الغش في عقد البيع

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون

د. علي حميد كاظم

المقدمـــة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، وآله الطاهرين، وصحبه أجمعين:

وبعد ... يعد الجانب المالي من الجوانب المهمة في حياة الإنسان؛ نظراً لخطورته وما يكثر فيه من منازعات؛ إذ الإنسان جبل على حب المال، ومن لا يخاف الله يمكن أن يسلك جميع السبل للحصول عليه، ومن هنا اعتنت به الشرائع السماوية، والقوانين الوضعية.

كما ان مما لا جدال فيه أن عقد البيع من أكثر العقود شيوعاً وانتشاراً وتزداد أهميته يوماً بعد آخر ، ولقد شهد العالم تطوراً كبيراً بعد الثورة الصناعية في ميدان الصناعة والتجارة وأساليب الإنتاج والتوزيع ووسائل الترويج والدعاية عن المنتجات ، إذ أن التقدم التكنولوجي أنعكس بدرجة كبيرة على المنتجات ، فلم تعد المنتجات تتسم بالبساطة التي كانت معهودة سابقاً ، حيث ظهرت المنتجات بأشكال متعددة منها الغذائية والدوائية والمستحضرات والأجهزة المنزلية ووسائل الاتصال ، وكل يوم يأتي العلم بما هو جديد ولا يتوقف عن حد معين ، إلا أن هذا التقدم مع ما جلبه من إيجابيات ومنافع كبيرة فإنه صحب معه سلبيات أيضاً فتعقد السلع وتطورها جعل إمكانية الكشف عن خواصها امر بالغ الصعوبة ، الأمر الذي يجعل من الغش فيها أمر وارد جداً وذلك لان المستهلك يفتقد إلى الخبرة والإمكانيات التي تؤهله لذلك

وفكرة الغش وإن كانت من المسائل المعروفة إلا أنها معقدة من حيث الحلول الموضوعة لها؛ بسبب تنوع العناصر التي تدخل في تكوينها، وكثرة وتطور وسائل الغش بتطور التكنولوجيا.

وعلى هذا ينبغي وضع الضوابط والشروط وتعيين الأساس الذي يتسبب في الاختلال والفوضى في المعاملات، وتترتب عليه كثرة المنازعات، فلا بد من تحقيق التوازن بين الأموال والمنافع المتبادلة بين طرفي العقد؛ عن طريق محاربة الغش.

واستناداً إلى ما تقدم فأننا سنقسم بحثنا هذا إلى مبحثين نبحث في الأول مفهوم الغش ، ونخصص آثار الغش في عقد البيع. ونسأل الله العون والسداد، إنه نعم المولى والنصير.

المبحث الأول
مفهوم الغش

ان تحديد مفهوم الغش يدعونا إلى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، نبحث في الأول تعريف الغش، ونخصص الثاني للتفريق بين الغش والخطأ الجسيم ، وفي الثالث موقف الشريعة الإسلامية من الغش.

المطلب الأول
تعريف الغش

الغش في اللغة

الغين والشين أصول تدل على ضعف في الشيء واستعجال فيه، ويقولون غشه لم يمحضه النصيحة، وأظهر له خلاف ما أضمره. والشّيْءُ المَغْشُوشُ، أَي غَيْرُ خَالِصٍ. والغِشُّ بالكَسْرِ اسْمٌ مِنْهُ. وغَشَّشَهُ تغشيشاً مبالغة في الغش، مأخوذ من الغشش وهو المشرب الكدر المشوب، الذي لا يستمرئه شاربه لأنه غير صاف. و استغشه واغتشه ظن به الغش.

ويأتي الغش بمعنى القلة، يقولون: شرب غشاش قليل، وما نام إلا غشاشاً، أي قليلاً.

والغِشَاشُ بالكَسْرِ وَحْدَهُ أَوَّلُ الظُّلْمَةِ وآخِرُهَا، والغشاش العَجَلَةِ، يقال: لقيته غشاشاً وذلك عند مغرب الشمس، وعلى عجلة. و الغِشُّ أَيْضاً: الغِلُّ والحِقْدُ، وقد غَشَّ صَدْرُه يَغِشُّ إذا غَلّ. وجَمْعُ الغاشِّ غَشَشَهٌ وغَشّاشَةٌ. (١)

وفي اصطلاح فقهاء الشريعة

قال ابن الهمام: " الأصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية ".(٢)

وقال ابن نجيم: " والغش بمعنى المغشوش وهو غير الخالص ".(٣)

وقال ابن عرفة: " الغش التدليس، وهو إبداء البائع ما يوهم كمالاً في مبيعه كاذباً، أو كتم عيب ".(٤)

وقال الشربيني: " الغش نقص في الحقيقة ".(٥)

وفي الفقه الإمامي: " الغش الخفي كشوب اللبن بالماء ". (٦)

وعرفه الإباضية، بقولهم: " والغش هو تغيير بائع صورة مبيع بإظهار حُسن، وإخفاء قُبح، آت من جهة المبيع أو من قلته وقت بيعه، سواء يظهر بعد ذلك أم لا ".(٧)

وفي القانون

جاء في معنى عبارة Fraud الانكليزية غش، تدليس، احتيال أو تحايل، نصب ، قلب الحقائق أو كتمانها قصداً لخداع الغير، حيلة، خديعة، طرق ملتوية، مزاعم كاذبة يتذرع بها الشخص ليصيب ما ليس له، أو ما لا يستطيع إدراكه بالطرق المستقيمة. (٨)

للغش مفهوم واسع يعني: مناورة غير مشروعة، أو خدعة أو حيلة، فيدخل ضمن هذا المفهوم الخداع الصادر عند إنشاء التصرفات القانونية والصورية المنطوية على غش تجاه

الغير. ومفهوم مضيق، يتحقق بإعمال قاعدة قانونية بغية استبعاد أخرى. مثل التاجر الذي يتوقع سقوطاً وشيكاً، فينسحب من العمل التجاري؛ بغية التخلص من صفة التاجر ليتجنب شهر إفلاسه.أو التواطؤ الذي يحصل بين بائع وشار للإفلات من أحكام الشفعة.[٩]

وفي العرف الفرنسي: " كل عمل قانوني أو نشاط قضائي غير منتظم ، أو صحيح تقنياً، يتحقق بنية الغش ويهدف إلى استبعاد موجب تعاقدي أو شرعي ". [١٠]

ويقصد بالغش بأنه "كل فعل أو امتناع عن فعل يؤدي إلى تهرب الشخص من واجباته والتزاماته التي كان من المفروض أن ينفذها بحرص الرجل المعتاد"[١١]

والغش (التغرير) في المعاملات المالية هو استعمال طرق احتيالية توقع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، فهو الغلط الذي يثيره التدليس في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد.[١٢]

ويتحقق بكتمان عيب السلعة عن المشتري، وقت العقد. أو إخفاء العيب، مأخوذ من الدُلسة وهي الظلمة، كأن البائع بفعله صيَّر المشتري في ظلمة بما يزيد به الثمن، أو يبهم الأمر حتى يوهم غير الواقع، ولو لم يكن عيباً، ويقال فلان لا يدلس ولا يواكس أي لا يخادع، وما في فلان دلس ولا وكس أي ما فيه خبث ولا مكر ولا خيانة. والمدالسة كالمخادعة. [١٣]

وقد وردت نظرية التغرير مع الغبن في المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي، والتغرير أو التدليس هو عيب مستقل من عيوب الإرادة في القانونين المصري والفرنسي ، والذي يهمنا في مجال بحثنا هو التغرير ، وهذا الأخير يتحلل إلى عنصرين، الأول مادي يتمثل باستخدام الطرق الاحتيالية ، والثاني معنوي ، يتمثل بنية التضليل ، اي سوء النية للوصول إلى غرض غير مشروع.

ويثير الركن المادي للتغرير في العقود ، عدد من الاسئلة اهمها ، هل يعد كذب البائع تغريراً؟ وهل يمكن اعتبار كتمان البائع أو سكوته عن أمر ما تغريراً؟

فيما يتعلق بالكذب ، فأن الرأي الراجح في الفقه، إلى أنه يكفي لقيام التغرير مجرد الكذب، إذا خرج عن الحد المألوف، فمبالغة التاجر في مدح تجارته والدعاية لها، لا يعد تغريراً، وان وصل إلى خد الكذب ، مادام ذلك مألوفاً ، وذلك لان الكذب يدخل ضمن ما يسمى بالكذب المتسامح فيه بموجب العرف أو العادة ، أما في مجال عقود الاستهلاك فأن مجالات تطبيق الكذب المتسامح فيه تضيق ، حتى ان الدعاية الكاذبة التي ظلت لوقت طويل ، صورة من صور الكذب المتسامح فيه ، قد حرمت في كثير من قوانين الاستهلاك[١٤]. كقانون الاستهلاك الفرنسي في المادة (ل١-١٢١)، وقانون حماية المستهلك المصري في المادة (٦) منه .

أما بالنسبة لسكوت البائع أو كتمانه ، فأن هناك إجماع فقهي في ان الأصل مجرد السكوت لا يعد تغريراً، إلا إذا كان المتعاقد ملزم بعدم الكتمان بموجب القانون أو الاتفاق أو بحسب طبيعة العقد[١٥].

ويمكننا القول ان سكوت المتعاقد أو كتمانه يعد تغريراً، متى كان ملزماً بالإدلاء بالمعلومات قبل التعاقد ، او كان محل العقد ذو طبيعة فنية لايمكن التعرف على خصائصها الا من قبل مختص ، كل ذلك يؤدي بالضرورة إلى القول ان مجرد الكذب أو السكوت بصدد واقعة ما تغريراً، طالما الأمر خالف الصق والامانة التي يوليها احد الطرفين للاخر.[١٦]

وفيما يتعلق بالعنصر المعنوي للتغرير ، والمتمثل بسوء النية أو نية التضليل لدى المتعاقد لدفع المتعاقد الآخر الى التعاقد ، فالغالب ان البائع، لا يسعى إلى تضليل المستهلك وكل ما في الأمر انه يسعى إلى ترويج سلعته أو الخدمة التي يقدمها ، وفي تقديرنا ان مجرد توافر العنصر المادي للتغرير يكفي للقول بوجود في عقود الاستهلاك ، وذلك لان المهني شخص خبير في مجالات تخصصه ، وليس من الصعب عليه ان يعرف ما يمكن ان يؤثر في رضا المستهلك ، وان جهل ذلك كان هو المقصر، وخصوصاً ان الفقه والقضاء وفي مجال ضمان المهني للعيب الخفي ، قد اتجها إلى افتراض سوء نية المهني ، باعتبار ان تخصصه وتفوقه العلمي والتقني لا يسمح له الاحتجاج بعدم العلم بالعيب ، إذ ان عليه واجب ان يعلم ، وخصوصاً مع جهل المستهلك ، وبالتالي فان المبررات التي أدت إلى افتراض سوء نية المهني في مجال العيوب الخفية هي ذاتها موجودة بصدد التغرير.(١٧)

وصفوة القول ان ما تقدم لا يمكن الأخذ به في ظل التشريع العراقي ، الذي لا يكتفي بالتغرير لوحده كعيب من عيوب الإرادة ، وانما يشترط اقترانه بالغبن ، لذا فأننا ندعو المشرع العراقي ، إلى الاكتفاء بالتغرير لوحده كعيب من عيوب الإرادة، وان يعتبر مجرد الكذب أو كتمانه واقعة لها اهميتها في التعاقد تغريراً ، وهذا ما يمليه الواقع الحالي لحماية الطرف الضعيف ، وخصوصاً بعد ظهور الإعلانات الكاذبة أو المضللة ، والتي قد ينطلق المعلن فيها عن حسن نية ، إلا أن الخداع يقع لخطأ مادي أو فني ، أو لمجرد الاهمال في فحص الرسالة الإعلانية[١٨].

المطلب الثاني
الخطأ الجسيم والغش

تقرن العديد من النصوص القانون الغش بالخطأ الجسيم من حيث الاثار، وهذا ما دعانا للوقوف هنا للتمييز بينهما.

وفقاً لنظرية تدرج الخطأ ، فأن الخطأ يقسم إلى خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ تافه ، وتقسم العقود تبعاً لذلك إلى طوائف ثلاث ، عقود لا يسأل فيها المدين إلا عن الخطأ الجسيم ، وعقود لا يسأل فيها إلا عن الخطأ اليسير ، وعقود يسأل فيها حتى عن الخطأ التافه . وقد

هجرت هذه النظرية في الوقت الحاضر ، فالمدين يعد مخطئاً في الالتزام بنتيجة ، إذا لم يقم بتنفيذ التزامه ، بصرف النظر عن درجة خطاه ، أما الالتزام ببذل عناية ، فان المدين يعد مخطئاً إذا لم يبذل العناية اللازمة والعناية المطلوبة من المهني كما رأينا هي عناية المهني الحريص ، أما في مجال المسؤولية التقصيرية ، فأن مرتكب الفعل الضار يسأل عن خطأ ، سواء كان عن عمد أو إهمال وسواء كان جسيماً أم يسيراً[١٩].

إلا أن التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير لها بعض الاثار في القوانين الحديثة ، من ذلك مثلاً نص المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١٧٣) من القانون المدني المصري ، فضلاً على أن المحاكم قد اشترطت الخطأ الجسيم من قبل المهني لقيام مسؤولية ، وأن كانت هناك معارضة شديدة لهذا الاتجاه كما سنرى[٢٠].

ويقصد بالخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه أشد الناس إهمالاً ، وهو أقرب ما يكون إلى الخطأ العمد ويلحق به ، وقد عرف الخطأ الجسيم بأنه "عدم بذل العناية بشؤون الغير ، بصورة لا تصدر عن أقل الناس حرصاً في شؤونهم الخاصة"[٢١] ، ويختلف الخطأ الجسيم عن الخطأ العمد الذي ينطوي على نية الأضرار بالغير ، فالخطأ العمد ينطوي على نية سيئة لما انصرفت إلى إلحاق الضرر بالغير ، في حين أن الخطأ الجسيم لا يشترط أن يتضمن هذه النية السيئة[٢٢].

أما الخطأ اليسير فيقصد به الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص العادي الذي يتخذ معياراً للخطأ ، ويطلق عليه أيضاً الخطأ العادي[٢٣].

أما الخطأ التافه ، فهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص الحريص ، فهو الخطأ الذي يقع بالقدر اليسير من الإهمال أو عدم الانتباه أو عدم التبصر[٢٤].

وقد ذهب القضاء إلى أن المدين المهني لا يسأل إلا عن خطأه الجسيم ، وذلك لبث الطمأنينة في نفسه وترك الحرية الكافية له في تأدية عمله ، وعدم تقييد نشاطه ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها "أن إهمال شركة الطيران في عدم وضع خطة مقدمة لطياريها للهبوط في المطارات ، في حالة تعذر الرؤيا مع احتمال وقوع حوداث ... يعد خطأ جسيم"[٢٥]، إلا أن القضاء قد عدل عن هذا الموقف ، واستقر على مسؤولية المهني بغض النظر عن جسامة الخطأ ، بعد أن قدر أن حماية مصالح المستهلك وغير المهني وتوفير الطمأنينة لهم ، أكثر أهمية من حماية مصالح المهنيين وخصوصاً إنهم يتمتعون بالتفوق الاقتصادي والفني[٢٦].

ويختلف الخطأ الجسيم عن الغش الذي يتطلب عنصر القصد ، إذ قد ينصرف لفظ الغش إلى معنى التحايل على القانون ، للهرب من القاعدة القانونية ، الأمر الذي يجعله خطأ

عمدياً ، إذا انطوى التحايل على ضرر للغير ، وقد ينطوي الغش على معنى استعمال طرق احتيالية فيكون تدليساً[٢٧].

وإذا كان من السهل التميز بين الغش والخطأ الجسيم من الناحية النظرية ، إلا أنه يدق من الناحية العملية ، وهذا ما يفسر اتجاه القضاء إلى تشبيه الغش بالخطأ الجسيم ، إذ يتميز الغش بوجود نية الإيذاء لدى الفاعل ، وفقاً لمعيار شخصي ، بينما يتميز الخطأ الجسيم بدرجة جسامته وفقاً لمعيار موضوعي ، كما أن النية التي هي معيار وجود الغش ، يمكن أن تكون عاملاً مشتركاً بينه وبين الخطأ الجسيم ، حيث يمكن أن تعكس النية درجة جسامة الخطأ ، وقد تلجأ المحاكم إلى معايير أخرى لتمييز الخطأ الجسيم عن الغش ، منها قياس سلوك المدين ومدى توقع الضرر ، أو مدى قيام المدين بتنفيذ التزاماته ، حيث يكون الخطأ جسيماً عندما لا يوجد تنفيذ كلي للالتزام أو عدم تنفيذ الالتزام الرئيسي[٢٨].

وقد يتدخل المشرع ليساوي بين الخطأ الجسيم والغش ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (١٢٠) من قانون التجارة الفرنسي من أنه إذا خرجت الحوالة من تحت يد صاحبها ، فأنه لا يستطيع استردادها من حاملها ، إلا إذا كان هذا الحامل عند حيازته لها ، سيئ النية أو أرتكب خطأ جسيم ، في حين إن القاعدة في التشريع الفرنسي هي عدم التسوية بين الغش والخطأ الجسيم[٢٩].

أما في التشريع العراقي ، فأن القاعدة فيه عدم التسوية بين الغش والخطأ الجسيم ، إلا أن المشرع العراقي قد ساوى بينهما في مواضع ، وفرق بينهما في مواضع أخرى .

ومثال على تسوية المشرع العراقي بين الغش والخطأ الجسيم ما نصت عليه المادة (١٧/أولاً) من قانون النقل العراقي بقولها "لا يسأل الناقل عن الضرر الناشئ عن تعطل النقل أو الانحراف عن الطريق المعين لها... إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم من جانب الناقل أو من جانب تابعيه" .

وكذلك ما نصت عليه المادة (٥٦ ف ٢) من قانون التجارة العراقي بقولها "إذا فقد الشخص حوالة أثر حادث ما ، فلا يلزم حاملها بالتخلي عنها ... إلا إذا كان قد حصل عليها بسوء نية أو أرتكب في سبيل الحصول عليها خطا جسيماً".

وقد فرق المشرع العراقي في نصوص أخرى بين الخطأ الجسيم والغش ، من ذلك مثلاً نص المادة (٢٦٤) من القانون المدني ، والمتعلقة بدعوى عدم نفاذ التصرفات في حق الدائن ، ومن ذلك ايضاً المادتين (٥٥٩ ، ٥٦٨) من القانون المدني ، والمتعلقة بضمان العيوب الخفية" .

المطلب الثالث
الغش في الشريعة الإسلامية

لم يكن الغش في عقد البيع ببعيد عن الشريعة الإسلامية لما له من اضرار بالغة على الفرد والمجتمع،ومن هنا كان للغش صوراً و احكاماً تطرقت اليها الشريعة الإسلامية ،وهي:

١- تغيير صفة السلعة

يعد تغيير صفة السلعة من صور الغش في الفقه الإسلامي ،فنفخ الجزارين اللحم الذي للبيع بعد سلخه. يكره؛ لأنه غش، يغير طعم اللحم، ويظهر أنه سمين، بخلاف نفخ جلد اللحم قبل سلخه؛ لاحتياجه لذلك، ففيه صلاح ومنفعة. ويترتب على هذا أنه إذا علم المشتري بالنفخ بعد دفع الثمن فله رد اللحم.وإذا ذبح الحيوان ثم غرق في ماء، أو وطئ عليه شيء يقتل مثله، في حله روايتان عند الحنابلة.(٣٠)

وبل الخُمر(٣١) بالنشاء؛ لأنها تشتد بذلك وتظهر صفاقتها. وكانوا يرشون الخمر المعمولة من الغز بخبز مبلول؛ لتشتد وتصفق، وهو غش؛ لظن مشتريها أن شدتها من صفاقتها، فإن كان مشتريها علم بأنها مبلولة بالنشا، وأن ذلك يصفقها ويشدها فلا كلام، وإن لم يعلم أنها مرشوشة بذلك له كان الخيار بين أن يمسك أو يرد، فإن فاتت ردت للأقل من الثمن والقيمة.

ولا يحل لبائع الصبرة أن يغشها بأن يجعلها على دكة أو ربوة أو حجر ينقصها، أو يجعل الرديء منها في باطنها أو المبلول منها في باطنها، كسائر أنواع الغش فيها أو في غيرها، وإذا وُجِد ذلك الغش ولو بلا قصد من البائع أو غيره، ولم يكن للمشتري به علم فله الخيار بين الفسخ وأخذ تفاوت ما بينهما من الثمن بأن تقوم غير مغشوشة بذلك ثم تقوم مغشوشة به. (٣٢)

٢- خلط الجيد بالرديء

كسبك ذهب جيد برديء، وخلط العسل بالماء، أو اللبن بالماء، أو السمن بغيره، أو لحم الذكر بلحم الأنثى، ولحم الضأن بلحم المعز، وخلط القمح بالشعير؛ لإيهام جودة الجميع.

وللمشتري الرد إلا أن يبين مقدار الجيد من الرديء وصفتهما قبل الخلط، إلا أن يبين عند البيع الخلط، وصفة المخلوطين وقدرهما، ويباع ممن لا يغش به. (٣٣)

فمن الغش خلط لبن البقر بلبن الغنم؛ لإخراج زبدهما بضربهما معاً، فإن فعل لم يبع لبنهما ولا زبدهما إلا ببيان. ولا بأس بخلط اللبن بالماء لاستخراج زبده، وبالعصير ليتعجل تخليله للإصلاح، وكذلك التبن يجعل تحت القمح.وقال الشافعي لا بأس بخلط اللبن باللبن كيفما كان، حليباً كان أو رائباً أو حامضاً، ما لم يَخْلِطْهُ مَاءٌ، فإذا خَلَطَهُ مَاءٌ فَلا خَيْرَ فيه؛ لأن الماء غش لا يتميز، وإجازته تعني إجازة الغرر، ولو تراضيا به لم يجز؛ لأنه لا تعرف حصة الماء من اللبن، فكأنه إجازة للبن باللبن مجهولاً أو متفاضلاً أو جامعاً لهما.(٣٤)

٣- بيع المعلوم من أحد المتعاقدين

آ- من عرف مبلغ شيء وباعه جزافاً، كرهه جمع من الفقهاء؛ لما فيه من التغرير، فإن

باعه فهو جائز عليه، وقد أساء، ويصح العقد؛ لأن المبيع معلوم بالمشاهدة.[٣٥]

استدلوا بما روى الأوزاعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ÷ من عرف مبلغ شيء فلا يبعه جزافاً حتى يبينه ×.[٣٦]

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيله، والنهي يقتضي التحريم، ولأن الظاهر أن البائع لا يعدل إلى البيع جزافاً مع علمه بقدر الكيل إلا للتغرير بالمشتري والغش له.[٣٧]

فإن باع ما علم كيله صبرة البيع صحيح لازم، في قول أغلب الفقهاء؛ لأن المبيع معلوم لهما ولا تغرير من أحدهما، فأشبه ما لو علما كيله أو جهلاه. ومن كرهه لاختلاف العلماء فيه، ولأن استواءهما في العلم والجهل أبعد من التغرير، وهذا بمنزلة التدليس والغش، إن علم به المشتري فلا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة، وإن لم يعلم أن البائع كان عالماً بذلك فله الخيار في الفسخ والإمضاء؛ لأن كتم البائع قدرها غش وغرر.

وكذا بيع الصبرة جزافاً ونحوها مع علم المشتري وحده مقدارها يحرم ذلك على المشتري لما تقدم في البائع ويصح العقد، وللبائع وحده الفسخ؛ لأنه غش وغدر من المشتري فصح العقد معه، ويثبت للمشتري الخيار. [٣٨]

المبحث الثاني
اثر الغش في عقد البيع

إن الغش إما أن يتناول خواص السلعة ومكوناتها ، أو مظهرها الخارجي بإظهارها على غير حقيقتها، أو ان يذكر البائع معلومات غير دقيقة بهدف تضليل المشتري ، وحيث ان البائع ملزم بضمان العيوب الخفية ، فانه يسأل عن كل عيب عان عالماً به و اخفاه كونه يعد غشاً منه.

كما ان للاعلان عن السلعة او الخدمة يعد من الوسائل المهمة التي يلجأ اليها البائع في سبيل جذب الزبائن ، الا ان هذه الوسيلة قد يساء استعمالها باستخدام التضليل الاعلاني للجمهور وذكر مواصفات او خواص غير صحيحة وهو ما يشكل غشاً ايضاً.

واستنادا إلى ما تقدم فاننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين وكما يأتي:

المطلب الأول: اثر الغش في ضمان العيوب الخفية.

المطلب الثاني: اثر الغش في الإعلان.

المطلب الثالث : اثر الغش في الإعفاء او التخفيف من المسؤولية العقدية.

المطلب الأول
اثر الغش في ضمان العيوب الخفية

عرف القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة ٥٥٨ العيب بأنه: ٢- والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم. وفي ضمان العيوب الخفية، وضع القانون المدني العراقي شروطاً.

فالمادة ٥٥٩، نصت على أنه: " لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه، أو كان يستطيع أن يتبين لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى العيب غشاً منه ".

هذا يعني أن المشتري إذا أهمل في معرفة الغش، هو يتحمل ما يترتب عليه من آثار، وهذا ما أكدته المادة ٥٦٠ بقولها:

"١- إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يبادر بإخباره عنه، فإن أهمل في شيء من ذلك اعتبر قابلاً للمبيع.

٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد، ثم كشفه المشتري وجب عليه أن يخبر به البائع عند ظهوره وإلا اعتبر قابلاً للمبيع.".

والمادة ٥٦٧ نصت على أنه: " ١- إذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه له، فلا خيار له في رده بالعيب المسمى وله رده بعيب آخر.

٣- وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب، أو من كل عيب موجود بالمبيع، صح البيع والشروط وإن لم يسم العيوب، ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث.

ولقد أتجه القضاء الفرنسي إلى تبني اتجاهاً حديثاً يتوسع في مفهوم الغش ، وذلك بعَد عدم تنفيذ الالتزام العقدي عمداً غشاً ، حتى ولم تتوافر لدى المدين نية الأضرار ، وقد طبق هذا المفهوم بصدد ضمان البائع للعيوب الخفية ، إذ عد سكوت البائع عن أعلام المشتري بعيوب المبيع غشاً ، ولما كانت المادة (١٦٤٣) من القانون المدني الفرنسي تقضي ببطلان شروط الإعفاء والتخفيف من ضمان العيب الخفي إذا لم يكن البائع جاهلاً بالعيب ، فقد عد سكوته عن أعلام المشتري بالعيب غشاً ، وبالتالي تبطل هذه الشروط[٣٩].

وقد أفترض الفقه والقضاء الفرنسي علم البائع المهني بالعيب ، وعامله معاملة البائع الذي يعلم العيب ، الأمر الذي يؤدي إلى بطلان شروط التخفيف والإعفاء من الضمان بالنسبة للبائع المهني ، لافتراض سوء نيته ، وكذلك الحال بالنسبة للمشتري المهني ، إذ أن ما يعد عيباً خفياً بالنسبة للمشتري العادي ، لا يعد كذلك بالنسبة للمهني[٤٠].

فبموجب القواعد المقررة بشأن العيوب الخفية ، فأن من بين شروط ضمان البائع للعيوب الخفية ، أن يكون العيب خفياً ، وهو يكون كذلك إذا لم يستطيع المشتري أن يتبينه ببذل ما ينبغي من العناية ، ولم يكن يعرفه أو أن البائع قد أكد خلو المبيع من العيب ، أو إخفاؤه غشاً منه[٤١].

ولكن عندما يكون المشتري مهنياً ، وكان المبيع يدخل في نطاق مهنته ، فلا يمكنه الإدعاء بوجود عيب خفي كان من المفروض عليه أن يعرفه بحكم تخصصه ، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بقولها " أن العيب في (شاصي) السيارة هو عيب غير خفي بالنسبة إلى متعهد النقل ، الذي اشتراه لأن أعماله المتكررة قد أكسبته خبرة في هذا المجال" وكذلك بالنسبة إلى صاحب الكراج حيث ذهبت إلى أنه من المفروض على صاحب الكراج ، أن يكشف العيب في محرك السيارة ، لأن توقعه وجود هذا العيب ، أمر طبيعي بالنسبة له[٤٢]، فقياس خفاء العيب بالنسبة للمشتري المهني ، لن يكون بالمعيار نفسه الذي يقاس الخفاء بالنسبة للشخص العادي ، وإنما يكون بالرجوع إلى معيار المهني الحريص ، وبالتالي فأنه لا يعد عيباً خفياً بالنسبة له إلا تلك العيوب التي يمكن أن تفوت على المهنيين من أمثاله وبذات تخصصه ومؤهلاته ، مما يعني أن قرينه علم المشتري المهني بالعيب ليست قاطعة ، إذ يستطيع التخلص منها ، بإثبات عكسها ، بأن مشترياً مهنياً في ذات مؤهلاته لا تكون لديه القدرة على كشف هذا العيب[٤٣].

أما بالنسبة للبائع المهني ، فقد أتجه الاجتهاد الفرنسي إلى إقامة قرينة قاطعة ، مقتضاها افتراض علم البائع المهني بما يشوب المبيع من عيوب ، وذلك بجعله في جميع الأحوال سيئ النية ، مع أن الأساس هو حسن النية ، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بقولها "أن البائع بحكم مهنته لا يستطيع أن يجهل عيوب المبيع ، الأمر الذي يتعين معه تشبيهه بالبائع الذي يعلم العيوب " ، كما أقرت أن المهني بحكم مهنته ملزم بالتعرف على عيوب الشيء المبيع[٤٤] .

وقد طبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ على نطاق محدد ، ثم ما لبث أن أقره بالنسبة لجميع البائعين المهنيين ، وسواء كانت الأشياء المبيعة جديدة أم مستعملة ، طبيعية أم صناعية ، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية بأن البائع المهني مسؤول عن الحادث المميت ، الناتج عن انفجار قارورة غاز بسبب عيب راجع إلى عدم نقاوة هذه الغاز ، لأن عليه أن لا يجهل وجود مثل هذا العيب[٤٥]، وقد قضت أيضاً بأن الشركة التي تتخصص في تسويق المنتجات الطبيعية ، تلزم بناء على نشاطها وتخصصها ، بالتعرف على عيوبها ، وأن البائع أو المنتج المهني ليس له الحق في أن يجهل عيوب الشيء الذي ينتجه أو يبيعه[٤٦].

وتترتب على افتراض سوء نية البائع المهني نتيجتان مهمتان فضلاً على التزامه بالضمان هما ، بطلان الشروط المتعلقة بالإعفاء أو التخفيف من الضمان ، وعدم إمكانية التمسك بمدة التقادم القصير لسماع الدعوى[٤٧].

ولا يعفى البائع المهني من هذه القرينة ، إلا إذا كان المشتري مهنياً وكان المبيع داخلاً في نطاق تخصصه.

المطلب الثاني
الغش في الإعلان

لقد اصبح الاعلان التجاري في ظل التطور الذي شهدته وسائل الاتصال من ابرز الوسائل للتقديم والتعريف بالسلع والخدمات ، نظرا لما يتمتع به من فاعلية في الانتشار في جميع الاوقات والاماكن ، وبذلك اصبح من اهم وسائل الترويج التي يلجأ اليها التجار لغرض اقناع الناس بما يقدمونه من سلع وخدمات ، والاتصال باكبر شريحة من المشترين المتوقعين لاعلامهم بخصائص ومنافع المنتوج او الخدمة وتحقيق اكبر نسبة ممكنة من المبيعات والارباح .

والاعلان التجاري المثالي يعد نوعا من الاعلام الاقتصادي ، بوصف الاعلان رسالة من المعلن الى الى الجمهور تتناول خصائص سلعة اومنتج معين ، اذ يساهم في تحقيق معرفة افضل وادق بانواع المنتجات والخدمات وظروف السوق ، ويتيح قدرا من البيانات والمعلومات التي تسمح بحسن الاختيار بين السلع والخدمات المتنافسة في السوق.

وقد تعددت التعريفات بصدد الاعلان باختلاف الزاوية التي ينظر بها اليه،فمنها مايركز على الهدف من الاعلان المتمثل بتقديم المنتجات وجذب انتباه الجمهور فمن وجهة نظر اقتصادية

عرف بانه ((أي صيغة مدفوعة الاجر يقدمها راعي محدد سواء كانت عرض غير شخصي او ترويجا للافكار او السلع او الخدمات))،([٤٨]) وفي ذات السياق هناك من يعرفه بانه ((الوسيلة غير الشخصية لتقديم السلع والخدمات او الافكار بواسطة جهة معلومة ومقابل اجر مدفوع))([٤٩]).

كما يعرف الاعلان التجاري من الجانب القانوني بانه ((مجموعة من الوسائل التي يتوصل بها الى اعلام الكافة بوجود مؤسسة تجارية او صناعية او زراعية واقناعهم بجودة منتجاتها وحثهم على الاقبال عليها واقتنائها))([٥٠])، وهناك من يعرفه على انه ((كل ما يقوم به التاجر او مقدم الخدمة من امور لتعريف المستهلكين بمنتجاته او خدماته وحثهم على التعاقد عليها)).([٥١])

والإعلان كل وسيلة تهدف إلى التأثير النفسي على المستهلكين، تحقيقاً لغاية تجارية، فهو عمل تجاري بطبيعته يهدف إلى إثارة انتباه المستهلكين بإغرائهم بالسلعة ودفعهم إلى التعاقد.[٥٢]

وفي الغالب يعتمد الإعلان أساليب الكذب والغش والخداع؛ لتضليل المستهلكين، وهو ما يؤثر سلباً على حصول المستهلك على المعلومات الدقيقة الصحيحة عن السلعة أو الخدمة، مما يتعين معه حق المستهلك في الحصول عليها.

والطرق الاحتيالية تؤثر على إرادة المستهلك من أجل دفعه إلى التعاقد.[٥٣]

ومن أخطر أنواع الغش الطرق الاحتيالية، وهي الأعمال والتصرفات التي يستعملها أحد المتعاقدين للتأثير على إرادة المتعاقد الآخر، وتتفاوت بتفاوت ذكاء المدلس، وغباء المدلس عليه، والعنصر المعنوي هو نية التضليل بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع.

يتنازع القيمة القانونية للاعلان التجاري اتجاهان ، الاول يذهب الى عدم الاعتراف باي قيمة قانونية للاعلان التجاري ، في حين يرى الاتجاه الثاني بضرورة الاعتراف بتلك القيمة القانونية.

حيث يرى انصار الاتجاه الاول ، ان بالرغم من الايمان بدور الرسالة الاعلانية واهميتها بالنسبة لكل من المعلن والمشتري ، الاان ذلك لايؤدي بالضرورة الى الاعتراف لها باية قيمة قانونية ، استنادا الى انها تمثل صورة من صور المبالغات التي يسمح بها القانون ، او جرى عليها عرف التجارة .([٥٤])

في المقابل ذهب الاتجاه الثاني الى ان الاعلان التجاري ، اصبح له دور بارز في الثاثير على رضا المتلقي واختياره ، اذ يمثل الاعلان اول مصادر المعلومات التي تتضمن المواصفات والبيانات المحددة عن السلع والخدمات المطروحة للتعاقد ، وهذا كله يقود بالضرور الى ضرورة الاعتراف للاعلان بالقيمة القانونية .([٥٥])

هذا فضلا عن ان القضاء قد اعترف بمثل هذه القيمة للاعلان التجاري في العديد من احكامه ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية احد المقاولين لعدم مطابقة ارضية مرآب العقار للمواصفات التي اوردها هذا المقاول في اعلانه ، حيث ورد في الاعلان ان ارضية المرآب

ستكون مغطاة بطبقة اسمنتية جيدة ، في حين وجد مشتري العقار ان الارضية مغطاة بطبقة اسمنتية عادية.([٥٦])

ونحن بدورنا نؤيد القول بضرورة الاعتراف بالقيمة القانونية للاعلان التجاري، واعتباره جزءا لايتجزأ من العقد ، فلا ينكر احد الدور الذي يلعبه الاعلان في دفع المشتري الى التعاقد او التفاوض على الاقل ، وذلك استنادا الى ماعلق بذهنه من معلومات عن السلعة او الخدمة المعلن عنها حتى انها جعلته يظن ان امر التعاقد من شأنه ان يشبع حاجته ، كما ان عدم الاعتراف بقيمة الاعلان التجاري من شأنه ان يخرق مبادئ المنافسة التجارية الشريفة ، والسماح للمنتجين باستغلال الاعلان لتحقيق الارباح على حساب المنافسين الاخرين ، كما ان القوانين الحديثة وخصوصا تلك المتعلقة بحماية المستهلك ، اصبحت تنص على مسؤولية المعلن متى تضمن الاعلان معلومات غير صحيحة عن السلعة او الخدمة .([٥٧])

وتتعددأساليب التضليل الإعلاني منها:

آ- عدم وجود السلعة أو الخدمة المعلن عنها.

ب- أن تكون السلعة أو الخدمة موجودة ولكن ليس بالصورة المعلن عنها.

ج- غش في طبيعة السلعة أو الخدمة، كالإعلان عن تحفة من البرونز، فإذا هي من الزنك. ومثله الغش في الإعلان عن العناصر الداخلة في تركيب السلعة، كالإعلان عن منتجات المواد الغذائية والصيدلانية والمنسوجات... أو أعلنت شركة عن ملكيتها لحاجة عالية الكفاءة ثم تبين أنها ليست كذلك.

د- الكذب في منشأ السلعة أو الخدمة بالإعلان عن أن منشأ السلعة معروف بالجودة، كأن يعلن عن سيارة بأنها يابانية المنشأ وهي صينية المنشأ.

هـ – الغش في الإعلان عن تاريخ الصنع وانتهاء الصلاحية بصورة كاذبة.[٥٨]

و- يعد التغرير عيباً من عيوب الإرادة المؤدية إلى بطلان العقد في إتيان التاجر المحترف سلوكاً إيجابياً بالقول من خلال الكذب فيما يقدمه من معلومات متصلة بالعقد المراد إبرامه مع المستهلك، أو بالفعل وذلك باستعمال طرق احتيالية من أجل دفع المستهلك إلى التعاقد.

كما يمكن أن يترتب الأمر نفسه من خلال السلوك السلبي، وذلك إذا كتم التاجر المحترف المعلومات التي من شأنها أت تظلل المستهلك، وتدفعه إلى التعاقد. [٥٩]

اما عن الجزاء المترتب على عدم مطابقة المبيع لما تم الاعلان عنه ، فاذا لم يقم المعلن بتسليم المشتري شيئا مطابقا للمواصفات المعلن عنها فانه يعد مخلا بالتزامه بالتسليم وبذلك تتحقق مسؤوليته العقدية ، ويحق للمشتري في هذه الحالة واستنادا الى القواعد العامة المطالبة بالتنفيذ العيني او المطالبة بالفسخ مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى.([٦٠])

فيحق للمشتري مطالبة المعلن تسليمه شيئا بالمواصفات المعلن عنها ، او الحصول على شئ من النوع ذاته بعد استئذان المحكمة ، او بدون استئذانها في الاحوال المستعجلة (المادة ٢/٢٤٨) مدني عراقي.

وفي حالة تعذر التنفيذ العيني فللمشتري بعد اعذار المعلن المطالبة بالفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى.([٦١])

ولابد ان ننوه هنا ان حق المشتري في اللجوء الى دعوى عدم مطبقة المبيع للمواصفات يسقط بمجرد قبوله تسلم المبيع دون ابداء أي تحفظ ،فتسلم المشتري للمبيع يعد قبولا ضمنيا بالحالة التي هو عليه ومطابقته للمواصفات المعلن عنها.

ويجوز للمغرر به أن يرفع دعوى للمطالبة بتعويض الأضرار المترتبة على استعمال المعلن لوسائل احتيالية حتى إذا كانت غير جسيمة استناداً لقواعد المسؤولية التقصيرية. [٦٢]

المادة ١٤٤ من قانون ٢٧ كانون الثاني ١٩٧٣ الفرنسي نصت على تحريم الإعلان الكاذب، أو المضلل سواء كان محله أموالاً أو خدمات. وهو النص ذاته الذي ورد في قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في ١٩٩٣/٧/٢٦ في المادة ١/٢١. [٦٣]

وقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٧١ المعدل بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٨ والخاص بتنظيم عمل مكاتب الدعاية والنشر. وقانون العلاقات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ . وقانون الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٩والذي جاءت أغلب نصوصه لحماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي. [٦٤]

وقانون العقوبات العراقي كان أكثر وضوحاً في محاربة التضليل الإعلاني، فالمادة ٤٦٦ نصت على أنه: " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسبب في ارتفاع أو انخفاض أسعار السلع أو الأوراق المالية المعدة للتداول، أو اختفاء سلعة من السلع المعدة للاستهلاك بإذاعته عمداً وقائع مختلفة أو أخباراً غير صحيحة، أو ادعاءات كاذبة أو بارتكاب أي عمل آخر ينطوي على غش أو تدليس".

المطلب الثالث
اثر الغش في الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية

وأن القاعدة المعمول بها في القانون المدني العراقي والمصري ، تقضي ببطلان اتفاقات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية إذ تنص المادة (٣/٢٥٩) من القانون المدني العراقي على "ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشرع"[٦٥]

في حين أجاز المشرع العراقي والمصري صراحة الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية ، باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم ، حيث تنص المادة (٢/٢٥٩) من

القانون المدني العراقي على "٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم ..."[٦٦] .

في الواقع أن شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التي يدرجها المهني في العقود التي يبرمها ، تتخذ صوراً متعددة ، فهو أما أن يلجأ إلى اشتراط البراءة (الإعفاء) من عيوب المبيع الخفية ،أو الإنقاص من مقدار التعويض ، أو أن يشترط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على الإخلال بأحد التزاماته.

أما القانون المدني الفرنسي ، فأنه لم يتضمن نصاً يجيز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية من عدمه ، الأمر الذي حد بالفقه والقضاء الفرنسي ، إلى إجازة الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية ، مع الإجماع على عدم جواز الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التقصيرية عن الخطأ العمد والخطأ الجسيم والغش[٦٧].

في حين أجازت المحاكم الفرنسية الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ اليسير في المسؤولية العقدية ، ولم تجزه في المسؤولية التقصيرية لاتصالها بالنظام العام، وقد أنتقد هذا الموقف من قبل جانب من الفقه ، حيث ذهبوا إلى أنه ليس صحيحاً أن المسؤولية التقصيرية تتعلق دائماً بالنظام العام ، إذ إن هناك الكثير من الالتزامات القانونية التي تتقرر لحماية مصالح فردية ، وهذه لا مانع من الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء منها ، أما الالتزامات المفروضة لضمان سلامة الغير فهي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على الإخلال بها وسواء كان مصدرها العقد أو القانون ، وأن الرأي الراجح في الفقه ذهب إلى تأييد ما ذهبت اليه المحاكم من عدم جواز الاتفاق أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية ولو كانت عن خطأ يسير وجوازه في المسؤولية العقدية إلا في حالات الغش والخطأ الجسيم[٦٨].

وقد رأينا أن القضاء الفرنسي وفي سبيل توفير الحماية للمستهلك الضعيف ، قد افترض علم البائع المهني بالعيب وسوء نيته فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، وعليه فأن شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية ، التي يضعها المهني تكون باطلة وفقاً لهذا الاتجاه القضائي ، وذلك لأن من شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية أن لا يكون البائع قد تعمد إخفاء العيب[٦٩].

الـخـاتـمـة

الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله الطاهرين، وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

بعد الفراغ – بفضل الله وعونه – من هذا البحث يستحسن التنبيه على بعض النتائج والتوصيات، التي منها:

١-سواء حصل التفصيل في أحكام الغش من قبل فقهاء الشريعة أو لم يحصل، يمكن إرجاعها إلى المبادئ العامة، كقوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان واتقوا الله ان الله شديد العقاب" المائدة(٢) وقوله تعالى: " ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون" الحشر(٩)

والقواعد الكثيرة مثل قاعدة لا ضرر ولا ضرار، وكثير من الأحاديث الكثيرة التي ذكرناها أو لم نذكرها.

فالفقه الإسلامي يحرم الغش ويحارب الاستغلال سواء كان غش أو غبن، ويعتبره ضرراً لا بد من دفعه قبل وقوعه؛ ولذلك حرم الربا، ومنع الاحتكار، ولا بد من رفع الاستغلال إذا وقع. فالإسلام يجمع بين احترام الإرادة الحقيقية للفرد ومصلحة الجماعة واستقرار التعامل.

٢-نرى من الضروري النص على افتراض علم المهني بعيوب المبيع ، وعدم السماح له بإثبات العكس ، وذلك عندما يكون المشتري مستهلكاً أو مهنياً يتعامل خارج نطاق تخصصه ، وخصوصاً فيما يتعلق الأمر بالسلع التي لا يتوفر فيها الأمان الذي يمكن توقعه من قبل المستهلك العادي.

٣- اقرار التغرير لوحده بوصفه عيب من عيوب الارادة في عقود الاستهلاك ، مع اعتبار مجر الكذب او الكتمان عن امر ما تغريراً، مع ضرورة القول بوجود التغرير بمجرد توفر العنصر المادي، ودون التوقف على البحث على العنصر المعنوي، وذلك لان المهني هو شخص مختص وله الخبرة الكبيرة في مجال البيع والتسويق والعمليات الاخرى الداخلة في نطاق تخصصه ، وليس من الصعب عليه ان يعلم ما يمكن ان يؤثر في رضا المستهلك.

٤- ضرورة وضع تنظيم قانوني خاص بالاعلان التجاري ، يتم من خلاله وضع الضوابط اللازمة لجعل الاعلان متفقا مع القانون ومايقتضيه حسن النية في التعامل ، وما توجبه المسؤولية الاجتماعية ومبادئ المنافسة المشروعة على النحو الواجب في التجارة ، وان يبتعد عن كل ما من شأنه الاخلال بالثقة التي يوليها الجمهور للاعلان ،و استغلال نقص الخبرة او المعلومات لديه.

٥- رغم أهمية الإعلان التجاري ودوره في حث المستهلك على التعاقد، لا بد من حماية المستهلك من التضليل الإعلاني قبل التعاقد.

وندعو الى فرض الرقابة حتى على وسائل الإعلان وأساليب الدعاية المستخدمة للترويج عن المنتجات بشكل يمنع الإعلانات الكاذبة والمضللة للجمهور والتي تستهدف تحقيق أعلى المكاسب دون النظر إلى مسألة أضراره بالسلامة العامة، وذلك من خلال فرض رقابة من قبل لجان متخصصة بالإضافة إلى فرض عقوبات صارمة على الجهات التي تقوم بذلك.

الـــهـــوامـش

(١) ينظر:

-أبـي الحسين أحمد بن فارس بن، معجم مقاييس اللغة، زكريا، دار الجيل، بيروت، ١٤٢٠، ط-٢، تحقيق: عبد السلام هارون: ٣٨٣/٤.

-أبو الحسن، علي بن إسماعيل بن سيدة المرسي المحكم والمحيط الأعظم، دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٠، ط-١، تحقيق: عبد الحميد هنداوي: ٣٤٩/٥ – ٣٥٠.

- محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، لسان العرب، دار صادر، ط-١: ٣٢٣/٦ – ٣٢٤.

- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس ، دار الهداية، تحقيق مجموعة من المحققين: ٢٨٩/١٧- ٢٩٢.

(٢)محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ت ٦٨١، ٧ أجزاء، دار الفكر- بيروت ، ط -٢: ١٥٦/٧.

(٣) زين الدين ابن نجيم الحنفي البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ، دار المعرفة، ط-٢: ٢١٨/٦.

(٤)محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله ،التاج والإكليل لمختصر خليل ، (ت ٨٩٧)، ٦ أجزاء، دار الفكر- بيروت ١٣٩٨، ط – ٢: ٣٤٤/٤.

(٥)محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ، دار الفكر: ٢٥٠/٢.

(٦)زين الدين بن علي بن أحمد العاملي الجبعي المعروف بالشهيد الثاني، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية (٩٦٦- ١٥٥٩)، دار العالم الإسلامي: ٢١٦/٣.

(٧)محمد بن يوسف بن عيسى أطَفَيِّش ،شرح النيل وشفاء العليل،(١٣٣٢)،مكتبة الإرشاد بجدة: ١٨٧/٨.

(٨)حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، عربي /انكليزي، ، ط-٣، مكتبة لبنان، ناشرون.

(٩) ينظر: بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان: ص ٣٥ – ٣٧.

(١٠) القاموس القانوني، عربي /فرنسي ، ط-٤، ١٩٩٥مكتبة لبنان، ناشرون.

(١١) د.حسن عبد الباسط ، شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٩٣ .

(١٢) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٨٠،ص ٨٦.

(١٣) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى،عالم الكتب، ط٢، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق: ٤٢/٢.

[١٤] د.عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني،مصادر الحقوق الشخصية(الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان،٢٠٠٥،، ص١٥٠، وانظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المصدر السابق، ص٨٨.

[١٥]د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، منشورات محمد الداية ، بيروت ، بدون سنة طبع، ص٣٩٦ ، وانظر كذلك، د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق، ص٨٨، وانظر كذلك، د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، المصدر السابق ، ص١٥١.

[١٦] د. حسن عبد الباسط ، المصدر السابق ، ص٢٥.

(١٧) آلان بينابنت، القانون المدني ، العقود الخاصة المدنية والتجارية ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٤،، ص١٨٤ .

[١٨] د.عامر القيسي،الحماية القانونية للمستهلك،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،٢٠٠٢،ص٢٤ ومابعدها.

[١٩] د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥. ، ص٥٤١ ، وما بعدها ، وانظر كذلك،د. محمد حسين علي ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص١٨٠ .

[٢٠] د.غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد، ١٩٧١ ، ص٦٩ ، وانظر كذلك ، د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني ، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، القسم الأول ، ط٥ ، مطبعة السلام ، بيروت ، ١٩٨٨، ص٢٦٤ .

[٢١] د. محمد حسين علي ، المصدر السابق ، ص١٦٠ ، وانظر كذلك ،د.غني حسون ، المصدر السابق ، ص٣٦٨ .

[٢٢] د.حسن علي الذنون ، ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الخطأ ، ج٢ ، مطبعة العزة ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص٢٠٠.

[٢٣] د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص٣٦٨ .

[٢٤] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٥٤٢ .

[٢٥] د. محمد حسين علي ، المصدر السابق ، ص١٦١ .

[٢٦] د.حسن عبد الباسط ، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ص١٣٢ .

[٢٧] د.حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٢٠١ .

[٢٨] د.محمد عبد الظاهر حسين ، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص٦٧ .

[٢٩] د.حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص١٨٠ .

(٣٠) ينظر: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب، ١٩٩٤، تحقيق: محمد حجي: ٥٥/١٠. التاج والإكليل: ٣٤٥/٤.

-محمد بن عبد الرحمن المغربي، أبو عبد الله ،مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (٩٠٢-٩٥٤)، دار الفكر، ط-٢: ٣٤٥/٤.

- محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ، ت ١١٠١، دار الفكر: ٥٦/٥.

(٣١) جمع خِمار، ما تخمر به المرأة رأسها من خز أو حرير أو غيرهما. ينظر: منح الجليل: ٥٣٤/٤.

(٣٢) ينظر: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع ، دار الفكر، تحقيق: هلال مصيلحي، مصطفى هلال: ١٦٩/٣.

(٣٣) ينظر: الذخيرة: ٥٧/١٠. التاج والإكليل: ٣٤٥/٤.

(٣٤) ينظر: محمد بن إدريس الشافعي ،الأم، ، دار المعرفة بيروت، ١٣٩٣، ط-٢: ٢٧/٣.

(٣٥) ينظر: كشاف القناع: ١٦٩/٣.

(٣٦)أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، مصنف ابن أبي شيبة. الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩، ط-١، تحقيق: كمال يوسف الحوت: ٣٩٥/٤ (٢١٤٢٠).

(٣٧) ينظر: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، أبو محمد، دار الفكر، ط-١: ٩٨/٤.

(٣٨) ينظر: المبسوط للسرخسي، تأليف: شمس الدين السرخسي، أبو بكر ت٣٠٠، دار المعرفة، بيروت: ١١/٢٦. مواهب الجليل: ٣٨٢/٤. الأم: ٧٥/٣. حاشية عميرة، شهاب الدين، أحمد الرلسي، الملقب عميرة، دار الفكر، لبنان، ١٤١٩، ط-١، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات: ٢١٢/٢.

(٣٩) د.حسن عبد الباسط ، شروط التخفيف ...، المصدر السابق ، ص٩٥ وما بعدها .

(٤٠)د. أحمد عبد العال ابو قرين، ضمان العيوب الخفية وجدواه في مجال المنتجات الصناعية، مركز البحوث بكلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٩٢.، ص١٤٠ وما بعدها .

(٤١) أنظر المادة (٥٥٩)من القانون المدني العراقي المعدل،وكذلك المادة(٤٤٧) من القانون المدني المصري .

(٤٢) د.أسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، ط٣ ، دار أقرأ ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص٩٤ .

(٤٣) المصدر نفسه ، ص٩٥ .

(٤٤) د.أحمد عبد العال ، المصدر السابق ، ص١٣٨ .

(٤٥) د.أسعد دياب ، المصدر السابق ، ص٢٢٠ .

(٤٦) د. أحمد عبد العال ، المصدر نفسه .

(٤٧) انظر المادة (٥٦٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

(٤٨) فليب كوتلر ، جاري ارمسترونج، اساسيات التسويق ، ترجمة سرور علي ابراهيم ، دار المريخ للنشر، الرياض ،٢٠٠٧، ص ٨٤٣.

(٤٩) د. نسيم حنا ، مبادئ التسويق ، دار المريخ للنشر، الرياض ،٢٠٠٨، ص ٣٠٢.

(٥٠) د.محمد كامل مرسي ، العقود المدنية،ج٤، دار النشر للجامعات المصرية،القاهرة،١٩٥٣، ص٥٥٥.

(٥١) د. حمدي احمد سعد ، القيمة العقدية للمستندات الاعلانية ، دار الكتب القانونية ، مصر المحلة الكبرى، ٢٠٠٧ ، ص٢١.

(٥٢) ينظر: د.موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية: ص٣٩ و ٤١.

(٥٣) ينظر: د.موفق حماد عبد، المصدر السابق،ص٣٨.

(٥٤)للمزيد من التفاصيل حول هذا الاتجاه، انظر،د.حمدي احمد سعد،المصدر السابق،ص٧٩ وما بعدها.

(٥٥) د. حمدي احمد سعد ، المصدر السابق ، ص٨٢.

(56) cass.civ,3eme ch.2, avril 1979.Gaz pal.1980.I.P,213 note aplancQueel. نقلا عن ، د.حمدي احمد سعد ، المصدر نفسه ،ص٨٤.

(٥٧) في واجبات المعلن انظر المادة (٧) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠،وانظر كذلك المادة (٦) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦.

(٥٨) ينظر: د.موفق حماد عبد، المصدر السابق، ص٦١-٦٨ و ٨٢-٨٣.

(٥٩) ينظر: المصدر نفسه، ص١٣٦.

(٥٨) د.عباس العبودي ، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار، ط١، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان ،٢٠٠٩، ص١٤٩.

(٥٩)المادة (١/١٧٧) من القانون المدني العراقي، وانظر كذلك ،د. عباس العبودي،المصدر السابق، ص١٥٠.

(٦٢) ينظر: أحمد سعيد الزقرد ،الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة ١٩، العدد ١٩٩٥/٤ ، ص:٢٢٨.

(٦٣) ينظر: د.موفق حماد عبد، المصدر السابق،ص٤٢.

(٦٤) ينظر: د.موفق حماد عبد، المصدر السابق،ص ٧٦-٧٧.

(٦٥) انظر المادة (٣/٢١٧) من القانون المدني المصري .

(٦٦) انظر المادة (٢/٢١٧) من القانون المدني المصري .

(٦٧) د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص٦٣٩ .

(٦٨) د.سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص٦٢٢ وما بعدها .

(٦٩) انظر ،المادة (٢/٥٦٨) من القانون المدني العراقي .

المصادر

اولاً: كتب الحديث والفقه الإسلامي:

١- أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، مصنف ابن أبي شيبة. الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩، ط-١، تحقيق: كمال يوسف الحوت.

٢- أبو الحسن، علي بن إسماعيل بن سيدة المرسي المحكم والمحيط الأعظم، دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٠، ط-١، تحقيق: عبد الحميد هنداوي.

٣- زين الدين ابن نجيم الحنفي البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ، دار المعرفة، ط-٢.

٤- زين الدين بن علي بن أحمد العاملي الجبعي المعروف بالشهيد الثاني، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية (٩٦٦- ١٥٥٩)، دار العالم الإسلامي.

٥- شمس الدين السرخسي، أبو بكر المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت.

٦- شهاب الدين، أحمد الرلسي، الملقب عميرة، حاشية عميرة دار الفكر، لبنان، ١٤١٩، ط-١، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات.

٧- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب، ١٩٩٤، تحقيق: محمد حجي.

٨- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، أبو محمد المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، ط-١.

٩- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ، دار الفكر.

١٠- محمد بن إدريس الشافعي ،الأم، ، دار المعرفة بيروت، ١٣٩٣، ط-٢.

١١- محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، لبنان.

١٢- محمد بن عبد الرحمن المغربي، أبو عبد الله ،مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط-٢.

١٣- محمد بن عبد الواحد السيواسي،شرح فتح القدير، ٧ أجزاء، دار الفكر- بيروت،ط-٢.

١٤- محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله ،التاج والإكليل لمختصر خليل،٦ أجزاء، دار الفكر- بيروت ١٣٩٨، ط - ٢.

١٥- محمد بن يوسف بن عيسى أطَفيِّش ،شرح النيل وشفاء العليل ،مكتبة الإرشاد بجدة.

١٦- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى،عالم الكتب، ط٢، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق.

١٧- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع ، دار الفكر، تحقيق: هلال مصيلحي، مصطفى هلال .

ثانياً: الكتب والبحوث القانونية:

١- أحمد سعيد الزقرد ،الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة ١٩، العدد ٤/١٩٩٥.

٢- د. أحمد عبد العال ابو قرين، ضمان العيوب الخفية وجدواه في مجال المنتجات الصناعية، مركز البحوث بكلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٩٢.

٣- د.أسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، ط٣ ، دار أقرأ ، بيروت ، ١٩٨٣.

٤- آلان بينابنت، القانون المدني ، العقود الخاصة المدنية والتجارية ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٤.

٥- بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان.

٦- د.حسن عبد الباسط ، شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣.

٧- د.حسن عبد الباسط ، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

٨- د.حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الخطأ ،ج٢، مطبعة العزة ، بغداد ، ٢٠٠١ .

٩- د. حمدي احمد سعد ، القيمة العقدية للمستندات الاعلانية ، دار الكتب القانونية ، مصر المحلة الكبرى، ٢٠٠٧.

١٠- د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني ، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، القسم الأول ، ط٥ ، مطبعة السلام ، بيروت ، ١٩٨٨.

١١- د. عامر القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٢.

١٢- د.عباس العبودي ، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار، ط١، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان ،٢٠٠٩.

١٣- د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، منشورات محمد الداية ، بيروت ، بدون سنة طبع.

١٤- د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.

١٥- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٨٠.

١٦- د.عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية(الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان،٢٠٠٥.
١٧- د.غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد، ١٩٧١
١٨- د. محمد حسين علي ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
١٩- د.محمد عبد الظاهر حسين ، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.
٢٠- د.محمد كامل مرسي ، العقود المدنية،ج٤، ط١، دار النشر للجامعات المصرية،القاهرة،١٩٥٣.
٢١- د.موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية.

ثالثاً: كتب متفرقة:

١- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الجيل، بيروت، ١٤٢٠، ط-٢، تحقيق: عبد السلام هارون.
٢- حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، عربي /انكليزي، ، ط-٣، مكتبة لبنان، ناشرون.
٣- فليب كوتلر ، جاري ارمسترونج، اساسيات التسويق ، ترجمة سرور علي ابراهيم ، دار المريخ للنشر، الرياض ،٢٠٠٧.
٤- محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، لسان العرب، دار صادر، ط-١ .
٥- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس ، دار الهداية، تحقيق مجموعة من المحققين.
٦- د. نسيم حنا ، مبادئ التسويق ، دار المريخ للنشر، الرياض ،٢٠٠٨.