



جامعة زيان عاشور – الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مبدأ حسن النية في تكوين العقد

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون أعمال

إشراف الأستاذة
- عسالي صباح

إعداد الطالبين:

- معمري جلال
- قانة محمد

لجنة المناقشة

أ/د فيرم فاطمة الزهراء.....رئيسا
أ/د عسالي صباح.....مشرفا ومقرا
أ/د شطيحة أحلام.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021



جامعة زيان عاشور - الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مبدأ حسن النية في تكوين العقد

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون أعمال

إشراف
الأستاذة
- عسالي صباح

إعداد الطالبين:
- معمري جلال
- قانة محمد

السنة الجامعية

2022/2021

إهداء

بسم الله أبدأ كلامي الذي بفضلته وصلت لمقامي، الحمد لله والشكر على ما أتاني أهدي هذا العمل المتواضع إلى من أنار لي درب العلم والمعرفة وحرص علي منذ الصغر واجتهد في تربيته والاعتناء بي والذي الحبيبان الغاليان على قلبي فلا شيء عندي أعظم من دين أو من به امرأة عظيمة قامت بتربيته ، وأب أفخر دائما عندما يحتتم اسمي باسمه أطال الله عمرهما وحفظهما من كل سوء

إلى جميع الإخوة والأخوات نحتسب صلاحهم عتقا لنا من النار يم يقوم الأشهداد

إلى كل من تجمعني به صلة الرحم وإلى كل من ساندني من قريب أو بعيد ولو بكلمة مشجعة

إلى زملائي وأصدقائي الغاليين على قلبي (عطية، نائل، علي، طالب، مخلوف، بن عثمان .م، ثامر، بهاء الدين

، قاسم .م، قانة .م)

فإليكم جميعا أهدي هذا العمل فجزاكم الله عنا خير الجزاء

معمر جلال



إهداء

إلى روح الوالد المرحوم الحاج لوصيف

إلى الوالدة غيثي الحادة الكريمة

إلى أمي فاطنة والزوجة الكريمة

إلى كل إخواني وأخواتي

إلى زميلي معمري جلال

إلى كل زملائي في العمل


إلى كل من ساهم في تقديم المساعدة و يد العون من قريب أو بعيد

إلى السيد أحمد بوعزيز

أهدي هذا العمل المتواضع

محمد قانة





تشكرات/

أتقدم بوافر الشكر إلى الأستاذة المشرفة عسالي صباح على الجهود المبذولة
التي قدمتها لنا من أجل إنجاز هذه المذكرة.
و إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة.
كما لا يفوتنا شكر كل أساتذة الكلية اللذين رافقونا بالمشوار الدراسي.



قائمة المختصرات

أولا : باللغة العربية

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

ثانيا : باللغة الفرنسية

- Art → article

- P → page

مقدمة

مقدمة

حسن النية وسوء النية عبارتان دارجتان بكثرة في كل مجتمع، ولا يختلف اثنان في أن الحديث عن كل منهما يدل على أننا بصدد الحديث عن قاعدة أخلاقية، لكن في الحقيقة دراستنا هي دراسة يدخل موضوعها ضمن موضوعات القانون المدني، لذا يثور التساؤل هنا عن علاقة هذه القاعدة الأخلاقية بالقانون المدني؟

ويجاب عن ذلك بأن الأخلاق في أمة معينة هي مجموعة من القواعد تساهم في تكوينها أفكار الناس عن الخير والشر، بحيث تُكون المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع، ويعتقد الناس أنها ملزمة لهم، ومن الواجب احترامها، وإلا استحق من يخالفها سخط المجتمع واستنكاره، أما بالنسبة للقانون، كوسيلة ردع لحماية الإنسان، لا يحقق هدفه المنشود دون تعميم مبادئ الخير في وجدان المجتمع، لتساعده في ضبط سلوك الأفراد الساعين لفرض توجهاتهم الشريرة على المجتمع لتحقيق مصالحهم الذاتية، وسبب ذلك أن الطبيعة البشرية أنانية، تسعى لتحقيق الذات على حساب الآخرين، فيجب إذن عدم الركون إليها للحفاظ على أمن واستقرار المجتمع. وعلى هذا الأساس استندت معظم القوانين الحديثة والديانات والنظريات الإصلاحية في توجهاتها على قيم الخير، للتصدي لقيم الشر وما تمثله من سلطات مستبدة تنال من حقوق الآخرين، فتنجد الآن أن أغلب القواعد القانونية هي في الوقت ذاته قواعد خلقية، حتى أن بعض الفقهاء يضفي الصفة الخلقية على القواعد القانونية، وهو ما يظهر جليا من كتاب مشهور للفقير ريبير Ripert سنة 1949 عنوانه " القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية"، كما أن هناك مؤلفات أخرى كثيرة كتبت حول موضوع صلة القاعدة الأخلاقية بالالتزامات، وهذا ما يفسر تبني القوانين المدنية الحديثة ومنهم القانون المدني الجزائري، لنظريات ذات أصل خلقي كنظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية عيوب الإرادة، ونظرية الظروف الطارئة، وإبطال العقد إذا كان محله أو سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة.

ولكن رغم ذلك نجد القانون المدني يتبنى بعض الأحكام التي قد تجافي الأخلاق وما تدعو إليه، فيضحي بالاعتبارات الأخلاقية في سبيل الاستقرار في بعض الأوضاع الاجتماعية، فيوصف حينئذ بأنه قانون صارم في أحكامه، ويصبح لا يتمشى في أحيان كثيرة مع التطور المعقد والسريع في العقود بصفة خاصة وفي المجتمع بصفة عامة. لذا ظهر بحلول العصر العلمي (130 ق م - 284 م)، ما يعرف بمبدأ حسن النية في العقود، لتخفيف الكثير من صرامة بعض النصوص القانونية التي قد يؤدي تطبيقها حرفيا إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها، وهو من المبادئ الأساسية التي تم تكريسها في القانون العام والقانون الخاص، لما يقتضيه حسن النية من تعاون وأمانة ونزاهة بين المتعاقدين في تنفيذ الالتزام، كما أنه في نظرنا يشمل حتى كل النظريات

مقدمة

السابقة الذكر التي تشترك معه في الأصل الخلقي، ونستدل على ذلك بما قاله داود الطائي: "رأيت الخير كله إنما يجمعه حسن النية، وكفالك بها خيراً وإن لم تنصب (أي لم تتعب)".

1. أهمية الموضوع:

لم يغفل المشرع الجزائري عن هذا المبدأ، فقد أورد حسن النية في عدة مواضع في القانون المدني، مثله مثل باقي التشريعات الحديثة نظراً لأهميته البالغة، وهي في حد ذاتها التي دفعتنا إلى اختياره كموضوع للدراسة التي نحن بصدددها. وتمثل هذه الأهمية في أن مبدأ حسن النية في العقود، يعتبر روح العقد التي يجب أن تسود كل مراحله، لأنه يحقق أخطر وأجل غاية من غايات القانون، وهي منع الشخص عن الإضرار بالغير، كما أن هذا المبدأ هو أيضاً مصدر خصب لنشأة القواعد القانونية كغيره من المبادئ العامة للقانون التي ظهرت الحاجة إليها والاهتمام بها كنتيجة للتطور السريع الذي تمر به المجتمعات بصفة عامة والمجتمع الجزائري بصفة خاصة.

2. أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار دراسة هذا المبدأ، تكمن في أنه يدخل ضمن تخصص عقود مدنية، وهو التخصص الذي نحاول أن نعكف على دراسته لأنه يمثل القانون المدني بشكل خاص، وبالتالي يمثل القانون ككل، لكون معظم النصوص القانونية المختلفة تستمد أحكامها من القانون المدني، فتخصص عقود مدنية إذن يفرض نفسه في اختيار موضوع هذه الدراسة.

كذلك من بين أسباب الاختيار أن حسن النية في العقود هو من بين الموضوعات الهامة التي لم تحظ بالقدر الكافي من العناية الواجبة، فقد درج الفقهاء على معالجته في المؤلفات العامة للقانون المدني، وبشكل مختصر في بضع صفحة أو صفحات، وفي الغالب يتم التطرق إليه من خلال مرحلة تنفيذ العقد، ورغم ذلك فإننا لا ننكر وجود بعض المؤلفات العربية التي مازالت في مهدها والأجنبية التي شعرت بأهميته البالغة، فقامت بمحاولة البحث في خفاياه، وبدأت الغشاوة تزول بعض الشيء على مبدأ حسن النية في العقود في بعض القوانين العربية كالقانون المصري والتونسي والأردني واللبناني والسوري والعراقي، وكذلك في القوانين الأجنبية كالقانون الفرنسي والإنجليزي والأمريكي والألماني والكندي، أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فرغم نصه على حسن النية في العقود ضمن أحكامه على غرار بقية القوانين الحديثة، إلا أننا لم نعثر على أية دراسة

مقدمة

فقهية جزائرية تخص مبدأ حسن النية في العقود، واكتفت المؤلفات العامة للقانون المدني الجزائري بالإشارة إليه مثل غيرها في بضع صفحة أو صفحات، والتطرق إليه بطريقة عابرة وليست مفصلة قد تصل حتى إلى وجود بعض الأسطر التي لا تسد حتى الرق، وبالتالي موضوع مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني الجزائري لم يأخذ حقه في الدراسة المتأنية والمتعمقة والشاملة، حيث لم يقع لحد الآن في أيدينا ما يدل على أن أحد من الباحثين الجزائريين تعرض لموضوع "مبدأ حسن النية في العقود" كبحث متكامل مستقل بذاته، فلم يكتب فيه مؤلف، ولم تقدم فيه رسالة علمية على حد علمنا، لذا أترنا أن نتناول هذا الموضوع بالدراسة والبحث والتمحيص، لنحقق واحداً أو أكثر مما تعارف عليه أسلافنا من أقسام التأليف السبعة التي لا يؤلف عاقل عالم إلا في أحدها وهي: إما شيء لم يسبق إليه فيخترعه، أو شيء ناقص يتمه، أو شيء مستغلق يشرحه، أو شيء طويل يختصره دون أن يخل بشيء من معانيه، أو شيء مختلط يرتبه، أو شيء أخطأ فيه مؤلفه يصلحه.

3. إشكالية البحث:

لقد تم النص على مبدأ حسن النية في العقود في الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري، كما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية".

وهذا يدل على أن القانون المدني الجزائري قد اتخذ موقفاً مؤيداً لمبدأ حسن النية في العقود، مثل أغلبية القوانين المعاصرة المقارنة وبالتالي ليس معارضا له، لكن رغم ذلك يثور التساؤل أولاً عن مفهوم حسن النية، فهو في حد ذاته يثير الحيرة في القانون المدني الجزائري، إذ أن مفهومها واحداً، في نفس النظام القانوني، كان من الواجب أن يتبع نفس المسار، بنفس التعريف والخصائص والشروط، وهذا ما لا نجده في مفهوم حسن النية في القانون الجزائري بصفة خاصة، وكل القوانين المعاصرة بصفة عامة، لذا وصف من قبل الفقه والقضاء بأنه مفهوم غامض وليس من اليسير ضبطه ومعرفته في جميع الأحوال، رغم أنه مصطلح شائع يلجأ إليه في مواضيع كثيرة ومتنوعة. ولهذا السبب نجد الفقهاء بصفة عامة غير متفقين على مضمونه لأن كل واحد منهم جاء بمصطلح من المصطلحات أو أكثر (كالإخلاص، الأمانة، النزاهة، الجهل المبرر بواقعة معينة، الاعتقاد الخاطئ، الاستقامة، الثقة المشروعة، عدم الخيانة، عدم الغش... الخ)، فهل يمكن جمع هذه المفاهيم والاصطلاحات تحت تسمية واحدة؟، وبمعنى آخر هل يمكن تحديد المقصود بمبدأ حسن النية بمعنى ثابت ومحدد بحيث يمكن بموجبه فرض التزامات واضحة على الطرفين يمكن قياس مدى مخالفتها أو عدم التقيد بها، وبالتالي فرض المسؤولية المترتبة على ذلك؟

مقدمة

كما يثور التساؤل حول متى يجب مراعاة حسن النية في العقود، ففي نص الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري حصر الالتزام بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، فهل هذا يعني أن الالتزام بحسن النية لا يشترط وجوده في مرحلة تكوين العقد؟، وإن كان ذلك صحيح فما الفائدة في الواقع من توفر حسن النية في تنفيذ العقد إذا لم يفرض في المرحلة الأولى الحاسمة في إنشائه وتكوينه، والتي بدونها لا يمكن أصلا التكلم عن شيء اسمه عقد؟

وعلى اختلاف التساؤلات والإشكالات التي ذكرت أو لم تذكر التي يثيرها مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني الجزائري على غرار غيره من القوانين العربية والأجنبية، والتي سنحاول الإجابة عنها، فإن الإشكال الرئيسي الذي أثار في نفوسنا رغبة البحث للإجابة عنه، والذي يثور أيضا في الحياة العملية، هو كما يلي:

هل كل ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني بخصوص مبدأ حسن النية في العقود كاف للتصدي لجميع حالات سوء النية، أم أن تحقق ذلك أمر صعب عليه نتيجة لما تشهده العقود من تطورات قد لا تسمح بالوصول إلى معرفة إن كان الشخص حسن أم سيء النية؟

ويجربنا هذا الإشكال المطروح بدوره إلى تساؤلات وإشكالات فرعية أخرى متعددة منها ما يلي:

هل وجد مبدأ حسن النية طريقا سهلا لنظرية العقد أم لا؟، هل هناك تعريفا لحسن النية يكفي الإسناد إليه؟، هل يقيم هذا المبدأ وزنا للبواعث الداخلية للمتعاقدين أثناء تكوين العقد وتنفيذه؟، كيف يمكن التمييز بين حسن النية وسوء النية لدى الشخص؟، ما هو دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد وفقا للقانون المدني الجزائري، وهل يخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك؟، كيف يمكن إثبات حسن النية وسوء النية، وما هو الأثر المترتب عن حسن النية في العقد؟

مقدمة

4. أهداف البحث:

تهدف الدراسة عموماً إلى رفع اللبس عن مفهوم حسن النية في العقود، وعن الكثير من الخلافات والمشاكل التي يثيرها في مجال الفقه والقضاء، وتحديد موقف القانون المدني الجزائري من كل ذلك ومعرفة مقتضيات حسن النية في تكوين العقود وتنفيذها، والأثر المترتب على ذلك.

5. المنهج المتبع:

من أجل تحقيق هذه الأهداف، سنعمد على المنهج الوصفي التحليلي للتمكن من تحليل النصوص التشريعية والآراء الفقهية ومناقشتها واستخراج الظاهر منها، واستعنا بالمقارنة عند الحاجة لها لمعرفة مدى توافق القانون المدني الجزائري مع بقية القوانين العربية (كالقانون المصري) والأجنبية (كالقانون الفرنسي)، والقرارات القضائية ذات الصلة الوثيقة بالموضوع، ومؤلفات الفقهاء التي نتحسس أهميتها في إثراء هذا البحث العلمي، دون أن ننسى الإشارة إلى بعض مواقف الشريعة الإسلامية عند الاقتضاء، لتكون الدراسة مستجيبة لموقف المشرع والفقه والقضاء على حد سواء.

ولأن موضوع حسن النية يمتد ليشمل كل فروع القانون، استناداً لما يتميز به القانون المدني من خاصية عمومية، فقد ارتأينا أن نقصر نطاق الدراسة على موضوع مبدأ حسن النية في العقود في نطاق القانون المدني، ولا نتعداه إلى غيره، وبالتالي لا علاقة لنا بمبدأ حسن النية في القوانين الخاصة الأخرى، أو في القوانين العامة سواء كانت دولية أو داخلية.

6. خطة البحث:

بعد هذه المقدمة العامة، سنقسم موضوع الدراسة إلى فصلين اثنين:

الفصل الأول نتناول فيه الإطار النظري لمبدأ حسن النية في تكوين العقود، ويشمل هذا الفصل بدوره مبحثين: المبحث الأول يتضمن لمحة تاريخية عن نشأة حسن النية في العقود، أما المبحث الثاني يتطرق إلى مفهوم حسن النية وطبيعته وتمييزه عما يشبهه في العقود، الفصل الثاني نتناول فيه مقتضيات مبدأ حسن النية في تكوين العقد، ويشمل هذا الفصل بدوره مبحثين: المبحث الأول يتضمن: مقتضيات حسن النية في التراضي، أما المبحث الثاني مقتضيات حسن النية في التفاوض على العقود

الفصل الأول :

الإطار النظري لمبدأ حسن النية

في تكوين العقد

الفصل الأول :

الإطار النظري لمبدأ حسن النية في تكوين العقد

لمعرفة ماهية مبدأ حسن النية في العقود ، معرفة حقيقية تمكننا من التعرف على مقتضياته ، فإنه يجب أن نتعرض أولاً إلى لمحة تاريخية عنه في مبحث أول ويمثل هذا المبحث في مجمله، نظرة تاريخية لا بد منها في كل مرة تدرس فيها مؤسسة من المؤسسات القانونية. ثم نتناول في مبحث ثاني مفهوم حسن النية وطبيعته وتمييزه عما يشبهه في العقود بهدف إزالة الغموض الذي أثاره قانونا وفقها وقضاء، وبالأخص في القانون المدني والفقهاء والقضاء في الجزائر

المبحث الأول:

لمحة تاريخية عن مبدأ حسن النية

لمحاولة الإحاطة بمبدأ حسن النية في تكوين العقود مم كل جوانبه لا بد أن ننطلق من فهم تاريخه أولاً، بالوقوف على مختلف العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية التي ساعدت في وجوده

وقد ارتأينا في ثلاثة مطالب أن نتناول مبدأ حسن النية في القوانين القديمة (المطلب الأول) ومبدأ

حسن النية في القوانين المقارنة وقانون الجزائري (المطلب الثاني) في الشريعة الإسلامية (المطلب الثالث)

المطلب الأول: مبدأ حسن النية في القوانين القديمة

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

(الفرع الثاني)

الفرع الأول: مبدأ حسن النية في القانون الروماني

كان الحث بالوعد يشكل في المجتمع القديم خطراً اجتماعياً يجوز أن تلحق روح صاحبه بأهله الجحيم، لأن الدين يضبط المجتمع لكن مع التطور الملحوظ حل القانون محل الدين،¹ وبالتالي فإن ولادة مفهوم حسن النية كان من رحم الديانة الوثنية التي كان يعتنقها الرومان قبل عصر المسيحية، غدت تستمد جذورها الأولى من آلهة النوايا أو الإخلاص "FIDES" وبحسب أبحاث الأستاذ A.VOLASKY فإن البذور الأولى لمفهوم حسن النية في المعاملات القانون الروماني المالية والشخصية على حد سواء ماثلة في مفهوم FIDES.²

وفي ظل القانون الروماني القديم كان العقد ينشأ إذا تم إفراغه في القالب المحدد له ليكون بذلك ملزماً، وبما أن إتباع التشكيلة الصارمة كان ينفي إعمال مبدأ حسن النية، لذلك لم يكن للنوايا الحسنة أو للعوامل التي تضعف الإرادة أو تنال منها كالإكراه أو الغلط أي منفذ لهذا القانون ولا يترتب على الغش أو التدليس تحقق أية آثار قانونية، وترك ذلك لحكم الشرف والرأي العام الكفيلان برد الحقوق وأداء الواجبات.³

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية دار دجلة عمان، الأردن، 2008، ص 23، 24.

² - سفيان القرصي، واجب حسن النية في تنفيذ العقود في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، السنة الدراسية، 2011، ص 04.

³ - فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، د س ن، بغداد، 2009، ص 65.

ولكن لم يبق الحال على ما هو عليه في القانون الروماني القديم، فبسبب اتساع أرجاء الدولة والنمو المتزايد، والنشاط التجاري¹. وازدياد المعاملات وبالتالي انتقال المجتمع الروماني من مجتمع تجاري نشط وإمبراطورية متمسكة، أدى ذلك كله إلى تطور في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وتطور في الفكر القانوني الروماني في مجالات كثيرة تتمثل في نظام العقود.² وتحول مبدأ حسن النية من مفهوم ديني إلهي إلى مفهوم مدني قانوني صرف.³

ومن هنا بدأ ظهور مبدأ جديد في العقود عند الرومان في العصر العلمي [130 ق م 284 م] وهو مبدأ حسن النية في العقود.⁴ وعليه فإن المبادئ القانونية الجديدة أصبحت تقوم على العدالة وحسن النية في المعاملات، واحترام الإرادة وأن العبرة في التصرفات القانونية أصبحت بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.⁵

وأصبح لمبدأ حسن النية في القانون الروماني ثلاث معاني، الأول كان يقصد به الجهل أو الخطأ، والثاني يقصد به عكس الغش والخداع وأخيراً هناك عقود لصحة العقد، الأولى يتسع فيها دور القاضي والثانية يتقيد فيها بالعقد

الفرع الثاني: حسن النية في القانون الكنسي .

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

¹ - عبد الحميد عبد اللطيف القوي، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 16، 17.

² - حسن أبو طالب صوي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مطبعة جامعة القاهرة، ج2، 2007، ص 197 .

³ - سفيان القرشي، المرجع السابق، ص 07.

⁴ - فارس حامد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 7.

⁵ - صاحب عبد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 124.

وقد أثر هذا التغيير على القانون بصفة عامة والإرادة بصفة خاصة , فالفقه الكنسي هو أول من تخلص من تأثير القانون الروماني الذي ظل لعدة قرون بعد الميلاد , هو المصدر الأصلي للقواعد القانونية في العالم الغربي , ثم دخلت مبادئ جديدة لتحقيق هذا الغرض تمثلت في تعاليم الدين المسيحي , التي نادى بها فقهاء الكنسية , ومن ثم فإن القانون الكنسي , أصبح يمثل مرحلة جديدة ازدهرت في ظلله الرضائية إذ كانت قائمة على أساس الأخلاق¹ , إلا أن الاهتمام بالإرادة العقدية , وانتشر هذا المبدأ في كثير من دو العالم , وقد أطلق القانون الكنسي الحرية للإرادة في التصرفات , فحررها من قيود الشكل التي كان القانون الروماني قد أحاط بها .

وبذلك ساهم القانون الكنسي إسهاما كبيرا في إبعاد التشكيلة في العقود وجعل للأخلاق دورا برز فيها² , وبالتالي عادت فكرة حسن النية في العقود من جديد في القرون الوسطى أيضا عند الفقهاء الكنسيين , وأنصار القانون الطبيعي وكان لهم مفهوم خاص عن حسن النية . إذا لرأوا بأنه : الاعتقاد الخالي من الشوائب والذي يكتفي فيه بمجرد البعد عن الإثم والحرام³ .

كما ننوه هنا أيضا بأن اقتباس الكنسيين لمبدأ حسن النية عن القانون الروماني يعتبر إنجازا كبيرا , لما نجم عن ذلك من تداعيات عظيمة الأثر للأجيال والعصور اللاحقة ب؟أسرها خاصة من خلال نقلها عنهم لبقية العائلات التشريعية الكبرى خصوصها منها في القضاء الغربي الحديث و الحالي , لكن يعتبر الانجاز العظيم من قبل فقهاء القانون الكنسي المسيحي , كما رأينا آنفا في القانون الرماني على جميع العقود . بحيث أنها صارت كلها سواء من

¹ - سعيد التريدي، بدايات النهضة في أوروبا أواخر العصر الوسيط، دراسة في المجتمع المدني، مجلة مركز الوثائق والدراسات الإنسانية، جامعة قطر، عدد8، السنة الثامنة، 1996، ص228.

² - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق ص ص22، 21.

³ - عزيز شيرزاد سليمان، المرجع السابق، ص44.

حيث طبيعتها القانونية أو من حيث نظامها القانوني ، من عقود حسن النية بدون التفرقة فيما بينها وبين عقود القانون الضيق¹.

المطلب الثاني: مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة و القانون الجزائري

عرف مبدأ حسن النية تطورا ملحوظا في القوانين المقارنة [الفرع الأول] كما تبني القانون الجزائري هذا المبدأ في ثنايا نصوص التقنين المدني [الفرع الثاني] .

الفرع الأول:مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة.

لمعرفة تطور مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة ، سنقسم هذا الفرع إلى قسمين الأول يخص مبدأ حسن النية في القانون الانجليزي [أولا] ، والثاني مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي [ثانيا].
أولا : مبدأ حسن النية القانون الانجليزي .

لا يحتل مبدأ حسن النية مكانا ثابتا في قراءة القانون الانجليزي Common Law بصفة عامة ، فتعد فكرة المقابل أساسا كسبب لإبرام العقد ، أي نشوء العقد بمجرد ما يقابله وهي فكرة ذات طابع مادي بما يعني عدم الاعتداد بالنية بوجه عام التي تعد أمرا خارجا عن التصرف².

وتتردد المحاكم الانجليزي في أعمال هذا المبدأ ، لعدم اتساقه مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإذا اتفق الطرفان على شروط العقد فليس هناك ما يدعو لتعديلها أو تغييرها استنادا لمخالفتها لحسن النية ، حيث يرى

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوي، المرجع السابق ص ص23،22.

² - سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية عدد23، ربيع الآخر1435هـ، فبراير 2014، ص26.

الكثير من الفقهاء أن هذا المبدأ يعد شكلا من أشكال السلوك والأخلاق فلا يمثل إلزاما أو واجبا قانونيا واجب الإلتباع يتحمل المتعاقد مسؤولية الخروج عنه¹.

إلا أن ذلك ليس معناه إن القانون الانجليزي يجهل كليا مبدأ حسن النية، إذ يفرضه كواجب عام في بعض العقود لأن التنفيذ لا يعد تطبيقا لمبدأ حسن النية كالاتزام مفروض على عاتق الأطراف².

وإذا كانت القاعدة العامة التي يقرها الفقه أن نظرية مبدأ حسن النية في القانون الانجليزي غير ضرورية لغموضها وإبهامها، كما أنها تفتح الباب للقضاة من حيث أعمال حكمهم الشخصي بحرية تامة في حل المنازعات، التي يؤديها القضاء الانجليزي على اعتبار أن هناك العديد من الحالات التي تصل بشأنها إلى حلول دون حاجة دون إلى اللجوء إلى مبدأ حسن النية، وإذا كان القانون الانجليزي لا يتضمن مفهوما عاما لمبدأ حسن النية كما هو الحال في نظم القانون الخاص، فهذا ليس معناه كما ذهب من الفقهاء أن هذا القانون لا يعرف ماذا يعني حسن النية، فهو يأخذ بمبدأ حسن النية بإقرار الفقه الذي يقرر ذلك عندما قال أنه معروف كواجب عام في بعض العقود كعقود الوكالة، كما أن ذلك القضاء الذي لا يعترف بمبدأ حسن النية وقد اعترف به في مرحلة من مراحل العقد وهي "مرحلة المفاوضات"، ويتضح أن مبدأ حسن النية في القانون الانجليزي حقيقة قائمة يقرها الفقه والقضاء³.

ثانيا: مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي

بالرغم من أهمية مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي من حيث أنه صمام أمان للعقد كما قال الفقه الفرنسي، وإذا كان القانون الفرنسي لم يضع تعريفا لمبدأ وظل متمسكا بالقاعدة الرومانية القائلة: "ان الاتفاقات لا

¹ - سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 27.

² - وائل حمدي أحمد علي، حسن النية في البيوع الدولية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة، دار النهضة العربية، 2010، ص 279.

³ - عبد الأمير راغد مظلوم حميد الخرجي، مبدأ حسن النية في المعاهدات الدولية، مجلة ديالي، عدد 64، 2014، ص 180.

ترتب التزامات¹، فإنه يعطيه مرونة في نظامه أنه علاوة على ذلك يخفف من مبدأ سلطان الإرادة حيث يمكن القول أن مبدأ حسن النية يبدو مفهوماً أساسياً لقانون العقد، إلا أن ذلك لا يعني أنّ مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي هو مبدأ قديم أو أصيل فقد مر مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي بمرحلتين: مرحلة القانون الفرنسي القديم، ومرحلة القانون الفرنسي الحديث .

أ - مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي القديم

لقد تأثر حسن النية في القانون الفرنسي بالقانون الروماني، فقد كان لفرنسا من القانون الروماني النصيب الأوفر أكثر من أي نصيب دولة أخرى، حيث عرف القانون الفرنسي في هذه الفترة مبدأ حسن النية بشكل صريح، منها أن العبرة في العقود والتصرفات بنية التعاقد، وعلى القاضي أن يكشف عن هذه النية ويبني عليها حكمه ومن تطبيقات ذلك إبطال العقد الذي يحدث بغش من أحد طرفيه للآخر².

إلا أنه منذ القرن الرابع عشر عرف القانون الفرنسي القديم مبدأ حسن النية صراحة بسبب تأثير مجموعة جستيان للقانون الفرنسي قد عرف مبدأ حسن النية، إلا أنه لم يفرد له نصاً خاصاً به قائماً بذاته، حيث ظل الأمر كذلك حتى قيام الثورة الفرنسية³.

ب - مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي الحديث

عندما تولى نابليون السلطة في فرنسا شكل لجنة لجمع القوانين وعرضها على مجلس الدولة الذي كان متأثراً بنظرية القانون الطبيعي، حيث كان مبدأ حسن النية موضوع اعتبار لدى واضعي هذا القانون باعتباره مفهوماً أساسياً في قانون العقد، حيث يقول الفقه الفرنسي "يجب الاعتراف بمبدأ حسن النية في المعاملة وصحة العقد"،

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوي، المرجع السابق ص 26، 24.

² - عبد الأمير راغد مظلوم حميد الخزرجي، المرجع السابق، ص 180.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، دار النهضة العربية، 1981، ص 848.

ورد مبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1134، حيث تنص هذه المادة على أنه " يجب أن تنفذ الاتفاقات بحسن النية"¹، ومن هذا المنطلق يتضح أن مبدأ حسن النية هو مفهوم أساسي لقانون العقد في فرنسا وفي القانون الفرنسي الحديث .

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

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية في القانون الجزائري .

يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ عالميا تأخذ به كافة النظم القانونية دون استثناء ، كما يلعب دورا بارزا في مجال العقد سواء عند تنفيذه أو في المرحلة السابقة عليه ، وهو ما أشار إليه بصفة صريحة المشرع الجزائري في المادة 107 ق.م.ج، وبالتالي مبدأ حسن النية في العقود له وجود ودور في القانون الجزائري ، إذ رغم أن العقد شريعة المتعاقدين إلا أنه ليس هناك عقود تحكم فيها المباني دون المعاني² .

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

¹- Article 1134 du code civil français, voir

<https://droit-finances.commentcamarche.com/download/telecharger-198-code-civil-2022-en-ligne> { consulté le 15

² - علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار النشر والتوزيع ، الجزائر ج1، ط2، 2005، ص369.

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

كما أن القانون المدني المصري في نظرنا له الفضل الصياغة القانونية بالغة العربية التي جاءت بها النصوص المتعلقة بحسن النية في القانون المدني الجزائري ، وذلك يعتبر كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي مصدرا تاريخيا بالنسبة إلى الكثير من مسائل الأحوال العينية التي تتضمنها نصوص القانون المدني الجزائري¹.

كما لا ننسى أيضا تأثير الشريعة الإسلامية التي يستمد منها القانون المدني الجزائري أحكامه طبقا لنص المادة الأولى منه ، فالشريعة الإسلامية تهتم هي أيضا بالبيان والمقاصد وسنؤكد ذلك عند التطرق لمبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية ، بالإضافة إلى ذلك ، ورد حسن النية أيضا في القضاء الجزائري² ، وبالرجوع إلى النصوص والأحكام الخاصة المتناثرة في ثنايا القانون المدني الجزائري نلاحظ أن مصطلح حسن النية تكرر عدة المرات فيه ، وهذا دليل على الأهمية التي أعطاها القانون و القضاء الجزائري إلى مبدأ حسن النية في العقود .

المطلب الثالث :مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية .

تحرص الشريعة الإسلامية على تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع على أساس التعاون والتفاهم المتبادل بعيدا عن الإضرار بالآخرين إعمالا لقاعدة الشرعية " لا ضرر ضرار" كما اهتمت بالنية في العبادات و التقرب إلى الله عز وجل فإنها أيضا اهتمت بالنية في العقود والمعاملات المالي بغض النظر عن كون النية باطنة أو ظاهرة ، أو كلامها معا ،وعليه سنتناول مبدأ حسن النية في القرآن الكريم و السنة النبوية [بالفرع الأول] مبدأ حسن النية في الفقه الإسلامي [الفرع الثاني] .

¹ - محمد سعيد جعفرور، مدخل العلوم القانونية ، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة الجزائر، 1999، ص308.

² - فمن بين القرارات القضائية التي ورد فيها ذكر حسن النية بالنسبة لتنفيذ العقد لحسن نية قرر المحكمة العليا، غرفة مدنية رقم 52061، تاريخ 1990/01/15، المجلة القضائية لسنة 1993 عدد 01، ص 113 أشار إليه كل من: عمر بن سعيد، المرجع السابق ص62، عمر حمدي بإنشاء القضاء المدني ، ط3 ، دار هومة ، الجزائر 2006، ص 45.

الفرع الأول: مبدأ حسن النية في القرآن الكريم و السنة النبوية .

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

أولاً: مبدأ حسن النية في القرآن الكريم.

تضمن القرآن الكريم الكثير من الآيات التي ترسخ من مفهوم و مبدأ حسن النية في التصرفات بكافة أنواعها ومن ذلك قوله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ¹ .

فكل شرط أو عقد يجب الوفاء به ما لم يخالف كتاب الله عليه وسلم ، فإن ظهر فيهما ما يخالف رد ، قال صلي الله عليه و سلم : "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"² .

قوله تعالى : يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِيحَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (29)³

وقوله تعالى : إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ⁴

وقوله تعالى : وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ¹

¹ - سورة المائدة : الآية : 01.

² - أخرجه البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب، باب إ\ اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول من غير علم فحكمه مردود 6/ 2675 رقم 6917.

³ - سورة النساء : الآية : 29.

⁴ - سورة النساء : الآية : 58.

وقوله تعالى : إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ
يَعْظُمُ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ²

ثانيا : مبدأ حسن النية في السنة النبوية .

هناك الكثير من الأحاديث في السنة النبوية المطهرة تأمرنا بحسن النية و تنهى عن سوء النية في التصرفات , إذ أن حسن النية ليس أمرا داخليا قليلا فحسب وإنما هو مظهر و سلوك في الواقع الخارجي يتفق مع أحكام الشريعة الغراء , فمن كان هجرته إلى الله عليه وسلم أنه قال : "إنما الأعمال بالنيات ، و إنما لكل امرئ ما نوى , فمن كان هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هجر إليه"³ .

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

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عنه وسلم قال : لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها أن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاع تمر.⁴

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

¹ - سورة البقرة : الآية : 231.

² سورة النحل : الآية : 90.

³ - البخاري كتاب بَدْ الوحي ، باب كيف كان بدأ الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم 3/1 رقم 1.

⁴ - متفق عليه البخاري في كتاب البيوع، باب النهي للبايع أن يخفل الإبل والغنم وكل محفلة رقم 755/2 ، رقم [2041]، نقالا عن سعد بن سعيد الدياوي ، المرجع السابق، ص20.

والنهي عن التصرية هو نهي عن سوء النية و الغش و عدم الأمانة و هو أمر في المقابل بحسن النية في البيع و الشراء .

وعن " سعيد بن مالك الخدري " رضي الله عنه أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا ضرر و لا ضرار " و الحديث به عن كافة الأعمال التي قد تسبب ضررا للآخرين ، أي الحث على حسن النية و النهي عن سوى النية ¹ .

الفرع الثاني: مبدأ حين النية في الفقه الإسلامي .

الأصل في العقود الفقه الإسلامي الرضائية , إعمالا لقوله تعالى : "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " ² . وقوله صلى الله عليه وسلم : " إنما البيع عن تراض منكم " ³ .

و للمتعاقدين الحق في التمسك بشروط العقد و بنوده ، إلا أنه بعض الحالات قد يؤدي التمسك بحرفية شروط العقد إلى الإجحاف بالطرف الأخر و إلحاق الضرر به و زيادة التزاماته في بعض الحالات كالظروف القاهرة أو المرهقة , فلا ضرر و ضرار ، فليس للمتعاقد أن يتمسك بشروط العقد على وجه يتنافى مع حسن النية فالكتمان وعدم الإفصاح الأمين والصادق يخل بمبدأ حسن النية في المعاملات فمن غشنا فليس منا ⁴ .

¹ - أخرجه أحمد في مسند عبد الله بن عباس، رضي الله عنه، 55/5 رقم 2856، وأبن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر بجاره، 748/2، رقم 2340، نقلا عن سعد سعيد الذيابي ، ص21.

² - سورة النساء: الآية :29.

³ - سنن الترمذي البيوع 27.

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

وقد وضع الفقه الإسلامي حسن النية في إطار عام لمختلف التصرفات و منها العقود , ولم يكتفي به في مرحلة من مراحل العقد بل جعله مبدأ مهيمنا على كافة مراحل العقد منذ التفاوض حتى تمام التنفيذ¹.

ومن مظاهر حسن النية التعاون الطرفين و عدم التعسف في استعمال الحق و الوفاء بالحقوق و تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، كما لا يمكن لأحد المتعاقدين أن يعدل في بنود العقد بإرادته المنفردة و على الدائن إهمال المدين المعسر لقوله تعالى : "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"².

وعليه فالفقه الإسلامي " أن وافق بنية حسنة لم يصح إلا إذا وقع على وفق الشرع "³.

كما بين العلماء أنه : "يحرم عليه الدخول في عقد محرم ابتداء ولو كانت بنية حسنة , فإن النية الحسنة لا تبيح الدخول في الحرام "⁴.

ونصوا على جواز طائفة من الخيارات في العقد وهو أن يكون للمتعاقد الحق أو الاختيار بين إمضاء العقد و فسخه و إبطاله ويكون العقد غير لازم مع أن الأصل في العقود أن تكون لازمة لا يجوز فسخها , وأجيز الخيار للحاجة الماسة حتى لا يطغى أحد على مصلحة أحد بدون تحقق رضاه ، ولا يستغل عاقده حسن النية العاقد لآخر فيهيئه وليتمكن كل عاقد من تفحص المعقود عليه ، أو اكتشافه أثناء الخبرة و التجربة و أو لتتهيأ له فرصة

¹ - خالد السيد عبد المجيد موسى، مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة، السعودية النظرية العامة للإلتزامات ، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الرياض، 2017، ص 23.

² - سورة البقرة : الآية :280.

³ - فيصل بن حمد المبارك الحرميلي النجدى ، خلاصة الكلام شرح عمدة الأحكام ، ط2، 1412هـ، 1992.

⁴ - فتوى الشبكة الإسلامية ، <http://www.islam web.net>

للتروي و التثبت لموازنة وفقا مع التزامه¹ و بالتالي العبرة في تحديد معاني العقود وحلها و شرحها و صحتها و فسادها بالمقاصد و النيات لا بمجرد الألفاظ فلا عبرة بظاهر اللفظ إذا القصد و النية خلافه².

¹ - مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط2، 1992، ص342.

² - عبد الفتاح تقية، تفسير النصوص والقواعد الفقهية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الكاهنة، البويرة، الجزائر، 1998، ص 247.

المبحث الثاني :

مفهوم مبدأ حسن النية .

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

المطلب الأول :التعريف بمبدأ حسن النية .

يقضي التعريف بهذا المبدأ بداية إلقاء الضوء على مختلف التعاريف الجامعة و المانعة له و التي جاد بها الفقه [الفرع الأول] , لإظهار خصائصه [الفرع الثاني] من أجل تمييزه عن غيره من الأوضاع المشابهة له [الفرع الثالث].

الفرع الأول :تعريف حسن النية .

إن العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر يلتزم بموجبه طرف يسمى المدين اتجاه آخر يسمى الدائن بإعطاء شيء أو الامتناع عن و ينعقد العقد بمجرد تطابق الإيجاب و القبول إل إذا قرر القانون أوضاعه معينة لانعقادها كاشتراط المشرع استيفاء شكل معين في بعض الأحيان بانعقاد العقد يتلاقى الإيجاب و القبول أي العقد شريعة المتعاقدين تنفيذه , و العقد كصغير من التصرفات يحتاج إلى نية باتجاه إرادي نحو أمر معين فكل فعل يسبق بعزم و تصميم على القيام به أو الامتناع عنه¹ .

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2006، ص83.

فالنية أو القصد لغة هو "اعتقاد العقل بفعل شيء و عزمه عليه دون تردد" و مصطلح حسن النية في العقود يختلف كما هو معلوم عن النية و الحسن , فهي كلمة تدل على ما هو كل ما يعتبر مذموم و قبيح أو غير أخلاقي وهو مرتبط بالشر¹.

يجمع حين النية في مصطلح حسن النية كمبدأ قانوني يتغير معناه و مدلوله وصعوبة تحديد هذا المفهوم أو هذه الفكرة لم يمنع جانب من الفقه من تعريفها فمنه من قيل بأن مبدأ حسن النية هو [الصدق و الإخلاص] وبأنه [الاستقامة و النزاهة و عدم الغش] , وبأنه احترام الالتزام الموعود به .

لكن لم ترق محاولات تعريف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود إلى الحد الذي يجعل معنى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود واضحاً و محددة فلم تكن دقيقة و محددة في وضع تعريف قانوني لحسن آلية , حيث استخدمت تعابير عامة و أخلاقية كالصدق و الأمانة و هي مصطلحات تحتاج أصلاً إلى تحديد قانوني فهناك من يرى بأن مبدأ حسن النية هو التعامل بصدق و استقامة و شرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة و العادلة التي أنشئ من أجلها , والتزام كل من طرفي العقد بما لا تؤدي الممارسة إلى الإضرار بالغير².

كما يعرفه مبدأ حسن النية بأنه " الجهل المبرر بواقعة أو معينة تكون مناط ترتيب الآثار القانونية اللازمة بحيث يختلف الحكم القانوني المترتب تبعاً لتحقيق الجهل أو تحقيق العلم بتلك الواقعة أو الحادثة"³.

كما عرفه البعض الآخر بأنه حسن النية في إبرام العقد هو التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المشروعية للطرف المقابل و بالتالي يجب مراعاة المصالح المبررة أو المشروعية¹.

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص89.

² - أنور السلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1988، ص451.

³ - ياسين محمد الجبوري، شرح القانون المدني الجزائري، ج2، دار الثقافة ، عمان، 2006، ص36.

ونلاحظ هنا أن هذا الرأي قد اتبع الاتجاهات الحديثة التي تفسر حسن النية في إبرام العقود , و التي تتطلب من المتعاقد مراعاة المصالح المبررة و المشروعية للطرف المقابل².

كما عرف حسن النية بأنه : "أن تحترم ما قام بينك و بين الطرف الآخر من أوضاع وأن تنفذها , وفقا لذلك وليس كما تريد"³.

وقد عرف مبدأ حسن النية بأنه : " انتفاء للخطأ العمدي و انتفاء الغش و انتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء النية و انتفاء الخطأ الجسيم"⁴.

كذلك عرف " بأنه يرتبط بمفهوم فردي ينظر إليه من زاوية المتعاقد الذي أصابه ضرر بسبب فعل المتعاقد الآخر دون أن ينظر إليه من نظر اجتماعية , لذلك تم يكن لهذا المبدأ سوى أثر سلبي بموجبه يمتنع المتعاقد من القيام بعمل يتنافى مع طبيعة العلاقة العقدية من أجل الحصول على منفعة غير مشروعة أو القيام بعمل من شأنه الإضرار المتعمد بالمتعاقد الآخر دون أن يتضمن أثرا ايجابيا من شأنه إلزام المتعاقدين معا بالتعاون و المشاركة الفعلية في تنفيذ العقد تنفيذا عينيا على الوجه صحيح مع المصلحة الاجتماعية⁵.

من خلال ما سبق ذكره , يمكن القول أننا رغم محاولتنا في إيجاد تعريف جامع مانع لمفهوم حسن النية في العقد إلى أننا حقيقة لم نجد ما كنا نبحت عنه لأن حسن النية ببساطة ذو مفهوم واسع لكنه في نفس الوقت ليس

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص193.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص194.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص83.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 123.

⁵ - رياض عيسى، القواعد الأساسية في تنفيذ العقود خطة التنمية المنعقدة بين الوحدات الاقتصادية في القطاع العام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون، جامعة الجزائر مجلد 22 ، عدد1 ، مارس 1985 ، ص 242.

مستحيل . ولذا نتفق من قال بأن : ليس لمبدأ حسن النية معنى ثابت و محدد فهو يأخذ معناه من الوقائع الخاصة بكل قضية .

الفرع الثاني : خصائص مبدأ حسن النية .

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

1_ مبدأ حسن النية ذو طبيعة ذاتية :

وهذا ما يظهر من خلال النصوص القانونية في القانون المدني حيث تنص المادة 105 من ق م ج على أنه : " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ¹ .

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

1- إثراء المدين حسن النية المدعى عليه .

2- افتقار الدائن بناء على هذا الإثراء [المدعى] .

¹ - المادة 105 الأمر رقم 75-58 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10/05 ، المؤرخ في 20 جوان 2005 ، ج ر ، عدد 44 ، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005 والقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج ر ، بتاريخ 13 ماي 2007 .

3- انعدام السبب القانوني للإثراء .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري سكت عن اعتبار بقاء الإثراء قائما وقت رفع الدعوى كركن رابع للإثراء مخالفا ما ذهب إليه المشرعين الفرنسي و المصري كما أنه اعتبر دعوى الإثراء دعوى أصلية وليست دعوى احتياطية¹ .

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

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

فيصبح على كل منها دائن بالالتزام و مدينا في الوقت نفسه , ولا فرق بين مهني محترف أو مستهلك إلا في الدرجة و لكن ما يقتضيه هذا المبدأ من التزامات فتخلف من طرف لآخر حسب حالته و موقعه و الملايسات التي تحيط به³ .

3- مبدأ حسن النية هو مفهوم واسع :

حيث يتغير مضمونه حسب المكان و الزمان و بالتالي يؤدي إلى نتائج متباينة ومتعارضة التطبيق و الأخذ به يؤدي إلى مرونة القانون ليصبح مواكبنا للمستجدات التي تحدث في الحياة بسبب التطورات الاقتصادية و الاجتماعية⁴ .

¹ - المادة 141 الأمر 58/75، المعدل والمتمم، المرجع السابق .

² - المادة 179 الأمر 58/75، المعدل والمتمم، المرجع السابق .

³ - علي فيلاي، المرجع السابق ص 80، 81.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 178.

4_ مبدأ حسن النية مبدأ أخلاقي :

ويتبين ذلك من خلال الالتزامات التي تعني الأمانة و الثقة و النزاهة و التعاون , و هي قواعد أخلاقية فأصبحت جزء من حياة المجتمعات الإنسانية و طابع مميز لهم و بما القواعد الأخلاقية أصبحت في الوقت الحالي تتحكم إلى حد بعيد في النصوص القانونية أي أن للقاعدة القانونية بعدا أخلاقية يلامسه الباحث في كل زاوية من زوايا القانون¹ .

الفرع الثالث : تمييز مبدأ حسن النية عن غيره من النظم القانونية المتشابهة .

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

أولا : إلحاقه بالنظام العام

هناك من يلحق مفهوم حسن النية بمفهوم لا يقل عنه ضبابية , فيلحقه بالنظام العام أو يلحقه بالإنصاف و يوجد أيضا رأي آخر يعتبر إلحاق حسن النية بأحد المفاهيم الأخرى يفقده جدواه و قيمته و النظام العام في التعاقد يمثل قيد أو تحديد لحرية الإرادة , ولم يضبط أي تعريف له إلى يومنا , إذا كان النظام العام ذو المفهوم ضبابي و غير واضح المعالم إلا أنه يرمي إلى الانسجام الاجتماعي , وهو من السعة بحيث يمكنه أن يستوعب مفهوم حسن النية² , ويقول البعض أن حسن النية مبدأ قانوني مستمد من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين وهو طبعا ليس قاعدة بالمعنى الفني للقانون كما يمكن استقراؤه من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع , أي أن المبادئ العامة تعتبر عن الفكرة السائدة للوجود وتأتي القواعد القانونية لتعبر جزئيا عن الأفكار التي تتضمنها هذه المبادئ.

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص179.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص89.

أي أن المشرع يستوجبها عند وضع التشريعات كما أنها تساهم في تحديد هذه القوانين كما في النظام العام و الآداب العامة , و التي بدورها تقيّد الحرية التعاقدية للأفراد , فكيف لهذا النظام العام و الذي يستوحي من المبادئ العامة للقانون و التي هي بدورها مستوحاة من الفكرة العامة للوجود أن يحتوي حسن النية كمبدأ قانوني ويكون مصدرا لقوته وإلزاميته¹.

ثانيا : إلحاقه بالإنصاف .

عرف الإنصاف بأنه إحساس تلقائي صادق بما هو عدل يقضي بإعطاء كل ذي حق حقه أما أرسطو فيعرف رقابة الإنصاف بأنها 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 المعروفة². وبشأن هذا التعريف الشهير الذي صاغه الفيلسوف أرسطو لرقابة الإنصاف أي الرقابة المشروعية الطبيعية , بظل التعريف صالحا لكي ليس فقط تعريف مناسب بل ليكون التعريف الأفضل لرقابة المشروعية حتى في أيام عصرنا الحديث رغم المسافة التاريخية التي تفضله عن عصرنا³.

ويوحي الإنصاف بفكرة حسن النية لطن هناك خلاف بين الفقهاء و ذلك بخصوص العلاقة بين الإنصاف وحسن النية و خاصة أن الإنصاف بدوره مفهوم غامض و غير واضح فيعتبر بعض أن حسن النية هو الإنصاف وأن القاضي إذا ما ارتكز على حسن النية فهو يحكم بالإنصاف و البعض الآخر يرى أن حسن النية هو الأداة لتحقيق الأنصاف ووسيلة التعديل اللازمة لفكرة العدل و يتضح الفرق أكثر بين المفهومين إذا ما نظرنا إلى الدور⁴

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 90 .

² - سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 490.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 91،92.

⁴ - سفيان القرقي، المرجع السابق، ص 490.

الذي يلعبه كل واحد منها إذ يقول ديبرو أنه : " يجب أن نصلح باسم حسن النية و نكمل باسم الإنصاف , ويقول دي لافرنج : أن : " حسن النية هو التابع التاريخي للإنصاف " .

أن الإنصاف يتمثل في شكلين هما : إما أن يكون في الشكل غريزة تتجه مباشرة نحو الحل الأفضل و الأنسب مع الهدف لكل تنظيم قانوني , وإما تطبيق فكرة العدل على الوقائع مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية وقبوله الأفكار العامة حسب عناصر الواقع المعاش , وهذا هو الشكل الثاني للإنصاف الذي يتقارب مع حسن النية , وأن إلحاق حسن النية بأحد المفاهيم الأخرى يفقده قيمته وجدواه وفي مادة تنفيذ العقود وذلك علاوة على ما يعتري تلك المفاهيم من لبس و غموض لذلك إلى اعتبار حسن النية مفهوما مستقلا يمتلك مبررات وجوده و أهميته¹

ثالثا : تمييز حسن النية عن سوء النية .

عرف سوء النية بأنه قصد عدم الالتزام بأوامر الشرع الإسلامي وأحكامه أو الحدود الشرعية و القانونية في الحقوق و التصرفات وعرفه بعض الفقهاء الفرنسيين بأنه السلوك الغير صحيح بالأخذ بدرجات متفاوتة حسب حالات تفاهم المسؤولية و فقدان الربح أو الإنقاص من الحق².

وبالنسبة لأوجه الاختلاف , حسن النية يختلف عن سوء النية من حيث كل من المعنى و الافتراض و عدمه , الطلب في كل منهما الارتباط بقواعد الدين , الارتباط بقواعد لأخلاق و النتيجة المترتبة على كل منهما ؛ فمن حيث المعنى هما نقصان يدل كل منهما على معنى يناقض المعنى الذي يدل عليه الآخر , واختلافهما في المعنى راجع لاختلافهما في المبنى [اللفظ] , أما من حيث الافتراض و عدمه فحسن النية أمر مفترض في كونه الأصل

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص95.

² - voir: Raymond cuillien , Jean Vincent , sous la direction de serge Guinchard, Gabriel Montagnier lexique des termes juridique , 16° édition, paris : Dalloz, DL 2007, cop.2007 p400.

في كل الأصل في كل إنسان بأصل خلقه و فطرته , و بالتالي لا يحتاج إثبات وجوده إلى دليل و يعد إدعاؤه أمر غير مقبول بدون دليل .

أما سوء فهو أمر غير مفترض ولا يمكن افتراضه وإدعاؤه أمر غير مقبول بغير دليل ويحتاج إثباته إلى دليل , ويقع على من يدعي وجوده أو من له مصلحة التمسك به عبئ إثباته بكافة طرق الإثبات , كما يختلفان أيضا من حيث أن الطلب في كل منهما ليس واحد ؛ فالطلب في حسن النية هو الطلب للفعل , أما الطلب في سوء النية هو طلب للترك لأن حسن النية يعني الأمور الفاضلة و المحمودة التي يجب الالتزام بها كالأمانة والإخلاص أما سوء النية يعني الأمور القبيحة المذمومة التي يجب تركها , ويختلفان أيضا من حيث الارتباط بقواعد الدين , فحسن النية يرتبط ارتباطا وثيقا بقواعد الدين التزام ما الشرع بالتزامه , ويختلفا أيضا من حيث الارتباط بقواعد الأخلاق , نجد الحسن النية يعني بالمثل العليا التي تمثل محور قواعد الأخلاق نظرا للصلة الوطيدة بينه وبين هذه القواعد , وبخلاف ذلك فإن سوء النية يعني بأمور تتنافر مع قواعد الأخلاق ؛ وبالتالي هو بعيد كل البعد عن القواعد الأخلاقية ومكارمها¹.

أما بالنسبة للنتيجة المترتبة على كل منهما فهي أيضا تختلف إذ يترتب على حسن النية تحقيق العدالة بين أطراف العملية التعاقدية للتوازن الذي يحدثه في الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه العملية وبالتالي الثقة والطمأنينة في التعامل الأمر الذي يعود بالنفع الكبير على هؤلاء الأطراف وعلى المجتمع , أما سوء النية فينتج عنه انتفاء العدالة بين أطراف العملية التعاقدية لحدوث خلل واضطرابات في الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد وبالتالي عدم التوازن في المصالح مما يؤدي إلى انعدام الثقة والطمأنينة في التعامل وبالتالي انتشار الفوضى وفساد المجتمع².

¹ - محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية وآثره في عقود المفاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار المناهج ، عمان ، الأردن ، 2010 ، ص ص 147 - 148 .

² - محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق ، ص 154 .

هناك أيضا أوجه اتفاق بين سوء النية وحسن النية فكلاهما موقف عمدي لأن النية قصد الشيء و الحسن النية والسوء أوصاف لها و والوصف يتبع موصوفه في كل شيء فإن كانت النية حسنة كان التصرف حسن , وإن كانت النية سيئة كان التصرف سيئا , كما أن لكلاهما موقف خاص يصاحبه لا يمكن تقديره إلا بالرجوع إلى ذات الشخص لمعرفة حقيقة اتجاه نيته , وهما أيضا دو طبيعة ذاتية ويقاسان في التصرفات بمعايير ذاتي وموضوعي¹ .

الفرع الرابع: المعيار الواجب اعتماده في قياس مبدأ حسن النية .

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

أولا : المعيار الذاتي

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

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

ونخلص إذن إلى أن معيار حسن النية الذاتي يبدأ موضوعيا بقياس الفعل أو الترك بمقياس الرجل العادي [رب الأسرة الحريص]² , للقول أول بأنه فعل أو ترك غير مشروع ثم يقاس بعد ذلك بمعيار ذاتي بالبحث في نية الفاعل

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق ص92 .

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص186.

وقصده بمعرفة مدى تعمده القفلة الضرر وقد تشور صعوبة في العمل في التعرف على حقيقة نية الفاعل و خاصة أن الدائن أو المضرور هو الذي يكلف بإثبات سوء النية أو القصد السيئ استنادا إلى أن حسن النية يفترض حتى يثبت العكس إزاء ذلك يكلف بإثبات سوء النية أو القصد السيئ استنادا إلى أن حسن النية يفترض حتى يثبت العكس إزاء ذلك ليكون أمام القاضي إلا الاعتماد على الوقائع الثابتة أية واقعة من تلك الوقائع، وله سلطة واسعة في استنباط ما تحتمله حسب دلالة والاستناد إلى الظواهر الخارجية لاستدلال على حقيقة نية الفاعل وهو بذلك قد يضطر إلى أن عذر لهذا المسلك من جانب الفاعل لكن كل هذه الظواهر لن تكون سوى قرائن أو وسائل إثبات التوصل إلى سوء النية وهي في جميع الأحوال تتوارى أمام وجود الدليل القاطع على حسن نية الفاعل وعدم تعمده الاضرار بالغير .

ثانيا : المعيار الموضوعي

يقصد بالمعيار الموضوعي عموما معيار السلوك المألوف و المعتاد حيث ينظر القاضي في هذا المعيار إلى المسلك المتوقع لرجل العادي العاقل الموجود في نفس ظروف المدين إذ يتجرد من الظروف الذاتية الملابس لشخص المعتدي حيث أنها ظروف داخلية ملتصقة به لا صح النظر إليها وإلا انقلب المعيار الشخصي وعلى ذلك وعند بحث توافر سوء النية الموضوعي لا ينظر إلى كون المعتدي متواضع الذكاء أو عصبي المزاج غيرها من ظروف الداخلية فالقاضي لا يعتد بهذه الظروف هنا , بل عيبه أن ينظر للظروف الخارجية العامة التي تخضع لها كافة الناس ويقدر سلوك الشخص بحسب السلوك المألوف لشخص المعتاد¹ .

المجتمع وأخلاقياته وأن يكون السعي في ذلك جديا بحيث يكون تصرف المقاصد مقبول لا ينظر القانون وقيم المجتمع . ذلك أن القانون لا ينظر إلى صحة التصرفات أو عدم صحتها بناء على ما يعتقد المرء فيها بل يجب أن تكون مقبولة بنظر القانون ويجد هذا المعيار أساسه في العدالة والأخلاق . كما هو الحال في المعيار الذاتي " .

¹ - عبد الحميد عبد الطيف القوني ، المرجع السابق ، ص306.

وهذا المعيار يستلزم من المتعاقد أن يكون يقظا حريصا في تصرفاته حتى لا تضر بالآخرين ذلك أن قواعد الأخلاق والعدالة كما لا يقتزنها الإضرار بالغير , سوء النية الذاتي لا يقر كذلك الإهمال و التقصير أي سوء النية الموضوعي ويستلزم هذا المعيار من المتصرف أن يكون أميناً و مخلصاً في إبرام تصرفاته و تنفيذها¹.

وكما سلف فإنه بحسب رأي الباحث لا يمكن تقدير حسن نية المتعاقد على المعيار الذاتي دون الموضوعي أو الموضوعي دون الذاتي بل يجب اعتماد كلا المعيارين لذلك فإنه يمكن التمييز بين المعيار الموضوعي المادي لحسن النية و المعيار الشخصي الذاتي , يتكامل المعيارين بحيث يبدو أحيانا أنه لا يمكن الفصل بينها ففي جميع الحالات الخروج عما تقضيه القوة الملزمة بما تتضمنه , فسوء النية يختلط المعيار المادي بالذاتي ففي كل حالة يراد فيها معرفة حقيقة نية المتعاقد يرجع فيها للمعيار الذاتي².

ومنه نخلص إلى أن سوء النية الذاتي يتمثل في نية الإضرار بالطرف المقابل فالذي يرتكب أفعال تدل على عدم إزمائه بما توجبه القوة الملزمة للعقد ينفي عن حسن النية وأحيانا مجرد العلم بالضرر الذي قد يصيب الغير وسوء النية هنا عمدي ومع فإن انتفاء التعمد في عدم التزام حدود القوة الملزمة لا يكفي للقول بتوفر حسن النية إذ أن الإهمال وعدم الحيطة من طرف المتعاقد يبين حالة من سوء النية الإهمالي أو الموضوعي³.

¹ - عبد الحميد عبد الطيف القوي ، المرجع السابق ، ص 307 .

² - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ص 882 ، 884 .

³ - يحيى أحمد بن طه ، المرجع السابق ، ص 23 .

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في العقود

إن مبدأ حسا النية قد يكون التزاما قانونيا [الفرع الأول] أو قاعدة قانونية واردة ضمن النظام القانوني [الفرع الثاني] كما أنه هناك من يعتبره مبدأ قانونيا عاما [الفرع الثالث] .

الفرع الأول :حسن النية بوصفة التزاما قانونيا

إن حسن النية لا يتطلب فقط السلوك بل يتطلب الامتناع عن السلوك , والالتزام قد يكون عمل أو امتناع عن عمل , ولذلك يرى أغلبية فقهاء القانون أن الالتزام بمبدأ حسن النية في العقود رغم أنه ذو 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 الأخرى¹ .

وبالتالي هذا الالتزام القانوني هو التزام بالمعنى الضيق وليس مجرد واجب عام فهو التزام حقيقي له دائن ومدين ومحل سبب , كما أنه يقابله حق شخصي من جانب الطرف الآخر وله عناصره المحددة وتتمثل هذه العناصر في العنصر المادي المتمثل في مراعاة مقتضيات حسن النية التي تستجمع في مراعاة المصالح الخاصة المبررة المشروعية للطرف المقابل , وبالتالي يستوجب توافر الإدراك و التمييز لدى من توجهه إرادته فلا يمكن وصف شخص بأنه حسن النية إذا كان هذا الشخص مجنون أو عديم التمييز أو سكران أو نائم أو مغمى عليه² .

وحسن النية بوصفه التزاما قانوني له كذلك خصائص معينة تتمثل في أنه التزام مفروض على أطراف العلمية التعاقدية , أي أنه التزام متبادل مفروض على كلا الطرفين معا فيكون كل منهما دائنا ومدينا في الوقت نفسه بهذا الالتزام كما أنه التزام وقائي لأنه يفرض الوقاية من وقوع الضرر , وهو أيضا التزام بتحقيق غاية ببذل عناية إذ على كلا الطرفين التزام حسن النية وليس محاولة الالتزام به وإلا يعد الطرف الذي لم يتحقق حسن النية من جانبه مخالفا

¹ - سفيان القرقي ، المرجع السابق ، ص 138-139 .

² - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق ، ص 182-183 .

به¹، وهو أيضا التزام جوهري أو أساسي لا يستقيم بدونه العقد كما أنه التزام ذو طبيعة ذاتية لأن الحسن وصف يلحق بالنية في تحركها الإرادي و النية خفية محلها مكامن الإنسان [القلب] أين لا يمكن الاطلاع عليها من قبل الغير، كذلك التزام حسن النية قد يكون التزاما سابقا على التعاقد وذلك عندما يفرض و العقد لم يتم بعد²، أي أنه قد يكون التزاما قبل التعاقد أي قبل إبرام العقد.

الالتزام بحسن النية في العقد رغم أنه لا يختلف عن فكرة النظام العام والآداب العامة من حيث أن كلامها يقتضي مراعاة الجوانب الأخلاقية التي لا يجوز انتهاكها، إلا أنه في نفس الوقت يختلف معها من حيث أن جزاء مخالفة النظام العام هو البطلان في جميع الحالات أما جزاء الإخلال بمقتضات حسن النية هو أساسا التعويض، كما يختلفان من حيث أن القانون من خلال حسن النية في العقد يرمي إلى تحقيق مصلحة مباشرة، فلمصلحة المباشرة الخاصة للطرف المقابل في العقد، لأن الإخلال بالتزام حسن النية من قبل المتعاقد يؤدي مباشرة إلى زعزعة مصالح المتعاقد الآخر و المصلحة غير المباشرة هي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع³.

قيل أيضا عن التزام المتعاقد طبقا لحسن النية بأنه التزام تعاقدي فإذا ما حاد عن هذا المبدأ في المطالبة بحقه فيكون مسؤول على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزام عقدي، وهو وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ بذلك لا حاجة المسؤولية على أنها تقصيرية لتسعفه في استعمال حقه، ونلاحظ هنا أن من ذهب إلى هذا القول الذي نحن بصددده كان يقصد به ما يسمى بالتزام حسن النية التعاقدية أي التزام حسن في تنفيذ العقد⁴.

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 182-183.

² - سفيان القرخي، المرجع السابق، ص 828-829.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق ص 211-212 ..

⁴ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام - التصرف القانوني العقد والإدارة المنفردة، ج1، ط2، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 314.

الفرع الثاني: حسن النية بوصفها قاعدة قانونية

القاعدة بوجه عام هي أمر كلي ينطبق على جزئيات ويقول الجرجاني: " القاعدة هي قضية كلية منطقية على جميع جزئياتها "، أما القاعدة بوجه خاص فهي صفة تنظم سلوكا وعملا فكريا وبخنا ومنها قواعد السلوك و قواعد المنهج¹.

ويقول الفقيه بولنجي أن: [القاعدة القانونية هي عامة لأنها وضعت من أجل عدد غير محدد من الأعمال و الوقائع لكنها من زاوية أخرى تعتبر خاصة إذا ما تعلق الأمر بأعمال أو وقائع محددة و المبدأ بعكس ذلك يكون عاما إذا ما تضمن سلسلة غير محدودة من التطبيقات².

وحسب غالبية فقهاء القانون فإن حسن النية في العقود رغم أنه ذو طبيعة أخلاقية إلا أن ذلك لا يحول دون أن يكون قاعدة قانونية تامة الشروط وكاملة الخصائص في النظام الوضعي³.

وخصائص حسن النية في العقود باعتباره قاعدة قانونية تتمثل في أنه قاعدة سلوك اجتماعية وتفرض على الأطراف المقبلة على التعاقد سلوكا معينا , يتجلى في تنفيذ التزامات ايجابية وأخرى سلبية في علاقتهم بالطرف المقابل و مراعاة مصلحة هذا الطرف كما يرى أغلب الفقهاء بأن حسن النية من القواعد الآمرة وهذا يعني بأنه من النظام العام الذي يمكن الاتفاق على ما يخالفه⁴. فقد ورد في القانون المدني الفرنسي و المصري عبارة حسن النية في تنفيذ العقود مسبقة بعبارة [يجب] وينطبق ذلك أيضا على القانون المدني الجزائري وهذا يؤدي إلى القول بأن حسن النية يعد في ظل هذه القوانين من النظام العام أيضا لأنه ليس هناك ما يدل على كونه من القواعد المفسرة .

¹ - مجمع اللغة العربية ، المعجم الفلسفي ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة ، مصر ، 1983 ، ص14.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص93-94 .

³ - سفيان القرقي ، المرجع السابق ، ص 21.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق ، ص 190 .

ولأن وجود حسن النية بوصفه قاعدة قانونية يؤدي إلى حماية المصلحة العليا للمجتمع أي حماية النظام العام و الآداب العامة و كذلك حسن النية في العقود يقتضي كل منهما مراعاة الجوانب الأخلاقية التي لا يجوز انتهاكها و الإخلال بها¹ , وبالتالي هنا سلطة القضاة هي تقديرية و ليستن مطلقة يستمد القاضي ذلك من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها لأن مباشرة هذه السلطة تخضع لرقابة المحكمة العليا التي تراقب حسن تطبيق القانون .

وبسبب هذه السلطة التقديرية للقضاة وصف حسن النية من حيث الطبيعة التقديرية بأنه مفهوم إطاري يفرض على القاضي من قبل المشروع أمر تحديد مضمونه وضبط نظامه القانوني² .

الفرع الثالث : حسن النية في العقود بوصفه مبدأ قانونيا.

حسن النية مبدأ قانونيا عاما ويؤكد ذلك ما يلي :

- أن قائمة المبادئ القانونية العامة غير محددة حصرا.

- هناك عدة تطبيقات في القانون المدني أخذ المشروع عند وضعه لهذا القانون حسن النية باعتبار

الكثير من الفقهاء يعتبرون أن حسن النية مبدأ قانوني عام .

حيث يعرف أحد الفقهاء الغربيين أن حسن النية هو مبدأ تنفيذ وليس التزام خاص إذا قد يكون جزاء الإخلال بهذا المبدأ هو المسؤولية عقدية أو تقصيرية³ .

لذلك يرى فقيه آخر بأنه من المنطقي أن يتم معاقبة التعسف في استعمال الحق الذي ينتج عن العقد على أساس التقصير , وهذا ما يعطي شرعية للمسؤولية التقصيرية بين المتعاقدين وبالتالي التخلي عن فوجود التزام خاص بحسن النية لتفضيل وجود مبدأ حسن النية¹ .

¹ - المرجع نفسه ، ص 211-212 .

² - سفيان القرقي ، المرجع السابق ، ص 94.

³ - - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق ، ص 94 .

وبما أت حسن النية في مجال التعامل هو مبدأ قانوني فهو بالتالي يتميز بصفات المبادئ القانونية المتمثلة في المرونة، وعدم التحديد، والانطباق على فروض وحالات عدة مما يفسح المجال أمام القاضي للاجتهاد فيها، وإيجاد الحلول القانونية الواقعية للوقائع المعروضة أمامه ، هذه الأخيرة التي يصعب حصرها وعددها لأنها متباينة الجوانب ، متشعبة النواحي ، متجددة المظاهر².

¹ - نقلا عن :

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

²- شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق ، ص 163 .

الفصل الثاني :

مقتضيات حسن النية في تكوين العقد

الفصل الثاني :

مقتضيات حسن النية في تكوين العقد

بعد أن تعرفنا في الفصل الأول عن الإطار النظري لمبدأ حسن النية في تكوين العقد، من خلال التطرق للمحة تاريخية عن نشأته، ومعرفة مفهوم حسن النية وطبيعته وتمييزه عما يشبهه في العقود، تبين لنا أن مبدأ حسن النية يسيطر ويهيمن على جميع العقود، وفي جميع مراحلها، من مرحلة تكوينها، وما يهمنا في هذه الدراسة ليست هذه المراحل التي تمر بها العقود بل هو ما يقتضيه حسن النية فيها وعلى هذا الأساس، قسمنا هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: مبدأ حسن النية في التراضي

المبحث الثاني : مقتضيات حسن النية في التفاوض على العقود

المبحث الأول : مبدأ حسن النية في التراضي

تخطى مرحلة تكوين العقود بأهمية كبيرة في العقود التقليدية والحديثة (الإلكترونية)، وتستغرق أحياناً وقتاً طويلاً، لما تتضمنه من تحديد لأبعاد التعاقد النهائي وكيفية تنفيذه، فهي تشمل مرحلة المفاوضات ومرحلة صدور الإيجاب ومرحلة القبول، وتنتهي بمجرد اقتراح القبول بالإيجاب، فهذا الاقتراح هو الحد الفاصل بين المرحلة السابقة على التعاقد وبين مرحلة إبرام العقد، لأن تكوين هذا الأخير يستلزم ركن جوهري وهو التراضي الذي يقوم عند تلاقي إرادتا المتعاقدين (الإيجاب والقبول) بقصد إنشاء علاقة قانونية ملزمة لهما.

وعلى هذا الأساس، سنبحث مقتضيات حسن النية في مرحلة تكوين العقود، من خلال المطالبين

الآتيين:

المطلب الأول: مقتضيات حسن النية في النيابة على التعاقد

المطلب الثاني: مقتضيات حسن النية لوجود التراضي و صحته

التراضي كما يسميه البعض الرضاء هو ركن جوهري في العقد، ومن مستلزماته أن يكون ثنائياً. والرضا معناه اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين ومحدد، أو هو انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد. وبما أن التراضي هو ركن العقد، فإن ذلك يقتضي أن يكون موجوداً، وأن يكون صحيحاً، إذ أن كل إرادة في انعقاد العقد يلزم لها أن تكون موجودة وصحيحة¹، والتعبير عن هذه الإرادة قد يقوم به الشخص بنفسه، أو يصدر ممن ينوب عنه في ذلك.

وعليه، للتعرف على مقتضيات حسن النية في التراضي سنتناول مطلبين في هذا المبحث، الأول نتحدث فيه عن مقتضيات حسن النية في النيابة في التعاقد، أما الثاني نخصه لمقتضيات حسن النية لوجود التراضي وصحته.

المطلب الأول: مقتضيات حسن النية في النيابة في التعاقد

الأصل هو أن يتم التراضي بين أصليين يتعاقدان بأنفسهما ولحسابهما، لكن رغم ذلك فقد يبرم العقد بطريق ما يسمى النيابة.

والنيابة هي حلول إرادة شخص (يسمى النائب) محل إرادة شخص آخر (يسمى الأصيل) في القيام بتصرف قانوني تنصرف آثاره إلى الأصيل. أي أن إبرام التصرف القانوني بإرادة النائب لا يجعل من هذا الأخير طرفاً في العقد، بل يظل الأصيل الذي يتم العقد باسمه ولحسابه هو طرف العقد الذي تنصرف إليه آثاره مباشرة، فيكسب كل ما ينشأ عنه من حقوق ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات²، وذلك رغم عدم ظهور الأصيل بشخصه في إبرام العقد، وبالتالي يكون طرفاً العقد هما الأصيل والمتعاقد معد أما النائب فتنتهي مهمته بإبرام العقد لحساب الأصيل.

¹ - ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية [مصادر الالتزامات]، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص 73-74.

² - فقد قضت المحكمة العليا بأن قضاة المجلس القضائي طبقوا القانون عندما اعتبروا المدير التجاري الذي أمضى البروتوكول بتفويض من الشركة المتعاقدة لم يتجاوز حدود نيابته، وحملوا الشركة مسؤولية العقد. أنظر: قرار المحكمة العليا، رقم 47734. بتاريخ 24/04/1988 المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 03 ص 77.

كما نقضت المحكمة العليا قرار قضاة المجلس القضائي لما قضا بإبطال عقد البيع بالرغم من كون المدعى عليه في الطعن ارتكب خطأً قانونياً عندما قاضى الوكيلين دون الأصيل. أنظر: قرار المحكمة العليا رقم 59293، بتاريخ 27/06/1990 المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 01 ص 16. أشار إليه: أ/ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 45.

ومقتضيات حسن النية في النيابة بإبرام العقود هي نفس المقتضيات التي من الواجب مراعاتها في التعاقد أصلاً، ولكن قد يتطلب القانون، أو الظروف في بعض الحالات التزامات إضافية، وبالتالي على النائب أن يوافق نيته مقتضيات حسن النية في إبرام العقود تجاه من يتعاقد معه لحساب الأصيل، لأن إرادة الأصيل لا تشترك في إبرام العقد محل النيابة. ومن إحدى تلك المقتضيات هو بيان الشخص لصفته عند التعاقد، إذ أن التزام حسن النية يقتضي من النائب أن يبين شخصيته للطرف المقابل، ويعلمه بأنه يتعاقد لحساب شخص آخر نيابة عنه، وخصوصاً في العقود المبرمة بين الغائبين¹، لأن من مقتضى حسن النية في التعامل بصفة عامة، حق كل متعاقد في العلم بصفة المتعاقد معه وما إذا كان يتعاقد أصالة عن نفسه أو نيابة عن غيره، كلما كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار بحسب طبيعة المعاملة أو ظروف الحال².

أما في التعامل بالوسائل المؤتمتة أي إذا كان العقد مبرماً بطريقة إلكترونية وليست تقليدية، ففي هذه الحالة فإن الذي يلتزم بمقتضيات حسن النية هو الشخص المنشئ، وبالتالي حسن النية يقتضي من المنشئ عند إعداد البرمجة أن يبين للمتعاقدين معه بأن الذي يجب على طلباتهم، وعروضهم، وسيط، أو وكيل إلكتروني مؤتمت، وليس شخصاً طبيعياً³.

كما يقتضي حسن النية في النيابة في إبرام العقد، أن تنتفي عيوب الإرادة في إرادة النائب، وبالتالي إذا كانت إرادة النائب معيبة فإن العقد يكون قابل للبطلان لمصلحة الأصيل رغم أن إرادة هذا الأخير لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة، أما إذا كانت إرادة النائب سليمة لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة فإن العقد صحيح رغم تعيب إرادة الأصيل.

أما من حيث أثر العلم ببعض الظروف أو عدم العلم بها أو افتراض العلم بها حتماً، نميز حالتين⁴:

1 - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 297-298.

2 - همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة مصر، 2004، ص 94.

3 - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 299-300.

4 - وقد نصت المادة 73 ق.م.ج: (إذا تم العقد بطريقة النيابة. كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً. غير أنه إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها).

1. إذا تصرف النائب (الوكيل) دون تعليمات محددة من قبل الأصيل (الموكل): فإن شخص النائب وليس الأصيل، هو محل الاعتبار من حيث أثر العلم ببعض الظروف أو عدم العلم بها أو افتراض العلم بها حتماً، حتى لو كان الأصيل حسن النية، بأن كان لا يعلم بحالة المدين المالية، ومثال ذلك: إذا اشترى النائب منقولاً من غير مالكه، وكان النائب سيء النية أي أنه يعلم بأن من باع إليه المنقول لم يكن مالكا له، فهنا لا يجوز للنائب أن يتمسك بقاعدة الحيازة في مواجهة المالك لأنه (أي النائب) سيء النية، ولا يغير من الأمر شيئاً أن يكون الأصيل حسن النية، إذ لا تنتقل الملكية بالحيازة إلى الأصيل ولو كان حسن النية¹.

2. إذا تصرف النائب (الوكيل) بموجب تعليمات محددة من قبل الأصيل (الموكل):

فإن في هذه الحالة يجب الرجوع إلى شخص الأصيل، وليس النائب، فيما يتعلق بأثر العلم ببعض الظروف أو عدم العلم بها أو افتراض العلم بها حتماً، وبالتالي ليس للأصيل سيء النية أن يتمسك بحسن نية النائب، فالأصيل لا يمكن أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو (أي يعلمها الأصيل ويجهلها النائب)، أو كان من المفروض أن يعلمها (أي الأصيل)، ومثال ذلك: أن الأصيل لا يحق له أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول في مواجهة المالك، لأنه (أي الأصيل) سيء النية².

كما أن الأصل أن النائب سواء كان حسن النية أم سيئها، إذا تجاوز عن حدود نيابته، فإن التصرف الصادر منه غير نافذ في حق الأصيل³، طبقاً لما نصت عليه المادة 74 ق.م.ج⁴، لكن الالتزام بحسن النية يقتضي الخروج عن هذا الأصل، فيوجب الاعتداد بالنيابة الظاهرة رغم انقضائها في الحقيقة⁵، وذلك في حالة ما إذا كان المتعاقد معه حسن النية، وبالتالي يتصرف أثر العقد إلى الأصيل رغم مجاوزة النائب لحدود نيابته،

¹ - ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 123.

² - ياسين محمد الجبوري. المرجع نفسه، ص 123-124.

³ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المصادر الأحكام الإثبات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء للقصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، 2007، ص 54.

⁴ - تنص هذه المادة: (إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، والتزامات يضاف إلى الأصيل).

⁵ - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 98.

لأن الأصيل هنا صدر منه سلوك ساهم في إنشاء مظاهر خارجية -تنسب إليه بتقصير أو بغير تقصير منه على توافر هذه النيابة - حازت الثقة المشروعة لدى المتعاقد معه حسن النية، هذا الأخير الذي -دون خطأ أو تقصير منه في استطلاع الحقيقة - اطمأن إلى ما استند إليه النائب من نيابة سواء كان هذا النائب حسن النية بدوره أو كان سيء النية، وبالتالي في هذه الحالة على الأصيل إثبات سوء نية المتعاقد معه، أو إثبات تقصيره في استطلاع حقيقة انقضاء النيابة رغم وجود المظاهر الخارجية التي كانت متاحة له. وعليه فإننا هنا نجد الحالات الثلاثة التالية¹:

الحالة الأولى: حسن نية كل من المتعاقد معه والنائب:

وتتحقق هذه الحالة عندما تنقضي فيها النيابة دون أن يعلم النائب بذلك، ويتعاقد بموجب هذه النيابة مع المتعاقد معه الذي لا يعلم بدوره بانقضاء النيابة لأنه اطمأن للنيابة الظاهرة للنائب، وبالتالي تتصرف آثار العقد إلى الأصيل، وهذه هي الحالة التي ورد بها نص المادة 76 ق.م.ج.².

الحالة الثانية: حسن نية المتعاقد معه وسوء نية النائب:

فهنا المتعاقد معه حسن النية اطمأن إلى مظهر قيام النيابة واستمرارها من خلال واقعة احتفاظ النائب بسند نيابته، لثقة المتعاقد معه في المظاهر الخارجية المؤيدة لبقاء النيابة المنسوبة للأصيل، وبالتالي لا يعلم المتعاقد معه بأن النائب على علم بانقضاء النيابة. وهذه الحالة قد تكون بسبب خطأ الأصيل الذي لم يسحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة.

فهنا العقد ينصرف أثره إلى الأصيل أو خلفه العام رغم انقضاء النيابة، لأن النيابة الظاهرة تستند إلى مظهر خارجي منسوب إلى الأصيل، غير أن ذلك لا يمنع من قيام المسؤولية التقصيرية للنائب اتجاه الأصيل عما صدر عنه من خطأ.

غير أن العقد لا يتصرف أثره إلى الأصيل أو خلفه العام إذا كانت النيابة الظاهرة لا تستند إلى مظهر خارجي منسوب إلى الأصيل، سواء بتقصير أو بغير تقصير منه (أي من الأصيل)، كما هو الحال في انقضاء

¹ - د/ همام محمد محمود زهران، المرجع نفسه، ص 98-99.

² - تنص هذه المادة: (إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه)، ومثال عن حسن نية النائب وحسن نية المتعاقد معه: أن النائب يجهل إلغاء الوكالة أو يجهل موت الموكل، والمتعاقد معه يجهل ذلك أيضا لأنه اطمأن للنيابة الظاهرة للنائب المستفاد من احتفاظ النائب بسند نيابته.

النيابة بعزل النائب والتي أعلن الأصيل عن انقضائها - بما يمكن تبينه وبرد سند الوكالة، وهنا تقوم مسؤولية النائب سيء النية اتجاه المتعاقد معه حسن النية.

الحالة الثالثة: سوء نية المتعاقد معه:

ليس للمتعاقد معه سيء النية الذي يعلم بحقيقة النيابة أن يستند إلى النيابة الظاهرة المستفادة من بقاء سند النيابة في يد النائب، سواء كان النائب حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة أو سيء النية يعلم بانقضائها، لأن هذه المظاهر الخارجية لم تولد لدى المتعاقد معه سيء النية أي ثقة مشروعة تستوجب حمايتها، وعلى من يدعي سوء نية المتعاقد معه أن يثبت ما يدعيه.

إضافة لما سبق ذكره، هناك بعض الحالات يستوجب فيها القانون ضمنا لحسن النية في إبرام العقود أن يأخذ النائب الإذن من الأصيل، أو من المحكمة عند إبرامه العقد، منها: تعاقد الشخص مع نفسه¹، الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 77 ق.م.ج، كما يلي: (لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة)، وبالتالي المشرع الجزائري منع تعاقد الشخص مع نفسه إذا كان بدون ترخيص (إذن) من الأصيل، سواء كان هذا الشخص نائبا عن المتعاقد معه فقط (فيكون أصيلا عن نفسه ونائبا عن الشخص المتعاقد معه)، أو كان نائبا عن كلا المتعاقدين معا (أي عن الأصيل وعن المتعاقد معه)، وعلّة هذا المنع هو حماية مصلحة الأصيل، غير أن هذا المنع ليس مطلقا، لأنه يصبح جائز في حالات ثلاث وهي: إذا أقر الأصيل ذلك، أو إذا أجازت نصوص قانونية ذلك (كإجازة تعاقد الأب مع نفسه لحساب القاصر)، أو إذا أجازت ذلك قواعد التجارة (كتعاقد الوكيل بالعمولة في عقد البيع لحساب طرفي العقد).

ومن الأمثلة التي منع فيها المشرع الجزائري تعاقد الشخص مع نفسه، ما نصت عليه المادة 410 ق.م.ج، والتي ورد فيها ما يلي: (لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف بيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى).

¹ - د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 298.

أما الجزاء المترتب عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في النيابة في إبرام العقد فقد يكون القابلة للإبطال أو البطلان المطلق¹.

المطلب الثاني : مقتضيات حسن النية لوجود التراضي وصحته

لوجود التراضي وصحته، يقتضي حسن النية في العقود كل من الالتزام بالإعلام والالتزام بالاستعلام، يقع كل منهما على عاتق كلا الطرفين في العقد، كما يقتضي أن يتم التعبير عن الإرادة بحسن نية، وأن يكون هناك انتفاء لعيوب الإرادة، وستتطرق إلى كل ذلك كما يلي:

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام والاستعلام

سنتكلم على كل من الالتزام بالإعلام والالتزام بالاستعلام فيما يلي:

أولاً: الالتزام بالإعلام (Obligation d'informer)

يقوم الالتزام بالإعلام² على مبدأ حسن النية وينبثق منه³، 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 شرعاً أن يثق بشريكه في التعاقد بسبب طبيعة العقد أو صفة المتعاقدين أو الإعلام غير الصحيح الذي أعطاه إياه هذا الشريك⁴.

ويقتضي حسن النية في التعامل ألا يكتفي المدين بالالتزام بتقديم المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد فحسب، بل يجب عليه كذلك أن يقوم بتحذير الطرف الآخر كلما كان هناك مقتضى لذلك، وهذا إذا كانت طبيعة الشيء محل العقد، أو الظروف المحيطة بالتعاقد تفرض عليه -بالإضافة إلى الإعلام - أن يحذر الطرف الآخر، أو يلفت انتباهه، إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناتجة من العقد، وذلك حتى يتخذ هذا

¹ - د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 300.

² - يسمى أيضاً: الالتزام بالتبصير، الالتزام بالمصارحة، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات، الالتزام بالإخبار، الالتزام بالإفشاء.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 26.

⁴ - جاك غستان ، المطول في القانون المدني، تكوين العقق ، ترجمة القاضي [منصور]، مراجعة. الدكتور كلثوم [فيصل]، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000، ص 730.

الأخير الأوضاع الوقائية المناسبة لتفادي مثل هذه الخطورة ويطبق ذلك في المقام الأول على صانع وبائع الأشياء الخطرة. والواقع أن هذا الالتزام بالتحذير ليس التزاماً مستقلاً بذاته، ولكن هو التزاماً مكماً للالتزام بالإعلام، وبالتالي يعتبر التزاماً مشدداً 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 أيضاً قائم على مبدأ حسن النية¹، وتطبيقاً لذلك فإن الميكانيكي عليه أن ينبه زبونه إلى عدم تناسب التكاليف اللازمة لإصلاح سيارة بالنسبة لقيمتها².

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 علماً بإعلام الطرف الأقل علماً.

ويقول جاك غستان عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد: (إذا لم يكن من المناسب أن يكون موجب الإعلام بديلاً عن عيوب الرضا فإنه في وسعه إكمال العيوب بشكل مفيد)³، وبذلك يقوم الالتزام بالإعلام بتبوير 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 الآخر⁴، وفي هذا الصدد يقول

¹ - عروبة شافي عرط المعموري، [التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد]، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في قانون المدني، كلي القانون، جامعة بابل، العراق، 2008، ص 151-152.

² - Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, Droit civil, 5e édition, Collection Aide émoire, Dalloz ; Sirey, Paris, 1999, p. 206.

³ - جاك غستان، المرجع السابق، ص 691.

⁴ - د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 382.

عبد المنعم موسى إبراهيم بأنه: (من الصعب تصور واجب عام للإعلام حيث نجد في كافة العقود، لكن مبدأ حسن النية يقود إلى إقراره كل مرة يلاحظ فيها عدم التوازن في المعلومات)¹.

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 معا كل تجاه الآخر، فيكون الواحد منهما دائناً ومديناً في نفس الوقت في مواجهة الآخر².

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

الشرط الأول هو معرفة المدين بالمعلومات ومدى أهميتها بالنسبة للدائن، والشرط الثاني هو جهل الدائن بالمعلومات المتصلة بالعقد جهلاً مشروعاً³.

بالإضافة لما سبق فإن الالتزام بحسن النية في إبرام العقود، يتطلب أيضاً التزام المتعاقد بتصحيح البيانات والمعلومات السابقة حتى وإن كان معتقداً صحتها حين إبدائه لها، ومعنى هذا الالتزام هو أن المتعاقد الذي يتبين لاحقاً بأن البيانات، أو المعلومات، التي أعطاها للمتعاقد الآخر، لم تكن صحيحة أو كانت صحيحة، ولكن لم تعد كذلك، عليه أن يعلمه بالواقعة الحقيقية، أو المستجدة⁴.

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 كلغموض ضده. لذا نصت المادة 352 ق.م.ج على التزام إعلام المشتري بالمبيع علماً كافياً، فوردت كما يلي: (يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع). وبالتالي يلجأ دائماً لإعمال مسؤولية البائع،

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 7.

² - د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 383، عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 117.

³ - ذهب إلى ذلك: عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 124-125.

⁴ - د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 388.

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 العقد يكون على عاتق البائع أيضا التزام بالإعلام، فيجب عليه أن يقدم للمشتري كل الإرشادات الضرورية حول شروط الاستعمال والاحتياطات الواجب اتخاذها أثناء استعمال الشيء، كما يجب عليه أن يقدم على الأقل دليل الاستعمال¹.

ويكون على البائع التزام بالإعلام على وجه الخصوص عندما يكون المنتج جديدا أو معقدا أو منتج خطير²، كما يكون الالتزام 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 مألوف، يجب عليه إخطار البائع المحترف بذلك إن أراد الحصول على معلومات³.

كما أن الشخص العادي إذا تعاقد مع شخص محترف، تقوم قرينة لصالحه بأن المتعاقد المحترف يعلم البيانات المطلوبة وتأثيرها على إرادة الطرف الآخر، وهذه القرينة يطلق عليها الفقه المعاصر "قرينة تشبيه المتعاقد المحترف بالمتعاقد سيء النية"، ويترب على ذلك تشديد مسؤوليته وعدم استفادته من شروط الإنقاص أو الإعفاء من الضمان⁴.

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 معفياً 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

¹ - حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 306-305.

² - جاك غستان، المرجع السابق، ص 720.

³ - حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 306-307.

⁴ - العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010 ص 94.

آخر أن البائع غير المحترف مسؤولاً عن تزويد المشتري بمعلومات له علم بها، غير أنه لا يكون مسؤولاً عن تزويد المشتري بمعلومات لا علم له بها¹.

كما تجدر بنا الإشارة هنا إلى أنه بالنسبة للالتزام بالإعلام المستند إلى ضمان العيوب الخفية، فإنه رغم أن علم البائع ليس شرطاً للالتزام بالضمان، لأن القانون المدني ينص على أن البائع يضمن هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده، إلا أنه مع ذلك يلعب علم البائع بالعيب الخفي دوراً مهماً في مجال الضمان من ناحيتين، الأولى: بطلان شرط الإعفاء أو الإنقاص من الضمان بالنسبة للعيب الذي يعلمه البائع ويتعمد إخفائه غشاً 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 غشاً وبالتالي سوء نية، ولذلك يقع على المشتري عبء إثبات علم البائع بأسباب الضمان من أجل التمسك بتشديد المسؤولية العقدية².

وكتطبيق آخر للالتزام بالإعلام، صدر قرار من الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 25 فيفري 1997، أثر في تغيير اتجاه القضاء، فقضى بأن الطبيب عليه التزام بالإعلام، وعليه أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام. وصدر أيضاً من الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 29 أفريل 1997 قرار قضى بنفس ذلك المعنى فيما يخص المحامين³.

ونص القانون الجزائري هو أيضاً على إلزام 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 أن يحصل على رضی 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 الجراحي⁴، وبالتالي إذا أخل الطبيب (أو الجراح) بهذا الالتزام، قامت

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 308.

² - عروبة شافي عوط المعموري، المرجع السابق، ص 127.

³ - Brigitte Hess-Fallon ; Anne-Marie Simon, op. cit, p. 172.

⁴ - عروبة شافي عوط المعموري، المرجع السابق، ص 237.

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.ج¹. 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 التي تعلق عليها شركة التأمين أهمية بالغة أو قصوى في عملية التعاقد، وأوجب أن تكون هذه البيانات صحيحة ولا تخالف الواقع.

وبذلك فإن المستأمن الذي يعتمد إلى إخفاء أو تقديم بعض البيانات الكاذبة مع علمه بأهمية هذه البيانات في اعتبار المؤمن لتقدير 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 وذلك على سبيل التعويض، كل ذلك حتى ولو لم يكن للكتمان أو الإعلان الكاذب أي دور في وقوع الكارثة²، وقد نصت على هذا الجزاء المادة 21 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات³.

أما المستأمن حسن النية الذي يكتف عن المؤمن معلومات جوهرية بالنسبة لهذا الأخير، وهو يجهل أهميتها بالنسبة له - فلم يقصد من عدم الإفشاء أو من الإفشاء غير الصحيح الإضرار بالمؤمن - فإنه لا يتعرض لجزاء البطلان، ولكن يتعرض لجزاء خفيف يتناسب مع حسن نيته⁴، لأن المستأمن هنا بحسن نية أغفل تقديم بيان

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 95.

² - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 258-259،

³ - الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 هـ الموافق ل 25 يناير 1995 م يتعلق بالتأمينات (ج.ر، عدد 13 لسنة 1995)، فنص المشرع الجزائري في هذه المادة على ما يلي: (كل كتمان أو تصريح كاذب متعمد من المؤمن له قصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر، ينجر عنه إبطال العقد مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة 75 من هذا الأمر، ويقصد بالكتمان، الإغفال المتعمد من المؤمن له للتصريح بأي فعل من شأنه أن يغير رأي المؤمن في الخطر، تعويضا لإصلاح الضرر، تبقى الأقساط المدفوعة حقا مكتسبا للمؤمن الذي يكون له الحق أيضا في الأقساط التي حان أجلها مع مراعاة الأحكام المتعلقة بتأمينات الأشخاص، وفي هذا السياق يحق له أن يطالب المؤمن له بإعادة المبالغ التي دفعها في شكل تعويض).

⁴ - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 252-258.

مؤثر عند إبرام عقد التأمين. وبالتالي حسب المادة 19 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات¹، يختلف الجزاء بين حالة اكتشاف حقيقة المعلومات المكتومة 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 ملتزماً 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 تطبيقاً 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 جزئياً وفي حدود الأقساط التي دفعها².

كما نجد الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للعقد، لا يناقش فيه هذه الأيام بسبب ضرورة حماية المستهلك من بين المتعاقدين الضعفاء³، وقد أشار المشرع الجزائري إلى إلزامية إعلام المستهلك على شكل مبدأ عام في المادتين 17 و18 من القانون رقم 09/03 المؤرخ في 2009/02/25 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁴، وبالتالي يفرض على المهني الالتزام بإعلام المستهلك، بطريقة واضحة قبل إبرام العقد.

¹ - فنص المشرع الجزائري في المادة 19 المذكورة في هذا الأمر، ما يلي: (إذا تحقق المؤمن قبل وقوع الحادث أن المؤمن له أغفل شيئاً أو صرح تصريحاً غير صحيح، يمكن الإبقاء على العقد مقابل قسط أعلى يقبله المؤمن له أو فسخ العقد إذا رفض هذا الأخير دفع تلك الزيادة، ويتم ذلك بعد خمسة عشرة (15) يوماً من تاريخ تبليغه. في حالة الفسخ يعاد للمؤمن له جزء من القسط عن المدة التي لا يسري فيها عقد التأمين، إذا تحقق المؤمن بعد وقوع الحادث، أن المؤمن له أغفل شيئاً أو صرح تصريحاً غير صحيح، يخفض التعويض في حدود الأقساط المدفوعة منسوبة للأقساط المستحقة فعلاً مقابل الأخطار المعنية مع تعديل العقد بالنسبة للمستقبل).

² - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 253-260-261.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 08.

⁴ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 45.

أما إعلام المستهلك الإلكتروني، فقد نصت المادة الثانية من القانون الفرنسي المؤرخ في 1994/08/04 والمسمى بقانون "توبون" (Toubon)، على ضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني عن السلعة أو الخدمة المراد التعاقد بشأنها، وخاصة عند التعاقد عبر 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 أكدته المرسوم الفرنسي رقم 741 لسنة 2001 والذي صدر أعمالاً 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)¹.

كما أن المادة 25 من القانون الإلكتروني التونسي²، 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 نص على الالتزام القانوني بتقديم المعلومات اللازمة، السابق على إبرام العقد، الذي يتم عبر الوسائط الإلكترونية المؤمنة، ويتم تقديم هذه المعلومات بصفة واضحة ومفهومة بعيدة عن الغموض³.

والإخلال بالالتزام بالإعلام، تتعدد الجزاءات المدنية التي تترتب عليه تبعاً لما يشكله من حالات، فقد يكون عدم الإعلام سبباً في وقوع الطرف المقابل في الغلط، أو قد يكون عدم الإعلام تدليساً، أو يكون إخلالاً بالقواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية أو الاستحقاق⁴، كما قد يعتبر الإخلال بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد خطأً تقصيري.

¹ - العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 35.

² - القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000، المؤرخ في 2000/08/09، والمتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية.

³ - أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 34.

⁴ - د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 391، عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 216.

وبالتالي الإخلال بالالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد، قد يجعلنا بصدد أحكام المسؤولية التقصيرية لا العقدية (المادة 124 ق.م.ج)¹، لكن هناك من يرى غير ذلك فيقول بأن الالتزام بالإعلام رغم أنه يتموقع قبل إبرام العقد، إلا أنه ذو طبيعة عقدية منذ ذلك الحين²، 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؟³، فإن فرضه العقد يكون الخطأ عقديا، وإن فرضه الواجب العام بالالتزام حسن النية فإن الخطأ يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية ليدخل ضمن المسؤولية التقصيرية.

وقد يكون جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام من خلال نظرية الغلط، ونقصد بذلك أن إبطال العقد للغلط قد يمثل في الوقت ذاته جزاءً وعقاباً على مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وذلك عندما يمتنع أحد العاقدين عن إعلام الآخر بالمعلومات والبيانات المتصلة بالأمر الجوهرية في العقد رغم علمه بها وبمدى أهميتها بالنسبة للشخص الذي تعاقد معه، أو حينما يخل بالتزامه هذا الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد لجهله بها جهلا ناتجا عن تقصيره في البحث عنها أو أداء واجب الاستعلام بشأنها، حتى يتمكن من إعلام العاقد الآخر بها فهنا مخالفة الالتزام بالإعلام تمكن العاقد الغالط من المطالبة بالتعويض إلى جانب طلبه إبطال العقد للغلط» نتيجة عدم تقديم المعلومات والبيانات الجوهرية المتصلة بالعقد، أي بمعنى آخر نتيجة عدم تقديم المعلومات والبيانات التي يعجز الدائن بهذا الالتزام عن العلم بها أو الاستعلام عنها بوسائله الخاصة، لأن إعلامه بالمعلومات الجوهرية كان من شأنه أن يقلل من احتمال وقوعه في الغلط بعد أن هيا له الإعلام السابق على التعاقد⁴.

كما قد يكون جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام من خلال نظرية التدليس، فقد جرت أحكام القضاء الفرنسي على أن إخلال أحد المتعاقدين بالالتزام بالإفشاء ببيانات معينة يعتبر من أهم الحالات الأساسية للكتمان

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 86.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 305.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 28.

⁴ - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 219-220.

التدليسي المؤدي إلى بطلان العقد¹، ونصت على ذلك أيضا الفقرة الثانية من المادة 86 ق.م.ج، كما يلي: (ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

كذلك أحكام ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية خاصة في عقود البيع والإيجار والعارية والوديعة تعتبر من أهم الأسس القانونية التي يمكن الاستناد إليها لتطبيق بعض جزاءاتها التعاقدية على المتعاقد الذي يخل بالتزامه بالإعلام²، وبالتالي التساؤل الذي يمكن أن يثار بهذا الصدد هو: ما مدى إمكان تطبيق الجزاء المقرر نتيجة مخالفة أحكام الضمان في العقود التي تلقي على عاتق أحد أطرافها الالتزام بالضمان سواء ضمان التعرض القانوني أو الاستحقاق أم ضمان العيوب الخفية، وبعبارة أخرى ما هي الآثار التي يضيفها الالتزام بالإعلام على الجزاءات المقررة للالتزام بالضمان ومدى تطبيق هذه الجزاءات على الإخلال بالالتزام بالإعلام كمقتضى من مقتضيات حسن النية في التعاقد؟

ففي ضمان التعرض والاستحقاق يجوز للمتعاقدان أن يعدلا بالزيادة أو النقصان أو الإسقاط في الضمان، ويبطل كل شرط لإسقاط أو إنقاص الضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الغير، ولكن عند تطبيق ذلك على المتعاقد المحترف الملتزم بالإعلام، نعلم أنه بالنسبة له توجد قرينة افتراض علمه، أي يعتبر متعاقد سيء النية، وبالتالي يترتب على ذلك أنه عند إخلال البائع المحرف بالتزامه بإعلام المشتري بالاتفاقات الخفية فإنه بوصفه بائعا محترفا سيفترض سوء نيته وأنه قد تعمد إخفاء حق الغير، وبالتالي لن يتمتع بأي شرط لإنقاص أو إسقاط الضمان، ويقع باطلا كل شرط للإعفاء من المسؤولية في هذا الصدد دون الحاجة لتكليف المشتري بعبء إثبات سوء نية البائع. كذلك من ناحية ثانية فإنه يترتب على إخلال البائع المحترف بالتزامه بإعلام المشتري واستعمال قرينة اعتباره سيء النية، أنه يتحمل الجزاء الكامل المقرر عند الاستحقاق، فيلتزم بأن يرد للمشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية والثمار ولاسيما المصروفات الناقصة والكمالية والتي لا يلتزم بها سوى البائع سيء النية، كما أنه في ضمان العيوب الخفية، عند إخلال البائع بالالتزام بالإعلام بالأوصاف الأساسية للمبيع فإن البائع يتحمل نفس جزاء البائع سيء النية المخل بالتزامه بضمان العيوب

¹ - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 221.

² - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 229.

الخفية، من ناحيتين: من ناحية أولى: نص القانون على عدم ضمان البائع للعيوب التي كان المشتري يعلمها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينها لو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد، ولكن في نفس الوقت نجد القانون قد حمل البائع الضمان في هذه الحالة إذا كان سيء النية قد تعمد إخفاء العيب غشا منه، أما من ناحية ثانية: نص القانون على بطلان شروط الإعفاء من الضمان بالنسبة للبائع سيء النية¹.

وما قلناه فيما يخص البائع سيء النية في تحمله لكافة نتائج العيب الخفي، يقال نفس ذلك فيما يخص تحمل البائع سيء النية لكافة نتائج ضمان التعرض القانوني والاستحقاق. وبالتالي الإخلال بالالتزام بالإعلام في مجال ضمان التعرض والعيوب الخفية يمثل نوعا من التشديد أو الافتراض لهذا الضمان نتيجة لطبيعة هذا الالتزام بالإعلام، لكونه وسيلة لحماية الرضاء وإعادة التوازن للاختلال في المراكز العقدية².

ولكن وجوب الضمان على عاتق المدين الذي أخل بالتزامه بالإعلام عن العيوب الخفية، أو عن الأسباب المحتملة لحدوث التعرض أو المطالبة باستحقاق الشيء محل العقد كليا أو جزئيا، لا ينفي عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ذاتيته الخاصة به ويبقى محتفظا باستقلالته عن هذه النظريات، بدليل أنه قد تقوم المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام على عاتق المدين به، بعيدا عن النظريات التقليدية سالفة الذكر (نظرية عيوب الإرادة "الغلط أو التدليس"، ونظرية الالتزام بالضمان)، فيلتزم المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به من جراء مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، ولو لم يكن هناك غلط، أو تدليس، أو حتى ما يوجب الضمان على عاتقه³.

أما بالنسبة للإخلال بإعلام المستهلك نميز بين الآثار المترتبة عن إخلال المحترف (المتدخل) بالالتزام بإعلام المستهلك قبل التعاقد، وبين الآثار المترتبة عن إخلال المحترف بالالتزام بإعلام المستهلك بعد التعاقد، إذ أن آثار الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد قد يكون المسؤولية المدنية للمحترف أو المسؤولية الجنائية أو إجراءات تحفظية وردعية أخرى، فالمسؤولية المدنية للمحترف تتمثل في أن للمستهلك المطالبة بإبطال العقد والرجوع على المحترف بمقتضى المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب

¹ - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 230-231، -عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 543 - 544.

² - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 233.

³ - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع نفسه، ص 234.

عدم إعلامه على نحو صحيح ودقيق، أما المسؤولية الجنائية فهي عقوبة جزائية تتراوح بين تطبيق غرامة مالية والحبس أو السجن أو إحدى هاتين العقوبتين، أما الإجراءات التحفظية والردعية الأخرى فتتمثل إما في إلزام المحترف وعلى نفقته بالسحب المؤقت للبضاعة من مسار عرضها للاستهلاك لإعادة مطابقتها أو تغيير مقصدها، وإما تتمثل في السحب النهائي أي الحجز الفوري للمنتوج من قبل السلطة الإدارية المختصة. أما آثار الإخلال بالالتزام بالإعلام بعد التعاقد فقد يكون المسؤولية المدنية للمحترف أو المسؤولية الجنائية، غير أن المسؤولية المدنية للمحترف بعد التعاقد تتمثل في أن للمستهلك الحق في المطالبة بفسخ العقد والرجوع على المحترف بمقتضى المسؤولية العقدية للمطالبة بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ التزام عقدي، أما المسؤولية الجنائية فتتراوح العقوبة الجزائية بين تطبيق غرامة مالية والحبس أو السجن أو إحدى هاتين العقوبتين¹.

إذاً من خلال ما سبق ذكره، فإن الجزاءات المدنية للإخلال بالإعلام قبل التعاقد هي مرتكزة وقائمة في غالبيتها على أنظمة قانونية مختلفة، فمن هذه الجزاءات ما يركز على القواعد العامة للمسؤولية المدنية (أي المسؤولية التقصيرية)، ومنها ما يركز على نظرية الغلط، ومنها ما يركز على نظرية التدليس، أو يركز على نظرية الالتزام بالضمان (الالتزام بضمان التعرض أو ضمان الاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية)²، وبالإضافة لذلك هناك عقوبات جزائية نص عليها قانون حماية المستهلك والمتمثلة في غرامة مالية والحبس أو السجن أو إحداهما³، وفي أغلب الحالات يكون الجزاء المترتب هو البطلان، غير أنه قد يكون التعويض هو الجزاء المترتب عن مخالفة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، وبالتالي قد تدق التفرقة بين البطلان والتعويض كجزأين يترتبان عن مخالفة هذا الالتزام، فإذا كان من شأن العلم بهذه المعلومات أن يحول بين المتعاقد وبين إبرام العقد كلية، فإن الجزاء هو البطلان، وأما إن كان من شأن الإقبال على إبرام العقد، ولكن بشروط أخرى، فإن الجزاء هو

¹ - محمد عبيدي، مداخلة بعنوان (حق المستهلك في الإعلام)، يوم دراسي حول الوسم وإعلام المستهلك، وزارة التجارة، فندق الشيراتون، الجزائر، يوم 07 جويلية 2007: <http://www.mincommerce.gov.dz>، نوه هنا إلى أن السيد عبيدي محمد، هو رئيس جمعية الأمان لحماية المستهلك والبيئة لولاية الأغواط (بالجزائر).

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 08.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 313.

التعويض، وذلك لتعلق الأمر بتعييب الرضا في الحالة الأولى دون الثانية¹. وليس ببعيد عما سبق ذكره هناك من يميز بين الحماية التقليدية والحماية غير التقليدية لحماية ضحية مخالفة ما يفرضه حسن النية من التزام بالإعلام، فالحماية التقليدية تتمثل في أنه إذا نسب إلى أحد الطرفين إخلال بالالتزام بالإعلام، فإن للمتضرر أن يطلب إبطال العقد الذي أبرم بالإضافة للتعويض (وذلك في حالة تأسيس الدعوى على وجود عيب في الرضا أو دعوى ضمان العيوب الخفية)، وإما أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر مع الإبقاء على العقد (وذلك عند كتمان معلومات في الفترة السابقة للعقد لا يؤدي كتمانها إلى وقوع الطرف الآخر في الغلط أو التدليس... الخ). أما الحماية غير التقليدية فتتمثل في القوانين التي تحمي المستهلك².

عموما فإن الإخلال بالالتزام بالإعلام، لا يثار بشكل مفيد، إلا إذا كان بإمكان الدائن التذرع بمعرفة المدين وبجهله هو³.

ثانيا : الالتزام بالاستعلام (Obligation de s'informer)

الالتزام بالاستعلام هو التزام مقابل للالتزام بالإعلام يقع على عاتق الدائن بالالتزام، كما أنه هو أيضا مثل الالتزام بالإعلام يقوم على مبدأ حسن النية⁴، ونعني بذلك أن حسن النية كما يفرض على المتعاقد الالتزام بالإعلام، فإنه يفرض أيضا على المتعاقد الآخر الالتزام بالاستعلام لأن الغاية من التعاقد لا يمكن بلوغها إلا بالإفصاح من قبل أحد المتعاقدين واستعلام المتعاقد الآخر.

ونطاق الالتزام بالإعلام يحدده الالتزام بالاستعلام، لأن الالتزام بالإعلام يبدأ حيث ينتهي الالتزام بالاستعلام، أي لا يبدأ إلا إذا قام الطرف الآخر بالاستعلام⁵، وبمعنى آخر عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام المفروض على كل متعاقد يقف الالتزام بالإعلام⁶، لأن القانون لا يحمي المهمل لمصلحه متى كان راشدا وذا

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 391.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 26-27.

³ - جاك غستان، المرجع السابق، ص 694.

⁴ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 24-26.

⁵ - عبد الحليم عبد اللطيف القوي، المرجع السابق، ص 381.

⁶ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 19.

أهلية للتعاقد، فيتحمل مسؤولية تصرفاته. وبالتالي إذا قصر الشخص في الالتزام بالاستعلام فإنه يكون مخطئاً بالإهمال أو عدم التبصر أو الحرص الذي يثير مسؤوليته الشخصية ولا يسمح له بالتمسك بمقتضيات حسن النية¹.

وهيئات التحكيم تتجه بوجه عام إلى منح الالتزام بالاستعلام الأولوية على الالتزام بالإعلام، لأن الالتزام بالإعلام بكل شيء هو من قبيل التزيد والتجاوز ومفتقر إلى حد كبير إلى الواقعية²، والأمر ذاته في فرنسا، إذ أن المحاكم ترد دعوى البطلان المقدمة من أحد طرفي العقد، إذا ثبت لها أنه ارتكب خطأً بعدم قيامه بالاستعلام وكان بإمكانه ذلك³.

والعناصر الرئيسية لالتزام الاستعلام، حسب القاضي السيد (Gonthier)، تتمثل في: أولاً المعرفة الحقيقية أو المفترضة للإعلام الصادر عن المتعاقد المدين بالتزام الإعلام، وثانياً استحالة قيام الدائن بالتزام الاستعلام بنفسه أو الثقة المشروعة للدائن تجاه المدين⁴.

وقد يكون التزام الاستعلام مطلوب أكثر في الحالات التي يرد فيها العقد على الأشياء المستعملة، ولكن هذا لا يلغي التزام الطرف المقابل بالإعلام، ومن ضمن ذلك الإعلام بدرجة استهلاك الشيء⁵، لأن هناك مبدأ يقول بأن (هناك التزام إعلام من لا يستطيع الاستعلام)⁶، كمن لا يستطيع معرفة العيوب الخفية مثلاً.

وبقدر ما يكون طرفا العقد مهنيين يضاعف الالتزام بالإعلام، وبقدر ما يكون البائع مهني والمشتري غير مهني يكون الالتزام بالإعلام مطلوب أكثر لدى البائع وعدم معرفة المشتري مغتفرة⁷، لأن المهني (بصفة عامة

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 386 .

² - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995 ص 20.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 20.

⁴ - جاك غستان، المرجع السابق، ص 730.

⁵ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 386 .

⁶ - جاك غستان، المرجع السابق، ص 705-706 .

⁷ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 386.

سواء أكان بائعا أو مشتريا، لا يستطيع التذرع بعدم معرفته بالشيء أو بموصفاته، أو فاعليته طالما أن هذا الشيء يقع ضمن مهنته أو اختصاصه، أما إذا كان المهني يجهل فعلا تلك المواصفات أو الفعالية، فيترتب عليه الالتزام بالاستعلام¹.

وطبيعة الالتزام بالاستعلام ترتبط بطبيعة الالتزام بالإعلام، لأن الالتزام بالاستعلام هو مجرد وسيلة لتحصيل المعلومات المتصلة بالعقد وإعلام الدائن بأن عليه الالتزام بالإعلام، وبالتالي من الطبيعي أن تأخذ الوسيلة (أي الالتزام بالاستعلام) حكم النتيجة (أي الالتزام بالإعلام)، كما أن طبيعة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هي بدورها - من حيث درجة العناية التي يطلب من المدين بذلها في تنفيذه - تختلف حسب طبيعة ونوع المعلومات التي يلتزم المدين بإعلامها لدائنه، فعندما تكون هذه المعلومات معلومات جوهرية متصلة بموضوع التعاقد، فإن إلزام المدين - مهنيا أو غير مهني - بالاستعلام عنها ثم التزامه بإعلام الدائن بها يكون التزاما بنتيجة، فلا يعفى المدين من أداء هذين الالتزامين المرتبطين ببعضهما إلا بإثباته للسبب الأجنبي، أما إذا كانت هذه المعلومات معلومات فنية ودقيقة غير جوهرية، فإنه لا يلزم بها إلا المدينون المهنيون الذين تتوافر لديهم بحكم مهنتهم إمكانية العلم بهاء وبالتالي المدين غير المهني يعفى من أدائها، ويكون التزام المهني بها التزاما ببذل عناية².

الفرع الثاني: حسن النية في التعبير عن الإرادة.

يقتضي التزام حسن النية من المتعاقدين في التعبير عن الإرادة التعاقدية: الالتزام بالوضوح حتى لا يعتقد غير الحقيقة، وهو يأتي بعدة صور منها: الوضوح في اللغة، الوضوح في شروط العقد، الوضوح في برمجة الحاسوب الآلي³.

ويثور التساؤل هنا عن التزام الوضوح في حالة السكوت عن التعبير عن الإرادة التعاقدية، أي هل يمكن فرض التزام الوضوح على حالات السكوت في التعبير عن الإرادة؟ هنا لا محل للبحث عن هذا الموضوع في صدد الإيجاب، لأن الإيجاب ينطوي على عرض موجه من شخص إلى آخر أو على الجمهور، فلا يتصور أن

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 23.

² - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 128.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 283.

نستخلص الإيجاب من السكوت، وإنما يعرض هذا البحث بصدد القبول، فإذا سكت من وجه إليه الإيجاب، فلم يصدر منه أي تعبير صريح عن موقفه من هذا الإيجاب، ولم يقم بأي عمل إيجابي يمكن أن يستخلص منه قبول أو رفض، فإن حسن النية يقتضي هنا أن المتعاقد إذا لم يشأ أن يقبل الإيجاب أن يصرح برفضه، فإذا سكت واستمر سكوته فترة معقولة، فإن هذا السكوت يولد لدى الموجب ثقة مشروعة في قبول إيجابه، وبالتالي يعد القانون السكوت في هذه الحالة قبولا تطبيقا لمبدأ حسن النية في إبرام العقد¹.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور شيرزاد عزيز سليمان: (العبرة في حالة السكوت هي بالظروف الملابسة جميعا وهل يمكن أن يستخلص منها طبقا لمقتضيات حسن النية، واجب الإفصاح على من وجه إليه الإيجاب إذا ما قرر الرفض بحيث لا ينتظر حتما في حالة القبول أن يصل إلى الموجب رد صريح؟ وعلى ذلك يكون استخلاص القبول من السكوت، ولو اتصل الإيجاب بتعامل سابق، مسألة موضوعية)².

والسكوت عمدا عن ظرف معين يهم المتعاقد الآخر معرفته يعتبر كافيا لقيام التدليس، خاصة إذا تبين أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بالأمر الذي سكت عنه المتعاقد الآخر عمدا كأن يبيع البائع منزلا للمشتري ويكتفم عنه أنه قد صدر قرار بنزع ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة، كما يكون السكوت العمدي تدليسا أيضا إذا كانت طبيعة العقد تستلزم الكلام، وفي القضاء الفرنسي يتحقق التدليس بالسكوت العمدي في كل حالة يكون فيها السكوت إخلالا بحسن النية والثقة التي يكون من حق المتعاقد الآخر أن يعتمد عليها، وخاصة بين الورثة والشركاء، وبين الوكيل والموكل³.

ولم يغفل المشرع الجزائري النص على أن كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد يعتبر تدليسا يجيز للمدلس عليه إبطال العقد، فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة 86 ق.م.ج، ما يلي: (ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 289 وما يليها.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 293.

³ - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 87.

وهذا هو أيضا المبدأ الذي سارت عليه المحكمة العليا الجزائرية، باعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا¹، لكن إذا كان المتعامل حرفيا (أو مهنيا) فإنه لا يمكن له الادعاء بالغش والتدليس إذا تمكن من معاينة الشيء المباع قبل الشراء².

والجزء المترتب عن الإخلال بالتزام الوضوح يختلف باختلاف الأحوال، فقد يكون الإخلال به مشلا للغلط أو التدليس أو غيرها من عيوب الإرادة، فيكون الجزء المقرر لتلك العيوب، هو الجزء المترتب عن عدم الالتزام بالوضوح³.

كما حرص أيضا المشرع على حماية الطرف الضعيف من احتمالات سوء النية الآتي من جانب الطرف القوي من خلال الصياغة الغامضة أو الملتوية... الخ⁴، وبالتالي الجزء المترتب على الإخلال بالتزام الوضوح في عقود الإذعان، وعقود المستهلكين هو تفسير العبارة لصالح الطرف المدعن (دائنا كان أو مدينا)، أو المستهلك، لأن الطرف القوي هو الذي يستأثر بصياغة الشروط في هذه العقود، وبالتالي عليه تحمل نتائج صياغته الغامضة، وتفسير العقد لصالح تلك الأطراف. أما في الحالات التي بإمكان المتعاقد مناقشة شروط العقد وبنوده، حتى وإن قام أحد الطرفين بصياغة العقد، فإن القاعدة هي: الشك يفسر لمصلحة المدين⁵.

إضافة لما سبق، فإنه من المعلوم بأن التعبير عن الإرادة الصادر من الشخص قد يكون إيجابا أو قبولا، والإيجاب هو التعبير عن الإرادة البات الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين والموجه إلى المتعاقد الآخر بقصد إحداث أثر قانوني، والقبول هو التعبير عن الإرادة البات الصادر عن المتعاقد الذي وجه إليه الإيجاب، وهو الكلام الثاني الذي يؤدي ارتباطه وتوافقه مع الكلام الأول (الإيجاب) إلى انعقاد العقد⁶، وبالتالي المسؤولية عن عدم مراعاة حسن النية خلال الانعقاد عن طريق الإيجاب والقبول، قد تتوافر عندما يتم سحب الإيجاب أو

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 78.

² - العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 78.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 332.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 294.

⁵ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 332.

⁶ - ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 85-94.

الامتناع عن القبول دون وجه حق¹، والمسؤولية هنا همي ليس عن مجرد العدول عن الإيجاب في حد ذات، أو الامتناع عن القبول في حد ذاته، لأن العدول عن الإيجاب أو الامتناع عن القبول كلاهما جائز، وإنما عن قطعه للمرحلة السابقة للتعاقد التي يدخل الإيجاب والقبول ضمن مراحلها دون مبرر مشروع².
فبالنسبة للإيجاب، فإنه في حالة عدم اقترانه بمدة محددة، رغم أنه يحق لمن صدر منه إيجاب أن يعدل عنه طالما لم يقتزن به قبول، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، فهي مقيدة بمبدأ حسن النية الذي يقضي بأن العدول عن الإيجاب لا بد أن يكون لباعث مشروع، أما إذا كان باعث الشخص على العدول هو مجرد الإضرار بالطرف الآخر، كان سيء النية ومخطئا، وتنعقد مسؤوليته التقصيرية، بشرط أن يعتبر العدول خطأ يستوجب التعويض، إذ أن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية مبنية على الخطأ³، وسحب الإيجاب بسوء نية، يكون مثلا لو كان الموجب قد أصدر إيجابه دون أن تكون لديه أي نية لإبرام العقد.

أما إذا اقترن الإيجاب بمدة محددة فإن الموجب يلزم بهذه المدة، وبالتالي عدول الموجب قبل هذه المدة المحددة لا يترتب عليه أي أثر، بل يظل الإيجاب قائما، فإذا تم قبوله خلال هذه المدة انعقد العقد لأن انعقاد العقد هو التعويض العيني للضرر الذي يصيب الموجب له من جراء إخلال الموجب بالتزامه بالبقاء على إيجابه لمدة معينة⁴، فإذا انتهت المدة المحددة للقبول، سواء كان الأجل صريحا أو ضمنيا (يستفاد هذا من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة)، فإن الإيجاب يسقط دون حاجة إلى سحبه (المواد 59، 61، 63، 65، 67، 68 و 69 ق.م.ج)⁵.

¹ - أمين دواس، "المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة، المجلد الخامس، العدد الأول، صفر 1429هـ، فبراير 2008م، ص 172-173.

² - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 169.

³ - محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 32.

⁴ - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 170.

⁵ - العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 17.

أما بالنسبة للقبول، فمن حيث الأصل، أن الشخص الذي وجه إليه الإيجاب ليس ملزماً بقبوله، لأن له حرية القبول أو الرفض، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة دائماً، وإنما هي مقيدة، فتنهض المسؤولية بحق من وجه إليه الإيجاب إذا تعسف في استعمال حق الرفض، في حالة ما إذا كان الشخص الذي وجه إليه الإيجاب هو الذي طلب من الموجب أو دفعه إلى التقدم بالإيجاب، فإنه يكون قد ولد الثقة لدى الموجب في وقت انعقاد العقد، لذا يتحمل المسؤولية الناتجة عن رفض الإيجاب الصادر عن الموجب إذا لم يقدم أسباب مشروعة¹، وبالتالي في هذه الحالة الشخص الذي وجه إليه الإيجاب يلتزم بتعويض أي موجب يتقدم إليه لدى رفضه إيجابه، وهذا التعويض قد لا يكون مالياً بل قد يصل إلى حد تمام العقد على سبيل التعويض إذا كانت الظروف تتطلب ذلك².

الفرع الثالث: انتفاء عيوب الإرادة

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 و89 منه، ولأحكام الاستغلال في المادة 90 منه.

وعيوب الإرادة تنطبق على التعاقد عن طريق العقود الإلكترونية أيضاً وبالتالي العقود الإلكترونية تستوي مع العقود التقليدية في هذا الصدد³.

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؟

¹ - محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 34.

² - محمد حسام محمود لطفي، المرجع نفسه، ص 34.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 301.

ونجيب عن ذلك، بأن هذا القول غير صحيح، لأن الأصح في نظرنا هو رأي الدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوين، الذي ذهب إلى القول بأن عيوب الإرادة، كل عيب فيها يحتاج إلى شروط يلزم توافرها فيه حتى يكون مؤثراً، 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 مغطياً مساحة تعجز عيوب الإرادة عن تغطيتها، حيث يعتبر هذا المبدأ بهذه الوظيفة متمماً ومكملاً لنظرية عيوب الإرادة، لأنه يؤدي وظيفتها وزيادة¹، وقد قيل كذلك بأن أساس الالتزام بالإعلام هو قصور نظرية عيوب الإرادة عن تحقيق 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 العقد²، والالتزام بالإعلام قد سبق أن ذكرنا أنه من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود.

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 عالماً به، وبالتالي استعمال الطرق الاحتمالية بقصد التضليل يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود³، كما يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة لم يكن يعلم بها المدلس عليه (طبقاً 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 معاً⁴.

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوين، المرجع السابق، ص 349.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 09.

³ - عروبة شافي عرط المعموري، المرجع السابق، ص 188.

⁴ - عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، عنابة،

الجزائر، 2004 ص 26.

أما بالنسبة للإكراه فهو أعلى درجات سوء النية، لأن جوهر الإكراه هو انتزاع الرضا بالقوة أو التهديد¹، 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 المكره الذي هدد به وذلك يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود.

وجزاء الإخلال بحسن النية في إبرام العقود عند إثبات وجود الإكراه بكافة طرق الإثبات، يتمثل في: أن يطلب المتعاقد المكره إبطال العقد مع التعويض، أما إذا كان الإكراه من الغير ولم يستطع المتعاقد المكره إثبات تورط المتعاقد معه، فليس له إلا الرجوع على الغير بدعوى المسؤولية التقصيرية طالباً التعويض فحسب².

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 العقد³، وذلك يتنافى مع حسن النية في إبرام العقود، لأن المستغل لديه نية خبيثة في الاستفادة من الضعف الذي في الطرف المستغل سواء كان طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، 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 أو العدول عن ذلك والاكْتفاء بإنقاص التزامات المتعاقد المستغل ليردها إلى الحد الذي يرتفع معه الاحتلال الفاحش في الأداءات، أما إذا اختار المتعاقد المستغل طلب إنقاص الالتزامات فحسب، لم يكن للقاضي إبطال العقد، وفي كلتا الحالتين يستطيع دائماً المستغل أن يتوقى البطلان الذي قد يقرره القاضي إن هو عرض ما من شأنه إزالة الغبن، سواء كان في شكل دفع مبلغ نقدي أو أداءات عينية أو غيرها⁴.

¹ - عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص 09.

² - عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004، ص 28.

³ - د/ إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 99-100.

⁴ - عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 31.

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 العقد¹، 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 العلم 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 (الاشترك في الغلط)؟ للرد على هذا الاعتراض نقول بأن سهولة العلم بالغلط يقتضي من المتعاقد المتمسك تجاهه بالغلط التزاماً إضافياً بالتحقيق (Duty to investigate) من عدم وقوع المتعاقد المقابل في الغلط من خلال الاستفسار منه عما يبتغيه من التعاقد، على موضوع العقد، أو أن يطلب منه تأكيداً على ما يريد، 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 الغلط².

ولحماية المتعاقد الآخر الذي قد يفاجأ بإبطال العقد لغلط ما في صفة في الشيء لم يكن يدري شيئاً من أهميتها، فإنه لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع (بخالف) حسن النية، طبقاً لنص الفقرة الأولى من

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 307.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 309 .

المادة 85 ق.م.ج¹، 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 تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق²، لأن حسن النية يقتضي ألا 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 غموضاً وهو يقرر مبدأ عاماً، ويهيئ بهذا نطاقاً أرحب لإعمال الأحكام المتعلقة بحسن النية فيجاوز بذلك حدود الخصوصيات³.

تطبيقاً لذلك نص المشرع صراحة على أهم تطبيق لذلك، في الفقرة الثانية من المادة 85 ق.م.ج التي جاء فيها: (ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد)، وبالتالي نص المشرع هنا على أنه يسقط الحق في إبطال العقد لغلط وقع فيه المتعاقد، إذا أبدى المتعاقد الآخر استعداداً لتنفيذ العقد بالشكل الذي توهمه المتعاقد الغالط، لأن الفائدة من استعمال حق إبطال العقد لغلط قد انتفت، وبالتالي يبقى العقد صحيحاً أي يبقى المتعاقد الذي وقع في الغلط ملزماً 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 بالبطلان⁴.

¹ - أديب إستنبولي، شفيق طعمة، التقنين المدني السوري، نصوص قانونية - أعمال تحضيرية، مذكرات المشروع التمهيدي اجتهاد قضائي - تعليقات

فقهاء، من المادة 1 حتى المادة 164 الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1992، 437-438 .

² - محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 84 .

³ - أديب إستنبولي، شفيق طعمة، المرجع السابق، ص 438-440.

⁴ - وهذا لا يعني أن المتعاقد الذي وقع في الغلط ملزم بإبرام عقد جديد، بل يلزم بالعقد الذي قصد إبرامه إذا كان العقد القابل للإبطال متضمناً لكل شروط العقد الجديد الذي قصد المتعاقد إبرامه، كما لا يلزم بإكمال العقد القابل للإبطال كإضافة شرط مثلاً حتى ينشأ العقد الجديد.

مثال ذلك أن يشتري شخص شيئاً يعتقد أنه أثري فيتضح له أنه ليس كذلك، فهنا رغم أن المشتري يملك حق التمسك بالبطان 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 عالماً بالغلط، وبالتالي يرى هذا الرأي ضرورة فسح المجال أمام العاقد الغالط لإبطال العقد، وقد أيد بعض شراح القانون هذا الرأي، فدعوا إلى ضرورة إلزام العاقد الآخر بتعويض العاقد الغالط عما أصابه من ضرر نتيجة سوء نية المتعاقد الآخر، حتى لا يؤدي الأمر إلى اعتبار سوء النية في هذا الصدد مغامرة ناجحة من قبل المتعاقد الآخر¹.

أما بالنسبة لعدم جواز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع (يخالف) حسن النية، فهناك من يرى بأنه مادام التدليس ينطوي على إيقاع المتعاقد في غلط مستثار، فإنه يمكن تقييد التمسك به بنفس القيد الذي تقييد به التمسك بالغلط التلقائي، فلا يجوز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية، وبالأخص يبقى المدلس عليه ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد².

غير أن هناك من يذهب عكس ذلك فيقول بأن حكم عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية هو حكم يعني الغلط التلقائي لا الغلط المدبر أي التدليس لأن المدلس يكون دائماً ذا نية سيئة تحرمه من حماية القانون³.

لكن هناك أيضاً رأي وسط بين هذين الرأيين السابقين» يذهب إلى القول بأن اعتبار التدليس نوعاً من الغلط يمكن مبدئياً من تطبيق ذات القاعدة المأخوذة بها في الغلط وهي عدم جواز تمسك المدلس عليه

¹ - ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 218-219.

² - جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 173.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 126.

بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية إلا أن تعارض عمل المدلس ذاته مع حسن النية لا يدع مجالاً لإعمال هذه القاعدة، لأنه إذا كان المتعاقد المدلس قد كشف بالتدليس الصادر منه على سوء نيته، فإن إصرار المتعاقد المدلس عليه على التحلل من عقده مع هذا المتعاقد سيء النية لا يمكن أن يكون مخالفاً لحسن النية مهما كان ما يعرض من شروط لإزالة أثر التدليس الذي وقع منه، ومع ذلك فإذا كان التدليس صادراً من الغير، ففي هذه الصورة وحدها حسب هذا الرأي - يتصور أن يكون التمسك بالتدليس باعتباره غلطاً متعارضاً مع حسن النية، إذا لم يستطع المدلس عليه إثبات علم المتعاقد الآخر بالتدليس¹.

كما نجد أيضاً في هذا الصدد، من لا يجذب الأخذ بهذه الآراء على إطلاقها، ويرى أنه من الأولى أن يكون للقاضي السلطة التقديرية في ذلك ويقدر كل حالة على حدة².

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 نكافئه على سوء نيته، ولكن يجوز ذلك إذا صدر 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 وفقاً لسلطته التقديرية.

¹ - مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999 ص 170-171.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 318.

المبحث الثاني :

مقتضيات حسن النية في التفاوض على العقود

مرحلة التفاوض قبل العقدية التي نحن بصدد دراستها تختلف عن التفاوض اللاحق لإبرام العقد، كأن يتفق المتعاقدان على التفاوض فيما بينهم كلما طرأ طارئ أو استجد أمر خلال تنفيذ العقد أو أن يتفقا على التفاوض كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ خلال تنفيذ كل طرف لالتزاماته المترتبة عن العقد، فالالتزام بالتفاوض في مرحلة التنفيذ يدخل إلى حد كبير في إطار العدالة، بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد يدخل في دائرة القانون حيث يجب أن يسود مبدأ حسن النية بما يحققه من عدالة طبقاً لما تقرره النصوص القانونية¹.

والحاجة الماسة لإجراء التفاوض الذي يتم في المرحلة قبل العقدية محل دراستنا تظهر بوضوح أكثر في الكثير من العقود الدولية وخاصة تلك التي تتمتع بأهمية مالية كبيرة، مثل: عقود نقل التكنولوجيا، وعقود التنقيب عن المعادن، وعقود التوريدات الضخمة، وعقود الإنشاءات الهندسية، هذه العقود يتولى احتكار تنفيذها غالباً المشروعات العملاقة ذات القوميات المتعددة².

وعرف التفاوض على العقد بأنه أي اتصال أو مشاور أو حوار بين طرفين أو أكثر بغرض الوصول إلى اتفاق نهائي وإبرام عقد معين³، كما عرفه حمدي محمود بارود فقال بأنه: (تبادل اقتراحات ومساومات ومكاتبات وتقارير ودراسات فنية وتجارية يتبادلها الأطراف للتعرف على الصفقة المزمع إبرامها، وعلى ما سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، وذلك من خلال أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصلحتهما)⁴.

وبرجعنا إلى القانون المدني الجزائري نجد المشرع لم يهتم بمرحلة التفاوض، أما القضاء الجزائري فمازال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم، لا يترتب عليه في ذاته أي أثر قانوني، ولا ينشئ على عاتق

¹ - حمدي محمود بارود، "القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية"، مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، يونيو 2005 ص 129-130.

² - حمدي محمود بارود، المرجع نفسه، ص 128.

³ - أمين دواس، المرجع السابق، ص 170.

⁴ - حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 127.

الطرفين أي التزام¹، لكن رغم عدم الاهتمام بمرحلة التفاوض، إلا أن المبدأ العام الذي تشترك فيه معظم القوانين المقارنة اليوم هو مبدأ المفاوضات العادلة، أي التفاوض بحسن نية².

هذا المبدأ أي مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، لم ينص عليه صراحة القانون المدني الجزائري، ورغم ذلك فإن الأستاذ الدكتور بلحاج العربي يعتبر أن مبدأ حسن النية منصوص عليه ضمناً، سواء في المرحلة السابقة للتعاقد، أو في المراحل التالية على إبرام العقد (المادة 107 والفقرة الثانية من المادة 172 وغيرها من القانون المدني الجزائري)³، ولذلك يرى الأستاذ الدكتور بلحاج العربي بأن القانون المدني الجزائري يستحسن أن يتضمن نصاً صريحاً على الالتزام بالتفاوض بحسن نية، فيقترح إضافة فقرة جديدة للمادة 107 ق.م.ج يكون نصها كالتالي: (يجب على الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد التعامل بنزاهة وأمانة وحسن نية)، وهذا النص ينطبق على إبرام العقود التقليدية والحديثة (أي عبر الإنترنت)⁴، وهناك أيضاً فقهاء جزائريين آخرين يتفقون مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور بلحاج العربي من أن مبدأ حسن النية منصوص عليه ضمناً في القانون المدني الجزائري، وقد سبق أن ذكرنا ذلك عندما تطرقنا إلى مدى اقتصر هذا المبدأ على مرحلة تنفيذ العقود.

ونحن نرى مع غيرنا، أن التشريعات التي أخذت صراحة بالمبدأ العام للتفاوض بحسن نية تفضل عن غيرها من التشريعات، سواء التي أخذت به ضمناً كالقانون المدني الجزائري -أو التي أخذت ببعض تطبيقاته، لما في ذلك من قطع لأي شك قد يثور حول ضرورة التفاوض بحسن نية، لاسيما أن التشريعات التي تنص صراحة على التفاوض بحسن نية يمكن في ظلها تكييف المسؤولية عن المفاوضات بيسر وسهولة⁵.

ويجب عدم الخلط هنا بين الالتزام بالتفاوض بحسن نية ومبدأ حرية التعاقد، لأن الالتزام بالتفاوض بحسن نية لا يعني أن يلتزم المتفاوض بإبرام العقد النهائي بالفعل، فالتفاوض يظل متمتعاً بكامل حريته في التعاقد أو

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 11.

² - أمين دواس، المرجع السابق، ص 168-169.

³ - العربي بلحاج، المرجع السابق، هامش 1 ص 12.

⁴ - العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 44.

⁵ - أمين دواس، المرجع السابق، ص 177.

عدمه، وبالتالي يجوز أن يضع حدا للمفاوضات والامتناع عن إبرام العقد، دون أن يتقيد بأي التزام عقدي، لكن يشترط أن يتم ذلك استناداً لأسباب مشروعة، وفي إطار حسن النية¹، أي في إطار ما يتطلبه حسن النية في المفاوضات، من أمانة وشرف وموضوعية ونزاهة وصدق، فتكون المفاوضات بذلك بعيدة عن الأكاذيب والحيل والخداع.

وبما أن مبدأ حسن النية يعتبر مبدأ غامض وخاصة من حيث ترتيب آثار مباشرة في دائرة القانون الوضعي، فإن الرأي الراجح يري ضرورة صياغة مقتضيات حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد في صورة التزامات قانونية محددة يمكن عقاب من يخالفها، وفي نفس الوقت يكون من الممكن استيعابها قانوناً وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا المطلب، فرعين اثنين: الأول نتعرف فيه على الالتزامات التي يفرضها حسن النية في التفاوض، أما الثاني نتطرق فيه لطبيعة المسؤولية المدنية عن الإخلال بحسن النية في التفاوض.

المطلب الأول : الالتزامات التي يفرضها حسن النية في التفاوض

إن الالتزامات الأساسية الناشئة عن مرحلة التفاوض، تخرج جميعاً من قاعدة حسن النية وإعمال مبادئ الجدية والصدق والصراحة والأمانة²، ونذكر منها ما يلي: الالتزام بالتفاوض بحسن نية، الالتزام بالجدية في التفاوض، الالتزام بالتعاون، الالتزام بضمان السرية، الالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع، الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل، الالتزام بحماية المتفاوض الآخر وصحته في بعض البلدان³.

هذه الالتزامات التي نوردها في هذا المجال، لا نقدمها على سبيل الحصر، بل يمكن أن يضاف إليها أي التزام آخر، يجد أساسه في قاعدة حسن النية⁴، ويعتبر الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو الالتزام الرئيسي، أما

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 69.

² - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 14.

³ - العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 64-65.

⁴ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع نفسه، ص 16.

الالتزامات الأخرى هي التزامات مكاملة أو مساعدة، تقوم بجواره جنباً إلى جنب، فهي تطبيقات متفرعة عن مبدأ حسن النية¹.

الفرع الأول : التزام الجدية والاعتدال والتعاون في التفاوض

يفرض حسن النية في التفاوض على العقود، كل من التزام الجدية والاعتدال، والتزام التعاون، وستناولهما فيما يلي:

أولاً: التزام الجدية والاعتدال في التفاوض

الالتزام بالاعتدال والجدية يفرض على كل من المتفاوضين الحرص على أن تبلغ المفاوضات غايتها من حيث التوصل إلى إبرام عقد معين². فيلتزم كل متفاوض بالاعتدال والجدية في مقترحاته، وبالتالي يترك للطرف الآخر مهلة كافية للتأمل والدراسة والتفكير، ولا يطرح ما هو مؤكد الرفض منها، حيث لن يكون نتيجة ذلك إلا تأخير إتمام عملية التعاقد أو دفع الآخر إلى صرف النظر عنها كلية، فإذا كانت المقترحات غير مفيدة فلا مجال لقبولها، ويعد المتفاوض الذي تقدم بها منتهكاً للالتزام بالاعتدال وبالجدية في التفاوض، كما يتعين ألا يرفض المتفاوض الآخر ما عرض عليه إذا كان عرضاً معتدلاً وجلياً ومنطقياً، كذلك لا يجوز التفاوض بصورة صورية، مجرد التسلية أو الدعاية أو استطلاع السوق، دون نية حقيقية في التعاقد، ولا يجوز أيضاً للمتفاوض إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر لإطالة مدة التفاوض بدون جدية، أو أن يكون هدفه من دخول المفاوضات مجرد المراوغة لإبعاد شريكه عن التفاوض مع الآخرين أو التعرف على أسرار الفنية والمالية³.

وجزاء الإخلال بالتزام الجدية في التفاوض هو التعويض عن الأضرار التي لحقت بالطرف المقابل أثناء التفاوض نتيجة لعدم الجدية، هذا بالدرجة الأساس، كما قد يكون الجزاء متمثلاً باعتبار العقد منعقدًا في بعض الحالات التي يعدها المشرع كذلك⁴.

¹ - أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 64-65.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 121.

³ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 29،

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 347-348.

ثانياً: التزام التعاون في التفاوض

هذا الالتزام يتمثل في التعاون الوطيد المستمر بين الأطراف المتفاوضة للوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية إما بانعقاد العقد محل التفاوض وإما بغض النظر عنه كلية¹، والمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام التعاون هي مسؤولية سابقة على التعاقد².

ويرى البعض في الفقه الإيطالي بأن التزام التعاون لا يأتي بشكل مستقل بمعزل عن المقتضيات الأخرى، كالالتزام الجدية، والاستمرار في التفاوض، وعدم قطعه دون مبرر مشروع، والالتزام بالمحافظة على الأسرار، والالتزام بالإعلام، وغيرها، بل أن الوفاء بهذه المقتضيات، والمقتضيات الأخرى لحسن النية في إبرام العقود يؤدي إلى تحقيق التعاون، ولكن الدكتور شيرزاد عزيز سليمان يرى بأن الالتزام بالتعاون قد يأتي بشكل مستقل عن الالتزامات الأخرى المنبثقة عن حسن النية في إبرام العقود كما هو الحال بالنسبة لإتمام الشكلية، وتحديد ثمن العقود عليه، والتعاون مع المستهلكين³.

الفرع الثاني: الالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع

يلتزم المتفاوض بالاستمرار في التفاوض، وعدم قطعه دون مبرر مشروع، لذا سنتناول أولاً الالتزام بالاستمرار في التفاوض، وثانياً الالتزام بعدم قطع المفاوضات دون مبرر مشروع، فيما يلي:

أولاً: الالتزام بالاستمرار في التفاوض

التزام حسن النية يقتضي من الأطراف الاستمرار في التفاوض بحسن نية إلى أن يتوصلوا إلى الاتفاق على جميع المسائل الثانوية العالقة، أما إذا نكل أحد الطرفين عن الاستمرار في التفاوض، والوصول إلى الاتفاق، فإنه يكون مخلاً بمقتضيات حسن النية، لأن اكتمال مشروع العقد النهائي يستلزم الاستمرار في التفاوض حول تلك المسائل الباقية أو المعلقة. ويرى الفقه بأن الاستمرار بالتفاوض هو في الأصل التزام ببذل عناية، ولا يعني ضرورة التوصل إلى إبرام العقد، ولكن قد يعد في بعض الأحيان التزاماً بنتيجة، ويظهر لنا ذلك في حالة الاتفاق على المسائل الأساسية في العقد النهائي، مع ترك المسائل الثانوية، أو التفصيلية، لاتفاق

¹ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 28.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 400.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 395.

لاحق، إذ أن اكتمال مشروع العقد النهائي يستلزم الاستمرار في التفاوض حول تلك المسائل الباقية أو المتعلقة، فإذا اتجهت نية الأطراف إلى عد العقد النهائي منعقدًا حتى ولو لم يصل طرفي التفاوض إلى اتفاق بشأنها، كان الأمر يتعلق بالتزام بنتيجة، على عكس الأصل العام في أنه التزام ببذل عناية¹.

ثانياً: الالتزام بعدم قطع التفاوض بدون مبرر مشروع

قطع التفاوض من حيث المبدأ لا يترتب عليه أي أثر قانوني على التفاوض، لأن المفاوضات تعتبر مجرد عمل مادي يقوم به العاقد المفاوض لا أثر قانوني له، وبالتالي كل متفاوض حر في قطعه المفاوضات في الوقت الذي يريد، ولهذا من يعدل عن المفاوضات لا تتحقق مسؤوليته، كما لا يمكن أن يطالب بتقديم تبرير العدول، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة بل هي مقيدة بمراعاة مقتضيات حسن النية في إبرام العقود²، وبالتالي قطع المفاوضات لا يعقد أي مسؤولية للمتفاوض إذا احترم قاعدة حسن النية في التفاوض وما يتفرع عنها من التزامات³، أما إذا تم قطع المفاوضات فجأة، بدون مبرر مشروع، أو لأي سبب غير موضوعي، فإن المتفاوض يعد مخطئاً وتنعقد مسؤوليته المدنية⁴.

وبالتالي المفاوضات قد يتم إنهاؤها لمبرر مقبول (أي قطع مبرر للتفاوض)، وقد يتم إنهاؤها لمبرر غير مقبول (أي قطع غير مبرر للتفاوض):

- وتكون المفاوضات قد تم إنهاؤها لمبرر مقبول إذا صار انعقاد العقد بالنسبة لأحد الطرفين غير ممكن لظروف موضوعية استجدت عليه أثناء المفاوضات على العقد، أو إذا كان السبب الذي لأجله تم قطع المفاوضات على العقد متوقعا منذ البداية بالنسبة للطرف الآخر، أو إذا ما توافر سبب يحق معه للطرف الذي أنهى المفاوضات فسخ العقد فيما لو تم إبرامه، أو إذا ما تحفظ أحد الطرفين منذ البداية على انعقاد العقد⁵.
- وتكون المفاوضات قد تم إنهاؤها لمبرر غير مقبول، إذا تم مثلا:

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 348-349 .

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 350 .

³ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 102.

⁴ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 72، عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 45.

⁵ - أمين دواس، المرجع السابق، ص 171.

● قطع المفاوضات دون سبب جدي عن طريق تحلل أحد الطرفين من الشروط التي سبق التفاهم عليها بأي شكل من الأشكال خلال التفاوض على العقد، أو رفضه لشروط تحقق مصلحته قدمها له الطرف الآخر من تلقاء نفسه أو بناء على طلبه، أو يقترح بنودا وشروطا في العقد لا تكون مقبولة بالمطلق، أو يستمر في رفض كل الاقتراحات التي يقدمها الآخر بالرغم مما تتسم به من اعتدال ومنطقية، أو أن يتم قطع المفاوضات دون سبب جدي عن طريق إخلال أحد الطرفين بواجب التعاون مع الآخر من أجل استكمال إبرام العقد¹، كأن يتراخى في تحديد مواعيد جلسات التفاوض، أو يتأخر بغير عذر مقبول عن حضور جلساتها، أو يرفض بغير مبرر تعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة فنية مختلف عليها²، أو يتخلف عن تسجيل العقد لدى الجهة المعنية، أو أن يبدأ سرا مفاوضات موازية مع طرف ثالث بعد أن يكون قد قطع شوطا كبيرا في المفاوضات الأولى، وذلك أمر يشكل إخلالا بالتوقع المشروع للطرف الذي بدأ معه المفاوضات أولاً بأنه لا يتفاوض مع سواه على العقد المزمع إبرامه، أو أن يبدأ المفاوضات بهدف حرمان الشخص الذي يتفاوض معه من فرصة أخرى أفضل للتعاقد مع غيره³.

● إنهاء التفاوض بصورة مفاجئة وبقرار منفرد دون مبرر مشروع، رغم أنها كانت قد بلغت مرحلة

متقدمة ويعلم الطرف القاطع أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد⁴.

● الإخلال بالثقة المشروعة المتولدة لدى الطرف المقابل، فالطرف الذي أنهى المفاوضات يكون مسؤولا تجاه الطرف الآخر في المفاوضات الذي تولدت لديه الثقة في أن العقد سينعقد، وبخاصة إذا ما كان الطرف المخل هو الذي ولد هذه الثقة لدى الآخر من خلال عدم إبلاغه له في الوقت المناسب بنيته الحقيقية عدم إتمام العقد⁵.

¹ - أمين دواس، المرجع نفسه، ص 171-172.

² - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 28-29.

³ - أمين دواس، المرجع السابق، ص 172.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 351.

⁵ - أمين دواس، المرجع السابق، ص 171، د/ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 351.

أما بالنسبة لجزء الإخلال بالالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع، فقد ثارت إشكالية متى يعد هذا القطع غير مشروع يخالف مبدأ حسن النية ومتى لا يعد كذلك¹، وعموماً ودون الخوض في تفاصيل ذلك، فإننا نتفق مع ما ذهب إليه الرأي القائل بأنه من غير الممكن التسليم بالقاعدة المطلقة المتمثلة في قاعدة ترتيب المسؤولية عن القطع غير المبرر، بل ينظر في كل حالة على حدة، لتقدير سلوك من قطع المفاوضات².

كذلك المرحلة التي يتم فيها قطع المفاوضات تلعب دوراً بارزاً في تحديد وجود السبب الجدي من عدمه، فإذا ما تم قطعها بعد أن بدأت بفترة قصيرة فلا يتصور قيام المسؤولية عن ذلك، أما إذا تم إنهاؤها بعد أن قطعت شوطاً كبيراً، فعلى الأغلب أن تتقرر المسؤولية بحق الطرف المحل، خاصة إذا اقترن إنهاء المفاوضات بظروف أخرى تبرر ذلك. لكن لا يجوز أن يفهم أن المفاوضات يجب أن تؤدي بالضرورة إلى إبرام العقد، بل على العكس من ذلك، فأحياناً قد لا يتم إبرام العقد رغم أن المفاوضات تمت من قبل الطرفين وفقاً لمقتضيات حسن النية³.

الفرع الثالث: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وعدم إجراء مفاوضات موازية

حسن النية يفرض كذلك في التفاوض على العقود، كل من الالتزام بالمحافظة على سرية المعاملات، والالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، وستتناول هذين الالتزامين كما يلي:

أولاً: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

إن مضمون الالتزام بالمحافظة على سرية البيانات أو المعلومات، هو أن يتمتع المتفاوض كلية عن إفشاء هذه السرية أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشلها، وأن يتمتع أيضاً عن استغلالها لحسابه بدون إذن

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 357.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 358.

³ - أمين دواس، المرجع السابق، ص 172.

صاحبها (أي بدون رضا صاحب المعلومات السرية)¹، وبالتالي الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يعني التزام المتفاوض باعتبار ما كان قد علمه "كأن لم يكن"².

ولهذا الالتزام صلة وثيقة بالالتزام بالإعلام، فحيثما وجد التزام بالإعلام» وجب عدم إفشاء تلك المعلومات أو استخدامها بطريقة مضرّة بالمتعاقد الآخر³. وبالتالي قد يجد المتعاقد نفسه تجاه مسؤوليتين، مسؤولية تجاه من تعاقد معه عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام» ومسؤولية قبل صاحب الأسرار الذي يحق له محاسبته عن إفشائها، فهنا فإن الوفاء بأحد الالتزامين سيؤدي حتماً إلى الإخلال بالالتزام الآخر³، وبالتالي هناك تعارض بين التزامين قائمين على عاتق نفس الشخص، خاصة إذا كان الشخص محترف كالمحامي أو الطبيب، وبالتالي حل هذا الإشكال يتمثل في أن الالتزام بالمحافظة على الأسرار يعلو على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ولكن في الوقت نفسه يجب تحديد البيانات والمعلومات التي يمكن أن توصف بأنها من قبيل الأسرار التي لا يجوز البوح بهما فما يعتبر من الأسرار فإنه لا يدخل في نطاق الالتزام بالإعلام، أما ما لا يعتبر من الأسرار فإنه يدخل ضمن نطاق الالتزام بالإعلام، وبالتالي قمنا هنا بالتوفيق بين مختلف المصالح التي تقف خلف هذين الالتزامين المتقابلين. فالمحامي مثلاً للتوفيق بين واجب المحامي في الحفاظ على أسرار موكله القدامى وواجبه في إعلام عملائه الجدد يقتضي القول بأن على المحامي أن يقوم بتحذير هؤلاء متى استطاع القيام بذلك دون إفشاء أسرار موكله⁴.

ومن غير المعقول أن يمتنع المتعاقد عن كشف جميع المعلومات التي تلقاها من المتعاقد الآخر بمناسبة التفاوض وعملية إبرام العقد، لذا نجد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يشمل فقط المعلومات التي تعد بطبيعتها أسراراً وهي المسائل التي يترتب بإعلانها ضرر للمتعاقد المقابل⁵، كما أن هناك من يرى بأن مضمون الالتزام بالسرية لا يشمل فقط هذه المعلومات التي تكون سرية بطبيعتها، فيضيف إليها نوع ثاني من

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 75.

² - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص 31.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، هامش 3 ص 366.

⁴ - عروبة شافي عرط المعموري. المرجع السابق. ص 171-172.

⁵ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 363.

المعلومات يتمثل في تلك المعلومات التي يسبغ عليها صاحبها طابع السرية فيلزم المحافظة على سريتها ، والمعيار في ذلك حسب هذا الرأي هو الثقة المتبادلة التي قامت بين الطرفين بمناسبة العقد المزمع إبرامه، إذ أن هذه المعلومات تأخذ طابع السرية لأن الشخص لا يعلنها إلا لشخص آخر يثق بأنه لن يستغلها ضده¹.

والتزام السرية ليس مطلقاً، بل قد يأذن صاحب السر بإفشائه (كأن يفضي به لوسائل الإعلام)، أو يصرح القانون في بعض الأحوال بوجوب الإفصاح عن المعلومات السرية لإخبار السلطات العامة عن جنائية أو جنحة أو منع ارتكابها².

كذلك الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، هو التزام بتحقيق نتيجة، لأن حسن النية يقضي قطعاً أن يحافظ كل متفاوض على الأسرار التي تتكشف له أثناء المفاوضات والمباحثات، فلا يكفي للوفاء بهذا الالتزام أن يبذل المتفاوض كل ما في وسعه، ليمنع عن إفشاء الأسرار أو استغلالها، ولكن يجب أن يمتنع عن ذلك بالفعل، وإلا انعقدت مسؤوليته المدنية³.

وفي الجزائر، نجد القانون الجزائري بصفة عامة يفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، فنجد القانون الجزائري يحمي البيانات التقنية، وأسرار المعرفة الفنية، وكذا الأسرار الصناعية، وأسرار الأعمال، وغيرها من الأسرار الفنية والتقنية والأسرار المالية، فضلاً عن المهارات الفنية والخبرات التقنية المكتسبة التي يطلع عليها المتفاوضون في مرحلة التفاوض، وهي أسرار محمية مدنياً وجنائياً، بشكل خاص، ومثال ذلك براءة الاختراع، والعلامات التجارية، والرسوم والنماذج الصناعية، وكذا معطيات أنظمة المعالجة الآلية، فهي في إطار هذا الالتزام تتمتع بحماية قانونية خاصة في المنظومة القانونية الجزائرية⁴، بالإضافة لذلك هناك قوانين تفرض الالتزام بالمحافظة على السرية على الطبيب أو الصيدلي أو المحامي... الخ.

أما جزاء الإخلال بالالتزام بالمحافظة على الأسرار، فإن الرأي السائد فقهاً وقضياً في فرنسا يذهب إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالالتزام سرية البيانات والمعلومات، وذلك لعدم وجود اتفاق

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم؛ المرجع نفسه؛ ص 52.

² - شيرزاد عزيز سليمان؛ المرجع السابق؛ ص 363.

³ - العربي بلحاج؛ المرجع السابق؛ ص 126-127.

⁴ - العربي بلحاج؛ المرجع نفسه؛ ص 73-74.

صريح عليه¹، وبالتالي يمنع على المفاوض أن يقوم بالإفشاء بالمعلومات التي علمها من الطرف الآخر في أثناء مفاوضات العقد، استناداً لأحكام المسؤولية التقصيرية².

والتعويض هو الجزاء الرئيسي على الإخلال بالالتزام بالمحافظة على الأسرار، لأن الطرف المخل بهذا الالتزام يستحيل عليه أن ينفذه عيناً بعد أن أحل به لأن الالتزام في هذه الحالة يعد التزاماً بالامتناع عن عمل، ويعد المؤمن على السر منفذاً لالتزامه، مادام ممتنعاً عن إفشائه، فإن أفشائه اعتبر مخالفاً بالتزامه، وتعدر عليه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، لأن ما وقع من مخالفة لا يمكن تداركها، وفي مثل هذه الحالة، لا يبقى أمام صاحب السر سوى اللجوء إلى التعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، بالإضافة إلى التدابير الأخرى التي تحد من استخدام السر الاستخدام غير المشروع³، بالإضافة إلى هذا فقد قرر القانون الجزائري عقوبات جنائية، لكل من قام بوسيلة غير مشروعة بالكشف عن هذه المعلومات السرية أو بحيازتها أو باستخدامها، مع علمه بسريتها أو بأنها متحصلة عن تلك الوسيلة⁴.

ثانياً: الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل

يرى البعض بأن من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود الامتناع عن إجراء مفاوضات موازية - بشأن العملية محل التفاوض - مع الغير المنافس طيلة المدة التي تستغرقها المفاوضات، وهناك رأي ثاني آخر يذهب إلى القول بأن الأصل هو أن حسن النية لا يقتضي عدم إجراء مفاوضات موازية فهي جائزة ومشروعة كقاعدة عامة، لأن التزاماً بقصر التفاوض على الطرف الآخر في المفاوضات، معناه في الحقيقة مصادرة حرية التعاقد وحرية المناقشة من أساسها. وبالتالي لا يمكن حظر إجراء مفاوضات موازية إلا بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحة، يسمى شرط القصر أو الاستبعاد (lock-out clause)، وهناك رأي ثالث ذهب إليه الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، يرى بأن الذي يقتضيه حسن النية في هذه الحالة ليس متمثل بعدم إجراء مفاوضات موازية، بل بعدم إخفائها، فالطرف المقابل يجب أن يلتزم الشفافية في تفاوضه، ويفصح عن وجود

¹ - العربي بلحاج؛ المرجع نفسه؛ ص 75.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم؛ المرجع السابق؛ ص 51.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 373.

⁴ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 128 .

مثل هذا التفاوض الموازي، حتى يكون الطرف المتفاوض معه على بينة من هذا الأمر، ويحتاط لنفسه، ولا يعول كلياً على هذه المفاوضات، بل يكون في حسابه أن هناك مفاوضات تجري بموازاة ما يجري معه من مفاوضات¹.

أي أن حسن النية -حسب هذا الرأي- يقتضي عدم إخفاء وجود المفاوضات الموازية، أي عدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل، وبالتالي لا يعتبر الشخص مخالفاً للالتزام حسن النية إذا أعلم من يتم التفاوض معه بهذه المفاوضات الموازية.

غير أننا في نظرنا نعتقد بأن وجوب الإفصاح بالمفاوضات الموازية قد يؤدي إلى المنافسة غير المشروعة، لأن من يعلم بوجود مفاوضات موازية، قد يبذل قصارى جهده حتى تفشل هذه المفاوضات الموازية وذلك حتى ولو تطلب منه الأمر أن يقوم بأساليب احتيالية أو غير مشروعة (كالتهديد أو التحسس) لتحقيق هدفه، وبالتالي إذا قلنا بأن حسن النية يقتضي عدم إخفاء المفاوضات الموازية، فإنه في نفس الوقت يمكن القول في نظرنا أن حسن النية يفرض أيضاً على من أعلم بهذه المفاوضات الموازية ألا يتخذ أي أساليب غير شرعية قد تعيقها.

المطلب الثاني : طبيعة المسؤولية المدنية عن الإخلال بحسن النية في التفاوض

هناك من يرى بأن المسؤولية المدنية قبل التعاقدية هي ليست مسؤولية عقدية بالمفهوم التقليدي الذي يفترض وجود عقد صحيح وإخلال بالتزامات نص عليها هذا الأخير، وليست مسؤولية تقصيرية بالمفهوم السائد في الأحكام التي تنظم هذه المسؤولية، بل هي مسؤولية من نوع خاص سابقة على إبرام العقد، إذ أنه لا يمكن للقاضي الحكم بتكوين العقد إلا على سبيل الاستثناء، كما أنه لا مجال لإدانة المسؤول إلا بأداء تعويض عادل².

غير أننا نتفق مع من ذهب إلى القول بأن المسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة التفاوض على العقد ليست مسؤولية من نوع خاص، وإنما هي مسؤولية مدنية عادية، قد تكون مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، وأن هذه التسمية ما هي إلا لتحديد المرحلة (أي الفترة الزمنية) التي تنشأ خلالها هذه المسؤولية وهي مرحلة

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 393-394.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 05.

التفاوض على العقد، دون أن ننسى أن في بعض الأحوال - كـبعض أحوال قطع المفاوضات- قد تقوم المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في آن واحد، وبالتالي لا بد من تحديد ما إذا كان يجوز للطرف المتضرر أن يختار بينهما¹.

وبالتالي الإخلال بالالتزام العقدي الذي يكون قد ورد صراحة في الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية، أو في اتفاق على التفاوض (أي عقد التفاوض)، يرتب بالضرورة تطبيق أحكام المسؤولية العقدية وليس المسؤولية التقصيرية، وهذا حتى قبل إبرام العقد النهائي، بل حتى ولو تسفر المفاوضات على إبرام أي عقد، وقد ذهب إلى ذلك الرأي السائد في فرنسا ومصر، وكذلك في الجزائر²، أما الحالات الأخرى - من حالات المسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة التفاوض - التي لا تتوافر فيها اتفاقات مبدئية، فالأجاء السائد في الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والجزائر يعتبرها مسؤولية تقصيرية³، لعدم وجود العقد، وبالتالي لا مجال للمسؤولية التعاقدية قبل انعقاد العقد، وهذا هو الأصل العام.

تطبيقاً لما سبق ذكره فإن الإخلال بالتزام حسن النية في مرحلة التفاوض على العقود، إذا لم يتم النص عليه صراحة (هو أو أحد الالتزامات المتفرعة عنه)، فإنه في الأصل العام، يرتب المسؤولية التقصيرية (المادة 124 ق.م.ج)، وهذا هو الرأي الذي استقر عليه معظم الفقه المعاصر في فرنسا ومصر والجزائر وأيده القضاء وذهب إليه أيضاً الفقه الإسلامي⁴.

لكن استثناءً تكون المسؤولية عن الإخلال بالتزام حسن النية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية (المادة 107 ق.م.ج)، إذا كان هناك إخلال بالتزام عقدي متمثل في التزام حسن النية في التفاوض (هو أو أحد الالتزامات المتفرعة عنه)، يكون قد ورد صراحة في الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية، أو في اتفاق على التفاوض (أي عقد التفاوض)، وهذا حتى قبل إبرام العقد النهائي، بل حتى ولو تسفر المفاوضات على إبرام أي عقد.

¹ - أمين دواس، المرجع السابق، ص 188-189.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 171-172.

³ - أمين دواس، المرجع السابق، ص 178.

⁴ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 548.

أما عند توافر المسؤوليتين العقدية التقصيرية معاً، فقد اتجه أغلب الفقه الجزائري إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، استناداً إلى استقلال كل من المسؤوليتين بنظام قانوني خاص، مما يؤدي إلى استبعاد إحداها من نطاق الأخرى¹، وبالتالي الدائن (المتضرر) لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين، واستقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه من غير المقبول قانوناً، أن يحصل المتضرر على تعويضين عن ضرر واحد²، وعلى أن المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالتزام عقدي تحكمها المسؤولية العقدية أساساً، لأن علاقة الدائن بالمدين مرجعها العقد³ أما بالنسبة للأضرار التي يمكن أن يتم التعويض عنها عند الإخلال بالتزام بالتفاوض بحسن نية فهي لا تقع تحت حصر، نظراً إلى اختلاف طبيعة المفاوضات من عقد إلى آخر⁴.

¹ - العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 180.

² - قرار المحكمة العليا، رقم 130299، بتاريخ 1996/01/17، غير منشور. أشار إليه: أ د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 180، قرار المحكمة العليا، رقم 34000، بتاريخ 1984/11/07 المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 55.

³ - قرار المحكمة العليا، رقم 77237 بتاريخ 1992/05/11، غير منشور، قرار المحكمة العليا، رقم 41112، بتاريخ 1990/05/28، المجلة القضائية، عدد 02 ص 117 (استحالة التنفيذ يتم حسمها على شكل تعويضات)، أشار إليهما: أ د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 180، قرار المحكمة العليا، رقم 34951، بتاريخ 1985/10/30، المجلة القضائية لسنة 1990 عدد 02، ص 44 (جواز طلب فسخ العقد مع التعويض)، قرار المحكمة العليا، رقم 34000 بتاريخ 1984/11/07، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01 ص 55.

⁴ - د/ أمين دواس، المرجع السابق، ص 190.

الخاتمة

إن النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، تتلخص فيما يلي:

أن مبدأ حسن النية رغم أنه من أصول وأبعاد أخلاقية، إلا أن ذلك لا يقلل أو يضعف من شأنه، بل على العكس من ذلك فهي تكون سنداً وعاوناً له في التطبيق، لتحقيق هدفه ودوره في العقود والتصرفات. مهما اختلفت محاولات تعريف حسن النية في العقود، إلا أنها تتفق جميعاً في أن كل من مفهوم حسن النية وسوء النية هو مفهوم واسع، وصعب التعريف والإحاطة بكل جوانبه.

أن فكرة حسن النية هي فكرة خصبة لا تقف عند حدود التطبيقات التي وردت في هذا البحث، فهي مجرد أمثلة تحتمل التوسع والقياس.

أن مبدأ حسن النية هو مبدأ غامض وخاصة من حيث ترتيب آثار مباشرة في دائرة القانون الوضعي، لذا فإن الرأي الراجح يرى ضرورة صياغة مقتضيات حسن النية في صورة التزامات قانونية محددة يمكن عقاب من يخالفها وفي نفس الوقت يكون من الممكن استيعابها قانوناً.

يقتضي حسن النية في العقود والتصرفات: الالتزام بالأمانة، والنزاهة، والتعاون، والإعلام، والاستعلام، والنصيحة، والتحذير، والإنصاف، واحترام الثقة المشروعة.

تبين لنا أن المشرع الجزائري نص صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد، كما نص عليه ضمناً في المرحلة السابقة على التعاقد، وبالتالي مبدأ حسن النية مطلوب في جميع مراحل العقود طبقاً للقانون المدني الجزائري.

تبين لنا أيضاً أنه حتى ولو لم يتمكن المشرع الجزائري من معالجة كل حالات سوء النية، نظراً للتطورات التي يشهدها المجتمع، فإن ما يحسب لصالح المشرع الجزائري هو نصه على هذا المبدأ فلم يغفل ذكره ضمن نصوص القانون المدني الجزائري وغيره من القوانين، كما أنه بالنص على الالتزامات التي يقتضيها حسن النية في العقود (كالأمانة والثقة والإعلام...)، يسهل على القاضي من متابعة سوء النية في أغلب الحالات التي تعرض عليه، فإذا فلت الشخص سيء النية في مرة من المرات فإنه لن يستطيع ذلك في كل الأوقات، وبالتالي مبدأ حسن النية في القانون المدني الجزائري يمكن له أن يحقق التوازن العقدي في كثير من الأحيان.

أن التفرقة بين حسن النية وسوء النية في العقود والتصرفات، بقدر ما هي صعبة، بقدر ما هي مهمة من ناحية الآثار التي تترتب على كل منهما، سواء من ناحية آثار الالتزام بحسن النية أو من ناحية آثار

الإخلال بحسن النية، وعليه إذا استطاع القاضي أن يستوعب المعايير المستسقة من الفقه والاجتهاد الثابت للمحكمة العليا، فإنه سيعرف لا محالة متى يكون الحكم على شخص بحسن النية أو سوء النية.

أن في القانون المدني والفقه الإسلامي، للتمييز بين حسن النية وسوء النية في العقود والتصرفات، هناك معيارين متكاملين يجب توافرها معاً للقول بوجود حسن النية التام من عدمه في العقود، وهما: المعيار الذاتي والمعياري الموضوعي، فنلجأ إلى المعيار الذاتي وفي حالة العجز نلجأ إلى المعيار الموضوعي.

تبين لنا أن الأصل هو حسن النية لدى الشخص، أما إثبات حسن النية فيكون ذلك بإثبات نقيضه وهو سوء النية، ويمكن إثبات حسن النية أو سوء النية بكافة طرق الإثبات القانونية.

من خلال البحث وجدنا أن ما يوجبه حسن النية في خصوص عقد بعينه يعتبر من مسائل الواقع، التي يترخص فيها قاضي الموضوع بسلطته التقديرية، وليس من مسائل القانون، وبالتالي لا يخضع حكم القاضي لرقابة المحكمة العليا ما دام جاء تقديره سائغاً.

كما تبين أن القانون المدني الجزائري رتب جزاءً على كل من الالتزام بحسن النية في العقود، والإخلال

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً : المصادر

• القرآن الكريم

• السنة النبوية

ثانياً : المراجع

باللغة العربية :

أ/الكتب

- العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010
- نور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007
- إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009
- إستنبولي (أديب)، طعمة (شفيق)، التقنين المدني السوري، نصوص قانونية - أعمال تحضيرية مذكرات المشروع التمهيدي اجتهاد قضائي - تعليقات فقهية، من المادة 1 حتى المادة 164 الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1992
- جاك غاستان ، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة القاضي (منصور)، مراجعة الدكتور كلثوم (فيصل)، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000.
- خالد السيد عبد المجيد موسى، مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة، السعودية النظرية العامة للإلتزامات ، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الرياض، 2017

قائمة المصادر والمراجع

- العدوي (جلال علي)، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- حسن أبو طالب صوفي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مطبعة جامعة القاهرة، ج2، 2007
- العدوي (محمد شكري الجميل)، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج، عمان، الأردن، 2010
- فيصل بن حمد المبارك الحرميلي النجدي ، خلاصة الكلام شرح عمدة الأحكام ، ط2، 1412هـ، 1992
- سعيد التريدي، بدايات النهضة في أوروبا وأواخر العصر الوسيط، دراسة في المجتمع المدني، مجلة مركز الوثائق والدراسات الإنسانية، جامعة قطر، عدد8، السنة الثامنة، 1996
- فيلال (علي)، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005
- سعد بن سعيد الديابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية عدد23، ربيع الآخر 1435هـ، فبراير 2014
- فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، د س ن، بغداد، 2009
- وائل حمدي أحمد علي، حسن النية في البيوع الدولية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة، دار النهضة العربية، 2010
- عبد الأمير راغد مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النية في المعاهدات الدولية، مجلة ديابي، عدد64، 2014
- عبد الحميد الشواربي ، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، دار النهضة العربية، 1981

قائمة المصادر والمراجع

- تقيّة (عبد الفتاح)، تفسير النصوص والقواعد الفقهية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر، 1998.
- مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط2، 1992
- القوي (عبد الحليم عبد اللطيف)، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004
- الفتلاوي (صاحب عبيد)، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1998
- السعدي (محمد صبري)، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المتفردة، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003
- بن شيخ آث ملويا (حسين)، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2008.
- الجبوري (ياسين محمد)، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزامات)، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.
- إبراهيم (عبد المنعم موسى)، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- الجمال (مصطفى محمد)، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999
- جعفرور (محمد سعيد)، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 1999
- دربال (عبد الرزاق)، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004.

قائمة المصادر والمراجع

- زهران (همام محمد محمود)، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
 - سليمان (شيرزاد عزيز)، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008.
 - سليمان (علي علي)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
 - لطفي (محمد حسام محمود)، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995.
 - لطفي (محمد حسام محمود)، النظرية العامة للالتزام، المصادر-الأحكام-الإثبات، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، 2007.
- ب/ الأطروحات والمذكرات الجامعية :
- 1- الأطروحات:**
- القرشي (سفيان)، (واجب حسن النية في تنفيذ العقود)، في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جامعة تونس المنار، السنة الدراسية 2010-2011.
- 2- مذكرات الماجستير**
- 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.
- 3 - المقالات**
- بارود (حمدي محمود)، "القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية"، مجلة الجامعة الإسلامية بغزة، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، يونيو 2005.

قائمة المصادر والمراجع

- دواس (أمين)، "المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة، المجلد الخامس، العدد الأول، صفر 1429هـ، فبراير 2008 م.
- عيسى (رياض)، "القواعد الأساسية في تنفيذ عقود خطة التنمية المنعقدة بين الوحدات الاقتصادية في القطاع العام"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بين عكنون، جامعة الجزائر، المجلد الثاني والعشرون، العدد الأول، مارس 1985.

4- النصوص القانونية

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 هـ الموافق ل 25 يناير، 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13، المؤرخة في 8 مارس 1995، معدل ومتمم.

القرارات القضائية :

- المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 03، صادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر العاصمة.
- المجلة القضائية لسنة 1997 عدد 02، صادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999

المواقع الالكترونية :

- عبيدي (محمد)، مداخلة بعنوان (حق المستهلك في الإعلام)، يوم دراسي حول الموسم وإعلام المستهلك، وزارة التجارة، فندق الشيراتون، الجزائر، يوم 07 جويلية 2007:

Article 1134 du code civil français, voir

[https://droit-finances.commentcamarche.com/download/telecharger-198-code-civil-2022-](https://droit-finances.commentcamarche.com/download/telecharger-198-code-civil-2022-en-ligne)

[en- ligne LE 06/05/2022](#) ; 16 : 33

باللغة الأجنبية :

• Guillien (Raymond), Vincent (Jean), sous la direction de Guinchard (Serge), Montagnier (Gabriel), Lexique des termes juridiques, 15^o édition, Dalloz, Paris, 2005.

• Briot de La Crochais (Martin), (L'abus Dans Les Contrats), Préparation à l'épreuve de droit, Agrégations d'économie et gestion, Centre national d'enseignement à distance (CNED), En cours de travail la buffatière, février 2006, Disponible sur internet dans Les Carnets de L'université Paris Descartes:

<http://blogs.parisdescartes.fr/briot/weblog/2023.html>

• Hess-Fallon (Brigitte) ; Simon (Anne-Marie), Droit civil, 5^o édition, Collection Aide-mémoire, Dalloz ; Sirey, Paris, 1999.

الفهرس

قائمة المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
-	إهداءات
-	تشكرات
-	قائمة المختصرات
5-1	مقدمة
6	الفصل الأول : الإطار النظري لمبدأ حسن النية
7	المبحث الأول : لمحة تاريخية عن مبدأ حسن النية
8	المطلب الأول : مبدأ حسن النية في القوانين القديمة
8	الفرع الأول : مبدأ حسن النية في القانون الروماني
9	الفرع الثاني : مبدأ حسن النية في القانون الكندي
11	المطلب الثاني : مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة والقانون الجزائري
11	الفرع الأول : مبدأ حسن النية في القوانين المقارنة
11	أولاً : مبدأ حسن النية في القانون الانجليزي
12	ثانياً : مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي
14	الفرع الثاني : مبدأ حسن النية في القانون الجزائري
15	المطلب الثالث : مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية
16	الفرع الأول : مبدأ حسن النية في القرآن الكريم والسنة النبوية
16	أولاً : مبدأ حسن النية في القرآن الكريم

قائمة المحتويات

17	ثانيا : مبدأ حسن النية في السنة النبوية
18	الفرع الثاني :مبدأ حسن النية في الفقه الإسلامي
21	المبحث الثاني : مفهوم مبدأ حسن النية
21	المطلب الأول : التعريف بمبدأ حسن النية
21	الفرع الأول : تعريف حسن النية
24	الفرع الثاني : خصائص مبدأ حسن النية
26	الفرع الثالث : تمييز مبدأ حسن النية عن غيره من الأوضاع المشابهة
26	أولا : إلحاقه بالنظام العام
27	ثانيا : إلحاقه بالإينصاف
28	ثالثا : تمييز حسن النية عن سوء النية
30	الفرع الرابع : المعيار الواجب اعتماده في قياس مبدأ حسن النية
30	أولا : المعيار الذاتي
31	ثانيا : المعيار الموضوعي
33	المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في العقود
33	الفرع الأول : حسن النية بوصفه التزاما قانونيا
35	الفرع الثاني : حسن النية بوصفه قاعدة قانونية
36	الفرع الثالث : حسن النية بوصفه مبدءا قانونيا
38	الفصل الثاني :مقتضيات مبدأ حسن النية

قائمة المحتويات

39	المبحث الأول : مبدأ حسن النية في التراضي
40	المطلب الأول : مقتضيات حسن النية في النيابة في التعاقد
45	المطلب الثاني : مقتضيات حسن النية لوجود التراضي وصحته
45	الفرع الأول : الالتزام بالإعلام والاستعلام
45	أولاً : الالتزام بالإعلام
57	ثانياً : الالتزام بالاستعلام
59	الفرع الثاني : حسن النية في التعبير عن الإرادة.
63	الفرع الثالث : انتفاء عيوب الإرادة
70	المبحث الثاني : مقتضيات حسن النية في التفاوض على العقود
72	المطلب الأول : الالتزامات التي يفرضها حسن النية في التفاوض
73	الفرع الأول : التزام الجدية والاعتدال والتعاون في التفاوض
73	أولاً : التزام الجدية والاعتدال في التفاوض
74	ثانياً : التزام التعاون في التفاوض
74	الفرع الثاني : الالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع
74	أولاً : الالتزام بالاستمرار في التفاوض
75	ثانياً : الالتزام بعدم قطع التفاوض بدون مبرر مشروع
77	الفرع الثالث : الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وعدم إجراء مفاوضات موازية
77	أولاً : الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

قائمة المحتويات

80	ثانيا: الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل
81	المطلب الثاني : طبيعة المسؤولية المدنية عن الإخلال بحسن النية في التفاوض
84	الخاتمة
86	قائمة المراجع
92	ملخص

ملخص باللغة العربية :

وللإجابة عن هذه الإشكالية، اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي، وقسمنا البحث إلى مقدمة عامة وفصلين اثنين، يتناول الأول ماهية مبدأ حسن النية في العقود، والثاني مقتضيات مبدأ حسن النية في تكوين العقد ، وكل فصل منهما يشتمل على مباحث تحتوي بدورها على مطالب، ثم ختمنا بخاتمة فيها نتائج وتوصيات.

من خلال هذه الدراسة، توصلنا إلى جملة من النتائج، أهمها: أولاً أن حسن النية يجب توافره في جميع المراحل التي تمر بها العقود، وأن تطبيقاته العديدة والمتنوعة لا تخرج عن حدود مراعاة عدم الإضرار بالمصلحة المبررة المشروعة للطرف المقابل في العقد. ثانياً، أن التمييز بين حسن النية وسوء النية في العقود يتم من خلال معيارين متكاملين، وهما المعيار المادي والمعيار الشخصي. ثالثاً، أن القانون فرض على كل من المتعاقدين: الالتزام بالأمانة، النزاهة، التعاون، الإعلام، الاستعلام، النصيحة، التحذير، الإنصاف، احترام الثقة المشروعة وغيرها من الالتزامات، وهي في مجملها التزامات قانونية يقتضيها حسن النية في العقود، وينتج عن الالتزام أو الإخلال بها آثاراً قانونية.

ملخص باللغة الفرنسية

Pour répondre à cette problématique, nous sommes appuyés sur l'approche descriptive analytique, et avons divisé la recherche en une introduction générale et deux chapitres, le premier traitant de la nature du principe de bonne foi dans les contra, et le second des exigences du principe de la bonne foi et son impact sur les contra, et chaque chapitre comprend des sections qui contiennent à leur tour des demandes, puis nous avons conclu en concluant avec des résultats et des recommandations.

A partir de cette étude, nous avons atteint un certain nombre de résultats: Premièrement, la bonne foi est exigée dans

toutes les étapes du contrat, et ses applications nombreuses et variées veillent à ne pas nuire à l'intérêt justifié et légitime de l'autre partie dans le contrat. Deuxièmement, la distinction entre une personne de bonne foi et de mauvaise foi dans les contrats se fait à travers deux critères complémentaires : matériel et personnel. Troisièmement, d'honnêteté, de coopération, d'information, de conseil, d'avertir, d'équité, de respect de la confiance légitime, et d'autres obligations, qui sont dans l'ensemble, des obligations juridiques exigeantes par la bonne foi dans les contrats, et leur exécution ou inexécution produit des effets juridiques.