جامعة محمد الصديق بن يحي / جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون خاص للأعمال

إعداد الطالبتين:
- ✓ بوكلوة كنـــزة
- ✓ بوطرنيخ فضـة

إشراف الأستاذة:
* بولكور رفيقة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ (ة): بوزبرة سهيلة .....رئيسا
الأستاذ (ة): بولكور رفيقة .....مشرفا ومقررا
الأستاذ (ة): حوماش حسيبة .....ممتحنا

السنة الجامعية: 2018/2017م

جامعة محمد الصديق بن يحي / جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون خاص للأعمال

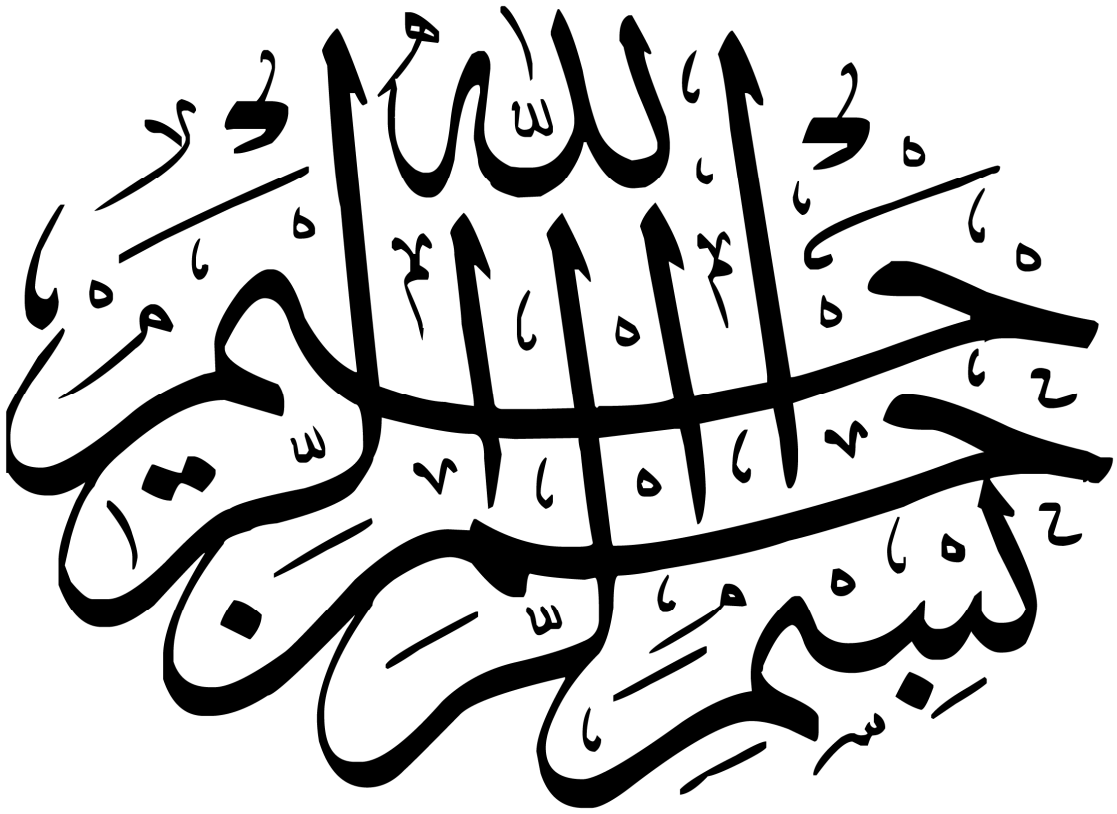
إعداد الطالبتين:
- ✓ بوكلوة كنـــزة
- ✓ بوطرنيخ فضـة

إشراف الأستاذة:
* بولكور رفيقة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ (ة): بوزبرة سهيلة .....رئيسا
الأستاذ (ة): بولكور رفيقة .....مشرفا ومقررا
الأستاذ (ة): حوماش حسيبة .....ممتحنا

السنة الجامعية: 2018/2017م


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الحمد والشكر لله حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه على ما وهبنا

من نعم لا تحصى ووفقنا لإنجاز هذا العمل المتواضع.

فحمدا كثيرا لك على رعايتك الربانية لنا طيلة مشوارنا الدراسي.

ولأنه من لا يشكر الناس لا يشكر الله، إذ نقف وقفة المعترف بالجميل حق العرفان والاحترام أمام أستاذتنا

بولكور رفيقة

التي لم تتردد في الإشراف علينا لحظة واحدة

كما لم تبخل علينا بنصائحها وتوجيهاتها القيمة.

كما نتقدم بالشكر المسبق للجنة المناقشة التي تكرمت بقبول مناقشة هذا العمل.

ولا يفوتنا أن نشكر كل من الدكتور:"**موكة عبد الكريم**" والأستاذ المحامي "**عماد الدين برواق**"

والأستاذ "**علاوة معزوزي**" الذين أفادونا بمعلوماتهم القيمة في إنجاز هذا البحث.

وفي الأخير نتقدم بجزيل الشكر إلى كل الأصدقاء الأعزاء والأوفياء لنا

والى كل من أمد لنا يد العون وساهم من قريب أو بعيد لرفع معنوياتنا

ولكل من لم يبخل علينا بالنصيحة والتوجيه.

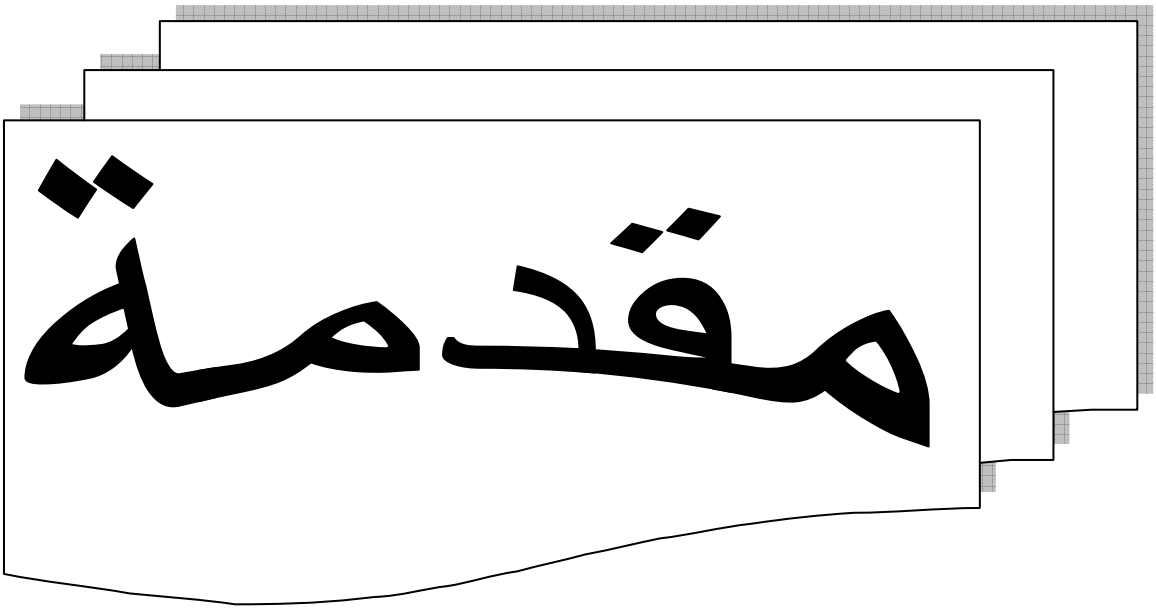
قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

- ق. م. ج ⟵ قانون مدني جزائري
- ج ر ⟵ جريدة رسمية
- ص ⟵ صفحة
- ص ص ⟵ صفحتين متتاليتين
- ج ⟵ جزء
- ط ⟵ طبعة
- د س ن ⟵ دون سنة نشر

ثانيا: باللغة الفرنسية

- **Art** ⟶ Article
- **P** ⟶ Page


مقدمة

بعد أن يتفق المتعاقدان على إبرام العقد لا يبقى إلا أن يلتزما بتنفيذ جميع ما أشتمل عليه هذا العقد، ما دام قد نشأ صحيحاً ملزماً لطرفيه، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين بل هو ينسخ القانون فيما يخرج منه عن دائرة النظام العام والآداب، وكل الأحكام القانونية التي تخرج عن هده الدائرة ليست إلا أحكاماً تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهم في العقد، كان هو القانون الذي يسرى عليهما وهذا هو مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

والنتيجة المباشرة للقاعدة السابقة طبقا **للمادة 106** من ق م ج، هي ***أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون فيكون نقض العقد أو تعديلة من عمل المتعاقدين معاً، إما باتفاقهما على ذلك عند النقض أو التعديل، أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون***"[1].

من هذا المنطلق لا يكفي قيام تنفيذ العقد على ما أشتمل عليه بقيام المبدأين السابقين وهما مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ عدم تعديل ونقض العقد إلا باتفاق الطرفين، لا بد من قيام مبدأ ثالث وهو مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود ولقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في أحكام **المادة 107** من ق م ج[2]، ***"يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه بحسن النية، فالقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يفرض عليهما أن ينفذاه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية "*** ، ذلك أن حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود، ويجازي القانون مبدأ حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فيمنح المدين نظرة المسيرة إذا لم ينفذ العقد بحسن نية، ويجازي سيء النية في عدم تنفيذ العقد، فليزم المدين في

[1]– **المادة** 106 الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، **يتضمن القانون المدني**، الجريدة الرسمية عدد 78 الصادرة في 30 /1975/09، (معدل ومتمم).

[2]– **المادة** 107 الأمر رقم 58/75، المرجع السابق

المسئولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذي كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين في عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاَ أو خطأ جسيماً، وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية في التنفيذ في صورة التزام بالتعاون، وهو التزام يفرض على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه في تنفيذ العقد ففي عقد الشركة واجب التعاون مابين الشركاء في تنفيذ العقد أمر ملحوظ، وحتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل الشركاء بهذا الواجب، وفي عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد بحسن نية وأن يبذل ما في وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع.

ويمكن القول بوجه عام أن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغني في بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن المتعاقد الذي يحيد عن مبدأ حسن النية في المطالبة بحقه يكون مسئولاً على أساس المسئولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدي، الذي يستدعي مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد قبل أن يكون مسئولاً على أساس المسئولية التقصيرية في صورة التعسف في استعمال الحق.

وتبدو أهمية دراسة موضوع مبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها في كون هذا المبدأ من بين أهم الأسس التي يقوم عليها العقد، الذي يستند بالدرجة الأولى إلى المبادئ الأخلاقية التي تفرض على أحد المتعاقدين التزاما ايجابيا بالتعاون بين الطرفين في كل ما يقتضيه التعاقد، إذ أن هناك علاقة مباشرة بين القانون والأخلاق، فكثير من القواعد الأخلاقية تحولت إلى مبادئ قانونية وأهمها مبدأ حسن النية في المعاملات وخاصة في إبرام العقود، الذي يفرض من المدين عدم إخفاء معلومات جوهرية لا يمكن لمن تعاقد معه أن يتوصل إليها بعلمه الخاص، كما يستوجب منه ألا يقدم له معلومات كاذبة أو غير صحيحة وفي هذا الإطار ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول "بأن حسن النية التزام تقليدي في

قانون العقود يقتضي أن يتم التصرف بحسن نية أي أن يكون صادقا وأمينا"[1]، وبذلك يعد هذا المبدأ وسيلة لتحقيق العدالة العقدية[2]، وعادة ما يتضمن هذا المبدأ عنصرين هما العنصر النفسي أو الشخصي للفرد الذي يرتبط ارتباطا جوهريا بالاعتقاد الداخلي له، والحالة الذهنية التي يكون عليها أثناء التعاقد على نحو قد يحمله على عدم مراعاة مصالح الطرف الأخر كما يتعامل مع مصالحه، والعنصر الموضوعي أو الأخلاقي الذي ينصرف إلى قيم المجتمع بدلا من الأخلاق الفردية.

أما عن أسباب اختيار هذا الموضوع فترجع إلى جملة من الأسباب الذاتية لعل أهمها الرغبة الشخصية للتعرف أكثر على هذا الموضوع لأنه يكتسي أهمية بالغة، بالإضافة إلى الأسباب الموضوعية التي تكمن في تسليط الضوء على الأحكام المتعلقة بمبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها وتبين أهميته وشروطه وأحكامه القانونية، خاصة أن هذا الموضوع ذو أهمية عملية في تنظيم العلاقات التعاقدية.

ويتعلق الهدف الذي نتوخى الوصول إليه من خلال هذا البحث بمحاولة رفع اللبس عن مفهوم حسن النية في العقود وتبيان الدور الهام لهذا المبدأ خلال مراحل إبرام العقد وإبراز موقف المشرع الجزائري من هذا الموضوع وكذا إثراء المكتبة الجامعية وتسهيل عمليات البحث للطلبة في هذا الموضوع.

وعلى ضوء ما سبق ذكره تتبلور إشكالية هذا البحث في:

ما مدى حدود تطبيق مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيد العقود؟

وتحت هذه الإشكالية العامة تتدرج عدة تساؤلات فرعية أهمها :

[1]– FABRE – MAGNAN (Muriel), **De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie**, Thèse, Paris 1, 1991, p. 42.

[2]– FRELETEAU (Barbara), **Devoir et incombance en matière contractuelle**, thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles, université de BORDEAUX, soutenue le 4/12/2015, p.32.

- ما المقصود بمبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها؟
- وماهي أحكامه القانونية ؟
- وهل يترتب عنه جزاء عند مخالفته ؟
- وما هو موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ ؟

وللإجابة على الإشكالية السابقة اعتمدنا في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي والتاريخي من خلال الدراسة الفقهية لمبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها التي تولت تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بهذا المبدأ.

وقد تم تقسيم موضوع هذا البحث إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول الإطار النظري لمبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، أما الفصل الثاني فخصصناه لمقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة العقود، آملين في أن نوفق في تقديم إضافة جديدة للدراسات التي سبقتنا في هذا المجال والله جل وعلا هو المستعان على ذلك.

الفصل الأول
الإطار النظري لمبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود

المبحث الأول: لمحة تاريخية عن مبدأ حسن النية

المبحث الثاني: مفهوم مبدأ حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ العامة للقانون، كما يعد هذا المبدأ ذو مدلول قانوني متطور وهو ما يقتضي التطرق إلى لمحة تاريخية عنه، وذلك ليس بغاية تسجيل الأحداث وتدوين الأخبار فحسب بل من أجل استكشاف مظاهر التخلف والتطور، واكتساب المعارف وتجاوز الإخفاقات ووضع الرؤى المستقبلية حول قضية قانونية معينة **(المبحث الأول)**، وبعد عرض التطور التاريخي لمبدأ حسن النية يقتضي المقام الوقوف على مفهومه بتعريفه وبيان خصائصه التي تميزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة والطبيعة القانونية له **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول:

لمحة تاريخية عن مبدأ حسن النية

لمحاولة الإحاطة بمبدأ حسن النية في العقود من كل جوانبه لابد أن ننطلق من فهم تاريخه أولا، بالوقوف على مختلف العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية التي ساعدت في وجوده.

وقد ارتأينا في ثلاثة مطالب أن نتناول مبدأ حسن النية في القوانين القديمة **(المطلب الأول)** ومبدأ حسن النية في القوانين المقارنة والقانون الجزائري **(المطلب الثاني)** وفي الشريعة الإسلامية **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول:

مبدأ حسن النية في القوانين القديمة

سنتناول في هذا المطلب مبدأ حسن النية في كل من القانون الروماني **(الفرع الأول)** والقانون الكنسي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

مبدأ حسن النية في القانون الروماني.

كان الحنث بالوعد يشكل في المجتمع القديم خطرا اجتماعيا يجوز أن تلحق روح صاحبه بآلهة الجحيم، لأنّ الدين كان يضبط المجتمع لكن مع التطور الملحوظ حل القانون محل الدين،[1] وبالتالي فإن ولادة مفهوم حسن النية كان من رحم الديانة الوثنية التي كان يعتنقها الرومان قبل عصر المسيحية، إذ تستمد جذورها الأولى من آلهة النوايا أو الإخلاص. "FIDES"، وبحسب أبحاث الأستاذ A.VOLASKY فإن البذور الأولى لمفهوم

[1]– شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص ص 23،24.

حسن النية في المعاملات القانون الروماني المالية والشخصية على حد سواء ممثلة في مفهوم FIDES.[1]

وفي ظل القانون الروماني القديم كان العقد ينشأ إذا تم إفراغه في القالب المحدد له ليكون بذلك ملزما، وبما أنّ إتباع الشكلية الصارمة كان ينفي إعمال مبدأ حسن النية، لذلك لم يكن للنوايا الحسنة أو السيئة أو للعوامل التي تضعف الإرادة أو تنال منها كالإكراه أو الغلط أي منفذ لهذا القانون ولا يترتب على الغش أو التدليس تحقق أية آثار قانونية، وترك ذلك لحكم الشرف والرأي العام الكفيلان برد الحقوق وأداء الواجبات[2].

ولكن لم يبقى الحال على ما هو عليه في القانون الروماني القديم، فبسبب اتساع أرجاء الدولة والنمو المتزايد، والنشاط التجاري.[3] وازدياد المعاملات وبالتالي انتقال المجتمع الروماني من مجتمع زارعي ضيق إلى مجتمع تجاري نشط وإمبراطورية متمسكة، أدى ذلك كله إلى تطور في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وتطور في الفكر القانوني الروماني في مجالات كثيرة تتمثل في نظام العقود.[4] وتحول مبدأ حسن النية من مفهوم ديني إلهي إلى مفهوم مدني قانوني صرف.[5]

ومن هنا بدأ ظهور مبدأ جديد في العقود عند الرومان في العصر العلمي (130ق م- 284م) وهو مبدأ حسن النية في العقود.[6] وعليه فإنّ المبادئ القانونية الجديدة أصبحت تقوم

---

[1]- سفيان القرجي، **واجب حسن النية في تنفيذ العقود في القانون التونسي والقانون المقارن**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، السنة الدراسية ،2011 ، ص04.

[2]- فارس حامد عبد الكريم، **المعيار القانوني**، د س ن، بغداد، 2009، ص65.

[3]- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص ص 16، 17.

[4]- حسن أبو طالب صوفي، **تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**، مطبعة جامعة القاهرة، ج2، 2007، ص197.

[5]- سفيان القرجي، المرجع السابق، ص05.

[6]- فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص7.

على العدالة وحسن النية في المعاملات، واحترام الإرادة وأن العبرة في التصرفات القانونية أصبحت بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.[1]

وأصبح لمبدأ حسن النية في القانون الروماني ثلاث معاني، الأول كان يقصد به الجهل أو الخطأ، والثاني يقصد به عكس الغش والخداع وأخيرا هناك عقود يعبر عنها بعقود حسن النية تقابلها العقود القانونية الحصرية، والشكل الذي يوجبه القانون لصحة العقد، الأولى يتسع فيها دور القاضي والثانية يتقيد فيها بالعقد.

الفرع الثاني:

حسن النية في القانون الكنسي.

بدأ تأثير القانون الكنسي في العقود منذ بداية القرن السادس عشر في فرنسا، عندما كان رجال الكنيسة يفكرون بعقلية رجال الدين، فيربطون بين الأعمال والنيات، ويعتقدون بصدورها من قواعد العقائد التي تتطلب من المؤمن أن تكون نواياه متفقة مع مقاصد الشرع.

وقد أثر هذا التغيير على القانون بصفة عامة والإرادة بصفة خاصة، فالفقه الكنسي هو أول من تخلص من تأثير القانون الروماني الذي ظل لعدة قرون بعد الميلاد، هو المصدر الأصلي للقواعد القانونية في العالم الغربي. ثم دخلت مبادئ جديدة لتحقيق هذا الغرض تمثلت في تعاليم الدين المسيحي، التي نادى بها فقهاء الكنيسة، ومن تم فإنّ القانون الكنسي، أصبح يمثل مرحلة جديدة ازدهرت في ظله الرضائية إذ كانت قائمة على أساس الأخلاق[2]، إلاّ أنّ الاهتمام بالإرادة لم يكن اهتماما خالصا فمازال عنصر الشكل ساريا ولم ينعدم تماما لكنه تطور، ثم ظهر مبدأ سلطان الإرادة العقدية، وانتشر هذا المبدأ في كثير من

[1]– صاحب عبد الفتلاوي، **تاريخ القانون**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص124.

[2]– سعيد التريدي، **بدايات النهضة في أوروبا أواخر العصر الوسيط**، دراسة في المجتمع المدني، مجلة مركز الوثائق والدراسات الإنسانية، جامعة قطر، عدد 8، السنة الثامنة، 1996، ص 228.

دول العالم، وقد أطلق القانون الكنسي الحرية للإرادة في التصرفات، فحررها من قيود الشكل التي كان القانون الروماني قد أحاط بها.

وبذلك ساهم القانون الكنسي إسهاما كبيرا في إبعاد الشكلية في العقود وجعل للأخلاق دورا برز فيها[1]، وبالتالي عادت فكرة حسن النية في العقود من جديد في القرون الوسطى أيضا عند الفقهاء الكنسيين، وأنصار القانون الطبيعي وكان لهم مفهوم خاص عن حسن النية. إذ رأوا بأنه: الاعتقاد الخالي من الشوائب والذي يكتفي فيه بمجرد البعد عن الإثم والحرام[2].

كما ننوه هنا أيضا بأنّ اقتباس الكنسيين لمبدأ حسن النية عن القانون الروماني يعتبر إنجازا كبيرا، لما نجم عن ذلك من تداعيات عظيمة الأثر للأجيال والعصور اللاحقة بأسرها خاصة من خلال نقلها عنهم لبقية العائلات التشريعية الكبرى خصوصا منها في القضاء الغربي الحديث والحالي، لكن يعتبر الانجاز العظيم من قبل فقهاء القانون الكنسي المسيحي، كما رأينا آنفا في القانون الروماني على جميع العقود. بحيث أنّها صارت كلها سواء من حيث طبيعتها القانونية أو من حيث نظامها القانوني، من عقود حسن النية بدون التفرقة فيما بينها وبين عقود القانون الضيق.[3]

المطلب الثاني:

مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة والقانون الجزائري

عرف مبدأ حسن النية تطورا ملحوظا في القوانين المقارنة **(الفرع الأول)** كما تبنى القانون الجزائري هذا المبدأ في ثنايا نصوص التقنين المدني **(الفرع الثاني)**.

[1]– عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص ص21، 22.

[2] – عزيز شيرزاد سليمان، المرجع السابق، ص44.

[3]– عبد الحليم عبد الطيف القومي، المرجع السابق، ص ص22، 23.

الفرع الأول:

مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة

لمعرفة تطور مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة، سنقسم هذا الفرع إلى قسمين الأوّل يخص مبدأ حسن النية في القانون الانجليزي **(أولا)** ، والثاني مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي(**ثانيا**).

أولا: مبدأ حسن النية القانون الانجليزي.

لا يحتل مبدأ حسن النية مكانا ثابتا في قراءة القانون الانجليزي Common law بصفة عامة، فتعد فكرة المقابل أساسا كسبب لإبرام العقد، أي نشوء العقد بمجرد ما يقابله وهي فكرة ذات طابع مادي بما يعني عدم الاعتداد بالنية بوجه عام التي تعد أمرا خارجا عن التصرف.[1]

وتتردد المحاكم الانجليزية في إعمال هذا المبدأ، لعدم اتساقه مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإذا اتفق الطرفان على شروط العقد فليس هناك ما يدعو لتعديلها أو تغييرها استنادا لمخالفتها لحسن النية، حيث يرى الكثير من الفقهاء أنّ هذا المبدأ يعد شكلا من أشكال السلوك والأخلاق فلا يمثل إلزاما أو واجبا قانونيا واجب الإتباع يتحمل المتعاقد مسؤولية الخروج عنه.[2]

[1]– سعد بن سعيد الذيابي، **مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة**، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، عدد 23، ربيع الآخر 1435هـ، فبراير 2014، ص 26.

[2]– سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص27.

إلاّ أنّ ذلك ليس معناه أنّ القانون الانجليزي يجهل كليا مبدأ حسن النية، إذ يفرضه كواجب عام في بعض العقود لأنّ التنفيذ لا يعد تطبيقا لمبدأ حسن النية كالالتزام مفروض على عاتق الأطراف.[1]

وإذا كانت القاعدة العامة التي يقررها الفقه أنّ نظرية مبدأ حسن النية في القانون الانجليزي غير ضرورية لغموضها وإبهامها، كما أنّها تفتح الباب للقضاة من حيث إعمال حكمهم الشخصي بحرية تامة في حل المنازعات، التي يؤيدها القضاء الانجليزي على اعتبار أنّ هناك العديد من الحالات التي تصل بشأنها إلى حلول دون حاجة إلى اللجوء إلى مبدأ حسن النية، وإذا كان القانون الانجليزي لا يتضمن مفهوما عاما لمبدأ حسن النية كما هو الحال في نظم القانون الخاص، فهذا ليس معناه كما ذهب قسم من الفقهاء أنّ هذا القانون لا يعرف ماذا يعني حسن النية، فهو يأخذ بمبدأ حسن النية بإقرار الفقه الذي قرر ذلك عندما قال أنّه معروف كواجب عام في بعض العقود كعقود الوكالة، كما أنّ ذلك القضاء الذي لا يعترف بمبدأ حسن النية وقد اعترف به في مرحلة من مراحل العقد وهي "مرحلة المفاوضات"، ويتضح أنّ مبدأ حسن النية في القانون الانجليزي حقيقة قائمة يقرها الفقه والقضاء[2].

ثانيا: مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي

بالرغم من أهمية مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي من حيث أنّه صمام أمان للعقد كما قال الفقه الفرنسي، وإذا كان القانون الفرنسي لم يضع تعريفا لهذا المبدأ وظل متمسكا بالقاعدة الرومانية القائلة: "إنّ الاتفاقات لا ترتب التزامات[3]، فإنّه يعطيه مرونة في نظامه

[1]– وائل حمدي أحمد علي، **حسن النية في البيوع الدولية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة**، دار النهضة العربية، 2010، ص279.

[2]– عبد الأمير راغد مظلوم حميد الخزرجي، **مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية**، مجلة ديالي، عدد 64، 2014، ص180.

[3]– عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص ص 24، 26.

وأنّه علاوة على ذلك يخفف من مبدأ سلطان الإرادة حيث يمكن القول أنّ مبدأ حسن النية يبدو مفهوما أساسيا لقانون العقد، إلاّ أنّ ذلك لا يعني أنّ مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي هو مبدأ قديم أو أصيل فقد مر مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي بمرحلتين: مرحلة القانون الفرنسي القديم، ومرحلة القانون الفرنسي الحديث.

أ – مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي القديم:

لقد تأثر حسن النية في القانون الفرنسي بالقانون الروماني، فقد كان لفرنسا من القانون الروماني النصيب الأوفر أكثر من أي نصيب دولة أخرى، حيث عرف القانون الفرنسي في هذه الفترة مبدأ حسن النية بشكل غير صريح، منها أنّ العبرة في العقود والتصرفات بنية التعاقد، وعلى القاضي أن يكشف عن هذه النية ويبني عليها حكمه، ومن تطبيقات ذلك إبطال العقد الذي يحدث بغش. من أحد طرفيه للآخر.[1]

إلاّ أنّه منذ القرن الرابع عشر عرف القانون الفرنسي القديم مبدأ حسن النية صراحة بسبب تأثير مجموعة جستيان للقانون الفرنسي قد عرف مبدأ حسن النية، إلاّ أنّه لم يفرد له نصا خاصا به قائما بذاته؛ حيث ظل الأمر كذلك حتى قيام الثورة الفرنسية.[2]

ب– مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي الحديث:

عندما تولى نابليون السلطة في فرنسا شكل لجنة لجمع القوانين وعرضها على مجلس الدولة الذي كان متأثرا بنظرية القانون الطبيعي، حيث كان مبدأ حسن النية موضوع اعتبار لدى واضعي هذا القانون باعتباره مفهوما أساسي في قانون العقد، حيث يقول الفقه الفرنسي " يجب الاعتداد بمبدأ حسن النية في المعاملة وصحة العقد"، ورد مبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1134؛ حيث تنص هذه المادة على أنه "يجب أن تنفذ

[1]– راغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، المرجع السابق، ص 180.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني في نظرية الالتزام بوجه عام**، ج1، دار النهضة العربية، 1981، ص848.

الاتفاقات بحسن النية"[1]، ومن هذا المنطلق يتضح أن مبدأ حسن النية هو مفهوم أساسي لقانون العقد في فرنسا وفي القانون الفرنسي الحديث.

وانتقد البعض من الفقه الفرنسي ما انتهت إليه لجنة القانون المدني من حذف عبارة "نزاهة التعامل" على اعتبار أن عموم عبارة حسن النية يغنى عنها لان ذلك يؤدي إلى ضرورة الأخذ بالمعيار الذاتي فقط، في حين أن مبدأ حسن النية من السمة التي تسمح بتقدير حسن لنية وسوءها وفقا للمعيارين.

الفرع الثاني:

مبدأ حسن النية في القانون الجزائري.

يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ عالميا تأخذ بيه كافة النظم القانونية دون استثناء، كما يلعب دورا بارزا في مجال العقد سواء عند تنفيذه أو في المرحلة السابقة عليه، وهو ما أشار إلية بصفة صريحة المشرع الجزائري في المادة 107 ق. م. ج، وبالتالي مبدأ حسن النية في العقود له وجود ودور في القانون الجزائري، إذ رغم أنّ العقد شريعة المتعاقدين إلاّ أنّه ليس هناك عقود تحكم فيها المباني دون المعاني. [2]

وقد استمد المشرع الجزائري مبدأ حسن النية من القانون الفرنسي ويؤكد ذلك الدكتور "علي علي سليمان" عند قوله بأنّ (حسن النية معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين يقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي (le bon père de famille). [3]

---

[1]– Article 1134 du code civil français, voir sur site :
https://droit-finances.commentcamarche.com/download/telecharger-198-code-civil-2018-pdf-en-ligne
(consulté le 15 mars 2018).

[2]– علي فيلالي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، دار النشر والتوزيع، الجزائر، ج1، ط2، 2005، ص369.

[3]– علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص97.

كما أنّ القانون المدني المصري في نظرنا له الفضل في الصياغة القانونية باللغة العربية التي جاءت بها النصوص المتعلقة بحسن النية في القانون المدني الجزائري، ولذلك يعتبر كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي مصدرا تاريخيا بالنسبة إلى الكثير من مسائل الأحوال العينية التي تتضمنها نصوص القانون المدني الجزائري.[1]

كما لا ننسى أيضا تأثير الشريعة الإسلامية التي يستمد منها القانون المدني الجزائري أحكامه طبقا لنص المادة الأولى منه، فالشريعة الإسلامية تهتم هي أيضا بالبيان والمقاصد وسنؤكد ذلك عند التطرق لمبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى ذلك، ورد حسن النية أيضا في القضاء الجزائري[2]، وبالرجوع إلى النصوص والأحكام الخاصة المتناثرة في ثنايا القانون المدني الجزائري نلاحظ أنّ مصطلح حسن النية تكرر عدة مرات فيه، وهذا دليل على الأهمية التي أعطاها القانون والقضاء الجزائري إلى مبدأ حسن النية في العقود.

المطلب الثالث:

مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية.

تحرص الشريعة الإسلامية على تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع على أساس التعاون والتفاهم المتبادل بعيدا عن الإضرار بالآخرين إعمالا لقاعدة الشرعية "لا ضرر ضرار" كما اهتمت بالنية في العبادات والتقرب إلى الله عزّ وجل فإنّها أيضا اهتمت بالنية في العقود والمعاملات المالية بغض النظر عن كون النية لا يأخذ بها باطنة أو ظاهرة، أو كلاهما معا، وعليه سنتناول مبدأ حسن النية في القرآن الكريم والسنّة النبوية **(الفرع الأول)** مبدأ حسن النية في الفقه الإسلامي **(الفرع الثاني)**.

---

[1]– محمد سعيد جعفور، **مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون**، دار هومة الجزائر، 1999، ص308.

[2]– فمن بين القرارات القضائية التي ورد فيها ذكر حسن النية بالنسبة لتنفيذ العقد لحسن نية قررا المحكمة العليا، غرفة مدنية رقم 52061، تاريخ 1990/01/15، المجلة القضائية لسنة 1993 عدد01، ص113 أشار إليه كل من:
عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص62، عمر حمدي بإنشاء القضاء المدني، ط3، دار هومة، الجزائر 2006، ص45.

الفرع الأول:

مبدأ حسن النية في القرآن الكريم والسنة النبوية.

أكدت الشريعة الإسلامية على المكانة الهامة لحسن النية في التصرفات بصفة عامة والعقود بصفة خاصة فتضافرت الآيات القرآنية على تشريع مبدأ حسن النية في التصرفات ودلت عليها أحاديث كثيرة ومتعددة في السنة النبوية الشريفة.

أولا: مبدأ حسن النية في القرآن الكريم.

تضمن القرآن الكريم الكثير من الآيات التي ترسخ من مفهوم ومبدأ حسن النية في التصرفات بكافة أنواعها ومن ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ... ۝١﴾.[1]

فكل شرط أو عقد يجب الوفاء به ما لم يخالف كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فإن ظهر فيهما ما يخالف ردّ، قال صلى الله عليه وسلم: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو ردّ".[2]

وقوله تعالى:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ۝٢٩﴾.[3]

وقوله تعالى:﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ ... ۝٥٨﴾.[4]

---

[1]– سورة المائدة: الآية: 01.

[2]– أخرجه البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب إذ اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول من غير علم فحكمه مردود 2675/6 رقم 6917.

[3]– سورة النساء، الآية: 29.

[4]– سورة النساء الآية: 58.

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ ... ﴿٢٣١﴾﴾.[1]

وقوله تعالى: ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآئِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿٩٠﴾﴾.[2]

ثانيا: مبدأ حسن النية في السنة النبوية.

هناك الكثير من الأحاديث في السنة النبوية المطهرة تأمرنا بحسن النية وتنهى عن سوء النية في التصرفات، إذ أنّ حسن النية ليس أمرا داخليا قلبيا فحسب وإنّما هو مظهر وسلوك في الواقع الخارجي يتفق مع أحكام الشريعة الغراء، وقد ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنّه قال: "إنّما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كان هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هجر إليه".[3]

فالأصل هو حسن النية في الأعمال جميعها عبادات ومعاملات، حيث يستدل بهذا الحديث على بطلان العقود التي ساءت فيها النية، كالبيع بقصد الربا، والنكاح بقصد التحليل.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدُ فَإِنَّهُ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعَ تَمْرٍ".[4]

---

[1]– سورة البقرة الآية: 231.

[2]– سورة النحل الآية: 90.

[3]– البخاري كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدأ الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم 3/1 رقم 1.

[4]– متفق عليه البخاري في كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والغنم وكل محفلة ، رقم 755/2، رقم (2041)، نقلا عن سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 20.

والتّصرية هي حبس اللبن في الضرع وترك حلبها ليومين أو أكثر حتى يظن المشتري أن ذلك عادتها فيزيد في ثمنها لكثرة لبنها.

والنهي عن التّصرية هو نهي عن سوء النية والغش وعدم الأمانة، وهو أمر في المقابل بحسن النية في البيع والشراء.

وعن "سعيد سعد بن مالك الخدري" رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر ولا ضرار" والحديث به نهي عام عن كافة الأعمال التي قد تسبب ضررا للآخرين، أي الحث على حسن النية والنهي عن سوء النية[1].

الفرع الثاني:

مبدأ حسن النية في الفقه الإسلامي.

الأصل في العقود في الفقه الإسلامي الرضائية، إعمالا لقوله تعالى: " إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ".[2] وقوله صلى الله عليه وسلم: "إنّما البيع عن تراض منكم".[3]

وللمتعاقدين الحق في التمسك بشروط العقد وبنوده، إلاّ أنّه في بعض الحالات قد يؤدي التمسك بحرفية شروط العقد إلى الإجحاف بالطرف الآخر وإلحاق الضرر به وزيادة التزاماته في بعض الحالات كالظروف القاهرة أو المرهقة، فلا ضرر ولا ضرار، فليس للمتعاقد أن يتمسك بشروط العقد على وجه يتنافى مع حسن النية فالكتمان وعدم الإفصاح الأمين والصادق يخل بمبدأ حسن النية في المعاملات فمن غشنا فليس منا[4].

---

[1]– أخرجه أحمد في مسند عبد الله بن عباس، رضي الله عنه، 55/5 رقم 2865، وابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، 748/2، رقم 2340، نقلا عن سعد سعيد الذيابي، ص21.

[2]– سورة النساء الآية 29.

[3]– سنن الترميدي البيوع 27.

[4]– أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع 745/2 ومسلم في صحيحه كتاب البيوع 1165/3. نقلا عن سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 22.

وقد وضع الفقه الإسلامي حسن النية في إطار عام لمختلف التصرفات ومنها العقود، ولم يكتفي به في مرحلة من مراحل العقد بل جعله مبدأ مهيمنا على كافة مراحل العقد منذ التفاوض حتى تمام التنفيذ[1].

ومن مظاهر حسن النية التعاون بين الطرفين وعدم التعسف في استعمال الحق والوفاء بالحقوق وتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، كما لا يمكن لأحد المتعاقدين أن يعدل في بنود العقد بإرادته المنفردة وعلى الدائن إمهال المدين المعسر لقوله تعالى: "وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ".[2]

وعليه فالفقه الإسلامي "أنّ العمل وإن وافق بنية حسنة لم يصح إلا إذا وقع على وفق الشرع".[3]

كما بين العلماء أنّه: "يحرم عليه الدخول في عقد محرم ابتداء ولو كانت بنية حسنة، فإنّ النية الحسنة لا تبيح الدخول في الحرام".[4]

ونصوا على جواز طائفة من الخيارات في العقد وهو أن يكون للمتعاقد الحق أو الاختيار بين إمضاء العقد وفسخه وإبطاله، ويكون العقد غير لازم مع أن الأصل في العقود أن تكون لازمة لا يجوز فسخها، وأجيز الخيار للحاجة الماسة حتى لا يطغى أحد على مصلحة أحد بدون تحقق رضاه، ولا يستغل عاقده حسن نية العاقد لآخر فيهينه وليتمكن كل عاقد من تفحص المعقود عليه، أو اكتشافه أثناء الخبرة والتجربة، أو لتتهيأ له فرصة للتروي والتثبت لموازنة وفقا مع التزامه.[5]

---

[1]– خالد السيد عبد المجيد موسى، المرجع السابق، ص 23.

[2]– سورة البقرة الآية 280.

[3] – فيصل بن حمد المبارك الحرميلي النجدى، **خلاصة الكلام شرح عمدة الأحكام** ، ط2، 1412هـ، 1992.

[4]– فتوى الشبكة الإسلامية، http://www.isiam web.net

[5]– مصطفى عبد الحميد عدوي، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، ط2، 1992، ص342.

وبالتالي العبرة في تحديد معاني العقود وحلها وشرحها وصحتها وفسادها بالمقاصد والنيات لا بمجرد الألفاظ فلا عبرة بظاهر اللفظ إذا ثبت أنّ القصد والنية خلافه.[1]

المبحث الثاني

مفهوم مبدأ حسن النيـة

بعد أن تطرقنا إلى لمحة تاريخية عن نشأة مبدأ حسن النية فإنه لابد من معرفة مفهوم حسن النية في العقود لأن دراستنا لا تكون لها قيمة علمية أو حتى عملية إلا بمعرفة هذا المفهوم الذي يدور عليه كل جزء من هذه الدراسة كما لابد من معرفة طبيعته وما يميزه عن عما يشبهه في العقود.

المطلب الأول:

التعريف بمبدأ حسن النية

يقتضي التعريف بهذا المبدأ بداية إلقاء الضوء على مختلف التعاريف الجامعة والمانعة له والتي جاد بها الفقه **(الفرع الأول)**، لإظهار خصائصه **(الفرع الثاني)** من أجل تمييزه عن غيره من الأوضاع المشابهة له **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول:

تعريف حسن النية.

إنّ العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر يلتزم بموجبه طرف يسمى المدين اتجاه آخر يسمى الدائن بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وينعقد العقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول إلاّ إذا قرر القانون أوضاعا معينة لانعقادها كاشتراط المشرع استيفاء شكل معين في بعض الأحيان بانعقاد العقد يتلاقى الإيجاب والقبول أي العقد شريعة المتعاقدين

[1]– عبد الفتاح تقية، **تفسير النصوص والقواعد الفقهية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، مطبعة الكاهنة، البويرة، الجزائر، 1998، ص247.

تنفيذه، والعقد كغيره من التصرفات يحتاج إلى نية أي باتجاه إرادي نحو أمر معين فكل فعل يسبق بعزم وتصميم على القيام به أو الامتناع عنه.[1]

فالنية أو القصد لغة هو "اعتقاد العقل بفعل شيء وعزمه عليه دون تردد" ومصطلح حسن النية في العقود يختلف كما هو معلوم عن النية والحسن، فهي كلمة تدل على ما هو أخلاقي ومحمود وغير قبيح أو غير مذموم ومرتبط بالخير والحسن بعكس السوء فالسوء هو كل ما يعتبر مذموم وقبيح أو غير أخلاقي وهو مرتبط بالشر.[2]

يجمع حسن النية في مصطلح حسن النية كمبدأ قانوني يتغير معناه ومدلوله وصعوبة تحديد هذا المفهوم أو هذه الفكرة لم يمنع جانب من الفقه من تعريفها فمنه من قيل بأنّ مبدأ حسن النية هو (الصدق والإخلاص) وبأنه (الاستقامة والنزاهة وعدم الغش) ، وبأنه احترام الالتزام الموعود به.

لكن لم ترق محاولات تعريف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود إلى الحد الذي يجعل معنى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود واضحا ومحددا فلم تكن دقيقة ومحددة في وضع تعريف قانوني لحسن النية، حيث استخدمت تعابير عامة وأخلاقية كالصدق والأمانة وهي مصطلحات تحتاج أصلا إلى تحديد قانوني فهناك من يرى بأنّ مبدأ حسن النية[3] هو التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها، والتزام كل من طرفي العقد بها لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير.[4]

---

[1]– عبد المنعم موسى إبراهيم، **حسن النية في العقود**، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص83.

[2]– عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص89.

[3]– انظر د. يحيى أحمد بني طه ، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بحث منشور على الانترنيت : http://www.mohamah.net/answer/78821/K، تاريخ الإطلاع: 2018/03/28.
بحث قانوني، و دراسة واسعة_في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

[4]– أنور السلطان، **الموجز في مصادر الالتزام**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص451.

كما يعرفه بعض الفقه مبدأ حسن النية بأنه "الجهل المبرر بواقعة أو حادثة معينة تكون مناط ترتيب الآثار القانونية اللازمة بحيث يختلف الحكم القانوني المترتب تبعا لتحقيق الجهل أو تحقيق العلم بتلك الواقعة أو الحادثة"[1].

كما عرّفه البعض الآخر بأنّ حسن النية في إبرام العقد هو إلتزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المشروعة للطرف المقابل وبالتالي يجب مراعاة المصالح المبررة أو المشروعة.[2]

ونلاحظ هنا أنّ هذا الرأي قد اتبع الاتجاهات الحديثة التي تفسر حسن النية في إبرام العقود، والتي تتطلب من المتعاقد مراعاة المصالح المبررة والمشروعة للطرف المقابل.[3]

كما عرّف حسن النّية بأنه:" أن تحترم ما قام بينك وبين الطرف الآخر من أوضاع وأن تنفذها، وفقا لذلك وليس كما تريد".[4]

وقد عرف مبدأ حسن النية بأنّه: "انتفاء للخطأ العمدي وانتفاء الغش وانتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء النية وانتفاء الخطأ الجسيم".[5]

كذلك عرّف: "بأنّه يرتبط بمفهوم فردي ينظر إليه من زاوية المتعاقد الذي أصابه ضرر بسبب فعل المتعاقد الآخر دون أن ينظر إليه من وجهة نظر اجتماعية، لذلك لم يكن لهذا المبدأ سوى أثر سلبي بموجبه يمتنع المتعاقد من القيام بعمل يتنافى مع طبيعة العلاقة العقدية من أجل الحصول على منفعة غير مشروعة أو القيام بعمل من شأنه الإضرار المتعمد بالمتعاقد الآخر دون أن يتضمن أثرا ايجابيا من شأنه إلزام المتعاقدين معا بالتعاون

---

[1]– ياسين محمد الجبوري، **شرح القانون المدني الجزائري**، ج2، دار الثقافة، عمان، 2006، ص36.

[2]– شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق ، ص193.

[3]– المرجع نفسه، ص194.

[4]– عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص83.

[5]– عزيز سليمان شيرزاد ، المرجع السابق، ص123.

والمشاركة الفعلية في تنفيذ العقد تنفيذا عينيا على وجه صحيح وبصورة تتفق مع المصلحة الاجتماعية.[1]

من خلال ما سبق ذكره، يمكن القول أننا رغم محاولتنا في إيجاد تعريف جامع مانع لمفهوم حسن النية في العقد إلى أننا حقيقة لم نجد ما كنا نبحث عنه لأن حسن النية ببساطة ذو مفهوم واسع فعل كما ذهب إليه الفقهاء، وبالتالي يجب الاعتراف بأن حسن النية ذو مفهوم واسع لكنه في نفس الوقت ليس مستحيل. ولدا نتفق مع من قال بأن: ليس لمبدأ حسن النية معنى ثابت ومحدد فهو يأخذ معناه من الوقائع الخاصة بكل قضية.

الفرع الثاني:

خصائص مبدأ حسن النية

إن هذا المبدأ يمتاز بعدة خصائص خلال مرحلة تنفيذ العقد وأن القانون يقيم لها وزنا في فروع القانون فأول خاصية لمبدأ حسن النية هي:

1- مبدأ حسن النية ذو طبيعة ذاتية:

وهذا ما يظهر من خلال النصوص القانونية في القانون المدني حيث تنص المادة 105 من ق م ج على أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإنّ العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أنّ نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"[2].

---

[1]- رياض عيسى، **القواعد الأساسية في تنفيذ العقود خطة التنمية المنعقدة بين الوحدات الاقتصادية في القطاع العام**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، مجلد22، عدد1 ، مارس 1985 ، ص242.

[2] - المادة 105 الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10/05، المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005 والقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر، عدد31، بتاريخ 13 ماي 2007.

كما تنص المادة 141 من ق م ج، لكي يتحقق الإثراء بلى سبب وينشأ عنه الحق في الدعوى لصالح المفتقر الذي يقع الإثراء على حسابه للمطالبة بالتعويض؛ أي أن تحصل زيادة في الذمة المالية لشخص معين مقابل افتقار أو انتفاض في الذمة المالية لشخص آخر وقع الإثراء على حسابه إلى جانب أن ينعدم السبب القانوني لهذا الإثراء والذي يجعله مبررا كالعقد أو حكم من أحكام القانون فيصبح بذلك الشخص الأول مدينا (مدعى عليه) والثاني دائنا (مدّعي) وبناء عليه فإن الإثراء بلى سبب يقوم على ثلاثة أركان هي:

1- إثراء المدين حسن النية المدعى عليه.

2- افتقار الدائن بناءا على هذا الإثراء (المدعى).

3- انعدام السبب القانوني للإثراء.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري سكت عن اعتبار بقاء الإثراء قائما وقت رفع الدعوى كركن رابع للإثراء مخالفا ما ذهب إليه المشرعين الفرنسي والمصري كما أنه اعتبر دعوى الإثراء دعوى أصلية وليست دعوى احتياطية. [1]

على غرار المشرع المصري في المادة 179 من ق م ج التي نصت على أنه «كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ملتزم ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقي هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد». [2]

[1] – المادة 141 من الأمر 58/75، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2] – المادة 179 من الأمر 58/75 ، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

2- مبدأ حسن النية التزام مفروض على كل من المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد:

فيصبح على كل منها دائن بالالتزام ومدينا في الوقت نفسه، ولا فرق بين مهني محترف أو مستهلك إلا في الدرجة ولكن ما يقتضيه هذا المبدأ من التزامات فتختلف من طرف لآخر حسب حالته وموقعه والملابسات التي تحيط به.[1]

3- مبدأ حسن النية هو مفهوم واسع:

حيث يتغير مضمونه حسب المكان والزمان وبالتالي يؤدي إلى نتائج متباينة ومتعارضة في التطبيق والأخذ به يؤدي إلى مرونة القانون ليصبح مواكبنا للمستجدات التي تحدث في الحياة بسبب التطورات الاقتصادية والاجتماعية[2].

4- مبدأ حسن النية مبدأ أخلاقي:

ويتبين ذلك من خلال الالتزامات التي تعني الأمانة والثقة والنزاهة والتعاون، وهي قواعد أخلاقية فأصبحت جزء من حياة المجتمعات الإنسانية وطابع مميز لهم وبما القواعد الأخلاقية أصبحت في الوقت الحالي تتحكم إلى حد بعيد في النصوص القانونية أي أنّ للقاعدة القانونية بعدا أخلاقيا يلامسه الباحث في كل زاوية من زوايا القانون[3].

الفرع الثالث:

تمييز مبدأ حسن النية عن غيره من النظم القانونية المتشابهة

بعد تعريفنا لمبدأ حسن النية سنتطرق إلى تمييزه عن غيره من الأوضاع القانونية المشابهة.

[1]- علي فلالي، المرجع السابق، ص ص80،81.

[2]- عزيز سليمان شيرزاد، المرجع السابق، ص178.

[3]- المرجع نفسه، ص 179.

أولا: إلحاقه بالنظام العام

هناك من يلحق مفهوم حسن النية بمفهوم لا يقل عنه ضبابية، فيلحقه بالنظام العام أو يلحقه بالإنصاف ويوجد أيضا رأي آخر يعتبر إلحاق حسن النية بأحد المفاهيم الأخرى يفقده جدواه وقيمته والنظام العام في التعاقد يمثل قيد أو تحديد لحرية الإرادة، ولم يضبط أي تعريف له إلى يومنا، وإذا كان النظام العام ذو المفهوم ضبابي وغير واضح المعالم إلا أنه أنّه يرمي إلى الانسجام الاجتماعي، وهو من السعة بحيث يمكنه أن يستوعب مفهوم حسن النية[1]، ويقول البعض أنّ حسن النية مبدأ قانوني مستمد من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين وهو طبعا ليس قاعدة بالمعنى الفني للقانون كما يمكن استقراؤه من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع، أي أنّ المبادئ العامة تعبر عن الفكرة السائدة للوجود وتأتي القواعد القانونية لتعبر جزئيا عن الأفكار التي تتضمنها هذه المبادئ.

أي أنّ المشرع يستوجبها عند وضع التشريعات كما أنّها تساهم في تحديد هذه القوانين كما في النظام العام والآداب العامة، والتي بدورها تقيد الحرية التعاقدية للأفراد، فكيف لهذا النظام العام والذي يستوحى من المبادئ العامة للقانون والتي هي بدورها مستوحاة من الفكرة العامة للوجود أن يحتوي حسن النية كمبدأ قانوني ويكون مصدرا لقوّته وإلزاميته[2].

ثانيا: إلحاقه بالإنصاف

عرف الإنصاف بأنّه إحساس تلقائي صادق بما هو عدل يقضي بإعطاء كل ذي حق حقه أما أرسطو فيعرف رقابة الإنصاف بأنها العدالة الأفضل التي تصحح العدالة القانونية

[1] – عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص89.

[2] – المرجع نفسه، ص90.

وذلك لما تؤول هاته الأخيرة في إحدى الحالات الخاصة إلى نتائج غير عادلة بسبب العبارات العامة لتشريع ما أغفل التعرض لكل جوانب الحالة القانونية المعروفة[1].

وبشأن هذا التعريف الشهير الذي صاغه الفيلسوف أرسطو لرقابة الإنصاف أي الرقابة المشروعية الطبيعية، يظل التعريف صالحا لكي يكون ليس فقط تعريف مناسبا بل ليكون التعريف الأفضل لرقابة المشروعية حتى في أيام عصرنا الحديث رغم المسافة التاريخية التي تفصله عن عصرنا[2].

ويوحي الإنصاف بفكرة حسن النية لكن هناك خلاف بين الفقهاء وذلك بخصوص العلاقة بين الإنصاف وحسن النية وخاصة أنّ الإنصاف بدوره مفهوم غامض وغير واضح فيعتبر بعض الفقهاء أنّ حسن النية هو الإنصاف وأنّ القاضي إذا ما ارتكز على حسن النية فهو يحكم بالإنصاف والبعض الآخر يرى أنّ حسن النية هو الأداة لتحقيق الأنصاف ووسيلة التعديل اللازمة لفكرة العدل ويتضح الفرق أكثر بين المفهومين إذا ما نظرنا إلى الدور[3] الذي يلعبه كل واحد منها إذ يقول ديبرو أنّه :"يجب أن نصلح باسم حسن النية ونكمل باسم الإنصاف، ويقول دي لافرنج: أنّ: "حسن النية هو التابع التاريخي للإنصاف".

أنّ الإنصاف يتمثل في شكلين هما: إمّا أن يكون في شكل غريزة تتجه مباشرة نحو الحل الأفضل والأنسب مع الهدف لكل تنظيم قانوني، وإما تطبيق فكرة العدل على الوقائع مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية وقبوله الأفكار العامة حسب عناصر الواقع المعاش، وهذا هو الشكل الثاني للإنصاف الذي يتقارب مع حسن النية، وأنّ إلحاق حسن النية بأحد المفاهيم الأخرى يفقده قيمته وجدواه وفي مادة تنفيذ العقود وذلك علاوة على ما

[1]– سفيان القرجي، المرجع السابق، ص490.

[2]– عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 91، 92.

[3] – سفيان القرجي، المرجع السابق، ص490.

يعتري تلك المفاهيم من لبس وغموض لذلك اتجه إلى اعتبار حسن النية مفهوما مستقلا يمتلك مبررات وجوده وأهميته[1].

ثالثا: تمييز حسن النية عن سوء النية.

عرف سوء النية بأنه قصد عدم الالتزام بأوامر الشرع الإسلامي وأحكامه أو الحدود الشرعية والقانونية في الحقوق والتصرفات، وعرفه بعض الفقهاء الفرنسيين بأنه السلوك الغير صحيح بالأخذ بدرجات متفاوتة حسب حالات تفاقم المسؤولية وفقدان الربح أو الإنقاص من الحق[2].

وبالنسبة لأوجه الاختلاف، حسن النية يختلف عن سوء النية من حيث كل من المعنى والافتراض وعدمه، الطلب في كل منهما الارتباط بقواعد الدين، الارتباط بقواعد الأخلاق والنتيجة المترتبة على كل منهما؛ فمن حيث المعنى هما نقيضان يدل كل منهما على معنى يناقض المعنى الذي يدل عليه الآخر، واختلافهما في المعنى راجع لاختلافهما في المبنى (اللفظ)، أما من حيث الافتراض وعدمه فحسن النية أمر مفترض في كونه الأصل في كل إنسان بأصل خلقه وفطرته، وبالتالي لا يحتاج إثبات وجوده إلى دليل ويعد إدعاؤه أمر غير مقبول بدون دليل.

أما سوء النية فهو أمر غير مفترض ولا يمكن افتراضه وإدعاؤه أمر غير مقبول بغير دليل ويحتاج إثباته إلى دليل، ويقع على من يدعي وجوده أو من له مصلحة التمسك به عبئ إثباته بكافة طرق الإثبات، كما يختلفان أيضا من حيث أن الطلب في كل منهما ليس واحد ؛ فالطلب في حسن النية هو الطلب للفعل، أما الطلب في سوء النية هو طلب للترك لأن حسن النية يعني الأمور الفاضلة والمحمودة التي يجب الالتزام بها كالأمانة والإخلاص

[1] – عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص95.

[2] - Voir : Raymond cuillien, Jean Vimcent, sous la direction de serge *Guinchard,* Gabriel Montagnier Lexique des termes juridiques,16e édition, Paris : Dalloz, DL 2007, cop. 2007, p 400.

أما سوء النية يعني الأمور القبيحة المذمومة التي يجب تركها، ويختلفان أيضا من حيث الارتباط بقواعد الدين، فحسن النية يرتبط ارتباطا وثيقا بقواعد الدين لأنه التزام ما أمر الشرع بالتزامه، ويختلفا أيضا من حيث الارتباط بقواعد الأخلاق، نجد حسن النية يعني بالمثل العليا التي تمثل محور قواعد الأخلاق نظرا للصلة الوطيدة بينه وبين هذه القواعد، وبخلاف ذلك فإن سوء النية يعني بأمور تتنافر مع قواعد الأخلاق؛ وبالتالي هو بعيد كل البعد عن القواعد الأخلاقية ومكارمها[1].

أما بالنسبة للنتيجة المترتبة على كل منهما فهي أيضا تختلف إذ يترتب على حسن النية تحقيق العدالة بين أطراف العملية التعاقدية للتوازن الذي يحدثه في الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه العملية وبالتالي الثقة والطمأنينة في التعامل، الأمر الذي يعود بالنفع الكبير على هؤلاء الأطراف وعلى المجتمع، أما سوء النية فينتج عنه انتفاء العدالة بين أطراف العملية التعاقدية لحدوث خلل واضطرابات في الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد وبالتالي عدم التوازن في المصالح مما يؤدي إلى انعدام الثقة والطمأنينة في التعامل وبالتالي انتشار الفوضى وفساد المجتمع[2].

هناك أيضا أوجه اتفاق بين سوء النية وحسن النية فكلاهما موقف عمدي لأن النية قصد الشيء والحسن والسوء أوصاف لها والوصف يتبع موصوفه في كل شيء فإن كانت النية حسنة كان التصرف حسن، وإن كانت النية سيئة كان التصرف سيئا، كما أن لكلاهما موقف خاص يصاحبه لا يمكن تقديره إلا بالرجوع إلى ذات الشخص لمعرفة حقيقة اتجاه نيته، وهما أيضا دو طبيعة ذاتية ويقاسان في التصرفات بمعيارين ذاتي وموضوعي[3].

---

[1]– محمد شكري الجميل العدوي، **سوء النية وأثره في عقود المفاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دار المناهج، عمان، الأردن، 2010، ص ص 147–148.

[2]– محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 154.

[3]– عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 92.

الفرع الرابع:

المعيار الواجب اعتماده في قياس مبدأ حسن النية.

على الرغم من الاختلاف في تحديد معنى ومضمون حسن النية إلا أنه يمكن القول أن لمبدأ حسن النية عدة خصائص يفيد بيانها في معرفة المعيار الواجب التطبيق، فمنهم من اعتمد على المعيار الذاتي وسعى لبيان المقصود به (أولا) ومنهم من اعتمد على المعيار الموضوعي (ثانيا).

أولا: المعيار الذاتي: يقصد بالمعيار الذاتي بشكل عام "أنه المعيار الذي ينظر فيه الشخص المتعاقد فنحكم على ما صدر منه في ضوء سلوكه هو، فإذا كان فعله انحرافا عن سلوك عد خطأ وإذا لم يكن كذلك".

كما يقصد أيضا بالمعيار الذاتي: "أنه الاتجاه نية المتعاقد إلى التقيد بأحكام القانون أو القيم الأخلاقية والاجتماعية وإلى أن يسلك سلوكا حتميا متفقا وتلك القيم ومقتضيات حسن النية وعدم التحايل سواء بإبرام العقد وتنفيذه تكون نية المتعاقد الإضرار أو تحقيق مصلحة غير مشروعة كما يندرج تحته حالة العلم أو الجهل بواقعة معينة التي يترتب عليها القانون أثر من آثار ذلك أن العلم بالشيء كالقصد إليه[1].

ونخلص إذن إلى أن معيار حسن النية الذاتي يبدأ موضوعيا بقياس الفعل أو الترك بمقياس الرجل العادي (رب الأسرة الحريص)[2]، للقول أول بأنه فعل أو ترك غير مشروع ثم يقاس بعد ذلك بمعيار ذاتي بالبحث في نية الفاعل وقصده بمعرفة مدى تعمده القفل والضرر وقد تتور صعوبة في العمل في التعرف على حقيقة نية الفاعل وخاصة أن الدائن أو المضرور هو الذي يكلف بإثبات سوء النية أو القصد السيئ استنادا إلى أن حسن النية

[1]– يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص20.

[2]– عزيز سليمان شيرازد ، المرجع السابق، ص186.

يفترض حتى يثبت العكس إزاء ذلك يكلف بإثبات سوء النية أو القصد السيئ استنادا إلى أن حسن النية يفترض حتى يثبت العكس إزاء ذلك ليكون أمام القاضي إلا الاعتماد على الوقائع الثابتة أمامه لكي يستنبط منها وهو حر في اختيار أية واقعة من تلك الوقائع، وله سلطة واسعة في استنباط ما تحتمله حسب دلالة والاستناد إلى الظواهر الخارجية لاستدلال على حقيقة نية الفاعل وهو بذلك قد يضطر إلى أن عذر لهذا المسلك من جانب الفاعل لكن كل هذه الظواهر لن تكون سوى قرائن أو وسائل إثبات التوصل إلى سوء النية وهي في جميع الأحوال تتوارى أمام وجود الدليل القاطع على حسن نية الفاعل وعدم تعمده الإضرار بالغير[1].

ثانيا: المعيار الموضوعي

يقصد بالمعيار الموضوعي عموما معيار السلوك المألوف والمعتاد حيث ينظر القاضي في هذا المعيار إلى المسلك المتوقع لرجل العادي العاقل الموجود في نفس ظروف المدين إذ يتجرد من الظروف الذاتية الملابسة لشخص المعتدي حيث أنها ظروف داخلية ملتصقة به لا صح النظر إليها وإلا انقلب المعيار شخصي وعلى ذلك وعند بحث توافر سوء النية الموضوعي لا ينظر إلى كون المعتدي متواضع الذكاء أو عصبي المزاج أو غيرها من ظروف الداخلية فالقاضي لا يعتد بهذه الظروف هنا، بل عيبه أن ينظر للظروف الخارجية العامة التي تخضع لها كافة الناس ويقدر سلوك الشخص بحسب السلوك المألوف للشخص المعتاد.[2]

أما المعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية فيقصد به تنفيذ التزام بصورة تتفق وأحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته وأن يكون السعي في ذلك جديا بحيث يكون تصرف المقاصد مقبول لا ينظر القانون وقيم المجتمع. ذلك أن القانون لا ينظر إلى صحة

[1]– يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص21.

[2]– عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص306.

التصرفات أو عدم صحتها بناء على ما يعتقد المرء فيها بل يجب أن تكون مقبولة بنظر القانون ويجد هذا المعيار أساسه في العدالة والأخلاق. كما هو الحال في المعيار الذاتي"[1].

وهذا المعيار يستلزم من المتعاقد أن يكون يقظا حريصا في تصرفاته حتى لا تضر بالآخرين ذلك أن قواعد الأخلاق والعدالة كما لا يقترنه الإضرار بالغير، سوء النية الذاتي لا يقر كذلك الإهمال والتقصير أي سوء النية الموضوعي ويستلزم هذا المعيار من المتصرف أن يكون أمينا ومخلصا في إبرام تصرفاته وتنفيذها[2].

وكما سلف فإنه بحسب رأي الباحث لا يمكن تقدير حسن نية المتعاقد على المعيار الذاتي دون الموضوعي أو الموضوعي دون الذاتي بل يجب اعتماد كلا المعيارين لذلك فإنه يمكن التمييز بين المعيار الموضوعي المادي لحسن النية والمعيار الشخصي الذاتي، يتكامل المعيارين بحيث يبدو أحيانا أنه لا يمكن الفصل بينهما ففي جميع الحالات الخروج عما تقتضيه القوة الملزمة بما تتضمنه، فسوء النية يختلط المعيار المادي بالذاتي ففي كل حالة يراد فيها معرفة حقيقة نية المتعاقد يرجع فيها للمعيار الذاتي[3].

ومنه نخلص إلى أن سوء النية الذاتي يتمثل في نية الإضرار بالطرف المقابل فالذي يرتكب أفعال تدل على عدم إلزامه بما توجبه القوة الملزمة للعقد ينفي عن حسن النية وأحيانا مجرد العلم بالضرر الذي قد يصيب الغير وسوء النية هنا عمدي ومع هذا فإن انتفاء التعمد في عدم التزام حدود القوة الملزمة لا يكفي للقول بتوفر حسن النية إذ أن الإهمال وعدم الحيطة من طرف المتعاقد يبين حالة من سوء النية الإهمالي أو الموضوعي.[4]

[1]– يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص22.

[2]– عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص307.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ص882، 884.

[4] – يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص23.

المطلب الثاني:

الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في العقود

إنّ مبدأ حسن النية قد يكون التزاما قانونيا **(الفرع الأول)** أو قاعدة قانونية واردة ضمن النظام القانوني **(الفرع الثاني)** كما أنه هناك من يعتبره مبدأ قانونيا عاما **(الفرع الثالث)**[1].

الفرع الأول:

حسن النية بوصفة التزاما قانونيا

إنّ حسن النية لا يتطلب فقط السلوك بل يتطلب الامتناع عن السلوك، والالتزام قد يكون عمل أو امتناع عن عمل، ولذلك يرى أغلبية فقهاء القانون أن الالتزام بمبدأ حسن النية في العقود رغم أنّه ذو طبيعة أخلاقية إلاّ أنّ ذلك لا يحول دون أن يكون التزاما حقيقيا في الحياة التعاقدية يترتب عنه التزامات لا تقل في العموم وفي التجريد وفي الإلزامية عن أي من الالتزامات التعاقدية أو القانونية الأخرى.[2]

وبالتالي هذا الالتزام القانوني هو التزام بالمعنى الضيق وليس مجرد واجب عام فهو التزام حقيقي له دائن ومدين ومحل سبب، كما أنّه يقابله حق شخصي من جانب الطرف الآخر وله عناصره المحددة وتتمثل هذه العناصر في العنصر المادي المتمثل في مراعاة مقتضيات حسن النية التي تستجمع في مراعاة المصالح الخاصة المبررة المشروعة للطرف المقابل، وبالتالي يستوجب توافر الإدراك والتمييز لدى من توجهه إرادته فلا يمكن وصف

[1]– عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص94.

[2] – سفيان القرجي، المرجع السابق، ص ص138، 139.

شخص بأنّه حسن النية إذا كان هذا الشخص مجنون أو عديم التمييز أو سكران أو نائم أو مغمى عليه[1].

وحسن النية بوصفه التزاما قانونيا له كذلك خصائص معينة تتمثل في أنّه التزام مفروض على أطراف العملية التعاقدية، أي أنّه التزام متبادل مفروض على كلا الطرفين معا فيكون كل منهما دائنا ومدينا في الوقت نفسه بهذا الالتزام كما أنّه التزام وقائي لأنّه يفرض الوقاية من وقوع الضرر، وهو أيضا التزام بتحقيق غاية وليس التزام ببذل عناية إذ على كلا الطرفين التزام حسن النية وليس محاولة الالتزام به وإلا يعد الطرف الذي لم يتحقق حسن النية من جانبه مخلا به[2]، وهو أيضا التزام جوهري أو أساسي لا يستقيم بدونه العقد كما أنّه التزام ذو طبيعة ذاتية لأنّ الحسن وصف يلحق بالنية في تحركها الإرادي والنية خفية محلها مكامن الإنسان (القلب) أين لا يمكن الاطلاع عليها من قبل الغير، كذلك التزام حسن النية قد يكون التزاما سابقا على التعاقد وذلك عندما يفرض والعقد لم يتم بعد[3]، أي أنه قد يكون التزاما قبل التعاقد أي قبل إبرام العقد.

الإلتزام بحسن النية في العقد رغم أنّه لا يختلف عن فكرة النظام العام والآداب العامة من حيث أن كلاهما يقتضي مراعاة الجوانب الأخلاقية التي لا يجوز انتهاكها، إلا أنه في نفس الوقت يختلف معها من حيث أن جزاء مخالفة النظام العام والآداب العامة هو البطلان في جميع الحالات أمّا جزاء الإخلال بمقتضات حسن النية هو أساسا التعويض، كما يختلفان من حيث أنّ القانون من خلال حسن النية في العقد يرمي إلى تحقيق مصلحة مباشرة وأخرى غير مباشرة، فالمصلحة المباشرة هي تحقيق المصالح الخاصة للطرف المقابل

[1] – عزيز سليمان شيرزاد ، المرجع السابق، ص ص182، 183.

[2] – المرجع نفسه، ص ص 182، 183.

[3] – سفيان القرجي، المرجع السابق، ص ص828، 829.

في العقد، لأنّ الإخلال بالتزام حسن النية من قبل المتعاقد يؤدي مباشرة إلى زعزعة مصالح المتعاقد الآخر والمصلحة غير المباشرة هي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع[1].

قيل أيضا عن التزام المتعاقد طبقا لحسن النية بأنّه التزام تعاقدي فإذا ما حاد عن هذا المبدأ في المطالبة بحقه فيكون مسؤول على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزام عقدي، هو وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ وبذلك لا حاجة المسؤولية على أنها تقصيرية لتعسفه في استعمال حقه، ونلاحظ هنا أن من ذهب إلى هذا القول الذي نحن بصدده كان يقصد به ما يسمى بالتزام حسن النية التعاقدي أي التزام حسن في تنفيذ العقد[2].

الفرع الثاني:

حسن النية بوصفة قاعدة قانونية

القاعدة بوجه عام هي أمر كلي ينطبق على جزئيات ويقول الجرجاني: "القاعدة هي قضية كلية منطقية على جميع جزئياتها"، أمّا القاعدة بوجه خاص فهي صفة تنظم سلوكا وعملا فكريا وبحثا ومنها قواعد السلوك وقواعد المنهج[3] .

ويقول الفقيه بولنجي أنّ: (القاعدة القانونية هي عامة لأنّها وضعت من أجل عدد غير محدد من الأعمال والوقائع لكنها من زاوية أخرى تعتبر خاصة إذا ما تعلق الأمر بأعمال أو وقائع محددة والمبدأ بعكس ذلك يكون عاما إذا ما تضمن سلسلة غير محدودة من التطبيقات[4].

---

[1]– عزيز سليمان شيرزاد ، المرجع السابق، ص ص211، 2012.

[2]– محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام**–التصرف القانوني العقد والإدارة المنفردة، ج1، ط2، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص314.

[3]– مجمع اللغة العربية ، المعجم الفلسفي، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، 1983، ص14

[4]– عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 93، 94.

وحسب غالبية فقهاء القانون فإن حسن النية في العقود رغم أنّه ذو طبيعة أخلاقية إلاّ أنّ ذلك لا يحول دون أن يكون قاعدة قانونية تامة الشروط وكاملة الخصائص في النظام الوضعي[1].

وخصائص حسن النية في العقود باعتباره قاعدة قانونية تتمثل في أنّه قاعدة سلوك اجتماعية تفرض على الأطراف المقبلة على التعاقد سلوكا معينا، يتجلى في تنفيذ التزامات ايجابية وأخرى سلبية في علاقتهم بالطرف المقابل ومراعاة مصلحة هذا الطرف كما يرى أغلب الفقهاء بأنّ حسن النية من القواعد الآمرة وهذا يعني بأنّه من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على ما يخالفه.[2]

فقد ورد في القانون المدني الفرنسي والمصري عبارة حسن النية في تنفيذ العقود مسبوقة بعبارة (يجب) وينطبق ذلك أيضا على القانون المدني الجزائري وهذا يؤدي إلى القول بأنّ حسن النية يعد في ظل هذه القوانين من النظام العام أيضا لأنّه ليس هناك ما يدل على كونه من القواعد المفسرة.

ولأنّ وجود حسن النية بوصفه قاعدة قانونية يؤدي إلى حماية المصلحة العليا للمجتمع أي حماية النظام العام والآداب العامة وكذلك حسن النية في العقود يقتضي كل منهما مراعاة الجوانب الأخلاقية التي لا يجوز انتهاكها والإخلال بها[3]، وبالتالي هنا سلطة القضاة هي تقديرية وليست مطلقة ويستمد القاضي ذلك من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها لأنّ مباشرة هذه السلطة تخضع لرقابة المحكمة العليا التي تراقب حسن تطبيق القانون.

وبسبب هذه السلطة التقديرية للقضاة وصف حسن النية من حيث الطبيعة التقديرية بأنّه مفهوم إطاري يفرض على القاضي من قبل المشرع أمر تحديد مضمونه وضبط نظامه القانوني.[4]

---

[1]– سفيان القرجي، المرجع السابق، ص21.

[2]– شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 190.

[3]– المرجع نفسه، ص ص211، 212.

[4]– سفيان القرجي، المرجع السابق، ص924.

الفرع الثالث:

حسن النية في العقود بوصفه مبدأ قانونيا.

حسن النية مبدأ قانونيا عاما ويؤكد ذلك ما يلي:

- أن قائمة المبادئ القانونية العامة غير محددة حصرا.
- هناك عدة تطبيقات في القانون المدني أخذ المشرع عند وضعه لهذا القانون حسن النية باعتبار الكثير من الفقهاء يعتبرون أن حسن النية مبدأ قانوني عام.

حيث يعرّف أحد الفقهاء الغربيين أنّ حسن النية هو مبدأ تنفيذ وليس التزام خاص إذا قد يكون جزاء الإخلال بهذا المبدأ هو مسؤولية عقدية أو تقصيرية[1].

وبذلك يرى فقيه آخر بأنهّ من المنطقي أن يتم معاقبة التعسف في استعمال الحق الذي ينتج عن العقد على أساس التقصير، وهذا ما يعطي شرعية للمسؤولية التقصيرية بين المتعاقدين وبالتالي التخلي عن فكرة وجود التزام خاص بحسن النية لتفضيل وجود مبدأ حسن النية.[2]

وبما أنّ حسن النية في مجال التعامل هو مبدأ قانوني فهو بالتالي يتميز بصفات المبادئ القانونية المتمثلة في المرونة، وعدم التحديد، والانطباق على فروض وحالات عدة مما يفسح المجال أمام القاضي للاجتهاد فيها، وإيجاد الحلول القانونية الواقعية للوقائع المعروضة أمامه، هذه الأخيرة التي يصعب حصرها وعدها لأنّها متباينة الجوانب، متشعبة النواحي، متجددة المظاهر.[3]

---

[1]– عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص94.

[2]– نقلا عن:

Martin Briot de la crochais (l'abus dans les contrats), préparation a l'épreuve de droit Agrégations d'économie et gestion, Centre national d'enseignement a distance (CNED) En cours de travail la buffetière, fevrier2006, Disponible sur internet dans les carnets de université paris. Descartes :http :blagparisdexartes ;frdroit/webbog2023html p.12.

[3] – عزيز سليمان شيرزاد ، المرجع السابق، ص163.

وبالتالي مبدأ حسن النية لا يلجأ إلى حلوله المادية الفنية إلاّ بعد انتفاء النص القانوني الخاص تم القياس وهو بذلك يشكل مبدأ من المبادئ الجامعة.[1]

ويمكن للقضاء أن يكرسه حتى ولو لم يتم النص عليه صراحة في القانون[2]،وهو أيضا مبدأ ذو طابع ذاتي وموضوعي شامل[3]، كما يعد من المبادئ الأخلاقية بحسب الأصل حيث تغلغل في نطاق القانون وصار جزء منه[4].

وحسن النية كمبدأ قانوني يكون مستمدا من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين كما يمكن استقراؤه من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع وتأتي القواعد القانونية لتعبر جزئيا عن الأفكار التي تتضمنها هذه المبادئ وهي تساهم في تحديد هذه القوانين كما في النظام العام والآداب العامة والتي بدورها تفيد الحرية التعاقدية للأفراد.[5]

وعلى هذا الأساس بالذات يرى عبد المنعم موسى إبراهيم أنّه لا يمكن إلحاق حسن النية كمبدأ قانوني بالنظام العام وهذا ما يفهم من قوله ما يلي: "فكيف لهذا النظام العام والذي يستوحي من المبادئ العامة للقانون والتي بدورها مستوحاة من الفكرة العامة للوجود أن تحتوي حسن النية كمبدأ قانوني.[6]

---

[1] – سفيان القرجي، المرجع السابق، ص923.

[2] – عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص95.

[3] – سفيان القرجي، المرجع السابق، ص924.

[4] – عزيز سليمان شيرزاد ، المرجع السابق، ص169.

[5]– عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص90.

[6]– المرجع نفسه ، ص 90.

الفصل الثاني
مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ

المبحث الثاني: مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد

المبحث الأول: مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد

إن مبدأ حسن النية مبدأ أساسي يرافق العقد منذ مرحلة التفاوض إلى غاية انقضائه والمتعاقدان لا يقدمان على تنفيذ إلا ما تم الاتفاق عليه عند الإبرام وإذا كان الأمر على هذا النحو، فإنه يجب أن تكون المبادئ التي يبرم بها العقد هي نفسها المبادئ التي ينفذ بها العقد، وعليه يعتبر التفاوض من أهم الأدوات الاتفاقية التي يلجأ إليها الأطراف المقبلة على التعاقد لفرض التزامات معينة، وذلك من أجل إضفاء الأمان على العملية التعاقدية والذي يقتضي من المتفاوض أن يتسم سلوكه بالجدية والصدق والأمانة وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل.

وإذا نشأ عقد التفاوض صحيحا، فإنه يرتب مجموعة من الالتزامات على طرفيه ويترتب على الإخلال بها أو فرض شروط تعسفية الإخلال بتوازن العقد الذي يترتب عنه وجود تفاوت في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، وعليه سنتناول في هذا الفصل مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض (المبحث الأول)، مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ.(المبحث الثاني)

المبحث الأول:

مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد

يلعب مبدأ حسن النية[1] دورا بارزا في مجال العقد، سواء عند تنفيذه أو حتى خلال المرحلة السابقة على تنفيذه، وهو ما أشار إليه ضمنيا المشرع الجزائري في المادة 107 من ق.م.ج، وسوف تقتصر دراستنا على معالجة قاعدة حسن النية في مرحلة التفاوض[2]، حيث يسعى كل طرف إلى المحافظة على أطول فترة ممكنة لأن المفوضات لم تعد مجرد عمل مادي به يتم تبادل وجهات النظر، وإنما تحولت إلى مرحلة مهمة لها نظامها القانوني إذ فيها يتقرر وجود العقد ومصيره ومن هنا فإن دراسة هذه المفاوضات أصبحت على قدر كبير من الأهمية تستوجب المفاوضة حول شروط العقد بحسن نية الذي لم يعد مبدأ يفرضه القانون بمناسبة تنفيذ العقد فحسب، وإنما أصبح أيضا مبدأ تفرضه العدالة قبل القانون في نطاق تكوين العقد[3]، إذ أصبح التفاوض في وقتنا الراهن له أهمية كبيرة خصوصا عندما يتعلق الأمر بعقود تتسم بالتركيب والتعقيد وإذا دخل الطرفان في دائرتها توجب عليهما مراعاة أصول التفاوض أي مراعاة حسن النية في هذه المرحلة وإلا تترتب المسؤولية على عاتق المخل بهذا الالتزام أي الالتزام بالتفاوض بحسن النية لذلك سنتناول في هذا المبحث كالمطلب أول مفهوم مرحلة التفاوض والمطلب الثاني المسؤولية المدنية المترتبة على عدم التفاوض بحسن النية.

---

[1]– L’obligation de négocier de bonne foi

[2]– بلحاج العربي، **الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية**، دراسة فقهية وقضاء مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري دار هومة، الجزائر، 2014، ص134.

[3]– عبد المنعم موسى، المرجع السابق، ص ص41–42.

المطلب الأول:

التعريف بمرحلة التفاوض

ترتكز مرحلة التفاوض على مبدأ حرية الإرادة وحرية التعاقد ويقصد بذلك أن كل طرف حر في أن يبحث في شروط العقد وله أن يقبلها أو أن يرفضها، بيد أنه إذا نشأ العقد صار ملزما لطرفيه، ويتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، تعد هذه المرحلة من أهم مراحل وأخطرها على الإطلاق[1].

لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد[2]، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول تعريف مرحلة التفاوض (الفرع الأول) والالتزامات الأطراف في مرحلة التفاوض (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تعريف مرحلة التفاوض.

يعرف التفاوض التعاقدي بأنه عملية تقديم المقترحات والنظر فيها لحين تقديم عرض مقبول من أحد الطرفين وقبوله من قبل الطرف الآخر، ومن ثم يقصد بالتفاوض التعاقدي كل اتصال بين طرفين أو أكثر سواء كان شفويا أو كتابيا أو بوسيلة إلكترونية أو غير ذلك من الوسائل بقصد التوصل إلى أفضل شروط تعاقدية تحقق مصالح الأطراف، وتحدد حقوق والتزامات كل منهم.

ويكون الطرفان في دائرة التفاوض عندما يبدي كل منهما استعداده لمناقشة الطرف الآخر، ولعرض وتبادل الأفكار تمهيدا للوصول إلى تصور مشترك وتبدأ هذا المرحلة في

---

[1]– معمر بوطالبة، **الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية**، لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017. ص19.

[2]– مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص161.

طرح أحد الطرفين لرغبة في التعاقد في مسألة ما فيفصح الطرف الآخر عن إرادته أو قبوله الدخول في مناقشة تفاصيل هذه المسألة للوصول إلى صيغة معينة لمشروع العقد[1].

ويعتبر التفاوض الأداة الأساسية في علاقات الأفراد ببعضهم البعض إلى درجة يمكن القول أن من ينشأ التفاوض يمكن أن يحقق ما يريد، أي أن التفاوض ينشأ على وجود ركنيين أساسيين معا أو أحدهما بين الأطراف المتفاوضة وجود مصلحة مشتركة أو أكثر.

إن المفاوضات تعبر عن فن الاتصال الفعال وإدارة الحوار البناء فهي سلوك طبيعي يستخدمه الإنسان للتعامل مع محيطه[2]، وتزيل أي غموض محتمل قد يقع فيه أطراف العقد في مرحلة التنفيذ، كما أن صياغة العقد النهائي والتركيز على النقاط المهمة فيه قد يتطلب جوانب فنية خاصة كالتجربة والاستعانة بالخبرة، وهذا لا يكون إلا في مرحلة المفاوضات.[3]

إن الدخول في المفاوضات يرتب على أطراف العقد مراعاة مبدأ حسن النية في التفاوض أي التعامل باستقامة وصدق، ووجود هذا المبدأ في هذه المرحلة يفرض على المتعاقدين الالتزام بالإعلام والاستعلام من أجل توضيح الموضوع التعاقدي من جميع جوانبه وبالتالي حماية الإرادة من العيوب، وكذا ضمان سلامة المفاوضات لأنه لا أهمية للعقد إلا إذا كان نافعا ومنصفا، وكتمان المعلومات الخاصة بعملية التعاقد في هذه المرحلة يعد إخلالا بواجب حسن النية وواجب الإخلاص.[4]

وعليه فإنه لا يلزم أطراف العملية التفاوضية بإنجاح المفاوضات والتوصل إلى إبرام العقد النهائي مادام لا يوجد أي شكل تعاقدي بين الأطراف، على أنه أحيانا يلجأ الأطراف

[1]– عبد المنعم موسى، المرجع السابق، ص ص41–42.

[2]– بوطالبة معمر، المرجع السابق، ص20.

[3]– محمد حسين منصور، **العقود الدولية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص53.

[4]– عبد المنعم موسى، المرجع السابق، ص43.

بهدف إنجاح المفاوضات إلى إبرام بعض الاتفاقات المؤقتة بهدف تنظيم العلاقات ضمن هذه المرحلة.

ولكن بالرغم من وجود هذه الاتفاقات إلا أنه ينبغي مراعاة مبدأ الحرية التعاقدية، وأن الأفراد أحرار ضمن هذه الفترة لأن هذا المبدأ يرافق المفاوضات إلى حين الوصول إلى العقد النهائي[1]، ومادام الشخص حرا في التفاوض، فإنه أيضا حر في عدم التفاوض، لأن المفاوضات تخضع لمبدأ حرية العدول عنها، إذن إن كل متفاوض حر في قطعها ورفضه للتعاقد في الوقت الذي يريد ما لم يتجاوز هذه المرحلة.[2]

الفرع الثاني:

التزامات الأطراف في مرحلة التفاوض

بما أن مبدأ حسن النية يعتبر مبدأ غامضا وخاصة من حيث ترتيب أثار مباشرة في دائرة القانون الوضعي، فإن الرأي الراجح يرى ضرورة صياغة مقتضيات حسن النية في مرحلة التفاوض في صورة التزامات قانونية محددة يمكن عقاب من يخالفها[3]، وتنفيذ الالتزام الأساسي وهو الالتزام بحسن النية يقتضي احترام الطرفين لالتزامات أخرى ثانوية تتفرع عنه وتقوم بجواره، حتى يتم التفاوض على أكمل وجه وتتمثل تلك الالتزامات[4] بالإعلام والنصيحة (أولا) والتعاون والمحافظة على سرية المعلومات (ثانيا).

[1]– عبد المنعم موسى، المرجع السابق، ص44.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص238.

[3]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص69.

[4]– أكرم محمود حسين البدر، **أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات**، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد13، عدد 49، 2016، ص40.

أولا: الالتزام بالإعلام والنصيحة

1- الالتزام بالإعلام:

يتعين على المتفاوض الإفضاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد موضوع التفاوض، مادامت لها أهميتها في التعاقد حتى يتسم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة، فلا يستغل عدم تخصص المتفاوض في مسائل فنية أو مالية ليزج به في عقد لا يناسبه[1]، بأن لا يخفي عنه شيئا، ولا يتركه مخدوعا في أمر يعلم حقيقته مما يستوجب على كل متفاوض أن يلتزم بالمصارحة والتبصير بما في ذلك ضرورة تحذير المتفاوض الآخر أو لفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية الناشئة عن العقد محل التفاوض، وهذا في مرحلة تكوين العقد وإبرامه[2]، وينقسم هذا الالتزام إلى نوعين الالتزام الاختياري والإجباري:

أ- الإعلام الاختياري:

غالبا ما يكون الطرف المتفاوض الحرية في إعلام الطرف الآخر دون أن يكون ملزما بأي قانون أو عقد يفرض عليه الالتزام بإعلام الطرف الثاني، وهذا ما يحدث في الغالب في العمليات الإشهارية والإعلانات قصد الترويج للسلعة أو الخدمة وهنا يكمن الفرق بين الإعلان الإعلام إذ يقصد بالأول تحقيق الكسب المادي، أما الإعلان فهو أكثر موضوعية يهدف لنشر الحقائق والمعلومات بين الأفراد وتوعيتهم.[3]

[1]- أكرم محمود حسين البدر، المرجع السابق، ص41.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص159.

[3]- أحمد خديجي، **حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد11 ، جانفي 2014، ص42.

ب- الإعلام الإجباري:

يعتبر عكس الإعلام الاختياري الذي يبرز محاسن وإيجابيات المنتوجات والخدمات قصد الإشهار بها، إذ هذا الالتزام يتضح في المادتين 07 و08 من قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث تنص المادة 07 يلتزم البائع في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين بالإعلام الزبون بالأسعار والتعريفات عند طلبها، ويكون هذا بواسطة جداول الأسعار ونشرات البيانية أو دليل الأسعار أو بأية وسيلة أخرى ملائمة مقبولة بصفة عامة في المهنة.[1]

وبالتالي فإن شروط الالتزام بالإعلام فيمكن اختصارها، -مثل ما ذهب إليه البعض- في شرطين فقط: الشرط الأول هو معرفة المدين بالمعلومات وبمدى أهميتها وبالنسبة للدائن والشرط الثاني هو جهل الدائن بالمعلومات المتصلة بالعقد جهلا مشروعا.[2]

والالتزام بالإعلام نجده على الخصوص في المقتضيات العامة للقانون المدني وكذلك في قانون حماية المستهلك، وتوجد تطبيقات كثيرة له منها:

إن القانون المدني يفرض على البائع أن يبين بوضوح ما الذي يلتزم به، تحت طائلة تفسير كل غموض ضده، لذا نصت المادة 352 ق.م.ج على الالتزام بإعلام المشتري بالمبيع علما كافيا، بقولها: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع"، حيث يكون على عاتق البائع أيضا التزام بالإعلام، فيجب عليه أن يقدم للمشتري كل الإرشادات الضرورية حول شروط

[1]- المادة 7 من قانون رقم 04-02، المؤرخ في 27 يناير2004، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات، ج ر ع41، مؤرخة في 27 يونيو 2004.

[2]- عزيز سليمان شيرزاد ، المرجع السابق، ص117.

الاستعمال والاحتياطات الواجب اتخاذها أثناء استعمال الشيء كما يجب عليه أن يقدم على الأقل دليل الاستعمال.

كما يلتزم البائع بالإعلام على وجه الخصوص عندما يكون المنتوج جديدا أو معقدا أو خطيرا، كما يكون الالتزام بالإعلام أكثر اتساعا عندما يكون المشتري جاهلا بقواعد استعمال المبيع أكثر مما لو تعلق الأمر بمشتري محترف، أما إذا قرر المشتري الجاهل أن يستعمل الشيء استعمالا غير مألوفا، يجب عليه إخطار البائع المحترف بذلك إن أراد الحصول على معلومات[1].

كما أن الشخص العادي إذ تعاقد مع شخص محترف، تقوم قرينة لصالحه بأن المتعاقد المحترف يعلم البيانات المطلوبة وبتأثيرها على إرادة الطرف الآخر، ويترتب على ذلك تشديد مسؤوليته وعدم استفادته من الإعفاء من الضمان والإنقاص[2].

وبالتالي يقع الالتزام بالإعلام على عاتق البائع المحترف، وهذا لا يعني بأن البائع غير المحترف معفي من كل التزام، لأنه لا يشترط عليه تقديم المعلومات التقنية لكنه غير معفى من أن يقول بأمانة ما يعرفه من معلومات.[3]

وقد اعتبر المشرع الجزائري كتمان واقعة مؤثرة أثناء التعاقد تدليسا تجيز للمدلس عليه إبطال العقد وفي ذلك تقضي المادة 2/86 من ق.م.ج[4].

---

[1]– جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000، ص720.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص94.

[3]– جاك غستان، ، المرجع السابق، ص722.

[4]–"يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذ ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا الجزائرية من أن المبدأ في القانون الجزائري هو اعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، إلا إذا كان المتعامل حرفيا (أو مهنيا) فإنه لا يمكن له الادعاء بالغش والتدليس.

ونلاحظ أن هناك صعوبة في وضع حدود فاصلة بين الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام والالتزام التعاقدي بالإعلام، رغم ما قد توحيه التسمية الخاصة والمعاني المختلفة لكل منهما من فروق ظاهرة وخفية وعلى كل حال، وتطبيقا للمادة 2/86 من ق.م.ج فإنه يجب على المتفاوض في مرحلة إبرام العقد أن يطلع الطرف الآخر عن حقيقة كل واقعة أو ملابسة بكل صدق ومصارحة، وإلا كان مخلا بالتزامه بالإعلام ومرتكبا في الوقت نفسه تدليسا يجعل العقد النهائي قابلا الإبطال لمصلحة الطرف المدلس عليه[1].

كما أن الالتزام بالإعلام هو التزام بضرورة تبصير المتعاقد وتنوير إرادته بكافة المعلومات والبيانات في مرحلة التفاوض على التعاقد، وعلى ذلك فإن الإخلال بهذا الالتزام يولد المسؤولية التقصيرية لا العقدية طبقا للمادة 124 من ق.م.ج؛ حيث أنه الالتزام بالإعلام العقدي يعد مجاله الطبيعي في المرحلة السابقة على نشوء العقد وهي مرحلة ميلاد الرضا وتصحيحه، ولا ينبغي أن يكون الوفاء به سابق على التعاقد بفترة طويلة، وهو التزام يجد مجاله في مبدأ حسن النية قبل أو أثناء التعاقد كما يستمد وجوده من مبادئ الشريعة الإسلامية التي تحت على التزام جانب الصدق والأمانة في المعاملات بما يشمل واجب النصيحة وعدم الغش"[2].

انطلاقا مما ذكر يمكن القول أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام مستقل عن غيره من الالتزامات التي تتشابه معه ولاسيما في إطار نظرية عيوب الرضا، إذ من الممكن

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص160.

[2]– أحمد خديجي، المرجع السابق، ص22.

أن نتصور نشوء المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد على الرغم من عدم تعيب الإرادة أصلا[1].

2- الالتزام بالاستعلام

الالتزام بالاستعلام هو التزام مقابل للالتزام بالإعلام يقع على عاتق الدائن بالالتزام، كما أنه هو أيضا مثل الالتزام بالإعلام يقوم على مبدأ حسن النية، ونعني بذلك أن حسن النية كما يفرض على المتعاقد الالتزام بالإعلام، فإنه يفرض أيضا على المتعاقد الآخر الالتزام بالاستعلام لأن الغاية من التعاقد لا يمكن بلوغها إلا بالإفصاح من قبل أحد المتعاقدين واستعلام المتعاقد الآخر. [2] ونطاق الالتزام بالإعلام يحدده الالتزام بالاستعلام، لأن الالتزام بالإعلام يبدأ حيث ينتهي الالتزام بالاستعلام، أي لا يبدأ إلا إذا قام الطرف الآخر بالاستعلام؛ وبمعنى آخر عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام المفروض على كل متعا قد يقف الالتزام بالإعلام، لأن القانون لا يحمي المهمل لمصالحه متى كان راشدا وذا أهلية للتعاقد، فيتحمل مسؤولية تصرفاته .وبالتالي إذا قصر الشخص في الالتزام بالاستعلام فإنه يكون مخطئا بالإهمال أو عدم التبصر أو الحرص الذي يثير مسؤوليته الشخصية ولا يسمح له بالتمسك بمقتضيات حسن النية وهيئات التحكيم تتجه بوجه عام إلى منح الالتزام بالاستعلام الأولوية على الالتزام بالإعلام، لأن الالتزام بالإعلام بكل شيء هو من قبيل التزيد والتجاوز ومفتقر إلى حد كبير إلى الواقعية، والأمر ذاته في فرنسا، إذ أن المحاكم ترد دعوى البطلان المقدمة من أحد طرفي العقد، إذا ثبت لها أنه ارتكب خطأ بعدم قيامه بالاستعلام وكان بإمكانه ذلك تتمثل في :

أولا المعرفة: والعناصر الرئيسية لالتزام الاستعلام، حسب القاضي السيد الحقيقية أو المفترضة للإعلام الصادر عن المتعاقد المدين بالتزام الإعلام، وثانيا استحالة قيام الدائن

[1]- أحمد خديجي، المرجع السابق، ص28.

[2]- عزيز سليمان شيرزاد ، المرجع السابق، ص386 .

بالتزام الاستعلام بنفسه أو الثقة المشروعة للدائن تجاه المدين وقد يكون التزام الاستعلام مطلوب أكثر في الحالات التي يرد فيها العقد على الأشياء المستعملة، ولكن هذا لا يلغي التزام الطرف المقابل بالإعلام، ومن ضمن ذلك الإعلام بدرجة استهلاك الشيء لأن هناك مبدأ يقول بأن هناك التزام إعلام من لا يستطيع الاستعلام، كمن لا يستطيع معرفة العيوب الخفية مثلا. [1]

وطبيعة الالتزام بالاستعلام ترتبط بطبيعة الالتزام بالإعلام، لأن الالتزام بالاستعلام هو مجرد وسيلة لتحصيل المعلومات المتصلة بالبائع قد وإعلام الدائن بأن عليه الالتزام بالإعلام، وبالتالي من الطبيعي أن تأخذ الوسيلة أي الالتزام بالاستعلام (حكم النتيجة) أي الالتزام بالإعلام، كما أن طبيعة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هي بدورها من حيث درجة العناية التي يطلب من المدين بذلها في تنفيذه تختلف حسب طبيعة ونوع المعلومات التي يلتزم المدين بإعلامها لدائنه، فعندما تكون هذه المعلومات معلومات جوهرية متصلة بموضوع التعاقد، فإن إلزام المدين مهنيا أو غير مهني بالاستعلام عنها ثم التزامه بإعلام الدائن بها كون التزاما بنتيجة، فلا يعفى المدين من أداء هذين الالتزامي المرتبطين ببعضهما إلا بإثباته للسبب الأجنبي .أما إذا كانت هذه المعلومات معلومات فنية ودقيقة غير جوهرية، فإنه لا يلزم بها إلا المدينون المهنيون الذين تتوافر لديهم بحكم مهنتهم إمكانية العلم بها، وبالتالي المدين غير المهني يعفى من أدائها، ويكون التزام المهني بها التزاما ببذل عناية. [2]

3- الالتزام بالنصيحة:

تبرز أهمية الالتزام بالنصيحة في العقود التي يحتاج فيها أحد الطرفين لمعاونة الطرف الآخر بسبب تفاوت الخبرة، ولاشك أن ذلك ينطبق على كافة العقود نظرا للتطور التكنولوجي

[1]- عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص23.

[2]- عزيز سليمان شيرزاد ، المرجع السابق، ص 388.

الحديث والتعقيدات الفنية المتلاحقة ولاشك في أن قيام هذا الالتزام على عاتق المتفاوض المحترف بالنسبة للطرف الآخر من أجل أن يقدم له توضيحات فيما مدى ملائمة العقد من الناحيتين المالية والفنية والواقع أن هذا الالتزام يتوقف على ضوء الأوضاع الخاصة بقدرات أطراف التفاوض والعمل بخبرتهم وإمكانياتهم خصوصا بالنسبة للمحترف في مواجهة عدم خبرة الطرف الثاني وعدم علمه بالتفاصيل الفنية[1]، ويتضح أكثر هذا الالتزام في عقود إعداد برامج الحاسوب الآلي وعقود اقتناء المعدات الإلكترونية المعقدة والعقود المركبة والعقود الخاصة باستغلال براءات الاختراع، والتي يجب فيها عدم إخفاء أو السكوت عن الحقائق أو الإحجام عن تقديم النصائح والإرشادات لأن المتعهد أثناء مرحلة لمفاوضات إلى غاية تنفيذ العقد يقع على عاتقه تقديم النصح.

كما يتسع مجاله إلى عقود الخدمات، حيث أن الأصل في التزامات البائع تنبيه المشتري العادي إلى الأوجه التي يستخدم فيها المبيع بالنظر إلى السلعة شاسعة الاستخدام والمشتري العادي يعرف بالضرورة الأغراض التي يستخدمها من أجلها فهذا يعني بالضرورة التزام البائع بتوجيه المشتري وتنبيهه إلى المعدات الأنسب لاحتياجاته، وذلك عندما تكون السلعة محل التعامل سلعة خاصة أو عندما تكون ظروف التعامل تدعو إلى التوجيه وتقديم النصيحة[2].

ثانيا: الالتزام بالتعاون والمحافظة على سرية المعلومات

أ- **الالتزام بالتعاون:** تقوم فكرة المفاوضات العقدية أساسا على التعاون المشترك فيما بين أطراف التعاقد للوصول إلى الاتفاق الذي سيجسد بالعقد، لذلك فإن التزم المتفاوض بالتعاون يعتبر التزاما أساسيا، إذ ينبغي أن يحدد أغراضه وأهدافه من العقد الرامي إليه والاحتياجات

[1]- محمد منصور، المرجع السابق، ص ص58-59.

[2]- حسين عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص175.

الفعلية لديه، ويبدو ذلك بوضوح في العقود الفنية كآفة مثل برامج الحساب الآلي، ولو أدى الأمر إلى اللجوء إلى خبير لدى الشركات المتخصصة.

ويمكن للعميل أن يطلب من المورد الإيضاحات الكافية في هذا الشأن، وقضى بأن تقصير العميل في التحري الذي يؤثر في اختياره ويؤدي إلى حصوله على أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته الحقيقية يؤدي إلى انعقاد مسؤوليته عن الإخلال بالتزامه[1]. ويتحمل العميل مسؤولية تقصير المقاول في إنجاز مهمته متى ثبت أن هذا التقصير راجع إلى إخلال العميل بالتزامه بالتعاون.

ويظل الالتزام بالتعاون قائما طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة، ولا تندرج صور التعاون تحت حصر، فكل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم، مثل المواظبة على مواعيد التفاوض والجدية في مناقشة العروض المقدمة، وتقديم الاقتراحات الإيجابية، ومراعاة المصلحة الموحدة المشتركة للطرفين، وعدم التقدم بالعروض المبالغ فيها أو غير المعتدلة البعيدة عن العقلانية وعدم الرفض الفوري التلقائي بلا مبرر مشروع إلا بعد الدراسات الفنية والاستشارات القانونية أو تعيين خبير بحسم مسألة معينة محل خلاف في العملية التفاوضية[2] والمعيار في هذا كله، هو معيار الرجل المعتدل المتوازن الذي يهدف إلى إنجاح المفاوضات، وعدم العودة إلى الوراء بإثارة نزاع بدون مبرر معقول في موضوع تم حسمه من قبل، وذلك يكون بتجنب وضع العراقيل، والتصلب وسلوكات الصراع بهدف إفشال المفاوضات[3].

[1]– أكرم محمد حسين البدو، " **أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات**"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، عدد 49 ، 2016، ص411.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص151 – 152.

[3]– أكرم محمد حسين البدو، المرجع السابق، ص411.

إن الالتزام بالتعاون هو التعبير المشترك بين الطرفين في مرحلة التفاوض بغية التوصل إلى نهاية منطقية، وهدف مشترك أي على كل طرف أن يقوم بكل ما هو ضروري كي ينتفع الطرف المتفاوض الآخر[1].

ويظهر هذا الالتزام كذلك في عقد الشركة الذي يتطلب نية المشاركة فيما بين الشركاء وخاصة شركات الأشخاص لأن التعاون بين الشركاء مطلوب لتحقيق أهدافها، وهذا الركن ضروري لصحة الشركة فلا يمكن أن يقوم بدونه[2].

ويرى البعض في الفقه الإيطالي بأن التزام التعاون لا يأتي بشكل مستقل بمعزل عن الالتزامات الأخرى كالتزام الجدية، والاستمرار في التفاوض، وعدم قطعه دون مبرر مشروع والالتزام بالإعلام والمحافظة على الأسرار وغيرها من الالتزامات العقدية، بل إن الوفاء بهذه الالتزامات والمقتضيات الأخرى لحسن النية في إبرام العقود يؤدي إلى تحقيق التعاون، ولكن البعض يرى بأن الالتزام بالتعاون قد يأتي بشكل مستقل عن الالتزامات الأخرى المنبثقة عن حسن النية في إبرام العقود كما هو الحال بالنسبة لإتمام الشكلية وتحديد الثمن المتفق عليه والتعاون مع المستهلكين والمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام التعاون هي مسؤولية سابقة على التعاقد.[3]

ب- المحافظة على سرية المعلومات: إن مضمون الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو أن يمتنع المتفاوض كلية عن إفشاء هذه السرية أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشل التفاوض، وأن يمتنع أيضا عن استغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها[4]، وبالتالي

[1]- عزيز سليمان شيزرازد ، المرجع السابق، ص486.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص59.

[3]- عزيز سليمان شيرازد ، المرجع السابق، ص400.

[4]- العربي بالحاج، المرجع السابق، ص75.

الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وعليه التزام المتفاوض باعتبار ما كان قد علمه كأن لم يكن[1].

وتبرز أهمية هذا الالتزام في العقود التي تتطلب التزام البائع بتنوير المشتري بمختلف المعلومات المتعلقة بالمبيع التي تميزه عن غيره، والتي تمكن المشتري من تقدير المنافع التي يحصل عليها من عملية التعاقد، أو تمكين البائع من تسويق المنتج إلى الطرف الآخر وعلى سبيل المثال، مرحلة التفاوض تعتبر أهم مرحلة في عقود نقل التكنولوجيا والتي من خلالها يمكن للمشتري الإطلاع على جميع تفاصيل المعرفة الفنية من البائع، التي غالبا ما تكون سرية– كي يتمكن من تقدير مقابل هذه المعرفة الفنية من البائع، وفي حال لم يتمكن الطرفان من التعاقد عقب هذه المفاوضات، يلتزم المشتري بالحفاظ على سرية هذه المعلومات، وإلا يكون مسؤولا اتجاه البائع بالتعويض[2].

ونظرا لأن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو التزام بتحقيق نتيجة، يذهب الرأي السائد فقها وقضاء في فرنسا إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بهذا الالتزام، وذلك لعدم وجود اتفاق صريح عليه، فلا يكفي للوفاء بهذا الالتزام أن يبذل المتفاوض كل ما في وسعه ليمتنع عن إفشاء الأسرار أو استغلالها، وإنما يستوجب عليه أن يمتنع عن ذلك بالفعل وإلا انعقدت مسؤوليته، وسيعتبر مخالفا لمبدأ حسن النية إفشاء هذا الطرف لهذه المعلومات أو استغلالها على نحو غير مشروع ويقدر التعويض في مثل هذه الحالة بمجموع الخسائر التي أصابت الطرف صاحب هذه المعلومات والكسب الذي حصل عليه الطرف مستقبل هذه المعلومات على نحو غير قانوني[3].

[1]– عزيز سليمان شيرازد ، المرجع السابق، ص366.

[2]– أكرم محمود حسين البدو، المرجع السابق، ص91.

[3]– العربي بالحاج، المرجع السابق، ص155.

المطلب الثاني

المسؤولية المدنية المترتبة على عدم التفاوض بحسن نية

إن الغاية من الالتزام بالتفاوض بحسن النية تفرض على أطراف التفاوض إقامة نوع من التوازن المعقول بين مبدأ الحرية التعاقدية والذي لا يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي، وإذا قام أحد أطراف التفاوض بسلوك معين وأخل بمبدأ حسن النية أو أخل بأحد الالتزامات المتفرعة عن هذا المبدأ، فإنه يكون بسلوكه هذا مخطئا ومسؤولا عما سببه من ضرر للطرف الآخر مما يترتب عليه قيام مسؤولية المدنية عن الإخلال بحسن النية سنتناول طبيعة هذه المسؤولية (الفرع الأول) وموقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة على عدم التفاوض بحسن نية

اختلف الفقه بشأن تحديد طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة على عدم التفاوض بحسن نية، فمن الفقه من قال أن هذه المسؤولية عقدية دائما، ولا يمكن الادعاء بها إلا بوجود عقد بين الأطراف وأن يكون هذا العقد صحيحا، ومنهم من قال بأنها لا تتعدى كونها مسؤولية عن فعل ضار على أساس أن مرحلة التفاوض ما هي إلا مرحلة عادية وما يصدر خلالها لا يعد إلا من قبيل الأعمال المادية المحضة[1]، وهناك ثلاث نظريات تعرضت لطبيعة المسؤولية المدنية تتمثل في نظرية الخطأ في التعاقد **(أولا)** ونظرية التبعية العقدية **(ثانيا)** ونظرية المسؤولية الموضوعية **(ثالثا)**.

[1]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص19.

أولا: نظرية الخطأ في التعاقد.

يعد الفقيه "أهرنج" من أهم أنصار هذا الاتجاه، وذلك بفكرته عن الخطأ عند تكوين العقد، إذ يرى أن الخطأ في مرحلة التفاوض سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلان هذا العقد هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه بتعويض الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر، ويستخلص "أهرنج" في ضوء ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشىء التزاما بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية[1].

فالخطأ عند "أهرنج" هو وجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين يتعين معه تعويض المتعاقد الآخر، وقد كيف "أهرنج" هذا الخطأ بأنه عقدي على الرغم من عدم إبرام العقد أو بطلانه فإنه يستند إلى افتراض وجود عقد ضمني مقترن بكل تعاقد، بمقتضاه يتعهد كل شخص مقدم على التعاقد للطرف الآخر بصحة التصرف وأنه لا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد وبذلك يكون رضاء المتعاقد الآخر في الوقت نفسه أيضا قبولا ضمنيا لهذا التعهد، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين[2]؛ وبالتالي لقيام المسؤولية الناشئة في قطع المفاوضات حسبه ضرورة وجود خطأ عقدي والذي يكون إخلالا بما يتولد عن الاتفاقية الضمنية باعتبار أن الدخول في المفاوضات يعني وجود التزام ضمني للتوصل إلى إبرام العقد[3]، وقد انتقدت هذه النظرية باعتبارها تقوم على أوهام وافتراضات مثل وجود هذا الاتفاق الضمني المزعوم في حال الدخول في المفاوضات العقد، إذ أن هذا الاتفاق غير موجود في الواقع ولم يفكر فيه المتعاقدان إطلاقا، بالإضافة إلى أن هذه النظرية تنطلق من فكرة خاطئة لأن المسؤولية التعاقدية قد تقوم عندما تفشل المفاوضات وهذه المسؤولية لا يمكن أن ترد على عقد لم يتكون بعد، إذا فنظرية الخطأ في التعاقد التي جاء بها الفقيه "أهرنج" لا علاقة

[1]– بالحاج العربي، المرجع السابق، ص157.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص67.

[3]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص21.

لها بمرحلة التفاوض على العقد، ولا يمكن الاستناد إليها لتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات[1].

ثانيا: نظرية التبعية العقدية

جاء بهذه النظرية الفقيه الألماني "ويند شيد" وهي نظرية الخطر العقدي أو المخاطر وهي ترتكز على قيام مسؤولية كل شخص أقدم على التعاقد وباتخاذه زمام المبادرة يتحمل تبعة نشاطه العقدي، ويتحمل أيضا المخاطر المحيطة في مرحلة التفاوض لإبرام العقد[2]، وفي الحقيقة إن هذه النظرية لا تختلف كثيرا عن نظرية "أهرنج" فكلتا النظريتان تتفقان في النتيجة وتختلفان في أساس المسؤولية، فإذا كانت نظرية "أهرنج" تقيم المسؤولية عن بطلان العقد على أساس الاختلال في الالتزام باليقظة عند التعاقد، وتجعل المسؤولية المدنية عقدية فإن نظرية "ويند شيد" تقيم مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدي على أساس تحمل تبعة هذا النشاط[3].

انتقدت هذه النظرية أيضا لأنها لم توضح جليا طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد هل هي عقدية أم تقصيرية إضافة إلى أن البادئ بالتفاوض يتحمل تبعته دائما، وتقوم عليه المسؤولية وحده[4].

---

[1]– فايزة براهيمي، إلتزامات الأطراف المتعاقدة في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود والمسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص ص157، 158.

[2]– المرجع نفسه، ص159.

[3]– بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، 2006، ص51.

[4]– فايزة براهيمي، المرجع السابق، ص ص162، 163.

ثالثا: نظرية المسؤولية الموضوعية

نادى بهذه النظرية الفقيه الإيطالي "فاجيلا" ويرتكز بالأساس على فكرة وجود اتفاق بالضمان عند البدء في مفاوضات العقد، مع مراعاة مبادئ حسن النية من صدق وأمانة ومراعاة مصالح الطرف الآخر، وعدم الإضرار به كقطع المفاوضات دون مبرر مشروع[1].

وحسب رأي هذا الفقيه في هذه النظرية فإن مرحلة التفاوض تمر بثلاث مراحل وهي مرحلة المساومة، وهي المفاوضات التمهيدية أو المبدئية ومرحلة إعداد العقد وأخيرا مرحلة صدور العرض، حيث يتم اتخاذ القرار الحاسم بتصدير الإيجاب وبمبدأ التدرج في التعويض حسب المرحلة التي يتواجد فيها الأطراف.

انتقدت هذه النظرية على أن هذه المراحل الثلاثة للفترة السابقة على التعاقد هو تقسيم غير دقيق وغير مبرر، إضافة إلى الاستناد إلى فكرة وهمية لتأسيس المسؤولية في مرحلة التفاوض وهي فكرة الضمان التي تجبر الطرفين على عدم الانسحاب من المفاوضات بدون مبرر مشروع[2].

الفرع الثاني:

موقف المشرع الجزائري من المسؤولية المدنية

لم يتضمن القانون المدني الجزائري نصا صريحا ينظم مرحلة التفاوض ولم يحدد الأثر القانوني الذي يترتب على قطعها بسوء نية أو دون سبب جدي ومن ثم فإن الأصل أن كل متفاوض حر في قطعها بمبرر مشروع، ومع ذلك فإن هذا القطع قد يرتب خطأ في جانب المتفاوض تترتب عليه مسؤولية تقصيرية طبقا للمادة 124 قانون مدني الجزائري.

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص71.

[2]– بالحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 162، 163.

إذ لا مجال للمسؤولية العقدية قبل انعقاد العقد، فإذا ترتب على قطع المفاوضات ضرر لأحد الأطراف تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية طالما لا يوجد التزام عقدي بالدخول في مفاوضات[1]، ومن الأحكام القانونية التي يمكن أن تطبق في هذه المرحلة نجد المادة 107 ق م ج التي تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لها اشتمل عليه وبحسن نية..."، وعلى هذا الأساس فإن مبدأ حسن النية الواجب مراعاته عند تنفيذ العقد يتسع قانونا يشمل ضمنيا مرحلة مفاوضات العقد[2]، ومن ناحية أخرى فإن المادة 124 ق م ج، فقد أصبحت تشترط لقيام المسؤولية عن الفعل الضار وجود الخطأ، ففي مرحلة المفاوضات حتى ولو تم قطع المفاوضات بسوء نية ولم يتحقق الخطأ فلا يمكن تطبيق أحكام المادة 124 نظرا للتطورات المستجدة والاجتهادات الفقهية[3].

لكن هناك حالة استثنائية تكون المسؤولية عن الإخلال بالتزام حسن النية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية وذلك إذا تم الإخلال بالتزام عقدي[4]، تتمثل في إلتزام حسن النية في مرحلة التفاوض (هو أحد الالتزامات المتفرعة عنه)، يكون قد ورد صراحة في الاتفاقات المبدئية أو في اتفاق على التفاوض (عقد التفاوض) وهذا حتى قبل إبرام العقد النهائي بل حتى ولو لم تسفر المفاوضات على إبرام أي عقد.

أما في حالة توفر المسؤوليتين معا فقد اتجه أغلب الفقه الجزائري إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، استنادا إلى استقلال كل من المسؤوليتين بنظام قانوني خاص مما يؤدي إلى استبعاد إحداهما من نطاق الأخرى[5].

---

[1]- بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص55.

[2]- بالحاج العربي، المرجع السابق، ص164.

[3]- المرجع نفسه، ص ص175، 176.

[4]- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص548.

[5]- بالحاج العربي، المرجع السابق، ص155.

المطلب الثالث:

شروط المسؤولية والجزاء المترتب عليها

إذا قام عقد التفاوض صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروط صحته، فإن لإخلال أحد الطرفين المتفاوضين بالالتزامات التي يرتبها قانون يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، إذا توفرت شروطها من خطأ وأن يترتب عنه ضرر للطرف الآخر ماديا أو معنويا ولا تقوم هذه المسؤولية إلا إذا اكتملت عناصرها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما[1]، **(الفرع الأول)** ومن جهة أخرى فإن اتفاق الأطراف في مرحلة التفاوض، يرتب على عاتق طرفيه التزامات تبادلية أهمها بدء التفاوض في الميعاد المحدد وبحسن نية، فإذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته يترتب عنه قيام مسؤوليته المدنية وفقا للقواعد العامة تقضي أحكام هذه المسؤولية إجبار المدين على تنفيذ التزامه عينا أو اللجوء إلى الطريق الثاني وهو التزام المدين بالتنفيذ بالمقابل[2](الفرع الثاني).

الفرع الأول:

أركان المسؤولية في مرحلة التفاوض

تتمثل أركان أو شروط المسؤولية المدنية حسب القواعد العامة في الخطأ والضرر العلاقة السببية، وتنطبق هذه القاعدة عن المسؤولية الناشئة بسبب قطع المفاوضات دون مبرر شرعي[3].

[1]– معمر بوطالبة ، المرجع السابق، ص ص203، 204.

[2]– العربي بالحاج ، المرجع السابق، ص ص181، 182.

[3]– عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار العلوم والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004، ص77.

أولا: الخطأ

إن الخطأ الذي يقع في مرحلة التفاوض ليس بالضرورة أن يترتب عليه الإضرار، وإنما يتعلق بالإخلال بواجب حسن النية في هذه المرحلة[1]، كما يشترط أن يكون الخطأ في مرحلة التفاوض واضحا مثل قطع المفاوضات بدون أي مبرر معقول بعد وصولها إلى مرحلة متقدمة في سبيل إبرام العقد المنشود، أو مخالفة مبدأ حسن النية[2].

وقد يكون الإخلال بالالتزام بالإعلام عند إبرام العقد نموذجا واضحا على الخطأ لعدم تقديم المعلومات الضرورية والأساسية لتنوير وتبصير رؤية المستهلك، والذي يفرض على المتفاوض عدم إخفاء وعدم السكوت عن كل واقعة لها الدور في قبول الطرف الآخر للتعاقد بدون إذن صاحبها أو إخلال بقواعد حسن النية والأمانة[3]، وكذلك دفع المتفاوض إلى قطع المفاوضات وذلك عن طريق ممارسة الطرف المتفاوض لبعض السلوكات أثناء التفاوض تدفع المتفاوض معه إلى قطع المفاوضات، كأن يتمسك بثمن مبالغ فيه وغير معقول إذا كان هو البائع الذي يصر على ثمن زهيد إذا كان هو المشتري، وهذا الأمر يجعل الطرف المتفاوض معه يمل ويفقد الأمل في إبرام العقد النهائي، ومن ثم يقرر قطع المفاوضات وهذا السلوك الاستفزازي يشكل خطأ عقديا يؤدي إلى قيام مسؤولية الطرف الذي مارسه، لأنه يتنافى مع ما يرتبه عقد التفاوض بالالتزام بالتفاوض بحسن نية وشرف التعامل[4].

ويقتضي الالتزام بحسن النية في التفاوض أن يلتزم الطرف الذي تلقى معلومات ذات طابع سري سواء كانت متعلقة بالمنتج ذاته كالأسرار التكنولوجية أو متعلقة ببعض الأسرار الأخرى، كالمعلومات الخاصة بحجم نشاط المتفاوض معه ومركزه المالي بالمحافظة على هذه الأسرار، وعدم إفشائها للغير أو استخدامها لأغراض شخصية دون الحصول على إذن

[1]– عبد المنعم موسى، المرجع السابق، ص59.

[2]– العربي بالحاج ، المرجع السابق، ص182.

[3]– المرجع نفسه، ص183.

[4]– معمر بوطالبة ، المرجع السابق، ص204.

صاحبها ففي مثل هذه الحالات يعد ذلك إخلالا بالالتزام بسرية المعلومات ويشكل خطأ يؤدي إلى قيام المسؤولية، وتعتبر هذه السلوكات خاطئة في مرحلة التفاوض[1].

ثانيا: الضرر

لا تقوم المسؤولية المدنية بمجرد توافر الخطأ من طرف المدين، بل يجب أن يترتب عن الخطأ إلحاق الضرر بالدائن بسبب عدم تنفيذ الالتزام، فإذا لم يترتب عن عدم تنفيذ الالتزام أي ضرر يلحق بالدائن لا تقوم المسؤولية ولا محل للحكم بالتعويض، والضرر الذي قد يصيب المتفاوض في مرحلة المفاوضات قد يكون ضررا ماديا أو معنويا[2].

فالضرر المادي يشمل كل ما يصيب المتفاوض من الناحية المالية وهو الضرر الغالب في المسؤولية العقدية، كالنفقات التي يتكبدها المتفاوض من أجل إجراء المفاوضات أو ضياع الوقت، أو إضاعة فرصة التعاقد مع الغير[3].

أما الضرر المعنوي فلا يتعلق بالمال ويشمل كل ما يصيب المتفاوض المضرور في سمعته وكرامته وشرفه، كأن يؤدي فشل المفاوضات إلى المساس بسمعته التجارية وحتى يتوفر الضرر كعنصر لقيام المسؤولية المدنية، فإنه وفقا للقواعد العامة فإن الضرر المطلوب تعويضه هو الذي يكون مباشرا ومحققا ومتوقعا[4].

ثالثا: علاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية توفر عنصر الخطأ والضرر فقط، بل يجب أيضا توافر علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه أحد الطرفين والضرر الذي أصاب الطرف الآخر، بأن يكون خطأ المتفاوض السبب المباشر في وقوع الضرر.

---

[1]– معمر بوطالبة، المرجع السابق، ص204.

[2]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص162.

[3]– المرجع نفسه، ص162.

[4]– معمر بوطالبة، المرجع السابق، ص214.

وعلاقة السببية بهذا المفهوم هي عنصر مستقل عن الخطأ والضرر[1]، فإذا أقام المتفاوض المدعي الدليل على وجود الخطأ والضرر ووجود علاقة السببية بينهما، تقوم المسؤولية ويقع على عاتق الطرف المدين عبء نفي علاقة السببية إذا ادعى أنها غير موجودة ولا يستطيع أن يفعل ذلك إلا إذا أثبت السبب الأجنبي كأن يثبت أن الضرر راجع إلى قوة قاهرة أو إلى خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير، كما لو تمكن المدعي أن يثبت بأن المعلومات والبيانات التي تحصل عليها من المدعي والتي التزم بالمحافظة على سريتها تسربت إلى علم الكافة على نحو إلحاق الضرر بصاحبها أثناء التفاوض، كقيام شخص بسرقتها وتولي تسريبها، وعلى هذا النحو يكون المدعي قد قطع العلاقة بين الخطأ والضرر مما يؤذي إلى انقضاء المسؤولية العقدية[2].

الفرع الثاني:

الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض

إذا نشأ عقد التفاوض صحيحا، مستوفيا لجميع أركانه وشروط صحته، يلتزم كل طرف بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه، فإذا أخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه وترتب عن ذلك ضرر للمتفاوض قامت مسؤوليته، ما لم يكن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي، وعليه يفرض القانون على الطرف الذي يخل بالتزامه تنفيذ هذا الإلتزام عينا إذا كان هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق (أولا)، وإذا تعذر تنفيذ الإلتزام المتمثل في الاستمرار في التفاوض عينا فله أن يطالب بالتعويض النقدي العادل والشامل[3] (ثانيا).

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع لسابق، ص774.

[2]– معمر بوطالبة، المرجع السابق، ص217.

[3]– المرجع نفسه، ص218.

أولا: التنفيذ العيني

يقصد به إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع المفاوضات، وبالتالي حق الدائن في مطالبة المدين بالتعويض العيني، إلا أن الفقه في مجموعه ذهب إلى استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض، وأنه فيه مساس بالحرية الشخصية للمتفاوض وأن مصير المفاوضات يكون الفشل لا محالة[1]، والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا فإذا امتنع المدين عن التنفيذ العيني طواعية، جاز للدائن أن يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ الالتزام عينا متى كان ذلك ممكنا وغير مرهق للمدين وهذا ما نصت عليه المادة 164 من ق م ج، والتي جاء فيها (يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا)[2].

أما إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم، إلا إذا قام به المدين نفسه يجوز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك طبقا لنص المادة 174 ق.م.ج، وفي حال إذا ما كان الالتزام المراد تنفيذه عينا هو الالتزام بعمل ولم يقم المدين بتنفيذ التزامه، يجوز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا[3].

وبما أن الأصل في الالتزام أن يكون عينيا، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني أو لم يكن التنفيذ العيني مرهقا له ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يقضي بالتنفيذ العيني وبغض النظر عن طلب الدائن، ولا يعتبر ذلك حكما بغير ما طلب الخصوم أو بأكثر مما طلب[4].

[1]– العربي بالحاج ، المرجع السابق، ص191.

[2]– معمر بوطالبة، المرجع السابق، ص218.

[3]– صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص118.

[4]– المرجع نفسه، ص118.

وعليه في حالة ما إذا تقررت مسؤولية أحد الأطراف المتفاوضة نتيجة إخلاله بأحد الالتزامات التي يرتبها عقد التفاوض مما أدى ذلك على قطع المفاوضات، فإنه لا يمكن إجبار المدين على إبرام العقد النهائي، لأن هذا يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد كما لا يجوز إجباره على مواصلة التفاوض وتنفيذ التزاماته عينا لأن هذا التنفيذ يمس بحرية المدين الشخصية وبدون شك فإن مثل هذا الإجبار سيؤدي حتما إلى فتح باب المنازعات على مصراعيه بين الطرفين في المراحل التي تعقب مرحلة التفاوض على العقد[1].

إضافة إلى أن محل الإلتزام الذي لم ينفذ هو التفاوض وليس التعاقد، وأن ما ضاع هو فرصة للتعاقد وليس العقد نفسه، كما أن الإجبار على التفاوض يكون بدون جدوى في مرحلة التفاوض لأن التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون الحقيقي بين الطرفين، وعليه فإن التنفيذ العيني مستبعد كليا في الأحوال التي يكون فيها الأطراف في مرحلة المفاوضات[2].

ثانيا: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

التعويض بمقابل هو أن يدخل المسؤول في ذمة المضرور قيمة معادلة لتلك التي حرم منها فهو لا يرمي إلى محو الضرر بل يرمي جبره[3]، وعادة ما يكون التعويض بمقابل نقدي وهو الأصل طبقا لنص المادة 02/132 ق م ج، والأصل في تقدير التعويض هو الرجوع إلى اتفاق الأطراف إذا نص عليه في العقد، وفي حالة عدم وجود نص فإن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض بأن يرجع أولا إلى اتفاق الطرفين إذا كانا قد حدداه مسبقا في عقد التفاوض أو تم تحديده في اتفاق لاحق والذي يتقرر للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره في التنفيذ.

[1]– معمر بوطالبة، المرجع السابق، ص ص221، 222.

[2]– صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص ص118، 119.

[3]– المرجع نفسه، ص120.

ويتعين في هذه الحالة على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان[1]، غير أن للقاضي السلطة التقديرية في تخفيض هذا التعويض المحدد في الاتفاق إذا تبين للمدين أن هذا التقدير كان مبالغا فيه وأن الالتزام قد تم تنفيذ جزء منه وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 184 من القانون المدني الجزائري، كما يستطيع القاضي كذلك إعمال سلطته التقديرية في زيادة التعويض إذا جاوز قيمة التعويض المتفق عليه وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما وذلك طبقا لنص المادة 185 من نفس القانون.

إن الأضرار التي يجوز المطالبة بالتعويض عنها للطرف المضرور في مرحلة المفاوضات كثيرة ومتنوعة، غير أنه يمكن القول أن هذه الأضرار والتي جرى العمل على التعويض عنها هي نفقات التفاوض والضرر المترتب عن ضياع الوقت والتعويض عن السمعة التجارية والتعويض عن ضياع الفرصة[2].

[1]– معمر بوطالبة، المرجع السابق، ص223.

[2]– المرجع نفسه، ص224.

المبحث الثاني:

مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد

يلعب مبدأ حسن النية دور المحرك في العلاقة العقدية بين المتعاقدين الذي يستلزم من الطرفين التحلي بالشرف والنزاهة في تنفيذ الالتزامات أثناء العقد، فمبدأ حسن النية في العلاقة التعاقدية يحقق العدالة والنزاهة التعاقدية **(المطلب الأول)** لأنها تحقق لكل متعاقد الحصول على ما كان يبتغيه من منفعة جراء تعاقده بشكل عادل ومتناسب مع الأداء الذي يفرضه عليه العقد مما يجنبنا في غالب الأحيان الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، وبالتالي فمبدأ حسن النية يفرض إقامة التوازن في العلاقة التعاقدية مما يستدعي أن يتم تنفيذ العقود دون شروط تعسفية وإن نشأ العقد وتضمن شرطا تعسفيا أدى ذلك إلى الاختلال بين حقوق والتزامات الطرفين، كما يقتضي مبدأ حسن النية في إبرام العقود انتفاء عيوب الإرادة من الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول:

إلزامية تنفيذ العقد بحسن النية

يقتضي تنفيذ الالتزام بحسن النية توافر عدة التزامات من بينها الالتزام بالنزاهة والأمانة الالتزام بالتعاون، الالتزام بالإنصاف والعدالة وحسن التعامل والإخلاص في السلوك ومنه يفرض على المدين أن يلتزم بهذه الالتزامات في تنفيذ العقد كما يجب على الدائن الامتناع عن كل شيء قد يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا أو مستحيلا بالنسبة للمدين مثل التعمد في تحميل المدين مصروفات غير ضرورية، ومن خلال هذه الالتزامات يكون المتعاقدان قد قصدا تحقيق المصلحة المشتركة في العقد[1]، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال ثلاثة فروع:الالتزام

[1]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص187.

بالأمانة والنزاهة **(الفرع الأول)**، الالتزام بالتعاون **(الفرع الثاني)**، الالتزام بالإنصاف والعدالة **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول:

الالتزام بالأمانة والنزاهة

تعتبر الأمانة من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود[1]، لذلك نص المشرع على الأمانة في المعاملات فأشار إليها في الفقرة الثانية من المادة 111 ق م ج، والتي جاء فيها ما يلي:"إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرّف على إرادة المتعاقدين، "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ضمن الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغ أن توفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات"[2].

والالتزام بالأمانة يفرض على المتعاقد الأداء كل ما عليه من التزامات فيكون بذلك المتعاقد حسن النية إذا قام بالوفاء بالتزاماته العقدية، أما إذا لم يقم بالوفاء بها فإنه يعد سيء النية لأن تنفيذ العقود في القانون المدني لا يتم إلا بقيام المتعاقدين بالوفاء بالالتزامات التي تم الاتفاق عليها[3].

يقصد بالنزاهة امتناع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا[4].

---

[1]– عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص451.

[2]– المادة 111 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3]– عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص83.

[4]– المرجع نفسه، ص95.

والمشرع الجزائري بمفهوم المخالفة للمادة 107 ق م ج يمنع تنفيذ العقد الذي ينطوي على غش، حيث يعتبر من قبيل الغش، الامتناع عن التنفيذ عمدا ذلك أن الإمتناع يخالف مبدأ حسن النية التي يقتضي نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وعلى أحسن وجه[1].

وتعتبر النزاهة المفهوم الأكثر إتساعا لحسن النية من الإستقامة والصراحة، لأنه يجعل العقد أكثر عدالة فمن نزاهة المتعاقد أن لا يكون من شأن الشروط التي أدرجها في العقد أن تجعله ينفرد بالفائدة بغش منه، لذا جعل المشرع من بعض الشروط العقدية عديمة الأثر متى اقترنت بغش أو خطأ جسيم من المتعاقد بالتالي التزام حسن النية في تنفيذ العقود من خلال الالتزام بالنزاهة يقضي انتفاء في استعمال الحق[2].

الفرع الثاني:

الالتزام بالتعاون

أسهمت مكونات مبدأ حسن النية في ازدهار العقد فظهر مبدأ التعاون والذي أصبح العصب الحساس للعقد وجعل من العقد عمل تضامني بين أطرافه ووسيلة تنسيق بين المصالح المتبادلة للأطراف وسمح بإدخال معايير أخلاقية سلوكية، حيث وجد القانون آليات وتقنيات للحد من كون العقد علاقة نزاع وتناحر وأنانية متضادة ليصبح العقد عامل تكامل وتقارب بين الأطراف المتعاقدة الباحثة عن حماية قانونية من خلال العقد الذي يعتبر الوسيلة في المجال القانوني والاقتصادي للقيام بذلك، كما يحاول بعض الفقه اعتبار التعاون مبدأ قانوني عام باعتبار العقد وسيلة تقارب الأطراف وتقاطع مصالحهم[3].

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص295.

[2]– أنظر المواد، 185، 377، 384، 178، من الأمر رقم 75– 58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني ج ر، عدد 78.

[3]-F. Diesse, **« Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat »**,Archives de philosophie du droit, (1999) No. P 43.

وطبقا للمادة 15 من القانون المتعلق بالتأمينات أن يخبر المؤمن بكل المعلومات والمستجدات بشأن الخطر محل التغطية[1].

فإذا تعددت طرق وسائل التنفيذ الإلتزام فما على المدين إلا مراعاة مصلحته ومصلحة الدائن، وأن يختار أفضلها لأن مقتضيات مبدأ حسن النية يتنافى وأن يخصص أو يعود لأحد طرفي العلاقة العقدية بالفائدة على حساب الطرف الآخر بمعنى أن كل طرف يجب عليه التعاون مع الآخر حتى يتم تنفيذ العقد على أحسن وجه[2].

والالتزام بالتعاون يتميز بخاصية التنوع إذ أنه ليس واحدا وثابتا في جميع العقود بل إنه ليس واحدا وثابتا حتى في إطار العقد الواحد، وذلك عكس بقية الالتزامات الفرعية الموضوعية التي تظل في جميع العقود واحدة وثابتة لا تتغير، كالالتزام التصحيحي الذي يبقى كما هو التزام بتصحيح العقد وإرجاعه إلى حدود عادلة ومقبولة، وذلك مهما كان العقد الذي تعلق به أكان عقد إعارة أو عقد بيع أو عمل أو غيرها والالتزام بالتعاون في تنفيذ عقد البيع، نجد البائع لن يكون عليه فحسب التزام بالتعاون بالوفاء اتجاه المشتري بالتزام إعلامه ونصيحته حول كيفية استعمال المبيع وتحذيره من مخاطر استعماله، بل يمكن أن يشمل إلى جانب ذلك التزامات أخرى تحمل البائع وتندرج ضمن وفاء بالتزامه بأن يسلم المشتري جميع الوثائق والأوراق الضرورية الانتقال ملكية المبيع أو القيام بكل عمل من شأنه المساعدة على تسجيل حق المشتري بالسجل العقاري أو غيره من السجلات القانونية[3].

[1]– المادة 15 من الأمر 95–07 المؤرخ في 23 شعبان 1415، الموافق لـ: 25 يناير 1995 المعدل والمتمم، المتعلق بالتأمينات، ج ر ، عدد 13.

[2]– عبد الحليم عبد اللطيف، المرجع السابق، ص453.

[3]– سفيان القرجي، المرجع السابق، ص ص233، 234.

الفرع الثالث:

الالتزام بالإنصاف والعدل

العدالة والإنصاف هي مظهر من مظاهر حسن النية وأن هذا الأخير هو نتيجة للالتزام بالتعاون ويستطيع القاضي أن يحقق التوازن ويحكم بالإنصاف وهو يملك في القانون من النصوص ما يخوله الاجتهاد من أجل تحقيق العدل الذي هو غاية القانون فالأمانة والثقة والعرف الجاري في المعاملات وطبيعة التعامل والعدل والإنصاف هي أفكار موضوعية أو اجتماعية أراد المشرع الجزائري من خلالها إلزام المتعاقدين بعدم الانحراف عن هذه القيم الأخلاقية، وبهذا الشأن أقر القضاء الفرنسي عدة قرارات تطرقت للإنصاف في أكثر من مناسبة، وذلك فيما يتعلق بتحمل صاحب الفندق واجب السهر على أمن الزبائن[1].

ويعمل الإنصاف على الفصل في أمر معين طبقا لما يقتضيه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء، وتكون هذه الأحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القانون الوصفي وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 107 من ق م ج فإن القاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف فعليه الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[2].

المطلب الثاني:

تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد

إن مبدأ حسن النية مبدأ أساسي يرافق العقد من مرحلة التفاوض إلى غاية انقضائه والمتعاقدان لا يقدمان على تنفيذه إلا ما تم الاتفاق عليه عند الإبرام، وإذا كان الأمر على

[1]– عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص141.

[2]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص368.

هذا النحو، فإنه يجب أن تكون المبادئ التي يقوم عليها تنفيذ العقد هي نفس المبادئ التي يبرم بها.

ومن المقرر في تنفيذ العقد أن يكون المتعاقدان حسنا النية، وعليه ستوجب على الأطراف المتعاقدة عدم الإخلال بالالتزامات التعاقدية وفرض شروط تعسفية **(الفرع الأول)** أو لجوء الأطراف المتعاقدة إلى طرق احتيالية تعيب إرادة أحد الأطراف **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية

لم يعد نطاق الشروط التعسفية قاصرا على عقد الإذعان بالمفهوم التقليدي، بل امتد أثر هذه الشروط إلى كل العقود رضائية كانت أو نموذجية، وهذا أمر خطير لما فيه من أثر كبير في اختلال التوازن العقدي الذي بدوره يجعل تفاوتا كبيرا بين المتعاقدين من حيث المراكز القانونية نتيجة فرض أحد المتعاقدين شروط تعسفية على المتعاقد الآخر[1]، تعريف الشرط التعسفي (أولا)، الشرط التعسفي في عقود الإذعان (ثانيا).

أولا: تعريف الشرط التعسفي

هو ذلك البند المفروض من قبل المتعاقد الأقوى فنيا واقتصاديا يؤدي تنفيذه إلى الإخلال بالالتزامات الأطراف وتفاوتها بينما يسبب الضرر للطرف الضعيف[2]، كما عرفته المادة 3 الفقرة 5 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية بأنه: "كل بند أو شرط بمفرد أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر

[1]- إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية**، دراسة مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة للنشر، مصر، 2014، ص91.

[2]- زردازي عبد العزيز، **مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك**، مجلة الحقوق والحريات، عدد 4، 2017، ص74.

بالتوازن بين حقوق واجبات أطراف العقد"[1]، و يمكن إجمال خصائص الشرط التعسفي فيما يأتي:

– قياس التعسف في الشرط لا يكون بالنظر إلى كل شرط من شروط التعاقد على حدة بل بالنظر إلى مجموع تلك الشروط، فحين يكون هناك شرط آخر قد يعطي للطرف الضعيف ما يقابل هذه الميزة أو المنفعة.

– مصطلح التعسف في الشرط التعسفي يختلف مدلوله في نظرية التعسف في استعمال الحق من النظريات العامة في القانون المدني وتستنبط أحكامها على الحقوق جميعا في نطاق دائرة القانون محددة كانت هذه الحقوق أو مجرد حريات ومكنات قانونية[2].

– ونظرية التعسف في استعمال الحق تحدد الطريقة التي يجب أن يسلكها صاحب الحق في استعمال حق بحسن النية، إذ طرحت قوانين عديدة عن العلاقة المباشرة بين مبدأ حسن النية كفكرة كلية وبين الامتناع عن التعسف في استعمال الحق[3].

ثانيا: الشرط التعسفي شرط ثانوي في عقد الإذعان

عمد المشرع الجزائري غداة تحرير القانون المدني لسنة 1975 أن يتدارك ثغرات القانون المدني الفرنسي متماشيا مع هدف مجارات العصرنة الذي اتخذه مبررا لصدور هذا القانون، وتفاديا لذلك القصور الذي كشفت عنه التطورات الاقتصادية الحديثة تبنى حماية الطرف الضعيف، بأن صاغ نظرية عقود الإذعان لتحقيق التكافؤ بين الطرفين والتوازن بين الأداءات المتقابلة.

[1]– أنظر المادة 3 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، المؤرخ في 27 يناير 2004، ج. ر، ع41.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج1، ص101.

[3]– عبد الحميد الشواربي، **المشكلات العلمية في تنفيذ العقود**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص16.

ومن المتفق عليه أن عقود الإذعان هي عقود مختلفة التكافؤ من حيث أطراف التعاقد نظرا لصفاتهما، وهذا راجع إلى تزايد النشاط الاقتصادي والتفاوت المحسوس في المراكز الاقتصادية لطرفين مما جعل الموجب يتفرد بوضع شروط العقد لا تقبل المناقشة وهو ما يجسد صفة الإذعان التي تختلف في صيغتها في عقود المساومة أو التفاوض[1]، إلا أن المشرع تدخل لتحقيق الإنصاف وأراد خلق التوازن الموضوعي بمقتضى المادة 110 ق م ج التي تقضي بأنه:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك"[2].

ثالثا: تطبيق مبدأ حسن النية للحماية من الشروط التعسفية.

توجب الفقرة الثالثة من المادة 1179 من القانون المدني الفرنسي[3] أن يكون تنفيذ العقد بحسن نية فهذه الفقرة تقع تحت طائلتها كل العقود دون استثناء، فقد أراد المشرع الفرنسي بوضع هذه القاعدة أن تكون حدا قانونيا مضروبا على الإرادة حين ترد إلى الحدود الصحيحة للأمانة[4].

ويدور التساؤل بشأن النص السابق: لماذا يتعلق الأمر بالحماية من الشروط التعسفية على الرغم من أنه يتكلم عن تنفيذ اتفاقات، وهناك رأيين متعارضين فيما يتعلق باعتبار حسن النية آلية لإعادة التوازن العقدي، حيث يذهب الرأي الأول إلى أن مبدأ حسن النية

[1]– عسالي عرعارة ، **التوازن العقدي عند نشأة العقد**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر كلية الحقوق 2015، ص151.

[2]– المادة 110 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3]– Article 1179 du code civil français, précité.

[4]– عسالي عرعارة ، المرجع السابق، ص ص155–156.

يراعي فقط عقد تكوين العقد أو انعقاده، وأنه من الخطورة بما كان ترك شروط العقد لمحض تقدير القاضي بالإستناد إلى الفقرة الثالثة من المادة 1179 من القانون المدني فرنسي[1].

على أن الرأي الثاني يرى أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يشمل جميع العقود سواء فيما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو تنفيذها فالمادة 195 قانون مدني ألماني مثلا نصت على هذا المبدأ بوصفه مبدأ عام، بشرط أن لا يؤدي إعماله إلى المساس باستقرار المعاملات كما أن المحاكم في ألمانيا تستعمل هذا المبدأ بشكل مباشر من أجل إزالة عدم التوازن في العقود والأشد وقعا عن طريق إبطال الشروط التعسفية بمسائلة محررها عن سوء النية إذ أن المادة 16 من قانون 69 ديسمبر 1930، والمتعلق بالشروط العامة بوصفها شروطا تحقق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية[2].

وتتردد المحاكم في فرنسا في تبني موقف القانون الألماني وإن كانت أحيانا تتطلب أو تتوجب حسن النية عند تنفيذ العقد بما يسمح بتقديرها، إن كان سلوك المتعاقد سويا أولا مما يفسح المجال لإعمال ميكانيزمات تقنية مختلفة أخرى مثل المسؤولية والفسخ وغيرها.

وبالتالي فإنه رغم الاعتراف بقاعدة حسن النية في فرنسا وما توجب به من تطبيق لبعض القواعد والأحكام، فإنها لا تشكل تقنية مستقلة يمكن التعويل عليها وحدها لإعادة التوازن العقدي[3].

رابعا: كيفية تطبيق مبدأ حسن النية للحد من الشروط التعسفية.

يعتبر مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات أسمى ما في القواعد الأخلاقية من حيث مضمونه فتنفيذ الالتزامات كلها بحسن النية يعني أنه يجب على كل متعاقد تجنب الإضرار

---

[1] – Article 1179 du code civil français, précité.

[2] – محمد أمين، سي الطيب **الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان، 2007، ص56.

[3] – المرجع نفسه، ص57.

بمصلحة المتعاقد الآخر سواء عن طريق إيقاعه في غلط أو استغلال أو تدليس أو ممارسة سلطة الإكراه عليه كما أن حسن النية يستوجب توفر عدة عناصر منها:

– انتقاء التعسف في استعمال الحق، وهذا المظهر يكون كنتيجة للنوايا الحسنة والصادقة بعدم الخروج بالحق إلى مظهره التعسفي؛ يقصد هنا النية الصادقة الخالية من الغدر.

– الخداع أو هو القصد السوي أو الصراحة فالنية الحسنة تعد سوء النية والغش والرغبة في الإضرار بالغير، فهذا يعبر عن كل إحساس بالصدق واستقامة الضمير ويرسي روابط الثقة بين الأطراف المتعاقدة[1].

الفرع الثاني:

مبدأ حسن النية يجنب الوقوع في عيوب الإرادة

يقتضي حسن النية في إبرام العقود انتفاء عيوب الإرادة من الغلط وإكراه والتدليس والاستغلال لأنها تعيب التراضي وتكون إرادة العاقد غير سليمة وغير حرة لتعيبها بعيوب أثرت فيها ولولا هذه العيوب والمؤثرات لما اتجهت إرادة المتعاقد إلى إبرام العقد[2]، فانتقاء هذه العيوب في إبرام العقود يدل على سلامة الإرادة واستقامة القصد، أما وجودها عند إبرام العقود فيدل على سوء النية وخبثها[3].

وقد تعرض القانون المدني الجزائري لأحكام الغلط في المادة 85 (أولا) ولأحكام التدليس في المادتين 86 و87 (ثانيا) ولأحكام الإكراه في المادتين 88 و89 (ثالثا) ولأحكام الاستغلال في المادة 90 (رابعا).

---

[1]– مولود بغدادي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**، مذكرة ماجستير فرع حماية المستهلك والمنافسة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2015، ص ص71، 72.

[2]– ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني الأردني**، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزامات) دراسة مقارنة، ج2، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص217.

[3]– عزيز سليمان شيرازد ، المرجع السابق، ص301.

أولا: الغلط

يقصد به اعتقاد العاقد اعتقادا مغايرا للحقيقة والواقع إذ يعتقد أمرا بينما الحقيقة تخالف ما اعتقده، ولا يشترط هنا أن يشترك المتعاقدان في الوقوع في الغلط، بل يكفي أن يقع فيه أحد الأطراف ولو جهله الثاني[1]، ولا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية، والحكم بعدم جواز التمسك بالغلط على وجه يخالف حسن النية ويقصد هنا بحسن النية هو ليس حسن النية الذي يتعارض مع سوء النية وإنما يقصد به نزاهة التعامل أما نص الفقرة الأولى من المادة 85 ق م ج التي جاء فيها (ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي حسن النية) [2]، ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد، ويمكن أن يقال حسن النية هنا يقصد به نزاهة التعامل، والحكم بعدم جواز التمسك بالغلط على وجه يخالف حسن النية ويقصد هنا بحسن النية، هو ليس حسن النية الذي يتعارض مع سوء النية وإنما يقصد به نزاهة التعامل أن نص الفقرة الأولى من المادة 85 ق م ج فهو أقل غموضا وهو يقرر مبدأ عاما ويهيأ بهذا نطاقا أرحب لإعمال الأحكام المتعلقة بحسن النية فيجاوز بذلك حدود الخصوصيات[3]، وتطبيقا لذلك نص المشرع صراحة على أهم تطبيق لذلك في الفقرة الثانية من المادة 85 ق م ج التي جاء فيها (ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد)، وبالتالي نص المشرع هنا على أنه يسقط الحق في إبطال الغلط وقع فيه المتعاقد إذا أبدى المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد بالشكل الذي توهمه المتعاقد الغالط، لأن الفائدة من استعمال حق إبطال العقد للغلط قد انتفت وبالتالي يبقى العقد صحيحا، أي يبقى المتعاقد الذي وقع في الغلط ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه مع المتعاقد الآخر، وذلك على أساس أن العلة في طلب البطلان هي أن العاقد الغالط لو علم بحقيقة

[1]– عزيز سليمان شيرازد ، المرجع السابق، ص301.

[2]– المادة 85 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص188.

الأمر لما أقدم على التعاقد فإذا زالت هذه العلة بأن توافرت له فرصة الحصول على ما كان يرغب فيه فلا يبقى له عندئذ وجه حق للتمسك بالبطلان[1].

مثال ذلك أن يشتري شخص شيئا يعتقد أنه أثري فيتضح له ليس كذلك فهنا رغم أن المشتري يملك حق التمسك بالبطلان بدون شك، لكن إذا عرض عليه البائع أن يعطيه التمثال الأثري الذي أراد شراءه، –وبالتالي البائع هنا أبدى حسن نية– فإن المشتري لا يجوز له أن يصر على التمسك بإبطال العقد بحجة أنه وقع في الغلط لأن إصراره هنا يعتبر خروج عن مقتضيات حسن النية ونزاهة التعامل[2].

ثانيا: التدليس

يقصد به استعمال شخص طرق احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، سواء كان هذا التدليس صادرا من المتعاقد الآخر أو عالما به، وبالتالي استعمال الطرق الاحتيالية بقصد التضليل يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود[3]، كما يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة لم يكن يعلم بها المدلس عليه (طبقا للفقرة الثانية من 86 ق م ج) وجزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود التدليس بكافة طرق الإثبات يتمثل في: إما المطالبة بإبطال العقد أو التعويض فحسب أو المطالبة بالإبطال والتعويض معا[4].

أما بالنسبة لعدم جواز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية فهناك من يرى بأنه ما دام التدليس ينطوي على إيقاع المتعاقد في غلط مستثار، فإنه يمكن تقييد

---

[1]– وهذا لا يعني أن المتعاقد الذي وقع في الغلط ملزم بإبرام عقد جديد، بل يلزم بالعقد الذي قصد إبرامه إذا كان العقد القابل للإبطال متضمنا لكل شروط العقد الجديد الذي قصد المتعاقد إبرامه، كما لا يلزم بإكمال العقد القابل للإبطال – كإضافة شرط مثلا– حتى ينشأ العقد الجديد.

[2]– ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص60.

[3]– المرجع نفسه، ص221.

[4]– عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص26.

التمسك به بنفس القيد الذي يتقيد به التمسك بالغلط التلقائي، فلا يجوز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية، وبالأخص يبقى المدلس عليه ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد[1].

غير أن هناك من يذهب عكس ذلك فيقول بأن حكم عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية هو حكم يعني الغلط التلقائي لا الغلط المدبر –أي التدليس– لأن المدلس يكون دائما ذو نية سيئة تحرمه من حماية القانون.

لكن هناك أيضا رأي وسط بين هذين الرأيين السابقين، يذهب إلى القول بأن اعتبار التدليس نوعا من الغلط[2]، كما نجد أيضا في هذا الصدد من لا يحبذ الأخذ بهذه الآراء على إطلاقها ويرى أنه من الأولى أن يكون للقاضي السلطة التقديرية في ذلك ويقدر كل حالة على حدة[3].

ثالثا: الإكراه

يقصد به ضغط يقع على شخص بغير حق فيبعث في نفسه خوفا أو رهبة فيحمله على التعاقد دون رضاه[4]، فهو أعلى درجات سوء نية لأن جوهر الإكراه هو انتزاع الرضا بالقوة أو التهديد، وبالتالي فحسن النية في إبرام العقود يقتضي انتفاء الإكراه وهذا الأخير عبارة عن ضغط مادي أو معنوي يولد في نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد لكي يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه، وبالتالي هنا المكره انتزعت منه إرادته رهبة لأنه اختار إبرام العقد لانتفاء شر المكروه الذي هدد به وذلك يتنافى مع حسن النية في إبرام العقد[5].

[1]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص124.

[2]– عزيز سليمان شيرازد ، المرجع السابق، ص318.

[3]– المرجع نفسه، ص318.

[4]– ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص66.

[5]– عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص9.

وجزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود الإكراه بكافة طرق الإثبات يتمثل في أن يطلب المتعاقد المكره إبطال العقد مع التعويض، أما إذا كان الإكراه من الغير ولم يستطع المتعاقد المكره إثبات تورط المتعاقد معه فليس له إلا الرجوع على الغير بدعوى المسؤولية التقصيرية طالبا التعويض فحسب[1].

رابعا: الاستغلال والغبن

هو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد الآخر حتى يحصل على عدم التوازن في قيمة الالتزامات فتكون بذلك التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، وذلك يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود لأن المستغل لديه نية خبيثة في الاستفادة من الضعف الذي في الطرف المستغل سواء كان طيشا بينا أو هوى جامحا، وبالتالي جزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود الاستغلال يتمثل في دعويان هما الإبطال وإنقاص الالتزامات فالمتعاقد المستغل إذا طالب بإبطال العقد كان للقاضي السلطة التقديرية في إجابة صلبة أو العدول على ذلك والاكتفاء بإنقاص التزامات المتعاقد المستغل ليردها إلى الحد الذي يرتفع معه الاختلال الفاحش في الأداءات، أما إذا اختار المتعاقد المستغل طلب إنقاص التزامات فحسب لم يكن للقاضي إبطال العقد، في كلتا الحالتين يستطيع دائما المستغل أن يتوقى البطلان الذي قد يقرره القاضي إن هو عرض ما من شأنه إزالة الغبن سواء كان في شكل دفع مبلغ نقدي أو أداءات عينية أو غيرها.

أما الغبن فيقصد به التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه بموجب العقد وهو عدم التعادل الكثير بين ما يحصل عليه المتعاقد وبين ما هو ملزم به، ومواجهة الغبن تجد أساسها فيما تعهد به المشرع من حماية الطرف المغبون بالنظر إلى حالة الضعف التي هو عليها فرغم أن هذه الاتفاقيات تمت في ظل مبدأ سلطان الإرادة[2].

[1]- عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص28.

[2]- المرجع نفسه ، ص31.

الخاتمة

الغرض الأصلي من إبرام العقود هو السعي إلى تنفيذها، فالعقد إنما وضع لتحقيق الهدف الذي يبتغيه المتعاقدين من التعاقد، فيلتزم كل طرف باحترام بنوذ العقد وتنفيذه بحسن النية.

من خلال الدراسة التي قمنا بها حول مبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها، توصلنا إلى جملة من النتائج أهمها:

– أن هذا المبدأ لا يعدو إلا أن يكون مبدأ أخلاقيا ترجم كمبدأ قانوني وهذا يدل على العلاقة الوطيدة بين القانون والأخلاق، فهو قديم قدم الإنسانية حيث تعددت تعريفات هذا المبدأ ولكنها عموما عند الفقهاء المسلمين لا تخرج عن قصد وعزم القلب على أمر معين في الحال، ويستوجب توافره في جميع المراحل التي تمر بها العقود فهناك أدلة من القرآن لكريم والسنة النبوية تدل دلالة قاطعة على أن الشريعة الإسلامية حثت المسلمين على حسن النية في العقود والتصرفات، كما أن القانون المدني الجزائري لم يعرّف حسن النية وترك ذلك للفقه والقضاء، إلا أن إيجاد تعريف موحد هو أمر يصعب تحقيقه لأنه مصطلح واسع الدلالة.

– يفرض مبدأ حسن النية على الأطراف في مرحلة التفاوض على العقد عدة التزامات تتمثل في الالتزام بالإعلام والنصيحة والالتزام بالتعاون والمحافظة على سرية المعلومات، وهذه الالتزامات ليست على سبيل الحصر، بل يمكن أن يضاف إليها أي التزام آخر يساهم في تنوير إرادة الأطراف المقبلة على التعاقد، وفي حال الإخلال بهذه الالتزامات تترتب المسؤولية التقصيرية على الطرف الذي أخل بها، كما يشترط مبدأ حسن النية على كل متعاقد عدم فرض شروط تعسفية على الطرف الآخر والابتعاد عن إيقاعه في أحد عيوب التراضي من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.

– بما أن حسن النية يقتضي من المتعاقد النزاهة والأمانة ومحاولة مساعدة الغير ومعاونته فإنه أصبح قاعدة قانونية في نصوص التقنين المدني طبقا للمادة 1/107 التي تفرضه في مرحلة تنفيذ العقد، ألا أننا توصلنا إلى إمكانية امتداد هذا المبدأ الذي يسود مرحلة تنفيذ العقد إلى مرحلة تكوينه أي مرحلة المفاوضات، والذي يطلق عليه الفقه الفرنسي مبدأ حسن النية قبل التعاقدي (la bonne foi précontractuelle) حيث لا يمكن لهذا المبدأ أن يؤتي أثره الأخلاقي في مجال الروابط التعاقدية إلا من خلال فرضه على الأطراف المتفاوضة من أجل التعاقد، ومن ثم سيجد كل طرف سندا في مساءلة من يخالف الالتزامات التي يقتضيها حسن النية عند التفاوض، و يفرض هذا المبدأ على الطرفين واجب القيام بعمل ايجابي يتمثل في التعاون بينهما وإدلاء كل منهما للآخر بالتفاصيل كافة حول العقد المراد إبرامه، بما يكون له الرضا المستنير بالتعاقد أو يقوده إلى قناعة تامة بالعدول عن المفاوضات على اعتبار أن التعاقد ليس في مصلحته.

– أن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القوانين المدنية، وفي حالة عدم وجود نص صريح، يمكن الاستدلال عليه من خلال مظاهره كالالتزام بحدود القانون وعدم الالتجاء في تنفيذ العقود إلى ما يخالف القانون كالغش والتواطؤ باعتبارها من مظاهر سوء النية.

– أن المشرع الجزائري رغم التعديلات التي طالت القانون المدني بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، وكذا القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، لم يهتم بمبدأ حسن النية في أبرام العقود وتنفيذها رغم أهمية هذا المبدأ، كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في حالة الإخلال بهذا المبدأ، تاركاً الأمر بيد القضاء الذي مازال يعتبر مبدأ حسن النية مجرد نوايا يصعب إثباتها؛ وعلى الطرف المضرور إثبات الإخلال بهذا المبدأ.

– أن تحديد حسن نية المتعاقد أو سوء نيته لا يعتمد على معيار واحد في القانون، بل قد يكون ذاتيا ينظر فيه إلى شخص المتعاقد أو ماديا موضوعيا يعتمد فيه على سلوك الرجل المعتاد لا على سلوك المتعاقد، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.

ومن أهم المقترحات التي ارتأينا تقديمها في إطار موضوع هذه الدراسة ما يلي:

– يجب على المشرع إدراج مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقود باعتبار أن مرحلة التفاوض تعتبر مرحلة إنشاء وتكوين العقد.

– النص صراحة على مقتضيات حسن النية والالتزامات المتفرقة عنه والنص على جزاءات محددة للإخلال بمبدأ حسن النية مع تضمينها للآثار القانونية المترتبة على مخالفتها.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر

- القرآن الكريم

- السنة النبوية

ثانيا: المراجع

1- باللغة العربية:

أ- الكتب:

1- إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك**، دار الجامعة للنشر، مصر، 2014.

2- العربي بلحاج، **الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية في ضوء القانون المدني الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014.

3- أنور السلطان، **الموجز في مصادر الالتزام**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1988.

4- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000.

5- حسن أبو طالب صوفي، **تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**، مطبعة جامعة القاهرة، ج2، 2007.

6- صاحب عبد الفتلاوي، **تاريخ القانون**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 1998.

7- صوفي حسين أبو طالب، **تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**، جامعة القاهرة، 2007.

8- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، **حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

9- عبد الحميد الشواربي، **المشكلات العلمية في تنفيذ العقود**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988.

10- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني في نظرية الالتزام بوجه عام** ج1، دار النهضة العربية، 1981.

11- عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج1. (د س ن).

12- عبد الرزاق دربال، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام**، دار العلوم والتوزيع، عنابة الجزائر، 2004.

13- عبد الفتاح تقية، **تفسير النصوص والقواعد الفقهية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، مطبعة الكاهنة، البويرة، الجزائر، 1998.

14- عبد المنعم موسى إبراهيم، **حسن النية في العقود**، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2006.

15- عزيز سليمان شيرزاد ، **حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية** ، دار دجلة عمان، الأردن، 2008.

16- علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

17- علي فيلالي ، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، دار النشر والتوزيع، الجزائر، ج1، ط2، 2005.

18- فيصل بن حمد المبارك الحرميلي النجدى، **خلاصة الكلام شرح عمدة الأحكام**، ط2، 1992.

19- محمد حسين منصور، **العقود الدولية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997.

20- محمد سعيد جعفور، **مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون**، دار هومة الجزائر، 1999.

21- محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية وأثره في عقود المفاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج، عمان، الأردن، 2010.

22- محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-التصرف القانوني العقد والإدارة المنفردة**، ج1، ط2، عين مليلة، الجزائر، 2004.

23- مصطفى العوجى، **القانون المدني للعقد**، ج1، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2007.

24- مصطفى عبد الحميد عدوي، **النظرية العامة للالتزام**، مصادر الالتزام، ط2، 1992.

25- موسى خالد السيد عبد المجيد ، **مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية النظرية العامة للإلتزامات**، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الرياض، 2017.

26- وائل حمدي أحمد علي، **حسن النية في البيوع الدولية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة**، دار النهضة العربية، 2010.

27- ياسين محمد الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزامات) دراسة مقارنة**، ج2، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.

ب-الأطروحات والمذكرات الجامعية:

- **الأطروحات:**

1- سفيان القرجي، **واجب حسن النية في تنفيذ العقود في القانون التونسي والقانون المقارن**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المنار، تونس، السنة الدراسية 2011.

2- عسالي عرعارة ، **التوازن العقدي عند نشأة العقد**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2015.

2- معمر بوطالبة ، **الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية**، لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017.

- **مذكرات الماجستير:**

1- فايزة براهيمي، **إلتزامات الأطراف المتعاقدة في المرحلة السابقة للتعاقد**، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود والمسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

2- صليحة بن أحمد، **المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، 2006.

3- محمد أمين سي الطيب، **الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان، 2007.

4- مولود بغدادي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**، مذكرة ماجستير فرع حماية المستهلك والمنافسة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2015.

ج- المقالات

1- أكرم محمد حسين البدو، " **أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات**"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد49، 2016.

2- أحمد خديجي، **حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 11، جانفي 2014.

3- سعد بن سعيد الذيابي، **مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة**، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، ع23، ربيع الآخر 1435هـ، فبراير 2014.

4- عبد الأمير راغد مظلوم حميد الخزرجي، **مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية**، مجلة ديالي، عدد 64، 2014.

5- رياض عيسى، **القواعد الأساسية في تنفيذ العقود خطة التنمية المنعقدة بين الوحدات الاقتصادية في القطاع العام**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، مجلد 22، عدد1 ، مارس 1985 .

6- عبد العزيز زردازي ، **مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك**، مجلة الحقوق والحريات، عدد 4 ، 2017.

7- سعيد التريدي، **بدايات النهضة في أوروبا أواخر العصر الوسيط**، دراسة في المجتمع المدني، مجلة مركز الوثائق والدراسات الإنسانية، جامعة قطر، عدد 8، السنة الثامنة، 1996.

د- النصوص القانونية:

1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10/05، المؤرخ في 20 جوان 2005ج ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005 والقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر، عدد31، بتاريخ 13 ماي 2007.

2- أمر رقم 04-02، مؤرخ في 27 يناير2004، يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ، عدد41، مؤرخة في 27 يونيو 2004.

3- أمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415، الموافق لـ: 25 يناير 1995 ، المتعلق بالتأمينات، جريدة عدد 13. المعدل والمتمم.

- أمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 /1975/09، (معدل ومتمم) .

- أمر رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، المؤرخ في 27 يناير 2004، ج. ر، عدد 41.

5- القرارات القضائية:

- قررا المحكمة العليا، غرفة مدنية رقم 52061، تاريخ 1990/01/15، المجلة القضائية لسنة 1993 عدد01.

6- المواقع الإلكترونية:

-Article 1134 du code civil français, voir sur site :

https://droit-finances.commentcamarche.com/download/telecharger-198-code-civil-2018-pdf-en-ligne, le 25/04/2018 ; 13 : 52h

- فتوى الشبكة الإسلامية،الموقع الإلكتروني: http://www.isiam web.net ، بتاريخ 2018/04/04

- انظر د. يحيى أحمد بني طه ، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بحث منشور على الانترنيت :

- http://www.mohamah.net/answer/78821/K

- بحث قانوني، و دراسة واسعة_في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

- http :blagparisdexartes ;frdroit/webbog2023html .

2- باللغة الأجنبية:

A- ouvrages :

-F. Diesse, **« Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat** »,Archives de philosophie du droit, (1999) .
-Raymond cuillien, Jean Vimcent, sous la direction de serge Guinchard, Gabriel Montagnier, **Lexique des termes juridiques** ,16eme édition, Dalloz Paris, 2007.

B- **THESES ;**

- FABRE – MAGNAN (Muriel), **De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie**, Thèse, Paris 1, 1991.

- FRELETEAU (Barbara), **Devoir et incombance en matière contractuelle**, Thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles, université de BORDEAUX, soutenue le 4/12/2015.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
قائمة المختصرات	
مقدمة	4-1
الفصل الأول: الإطار النظري لمبدأ حسن النية	
المبحث الأول: لمحة تاريخية عن مبدأ حسن النية	07
المطلب الأول: مبدأ حسن النية في القوانين القديمة	07
الفرع الأول: مبدأ حسن النية في القانون الروماني	07
الفرع الثاني: مبدأ حسن النية في القانون الكندي	09
المطلب الثاني: مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة والقانون الجزائري	10
الفرع الأول: مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة	11
أولا: مبدأ حسن النية في القانون الإنجليزي	11
ثانيا: مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي	12
الفرع الثاني: مبدأ حسن النية في القانون الجزائري	14
المطلب الثالث: مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية	15
الفرع الأول: مبدأ حسن النية في القرآن الكريم والسنة النبوية	16
أولا: مبدأ حسن النية في القرآن الكريم	16
ثانيا: مبدأ حسن النية في السنة النبوية	17
الفرع الثاني: مبدأ حسن النية في الفقه الإسلامي	18
المبحث الثاني: مفهوم مبدأ حسن النية	20
المطلب الأول: التعريف بمبدأ حسن النية	20
الفرع الأول: تعريف حسن النية	20
الفرع الثاني: خصائص مبدأ حسن النية	23
الفرع الثالث: تمييز مبدأ حسن النية عن غيره من الأوضاع المشابهة	25
أولا: إلحاقه بالنظام العام	26

ثانيا: إلحاقه بالإنصاف	26
ثالثا: تمييز حسن النية عن سوء النية	28
الفرع الرابع: المعيار الواجب اعتماده في قياس مبدأ حسن النية	30
أولا: المعيار الذاتي	30
ثانيا: المعيار الموضوعي	31
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في العقود	33
الفرع الأول: حسن النية بوصفه التزاما قانونيا	33
الفرع الثاني: حسن النية بوصفه قاعدة قانونية	35
الفرع الثالث: حسن النية بوصفه مبدءا قانونيا	37
الفصل الثاني: مقتضيات مبدأ حسن النية	
المبحث الأول: مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد	41
المطلب الأول: التعريف بمرحلة التفاوض	42
الفرع الأول: تعريف مرحلة التفاوض	42
الفرع الثاني: التزامات الأطراف في مرحلة التفاوض	44
أولا: الالتزام بالإعلام والنصيحة	45
ثانيا: الالتزام بالتعاون والمحافظة على سرية المعلومات	51
المطلب الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة على عدم التفاوض بحسن النية	55
الفرع الأول: طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة على عدم التفاوض بحسن النية	55
أولا: نظرية الخطأ في التعاقد	56
ثانيا: نظرية التبعية العقدية	57
ثالثا: نظرية المسؤولية الموضوعية	58
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري	58
المطلب الثالث: شروط المسؤولية العقدية والجزاء المترتب عليها	60
الفرع الأول: أركان المسؤولية في مرحلة التفاوض	60
أولا: الخطأ	61

ثانيا: الضرر	62
ثالثا: علاقة السببية	62
الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض	63
أولا: التنفيذ العيني	64
ثانيا: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض	65
المبحث الثاني: مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد	67
المطلب الأول: إلزامية تنفيذ العقد بحسن النية	67
الفرع الأول: الالتزام بالأمانة والنزاهة	68
الفرع الثاني: الالتزام بالتعاون	69
الفرع الثالث: الالتزام بالإنصاف والعدل	71
المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد	71
الفرع الأول: اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية	72
أولا: تعريف الشرط التعسفي	72
ثانيا: الشرط التعسفي شرط ثانوي في عقد الإذعان	73
ثالثا: تطبيق مبدأ حسن النية للحماية من الشروط التعسفية	74
رابعا: كيفية تطبيق مبدأ حسن النية للحد من الشروط التعسفية	75
الفرع الثاني: مبدأ حسن النية للحماية من الشروط التعسفية	76
أولا: الغلط	77
ثانيا: التدليس	78
ثالثا: الإكراه	79
رابعا: الاستغلال والغبن	80
الخاتمة	82
قائمة المصادر والمراجع	86
فهرس المحتويات	95