جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال المتطلبات لنيل شهادة الماستر أكاديمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون الأعمال

عنوان المذكرة

الجانب الاخلاقي في العلاقة العقدية

إعداد الطالبين:

بوفنيك علي

مايو نور الدين

إشراف:

طوايبية حسان

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
أ.د/ زرقاط عيسى	أستاذ التعليم العالي	رئيسًا
د. طوايبية حسان	أستاذ محاضرأ	مشرفًا
أ.د/ زرقون نور الدين	أستاذ التعليم العالي	مناقشًا

السنة الجامعية: 2022 - 2023

جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال المتطلبات لنيل شهادة الماستر أكاديمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون الأعمال

عنوان المذكرة

الجانب الاخلاقي في العلاقة العقدية

إعداد الطالبين:

بوفنيك علي

مايو نور الدين

إشراف الدكتور:

طوايبية حسان

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
أ.د/ بزرقاط عيسى	أستاذ التعليم العالي	رئيسًا
د. طوايبية حسان	أستاذ محاضرأ	مشرفًا
أ.د/ زرقون نور الدين	أستاذ التعليم العالي	مناقشًا

السنة الجامعية: 2022 - 2023

£

إهـــداء

نهدي هذا العمل المتواضع إلى:

الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما.

كل من الإخوة و الأهل و الأقارب.

كما نخصص شكرنا لأطفالنا و أزواجنا الأعزاء الذين ساندونا

طيلة مشوارنا الدراسي.

- بوفنيك علي

- مايو نور الدين

الشكر

* نشكر الله عز و جل الذي بتوفيق منه و بفضل منه، تمكنا من إنجاز هذه المذكرة.

* و نتقدم بالعرفان و الشكر الجزيل للأستاذ الفاضل الدكتور طوابية حسان على كل التوجيهات و الملاحظات و الإنتقادات الموجهة لنا، و كذلك على صبره وسعة صدره للاتمام هذه المذكرة رغم تعدد إلتزاماته.

* كما نشكر كثيرا جميع الأساتذة الكرام بقسم الحقوق كلا باسمه .

* و في الأخير دون أن ننسى العائلة الكريمة التي رافقتها بصدر رحب و صبر و تشجيع.

- بوفنيك علي
- مايو نور الدين

قائمة المختصرات

ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ص: صفحة.

ق. م . ج : قانون المدني الجزائري.

ق. إ. م. إ: قانون الاجراءات المدنية والادارية.

المقدمة

إن تعاملات الأفراد اليومية تمثل النبض الذي يحرك الحياة في عالمنا، و بمرور العصور عمل الإنسان على تكوين نظام يأطر هذه التعاملات، فتتعدد تسمياتها بتعدد الأزمان و الأماكن، فقد تسمى إتفاق أو معاهدة أو غيرها من التسميات. و أصطلح عليه لاحقا بمصطلح أصبح متداولا في كل مكان ألا و هو العقد، أي أن طرفي الاتفاق يرتبطان بإلتزام بأداء خدمة أو إعطاء شيء أو بالإمتناع عنه. و طور الإنسان منظومة متماسكة ليضبط أسس التعاقد بين الأشخاص، فمثال ذلك لا يجوز للأطراف أن يتفقوا على القيام بعمل منافي للنصوص التي يضعها القانون كبيع المخدرات أو السلاح و غيره من التجارة الممنوعة.

فإعتمد الإنسان في تشكيله للمنظومة القانونية للعلاقات التعاقدية على قيم و مبادئ المجتمع و الفطرة السليمة للإنسان، و أن تكون العلاقة التعاقدية سليمة من العيوب الأخلاقية مثلا أن يتعاقد الشخص العاقل مع شخص آخر معيب الإرادة كالمجنون، فهنا يقوم الوازع الأخلاقي بتهذيب و توجيه العلاقة العقدية للوصول الى إتفاقات كاملة الجوانب بعيدا عن الإستغلال اللاأخلاقي.

لكن هل تتطابق القيم الأخلاقية لكل المجتمعات مع بعضها البعض؟ ، قطعا لا فلكل مجتمع معتقداته و عاداته، فمثلا قيم الدول البوذية لا تتطابق مع الأخرى المسيحية، و لا المسيحية مع قيم ديننا الحنيف.

و الجزائر بإعتبارها دولة مسلمة عملت بقيم ديننا الحنيف و أعطت إسقاطات على نظامها القانوني في مجال العقود بما يتوالم مع مبادئ الشريعة الإسلامية قدر المستطاع.و بإعتبار أن القوانين الوضعية من صنع الإنسان فهي ستخضع لخدمة القيم و المبادئ السائدة بين أفراد المجتمع، فنقول العقد هو المجال الذي يعبر فيه أطراف العلاقة عن إرادتهما، و قد عرفه المشرع في المادة 54 من ق.م.ج بقوله:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، و قد أعطى المشرع أيضا آلية إنعقاد هذه العلاقة العقدية بقوله في المادة 59:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" أي أن التعبير عن إرادة الأطراف هي أساس قيام العلاقة العقدية.

الإشكالية:

بناءا على ما سبق ذكره نطرح تساؤلنا: **مامظاهر وجود القاعدة الأخلاقية في العلاقة العقدية وما مدى ضرورة وجودها؟**

تبعا للإشكالية المطروحة يتبادر لنا مجموعة من الأسئلة التالية:

- كيف تتجسد مظاهر القاعدة الاخلاقية في إبرام العقود؟
- ما الدور الذي تلعبه القاعدة الأخلاقية في العملية العقدية؟
- ما مدى تطابق القواعد الأخلاقية في مراحل العلاقة العقدية؟

أسباب إختيار الموضوع:

يعود اختيار هذا الموضوع إلى جملة من الأسباب منها ذاتية و أخرى موضوعية، فالأسباب الذاتية من أهمها رغبة الباحث الشخصية في التعرف على هذا الموضوع لأنه يتسم بأهمية كبيرة، أما الأسباب الموضوعية فهي ترجع للرغبة في تسليط الضوء على الأسس القانونية الداعمة لأخلقة العلاقة العقدية، خاصة أن هذا الموضوع ذو أهمية في تنظيم العلاقات التعاقدية.

أهمية الدراسة:

أهمية دراسة موضوع الجانب الأخلاقي في إبرام العقود في كون هذا المبدأ من بين أهم الأسس التي يقوم عليها العقد ، حيث أن الإستناد 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.

أهداف الدراسة:

تصبو هذه الدراسة إلى تحقيق هدفين أساسيين هما كالتالي:

- بيان آراء الفقه و المشرع في العلاقة العقدية بالوازع الأخلاقي
- التحقق من أثر الأخلاق على العقود

المنهج المتبع :

من أجل تحقيق هذه الأهداف، سنعتمد على المنهج الوصفي التحليلي للتمكن من تحليل النصوص التشريعية والآراء الفقهية .

خطة البحث:

بعد هذا سنقسم موضوع الدراسة إلى فصلين اثنين :

الفصل الأول نتناول فيه القاعدة الاخلاقية و دورها في العملية العقدية وفيه مبحثان

المبحث الأول : مظاهر القاعدة الأخلاقية في العلاقة العقدية يتضمن موضوع مبدأ حسن النية من خلال ذكره في التشريعات المقارنة، كذا مضامينه في التشريعات المقارنة.

المبحث الثاني : دور القاعدة الأخلاقية في العملية العقدية يتطرق إلى القاعدة الأخلاقية كأمر أساسي للوقاية من العيوب، و العدالة العقدية و دورها في تحقيق التوازن بالاضافة الى كيفية حماية اطراف العقد .

الفصل الثاني نتناول فيه تطبيقات القاعدة الأخلاقية في العلاقات التعاقدية ، ويشمل هذا الفصل بدوره مبحثان الأول: نتناول فيه المرحلة ما قبل العقدية ثم المبحث الثاني: مرحلة أثناء تنفيذ العقد بحسن النية وبعد ذلك ننهي دراستنا بخاتمة تشتمل على أهم ما تم التوصل إليه.

الفصل الأول

القاعدة الاخلاقية و دورها في العملية العقدية

تمهيد

موضوع أخلقة العلاقة العقدية موضوع بالغ من الأهمية ، خاصة بعد التطور الذي عرفه المجتمع وظهور اللامساواة بين الأفراد ، واستغلال بعضهم لبعض ، حرمانا لبعض الأفراد من ممارسة الحقوق الممنوحة لهم وفق للقانون ، هذا الذي دفع بالمشرع الى تجسيد هذا الجانب الأخلاقي في عدة نصوص قانونية فحواها يكرس الجانب الأخلاقي للعلاقة العقدية ، فالعقد لا يمكن أن يستمر دون حد أدنى من القيم والمبادئ ومنها الأخلاق كقيمة يقوم عليها كل مجتمع ، ويتحدد مفهوم الأخلاق في العقد من خلال إظهار القيم الأخلاقية التعاقدية بين الأفراد وتأثير القاعدة الأخلاقية على القاعدة القانونية وتصور هذه العلاقة ، كون القاعدة الأخلاقية من المفاهيم النسبية والمتطورة ، وتتغير وتتبدل باختلاف الزمان والمكان وبالتالي مدى تأثير هذا التغيير على مضمون العقد.

المبحث الأول : مظاهر القاعدة الأخلاقية في العلاقة العقدية

لمحاولـة فهم مبدأ حسن النية في العقود فهما عميقا،سنمر لحسن النية في التشريعات المقارنة و مبادئه وكذا مضامين مبدأ حسن النية في التشريعات المقارنة .

المطلب الأول : مبدأ حسن النية

ان القوانين الحديثة تعرف مبدأ حسن النية، بيد أن التفاعل بين القاعدة القانونية والخلقية لم يأخذ طورا واحدا فتارة تزول الحدود بينهما وأخرى يتم الفصل بينهما بصورة ملحوظة لهذه الأسباب سنحاول في هذا المطلب التطرق الى موضوع مبدأ حسن النية من خلال ذكره في التشريعات المقارنة، كذا مضامينه و مقارنته بالتشريعات المقارنة.

الفرع الأول : حسن النية في التشريعات المقارنة

تختلف أهمية مبدأ حسن النية في القوانين الحديثة و التي يمكن أن نصنفها إلى أربعة مجاميع، مجموعة لم تنص صراحــة على حسن النية وأخرى نصت صراحة على حسن النية في تكوين العقود ، الثالثة نصت على حسن النية في تنفيذ العقود (Execution du Contrats) فقط ومجموعة رابعة نصت صراحة على حسن النية فى العقود ولكن دون تفرقة بين تكوينها وتنفيذها.

أولا: مبدأ حسن النية طبقا للقانون الإنجليزي وفق المجموعة الاولى

يأتي في مقدمة هذه القوانين القانون الإنجليزي فهو لم يعرف مبدأ عاما يقضي بمراعاة حسن النية في تكوين العقود وتنفيذها، حيث أنه لا يخلو من هذه الفكرة ، ذلك من خلال تنظيمه للتدليس في تكوين العقود باعتباره من العوامل المؤثرة على صحة العقد يجعله قابلا للبطلان سواء كان هذا التدليس بريئا عندما يعتقد المتعاقد انه يدلي للآخر ببيانات حقيقية، أو تدليسا بسوء نية – التدليس على اساس الغش أو العمد – عندما. يتعمد المتعاقد الإدلاء ببيانات كاذبة، أو عندما يكون هذا التدليس إهمالا صدور بيانات كاذبة من المتعاقد نتيجة لإهماله[1].

وقد أخذ القانون الإنجليزي أيضا بفكرة النفوذ غير الواجب أو النفوذ المعنوي بمعنى استغلال المتعاقد ما في الطرف الآخر من نقص اجتماعي أو نفسي أو اقتصـادي والسيطرة على تفكيره بدرجة تجعل إرادته غير مختارة ، وفلسفة هذا العامل المؤثر على صحة العقد تقترب من الفلسفة التي تقوم عليها فكرة الاستغلال المتمثلة بحماية الثقة المشروعة في المعاملات.

ويقوم عقد التأمين في القانون الإنجليزي على أساس حسن النية والذي على كـل طرف أن يمثله في تعامله الآخر، فطالب التأمين مثلاً عليه أخبار المؤمن بكل مع الحقائق التي يعرفها أو

[1] علاء حسين علي الجوماني، مبدأ حسن النية في تكوين العقود، رسالة ماجيستير، كلية صدام للحقوق، جامعة صدام حسين، العراق، 2002، ص: 15.

عليه أن يعرف أيا منها يهم المؤمن تقديمها، وكعقد التأمين عقود بيع الأرض وبيان الاكتتاب والاتفاقات العائلية.[1]

ثانيا : مبدأ حسن النية وفق المجموعة الثانية

ومن بين قوانين هذه المجموعة القانون الايرلندي الذي استخدم مبدأ حسن النيـة لتنظيم المراكز القانونية التي تنشأ عند تكوين العقد، ومثله القانون المدني السويسري والقانون المدني المقترح لكيبك، وهذه القوانين أشارت صراحة إلى مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد وألزمت المتفاوض بمراعاة حسن النية في هذه المرحلة منها القانون المدني النافذ لكيبك، والقانون المدني الإيطالي.[2]

ثالثا : مبدأ حسن النية وفق المجموعة الثالثة

ويأتي في مقدمة هذه المجموعة القانون المدني الفرنسي الذي نص في المادة (1134) الفقرة (3) على التزام المتعاقد بحسن النية في تنفيذ العقود و كالقانون الفرنسي القانون المدني المصري والعراقي.

رابعا : مبدأ حسن النية وفق المجموعة الرابعة

وفي مقدمة قوانين هذه المجموعة القانون الأمريكي، حيث قد اقر قانون العقد الأمريكي مبدأ حسن النية كمبدأ عام يجب الالتزام به في تكوين العقود وتنفيذها، لا سيما بعد صدور القانون التجاري الموحد الذي فرض حسن النية تشريعيا في المعاملات التي تتم وفقا له

[1] علاء حسين علي الجوماني، مبدأ حسن النية في تكوين العقود، مرجع سابق، ص: 15.

[2] علاء حسين علي الجوماني، مبدأ حسن النية في تكوين العقود، المرجع نفسه ، ص: 16.

الفرع الثاني : مضامين مبدأ حسن النية في التشريعات المقارنة

إن تحديد مفهوم حسن النية يدفعنا إلى التكلم عن طبيعته القانونية في المفاوضات بصفة خاصة وفي العقود بصفة عامة، إذ توجد ثلاث اتجاهات رئيسية، حاولت تفسير طبيعته القانونية، إذ قد يكون حسن النية التزاما قانونيا، أو قاعدة قانونية، أو مبدأ مبدأ قانونيا عاما

أولا : التعريف بالمبدأ طبقا للمضمون الموضوعي

إن المفهوم الموضوعي لحسن النية هو المفهوم المعتمد في مجال الارادة التعاقدية , والذي يرى أن تكون حسن النية فكرة أخلاقية خالصة تشكل قاعدة للسلوك , تتطلب من الأشخاص مراعة النزاهة والامانة في معاملاتهم .

فحسن النية بالمفهوم الموضوعي يرتبط بمدى مراعاة مقتضيات هذه الفكرة من عدمها , وتقوم مقتضيات حسن النية على دعائم أخلاقية تتصف بالعموم والتجريد , حتى ولو لم يتضمنها نص تشريعي , كالوفاء بالعهد , الأمانة, الثقة المشروعة ,شرف التعامل . ومخالفة مقتضيات حسن النية تتحقق لمجرد صدور التصرف على خلاف ماتقتضي تلك المقتضيات , دون النظر إذا كان المخالف يعلم بالمقتضى الذي خالفه من عدمه .[1]

[1] زيتوني فاطمة الزهراء , بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد , مجلة القانون والعلوم السياسية , العدد الرابع , 2016, ص 440

يفرض المشرع هذا المفهوم لتقدير حسن النية في المادة 111 قانون مدني جزائري الخاصة بتفسير العقد , حيث يجب الاستهداء بما يجب أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وهذه إشارة إلى مبدأ حسن النية الذي يستلزم مثل هذه الأمانة والثقة . وفي نظرية الغلط في بيان جوهر الصفة , حسب المادة 82 قانون مدني جزائري الفقرة الثانية (يعتبر الغلط جوهريا بالأخص إذا وقع في صفة لشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية) .وفي بيان نطاق التمسك بالغلط حسب المادة 85 قانون المدني حيث جاء فيها (ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.). وتضيف الفقرة الثانية ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد. وفي تنفيذ العقد حسب المادة 107 فما يعتبر شريعة المتعاقدين هو روح العقد وليس حرفيته فالقاضي في تفسيره للعقد يأخذ بالعبارات الواضحة بشرط أن تتفق مع حقيقة القصد المشترك للمتعاقدين . [1]

1- حسن النية التزام قانوني

إن حسن النية لا يتطلب فقط السلوك بل قد يتطلب الامتناع عن سلوك، لأنه التزام والالتزام قد يكون عمل أو امتناع عن عمل، وذلك ما تراه غالبية فقهاء القانون، إذ عندهم التزام حسن النية في العقود رغم أنه ذات طبيعة أخلاقية إلا أن 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 وسبب كما أنه يقابله حق شخصي من الجانب الآخر، وله عناصره المحددة وتتمثل هذه العناصر في :

[1] زيتوني فاطمة الزهراء , المرجع نفسه , ص441

[2] عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ص: 998

العنصر المادي المتمثل بمراعاة مقتضيات حسن النية التي تستجمع في مراعاة المصالح الخاصة المبررة المشروعة للطرف المقابل . والعنصر النفسي الذي يتمثل في توجيه الإرادة إلى مراعاة المصالح الخاصة المبررة للطرف المقابل، وبالتالي يستوجب توافر الإدراك والتمييز .

وحسن النية بوصفه التزاما قانونيا له كذلك خصائص معينة تتمثل في: أنه التزام مفروض على أطراف العملية التعاقدية، أي أنه التزام متبادل مفروض على كلا الطرفين معا، فيكون كل منهما دائنا ومدينا في الوقت نفسه بهذا الالتزام، كما أنه التزام وقائي أو حمائي لأنه يفرض بغية الوقاية من وقوع الضرر، وهو أيضا التزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية، إذ على كلا الطرفين التزام حسن النية وليس محاولة الالتزام به[1].

2- حسن النية قاعدة قانونية

والاجتهاد المعاصر يربط بالفعل التزام الاستقامة وحسن النية المذكور في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي . المقابلة للمادة 107 من القانون المدني الجزائري بفكرة كون الدائن يجب أن لا يتعسف في استعمال حقه، فالتعسف مناقض لحسن النية كأن يتمسك بالبنود الفاسخة في شأن أخطاء طفيفة للحصول على نفع غير مسوغ.

وحسب غالبية فقهاء القانون، حسن النية في العقود رغم أنه ذات طبيعة أخلاقية إلا أن ذلك لا يحول دون أن يكون قاعدة قانونية تامة الشروط وكاملة الخصائص في النظام الوضعي . وخصائص حسن النية في العقود باعتباره قاعدة قانونية، تتمثل فيما يلي: أنه قاعدة سلوك اجتماعية تفرض على الأطراف العازمة على التعاقد سلوكا معينا.

يتمثل بتنفيذ التزامات إيجابية وأخرى سلبية في علاقتهم بالطرف المقابل، وهو مراعاة مصلحة هذا الطرف المقابل.

[1] عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، المرجع نفسه، ص: 999

يرى أغلب الفقهاء بأن حسن النية من القواعد الآمرة، وهذا يعني بأنه من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على ما يخالفه يؤدي إلى حماية المصلحة العليا للمجتمع، أي حماية النظام العام والآداب العامة وكذلك لأن حسن النية في العقود والنظام العام والآداب العامة، يقتضي كل منهما مراعاة الجوانب الأخلاقية التي لا يجوز انتهاكها والإخلال بها، وبالتالي هنا سلطة القضاة هي تقديرية وليست مطلقة، ويستمد القاضي ذلك من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها، لأن مباشرة هذه السلطة تخضع دائما لمبدأ المشروعية أي سيادة القانون، ووصف حسن طبيعته التقديرية بأنه مفهوم إطاري يفوض للقاضي من قبل المشرع أمر تحديد مضمونه وضبط نظامه القانوني[1]

3- حسن النية مبدأ قانوني

الكثير من الفقهاء يعتبرون أن حسن النية مبدأ قانونيا عاما، ويذكرون بأن جدوى هذا الموقف ما يلي :

جمع كل الحلول المتعلقة بفكرة عامة واحدة سواء كانت هذه الحلول قانونية أو من استنتاج القضاء، اعتماد حسن النية كمبدأ للتمكن من تجاوز الصيغة الواردة في المادة 107 من القانون المدني الجزائري، اعتماد حسن النية لتبرير جميع الحلول الخاصة الجديدة واستنباط فروع جديدة لحسن النية، وبما أن حسن النية في مجال التعامل هو مبدأ قانوني فهو بالتالي يتميز بصفات المبادئ القانونية المتمثلة في المرونة، وعدم التحديد، والانطباق على فروض وحالات عـدة .

وبالتالي مبدأ حسن النية لا يلجأ إلى حلوله المادية الفنية إلا بعد انتفاء النص القانوني الخاص ثم القياس وهو بذلك يشكل مبدأ من المبادئ الجامعة، ويمكن للقضاء أن يكرسه حتى ولو لم ينص عليه صراحة في القانون وهو أيضا مبدأ ذو طابع ذاتي وموضوعي شامل.

[1] عبد المجيد قادري، المرجع نفسه، ص: 1000

وحسن النية كمبدأ قانوني يكون مستمدا من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين، كما يمكن استقرائه 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 تقيد الحرية التعاقدية للأفراد .

ثانيا : مقارنة مبدأ حسن النية في التشريع الجزائري و التشريع المقارن

يقتصر الالتزام بحسن النية في التشريع الجزائري على مرحلة تنفيذ العقد، ولا يمتد إلى مرحلة التفاوض على العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، أما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد، فلا وجود لنص خاص يفرض صراحة الالتزام بالتفاوض بحسن نية[1].

غير أن جانبا من الفقه الجزائري يذهب إلى القول بأن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، أشار ضمنيا إلى وجود الالتزام بحسن نية في جميع مراحل العملية التعاقدية، سواء تعلق الأمر بمرحلة تنفيذ العقد أو مرحلة التفاوض على العقد.

وتماشيا مع هذا الاتجاه، أشارت المحكمة العليا في قرار مشهور 24/10/1999، بأنه من المقرر قانونا أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خالف ذلك.

موقف القانون الفرنسي: يذهب القانون الفرنسي إلى أن تطبيق مبدأ حسن النية، يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد ولا يمتد إلى مرحلة التفاوض على العقد، حيث نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1134/3 الاتفاقات بالفعل يجب أن تكون منفذة بحسن نية، أما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد، فلم يرد بشأنها نص في القانون المدني الفرنسي يفرض على الأطراف التفاوض بحسن نية غير أن الفقه في فرنسا وتسانده في ذلك بعض أحكام القضاء، اتجه إلى أن

[1] عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، المرجع نفسه، ص: 1002

مبدأ حسن النية كضابط أخلاقي للسلوك، يعتبر أحد المبادئ العامة للقانون الوضعي وأن المادة 1134 والتي تشترط تنفيذ العقود بحسن نية، ليست سوى تطبيق لمبدأ قانوني ،عام لا يقتصر نطاقه على مرحلة تنفيذ العقد، بل يبدأ تطبيقه ومراعاته منذ بدء مرحلة التفاوض على العقد وعليه يذهب الرأي الفقهيالسائد في فرنسا ، إلى الاعتراف صراحة بأن مبدأ حسن النية عند إبرام العقد، يفرض على المتعاقدين منذ لحظة بدء المفاوضات التمهيدية الالتزام إيجابيا بالصدق والأمانة والتعاون، وإحاطة كل طرف الطرف الآخر بظروف وملابسات العقد المراد إبرامه. المشرع الفرنسي حسم هذا الأمر بشكل قطعي في تعديله للقانون المدني سنة 2016، حيث نصت المادة 1104 منه على أنه :

"Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.[1]"

الفرع الثالث : وظيفة مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

إن مبدأ حسن النية متعدد الوظائف و منها:

أولا : حسن النية مبدأ أساسي تقوم عليه المفاوضات العقدية

يعد مبدأحسن النية من المبادئ التوجيهية المهيمنة على مرحلة المفاوضات العقدية منذ بدئها لحين انتهائها ,ويفرض المبدأ على عاتق الأطراف المتفاوضة التزامات تكفل تنوير الارادة وتبصيرها, على نحو يمكن معه لأطرافها تقدير مدى اشباع هذه الصفقة لرغباتهم من عدمه. [2]

ولقد عرف بعض الفقه الالتزام بحسن النية بأنه :" التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الآخر بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي تم من أجلها التفاوض والتزام بها كل من طرفي التفاوض , بحيث لا تؤدي إلى الاضرار بالطرف الأخر دون مسوغ قانوني ' بل

[1] عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، المرجع نفسه، ص: 1005

[2] بعيرات شرف علي خالد, آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص , تخصص قانون مدني ,كلية القانون , جامعة اليرموك , إربد ,الأردن , 2017-2018, ص 114.

يتوصل كل الطرفين إلى حقه بأمانة ", ويتبين من هذا التعريف أنه يجب على كل مفاوض أن ينفذ التزامه بشكل يستتفيد منه المفاوض الأخر بحيث لا يقف عند التنفيذ الحرفي لالتزاماته , وإنما يتم هذا التنفيذ بنية إفادة الغير. [1]

وعليه فإنه إذ قام كل طرف من أطراف التفاوض بإبداء حسن النية اتجاه الطرف الأخر , هذا ماسيوفر الثقة المتبادلة بين الأطراف وبالتالي سيساهم هذا إلى التفااوض والتعاقد بشكل سليم , والعكس من ذلك وفرضا أن السلوك المعيب خلال المفاوضات, والذي يخالف مبدأ حسن النية أثناء التفاوض ويؤدي إلى قطع المفاوضات العقدية دون وجود سبب قانوني , فإنه يترتب عليه ضرر وجب جبره بعد ذلك.

وهذا مادفع بالمشرع الفرنسي إلى تكريس مبدأحسن النية في المرحلة السابقة على العقد , وهي مرحلة التفاوض , وكذلك عند إبرام العقد ,فضلا عن تنفيذه , وهو مايعني أن التقيد بهذا المبدأ قد بات التزاما قانونيا يشمل كافة مراحل العقد بدأ من التمهيد له إلى ابرامه إلى تنفيده , وهو ماعبرت عنه نص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر 131/2016 والذي دخل حيز التطبيق في 2016/10/01 , إذ تنص المادة السالفة الذكر على أنه :" يجب ان يتم بحسن نية كل من التفاوض على العقود وابرامها وتنفيذها ", وذهبت الفقرة الثانية من المادة 1104 من ذات القانون بجعل مبدأحسن النية من النظام العام , وذلك دعما للثقة في المعاملات, وقد حلت المادة 1104 محل الفقرة الثالثة من المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي قبل التعديل سنة 2016 والتي تقابلها المادة 107 من التقنين المدني الجزائري والتي تقصر حدود مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد , على أن التقيد بحسن النية في المرحلة قبل العقدية لا يعني بالضرورة وجوب التفاوض قبل إبرام أي عقد , بل وجب الاتزام بحسن النية حال التفاوض على العقد , وهذا مايتضح بما جاء من نص المادة 1112 من التقنين المدني الفرنسي والتي تقضي

[1] ذكرى محمد حسين , إستبرق محمد حمزة , التززامات أطراف التفاوض في عقودالتجارة الدولية ,مجلة المحقق حلي للعلوم القانونية والسياسية , جامعة بابل , المجلد السادس , العدد الرابع , 2014, ص 288

صراحة بأنه :" يعد جائزا كل من الدعوة إلى التفاوض قبل التعاقد ومباشرته وقطعه , مع مراعاة مقتضيات حسن النية " .[1]

ثانيا : دور مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

إن عملية التفاوض أو المرحلة السابقة على العقد , تعد من أهم مراحل العقد و أخطرها على الإطلاق[2] , وبالرجوع إلى الأصل فالشخص مطلق الحرية في ان يتعاقد او لا يتعاقد , أو يتفاوض أو لا يتفاوض , كما أن للشخص الحق في الانسحاب من التفاوض , على أن لا يترتب على هذا الانسحاب ضرر للطرف الآخر , ولما اصبح التفاوض عملية مكلفة في كثير من الأحيان , فإن الإطراف الراغبة في إجراء عقد ما تلجأ غلى العقود التمهيدية لتسهيل عملية التفاوض , وعقد التفاوض بحسن نية هو من اهم العقود حيث يضمن جدية الإطراف المتفاوضة.

يؤدي مبدا حسن النية في مرحلة التفاوض دور مهم وفعال فالمقصود منه هو ترسيخ مبادئ الصدق والامانة والثقة والصراحةو الشفافية وعدم الغش والاحتيال , حفاظا على مصلحة الأطراف في إدارة المفاوضات والإستمرار في إنجاحها بشتى الطرق , في الوقت المحدد لكل مرحلة من مراحل التفاوض , وذلك بتقديم المقترحات والحلول المقنعة بالوسائل المشروعة والمقبولة من طرفي التفاوض .

إن مبدأ حسن النية في التفاوض , إو حتى في مرحلة تنفيذ العقد , فضلا عن دوره في بث الطمأنينة في نفوس الأطراف , فهو ينشأ قاعدة قانونية عامة اساسية في حالة الإلتزام المشكوك فيه أو الذي يصعب تكييفه كما أن إخلال أحد أطراف التفاوض بهذا المبدأ خلال فترة التفاوض على العقد يكون بسلوكه هذا مسؤولا عما يسببه من ضرر للطرف الآخر. [3]

---

[1] بن منصور صالح , عثماني بلال , تأثير مبدأ حسن النية عبر المراحل المختلفة للعقد , المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية , جامعة بجاية , المجلد السادس , العدد الثاني , 2022, ص 552و553

[2] حليس لخضر , مرحلة المفاوضات العقدية , مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية , عدد01 , كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس , الجزائر , 2017 , ص167

[3] مزاي ليدية , مزياني زينة , مبدأحسن النية في إبرام التصرفات القانونية , مذكرة ماستر , تخصص قانون خاص شامل , فرع قانون خاص , قسم قانون خاص , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة عبد الرحمان ميرة , بجاية , 2022/2021, ص 16/15

المطلب الثاني : الالتزام بالإعلام والنزاهة

الالتزام بالاعلام و النزاهة مبدأ أساسي للحفاظ على نقاء العقد من أي عيب قد يؤدي الى بطلانه، و هذا ما سنعمل على توضيحه في هذا المطلب.

الفرع الأول : الالتزام بالاعلام ببيانات حول العقد

إن الإلتزام بالإعلام أمر أساسي في العلاقة العقدية فهو لا يقل أهمية عن مبدأ حسن النية و سنوضحه فيما يلي:

أولا : أساس الالتزام بالاعلام

يظهر للوهلة الأولى ان لا يمكن القول بوجود التزام يقع على عاتق أي شخص يجبره على إحاطة الطرف في مرحلة التفاوض بظروف العقد , فكل شخص يجبر عانى التحري عن ذلك بنفسه أما الاعلام والنصيحة فلا تعدو أن تكون واجبات اخلاقية لا يمكن لها أن ترقى إلى مرتبة الالتزام القانوني فكل طرف لا يلتزم اتجاه الطرف الآخر إلا بما ارتضاه , وبالمقدار الذي أراده , غير أن مرحلة ماقبل التعاقد أصبحت تعرف اليوم التزاما حقيقيا يقع على عاتق المتفاوض يمثل في الالتزام باعلام الطرف الآخر عن كل مايعرفه بشان ظروف التعاقد .[1]

وقد اختلف الفقه حول أساس هذا الالتزام , فذهب جانب منه لاعتباره من قواعد الأخلاق أما جانب آخر فيرى أن أساس الالتزام بالاعلام يعود إلى قصور في نظرية عيوب الإرادة في تحقيق هدفها , فالكتمان أو السكوت تبعا لهذه النظرية لا يسمح للمتعاقد المخدوع طلب إبطال العقد أو التعويض عما اصبه من ضرر , غير أن حقيقة الأمر تظهر أنه إلى جانب الإرادة المعيبة هناك ما يعرف " بالارادة غير المتكافئة " , والتي تؤدي بدورها إلى لاتوزان في العقد , فالجهل والنقص

[1] بن أحمد الحاج , الفانون المدني الجزائري ورحلة المفاوضات العقدية , مجلة القانون والعلوم السياسية , العدد02 , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة الطاهر مولاي , سعيدة , 2015, ص 19.

في المعلومات تؤدي إلى اختلال في التزامات الأطراف[1] , الزم المشرع الجزائري المتدخل بهذا الالتزام اتجاه المستهلك من خلال المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش. [2]

أما من الناحية القضائية , فقد ألزمت محكمة النقض الفرنسية أطراف العقد بهذا الالتزام من خلال قرار لها سنة 2006 , أين قضت بوجود التزام بالاعلام قبل التعاقدي في نزاع بين الوكالة السياحية والأسفار و أحد المسافرين , حيث أكدت الغرفة المدنية الأولى انه على الوكالة السياحية والاسفار التي قامت ببيع تذكرة سفر الأحد المسافرين , أن تلتزم بإعلامه بشروط وإجراءات الدخول إلى الدولة التي يريد السفر إليها .[3]

بالنسبة للتشريع الجزائري, فلم يرد نص صريح في القانون المدني يفرض الالتزام بالاعلام خلال مرحلة التفاوض على العقد , غير أن وجود هذا الالتزام يستند إلى نظرية عيوب الرضا , وقد اعتبر المشرع كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا , تجيز للمدلس عليه إبطال العقد , وفق نص المادة 86 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري , [4]وهو ماسارت عليه المحكمة العليا الجزائرية , من ان المبدأ هو اعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا .[5]

كما أكد المشرع الجزائري على هذه الحماية بمقتضى المادة 04 من قانون رقم04-02 المؤرخ في 2004/06/03 , والذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية [6], والتي قضت بأن يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع ,

---

[1] ابن احمد الحاج , المرجع نفسه , ص 20

[2] المادة 17 من القاون 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش جريدة رسمية الجزائرية عدد15 المؤرخ في 2009/03/08

[3] عثماني بلال , القاضي طرف جديد في العقد المدني , المجلة الاكاديمية للبحث القانوني , المجلد 17 , العدد01 , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة بجاية , بجاية , 2017, ص 432

[4] المادة 86 من الامر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني جريدة الرسمية الجزائرية , العدد 78 الصادر في 1975/09/30 , المعدل والمتمم .

[5] قادري عبد المجيد , عمراني مراد , التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد , مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية , المجلد , , العدد الثاني , جامعة باجي مختار , عنابة , 2019,ص797 و798

[6] المادة 04 من القانون رقم 02/04 المرجع السابق

وهو نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري حماية للمستهلك في القانون المتعلق بوسم المنتوجات[1] والقانون المتعلق بالتأمينات.[2]

ثانيا : الالتزام بالاعلام من مقتضيات مبدأ حسن النية

يفرض مبأحسن النية عل كل طرفي المفاوضات الالتزام بالافضاء بكل مالديه من معلومات وبيانات تتعلق بالعقد محل المفاوضات والتي من شأنها أن تؤثر على قرار الطرف الآخر بالاستمرار في المفاوضات وإبرام العقد , لذا يقع على عاتق المهني وغيرالمهني تبصير الطرف المتعاقد الأخر بمعلومات يفترض أنه على علم بها حتى يكونا على قدم المساواة في عرفة ضمون العقد ومداه والتي من شأنها إيجاد رضا مستنير وكامل حول جزئيات محل العقد .

وعلى ذلك يمكن لنا القول أن الاتزام بالعلام له جانب قانوني غير محسوس يتعلق بالاتزام بالعلام بحد ذاته , وجانب قانوني محسوس يتعلق بالعناصر الواجب على المتعاقدين أن يبنوا معلوماتهم حولها, مع التأكيد على أن هذا الالتزام ببعديه المحسوس وغير المحسوس لا يمكن الالتفاف جوله , نظرا لأن المشرع أكد أن الطرفين لا يمكنهما تقييد أو استبعاد هذا الالتزام . وبالتالي فإن الإخلال بهذا الملدأ يستوجب المسؤولية العقدية , وذلك للحد من حالات اختلال التوان في المعرفة بين الأطراف المتفاوضة في العقود , بيحث نجد الاقنون المدني الفرنسي ينص في المادة 1383 على أن كل شخص يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله بحسب , بل أيضا بإهماله أو عدم تبصيره , كما أن المشرع الجظائري ركز كثيرا على الاتزام بالاعلام السابق على التعاقد باعتباره أحد مظاهر التقيد بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات , ولقد كرس المشرع هذا الالتزام بصفة صريحة في المادة 04 من قانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 , والتي تقتضي بأن :" يتولى البائع إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط

[1] المرسوم التنفيذي رقم 367/90 المؤرخ في 1990/11/10 والمتعلق ب الوسم وتقديم المواد الغذائية المعدل المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 484/05 المؤرخ في 2005/12/22 جريدة الرسمية الجزائرية العدد83 الصادرة في 2005/2512 .

[2] الأمر ررقم 07/95 المؤرخ في جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات الجرريدة الرسمية الجزائرية , العدد13 الصادرة في 1995/03/08 المعدل والمتمم

البيع ", وهو ما أكده المشرع الجزائري في المرسوم 90-367 المؤرخ في 1990/11/10 , المتعلق بالوسم وتقديم المواد الغذائية على واجبالإعلام المادي للمستهلك .[1]

الفرع الثاني : مفهوم مبدأ النزاهة

إن مبدأ النزاهة تجسيد لسلامة نية الشخص و مساهمته في العلاقة العقدية وسنوضحه فيما يلي:

أولا : تعريف النزاهة

بالرجوع إلى أحكام الفقه تعرف النزاهة بانها تشتمل على قيم الكفاءة والاحترام , والحفاظ على الالتزامات , إلى جانب السلوك الاخلاقي كما تمتد أهمية النزاهة لتشمل مجال العقود , حيث تعتبر النزاهة العقدية في العقود هي المكمل الضروري للعدالة العقدية .[2]

إن التركيز على التزام النزاهة الذي يقع لى عاتق كل متعاقد معناه عدم ترك المجال مفتوح للغش والكتمان الذي غرضه غش المتعاقد الآخر من جهة , ومن جهة أخرى أنه لا يقع على المتعاقد فقط عدم الإضرار المتعاقد الآخر بالسلوكيات السلبية بل يقع عليه أن يسعى إلى إيجاد تعاقدي تطغى عله فكرة التلاحم والتماسك وذلك تكريسا لمبدأ حسن النية .[3]

ويضيف بعض الفقه إلى أن الالتزام بالامانة يقتضي أن يكون المتعاقد نزيها وهذا الالتزام معتمد عليه لإثراء العقد وهو من الالتزامات التي تدخل في نظرية توابع العقد والتي تستند في أساسها على حسن النية ,و إذا كان مبدأحسن النية يحمي من البنود المخفية فإن الالتزام بالنزاهة يرسم حدود والتصرف بين المتعاقدين , فيمنع المتعاقد الذي يحرر العقد مسبقا من فرض شروط

[1] بن منصور محمد , المرجع السابق , ص553

[2] بن الشيخ راضية , الشفافية وعلاقتها بنزاهة الممارسات التجارية , المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية , المجلد 57 , العدد 05 , جامعة الجزائر , 2020, ص 412-413.

[3] نساخ بولقان فطيمة , أخلاقية العلاقة العقدية , لمجلة الجزائرية للعوم القانونية والسياسية , العدد04 , كلية الحقوق , جامعة الجزائر , ص 304

لم يعلمها تلم يقبلها المتعاقد معه,ويكون نفاذ الشروط في مواجهة المتعاقدين مرتبطا بقواعد الشفافية .[1]

من هذا نذكر مثلا الشروط التي تكتب بقياس صغير لا يمكن الانتباه إليها أو يصعب قرائتها فتتضارب المصالح العقدية المشتركة بين المتعاقدين و ينتج عنه لا محال نزاعات بين الأطراف ولهذا تقتضي قواعد الأخلاق , أن يكون أساس العلاقة العقدية ألتزامه .[2]

ثانيا : الالتزام بالنزاهة من مقتضيات مبدا حسن النية

يقتضي حسن النية نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه , ويقتضي بذلك انتفاء نية الإضرار والغش وإنتفاء الخطأ الجسيم , وإنتفاء التعسف في استعمال الحق .

1- إنتفاء الإضرار والغش :

إن الإخلال المتعمد بالالتزامات لا يدل على سوء النية في كل الأحوال , بل لثبوت سوء النية قانونا يقتضي ان يتم الإخلال بالالتزامات بصورة إرادية أولا , وأن يكون هناك هدف آخر أبعد يقصده المخل بإلتزامته , وهذا الهدف هو الإضرار بالطرف الآخر و بالتالي هذا الهدف هو الذي يصبغ صفة السوء على نية من يخل التزامه , فسوء النية إذا هو نية تسبب الضرر.[3]

ولهذا السبب حسن النية في العقود يقتضي إنتفاء نية الإضرار , فالمتعاقد الذي يقصده الإضرار بالمتعاقد الآخر يعتبر سيء النية , أما الذي لم يقصد أن يضر بالطرف الآخر في العقد يعتبر حسن النية , والنية في اللغة تعني إرادة متجهة نحو هدف ما أو الرغبة في تحقيق نتيجة معينة وبالتالي نية الإضرارتعد متوفرة والخطأ العمدي محققا كلما ارتكب العمل وكان الضررالناشئ عنه أمرا لازما , لا يمكن تصور عدم حدوثه عن هذا العمل , أي أن النتيجة (الضرر) لم تكن

[1] بن الشيخ راضية , المرجع السابق , ص 413

[2] عنتري بوزار شهناز , التصنيف في العقود , مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية , كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة يوسف بن خدة الجزائر 1 , 2014, ص 97.

[3] بن يوب هدى , مبدأ حسن النية في العقود , مذكرة لنيل شهادة الماجستير , تخصص قانون العقود المدنية , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة 8 ماي 1945 , قالمة , 2013, ص 142

لتحدث لولا مبادرة الشخص بهذا العمل , ولا يشترط حتما أن تتجه النية إلى الاضرار بالغير مباشرة , بل يكفي أن تتتجه إلى الانتفاع الشخصي عن طريق الإضرار بالغير.[1]

والإلتزام بالنزاهة يفرض كذلك على المتعاقد أن يتعامل مع المتعاقد الآخر دون غش منه وهذا يؤدي بدوره إلى القول بأن مبدأ حسن النية يقتضي من المدين أن يمتنع عن كل غش بالدائن أثناء التنفيذ , كذلك الحال أيضا بالنسبة للدائن في مواجهة المدين , لأن الغش يعتبر مرادفا للخطأ العمدي الذي يتمثل في الانتفاع عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد , وبالتالي يعتبر الغش في نظرية الالتزام العقدي مرادفا لإصطلاح سوء النية, رغم أن الخطأ العمدي ينطوي دائما على سوء النية , أما الغش لا يشترط فيه توافر قصد الإضرار بالدائن .[2]

2- إنتفاء الخطأ الجسيم

قسم فقهاء القانون الفرنسي القديم الخطأ العقدي إلا ثلاث درجات , جسيم ويسير وتافه , فالخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه أشد الناس إهمال , فهو أقرب إلى العمد ويلحق به , والخطأ اليسير هو الذي لا يرتكبه المتوسط أو المعتاد من الناس , والخطأ التافه هو الذي لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص في أموره , وبالرغم من أن الفقه الحديث قد هجر نظرية تدرج الخطأ , إلا أن لها بعض المظاهر في القانون المدني .[3]

فقد نصت المادة 824 من القانون المدني الجزائري على انه :" يفرض حسن النية لمن يجوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم " , وبالتالي لا يكون الشخص حسن النية عند إنتفاء الخطأ الجسيم , أما عند القيام بارتكاب هذا النوع من الخطأ يعد الشخص سيء النية , ذلك لأن الخطأ الجسيم لا يع حتى من الشخص المهمل , فهو يقترب من الفعل أو الخطأ العمد ويلحق بت الحكم , فجرى العمل على تسويته بالخطأ العمدي , لإن إثبات العمد غاليا ما يكون أمرا صعبا , ولذلك يقوم بإثبات الخطأ الجسيم

[1] بن يوب هدى , المرجع السابق , ص 142و143

[2] المرجع نفسه , ص 144

[3] المرجع نفسه , ص 148

قرينة على توافر العمد في الخطأ, وقيل أيضا بأن الخطأ الجسيم ألحق بالغش تأثرا بالقاعدة اللاتينية التي تقول (clapa latta dolo aequiparateur) , أي أن الخطأ الجسيم يساوي الغش , رغم أن هناك فرقا بينهما , أي أن الغش ينطوي على سوء النية ' بينما الخطأ الجسيم قد يقع بحسن نية , وقد ألحق المشرع الجزائري الخطأ الجسيم بالخطأ العمدي في بعض نصوصه , كما هو الشأن في الفقرة الثانية من المادة 172 والفقرة الثانية من المادة 182 , والمادة 185 من القانون المدني الجزائري , كما خص الخطأ العمدي ببعض الأحكام في نصوص أخرى .[1]

3- إنتفاء التعسف في استعمال الحق

إن استعمال الحق بسوء النية هو تعسف في استعمال الحق , ونظرية التعسف في استعمال الحق من النظريات العامة في القانون المدني , فجميع الحقوق يمكن أن يرد عليها التعسف ومن ثم فهو غير جائز[2], وبالتالي تبسط هذه النظرية أحكامها على جميع الحقوق في نطاق دائرة القانون المدني محددة كانت أو مجرد حريات , وقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في الأخذ بهذه النظرية , والتعسف في استعمال الحق هو مظهر من مظاهر حسن النية في العقود ومن إحدى مقتضياته .

وبذلك نظرية التعسف في استعمال الحق , تحدد الطريقة التي يجب أن يسلكها صاحب الحق في استعمال حقه بحسن النية , لذا صرحت قوانين عديدة عن العلاقة المباشرة بين مبدأ حسن النية كفكرة كلية وبين الامتناع عن التعسف في استعمال الحق , من ذلك نص المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من القانون المدني , على التعسف في استعمال الحق كما يلي :" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية :

- إذ وقع بقصد الاضرار بالغير ,
- إذ كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير ,
- –إذ كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ." .

[1] مزاي ليدية , المرجع السابق , ص 55

[2] أنور سلطان ,الموجز في النظرية العامة للالتزام , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , 1998 , ص 515

كما نص في الفقرة الأولى من المادة 691 من القانون المدني على أنه :" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد بملك الجار ".

وهناك تطبيقات عديدة للتعسف في استعمال الحق في تنفيذ العقود , منها :

- الفسخ التعسفي للعقد , فهو مخالف لمقتضى حسن النية في العقود , والفسخ التعسفي يمكن توقعه في كافة أنواع العقود , , وذلك بصرف النظر عن سبب الفسخ أكان بسبب عقد من العقود غير اللازمة ام بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامته .

- الشروط التعسفية في العقود , هي أيضا تدل على الظلم والتعسف اتجاه المتعاقد (خاصة إذا كان مشتري عادي أو مستهلك), والقانون المدني الفرنسي لم يعالج هذه النظرية , أو على الأقل ظاهرة عقود الإذعان , أما القانونين المصري و الجزائري فقد نص كل منهما على كيفية مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان , والتي يملك فيها أحد الطرفين قوة وخبرة ومعرفة في مواجهة الأطرف الآخر الذي يفتقر إلى هذه المقومات وخاصة في عقود الاستهلاك , وفرض شروط جزائية تعسفية ترهق كاهل الطرف الضعيف الذي ليس في وسعه إلا قبول هذه الشروط أو رفضها دون أن يكون له الحق في مناقشتها , وهو الذي يؤدي بالضرورة إلى عدم المساواة بين طرفي العلاقة التعاقدية مما يخل بالتوازن العقدي , وبالتالي يكون الشرط تعسفيا وباطلا , إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه , بما يتنافى مع حسن النية الواجب في المعاملات ووفقا للمادة 110 من القانون المدني الجزائري , يمكن للقاضي إذا رأى أن الشروط تعسفية ومجحفة بالنسبة للطرف المذعون منها , فيصبح العقد ساريا دون تطبيق هذه الشروط التعسفية , ويقضي هذا النص أيضا بأن كل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا بطلان مطلق . [1]

[1] مزاي ليدية , المرجع السابق , ص 56 و57

المبحث الثاني : دور القاعدة الأخلاقية في العملية العقدية

ان القاعدة الأخلاقية أمر أساسي للوقاية من العيوب، و لهذا سندرس في هذا المبحث كل من العدالة العقدية و دورها في تحقيق التوازن بالاضافة الى كيفية حماية اطراف العقد .

المطلب الأول : العدالة العقدية (التوازن العقدي)

يعد التوازن العقدي هو هدف العملية التعاقدية ومقصد التشريعات على مر العصور , لأنه مرتبط بالعدالة , وهذه الأخيرة مرتبطة بالعقد , ولعل العبارة الشهيرة " من قال عقدًا فقد قال عدلاً " , هي تجسيد حقيقي لهذا الارتباط , ورغم مكانة هذه العبارة وما تتمخض عنها من قواعد قانونية تفرض المساواة على الجميع في العملية العقدية , دون ثمة تفرقة أو محاباة لأحد على حساب الآخر , نجد أن هذه العبارة لا تعبر عن الواقع الحقيقي للعقد ,فالعقد في حد ذاته لا يرتب التزامات عادلة دائماً لأنه في النهاية تعبير عن إرادات غير متكافئة غالبا .[1]

الفرع الأول : دور القاعدة الأخلاقية في تحقيق التوازن العقدي

تهدف القاعدة الاخلاقية إلى وضع حد لأي تجاوز من طرف المتعاقد في استعمال حقه على نحو يميل في نحو التعسف , حيث تسعى هذه الوظيفة إلى إرساء نوع من الموازنة والوسيطة في استعمال المتعاقد لحقوقه [2].

ويمكن التمييز بين حالتين لهذا الدور الحالة التي تتجه فيها نية الشخص مباشرة إلى الإضرار بالغير , في هذه الحالة سوء نية المتعسف ثابتة بالنظر إلى إرادته وهو ماكرسه المشرع في المعيار الأول من معيير التعسف في استعمال الحق , من خلال نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري , والحالة التي لا تتجه فيه نية الشخص إلى الإضرار بالغير , ورغم ذلك فإن تصرفه تعسفي بالنظر إلى مخالفته لحسن النية حيث يتجلى دور حسن النية –التي هي قاعدة

[1] SPITZ(J.F):"Quidit Contractuel dit juste ": Quelaues remarques sur une formule d'Alfred Fouillee , Rev. Trim.dr.civ .200.p281 ets.

[2] عثماني بلال , أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن نية , أطروحة دكتوراه , تخصص قانون , كلية الحقوق والعوم السياسية , جامعة مولود معمري , تيزي وزو , 2018 , ص 77

أخلاقية – في تحقيق التوازن العقدي في هذه الحالة الثانية بإعتبارها وسيلة لتوقيع الجزاء على أي خروج عن الاعتدال سواء كان عمديا أم غير عمدي.

ومما سبق يتضح أن هناك علاقة وطيدة بين حسن النية – كقاعدة أخلاقية – والتعسف في استعمال الحق خاصة في نظرية العقد , رغم الجدال الفقهي حول مدى إمكانية إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق في المجال العقدي , إلا أن الفقه الحديث المعاصر يشير إلى العديد من حالات التعسف في العقد , كالتعسف في استعمال حق فسخ العقد في العقود ذات التنفيذ المستمر وغير محددة المدة , والتي يكون فيها لأي طرف وفي أي وقت كان السلطة في فسخ العقد , دون أن يتم ذلك بالتعسف وفي حدود الالتزام بحسن النية .[1]

الفرع الثاني : دور المفاوضات كوسيلة وقائية في تحقيق التوزان العقدي

إن المفاوضات تحمل صفة الوقائية في طياتها و تعمل بالأساس على إبداء كل الأطراف عن إرادتهم و سنبينها كالتالي:

أولا : أهمية المفاوضات في تحقيق التوازن العقدي

الأصل أن المراكز القانونية للأطراف العلاقة التعاقدية تكون متكافئة , فالعقد بمعناه الحقيقي يعبر عن إراردات متكافئة ومتساوية, تبحث وتناقش شروط العقد بحرية , لكن هذا التكافؤ وهذه المساواة لا تعبر عن الواقع العملي الذي تغيب فيه التكافؤ والمساواة الفعلية سواء من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية , فبعد أن كان المتعاقدين يملكون حرية مناقشة العقد و إخضاعه لمبدأ المساومة والمناقشة والمفاوضة , اختلف الأمر مع وجود عقود الإذعان التي ظهرت مع انتشار التطور الاقتصادي وظهور الصناعات الكبيرة.

وعقود الإذعان هي العقود التي يسلم فيها أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها , وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تون محل احتكار قانوني أو فعلي

[1] عثماني بلال , المرجع السابق, ص 78

أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها,[1] والتي أصبح أحد المتعاقدين فيها يستقل غالبا بوضع شروط التعاقد مقدما وبشكل لا يُسمح فيها بقبول المناقشة من الطرف الآخر .

لقد عالج المشرع هذا التفاوت في المراكز القانونية وعدم التكافؤ فيها في عقد الإذعان بأن قرروسيلة علاجية للطرف المذعن "الضعيف" تكفل له الحماية إذا وقع عليه تعسف من الطرف الأقى اقتصاديا وقانونيا , فأجاز للقاضي تعديل الشروط التعسفية التي تضمنها العقد أو البعض منها , وهذا ما أمر بت المشرع المصري , فنصت المادة 149 على أنه :" إذا تم العقد بطريق الإذعان , وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها , وذلك وفق لما تقضي بت العدالة , ويقع باطلا عمل اتفاق على خلاف ذلك."

ويلاحظ أن الوسيلة التشريعية التي أقرها المشرع لحماية الطرف المذعن " الضعيف " في عقد الإذعان هي وسيلة علاجية وليست وقائية.

ونرى أن المفاوضات وإخضاع العملية العقدية لها يحقق الحماية لها منذا البداية فتقيه من الاختلال وتجعله متوازنا , لما تنطوي عليه مرحلة المفاوضات من أهمية في تحديد أهمومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد , وفي هذا يقول أحد فقهاء في القانون المصري :" إن نجاح العقد أو فشله مرهون بمستوى إعداد العقد في مرحلة المفاوضات ' فكلما كان الإعداد جيدا كلما جاء العقد متوازنا لا يشوبه نقص أو غموض بما يكفل تنفيذه دون منازعات أو خلاف , وعلى العكس من ذلك كلما كان الإعداد رديئا جاؤ العقد غير متوازن ومشوبا بالثغرات والغموض الأمر الذي يفتح باب النزاع والصراع بين الطرفين مستقبلا ."[2]

[1] عبد المنعم فرج الصدة , عقود الإذعان في القانون المصري , رسالة دكتوراه , مطبعة جامعة فؤاد الأول , 1946 , 70

[2] عبد العزيز المرسي حمود , الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذات الطابع التعاقدي , دراسة مقارنة , 2005, ص 5

ويقول آخر :" تحظى المفاوضات العقدية , بأهمية بالغة من الناحية القانونية , فهي تلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد , كما أن حسن إدارة عملية المفاوضات امر يحد من المنازعات في المستقبل ". [1]

يتبين مما تقدم أن المفاوضات لها دور في تحقيق التوازن العقدي , فهي تمكن الطرفين المتفاوضين من الاطلاع على كافة التفاصيل المتعلقة بالعقد , والشروط والالتزامات المترتبة على عاتق أطراف التفاوض والمتصلة بالعقد المزمع غبرامه , وهي بذلك تعبر عن توافق إرادات الأطراف المتفاوضة , وتعبر عن رضائهم تعبثيرا حقيقيا ينعكس على العقد , فيتحقق له التوازن القانوني والاقتصادي , كذلك تمتاز المفاوضات بأنها لا ترتب مسؤولية على المتفاوض الذي يعدل عن تفاوضه .[2]

هذه الطبيعة التي تمتاز بها المفاوضات , تظهر بما لا يدع مجالا للشك ورها الوقائي لمنع اختلال التوازن العقدي , ويتبين هذا الدور الوقائي للمفاوضات من خلال ما نصت عليه المادة 95 من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه :" إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد , واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد , ولم يشترطا أن العقد لا يتم عن عدم الاتفاق عليها , اعتبر العقد قد تم , وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها , فإن المحكمة تقضي فيه طبقا لطبيعة المعاملات ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

مفاد هذا النص أن الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد و الاحتفاظ بمسائل تفصيلية يتم إرجاءها للإتفاق عليها فيما بعد ' فإن هذا لا يحول دون إتمام العقد شريطة أن لا يكون العقد مرهونا بالإتفاق على هذه المسائل التفصيلية .[3]

هنا يتبين دور المفاوضات وأهميتها في تحقيق التوازن العقدي من خلال اعتبارها وسيلة وقائية تحول دون اختلال العقد المزمع إبرامه , لإنه في حالة الخلاف على المسائل التفصيلية

[1] محمد حسين عبد العال , التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية , دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية , دار النهضة العربية 2008 , ص 12

[2] عبد العزيز مرسى الحمود , المرجع السابق , ص 58

[3] القاموس المحيط , لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي , ج3 , الحلبي , 1953

السابقة , ولم يتم الاتفاق بشأنها فإن ذلك يمثل اختلال للتوازن العقدي , وكان الاختلال هنا لاحقا للتوازن العقدي الذي تم بإتمام العقد من خلال المفاوضة المصحوبة باتفاق على المسائل الجوهرية و أن عدم الاتفاق اللاحق على المسائل التفصيلية يجعل العقد مختلا , مما يستتبع التدخل القضائي لإعادة التوازن إلى العقد, وهذا يوضح دور المفاوضات في نشأة العقد متوازنا منذ البداية .

ثانيا : شرط إعادة التفاوض كوسيلة لإعادة التوازنن العقدي

يؤيد الدور الوقائي للمفاوضات في العقد بما يحقق له التوازن ما يسمى بشرط إعادة التفاوض لإعادة التوازن العقدي , وهذا الشرط يدرجه المتعاقدين في عقدهما ويلتزمان بمقتضاه بالتفاوض لتعديل أحكام العقد إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد [1], وهذا الشرط أشيع استخدامه في عقود التجارة الدولية تحت ما يسمى شرط وهو مصطلح انجلييزي يعبر عن المشقة العقدية أو الأزمة التي يمر بها العقد نتيجة تغير الظروف الاقتصادية التي أبرم في ظلها .[2]

ولقد أصيح شرط إعادة التفاوض لإعادة التوازن العقدي من المسلمات التي لا يخلو منها عقد في عقود التجارة الدولية , فأصبح من المألوف إدراجه في العقود , وفي الأخير فإن المفاوضات العقدية سواء كانت مصحوبة باتفاق أو لا , نحقق التوازن للعق , نظرا لما تتضمنه من مناقشات ومساومات متبادلة بين طرفي العلاقة العقدية , مما يؤكد الحري التعاقدية لهما في الإقدام على إبرام أو العدول عنه دون انعقاد مسؤولية , الأمر الذي يضمن استقرار العقد و خروجه متوازنا لا يشوبه نقص أو يعتريه ضعف أو غموض بما يكفل تنفيذه دون منازعات أو خلافات . [3]

[1] عبد العزيز مرسي حمود , المرجع السابق , ص49

- رجب كريم عبد اللاه , التفويض على العقد – دراسة مقارنة – , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , 2000, ص 313

[2] رجب كريم عبد اللاه , المرجع السابق , ص 315

[3] المرجع نفسه , 313

المطلب الثاني : حماية أطراف العقد

قد يتخل النظام العام لحماية الطرف الضعيف في العقد وذلك بمواجهة الضعف التعاقدي الذي يتمثل في انعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد لهذا سنتطرق في الفرع الأول عن صور الضعف التعاقدي ومن ثم إلى تطبيقات النظام العام الحمائي في الفرع الثاني

الفرع الأول : صور الضعف الاقتصادي

ان الضعف الاقتصادي للأطراف المتعاقدة من شأنه أن يخل بالتوازن في العقد و هذا ما سنوضح صوره في هذا الفرع

أولا : الضعف الاقتصادي

يتحقق الضعف عندما يضطر أحد المتعاقدين إلى قبول شروط جائزة يفرضها عليه الطرف الآخر دون أن يكون له الخيار بين قبول هذه الشروط أو رفضها ,[1] ويظهر هذا الضعف في صورتين :

الصورة الأولى : يتمتع فيها احد المتعاقدين بنفوذ اقتصادي هائل وسيطرة على السوق بما يسمح له بفرض شروط العقد أما الطرف الآخر فقد يكون ضعيف بسبب حاجة تعوزه كالحاجة إلى العمل أو إلى مسكن فنكون أمام طرف قوي يسعى إلى الإفادة من حالة الاحتياج التي توجد فيها الطرف الضعيف .[2]

الصورة الثانية : ويوجد فيها أحد الطرفين في مركز قوي أثناء التفاوض على العقد , ثم يجد نفسه في مواجهة طرف يتمتع بنفوذ قوي فبلحق الضعف بالطرف الذي يعد تنفيذ العقد أمرا بالغ الأهمية بالنسبة له .[3]

---

[1] محمد حسين عبد العال , مفوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة , 2007 , ص 34

[2] محمد حسين عبد العال , المرجع السابق , ص34

[3] أنس محمد عبد الغفار , بليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان , دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي , دار الكتب القانونية , مصر ' 2013 , ص26

وقد يكون الضعف الاقتصادي ملازما لطبيعة العقد ذاته فينعكس حتى لى تعريفه , ومثال ذلك عقد العمل الذي يعرف بأنه :" العقد الذي ينعقد بمقتضاه بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت رقابته وإشرافه لقاء أجر "[1]. فالعنصر الجوهري الذي يميز هذا العقد يتمثل في خضوع العامل لرقابة وإشراف صاحب العمل الذي يكون له بمقتضى هذه التبعية القانونية أن يصدر أوامره إلى العامل بشأن طريقة تأديته للعمل المكلف به.[2]

ثانيا : الضعف المعرفي

لقد أدى التطور في الحياة الاقتصادية وما صاحبها من طفرات تكنولوجية يمتلك أدواتها البعض دون الآخر إلى ظهور نوع جديد من عدم المساواة يطلق عليه { إختلال التوازن المعرفي } وهذا الاختلال يعكس عدم المساواة في المعرفة والخبرة بين طرفي العقد , حيث نجد طرفا يمتلك المعرفة والخبرة وطرف آخر يفتقر إلى المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد الذي سيبرمه ونتيجة لهذا الضعف المعرفي أصبح على عاتق الطرف الضعيف أن يقوم بالاستعلام والتحري من أجل الحصول على المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد , لكن الواقع العملي اثبت أن هناك حالات يكون فيها من الصعب على الطرف الضعيف أن يتحرى بنفسه عن المعلومات والبيانات التي يريد معرفتها من أجل اتخاذ قرار بالتعاقد من عدمه .[3]

الفرع الثاني : تطبيقات النظام الحمائي

ان المشرع عمل دائما على حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال كما هو الحال مثلا في عقود الإذعان و سنوضح ذلك في هذا الفرع.

[1] محمد حسين عبد العال ,المرجع السابق ,ص 36

[2] أنس محمد عبد الغفار , المرجع السابق , ص 26و27

[3] إبراهيم عبد العزيز داود , عدم التوان المعرفي في العقود , دراسة تحليلية مقارنة , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية , 2014, ص 24و25

أولا : حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان

عقد الإذعان هو " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري , يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محددوة النطاق بشأنها ".[1]

تعتمد عقود الإذعان على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العقد بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا بالموافقة عليه كما هو رفضه دون أن يكون له القدرة على تغيير العبارات الواردة فيه أ, الشروط أو الأحكام التي يتضمنها , لذلك وصفت هذه العقود بالإذعان ,[2] ومن ضمن الإشكاليات التي يطرحها هذا العقد أيضا , الاستغلال الذي قد يعمد إليه الطرف القوي تجاه الطرف الضعيف المذعن مستغلا حاجة هذا الأخير إلى الخدمات أو السلع المقدمة فيبادر إلى فرض الشروط التعسفية وهو على يقين بأن الطرف الساعي إلى التعاقد بالإذعان , وبسبب احتكار هذه السلع أو الخدمات لن يكون أمامه إلا أن يذعن لها[3] .

ويتحدد معنى الإذعان في العقود بالنظر إاى معيارين :

الأول اقتصادي يتمثل في أن أحد الطرفين وهو الموجب يتمتع بنفوذ اقتصادي هائل في مواجهة الطرف الآخر بحيث تنعدم المساواة الفعلية بين مركزيهما .

والثاني قانوني مفاده أن يتفرد أحد طرفي العقد أي الموجب , بصيغة العقد وتحديد شروطه بصورة قاطعة على نحو لا تقبل المناقشة أو المساومة فيها من الطرف الآخر.[4]

[1] هانية محمد علي فقه , الرقابة القضائية على عقود الإذعان , ط01, منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , 2014, ص 13و14

[2] أنس محمد عبد الغفار , المرجع السابق , ص 31

[3] هانية محمد علي الفقه , المرجع السابق , ص 17

[4] محمد حسين عبد العال , المرجع السابق , ص 84

ثانيا: حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك

يعرف عقد الاستهلاك بأنه :" عقد يبرم بين طرفين يسمى الأول مستهلك ويسمى الثاني المهني بموجبه يتلقى الأول منتوجا أو خدمة لغرض غير مهني مقابل ثمن معلوم" .

يعد المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وعلى هذا الأساس تقررت حمايته ومن أوجه الحماية

- حق المستهلك في الاعلام السابق للتعاقد , وهذا التزام ناشئ عن عدم تكافؤ في المعلومات بين المتعاقدين
- حق المستهلك في العدول عن العقد سواء قبل إبرامه أو بعد إبرامه [1]

[1] عاشور فاطيمة , النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد , مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية –مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية , العدد 07 , جوان 2019, ص 25و26

خلاصة الفصل

من خلال هذا الفصل، تبين لنا أن الغرض الأصلي من إبرام العقود هو السعي إلى تنفيذها، فالعقد إنما وضع لتحقيق الهدف الذي يبتغيه المتعاقدين من التعاقد، فيلتزم كل طرف باحترام بنود العقد وتنفيذه بحسن النية. فمبدأ حسن النية في العقود و التشريعات المقارنة و مبادئه وكذا مضامين يأتي في مقدمة هذه القوانين القانون الإنجليزي القانون الايرلندي القانون المدني الفرنسي القانون الأمريكي و بالتالي المفهوم الموضوعي لحسن النية هو المفهوم المعتمد في مجال الارادة التعاقدية , والذي نرى أن تكون حسن النية فكرة أخلاقية خالصة تشكل قاعدة للسلوك , تتطلب من الأشخاص مراعة النزاهة والامانة في معاملاتهم التي يمكن أن نصنفها إلى أربعة مجاميع، مجموعة لم تنص صراحــة على حسن النية وأخرى نصت صراحة على حسن النية في تكوين العقود ، الثالثة نصت على حسن النية في تنفيذ العقود (Execution du Contrats) فقط ومجموعة رابعة نصت صراحة على حسن النية فى العقود ولكن دون تفرقة بين تكوينها وتنفيذها.و هذا ما عملنا على توضيحه في خضم الفصل الأول و كذا الإلتزام بالإعلام و النزاهة .ثم تطرقنا لما تلعبه القاعدة الاخلاقية من دور في العملية العقدية و ذلك بتوضيح معنى العدالة العقدية ، و كذلك كيف يتم حماية أطراف العقد كأساس للعقد.

الفصل الثاني

تطبيقات القاعدة الأخلاقية في العلاقات التعاقدية

المبحث الأول: المرحلة ما قبل العقدية

ينقسم إبرام العقد إلى عدة مراحل أولها مرحلة ما قبل العقد و هي التي تتجلى فيها نية الأطراف و جديتهم في إبرام العقد و هذا ما سنعمل على إيضاحه في هذا المبحث.

المطلب الأول: الإرادة الجدية تكريس الأخلاقي في العقود

إن إرادة المتعاقدين الجدية تنعكس على مدى انضباط بنود العقد، و هذا ما سنعمل عليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

يعتبر الالتزام بالإعلام من المواضيع التي كثر الحديث عنها في الآونة الأخيرة، والذي يمكن تقسيمه حسب موضعه في العملية التعاقدية الى نوعين. الأول يتم في المرحلة السابقة على التعاقد اي ينشا في مرحلة تكوين العقد ويطلق عليه الفقه الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام. والنوع الثاني يتم في مرحلة اللاحقة للتعاقد اي الالتزام بالاعلام بالمعلومات اثناء تنفيذ العقد، ولا يدخل هذا الأخير ضمن دراستنا و سنركز على الالتزام الأول، حيث ندرس مفهوم الذي يستوجب منا البحث في تعريفه وخصائصه والهدف من تقريره وكذا التمييز بينه وبين ما يشبهه من إلتزامات.

تعريف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

نضت العديد من النصوص الخاصة في التشريع الجزائري تؤكد الالتزام بالاعلام العام للاعلام كواحد من التزامات المهني أو العون الاقتصادي، حيث نضت في المادة 04 من قانون 04 _02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: " يتولى البائع وجوبا اعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع و الخدمات و بشروط البيع".

ما نضت المادة 08 من ذات القانون على انه:" يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس، وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة". وهنا يكون إعلام العون الاقتصادي للمستهلك بحسب طبيعة المنتوج أو الخدمة محل التعاقد.

في حين نضت المادة17 من القانون 09_03 على أنه:"يحب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم أو بأنه وسيلة أخرى مناسبة..."

ومن خلال قراءتنا لنص هذه المادة نرى أنها خصت المتدخل مقتني المنتوج دون ذكر الخدمة كما يظهر هذا التخيص لما اشارت المادة الوسائل الاعلام من بينها الوسم وقد أحال التفاصيل على التنظيم ما أكدت على هذا الالتزام أحكام الماتين 11 و13 من القانون رقم 18 _05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.[1]

كما نص المشرع المصري على هذا الالتزام في نص المادة 04 من القانون رقم 181 لسنة 2018 المتضن قانون حماية المستهلك[2]، حيث جاء فيها على أنه" يلتزم المورد باعلام المستهلك بجميع البيانات الجوهرية عن المنتجات، وعلى الأخص مصدر المنتج وثمنه وصفاته وخصائصه الأساسية، وأي بيانات أخرى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون بحسب طبيعة المنتج، أو الذي تبعته اللائحة التنفيذية رقم 822 لسنة 2019[3] الذي نص في المادة 03 منها على ذات الالتزام.

إلا أنه من خلال كل النصوص التي تم ذكرها نرى أنه لا وجود لتعريف تشريعي محدد للالتزام بالاعلام السابق للتعاقد واكتفى المشرع فقط بالاشارة الى التزاميته ولبعض وسائل تنفيذه .

في ظل انعدام تعريف تشريعي اللالتزام بالاعلام السابق للتعاقد إلا أنه تعددت واختلفت تعريفات الفقهاء للالتزام بالاعلام قبل التعاقد، وقبل الولوج في التعريف الفقهي للالتزم بالاعلام قبل التعاقدي رأينا انه علينا تعريف الاعلام والذي يمكن تعريفه كما يلي:

[1] القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10مايو 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية العدد28، المؤرخة في 16 مايو 2018.

[2]القانون رقم 181 لسنة 2018، الصادر في 13 سبتمبر 2018، المتضمن حماية المستهلك، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية عدد 37 ، الصادرة في 13 سبتمبر 2018.

[3]اللائحة التنفيذية رقم 822 لسنة 2019، الصادرة في 01 أفريل 2019، المتعلقة بقانون حماية المستهلك، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد13، الصادرة في 01 أفريل 2019.

تعريف الاعلام [1] لغة: جاء في لسان العرب لابن منظور الافريقي أن الاعلام من الفعل علم وعلمت بالشيء بمعنى عرفته وعلم الأمر بمعنى أدركه وتحصل على حقيقته[2]، كما هو تحصيل الشيء ومعرفته والتيقن منه، أما في الاصطلاح الصحفي: يقصد به عملية توصيل الأحداث و الأفكار العلم الجمهور عن طريق وسائل عديدة سواء كانت مسموعة أو مرئية أو مكتوبة ويشرط في الاعلام المصداقية والوضوح[3]. إذ عرف بعض الفقه الالتزام بالاعلام قبل التعاقد على أنه: " التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة الايجاد رضا سليم كامل متنور على علم يكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع الى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم بيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالادلاء بالبيانات"[1].

عرفه جانب أخر بأنه:" الزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين_ سواء أكان طرفا في العقد المزمع إبرامه، أحدهما أو كليهما أو من الاغيار عن هذا العقد_ باعلام الدائن_ سواء كان طرفي العقد أو كليهما_ في ظروف معينة إعلاما صحيحا وصادقا بطافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد ابرامه والتي يعجز عن الاحاطة بها بوسائله الخاصة ليبتي عليها رضاءه بالعقد[2].

وهناك من عرفه بأنه:" التزام ينشأ في مرحلة المفاوضات العقدية، ويفرض على كل طرف فيها أن يعلم الطرف الآخر أو ينبغي له أن يعلمه بالمعلومات التي تتعلق بمحل العقد، أو أن يزود

[1] يخلط البعض بين الإعلان التجاري و الاعلام، رغم الاختلاف بينهما حيث أن الاعلام هو نشر الحقائق و المعلومات و الاخبار بين الجمهور بقصد نشر التعارن بين أفراده وهو شكل الاتصال بتقديم معلومات للجمهور بقصد تنمية الوعي الثقافي و الاجتماعي و السياسي.

[2] ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد التاسع، الطبعة الرابعة، دار صادر للطباعة و النشر، لبنان 2005،ص264

[3] على بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000،ص50.

[1] نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالادلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1982،ص15.

[2] الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2015،ص ص114-115.

بها الطرف الذي الا يعلم، أو ليس بامكانه العلم بها "[3]، ويعتبر عند البعض واجب ضمني أتجده القضاء والذي يمقتضاه يلتزم الطرف الأكثر خبرة و الأفضل معرفة بابلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد[4]، إذن الالتزام بالاعلام قبل التعاقد هو التزام سابق على ابرام العقد يتضمن الزام الطرف الأكثر دراية بموضوع العقد بتقديم للطرف الآخر الذي له اقل خبرة ومعرفة. كافة البيانات و المعلومات التي تنوره وتمكنه من الاقدام على التعاقد بارادة سليمة.

يتضح من خلال ما أوردناه من تعريفات ان جوهر التزام المهني قبل التعاقد باعلام المستهلك هو البيانات والمعلومات المتعلقة بالمنتوجات والخدمات المراد التعاقد عليها، حتى يكون المستهلك على بينة من أمره ويتخذ قراراه بالا قدام على التعاقد أو الاحجام عنه.

يقوم الالتزام بالإعلام [1]على مبدأ حسن النية وينبثق منه [2]، ومحتوى هذا الالتزام (السابق للتعاقد) يتمثل في أنه إذا كان أحد المتعاقدين يعلم أو كان عليه أن يعلم بواقعة يعرف أهميتها الحاسمة بالنسبة للمتعاقد الآخر، فإنه يلزم بأن يقوم بإعلام هذا المتعاقد الآخر الذي كان يستحيل عليه الاستعلام بنفسه أو الذي كان بإمكانه شرعا أن يثق بشريكه في التعاقد بسبب طبيعة العقد أو صفة المتعاقدين أو الإعلام غير الصحيح الذي أعطاه إياه هذا الشريك.[3]

---

[3]أحمد عصام منصور، الحماية القانونية للمستهلك في العقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2019،ص76.

[4] زاهية حورية سي يوسف ، دارسة قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2017،ص137.

[1]يسمى أيضا :الالتزام بالتبصير، الالتزام بالمصارحة، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات، الالتزام بالإخبار، الالتزام بالإفضاء.

[2]عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 26 ؛ د /شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 382 ؛ عروبة(شافي عرط المعموري،) التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد(، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون المدن ي، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008 ، ص 117 ؛ لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق ،ص 304.303

أنظر :د /نور الدين الناصري، " الالتزام بالإعلام في المجال الإلكتروني" ، مجلة الفقه والقانون الإلكتروني ة، قسم مقالات قانونية، تاريخ النشر 11يوليوز 2011 ، على موقع الإنترنيت ، http://www.majalah.new.ma :ص04

[3]غاستان جاك، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة القاضي منصور(، مراجعة الدكتور كلثوم) فيصل ، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت،2000 ،ص 730.

_بالإضافة إلى الإعلام _ أن يحذر الطرف الآخر، أو يلفت انتباهه، إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناتجة من العقد، وذلك حتى يتخذ هذا الأخير الأوضاع الوقائية المناسبة لتفادي مثل هذه الخطورة ويطبق ذلك في المقام الأول على صانع وبائع الأشياء الخطرة .والواقع أن هذا الالتزام بالتحذير ليس التزاما مستقلا بذاته، ولكن هو التزاما مكملا للالتزام بالإعلام، وبالتالي يعتبر التزاما مشددا بالإعلام، فإذا تضمن التحذير بيانات غير صحيحة يعد ذلك من قبيل الغش التجاري .ونفس الشيء بالنسبة للالتزام بالنصيحة فهو جزء لا يتجزأ من الالتزام بالإعلام وهو درجة متقدمة من درجاته، كما أنه التزام مشدد مثل الالتزام بالتحذير، ويثبت الالتزام بالنصيحة على المدين المحترف في المجال الذي يتم فيه التعاقد، وبالتالي يلزم المدين المحترف بتقديم النصيحة إلى الشخص غير المحترف الذي يرغب التعاقد معه فيبين له مدى ملاءمة العقد من الناحية الفنية والمالية .فالالتزام بالنصيحة إذن _ الواقع على عاتق المهني _ هو أيضا قائم على مبدأ حسن النية .وتطبيقًا لذلك فإن الميكانيكي عليه أن ينبه زبونه إلى عدم تناسب التكاليف اللازمة لإصلاح سيارة بالنسبة لقيمتها.

وبالتالي حسب ما سبق، فإن الالتزام بالإعلام له أهمية قصوى، حيث أنه لا يمكن أن يستعلم كل متعاقد عن كل الأشياء محل العقد، وهو كذلك وسيلة لإعادة التوازن المفقود بإلزام الطرف الأكثر علما بإعلام الطرف الأقل علما.

ويقول جاك غستان عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي :(إذا لم يكن من المناسب أن يكون موجب الإعلام بديلا عن عيوب الرضا فإنه في وسعه إكمال العيوب بشكل مفيد)[1].وبذلك يقوم الالتزام بالإعلام بتنوير رضا الطرف الآخر، الأمر الذي يعني بأنه يؤدي وظيفة وقائية، لأنه يهدف إلى تجنب عيوب الإرادة .كما أنه التزام يتصف بالعمومية، لأنه التزام سابق على إبرام العقود جميعها، لا يقتصر على عقد دون آخر، غير أن التطبيق العملي أفرز أهمية وجوده في بعض العقود، أكثر من بعضها الآخر[2]، وفي هذا الصدد يقول عبد المنعم موسى إبراهيم بأنه:

[1] غاستان جاك، المرجع السابق، ص 691.

[2] سليمان شيرزاد عزيز، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان، الأردن،2008 ،ص382.

(من الصعب تصور واجب عام للإعلام حيث نجده في كافة العقود، لكن مبدأ حسن النية يقود إلى إقراره كل مرة يلاحظ فيها عدم التوازن في المعلومات)[3]. ويقع الالتزام بالإعلام على كاهل كل من طرفي العلاقة العقدية، أي يقع على كل من الدائن والمدين، وقد يلتزم به أحد طرفي العقد المزمع إبرامه فقط تجاه الطرف الآخر، وهذا هو الغالب وقد يلتزم به طرفا العقد معًا، كلُ تجاه الآخر، فيكون الواحد منهما دائنًا ومدينًا في نفس الوقت في مواجهة الآخر.[4]

أما شروط الالتزام بالإعلام فيمكن اختصارها مثل ما ذهب إليه البعض في شرطين فقط:

الشرط الأول هو معرفة المدين بالمعلومات وبمدى أهميتها بالنسبة للدائن، والشرط الثاني هو جهل الدائن بالمعلومات المتصلة بالعقد جهلا مشروعا[1]. بالإضافة لما سبق، فإن الالتزام بحسن النية في إبرام العقود، يتطلب أيضا التزام المتعاقد بتصحيح البيانات والمعلومات السابقة حتى وإن كان معتقدا صحتها حين إبدائه لها، ومعنى هذا الالتزام هو أن المتعاقد الذي يتبين لاحقا بأن البيانات، أو المعلومات، التي أعطاها للمتعاقد الآخر، لم تكن صحيحة أو كانت صحيحة، ولكن لم تعد كذلك، عليه أن يعلمه بالواقعة الحقيقية، أو المستجدة.[2]

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

أن 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 التزام إعلام المشتري بالمبيع علما كافيا، فوردت كما يلي :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

[3]إبراهيم عبد المنعم موسى، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان،2006 ،ص7.

[4]سليمان شيرزاد عزيز، المرجع نفسه،ص383، المعموري عروبة شافي عرط التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق،2008 ،ص117.

[1] عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق،ص 124.

[2] شيرزارد عزيز سليمان،المرجع السابق، ص 388.

البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع .

وبالتالي يلجأ دائما لإعمال مسؤولية البائع، الذي كانت رغبته في إبرام العقد بحماس قد جعلته يهمل إعطاء معلومات سابقة لزبونه، والتي من شأنها قد تجعله يتخذ قراره بالشراء أم لا، وعندما يبرم الع قد يكون على عاتق البائع أيضا التزام بالإعلام، فيجب عليه أن ي قدم للمشتري كل الإرشادات الضرورية حول شروط الاستعمال والاحتياطات الواجب اتخاذها أثناء استعمال الشيء، كما يجب عليه أن ي قدم على الأقل دليل الاستعمال[3].

ويكون على البائع التزام بالإعلام على وجه الخصوص عندما ي كون المن توج جديدا أو معقدا أو منتوج خطير[4] .كما يكون الإلتزام بالإعلام أكثر اتساعا عندما يكون المشتري جاهلا بقواعد استعمال المبيع أكثر مما لو تعلق الأمر بمشتر 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 إذا تعاقد مع شخص محترف، تقوم قرينة لصالحه بأن المتعاقد المحترف يعلم البيانات المطلوبة وبتأثيرها على إرادة الطرف الآخر، وهذه القرينة يطلق عليها الفقه المعاصر **" قرينة تشبيه المتعاقد المحترف بالمتعاقد سيء النية"** ، ويترتب على ذلك تشديد مسؤوليته وعدم استفادته من شروط الإنقاص أو الإعفاء من الضمان[2].

---

[3] لجسين بن شيخ آت ملويا ، المرجع السابق، ص 305-306.

[4] جاك غستان، المرجع السابق، ص720 .

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 306 ،307.

يرى أن هناك قساوة على المهني، لأن المتعاقد المهني رغم (J. Mestre) وتجدر بنا الإشارة هنا إلى أن الفقيه الفرنسي أنه يمتلك بصورة عامة وسائل إعلام ليست لدى الجاهل، غير أن إهمال حماية رضاه يؤسف عليها .نقلا عن:

جاك غستان، المرجع السابق، ص713

[2] بلحاج العربي ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن،2010 ، ص94.

وبالتالي يقع الالتزام بالإعلام على عاتق البائع الحرفي، غير أن القول بأن الالتزام بالإعلام يقع حتما على عاتق البائع الحرفي ، هذا لا يعني بأن البائع غير المحترف مع فيَا من كل التزام، لأن البائع غير المحترف معفي من أن يشترط منه تقديم المعلومات التقنية، لكنه غير معفي من أن يقول بأمانة ما يعرفه من معلومات، أي بمعنى آخر أن البائع غير المحترف مسؤولا عن تزويد المشتري بمعلومات له علم بها، غير أنه لا يكون مسؤولا عن تزويد المشتري بمعلومات لا علم له بها[3]، كما تجدر بنا الإشارة هنا إلى أنه بالنسبة للالتزام بالإعلام المستند إلى ضمان العيوب الخفية، فإنه رغم أن علم البائع ليس شرطا لالتزامه بالضمان، لأن القانون المدني ينص على أن البائع يضمن هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده، إلا أنه مع ذلك يلعب علم البائع بالعيب الخفي دورا مهما في مجال الضمان من ناحيتين، الأولى :بطلان شرط الإعفاء أو الإنقاص من الضمان بالنسبة للعيب الذي يعلمه

البائع ويتعمد إخفاءه غشا منه، أما الثانية :أن التزام البائع بتحمل العيب بدعوى الضمان وتحديد مدة سقوط هذه الدعوى بالضمان يتوقف على مدى علمه بالعيب، لأن تعمد البائع إخفاء العلم بأسباب الضمان يعتبر غشا وبالتالي سوء نية، ولذلك يقع على المشتري عبء إثبات علم البائع بأسباب الضمان من أجل التمسك بتشديد المسؤولية العقدية[1].

وكتطبيق آخر للالتزام بالإعلام، صدر قرار من الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية

في 25 فيفري 1997 ، أثر في تغيير إتجاه القضاء، فقضى بأن الطبيب عليه التزام بالإعلام، وعليه أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام .وصدر أيضا من الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 29 أفريل1997 قرار قضى بنفس ذلك المعنى فيما يخص المحامين[2] ونص القانون الجزائري هو أيضا على إ لزام الطبيب بإعلام مريضه، فالطبيب عليه أن يقوم بتنوير مريضه وتبصيره بحالته الصحية وطبيعة مرضه ودرجة خطورته وما يقترحه له من وسائل وطرق لمداواته وعلاجه .وبالتالي قبل أن يباشر الطبيب على مريضه أي إجراء جراحي أو تدخل علاجي، عليه

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص308

[1]عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص127 .

[2]Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit, p. 172

أن يحصل على رضى مريضه بذلك، وأن يزوده بالمعلومات والبيانات الكافية التي تسمح لمريضه وتهيء له وسائل التعبير عن إرادته في قبوله أو رفضه لهذا التدخل العلاجي أو الإجراء الجراحي .[3]

وبالتالي إذا أخل الطبيب أو الجراح بهذا الالتزام، قامت مسؤوليته العقدية في مواجهة المريض في حالة قيام العقد الطبي، أو مسؤوليته قبل التعاقدية عن خطئه في المرحلة السابقة على التعاقد عند عدم إبرام العقد، وهي المسؤولية التقصيرية وفقا لأحكام المادة 24 ق.م.ج[4] ونفس الشيء بالنسبة للمحامي، فقد فرض عليه القانون الجزائري أيضا التزاما بإعلام موكله عن كل ما يتعلق بقضيته.

كما نجد أيضا أن القانون الجزائري في عقود التأمين تطبيقا للالتزام بالإعلام كلف المتعاقد بتقديم المعلومات أو البيانات الت ي تعلق عليها شركة التأمين أهمية بالغة أو قصوى في عملية التعاقد، وأوجب أن تكون هذه البيانات صحيحة ولا تخالف الواقع.

وبذلك فإن المستأمن الذي يعمد إلى إخفاء أو تقديم بعض البيانات الكاذبة مع علمه بأهمية هذه البيانات في اعتبار المؤمن لتقد ير الخطأ المؤمن منه تقديرا صحيحا ، هو مستأمن سيء النية يرتب عليه القانون جزاء قاسي يتمثل في بطلان عقد التأمين مع ضياع حقه من استرداد ما دفعه من أقساط، وإلزامه بدفع الأقساط التي حلت ولم يكن تم تحصيلها بالفعل وذل ك على سبيل التعويض، كل ذلك حتى ولو لم يكن للكتما ن أو الإعلان ال كاذب أي دور في وقوع الكارثة[1]، و قد نصت على هذا الجزاء المادة 21 من الأمر 95 07_ المتعلق بالتأمينات.[2]

أما المستأمن حسن النية الذي يكتم عن المؤمن معلومات جوهرية بالنسبة لهذا الأخير، وهو يجهل أهميتها بالنسبة له فلم يقصد من عدم الإفضاء أو من الإفضاء غير الصحيح الإضرار

[3] عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص237 .

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص95

[1] عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص258 ،259.

[2] الأمر رقم 07 95 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 هـ الموافق ل 25 يناير 1995 م يتعلق بالتأمينات ج.ر، عدد 13 لسنة1995

بالمؤمن فإنه لا يتعرض لجزاء البطلان، ولكن يتعرض لجزاء خفيف يتناسب مع حسن نيته [3]، لأن المستأمن هنا بحسن نية أغفل تقديم بيان مؤثر عند إبرام عقد التأمين .وبالتالي حسب المادة 19من 07المتعلق بالتأمينات، يختلف الجزاء بين حالة اكتشاف حقيقة المعلومات المكتومة – الأمر95 أو الكاذبة قبل وقوع الكارثة أو الحادث المؤمن منه، وبين اكتشافها بعد حدوث الكارثة أو وقوع هذا الحادث .فإذا كان المؤمن قد اكتشف المخالفة قبل تحقق الخطر المؤمن منه، فإن له الخيار بين إبقاء العقد مع زيادة الأقساط أو له طلب فسخ العقد، وإذا فسخ العقد فإن المؤمن لا يكون ملتزما بضمان الخطر ولا يكون له الحق في طلب الأقساط اللاحقة على لحظة الفسخ، أما ما قبضه من أقساط حتى هذه اللحظة فهي حق خالص له لأنها إنما كانت مقابل خطر كان يتعهد بتغطيته .أما في حالة اكتشاف المخالفة بعد تحقق الخطر، فالجزاء هو تخفيض مبلغ التعويض بما يتناسب مع قيمة الأقساط المدفوعة تلك التي كان من الواجب على المستأمن دفعها لو كان المؤمن على علم بأوصاف الخطر الحقيقية، وذلك تطبيقا لمبدأ تناسب القسط مع الخطر، ويطبق هذا الجزاء حتى ولو كان البيان المخفي أو الكاذب لا صلة له بوقوع الكارثة .وسبب ذلك هو أن المستأمن حسن النية لا يجب حرمانه من أي ضمان، ولهذا يمكن تأمينه جزئيا وفي حدود الأقساط التي دفعها.

كما نجد الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للعقد، لا يناقش فيه هذه الأيام بسبب ضرورة حماية المستهلك من بين المتعاقدين الضعفاء، وقد أشار المشرع الجزائري إلى إلزامية إعلام المستهلك على شكل مبدأ عام في المادتين17 و 18من القانون رقم09/03 المؤرخ في2009/02/25 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وبالتالي يفرض على المهني الالتزام بإعلام المستهلك، بطريقة واضحة قبل إبرام العقد.

أما إعلام المستهلك الإلكتروني، فقد نصت المادة الثانية من القانون الفرنسي المؤرخ في04 /1994/08 والمسمى بقانون " توبون " (Toubon)على ضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني ، عن السلعة أو الخدمة المراد التعاقد بشأنها، وخاصة عند التعاقد عبر

[3] عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص252 ،258.

الإنترنت أو بوسيلة إلكترونية، وعلى وجه الخصوص في وصف الشيء أو المنتج أو الخدمة، وتعيين نطاقه وماله من ضمان، وكذلك طريقة التشغيل أو الاستعمال، وكيفية الدفع والضمانات، وتنظيم الفواتير والإيصالات وغيرها .وهو ما أكده المرسوم الفرنسي رقم 741 لسنة 2001 ، والذي صدر إعمالا للتوجيه الأوروبي رقم 7 لسنة 1997 المادة 4 منه، على ضرورة أن يتم إعلام المستهلك في الوقت المناسب وهو المرحلة السابقة على التعاقد ، قبل إبرام كل عقد يتم عن بعد أي بوسيلة إلكترونية، كما أن المادة 25 من القانون الإلكتروني التونسي، اشترطت على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد، مجموعة من المعلومات عن السلعة أو الخدمة المراد التعاقد الإلكتروني بشأنها، وهذا يعني أن القانون الإلكتروني التونسي[1] نص على الالتزام القانوني بتقديم المعلومات اللازمة، السابق على إبرام العقد، الذي يتم عبر الوسائط الإلكترونية المؤتمنة، ويتم تقديم هذه المعلومات بصفة واضحة ومفهومة بعيدة عن الغموض والإخلال بالالتزام بالإعلام، تتعدد الجزاءات المدنية التي تترتب عليه تبعا لما يشكله من حالات، فقد يكون عدم الإعلام سببا في وقوع الطرف المقابل في الغلط، أو قد يكون عدم الإعلام تدليسا، أو يكون إخلال بالقواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية أو الاستحقاق، كما قد يعتبر الإخلال بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد خطأ تقصيري.

وبالتالي الإخلال بالالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد، قد يجعلنا بصدد أحكام المسؤولية التقصيرية لا العقدية المادة 124 ق.م.ج .لكن هناك من يرى غير ذلك فيقول بأن الالتزام بالإعلام رغم أنه يتموقع قبل إبرام العقد، إلا أنه ذو طبيعة عقدية منذ ذلك الحين .وهناك أيضا من يؤكد بأن الرأي الحديث يذهب إلى القول بأن الالتزام تتحدد طبيعته حسب الالتزام المخروق، هل هو عقدي أم لا ؟

وليس على أساس الوقت الذي وقع فيه خرق هذا الالتزام .أي هل الالتزام بالإعلام المخروق يفرضه العقد أو الواجب العام؟ ، فإن فرضه العقد يكون الخطأ عقديا، وإن فرضه الواجب العام

[1] القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 ، المؤرخ في09 /200/08، والمتعلق بالمبادلات التجارية الالكترونية.

بالتزام حسن النية فإن الخطأ يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية ليدخل ضمن المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني: نظرية عيوب الارادة تجسيد للعنصر الاخلاقي

يقتضي حسن النية في إبرام العقود، انتفاء عيوب الإرادة، هذه الأخيرة في القانون المدني الجزائري، تتمثل في :الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال.

فانتفاء هذه العيوب في إبرام العقود يدل على سلامة الإرادة واستقامة القصد، أما وجودها عند إبرام العقود يدل على سوء النية وخبث النية.

وقد تعرض القانون المدني الجزائري لأحكام الغلط في المادة 85 منه، ولأحكام التدليس في المادتين 86 و87 منه، ولأحكام الإكراه في المادتين 88 و 89 منه، ولأحكام الاستغلال في المادة 90 منه.

وعيوب الإرادة تنطبق على التعاقد عن طريق العقود الإلكترونية أيضا، وبالتالي العقود الإلكترونية تستوي مع العقود التقليدية في هذا الصدد[1] والتساؤل الذي قد يثار هنا بشأن حسن النية وعيوب الإرادة، هو :هل عيوب الإرادة يمكن أن تغني عن مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد؟.

ونجيب عن ذلك، بأن هذا ال قول غير صحيح، لأن الأصح في نظرنا هو رأي الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني، الذي ذهب إلى القول بأن عيوب الإرادة، كل عيب فيها يحتاج إلى شروط يلزم توافرها فيه حتى يكون مؤثرا، وإن هذا من شأنه أنه قد توجد حالات يكون المتعاقد فيها سيء النية، لكن يصعب حماية الغير أو الطرف الآخر عن طريق أي عيب من عيوب الإرادة لعدم توافر شروطه، فكان مبدأ حسن النية مغطيا مساحة تعجز عيوب الإرادة عن تغطيتها، حيث يعتبر هذا المبدأ بهذه الوظيفة متمما ومكملا لنظرية عيوب الإرادة، لأنه يؤدي وظيفتها وزيادة [1]وقد قيل كذلك بأن أساس الالتزام بالإعلام هو قصور نظرية عيوب الإرادة عن تحقيق

[1]شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص301

[1]القوني عبد الحليم عبد اللطيف ، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2004 ص349

أهدافها لأنها لا تدخل إلا في مرحلة عيوب الإرادة وبشروط معينة قد لا تتوفر جميعها، رغم وجود خلل أو عدم توازن في المصالح المتبادلة في العقد [2]

والالتزام بالإعلام قد سبق أن ذكرنا أنه من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود.[3]

من خلال ما سبق، حسن النية يقتضي في إبرام العقود انتفاء التدليس، لأن هذا الأخير عبارة عن استعمال شخص طرق احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، سواء كان هذا التدليس صادر من المتعاقد الآخر أو عالما به، وبالتالي استعمال الطرق الاحتيالية بقصد التضليل يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود .كما يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة لم يكن يعلم بها المدلس عليه طبقا للفقرة الثانية من المادة 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 للإكراه فهو أعلى درجات سوء النية، لأن جو هر الإكراه هو انتزاع الرضا بالقوة أوالتهديد[5]، وبالتالي حسن النية في إبرام العقود يقتضي انتفاء الإكراه، وهذا الأخير عبارة عن ضغط مادي أو أدبي 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 لاتقاء شر المكروه الذي هدد به، وذلك يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود.

وجزاء الإخلال بحس ن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود الإكراه بكافة طرق الإثبات، يتمثل في:

---

[2]أنظر عن اختلاف الفقه والقضاء حول أساس الالتزام بالإعلام :عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص09

[3] فمثلا :ورد بخصوص التصريح الكاذب لدفع المتعاقد إلى التعاقد :قرار المحكمة العليا ، غرفة مدني ة، رقم (233625 بتاريخ 2001 17 /01/ ، المجلة القضائية لسنة 2001 ، عدد 02 ، ص . 109 حيث استعمل البائع حيلة تتمثل في أنه صرح للمشتري بأنه يستطيع تشييد بناء على الأرض محل التعاقد، وأن شركة سونلغاز سوف لا تتعرض للمشروع، في حين أن الأمر عكس ذلك مما يشكل تدليسا معيبا لرضا لأن المشتري لو علم بهذه الحيلة لما أبرم العقد.

[4]عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004 ، ص26

[5]الشواربي عبد الحميد، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1988 ، ص09 .

أن يطلب المتعاقد الفكرة إبطال العقد مع التعويض، أما إذا كان الإكراه من الغير ولم يستطع المتعاقد الفكره إثبات تورط المتعاقد معه، فليس له إلا الرجوع على الغير بدعوى المسؤولية التقصيرية طالبا التعويض فحسب . كذلك حسن النية يقتضي في إبرام العقود انتفاء الاستغلال، لأن هذا الأخير عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد الآخر حتى يحصل على عدم التوازن التعادل 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 المست غل 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 طلبه أوالعدول عن ذلك والاكتفاء بإنقاص التزامات المتعاقد المستغل ليردها إلى الحد الذي يرتفع معه الاختلال الفاحش في الأداءات .أما إذا اختار المتعاقد المستغَل طلب إنقاص الالتزامات فحسب، لم يكن للقاضي إبطال العقد .وفي كلتا الحالتين يستطيع دائما المستغل أن يتوقى البطلان الذي قد يقرره القاضي إن هوعرض ما من شأنه إزالة الغبن، سواء كان في شكل دفع مبلغ نقدي أو أداءات عينية أو غيرها.

أما الغلط فهو يعيب الرضا لأنه عبارة عن وهم يقوم في ذهن العاقد فيصور له الأمر على غير الواقع وغير الحقيقة، ويكون هو الدافع الذي يدفع العاقد إلى التعاقد، ولا يشترط هنا أن يشترك المتعاقدان في الوقوع في الغلط، بل يكفي أن يقع فيه أحد الأطراف ولو جهله الثاني.

وأهم المسائل التي تثيرها نظرية الغلط هي مسألة التوفيق بين مصلحة المتعاقد الواقع في الغلط ومصلحة الطرف الآخر في العقد، فالأولى تقتضي تمكين الواقع في الغلط من التحلل من العقد، والثانية تقتضي الإبقاء على العقد. وبالتالي تعددت الآراء بشأن نظرية الغلط، فمنهم من ينظر إلى أن أساس نظرية الغلط هو استقرار المعاملات وبالتالي نظر إلى النظرية من زاوية المصلحة العامة، ومنهم من قال بأن أساس النظرية هو حماية الثقة المشروعة المتولدة لدى

المتعاقد المتمسك تجاهه بالغلط، وبالتالي نظر إليها من زاوية المصلحة الخاصة للمتمسك تجاهه بالغلط أي المتعاقد الذي إرادته ليست معيبة .

أما الدكتور شيرزاد عزيز سليمان يرى بأن كل هؤلاء أغفلوا النظر إلى الغلط من جانب مصلحة المتمسك بالغلط، فيقول...) :إذ أن هذه النظرية مبنية على أساس احترام مقتضيات حسن النية من قبل المتمسك تجاهه بالغلط، إذ أن حسن النية يقتضي منه إعلام الطرف المقابل بأنه واقع في الغلط، وهذا ما يبرر اشتراط علم المتعاقد المتمسك تجاهه بالغلط .ورب معترض يقول سلمنا بأن الع لم بالغلط يقتضي إعلام المتعاقد معه بالغلط، ولكن كيف يبررون الحالات الأخرى التي لم يعلم المتعاقد بالغلط، بل كان مجرد سهولة العلم به أو وقوعه في نفس الغلط الاشتراك في الغلط ؟ للرد على هذا الاعتراض نقول بأن سهولة العلم بالغلط يقتضي من المتعاقد المتمسك تجاهه بالغلط التزامًا إضافيا من عدم وقوع المتعاقد المقابل في الغلط من خلال الاستفسار منه عما (Duty to investigate) بالتحقيق يبتغيه من التعاقد، على موضوع العقد، أو أن يطلب منه تأكيدا على ما يريده، وبعد أن يتأكد من وقوع المتعاقد في الغلط، يعلمه بأنه واقع في الغلط .أما في حالة وقوعه نفسه في الغلط أي الغلط المشترك فهنا يقتضي حسن النية في إبرام العقود منه التزام التسامح في إبطال العقد للغلط، لأنه نفسه كان واقعا في ذات الغلط.

ولحماية المتعاقد الآخر الذي قد يفاجأ بإبطال العقد لغلط ما في صفة في الشيء لم يكن يدري شيئا من أهميتها، فإنه لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع يخالف حسن النية، طبقًا لنص 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.

والحكم بعدم جواز التمسك بالغلط على وجه يخالف حسن النية، يعتبر تطبيقا من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن حسن النية يقتضي أن لا يقع تعسف في استعمال حق من الحقوق ومنها الحق في إبطال العقد.

والمقصود هنا بحسن النية هو ليس حسن النية الذي يتعارض مع سوء النية، وإنما المقصود به نزاهة التعامل .أما نص الفقرة الأولى من المادة 85 ق.م.ج، فهو أقل غموضا وهو يقرر مبدأ

عاما، ويهيء بهذا نطاقا أرحب لإعمال الأحكام المتعلقة بحسن النية فيجاوز بذلك حدود الخصوصيات تطبيقا لذلك نص المشرع صراحة على أهم تطبيق لذلك، في الفقرة الثانية من المادة 85ق.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 العقد لغلط وقع فيه المتعاقد، إذا أبدى المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد بالشكل الذي توهمه المتعاقد الغالط، لأن الفائدة من استعمال حق إبطال العقد لغلط 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 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 مثال ذلك أن يشتري شخص شيئا يعت قد أنه أثري فيتضح له أنه ليس كذلك، فهنا رغم أن المشتري يملك حق التمسك بالبطلان [1]بدون شك ، لكن إذا عرض عليه البائع أن يعطيه التمثال الأثري الذي أراد شراءه وبالتالي البائع هنا أبدى حسن نيته 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. هناك من انتقد حكم عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية، فقال بأنه ينطوي على ظلم بحق العاقد الغالط، لأنه لا يتمكن من إبطال العقد للغلط عندما يكون العاقد الآخر سيء النية، أي عالما بالغلط، وبالتالي يرى هذا الرأي ضرورة فسح المجال أما م العاقد الغالط لإبطال العقد، وقد أيد بعض شراح القانون هذا الرأي، فدعوا إلى ضرورة إلزام العاقد الآخر بتعويض العاقد الغالط عما أصابه ونحن من جانبنا، نجمع بين هذه الآراء كلها، فنرى أنه لا يجوز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية، لأن المدلس سيء النية فلا يمكن أن نكافأه على سوء نيته، ولكن يجوز ذلك إذا صدر

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

التدليس من الغير ولم يتم إثبات علم المتعاقد معه بهذا التدليس .ولكن في نفس الوقت يمكن للقاضي أن يأخذ بغير ذلك عند تقديره للحالة المعروضة عليه للفصل فيها وفقا لسلطته التقديرية.

المطلب الثاني: النظام العام كألية لتكريس البعد الأخلاقي

ان النظام العام فكرة أساسية في القانون و تعمل كمسطرة لكل تعاملات الأفراد، و نظرا لأهميته سنوضحه فيما يلي:

الفرع الأول: فكرة النظام العام و الآداب العامة

ان النظام العام و الآداب العامة من بديهيات القانون و يعمل بالتوافق مع أخلاقيات المجتمع التي تأثر على العقود و سنوضح ذلك في هذا الفرع

تعريف النظام العام: النظام العام فكرة تستعصي بطبيعتها على التحديد ويمكن أن يقال في شيء من التعميم والتقريب أن النظام العام هو "مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية" فقواعد النظام العام هي تلك الضوابط التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سواء أكانت سياسية أو اجتماعية أو

اقتصادية .ويراد بالمصلحة العامة كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيث يرجح على كل مصلحة فردية، ومن ثم وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى ولو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، فإذا هم خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص عد هذا الاتفاق باطلا . وفي دولة الإمارات عرفت المادة3 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 1 لسنة 1991 النظام العام بأنه" يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفكرية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية ." ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

1_أن المشرع الإماراتي لم يعمد إلى وضع تعريف واضح لفكرة النظام العام وإنما أشار إلى حالات معينة أعتبرها من النظام العام.

2_أن الحالات التي اعتبرها المشرع الإماراتي من النظام العام في الدولة تشمل الأحوال الشخصية ونظام الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفكرية والقواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وهي واردة على سبيل المثال لا الحصر.

3_يجب في جميع الأحوال عدم مخالفة الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية مما تقدم يمكن القول بأن فكرة النظام العام هي فكرة معروفة لدى المشرع الإماراتي في القانون المدني وغيره من القوانين الأخرى على اعتبار أن وجودها يكسب القاعدة الإجرائية أهمية بالغة، ويكون البطلان جزاء مخالفتها وهو بطلان لا يتوقف التمسك به على رغبة المتضرر فقط بل يتعين على القاضي أن يحكم بهذا الجزاء من تلقاء نفسه،كما أن هذا البطلان غير قابل للتصحيح أو الزوال ويمكن التمسك به ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز[1].

[1]عبد الحكم فودة، كتاب البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، مطبعة مكتبة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1993ص27

تعريف الآداب العامة

الآداب العامة في زمان معين ومكان معين هي" مجموعة من القواعد والمبادئ وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبق الناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس وليد الاعتقادات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواتر الناس عليه ."ويعتبر الدين أهم العوامل التي تؤثر في الناموس الأدبي للأمة يضاف إليه العرف والعادات والتقاليد التي يسير عليها المجتمع .ولمعرفة ما إذا كانت القاعدة تتعلق بالآداب العامة من عدمه،

فإنه يرجع في ذلك إلى ما تعارف عليه الناس وانتهجوه بحيث يعتبر من الآداب العامة التي يترتب على مخالفتها البطلان.

فالمعيار إذن معيار اجتماعي عام وليس معيار ذاتي خاص، وإن كان غير ثابت بل ومتطور طبق اللبيئة الاجتماعية، فلو نظرنا إلى أمة من زمن معين فإننا نجدها تعتبر أمور معينة مخالفة للآداب العامة مثل ارتداء ملابس البحر على الشاطئ ولكن في فترة لاحقة ونظرا لحدوث تطور اجتماعي أصبحت هذه العادات لا تخالف الآداب العامة وهكذا[2].

مفهومي النظام العام والآداب العامة وعلاقتهما بالقواعد القانونية

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة هي قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وإلا وقع هذا الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا، والبطلان المطلق يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ولا يوجد شخص معين يتقرر هذا البطلان لمصلحته، على خلاف البطلان النسبي الذي يتقرر لمصلحة شخص معين بالذات بقصد حمايته وحده،وبالتالي لا يجوز لغير هذا الشخص التمسك به.

إذا فصفة الإلزام في القواعد الآمرة صفة واضحة لا تثير أدنى شك لأن هذه القواعد بحسب تعريفها لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، أما القواعد المكملة فهي قواعد يجوز الاتفاق على ما يخالفها ومع ذلك فإنه من الواجب تأكيد صفة الإلزام في القواعد المكملة أيضا فهذه القواعد ليست اختيارية يجوز للأطراف استبعادها إلا في ظل وجود تنظيم قانوني آخر غير التنظيم الذي تقضي

[2] المرجع نفسه، ص69.

به . فمعاملات الأفراد لا بد أن تكون خاضعة لقانون معين وإن كانت هناك بعض المسائل التي لا يؤثر تنظيمها بشكل أو بآخر على الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، ومن ثم فإن القانون يجيز للأفراد تنظيم هذه المسائل وفقا لإرادتهم، إلا أنه لا يجيز لهم ترك هذه المسائل دون أي تنظيم على الإطلاق فإذا حدث مثل هذا الترك فإن القواعد المكملة تنطبق في هذه الحالة على المسائل المتروك تنظيمها من جانب الأفراد وتكون في انطباقها ملزمة كالقواعد الآمرة تماما والتي تعمل في المجالات التي تتعلق بكيان الدولة ومصالحها الأساسية ولهذا سميت هذه القواعد بالقواعد الآمرة التي لا يصح الاتفاق على مخالفتها، أما القواعد المكملة فإنها تعمل في المجالات التي تتعلق بمصالح الأفراد فيما ليس فيه مساس بكيان الدولة، حيث يترك الأفراد أحرا ر الينظم واشؤنهم بالطريقة التي يرونها مناسبة على اعتبار أنهم أقدر من الدولة على هذا التنظيم، ولهذا توضع هذه القواعد في صورة مكملة أو مفسرة يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها لأن مصالحهم قد تكون في هذه المخالفة[1].

وقد اعتمد أغلب الفقهاء والشراح على معنى النص أو مضمونه فإذا أفاد معنى النص أو مضمونه أنه يتضمن قاعدة لا يصح الاتفاق على خلافها لتعلقها بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية كانت قاعدة آمرة، أما إذا أفاد بأنه ينظم علاقة خاصة بين الأفراد وليس فيها مساس بكيان الجماعة أو مصالحها الأساسية فإن القاعدة هنا تكون قاعدة مكملة وذلك لأن موضوعها يجوز الاتفاق على خلافه، وهذا ما يكون في النصوص المتعلقة بالالتزامات والعقود المختلفة حيث يسود سلطان الإرادة، ويكون للأفراد الحق في أن ينظموا اتفاقهم بالطريقة التي تروق لهم . وإذا كانت صياغة النص تطلق الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع العلاقة بينهم والمنازعات المثارة بمناسبة هذه العلاقة، فإن هذه الحرية تحدها ضرورة مراعاة القواعد الآمرة التي يحتم المشرع مراعاتها لاعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو لحماية النظام العام والآداب العامة . بالإضافة إلى أن المستقر عليه قانونا يشير إلى أن للدولة سلطة منع تنفيذ أحكام التحكيم التي تصطدم بالأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يقوم عليها كيانها أو بمعنى آخر

[1] توفيق حسن فرج، كتاب المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثالثة، مطبعة مكتبة الدار الجامعية، بيروت، 1993 ، ص 88

أحكام التحكيم المتعارضة مع النظام العام والآداب العامة التي لا تترادف مع الصفة الآمرة للقواعد القانونية السارية والتي تراعى فيها مصالح الأطراف وهذه لا تمس النظام العام أو الآداب العامة بخلاف تلك القواعد التي يستهدف منها المشرع حماية المصالح العامة وبالتالي تعتبر من القواعد التي تمس النظام العام والآداب العامة.

وفي هذا الإطار فقد أخذ قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1991 بالاتجاهات الحديثة التي تعلي من شأن سلطان الإرادة فلم يجعل سريانه مفروض على إجراءات التحكيم التي تجري في دولة الإمارات حيث نص البند الأول من المادة 103 على أنه ...." يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة."

أما على الصعيد الدولي فنجد أن قوام فكرة النظام العام والآداب العامة هو حماية مصالح وكيان الدولة سياسيا واقتصاديا واجتماعيا ، وتعتبر هذه الفكرة بطبيعتها فكرة ذات طابع وطني .ولا يخفى تمايز واختلاف فكرة النظام العام والآداب العامة من دولة لأخرى بل تختلف من دولة لأخرى في الإقليم الواحد، وبالرغم من مرونة هذه الفكرة حسب الأنظمة السائدة في الدول المختلفة إلا أنه يمكن تحديدها في زمن معين وإرساؤها تبع الذلك .

ولقد حرصت كل الشرائع على إعلاء القواعد المرتبطة بالنظام العام والآداب العامة حتى على المصلحة الفردية، وصورة ذلك تقريرها البطلان على كل ما يصطدم ويخل بهذه القواعد.[1] أما عن فكرة النظام العام والآداب العامة الدولية فهي فكرة ذات اتساع غير معقول وذلك لتتمكن من احتواء العالم أجمع بأنظمته ومصالحه وتطلعاته المختلفة والتي في كثير من الأحيان ما تصطدم مع كيان الدولة والذي يختلف من زمن لآخر .هذا فضلا عن غموض هذه الفكرة من ناحية أهدافها، فنرى الأستاذ الدكتور مختار أحمد أن القواعد الآمرة التي يبتغي بها المشرع حماية المصالح العامة فإنها تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام » البريري يقول العام والتي تبرر رفض الاعتراف وتنفيذ الأحكام التي تصدر إخلالا بها. » [1]

[1] المرجع السابق، ص90

[1] مختار أحمد بريري، كتاب التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الرابعة، مطبعة مكتبة دار النهضة العربية القاهرة،1995 ص55.

وفي هذا الإطار أعتقد أنه من غير المقبول افتعال تفرقة مصطنعة بين مفاهيم النظام العام والآداب العامة الداخلية ومفاهيم النظام العام والآداب العامة الدولية في ميدان المعاملات الاقتصادية، فالنظام العام والآداب العامة تصطبغ دائما بصبغة وطنية لا يصح تجاهلها تحت ستار فكرة غامضة تتمسك بها الدول المتقدمة لإهدار مصالح الدول النامية، وذلك استنادا إلى عدم تعلق النصوص الوطنية الآمرة بمفاهيم النظام العام والآداب العامة الدولية التي تعلو على مفاهيم النظام العام والآداب العامة الداخلية، مع التأكيد هنا على أنه لن يتسنى القول بوجود نظام عام وآداب عامة دولية إلا عندما تتلاشى هذه الهوة التي تفصل بين دول العالم المتقدمة والدول النامية، وحتى بعد تلاشي هذه الهوة فستظل المصالح قائمة في كل من النظامين الداخلي والدولي والذي يتصور معه وقوع التصادم.

فلا يمكن تغليب فكرة النظام العام والآداب العامة الدولية حتى لا تتلاشى فكرة النظام العام والآداب العامة الداخلية التي تحدد هوية وكيان الدولة .إلا أنه يتصور لمعالجة هذه الإشكالية أن يتم إيجاد قدر من التوازن بين الفكرتين في إطار يغلب فكرة النظام العام والآداب العامة الداخلية عند اللزوم.[2]

وعودة على بدء، إذا تعلق الأمر بقواعد آمرة تمس النظام العام والآداب العامة الداخلية فإن المحكم لا يمكنه التحرر منها حتى ولو كان مفوضا بإجراء تسوية وفقا لقواعد العدالة، ولا أجد بأسا في هذا المقام من قبول التفرقة بين القواعد التي تهدف إلى حماية مصالح الأطراف وتلك التي تهدف الى حماية المصالح العامة فالأولى يمكن للمحكم بالتفويض الخروج عليها باعتباره أصبح يملك ما يملكه الأطراف، فإذا كان لهؤلاء التنازل عن الحماية المقررة لهم فالمحكم يملك تجاهل النصوص التي تخولهم هذه الحماية، ومثال ذلك غض النظر عن التمسك بالتقادم الذي أكسب أحد الأطراف حقا أصبح عنصرا في ذمته المالية، أما إذا تعلق الأمر بتنازل أحد الأطراف عن التمسك بتقادم لم يكتمل، فإن المحكم لا يمكنه إقرار هذا التنازل لتعلق الأمر بحق لا يملكه

[2] المرجع نفسه،ص56.

الأطراف . أما في التحكيم الدولي الذي يتم فيه تفويض المحكم، فالسائد أنه يستطيع تجاهل القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام والآداب

العامة الداخلية، ولا يقف أمامه سوى النظام العام والآداب العامة الدولية وقد سبق بيان أن فكرة النظام العام والآداب العامة هي بطبيعتها ذات طابع وطني وحكم التحكيم مآله التنفيذ في إقليم دولة معينة، وبالتالي يجب أن لا يكون متعارضا مع نظامها العام وآدابها العامة . ولا يخفي هنا التمايز والاختلاف في فكرة النظام العام والآداب العامة من دولة لأخرى، مما يضع فكرة النظام العام والآداب العامة الدولية موضع شك ويجعل إطلاق سلطة المحكم في التحكيم التجاري الدولي مقيدة على الأقل بمراعاة النظام العام والآداب العامة في دولة التنفيذ وإلا كان حكمه معرض العدم التنفيذ لمخالفته للنظام العام والآداب العامة في مثل هذه الدولة[1]

دور القاضي في تحديد المقصود بمفهومي النظام العام والآداب العامة

إن معيار النظام العام والآداب العامة هو معيار عام ينظر فيه إلى المجتمع وما تواتر عليه الناس ولا ينظر إلى فرد معين فيه، ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يفسر النظام العام والآداب العامة بطريقته الخاصة على هواه ووفق المذهب الشخصي الذي يعتنقه، بل يتعين عليه أن يفسر هذا المفهوم بالتفسير الملائم لروح العصر وآدابه في نظر المجتمع ومصالحه العامة، فالقاضي في هذا المجال بمثابة المشرع فهو الذي يقرر المسائل المخالفة للنظام العام والآداب العامة وتلك التي تتفق معه.

وهذا يقودنا إلى القول بأن فكرة النظام العام والآداب العامة تقوم على معيار موضوعي وهو المصلحة العامة وأساسها هو الناموس الأدبي وما تعارف عليه الناس وصار جزءا من أخلاقهم وحياتهم وهو أيضا معيار موضوعي غير ذاتي وإن كان نسبيا ، على اعتبار أن ما يصلح لأمة معينة قد لا يصلح لغيرها، وقد يقال أن القاضي إذا ترك وشأنه لتحديد فكرة النظام العام والآداب العامة فسوف يتحكم ويستند إلى هواه .لكن الرد على ذلك ينحصر في

[1] المرجع السابق، ص20

حسن اختيار القضاة وتعدد درجات التقاضي مما يكفل درء مثل هذه المخاوف[1].

الفرع الثاني : نسبية النظام العام و الآداب العامة

الاداب العامة بحطم كونها جزء من النظام العام تستمد بعض خصائصها من هذا النظام فقواعد الاداب العامة قواعد نسبية متغيرة باختلاف المكان و الزمان من مجتمع الى اخر ومن جيل الى اخر في المجتمع الواحد .

فمايعد مخالفا للآداب في مجتمع ما قد لايكون مخالفا لها في مجتمع اخر ومن جيل الى جيل اخر .

[1]منير عبد المجيد، كتاب قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، الطبعة الثالثة، مطبعة مكتبة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1991ص13

المبحث الثاني: عملية تنفيذ العقد بحسن النية

و تلي المرحلة الأولى مرحلة ثانية و هي في خضم تنفيذ العقد و الذي يطلب فيه إبداء حسن النية في التصرفات من الأطراف المتعاقدة و هذا ما سنقدمه في هذا المبحث

المطلب الأول: تنفيد العقد بحسن النية[1]

لم ترق محاولات تعريف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود إلى الحد الذي يجعل معنى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود واضحاً ومحدداً فلم تكن دقيقة ومحددة في وضع تعريف قانوني لحسن النية حيث استخدمت تعابير عامة وأخلاقية كالصدق والأمانة وهي مصطلحات أصلاً تحتاج إلى تحديد قانوني.

فهنالك ما يرى بأن حسن النية هو التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة والعادلة التي أنشا من اجلها والتزام كل من طرفي العقدها بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة ، أو أن يعرف حسن النية أنه التزام اليقظة والإخلاص والنقاء من كل غش أو إيذاء للغير أو أنه الاستقامة والنزاهة ومراعاة ما يجب أن يكون من اخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد كما أن هناك من يعرف حسن النية على أنه تصوير لتلك النوايا المستندة الخالية من الصرامة والعنف وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف كل أولئك فيما يتوخاه المتعاقد مما يهدف إليه من تنفيذ عقده والواقع أن مثل هذه التعاريف يعاب عليها أنها تستخدم عبارات عامة براقة تتسم بعدم الوضوح والدقة ولا تعطي معنى محدداً لمبدأ حسن النية كما تشير إلى الآثار التي تترتب على التزام المتعاقد بمبدأ حسن النية دون تحديد معنى أو ماهية هذا المبدأ ذاته هناك تعاريف مختلفة لمفهوم حسن النية سوف نقوم بذكر بعضها كالآتي:

يعرف البعض مبدأ حسن النية:

[1] مزاي ليدية، مبدأ حسن النية في إبرام التصرفات القانونية، مذكرة لنيل ماستر، الحقوق، قانون خاص، تخصص قانون خاص ، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، 2022/2021،ص50.

- أنه هو الجهل المبرر بواقعة أو حادثة معينة تكون مناط ترتيب الآثار القانونية اللازمة بحيث يختلف الحكم القانوني المترتب تبعاً لتحقق الجهل أو تحقق العلم بتلك الواقعة أو الحادثة.

وهناك من عرفه أنه:

- في تنفيذ العقود يعني الاستقامة والأمانة، وفي اكتساب الحقوق يعني عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف هذا من جهة ومن جهة أخرى إن النية ذاتها هي فكرة كامنة في أعماق النفس ومن الصعب تقديرها .
- إن مبدأ حسن النية لا يوجد لها تعريف ثابت جامع مانع في نص قانوني أو اجتهاد قضائي ،فهو يعرف من خلال الظروف الواقعية المحيطة داخل العلاقة العقدية ،وهذا ما يستوجب أن ترقى القواعد الأخلاقية إلى قواعد قانونية لما لها من دور في حماية المتعاقدين والارتقاء بروح العقد .وما القاعدة القانونية إلا مجموعة من السلوكيات داخل اتمع ارتقت لتكون قواعد قانونية تنظم سلوك الأفراد.

مبدأ حسن النية وعلاقته بالقوة الملزمة للعقد

- ان العقد هو شريعة المتعاقدين ففيه يلتزم طرفاه بالوفاء بالتزاماتهما المتبادلة سواء بإعطاء أو امتناع عن عمل ، إلا إذا قرر القانون أوضاعا معينة لانعقاده .كجعله مرهونا بشكل معين مثلا، وعليه فتوافق الإيجاب والقبول هو إيذان بانعقاد العقد ووجوبية تنفيذه.
- هناك علاقة وثيقة بين مبدأ حسن النية وقاعدة القوة الملزمة للعقد،التي تفرض على المتعاقد تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد بحسن نية،وهذا ظهر جليا في نص المادة03/ 107 ق م ج على انه:

..."ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب. بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"...

- والمشرع الجزائري بهذا أكد ان العقد شريعة المتعاقدين ،وانه يكتسب قوته الملزمة بتوافق إرادتي طرف العقد.

وان الالتزام بحسن النية يجد أساسه وحدوده في القوة الملزمة للعقد، وهناك أصول فنية، قانونية، أخلاقية تتفرع عن القوة الملزمة يجب على المتعاقد إن يلتزم بها ومؤدى ذلك انه المدين مقيد بنفيذ التزامه وكل ما تعهد به، طبقا لمشتملات العقد ، وبطريقة متفقة مع مبدأ حسن النية في التنفيذ وقصد المتعاقدين .

عرف مبدأ حسن النية انه التزام اليقظة والإخلاص والنقاء من كل غش أو إيذاء للغير ،وعرف انه الاستقامة والنزاهة ،ومراعاة ما يجب ان يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد، وهذه التعريفات براقة لا تحدد المعنى الحقيقي لمبدأ حسن النية لذا نجد أن محاولة تعريف مبدأ حسن النية من الصعوبة بمكان لهذا كانت هناك معايير حاولت إيجاد تعريف لها:

المعيار الأول:

اعتبر مبدأ حسن النية له شقين شق ايجابي يعزز التعاون بين المتعاقدين في نشأة العقد وتنفيذه ، وشق سلبي بعدم اتخاذ أي مسلك ينطوي على غش أو سوء نية.

المعيار الثاني :المعيار الشخصي:

ويستند على مدى معرفة أو جهل الشخص بالواقعة القانونية المرتبة للأثرلانه إذا كان يعلم بحقيقة الشيء كان حسن النية وان كان جاهلا بها كان سيء النية، إذ المعيار هنا ذاتي أي شخصي.

المعيار الثالث :المعيار الموضوعي:

ومفاده أن مقتضيات حسن النية تقوم على أسس أخلاقية ثابتة تؤمن بها الجماعة ولا يختلف فيه اثنان تمثل مجموعة القيم والفضائل، فالمعيار موضوعي بحت ،ينظر فيه إلى مدى اتفاق التصرف ومخالفته لما هو مألوف في التعامل.

المعيار الرابع : وهو المعيار القانوني:

ومفاده أن المتعاقد طبق القانون أم لم يطبقه فالمعيار هنا يقوم على الفرضية التشريعية التي ينبغي مراعاتها ، فالعبرة مرتبطة بالمخالفة للقاعدة القانونية وهذا ما جاء في نص المادة 107 ق م ج يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"...

وعليه فإننا نرى انه لا يمكن إيجاد تعريف دقيق لمبدأ حسن النية أو سوءها إلا بقياسها بالمعيار الموضوعي. وهو مخالفة التصرف لما هو مألوف ولا يضر بمصلحة الآخرين مقياس الرجل المعتاد، حيث أن مبدأ حسن النية لا يمكن تعريفه بدقة إلا أن الفقه والقضاء يستخدمانه كمرادف للأمانة والنزاهة والثقة.

ومن مقتضيات حسن النية أن يكون تنفيذ الالتزام بأفضل وسيلة وأحسنها من طرف المدين، وألا يتعسف الدائن في استعمال حقه.

أهمية مبدأ حسن النية في العقد

توجد صلة وثيقة بين مبدأ حسن النية والقوة الملزمة للعقد، التي توجب على المتعاقد تنفيذ العقد وبحضن نية، وقد ظهر هذا الرابط من خلال نص المادة 107 ق م ج:

"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"...

هنا يؤكد المشرع الجزائري على وجوب تنفيذ العقد وفق ما اتفق عليه فالعقد شريعة المتعاقدين، وهذه القاعدة نصت عليه المادة 106 ق م ج وتندرج هذه المواد ضمن قسم أثار

العقد، وهذا يحيلنا أن المشرع الجزائري يكرس حماية العقد كمبدأ عام، وذلك بإقراره أن العقد شريعة المتعاقدين، وانه يكتسب قوته الملزمة بتوافق إرادة طرفي العقد، ويصبح قانونا خاصا يجب تنفيذه وبحسن نية وان الالتزام بحسن نية في التنفيذ يجد أساسه وحدوده في القوة الملزمة للعقد.

فإذا انعقد العقد مستوفيا لشروطه وأركانه وكان نافذا ولازما، وجب على أطرافه الوفاء بما يلزمهما من حقوق، وسبب الالتزام هو الرابطة العقدية والتي تحميها القوة الملزمة للعقد والتي يجب أن تتم وبحسن نية، ولا يقتصر تنفيذ أي التزام عن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شئ، بل يجب أن يتم الالتزام مستوفيا لكل ملحقاته وفق العرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ، وما تقتضيه قواعد الأخلاق من أمانة وصدق ونزاهة ، وتنتفي كل أي نية سيئة للأضرار بالمتعاقد الأخر.

هنا نجد أن قاعدة القوة الملزمة للعقد والعقد شريعة المتعاقدين لا تتعارض مع قواعد الأخلاق بالشكل الذي يجعلها تتوافق مع العلاقات الاقتصادية والاجتماعية.

ولهذا نصت القوانين المقارنة على المبدأ الذي مفاده أن الاتفاقيات يجب أن تنفذ بحسن نية، حتى أن هناك من ينادي بإضفاء الطابع الأخلاقي على القاعدة القانونية.

وفي هذا الإطار ظهر ما يسمى بالالتزام بالا علام وهو التزام المتعاقد بان يقدم للطرف الأخر المتعاقد معه كل بيان أو بإشارة أو واقعة تتعلق بمحل العقد يهم المتعاقد الأخر معرفتها.

أما الالتزام بالتعاون فيلزم المتعاقد بالإسهام أو بالتدخل بفعالية في العقد هدف تسهيل مهمة الطرف الأخر وهذه الالتزامات تجد أساسها في مبدأ حسن التي معناه أن الإخلال بتنفيذ العقد هو إخلال بمبدأ حسن النية، لان حسن النية هو نية الالتزام بما تمليه القوة الملزمة من وجوب تنفيذ العقد، ووفق للأصول القانونية والأخلاقية المفترضة، وهذا التعريف يمنح مبدأ حسن النية الشمولية، والتحديد القانوني الذي يمكنه من أداء وظائفه لضمان حسن التنفيذ .

علاقة مبدأ حسن النية بالنظام العام

إن ضبابية مفهوم كل من النظام العام ومبدأ حسن النية ، أدت لإلحاق المبدأ بالعديد من المفاهيم من بينها فكرة العدالة والإنصاف إلى أن أصبح مبدأ مستقلا بذاته.

حيث لم يعد نظرا للخصائص الهامة التي يتميز بها من نزاهة واستقامة وإنصاف حكرا على العلاقات التعاقدية فحسب، فتحول مبدأ حسن النية من فكرة كلاسيكية مصدرها القانون المدني، وفكرة ملازمة لمرحلة إبرام العقد وتنفيذه لفكرة ضرورية لابد أن تتكيف مع خصوصية الالتزامات الناشئة بين المتعاملين.

مع أن ظهور فكرة التعاون والنزاهة اعتمد على مبادئ أخلاقية بدت للوهلة الأولى أنه لا مكان لها في قانون الشركات التجارية، إلا أن وجود ها أصبح ضروريا من أجل توحيد المصالح ، أصبح القاضي عن طريق مبدأ حسن النية يستدل بكل سهولة على كل تجاوز لمصلحة الشركة خاصة في العلاقة بين الشركاء عندما تتعسف الأغلبية المالكة لرأس المال، أو في حالة خرق مبدأ المساواة بين الشركاء.

وأهم ما يستدل عليه عن طريق مبدأ حسن النية هو مدى نزاهة واجتهاد المسير عند أداء مهامه، واحترامه للمصلحة العامة أو المصلحة الجماعية لكل الأطراف حيث يفرض هذا المبدأ واجب الصدق والمصارحة والبعد عن كل مظاهر التغرير

إلا أن فكرة النظام العام تختلف عن التزام حسن النية في إبرام العقد من حيث الجزاء فجزاء مخالفة النظام العام هو البطلان، بينما جزاء الإخلال بالتزام حسن النية هو التعويض، كذلك من حيث المصلحة المراد حمايتها ف القانون من خلال الالتزام بحسن النية يحافظ على مصالح المتعاقدين من خلال حماية التعاقد، في حين أن الإخلال بالنظام العام هو إخلال بالمصلحة العامة مباشرة، وهذا ما يعاب على المشرع لأنه بحماية التعاقد وحماية مصالح العباد فانه يحمي المصالح العامة واستقرار التعاملات بين الناس لذلك وجب اعتبار الإخلال بمبدأ حسن النية من النظام العام.

المطلب الثاني: تفسير العقد وفق مقتضيات حسن النية

ان تفسير العقد أداة مهمة لأطراف العقد و أهم بالنسبة للقضاء، فتحريف معنى العقد قد يؤدي إلى غبن أو تدليس او اي إشكال آخر في العقد، و هذا ما سنوضح كيفيته في هذ المطلب.

آلية حسن النية في تفسير العقد[1]

ترجع أحكام عملية تفسير العقد في القانون الجزائري الى نص المادة 111/11 من ق.م.ج، التي تنص على:" إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدن. وهو نفس ما أورده المشرع المصري في نص المادة 50/1، حيث يظهر من خلال النصين وجود تطابق كبير في الصياغة، وهو عكس ما أورده المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 1188 ق. م.ف حيث تقتضى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين في المعاملات المدنية، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للعبارات، وهو ما أشار إليه كل من المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نص المادة 111، والتي تقابلها المادة 150 الفقرة الثانية من ق.م.م.

عملية تفسير العقد بحسن النية:[1]

تتجلى أهمية تفسير العقد من طرف القاضي أولا مضمون العقد ثم يعقب ذلك تفسيره في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين و التي تمثل إرادتهما الحقيقية، وبذلك استخلاص حسب رأينا أن مبدأ حسن النية في تفسير العقد منصوص عليه ضمنا في نص المادة 111 من ق.م.ج، تقابلها المادة 150 من ق.م.م، و المادة 1188 من ق.م .ف الجديد، والملاحظ أن المشرع الفرنسي ومن خلال التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي، أشار الى مسألة حسن النية في تنفيذ العقود بأنها تبدأ من مرحلة المفاوضات، بخلاف التشرع الجزائري والمصري، اللذان أشارا اليه فقط

[1] حشاني إسمهان، حاجي أحلام، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مذكرة مكملة لنيل ماستر ، حقوق ، تخصص القانون الأعمال، جامعة محمد بوضياف،2022/2021،ص49.

[1] كرومي نذير، خصوصية تفسير العقد وتحديد مضمونه وفقا لمقتضيات حسن النية،وخبر القانون و التنمية، جامعة الجزائر، مجلة القانون والعلوم السياسية، مجلد 08/العدد01 2020، 2022/03/02،ص510-515.

في مرحلة التنفيذ، وذلك من خلال توافر الأمانة والثقة باعتبارهما من وسائل التعرف على حسن نية المتعاقدين، والتي يستنبطها القاضي من داخل العقد ولهذا تبنى المشرع الجزائري من خلال هذا النص عملية التفسير في البحث عن النزعة الأخلاقية في عملية تفسير العقد (الفرع الأول)، ثم متطلبات حسن النية في تفسير العقد (الفرع الثاني).

وهكذا يستخلص أن عملية العقد من ناحية النزعة الذاتية عن طريق البحث عن الإرادة الباطنة المشتركة للمتعاقدين، غير كافية للكشف عن المعنى الحقيقي الذي يريده أطراف العقد، لذلك كان من الضروري الاستعانة فقط بالعوامل الموضوعية، ولا مجال للبحث في الأمور النفسية وراء النية المشتركة اصطناعية غير موجودة فعلا.

الالتزامات التي يقتضيها مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، كما يلي:

أولا : الالتزام بالأمانة(la loyaute)

إن الفقرة الأولى من المادة 107 ق.م.ج المقابلة للفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون الفرنسي، هي أساس التزام الأمانة في تنفيذ الالتزامات المدني التعاقدية.

وتعتبر الأمانة، من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، فلا يستقيم تعامل خرجت منه الأمانة، لذلك الم شرع الجزائري نص على الأمانة في المعاملات، فأشار إليها في الفقرة الثانية من المادة 111 ق.م.ج، المتعلقة بالتفسير، التي سبق ذكرها، والتي جاء فيها ما يلي :أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد ...مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين... ، وبالتالي جعل المشرع الجزائري الأمانة ضابطا لتفسير العقود ، مثل ما ذهب إليه المشرع المصري،كما أنه خص الالتزام بالأمانة بنص قانوني أي الفقرة 02 من المادة 111 ق.م.ج ، لذلك يمكن القول مثلما قال سفيان القرجي في رسالة الدكتوراه الخاصة به، بأن المشرع خص الالتزام بالأمانة بنص قانوني لكي يقوم بدور الأساس القانوني العام للالتزامات الإضافية والفرعية الموضوعية كالالتزام بالتعاون في تنفيذ العقود الذي يعتبر واحدا من أبرزها.

والدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، يري هو أيضا أن كثيرا من الالتزامات العقدية ترجع إلى فكرة الأمانة كالالتزام بالإفضاء بالعيوب الخفية والالتزام بالإخطار عن بيان هام في

العقد ، والالتزام بعدم المنافسة ، والالتزام بالمحافظة على الأسرار العقدية .والالتزام بالأمانة عرفه أيضَا الفقه الجزائري، والفقه الإسلامي، ويقول الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني بهذا الصدد: نقول بكل موضوعية، إن معظم ما كتبه الفقه الوضعي

الغربي والشرقي عن واجب الأمانة في المعاملات يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في هذا الشأن ، فإن هناك نمطَا من العقود يقوم على الأمانة بكل ما تعنيه هذه الكلمة، حتى الفقهاء القدامى درجوا على تسميتها ببيوع الأمانة، وهي بيع المرابحة و التولية والو ضيعة وبيع الاسترسال .كما هناك أيض عقود تعتبر عقود الأمانة، تتمثل في الشركة والإيداع والوكالة.

ثانيا: الالتزام بالنزاهة

يقتضي حسن النية نزاهة المتعاقد في تنف يذ التزامه وبإخلاص .والإخلاص، قال بشأنه الإمام أبو حامد الغزالي :إعلم أن كل شيء يتصور أن يشوبه غيره فإذا صفا عن شوبة وخلص عنه سمي خالصَا، ويسمى الفعل المصفي المخلص إخلاصا أما النزاهة لغة هي الب عد عن السوء وترك الشبهات.

وبالتالي التزام حسن النية في تنفيذ العقود من خلال التزام النزاهة، يقتضي :انتفاء نية الإضرار بالغير، انتفاء الغش، انتفاء الخطأ الجسيم، انتفاء التعسف في استعمال الحق.

انتفاء نية الإضرار

إن الإخلال المتعمد بالالتزامات لا يدل على سوء النية في كل الأحوال، بل لثبوت سوء النية قانونا يقتضي أن يتم الإخلال بالالتزامات بصورة إرادية أولا وأن يكون هناك هدف آخر أبعد يقصده المخل بالتزاماته، وه ذا الهدف هو الإضرار بالطرف الآخر، وبالتالي هذا الهدف هو الذي يسبغ صفة السوء على نية من يخل بالتزاماته، فسوء النية إذن هو نية تسبيب الضرر ولهذا السبب حسن النية في العقود يقتضي انتفاء نية الإضرار، فالمتعاقد الذي يقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر يعتبر سيء النية، أما الذي لم يقصد أن يضر بالطرف الآخر في العقد يعتبر حسن النية.

انتفاء الغش

التزام النزاهة يفرض على المتعاقد أن يتعامل مع المتعاقد الآخر دون غش منه، وهذا يؤدي بدوره إلى القول بأن مبدأ حسن النية يقتضي من المدين أن يمتنع عن كل غش بالدائن أثناء التنفيذ ، كذلك الحال أيضا بالنسبة للدائن في مواجهة المدين، لأن الغش يعتبر مرادفًا للخطأ العمدي الذي يتمثل في الامتناع عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، وبالتالي يعتبر أي الغش في نظرية الالتزام العقدي مرادفا لاصطلاح سوء النية، رغم أن الخطأ العمدي ينطوي دائما على سوء النية ، أما الغش لا يشترط فيه توافر قصد الإضرار بالدائن

انتفاء الخطأ الجسيم[1]

كان فقهاء القانون الفرنسي القديم يقسمون الخطأ العقدي إلى ثلاث درجات جسيم ويسير وتافه، فالخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه أشد الناس إهمالا وهو أقرب إلى العمد ويلحق به، والخطأ اليسير هو الذي لا يرتكبه المتوسط أو المعتاد من الناس، والخطأ التا فه هو الذي لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص في أموره، وبالرغم من أن الفقه الحديث قد هجر نظرية تدرج الخطأ إلا أن لها بعض المظاهر في القانون المدني فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 824 ق.م.ج :يفرض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئًا عن خطأ جسيم وبالتالي يكون الشخص حسن النية عند انتفاء الخطأ الجسيم، أما عند القيام بارتكاب هذا النوع من الخطأ يعد الشخص سيء النية.

انتفاء التعسف في استعمال الحق

إن استعمال الحق بسوء نية هو تعسف لاستعمال الحق، ونظرية التعسف في استعمال الحق من النظريات العامة في القانون المدني، وتبسط أحكامها على الحقوق جميعا في نطاق دائرة القانون المدني محددة كانت هذه الحقوق أم مجرد حريات ومكنات قانونية، وقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية، في الأخذ بهذه النظرية.

[1] كرومي نذير، المرجع السابق، ص 520.

هذه النظرية عندما انطلقت في القضاء الفرنسي والتشريع المصري، قامت في وجهها ثورة من خصومها أرادوا الوقوف دون نموها بحجة أن الأساس فيها إثبات سوء النية وهو عمل نفساني سيكولوجي، وهو من الوهن والضعف بما يجعل طريق الإثبات فيه محفوفا بالمخاوف والمخاطر والخطأ والغلط، وبما يعرض الحقوق لخطر الزوال و الانهيار، وفيه مساس بذات الحق وكيانه وأصله، ولكن نظرية التعسف في استعمال الحق أبت إلا أن تنطلق وتظهر في ميادين الحياة القضائية، وأخذت بها تشريعات عديدة وأقرتها أمم في نصوص قوانينها وأخذت الحملة عليها عندئذ تخف من وطأتها، فأصبح لا يخشى من الجانب البسيكولوجي فيها لأنها تتكون من عنصر نفساني أخلاقي لا بد فيه من الدخول في، قرارة النفس للوقوف على ما عبثت به تلك النفس من رغبة الإيذاء بالغير ومن نية إيصال الأذى به ولهذا يعد عدم التعسف في استعمال الحق تطبيقا للقاعدة الأساسية المتضمنة وجوب عدم الإضرار بالغير طوعَا ودون مبرر مشروع .وبالتالي التعسف في استعمال الحق يناقض مبدأ حسن النية في استعمال الحق، أما انتفاء التعسف في استعمال الحق هو مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، ومن إحدى مقتضياته

ثالثا: الالتزام بالتعاون

التزام التعاون في تنفيذ العقود هو من بين مقتضيات التزام حسن النية في تنفيذ العقود وإحدى المظاهر الهامة والرئيسية المتفرعة عنه .والقوانين المقارنة الغربية أو البلاد العربية أو غيرها من بلدان العالم هي جميعا تتفق على أن الالتزام العام بالتعاون الذي يقع على عاتق المتعاقدين هو أساسه حسن النية في تنفيذ العقود

والتزام التعاون في تنفيذ العقود يعيش وينمو في أوقات الحياة الطبيعية للعقد ، فتفرضه التطورات الجديدة للعلاقة العقدية، التي هي علاقة تعاون وليست علاقة خصام ، أما بالنسبة لتضارب المصالح فلا يمنع من تعاون المتعاقدين، لأن القواعد العامة في العقود تقوم على فكرة " تناقض المصالح " ، وبالتالي لا يمكن أن يسمح القانون أن تعلو إرادة بعض المتعاقدين على إرادة البعض من ذوي المصالح المتعارضة

رابعا: الالتزام بالإنصاف

بأنه :إحساس تلقائي صادق بما هو عدل أو جور ويقضي بإعطاء كل ، (equité)عرف الإنصاف ذي حق حقه أما أرسطو فيعرف رقابة الإنصاف بكونها : العدالة الأفضل التي تصحح العدالة القانونية وذلك لما تؤول هاته الأخيرة في إحدى الحالات الخاصة إلى نتائج غير عادلة بسبب العبارات العامة لتشريع ما أغفل التعرض لكل جوانب الحالة القانونية المعروضة وبشأن هذا التعريف يقول سفيان القرجي في رسالة الدكتوراه الخاصة به ، بأن التعريف الشهير الذي صاغه الفيلسوف أرسطو لرقابة الإنصاف أي رقابة المشروعية الطبيعية ، يظل تعريفا صالحا لكي يكون ليس فقط تعريفا مناسبا بل ليكون التعريف الأفضل لرقابة المشروعية حتى في أيام عصرنا الحديث رغم المسافة التاريخية التي تفصله عن عص كما ورد نفس هذا التعريف الذي قال به أرسطو بعبارات أخرى كما يلي :الإنصاف هو عدالة أفضل تصلح عدالة القانون إذا ما انتهت في حالة معينة إلى نتائج غير عادلة تبعا للتعابير العامة لقانون لا يمكنه الإحاطة بكل شي ء والإنصاف هنا حسب تعريف أرسطو هو التطبيق الجزئي لفكرة العدل على حالة معينة أي أنه مفهوم أدنى من العدل والالتزامات الفرعية والإضافية الموضوعية المنتمية لالتزام الإنصاف بوصفه جزءا داخليا من مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، يمكن تقسيمها إلى : الالتزام التصحيحي في العقد والالتزام بمراجعة العقد، وبمعنى آخر يتسع الإنصاف إلى الالتزام التصحيحي والالتزام بمراجعة العقد

وهذين الالتزامين المتفرعين من الالتزام بالإنصاف يتعلقا بأوقات الأزمة العقدية .**فالالتزام التصحيحي في العقد،** هو التزام بتصحيح العقد وبإرجاعه إلى حدوده العادلة والمقبولة، وذلك مهما كان العقد الذي تعلق به أكان عقد إعارة أو عقد بيع أو عمل أو غيرها .

وهذا الالتزام يترجم عبر مراقبة مشروعية لا قانونية المطالبة بإحدى حقوق العنف القانوني وهي المتعلقة بالمطالبة بتطبيق حرفي لقاعدة وضعية إما أن تكون بندًا تعاقديًا مجحفًا بالنسبة لإحدى المتعاقدين أو نص قانوني وضعي له صلة وتأثير حاسم على تنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها، ملحقًا من وراء هذا ضررًا فادحا وإجحافًا بحقوق إحداها .**أما الالتزام بمراجعة العقد،**

يتعلق باختلال توازن العقود الاقتصادي، وبالتالي هو التزاما بإرجاع اقتصاد العقد إلى حدود مقبولة ومتوازنة، وذلك مهما تغير العقد الذي تعلق به أكان عقدا زمنيا أو عقدا فوريًا وسواء كان عقد مقاولة أو عقد بيع أو غيرها من العقود .

وهذا الالتزام هو تقييد كذلك لإحدى حقوق العنف القانوني الأخرى وهي في المطالبة بتنفيذ عقد اختلت عناصر العدالة والتكافؤ الاقتصادية المالية فيه .وبالتالي الالتزام بمراجعة العقد له حالات يقوم فيها، فهو يتسع لصورة الظروف الطارئة، كما يتسع لصورة الشرط التغريمي المجحف أي الشرط.

خلاصة الفصل

عملنا في هذا الفصل على بيان تطبيقات القاعدة الاخلاقية في العلاقات العقدية، حيث قسمناه على اساس زمني الى مرحلتين مرحلة ما قبل العقدية و مرحلة اثناء تنفيذ العقد.

فالإرادة الجدية تعتبر مظهر من مظاهر الاخلاق السديدة في التعاقد، سواء عبر الالتزام بالأعلام او الابتعاد عن عيوب الارادة قدر المستطاع. و كذا الالتزام بالنظام العام كأداة لحماية الأخلاق في العقد.

و المرحلة الثانية أثناء تنفيذ العقد و يكون بإظهار حسن النية مما يسمح بتفسير العقد لصالح الأطراف المتعاقدة و تتجلى أهمية تفسير العقد من طرف القاضي. بدأ بمضمون العقد ثم يعقب ذلك تفسيره في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين و التي تمثل إرادتهما الحقيقية، وبذلك استخلاصنا أن مبدأ حسن النية في تفسير العقد منصوص عليه ضمنا في نص المادة 111 من ق.م.ج و ابرزنا في هذا الفصل أيضا الالتزامات التي يقتضيها مبدأ حسن النية منها الالتزام بالتعاون , لإنصاف، النزاهة والأمانة.

خاتمة

خاتمة

انتهاءا من البحث في موضوع الجانب الأخلاقي في العلاقة العقدية، وصلنا إلى أن مبدأ حسن النية له دور فعال ومتزايد يفيد إمكانية الاعتماد عليه في قانون العقود لاسيما أن نظرية العقد من أهم مميزاتها وخصوصياتها أنها في تطور مستمر ، هذا التطور الذي يمكن مجاراته بالاعتماد على المبدأ بشكل خاص.

لذلك استبعاد الجانب الاخلاقي من نطاق العقد أمر غير ممكن فهو أمر واجب الإتباع. وإن كان يصعب حقيقة تأطيره كونه ذو طبيعية معنوية إلا أن القانون الوضعي ونظرية العقد في حاجة إلى هذا النوع من القواعد، أي القواعد المرنة التي تهذب القواعد القانونية الصارمة، وتجعلها تتجاوب مع ما يستجد من تطورات لتصبح بذلك الروابط العقدية أكثر ليونة، وأكثر تكيفا مع الظروف التي تحيط بها ومن ثم تصبح أقل انكسارا.

إن الوازع الأخلاقي يحكم سلوك الأطراف، يهدف إلى ضمان ديمومة العقد في وجوده وفي توازنه فالإخلاص والأمانة والتعاون الذي يفرضه القانون و يساهم باستمرار في احترام العقد، لا تقديسا لسلطان الإرادة إنما تقديسا لديمومة العقد، ما يجعل العقد قابلا للمراجعة أثناء التنفيذ، لذلك فإن المبدأ يفصل ما بين الرغبة الأولية المجردة للأطراف ليبقي على المساواة الحقيقية وعلى روحها.

إن قاعدة عدم المساس بالعقد لا يمكن تطبيقها إلا في الحالات التي لا يصيب فيها العقد أي خلل. فمن الخطأ تجميد العقد بالاحترام المطلق لإرادة المتعاقدين، ومن الخطأ أيضا تنفيذ العقد بالرغم من إصابته بخلل أثناء التنفيذ فمبدأ عدم المساس بالعقد يقابله مبدأ الاستقامة العقدية من كلا المتعاقدين باحترام مبدأ حسن النية.

من خلال الدراسة التي قمنا بها حول القاعدة الاخلاقية في العلاقة العقدية ، توصلنا إلى جملة من النتائج أهمها:

- يفرض المنطق الاخلاقي 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.

- بما أن حسن النية يقتضي من المتعاقد النزاهة والأمانة ومحاولة مساعدة الغير ومعاونته فإنه أصبح قاعدة قانونية في نصوص التقنين المدني طبقا للمادة 107 1 /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
- أن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القوانين المدنية، و في 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 تحديد مدى نبل أخلاق المتعاقد أو سوءها 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.

قائمة المراجع

Les références

قائمة المراجع و المصادر

النصوص القانونية:

1. القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10مايو 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية العدد28، المؤرخة في 16 مايو 2018.
2. القانون 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش جريدة رسمية الجزائرية عدد15 المؤرخ في 2009/03/08
3. القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 ، المؤرخ في09 /200/08، والمتعلق بالمبادلات التجارية الالكترونية.
4. القانون رقم 181 لسنة 2018، الصادر في 13 سبتمبر 2018، المتضمن حماية المستهلك، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية عدد 37 ، الصادرة في 13 سبتمبر 2018.
5. الامر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني جريدة الرسمية الجزائرية , العدد 78 الصادر في 1975/09/30 , المعدل والمتمم .
6. الأمر رقم 07/95 المؤرخ في جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات الجرريدة الرسمية الجزائرية , العدد13 الصادرة في 1995/03/08 المعدل والمتمم
7. المرسوم التنفيذي رقم 367/90 المؤرخ في 1990/11/10 والمتعلق ب الوسم وتقديم المواد الغذائية المعدل المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 484/05 المؤرخ في 2005/12/22 جريدة الرسمية الجزائرية العدد83 الصادرة في 2005/2512 .
8. اللائحة التنفيذية رقم 822 لسنة 2019، الصادرة في 01 أفريل 2019، المتعلقة بقانون حماية المستهلك، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد13، الصادرة في 01 أفريل 2019.

الكتب:

9. إبراهيم عبد العزيز داود , عدم التوان المعرفي في العقود , دراسة تحليلية مقارنة , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية , 2014

10. إبراهيم عبد المنعم موسى، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان،2006
11. ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد التاسع، الطبعة الرابعة، دار صادر للطباعة و النشر، لبنان 2005
12. أحمد عصام منصور، الحماية القانونية للمستهلك في العقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2019
13. أنس محمد عبد الغفار , بليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان , دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي , دار الكتب القانونية , مصر ' 2013
14. أنور سلطان ,الموجز في النظرية العامة للالتزام , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , 1998
15. بلحاج العربي ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن،2010
16. توفيق حسن فرج، كتاب المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثالثة، مطبعة مكتبة الدار الجامعية، بيروت، 1993
17. جاك غستان، المطول في القانون المدني – تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ترجمة، تحقيق: منصور القاضي – فيصل كثلوم، 2008.
18. زاهية حورية سي يوسف ، دارسة قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2017
19. منير عبد المجيد، كتاب قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، الطبعة الثالثة، مطبعة مكتبة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1991
20. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالادلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1982
21. هانية محمد علي فقه , الرقابة القضائية على عقود الإذعان , ط01, منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , 2014
22. مختار أحمد بريري، كتاب التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الرابعة، مطبعة مكتبة دار النهضة العربية القاهرة،1995

23. محمد حسين عبد العال , مفوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة , 2007
24. محمد حسين عبد العال , التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية , دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية , دار النهضة العربية 2008
25. القوني عبد الحليم عبد اللطيف ، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2004
26. على بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المتربية عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000
27. عروبة شافي عرط المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة بابل – كلية القانون – قسم القانون الخاص، 2008.
28. سليمان شيرزاد عزيز، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان، الأردن،2008
29. الشواربي عبد الحميد، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1988
30. الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2015
31. عبد الحكم فودة، كتاب البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، مطبعة مكتبة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1993
32. عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004
33. القاموس المحيط , لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي , ج3 , منشورات الحلبي , 1953

المذكرات:

34. حشاني إسمهان، حاجي أحلام، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مذكرة مكملة لنيل ماستر ، حقوق ، تخصص القانون الأعمال، جامعة محمد بوضياف،2021/ 2022

35. عثماني بلال , أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن نية , أطروحة دكتوراه , تخصص قانون , كلية الحقوق والعوم السياسية , جامعة مولود معمري , تيزي وزو , 2018

36. بعيرات شرف علي خالد, آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص , تخصص قانون مدني ,كلية القانون , جامعة اليرموك , إربد ,الأردن , 2017-2018

37. علاء حسين علي الجوماني، مبدأ حسن النية في تكوين العقود، رسالة ماجيستير، كلية صدام للحقوق، جامعة صدام حسين، العراق، 2002،

38. رجب كريم عبد اللاه , التفويض على العقد – دراسة مقارنة – , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , 2000

39. عبد المنعم فرج الصدة , عقود الإذعان في القانون المصري , رسالة دكتوراه , مطبعة جامعة فؤاد الأول , 1986

40. عنتري بوزار شهناز , التصنيف في العقود , مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية , كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة يوسف بن خدة الجزائر1 , 2014

41. لحسين بن شيخ آت ملويا ، الماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق2008،

42. مزاي ليدية , مزياني زينة , مبدأحسن النية في إبرام التصرفات القانونية , مذكرة ماستر , تخصص قانون خاص شامل , فرع قانون خاص , قسم قانون خاص , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة عبد الرحمان ميرة , بجاية , 2022/2021.

المقالات:

43. أكرم محمود حسين البدو,محمد الصديق محمد عبد الله, الأثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات , مجلة الرافدين للحقوق , المجلد 13, العدد49, 2015

44. بن أحمد الحاج , الفانون المدني الجزائري ورحلة المفاوضات العقدية , مجلة القانون والعلوم السياسية , العدد02 , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة الطاهر مولاي , سعيدة , 2015

45. بن الشيخ راضية , الشفافية وعلاقتها بنزاهة الممارسات التجارية , المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية , المجلد 57 , العدد 05 , جامعة الجزائر , 2020

46. بن منصور صالح , عثماني بلال , تأثير مبدأ حسن النية عبر المراحل المختلفة للعقد , المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية , جامعة بجاية , المجلد السادس , العدد الثاني , 2022

47. بن يوب هدى , مبدأ حسن النية في العقود , مذكرة لنيل شهادة الماجستير , تخصص قانون العقود المدنية , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة 8 ماي 1945 , قالمة , 2013

48. ذكرى محمد حسين , إستبرق محمد حمزة , التزامات أطراف التفاوض في عقودالتجارة الدولية ,مجلة المحقق حلي للعلوم القانونية والسياسية , جامعة بابل , المجلد السادس , العدد الرابع , 2014

49. عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة،2021.

50. عاشور فاطيمة , النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد , مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية –مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية , العدد 07 , جوان 2019

51. عثماني بلال , القاضي طرف جديد في العقد المدني , المجلة الاكاديمية للبحث القانوني , المجلد 17 , العدد01 , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة بجاية , بجاية , 2017

52. قادري عبد المجيد , عمراني مراد , التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد , مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية , المجلد , , العدد الثاني , جامعة باجي مختار , عنابة , 2019

53. كرومي نذير، خصوصية تفسير العقد وتحديد مضمونه وفقا لمقتضيات حسن النية،وخبر القانون و التنمية، جامعة الجزائر، مجلة القانون والعلوم السياسية، مجلد 08/العدد01 2020، 2022/03/02

54. محمود فياض , مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد , مجلة الشريعة والقانون , العدد 54, جامعة الإمارت العربية المتحدة , 2013

55. نساخ بولقان فطيمة , أخلاقية العلاقة العقدية , لمجلة الجزائرية للعوم القانونية والسياسية , العدد04 , كلية الحقوق , جامعة الجزائر

56. الهادي سعيد عرفة ,حسن النية في العقود , مجلة البحوث القانونية كلية الحقوق , جامعة المنصورة , مصر , العدد الأول, 1986

57. حليس لخضر , مرحلة المفاوضات العقدية , مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية , عدد01 , كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس , الجزائر , 2017

58. زيتوني فاطمة الزهراء , بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد , مجلة القانون والعلوم السياسية , العدد الرابع , 2016

59. عبد العزيز المرسي حمود , الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذات الطابع التعاقدي , دراسة مقارنة , 2005

المراجع الاجنبية:

60. Lyoen –caen ,de l'évolution de la notion de bonne foi, R.T.D,civ , 1946

61. SPITZ(J.F):"Quidit Contractuel dit juste ": Quelaues remarques sur une formule d'Alfred Fouillee , Rev. Trim.dr.civ

الفهرس

الفهرس

العنوان	الصفحة
الإهداء	
الشكر والتقدير	
قائمة المختصرات	
مقدمة	01
الفصل الاول: القاعدة الاخلاقية و دورها في العملية العقدية	
تمهيد	05
المبحث الأول : مظاهر القاعدة الأخلاقية في العلاقة العقدية	05
المطلب الأول : مبدأ حسن النية	05
الفرع الأول : مبدأ حسن النية في التشريعات المقارنة	06
الفرع الثاني : مضامين مبدأ حسن النية التشريعات المقارنة	08
الفرع الثالث : وظيفة مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات	13
المطلب الثاني : الالتزام بالإعلام والنزاهة	16
الفرع الأول : الالتزام بالاعلام ببيانات حول العقد	16
الفرع الثاني : مفهوم مبدأ النزاهة	19
المبحث الثاني : دور القاعدة الأخلاقية في العملية العقدية	24
المطلب الأول : العدالة العقدية (التوازن العقدي)	24
الفرع الأول : دور القاعدة الأخلاقية في تحقيق التوازن العقدي	24
الفرع الثاني : دور المفاوضات كوسيلة وقائية في تحقيق التوزان العقدي	25
المطلب الثاني : حماية أطراف العقد	29
الفرع الأول : صور الضعف الاقتصادي	29
الفرع الثاني : تطبيقات النظام الحمائي	30
خلاصة الفصل	33

الفصل الثاني: تطبيقات القاعدة الأخلاقية في العلاقات التعاقدية	
المبحث الأول: المرحلة ما قبل العقدية	35
المطلب الأول: الإرادة الجدية تكريس الأخلاقي في العقود	35
الفرع الأول: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد	35
الفرع الثاني: نظرية عيوب الارادة تجسيد للعنصر الاخلاقي	46
المطلب الثاني: النظام العام كالية لتكريس البعد الأخلاقي	51
الفرع الأول: فكرة النظام العام و الآداب العامة	51
الفرع الثاني : نسبية النظام العام و الآداب العامة	58
المبحث الثاني: عملية تنفيذ العقد بحسن النية	59
المطلب الأول: تنفيد العقد بحسن النية	59
المطلب الثاني: تفسير العقد وفق مقتضيات حسن النية	65
خلاصة الفصل	72
خاتمة	74
قائمة المراجع	77
الفهرس	85
ملخص	87

ملخص:

يعتبر العقد من مصادر الالتزام وتتدرج العلاقة لعقدية في الحقوق والالتزامات التي تنشأ ما بين أطرافه وعليه يعتبر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد وسيلة لضمان التوازن في الالتزامات ما بين أطراف العقد وبالتالي فهو تطبيق لما يسمى بأخلقة العلاقة العقدية بين أطرافها، حيث يعنى البحث بدراسة كيفية تناول المشرع لهذه الأخلقة على مستوى أحكام القانون المدني؟. وقد تناول الباحث هذا المفهوم عن طريق نظريتين أساسيتين هما أخلقة العلاقة العقدية عن طريق مبدأ حسن النية من جهة وأخلقة العلاقة العقدية عن طريق مبدأ العدالة العقدية، وقد أضحت هذه الأخلقة حسب رأي الباحث من مقتضيات العقد في الوقت الراهن بحيث أصبح على النظم القانونية مراعاة هذه المبادئ في كل حين.

الكلمات المفتاحية: مبدأ حسن النية، العقد، الأخلاق، المتعاقد.العلاقة العقدية

Summary:

The contract is one of the sources of the obligation and the relationship to the contract is incorporated into the rights and obligations that arise between the parties. Therefore, the principle of good faith in the performance of the contract is seen as a means of ensuring a balance in the obligations between the parties to the contract and thus the application of the so-called creativity of the contractual relationship between the parties. This concept was addressed by the researcher through two basic theories, namely the creativity of the contract relationship through the principle of good faith on the one hand and the creativity of the contract relationship through the principle of decent justice, which, according to the researcher, is now a requirement of the contract so that legal systems have to observe these principles at all times.

Keywords: Principle of good faith, contract, morality, contractor. Nodal Relationship

Résumé:

Le contrat est l'une des sources de l'obligation et le rapport au contrat est incorporé dans les droits et obligations qui surgissent entre les parties. Par conséquent, le principe de bonne foi dans l'exécution du contrat est considéré comme un moyen d'assurer un équilibre dans les obligations entre les parties au contrat et donc l'application de la soi-disant créativité de la relation contractuelle entre les parties. Ce concept a été abordé par le chercheur à travers deux théories de base, à savoir la créativité de la relation contractuelle à travers le principe de bonne foi d'une part et la créativité de la relation contractuelle à travers le principe de justice décente, qui, selon le chercheur, est maintenant une exigence du contrat de sorte que les systèmes juridiques doivent respecter ces principes à tout moment.

Mots clés : Principe de bonne foi, contrat, moralité, entrepreneur. Relation nodale.