

جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: عقود ومسؤولية

مبدأ حسن النية و أثره في إبرام العقود و تنفيذها

من طرف

لغنج مباركة

أمام اللجنة المشكلة من:

| | | | |
|-----------------|------------------------|----------------------|-----------------|
| رئيساً | جامعة سعد دحلب البليدة | أستاذ التعليم العالي | أ.د/ سرير ميلود |
| مشرفاً و مقرراً | جامعة سعد دحلب البليدة | أستاذ محاضر(أ) | د/ خليل عمرو |
| عضواً مناقشاً | جامعة سعد دحلب البليدة | أستاذ محاضر(أ) | د/ رامول خالد |
| مشرفاً مساعداً | جامعة سعد دحلب البليدة | أستاذ محاضر(أ) | د/ بوبكر مصطفى |

البليدة ،نوفمبر 2012

شكر

الحمد لله المنفرد بالعز و الإرادة و التدبير، لا يفوتني بعد أن أتممت مذكرتي المتواضعة هذه أن أذكر
لصاحب الفضل فضله و للكريم كرمه خاصة وأن مكارم الأخلاق تفرض علينا الإعراف بالجميل لذا فإني
أقدم جزيل الشكر و الثناء إلى الأستاذ المشرف الدكتور عمرو خليل
على توجيهاته القيمة و ما بذله معي من جهد
كما أتقدم بالشكر الجزيل للسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لما سيبدونه من ملاحظات و مقترحات بناءة
تهدف إلى تصويب هذه المذكرة
جزاكم الله عني خير الجزاء

الإهداء

إلى من أعطاني الكثير ولم يبخل ، إلى من هدياني إلى شراع العطاء ، إلى من أضاء لي الدرب إليهما
أهدي هذا الإنجاز المتواضع إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأنعم عليهما بالصحة والهناء
إلى سندي في هذه الحياة إخوتي أدامهم الله لي
إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد بالمعاملة الطيبة والكلمة الحسنة من باقي أفراد أسرتي وأصدقائي
إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع عرفاناً لهم بالفضل والإمتنان

ملخص

يعد مبدأ حسن النية مبدأ قانوني عام يحكم جميع التصرفات القانونية ويفرض نفسه في كل تعاقد سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه. ولقد عالجتنا هذا الموضوع في فصلين تضمن الأول ماهية مبدأ حسن النية حيث يتفق الفقه على أن حسن النية كمبدأ قانوني في العقد لا يخرج عن مفهومين الإعتقاد المشروع والنزاهة في السلوك ، ونجد ان هذا المفهوم المزودج لحسن النية ينطوي على واجب التعامل بصدق وإستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعدالة التي أنشأ من أجلها وإلتزم بها كل من طرفي العقد .

وفي ظل الإختلاف حول طبيعة حسن النية يذهب الفقه الى ضرورة اعتباره مبدأ قانوني عام في العقد يوجه القاضي في قراره، باعتباره يضم قواعد أخرى حوله تسمح له بتطوير قواعد جديدة غائبة عن القانون ونظرا للغموض وعدم التحديد الذي يتميز بهما هذا المبدأ نجد أن الفقه ذهب في تقديره إلى معيارين إحداهما ذاتي قوامه نية المتصرف وقصده الداخلي وثانيهما موضوعي يستند إلى شكل التصرف ومدى اتفاه مع أحكام القانون والقيم السائدة في المجتمع .

ولحسن النية تطبيقات مختلفة في النصوص المنظمة للعقد حاولنا الكشف عنها ، فنجد أنه يعد أساس لكل عقد مع إختلاف في الدرجة، وقد اقتصرنا في هذه الدراسة على بعض العقود التي يلعب فيها حسن النية الدور الكبير نظرا لصعوبة تناول جميع العقود التي جاء بها المشرع ونظم أحكامها ، إضافة إلى العقود غير المسماة .

أما الفصل الثاني فتضمن أحكام حسن النية في العقد وهو الآخر تضمن مبحثين الأول يتناول حسن النية في مرحلة تكوين العقد أما المبحث الثاني فتناولت فيه حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، و بعدم نص المشرع على مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد بشكل صريح إلا أننا نجد أن النصوص القانونية المتعلقة بتبادل الرضا أو تلك الخاصة بعيوب الرضا وغيرها من النصوص المتعلقة بحماية المستهلك كفيلة بتأكيد وجود هذا المبدأ في هذه المرحلة خاصة وأن مرحلة تكوين العقد تضعنا أمام مصالح متعارضة لطرفين يسعى كل منهما إلى تحقيق مصلحته الشخصية على حساب الطرف الآخر ، وتتأكد فعالية هذا . بما يفرضه من إلتزامات متبادلة بين المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد والمتمثلة في الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالإستعلام والتي تضمن للإدارة سلامتها مما قد يشوبها من عيوب .

وباعتبار حسن النية أحد أهم المبادئ القانونية فإنه يعمل على التخفيف من صرامة بعض النصوص القانونية و التي قد يؤدي التقيد بأحكامها وحرفية تطبيقها إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها لهذا تقع

مسؤولية كبرى على عاتق القضاء بخصوص تطبيقات هذا المبدأ وهو ما يجعل هذا المبدأ قادرا على تحقيق الموائمة بين تنفيذ العقد طبقا لما تقضي به قوته الملزمة ، وبين مبدأ عدم الإضرار بالغير في التصرفات.

الفهرس

| | |
|----|---|
| | كلمة شكر. |
| | الإهداء. |
| 08 | مقدمة: |
| 12 | الفصل 1. ماهية مبدأ حسن النية |
| 13 | 1.1. تحديد مضمون حسن النية: |
| 13 | 1.1.1. مفهوم حسن النية |
| 13 | 1.1.1.1. تعريف حسن النية |
| 14 | 1.1.1.1.1. الاعتقاد المشروع. |
| 15 | 1.1.1.1.2. النزاهة في السلوك |
| 16 | 1.1.1.1.3. طبيعة حسن النية في العقد |
| 17 | 1.2.1.1.1. حسن النية إلتزام قانوني |
| 17 | 2.2.1.1.1. حسن النية قاعدة قانونية |
| 19 | 3.1.1.1. إثبات حسن النية في العقد |
| 19 | 1.3.1.1.1. عبء الإثبات |
| 20 | 2.3.1.1.1. كيفية إثبات سوء النية |
| 21 | 2.1.1. معايير تقدير حسن النية |
| 22 | 1.2.1.1. المعيار الذاتي |
| 22 | 1.1.2.1.1. إنتفاء نية الأضرار بالغير في العقود |
| 22 | 2.1.2.1.1. انتفاء نية مناقضة المشرع والتحايل عليه |
| 24 | 2.2.1.1. المعيار الموضوعي |
| 27 | 2.1. تطبيقات حسن النية في بعض العقود |
| 27 | 1.2.1. حسن النية في العقود الناقلة للملكية |
| 27 | 1.1.2.1. حسن النية في عقد البيع |
| 29 | 1.1.1.2.1. بيع ملك الغير |
| 30 | 2.1.1.2.1. بيع المال الشائع |
| 31 | 2.1.2.1. حسن النية في عقد الهبة |
| 32 | 2.2.1. حسن النية في العقود غير الناقلة للملكية |
| 32 | 1.2.2.1. حسن النية في عقد الإيجار |
| 35 | 2.2.2.1. حسن النية في عقد التأمين |
| 37 | 3.2.2.1. حسن النية في العقد الطبي |
| 40 | خلاصة الفصل الأول |
| 41 | الفصل 2. أحكام حسن النية في العقد |
| 41 | 1.2. حسن النية في مرحلة تكوين العقد |

| | | |
|----|-------|---|
| 42 | | 1.1.2. حسن النية مبدأ عام في تكوين العقد. |
| 42 | | 1.1.1.2. حسن النية في التفاوض على إبرام العقد. |
| 44 | | 1.1.1.1.2. مبدأ حرية العدول عن التفاوض |
| 44 | | 2.1.1.1.2. مبدأ أمن المفاوضات (التفاوض بحسن نية). |
| 47 | | 2.1.1.2. حسن النية في تبادل الرضا |
| 51 | | 3.1.1.2. حسن النية في سلامة الإرادة التعاقدية |
| 57 | | 2.1.2. فعالية المبدأ في تكوين العقد. |
| 57 | | 1.2.1.2. الإلتزام بالإعلام |
| 62 | | 2.2.1.2. الإلتزام بالإستعلام. |
| 64 | | 2.2. حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد. |
| 64 | | 1.2.2. حسن النية في القوة الملزمة للعقد. |
| 64 | | 1.1.2.2. الإلتزام بالتعاون. |
| 66 | | 2.1.2.2. الإلتزام بالنزاهة. |
| 71 | | 2.2.2. حسن النية في تدخل القاضي لتعديل العقد |
| 71 | | 1.2.2.2. التدخل في الظروف الطارئة. |
| 75 | | 2.2.2.2. التدخل في الشرط الجزائي. |
| 78 | | 3.2.2.2. التدخل لمنح الأجل القضائي. |
| 80 | | خلاصة الفصل الثاني: |
| 81 | | خاتمة: |
| 83 | | قائمة المراجع |

مقدمة

تعد نظرية العقد من أهم النظريات التي جاء بها المشرع في إطار معالجته لمصادر الإلتزام حيث أقر لها مبدأين، هما سلطان الإرادة و القوة الملزمة للعقد للذين كانا نقطة تحول بالنسبة لدور الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بأن جعلها هي التي تحدد آثارها بما يتماشى مع حاجات الأطراف المتعاقدة وتحقيق أهدافهم المشتركة .

ففي ظل المذهب الفردي كان مبدأ سلطان الإرادة نتيجة طبيعية و ملازمة للنزعة الفردية التي تقدر إرادة الفرد و تقرر لها السيادة بحيث تكون لها الحرية في تحديد مضمون العقد و ما يترتب عليه من آثار **[01]ص96**، ونتيجة لذلك يستمد العقد قوته الملزمة من القوة الذاتية للإرادة **[02]ص13** فلا يجوز التحلل من الإلتزامات التعاقدية أو التعديل في محتواها من جانب واحد فما أنشأته الإرادة المشتركة تنهيه أو تعدله تلك الإرادة، فيعد بذلك العقد قانون مشترك خاص صنعه الأطراف بأنفسهم باقتران إرادة كل منهم مع إرادة الطرف الآخر و يقتصر دور القانون على حماية حرية الفرد و حقوقه و إعطاء أثر لهذا القانون الخاص وليس له من قيود يفرضها على هذه الحرية.

إلا أنه و في ظل التطور السريع الذي مرت به المجتمعات و ما نتج عن ذلك من تفاوت كبير بين المتعاقدين خاصة في عقود الإستهلاك كان لابد من الحد من الفردية المطلقة و تفعيل دور القانون، بحيث لم يعد القانون الحارس الذي يرفع حرية الفرد في تحقيق رغباته بل أصبح هو من يعطي الأثر الملزم للإرادة عندما تكون متوافقة مع المصلحة العامة وهو الذي يقيد هذه الحرية حماية للطرف الضعيف بموجب فكرة التضامن الإجتماعي.

ليتحول بذلك العقد من مجرد إنقاء إرادتين إلى وسيلة يمنحها القانون الآثار القانونية بالقدر الذي يتحقق فيه التوافق بين التطلعات الفردية و القيم العليا في المجتمع التي أملت وضع الحق و تأمين ممارسته **[03]ص496**.

ونتيجة لذلك أصبح المبدأ الأساسي الذي يقتضي أن يحكم العملية التعاقدية ابتداء هو تحقيق العدالة التبادلية، و التي تقوم في أسسها على المساواة التامة بين الأفراد فلا يخلل التوازن العقدي إختلالا واضحا بين الذم المالية أو يزول كلية.

وفي سعي العقد نحو تحقيق العدالة التبادلية لا بد له من مواجهة قصور القواعد القانونية أو عدم إتفاقها و مقتضيات التطور الذي توصلت إليه البشرية بفضل التقدم العلمي واتساع نطاق إستغلال الطاقات

الكبرى في الوجود، وهو ما نتج عنه خلق أنواع جديدة من العلاقات لم تكن موجودة من قبل و مصالح من طبيعة معقدة تحمل في طياتها أوسع الفرص و الإحتمالات لإلحاق الأضرار بالأفراد.

ومن هنا عظمت الحاجة إلى اللجوء للمبادئ العامة للقانون باعتبارها المصدر الخصب لنشأة القواعد القانونية، و من بين هذه المبادئ التي يمكن الركون إليها مبدأ أزي الأ و هو حسن النية، باعتباره المبدأ الذي لطالما كان يحكم السلوك القانوني بصفة عامة لذا فإن الإهتمام به يبدا أمرا طبيعيا في كل التشريعات، فنجد أن هذا المبدأ يهيمن على تفكير المشرع بقدر ما يتجلى في نصوص و فحوى أي قانون ، ولقد إستعان به المشرع لتبرير الكثير من النظريات و المسائل القانونية فالتشريع مهما كان مفصلا لا يمكنه الإحاطة بكل الجزئيات فليس كل ما يتوقعه المشرع يضع له نصا بل أن هناك من الأمور ما يترك فيها للقاضي مجالا لممارسة سلطته التقديرية.

ولطالما دلت البحوث التاريخية على أن القوانين و النظم القانونية و إن اختلفت في عصورها المتعاقبة إلا أنها تعد سلسلة متصلة الحلقات، فكل عصر من هذه العصور يحمل في طياته أسباب تطور العصر الذي يليه ، لذلك فإن فهم الأسباب و العوامل التي أدت إلى ظهور هذا المبدأ لا يكون إلا بتتبع حلقاته المتصلة بالشرائع و النظم القديمة.

حيث نجد أن حسن النية مبدأ ضاربا بجذوره في أعماق التاريخ القانوني، فقد عرفه القانون الروماني من خلال تقسيمه للعقود إلى قسمين: الأول يتضمن عقود حرفية التنفيذ أو ما يعرف بعقود القانون الضيق والتي يتقيد القاضي بما جاء فيها حرفيا و لا مجال فيها للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، أما القسم الثاني فيتضمن عقود حسن النية [04]ص265 و التي يملك القاضي سلطة واسعة في تفسيرها متجاوزاً الألفاظ و العبارات بحثا عن نية المتعاقدين و مستعينا في ذلك بقواعد حسن النية والعدالة [05]ص17.

و المتدبر في أحكام الشريعة الإسلامية و مقاصدها في التصرفات يجد أن لحسن النية مكانة هامة بين المبادئ التي تحكم التصرفات و العقود بصفة خاصة، حيث نجد أن الكثير من قواعد الشريعة الإسلامية تحت على إلتزام الأمانة في المعاملات ووجوب الوفاء بالعهود و عدم الإخلال بها، والذي يعني أن يلتزم المتعاقد أقصى درجات الصدق و الصراحة في الإخبار عن كل ما يتصل بالعملية العقدية وهذا لقوله تعالى: " و الذين هم لأماناتهم و عهدهم راعون" و قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" وهذا ليس إلا تأكيدا للمبدأ الذي إستقر عليه القانون و المتمثل في أن " العقد شريعة المتعاقدين" . وهو ما يدل على أن على أن الإرادة ليست حرة إلى أقصى الحدود في ظل الشريعة الإسلامية بل هي مقيدة بقواعد الشرع و مقاصده، كما يتجسد جوهر حسن النية في التصرفات في قوله صلى الله عليه وسلم: " لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه " وهذا أبلغ دليل على إلتزام المؤمن بمراعاة المصالح الخاصة لأخيه المؤمن بقدر محافظته على مصالحه الشخصية. و على هذا يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية و إن لم تأتي بنظرية عامة حول مبدأ حسن النية في العقود إلا أن الشواهد من القرآن الكريم و السنة تدل دلالة قاطعة

على الحث على الإلتزام به ذلك أن الشريعة توجب العدل و الإحسان و التكامل في بلوغ الغاية و تحقيق المصلحة المقصودة من المعاملات.

كما لا يخفى ما لعبه القانون الكنسي في هذا المجال، حيث كان للفقهاء الكنسي مفهوم خاص لحسن النية باعتباره الإعتقاد الخالص من الشوائب و الذي يكتفى فيه بمجرد البعد عن الإثم و الحرام [06] ص 30 ، و بهذا أعاد الكنسيون المبدأ العام الذي يقضي بأن العقد هو مجرد إتفاق لإرادتين على إحداث أثر قانوني. فكان لهذا التفكير أثره في القانون بصفة عامة وعلى فكرة الإرادة و دورها في التصرف بصفة خاصة ليصبح بذلك حسن النية مرادف للتراضي في العقود بتشبيهه بالعدالة.

وفي ظل القانون الفرنسي القديم كان دور حسن النية محدودا بسبب تأثره بالقانون الروماني، ولكن مع بداية القرن الثاني عشر برز دور هذا المبدأ إثر تقدم فكرة الباعث و النيات في التصرفات القانونية لا سيما في ظل النظرية الحديثة في السبب، و التي تذهب إلى جعل السبب في العقد هو الباعث و الدافع للتعاقد خلافا للنظرية التقليدية التي تضيق من فكرة السبب و تقتصره على ملاحقة الإتفاقات التي يكون الباعث إليها غير مشروع. ولذلك نجد أن حسن النية في التصرفات القانونية قد أخذ مكانه في ظل النظرية الحديثة التي تبناها القضاء الذي كان له الفضل في تحويل أنظار الفقه إلى البواعث و النيات التي وراء التصرفات مهما كانت بعيدة و غير مباشرة باعتبار أن لها تأثير كبير على الإرادة التعاقدية [05] ص 25.

و انطلاقاً من ظهور الرضائية و بفضل النظرية الحديثة للسبب التي أعطت دفعا للبواعث و النيات ، إهتم القانون الفرنسي بتكريس مبدأ عام لحسن النية في العقد خلال مرحلة تنفيذه في المادة 1134 ق.م.ف، حيث يقرر الفقه الفرنسي أن إشارة المشرع لحسن النية لم يقصد بها واضعوا القانون المدني الفرنسي إلا التخلي عن التفرقة الرومانية بين عقود القانون حرفية التنفيذ التي يتحدد مضمونها بالمعنى الحرفي للعبارات المستخدمة في صياغة بنود العقد و عقود حسن النية التي يمكن تفسيرها بقدر من المرونة، فالإشارة إلى حسن النية تعني أن جميع العقود أصبحت عقود حسن النية، أما عن المشرع الجزائري و باعتباره قانون يستمد الكثير من أحكام الشريعة الإسلامية فقد سبق المشرع الفرنسي في ذلك ، بالرغم من أنه لم يجعل من حسن النية مبدءاً عاماً يغطي جميع مراحل العقد بنصوص محددة و اقتصره كمنظيره الفرنسي على النص عليه صراحة في مرحلة التنفيذ.

وبهذا لم يعد لتقسيم العقود - عقود حرفية التنفيذ و عقود حسن النية - وجود في التشريعات الحديثة لأن حسن النية أصبح من القواعد التي يجب العمل بها حتى و لو لم يشترط المتعاقدان ذلك لأنه من الإعتبارات التي توجه العدالة في جميع الروابط القانونية [04] ص 265. و هذا ما يعني إعطاء القاضي مكنة يراعي بها إرادة المتعاقدين و ما توجهت إليه من جهة و يقيد بها بما يقتضيه القانون و ما تستوجبه العدالة من جهة ثانية.

وتظهر أهمية دراسة هذا المبدأ في ظل التطور الذي يشهده العالم من تحول في أنماط التعامل و آلياته و ما نتج عنه من إختلال في التوازن بين المتعاقدين خاصة إذا تعلق الأمر بعقود الإستهلاك، حيث

تظهر الوظيفة الأساسية لمبدأ حسن النية من خلال توفيقه بين عاملين يتمثل الأول في تحقيق أدنى حد من العدالة في العلاقات التعاقدية الأمر الذي يستلزم الإهتمام بالمقاصد والنيات الباعثة على التصرفات، أما العامل الثاني فيتمثل في تحقيق قدر من الإستقرار في التعامل الذي يستلزم بدوره ضرورة التعويل على الظاهر في التصرفات و هو ما يبرر حرص المشرع على وجوب إتفاق الظاهر مع الإرادة الباطنة في التصرفات القانونية.

و إذا كان لإقتصار المشرع في الأخذ بهذا المبدأ كقاعدة عامة عند تنفيذ العقد دون إبرامه مبرراً في الماضي لعدم الحاجة إليه، إلا أنه اليوم لا يوجد ما يبرر هذا الفراغ التشريعي خاصة في ظل التطورات الإقتصادية و الإجتماعية وما نتج عنها من إختلال في التوازن بين الحاجة إلى حماية مصالح و حقوق الأطراف المقبلة على التعاقد و مبدأ حرية التعاقد، فقد أصبح واضحاً أن بعد القانون وإنعزاله عن حكم علاقة الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد خاصة قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة بما لا يتلائم مع الوظيفة الاجتماعية للعقد.

و البحث عن أثر حسن النية في إبرام العقود و تنفيذها يقودنا لطرح الإشكالية التالية:

ماهي الحالات التي يفعل فيها مبدأ حسن النية في مجال إبرام العقود وتنفيذها؟

ولما كان هذا البحث يقتضي العكوف على الآراء الفقهية و التطبيقات التشريعية و القضائية لاستخراج عناصر هذا المبدأ فقد إعتمدت على المنهج التحليلي كما اعتمدت على المنهج الوصفي في عملية سرد و عرض المواد و الأحكام المتعلقة بالبحث من حيث مضمونه ومدى تأثيره في إبرام العقود و تنفيذها وذلك بتقسيم الموضوع إلى فصلين :

يتضمن الفصل الأول ماهية مبدأ حسن النية و هو مقسم إلى مبحثين يتضمن المبحث الأول تحديد مضمون حسن النية أما المبحث الثاني فيتضمن تطبيقات حسن النية في بعض العقود، أما الفصل الثاني فيتناول أحكام حسن النية في العقد و هو مقسم بدوره إلى مبحثين يتضمن المبحث الأول حسن النية في مرحلة تكوين العقد أما المبحث الثاني فيتضمن حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد.

الفصل 1

ماهية مبدأ حسن النية

إن التطبيقات التشريعية والقضائية المسمرة لمبدأ حسن النية جعلته من المبادئ القانونية الراسخة التي ترتقي به إلى رتبة المبدأ القانوني العام [03]ص497 ، غير أن تردد المشرع حول الأخذ به كمبدأ عام في إبرام العقود يجعلنا نتساءل هل هذا راجع لكونه ينحدر من القواعد الأخلاقية التي يخشى أن تطغى على الجانب القانوني إذا ما أخذ به كمبدأ عام خاصة وأن القواعد الأخلاقية لا يمكنها تحقيق التوازن للمجتمع [07]ص45 ، أم لا فتقاربه التحديد كمفهوم قانوني ثابت ومحدد العناصر في ظل غياب أحكام عامة تتعلق بتطلب المبدأ عند إبرام العقد .

والحقيقة أن إقتصار المشرع على الأخذ بهذا المبدأ صراحة عند التنفيذ لا يعني عدم إمتداده للمراحل السابقة فمالفائدة في الواقع من تطلب الإلتزام به عند تنفيذ العقد إذا لم يفرض في المرحلة الأولى الحاسمة من وجوه عديدة لتكوين العقد ، كما أن إعتبار حسن النية مجرد وسيلة إستخدمها المشرع والقضاء لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي كما يرى البعض [08]ص189 لا يمكن التسليم به على إطلاقه فهو أشمل من ذلك إذ أنه مبدأ قانوني عام يحكم جميع التصرفات القانونية ويفرض نفسه في كل تعاقد خاصة في مرحلة تكوين العقد فهو أمر متطلب ولو لم يكن مصاغا صراحة [09]ص267 ، فكل عقد يقتضي أن تحكمه مشروعية التعامل [03]ص499 ولا شك أن حسن النية من القواعد الأخلاقية التي تمثل تكريس لمتطلبات الإستقامة والعدالة في العلاقات التعاقدية القائمة على التعاون وإعتبارات الثقة المتبادلة .

و فيمايلي نبرز هذا المبدأ في العقود بالكشف عن مضمونه (المبحث الأول) وإثبات وجوده من خلال تطبيقاته في بعض العقود (المبحث الثاني).

1.1.1. تحديد مضمون حسن النية:

لم يعد العقد مجرد وسيلة لتبادل منافع مادية و خدمات يقررها كل من طرفيه أو مجرد إلتقاء لمصالح متعارضة بين ذمتين ماليتين بل أصبح اليوم يشكل أداة للتعاون والاستقامة بين أطراف العلاقة التعاقدية، و هو بذلك يمثل علاقة بين شخصين لا تشكل الذمة المالية بالنسبة لهما إلا صفة مرتبطة بشخصيهما، من هنا فإن الإرتباط الذي ينشأ بين المتعاقدين هو قبل كل شيء إرتباط أخلاقي. ولا شك أن القاعدة الأخلاقية تلعب دورا لا يستهان به في ضمان أكبر عدالة في العقد و التي بدورها تخدم العلاقات التعاقدية وتعمل على تطوير سلوكات الأطراف بما يتوافق مع مبادئ العدالة التعاقدية من أجل تحقيق جو من التعاون والتوازن في العقد، ومن جملة هذه المبادئ مبدأ حسن النية الذي يتمتع بكيان مستقل ضمن المبادئ القانونية، وللكشف عن كيان هذا المبدأ لا بد من تحديد مفهومه (المطلب الأول) و المعايير التي يقدر بها (المطلب الثاني)

1.1.1. مفهوم حسن النية

إن محاولة وضع مفهوم محدد لحسن النية في التصرفات بصفة عامة والعقود بصفة خاصة ليس بالأمر الهين ، نظرا لكون حسن النية فكرة تختلط فيها الأخلاق بالقانون و يشوبها الغموض وعدم التحديد خاصة وأن مسألة القياس في الأخلاق تختلف عنها في القانون [05]ص79، الأمر الذي يتوجب أن يحيط فيه حسن النية بكل المواقف المتباينة و من ثم يصعب حصره في مفهوم محدد هذا من جهة ، ومن جهة أخرى تعدد أدوار حسن النية وتباينها في التصرفات القانونية الأمر الذي يترتب عليه إختلاف المعني من حالة إلى أخرى [05]ص79، فيحدد بذلك معناه بحسب الدور الذي يلعبه و فيمايلي نعرف بهذا المبدأ (الفرع الأول) و تحديد طبيعته القانونية (الفرع الثاني) للوصول إلى كيفية إثباته في العقود (الفرع الثالث)

1.1.1.1. تعريف حسن النية

على الرغم من الموقف الواضح لأغلب التشريعات في أخذها بمبدأ حسن النية وإعترافها به إلا أن ما يلاحظ عليها تجنب ذكر تعريف أو مفهوم محدد لهذا المبدأ تاركة هذه المهمة للفقه والقضاء الأمر الذي جعل الفقه يبرر محاولته في إيجاد تعاريف بأنه ليس من مهام المشرع إعطاء تعاريف وإنما هو من صميم عمل الفقه [10]ص36. والذي يتفق على أن حسن النية لا يخرج عن مفهومين: الإعتقاد المشروع والنزاهة في السلوك

يأخذ حسن النية مفهوم الإعتقاد المشروع المتمثل في الجهل المبرر بواقعة يرتب عليها المشرع أثرا معيناً [06]ص126 ، مثل من يشتري المبيع وهو يجهل أنه يشتريه من غير ذي صفة فهو إعتقاد مغلوط، وبناءا عليه يكون سوء النية هو العلم بواقعة معينة يرتب المشرع على العلم بها أثرا قانونيا ومثال ذلك علم المتصرف إليه بعيوب سند مملكه كما إذا كان السند مشوب بسبب يوجب البطلان ومع ذلك يتعامل معه، فحسن النية وفقا لهذا المفهوم لا يمثل موقفا إراديا إذ أنه ليس قصد وإنما حالة فكرية تتصل بعنصر العلم [11]ص176.

ويمكن إستخلاص هذا المفهوم لحسن النية من حكم المادة 399 ق.م.ج [12]ص والتي تنص: «إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع، فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية» وفي نفس المعنى ما نصت عليه المادة 824، 825 ق.م. ج وفي إمكانية إبطال سند المشتري لصالحه إذا كان يجهل بعدم ملكية المالك على الشيوع للعين المتصرف فيها، وبخصوص البناء على أرض الغير فقد عبرت المادة 785 ق.م.ج على حسن نية صاحب البناء كأن يكون له سند ويعتقد لحسن نية أن هذا السند يخول له البناء على الأرض أو أن يكون هذا الإعتقاد مصدره رضا صاحب الأرض [13]ص 31، كذلك ما نصت عليه المادة 76 ق.م.ج في حالة جهل النائب و من يتعاقد معه بانقضاء النيابة و قت التعاقد فإن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل أو خلفائه حيث تمثل هذه المادة إشارة ضمنية لحسن النية بمفهوم الإعتقاد المشروع.

ويرى جانب آخر من الفقه أن حسن النية هو الغلط المبرر و الذي لا يكون إلا بانتفاء أي خطأ من جانب الغير و بالتالي يعد سيء النية ليس فقط من يقصد الإضرار بالغير وإنما كذلك من يصيب الغير بضرر نتيجة إهماله وعدم حيطته [06]ص 129، فحسن النية بهذا المعنى يكون بانتفاء الخطأ بنوعيه العمدي وغير العمدي لأن الجهل المبني على الإهمال يدخل في نطاق سوء النية لا حسنها [14]ص 34.

وبناءاً على هذا يكون حسن النية في التصرفات حالة سلبية في الشخص و لا يمثل موقفا إراديا عمدياً لأنه ليس قصدا وإنما حالة فكرية تتصل بعنصر العلم [15]ص 275، فيمكن بذلك تصور معنى مزدوج لحسن النية فهو من ناحية ذو طابع شخصي مفاده عدم العلم ومن ناحية أخرى ذو طابع موضوعي هو عدم إمكان العلم أي عدم ارتكاب خطأ أو إهمال من شأنه أن يتسبب أو يمهّد للوقوع في الغلط [16]ص 114.

غير أن اعتبار حسن النية إعتقادا مشروع مفهوم لا يصلح إلا في مجال الحيازة والأوضاع الظاهرة و لا يفيه حقه في مجال العلاقات التعاقدية باعتبار أنه ينظر إلى مبدأ حسن النية على أنه موقف سلبي [06]ص 129، وهذا يخالف واقع هذا المبدأ لأنه يتطلب من المتعاقد مواقف تتسم بالإيجابية فهو يتطلب سلوكا وليس إمتناعا عن سلوك فقط أو حالة ذهنية بحتة، كما أن مفهوم حسن النية يتجاوز مجرد الغلط أي

التصور الخاطيء للواقع فهو أوسع نطاقا من الغلط إذ يمكن أن يوجد بوجود الغلط أو دونه فالغلط بالنسبة لحسن النية يقوم بدور الدافع لا غير [16]ص 112

2.1.1.1.1. النزاهة في السلوك

تعتبر النزاهة في السلوك المفهوم الأكثر إتساعا لحسن النية لأنها تجعل من العقد أكثر عدالة [17]ص 231 لذلك نجد المشرع يجعل من بعض الشروط العقدية عديمة الأثر متى إقترنت بغش أو خطأ جسيم من المتعاقد، ويتجسد هذا المفهوم لحسن النية في الإلتزام بالإعلام الذي يمتد من فترة تكوين العقد إلى تنفيذه و الذي من شأنه أن يبين رضا المتعاقد وينشأ نوع من التعاون بين المتعاقدين الذين يرغبان في تنفيذ ما إلتزما به بصدق كإلتزام المؤمن له بالإعلان عن الخطر المؤمن منه في عقد التأمين عند الإنعقاد وبإخطار المؤمن عن أي تفاقم لهذا الخطر عند تنفيذ العقد [18] .

غير أن هناك من يرى أن حسن النية ذو معنى عام وهو قصد الإلتزام بحدود القانون [06]ص 01 ويرفضون فكرة أن حسن النية يعد إعتقادا مغلوطا، فهو ليس بالغلط المشروع ولا الجهل بالعيب فستان بين هذه الأمور وحسن النية و يعتمد أصحاب هذا الرأي في تدعيم رأيهم على تحليل إصطلاح حسن النية، فالنية هي قصد وعزم القلب على شيء معين [11]ص 178 ومن ثم فهي إرادة باطنية داخلية طالما أن صاحبها لم يعبر عنها بقصد إنتاج أثر قانوني [11]ص 179، والإستدلال على النية يكون بطريق غير مباشر عندما يلابسها تصرف خارجي للشخص هذا عن النية أما الحسن والسوء فهما عبارة عن أحكام إجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في المجتمع لذا يجب الإكتفاء بالقدر اللازم لتحقيق هذين الأمرين [05]ص 87، خاصة و أن مفهوم السوء والحسن يقوم على معان أخلاقية ترتكز على المثالية التي لا يأخذ بها القانون بدافع إستقرار النظام العام وتوفير حد أدنى من العدالة.

وبالتالي لا بد من وضع معنى قانوني محدد لحسن النية ويكون ذلك بإعتباره قصد الإلتزام بالحدود التي يفرضها القانون، والمراد قصد الإلتزام ذاته فقد يقصد الشخص إحترام القانون ومع ذلك تقع منه مخالفة إما لعدم إدراكه لكل الحقائق المتعلقة بالموضوع وإما لجهلة بالقانون وإما لأنه لم يتخذ كل ما يلزم من إحتياطات فقصد الإلتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي لهذا الإلتزام [05]ص 87. ومن ثم يكون سوء النية هو قصد مخالفة القانون أي الخروج عليه وهو موقف عمدي يدخل فيه الغش وقصد الإضرار و لكن لا يدخل فيه الإهمال و عدم الإحتياط فإذا انتفى عن الغير سوء النية بهذا المعنى تحقق المقصود بحسن النية [14]ص 34.

ويجد حسن النية بهذا المعنى سنداً له في بعض نصوص القانون خاصة تلك المتعلقة بشهر التصرفات القانونية العقارية فمن يشهر عقد شراؤه وهو يعلم بوجود عقد آخر غير مشهر يعتبر حسن النية لأنه إلتزم بأحكام القانون التي تستجوب شهر التصرفات الواردة على عقار [12]. ولأنه مع ثبوت علمه بوجود عقد فإنه قد تعامل مع مالك حقيقي ما دام أن الملكية لم تنتقل بعد كما أن النزاهة في السلوك هي التي

تبرر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن غش المتعاقد أو خطئه الجسم (المادة 178 ق.م.ج) وكذا بطلان الشرط المسقط للضمان أو الذي ينقص منه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير (المادة 377 ق.م.ج)، و من النزاهة كذلك ألا يدفع المتعاقد بعدم التنفيذ لمجرد أن المتعاقد معه قد واجهته بعض الصعوبات الموضوعية في تنفيذ التزامه بل يجب أن يستند دفعه إذا اقتضى الأمر إلى اعتبارات أكثر جدية.

وبالرجوع إلى القضاء نجد هو الآخر لم يخرج في تطبيقاته عن هذا المفهوم المزوج لحسن النية المتمثل في الإعتقاد المشروع والنزاهة في السلوك .

حيث قضت المحكمة العليا أن الحائز له أن يكتسب ما يقبضه من الثمار مادام حسن النية [19] ص 19 كما إستخلصت المحكمة سوء نية البائع من عدم دفعه بأن المشتري لم يخبره بوجود العيب في المبيع وأن هذا دليل على علمه بالعيب مما يجعل دعوى الضمان مستمرة [20] ص 15

يتضح لنا المفاهيم السابقة لحسن النية في التعاقد أنها تنطوي على خصائص تشترك مع ما يجب أن يسود مرحلة تكوين العقد، فالإعتقاد المشروع يرتبط بأحكام الغلط و النياية وهو في هذا المجال يلعب الدور الهام في الكشف عن حسن نية المتعاقد، فقد يؤدي جهل المتعاقد وقت إبرام العقد ببعض الأمور التي يكون لها تأثير على رضاه و إتخاذ قراره بالتعاقد إلى وقوعه في غلط لعدم تبين الأمور على حقيقتها، و لكن لا يكون لهذا الغلط مبررا إلا إذا كان الوقوع فيه قد تم بناء على إعتقاد مشروع، فيعبر بذلك حسن النية عن الثقة المشروعة التي يضعها كل طرف في الآخر عند التعبير عن إرادته. كما أن النزاهة في السلوك هي التي تقيد المتعاقد بمجموعة من القيود الأخلاقية كالإستقامة و الإخلاص و هي التي تفرض على المتعاقد إلتزامات إضافية تعبر عن فعالية مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقود و تنفيذها و المجسدة في الإلتزام بالإعلام و الإستعلام و التعاون

وفي هذا نرى أن التعريف الذي جاء به الدكتور مصطفى العوجي لحسن النية بأنه "مفهوم ينطوي على واجب التعامل بصدق وإستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها و إلتزم بها كل من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة" [21] ص 123 يعبر عن حقيقة هذا المبدأ بجعله مبدءاً عام في العقود يغطي جميع مراحل العقد الأمر الذي يجعل من هذا التعريف يتسع ليشمل المفهومين السابقين الإعتقاد المشروع و النزاهة في السلوك .

2.1.1.1. طبيعة حسن النية في العقد

بالرغم من إتفاق غالبية الفقه على أن حسن النية مفهوم مستقل و لا يمكن إلحاقه بمفهوم آخر إلا أنهم لم يتفقوا على الشكل الذي يجب أن يظهر فيه [22] ص 33 ولتحديد طبيعة هذا المبدأ إنقسم الفقه إلى رأيين، حيث يذهب الأول إلى اعتباره إلتزاماً قانونياً في حين يرى الجانب الآخر أنه يشكل قاعدة قانونية واردة ضمن النظام القانوني.

1.2.1.1.1. حسن النية إلتزام قانوني

يذهب هذا الرأي إلى اعتبار حسن النية إلتزام قانوني بالمعنى الضيق وليس مجرد واجب عام، وهو إلتزام حقيقي له دائن ومدين ومحل وسبب كما ويقابله حق شخصي من الجانب الآخر وهو مفروض على كلا الطرفين حيث يكون كل منهما دائنا بهذا الإلتزام ومدينا به في الوقت نفسه و لا فرق في ذلك بين القوي والضعيف والمهني و المحترف إلا في الدرجة [06]ص182. و الإلتزام بمقتضيات حسن النية في إبرام العقود و تنفيذها هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس إلتزام ببذل عناية فعلى كل طرف في العلاقة العقدية الإلتزام به و السعي لتحقيقه و إلا عد الطرف الذي لم يتحقق حسن النية من جانبه مخلا به وبالتالي مستحقا لفرض الجزاء القانوني عليه نتيجة هذا الإخلال .

ومن خصائص حسن النية باعتباره إلتزاما قانوني أنه إلتزام ذو طبيعة ذاتية فلا يجوز تقديره باستقلال عن عنصره النفسي [05]ص99. كما لا يمكن وصف شخص بأنه سيئ النية أو حسنها في تصرفاته إلا بالرجوع إليه وإثبات ذلك بالفعل، و إفتراض سوء النية أمر غير ممكن باعتباره خلاف الأصل إذ أن الأصل في الإنسان حسن النية وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته [05]ص 98

وإلتزام بحسن النية إلتزام عام يغطي العملية التعاقدية بأكملها من بدايتها إلى نهايتها فهو لا يقتصر على حياة العقد فحسب وإنما يفرض ولم يولد العقد بعد، لذلك يجب على الأطراف المتعاقدة الإلتزام به سواء في مرحلة التفاوض على العقد أو إبرامه و حتى في تنفيذه فمن غير المنطقي فرض هذا الإلتزام في مرحلة معينة والتخلي عنه في المراحل الأخرى من العقد [23]ص 419، والإلتزام بمقتضيات حسن النية هو تكليف لا يلتزم به إلا من له القدرة على توجيه إرادته إلى مراعاة مصالح الطرف المقابل [06]ص 170، فهو من يوجه إرادته لذا يستوجب فيه توافر الإدراك و التمييز لأن الحسن وصف للنية والنية قصد وعزم و قرار والقرار من المواقف الإرادية الإيجابية، وترتبيا على ذلك لا يمكن إعطاء وصف حسن النية أو سوءها لمجنون أو عديم التمييز لأنه حتى يمكن إعطاء هذا الوصف لشخص يلزم أن يكون قادرا على أن يستوعب ذهنه أمرا معينا ثم يفكر فيه ويعقد عزمه عليه حتى يصدر قرارا فيه.

2.2.1.1.1. حسن النية قاعدة قانونية

ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن حسن النية يشكل قاعدة قانونية، مبررين ذلك بأنه لا يمكن إنكار أن المبادئ الأخلاقية تعد أحد أهم ركائز القاعدة القانونية التي تعمل على الحد من التجريد والتمسك بالشكليات وبظواهر النصوص الذي قد يلحق المساوى بالقيم الإنسانية التي جاءت القاعدة القانونية لترعاها [24]ص 15، ويعد حسن النية بحسب الأصل من المبادئ الأخلاقية التي تغلغت في نطاق القانون وأصبحت جزءا منه، ومما لا شك فيه أن القاعدة الأخلاقية عند إنتقالها إلى مجال القانون تكتسب سمة وفاعلية جديدتين لم يكونا له من قبل [06]ص 169، فإذا كان لمبدأ حسن النية سمة أو بعداً أخلاقيا هذا لا يعني بأنه مبدأ أخلاقي

فهو نتيجة التحول إلى القاعدة القانونية يكتسب الصفة القانونية المتميزة بالعمومية والتجريد والإلزامية المفروضة أحيانا تحت طائلة الجزاء.

وعليه فإن الأصول والأبعاد الأخلاقية لمبدأ حسن النية لا تضعف أو تقلل من شأنه بل على العكس تماما تكون سندا ومعززا له في التطبيق، فتصبح أكثر تقبلا من قبل الأفراد كما أن القاضي يشعر باطمئنان أكثر إلى عدالة قضائه عندما تبرز ملامح القاعدة الأخلاقية من خلال تطبيقه للقاعدة القانونية [06ص] 169، و يتفق أغلب الفقه على أن حسن النية من القواعد الآمرة ما يعني أنه من النظام العام والذي لا يمكن الإتفاق على ما يخالفه، ويؤكد ذلك ما ورد في المادة 107 ق.م.ج التي تنص على « يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتهل عليه وبحسن نية » فعبارة "يجب" تدل على أن حسن النية في ظل القانون يعد من النظام العام.

وحسن النية بإعتباره قاعدة قانونية يتعدى كونه مجرد حالة ذهنية لدى الطرف العازم على التعاقد، حيث يفرض عليه إتباع سلوكا معينا يتمثل باتخاذ مواقف إيجابية وأخرى سلبية في علاقته بالطرف المقابل فالنظام القانوني يفرض إحترام القاعدة القانونية والإلزامية التي تتمتع بها القاعدة القانونية هي التي تفرض إحلال الجزاء أحيانا في حالة الإخلال بها وهذا ما يميز حسن النية في العقود - عنصر الجزاء- بإعتباره قاعدة قانونية.

وفي ظل الإختلاف حول طبيعة حسن النية في العقود يتجه الفقه إلى ضرورة اعتبار حسن النية مبدأ قانوني عام [22ص] 34 نلمس وجوده في كل قاعدة يقرر فيها المشرع الإبطال أو يوحى إلى خطأ أحد الطرفين في إخلاله بهذا المبدأ أو فرض جزاء لمخالفة السلوكات التي يفرضها على الأطراف المتعاقدة عند تكوين العقد أو تنفيذه [25ص] 301. فنجد أن البطلان كجزاء أساسه مخالفة الإلتزام بالإعلام الذي يعد من أهم مقتضيات حسن النية و الذي يجد تطبيقا له بشكل خاص في عيبي الغلط و التدليس، و يعتبر تكريس المشرع للتدليس عن طريق الكتمان وفقا لما تقضي به المادة 2/86 ق.م.ج إعترافا مباشرا بهذا الإلتزام، فمن يلتزم الصمت أو يعمد كتمان واقعة هامة كان يجب عليه الإفشاء بها و لم يكن في وسع الطرف الآخر معرفتها من مصدر آخر أو بطريقة أخرى يعد مخلا بالإلتزام الملقى على عاتقه بالإدلاء بالبيانات و المعلومات المتعلقة بالعملية التعاقدية.

و قياسا على الضرر الناتج عن مخالفة مبدأ حسن النية نجد أن التعويض إضافة لأثره العلاجي يمثل أحد الجزاءات المترتبة عن مخالفة مقتضيات هذا المبدأ لهذا لا يكفي مجرد توافر الخطأ في جانب المتعاقد سيء النية بعدم تنفيذه للإلتزامه أو التأخر فيه لتنشأ على عاتقه مسؤولية التعويض بل يجب أن يترتب فضلا عن ذلك ضرراً يصيب المتعاقد الآخر الدائن بالإلتزام لأن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا إذا كانت مكتملة الأركان و التي يعد الضرر أحدها بحيث ترتبط به وجوداً و عدماً. و إذا كانت المسؤولية العقدية تقوم على تعويض الضرر المباشر و المتوقع كأصل عام فإن هذه القاعدة لا تنطبق في حالتني الغش و الخطأ الجسيم حيث نجد أن المشرع إتخذ من غش المدين دلالة و قرينة واضحة على سوء نيته في الإضرار بالمتعاقد

الآخر الدائن بالالتزام، فتنقلب مسؤوليته العقدية إلى تقصيرية يعرض فيها عن جميع الأضرار سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة.

والمبدأ القانوني هو قاعدة لكنها قاعدة أساسية وهامة تتحكم في غيرها من القواعد مادام أنه يمثل الإتجاه في السلوك [22]ص 34، واعتماد حسن النية كمبدأ يبرر جميع الحلول الخاصة والجديدة سواء كانت هذه الحلول قانونية أو من إستنباط الفقه والقضاء [22]ص 35. كما أن حسن النية كمبدأ عام للقانون وبأكثر خصوص للعقود يوجه القاضي في قراره باعتباره يضم قواعد أخرى حوله تسمح له بتطوير قواعد جديدة غائبة في القانون [26]ص 74.

وفي الواقع إن تطبيق حسن النية في إطار التعاقد والتعامل إنما قد يضيف على هذه العلاقات طابعا يتميز بالإستقامة والنزاهة، وهو ما يقتضي وضع هذا المبدأ في مقام المبادئ القانونية شأنه شأن مبدأ منع التعسف في استعمال الحق ومبدأ منع الإثراء غير المشروع [27]ص 42 .

3.1.1.1. إثبات حسن النية في العقد

باعتبار أن حسن النية هو الأصل فلا يطلب من المرء إثبات ما هو أصل فيه لأنه أمر مفترض وإنما يطلب ممن يدعي عكس ذلك إثبات ما يخالف هذا الأصل ويناقضه وهو سوء النية [05]ص 467، لذلك كان إثبات سوء النية أمرا ذا أهمية في نطاق العقود على وجه الخصوص لسد الباب أمام كل من يحاول زعزعة إستقرارها، و لأنه لا يمكن فرض أي جزاء على سيء النية إلا إذا ثبتت سوء نيته في التعاقد [28]ص 333

1.3.1.1.1. عبء الإثبات

يعرف فقهاء القانون الإثبات بأنه تقديم الدليل أمام القضاء بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم [29]ص 6. ومن خلال هذا التعريف يتبين أن الإثبات المقصود بالدراسة هو الإثبات القضائي الذي يتم عن طريق تقديم الدليل أمام القضاء و بهذا يختلف عن الإثبات العام الذي لا يكون أمام القضاء و الذي يهدف إلى البحث عن الحقيقة المجردة بأي طريقة كانت [29]ص 6

وللإثبات أهمية بالغة في مجال العلاقات القانونية لأن الحق يكون عديم القيمة إذا عجز صاحبه عن إثبات وجوده، فالإثبات وفقا لعبارة شهيرة لإهرنج "فدية الحق" ذلك أن الحق إذا كان من الناحية النظرية مستقلا عن إثباته فإنه من الناحية العملية يستوي حق معدوم و حق لا دليل له [29]ص 7. فإذا قام المدين بتنفيذ إلتزامه و الوفاء بما في ذمته بصفة تلقائية عندها لا تكون لقواعد الإثبات أهمية تذكر، غير أن الأمر يختلف عندما ينكر المدين وجود الإلتزام أو ينازع مداه أو مقداره إذ ليس بإمكان صاحب الدين الحصول على إقرار بحقه إلا بقدر ما يستطيع أن يثبت من عناصر الحق الذي يدعيه كوجود العقد أو الواقعة القانونية التي يستمد منها هذا الحق [30]ص 16

أما عن عبء إثبات سوء النية في العقود فإن المستقر عليه فقها و قانونا أن المدعي هو من يتحمل عبء إثبات ما يدعيه لأنه يدعي خلاف الأصل و الظاهر الأمر الذي قد يؤدي إلى تغيير في الحقوق و الأوضاع القائمة. وإلزام المدعي بتقديم البينة المثبتة لدعواه قاعدة تبررها الإعتبارات المنطقية، و تفسير هذه القاعدة مرده أن المدعى عليه أن يتمسك بالظاهر الذي يؤيده بحيث يشكل هذا الظاهر سندا لحقه إلى أن يثبت خلافه و لولا ذلك لأصبحت الحقوق التي تؤيدها الظواهر في خطر لمجرد أن المدعى عليه يجد نفسه في وضع يستحيل معه أن يبرر موقفه تجاه طلبات المدعي [30]ص 59

وقد أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في الإثبات في قرارها المؤرخ في 1988/06/22 [31]ص 20 حيث قضت بأنه من المقرر قانونا أن على الدائن إثبات الإلتزام و على المدين إثبات التخلص منه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعن إرجاع المبلغ المطالب به من طرف المطعون ضده دون مطالبته بإقامة الدليل على إدعائه يكونوا قد خالفوا القانون ومتى كان ذلك إستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه وقد جاء في حكمها مايلي: عن الوجه الوحيد المأخوذ من خرق أحكام المادة 323 ق م ج و انعدام الأساس القانوني بدعوى أن المجلس قد سبب قراره على أن الطاعنين إعترفا بأنهما مدينان للمدعي عليه بمبلغ ما و أنهما قد تناقضا في مذكرتهما المودعة أمام المحكمة ثم أمام المجلس في ذلك المبلغ مما يعتبر سوء النية من طرفهما، وهو دليل على أنهما مدينان بما يطلبه المطعون ضده، غير أن المدعى عليه في الطعن لم يقدم أي دليل أو حساب يثبت دينه و قضاة الموضوع قد إكتفوا بتصريحاته وحدها الأمر الذي يخالف المادة 323 ق. م. ج.

2.3.1.1.1. كيفية إثبات سوء النية

أما عن كيفية إثبات سوء النية في العقود فقد ذهب الفقه إلى وجود طريقتين للإثبات أحدهما داخلي من خلال ألفاظ العقد و عباراته و ثانيهما خارجي يتخطى فيه القاضي ألفاظ العقد و عباراته بحثا عن النية الحقيقية للمتعاقدين، إلا أنه ثار جدل فقهي حول مدى كفاية الطريق الداخلي في الإثبات من عدمه وقد انحصرت آراء الفقهاء في رأيين متباينين يذهب الأول إلى أن إثبات سوء النية يكون من خلال الإرادة الظاهرة التي يفترض أنها مطابقة للإرادة الباطنة فيتم إثبات سوء النية من خلال تفسير الإرادة الظاهرة [05]ص 467 لذا يتوجب على القاضي أن يعتد بالمعنى المألوف و المعتاد للألفاظ التي كان سيفهمها الشخص العاقل الموجود في مكان و ظروف المتلقي [02]ص 59

وعلى القاضي و هو يقوم بعملية التفسير للكشف عن الإرادة الحقيقية للأطراف أن يسلم بادئ ذي بدء بأن المعنى الظاهر هو مقصود الطرفين حتى يقوم العكس [32]ص 216. فلا محل للبحث في نفس المتعاقد لمعرفة إرادته الباطنة لأن الإرادة الحقيقية للأطراف هي الإرادة الظاهرة، و يقوم هذا الإتجاه على الأخذ بالإرادة المعلنة كما تظهر في صلب العقد لأن الظاهر هو أساس المعاملات فالإرادة الباطنة بالنسبة لهم

كامنة في النفس و يستحيل الوصول إليها و الإطلاع على مكنون النفس و نوايا الضمير، لهذا فإن الإرادة التي يمكن الإطلاع عليها والتي ترتب آثارا قانونية هي الإرادة الظاهرة فإذا ما أهدرت هذه الإرادة فإن الثقة التي تولدت في نفس المتعاقد تتزعزع الأمر الذي يؤدي إلى عدم إستقرار المعاملات.

ويدعم هذا الرأي في الفقه الإسلامي ثلاث قواعد كلية تتمثل الأولى في أن الأصل في الكلام الحقيقة و على ذلك يجب حمل اللفظ على معناه الحقيقي الذي وضع له في الأصل أما القاعدة الثانية فهي لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح فالعبرة بالتعبير الصريح لا الضمني أما القاعدة الأخيرة فهي دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه و على هذا الأساس يحكم بالظاهر فيما تعذر الإطلاع على الإرادة الباطنة **[33ص]**

244-243

أما الرأي الثاني ورائدته المدرسة الفرنسية و المستمد من المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة فيذهب إلى أن إثبات النية السيئة يكون بالكشف عن الإرادة الباطنة للتعرف عن النية الحقيقية للمتعاقدين، وبذلك فإن كل الوسائل من كتابة و إشارة ما هي إلا وسائل مادية للكشف عنها لا تؤثر بشكل من الأشكال على مضمونها والقاضي غير مقيد بظاهر العقد بل يجب عليه البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين **[32ص]** 239، و يتوسع أصحاب هذا الرأي في إثبات النية السيئة بالنظر إلى مقصود العقدين من العقد و الإعتداد به في الإثبات لأن العبرة بالمقاصد و النيات الحقيقية الباعثة عليها **[28ص]** 357، فيجب على القاضي أن ينظر إلى التعبير على أنه أداة لإظهار الإرادة الباطنة و يذهب إلى ما ورائه للإحاطة بالظروف و الملابسات المحيطة به كالمواقف السابقة للمعبر و طريقة تعبيره دون أن تتجاوز تلك الظروف التي يمكن للمخاطب أن يقف عليها ليستخلص منها الإرادة الحقيقية للمعبر **[05ص]** 178

و على الرغم من أن إثبات سوء النية في العقود يتنازع إتيان أحدهما يجعل أساس الإثبات هو الإرادة الظاهرة و ثانيهما يجعل أساسه الإرادة الباطنة إلا أن الحلول التي تنتهي إليها كل منهما متشابهة، فالرأي الأول يفسح مجال إثبات سوء النية من خلال ألفاظ وعبارات العقد كما يسمح الرأي الثاني بالكشف عن هذه النية من خلال القرائن و الملابسات الخارجية و هو ما من شأنه التوسيع من دائرة الإثبات و المساعدة على ملاحقة النية غير المشروعة بأي طريق من طرق الإثبات لتنقية التصرفات من كل غش و خداع يشوبها، و على هذا فإن إثبات النية السيئة يكون بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن باعتبارها واقعة مادية و ليست بتصرف قانوني.

2.1.1. معايير تقدير حسن النية

نظراً للغموض الذي يكتنف تحديد مبدأ حسن النية و حصره في مفهوم واحد **[03ص]** 498 فلا يمكن نتيجة لذلك الكشف عنه بمجرد الوقوف على المفاهيم المختلفة التي أعطاها الفقه وأقرها القانون له لهذا نجد أن الكثير من الفقهاء يضبطون هذا المبدأ وفقاً لمعيار ذاتي (الفرع الأول) لما يقتضيه من إستقصاء للنوايا والكشف عن الدوافع النفسية في حين يستبعد جانب آخر من الفقه قياسه وفق هذا المعيار مقررين له المعيار

الموضوعي (الفرع الثاني) نظرا لأن ضبطه يتم بمعزل عن إرادة الأطراف أو حتى يتعارض معها في بعض الأحيان على اعتبار أنه يهدف إلى تغليب قيمة أخرى من القيم الخارجية التي تسمو على الحالة النفسية الذاتية وبالتالي يكون له طابع موضوعي [22] ص 23

1.2.1.1. المعيار الذاتي

لقد كرست المدرسة التقليدية لفقهاء القانون هذا المعيار فربطت حسن النية بنية الأطراف وعرفته بالإستناد إلى مقصدهم المشترك [34] ص 84 وقوام هذا المعيار هو نية المتعاقد وقصده الداخلي [28] ص 284، وبهذا يكون حسن النية معيارا ذاتيا يستعمل للكشف عن المقصد المشترك للأطراف أو معيارا فنيا يتم من خلاله تكملة ما شاب العقد من نقص [35] ص 127 ويرجع هذا المعيار الذاتي في أساسه إلى فكرة العدالة وقواعد الأخلاق اللذان يباين أن يتعمد شخص الإضرار بغيره أو يتحايل على أحكام القانون توصلا إلى غرض مشروع قانونا . والمعيار الذاتي يكمن في حالتين :

1.1.2.1.1. إنتفاء نية الأضرار بالغير في العقود

فيتحقق بذلك المعيار الذاتي لحسن النية عندما لا ينوي أحد المتعاقدين الإضرار بالمتعاقد الآخر أو الغير سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه ، ونظرا لأن نية الإضرار تنفي حسن النية وتزيله الأمر الذي جعل الفقه والقانون يهتم كثيرا بمنع الإضرار بالغير في العقود والتصرفات [05] ص 197 فنجد أن معظم التشريعات جعلت نية الإضرار على رأس معايير نظرية التعسف في استعمال الحق.

2.1.2.1.1. انتفاء نية مناقضة المشرع والتحايل عليه

يتحقق كذلك المعيار الذاتي لحسن النية في حالة إنتفاء نية مناقضة قصد المشرع والتحايل على أحكام القانون في تشريع العقود والتصرفات [28] ص 01، لأنه إذا كان للشخص الحرية في إنشاء وممارسة ما يشاء من التصرفات أو العقود إلا أن هذه الحرية يجب أن تكون في ظل الحدود التي رسمها لها القانون حتى تتمتع برعايته و تكون جديرة بحمايته.

ولما كان المعيار الذاتي لحسن النية يكمن في إنتفاء نية الإضرار أو نية التحايل وكانت النية من الأمور المستترة يصعب على القاضي أن يغوص في خلجات النفس وبواعثها لذا حاول الفقه إيجاد قرائن يمكن من خلالها معرفة نية المتعاقد وقصده الداخلي تتمثل في قرينتي إنعدام المصلحة الجدية و المشروعة وقرنية العلم بالضرر الذي يصيب الغير [05] ص 32، واللذان يعتبران تطبيق للخطأ وفق ما أخذ به المشرع في المادة 124 مكرر ق.م.ج. ولقد أدت المعايير المستعملة في هذا المجال بالفقه إلى الربط بين مبدأ حسن النية و التعسف في استعمال الحق، إلا أن هذا الأخير لا يشكل في حقيقته سوى تطبيقا لمبدأ حسن النية

باعتباره أعم من نظرية التعسف و اشتماله على حالات أخرى تخرج عن المعايير الموضوعية لتحديد التعسف.

مما سبق يتضح أن المعيار الذاتي لحسن النية في العقود يعد موقف ذاتي لصاحبه ولا يمكن تقديره إلا بالنسبة لشخص معين بخصوص واقعة معينة ومحددة ، ذلك أن النية عنصر داخلي ومن الصعب فصلها عن باقي العناصر المكونة لداخل الإنسان و تقييمه خارج هذا النطاق [06]ص187.

ونجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا المعيار في نص المادة 111 من ق.م.ج عندما نص على عدم الوقوف على المعنى الحرفي للنص في حالة غموض عباراته لأن التعبير عن الإرادة يجب أن يتم بصورة واضحة لا غموض فيها و إذا كان هناك غموض فإن المشرع أشار إلى الرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين من خلال تفسير العبارات الغامضة للوصول للمقصد الحقيقي للأطراف، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/07/23 [36]ص 51 والذي أيدت فيه قرار المجلس الذي قضى بتفسير العقد العرفي الذي احتوى على غموض إذ ينص على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر بئر حيث تبين أن قضاة الموضوع قد إستعملوا حقهم في التأويل ما دام العقد غامضا فيما يخص مبلغ النفقات الواجب تسديدها باستخراج الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

ويعرف البعض التفسير بأنه البحث عن واقعة لمعرفة قيمتها فإذا ما طبق هذا التعريف على العقد باعتباره تعبير إرادي عن النية نجد أن الواقعة التي يراد بحثها هي التعبير التصرفي أما القيمة التي يراد التعرف عليها فهي النية وعلى ذلك يمكن القول أن تفسير العقد هو بحث التعبير الإرادي للتعرف منه على نية المتعاقدين [37]ص485. فيكون بذلك التفسير الذي أعد للتوفيق بين إرادتين متعارضتين ليس هو الإرادة الفردية لكل متعاقد تلك الإرادة التي يمكن ألا يعتد فيها بحسن نية الطرف الآخر و لا هو المعنى الحرفي للألفاظ التي إستعملها المتعاقدان وإنما هو النية المشتركة للطرفين [38]ص 375، والتي تمثل الركن المعنوي في عملية التفسير الأمر الذي يتطلب النفاذ إلى نفسية المتعاقدين للوقوف على مضمون نيتهم.

وبالرجوع إلى المادة 111 ق م ج نجد أنها وضعت بين يدي القاضي وسائل يستهدي بها للكشف عن إبهام عبارة العقد بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين في أعماق الإرادة الباطنة إذا تعذر عليه التعرف عليها من الإرادة الظاهرة [39]ص 62، وهذه الوسائل منها ما ذكره النص على سبيل المثال ومنها ما درج عليه القضاء و إستخلصها الفقه من التشريعات الأجنبية وهي في مجملها قواعد ليست ملزمة و إنما يأخذ بها القاضي على سبيل الإستئناس [39]ص 62

ولا يقتصر المعيار الذاتي لحسن النية المتعلق بالعقد على التفسير فقط و إنما يرتبط أيضا بتقدير بعض الشروط الواردة فيه، خاصة عند تغير الظروف المحيطة بالعقد [26]ص 98، فإذا ما تغيرت ظروف التعاقد فإنه لا بد من مراجعة شروط العقد من قبل القاضي، و يكفيه في ذلك أن يستند إلى مقتضيات العدالة و اعتبارات حسن النية، وعلى الرغم من أن معارضي هذه النظرية يقفون عند مبدأ سلطان الإرادة و ما

يؤدي إليه من جعل العقد شريعة عاقيه لتسوية رفضهم هذا و القول بأنها تتعارض مع العدالة و حسن النية الذي يقتضي إحترام الكلمة المعطاة و الوفاء بالعهود، إلا أن حقيقة هذه النظرية تؤكد عكس ذلك فهي توافق تماماً المبدأ الذي يستوجب إحترام العهود و الكلمة المعطاة، إذ أن التمسك بالكلمة في ظل الظروف التي تجعل من تنفيذ الإلتزام كما تم الإتفاق عليه أمراً مستحيلاً يعد تعسفاً في إستعمال الحق يتنافى و مبدأ حسن النية، وهو ما جعل المشرع يأخذ بيد المدين حسن النية و سيء الحظ بمنحه أجلاً للوفاء بالتزامه وفقاً لما تقتضي به المادة 281 ق.م.ج

2.2.1.1. المعيار الموضوعي

نظراً لما يتطلبه المعيار الذاتي لحسن النية من الغوص في أعماق النفس الإنسانية والكشف عن الحالة النفسية للمتعاقد الذي صدر منه ما يناقض مقتضيات حسن النية وهو أمر يصعب تحقيقه في الواقع مما يجعل إقامة الدليل على توافر هذه الحالة النفسية لدى الشخص وقت إرتكابه الفعل أمراً متعذراً على المتضرر هذا ما جعل الفقه يرفض قياس حسن النية بمعيار ذاتي محض بل يذهب في تقديره كذلك إلى المعيار الموضوعي [40] ص 97 وقوام هذا المعيار هو شكل التصرف وصورته الظاهرة وبناءً عليه حتى يكون الشخص حسن النية يجب أن تكون العقود التي يبرمها والتصرفات التي يؤتيها متفقة مع أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته ذلك أن القانون لا ينظر إلى صحة التصرفات أو عدم صحتها بناءً على ما يعتقد المرء فيها وإنما أوجب لاعتبارها صحيحة أن تكون مقبولة في نظر القانون وقيم المجتمع [28] ص 256 و حسن النية وفقاً لهذا المعيار يفرض على المتعاقد أن يكون يقظاً حريصاً في تصرفاته حتى لا يضر بغيره وذلك بمراعاة الحيطة والحذر والمعيار في الحيطة والحذر الواجب مراعاتهما في العقد هو معيار الرجل العادي في مجال الخطأ لتحديد الواجبات العامة التي يجب إحترامها ويتحقق ذلك عند إنتفاء قصد الإضرار بالغير وعند وجود واجب محدد عقدي أو قانوني لأن المجتمع إستقر على ضرورة إحترام حد أدنى من الواجبات التي تجد مصدرها ليس فقط في قواعد القانون و إنما أيضاً في قواعد السلوك الأخرى مثل قواعد الدين و الأعراف و الأخلاق والمجاملات الاجتماعية [28] ص 187 .

ويعد العرف من أهم المصادر التي يلجأ إليها القاضي في غياب النص القانوني، وهو بمثابة قواعد عامة متداولة و معروفة من الجميع يلتزمون بها باعتبارها المعبرة عن إرادة الجماعة على غرار النصوص التشريعية [24] ص 119، و عليه فإن شعور الناس بالإلزامية القاعدة العرفية يجعل من مخالفتها بمثابة مخالفة لحسن النية. و من أمثلة القواعد العرفية القاعدة التي تقتضي بأنه في حالة عدم التنفيذ بالنسبة للمعين بالنوع، يمكن للمشتري أن يأخذ البضاعة من بائع آخر على حساب البائع الأصلي.

لذا نجد المشرع في كثير من الحالات يبعد القاضي عن إرادة الأطراف إلى عناصر خارجية عنهم كالعرف و العدالة بغية تحديد مضمون العقد فتنص المادة 107 ق.م.ج في فقرتها الثانية على: «... و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون و

العرف و العدالة، بحسب طبيعة الإلتزام... » كما تنص المادة 65 ق.م.ج: « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإلتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإلتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة. » فعلى القاضي أن يلجأ أحيانا إلى معايير أكثر موضوعية فلا يكتفي بما يعتقد طرفي العقد عند إقدامهم على إبرامه بل عليه أن يأخذ بعين الإعتبار القيم السائدة في المجتمع حتى يتمكن من تقدير حسن النية تقديرا ذاتيا و موضوعيا.

ويرتبط كذلك مبدأ حسن النية بالعدالة إرتباطا وثيقا بحيث يصعب الفصل بينهما في أغلب الأحيان خاصة و أنهم من الأهداف الأساسية التي تسعى القواعد القانونية إلى تحقيقها في المجتمع ، و الإلتزام بمبادئ العدل يعني التعامل باستقامة و شرف مع الغير بعدم تجاوز ما يمنحه الحق من سلطة و استئثار و هو مالا يخرج عن مفهوم حسن النية الذي يلزم الدائن بأن لا يتخطى بطلباته غاية العقد و يلزم المدين بتنفيذ العقد حسب الغاية التي اتفق عليها المتعاقدين عند الإبرام.

فالعدالة في العقود تشكل وظيفة هامة يسعى مبدأ حسن النية إلى تحقيقها، باعتبارها تحقق التوازن بين المصالح المتعارضة لأطراف العلاقة العقدية، هذا التوازن الذي لا يتم إلا إذا حسنت نوايا كل طرف منهم فلا يمكن تحقيق أي قدر من العدالة في ظل تعاقد تسيطر عليه النية السيئة، فمراعات النية الحسنة في التعاقدات يعتبر مراعاة لجانب العدالة فيها و مراعاة الظاهر يعتبر مراعاة لجانب إستقرار التعامل على حساب عنصر العدالة، و من ثم كان لا بد من الموازنة بين هذين الإعتبارين و لن يتم ذلك إلا من خلال مبدأ حسن النية باعتباره مبدأ يهدف إلى تحقيق قدر من العدالة في العقود مع مراعاة جانب إستقرار التعامل كلما أمكن ذلك.

ومفهوم العدالة وفقا لنص المادة 107 ق.م.ج لا ينبغي أن يقودنا إلى مفهوم أن القاضي يستطيع حذف أي شرط في العقد تحت دافع العدالة، لأن فكرة العدالة و حسن النية ليست محددة من حيث مجال تفسيرهما بمضمون العقد فهما يحكمان أيضاً التنفيذ و من هنا استخلص الفقه و القضاء وجود واجب عام بالتعاون بين الأطراف المتعاقدة لتحقيق العدالة التعاقدية في ظل عدم المساواة الإقتصادية بين الأطراف المتعاقدة.

كما يستلزم حسن النية وفقا لهذا المعيار أن يكون المتعاقد أمينا مخلصا في إبرام عقوده وتنفيذها أي ما يعرف بالنزاهة التعاقدية و التي تفرض على الأطراف في تكوين العقد أكثر منها عند التنفيذ لأن مرحلة التكوين تضعنا أمام اجتماع مصالح متعارضة مما يؤدي إلى ترجيح مصلحة أحد المتعاقدين على حساب الآخر كما أن الحرية التي يتمتع بها المتعاقدين عند الإبرام تجعلهما يقفان أمام حدود النظام العام ومبادئ الأخلاق .

و في كل الأحوال فإن فكرة تكملة العقد إعمالا لنص المادة 107 ق.م.ج تعد قاعدة أساسية تسمح للقاضي أن يفرض بعض الإلتزامات التي تقتضيها طبيعة العقد ، و هو ما اجتهد فيه القضاء الفرنسي بشأن

الإلتزام بالسلامة الذي بدأ في عقد العمل و عقد النقل ثم انتقل إلى مجالات عديدة . أما كون إلتزام الناقل إلتزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية فهو يتحدد بحسب مضمون الإلتزام ذاته الذي يركز في نفس الوقت على ضمان سلامة المسافرين و إيصاله سالم إلى و جهته المقصودة في حدود الوقت المعين بالعقد، و هو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/04/20 [41] و الذي جاء فيه أن القاعدة العامة في عقد النقل و هي إلتزام الناقل بالسهر على أمن و سلامة المسافرين أثناء النقل و باتخاذ الحيطة و الحذر قبل إنطلاق القطار و بعده ، بتفقد المدارج التي يستعملها الركاب و التأكد من غلقها عند الإنطلاق. كما يؤكد قرارها الصادر في 1983/03/02 [42] ص 64 على أن إلتزام صاحب الحمام هو إلتزام بسلامة الزبائن ، و هو إلتزام بتحقيق نتيجة و المسؤولية فيه مفترضة مالم يثبت المسؤول قيام السبب الأجنبي (المادة 176 ق.م.ج) و معنى ذلك أن صاحب الحمام عله إتخاذ ما يلزم من الإحتياطات الضرورية لسلامة زبائنه. و على ذلك يمكن القول أن الإلتزام بضمان السلامة يتفرع إلى نوعين أولهما إلتزام بتحقيق نتيجة و هو الذي يستلزم إيصال الأشخاص سالمين إلى المكان الذي يرجوه في عقد النقل، و ثانيهما إلتزام ببذل عناية و هو الذي يتطلب القيام بالعمل وفق قواعد التبصر و الحرص دون الإلتزام ببلوغ النتيجة كبذل الطبيب للعناية في معالجة مريضه ضمن الأنظمة و القواعد الطبية.

و هذا ما يجعل لحسن النية معان متعددة كالإستقامة و الإخلاص عند تولي إدارة أعمال الغير و هذه المعاني هي التي تجعل لهذا المبدأ طابعا أخلاقيا بامتياز يتمثل في تأمين العدل و الإنصاف بين المتعاقدين [24] ص 118، فالأمانة و الثقة و العرف و طبيعية التعامل و العدل هي أمور موضوعية أراد المشرع من خلالها إلزام المتعاقدين بعدم الانحراف عن هذه القيم الأخلاقية [37] ص 552 و بناءً على ذلك فإنه إذا كان المعمول به من الناحية الواقعية هو الطريقة الموضوعية في التفسير، فإن ذلك يعني إعطاء دور للعوامل الخارجة عن العقد للتدخل في تحديد الإلتزامات و الحقوق التي يلتزم بها الأطراف و عدم التقيد بحرفية العقد، و هذا ما يعتبر خروجاً ضمناً عن الإحترام الصارم لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

و خلاصة لما سبق يمكن القول أن حسن النية يقاس بمعياريين أحدهما ذاتي أو شخصي والذي قوامه نية المتصرف و قصده الداخلي و ثانيهما موضوعي يستند إلى شكل التصرف و صورته الظاهرة، فيوجد هذين المعيارين يتحقق حسن النية بمعناه المطلق فالقول أن حسن النية يقتصر على المعيار الذاتي فحسب يقتضي الوقوف على نية المتعاقد و قصده الداخلي يؤدي إلى صعوبة الكشف عن النية و إستحالة إستقصائها أحيانا لذلك يستعين القاضي عادة للوصول إليها بمعايير مادية تتمثل في قيم خارجية تسمو على نية المتعاقد [09] ص 270 مجسدة في الأعراف و القيم الأخلاقية، و هذا إما لتكريس إحترام النزاهة التعاقدية و إما لسد بعض الفجوات القانونية الأمر الذي يؤكد على التكامل الموجود بين هذين العنصرين كما أن إصطلاح حسن النية من السعة بحيث يسمح بتقدير الحسن و السوء وفقاً للمعيارين معا فمن الصعب الإستدلال على نية المتعاقدين من خلال اعتبارات نفسية بحتة بل لا بد من أن يتبلور ذلك في سلوك ينم عن

توافر تلك النية و السلوك بدوره لا يتم تقديره بالرجوع إلى ذات الشخص فقط بل بما تفرضه طبيعة المعاملة وشرف التعامل [04] ص 267

2.1. تطبيقات حسن النية في بعض العقود

يختلف دور حسن النية باختلاف العقود و التصرفات القانونية، فهناك الكثير من النصوص التي تشير ضمناً إلى هذا المبدأ في مجال تكوين العقود و تنفيذها كما أنه أستخدم لتبرير الكثير من النظريات القانونية منها نظرية الأوضاع الظاهرة و كسب الملكية، و لا شك أن المشرع عندما يتولى تنظيم الظواهر الإجتماعية، فإنه ينظر إلى ما وقع منها فعلاً في الواقع و يؤسس على ذلك القواعد القانونية التي تعالجها حسب ما لديه من وقائع و أما ما يستجد منها فإنه يستعصي عليه التنبؤ بها و الإحاطة بجزئياتها، و من ثم فإن في تشريعه للعقود وجد بعض العقود ذات الأهمية الخاصة عمل على تنظيم أحكامها و تسميتها وتحديد نطاقها، تاركا المجال أمام الأفراد لإنشاء ما يشاءوا من عقود طبقاً لمبدأ لسلطان الإرادة و ما يقتضيه طالما أن هذه العقود لا تنطوي على مخالفة النظام العام و الأداب العامة في المجتمع. و فيما يلي نحاول الإلمام بأهم تطبيقات هذا المبدأ في مجال العقود من خلال إبراز أثره في العقود الناقلة للملكية (المطلب الأول) و العقود غير الناقلة للملكية (المطلب الثاني)

1.2.1. حسن النية في العقود الناقلة للملكية

إن العقود الناقلة للملكية و المرتبطة بحسن النية متعددة ومن أهمها عقد البيع (الفرع الأول) و عقد الهبة (الفرع الثاني) والتي يلعب حسن النية الدور كبير في كل منها.

1.1.2.1. حسن النية في عقد البيع

عرفت المادة 351 ق م ج البيع بأنه: «عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي.» من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن عقد البيع هو العقد الذي يقصد به طرفاه أن يلتزم أحدهما وهو البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل إلتزام الطرف الآخر و هو المشتري بدفع ثمن نقدي.

و يلعب حسن النية دورا هاما في تكوين عقد البيع من خلال مايفرضه على المتعاقدين من إلتزامات إيجابية من أهمها الإلتزام بالإدلاء بالمعلومات و البيانات المتعلقة بالشيء المبيع التي يكون لها تأثير على التراضي، بحيث يلتزم البائع بالإدلاء بكافة البيانات المتعلقة بالوضع القانوني للشيء المبيع و الأوصاف المادية المتعلقة به كما يفرض حسن النية على المتعاقدين في هذه المرحلة إلتزاما بالسعي نحو الإستعلام عن هذه البيانات و يقع هذا الإلتزام بالدرجة الأولى على المشتري إذ عليه أن يسعى لمعرفة الوضع القانوني

للمبيع وأوصافه المادية و العيوب التي تشوبه لأن الإلتزام بالإعلام بالبيانات العقدية يتحدد عند الإلتزام بالإستعلام.

كما يظهر دور حسن النية في مرحلة تنفيذ هذا العقد من خلال الإلتزام بالتعاون المفروض على البائع والمشتري فلا يكتفي البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري و تسليمه إليه بل يلزم فضلا عن ذلك أن يضمن للمشتري ملكية هذا المبيع و حيازته حيازة هادئة من خلال إلتزامه بالضمان حتى يتحقق هدف المشتري من البيع و هو التمتع بكافة سلطات المالك على المبيع و الإنتفاع به إنتفاعا هادئا و مستمرا، فيلتزم البائع بالإمتناع عن كل ما من شأنه أن يحرم المشتري من بعض أو كل سلطاته على المبيع أو حرمانه من الإنتفاع به إنتفاعا هادئا و يجب عليه دفع أي تعرض من الغير للمشتري، و إلتزام البائع بالضمان يعد في حقيقة الأمر إلتزاما مزدوجا [05]ص 611 فهو من ناحية يلتزم بعدم التعرض شخصا للمشتري سواء في ملكيته أو حيازته للمبيع و هذا إلتزام سلبي أي إلتزام بالإمتناع ومن ناحية أخرى يلتزم بضمان تعرض الغير للمشتري أي ضمان التعرض الصادر من أي أجنبي يدعي بحق على المبيع يهدد المشتري في ملكيته أو يعكر حيازته وهو إلتزام إيجابي، وهو ما نصت عليه المادة 371 ق. م. ج بقولها: « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت المبيع حق على المبيع يعارض به المشتري. ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع و قد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه. »

كما يفرض الإلتزام بالتعاون على المشتري في رجوعه بالضمان أن يكون حسن النية من خلال قيامه بإخطار البائع بتعرض الغير له في الوقت المناسب حتى يتمكن من ترتيب حاله و الإستعداد لدفع هذا التعرض و تجهيز وسائل دفاعه، فإذا قام المشتري بذلك في الوقت المناسب يتوجب على البائع عندئذ أن ينفذ إلتزامه بالضمان تنفيذا عينيا عن طريق تدخله إلى جانب المشتري في الدعوى أو الحلول محله وهو ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1986/06/26 [43]ص 11 من خلال نقضه لقرار قضاة الإستئناف الراض لايعترض الغير الخارج عن الخصومة بحجة أن البائع لقطعة الأرض محل النزاع يفقد شرط المصلحة، فمن خلال قضائهم يكونوا قد خالفوا أحكام المادتين 371 و 372 من ق.م.ج اللتان تلزمان البائع بضمان كل تعرض يقع على المشتري مع وجوب التدخل في الخصومة إلى جانب المشتري، وفي حال عدم تدخل البائع رغم إخطار المشتري له كان على هذا الأخير أن يمضي في الدعوى لوحده فإذا صدر حكم نهائي بأحقية المتعرض وجب على البائع الضمان، إلا إذا ثبت أن هذا الحكم كان بسبب تدليس من المشتري أو خطأ جسيم وقع فيه وفقا لما تقضي به المادة 1/372 ق. م. ج كما نصت المادة 3/377 ق م ج على بطلان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير لأن هذا دليلا على سوء نيته.

إضافة إلى ذلك يفرض حسن النية على طرفي عقد البيع بعد إبرام العقد القيام بإتمام جميع الإجراءات التي يتطلبها القانون لنقل ملكية المبيع فإذا كان عقارا وجب على المشتري القيام بتسجيل عقده لذا يتوجب

على البائع أن يمكنه من ذلك بوضع كل مستندات الملكية تحت تصرفه، فوفقاً للمعيار الذاتي لحسن النية - إنتفاء قصد الخروج على أحكام القانون و إنتفاء أي تقصير أو إهمال فيما يتطلبه القانون من أحكام - فإن تماطل المشتري في تسجيل عقده وقيام البائع بالتصرف في العقار محل البيع لمشتري آخر وقيام هذا الأخير بتسجيل عقده فإن حق الملكية ينتقل إليه حتى لو كان عالمياً بوجود بيع سابق فعلم الغير بوجود بيع و ارد على العقار لكنه لم يشهر كما يتطلب القانون لا يدل على سوء نيته مادام أنه إلتزم حدود القانون بقيامه بتسجيل عقده **[05]ص613**

و يبرز أثر حسن النية في عقد البيع بشكل واضح في بعض الصور الخاصة من البيوع و المتمثلة في بيع ملك الغير و بيع المال الشائع

1.1.1.2.1. بيع ملك الغير

يقصد ببيع ملك الغير ذلك البيع الذي يكون محله شيء معين بالذات و غير مملوك للبائع **[44]ص** 134 ولكي يعتبر البيع بيعاً لملك الغير و تطبق عليه الأحكام الخاصة به لا بد من توافر جملة من الشروط تتمثل في:

- أن يكون الغرض من البيع نقل الملكية مقابل ثمن نقدي: فيجب أن تتجه إرادة كل من البائع و المشتري إلى نقل الملكية و عليه لا يعتبر تعهد أحد طرفي العقد بنقل الملكية للطرف الآخر بمجرد الحصول عليها ببيع لملك الغير و كذلك لا يعد بيعاً لملك الغير تأجيل إنتقال الملكية لحين تملك البائع للمبيع
- أن يكون محل البيع شيئاً معيناً بالذات: الأشياء المعينة بالذات هي الأشياء التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة معينة تعييناً ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء **[45]ص 26**، فإذا كان البيع مثلياً يعين بالنوع فإن البيع لا يعد بيعاً لملك الغير لأن المثليات لها مثيل و تقوم مقام بعضها عند الوفاء.
- أن يكون المبيع غير مملوك للبائع و لا للمشتري: فإذا كان المبيع مملوكاً للبائع لا محل للقول ببيع ملك الغير كما يجب ألا يكون المبيع مملوكاً للمشتري فإذا كان كذلك و أقدم المشتري على شرائه جهلاً منه بملكيته له فإن البيع لا ينعقد لاستحالة تحقيق الغرض المقصود من البيع إستحالة مطلقة ألا و هو نقل الملكية من البائع للمشتري الذي لا يملك المبيع فعلاً. **[45]ص 27**

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام بيع ملك الغير في المواد 397،399 ق.م. ج وما يهمننا في هذا المقام هو دور حسن النية في هذا النوع من البيوع، فوفقاً لنص المادة 397 ق.م. ج يقع بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري وهو ما يعني أن عقد بيع ملك الغير ينتج جميع آثاره فيما عدا نقل الملكية ويثبت الحق في المطالبة بالإبطال للمشتري دون البائع لأن إلتزامه بالضمان يتعارض مع منحه الحق في طلب الإبطال، فإذا تمسك المشتري بحقه في طلب الإبطال في الوقت المناسب و حكم له بذلك فإنه طبقاً للقواعد العامة يعاد المتعاقدين إلى ماكانا عليه قبل العقد، لذا يجب على المشتري رد المبيع إذا كان قد تسلمه و على البائع رد الثمن إذا كان قد قبضه و زيادة على ذلك يكون للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض عن

الضرر الذي أصابه متى كان غير عالم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع أي متى كان حسن النية، ويكون حسن النية لو جهل بعدم ملكية المبيع للبائع حت لو كان جهله راجعا إلى خطأ جسيم في جانبه و في هذا الصدد نصت المادة 399 ق.م.ج على مايلي: « إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم، و كان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض... » من خلال نص المادة يتبين لنا أن المشرع جعل مناط حسن نية المشتري هو جهله بعدم ملكية البائع للمبيع، والعبرة في وجود حسن النية هو وقت إجراء التصرف فهذه اللحظة هي التي يقدر فيها القاضي حسن أو سوء نية المشتري باعتبار أن حسن النية يشكل عامل هام في الكشف عن إرادة الشخص و تقدير ما إذا كان يستحق الحماية أم لا.

فيتجسد بذلك أثر حسن النية في هذا العقد من خلال الحماية التي قررها القانون للمشتري حسن النية الذي لا يعلم بعدم ملكية المبيع للبائع حيث نجد أن المادة 399 ق.م.ج خولت للمشتري المطالبة بالتعويض علاوة على الإبطال حتى و لو كان البائع حسن النية. أما إذا كان المشتري سيء النية وقت البيع فلا حق له في طلب التعويض ولكن له طلب إبطال العقد و إسترداد الثمن دون تعويض بل دون مصروفات البيع التي أنفقتها، لأنه أقدم على إبرام عقد البيع و هو يعلم بأن المبيع غير مملوك للبائع لذا عليه تحمل تبعه ذلك.

وتكون حيازة المشتري للمنقول بحسن نية سببا صحيحاً للملكية إستنادا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية طبقا لنص المادة 835 ق.م.ج ومعنى ذلك أن يكون الحائز و هو المشتري قد اعتقد بأنه تلقى المنقول من المالك الحقيقي فحسن النية في هذه الحالة هو غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الإعتقاد بأن المتصرف هو مالك المنقول، كذلك نجد أن المشرع أقر التقادم القصير حماية للمشتري حسن النية الذي تعذر عليه كسب ملكية العقار بموجب العقد المبرم مع غير ذي صفة بأن خول له إكتسابها بتقادم قصير مدته عشر سنوات طبقا لنص المادة 828 ق.م.ج [12] مراعيًا في ذلك حسن نيته إذ لولا هذا الحق لظل معرضا لأن يقيم عليه المالك الحقيقي دعوى إستحقاق مدة خمسة عشر سنة و هي مدة التقادم الطويل، أما إذا كان المشتري سيء النية فإنه يكسب ملكية كل من العقار و المنقول بالتقادم الطويل و مدته خمسة عشر سنة وفقا لما تقضي به المادة 827 ق.م.ج ولا يبقى حينئذ للمالك الحقيقي سوى الرجوع على البائع بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لأن تصرفه بما لا يملك يعتبر خطأ خاصة إذا كان سيء النية.

2.1.1.2.1. بيع المال الشائع

لقد أشارت المادة 1/714 ق.م.ج إلى بيع الحق الشائع بقولها : « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، و له أن يتصرف فيها و أن يستولي على ثمارها و أن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء. » كما عرفت المادة 713 ق.م.ج الملكية الشائعة بقولها : « إذ ملك إثنان أو أكثر شيئا و كانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع و تعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك. » و يتخذ بيع المال الشائع صور مختلفة تتمثل الصورة الأولى في بيع المالك على الشيوع

حصته الشائعة قبل القسمة كما هي ، أما الصورة الثانية فتتمثل في بيع المالك على الشبوع جزء مفرز من المال الشائع قبل القسمة و أخيراً تصرف المالك على الشبوع في كل المال الشائع قبل القسمة .
و تشكل الصورة الثانية المجال الذي تتحقق فيه الحماية للمتعاقد حسن النية ، فإذا باع الشريك جزءا من المال الشائع قبل قسمته فإنه يكون قد باع ما يملك و ما لا يملك و يجب أن نميز هنا بين حالتين: إما أن يكون المشتري عالماً بحالة الشبوع و إما أن يكون غير عالم و يعتقد بحسن نية أن البائع يملك دون شريك الحصة المفترزة التي باعها

ففي الحالة الأولى لا يحق للمشتري طلب إبطال البيع إذ أنه يعلم أن الحق الذي اشتراه على الشبوع، فإذا تمت القسمة ووقع نصيب الشريك البائع في الجزء الذي باعه مفرزاً خالص ذلك النصيب للمشتري ، وإن لم يقع تحول حق المشتري من الجزء المفرز إلى الجزء الذي وقع فعلاً في نصيب البائع فيستقر حق المشتري في الجزء الذي يقع فيه نصيب البائع من وقت الشراء لا من وقت القسمة و هو ما يسمى بالحلول العيني و فقا لما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 714 ق.م.ج.

أما عن الحالة الثانية و هي جهل المشتري بحالة الشبوع أي عدم علمه بأن الشريك البائع لا يملك العين التي تصرف فيها كما حددها ، فيحق له بذلك طلب إبطال البيع على اعتبار أن هذا الجهل يعتبر بمثابة غلط جوهري متعلق بالعين المبيعة ، إذ كان يعتقد و بحس نية أنها مملوكة للبائع دون شريك فيكون البيع في حصة الشريك البائع مشوباً بغلط جوهري و في حصص باقي الشركاء بيع ملك الغير و من ثمة يكون قابلاً للإبطال.

و بهذا تتضح لنا مدى الحماية التي يقرها المشرع للمتعاقد حسن النية الذي يقدم على التعاقد بناءً على غلط وقع فيه أو إعتقاداً منه بأنه يتعامل مع مالك حقيقي ، فيخول له المطالبة بالتعويض علاوة على إبطال العقد في بيع ملك الغير و المطالبة بالإبطال في بيع الملكية الشائعة .

2.1.2.1. حسن النية في عقد الهبة

عرفت المادة 202 من ق.أ[45] الهبة بأنها: « تملك بلا عوض » و بهذا تكون الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض ، و عقد الهبة شأنه شأن العقود الرضائية يستلزم لإنشائه توفر الأركان العامة من رضا و محل و سبب إضافة إلى هذا يتطلب القانون الشكلية حتى ينعقد صحيحاً ، و لإحداث هذا العقد لآثاره القانونية يتطلب القانون بالإضافة إلى الأركان السابقة شرط الحيازة أو القبض.
و الأصل في الهبة أن تكون عقداً ملزماً من جانب و احد هو جانب الواهب الذي يبادر فيلتزم و محل إلتزامه هو الشيء الموهوب، و لكن يجوز وفقاً للمادة 202 ق.أ أن يشترط الواهب في الهبة عوضاً أو إلتزامات أخرى فتكون الهبة كالبيع ملزمة للجانبين و يكون محل إلتزام الموهوب له هو العوض المشترط .
و تبطل هبة الأموال المستقبلية بطلاناً مطلقاً تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فيكون بذلك للهبة محل هو الشيء الموهوب كما و قد يكون لها محل آخر هو العوض فيشترط الواهب على الموهوب له القيام

بالتزام و يجب أن يكون هذا العوض موجوداً و غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة و بصفة عامة يجب أن يتوافر فيه باعتباره محلاً مايجب أن يتوافر في محل الهبة من شروط. كما لا يجوز التعامل في تركة شخص على قيد الحياة كونها تشكل نوع من التعامل في الأشياء المستقبلية التي نها عنها القانون وهو التعامل في التركة المستقبلية و لو تمت برضا صاحبها، أي التعامل في أموال شخص حي على أساس أن أمواله ستكون تركة بعد و قت طال أو قصر وهو تعامل يقع باطلاً بطلانا مطلقاً.

و عليه متى إنعقدت الهبة مستوفية الأركان و الشروط ينشأ التزاماً على عاتق الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له مع مراعاة قواعد التسجيل المنصوص عليها في المادة 206 ق. أ و المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج

و يتجسد حسن النية في عقد الهبة بانتفاء نية المناقضة لقصد المشرع من تنظيم هذا العقد و المتمثلة في تحقيق أغراض مشروعة لطرفي العقد كتحقيق مصلحة أو منفعة مشروعة للموهوب له ، فإذا إلتزم الواهب الحدود و الغاية التي وضعها المشرع لهذا العقد كان حسن النية و صح عقده ، لكن إذا خرج عن هذه الغاية بأن يقصد من الهبة تحقيق أغراض غير مشروعة كإقامة علاقة غير مشروعة مع الموهوب له أو أن يكون هدفه من الهبة الإضرار بالورثة من خلال حرمانهم من حقهم الشرعي في الميراث عد بذلك الواهب سيء النية الأمر الذي يجعل تصرفه باطلاً و فقاً لما نصت عليه المادة 97 ق.م.ج بقولها: « إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلاً. » و ينطبق هذا الحكم على جميع العقود المخالفة لقصد و غاية المشرع من تنظيمها.

و تتحقق كذلك سوء نية الواهب متى إقترن عقد الهبة بشرط غير مشروع كأن يهب شخص مالا لمطلقاته و يشترط عليها عدم الزواج بغيره ، فإذا كان الشرط غير المشروع هو الباعث الدافع على التعاقد ألغي الشرط و بطل معه التصرف ، أما إذا لم يكن هو الدافع على التعاقد فإن الشرط يلغى لمخالفته أحكام القانون و النظام العام على أن يتم الإبقاء على عقد الهبة [47]ص.24

2.2.1. حسن النية في العقود غير الناقلة للملكية

نعالج أثر حسن النية في أهم العقود غير الناقلة للملكية و المتمثلة في عقد الإيجار الذي يمثل أبرز العقود المتعلقة بالمنفعة (الفرع الأول) و عقد التأمين و الذي يشكل حسن النية أحد أهم الخصائص المميزة له (الفرع الثاني) و العقد الطبي باعتباره أحد العقود غير المسماة التي يبرز فيها أثر مبدأ حسن النية بما يتضمنه من أحكام (الفرع الثالث)

1.2.2.1. حسن النية في عقد الإيجار

يعتبر عقد الإيجار من أهم العقود المسماة باعتباره وسيلة الأفراد في الحصول على منافع الأشياء التي يعجزون عن تملكها لذلك نجد أن هذا العقد من أكثر العقود شيوعاً بين الأفراد فقلما نجد شخصاً في المجتمع

لا يكون إما مؤجرا أو مستأجرا [48]ص 658، ومن هنا كانت أهمية عقد الإيجار من الناحية القانونية، فشيوع هذا العقد يجعل احتمالات المنازعات الناشئة عنه كثيرة لذلك نجد أن المشرع في تنظيمه لهذا العقد هدف إلى إقامة هذه العلاقة على أساس من التوازن و العدل بحيث تتحقق مصلحة طرفيه المؤجر و المستأجر.

وتعرف المادة 467 ق م ج الإيجار بأنه: « عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم... » من خلال هذا التعريف الذي جاءت به المادة يتبين لنا أن الإيجار عقد يتفق من خلاله شخصان على أن يمكن أحدهما وهو المؤجر الآخر و هو المستأجر أن ينتفع بشيء معين خلال مدة معينة مقابل ثمن لهذه المنفعة تسمى ببديل الإيجار.

ويجد حسن النية مجالا فسيحا له في عقد الإيجار من خلال صورتين تتمثل الأولى في منع تأجير المعيب أما الثانية فتتعلق بمنع تأجير المؤجر العين المؤجرة لمستأجر آخر أو لمستأجرين آخرين عن نفس مدة عقد إيجار المستأجر الأول أو عن مدد تتداخل معها [28]ص 696

الصورة الأولى: تأجير المعيب

يعد المؤجر الذي يقوم بتأجير الشيء المعيب مع علمه بما تنطوي عليه العين المؤجرة من عيب يحول دون الإنتفاع بها أو ينقص منه شيء النية سواء كان هذا العيب بطبيعته أو بفعل منه فتقوم بذلك مسؤولية هذا المؤجر عن هذه العيوب حسب ما نصت عليه المادة 488 ق م ج بقولها: « يضمن المؤجر للمستأجر، باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون إستعمالها أو ينقص من هذا الإستعمال نقصا محسوسا، ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك. و يكون كذلك مسؤولا عن الصفات التي تعهد بها صراحة، غير أن المؤجر لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها هذا الأخير وقت التعاقد. » . يتبين لنا من نص المادة أنها تضمنت شروطا تتعلق بالعيب حتى يقوم ضمان المؤجر له بأن يكون العيب مؤثرا وهو العيب الذي من شأنه أن يحول دون الإنتفاع بالعين المؤجرة أو الإنقاص من هذا الإنتفاع نقصا كبيرا بحيث أن المستأجر كان ليمتنع عن الإستئجار أو كان ليدفع بدلا أقل لو علم بالعيب، كما يؤخذ حكم العيب المؤثر خلو العين المؤجرة من صفة تعهد المؤجر صراحة بتوافرها أو خلوها من صفة يقتضيها الإنتفاع المقصود منها و يشترط في العيب أن يكون خفيا بحيث لا يسهل على المستأجر كشفه لو فحص العين المؤجرة بعناية الرجل العادي هذا ما لم يكن المؤجر قد أعلن عن خلوها من هذا العيب ففي هذه الحالة يكون العيب مضمونا و لو كان ظاهرا لأن المستأجر في هذه الحالة يكون معذورا لاعتماده على تأكيد المؤجر، ولا يخفى أنه إذا كان العيب ظاهرا وقت تسلّم المستأجر العين المؤجرة و لم يعترض يكون قد ارتضاه وأسقط حقه في التمسك بالضمان لأن المشرع يتخذ من علم المستأجر قرينة على أنه قد نزل عن حقه في الرجوع على المؤجر بالضمان، أو أنه أدخل هذا العيب في اعتباره عند تحديد الأجرة وقت التعاقد و يعتبر العلم بوجود العيب واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن و يقع على المؤجر عبء إثباته في جميع الأحوال.

ولا تهمنا هذه الشروط بقدر ما يهمنا أثر حسن النية في تأجير المعيب هذا الأثر الذي يظهر من خلال الجزاء المتمثل في الضمان، لأن في تأجير المعيب دلالة على سوء نية المؤجر فيعد بذلك مخلا بمقتضيات حسن النية التي تقتضي النزاهة و الإستقامة في التعامل مع الطرف الآخر، حيث يقتضي حسن النية أن يعلم المؤجر المستأجر بكل ما يتعلق بالعين المؤجرة و ما يشوبها من عيوب حتى يكون المستأجر على بينة من أمره عند إقدامه على إبرام العقد فيشكل تعمد المؤجر إخفاء هذه العيوب عن المستأجر إخلالا بمبدأ حسن النية الذي تقوم عليه العلاقات التعاقدية، و هو ما يعطي للمستأجر الخيار بين طلب التنفيذ العيني متى كان ممكنا أو فسخ العقد أو إنقاص الأجرة وفقا لما تقتضي به المادة 489 ق. م. ج.

وعلى الرغم من أن المشرع جعل من الأحكام المتعلقة بمسؤولية المؤجر عن ضمان العيوب الخفية بالعين المؤجرة من القواعد المكملة و ليست الأمرة بحيث يجوز للمتعاقدين الخروج عنها و مخالفتها بالتشديد من أحكامها كأن يتفق كل من المستأجر و المؤجر على ضمان المؤجر جميع العيوب التي تظهر في العين المؤجرة حتى لو كانت من العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها أو بالتخفيف منها كاشتراط المؤجر أن يقتصر ضمانه على نوع معين من العيوب دون غيره [28] ص 617، أو الإعفاء منها تماما إلا أنه حرص أن يستفيد من هذا الإتفاق على تعديل أحكام الضمان المؤجر حسن النية فقتضى بأن تخفيف أحكام الضمان أو الإعفاء منه لا ينتج أثره ويعد باطلا في حالة الغش الصادر من المؤجر وفقا لما نصت عليه المادة 2/490 ق. م. ج بقولها: «... يبطل كل إتفاق يتضمن الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشا. » . ولا شك أن هذا الحكم يدل على مدى حرص المشرع على التصدي لسوء النية و الحد منه لما له من تأثير في زعزعة إستقرار العقود.

الصورة الثانية: قيام المؤجر بتأجير العين المؤجرة لمستأجر آخر أو مستأجرين آخرين عن نفس مدة عقد إيجار المستأجر الأول أو عن مدد متداخلة معها:

تعد هذه الصورة من أبرز الصور المخالفة لمقتضيات حسن النية في عقد الإيجار لأن الغاية التي يقوم عليها عقد الإيجار تتمثل في تمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة إنتفاعا هادئا ومن ثم يسأل المؤجر عن كل ما من شأنه أن يعكس صفو انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة أو يحول دون هذا الإنتفاع، وعلى هذا يعتبر تزامم المستأجرين على عين واحدة من مؤجر واحد عن مدة واحدة أو مدد متداخلة مع بعضها من قبيل التعرض القانوني الصادر من الغير لذلك يدخل في ضمان المؤجر باعتباره دليلا واضحا على سوء نيته لأنه بتصرفه هذا يجعل المستأجرين يتعرض بعضهم لبعض بالإستناد لسبب قانوني.

و قد عالج المشرع هذه المسألة على أساس المفاضلة بين المستأجرين من خلال المادة 485 ق م بقولها: « إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة، تكون الأولوية لمن كان عقده سابقا في ثبوت التاريخ على العقود الأخرى. و إذا كان للعقود نفس التاريخ تكون الأولوية لمن حاز الأماكن. يجوز للمستأجر حسن النية، إذا حرم من هذه الأولوية مطالبة المؤجر بالتعويض. » . و الواقع أن في هذا الحكم مجافاة لقواعد العدالة و مقتضيات حسن النية في العقود من حيث معايير تفضيل أحد المستأجرين على الآخر، بحيث لا يمكن التسليم

به على إطلاقه لأنه إذا كان من الممكن أن يفضل أحد المستأجرين من الناحية القانونية على الآخرين بثبوت تاريخ عقده أو بوضع اليد قانوناً، فإنه لا يمكن من الناحية الأخلاقية ذلك خاصة إذا كان المستأجر الذي ثبت تاريخ عقده قبل الآخرين أو تمكن من وضع يده على العين المؤجرة أولاً سبب النية من خلال علمه بالعقد السابق لعقده أو تواطؤه مع المؤجر من أجل حرمان المستأجر الأول من حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة الأمر الذي يساعد على شيوع الفوضى في المعاملات لا سيما في نطاق التأجير بصفة خاصة. وبالرغم من هذا نجد أن حسن النية في هذا المقام هو أن يقصد المتعاقد إتمام ما تم الإتفاق عليه مع المتعاقد معه إحتراماً منه للكلمة المعطاة أثناء إبرام العقد، وهذا ما يبرر إعطاء المشرع للمستأجر حسن النية إمكانية الحصول على التعويض إذا حرم من الأولوية في الإيجار في حالة تزاممه مع مستأجرين آخرين.

2.2.2.1. حسن النية في عقد التأمين

تعددت التعريفات الفقهية للتأمين و اختلفت فيما بينها و يرجع ذلك بصفة أساسية إلى أن التأمين ينطوي على جانبيين الجانب الأول قانوني و الآخر فني . وقد عرفه جانب من الفقه بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المؤمن بأن يعرض شخصاً آخر يسمى المؤمن له عن خسارة احتمالية يتعرض لها هذا الأخير، مقابل مبلغ من النقود هو القسط الذي يقوم المؤمن له بدفعه للمؤمن [48]ص460. "إلا أن ما يؤخذ على هذا التعريف إغفاله الناحية الفنية للتأمين و الأسس القانونية التي تقوم عليها عملية التأمين و اقتصراره على الناحية القانونية فقط. لذلك حاول جانب من الفقه وضع تعريف للتأمين يجمع بين جانبيه الفني و القانوني فعرفه بأنه: « عملية يحصل فيها أحد الطرفين و هو المؤمن له نظير قسط يدفعه على تعهد الطرف الآخر و هو المؤمن، بأداء معين عند تحقق الخطر المؤمن منه، وذلك بأن يأخذ المؤمن على عاتقه مجموعة من المخاطر ويجري بينها المقاصة طبقاً لقوانين الإحصاء. [48]ص 463 »

أما المشرع الجزائري فقد عرف التأمين في المادة 619 ق.م. ج بأنه: « عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد و ذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن. » .

ومن أهم الخصائص التي يتميز بها عقد التأمين أنه عقد إذعان باعتبار أن المؤمن يعد الجانب القوي في العقد ولا يكون للمؤمن له سوى الخضوع لشروطه ، و على الرغم من مخاطر مثل هذه العقود كونها إنتقاصاً واضحاً من حرية المتعاقد في التفاوض و مناقشة بنود و شروط العقد إلا أن المشرع اعتبرها عقوداً حقيقية (المادة 70 ق.م.ج) و أن التفاوت في مركز المتعاقدين هو تفاوت إقتصادي و ليس قانوني ، لا أثر له في قيام التراضي ووجود العقد الذي يخضع للقواعد العامة التي تنظم بقية العقود.

و نتيجة لخاصية الإذعان التي يتميز بها هذا العقد نجد أن المشرع رتب عليه عدة أحكام حماية للطرف المذعن - المؤمن له - منها ما يتعلق بتفسير العقد حيث يجب أن تفسر عبارات العقد الغامضة في

مصلحة المؤمن له - دائناً أو مدينا - خروجاً عن القاعدة الأصلية التي توجب أن يكون التفسير في مصلحة المدين، كما يترتب على ذلك أيضاً أنه يجوز للقاضي التعديل من الشروط التعسفية للعقد كما يجوز له أن يلغيها أو يعفي المؤمن له من الإلتزام بها بحسب ما تقضي به قواعد العدالة و وفقاً لما نصت عليه المادة 110 ق.م.ج.

وينبني عقد التأمين وككل العقود على إلتزامات متبادلة بين أطرافه يتوقف تنفيذه على الوفاء بها، إلا أنه يتميز عنها بكونه عقد احتمالي إذ لا يكفي وفاء المؤمن له بالإلتزامه حتى ينفذ المؤمن ما عليه من إلتزامات، بل يتوجب حصول أمر خارجي وهي الحادثة المؤمن منها ليبادر المؤمن بالتنفيذ ، و الحادثة ليست دائماً أمراً إيجابياً بالنسبة للمؤمن له يربو حدوثه و مع هذا فإن مجرد توقع حصولها تدفعه للتعاقد و تنفيذ إلتزامه بدفع الأقساط معولاً على حقه في الضمان و إن كان احتمالياً.

وعليه فإن المؤمن له ملزم بالمحافظة على مصالح المؤمن وفقاً لما يقتضيه واجب حسن النية و ما تقتضيه الثقة و الأمانة في المعاملات ، وهو ما يترتب عنه إلتزام المؤمن له بأن يتصرف تصرف الشخص اليقظ كما لو لم يكن ثمة عقد تأمين و الوفاء بهذا الإلتزام يحتم على المؤمن له إخطار المؤمن بأي تفاقم للخطر أو تحققه وفقاً لما تقضي به المادة 15 في فقرتها الثالثة من الأمر 75/95 و إلا تعرض للجزاء في صورة إخلاله به.

حيث يختلف الجزاء بحسب درجة النية في الإخلال بتفاقم الخطر من كون المؤمن له تعمد الإخلال أو لم يتعمده، فترتب المشرع إمكانية المطالبة بإبطال العقد متى كان تفاقم الخطر بسبب المؤمن له و مساهمته هنا في تفاقم الخطر قد لا تكون بطريقة إيجابية بل يكفي أن يبلغ إلى علمه ذلك التفاقم دون الإقدام على إعلام المؤمن في مدة لا تتجاوز 10 أيام.

أما إذا كان المؤمن له حسن النية يقتصر عندها الجزاء على زيادة في القسط تتناسب مع الزيادة الحاصلة في جسامه الخطر، ذلك أن قاعدة تناسب القسط مع الخطر تمثل حماية لحسن النية وتعتبر عذراً كافياً لتبرير خطأ المؤمن له في عدم الإخطار، فيخفض عن طريقها التعويض بنسبة الفرق بين معدل الأقساط التي دفعت و معدل الأقساط التي كان يجب أن تدفع فيها لو كانت الظروف التي من شأنها مفاخرة الأخطار التي قد أعلنت على الوجه الصحيح وبذلك على المؤمن له بالإلتزام بالتصريح بكافة المستجدات التي تطرأ عند تنفيذ عقد التأمين، و يكمن أساس هذا الإلتزام في أن عقد التأمين من العقود المستمرة التي يمتد تنفيذها فترة من الزمن مما يمكن معه أن تطرأ أثناء التنفيذ ظروف من شأنها أن تؤدي إلى تفاقم الخطر كلما علم بها ، ويقصد بتفاقم الخطر كل تغيير موضوعي في كم الخطر [34]ص 210 قد يتسبب فيه المستأمن بفعل إيجابي أو مسلك سلبي وقد يرجع إلى فعل الغير كما قد يعزى إلى سبب لا إرادي كالزلازل و الحروب.

كما يتوجب على المؤمن له أن يتخذ كل الإحتياطات المناسبة لمنع تحقق الخطر أو الإنفاص من آثاره الضارة عند تحققها و المحافظة على حقوقه تجاه الغير المسؤول الذي وقع الخطر بفعله ، حيث وضع

المشرع في إعتبره عند سنه لبعض أحكام عقد التأمين الطبيعية الخاصة لهذا العقد بأنه من عقود حسن النية سواء في إنعقاده أو خلال تنفيذه. فيقع على عاتق المؤمن له إلتزام بالتخفيف من آثار الحادث المؤمن منه في حالة وقوعه والتقليل من نتائجه على المؤمن من خلال إتخاذ جميع الوسائل التحفظية ، مع إحتفاظه بكافة حقوقه تجاه المؤمن وفقاً لما تقضي به المادة 108 من الأمر 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم بالقانون 04/06 المؤرخ في 2006/02/27 في فقرتها الخامسة التي تنص على : «يترتب على المؤمن له أن يراعي الإلتزامات المتفق عليها مع المؤمن أو المحددة في التنظيم الساري المفعول، وأن يبذل الجهود لاتقاء الأضرار أو الحد من إتساعها.» لذا يتوجب على المؤمن له التخفيف من آثار الحادث لأنه عادة ما يكون موجود في محل الحادث بشخصه أو بواسطة تابعيه، وهو بذلك أقر من المؤمن على إتخاذ الإجراءات المناسبة ليمسر للمؤمن الحلول محله في طلب التعويض.

ورغم أن عقد التأمين مبناه حسن النية ، إلا أن خصوصيته كعقد إذعان تقلل من شأن هذا المبدأ فيعد بذلك التأمين ميداناً يصعب فيه الأخذ بقاعدة قانون الإرادة على إطلاقها، نظراً لأن إرادة أحد الطرفين وهو المؤمن له أو المذعن تكون ضعيفة بسبب تفاوت المراكز القانونية و الإقتصادية للأطراف فيجد بذلك الطرف الضعيف نفسه في حالة تبعية إقتصادية دائمة للطرف القوي.

3.2.2.1. حسن النية في العقد الطبي

تعد مسألة تعريف العقد الطبي و تحديد ماهيته و تمييزه عما يشته به من العقود و بيان خصائصه، مسألة في غاية الأهمية خصوصاً و أن كثيراً من الممتهنين بدراسة هذا النوع من العقود لم يتفقوا على تعريف محدد له ، بحيث اكتفوا بتعريف العمل الطبي وحده على اعتبار أنه العقد الطبي عقد يبرم بين الطبيب و المريض و هي مسألة بديهية، كما أن الكثير من الفقهاء يخلط بين العقد الطبي و غيره من العقود فهناك من يرى أن العقد الطبي عقد عمل وذهب آخرون إلى أنه عقد مقاوله كما ذهب البعض الآخر إلى إعتبره عقد وكالة بإعتبره يلتبس في بعض جوانبه مع هذه العقود إلا أن هذا لا يعني التطابق بينهما. غير أن هذا الإلتباس لا ينفي الطبيعة الخاصة و المميزة لهذا العقد عن بقية العقود المسماة ما يجعله يحتاج إلى تنظيم خاص بإعتبره ينظم علاقات وروابط خاصة [49]ص 114

غير أن خصوصية العقد الطبي تكمن بشكل خاص في محله الذي يمثل جسم الإنسان ولما له من حرمة، فلا يجوز المساس به إلا لضرورة العلاج خاصة في ظل عدم التكافؤ بين أطراف العلاقة الناشئة عن هذا العقد، فالطبيب شخص مهني على درجة عالية من المعرفة و التخصص الفني و المريض شخص ذو معرفة محدودة، وما يزيد حدة عدم التكافؤ هو أن أحد طرفي العقد وهو المريض الذي يعاني من علة جسدية أو نفسية أو عقلية، تجعله يلجأ للطبيب بحثاً عن العلاج .

وتقوم العلاقة بين الطبيب والمريض على أساس الثقة المتبادلة التي تفرض المصارحة والتعاون بين طرفي العقد، فالمريض بإعتبره الطرف الضعيف و عديم الخبرة ليست له أي مصلحة في إخفاء حقائق أو

معلومات عن وضعه الصحي. كما أن الطرف الثاني وهو الطبيب ليست له مصلحة هو الآخر سوى شفاء مرضاه، وهو ما يؤكد ضرورة وجود حسن النية في الأعمال الطبية، فيجب أن يقصد الطبيب سلامة المريض وأن يبذل في علاجه العناية اللازمة لتحقيق هذه الغاية، غير أن التزام الطبيب الأصل فيه أنه يلتزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ذلك أن الطبيب عليه أن يبذل العناية اللازمة في علاج المريض وما قدر له يكون بعد ذلك، لكن في إطار المحافظة على سلامة المريض ذهب الفقه الى أن هناك حالات معينة يكون إلتزام الطبيب فيها إلتزاماً بتحقيق نتيجة، وهي حالات نقل الدم وإستعمال الأجهزة الطبية [05]ص 758

ويمتاز العقد الطبي عن غيره من العقود بطابع السرية التي تلزم الطبيب بأن لا يفشي ما يطلع عليه من أحوال مرضاه الصحية أثناء إتصاله المهني بهم، سواء تم تنبيهه من قبل المريض بالمحافظة على هاته الأسرار أو لا. فتعد بذلك خاصية السرية من الأركان الرئيسية في ممارسة مهنة الطب، وإحدى المبادئ الأخلاقية التي تعكس حسن النية في هذا النوع من العقود، كما أنها تعد إنعكاساً للثقة المتبادلة بين المريض وطبيبه .

و يعد رضا المريض شرطاً هاماً وضرورياً يجب الحصول عليه قبل أي تدخل طبي لما يكتسبه جسم الإنسان من أهمية بالغة، هذه الأهمية التي مضمونها السلامة الجسدية فلا يجوز المساس به دون موافقة المريض، وبهذا لا يكون العمل الطبي مباحاً ما لم يرضى به هذا الأخير وهذا ما نصت عليه المادة 154 من القانون 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في 20/07/2008 بقولها: « يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو ممن يخول لهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك، يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو اللذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم و يتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب. » غير أن الحصول على رضا المريض لا بد أن يسبقه أمر مهم وهو تنوير المريض وتبصيره بكل المعلومات الضرورية التي تجعله على دراية بحالته الصحية، ودرجة خطورة مرضه وما يتطلب من علاج وتبصيره بالبدائل العلاجية وهذا لا يكون إلا من خلال الإلتزام بالإعلام ليكون الرضا مستنيراً .

وعليه فإن الإلتزام بالإعلام يشمل جميع العقود التي ينعدم فيها التكافؤ بين أطرافها، ولا سيما عقد العلاج الطبي فهذا الإلتزام هو الذي يخول للمريض الحرية الكاملة في تقدير الإقدام على العلاج أو الإحجام عنه. ولم يتوانى المشرع عن تنظيم هذا الإلتزام بالنص عليه في قانون الصحة الجزائري أو في مدونة أخلاقيات الطب، وكل هذه النصوص توحى على التزام الطبيب بإعلام مريضه ، حيث نص القانون 05/85 على أن لا تنتزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية بهدف الزرع إلا بعد الموافقة الصريحة وبعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المعني بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك وفقاً لما تقضي به المادة 166 في فقرتها الخامسة من هذا القانون، كما يمنع إخضاع المريض للتجارب الطبية إلا بعد موافقته المستنيرة وذلك من خلال إعلام

الشخص الخاضع للتجربة الطبية بجميع المعلومات الكافية بما فيها الإعلام بالمخاطر المحتملة وهذا طبقاً لنص المادة 168 من قانون الصحة . كما تنص المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم [50]276/92 المؤرخ في 1992/07/06 المنظم لمدونة أخلاقيات مهنة الطب على : « يجب على الطبيب الجراح أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي . » كما نصت المادة 44 من ذات المدونة على أن : « يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري اذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته . » وبهذا يتضح لنا أن الإلتزام بالإعلام في العقد الطبي هو التزم قانوني يسبق أي تدخل علاجي أو جراحي إذ لا بد للطبيب أن يراعيه حتى يساعد المريض في إتخاذ قراره النهائي، وبناءا على ذلك يكون الطبيب المعالج حسن النية في عمله اذا قصد تحقيق سلامة مريضه وبذل العناية الواجبة طبقا للأصول الطبية المطلوبة في علاج الحالة المعروضة عليه.

من خلال دراسة الجوانب النظرية المختلفة لمبدأ حسن النية في العقود يتبين لنا أن المفاهيم الفقهية لهذا المبدأ لا تخرج عن فكرة واحدة و هي توجيه الإرادة فيما يحقق النزاهة في التعامل و التصرف باعتدال، وفي هذا يتفق الفقه على أن هذه المسائل غير قابلة للضبط و التحديد فالنزاهة و الإعتدال أمور غير ثابتة تتغير بتغير الزمان، حيث يلعب القاضي دورا كبيرا في تحديدها لأنها تقع ضمن سلطته التقديرية. كما توصلنا حول طبيعته القانونية أنه مبدأ قانوني عام وأهم ما يميزه المرونة و عدم التحديد بسبب إنطباقه على حالات عدة مما يفسح المجال أمام القاضي للإجتهد فيه و إيجاد الحلول القانونية للوقائع المعروضة أمامه، وهذه الميزة من أهم مزايا المبادئ القانونية فتعد بذلك خاصية المرونة التي تتمتع بها المبادئ القانونية ومن ضمنها حسن النية من ضرورات العمل القضائي والتي بدونها لا يرقى القانون للإستجابة للتطورات الإجتماعية ، وهو ما يجعل هذا المبدأ قادراً على مسايرة التغيرات الإجتماعية و الحالات الجديدة التي تكشف عنها الحياة العملية، والقول بأن الأبعاد الأخلاقية لمبدأ حسن النية قد تقلل من شأنه لا يعبر عن حقيقة هذا المبدأ بل على العكس من ذلك لأن هذا البعد الأخلاقي يكون سنداً و معززاً له في التطبيق نظراً لسهولة تقبله من قبل المتعاملين و إرتياح القاضي في تطبيقه.

ونظراً لطابع الغموض و عدم التحديد الذي يتميز به هذا المبدأ الأمر الذي جعل الفقه والقضاء يتجه في تحديده إلى معايير تتعلق تارة بعناصر مرتبطة بإرادة الأطراف من خلال إستقصاء النوايا و المقاصد وتارة أخرى بعناصر خارجة عنهم تفرضها قواعد الأخلاق و العدالة فيعد بذلك حسن النية مبدأ مزدوج التقدير . وتؤكد فعالية هذا المبدأ من خلال تطبيقاته المتفرقة في نصوص القوانين ، لذلك يمكن القول أن حسن النية يعد أساس لكل عقد مع إختلاف في الدرجة ، و هو كمبدأ قانوني يفرض نفسه في كل تعاقد فكل عقد عند تكوينه أو تنفيذه يقتضي أن تحكمه مشروعية التعامل . لذا نجد أن المشرع يتعامل مع المتعاقد حسن النية معاملة تفضيلية بشكل يحافظ به على حقوق هذا الأخير من خلال وضع مجموعة من الأحكام تختلف باختلاف العقود مثل أحكام الضمان المرتبطة بعقدي البيع و الإيجار و تقرير البطلان و الحق في المطالبة بالتعويض .

إلا أن فعالية هذا المبدأ لا تكفي لجعله مبدءاً عاماً يغطي العقد في جميع مراحلها ، فتبقى بذلك النصوص القانونية المتفرقة مجرد تطبيقات لا تبرر و جوده كمبدأ عام ، إذ يحتاج هذا الأخير إلى فرض إلتزامات و آليات تجعل منه أكثر فعالية في كل من مرحلتي تكوين العقد و تنفيذه.

الفصل 2

أحكام حسن النية في العقد

لاشك أن العقد في سبيله للتنفيذ يمر بمراحل شتى تختلف باختلاف العقود و تفاوتها في أحجامها وأهميتها لذا فهي تختلف من حيث المراحل التي تمر بها [06ص] 269 خصوصا مع الحركة الاقتصادية في العالم وما تفرع عنها من معاملات مالية وعمليات مصرفية، وبالنظر إلى حجم العقود التي تبرم بين المنتجين و الموزعين و المستهلكين لم يعد العقد ثمرة إلتقاء إرادتين فحسب بل ثمرة مفاوضات أحيانا طويلة ومعقدة وكذلك نتيجة تعامل بين ذوي المراكز الاقتصادية المهيمنة على قطاع من قطاعات الإقتصاد ومستهلكين محدودي الخبرة وفي وضع إقتصادي أضعف من أولئك القادرين على فرض إراداتهم على المستهلك المحتاج لإنتاجهم [21ص] 161. كما تعتبر مرحلة التنفيذ من أهم مراحل العقد حيث يحقق من خلالها العقد الأهداف التي وجد من أجلها و يجد الأطراف أنفسهم ملزمين بالسهر على تنفيذ ما إلتزموا به فيحرص كل متعاقد على أن يتعاون و يبذل جهدا لتنفيذ كل ما ورد في العقد، ولكن قد يحصل أن يتعذر على الأطراف تنفيذ إلتزاماتهم بسبب ما يعتري العقد من غموض يحول دون تنفيذه فيتجه كل متعاقد إلى فهم مخالف لما وصل إلى إليه الطرف الآخر وهنا يأتي دور القاضي الذي يكون ملزما بفض النزاع عن طريق التدخل للتوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف لأن العقد هو توافق إرادتين ومن ثم فإن الإلتزامات الناشئة عنه تتحدد بما إتجهت إليه هاتان الإرادتان معا لا وفقا لما إتجهت إليه إرادة أحدهما دون الأخرى. وما يهمننا في هذه الدراسة ليست المراحل التي يمر بها العقد بل هو ما يقتضيه حسن النية في هذه المراحل المختلفة إبتداء من مرحلة تكوينه (المبحث الأول) وصولا إلى مرحلة تنفيذه (المبحث الثاني)

1.2. حسن النية في مرحلة تكوين العقد

إن تطور مفهوم حسن النية في العقود كان نتيجة البحث عن أكبر عدالة تعاقدية مما يعني الرجوع إلى هذا المفهوم كلما اختل توازن العقد أو كلما احتاج المتعاقد حماية لرضاه إذ أن هذه الحماية ماهي إلا وسيلة لاحترام العدالة التبادلية و التي لا تتحقق إلا بالأخذ بحسن النية كمبدأ عام في تكوين العقد (المطلب الأول) بالنظر إلى ما يفرضه من إلتزامات ضمنية تعبر عن مدى فاعليته في هذه المرحلة (المطلب الثاني)

1.1.2. حسن النية مبدأ عام في تكوين العقد

يشكل حسن النية مبدأً عاماً على الأطراف المتعاقدة أن تلتزم به في جميع مراحل تكوين العقد خاصة في ظل التحول الذي شهده العالم وهو ما أدى إلى تحول موازياً له في منهج دراسة تكوين العقد حيث أصبحت الدراسة تتجه أكثر فأكثر نحو نقطة البداية الحقيقية في أي تعاقد، وهي لحظة التفكير فيه و ما يعقبها من سعي متبادل إلى تحقيقه من خلال التفاوض على العقد (الفرع الأول) وصولاً إلى لحظة إبرام العقد بتبادل الرضى بين طرفيه (الفرع الثاني) بغية الحفاظ على سلامة الإرادة التعاقدية مما قد يشوبها من عيوب (الفرع الثالث)

1.1.1.2. حسن النية في التفاوض على إبرام العقد

لم تكن مرحلة المفاوضات لتستأثر باهتمام الفقه لأن المبادئ التي ترعى العقود كانت تنشأ ضمن إطار العقد المهيمن عليه سلطان الإرادة فانصب البحث على مرحلة تكوين العقد و ما إذا كانت الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء إلتزامات أم لا كما انصب الإهتمام على سبل حماية إرادة المتعاقدين مما قد يشوبها من عيوب [21]ص 161، غير أن التحول في أنماط التعامل وآلياته أدى إلى التحول في منهج دراسة تكوين العقد ومناول التعاقد [51]ص 09 فبدلاً من تركيز النظر على لحظة إبرام العقد واختزال هيكل العقد على الإيجاب والقبول أصبحت الدراسة تتجه أكثر فأكثر نحو نقطة البداية الحقيقية في أي تعاقد وهي لحظة التفكير فيه وما يعقبها من سعي متبادل إلى تحقيقه من خلال توجيه الإهتمام نحو مرحلة المفاوضات على إبرام العقد، حيث يتوجب على الأطراف بدخولهم دائرة التفاوض مراعاة مبدأ حسن النية في إدارة العملية التفاوضية واحترام المبادئ التي تسيطر على هذه المرحلة ومراعاة الإلتزامات الإيجابية التي يفرضها هذا المبدأ في هذه المرحلة .

وحتى يصل المتعاقد إلى التعبير البات الذي يعد إيجاباً بالتعاقد يمر التعبير عن الإرادة بمراحل عديدة فقد يسبق التعاقد عرض يتقدم به أحد المتعاقدين يسعى من خلاله إلى إستطلاع رأي الطرف الآخر و الوقوف على مدى إستعداده للتعاقد فإذا ما تبين أن لديه الرغبة في ذلك تطور الأمر من مجرد عرض إلى الدخول في مرحلة المفاوضات حول ذلك العرض و التي قد تطول وقد تقصر [52]ص 193، فالعقود في الوقت المعاصر لم تعد تبرم بالطريقة التقليدية بإبداء الإيجاب و القبول مباشرة بل أصبحت لا تعقد غالباً إلا بعد المرور بهذه المرحلة خاصة بالنسبة للعقود المعقدة التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة فمثل هذه العقود لا يمكن أن تبرم بإيجاب وقبول لحظيان [51]ص 10

هذا ما جعل الفقه والقضاء يذهبان إلى إلزام المتفاوضين بمراعاة حسن النية في سير المفاوضات لإقامة نوع من التوازن بين مبدأ الحرية التعاقدية الذي لا يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي وبين توفير الحد الأدنى من الثقة والإستقرار والجدية في مرحلة التفاوض [53]ص 259، لأن سلامة

التعامل بين الأفراد والحرص على تعاونهم من خلال العقد المزمع إبرامه بغية جعله يحقق أهدافه الاقتصادية والاجتماعية يفرضان على المتفاوضين الإلتزام بحدود حسن النية لذلك كان لا بد من الوقوف عند هذه المرحلة ودراسة الإلتزامات الناشئة عنها، والتي تخرج جميعها من قاعدة حسن النية التي يلتزم كل متفاوض بأن يجعلها منهجا له فلا يحيد عنها إذا أراد العيش في ظل الشرعية وحماية القانون [21]ص163.

و يذهب البعض إلى تعريف التفاوض بأنه عبارة عن تبادل في وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه والتعبير عن مواقف من العروض و العروض المتقابلة يتخذها المتفاوضون تمهيدا للوصول إلى إتفاق نهائي [21]ص 164، كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الإقتراحات والمساومات و الدراسات و التقارير الفنية والإستشارات القانونية ومناقشة الإقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه و للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الإتفاق بينهما من حقوق لهما وإلتزامات عليهما [52]ص 194

في حين ذهب رأي آخر إلى تعريفه بأنه الطريقة التي يمكن الوصول من خلالها إلى إتفاق بين أطراف معينة بالوصول إليه مع وجود عناصر دفع وعناصر تعطيل معينة، وتشير الطريقة هنا إلى مجموعة من الخطوات والفشل في تأدية إحدى هذه الخطوات يكون له نهايات وعواقب غير مرضية [06]ص336

يستخلص من التعريفات الفقهية السابقة أن المفاوضات عبارة عن مبادرة شخصية لمناقشة موضوع عقد معين ، والمناقشة ليست إلتزاما بل عرض واستماع لوجهات النظر وبالتالي فالمفاوض غير ملزم بإبرام عقد نتيجة للمفاوضات [21]ص 165 وتعد عملية التفاوض من المراحل البالغة التعقيد وخصوصا في العقود التي تحظى بأهمية كبيرة ، حيث يقف وراءها عوامل ومتغيرات كثيرة تتشكل منها مواقف الأطراف وتؤثر على الغاية من عملية التفاوض وهو ما يجعل عنصر الإحتمال يهيمن على تلك الغاية [06]ص 337

ومرحلة التفاوض بهذا المعنى تلعب دورا بارزا ومحوريا في مستقبل العقد المزمع إبرامه إذ كلما كانت المفاوضات جيدة ومثمرة كان المتفاوضان أمام مستقبل أفضل، وحتى لو لم تسفر هذه المرحلة عن الوصول إلى إبرام العقد النهائي لا يمكن القول أن الأمر سلبي ذلك أن عدم التعاقد أحيانا خير من الإتفاق على عقد يفتح بابا للمنازعات والخلافات القانونية التي تسفر دائما عن إلحاق ضرر بالعاقدين وتعطيل مصالحهما بالإضافة إلى ما يتكبدانه من مصاريف ونفقات لتسوية النزاع بينهما [52]ص194 فمفاوضات فاشلة أفضل بكثير من تعاقد فاشل [05]ص 363

وعلى اعتبار أن مرحلة التفاوض فترة إستكشافية يلتبس فيها كل طرف طريقه إلى العقد في جو من التردد والحذر [54]ص 02 لوجود مصالح متعارضة بين طرفين كل منهما يسعى إلى تحقيق مصلحته الشخصية وتحقيق أكبر قدر من المكاسب على حساب الطرف الآخر ، لذلك إستقر الفقه على أن هذه المرحلة يحكمها مبدءان أساسيان هما حرية المتفاوض في عدم الإلتزام بالإستمرار في التفاوض و العدول

عنها متى شاء ومبدأ أمن المفاوضات أو ما يعرف بحسن النية في التفاوض، فبين عدم الإلتزام بنتائج المفاوضات وموجب التعامل بجدية وأمانة مع الأفراد حدود لا يجب تخطيها تقاديا للأضرار التي يمكن أن تلحق بالمفاوضين أو أحدهما [21]ص 165، وعليه فإن مرحلة التفاوض يسيطر عليها مبدأ أن أحدهما مبدأ حرية العدول والآخر أمن التفاوض.

1.1.1.1.2. مبدأ حرية العدول عن التفاوض

يستوجب هذا المبدأ أن يحتفظ المتفاوض بكامل حريته طيلة مرحلة المفاوضات بحيث يستطيع العدول عن التفاوض في أي وقت حسب ما يترأه له ووفقاً لمصالحه [55]ص 10 إنطلاقاً من مبدأ حرية التعاقد، ذلك أن القانون لا يرتب بحسب الأصل على المفاوضات أي أثر قانوني باعتبارها مجرد عمل مادي [05]ص 364 فلا يلزم أطرافه بالتوصل إلى اتفاق نهائي لأن الإلتزام بالتفاوض هو إلتزام ببذل عناية وليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة [56]ص 74، فيكون لكل متفاوض مطلق الحرية في العدول عن المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية طالما أن عدوله قد تم بحسن نية [55]ص 11 إن إقرار هذا المبدأ ما هو إلا مسابرة للنظرية الفردية التي تقر للفرد الحرية المطلقة في التعاقد من عدمه، لأن العقد وحده بحسب هذه النظرية هو الذي يرتب إلتزامات على عاتق طرفيه و المفاوضات بذاتها لا تقيم رابطة إلتزامية بين الطرفين خاصة و أن هذه النظرية تغلب العلاقة الإقتصادية في التعامل على العلاقة الاجتماعية [06]ص 141، لكن أعمال مبدأ حرية التعاقد على إطلاقه قد يفتح الباب لمفاوضات غير جادة مما يؤدي إلى زعزعة الإستقرار و الثقة في العلاقات قبل التعاقدية [05]ص 365، و إضاعة الوقت والجهد و تفويت فرصة التعاقد بصورة صحيحة على المتفاوض الآخر حسن النية و الإستفادة من منافع عقد عول عليه وتكلف بسببه نفقات شتى [21]ص 165، هذا ما جعل مبدأ حرية العدول عن التفاوض في حاجة إلى مبدأ آخر يقيد ويخفف من حدته المتمثل في أمن المفاوضات أو التفاوض بحسن نية.

2.1.1.1.2. مبدأ أمن المفاوضات (التفاوض بحسن نية)

إذا كان مبدأ حرية العدول يعطي المتفاوضين حق العدول عن التفاوض في أي وقت دون إبداء أي مبررات إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بحيث لا ينبغي أن يستخدمها الأطراف لبواعث وأغراض غير مشروعة بل يجب على كل طرف اختار العدول أن يكون حسن النية في عدوله [05]ص 365، لأن مبدأ حسن النية في التفاوض يتطلب أن يشعر المتفاوض بالأمان و الطمأنينة أثناء التفاوض حتى يتسنى له المضي قدماً في تفاوضه لا يخشى التعرض لأي ضرر من جراء قيام المتفاوض الآخر بتصرفات تتنافى مع ما يقتضيه حسن النية و الأمانة في التعامل [55]ص 10، وعدم جدية المفاوضات النابعة عن سوء نية أحد المتفاوضين تتخذ عدة صور فقد تتمثل في مماطلات غير مبررة في التعبير عن الموافقة أو بعمليات إلهاء المتفاوض الآخر لتفويت فرصة تعاقد مع منافس آخر أو بفرض شروط تعجيزية ما يلبث المتفاوض

أن يرجع عنها بعد أن يكون الطرف الآخر صرف جهدا لإقناعه بسحبها إضافة إلى قطع المفاوضات دون سبب مشروع لا سيما متى قطعت شوطا هاما نحو العقد كل هذه الأوجه وغيرها تشكل عدم الجدية في التفاوض.

ويزداد مبدأ أمن المفاوضات إلحاحا كلما زادت القيمة الاقتصادية للعقد المتفاوض عليه حيث يكون المتفاوض بحاجة ماسة إلى ما يضمن جدية التفاوض ويكفل له المحافظة على أمواله ومجهوداته من الإهدار [55]ص 11، لذلك كان سيف القانون مسلط على المتفاوض سيء النية من خلال تحميله المسؤولية عن الأضرار التي تسبب فيها عدوله عن التفاوض بسوء نية.

فإذا كان الأصل أن المفاوضات تركز على مبدأ الحرية بحيث يتمتع المتفاوض بمطلق الحرية في الدخول في المفاوضات و الإستمرار فيها أو قطعها إعمالا لمبدأ حرية التعاقد الذي يهيمن على المرحلة قبل العقدية والذي لا يقيد سوى مبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسود العملية التفاوضية ، ومن ثم ينبغي من المتفاوض أن يمارس هذه الحرية بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية [57]ص 60 فإذا إنطوى سلوك المتفاوض على مخالفة هذا المبدأ يكون مخطئا وتثور عندها مسؤوليته المدنية ولعل أهم التطبيقات في هذا المجال قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع وبصورة تعسفية ومخالفة للإلتزامات التفاوضية التي يفرضها مبدأ حسن النية كالإلتزام بالتعاون والإعلام وعدم إفساء الأسرار التي تم الإطلاع عليها أثناء التفاوض وإستغلالها دون إذن الطرف الآخر [52]ص 263 فما هي طبيعة المسؤولية في هذه الحالة ؟ هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية ؟ .

إجابة على هذا التساؤل نشير إلى قضية طرحت على القضاء الفرنسي في 20 مارس 1972 [58]ص 140-141، بشأن مفاوضات بين شركتين لشراء آلات ضخمة مكلفة من حيث سعرها أمريكية الصنع حيث أرسلت الشركة التي رغبت في الشراء إلى الولايات المتحدة من أجل معاينة تشغيل الآلة متحملة بذلك كافة مصاريف الرحلة كما طلبت بيانات إضافية لاختيار النوع المناسب ولكن الشركة التي عرضت البيع بدلا من أن تسلم البيانات الخاصة بالآلات إلى الشركة الراغبة في الشراء قامت بتسليمها إلى شركة أخرى منافسة لها بهدف إبرام صفقة معها بشأن نفس الآلة ، هذه الأخيرة التي ألزمتها بعدم بيع هذا النوع لشركة أخرى لمدة 42 شهرا، حيث حسم القضاء الفرنسي وأيدته محكمة النقض في هذا القرار الذي أقال فيه مسؤولية الشركة الراغبة في البيع بالتعويض على التعسف في قطع المفاوضات مع الشركة الراغبة في الشراء ، وبرر القضاء ذلك بأن قطع المفاوضات لا يعتبر في حد ذاته إخلالا بالإلتزام وإنما أسس قضاؤه على سوء نية الشركة الذي أدى إلى قطع المفاوضات ، وبالتالي هناك خطأ تقصيري في جانب الشركة الراغبة في البيع يحملها المسؤولية.

والملاحظ على هذه القضية أن القضاء الفرنسي اعتبر المرحلة المتقدمة من المفاوضات والتي قد تنتهي بإبرام العقد بمثابة مرحلة لتقارب وجهات النظر ما بين الطرفين، ولكن إذا وقع صدور الإيجاب بعد أن قطع شوطا كبيرا من التفاوض فهذا لا يمنع عن قيام المسؤولية على أساس تقصيري لا تعاقدي.

إلا أن الفقه الفرنسي الحديث لا يسلم بهذا الإتجاه الذي ذهب إليه القضاء الفرنسي حيث يرى بأن الأصل أنه قبل صدور إيجاب حقيقي فإن لكل مقدم على التعاقد حرية كاملة للتراجع عن إيجابه في فترة المضي في المفاوضات ولا يمكن أن يسأل عن هذه الحالات إلا إذا إقترن عدوله بواقعة ما تعتبر بمثابة خطأ من جانبه وهي مستقلة كلياً عن حقه في العدول [58]ص 138، ويجب أن يقارن سلوكه في هذه الحالة بسلوك الرجل العادي في المضي في المفاوضات العقدية ، فإذا انحرف عن هذا السلوك فإن المسؤولية هنا تقام على أساس الخطأ التقصيري .

إلا أنه تنظيرياً ذهب الفقيه "إهرنج" بصدده صياغته لنظرية الخطأ في تكوين العقد إلى أن كل إيجاب ينطوي على تعهد ضمني بأن لا يعدل عنه صاحبه لمدة معقولة ، هذه المدة هي التي تمكن الطرف الآخر من قبوله وأن كل عقد يتضمن تعهد بالالتزام كل من الطرفين بضمان صحة هذا التعاقد ، فإذا رجع الموجب عن إيجابه قبل أن يتمكن الطرف الآخر من قبوله أو رفضه ، و تسبب في عدم إتمام العقد تقوم مسؤوليته العقدية وليست التقصيرية.

في الحقيقة لو سلمنا بهذه النظرية لأدى ذلك إلى إعتبار العقد قائماً رغم عدم توصل الطرفين لإبرام العقد النهائي ، لذلك فقد انتقدت نظرية إهرنج بحدّة وعنف لأنها نظرية قاصرة ومعظم الفقهاء ذهبوا إلى أن هذه النظرية تؤدي إلى مساءلة حتى ناقص الأهلية عن العدول عما يصدر عنه من إيجاب أو عن بطلان العقد الذي يكون طرفاً فيه.

كما اعترض عليها القانون الفرنسي على أساس أنها تجعل من الإرادة المنفردة مصدراً أصلياً للالتزام ، ضف إلى ذلك أن غالبية الفقه الفرنسي يتجه إلى القول بأن المسؤولية العقدية لا قيام لها إلا بتطابق الإرادتين ، ولا تقوم إلا عند الإخلال بالالتزام ناشيء عن العقد.

لذلك يرى غالبية الفقهاء أن المسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات مسؤولية تقصيرية تقوم بحكم القانون و ليس على أساس التصرف الباطل بمعنى أن القانون يجعل المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض تقوم على تحمل التبعة أو بصفة عامة عن التقصير في تنفيذ الإلتزام، وهذه المسؤولية تستوجب التعويض عن العقد الباطل ولكن بوصفه واقعة مادية وليس باعتباره عقداً، ومن ثم يجب إثبات جميع عناصر المسؤولية التقصيرية من خطأ و ضرر و علاقة سببية [59]ص 767

ولقد توسع القضاء في نطاق ما يعد خطأ عن العدول في المفاوضات ومن ذلك أن يوقع أحد الأطراف المتفاوضة الطرف الآخر في فهم خاطيء للظروف و يحمله كلفة ما كان يتحملها لولا هذا الإجراء أو يتعسف أحدهما في قطع المفاوضات أو يعدل عنها من دون مسوغ مشروع أو أن يكون الغرض من التفاوض إتخاذ ذريعة للإطلاع على أسرار الطرف الآخر [53]ص 266، أما عن وجه الضرر في العدول عن التفاوض فيتمثل في ضياع الفرصة على الطرف الآخر في إبرام العقد، كما ولا يشترط لقيام المسؤولية عن العدول في التفاوض ثبوت قصد العادل في الإضرار بالطرف الآخر بل يكفي أن يقترن بالعدول خطأ أو إساءة أو تشهير [53]ص 267. ويؤيد كل من الفقه و القضاء هذا الرأي على إعتبار أن

المفاوضات لا تقيد من حرية الأطراف بحيث يظل كل منهما محتفظا بحريته في التعاقد من عدمه ويجمعان على أن المسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ نتيجة الإخلال بواجب عام يفرض مراعاة حسن النية في المرحلة السابقة على إبرام العقد [59] ص 768

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه لم ينظم المرحلة السابقة على التعاقد بنصوص قانونية خاصة مكتفيا بالمراحل التالية على إبرام العقد بنصه على وجوب تنفيذ كل طرف في العقد لالتزامه التعاقدية وكذا المسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذه الإلتزامات أو بعضها من خلال تنظيمه لعناصر المسؤولية العقدية المتمثلة في الخطأ و الضرر و العلاقة السببية، ورغم التعديلات التي مست القانون المدني في كثير من مواده لم يهتم المشرع بمرحلة التفاوض فنجد أنه أغفل تنظيم الإلتزام قبل التعاقد كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد تاركا الأمر بيد القضاء الذي ما زال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم لا يرتب أي أثر قانوني و لا ينشئ على عاتق الطرفين أي إلتزام .

وليس أمام الطرف المضرور سوى اللجوء إلى المسؤولية التقصيرية وفقا لما تقضي به المادة 124 ق م ج وهي مهمة شاقة و صعبة في كثير من الحالات إذ يفشل الطرف المضرور في إثبات توافر عناصر المسؤولية المدنية قبل التعاقدية وهكذا تضيع حقوق المتفاوض سدى [60] ص 138. ولكن أمام سكوت المشرع لا يمكن القول بوجود أي عقد إلا باتفاق الإرادتين [61] ص 45 .

و تجدر الإشارة أن المشرع قد أشار إلى أبرز صور المرحلة التمهيديّة السابقة على التعاقد وذكر منها خاصة الإتفاق الإبتدائي على المسائل الجوهرية و الأساسية في العقد (المادة 65 ق م) و الوعد بالتعاقد (المادة 72 ق م ج) و العربون (المادة 72 مكرر) و هي الصور التي يعقبها غالبا إبرام العقد النهائي الذي يحل محلها، و تكون العبرة بين الطرفين بالبند و الشروط الواردة في العقد النهائي و لو اختلفت عن الشروط الواردة في العقود التمهيديّة السابقة على إبرام العقد.

وعليه لا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا وجد إطار قانوني صحيح للعلاقات التعاقدية ومن هنا تبدا الحاجة إلى إيجاد أساس قانوني يواجه العدول عن التفاوض في ذاته بصرف النظر عما يلحق صاحبه من ضرر أو إساءة فذلك وحده يوفر الثقة بين المتفاوضين، و يمنحهما الأمل بأن جهدهما خلال المفاوضات لن يضيع هدراً أو يكون معلقا على رغبة أحدهما في قطعها أو العدول عنها مما يجعل الإيجاب من صنع الطرفين معا وهو ما ينعكس إيجابا على تنفيذ الإلتزامات الواردة في العقد لاحقا.

2.1.1.2. حسن النية في تبادل الرضا

يعد مبدأ الرضائية من أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة الذي ظهر لتقديس الحرية الفردية وجعلها ذات قوة في إنشاء العقد و تعديله وتحديد آثاره [24] ص 24، غير أن المشرع ونظراً لغايات إجتماعية وأخلاقية فرض بعض القيود على هذا المبدأ ولم يأخذ به على إطلاقه كاشتراط الشكلية في بعض العقود نظرا لأهميتها وليتنبه المتعاقدين بخطورة التصرف المقدمين عليه ولا يتحقق التراضي إلا من خلال التعبير عن

الإرادة الذي يعد الوسيلة الذي تظهر الإرادة إلى الحيز الخارجي، وهي أقل ما يتطلبه القانون لكي يكون للإرادة وجودها القانوني [06] ص 272، فالإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية لا يمكن إدراكها مباشرة و لا يمكن إستخلاصها إلا من مسلك الإنسان الخارجي هذا ما جعل التعبير عن الإرادة يشكل الجزء الأساسي في العقد وفي التصرفات القانونية بصفة عامة، فقدرة العقد أو التصرف على إنشاء الحق لا تأتي من الإرادة ذاتها بل من التعبير عن هذه الإرادة [37] ص 586

ولا يشترط مظهر خاص أو وسيلة خاصة يتعين أن يتم بها التعبير عن الإرادة إيجابا كان أم قبولا، فالتعبير عن الإرادة يتخذ عدة صور ، فقد يكون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا بل وقد يستخلص في بعض الأحيان من السكوت لأن السكوت الملايس قد يدل أحيانا على القبول. وتطبيقا لمقتضيات حسن النية يمكن أن نستخلص من المادة 60 ق.م. ج أن المشرع فرض على المتعاقدين إلتزاما بتجنب الغموض في التعبير عن الإرادة حتى لو كان التعبير باتخاذ موقف ما فيكون ذلك بشكل قاطع لا لبس فيه إذ بقدر ما يلتزم المتعاقد بالوضوح في التعبير عن إرادته بقدر ما يدل ذلك على حسن نيته لأن مقتضيات حسن النية في التعبير عن الإرادة التعاقدية تتطلب الإلتزام بالوضوح و الدليل على ذلك أن المشرع يستخلص سوء نية المتعاقد كلما كان تعبيره غامض فيجعل الشك في عقود الإذعان يؤول لمصلحة الطرف المدعن (المادة 112ق.م.ج) ، كما يبطل كل تصرف يصدر في غياب المساعد بعد تسجيل المساعدة القضائية لمصلحة مزدوج العاهة (المادة 80 ق.م.ج) و إبطال كل شرط مكتوب في وثيقة التأمين بشكل غير ظاهر وفقا لما تقضي به المادة 622 ق.م.ج و المادة 07 من القانون 95/07 المتعلق بالتأمينات. والإلتزام بالوضوح لا يقتصر على شروط العقد بل حتى اللغة المستعملة في التعبير عن الإرادة فيجب على الأطراف تجنب اللغة والعبارات الغامضة أو غير المفهومة من قبل الطرف المقابل كاستخدام كلمات أجنبية لها بديل في اللغة المحلية دون أن تكون مألوفة [06] ص 183، وتتجسد أهمية الإلتزام بالوضوح خاصة في إبرام عقود الإذعان والإستهلاك والتي غالبا ما تتخذ شكل العقود النموذجية المعدة مسبقا، لأن الطرف الأقوى إقتصاديا هو الذي يستأثر بصياغة العقد خاصة وأن هذه العقود عبارة عن وثائق معقدة تصعب قراءتها ويعسر فهمها وبالتالي من السهل أن يقع المتعاقد في الغلط [62] ص 85

ويظهر التعبير عن الإرادة في صورة إيجاب من صاحب العرض الذي يفصح عن إرادته أولا وقبولا من الملتقى لهذا التعبير حول ما إقترحه الطرف الأول والعقد لا ينعقد إلا بتلاقي التعبيران وتطابقهما، وباعتبار أن الإيجاب هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين لذا يشترط فيه حتى يحقق غايته أن يكون التعبير عنه محدد ودقيق من جهة بحيث يتضمن كل شروط العقد حتى يتسنى للموجب له أن يطلع بدقة على مضمون العقد المعروض عليه كما يجب أن يكون باتا من جهة أخرى بحيث يعبر عن الإرادة القطعية للموجب في إنجاز العقد المرغوب فيه بشكل جازم [61] ص 105 تضيف عليه القوة الإلزامية [12] ، وتعد هذه الشروط تطبيقا لمبدأ حسن النية الذي يقتضي أن يكون الإيجاب خال من كل إلتباس.

وإذا كانت القاعدة أن الموجب لا يلتزم بالإبقاء على إيجابه وله العدول عنه في أي وقت شاء، إلا أن هذه القاعدة لا يجب أن تؤخذ على إطلاقها وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية من عدم جواز الإضرار بالغير دون سائغ مشروع [05] ص 369 خاصة إذا تضمن الإيجاب أجلاً للقبول وفقاً لما تقتضي به المادة 63 ق.م.ج وذلك مراعاة لمصلحة الموجب له الذي يحتاج لمهلة حتى يتسنى له التفكير و التشاور قبل إبداء قبوله أو رفضه للإيجاب كما أن المهلة التي يمنحها الموجب للطرف الآخر للقبول تدعم جدية الإيجاب وتزيد من الثقة المتولدة لدى الطرف الآخر.

وبالرجوع إلى المادة 62 ق.م.ج نجد أن المشرع إستند إلى مبدأ حسن النية عندما أبقى الإيجاب صحيحاً ومنتجاً لآثاره عند إتصاله بعلم من وجه إليه بالرغم من موت الموجب أو فقده لأهليته، ويتضح من هذا الحكم مدى حرص المشرع على حماية المجتمع على حساب الفرد [61] ص 102. وذلك حماية للقبول حسن النية الذي لا يعلم بموت الموجب أو فقدانه أهليته غير أن هذا الحكم يستبعد في حالة تعارض طبيعة التعامل مع هذه القاعدة كأن يكون شخص المتعاقد محل إعتبار.

والشخص المقصود بالإيجاب قد يكون شخصاً معيناً (offre à une perssone déterminé) معروفاً عند الموجب وهو الذي يختاره و قد يكون غير معين وهو الذي يعين نفسه في المستقبل كما إذا كان الإيجاب موجهاً للجمهور (offre au public) [36] ص 602 حيث جرت عادة التجار أن يعلنوا عن سلعهم سواء بعرضها في واجهات محلاتهم مع كتابة أثمانها عليها أو بالإعلان عنها في الصحف أو نشرات خاصة ، غير أن مقدرة الشخص على التعاقد قد تتلاشى أحياناً لا لأسباب مالية ولكن لأسباب عنصرية أو شخصية تجعل التاجر أو من في حكمه يرفض التعاقد مع المستهلك ، وحماية لرضا المستهلك في مثل هذه الحالة [63] ص 19 لم يجز المشرع رفض بيع السلع المعروضة للبيع أو أداء الخدمة دون مبرر مشروع لهذا الرفض.

أما فيما يتعلق بالقبول والذي يعد التعبير الثاني عن الإرادة الصادر ممن وجه إليه الإيجاب [64] ص 63 فقد اشترط المشرع فيه شرطان حتى ينعقد به العقد أولهما أن يكون مطابقاً للإيجاب والثاني أن يصدر قبل سقوط الإيجاب و إذا كان الشخص يتمتع بالحرية في التعاقد فإن حريته هذه في القبول ليست مطلقة ، حيث جعل المشرع من القبول ملزماً إذا لم يصدر رفض من جانب من وجه إليه الإيجاب في وقت مناسب و كانت الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر رداً على إيجابه [12] ، وذلك تطبيقاً لمقتضيات حسن النية و التي تأخذ بعين الإعتبار الثقة المشروعة المتولدة لدى الطرف الآخر بأن العقد مآله الإنعقاد [06] ص 438 نظراً لمرور مدة معقولة دون إبداء الرفض ممن وجه إليه الإيجاب في عدم وجود مبرر مشروع للرفض وإذا كان رفض التعاقد أمر يقع في نطاق حرية الفرد في عدم التعاقد فإن هذا الرفض غير المبرر عادة ما يكون في العقود التي تكون فيها فرص العلاقة التعاقدية غير متكافئة كعقود الإذعان لأن الطرف الضعيف ليس له أن يناقش شروط العقد بل هناك نموذج عقد معروض عليه وعليه أن يقبله كما هو أو يرفضه وغالباً ما يضطر للقبول نظراً لحاجته لذلك. لذا يتوجب على الطرف القوي الإلتزام بما يفرضه

حسن النية من عدم التعسف في إيراد الشروط التعسفية والتعجيزية في العقد و كذلك الإلتزام بعدم رفض التعاقد المبني على إعتبارات عنصرية من خلال التمييز بين المتعاقدين على أساس الدين أو الجنس ولا يسأل من وجه إليه الإيجاب عن الرفض و لو كان ضمناً كتعديل الإيجاب أو التقدم بإيجاب مقابل و هذا مهما كانت البواعث التي دفعت إليه وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها بأن رفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي لا يسمح للمطعون ضدها سوى المطالبة بالتعويض و لا يجوز للقاضي إصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي [65]ص 99، كما أنها نقضت قرار آخر صادر عن المجلس القضائي الذي قضى بإلزام الطاعن بإتمام إجراءات البيع رغم أن التعهد بالبيع تم دون رضاه و أثناء غيابه [66]ص 07، و هذا إجتهد سليم من المحكمة العليا لأن رفض التعاقد يشكل من حيث المبدأ حقا لكل من تلقى عرضا و هو قرار يتماشى مع مبدأ سلطان الإرادة و حرية الإرتباط التعاقدى لأن من يوجه إليه العرض يكون في الأساس حراً في الرفض و لا يتحمل تبعه إمتناعه عن التعاقد إلا إذا كان متعسفاً في إستعماله لحقه أو خرج في هذا الإستعمال عن حدود حسن النية (المادة 107 و المادة 124 مكرر ق م ج).

وإذا كان التعبير عن القبول يتم صراحةً أو ضمناً فإنه لا يوجد ما يمنع أن يعتبر السكوت رداً عن القبول ويكون ذلك في حالة إتصال الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه وفقاً للمادة 68 ق.م.ج ويعد القبول في هذه الحالة مجرد إفتراض لا يستند إلى وجود إرادة قطعية وإنما يستند إلى ظروف العقد [61]ص 117 والتي تدل على أنه ليس للموجب أن ينتظر قبولاً صريحاً ممن وجه إليه الإيجاب، وقد كرس المشرع مبدأ وجوب البحث عن الإرادة الحقيقية عند حصول أي إلتباس حول ما أفصح عنه المتعاقدين بصورة ظاهرة أخذاً بنظرية الإرادة الباطنة [12] ، و عملاً بمبدأ حسن النية الذي يقتضي الأخذ بالإرادة الباطنة المجردة من كل غش.

و غالباً ما يباشر الشخص إبرام عقوده بنفسه إلا أن هناك حالات يتعذر عليه ذلك نظراً لنقص أو إنعدام أهليته فيحل محله نائب قانوني أو قضائي لإجراء التصرفات القانونية نيابة عنه. وقد يتعذر على الشخص الأصيل الحضور في مكان العقد فيوكل من ينوب عنه لإبرامه و قد يشكل عدم إمتلاك الأصيل الخبرة الكافية في إبرام العقد سبباً في لجوءه لذوي الخبرة عن طريق توكيلهم بموجب عقد الوكالة [33]ص 84، و عليه يمكن تعريف النيابة بأنها حلول إرادة شخص يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في إبرام تصرف قانوني حيث تنصرف الآثار القانونية لهذا التصرف إلى ذمة الأصيل [67]ص 85

وباعتبار حسن النية في إبرام العقود هو توجيهه للإرادة إذ أن من يتحمل الإلتزام هو النائب الأصلي فعلى النائب أن يلتزم بمقتضيات حسن النية في إبرام العقود خاصة و أن إرادة الأصيل لا تشترك في إبرام العقد محل النيابة [06]ص 297. كما أن حسن النية في التعاقد بالنيابة يقتضي من النائب أن يبين صفة للطرف المقابل ويعلمه بأنه يتعاقد لحساب شخص آخر ونيابة عنه خصوصاً في العقود المبرمة بين غائبين، فإذا لم يعلن النائب عن صفة وقت إبرام العقد للشخص المتعاقد معه فإن آثار العقد لا تنصرف للأصيل إلا

إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب وهذا تطبيقاً للمادة 75 ق.م.ج.

و ضماناً لحسن النية في إبرام يستوجب القانون في بعض الحالات من النائب أخذ الإذن من المنيب حتى يبرم بعض العقود ومن ذلك تعاقد النائب مع نفسه أي عندما يكون أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير [12] ، ويرجع منع النائب من التعاقد مع نفسه سواء أصالة عن نفسه ونياحة عن غيره أو نياحة عن طرفي العقد إلى سببين :

يتمثل السبب الأول في أن المنطق القانوني يأبى أن يبرم عقد بإرادة شخص واحد وهو النائب لأن العقد محصلة توافق إرادتين [68] ص 61.

أما السبب الثاني فيعود لأن العقد ينشأ عادة عن تعارض مصلحتين فإذا أجاز للنائب أن يتعاقد مع نفسه أصالة عن نفسه أو نياحة عن طرفي العقد فإنه بلا شك ينحاز لمصلحته في الحالة الأولى أو لأحد من ينوب عنهما في الحالة الثانية وفي هذا إهدار لمصلحة الطرف الآخر الذي أولاه ثقته وفي هذا تعارض مع مقتضيات حسن النية في التعاقد بالنيابة [33] ص 91.

3.1.1.2. حسن النية في سلامة الإرادة التعاقدية

يعد التراضي الركن الأساسي لأي عقد ، ونظراً لهذه الأهمية فقد تولى المشرع تنظيمه بشكل مفصل ووضع له من الشروط و القيود ما يضمن بها صدوره بشكل واع و صحيح غير معيب مشيداً بذلك نظرية متكاملة في عيوب الإرادة التي بمقتضاها يجوز للمتعاقد الذي شاب رضاه عيب من هذه العيوب من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال طلب نقض هذا العقد [69] ص 18

إذ أن نظرية عيوب الإرادة تعكس وبشكل جلي إعترافاً ضمناً من المشرع بضرورة مراعاة حسن النية عند إبرام العقد والذي يظهر من خلال أخذه بالإرادة الباطنة [61] ص 84 مما يعني الرجوع إلى حسن النية كلها إختل التوازن العقدي أو كلما إحتاج المتعاقد إلى حماية رضاه، إذ أن هذه الحماية ما هي إلا وسيلة لاحترام العدالة التبادلية [17] ص 443. وهذا التوازن لا يمكن تحقيقه إلا بالإستناد إلى مبدأ حسن النية بما يؤمنه من عدالة في التعامل من خلال إظهاره للطابع غير المشروع لهذه العيوب.

ف نجد بأن الغلط مع أنه شرع لحماية رضا الواقع فيه إلا أنه يحمي أيضاً المتعاقد الآخر حسن النية إذا كان إذا كان غلط الضحية غير معذور [70] ص 115، ذلك أن أهم المسائل التي تثيرها نظرية الغلط هي مسألة التوفيق بين مصلحة المتعاقد الواقع في الغلط ومصلحة الطرف الآخر في العقد، فالأولى تقضي بتمكين الواقع في الغلط من التحلل من العقد إستناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يأبى إلزام العقد بناء على إرادة معيبة والثانية تقتضي الإبقاء على العقد إستناداً إلى ضرورة كفالة الإستقرار و التعامل التي تأتي أن يفاجأ المتعاقد باعتبارات لدى المتعاقد معه لم يكن يدري شيئاً عنها عند التعاقد [51] ص 118

و إذا كان المشرع قد أخذ في المادة 81 ق.م.ج بالغلط الفردي [40ص] 60 فهذا لا يعني أن أي غلط يقع فيه أحد المتعاقدين يؤدي إلى إبطال العقد فالمتعاقد الذي يقع في الغلط نتيجة إهماله وعدم حرصه على الالتزام بالإستعلام الذي هو مقتضى من مقتضيات حسن النية عند إبرام العقد يعد قد ارتكب خطأ وبالتالي فإن إستبعاد إبطال العقد ما هو إلا عقوبة لهذا الخطأ [70ص] 117 والصفة المغترفة للغلط تقدر بصورة شخصية وليس بالوجه الموضوعي فيدخل في عناصر التقدير سن المدعي وخبرته وتمرسه ، فيقدر ما يكون المتدرع بالغلط ممتها بقدر ما يؤخذ عليه عدم استعلامه ويشكل إهماله خطأ غير متسامح به نظراً إلى خبرته المهنية [24ص] 40، وفي هذا الصدد يتفق الفقه و القضاء الفرنسيان على أن الغلط الناشئ عن جهل فاضح من المتعاقد الواقع في الغلط بسبب رعونته و عدم معاينة العين المتعاقد عليها أو إهماله قراءة نصوص العقد يعد خطأ لا يفتقر ولا يجوز التمسك به لإبطال العقد لأن غلظه كان بناء على خطئه فهو مسؤول تقصيراً وخير تعويض يلزم به نحو المتعاقد الآخر هو الإبقاء على العقد [71ص] 46، وتطبيقاً لذلك نجد أن المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1988/11/04 [72ص] 147 قد أشارت عند تقريرها للغلط الجوهرى بأن حرص المتعاقد الواقع في الغلط على التأكد من وجود صفة المهندس والتي تعتبر السبب الرئيسي للتعاقد من خلال طلبه الملح على استظهار الشهادة التي تثبت ذلك يجعله بذلك أهلاً للحماية القانونية.

و إذا كان لمن وقع في غلط جوهرى أن يطلب إبطال العقد لأنه ما كان ليتعاقد لو تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً صحيحاً [70ص] 161، فمن الواجب عليه أيضاً أن يلتزم بهذا العقد الذي قصد إبرامه إذا كانت علة تمسكه بالإبطال قد زالت من خلال إستعداد الطرف الآخر لتنفيذ هذا العقد فحق طلب إبطال العقد ليس حقاً مطلقاً فهو يتحدد بما لا يتنافى مع حسن النية كما قضت بذلك المادة 85 ق.م.ج لأن الغلط وهم كاذب يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه دون أن يدفعه إليه المتعاقد الآخر فإذا أراد الواقع فيه التمسك به بغية الوصول إلى إبطال العقد وجب ألا يكون ذلك على نحو يتعارض مع ما يوجب حسن النية وشرف التعامل، و إلا كان متعسفاً فيما يطلب [70ص] 161، فالتمسك بالإبطال على هذا الوجه يعد تطبيقاً لنظرية التعسف في إستعمال الحق [73ص] 43.

وبهذا يتضح لنا أن المشرع حاول التوفيق بين مصلحة طرفي العقد من خلال حماية المتعاقد الواقع في الغلط من جهة ومراعاة ما يتطلبه حسن النية من حماية للطرف الآخر في العقد الذي لا يد له في وقوع الغلط من جهة أخرى إذا كان الغلط تلقائياً .

أما الغلط المثار والذي يعد من أهم مظاهر سوء النية في نطاق العقود تكون فيه الحماية في كل الأحوال للواقع فيه وهو ما يعرف بالتدليس الذي يعتبر تحايل غير مشروع يؤدي إلى إيقاع المتعاقد في غلط غير مفتعل و الإمتناع عنه يشكل مقتضى من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود، إعتباراً من الجانب المعنوي للتدليس المتمثل في نية التضليل من خلال تعمد إيقاع الطرف المقابل في الغلط إلى الوسائل و الحيل المستعملة في تحقيق ذلك والتي تشكل الجانب المادي في التدليس.

ويعتبر التدليس في القانون المدني من أهم مظاهر سوء النية في نطاق العقود لأن جوهره كما يتبين من تعريفه هو إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد إذ يحمله على إعتقاد مخالف للحقيقة فيقدم على التعاقد مستنداً إلى هذا الإعتقاد مما يعيب رضاه لأنه لم يكن على بينة من أمره عند التعاقد [28]ص 277 كما يعتبر الكتمان أو السكوت تدليسا كلما تعلق الأمر بواقعة هامة يجب على المتعاقد المدلس التصريح بها ولم يكن في وسع المتعاقد المدلس عليه معرفتها من طريق آخر [28]ص 279 ومن الأمثلة على ذلك كتمان البائع عن المشتري قراراً بنزع ملكية العقار المبيع للمنفعة العامة، وبهذا يختلف الكتمان عن كل الحيل القولية و الفعلية لأن نشاط المدلس فيهما إيجابي بينما يكون في الكتمان سلبي ومع ذلك يتفق الكتمان معهما من حيث المضمون حيث يمثل كل منهم حيلة يقصد بها تضليل المتعاقد الآخر وإيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد [74]ص 161، وبالرغم من عدم وجود إلزام قانوني يفرض على المتعاقد الإفصاح عن كل ما يتعلق بالعقد إلا أن هذا لا يمنع من وجود واجب أخلاقي يفرضه حسن النية يتمثل في عدم الغش والإلتزام بالإعلام عند إبرام العقد، وإذا كان يعتبر الكتمان تدليسا فإلى أي مدى يمكن إعتبار الكذب تدليسا خاصة إذا تعلق الأمر بالإعلانات الكاذبة والمضللة؟

الأصل أن مجرد الكذب لا يكفي لتحقيق التدليس ما لم يتبين بوضوح أن المتعاقد المخدوع لم يستطع إستجلاء الحقيقة على الرغم من هذا الكذب [75]ص 347، و الكذب في نظر الفقه لا يخرج عن نوعين أولهما كذب مبرر إذا كان يقصد به بيان محاسن السلع و الخدمات و هو أمر مسوغ لأنه يحقق فائدة إقتصادية و إجتماعية و ثانيهما كذب ممنوع إذا قصد به إخفاء السلبات التي تكتنف تلك السلع.

لذلك فإن تكييف التدليس على أنه مبرر أو ممنوع في ضوء عرف التعامل يؤدي إلى تضيق مجال حماية المستهلك لأن الطرف المنسوب إليه هذا الفعل هو طرف مسيطر في عقود الإحتكار و عقود التعامل على السلع و الخدمات في مواجهة المستهلك عديم الخبرة إضافة إلى أن الطرف الأقوى إقتصاديا هو الذي يتحكم في عرف التعامل [68+69]ص 24 وعليه يمكن القول أن الحدود التي تفصل بين مجرد المبالغة في إظهار محاسن السلع و الكذب أو التضليل في الإعلان التجاري تعتبر حدوداً رفيعة ، فتعتبر بذلك المبالغة في وصف المبيع وبيان مزاياه دعاية تجارية كاذبة إذا تجاوزت الحدود المألوفة للإعلان التجاري والتي من شأنها إيقاع المستهلك في اللبس و الخداع [76]ص 233.

وبناء على ما تقدم فإن التدليس الصادر عن أحد المتعاقدين يمكن أن يتمثل بكذب أو كتمان صدر إخلالا بواجب إعطاء معلومات صحيحة وفقاً لما تفرضه النصوص القانونية و طبيعة العقد أو الظروف المحيطة به فيؤدي إلى إبطال العقد إذا كان هو الدافع للتعاقد [77]ص 169، وقد يتحقق هذا حين يكون المتعاقد مكلفا بإعطاء معلومات أو بيانات خاصة بأمر معينة يعلق عليها الطرف الآخر أهمية بالغة أو قصوى في عملية التعاقد كأن يدلي الشخص ببيانات إلى شركة التأمين تخالف الواقع و تقلل من أهمية المخاطر التي يتعرض لها . ويبدو أن القضاء الجزائري سلك نفس الاتجاه حيث يأخذ في عين الاعتبار الحيل المشككة للتدليس تطبيقاً لنص المادة 86 ق.م.ج وهو ما يؤكد القرار المؤرخ في 17

جانفي 2001 [78]ص 109، و الذي من خلاله أيدت المحكمة العليا القرار الصادر عن المجلس و القاضي بإلغاء سند البيع مع التعويض إستنادا للإعلام الكاذب الذي صرحت به البائعة و الذي يمثل حيلة تدليسية.

أما إذا صدر التدليس من الغير فالقاعدة أنه لا يؤدي إلى إبطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم به أو كان من المفروض حتما أن يعلم به [12]ص وهذا الحكم في حقيقته ما هو إلا تطبيق لمبدأ حسن النية في التعامل الذي يمنع الإضرار بالمتعاقد البريء الذي لم يصدر عنه أي خطأ حتى يعاقب عليه [70]ص 124، ففي الحالة التي يصدر فيها التدليس عن الغير دون علم المتعاقد الآخر الذي كان حسن النية في تعاقدته لا بد أن يبقى العقد قائما ويحق للمدلس عليه مطالبة الغير بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إبرامه للعقد.

إلى جانب عيبي الغلط و التدليس أقر المشرع عيب ثالث في المادة 88 ق.م.ج يتمثل في الإكراه وعلى عكس المتعاقد الذي يقع في غلط أو المدلس عليه فإن المكره يعلم وقت إبرامه العقد أن رضاه معيب [61]ص 185، والإكراه هو ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيبيعث في نفسه رهبة على التعاقد تكون سببا في جعل رضاه غير سليما [79]ص 191، والعيب في هذه الحالة لا يكمن في الإكراه أو في التهديد و الضغط بحد ذاته بل يكمن في المفعول النفسي أو المعنوي الذي يرتبه على الضحية، فالإكراه لا يعيب الرضي إلا عن طريق الخوف الذي يولده في نفس المتعاقد المكره [24]ص 41.

ويعود تقدير هذه الخاصية وفقا للمعيار الشخصي بالإستناد إلى المميزات الشخصية للضحية كالمسن و الجنس و درجة الشجاعة كما يستند إلى الظروف الخارجية كالوقت والزمان، والعبرة في تحقق الإكراه تتعلق بعدم مشروعية الغرض الذي يراد الوصول إليه أولا وبعدم مشروعية الوسيلة المستعملة ثانيا فلو كان المكره يبتغي من وراء إكراهه الوصول إلى حقه بأن يضغط على إرادة شخص آخر عن طريق المطالبة بحق له تكون في هذه الحالة الوسيلة مشروعة و الغرض أيضا مشروع كالدائن الذي يهدد مدينه بالتنفيذ على ماله إذا لم يعطه تأمينا على عين بالذات فيضطر إلى إعطائه رهنا و عقد الرهن في هذه الحالة غير قابل للإبطال و لا يخالف مبدأ حسن النية لأن الوسائل المستعملة للضغط على إرادة المدين مشروعة و لا يقصد بها الدائن سوى الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع [75]ص 342، غير أن تهديد الدائن لمدينه بشهر إفلاسه إن لم يوافق على توقيع تعهد بالوفاء بمبلغ يزيد على ما هو مدين به فعلا يعتبر تهديدا غير مشروع [80]ص 122

وأشد مظهر للإخلال بمقتضيات حسن النية في إبرام العقود هو استعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى أغراض غير مشروعة كالتهديد بالإختطاف أو القتل إذا لم يبرم المتعاقد المكره العقد ففي هذه الحالة الإكراه محقق لأن سوء نية المتعاقد المكره واضحة [06]ص 329 كما يمكن أن يتحقق الإكراه في حالة الضرورة من خلال الضغط الذي تولده ظروف إقتصادية أو إجتماعية أو طبيعية تهيأت صدفة ويستغلها المتعاقد فيحمل من كان في هذه الظروف على إبرام العقد بشروط ما كان ليقبلها في ظروف عادية [61]ص 195، كحالة الطبيب الجراح الذي يطلب أتعابا باهضة لإجراء عملية مستعجلة و على ذلك

فإن إستغلال المتعاقد للظروف التي ولدت الرهبة في نفس المتعاقد وحملته على التعاقد تؤدي إلى قابلية العقد للإبطال لمخالفة مقتضيات حسن النية و نزاهة التعامل.

وعليه إذا كان الإكراه صادر عن المتعاقد فإن العقد يكون قابلاً للإبطال طبقاً لما تقضي به المادة 88 ق.م.ج و لا يثير هذا الحكم أية صعوبة لأن المشرع فضل حماية المتعاقد حسن النية على نظيره سيء النية ، لكن الصعوبة تثار إذا صدر الإكراه عن الغير خاصة إذا لم يكن أحد طرفي العقد متواطئاً مع هذا الغير كالمدين الذي يتعاقد مع الدائن تحت تهديد المدين الأصلي، بالرجوع إلى نصوص القانون المدني نجد أن المشرع قيد حق المتعاقد المكره في إبطال العقد بسبب الإكراه الصادر عن الغير باشتراطه علم المتعاقد الآخر بهذا الإكراه سواء علماً حقيقياً أو حكماً وفقاً لما تقضي به المادة 89 ق.م.ج فإذا كان الطرف الآخر حسن النية بمعنى أنه لم يكن يعلم ولم يكن في إمكانه أن يعلم بأمر الإكراه الصادر عن الغير يجب في هذه الحالة إحترام ما يقتضيه مبدأ حسن النية وإستقرار التعامل لأن العدالة تقتضي أن لا يهدر العقد إضراراً بمصالح المتعاقد الآخر إذا كان حسن النية [70]ص 133، وعليه فإن عدم إتصال الإكراه بالمتعاقد الحسن النية لا يؤثر في صحة العقد لكنه ينتج أثره كخطأ يوجب التعويض عليه وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية على فعل الغير و من هنا يظهر الدور الحمائي الذي يلعبه حسن النية و الذي يساهم في إستقرار التعامل و الحياة الإقتصادية [70]ص 135

إضافة إلى العيوب السابقة ذكرها يشكل كذلك الإمتناع عن الاستغلال مقتضى من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود لما يحققه هو الآخر من تعيب للإرادة، وبالرجوع لأحكام المادة 90 ق.م.ج يتضح أن للاستغلال عنصران أحدهما مادي وهو عدم تعادل إلتزامات الطرفين مطلقاً أما العنصر الثاني فهو شخصي يتمثل في إستغلال طيش بين أو هوى جامع لدى المتعاقد الآخر [40]ص 67 كما أن كلمتي البين والجامح تفيد العلم بالضعف الذي لحق بالطرف الآخر [81]ص 15 ومن العنصر الأخير يتبين لنا أن وجود الإستغلال دليل واضح على سوء النية ، فحسن النية يقتضي ألا يستغل الشخص المتعاقد ضعف إرادة المتعاقد الآخر لأن ذلك يؤدي لانعدام التناسب بين ما يحققه العقد من منفعة لطرفيه، وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يتعارض مع أي محاولة للتدخل في تعديل الإلتزامات غير المتكافئة [82]ص 12 لأن العقد وفقاً لهذا المبدأ هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة وضمانها بين أفراد المجتمع بحيث يستحيل أن يبرم أحدهم عقداً مضراً بمصالحه كما يرفض الإعتداد بالغبين في مجال العقود والذي يمثل المظهر المادي للإستغلال و ذلك بالإستناد إلى أن التعبير عن الرضي تم وفق إرادة حرة و مدركة ما يجعل إختلال التوازن مقبول به من قبل الأطراف المتعاقدة [24]ص 44 إلا أن أغلب الفقه يذهب اليوم إلى ضرورة التخلص من مبدأ سلطان الإرادة وأن يسعى العقد لتحقيق العدالة [17]ص 225 لأن إختلال التوازن يمس بالعدالة التعاقدية وبجانب أخلاقي يجب أن يرقى إليه العقد

و لا يكون هذا إلا بالرجوع إلى مبدأ حسن النية الذي يقضي بتقييد المتعاقد بقدر معين من الأخلاق بما يتضمنه من علاقات عادلة بين الأطراف [83]ص 186. فيجب ألا ينظر عند تقدير الشيء إلى القيمة

المادية بل إلى قيمته الحقيقية باعتبار ظروف التعاقد، لأن الغبن لا يقع إلا إذا أعطى الشخص ثمنا أكبر من القيمة الحقيقية للشيء وهو لا يقوم على ذلك إلا إذا كان واهما في قيمته أو مخدوعا فيها أو مضطرا إلى التعاقد، و لا يتحقق هذا إلا بسبب طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة [84]ص28. ومعنى هذا أن الغبن لا يكون إلا إذا وقع المتعاقد في حالة إستغلال من المتعاقد الآخر، فلا يعد الغبن إذن بموجب هذا المفهوم عيبا في العقد بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضا وتحدد درجة التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد بمعيار مرن إذ أنها لا تحدد برقم يجب أن يصل إليه الغبن بل تترك لظروف كل حالة على حدة [84]ص 28، و تجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضي عند تقدير الغبن الإستغلالي تكون أكثر منها في الغبن المجرد لذلك نجد أن الغبن الإستغلالي يعتبر مجالا من مجالات تدخل القاضي لتعديل العقد.

من خلال نظرية عيوب الرضي يبرز لنا الدور المزدوج لحسن النية في إبرام العقود فهو يلعب دور حمائي من ناحية بمساهمة في إستقرار التعامل و الحياة التعاقدية ومراعاة الثقة المتولدة بين الأطراف المتعاقدة و هو ما يتضح من خلال نظرية الغلط حيث عهد المشرع إلى تضيق دائرة الطعن بالبطلان في العقد بسبب الغلط بوضع شروط محددة يستلزم توافرها لقيامه عملا على إيجاد قدر من التوازن بين حماية الإرادة المعيبة وبين المحافظة على مبدأ إستقرار المعاملات، فلكي يتسنى للمتعاقد الواقع في الغلط طلب إبطال العقد عليه أن يثبت جوهرية المعلومات التي وقع الغلط بشأنها إضافة إلى إثبات إتصال هذا الغلط بالمتعاقد الآخر [84]ص 271، و حتى يعتد بالغلط المؤثر و المبطل للعقد يجب أن يكون الطرف الواقع في الغلط معذورا فيه أي لا يكون قد صدر منه خطأ جر به إلى الغلط كامتناعه عن واجب الاستعلام الذي يفرضه حسن النية في تكوين العقد وفي هذا يشترط الإجتهد الفرنسي أن يكون الغلط المعيب للإرادة مغتفرا بمعنى أن لا ينطوي على خطأ فادح.

حيث وافقت محكمة التمييز الفرنسية قضاة الأساس على ردهم دعوى شاري العقار لعله أن البائع أخبره بأن ثمة مشروعا للتنظيم المدني يتناول العقار وأن الشاري نفسه مهندس و ينبغي له بصفته هذه أن يستعلم عن الإجراءات التي تجعل العقار الذي اشتراه غير صالح لأن يقيم عليه البناء الذي فكر فيه أو صمم عليه [85]ص 191 وهو المنهج الذي اعتبره البعض وسيلة محدودة لتحقيق الحماية للمستهلك بالنظر إلى الشروط و القيود التي تحكم المتعاقد في طلب إبطال العقد بسبب هذه الفروض [23]ص271.

أما الدور الثاني لحسن النية في تكوين العقود يظهر من خلال توسيع هذا المبدأ من الطابع غير المشروع لعيوب الرضي [70]ص 135، من خلال تقرير البطلان و أحكام الضمان والتعويض عن كل خطأ يشكل إخلالا بمقتضيات هذا المبدأ فالكتمان المنصب على إخفاء عيب في محل العقد يؤدي إلى إلتزام البائع بضمان هذا العيب [86]ص 87 وفقا لما تقضي به المادة 379 ق.م.ج. و المدقق بمقتضيات حسن النية في تكوين العقود يجد بأن الخطأ الذي يشكل إخلالا بها قد لا يتضمن دائما نية الإضرار بالطرف المقابل كما يصطلح عليها الفقهاء بسوء النية و الذي يشكل إخلالا بمقتضيات حسن النية وفقا للمعيار الذاتي

بل يشمل كذلك الخطأ غير المغتفر وهو الخطأ الذي لا تتصرف نية فاعله إلى إحداث نتائج الضارة المترتبة عليه ولكنه يتسم بقدر من الجسامة تدل على مدى إستهتار فاعله.

2.1.2. فعالية المبدأ في تكوين العقد

إن ما طرأ على العالم من تقدم علمي وما رافقه من تطور في حقل الإنتاج الإقتصادي و التعامل المالي أدى إلى بروز تقنيات متعددة الجوانب وغير متيسرة الفهم من قبل عامة الناس الممثلين بالمستهلك العادي [21]ص 178 خاصة في ظل التفاوت بين البشر من ناحية العلم والمعرفة بالأمور الحياتية، ولكي تأتي المعاملات بين المستهلك و المنتج سليمة من العيوب وخالية من كل إستغلال يفرض حسن النية في مرحلة تكوين العقد بعض الإلتزامات بهدف الوصول إلى رضى مستنير و الإحاطة بالموضوع التعاقدى من كل الجوانب وبالتالي حماية الإرادة من العيوب التي يمكن أن تعثرها و لا يتحقق ذلك إلا من خلال الإلتزام بالإعلام (الفرع الأول) و الإلتزام بالإستعلام (الفرع الثاني)

1.2.1.2. الإلتزام بالإعلام

الأصل أن الإنسان لا يلزم إلا بما إرتضاه و لا يجوز توسيع الإلتزامات و اعتبارها نوع من القيد على حرية الإرادة و لا يمكن قبول هذا الرأي لأول وهلة وقبول وجود إلتزام على المتعاقد بإحاطة الطرف الآخر بكل ما يتعلق بالعقد المزمع إبرامه، ولكن الفقه والإجتهد الحديثان يقولان بأن هناك إلتزام يقع على عاتق المتعاقدين بأن يعلم كل منهم الآخر بكل ما يعرفه عن العملية التعاقدية [34]ص 09، وفي غياب النصوص القانونية الصريحة في أغلب التشريعات إختلف الفقه والاجتهاد حول أساس هذا الإلتزام منهم من فسر هذا الإلتزام بالإستناد إلى نظرية عيوب الرضى و خاصة عيبي التدليس و الغلط فقد ذهب المحاكم في بعض الحالات إلى اعتبار الكتمان تدليسا مما يؤدي إلى بطلان العقد إستنادا لنص المادة 1116 مدني فرنسي وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 2/86 ق.م.ج [87]ص 13 في حين اعتبر جانب من الفقه أن الإلتزام بالإعلام ما هو إلا تطبيق لنظرية العيوب الخفية على أساس أن العيب يكون خفيا لعدم قيام البائع بالكشف عنه للمشتري قبل إبرام عقد البيع الأمر الذي يجعل الضمان جزاء لعدم القيام بالإعلام [09]ص 686

و هناك من يذهب إلى اعتبار أساس هذا الإلتزام قواعد الأخلاق أي أن كل شخص وضمن أخلاقية معينة في سبيل تحقيق مصالحه سيحقق مصالح الآخرين عبر إعلامهم لذا يتوجب على كل طرف ألا يلتزم الصمت بل عليه أن يوصل للآخر قدرأ من المعلومات على أن تكون صادقة حتى و لو لم تكن دقيقة [08]ص 197، لذلك أصبح مبدأ حسن النية يفرض نفسه أمام كل علاقة تعاقدية بكل ما يتفرع عنه من واجبات أخلاقية تسعى إلى حماية أطراف تلك العلاقة الأمر الذي جعل القضاء يأخذ به كأحد شروط صحة تكوين العقد [26]ص 378.

ويعرف الإلتزام بالإعلام بأنه إلتزام سابق على التعاقد يتحدد محله في قيام المدين به بإخطار الطرف الآخر بكافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه سواء من ناحية شروطه أو أوصافه بحيث يقبل التعاقد على إبرام العقد و هو على بينة من أمره [88]ص 45 ويطلق بعض الفقه هذا الإلتزام لتوضيح المقصود به الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات [89]ص 366 وهذا تطبيقاً للقواعد العامة خاصة المادة 1/352 ق.م.ج التي تنص على: « يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه ... » وهذا الإلتزام هو الذي يفرض على المؤمن له تقديم البيانات الصحيحة و الدقيقة عن الخطر المؤمن منه حتى يتسنى للمؤمن تقديره تقديراً حقيقياً وفقاً لما تقتضيه المادة 108 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات فلا يمكن للمؤمن مثلاً دون مساعدة المؤمن له أن يعرف ما إذا كانت له عقود تأمين مبرمة مع مؤمن آخر لضمان نفس الخطر أو ما إذا كان طالب التأمين على نفس الشيء ورفض طلبه من قبل [90]ص 18.

ويغطي الإلتزام بالإعلام المرحلة السابقة على التعاقد أي مرحلة المفاوضات كما يتزامن ومرحلة إبرام العقد و بهذا يختلف عن الإلتزام التعاقدى بالإعلام اللازم لتنفيذ العقد و المرتبط بحسن تنفيذ الإلتزامات القانونية الأصلية و هو التزم يقتضيه واجب المشاركة أو التعاون بين المتعاقدين في تنفيذ العقد .

وحتى نكون بصدد العدالة التعاقدية و يتم إبرام العقود وفقاً لما يقتضيه حسن النية ذهب الفقه إلى أن الإلتزام بالإعلام لن يقوم إلا بتوافر شرطين: يتمثل الأول في جهل الدائن بالمعلومات العقدية اللازمة لإبرام العقد، أما الشرط الثاني فيتمثل في علم المدين بالبيانات العقدية و بمدى أهميتها بالنسبة للدائن.

- جهل الدائن بالمعلومات العقدية اللازمة لإبرام العقد: حيث يرى الفقه أن الأسباب التي تحول دون إحاطة المستهلك بالبيانات في هذه الحالة لا تخرج عن فرضين يتعلق الأول بالجهل المستند إلى إستحالة العلم هذه الإستحالة التي قد تكون موضوعية أو شخصية، ويقصد بالإستحالة الموضوعية إستحالة العلم بالبيانات و المعلومات المتعلقة بالشيء محل العقد المراد إبرامه سواء كانت هذه المعلومات تتعلق بوضع الشيء القانوني أو المادي أم بطرق إستخدامه، و المجال الخصب لهذا التطبيق هي العقود التي يكون محلها إعطاء شيء كعقدي البيع والإيجار، إلا أن هذا الشرط لا يمكن التسليم به على إطلاقه لأنه إذا كان يستقيم بالنسبة للأوصاف المادية للشيء فإنه لا يتحقق بالنسبة للمعلومات المتعلقة بالوضع القانوني للشيء خاصة و أن الواقع العملي يكشف عن الكثير من الحالات التي يقوم فيها المتعاقدان بإخفاء سابقة وجود حقوق عينية أو شخصية تثقل محل العقود المبرمة. أما الإستحالة الشخصية فيقصد بها إستحالة العلم بالبيانات محل الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام لأسباب تتعلق بشخص الدائن الذي نشأ له حينئذ حق يقابله إلتزام الطرف الآخر بإمداده بتلك البيانات قبل أو أثناء إبرام العقد، و تتحقق هذه الإستحالة عندما يكون المقبل على التعاقد عديم الدراية أو الخبرة بموضوع العقد فينطبق عليه عندئذ و صف غير المهني فيما يتعلق بمجال المعاملة.

إلا أن هناك تساؤلاً يفرض نفسه في هذا المقام حول ماهية المعيار الذي يجب أن يقاس به مدى الإعتماد بالأسباب الشخصية لإستحالة علم الدائن بالمعلومات و البيانات اللازم توافرها حيث يتنازع هذه

المسألة إتجهان يذهب الأول إلى وجوب الأخذ بمعيار ذاتي أو شخصي يتم فيه مراعاة ظروف و أحوال الشخص المقبل على التعاقد من حيث مدى قدرته أو كفاءته في الحصول على المعلومات اللازمة لإبرام العقد، بينما يذهب الإتجاه الآخر إلى أهمية الإستناد إلى المعيار الموضوعي و الذي يتم فيه تقدير هذه الأسباب وفقا لمعيار الرجل العادي في ضوء إعتبارات و معايير مجردة، إلا أننا نرى وجوب الأخذ بالمعيارين معاً لتحقيق حماية فعلية للمستهلكين و إستقراراً للمعاملات من خلال الإعتداد بكفاءة ودراية المتعاقد في ضوء كافة الظروف و الملابسات المحيطة بموضوع المعاملة. أما فيما يتعلق بالفرض الثاني المتمثل في الجهل المستند إلى الثقة العقدية المشروعة فنجد أن الأمر لا يتعلق بحسن النية العقدية وإنما بثقة خاصة ناجمة إما عن طبيعة العقد ذاته كعقد الشركة والتأمين و الوكالة أي العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي أو نتيجة لصفة تتعلق بالطرف الآخر كانتمائمهم لنفس العائلة أو لاختلاف في مراكزهم كالمحترف و عديم الخبرة [09]ص 715، فالطبيب مثلا يلتزم إتجاه مريضه بإعلامه مسبقا بكل ما يتعلق بمرضه و تقديم النصح له و ما يترتب على العلاج من آثار جانبية وكيفية تلافيه إن أمكن و تحديد نوع العلاج الطبي الذي يتفق مع حالة مريضه، و خاصة بالنسبة للحالات الحرجة كذلك التي تتطلب عمليات جراحية باستئصال جزء من الجسم كلية أو جزئياً أو زرع عضو جديد في جسمه و بيان المخاطر التي تظهر نتيجة العملية،ليتمكن المريض من إتخاذ قراره وهو على بينة من أمره [59]ص 716.

- علم المدين بالبيانات العقدية وبمدى أهميتها بالنسبة للدائن: حيث لا يقبل من المدين أي عذر بجهله بالمعلومات إذا كان يجب عليه أو على من كان في مكانه العلم بهذه المعلومات، و بهذا قضت أحد المحاكم الفرنسية من خلال إلغائها بيع أرض إستنادا إلى وجود إخلال بالإلتزام بتقديم البيانات عندما لم يتمكن المشتري من الحصول على إجازة بناء بحجة أن قرار الفرز لم يصدر، وقد صادقت محكمة النقض الفرنسية على هذا القرار على اعتبار أن البائع المتمثل في شركة تتاجر في العقارات من ذوي الخبرة بالمعلومات العقارية ومن واجبها العلم بحالة الأرض من حيث الإفراز ومن ثم كان عليها إعلام المشتري الذي لا يمتلك خبرة البناء في المدينة [06]ص 385. ومن هذا يتبين لنا أنه على المدين بالإلتزام بالإعلام أن يعلم بكافة البيانات المتعلقة بالعقد كي يتمكن من إحاطة الدائن علما بها، ولا يسعفه القول بأنه كان جاهلا بها بل عليه أن يثبت أن جهله كان مبررا في هذا المجال.

و هنا يثور التساؤل عن حدود المعلومات التي يلتزم المتعاقد بتقديمها إلى الطرف الآخر ؟ من المتفق عليه أن كل متعاقد يستطيع أن يستند في هذا الصدد إلى معيار محدد وهو معيار الإرادة الحرة الواعية، وبمعنى آخر تكون المعلومات مهمة بالنسبة للطرف الآخر كلما كان من شأنها أن تؤدي إلى إتخاذ قرار قبول التعاقد عن إرادة حرة وواعية وتمنع الوقوع في الغلط أو التدليس أو المفاجأة بعبعب خفي في المبيع أو منازعة الغير فيه [34]ص 10، لأن الهدف الأسمى في تقرير هذا الإلتزام هو تمكين الطرف المقبل على التعاقد أن يقرر عن بينة مدى ملائمة هذا التعاقد لإشباع حاجته التي يرمي إليها ، ولذلك فإن من مقتضيات تحقيق هذه الملائمة خاصة أنها ذات طابع مرن أن يتسع نطاق المعلومات التي يلتزم المدين

بالإدلاء بها ليشمل كل ما يؤثر في قرار المدين حول مدى إقباله على التعاقد بالمفهوم الواسع حتى ولو كانت هذه المعلومات خارجة عن نطاق العقد المزمع إبرامه طالما كان لها تأثير على قرار الدائن بالتعاقد [23]ص228.

ونظرا للذاتية الخاصة التي يتمتع بها الإلتزام بالإعلام بالبيانات في الفترة السابقة على إبرام العقد و أثناء إبرامه يتعين عدم الخلط بينه باعتباره إلتزام عام مرتبط بكل العقود و بين إلتزامات أخرى قد تتشابه معه منها الإلتزام التعاقدي بتقديم الإستشارة الفنية هذا الإلتزام الذي ينشأ عن عقد خاص يكون الهدف من إبرامه تقديم الإستشارات أو النصيحة الفنية من أهل الخبرة [88]ص368، فالإستشارة الفنية عبارة عن تعهد متعلق بتنفيذ عقد معين يلتزم فيه أحد الأطراف بتقديم بيانات و معلومات معينة في مجال قانوني أو فني متخصص [23]ص218 يتطلب من المدين فهما لما يتوافر لديه من صفة مهنية تمكنه من التدخل إيجابا في شؤون الدائن و حثه على الإقدام على أمر معين أو الإحجام عنه [88]ص39، وهو إلتزام عقدي يجد مجاله لحظة إبرام العقد بخلاف الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الذي يتطلب قبل أو لحظة إبرام العقد الأمر الذي يترتب عنه و إختلاف الجزاء عن الإخلال بالإلتزامين، فالإخلال بالإلتزام بتقديم المشورة أو النصيحة يثير قواعد المسؤولية العقدية، بخلاف الإخلال بالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الذي يجد مجاله في الرضى فيمكن تبعا لذلك طلب إبطال العقد نتيجة تعيب الرضا بالإضافة إلى طلب التعويض وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية [23]ص219.

كما قد يتوجب التمييز بين الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام و الإلتزام التعاقد بالإعلام لأن الأول ينفصل عن العقد و ينشأ في المرحلة السابقة على التعاقد أو لحظة إبرام العقد أما الثاني فينشأ بمناسبة كل عقد و في حدود ما يقتضيه كل عقد، فهو إلتزام تبعية يسمح بحسن تنفيذ الإلتزامات القانونية الأصلية و إن كان الفقه يطرح صعوبة التمييز بين هذين الإلتزامين بل و إستحالة ذلك أحيانا لذلك يقول الفقيه غستان بأن الحدود الفاصلة بين هذين الإلتزامين لا يمكن رسمها إن لم يكن الأمر مستحيلا [89]ص370

و عملا على تحقيق حماية فعلية للمستهلك كان من الضروري تقرير إلتزام عام بالتحذير يقع على جميع الأطراف المتعاملة في المنتجات التي تتسم بطابع الخطورة سواء في ذاتها أو في طرق إستخدامها، و بهذا يختلف عن الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام حيث يتسع هذا الأخير ليشمل كل ما من شأنه التأثير على رضا الدائن، بينما يتحدد نطاق الإلتزام بالتحذير في الإدلاء بالبيانات و المعلومات التي تتعلق بالصفة الخطرة في الشيء محل التعاقد سواء تعلق الأمر بحيازته أو باستعماله [86]ص57، إضافة إلى أن هذا الإلتزام يجد أساسه في فكرة الإلتزام بضمان السلامة لأن الهدف المنشود من تقريره هو حماية المستهلكين من أضرار المنتجات الخطرة، فيعد بذلك الإلتزام بالتحذير نصيحة سلبية تفترض إثارة الإنتباه إلى العوائق التي يمكن أن تنجر عن عدم الأخذ بالنصائح الموصى بها [87]ص22

وإزاء هذا الإختلاف حول التمييز بين هذه الإلتزامات، ذهب الفقه إلى أن جميع هذه الألفاظ ما هي إلا مترادفات لبعضها البعض و الخلف بينها لغوي أو نظري فقط حيث أثر هذا التعدد اللغوي على تحديد

مفهوم الإلتزام بالإعلام [88]ص 42، فكل هذه الإلتزامات تنطوي تحت مفهوم واحد هو الإلتزام بالإعلام مع تفاوت في الدرجة.

ويظهر هذا التفاوت بشكل خاص في عقد البيع بحيث يندرج الإلتزام بالإعلام بحسب طبيعة المبيع، فيعتبر مجرد إفشاء أو مصارحة إذا كان المبيع مألوف الإستعمال و غير معقد و يصبح إلتزاما بالنصح و الإرشاد إذا تعلق الأمر بالمنتجات الصيدلانية، ليصل إلى درجة التحذير إن كان المنتج خطيراً فيلتزم المنتج بالتنبيه بمخاطر المبيع و الإحتياطات الواجبة في إستعماله.

و يندرج كذلك الإلتزام بالإعلام ليصبح إلتزاما بتقديم العون التقني أو الفني (Assistance technique) بالنسبة للآلات و المعدات المعقدة أو الحديثة بما في ذلك بيوع الحاسوب خلال الفترة

الكافية لاستعماله بالنسبة للمستهلك غير المهني [91]ص 34.

ويصبح هذا الإلتزام أكثر إلحاحا إذا تعلق الأمر بعقود الاستهلاك حيث يلتزم المهني أو المحترف بإعلام المستهلك بالمعلومات و البيانات المتعلقة بوضع السلعة أو الخدمة محل العقد و البيانات المتعلقة باستخدام الشيء أو بالانتفاع بالخدمة خاصة إذا تعلق الأمر بسلع حديثة العرض في الأسواق أو تتسم بالخطورة الكامنة فيها أو في إستخدامها [88]ص 54، وإذا كان الأخذ بالسكوت العمدي أو الكتمان التدليسي يعتبر تكريسا للإلتزام بحسن النية الذي يجب التقيد به منذ مرحلة التفاوض بشأن العقد فلا شك أن هذا الإلتزام يقع على عاتق طرفي العقد غير أن ذلك لا يعني أنه يتقل كاهلهما بذات الدرجة لأنه يكون مشدداً في جانب المتعاقد المهني أو المتخصص وهو ما يبرره غاية مشروعة مضمونها حماية من لا يعلم في مواجهة من يعلم أو يفترض علمه بسبب صفة لحقته هي صفة الإحتراف و التخصص [92]ص 87، فإذا ما تعاقد شخص عادي مع آخر محترف تقوم قرينة لصالح الأول بأن المتعاقد المحترف يعلم بالبيانات المطلوبة و بتأثيرها على إرادة الطرف الآخر، و التي يطلق عليها الفقه المعاصر (قرينة تشبيه المتعاقد المحترف بالمتعاقد سيء النية) والتي يترتب عليها تشديد مسؤوليته و عدم إستفادته من شروط الإنقاص أو الإعفاء من الضمان ، غير أن هذه الغاية لا ينبغي أن تؤدي إلى تحريف فكرة قانونية راسخة لها حدودها و ضوابطها وشروط إعمالها فما من شك أن قوام التدليس هو نية التضليل لكن لا يمكن الحديث عن التدليس إذا ما كان عدم الإدلاء بالمعلومات المؤثرة في التعاقد نتيجة إهمال من المتعاقد ولو ترتب على ذلك إيقاعه في غلط يعيب رضاه كما سبق القول.

ويعتبر الإلتزام بالإعلام تجسيدا للمظهر الإيجابي لمبدأ حسن النية ويتدرج هذا الإلتزام من حيث القوة من مجرد إلتزام ببذل عناية إلى حد أن يصبح إلتزاماً بتحقيق نتيجة بحسب عدة عوامل، و يبلغ الأمر أقصىاه عندما يتعلق العقد بشيء خطير و حديث في نفس الوقت والمشتري غير ممتهن كما هو الحال بالنسبة للأدوية فقد اعتبر القضاء أن إلتزام المنتج في هذه الحالة إلتزام بتحقيق نتيجة [34]ص 16.

و عليه يمكن القول أنه بقدر ما يكون طرفا العقد ممتهين يضعف الإلتزام بالإدلاء بالبيانات وبقدر ما يكون البائع ممتهنا و الشاري غير ممتهن يكون الإلتزام أكثر تطلبا لدى البائع وعدم معرفة الشاري تكون

مغتفرة [06]ص368. وقد تدخل المشرع لحماية إرادة المشتري و إعادة التوازن بين طرفي العقد بإقرار حماية مدنية من الدعاية التجارية الكاذبة أو المضللة التي تعد إخلالا واضحا و جليا بقواعد المنافسة التجارية الحرة، ففيما يتعلق بالالتزام بالإعلام بمضمون العقد فإنه بالإضافة للإلتزام التقليدي الذي يقضي بعدم غش المستهلك أو خداعه أو تغريره بالسكوت (المادة 86 و المادة 87 ق م ج)، توجب المادة 17 من القانون 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش [93]ص على أنه على كل متعامل إعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للإستهلاك، و يتجلى ذلك أيضا بما ورد في المادة 4 من القانون 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية [94]ص المعدل و المتمم بالقانون 06/10 المؤرخ في 2010/08/15 و التي تقضي بأن يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات و شروط البيع، وهو ما أكده المشرع في المرسوم رقم 367/90 المؤرخ في 1990/11/10 المتعلق بالوسم و تقديم المواد الغذائية [95]ص على وجوب الإعلام المادي للمستهلك .

وبهذا يتضح أن الإلتزام بالإعلام يعد من أهم مقتضيات حسن النية في إبرام العقود لما يوفره من حماية للطرف الآخر، يمكن هذا لا يعني وقوف هذا الأخير مكتوف الأيدي لأن حسن النية يفرض عليه هو الآخر واجب الاستعلام لأن الغاية من التعاقد لا يمكن بلوغها إلا بالإفصاح من قبل أحد الطرفين واستعلام من الطرف الآخر.

2.2.1.2. الإلتزام بالاستعلام

يفرض حسن النية في إبرام العقود على الطرفين إلتزاما إيجابيا بالسعي نحو الاستعلام إذ ليس من العدالة أن يفرض إلتزاما بالإعلام على أحد المتعاقدين دون أن يتحمل الطرف الآخر إلتزاما مقابلا [05]ص381 لذلك وجد الإلتزام بالاستعلام كمعيار لقياس مدى علم المدين بالمعلومات و البيانات العقدية و كشرط لقيام الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام [23]ص 255 لأن حدود هذا الأخير تقف عندما يبدأ الإلتزام بالاستعلام المفروض على كل متعاقد [21]ص189.

ويقصد بالاستعلام الإحاطة بكل ما يخص موضوع التعاقد [34]ص 20 بالإستناد إلى كل مصادر المعلومات الممكنة [95]ص 326، فالمشتري يجب أن يكون حريصا على جمع كافة المعلومات الخاصة بموضوع شرائه إذ عليه أيضا السعي للإستعلام و لا يحد من هذا الإلتزام سوى عدم خبرته أو معرفته بصورة مشروعة ، فيقع على عاتق كل متعاقد السعي بالذات أو الواسطة إلى العلم بكل ما هو ضروري ومؤثر في قراره للتعاقد [54]ص 23، ووجد هذا الإلتزام مبرر نشأته في المسؤولية المباشرة للمدين عن الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام لاستفادة المتعاقد الآخر من المعقود عليه بصورة مثلى، فضلا عن أنه المستفيد من إقامة هذه العلاقة فلا أقل من أن يضمن كافة النتائج الإيجابية المأمون تحقيقها ، كذلك حيازة المدين للمعلومات المؤثرة و الجوهرية في التعاقد في نفس الوقت الذي يستحيل فيه على الدائن الإتيان بها أو

إستعابها بمفردة فرض من شأنه أن يخلق واقعا مؤداه عدم قدرة هذا الدائن على الإلمام بهذه المعلومات سوى عن طريق هذا المدين **[23]ص 258**

لذلك نجد المشرع فرق فيما يتعلق باشتراط العلم بالبيانات و المعلومات العقدية بين نوعين من الحالات أحدهما ضرورة تحقق العلم بالبيانات العقدية كشرط لترتيب آثارها المترتبة عليها كاشتراط المشرع إتصال العيب بالمتعاقد الآخر فيما يتعلق بعيوب الرضا حتى يمكن إعمال الأمر المترتب على إثبات وجوده و هو قابلية العقد للإبطال ،كما قصر المشرع إلتزام المؤجر بالضمان في نص المادة 488 ق.م.ج على العيوب التي لم يعلم بها المستأجر وقت التعاقد فلا مجال للإلتزام بالضمان إلى جانب هذا توجد حالات لم يشترط فيها المشرع العلم بالبيانات العقدية حتى ترتب آثارها ، كضمان العيوب الخفية حيث لا يعد علم البائع شرطا للإلتزامه بالضمان وفقا لما تقضي به المادة 379 ق.م.ج فإذا كان المالك جاهلا للبيانات التي من المؤكد أن يسأل عنها الطرف الآخر فإن عليه أن يسعى ويستعلم عنها و لا يتذرع بجهله بالبيانات الهامة التي يكون لها تأثير على التراضي و الإلتزام بالاستعلام في هذه الحالة هو إلتزام ببذل عناية ، إذ عليه أن يسعى ويبذل العناية اللازمة لمعرفة البيانات المتعلقة بمحل التعاقد، تمهيدا للإدلاء بها للطرف الآخر عند طلب الإستعلام عنها **[05]ص 382** ويصعب جعله إلتزاما بتحقيق نتيجة لعدم وجود نص صريح يحمل المدين عبء العلم بالبيانات في جميع الحالات ،أما في حالات ضمان التعرض و الإستحقاق و العيوب الخفية لا يمكن للمدين دفع المسؤولية عنه بإثبات أنه بذل عناية الشخص العادي أو بإثبات السبب الأجنبي لأن الإلتزام بالإدلاء بالبيانات عند إبرام العقد يقوم كإلتزام تباعي يندرج تحت الإلتزام الأصلي للمتعاقد بالضمان **[05]ص 383**

و هنا تثور مسألة جهل المدين في الإلتزام بالإعلام ببعض البيانات و المعلومات اللازمة حول العقد المراد إبرامه و من ثم يتعذر عليه الإدلاء بها للدائن رغم أنها ذات تأثير بالغ على رضاه بالعقد، وعلى إثر ذلك نشأ ما يسمى بالإلتزام بالاستعلام من أجل الإعلام و الذي يسعى بمقتضاه الراغب في التعاقد للحصول على معلومات وبيانات حول العقد المراد إبرامه ليس بغرض إستفادته شخصيا منها بل من أجل الإفضاء بها إلى الطرف الآخر بهدف المساهمة في تبصيره و تنوير إرادته لدى إقباله على التعاقد **[23]ص 257** فإذا قام البائع بالإستعلام عن البيانات المتعلقة بمحل عقد البيع وقام بتزويد المشتري بها عند سؤاله عنها عد البائع حسن النية ويبرأ بذلك من الضمان **[09]ص 696**.

فموجب الإستعلام إذا مفروض على طرفي العقد فالبايع يستعلم ليطلع الشاري وهذا الأخير يستعلم ليكون على بينة من مواصفات وفاعلية الشيء المبيع ،فإذا حصل خلل من قبل أحدهما في موجب الإستعلام تحمل مسؤولية النتائج المترتبة على ذلك عندما تكون قد انعكست على العقد، فإما تقبل دعوى المشتري بالبطلان في حال لم يعلم من قبل البائع و جهالة المشتري بالشيء في هذه الحالة تكون مغتفرة ،وإما ترد دعوى الشاري لأن عدم معرفته غير مغتفرة سواء لكونه ممتهدنا أو لعدم إستعلامه، ويؤسس جانب من الفقه واجب الإستعلام على فكرة الغلط غير المغتفر **[17]ص 484-485** وهو الغلط الذي يقع فيه المتعاقد بخطأ

منه يجعل القضاء يرفض إبطال العقد بعد أن يقدر الظروف المحيطة بالمتعاقد لتقرير خطأه [21]ص 193 كما يمكن إستخلاص الإلتزام بالإستعلام من أحكام المادة 75 ق.م.ج التي ألفت على المتعاقد مع النائب واجب التحقق من وجود النيابة وحدودها إذا كانت شخصية الأصيل محل اعتبار لديه

2.2. حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد

العقد من حيث تنفيذه و التقيد بأحكامه تتنازعه نزعتان متضادتان تنادي أولاهما بتقديس العقد وما تضمنه من أحكام متفق عليها من عاقدية وتجعل له قوة ملزمة فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق عاقدية أو للأسباب التي يقررها القانون فيعد بذلك العقد شريعة عاقدية له القوة الملزمة عينها التي للقانون [97]ص 54. وتستند القوة الملزمة للعقد وفقا لهذه النزعة إلى مبدأ سلطان الإرادة وضرورة إحترام العهد المقطوع و استقرار المعاملات (المطلب الأول).

أما النزعة الثانية فلا تقف عند حدود سلطان الإرادة وما تتجه إليه هذه الإرادة وإنما تضيف إليها مسحة أخلاقية تتمثل فيما يجب أن يظل تنفيذ العقد من إعتبرات تمليها العدالة ويفرضها ما يجب أن يتوافر لدى عاقدية من حسن نية في التقيد به و تنفيذ أحكامه وبنوده الأمر الذي يسمح للقاضي بالتدخل في العلاقة التعاقدية إذا خرجت عن هذه الإعتبرات (المطلب الثاني).

1.2.2. حسن النية في القوة الملزمة للعقد

يحكم تنفيذ العقد مبدأ هام هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومقتضاه أنه يجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه [1]ص 447 وفقا لما تقضي به المادة 107 من ق.م.ج وبناءاً عليه لا يمكن لأحد أطرافه أن يستقل بنقضه أو التعديل في أحكامه إلا إذا اتفق معه الطرف الآخر على ذلك أو بناءاً على الأسباب التي يقررها القانون [98]ص 193، وأمام حدة وصرامة هذا المبدأ كان لا بد من وجود مبدأ آخر يخفف من شدته ويقلل من صرامته، وهذا ما حدث فعلا عندما نص القانون على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود في نص المادة 1/107 ق.م.ج بقولها (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية...) ومن هنا وجب على المتعاقدين التقيد بالإلتزامات المتفرعة عن هذا المبدأ كمصدر للقوة الملزمة للعقد وهي الإلتزام بالتعاون (الفرع الأول) و الإلتزام بالنزاهة (الفرع الثاني)

1.1.2.2. الإلتزام بالتعاون

يعتبر التعاون من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود. ذلك أن مبدأ حسن النية والعدالة يباين أن يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفائدتها على حساب الطرف الآخر [05]ص 453 حيث يقتضي هذا الإلتزام الإيجابي قيام كل طرف بإطلاع الطرف الآخر بكل ما يتعلق بتنفيذ العقد و ماله من تأثير عليه، و فرض هذا الإلتزام كان نتيجة طبيعية للتطورات الجديدة في لعلاقات العقدية خاصة في ظل عدم المساواة

الإقتصادية بين الأطراف المتعاقدة و ضرورة تحقيق العدالة بينهم و هو ما لا يتأتى إلا بوجود روح التعاون بين الأطراف المتعاقدة، و يجد الإلتزام بالتعاون أساسه في نصي المادتين 2/107 و 2/111 ق.م.ج حيث تنص المادة 2/107 على: (... و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة، بحسب طبيعة الإلتزام...) كما نصت المادة 2/111 على (...مع الإستهداء بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات) ويعزي الفقه مصدر هذا الإلتزام المشترك بالتعاون إلى العرف المألوف في التعامل أو طبيعة العقد ذاتها التي تفرض قدراً كبيراً من الثقة و الأمانة بين المتعاقدين، فالعقد لا يقتصر على الإلتزامات الصريحة المحددة فيه بل يتناول إلتزامات تكميلية أو إضافية تعد من مستلزماته الضرورية، ففي عقد النقل مثلا يلتزم الناقل بنقل الشخص و هو إلتزام رئيسي و أيضا بإيصاله سالما و هو إلتزام إضافي أو فرعي ملزم له، ولتحديد هذه الإلتزامات التي تعتبر من مستلزمات العقد يرجع إلى طبيعة التعامل و إلى أحكام القانون و العرف و إلى القواعد القانونية .

ويظهر لنا الإلتزام بالتعاون بشكل واضح و جلي في عقد الشركة باعتبار أن هذا العقد يقوم على نية المشاركة بين الشركاء وخاصة شركات الأشخاص [34ص] 152 بحيث تعتبر نية المشاركة ركن ضروري لصحة الشركة فلا يمكن أن تقوم بدونها كما جاء في نص المادة 416 ق.م.ج [12ص].

كما يقتضي حسن النية التعاوني أن يقوم البائع بتمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة لا يعكرها تعرض يعطل كل أو بعض ما يخول له القانون من حقوق و سلطات على المبيع . لذلك فرض المشرع على البائع إلتزاما مزدوجا بعدم تعرضه الشخصي وبعدهم تعرض الغير، وحتى يتمكن البائع من تحقيق هذا الضمان يلزم أن يكون المشتري قد قام بإخطاره بتعرض الغير له في الوقت المناسب وفقا لما تقتضي به المادة 2/372 ق.م.ج فيكون إلتزام المشتري بإخطار البائع عن تعرض الغير و قيام البائع بالتدخل إلى جانب المشتري أو محله لدفع هذا التعرض هو في حقيقتة تطبيق لفكرة التعاون الذي هو أحد مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود .

كما يقتضي الإلتزام بالتعاون من الطرفين أن يبذل كل منهما ما في وسعه لتمكين الطرف الآخر من تنفيذ إلتزامه من خلال واجب التبصير والإعلام بالظروف و الوقائع ذات الأهمية في تنفيذ العقد [67ص] 347، ومثال ذلك إلتزام بائع الأجهزة الكهربائية بأن يبين للمشتري طريقة الإستعمال ومخاطره [67ص] 347 وكذلك الحال بالنسبة لشركات الأدوية، وواجب التعاون هو الذي يفرض على المستأمن في عقد التأمين إبلاغ المؤمن بكافة الظروف التي تستجد أثناء العقد و التي يكون من شأنها زيادة الخطر المؤمن منه وفقا لما تقتضي به المادة 15 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات. كما ألزمت المادة 497 ق.م.ج المستأجر بإخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كحدوث أي إعتداء على العقار أو أي تصدع يتعرض له، كما يقتضي الإلتزام بالتعاون عدم تمسك الدائن بحرفية ما تم الإلتفاق عليه إذا لم تكن له مصلحة في ذلك فإذا تم الإلتفاق في عقد المقاوله على تركيب نوع معين من الأدوات وتعذر الحصول عليها

إلا بنفقات كبيرة على الدائن أن يتقبل تركيب أدوات من نوع آخر طالما كانت من نفس جودة النوع الأول ولا تختلف عنها في شيء [97]ص 312. ويفترض الإلتزام بالتعاون على المتعاقد القيام بتنفيذ إلتزاماته بأحسن الطرق و أفضلها و باستعمال الوسائل الأكثر أماناً و الأكثر سرعة فالسائق الذي يتعاقد مع صاحب بضاعة يتوجب عليه إيصالها سليمة بإتباع أسهل الطرق و بأقل التكاليف كما يتوجب عليه الحرص عليها حرص المالك لها [24]ص 138

وتبرز كذلك فكرة التعاون في عقد العمل حيث يلتزم العامل بالإخلاص والولاء لصاحب العمل من خلال محافظته على أسرار العمل وتوفير النفقات وتحقيق الأرباح وحرص صاحب العمل على سلامة عماله وتوفير الجو الملائم للعمل [67]ص 348

2.1.2.2. الإلتزام بالنزاهة

تقتضي النية الحسنة نزاهة المتعاقد في تنفيذ إلتزامه بالإمتناع عن كل غش أو إرتكاب أي خطأ من شأنه الإضرار بالطرف الآخر مهما كانت صورته سواء كان هذا الخطأ عمدياً أو جسيماً أو شكلاً مظهراً من مظاهر التعسف في إستعمال الحق.

و من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود إنتفاء التعسف في إستعمال الحق لأنه إذا كانت القاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وأن لكل طرف الحق في التمسك بما ورد في العقد حرفياً، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً و إنما يقيده مبدأ حسن النية الذي يمنع صاحب الحق من التمسك به على وجه يضر بالمتعاقدين الآخر وإلا أعتبر متعسفاً في إستعمال حقه.

وقوام نظرية التعسف في إستعمال الحق يرجع إلى معيارين أحدهما مادي وهو إستعمال الحق خلافاً لقواعد حسن النية أو خلافاً لما وجد الحق له ويتصور هذا في الأعمال المادية والتصرفات التي يجريها الإنسان دون أن يتوخى منها نفع حقيقي [34]ص 70 فممارسة الحقوق يجب أن تكون ضمن إطار أخلاقي لعدم وجود حق مخالف للأخلاق، أما المعيار الثاني فهو معيار قصدي أو ذاتي يتمثل في نية الإضرار بالغير و لو أفضى إستعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه [05]ص 458 وإذا كان إثبات نية الإضرار أمراً عسير فقد جرى القضاء على إستخلاصها من إنتفاء كل مصلحة لدى صاحب الحق في إستعمال حقه متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك. وينطبق ذات الحكم في حالة تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق [99]ص 225 وبهذا يتحقق التعسف في إستعمال الحق بالخروج بالحق عن حدود حسن النية الواجب في إستعمال الحقوق.

وتجدر الإشارة إلى أن نظرية التعسف في إستعمال الحق ليست بالنظرية الحديثة وإنما عرفت منذ القدم حيث عرفها التشريع الروماني و القانون الفرنسي القديم ولم يغفل عنها فقهاء الشريعة الإسلامية فوجدت جذورها في أحكام الشريعة الإسلامية قبل ظهورها في القوانين الغربية الحديثة بنحو ستة قرون

على الأقل [100]ص 690، غير أن الفقهاء المعاصرون سايروا التطور الإجتماعي الحديث فجالجوها بإسهاب ووضعوا لها مبادئ قانونية لتصبح بذلك من المسائل الفقهية المسلم بها قانونا وفقها [101]ص 125. وقد تناول المشرع هذه النظرية في المادة 124 مكرر ق.م.ج و اعتبر أن الإستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ في حالة وقوعه بقصد الإضرار بالغير وهذا المعيار بلا شك يعد مخالفة لحسن النية وفقا لمعياره الذاتي، أما المعيار الثاني فيتمثل في إنعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق بالغير وقوام هذا المعيار التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير و المنفعة العائدة على صاحب الحق و هو معيار موضوعي يترك تقديره للقاضي بحسب الظروف و الملابسات الخاصة بكل حالة أما المعيار الأخير الذي نص عليه المشرع يتعلق بحالة عدم مشروعية المصلحة المراد تحقيقها من إستعمال الحق فلا يكفي أن تكون المصلحة التي يسعى صاحب الحق إلى تحقيقها ذات قيمة أو نفع له بل يجب أن تكون مصلحة مشروعية لأن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعية، و المعيار في هذه الحالة موضوعي و لكن طريق الوصول إليه هو عامل ذاتي يتمثل بنية صاحب الحق فمعيار المصلحة المشروعة إذا كان ماديا في ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة [06]ص 250.

وبهذا يتضح لنا أن التعسف في إستعمال الحق بمعياريه الذاتي والمادي يناقض مبدأ حسن النية في إستعمال الحق وتظهر إساءة إستعمال الحق كمظهر منافي لمقتضيات حسن النية بصورة واضحة في مرحلة تنفيذ العقود، لأن التعاقد يعطي للمتعاقد الدائن حق التمسك بتنفيذ العقد تنفيذا حرفيا إلا أن هذا الحق ليس مطلقا بل يقيد بمبدأ حسن النية التنفيذي الذي يمنع المتعاقد الدائن صاحب الحق في التنفيذ من التمسك في بعض الأحوال الإستثنائية بالتنفيذ الحرفي للعقد إذا كان التنفيذ على هذا الوجه يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد المدين بتنفيذ الإلتزام و إلا أعتبر مسيئا في استعماله لحقه لتوافر نية الإضرار لديه [28]ص 328

فإذا كان الأصل وفقا للمادة 106 ق.م.ج أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، إلا أنه إذا طرأت ظروف إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل إتفاق يخالف ذلك، لذلك خول المشرع للقاضي سلطة تعديل هذا الإلتزام بعد الموازنة بين المصالح ودرءا للتعسف قبل وقوعه بالفعل باتخاذ المشرع من معيار المصلحة أساسا للقول بالتعسف و درءا لوقوع الضرر [102]ص 305، فإصرار الدائن على التنفيذ بهذه الصورة يعتبر تعسفا في إستعمال حقه الأمر الذي تأباه قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود التي توجب حسن الأداء و حسن الإقتضاء [05]ص 459

والعلة من إعتبار إساءة إستعمال الحق مظهرا من مظاهر سوء النية في تنفيذ العقود يعود لأمرين يتمثل الأول في أن الإساءة تضي على العقد وصف عدم المشروعية القانونية لأن في الإساءة خروجا على

حدود مضمون الحق كما رسمها القانون وفي هذا مناقضة لأحكام القانون فيغدوا العقد بهذا الخروج غير مشروع، أما الأمر الثاني يتمثل في أن الإساءة مخالفة لغاية الحق أو تجاهل لهذه الغاية وهو ما من شأنه أن يلحق ضرراً بالغير، وفي هذا مخالفة لما قصده المشرع من تشريعه للعقود من تحصيل للمنافع و تحقيق لمصالح طرفي العلاقة العقدية [28] ص 327

وبالرجوع إلى المادة 119 ق. م. ج نجد أنها خولت للمتعاقد الحق في مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ إلتزامه أو فسخ العقد مع تقرير حقه في التعويض إذا إقتضى الأمر ذلك إلا أنها قيدت حقه هذا بقيامه بالإعذار وإشتراط الإعذار يعد حماية للمتعاقد الممتنع عن التنفيذ و تجنباً للتعسف في إستعمال الحق.

والحق العقدي في معظم الأحوال محدد في مضمونه وفي الفائدة المرجوة منه حسب إتفاق المتعاقدين، وحتى ينسب سوء إستعمال الحق إلى أحد أطراف العلاقة التعاقدية يجب أن ينتفي في جانبه أية مصلحة من ممارسة حقه، كلجوء المتعاقد في العقود الزمنية غير المحددة إلى إستعمال حقه في فسخ العقد لا لشيء إلا بباعث الإضرار بالطرف الآخر كما في عقود الوكالة و العمل و الإيجار. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 04 أبريل 1983 [103] ص 61 والتي إعتبرت فيه أن فسخ العقد من قبل الصندوق الجزائري للتهيئة العمرانية بدون مراعاة شروط العقد يعتبر فسخاً تعسفياً.

كما يعمل حسن النية وفقاً لمعياره الموضوعي على توسيع إطار الطابع غير المشروع للخطأ فيتحقق بذلك حسن النية التنفيذي بانتفاء الأخطاء العمدية وغير العمدية، والخطأ العمدي هو الخطأ الذي تنصرف فيه النية إلى الإضرار بالغير [06] ص 200، وهو ما يصطلح عليه الفقهاء بسوء النية، ولكي يكون الخطأ عمدي يجب أن تصاحبه نية الإضرار بالغير، أي إتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر و لا يكفي إتجاهها إلى ارتكاب الفعل في ذاته إذا لم تتجه إلى إحداث نتائج الضارة [104] ص 252

وبشكل بذلك الخطأ العمدي إخلالا بحسن النية وفقاً للمعيار الذاتي لتوافره نية أو قصد الإضرار لدى مرتكبه، ولا يشترط في الخطأ العمدي أن تتجه النية إلى الإضرار بالغير مباشرة بل يكفي أن تتجه إلى الإنتفاع الشخصي عن طريق الإضرار بالغير، وقد ذهب جانب من الفقه إلى التوسيع في تعريف الخطأ العمدي بأنه يكفي لتوافر نية الإضرار أن يكون الفاعل قد توقع وقت ارتكاب الفعل الضار النتائج المترتبة عليه بأن يساور الفاعل شك مهما كانت درجة هذا الشك من القوة أو الضعف في أنه سوف تترتب على فعله النتائج الضارة التي وقعت بالفعل [105] ص 94، إلا أن هذا التعريف تعرض للإنتقاد لعدم إتفاقه مع المفاهيم التقليدية لأن الرغبة والإرادة تدل لغة و إصطلاحاً على إنصراف الإرادة إلى تحقيق غرض معين و هو معنى لا يدل عليه التوقع.

لهذا رأى البعض أن تحقق الخطأ العمدي لا يكون إلا بارتكاب الفعل بحيث يكون الضرر الناشئ عنه لازماً له كما في تعرض البائع لمن إنتقلت إليه ملكية المبيع في ممارسته لحق ملكيته وقيام المستعير أو المودع لديه بإتلاف المال المعهود إليه أو التصرف فيه عمداً إذ لا يتصور أنه ينوي إتلاف المال دون قصد الإضرار بصاحب المال وليس له سبيل إلى الإحتجاج بحسن نيته إلا إذا كان قد وقع في غلط بأن إعتقد نفسه

مالكا للشيء محل الإلتزام كأن يعتقد بأنه آل إليه عن طريق الهبة أو الهدية وليس بصفة وديعة [106]ص

08

وقياسا على عيب التدليس في تكوين العقد يشكل الغش بدوره إخلالا صارخا بحسن النية في تنفيذ العقد ويعرف الغش بأنه إستخدام المدين بغرض الوصول إلى غرض غير مشروع الوسائل التضليلية لإيقاع الدائن في غلط يدفعه إلى قبول التنفيذ بالكيفية المعيبة التي تم بها [106]ص09. وللغش ركنان معنوي و آخر موضوعي، يتمثل الأول في الرغبة في التضليل توصلا لغرض غير مشروع بمعنى نية أو قصد الإضرار، أما الركن الموضوعي يتخذ صورة الفعل أو الكتمان وهو بهذا المعنى خطأ عمد و الذي يمثل الفعل أو الترك الصادر عن نية سيئة [107]ص05.

غير أن الغش ينطوي على خرق أشد لحسن النية من مجرد الخطأ العمد البسيط لذلك اعتبره البعض يمثل مرتبة عليا من الخطأ العمد، لأن مرتكبه يغلف مخالفته بالخدعة والمكر فيحمل الدائن على قبول التنفيذ بالشكل المعيب الذي تم فيه دون أن تتاح له الفرصة للكشف عن مخالفته فيقبل بذلك الضرر طائعا، ويستدل من ذلك أن الفارق بين الغش والخطأ العمد في نطاق العقد هو أنه يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش، أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أي تنفيذ [107]ص05. ويذهب رأي إلى أن سوء النية لا يتخذ صورة عمل قانوني و عندئذ لا يكشف العمل القانوني بحد ذاته عن الغش بل لابد من البحث في حقيقة نية القائم بالعمل القانوني و هو ما يجعل الغش يلتبس بسوء النية في هذه الحالة، و مثال ذلك الوكيل بالإدارة الذي يقوم بأعمال و تصرفات قانونية ظاهرها تنفيذ عقد الوكالة و باطنها التواطؤ و التدليس [106]ص 10

إضافة لما سبق يشكل الخطأ الجسيم أيضا إخلالا بمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود، والخطأ الجسيم هو الخطأ الذي ينتج عن عدم بذل العناية والحيطه في شؤون الغير بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه [06]ص204. ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نتساءل كيف أن الخطأ الجسيم والذي لا يرقى لكونه خطأ إرادي يكون غير متفق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مع العلم أن الإخلال بمقتضيات حسن النية يستوجب خطأ إرادي؟

بالرجوع إلى المفهوم الموسع لحسن النية و الذي يقضي بعدم خرق أي قاعدة قانونية تعمدا أو إهمالا وفقا لمقياس الرجل العادي فلا يكون الشخص حسن النية إلا بابتعاده عن كل ما يسبب ضررا بالغير، فيشكل بذلك الخطأ الجسيم إخلالا بمقتضيات حسن النية و النزاهة التعاقدية لكونه إنحراف بالسلوك مقرون بتوقع الفاعل أو إمكانية توقعه إحتمال وقوع الضرر لو بذل من الحرص ما تستوجبه الظروف من الشخص العادي فيؤدي هذا الإنحراف الشديد بالسلوك إلى زعزعة الرابطة العقدية لأنه من الأمور غير المتوقعة عند التعاقد، فالذي يتوقعه المتعاقدان في هذه المرحلة هو تنفيذ الإلتزامات بحسن نية وإذا أخل أحدهما بالإلتزامه فإنما يخل بأمر توقعه عند التعاقد وهو عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه معيبا، أما إذا جاوز المتعاقد ذلك يكون قد أساء سلوكه إلى درجة غير متوقعة ويعد إستهتارا واضحا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

وبالرغم من إختلاف الخطأ الجسيم عن الخطأ العمدي في طبيعته لأن نتيجته غير مقصودة إلا أنه يتفق معه إلى حد كبير في خطورته على العلاقات الإجتماعية [108] ص 247، هذا ما أدى بجانب من الفقه إلى تشبيهه بالغش و ذلك تحت تأثير القاعدة الرومانية التي تقول بأن الخطأ الجسيم معادل للغش [108] ص 247، إلا أن هذا الرأي أنتقد على أساس أن القاعدة هي إفتراض حسن النية و الأخذ بهذا الرأي من شأنه أن يجعل سوء النية هي الأساس و حسن النية الإستثناء، إضافة لذلك لايمكن للخطأ الجسيم أن يرقى لمرتبة الغش لأنه يأتي نتيجة إهمال دون إنصراف الإرادة إلى الإضرار بالطرف المقابل مما يعني عدم إمكانية مساواته بالغش لأن هذا الأخير يشترط فيه نية الإضرار [06] ص 205-206 وبالرغم من مساواة المشرع في كثير من الأحكام خاصة في نطاق المسؤولية العقدية بين الخطأ الجسيم والخطأ العمد إلا أن هذه المساواة في حقيقتها تقتصر على الأثر دون المضمون. كما أن هذا لايعني المساواة بينهما وإنما أعطاه هذا الأثر لما ينجم عنه من خطورة على المراكز القانونية تقترب به من الخطأ العمد.

فإذا كانت قواعد المسؤولية تقضي بأن المدين لا يسأل إلا عن الضرر المباشر والمتوقع لأن العقد وليد إرادة المتعاقدين و لا يجب إلزام الإرادة بتعويض إلا ما توقعته من أضرار عند التعاقد الأمر الذي يترتب عنه عدم حصول الدائن على تعويض كامل للضرر بل على تعويض قاصر عل الضرر المتوقع فقط ، بحيث يقوم هذا الحكم على إفتراض قبول المدين التعويض عن الأضرار المتوقعة و يكون هذا الإفتراض بمثابة شرط إتفاقي على قصر المسؤولية على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع [05] ص 551.

إلا أن المشرع لم يلتزم بهذا المبدأ على إطلاقه حيث ألزم المدين بتعويض الضرر غير المتوقع عندما ينحرف في سلوكه إنحرافا فاحشا بارتكابه الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم وفقا لما تقضي به المادة 2/182 ق.م.ج وهذا التطبيق أساس لمبدأ الرضائية في العقود التي تقضي بأن المدين لا يتحمل مسؤولية إلا ما ارتضاه في العقد، فإذا كانت القاعدة أن المدين الذي لم يرتكب خطأ جسيم لا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت [105] ص 34 فإن المفهوم المخالف هو أن المدين الذي يرتكب خطأ جسيما يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد وهذا تكريسا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الذي يأبى أن يستفيد المرء من خطئه

إضافة إلى هذا أجاز القانون للمتعاقدين الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها فلا يكون المدين مسؤول عن إخلاله بالتزامه التعاقدي أو يكون مسؤولا عن التعويض في حدود المقدار المتفق عليه، لكن إرادة الإعفاء أو التعديل الإتفاقي للمسؤولية تصبح غير ذي فائدة في حالة إرتكاب المدين خطأ عمدي أو جسيم. فإذا كان مبدأ الرضائية يسمح للمتعاقدين بالإتفاق على التحديد الإتفاقي للتعويض في صورة الشرط الجزائي الذي يحصل الدائن بموجبه على تعويض مناسب للضرر الذي يلحق به نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزامه، وقد تتفاوت نسبة التعويض الإتفاقي مع الضرر تفاوتا يسيرا ولكن قد يحدث تفاوتاً جسيماً بين مقدار التعويض الإتفاقي والضرر نتيجة لارتكاب المدين خطأ عمدي أو جسيم. وبهذا يحق للدائن المطالبة بتعويض كامل يتناسب والضرر الذي لحق به وفقا لما تقضي به المادة 185 ق م.

وحتى يتدخل القاضي في هذه الحالة لتعديل الشرط الجزائي بالزيادة عليه البحث عن حسن النية أو سوءها وسوء النية واجب الإثبات ويقع إثباته على الدائن بأثبات تعمد المدين عدم تنفيذ إلتزامه، فأثبات الدائن لغش المدين أو خطئه الجسيم يمنع نفاذ الشرط الجزائي و يمكنه من الظفر بتعويض يجاوز قيمة الشرط الجزائي **[108]ص198**. كما تقضي المادة 2/178 ق. م.ج ببطلان كل إتفاق يقضي بإعفاء المدين عن مسؤوليته العقدية نتيجة غشه أو خطئه الجسيم مالم يكن هذا الغش أو الخطأ الجسيم صادر من أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ إلتزاماته والعلة من عدم جواز الإتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته الناشئة عن غشه أو خطئه الجسيم تتمثل في أنه لو صح للمدين إعفاء نفسه من المسؤولية لكان إلتزامه معلق على شرط إرادي محض وهذا غير جائز، كما أن وجوب الحفاظ على فكرتي القوة الملزمة للعقد والتضامن الإجتماعي تقتضي ذلك فلا يجوز أن ينصرف الإعفاء إلى هدم العقد أو إفراغه من كل منفعة **[105]ص35**

2.2.2. حسن النية في تدخل القاضي لتعديل العقد

يكتسب العقد قوته الملزمة متى إنعقد صحيحا مستوفيا لأركانه و شروطه وهذه القاعدة ليست سوى نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة، فمادام أن المشرع يعترف للإرادة بسلطان في حدود النظام العام و الأداب ، فإن ما تنعقد عليه إرادة الطرفين يكون بالنسبة إليهما بمثابة قانون واجب الإحترام **[109]ص357** فلا يجوز بمقتضى هذه القاعدة نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي أطرافه على ذلك، بل ولا يجوز حتى للقاضي فعل ذلك، فليس من سلطته ولا إختصاصه إنشاء العقود عن عاقيدها.

إلا أنه و نزولا على إعتبرات العدالة وحسن النية في تنفيذ العقد رأى المشرع السماح بنقض العقد و الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه كما خول للقاضي سلطة التدخل لتعديل أحكامه إستثناءً من قوته الملزمة **[96]ص24**، وذلك من خلال نظرية الظروف الطارئة الناتجة عن حدوث تغير في الظروف المحيطة بالعقد بعد إبرامه (الفرع الأول) ما يؤدي إلى إرهاق المدين في تنفيذ إلتزامه و تجد سلطة القاضي في تعديل العقد تطبيقاً آخر من خلال إدخاله المرونة على الشرط الجزائي برفع المغالاة في تقدير هذا الشرط (الفرع الثاني) و تمكين القاضي سلطة منح المدين حسن النية أجلاً معقولاً للوفاء بإلتزامه إذا ما اقتضت الضرورة ذلك وهو ما يعرف بنظرة الميسرة أو الأجل القضائي (الفرع الثالث)

1.2.2.2. التدخل في الظروف الطارئة

كثيرا ما يحدث عند حلول أجل التنفيذ أن تحل ظروف إقتصادية بسبب حادث غير متوقع فيصبح معه تنفيذ الإلتزام على النحو المتفق عليه شاقا ومرهقا إلى حد يهدد المدين بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات الإعتيادية **[110]ص394**. فهل تؤخذ حالة المدين المههد بتلك الخسارة الفادحة بعين الإعتبار؟ وهل يمكن إعتبار الدائن الذي يطلب التنفيذ من مدينه في ظل هذه الظروف الإستثنائية سيء النية في طلبه هذا؟

إن التطبيق الدقيق لمبدأ القوة الملزمة للعقد لا يجيز المساس بالعقد كما يقتضي إلزام المدين بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية بغض النظر عن الظروف التي تزامن هذا تنفيذ ، ومع ذلك فإن الإجابة على هذه التساؤلات يمكن أن نجدها في نظرية الظروف الطارئة التي نصت عليها المادة 107 في فقرتها الثالثة من ق.م.ج والتي أوجزت لنا المقصود بنظرية الظروف الطارئة بنصها على: (غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك.) ونظرية الظروف الطارئة لا تهمنا إلا في الحدود التي نبحث فيها عن أثر حسن النية في تطبيقها.

وتقوم نظرية الظروف الطارئة على سند العدالة التي تتطلب ضرورة إعادة النظر في التوازن الإقتصادي للعقد الذي إختل إختلالاً جسيماً إثر ظروف إستثنائية عامة لم يكن في وسع المدين توقعها ولا دفعها [97]ص 33 وبذلك يتدخل القانون عن طريق القضاء ليبيح للقاضي تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة التي تجعل من تنفيذ العقد أمراً مرهقا [111]ص 244 وسلطة التعديل لا يقوم بها القاضي إلا بموجب نص قانوني خاص يقره فليس للقاضي أن يقوم بتعديل العقد إذا لم يكن هناك ما يبرره فيعرض بذلك قراره للنقض، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1983/02/07 بنقضها قرار المجلس الذي عدل من عقد الإيجار دونما داعي لذلك [112]ص 165

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة ذات جانب أدبي بارز لذا فإن ظهورها لا يستغرب في القوانين المشبعة بالروح الدينية، فنجد أنها ظهرت في العصور الوسطى في القانون الكنسي حيث قامت صياغتها الفنية على أساس تغير الظروف، على اعتبار أن العقد يفترض فيه شرط ضمني يتمثل في أن الظروف الإقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه و لا تتغير تغيراً جوهرياً فإذا ما تغيرت و أصبح تنفيذ الإلتزام مرهقا بالنسبة لأحد المتعاقدين وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشيء عن هذا التغير المفاجيء في الظروف الإقتصادية [113]ص 707 كما شيد الفقه الإسلامي هذه النظرية تحت مسمى آخر هو نظرية الضرورة فعرف تطبيقاً لها من خلال العذر الطاريء في بعض العقود والذي يترتب عليه إنهاء العقد كما هو الحال في العذر في عقد الإيجار [04]ص 645

إلا أن هذه النظرية عرفت تراجعاً في ظل سيادة المذهب الفردي في القانون الفرنسي القديم و طغيان مبدأ سلطان الإرادة ، باعتبارها ثغرة ينفذ من خلالها القاضي إلى العقد لينال من قوته الملزمة [113]ص 708. إلا أنها عادت لتزدهر في نطاق القانون الدولي العام أولاً وتنتقل بعدها للقانون الإداري ومنه للقوانين المدنية الحديثة [114]ص 194، والتي من بينها قانوننا المدني أما عن نطاق تطبيق هذه النظرية فيرى البعض أن مجال تطبيقها يقتصر على عقود المدة سواء أكانت مستمرة التنفيذ كالإيجار أو دورية التنفيذ كعقد التوريد، والرأي الراجح هو أن نظرية الظروف الطارئة تطبق على كل عقد يفصل

بين إبرامه وبين تنفيذه فاصل زمني طويل يسمح بحدوث طارئ غير متوقع يقلب موازين العقد فتطبق هذه النظرية على كل العقود المترخية التنفيذ سواء أكانت مستمرة أو فورية التنفيذ بطبيعتها [114]ص 195.

وبالرجوع للقانون المدني الجزائري نجد أن المشرع أغفل تحديد طبيعة العقود المعنية بهذه النظرية. ويتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر شرطين يتعلق الأول بالحادث الطارئ الذي يشترط أن يكون حادث استثنائي لا يقع في الظروف العادية كالفيضانات و الحروب، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها حيث أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف المستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا إستثنائيا غير متوقع [115]ص 217 كما يشترط فيه أيضا أن يكون غير متوقع وهو الحادث الذي لا يمكن للمتعاقدين وعلى وجه الخصوص المدين توقعه وقت إبرام العقد و الإحتياط لذلك. أما الشرط الثاني فيتعلق بالإلتزام بحيث لا يعتد بالحادث الطارئ إلا إذا أصبح الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا ويعتبر التنفيذ مرهقا متى كان يهدد المدين بخسارة فادحة وهو ما تأكده المحكمة العليا بقرارها الصادر بتاريخ 1999/10/24 [116]ص 95 عند نقضها قرار قضاة الموضوع عندما أقروا زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه، إلا أنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام المادة 3/107 ق.م.ج ، إذا ما طرأت ظروف إستثنائية ذات طابع عام و غير متوقعة من شأنها أن تجعل إلتزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونون قد أخطأوا في تطبيق المادة 107 ق.م.ج مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

فإذا ما توافرت الشروط المذكورة أعلاه فللقاضي أن يراجع العقد و لا يتولى إدخال أي تغيير عليه إلا إذا كان ملائما لمبدأ حسن النية وبعد الأخذ بعين الإعتبار مصالح الطرفين. فاللجوء إلى حسن النية هو أمر هام في النطاق الذي لا تكفي فيه القواعد القانونية [22]ص 45. لأن القاعدة القانونية تقتصر على وضع الأطر الخارجية لعمل القاضي الذي يتولى بدوره تنظيم مدى دور و تأثير الظرف الطارئ حسب كل حالة طبقا لمقتضيات حسن النية [34]ص 110

وتقتصر سلطة القاضي في تعديل العقد على رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول دون فسخ العقد، لأن المشرع في إقراره لنظرية الظروف الطارئة يهدف إلى أمرين الأول الإبقاء على العقد والأمر الثاني توزيع تبعه الهلاك على الطرفين تحقيقا لمبدأ العدالة، فلو مكن المدين من طلب الفسخ، لكان في ذلك محاباة له وهذا مناقض لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود إضافة إلى أن آثار هذا الحادث الطارئ قد تزول في وقت لاحق يعد قصيرا في عمر العقد المبرم لمدة طويلة [04]ص 651

وعلى القاضي في رده الإلتزام المرهق للحد المعقول أن يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه، فلا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين و يجعلها على الدائن وحده ولكن عليه أن يحد من هذه الخسارة التي تصيب المدين ويصل بها إلى الحد المعقول بتحصيل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على

المتعاقدين بعد الموازنة بين مصلحة كل منهما [117]ص 44 فواجب القاضي يحتم عليه التحصن ضد المحاباة في تفضيل طرف على حساب الآخر. وفي الواقع تعتبر سلطة القاضي واسعة بخصوص إختيار الوسائل التي يمكنه توكيها لبلوغ النتيجة المناسبة لمقتضيات حسن النية [118]ص 353

وعلى هذا يتوجب على المتعاقد الذي يطالب بتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة ويتمسك بها أن يستمر في تنفيذ إلتزاماته بالرغم من هذه الظروف و تأثيراتها الضارة عليه، فإذا توقف عن تنفيذ إلتزاماته يكون غير جدير بالحماية التي تقرها هذه النظرية في مساعدته و الأخذ بيده لغرض تمكينه من تنفيذ ما كان قد إلتزم به والتخفيف من الأضرار التي أنزلتها به هذه الظروف.

أما عن مطالبة الدائن لمدينه المرهق بتنفيذ إلتزامه لا يجعل منه سيء النية لأن تقدير مدى قابلية العقد للتنفيذ بحالته التي تم الإلتحاق الطرفان عليها في ظل هذه الظروف إنما يعود للقاضي نفسه ولا مجال فيه لإختيار أحد منهما، فالقاضي هو الذي يضع أسلوب التنفيذ ويد الدائن مغلولة فكيف يمكن أن ننسب إليه سوء النية وموقفه سلبي محض [119]ص 115

وبهذا يمكن القول أن تدخل القاضي لتعديل إلتزام المدين بالتخفيف منه أو بزيادة الإلتزام المقابل يسمح بالإستمرار في التنفيذ كما بقي العقد من المصير الذي يمكن أن يؤول إليه نتيجة تعسر المدين في تنفيذ إلتزاماته و هو الفسخ ، و إذا تعين الخيار بين تعديل الإلتزام التعاقدي لظرف طارئ أو فسخ العقد و جب إختيار الحل الأول خصوصا أن سلطة القاضي في تعديل آثار العقد للظرف الطارئ ليست مطلقة بل تنقيد بالشروط المذكورة سابقا [90]ص 75

وعليه متى إنعقد العقد صحيح و برضا لا يشوبه عيب تعين تنفيذه، لأن حسن النية وشرف التعامل تقتضي على من تعاقد إحترام تعهده لا أن يتحلل منه فإذا هو تعلل بما يحدث من تغيرات في الظروف من أجل الزيف من إلتزاماته عد ذلك خروجاً منه على مقتضى حسن النية الواجب مراعاته في العقود.

و لم تكتفي التشريعات التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة ومنها المشرع الجزائري بإقرار النظرية بنص تشريعي عام بل أوردت لها تطبيقات في نصوص خاصة ، بحيث تخضع هذه التطبيقات للأحكام الواردة بشأنها، فزيادة على نص المادة 3/107 ق.م.ج الذي يقرر المبدأ العام للنظرية نلاحظ أن القانون أورد بعض الحالات الخاصة بها ومن أمثلة ذلك المادة 3/561 ق.م.ج المتعلقة بعقد المقاوله و التي تنص على: (... غير أنه إذا انهار التوازن الإقتصادي بين إلتزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاوله، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد.) ومن نص المادة يتضح لنا إستثناء جواز تعديل الأجر المتفق عليه في عقد المقاوله أو فسخ العقد، إذا ما طرأت حوادث إستثنائية عامة أدت إلى إختلال التوازن الإقتصادي بين إلتزامات رب العمل والمقاول.

و لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد المقاوله يشترط أن تطرأ حوادث إستثنائية عامة بعد إبرام العقد كارتفاع أسعار المواد الأولية إضافة إلى عدم توقع هذه الحوادث وقت التعاقد مما يجعل تنفيذ الإلتزام

مرهقا. وما يلاحظ حول هذه الشروط أنها تتفق مع المبدأ العام للنظرية لكنها تختلف عنه كون المادة 561 ق.م.ج تجيز فسخ العقد إذا إختل التوازن في حين تكتفي المادة 107 ق.م.ج برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، كما تجد هذه النظرية تطبيقا آخر لها في عقد الإيجار من خلال نص المادة 510 ق.م.ج و بهذا نخلص إلى أن المشرع بتقريره لنظرية الظروف الطارئة قد راعى مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و مصلحة الطرف الآخر، ويتجلى ذلك أساسا من خلال سلب سلطة فسخ العقد من القاضي إستنادا لمتطلبات العدالة في تنفيذ العقد، لأن الميزة الأساسية للحادث الإستثنائي أنه حادث عام و الحادث العام و من باب العدالة يتحمل تبعته كلا المتعاقدين و ليس أحدهما دون الآخر، و اقتصار سلطة القاضي على التعديل فقط دون الفسخ تحقق توازن بين مراكز المتعاقدين بما يضمن تحقيق مقتضيات العدالة. كما أن القول بعدم تدخل القاضي لتعديل العقد بالرغم من الظروف الطارئة يمكن أن يؤدي إلى نتيجتين تتمثل الأولى في توقف المدين عن تنفيذ إلتزامه ، فلا يتصور أن يصبح إلتزامه مرهق و يسعى برغم ذلك إلى تنفيذه خصوصا و أن سبب الخسارة ظروف إستثنائية عامة لم يكن بوسعه توقعها، أما النتيجة الثانية فتتمثل في إجبار المدين على تنفيذ الإلتزام المرهق وهو ما لا يضيفي على تنفيذ العقود طابع العدالة خاصة إذا تبين أن نية المدين قد انصرفت أصلا للتنفيذ لا إلى الإخلال.

2.2.2.2. التدخل في الشرط الجزائي

أجاز القانون المدني الجزائري بموجب المادة 183 منه للمتعاقدين أن يحددا مسبقا قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في إتفاق لاحق وهو ما أصطلح على تسميته بالشرط الجزائي ويراد به الإتفاق المسبق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين للإلتزامه أو تأخره في تنفيذه.

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان - مسبقا وبطريقة جزافية - التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ إلتزامه التعاقدية، فهو بمثابة تقدير إتفاقي للتعويض ويكون القصد منه غالبا إستبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض والتخلص من عبء إثبات الضرر الذي يتوقف عليه إستحقاق التعويض [139]ص 64

وعليه فالشرط الجزائي ما هو إلا إتفاق مسبق على تقدير قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة إمتناع المدين عن تنفيذ إلتزامه، أو التأخر في تنفيذه سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي أو تم الإتفاق عليه لاحقا. ولقد نظم المشرع أحكام هذا الشرط في المواد 183، 184، 185 ق.م.ج و عليه فالشرط الجزائي بإعتباره إتفاقا يستمد قوته الإلزامية من العقد الأصلي فإنه يسعى إلى ضمان حسن تنفيذ العقد من جهة وهو وسيلة لضمان حق الدائن في حالة ما إذا لحق به ضرر من جهة أخرى، لهذا يلجأ إليه المتعاقدون بإعتباره وسيلة ناجعة تقاديا للجوء إلى العدالة و ما تتطلبه من إجراءات طويلة ومعقدة.

وكنتيجة للطابع الجزافي الذي يتميز به هذا الشرط فإنه يستحق ولو لم يتناسب مع حجم الضرر الذي أصاب المتعاقد بل حتى و لو لم يترتب عن عدم التنفيذ ضرر. ونظراً لأن مبلغ الشرط الجزائي عادة ما يكون أكبر من الضرر الحقيقي الذي ينتج عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه الأمر الذي يجعل الفرق بين القيمة الحقيقية للضرر و المبلغ المتفق عليه نوع من الجزاء أو الغرامة التي يدفعها المدين لإهماله في تنفيذ الإلتزام. وهنا نتساءل عن أثر حسن النية في تطبيق الشرط الجزائي المرهق للمدين والذي قد يجاوز قيمة الضرر الحقيقي اللاحق بالدائن؟

إن مقتضيات العدل و حسن النية في تنفيذ العقود تأبى الإنصياح إلى هذا التحديد الجائر للشرط الجزائي، و لهذا وخروجاً عن القوة الملزمة للعقد أجاز للقاضي التدخل بناءً على طلب المتعاقد المتضرر من جور ذلك الشرط ، لتخفيفه بما يتناسب و حقيقة الضرر كما أجاز للدائن طلب الحكم بتعويض إضافي إذا كان الضرر الحاصل له يتجاوز المبلغ المتفق عليه. فإذا كانوا الأفراد أحراراً في تقدير الضرر المحتمل مسبقاً فللقاضي كذلك الحق في تعديل العقد إذا كان هذا التقدير فاحشاً ، حتى لا يترك الأمر إلى من هو متفوق إقتصادياً أو صاحب الخبرة ليستغل تفوقه هذا للإستفادة على حساب من هم أقل منه علماً ودراية.

ومن ناحية ثانية إذا كان حسن النية بإمكانه أن يتدخل لإعادة التوازن المفقود بالنسبة للعقد بسبب الظروف الطارئة، فمن باب أولى أن يتدخل لتعديل الشرط الجزائي فالشرط جزء من العقد، فمن لا يستطيع الأكثر يستطيع الأقل [34]ص 115

ويتخذ تدخل القاضي لتعديل مضمون الشرط الجزائي صورتان، إما عن طريق التخفيض إذا كان الشرط الجزائي مبالغاً فيه أو في حالة قيام المدين بالتنفيذ الجزئي لالتزامه طبقاً لأحكام المادة 1/184 ق.م.ج أما الصورة الثانية وهي الإستثناء و تتمثل في منح القاضي سلطة التعديل عن طريق الزيادة في التعويض المتفق عليه إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً وفقاً للمادة 185 ق.م.ج ولكي يمارس القاضي سلطته في التخفيض من هذا الشرط يجب أن يكون تقدير التعويض المتفق عليه مبالغاً فيه أو أن يتم تنفيذ جزئي للإلتزام الأصلي ولم يحدد المشرع نسبة المغالات التي تجيز للقاضي تعديل الشرط الجزائي وإنما أورد معياراً عاماً لها تاركاً تقدير هذه المغالات إلى قاضي الموضوع الذي يلتزم ببحث و بيان بدقة وجه المغالات مقارنة بالضرر اللاحق فعلاً بالدائن.

فسكوت المشرع عن تحديد طريقة أو عناصر يستند عليها تعتبر تعبيراً ضمنياً بأن للقاضي سلطة تقديرية واسعة مستمدة من مبدأ العدالة و حسن النية في تنفيذ العقود من خلال اللجوء إلى المعيار الموضوعي، و ذلك بالمقارنة بين الشرط الجزائي و الضرر الذي لحق بالدائن أي عدم التناسب الفاحش بينهما، وكذلك اللجوء إلى المعيار الذاتي بتقدير الظروف الشخصية للمدين. كما ذهب القضاء الفرنسي في تأسيسه لمراجعة الجزاء المتفق عليه في العقد إلى الإعتداد بموقف طرفيه أثناء تنفيذه، فقضى في حكم له بحرمان المدين سيء النية الذي يخل عمداً بالتزامه من حقه في المطالبة بتخفيض الجزاء والذي جاء فيه « لا يدعى القاضي إلى تعديل التحديد الجزافي للتعويض إلا إذا كان عدم تنفيذ الإلتزام ليس نتيجة

فعل إرادي من المدين، أما إذا ثبت أن هذا الأخير تخلص عمدا من إلتزامه، فإنه لا يستطيع المطالبة بتخفيض الشرط الجزائي [108] ص 217 .»

و يتفق هذا الحكم مع المبدأ العام الذي يقضي بأن الغش يستثنى من كل القواعد. فلا يجوز لمن يتخلص عمدا مما تعهد به المطالبة بتخفيف الجزاء المتفق عليه نتيجة إخلاله بالتزامه و لا أهمية للعقد الذي ينسب إليه الإلتزام بالإخلال، فللقاضي سلطة الرقابة على الشرط الجزائي و لو كان موضوعا لمصلحة الطرف الضعيف في العقد ، كالذي يوضع في عقد العمل لمصلحة العامل إذا فصل قبل إنتهاء مدة عقده أو بطريق التعسف و كان الشرط مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، و لا أهمية لنوع محل الإلتزام الذي وقع الإخلال به بل تكون العبرة بالمبالغة في وضع هذا الشرط لدرجة تفقده صفته التعويضية و تجعل منه شرط تهديدي بحت، وهو ما يخالف إعتبرات العدالة و مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود.

كما خولت المادة 2/184 ق.م.ج للقاضي سلطة تخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، وعلى القاضي مراعاة الضرر اللاحق بالدائن ومقارنته بالفائدة التي عادت عليه أي القيام بعملية المقارنة بين عنصري الضرر والفائدة، فيكون التخفيض ليس بنسبة ما نفذ من الإلتزام و لكن بنسبة المصلحة التي حققها للدائن هذا التنفيذ الجزئي لأن قيمة هذه المصلحة قد تختلف عن نسبة الجزء الذي نفذه المدين من إلتزامه، فقد ينفذ المدين جزءا كبيرا من إلتزامه لا يعود على الدائن بفائدة تذكر وقد ينفذ جزءا يسيرا منه يعود على الدائن بفائدة كبيرة. و يتعين على القاضي أن يخفض مبلغ الجزاء بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من تنفيذ الإلتزام و ليس بنسبة الجزء الذي تم تنفيذه ، لذلك يرى الفقه أن هذه القاعدة أكثر إتفاقا مع العدالة و أقرب إلى الحقيقة في تفسر نية العاقدين، إذ أنها تحتفظ بالدور المزدوج للشرط الجزائي المتمثل في التهديد و التعويض [108] ص 211 أما إذا لم يتحقق الضرر فعلا فلا مجال لاستحقاق الشرط الجزائي وفقا لما تقضي به المادة 1/184 ق.م.ج

أما عن الإستثناء وهو الصورة الثانية لتدخل القاضي في التعديل من الشرط الجزائي والمتعلق بالزيادة في مقدار هذا الشرط إذا ما لحق بالدائن ضرراً أكبر من التعويض المتفق عليه وكان هذا الضرر نتيجة لغش المدين أو خطئه الجسيم ليكون بذلك الشرط الجزائي في هذه الحالة إتفاقا على تخفيف المسؤولية ، فيصبح عدم تنفيذ الإلتزام في هذه الحالة مقترنا بنية سيئة تناقض مبدأ حسن النية التنفيذي لأن حسن النية مبدأ أخلاقي مرتبط بالوفاء و الإخلاص في تنفيذ الإلتزامات والمساس بهذا المبدأ قد يؤثر على قواعد العدالة التي تحكم العقد ، ومتى أثبت الدائن أن الضرر الذي لحقه تجاوز المبلغ المعين في الشرط الجزائي إنتقل عبء إقامة الدليل على أن عدم تنفيذ الإلتزام يرجع إلى خطئه اليسير، لأن المدين الذي يطلب تطبيق الشرط الجزائي يتعين عليه إثبات توافر شروط تطبيقه، وهو في هذه الحالة لا يكون واجب التطبيق إلا إذا كان عدم تنفيذ الإلتزام يرجع إلى خطئه البسيط [108] ص 198

3.2.2.2. التدخل لمنح الأجل القضائي

إن الغاية التي توخاها المشرع من إفساح المجال للقاضي لمنح المدين أجلاً لإيفاء دينه تعد غاية أخلاقية تتمثل في مراعاة ظروف المدين المرهق عندما تعترضه صعوبات في تنفيذ إلتزامه يصعب تجاوزها [24]ص 165، حيث تشكل هذه السلطة الممنوحة للقاضي وسيلة إستثنائية وسلطة تقديرية منحها له المشرع الهدف منها مساعدة المدين سيء الحظ عن طريق تأجيل وفائه بالدين إذا ما إستدعت ظروفه ذلك [34]ص 119 وفقاً لما تنص عليه المادة 210 ق م ج حيث بقولها: «إذا تبين من الإلتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية و المستقبلية، مع إشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه.» ويستشف من هذا الحكم مجازاة القانون لمبدأ حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد من خلال منح المدين أجلاً قضائي أو ما يعرف بنظرة الميسرة إذا كان في عدم تنفيذه للعقد حسن نية و طالما أن إمكانية تنفيذ العقد ما زالت قائمة وممكنة أصبح من واجب القاضي منح أجل معقول للتنفيذ بحيث لا يفقد العقد فائدته. ودور القاضي في هذه الحالة دور إصلاحي و تقديري، بحيث يقدر كل حالة على حده كما يقدر الأضرار التي تلحق بالمتعاقدين أثناء التنفيذ وهو دور أخلاقي بامتياز [24]ص 166، و ويستند الجانب التقديري إلى عدة عناصر منها ظروف المدين متى إستدعت ذلك و ظروف الدائن إذا لم يلحق به ضرر من جراء هذا التأخير في الوفاء.

ونظرة الميسرة أو الأجل القضائي كنظرية الظروف الطارئة، يراد بها التخفيف من عبء إلتزام المدين الجدير بالرأفة من خلال الإفساح في أجل الوفاء، و منح هذا الأجل أمر جوازي متروك للسلطة التقديرية للقاضي. وحتى يمنح هذا الأجل لابد من توافر شروط معينة تتمثل في عدم وجود نص قانوني يمنع منح نظرة الميسرة، أما الشرط الثاني يتمثل في حالة المدين التي تستدعي منحه هذا الأجل بأن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء أي أن يكون عاثر الحظ لا متعمداً عدم الوفاء أو مقصراً في ذلك، ويستخلص هذا الشرط من نص المادة 2/119 ق. م. ج التي تنص على: «... ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف.» فحالة المدين هي من الظروف التي تقتضي منح أجل للوفاء كما تؤكد على ذلك المادة 281 ق. م. ج بقولها: «... غير أنه يجوز للقضاة نظراً لمركز المدين و مراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا أجلاً ملائمة للظروف...» حيث تفيد عبارة مركز المدين حالته الإقتصادية و هي ظرف من الظروف التي تستدعي منح أجل قضائي للمدين حتى يتمكن من تنفيذ إلتزامه، أما الشرط الثالث فيتعلق بالدائن الذي يجب ألا يصاب بضرر جسيم من جراء منح المدين هذا الأجل وهذا الشرط يقتضي الموازنة بين المصلحة التي تستحق منح الأجل للمدين و الضرر الذي سيلحق بالدائن من جراء ذلك، فليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار بالبلغ بالدائن. وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة كما فعل نظيره المصري. إضافة إلى هذه الشروط يجب أن يكون الأجل الممنوح للمدين معقولاً، فلا يجوز للقاضي أن يمنح أجلاً طويلاً على حساب مصلحة الدائن، وعليه يجب أن يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري

لتمكين المدين من الوفاء، وقد حدد القانون هذا الأجل بما لا يزيد عن سنة واحدة عليه حسب ما نصت المادة 281 ق. م. ج.

من خلال هذه الشروط يتبين لنا الدور المزدوج الذي يلعبه حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد بمنح المدين المعسر أجلا قضائيا للوفاء بالتزامه، حيث يقوم منح هذا الأجل بالتخفيف من حدة مبدأ القوة الملزمة للعقد من جهة من جهة، كما يعتبر أداة للحد من فسخ العقود و الإبقاء عليها من جهة أخرى.

خلاصة الفصل الثاني:

إذا كان القانون لم يأخذ بمبدأ حسن النية صراحة في مرحلة تكوين العقد إلا أن النصوص القانونية المتفرقة سواء المتعلقة بتبادل الرضى أو تلك الخاصة بعيوب الرضى وغيرها من النصوص المتعلقة بحماية المستهلك كفيلة بتأكيد وجود هذا المبدأ عند الإبرام و لو لم ينص عليه المشرع صراحة و قد اتضح لنا كيف أن حسن النية يضمن للإرادة سلامتها و حريتها ، من خلال فرض إلتزامات تعبر عن دوره الإيجابي في مرحلة تكوين العقد و الممثلة في الإلتزام بالإعلام و السعي للإستعلام ، فلا يكون لأحد طرفي العقد أن يتسلط بحريته في مواجهة الآخر و إنما يخضع الطرفان لبعض القيود التي يفرضها هذا المبدأ و التي تضمن ألا تكون الشروط الموضوعية بإرادة و احدة مجحفة في حق الإرادة الأخرى.

وإذا كانت العدالة العقدية تعني إحترام الشخص لتعهداته و هي في ذلك تتطابق مع أعمال مبدأ العقد شرعية المتعاقدين، فإن هناك عدالة أخرى يجسدها مبدأ حسن النية تعمل على ضمان قوة العقد و إستقراره، من خلال ما يفرضه هذا المبدأ من إلتزامات متبادلة بين الطرفين عند تنفيذ العقد ، فيحرص بذلك على حماية الثقة المشروعة في العقد و التي غالبا ما تؤدي إلى بقاء العقد و إستقراره.

لذلك نجد أن الفقه يقر به كمصدر للقوة الملزمة للعقد، مما يستوجب على المتعاقدين التقيد بالإلتزامات الأخلاقية المتفرعة عنه و التي لاتخرج عن الإلتزام بالتعاون و الإلتزام بالنزاهة كما أن الأخذ بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يؤدي إلى الموائمة بين تنفيذ العقد طبقا لما تقضي به القوة الملزمة للعقد، تلك التي تعطي للمتعاقدين حق التمسك بجميع ما ورد في العقد و بين مبدأ عدم الإضرار بالغير في التصرفات، و هذه الموائمة تتم من خلال إعتبار حسن النية هو الإطار و الروح التي يجب أن يسود مرحلة تنفيذ العقد، فإذا ما تعددت طرق تنفيذ العقد و تعددت معانيه على المنفذ أن يختار الطريق الذي تقتضيه العدالة و الإستقامة في التعامل ، وهو ما يؤدي إلى حماية لم تكن لتحقيقها القواعد العامة لو طبقت تطبيقا عاديا . حيث أن هذا المبدأ هو الذي يبرر تدخل المشرع في العلاقات التعاقدية من خلال السماح للقاضي بتعديل العقد كلما إختل توازنه بسبب حدوث تغير في الظروف المحيطة بالعقد بعد إبرامه تؤدي إلى الصعوبة أو الإرهاق في تنفيذ المدين للإلتزامه، كما أن حسن النية هو الذي يفسر منح المدين أجلا للوفاء بالإلتزامه للوفاء إذا ما إقتضت ظروفه ، وهو الذي يبرر منح القاضي سلطة التعديل في قيمة الشرط الجزائي .

خاتمة

إن دراستنا لموضوع مبدأ حسن النية و أثره في إبرام العقود و تنفيذها تجرنا إلى إستخلاص نتائج عديدة توضح لنا مدى أهمية هذا الموضوع

فقد تبين لنا من خلال إستقراء التعريفات الفقهية الواردة بصدد تحديد مفهوم حسن النية في العقود ، بأنه مبدأ أخلاقي بامتياز إذ أنه يكشف عن مختلف السلوكات المستقيمة التي يجب أن تسود مرحلتي تكوين العقد و تنفيذه، و التي تجسدها مبادئ الثقة و العدالة و النزاهة و شرف التعامل.

كما أن طبيعته كمبدأ قانوني تجعله ينطبق على فروض و حالات عدة ، خاصة و أن أهم الصفات التي تتمتع بها المبادئ القانونية المرنة و عدم التحديد مما يفسح المجال أمام القاضي للإجتهد فيه و إيجاد الحلول القانونية للوقائع المعروضة أمامه ، فالسلطة التقديرية للقاضي تعد عنصراً ضرورياً و حتمياً في العمل القضائي إذ بدونها لا يمكن أن يرقى القانون للإستجابة إلى مختلف التطورات الإجتماعية.

وتتجسد الأهمية القانونية لحسن النية في إبرام العقد، من خلال ما يفرضه من إلتزامات قانونية على المتعاقدين في مرحلتي تكوين العقد و تنفيذه و المتمثلة في الإلتزام بالإعلام و السعي نحو الإستعلام و الإلتزام بالتعاون و النزاهة ، والتي تعبر عن مدى فعالية هذا المبدأ في حماية المستهلك و حماية حريته و إرادته التعاقدية بهدف الإحاطة الشاملة بمضمون العلاقة التعاقدية و عناصرها الأساسية، ومن ثم حماية رضاه من العيوب التي يمكن أن تلحق به في مرحلة تكوين العقد ، خاصة في ظل قصور وسائل الحماية التقليدية للمستهلك . فقد اتضح كيف أن مبدأ حسن النية يضمن للإرادة سلامتها بحيث لا يكون لأحد طرفي العقد أن يتسلط بحريته في مواجهة الآخر و إنما يخضعان لبعض القيود التي يفرضها مبدأ حسن النية و التي تضمن لكل طرف حريته في التعاقد.

كما أن اللجوء إلى هذا المبدأ قد يخفف الكثير من صرامة بعض النصوص القانونية والتي قد يؤدي التقيد بحرفية تطبيقها إلى ما يخالف روح العدالة و جوهرها ، لذلك نرى أن هناك مسؤولية كبرى تقع على عاتق القضاء بخصوص تطبيقات هذا المبدأ سواء في تكوين العقد أو تنفيذه، من خلال إدخال المرونة على الروابط القانونية و تهذيبها أخلاقياً ، وبهذا المعنى لا يمكن أن يكون حسن النية سوى مفهوماً موضوعياً

يمكن القاضي من التدخل في العقد لمراجعتها و ملائمتها بما يتوافق و الظروف المحيطة بالعقد كلما طرأت ظروف غير متوقعة أدت إلى اضطراب في المعاملات و إختلال في التوازن العقدي ، كما يمكنه من إدخال المرونة على الشرط الجزائي و التعديل فيه بالزيادة أو النقصان بحسب الضرر الفعلي الحاصل ، و حسن النية هو الذي يبرر منح المدين أجلا للوفاء كلما إقتضت ظروفه ذلك وبالتالي يسمح للقاضي بالتدخل قصد التوفيق بين مصالح الأطراف من خلال رفع الشدة عن الطرف الضعيف في العقد بإلغاء الشروط المجحفة في حقه أو تعديلها بما يتفق مع العدالة و أحكام القانون

و بهذا يعكس لنا مبدأ حسن النية في العقود مدى الإرتباط الكبير بين القاعدة القانونية ذات الصفة المجردة و بين القاعدة الأخلاقية ذات الصفة المثالية ، فنجد أن الإرتباط الذي ينشأ بين المتعاقدان هو قبل كل شيء ارتباط أخلاقي ترعاه القواعد القانونية و تعمل على فرض الجزاء على مخالفه .

كما كشفت لنا الدراسة عن الأهمية البالغة لعملية التفاوض و ما تحتويه هذه المرحلة من تحديد لأهم إلتزامات و حقوق طرفي العقد وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية سواء ما تعلق بالإلتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة أو ما يتعلق منها بنطاق و نوع المسؤولية المدنية التي تنشأ على عاتق الطرف المتسبب في عدم بلوغ الغاية من المفاوضات وهي إبرام العقد النهائي.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري بوضعه الحالي و رغم التعديلات التي لحقته في 13 ماي 2007 نجد أنه ما يزال بعيداً كل البعد عن تنظيم المرحلة السابقة للتعاقد و المسؤولية الناتجة عن الخطأ في هذه المرحلة، حيث إكتفى بالنص ضمنا على مبدأ حسن النية في المادة 107 ق.م. ج المتعلقة بتنفيذ العقد، غير أن المسؤولية عن الفعل الضار تستوجب وجود إلتزام يفرضه القانون قد تم الإخلال به وفقا لما تقضي به المادة 124 ق.م. ج. لذا كان يستحسن أن تتضمن هذه التعديلات نصاً صريحاً يفيد الإلتزام بالتفاوض بحسن نية و تنظيم المسؤولية الناشئة عن قطعها دون مبرر مشروع. لأن إقصاء حسن النية من مرحلة تكوين العقد بصفة عامة يجعلها تفتقر لجانب مهم من الأخلاق خاصة و أن القانون إعتاد تقويم سلوك الأفراد و ضبطه بما يتوافق مع المبادئ الأخلاقية.

و لقد بات على المشرع أن يعيد النظر في النظام القانوني الذي يحكم العقود و المبدأ الذي يسيطر على التعاقد، لأن النظرة التعاقدية تغيرت و أصبحت هناك ضرورة لوجود التكافؤ بين المتعاقدين، حيث أصبحت حماية المتعاقد لا تقتصر على مرحلة معينة من العقد بل يجب أن تتحقق في جميع المراحل.

وبناء على ما أوردناه سابقا نرى أنه يتوجب على المشرع مواكبة التطورات السريعة الحاصلة في مختلف المجالات من خلال إعادة النظر في تنظيمه للعلاقات التعاقدية، بالنص صراحة على ما يفيد الأخذ بمبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد، و تنظيم المرحلة السابقة للتعاقد على غرار ما جاء في القوانين الحديثة، بدلا من تركها في الضمنية و الغموض التي تؤكد على وجود فراغ تشريعي.

قائمة المراجع

- 1- جمال النكاس، حماية المستهلك و أثرها على النظرية العامة للعقد، مجلة الحقوق، السنة 13، العدد الثاني، يونيو 1989.
- 2- نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، دن، ط 1 2002.
- 3- سامي بديع منصور، عنصر الثبات و عامل التغير في العقد المدني في القانونين اللبناني و الفرنسي المقارن، دار الفكر اللبناني، د ت.
- 4- وليد صلاح مرسي رمضان ، القوة الملزمة للعقد و الإستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2009 .
- 5- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي و القانون المدني، د ن ، 2004.
- 6- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، د ت.
- 7- محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، السنة الجامعية 2003-2004 ، ج 1.
- 8- Lournet Aynés ,L'obligation de loyauté , archives de philosophie du droit ,L'obligation tome.44,éd Dalloz,2000.
- 9- جاك غستان، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت ، ط 1 2000.
- 10- العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، 2002 .
- 11- سلامة عبد الفتاح حليبية، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة، 2005.
- 12- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13، ج . ر ، العدد 78 ، المؤرخ في 1975./09/30
- 13- جمال خليل النشار، النية وأثرها في البناء في ملك الغير ، دار الجامعة الجديدة ، 1999.
- 14- فتيحة قررة، أحكام الوضع الظاهر، منشأة المعارف، د ت .
- 15- سعودي سرحان حسن، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاقدين مع الشركات التجارية، دراسة تحليلية مقارنة ، جيز المتحدة ، د ت .

- 16- محمود زواوي، نظرية الظاهر في القانون الخاص ، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1998.
- 17 -Jacques Ghestin ,traité de droit civil, la formation du contrat ,3eme éd L .G.D.J/Delta, 1996,N°225.
- 18- الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 27 فبراير 2006 المتعلق بالتأمينات، ج. ر، العدد 13، المؤرخ في 1995/03/08.
- 19- غ . م ، قرار بتاريخ 1987/05/20 ، ملف رقم 34038 ، م . ق ، السنة 1991 ، العدد الثالث.
- 20- غ . م ، قرار بتاريخ 1993/10/06 ، ملف رقم 10393 ، م . ق ، السنة 1994.، العدد الثاني.
- 21- مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط4، 2007.
- 22- حسين بن سليمة، حسن النية في تنفيذ العقود حسب أحكام الفصل 243 من المجلة المدنية، المطابع الموحدة ، تونس 1993.
- 23- عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ،دراسة مقارنة بين الشريعة القانون الأسكندرية 2004.
- 24- مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، المنشورات الحقوقية صادر، د ت.
- 25 - Anne-sylvie courdier - cuisinier, le solidarisme contractuel, préface de écric loquin, éd du jurisclesseur, litec volume 27, Année 2006 ,N 486 .
- 26- Béatrice jaluzot ,la bonne foi dans les contrats, étude comparative des droits francais allemend et japonais ,éd dalloz,2001 , N°271.
- 27- مروان كساب، الخطأ العقدي، دن، الطبعة الأولى، 2000.
- 28- محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية و أثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008 .
- 29- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الهدى، الجزائر، ط2009.
- 30- بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، ط 2 ، 1988 .
- 31- غ . م ، قرار بتاريخ 1988/06/22، ملف رقم 53577، م . ق ، السنة 1991، العدد الثاني.
- 32- عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.
- 33- عدنان إبراهيم السرحان- نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الإلتزامات ،دار الثقافة، عمان ، ط 1 ، 2009.
- 34- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2006.
- 35- عبد الحكم فوده، تفسير العقد القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
- 36- غ . ع ، قرار بتاريخ 1997/07/23 ، ملف رقم 149300 ، م . ق ، السنة 1997، العدد الثاني.
- 37- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة ، ج1، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية، المجلد الأول، نظرية الإلتزام، تحليل العقد، مطبوعات جامعة الكويت.
- 38- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، ج1، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، د ت.

- 39- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 40- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 1993.
- 41- غ . م، قرار بتاريخ 1994/04/20، ملف رقم 11358، غير منشور.
- 42- غ . م، قرار بتاريخ 1983/03/02، ملف رقم 20310، ن . ق، 1987، العدد الأول.
- 43- غ . م، قرار بتاريخ 1986/06/25، ملف رقم 36889، م . ق، السنة 1992، العدد الثالث.
- 44- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى عين مليلة، د ت .
- 45- رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير و بيع المال الشائع فقهاً و قضاءً، دار الألفي القانونية ، ط 7، 2007.
- 46- الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.
- 47- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات ، الهبة – الوصية – الوقف، دار هومة، الجزائر، ط 2004.
- 48- محمد حسن قاسم، القانون المدني، البيع - التأمين - الضمان، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت .
- 49- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط 1، 2009.
- 50- ج . ر، العدد 52، المؤرخ في 1992./07/08
- 51- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، السعي إلى التعاقد و سلطان الإرادة، منشورات الحلبي الحقوقية، د ت .
- 52- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد القسم الأول، إنعقاد العقد، دار وائل، عمان، 2002.
- 53- أحمد السعيد الزقود، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، السنة 25، العدد 3، سبتمبر 2001 .
- 54- محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، دن، 1995.
- 55- سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005 .
- 56- عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع العقدي، دراسة مقارنة، د ن، 2005.
- 57- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2009 .
- 58- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1 ، ازدواج أو وحدة المسؤولية و مسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة ، ط 1978 .
- 59- محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، السنة الثانية و العشرون، العدد الثاني، يونيو 1998.
- 60- غ . م، قرار بتاريخ 2000/05/24، ملف رقم 223852، م . ق، 2001، العدد الأول، ص.138
- 61- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008 .
- 62- لعشب بن حامد محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990 .

- 63- السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، دت .
- 64- فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، دت.
- 65- غ . م، قرار بتاريخ 1996/04/17، ملف رقم 154760، م . ق، السنة 1997، العدد الثاني.
- 66- غ . م، قرار بتاريخ، 1987/11/11، ملف رقم 51940، م . ق، السنة 1992، العدد الأول.
- 67- محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام،العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية،2000.
- 68- محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للإلتزام، المصادر – الأحكام – الإثبات، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دن،2007.
- 69- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، ط 1،2001.
- 70- أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضى، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية،2006.
- 71- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1983.
- 72- غ . إ، قرار بتاريخ 1988/01/14، ملف رقم 493339، م . ق، السنة 1990،العدد الرابع .
- 73- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي،ج2، صحة التراضي، مطبعة القاهرة و الكتاب الجامعي،1993.
- 74- محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة،2004 .
- 75- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج1، دار النهضة العربية،1967.
- 76- أحمد سعيد الزقود، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي و المقارن، مجلة الحقوق، السنة 19،العدد الرابع، ديسمبر 1995.
- 77- جلال علي العدوي،أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية،1997.
- 78- غ . م، قرار صادر بتاريخ 2001/11/17، الملف رقم 625233، م . ق، السنة 2001، العدد الثاني .
- 79- سليمان مرقص، مصادر الإلتزام، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، الإلتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ط 4، 1987.
- 80- أحمد حسن البرعي، نظرية الإلتزام في القانون المغربي، مصادر الإلتزام،العقد، دار الثقافة،الدار البيضاء،دت.
- 81- عسالي عرعارة،نظرية الاستغلال،أطروحة ماجستير، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية،الجزائر،2007.
- 82-حسن عبد الباسط،الجمعي،اثر عدم التكافئ بين المتعاقدين على شروط العقد،النهضة العربية القاهرة 1994.
- 83- محمدي سليمان، من أجل الإبقاء العين في بيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، السنة 2008، العدد الأول .
- 84-حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996.
- 85- عاطف النقيب، نظرية العقد، المنشورات الحقوقية صادر، دت .
- 86- سعيد سعيد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2000، 1 .

- 87- بودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر، القاهرة ، ط 1، 2005.
- 88- حمدي أحمد سعد، الإلتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة من القانون المدني المصري و الفرنسي ، والفقهاء الإسلاميين ، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999.
- 89- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1 ، 2007.
- 90- إيمان عبد المالك، مبدأ حسن النية و التعويض في التأمين البحري في كل من القانونين الجزائري و التونسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، 2006- 2005 .
- 91- أحمد سعيد الزقود، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الإتجاهات الحديثة في القانون المقارن، المكتبة العصرية، 2007.
- 92- محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دت.
- 93- ج . ر ، العدد 15، المؤرخ في 2009/03/08
- 94- ج . ر ، العدد 41، المؤرخ في 2004/06/27
- 95- ج . ر ، العدد 13، المؤرخ في 1995/03/08
- 96- Christin Laroumet , Droit civil tom 3, les obligation,le contrat, 4eme éd, Economica, 1998, N°275.
- 97- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، القوة الملزمة للعقد، مجلة الفتوى والتشريع، العدد 13، أكتوبر 2005 .
- 98- مصطفى الجمال - رمضان أبو السعود - نبيل إبراهيم سعد، مصادر و أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 99- محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، الإلتزامات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
- 100- بلحاج العربي، مفهوم التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية و السياسية ، 1992، العدد الرابع .
- 101- زهدي يكن، شرح الموجبات و العقود مع مقارنة بالقوانين الحديثة و الشريعة الإسلامية، ج 2 ، د ن، ط 2، دت.
- 102- شوقي السيد، التعسف في إستعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه و التشريع و القضاء، دار الشروق، ط 1 ، 2008.
- 103- غ إج ، قرار صادر بتاريخ 1983/04/04 ، ملف رقم 30573 ، ن ق ، العدد الثالث.
- 104- سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، جامعة الدول العربية، معهد البحوث و الدراسات العربية، 1971.
- 105- حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 2، الخطأ، ط 1 ، دار وائل، عمان ، 2006.
- 106- عبد الحميد الشواربي ، امشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الأسكندرية، 1998.
- 107- نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة، مجلة المنارة، المجلد السابع، العدد الثاني ، لسنة 2001 .
- 108- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2 ، في الإتفاقات المتعلقة بالمسؤولية، مطبعة جامعة القاهرة، 1990.
- 109- عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية ، 1992.

- 110- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الإلتزامات، دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، ط 1 ، 2008.
- 111- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 112- غ . إ.ج، قرار بتاريخ 1983/02/07، ملف رقم 29500، م . ق، السنة 1989، العدد الأول .
- 113- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 3 ، 1998.
- 114- حسن علي الذنون - محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ج1 ، مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن، دار وائل، عمان، ط 1 ، 2002 .
- 115- غ . إ.د، قرار صادر بتاريخ 1993/10/10 ، ملف رقم 99694 ، م . ق ، السنة 1994، العدد الأول .
- 116- غ . ع، قرار بتاريخ 1999/10/24 ، ملف رقم 191705، م . ق، السنة 1999، العدد الثاني.
- 117- إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، دراسة مقارنة فقهاً وقضاءاً، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2002 .
- 118- هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد ، ج 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، د ت .
- 119- محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية ، 2007 .