه يشتري الأخرى مثل هذا الغلط يحمل البيع باطلا بطلانا مطلقا ، أو بيعا غير موجود لأن المتعاقدين لم تتوافق ارادتهما على شيء واحد [1].

و على العموم الغش هو عبارة عن استعمال وسائل تظليلية بقصد تحقيق غاية غير مشروعة [2]. لكن الغلط هو التغير الشيء المتفق عليه بالشيء أخر لم يكن متفق عليه أو التوهم المشتري بشراء شيء لكن في الحقيقة يتم شراءشيء أخر هو لم يكن في الحسبان .

المطلب الثاني : عناصر الغش في العقد

يقوم الغش على عنصرين أحدهما مادي و الذي يتمثل في استخدام طرق احتيالية "فرع الأول " سواء بالإيجاب (فعل ، قول) أو بالسلب ،الترك ، و ثانيهما هو نية التضليل و التي تبين قصد الغش للوصول إلى غايته "فرع ثاني " .

الفرع الأول : عنصر مادي "الطرق الاحتيالية "

تعرف الحيلة في القانون على أنها مسلك مخالف للواقع يترتب عليه التغيير في حكم القانون أو التصرف القانوني أو العلاقة التعاقدية تغييرا من شأنه أن يحدث أثرا قانوني في محل التغيير [3].

يمكن للوسائل الاحتيالية في مجال العقود أن تكون عملا إيجابيا كما يمكن أن يكون سلبيا و الغرض من ذلك هو إخفاء الحقيقة لتضليل المتعاقد ، و عليه تقسم الطرق الاحتيالية إلى إيجابية و أخرى سلبية .

[1] عبد الرازق السنهوري ، نظرية العقد ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، منشورات الحلبي القوقية ، بيروت ، 1997 الجزء 1 طبعة 2 ، سنة 1997 ، ص 351 ، 352 .

[2] بن عيسى زهرة ، المرجع سابق ص 13 .

[3] عبد الرحيم ديب ، الحيل في القانون المدني ، ص 1 .

أولا : الحيل الايجابية :

وهي تلك الحيل التي تأتي في شكل أفعال و أقوال القصد منها إيهام المتعاقد أو الغير بخلاف الحقيقة:

1. **الحيل الفعلية** : هي تلك الحيل التي تصدر من الطرف الغاش من أجل دفع المتعاقد إلى قبول التنفيذ المشرب بعيب ، على سبيل المثال [1] الذي يقوم بترميم سيارة معينة تعرضت إلى حادث معين و يسلمها و كأنها لم تتعرض لأي شيء ، الحيلة الفعلية من شأنها أن تظهر الشيء على غير حالته الحقيقية ، فهو سلوك يسلكه الغاش بواسطة طرق عديدة من أجل تضليل المتعاقد و إيهام الغير بما يخالف الحقيقة كما يرى الفقه الإسلامي أن التعزيز الفعلي هو حيلة من الغاش يقوم به بقصد الإضرار بالآخرين ، كإظهار المبيع على غير حقيقته .
2. **إلا أن الغاش يلجأ إلى الحيل الفعلية فقط بل هناك عدة حيل قولية يلجأ إليها .**
3. **حيل قولية** : هي تلك الأقوال التي تصدر من الغاش و التي يؤثر بها على المتعاقد تأثيرا يصل إلى حملة على إبرام العقد و تنفيذه ، فالحيل القولية تنشأ في ذهن المتعاقد تصورا يخالف الحقيقة و يمكن أن يتحقق هذا عن طريق لجوء الغاش للكذب. [2]

يرى أحد الجوانب من الفقه المصري أن الكذب وحده كاف لقيام الغش في حين يرى الجانب الأخر بأن الكذب المجرد لا يكفي لتكوين الخيلة في الغش [3]. و هذا ما يراه السنهوري بأن الكذب وحده لا يرقى إلى مرتبة الطرق الاحتيالية ، و يجب أن يدعم بمظاهر خارجية تطالبه بلون الحقيقة و يجب أن تكون كافية للتضليل ، و هذا حسب حالة كل متعاقد [4].

و هناك الفقه الفرنسي بالعودة إلى القانون الروماني الذي يفرق بين درجات الكتب بتمييزه بين حالتين ، و هما التدليس الحسن و التدليس القبيح .

---

[1] عدنان إبراهيم السرعان ، شرح القانوني المدني ، المسماة دار الثقافة عمان 1996 ، ط1 ، ص 34 و ص 60 .

[2] بن عيسى بن زهرة ، الغش في العقود ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، مرجع سابق ص 53 .

[3] محمد محمد السروي ، الغش في المعاملات المدنية ، مرجع سابق ، ص 163 .

[4] عبد الرازق الشهوري ، الوسيط ج 1 ، ص 345 .

أما التدليس الحسن تكون الأكاذيب فيعلى درجة بسيطة من الخطورة لا تصح بأن تشكل خطورة على الناس ، فالمتعاقد يقوم بحيل بسيطة تنتج عنها خطورة بسيطة .

أما فيما يخص التدليس القبيح ، فهو الذي يحتوي على أكاذيب أكثر خطورة على الناس باعتبارات الأكاذيب تجعل المتعاقد له تصور خاطئ يدفعه إلى العقد .

أما الفقه الجزائري فيرى بأن الأكاذيب لا تعد تدليسا إذا لم تتعد ما هو مألوف بين الناس [1]. لأن هناك كذب لا يتأثر به المتعاقد عادة لأنه في بعض الأحيان يعلم بأن هناك مبالغة في ذكر محاسن السلع .

و على ذلك فإن الكذب وحده لا يكفي لتكون أمام الغش ، فالكذب يجب أن يدعم بوسائل احتيالية و كثيرا ما تكون أعمالا مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة نظرا لاختلاف العقود فمثلا : الكذب في عقد التأمين غير الكذب في عقد البيع ، لأن الكذب وحده في عقد التأمين يكفي لتكوين الغش ، فيجب على الشخص أن يدلي ببيانات صادقة ، و هو ما يستخلص من المادة 15 من قانون التأمين [2].

ثانيا : الحيل السلبية : هي الحيل التي تأتي عن طريق اتخاذ موقف سلبي و هو ما يقتضي أمرين يتمثل أولهما في عدم فعل ما يجب فعله أو الترك الغير مشروع ، و ثانيهما الكتمان ما يجب فعله .

1. **عدم فعل ما يجب فعله** : تكون هذه الحيل السلبية عن طريق أفعال يقوم بها الغاش و تركه لأفعال كان واجبا عليه فعلها ، و حسب ما جاء في إحدى القواعد الرومانية "ترك الفعل فعل "[3].

مثلا : امتناع دائن عن استيفاء حقه من مدينة إضرارا بدائنة ، فهو بهذا التصرف يكون قد امتنع عن اقتضاء حق كان أداؤه واجبا عليه.

2. **الكتمان** : و يقصد به امتناع الغاش عمدا عن التصريح بمعلومات تهم المتعاقد أن يعرفها أو واجبا عليه معرفتها [4].

---

[1] علي فيلالي مرج سابق ص 193 .

[2] المادة 15 من الأمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بقانون التأمين .

[3] نقلا عن هلدير أسعد ، نظرية الغش في العقد ص 74 ، عن الأستاذ عبد الجبار ناجي الملأ صالح ، ص 36 .

[4] هلدير أسعد ، نظرية الغش ، مرجع سابق ، ص 75 .

إن السكوت كمبدأ عام لا يعد غشا في حالة ما إذا كان في وسع المتعاقد الحصول على معلومات بنفسه : فكتمان البائع عن المشتري واقعة رهن العقار من قبل لا يعد غشا لأنه من الممكن أن يكتشفه المتعاقد لو لجأ إلى المحافظة العقارية [1].

و يستنتج من هذا أن الكتمان الغشي هو الكتمان الذي لا يمكن للمتعاقد معرفته بنفسه قد تفرض القوانين حماية المستهلك الالتزام بالإعلام ، فالسكوت العمدي يعتبر في هذه الحالة تدليسا ، لأنه إخلال بالتزام الإعلام ، و هذا ما يذهب بالإعلام ، فالسكوت العمدي يعتبر في هذه الحالة تدليسا ، لأنه إخلال بالتزام الإعلام ، و هذا ما يذهب إليه الفقه الجزائري إذ يرى بأن الالتزام بالإعلام قوامه التعاون مع المتعاقد الأخر ، فسكوت المتعاقد عن واقعة يعلم بها و تعتبر مهمة للمدلس عليه الذي يجعلها و الدفع إلى إبرام العقد في غير مصلحته بشكليهما كتمانا تدليسا [2].

و من هنا يتضح لنا أن الوسائل الاحتيالية تركز على أمرين و هما الوصول إلى تضليل المتعاقد من جهة و إظهار الشيء على غير حقيقته من جهة أخرى .

الفرع الثاني : العنصر المعنوي : نية التضليل :

يتمثل العنصر المعنوي لقيام الغش في نية التضليل ، هذه النية التي تعبر على ما في نفسية الغاش و تفكيره و تدبيره لتحقيق أغراضه الغير مشروعة ، فإذا انتفت نية التضليل انعدم التدليس [3].

فنية التضليل يكون دائما الهدف منها الوصول إلى غاية غير مشروعة تقوم على استعمال وسائل تضليلية ، كما هو الشأن فيما يصدر من التجار من انتحال أحسن الأوصاف و المبالغة في شأن سلعهم بغرض الترويج لها ، إذ يعتبر هذا من قبيل الكذب المباح ، مما تسمح به العادات الجارية و التي لا تؤثر على صحة العقد [4].

---

[1] عبد المجيد حكيم د. عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1 وزارة التعليم العالي و البحث العلمي 1986 ، ص 88 .

[2] ذهبية حامق ، الالتزام بالإعلام في العقود ،دكتورا الجزائر 2009 ، ص 120

[3] نادية فضيل ، الغش نحو القانون ، ط2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ص 78 .

[4] بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 111 .

القاضي عندما يبحث في النوايا الداخلية للشخص يؤدي به إلى طريق مسدود [1] فالأمر الصعب و قد لا يتحقق في معظم الحالات و انتقاء نية الغش يعني لا أثر له ، و ينعدم الركن المعنوي و هذا ما دفع بعض الفقهاء الفرنسيين إلى اشتراط نية الإضرار بالغير حيث يقول كاربو نيه "أنه يشترط في الغش أن يكون لدى الغاش نية الإضرار بالغير فليس فقط أنه توقع الضرر و قبل نتائجه الضارة و لكن يكون قد سعى إليها [2].

فزيادة عن الغرض الغير مشروع الذي يقترن بنية التضليل ، يجب أن يكون لدى الغاش نية الإضرار بالغير ، فحسب رأينا ، الضرر ليس مقصودا بذاته بل هو نتيجة عرضية محتملة قد تكون أولا تكون .

و مع ذلك يرى الفقهاء أن قصد الإضرار متوافر حتى و لو لم يكن الضرر هو القصد الرئيسي من الغش مادام من بين الأغراض الدافعة لارتكابه [3].

و حسبما تقدم ذكره يتبين أنه لا بد لقيام الغش أن يستعمل طرق احتيالية ، بالرغم من أن الغش لا يتحقق باستمرار من خلال الوسائل الاحتيالية غير المشروعة ، و إنما تصل الأمور إلى حد استعمال وسائل قانونية مشروعة ، و لا بد من أن تكون الحيلة بصورة شيء مختلفة باختلاف العاقد ضحية الغش و هي تكون وفق معيار ذاتي و تتكون من وقائع ايجابية أو من تأكيدات كاذابة تسندها هذه الطرق الاحتيالية ، و التي لا بد أن تكون مصحوبة بنية التضليل و الخداع للوصول إلى هدف غير مشروع لأنه لولا هذه النية لا مجال للحديث عن الغش .

و هنا ليس للقاضي سوى السلطة التقديرية في استخلاص هذه العناصر من وقائع الحالة .

[1] نادية فضيل ، الغش نحو القانون ، مرجع سابق ص 79 .

[2] Jean carbonnier Droit civil ? les obligations , P.V.F , paris , France , T04 , 212 éd , 1998 ? P94.

[3] سليمان مرقس ، المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، دار النشر للجامعة العربية – القاهرة 1971 ص 81 .

المبحث الثاني : تطبيقات الغش في العقود .

وردت في القانون المدني جملة من الأنظمة القانونية التي تعتبر في حقيقة الأمر من تطبيقات الغش نتيجة انطوائها في غالب الأحيان على عناصر الغش كالصورية في العقد المطلب الأول : و تطبيقات الخداع في العقد المطلب الثاني .

المطلب الأول : الصورية في العقد :

لا يوجد في القانون المصري نص عام على الصورية و لم يتحدث عنها بشكل دقيق و إنما أشار إلى الهبة الموصوفة بعقد أخر لكن في القانون الفرنسي فقد تضمن نصا مقتص جاء في مكان غير مناسب هو نص المادة 1321 و قد ورد في باب اثبات الالتزامات [1] و نحن في هذا صدد سوف نتطرق إلى تعريف الصورية (الفرع الأول) و نرى أثارها على الرضاني العقد (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تعريف الصورية

الصورية تعني اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي و ذالك بأن يتفق طرفان على إخفاء ارادتهما الحقيقية بقصد اخفاء تصرف حقيقي عن الغير ، فتصرفها الظاهر يكون صوريا ، أما تصرفها المستتر فيكون حقيقيا [2] فإذا وقعت صورية تبيين المتعاقدين لا ينتج أثر فيما بينهما هذا إذا كانت لكل منه نية في إبرام عقد معين أخر .

فالصورية هي اصطناع مظهر كاذب عند إجراء عقد أو تصرف قانوني يلجأ إليها المتعاقدان عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه .

و لي صورية صور مختلفة أهمها

1. صورية مطلقة : تستدل وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، كما إذا أراد شخص أن يمنع دائنيه من التنفيذ على شيء مملوك له فيبيع هذا الشيء بيعا صوريا إلى الشخص يتفق معه

[1] عبد الرازق السنهوري ، نظرية العقد الجزء 2 ، الطبعة الثانية الجديد ، منشورات الحلبي الحوقية بيروت – لبنان – 1997 ، ص 167.

[2] نور العمروسي ، الصورية ورقة الضم في القانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية ، أمام كلية الحقوق ت 22739 ، اسكندرية ، سنة 1997 ص 11 .

على ذلك و يكتسبان به عقدا ظاهرا ، و يكتسبان في الوقت ذاته سندا مستترا يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له ،و هذا السند المستتر و ورقة الضد [1].

يقصد بالورقة الضد هي كما تسميها الأجرادات القضائية فهي عقد مستتر مشتمل على الحقيقة التي يسعى المتعاقدون إلى اخفائها [2].

فالصورية المطلقة ترد على وجود التصرف ذاته فيكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، و يقتصر العقد الخفي على تقرير أن العقد إنما هو عقد صوري لا وجود له كأن يتوفى شخص أن ينفذ دائنوه على ملكه فيبيع بيعا صوريا إلى شخص يتفق معه على ذلك ، و يكتسبان عقدا ظاهرا بالبيع و يكتسبان في الوقت ذاته مستندا مستترا يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له ، و هذا السند المستتر هو ورقة الضد [3].

2. الصورية النسبية :

هناك فرق شاسع بين الصورية النسبية و الصورية المطلقة في كونها تقتصر على وجود علاقة قانونية حقيقية بين المتعاقدين اللذين يهدفان إلى اخفاء جانب من حقيقة التصرف الذي يتناول طبيعة العلاقة بينهما .

و هذا ما يسمى بالصورية بطريق التستر [4] و هما غايتها اخفاء شرط من شروطها أو ركن من أركانها و هذه هي الصورية المضادة لا تتناول وجود العقد أو نوعه بل ركنا أو شرطا فيه كعقد البيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخفضا من رسوم التسجيل أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي منعا لأخذ بالتعسف .

3. صورية نسبة بطريق التستر Simulation relative par voie de grossement :

تتناول نوع العقد دون وجوده كهبة في صورة بيع العقد الظاهر acte apparente هو البيع و هو عقد الصوري act simul fictif ، و العقد المستمر acte secret هو الهبة و العقد الحقيقي .

---

[1] عبد الرازق السنهوري نظرية العقد المرجع سابق ص 121.

[2] أنور العمروسي الصورية ورقة الضد المرجع السابق ص 11 .

[3] أنور العمروس ، المرجع نفسه ص 20 .

[4] محمود عبد الرحيم ، سبب الحيل في القانون المدني ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديد للنشر الاسكندرية ، 1999 ص 181 .

و يوجد أمثلة أخرى لهذه الصورية منها أن يكتسب شخص صكا على نفسه بدين لأخر يقول عنه أنه ثمن شيء اشتراه و هو في الحقيقة قرض بربا فاحش أراد الطرفان اخفاءه ، و منها أن يخفي الطرفان ركن الحيازة تحت صوره بيع الوفاء [1].

4. صورية بطريق المضادة par voie contre lettre :

صورية تقع على شرط من شروط العقد أو ركن من أركانه مثلا أن يذكر في عقد البيع ثمن أعلى من الثمن و هذا لكي يمتنع الشفيع عن الأخذ بالشفعة [2].

5. صورية بطريق التسخير :

فتكون بأن تتناول شخص أحد المتعاقدين كأب يهب شخص لاخر ما لا يكون الموهوب له المذكور ليس هو المقصود بالهبة بل المقصود شخص أخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له فيوسط الواهب بينه و بين الموهوب له الحقيقي شخص مسخرا ، تكون معتمة أن يلتقي الهبة من الواهب ثم ينقلها إلى الموهوب له ، فيكون الغرض من الصورية بطريق التسخير عادة التغلب على مانع قانوني يحول دون اتمام الصفقة لشخص معين [3].

الفرع الثاني : أثار الصورية على المتعاقدين

أن بين المتعاقدين ورثتهم ليس للعقد الظاهر أثر بالنسبة لهم يدلان نية المتعاقدين تتصرف إلى التقليد بالعقد المستتر فهو الجديد وحده باعتبار دون غيره بحكم العلاقة القانونية بينهم ، تأسيا على مبدأ حرية التعاقد تلك الحرية المستندة إلى مبدأ سلطان الإدارة الشهير الذي يقضي بتغليب الادارة الحقيقية إذا تعارضت مع الادارة المعلنة و هو ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة 245 ,

و في الصورية باسم مستعار يتكون العقد و ينتج أثاره بين طرفيه فيصبح الاسم المستعار دئن أو مدينا بحسب الأحوال مع من تعاقد معه أما العلاقة بينه و بين من يعمل لحسابه فتقع تحت أحكام عقد الوكالة بناء على تلك النيابة المتفق عليها بينهما .

[1] عبد الرازق السنهوري نظرية العقد المرجع نفسه ص 821 ، 829 .

[2] محمود صبري السعيدي ، أحكام الالتزام دار الهدى الجزائر الجزائر 2010 ، ص 161 .

[3] أنور العمروسي ، الصورية ورقة الضد المرجع سابق ص 32 .

و يمكن التميز بين الصورية بواسطة الاسم المستعار أو بواسطة التسخير من جهة و النيابة عن التغير من جهة أخرى ففي الحالة الأولى يبرم الاسم المستعار أو الشخص المسخر العقد الظاهر لحسابه و حقيقة امر أنه لصالح شخص ثابت سواء كان المتعاقد معه يعلم أم لا يعلم .

أما في النيابة عن الغير فتظهر صفة النائب صراحة في العقد فيتعاقد مع الطرف الثاني نيابة عن الغير .

و لإثبات الصورية بين المتعاقدين فمن المسلم به في القانونيين المصري و الفرنسي تطبيقا للقواعد العامة أنه يتعين اثباتها بالكتابة إذا كان العقد الظاهر مكتوبا ، عد الصورية التي تحمل بين طياتها غشا نحو القانون فيمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات [1].

و القاعدة في تحديد أثار الصورية فيما بين الغير و المتعاقدين ، أن المتعاقدين لا يجوز لهما أن يتمسكا بالعقد الصوري على الغير الذي يكون حسن النية و أنه يجوز للغير أن يتمسك بالعقد المستتر وفقا لمصلحته و في النص من الفقرة الأولى من المادة 244 من القانون المدني : على أنه " إذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسني النية ، و أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لهم يتمسكوا بالعقد المستتر .... "

و في ذلك يقول الدكتور عبد الحي الحجازي .

"لا يجوز لأي من المتعاقدين سواء في ذلك المالك الظاهر أو المالك الحقيقي و لا لورثتهما أن يتمسك بالصورية على من يكون قد اكتسب بحسن نية حقوقا من المالك الظاهر ، بمعنى أن المالك الحقيقي لا يجوز له أن يقول لمن تلقى بحسن نية حقا من المالك الظاهر . (أن عقد شراء يكمن المالك الظاهر باطل ، و ذلك لأنه بسبب الصورية لا يكون البائع لك مالكا و إنما المالك الحقيقي هو أنا) ،

كذلك لا يجوز للمالك الظاهر أن يتخلص من الالتزام بالتسليم إلى المشتري بحجة أنه مالك الظاهر و أن المالك الحقيقي شخص أخر .

[1] أنور العمروسي ، د الصورية ورقة الضد في القانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية أمام كلية الحقوق ، الاسكندرية ، مصر 1997 ص 14-15 .

كذلك لا يجوز لأي من المتعاقدين أن يتمسك بالصورية في مواجهة دائن المالك الظاهر إذا كان ذلك الدائن قد قام بأعمال تنفيذية ، على الشيء محل العقد الصوري [1].

و لقد أثار الدكتور عبد الرازق السنهوري القانوني المصري الكبير و الشهير مسألة التميز ، و ترتيب الآثار بالصورية بحيث أنه لم يتم التميز بينهما إلا اعتبارا من النصف الثاني للقرن التاسع عشر و هو ما يعني أن قيمة التصرف الصوري ظاهرية فقط بحيث لا تتضمن أضرارا بطرف أخر أو بإخلال بمصلحة مشروعة للعنبر سواء كانت خاصة أو عامة ، و جدير بالذكر أن القانوني الايطالي الكبير "فيرارار" Ferrara قد حاول في هذا الصدد تحديد الفارق الأساسي بين الغش و الصورية باعتبار أن "الصورية ليست وسيلة للتهرب من القانون بل هي وسيلة لإخفاء خرقه "[2]

و من الأمثلة على الآثار التي تترتب فيما بين المتعاقدين ، إذا كان العقد بيعا واقعا على منقول معين ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من وقت تمام العقد ، و تكون الثمار للمشتري من ذلك الوقت ، أي من وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بنظرية العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بنظرية الإعلان ، فلو أن الشيء المبيع بين إعلان القبول و العلم به فإن هذا الربح ، و قد يكون جسيما ، يكون من نصيب البائع إذا أخذنا بنظرية العلم ، و يصبح من نصيب المشتري إذا أخذنا بنظرية الإعلان و تحقق البيع كل عقد أخر ناقل للملكية [3].

المطلب الثاني : تطبيقات الخداع في العقد :

يعتبر الخداع في العقد تطبيقا من تطبيقات الغش و هو يسبب ضرر لصاحب الحق و إذا كانت الصورية أو التحايل على القانون سواء كان كان في القانون الداخلي أو القانون الخارجي من تطبيقات الغش و الخداع هو تطبيق من تطبيقات أخرى للغش ، ورد في مواد من القانون المدني .

---

[1] أنور العمروسي ، المرجع نفسه ص 101 .

[2] د. فريد صحراوي الصورية و أثرها في القانون المدني الجزائري د. مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية ، المركز الجامعي لتمنراست الجزائر ، 2016 ص 71 -72 .

[3] عبد الرازق أحمد السنهوري ، نظرية العقد نظرية العامة للالتزامات ، شرح القانون المدني ج1 ، طبعة 2 الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت –لبنان ، 1997 ص 306-307 .

لذا سوف نتحدث عن مفهوم الخداع كعيب في الرضا الفرع الأول و التظليل في العقد (فرع الثاني) و في الفرع الثالث : الخداع في العقد الالكتروني .

الفرع الأول : مفهوم الخداع كعيب في الرضا

إن الرضى ركن أساسي لصحة العقد ، في المقابل عيوب الرضى التي تؤثر على صحة العقد للإبطال ، و من عيوب الرضا نجد الخداع .

يمكن تعريف الخداع بأنه التصرف الصادر من أحد طرفي العقد أو عن شخص ثالث و المتصرف بالحيلة أو الكذب أو الإيهام و أوجد غلطا في ذهن المتعاقد الأخر حمله على التعاقد ، أي أنه لم يكنيتعاقد لولا حصوله [1].

يتبين من تعريف الخداع أنه يتألف من ركنين : مادي و معنوي .

يتمثل الركن المادي للخداع بكل تصرف كالمناورات و الحيل يصدر عن الفاعل يهدف من خلاله إلى إيقاع المتعاقد الأخر في الغلط المؤدي إلى إبرام العقد ، من المناورات الحيل المؤلفة للركن المادي للخداع نذكر :

– إبراز أوراق مزورة أو اختراع أوراق أو إفادات غير صحيحة كإقدام مجلس إدارة شركة مقفلة على نشر موازنة مغشوشة أو توزيع أرباح وهمية لحمل المتعاملين مع الشركة على التعاقد معها .
– الإعلان الكاذب عن خدمات تقمها بعض الشركات لمن يتعاقد معها ليتبين بعدها أن هذه الوعود كاذبة كشركات السفر التي تعد الجمهور بالإستحصال على الإقامة في حولة معينة في حال التعاقد معها .

يجب الإشارة إلى أنه يجب التمييز بين الخداع الذي يخلق غلطا في ذهن المتعاقد أي المفسد للإدارة و الرضي و بين مجرد الكذب ، فالكذب لكي يعتبر خداعا مفسدا للرضى يجب أن يكون من شأنه أن يتطلب على الانسان العادي فيوقعه بالغلط و بالتالي ، فإن الكذب المتمثل بمجرد المبالغة في مزايا الشيء لا يعتد به كالتاجر الذي يبالغ في مزايا البضاعة المعروضة للبيع مادامت فبحدود المعقول و العرف أما إذا تناول الكذب صفات غير متوافرة في المبيع اعتبر خداعا .

[1] م . العوجي العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط5 ، 2011 ، ج1 ، ص 379 .

إن معظم صور الخداع تفترض تصرفا إيجابيا ، إلا أنه أحيانا قد يقدم الخادع على كتمان أمور مهمة عن المتعاقد الأخر فهل يعتبر الكتمان خداعا ، استقر الاجتهاد على أن التكتم يجب أن يحصل بشأن أمر هام هام جوهري ، لو علم به المتعاقد الأخر لما تعاقد و كان المتكتم على علم بها و على علم بمدى تأثيرها على رضى الأخر [1] ، مثال ذلك إخفاء عدم صلاحية إرض للبناء عن الشاري أو إخفاء متعاقد في عقد الشراكة أنه في تصفية قضائية و مازال مدينا بمبلغ كبير من المال تجاه دائنيه أما عن عنصر المعنوي للخداع ، فلتحقق الخداع يجب أن تقترن التصرفات الخادعة بإرادة الخادع إحداث الغلط في ذهن المتعاقد الأخر بقصد حمله على التعاقد ، إن ذلك يكفي لتحقق الركن المعنوي للخداع ، فلا يشترط أن يكون الخادع قد أراد الإضرار بالمتعاقد الأخر ، فغالبا ما يقصد الخادع تحقيق منفعة شخصية من وراء العقد ، و لكي يتحقق الخداع يجب توفر الشروط التالية :

1. استعمال الوسائل و الطرق الاحتيالية بنية التضليل أي تحقيق ركني الخداع المادي المعنوي كما تم تفصيله أعلاه ، كما يجب أن يكون هذا الخداع قد ألحق ضررا بحق المتعاقد المخدوع [2].
2. صدور الخداع عن أحد طرفي العقد أو عن شخص ثالث ، شرط أن يكون الفريق الذي استفاد من الخداع عالما باعتبار أن العلم ينزل منزلة الاشتراك في الخداع و يدل على سوء النية الذي يكفي بحد ذاته لترتيب المسئولية [3]، بمعنى أخر إذا صدر الخداع عن شخص ثالث و كان أحد المتعاقدين عالما به يعتبر و كأنه شريك فيه و يدل على سوء نيته مما يرتب المسئولية و يؤدي إلى إبطال العقد .

بالرجوع لنص المادة 429 من قانون العقوبات نجد أن المشرع أشار إلى العناصر التي تنصب عليها جريمة الخداع فهو لم يعطي تعريف للخداع ، و يعرف بأنه قيام بأعمال أو أكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقته أو إلباسه مظهرا يخالف ما هو عليه في الحقيقة و الواقع[4] ، و الخداع يكون بإحدى هذه الطرق:

---

[1] م العوجي ، العقد منشورات الحلبي الحقوقية ط5 ، 2011 ، ج1 ، ص 385 .

[2] خليل جريح ، النظرية العامة للموجبات ، صادر ط3 ، 1971 ، ج2 ص 149 .

[3] الموقعالالكتروني MYLEGALPATH.COM اللبناني ، إنشاء من طرف رامي زكريات .

[4] محمد بودالي ، شرح جرائم الغش في بيع السلع و التدليس في المواد الغذائية و الطبية ، دار الفجر للنشر و التوزيع ، ط1 ، الجزائر 2005 ص 09 .

- سواء في نوعها أو مصدرها .
- سواء في كمية الأشياء المسلمة أو هويتها .
- سواء بواسطة الوزن أو الكيل أو بأدوات أخرى خاطئة ، أو غير مطابقة .
- سواء بواسطة طرق احتيالية أو وسائل ترمي إلى تغليظ عمليات التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير عن طريق الغش في التركيب أو وزن أو كيل أم حجم السلع ، أو المنتجات .
- سواء بواسطة بيانات كاذبة ترمي إلى الاعتقاد بوجود عملية سابقة و صحيحة أو إلى مراقبة و سمية لم توجد ، و من خلال نص المادتين 429-430 من قانون العقوبات نجد أن المشرع قد جرم و نص على عقوبة كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد سواء في الطبيعة أو الصفات الجوهرية أو التركيب أو النوع و المصدر أو في الكمية [1].

الفرع الثاني : التضليل في العقد .

لا يختلف التضليل في الإعلانات التجارية التي تتم عبر شبكة الانترنت عن مفهومه في الإعلانات التي تتم بادعاءات أخرى ، و لذلك سنتكلم عن التضليل اعتمادا على القوانين التي تنظم الإشهار التجاري بصفة عامة ، و بهذا يكون الإشهار مضللا عندما تتضمن الرسالة الإشهارية معلومات غير حيحة تؤثر في قرار اختيار أ, حكم المستهلك بحيث تدفعه إلى اقتناء منتوج أو خدمة لم يكن ليشتريها لو علم بصحتها و هذا ما جاءت به أيضا المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك التي تنص على منع كل إشهار كاذب أو معلومة من شأنها إحداث لبس في ذهن المستهلك [2]

و في هذا الإطار نجد أن المشرع الجزائري قام بتحديد حالات التضليل في المادة 28 من القانون 04-02 ، المحدد للقواعد المطبقة في هذا الميدان يعتبر إشهارا غير شرعي و ممنوعا كل إشهار تضليلي لاسيما إذا كان :

[1] المادة 429 من الأمر رقم 75 -47 المؤرخ في 17 يونيو 1975 و المادة 430 من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 .

[2] المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 13 – 378 المؤرخ في 5 محرم عام 1435 الموافق ل 09 نوفمبر سنة 2013 ، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك .

1- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتوج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته .

2- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع أخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه .

3- يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقييمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار [1].

ب الرجوع إلى المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 13 -378 المتعلق بتحديد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك تنص على أنه " يجب أن لا يوصف أو يقدم أي غذاء بطريقة تؤدي إلى تغليط المستهلك "بمعنى يجب أن لا يكون هناك تغليط للمستهلك اتجاه المنتوج لكي يقوم المستهلك باقتناء بصورة غير حقيقة المنتوج بسبب الكذب أو التضليلي [2].

كما نصت المادة 1/60 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السابق على أنه "يمنع استعمال كل بيان أو إشارة ..... و كل أسلوب للإشهار .... من شأنه إدخال اللبس في ذهن المستهلك .... "

و هكذا يكون المشرع الجزائري قد حظر كل إشهار تضليلي يؤدي إلى إيقاع المستهلك في غلط حول عناصر المنتوج و خصائصه و طبيعيته ... الخ .

أما فقهيا فهو الإشهار الذي من شأنه خداع المستهلك أو يمكن أن يؤدي إلى خداعه [3] و ذلك عن طريق إدعاءات غير كاذبة في حد ذاتها لكنها يمكن أن تؤدي إلى الخداع [4].

كما يقصد به الإشهار الذي من شأنه خداع المستهلك من خلال تكوين انطباع غير حقيقي عن المنتجات و الخدمات المعلن عنها ، فهو نوعا وسطا بين الإشهار الصادق و الإشهار الكاذب [1].

---

[1] المادة 28 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 ، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، المعدل و المتمم .

[2] المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 13 -378 ، المؤرخ في 5 محرم عام 1435 الموافق ل 09 نوفمبر سنة 2013 ، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك .

[3] ينظر : عبد الحميد الشواربي ، جرائم الغش و التدليس دار الفكر العربي ، الاسكندرية 1989 ص 12 .

[4] عبد الفضيل محمد أحمد الإعلان عن المنتجات و الخدمات من الوجهة القانونية ، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة 1991 ، ص 178 .

الفرع الثالث : الخداع في العقد الالكتروني

يدخل في مفهوم الخداع و صوره التي تشكل إخلالا بالالتزام بالإعلان و الإعلام الخداع في عدد البضاعة ، أو مقدارها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها أو الخداع بتسليم المتعاقد البضاعة أم منتج غير متفق عليه و كذلك الخداع في حقيقة البضاعة و طبيعتها أو ما تحتويه من عناصر ناقصة أو العناصر الداخلة في تركيب المنتج و كذا الخداع في نوع المنتج و أصله أو منشأة متى كان ذلك سبب في التعاقد [2].

كما تعرف جريمة بأنها سلوكا ماديا من قبل المعلن يتمثل في أكاذيب و حيل و تضليل و الكذب قد يكون إيجابيا و قد يكون سلبيا أي بالسكوت عن واقعه أو علم المتعاقد بها إذا أقدم على إبرام العقد [3].

فالخداع هو القيام بأعمال و أكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقته أو إلباسه مظهرا يخالف ما هو عليه في الحقيقة [4].

يتطلب لقيام جريمة الخداع تحقق ركنين و هما الركن المادي و الركن المعنوي .

1. الركن المادي جريمة الخداع في العقد الالكتروني :

لقد عبر المشرع الجزائري على جريمة الخداع بقوله كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد معه ، حيث كل ما يتطلبه التشريع في جريمة الخداع هو صدور تأكيدات كاذبة من المستورد ، إذا أنصب على صفة من صفات المحددة [5].

---

[1] أو العلا علي أبو العلا النمر ، المشكلات العلمية و القانونية في التجارة الالكترونية ط1 ، دار النهضة العربية القاهرة 2004 ، ص 209 .

[2] عصام أحمد البهيجي ، الالتزام بالشفافية و الإفصاح في عقود الاستثمار و الاستهلاك و العلاج الطبي ، دار الكتب و الوثائق القمية المكتب الجامعي ، سنة 2013 ، ص 201 .

[3] رضا متولي وهدان ، الخداع الإعلاني و أثره في معيار التدليس ، دراسة مقارنة في القانون المدني و قانون حماية المستهلك و الفقه الإسلامي دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ص 28 -39 .

[4] مولاي زكرياء ، حماية المستهلك في الغش التجاري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون حماية المستهلك و المنافسة لكلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر 1 ، 2016 ، ص 71-72 .

[5] خديجة بو طبل ، الحماية القانونية للمستهلك في مجال المنتوجات المستوردة ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق جامعة يوسف بن خدة الجزائر ، 2010 ، ص 105 .

و يستوجب لقيام هذه الجريمة أن تقع وسائل الخداع في إحدى خصائص المنتوج التي عددتها المادة 429 من قانون العقوبات الجزائري ، و يكاد يحظى هذا التعداد جميع الفرضيات المألوفة عمليا و المتمثلة في الخداع في طبيعة السلعة ، كبيع الشمعدان من نحاس و هو في الحقيقة حديد مطلي بالنحاس ، و الخداع المنصب على الصفات الجوهرية التي لو علم المتعاقد انعدامها في المنتوج أو الخدمة ما كان ليقدم على التعاقد[1].

وسع المشرع الجزائري من حماية المستهلك وفقا لحكم نص المادة 68 من القانون رقم 09-03 المعدل بقانون رقم 18-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغ ، فلا تقتصر واقعة الخداع على السلع و إنما على المنتوج بصفة عامة ، أي كل من السلع و الخدمات فيتم ارتكاب جريمة الخداع بواسطة الوزن أو الكيل أو بأدوات أخرى مزودة أو غير مطابقة ، أو من خلال استعمال وسائل ترمي إلى التغليظ في عمليات التحليل ، أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير عن طريق الغش في تركيب أو وزن أو حجم المنتوج ، الذي يتم عرضه الكترونيا عبر الانترنت [2].

2. الركن المعنوي لجريمة الخداع في العقد الالكتروني :

تعتبر جريمة الخداع في القانون الجزائري جريمة عمدية يتطلب لتوافر أركانها ثبوت القصد الجنائي لدى المتهم [3].

فالقصد الجنائي يعتبر شرطا تاما في جريمة الخداع و لا تقوم مسئولية الجاني إلا به و قد عبر محكمة النقض المصرية عن القصد الجنائي في إحدى أحكامها جريمة خداع المشتري هي من الجرائم العمدية التي يجب لتوافرها ثبوت القصد الجنائي ، و بناء عليه يجب على القاضي أن يثبت في حكم الإدانة توافر هذا الركن [4].

[1] المادة 429 من الأمر رقم 66 ، 156 المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

[2] المادة 68 من القانون رقم 09-03 المعدل بقانون رقم 18-09 المتعلق بحماية المستعهلك و قمع الغش .

[3] مصطفى بوديسة و حامق ذهبية ، حماية المستهلك في قانون المنافسة ، مذكرة ماجستير – كلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر 1 ، 2015 ، ص 76 .

[4] مولاي زكريا ، مرجع سابق ، ص 80 -81 .

يرتبط قيام جريمة خداع المستهلك الإلكتروني بتحقق القصد الجنائي للمحترف في عرض المنتوج للاستهلاك الساعي لخداع المستهلك ، و ذلك من خلال العلم و انصراف إرادته إلى الإتيان بواقعة التعدي مستعينا في ذلك الوسائل الالكترونية ، فالركن المعنوي يتمثل في علاقة نفسية بين السلوك الإجرامي و نتائجه بين الفاعل الذي يأتي هذا السلوك [1].

ومن الصور الخاصة بالخداع في العقد الالكتروني نجد الصور التقليدية و الصور الحديثة .

1- الصور التقليدية للخداع في العقد الالكتروني :

أ. الخداع الذي ينصب على بيانات المنتوج و خصائصه :

يعتبر خداعا تجاريا من طرف المحترف الالكتروني لمنتوجات أو بيعها عبر الانترنت مع تعمد تغيير البيانات التي تتعلق بطبيعتها كإحداث تغيير في المعلومات التي تتعلق بطبيعة السلعة أو كميتها ، مما يتسبب في انتقاء الصفات أو الخصائص الجوهرية للمنتوج [2].

ب. الخداع من خلال تقليد المنتجات :

يعتمد بعض المحترفين القيام بعرض و بيع المنتوجات للمستهلك الالكتروني غير أصلية ، بحيث يتم تقليد و وضع علامة تجارية مشابهة لعلامة تجارية أخرى مشهورة ، أو عرض سلعة في نموذج أن تصميم مشابهة لنماذج أو تصاميم لسلع أخرى بهدف تضليل المستهلك و دفعه للتعاقد و اقتناء المنتوج المقلد و دفع ثمنه على أساس أنه منتوج أصلي يستجيب للمعايير و المقاييس المعمول بها خاصة أن المستهلك يندفع على الإقبال على بعض المنتوجات ذات الجودة و هذا ما يدفع ببعض المحترفين الالكترونيين باستغلال هذا من خلال عرضهم للمنتوجات المقلدة [3].

---

[1] مترجي رامي زكريا رمزي ، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الفلسطيني ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون عام كلية الشريعة و القانون ، الجامعة الإسلامية ، غزة 2017 ، ص 27 .

[2] المواد 70.83.69.68 من قانون رقم 03.09 المعدل بقانون رقم رقم 18-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش .

[3] الجريدي جمال زكي اسماعيل ، المسئولية المدنية الناشئة عن سلع المقلدة عبر الانترنت ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و الفقه القانوني ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية 2011 ، ص 122-124 .

2- الصور الحديثة أو المستحدثة للخداع في العقد الالكتروني :

في ظل البعد التعاقدي و اعتماد الوسائل الالكترونية في التعاقد عن بعد مما يعزز وقوع المستهلك الالكتروني ضحية في التعاقد ، فالمستهلك الالكتروني يسعى لتلبية احتياجلته الاستهلاكية عن بعد ، في بيئة الكترونية ، رقمية أين يجهل حقيقة الشخص المحترف الذي يتعامل معه ، و طبيعة المنتوج الذي يتم عرضه ، وبذلك يستعين المحترف الالكتروني في نشاطه بتكنولوجيا الاتصال و التي قد يستغلها في خداع المستهلك الالكتروني من خلال التلاعب في المواقع الالكترونية التي يتم فيها عرض منتوج مغشوش و ذلك بانشاء مواقع رقمية احتيالية تتضمن بيانات مزورة و تفاصيل غير مطابقة للحقيقة المتعلقة بالمحترف أو نشاطه التجاري أو بالمنتوج أو بخاصية من خصائصه .

يمكن أن يتعرض المستهلك الالكتروني للخداع أثناء تنفيذ عقد الاستهلاك من خلال امتناع المحترف الالكتروني عن تسليم المنتوج ، أو تسليم منتوج غير مطابق للإعلان التجاري ، إلى جانب إمكانية تعرض المستهلك للاحتيال و النصب فيما يخص حسابه البنكي .

الفصل الثاني

الغش في مرحلة إبرام و تنفيذ العقد و أثاره

تعتبر مرحلة التفاوض دورا كبيرا في إبرام العقود المدنية ، فلها أهمية كبيرة من الجانبيين القانوني و العملي نظرا لما تحمله هذه المرحلة من دقة و أهمية تؤثر بصفة كبيرة، على إبرام العقد في المستقبل ، لكن إذا تم إخلال بالالتزامات التفاوض و بالأخص الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالسرية في عملية التفاوض و ما يتفرع عنه من الالتزامات ، فتقوم هنا نوع من المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض ، بحيث ظهرت عدة نظريات فقهية متباينة ، حاولت تحديد الطبقة القانونية للمسئولية العقدية في مرحلة التفاوض ، هل هي مسئولية لا تقصرية أم هي مسئولية عقدية ؟

وللوقوف عند الاطار المفاهيمي لمرحلة التفاوض نتعرف على تعريف عملية التفاوض (المبحث الأول) ثم نقوم بتحديد أثار الغش في العقد (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : الغش في مرحلة ابرام و تنفيذ العقد .

تعتبر المفاوضات من أكثر الظواهر صعوبة و تعقيدا و ذلك بما تنطوي عليه من موضعات كثيرة و متشبعة يصعب على الباحث الالمام بها فضلا عن اتصالها بمرحلة ابرام العقد باعتبارها مرحلة تمهيدية له تتحدد خلالها الملامح الرئيسية لنطاق حقوق و الالتزامات الأطراف المتفاوضة ، الأمر الذي قد يثير تداخلا في المفاهيم مما يتطلب رسم حدود فاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد و مرحلة إبرامه ، و بالتالي الحيلولة دون أن يقع المتفاوض في منطقة الالتزام بالعقد النهائي .

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين في المطلب الأول التعريف بعملية التفاوض و في المطلب الثاني الالتزامات المدين في مرحلة المفاوضات العقدية .

المطلب الأول : التعريف بعملية التفاوض

إن مرحلة التفاوض لم تلقي اهتمام من قبل التشريعات من ناحية تعريفها ، و لم يتم حتى بوضع إطار قانوني يحكم هذه العملية لكن هناك عدة تعاريف ذكرها فقهاء القانون و أوضحوا لنا تعريف لمرحلة التفاوض .[1]

وسنتطرق في هذا إلى ماهية التفاوض (فرع الأول) ثم خصائص عملية التفاوض (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ماهية عملية التفاوض :

نتناول في هذا الفرع ماهية عملية التفاوض من ناحية اللغوية أولا ثم نذهب إلى تعريف الاصطلاحي ثانيا .

أولا : تعريف التفاوض لغة :

إن التفاوض لغة هو المساواة و المشاركة ، و يقال تفاوض القوم في كذا أي فاوض فيه بعضهم بعضا ، فأفضوا في الحديث أخذوا فيه و مفاوضة العلماء يعني محادثتهم و مذاكرتهم في العلم يأخذ كل ما عند غيره

[1] جيلالي الطالب ، أحكام التفاوض في العقود المدنية أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ، الطور الثالث تخصص عقود مدنية و تجارية ، سنة 2012 ص 16 .

ويعطي ما عنده ، كما يقال فاوضه في الأمر مفاوضة أي بادله الرأي فيه بغية الوصول إلى تسوية و اتفاق[1].

أما أصل كلمة التفاوض في اللغة اللاتينية Négociation يعود إلى الكلمة اللاتينية Négoce و المشتقة من كلمة Neg-Otuin و التي لم تكن تعني بالضرورة التجارة ، و لكن كان يقصد بها عدم العطالة أي العمل عملية الأعمال بصفة عامة .

ففي لغة الفرنسية ترادفها كلمة Négociation تمثل سلسلة من النقاشات و تبادل الكلام من كلتا الطرفين للوصول إلى اتفاق معين [2].

فاستنتج بأن المفاوضات من الناحية اللغوية هي المناقشة و المحاورة و تبادل الرأي بين ذوي الشأن بهدف الوصول إلى اتفاق أو تسوية لحل مشكلة و هي تنطوي على الحوار المباشر المشاركة بين الأطراف . سعيا للتلاقي بينهم حول موضع معين أو كل خلاف أو نزاع بينهم [3].

ثانيا : تعريف التفاوض الاصطلاحا :

أما من ناحية الاصطلاحية لتعريف التفاوض فهناك عدة تعريفات من جانب الفقه لضبط تعريف التفاوض.

هناك من يراه بأنه المرحلة التمهيدية حيث تتم دراسة و مناقشة شروط العقد .

فالتفاوض هو أساس التحاور و المناقشة و تبادل الأفكار و الارادة و المساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة الاقتصادية قانونية ، تجارية ، سياسية ... .

كما عرف الدكتور بلحاج التفاوض بأنه :"المقصود من المفاوضات العقدية هي المرحلة السابقة على التعاقد ، هي كل الأعمال التمهيدية التحضيرية بين طرفي العقد و التي تكون بغرض الوصول إلى إيجاب مشترك

[1] علي أحمد صالح ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، "دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2012 ص 46 .

[2] على أحمد صالح ، مرجع سابق 47 .

[3] بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني و إحداث اجتهادات المحكمة العليا ، دراسة مقارنة طبعة جديد ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2017، ص 20 .

لإبرام عقد معين و من ثم يدخل في ذلك الدعوى إلى الإيجاب و تعديلاته و كذا المناقشات و المباحث و المسودات و الخطابات المتبادلة و الاستفسارات و الاتفاقات المبدئية و العقود التمهيدية ، و كل ما شأنه أن يؤدي إلى تحديد ملامح و عناصر العقد المنشود ، بما في ذلك إدارة المفاوضات و مراحل العقد ، و كيفية إبرامه و صياغته ، و الأصل في هذه المفاوضات هو الحرية و الاختيار ، إلا أن يكون أحد الطرفين قد الزم نفسه باتفاق بالدخول في مفاوضات ، باعتبار أن العقد لا يرتب حقوق و لا التزامات بين أطرافه قبل انعقاده نهائيا "[1] .

فمن خلال التعاريف السابقة يتبين لنا أن اجراء التفاوض يقتضي توافر آليات المناقشة و المحادثة و الحوار و تبادل الطرفان وجهات النظر و تبادل الوثائق و المستندات قصد تحقيق انسجام مصالحها بشكل متوازن و تحديد كل طرف ما عليه من الالتزامات و ماله من حقوق عند الاقتضاء لكن هذه التعاريف وردت بشكل شمولي لم يحدد أيا منهم المفهوم الحقيقي للمفاوضات العقدية ، كما لم يحدد الأثر المترتبة عليها في حالة تكلل المفاوضات بإبرام العقد النهائي أو في حالة اخفاق الطرفان في اتفاقهما المتفاوض من أجله [2].

الفرع الثاني : خصائص عملية التفاوض .

تتميز عملية التفاوض بعدة خصائص تميزها عن غيرها من المفاهيم القانونية المشابهة لها نذكر من بينها اهم الخصائص التالية:

أولا : **تصرف ارادي** : يتم التفاوض بتطابق ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني و يتضمن الأركان اللازمة لكل عقد بوجه عام و هي التراضي و إلا كان باطلا و قابلا للإبطال [3].

[1] المرجع نفسه ، ص 20 .

[2] يلاوي عبد القادر ، الاطار القانوني المسئولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ل.م.د ، في الحقوق تخصص القانون الخاص المعمق ، جامعة أحمد زبانة أدرار سنة 2022 ص 14 .

[3] جيلالي محمد ، أحكام التفاوض في العقود المدنية أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث تخصص عقود مدنية و تجارية ، جامعة ابن خلدون تيارت ،كلية الحقوقو العلوم السياسية ، سنة 2021 ص 21 .

أن الهدف من المفاوضات هو البحث عن فرصة أفضل للتعاقد و ذلك عن طريق مناقشة شروط العقد بكل حرية ، حتى يتوصل الطرفان إلى اتفاق مشترك يكون كل طرف فيه قد ساهم في بلورته [1].

ثانيا : تقوم على الأخذ و العطاء : إن أول مرحلة من المفاوضات هي مرحلة التعاون بين الأطراف المتفاوضة ، بحيث يتم التعرف على بعضهم البعض و الإعراب عن المشاعر و التعبير عن الأفكار ، و في هذه المرحلة تقوم محاولة لإرساء أسس علاقة طيبة و بناء الثقة بين الأطراف المتفاوضة فإذا فشل الأطراف في إقامة علاقات طيبة في هذه المرحلة ، فإن الفشل سيكون هو المصير الحتمي للمفاوضات فيما بعد .

ثالثا : ذو نتيجة اجتماعية : معنى ذلك أن التفاوض يقوم على وجود حاجة أو قضية أو موضوع معين ، أو مشكلة أو مصالح متعارضة بين طرفين أو أكثر و تهدف المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، إلى محاولة تسوية مشكلة السعر أو الثمن ، و قد يتفق الطرفان على إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه و قد تصل المفاوضات إلى طريق مسدود و تنتهي بالفشل ذلك أن الدخول في المفاوضات لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي ، بل يلزمهم فقط بالتفاوض وفق ما يقتضيه مبدأ حسن نية و شرف التعامل لكون الالتزام بالتفاوض هو التزام ببدل عناية و ليس التزام بتحقيق نتيجة [2]

رابعا : التفاوض ذو طابع ثنائي : من خصائص المفاوضات أنها ثنائية الأطراف لا تتم إلا بوجود طرفين أو أكثر ، لديهم حاجة حقيقة للاتصال و التفاعل فيها بينهم لتحقيق نتائج نافعة لهم ، و ذلك بالالتقاء الشخصي في موعد محدد و مكان تتفق عليه الأطراف المتفاوضة ، و الدخول في محاورات و مناقشات و تبادل المقترحات و الأفكار حول المشكلة المطروحة بقصد الوصول إلى اتفاق حول المسألة المطروحة [3].

و يحق لأي طرف أن ينسحب من المفاوضات دون أن يبين سبب هذا العدول أو الانسحاب استنادا لمبدأ حرية التعاقد ، فقد يكون السبب أنه لم يرى داعيا لإتمام الصفقة أو أنه رأى أن اتمامها ليس في مصلحته .

---

[1] بوطبالة معمر ، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون عام جامعة الأخوة منتوري ، قسنطينة ، كلية حقوق ، سنة 2017 ، ص 13 .

[2] بوطبالة معمر ، مرجع سابق 13 .

[3] جيلالي محمد ، مرجع سابق 24 .

خامسا : التفاوض عقد تمهيدي :

يعتبر اتفاق التفاوض من العقود التمهيدية و التي تسبق إبرام العقد ، إلا أن المفاوضات لا تؤدي بالضرورة إلى إبرام العقد النهائي ، بل تبقى مستقلة عن العقد النهائي ، الهدف منها هو الإعداد و التحضير للعقد النهائي فهي لا تلزم الطرفين بالتوصل إليه عملا بمبدأ حرية ، و لا يرتب أفضلية تحد من حرية التفاوض بشأن هذا الشيء [1].

فاتفاق التفاوض لا ينشئ على عاتق أطراف التفاوض سوى الالتزام بالتفاوض لا التزاما بالتعاقد ، و لذلك عند فشل التفاوض لا يمكن للقاضي أن يحل محل الطرفين و يقضي بقيم العقد النهائي .

سادسا : التفاوض عقد مؤقت :

يعتبر عقد التفاوض من العقود التي تنشأ التزامات مؤقتة على عاتق الطرفين أو أحدهما على تنظيم العلاقة التفاوضية بينهما ، فهو لم يوجد إلا لمدة محدد و هي المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين، فإذا انتهت المفاوضات سواء بإبرام العقد النهائي أو عدمه ، زال كل ما يتعلق لعقد المفاوضة ، دون أدنى مسؤولية على الأطراف و كل ما لعقد التفاوض أنه ينشئ التزاما على الأطراف بالتفاوض بحسن النية وصول إلى انهاء التفاوض أو إبرام العقد النهائي .

المطلب الثاني : التزامات المدين في مرحلة المفاوضات العقدية .

الالتزامات تقوم على أساس اخلاقيات التفاوض ، إنطلاقا من الالتزام بالإعلام و تقديم المعلومات و البيانات و المحافظة على سرية المفاوضات لتحقيق أكبر قدر من الانسجام و التوافق بين مصالح الأطراف المتفاوضة ، لذلك سنتحدث عن الالتزام بالإعلام (الفرع الأول) و الالتزام بالسرية في عملية التفاوض (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الالتزام بالإعلام :

الالتزام بالإعلام هو الالتزام قانوني ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد فرضه المشرع حماية للطرف الضعيف في عقود الاستهلاك ، جوهرة الإدلاء بالبيانات و المعلومات المتعلقة بالمنتوجات المزمع

[1] جيلالي محمد ، مرجع نفسه ، ص 22.

التعاقد عليها ، و ذلك باستخدام اللغة و الوسيلة الملائمة لطبيعة العقد و هدفه تمكين المستهلك من اتخاذ قراره بناء على رضا سليم و وعي حر مستنير [1].

حيث عرفه جانب من الفقه بأنه (الالتزام سابق عن التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الأخر عند تكوين العقد ، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل و متنور ، على علم بكافة تفصيلات هذا العقد ، و ذلك بسبب ظروف و اعتبارات معينة ، قد ترجع إلى طبعة هذا العقد أو طبيعة محلة أو أي اعتبار أخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الأخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء البيانات [2].

و هناك من عرفه بأنه "إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الأخرى ، بإخطار هذا الأخير عند ابرامه العقد ، بكافة البيانات التي تساهم في تكوين الرضا الحر المستنير و تمكين المتعاقد الضعيف من الإقدام على العقد عند إبرامه أو التخلل منه إذا شاء .

و هذا الالتزام لا يعدو أن يكون التزام عقدي ببذل عناية وفقا لرأي الراجح في الفقه و القضاء ، فالمدين يلتزم بأن يقضي للدائن ، كافة المعلومات التي تؤدي لتمكنه من المفاوضة و من ثم التعاقد و محله من حين وسيلة نتيجة فهو قاصر على الإعلام فقط بالمعلومات و البيانات التي لا يسع الطرف الأخر استاذ المفاوضات أن يعلمها بنفسه ، و هذا الالتزام مفترض وجوده دون حاجة للنص عليه في العقد صراحة ، فضلا عن أن الإخلال به يستوجب المسئولية العقدية [3].

و عليه أن الالتزام بالإعلام ، يجد أساسه في نظرية عيوب الرضا و خاصة التدليس بطريق الكتمان ، و الذي يترتب عنه البطلان في حالة ما إذا اخفى أو كتم أحد المتعاقدين عند إبرام العقود بعض المعلومات أو البيانات اللازمة لتكوين رضا حر و سليم لدى المتعاقد الأخر ، و من ثم فإن كتمان المتعاقد لما كان يجب

[1] بو طبالة معمر ، أحكام التفاوض في العقود المدينة ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث تخصص عقود المدينة و تجارية ، جامعة ابن خلدون تيارت ،كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق ، سنة 2021 ، ص 142-143 .

[2] جيلالي محمود الاطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون عام ، جامعة الأخوة ، منتوري ، قسنطينة كلية الحقوق سنة 2017 ، ص 98 .

[3] أحمد السيد ، المرجع السابق ، ص 100-101 .

عليه أن يرى به إلى الطرف الأخر يعد في حد ذاته نوعا من التدليس ، متى كان إعلان الحقيقة من شأنه أن يؤثر في قرار الطرف الأخر في التعاقد من عدمه [1].

و عليه و سعيا من المشرع الجزائري إلى حماية المستهلك ، فقد ألزمت المادة 17 من القانون رقم 09 / 03 المؤرخ في 2009/02/25 و المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش على كل متعامل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يطرحه للاستهلاك .

و في سياق التأكيد على فرض الالتزام بالإعلام فقد أكد المشرع على ذالك صراحة بمقتضى نصوص خاصة و ذالك بالنظر إلى التطورات الجديدة التي أفرزها واقع التحول الاقتصادي من أجل توفير الحماية الضرورية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و تحقيق التوازن العقدي [2].

الفرع الثاني : الالتزام بالسرية في عملية التفاوض .

و يقصد به إجراء المفاوضات في كتمان و سرية تامة ، أثناء سير المفاوضات أو من خلال ما يتبادله مع المتفاوض الأخر من مستندات أو من خلال ما يدور بينهما من مناقشات ، أو من خلال الأبحاث و الدراسات التي يستلزمها إبرام العقد المزمع إبرامه ، و قد تكون هذه الأسرار متعلقة بمسائل فنية و الاستشارات الهندسية ، و المساعدات الفنية و الصناعية و تصنيع برامج الحسابات الالكترونية .... الخ ، أو تكون متعلقة بأمور شخصية تخص الذمة المالية أو حجم المعاملات لدى طرفي التعامل و سائر أسرار الأخرى التي تتصل بالكيان المادي أو المعنوي لها [3].

فإذا كانت المعلومات السرية هي بذاتها محل العقد المزمع إبرامه ، كما هو الشأن بالنسبة للعقود نقل التكنولوجيا فإنه في مثل هذه الحالة ، فإن طالب التكنولوجيا يسعى دائما إلى أن يطلع على تلك المعلومات و ذالك من أجل تقدير مدى ملائمتها للمشروع أو الغرض الذي يريد تحقيقه و حجم الأضرار التي قد يفرزها استعمالها ، خصوصا للبيئة ، كما يهدف مستورد التكنولوجيا من خلال اطلاعه على تلك

[1] بو ظبالة معمر ، الدعي الشويري ، التفاوض التعاقدي ، إطار القانوني و أثره في الالتزام ، مجلة كلية الدراسات الاسلامية و العربية للبنان ، منصور السعودية ، العدد الرابع ، الجزء الأول ، 2019 ، ص 1193-1194 .

[2] بوطبالة معمر المرجع نفسه ، ص 110-111.

[3] جلالي محمود ، أحكام تفاوض في العقود المدنية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث تخصص عقود مدنية و تجارية ، جامعة ابن خلدون تيارت كلية الحقوق و العلوم السياسية 2021 ، ص 161 .

المعلومات إلى الموازنة بين ما يدفعه من ثمن من أجل الحصول على تكنولوجيا ، و ما يعود عليه من نفع ، و في مقابل ذالك ، فإن صاحب أو حائز المعرفة الفنية التكنولوجية ، يحرص دائما خلال مرحلة المفاوضات على العقد النهائي ، ألا يقوم متلقي المعلومات السرية بإفشائها للغير ، أو استخدامها لمصلحته الشخصية دون الحصول على إذن مسبق [1].

و الالتزام بضمان السرية يعني حفظ و عدم إفشاء أي معلومات قد يلي به أي طرق في المفاوضات فتعد المحافظة على هذه السرية و بالأخص بالمعلومات التجارية و الصناعية و غيرها من المعلومات ذات الطابع السري في مجال التكنولوجيا و لاسيما التي قد يفضي بها حائز التكنولوجيا ، طالب هذه التكنولوجيا خلال هذه المفاوضات ، فتعد من أهم المبادئ التي تحكم مرحلة المفاوضات في العقود و لا يقصد بهذه السرية أن تتم المفاوضات في غير علانية إنما المراد من تلك السرية هو ما يكمن في كل المعلومات المتعلقة بعملية الاتفاق ذاتها و بالإمكان جعل الالتزام بالسرية هذا التزاما متقابلا لا يقتصر على طالب المعلومات و إنما أيضا حائزها و إن كانت النصوص التشريعية لا تعتبره التزاما متقابلا في مرحلة التفاوض ، و إنما في مرحلة التعاقد فقط كما أن الفقه أيضا لم يشر إليه [2].

[1] بوطبالة معمر ، المرجع السابق ص 131 .

[2] أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقدي، إطاره القانوني وأثره في الالتزام، قسم الحقوق بكلية العلوم الادارية والانسانية، كليات بريدة، القصيم، المملكة العربية السعودية، ص1192.

المبحث الثاني : آثار الغش في العقد "غش في تنفيذ العقد "

يتحقق الغش بتوافر العناصر و الشروط السابقة ، و يبقى لتحديد الأثر معرفة المقصود بالمسئولية العقدية " المطلب الأول " و ما هي الجزاءات المدنية الأخرى في حالة الغش "المطلب الثاني " .

المطلب الأول : المسئولية العقدية :

إذا نشأ العقد صحيحا يكون واجب التنفيذ بحيث يتعين على كل متعاقد تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه و بحسن نية و عليه سوف نتطرق إلى تعريف المسئولية العقدية و أسبابها "الفرع الأول " و ما هي أركانها "الفرع الثاني " .

الفرع الأول : تعريف المسئولية العقدية و أسبابها :

أولا : تعريف المسئولية العقدية : المسئولية العقدية هي الاخلال بالتزامات أو عدم أداء التزام ناشئ عن العقد ، و المسئولية العقدية لا تقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني ، و لا يمكن إجبار المدين على أداء التزاماته الناشئة عن العقد العيني ، فيصبح المدين المسئول عن الأضرار التي يحدثها للدائن لعدم قيامه بالتزاماته الناشئة عن العقد ، ففالعقدلقد شريعة المتعاقدين و يجوز للدائن منهما أن يعدل عن التنفيذ العيني متى كان ممكنا إلى اقتضاء تعويض ، كما أنه لا يستطيع المدين أن يمنع التنفيذ العيني من أجل التعويض عنه ، فالمسئولية العقدية تعتبر في الحقيقة على أنها إخلال أحد العاقدين بالتزام قد نشأ عن العقد الذي قام بإبرامه و ليس له علاقة بالتنفيذ العيني للالتزام [1].

وتعرف المسؤولية العقدية على أنها واجب تعويض الضرر الذي تنتج عن إخلال بالالتزام عقدي ، و معنى ذلك أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا بوجود عقد أنشأ التزاما ثم تم الاخلال بهذا الالتزام فتحقق المسؤولية العقدية عندما يخل الدائن بالتزاماته العقدية أو بامتناعه عن التنفيذ ، أو بتنفيذه لالتزاماته تنفيذا معيبا ، أو في حال تأخره في التنفيذ و عرفها بعض الفقه بأنها جزاء العقد ، و على ذلك يمكن للباحث أن تعرف المسؤولية العقدية بأنها جزاء الضرر الذي أصاب أحد طرفي العقد نتيجة خطأ قام به من التزم نتيجة

[1] بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في ق.م.ج الجزء الأول ، التصرف القانوني ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 264 -265-266 .

لعقد التزاما بتحقيق غاية أو التزاما ببذل عناية ، و هذا الخطأ يشمل عدم الوفاء بالالتزام أو نفذ التزامه بشكل جزئي أو سيء ، أو تأخر بتنفيذ التزامه [1].

ثانيا : أسباب قيام المسئولية العقدية "شروط قيامها "

شروط المسؤولية العقدية نعني بها أسباب قيامها أو نطاقها أو بطريقة أخرى نعني بها المجال الذي تقوم فيه المسؤولية العقدية ، فهناك من الفقهاء من أدرج نطاق المسؤولية في شرطين أساسيين ألا وهما : وجود عقد صحيح ، و الاخلال بالتزام عقدي ، غير أن هناك من الفقهاء من أضاف شرط ثالث ألا و هو قيام المسؤولية العقدية في إطار عقدي أمثال الدكتور علي فيلالي .

1. وجود عقد صحيح :

لا يمكن الادعاء بالمسؤولية العقدية إلا بوجود عقد بين الأطراف أو أن يكون هذا العقد صحيحا أما إذا لم ينعقد بعد ، كأن يتضرر أحد الأطراف في مرحلة المفاوضات مثلا فلا مجال لقيام المسؤولية العقدية إذا كان العقد منعدما أصلا بين المسئول و المضرور كأن يقدم أحدهما خدمة للثاني من باب الإحسان أو المجاملة مثل ما هو الأمر في النقل المجاني [2].

و يرى الدكتور حسن علي الذنون و محمد سعيد الرحو أنه لا يمكن وضع قاعدة جامدة في كل حالات هذا النقل ، و إنما نستطيع تقديم معيار هو البحث عن نية الطرفين ، فإذا اتضح من الظروف و الملابسات أن نية الطرفين انصرفت إلى خلق التزامات بينهما فلا شك أننا نكون هنا أمام عقد نقل أو أن المسؤولية الناجمة عن الاخلال بهذا الالتزام هي مسؤولية عقدية ، و إلا كانت المسؤولية تقصيرية مثل أن يدعو صديق صديقه للنزهة بالسيارة فلا عقد بينهما لأننا نكون أمام عقد مجاملة لا علاقة قانونية ، أما إذا دعا شخص أخر لنقله إلى مكان معين مجانا و كان يعلم أن وصوله في ميعاد معين يترتب عليه نتائج خطيرة فإننا نكون أمام علاقة تعاقدية .

[1] نادية محمد قزمار ، حدود المسؤولية العقدية في إطار الالتزام ببذل عناية بتحقيق نتيجة قانون مدني جامعة عمان العربية ، الأردن عمان ، ص 375 .

[2] علي فيلالي ، الالتزامات ، العمل المستحق للتعويض ، مرجع سابق ص 18-19 .

أما فيما يخص الخطبة ، فالرأي الراجح فقها و قضاء أن الخطبة ليست عقدا و لا يترتب عن العدول عنها أية مسؤولية عقدية ، بل يمكن أن تترتب مسؤولية تقصيرية في حالة الضرر الحادث عن العدول عن الزواج[1].

2. إخلال بالتزام عقدي :

يجب أن يكون الضرر الي أصاب المضرور ناتجا مباشرة عن إخلال المسئول بالتزاماته العقدية ، و نذكر في هذاا الشأن أن هذه الالتزامات هي من وضع و تحديد المتعاقدين ، غير أنه بمقتضى المادة 107 من القانون المدني الجزائري "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام " فللمضرور إذن أن يدفع بالمسؤولية العقدية عن الإخلال بالالتزامات التي تضمنها العقد صراحة و كذلك التي تدخل في دائرة التعاقد لكونها من مستلزمات العقد في ضوء الأحكام القانونية و العرفية و كذا العدالة و طبيعة المعاملة [2] ، مثلا مسؤولية رب العمل عن ضمان سلامة العامل مسؤولية عقدية كون قوانين العمل تنص على هذا الضمان .

كذلك عقد التعليم فإلى جانب تعليم التلميذ تلتزم المدرسة بضمان سلامته خاصة إذا كان التلميذ داخلي ، و مسؤوليتها في ذلك هي مسؤولية عقدية [3].

3. قيام المسئولية في إطار عقدي :

يعني ذلك أن يكون المتعاقد المدين أو الغير إذا كان تابعا له هو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام هو الذي أخل بالالتزامات التي تحملها بموجب العقد من جهة و أن يكون المتضرر هو المتعاقد معه أي الدائن من جهة ثانية و يستند هذا الشرط إلى مبدأ نسبية آثار العقد و مفادها أن أثار العقد تقتصر على طرفيه فلا تكسب الغير حقا و لا تحمله واجبا و يجوز للمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير سواء أكان صريحا أو ضمنيا أن يطالب المتعهد بمسؤولية عقدية إذا امتنع أو تأخر عن تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها ، كما

[1] مجلة المختبر القانوني ، WWW.LABODROIT.COM

[2] علي فيلالي ، مرجع سابق ص 19.

[3] مجلة المختبر القانوني : WWW.LABODROIT.COM

يستطيع المستفيد من الدعوى المباشرة أن يدفع هو كذلك بالمسؤولية العقدية مثلا : يتضمن عقد نقل الأشخاص اشترطا ضمنيا لفائدة بعض أقارب المسافر مما يمكنهم من المطالبة بالمسؤولية العقدية [1].

و إذا تخلف شرط من الشروط الثلاث ، فلا مجال لتطبيق المسؤولية العقدية بل تكون العبرة بالمسؤولية التقصيرية و بعبارة أخرى تعتبر المسؤولية التقصيرية بمثابة الشريعة العامة التي يعتد بها ما لم تتوفر شروط المسؤولية الاستثنائية "العقدية " [2].

الفرع الثاني : أركان المسئولية العقدية :

أولا : الخطأ العقدي : الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد و عرف بأنه انحراف في السلوك بحيث لا يقدم عليه الرجل الفطن ، إذا وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسئول[3].

فالمدين قد التزم بالعقد فيجب عليه تنفيذ التزامه ، فإذا لم يقم المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي ، و لا يستطيع المدين نفي افتراض الخطأ عن نفسه إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي ، و يقصد بالخطأ العقدي أيضا التأخير في تنفيذ المدين لالتزاماته أو عدم القيام بها ، و يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ نشأ عن عمده أو اهماله أو فعله دون عمد أو إهمال [4].

الخطأ هو إخلال الشخص بالتزاماته مع إدراكه بهذا الإخلال ، أي الانحراف عن سلوك الرجل العادي ، و الذي هو شخص مجرد يمثل وسط بين الأشخاص من حيث الحرص و العناية و الذكاء و العلم و الخبرة و النزاهة و الأمانة ، و قد عرف الفقيه الفرنسي بلانويل الخطأ بأنه : خرق لالتزام سابق ، و عرفه السنهوري بأنه إخلال بالتزام قانوني ، و عرفته نادية محمد مصطفى قزماز الخطأ الناجم عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به نتيجة للعقد المبرم بينه و بين الدائن و يشمل هذا الخطأ عدم تنفيذه لالتزامه بالمطلق أو الجزء من هذا الالتزام [5].

---

[1] علي فيلالي ، مرجع سابق ص 20 .

[2] علي فيلالي مرجع سابق ، ص 20-21 .

[3] بكر بن عبد اللطيف الهبوب ، محامي و مستشار قانوني ، المسئولية العقدية ، ص 286 .

[4] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 266-267 .

[5] نادية محمد قزماز ، مرجع سابق ص 386 .

إن الخطأ العقدي يتوفر بمجرد انعقاد العقد و عدم قيام المدين بالالتزام بتنفيذه ، أو تأخر في التنفيذ ، سواء كان متعمدا ، أو كان على إهمال ، أو كان عدد التنفيذ هذا كليا أو جزئيا أو معيبا ، و يفترض أن يكون ضرر يصاب به الدائن من جراء هذا الخطأ ، و بذلك تقوم في حق المدين بالالتزام المسؤولية العقدية بناء على هذا الخطأ ، و لا يمكن دفع هذه المسؤولية إذا أثبت المدين بالالتزام وجود سبب أجنبي لا يد له فيه حال بينه و بين تنفيذ الالتزام [1].

ثانيا : الضرر : الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن ، و الضرر هو العنصر الثاني في المسؤولية المدنية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، و يستحق الدائن تعويضا عن الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لالتزامه كليا أو جزئيا ، أو من تأخره في تنفيذه فالتعويض قد يكون عند عدم تنفيذ الالتزام ، و قد يكون عن التأخر في تنفيذه كما أنه يبقى المدين مسئولا عن غشه أو خطئه الجسيم [2].

و كما عرفه الأستاذ محمد صبري السعدي على أنه الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه [3].

كما اعتبر الأستاذ عبد الحكيم فوده الضرر ذلك الأذى الذي يلحق بالشخص فيمس حقا من حقوقه أو مصلحة مشروعة له فيما يتعلق بجسده أو ماله ، و بمعنى أوسع سلامة الجسم أو العاطفة أو الحرية أو الشرف أو الاعتبار [4].

و يقصد بالضرر أيضا "إلحاق مفسدة بالغير مطلقا ، "إلحاق مفسدة بالغير " كل إيذاء يلحق الشخص في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته ، "كل مكروه يصيب لنفس أو نقص يصيب المال " و الضرر إذا كان ناتجا عن إخلال بالتزام عقدي فيتم التعويض عنه وفقا لأحكام ضمان العقد [1].

---

[1] ثروت حبيب ، المصادر الإدارية في القانون المدني الليبي بنغازي ، 1972 ، ص 375 .

[2] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 284.

[3] محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الهدى الجزائر 2011 ص 77 .

[4] عبد الحكيم فوده ، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية و التقصيرية ، فيضوء الفقه و أحكام محكمة النقص : دار المطبوعات الجامعية الالسكندرية 1998 ، ص 07 .

يعتبر الضرر الركن الثاني في المسؤولية العقدية ، فعندما يقوم المدين بارتكاب خطأ عقديا لا تقوم مسؤولية العقدية حتى يترتب على عدم التنفيذ للالتزام العقدي ضرر يلحق الدائن [2].

حيث نصت المادة 176 من الأمر 58/75 على أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه ، أو يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه [3].

أ. **أنواع الضرر** :

و ينقسم الضرر إلى مادي و ضرر معنوي :

الضرر المادي : هو الذي يمكن تقويمه بالنقود ، و هو أكثر شيوعا في المسؤولية العقدية من الضرر المعنوي أو بمصطلح أخر الأدبي ، و هو يصيب الشخص في ذمته المالية أو جسمه ، و مثال ذلك الضرر الذي يصيب البضاعة في عقد النقل ، و الضرر الذي يصيب المؤجر من جراء التلف الذي أحدثه المستأجر في العين المؤجرة ، و الضرر الذي يصيب التاجر في حالة عدم تسليم البضاعة أو التأخر في تسليمها إذا ترتب على ذلك فوات صفقة رابحة ، و الضرر الذي يلحق المسافر من إصابته في حادث أثناء الطريق مما سبب عزا كليا أو جزئيا في قدرته على العمل و على الكسب [4].

يتحقق كذلك الضرر المادي عند التعدي على السلامة الجسمانية أو الجسدية للإنسان ، كالقتل و الجرح أو كسر و ضرب ، و يتمثل الضرر المادي في مصاريف العلاج بمختلف أنواعها [5].

---

[1] رضا متولي وهدان ، الوجيز في المسؤولية المدنية (الضمان) دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى 2011 ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ص 24 .

[2] خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح ق.م.ج الجزء الأول ، مصادر الالتزام طبعة 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية 2005 ، ص 151 .

[3] المادة 176 من الأمر 58/75 ، المتضمن ق.م.ج أشرفي ج.ر.ج.ج المؤرخ في 1975 ، ع78 المعدل بالأمر 05/07 المؤرخ في 2007 ص 151 .

[4] بلحاج العربي ، مرجع سابق ص 285 .

[5] علي فيلالي ، الالتزامات ، العقل المستحق للتعويض ، الطبعة الثانية ، موقع الجزائر 2010 ، ص 298 .

يتجسد الضرر المادي في صورة إخلال بمصلحة مالية للمضرور أحيانا لا بحق مالي ، و يقع ذلك إذا كان الشخص يعول أحدا من أقاربه أو ممن يلوذ به دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه فمن يعال إذا فقد العائل يكون قد أصيب في مصلحة مالية لا في حق ، و ذلك إذا أثبت أن العائل كان يعوله فعلا و على نحو مستمر دائم و أن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة ، فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائل هو يقضي له بالتعويض على هذا الأساس بشرط أن تكون المصلحة مشروعة[1].

يلحق كذلك بالمضرور عند المساس بسمعته و كرامته و شرفه ، و رغم أن هذه الحقوق ليست مالية ، فالحط من سمعته و شرف التاجر أو الصانع يؤدي في كثير من الأحيان إلى فقدان زبائنه ، و من ثم نقص في مداخله و الملاحظ أن العبرة ليست بطبيعة الحق المعتدى عليه ، بل بطبيعة الخسارة التي لحقت المضرور فإن كان ذو طابع اقتصادي ومالي فالضرر يكيف على أنه ضرر مادي [2].

يجب أن لا تتعارض المصلحة مع لنظام العام و الآداب العامة و ذلك استقراء للمادة 97 من ق.م.ج التي تنص على ما يلي : " إذا التزم المتعاقد للسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا " كما يقول الأستاذ السنهري "فالخليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها ، لأن العلاقة بينهما كانت غير مشروعة "[3].

الضرر المعنوي أو الأدبي : فهو الذي لا يمس المال و إنما يصيب الشخص في حساسيته كالشعور أو العاطفة أو الكرامة أو الشرف أو السمعة ، و الضرر من هذا القبيل كثير الحدوث في المسؤولية التقصيرية عن العمل غير المشروع على ما سنراه عند دراسة هذا المصدر من مصادر الالتزام ، و من أمثلة الضرر المعنوي ، الألم الناتج عن فقدان شخص عزيز ، و ما يصيب ممثلة كبيرة في شهرتها بسبب ذكر اسمها في إعلانات المسرح بأحرف صغيرة [4].

---

[1] عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، العقد ، العمل الغير مشروع ، الإثراء بلا سبب القانون ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان 1998 ص 858 .

[2] علي فيلالي ، الالتزامات الفعل المستدق للتعويض ، مرجع سابق ، ص 289 .

[3] عبد الرازق السنهوري ، مرجع نفسه ، ص857 .

[4] بلحاج العربي ، مرجع سابق ص 285 .

يترتب الضرر المعنوي عند التعدي على حقوق أو مصالح غير مالية ، فهذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية ليكون في العادة مقترنا بأضرار مادية ، أو يلحق العاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس [1].

تعتبر أضرار أدبية أيضا تلك الأضرار الناتجة عن الاعتداء على الشرف أو السمعة بالسب أو القذف ، لأنها تؤذي الإنسان في شرفه و تحط من كرامته و اعتباره بين الناس أي كل الأضرار التي تصيب الشخص نتيجة الاعتداء على حق ثابت له ، و مثال على ذلك إنتهاك حرمة الملكية كإقتحام منزل أو حانوت مملوك للغير رغم معارضة مالكه يصيبه بضررمعنوي حتى لو لم يترتب على الانتهاك خسارة مالية [2].

الضرر الأدبي هو الذي يصيب الشخص في ناحية غير مالية ، مثال على ذلك : حذف الناشر جزءا من الكتاب فترتب على ذلك ضرر أدبي لحق المؤلف ، أو يصيب المسافر بجرح أحدث له تشويها في جسمه فهذا ضرر أدبي أو معنوي ، و لا جبر للضرر الأدبي عند جمهور الفقهاء [3].

ب. شروط الضرر :

و لكن هناك شروط للضرر حتى يتم التعويض عنه سواء ماديا أو معنويا أي أن يكون ضررا محققا ، مباشرا متوقعا ، و لكي يكون الضرر محققا يجب أن يكون حالا بمعنى وقع فعلا ، كإصابة المسافر بخطأ أمين النقل ، هنا الإصابة تمثل الضرر الواقع فعلا و بالتالي يستحق التعويض [4].

و لكي يكون الضرر مباشرا يجب أن يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه ، و هو يعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، و لذا يسأل المدين في لمسؤولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع ، و لا يسأل عن الضرر المباشر غير المتوقع [5].

---

[1] علي فيلالي ، الالتزامات ،مرجع سابق ص 289 .

[2] محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ص 83 .

[3] رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص 25 .

[4] بلحاج العربي ، مرجع سابق ص 287 .

[5] بلحاج العربي ، مرجع سابق ص 287 -288 .

ج. إثبات الضرر :

يقع عبء إثبات الضرر كركن من أركان المسؤولية على عاتق الدائن لأن الميزة على من ادعى أنه حدث له الضرر [1]. فإذا طالب الدائن بالتنفيذ لعيني فإنه لا يطالب بإثبات الضرر لأن عدم التنفيذ يؤدي إلى ثبوت الضرر حتما ، أما إذا طالب بالتنفيذ بمقابل "التعويض " ففي هذه الحالة عليه أن يقيم الدليل على الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو من تأخيره في القيام بتنفيذه [2].

و يقتصر تطبيق هذه القاعدة على التعويض القضائي الذي يقدره القاضي ، و لا يؤخذ بها في التعويض القانوني و لا في التعويض الاتفاقي المنصوص عليه في العقد ، و هو ما يسمى بالشرط الجزائي [3].

نصت المادة 182 فقرة 1 ق.م.ج على أنه " إذا لم تكن التعويض مقدار في هذا العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره و يشمل التعويض لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به [4].

د. التعويض عن الضرر :

نصت المادة 182 فقرة 2 من ق.م.ج "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لما يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد [5]. يتضح من نص المادة أن الضرر الموجب للتعويض هو الضرر المتوقع و ليس غير المتوقع وقت العقد لا يسأل عنه[6] ، فالضرر المتوقع هو الذي يتوقعه الشخص المعتاد في الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين[7] . و مثال ذلك يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الايجار لعدم التزام المؤجر و انتقال إلى منزل مساوي للمنزل الأول لكن أعلى أجرة ،أو تتلف بعض المفروشات أثناء النقل يكون في المنزل الجديد مرض

[1] خليل أحمد حسن قدادة مرجع سابق ص 152.
[2] بلحاج العربي ، مرجع سابق ص 289 .
[3] بلحاج العربي مرجع سابق ، ص 289.
[4] المادة 182فقره 01 من قانون .م.ج.
[5] المادة 182 فقرة 02 من ق.م.ج.
[6] خليل أحمد حسن قدادة ، مرجع سابق ، ص 153 .
[7] خليل أحمد حسن قدادة ، مرجع سابق ص 154 .

معدي ينقل إليه هذا المرض ، فالفروق في الأجرة هو ضرر مباشر متوقع ، و تلف المفروشات هو ضرر مباشر غير متوقع ،و المرض المعدي هو ضرر مباشر متوقع ، و المؤجر يكون مسئولا عن الضرر المباشر المتوقع فقط [1].

و أن يكون الضرر متوقعا هو أن يكون الضرر الذي يتوقعه الرجل العادي وقت التعاقد ، مثال ذلك ضياع حقيبة من الحقائب المشحونة عن طريق السكك الحديدة ، هنا لا تسأل الشركة إلا عن القيمة المعقولة لحقيبة عادية حتى لو كان بداخلها مجوهرات ثمينة [2].

ثالثا : علاقة السببية بين الخطأ العقدي و الضرر :

هذه العلاقة هي الركن الثالث في المسؤولية العقدية ، فلا يكفي أن يقع خطأ من المدين و أن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية ، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر ، و هذا هو معنى العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر [3].

وتتمثل العلاقة السببية في أنه إذا وقع بالدائن ضرر فسببه هو الخطأ العقدي الذي ارتكبه المدين [4].

1. إثبات العلاقة السببية :

يقع على دائن عبء إثبات علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام و الضرر الذي لحقه ، أما علاقة السببية بين عدم التنفيذ للالتزام و سلوك المدين فهي مفترضة في نظر المشرع على أن الخطأ راجع إلى الضرر ، و إذا ادعى المدين عكس ذالك عليه نفي السببية بين عدم التنفيذ و سلوكه [5].

حيث نصت المادة 176 ق.م ، "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه [1].

---

[1] عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 1997 .

[2] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 288 .

[3] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 290 .

[4] خليل أحمد قدادة ، مرجع سابق ص 154 .

[5] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 290 .

فالمادة 176 ق.م لا تتعلق في الحقيقة إلا بركن الخطأ ، و تفترض أن استحالة التنفيذ رجع إلى سلوك المدين و لاشأن لهما على الإطلاق بعلاقة السببية بين الخطأ و الضرر الذييظل إثباتها خاضعا للمبادئ العامة .

لا يكفي أن يكون هناك خطأ و ضرر ، بل يجب أيضا أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، أي أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ و الضرر و المفروض أن العلاقة السببية ما بين الخطأ و الضرر قائمة ، فهي مفترضة فلا يكلف الدائن إثباتها بل إن المدين هو الذي يكلف ينفي هذه العلاقة ، إذا ادعى أنها غير موجدة فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن و المدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي ، و ذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي أو يرجع إلى خطأ الدائن أو إلى خطأ الغير [2].

مثال أن يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها البضائع الخاصة بالدائن بسرعة أكبر مما يجب و لكن البضائع كانت قابلة للكسر و لم يصفها صاحبها بحيث لا تتكسر حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة فتتكسر البضائع ، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشيء من خطأ المدين ، بل من خطأ الدائن نفسه فيتخلص عامل النقل من المسؤولية بإثبات أن صاحب البضاعة قد أهمل فلم يصف البضاعة بحيث يأمن عليها من الكسر حتى لو كانت السرعة معتادة [3].

2. نفي العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام و سلوك المدين :

لا يستطيع المدين أن يدفع المسؤولية عنه إلا بنفي علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام و سلوكه ، و ذلك بإثبات السبب الأجنبي و يقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن ، و السبب الأجنبي الذي يجعل التنفيذ مستحيلا ، قد يكون قوة قاهرة ، أو حادثا فجائيا أو يكون فعل الدائن أو فعل الغير [4].

---

[1] المادة 176 ، ق.م.ج 58/75 المتضمن القانون المدني .

[2] بكر بن عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص 312 .

[3] بكر عبد اللطيف ، مرجع سابق ص 312 .

[4] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 291.

أ) القوة القاهرة :

القوة القاهرة هي الحدث غير قابل للاقتراب ، غير قابل للمقاومة و الخارج عن إرادة الشخص ، فالسبب الأجنبي في صورة القوة القاهرة يستجيب لثلاث خصائص :

- غير قابل للاقتراب : أي غير متوقع الحدوث .
- غير قابل للمقاومة : أي لا يمكن دفع آثاره .
- خارج عن الإرادة : أي أن يكون الحادث غريبا [1].

بالنسبة للقضاء و الفقهاء لم يفرقوا بين القوة القاهرة و الحدث الفجائي ، أما المشرع الجزائري اعتبرهما مترادفين ، م127 .ق.م ، ويشترط في القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أن يكون أمرا لا يمكن توقعه و لا يمكن دفعه و أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، و أن يكون الأمر غير منسوب للمدين ، و من أمثلة السبب الأجنبي الحرب ، الزلزال ، و الفيضان و المرض و صدور قانون جديد [2].

ب) فعل الدائن :

إذا كان فعل الدائن يجمع بين عدم إمكان توقعه و استحالة دفعه فإنه يعتبر سببا أجنبيا ، كوقوع المسافر لمحاولته ركوب القطار في أثناء سيره ، أو ضياع الرسالة في أثناء نقلها نتيجة لسوء التعبئة ، و هو ما نص عليه القانون الجزائري في المادة 177 ق.م . [3]

إذا كان عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه يرجع إلى خطا المتعاقد المضرور هنا لا توجد مسؤولية على المتعاقد الآخر ويتحمل المضرور الضرر الذي تسبب فيه بخطئه ، فلو تعاقد شخص مع سائق سيارة على توصيله إلى مكان ما ، و عند وصول السيارة و قبل وقوفها أسرع الراكب بفتح الباب و نزل منها و هي

[1] بلخير محمد أيت عودية ، العلاقة السببية في المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ ، الدرس السابع ، جامعة غرداية ، جانفي 2021 ، ص 02 ز

[2] بلحاج العربي / مرجع سابق ص 291 -292 .

[3] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 293 .

مازالت تتحرك فأصيب فلا مسؤولية على السائق ، لأن المضرور و هو الراكب قد أخطأ و خطؤه تسبب في الضرر الذي لحق به .[1]

ت) فعل الغير :

المراد بالغير الشخص الأجنبي عن العقد الذي لا يكون المدين مسئولا عنه و هو يعتبر سببا أجنبيا ، و يترتب عليه نفي العلاقة السببية إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة ، و يترتب على السبب الأجنبي انتفاء مسؤولية المدين على الاخلال بالالتزام الذي رتبه العقد في ذمته ، و لا يكون للدائن أن يطالبه بالتعويض عنه و ذلك ليس لانقطاع علاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، و لكن لانتفاء خطأ المدين [2].

أشارت المادة 172 من ق.م.ج على أنه " في اللالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي و لو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك ، و على كل حال يبقى المدين مسئولا عن غشه أو خطئه الجسيم.[3]

الفرع الثالث : التعويض في المسؤولية العقدية المترتبة عن الغش :

"إن المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به" و هذا ما يتعلق إما بالتنفيذ العيني أو التنفيذ بطرق التعويض ، إلا أنه قد يصيب تنفيذ الالتزام العقدي غش [4].

1. الغش في بذل عناية :

يتعلق بالمحافظة على الشيء أو إدارته أو توخي الحذر و الحيطة في تنفيذه ، و بهذا فإن المدين إذا نفذ التزامه على هذا الأساس أو بهذه الطريقة يكون قد وفى بالتزاماته حتى إذا لم يتحقق الغرض المقصود ، و لكن قرر المشرع أم المدين لا يعفي من المسؤولية إذا اثبت ارتكابه لغش أو خطأ جسيم ، و بذلك ففي هذه الحالة

[1] رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ص 27 .

[2] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 294 .

[3] المادة 172 ، من القانون المدني الجزائري .

[4] المادة 160 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بآثار الالتزام .

يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض من المدين إذا أثبت أنه قد لحقه ضرر بسبب الغش الذي ارتكبه المدين .[1]

إن الغش المتعلق بالالتزام ببذل العناية التي من المفروض أن يبذلها الرجل العادي الذي وجد في الظروف نفسها ، ما لم ينص اقانون أو الاتفاق على غير ذلك .

ففي هذه العناية التي يكون فيها الوفاء بالالتزام يقابلها الاخلال بمبدأ حسن النية و الثقة في المعاملات ، و هذا ما نصت عليه المادة 107 .ق.م يستوجب مسؤولية الغاش عن عدم الوفاء بالتزامه لأن حسن النية هي نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه ، و أن يمتنع عن كل غش يجعل من التنفيذ مستحيلا [2].

2. الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية :

إن شرط الإعفاء من المسئولية هو شرط جائز في المسئولية العقدية دون التقصيرية فهي توصف أنها تتعلق بالنظام العام [3] ، فباعتبار العقد شريعة المتعاقدين فيجوز لهما الاتفاق على وضع هذه الشروط دون أن تخالف النظام العام و الآداب العامة و لكن إذا وجد غش أو خطأ جسيم فمثل هذا الشرط يكون باطلا و هذا وفق المادة 178 ق.م ، فحسب هذه المادة يقع باطلا كل اتفاق على شرط إعفاء المدين من مسؤولية المترتبة عن غشه أو خطئه الجسيم لأن الالتزام بالنزاهة يكون فيه حسن نية ، فاتفاق المتعاقدين يبرر هذا الإعفاء و بطلان هذا الشرط [4].

3. التعويض عن الأضرار المتوقعة و غير المتوقعة :

نصت المادة 182 ق.م في الفقرة الثانية أنه "إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيم إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " ، الأصل في

[1] بن عيسى بنزهدة ، الغش في العقود مذكرة ماجستير ، مرجع سابق ص 88 .

[2] المادة 107 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بآثار العقد .

[3] عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج2 ، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية ، 2015 ص 852 .

[4] المادة 178 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالتنفيذ ، بطريق التعويض .

التعويض عن المسؤولية العقدية يكون فقط بالنسبة للأضرار المتوقعة ، لأن الأطراف يتعاقدان على ما توقعاه من ضرر وقت التعاقد .

يقع على كل من يرتكب غشا أو خطأ جسيما مسؤولية كاملة تشمل التعويض عن الضرر المتوقع و غير المتوقع ، فإن الأثر المترتب في حالة الغش و الخطأ الجسيم يشمل التعويض عن كافة أنواع الضرر متوقعا كان أم غير متوقع و تصبح جميع الأضرار مباشرة [1].

4. التعويض الاتفاقي :

هو التعويض الذي يشترطه العاقدان في العقد و يقدران بنفسيهما عند عدم القيام بتنفيذ الموجب أو عند حصول التأخير في الوفاء ، و هو أيضا اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام لأصلي كجزاء تعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر ، و هو التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدلا من تركه للقاضي [2].

تنص المادة 185 من ق.م "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما ".

نستنتج من هذه المادة أن الدائن لا يستطيع المطالبة بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي إلا إذا أثبت أن المدين لم يحترم النية المنصوص عليها في المادة 107 من ق.م و التي مفادها أن تسود حسن النية في تنفيذ العقود ، فإذا كان حجم الضرر عن قيمة التعويض المتفق عليه و قام الدائن بإثبات غش المدين فيمكن للقاضي الحكم بالزيادة في التعويض حتى و لو كانت قيمة الضرر أكبر من قيمة التعويض المتفق عليه ، و بناءا على هذا فإن أثر القوة الملزمة للعقد يفرض عدم جواز المطالبة بأكثر من التعويض الاتفاقي حتى و لو جاوز الضرر القيمة المتفق عليها في العقد و لكن وجود غش يخرج من هذه القاعدة مما يفرض على المدين أن يطالب بالتعويض على كافة الأضرار و هذا كون الضرر الذي يطالب بالتعويض عنه هو تعويض عن

[1] بن عيسى بن زهرة ،الغش في العقود ، مذكرة ماجستير مرجع سابق ص 20 ز

[2] طارق محمد مطلق أبو ليلى ، التعويض الاتفاقي في القانن المدني ، دراسة مقارنة ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، نابلس ، فلسطين ، 2007 ، ص 08-09 .

الأضرار غير المتوقة وقت التعاقد باعتبار أن رضاء الدائن بمبلغ التعويض لم يدخل في اعتباره غش المدين و ما يترتب عنها من أضرار يتعين التعويض عنها .

المطلب الثاني : الجزاءات المدنية الأخرى في حالة الغش :

يعتبر كل من الإبطال و الفسخ جزاءات مدينة تم إقرارها من طرف المشرع لحماية أطراف العلاقة التعاقدية ، و التي يلعب فيه القضاء دورا رئيسيا في تعقيلها ، و بذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى فسخ العقد "فرع أول " و إلى ابطال العقد "فرع ثاني " .

الفرع الأول : فسخ العقد :

الفسخ نظام قانوني يقوم إلى جوار المسؤولية العقدية و هو يتمثل في الجزاء على عدم تنفيذ أحد العاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته ، و معناه حق كل عاقد في العقد لملزم للجانبين في أن يطلب متى لم يقم العاقد الأخر بتنفيذ التزاماته ، حل الرابطة العقدية و زوال آثاره بأثر رجعي ، فيتخلص من الالتزامات التي فرضتها عليه ، فإذا كان التنفيذ العيني ممكنا و امتنع عنه المدين كان للدائن الخيار بين طلب التنفيذ العيني و طلب الفسخ ، أما إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا لسبب يرجع إلى المدين ، كان للدائن الخيار بين طلب التعويض أي التنفيذ بطريقة التعويض أو طلب الفسخ [1].

نصت المادة 119 من القانون المدني الجزائري على أنه "في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد انذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك [2].

يتبين من خلال هذه المادة أن الفسخ هو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين على تنفيذ التزاماته [3]

[1] بلحاج العربي مرجع سابق ص 301-302 .

[2] المادة 119 من القانون المدني الجزائري .

[3] علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص 429 .

أولا : الفسخ القضائي :

هو حق أقره المشرع للعاقد الدائن في حالة تماطل غريمه المدين ، حتى يتحلل بدوره من تنفيذ التزامه التعاقدي المقابل ، و هو طريق احتياطي أقره المشرع للدائن إلى جانب الطريق الأصلي و هو دعوى التنفيذ ، و في كلتا الحالتين يمكن له طلب التعويض [1]. يقع الفسخ بحكم القضاء ، مادام أن ليس هناك اتفاق في هذا الشأن و يجب على الدائن حتى يطلب الفسخ أن يغير المدين مطالبا إياه بالتنفيذ ، غير أنه لا ضرورة للاعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن ، أو غير مجد بفعل المدين [2].

يجب على الدائن بعد الاعذار ، أن يرفع طلب الفسخ إلى القضاء في صورة دعوى ، لأن فسخ لا يتقرر إلا بحكم القضاء ، و حكم القاضي يعتبر منشئا للفسخ لا كاشفا عنه ، و ذلك بخلاف الفسخ الاتفاقي أو الانفساخ ، و للدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ أن يعدل قبل الحكم به إلى طلب التنفيذ عينيا أو بمقابل ، كما أن له إذا كان قد رفع دعوى طلب التنفيذ أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ و للمدين قبل الحكم بالفسخ أن ينفذ التزامه ، و لا يبقى حينئذ إلا أمر التعويض عن التأخير إن كان له موجب [3].

1. أن يكون العقد ملزم للجانبين :

من هذا الشرط يبين أن هناك عقد ملزم لجانب واحد ، فالعقد الملزم للجانبين هو ذلك التصرف الذي ينشئ في ذمة طرفيه التزامات متقابلة بحيث يكون كل منهما مدينا و دائنا للأخر في نفس الوقت ، و من قبيل ذلك عقد البيع فهو ينشئ التزام على البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري و تسليمه له و ينشئ في نفسه الوقت التزاما على عاتق المشتري بدفع الثمن ، وأيضا عقد الايجار الذي ينشئ التزام على عاتق المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين الموجزة في مقابل التزام المستأجر بدفع القيمة الإيجارية .

و أما العقد الملزم بجانب واحد فهو لا ينشئ التزامات إلا في ذمة أحد طرفيه ، و يكون الطرف الأخر غير ملزم بشيء في مواجهة الطرف الأخر ، أي أن أحدهما مدينا غير دائن و الثاني دائنا غير مدين ، و مثال

[1] عبد الخالق الحجوجي ، أنواع الفسخ و أثاره ، المدونة القانونية الشاملة ، 11 ديسمبر 2020 .
[2] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 310 .
[3] المرجع نفسه ، ص 311 .

ذلك الرهن الرسمي ، و الوديعة غير المأجورة و التي يلتزم فيها المودع لديه نحو المودع بأن يسلم الشيء المودع عنده و أن يتولى حفظه و رده عينا دون أن يلتزم المودع بشيء قبل المودع عنده .

وتعريفا على ما تقدم فإن العقود الملزمة للجانبين هي التي يرد عليها الفسخ و الفسخ إنما هو صورة من صور المسؤولية العقدية ، و يتمثل في انحلال الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد [1].

في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد إنذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك [2] يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عن عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها ، و بدون الحاجة إلى حكم قضائي [3].

في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد بحكم القانون[4] .

في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء عجز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به [5].

العقود التي يرد عليها نظام الفسخ هي العقود الملزمة للجانبين ، سواء على أساس فكرة السبب ، أم على فكرة العدل أو الترابط بين الالتزامات و يكون تقدير السبب وقت تكوين العقد ، و ليس وقت تنفيذه [6].

العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه ، القضائي و الاتفاقي و القانون ، أن يكون العقد ملزما للجانبين هو شرط عام في جميع أنواع الفسخ سواء كان الفسخ بحكم القاضي ، أو

---

[1] محمد محمود المصري و محمد أحمد عايدين ، الفسخ و الانفساخ و التفاسخ في ضوء القضاء و الفقه ، المكتبة القانونية ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية 1997 ، ص 16 .

[2] المادة 119 من القانون المدني الجزائري .

[3] المادة 120 من القانون المدني الجزائري .

[4] المادة 121 من القانون المدني الجزائري .

[5] المادة 123 من القانون المدني الجزائري .

[6] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 306 .

بحكم الانفاق أو بحكم القانون ، ذلك أن الفسخ بأنواعه الثلاثة مبني على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قدمنا ، و ليس يوجد إلا للعقود الملزمة للجانبين التي ينشأ عنها الالتزامات متقابلة ، فهي وحدها التي تتوافد فيها حكمة الفسخ ، فباعتبار العقد مقسم إلى عقد ملزم للجانبين و عقد ملزم لجانب واحد .

فهناك بعض العقود التي تعتبر عقودا ملزمة لجانب واحد في عهد القانون المدني القديم ، كالعارية و القرض و رهن الحيازة ، يرد عليها الفسخ ، و منهم من يقره و لكن يسميه إسقاطا لا فسخا ، و منهم من يقره على أنه فسخ و يذهب إلى أن حق الفسخ يكون في العقود الملزمة لجانب واحد ، و عندنا أن الفسخ جائز في هذه العقود لأنها عقود ملزمة للجانبين حتى في عهد القانون المدني القديم [1].

أما العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة و الكفالة إذا كانت بغير أجر و الهبة بغير عوض ، فلا يتصور فيها الفسخ ، لأنه لا يحقق أية مصلحة [2]. فإن طرفا واحدا هو الملتزم ، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الأخر أية مصلحة في طلب الفسخ إذ ليس في ذمته أي التزام يتحلل منه بالفسخ بل مصلحته هي في أن يطالب تنفيذ العقد ، و كل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ ، وإذا كانت العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ من جهة أخرى يرد عليها جميعا [3].

فالفسخ يرد على جميع العقود التبادلية باستثناء عقد الإيراد المرتب لمدى الحياة و يتسع لجميع هذه العقود [4]، فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه و ليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العيني [5].

---

[1] عبد الرازاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، ط2 ، بتنقيح د. مصطفى الفقي ، دار النهضة العربية 1994 ، ج1 ، الصفحة 955 .

[2] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 306 .

[3] عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ص 955 .

[4] بلحاج العربي ، مرجع سابق ص 306

[5] عبد الرازق السنهوري ، مرجع سابق ص 955 .

2. أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه :

يجب لإمكان طالب الفسخ أن يتخلف أحد المتعاقدين من الوفاء بالتزامه بأن يكون عدم التنفيذ العيني راجعا إلى فعل المدين و أن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلا بفعل المدين ، كما لو أتلف البائع شيء المبيع مثلا أو لا يزال التنفيذ العيني ممكنا و لكن المدين لم يقم بالتنفيذ ، كما لو امتنع أمين النقل عن تنفيذ التزامه بنقل بضاعة الدائن مثلا ، ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد . أو المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية ، كما يجوز له المطالبة بتنفيذ الالتزام طالما بقي ممكنا [1].

إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي أو قوة قاهرة كالفيضان أو الزلزال أو الحرب مثلا ، فإن التزام المدين ينقضي ، و من ثم ينقضي الالتزام المقابل له و ينفسخ العقد بحكم القانون [2].

و لهذا فإنه يكون غير متصور إذا لم يقم المدعي عليه بخطأ و يكون المدعي عليه مخطئا إذا لم ينفذ التزامه بسبب راجع إلى خطئه هو يكون كذلك إذا امتنع عن التنفيذ رغم قدرته عليه ، أو إذا كانت هناك أفعال منسوبة إليه هي التي أدت إلى عدم إمكان التنفيذ ، أما لو رجع عدم التنفيذ إلى سبب أجنبي ، لا بد للمدين فيه ، فإن أمر هذا الفسخ لا يثور فينتفي الالتزام باستحالة تنفيذه ، و ينفسخ العقد من تلقاء نفسه[3].

و تفريعا على ذلك فيجب أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى فعل المدين ذاته ، و من ثم فإنه لا يجوز للدائن طلب الفسخ إذا كان هو المتسبب في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ، كما لو رفض قبول الوفاء المعروض عليه .

3. أن يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه :

يجب أن يكن المتعاقد الذي يطلب الفسخ قد نفذ التزاماته أو على الأقل مستعدا لتنفيذه ، و قادرا على إعادة الحال إلى ما كان عليه و إلا فلا يكون من العدل أن يطلب الفسخ في الوقت الذي أخل فيه بالتزامه ، ز كذلك يشترط في طالب الفسخ أن يكون قادرا على إعادة الحالة التي ما كانت عليه قبل التعاقد لأن

[1] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 307.

[2] محمد محمود المصري و محمد أحمد عابدين ، مرجع سابق ص 21 .

[3] بلحاج العربي ، مرجع سابق ص 308 .

الفسخ يترتب عليه اعتبار العقد كأن لم يكن ، و بالتالي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد [1].

و للحكم بالفسخ لا بد أن يكون الدائن الذي يطالب بذلك قادرا على رد ما أخذه ، فإذا كان قد تسلم شيئا بمقتضى العقد و باعه لآخر فالتزامه بالضمان يحرمه من المطالبة بالفسخ . إذ أنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه لأن في ذلك إخلال بالضمان . [2]

ثانيا : الفسخ الإتفاقي : في الفسخ الاتفاقي يتفق سلفا على الفسخ إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه ، على أن الفسخ الاتفاقي ليس على درجة أو مرتبة واحدة فقد يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو يتفقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار ، أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار [3].

و بناء على هذا يكون الفسخ الاتفاقي بإحدى الصيغ الآتية :

1. الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا .
2. الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه .
3. الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير الحاجة إلى حكم .
4. الاتفاق ، على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى حكم أو إنذار ، أو بغير حاجة إلى إعذار

فالصيغة الأولى فهي ترديد للقاعدة العامة في الفسخ فلا بد من الإنذار و رفع الدعوى و تطبيق خيارات الأطراف و سلطة القاضي .

أما الصيغة الثانية فتستلزم الإنذار و رفع الدعوى و لكنها تسلب القاضي سلطته التقديرية فيجب عليه أن يحكم بالفسخ .

---

[1] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 308 .

[2] محمد محمود المصري ، و محمد أحمد عابدين ، مرجع سابق ، ص 25 .

[3] محمد محود المصري ، و محمد أحمج عابدين ، مرجع سابق ، ص 49 .

أما الصيغة الثالثة : فهي كالصيغة الثانية ، و إن كان الحكم القاضي مقررا للفسخ و ليس منشئا له .

و أخيرا فإن الصيغة الرابعة تجعل العقد مفسوخا بمجرد عدم تنفيذ الالتزام في الأجل المحدد و يقتصر دور القاضي في هذه الحالة أيضا على التحقق من نفاذ البند إذا نازع المين فيه ، و يكون حكمه مقررا للفسخ و ليس منشئا له [1].

الفرع الثاني : الإبطال

أولا : تعريف الإبطال : الإبطال هو الجزاء الذي يرتبه المشرع إما على الإخلال بشرط من شروط صحة العقد كوجود عيب من عيوب الرضى ، أو بموجب نص قانوني يمنح حق الإبطال للمتعاقدين ، و يقصد به أيضا أن العقد صحيح ، غير أنه مهدد بالزوال إذا طلب أحد طرفيه الذي قرر القانون له حق الإبطال ، إبطال العقد [2]

و من التعريف أعلاه نستنتج أن الابطال حالات معينة قررها القانون و تتمثل في :

ثانيا : حالات الإبطال :

أ) نقص الأهلية :

أجاز القانون لناقص الأهلية طلب إبطال العقد ، و ناقص الأهلية هو الصبي المميز ، وفقا للقانون المدني الجزائري هو من بلغ 16 سنة و يقل على 19 سنة و هو سن الرشد ، و يكون نقص الأهلية ليس فقط في سن التمييز يمكن أن يكون نقص الأهلية لعاهة عقلية [3].

و الأهلية هي شرط لصحة التراضي و سلامة الإرادة من العيوب ، و التي تؤدي إلى إبطال العقد ، فقاعدة الإبطال في حالة نقص الأهلية لا يرد إلى العاقد الأخر إلا مقدار ما عاد عليه هو من منفعة [4].

[1] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 312-313 .

[2] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 172 .

[3] علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موقع النشر و التوزيع ، الجزائر 2005 ، ص 457 .

[4] المادة 103 ، فقرة 02 ، من القانون المدني الجزائري .

ب) إذا كانت إرادة المتعاقد مشوبة بعيب من عيوب الرضا :

إذا شاب رضا أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة التي نص عليها القانون المدني الجزائري و هي : الغلط و التدليس ، الإكراه ، الاستغلال ، تجعل الرضا فاسدا أي قابلا للإبطال بسبب هذا العيب [1]

و يتضح مما سبق ذكره أن الإبطال يكون في الحالات التي يوجد فيها الرضا و لكنه يكون مختلا و أيضا إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الرضا أو أن أحد طرفي العقد ناقص الأهلية .

و توجد حالات خاصة بالإبطال تتمثل في :

نصت المادة 410 من ق.م.ج "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار و لو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص قانونية أخرى " و معنى هذا أن العقد قابل للإبطال في حالة بيع النائب لنفسه [2].

و في حالة أخرى نصت المادة 411 من ق.م.ج على أنه "لا يجوز للسماسرة و لا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار ".

و من حالات الإبطال أيضا بيع ملك الغير و الإبطال هنا مقرر لصالح المشتري فتنص المادة 397 من ق.م.ج على أنه "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه "[3]

جواز المحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها بمقتضى أحكام المادة 102 من ق.م.ج يمكن للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان العقد أو معنى ذلك أن يجوز للقضاة أن يقضوا ببطلان العقد[4].

[1] محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ص 243 .

[2] المادة 410 من القانون المدني الجزائري .

[3] المادة 397 ، الفقرة 01 ، من القانون المدني الجزائري .

[4] المادة 102 الفقرة 01 ، من القانون المدني الجزائري .

ثالثا : من له الحق في التمسك بالإبطال :

فيما يتعلق بالعقد الباطل فإنه يكون للعاقد وحده الذي شرع الإبطال لمصلحة ، و هو وحده الذي يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد في حالتي نقص في الأهلية أو عيب في الرضى[1] .

و اعتمادا على ما نصت عليه المادة 99 من القانون المدني الجزائري التي تنص على حق التمسك بإبطال العقد و الذي يكون لمصلحة المتعاقد الذي تقرر له الإبطال دون المتعاقد الأخر [2].

و لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها ، بل لا بد من أن يتمسك بذلك صاحب المصلحة أو خلفه العام لأن الإبطال مقرر لشخص معين و ليس للغير ، و لا يحكم طبيعة الأشياء أو المخالفة النظام العام أو الآداب العامة [3].

كما أنه يمكن لمن يتوب عنه نيابة قانونية أو لورثته أو للخلف الخاص كما ذكرنا سابقا أو لدائنيه أن يتمسك بهذا الحق لكن بشرط أن يكون هذا التمسك باسم مدينهم و ذلك عن طريق رفع دعوى غير المباشرة [4].

رابعا : سقوط الحق في التمسك بالإبطال : الحق يسقط في إبطاله بالإجازة و التقادم .

أ. الإجازة :

معناها نزول المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد ، و هي تصحيح العقد برفع العيب الذي يحقه ، أي بهدف إزالة الزعزعة عن العقد و تأييد استمرار صحته فبالإجازة يستقر هذا الوجود القانوني نهائيا بعد أن كان مهددا بالزوال [5].

---

[1] بلحاج العربي ، مرجع سابق ص 187 .

[2] المادة 99 من القانون المدني الجزائري .

[3] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 187 .

[4] مجيرة تومي و سامية بويزري ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية ، المجلد الخامس ، العدد الأول في 2021/03/14 ، ص 251 .

[5] الحاج العربي / مرجع سابق ، ص 197 .

و الإجازة نوعان إما أن تكون صريحة أو ضمنية و هذا ما نصت عليه المادة 100 ق.م.ج على أنه "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمينة و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير [1].

ب. التقادم :

هو جزاء تهاون الشخص الذي امتنع مدة من الزمن عن التمسك بحقه ، نصت المادة 101 من القانون المدني الجزائري على أنه "يسقط الحق بإبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 05 سنوات "، و نصت الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه يبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب و في حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه ، و في حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشرة سنوات من وقت تمام العقد [2].

و عليه فإن الحق في إبطال العقد يسقط بالتقادم حتى إذا مضت المدة القانونية المقررة فلا يجوز بعد ذلك إبطاله لا من طريق الدعوى و لا من طريق الدفع ، و بذلك يستقر نهائيا بعد أن كان مهددا بالزوال [3].

و منه نستنتج أن مدة تقادم دعوى الإبطال بحسب الأحوال و التي تكون كالآتي : حدد المشرع مدة التقادم بالنسبة للحق في إبطال العقد بخمس سنوات من يوم :

- اكتشاف الغلط أو التدليس بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في غلط أو المدلس عليه .
- انقطاع الإكراه .
- زوال نقص الأهلية بالنسبة للتعاقد ناقص الأهلية .

و لقد قيد المشرع هذا الأجل بشرط ثاني و هو عدم تجاوز مدة 10 سنوات من يوم إبرام العقد .

[1] المادة 100 من القانون المدني الجزائري.

[2] المادة 101 من القانون المدني الجزائري .

[3] بلحاج العربي ، مرجع سابق ص 184 .

خاتمة

خاتمة :

لقد اصبح واضحا من خلال هذه الدراسة أن الغش عمل عمدي الهدف منه تحقيق مصلحة غير مشروعة و وسائل احتيالية ، كما أن تطبيقاته متعددة و تتضمن عنصرا يتمثل في نية الإضرار بالغير ، و ما جاءت به الشريعة الإسلامية التي حاربت الغش في المعاملات التي اعتبرت الكذب أو مجرد الكتمان هو من طرق الغش و أن واجب الصراحة و النصيحة أساس تقوم عليه المعاملات في الشريعة الإسلامية .

و أيضا الفقه القانوني و الإسلامي يتفقان على أن الغش ينافي قواعد الصدق و الأمانة التي هي من مظاهر حسن النية في المعاملات ، بمعنى إضافة طابع أخلاقي عى المعاملات عن طريق النزاهة و التعاون بين أطراف العقد .

إن التطبيقات التي عرضناها هي صورة من الغش و لكن الغش أعم و أشمل لأنه قد يقع فأي مرحلة من المراحل التي يمر بها العقد ، فقد يقع في مرحلة التنفيذ العقد كما قد يقع في مرحلة تكوينه .

كما حاولنا من خلال هذه الدراسة بعد تعريفنا للغش و استخلاص تطبيقاته من بعض المواد الموجودة في القانون المدني و الكتب و غيرها من المراجع التي تتحدث عن الغش وضع تعريف كامل و شامل للغش بالرغم من أن البحث في هذه المسألة تتطلب تفاصيل أكثر و دراسة معمقة نتيجة تداخل مفهوم الغش مع أنظمة قانونية أخرى كالتدليس و الاستقلال و الغلط .

إن المشرع الجزائري قام أمام ظاهرة الغش بتوفير الحماية لضحية الغش و هذا من خلال الجزاء الذي وضعه في الكثير من المواد ، و منها الإبطال و الفسخ ، و ذلك نتيجة لعناصر الغش التي يستعملها الطرف الغاش و المتمثلة في عنصرين الأول مادي و الذي يتمثل في طرق احتيالية و الثاني معنوي قصده نية التضليل .

و ارتأينا من خلال دراستنا للخداع أن هذا الأخير يدخل في طرق الغش باعتباره عيب من عيوب الرضى و ما ينتج عنه من انحلال للرابطة العقدية لما يحتويه من تضليل و طرق احتيالية قصد الإضرار بالطرق الآخر .

فكما ذكرنا سابقا بأن الغش قد يكون في مرحلة تنفيذ العقد كما قد يكون في مرحلة تكوينه ، فقد ذكرنا مرحلة التفاوض و ما تحتويه من خصائص التي بدورها يصل الطرفين المتفاوضين إلى اتفاق على جميع المسائل المتعلقة بالعقد .

وكما جاء في دراستنا حول الالتزامات التي تقع على عاتق المتدخل من إلتزام بالإعلام و غيرها من الالتزامات التي تقع على عاتق المتدخل من التزام بالإعلام و غيرها من الالتزامات التي تدخل في نطاق المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بها . نص القانون المدني على التعويض الذي لا يقتصر على المسؤولية التقصيرية فحسب بل يمتد إلى المسؤولية العقدية و ذلك في حالتي الغش و الخطأ الجسيم و التي يتعدى فيها التعويض الأضرار المتوقعة ليشمل الأضرار الغير متوقعة .

كما تدخل المشرع أيضا بالزيادة في التعويض ألاتفاقي إذا اقترن الأمر بالغش أو الخطأ الجسيم و هذا عندما يتجاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه و يكون قد ارتكب غشا .

و قد توصلنا من خلال ما سبق عرضه إلى :

- الغش عمل عمدي الهدف منه تحقيق مصلحة غير مشروعة باستعمال طرق و وسائل احتيالية .
- الغش ينافي قواعد الصدق و الأمانة التي هي مظهر من مظاهر حسن النية في المعاملات .
- قد يقع الغش في أي مرحلة من مراحل العقد ، أي قد يقع في مرحلة تنفيذ العقد كما قد يقع في مرحلة تكوينه .
- يعتبر الخداع وسيلة أو طريقة من طرق الغش و يؤدي إلى انحلال الرابطة العقدية .
- التفاوض الذي بدوره يصل الطرفين المتفاوضين إلى اتفاق على جميع المسائل المتعلقة بالعقد .
- تقع على عاتق المتدخل مجموعة من الالتزامات ذكرنا منها الالتزام بالإعلام و الالتزام بالسرية ، فهذا الأخير يعتبر من الالتزامات التي تؤدي إلى نجاح الرابطة العقدية لما فيها من معاملات و اتفاقات التي يجب أن تبقى سرية بين طرف العقد ، و التي هي صورة النزاهة و حسن النية في التعامل .
- في حالة الغش و الخطأ الجسيم يتعدى التعويض الأضرار المتوقعة ليشمل أيضا الأضرار الغير متوقعة .
- المشرع الجزائري في حالة الغش بتوفير الحماية لضحية الغش ، و بذلك قام بوضع جزاء يترتب على هذه العملية ، و التي تتمثل في الإبطال و الفسخ ,

إن نظرية الغش لا تزال رغم محاولات العديد من الفقهاء في حاجة إلى دراسات معمقة ، و لعل هذه الدراسات ساهمت في إبراز فكرة الغش ، و من هذا يمكن تدارك مجموعة من الاقتراحات و التي تتمثل في :

- وضع نص قانوني لعدم مشروعية الغش يشمل جميع صوره نظرا لعدم مشروعيته .
- الاتخاذ بمبدأ الغش يفسد العقود لكي يصبح ركنا من أركان النظام القانوني.
- إعادة النظر في أحكام الصورية التي يعتبرها المشرع نظاما قانونيا صحيحا رغم أن الهدف من اللجوء إلى إبرام عقود صورية هو إنشاء مظهر خادع مختلف عن الحقيقة فجوهر الصورية هو الكذب لإخفاء ما تم الاتفاق عليه بطريقة ملتوية غير حقيقتها .

و في الأخير إن بناء نظرية الغش ساعد على استخراج مقومات الغش بمفهومه إلا من خلال تحديد العناصر التي يقوم عليها و الجزاء المناسب لقمعه .

قائمة المصادر والمراجع

- **القرآن الكريم**

أولا : قائمة المصادر :

أ– الأوامر والقوانين والمراسيم :

1. الأمر رقم 66 ، 156 المؤرخ في 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .
2. الأمر 58/75 ، المتضمن ق.م.ج أشرفي ج.ر.ج.ج المؤرخ في 1975 ، ع78 المعدل بالأمر 05/07 المؤرخ في 2007 .
3. الامر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل و المتمم
4. ق.م.ج 58/75 المتضمن القانون المدني .
5. الأمر رقم 75 -47 المؤرخ في 17 يونيو 1975 و المادة 430 من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
6. الأمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بقانون التأمين .
7. القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 ، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، المعدل و المتمم .
8. المرسوم التنفيذي رقم 13 – 378 المؤرخ في 5 محرم عام 1435 الموافق ل 09 نوفمبر سنة 2013 ، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك .
9. المرسوم التنفيذي رقم 13 -378 ، المؤرخ في 5 محرم عام 1435 الموافق ل 09 نوفمبر سنة 2013 ، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك .
10. القانون رقم 09-03 المعدل بقانون رقم 18-09 المتعلق بحماية المستعهلك و قمع الغش .
11. قانون رقم 03.09 المعدل بقانون رقم رقم 18-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش .

ثانيا : قائمة المراجع :

1- الكتب :

1. أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، ج13 ، دار صادر 1984 ص 3259.
2. أحمد محمد عبد الخالق ، معجم الألفاظ الشخصية ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، 2000.
3. أنور العمروسي ، د الصورية ورقة الضد في القانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية أمام كلية الحقوق ، الاسكندرية ، مصر ، 1997 .
4. أو العلا علي أبو العلا النمر ، المشكلات العلمية و القانونية في التجارة الالكترونية ط1 ، دار النهضة العربية القاهرة 2004.
5. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في ق.م الجزائري ، الجزء الأول التطرف القانوني العقد و الإرادات المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية .

6. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في ق.م.ج الجزء الأول ، التصرف القانوني ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر .

7. بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني و إحداث اجتهادات المحكمة العليا ، دراسة مقارنة طبعة جديد ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2017.

8. الجريدي جمال زكي اسماعيل ، المسئولية المدنية الناشئة عن سلع المقلدة عبر الانترنت ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و الفقه القانوني ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية 2011 .

9. خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح ق.م.ج الجزء الأول ، مصادر الالتزام طبعة 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية 2005 .

10. خليل جريح ، النظرية العامة للموجبات ، صادر ط3 ، 1971 ، ج2 .

11. رضا متولي وهدان ، الخداع الإعلاني و أثره في معيار التدليس ، دراسة مقارنة في القانون المدني و قانون حماية المستهلك و الفقه الإسلامي دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع .

12. رضا متولي وهدان ، الوجيز في المسؤولية المدنية (الضمان) دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى 2011 ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع . .

13. سليمان مرقس ، المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، دار النشر للجامعة العربية – القاهرة 1971 .

14. عبد الحكيم فوده ، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية و التقصيرية ، فيضوء الفقه و أحكام محكمة النقص : دار المطبوعات الجامعية الالسكندرية 1998.

15. عبد الرازاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، ط2 ، بتنقيح د. مصطفى الفقي ، دار النهضة العربية 1994 ، ج1 .

16. عبد الرازق أحمد السنهوري ، نظرية العقد نظرية العامة للالتزامات ، شرح القانون المدني ج1 ، طبعة 2 الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت –لبنان ، 1997 .

17. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، العقد ، العمل الغير مشروع ، الإثراء بلا سبب القانون ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان 1998 .

18. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 1997 .

19. عبد الرازق السنهوري ، نظرية العقد ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، منشورات الحلبي القوقية ، بيروت ، 1997 الجزء 1 طبعة 2 ، سنة 1997.

20. عبد الرازق السنهوري ، نظرية العقد الجزء 2 ، الطبعة الثانية الجديد ، منشورات الحلبي الحوقية بيروت – لبنان – 1997 .

21. عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج2 ، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية ، 2015.

22. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجيد ج1 ، مصادر الالتزام ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2015

23. عبد الله ناصر السلمي ، الغش و أثره في العقود ج1 كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع المملكة العربية السعودية ، ط1 ، 2012

24. عبد المجيد حكيم د. عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1 وزارة التعليم العالي و البحث العلمي 1986.

25. عدنان إبراهيم السرعان ، شرح القانوني المدني ، المسماة دار الثقافة عمان 1996 ، ط1 ، ص 34 و ص 60 .

26. عصام أحمد البهيجي ، الالتزام بالشفافية و الإفصاح في عقود الاستثمار و الاستهلاك و العلاج الطبي ، دار الكتب و الوثائق القمية المكتب الجامعي ، سنة 2013 .

27. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني ج07 ، دار التراث العربي بيروت ، ط2 ، سنة 1982 .

28. علي أحمد صالح ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، "دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2012 .

29. علي فيلالي : الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، مونم للنشر 2013 ، هامش 1 .

30. علي فيلالي ، الالتزامات ، العقل المستحق للتعويض ، الطبعة الثانية ، موقع الجزائر 2010 .

31. علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موقع النشر و التوزيع ، الجزائر 2005

32. م . العوجي العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط5 ، 2011 ، ج1.

33. م العوجي ، العقد منشورات الحلبي الحقوقية ط5 ، 2011 ، ج1 .

34. محمد بودالي ، شرح جرائم الغش في بيع السلع و التدليس في المواد الغذائية و الطبية ، دار الفجر للنشر و التوزيع ، ط1 ، الجزائر 2005 .

35. محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الهدى الجزائر 2011.

36. محمد محمد محمد السروي ، الغش في المعاملات المدنية ، دار الفكر و القانون ، 2008 .

37. محمد محمود المصري و محمد أحمد عايدين ، الفسخ و الانفساخ و التفاسخ في ضوء القضاء و الفقه ، المكتبة القانونية ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية 1997 .

38. محمود صبري السعيدي ، أحكام الالتزام دار الهدى الجزائر الجزائر 2010 .

39. محمود عبد الرحيم ، سبب الحيل في القانون المدني ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديد للنشر الاسكندرية ، 1999 .

40. نادية فضيل ، الغش نحو القانون ، ط2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 .

41. نور العمروسي ، الصورية ورقة الضم في القانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية ، أمام كلية الحقوق ت 22739 ، اسكندرية ، سنة 1997.

42. هلدير أسعد أحمد ، نظرية الغش في العقد ، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني دار الثقافة للنشر و التوزيع 2012 .

المقالات العلمية :

1. بو ظبالة معمر ، الدعي الشويري ، التفاوض التعاقدي ، إطار القانوني و أثره في الالتزام ، مجلة كلية الدراسات الاسلامية و العربية للبنان ، منصور السعودية ، العدد الرابع ، الجزء الأول ، 2019 .

2. د. فريد صحراوي الصورية و أثرها في القانون المدني الجزائري د. مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية ، المركز الجامعي لتمنراست الجزائر ، 2016 .

3. عبد الرزاق عبد الله، ما هية الاستغلال المبطل للعقد، مجلة أرقام، 2009، منشورة على الموقع: www.argaam.com اطلع عليه في: 2023/04/04

4. لعجال مداني ، مبدأ حسن النية و جزاء الإخلال به في القانون المدني الجزائري ، مجلة الفكر القانوني و السياسي المجلد السادس ، العدد الثاني ، 2022/11/02 ، جامعة عمار ثليجي ، الأغواط .

5. مجلة المختبر القانوني ، WWW.LABODROIT.COM

6. مجيرة تومي و سامية بويزري ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية ، المجلد الخامس ، العدد الأول في 2021/03/14 .

2- الرسائل الجامعية :

أ- أطروحات الدكتوراه :

1. بو طبالة معمر ، أحكام التفاوض في العقود المدينة ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث تخصص عقود المدينة و تجارية ، جامعة ابن خلدون تيارت ، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق ، سنة 2021 .

2. بوطبالة معمر ، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون عام جامعة الأخوة منتوري ، قسنطينة ، كلية حقوق ، سنة 2017 .

3. تماني جميلة ، الغش في العقود ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص جامعة بالجزائر 1 ، كلية الحقوق سنة 2019 .

4. جيلالي الطالب ، أحكام التفاوض في العقود المدنية أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ، الطور الثالث تخصص عقود مدنية و تجارية ، سنة 2012 .

5. جيلالي محمد ، أحكام التفاوض في العقود المدنية أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث تخصص عقود مدنية و تجارية ، جامعة ابن خلدون تيارت ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، سنة 2021 .

6. ذهبية حامق ، الالتزام بالإعلام في العقود ،دكتورا الجزائر 2009 .

7. يلاوي عبد القادر ، الاطار القانوني المسئولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ل.م.د ، في الحقوق تخصص القانون الخاص المعمق ، جامعة أحمد زبانة أدرار سنة 2022 .

ب- رسائل الماجستير :

1. بن عيسى زهرة ، الغش في العقود مذكرة لنيل شهادة الماجيستير فرع العقود و المسئولية ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق سنة 2017 .

2. خديجة بو طبل ، الحماية القانونية للمستهلك في مجال المنتوجات المستوردة ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق جامعة يوسف بن خدة الجزائر ، 2010 .

3. مترجي رامي زكريا رمزي ، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الفلسطيني ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون عام كلية الشريعة و القانون ، الجامعة الإسلامية ، غزة 2017 .

4. مصطفى بوديسة و حامق ذهبية ، حماية المستهلك في قانون المنافسة ، مذكرة ماجستير – كلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر 1 ، 2015 .

5. مولاي زكرياء ، حماية المستهلك في الغش التجاري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون حماية المستهلك و المنافسة لكلية الحقوق ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر 1 ، 2016 .

المواقع الإلكترونية :

1. الموقع الالكتروني MYLEGALPATH.COM اللبناني ، إنشاء من طرف رامي زكريات .

المراجع باللغة الأجنبية :

i. Henri Deboi , La fraude a la loi et la juris prudence française, Thése de doctorat, Paris Librairée Dolloz 1927
ii. Bruado Dictionnaire de droit privé , www.
iii. DictionaireJurid.com/définition/fraude.
iv. Acte de maurise foi tromperie, acte accomli dans le dessein de préjudicier a des droits que l'on doit respecter G.cornu vocabulsires Juridique, Point Delta, Liban , 2011
v. Jean carbonnier Droit civil ? les obligations , P.V.F , paris , France , T04 , 212 éd , 1998

فهرس المحتويات

مقدمة : .....

الفصل الأول

الاطار المفاهيمي للغش في العقود

المبحث الأول : ماهية الغش : .....

المطلب الأول : تعريف الغش : .....

الفرع الأول : الغش في إبرام العقود : .....

الفرع الثاني : تمييز الغش عن باقي الأنظمة : .....

المطلب الثاني : عناصر الغش في العقد .....

الفرع الأول : عنصر مادي "الطرق الاحتيالية " .....

الفرع الثاني : العنصر المعنوي : نية التضليل : .....

المبحث الثاني : تطبيقات الغش في العقود . .....

المطلب الأول : الصورية في العقد : .....

الفرع الأول : تعريف الصورية .....

الفرع الثاني : أثار الصورية على المتعاقدين .....

المطلب الثاني : تطبيقات الخداع في العقد : .....

الفرع الأول : مفهوم الخداع كعيب في الرضا .....

الفرع الثاني : التضليل في العقد . .....

الفرع الثالث : الخداع في العقد الالكتروني .....

الفصل الثاني

الغش في مرحلة إبرام و تنفيذ العقد و أثاره

المبحث الأول : الغش في مرحلة ابرام و تنفيذ العقد . .....

المطلب الأول : التعريف بعملية التفاوض .....

الفرع الأول : ماهية عملية التفاوض : .....

الفرع الثاني : خصائص عملية التفاوض . .....

المطلب الثاني : التزامات المدين في مرحلة المفاوضات العقدية . .....

الفرع الأول : الالتزام بالإعلام : .....

الفرع الثاني : الالتزام بالسرية في عملية التفاوض . .....

المبحث الثاني : آثار الغش في العقد "غش في تنفيذ العقد " .....

المطلب الأول : المسئولية العقدية : .....

الفرع الأول : تعريف المسئولية العقدية و أسبابها : .....

الفرع الثاني : أركان المسئولية العقدية : .....

الفرع الثالث : التعويض في المسؤولية العقدية المترتبة عن الغش : .....

المطلب الثاني : الجزاءات المدنية الأخرى في حالة الغش : .....

الفرع الثاني : الإبطال .....

خاتمة .....

قائمة المصادر والمراجع .....

فهرس المحتويات .....