تأثير الغش على أحكام المسؤولية العقدية

The effect of fraud on contractual liability provisions

خليفي مريم

جامعة طاهري محمد بشار ، (الجزائر) khelifi.meriem@univ-bechar.dz

تاريخ الاستلام: 2021/08/01 تاريخ القبول: 2022/02/23 تاريخ النشر: 2022/04/27

ملخص:

إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين بتنفيذها بحسن نية، ونظرا لارتباطه بالواقع العملي أصبح الغش في إطار العقود يهدد استقرار العقد ونزاهة المعاملات المدنية، وقد أولى المشرع الجزائري أهمية خاصة لحماية الدائن من تصرفات المدين، حيث رتب مسؤولية هذا الأخير عند عدوله عن تنفيذ التزامه التعاقدي والأصل أن المسؤولية تقع في جانب المدين مهما كانت درجة الخطأ العقدي الذي ارتكبه، لكن من المتصور في إطار العلاقة العقدية أن يقترن الخطأ العقدي بغش المدين. وعن تأثير الغش على أحكام المسؤولية العقدية فهو جوهر هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: غـــش، حـــسن النية، مسؤولية عقدية، شرط جزائي، سوء النية.

Abstract

Legally established contracts require contractors to execute them in good faith, Because of their relevance to practice, contract fraud has threatened the stability of the contract and the integrity of civil transactions. The Algerian legislature has attached particular importance to protecting the creditor from the debtor's actions. As he arranged the responsibility of the latter when he renounced the implementation of his contractual obligation. In principle, the responsibility lies with the debtor, whatever the degree of the contractual error he committed, but it is conceivable that the contractual error is associated the fraud, And the impact of fraud on the provisions of contractual liability is the essence of this study.

Keywords: fraud, good faith, contractual liability, penalty clause, bad faith .

1- مقدمة

يعتبر العقد الأداة القانونية الأكثر تداولا في إنشاء العلاقات بين الأفراد، ومع تسارع التطورات العلمية والتقنية التي يشهدها العالم أضحى الوسيلة الأكثر فعالية لتنظيم الأنشطة التجارية والاقتصادية ودعم حركة المال والأعمال، فهو بذلك محرك للحياة الاجتماعية والاقتصادية.

وقد شهدت القواعد التي تحكم العقد سواء تعلق الأمر بإنشائه أو تنفيذه معرضا للتغيير والتعديل بتطور حاجات الأفراد نتيجة للثورات العلمية والتقنية وبفعل استحداث التجمعات الصناعية والتجارية الكبرى التي أثرت في الفلسفة الاقتصادية والسياسية السائدة في المجتمع، ولعل أهم ما نجم عن ذلك بروز ظاهرة التفوق العلمي والمعرفي لطائفة محددة تتمتع بمؤهلات فنية خاصة مقارنة بغيرها، الأمر الذي تسبب في كبح جماح التعامل نتيجة للضعف والخوف من التفاوت المخيف في المراكز المالية والقانونية عند التعاقد.

فكان لزاما على قواعد العقد أن تكون مرنة لتستوعب هذه التطورات في مواجهة اختلال التوازن في الجانب المعرفي ومحاولة استرجاع الثقة في التعاقد، ليكون ذلك أهم تحديات القضاء الذي عمل جاهدا من أجل تعزيز مضمون العقد بالتزامات تكرس الثقة المشروعة بين المتعاقدين في ظل التخصص الفني [1]، وتوسيع نطاقه بتجسيده للالتزام بحسن نية[2] ، كل ذلك وصولا للتنفيذ الأمثل للعقد.

---

[1] إن القاضي لما له من سلطة تفسير العقد يمكنه أن يضيف التزاما جديدا لم يكن موجودا فيه، وهو الأمر الذي فند وجود الالتزام بضمان السلامة في العقود obligation de sécurité dans les contratS هذا الالتزام الذي اعترف به القضاء في البداية قبل أن يصبح أحد أهم الالتزامات الراسخة في العقود التي تمس بحياة الشخص وسلامة جسمه. ويعتبر الالتزام بضمان السلامة في مجال النقل من أكثرا لالتزامات التي كانت محل جدل فقهي وقضائي حول طبيعتها العقدية. وقد كان القضاء الفرنسي قد كرس هذا الالتزام لأول مرة بمناسبة عقد النقل ثم توسع هذا الالتزام ليشمل عقود أخرى من المرجح أن تعرض للخطر سلامة الأشخاص والممتلكات، مواقي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، **مجلة المفكر**، المجلد العاشر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014 ، ص 415، نقلا عن:
Fabrice DEFFERRARD, **Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère**, Dalloz, 1999 p. 368

[2] ومن بين التعريفات التي وضعها خبراء القانون المقارن للمبدأ:"يعتبر حسن النية الوسيلة التي يستطيع من خلالها القاضي الوطني التدخل لضمان توازنا لعلاقة العقدية بين الأطراف المتعاقدة" ، وبأنه "توقع الطرف المتعاقد معاملة الطرف المقابل له بصدق وأمانة بالشكل الذي يرغب هذا الأخير من الغير في التعامل معه"،"و كونه" ضمان التزام طرفي التعاقد بالصدق والأمانة على نحو يتماشى مع نزاهة المعاملات القانونية"،حول هذه التعريفات راجع محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، **مجلة الشـــريعة والقانون**، كلية القانون جامعة الإمـــارات العربية المتحدة، العدد الرابع والخمسون، أفريل 2013، ص 231.

وإذا كان المشرع قد أوجب تنفيذ العقد وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية والأمانة في المعاملات[1] ، فلا يعتبر تطبيقا للمبدأ بل انتهاكا له تعمد أحد المتعاقدين الإضرار بالمتعاقد الآخر ولو كان تصرفه مستوفيا الشكل القانوني المطلوب، فمثل هذا التصرف وحسب مقصود صاحبه الذي تمرب عن سوء نية من تنفيذ التزامه التعاقدي يشكل خطأ عقدي تقوم معه مسؤوليته العقدية.

والمراد بالخطأ بشكل عام في المسؤولية العقدية عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد ، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام ناشئا عن عمده أو إهماله، أو دون عمد أو إهمال، بل وأيا كان سبب ذلك[2]، وتوجب مسؤوليته بتوافر الضرر وعلاقة السببية، ولما كانت المسؤولية منشأها العقد والعقد هو وليد الإرادة المشتركة لأطرافها[3]، فيجوز لهذه الإرادة أن تعدل أحكامها بما يرتضيه العاقدان، بأن تصبح مسؤولية المدين أشد وقرا أو يعفى منها.

بيد أن أمر اتفاقات تعديل المسؤولية ليس على إطلاقه ليستفيد منه الطرف سيء النية ليصبح التزامه معلق على شرط إرادي محض مادام ارتكب الخطأ بقصد الإضرار بالطرف الآخر فالخطأ هنا يعتبر خطأ خداعي أو ما يصطلح عليه بـــ "الغش العقدي"، الذي يعد مستنكرا من الوجهة الأخلاقية المحضة، ومستوجبا للجزاء من الوجهة القانونية أيا كان قدر الخداع فيه.

فالغش بهذه الصورة فيه إخلال بالتزام عقدي وقانوني وشرعي، من حيث عدم الوفاء بموجبات العقد، والتقصير في اتخاذ الحيطة في عدم الإضرار بالغير، وعدم جواز أكل أموال الناس بالباطل[4]، فهو على هذا النحو غير مشروع في ذاته.

من هنا تظهر أهمية البحث في محاولة تسليط الضوء على أبعاد الغش كأحد صور الخطأ العقدي الذي يؤدي إلى إهدار الثقة المشروعة التي من المفترض مراعاتها وإلا انعكس الأمر سلبا على استقرار التعامل ومواصلة التداول، والوقوف على مدى كفاية المعالجة التشريعية لغش المتعاقد ضمن النصوص المنظمة للمسؤولية المدنية؟ ومدى انعكاس ذلك على تفعيل الحماية القانونية الوقائية للمتعاقد من الغش العقدي وكذا فعالية الجزاء ؟

---

[1] وهو فحوى المادة 107 الفقرة الأولى من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق لـــ 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، يتضمن القانون المدني الجزائري، **الجريدة الرسمية رقم 72** الصادرة بتاريخ 26 سبتمبر 1975، " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثانية الالتزام بوجه عام نظري مصادر الالتزام**، الطبعة الثالثة،منشورات حلبي الحقوقية،1998، ص 736.

[3] ذلك أن العقد هو شريعة المتعاقدين وخاضع لمبدأ حرية التعاقد أو سلطان الإرادة فيعود للأطراف تنظيم علاقتهما القانونية بكل حرية شرط مراعاة النظام العام والآداب العامة، نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري:" العقد شريعة المتعاقدين،فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ".

[4] الإسلام حرم الغش والخداع والتحايل والاحتيال وكل وسيلة تدليس لأخذ أموال الناس بالباطل وبغير حق، وبين النبي صلى الله عليه وسلم أن من يفعل ذلك ليس سائرا على منهج الإسلام، وليس من المؤمنين الكمل، كما قال صلى الله عليه وسلم:" من غشنا فليس منا".

مما سبق وانسجاما مع أحكام المسؤولية المدنية التي هي إطار تناول الموضوع نعمد لبيان تأثير الغش العقدي على قواعد المسؤولية المدنية (المبحث الأول) ثم تأثير الغش العقدي على جزاء المسؤولية المدنية (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: تأثير الغش العقدي على قواعد المسؤولية المدنية

يقوم العقد أساسا على حسن النية سواء في مرحلة الإبرام أو عند التنفيذ[1]، بل وتشترط حسن النية حتى قبل التعاقد ويقصد بذلك مرحلة المفاوضات[2]، وقبل أن يكون المبدأ واجب قانوني تفرضه النصوص القانونية [3]، فهو التزام أخلاقي تستدعيه النزاهة والاستقامة وواجب الأمانة والثقة[4]، وتهرب المتعاقد من هذا الالتزام يعتبر سلوك مضاد يعكس سوء نيته كما أن تهربه من تنفيذ أي التزام تعاقدي في مرحلة تنفيذ العقد مسببا ضررا للطرف الآخر يشكل خطأ عقدي وإذا كان عن عمد يوصف بالغش التعاقدي (المطلب الأول) الذي يوجب مسؤوليته، وبالتسليم أنه للأطراف كامل الحرية في الاتفاق على الإعفاء أو تحديد المسؤولية العقدية الناشئة عن عدم تنفيذ الأعباء التعاقدية إلا أن الغش الصادر من المدين يحد ويقيد من هذه الحرية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الغش العقدي قراءة في الماهية

إن التصرفات المبنية على غش تنطوي على سوء نية وهو ما لا يتوافق مع مبدأ حسن النية والأمانة في التعامل الذي يعد جوهر ميكانيكا العقود بحيث يهدد انتهاكه استقرار العقد و عدالته، واختلال في الحقوق والالتزامات الناشئة بين أطراف العلاقة العقدية، وإذا كان ارتكاب المدين للغش قد يأتيه في أي مرحلة من مراحل العقد، فقد تختلف صوره

---

[1] الالتزام بحسن نية من أهم الالتزامات المفروضة على المتعاقدين التي تهدف إلى تحقيق حالة التوازن العقدي متى اختل العقد؛ نتيجة اختلاف المراكز القانونية لأطرافه أو نظرا لوجود ضعف تعاقدي من جانب أحدهم مقارنة بالآخر، وإذا كانت أغلبية التشريعات أقرته ضمن النصوص المنظمة للعقود في مرحلة التنفيذ حيث يلتزم كل عاقد بتنفيذ ما اتفق عليه وبحسن نية كما فعل المشرع الجزائري حيث اشترط صراحة حسن النية فقط في مرحلة التنفيذ بموجب نص المادة 107 من القانون المدني - وهو ما يطلق عليه حسن النية التنفيذي- لكنها لم تهتم بتنظيمه في مرحلة ما قبل التعاقد.

[2] بخلاف المشرع الجزائري رسخ المشرع الفرنسي تبنيه لأحكام السوابق القضائية بشكل يعبر عن مدى الانسجام والتكامل بين القضاء والقانون مؤكدا على دور القضاء في صنع القانون وذلك من خلال إصداره للمرسوم التشريعي رقم 2016 - 131 بتاريخ 2016/02/12 المعدل للقانون المدني الفرنسي والذي نظم فيه المرحلة السابقة على التعاقد أو مرحلة المفاوضات بنصوص مستقلة بذاتها، حيث أكد صراحة على شرط الالتزام بحسن النية في المفاوضات ليصبح التزام قانوني بنص خاص في القانون المدني بموجب المادة 1104 من ذات القانون على أن "العقود يجب أن يتم التفاوض بشأنها، وإبرامها وتنفيذها بحسن نية" بعدما كان القضاة يعترفون بالمبدأ ويكيفونه على أنه التزام قانوني استنادا إلى المادة 1382 التي تلزم مرتكب الفعل الضار بالتعويض إحلالا بمبدأ حسن نية، للمزيد حول الموضوع أنظر محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر2016 - 131بتاريخ 2016/02/12 المعدل للقانون المدني الفرنسي، **حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية**، العدد 26، جوان 2019،ص 304، وأيضا يوسف شندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام، **مجلة كلية القانون الكويتية** العالمية، العدد الثاني، ملحق خاص، نوفمبر 2017،ص 447.

[3] L'article 1104 du code civil, « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi, Cette disposition est d'ordre public. » issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

[4] Hugo M'Baye. **La différence entre la bonne foi et la loyauté en droit des contrats**. Thèse de doctorat Droit. Université Montpellier, 2019.p37.

وتتعدد تطبيقاته وحتى يمكن تحديد الغش في إطار المسؤولية العقدية لا بد من تحديد مفهومه بشكل عام (الفرع الأول)، ثم التعرض لقاعدة الغش يفسد كل شيء كأساس لعدم مشروعيته (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مفهوم الغش العقدي

يعرف الغش بأنه" كل فعل أو امتناع يقع من الشخص أو تابعيه بقصد إحداث الضرر"[1]. والقصد في الغش يكون دائما خفيا بحيث لو ظهر لما تحقق الضرر، والغش يستوجب سوء النية أو تعمد إحداث الضرر[2].

وعرفه بعض الفقه بأنه" الباعث الغير مشروع الذي ينحرف به صاحب الحق في استعمال حقه عن غرضه الطبيعي والمشروع بحيث لو أظهره لما تحقق هذا الغرض غير المشروع"[3]. وما نأخذه على هذا التعريف هو الخلط بين الغش والتعسف في استعمال الحق والذي نظم المشرع الجزائري صوره بموجب نص المادة 124 مكرر من القانون المدني، بحيث يعتبر في إحدى صوره استعمال الحق تعسفا إذا كان الغرض من ذلك الحصول على فائدة غير مشروعة. في حين أن الغش يقع حتى ولو كان الباعث منه مشروعا، كتحقيق مصلحة شخصية للمدين مثلا.

وعرفه بعض الفقهاء "بالتحايل غير المشروع على القواعد القانونية بهدف الإضرار بالغير"[4]. ونلاحظ هنا أن التعريف يتعلق بالغش نحو القانون فقط بحيث أنه لا يشمل الغش في إطار العقود، ويعرف التحايل على القانون بأنه:" إعمال قاعدة قانونية بغية استبعاد أخرى"[5]، ويختلف بذلك عن الغش محل الدراسة، فالغش بنية استبعاد القانون لا يشترط قصد الإضرار بالغير بل قد يأتيه الشخص لتحقيق مصلحته الشخصية دون التعرض لحق شخص آخر وإن تضرر فكنتيجة حتمية وليس عن قصد، في حين أن الغش في إطار العقود يستلزم الإضرار بالدائن، سواء عمد المدين إلى الإضرار بالدائن بشكل مجرد أو بالتواطؤ مع شخص ثالث[6]، ونشير إلى أن هذا النوع من الغش يشمل الأول لأن المدين قد يتهرب ويتحايل على نص آمر ضد الدائن.

---

[1] محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**، المجلد الثالث، دار محمود للنشر والتوزيع، 2018، ص 415.

[2] غزوان عبد الحميد شويش، سوء النية ودوره في سريان أثر العقد على الخلف العام والدائنين العاديين، **مجلة جامعة تكريت للحقوق**، العدد الأول الجزء الأول، المجلد الأول، كلية الحقوق، العراق، أفريل2016، ص 499.

[3] أنور طلبة، **المطول في شرح القانون المدني**، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص319.

[4] محمد محمد السروري، **الغش في المعاملات المدنية دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقه الإسلامي**، جامعة المنصورة، 2004، ص 48.

[5] بيار إميل طوبيا، **التحايل على القانون دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء**، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2009، ص 35.س

[6] ويأخذ صورة الغش ضد الدائن ويسمى أيضا الغش البوليانى أو الدعوى البوليصية وكذا دعوى عدم نفاذ التصرف، نظمها المشرع الجزائري في المواد من"191 إلى 197" من القانون المدني الجزائري، وتهدف إلى عدم نفاذ تصرف المدين الضار بالدائن والذي أبرمه بالتواطؤ مع شخص ثالث هو الغير وتشترط لتوافر الغش علم المدين بعسره إذا كان التصرف معاوضة، وأن يكون من صدر له التصرف عالما بالغش. .

البعض الآخر وضع له تعريف بأنه:" إظهار أحد المتعاقدين أو غيره العقد بخلاف الواقع بوسيلة قوليه أو فعلية وكتمان حق غير مرغوب فيه، لو علمه المتعاقد الآخر لامتنع عن التعاقد عليه"[1]، وهذا التعريف أقرب إلى التدليس كونه

ينحصر في مرحلة تكوين العقد في حين أن الغش يقع بعد تكوين العقد، كما قد يقع خارج دائرة العقد [2].

والبعض يرى الغش بأنه:" كل فعل أو امتناع عن الفعل يقع من المدين بالتزام عقدي أو من تابعيه بقصد إحداث الضرر"[3] ، وهو يقابل الخطأ العمد الذي يكون المدين قاصدا إحداثه، فسوء النية ويقصد بها عنصر التضليل - أي إخفاء ما تعمدت الإرادة مخالفته أو بعبارة أخرى إخفاء عدم مشروعية التصرف - عنصر ضروري في الغش[4]، وهو ما يميزه عن الخطأ العمدي[5].

من خلال ماسبق نجد أن الغش بمفهومه الواسع جامع لجميع الصور التي تضمنتها التعريفات السابقة، ولأن الغش يدور وجودا وعدما مع الإرادة أي العمد والقصد فإنه قد يأخذ صورا متباينة بمسميات مختلفة، كالتدليس عندما يقترن بوسائل احتيالية تدفع الطرف الآخر إلى التعاقد وتوقعه في غلط، وقد يأخذ صورة الغش البوليباني عند تواطؤ المدين مع الغير وهو عالم بعسره ضد الدائن، وقد يمارس الغش بالمناورة في تطبيق قاعدة قانونية لتعطيل تطبيق قاعدة أخرى فيعرف هنا بالغش نحو القانون، كما أن الغش قد يأخذ شكل التعسف في استعمال الحق وذلك إذا كانت وسيلته مشروعة وهدفه غير مـــشروع[6]. من هنا نخلص أن للغش معنى أعم يشمل جميع الأشكال السابقة التي تشترك فيما بينها عامة في توافر سوء النية عند مرتكبها.[7]

أما من حيث نطاق تطبيقه فقط يقع الغش في مرحلة تكوين وإبرام العقد عن طريق التدليس، وقد يقع في مرحلة التنفيذ إما بتواطؤ المدين وهو في حالة إعسار مع الغير ضد الدائن (الدعوى البوليصية أو دعوى عدم النفاذ)، أو من خلال عدم تمكين الدائن من حقه عمدا وبسوء نية عن طريق إخلاله بالتزامه التعاقدي الذي يوجب في هذه الحالة مسؤوليته العقدية وهو ما يمكن أن نطلق عليه بـــ"الغش العقدي" أو أيضا "الخطأ الخداعي".

---

[1] عبد الله بن ناصر السلمي، **الـــــغـــش وأثـــــره في الـــعـــــقود**، ، الطبعة الأولى، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2004، ص33.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، مرجع سابق، ص 342.

[3] عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر،**شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات" دراسة مقارنة**، الطبعة، لدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002 ، ص 334.

[4] جاك غيستان، **المطول في القانون المدني تكوين العقد**،الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 593.

[5]هلدير أسعد أحمد، **نظرية الغش في العقد**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2012، ص 110.

[6] الوسيلة المستعملة في التعسف دائما هي وسيلة مشروعة، أما الغش فقد تكون وسيلته مشروعة أو غير مشروعة.

[7] نشير إلى أن الغش قد يصدر من أحد المتعاقدين (التدليس) أومن كليهما (الصورية)، كما قد يصدر من الغير (الغش البوليباني)، أو يكون الغش نحو القانون للإضرار بالغير أو التحايل على القانون لمصلحة شخصية.

وعليه يمكننا اقتراح تعريف الغش العقدي في إطار المسؤولية العقدية بأنه" امتناع المدين عمدا عن تنفيذ التزامه العقدي بسوء نية قصد الإضرار بالدائن".

فتهرب المدين من تنفيذ أعبائه الناتجة عن العقد يعد أمرا غير قانوني، وهو خروجا عمديا على القوة الملزمة للعقد مما قد يرتب الآثار القانونية المتعلقة بالمسؤولية المدنية بالنسبة لمرتكب الغش، لأن الغش كما سبق ذكره حالة إرادية تتضمن نية الإضرار، وذلك عندما تتجه نية المتعاقد بالإضرار بالمتعاقد الآخر وبالتالي يكون في نهاية المطاف قد أخل بما تفرضه القوة الملزمة للعقد، وهو ما يمثل انتهاك صارخ لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد .

الفرع الثاني: أساس عدم مشروعية الغش

لم يضع القانون نظرية مستقلة للغش و لم ينص صراحة على عدم مشروعيته بشكل عام، وإنما تناول بعض الجوانب لتطبيقاته المختلفة في عدد من النصوص المبعثرة من التقنين المدني، وهكذا فعلت أغلب الدول التي تنتهج النهج اللاتيني -ومنها القانون المدني الجزائري - حيث تتبع في الحالات التي لا يرد فيها نص خاص المبادئ العامة التي يضعها القانون لاستكمال النقص وقد يكون المبدأ قد نص عليه صراحة كمبدأ "حسن النية " الذي تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 107 من القانون المدني ، أو يكون المبدأ من وضع القضاء اعتمدته السوابق القضائية بشكل متكرر. ومن أهم هذه المبادئ

Fraus omnia corrumpit وهو قول مأثور لاتيني قانوني[1] ، ويعني "الغش يفسد كل شيء"، استخدم ولا يزال في الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية [2]. وقبل عرض تطبيق القضاء الفرنسي لمبدأ الغش يفسد كل شيء كأساس لعدم مشروعيته لا بأس من الرجوع إلى مصادر قانون العقود والقانون المدني في محاولة للوقوف عند رؤية وموقف المدونين الأوائل للفكر القانوني الفرنسي من الالتزام بحسن نية من باب أن فرض مبدأ حسن النية هو في نفس الوقت حظر للغش، فالقاعدة القانونية التي توجب النية الحسنة في التصرفات تشير بمفهوم المخالفة إلى ترك الغش.

من هذا المنطلق لم يستكشف أحد و لم يضع تحليلا للقوانين المدنية استنادا إلى دراسة القانون الروماني والقانون الطبيعي أفضل من الفقيه الفرنسي Domat [3] الذي أشار في القرن السابع عشر ضمن كتابه الشهير « Les lois civiles dans leur ordre naturel»[4] إلى مفهوم الحرية كأساس للالتزامات الطوعية،

[1]Jean Hilaire, **Adage et maximes du droit français**, DALLOZ,2013,p 94.

[2]Henri Roland et Laurent Boyer ,**Adages du droit français**, 4e édition Broché LexisNexis, 1999,p 111.

[3]يس Jean Domat (1625ـــ 1696) يعتبر دوما من أكبر فقهاء القانون في فرنسا والذي كان له دور هام في وضع منهجية للمواد المدنية التي تشكل جوهر القانون المدني الفرنسي الحالي، عاش دوما لهدف واحد وهو تقديم القانون بشكل مفهوم ومتكامل عمل على ترشيد القانون الفرنسي وتدوين المبادئ العامة وكان لمؤلفه القوانين المدنية تأثير واضح على مدونة القانون المدني بشكل صريح ومباشر.

[4]David GILLES ,**Les Lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada,** Revue juridique Thémis, 2009, p 7.

واعتبر ذلك ترسيخا للحرية الفردية المشتقة من القانون الطبيعي[1] ، الذي كان متأثرا به حيث كان موضوع أبحاثه لفترة طويلة[2] .

يعرض دوما في مؤلفه المبادئ الأساسية أو ما يسمى بالمبادئ التعاقدية في العقود ويرتبها ترتيبا نوعيا، أولها مبدأ الحرية التعاقدية جوهر العقد المحدد باحترام القانون والنظام العام، ثم مبدأ قانون الإرادة الذي يتبع طبيعة الاتفاق وينطبق على إرادة الأطراف المعبر عنها في العقد، وأخيرا مبدأ حسن النية الذي يأخذ مكانته خارج إرادة المتعاقدين، ليلعب دورا مقيدا لمبدأي الحرية التعاقدية وقانون العقد ويرعى بذلك العدالة والإنصاف خارج عن إرادة الأطراف[3]. وفي ذات السياق يعتبر دوما أن الحرية التعاقدية وقانون الإرادة يحددان الاتفاقات أما حسن النية يحد منها، وعلى هذا النحو فالشخص حر في التعاقد وإرادته هي وحدها من ينشئ العقد أو يعدله أو ينقضه لكن كل هذا تحت قيد حسن النية ضمانا للثقة والأمانة وكصورة من صور تجسيد العدالة بين الأطراف.

وعلى غرار Domat اهتم Pothier [4] بالقوانين المدنية وجمع شروحاته لها في كتابه " traité des obligation"

وهو المصدر الذي استثمره واضعو قانون نابليون - مدونة القانون المدني الفرنسي - لكي ينقلوا منه في الغالب النصوص عينها[5]، منها المفهوم التوافقي والإرادي للعقد وموجبات النية الحسنة والإنصاف، وعلى هذا الأساس فمن تصرف بغش انتهك مبدأ حسن النية في موضوعه هذا المبدأ الذي تبناه عمداء الفكر القانوني الفرنسي ومنه القانون المدني الفرنسي النافذ كأحد المبادئ الأساسية للعقود والتصرفات[6].

---

[1] القانون مدرسة القانون الطبيعي تقوم على أنه يمكن اكتشاف القانون عن طريق العقل ، فأنصارها يرون أ، العقل يمكنه إيجاد نظام يطلق عليه تسمية القانون الطبيعي، وهو الوسيلة لتعايش الإرادات الفردية داخل المجتمع.

[2] جاك غيستان، **المطول في القانون المدني تكوين العقد**، مرجع سابق، ص 58.

[3] Jean-François Romain Théorie**, Critique du principe général de bonne foi en droit privé Des atteintes à la bonne foi en général et de la fraude en particulier « Fraus omnia corrumpit»**, Bruylant Bruxelles, 2000, p 53.

[4] Robert-Joseph Pothier (1699 ــــــــــــ1772) يعتبر روبرت جوزيف بوثير على الأرجح أهم فقيه فرنسي في القرن الثامن عشر. وكان قد اهتم بالقانون الروماني والقانون الفرنسي، وحد مصادر القانون التي ساهمت في تطوير القانون المدني الفرنسي لعام 1804.

[5] القانون المدني الفرنسي أخذ من عدة أصول تتمثل في القانون الروماني كان معمولا به في جنوب فرنسا إلى سنة 1785، والقانون الجرماني الذي كان معلوما به في الشمال، القانون الكنسي وهو قانون الكنيسة الكاثوليكية قانون الملكية المطلقة الذي أمر به لويس الرابع عشر والخامس عشر والسادس عشر، الأعراف وأخيرا العادات خصوصا ما يطلق عليه عرف باريس، كل هذه ساعدت على عمل هذا القانون المدني الذي أصبح معروفا بكود نابليون.

[6] يعد القانون المدني الفرنسي من أقدم القوانين المدونة التي لا زالت نافذة في الوقت الحاضر إذ صدر القانون في سنة 1804 وهو قائم إلى الآن ولا شك أن طول المدة الفاصلة بين صدور هذا القانون والوقت الحاضر قد فرضت بالضرورة تعديلات عليه تواكب متطلبات كل مرحلة مر بها بعد صدوره وبالفعل جرت عليه عدة تعديلات مست أجزاء مختلفة منه، لكن جزءا من هذا القانون بقى على حاله كما شرع لأول مرة وهو الجزء الذي ينظم الأحكام العامة للعقود إذ بقي على حاله دون مساس إلى غاية تعديله بصدور المرسوم التشريعي رقم 2016 - 131 بتاريخ 2016/02/12 المعدل للقانون المدني الفرنسي، وإذا كان إصلاح وتعديل قانون العقود والالتزامات منحه الكثير من القوة على المستوى النظري

ورغم أن الغش لم يسجل صراحة في قانون نابليون إلا أن هذا السكوت لم يفسر رفضا له[1]، بل منذ صدور القانون أطلقت محكمة التمييز الفرنسية مبدأ عاما ومطلقا مفاده أن الغش يشكل استثناء لكل القواعد القانونية : « La fraude fait exception a toutes les règles » [2] ، ومن ثم وجد القضاء ضالته منذ بداية القرن التاسع عشر[3]، معتمدا في غياب النص على المبدأ القديم "الغش يفسد كل شيء"، فعند انتهاك الحقوق الفردية والتذرع بغياب النص والتنظيم لفرض الجزاء يستدعى المبدأ أو القاعدة لتطبق كاستثناء.

والملاحظ هنا أن الدور المعياري للمحاكم الفرنسية لم يتـــــوقـــف مع اعـــــتماد القانون المدني الفرنسي بل عاد القـــــضاء إلى العمل من جديد وهو ما سيؤكد على دور الإجهاد القضائي الهام والمؤثر في صنع القانون.

ويظهر الغش بشكل عام في مجالات متنوعة فنطاقه واسع غير محدود قد يشمل جميع فروع القانون، وقد يمس جميع القواعد القانونية لأنه يرتبط بالنية أي الهدف المنشود أو القصد بمعنى غرض إتيان التصرف، لذلك تعالج قاعدة الغش إذا ما اعتبرناها استثناء

داء يمكن أن يؤثر على جميع قواعد القانون.

ولا بد هنا أن نذكر أن استثناء الغش هو في حقيقته آلية تصحيحية للوضع، وبتطبيقه يصبح الفعل القائم على الغش إما باطل أو غير قابل للنفاذ، وهو تماما ما أقرته وحافظت عليه محكمة النقض الفرنسية [4] ، وقد عممت تطبيقه في العديد من قراراتها[5]، إلى أن ولد تواتر الأحكام بهذا الشأن عرفا قضائيا اكتملت عناصره واستقرت في النهاية على القاعدة فأصبحت عرفا قضائيا ملزما[6]. وعليه لا تحتاج القاعدة لوضعها في نص دقيق أو شكلي في القانون الوضعي لأنها أصبحت من المبادئ العامة في القانون والتي لا يمكن للقانون المدني الانتقاص منها كونها تنتمي للقانون الطبيعي[7]. ومن

لكن لا أحد ينكر أن أقدميته تجعله أفضل تقـــنين قانوني بما بتـــمتع به من مصطـــلحات ومـــــفاهيم قانونية ساهمت بشكل كبير في صقل التفكير الخاصة بالفقهاء، أكثر تفصيل أنظر:

Jacques Ghestin, Hugo. Barbier, **Traite De Droit Civil , Droit objectif et droits subjectifs Sources du droit** Tome I ,5e édition , 5e éd., 2018, p5.

[1] بيار إميل طوبيا، **التحايل على القانون دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء**، مرجع سابق، ص 27.

[2] Cass. req., 3 juill. 1817, S. chr. 1815-1818, I, 342 *« la fraude fait exception à toutes les règles faites pour les cas ordinaires ».*

[3] Delphine Lanzara , **Les méthodes de la cour de cassation dans la création du droit Etude à la Lumière Du droit des obligations**, Thèse de doctorat Droit ,U université Nice Sophia Antipolis , France, 2014, p 73.

[4]Pierre Sargos , **La fraude licite** , Juris-Classeur Périodique La Semaine Juridique - Édition Générale - N° 24 - 11 JUIN 2018, p622.

[5] Cass. 1 re civ., 25 mai 1992, n° 90-18.210 : JurisData n° 1992-001332 .
Cass. 1 re civ., 4 févr. 1992, n° 90-15.760 : JurisData n° 1992-000158 .
Cass. com., 25 avr. 2006, n° 04-15.641 : JurisData n° 2006-033209 .
Cass. 3 e civ., 8 avr. 2010, n° 08-70.338 : JurisData n° 2010-003388 .
Cass. soc., 22 juin 2016, n° 15-16.994 : JurisData n° 2016-012110 .
Cass. soc., 8 déc. 2016, n° 14-28.401 : JurisData n°2016-026032.
Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411 : JurisData n° 2017-003187.

[6] هلدير أسعد أحمد، مرجع سابق، ص34.

[7] Delphine Lanzara, Op.Cit, P 179.

المهم ـــن ننوه إلى أن الإشارة إلى أن اللجوء إلى المبدأ لا يصح إلا في حالة غياب الدعم التشريعي للمسألة المعروضة أمام القاضي.

وينبغي هنا أن نذكر أن القضاء الفرنسي لا زال يعتمد على مبدأ Fraus omnia corrumpit الغش يفسد العقود والتصرفات في تسبيب الأحكام القضائية[1] ، ويعتمده كأساس قانوني يبنى عليه منطوق الحكم[2].

من جهته أكد القضاء المصري على تطبيق القاعدة ليسد كل ثغرة أمام أعمال الغش فقد قضت محكمة النقض المصرية أن قاعدة الغش يفسد التصرفات قاعدة سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة عموما وصيانة لمصلحة الأفراد والجماعات ، وعدم انتهاك حسن النية الواجب توافره في التصرفات[3]، فلم يتردد القضاء المصري في إعمال القاعدة واتخاذها أساسا لإبطال العقد إذا كان مبنيا على الغش[4].

وفي ذات السياق ومن خلال تتبع خطة المشرع الجزائري في معالجة الغش نجد أنه لم يعترف به كنظرية مستقلة واكتفى بعرض تطبيقاته المختلفة في نصوص مبعثرة من القانون المدني، كما اكتفى بالقواعد العامة التي تشمل جميع العقود كمبدأ حسن النية في المعاملات لمحاربة الغش وحماية المتعاقد خصوصا والمصلحة العامة عموما، بل وفرض هذا الالتزام في مرحلة التنفيذ فقط - بخلاف المشرع الفرنسي الذي وسع في مجال تطبيقها لتشمل المرحلة السابقة على التعاقد - وهو ما يعتبر غير كاف لخلق أساس قانوني لعدم مشروعية الغش في ظل قصور تطبيقه واتساع نطاقه.

المطلب الثاني: الغش استثناء أو خروج على قواعد المسؤولية العقدية

[1]Mortier, Stéphanie, Fraus omnia corrumpit **, l'auteur du dol ne peut pas invoquer la faute de la victime**, Les pages Obligations, Contrats Et Responsabilités, Vol. 2019, no.47, p3.

[2]Cour de cassation - **Chambre commerciale 17 mars 2021** / n° 18-19.774 consulté le 23 juin 2021 sur https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2021-03-17_1819774&ctxt
Cour de cassation – **Chambre sociale 12 novembre 2020**/ n° 19-10.606 consulté le 23 juin 2021 sur https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2020-11-12_1910606&ctx
Cour de cassation **Chambre commercial 2 février 2016**/ n 14-24.714 consulté le 23 juin 2021 sur https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2016-02-02_1424714&ct

[3] لم نعثر على حد اطلاعنا على اجتهادات قضائية تفيد تبني القضاء الجزائري لقاعدة الغش يفسد كل شيء كأساس لحماية المتعاقد من الغش في حالات عدم ورود نص قانوني صريح، غير ما أشار له د بلحاج العربي بخصوص قرار المحكمة العليا للغرفة المدنية بتاريخ 2000/02/16 ملف رقم 213691 حيث علق على الاجتهاد واعتبره سليم ويقوم على اعتبارات قانونية وأخلاقية واجتماعية، لمحاربة الغش والخديعة، لأن "الخداع يبطل كل شيء"، كما أنه انحراف عن السلوك القويم وجادة حسن نية الواجب توافرها سواء عند تنفيذ العقد أو حتى خلال مرحلة السابقة على تنفيذه وهي فترة تكوينه بلحاج العربي، **النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن**، دار هومة، 2019،ص173.

[4] حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقا لاتفاقية اليونسترال لسنة 1995 دراسة مقارنة **مجلة الشريعة والقانون**، العدد الخمسون، السنة السادسة والعشرون، الإمارات العربية المتحدة، أبريل2012، ص31.

طالما أن العقد شريعة المتعاقدين يوجد ما يمنع قانونا من تضمين العقد وتعديل أحكام المسؤولية [1] بإدراج شرط يفيد إعفاء المدين بشكل كلي أو جزئي عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية[2]، سواء ورد هذا الاتفاق في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق عليه[3]، لكن ارتكاب المدين لغش عقدي يحول دون استفادته من شرط الإعفاء، فيتجلى ثر هذا الغش وجزاءه في بطلان الشرط الإتفاقي المعفي من المسؤولية (الفرع الأول) والذي ينتج عنه تغيير وصف المسؤولية (الفرع الثاني).

.

الفرع الأول: بطلان الشرط المعفي من المسؤولية العقدية

من منطلق أن العقد خاضع لمبدأ حرية التعاقد فيمكن للأطراف تنظيم علاقتهما العقدية بكل حرية شرط مراعاة النظام العام والآداب العامة. و أنه لا يكن أن يحد من حرية الأطراف في جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية [4] إلا الطبيعة الفنية لتكوين العقد[5]، أو فكرة النظام العام[6].

---

[1] اتفاقات تعديل أحكام المسؤولية هي اتفاقات التنظيم جزاء عدم تنفيذ العقد بحيث لا يمكن الرجوع على المدين المخطئ بالتعويض عما أصابه من ضرر أي إلغاء حق الدائن في التعويض أو تخفيضه، فهي في نهاية الأمر تتعلق بالتعويض المستحق لذلك يصطلح عليها "الاتفاقات المتعلقة بالتعويض"، مشار إليه لدى محمد حسن قاسم، **القانون المدني مصادر الالتزامات العقد**، المجلد الثاني،الطبعة الأولى،منشورات حلبي الحقوقية،2018 ، ص 297،298.

[2] يشير الدكتور مصطفى العوجي أنه لا يمكن تصور البند المعفي أو المخفف من المسؤولية إلا في العقود التي تتضمن عنصر المخاطرة أو المجازفة بحيث لا تكون إمكانية تنفيذ العقد قابلة للتوقع بصورة جازمة، ففي هته العقود يكون الشرط صحيحا أما العقود العادية الأخرى فلا يمكن تصور مثل هذا الشرط لأنه يعطل العقد فيعتبر بندا تعسفيا بل شرطا إراديا محضا فيكون باطلا أصلا ، لأن تنفيذ العقد قد يتوقف على إرادة أحد طرفيه، أنظر مصطفى العوجي **القانون المدني المسؤولية المدنية**، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، منشورات حلبي الحقوقية، 2016، ص 95.

[3] من المهم أن نشير في هذا السياق أن العقد لم يعد يتجسد في وثيقة واحدة يوقع عليها المتعاقد بل يمكن أن يتعداها لعدة وثائق تتوزع عليها البنود مثل الملاحق والنشرات التي تصدر عن المدين و الفواتير والإيصالات واللافتات والملصقات التي يعلن بها المدين عن خدماته، وقد يرد البند الذي يعدل مسؤوليته أو قد يخفي منها ضمن هذه الوثائق و المستندات، ونظرا لخطورة الإعفاء من المسؤولية على الدائن شدد القضاء بشأنها واشترط أن تكون مكتوبة بشكل واضح ومقروء حتى يعلم الدائن بوجودها فيكون رضاه سليم، حتى أن القضاء الفرنسي اعتبر البند الغير مقروء غير مكتوب، محمد حسن قاسم، نفس المرجع السابق، ص 314.

[4] يقصد باتفاقات الإعفاء من المسؤولية اتفاق الطرفين على رفع آثار المسؤولية عن المدين، فلا تترتب هذه الآثار في ذمته على الرغم من توافر جميع عناصر المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية تجمع بينهما، مالك جابر حميدي الخزاعي: **الأثر القانوني لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية**، جامعة القادسية 2009، ص2.

[5] أي مع عدم مخالفة القواعد الآمرة التي تنظم بعض العقود، سواء في القانون المدني أو التي تم تنظيمها بنصوص الخاصة ومنها ما يتعلق بالسلامة الجسدية للأشخاص مثل ما جاء في نص المادة 64 من القانون التجاري الجزائري كما يلي:" يكون باطلا كل شرط بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من مسؤوليته المتسببة عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافرين".

[6] بقصد بقيد الطبيعة الفنية للعقد هو عدم جواز الإعفاء من الالتزامات الجوهرية الناشئة عن العقد أو المناقضة لمقتضى العقد، بحيث لا يجوز الإعفاء من التزام رئيسي في العقد ، لأنه يحول العقد إلى عقد آخر ويفرغه من ماهيته ويجعل العقد باطلا، وبالتالي يبطل الشرط باعتباره جزءا من العقد سواء ارتكب المدين غش أم لا،مشار إليه لدى فرهاد حاتم حسين، **عوارض المسؤولية المدنية**، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، 2014، ص 442.

فهل يمكن للمدين أن يعفى نفسه من المسؤولية العقدية مهما كانت درجة الخطأ ، وهل يمكن أن يستفيد (المدين) من الاتفاق ليصبح التزامه معلق على شرط إرادي محض؟

الإجابة هنا تتعلق بما يأتيه المدين من تصرف فإذا تبين أنه أراد من وراء الشرط التملص من العقد بقصد إلحاق الضرر بالدائن، فيكون مرتكبا للغش بأن قام بالتحايل على القانون عن طريق إيراد الشرط المعفي ضمن مضمون العقد وإعفاء نفسه وهو عالم ابتداء أنه لا يسأل في حال الإخلال ولا تنهض مسؤوليته مع وجوده.

وبذلك أصبح التزام المدين معلق على شرط إرادي محض إذا شاء نفذه وإذا لم يشأ امتنع عن ذلك[1]، وجزاء تصرفه في هذه الحالة حدده المشرع الجزائري في مضمون نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري وهو بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية نتيجة للغش العقدي[2]، وهو ما يشكل في النهاية استثناء عن اتفاق تعديل المسؤولية العقدية وخروجا على قواعدها.

فالمشرع الجزائري نص صراحة على جواز الشرط المعفي من المسؤولية العقدية، إلا أنه استثنى من جواز هذا الشرط حالتي الغش والخطأ الجسيم حيث يحظر أي شرط للإعفاء من المسؤولية في حالة غش المدين أو صدور خطأ جسيم أو فاحش منه.

والخطأ الجسيم كما عرفه ***POTHIER*** هو ما يتأتى في عدم بذل العناية والحيطة في شؤون الغير بقدر لا يمكن

لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه[3]. وهو التصرف الذي يصدر عن شخص مفترض لديه درجة دنيا من الحرص، أي ما لا يقدم عليه الشخص العادي المتمتع بدرجة دنيا من التبصر في تصرفاته[4].

ويتميز الغش عن الخطأ الجسيم بتوافر سوء النية في الأول بينما الثاني لا ينطوي على سوء قصد، كما أن مرتكب الغش يكون عالما بالضرر الذي يصيب الغير في حين لا يكون لدى مرتكب الخطأ الجسيم لا نية الإضرار ولا حتى العلم بالضرر الذي سيحدث للدائن[5].

فالغش يتضمن خطأ عمديا بل هو بالأحرى من أقصى درجات الخطأ العمدي، والخطأ الجسيم خطأ غير عمد ومع ذلك يأخذ حكمه.

---

[1] فرهاد حاتم حسين، نفس المرجع، ص437.

[2] جاء في نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.
كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"

[3] محمد السعيد رشدي، **الخطأ غير المغتفر سوء السلوك الفاحش والمقصود**، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، 1995 ، ص77.

[4] مصطفى العوجي، **القانون المدني المسؤولية المدنية**، مرجع سابق، ص 30.

[5] بيار إميل طوبيا، **الغش والخداع في القانون الخاص الإطار العقدي والإطار التقصيري**، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان، ص 224.

وقد وازى المشرع الجزائري الخطأ الجسيم بالغش كسبب معطل للبند النافي للمسؤولية فرغم أنه لا يتضمن نية الإضرار بالغير إلا أن خطورته تكمن في الابتعاد عن السلوك القويم قصدا أو إهمالا، كما أن آثاره الضارة كان بالإمكان تفاديها لو كان مرتكبه متبصرا، فعدم اكتراثه بتنفيذ أعبائه التعاقدية ينطوي على استهتار كبير لحقوق الدائن لا تقل شأنا عما يخلفه المدين عند إقدامه على الغش من حيث الآثار[1]. فضلا عن ذلك يعتبر الخطأ الجسيم خطير يكشف عن اهتمام ضعيف جدا بمصالح الآخرين، وبالتالي يستحق نفس القسوة كما لو كان عن سوء نية أو غش، فرغم طبيعتهم المختلفة لكن أنظمتهم متداخلة ولا شك أن استيعاب ذلك قائم على اعتبارات واضحة للأخلاق والإنصاف[2].

هذا وإذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية باطلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم الذي يرتكبه المدين، لكنه يبقى صحيح ولا يطاله البطلان إذا استعان المدين بأشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ولو كان خطأ هؤلاء جسيما أو قائما على غش ، وهو ما تضمنته صراحة المادة 178 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: تغيير وصف المسؤولية

يلاحظ أن جانب من الفقه الفرنسي يشير إلى أن توافر الغش والخطأ الجسيم يؤدي إلى إحلال قواعد المسؤولية التقصيرية محل قواعد المسؤولية العقدية، وهذا ما يعني تطبيق نظام المسؤولية التقصيرية في ظل الروابط بين المتعاقدين، لأن

المتعاقد الذي ارتكب خطأ جسيم أو غش لا يمكنه المطالبة بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية التي تقوم أساسا على الثقة.كما لا يمكنه المطالبة بالحماية خارج نظام وضع نفسه بإرادته فيه[3]..

والواقع أن الغش والخطأ الجسيم يستوي فيهما وصف الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، فتثار في هذه الحالة مسألة الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية والتي يتحقق في حالة العمل بها تحقق تغيير وصف المسؤولية ؟

اختلف الفقه حول هذا فهناك رأي يرى جوازها، فيما يرى آخر عدم جوازها، أما الذين يقولون بجواز الخيرة، فيستندون إلى أن توافر أي من المسؤوليتين كاف لرفع أحدها على الخيار حسب ما يراه الدائن أصلح له[4]، أما من لا يجيز الخيرة فمنهم من يأخذ الأمر على إطلاقه، مثلما اتجه إليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري حيث عارض مسؤوليتين الخيرة بشكل مطلق، وأشار إلى أنشرط الإعفاء إذا كان صحيحا أعفى المدين من المسؤولية العقدية ولا محل للمسؤولية التقصيرية إذ أنها لا تجتمع مع تلك[5].

---

[1] فرهاد حاتم حسين، نفس المرجع، ص437.

[2] Marie Leveneur-Azémar, **Etude Sur Les Clauses Limitatives Ou Exonératoires De Responsabilité,** Thèse de doctorat Droit, Universite Pantheon-Assas (Paris Ii), 2016, p 357.

[3] مه زن جلال احمد، **مشكلات التكييف في المسؤولية المدنية**، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب،2017، ص 180.

[4] عز الدين الديناصوري ، عبد الحميد الشوارب، **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقانون**، الطبعة الأولى، 1988، ص 17.

[5] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، مرجع سابق، ص761.

ومنهم وهو الأولى بالتفضيل من يمنع الخيرة بأن يكتفي الدائن بدعوى المسؤولية العقدية فقط متى توافرت شروطها[1] وحجتهم في ذلك أن الالتجاء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية يؤدي إلى تجاوز الالتزام العقدي وحدوده المرسومة قانونا بما يخل بالتوازن العقدي[2].

ويرى القائلون بهذا الرأي أنه يجوز للدائن استثناء أن يلجأ إلى المسؤولية التقصيرية إذا أثبت أن الفعل الذي ارتكبه المدين يشكل جريمة أو خطأ جسيم، تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد[3]، وهو موقف أغلبية أهل الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر.

ورغم أن أهمية التمييز بين المسؤولية العقدية والتقصيرية إلا أن موضوع الخيار وتغيير وصف المسؤولية يتضاءل هنا لأن المدين الذي لا ينفذ التزامه عن غش أو خطأ جسيم لا يجوز له أن يتمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية وبالتالي يسأل عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة.

من خلال ما سبق نستطيع القول أن الغش العقدي يغير وصف المسؤولية حسب ما جرى عليه الفقه والقضاء حيث يجوز للمتضرر(الدائن) أن يترك أحكام المسؤولية العقدية ويتمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر، وبذلك يخرج المسؤولية عن طبيعتها ويحيلها إلى المسؤولية التقصيرية، الأمر الذي يشكل في النهاية استثناء وخروجا عن القواعد العامة للمسؤولية[4]. ومن المهم أيضا أن نشير إلى أن بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية نتيجة للغش العقدي فهو وحده الذي يبطل ويبقى العقد قائما دون الشرط، وكذا ننوه إلى النص الصريح للمشرع الجزائري بشأن بطلان شرط الإعفاء من العمل غير المشروع بشكل مطلق في المادة 178 من الق المدني.

المبحث الثاني: تأثير الغش العقدي على جزاء المسؤولية

يمثل التعويض جزاء عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين طرفي التعاقد، وهو جزاء المسئولية العقدية التي تؤدي إلى حرص المتعاقد على تنفيذ التزامه ليتجنب أثار الإخلال بما التزم به، وهذا ما يشكل ضمان أو حماية حقوق المتعاقد الآخر، ويحقق استقرار المراكز القانونية و المعاملات بين الأفراد في المجتمع، ولا يمكن أن يسأل المدين عن التعويض إلا بتوافر الخطأ مهما كانت درجاته غير أن الغش العقدي باعتباره أقصى درجات الخطأ العمد له تأثير بالغ الأهمية على مدى التعويض (المطلب الأول) وفي ذات الوقت على تقديره (المطلب الثاني).

---

[1] أشرف أحمد عبد الوهاب، ابراهيم السيد أحمد، **دعوى التعويض في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء**، الطبعة الأولى، دار العدالة للنشر والتوزيع، 2018، ص 269.

[2] محمد علي البدري الأزهري، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام**، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1993، ص 269.

[3] محمد عزمي البكري، **دعوى التعويض**، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع، 2016، ص 21.

[4] مه زن جلال احمد، مرجع سابق، ص183.

المطلب الأول: الغش العقدي استثناء عن مدى التعويض

تقوم المسؤولية العقدية طبقا للقواعد العامة في القانون المدني بتوافر أو اجتماع أركانها الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة السببية، وتهدف إلى تعويض الضرر المترتب على الإخلال بالتزام عقدي. فإذا أخل المتعاقد بأي التزام مقرر في ذمته بموجب العقد أصبح مسؤولا قبل المضرور وفقا لأحكام المسؤولية العقدية؛ ليلتزم متى ثبتت في حقه بتعويض الضرر.

و أوجب المشرع الجزائري بنص 176 من القانون المدني - والذي يعتبر القاعدة العامة للمسؤولية العقدية - على المدين تعويض الضرر المباشر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه[1]، حيث يعتبر الضرر مناط التعويض (الفرع الأول) لكن الضرر كأحد أركان المسؤولية العقدية يراعى فيه بعض الشروط والمعايير القانونية على أنه غش المدين يؤثر بشكل مؤكد على طبيعة الضرر القابل للتعويض في هذه الحالة (الفرع اثاني).

الفرع الأول: مفهوم التعويض كجزاء للمسؤولية

التعويض في إطار هذا البحث هو موضوع دعوى المسؤولية العقدية المرفوعة والأثر الناجم عن ثبوتها وتحققها، أي الجزاء العام عن قيام المسؤولية العقدية لتوافر أركانها.

نظم المشرع الجزائري أحكام التعويض في المواد من 124 إلى 133 ثم من المادة 182 إلى 187 من التقنين المدني متأثرا في هذا التنظيم بالقانون المدني الفرنسي، ناقلا الفكر الذي استقر عليه هذا الأخير باعتبار أن وظيفة التعويض هي الإصلاح لا عقاب المخطئ.[2]

---

[1] جاء في نص لمادة 176 من القانون المدني الجزائري ما يلي:"إذا استحال المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذه التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه".

[2] مؤدى اقتصار التعويض الإصلاحي على وظيفة جبر الضرر في العصر الحديث هو أن يكون إصلاح الضرر الذي لحق المضرور هدفا أساسي لا تعترضه أية عقبات مستمدة من الأفكار التقليدية للمسؤولية المدنية حيث كانت تقترن بالقاعدة الأخلاقية أو الذنب الأخلاقي من ناحية وبالفردية من ناحية أخرى، في إطار فردية التعويض ينحصر التعويض على المسؤول هذا الأخير قد يكون معسرا مما يشكل عقبة في سبيل الحصول عليه، لذلك لا بد من التحرر والسماح بقيام أنظمة جماعية للتعويض وهو ما يضمنه نظام التأمين الإجباري والاختياري. من هنا ما يمكن أداء التعويض لوظيفته الإصلاحية هي خصيصة كفالة التعويض والتي نعني بها تحرير التعويض من ارتباطه بفكرة اللوم الأخلاقي من جهة والفردية في الالتزام من جهة أخرى، وخصيصة عدالة التعويض التي تهدف إلى استبعاد مبدأ التعويض الكامل (يقصد به أن يتحمل المسؤول تعويض كل الأضرار التي لحقت بالمضرور جزاء الانحراف في سلوكه واختياره الإضرار بالغير) ليحل محله ما يسمى بالتعويض العادل الذي يرى فيه القانون والأطراف والقضاء ما يكفي لجبر الضرر بشكل ذاتي بالنسبة إلى المضرور، على أن هذا التعويض العادل لا يعني التجرد من الذاتية ومعاملة جميع المضرورين بمعيار موحد أو استبعاد أضرار معينة من التعويض، بل يعني التعويض العادل ما كان كافيا لجبر الضرر من منظور اجتماعي. ويتضح تبني المشرع الجزائري لوظيفة التعويض الإصلاحية من خلال استعماله لمصطلح"*réparation*"باللغة الفرنسية، والذي يترجم إلى العربية "بالإصلاح وهو مالا يدع مجالا للشك حول نية المشرع من تقرير التعويض الإصلاحي. وإن خصصت الترجمة المصطلح العربي المخصص لفكرة جبر الضرر وبمصطلح" التعويض".

ويختلف التعويض عن العقوبة، فالتعويض غايته جبر الضرر الذي أصاب المتعاقد ويحدد بقدر الضرر، في حين تهدف العقوبة مجازاة وزجر الجاني على فعلته وردع غيره، وتأديبه على قدر خطئه[1].

ويعرف التعويض بأنه" مبلغ من النقود يستوي المنفعة التي كان يحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس"[2].

ويعرف أيضا " وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته إذا لم يكن محوه ممكنا والأكثر أن يكون مبلغ من النقد يحكم به للمضرور على من أحدث الضرر ولكنه قد يكون شيئا آخر غير النقد كالنشر في الصحف أو التنويه بحق المدعي في الحكم"[3].

ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أوللتأخر بالوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وغني عن البيان أنه لا محل للتعويض إذا لم يصب الدائن ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه و لم يفته كسب، لأن الدائن ملزم بإثبات مقدار ما أصابه من ضرر [4].

الفرع الثاني: الغش استثناء على طبيعة الضرر الموجب للتعويض

تنص المادة 182 من القانون المدني :" إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جيد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

يتبين من النص أنه ينبغي مراعاة شروط الضرر المعوض عنه، والقاعدة العامة في إطار المسؤولية العقدية أن يقتصر التعويض عن الضرر المتوقع، غير أنه في حالة الغش الصادر من المدين يمتد التعويض ليشمل الضرر الغير متوقع.

والثابت أن اقتصار التعويض عن الضرر المتوقع فقط هو الذي يحدد الاختلاف الجوهري بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، فالمسؤولية التعاقدية لا تؤدي إلى تطبيق التعويض الكامل عن الضرر.

---

[1] مقدم السعيد، **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 174.

[2] حسن علي الذنون، **النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام**، مطبعة جامعة المستنصرية، 1976، ص 348.

[3] إبراهيم صالح عطية الجبوري، **العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار**،الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، 2013، ص 17.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام**، الطبعة الثالثة،منشورات حلبي الحقوقية،1989، ص 843.

وبما أن العقد من صنع إرادة الأطراف فمن المنطقي أن يقتصر التعويض عن الضرر المتوقع أو الذي كان متوقعا وقت إبرام العقد، فالمتعاقد الذي يرتبط مع طرف آخر بعقد يجب أن يكون على بينة من مدى تعاقده وما يترتب عليه من موجبات ومن مسؤولية في حال تخلفه عن تنفيذ هذه الموجبات، وبالتالي لا يمكن أن يتعرض لالتزامات لم تخطر على باله و لم يكن بإمكانه توقعها عند إنشاء العقد[1].

فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد فلا تعويض عنه، أما إذا كان هناك غش أو ما يعادل الغش من خطأ جسيم في جانب المدين فمسؤولية المدين تنقلب إلى مسؤولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع.

ويرى الأستاذ السنهوري أن المسؤولية تقوم على العقد، والقانون افترض أن إرادة المتعاقدين انصرفت إلى تحمل التعويض عن الضرر الذي يتوقعه المدين ويرتضيه الدائن، وهذا الافتراض يعتبر بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية بقصره على مقدار الضرر المتوقع، ولما كان هذا الشرط باطلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، أصبح ملتزما بالتعويض عن كل الضرر متوقعا أو غير متوقع لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الإتفاقي الذي يعدل من مقدار المسؤولية[2].

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي فالضرر المتوقع هو الذي كان يمكن توقعه عادة الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين[3] ،لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات. ويكفي هنا أن نذكر أنه في بعض الحالات الخاصة لا يستبعد توقع طرفي العقد الشخصي عندما يجري العقد في ظروف معروفة فقط لطرفي العقد.

وفي نفس السياق، المشرع الفرنسي حد من الضرر المتوقع لصالح الضرر الكامل في حالتي الغش والخطأ الجسيم[4] و في حكم صادر في 29 أكتوبر 2014 أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الخطأ الجسيم يمكن مساواته بالغش الذي يمنع الطرف المتعاقد الذي ينسب إليه من الحد من التعويض عن الضرر الذي تسبب فيه للضرر المتوقع و غير المتوقع أثناء العقد والذي حاول التحرر منه بموجب شرط عدم المسؤولية [5].

خلاصة القول غش المدين يؤثر على طبيعة الضرر الموجب للتعويض،حيث يعد خروجا على المبدأ الذي يقضي بالتعويض عن الضرر المتوقع،و يتم التعويض عن الضرر غير المتوقع كاستثناء لمبدأ توقع الضرر ، ونفس الأثر يكون إذا ما ارتكب خطأ جسيما فيكون التعويض عن الضرر الذي لحق الدائن كاملا .

---

[1] مصطفى العوجي، **القانون المدني المسؤولية المدنية**، مرجع سابق، ص73.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني الالتزام مصادر الالتزام**، ص771.

[3] Berdal, Edouard, **L'obligation De Limiter Son Préjudice En Matière Contractuelle**, Faculté De Droit Et De Criminologie, Université Catholique De Louvain, 2015 ,p30.

[4] L'article 1231-3 du Code civil prévoit que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »

[5] Cass. 1ère civ. 29 oct. 2014, n°13-21980.

المطلب الثاني: الغش العقدي استثناء عن تقدير التعويض

عادة ما يتم تحديد التعويض بواسطة المتعاقدين في العقد أو في اتفاق لاحق، وهو ما يعرف بالتحديد الاتفاقي للتعويض، والمقصود بالاتفاق على قيمة التعويض أو ما يسمى بالشرط الجزائي هو أن يقدر الأطراف المتعاقدة بأنفسهم وبصفة مسبقة تعويضا جزافيا يستحقه الدائن إذا أخل المـــــدين بأعـــــبائه التعاقدية (الفرع الأول)، بأن لم ينفذ التزامه العقدي أو تأخر في تنفيذه. ويتقيد القاضي كأصل عام باتفاق التعويض غير أنه في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم يمكنه كاستثناء التدخل لتعديل قيمة التعويض.

الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي

يقصد بالتعويض الاتفاقي أن يتحدد مقدار التـــعويض عن طريق إرادة الأطراف حيث أجاز القانون للمتعاقدين اللجوء إلى تقدير التعويض بشكل مسبق في العقد الذي يبرمانه؛ كجزاء متفق عليه على عدم تنفيذ الالتزامات العقدية المترتبة أو التأخر في تنفيذها أو حالة تنفيذها بشكل منتقص أو معيب، ويستحق هذا التعويض المسبق للدائن متى ثبت أن إخلال المدين قد ألحـــق به ضررا . وهذا النـــوع من الاتفـــاق يعـــرفه الفقه بـــ "الشـــرط الجـــزائي" الذي قد يدرجه المتعاقدان في العقد كبند فيه أو في اتفاق لاحق يعد مكملا أو معدلا للعقد الأصلي.

هذا الشرط صحيح طالما أنه لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وقد أطلقت عليه تسمية الشرط الجزائي لأن المتعاقدان يرتبانه كجزاء عن إخلال المدين بالتزامه التعاقدي وسمح المشرع بتطبيقه في إطار المسؤولية العقدية بموجب المادة 183 من القانون المدني الجزائري التي أجازته[1].

ويعرف الشرط الجزائي بأنه: "اتفاق يقدر فيه المتعاقدان مقدما التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه كليا أو جزئيا أو تأخر في تنفيذه"[2].

ويعتبر الشرط الجزائي التزام تبعي لأنه لا يقصد لذاته ولا يستقل في وجوده، وإنما يقع بمناسبة إنشاء العقد، الغاية منه حمل المتعاقد على تنفيذ عين ما التزم به. وعليه إذا كان الالتزام الأصلي باطلا لأي سبب من الأسباب كان الشرط الجزائي باطلا باعتباره تابعا للالتزام الأصلي، إلا أنه إذا كان الشرط الجزائي باطلا فهذا لا يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي[3].

كما أن الشرط الجزائي لا يعد مصدرا لاستحقاق التعويض وإنما ينشأ التعويض من مصدر آخر هو العقد لعدم قيام المدين بالتنفيذ

---

[1] وجـــاء فيها أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحـــــددا مـــقدما قيمة التعويض بالـــنص علـــيها في العـــقد أو في اتـــــفاق لاحـــق وتطبق في هذه الحـــالة أحكام المواد 176إلى 181».

[2] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 318.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام**، مرجع سابق، ص860.

وعلى ذلك لا يستحق الشرط الجزائي دون ضرر فهو اتفاق على تقدير التعويض، وعليه لا يحكم بالتعويض إلا عند وجود الضرر، فإذا أثبت المدين عدم وجود ضـــرر يدعيه الدائن يتـــحرر بذلك من دفع التـــعويض المســـبق المذكور في العقد[1].

زيادة على ما سبق للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي، الأصل أن يحكم القاضي بالجزاء المشروط في العقد لأنه ملزم بذلك دون زيادة ولا نقصان احتراما لإرادة طرفيه، إلا أنه في حالات معينة لا يمكن ترك هذا الجزاء دون ضوابط حيث منح القانون للقاضي حق تعديله بالتخفيض أو بالزيادة.

الفرع الثاني: الغش استثناء على تعديل التعويض الاتفاقي

لما كان العقد شريعة المتعاقدين واستنادا إلى القوة الملزمة له من حيث موضوعه فالقاضي ملزم بالحكم على الدائن بالتعويض وفقا لقيمته المحددة اتفاقا، غير أن القانون أجاز له استثناء في بعض الحالات التدخل لتعديل التعويض الاتفاقي ومنها في حالة صدور غش من المدين[2].

ومن الثابت أن المبدأ هو عدم جواز زيادة الشرط الجزائي، فاتفاق التعويض الذي ارتضاه المتعاقدين واجب الاحترام ولو كان الضرر الذي أصاب الدائن يفوق ذلك الذي قدره المتعاقدان بتحديدهما قيمة التعويض المستحق في هذه الحالة[3].

لكن استثناء من هذا المبدأ أجاز المشرع الجزائري في المادة 185 زيادة الشرط الجزائري في حالة واحدة هي ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما [4].

إذ أن سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي مقيدة إذا وجده أقل من قيمة الضرر الذي لحق بالدائن، فليس من سلطته تحقيق المساواة بين قيمة الضرر ومقدار الشرط الجزائي، لكن ارتكاب المدين للغش ومن أجل اعتبارات العدالة يحكم بتعويض يعادل الضرر.

---

[1] وهو ما قـــررتـــــه المادة 184من القانون المـــدني الجزائري وجـــــاء فـــــيها:" لا يـــكون الـــتعويـــض المحـــدد في الاتـــفـــاق مســـتحقا إذا أثبـــت المـــدين أن الـــدائن لم يلحقه أي ضرر".

[2] من الجدير أن نذكر في هذا السياق أنه يمكن للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مفرطا أي مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ويقع باطـــلا أي اتفاق يخالـــف ذلك حماية للمدين من تعسف الدائن. كما يجوز للقاضي أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أنه نفذ جزء من التزامه، فيقوم بتخفيض المبلغ المحدد في الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ من الالتزام، كما للقاضي أن لا يخفض منه إذا رأى أن هذا التنفيذ تافه لم يحصل منه الدائن على فائدة.(المادة 184الفقرة الثانية من القانون المدني " يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"). وللقاضي أن يلغي أو يخفض من الشرط الجزائي حالة تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع بدون مبرر منعا له من التعسف خاصة في حالة الشرط الجزئي المقرر عن التأخير في التنفيذ(المادة 187 من نفس القانون " إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع دون مبرر").

[3] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 362.

[4] مضمون المادة 185 من القانون المدني وجاء فيها: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما."

فالبند الجزائي في هذه الحالة يعد بمثابة البند المخفف للمسؤولية، واتفاق الإعفاء من المسؤولية العقدية أو تخفيفها جائز فحتى لو كان البند زهيدا فهو يعبر عن إرادة المتعاقدان ويعتبر صحيحا وإن كان الهدف منه أحيانا نفي المسؤولية، في حين أن جزاء غش المدين على عكس ذلك فيقلب بند نفي المسؤولية باطلا، ويمنح طريقا قانونيا للقاضي من أجل التدخل في العقد و بالخصوص اتفاق التعويض وتعديل البند بالزيادة.

والدائن عند اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم، ولاعتبارات حسن النية لا ينبغي أن يحسب هذا الحساب[1].

وعلى النحو السابق كما يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فيجوز له أن يتفق مع الدائن على التعويض الاتفاقي جراء تحقق مسؤوليتهم حتى ولو كانت قيمة الضرر أقل من التعويض المتفق عليه قلا يجوز للقاضي التدخل من أجل زيادته. بل ليس للقاضي التدخل بتعديل التعويض الاتفاقي في هذه الحالة حتى ولو صدر منهم غش أو خطأ جسيم على اعتبار أن الشرط الجزائي هو اتفاق لتخفيف المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم الصادر من الغير وهو جائز بنص القانون[2].

غير أن بعض الفقه انتقد هذا الحكم نظرا لخطورته وانعكاساته السلبية على الدائن، إذ أن مثل هذا الشرط الاتفاقي يمنح للمدين سيء النية مجالا واسعا للتهرب من تنفيذ التزامه التعاقدي عن طريق الغير، كما يؤدي إلى إهمال المدين في اختياره للمستخدمين، على اعتبار أنه ليس مسؤول بموجب شرط الإعفاء من المسؤولية عن أخطائهم فلا يتحمل نتيجة إهمالهم أو إخلالهم بالتزاماتهم العقدية، حتى ولو صدر منهم خطأ جسيم أو غش[3].

ومن المهم أن نضيف أنه على الرغم من أن الشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر إلا أنه لو كانت قيمة هذا التعويض غير مساو للضرر الواقع أو أقل منه، فإنه ليس للدائن المطالبة بزيادة مقدار التعويض إلا في حالات استثنائية، وهذا ما يؤكد انفصال مقدار التعويض عن معيار الضرر والأخذ بمعيار الخطأ ودرجة جسامته[4].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام** مرجع سابق، ص878.

[2] جاء في نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري: " ..... غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.....".

[3] تماني جميلة، **الغش في العقود**، رسالة دكتوراه تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2019/2018، ص89.

[4] فرهاد حاتم حسين، مرجع سابق، ص 454.

خاتمة:

توصلنا من خلال البحث في تأثير الغش على أحكام المسؤولية إلى ما يلي:

تكريسا للعدالة التعاقدية أوجب المشرع الجزائري الالتزام بحسن النية عند التعاقد، بحيث يتوجب على الدائن والمدين معا حسن التصرف والامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه الإضرار بالمتعاقد الآخر أو حرمانه من مصالحه المعول عليها من خلال إبرامه العقد، ويعتبر حياد عن جادة حسن النية غش المدين والذي ينطوي على سوء نيته، فهو تصرف مهدد لاستقرار العلاقات التعاقدية ومقتضيات الأمانة والثقة.

صعوبة تحديد مفهوم دقيق للغش بشكل عام والغش العقدي بشكل خاص حيث يتقارب مفهومه مع ما يشابهه خاصة التدليس والتعسف في استعمال الحق والخطأ الجسيم من حيث الآثار لكنه يفترض نية الإضرار والتضليل ويكمن الاختلاف في درجة توقع الضرر .

ولأن غايته غير مشروعة فإن الغش يستوجب تدخل القانون من أجل توقيع الجزاء ، وهو ما اعتمده المشرع الجزائري لوضع حد للتصرفات القائمة على الغش في الإطار العقدي، لكنه لم يتعرض للغش كنظرية عامة بل اكتفى بتنظيم بعض صوره وتطبيقاته ضمن نصوص القانون المدني أو القوانين الخاصة ، ولأن مظاهر الغش مختلفة ومتجددة سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه أو حتى خارج دائرة التعاقد فلا نجد هذا التنظيم كافيا.

وفي إطار المسؤولية العقدية محل البحث عمل المشرع أيضا على توفير حماية الدائن من الغش والخطأ الجسيم الصادر من المدين وذلك من خلال الجزاءات المدنية التي توقع عليه، والمتمثلة في إبطال الشرط المعفي من المسؤولية، وحلول المسؤولية التقصيرية والانتقال إلى التعويض الكامل عن الضرر المتوقع والغير متوقع، و تدخل القاضي لتعديل التعويض الاتفاقي أي زيادة الشرط الجزائي ، وكل ما سبق يدخل ضمن تأثير الغش على أحكام المسؤولية العقدية.

وعلى هذا النحو نأمل من المشرع الجزائري:

- توسعة مجال تطبيق الالتزام بحسن نية ليشمل المرحلة السابقة واللاحقة على التعاقد على غرار المشرع الفرنسي في إصلاحه الأخير لقانون الالتزامات والعقود لسنة 2016.

- ضرورة الاعتماد على نظرية عامة للغش لتطبق في حالة عدم وجود نص خاص أي عند شغور الدعم التشريعي في ظل تعدد صور الغش العقدي وتجددها، ـــــــ تبني قاعدة "الغش يفسد التصرفات" بنص قانوني صريح لتكون أساسا قانونيا يعتمد عليه القضاء لتوقيع جزاء مدني عام يغطي جميع مظاهر الغش.

- تعديل المادة 178من القانون المدني ومنع شرط إعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن غش مستخدميه في تنفيذ العقد.

- تبني موقف تشريعي أو قضائي محدد وواضح من مسألة الخيرة ما بين المسؤولية العقدية والتقصيرية.

- لا بأس بالأخذ برأي الفقه والقضاء المقارن والاستعانة بهما خاصة بالنسبة للقوانين المتقاربة مع القانون الجزائري كالقانون الفرنسي مثلا، لفتح مجالا واسعا وخصبا للبحث في موضوع الغش ضمن الأنظمة المقارنة.

قائمة المراجع:

1. إبراهيم صالح عطية الجبوري، **العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار**،الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، 2013.
2. أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم السيد أحمد، **دعوى التعويض في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء**، الطبعة الأولى، دار العدالة للنشر والتوزيع، 2018.
3. أنور طلبة، **المطول في شرح القانون المدني**، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، 2006.
4. بلحاج العربي، **النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن**، دار هومة، 2019.
5. بيار إميل طوبيا، **التحايل على القانون دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء** المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2009.
6. بيار إميل طوبيا، **الغش والخداع في القانون الخاص الإطار العقدي والإطار التقصيري**، الطبعة الأولى المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان.
7. تماني جميلة، **الغش في العقود**، رسالة دكتوراه تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 2019/2018.
8. جاك غيستان، **المطول في القانون المدني تكوين العقد**،الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.
9. حسن علي الذنون، **النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام**، مطبعة جامعة المستنصرية، 1976.
10. حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقا لاتفاقية اليونسترال لسنة 1995 دراسة مقارنة **مجلة الشريعة والقانون**، العدد الخمسون، السنة السادسة والعشرون الإمارات العربية المتحدة، أبريل2012.
11. عبد الرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام**، الطبعة الثالثة،منشورات حلبي الحقوقية،1989.
12. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثانية الالتزام بوجه عام نظري مصادر الالتزام**، الطبعة الثالثة،منشورات حلبي الحقوقية،1998.
13. عبد الله بن ناصر السلمي، **الغـــش وأثره في العـــقود**، ، الطبعة الأولى، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2004.
14. عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر،**شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات" دراسة مقارنة**، الطبعة، لدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002 .

15. عز الدين الديناصوري ، عبد الحميد الشوارب، **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقانون**، الطبعة الأولى، 1988.

16. غزوان عبد الحميد شويش، سوء النية ودوره في سريان أثر العقد على الخلف العام والدائنين العاديين، **مجلة جامعة تكريت للحقوق**، العدد الأول الجزء الأول، المجلد الأول، كلية الحقوق، العراق، أفريل2016.

17. فرهاد حاتم حسين، **عوارض المسؤولية المدنية**، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، 2014.

18. مالك جابر حميدي الخزاعي: **الأثر القانوني لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية**، جامعة القادسية 2009.

19. محمد السعيد رشدي، **الخطأ غير المغتفر سوء السلوك الفاحش والمقصود**، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، 1995.

20. محمد حسن قاسم، **القانون المدني مصادر الالتزامات العقد**، المجلد الثاني، الطبعة الأولى،منشورات حلبي الحقوقية،2018 .

21. محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر2016 - 131بتاريخ 2016/02/12 المعدل للقانون المدني الفرنسي، **حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية** العدد 26، جوان 2019.

22. محمد عزمي البكري، **دعوى التعويض**، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع، 2016.

23. محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**، المجلد الثالث، دار محمود للنشر والتوزيع، 2018، ص 415.

24. محمد علي البدري الأزهري، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام**، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة ليبيا، 1993.

25. محمد محمد السروري، **الغش في المعاملات المدنية دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقه الإسلامي**، جامعة المنصورة، 2004.

26. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، **مجلة الشريعة والقانون**، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الرابع والخمسون، أفريل 2013.

27. مصطفى العوجي **القانون المدني المسؤولية المدنية**،الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، منشورات حلبي الحقوقية 2016.

28. مقدم السعيد، **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

29. مه زن جلال احمد، مشكلات التكييف في المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب،2017.

30. مواقي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، **مجلة المفكر**، المجلد العاشر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014.

31. هلدير أسعد أحمد، **نظرية الغش في العقد**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2012.

32. يوسف شندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام، **مجلة كلية القانون الكويتية** العالمية، العدد الثاني، ملحق خاص، نوفمبر 2017.

33. Berdal, Edouard, **L'obligation De Limiter Son Préjudice En Matière Contractuelle**, Faculté De Droit Et De Criminologie, Université Catholique De Louvain, 2015 .

34. David GILLES ,**Les Lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada,** Revue juridique Thémis, 2009.

35. Delphine Lanzara , **Les méthodes de la cour de cassation dans la création du droit Etude à la Lumière Du droit des obligations**, Thèse de doctorat Droit ,U université Nice Sophia Antipolis , France, 2014,.

36. Fabrice DEFFERRARD, **Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère**, Dalloz, 1999.

37. Henri Roland et Laurent Boyer ,**Adages du droit français**, 4e édition Broché LexisNexis, 1999.

38. Hugo M'Baye. **La différence entre la bonne foi et la loyauté en droit des contrats**. Thèse de doctorat Droit. Université Montpellier, 2019.

39. Jacques Ghestin, Hugo. Barbier, **Traite De Droit Civil , Droit objectif et droits subjectifs Sources du droit** Tome I ,5e édition , 5e éd., 2018.

40. Jean Hilaire, **Adage et maximes du droit français**, DALLOZ,2013,p 94.

41. Jean-François Romain Théorie**, Critique du principe général de bonne foi en droit privé Des atteintes à la bonne foi en général et de la fraude en particulier « Fraus omnia corrumpit»**, Bruylant Bruxelles, 2000,

42. Marie Leveneur-Azémar**, Etude Sur Les Clauses Limitatives Ou Exonératoires De Responsabilité,** Thèse de doctorat Droit, Universite Pantheon-Assas (Paris Ii), 2016.

43. Mortier, Stéphanie, Fraus omnia corrumpit **, l'auteur du dol ne peut pas invoquer la faute de la victime**, Les pages Obligations, Contrats Et Responsabilités, Vol. 2019, no.47.

44. Pierre Sargos , **La fraude licite** , Juris-Classeur Périodique La Semaine Juridique - Édition Générale - N° 24 - 11 JUIN 2018.