وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة
كلية الحقوق

حسن النية في تكوين العقد

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص
فرع عقود و مسؤولية

إعداد الطالبة
بيلامي سارة

إشراف الأستاذ الدكتور
بوعناقة السعيد

لجنة المناقشة

أ.د طاشور عبد الحفيظ	أستاذ التعليم العالي	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة	رئيسا
أ.د بوعناقة السعيد	أستاذ التعليم العالي	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة	مشرفا و مقررا
د لعباني وفاء	أستاذة محاضرة	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة	عضوا

السنة الجامعية: 2016 – 2017 م

"بسم الله الرحمن الرحيم"

اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (1) خَلَقَ الإِنسَانَ مِنْ عَلَقٍ (2) اقْرَأْ وَرَبُّكَ الأَكْرَمُ (3) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (4) عَلَّمَ الإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ (5)

"صدق الله العظيم"

شكر و تقدير

الحمد لله الودود الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع طمعا في أن يوفقنا للمزيد بإذنه ومشيئته. كما أتوجه بخالص الشكر و الامتنان إلى من تجلى فيه تواضع العلماء و سماحة العارفين الأستاذ الدكتور بوعناقة السعيد الذي تشرفت بتأطيره لي.

و الأساتذة الأجلاء الأستاذ الدكتور طاشور عبد الحفيظ و الدكتورة لعباني وفاء على قبولهم مناقشة هذه المذكرة.

كما أتقدم بالشكر إلى كل من أضاء بعلمه طريق غيره.

الإهداء

إلى روح أبي الطاهرة، الذي لم تمهله الحياة سماع عبارات الشكر مني.

إلى أمي العزيزة حفظها الله و رعاها، و التي عاف اليراع وصف جميلها.

إلى سندي في الحياة إخوتي.

إلى رفيقات دربي صديقتي و زميلاتي .

إلى ذوي النفوس الطيبة و النوايا الحسنة.

إلى كل من ساعدني و عبد طريقي.

أهدي هذا العمل البحث المتواضع راجية من المولى عز وجل التوفيق.

المقدمة

مقدمة

يعد مبدأ سلطان الإرادة حجر الزاوية في الفكر القانوني منذ القرن التاسع عشر وخاصة بعد تكريسه ضمن المدونة المدنية لنابليون لسنة 1804، واعتناقه من قبل أغلب المدونات المدنية في العالم، نظرا لما يقدمه من ضمانات وأسس تسوس العلاقات العقدية، فبمقتضاه أصبحت حرية التعاقد والرضائية والمساواة بين الأطراف ضرورات تحكم العلاقات العقدية.

وبهذا شكّل هذا المبدأ رمزا لقانون العقود وذلك لما يكفله من ضمانات للإرادة على وجه الخصوص.

ومن البديهي أن الإرادة المراد حمايتها من خلال هذا المبدأ هي الإرادة ذات النية الحسنة أي الإرادة السليمة التي لا تنطوي على قصد الإساءة للآخر، بل والتي تجسد الاستقامة المعززة بالجانب الأخلاقي.

وقد ظهر مبدأ حسن النية (BONA FIDES) في القانون الروماني كمدعم لمبدأ سلطان الإرادة، وتم قبوله بتأثير متزايد من مفهومه الفلسفي الأخلاقي، فاستعمل كمبدأ توجيهي يكرس رمزا أخلاقيا في التعاقد كالإخلاص والأمانة والنزاهة والاستقامة (La loyauté)، ويسمح بالتخفيف من قسوة النظام القانوني لما يحتويه من القيم الأخلاقية.

لكن سرعان ما تم اعتباره مبدءا قانونيا عاما له ضماناته والتزاماته، والتي كانت في بادئ الأمر عبارة عن فرض التزام سلبي بعدم اتخاذ مسلك ينطوي على الغش وسوء النية، ثم امتدت لتشمل العديد من الفروض الايجابية.

إن كون حسن النية مبدءا عاما في القانون المدني يجعله فسيح المدى و واسع النطاق، فمن المسلم به في التشريعات الحديثة أن مبدأ حسن النية يسود المجال القانوني بصفة عامة والعقدي بصفة خاصة، ويعد الاستعمال المتعدد لحسن النية في القانون المدني مردا للخلاف حول تحديد مفهوم دقيق له، ذلك أن مفهومه يتأثر بهذه الاستعمالات.

كما أن اعتبار حسن النية يسوس العلاقات العقدية، يجعله يبسط سيطرته عليها من بدايتها حتى نهايتها، أي أنه يضم كلا من مرحلة تكوين العقد ومرحلة تنفيذه، غير ان مجاله التقليدي كان ينحصر في تنفيذ العقد.

لكن ما الفائدة من ضرورة إخضاع تنفيذ العقد لمبدأ حسن النية إذا لم يخضع له عند تكوينه؟ خاصة إذا اعتبرنا أن العقد يشكل وحدة متكاملة، فما أسسناه وأنشأناه بسوء النية لا يمكن تصور تنفيذه بحسن نية.

إنّ مرحلة تكوين العقد تعد مرحلة حاسمة ذات أهمية بالغة، باعتبارها بوابة الدخول للمنظومة العقدية المنشئة للالتزامات الإرادية. إذن فهي مرحلة ترتكز على الإرادة، هذه التي ينبغي سلامتها وحسن نيتها حتى ترتب آثار العقد، أي القوة الملزمة للعقد فهذه الأخيرة – القوة الملزمة – ليست إلا ضمانا من ضمانات مبدأ سلطان الإرادة.

وترتكز هذه المرحلة كذلك على أساس آخر يضمنه مبدأ سلطان الإرادة، وهو حرية التعاقد، وهذا الأساس ليس مطلق بل مقيد أو بالأحرى متمم بمقتضيات حسن النية في هذه المرحلة، وكل هذا يوضح مدى ضرورة حسن النية في مرحلة تكوين العقد.

فلمّا كان تكوين العقد يشكل مرحلة محورية بالغة التأثير على المنظومة العقدية– من حيث ارتضاء الالتزامات وإنشائها– وجب ابتعاده عن الغش والخداع والتضليل، وارتكازه على العدل والاستقامة والنزاهة، ما يستلزم الأخذ بمبدأ حسن النية في فترة تكوين العقد في كل من المرحلة السابقة للتعاقد والتي طالما سيطر عليها مبدأ حرية التعاقد، ومرحلة التعاقد التي استأثر بها مبدأ سلطان الإرادة.

وقد أصبح الأخذ بمبدأ حسن النية في تكوين العقد ضرورة ملحة، خاصة بعد تطور وسائل الاتصال وظهور عقود الاستهلاك والعقود الإلكترونية وعقود التجارة الدولية والتي عجزت النظريات التقليدية على حماية الطرف الضعيف، وإقامة التوازن العقدي فيها أثناء هذه المرحلة بالتحديد.

وعليه فإذا سلمنا بضرورة الأخذ بمبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد، **فما مدى نجاعته باعتباره مبدءا قانونيا ذو قيمة أخلاقية في إقامة نظام يحمي الإرادة ذات النية الحسنة ويحقق العدل والتوازن العقدي في مرحلة تكوين العقد؟**

ويقودنا هذا الطرح للتساؤل عن ماهية مبدأ حسن النية في تكوين العقد. إذ أنه لايزال غير واضح المعالم في مجال تكوين العقد. ثم البحث عن الآليات التي يحقق من خلالها فعاليته في فترة تكوين العقد باعتباره مبدءا قانونيا، أي تحديد الالتزامات التي يفرضها والجزاءات التي يرتبها على الإخلال به في هذه الفترة.

ويعتبر هذا الموضوع بالغ الأهمية من الناحية العلمية والعملية، وتكمن الأهمية العلمية لهذا الموضوع فيما يلي:

- كون حسن النية يعتبر مبدءا راسخا ذو أصول عريقة أخلاقية وفلسفية، غير أن أثره في تكوين العقد لا يزال ينطوي على لبس كبير ويدور بشأنه الكثير من الجدل والخلاف، فضلا على كون الموضوع جديد نسبيا بالنسبة لفقه القانون الخاص. اذ درج الفقهاء على تناوله ضمن المؤلفات العامة للقانون المدني، بشكل مختصر في بضع صفحات أو بضعة أسطر أحيانا وأغلبها يخص مرحلة التنفيذ دون التكوين، لكن وبالرّغم من ذلك لا يمكننا انكار وجود القليل – لدرجة الندرة – من الدراسات عن حسن النية في تكوين العقود في القوانين الغربية وحتى العربية في الآونة الأخيرة.
- إنّ اعتبار حسن النية مبدءا قانونيا عاما يعطيه أهمية نظرية وعلمية وحتى عملية كونه مصدر خصب لإنشاء القواعد القانونية التي تقرر الحقوق والالتزامات، لاسيما ما يتعلق منها بحماية المستهلك والتعاقد الإلكتروني وعقود التجارة الدولية وغيرها من العقود التي تستوجب تشديد الحماية –للمتعاقد الضعيف وحسن النية– في تكوين العقد وهو ما سيتم الكشف عنه خلال البحث.

وتنطوي دراستنا لهذا الموضوع على نقاط بالغة الأهمية من الناحية العملية كذلك و التي تتمثل فيما يلي:

- تحقيق الحماية والعدالـة والمسـاواة والتعاون، فلا يوجد أحسن وأضمن منه بالنسبة للطرفين والقاضي في مرحلة تكوين العقد.
- كما يساهم هذا البحث في تنوير قطاع العدالة من خلال ما سيقدم من معلومـات حول مبدأ حسن النية في فترة تكوين العقد، والتي تضبط وتحارب الغش والفساد وتقوم على الحيلولة دون الممارسات الغير النزيهة أثناء تكوين العقد.
- ويضمن الأخذ بمبدأ حسـن النيـة في تكوين العقد تنظيم عادل للمرحلة السـابقة للتـعاقد، خاصة وأن أغلب القوانين لم تنظمها بمواد قانونية، بالرّغم من التطورات الحديثة والتي أصبح التصور البسيط للعقد في ظلها (والذي تتبناه هذه القوانين) لا يكفل الحمـاية اللازمة لطرفين على حد سواء ولطرف الضعيف بالخصوص.

ويرجع سبب اختيارنا لهذا الموضوع لمـا سبق بيـانه من اهمـــية علمية وعمليـة من جـــهة، وسعينا إلى تحقيق الأهداف التالـية من خلال دراستنا للموضوع من جهة أخرى:

- ضبط ماهية مبدأ حسن النيــة في تكوين العقد وتميزه عن غيره، وبالتالي إزالة اللـبس عنه.
- بيان فعالية مبدأ حسن النيـــة في مرحلة تكوين العقد، من خلال الالتزامات والجـزاءات التي يرتبها بهدف تحقيق الحماية لطرف الضعيف، وإقامة العدل والتوازن العقدي، وإبراز هذه فعالية خـلال المرحلة السـابقة للتـعاقد ومرحلة التعاقد على حدّ سواء.
- كما يعتبر تحديد الالتزامات والجزاءات المترتبة عن المبدأ ضروري، لأنه حتى وإن لم يتم تنظيمها قانونا ولم يتم النص عليها في العقد، يمكن للقاضي الأخذ بها كونها صادرة عن مبدأ قانوني عام، ما يدفعنا لحصرها حتى لا يتم الإفراط في انشاء آليات لتكريس مبدأ حسن النيـة تشكل موانع قانونيـة للراغبين في التعاقد وقيودا على العقد في مرحلـة التكوين.
- توضيح موقف المدونات المدنية من المبدأ في مرحلة تكوين العقد وموقف القانون الجزائري منها والسعي لتطويره من خلال ما سيتم إجراؤه من مقارنات.

وحتى يتسنى لنا دراسة هذا الموضوع والإلمام بجميع جوانبه، قمنا بإتباع مناهج علمية محددة تتلاءم وطبيعة البحث، اذ انتهجنا المنهج التحليلي لشرح المسائل التي يتم التطرق إليها، مع الأخذ بالمنهج المقارن حيث تم الاعتماد على القانون الجزائري وغيره من القوانين التي تعمل على إرساء

مبدأ حسن النية في تكوين العقد، وكون المبدأ لم يتم تناوله بالكامل في قانون مقارن محدد، الأمر الذي دفعنا إلى الاعتماد على القانون المقارن حسب ما ورد فيها من تكريس لهذا المبدأ، ولرد مبدأ حسن النية في تكوين العقد لأصوله التاريخية والفلسفية اعتمدنا المنهج التاريخي.

والجدير بالذكر أننا تقيدنا في دراستنا للمبدأ بالقانون الخاص، والاتفاقيات الدولية المنظمة للعلاقات الخاصة.

وسيتم تناول موضوع بحثنا والإجابة عن إشكاليته وبالتالي إثبات فعالية حسن النية في تكوين العقد، من خلال اعتمادنا لخطة ثنائية متوازنة من حيث فوصولها ومباحثها، إذ نتناول في فصلها الأول ماهية مبدأ حسن النية في تكوين العقد وفعاليته في المرحلة السابقة للتعاقد، ونتطرق في فصلها الثاني إلى أثر مبدأ حسن النية في مرحلة التعاقد، بتبيين دوره في وجود الرضا ثم دوره في التعبير عن الرضا وحمايته، ومن تم تكون الخطة على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية حسن النية في تكوين العقد وفعاليته في المرحلة السابقة للتعاقد.

المبحث الأول: ماهية مبدأ حسن النية في تكوين العقد.

المبحث الثاني: فعالية حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد.

الفصل الثاني: أثر حسن النية في مرحلة التعاقد.

المبحث الأول: فعالية حسن النية في وجود الرضا.

المبحث الثاني: فعالية حسن النية في التعبير عن الرضا وحمايته.

الفصل الأول

ماهية حسن النية في تكوين العقد و فعاليته في المرحلة السابقة للتعاقد.

المبحث الأول: ماهية مبدأ حسن النية في تكوين العقد.

المبحث الثاني: فعالية حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد.

حسن النية من المبادئ القانونية المعروفة في القانون المدني، وله تأثيرات كبيرة في مجال العلاقات المالية، والتعاملات المدنية وحتى التجارية، الداخلية منها والدولية على السواء، وقد بلغ هذا المبدأ حدا من الرسوخ في القانون عامة والقانون الخاص بالتحديد، حتى صار يشكل الإطار العام الذي يرعى ممارسة الحقوق وتنفيذ الالتزامات، فلا يجوز للشخص أن يتجاوزه، وإلا تعرض للجزاء.[1]

وقد نصت الكثير من القوانين المدنية بما فيها القانون المدني الجزائري في العديد من موادها على مبدأ حسن النية، لكنها لم تقم بوضع تعريف قانوني محدد لهذا المبدأ تاركتا ذلك للفقه، الذي لا يزال منقسما على نفسه حول وضع تعريف واضح لهذا المبدأ في القانون المدني بصفة عامة، وفي مرحلة تكوين العقد بالتحديد خاصة في ظل غياب نص تشريعي صريح – بنسبة لقانونا الوطني– يعترف به كمبدأ عام ويخوله السيطرة على العقد تكوينا وتنفيذا.

والحقيقة أن أخذ المشرّع بهذا المبدأ في تنفيذ العقد، لا يعني هيمنته على هذه المرحلة فحسب فهو وكما سيتبن لنا من خلال هذا الفصل يعتبر مبدأ عاما، يلازم العلاقة العقدية تكوينا وتنفيذا، كما أن ماهيته تتضح وتتحدد بحسب المرحلة التي ينظمها فكونه مبدأ عاما يجعله يشمل العديد من التعريفات والمضامين، غير أن حصره في مرحلة تكوين العقد، يساعدنا على إيضاح ماهيته بالنسبة لهذه المرحلة بالتحديد.

وإن سعينا للكشف عن ماهية حسن النية في تكوين العقد، يقودنا للبحث عن أصولها التاريخية والفلسفية وإعطاء مقاربة لتعريفها في هذه المرحلة، ثم تمييزها عن غيرها من الأنظمة القانونية، وهو ما سنتناوله في المبحث الأول.

وكما تغاضت العديد من التشريعات عن تعريف حسن النية في مرحلة تكوين العقد واعتباره مبدأ عاما، فمن ضمن الفراغات التشريعية التي يمتد لتنظيمها هذا المبدأ، ولم يخصها القانون بنص المرحلة السابقة للتعاقد، فقد سكتت عن تنظيمها العديد من التشريعات ومنها القانون المدني الجزائري، نظرا لعدم الحاجة لذلك في الماضي، لكن اليوم وبفضل التطورات الاقتصادية والاجتماعية برزت الحاجة إلى تنظيمها وفقا لمبدأ حسن النية.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، الطبعة 1، دار دجلة، الأردن، 2008، ص 13.

وإن سيطرة حسن النية على المرحة السابقة لتعاقد يجعله يرتب العديد من الالتزامات والتي من خلالها يثبت فاعليته في هذه المرحلة، وهو ما سنتطرق له من خلال المبحث الثاني وذلك بتبين مقتضياته بالنسبة لتفاوض الحر وبالنسبة للاتفاقات التمهيدية ثم نتعرض إلى جزاءات الإخلال به.

المبحث الأول

ماهية حسن النية في تكوين العقد.

تعددت دلالات ومفاهيم حسن النية[1] وتطورت واختلفت عبر العصور، خاصة وأنها ذات بعد أخلاقي، كما أن وجودها في العديد من المواضع ضمن القانون المدني عامة والعقد خاصة،[2] زاد من صعوبة تحديد ماهيتها، والتي لا يمكن إدراكها إلا بتحديد موضعها والمتمثل هنا في مرحلة تكوين العقد.

وإن بياننا لماهية حسن النية في تكوين العقد من خلال هذا المبحث يستدعي منا التعرض أولا إلى بيان نشأتها وأصولها التاريخية والفلسفية والتي ساهمت في بلورة معناها وتحديده، فضلا عن انتشارها وتطورها بالنسبة لهذه المرحلة والتي سيطر عليها مبدأ سلطان الإرادة دون منازع ولعدة عقود.

ثم نأتي بعد ذلك إلى تعريفها من خلال تسليط الضوء على مدلولها في هذه المرحلة بالتحديد ثم بيان مضمونها من خلال الأفكار التي تحتويها والمعـايير التي تمكننا من الكشف على وجودهـا وسنحاول تحديد طبيعتها القانونية والتي تساعدنا على إدراك أهدفها وآليتها.

وحتى تتكون لدينا صورة واضحة ومتكاملة عن حسن النية في تكوين العقد وجب علينا تميزها عن غيرها من الأنظمة، التي تتـخلل القانون المدني والتي يمكن تشتبه بها على الرّغم من كونها تختلف عنها في العديد من الجوانب، والتي سنقوم بإبـرازها حتى ننفي اللبس عنها ونكوّن مقاربـة أقل ما يقل عنها أنها تتسم بالوضوح. وسيتم تجسد كل هذا من خلال ثلاث مطالب هي:

المطلب الأول: الأصول التاريخية والفلسفية لحسن النية في تكوين العقد.

المطلب الثاني: تعريف حسن النية في تكوين العقد.

المطلب الثالث: تمييز حسن النية في تكوين العقد عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص121.
[2] عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2006، ص ح.

المطلب الأول

الأصل التاريخي والفلسفي لحسن النية في تكوين العقد.

إن محاولة فهم فكرة حسن النية في تكوين العقد، لا يمكن أن يتأتى إلا من خلال فهم أصولها الفلسفية والتاريخية، التي ساهمت في إنشاء هذه الفكرة وتطويرها[1] وإخراجها من المنظومة الأخلاقية إلى المنظومة القانونية، كما أنه لا يمكن الادعاء بجدّة وحداثة مصطلح حسن النية في تكوين العقد فهو ذو أصول فلسفية والأخلاقية، تم إدخاله إلى المنظومة القانونية لتخفيف من شدتها.

وإن تتبعنا للصلة التي تربط هذه الفكرة القانونية في العصر الحاضر بمثيلتها في العهد الأول – من خلال تناولنا للأصول التاريخية والفلسفية لحسن النية في تكوين العقد– يقودنا إلى معرفة الأسباب والعوامل الدينية والاجتماعية والأخلاقية والسياسية التي أدت إلى ظهورها، وساعدت على تطورها وانتشارها،[2] خاصة وأن القانون لم يكن يوما ما وليد الصدفة، وإنما هو وليد تلك العوامل المتعددة والمتنوعة. ومن ثم كان فهم أي حقيقة قانونية فهما جيدا و واقعيا يقتضي بالضرورة الإحاطة الكاملة بجذور هذه الحقيقة، والتي تمدها بأسباب القوة والحياة، ومتابعة تطورها عبر العصور.

وبناءا على ما تقدم فقد اثرنا أن نتناول من خلال هذا المطلب نشأة هذا المبدأ في تكوين العقد من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول: التطور التاريخي لحسن النية في تكوين العقد.

الفرع الثاني: حسن النية في ظل الأفكار الفلسفية المعاصرة.

[1] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004، ص11.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 18 و ص 20.

الفرع الأول

التطور التاريخي لحسن النية في تكوين العقد.

نتناول من خلال هذا الفرع التطور التاريخي لحسن النية في تكوين العقد في ظل الشرائع القديمة، والتي ساهمت في تطوير هذه الفكرة وبلورتها، بدءا بالقانون الطبيعي ثم القانون الروماني والذي يعتبر المصدر التاريخي للعديد من القوانين الغربية، ثم نمر إلى تبيين أثر القانون الكنسي في صياغة هذه الفكرة. ونأتي في الأخيرإلى محل هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية باعتبارها تشكل مصدرا تاريخيا ورسميا للعديد من قوانين الدول العربية ومنها القانون الجزائري.[1]

الفقرة الأولى

حسن النية في تكوين العقد في القانون الطبيعي.

يتمثل القانون الطبيعي فيما ذهب إليه الكثير من المفكرين منذ القدم في كون القانون ليس فقط من صنع الإنسان. بل هناك قانون آخر مثالي، عقلي، مطلق، يسمو على القانون الوضعي، وهو ما يسمى بالقانون الطبيعي.[2] وقد مرت فكرة القانون الطبيعي بتاريخ طويل ومتغير حيث وجدت في فلسفة الإغريق عند أرسطو كما وجدت في الفقه الروماني. وعند الفقه الكنسي الذي أعطاها بعدا لاهوتيا. إذ أصبح القانون الطبيعي يمثل القانون الإلهي. ثم أخذت على يد" جروتيوس Grotuis " حقيقتها العقلانية.[3]

فأصبح القانون الطبيعي يمثل القواعد المشتركة للمجموعة البشرية، والتي لاتختلف من مجتمع لأخر والتي تستخلص بإستعمال العقل، فهو ما توحي به الطبيعة ويستخلص بالعقل القويم والسليم.[4] ويعتبر من أهم مصادر القانون المدني لذلك وجب تبيين نظرته لحسن النية في تكوين العقد.

---

[1] أنظر المادة 1 من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المعدل و المتمم. والتي تعتبر الشريعة الإسلامية و القانون الطبيعي من ضمن المصادر الرسمية للقانون.

[2] دينيس لويد، تعريب سليم الصويص، فكرة القانون، عالم المعرفة، الكويت، 1981، من ص65 إلى ص 67.

[3] نفس المرجع، ص 76.

[4] لا يعنينا شرح فكرة القانون الطبيعي و ما اعترها من تطورات، بل أن كل ما نريده هو تسليط الضوء على حسن النية في تكوين العقد فيها.

وقد اعتبر جروتيوس الالتزام بالعقود و احترام الملكية، قواعد معقولة يجب احترامها في القانون الطبيعي.[1] كما حظي العقد والحق في ابرامه بواجب الاحترام والقدسية من طرف فقهاء القانون الطبيعي، على اعتبار أن ما ينتج عن العهود والاتفاقيات هي التزمات طبيعية، وحرية الإرادة في ابرامها حق طبيعي. غير أن هذه القدسية لا تعني إطلاق حرية الإرادة دون قيد أو شرط، اذ يرى الفقيه بافاندوف – تلميذ جروتيوس – أن القانون الطبيعي في إنشائه القيود على الاتفاقيات، يهدف إلى مراعاة مصالح الأخرين فضلا على عدم التسبب في إذائهم، وهو ما يدل على تأييد أنصار القانون الطبيعي لمبدأ حسن النية والإيثار، وتجنب الجمود وعدم النزاهة منذ زمن بعيد، علما أّن جروتيوس لم يكن بهذا الوضوح حول هذه النقطة بالتحديد، غير أنه لايمكن القول بـــأنه يملك رأي مغايـر حولها، خاصة وأنه يؤكد على النزاهة، واعتبرها عاملا وثيق الصلة بالعقود التبادلية، وعليه فأنصار القانون الطبيعي يتفهمون علوية إرادة الأفراد ويحترمونها ولكنهم لا يقصدون بالضرورة أن الالتزمات التي تنشأ عن هذه الإرادة مطلقة، فهي تبقى خاضعة للنزاهة وحسن النية.[2]

ومما سبق يتبين لنا أن حســن النيــة من المبادئ المعترف بها عند فقهاء القانـــون الطبيعي، بجانب مبدأ قدسية العقد وحرية الإرادة في تكوين العقد، فبما أن الطبيعة ترفض اطلاق حرية الإرادة في مرحلة تكوين العقد، فلابد أن تكون لها محددات وأطر من ضمنها مبدأ حسن النية الذي يكبح جماح الإرادة أثناء التعاقد من نتائج الأنانية المفرطة، وقصد الإضرار بالأخر، وبهذا يعتبر مبد أحسن النية في تكوين العقد حقا طبيعيا، ومن ثم قانونا طبيعيا واجب الاحترام يحكم هذه المرحلة.[3]

ويعود الفضل إلى مساندي القانون الطبيعي في إخراج حسن النية من قواعد الأخلاق، وجعله إلتزاما قانونيا واجب الاحترام في ظل التشريعات القديمة، وهو ما سيتم إيضاحه من خلال دراستنا لحسن النية في تكوين العقد في القانون الروماني.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 21.
[2] نفس المرجع ، ص 22.
[3] نفس المرجع، ص23.

الفقرة الثانية

حسن النية في تكوين العقد في القانون الروماني .

لم يعرف الرومان القدامى مبدأ حسن النية في العقود – لا في مرحلة التكوين ولا في مرحلة التنفيذ – وذلك لأن عقودهم كانت تبنى على الشكلية المطلقة والمتطرفة في ذلك الزمن، والذي يسمى بالعصر الأول.[1] ويرى جانب من الفقه[2] أنّه يمكن القول بأن هذه الشكلية ليست متطرفة بل لها ما يبررها، وذلك أن المجتمع الروماني وقتئذ كان مجتمعا زراعيا– النشاط التجاري فيه شبه معدوم – محدود الإتصال بالعالم الخارجي، وبالتالي لم تكن الحاجة لمبدأ حسن النية ملحة،[3] ثم إن الغرض من الشكلية ليس فقط عبارة عن تعويذة ذات قوة سحرية يستمد منها العقد وجوده وصحته وإلزامه ويأمن من خلالها موضوعه،[4] بل تهدف كذلك إلى ضمان الدقة والوضوح في تحديد الالتزمات، وتسهيل عملية الإثبات والفصل في النزاعات عن طريق العبارات المستعملة ودون البحث عن نية المتعاقدين.[5]

وفي العصر العلمي والذي يبدأ من منتصف القرن الثاني قبل الميلاد، تطور المجتمع الروماني بسبب تغير ظروفه الاقتصادية والاجتماعية، واتصاله بالشعوب والثقافات الأجنبية إثر الحروب التي قامت بها روما آنذاك، واقترن ذلك بتقدم في التفكير القانوني بتأثير من فلسفة القانون الطبيعي، وقد كان من أهم الفقهاء القانونيين الفقيه الروماني شيشرون الذي قام بدور الوسيط بين الفكر اليوناني والفكر الرومـاني، وألقى الضوء على فكرة القانون الطبيعي واعتبر أن حسن النية هي أساس العـدالة، وهو بهذا قام بتحويل المبدأ من مجال الأخلاق إلى واجب قانوني، وهكذا ظهر مبدأ حسن النية من خلال اتصال مبدأ العدالة بفكرة القانون الطبيعي، وبموجب ذلك قامت الصلة بينه وبين قواعد

---

[1] والذي يمتد من تأسيس روما أي سنة 754 قبل الميلاد حتى عام 130 قبل الميلاد. و للمزيد عن القانون الروماني أنظر. صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1998، ص120 و ما بعدها.

[2] انظر: وائل حمدى أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012، ص 267.

[3] (علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، ج1، 1932، ص18) مشار إليه في عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، الطبعة 1، مطبعة اليرموك، بغداد، 1974، ص8 هامش رقم 2.

[4] أنظر : (عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج1 مصادر الالتزام، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1975، ص49) مشار إليه في شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 24، تهميش رقم4.

[5] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 16.

القانون.[1] كما أدى هذا التأثر بفكرة القانون الطبيعي إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد، واعطاء الإرادة قسطا من الأثر القانوني،[2] فظهرت إلى جانب العقود الشكلية كأصل عقود حسن النية كاستثناء والتي ترعى فيها المقاصد والمعاني وهي عقود رضائية.[3] وتعددت في هذا العصر نماذج العقود الغير الشكلية خاصة بعد أن ضاق القانون الروماني على استيعاب الأمور المستجدة، وظهور البريتور الروماني الذي سهر على السرعة في التعامل، والإعتماد على العقل في إدراك جوهر العقد لا على الشكل .وقام البريتور بحماية الإرادة من أساليب الغش والخداع والإكراه، حيث اعتبرها جرائم مالية يجب المعاقبة عليها بغرامة مالية، جزاءا لاقتراف جرم يمس بالشرف والثقة وحسن النية الذي يجب أن يسود التعامل، وقد تم إنشاء ما يسمى بالقانون البريتوري في تلك الحقبة من الزمن، والذي يضمن الحماية القانونية المشار إليها سابقا.

وهكذا ظلت– في عصر الإمبراطورية السفلى – عقود حسن النية،[4] التي تكون فيها الإرادة محلّ اعتبار، وتنعقد بمجرد الإتفاق، ولا يلتزم القاضي فيها بالألفاظ والعبارات وإنما يتجاوزها إلى البحث عن النوايا والمقاصد، قائمة إلى جانب العقود الشكلية إلى حين سقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية عام 476 م على يد الغزو البربري الجرماني، وما لبثت أن تلاشت العقود الرومانية إذ حلت محل القوانين الرومانية القوانين الجرمانية ذات العقود الشكلية أو العينية، وانعدم أثر حسن النية فيها، فأصبح التدليس والإكراه لايعيب الإرادة، كما أن حسن النية لم تعد مما ينبغي أن يتحلى به المتعاقدين.[5]

ويظهر مما سبق أن حسن النية يشكل مبدءا قانونيا قائما وموجودا في ظل القانون الـروماني، لكن نطاقه ومدلوله كان متغير بحسب التطورات التي مر بها المجتمع الروماني. حيث كان دوره شبه معدوم في الأول، ومدلوله أخلاقي أدبي لاعلاقة له بالقانون ثم تدرج بعدها ليعتبر مبدءا استثنائيا عن الأصل الذي هو الشكلية ثم اتسع بعدها ليشمل عدة معاني في تكوين العقد مثل (الجهل والخطأ المغتفر)، ويتــنفى في هذه المرحلة أيضا مع الغش والخداع والإكراه، وغيرها من الأفعال المخالفة للنزاهة والثقة. والتي قرر البريتور الروماني حماية المتعاقدين منها. كما كرس البريتور

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 25، وص26و ص27 .
[2] انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص90 و ص 91.
[3] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 280.
[4] نفس المرجع، ص 280 وص281.
[5] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص29.

الأخذ بحسن النية في تنفيذ العقود أيضا.[1]هذا عن أصل حسن النية في تكوين العقد في ظل القانون الروماني، والذي يعتبر المصدرالأصيل للثقافة القانونية في العالم الغربي ولعدة قرون. أما ما له صلة بتحديد مدلول حسن النية في تكوين العقد فسنتناوله في المطلب الثاني.

الفقرة الثالثة

حسن النية في تكوين العقد في القانون الكنسي .

لعب القانون الكنسي[2] دورا مهما في هذا المجال. ففي القرن 16 هاجم فقهاؤه الشكلية، ونادو بأن العقد المجرد من أي شكلية يكون ملزما بذاته،[3] كما كان رجال الكنيسة يفكرون بعقلية رجال الدين، فربطو بين الأعمال والنوايا والمقاصد، وقد كان لهذا التفكير أثره في القانون بصفة عامة وعلى فكرة الإرادة والعقد بصفة خاصة.[4] وأخذت الكنيسة بمبدأ حسن النية وقامت بتطبيقه من طرف المحاكم الكنسية التي أسست قضاءها في المنازعات العقدية على مبدأ حسن النية، كمعيار للجزاء في حالة مخالفة الالتزامات العقدية.[5]

وقد حاول رجال الكنيسة تفسير مبادئهم وأحكامهم ومن بينها حسن النية على ضوء قواعد القانون الطبيعي وقواعد الأخلاق، إذ يرى الفقيه توماس الأكويني أن هذا المبدأ – أي حسن النية – ماهو إلا التزام أخلاقي مصدره القانون الطبيعي،[6] أما عن مفهوم حسن النية عندهم، فرأوا بأنه «الإعتقاد الخالص من الشوائب، والذي يكتفى فيه بمجرد البعد عن الاثم والحرام»[7]. وبهذا ازدهرت

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص26، التهميش رقم 4 و ص28 و29.

[2] والقانون الكنسي هو القانون الديني الصادر عن الكنيسة الغربية في أروبا في العصور الوسطى بعد أن صارت الكنيسة قوة عالمية تجاوزت حدودها كافة الحدود السياسية و تمتعت بكل ما للدولة من سلطات تشريعية و تنفيذية و قضائية. أنظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص21 .

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 30. و علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص74.

[4] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 21.

[5] وائل حمدى أحمد، المرجع السابق، ص271.

[6] Elise Charpentier , le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat ,colloque de réflexion en droit civil , à l'université du Québec à Montréal , 1996.p 314 disponible sur internet :
https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/...26/26-2charpentier.pdf , أنظر كذلك وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 272.

[7] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص30.

الرضائية في ظل النظام الكنسي ومعها مبدأ حسن النية في تكوين العقد وحتى في تنفيذه، لكن يعاب عليها أنها كانت مقتصرة على الجوانب الأخلاقية، فهي لم ترقى إلى تقرير مبدأ سلطان الأرادة، وعلى الرّغم من ذلك فإن فكرة حسن النية في تكوين العقد وتنفيذه عندهم لم تكن مجردة تماما من الأفكار القانونية، بل جاءت بفكرة الغبن في التعاقد، وذلك من خلال ارساء القاعدة التي تقضي (بأن كل من حصل على منفعة مبالغ فيها من العقد يلتزم بتعويض الطرف المغبون، ويكون العقد قابل للإبطال)،[1]كما كشف رجال الكنيسة على عدم شرعية العقود التي تبرم تحت الغش والتدليس فضلا على بطلانها، وبينوا رفضهم لقاعدة أن تشتري على مسؤوليتك.[2]

وفي القرن 18 تعرضت الكنيسة لمعارضة شديدة لأفكارها من قبل الفرديين الذين جحدوا دورها الإيجابي في مجال العقود، لكنهم في ظل انتصاراتهم في أواخر القرن 18 عززو مبدأ سلطان الإرادة ونادوا به.[3]

الفقرة الرابعة

حسن النية في تكوين العقد في الشريعة الإسلامية .

يظهر جليا للمتدبر في أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، أثر مبدأ حسن النية في التصرفات والعقود. إذ أمر الله سبحانه وتعالى المسلمين بالعدل والإحسان والوفاء بالعهود، إذ يقول سبحانه وتعالى { إنّ الله يأمركم بالعدل والإحسان } [4] ويقول أيضا{ يا أيها الذين آمنوا أفوا بالعقود.....} [5]، كما أمرالله سبحانه وتعالى بالنزاهة في المعاملات في عدة مواضع في القرآن الكريم. الكريم. إذ قال سبحانه وتعالى {لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم }[6] ويقول أيضا { إنّ الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها }[7] وقوله تعالى { وتعاونوا على البر والتقوى

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 30.
[2] وائل حمدى أحمد، المرجع السابق، ص 272.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 31. و عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام)، المجلد 1، الطبعة الثالثة، نهضة مصر، مصر، 2011، ص141 -146. و رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت، الأردن، نوقشت 2000/06/13، ص 4 التهميش رقم 1.
[4] سورة النحل الآية 90 .
[5] سورة المائدة الآية 1.
[6] سورة النساء الآية 29.
[7] سورة النساء الآية 58.

ولا تعاونوا على الإثم والعدوان } [1] ويتضح من خلال هذه الآيات الكريمة أن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالتزام حدود ومظاهر مبدأ حسن النية في المعاملات. فهو عندما يأمرنا بالعدل والإحسان والوفاء والأمانة والتعاون والإخلاص، يكون قد أمرنا عبر كل هذه القيم بإلتزام مظاهر حسن النية في تكوين العقود وتنفيذها[2]. فآيات الذكر الحكيم هي مرد معرفة الفقه الإسلامي، منذ 15 قرنا من الزمان بواجب الالتزام بالأمانة وغيرها من القيم السامية السابقة الذكر، والتي تفيد بأن يلتزم المتعاقدان أقصى درجات الصدق والصراحة في الإخبار عن كل ما يتصل بالعملية العقدية في مرحلة تكوين العقد،[3] ويمكن أن نختصر مظاهر هذا المبدأ في هذه المرحلة في قوله تعالى { والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون} [4] . وقد نهانا الله سبحانه وتعالى عن سوء النية، ذلك أن حسن النية ليست مجرد عمل قلبي فحسب وإنما هو سلوك يتفق مع أحكام الشريعة ومقاصدها. وعرف المجتمع وأخلاقياته أيضا. لذلك خاطب الشرع الفرد ليطهر نيته. وسلوكه حتى يكون لبنة سليمة في المجتمع.[5]

وفضلا على ثبات وجود مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية والعقود ضمن الآيات القرآنية، فإننا نجده أيضا في السنة المطهرة في أقوال النبي صلى الله عليه وسلم كقوله ص (لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه) وقوله أيضا (من غشنا فليس منا) وقوله كذلك (البيعان بالخيارما لم يتفرقا .فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما)[6] وفي أفعاله أيضا، ولا يسعنا المجال للوقوف على جميع التفاصيل المتعلقة بهذا الموضوع في ثنايا كتب الفقه الإسلامي.

ومن كل ماسبق أدركنا أن الفقه الإسلامي لم يتجاهل مبدأ حسن النية، بل على العكس تماما، فهو آمن به وعمل على تطبيق مظاهره في التصرفات وفي العقود تكوينا وتنفيذا .فتم اعتبار العقد مبني في الأصل على الإستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع.[7] فالشريعة الإسلامية السمحاء حثت

---

[1] سورة المائدة الآية 2.
[2] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 100 وما بعدها.
[3] بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2010، ص69 البند 50.
[4] سورة المؤمنون الآية 8.
[5] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 39.
[6] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 69، البند 50(مأخوذ عن صحيح البخاري ج 4 ص 209).
[7] عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص ن، وقد أشار إلى أنّ الدكتور صبحي المحمصاني هو من اعتبر العقود مبنية على الاستقامة.

المسلمين على التمسك بآداب الفضيلة، والصدق والصراحة في المعاملات المالية. وتجنب جميع أصناف الغش والخيانة.

ومن خلال الدراسة التاريخية لمبدأ حسن النية في تكوين العقد يتضح أن هذا المبدأ ينحدر من أصل العدالة في الكون. إذ فطر به الله عباده منذ القدم. وانتقلت هذه الفطرة إلى الأجيال جيلا بعد جيل، مقترنة بهذا المبدأ، أين عرفته القوانين المختلفة وأدركت حقيقته الفطرية إذ تم نسبه إلى القانون الطبيعي في مختلف العصور، فكل من القانون الروماني والكنسي اعتبره كذلك. وكرم الله المسلمين بالنص على مظاهره وقيمه الأخلاقية في الكتاب والسنة. وفي الأخير يجب لفت الإنتباه إلى أن هذا المبدأ كان له في ظل القوانين السابقة تطبيق شمولي على العقد تكوينا وتنفيذا ولم يتم قصره على مرحلة دون الأخرى.

الفرع الثاني

حسن النية في تكوين العقد في ظل الأفكار الفلسفية المعاصرة.

تأثر الأفكار الفلسفية بصفة مباشرة على الأنظمة القانونية، ومن أهمها الفكر الفردي والفكر الاجتماعي، وسنتناول من خلال هذا الفرع أثر كل فكر على حسن النية في تكوين العقد، وسوف نتطرق إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي له علاقة وثيقة مع مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد بالتحديد.

الفقرة الأولى

حسن النية في تكوين العقد في ظل الأفكار الفردية وعلاقتها بمبدأ سلطان الإرادة.

أفرزت الأفكار الفردية التحررية –الفلسفية والاقتصادية – التي برزت في نهاية القرن 17 وبداية القرن 18 مبدأ قانوني راسخ في مجال العقود، وهو ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة. ويقوم هذا المبدأ على أسس فلسفية[1] وأخرى إقتصادية.

[1] أنظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 33.

ويعد مبدأ سلطان الإرادة ليس إلا إنعكاسا لسياسة الحرية الاقتصادية التي سادت أوربا إثر النهضة الاروبية. والتي شكلت مبدءا أساسيا يتلخص في مقولتها الشهيرة « دعه يعمل، أتركه يمر». وتكرس هذه السياسة الاقتصادية مبدأ حرية الأفراد ومبدأ المساواة. وترى أنه لاسبيل لإلزام الشخص إلا عن طريق إرادته، فوظيفة القانون في هذا الصدد هي ضمان حرية الأفراد والموازنة بينها .و حماية المصالح الفردية التي يجب المحافظة على حريتها، كون المصلحة العامة ليست إلا مجموعة المصالح الفردية. ويترتب على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة نتائج قانونية عديدة منها:

أن للمتعاقد الحرية المطلقة في التعاقد أو رفضه بالنسبة للمفاوضات، مهما تكن المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات. ونادوا التحرر المطلق من الشكلية، وجواز التعبير عن الإرادة بعدة وسائل. ورأوا أنّ الإرادة تشكل مصدر للقوة الملزمة للعقد « العقد شريعة المتعاقدين» كما أنه لا يجوز إنهاؤه ولا تغيره إلا برضا الطرفين، ولا مجال لتعديله مهما كانت الظروف. وأخذوا بتأثير عيوب الرضا على صحة العقد. أقروا حرية المتعاقدين في تحديد شروط العقد وآثاره، فمن وجهة نظر هذا الفكر لا تصور لوجود الغبن، ولهم مقولة موجزة تقضي بـ «من قال عقدا قال عدلا» وفي اختيار القانون الواجب التطبيق في مجال القانون الدولي الخاص. كما اعتبروا حرية التعاقد هي الأصل وفكرة النظام العام والآداب العامة استثناءا يجب أن يفسر تفسيرا ضيقا.[1]

أما ما توصل له الفرديون من نتائج حول حسن النية في تكوين العقد. فقد كانت متأثرة بأفكارهم الفردية، وتتماشى معها. فأصبح المبدأ يخدم حرية التعاقد، ويحافظ على قدسية الاتفاقيات. وعرفوا حسن النية بأنه واجب الوفاء بالعهود لا غير وصرحوا بأنه جزء من القانون الطبيعي. فهو ليس إلا ضمانا للحرية الفردية، بدل من أن يكون قيدا عليها. ذلك أنهم يعتبرون أن التفاوض مـــغامرة، ويجب على الفرد أن يكون محترسا ومتيقظا عند الدخول في ابرام العقد. ذلك لأن كل طرف يسعى لتحقيق مصالحه الخاصة ولو كانت غير أخلاقية أو تشكل ضررا للطرف الأخر. فهم ينظرون للمصلحة الخاصة بقدسية كونها هي التي تحقق المصلحة العامة. كما أنهم ينكرون الأثرالقانوني لمرحلة المفاضات. ويعتبرونها مبنية على قواعد الأخلاق والعادات المتعارف عليها في نطاق التجارة. وهو الأمر الذي أدى لسكوت القوانين الخاصة ولمدة طويلة عن تنظيم هذه المرحلة، ولم

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 34 و35 و36.

يتم تنظيمها إلا من طرف القليل من القوانين وفي بعض الجوانب دون الأخرى. وبالمقابل تناولت القوانين في مجملها الإيجاب والقبول. اللذان يمثلان وجود الإرادة.[1]

وتقوم نظرية التفاوض المغامرة على ثلاث فروض هي:

- يعد خرقا لمبدأ حرية التعاقد أي تدخل لتنظيم المفاوضات.
- إنّ تنظيم مرحلة المفاوضات وترتيب الآثار القانونية عليها قد يؤدي إلى إحجام الأفراد عن الدخول في المفاوضات العقدية.
- و لهم مبدأ يقول بأن الطرف الراغب في التعاقد يكون بمأمن من المسؤولية، إلا إذا دخل في التعاقد وألزم نفسه من خلال ما أورده في العقد.[2]

مما سبق يتضح أن مبدأ حسن النية كان معروفا لدى أنصار المذهب الفردي، لأنه كان موجودا في الأدبيات القانونية الموروثة عن العهد الروماني. بيد أنهم أولوه لخدمة أفكاهم التحررية، واعتبروا أن مظاهر حسن النية وآلياتها تتلخص في أن يفي الشخص بالتزامته التي قررتها الإرادة. وبهذا اقتصر نطاق حسن النية على تنفيذ العقود. بهدف تعزيز مبدأ سلطان الإرادة لا غير.

أما حسن النية في تكوين العقد فلم يكن مقبولا في ظل المذهب الفردي، لأنه لم يتلاءم مع الأسس الاقتصادية التي بني عليها مبدأ سلطان الإرادة، والتي تقضي بمحاولة كل فرد حماية مصلحته الفردية. والعقد ليس إلا وسيلة للحصول على أكبر قدر من المصلحة. بينما حسن النية في مرحلة تكوين العقد يمكن أن يحد من هذه المصلحة الفردية، عن طريق تقييده لحق الفرد في التفاوض وفي ابرام العقد إلى درجة معينة. فلا يسمح بإطلاق العنان للحرية الفردية، ويراعي مصالح الطرف الأخر. فهي في نظر هذا المذهب تشكل تهديدا على الربح الأعلى المنتظر من العقد في بعض الأحيان، مما يؤدي إلى نبذ التنافس وإحلال الالتزام بالتعاون والثقة في تكوين العقود. فحسن النية في نظرهم ذو مفهوم إجتماعي يهدف إلى التعاون الذي يقضي بمراعاة مصالح الطرف الآخر بدل حرية الإرادة. ولهذا رفض الفرديون مبدأ حسن النية بهذا المفهوم المقيد لمبدأ سلطان الإرادة.[3]

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 37 و 38.
[2] نفس المرجع، ص 38.
[3] نفس المرجع ، ص 44 و ص 45.

وقد لقيت أفكار الفرديين رواجا قانونيا كبيرا، إذ اعتبرت الوسيلة الوحيدة لضمان تنفيذ مبدأ «دعه يعمل أتركه يمر»، وتم تكريسها من قبل القانون المدني الفرنسي لسنة1804 الذي جاء مستجيبا للأفكار الفردية من مبدأ حرية التعاقد والعقد شريعة المتعاقدين، وسايره كذلك القضاء الإنجليزي في أخذه بهذه المبادئ، ويمثل هذا أكبر دليل على أثر الاقتصاد الفردي في القانون. فقد كانت الأفكار الفردية ذات نفوذ طاغي في القانون والقضاء والفقه.[1]

الفقرة الثانية

حسن النية في تكوين العقد في ظل النظريات الاجتماعية .

عملت الأفكار الاجتماعية على الحد من غلو وتطرف المذهب الفردي بشأن مبدأ سلطان الإرادة. وكان لها تأثير واضح على موقف القوانين من مبدأ سلطان الإرادة وجعل الاجتماعيون: المجتمع هو الغاية، وبينوا أن المساواة لا تقوم على الحرية المطلقة والمساواة المطلقة، بل يجب أخذ المفارقات الواقعية بعين الاعتبار. وقالوا إن العقود لا تستمد قوتها التنفيذية من الإرادة، بل من اعتبارات إجتماعية تتمثل في الثبات والإستقرار و الثقة الواجب توفرها في المعاملات، خاصة وأن الإرادة يمكن أن تتغير. فإذا ارتضى متعاقد العقد وأبرمه ثم غير إرادته، ولم يرد تنفيذ العقد أي الإرادتين نحترم. فإن الفرديين يقولون بوجوب احترام الإرادة الأولى لكن هذا ليس منطقي، إذ أن الإرادة الثانية تنسخ الأولى، لذلك فالعقد يستمد قوته التنفيذية من العدالة والمصلحة العامة وسلطان القانون وليس الإرادة.

كما أنه لا مجال للحرية إلا بقدر ما تتفق مع المصلحة العامة. وأخذوا يفندون مبدأ سلطان الإرادة وأسسه ونتائجه. كما بينوا أن القول بأن حرية التعاقد تحقق تلقائيا التوازن المشروع للأداءات، هو أمر في غاية التجريد وبعيد عن الواقع فقد تجبر الضرورة المادية أحد المتعاقدين على ابرام عقد بمقابل ضعيف في حين يستطيع أخر أن يتحين الفرصة المناسبة حتى يستغله، فهذه الحرية تكون هنا أداة في يد الأقوى والأكثر مهارة ليملي قانونه على الضعيف والأقل مهارة، خاصة في ظل التطورات الاقتصادية والصناعية الحديثة، وقد كتب اهرنك تعليقا يقول «إن القول بأنّ اتفاق الإرادتين

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 40.

يكون بالضرورة عادلا معناه إعطاء رخصة صيد للقراصنة ورجال العصابات، مع منحهم الحق في أخذ كل ما تقع عليه يدهم»[1].

كما أن منهجية كل شيء أو لاشيء، في مرحلة المفاوضات تؤدي لعدم العدالة بشكل واضح، إذ أثبتت الدراسات القانونية في التجارة الحديثة أهمية المفاوضات خاصة في الصفقات الكبيرة والمعقدة. وبرزت في ظل هذا المذهب أفكار ترى أن أساس الالتزام العقدي هو حسن النية كبديل عن سلطان الإرادة، واعتبروه يمثل العدل الذي يجب أن يسود العلاقات العقدية وإستندو إلى المادة[2] 1134 من القانون المدني الفرنسي وغيره.[3] وبهذا يتضح أن أنصار المذهب الاجتماعي رحبوا بمبدأ حسن النية في تكوين العقد، وحاولوا تبنيه كمبدأ وحيد ومسيطر على هذه المرحلة.

ومما سبق يظهر أن النظرية القانونية الكلاسيكية لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد في تكوين العقد وتنفيذه، كانت ذات نفوذ طاغي ولمدة طويلة ولم تقبل مبدأ حسن النية، إلا متعاطفا معها ومعززا لمقتضياتها. فتم قصره على مرحلة التنفيذ لاغير، وهو مرد عدم تقنين مرحلة المفاوضات ضمن العديد من المدونات المدنية ومنها القانون المدني الجزائري ولطيلة عقود، بيد أنه وبمجيء المدارس الاجتماعية تغيرت النظرة نحو سلطان الإرادة كليا، حتى أن المتطرفين في التمسك بالأفكار الاجتماعية، نادوا بسلطان القانون لا بسلطان الإرادة، ورحبوا بحسن النية في تكوين العقد وتنفيذه واعتبروه أساسا للعدل. وحاول الإتجاه الوسطي التوفيق بين الإتجاهين، وأصبح مبدأ سلطان الإرادة باقيا كأصل عام، ولكنه حف بالعديد من القيود من ضمنها حسن النية.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص43.
[2] و المادة توافق المادة 106 و1/107 من القانون المدني الجزائري. والتي تنص على كون العقد شريعة المتعاقدين وعلى وجوب تنفيذه بحسن نية.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 41.

المطلب الثاني

تعريف حسن النية في تكوين العقد.

أثرت عراقة فكرة حسن النية وأصالتها التاريخية والفلسفية[1] في عدم تكوين مدلول واضح لها. مما أدى إلى اختلافه عبر العصور واقترانه بالعديد من الدلالات.

إذ عرف الرومان القدامى " Fides " قبل معرفتهم للقانون، وكانت تجسد آلهة النيــة الحســـنة، والتي ترعى الاتفاقيات والتعهدات، وتضمن الإخلاص والثقة والنزاهة، فضلا على الإيمان والصدق وحماية الأسرار والأمانة في التعامل بين الناس. وقد تم تلخيص كل هذه المعاني الأخلاقية التي ترمز لها الآلهة في القول المأثور « أن يتم وفقا لما قيل » والجدير بالذكر هنا أنّ كل ذلك كان يتم في اطار عقائدي وأخلاقي أي ديني محض،[2] إلى أن تم إدخال تسمية "Bona Fides" إلى القانون الروماني على يد فقهاء القانون الطبيعي، أين أصبح لها معنى ثلاثي هو الجهل إزاء واقعة ما والنزاهة. كما كان يسمح بتفريق العقود إلى ما هو شكلي محض وما هو من عقود حسن النية، كما سبق تبيينه في المطلب السابق.

ومنذ ذلك العصر وبالرّغم من إدخال حسن النية داخل المنضومة القانونية إلا أنها[3] بقيت تعامل كدخيل عليها، إذ تم اعتبارها كمبدأ توجيهي وأخلاقي لا غير لأن لها أصول وأبعاد أخلاقية واضحة لايمكن إنكارها أو تجاهلها. فمن المــسلم به أن حسن النية ذات أصول وأبعاد أخلاقـــــية، فهي تستوجب النزاهة والإستقامة والولاء والصدق في التعامل. وكلها اعتبارات أخلاقية بالأساس، حيث أن المجتمعات الإنسانية كانت ولا تزال تعيش في ظل قواعد أخلاقية تكونت عبر

---

[1] تم تناول ذلك في المطلب الأول في الأصل التاريخي والفلسفي لحسن النية حيث ثم توضيح كيفية انتقال فكرة حسن النية من فلسفة الأخلاق الى القانون.

[2] Béatrice Jaluzot : La bonne foi dans les contrats étude comparative, des droits français , allemand et japonais Editions Dalloz , 2001 , p : 19. et Elise charpentier , op , cit . p 303 et 304 .

للمزيد أنظر كذلك: بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص عقود و مسؤولية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013، ص9 و ما بعدها.

[3] Béatrice Jaluzot :op.cit. p19 …..

و قد أشارت الكاتبة في هذا الكتاب إلى أنّ ازدهار فكرة حسن النية في القانون لم يتم إلا في عصرين هما العصر الروماني في القرن الثالث قبل الميلاد بالتحديد والعصر الحديث.

الأجيال من الثقافة والمعتقدات الدينية. فأصبحت هذه القواعد جزءا من حياتها، كما أن تأثر القانون بالأخلاق سيزداد كلما تقدمت المدنية، وعليه فإن القاعدة الأخلاقية يمكن أن تشكل احدى ركائز القاعدة القانونية، ولا مانع من كون مبدأ حسن النية من المبادىء الأخلاقية بحسب الأصل قد تغلغل في نطاق القانون وصار جزءا منه.[1] وفضلا عن ذلك فإن الأصول والأبعاد الأخلاقية لمبدأ حسن النية لا تقلل أو تضعف من شأنه، بل على العكس تماما فهي تكون سندا ومعززا له في التطبيق، إذ أن بروز الجانب الأخلاقي في حكمه دليل على عدله، وتأثر الالتزامات بالأخلاق كان ولايزال ولا ينحصر في هذا المبدأ فقط، ففي سنة 1935 تطرق لهذاالأثر الفقيه Ripert في كتابه المشهور« القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية ».

ولذلك يعتبر عدم الأخذ بمبدأ حسن النية من قبل دول " Common Law" أي دول القانون المشترك أو ما يسمى بنظام السوابق القضائية مثل أمريكا وإنجليترا،[2] والتي لم تكتف بعدم إقراره ضمن قوانينها الداخلية فحسب، بل حاولت منع إدراجه ضمن بنود اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1978[3] بسبب جانبه الأخلاقي، وتعتبر هذه الحجة واهية لاسيما في هذه الأيام. إذ أن الكثير من الأنظمة القانونية المعاصرة[4] أوردته وأقرته كمبدأ قانوني عام. يحكم العلاقات التعاقدية تكوينا وتنفيذا. وذلك بنص عليه مباشرة في قوانينها في مرحلتي التكوين والتنفيذ مثل القانون الإيطالي (المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي والتي توجب حسن النية في التكوين) والقانون الألماني (في المادة 2/241 والمادة 2/311 والتي تقر بحسن النية في تكوين العقد وفقا للتعديل 2002) أو النص عليه فقط ضمن الأحكام العامة على أنه مبدأ عام يحكم نشوء الحقوق والالتزامات وتنفيذها ومثاله (المادة 2/2 من القانون المدني التركي والقانون المدني السويسري كذلك). أو النص عليه في تنفيذ العقد فقط مع عدم إنكاره في مرحلة تكوين العقد من خلال إقراره من طرف الفقه والقضاء

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 168،167،169.

[2] يعتبر النظام الإنجليزي هو رمز نظام السوابق القضائية والذي تتبعه بعض الدولة كالولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا وكندا ماعدا مقاطعة " الكيبك" فهي شبيهة بدول نظام القانون المدني. وجميع هذه الأنظمة لا تعترف بمبدأ حسن النية ولا تقره إلا في بعض الحالات الاستثنائية.

[3] للمزيد من التفصيل أنظر موقف دول الكومن لاو أي دول القانون المشترك وموقف الاتفاقيات من حسن النية في، شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 34 إلى ص87.

[4] خاصة أنظمة القانون المدني - والتي يعد منها القانون المدني الجزائري - و هي تنقسم إلى اللاتينية على رأسها القانون فرنسا وإيطاليا وهولندا وجرمانية وعلى رأسها ألمانيا، النمسا، سويسرا، تركيا، وجميع هذه الأنظمة بالإضافة إلى دول العالم العربي تأخذ بمبدأ حسن النية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

والإعتراف بتطبيقاته في هذه المرحلة ضمن العديد من تقنيناتها الهادفة إلى حماية الطرف الضعيف.[1] وخير مثال على ذلك هو القانون الفرنسي، وكذلك المصري والعديد من أنظمة الدول العربية.[2] فكلها ترى أنه يبسط هيمنته على كل المجال العقدي من تكوين إلى تنفيذ وهي تتوافق مع القانون الفرنسي وما ذهب إليه.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد أقر مبدأ حسن النية في مجال العقود من خلال المادة 107 من القانون المدني، والتي بالرّغم من أنها تصرح على الأخذ به في مرحلة تنفيذ العقد، إلا أنها تحمل إشارة ضمنية لكونه يبسط سيطرته على كل المجال العقدي، تكوينا وتنفيذا[3] ولا يمكن القول بغير ذلك، إذ أن العديد من الإلتزمات القانونية توحي بذلك، خاصة بالنسبة للمواد والتقنينات التي جاءت لحماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي ومثال ذلك المادة 86 و87 من القانون المدني والخاصة بالتدليس و المادة 83 الخاصة بالغلط. والمادة 17من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك،[4] وما ورد في المادة4 من قانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسة التجارية.[5] وعلى غرار العديد من المواد التي تستوجب النزاهة في التعامل ولا تقبل التدليس وتغرير وغيرها من أفعال سوء النية في مرحلة تكوين العقد. والتي سيتم التطرق إليها من خلال الالتزامات التي تترتب عن الأخذ بمبدأ حسن النية في تكوين العقد.

مما سبق يتضح أن حسن النية بمجرد تكريسه داخل المدونات المدنية للعديد من الدول. والعمل على ترسيخه داخل التقنينات الخاصة للدول في مجال العقود وتكوينها بالتحديد (و الذي هو موضوع بحثنا) وحماية الطرف الضعيف فيها كذلك، يكسبه الصبغة القانونية لازمة، إذ لايمكن أن يبقى يعامل على أنه مصطلح أخلاقي دخيل عن القانون، وهذا ما يدفعنا للبحث عن تعريف حسن النية

[1] مثل قانون المستهلك و قانون المعاملات الإلكترونية .
[2] انظر: شيرزاد عزيز سلمان، المرجع السابق ص 82 و ص83. (الأردني، العرقي، اللبناني.....).
[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 120 بند 95. و محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة – الجزائر، 2012. ص 298. و علي فيلالي: الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص370. و بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، الطبعة 2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص51 و 52 و53 .
[4] واجب الإعلام. قانون حماية المستهلك و قمع الغش، الصادر بالأمر رقم09 /03 المؤرخ في 2009/02/25 المنشور في الجريدة الرسمية العدد15 الصادرة في 08 /03 /2009 .
[5] واجب الإعلام. قانون القواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 41 الصادرة في 27/ 06 /2004.

من خلال مدلوله في الفقه القانوني ثم إستقرائه للتوصل إلى مضمونه داخل مرحلة تكوين العقد ثم البحث عن المعيار الذي يحقق من خلاله حسن النية وجوده في هذه المرحلة، ثم نتوصل إلى إستنتاج طبيعته القانونية وخصائصه. وبكل هذا يكون في إستطاعتنا إعطاء مقاربة قانونية لتعريف حسن النية في تكوين العقد.

الفرع الأول

مدلول حسن النية في تكوين العقد.

بالرّغم من كون العديد من الأنظمة أخذت بحسن النية ومن بينها القانون المدني الجزائري، والذي أشار إليه في العديد من مواده،[1] إلاّ أنها لم تقم بتعريفه[2] فالتشريعات تتجنب عموما ذكر التعريفات وتعتبرها من صميم عمل الفقه. ولقد تضاربت أراء الفقه حول تعريف حسن النية عموما واقترانه بتكوين العقد على الخصوص. ذلك لأنهم يجمعون على أن حسن النية يتحدد معناه حسب موقعه،[3] كما أنه يتغير من حالة إلى أخرى.[4]

فمنهم من يعرف حسن النية بأنه قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون، أي اعتقاد الشخص بمطابقة تصرفاته للقانون، والتزامه بعدم الإضرار بالغير.[5]وهناك من يعتبره جهلا مبررا بواقعة بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثرا معينا .أي أّن يكون الشخص جاهلا بواقعة ما، ويكون جهله مبررا

---

[1] على سبيل المثال المواد 2/82، 1/85، 107، 791، 819، 780 من القانون المدني الجزائري.

[2] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق ص 81، و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 127. إلا باستثناء ما ورد في القانون المدني السويسري في المادة 3 منه «أنّ حسن النية هو الاعتقاد الخاطئ بوجود وضع قانوني معين ذلك الاعتقاد الذي وجد له مبررا نفسيا و أخلاقيا في آن واحد»، وما ورد في قانون التجارة الأمريكي الموحد في م 1/203 «أن حسن النية يعني الصدق في التصرفات ..»و المادة 1/301 كذلك والتي تنص بأن حسن النية يعني الصدق في التصرفات مع مراعاة العدالة والإنصاف وفقا للمعايير التجارية المعقولة سائدة. نقلا عن وائل حمدى أحمد، المرجع السابق، ص211 التهميش رقم 2 و3.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 134. و نبيل صابر عبيد، حماية الخلف في تصرفات العقارية من زوال سند السلف، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 32. و لبان فريدة، مبد أحسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2009، ص 11.

[4] وائل حمدى أحمد، المرجع السابق، ص 212. و سعود العماري، مقالته حسن النية في العقود مجلة اليوم، السعودية، 2014/3/3 منشور على الموقع الإلكتروني التالي: www.alyaum.com 20/05/2016.

[5] انظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 87، و نعمان خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، القاهرة: معهد البحوث و الدارسات العربية، المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم التابعة لجامعة الدول العربية، 1977، ص 137، نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 127، و عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 2. و فريدة لبان، المرجع السابق، ص 19وص 20.

بإعتقاد مشروع وهذا التعريف ينطبق مع حكم المادة 1/824 من القانون المدني جزائري،[1] ونجد هذا التعريف في قاموس المصطلحات القانونية « الإعتقاد المغلوط والغير خاطيء بوجود أو عدم وجود واقعة، أو حق أو قاعدة قانونية»[2] غير أن هذا التعريف الذي يقرن حسن النية بالجهل يشترط ألاّ يكون هذا الجهل نابع عن خطأ جسيم، ويلاحظ أن هذا التعريف لحسن النية يصلح لحسن النية في مجال الحيازة والوضع الظاهر.[3]

ويوجد إتجاه أخر[4] يرى بأن حسن النية هو « ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة في الوفاء بما يوجبه العقد من أداء »، ويبدوا أنّ هذا التعريف يرتكز على مرحلة تنفيذ العقد، ويتجاهل مرحلة التكوين التي نحن بصدد درستها.

كما تم تحديد معنى حسن النية بأنه يعني مراعاة مصالح الطرف الأخر.[5] وهي عكس الإنتهازية.[6] وذهب بعض الفقهاء الفرنسيين[7] إلى القول بأنه يعني « تلك النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع والمنطوية على القصد السوي والصراحة» وهذا التـــعريف وعلى غرار باقي التعريفات،[8] قد تعرضت كلها للنقد وذلك إما لجزئيتها. أو للإستعمالها عبارات عامة براقة لا تحدد حسن النية وتميزه بوضوح ودقة.[9]

---

[1] وكذلك المادة 785 ، 788، 825، 82 ، 885 ، 3/359.

[2] Raymond Guillien .et Jean Vincent .Lexique des termes juridique . 15 Edition . Dalloz .2005 p83" …..mais la bonne foi peut être également la croyance erronée et non fautive en l'existence ou l'inexistence, d'un fait , d'un droit ou d'une règle juridique" .

[3] فريدة لبان، المرجع السابق، ص 12. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 127 و128.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص129 و 130. وعلي فيلالي، المرجع السابق(نظرية العقد)، ص 286، فريدة لبان، المرجع السابق، ص11 و 12.

[5] انظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 131، التعريف (للدكتور lur).

[6] نفس المرجع، ص 132 (ايجان مكاي).

[7] نقلا عن: عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 153.

[8] للمزيد من التعريفات أنظر إلى: عامر حسن، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة 1، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، مصر،1960، ص67 و77 و78. وعبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 81 وما بعدها، وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 121 وما بعدها. ويحي أحمد بني طه، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، عن ديوان المظالم الأردني. ص 6 وما بعدها. المنشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: www.lawjo.net/vb/attachment .

[9] إذ ورد ضمن المعجم القانوني الأسود في تعريفه لمبدأ حسن النية بأنه حالة مجردة غير ملموسة ليست ذات معنى قانوني أو معنى اصطلاحي. وذلك يرجع لكونها مسألة جدلية في الفقه وغير معترف بها من قبل دول التي تتبنى نظام القانون المشترك نقلا : عن وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 21 .

من خلال التعريفات السابقة الذكر وغيرها من تعريفات حسن النية في تكوين العقد، نجدها تنقسم إلى فئتين، فئة تعرف حسن النية بما يجب أن يكون وفئة تعرفه بما يجب ألاّ يكون في مرحلة تكوين العقد:

فالفئة الأولى تستوجب لقيامه الأمانة والإستقامة والنزاهة والولاء والإخلاص في التصرف. وهذه العبارات من الواضح أنها فضفاضة ومترادفة، وتتسم بالإبهام أحيانا إذ تحتاج إلى تحديد مضامينها في هذه المرحلة بالضبط. كما أنها تقوم بالإشارة إلى الآثار التي تترتب على الأخذ بالمبدأ ولا توضحه في هذه المرحلة.[1]

أما بالنسبة إلى التعريفات التي تشتمل على تعريف حسن النية بما يجب ألاّ يكون فهي لاتمكّننا من تكوين صورة واضحة عن حسن النية بجميع أبعاده وجوانبه بل تحاول تقريبه لنا فقط من خلال مفاهيم قانونية منفية « كعدم الغش وعدم الإحتيال وعدم الغدر والخداع أو التعسّف في إستعمال الحق » وهذا التعريف يكشف لنا الجانب السلبي فقط من حسن النية، دون أن يكشف لنا عن جانبه الإيجابي، فهو يعد قاصرا عن إعطاء صورة واضحة لحسن النية في مرحلة تكوين العقد.

يتجلى لنا من خلال ماسبق أنّ تعريف حسن النية في تكوين العقد مهمة غير يسيرة بل على العكس صعبة.[2]و مصدر صعوبتها يعود إلى العديد من الأسباب التي تحول دون وضع تعريف جامع مانع لحسن النية خاصة في هذه المرحلة، وسنحاول تلخيص هذه الصعوبات في مايلي :

- الغموض الذي يحيط بالمبدأ لإختلاطه بالأخلاق، مما أدى إلى صعوبة حصر مضمونه في تعريف محدد وضيق.
- مرونة مفهوم حسن النية وتغير مضمونه من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان، وهذا بالنظر إلى الأدوار العديدة والمتباينة التي يؤديها داخل النظام القانوني، مما يؤدي إلى اختلاف المعنى المقصود به من حالة إلى أخرى.

[1] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 213.ومثاله ذلك الذي يعرف حسن النية بالتعاون والاستقامة وهو يعتبر التزام ناشئ عن الأخذ بحسن النية.
[2] وائل حمدى أحمد، نفس المرجع، ص 212. و وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 134. يحيى بني طه، المرجع السابق، ص6.

- اختلاطه بالكثير من المفاهيم والنظريات القانونية الأخرى[1] كنظرية التعسّف في إستعمال الحق والتي يرى العديد من الفقهاء أن حسن النية ليست إلا مجرد تطبيق من تطبيقاتها.[2]

كل هذه العوامل ساهمت في جعل تعريف مبدأ حسن النية مجالا خصبا للاختلاف والجدل القانوني ، ولكن بالرّغم من ذلك سنحاول إزالة الإبهام عن ماهيته وذلك من خلال توضيح مضمونه. ولأجل تعريف حسن النية في تكوين العقد. سنحلل مصطلح حسن النية ثم نتعرض إلى مضمونه أي الأفكارالتي يمكن أن يكون حسن النية مدلول لها في مرحلة تكوين العقد.

وحسن النية مصطلح مركب من لفظين في جميع اللغات،[3] وفي هذا المصطلح نجد أنّ الحسن صفة تلحق النية لتنعتها وتجعلها موصوفة به لذلك يجب أن نحدد معنى النية لأنها المقصودة بالوصف ثم نأتي للفظ الحسن.

1. النية[4] : هي القصد والعزم،[5] فهي اليقين الذي بلغ حد العزم، ومن ثمة فهي قصد النفس إلى العمل[6] وعزم القلب على أمر معين[7] وعليه فهي اتجاه فكري ونفسي إلى فعل ما. إذن النية هي القصد، والذي يعقد نيته على شيء، فإنما ينعقد قصده على ذلك الشيء، والنية هي اعتزام إتيان العمل، والقصد مرادف لها.[8]

والنية كالإرادة، تتعلّق بركن الرضـــا، لكن هذا الإنتمـــاء لركن الرضا لا يبرر الخلط بينهـــما، بالرّغم من أنهما متلازمان، فلا إرادة بلا نية ولا نية بلا إرادة، كما أن مناط كل منهما التمييز والإدراك، فلا ارادة لغير مميز، كما أنه لانية له،[9]إلاّ أن النية والارادة مختلفان، إذ أن النية هي : ذات طبيعة ذاتية أي نفسية وداخلية بحتة وهي غير متوجهة، بينما الإرادة وان كانت ظاهرة نفسية بحسب

---

[1] مثل الإرادة الباطنة: والاحتيال على القانون والأوضاع الظاهرة والغلط والجهل.
[2] السنهوري، المرجع السابق(مصادر الالتزام مجلد1)، ص39. و عبد الجبار ناجي، المرجع السابق، ص 8.
[3] فحسن النية بالفرنسة La bonne foi وبالإنجليزية The good faith.
[4] هي القصد و الغرض والأرب أي ما يفكر فيه الإنسان ويحضره في ذهنه لتحقيق أمر معين أو بلوغ هدف ما، نقلا عن أنطوان نعيمة ودليوس عجيز و مشتري شماس، منجد اللغة العربية المعاصر، ط1، دار المشرق، لبنان، 2002. ص 1466 و 1467.
[5] محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني: القصد المدني قبل التعريف، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 31 و ص32.
[6] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 273 .
[7] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص86.
[8] محمد سليمان أحمد، المرجع السابق، ص3.
[9] نفس المرجع، ص46.

الأصل إلا أنها يجب أن تكون متوجهة إلى العالم الخارجي –أي أنها ظاهرة – لكي تترتب عليها آثار قانونية.

والإرادة بنوعيها ظاهرة أو باطنة ليست هي النية إذ أن التعارض بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة يأتي نتيجة عدم التوفيق في التعبير عن النية.[1] فالنية الواحدة تتولد عنها إرادة واحدة نحو شيء شيء معين. وليس من المنطقي أن تنتج عن النية الواحدة إرادتين، وإلا كان الشخص مترددا وهذا ينفي قيام النية.

لكن الفصل التام بين النية والإرادة هو بعيد المنال، ذلك أن العملية العقلية بصدد التعاقد متصلة الحلقات. تبدأ بمرحلة التفكير في الأمر وتصوره، وتمر بمرحلة المداولة في جميع جوانب الموضوع، ثم تنتهي إلى قرار ذاتي، ذلك القرار هو النية ثم يتولد عنها رغبة في الوصول إلى أمر معين بالتصريح تلك هي الإرادة التي يعتد بها القانون، وللتأكيد فإن النية والإرادة تحركهما البواعث.

ومما سبق يتضح أن النية تؤثر بشكل واضح في الإرادة، والنية تسبق الإرادة والدليل على ذلك أنه إذا دخل الغلط أو الجهل بواقعة معينة على تفكير شخص، حول موضوع معين، يجعل النتائج المترتبة على مداولاته الفكرية غير سليمة لأن منطلقاتها غير سليمة، فلو أبدل العلم مكان الجهل والحقيقة مكان الوهم، لتغير عزم ذلك الشخص وقصده أي نيته، بحيث تتوافق وتتناسب مع الحقائق التي يعرفها، فالنية تكون نتيجة لأفكار ومداولات عقلية أما الإرادة فهي النتيجة المباشرة للنية لذلك فهي تتأثر بها.[2]

لكن رغم ما سبق تبيينه، يبقى الفصل بين النية والإرادة الباطنة، بعيد المنال لتشابك العمليات العقلية من جهة، ولتأثير النية في الإرادة فعيوب الرضا – كالغلط والتدليس – تأثر في النية ومن ثم في الإرادة من جهة أخرى. كما أنّ كون الإرادة الباطنة حقيقية، يستلزم مطابقتها للنية والقصد الشيء

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 136.
[2] نفس المرجع، ص 137.

الذي يجعل كثير من الفقهاء[1] يرون بأنهما واحد، خاصة وأنهما ممهوران بالذاتية المحضة.[2] كما أن النية ذات البعد النفسي والفكري والتي لم تتحول إلى إرادة بالتأكيد أن القانون سوف لن يرتب عليها أثر، وسوف لن يجد ما يدله عليها لذلك فهما متلزمان على الأغلب.[3]

2.أما الحسن : فهي كلمة تدل على ماهو أخلاقي ومحمود وغير قبيح وغير مذمـوم ومرتبط بالخـير، والحسن عكسه السوء، والسوء هو كل مذموم وقبيح وغير أخلاقي،[4]وكل هذه المصطلحات عبارة عن أحكام إجتماعية وأخلاقية مترتبطة بالقيم السائدة في مجتمع معين.

وبجمع العبارتين حسن النية كمبدأ قانوني، فإنه يتغير معناه ومدلوله القانوني بحسب مكانه في القانون عامة وفي العقد خاصة، لذلك سوف نتطرق إلى الأفكار التي يمكن أن يعنيها حسن النية في تكوين العقد من خلال مضمون حسن النية في تكوين العقد.

الفرع الثاني

مضمون حسن النية في تكوين العقد.

ونقصد بمضمون حسن النية في تكوين العقد الأفكار التي يمكن أن يحتويها هذا المبدأ خلال مرحلة تكوين العقد.

الفقرة الاولى

الشفافية والصدق.

الشفافية من الفعل شف وتعني: رق وظهر ماوراءه،[5]وتفيد من الناحية الإصطلاحية العلنية والوضوح، وهي لاتكون إلا من خلال الصدق الذي يلزم المتعاقد بعدم الكذب وعدم التدليس وأن توافق

---

[1] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص86. ومحمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 33.

[2] صبري السعدي، المرجع السابق(العقد والارادة المنفردة)، ص89. والسنهوري، المرجع السابق (مصادر الالتزام المجلد1)، ص85.

وقد حاول بعض الفقه تجنب الجدل الفقهي القائم حول مدى كون النية هي الإرادة الباطنة وقرر الأخذ بنظرية الثقة والتي تأخذ بالإرادة التي استطاع من وجه إليه التعبير أن يفهمها، أي الاعتداد بالإرادة الباطنة التي يمكن التعرف عليها من خلال ضوابط موضوعية والثقة وحسن النية وهو ما أخذ به رومان منير حداد في حسن النية في تكوين العقد.

[3] (بدوي السيد، نحو نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989 ص 31) نقلا يحي أحمد بني طه، المرجع السابق ص 6.

[4] علي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص6.

[5] أنطوان نعيمة و دليوس عجيز ومشتري شماس(منجد في اللغة العربية)، المرجع السابق، ص781.

إرادته نيته، فإذا ماتم ذلك كان للمتفاوض الذي هو بصدد تكوين عقد أن يتخذ قراره عن بصر وبصيرة بكل جوانب العملية المتفاوض بشأنها، والشفافية بالإضافة إلى ماسلف ذكره من أنها تحتوي على الصدق والصراحة وعدم الكذب، تشمل كذلك واجب الإفصاح عن المعلومات الضرورية لبناء إرادة الطرف المقابل، حتى لايقع هذا الطرف في الجهل أو الغلط،[1] أثناء تكوينه للعقد، والإمتناع عن إبداء المعلومات الضرورية يعد إخلالا بالشفافية والصدق اللذان يترتبان عن مبدأ حسن النية.

الفقرة الثانية

الإستقامة والنزاهة والشرف.

تعتبر هذه المصطلحات مترادفة وقد تم اعتمادها من قبل العديد من القوانين،[2] إلى جانب حسن النية للدلالة على الجانب الموضوعي لحسن النية أي عدم الأخذ بالذاتية المطلقة في حسن النية وإنما ترعى الجوانب الموضوعية أيضا.

والأخذ بالنزاهة والإستقامة والشرف يفيد عدم تقديم أي طرف لطرف الأخر بينات أو معلومات مغلوطة، أو مفرطة في التفاؤل أو مغرقة في التشاؤم وذلك بهدف التعاون مع الطرف الأخر،[3] واحترام الكلمة المعطاة بصدق أثناء ابرام العقد.[4] ولذلك يعتبر الأخذ بالإستقامة

[1] أما بالنسبة إلى من يعرف حسن النية بأنها جهل أو غلط فيكون قد وقع في خلط إذ أن الجهل والغلط هي حالات نفسية تسبق النية بالنسبة لتكوين العقد وتأثر فيها ويجب أخذها بعين الاعتبار خاصة إذا كان الطرف الأخر متسبب فيها، ولكنها ليست النية وللمزيد عن ذلك أنظر، شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص139 و 140.

[2] أنظر: القانون المدني العرقي المادة 3/118 «نزاهة التعامل »، والكويتي في المواد 159، 193، 195، «شرف التعامل» كما ورد بهذا المعنى «الاستقامة في التعامل» جاك غستان ترجمة فيصل كلثوم ومنصور القاضي، المطوّل في القانون المدني تكوين العقد، الطبعة 2، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008، ص269. وكذلك ما ورد في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، ص 287. ففي المادة 1/214 والتي كانت تقضي بضرورة أن ينفذ العقد طبقا لحسن النية ونزاهة التعامل ولكن تم حذف عبارة نزاهة التعامل وأصبحت المادة 148 تنص على وجوب تنفيذ العقد طبقا لحسن النية، على أساس أن عبارة حسن النية تحمل المعنيين، أنظر ما ورد في تهميش السنهوري، المرجع السابق (الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الالتزام المجلد 1)، ص624، وكذلك في القوانين أنظمة القانون المشترك good faith and fair " dealing " أنظر: شير زاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص148. ويجب التنبيه إلى أنه بالرغم من ورود هذه العبارات في تنفيذ العقد إلا أنه يمكن الاستدلال بها عند تكوينه على أساس أنه مبدأ عام .

[3] فريدة لبان، المرجع السابق، ص19.

[4] عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 157.

والنزاهة عبارة عن تحديد مفهوم أكثر موضوعية، لذاتية البحثة لحسن النية.[1]و ذلك راجع لكون النزاهة سلوك متصل بطرف الاخر وليس مجرد حالة نفسية.[2]

ويمكن الإهتداء إلى الإستقامة والنزاهة من خلال مراعاة الأعراف والأساليب المقبولة في التجارة عند مرحلة تكوين العقد وحسب طبيعة العقد المبرم، فإذا كان دوليا ترعى الأعراف الدولية، أما إذا كان التعامل داخليا فالرجوع يكون للأعراف الداخلية.[3]

ويرى بعض الفقه.[4] أنّ النزاهة يمكن أن تختصر وتستوعب مفهوم حسن النية في تكوين العقد وذلك لكونها الأكثر اتساعا وشمولا لمعاني حسن النية، وهي تغني عن ذكر العديد من المصطلحات في تعريفنا لحسن النية مثل الشفافية والصدق وغيرها مما سبق ذكره، وذلك لأنها تحتويها، كما أنها تجعل العقد أكثر عدالة[5] وبعيدا عن الغبن[6] والإستغلالة،[7]والشروط التعسّفية غير العادلة والظالمة.[8] واعتبارها كتطبيقات لمبدأ حسن النية في تكوين العقد.

الفقرة الثالثة

المعقولية .

إنّ السلوك المعقول أو الطبيعي والإعتيادي هو الذي يوافق العقل، والمعقولية تضم العديد من المقتضيات التي من الواجب إنجازها في هذه المرحلة، منها ماهو متعلق بتوقعات المشروعة لكل

---

[1] جاك غستان، المرجع السابق، ص 269.

[2] Raymond Guillien et Jean Vincent op.cit. p83 (le terme bonne foi est usité dans deux acception , la bonne foi est en premier lieu la loyauté dans la conclusion et l'exécution des actes juridiques)

بحسب ما جاء في قاموس شرح المصطلحات القانونية حسن النية هو بالدرجة الأولى يعني النزاهة في تكوين وتنفيذ التصرفات القانونية

[3] جاك غستان، المرجع السابق، ص270. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص151و 152.

[4] تمت الإشارة له في: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص148. و فريدة لبان، المرجع السابق، ص 16. حيث تم اعتبار النزاهة والثقة ذات الأبعاد الاجتماعية هي الصفة الأساسية لحسن النية Elise charpentier op.cit. p, 305.

[5] Jacques Ghestin : traité de droit civil , la formation du contrat , 3eme édition L.G.D.J/Delta , 1996.p231.

[6] أنظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 144 .145. 146.

[7] عسالي عرعارة، نظرية الاستغلال، أطروحة ماجيستير فرع عقود و مسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1997، ص 44 . 45.

[8] نقصد بالشروط الظالمة تلك التي اقترنت بالغش والخطأ الجسيم من المتعاقد. ومثالها المواد 178و184،541،490،377،185.قانون مدني جزائري.

طراف من الطرف المقابل. ومنها مايتعلق بالوقت الذي يجب التوصل فيه إلى اتفاق في تكوين العقد. وقد تمت الإشارة إلى المعقولية في اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولي وعدد من القوانين.[1]

أما القضاء الفرنسي فقد تعرض لمقتضيات المعقولية وخاصة تلك التي تتعلق بعدم التمييز بين متعاقد وأخر. وبالأخص عندما يتم التعاقد على نفس السلعة أو الموضوع وفي آن واحد. ويحضى متعاقد بشروط تختلف عن المتعاقد الأخر. لا سيما في العقود التي تستوجب المساواة بينهم كالعقود الاستهلاكية أو تلك التي تتعلق بالوكالات التجارية وتوزيع المنتجات والخدمات.[2]

كما أن المعقولية الناتجة عن حسن النية تقتضي الجدية في التفاوض من قبل الطرفين، فلا يطرحان ماهو مؤكد الرفض بالنسبة للطرف المقابل. وإلا نكون بصدد خرق هذه المعقولية. ولن ينجم عن ذلك إلا تأخر في عملية التعاقد. وقد يدفع الطرف الآخر إلى صرف النظر عن العملية التعاقدية كليا، فلا مجال إذا إلا للمقترحات البناءة المعقولة، والتي تتوافق مع التوقعات المعقولة للطرف الأخر. وإلا تم الإخلال بالمعقولية الناتجة عن حسن النية.

الفقرة الرابعة

الأمانة والإخلاص وعدم الإنتهازية .

تقضي بعض العقود في مرحلة تكوين العقد وأثناء سير المفاوضات بالأخص أن يفصح كل طرف للأخر عن البينات أو المعلومات ذات الأهمية البالغة، وخير مثال على ذلك عقود نقل التكنولوجيا، حيث يتم إطلاع طالب التكنولوجيا على بعض الأسرار والمعارف من قبل المالك حتى يستطيع طالب التكنولوجيا تقدير ثمنها وفوائدها بالنسبة له. وتشكل هذه المعلومات أموالا معنوية إذا استعملها المفاوض وألحق الضرر بمالكها.[3]

وتستدعي هذه المصارحة إلزام كل طرف بألاّ يستغل ماحصل عليه من معلومات من الطرف الأخر. فإذا فشلت المفاوضات يلتزم متلقي المعلومات بألاّ يستخدم بنفسه أو بواسطة غيره هذه

[1] شيرزاد عزيز سليمان. المرجع السابق، ص 150، كما أن القانون الهولندي، استعمل مصطلح العدالة والمعقولية لدلالة على حسن النية وقد ورد ذكر المعقولية في القانون المدني لمقاطعة الكبيك في م7 منه « لا يمارس الحق بنية الإضرار بالغير، أو بطريقة مفرطة أو غير معقولة . بحيث يتعارض مع حسن النية ».
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص151.
[3] نفس المرجع ، ص153.

البيانات،أو المعلومات كما يلتزم في المقابل الطرف الأخر بألاّ يفضي بما علمه عن المركز المالي لمن تفاوض معه إلى غيره، وعليه فالأمانة تقتضي ضمان السرية، وعدم الإنتهازية، باستغلال ما تحصل عليه للإضرار بالأخر.

وكما تتمثل الإنتهازية في السعي للمصالح الذاتية عن طريق المكر والخداع، وعدم مراعاة مصالح الطرف الأخر والإضرار به في سبيل هذه المصالح الذاتية، ويتم السلوك الإنتهازي من خلال اعطاء معلومات ناقصة أو إخفائها خداعا، وسعي وراء تضليل واستغلال ماتم اكتشافه من خلال المفاوضات، كما يدخل في عداد التصرفات الإنتهازية كل التصرفات المنافية للتوقعات المعقولة للطرف الأخر.

أما الإخلاص فهو يتمثل في مراعاة الطرف الأخر، وأخذ مصالحه بعين الاعتبار، وعدم المساس بها والتعاون معه ولا تعني فكرة الإخلاص هنا(الإيثار). اي تغليب مصلحة الطرف المقابل على المصلحة الشخصية كليا، والمجازفة والتضحية لأجله لأن هذا التصور غير معقول، بل هي مجرد مراعاة المصالح المشروعة للطرف المقابل وثقته والإعتراض على الأنانية.[1]

الفقرة الخامسة

مراعاة الثقة المشروعة لطرف المقابل.

الثقة المشروعة هي الحالة الذهنية والنفسية التي تتكون لدى المخاطب بالإرادة، ومراعاة هذه الحالة الذهنية الواقعة لدى المخاطب بالإرادة، تقوم على أساس إلتزام صاحب الإرادة بحسن النية في تكوين العقد اتجاه المتعاقد المقابل. ويتطلب هذا الالتزام عدم مفاجأة الطرف الأخر[2] في المطالبة بالعدول عن الإرادة أو سحب الرضا في اللّحظات الأخيرة للتعاقد، أو رفض التعاقد دون مبرر مشروع.[3]

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص153.
[2] نفس المرجع، ص 149.
[3] فريدة لبان، المرجع السابق، ص21 وتم نسبها للنزاهة.

الفقرة السادسة

مراعاة المصالح المبررة والمشروعة لطرف المقابل.

يهدف التعاقد في الأصل إلى تلبية حاجات وإشباع رغبات المتعاقد. وما العقد إلا وسيلة لهدف. أي لتحقيق ماهو نافع.[1] لكن الأخذ بمبدأ حسن النية في تكوين العقد يتطلب من المتعاقد مراعاة المصالح المبررة للطرف المقابل، بجانب سعيه إلى تحقيق مصالحه. وهذا الواجب يتصدى للأنانية المفرطة التي قد تدفع بالبعض إلى جعل مصلحته هي العليا على حساب مصالح الأخرين. وعليه فإذا كان لطرف مصلحة أو حق يريد أن يمارسه وفائدته تؤدي إلى الإضرار بالمصالح المشروعة للطرف المقابل يتم منعه، وهذا لأن المصلحة المبررة والمشروعة للطرف المقابل تستحق الحماية، وكان يجب أخذها بعين الاعتبار.

وقد تم إقرار هذا الالتزام الناتج عن حسن النية من قبل الإتحاد الأوروبي وأخذ به كل من القضاء الفرنسي والهولندي، وكذلك القانون الألماني في أخر تعديل له، كما أقره المشرّع الإنجليزي في عقود الاستهلاك.[2]

ومما سبق يتضّح أن كل هذه المعاني مترابطة وتهدف إلى العدل وإعادة التوازن إلى المنظومة العقدية. وهي تخدم بعضها البعض فالصدق والشفافية يخدمان النزاهة، ومراعاة الثقة يخدم عدم الإنتهازية والمعقولية ...إلخ، كما أن كل هذه المضامين يمكن أن يشملها حسن النية في تكوين العقد. وذلك بحسب المسائل التي تواجهه، لكن يثور الجدل حول ترجيح بعض المعاني على أخرى، لتعريف حسن النية في تكوين العقد. على اعتبار أنها أجدر وأكفء وأصلح لإستيعاب مضمون حسن النية في هذه الفترة.[3] وقد تم اعتبار النزاهة ومراعاة المصالح المشروعة لطرف الأخر أنجع من غيرها في أغلبية القوانين الأروبية.[4]

---

[1] جاك غستان، المرجع السابق، ص 270.
[2] انظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 154.
[3] حيث أن شيرزاد عزيز سليمان يعرف حسن النية في تكوين العقد بأنه التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من ابرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل.
[4] انظر: نفس المرجع، ص 156.

اذ أن النزاهة تشمل الشفافية والصدق والأمانة وهي التي تولد العدل وتوازن المصالح في المنظومة العقدية وتكوينها. أما مراعاة المصالح المشروعة للطرف الأخر، فتشمل الإخلاص، والثقة والمعقولية وعدم الإنتهازية وهي تراعي الطرف الأخر وتحميه ومصالحه من الأنانية المفرطة والظلم.

وبحسب ماتوصلنا إليه فإن النزاهة ومراعاة المصالح المشروعة لطرف الأخر متكاملين لتوضيح مضمون حسن النية في تكوين العقد، وهما أكفء من غيرهما من المعاني الجزئية والتي تعتبر ضيقة لتحديد مضمون حسن النية في تكوين العقد، بعكس هذين المعنيين فإنهما يتناسبان مع مبدأ حسن النية وتطبيقاته المتعددة في تكوين العقد، والتي سوف نتطرق إليها من خلال بحثنا هذا.

كما أن الأخذ بالنزاهة، ومراعاة الثقة المشروعة للمتعاقد الأخر كمضمونين لحسن النية في تكوين العقد، لا يقيد تكوين العقد بل يوجه الإرادة إلى تحقيق الغرض المشروع من العقد دون مساس بهذين المضمونين، مما يؤدي إلى قيام توازن في تكوين العقد بين ما هو نافع – بالنسبة للمتعاقد – وماهو عادل – بالنسبة للمتعاقد معه –.

الفرع الثالث

معايير حسن النية في تكوين العقد.

قد تبين لنا من خلال محاولتنا تحديد تعريف حسن النية في تكوين العقد، بأنه ذو مضمون جد واسع،[1] كما أنه مائع ومرن،[2] فلا يمكن نتيجة لذلك الكشف عنه بمجرد الوقوف على التعاريف المختلفة التي أعطاها الفقه وأقرها القانون، ذلك لأن الأمر يتعلق بمحاولة إلحاق وصف بما هو مستتر ومخفي – أي النية – فلابد من اعتماد معايير[3] تمكننا من الكشف عن وجود النية الحسنة أو انعدامها. وبما أن النية ذاتية محضة بحسب الأصل. تستلزم للكشف عنها الأخذ بالمعيار الشخصي

[1] نبيل صابر عبيد، المرجع السابق، ص32.

[2] Bénédicte . fauvarque –cosson , ? la réforme du droit français des contrats : perspective comparative R D C .2006. 1 .p 148 . . 22 عن فريدة لبان، المرجع السابق، ص

[3] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 95.

والذاتي الأمر الذي دعى البعض إلى استبعاد قياسها وفقا للمعيار الموضوعي [1]غير أنّ محاولة إعطائها قيمة إجتماعية والتي هي الحسن [2] يقودنا بالضرورة إلى الأخذ بالمعيارالموضوعي.[3]

الفقرة الأولى

المعيار الشخصي.

حسن النية موقف ذاتي خاص بصاحبه، ولا يمكن تقديره إلا بالنسبة لشخص معين وبخصوص واقعة معينة ومحددة.[4]ويكون المتعاقد حسن النية كلما ابتعد عن قصد الإضرار والتحايل على الطرف المقابل في تكوين العقد.[5] ولما كانت النية مستترة وخفية يصعب على القاضي أن يغوص في خلجات النفس الحقيقية، فلجأ الفقه إلى قرائن يمكن من خلالها أن يكشف نية المتعاقد وقصده كالتفاوض بدون جدية واستعمال حقه للإضرار بالطرف المقابل.[6] هذه القرائن يسعى المتضرر من سوء النية إلى إثباتها خاصة وأن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس، كما يثبت وجود نية الإضرار وقت ارتكاب الفعل، ما يجعل الأمر بالغ الصعوبة.[7]

ولكن يبقى المعيار الشخصي لحسن النية ذو أهمية بالغة في نظرية الحيازة وأحكام الظاهر وحماية الغير حسن النية (ذلك لأن هذه الحالات تأخذ بصدق ما يعتقد، أي هل كان حسن النية يعلم أو لا يعلم وهي حالة نفسية)، بالرّغم من اعتماد المعيار الموضوعي إلى جانبه.[8]

---

[1] أنظر شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص185.

[2] حيث أن هذه القيمة سوف لن تتأتى إلا من خلال ما تتركه النية من أثر في المجتمع يتم الكشف عنه بموضوعية. ومن ثم يعتد بها القانون ويرتب عليها أثرا .

[3] وقد فرقت العديد من القوانين بين حسن النية وفقا للمعيار الموضوعي وحسن النية وفقا للمعيار الشخصي. ومنها القانون السويسري والتركي والهولندي بينما استبعد القانون الألماني الأخذ بالمعيار الذاتي في مجال العقود، للمزيد أنظر، شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص185 و186.

[4] نفس المرجع ، ص 187.

[5] يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 20.

[6] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص294 إلى 303.

[7] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 188.

[8] نفس المرجع، ص 185 ومثال ذلك المواد 885 و835 و198 قانون مدني جزائري.

الفقرة الثانية

المعيار الموضوعي.

وبعكس المعيار الذاتي فإنّ المعيار الموضوعي لايتعلق بالجانب النفسي. وإنما يستدعي الأخذ بالعناصر الخارجية. والتي تأخذ كمعيار ينطبق على كل حالة نزاع، وإنّ فصل حسن النية عن الجانب النفسي يستدعي تزويدها بقوة ثابتة وموضوعية تجعلها تضمن التوازن العقدي.[1] وذلك من خلال الأخذ بالأعراف والقيم الاجتماعية.[2]فضلا عن العدالة والمعقولية. فكل هذه العناصر تبعد القاضي عن الأخذ بالحالة النفسية للمتعاقد أي نيته الذاتية، بل تجعله يعتد بالعناصر الخارجية السابقة الذكر والتي تدله على مدى توفر هذه النية على الحسن أوالسوء. لكن في الأخير يمكن القول بأن حسن النية وما يتضمنه من معاني عديدة في تكوين العقد. لا يمكن أن يقاس إلا بالمعيارين معا أي الشخصي والموضوعي وهما متلازمان.[3]يتحقق معهما حسن النية بمعناه التام.[4] فإذا ما وقع المتعاقد في غلط أثّر أثّر على عزمه ومن ثم إرادته فإنّ القاضي يقدر هذا الغلط تقديرا شخصيا لتحديد ما إذا كان الواقع في الغلط معذور أم لا؟. حسب مؤهلاته هذا من جهة، ويأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير مدى إهمال هذا المتعاقد لحقه في الإستعلام حسب العرف وطبيعة المعاملة من جهة أخرى. كما أن في اشتراط اتصال الغلط بالمتعاقد الأخر، مراعاة لثقة هذا الأخير(والثقة قيمة أخلاقية اجتماعية، تتولد لدى الإنسان بالنظر لما تلقاه ،وبما هو سائد في المجتمع)[5]. ومن ثمة يجب الأخذ بالمعيار الشخصي والموضوعي والموضوعي في نفس الوقت. وفي هذا المثال يتضّح أنّ المعيارين متكاملين.[6]وعلى القاضي أن يأخذ في تقديره لحسن النية في تكوين العقد بالأحول النفسية الذاتية وسلوك الشخص والظروف المحيطة به، كما يأخذ كذلك بالأعراف والقيم الأخلاقية من أمانة وثقة في هذا التقدير.

---

[1] عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص 89.

[2] وغيرها من الثقة والأمانة والشفافية و غيرها.

[3] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص308.

[4] محمود زواوي، نظرية الظاهر في القانون الخاص أطروحة لنيل دكتوراه، جامعة الجزائر، بن عكنون 1998، ص114.

[5] السنهوري، المرجع السابق (مصادر الالتزام المجلد 1)، ص310 و311 .

[6] ذهب رومان منير زيدان حداد في بحثه حسن النية في تكوين العقد، إلى الأخذ بنظرية الثقة لدراسة حسن النية كونها هي الأخرى تعتمد على معيارين دون التطرق للإرادة الظاهرة والباطنة والتي لا يمكن تجنب التطرق إليها في موضوع النية لأنهما متلاصقان كما سبق بيانه.

والجدير بالذكر هنا أن الدكتور عبد الرزاق السنهوري يرى أن حسن النية تدل على المعيار الذاتي دون الموضوعي. لذلك فإن المشرّع قد جانب الصواب عندما لم يذكر نزاهة التعامل، والتي تدل على المعيار الموضوعي،[1] بجانب حسن النية حتى يؤدي المعياران العمل التكاملي الذي سبق ذكره.

وقد أخذ القانون الجزائري بالمعيارين الذاتي والموضوعي في الإعتداد بالإرادة والتي سبق أن ذكرنا بأنها لصيقة بالنية ويصعب الفصل بينهما. ولا نرى بأنه سوف يغير نهجه بالنسبة لحسن النية خاصة أن أغلب الفقه يرى بأنها تحتوي على النزاهة.[2] التي تدّل على الموضوعية بجانب ذاتية النية.[3]

الفرع الرابع

الطبيعة القانونية لحسن النية في تكوين العقد.

لا يزال الجدل يطال حتى المصطلحات المصاحبة لحسن النية والتي تحدد طبيعته القانونية. إذ يوجد من يعتبر حسن النية" مفهوما" وهناك من يعتبره "مبدءا" كما يوجد من يستعمل هذين المصطلحين كمترادفين على ذات المعنى مع أن الحقيقة هي غير ذلك.

وحتى نتبين الطبيعة القانونية لحسن النية هل هو مبدأ أم مفهوم؟ يجب التساؤل أولا عن أي هذين المصطلحين يحقق الغاية المرجوة من حسن النية لا سيما في مرحلة تكوين العقد.

فالمفهوم ذو بعد فكري محض يجسد انعكاس عقلي وذهني للعالم الخارجي. أما المبدأ فإنه كالمفهوم من ناحية أنه انعكاس عقلي للعالم الخارجي، غير أنه فضلا عن ذلك يعبر عن القانون الناظم له.[4]وهو بهذا يحمل بعدين الأول ذهني كالمفهوم والثاني سلوكي واقعي. وعليه فإن المفهوم لا يملك الأدوات والآليات التي تحققه على أرض الواقع بل إنه يستعين بغيره من النظم. والتي من خلال تطبيقها يمكن الوصول إلى حد قريب من تطبيقه، دون الجزم بتطبيقه أو الوصول إلى غايته القصوى. أما المبدأ فهو مختلف في هذا الجانب، حيث أنه يحمل الأسس التي من خلالها يمكن تطبيقه ذاتيا

[1] السنهوري، المرجع السابق (مصادر الالتزام المجلد رقم 1)، ص 627.
[2] علي فيلالي، المرجع السابق (نظرية العقد)، ص369.
[3] بن عمارة محمد، المعيار الذاتي و الموضوعي في القانون المدني الجزائري ،مقالة منشورة في مجلة الفقه و القانون، العدد السادس، المغرب، لشهر أفريل 2013، ويرى بأن حسن النية و سوئها يخضع للمعيار الذاتي فقط، بالنسبة للقانون الجزائري .و هو منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي:
www.marocdroit.com
[4] أنظر: رومان منير زيدان حداد، المرجع السابق، ص 3 و ص 4.

ودون اللجوء إلى منظومات أخرى خارجة عنه، حيث أنه بمجرد تطبيقنا للأسس نكون قد وصلنا إلى التطبيق الأمثل والأقصى لهذا المبدأ. وأي إخلال بأحد هذه الأسس أو انتفائها، يؤدي إلى اختلال المبدأ وعدم انطباقه في هذه الحالة . ولهذا سنتناول من خلال هذا البحث حسن النية باعتباره مبدءا يملك أسس محددة ومعينة، تحكم وجوده من عدمه أثناء مرحلة تكوين العقد. كما أنّ له العديد من التطبيقات. وهذا ما يقودنا إلى تحديد هذه الأسس والتطبيقات بصراحة و وضوح، لتوضيح فاعلية المبدأ في هذه المرحلة.[1]

أما بالنسبة لمن يعتبر بأن حسن النية قاعدة قانونية. فالأصح أنه مبدأ قانوني ذلك أنّ القاعدة القانونية وبالرّغم من عموميتها وتجريدها، إلا أنها تطبق على حالة واحدة. أما المبدأ فله تطبيقات عديدة.[2] غير أن كونه مبدءا لا يمنع من النص عليه داخل قاعدة قانونية في التقنينات المدنية للدول.

كما يحمل مبدأ حسن النية في تكوين العقد مجموعة من المقتضيات، أي الإلتزمات القانونية. لذلك يمكن التعامل معه و وصفه على أنه التزام عام وشامل لمجموعة من المقتضيات التي تندرج في طياته[3] في هذه المرحلة، ويمكننا القول« الالتزام بمبدأ حسن النية في تكوين العقد أو التزام حسن النية في تكوين العقد » و هذا الوصف لا يتعارض مع كونه مبدءا. وبهذا يكون الالتزام بمبدا حسن النية في تكوين العقد هو التزام بتوجيه الإرادة لتحقيق الغرض المباشر من العقد ومراعاة النزاهة والاخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة للطرف المقابل.

وإنّ اعتبارحسن النية التزام قانوني بالنظر لما يرتبه من التزامات يرتب مجموعة من الخصائص هي :

- ✓ أنه التزام تبادلي مفروض على كل أطراف العملية التعاقدية.
- ✓ انه التزام وقائي وحمائي يتم فرضه على الأطراف بغية الوقاية وتفادي وقوع الضرر. لكن إذا ما تم الإخلال به يستلزم المعالجة القانونية أي ترتيب الجزاء من المحاكم.

[1] عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص 93 94.

[2] وذلك طبقا لما قاله الفقيه بولنجي « أن القاعدة القانونية هي عامة، لأنها وضعت من أجل عدد غير محدد من الأعمال و الوقائع لكنها من زاوية أخرى تعتبر خاصة، إذ ما تعلق الامر بأعمال أو وقائع محددة والمبدأ بعكس ذلك، يكون عاما غذا ما تضمن سلسلة غير محددة من التطبيقات ».

[3] مثل ما ذهب اليه شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص181-189.

- ✓ أنه التزام بتحقيق غاية وليس بمجرد بذل عناية. إذ يجب على الطرفين التزام حسن النية في تكوين العقد وليس محاولة الالتزام به، وهذا يعني وجوب تحقق حسن النية في تكوين العقد. وإلا يعد الطرف الذي لم يحقق حسن النية من جانبه مخلا بهذا الالتزام ومستحقا لترتيب الجزاء القانوني عليه.
- ✓ ويعد جوهري وأساسي لتكوين العقد إذ أنه يسيطر على كل العملية التعاقدية ولا يمكن استبعاده.
- ✓ هو التزام سابق على التعاقد، إذ أنه قرار داخلي نفسي، يعمل على توجيه الإرادة لاحترام مقتضياته في مرحلة التفاوض وابرام العقد. وهذا مايميز حسن النية في تكوين العقد عن حسن النية في تنفيذه والذي يقتصرعلى سلوك الأطراف أثناء العملية التنفيذية وخلال حياة العقد فقط.
- ✓ انه ذو طبيعة ذاتية، لأن الحسن وصف يلحق بالنية والتي هي خفية، محلها مكامن الإنسان ولا يمكن الاطلاع عليها من قبل الغير. الشيء الذي أدى إلى توأمتها بقرائن موضوعية تهدف إلى العدل وإعادة التوازن العقدي مع مراعاة الذاتية.[1]

المطلب الثالث

تمييز حسن النية في تكوين العقد عن غيره من الأنظمة القانونية.

يتخلل النظام القانوني مجموعة من المفاهيم والنظريات التي تتشابه مع حسن النية في تكوين العقد، وإذا كنا نهدف إلى تكوين مفهوم واضح عن حسن النية في تكوين العقد. يجب أن نميز بينه وبين هذه الأنظمة التي سنتطرق لها في هذا المطلب وهي:

*فكرة النظام العام والآداب العامة. *نظرية الباعث الدافع إلى التعاقد.

* حسن النية المقرر حماية للغير. *نظرية التعسّف في استعمال الحق.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 182و183.

الفرع الاول

تمييز حسن النية في تكوين العقد عن فكرة النظام العام والآداب العامة.

تحتل فكرة النظام العام والآداب العامة[1] الريادة في مراعاتها للاعتبارات الأخلاقية في المجال القانوني، إذ أن انتهاكها يؤدي إلى الإخلال بالمصالح العليا السائدة في المجتمع.

وإن ما يقتضيه حسن النية من مراعاة للجوانب الأخلاقية في مرحلة تكوين العقد. هو ما يجعله شبيها بالنظام العام والآداب العامة، فكلاهما يقيد الإرادة بحسب آلياته. لكنهما متميزان وهذا ما سنحاول توضيحه. وتختلف فكرة النظام العام والآداب العامة عن الالتزام بمبدأ حسن النية في تكوين العقد. من حيث الجزاء المترتب عن الإخلال بكل منهما:

فجزاء مخالفة النظام العام والآداب العامة هو البطلان المطلق، وفي كل الحالات.[2]بينما جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في تكوين العقد هو التعويض في الأساس.[3]

من حيث المصلحة التي يرمي القانون إلى حمايتها من خلالهما:

فالقانون يرمي من خلال فرضه لفكرة النظام العام والآداب العامة إلى حماية المصالح العليا للمجتمع أو ما يسمى بالمصلحة العامة واعتبارها أولوية على الفرد ومصالحه الخاصة.[4] بينما يهدف القانون من خلال إلزام المتعاقد بمبدأ حسن النية في تكوين العقد إلى حماية المصالح الخاصة للطرف المقابل والتي تنتهك متى تم الإخلال بهذا المبدأ.

ومن خلال هذه الفروق يتجلى الاختلاف بين حسن النية في تكوين العقد وبين فكرة النظام العام والآداب العامة، كآلية قانونية واجبة الاحترام، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن النص على احترام حسن النية بموجب قاعدة قانونية أو من خلال اعتباره مبدءا عاما يسود العقد تكوينا وتنفيذا لا يمكن استبعاده

---

[1] يميز الدكتور السنهوري بين الآداب العامة و النظام العام، في كون أنّ القواعد القانونية التي من النظام العام تهدف إلى تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو الاقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وهي تعلو على مصلحة الأفراد. بينما الآداب: هي مجموعة من القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا الناموس الأدبي الذي يسود علاقتهم الاجتماعية، أنظر السنهوري المرجع السابق(مصادر الالتزام المجلد 1)، ص 399 و 400.

[2] وخير مثال على ذلك المادتين 93 و97 من القانون المدني الجزائري واللتان ترتبان البطلان عن مخالفة النظام العام والآداب .

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 211.

[4] علي فيلالي، المرجع السابق(نظرية العقد)، ص 270.

عن النظام القانوني، لأنه يؤدي بطريقة أو بأخرى إلى حماية المصالح العليا للمجتمع.[1] والتي تتمثل في المحافظة على التوازن العقدي، وهو بهذا يدخل ضمن قواعد النظام العام والآداب العامة. التي لا يمكن استبعادها والإتفاق على مخالفتها.

وهذا يعني أن الالتزام بحسن النية في تكوين العقد مفروض قانونا على الأطراف المتعاقدة، لكنه يتوفر على بعد اجتماعي هو حماية المصلحة العامة فمتى تم ضمان حماية المصالح الخاصة لكل الأطراف المتعاقدة من خلال حسن النية في تكوين العقد. فإنه يترتب عليه المحافظة على التوازن العقدي.[2] ومن ثمة ضمان التعايش والسلم المدني والذي يعتبر من أهداف النظام العام والآداب العامة والتي هي غاية المشرّع من اقراره لمبدأ حسن النية في التعاقد، وتبرير عدم استطاعة استبعاده من المنظومة القانونية أو الإتفاق على مخالفته.

الفرع الثاني

تمييز حسن النية في تكوين العقد عن نظرية الباعث أو الدافع إلى التعاقد.

يأخذ الفقه والقضاء في مجال القانون المدني بنظرية الباعث أو الدافع إلى التعاقد، والتي تكرسها العديد من التشريعات المدنية.[3]ويتمثل الدافع للتعاقد في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقد إلى ابرام العقد، فهو إذاً تلك المبررات التي كانت وراء عزم ونية المتعاقدين في إنجاز العملية العقدية،[4] فهو أمر شخصي مكانه سريرة الإنسان، لذا يختلف من شخص إلى أخر باختلاف الغايات والبواعث لدى الناس.[5] وهو بذلك شبيه إلى حد كبير بالنية والتي تعد أمر شخصي من سرائر الإنسان أيضا، والتي لا يمكن الاطلاع عليها، إلا بالإفصاح عنها أو كشفها من خلال القرائن الدالة عليها. وعليه فهما متماثلان من حيث طبيعتهما الذاتية، لكنهما ليسا متطابقان وهذ ما سنحاول

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 212.

[2] التوازن العقدي النابع من النزاهة ومراعاة مصالح الطرف الأخر. و من تم اقامة التوازن بين ما هو عادل و ما هو نافع.

[3] المادة 97 ق م ج و المادة 136 ق م مصري حث أخذ المشرع بالنظرية الحديثة للسبب أي نظرية الباعث أو الدافع للتعاقد، إلى جانب أخذه بالنظرية التقليدية التي تشترط أن يكون السبب موجود. للمزيد أنظر علي فيلالي، المرجع السابق ا(لنظرية العامة للعقد)، ص 255 إلى ص261 .و صبري السعدي، (العقد والارادة المنفردة) المرجع السابق، ص 216 إلى ص 231.

[4] علي فيلالي، المرجع السابق(نظرية العقد)، ص 255. و صبري السعدي، (العقد والارادة المنفردة)المرجع السابق، 227.

[5] علي فيلالي، المرجع السابق(نظرية العقد)، ص 257 و 258. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، 212.

توضيحه، ويمكن إدراك التمايز بين الدافع والنية من خلال تعريفه السابق. فالدافع يسبق النية أي العزم ويؤثر فيها ويدفعها صوب الغاية المحددة والهدف المراد تحقيقه. إذاً النية تقوم بتوجيه الإرادة إلى الغرض المباشر من التعاقد، بينما الباعث هو الغرض البعيد الذي يتمنى المتعاقد من العقد تحـــقيقه، فهو من المؤكد أنه يؤثر في النية، والتي تحاول بدورها تحقيقه، من خلال تحريك الآليات التي يتحقق بواسطتها.[1]

ورغم هذا التباين الموجود بين النية والباعث غير أن البعض يرى بأنه من الممكن استعمالهما بمعنى واحد فيعبر عن الباعث بلفظ النية .[2] وهناك من يعتبرهما مترابطان ويفيدان ذات المعنى، وذات الحكم القانوني.[3] وذلك لأنهما من طبيعة واحدة، وقلّ أن توجد نية متجردة عن الباعث الذي يساهم في تكوينها. وعليه فعدم مشروعية الدافع تؤدي بالضرورة إلى سوء النية.[4]

ولكن هذا الخلط بين النية والباعث يخالف الواقع إذ أنه وكما سبق توضيحه إنّ الباعث يسبق النية ويحركها. غير أن تأثيره فيها لا يؤدي بالضرورة إلى توحيد الحكم القانوني اتجاه كليهما في كل الحالات. فقد يكون الباعث مشروعا، ولكن النية الحسنة منتفية في الصفقة نفسها، ومثال ذلك من يروج لسلعته بإعلان كاذب باعثه مشروع، ولكن نيته غير حسنة وهي التضليل. وإخفاء حقيقة البضاعة التي يعلن عنها وقد تكون النية حسنة لكن الباعث إلى التعاقد غير مشروع وعلى سبيل المثال: عندما يكون الدافع للتعاقد – عند أحد المتعاقدين – هو ارتكاب جريمة لكنه يتحلى بمقتضيات حسن النية اتجاه الطرف الأخر من نزاهة وشفافية وكشف جميع العيوب الظاهرة والخفية لإتمام التعاقد، ففي هذه الحالة توجد النية الحسنة تجاه المتعاقد الذي تعامل معه، ولكن الباعث للتعاقد والذي يجب البحث عنه خارج العقد غير مشروع، ويؤدي إلى إبطال العقد.

ويوجد فضلا عن ذلك فرق أخر بين النية في تكوين العقد والباعث للتعاقد، والذي يتمثل في كون الباعث غير المشروع يؤدي إلى المساس بالمصلحة العامة للمجتمع. لأن عدم مشروعيته مترتبة عن مخالفة النظام العام والآداب العامة. أما الإخلال بالتزام مبدأ حسن النية في تكوين العقد يؤدي إلى

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 213.
[2] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 65.
[3] مارون منير حداد، المرجع السابق، ص80 وما بعدها.
[4] نفس المرجع، من ص66 الى 86.

المساس بالمصلحة الخاصة للطرف المقابل، الأمر الذي قد يجعله يسارع إلى المطالبة بتوقيع الجزاء على من أخل بمقتضيات حسن النية في تكوين العقد، بينما قد لا يأبه لما يضمره المتعاقد من بواعث عند تعاقده، كونها لا تمس مصالحه الشخصية،[1] وكما أن مراعاة الشفافية والنزاهة والثقة– والتي تعتبر من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد– تزيل سوء النية عن المتعاقد، متى أخذ بها اتجاه الطرف المقابل. لكنها لا تؤدي إلى جعل الدافع غير المشروع مشروعا.[2]متى علمه الطرف المقابل، بل على العكس تماما فهي تؤكد عدم مشروعيته.[3] وفي الأخير لا يمكن تجاهل اختلاف الجزاء المترتب على كليهما، إذ أنّ عدم مشروعية الدافع إلى التعاقد هو البطلان في جميع الحالات والعقود[4] بينما الجزاء المترتب على الإخلال بحسن النية أثناء تكوين العقد. هو التعويض أو إمضاء العقد وليس إبطاله.[5]

الفرع الثالث

تمييز حسن النية في تكوين العقد عن حالات حماية الغير حسن النية.

يستلزم القانون في العديد من الأحوال توفر حسن النية لدى الغير. حتى يستفيد من تطبيق مادة قانونية متعلقة بحماية حق أو دعوى ومنها: حسن النية التي تتطلبها كل من نظرية الأوضاع الظاهرة ونظرية الحيازة، والدعوى البوليصية.

الفقرة الأولى

علاقة حسن النية في تكوين العقد بحسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة .

يمكن تعريف الظاهر بأنه المحسوس والفعلي المخالف للحقيقة. والذي يوهم الغير بأنه ذو مركز يحميه القانون ويقرّه.[6] ويظهر جليا من تعريفنا للظاهر وجود تنازع بين مركزين متناقضين، المركز القانوني من جانب والمتمثل في ذلك المركز الذي يقوم وفقا لحدود القانون وفي حمايته. والمركز

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 213.
[2] نفس المرجع، و214 .
[3] علي فيلالي، المرجع السابق(نظرية العقد)، ص 256. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق (العقد والارادة المنفردة)، ص 227.
[4] طبقا للمادة 97 قانون مدني جزائري.
[5] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 214.
[6] سلامة عبد الفتاح، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، دار الجامعة الجديدة لنشر الإسكندرية، مصر مصر 2005، ص33. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 217. و سركوت إسماعيل حسين، الظاهر ودوره في الإثبات، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص 22.

الفعلي أو الواقعي من جانب أخر، والذي يخالف الحقيقة ولا يستند إلى القانون، بل يحوز صفة لا يمنحها له القانون.[1] وإن المتعامل مع هذا الأخير – مع صاحب الوضع الظاهر – تقع مصلحته في مواجهة مصلحة صاحب الحق. فمتى كان هذا المتعامل حسن النية ولم يقصر يحدث لدينا صراع بين القانون والواقع. الأمر الذي دفع الفقه والقضاء وحتى التشريعات إلى وضع أحكام الظاهر مراعاة لحسن النية وضمانا لاستقرار التعامل، والمحافظة على علاقة الثقة المتولدة بين المتعاملين[2]ولنظرية الأوضاع الظاهرة عدة تطبيقات أهمها. النيابة الظاهرة والوكالة الظاهرة والملك الظاهر.

إن تفعيل نظرية الوضع الظاهر من خلال حماية الغير الذي يكون حسن النية. وتصحيح تصرف صاحب الوضع الظاهر وكأنه صدر من ذي صفة. يقتضي توفر ركنين مكونين لنظرية الظاهر وهما:

أولا :الركن المادي .

ويتعلق هذا الركن بصاحب الظاهر. ويتمثل في الشواهد الخارجية والتي تكون بمثابة حقيقة مرئية، تبدو كمظهر قانوني. فقد تكون تصرفا إراديا، أو واقعة مادية، أو قرارا إراديا، أو حكما قضائيا. ويضاف إلى ذلك وجود وقائع مادية مرئية، تبين حيازة صاحب الظاهر للمركز الفعلي موضوع الظاهر. هذه الحيازة عبارة عن مباشرة. مكنات أو امتيازات أو سلطات أو صلاحيات يمنحها مركز معين.[3]

ثانيا :الركن المعنوي .

والذي يتصل بالغير، وقد سمي معنويا لأن مكوناته لا تنتمي للعالم المحسوس .فهو يمثل الجانب الأدبي من الظاهر. فالركن المادي عبارة عن مركز واقعي لا يستند إلى القانون. و ما كان ليرتب أثارا قانونية لصالح أحد لولا الركن المعنوي الذي يقدم تبريرا أدبيا. لترتيب بعض الأثار على وجود هذا المركز الواقعي. إذ أن الاعتراف بالظاهر تضحية بالمشروعية في سبيل حماية السرعة

[1] سلامة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 35. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 217. و سركوت إسماعيل حسين، المرجع السابق، ص 26. كون الظاهر لا يقره القانون ولا يحميه هذا لا يعني أنه دائما غير مشروع أو مخالف للقانون ويؤدي إلى إهدار و مخالفة قاعدة قانونية .
[2] سلامة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 36 و37. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 218.
[3] سلامة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 169. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 219.

.واستقرار التعامل في المجتمع، فيعمل هذا الركن على تبرير وضع الغير و يؤكد جدارته بالحماية فوفقا للركن المعنوي و حتى لا ينسب للغير الغش أو سوء القصد أو الرغبة في الإضرار بالأخرين. يجب أن يكون هذا الغير مثل صاحب الحق تماما. كلاهما ضحية للوضع الظاهر، وبالتالي المواجهة والمفاضلة تكون بين الضحيتين ويعتبر هذا الركن المعنوي والمتمثل في حسن النية والغلط الشائع. هو السند والمبرر لإعطاء الأفضلية لهذا الغير بدلا من صاحب الحق.[1]

من خلال ما سبق ذكره يتبين لنا أن حسن النية هي أحد ركائز الركن المعنوي في نظرية الظاهر. والتي تختلف عن حسن النية في تكوين العقد، إذ أن معنى حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة. هو الاعتقاد الخاطئ بوجود موقف قانوني، فهو يقوم على جهل الغير بحقيقة الواقع الذي بدا له مطابقا لأحكام القانون في حين أنه يخالف ذلك. وعليه فإن وصف حسن النية هنا يتمثل في حالة سلبية هي عدم العلم بواقعة معينة.[2]

بينما حسن النية في تكوين العقد هو حالة إيجابية تتمثل في اتخاذ قرار داخلي بالالتزام بتوجيه الإرادة لتحقيق الغرض المباشر من العقد مع مراعاة النزاهة و المصالح المبررة للطرف المقابل.

إذن حسن النية في تكوين العقد التزام يقع على عاتق كل طرف في العقد اتجاه الطرف المقابل، بينما حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة مجرد حالة ذهنية في نفس الغير. أدت به إلى اتخاذ قرار ما كان ليتخذه لو علم بالحقيقة، وهو يعد شرطا لتطبيق النظرية وتقرير الحماية للغير الذي يتعامل مع صاحب الظاهر.

وإن كون حسن النية في تكوين العقد مبدأ يرتب مجموعة من الالتزامات، أي أنه التزام عام هذا ما يجعله يتسم بالإيجابية لأنه قد يكون قياما بعمل أو امتناعا عن القيام بعمل أو قياما بنقل حق. عكس ما سبق ذكره عن حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة و التي لا تعدو أن تكون مجرد حالة ذهنية. كما أن التزام حسن النية في تكوين العقد، يكون اتجاه الطرف المقابل، بينما حسن النية في الأوضاع الظاهرة يجعل آثار التصرف تتعدى المتعاقد معه. وتمتد إلى صاحب الحق.

[1] سلامة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص174و175. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 219.
[2] سلامة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 180. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 220.

وعليه فإنه لا يمكن تعميم معنى حسن النية في تكوين العقد ومقتضياته ليشمل حسن النية ودلالته بالنسبة لنظرية الأوضاع الظاهرة.

الفقرة الثانية

علاقة حسن النية في تكوين العقد بحسن النية في نطاق نظرية الحيازة .

يمكن تعريف الحيازة بأنها، السيطرة الفعلية والتي تتجسد في قيام شخص بالأعمال المادية والقانونية على شيء تجوز حياته بنية تملكه، أو ممارسة حق عيني عليه، سواء كان هذا الشخص مالكا للشيء أو غير مالك له.[1]

والحيازة قد تكون مطابقة للوضع القانوني أو مخالفة له، غير أن القانون يرتب عليها أثرا في الحالتين،[2] حيث أنها إذا وردت على عقار، أمكن حمايتها بدعوى الحيازة، وإذا نوزع الحائز في الملكية، أوفي الحق العيني الذي يباشره على الشيء فلا سبيل لمن ينازعه إلا أن يقاضيه بدعوى استرداد الحيازة. أو دعوى إنكار الحق فيصبح الحائز مدعى عليه، ومن ثمة فلا يتحمل عبء الإثبات الذي يقع على الادعاء. إذ لا يثبت الحائز ملكيته للشيء أو للحق العيني الوارد عليه الحيازة. إذن الحيازة مركز يحميه القانون فهو يختلف عن الظاهر الذي هو مركز واقعي يحتاج إلى حماية يمنحها القضاء بأحكام تحتاج إلى تبرير أو تأصيل. فالحيازة لا تتضمن المفاضلة بين المركز القانوني والمركز الواقعي الموجود في الظاهر.[3]

وتقوم الحيازة على ركنين المادي والمعنوي :

أولا :الركن المادي .

ويراد بالركن المادي الأعمال المادية التي يمارسها الحائز على الشيء محل الحيازة، وتختلف هذه الأعمال المادية باختلاف طبيعة الأشياء، وباختلاف الحقوق العينية ذاتها.[4] فإذا كان هذا الحق

[1] رمضان جمال كمال، الحماية القانونية للحيازة، الطبعة 1، دار الألفي لتوزيع الكتب، الإسكندرية مصر، 2002، ص 21.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 221.
[3] رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 183. وسركوت اسماعيل حسين، المرجع السابق، من ص45 إلى96.
[4] رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 42.

حق ملكية وجب على الحائز أن يقوم بأعمال المالك كزراعة الأرض، أو إحداث تعديلات فيها أو غيرها من الأعمال المادية.[1]أما التصرفات القانونية كالبيع والهبة والإيجار وغيرها فلا تصلح وحدها لتكوين الركن المادي،[2] ولا يشترط في الأعمال المادية أن تكون متواصلة، بل يكفي التكرار المنتظم الدال على انتفاع الحائز بالشيء، والأصل أن يباشر الحائز الأعمال المادية بنفسه. ولكن لا يوجد ما يمنع من مباشرتها بواسطة الغير. كالولي أو الوصي أو التابع أو الوكيل وغيرهم.[3]

ثانيا: الركن المعنوي .

أما الركن المعنوي الذي تقوم عليه الحيازة فيتمثل في نية الحائز في أن يظهر بمظهر المالك أو صاحب الحق– أي حق عيني أخر– موضوع الحيازة .بعبارة أخرى نية الحائز في أن يعمل لحساب نفسه. أما الشخص الذي لا تتوفر لديه هذه النية لأنه يعمل لحساب غيره فلا يعد حائزا حقيقيا، بل يعد حائزا عرضيا، كما هو الحال بالنسبة للمستعير والمستأجر والتابع. والذين تقتصر حيازتهم على الركن المادي دون المعنوي، ما يجعل حيازتهم عرضية.[4]

علاقة حسن النية بالحيازة:

إنّ القوانين المدنية توفر الحماية القانونية للحائز بغض النظر عن حسن نيته أو سوءها. غير أن المشرّع يميز بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية في الأحوال التالية:

1. عند استرداد الحائز من المالك المصروفات النافعة التي يكون قد انفقها على العين، فإن الحكم يختلف فيما كان الحائز حسن النية أو سيء النية، بحسب الأحوال وذلك طبقا للمادة 839 من القانون المدني الجزائري.[5]
2. مسؤولية الحائز عن هلاك العين التي كانت في حيازته تختلف بحسب إذا ما كان الحائز حسن النية أو سيئها وذلك طبقا للمواد 842 و843 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 222.
[2] رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 45 إلى ص 49. أغلب الفقه والقضاء يجمع على عدم إمكانية التصرفات القانونية على تكوين الركن المادي للحيازة ، شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 222.
[3] رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص 99. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 222. المادة809و 810 ق مدني جزائري.
[4] رمضان جمال كمال، المرجع السابق، ص78. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 222.
[5] و المواد التي تشير إلى تطبيق هذه الأحكام م 784 و 785 قانون مدني جزائري. فيما يتعلق بالمصروفات النافعة.

3. والأهم في موضوع الحيازة بالنسبة لسيء النية، أنّه لا يتملك بالتقادم، لا عقارا ولا منقولا إلا بمقتضى التقادم الطويل وهو 15 سنة طبقا للمادة 827. بينما الحائز حسن النية بإمكانه أن يتملك العقار بالتقادم القصير والذي هو 10 سنوات طبقا للمادة 828. ويتملك المنقول في الحال بمجرد الحيازة إذا كان لديه سند صحيح طبقا للمادة 835. كما يتملك الحائز حسن النية الثمار بمجرد قبضها بخلاف الحائز سيء النية طبقا للمادة 837 و838 من نفس القانون.

قد أوردت المواد القانونية تعريفا لمعنى حسن النية في الحيازة في المادة 824 من القانون المدني الجزائري[1]إذ تنص: (يفترض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير. إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم).

وتنص المادة 825 على أنه (لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلا من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير. ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة افتتاح الدعوى ويعد سيء النية من اغتصب حيازة غيره بالإكراه).

كما تنص المادة 826(تبقى الحيازة محتفظة على الصفة التي كانت عليها وقت كسبها ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك).

ويلاحظ من خلال هذه النصوص أن حسن النية هنا هو من يجهل أنه يعتدي على حق الغـير، أي أنه الحائز الذي كان يعتقد بأنه يتلقى الحق من مالكه، أو صاحب الحق العيني عليه. ومعيار حسن النية هنا هو معيار شخصي يراعى فيه اعتقاد الحائز. كما أضاف المشرّع معيار آخر موضوعي وذلك باشتراطه بألاّ يكون الجهل ناشئا عن خطأ جسيم،[2] وبناءا على ذلك فمن يشتري عقارا دون مطالبة البائع بتقديم السندات المثبتة للملكية يكون قد ارتكب خطأ جسيما، ويعد سيء النية.

ومن المواد السابقة الذكر والمتعلقة بالحيازة يمكن أن نستشف معنى حسن النية في الحيازة وأحكامه و اختلافها عن حسن النية في تكوين العقد في عدة نقاط سنتطرق اليها:

[1] في ذات المعنى م 1148 ق م عراقي، و م 2268 ق م فرنسي. والمادة 965 من القانون المدني المصري، والتي تعد مطابقة لما ورد في القانون الجزائري.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 224.

1. إنّ التعريف السابق الذكر لحسن النية والذي تتضمنه المادة 824 وما بعدها، يتعلق بالحيازة لا بإبرام العقود والتصرفات، وهذا يعني أن دلالة حسن النية الواردة في المادة تقتصر على الحيازة دون أن تمتد إلى تكوين العقد.
2. إن حسن النية في الحيازة محله هو الجهل بالاعتداء على حق الغير، مما يجعله يستفيد من الحماية القانونية ومزايا اضافية سبق التعرض لها، وهي بذلك مخالفة لحسن النية في تكوين العقد، والتي تعود بالفائدة على الطرف المقابل، ومحلها الالتزام بمراعاة النزاهة والمصالح المبررة للطرف المقابل، دون إهمال توجيه الإرادة إلى تحقيق الغرض المباشر للعقد.
3. كما يمكننا أن نستنتج من خلال تعريف المادة السابقة الذكر لحسن النية في الحيازة بأنها: الجهل وعدم العلم بواقعة معينة، أي أنها مجرد حالة نفسية سلبية. بينما هي قاعدة سلوك يرتبه التزام عام أو مبدأ له مجموعة من المقتضيات بالنسبة لحسن النية في تكوين العقد كالشفافية والنزاهة والمعقولية ..... إلخ.

نستنتج من الاختلافات الآنفة الذكر بأن حسن النية في تكوين العقد تختلف تماما عن حسن النية في نظرية الحيازة من حيث معناها، ومحتواها، وغرض المشرّع في إقرارها.[1]

الفقرة الثالثة

علاقة حسن النية في تكوين العقد بالصورية.

تفترض الصورية وجود تصرفين بين نفس العاقدين أحدهما ظاهر لم تتجه إليه إرادتهما، والآخر خفي يمثل قصدهما الحقيقي[2] وإرادتهما الجدية لا الوهمية ومثال ذلك إخفاء هبة في صورة بيع.[3]

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 226. 227 مع العلم أن هناك بعض البحوث التي اعتمدت في تعريفها لحسن النية في مرحلة الانعقاد على ما ورد في القانون بصدد نظرية الحيازة، أنظر فريدة لبان، المرجع السابق، ص 12 وابعدها.

[2] دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 37. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص227 و 228.

[3] أن الصورية، وتختلف عن الظاهر من ناحية الطبيعة حيث أن الظاهر يستقر ضد مصلحة صاحب الحق دون علمه أو رغم إرادته، و كذلك قد لا يعلم من قام الوضع الظاهر لصالحه بالواقعة أو الوقائع التي ساهمت في تكوين هذه الأوضاع الظاهرة، بينما الصورية تشترط دائما الإتفاق على إخفاء الحقيقة. كما أنها تختلف عنها من عدت نواحي أخرى يمكن العودة إليها من خلال سركوت إسماعيل حسين، المرجع السابق، من 29 إلى 35 ص الظاهر والصورية.

وحتى نبين علاقة حسن النية بالصورية ومدى اختلافها عن حسن النية في تكوين العقد سنتطرق لأنواع الصورية، لندرس من خلالها مدى توافقها أو اختلافها مع مفهوم حسن النية في تكوين العقد.

وتنقسم الصورية من حيث غرضها إلى نوعين:

1. الصورية التي يقصد بها الإضرار بالدائنين: قد يلجأ المرء في بعض الأحيان إلى إخراج بعض أمواله من ذمته حتى يبعدها عن الضمان العام لدائنيه، وذلك بأن يتظاهر بإبرام تصرفات من شأنها أن تخرج الأموال من ذمته المالية ، بينما في حقيقة الأمر هي باقية في ذمته فعلى سبيل المثال : أن يتم الإتفاق في الظاهر على البيع في حين أنّ العقد الخفي يقضي بأنه ليس هناك أي بيع، وهذه الحقيقة يسجلها المدين في ورقة تسمى ورقة الضد.[1] وقد يظهر في هذا النوع من الصورية بأن المتعاقد سيء النية في تكوينه للعقد الصوري، إذ أنه أراد الإضرار بدائنيه لكن الحقيقة أن سوء النية هنا ليس متجه للإضرار بمصالح وثقة الطرف المقابل في العقد، بل للإضرار بمصالح الغير حسني النية، وهنا يتجلى الاختلاف بين حسن النية في تكوين العقد المقررة لتلافي سوء النية الموجه من المتعاقد إلى الطرف المقابل في العقد. بينما حسن النية المراد حمايته في الصورية هو الغير،[2] أي الدائنون العاديون للمتعاقدين، وخلفهما الخاص وذلك من خلال المحافظة على الضمان العام وهو ما تنص عليه المادة 198 من القانون المدني الجزائري.[3]
2. الصورية التي يقصد بها التحايل على القانون: وهي الصورية التي يلجأ إليها من يريد استبعاد تطبيق قاعدة قانونية تطبيقا سليما، كأن يذكر العاقدان في عقد البيع ثمنا أقل من الثمن الحقيقي تهربا من رسوم التسجيل،[4] وهذا النوع من الصورية لا علاقة له بحسن النية في تكوين العقد، لأن الغرض منه هو التحايل على القانون، وليس التحايل أو الإضرار بالطرف المقابل ومصالحه، ما يجعلها تختلف عن حسن النية في تكوين العقد.

كما يمكن تقسيم الصورية بحسب مدها إلى صورية مطلقة ونسبية:

[1] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 37 و 38. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 228.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 229.
[3] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 39.
[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 229.

1. الصورية المطلقة: وهي التي تصور في الظاهر عقدا لا وجود له في الواقع أصلا. أي أن العقد الظاهر لا يستر أي عقد خفي، وإنما يوجد سند مستتر يقال له ورقة الضد، والتي يذكر فيها أن البيع غير حقيقي.[1] وهذا النوع من الصورية يتطابق مع الصورية التي يكون الغرض منها الإضرار بالدائنين، كما قد يكون هدفها هو إيهام شخص معين بالثراء من لجأ إليها حتى يقبل ابرام عقد لاحق معه. وهذا النوع من الصورية قد يشكل إخلالا بحسن النية في مواجهة من سيقوم بإبرام هذا العقد اللاحق مع من لجأ للصورية لهذا الغرض.
2. الصورية النسبية: وهي التي تقتصر على نوع العقد لا ذاته، أو وجوده ومثال ذلك: هبة في صورة بيع، فقد تقع هذه الصورية على طبيعة العقد (بيع في صورة إيجار) أو على أركانه (الثمن غير الثمن الحقيقي) أو على أحد الأطراف المتعاقدة (أن يتم البيع لشخص لكن المشتري الحقيقي هو شخص أخر وهي ما يسمى بطريق التسخير).[2] وهذا النوع من الصورية يهدف إما إلى التحايل على القانون أو الإضرار بالدائنين، أو إخفاء البواعث الغير مشروعة. وهي لا تعد من تطبيقات حسن النية في تكوين العقد لأن غرضها لا يمس بالطرف المقابل المتعاقد معه والذي يكون هنا متواطئ مع المتعاقد في جميع أنواع الصورية.[3]

أما بالنسبة للصورية بالتسخير ففي هذا النوع أيضا يكون المتعاقد على علم بأن المتعاقد معه يتوسط فقط من أجل شخص أخر هو المتعاقد الحقيقي. وعليه يوجد تواطؤ بين المتعاقدين الحقيقين لإبرام هذا العقد الصوري من حيث أطرافه، فإذا كان المتعاقد لا يعلم بأن هذا الطرف يتعاقد من أجل طرف أخر فإن التصرف لا يعد صوريا وإنما يعد تصرف تحت اسم مستعار. والذي يظهر جليا بأنه من تطبيقات حسن النـية في تكوين العقد، إذ يتم إخفـاء شخص المتعاقد الحقـيقي عن المتعاقد معه، وهذا يكون منافي للشفافية ولمقتضيات حسن النية في تكوين العقد، هذا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار.[4]

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق ، ص 229و 230.

[2] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 38. يوجد من يعتبر الصورية بطريق التسخير هي الاسم المستعار ويوجد من يفرق بينهما على أساس أن الاسم المستعار يخفي في الغالب وجود وكالة ، أما في الصورية بالتسخير يكون الطرف الأخر يعلم بأن المتعاقد معه مسخر، و هدفها التحايل على القانون أنظر، شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، تم تناوله في التهميش رقم 2 ص 231.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 231.

ومما سبق نستنتج بأن الصورية بعيدة عن حسن النية في تكوين العقد فرغم كون كلاهما يهدف إلى تلافي سوء النية، لكن المشمول بالحماية مختلف ففي حسن النية في تكوين العقد يكون الطرف المقابل في العقد هو المشمول بالحماية حسب مقتضيات هذا المبدأ أما في الصورية فيكون المتعاقدان متواطئان بهدف الإضرار بالغير، أو التحايل على القانون ما يجعل القانون يكرس حماية للغير حسن النية.

الفقرة الرابعة

علاقة حسن النية بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه (الدعوى البوليصية)[1].

تمثل هذه الدعوى الوسيلة الأمثل التي يواجه بها الدائن التصرفات التي يقدم عليها مدينه، والتي من شأنها إنقاص الضمان العام الذي يعول عليه الدائن لاستفاء حقه، وترمي هذه الدعوى إلى جعل تصرفات المدين الضارة بالدائن غير نافذة في مواجهته.[2]ولإمكانية استعمال الدعوى البوليصية يجب أن تتوفر شروطها والتي بعضها يتعلق بالدائن، وبعضها الآخر يتعلق بتصرف المدين.[3]

الشروط الخاصة بالدائن: والتي تتمثل في كون حق دائن حال الأداء وخاليا من أي نزاع. وأن يسبق وجود حق الدائن وجود تصرف المدين الضار.

الشروط الخاصة بتصرف المدين: إذ يشترط هنا أن يباشر المدين تصرفا قانونيا سواء كان معاوضة أو تبرعا. ويجب أن يكون هذا التصرف مفقر للمدين بحيث يؤدي إلى إعساره أو يزيد في إعساره.

كما يشترط إثبات أن التصرف الذي أقدم عليه المدين فيه غش متى كان معاوضة أما إذا كان تبرعا فلا حاجة لإثبات الغش. ويقصد بالغش أن يتصرف المدين بنية الإضرار بدائنيه ويتحقق ذلك متى أقدم على التصرف وهو عالم بعسره، وحتى لا يضار الغير بذلك أوجب المشرّع، مع إثبات غش المدين إثبات غش من تصرف معه المدين. بكونه عالما بعسر المدين يوم أبرم التصرف.

[1] أي اعتبار هذه التصرفات كأنها لم تكن، وقد تضمنها المشرع في المواد من 191 إلى 197من ق م ج .
[2] دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص34.
[3] نفس المرجع، ص 34 و ص 35.

وعليه إنّ الدعوة البوليصية تعمل على حماية الدائنين وهم من الأغيار من خلال المحافظة على الضمان العام من سوء نية المدين والمتعاقد معه اللذان أرادا الإضرار بهم كدائنين. ومن ثمة فالطرف المراد حمايته من الدعوى البوليصية هو الغير حسن النية (أي الدائنين). أما حسن النية في تكوين العقد فهو مقرر لحماية كل طرف في العقد إزاء سوء نية الطرف الأخر.

الفرع الرابع

تمييز حسن النية في تكوين العقد عن نظرية التعسّف في استعمال الحق.

تعود نظرية التعسّف في استعمال الحق إلى العهد الروماني، والذي انتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم الذي أحياها وطور منها،[1]غير أنه وبصدور التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804، والذي يعد وليد الثورة الفرنسية المشبعة بروح الفردية. انتكست هذه النظرية ولم يتم الأخذ بها طوال القرن التاسع عشر، وقد ساعد على ذلك أن فكرة تحريم التعسّف في استعمال الحق التي عرفها القانون الروماني وحتى القانون الفرنسي القديم كان ينقصها الصياغة في شكل نظرية عامة،[2]وهذا ما قام به رجال الفقه والقضاء حتى مطلع القرن العشرين، إذ توصلوا إلى استخلاص نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق متناسقة الأجزاء[3] وما لبث المشرّع الفرنسي أن سار في هذا السبيل[4]حتى سجل لها تطبيقات في كثير من تشريعاته المتفرقة.[5]

---

[1] صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية، دار الهدى، عين مليلة -الجزائر، 2011، ص48. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 248. وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 331.

[2] صبري السعدي، (المسؤولية التقصيرية) المرجع السابق، ص 51.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 248. وائل حمدى أحمد، المرجع السابق، ص 331.

[4] يجب التنويه إلى أن القانون الفرنسي لم يتعرض لنظرية التعسف في استعمال الحق بموجب مادة ولكنه أورد لها عدة تطبيقات سنذكر منها: م 1780الصادرة في 1870/12/27. والتي تم تجديدها في قانون العمل في م 23 منه الصادر في 26 / 12 /1910. وهي تجعل إنهاء عقد العمل الغير محدد المدة بالإرادة المنفردة تعسفا موجب لتعويض، وكذلك م 71 من قانون الإجراءات الصادر في 1941/05/23 والمؤيد بالمرسوم 12/22 / 1958. والتي تقضي بغرامة ضد من يستأنف الحكم بقصد عرقلة تنفيذه.

[5] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد2، الطبعة الثالثة، نهضة مصر، 2011، ص 950.

وقد سارت على دربه أغلبية التقنينات الحديثة، إذ خصص معظمها لهذه النظرية نصوصا تعرضها كمبدأ عام، ومثالها القانون المدني الألماني الفقرة 226 والقانون السويسري المادة12 والمادة 74 من مشروع القانون الفرنسي الإيطالي والمادة 13 من القانون البولوني.[1]

أما على صعيد القوانين العربية فقد نصت عليها أغلب القوانين المدنية. كالقانون المصري والليبي في المادة 4 و 5 والقانون الأردني في المادة 66. والقانون المدني الكويتي في المادة 30 وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 124. والقانون العراقي في المادة 6 و7.[2]

وقد أورد المشرّع الجزائري التعسّف في استعمال الحق في المادة 41 الملغاة، ثم نص عليها في تعديل 20 يوليو 2005 في المادة 124 مكرر. كتطبيق من تطبيقات الخطأ في المسؤولية التقصيرية، إذ تنص المادة على ما يلي:(يشكل الاستعمال التعسّفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الأتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

من خلال استقراء هذه المادة يتضح أن جوهر هذه النظرية ومؤداها، أن الحق مقيد في استعماله على نحو يحول دون الإضرار بالغير أو بالصالح العام. وذلك على الرّغم من أن العمل الذي يأتيه صاحب الحق يدخل في حدود ومضمون حقه.[3]فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة فلا تلغي فكرة الحق بتحويله إلى وظيفة اجتماعية خالصة، بل تعترف بالحق وبحرية صاحبه في استعماله بما يعود عليه بالنفع، ولكنها تقيد هذه الحرية حتى، لا تدفع بصاحب الحق إلى تحقيق

[1] نقلا عن : شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 248. ووائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 331.
[2] أنظر: بلحورابي سعاد، نظرية التعسّف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص 53.
[3] التعسّف في استعمال الحق يختلف عن تجاوز الحق، والذي هو الخروج عن حدود الحق التي رسمها القانون، ومثاله تجاوز المالك حدود ملكه والدخول في ملك جاره، فالتجاوز هنا يخرج عن كونه حقا: ولا يعد إلا اعتداءا أما التعسّف في استعمال الحق فإنه لا يخرج عن الحق في ذاته لكن غرضه الغير مشروع هو ما يجعله ممنوعا، وهما صورتان للخطأ التقصيري انظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 248و ص249. وبلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 54 و55.

أهداف غير مشروعة[1] كالتي ذكرتها المادة، ولقد ذكر المشرّع الجزائري ثلاث حالات يكون فيها الشخص متعسفا في استعمال حقه على سبيل المثال لا الحصر[2] وهي:

1. حالة قصد الإضرار بالغير والتي يعد فيها الشخص مخالفا لحسن النية بالمعيار الذاتي أو الشخصي.
2. حالة عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق الغير، وهذا المعيار موضوعي، إذ أنه يرجح دفع الضرر عن الغير على الفائدة التي يحصل عليها صاحب الحق، متى كان التفاوت شاسعا وصارخا بين الضرر اللاحق بالغير والفائدة العائدة على صاحب الحق.
3. حالة عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها في استعمال الحق، إذ يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كانت الفائدة التي يحصل عليها من استعمال حقه غير مشروعة أي مخالفة للنظام العام والآداب العامة، والمعيار هنا موضوعي. بالرّغم من أن طريقة الوصول إليه تعتمد على المعيار الذاتي والذي يتمثل في نية صاحب الحق.[3]

ومن خلال هذه المعايير التي وضعها المشرّع لإرشاد القضاء إلى كيفية تطبيق نظرية التعسّف من جانب، والحيلولة دون تحكم القضاء في هذه المسألة بكيفية مطلقة من جانب أخر.[4] يتبين لنا بأن نظرية التعسّف في استعمال الحق ذات علاقة تداخل بحسن النية. إذ يعد حسن النية من ضرورات استعمال الحق استعمالا مشروعا، مما يعني أن الإخلال بحسن النية من خلال قصد الإضرار بالغير يؤدي إلى قيام حالة التعسّف في استعمال الحق.

ولكن يلاحظ أن نظرية التعسّف في استعمال الحق ترد على الحقوق، أما حسن النية في تكوين العقد تقيد حرية التعاقد بمجموعة من المقتضيات الخاصة، وهناك من يرى بأن حرية التعاقد لا تعد

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 248 .
[2] صبري السعدي، (المسؤولية التقصيرية) المرجع السابق، ص 68.
[3] صبري السعدي، (المسؤولية التقصيرية) المرجع السابق، ص61 و 62. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 250.
[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 251.

حقا بالمعنى التقني الدقيق. بل هي مجرد رخصة عامة، فلا يمكن أن نطبق بصددها نظرية التعسّف في استعمال الحق، في حين يرى اتجاه آخر إمكانية ذلك.[1]

وبغض النظر عن الجدل القائم بين هذين الرأيين، فإن نظرية التعسّف في استعمال الحق قد تعد من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد في بعض الحالات مثل حالة التعسّف في قطع المفاوضات وحالة التعسّف في رفض التعاقد.[2] لكنها لا تشمل كل مقتضيات حسن النية في تكوين العقد، فهما يلتقيان في بعض المقتضيات ويفترقان في أخرى. وهذا ما يوضح أنهما متدخلان لا كنهما غير متطابقان، ولا يمكن الاستغناء عن أحدهما باستعمال الأخر.[3]

نستخلص مما سبق وبالنسبة لما يهم بحثنا، أن الالتزام بعدم التعسّف في استعمال الحق من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد، وهو وفقا لهذه المرحلة يشكل قيدا على الحرية، وقد كان ولوقت طويل يسيطر على هذه المرحلة لمعالجة الحالات السابقة الذكر. في الوقت الذي لم يكن من المقبول فيه الاستناد إلى مبدأ حسن النية في القرارات القضائية لعدم شيوع استعماله، لدى الفقه والقضاء، غير أنه وفي الوقت الراهن وبعد إقرار حسن النية كمبدأ عام ومستقل يسود العقد تكوينا و تنفيذا، أو النص عليه صراحة في مرحلة التكوين العقد من قبل العديد من القوانين المعاصرة ما يغنينا عن اللجوء لنظرية التعسّف في استعمال الحق في تلك المرحلة، لكنه يبقى المخرج القضائي الوحيد بالنسبة للدول التي لا تعترف بمقتضيات حسن النية في هذه المرحلة.

إن حسن النية في تكوين العقد يختلف من حيث مفهومه ومعاييره عن العديد من الأنظمة التي يمكن أن تلتبس به .وهذا ما حولنا تبينه من خلال هذا المطلب. لكن دون إنكار علاقته ببعض الأنظمة، كنظرية التعسّف في استعمال الحق والتي تعتبر من مقتضياته في بعض الحالات بالنسبة لهذه المرحلة، كما تعتمد هي الأخرى عليه كمعيار شخصي لها. ولكنها –نظرية التعسّف في استعمال الحق – لا تستطيع أن تشمل جميع مقتضيات حسن النية في تكوين العقد أو تلغيه، كما لا

[1] وقد ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المصري، ج1، مطبعة دار الكتاب العربي. ص 201، بأن التعسّف يرد فقط على الحقوق، في حين أشار: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 251 و 252 إلى د أسماعيل غانم الذي يرى بأن نظرية التعسف في استعمال الحق قد ترد أيضا على الحريات وذلك في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية(التعسف على رفض التعاقد) السنة الرابعة، العدد 2، ص 390، نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 252.

[2] عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة كلية الحقوق، 2013، ص 4.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 254.

يستطيع مبدأ حسن النية أن يلغيها أو يحل محلـها، فهما متدخـلان في بعض الوظائـف والتطبيقـات، لكن لكل منهما خصوصيته ووظيفته بمعزل عن الأخر.

ويبقى مبدأ حسن النية أجدر وأشمل من نظرية التعسّف في استعمال الحق فيما يخص تنظيم مرحلة تكوين العقد فهو يشملها ويغطيها ضمن مقتضياته في هذه المرحلة، الأمر الذي يمكننا من الاستغناء عن نظرية التعسّف والاعتماد عليه.

المبحث الثاني

فعالية حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد.

استقر الفكر القانوني على أنّ العقد وبشكل عام، يتكون إثر توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وغالبا ما يسبق التراضي مرحلة يطلق عليها المرحلة السابقة للتعاقد، والتي تعد من المؤثرات المهمة جدا في تكوين العقد وتهدف للتوصل إلى اتفاق حول العناصر الجوهرية فيه، لكن التصور البسيط والتقليدي لهذه المرحلة على أنها تلك المساومات والحوارات الآنية التي تمهد لتلاقي الإرادتين في تكوين العقود البسيطة.[1]حال دون النص عليها من قبل أغلب التشريعات المدنية الحديثة،[2] غير أنه وفي الواقع الحالي أضحت تلك التصورات البسيطة للتعاقد لا تتناسب مع العقود ذات التعقيد الفني والمالي والقانوني التي أفرزها العصر الحديث، والذي شهد فيه العالم العديد من التطورات الاقتصادية والتكنولوجية (المعلومات والاتصالات) أدت إلى توسيع دائرة التجارة الدولية، والتي أثرت بشكل كبير على بنيان العقد وتكوينه. فظهرت طائفة من العقود تتصف بالتركيب والتعقيد[3] لأنها ترد على مشروعات عملاقة تقوم بها عادة شركات كبرى متعددة الجنسيات ومليئة بالتعقيدات الفنية والمالية والقانونية.[4]

ولهذا فإنه من غير الممكن ابرام مثل هذه العقود عن طريق التبادل العيني للإيجاب والقبول، وأصبح من الضروري أن تسبق ابرامها مرحلة من المفاوضات أو الاتفاقيات التمهيدية التي تستغرق في كثير من الأحيان وقت طويلا، وتنتهي في الاخير إلى تطابق الإيجاب والقبول. الأمر

---

[1] أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد أهميتها وأحكامها، المجلة العلمية لكلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد16 العدد3، العراق، أذار 2014، ص282. منشور في الموقع الالكتروني التالي:www.mlawnahrain.org

[2] من التشريعات التي لم تنضم هذه المرحلة القانون المدني الفرنسي، واللبناني والمصري، والعراقي و الأردني، و الكويتي و الجزائري باستثناء الإيطالي، اليوناني، اليوغسلافي والإسرائيلي نقلا عن وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص340 .

[3] العقد المركب هو العقد الذي يتكون من عدة عقود تترابط فيما بينها لتحقيق عملية واحدة، ومن أهم العقود المركبة في الوقت الحالي عقود التنمية الاقتصادية وعقود التكامل في المجالات الزراعية وعقود البوت BOT وعقود تسليم المفتاح، والامتياز التجاري، ونقل التكنولوجيا، والمعلوماتية والتنقيب عن النفط، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق العدد2، 2004، تصدر عن كلية الحقوق جامعة البحرين، ص 360.

[4] بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع حقوق تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006، ص 1.

الذي أدى إلى جعل المرحلة السابقة للتعاقد ضرورة حتمية، لا يمكن الاستغناء عنها في مثل هذه العقود.[1]

وكون المرحلة السابقة للتعاقد فترة استكشافية ملؤها العجائب والتناقضات،[2]جعلها محل دراسة من قبل الفقه القانوني.[3] ومن التناقضات التي تحكم الفترة السابقة للتعاقد، كونها تخضع لمبدئين متناقضين هما مبدأ حرية التعاقد والذي يضمن حرية المتعاقدين ومبدأ حسن النية والذي يرتب العديد من الالتزامات على تلك الحرية في الوقت ذاته.[4] كما قد يبرم في سياق التعاملات التي تجري بصدد هذه المرحلة العديد من الاتفاقيات التمهيدية. الأمر الذي جعلنا نقسم دراستنا لهذه الفترة القائمة التي تلعب دور هام في تكوين العقد. إلى التزامات حسن النية في فترة التفاوض ثم في الاتفاقات التمهيدية ثم جزاءات الإخلال بها والمسؤولية المترتبة عنها.

ومن المعلوم أن المشرّع الجزائري سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد تاركا الأمر بيد القضاء، والذي لايزال يعتبر هذه المرحلة مجرد عمل مادي غير ملزم في العديد من أحكامه،[5] وهو في ذلك يحاكي غيره من أنظمة القانون المدني،[6] لكن في ظل ما سبق الإشارة إليه من من تطورات شهدها العالم، أوجد قضاء هذه الأنظمة التزامات مترتبة عن حسن النية في تكوين العقد لحماية الأطراف في هذه المرحلة. وهو ما سنقوم بدراسته من خلال هذا المبحث، وسنحاول أن نوضح موقف القانون الجزائري منها خاصة وأنه لم يخص المفاوضات بأحكام قانونية خاصة في حين أنه قد أشار إلى ابرز صور المرحلة التمهيدية السابقة للتعاقد، وذكر منها: الإتفاق الابتدائي على المسائل الجوهرية أو الأساسية في العقد المادة 65 من قانون المدني، والوعد بالتعاقد في المادة 72، والعربون في م 72 مكرر منه وهي الصورة التي يعقبها غالبا ابرام العقد النهائي الذي يحل

---

[1] المفاوضات الممهدة للتعاقد، المرجع السابق، ص283.
[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 9 البند2.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 335.
[4] بن احمد صليحة، المرجع السابق، ص 9.
[5] (المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 05/24/ 2000 ملف رقم 223852 المجلة القضائية 2001 عدد 1، ص 138. و ملف رقم 106776 لنفس الغرفة في1993/12/22 المجلة القضائية1994 عدد2، ص27، و كذلك ملف رقم 56500 لسنة 03/26 /1990 المجلة القضائية1992 عدد3 ص112. ومجلس الدولة الجزائرية، الغرفة 4. 2002/07/15. ملف رقم 4983 مجلة مجلس الدولة 2003. عدد3 ص155.) عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 11 تهميش رقم 4.
[6] (نقض مدني فرنسي، 03/20 /1972. Juris-classeur Périodique, Paris 2. 17543،1973 ونقض مدني مصري ،26 / 1967/01 . مجموعة أحكام النقض، القاهرة، مصر 18 ص 215 . 09/ 02 / 1967 ص 18 .ص 334. 1968/03/28 .س19 . ص.642) عن بلحاج العربي، نفس المرجع ، ص 11 التهميش رقم 4.

محلها. كما أشار إلى الالتزام بتقديم المعلومات في العديد من المواد (كالمادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 المؤرخ في 2009/2/25 والمادة 4 من قانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهوما أكده المشرّع الجزائري في المرسوم رقم 90/ 367 المؤرخ في 1990/11/10[1] والذي ينص على وجوب الإعلام المادي للمستهلك .....)[2]و الالتزام بالسرية وغيرها من الالتزامات التي تحكم المرحلة السابقة للتعاقد والمترتبة عن مبدأ حسن النية وما يقتضيه من أمانة وثقة وموضوعية. فعدم النص صراحة على تنظيم هذه المرحلة لا يعني بالضرورة عدم وجود أحكام قانونية تحكمها.

ومن خلال دراستنا سنسعى لتبيين الدور الإيجابي الذي يقوم به حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد، وذلك من خلال مقتضياته وتطبيقاته ضمن المفاوضات عموما وفي الاتفاقيات. التمهيدية كذلك، وجزاءات الإخلال به والمسؤولية المترتبة عنه.[3]

وقد برزت العديد من الالتزامات في العصر الحديث تخص المرحلة السابقة للتعاقد بناءا على جهود فقهية وقضائية، تستند إلى مبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد،[4]والتي تثبت دوره الإيجابي الإيجابي في هذه المرحلة، خاصة وأن سيادة مبدأ حسن النية بمفهومه الإيجابي في المرحلة السابقة للتعاقد سيحقق العدل ويقلل من حدوث المنازعات في تنفيذ العقد كذلك.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 367/90 المؤرخ في 1990/11/10المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 484/05 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، المؤرخ في2005/12/22 منشور في الجريدة الرسمية العدد 83 الصادرة في 25 /12/ 2005.

[2] ذلك لأن مراقبة المنتوج بطريقة مباشرة من طرف المستهلك ليس يسيرا دائما .لا سيما ، فيما يخص المنتوجات المغلفة أو التقنية أو الفنية، أنظر: بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر، 2006، ص 293 وما يليها.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص11 و12 البند 4 و5 . و مارون منير حداد، المرجع السابق، ص12.

[4] أكرم محمود حسين البدو ومحمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13 العدد 49، جامعة الموصل، العراق، 2011، ص 406 و407. منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: www.iasj.net

المطلب الأول

مقتضيات حسن النية في فترة التفاوض المكونة للعقد .

جرت العادة على أن يتخذ التفاوض بعداً سياسيا باعتباره مصطلحا متداولا بكثرة في الوسط السياسي، لكن هذا لا يمنع تواجده داخل المجال القانوني، الأمر الذي يستدعي بيان جوانبه في هذا المجال (بإيجاز لأننا لسنا بصدد تحديد الإطار القانوني للتفاوض بقدر ما نحن بصدد تبيين المقتضيات التي يفرضها مبدأ حسن النية في هذه الفترة أي مفاوضات).

تعريف التفاوض: تم تعريف التفاوض بأنه المرحلة التي تتضمن اقتراحات واقتراحات مضادة، فيها يكون الانفتاح والانسحاب وفترات ترتفع الهمة فيها وأخرى تنخفض، لذا يبقى التفاوض يمثل لعبة بامتياز[1] وتم تعريف المفاوضات بأنها حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق للإرادات اتجاه حقوق والتزامات تمثل محل العقد.[2] ويرى بعض الفقه في تعريفه للدعوى للتفاوض بأنها عرض موجه إلى شخص معين أو غير معين بقصد الدخول في مناقشات الهدف منها ابرام عقد ما. ويحاول كل طرف في هذه الفترة أن يحدد مضمونا للتعاقد وفق ما تقتضيه مصلحته باذلا في سبيل ذلك ما في وسعه من الطاقة والبراعة.[3]

ويستخلص من التعريفات السابقة بأنه الوسيلة التي يلجأ إليها كل من يرغب في التعاقد، ويقوم فيها الأطراف بإجراء محادثات وتبادل وجهات النظر وطرح بدائل بهدف تضييق هوة الخلاف بينهما من جهة، والتوصل إلى تصور مشترك حول عقد معين من جهة أخرى، كل ذلك لأجل ابرام عقد مستقبلي .ومن التعريفات السابقة يمكن استخلاص أهم الخصائص التي تميز المفاوضات:

---

[1] Philippe Le Tourneau .La rupture des négociations .R T D.com .1998.p 479.

[2] محمد جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها ابرامها تنفيذها)، الطبعة 1، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2010، ص57.

[3] سليمان دايح براك الجميلي، المفاوضات العقدية دراسة مقارنة ،رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، سنة 1998، ص6.

1. التفاوض ثنائي الجانب على الأقل فلا يتصور حدوث تفاوض مع النفس، إذ يقوم الطرفان بتبادل وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه [1] وذلك من خلال خطابات النوايا.[2]
2. التفاوض على العقد تصرف إرادي، يخضع لمبدأ حرية التعاقد.[3]
3. تحتوي المفاوضات على مصالح متعارضة[4]بين طرفي العملية التفاوضية.
4. تهدف إلى اتفاق، لكن رغم ذلك تبقى المفاوضات مرحلة مؤقتة وتمهيدية لإبرام العقد واحتمالية.

من خلال ما سبق بيانه من تعريفات وخصائص للمفاوضات، تتجلى أهميتها في صياغة العقد بصورته النهائية وإظهاره إلى الوجود، وتحديد المركز القانوني لكل طرف فيه. وكما تحاول المفاوضات إعطاء حل للمشكلات المتوقعة وتحدد القانون الواجب التطبيق فيها. ويأخذ بها في تفسير العقود.[5] الأمر الذي يستوجب عدم ترك هذه المرحلة للسيطرة المطلقة لمبدأ حرية التعاقد والذي قد يجعلها فضاءاً ومسرحا للمناورات غير الجادة والتي تعمل على إضاعة الوقت والجهد والمال وتؤدي إلى كشف أسرار العملاء. خاصة في ظل النقص التشريعي في هذا المجال، من قبل دول القانون المدني بتحديد ومنها القانون الجزائري،[6] بالرّغم من كونها تقر وتعترف بمبدأ حسن النية كأصل عام.[7] وبالتالي فهي لن تنكر ما يرتبه هذا المبدأ من التزامات تفرض على المتفاوضين، والتي من شأنها تنظيم هذه المرحلة. خاصة وأنّ هذه التطبيقات لحسن النية في مرحلة التفاوض تجعله يكفل الأمان والشفافية ومراعاة المصالح المشروعة للطرف الأخـر الامر الذي يجعل المفاوضـات تبلـغ مبتـغاها، بعيدا عن كل العوائق ومن خلال دراستنا لهذه المقتضيات سنحاول تبيين موقف المشرّع الجزائري منها دون إهمال بيان موقف الدول التي كانت سباقة لترتيب هده الالتزامات من خلال تشريعاتها أو قضائها.

---

[1] بن احمد صليحة، المرجع السابق، ص 12. وإيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد3، العراق، 2013. ص 950، منشور عبر الوقع الإلكتروني: www.uobabylon.edu . و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 337.

[2] خطابات النوايا: هي المستندات بالغة التنوع في فحواها ومضمونها، يتم تبادلها بين طرفين تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي للتوصل لشروط العقد. أنظر: وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، من ص 343 إلى ص 340.

[3] إيناس مكي عبد الناصر، المرجع السابق، ص 950. بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 12.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 337. و بلحاج العربي، المرجع السابق، ص11.

[5] إيناس مكي عبد الناصر، المرجع السابق، ص 951 و952. بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 14 و15.

[6] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 342.

[7] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص12 و 13.

الفرع الأول

التزام الجدية في التفاوض

إنّ الأخذ بمبدأ حسن النية في التفاوض يقتضي التزام الجدية في عملية التفاوض. وهذا يعني وجود نية حقيقية – وليست هزلية أو إيهاميه –لدى الأطراف المتفاوضة في التوصل إلى اتفاق[1] وأن لا يقوم أي طرف بالتفاوض بنية عدم التعاقد.[2] و تتعدد صور عدم الجدية في التفاوض بحسب أهدافها أو ما يطرأ عليها من تغيرات إذ منها ما يستهدف الإعاقة، ومنها ما يستهدف التجسس وقد تكون النية جادة في البداية، ولكنها تتحول إلى نية غير جادة بعد الاستمرار في التفاوض لمدة معينة.

الفقرة الأولى

صور عدم الجدية.

- **أولا:** عدم الجدية التي تستهدف الإعاقة.

وسنحاول توضيح هذه الصورة من خلال هذا المثال: فإذا قام (س) بالتفاوض مع (ص) لشراء محل تجاري يملكه هذا الأخير ليس رغبة في شراء المحل. ولكن لتفويت الفرصة على الطرف (ع) والذي يرغب في شراء نفس المحل لسبب ما[3] وفي حال تأكد الطرف (س) من انصراف رغبة الطرف (ع) عن الشراء يقوم هذا الطرف أي (س) بوقف التفاوض مع مالك المحل (ص).[4]

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص69 البند 51. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص342. و بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 116.
Vincent Karim, La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du code civil du Québec. Les cahiers de droit , vol ,41 , n 3. septembre 2000,p 453.Disponible sur site électronique : http://id.erudit.org/iderudit/04361ar .

[2] محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، أفريل 2013، ص 239. عبر الموقع الإلكتروني : bibliotdroit.blogspot.com.

[3] مثل: تجنب منافسة الغير (ع) له في السوق المحلية.

[4] هذا المثال التوضيحي مشار إليه عند الدكتور محمود فياض، المرجع السابق، ص 239.

كما يمكن أن يكون القصد من التفاوض هنا إشغال المفاوض الأخر، حتى يفوت عليه صفقة مربحة، كان على وشك ابرامها مع غيره، وذلك لتحقيق مصلحة شخصية له [1] أو لغيره،[2] وعندما يتحقق قصده السيء يقوم بقطع المفاوضات، أو إثارة عقبات كرفع الأسعار بكيفية استفزازية تؤدي إلى اشعار الطرف الآخر بأن المفاوضات غير متكافئة، فهو يقوم هنا وبطريقة جائزة بدفع الطرف الأخر إلى الانسحاب في الوقت الذي كانت فيه المفاوضات وحسب اعتقاد هذا الأخير على وشك الإفضاء إلى تكوين عقد نهائي. وعليه فإن هذا النوع من المفاوضات يرتكز على نية عدم التعاقد ويفتقد للجدية. ولا يشكل إلا عائقا للمتفاوض الأخر. يحول دون توصله إلى اتفاق وابرام عقد.

- **ثانيا:** عدم الجدية التي تستهدف التجسس.

وتنشأ هذه الحالة إذا رغب المتفاوض في أن يجعل التفاوض وسيلة للمناورات يقصد منها، معرفة الأسرار الصناعية والمعلوماتية للمتفاوض معه، دون أن تكون لديه رغبة حقيقية في التعاقد.[3] وتظهر هذه الحالة بشكل كبير في عقود نقل التكنولوجيا، والتي قد تستمر مرحلة التفاوض فيها لمدة زمنية معتبرة يتم خلالها إطلاع المتفاوض على تفاصيل وأسرار معرفية.[4] وقد يرغب المتفاوض في الدعاية لمنتجاته فيلجأ إلى دعوة بعض الشركات ذات الشهرة العالمية. إلى التفاوض معه من أجل توزيع منتجاته في كافة أنحاء البلاد. وبعد أن يتأكد من أنّ غرضه الحقيقي من التفاوض – والمتمثل في الدعاية لمنتجاته – قد تحقق ينسحب من المفاوضات.[5]

- **ثالثا :** عدم الجدية الطارئة .

قد يدخل المتفاوض في العملية التفاوضية بجدّية. ولكن سرعان ما يدرك استحالة توصله لاتفاق يرضيه، أو صعوبة ذلك بسبب عدم قدرته على الوفاء بمتطلبات التعاقد، ومع ذلك يستمر في التفاوض

---

[1] Vincent Karim .op ,cit .p 453
فيكون هدف المتفاوض المعوق من وراء تضيعه لهذه الصفقة على المتفاوض الأخر هو أن تسوء الحالة المالية لهذا الأخير خاصة إذا كان منافسا له في سوق أو أن يضفر هو بها بعد ذلك.

[2] وهنا قد يكون المتفاوض المعوق مأجورا من منافس لدود للمتفاوض الأخر.

[3] محمود فياض، المرجع السابق، ص 239. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 342.

[4] محمود فياض، المرجع السابق، ص 239.

[5] ومن ذلك أيضا، أن تستهدف شركة ما الدخول في المفاوضات لمعرفة المستوى الحقيقي للأسعار، والمستوى الفني للمتفاوضين. ثم تنسحب من المفاوضات والتي في جميع الحالات السابقة الذكرة تستهدف التجسس لا تعاقد. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 342. وبلحاج العربي، المرجع السابق، من ص 66 البند 48 وما بعده.

بنية التفاوض لا التعاقد لأنه يدرك جيدا حدود إمكانياته. ومع ذلك يقوم بإحياء الأمل لدى الطرف الأخر بإبقاء احتمال التوصل إلى اتفاق وارد. و هذا أيضا يعد نوعا من عدم الجدية إلا أنها طارئة ويقتضي الالتزام بحسن النية في تكوين العقد الابتعاد عنها. لأنها قد تؤدي إلى نفقات لا مبرر لها. فضلا على تفويت فرصة للتعاقد مع الغير. وهذا يعني أن عدم الجدية في التفاوض يستوي فيما إذا كان قائما منذ البداية، أو أنه قد طرأ عليه بعد ذلك وأثناء سير المفاوضات.[1]

الفقرة الثانية

موقف القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية من التزام الجدية في المفاوضات.

يخلو القانون المدني الجزائري وعلى غرار أغلب القوانين المدنية من الإشارة إلى التزام الجدية في التفاوض، غير أن القانون المدني الألماني يحتوي على نص يتعلق بالتعويض على عدم التزام الجدية في التفاوض.[2]

ويجب التنويه إلى أن عدم النص على هذا الالتزام [3] من قبل العديد من القوانين المدنية كالقانون المدني الفرنسي لا يستبعد الأخذ به من قبلها. خاصة وأنه قد تم تكريس الالتزام بجدية المفاوضات. في مبادئ " UNIDROIT " والتي نصت عليه صراحة في القسم الثاني في المادة (15/1) تحت عنوان التفاوض بسوء نية Negotiations in bad faith بقولها:

1. أي طرف حر في التفاوض وليس مسؤولا عن فشل التوصل إلى اتفاق.
2. على اية حال، فإن الطرف الذي تفاوض أو قطع التفاوض على نحو. مخالف لحسن النية ونزاهة التعامل يكون مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للطرف الأخر.

[1] شير زاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 344. د محمود فياض، المرجع السابق، ص 259.
[2] إذ تنص المادة 122 منه على (إذا كان إعلان الإرادة باطلا طبقا للفقرة (118) لعدم جدية التزام صاحب هذا الإعلان بالتعويض).
[3] د فياض، المرجع السابق، ص 240.

3. إنه سوء النية، بوجه خاص، للطرف بأن يدخل أو يستمر في المفاوضات مع عدم نية حقيقية للتوصل إلى اتفاق مع الطرف الأخر. [1]

والمادة هنا غنية عن التوضيح، فهي تفرض التزام الجدية في التفاوض بكل صوره وتعتبره من مقتضيات حسن النية في هذه المرحلة، كما أنها متطابقة مع نص المادة (2/301) من مشروع العقد الأوروبي(P E C L).[2] وهذا ما يوضح اتفاق الأنظمة القانونية على عدم جواز قيام طرف بالتفاوض أو الاستمرار في التفاوض مع أخر لإنشاء عقد، متى اتجهت نية أي منهما إلى عدم إنشاء هذا العقد. و اعتبرته إخلال بحسن النية في مرحلة التفاوض المكونة للعقد.

الفقرة الثالثة

موقف الفقه والقضاء من التزام الجدية.

يرى الفقه[3] بأن القانون لا يرتب في الأصل على المفاوضات أثرا قانونيا اذ يظل المتفاوض متمتعا بكامل حريته[4] خلال هذه الفترة، ويعتبر خارج إطار العقد والالتزام العقدي،[5]حيث أن مبدأ الحرية التعاقدية يرافق هذه المفاوضات إلى حين الوصول إلى العقد النهائي. ولا مسؤولية على من يخرج من دائرة التفاوض طالما أنه كان حسن النية ويتعامل بجدية وشرف. لكن متى اقترن التفاوض بعدم الجدية ونتج عنه قطع للمفاوضات، أو الاستمرار في المفاوضات مع عدم وجود نية للتعاقد كان المتفاوض مسؤولا على عدم جديته والتي تعد خرقا لمقتضيات حسن النية في هذه المرحلة. وهذا ما يستوجب الابتعاد عن التفاوض بنية عدم التعاقد كالهزل، وعدم بعث آمال كاذبة لدى الطرف الآخر في أن

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 345. و محمود فياض، المرجع السابق، ص 240. مبادئ الانيدروا منشورة عبر الموقع الالكتروني التالي:
www.unidroit.org

[2] والتي تنص على: *الطرف حر في التفاوض وهو ليس مسؤولا عن الفشل في التوصل إلى اتفاق. *على اية حال فإن طرف الذي تفاوض أو قطع التفاوض على نحو مخالف لحسن النية ونزاهة التعامل يكون مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للطرف الأخر.*ويخالف حسن النية ونزاهة التعامل على وجه الخصوص الطرف الذي يدخل أو يستمر في المفاوضات مع عدم نية حقيقية للتوصل إلى اتفاق مع الطرف المقابل. أنظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، 345. و فياض، المرجع السابق، ص240 .

[3] انظر: السنهوري، المرجع السابق(الوسيط مصادر الالتزام المجلد 1)، ص 207. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص346. وعبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص 44. والعربي بلحاج، المرجع السابق، ص 70.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 67 البند 49.

[5] عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص 44.

التعاقد وشيك.[1] وعدم إطالة أمد المفاوضات لمجرد الدعاية أو التسلية لتحميل الطرف الآخر نفقات كبيرة.[2]

ولقد تبنا القضاء في أغلبية الدول كفرنسا وأمريكا[3] أحكاما تحمي الطرف المتضرر من عدم الالتزام بالجدية في المفاوضات، ولقد كانت هذه الأحكام سببا في توضيح موقف القانون من مسألة التزام الجدية في المفاوضات. ومثالها القضية الشهيرة أمام المحكمة المصرية والتي قررت المسؤولية على من قام بالتفاوض دون جدية.[4]

الفرع الثاني

الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية.

إنّ حق الفرد في التفاوض مع أكثر من جهة أمر مشروع كأصل عام، وذلك لمقارنة الشروط التي قد يحصل عليها المتفاوض والمفاضلة فيما بينها واختيار الأفضل،[5]إذ يسعى المتعاملون في ميدان التجارة الدولية للوصول إلى أحسن الصفقات التي تحقق طموحاتهم وتوسع أنشطتهم عبر الحدود، وكذلك الحال بالنسبة للعقود الدولية الخاصة بتشييد الجسور والمطارات والبنى التحتية، حيث تسعى الدولة المتعاقدة أو السلطة العامة المحلية بالتحديد إلى طرح مناقصاتها على أوسع نطاق لكي تستطيع الوصول إلى المتعاقد الذي يقدم ارخص الأسعار، أو ذلك الذي ينفذ أعماله وفق أحدث

---

[1] إذ أن الأصل هو حرية التعاقد فلا يجبر على ابرام العقد، ولا على عرض أسباب و بواعث رفضه: طالما أنه لم يتعسف في استعمال رخصة الرفض -كعدم الجدية و بعث أمال كاذبة ،(نقض تجاري لمحكمة باريس، 1972/3/20 J C P، 1973 .2. 17543) .نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، التهميش رقم 2 ص67.

[2] (نقض تجاري فرنسي، يرى بأن التفاوض دون نية يوجب المسؤولية، نقض تجاري فرنسي، 1994/02/22 Revue Trimestrielle de Droit 1994)بلحاج العربي، المرجع السابق، تهميش 3 ص70.

[3] و مثالها في القضاء الفرنسي منها الأحكام السابقة الذكر، أما أمريكا فقد قضت الفدرالية الأمريكية بأن تفاوض المؤجر مع المستأجر على تمديد عقد الإيجار كان بهدف استمرار انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة طوال فترة المفاوضات، ومن ثم دفع الأجرة خلال تلك الفترة إلى حين و صول المؤجر إلى اتفاق مع شخص ثالث كان يرغب في شراء العقار من هذا المؤجر مما يوضح عدم وجود نية حقيقية في التعاقد مع المستأجر بل تمت إعاقته و استغلاله بهذه المفاوضات. نقلا عن محمود فياض، المرجع السابق، ص 241.

[4] نقض مدني مصري 1967/01/27 مع أحكام النقض، س17، ص 182. نقلا عن، شيرزاد سليمان، المرجع السابق، ص 346 .« ..... الطاعن لم يكن جادا في المفاوضات و لم يكن ابدا يقصد أن تبلغ غايتها، من عقد الشركة مع المطعون ضده بل انه أوهم الأخير برغبته في تكوين هذه الشركة لمجرد الحصول على فكرة المشروع و استخدامه في اختيار الآلات اللازمة للمصنع لدرايته بذلك على أن تقوم ، بتنفيذ مشروع شركة يكونها الطاعن مع آخرين ممن يقبلون المساهمة معه في رأس مال الشركة بنصيب كبير وهو ما تم له فعلا بتكوينه الشركة مع الأستاذ الذي ساهم بحق العضو في رأس المال و ذلك بخلاف الطاعن الذي كان يريد أن يشترك بعمله وحسب . ومع ذلك يكون له ربع في كل أموال الشركة و الربع كذلك في ارباحها».

[5] محمود فياض، المرجع السابق، ص 242.

الأساليب و التقنيات المعروفة في مجال معين.[1]وإن هذا الحق مكفول بمبدأ حرية التعاقد، والذي لا يمكن مصادرته مالم يكن مخالفا لحسن النية في تكوين العقد.[2] وفي المقابل يعتبر هذا التصرف والمتمثل في التفاوض مع عدة أطراف في الوقت ذاته بنية التعاقد مع طرف واحد مخالفا لمقتضيات حسن النية في حالتين هما:

1. متى اشترط المتفاوض على الطرف الآخر حصرية التفاوض معه ،أي اشترط عدم إجراء مفاوضات مع الغير طول مدة التفاوض بين الطرفين.[3]وهو ما يسمى بشرط القصر أو الاستبعاد، ويظهر هذا الشرط من خلال النص عليه في المفاوضات استنادا إلى عقد التفاوض أو دعوة مجردة للتفاوض ولا يمكن تصوره في المفاوضات الارتجالية إلا إذا تم اشتراطه صراحة لدخول في التفاوض الارتجالي. وقد يقوم المتفاوض باشتراط عدم التفاوض مع الغير بهدف المحافظة على سرية المعلومات التي سيقدمها[4]وذلك حتى لا يستغلها الطرف المقابل إذا ما أجرى مفاوضات مع الغير بصدد الموضوع ذاته. لكن حتى في الحالة التي لم يشترط فيها المتفاوض قصر التفاوض فإن هذه المعلومات تبقى محمية من خلال الإلزام بالمحافظة على سرية المعلومات، والذي يكون أثناء فترة التفاوض وبعدها. وكما قد يهدف المتفاوض من اشتراطه لهذا الشرط إلى التأكيد على جدية الطرف الأخر والتقليل من احتمال عدم نجاح المفاوضات (ومن ثم تضييع الوقت والمال) وذلك لعدم وجود منافسين قد يقدمون عروض أفضل،[5]ومتى وجد شرط القصر اعتبر هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة .
2. إذا دلّ واقع التفاوض على حتمية توقيع العقد بين الطرفين على نحو لا يقبل الشك، مثل كون العرض خاص بتلك الشركة في الأصل وتم الإتفاق معها على جميع المسائل الجوهرية والثانوية وتم تحديد تاريخ لتوقيع العقد، ثم يقوم صاحب العرض بالتفاوض مع طرف آخر وقطع التفاوض

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 343.
[2] محمود فياض، المرجع السابق، ص 242.
[3] ينتشر استخدام هذا الشرط في المجالات العلمية و البحثية في الو م أ. فحينما يرسل الباحث رغبته في نشر مقالة في مجلة ما. تشترط عليه هذه المجلة عدم ارسال هذه المقالة لمجلة أخرى. خوفا من قيام المجلة الأولى بتدقيق الدراسة و العمل عليها. لاتخاذ قرارتها بالنشر من عدمه. و في هذه الحالة ستتكبد هذه المجلة نفقات التدقيق والمراجعة. وبالتالي سيكون من الغير منطقي قيام الناشر بالتعاقد مع مجلة أخرى لنشر بحثه في الوقت الذي تكبدت فيه المجلة الاولى هذه النفقات دون أن تحصل على حق النشر.
[4] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 27.
[5] نفس المرجع، ص 29.

مع المتفاوض الاول أو الاستمرار في المفاوضات معه والمماطلة فيها مع تعمد إخفاء أمر المتفاوض الجديد عنه. فالمتفاوض هنا يتعسّف في استعمال حقه المتاح أصلا والذي هو امكانية التفاوض مع عدة أطراف. لكن استعماله في الوقت الذي يكون فيه الإتفاق حول العقد قد تم، وتاريخ توقيعه محدد، يجعله يشكل ضررا معتبرا على الطرف الأخر الذي بذل الجهد والمال وحتى الوقت في سبيل الوصول إلى هذه النتيجة،[1] فضلا على إهدار ثقته المشروعة والتي كان يجب أن يأخذها القائم بهذه المناورة بعين الاعتبار.

وقد اعتبر القضاء هاتين الحالتين خرقا لحسن النية في تكوين العقد. وهو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية حيث أيدت في عام 2003 القرار الصادر عن محكمة الاستئناف فيما يعرف بقضية (Manoukia)[2]. كما قضت محكمة استئناف (Versailles) الفرنسية في عام 1992 فيما يعرف بقضية (Gallay et Alvat) [3] برفض مطالب المدعي بالتعويض على أساس إجراء الطرف المقابل لمفاوضات مع جهة أخرى أثناء التفاوض على شروط العقد. معللة ذلك بعدم اشتراط هذا المدعي حصرية المفاوضات بين الطرفين. كما أن العرض الذي قدمه المدعى عليه كان موجها للجميع تحت عنوان " دعوى للشركة" ومن الطبيعي أن تتقدم أكثر من جهة للمعلن عن التفاوض.[4]

والحاصل مما سبق إن ما يشكله هذا الالتزام من مصادرة لحرية التعاقد، وحرية المنافسة هو ماجعله محصورا في حالات محددة من التفاوض دون غيرها. كما أنّ حسن النية في تكوين العقد قد يقتضي من المستعمل لحقه في التفاوض مع أكثر من طرف بنية التعاقد مع واحد. أن يلتزم الشفافية في تفاوضه،[5] ويفصح عن وجود مثل هذه المفاوضات الموازية حتى يكون الطرف المتفاوض معه على بينة من أمره ويحتاط لنفسه فلا يعول عليها كليا، فتهدر ثقته. كما قد يكون التزام المتفاوض بأن يكشف للآخر عن كل تفاوض يجريه مع الغير، بصدد نفس موضوع التفاوض، منبثقا عن شرط

---

[1] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 28.

[2] و الذي قضت فيه محكمة الاستئناف بحق المدعي في التعويض على أساس إخلال المدعي عليه بمبدأ حسن النية في التفاوض من خلال تفاوضه مع جهات أخرى، في الوقت الذي اتفق فيه الطرفان على ميعاد توقيع العقد. و قد تبين من الظروف حتمية التوقيع على العقد. انظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 243.
Cass .Com 26 Nov 2003 bull civ .IV. no 186.

[3] Cour d' appel de Versailles (12eir)mars 1992 . عن شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق ، ص 394

[4] أشار له: محمود فياض، المرجع السابق، ص 243. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 394.

[5] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 394.

الالتزام بالإخلاص – والذي يتم النص عنه صراحة فلا يمكن لأي طرف أن يتجاهله – على الأغلب.[1]

الفرع الثالث

الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.[2]

قد يستوجب السير في المفاوضات الكشف عن العديد من المسائل من طرف للطرف الأخر. بغية إقناع هذا الأخير بالتعاقد خاصة في ظل التطورات الحديثة وما استحدثته من عقود نقل التكنولوجيا، والاستشارات الهندسية، والمساعدات الفنية والصناعية، وتصنيع برامج الحواسيب الإلكترونية. وتوريد المعلومات عبر الأنترنت، والتي يؤدي السير في مفاوضاتها إلى تقديم تفاصيل ومعلومات دقيقة، قد تكون هذه المعلومات عامة ومتداولة. وقد تكون سرية متعلقة بمسألة فنية – دراسات وتصاميم – أو تكنولوجية، أو حتى أسرار شخصية متعلقة بالذمة المالية أو حجم التعاملات لدى طرفي التفاوض، وسائر الأسرار التي تتصل بالكيان المادي والمعنوي لهما.[3] ومثال ذلك: أن تعلن شركة عن رغبتها في زيادة القدرة الإنتاجية لمصانعها، فتتقدم شركة أخرى بعرض .يتضمن رسومات وتصاميم هندسية وفنية ووسائل تكنولوجية حديثة، بعضها عام تطبقه على كل مشروعاتها وبعضها سري خاص بالعملية المعلن عنها، الأمر الذي يستدعي المحافظة عليها وعدم إفشائها[4] بغض النظر عما ستسفر عنه عملية التفاوض وذلك مراعاة للثقة والأمانة المتولدين عن حسن النية في تكوين العقد.[5]

وتعتبر مرحلة التفاوض أهم مرحلة في عقود نقل التكنولوجيا، حيث أن محل العقد في هذه الحالة هي المعرفة الفنية والتي غالبا ما تكون سرية، ولكن يتم تمكين المشتري من الاطلاع عليها

---

[1] محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2000. ص 207.

[2] ويعتبر هذا الالتزام ذو صلة وثيقة بالالتزام بالإعلام أو الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد إذ حيثما وجد الالتزام بالإعلام وجب في المقابل الالتزام بالسرية، كما أنه يعتبر تأكيدا على مدى جدية المفاوضات العقدية، أنظر: رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 21.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 359 و 360. عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص48 و ص49 . إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 955.

Vincent Karim , op ,cit , p 453.

[4] عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص 49. رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 22.

[5] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 22.

خلال التفاوض حتى يستطيع تقدير مقابل ما يدفعه من أجل الحصول عليها، أو مدى ملائمة هذه المعرفة للغرض المرجو منها، غير أن استعمال هذا الأخير لما تلقاه من معلومات قد يلحق الضرر بصاحبها.[1] كنتيجة مترتبة عن الإخلال بالتزام المحافظة على سرية المعلومات.

الفقرة الأولى

معنى الالتزام بالمحافظة على السرية.

تعني السرية عامة حصر المعلومات الغير مخصصة للعامة[2] والمتعلقة بالتعاملات. مهما كان صنفها تقنية أو شخصية، إلكترونية أو تقليدية[3] ويقصد بهذا الالتزام أثناء المفاوضات الصيانة والمحافظة على سرية ما تم تقديمه من معلومات، أو البينات المتعلقة بموضوع العقد المراد ابرامه،[4] وذلك من خلال عدم إفشائها للغير أو العامة، سواءا أثناء المفاوضات أو بعد فشلها، أو استخدامها دون موافقة صاحبها[5] والذي يعتبر مالكا وحائزا لها بحق استئثاري في استعمالها واستغلالها.[6] وهذا الالتزام لا يثقل كاهل المتفاوض فحسب، وإنما يمتد ليشمل كل أعضاء فريق التفاوض باعتبارهم تابعين له. [7] غير أنه يشترط للأخذ بهذا الالتزام أن تكون هذه المعلومات سرية بطبيعتها، لأن المعلومات الغير سرية قابلة للتداول بعيدا عن أي حيازة، أو أن يقوم صاحبها بإعلان المتلقي لها بأنها سرية، ولا يشترط في مثل هذه الحالة أن يطلب منه عدم إفشائها، كون السرية ترتبط بعنصر الثقة والأمانة، وبالتالي يعتبر مخالفا لمبدا حسن النية إفشاء هذا الطرف لهذه المعلومات أو استغلالها على نحو غير مشروع.[8]

---

[1] محمود فياض، المرجع السابق، ص256 .و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص360. و محمد جعفر الخفاجي و ميثاق طالب عبد الحمادي، السرية في مفاوضات عقود نقل التكنلوجيا، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، العراق، 2014، ص 368، منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: www.iasj.net/iasj . و أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 304 و ص 305.

[2] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص22 .

[3] إناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 955 .

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 72 البند 55.

[5] بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 73 البند 55. و رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 22.

[6] محمد جعفر الخفاجي و ميثاق طالب عبد الحمادي، المرجع السابق، ص368.

[7] (استئناف باريس 1976/11/19 .Informations Rapides. Dalloz ص279)عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 73 التهميش رقم 4.

[8] محمود فياض، المرجع السابق، ص 257.

ومما سبق يتضح أن محل هذا الالتزام هو المعلومات الجديرة بالحماية، وبالتأكيد ليست جميع المعلومات الواردة في المفاوضات العقدية سرية وجديرة بالحماية، حيث أن ذلك يخرج هذا الالزام عن غايته والهدف المرجو منه. إذ أن غاية هذا الالتزام باعتباره أحد مقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد هو خلق جو من الثقة المتبادلة بين المتفاوضين، وعدم إضرار أحدهما بالأخر.[1] والمعلومات السرية نوعان إما سرية بطبيعتها أو بما تم إضفاؤه عليها من هذه الصفة.

الفقرة الثانية

المعلومات التي تعد أسرارا.

هي تلك المسائل التي يترتب على إعلانها ضرر للمتعاقد المقابل، سواء تعلقت بالمسائل الفنية أو كانت ذات طابع شخصي، ويؤدي إفشاؤها إلى إيذاء شعور من ارتبطت به هذه المعلومات، أو الإضرار بمركزه المالي أو سمعته التجارية.[2] وهي سرية بطبيعتها، وتعد من الأسرار بطبيعتها المعلومات المتعلقة بأسعار التكلفة، ووسائل خفض التكاليف، وخطط الإنتاج المستقبلية.[3] ويندرج ضمن مضمون هذا الالتزام المعلومات التي أصبغ عليها صاحبها طابع السرية،[4] وأفضى بها للطرف الأخر على أساس الثقة المتولدة عن حسن النية. مثاله أن يعلن لمن تفاوض معه أنه يسعى للاندماج في مؤسسة أخرى حتى يحسن وضعها المالي ويعلمه بأنها معلومة سرية.

وعلى أية حال فالقاضي له السلطة التقديرية في تحديد الأسرار بطبيعتها أو بما ثم اضفاؤه عليها. ويعد هذا الالتزام من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد، ويختلف باختلاف الظروف والأشخاص والوقائع، فما يعد سرا في زمان ما لا يكون سرا في زمان أخر، وقد يعد سرا في مكان ولا يعد سرا في مكان أخر. لدى فإن تحديد معنى سر هو مسألة وقائع من وظيفة القاضي. إذ هو من يقرر ما يعد موضوعا لعدم الكشف من المعلومات طبقا لمقتضيات حسن النية في تكوين العقد. وقد

[1] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص26. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 363، بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 120.
[2] شيرزاد سليمان عزيز، المرجع السابق، ص 363. و عبد المنعم ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص 52. رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 26.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 363.
[4] عبد المنعم ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص 52. رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 26.

يستعين بالعرف في تحديده للسرية في بعض الأحيان.[1] لكن يجب ألّا يغيب عن أذهاننا بأن الالتزام بالسرية ليس مطلقا، بل قد يأذن صاحب السر بالإفصاح عنه أو يصرح القانون في بعض الأحوال بوجوب الإفصاح عن هذه المعلومات، وذلك في الحالات التي يشكل فيها الإفضاء عونا للقضاء في الكشف عن بعض الوقائع المتعلقة بجريمة مرتكبة، ولكن يقتصر الإفضاء هنا على السلطة العامة.[2] كما يسقط حق صاحب الالتزام في المطالبة بحمايته في حالة التي لا يقوم فيها هو بذاته باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على سرية هذه المعلومات.[3]

وأخيرا إن الالتزام بالسرية خلال المفاوضات العقدية. يستمر إلى ما بعد نهاية هذه المفاوضات. غير أن الإخلال به بعد فترة المفاوضات يعد إخلالا بالتزام قانوني خارج عن نطاق حسن النية في تكوين العقد.[4]

الفقرة الثالثة

موقف القوانين من الالتزام بالسرية.

أوردت الاتفاقيات الدولية الالتزام بالمحافظة على السرية، لكنه يخص بالدرجة الأولى الأسرار التجارية دون غيرها من الأسرار، لذلك فقد جاءت اتفاقية "TRIPS"[5] بتحديد لمعنى السر التجاري وتنظيم لجوانبه، وهي تفرض تنظيمها على جميع الدول الأعضاء الداخلة في منظمة التجارة العالمية"WTO"[6] فقد نصت المادة 2/39 من هذه الاتفاقية على أن (للأشخاص الطبيعيين

---

[1] إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 956. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 362و363.

[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 363. عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص 53. و إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 956. و هذاما نصت عليه المادة 437 من قانون العراقي " ..... ومع ذلك فلا عقاب إذا أذن، بإفشاء السر صاحب الشأن فيه أو كان إفشاء السر مقصودا به الاختبار عن جريمة أو جناية أو منع ارتكابها ....."

[3] محمد جعفر الخفاجي و ميثاق طالب عبد الحمادي، المرجع السابق، ص 372. و قد أشارت المقالة إلى أن القضاء الأمريكي هو أول من طبق هذه الجزئية في قضية رفعتها شركة Glaxo ضد شركة Novo pharm تتهمها بسرقة أسرارها و استغلالها لكن المحكمة قضت برفض الادعاء مستندة إلى أن شركة Glaxo لم تقم باتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على السرية معلوماتها السرية مما أتاح الفرصة لبقية الشركات للحصول عليها.

[4] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 27.

[5] اتفاقية Trips هي Trade – Related Aspects Of Intelectual Property Right – TRIPS اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية وقد دخلت حيز التنفيذ سنة 1995 .وهي من الاتفاقيات الأكثر شمولا في مجال حماية الملكية الفكرية و ذلك لتعدد مواضيعها في هذا الشأن و يمكن الاطلاع عليها من خلال الموقع الإلكتروني لمنظمة التجارة الدولية. http://www.wot.org

[6] WOTهي منظمة التجارة الدولية world Trade Organization والتي تقوم بتنظيم العلاقات التجارية فيما بين أعضائها. http://www.wot.org

والاعتباريين حق منع الإفصاح على المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية للأخريين، أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها دون الحصول على موافقة منهم. بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة طالما كانت تلك المعلومات :

أ – سرية من حيث أنها ليست. بمجموعها أو في الشكل والتجمع الدقيقين. لمكوناتها معروفة عادة، أو سهلة الحصول عليها من قبل أشخاص في أوساط المتعاملين عادة في النوع المعني من المعلومات.

ب – لها قيمة تجارية نظرا لأنها سرية.

ج – اخضعت للإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سريتها). [1]

ومن خلال هذه المادة يتبين بأن تعريفها للسر أضيق ممّا سبق توضيحه، وذلك لكون الاتفاقية خاصة بحماية الملكية الفكرية ما جعلها تحصره في السر التجاري فقط، إلا أنها تقرر التزامين رئيسيين هما: الالتزام بعدم الإفشاء، والالتزام بعدم الاستخدام [2] للصالح الشخصي. كما أن هذا الالتزام قد جاء عاما ليشمل جميع المراحل والتعاملات – لكن أحكام المادة تظل محصورة فيما يتعلق بالملكية الفكرية – ومن ضمنها مرحلة التفاوض العقد، فقد جاء في الملاحظة رقم 10 المذيلة للمادة 1/39 من اتفاقية " Trips" إن الإخلال بسرية المعلومات المؤتمنة أو الحث على الإخلال بها يعد من حالات الممارسة الغير نزيهة[3].

أما مبادئ " Unidroit " فقد نصت صراحة على التزام أطراف التعاقد بالمحافظة على سرية المعلومات المتلقات خلال مرحلة التفاوض، وعدم استخدام تلك المعلومات عند انتهاء المفاوضات بغض النظر عن التوصل إلى اتفاق أم لا. إذ تنص المادة (2.1.16) على أنه « عندما تعطى معلومات على أنها سرية من قبل طرف في فترة المفاوضات يكون الطرف الاخر تحت واجب عدم كشف تلك المعلومات أو استخدامها بشكل غير مناسب مع غرضها . سواء تم ابرام العقد لاحقا أم لا

[1] نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 362.
[2] أي الاستخدام الغير مرخص به.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 364.

» ويسند هذا الالتزام حسب المادة إلى المسؤولية التقصيرية،[1]وهو من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد. ذلك أن حسن النية في تكوين العقد يكون من تطبيقات المسؤولية التقصيرية خاصة في هذه المرحلة، كما أن هذه الحالة تنم على عدم الأمانة وإهدار الثقة أثناء التفاوض، وهما من مضامين حسن النية في تكوين العقد.[2]

وكما نصت المادة (2.302)[3] من مبادئ القانون الأوروبي الموحد على الالتزام بالسرية، الأمر الذي يوضح موقف جميع الدول الأوربية من هذا الالتزام (فرنسا ، ألمانيا ، إيطاليا) أما الدول العربية فمنها من استجاب مباشرة لاتفاقية TRIPS، وأدخلت القواعد المتعلقة بالمحافظة على الأسرار التجارية. ضمن قوانينها، مثل ما ورد في قانون المنافسة الغير مشروعة والأسرار التجارية 15 /2000 الأردني في مادته 6 والقانون المصري (لبراءات الاختراع رقم 82 لسنة 2002). ولكن حتى بالنسبة للدول التي لم تقم بوضع نص صريح يقضي بالتزام السرية، فهذا الالتزام موجود متى كانت المعلومات محمية قانونا بقواعد حقوق الملكية الفكرية وبراءات الاختراع، كون هذه الحماية كفيلة بالزام الطرف الذي استقبلها واستغلها على نحو غير مشروع بتعويض الطرف المقابل.[4]

أما القانون الجزائري فلم يقضي بعدم إفشاء الأسرار كقاعدة عامة ضمن مدونته المدنية،[5] لكنه يحمي كل من البيانات التقنية وأسرار المعرفة الفنية، وكذا الأسرار الصناعية وأسرار الأعمال وغيرها من الأسرار التقنية والمالية، بالإضافة إلى المهارات الفنية والخبرات التقنية المكتسبة، والتي كثيرا ما تكون محلا للكشف والإعلام في مرحلة التفاوض، وهي أسرار محمية مدنيا وجنائيا. خاصة وأن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات والبينات يمنع استغلالها،[6] إذ في إطار هذا الالتزام تتمتع

[1] سنتطرق لها بالتفصيل في مسؤولية المترتبة عن الإخلال بها في مطلب لاحق لكن يجب التنويه إلى أنه يوجد بعض الفقه أشار له، شيرزاد عزيز سليمان يؤسسها على الإثراء بلا سبب.

[2] أنظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 362. و محمود فياض، المرجع السابق، ص 256.

[3] Article 2 :302 «lorsqu'une information confidentielle est donnée par une partie au cours des négociations .l'autre est tenue de ne pas la divulguer à ce devoir peut ouvrir droit à la réparation du préjudice souffert et à la restitution du profit qu'en aurait retiré l'autre partie» les principe du droit européen des contrat .

[4] محمود فياض، المرجع السابق، ص257.

[5] المشرع عراقي كذلك انتهج نفس السبيل الذي انتهجه المشرع الجزائري إذ لم ينص عليه صراحة في القانون المدني لكن أورده بصدد بعض العقود المادة 909 كعقد العمل وبعض العلاقات كالمادة 46 من قانون المحاماة و المادة 437 من قانون العقوبات، وهو الدليل على أخذه بهذا الالتزام، انظر شيرزاد عزيز سلمان، المرجع السابق، ص 366.

[6] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص72 البند55 و 56.

براءة الاختراع (م 56 وما يليها من الأمر 07/03 المؤرخ في 2003/07/19)[1] والعلامة التجارية (المادة 26 وما بعدها من الأمر رقم 06/03 بتاريخ 19/ 2003/07)[2] والمرسوم والنماذج الصناعية (المادة 23 وما يليها من الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 1966/04/22)[3] وكذا أنظمة المعالجة الآلية (المادة 394 مكرر من قانون العقوبات[4]. المضافة بالقانون رقم 15/04 المؤرخ 2004/11/10) بحماية قانونية .كل هذه المواد وغيرها توضح العناية القانونية بهذا الالتزام. فلا يجوز. قانونا استغلال حقوق الملكية الصناعية والامتياز التجاري إلا باتفاق صريح.[5] كما أنّ قانون العقوبات الجزائري يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 2000 إلى 100000 كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة، ثم أفشى أو شرع في إفشاء أسرار المؤسسة الصناعية التي يعمل فيها إلى أجانب أو إلى جزائريين قيمون في بلاد أجنبية أما إذا أفشى بها إلى جزائريين يقيمون في الجزائر فتخفض العقوبة،[6] كل هذه المواد – وبالرغم من كونها لا تخص مرحلة التفاوض بالتحديد لكنها – تدل على أن التزام المحافظة على سرية المعلومات المتلقاة أثناء التفاوض وابرام العقد. محمي من المشرّع الوطني ومعترف به. ومما لاشك فيه أنّ هذا الالتزام يرتكز في مرحلة تكوين العقد على مبدأ حسن النية الذي يتضمن الثقة والأمانة، وينظم مرحلة التفاوض دون منازع.[7]

أما فيما يخص طبيعة هذا الالتزام فهو التزام بتحقيق نتيجة، وذلك لأن الأصل في هذا الالتزام هو عدم القيام بإفشاء هذه المعلومات وهو عمل سلبي، بمجرد إتيانه تتحقق النتيجة، لكن هذا لا يمنع من اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق هذه النتيجة المرجوة من هذا الالتزام، ولا يعد المتلقي لهذه

---

[1] الأمر رقم 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع المؤرخ في 2003/07/19، منشور في الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة في 23 /2003/07.

[2] الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامة التجارية المؤرخ في 19/ 2003/07 منشور في الجريدة الرسمية العدد 44الصادرة في 2003/07/23.

[3] الأمر رقم 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية المؤرخ في 1966/04/22 منشور في الجريدة في1966/04/28 .

[4] قانون العقوبات، الصادر بالأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المعدل و المتمم.

[5] المحكمة العليا الغرفة التجارية و البحرية 2000/01/5. ملف رقم 350164. مجلة المحكمة العليا 2006 العدد 1، ص337. وعن نفس الغرفة 2002/06/25 ملف رقم 286391، المجلة القضائية 2003 العدد 1 ص269. كما تنص م 27 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 بأنه لا يجوز استغلال مهارة تقنية أو تجارية مميزة دون ترخيص من صاحبها، كما أورد المشرع الالتزام بالسرية فيما يتعلق بتنظيمه لمهنة المحاماة ضمن المادة 14 " يلتزم المحامي بالحفاظ على سرية التحقيق " قانون رقم 13 -07 مؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق ل 29 أكتوبر 2013 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

[6] المادة 302 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20.

[7] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص124 البند 103.

المعلومات والمدين بهذا الالتزام منفذا له إلا إذا تحققت النتيجة المرجوة منه، وهي الحفاظ التام على هذه السرية للمعلومات وعدم إفشائها. أو استغلالها بما يحقق الضرر لمالكها الأصلي.[1]

الفرع الرابع

الالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع.

إنّ الأخذ بمبدأ حسن النية في تكوين العقد يرتب التزاما بالاستمرار في التفاوض من قبل الطرفين، وعدم اللجوء إلى قطعه دون مبرر معقول.[2]

فمتى بدأت المفاوضات ودخل الطرفان فعلا في دائرة التفاوض بمحض إرادة كل منهما، فقد نشأت حالة واقعية يجب الاعتداد بها. وقوام هذه الحالة الواقعية أن كل طرف قد بعث في نفس الطرف الأخر الثقة بأنه سيناقش معه بمعقولية وبرغبة صادقة كل ظروف العقد المراد ابرامه، وأنه إذا سارت الأمور في وضعها المألوف فسينتهي الأمر بتوقيع العقد النهائي.

وعلى أساس هذه الثقة سيستمر كل طرف بالتفاوض، وسيتكبد نفقات وجهودا تتمثل في إعداد دراسات، وتشكيل فرق مفاوضات، بل قد يصل الأمر إلى اختراع أو تصميم عمل فني معين، أو الحصول على ترخيص من الجهات المختصة، أو التعاقد مع محامين ومهندسين،[3] وغيرها من الأمور التي يبذلها الطرفان في سبيل إنجاح المفاوضات.

والالتزام بالاستمرار في التفاوض يشتمل على القيام بكافة الأعمال المادية التي تتطلبها عملية التفاوض ، كالخطابات والمراسلات والاجتماعات بين الأطراف فضلا على التحلي بجميع مقتضيات

---

[1] محمد جعفر الخفاجي و ميثاق طالب عبد الحمادي، (مجلة المحقق) المرجع السابق، ص373 و374.

[2] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 13. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 348. بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 117.

Pascal Ancel ,les sanctions du manquement à La bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois, article dans une conférence en droit civil de l'université Montréal , 2010 p 96 .97. disponible sur site électronique : https://ssl.editionsthemis.com .et Brigitte Lefebvre , la bonne foi dans la formation du contrat . McGill Law journal ,1992 p 1058 .1057 .1056, sur site électronique : lawjournal.mcgill.ca et Matthias E Storm , la bonne foi dans la formation des contrats en droit néerlandais , rapport présente à l'association capitans à l'occasion de ses journées louisianaises. 1992 p20,disponible sur site électronique : https//lirias.kuleuven.be .

[3] محمد إبراهيم دسوقى، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و ابرام العقود ،معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض، الرياض، 1995 ص 90 و عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص 42.

حسن النية الأخرى كالجدية والنزاهة والسرية والمعقولية وغيرها، الأمر الذي يجعل هذا الالتزام يمثل ركنا ركينا في مرحلة التفاوض[1] إذ بخرقه – أي قطع التفاوض – تنتهي المفاوضات ولا أمل في انعقاد العقد الذي قامت من أجله.

والالتزام بالاستمرار في التفاوض هو التزام ببذل عناية، ولا يعني بضرورة التوصل إلى ابرام العقد النهائي ، وإلا شكل قيدا مطلقا على حرية عدم التعاقد. كما أن نتيجة المفاوضات تبقى احتمالية، فقد تنجح وتسفر عن ابرام عقد وقد تفشل ولا يبرم العقد، وهذا ما أكدته أغلبية الأنظمة القانونية المقارنـــة،[2] فلا يجوز إلزام المتفاوض بالوصول إلى اتفاق نهائي لموضوع التفاوض،[3] فهو حر في الانسحاب منها متى شاء، لكن متى تم بعث الثقة والاعتقاد لدى الطرف الآخر بحتمية توقيع العقد.[4]وجب الاستمرار في المفاوضات وبذل العناية اللازمة لذلك، وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي في قضية تتلخص وقائعها في أنه أرسلت احدى الشركات دعوة إلى عامل للتعاقد معها، وبناءا على ذلك ارسل العامل إيجابه إلى الشركة. وكان يجب قبل ابرام عقد العمل ابرام عقد التأمين. إلا أن الشركة قطعت المفاوضات، وتعاقدت مع عامل غيره، فحكمت المحكمة بأن الشركة مسؤولة عن الإخلال بالالتزام بالاستمرار بالمفاوضات.[5]

ويذهب بعض الفقه[6] إلى أنّ الالتزام بالاستمرار في التفاوض قد يكون التزاما بتحـــقيق نتـــيجة، وذلك في حالة محددة والمتمثلة في عقد تفاوض يحتوي الجزء الأهم من العقد النهائي– كالمسائل الجوهرية –، فقد يحدث أن يتطرق طرفا التفاوض إلى الإتفاق حول المسائل الجوهرية ويعتبرون العقد النهائي قد أبرم بموجب هذا الإتفاق، ويؤجلون الإتفاق حول المسائل الثانوية إلى وقت لاحق. ويعتبرون أنه حتى في حالة عدم الإتفاق عليها فإن ذلك لا يؤثر على العقد المنعقد، فيكون

---

[1] أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، 2014 ص 298 .

[2] والمادة (PECL2/301 و Unidroit 2/15) نقلا عن محمود فياض، المرجع السابق، ص245.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 348. بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 34. وبلحاج العربي، المرجع السابق، ص 164. محمود فياض، المرجع السابق، ص 245. ومثاله كذلك ما قضت به محكمة استئناف ميلانو في 1987 في قضية بيانكا: «بعدم التزام الطرف المفاوض بالوصول إلى نتيجة نهائية بالتعاقد في هذه المفاوضات، مالم تكن المفاوضات قد وصلت لمرحلة متقدمة تبعث على اعتقاد الطرف الأخر بحتمية توقيع العقد. أو أوهم هذا الطرف المقابل بحتمية توقيع العقد ».

[4] أمين دواس، المسؤولية عن قطع المفاوضات العقدية دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية الجامعة العربية الأمريكية، المجلد5، العدد1، جنين فلسطين، 2008، ص 184.

[5] تمت الإشارة إلى القضية عند: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 349 .

[6] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 17، وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 349. أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 298.

التفاوض بشأن هذه المسائل الثانوية يتعلق بالتزام بتحقيق نتيجة على عكس الأصل العام في هذا الالتزام والمتمثل في بذل عناية.[1] ووفقا لهذه الحالة يجب على الأطراف الاستمرار في التفاوض بحسن النية مراعاة للعقد النهائي المبرم بينهم حتى الوصول إلى اتفاق، وفي الحالة عدم التوصل إلى اتفاق حول المسائل الثانوية وظلت عالقة فإن ذلك لا يؤثر على اعتبار أن العقد النهائي منعقد، الأمر الذي يجعل نتيجة التفاوض أمر محقق لا رجعة فيه.[2] غير انه إذا نكل أحد الطرفين عن الاستمرار في التفاوض ومراعاة المقتضيات الأخرى لحسن النية فإنه يكون مخلا بمقتضيات حسن النية.[3]

أما في الحالة التي يدخل فيها الطرفان في المفاوضات ويستمران فيها للمدة اللازمة والمـعقولة، ومع مراعاة حسن النية وبالرّغم من ذلك تفشل المفاوضات، فلا مفر من تطبيق ما أشار له القانون المدني الجزائري في المادة 65[4] منه بصدد هذه المسألة – وذلك دون قيام مسؤولية أي منهما – (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بالمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها. اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها. فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)[5] وطبقا لما جاء في المادة إذ عدم الإتفاق حول المسائل التفصيلية لا يحول يحول دون انعقاد العقد. لكنه يرتب التزام على عاتق الطرفين بالتفاوض حول المسائل التفصيلية المؤجلة. ولا يجوز لأحد الطرفين أن يمتنع عن الدخول في التفاوض [6] والاستمرار فيه للمدة المعقولة واللازمة حتى الوصول إلى حل توافقي تراعى فيه اعتبارات حسن النية.

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 348 (اللجوء للقضاء يرتب المسؤولية على المخل فضلا على وضع حل للمسائل المختلف بشأنه طبقا للمادة 65). والمادة لم تقصر حكم القاضي على القواعد التكميلية من القانون بل يدخل في اعتباره أحكام العرف و العدالة ومن هنا يمكن القول أن الأخذ بمبدأ حسن النية من قبل القاضي في هذه الحالة واجب باعتباره من مبادئ العدالة.

[2] أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 298.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 349.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 114، البند 93. و بن حمد صليحة، المرجع السابق ص 75.

[5] يقابل هذه المادة، م 95 من القانون المدني المصري و المادة 86 /2 من القانون المدني العراقي، وهي عكس م 154 من القانون المدني الألماني الذي يعتبر أن الإتفاق على بعض الشروط مهما كانت جوهرية لا يكفي لانعقاد العقد.

[6] بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 75.

لكننا نرى وجانب من الفقه [1] بأن هذا الالتزام يظل التزاما ببذل عناية فهو لا يلزم الطرفان بضرورة التوصل إلى اتفاق حول هذه المسائل التي قام هذا التفاوض الأخير بشأنها، وإنما يلزمهما بضرورة الدخول في المفاوضات [2] حولها، والاستمرار فيها مدة معقولة من أجل التوصل إلى اتفاق مع مراعاة قواعد حسن النية. لكن إذا فشلت المفاوضات ولم تؤد إلى الإتفاق بشأن هذه المسائل، فهنا لا يتصور أنها سترتب المسؤولية على فشلها.[3]

يؤدي مبدأ حسن النية في هذه المرحلة دورا هاما، وخاصة في مسألة قطع المفاوضات وذلك لأنه يراعي الثقة المشروعة التي تكونت عند المتفاوض ويوجب مساءلة من أخلّ بها. ونقصد بالثقة المشروعة تلك الحالة النفسية التي تولدت في نفس الطرف المتفاوض، نتيجة قيام الطرف المقابل بأعمال أو طلبات أو مواقف. توحي بأنها خطوة إلى الأمام في سبيل توقيع العقد النهائي. وبالتالي فهي – أي الثقة المشروعة – لا تتوفر في كل المفاوضات، فمتى أوحت المفاوضات للطرف المتفاوض بأن العقد النهائي أمر غير محقق نتيجة تباعد وضعف المستوى الفني، أو عدم القدرة الاقتصادية. أو قيام الشركة بالتفاوض مع أكثر من عميل كسياسة اقتصادية تتبعها بصدد نفس الصفقة، قلّت الثقة لدى المتفاوض بأن عرضه على وشك القبول. ومن ذلك أيضا الموقف السلبي المحض من طرف أحد المتفاوضين، والذي يقتصر على الدراسة والتساؤل دون أن يتوجه للقيام بأي خطوة إيجابية. ومما يقلّل أو يعدم هذه الثقة في نفس الطرف الأخر، أيضا أن يكون هناك تحفظ من أحد الطرفين بأن الإجراءات التي يتم اتباعها في المفاوضات لا تعد بأي حال خطوة نحو توقع العقد النهائي.[4]

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 111و112 بند 91، حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام المصادر الإرادية للالتزام، الجزء1، الطبعة3، القاهرة، مصر،2000 ص 146. و بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص76.

[2] ابن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 76.

[3] و بالعكس لو كان هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة فكلما لم تتحقق النتيجة أي الاتفاقية والتي من أجلها، قامت هذه المفاوضات الأخيرة لترتبت المسؤولية. كما أنه وبالرغم من انعقاد العقد النهائي المشتمل على العناصر الأساسية لكنه يبقى ناقصا وفي حاجة إلى اتفاق لاحق. أو اللجوء إلى الحل القضائي الذي تنص عليه المادة 65 بالنسبة للقانون الجزائري، هذا ما يعلل سبب اعتباره عقد جزئي يكرس مرحلة تفاوضية لا غير من قبل بعض الفقه أنظر : بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 112 بند 91. و كذلك القانون الألماني م 154 و م 24 مجلة الالتزامات و العقود تونسية واللذان يصرحان بأنه لا يؤدي إلى ترتيب التزاما و انعقاد العقد.

[4] محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص93.

وبالتالي فمبدأ حسن النية يفرض على طرفي المفاوضات، أنه في حالة ما إذا قرر أحدهما قطعها فعليه أن يلتزم بواجب التهيئة السيكولوجية للطرف الآخر لمثل هذا الظرف،[1] حتى لا يكون قد أهدر ثقة الطرف المقابل ولم يراع مصالحه، وهذا الالتزام الذي يفرضه حسن النية لا ينفي حريته في قطع المفاوضات متى كانت لديه دوافع مشروعة، ومعقولة (اقتصادية او فنية أو غيرها)[2] وهو غير مجبر على تقديمها عند عدوله عن المفاوضات بل يستعملها للدلالة على حسن نيته عند الحاجة لا غير.

الفقرة الأولى

موقف القضاء من الالتزام بالاستمرار في التفاوض.

قد وجد القضاء أنّ عليه أن يوفق بين مبدأين، هما مبدأ حرية التعاقد ومن تم الحق المكفول لكل طرف في قطع المفاوضات مادامت لا تتفق مع مصالحه. ومبدأ حسن النية الذي يقتضي مراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف الآخر، وقد قدم القضاء مجموعة من الحالات للقطع الغير مبرر للمفاوضات وهي:

أ/ إنهاء التفاوض بصورة مفاجئة وبقرار منفرد و دون مبرر مشروع بالرّغم من بلوغها مرحلة متقدمة بعثت الثقة لدى الطرف الآخر، ما دفعه لإنفاق مبالغ كبيرة من أجلها، حيث ورد في إحدى القضايا المعروضة أمام المحاكم الفرنسية بأن « قطع المفاوضات فجأة ودون مبرر مشروع بعد أن بلغت مبلغا متقدما يعد مخالفا لمقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية»[3].

---

[1] ph .Le tourneau ,op .cit ; p 483 .

[2] كما في حالة قطع المفاوضات بسبب إفشاء الطرف المقابل لما اطلع عليه من معلومات سرية و تشهير به فله الحق في قطعها وطلب التعويض نتيجة الضرر الذي أصابه، تم الإشارة لهذا في: رومان منير حداد، المرجع السابق، ص18. و سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، الطبعة 1، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2005، ص 68.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص351. وقد اشار إلى :

Cass.civ 9 mail 1973 . JCP. 197417643 2 espèce l’arrêt C .d’ appel de Versailles 21 juillet 1993 (2cas) D.S.1993 .IR.235.

وقد أشار شيرزاد لكونها منقولة عن (مصطفى العوجي ، القانون المدني العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء 1، الطبعة1 مؤسسة بحسون للنشر، بيروت 1995 ص 165) و (النقض مدني فرنسي 6/ 1998/1 ,Dalloz,1998, ص 242.) عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 111 تهميش البند 91.

ب/ تعمد الطرف القاطع ترك الطرف الآخر في حالة من الغموض وعدم الوضوح.[1]

ج/ عدم الجدية هي السبب في إنهاء المفاوضات، والتمسك بحجج واهية وغير معقولة.[2]

د/ ويضاف إلى ذلك أيضا الانسحاب الكيدي، بغرض إجبار الطرف الأخر على قبول الشروط الجائرة والتعسفية.[3]

كل هذه الحالات لقطع المفاوضات تبين أن إنهاء المفاوضات بقطعها، يوجب المسؤولية إذا ما كان يمثل خطأ،[4] ألحق ضرر بالطرف الأخر. ويرى جانب من الفقه التقليدي بأن المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات، ناتجة عن اقتران هذا القطع بخطاء.[5]وأن الخطأ ينفصل عن القطع، غير أن هذا الرأي يرفضه القضاء، إذ يعتبر أن الخطأ قد يظهر في صورة عدول فكيف لنا أن نفصل بينهما. ففي عام 1954 عرضت قضية أمام القضاء الألماني، أيدت فيه المحكمة الفيدرالية مسؤولية الشخص الذي يستشف من تصرفاته أثناء المفاوضات محاولة كسب ثقة الطرف الأخر، وإيهامه أن العقد أصبح وشيكا، مما جعل هذا الأخير يتكبد خسائر.[6]

وقد اجتهدت المحاكم الألمانية لتطوير ما يعرف بمبدأ " Culpa In Contrahendo "– أي الخطأ عند تكوين العقد– والذي يشير إلى التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح الطرف المقابل ومنها القطيعة التعسّفية للمفاوضات، وعدم حمله على التعاقد بطرق غير شرعية. واعتماد هذا المبدأ في العديد من الأحكام القضائية، أدى إلى دفع المشرّع الألماني إلى، تقنينه في تعديل 2004 للقانون المدني الألماني.[7]

---

[1] C A paris29 sep 1995 .Inform et Telecoms 1997 p176 .
عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص351.

[2] (نقض مدني فرنسي 1972/2/22 JCP 1972،2، 1711)، تعليق Lindon أشار له بلحاج العربي، المرجع السابق، في تهمشيه للبند 98 ص 119.

[3] محمد إبراهيم الدسوقى، المرجع السابق، ص 96.

[4] أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، 308. و رومان منير حداد، المرجع السابق، ص15و 16.
Ph le tourneau .op, cit , p484 .

[5] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 69.

[6] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص351.

[7] وتم تقنينه في المادة 242 التي تتحدث عن الالتزام الطرف المتعاقد بمبدأ حسن النية و مراعاته لمصالح طرف المقابل و المادة 311 التي جعلت من هذا الالتزام شاملا لمرحلة التفاوض على العقد و ليس مقتصرا على التنفيذ. و رتبت المسؤولية العقدية على الإخلال بمبدأ حسن النية وبما فيه قطع المفاوضات، أنظر محمود فياض، المرجع السابق، ص 247 و ص 248، و بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 41 و ص 64 وص65.

وأسس القضاء الفرنسي حظرا لوقف التفاوض، على أساس مبدأ التعسّف في استعمال الحق. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية عام 1969 في القضية الشهيرة Monoprix، حينما نقضت قرار محكمة الاستئناف الذي اعتبر الطرف المتفاوض غير متعسف، حينما أوقف التفاوض مع الطرف المقابل بشكل غير مبرر،[1] نظرا لانتفاء نية الإضرار، لكن سرعان ما صرحت الاحكام القضائية الفرنسية مرة أخرى بأن قطع التفاوض بدون سبب مشروع يعد مخالفا لمقتضيات حسن النية، متى تسبب في إحداث ضرر للطرف المقابل. ومتى وصلت المفاوضات إلى مرحلة اعتقد فيها الطرف المقابل بحتمية التعاقد.[2]

واتبعت المحاكم الإيطالية نظيرتها الفرنسية، إذ قضت محكمة النقض الإيطالية في إحدى قراراتها أنّه «إذا كان أحد الطرفين في أثناء المفاوضات. قد أحدث في نفس الآخر ثقة معقولة في ابرام العقد ثم قطع المفاوضات دون سبب معقول. او بسوء نية فإنّه يكون ملتزما بتعويض الأضرار ...»[3] ...»[3] ، كما أن التقنين المدني الإيطالي[4] يشتمل على مواد تنظم هذه المرحلة كنظيره الألماني.

أما بالنسبة للقوانين المدنية العربية، فقد ورد في إحدى قرارات محكمة النقض المصرية « .... أن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أثر قانوني. فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في أي وقت يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية. إلا إذا أثبت وجود خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية وينتج عنه ضرر يلحق الطرف الأخر»[5]، كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر، بأنه لا يجوز لأي من الطرفين في مرحلة التفاوض أن يتخذ إجراءا من شأنه أن يوقع الطرف الآخر في فهم خاطئ للظروف، ويحمله تكاليفا ما كان ليتحملها، وعليه حمّلت الطرف

---

[1] Cour d' appel du pau ; 14 /1/1969 , D 1969.716. نقلا عن محمود فياض، المرجع السابق، ص 249.
و يجب التنويه هنا بأن المحكمة قد طبقت نظرية التعسّف في استعمال الحق لكنها استبعدت فيها واجب توفر نية الإضرار بطرف المقابل و هذا ما كرسته في نقضها للحكم الذي اعتبر الطرف غير متعسف نظرا لانتفاء نية الإضرار. وعليه فالعدول الغير مبرر للمفاوضات يشكل تعسفا دون حاجة للبحث عن نية الشخص.

[2] Cass civ Ire , 12/4/1976 , bull civ 1122 . Def 1976 31434 .389
نقلا عن محمود فياض، المرجع السابق، تهميش ص 249.

[3] نقض مدني إيطالي 1960/4/4 نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 352.

[4] المواد 1337 و1338 أذ تنص المادة 1337على أنه « يلتزم الطرفان بإجراء التفاوض و ابرام العقد بحسن نية »

[5] نقض مدني مصري 9 فيفري 1967 أشار إليه حسام الدين كمال الأهواني، المرجع السابق، ص 104. و بن أحمد صليحة، المرجع السابق ص 69 و الحكم هنا يعتبر أن القطع لا يشمل خطأ و لا يوجب المسؤولية.

الخاطئ التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية،[1] والقانون المصري لم ينظم هو الآخر هذه المرحلة كنظيره الفرنسي. أما القانون الجزائري فقد سار على درب التشريعين السابقين ولم يتضمن[2] مواد تنظم المرحلة.

لكن يبقى التساؤل مطروحا حول موقف القضاء الجزائري من المفاوضات، إذ يمكن اعتباره مبهما في ظل غياب الاجتهادات القضائية المتعلقة بمرحلة التفاوض، الأمر الذي يقودنا إلى تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية.[3]

الفقرة الثانية

موقف الاتفاقيات الدولية من قطع التفاوض دون مبرر مشروع .

لم تشتمل اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولي C I S G على هذا الالتزام في حين نصت مبادئ Unidroit في فقرتها 2 من المادة 1/15 على هذا الالتزام، حيث تقضي « على أية حال، فإن الطرف الذي يتفاوض أو يقطع التفاوض بسوء نية مسؤول عن الأضرار المسببة للطرف الأخر»[4]. كما تضمن مشروع قانون العقد الأوروبي PECL هو الأخر نصا مشابها في هذا المجال، إذ تنص 2/301 منه «على أية حال فإن الطرف الذي تفاوض أو قطع التفاوض على نحو مخالف لحسن النية ونزاهة التعامل، يكون مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للطرف الأخر»[5]، وتمثل هذه النصوص دلالة على اعتماد هذا الالتزام واعتباره من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد. بالنسبة لهذه الاتفاقيات والدول المشاركة فيه

[1] نقض مدني 27 مارس 1968 أطراف القضية الهيئة العامة للبترول و شركة الملاحة بمصر أنظر حسام الدين كمال الأهواني، المرجع السابق، ص 106 وما يليها.

[2] ما عدى ما جاء في المادة 4/85 من قانون 01/42 المؤرخ في 2002/2/5المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز « تحديد الأسعار و العقود عن طريق التفاوض الحر بين المتعاملين و المعنيين » إذ أن النص لا يعدو كونه إشارة للمرحلة ولم يقم حتى بتنظيمها في أي ميدان .

[3] لا سيما المادة 124 و المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري خاصة وأن هذه المرحلة تخضع لمبدأ حرية التعاقد .

[4]. نقلا عن، شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 356 و محمود فياض، المرجع السابق، ص 245.
Pascal Ancel , op, cit, p 97.

[5]. نقلا، عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص356 و245. محمود فياض، المرجع السابق، 245.
Pascal Ancel, op , cit , p97 .

الفرع الخامس

الالتزام بالتعاون.

يعد التعاون Coopération أحد مظاهر التفاعل الاجتماعي ونمط من أنماط السلوك الإنساني، وعملية التعاون هي التعبير المشترك لشخصين أو أكثر بغية تحقيق هدف مشترك، وهو يتضمن قيام الأطراف بكل الأعمال الضرورية من جانبهم كي ينتفع بها الطرف الأخر.[1] وتقوم فكرة المفاوضات العقدية أساسا على التعاون المشترك فيما بين أطراف التفاوض، للوصول إلى الإتفاق الذي سيتجسد بالعقد، لذلك فإن التزام المتفاوض بالتعاون والمساعدة المتبادلة يعتبر التزاما أساسيا،[2]لا يتم النص عليه صراحة (بالكتابة أو المشافهة)، بل يفترض وجوده ضمنا وهو ما قصدته محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس «..... حيث أن على أطراف العقد واجب ضمني بتنسيق جهودهم للتعاون والتنفيذ الدقيق لالتزاماتهم....»[3] ويرى بعض الفقه الإيطالي [4] بأنه لا وجود للالتزام بالتعاون بشكل مستقل بمعزل عن المقتضيات الأخرى. كالالتزام بالجدية. والاستمرار في التفاوض. وعدم قطع التفاوض دون مبرر مشروع، والالتزام بالمحافظة على الأسرار، والالتزام بالإعلام[5] وغيرها من الالتزامات التي تتخلل ابرام العقد، فكلها يؤدي إلى تحقيق التعاون،[6] لكن يمكن اعتبار هذا الالتزام التزاما مستقلا منبثقا عن حسن النية في تكوين العقد[7] وهو ما سنحاول تبيانه من خلال ما يمكن أن يتضمنه هذا الالتزام، ويتجسد الالتزام بالتعاون في:

- الالتزام بالتعاون في الوفاء بمتطلبات الشكلية القانونية المقررة بصدد بعض العقود: من المؤكد أن تخلف الشكلية يؤدي إلى بطلان بعض العقود أو بالأحرى انعدامها،[8] لكن إذا إذا كان تخلف الشكلية يعود لامتناع أحد الطرفين عن إتمامها، فإن مبدأ حسن النية في

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص394. إيناس مكي عبد الناصر، المرجع السابق، ص 955. بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 117.

[2] أكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص411.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص395، (واجب ضمني) ،أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص301.

[4] نقلا: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص395.

[5] كثيرا ما يتم ربط الالتزام بالإعلام بالالتزام بالتعاون أنظر: أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص302. إذ يتم اعتبار الالتزام بالإعلام تطبيق للالتزام بالتعاون.

[6] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 395.

[7] أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص301.

[8] جاك غستان، المرجع السابق، ص 438. و المادة 324 مكرر 1 ق م ج.

تكوين العقد يرتب مسؤولية على المخل بالالتزام بالتعاون على إفراغ الإتفاق في الشكل القانوني المطلوب.[1]

- التزام التعاون في تحديد مواعيد الجلسات التفاوض، واحترام المواعيد المقررة، إضافة إلى تحديد أماكن للتفاوض، يكون يسيرا على المتفاوضين الوصول إليها، وإبداء المرونة الممكنة وعدم التصلب وعدم تقديم عروض مبالغ فيها (لأن الاستئثار بالفائدة يعد مخالف للالتزام بالتعاون المترتب عن حسن النية) والاعتدال في مناقشة العروض وعدم رفضها دون مبرر أثناء الاجتماعات والنقاشات، فلا يكون الرفض إلا بعد دراسات فنية واستشارات قانونية،[2]كما يتعين التعاون من أجل تعيين خبير لحسم المسائل الفنية أو بخصوص تحديد الثمن.[3]

وكل ما يحتاجه السير الأمثل للعملية التفاوضية، فهو لازم و مأمول في إطار التعاون المبني على الثقة المتبادلة المنبثقة عن حسن النية في تكوين العقد،[4] فلا تندرج صور التعاون تحت الحصر[5] الحصر[5] فكل ما تم تقديمه فهو على سبيل المثال،[6] ويجب على الأطراف الاستمرار في الالتزام بالتعاون إلى أن يتوصلوا إلى نهاية منطقية للمفاوضات، إما بإبرام العقد محل التفاوض أو غض النظر عنه كليا،[7] لأن الهدف من هذا الالتزام هو إنشاء علاقة عقدية صحيحة خالية من أي شائبة، يمكن أن تظهر مستقبلا وتعيق ابرام العقد أو تنفيذه، والمعيار في تقدير ذلك كله هو معيار الرجل

---

[1] أنظر شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 396. والمعنى هنا مطابق للمادة 1127 من القانون العراقي « التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط ...» والمادة هنا ترتب المسؤولية على المخل بهذا الالتزام أو التعهد وتجبره على التعويض لجبر الضرر. و هذا الالتزام تأخذ به دول القانون المشترك وترتب تعويضا على المخل بالتعاون في إنجاز الشكلية المتطلبة قانونا و هي تطبق نظرية المانع التعاهدي Estoppel promissory و في صدد ذلك أنظر نفس المرجع، ص397.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص71 بند 54. و أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص301 . إيناس مكي عبد عبد نصار، المرجع السابق، ص 955.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 71بند 54. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص397 و398 وفيه يتحدث يتحدث عن واجب التعاون لتحديد شخص ثالث يحدد الثمن.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص71 بند54.

[5] الأم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 302. أكرم محمود حسين البدو، و محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص411.

[6] ومثاله كذلك ما ورد شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 398. على اعتبار أنّ تمكين المستهلك في المعاملات الإلكترونية من إجراء مراجعة نهائية على اختياره وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها يعد التزاما بالتعاون كذلك.

[7] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 71 بند 54. و أكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، المرجع المرجع السابق، ص 411. إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، 955.

المعتاد الذي يهدف إلى إنجاح المفاوضات ، وعدم العودة إلى الوراء بإثارة نزاع دون مبرر معقول في موضوع تم حسمه من قبل.[1]

ويعتبر هذا الالتزام التزاما ببذل عناية،[2] فيلتزم كل متعاقد ببذل العناية اللازمة في التعاون مع الطرف الآخر لغرض الوصول بالمفاوضات إلى هدفها المنشود ومتمثل في ابرام العقد النهائي.

الفرع السادس

الالتزام بالإعلام استنادا لمبدأ حسن النية

مما لا شك فيه أن الالتزام بالإعلام يعد من أهم مقتضيات حسن النية في تكوين العقد[3]، إذ يعتبر الوسيلة المثلى لتكريس العديد من القيم السامية، التي يسعى هذا المبدأ إلى إرسائها في مرحلة تكوين العقد. فالشفافية والنزاهة ومراعاة المصالح المشروعة للطرف الآخر وعدم استغلال ضعفه أو جهله لتحقيق منفعة خاصة على حسابه، معان ربطت هذا الالتزام بحسن النية منذ القدم.[4] وعلى الرّغم من محاولة اسناد هذا الالتزام للعديد من الأسس الأخرى،[5] كالالتزام بالتسليم أو ضمان العيوب الخفية أو عيوب الإرادة ، إلا أنّ هذه المفاهيم أثبتت قصورها عن التأسيس لهذا الالتزام [6] في حين أثبت مبدأ حسن النية نجاعته على مستوى الفقه[7] والقضاء كأساس للالتزام بالإعلام،[8] وقد تعددت الألفاظ التي استخدمها شراح وباحثو القانون المدني للدلالة على ما يقدمه أحد المتعاقدين للأخر من

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 71 بند 54. و إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 955.
[2] ايناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 955. أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 302.
[3] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص96، وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص373. و بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 90.
[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 373و374، إذ يشير المؤلف إلى أن إخفاء المعلومات اعتبر متعارضا مع حسن النية منذ فترة ما قبل الميلاد، و مرورا بالقديس توماس الإكويني.
[5] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، من ص 91 إلى ص94. حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفضاء بصفة الخطيرة للشيء المبيع دراسة مقارنة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999، ص 79ومما بعدها. و محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص76 و ص 77.
[6] محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص93.
[7] شيرزاد عزيز سلمان، المرجع السابق، ص382 إذ اعتبره أغلب الفقه بأنه منبثق عن مبدأ حسن ابرام العقد.
[8] حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 108 و ص109 وص110، والتي توضح كيفية ربط القضاء الفرنسي في أحكامه للالتزام بالإفضاء بمبدأ حسن النية. و ذهبية حامق، الإلزام بالإعلام في العقود رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2009، ص19 وص20 .محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص95، حدوش كريمة، الإلزام بالإعلام في إطار القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة لنيل شهادة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية ،جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، 2012، ص9.

معلومات وبينات .ومن بين هذه الألفاظ: الإدلاء بالبينات [1]، تقديم المعلومات [2]، الإخبار [3]، التبصير [4] والإفضاء،[5] كما تم استعمال لفظ الإعلام[6] والذي اعتمدناه من خلال بحثنا هذا وذلك لأنه لأنه ذو معنى واسع وشامل.[7]

والالتزام بالإعلام في مرحلة تكوين العقد ، أي مرحلة المفاوضات أو المرحلة السابقة للتعاقد يختلف عن بعض الالتزامات التي قد تلتبس به،[8] كالالتزام العقدي بالمشورة [9]والذي يعتبر التزام أصلي أصلي قائم على عاتق المهني ، بإظهار المزايا والعيوب للمتعاقد تنفيذا لعقد المشورة ، ومن تم فإنه يعد التزاما تعاقديا بتقديم المشورة الفنية والتقنية ، وهو يختلف عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي .

ونحن هنا بصدد بحث الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي ، والذي يقع على عاتق المتفاوضين دون الالتفات إلى الالتزام بالإعلام أثناء تنفيذ العقد، كون هذا المجال ينقلنا من حسن النية في تكوين العقد إلى حسن النية في تنفيذه. ولم يكن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام محل اهتمام الفقه إلا منذ وقت قريب، ويرجع ذلك إلى بساطة التعاملات المدنية والتجارية وعدم تعقيدها،[10] ولكن التطور الذي وصل إليه المجتمع الإنساني على المستوى الاقتصادي والتقني والتكنولوجي أدى إلى النيل من التوازن المعرفي بين المتفاوضين، وأثر سلبا على التعاملات التجارية، مما دفع الفقه والقضاء إلى وضع حد للهوة المجودة من الناحية المعرفية بين المتفاوضين، وذلك من خلال فرض الالتزام بالإعلام في

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص89 البند 67.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص373.
[3] (شكري سرور: مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها المنتجات الخطرة ،ط1 ،سنة 1982 ،دار الفكر العربي، ص42) نقلا حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 36.
[4] نواف محمد مالح الذبايان، الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق قسم القانون الخاص، الأردن، 2013.
[5] حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 37.
[6] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 75 البند 59. و محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 77. عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 7. و أحمد وائل حمدي، المرجع السابق، ص360. و محمد بودالي، (حماية المستهلك في القانون المقارن) المرجع السابق، ص61 وغيرها.
[7] ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 16.
[8] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص30.
[9] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص84 البند 64.
[10] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 374. حدوش كريمة، المرجع السابق، ص8.

المرحلة السابقة للتعاقد، ضمانا لتكوين عقد وفق رضا مستنير، بحيث يأخذ المتعاقد قراره وفق ما يراه مناسبا لحجاته وأهدافه في ابرام العقد.[1]

وقبل التطرق للمسائل التفصيلية حول هذا الالتزام من حيث كونه شكلا من أشكال حسن النية في تكوين العقد سنحاول تبين مواقف القوانين الحديثة منه، وقد تباينت مواقف القوانين والاتفاقيات الدولية من الالتزام بالإعلام المتعلق بإبرام العقد تبعا لمواقفهم اتجاه الالتزام بحسن النية في تكوين العقد فمنهم من يعتبره معارضا لمبدأ حرية التعاقد، ومنهم من يعتبره التزاما عاما وهو ما سنتناوله فيما يلي:

الفقرة الأولى

موقف دول أنظمة القانون المدني.

قد أقر القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه[2] الالتزام بالإعلام والشفافية في المرحلة السابقة للتعاقد، على أساس الالتزام بحسن النية في ابرام العقود،[3] إذ يتعين على كل متفاوض أن يعلم المتفاوض الأخر بكل المعلومات الواقعية والقانونية التي تتعلق بالعقد، [4] بأسلوب مستقيم وصريح.

وقد أيده الفقه الفرنسي الحديث في ذلك مع محاولته التركيز بالأخص على العلاقة بين المحترف والشخص العادي. وبعدها تتابعت التشريعات في فرض هذا الالتزام في المرحلة السابقة على

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 133.

[2] (نقض مدني فرنسي 1977/10/4 ,D, 1977, IR, ص116 . نقض تجاري فرنسي 15/ 1975/4 . civ ,bull 4 4 رقم 106) نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص77 البند61 تهميش1.

[3] إذ تذهب إحدى القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الفرنسية إلى أنه « إعمالا لمبدأ حسن النية قبل التعاقدي يلتزم البائع بأن يفضي إلى المشتري بكافة البيانات و المعلومات التي تعتبر عناصر تقدير يتوقف عليها رضائه في العقد » في 1965/2/5. 19-64-1 أشار إليه شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، تهميش ص 375 و376.

[4] نقض مدني فرنسي 12/20 /1995 أشار له بلحاج العربي، المرجع السابق، في ص77 البند 61 التهميش 2.

التعاقد في مجال حماية المستهلك بالتحديد.[1] فضلا على احتواء القانون المدني الفرنسي على العديد من المواد، التي يمكن أن نستنتج من خلالها وجوب الالتزام بالإعلام في الفترة السابقة على التعاقد.[2]

ويلاحظ أن القانون الإيطالي مرّ هو الآخر بالمراحل التي مرّ بها القانون الفرنسي في تطوره اتجاه فرض هذا الالتزام. وكان القضاء يستند فيه إلى قواعد الغلط والتدليس وضمان العيوب الخفية بالإضافة إلى الالتزام بحسن النية في ابرام العقود المادة 1337.[3]

الفقرة الثانية

موقف القانون الجزائري.

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فبالرّغم من عدم وجود نص عام يقضي بوجوب الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد، إلا أن المتتبع لنصوصه لا يجد هذا الالتزام غائبا بينها. فقد ورد في المواد المتعلقة بعيوب الإرادة نصوص نلمس من خلالها، وجود الالتزام بالإعلام في الفترة السابقة للتعاقد، مثل ما ورد بشأن الكتمان التدليسي 2/86،[4] فإقرار المشرّع بوجود كتمان تدليسي يستنتج منه، أنّ المفاوض في مرحلة ابرام العقد عليه أن يطلع الطرف الأخر عن حقيقة كل واقعة، أو ملابسة مؤثرة في ابرام العقد بكل صدق وصراحة،[5] وإذ لم يفعل فإنه يتحمل جزاء إخلاله بالإعلام.

كما يمكن القول بأن الالتزام بالإعلام بأبسط صوره، موجود في مختلف العقود، وذلك من خلال ما ورد في المادة 94 من القانون المدني الجزائري،[6] والتي ترتب البطلان على المحل غير

---

[1] إذ صدر في 1993/07/26 القانون رقم 949/93 وتعديلاته والتي منها القانون 02/10 /1995 والمرسوم 1997/03/27 و قانون 2001/05/15 وغيرها من التعديلات التي يصعب حتى على المختصين أنفسهم ملاحقتها. و التي هي في الحقيقة مستوحاة من التوجيه الأوروبي المشهور (المؤرخ في 1993/04/05) المادة 4. كما نظم المشرّع الفرنسي البيع بالمنزل بالقانون الصادر في 22/ 12/ 1972. وعمليات البيع بالمراسلة بالقانون رقم 22/78 المؤرخ في 1978/1/10. وغيرها من التشريعات التي أظهر فيها الالتزام بالإعلام بصورة جلية. عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص77و 78. البند 61.

[2] ومنها المادة 1110 منه المتعلقة بالغلط، و المادة 1645 المتعلقة بضمان العيوب الخفية، والمادتين 1326 و 2015 المتعلقتين بالكفالة. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص376. حيث أن الكفيل يجب أن يعلم بما هو مطلوب منه.

[3] نفس المرجع، ص 376.

[4] المادة 86 /2 يقابلها المادة 125 مصري و المادة 144 أردني، المادة 152 كويتي، عن بودالي محمد، (حماية المستهلك) المرجع السابق، ص66.

[5] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص75البند 60.

[6] مثاله المادة 128 من القانون المدني العراقي، و قد أدرجها شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، بخصوص وجود الالتزام في القانون المدني العراقي بالإعلام ص 377 .

المعين وتبين صور تعيين المحل، وهي بذلك توجب الإعلام بخصوص محل العقد أيّا كان نوعه. كما تنص المادة 352 من القانون المدني الجزائري بالنسبة لعقد البيع، على وجوب العلم الكافي بالمبيع ويتم ذلك بتبصير المشتري بكافة المعلومات الضرورية لتكوين العلم الكافي بالمبيع. [1]

كما أن الأحكام القانونية التي تتعلق بضمان العيوب الخفية كالمادة 379 من القانون المدني الجزائري ، ترتب أثارا على الالتزام بالشفافية في التعاقد، وهو عدم الضمان وعلى عكس ذلك. فعدم التزام الشفافية يجعل البائع يتحمل ضمان العيوب الخفية للمبيع.[2] كما توجد نصوص مشابهة لهذه المواد بصدد عقد الإيجار كالمادة 488، والتي تقضي بضمان العيوب التي لا يعلمها المستأجر. وبمفهوم المخالفة فإن العيوب التي يقوم بصددها الضمان، هي تلك التي لم يلتزم المؤجر بإعلام المستأجر بشأنها. كما تنص 480 على عدم إعفاء المؤجر من الضمان، متى كان إخفاء العيب ناتج عن غشه. ومن الصور الأخرى للالتزام بالإعلام في ظل القانون المدني الجزائري ما ورد بصدد عقد التأمين، والذي يعتبر من عقود منتهى حسن النية. والتي تقر جميع القوانين بواجب الإعلام فيه بالرّغم من تباين موافقها بصدد حسن النية كمبدأ. ومثال هذه المواد المادة 15 و19 و21 و75 من قانون التأمينات رقم 07/95المؤرخ في 25/ 01 /1995،[3] والتي تلزم المؤمّن له بتقديم كل المعلومات المتعلقة بالعقد، وكذلك يلتزم المؤمن في المقابل بإعلام المؤمن له بكل ما يحتاج إليه من معلومات وبيانات، بهدف تبصيره على العملية العقدية.[4]

ومن كل ما سبق يتبين أن المشرّع الجزائري قد أشار بطريقة أو بأخرى إلى الالتزام بالإعلام عند تكوين العقد في القانون المدني، بالإضافة إلى استعمال الالتزام بالإعلام لتعزيز الحماية للطرف الضعيف اقتصاديا ومعرفيا في عقود الاستهلاك، إذ توجب المادة 17 من قانون رقم 03/09 المؤرخ

---

[1] بودالي محمد، المرجع السابق (حماية المستهلك في القانون المقارن)، ص66 . و يشير إلى كونها متطابقة مع م 419 قانون مصري، وهي مستمدة من أحكام الخيار أو الرؤية في الشريعة الإسلامية و الخيار في الشريعة الإسلامية حق يثبت بمقتضاه للعاقد أن يفسخ العقد أو يمضي فيه عند رؤية محله إذا لم يكن رآه وقت العقد أو قبله. كما أن إلزام البائع بالإعلام يمكن إسناده للمادة 361 من القانون المدني الجزائري و التي تقضي بواجب البائع بالقيام بكل ما هو لازم لنقل حق المبيع(ومن بينها الإعلام) ومثاله ما قضت به المحكمة العليا، الغرفة المدنية 1986/10/25. ملف رقم 42369 ،م ق 1989 العدد 2 ص 132 أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص90 البند 67 في تهميش رقم 2.

[2] المحكمة العليا الغرفة المدنية القرار رقم 202940 تاريخ القرار 1999/07/21 القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون، و تعديلاته إلى غاية 13 مايو 2007، برتي للنشر، ص 94.

[3] الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المؤرخ في 25/ 01 /1995 منشور في الجريدة الرسمية العدد 13الصادرة في 1995/03/08.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص81.البند 63.

في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على كل متعامل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك. كما يتجلى ذلك أيضا بما ورد في المادة 4 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية، والتي تقضي بأن يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع. ومثال هذه الحماية المكفولة للطرف الضعيف– والتي تتجسد في الالتزام بالإعلام – تجد مكانها في العديد من القوانين المختلفة،[1] وفي المرحلة السابقة للتعاقد. أي بمعنى أن مكانها في وقت المفاوضات التمهيدية لإبرام العقد، ضمن الالتزامات القبل تعاقدية، والتي أساسها هو حسن النية. وتجدر الإشارة إلى أن أهمية هذا الالتزام تتعاظم بالنسبة لمعاملات التجارة الإلكترونية، مما يوجب النص على وجوده صراحة بالنسبة لهذه المعاملات، محاكاة لدرب المشرّع التونسي في المادة 25 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية تونسية والتي تشترط على البائع تقديم العديد من المعلومات للمستهلك. من كل ما سبق يتضح موقف المشرّع الجزائري بصدد هذا الالتزام في القانون المدني، وغيره من القوانين الخاصة على سبيل المثال، وحتى نتمكن من تكوين مفهوم شامل عن هذا الالتزام والذي يعتبر جوهر حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، سنتطرق إلى تعريفه وشروطه، وطبيعته وحدوده فيما يلي.

الفقرة الثالثة

تعريف الالتزام بالإعلام.

يعد الالتزام بالإعلام لب التفاوض بحسن نية، على اعتبار أن البيانات والمعلومات التي يفضي بها كل طرف للآخر عن موضوع العقد النهائي، هي التي من شأنها أن تجعله يقدم على ابرام العقد من عدمه،[2]الأمر الذي يجعل الفقه الحديث يهتم بإيضاح مدلول هذا الالتزام، وصياغة تعريف له يتناسب وأهميته. فقد عرفه بعض الفقه على أنه « .. التزام سابق على التعاقد يتعلق بإلزام أحد

[1] مثاله وجود حماية جزائية على التزام اشهار الأسعار .و قد نص قانون حماية الصحة وترقيتها (وهو القانون رقم 85/05 المؤرخ في 1985/02/26 المعدل بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 1990/07/31)على أنه لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية بهدف الزرع إلا بعد الموافقة الصريحة و بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المعني بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك. وفقا المادة 5/166 من القانون المذكور وتضيف المادة 168 على ضرورة إعلام الشخص الخاضع للتجربة طبية بجميع المعلومات الكافية. بما فيها المخاطر المحتملة و الاستثنائية حتى يتخذ قراره وفق إرادة مستنيرة ، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 81 البند63.

[2] وائل حمدي أحمد، المرجع السبق ،ص 360وص361.

المتعاقدين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور وعلى علم بكافة تفصيلات هذا العقد [1] وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة، قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة. أو يحتّم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الأخر الذي يلتزم بناءا على جميع هذه الاعتبارات بالإدلاء بالبيانات».[2] وعرفه جانب أخر بأنه « تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما، أو عنصر ما من عناصر العقد المزمع ابرامه، حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجته وهدفه من ابرام العقد ».[3] كما قد تم تعريفه على أنه « الالتزام الذي يسبق التعاقد، بحيث يلتزم أحد طرفي العقد بإعلام الآخر على البيانات التي يجب توافرها في التعاقد ليتم ابرام عقد خال من أي عيب وكامل بكافة مفرداته نتيجة لظروف واعتبارات معينة ترجع لطبيعة الشخص المتعاقد معه أو لطبيعة العقد نفسه. أو لأي اعتبار آخر يجعل من العقد مستحيلا إذا تم كتمان بيانات محددة وضرورية في التعاقد».[4]

من خلال هذه التعريفات يتضح أن مضمون الالتزام بالإعلام يتمحور حول :

إنه التزام ينحصر مجاله في مرحلة تكوين العقد – أي المرحلة السابقة للتعاقد وقد يتزامن والتعاقد–[5] كما أنه التزام قانوني منبثق عن مبدأ حسن النية، الذي يوجب الشفافية والصدق والنزاهة في المعاملات، والابتعاد عن الغش والقيام حتى بالنصيحة إن استدعى الأمر ذلك مراعاة للثقة المشروعة للطرف الآخر.[6] وإن إسناد الالتزام بالإعلام لمبدأ حسن النية يجعله التزاما عاما، يسود كافة

[1] خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008، ص94.
[2] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2004، ص189. و إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 953.
[3] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الاسكندرية، مصر، 2007، ص163.
[4] ايناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص953.
[5] يوجد من يميز بين الالتزام بالإعلام في المفاوضات و بين الالتزام بالإعلام الذي يتزامن و ابرام العقد مثل ما ورد في فريدة لبان، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها، و هذه التفرقة تعتبر ذات أهمية من قبل العديد من الفقه، أنظر نفس المرجع ص 86 و هو ما أخذنا به.
[6] ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 19 و20. أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 302، و محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 95 و96.

العقود دون تفرقة بين أنواعها، [1] غير أنه يظهر بصورة مشددة في بعض العقود[2] دون غيرها.

الفقرة الرابعة

شروط الالتزام بالإعلام.

إنّ هذه الشروط هي التي تضمن تنفيذ هذا الالتزام والغاية المرجوة منه وسنحاول التطرق إليها بقدر علاقتها بمبدأ حسن النية فيما يلي :

أ/ **أن يكون الإعلام كاملا وكافيا** : الإعلام الكامل هو أن يحيط الإعلام بجميع المسائل المتعلقة بالعقد النهائي، وألّا يكون مقتضبا ، وهو التزام إيجابي ومجرد السكوت قد يعتبر إخلالا به. [3]

وينصب الإعلام على محل العقد، بحيث يتم إعلام الطرف الآخر بحقيقة المحل و طبيعته إذا كان من طبيعة خاصة، كأن يكون مواد سامة أو متفجرة أو كان العقد من عقود نقل التكنولوجيا، حيث أن المتعاقد غالبا ما يريد بيان الصفة الجوهرية [4] في المحل بالنسبة للعقد المزمع ابرامه، وهي تتغير حسب طبيعة العقد. وكما لا يجب السكوت عن عيوب محل العقد، والعيوب التي لا يجب السكوت عنها هي العيوب المخفية. أما العيوب الظاهرة فليس من الضرورة الإدلاء بمعلومات حولها، غير أنه في الحالة التي يكون فيها العيب مما يمكن كشفه لو قام الطرف الآخر بفحص محل العقد، إلا أنه لم يلجأ للفحص لما يوليه من ثقة للطرف الآخر الذي أكد خلوها من العيوب.[5] فإن هذا الأخير الأخير ملزم بإعلام المتفاوض عن هذا العيب مراعاة لتلك الثقة المشروعة فيما بينهما.[6]وتعد من المعلومات الضرورية التي تحقق كمال الالتزام بالإعلام، المعلومات التي تخص حقوق الغير والمتعلقة

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 385 و محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 96 و أكرم محمود البدو، محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص412.

[2] عقود الاستهلاك و الاستهلاك الإلكتروني و التي يكون فيها عدم التوازن بين أطراف العلاقة العقدية جليا و واضحا حيث أن أحد أطراف العلاقة يكون قويا بتحكمه في العملية العقدية و احتكاره لوسائل الإنتاج والمعلومات و الأخر ضعيفا لا يمكنه أن يستغني عن الاستهلاك الذي يعتبر ضروريا لحياته ولا يملك المعلومات. ذهبية حامق، المرجع السابق، ص145. ومن المعلوم أن الالتزام بالإعلام أصبح يشكل حاليا أهم ركائز سياسة حماية المستهلك في الدول المتقدمة أنظر: بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص10 وما يليها.

[3] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 34.

[4] محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 81.

[5] ومثاله المادة 379 من القانون المدني الجزائري و ضمان العيوب الخفية المادة 328.

[6] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص35 وعبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 328. وما بعدها، محمد ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 85.

بمحل العقد. إذ يجب على المتفاوض الذي يبيع أرضا مثقلة برهن أو إيجار أن يعلم المتفاوض معه بهذه الحقوق.[1]كل هذه المعلومات يجب الإدلاء بها بصدق، ودون إضافة معلومات غير صحيحة.[2]

ب/ **وضوح الإعلام ووصوله لطرف الآخر:** يكون الإفضاء واضحا إذا تمت صياغته بدقة وبشكل واضح ميسور الفهم للشخص العادي، وهذا ما يقتضي خلو التحذير من المصطلحات الفنية المعقدة التي يصعب على المستعمل فهمها.[3]ويشترط الوضوح في الإعلام مراعاة للمتفاوض الغير متخصص في مجال المعاملة، كأن يكون مستهلكا مثلا في هذه الحالة يجب على المنتج أن يقوم بالإعلام بلغة بسيطة للغاية وتتناسب مع المستوى الثقافي لمستعملي المنتوج. كما يجب أن يتم الإعلام باللغة التي يعرفها الطرف الآخر. لذا يجب كتابة البيانات على المنتجات المصدرة بعدّة لغات أساسية، وهو ما أوجبه المشرّع الجزائري في قانون المستهلك المادة 18.[4]ولا يكفي أن يكون الإفضاء بالمعلومات واضحا في عباراته فقط، بل يتعين أيضا ألّا يكون ملتبسا في أسلوبه وموضوعه،[5] لأنه في في حالة لبسه لا يحقق الغاية المرجوة منه.[6]

كما يجب أن يصل هذا الإعلام إلى الطرف الآخر حتى ينتج أثره ويحقق الغايــة المرجوة منــه، أي أن يكون ظاهرا للطرف الآخر، وهو ما تم اشتراطه صراحة في عقد التأمين بموجب المادة 622 من القانون المدني الجزائري.[7] كما يجب التنويه إلى أنّ القوانين المتعلقة بحماية المستهلك غالبا

غالبا

---

[1] محمد ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص87 و88.

[2] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص38.

[3] حدوش كريمة، المرجع السابق، ص78. ورومان منير حداد، المرجع السابق، ص 38.

[4] نصت المادة 18 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش على أنه " يجب أن تحرر بيانات الوسم و طريقة الاستخدام و دليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا و على سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات سهلة الفهم من المستهلكين ...." وكذلك المشرّع الفرنسي الذي نص صراحة على وجوب استعمال اللغة الفرنسية بالنسبة للمنتجات التي تطرح للتداول في فرنسا، أيا كان البلد المنتج. للمزيد أنظر: حدوش كريمة، المرجع السابق، ص79.

[5] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص38.

[6] ومثال ذلك ما تقوم به الشركات المنتجة لعصائر الفواكه من كتابة عبارة " يحفظ في مكان بارد " على العبوة المحتوية على العصير إذ أن المستهلك عادة ما يفسر هذه العبارة على أنها توصية يراد بها الإبقاء على العصير بخواصه الطبيعية. في حين أن المنتج يرمي من ورائها إلى تجنب تخمر العصير بفعل الحرارة وما يؤدي إليه ذلك من احتمال انفجار الزجاجة. ولذلك كان على المنتج أن يضيف عبارة "خطر تخمر وانفجار " كريمة حدوش، المرجع السابق، ص79.

[7] والتي توجب أن ينص على الشروط المتعلقة بالحالة التي تؤدي إلى البطلان أو سقوط حق المؤمن له بشكل ظاهر، وإلا كان باطلا، ذلك لأن عدم طباعة هذه الشروط بشكل ظاهر و بارز قد يجعل المؤمن له لا ينتبه لهذا الشرط ويوقع عليه دون معرفته به الأمر الذي جعل المشرّع يفترض سوء نية المؤمن، لأنه لم يرد فعلا أن يطلع المؤمن له على هذا الشرط ويناقشه معه، لذلك قام بطباعته بهذا الشكل الغير بارز.

ما تشدد على وجوب أن يكون الإعلام ظاهرا ومرئيا.[1]

إن هذان الشرطان(الكفاية والوضوح) يتعلقان بالمعلومات الضرورية التي يدلي بها المتعاقد حتى يتحقق هذا الالتزام، وهما يندرجان ضمن ما يسمى بأوصاف الإعلام،[2]وإلى جانب ذلك يجب أن يتوفر شرطان يتعلقان بطرفي هذا الالتزام حتى يتحقق هذا الالتزام، ويتمثل الأول في علم المدين بالمعلومات وبتأثيرها على رضا الطرف المقابل ويتمثل الثاني في جهل الدائن بالإعلام بمثل هذه المعلومات على أن يكون جهلا مشروعا. وسنتطرق لهما فيما يلي:

الشرط الأول: يجب على المدين بهذا الالتزام أن يكون عالما بالمعلومات محل الالتزام، ولا يقبل منه العذر بجهله بهذه المعلومات،[3]كي يتمكن من إبدائها للطرف الأخر. ويجب عليه فضلا عن ذلك أن يعرف أهمية هذه المعلومات بالنسبة للدائن. أي مدى تأثيرها على رضا الطرف الأخر.[4]

الشرط الثاني: يشترط لقيام الالتزام بالإعلام أن يكون الدائن جاهلا بالمعلومات فلا يلتزم المدين بتقديم معلومات كان الدائن عالما بها، وإذا توافرت للدائن فرصة للعلم بتلك المعلومات فلا يلتزم المدين بالإفضاء بها،[5] إذ أنّ جهل الدائن بالمعلومات المتعلقة بالعقد يجب أن يكون مشروعا[6]، ويكون كذلك إذا كان جهله مستندا إلى استحالة العلم أو إلى اعتبارات الثقة المشروعة،[7] أما إذا كان الجهل نتيجة

---

[1] المادة 18 من قانون 09-03 حماية المستهلك وقمع الغش والمادة 10ف2 من المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المحدد لشروط وكيفيات صناعة مواد التجميل المؤرخ في 1997/01/14 منشور في الجريدة الرسمية العدد 4 الصادرة في15 /1997/01. والتي توجب كتابة البيانات بشكل ظاهر على الوسم و المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 484/05 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها والتي تنص « يجب أن تحرر بيانات الوسم .....و تسجل في مكان ظاهر وبطريقة تجعلها مرئية واضحة القراءة و متعذر محوها في الشروط العادية للبيع ».

[2] للمزيد عن أوصاف الإعلام الرجوع إلى ذهبية حامق، المرجع السابق، ص254 و ما بعدها.

[3] فالحرفي مثلا مهنته تستوجب عليه العلم بكل المعلومات التي تؤثر في عمليات التعاقد. وهو ما قضت به إحدى المحاكم الفرنسية في حكمها القاضي بإلغاء بيع أرض استنادا إلى وجود إخلال بالالتزام بتقديم البيانات، و أيدتها محكمة النقض الفرنسية في الحكم، على اعتبار أن البائع « شركة تتاجر بالعقارات » و بما أنه من ذوي الخبرة بالمعلومات العقارية، كان عليه أن يعلم بحالة الأرض من حيث إمكانية الحصول فيها على رخصة البناء أو لا ومن ثمّ يعلم المشتري الذي لا يملك تلك الخبرة. و قد أشار له شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 385.

[4] حدوش كريمة، المرجع السابق ،ص 22ص23 وللمزيد عن ذلك. ذهبية حامق، المرجع السابق، ص73 وما بعدها.

[5] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 385.

[6] فريدة لبان، المرجع السابق، ص 87.

[7] و نقصد باستحالة العلم استحالة اطلاع الدائن على المعلومات المتصلة بالعقد بسبب كون الحيازة المادية في يد المدين أو لعدم كفاءة الدائن. ونقصد باعتبارات الثقة المشروعة لدى الدائن الثقة المشروعة القائمة على طبيعة العقد أو صفة الأطراف. وللمزيد من المعلومات الرجوع إلى ذهبية حامق، المرجع السابق، من ص86 و ما بعدها.

لإهمال الدائن فهو بذلك لا يستحق الحماية القانونية. وهذا يجرنا إلى القول بوجود التزام مقابل للالتزام بالإعلام، يقع على عاتق الدائن بالالتزام. وبتحقق هذه الشروط يقوم الالتزام بالإعلام.

الفقرة الخامسة

أنواع الالتزام بالإعلام (من حيث درجاته و مضمونه و أطرافه).

- **أولا: أطراف الالتزام بالإعلام.** يعد مدينا بالإعلام كل من طرفي العلاقة التفاوضية. غير أن المنتج أو الحرفي غالبا ما يطالب بتنفيذ هذا الالتزام أكثر من الطرف الآخر. وتختلف نوعية المعلومات التي يدلي بها كلا الطرفين تبعا لمركزهم[1]في التعاقد،[2]والتي سوف نتطرق.
- **ثانيا :أنواع الالتزام بالإعلام.** إن غاية الالتزام بالإعلام والتي هي تنوير رضاء المتفاوضين، قد سمحت للقضاء بتشديد هذا الالتزام تبعا لنوع العقد (كالعقود ذات المحل المعقد تقنيا، وعقود منتهى حسن النية كالتأمين والوكالة) . وصفة المتعاقد فالمتعاقد المتخصص يجب عليه أن يكون أكثر إيجابية في تنوير رضا الطرف المقابل، وبذلك يصبح ملزما ليس فقط بالإدلاء بالمعلومات وإنما يمتد إلى نصيحة أو حتى إلى التحذير شريكه في العملية التعاقدية وبذلك تكتمل حلقات الالتزام بالإعلام.[3]

- الالتزام بالإدلاء بالمعلومات : وهو أبسط صور الالتزام بالإعلام ويقوم على تقديم معلومات موضوعية تتعلق بالعقد، وبالإضافة إلى ذلك يتم تقديم المعلومات التي يتم الاستعلام عنها.
- الالتزام بالتحذير: إن الالتزام بالتحذير يعني جذب انتباه الطرف المتعاقد إلى الجوانب السلبية للعقد المرتقب ابرامه، أو الشيء محل هذا العقد. ويكون التحذير من المخاطر التي يمكن أن تلحق بهذا المتعاقد.[4] وقد تم استخلاص هذا الالتزام من قبل القضاء الفرنسي في مجال المنازعات المتعلقة ببيع السلع والمنتجات الخطيرة.[5]

---

[1] إذ يوجد من يرى بأن الالتزام بالإعلام يمكن أن ينحصر في أحد الطرفين دون الأخر في حالة وجود اختلال في التوازن المعرفي أي بالنسبة للمعلومات بين الطرفين ومثاله العقود الاستهلاكية أنظر، رومان منير حداد، المرجع السابق، ص42 و ما بعدها.

[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 383و384.

[3] فريدة لبان، المرجع السابق، ص 87 .بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 85 و86 البند 64.

[4] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 106.

[5] نفس المرجع ، ص107. ويجب أن يتحلى هذا الالتزام كذلك بأوصاف الإعلام السابقة الذكر من كمال و وضوح وبروز و مثاله القضية المشار إليها في تهميش ص 108 cass civ 11/10/1985 ، cass civ 3/7/1985 و ص 113.

- الالتزام بالنصح : يقع الإلزام بالنصح في أعلى التدرج الهرمي لمكونات الالتزام بالإعلام، ذلك أنه يعكس درجة متقدمة من الإيجابية في تنوير رضا الطرف الآخر. تصل إلى حد تحليل حاجات ومتطلبات الطرف الآخر وتقديم الخيار الأفضل له و حثه عليه.[1]

و يجدر بنا التنويه إلى أن الالتزام بالإعلام لا يتواجد بعناصره هذه مجتمعة في كافة العقود. فوجوده على هذه الصورة المشددة إنما يكون بشأن العقود التي تتميز بتعقيد محلها، بحيث يظهر فيها جليا عدم التوازن المعرفي بين أطرافها. ومثالها العقود التي تنصب على المعلوماتية و كذلك بعض العقود الاستهلاكية.

- **ثالثا** : حدود الالتزام بالإعلام ودوره وطبيعته .

1 –حدود الالتزام بالإعلام و الالتزام بالاستعلام: إن تحقيق غاية حسن النية (الشفافية و تقليص الهوة المعرفية بين الطرفين، ومراعاة المصالح المشروعة للطرف الأخر) من خلال الالتزام بالإعــلام، لا يعني أن يقف الطرف الأخر مكتوف الأيدي، ذلك أن حسن النية يفرض عليه هو الآخر الالتزام بالاستعلام.[2] إذ تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان المدين بالإعلام ملزما بتقديم كل المعلومات الضرورية المتصلة بالعقد المزمع ابرامه، وإسداء النصح والتحذير كون الدائن يجهل هذه المعلومات جهلا مشروعا. في مقابل ذلك فإن الوضع يختلف متى كان جهله لها غير مشروع، إذ عليه أن يلتزم الاستعلام عنها.[3]

- ✓ **الالتزام بالاستعلام** : إن الشخص البسيط الذي يكون في الأصل جاهلا للمعلومات الخاصة بالعقد، لا يحق له أن يتخذ موقفا سلبيا،[4] فيظل كسولا ومهملا بحجة أنه شخص يفترض فيه هذا الجهل، ففي نظر الفقه فإن الالتزام بالإعلام يتوقف في الحقيقة عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام.[5] فالقانون لا لا يحمي المهمل لمصالحه متى كان راشدا وذو أهلية للتعاقد، فالإنسان مسؤول أولا عن تصرفاته.

[1] ومثال ذلك ما قرره القضاء الفرنسي في المجال المعلوماتي، إذ أوجب على المورد المحترف أن يقترح على عميله المستقبلي للمعلوماتية، معدات معلوماتية و برامج تتطابق مع احتياجاته و تتلاءم مع وضع مشروعه أو مؤسسته محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص114 و 115.
[2] عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص 19.
[3] ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 102.
[4] ذهبية حامق، المرجع السابق، ص103 .
[5] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص386. عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص 19.

ويتحمل مسؤولية هذه التصرفات، وقد وضع المشرّع قواعد آمرة ومكملة حماية لمصالح الأفراد مفترضا الحرص لديهم على هذه المصالح.[1] فمتى كان جهل الدائن بالإعلام، نتيجة لخفة أو رعونة أو إهمال أو عدم انتباه، يكون قد أخل بالالتزام بالاستعلام. وفي عقد البيع مثلا فالمشتري يجب أن يكون حريصا على جمع كافة المعلومات الخاصة بموضوع شرائه، ولا يحد من واجب الاستفسار عنده إلا عدم خبرته أو معرفته بصورة مشروعة، أي عندما لا يكون بإمكانه لسبب مشروع الوقوف على المعلومات المطلوبة،[2] وكثيرا ما ترد دعوى البطلان أو المسؤولية المقدمة من أحد طرفي العقد إذا ثبت أن هذا الطرف قد ارتكب خطأ بعدم قيامه بالاستعلام،[3] وهو ما يمكن ملاحظته في قرار محكمة النقض الفرنسية،[4] وعلى ضوء هذا المفهوم يمكن تفسير المادة 1/85 من القانون المدني الجزائري،[5] فالمتعاقد الذي وقع في غلط بسبب طيشه وإهماله وعدم استعلامه عن معلومات كانت في متناوله عن طريق وسائل بسيطة اعتبر غلطه غير مغتفر،[6] وكذلك المادة 3/379 من القانون المدني الجزائري،[7] فكلما كان المشتري باستطاعته الاطلاع على العيوب الخفية للشيء المبيع، يقع عليه واجب الاستعلام عنها. وقد يكون الالتزام بالاستعلام أكثر تطلبا في الحالات التي يرد العقد فيها على الأشياء المستعملة.[8]

وختاما نلاحظ أن واجب الاستعلام يعني أن المتعاقد الدائن بالإعلام، إذا كان له وسائل الاطلاع على المعلومات الخاصة بالعقد، لا يعطيه القانون الحق بادعاء جهله بهذه

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 386.

[2] عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص19و20.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 386 و عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 20.

[4] Cass. Com 25 /2/1986 JCP 1988 .20995 .Note Virassamy , RTDC 198785 note mestre
إذ ردت دعوى وكيل ثانوي لبيع السيارات على وكيل أصلي بالعطل والضرر، مبنية على المادتين (1382 و1383 المدتان تقضيان بوجوب التعويض عن الضرر حتى وإن كان بسبب الرعونة أو الإهمال) .من القانون المدني الفرنسي. لأن هذا الأخير أخبره بأن المبيعات المتوقع تبلغ (370) سيارة للسنة المقبلة، بينما لم تتجاوز المبيعات 130 سيارة، معللة قرارها بأن على الوكيل الثانوي بالنظر إلى مهنته، أن يتأكد من صحة توقعات من تعاقد معه؟ فالوكيل الثانوي ممتهن وبالتالي من مفترض فيه الاطلاع على أوضاع السوق. نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 386، عبد المنعم موسى ابراهيم، المرجع السابق، ص 20.

[5] المادة 1/85 من القانون المدني الجزائري (ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضيه حسن النية)

[6] سوف نتطرق للغلط الغير مغتفر في الفصل الثاني بإسهاب.

[7] المادة 3/379 من القانون المدني الجزائري (غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها، لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ....)

[8] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص386 .

المعلومـات، فيصبح جهله جهلا غير مشروع،[1]غير أن وجود الالتزام بالاستعلام لا يلغي التزام الطرف المقابل بالإعلام، وإنما يعززه ويشكل جزءا منه. فيلتزم البائع مثلا بتقديم المعلومات الضرورية لإجراء البيع (بالمعيار الموضوعي) و يلتزم المشتري في المقابل بالاستعلام عن المعلومات التي يراها ضرورية بالنسبة له(بالمعيار الذاتي)، وعلى البائع أن يتجاوب معه ويمكّنه منها، فضلا على إمكانية قيامه (المشتري) بذلك عن طريق الغير.[2]

✓ **الالتزام بالاستعلام للإعلام** : من شروط الالتزام بالإعلام والتي سبق التطرق إليها، أن يكون المدين عالما بالمعلومات محل الالتزام بالإعلام، ولا يقبل منه العذر بجهله بهذه المعلومات.

2 –طبيعة الالتزام بالإعلام : إذا كان الالتزام بالإعلام يهدف إلى حماية الدائن باعتباره طرفا ضعيفا لعدم خبرته، أو لوضعيته الاجتماعية، أو لوجود عدم توازن في المعرفة،[3] فإنه من الضروري معرفة حد هذه الحماية، من خلال تعيين طبيعة هذا الالتزام هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية؟ وتظهر أهمية الوقوف على الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام، بالنظر إلى أثر ذلك فيما يتعلق بإثبات مسؤولية المدين عن الضرر الواقع.

وقد اختلف الفقه حول طبيعة هذا الالتزام،[4] فذهب بعضهم إلى اعتباره التزاما بتـحقيق نتيجـة،[5] وتتمثل هذه النتيجة في نقل المعلومات وتزويد الطرف الأخر بها، أي إحاطة الدائن – بهذا بهذا الالتزام – علما بكل الحقائق والوقائع والأحداث والمعلومات المتعلقة بالعقد و التي تعتبر ضرورية لإبرامه، لذلك يعتبر المدين مخلا بهذا الالتزام متى امتنع عن ذلك دون مبرر مشروع.[6] وإنّ اعتبار الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة، يخفف عبء الإثبات على الدائن، إذ تنشأ المسؤولية بمجرد وقوع الضرر الناتج عن تخلف النتيجة المطلوبة،[7] وبذلك يحقق أكبر قدر من الحماية للدائن في مواجهة

[1] ذهبية حماق، المرجع السابق ص 104 و يجب التنويه بأن هناك استثناءات مثل صفة المستهلك قرينة على جهله و واجب الاستعلام غير قائم على عاتق المستهلك ، لأكثر تفصيل الرجوع إلى نفس المرجع ، ص 196 وما بعدها.
[2] مثل اللجوء إلى خبير في مسألة ما تخص التعاقد.
[3] Béatrice Jaluzot : op , cit p 376.
[4] أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص303. و فريدة لبان، المرجع السابق، ص108 وما بعدها. حدوش كريمة، المرجع السابق، ص 35.
[5] أحمد محمد الرافعي، الحماية المدنية للمستهلك (إزاء المضمون العقدي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ص193 نقلا فريدة لبان، المرجع السابق، ص109 تم تبينه على أنه التزام بتحقيق نتيجة.
[6] ام كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 303(و سبب الأجنبي هو المبرر المشروع الذي يمكن أن يعدم مسؤولية الدائن)، أنظر حدوش كريمة، المرجع السابق، ص 37.
[7] حدوش كريمة، المرجع السابق، ص37.

الاختلال المعرفي بين المدين بالإعلام والدائن به،[1] والذي تكرسه العديد من العقود لاسيما الاستهلاكية منها وتسعى القوانين لتخلص منه عن طريق فرض هذا الالتزام.

بينما اعتبره قسم آخر من الفقه التزاما ببذل عناية،[2] فالمدين يلتزم بتزويد الدائن بكافة المعلومات والبيانات والملحقات وإسداء النصح والتحذير، ويبذل في ذلك كل العناية اللازمة (كالتبسيط والتوضيح والشرح والتنبيه)، ولكنه لا يستطيع أن يضمن نتيجة إعلامه، فهو لا يجبر الدائن على الأخذ بهذه المعلومات واتباع النصائح، فالأمر هنا يعود للدائن، لأن المدين يقوم بتقديم المعلومات لتحقيق رضا مستنير وخال من العيوب لكن بالرّغم من ذلك يمكن أن يقع الطرف المقابل مثلا في الغلط[3] أو لا يتقيد بالمعلومات المقدمة له ولا يأخذها بعين الاعتبار، وهنا يكون المدين قد أوفى بالتزامه من خلال بذل العناية التي يفرضها عليه هذا الالتزام وطبيعة مهنته (خاصة إذا كان المنتج أو المحترف في مواجهة المستهلك). إن اعتبار الالتزام بالإعلام التزاما ببذل عناية، يؤدي إلى وجوب أن يثبت الدائن به عدم بذل المدين للعناية الكافية عند تنفيذ الالتزام بالإعلام بالإضافة إلى حدوث الضرر.[4]

ومن كل ما تقدم يمكننا القول بأنه التزام أقوى من الالتزام ببذل عناية، حيث هناك أمور يجب على المدين القيام بها وأقل من الالتزام بتحقيق نتيجة، حيث هناك أمور لا تدخل تحت سيطرة المدين بل يترك الأمر فيها للدائن. ومن ثم نستنتج [5] أن الالتزام بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة من حيث الوسيلة الواجب اتخاذها في إيصال المعلومات إلى الدائن به، فلابد أن تكون المعلومات التي تقدم صادقة ونزيهة وكافية وواضحة بما يحقق النزاهة وحسن النية. أما من حيث استيعاب الدائن لهذه المعلومات وعمله بها فإن الفقه والقضاء وكما سبق بيانه يجمع على اعتباره التزاما ببذل عناية.[6]

---

[1] فريدة لبان، المرجع السابق، ص 111، ويرى الفقيه عبد الحليم القوني بأن الالتزام بالإعلام يكون بتحقيق نتيجة في حالة الاستعلام من أجل الإعلام بالتحديد ص382 وص383.

[2] بودالي محمد، (الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات)المرجع السابق، ص 27. و إيناس مكي عبد النصار، المرجع السابق، ص955 . كريمة حدوش، المرجع السابق، ص 35.

[3] فريدة لبان، المرجع السابق، ص 112.

[4] حدوش كريمة، المرجع السابق، ص 35.

[5] حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 177.

[6] حدوش كريمة، المرجع السابق، ص 37. و محمد بودالي، (حماية المستهلك) المرجع السابق، ص 75.

وجدير بالذكر في الأخير أن اثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام يقع على عاتق المدين به. فالدائن يثبت وجود الالتزام والمدين يثبت تنفيذه.[1]

3 –دور الالتزام بالإعلام: يقوم الالتزام بالإعلام كمقتضى من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد بدور إيجابي وهام جدا، في هذه المرحلة سنحاول توضيحه فيما يلي:

إن المعلومات التي يتم تبادلها بموجب هذا الالتزام، تكون ضرورية لصدور رضا مستنير، وخال من نتائج عدم التوازن المعرفي بين طرفي العقد في هذه المرحلة. كما يقوم الالتزام بالإعلام فضلا عن ذلك بلعب دور وقائي، يتمثل في الحد من عيوب الرضا، إذ أن احترامه عند تكوين العقد، يؤدي إلى تجنب الوقوع في عيوب الرضا ومن ثم تفادي إبطال العقد،[2] وعلى الرّغم من الدور الوقائي الذي يؤديه الالتزام بالإعلام والمتمثل في تعزيز حماية الرضا، غير أنه لم ينشأ في الأصل لحماية الرضا كأصـل، بل إن الهدف الرئيسي من إقراره هو تحقيق أعلى قدر ممكن من التوازن المعرفي بين طرفي العقد المزمع ابرامه، وذلك من خلال تحديد الحقوق والالتزامات بينهما. في مواجهة الاختلال المعرفي الفادح الذي رتبته التطورات التكنولوجية والاقتصادية الحديثة، و وجود حالات تعجز فيها النظريات التقليدية عن تحقيق الحماية اللازمة للطرف الضعيف.

كما أن الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد وأثناء سير المفاوضات، يعد ضروريا للمفاوضات ذاتها، فقد يؤدي عدم الالتزام بالإعلام وعدم الإدلاء بالمعلومات إلى قطع المفاوضات من قبل الدائن بها، وعدم المضي نحو التعاقد[3].

[1] ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 111.
[2] فريدة لبان، المرجع السابق، ص127.
[3] والمثال على ذلك: إصرار حائز التكنولوجيا على عدم الكشف عن بعض أسرارها أثناء التفاوض خشية أن يلحقه ضرر من وراء ذلك. أو أن ثقته بالطرف الأخر ليست بالدرجة التي تجعله يفصح عن هذه الأسرار فيؤدي ذلك إلى انصراف الدائن عن المفاوضات. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 384.

المطلب الثاني

صور حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد.

إن المتأمل في العقود الدولية المعاصرة. والتي تشتمل على الصفقات المالية الضخمة مثل عقود نقل التكنولوجيا أو التقنيات المتقدمة، وعقود التوريد طويلة المدة، وعقود إنشاء البنية التحتية، وإقامة المطارات، ومحطات الطاقة بنظام ال B o t وغيرها من العقود الثقيلة ذات الأهمية الحيوية في نطاق التجارة الدولية.[1] إن المتأمل في كل هذه العقود فهي يدرك أنها على خلاف العقود الداخلية اليومية المحدودة، كالبيع أو النقل وغيرها، تنطوي على العديد من المسائل الفنية الدقيقة. التي لا يمكن حسمها في جلسة أو جلستين، بل تستلزم اجتياز مراحل متعاقبة ومستمرة صوب العقد النهائي، ويتم فيها اتفاقيات تمهيدية تحرر في مستندات تحضيرية، تتبادل فيها الأطراف الرؤى والمفاهيم حول أمور تتصل بالمفاوضات حول العقد النهائي. ومن اهم الاتفاقيات التي تتصل بموضوعنا،[2] هي اتفاقيات التفاوض[3] والاتفاقات المبدئية، ولكن قبل ذلك سنتطرق للمستندات التي تعاصر هذه الفترة وهي ما يسمى بخطابات النوايا، والتي سنحاول دراستها وإبراز دور حسن النية في تكوين العقود من خلالها فيما يلي.

الفرع الأول

أثر حسن النية في خطابات النوايا.

وسنتناول من خلال هذا الفرع تعريف خطابات النوايا وقيمتها القانونية ثم أنواعها.

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص94 البند 70.
[2] سنقوم بدراسة الاتفاقيات التمهيدية التي تتعلق بحسن النية في تكوين العقود. دون غيرها من الاتفاقيات التمهيدية ذات الصلة بتنفيذ العقد أكثر من تكوينه، وللاطلاع عن بقية الاتفاقيات التمهيدية أنظر: جاك غستان، المرجع السابق، ص 335 إلى ص360. وبلحاج العربي، المرجع السابق، ص 130 البند 109إلى ص152.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 401.

الفقرة الأولى

تعريف خطابات النوايا.

خطاب النية أو مذكرة التفاهم أو ما يسمى بمذكرة رؤوس الإتفاق، هي عبارات تشير إلى قصد الدخول في علاقات تعاقدية مع الطرف المقابل في المستقبل، وهي اصطلاحات متشابهة من حيث المعنى والاستخدام، ولها أشكال مختلفة في الواقع العملي لذا فليس من السّهل تعريفها بدقة، ورغم ذلك فقد حاول البعض تعريفها بالقول بأنها « مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر، يعرب فيه عن رغبته تلك ويطرح فيه الخطوط العريضة للعقد المستقبلي المزمع ابرامه، ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها »[1] .

من خلال تعريفها يتضح أنها مستندات يمكن أن تصاحب كل الاتفاقيات والمباحثات التي تجري في مرحلة ما قبل التعاقد، أي المفاوضات بكافة أنواعها مطلقة أو عقدية، كما أن خطابات النوايا قد تكون مكتوبة على دعائم ورقية، وقد تكون مكتوبة على دعائم إلكترونية كالتي يتم إرسالها عن طريق البريد الإلكتروني أو غيرها مما تتيحه شبكات الاتصال الدولية والمحلية من وسائل نقل التعبير عن الإرادة.[2]

الفقرة الثانية

القيمة القانونية لخطاب النوايا (الصفة الملزمة).

الأصل أن خطاب النوايا غير ملزم لمن أصدره، كما أن تحديد القيمة القانونية لخطاب النوايا يعتمد على صياغته وعباراته. الأمر الذي يجعل محرري خطابات النوايا يحاولون عادة الابتعاد عن الألفاظ التي تدل على الالتزام اتجاه الطرف المقابل، لا سيما أن غايتهم هي رسم الخطوط العامة ووضع الإطار المبدئي للمفاوضات المستقبلية تمهيدا لإبرام العقد النهائي، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يحتوي خطاب التعبير عن النية ما يفيد وجود الالتزام، فقد يتضمن التزاما فعليا بما تم التفاوض عليه، كما وقد يذهب مضمون الخطاب إلى ما هو أبعد من ذلك، حيث يعد عقدا معلقا على شرط

[1] شيرزاد عزيز سليمان، نفس المرجع، ص401.
[2] نفس المرجع، ص402.

أو أكثر كموافقة الجهة المختصة كمجلس الإدارة في الشركة، أو قد يعلق على الحصول على ائتمان مصرفي أو ترخيص .....إلخ، وعندما يوافق عليه الطرف المقابل أو يتحقق الشرط يصبح الخطاب عقدا مكتوبا بينهما وينتج آثاره بأثر رجعي من يوم توقيع الخطاب الذي يحتويه فإن لم يتحقق زال كل أثر له.[1] فالخطابات هي مجرد التزام أخلاقي لا يصل إلى درجة التصرف القانوني الملزم،[2] غير أنه متى اشتمل خطاب النية على تعهد قاطع وحاسم بصدد ما تم الإتفاق عليه بين الطرفين وجب الالتزام به،[3] ويجب لفت الانتباه إلى أن خطاب النية حتى في الحالة التي لا يكون فيها متضمنا لالتزام قانوني، لا يجوز فيها لأي طرف أن يخل بالحد الأدنى من التزامات حسن النية التي سبق التطرق إليها، كتقديم معلومات مضللة أو محاولة خلق ثقة زائدة لذا الطرف الأخر ثم التهرب منها، لأن مثل هذه التصرفات تجعل هذا السند قد يرقى بآثاره إلى حد الالتزام القانوني أغراضها وأهدافها، والتي تتضح من خلال معانيها وألفاظها. وهو ما سنتطرق له فيما يلي:

الفقرة الثالثة

أنواع خطابات النوايا.

يمكننا التمييز بين عدة أنواع من خطابات النوايا وسنتطرق لها فيما يلي:

أولا :خطاب الدعوة للتعاقد. وهو خطاب يتضمن إعراب محرره عن رغبته في التعامل، مع المخاطب به وابرام عقد مستقبلي وفقا للأسس والعناصر المرفقة بالخطاب،[4] وقد يدعوه لوضع إطار لعملية ابرام العقد. وهو ما يسمى باتفاقية الإطار،[5] والذي قد يتضمن العديد من المواضيع التي تتعلق بتكوين العقد فتحدد فيه وقت بدء المفاوضات ومدتها والدراسات التي سيقوم بها كل طرف حول مختلف الجوانب

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 402. و هكذا تتنوع صيغ خطابات النوايا و من ثمة صفة الإلزام فيها و هو ما أشارت إليه بعض أحكام القضاء الفرنسي المشهورة استئناف مونبلييه Montpellier 01/10 /1985 . Dalloz 1985 ص 304ت عليق basseur لأن الصياغة مهمة لتحديد مدى الالتزام الوارد في خطاب النوايا ،نقلا عن تهميش رقم 1 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 100 البند 77.

[2] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص14.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص100 و 101 البند 77.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص403.

[5] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 75. و بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 105، البند 82 و83 « اتفاق الإطار يتم فيه تنظيم البنود الخاصة بالعقود التي تبرم في المستقبل و تسمى عقود التطبيق » طبقا لما أورده سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 73 و74.

الفنيه والمالية. ويحتوي هذا الإطار على تأكيد للالتزام بالحفاظ على السرية الواجبة والالتزام بقصر التفاوض.... وغيرها من الالتزامات المكفولة بموجب حسن النية في تكوين العقد.[1]

ثانيا : خطاب الدعوة للبدء في المفاوضات. وهو خطاب يتضمن دعوة محرّرة للطرف الآخر للبدء في المفاوضات حول العقد المزمع ابرامه، مع التأكيد على مواصلة التفاوض والتزام حسن النية في كل مرحلة ، ودون أي تحديد لأية عناصر أخرى تخص مسألة الإبرام كمدد وغيرها.[2]

ثالثا: خطاب مشروع العقد النهائي. وهو الخطاب الذي يفيد أن مرحلة المفاوضات قد تمخضت عن تصور واضح لمشروع العقد النهائي وبنوده، غير أن التوقيع على ذلك العقد والبدء في تنفيذه معلق على استيفاء بعض الشروط أو حدوث أمر معين، وهو ما يحدث عادة في مجال مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، والتنقيب على الثروات الطبيعية، فقد استقر العمل على أن التوقيع على العقد وبدء تنفيذه لا يتم إلا بعد الحصول على التراخيص الخاصة باستغلال براءة الإختراع أو المعرفة الفنية، والتراخيص الإدارية لمباشرة النشاط والدخول إلى المواقع، أو الحصول على تسهيل ائتماني أو قرض من إحدى المؤسسات المالية.[3]

فضلا عن الأنواع التي تم التطرق إليها فإن خطابات النوايا يمكن أن تتضمن الاتفاقات المبدئية التي يتم التوصل إليها خلال مرحلة التفاوض وارتضاها المحرر والمخاطب، مع النص على أن هذا الإتفاق غير ملزم إلا بعد توقيع النهائي، وهذه الاتفاقات يمكن أن تتعلق بالعقد المزمع ابرامه، أو ببعض الالتزامات السابقة والمستقلة عن العقد النهائي المزمع ابرامه،[4] وهي في كل ما سبق ذكره من أنواع تمثل مستندات معاصرة لمرحلة التفاوض، وضرورية عند التفاوض بشأن العمليات الضخمة كونها تسهل وتقارب بين وجهات نظر الطرفين وأهدافهم ومن ثّم إرادتهم، كما أنها تثبت وجود الاتفاقات الأولية والتي تم التوصل إليها بين الطرفين ومدى إلزامها (أي قيمتها القانونية)، بالإضافة

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 96 البند 74.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص403.
[3] نفس المرجع، ص404.
[4] نفس المرجع، ص404 و405.

إلى تبيين مدى مراعاة الطرف للالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية، والتي يجب أن تضل مكفولة من خلال هذه المستندات.[1]

نستنتج من خلال هذا العرض لمذكرات التفاهم وخطابات النوايا،[2] بأن الأطراف العازمة على التعاقد تتحاشى التصريح بأي التزام، وهذا يعني بأنها من حيث الأصل غير ملزمة لأطرفها. وعليه تبقى الأطراف ملتزمة بالتفاوض بحسن النية استنادا للمبدأ العام، مما يعني بأن التعبير عن الإرادة بهذه الطريقة لا يضيف التزاما جديدا.

الفرع الثاني

اتفاق التفاوض.

قد تلجأ الأطراف العازمة على التعاقد إلى وسائل تضمن وتعزز التفاوض بحسن نية، وذلك بهدف التقليل من تبعات (أي نتائج) سيادة مبدأ حرية التعاقد، والذي يبني هذه المرحلة على المجازفة (أي حرية قطع المفاوضات، والتفاوض مع أكثر من طرف وتحمل نتائج ذلك دون مسؤولية) لا على الالتزام، وكلما زادت القيمة المالية والاقتصادية للعقود المتفاوض عليها والتي تتطلب مفاوضاتها دراسات الجدوى وبذل المال والجهد والوقت في سبيل إنجاحها زادت الحاجة الماسة إلى ما يضمن عدم إهدار ما تم بذله من المال والجهد والوقت في سبيل إنجاحها،[3] خاصة وأن هذه المرحلة يمكن أن تشكل تهديدا للخبرات الفنية (المعلومات) والتي تم الكشف عنها خلال هذه الفترة، لا سيما بالنسبة للعقود التي يكون فيها محل العقد المنشود مما يخشى عليه من استخدام الطرف المقابل بمجرد الكشف عنه كبراءة الاختراع أو السر المهني، كما هو الحال بالنسبة لعقود نقل التكنولوجيا.[4]

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 94 و 95 البند 70 و71 و 72.

[2] هناك من يفرق بين مذكرات الإتفاق أو التفاهم وخطابات النوايا على أساس أن الأولى تتضمن قائمة بالأشياء المتفق عليها، من جانب محررها والطرف الأخر، أما خطاب النية فهو يحتوي على موضوعات يدعو فيها مصدر الخطاب الطرف الأخر للتفاوض حولها أنظر: (د أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص347) نقلا عن تهميش شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 403 .

[3] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 10 و 11.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 404.

وقد كانت الوسيلة المثلى التي تحقق لهم ذلك هي اتفاق التفاوض، والذي يظهر من خلال عقد التفاوض وهو ما سنقوم بدراسته فيما يلي :

الفقرة الأولى

تعريف اتفاق التفاوض.

من المعلوم لدينا أن القانون المدني الجزائري، وعلى غرار معظم التقنيات المدنية قد جاء خاليا من الإشارة إلى المرحلة السابقة للتعاقد في حد ذاتها. فمن طبيعي إذن ألاّ يتضمن هذا القانون ذكرا لعقد التفاوض ضمن العقود التي حرص على تنظيمها، ولذلك فقد عني الفقه والقضاء بتعريف هذا العقد الغير مسمى،[1] فقد عرفت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية C C I عقد التفاوض بأنه « عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض، أو بمتابعته، من أجل التوصل إلى ابرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده »[2]، ويعرفه البعض [3] بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص قبل الآخر بالبدء في التفاوض، أو بمتابعته بشأن عقد معين بهدف ابرامه.

أو يعرفه آخرون بأنه « عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته أو تنظيم سير المفاوضات، بغرض التوصل إلى ابرام عقد في المستقبل ». [4]

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 182.

[2] Cass : no . 3131 . 26 octobre 1979 .
عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 405، كما قد ورد تعريف له في حكم محكمة الاستئناف في باريس على أنه « عقد يلزم الأطراف ببدء أو مواصلة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد مستقبلي »
Paris 23 , cha 19 /05/1992 SA Les Nouveaux Constructeurs et c/ SA Zeus et autres.

و الحكم غير منشور أشار و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، الهامش 3 ص 405

[3] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 182.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 405. و محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 182 نقلا(عن أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي).

الفقرة الثانية

خصائص اتفاق التفاوض.

من الممكن استخلاص الخصائص التالية لعقد التفاوض وذلك من التعاريف التي ذكرناها:

أ – **إنه عقد حقيقي:** تتوفر فيه الأركان الأساسية اللازمة لقيام أي عقد، إذ أنه يتضمن التراضي وينصب على محل يتمثل في تنظيم المفاوضات، ومحاولة التوصل إلى ابرام العقد المنشود مســـتقبلا، كما أنه يتوفر على الشروط القانونية الأخرى التي يتطلبها القانون.[1] إنّ محل عقد التفاوض يتضمن تعهدا بالبدء في التفاوض ومواصلته وفقا لمنهجية معينة يتفق عليها طرفان، فالأمر لا يتعلق هنا بمجرد الإتفاق على التفاوض المطلق.[2]

ب – **إنه عقد رضائي:** يعد عقد التفاوض كقاعدة عامة عقدا رضائيا، حيث يكفي لانعقاده أن يتم التراضي بين الطرفين على الدخول في التفاوض وتنظيمه.[3]

ج – **إنه عقد تمهيدي أو تحضيري:** حيث بمقتضاه تبدأ مسيرة المفاوضات التي تمهد لإبرام العقد النهائي المنشود، ويتم تنظيم علاقات طرفي التفاوض على نحو يقود إلى إتمام العقد المنشود [4] وكل ذلك دون الالتزام بإبرام هذا العقد، كون عقد التفاوض يتضمن التزاما بالتفاوض لا بالتعاقد،[5] فقد تفشل المفاوضات ولا يبرم العقد المنشود دون أدنى مسؤولية، لكن إذا كان عقد التفاوض تمهيديا ويتم في المرحلة السابقة للتعاقد، إلاّ أنه يتميز عن غيره من العقود التمهيدية، كالوعد بالتعاقد المنصوص عليه في المادة 71 من القانون المدني والذي نظمته أغلب التقنينات المدنية ضمن قواعدها العامة.[6] والذي يشكل عقدا مستقلا لا ينعقد صحيحا إلا إذا تم التراضي على جميع العناصر الأساسية لإبرام العقد النهائي. وسنحاول التطرق أكثر لما يميز هما عن بعضهما أثناء توضيح للالتزامات الناشئة عن التفاوض، حتى نبين الفروق الجلية بينهما ،كما أنه يتميز كذلك عن الوعد بالتفضيل وهو عقد لا يلزم

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 405، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 116 البند 94.

[2] الإتفاق المطلق بالتفاوض يتم بموجب دعوة للتفاوض ثم دخول مباشرة في التفاوض دون وجود عقد متكون من إيجاب ينظم التفاوض و قبول له.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 406.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 406. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 116 البند 94.

[5] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص116 البند 94. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص406.

[6] توافق المادة 101 من القانون المدني المصري.

الواعد فيه بالتفاوض مع المستفيد إلا إذا قرر الواعد ابرام العقد النهائي، حينئذ يلتزم الواعد بعرض التفاوض بشأن هذا العقد، على المستفيد منه قبل غيره، وقبل ذلك لا يكون للمستفيد أي حق على الواعد، في حين أن عقد التفاوض ينشئ التزاما نهائيا بين الطرفين بالتفاوض بشأن العقد المنشود. [1]

د –**إنه عقد مؤقت:** هو عقد مؤقت بطبيعته فهذا العقد ليس مقصودا لذاته، وإنما وجد بقصد تنظيم المفاوضات، فإذا انتهت المفاوضات (سواءا بإبرام العقد النهائي أو عدمه) زال كل أثر لعقد التفاوض.[2]

الفقرة الثالثة

الالتزامات الأساسية الناشئة عن عقد التفاوض.

متى أبرم عقد التفاوض صحيحا، ترتبت عليه عدة التزامات أساسية: والتي تتفرع عن التزام جوهري هو التزام التفاوض بحسن نية، ومن أهم هذه الالتزامات التزام الدخول في التفاوض والاستمرار فيه،[3]والتزام المحافظة على سرية المعلومات،[4] هذا بالإضافة إلى الالتزام بحظر القيام بمفاوضات موازية،[5] وبالإضافة إلى ذلك قد يتضمن عقد التفاوض التزامات محددة تقع على عاتق الطرفين أو أحدهما، يختلف مضمونها تبعا لما تم الإتفاق عليه، وتتعلق بوضع آليات التفاوض وتحديد مساره الموضوعي أو الإجرائي، كتحديد مكان التفاوض وزمانه ومدته وأشخاصه .. والإتفاق على من يتحمل مصروفات الدراسات التي تتطلبها عملية التفاوض .....إلخ [6]

إن وجود إطار عقدي لكل هذه الالتزامات التي تنظم المفاوضات هو ما يميز هذا العقد. وكما نستخلص مما سبق أن عقد التفاوض يتميز من حيث التزاماته عن الوعد بالتعاقد (المادة 71و72 من

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 190 بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 143 البند 122 و123.
[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص116 البند 94. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 190.
[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 117 البند 95. و الالتزام بحسن نية هو التزام بتحقيق نتيجة في عقد التفاوض ، و من تم لا يستطيع المتفاوض دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لكي يكون حسن النية فلم يستطع أنظر نقض تجاري فرنسي .03/20/ 1972 J.C.P 1973. 17543 تعليق (J) shmis عن نفس المرجع .
[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص122 البند100.
[5] نفس المرجع، ص120 البند 99.
[6] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 191 و192.

ق م ج)[1] حيث يتضمن هذا الأخير وعدا نهائيا بإبرام العقد، سواءا كان الوعد صادرا من الواعد وملزم له، أم منه ومن الموعود له فيكون إلزاميا لهما. كما أن الوعد بالتعاقد– و سبق أن أشرنا إلى ذلك– لا ينعقد صحيحا، إلا إذا تم التراضي على جميع العناصر الجوهرية لإبرام العقد النهائي،[2] وفي الوعد بالتعاقد يبرم العقد النهائي بإظهار الموعود له رغبته في التعاقد دون أي إجراء آخر.[3] كما أنه إذا نكل الواعد بوعده كان للقاضي أن يحكم بانعقاد العقد، و يقوم الحكم مقام العقد النهائي، كما وأن الوعد بالتعاقد قد يتطلب الشكلية القانونية لإجرائه إذا ما كان الوعد ينصب على العقار أو الأشياء الأخرى التي يتطلب القانون الشكلية لإبرام العقود بشأنها،[4]وكل ذلك لا يتوفر في شأن عقد التفاوض فهو ملزم ملزم لطرفيه، كما أنه لا يلزم هؤلاء بالتراضي على العناصر الجوهرية للعقد النهائي. وإنما هو يلزمها ببذل محاولة للتوصل إلى ابرام العقد النهائي المنشود. أي يولد التزاما بوسيلة وليس بتحقيق نتيجة.[5]

بمعنى أنّ الطرفين يلتزمان فقط ببذل الجهود من أجل التوصل إلى ابرام العقد النهائي المتفاوض عليه، وهذا لا يعني أنه من الضروري أو الحتمي أن يتم التوصل إلى ابرام العقد المنشود، فقد يتحقق ذلك أو لا يتحقق. فإذا لم تكلل مساعيهما الجادة في التوصل إلى اتفاق نهائي يحظى برضائهما، ولم يتم بالتالي ابرام العقد، فلا تترتب على أي منهما المسؤولية، وذلك مالم يكن أحدهما قد أخل بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، إذ يجب على طرفي عقد التفاوض تحقيق الالتزام بحسـن النيــة في كل مراحــل التفاوض، على اعتبار أنه التزام بتحقيق نتيجة، وابرام عقد التفاوض يجعل من الالتزام بحسن النية قائما على أساس المسؤولية العقدية لا التقصيرية.

---

[1] وقد حاولنا مقارنته بالوعد بالتعاقد على اعتبار أنه عقد مسمى ومنظم بموجب قواعد القانون المدني حتى نقدم توضيح أكثر لعقد التفاوض من خلال هذه المقارنة خاصة و أن كل منهما يعتبر عقد تمهيدي مؤقت.

[2] لا يكون للوعد بالتعاقد أي أثر قانوني إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه المحكمة العليا، الغرفة المدنية م 1990/03/26 رقم 56500 المجلة القضائية 1992 العدد 2 ص112، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص106.البند 85 تهميش رقم 3.

[3] (المحكمة العليا الغرفة المدنية 2001/05/23 ملف رقم 247607 مجلة المحكمة العليا 2004، العدد 2،ص119، و عن نفس الغرفة 2004/05/24 ملف رقم 223852 المجلة القضائية 2001 العدد 1 ص138 و كذلك 1993/12/22 ملف رقم 1066776 المجلة القضائية العدد 2 ص27)نفس المرجع، ص 106. البند 85 تهميش رقم 2.

[4] (المحكمة العليا ،الغرفة المدنية 04/17 /1996 ،المجلة القضائية سنة 1996 عدد 1 ص90. 100. 101 . 102 .قضية رقم 154760 و القرار 1997/07/07المجلة القضائية للمحكمة العليا قضية رقم 25699 و المحكمة العليا مجتمعة 1997/2/18 ملف رقم 136156م ق 1997 العدد1 ص10) نفس المرجع، ص 106 البند 85 تهميش رقم 3.

[5] و هو ما ورد في إحدى محاكم النقض الفرنسية، نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق ،التهميش رقم 3 ص407. Cassation Commerciale 22/5/1978 d 1978 p408 .

وهكذا ومن خلال الالتزامات التي يرتبها عقد التفاوض بين الطرفين المتفاوضين، نستنتج أن وجود عقد التفاوض بين الأطراف المتفاوضة لا يعني أن حريتهما قد زالت، بأن يظل كل طرف متمتعا بكامل حريته في ابرام العقد النهائي من عدمه. وليس لعقد التفاوض سوى حمل الطرفين على اتباع جاد لحسن النية أثناء التفاوض على العقد.[1]

الفقرة الرابعة

صور التفاوض الاتفاقي

الأصل أن يتم عقد التفاوض بصورة مستقلة، حيث يتفق بموجبه الطرفان على التفاوض[2] وفق تنظيم معين لعملية التفاوض وإجراءاتها، لكن قد يتم الإتفاق على التفاوض وتنظيمه بصورة شرط أو بند مدرج في عقد أصلي قائم بين الطرفين، وهو ما يطلق عليه شرط إعادة التفاوض وهو شرط متعارف عليه في مجال التجارة الدولية، ومثال هذه الصورة يكون بصفة خاصة في العقود ذات التنفيذ المستمر لا سيما العقود التجارية والصناعية، إذ نظرا لتغير الظروف الاقتصادية المحيطة بمثل هذه العقود. والتي قد تؤدي إلى اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، فيحرس الأطراف على إدراج شرط التسوية الودية للمنازعات – في حالة نشوئها – ضمن مضمون العقد، والذي بموجبه يلتزم الطرفان على التفاوض قبل اللجوء إلى القضاء، كما أنه قد يكون الغرض من شرط إعادة التفاوض بحث إمكانية تمديد أو تجديد العقد لفترة زمنية أخرى وهو ما يسمى بشرط المستقبل. ففي العقود ذات المدة المحددة وخاصة الهامة منها مثل عقود التوريد يحرص الطرفان على إدراج شرط المستقبل، والذي يلزمهما بالدخول في التفاوض عندما تنتهي مدة هذا العقد،[3] أو توشك على الانتهاء ، وذلك للنظر في إمكانية تمديده لفترة أخرى، أو لإعادة ابرامه بشروط جديدة، ونستخلص مما سبق بأن اتفاق التفاوض

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 408، ومحمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص191.

[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص407.

[3] بالإضافة ما تم ذكره كأمثلة لشرط إعادة التفاوض أو شرط التفاوض الاتفاقي الناتج عن بند في العقد فإن العقد الجزئي المنصوص عليه في المادة 65 ق م ج (والذي سبق و أن تطرقنا له في حديثنا عن الالتزام ببدء التفاوض أو الاستمرار في التفاوض) وحتى عقد الوعد بالتفضيل، ينتج عنهما التزام تعاقدي بالتفاوض بحسن النية، فبالرّغم من اختلافهما عن عقد التفاوض كعقد له التزاماته الخاصة به ومع احتفاظ كل عقد بخصوصيته ففي عقد التفضيل يكون الالتزام بالتفاوض بحسن نية على عاتق الواعد فقط ومعلق على شرط واقف هو إبداء الرغبة في ابرام العقد فهما ليسا شيئا واحدا إلا أنهما يحتويان على الشرط التفاوض الاتفاقي والذي يترتب عليه الالتزام بالتفاوض و الاستمرار في التفاوض بحسن نية طبقا لعقد قائم بين الأطراف المتعاقد، وللمزيد عن الوعد بالتفضيل بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 142 البند 121.

يجعل التزام حسن النية في تكوين العقد مؤكدا بالإتفاق أي بالعقد الذي ينص عليه، خاصة بالنسبة للقوانين التي لا تعترف به كقاعدة عامة، مما يعني أن الالتزام يبنى في هذه الحالات على الإتفاق الصريح وتصبح المسؤولية الناشئة عنه مسؤولية تعاقدية بدلا من كونها تقصيرية،[1] كما أن وجود إطار عقدي للالتزامات الناشئة عن حسن النية يجعل إمكانية التحقق من خطأ المتفاوض وترتيب المسؤولية أيسر.

الفرع ثالث

الاتفاقات المبدئية.

تتضمن تسمية الاتفاقات المبدئية مجموعة من المفاهيم التي قد تختلف أحيانا بشكل جدري، لأن الإتفاق المبدئي غامض لا يفصح بذاته عن حقيقة مدلوله على نحو يصعب معه التعريف على هذا المدلول إلا من خلال المجالات التي يستخدم فيها والحالات الواقعية التي يقدمها القضاء والفقه كتطبيق له.[2]وعموما يمكن أن ترد اتفاقات المبدأ إلى أحد المفهومين المختلفين كما يمكن أن ترد إليهما معا. وسوف نتطرق لهما فيما يلي:

المفهوم الأول: وفيه يكون معنى الإتفاق المبدئي، اتفاق على مشروع العقد المنشود، وذلك من خلال الإتفاق على موضوع العقد، أي الإتفاق على إجراء عملية قانونية معينة كالبيع أو الإيجار أو قرض ومن تم تحديد عناصر وشروط ابرام ذلك العقد، تمهيدا لإقراره اقرارا نهائيا يتحقق به التراضي البات من الطرفين، لأن هذا الإتفاق غير ملزم بذاته لطرفيه، الأمر الذي يستدعي وجود إقرار أو تأكيد لاحق يحول الإرادة المتوصل إليها من خلال الإتفاق المبدئي إلى إرادة باتة ونهائية يبرم من خلالها العقد المنشود. [3]

المفهوم الثاني: و يكون الإتفاق المبدئي هنا بقبول الطرفين لمبدأ التعاقد فيما بينهما في غيبة الإتفاق على العناصر الجوهرية اللازمة. فالإتفاق المبدئي هو ما تم التوصل إليه من تراضي بين الطرفين

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 410.
[2] جاك غستان، المرجع السابق، من ص 337 إلى ص358. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص410.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص411. اتفاق تام دون أن يكون بات، وهو ما يسمى بالإتفاق المرحلي كذلك أنظر: سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 75.

على هدف التعاقد، مع عدم الإتفاق بعد على العناصر الجوهرية للعقد المنشود وسعيهم في سبيل الإتفاق عليها.[1]

ويميز الفقه بين اتفاق المبدأ والإتفاق على التفاوض من حيث أن الإتفاق على التفاوض يعني أن الطرفان قد وضعا آليات ومناهج لإدارة المفاوضات (كتحديد مكانها وزمانها ومدتها وأشخاصها، ووسائل إثباتها وإلى ما هنالك من عناصر تشكل آليات التفاوض). بينما اتفاق المبدأ يعني بأن الطرفان يريدان التفاوض على المسائل التي لم يتفق بشأنها بعد، لكن دون تنظيم للمفاوضات، والتي تبقى مطلقة خاضعة للمسؤولية التقصيرية.[2]

ومن خلال ما سبق تبيينه نستخلص بأن اتفاق المبدأ ليس اتفاقا نموذجيا بل أنّه ذو مضمون متغير يختلف من اتفاق إلى أخر، بحسب ما ورد فيه من مصطلحات صياغته.

خصائص اتفاق المبدأ:

يسبق اتفاق المبدأ العقد المنشود، إذ أنه يتم في المرحلة السابقة على ابرام العقد النهائي، كما أنه ليس بات ومحله هو ضرورة ابرام العقد المنشود وليس التفاوض بشأنه، ويتميز بالخصائص التالية: [3]

1 – إن الإرادة المكونة لاتفاق المبدأ هي إرادة أولية لم تصل بعد إلى مرحلة النضوج الذي يؤهلها لتقيد صاحبها، ومن تم فهو غير بات. وغير نهائي لأنه يحفظ لصاحب الإرادة حرية العدول عن التعاقد.

2 – يعد اتفاق المبدأ مرحلة وسطى بين مطلق المفاوضات وبين ابرام العقد النهائي، فهو يحقق تراضي مبدئي على العقد المنشود، ولكن يظل دون العقد المنشود الذي يستلزم لإبرامه إرادة تامة باتة ونهائية.

3 – إن اتفاق المبدأ له قابلية الإقرار بعمل إرادي، ومن ثم يصبح عقدا نهائيا ملزما وتترتب أثاره.

[1] شيرزاد عزيز سلمان، المرجع السابق، ص 411 (اتفاق مبدأ التعاقد فقط).
[2] و في هذه الحالة يكون الالتزام بالتفاوض وتنظيمه ناتج عن شرط التفاوض العقدي وهو مثل ما تم توضيحه من قبل بشأن النص على التزام التفاوض من خلال العقد النهائي، شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص411.
[3] نفس المرجع، ص412.

القيمة القانونية لاتفاق المبدأ:

يرى البعض[1] أن اتفاق المبدأ يظل خارج مجال التعاقدي، أي أنه لا يرتب أي التزامات تعاقدية على عاتق الطرفين، ويظل محكوما بمبدأ حرية الإرادة، ولكن وبالرّغم من خضوعه لمبدأ حرية الإرادة إلا أن طرفيه يلتزمان بمبدأ حسن النية في تكوين العقد، وعليهم الالتزام بجميع مقتضياته، ولا يصبح هذا الالتزام تعاقديا بسبب وجود اتفاق المبدأ، مادام الإتفاق لم يتضمن نصا صريحا بالالتزام به، أما إذا كان من ضمن ما ورد في اتفاق المبدأ ما يفيد، الالتزام بحسن النية وتطبيق مقتضياته من قبل الأطراف الداخلة في التفاوض والمبرمة لاتفاق المبدأ، وجب احترام هذا الالتزام العقدي النابع عن اتفاق المبدأ.

ومن خلال ما تم تطرق إليه في هذا المطلب حاولنا تبيين مدى وجود حسن النية ومقتضياته بالنسبة للاتفاقات التمهيدية التي تتم في المرحلة السابقة للتعاقد وكذلك بالنسبة للمستندات المعاصرة لهذه الفترة (خطابات النوايا) والتي تظهر بالتحديد في عقود التجارة الدولية.

المطلب الثالث

المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد.

طبقا للقواعد العامة فإنه متى أخل أحد الأطراف بتنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمته. تتحقق مسؤوليته عن هذا الإخلال، فقياسا على ذلك وفي المرحلة السابقة للتعاقد يتعين على الأطراف المتفاوضة احترام الالتزامات المتبادلة والتي يرتبها مبدأ حسن النية على عاتق الأطراف في هذه الفترة، أما إذا انطوى سلوك المتفاوض على مخالفة ما يقتضيه مبدأ حسن النية من التزامات تتحقق مسؤوليته،[2]ووجب عليه تحمل جزاءات هذا الإخلال، وهو ما سنتناوله من خلال هذا المطلب.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 412.
[2] ايناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 957. أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص28.

سنوضح المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في الفترة السابقة للتعاقد، من خلال تحديد طبيعة هذه المسؤولية خاصة وأن هذه الالتزامات تكون قبل ابرام العقد من جهة، كما أنها يمكن أن تكرس بموجب اتفاق أو عقد تفاوض من جهة أخرى. الأمر الذي أدى إلى وجود جدل فقهي حول تحديد طبيعتها، هل هي عقدية أم تقصيرية، كما سنتناول الجزاءات التي ترتبـها هذه المسؤولـية، لكن قبل ذلك سوف نتطرق لشروط قيام المسؤولية في هذه الفترة وذلك بغض النظر عن طبيعتها والتي سنتناولها في الأخير.

الفرع أول

شروط المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في الفترة السابقة للتعاقد.

لا تتحقق المسؤولية المدنية في الفترة السابقة للتعاقد إلا بوجود شروطها والعناصر المكونة لها من خطأ وضرر وعلاقة السببية.[1]

الفقرة الأولى

الخطأ قبل التعاقدي.[2]

يشترط أن يكون الخطأ في مرحلة التفاوض واضحا وبينا،[3] لأنه بغير ذلك سيتم الإضرار بمبدأ سلطان الإرادة ومن ثم التأثير على الثقة بالتعاملات التجارية، فعلى الرّغم من الواجبات التي يرتبها مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، غير أنّ مبدأ سلطان الإرادة يظلّ سائدا في هذه المرحلة من خلال ضمانه لحرية التعاقد.[4]

---

[1] إن العناصر الأساسية المكونة للمسؤولية المدنية (من خطأ و ضرر و علاقة سببية) هي واحدة في نوعيها تقصيرية أو عقدية الأمر الذي جعلنا نحاول دراسة أركان هذه المسؤولية بغض النظر عن طبيعتها التي سنتطرق لها فيما بعد، لكن بالرّغم من ذلك يجب عدم الإخلال بالفوارق الجوهرية عند الأخذ بالمسؤوليتين من حيث، (الإعذار، الأهلية، التضامن). محمد صبري سعدي (المسؤولية التقصيرية) المرجع السابق، ص 17. و السنهوري، المرجع السابق (الوسيط مصادر الالتزام المجلد 2)، بند 510، ص 1045 وما بعدها.

[2] تم تعريف الخطأ على أنه "الخطأ هو إخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن تمييز أو إدراك فالخطأ عنصران مادي هو الإخلال، ومعنوي هو تمييز أو الإدراك" (علي حسن الذنون، النظرية العامة للالتزام، طباعة على نفقة الجامعة المستنصرية، 1976، ص 233) نقلا عن إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص958.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 179 البند 166. أمين دواس ، المرجع السابق ،ص 188.

[4] أمين دواس، المرجع السابق، ص 188.

ويكون الخطأ واضحا في حالة مخالفة سلوك الشخص لمقتضيات حسن النية في هذه المرحلة، كأن يتم قطع المفاوضات دون سبب مشروع وبعد وصولها إلى مرحلة متقدمة في سبيل ابرام العقد المنشود بشكل مخالف لمبدأ حسن النية،[1] كما يعد الإخلال بالالتزام بالإعلام والتبصير والنصيحة والتحذير أثناء تفاوض نموذجا بيّنا على خطأ المدين به في مرحلة التفاوض.[2]ويتمثل خطأ المتفاوض كذلك في إفشاء الأسرار والبينات التي تم اطلاعه عليها أثناء التفاوض. وعدم التزامه بالتعاون وبشرط قصر التفاوض إن وجد، وعدم جديته في الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها، فضلا عن قيامه باستفزاز المتفاوض الآخر بأساليب غير مقبولة، كتقديم شروط غير معقولة لحمله على إنهاء التفاوض.[3]

ومما سبق يتضح لنا أن خطأ المدين في مرحلة المفاوضات يتخذ صورا مختلفة، وألوانا متعددة، فقد يكون ذو طابع سلبي أو إيجابي، فالطابع السلبي مثلا يكون عند اتخاذ المدين موقف المتفرج من دائنه المتعامل معه، جاهلا بكل التفاصيل والعناصر الضرورية المتصلة بالعقد، كعدم قيامه بالاستعلام وسكوته وكتمانه للمعلومات رغم علمه بها، وعدم تعاونه مع طرف الأخر. أما الموقف الإيجابي لخطأ المدين فقد يتمثل في قيامه بتقديم معلومات غير صحيحة، فيحمل المتعاقد الآخر على توهم صدق ما بينه له، (كما لو كذب البائع على الراغب في الشراء فدفعه إلى ابرام العقد)،[4] أو قيامه بإفشاء الأسرار أو استغلالها بدون إذن صاحبها، وغيرها من السلوكيات الإيجابية والتي قد سبق وأن تعرضنا لها.

والخطأ قبل التعاقدي لا ينحصر في ضرورة وجود نية الإضرار لدى مرتكبه بالطرف الأخر، لأن الغاية في نطاق المسؤولية المدنية هي جبر الضرر وليس العقاب، ومن ثم فإنه لا يلزم توافر نية الإضرار بالطرف الآخر لقيام المسؤولية، بل يكفي عدم مراعاته للثقة المشروعة التي تولدت في نفس الطرف الآخر نتيجة سلوك مرتكب الخطأ، أو إهماله لهذه الثقة المشروعة حتى تتحقق مسؤوليته،[5] ويكون بذلك منحرفا عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر. والجدير بالذكر أنه

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص178 البند 164. تهميش رقم 2.
[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 178 البند 164.
[3] ايناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 957. وبلحاج العربي، المرجع السابق، ص179 ، البند 164.
[4] ايناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 958.
[5] أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 310 وأمين دواس، المرجع السابق، ص 186.

إذا وجد اتفاق التفاوض بين الطرفين (كعقد تفاوض) فإن مجرد الامتناع عن البدء في التفاوض يعد خطأ عقديا في حد ذاته،[1] وذلك لأن الالتزام بالدخول في التفاوض هنا هو التزام بتحقيق نتيجة. ويتضح لنا من خلال ذلك أن نوع الخطأ يختلف بين تقصيري أو عقدي، بحسب وجود عقد يكرس كل هذه الالتزامات أو بعضها من عدمه.

الفقرة الثانية

الضرر.

إن وقوع الخطأ من جانب المدين بالالتزام بمقتضيات حسن النية في هذه المرحلة لا يكفي وحده لقيام المسؤولية، وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضررا يصيب الطرف الآخر، وقد يكون الضرر ماديا أو أدبيا، فالأول قد يتمثل في الخسارة المالية التي تكبدها المتضرر في سبيل إنجاح هذه المفاوضات، والفرص التي فاتته بسبب ذلك ومصاريف الدراسات الفنية والتقنية والخبرة ،بالإضافة إلى الوقت الذي أمضاه في المفاوضات وتفويت الفرص، وكذلك ضياع حقوقه المالية كمعلوماته السرية التي تم إفشاؤها أو استغلالها بدون إذنه وإلى غير ذلك من أنواع الخسارة المالية.[2]

في حين يتمثل الضرر المعنوي أو الأدبي في كل ما يمس المتفاوض في كرامته أو سمعته أو اعتباره، كأن يؤدي فشل التفاوض إلى الإساءة إلى السمعة التجارية أو المدنية للطرف المتضرر، وإثارة الشكوك حول قدرته المهنية، من جراء إفشاء أسراره ومهاراته الفنية أثناء المفاوضات أو بمناسبتها،[3] وهو ما نصت عليه المادة 182 من القانون المدني الجزائري[4]، وقد استقر القضاء والفقه [5] على أنه وطبقا لقواعد المسؤولية المدنية لا يشمل التعويض إلا الضرر الذي تتوفر فيه الشروط القانونية، بأن يكون ضررا محققا، ومباشرا ومؤكدا، أما الضرر الاحتمالي أو الغير مباشر في مرحلة المفاوضات فقد لا يشمله التعويض،[6] كما أن تقدير قيمة الضرر يخضع للسلطة التقديرية

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 180 البند 167.
[2] بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 181، البند 170. و ايناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 958.
[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص و ص 182، البند 170. و يناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 959.
[4] و تنص المادة على « يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة »
[5] في فرنسا ومصر و الجزائر و سوريا و الأردن أنظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، البند 171، ص 183.
[6] و يكون الضرر محققا إذا وقع بالفعل المواد(131. 182 182 مكرر من القانون المدني الجزائري)

لقضاة الموضوع والتي يخولها لهم القانون، دون معقب عليهم في ذلك من المحكمة العليا، طالما أنهم عللوا قرارهم تعليلا كافيا وقانونيا.[1]

الفقرة الثالثة

العلاقة السببية.

إنّ العلاقة السببية بين الخطأ قبل التعاقدي و الضرر هي الركن الثالث لقيام هذه المسؤولية. ويعتبر هذا العنصر متوفرا إذا ثبت أن الضرر الحاصل يعد نتيجة للخطأ المرتكب، أي أن الضرر له صلة مباشرة بالخطأ الذي ارتكبه المتفاوض المخل بمقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد. أما في حالة مساهمة المتضرر في الضرر كما في حالة قطع المفاوضات بسبب عدم تعاون الطرف الآخر وعدم تقديمه للمعلومات اللازمة، فهنا إما أن تنتفي المسؤولية كليا عن العادل، أو توزع المسؤولية قبل التعاقدية بين طرفي الخصومة.[2]

وتجدر الإشارة إلى أنه يتعين على المدعي بالتعويض إقامة الدليل على قيام رابطة السببية ما بين الخطأ والضرر، وعلى محكمة الموضوع أن تبين في حكمها توافر هذه الرابطة، وإلا كان في حكمها قصورا يستوجب النقض.[3]

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، البند171، ص 183،التهميش رقم 1 (المحكمة العليا. الغرفة المدنية 6/03/ 1985 ملف رقم 34034 المجلة القضائية 1989 العدد4 ص36).

[2] أمين دواس، المرجع السابق، ص 188 .

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 185 البند 175. و محمد صبري السعدي، (المسؤولية التقصيرية) المرجع السابق، ص 106.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد.

الفقرة الأولى

التنفيذ العيني.

ذهب جانب من الفقه[1] إلى جواز الحكم بالتنفيذ العيني[2] عن المسؤولية في قطع المفاوضات[3] الممهدة للتعاقد، إلا أن هذا الرأي لم يلق قبولا، فعلى الرّغم من أن التنفيذ العيني هو الأصل في القانون المدني الجزائري. وفقا للمادة 164 من القانون المدني الجزائري وما يليها، إذ يجب الأخذ به كلما أمكن ذلك.[4] بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الضرر والمتمثل هنا في قطع المفاوضات،[5] إذ أن الفقه في مجموعه ذهب إلى استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض. وذلك لأن الأخذ به يعني إلزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصولا إلى تحقيق العقد النهائي بالقوة. خلافا لما يريده أحد الأطراف على الأقل، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية.[6] وعليه فمهما وجدت عقود أو اتفاقيات تفاوضية، لا يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني وإكراه الطرف الآخر على ابرام العقد، لأن الالتزام بالتفاوض يلزم الأطراف بالتفاوض مع مراعاة المقتضيات الأخرى لحسن النية دون أن يلزمهم بالتعاقد، [7] والقاضي لا يستطيع أن يخلق إرادة تعاقدية ويحل محل إرادة الأطراف دون سند قانوني ويبرم عقد لم تتفق بشأنه إرادة الأطراف، غير أنه يستطيع جبر الضرر بالتعويض وفقا لأسلوب التنفيذ بمقابل.[8]

---

[1] أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 311. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 347 حيث أشار إلى أن الإرادة الغير جدية والهازلة تؤدي إلى ابرام العقد، وذلك طبقا لنظرية الإرادة الظاهرة وهذا إذا كان الطرف المقابل لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بأن التعبير الذي وجه إليه هو تعبير هازل.

[2] المادة 164 ق م ج ، والمادة 1/203 من القانون المصري و المادة 246 من القانون العراقي .

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 186 ، البند 176.

[4] صبري سعدي أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ص21 وما يليها، تهميش رقم 2 بلحاج، المرجع السابق، ص 187 البند 178.

[5] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 187، البند 178.

[6] ايناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص959. و بلحاج العربي، المرجع السابق، ص188 البند 178. أمين دواس، المرجع السابق، ص189، أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص311.

[7] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 63.

[8] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 190، البند 180.

وحتى بالنسبة للالتزامات الأخرى المتفرعة عن مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، فلا نتصور إمكانية التنفيذ العيني في الإخلال بالتزام السرية،[1] ولا في الالتزام بالجدية،[2] والالتزام بقصر التفاوض،[3] فكلها اعتبارات تستلزم قدرا كبيرا من التزام التعاون والتواصل. ويستحيل تنفيذها عينا بعد خرقها وهكذا يظل التنفيذ بمقابل أي بدفع بدل نقدي أو التعويض هو الجزاء الملائم في مرحلة المفاوضات.

الفقرة الثانية

التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض.

نصت المادة 176 من القانون المدني الجزائري، على أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه. كما نصت المادة 182 منه على أنه إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره وفقا لما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، ويشمل التعويض الأضرار المادية والأضرار المعنوية والتي تمس بالحرية والشرف وسمعة وغيرها وفقا للمادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري. فإذا نكل المتفاوض عن التنفيذ العيني لالتزام من التزامات حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، لم يكن أمام المتفاوض الآخر إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل، وهنا يجب أن نميز بين حالة وجود عقد تفاوض من عدمه، حيث أنه في حالة وجود عقد فإن المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامات هي عقدية لا تقصيرية، ويختلف التعويض بناءا على ذلك.

من المعلوم أن المسؤولية المدنية أيا كانت عقدية أو تقصيرية، لا يجوز المطالبة بالتعويض فيها سوى عن الضرر المباشر لعدم الالتزام بمقتضيات حسن النية في التفاوض، وفي حالة المسؤولية العقدية فإنه يتم طلب التعويض عن الضرر المباشر ومتوقع فقط، بينما تشمل المسؤولية التقصيرية الضرر المباشر المتوقع والغير متوقع على السواء.[4]

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 373.
[2] نفس المرجع، ص 348.
[3] نفس المرجع، ص 394، وما أورده بشأن قضية شركة Gallay و شركة Alvat التي طالبت بتعويض نتيجة الإخلال بالالتزام بقصر التفاوض.
[4] أمين دواس، المقال السابق، ص 189.

وعلى أية حال فإن الأضرار التي يمكن أن يتم التعويض عنها عند الإخلال بمقتضيات حسن النية في التفاوض لا تقع تحت الحصر [1] نظرا لاختلاف طبيعة المفاوضات من عقد لأخر، فضلا على تعدد الالتزامات المنبثقة عن حسن النية في التفاوض، ومع ذلك سنحاول تبيين جزاء الإخلال بكل التزام على حدى فيما يلي:

أولا : جزاء الإخلال بالجدية في التفاوض. جزاء الإخلال بالتزام الجدية في التفاوض هو التعويض وفقا للقوانين الداخلية،[2] والاتفاقيات الدولية، [3] وهو ما قضت به المحكمة المصرية [4] إعمالا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ثانيا: جزاء قطع التفاوض بسوء نية . بالرّغم من أن مرحلة التفاوض مليئة بالمساومات والأخذ والرد بين الطرفين، إذ أن كل طرف يسعى لإقناع الأخر بما يريده، ولهذا فهي تتضمن عروض غير باتة للمتفاوض الحرية الكاملة في قطعها – وفقا للفقه التقليدي –[5] متى أراد، إلا أن الفقه والقضاء الحديث[6] الحديث[6] يرتب المسؤولية والتعويض كجزاء عن قطع المفاوضات بسوء نية، أي بدون مبرر مشروع، وبما أن حسن النية مفترض فإن المفاوض لا يلتزم بأن يثبت وجود المبرر المشروع لانسحابه من المفاوضات كوجود أسباب اقتصادية بحتة وإنما يقع على المضرور عبء إثبات سوء نية القاطع، وذلك بعدم مراعاته للثقة التي ولدها[7] هو لدى الطرف الآخر ومن ثم فإنه استعمل حقه بطريقة

---

[1] نفس المرجع، ص. 190.
[2] جاك غستان، المرجع السابق، ص 232. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، التهميش 1 ص 317.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص347.
[4] نقض مدني مصري في 1966/1/27 مجموعة أحكام النقض س17 ص 18 رقم 24 ،نقلا عن شيرزاد المرجع السابق ص 347.
[5] شيرزاد العزيز سليمان، المرجع السابق، ص 357. و عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد)، ص 238 و أشار بدوره إلى بلانيول.
[6] المحكمة العليا الهولندية قررت « على الأطراف عند التفاوض على العقد أن يتصرفوا وفقا لمعيار العدالة والمعقولية و التي تفرض على أي منهما الأخذ بالحسبان المصالح المعقولة للطرف الأخر » وقضت محكمة النقض الإيطالية في النقض المدني الإيطالي 1960/4/4 أنه « إذا كان أحد الطرفين في أثناء المفاوضة، قد أحدث في نفس الأخر ثقة معقولة في ابرام العقد ثم قطع المفاوضات دون سبب معقول، أو بسوء نية فإنه يكون ملزما بتعويض الأضرار في حدود المصلحة السلبية، أي المقصورة على المصاريف التي يكون قد أنفقها في سبيل ابرام العقد أو على الخسائر التي تكبدها بسبب فوات فرص أخرى » عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص357 ص 359.
[7] نفس المرجع، ص 358 و قد أصدر محكمة النقض الإيطالية حكما ذكرت فيه شروط المسؤولية السابقة للتعاقد، المترتبة عن قطع المفاوضات إذ أوجبت توفر 3 شروط « وهي ثقة أحد المتعاقدين في انعقاد العقد، و قطع الطرف الأخر المفاوضات دون سبب معقول و الضرر » في 12 حزيران 1959 نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 359.

تعسفية وبسوء نية ويجب عليه التعويض. ويشمل التعويض في الغالب نفقات التفاوض والوقت الضائع وتفويت فرصة والفرص الضائعة.[1]

* **نفقات التفاوض:** تشمل كافة النفقات والمصاريف التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض، والإعداد للعقد المراد ابرامه من دراسات فنية وتقارير الخبراء والسفر والإقامة والاتصالات.[2]

* **الوقت الضائع:** ويعد من الأضرار المتوقعة عادة في المفاوضات والتي تستحق التعويض، الوقت الضائع الذي استغرقته المفاوضات دون جدوى في مناقشات وتنقلات و غيرها. [3]

* **تفويت فرصة:** والتعويض هنا ينصب على تفويت فرصة ابرام العقد المنشود محل التفاوض باعتباره ضررا محققا ومؤكدا، وعلى هذا يجب التعويض عنه. [4] وقد استقر الفقه والقضاء المصري والفرنسي على اعتبار تفويت فرصة ضرر محقق يجب التعويض عنه، [5] وقد حدى حدوه الفقه الجزائري كذلك في مجموعه،[6] وانضمت إليه المحكمة العليا،[7] وعليه فإن تفويت فرصة بقطع التفاوض بدون مبرر مشروع، هو ضرر مؤكد يجب التعويض عنه لأنه يجعل تحقق الكسب أمرا مستحيلا بعد أن كان محتملا وممكنا.

* **الفرص الضائعة:** إن للمتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات دون مبرر مشروع الحق في أن يطلب تعويضا عن الفرص التي ضاعت منه، لإبرام عقود أخرى مع الغير بدلا من العقد المفاوض عليه والذي فشل في ابرامه، بيد أنه يشترط لاستحقاق هذا التعويض أن تكون تلك الفرصة جادة و حقيقية، وألّا يكون ضياع الفرصة لأجل ابرام عقد مع الغير راجعا إلى خطأ المتضرر نفسه.[8]

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 191، البند 182. أمين دواس، المقال السابق، ص 190، و ايناس مكي عبد نصار، المقال السابق، ص 961.
[2] ايناس مكي عبد نصار، المقال السابق، ص 961.
[3] بلحاج العربي. المرجع السابق، ص 192البند 184. التهميش رقم 5. ومثاله (نقض مدني مصري 1966/1/27 مجموعة أحكام النقض س 17 ص 142 رقم 24).
[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص194 البند 188.
[5] ايناس مكي عبد نصار، المقال السابق، ص 962.
[6] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 185 و186. و علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق لتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 295. و د بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 165.
[7] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 2006/11/15 ملف رقم 372290 مجلة المحكمة العليا2007 العدد1 ص487.
[8] ايناس مكي عبد نصار، المقال السابق، ص 962.

والجدير بالذكر هنا أنه يجب أن لا يبـلغ مقدار التعويـض عن تفويـت فرصـة وعن الفرص الضـائعة، قيمة الأرباح المتوقعة من العقد المنشود لو تم ابرامه. [1]

ثالثا: جزاء الإخلال بالالتزام بالمحافظة على السرية : الجزاء الرئيسي للإخلال بهذا الالتزام هو التعويض وذلك لاستحالة التنفيذ العيني، لأن محل الالتزام هنا هو امتناع عن عمل. ويعد المؤتمن منفذا لالتزامه متى امتنع عن إفشائه، لكن إذا أفشاه اعتبر مخلا بالتزامه وتعذر عليه إعادة الحال لما كان عليه من قبل، ولا سبيل لجبر الضرر سوى التعويض بناءا على المسؤولية التقصيرية أم العقدية.[2]

العقدية.[2]

رابعا: جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام . تتعدد الجزاءات التي تترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام المتعلق بالعقد، تبعا لما يشكله من حالات، فقد يكون عدم الإعلام سبب في وقوع الطرف المقابل في الغلط وهنا تطبق أحكام الغلط، وقد يكون عدم الإعلام كتمانا تدليسيا مما يؤدي إلى تطبيق أحكام التدليس، وقد يكون إخلالا بضمان العيوب الخفية، أو إخلالا بالالتزام بالإدلاء بالمعلومات كما هو الحال بالنسبة لعقد التأمين، أو إخلالا بنص خاص وارد ضمن قوانين حماية المستهلك، فينطبق بصدده الجزاء المنصوص عليه من قبلها. وفي أغلب الحالات التي ذكرناها يكون الجزاء المترتب على الإخلال بالإعلام هو البطلان، لكن قد تترتب أضرار تنطبق بشأنها قواعد المسؤولية المدنية، ويكون الجزاء هو التعـويض عن الضرر نتيجة للسـلوك الخاطئ الذي ولد الضرر، وقد تمت التفرقة بين البطلان والتعويض كجزاءين مختلفين يترتبان عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، حيث أن البطلان يترتب في الحالة التي يكون فيها من شأن العلم بهذه المعلومات أن يحول بين المتعاقد وبين ابرام العقد كليا، أما في حالة أن العلم بالمعلومات لا يؤثر على ابرام العقد وإنما يؤثر على شروط ابرامه فقط، فهنا يكون الجزاء هو التعويض،[3] وقد يتم الجمع بين الجزاءين في حالة

[1] بلحاج السابق، المرجع السابق(المرحلة السابقة للتعاقد)، ص 197، البند193.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص373 وهو ما تنص عليه اتفاقية Trips في المادة 44 و المادة 45 والمادة46.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 391.

حالة عدم كفاية جزاء البطلان على تعويض الضرر الحاصل نتيجة الإخلال بهذا الالتزام وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية.[1]

خامسا: جزاء الإخلال بالالتزام التعاون: إن الالتزام بالتعاون يلزم المدين به على تقديم كافة التسهيلات من أعمال ووثائق وغيرها بغية الوصول إلى العقد المنشود، والامتناع عن هذا يؤدي إلى خرق هذا الالتزام، ومن المعلوم أن حرية التعاقد وحرية الالتزام بمقتضيات حسن النية مكفولة في هذه الفترة، ولا يمكن إجبار المدين بهذا الالتزام قصرا، وعليه فإن التنفيذ العيني للإخلال بالتزام التعاون غير ممكن ما لم يتم به الملتزم اختيارا. ومن تم فإن القاضي يلجأ إلى طريق التنفيذ بمقابل كجزاء للإخلال بالالتزام بالتعاون،[2] ويتم التعويض هنا أيضا وفق الآليات التي تم ذكرها في قطع المفاوضات.

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للمسؤولية قبل التعاقدية.

يذهب جانب من الفقه،[3]إلى اعتبار المسؤولية قبل التعاقدية الناتجة عن خرق التزام من التزامات حسن النية في تكوين العقد ولا سيما في مرحلة المفاوضات، هي نفسها نظرية الخطأ عند تكوين العقد والتي صاغها الفقيه الألماني إيهرنج سنة 1866.[4] ومن ثم يمكن تأسيسها على العقد الضمني وهي مسؤولية عقدية، بينما يذهب جانب آخر من الفقه [5] إلى اعتبار هذه المسؤولية تقصيرية وليست عقدية لأن المسؤولية العقدية لا تنشأ إلا عن عقد صحيح قائم بجميع أركانه وشروطه، وقد أيد الفقه والقضاء

---

[1] نقض مدني مصري 2 يونيو 1970، مجموعة أحكام النقض السنة 21 العدد 2 أبريل 1970 طن رقم 134 لسنة 36 ق رقم 154 ص 961 وص962 نقلا عن نفس المرجع ص 393.

[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 399 و كمثال عن الإخلال بالالتزام بالتعاون عن قيام البائع بالقيام بالشكلية اللازمة لنقل البيع في العقارات مثلا.

[3] أنظر لما أورده عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 55، بلحاج العربي، المرجع السابق(المرحلة السابقة للتعاقد)، ص154، البند 137 وما يليها. بن أحمد الصليحة، المرجع السابق، ص 41. كاضم كريم علي الشمري، المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد، مجلة الفتح، العدد 27، العراق، 2006، ص4. و ما أشار له شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 246.

[4] إن نظرية إيهرنج الألماني جاءت تحت عنوان " الخطأ عند ابرام العقد أو التعويض في الاتفاقات الباطلة أو غير التامة " و للمزيد بشأنها أنظر لما، أورده السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد)، ص 622 وص634.

[5] و قد أشار له: كاضم كريم علي المشري، المقال السابق، ص5، عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص55.

الفرنسي[1] هذا الرأي، خاصة في ظل غياب نصوص خاصة تنظم هذه الفترة، الأمر الذي دفع بهم إلى الاكتفاء بالمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بالمسؤولية عن الفعل الضار، وقد سار الفقه والقضاء المصري في نفس الاتجاه السابق إذ أيدته المحكمة المصرية في قرارها المشهور لسنة 1967[2] وعلى الرّغم من عدم وجود أحكام صريحة في القضاء الجزائري بـــهذا الصـــدد، إلّا أنّنا لا نتصور خروجه عن سابقيه،[3] وذلك لتشابه النصوص التي تنظم المسؤولية من جهة وكون هذا الرأي هو الأقرب لصواب في رأينا من جهة أخرى. فرغم وجود العديد من التفسيرات[4] لتحديد الطبيعة القانونية لهذه الفترة، إلا أنها جانبت الصواب في معظمها ولم تسلم من الـنقض الفقهي، ومن بينها نظرية إيهرنج والتي تختلف وتتميز عن مقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد وعن المسؤولية الناتجة عنها في العديد من النقاط .[5]

ومما سبق يتبن لنا أن المسؤولية قبل التعاقدية ليست عقدية، وذلك لاختلافها عن نظرية إيهرنج التي تم الاستناد إليها لتبرير هذا الرأي ولعدم وجود عقد حقيقي بين طرفين في هذه المرحلة أيضا، كما أنها ليست مسؤولية من نوع خاص كما يرى البعض،[6] وإنما هي مسؤولية تقصيرية سببها الإخلال بالتزامات قانونية بحسب الأصل، وقد تكون مؤكدة بعقد فتصبح عقدية، فالاتفاقات التمهيدية وعقود التفاوض التي تتضمن الالتزامات المتفرعة عن حسن النية في مرحلة التفاوض، إذا ما تضمنت العناصر الأساسية الواجب توفرها في العقد وفقا للقانون، فإن الإخلال بما ترتبه من التزامات يؤدي

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق(المرحلة السابقة للتعاقد)، ص 163 البند 147 و ما بعدها. كاضم كريم علي المشري، المقال السابق ص5.

[2] نقض مدني مصري 1967/02/09 نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق(المرحلة السابقة للتعاقد)، ص167 البند 154 التهميش رقم 2.

[3] أنظر بلحاج العربي، المرجع السابق(المرحلة السابقة للتعاقد)، ص 174 البند 160. والذي يرى ضرورة النص على واجب التفاوض بحسن نية ضمن المدونة المدنية.

[4] للمزيد من النظريات التي حاولت تحديد طبيعة القانونية ما أورده بلحاج العربي، المرجع السابق(المرحلة السابقة للتعاقد)، في البند137 ص154 و ما بعدها، إذ تكلم على نظرية إهرينج، ونظرية التبعة العقدية للفقيه الألماني ويند تيد، و نظرية فاجيلا (الضمان العقدي) و ما أورده كاضم كريم علي الشمري، المرجع السابق، ص 4 وما بعدها، و ما أوردته بن أحمد صليحة، المرجع السابقة، ص40 وما بعدها.

[5] حيث أن نظرية إيهرنج جاءت نتيجة لطبيعة القانون الساري في ألمانيا آنذاك، و الذي يفتقر لوجود نص لترتيب المسؤولية التقصيرية، و من ثم لم يوجد نص قانوني يمكنهم آنذاك من تعويض المتضرر من البطلان الناتج عن الطرف الأخر عند ابرام العقد، مما يعني أن هذه النظرية تتعلق بالمسؤولية عن البطلان و كيفية التعويض عنها، وهي بذلك تختلف عن التزامات التفاوض المنبثقة عن حسن النية في المفاوضات، و كما أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد قائمة على افتراض قانوني متمثل في وجود عقد ضمني، بينما الالتزامات الناتجة عن حسن النية في المفاوضات و المسؤولية منبثقة عنها هي حقيقة قانونية بحسب الأصل أنظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، من ص 236إلى ص249.

[6] كاضم كريم علي الشمري، المقال السابق، ص5.

بالضرورة إلى قيام المسؤولية العقدية لا التقصيرية.[1] لكن بالرّغم مما سبق بيانه تبقى مسألة تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد – وخاصة منها قطع المفاوضات– محل جدل واختلاف، حتى فيما بين الأنظمة القانونية، إذ أنه ثم اعتبارها مسؤولية عقدية طبقا للمادة 2 /1 /15 من مبادئ " الانيدروا " لعقود التجارة الدولية الصادرة 2004 عن المعهد الدولي في روما لتوحيد القانون الخاص، وهذا ما أخذ به كل من القانون الألماني والإيطالي[2] وحتى السويسري والياباني وقانون التجارة الأمريكي الموحد UCC[3]. وهو عكس ما ذهب إليه النظام القانوني الفرنسي والمصري والذي سبق وأن أشرنا إليهما.

[1] أمين دواس، المقال السابق، ص178. بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 123.
[2] بن أحمد صليحة، المذكرة السابقة، ص 64 و65.
[3] بلحاج العربي، المرجع السابق (المرحلة السابقة للتعاقد)، ص161 البند 145.

الفصل الثاني

أثر حسن النية في التعاقد

المبحث الأول: فعالية حسن النية في وجود الرضا.

المبحث الثاني: فعالية حسن النية في التعبير عن الإرادة و سلامتها.

تعد الإرادة قوام العقد والتعاقد، حيث أن مبدأ الرضائية في العقود مكرس بموجب جل القوانين المدنية الحديثة ومن ضمنها القانون المدني الجزائري،[1] ولا يمكننا دراسة مرحلة تكوين العقد ومبدأ حسن النية فيها دون التطرق لمرحلة التعاقد، والتي خصها المشرّع الجزائري بالعديد من المواد – كالمواد الخاصة بوجود الرضا وبالتعبير عن الإرادة وبعيوبها – التي تنظمها بكل وضوح.

وقد سبق وأن بينا– عبر دراستنا لماهية حسن النية في تكوين العقد– بأن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام، وبالتالي فكما كان مبدأ حسن النية مبدءا حاكما للمرحلة السابقة للتعاقد فهو يمتد إلى مرحلة التعاقد، إذ أنه مبدأ عام يسوس العقد في جميع مراحله دون استثناء، خاصة وأن الضامنات والحماية التي يقدمها هذا المبدأ للإرادة (بخصوص التعبير عن الإرادة أو عيوبها) جد ضرورية ولا يمكننا الاستغناء عنها في هذه المرحلة. وهو ما سنحاول تبيينه من خلال النصوص القانونية التي تحكم وجود الإرادة والتعبير عنها، والعيوب التي قد تأثر فيها.

إن اقتران حسن النية بالتعاقد يثير العديد من النقاط، التي سنتطرق لها في هذا الفصل، وذلك من خلال مواد القانون المدني الجزائري التي سنها المشرّع لتحكم هذه المرحلة بالتحديد، والتي سنحاول الكشف عن مدى وجود مبدأ حسن النية فيها، وسيتم تقسيم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين سيتم تناولهما كالآتي:

المبحث الأول: فعالية حسن النية في وجود الرضا.

و سنتكلم في هذا المبحث عن حسن النية في الإرادة المكونة للعقد، و التي تؤدي إلى قيام العقد متى توفرت أركانه المتبقية، ويتكون ركن الرضا من إيجاب وقبول لذلك سوف نبين مقتضيات حسن النية في الإيجاب ثم مقتضياته في القبول، ونأتي في الأخير إلى بيان مقتضياته عند تلاقي الإيجاب بالقبول، وبهذا نكون قد أزلنا اللبس عن وجود هذا المبدأ في الإرادة المكونة للعقد.

المبحث الثاني: فعالية حسن النية في التعبير عن الإرادة وحمايتها.

وفي هذا المبحث سنقوم ببحث مقتضيات حسن النية في التعبير عن الإرادة وصورها، ثم نأتي إلى مقتضيات حسن النية في عيوب الرضا والتي تظهر فيها بصورة واضحة خاصة وأن هذا المبدأ قد

[1] في العديد من المواد التي سوف نتطرق لها ومنها المادة 106.

تم التطرق له من قبل مواد القانون بخصوص عيب الغلط، وسنحاول الكشف عن وجوده ومقتضياته في كل من العيوب المتبقية من تدليس وإكراه وغبن استغلالي، ونأتي في أخر هذا المبحث لتناول مقتضيات حسن النية في حماية المتعاقد بالنسبة لحالات خاصة للإرادة، وهنا سنتطرق إلى حسن النية والنيابة في التعاقد وحسن النية والتعاقد مع القاصر.

وبتناولنا لكل هذه المواضيع من خلال هذين المبحثين، نكون قد بينا أثر حسن النية في التـــعاقد، مع العلم بأن كل ما سبق التطرق له من مواضيع كالإرادة وعيوب الرضا و غيرها تم تناوله وفقا لما يتناسب وموضوع بحثنا، أي مدى ارتباطها بحسن النية وفعالية هذا الأخير فيه، مع بيان اتجاه القانون المدني الجزائري بالنسبة لذلك، ولن نتطرق إلى تفاصيل هذه المواضيع وذلك لما تتمتع به من اتساع خارج عن موضوع بحثنا.

المبحث الأول

فعالية حسن النية في وجود الرضا.

يعتبر الرضا الركن الأساسي والبديهي لقيام العقد، وبمقتضاه يتبلور مبدأ سلطان الإرادة،[1] إذ لابد لانعقاد العقد من اقتران الإيجاب بالقبول مطابق، حيث أن التعاقد يتم « ...بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين ....»[2] فالنص صريح والعقد بموجبه هو توافـــق بين ارادتين مـــتقابلتين، ويفرض القانون في سبيل قيامه التلاقي بينهما وتطابقهما من حيث الشروط والموضوع، وإلا ينتفي وجود العقد، وتسمى الإرادة الأولى بالإيجاب أما الإرادة الثانية فتسمى بالقبـــــول، وعليه يكون بحثنا في هذا الصدد مقسما لثلاث مطالب:

في المطلب الأول: سنتناول مقتضيات حسن النية في الإيجاب، ومن خلاله سنوضح كل الالتزامات التي يفرضها حسن النية على الموجب، والجزاءات المترتبة عن الإخلال بها.

في المطلب الثاني: نبحث فيه عن مقتضيات حسن النية في القبول باعتباره الإرادة الثانية المكونة للعـــقد، والتي يترتب على المخل بما يرتبه حسن النية من التزامات عليها جزاءات سيتم التطرق لها.

والمطلب الثالث: نخصصه لما يرتبه مبدأ حـــسن النـــية من مقتضـــيات عند تلاقي الإيجـــاب بالقـــــبول، وجزاءات الإخلال بها.

وبكل هذا نكون قد بينا مقتضيات حسن النية في ركن الرضا، أي في الإرادة المكونة للعقد.

[1] مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون فرع مسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2012، ص 11.
[2] المادة 59 من القانون المدني الجزائري، و المادة تتطابق مع المادة 73 من القانون المدني العراقي و المادة 87 مدني أردني، و المادة 89 مدني المصري.

المطلب الأول

حسن النية في الإيجاب.

سنسعى من خلال هذا المطلب إلى توضيح الأحكام التي يقتضيها الأخذ بمبدأ حسن النية في الإرادة الأولى المكونة للعقد، والمتمثلة في الإيجاب. ولكن قبل التطرق لذلك سنقوم بتحديد مفهوم الإيجاب وبيان شروطه.

تعريف الإيجاب: ذكر المشرّع الجزائري الإيجاب في العديد من نصوص القانون المدني [1] لكنه لم يقم بتعريفه، تاركا المجال في ذلك إلى التعريفات الفقهية، وهو بذلك قد ساير أغلبية التشريعات المقارنة. [2] ويعرّف الإيجاب بأنه « إبداء إرادة أحادية الجانب مبينة وحازمة ومجردة من اللبـــس بما فيه الكفـــاية، لكي يكون قبول من وجه إليه كافيا لتكوين العقد »[3] ويعرفه البعض بأنه « الإرادة الأولى التي يعلن عنها المتعاقدين وهو التعبير البات الصادر عن الشخص الذي يعرض على غيره التعاقد وفق أسس معينة »[4].

أما اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع فقد عرفت الإيجاب في مادتها 14 بأنه أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام في حالة القبول.[5] ومن التعريفات السابقة نستخلص أن الإيجاب هو عرض يوجهه أحد الطرفين للطرف الأخر. وعليه فإن الإيجاب لا يمكنه الإسهام في تكوين العقد إلا إذا كان باتّا وكاملا وموجها إلى شخص معين أي أن تتوفر فيه الشروط التالية:

---

[1] المادة 63 المادة 64 و المادة 66.

[2] غير أن القانون المدني الكويتي قد قام بتعريف الإيجاب في المادة 29 منه « يعتبر إيجابا العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على ابرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له ويلزم أن يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد ابرامه و شروطه الأساسية ». نقلا عن وائل حمدي أحمد ، المرجع السابق ،ص385 .والقانون المدني العراقي حاول تعريفه في المادة 77 « الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد. و أي لفظ صدر أولا فهو الإيجاب والثاني قبول ....» نقلا شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص415، و كذلك قانون المدني الأردني في 1/91 نقلا عن محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر و توزيع، الأردن، 2011ص129 و المادة مطابقة لسابقتها في القانون العراقي.

[3] جاك غستان، المرجع السابق، ص 299.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص415، نقلا عن (علي حسن الذنون النظرية العامة للالتزام ص 62).

[5] محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص129. و وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص387.

أ – أن يكون الإيجاب جازما: لكي يكون الإيجاب صحيحا يجب أن يكون باتّا في دلالته على إرادة التعاقد، أي أن الموجب يقصد الالتزام في حالة قبوله.[1] أما إذا لم يكن التعبير عن الإيجاب جازما، كأن يقصد به صاحبه استطلاع رأي الطرف الآخر فيما يدعو إليه من التعاقد، فإن ذلك لا يكون إيجابا بل دعوة للتفاوض.[2]

وقد يقترن الإيجاب بتحفظات مبينة بدقة،[3] وهو بذلك يكون معلقا على شرط ومثاله أن يعرض تاجر بضاعته على الجمهور بكمية محدودة ويبين ثمنها، فالإيجاب في هذه الحالة مشروط بألا تكون هذه الكمية قد نفذت حين قبول ذلك الإيجاب، ويري بعض الفقه بأن عرض البضاعة مع تحفظ نفاذ المخزون _ أي شرط عم نفاذ الكمية _ لا يعد إيجابا بل دعوة إلى التعاقد، إلا أن هناك أراءا ترجح قيام إيجاب بات إلى أن تنتهي الكمية الموجودة.[4]

وقد تشترط بعض العقود ما يسمى بـ (نطاق التغطية) و يكون فيها الإيجاب مقيدا، بمنطقة جغرافية معينة، كأن يقتصر العرض على منطقة الشرق الأوسط، فالعرض هنا يعتبر إيجابا باتا وجازما لمن يقبله في منطقة الشرق الأوسط، بينما لا يعتبر كذلك لمن يقبله في دول أوروبا لأن هذا القبول لا يعتبر مطابقا للإيجاب ولا ينعقد به العقد. [5]وغالبا ما يتم النص على هذا الشرط صراحة، لكن في حالة عدم النص عليه صراحة، هل يمكن اعتباره موجودا ضمنا في الإيجاب؟

طبقا لمقتضيات حسن النية في تكوين العقد يمكن للقاضي أن يعتبره كذلك، إذا دل الحال على أن الموجب يتعرض إلى نفقات إضافية غير معتادة، كما هو الحال بالنسبة للإيجاب الذي يصدره صاحب محل « بيع أثاث »، والذي يتضمن نفقات التوصيل إلى باب المنزل، ففي هذه الحالة يكون منافيا لمقتضيات حسن النية في تكوين العقد توجيه القبول إلى الموجب، و مطالبته بتوصيل البضاعة إلى باب المنزل، والقابل يقطن بعيدا جدا عن المنطقة الجغرافية التي يقع فيها محل الموجب مثلا، وبهذا نتوصل إلى أن الإيجاب قد يصبح مقيدا بمنطقة جغرافية معينة دون التصريح به ضمن

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص415، وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص336.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 415.
[3] جاك غسان، المرجع السابق، ص295.
[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص416 .للمزيد أنظر: جاك غستان، المرجع السابق، ص 295 و ما بعدها. و محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 133 و134.
[5] محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص134.

الإيجاب، وذلك طبقا لمقتضيات حسن النية في ابرام العقود، حيث يقتضي من القابل الالتزام بالمعقولية.[1]

ب – أن يكون الإيجاب كاملا: وهذا يعني أن يتضمن الإيجاب العناصر الجوهرية والأساسية للعقد المراد ابرامه، وهذا الشرط منطقي حيث أن انعقاد العقد لا يتم إلا بتطابق الإرادتين، فبالتالي يجب أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد ابرامه، بحيث إذا ما صادفه قبول مطابق له انعقد العقد، وهذا لا يعني بالضرورة أن يأتي الإيجاب في شكل مشروع عقد تام ويتضمن كافة شروط العقد المراد ابرامه، وإنما يتم الرجوع بالنسبة للمسائل التفصيلية والتي لم يتم الإتفاق عليها وقد لا يتضمنها الإيجاب إلى القواعد المكملة والعرف و قواعد العدالة.[2]

إذ يكفي في الإيجاب بالبيع مثلا تعيين المبيع والثمن، ولا يلزم تحديد مكان وزمان التسليم ونفقاته، وعند الخلاف للقاضي أن يرجع إلى القواعد المكملة والمفسرة الواردة، وهو ما أخذت به أغلبية القوانين المقارنة [3]وأخذت به اتفاقية فينا لبيع البضائع الدولي CISG في سنة 1980 في مادتها 1/14.[4]

ج– وجوب أن يكون الإيجاب موجها إلى شخص معين: يعتبر الإيجاب عملا إراديا ينزع إلى إقامة علاقة عقدية فيجب من أجل هذا بالذات أن يكون موجها إلى الغير،[5] وألاّ يكون غامضا وملتبسا كأن يحتوي على عدة عروض متعارضة.[6]

وقد يوجه الإيجاب إلى شخص معين أو إلى عدة أشخاص معينين أو إلى الجمهور، وهنا يكون الإيجاب موجها إلى أي شخص صاحب علاقة بالعرض المقدم،[7] ومثال الإيجاب الموجه إلى الجمهور عرض السلع في المحلات مع تحديد أثمانها وقد اعتبره المشرّع الجزائري إيجابا صحيحا مادام مشتملا

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص416.
[2] جاك غستان، المرجع السابق، ص293. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 417 .
[3] شيرزاد عزيز سليمان المرجع السابق، ص 417 وهو ما نصت عليه المادة 65 من القانون الدني الجزائري.
[4] المادة 14 من اتفاقية فيينا « يكون الاقتراح معينا بما فيه الكفاية عندما يبين البضائع، و يحدد، صراحة أو ضمنا، النوعية و الثمن أو يقدم الدلالات التي تتيح تحديدها » نقلا عن جاك غستان، المرجع السابق، ص 294.
[5] جاك غستان، المرجع السابق، ص 294.
[6] نفس المرجع، ص 298.
[7] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 417 . و جاك غستان، المرجع السابق، ص 298.

على العناصر الأساسية المكونة للعقد، ولا يجوز للموجب الرجوع فيه لدواع شخصية أو تمييزيّة،[1] إلا أن تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار.[2]

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المادة 14 من اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية (CISG) تقول في هذا الصدد «

1 – يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف، وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددا بشكل كافي إذا عين البضائع، وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والثمن أو البيانات يمكن بموجبها تحديدها.

2 – ولا يعتبر العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة إلى الإيجاب، ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك ».

والاتفاقية هنا تجعل العرض الموجه للجمهور مجرد دعوة للتعاقد بحسب الأصل ولا يعد إيجابا إلا استثناءا، وبناءا على ذلك يرى بعض الفقه،[3] أنّ عروض التجار وأصحاب الفنادق والمطاعم و المحلات التجارية تعتبر مجرد دعوة للتعاقد لا إيجابا، واستجابة الناس لهذه الدعوة تعد ايجابا نهائيا ملزما لا يحق لصاحب الدعوة أن يرفضه إلا لأسباب مشروعة وإلا عد متعسفا في استعمال حق

[1] المادة 11 من قانون المنافسة 03 /03 والتي لا تجيز رفض بيع السلع المعروضة على الجمهور أو أداء الخدمة دون أن يكون مبرر شرعي للرفض مع العلم ان هذه المادة تتعلق بالمنافسة المؤرخ في 19 /06/ 2003 منشور في الجريدة الرسمية العدد43الصادرة في 20 /06/ 2003.
والمادة 15 من قانون رقم 02/04 و المؤرخ في 23يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي تمنع في فقرتها الثانية رفض البيع لسلعة او تأدية خدمة دون مبرر مشروع إذا كانت هذه السلعة المعروفة أو الخدمة المتوفرة. و كذلك المادة 1336 من القانون المدني الإيطالي تعتبر عرض الموجه للجمهور إيجابا و المادة 80 من القانون المدني العراقي كذلك عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 417.
[2] السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية مصر، 2002، ص33. وما بعدها و أورد الكاتب بأن المشرّع الفرنسي قد أصدر تشريعا في 1 جويليا 1972 المعدل في 1975/8/11 يعاقب رفض البيع لسبب عنصري في ص42.
[3] محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دراسة تفصيلية في ضوء أراء الفقه و أحكام القضاء، القصر للطباعة و الدعاية و الإعلان، القاهرة، 2007، ص34. و إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009. ص 67.

الرفض وتحققت مسؤوليته، بينما يرى البعض الآخر[1] أن موقف الاتفاقية جاء متأثر بأنظمة القانون المشترك وهو عكس ما تأخذ به أنظمة القانون المدني والتي سبق الإشارة لها.

وفي الأخير ومما سبق يمكننا القول بأن الإيجاب هو إبداء إرادة أحادية الجانب مبينة وحازمة ومجردة من اللبس بما فيه الكفاية، لكي يكون قبول من وجه إليه كافيا لتكوين العقد، وهو بذلك يتميز عن الدعوة للتعاقد في النقاط التالية:

1 –إن الدعوة للتعاقد (أي التفاوض) هي عرض لا يحتوي العناصر الأساسية لإبرام العقد، فهي مجرد تعبير عن الرغبة في إجراء العقد المستقبلي، وهي بذلك تتميز عن الإيجاب الذي يحتوي العناصر الأساسية لإبرام العقد، بحيث لو اقترن به القبول انعقد العقد صحيحا.

2– إن الدعوة للتعاقد لا تشتمل على النية الجازمة في ابرام العقد، إذ يبقى ابرام العقد في هذه المرحلة أمر احتمالي لا غير، والتحقق من توفر نية التعاقد على وجه جازم في هذا العرض هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، وفقا لظروف كل حالة على حدى وبالاستناد إلى التعابير الصادرة ومفهومها على ضوء المألوف والمعتاد لدى الناس.[2]

وعليه فمتى توفرت في العرض الشروط السابقة الذكر اعتبر ايجابا حتى وإن وجه للجمهور، ومتى افتقر لها اعتبر مجرد دعوة للتعاقد، بينما تعتبر الإرادة التي تأتي استجابة لهذه الدعوة إيجابا.

الفرع الأول

الالتزام بالإمهال والمعقولية في القوة الملزمة للإيجاب.

الأصل أن الموجب لا يلتزم بالبقاء على إيجابه، فله أن يعدل عنه طالما لم يقترن به قبول من الطرف الأخر،[3] غير أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها، بل هناك حالات يجب على الموجب فيها

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص418، و موقف الاتفاقية جاء متأثر بدول القانون المشترك التي هي في نفس الاتجاه.
[2] نفس المرجع، ص 418 و419.
[3] جاك غستان، المرجع السابق، ص 304. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 419. و عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 336. و سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 84.

الالتزام بإيجابه وذلك من خلال إمهال الطرف الآخر المدة المعقولة واللازمة لاتخاذ قراره، فحسب القانون المدني الجزائري متى كان الإيجاب محددا وجازما وخاليا من أي التباس واقترن بأجل، فإن المشرّع قد أضفى عليه القوة الإلزامية طبقا للمادة 63 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه « إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة »[1]وهو بذلك يعترف بالقوة الملزمة للإيجاب وضرورة الالتزام بالإمهال والمعقولية قبل إنهاء الإيجاب، متى اقترن بأجل معين أو أمكن استخلاص ذلك الأجل من ظروف الحال وطبيعة المعاملة. [2]

ويتضح لنا من خلال المادة 63 من القانون المدني الجزائري وما يطابقـها من القوانيـن العربـية، أن القاعدة العامة هي جواز العدول عن الإيجاب وعدم وجود قوة ملزمة له، إلا أن هذه القاعدة مقيدة بوجود أجل للقبول، فمتى كان ذلك لا يجوز الرجوع عنه خلال هذه الفترة،[3] والتشريعات العربية هنا جاءت متفقة مع ما تسير عليه الأنظمة اللاتينية، كالقانون المدني الإيطالي وكذلك الفرنسي، والذي بالرّغم من عدم احتوائه على نص يقرر إلزام الموجب بإيجابه متى اقترن بميعاد محدد للقبول، إلا أن القضاء وحتى الفقه يذهبان إلى أن الإيجاب المقترن بأجل ملزم لصاحبه خلال تلك المدة المعينة، وذلك حتى يتيح لمن وجه إليه الوقت المناسب للتفكير واتخاذ القرار، ويسير في نفس هذا الاتجاه القانون الإنجليزي والأمريكي كذلك.[4]

[1] والمادة هنا جاءت مطابقة للمادة 93 من القانون المدني المصري، و مثال ظروف الحال و طبيعة المعاملة حالة التعاقد بالمراسلة بين غائبين. و تنص على ذات المعنى المادة 94 من القانون المدني السوري والمادة 41 من القانون المدني الكويتي. نقلا: عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 420.

[2] و محتوى هذه المادة قد ورد في العديد من القوانين العربية منها: المادة 179 من قانون الموجبات و العقود اللبناني " ....فيجب حينئذ استمرار الإيجاب في المدة المعينة من صاحبه أو المستمدة من العرف أو القانون ..... وكذلك يكون الأمر لا سيما 1 إذا كان الإيجاب مقرونا بمهلة على وجه صريح، 2 إذا كان الإيجاب في أمور تجارية 3 إذا كان الإيجاب بالمراسلة 4 إذا كان وعدا بالمكافئة " و تنص المادة 84 من القانون العراقي على " إذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد " و المادة 98 من القانون المدني الاردني.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 420.

[4] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 400 و406. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 420.

وقد طبقت المحكمة العليا الجزائرية المادة 63 من القانون المدني الجزائري حيث قضت في قرارها الصادر في 4 /7 /2007 أن الفاتورة الصورية تعتبر عرضا لشراء ملزم لصاحبه إلى غاية الأجل المعين فيها، أو إلى غاية تحقق الأجل المستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.[1]

وخلافا لما ذهب إليه القانون الجزائري والقوانين السابقة الذكر توجد بعض التشريعات التي تجعل من مجرد صدور الإيجاب ملزما حتى وإن لم يكن مقترنا بميعاد، كالقانون الألماني والياباني والسويسري والبلجيكي،[2] إنّ إقرار القانون المدني الجزائري وغيره من القوانين السابقة الذكر (الفرنسي والمصري) بالقوة الملزمة للإيجاب في حالة اقترانه بأجل هو منبثق عن حسن النية في تكـوين العـقد، لا على أساس الإرادة المنفردة كما يرى جانب من الفقه،[3]إذ أنّ الأخذ بحسن النية في مرحلة الإيجاب يستدعي عدم الإضرار بالطرف المقابل دون صائغ مشروع، خاصة وأن الإيجاب المقترن بأجل يولد أملا لدى الطرف الآخر بأن العقد قابل للإبرام طول تلك المـدة التـي يتضمـنها الإيجـاب، فالمدة التي يعينها الموجب للقبول هي واجبة الإحترام من طرفه حتى لا يخل بالثقة التي يولدها لدى الطرف المقابل، لا سيما وأن الرجوع عن الإيجاب ينطوي على استهزاء بهذه الثقة المتولدة لدى الموجب له، والتي تدل على سوء النية لا على حسنها.[4]

كما أن الأخذ بنظرية الإرادة المنفردة كأسـاس للقوة الملزمـة للإيجـاب من طرف بعض الفـقه، يؤدي بنا إلى مفارقات غير مبررة، حيث أن الإيجاب المقترن بمدة هو الوحيد الذي يعد ملزما على أساس الإرادة المنفردة – أي أنه تصرف قانوني – أما الغير مقترن بمدة فهو واقعة قانونية، وهو أمر غير منطقي لأن الإيجاب في كلتا الحالتين إيجاب والمدة لا تغير من ماهيته وأساسه.[5]

وإنّ اعتبار حسن النية هي أساس القوة الملزمة للإيجاب المقترن بأجل، كرسته بعض الاتفاقيات الدولية من خلال موادها، حيث أن المادة 2 من الملحق الأول لاتفاقية لاهاي سنة 1964 فيما يخص

[1] الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا الملف رقم 39859 قضية مؤسسة توزيع العتاد الفلاحي ضد (ع-أ) مجلة المحكمة العليا العدد الثاني 2007 ص307.
[2] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 419.
[3] من الذين أخذو بهذه النظرية أي الارادة المنفردة، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق (مصادر الالتزام ج1)، ص 209. و(د عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ج1 في مصادر الالتزام، ص 73 ، ود توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ص 90 و د نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ج1، ص 105) نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، تهميش 3 ص 422.
[4] فريدة لبان، المرجع السابق، ص44. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 422.
[5] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص422.

ابرام العقود تنص على « بعد وصول الإيجاب إلى الموجب إليه من الممكن العدول عنه، إلا إذا صدر العدول بغير حسن نية أو دون مطابقته مع نزاهة التعامل أو إلا إذا كان الإيجاب مبينا لمدة محددة للقبول أو تشير بطريقة أخرى إلى أن الإيجاب ملزم أو غير قابل للعدول » و المادة هنا تبين أن العدول عن الإيجاب الغير مقترن بميعاد يجب أن يكون هو الآخر مطابقا لحسن النية، كما أن المادة 16 من اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولي لسنة 1980 تشير إلى حكم مماثل وتراعي فيه الثقة المشروعة المتولدة لدى الطرف المقابل مما يعني أخذها بمبدأ حسن النية في تكوين العقد، وما يجب على الموجب من التزام بالإمهال لمدة معقولة يتسنى من خلالها للمخاطب الرد عليه دون المساس بتلك الثقة المتولدة من الإيجاب، وكذلك ما تشير له المادة (202:2) من مشروع قانون العقود الأوروبي.[1]

وفضلا عمّا سبق يكون الإيجـــاب ملزما أيضا لمـــجلس العقد، ولو لم تحدد مدة القبول المـــادة64 /2، والإلزام هنا لم ينتج عمّا تولده المدة التي حددها الموجب من ثقة مشروعة في نفس الطرف المقابل، وإنما نتج عن سلوك الموجب الذي ولد الثقة لدى المتعاقد الآخر بأنه باق على إيجابه خلال مجلس العقد، فهنا أيضا يبقى الحق في العدول خاضعا لمبدأ حسن النية في تكوين العقد. [2]

والجدير بالذكر أن التعاقد عن طريق المزايدة[3] أو المناقصة يعد فيه التقدم بالعطاء هو إيجاب ملزم لصاحبه كقاعدة عامة، ما لم يظهر من ظروف الحال أن المزايد أراد ألا يبقى مقيدا بعطائه، أو أنه اتفق على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزاد[4] على رأي أغلب الفقه،[5] ذلك لأنه يقترن بمهلة ضمنية تستخلص من ظروف الحال، ويعد من مظاهر حسن النية في تكوين العقد، التزام صاحب العطاء بالبقاء على إيجابه المدة اللازمة، والتي يتسنى خلالها للقائم على المزاد أو المناقصة استقبال إيجاب

---

[1] للمزيد أنظر، شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 421.

[2] Bénédicte : fauvarque –cosson –la réforme droit français des contrats ;RDC 2006/1 . p51 عن فريدة لبان ص45 .

[3] المشار له في المادة 69 من القانون المدني الجزائري: « لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلا »

[4] كأن يوافق المزايد على البقاء على إيجابه لمدة 3 أيام من تاريخ قفل المزاد، أنظر شيرزاد عزيز سليمان، التهميش رقم 4 ص 424.

[5] أنظر إلى: (إسماعيل غانم، مصادر الالتزام ج1 ص 129، د حسن علي الذنون و د محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ج1، ص 71 و غيرهم) أشار إليهم شيرزاد عزيز سليمان، نفس المرجع، تهميش رقم5، ص 424.

جديد (أي العطاءات الجديدة) والرد عليه، وهذا الالتزام بإمهال القائم على المزاد أو المناقصة يشتمل على مراعاة مصالح الطرف الآخر، وهو بذلك نابع عن حسن النية في تكوين العقد.[1]

أما الإيجاب الموجه للجمهور فقد سبق وأن بينا بأن المشرّع الجزائري يعتبره ملزما، ومن الغير ممكن العدول عنه لدواع شخصية أو تمييزية، ويمكن هنا أيضا أن نعتبر حسن النية في تكوين العقد هو مصدر هذا الالتزام، خاصة وأن العدول لدواع شخصية أو تمييزية يتعارض مع حسن النية وما يتولد لدى الجمهور من ثقة.[2]

الفرع الثاني

الالتزام بعدم تضمين الإيجاب الموجه للمستهلكين لشروط تعسفية .

إنّ الأخذ بحسن النية في تكوين العقد لا يستوجب التعادل بين الالتزامات، إلا إذا كان عدم التعادل ناتج عن غبن استغلالي، غير أنه وفي وقتنا الحاضر تهتم الكثير من القوانين والتشريعات الصادرة في دول العالم بطائفة معينة من المتعاقدين وهم المستهلكون نظرا لمركزهم الضعيف اتجاه المتعاقدين المحترفين الذين يفوقونهم قدرة من الناحية الاقتصادية والفنية والتقنية، وذلك لحماية رضاهم وأموالهم في التعاقد.[3]

وقد حاولت دول الإتحاد الأوروبي حماية فئة المستهلكين من خلال توفير البيانات والمعلومات الكافية، مع العمل على استبعاد الشروط التعسّفية من عقود الاستهلاك، وذلك بموجب القرار الصادر في 14 نيسان 1975 والذي أطلق عليه اسم (البرنامج الأول للتجمع الاقتصادي الأوروبي نحو حماية وإعلام المستهلكين) كما صدر قرار آخر عن ذات المجلس في 19 أيار 1981 أطلق عليه (البرنامج الثاني للتجمع الاقتصادي الأوروبي من أجل تنظيم حماية وإعلام المستهلكين).[4]

وعلى ضوء هذه السياسة العامة التي رسمتها القرارات الصادرة عن المجلس الأوروبي، أصدرت دول الإتحاد تشريعات داخلية متخصصة بهدف مقاومة الشروط التعسّفية.

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، من ص 424 إلى ص 427.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، نفس المرجع، ص 428. و الكاتب هنا يشير إلى العدول لا يكون إلا وفق آليات معينة وهو ما ذكره كذلك: جاك غستان، المرجع السابق، ص 311 و ص 312.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 428.
[4] نفس المرجع، ص 429.

وفي سنة 1977 صدر في فرنسا قانون رقم 23 سنة 1978 والذي يواجه الشروط التعسّفية بالإلغاء حماية للمستهلك، وقد اكتمل التشريع الفرنسي في هذا المجال بتعديل أكثر اتساعا عن طريق القانون رقم 60 الصادر في 18 يناير 1992 والذي تم خلاله تجريم التعدي على الأطراف الضعيفة في الرابطة العقدية ومن تم صدر تقنين الاستهلاك في 26 حزيران 1993.[1]

ويظهر جليا أن مرد الالتزام بعدم إيراد الشروط التعسّفية في العقد هو الالتزام العام بحسن النية في تكوين العقد، [2] فقد احالت المادة 9 من قانون مقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن في ألمانيا– حول الشروط العامة في العقود –[3] إلى الفقرة (242) من القانون المدني الألماني والتي تقضي بمراعاة حسن النية لتقييم مدى عدالة الشروط العامة.[4]

وإن المادة 35 من قانون إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات في فرنسا والصادر في 1978 تعرف الشروط التعسّفية بأنها تلك الشروط التي (تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترف أو على المستهلكين من خلال التعسّف في استخدام التفوق الاقتصادي، وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها) ومقتضى أثر الشرط التعسفي في مرحلة تكوين العقد أنه يخلف وراءه عيبا يمس رضا الطرف المقابـل، والذي يقترب في مفهومه العــام من عدم الأمانة وضغط الاقتصــادي، فهو يؤدي إلى عدم المقدرة على الإختيار أمام الحاجات الملحة التي تتطلبها الحياة في هذا العصر، وفي ضوء تفوق المهني اقتصاديا وعمليا مقارنه بالمستهلك.[5]

ومما سبق نستنتج أن معظم الدول الأوروبية حاولت محاربة الشروط التعسّفية، وذلك من خلال اعتبار الشرط التعسّفي غير فاعل متى تم إيراده من قبل المهني، ويأتي ذلك تأكيدا على مراعاة حسن النية في تكوين العقود من قبل المتعاملين خصوصا المهنيين، والذين يتمتعون بتفوق اقتصادي، إذ أنّ الشروط التعسّفية تؤدي إلى وضع المستهلك في حالة غير ملائـمة ومتناقضــة مع متطلبات حسـن النـية، كمراعاة مصالح المتعاقد الأخر، والنزاهة في التعامل.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 429.
[2] أنظر: عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 401.
[3] الصادر في 9 كانون الأول 1976 و النافذ في الأول نيسان 1977
[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 429.
[5] نفس المرجع، ص430.

فيما نصت معظم الدول العربية[1] ومن بينها الجزائر[2] في قوانينها المدنية على ما يسمى بعقود الإذعان، والتي تتمثل في كونها عقود تكونت من عمل طرف واحد أعدها مسبقا، يطلب فيها من انفرد بوضع شروطها قبولا غير مشروط، بحيث لا يكون للطرف الموجب له إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها، كما أنّه ليس بإمكانه أن يناقش هذه الشروط أو يضيف إليها أو ينقص منها. ويتحقق هذا حينما يكون الطرفان في مركز غير متساو، إذ يكون أحدهما في المركز الأعلى أو الأقوى وهذا ما يجعله الذي يصنع قانون العقد، بينما يكون الأخر في المركز الأدنى والأضعف، وهذا هو الذي لا يكون له خيار إلا أن يقبل أو يدع، لأن العقد يكون منصبا على السلع أو الخدمات الضرورية بالنسبة للطرف المذعن.[3] فبموجب عقد الإذعان تقترن إرادتان متفاوتتان من حيث المركز الاقتصادي لا القانوني، إذ أن حرية القابل في عقد الإذعان تخضع لنوع من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في قيام العقد وبالتالي في وجوده، ولكنها تأخذ طابعا خاصا يميزه عن العقود العادية، فالطرف القوي يلتزم بمقتضيات حسن النية فيه أكثر من الطرف الأخر، وهو ما تنص عليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري « إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ».

وقد حاول المشرّع الجزائري إزالة الإبهام عن معنى الشرط التعسّفي بموجب القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية في المادة 3 منه في فقرتها الخامسة بما يلي :

« كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد » كما عرف من خلال ذات القانون وفي المادة 3 منه وفي فقرتها الرابعة والعقد بنسبة لهذا القانون بأنه « كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع السلع أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من قبل أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه » وهذه المادة أيضا تؤكد الصلة الموجودة بين الشروط التعسّفية

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 431.
[2] المادة 70 من القانون المدني الجزائري « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها » و أشارت له المادة 110 و المادة 112 التي تنص على أن تأويل شك لمصلحة المذعن.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 431 و432.

وعقود الإذعان، والتي يكون فيها الإيجاب عبارة عن مشروع عقد معد مسبقا ومشتمل على شروط تعسفية، وقد تأخذ هذه العقود شكل عقود بيع السلع أو عقود تأدية الخدمات. [1]

كما اشتملت ذات المادة في كل من فقرتها الأولى والثانية تعريفا لطرفي هذا العقد فورد ضمن الفقرة الأولى من المادة 3 « كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها ....» .

وكذلك عرف المستهلك في المادة 3 /2 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية بالنص على أنه « كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجرد من كل طابع مهني » وهذه المادة تدل على امتداد تطبيق أحكام هذا القانون على ما يسمى بعقود الاستهلاك وحماية المستهلك .

وقد رتب المشرّع الجزائري حماية للطرف الضعيف في هذه العلاقة عن طريق منع العمل بهذه الشروط وذلك من خلال المادة 29 و المادة 30 من القانون 02/04 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06/ 302 [2] إضافة إلى العديد من وسائل الحماية التي قررها للطرف المذعن بموجب هذا القانون.[3]

وهناك مقتضيات لحسن النية في تكوين العقد نلتمسها من خلال هذه المواد والقوانين التي وضعها المشرّع الجزائري لحماية الطرف الضعيف (المستهلك) المذعن فالمادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي سبق ذكرها تسمح للقاضي بأن يلجأ بشأن عقود الإذعان التي تحتوي على شروط تعسفية إلى تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها، وفقا لما تقضي به العدالة ،ومن الواضح أن مبادئ العدالة تقتضي مراعاة حسن النية ومن ثم فإن تدخل القاضي بموجب هذه المادة أو

---

[1] ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد وسع من فكرة عقود الإذعان ولم يقم بحصرها في تقديم خدمة أو السلعة احتكارية خاصة، كما أنه يوجد من يرى ضرورة أن يكون عقد الإذعان متوفر على 3 شروط : أ- تكون الإيجاب فيها عموميا أي موجهة إلى الجمهور ب -أن ينصب العقد على السلع أو الخدمات الضرورية بالنسبة للمستهلك و المحتكرة من طرف المتعاقد القوي، ج - أن يكون الإيجاب فيها من عمل طرف القوي وحده و للمزيد أنظر، شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 432 وص433.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 2006/9/10 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.

[3] عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة – كلية الحقوق، 2013، الفصل الثاني وسائل حماية من الشروط تعسفية ص 63 وما بعدها.

بموجب القوانين التي سبق الإشارة لها هو نتيجة لإخلال الطرف القوي بمقتضيات حسن النية والمتمثلة في مراعاة مصالح الطرف الأخر وعدم انتهاكها في سبيل الحصول على حقوق وأرباح إضافية وقد جعل المشرّع هذه القاعدة أمرة لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها.

الفرع الثالث

جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية (أي القوة الملزمة) في الإيجاب.

مما سبق توصلنا إلى أنّ القوة الملزمة للإيجاب تولد التزاما بالإمهال من جانب الموجب، وفي المقابل يلتزم الموجب له بالمعقولية من جانبه أيضا، ويرى بعض الفقه[1] أنه أيا كان الأساس الذي يقوم عليه الالتزام في الإيجاب المقترن بميعاد، فالحقيقة أنه لا يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل انقضاء المدة المحددة[2]ولكن في حال ما إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل انقضاء هذه المدة فما جزاء هذا الرجوع؟

لقد وضعت بعض التشريعات لحل هذه المسألة نصوصا تقضي بأن رجوع الموجب يكون عديم الأثر، والمثال على ذلك المادة 1329 من القانون المدني الإيطالي التي تنص على أنه « إذا كان الموجب قد التزم بالبقاء على إيجابه لمدة معينة لا يكون لرجوعه أثر» وبناءا على ذلك فإن متلقى الإيجاب له أن يدفع بعدم صحة الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء الميعاد، وأن يعلن قبوله بقصد تحقيق نتيجة عادية وهي تكوين العقد، ويرى الفقه الإيطالي[3] في هذا الصدد أن قوة الإيجاب الملزمة تعطي للموجب له طول المدة المعينة للقبول الحق في القبول وابرام العقد، حتى وإن كان مخالفا لإرادة الموجب (في حالة عدوله)، فهذا الحق لا يمكن نزعه منه. [4]

أما موقف القانون المدني الفرنسي فيتوافق مع ما تم ذكره آنفا، حيث أنه لا يمكن سحب الإيجاب بفعالية ومعنى ذلك أن قبوله في المهلة المحددة يؤدي لا محال إلى تكوين العقد، فالجزاء هنا

---

[1] أنظر: عبد الجي حجازي، النظرية العامة للالتزام في القانون الكويتي المجلد 2 ص 614. نقلا عن الهامش رقم 1 لشيرزاد عزيز سليمان ص 433 .

[2] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص85.

[3] ثم الإشارة له في شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 435 ومنهم الفقيه فون تور.

[4] نفس المرجع، ص 435.

يكون بصفة التعويض العيني عن الضرر اللاحق بالمرسل إليه الإيجاب و المتمثل في هدر ثقته بسبب سحب هذا الإيجاب.[1]

كما أن أغلب الفقه في البلاد العربية[2] سار على النفس الرأي وكذا الحال بالنسبة لموقف القانون الإنجليزي واتفاقية فينا لبيع البضائع الدولية[3] وبالتأكيد لا نظن أن القانون المدني الجزائري سوف يخالف هذا الاتجاه.

وكما سبق وأن بينا فإن الالتزام بالإمهال في الإيجاب النابع عن حسن النية، يقابله التزام من جانب من وجه له الإيجاب وهو الالتزام بالمعقولية، والذي يلزم الطرف المقابل أن يبدي قبوله في الفترة المحددة أو في الفترة المعقولة التي يقدرها القاضي استنادا إلى ظروف الحال وطبيعة المعاملة، فإذا تجاوز الشخص حدود المعقولية يسقط الإيجاب ويتحلل الموجب من إيجابه، ويعد القبول الصادر بعد هذه الفترة بمثابة إيجاب جديد، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ماذا لو ثبت بأن القابل أرسل القبول في المهلة المحددة، ولكنه لم يصل في السقف الزمني المحدد وكان تأخر وصوله راجع إلى سبب أجنبي؟[4]

تباينت أراء الفقهاء في هذا الصدد فمنهم من يذهب إلى أنّ القبول المتأخر يؤدي إلى سقوط الإيجاب ويعتبر القبول المتأخر إيجابا جديدا، وإن كان سبب ذلك التأخر أجنبي لا يد لمرسل القبول فيه،[5] بينما يرى آخرون بأنه رغم سقوط الإيجاب بانتهاء المهلة المقررة له إلا أن القبول المتأخر يعد إيجابا جديدا، ويتعين على من وجه إليه الإيجاب إذا أراد أن يرفضه أن يعلم به من أصدره وإلا أستفيد من سكوته القبول، باعتبار أنه يستفاد من الظروف، وإذا جاء الإيجاب الجديد موفقا للإيجاب الأصلي رغم تأخر وصوله. إنّ الموجب له لا ينتظر تصريحا بالقبول وهذا يتماشى مع مقتضيات حسن النية في تكوين العقد.[6]

---

[1] جاك غستان، المرجع السابق، وص310 ص 311.
[2] نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، التهميش رقم 4 ص435، و وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 421.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص435 (مع العلم أن اتفاقية فيينا في المادة 16 منها تجعل القبول المقترن بأجل غير ممكن الرجوع فيه و بالتأكيد إذا ما حدث فإن التعويض هو طريقة وحيدة لجبر الضرر).
[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص436. و وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص439.
[5] د حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص64.
[6] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص439.

وهو ما نصت عليه المادة 149 من التقنين المدني الألماني،[1] ويتوافق مع موقف القانون الإنجليزي واتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية.[2]

المطلب الثاني

مقتضيات حسن النية في القبول.

سنتطرق من خلال هذا المطلب لجميع الجوانب التي يظهر فيها حسن النية في الإرادة الثانية المكونة للعقد، لكن قبل ذلك سنقوم بتعريف هذه الإرادة المتمثلة في القبول.

تعريف القبول: لم تتضمن التشريعات الوطنية ومن بينها التشريع الجزائري تعريفا للقبـول، فأغلب التعريفات فقهية، وهي ذات مغزى واحد، مفاده أن القبول هو ذلك التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب برضائه بما عرضه عليه الموجب، أو هو عبارة عن الرد الإيجابي على الإيجاب، فهو إذن ذلك التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد وفقا للإيجاب الذي وجه إليه.[3]

إنّ قبول الإيجاب هو السبيل الوحيد الذي من خلاله يتحقق توافق الإرادتين، وبالتالي فهو ضروري وكاف – بغض النظر عن الشكلية – لتكوين العقد.[4] والتعبير عن القبول قد يتم صراحة أو

[1] « إذا وصل القبول إلى الموجب متأخر وكان مرسلا بطريقة كان ليصل في الوقت المحدد لو كان يسير بشكل اعتيادي، وكان على الموجب أن يعترف بذلك، عندما يتلقى القبول عليه أن يعلم القابل بالتأخير فورا و إلا أصبح قائما إذا تأخر في إرسال الإعلام فلا يعتبر القبول متأخرا » .

[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 436. وتنص على ذلك بالتحديد ف2 من المادة 21 من اتفاقية فيينا.

[3] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص428.

[4] جاك غستان، المرجع السابق، ص 317.

ضمنا، كما أنه يمكن أن يكون في بعض الحالات بمجرد السكوت وهو ما يسمى بالسكوت الملابس.[1] ويشترط في القبول شرطان أساسيان هما أن يصدر مطابقا للإيجاب الذي به ينعقد العقد، وأن يتم القبول والإيجاب قائم ولم يسقط بعد.[2]

ومن خلال تطرقنا لدراسة الإرادة الثانية المكونة للعقد قد تجلت لنا مجموعة من الالتزامات التي يقتضيها حسن النية في تكوين العقد، والتي تخص مرحلة القبول بالتحديد، وسوف نتناولها من خلال هذا المطلب كالآتي.

- الالتزام بعدم رفض القبول الغير مبرر.
- الالتزامات النابعة عن حسن النية والمقررة لصالح المستهلكين في القبول.
- الجزاءات المقررة عن الإخلال بهذه الالتزامات.

الفرع الأول

الالتزام بعدم الرفض الغير مبرر للقبول.

الأصل أن الشخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة، ولذلك فمن يرفض إيجابا وجه إليه لا يكون مسؤولا عن هذا الرفض، ولكن حرية رفض القبول ليست مطلقة، بل على الأطراف الداخلة في العملية التعاقدية عـــدم اللـــجوء إلى رفـــض القبـــول دون مـبرر مشـروع، وبالأخص في الحالات التي تقتضي الظروف فيها عدم استخدام الشخص لحريته، نظرا لتولد ثقة مشروعة لدى الطرف المقابل أي الموجب بأن العقد آيل إلى الانعقاد، ومثال ذلك أن يكون الموجب له هو الذي دعا إلى التعاقد معه وهذا الفرض جد وارد في الحياة العملية، فقد يحدث أن يستحث شخص غيره على تقديم إيجاب له ويدعوهم لذلك كالتجار الدين يوجهون إعلانات للجمـــهور، وكأصحاب الفنادق والمطاعم الذين يفتحون أبوابهم لاستقبال العملاء و النزلاء، ففي هذه الأحوال إذا استجاب أي شخص لهذه الدعوى إلى التعاقد وقدم إيجابا، وجب أن يكون رفض الموجب

[1] أنظر المادة 68 من القانون المدني الجزائري (إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يفرض الإيجاب في الوقت المناسب، و يعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه) و سيتم تناول الموضوع بأكثر تفصيل في حسن النية في التعبير عن الإرادة.

[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 437. و وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 433و 434.

له – أي صاحب الدعوة إلى التعاقد – مبنيا على مبرر مشروع،[1] وإلا يعد متعسفا في هذا الرفض. فيسأل عن تعويض الضرر الناتج عن ذلك، وقد كانت المادة 136 من مشروع القانون المدني المصري تنص على أنه « يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ما لم يكن قد دعا إليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استندا إلى أسباب مشروعة » ثم حذفت هذه المادة لعدم ضرورتها، على اعتبار أن مبدأ التعسّف في استعمال الحق يغني عنها،[2] وإن إقرار هذا الأثر القانوني ناتج عن الحالة التي أنشأها صاحب الدعوة للتعاقد، وتشير المادة 181[3] من قانون الموجبات وعقود اللبناني إلى مثل هذا الفرض، وذلك بالنص كما يلي « من يوجه إليه العرض يكون في الأساس حرا في الرفض ولا يتحمل تبعة امتناعه عن التعاقد، بيد أن الأمر يكون على خلاف ذلك إذا أوجد هو نفسه حالة من شأنها أن تستدرج للعرض (كالتاجر اتجاه الجمهور، أو صاحب الفندق وصاحب المطعم، أورب العمل اتجاه العمال) ففي هذه الحالة يجب أن يستند امتناعه لأسباب حريّة بالقبول. وإلا كان امتناعه استبداديا وجاز أن تلزمه التبعة من هذا الوجه »

وبالرّغم من سكوت المشرّع الجزائري عن هذه الحالة في تقنينه المدني، غير أن احتواءه على مبدأ التعسّف في استعمال الحق تجعل هذا الأثر القانوني ممكن التطبيق ضمن القانون المدني الجزائري.

وتشكل هذه المواد دليلا على واجب الالتزام بحسن النية في تكوين العقد وابرامه وبالتحديد عند ممارسة حرية رفض التعاقد، وذلك استنادا إلى معيار الثقة المشروعة المتولدة من الدعوة إلى التعاقد الموجهة إلى شخص معين، أو مجموعة أشخاص معينين، وحتى إلى الجمهور، لكن يلاحظ أن التشريعات قد أوردت هذه الحالة كاستثناء عن القاعدة الأصلية والتي هي حرية التعاقد، ويقوم بإسنادها إلى نظرية التعسّف في استعمال الحق [4] بدلا عن حسن النية في تكوين العقد.[5]

---

[1] السنهوري، المرجع السابق(الوسيط مصادر الالتزام ج1)، ص 216 و217.

[2] أنظر: وزارة العدل المصرية، مذكرة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، ص 45 و ص46.

[3] التقنين اللبناني يغلب عليه طابع الفقه و ينزع إلى إيضاح قواعد القانون بأمثلة تطبيقية، أنظر: المذكرة الاعمال التحضيرية القانون المدني المصري، ج2، المرجع السابق، ص45 .

[4] أنظر بالتفصيل إلى علاقة حسن النية بمبدأ التعسف في استعمال الحق سابقا.

[5] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 438 و439.

أما بالنسبة للإيجاب الموجه عن طريق المزايدات أو المناقصات كأصل – وكما سبق أن ذكرنا – فإنه لا يوجد ما يمنع صاحب المزاد من عدم قبول عطاء المـــزايد حتى ولو كـــان هو الأفـــضل، استنادا إلى حرية من وجه إليه الإيجاب في القبول أو عدمه. لكن لما كان الداعي إلى التعاقد هو الذي استثار واستحث الغير بتقديم عطاءاتهم فإنه يكون مسؤولا عن رفضها، وخاصة إذا كان رفض رسو المزاد قد تم بدون مبرر، أو إذا فضل صاحب المزاد العطاء الثاني على الرّغم من أنه ليس الأفضل شروطا أو الأكثر سعرا، وبذلك يكون قد تعسف في استعمال حقه.[1]

ومما سبق يتضح أن كل الحالات التي سبق ذكرها ترتب المسؤولية على رفض التعاقد على أساس نظرية التعسّف في استعمال الحق، غير أنه إذا أخذنا بمبدأ حسن النية في تكوين العقد ومن ثم بمقتضياته والالتزامات التي يفرضها، يكون على الموجب له الذي حث الغير عن التعاقد معه وعلى القائم بالمزاد أو المناقصة أن يلتزم المعقولية (تقديم فترة ولو وجيزة تسمح بإعطاء الإيجاب) في تعاقده، كما يفرض عليه مراعاة الثقة المشروعة المتولدة لدى الموجب نتيجة للدعوة للتعاقد، فضلا على عدم الرفض الغير مبرر للإيجاب أو العطاء المقدم، فلذلك نرى أن مبدأ حسن النية في تكوين العقد أصلح من غيره لمنح مجموعة من الضمانات للموجب في هذه الحالة.

الفرع الثاني

مقتضيات حسن النية وحرية رفض القبول في عقود المستهلكين.

تتعدد الالتزامات التي يفرضها حسن النية في تكوين العقد بالنسبة للمهنين والمحترفين في مواجهة المستهلكين، ومنها:

- الالتزام بعدم رفض القبول خلال المدة المعقولة.
- الالتزام بعدم رفض التعاقد مع المتقدم للشراء بحجة أنه يريد أن يبيعها لزبائنه المعتادين على شراء لديه.
- والالتزام بعدم رفض التعاقد لأسباب عنصرية.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 439.

الفقرة الأولى

الالتزام بعدم رفض الإيجاب خلال المدة المعقولة.

من مقتضيات حسن النية في قبول الإيجاب الموجه من المستهلكين هو أن الموجه إليه الإيجاب عليه أن يتقيد بعدم رفض قيامه بالقبول خلال المدة المعلن عنها أو المعقولة أو المدة التي تحددها القوانين لبقاء المعلن على عرضه الموجه لجمهور المستهلكين بغض النظر عن كون ذلك العرض إيجابا أو دعوة للتعاقد، حيث يجب على المحترف أن يوفر في المدة المحددة البضاعة المعـــلن عنها، كما لا يمكنه عرض بضاعة بديلة بحجة نفاذ البضاعة المعلن عنها، وهذا ضمانا للمستهلك اتجاه احتمالات سوء النية التي قد تشوب التجار المحترفين.[1]

الفقرة الثانية

الالتزام بعدم رفض التعاقد بحجة أنه يريد بيع السلعة لزبائنه المعتادين.

على التاجر ألاّ يرفض التعاقد مع المتقدم للشراء بحجة أنه يريد بيع السلع للزبائن المعتادين على الشراء لديه، ومن المعلوم أن مثل هذه الدعوى قد تكون مكلفة وتجلب المشقة بالنسبة للمستهلكين، الأمر الذي يدفع ببعض البلدان إلى المبادرة بتجريم مثل هذه الحالات ووضع العقوبات الجنائية بصددها، بهدف حماية المستهلكين من مظاهر سوء النية الموجودة لدى التجار.[2]

الفقرة الثالثة

الالتزام بعدم رفض التعاقد المبني على اعتبارات عنصرية.

من ضمن الحقوق التي تقررت للإنسان في دساتير الدول والاتفاقيات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، هو الحق في ألّا يكون الشخص موضوعا للتفرقة العنصرية أو الجنسية أو الدينية أو.... إلخ. ومثاله ما ورد في المادة 32 من الدستور الجزائري[3] فيما يخص التمييز العنصري ولقد

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 440.
[2] نفس المرجع، ص440.
[3] الدستور الجزائري رقم 16 -01 المؤرخ في 6/ 03/ 2016 .الصادر في الجريدة الرسمية العدد 14 صادرة في 7 /3/ 2016.

تطرقت الكثير من التشريعات الداخلية لبعض الدول لهذه المسألة أيضا، ومنها ما نص عليه المشرّع الفرنسي بمعاقبة من يرفض البيع لأسباب عنصرية (قانون 1 يوليو 1972 وقانون1 يوليو 1975) حيث أن كل شخص يرفض بيع ما عرضه أو اقترحه من خدمة أو مال بناءا على اعتبارات عنصرية يتعرض لعقوبة، مالم يكن الرفض لأسباب مشروعة. [1]

وفي المملكة المتحدة صدر سنة 1976 تشريع العلاقات العرقية، يمنع جميع أنواع التمييز العنصري المباشر وغير المباشر، إضافة إلى وجود تشريعات أخرى تهتم بالتمييز العنصري، وهي تشريعات التمييز الجنسي لسنة (1975.1986)، وتشريع المساواة في الأجور لسنة 1970 والتي تعالج في بعض جوانبها التمييز في ابرام العقود على الأسس العنصرية والجنسية وغيرها. [2]

مما لاشك فيه بأن اللجوء إلى التمييز لأي سبب كان، سواءا كان من ناحية العرق أو الجنس أو غيرها من الاعتبارات الغير مشروعة في ابرام العقد، يشكل إخلالا بمقتضيات حسن النية في ابرام العقود وتكوينها، وذلك وفقا لمعيار الثقة المشروعة المتولدة لدى الطرف الآخر، نتيجة الإعلانات أو عرض البضائع والخدمات على الجمهور بشكل عام، لأنها تولد لديهم قناعة بأن صاحب الخدمة أو البضاعة سوف يكون متعاونا معهم، إلا أنهم يواجهون خيبة أمل عندما يرفض إيجابهم أو دعوتهم إلى التعاقد ويطالبهم بأسعار تعجيزية أو يفرض عليهم شروطا تعسفية دون سواهم .

والجدير بالذكر أن التعاقد على السلع الاستهلاكية قد يعد من ضرورات الحياة والتي من الواجب توفيرها لكل مستهلك، خاصة بالنسبة للخدمات التي تقدمها شركات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي، فلا يجوز لها من حيث المبدأ اختيار العملاء، كما أن قيامها باستلام مثل هذه المهمة يحمّلها التزاما بتوفيرها لجميع الأفراد، خاصة إذا كانت هي الوحيدة التي تقدمها، فيكون الفرد أو المجتمع مرغما على التعامل معها عند ممارسة نشاطه الاقتصادي أو الاجتماعي، وهكذا تكون الشركات المسؤولة عن توزيع الماء مجبرة على التعامل مع كافة أفراد المجتمع دون تمييز (وذلك وفقا للتعليمات التي تحكمها)، ولا تملك حرية الإختيار في التعاقد من عدمه.[3]

[1] أنظر: السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 37.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 441.
[3] نفس المرجع ، ص 441.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فبالرّغم من عدم نصه مباشرة في قانون المستهلك [1] على مثل هذا الفرض، غير أنه لا يتصور وجود موقف معاكس لهذا الاتجاه خاصة وأن التمييز العنصري يعتبر من الأفعال المحظورة بموجب الدستور [2] والعديد من الاتفاقيات الدولية التي تعد الجزائر طرفا فيها.[3]

نخلص إلى القول أن رفض التعاقد أمر مكفول بموجب حرية التعاقد، إذ أنّ الشخص غير ملزم كقاعدة عامة بأبرام عقد لا يريد ابرامه، إلا أنّ هذه الحرية تحدها مقتضيات حسن الـنية في تكوين العقد، والتي تلزم الأطراف بعدم اللجوء إلى ممارسة هذه الحرية إذا لم تكن مستندة إلى أسباب أو مبررات مشروعة، وغالبا ما يكون الرفض الغير مبرر للتعاقد في العقود التي يكون فيها أطراف العلاقة التعاقدية غير متكافئة، كعقود الاستهلاك أو الإذعان ففي مثل هذه العقود لا يستطيع الطرف الضعيف مستهلكا كان أو مذعنا أن يناقش شروط العقد، فقد يكون هناك نموذج للعقد معد مسبقا من قبل الطرف الأقوى اقتصاديا، وعليه أن يقبله كما هو، وقد يكون مضطرا للتعاقد نظرا لحاجته، وعليه فإن الطرف القوي عليه أن يلتزم بعدم الرفض الغير مبرر للقبول، أو التعسّف في إيراد هذه الشروط وكذلك الالتزام بعدم التمييز لأنه يعد مخالفا لمقتضيات حسن النية في تكوين العقود وابرامها.[4]

الفرع الثالث

الجزاءات المترتبة على الإخلال بمقتضيات حسن النية في القبول.

إنّ حرية التعاقد هي الأصل. ولكن اتضح لنا بأن هذه الحرية ليست مطلقة، بل مقيدة بحسن النية في تكوين العقد، وإلا تعرض ممارس هذه الحرية إلى المسؤولية المدنية، إذا ما تضرر الطرف المقابل من التعسّف، أو الرفض الغير مبرر للتعاقد، أو التمييز الذي شكل إخلالا بحسن النية.

[1] رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 2 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
[2] المادة 32 و34 و المادة 30 و المادة و40 و41 من الدستور الصادر في 2016.
[3] الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري و المعاقبة عليها و التي صادقت عليها بموجب المرسوم 82-01 المؤرخ في 2 كانون الثاني 1982 و المنشورة في عدد رقم1 الجريدة الرسمية المؤرخ 5 كانون الثاني 1985.
اتفاقية منظمة العمل الدولية (رقم 111) بشأن التمييز في الاستخدام والمهنية التي صادقت عليها بموجب المرسوم رقم 69 -21 المؤرخ في 22 أيار 1969 المنشورة في الجريدة الرسمية رقم 18 المؤرخ 6 حزيران يونيو 1969 و غيرها.
[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص412 و 413.

إذ أن المؤسسات والشركات التي تمارس نشاطها التجاري المتعلق بالمستهلكين، عليها أن تكفل المساواة التامة، فتكون فرص الانتفاع منها أمام الجميع متساوية ولا يتميّز مستهلك عن أخر، ولكن المساواة لا تحول دون أن تكون هناك معاملة خاصة استثنائية لبعض العملاء نتيجة توفرهم على بعض الشروط ،على أن ينتفع بهذه المعاملة كل من يطلبها وتوفرت فيه هذه الشروط،[1] فضلا عن ذلك فإن القوانين الغربية المناهضة للتمييز تطلب من جميع المحلات العامة، عدم اللجوء إلى رفض التعاقد بصورة تعسفية أو غير مبررة، ومن ضمنها القوانين الأمريكية والأوروبية[2] كما وأن البعض من التشريعات المناهضة للتمييز تقرر المسؤولية الجنائية بجانب المسؤولية المدنية لحماية المستهلك، وتضع وعلى خلاف القاعدة عبء الإثبات على عاتق المحترف بدلا من المدعي المستهلك، وهذا ما يوفر ضمانات أكثر لحقوق المستهلك،[3] ويندرج ضمن هذا الإطار عقاب المشرّع الجنائي الفرنسي على رفض البيع بمقتضى المادة 37 من المرسوم رقم 45-1483 الصادر في 30 يوليو 1948 المعدل بمقتضى المادة 63 من التشريع رقم 73-1193 الصادر في 12/27/ 1973. وتشترط المادة السابقة الذكر لإعمالها ومعاقبة رفض البيع بموجبها توافر الشروط التالية:

1- ألّا يكون محل الرفض تلبية طلبات العملاء من جانب التاجر، البضائع المحجوز عليها، أو سلع الموجهة للعرض فقط وليس للبيع - ليراها الجمهور فقط - بل أن يكون محل الرّفض بضائع جاهزة للبيع.

2- ألّا يكون رفض البيع من جانب التاجر مبررا وفقا للعادات التجارية، وهنا أحال المشرّع تبرير الرفض من عدمه إلى العرف.

3- أن تصدر طلبات الشراء من المستهلكين، أو الراغبين في الخدمات المحتملة.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص443.
[2] أشار لهما شيرزاد عزيز سليمان، نفس المرجع، ص 443.
[3] نفس المرجع، ص 443.

4- كما اشترط المشرّع ألّا يكون الشراء غير عادي، حتى يضع التاجر في مأمن من الطلبات التي تحتوي على مضايقات ومثال ذلك لو أن منافسا أرسل شريكه الغير معروف لتاجر، ليشتري منه كل الأصناف الموجودة في محله، وعلى فرض ذلك فإن هذا الطلب قد يعرض التاجر لخسارة زبائنه.

5- ألّا يكون طلب الشراء بسوء نية، وإلا فإنه لا يستفيد من حماية هذه المواد أي أن الموجب يلتزم بمقتضيات حسن النية .

6- ألّا تكون السلعة أو الخدمة محل الرفض محرمة بواسطة التشريع أو اللوائح ومثال ذلك رفض الصيدلي بيع دواء يستوجب الحصول على تصريح معين للبيع، حتى ولو كان الدواء موصوفا من الطبيب ومتوفر لدى الصيدلي. [1]

وعليه يعاقب كل شخص امتنع عن التعاقد لأسباب عنصرية، سواءا منها ما يتعلق بالجنس أو بسبب الأصل، أو بسبب المظهر الخارجي للشخص أو بسبب سلالته أو دينه، وقد صدر وفقا لذلك حكم محكمة ستراسبورغ في 1974/6/25 والمتعلق بتأجير غرفة في فندق من قبل سيدة شقراء لتقضي فيها الليلة القادمة مع زوجها، وعند حضورها برفقة زوجها الأسود فوجئت برفض صاحب الفندق تأجير الغرفة، وقد حكمت المحكمة بأن صاحب الفندق يستحق العقوبة المقررة لعدم التأجير بسبب لون الزوج.[2]

كما أن القرار الصادر عن المحكمة (مونبيلييه) في فرنسا 1985 يعد من هذا القبيل أيضا، وتتلخص وقائع القضية في أن أحد الأفراد أقام دعوى ضد صاحب إحدى الحانات متهما إياه بالعنصرية، لعدم استجابة هذا الأخير لتلبية طلباته دون مبرر مشروع، وقد أصدرت محكمة الموضوع قرارا في هذه القضية مفاده، إدانة صاحب الحانة على أساس اعتبار صاحب الحانة ملزم بتلبية طلبات العملاء مادامت ضمن مجالات تعامله، لأن فتح حانة للإستجابة لطلب كل من دخل الحانة بقصد تناول شيء معين مما تتعامل به، ومنذ هذه اللحظة يرتبط القبول بالعرض ويصبح العقد قائما يلتزم بمقتضاه صاحب الحانة بتحقيق رغبة العميل لقاء الثمن.[3]

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 443 و444.
[2] السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 43 الهامش1.
[3] محكمة تجارية مونبيلييه 1985 حكم غير منشور منقول عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 445.

لكن بغض النظر عن المسؤولية الجزائية التي تفرضها بعض القوانين دون سواها، تبقى المسؤولية المدنية هي الكفيلة بمنح التعويض للمتضرر من عدم الالتزام بحسن النية في القبول وفق ما سبق بيانه، على أساس المسؤولية التقصيرية بما أن العقد لم ينعقد وفقا لهذه الفروض والتي يمكن بناءها على نظرية التعسّف في استعمال الحق في غياب نصوص تشريعية تقضي بضرورة الالتزام بحسن النية في تكوين العقد لا سيما في القبول.

المطلب الثالث

مقتضيات حسن النية في تلاقي الإيجاب و القبول.

تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بنصوص القانون» إذن وبموجب هذه المادة فتلاقي الإرادتين يؤدي إلى تكوين العقد، ويشترط لذلك – كما سبق وأن أشرنا له أن يأتي القبول في الفترة التي يكون فيها الإيجاب قائما ولم يسقط وأن يكون القبول مطابقا للإيجاب.

ولحسن النية دور مهم في هذه المرحلة، يتجلى من خلال مقتضياتها في كل من مطابقة القبول للإيـجاب، وفي التعاقد بين الحاضرين والتعاقد بين الغائبين وهو ما سوف نتناوله من خلال هذا المطلب. بالإضافة إلى مقتضيات حسن النية وحق المستهلك في العدول عن التعاقد، ثم في الأخير نتطرق إلى جزاءات الإخلال بمقتضيات حسن النية في هذه المرحلة.

الفرع الأول

مقتضيات حسن النية عند مطابقة القبول للإيجاب.

تباينت آراء الفقه والتشريعات والاتفاقيات الدولية بصدد مطابقة القبول للإيجاب، وقد ألقى هذا الاختلاف التشريعي والفقهي بظلاله على المقتضيات التي يتطلبها حسن النية في تكوين العقد عند تطابق القبول مع الإيجاب بالتحديد، وفي سبيل معرفة تلك المقتضيات علينا معرفة موقف القانون من هذه المسألة أولا.

إنّ مطابقة القبول للإيجاب تعني أن يأتي القبول دون زيادة أو نقصان أو تعديل للإيجاب، ولا يتحقق التطابق بينهما أيضا إذا كان القبول معلقا على شرط أو مقيدا بقيد لم يرد في الإيجاب، إذ أنّ القبول الذي يتضمن هذه الإضافات أو القيود لا يعد قبولا، بل إيجابا مضادا، وقد نصت عليه أغلبية التشريعات الداخلية، ومنها القانون المدني الجزائري في مادته 66 « لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا ». [1] وبحسب ما نصت عليه المادة فإن هذا النوع من القبول – أي الإيجاب المضاد – يستوجب القبول من قبل من وجه إليه والذي هو الموجب الأول، ويتعين إذن أن تكون مطابقة القبول للإيجاب مطابقة تامة في كل المسائل التي يتناولها الإيجاب بغض النظر عن أهميتها.[2]

ويطرح الفقه[3] تساؤله في الحالة التي تكون فيها الزيادة التي يتضمنها القبول في مصلحة الموجب، الأمر الذي يجعل سكوت الموجب عن هذه الزيادة التي يتضمنها هذا الإيجاب المضاد تؤدي إلى ابرام العقد، لأن السكوت هنا جاء مطابقا لما ورد في المادة 68 /2 من القانون المدني الجزائري «ويعتبر السكوت قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه »

وقد تضمنت كافة الاتفاقيات الدولية، أو ما يسمى بالقواعد الموضوعية الدولية (الإيجاب المضاد) حيث تنص المادة 19 [4]من اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولي (C I S G) على أنه « إذا انصرف الرد على الإيجاب إلى القبول لكنه تضمن إضافات أو تحديدات أو تعديلات يعتبر رفضا للإيجاب، ويشكلا إيجابا مقابلا.

ومع ذلك إذا انصرف الرد على الإيجاب إلى القبول، وتضمن عناصر متممة أو مختلفة لا تؤدي إلى تغيير أساسي للإيجاب، فهو يشكل قبولا إلا إذا قام الموجب، دون تأخير غير مبرر، بالاعتراض على ذلك شفويا أو بإرسال إخطار بهذا المعنى، فإذا لم يعترض الموجب على

[1] يقابلها الفقرة 150 من القانون المدني الألماني، والمادة 182 من قانون الموجبات والعقود اللبناني و المادة 97 من القانون المدني السوري، و المادة 85 من القانون المدني العراقي.
[2] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 434. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 446.
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 446 و447 لنظر في الاختلافات الفقهية حول هذه المسألة يمكن العودة للمصدر المنصوص عليه في هذا التهميش.
[4] ويقابل هذه المادة، المادة (11.1.2) من مبادئ العقود التجارية الدولية و المادة 7 من القانون الموحد.

النحو المذكور يكون العقد قد تضمن ما جاء في الإيجاب مع التعديلات التي جاءت في صيغة القبول» والمادة القانونية هنا أخذت في فقرتها الأولى بالقاعدة العامة التي عرفتها كافة التشريعات الوطنية في هذا المجال، وهي أنّ القبول يجب أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة، وإلا يعد العرض إيجابا جديدا يستوجب قبول من وجه إليه حتى ينعقد العقد، غير أن الفقرة الثانية جاءت باستثناء في هذا المجال والذي يخص تضمن القبول لعناصر متممة أو مختلفة لا تؤدي إلى تغيير أساسي للإيجاب،[1] وفي هذه الحالة يعد العرض قبولا مالم يبدي من يتلقاه اعتراضا ويستوي أن يكون الاعتراض شفويا أو على شكل إخطار (مكتوب) مرسل من المتلقّي، ولكن القانون يفرض عليه التزاما بعدم التأخير غير المبرر ونعتبره التزاما قائما على مراعاة حسن النية في ابرام العقود أي تكوينها،[2] وذلك على اعتبار أن الموجب له قد يرى أن هذه التعديلات ليست ذات تأثير لعدم اعتراض الموجب عليها وسكوته عنها فيعتقد قبوله وانعقاد العقد، فلحمايته والتزاما بمبدأ حسن النية من جانب الموجب كان الإخطار بالاعتراض أمرا لازما، وذات العلة متحققة في التعديلات الجوهرية والتي تتضمنها المادة 3/19 والتي قد يثور الجدل حولها فيما إذا كانت أساسية أو ثانوية، الأمر الذي يستوجب على الموجب الاعتراض عليها، حتى لا يعتقد القابل الذي أصدر هذه التعديلات أنها غير أساسية، وأن الموجب قد قبلها وانعقد العقد.[3]

ويجب التنويه إلى أن المادة 2/19 من اتفاقية فيينا تختلف عن المادة 65[4] من القانون المدني الجزائري والتي تنص على « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بالمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام للقانون والعرف والعدالة »

[1] و تنص فقرة 3 من نفس المادة على أن « الشروط الإضافية أو المختلفة المتعلقة بالثمن أو التسديد أو النوعية أو الكمية أو المكان أو موعد التسليم أو ما يتعلق بمدى مسؤولية أحد الطرفين اتجاه الطرف الأخر، أو تسوية المنازعات هذه الأمور تعتبر أنها تؤدي إلى تغيير أساسي بما جاءت به صيغ الإيجاب » و المادة هنا حاولت تبيين المسائل التي تؤدي إلى تغيير أساسي في الإيجاب على سبيل المثل لا الحصر الأمر الذي يجعل بعض الشروط الأخرى التي لم تتضمنها المادة محل اختلاف.

[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 448. و وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 434 و435.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 448. وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 434 و ص435.

[4] و تقابلها المادة 95 من القانون المدني المصري.

ومن هنا نستنتج أن مجال كلا من 2/19 والمادة 65 من القانون المدني الجزائري مختلف فالمادة 65 تناولت إيجاب وقبول صدرا متطابقين. أما المادة 2/19 فهي تتناول مرحلة صدور القبول ومدى تطابقه مع الإيجاب والأثر المترتب على عدم التطابق بينهما.[1]

وكما سبق وأن ذكرنا ففي الحالة التي يقتصر فيها تطابق الإيجاب والقبول على المسائل الجوهرية دون الثانوية فإن العقد بحسب المادة 65 من القانون المدني الجزائري يعتبر قد انعقد مالم يعلق الطرفان انعقاده على التوصل إلى اتفاق حول المسائل الثانوية والتي يكون المرجع فيها إلى أحكام القانون والعرف والعدالة.

وفي هذه الحالة والتي لم يتضح أن الطرفان قصدا تعليق انعقاد العقد على الوصول إلى اتفاق بشأن المسائل الثانوية فإن العقد ينعقد بمطابقة الإيجاب للقبول في المسائل الجوهرية التي تم الإتفاق عليها، ويقتضي حسن النية في تكوين العقد التزام الأطراف بالاستمرار في التفاوض بحسن نية إلى غاية التوصل إلى اتفاق على جميع المسائل الثانوية العالقة.[2]

وكما تنص المادة 24 من اتفاقية فيينا على أنّه (في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن القبول، أو أي تعبير آخر عن القصد قد " وصل" إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه شخصيا بأي وسيلة أخرى، أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي) ويرى البعض[3] أن إرسال الإيجاب أو القبول قد يشكل إخلالا بمقتضيات حسن النية في تكوين العقد، إذا ما كان مرسله يعلم بأنّ الطرف المقابل، له مكان عمل غير معتاد وهو موجود فيه وبالرّغم من ذلك أرسله إلى محله المعتاد.

---

[1] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 437.

[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 449، " و المؤلف يميز بين فرضين هما: الأول الحالة التي لم يتعرض فيها الطرفان أصلا للمسائل الثانوية، و يتم فيها مباشرة الحكم بموجب قواعد القانون و القواعد المكملة و العرف " أما الثاني فيتمثل في الحالة التي يتعرض فيها الطرفان للمسائل الثانوية، إلا أنهما لم يتوصلا إلى اتفاق بشأنها، لكنهما لم يعلقا انعقاد العقد عليها و في مثل هذا الفرض دون الأخر، يجب عليهما الاستمرار في التفاوض بحسن نية و إن لم ينجح يحكم في المسألة تبعا للقواعد المكملة و العرف. لكننا نرى أن الفرضين يفرضان الالتزام بالاستمرار في التفاوض على السواء. و أن تطبيق القواعد القانون، و القواعد المكملة، والعرف قد يكون باتفاق الطرفين على ذلك أو عند اللجوء إلى القضاء.

[3] نفس المرجع، ص450.

ويعتبر ما تم التطرق إليه من أهم المسائل التي يمكن أن يتدخل فيها حسن النية بالنسبة لمطابقة القبول للإيجاب.

الفرع الثاني

مقتضيات حسن النية في تكوين العقد بين حاضرين.

إنّ حالة التعاقد بين حاضرين هي ما يسمى بنظرية مجلس العقد الواردة في الفقه الإسلامي، والتي تعرفها العديد من التشريعات المدنية العربية،[1] ومنها القانون المدني الجزائري في مادته 64 والتي تنص على ما يلي « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف بأي طريقة مماثلة.

غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل على إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد ....»

وانطلاقا من هذه المادة يمكننا أن نعرف مجلس العقد بأنه هو المكان الذي يجتمع فيه المتعاقدان ويبدأ من وقت صدور الإيجاب، ويبقى مادام المتعاقدان منصرفان إلى التعاقد ولم يبدي أي منهما إعراضه.[2] ويستمر إلى حين أن ينفض المجلس ويتفرق الطرفان. والمادة القانونية تقرر في فقرتها الأولى وجوب أن يكون القبول فوريا بالنسبة للتعاقد بين حاضرين في مجلس العقد وذلك في الحالة التي يكون فيها الإيجاب غير محدد المدة.

غير أن الفقرة الثانية من نفس المادة جاءت باستثناء مفاده أن الإيجاب يبقى قائما وينتج أثره إلى غاية نهاية مجلس العقد، وفي هذه الحالة فإن صدور القبول قبل نهاية وانفضاض مجلس العقد يؤدي إلى انعقاد العقد.

---

[1] المادة 94 من قانون المدني المصري، و المادة 95 من قانون المدني السوري و المادة 46 و47 من القانون الكويتي و المادة 82من القانون المدني العراقي.

[2] أنظر: السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج2 توافق الإرادتين في مجلس العقد صحة التراضي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص6.

وإنّ هذا الاستثناء يمكن رده إلى ما يقتضيه مبدأ حسن النية من مراعاة لمصلحة القابل، وحقه في التروي والمعقولية، وإصدار قبوله مادام الموجب لم يبين عدوله عن الإيجاب ومجلس العقد لم ينفض. أما إذا عدل الموجب عن إيجابه أثناء مجلس العقد، يسقط الإيجاب ولا يتم العقد إطلاقا.

وقد ورد في الفقه الإسلامي[1] اختلاف حول مدى حق الرجوع عن عقد تم ابرامه في مجلس العقد إلى حين انفضاض ذلك المجلس، وقد انقسمت المذاهب الفقهية بين معارض[2]لإمكانية الرجوع عن العقد على أساس أن صفة العقد هي الالتزام، والقول بإمكانية الرجوع فيه ليس إلا زعزعة للقوة الملزمة للعقد، وبين مساند[3] لهذه الإمكانية، حتى يتسنى للمتعاقدين التروي والإختيار على مهل حتى بعد انعقاد العقد وإلى أن ينفض مجلس العقد، ويحمل هذا الرأي أقصى حدود المراعاة الواضحة من جانب كل طرف لمصلحة الطرف الآخر والتي هي في الأصل منبثقة عن حسن النية في تكوين العقد وابرامه.

الفرع الثالث

مقتضيات حسن النية في تكوين العقد بين غائبين.

يعد التعاقد بين غائبين وليد التطورات الاجتماعية والتجارية والصناعية الحديثة، والتي ساهمت في وجوده وازدهاره، خاصة في ظل التقدم المذهل الذي شهده مجال الاتصال وما أفرزه من وسائل اتصال حديثة كالتليكس والفاكس والنت وغيرها.

ويمكن تعريف التعاقد بين غائبين على أنه « التعاقد الذي يتم عن بعد، أي يصدر فيه القبول بغيبة الموجب، وبالتالي يكون هناك فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به »[4]

وقد تناول المشرّع الجزائري هذه المسألة في المادة 67 منه و نصها هو« يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

---

[1] أشار له شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص452 إلى 455.
[2] الحنفية و المالكية، أنظر نفس المرجع، ص452.
[3] الشافعية و الحنبلية، أنظر نفس المرجع، ص453.
[4] السنهوري، المرجع السابق (الوسيط مصادر الالتزام ج1)، ص237.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان و في الزمان اللذين وصل إليه فيها القبول »

ويلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بنظرية العلم بالقبول التي تحقق تطابق واقتران الإرادتين كما تؤدي إلى استقرار المعاملات. ولتجنب صعوبة الإثبات جاءت الفقرة الثانية من المادة لتبين أن وصول القبول قرينة على العلم به، غير أنّ هذه القرينة بسيطة بمعنى أنها تقبل إثبات العكس، ومع العلم أن أحكام المادة 67 هي مكملة ومفسرة لإرادة الطرفين، فللمتعاقد الحرية التامة في تحديد مكان و زمان انعقاد العقد والمحكمة المختصة في حالة وقوع نزاع .

ومن أهم مقتضيات حسن النية في التعاقد بين الغائـــبين، الالتزام بالمعقولية في إصدار القبول، وذلك من خلال إعلانه وإرساله في الوقت المعقول، في حـــالة عـــدم اقـــتران الإيجاب بـمدة، واحترام المدة التي تضمنها الإيجاب إن وجدت.[1]

ويجب التنويه إلى أنّ التزامات حسن النية كلها والتـي سبق وذكرها فيما يخص مرحـلة المفاوضات، من التزام بالإعلام والمحافظة على السرية والتعاون وغيرها من الالتزامات، هي من أهم مقتضيات حسن النية في التعاقد بين غائبين، ذلك لأن احتمال الإخلال بهذا المبدأ هو أكثر توقعا هنا وخاصة بالنسبة لتعاقد بالأنترنت وغيرها من الوسائل الحديثة في التعاقد، لأن المتعاقد قد تسمح له التقنيات الموجودة بالإحتيال والتدليس أكثر من الطرق التقليدية ومن التعاقد بين الحاضرين، كما وأن تغيير الوسيلة في التعاقد لا يؤدي إلى تغيير الأحكام القانونية المطبقة إلا استثناءا. [2]

ومن المقتضيات الأخرى لحسن النية في تكوين العقود، ما يتم استنتاجه من المادة 21 من اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية (CISG) هو ضرورة إبلاغ الموجب القابل بأن القبول الذي أرسله رغم تأخره فإنه يرتب آثاره، كما أنه يلتزم بإبلاغه بأن الإيجاب أصبح ملغيا بسبب تأخر القبول،[3]إذ تنص المادة المذكورة على ما يلي:

« ومع هذا يحدث القبول المتأخر آثاره، إذا ما قام الموجب دون تأخـير بإبلاغ المـخاطب شفويا بذلك، أو أرسل إليه إخطارا بهذا المعنى، و إذا تبين من الرسالة أو الوثيقة المتضمنة قبولا متأخرا أنها

[1] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 441.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 462.
[3] نفس المرجع، ص 463 و المادة 21 من اتفاقية فينا مطابقة للمادة 9 من القواعد الموضوعية الموحدة، وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 438.

قد أرسلت في ظروف ظهر معها أنه لو كان إيصالها قد جرى بشكل اعتيادي لوصلت إلى الموجب في الوقت المناسب، فإن هذا القبول المتأخر يحدث آثاره، إلا إذا قام الموجب دون تأخير بإخبار المخاطب شفويا بأن الإيجاب قد اعتبر ملغيا أو أرسل إليه إخطار بهذا المعنى »

وفي الأخير يمكننا أن نلتمس مظهرا من مظاهر حسن النية في تكوين العقد من خلال المادة 62 من القانون المدني الجزائري، والتي يظهر فيها تبني المشرع لمبدأ استقلال الإرادة المعلنة فرغم موت الموجب أو فقده أهليته يبقى إيجابه صحيحا ومنتجا لآثاره عند اتصاله بعلم من وجه إليه،[1] اذ لا مبرر لقيام هذا العقد إلا أن يكون المشرع أخذ بعين الاعتبار حسن نية القابل الذي تولدت لديه ثقة مشروعة لقيام العقد وأصدر قبوله قاصدا الالتزام.

الفرع الرابع

مقتضيات حسن النية و عدول المستهلك عن التعاقد.

وفقا للقواعد العامة فإن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون،[2] وهذا ما يعرف بمبدأ القوة الملزمة للعقد، فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول وقام العقد، فإن تنفيذه يصبح ملزما لا رجعة فيه.[3]

غير أنّ التطورات الحديثة في مجال حماية المستهلك أدّت إلى بروز حق جديد للمتعاقد، وهو ما يسمى بحق العدول،[4] والذي يمكّن المستهلك من إرجاع البضاعة خلال فترة معينة، دون حاجة إلى وجود عيب من عيوب الإرادة.

ومن أهم الأسباب التي ساهمت في ظهور هذا الحق وإقراره تطور الوسائل الحديثة للتعاقد، وبالأخص العقود الإلكترونية، فضلا عن ظهور العديد من عوامل الإغراء والحث على التعاقد، مثل تقديم التسهيلات والدعاية والإعلانات الكثيرة، والتي تلجأ في أغلب الأحوال إلى المبالغة

[1] فريدة لبان، المرجع السابق، ص 45.
[2] طبقا للقانون المدني الجزائري في المادة106.
[3] مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2012، ص 137 .
[4] هناك اختلاف في الفقه حول تسميته بين (حق الرجوع عن العقد) و بين حق العدول عن العقد و حق إعادة النظر و رخصة السحب أنظر تهميش رقم 3 عند شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 463.

في وصف السلعة أو الخدمة التي يعلن عنها، مما يؤدي بالمشتري المستهلك إلى التعاقد متسرّعا ودون تروّ متأثرا بتلك الوسائل، لذلك حاولت التشريعات إيجاد حماية للمستهلك في هذه الحالات، وقد كان ذلك من خلال حق العدول عن التعاقد بمحض إرادة المستهلك، والذي يمنح للمشتري المستهلك– وبعد ابرام العقد– مهلة للرجوع فيه، على الرّغم من انعقاد العقد صحيحا خاليا من عيوب الرضـــا وسـداد الثمن وتسليمــه للمبيع، بشرط أن يعلم البائع بذلك خلال فترة وجيزة تختلف باختلاف الأنظمة.[1]

وقد تضمنت العديد من القوانين حق العدول ومنها القانون الإنجليزي الصادر سنة 1946 بشأن البيع الإيجاري، حيث أعطى للمشتري خيار الرجوع في تعاقده في مهلة حددها بأربعة أيام تبدأ من تاريخ تسليم المشتري – المستأجر – صورة العقد، ثم امتد هذا الخيار ليشمل الائتمان الاستهلاكي في عام 1974 وعدلت مهلة الخيار لتصبح خمسة أيام.[2]ومن ضمن الدول التي تضمنت تشريعاتها حق العدول القانون الألماني،[3]وقانون لكسمبورج،[4]وقانون حماية المستهلك لكل من النمسا وأستراليا وبلجيكا والسويد والنرويج.[5]

كما قد نظم التوجيه الأوروبي رقم (97/07) الخاص بحماية المستهلك بشأن التعاقد عن بعد حق المستهلك في العدول في مادته السادسة، إذ منح للمستهلك حق الرجوع عن قبوله في مدة 6 أيام عمل بدون إعطاء أي سبب أو حتى بدون أن يتعرض لأي جزاء، والالتزام الوحيد الملقى على عاتق هو تحمل أعباء إرجاع السلع إلى المهني.[6]

وقد تقرر هذا الحق في العديد من التشريعات الفرنسية، ومنها ما أقره التشريع الصادر في 12 يوليو 1971الخاص بالتعليم بالمراسلة، حيث منح الرجوع في التعاقد بنص تشريعي لمصلحة طالب العلم، وذلك خلال مدة ثلاثة أشهر، على أن يلتزم بتعويض يقدر ب 30 بالمئة. كما أقر هذا الحق، مرة ثانية في التشريع الصادر في 3 يناير1972 في القانون رقم (72–6) والخاص بالتمويل

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 464.
[2] نفس المرجع، ص 464.
[3] إذ تضمن القانون الألماني حق العدول في القانون الصادر سنة 1969 بشأن البيع الوارد على بعض القيم المنقولة وكذلك في القانون الصادر سنة 1974 بشأن البيع بالتقسيط و قد تم منح هذا الحق للمشتري في القانون) وكذلك القانون الصادر سنة 1976 بشأن عقد التعليم بالمراسلة (وقد تم منح هذا الحق للطالب)
[4] وقد منح هذا الحق بموجب قانون (19أيار 1961) بشأن البيع بالتقسيط.
[5] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 464 و465.
[6] مرزوق نور الهدى، المذكرة السابقة، ص 139.

الائتماني والذي أجاز بموجبه للمكتتب في هذا الائتمان حق الرجوع فيه خلال مدة محددة لا تقل عن خمسة عشر يوما. ثم توالت التشريعات التي تتضمن هذا الحق [1] وبدون أي تعويض، حيث جاء في التقنين الاستهلاكي الفرنسي في المادة 121 /16 منه ما يلي:« يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة سبعة أيام كاملة، تبدأ من تاريخ تسليمه سواءا لاستبداله أو لاسترداد ثمنه دون مسؤولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد ».[2]

كما تقرر كذلك هذا الحق بمقتضى المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 88 /21 الصادر في 2 جانفي 1988 التي تنص على ما يلي:« في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات، فإن للمشتري الحق في إعادة النظر في المبيع برده سواء لاستبداله أو لاسترداد ثمنه ».[3]

ومن أبرز التشريعات العربية التي سايرت هذا الإتجاه القانوني، التشريع التونسي الخاص بالتجارة الإلكترونية، قانون عدد 83 لسنة 2000 « مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسبكما يلي:

1 – بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسليمها من قبل المستهلك.

2 – بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ ابرام العقد.

ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد، وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة » ولم يتضمن التشريع الجزائري مثل هذا النص.

ولتوضيح علاقة هذا الحق بحسن النية في تكوين العقود سوف نقوم بإيراد مضمونه، وأساسه القانوني أولا.

[1] للمزيد أنظر شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق التهميش رقم 1 ص 465.
[2] Jean Beauchard . L'offre dans le commerce électronique , le contrat électronique au cœur du commerce électronique , Université de Poitiers , 2005 ,p 46.
[3] Olivier D'auzon , Le droit du commerce électronique , éditions du puits fleuri , France 2005 , p 53 .

الفقرة الأولى

مضمون حق العدول عن التعاقد.

يقتضي حق العدول عن العقد إعطاء الحق للمشتري أن يرجع عن ابرام العقد الذي أبرمه مع المحترف بإرادته المنفردة، خلال مدة معينة تتفاوت بين ثلاثة أيام إلى سبعة أيام أو أكثر حسب النظام القانوني. تبدأ من تاريخ ابرامه للعقد، وذلك بحسب القوانين التي أشرنا إليها سابقا، ويثبت هذا الحق ولو لم يخل المتعاقد الآخر بالوفاء بالتزامه المقابل، بل ودون حاجة إلى إثبات التعرض إلى التأثير والخداع بل ودون الالتزام بحسب الأصل بتبرير أي من قراري إمضاء العقد أو الرجوع فيه.[1] ويظهر جليا أنّ القول بهذا الحق يؤدي إلى المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد. خاصة وأنه يقرر لمصلحة المشتري بهدف منحه وقت أطول لتقييم مدى ملائمة هذا العقد، لاحتياجاته الفعلية وذلك بعد أن قام بإبرامه . الأمر الذي جعل هذا الحق بمثابة استثناء عن القاعدة العامة، وقد ثار جدل فقهي واسع حول أساسه القانوني.

الفقرة الثانية

الأساس القانوني لحق العدول.

اختلف الفقه حول تكييف حق العدول وأساسه، إذ يرى الكثير من الفقهاء أن الحق في العدول مستمد من بعض الأنظمة القانونية المشابهة، والتي تتضمن مثل هذا الحق كالبيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ، والبيع بشرط التجربة، البيع بالخيار والوعد بالتعاقد وعقد البيع المبرم على مراحل ....إلخ.[2]

في حين يرى جانب آخر من الفقه [3] بأن العقد المتضمن حق العدول هو عقد غير لازم، فهو يعتبر في الواقع عقدا نافذا لانعقاده صحيحا، وبالتالي منتجا لأثاره القانونية ولكنه يتضمن حق العدول.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 460 .و مرزوق نور الهدى، المذكرة السابقة، ص 137.
[2] محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع السابق، ص 147، شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 467 و468
[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 468. مرزوق نور الهدى، المذكرة السابقة، ص 139.

الفقرة الثالثة

حسن النية و حق العدول عن العقد.

من الواضح أنّ القوانين أوجدت هذا الحق للمستهلك في سبيل ضمان حسن النية في تكوين العقود بين المستهلك والمحترف، فحسن النية يأبى أن يفرض على المستهلك عقدا جاء رضاؤه فيه متزعزعا، نتيجة أساليب الإلحاح والإثارة ووسائل الإغراء والدعاية والعديد من عوامل الضغط المعنوي، فمن أجل تأمين وحماية رضا المستهلك، وجعله أكثر وضوحا وتمهلا وروية، أجاز المشرّع لهذا الطرف الضعيف وخلال مهلة محددة الرجوع أو العدول عن العقد الذي سبق وأن أبرمه بالفعل.[1] وقد كشف ظهور الوسائل الحديثة في التعاقد، عجز النظريات التقليدية وعدم كفايتها لإسباغ الحماية على المستهلك بالنسبة للحالة التي يأتي فيها رضاؤه متسرعا، ولا يلبي حاجته الحقيقية.

وكما سبق وأن رأينا فإن حق العدول ليس مطلقا بل مقيد بفترة محددة، وهي فترة السماح أي المدة الزمنية التي يتمتع فيها المستهلك بحقه في التروي والتدبر ويستطيع فيها العدول عن العقد، ويتعين على المستهلك احترامها، وإلا كان مخلا بما يقتضيه حسن النية من معقولية ومراعاة لمصالح الطرف الأخر من جهته، وبموجب هذه الفترة يلتزم البائع المحترف في المقابل بأن يسمح للمستهلك بأن يعدل عن العقد المبرم دون أن يفصح عن أسباب عدوله، ومبنى هذا الالتزام هو ما يقتضيه حسن النية في ابرام العقود وتكوينها. [2]

كما يقتضي حسن النية من المشتري عدم ممارسته لحقه في العدول بسوء نية، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية لكن على من يدعي ذلك (أي المحترف) أن يثبت وجود سوء النية. [3]

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 469.
[2] نفس المرجع، ص 470.
[3] (نقض مدني فرنسي 11 حزيران 1976 دالوز 1978) نقلا: عن نفس المرجع، ص 471.

الفرع الخامس

جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في العدول.

في حالة إخلال البائع المحترف بالتزامه بالتسامح وامتنع عن استرداد المبيع، فإنه يجبر عليه حسب القواعد العامة، متى كان التنفيذ العيني ممكنا، وذلك استنادا لمواد التقنينات المدنية والتي تقضي بوجوب التنفيذ العيني عندما يكون ممكنا،[1] وقد تكون هناك حالات يستحيل فيها رد المبيع حسب القواعد العامة، أو كأن يكون الرد مفرغا من معناه فهذه الحالات تخرج عن حدود التزام المحترف بالتسامح مما يعني القول بلزوم العقد رغم عدم انتهاء المدة، والمثال على حالات استحالة الرد من الناحية القانونية، هي تضرر المبيع في يد المشتري أو التصرف فيه قبل انتهاء المدة و... إلخ، وأما مثال الحالات التي يكون فيها الرد فارغا من المعنى تحدث في بيع المنتجات أو الخدمات الإلكترونية والتي يتم تسليمها إلى المشتري المستهلك بمجرد ابرام العقد – عن طريق النقل الإلكتروني– عن طريق الأنترنت كتنزيل برنامج موسيقي على شبكة الأنترنت، وتحميله على جـــهاز الكمبيوتر الخاص بالمستهـــلك ثم نســخه واستعماله، فإن العقد يكون قد أبرم ولا يجوز العدول عنه.[2] وقد نص الفصل (32) من القانون التونسي الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية، قانون عدد 83 لسنة 2000 على أنه « مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

- عند ما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء، ويوفر البائع ذلك.
- إذا تم تزويد المستهلك بالمنتوجات حسب خاصيات شخصية، أو تزويده بمنتوجات لا يمكن إعادة إرسالها، أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها.
- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات.
- وشراء الصحف و المجلات. »

[1] المادة 164 من القانون المدني الجزائري.

[2] Olivier D'auzon ,op , cit , p 54 .

ويلاحظ أنّ هذه الاستثناءات جد معقولة لاستحالة رد المنتجات محل العقد، ولتضرر الموجب من ردها.

إن كل ما سبق بيانه يوضح لنا دور حسن النية في الإرادة المكونة للعقد من إيجاب ثم قبول ثم تلاقي الإيجاب بالقبول، وبمراعاة ما سبق بيانه يكون العقد قد ابرم وفق نية حسنة تجنب صاحبها قيام المسؤولية ومن ثم التعويض، لكن موضوع حسن النية في تكوين العقد قد يتعدى الإرادة المكونة للعقد، إلى الشكلية المكونة للعقد والتي نصت عليها المادة 324 مكرر 1 « زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي. وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد.» والشكلية وفقا لهذه المادة تعد ركنا من أركان العقد واهمالها يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا، الأمر الذي يستوجب القيام بها طبقا لما ورد في القانون والتزاما بالتعاون المترتب عن حسن النية في تكوين العقد، ذلك لأن من امتنع عن القيام بالشكلية الواجبة لتكوين العقد قصد إبطاله يعد سيء النية،[1] فالوفاء بالشكلية المطلوبة يعد من مستلزمات التعاون المنبثق عن حسن النية في تكوين العقد، فمتى تم التراضي وجب التعاون طبقا لحسن النية لتكملة ركن الشكلية إذا كان العقد شكليا أو ركن العينية إذا كان العقد عينيا.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الجزائرية (لمن السهل أن يتقدم المتقاضي أمام المحكمة يطلب فيها إبطال البيع بحجة عدم صياغته في الشكل التوثيقي بينما يكون هو الذي امتنع عن تطبيق أحكام المادة 361 وعليه يجب القول أن البيع صحيح وجميع أركانه متوفرة)[2] وقرار المحكمة جاء صريحا وواضحا ومطابقا للمادة 361 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بقيام البائع بكل ما

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص396.
[2] قرار المحكمة العليا، رقم 116541، الصادر في 1994/11/30 .القرار غير منشور أشارت له بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 19.

هو لازم لنقل المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا.

لكن وفي قرار لاحق عادت المحكمة العليا وأصدرت قرار يخص حالة امتناع أحد الأطراف عن القيام بالشكلية المكونة للعقد واعتبرت العقد باطلا ولا يمكن للقاضي جبر الأطراف على استكمال الشكلية حيث جاء في قرارها الصادر عن الغرفة المجتمعة بتاريخ 1997/02/18 ملف رقم 156136(إنّ العقد العرفي المتضمن بيع محل تجاري يعد باطلا بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية من النظام العام ولا يمكن تبعا لما تقدم أن يصححها القاضي بحكمه على الأطراف التوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع)[1] ولكن هذا القرار وكون العقد عدم، لا يسلب المتضرر من امتنع الطرف المقابل عن القيام بالشكلية من التعويض جراء عدم التعاون والوفاء بالشكلية المقررة قانونا.[2]

[1] القرار غير منشور، أورده لطفي محمد صالح قادري، الشكلية في بيع المحل التجاري، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات، العدد10، جامعة غرداية، 2010، ص321. منشورة عبر الموقع الإلكتروني:
http://elwahat.univ-ghardaia.dz
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 397.

المبحث الثاني

فعالية حسن النية في التعبير عن الإرادة و سلامتها.

يتوقف انعقاد العقد على وجود التراضي، والذي سبق وأن تطرقنا له في المبحث السابق من هذا الفصل، كما يجب أن يستوفي العقد جميع شروطه القانونية، سواء ما اتصل منها بالمحل أو السبب، كما أنه يشترط لصحة العقد ان يكون التراضي صادرا من ذي أهلية في التعاقد، وأن تسلم إرادته من العيوب التي تؤدي إلى فسادها.

ومن المعلوم بأن وجود الرضا لا يتحقق إلا إذا كان هناك تعبير عن الإرادة من قبل أطرافه،[1] ذلك أن التعبير عن الإرادة هو الوسيلة الوحيدة التي تظهر بها الإرادة إلى الحيز الخارجي، وقد يكون التعبير عن الإرادة باتخاذ سلوك إيجابي أو سلبي يسمح باستخلاص وجود إرادة محددة ومعلنة للغير، والتي يجب أن تتجه إلى إحداث أثر قانوني،[2] لذلك يعد التعبير عن الإرادة جزء أساسي في تكوين العقد، ويجب إخضاعه لمبدأ حسن النية وهو ما سوف نتناوله في هذا المبحث.

ففي المطلب الأول سنتناول مقتضيات حسن النية وصور التعبير عن الإرادة. ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى مقتضيات حسن النية وسلامة الإرادة التعاقدية والجزاءات المترتبة عن الإخلال بها، وفي هذا المطلب نتناول كل عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه وغبن استغلالي وعلاقتها بحسن النية والحماية التي يوفرها لطرف حسن النية.

وفي المطلب الثالث والأخير سنتناول مقتضيات حسن النية في حالات خاصة للإرادة وهي مقتضياتها في النيابة التعاقدية وجزاءات الإخلال بها، ومقتضيات حسن النية في التعاقد مع القصر أي ناقص الأهلية، وجزاءات الإخلال بها .وبهذا نكون قد استكملنا دراستنا لهذا المبحث ومطالبه.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 271.
[2] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 11.

المطلب الأول

حسن النية في التعبير عن الإرادة.

إنّ التعبير عن الإرادة هو الوسيلة الوحيدة التي تظهر بها الإرادة إلى العالم الخارجي، ومن ثم يكون لها وجود قانوني، لذلك كان تكوين العقد حسب المادة 59 من القانون المدني الجزائري موقوفا على تبادل التعابير الدالة على توافق الإرادتين، الأمر الذي يستلزم اتباع ما يقتضيه حسن النية في التعبير عن الإرادة خاصة وأنّ هذه الإرادة هي وحدها كافية لتكوين العقد، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب وذلك من خلال التطرق بإيجاز لطرق التعبير عن الإرادة ووسائلها ثم بيان الالتزامات التي يفرضها حسن النية وجزاءات الإخلال بها.

الفرع الأول

طرق التعبير عن الإرادة التعاقدية و وسائل نقلها.

إنّ المبدأ العام في تكوين العقود هو الرضائية، وهي مبدأ أخلاقي وضع في صالح المتعاقدين. فلا يشترط على المتعاقد مظهر خاص أو وسيلة خاصة للتعبير عن الإرادة أو نقلها، وانطلاقا من هذا المبدأ فإن التعبير عن الإرادة، إيجابا كان أم قبولا قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، وهو ما كرسته المادة 60 من القانون المدني الجزائري، وقد تستخلص الإرادة من السكوت كما هو الحال بالنسبة للقبول فيما يخص السكوت الملابس.

كما أن نقل التعبير عن الإرادة قد يتم بوسائل تقليدية أو بوسائل حديثة وهو ما سنوضحه، قبل التطرق إلى ما يفرضه حسن النية من قيود على هذا الأصل العام والمتمثل في الرضائية.

الفقرة الأولى

التعبير الصريح عن الإرادة.

التعبير الصريح هو الذي يراد به الإفصاح عن الإرادة مباشرة، ويتم ذلك باتخاذ وسيلة تعمل مباشرة على الكشف عن الإرادة بحسب ما هو متعارف عليه بين الناس، ومثال ذلك اللفظ كأن يتم الإيجاب عن طريق الكلام أو الكتابة والتي قد تكون عرفية أو رسمية، وقد تكون مكتوبة باليد أو بالحاسوب الآلي موقعة أو غير موقعة.

كما قد يكون التعبير الصريح عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفا كهز الرأس عموديا تعبيرا عن الموافقة وهزه أفقيا التعبير عن الرفض أو باتخاذ موقف يدل دلالة واضحة على إرادة صاحبه كعرض البضائع للبيع.[1] وهو ما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ».

الفقرة الثانية

التعبير الضمني عن الإرادة.

طبقا للفقرة 2 من المادة 60 من القانون المدني الجزائري « ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا » والتعبير الضمني هو ما يفيد المقصود منه عن طريق الاستنتاج، حيث يستدل به على وجود الإرادة لكن بطريقة غير مباشرة وذلك من خلال الاستنباط. وخير مثال توضيحي على ذلك هو أن يبقى المستأجر في العين المؤجر بعد إنهاء الإيجار، فيستفاد من ذلك بأنه يريد تجديد الإيجار.[2]

وتطبقا لمبدأ الرضائية، فإنّ للتعبير الضمني نفس القيمة التي للتعبير الصريح، غير أنّ القانون قد يوجب في بعض الأحوال أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغا في شكل خاص، وهو ما تستوجبه

[1] (د عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ص 41) نقلا عن مرزوق نور الهدى، المذكرة السابقة، ص64.

[2] فراح منان، العقد الإلكتروني وسائل الإثبات الحديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى الجزائر، 2009، ص63.

العقود الشكلية.[1] وقد لا يشترط القانون شكلا خاصا في بعض العقود، لكنه يوجب أن يكون التعبير صريحا، وهو ما تم وصفه بالشكلية المهذبة.[2] وفي هذه الأحوال التي يفرض فيها المشرّع على المتعاقد شكلية معينة أو تعبيرا صريحا، تكون الغاية من ذلك غالبا هي تنبيه المتعاقد إلى ما هو مقدم عليه (خطورة وأهمية)، فلا يبرم العقد إلا بعد ترو، وبموجب إرادة شكلية أو صريحة قد يستوجبها القانون أو يشترطها الطرفان.[3]

الفقرة الثالثة

وسائل نقل التعبير عن الإرادة.

انطلاقا من مبدأ الرضائية لم يحدد القانون الوسـائل التي يتم من خلالهـا نقل الإرادة المكونـة للعقـد، وعليه جاز نقلها بالوسائل الإلكترونية[4] الحديثة مادامت تلك الوسائل تؤدي الغرض المطلوب منها، كالوسائل التقليدية التي تم استعمالها منذ القدم ومن أهم الوسائل التقليدية لنقل التعبير عن الإرادة [5] هي الرسول وهو ذلك الشخص الذي يقوم بنقل إرادة المرسل كما لقنها له هذا الأخير دون زيادة أو نقصان.

وعن طريق البريد العادي وذلك بإرسال رسالة إلى عنوان من وجهت إليه الإرادة، أو عن طريق الهاتف وهو ما أشارت له المادة 64 من القانون المدني الجزائري.

أما الوسائل الإلكترونية لنقل التعبير عن الإرادة والتي جاءت كنتيجة لظهور الأنترنت[6] والتطورات الحاصلة في مجال الاتصالات ونقل المعلومات، وقد برزت التجارة الإلكترونية كإحدى روافد ثورة المعلومات، وأدى الاستخدام الواسع لهذه الشبكة في ابرام العقود إلى إقرار هذا الواقع من

---

[1] و مثالها في القانون المدني الجزائري، عقد الهبة العقارية (المادة 206 من القانون المدني) و عقد الرهن الرسمي (المادة 883 والمادة 904 من القانون المدني) و عقد الشركة (المادة 418 من القانون المدني) وعقد بيع العقاري (المادة 324 من القانون المدني) و المادة 793 من القانون المدني وعقد التسيير (المادة 203 من القانون التجاري) وعقد بيع المحلات التجارية المادة 78 قانون تجاري.

[2] السنهوري، المرجع السابق(الوسيط مصادر الالتزام ج1)، ص 178. و (إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، ص 81 تهميش 2) نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 273.

[3] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 273.

[4] مرزوق نور الهدى، المذكرة السابقة، ص 64 65. فراح منان، المرجع السابق، ص 69.

[5] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص276 و277.

[6] هي شبكة البينية العالمية والتي يتم تعريفها بأنها « مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي مرتبط بعضها ببعضها الأخر بطريقة تمكن من تبادل المعلومات باستخدام التكنولوجيا الحديثة » أنظر فرح منان، المرجع السابق، ص 38.

قبل العديد من مشرعي الدول والمنظمات الإقليمية والدولية، وذلك من خلال النص على جواز التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر الوسائل الإلكترونية وتنظيمها.[1]

ومنها ما نص عليه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (1996)[2] في المادة 1/11 حيث تنص على « في سياق تكوين العقد وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسائل البيانات في تكوين العقد، العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض ».

كما أجاز قانون التجارة الأمريكي الموحد U C C انعقاد عقد بيع البضاعة بأي طريقة أو وسيلة، مادامت تظهر تراضي طرفيه، بما في ذلك سلوكهما الذي يدل على إقرارهما وجود العقد.

وأيضا قانون المعاملات الإلكترونية الموحد لعام 1999، والذي ينص صراحة على إمكان التعاقد إلكترونيا، عندما قرر أن التسجيل الإلكتروني يعادل المستند المكتوب خطيا،[3] وتقرر اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي C I S G جواز التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري.[4]

أما على صعيد القوانين العربية، فقد أقرته العديد من التشريعات ومنها المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 2001/85، والمادة 10 من قانون التجارة الإلكتروني البحريني لسنة 2001 وكذلك المادة 13 من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002.[5]

أما في القانون الجزائري فبالرّغم من عدم وجود قانون خاص بتنظيم المعاملات الإلكترونية، غير أنه و طبقا لمبدأ الرضائية المكرس في المادة 60 منه، وما تشير له المادة 64 من جواز صدور الإيجاب بأي طريقة أخرى مماثلة للهاتف، وهو دليل على أنه ليس هناك ما يمنع جواز التعبير عن الإرادة و نقلها بطريقة إلكترونية.

---

[1] فرح منان، المرجع السابق، ص 73.
[2] القانون النموذجي لتجارة الإلكترونية لسنة 1996 منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي:
https://www.uncitral.org/pdf/.../ml-ecomm-
[3] المادة 5 و5 مكرر من هذا القانون، عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق: ص 278.
[4] حيث تشير له في الفقرة 1 من المادة 20 منها، منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: http://www.uncitral.org/
[5] فراح منان، المرجع السابق، ص 74. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 278.

وتتعدد وسائل نقل الإرادة والتعبير عنها، خاصة بعد إقرار التعبير عن الإرادة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني،[1] فقد يكون من خلال البريد الإلكترونـــي، والذي يتم خلاله نقل الرسائل والملفات بشكل فوري ويتم تخزينها إلى حين إطلاع الشخص المعني (صاحب البريد) عليها،[2] أو عن طريق مواقع الشبكة (WEB – SITE) وذلك من خلال الدخول إلى مختلف المواقع على الشبكة والمخصصة للتسوق وترويج المنتوجات وبيعها، ويتم بذلك ابرام العقود فيها. أو عن طريق غرف المحادثة chat، حيث تسمح هذه التقنية لمستخدم الأنترنت بالتحدث مع شخص أخر عن طريق الكتابة أو بالصوت والصورة وقد يتم فيها تبادل الإرادات وابرام العقود.[3]

وتشمل كذلك الوسائل الإلكترونية الفاكس والتليكس وغيرها، وبعدما حاولنا تبيين مدى تعدد طرق التعبير عن الإرادة بين صريحة وضمنية، وأنواع وسائل نقل التعبير عنها لا سيما في عصرنا الحالي.

الفرع الثاني

مقتضيات حسن النية في التعبير عن الإرادة التعاقدية.

يتطلب الأخذ بحسن النية في التعبير عن الإرادة التعاقدية الالتزام بالوضوح، والذي يأتي بعدة صور منها وضوح الأسلوب واللغة، والوضوح في الشروط، والوضوح في برمجة الحاسوب الآلي.

الفقرة الاولى

الوضوح في اللغة.

يستوجب حسن النية في تكوين العقود، أن يتم التعبير عن الإرادة بأسلوب صحيح وواضح من الناحية اللغوية وحتى الفنية لكي لا تثور مشكلات عند التنفيذ.[4]

---

[1] أنظر المادة 223 مكرر 1، و المادة 327 فـ2 من القانون المدني الجزائري للمزيد عن هذا الموضوع، فراح منان، المرجع السابق، ص 132 و ص 133 و134.
[2] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 65.
[3] نفس المرجع، ص66 ص 67.
[4] محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 139.

وهو ما تقره بعض المحاكم الإيطالية، حيث أن حسن النية عند ابرام العقود يقتضي من المتعاقدين التزام الوضوح ، بمعنى أنه على الأطراف تجنب الألفاظ والعبارات الغامضة، أو الغير مفهومة، من قبل الطرف المقابل، كاستخدام كلمات أجنبية غير مألوفة بينما لها بديل في اللغة المحلية. [1]

فمن الناحية اللغوية يجب الابتعاد عن استخدام الألفاظ والعبارات المعقدة، أو ذات المعاني المتعددة أو المبهمة والغير مألوفة في مجال رجال الأعمال، وعادة ما يكون الاختصار أفضل من الإفراط اللفظي والإسهاب، إلا إذا اقتضى الأمر التفصيل في مسألة ما.

وإذا تطلب الأمر استعمال عبارات ومصطلحات فنية معروفة للطرفين، وغير مألوفة في التعامل وجب إيضاحها، على اعتبار أن العقد قد يعرض على القضاء أو على جهة رسمية، ويفضل دائما مراجعة العقد من حيث الأخطاء اللغوية، إذ أنّ الأخطاء قد تؤدي إلى اختلاف المعنى.[2]

فبقدر ما يلتزم المتعاقد الوضوح في تعبير عن إرادته، بقدر ما يدل ذلك على حسن نيته، والدليل على ذلك هو أنّ المشرّع يستخلص سوء نية المتعاقد كلما كان تعبيره غامضا، فيسمح للقاضي بأن يؤول العبارات الغامضة بما تقتضيه الأمانة والثقة طبقا المادة 111،[3] كما أنّ الشك في عقود الإذعان يؤول لمصلحة الطرف المذعن المادة 112، ذلك لأن الاختلال في المراكز هنا قد يؤدي إلى اختلال قوى التعبير عن الإرادة.[4]

ويعد الإعلان الموجه للجمهور من طرق التعبير عن الإرادة أيضا فقد يكون إيجابا، أو مجرد دعوة للتفاوض، وبالنظر إلى الأهمية التي يحظى بها هذا الإعلان (كونه في الأغلب موجه إلى جمهور المستهلكين)، فقد بادرت بعض التشريعات الأوروبية إلى الاهتمام به، وتنظيم جوانبه بما يسمح للمستهلك بإعطاء موافقة على التعاقد عن وعي وإدراك كاملين،[5]ومنها ما جاء في القانون

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 283.
[2] محمد ابراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 139.
[3] قرار المحكمة العليا 149300، بتاريخ 1997/07/23، المجلة القضائية لسنة 1997 عدد 02، ص 51. و قضت فيه بأنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ.
[4] فريدة لبان، المرجع السابق، ص 43.
[5] أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني، الدار الجامعية، مصر ، 2007، ص 341.

الفرنسي الصادر سنة 1986 المتعلق بوسائل الإعلام السمعية البصرية في المادة 43 منه على أنه «رسائل الإعلانات التي تداع بواسطة الوسائل المبينة في هذا القانون يجب أن تكون محددة وواضحة، وخالية من اللبس والغموض » [1]

أما بالنسبة للعقود الإلكترونية بالتحديد تثور مسألة اللغة المستخدمة في التعبير عن الإرادة، وصياغة العقد بشكل جيد، فقد لا يفهم أحد الأطراف المصطلحات أو العبارات بشكل جيد، الأمر الذي جعل بعض الدول تشترط أن يكون التعبير عن الإرادة باللغة الوطنية وذلك حماية للمستهلك،[2] وكحل لهذه المسألة يقوم أغلب المتعاملين بتوفير ترجمات للعرض المقدم بعدة لغات كالفرنسية والإنجليزية وغيرها،[3] وحتى يتفادى الأطراف الوقوع في مثل هذه المشاكل، يمكن الإتفاق على لغة محددة واعتبارها هي اللغة الرسمية للعقد.[4]

ولا يعد غموضا في التعبير عن الإرادة الصادرة بواسطة الوسائل الإلكترونية، استعمال الأشكال التي تحمل تعابير الوجه الإنساني،[5] للتعبير عن معاني عديدة كالقبول أو الرفض، واستعمال عبارات مختصرة مألوفة في مثل تلك المواقع، كما يمكننا أن نلتمس القبول الضمني بالنسبة لمثل هذه العقود ودون أن يعد إخلالا بالتزام الوضوح، ومثاله حالة قيام من وجه إليه الإيجاب الإلكتروني بالدفع الإلكتروني مباشرة، وذلك بإعطاء الموجب رقم البطاقة السرية دون الإعلان صراحة على موافقته،[6]وتتجلى أهمية الالتزام بالوضوح لغويا وفنيا، في آثاره القانونية التي تبرز من خلال العقود النموذجية التي يستأثر بها أحد المتعاقدين دون الأخر، كعقود الإذعان والعقود الاستهلاكية، إذ أن هؤلاء عادة ما يبرمون العقود بشروط موضوعة مسبقا، دون أن يكون لهم يد في مناقشة بنودها، أما في الحالات الأخرى كالعقود التجارية سواء كانت داخلية أو دولية، فإن أهمية هذا الالتزام تتضاءل

[1] نقلا عن خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق(ابرام العقد الالكتروني)، ص 341.
[2] و مثاله ما نص عليه المشرع الفرنسي في المرسوم الصادر في 1975/12/31 في مادته الأولى و قانون Toubon الصادر في 4 أغسطس 1994 رقم 65/94 و الذي يشدد على استعمال اللغة الوطنية و للمزيد أنظر مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 68.
[3] نفس المرجع ، ص 71.
[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 285.
[5] فصورة الإنسان الضاحك مثلا تعني القبول عن فرح منان، المرجع السابق، ص 68.
[6] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 287 وهو ما تأكده المادة 1/6 من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات و التجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 و تنص على أنه « ليس في هذا القانون ما يتطلب من الشخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني، إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي ».

أمام إمكانية الطرف المقابل لمناقشة شروط العقد أو بنوده مما يعني أنه يلتزم هو الآخر في هذه الحالة باتخاذ الحيطة والحذر في إمضاء العقد من خلال الفهم الدقيق لمضمونه.[1]

الفقرة الثانية

التزام الوضوح في الشروط و أسلوب صياغتها.

غالبا ما تكون شروط العقد عبارة عن تحديد لالتزامات أو حقوق أو جزاءات، لذلك وجب التعبير عنها بمصطلحات قانونية مناسبة (فالغلط ليس هو الخطأ مثلا) ودقيقة لا لبس فيها.[2]

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الالتباس والغموض في شأن أحد شروط العقد، وبشكل يؤدي إلى إعفاء البائع من المسؤولية، يصبغ على هذا الشرط صفة التعسّف، وتتلخص وقائع القضية في أنّ سيدة عهدت إلى إحدى الشركات بأحد أفلام التصوير الحساسة، لتحميضها وطبعها، ولما تسببت الشركة في إتلاف الفيلم وعجزت عن رده، أقامت السيدة دعوى قضائية أمام محكمة " غرو نوبل " تطالب فيها الشركة بالتعويض، وقد تمسكت الشركة حينئذ باحتواء العقد لشرط مفاده أنه في مثل هذه الحالة يقتصر التعويض على تسليم فيلم خام للطرف المتضرّر، وطبعه مجانا أو سداد قيمته، أما إذا كان لهذا الفيلم أهمية استثنائية، أعلن عنها العميل للشركة، فإن مبلغ التعويض يخضع حينئذ للتفاوض بالتراضي، إلا أن المحكمة قضت بالتعويض المناسب تأسيسا على اعتبار هذا الشرط تعسّفيا، وبالتالي يعد غير مكتوب وذلك طبقا للتوجيه رقم 4 لسنة 1982 الصادر عن لجنة مقاومة الشروط التعسّفية، استنادا إلى أن الشرط المتنازع في شأنه قد صيغ بألفاظ من شأنها أن تجعل المستهلك يعتقد –خلاف الحقيقة– بأن حقه في التفاوض كان فيما يتعلق بثـــمن الأداء أو الخدمة فقـط، دون أن يمتد ذلك إلى التعويض عن فقدان الفـــيلم، وأنّ الغاية من هذا الغموض، دفع مسؤولية الشركة عن خطئها، هذا الخطأ الذي تسبب عنه هذا التلف والفقدان للفيلم، والذي عوّض عنه بمبلغ زهيد.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 285.
[2] محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 140.

وهو الواقع الذي أسفر عن قيام حالة من عدم التوازن بين حقوق وواجبات الأطـراف المتـعاقدة، ولما قامت الشركة المذكورة بالطعن في هذا الحكم، قضت محكمة النقض في جلستها المنعقدة في 19 يونيو 2001 برفض الطعن وتأييد الحكم لما ورد من أسباب.[1]

ويرى جانب من الفقه الفرنسي[2] أنه يمكن استبعاد الشروط الغامضة المشوبة بالتعسّف، خاصة متى كانت تؤدي بالمستهلك إلى عدم القدرة على الوقوف على قدر الالتزامـات الناشـئة عند التـعاقد، وذلك على اعتبار أنّ هذه الحالة مماثلة للغلط، والتي يمكن بمقتضاها على الأقل اعتبار الشرط كأن لم يكن، بل ويمكن إبطال العقد بأكمله إذا كان العقد لا يقوم ولا يستمر إلا بها. وقد نص المشرّع الجزائري في المادة 622 من القانون المدني الجزائري، والمادة 67 من القانون 95/07 المتعلق بالتأمينات ببطلان الشرط المكتوب في وثيقة التأمين بشكل غير ظاهر أي غامض، لأن الغموض في صياغة الشروط دليل واضح على محتوها التعسّفي وسوء نية المستفيد منها.

أما بالنسبة للتجارة الإلكترونية فيتعين على المنتج أو مقدم الخدمة أن يبدي الإيجاب، بدلا من أن يكون الإيجاب من المستهل، حتى ولو كانت فكرة ابرام العقد أتت من عنده، إذ أنّ الشركة المنتجة تعلن عن عروضها وترسل إيجابا إلكترونيا من مواقعها على شبكة الأنترنت لكل من يتصل بها من مستخدمي الشبكة، وذلك لأنّ الشركة تملك كافة المعلومات الأساسية والتفصيلية الخاصة بالعقد المراد ابرامه، والتي يجب أن ينصب مضمون الإيجاب عليها،[3] وبهذا تكون كافة الشروط والبنود مبينة في الإيجاب وبكيفية واضحة.

الفقرة الثالثة

الالتزام بالوضوح في برمجة الحاسوب الآلي.

يعد من قبيل التزام الوضوح في التعاقد عن طريق الأنترنت عدم برمجة الحاسوب الآلي بحيث يتلقى القبول بمجرد لمسة على الفأرة، أو التأشير على عبارة الموافقة الموجودة على الشاشة، فعلى الرّغم من أن النقر أو الضغط على أيقونة الموافقة يفيد القبول نظريا، غير أن هذه الطريقة قد تتضمن

[1] نقلا: عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 285 و 286 تهميش رقم 1.
[2] أشار له، نفس المرجع، ص 286.
[3] نفس المرجع، ص 286.

الكثير من الاحتمالات التي تكون فيها الإرادة غير جادة وذلك كلمس الأيقونة على سبيل الخطأ أثناء استخدام الجهاز أو من خلال عبث الأطفال بالجهاز، وهو الأمر الذي يحوي في طياته الكثير من المخاطرة.[1]

لذلك فإنّ بعض القوانين تفرض على من يباشر التعاقد عبر الأنترنت أن يبرمج الجهاز بحيث يبقي فرصة للتراجع عن عملية القبول، في حالة ما إذا ما وقعت يده عليه سهوا، أو كانت اللمسة نتيجة لخطأ أو لعب الأطفال بالجهاز أو أي حالة غير مقصودة،[2] ويكون ذلك من خلال تزويد النظام المعلوماتي بما يمنع إرسال القبول بمجرد اللمس، أو النقر والضغط لمرة واحدة، بل ينبغي التأكد من أنها تعبر عن رغبة جادة لصاحبها وذلك من خلال اشتراط الضغط أكثر من مرة ، أو بعث رسالة تفيد القبول وتأكيد عليه.[3]

وهذا حتى يستفيد المتعامل من هذا الوضوح، والتأكيد على ما يريده فلا يكون البرنامج عبارة عن كمين غامض للمتعاقدين، وهو ما ورد في المادة 2/12 من قانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة 2002 بأن « تكون المعاملة الإلكترونية بين الفرد والوكيل الإلكتروني قابل للإبطال بناءا على طلب الفرد إذا تحققت الشروط الآتية:

أ- وقوع الفرد في خطأ مادي في أي سجل إلكتروني أو في أية معلومات إلكترونية ثم استعمالها في المعاملة أو كانت جزءا منها .

ب- عدم إتاحة الوكيل الإلكتروني الفرصة للفرد لتلافي وقوع الخطأ أو تصحيحه.

ت- قيام الفرد فور اكتشافه الخطأ بإبلاغ الطرف الآخر به دون إبطاء »

الفقرة الرابعة

الالتزام بالوضوح في الرد على الإيجاب في حالة السكوت الملابس كوسيلة للتعبير عن الإرادة.

يظهر السكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة التعاقدية في القبول تحديدا، فلا يتصور وجوده في الإيجاب، في حين أنّ من وجه إليه الإيجاب قد يسكت عن الرد الصريح عما وجه له، وقد لا يقوم بأي عمل إيجابي يستفاد منه قبوله أو رفضه وبهذا يمكن أن يكون سكوته وسيلة لإعلان إرادته.

[1] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 125.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 288.
[3] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 127.

تتفق كافة التشريعات سواء في نظم القانون العام، أو في نظم القانون الخاص على أن السكوت المجرد لا يتضمن أي دلالة على القبول،[1] وهذه القاعدة تتفق تماما مع ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية « لا ينسب إلى ساكت قول »[2] ذلك لأن استخلاص القبول من مجرد السكوت، يعني فرض واجب على الشخص بأن يفصح عن رفضه لكل ما وجه إليه من إيجاب وإلا اعتبر قابلا، وفي هذا تقييد واضح لحرية الأشخاص،[3] فغالبا من يسكت عن عروض قدمت له لا يريد إطلاقا أن يعبر بسكوته عن قبول هذه العروض، لذلك فإن السكوت لا يعتبر في حد ذاته قبولا.[4]

غير أنه قد تحيط بالسكوت ظروف وملابسات لا يتوقع بسببها أن يصل إلى الموجب رد صريح إذا ما قرر الموجب إليه القبول، وإنما يكون توقع الرد في حالة الرفض فقط، وعليه فإذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب ، اعتبر السكوت قبولا « السكوت الملابس ».[5]

وقد تضمن التقنين المدني الجزائري في المادة 68 منه، والمصري في المادة 98 منه وغيرها من القوانين العربية،[6] حالات السكوت الملابس، حيث تنص المادة 68 من القانون المدني الجزائري على ما يلي (إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أنّ الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإنّ العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين ، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه)

والمادة هنا جد واضحة في تعيين هذه الحالات و التي تعتبر استثناءا عن الأصل، والتي سوف نتطرق لها وفقا لحسن النية.

1-إذا كان الموجب لا ينتظر قبولا إلا في حالة الرفض وذلك طبقا للعرف التجاري أو طبيعة المعاملة أو ظروف معينة، ومثال ذلك إرسال تاجر بضاعة لمن يطلبها، ويضيف في كشف حسابها شروط جديدة سكت المشتري عنها ولم يبادر في رفضها فإن سكوته هنا يعتبر قبولا.[7]

---

[1] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 429. وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 289.
[2] حيث اقتبست العديد من القوانين المدنية العربية هذه القاعدة من الشريعة و أوردتها ضمن نصوصها.
[3] إسماعيل غانم – مصادر الالتزام ص 83 نقلا: عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 290 تهميش رقم 4.
[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 289.
[5] صبري السعدي، (العقد والإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 85 و86. و شيرزاد عزيز، سليمان المرجع السابق، ص 290 و 291.
[6] المادة 180 موجبات و عقود لبناني، والمادة 99 من القانون المدني السوري و المادة 98 من القانون المدني الليبي.
[7] صبري السعدي، (العقد و الإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 87.

وكما يعد السكوت في البيع بشرط التجربة في القانون الجزائري[1] والعديد من القوانين العربية[2] قبولا ولكن السكوت هنا يعد قبولا بموجب القانون لا العرف كما أشارت المادة سابقا.

2- الحالات التي يتمخض فيها الإيجاب لمصلحة من وجه إليه: فيعتبر سكوت هذا الأخير هنا قبولا ففي مثل هذه الحالة لن يكون هناك مبرر يؤدي إلى رفض من وجه له الإيجاب هذا الإيجاب، فإذا سكت كان المرجح أنه قد أراد القبول، ومثاله عرض الهبة على الموهوب له فيسكت فإن سكوته هنا يعتبر قبولا، أو كأن يقوم شخص بعرض سيارته على صديقه بناءا على عقد عارية.

3- حالة ما إذا وجد تعامل سابق بين المتعاقدين : يعتبر السكوت قبولا، إذا كان بين المتعاقدين تعامل سابق واتصل الإيجاب بهذا التعامل السابق، ففي هذه الحالة يكون سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولا للعقد،[3]مثال ذلك إذا اعتاد تاجر التجزئة التعامل مع تاجر جملة في سلعة معينة، وطلب تاجر التجزئة من تاجر الجملة كمية من السلعة بالشروط المتفق عليها بينهما، ولم يرد عليه تاجر الجملة، اعتبر سكوته قبولا، ويلتزم بتنفيذ العقد، إذ أنه في هذه الحالة كان يجب على تاجر الجملة الرد إذا لم تكن لديه نية القبول، ومن ذلك أيضا إذا انتهى عقد إيجار مبرم لمدة معينة، وعرض المستأجر على المؤجر التجديد، فسكت المؤجر، فيفسر سكوته هنا قبولا لتجديد بنفس الشروط.

وفي مثل هذه حالة والتي يوجد فيها تعامل سابق بين المتعاقدين، فإنّ سكوت من وجه إليه الإيجاب لفترة معقولة يولد ثقة مشروعة لدى الموجب في قبول إيجابه، وعليه فإن اعتبار السكوت قبول هنا ليس إلا تطبيقا لمبدأ حسن النية في تكوين العقد.[4]

ومن خلال دراستنا للحالات التي يكون فيها السكوت قبولا يمكننا أن نخلص إلى أنّ كلا من القاعدة (هي أنّ السكوت المجرد لا يعد قبولا) والاستثناءات (والتي هي السكوت الملابس ونص القانون) الواردة عليها ماهي إلا تطبيقات لمبدأ حسن النية، لأنه طبقا لهذا المبدأ يعد السكوت قبولا متى نص القانون على ذلك أو كانت الظروف الملابسة تؤكد ذلك، لأن في هذه الأحوال يتعين على

[1] المادة 355 من القانون المدني الجزائري .
[2] تقابلها 2/322 من القانون المدني المصري، و المادة 1/524 القانون العراقي.
[3] صبري السعدي، (العقد و الإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 86.
[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 292.

الموجب ألا يلزم الصمت في رفضه، بل عليه الإفصاح في حالة رفضه ذلك لأن سكوته يولد لدى الموجب حالة من الثقة المشروعة بقبول إيجابه.[1]

الفرع الثالث

الجزاءات المترتبة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في التعبير عن الإرادة.

إنّ عدم الالتزام بالوضوح في التعبير عن الإرادة قد يعد غلطا يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال وفق ما ذهب إليه القانون الإيطالي،[2] وذلك في الحالة التي يكون فيها الغلط متـعلق بنصـوص العـقد، وكان من الممكن تبينه من الطرف المقابل وفق حذر اعتيادي، على أن يكون الغلط جوهريا في العقد، وذلك تطبقا للمواد، 1428، 1429، 1431 من القانون المدني الإيطالي.

كما يكون الطرف الذي قام بصياغة العقد مسؤولا، إذا كان يعلم أنّ الطرف الآخر كان غير متقن للغة المستخدمة، وتعمدّ استغلال وضعه المتميز، وهذه المسؤولية تشمل إعمال الحذف أيضا إذا كان الطرف المتعاقد تلقى معلومات خاطئة نتيجة سكوت الطرف الأخر عن سوء نية.[3]

وتتجلى ضرورة التزام الوضوح في التعبير عن الإرادة في تكوين عقود الاستـهلاك وعقـود الإذعـان، والتي تأتي غالبا في شكل عقود نموذجية يستأثر بصياغتها الطرف القوي، وتحاول أغلب التشريعات تدارك هذه الحالة، من خلال النص على قاعدة تقضي بتفسير العبارات الغامضة لصالح الطرف الضعيف المذعن، ومثاله ما تنص عليه المادة 112 من القانون المدني الجزائري(يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن) وطبقا لهذا النص فإنّ تفسير الشك في مثل هذه العقود يكون دائما في مصلحة المذعن حتى وإن كان دائنا على اعتبار أنه الطرف الضعيف الذي يحتاج للحماية،[4] وتنص على هذه القاعدة أغلب التشريعات.[5] و طبقا لما ورد في المادة – ففي باقي العقود التفاوضية –

[1] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 431.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 293 و294.
[3] نفس المرجع، ص 294.
[4] صبري السعدي، (العقد و الإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 288.
[5] أنظر 2/151 قانون مصري، و المادة 152 من القانون السوري، والمادة 167 من القانون العراقي، و المادة 2/240 من القانون الأردني و المادة 82 من القانون الكويتي.

«يفسر الشك لمصلحة المدين »[1]، وقد كان أحرى بالمشرّع أن ينص على أنّ الشك يفسر لمصلحة من وجّه إليه التعبير عن الإرادة، أو لمن لم يقم بصياغة العقد، على اعتبار أنّ هؤلاء هم ضحية التعبير الغامض واحتمال أن يكون الطرف الذي قام بالتعبير عن إرادته، أو صاغ العقد بتلك الطريقة الغامضة هو الطرف صاحب النية السيّئة ، وهذا ما تبـناه كل من القانـون المـدني الإسـباني في مادته 1258، والمدني النمساوي في مادته 915، وذلك بالنص صراحة على« إنّ إبهام العبارات يفسر ضد من صدرت منه».[2]

وهذه القاعدة التي تبنّاها القانونان المذكوران آنفا هي أكثر تحقيقا للعدالة، وذلك لعدم وجود إجحاف بحق أحدهما تحقيقا لمصلحة الأخر دون وجه حق، وهي أكثر تطابقا مع ما يقتضيه حسن النية في تكوين العقود من حرص على مراعاة مصالح الطرف المقابل، والالتزام بالوضوح وعدم اللجوء إلى أساليب الخداع الملتوية في صياغة العقود، أو التعبير عن الإرادة فيها.[3]

أما في الحالة التي توجد فيها بين المتعاقدين علاقات خاصة، أو تأكيدات من الطرف المقابل بأنّ العقد قد تمت صياغته مثلما اتفقا عليه، وأنّ التعبير الذي أصدره يعني شيئا يعرفه الطرف المقابل، في حين أنّ الأمر لم يكن كذلك حيث تمت صياغة العقد بما يتعارض مع ما هو مطلوب، أو ترجمة العبارات بغير ما يوفقها عمدا، خيانة للأمانة التي عهد بها إليه الطرف المقابل، اعتبر هذا الطرف و الذي قام بهذه الصياغة أو الترجمة مخلا بمقتضيات حسن النية في تكوين العقد، فهو إذن سيء النية والقاعدة تقضي أنّ القصد السيء يرد على أهله.[4]

أما إذا وقع لبس في العبارات الواردة في العقد أو في صياغته من قبل الطرف الذي يـتلقاه أو يـقره، فيمكن اعتباره غلطا أي عيب في الإرادة إذا ما توفرت شروطه والذي سنتناوله في المطلب التالي.

---

[1] أنظر المادة 369 قانون موجبات و عقود لبناني، و المادة 1/151 من القانون المدني المصري، والمادة 166 من القانون العراقي، والمادة 1/240 من القانون الأردني و المادة 194 من القانون الكويتي، ويتم تبرير هذه القاعدة على أساس أنّ الأصل في الإنسان براءة الذمة ولا يمكن مخالفة هذا الأصل اعتمادا على الشك وحده، فضلا عن تبريرات، أخرى متعلقة بالإثبات للمزيد أنظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 294 تهميش رقم 4.

[2] نقلا: عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص295.

[3] نفس المرجع، ص 295.

[4] نفس المرجع ص 295 أي يتم تفسير تلك العبارات الغامضة أو الغير موافقة في ترجمتها لما هو في الحقيقة بعكس ما أراده هو و لصالح الطرف المقابل.

و كما تنص المادة 8 من اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية CISG على أنه «

1- في حكم هذه الاتفاقية تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما قصده، هذا الطرف متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد، أو لا يمكن أنّ يجهله.

2- في حالة عدم سريان الفقرة السابقة، تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن الطرفين، وفقا لما يفهمه شخص سوي الإدراك، ومن نفس صفة الطرف الآخر إذا وضع في نفس الظروف.

3- عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوي الإدراك يجب أن يؤخذ في عين الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لا سيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين، والعادات التي استقر عليها التعامل بينهما والأعراف وأي تصـرف لاحق صـادر عنهما ».

يتضح من المادة أنّ الاتفاقية وإثر معالجتها لهذا الموضوع لم تسـر على درب القوانين الخاصة، بل أوجدت لنفسها معالجة مختلفة تتفق وطبيعة العقود التجارية الدولية. حيث أنّ الفقرة الأولى من المادة تبين أنّ تفسير البيانات والتصرفات يكون وفقا لقصد من حرره، لكن بشرط أن يكون الطرف الآخر يعلم بهذا القصد، وهو ما يتطابق مع ما يقتضيه حسن النية في تكوين العقد، وجاء في آخر هذه الفقرة عبارة " أو لا يمكنه أن يجهل " والمادة هنا تشير إلى من يجهل قصد من صاغ العقد، لكن جهله كان مشوبا بإهمال من جانبه، وهو يستحق إذن وكجزاء لإهماله أن يفسر العقد وفقا لقصد من حرره.[1]

أما الفقرة الثانية من المادة فهي تتعلق بحالة تفسير البيانات والتصرفـات الصـادرة عن أحد الطرفين، في حالة ما إذا كان الطرف المقابل لا يعلم بقصده ولم يكن مهملا في عدم علمه، وطبقا لهذه المادة يتم اللجوء إلى معيار الرجل المعتاد، مع الأخذ بعين الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لا سيما المفاوضات التي تمت بينهما والعادات التي اسـتقر عليها التعامل بينـهما والأعـراف، وأي تصرف لاحق صادر عنهما. وهنا نرى أن المادة تراعي حالة المتعاقدين دون أن ترجح أحدهما على الآخر كما فعلت جملة القوانين الداخلية « بتفسير الشك لمصلحة المدين »[2]

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 296.
[2] نفس المرجع، ص 296.

ومما سبق يتضح أن عدم الالتزام بالوضوح الناتج عن حسن النية، يترتب عليه تفسير الشك لصالح المذعن أو المستهلك في مثل هذه العقود، مادام الطرف القوي هو الذي يستأثر بالصياغة في هذه العقود، فعليه إذن أن يتحمل نتائج صياغته الغامضة، وذلك بتفسير ذلك الغموض لمصلحة الطرف الضعيف، أما في الحالة التي يمكن فيها لطرف مناقشة شروط العقد وبنوده والمساهمة في صياغته، فإن القاعدة هي (الشك يفسر لمصلحة المدين) وهذه القاعدة تتضـمن إجحافا بحق الدائن، لأن الكفة بموجب هذه القاعدة مرجحة لمصلحة المدين حتى وإن كان هو من صاغ العقد وتعمد وضع هذه العبارات الغامضة التي سوف تفسر لمصلحته لا محال، لذلك كان أولى بتلك القوانين والتي سبق الإشارة إليها ومنها القانون المدني الجزائري أن تأخذ بما جاء في كل من القانون المدني الإسباني والنمساوي واللذان يقضيان بتفسير العبارات المبهمة ضد من صدرت عنه، أو ما جاءت به اتفاقية فيينا والتي توزع الأعباء بالتساوي دون أن ترجح الكفة لصالح المدين على الدائن.

وفي الأخير يجب التنويه إلى أنه وفي حالة تطابق الإرادتين، يتعين على من وجّه إليه التعبير عن الإرادة بكيفية واضحة لا لبس فيها، أن يلتزم هو الآخر بمبدأ حسن النية في إعلان إرادته كما سبق بيانه – الالتزام بالوضوح – وكما يتعين عليه أيضا فهم الإيجاب على الوجه الذي قصده الموجب طالما كان الإيجاب محددا وواضحا، أي بكيفية مطابقة لمقتضيات حسن النية، أما إذا أهمل القابل ذلك متعمدا مدعيا فهمه بمعنى آخر قاصدا بذلك التخلص من المسؤولية وتفويت فرصة على الموجب كانت ستحقق له مغنما اعتبر سيء النية ومخلا بمقتضيات حسن النية.[1]

[1] عبد الحليم القوني، المرجع السابق، ص337و338 والجزاء هنا يكون بإجباره على تنفيذ العقد المبرم، و في استحالة ذلك و تمنعه يكون بالتعويض مادي مقابل.

المطلب الثاني

حسن النية و عيوب الإرادة.

تعد نظرية عيوب الإرادة من أهم الضمانات في تكوين العقد، فهي تشكل منذ نشوئها وبصورتها الحديثة نظاما يسعى لحماية الإرادة المعيبة أثناء التعاقد.[1]

وإنّ نظرية عيوب الإرادة المنصوص عليها في القانون المدني بالرّغم من أنّها جاءت لحماية الإرادة المعيبة كما سبق وأن أشرنا إلا أنها تعكس وبشكل جلي اعترافا ضمنيا – لا يمكن إنكاره – من المشرّع بضرورة مراعاة مبدأ حسن النية عند تكوين العقد،[2] وانطلاقا من هذا سنحاول إبراز علاقة حسن النية في تكوين العقد بعيوب الإرادة من خلال هذا المطلب.

ولقد خضعت نظرية عيوب الإرادة لكثير من الدراسات، وأصبحت من أهم نظريات مصادر الالتزام، فلا يكاد كتاب أو بحث بخصوص العقد أو مصادر الالتزام يخلو منها، وكما قد برزت دراسات لنظرية عيوب الإرادة بصورة حديثة، وذلك من خلال التركيز على جوانب ارتباطها بمبدأ حسن النية عند تكوين العقد،[3]حيث ذهبت هذه الدراسة إلى أنّ نظرية عيوب الإرادة المذكورة في الفصل المخصص لصحة العقد تقترب جميعها من مفهوم حسن النية، ومن ثمّ فإنّ المشرّع قصد بها إدراج هذا المبدأ عند تكوين العقد، وبأنّ في قضائه بتوقيع جزاء على المتعاقد سيء النية عند تكوين العقد، دليل على جعل هذا المبدأ شرطا مستقلا لصحة العقد.[4]

---

[1] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 84.

[2] مارغريت نقولا أنطوان مارورديس: العنصر الأخلاقي في العقد، المرجع السابق، ص 27.

[3] Brigitte Lefebvre, La bonne foi dans la formation du contrat, revue de droit de McGill , McGill law Journal, 1992 , p 1060….1065.

رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها. بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.

Marie Annik Grégoire , Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat , éditions Yvon Blais une société Thomson , 2003 ; (Québec) canada .p 43…..

[4] Stéphane Darmaisin :le contrat moral . p :144 : « la cour de cassation confirme cette analyse par important arrêt 16 mai 1995 en retenant qu'un contrat conclu de mauvaise foi et sanctionné par la nullité » 48 عن فريدة لبان، المرجع السابق، ص

الفرع الأول

حسن النية في تكوين العقد و الغلط .

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري، نجد أنّ المشرّع عند نصه على نظرية عيوب الإرادة، في الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود، قد اهتم بعيب الغلط أكثر من العيوب الأخرى،[1] كما أورد وبصراحة في المادة 82 والمادة 85 منه مصطلح « حسن النية » والذي سنقوم بدارسة الغلط من خلاله.

الفقرة الأولى

تعريف الغلط.

هو اعتقاد يخالف الحقيقة،[2] ويحبذ بعض الفقه تعريفه بأنه (وهم يحمل الشخص على اعتقاد غير الواقع)[3] ويدفعه إلى التعاقد، فهو إذن تصور كاذب للواقع يؤدي بالشخص إلى ابرام عقد ما كان ليبرمه لو تبين حقيقة هذا الواقع، وهذا التعريف يبين لنا بأنّ الغلط المقصود هنا هو الذي يقع فيه المتعاقد حال تكوين الإرادة.

---

[1] إذ أنه عالج نظرية عيوب الإرادة في المواد 81 إلى 91 خصص منها خمس مواد لعيب الغلط و مادتين لكل عيب من العيوب الثلاثة المتبقية، و ليس غرضنا الحقيقي من هذه الدراسة هو تناول هذه العيوب بالشرح و الدراسة و إنما نركز على إبراز الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية و علاقته بهذه العيوب.

[2] لعصامي الوردي، نظرية البطلان في التقنين المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون – الجزائر،2001، ص 34.

[3] أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 127، و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 301. و (د أنور سلطان الموجز في مصادر الالتزام البند 90 و البند 91) نقلا عن لعصامي الوريدي، المرجع السابق، ص34 تهميش رقم 2.

ويتعين قبل البدء بدراسة الغلط كعيب من عيوب الإرادة استبعاد ما أصطلح عل تسميته بالغلط المادي،[1] والغلط المانع،[2]وحصر نطاق البحث بالغلط الذي يعيب الإرادة.

وقد نصت المادة 81 من القانون المدني الجزائري على أنّه (يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت ابرام العقد أن يطلب إبطاله) وكذلك نصت المادة 82 على أنه (يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدّا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد) وكما تضيف المادة 83 منه (يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط الواقع طبقا للمادتين 81 و82 . مالم يقض القانون بغير ذلك)

الفقرة الثانية

شروط الغلط.

يستنتج من المواد المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، وجوب أن يتوفر الغلط الذي يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال على الشروط التالية:

1 **أن يكون الغلط جوهريا:** ويكون الغلط جوهريا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد[3]،أي أنه بلغ قدرا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فيه،[4] طبقا للمادة 1/86 والتي

[1] الغلط المادي لم يكن له أي دور في تكوين الإرادة بل طرأ بعد تكوينها، كأن يتم الإتفاق على سعر السلعة بغير غلط من الطرفين: ثم يحدث غلط في حساب الثمن أو نقل الأرقام من ورقة إلى أخرى فهذا الغلط لا يعيب الإرادة، و يقتصر الأمر على تصحيحه، أنظر المادة 84 من القانون المدني الجزائري و المادة 123 من القانون المدني المصري و المادة 120 من القانون المدني العراقي.

[2] الغلط المانع هو الغلط الذي يترتب عليه منع انعقاد العقد لا مجرد تعييب إرادة أحد المتعاقدين و هو يتحقق في حالات هي (أ) الغلط الذي ينصب على طبيعة العقد هو(قرض) يتوهمه الطرف المقابل (هبة)، (ب) الغلط الذي ينصب على محل الالتزام المنزل محل العقد يوجد في مدينة أخرى ليست العاصمة، (ج) الغلط الذي ينصب على سبب الالتزام (كوصية باطلة) و للمزيد الرجوع إلى السنهوري في (الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج1)، المرجع السابق، ص 289 ص 293. و أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 34.

[3] صبري السعدي، (العقد والإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 168.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 303. و العصامي الوردي، المرجع السابق، ص 36.

تنص على (ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية. أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية) ويتضح من هذا النص ومن النصوص السابقة الذكر بأنّ المشرّع الجزائري اعتدّ بالمعيار الذاتي، إذ يجب أن نتقصّى أثر الغلط في إرادة المتعاقد ذاتها .

وقد أورد المشرّع الجزائري بعض الحالات التي يعتبر فيها الغلط جوهريا على سبيل المثال لا على سبيل الحصر[1] وهي :

أ الغلط في الصفة الجوهرية للشيء: طبقا للمادة 2/82 وقد نصت المادة على أنّ الصفة لا تعتبر جوهرية فقط في حال اعتبارها كذلك من طرف المتعاقدين بل إنها تكتسي نفس الوصف إذا دلت على ذلك الظروف وما يقتضيه حسن النية.

ويتضح هنا أنّ المشرّع قد أحال تحديد الصفة الجوهرية التي أدت إلى الوقوع في الغلط إلى مبدأ حسن النية، وذلك تعزيزا للمعيار الذاتي الذي اتخذه للكشف عن الغلط إذ أنّ المادة قد قضت بأنّ صفة الشيء تكون جوهرية ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقا لما انطوت عليه نيتهما بالفعل، بل أيضا إذا وجب أن يكونا قد اعتبراها جوهرية وفقا لما لابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية، فالظروف الموضوعية للعقد وواجب التعامل بحسن النية يهديان في بعض الأحوال إلى التعرف على نية المتعاقدين، فإذا اشترى شخص من تاجر آثار قطعة ظنّها أثرية، ثم اتضح أنها ليست كذلك، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنّه تعامل مع تاجر آثار قرينة على نيته، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلا على نية المتعاقد الآخر، وأن يتمسك بما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة مادام قد اشتراها من

[1] من غير الحالات التي يعتبر فيها الغلط جوهريا و دافعا للتعاقد فهو يكون غير مؤثر و يبقى العقد صحيح، (أ)الغلط في الصفة غير أساسية في الشيء محل العقد كذلك الذي ينصب على صنف ورقة الكتاب الذي تقرأه، (ب) الغلط في شخصية المتعاقد إذا لم تكن محل اعتبار في العقد، (ج) و الغلط في القيمة إذا اعتقد شخص أنّ قيمة سيارته بـ 3 ألاف و قيمتها 5 آلاف. (د) الغلط الباعث كمن اشترى سيارة لاعتقاده أنّ سيارته تحطمت إثر حادث تم اتضح أنها سليمة. للمزيد أنظر: صبري السعدي، (العقد والإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 164.

تاجر في الأثار، بل كان الواجب على هذا الأخير أنّ ينبه المشتري إلى أنّ القطعة ليست أثرية لو كان عالما بذلك.[1]

ب الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته: ويكون الغلط جوهريا في شخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته إذا كانت تلك الذات أو الصفة محل اعتبار في التعاقد وهي الدافع إلى التعاقد.

ج الغلط في القانون: والذي نصت عليه المادة 83 بقولها (يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82، مالم يقض القانون بغير ذلك) ويكون الغلط في القانون بتوهم قاعدة قانونية على غير حقيقتها وتكون هي السبب الرئيسي الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد فهو كذلك يعيب الرضا ويؤدي إلى قابلية العقد للإبطال.

2 **اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر**: لم ينص التقنين المدني الجزائري صراحة على هذا الشرط والذي يتمثل في كون المتعاقد الآخر قد وقع هو الآخر في الغلط، أو على علم بأن المتعاقد قد وقع في غلط أو على الأقل كان من السهل عليه أن يتبين ذلك، لكن وبالرجوع إلى المادة 82 /2 [2]والمادة 85 /1[3] يتبن لنا أنّ المشرّع قد أخذ بهذا الشرط، إذ على المتعاقد الذي يريد إبطال العقد للغلط أن يثبت أولا: وجود هذا الغلط، وكونه جوهريا أي دافعا للتعاقد، ثانيا: أنّ هذا الغلط قد اشترك فيه مع المتعاقد الآخر أو أنّ المتعاقد الآخر يعلم به، أو كان يستطيع أن يعلم به، فإذا كان يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد معه ولم يطلعه على الحقيقة يعد سيء النية، أي عكس ما تقتضيه المادة 2/82 والمادة 1/85 ولا يكون في هذه الحالة جديرا بالحماية من الإبطال، أما إذا كان من السهل عليه أن يتبين غلط المتعاقد معه فهو يعد مقصرا، ولا حماية له كذلك، لأنه وفقا لمقتضيات حسن النية في تكوين العقد كان عليه أن يتأكد من عدم وقوع الطرف المقابل في الغلط، أما في حالة الغلط المشترك فعلّة قابلية العقد للإبطال ليس سوء نية الطرف المقابل، لأنه هو الآخر قد وقع في غلط، وإنما القصد من ورائه حسب رأي بعض الفقه،[4]هو استقرار المعاملات على اعتبار أنّ الغلط الفردي والذي لا يعلمه

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 304. و الغلط هنا مرتبط بالالتزام بالإعلام و الذي يرتبه هذا المبدأ و تم تناوله في الفصل السابق.
[2] صبري السعدي، (العقد والإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 172.
[3] لعصامي الوردي، المرجع السابق، ص 37.
[4] عبد الرزاق السنهوري نظرية العقد، المرجع السابق، ص 379، وصبري سعدي(العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص 172 و 173.

المتعاقد الآخر وليس من السهل أن يعلمه يزعزع التعامل هذا من جهة ، وكما أنّه إذا اشترك الطرفان في الغلط، ثم تبين بعد ذلك حقيقة الأمر وطلب أحد الطرفين إبطال العقد فمن العدل أن يقره الطرف الآخر للسبب ذاته والذي اشتركا فيه،[1] ومن ثم فليس لأي منهما أنّ يتضرر من تمسك الطرف الآخر بالإبطال.

وهو ما تؤكده المحكمة العليا بالنسبة لهذا الشرط في قررها الصادر في 1988/11/14،[2] وقد أشارت عند تقديرها للغلط الجوهري أي صفة المهندس والتي تعتبر السبب الرئيسي الدافع للتعاقد، وقد حرص المتعاقد الواقع في الغلط على التأكد من وجود هذه الصفة بطلبه الملحّ على استظهار الشهادة وبأنه و بناءا على ذلك أصبح أهلا للحماية القانونية. كما أنّ الطرف الآخر هنا يعلم بالغلط وهو سيء النية، وسوء نية هذا الأخير هي دليل على كون الواقع في الغلط معذور ومن ثم فإنّ الإرادة هنا معيبة والعقد قابل للإبطال.[3]

الفقرة الثالثة

علاقة الغلط بحسن النية.

إنّ أهم مسألة تثيرها نظرية الغلط هي مسألة التوفيق بين مصلحة المتعاقد الواقع في الغلط ومصلحة الطرف الآخر في العقد،[4] فهو يترجم علاقة التنازع بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ حسن النية اللذان يحكمان مرحلة ابرام العقد.[5]

فلو كان الغلط الذي يعيب الإرادة ويؤدي إلى إبطال العقد، مبنيا على مبدأ سلطان الإرادة فقط كونه شرّع في الأصل لحمايتها – أي الإرادة المعيبة – لكان توفر الشرط الأول والمتمثل في كون الغلط جوهريا ودافعا للتعاقد ، لوحده كافيا لإعطاء الحق للواقع في الغلط بإبطال العقد ، هذا وتظهر إشكالية أخرى أيضا هي إرادة المتمسك اتجاهه بالغلط التي هي ليست معيبة، فلماذا ترجح الكفة في

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 306.
[2] الغرفة الاجتماعية ملف رقم 49339 قرار بتاريخ 1988/11/14 المجلة القضائية العدد الرابع 1990 ص 149.
[3] Marie Annik Grégoire , op, cit , p 50
[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص307.
[5] حيث يقف مبدأ سلطان الإرادة مع طرف الواقع في الغلط و ذلك بإعطائه الحق في إبطال العقد بما أنّ إرادته معيبة، بينما يضمن مبدأ حسن النية الحماية للطرف المقابل حسن النية و الذي تولدت لديه ثقة مشروعة بالنسبة للعقد الذي تم ابرامه.

تطبيق النظرية لصالح الواقع في الغلط ؟ أو لم يكن الأجدر بأن يتم احترام إرادة طرف المقابل المتبصرة، بدلا من إرادة الغلطان و هنا نجد عجز في الإجابة عن هذه الإشكالية.

لذلك يتضح جليا أنّ الأساس السليم لإعمال نظرية الغلط المعيب للإرادة، هو أنّ المتمسك اتجاهه بالغلط أخل بمقتضيات حسن النية في تكوين العقد،[1] وهو ما اشترطته القوانين المدنية في "اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر" ومن ثمّ فإنه وفي حالة عدم توفر هذا الشرط فإنّ مبدأ حسن النية يهدف إلى الإبقاء على العقد، وذلك مراعاة للثقة المشروعة المتولدة لدى الطرف المتمسك اتجاهه بالإبطال، والذي لا يعلم بالغلط وليس في استطاعته أن يعلم ولم يشترك في الوقوع في الغلط،[2] وكما يضمن ذلك أيضا ما يوجبه استقرار المعاملات.[3]

إنّ القول بأنّ نظرية الغلط مبنية على أساس احترام مقتضيات حسن النية، من قبل المتمسكة اتجاهه بالغلط له ما يبرره، فاشتراط اتصال الغلط بالطرف الآخر أكبر دليل على ذلك، فحسن النية يقتضي بالنسبة لهذا الشرط ما يلي:

في الحالة التي يكون فيها المتعاقد المتمسك اتجاهه بالغلط يعلم به، كان يجب عليه طبقا لما يقتضيه حسن النية في تكوين العقد، إعلام الواقع في الغلط بأنه وقع في هذا العيب وألّا يستغل ذلك ويقوم بإبرام العقد دون أن يعلمه، وإلا اعتبر مخلا بمقتضيات حسن النية في تكوين العقد وهو إذن سيء النية وجزائه الإبطال.

وفي الحالة التي يكون فيها من السهل عليه أن يعلم بالغلط، فإنّ حسن النية يقتضي من المتمسك اتجاهه بالغلط التزاما إضافيا بالتحقق والتّأكد من عدم وقوع الطرف المقابل في الغلط، وذلك من خلال الاستفسار[4] منه عما يبتغيه من التعاقد، فإذا تبين أنّ المتعاقد الآخر قد وقع في غلط عليه أن يخبره ويعلمه بأنه واقع في غلط.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 304.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص308.
[3] أنظر السنهوري، المرجع السابق(نظرية العقد)، ص 382.
[4] وهو الالتزام بالاستعلام الناشئ عن حسن النية و الذي سبق و أن تناولناه.

أما في حالة وقوعه في نفس الغلط (الغلط المشترك) فهنا يقتضي حسن النية في تكوين العقد منه، التزام التعاون والتسامح في إبطال العقد للغلط، لأنه هو نفسه كان واقعا في ذات الغلط.[1]

وكما تعد فكرة الغلط الغير معذور من أهم تطبيقات حسن النية في الغلط، وترتب هذه الفكرة الحماية للطرف الذي لم يقع في الغلط، وتولدت لديه ثقة مشروعة بصحة العقد وذلك لأنّه حسن النية، ولا يعد الغلط الغير معذور عيبا للإرادة،[2] فحتى يكون الغلط معتبرا ويؤدي إلى قابلية العقد للإبطال لابد أن يكون معذورا ومن ثمّ يستبعد الغلط الذي لا يرتكبه شخص عادي،[3] أو لا يرتكبه شخص في مثل مؤهلاته ككونه محترفا مثلا، فإذا كان المفروض على كل متعاقد أن يحرص على تحقيق مصالحه، فإنّ حسن النية لا يسمح بأن يستفيد الشخص من إهماله.[4]

حالة التمسك بالغلط بما يتعارض وحسن النية: ألقى المشرّع على عاتق الواقع في الغلط واجب التزام حسن النية، من أجل الحفاظ على العقد في المادة 85 من القانون المدني الجزائري، كما ورد في المادة 2/85 الجزاء الذي يترتب على سيء النية المتمسك بالغلط بطريقة تعسّفية.[5]

فطبقا لنص المادة 85 لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يخالف حسن النية، ومثاله إذا اشترى شخص، أرضا وهو يعتقد أنّ لها منفذا إلى الطريق العام، ثم يتضح أنها محصورة فيعرض عليه البائع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام، مما يحقق له كل الأغراض التي يقصد إليها فيأبى إلا إبطال العقد، فتمسكه هنا يتعارض ومقتضى حسن النية.

وقد أوردت الفقرة 2 من المادة أهم تطبيق لهذا المبدأ، إذ تقضي بسقوط الحق في إبطال العقد لمن وقع في الغلط، وأبدى المتعاقد الأخر استعداده لتنفيذ العقد بالشكل الذي توهمه المتعاقد في العقد

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 309.
[2] Marie Annik Grégoire ,op , cit ,p 49 et p 50
[3] François Chabas ; obligation théorie générale, 9éme Edition, Edition Delta, 2000. p171.
[4] Ph Le tourneau , op , cit , p04
[5] Saidi Mustapha : la tendance objective du code civil la responsabilité , délictuelle et contrat .Mémoire de magister filière : contrat et responsabilité , université d'Alger .faculté de droit et des sciences administratives , ben aknoun , 2005. p 27

ومثاله: إذا اشترى شخص شيئا وهو يعتقد أنه أثري، فإنه يظل مرتبط بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثري الذي قصد شراءه.[1]

ويطبّق هذا الحكم أيضا إذا كان التمسك باستعمال الحق في الإبطال يؤدي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، ومثاله أن يبرم رب عمل عقدا مع عامل معتقدا أنّه من دين معين ثم يتبين أنّه على خلاف اعتقاده، فإنّ إبطال العقد في هذه الحالة ينافي النظام العام ، أي يؤدي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، ولذا يبطل استعمال الحق في إبطال العقد ويبقى العقد صحيحا.[2]

ويمكن الإشارة في الأخير إلى المادة 2/741 من القانون المدني الجزائري والتي تمنح الحق للمتصرف إليه في إبطال التصرف متى كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، وبالتالي هو قد وقع في وهم وعلى أساس ذلك الوهم قام بالتصرف، بينما استغل الطرف المقابل جهلة وبالتالي لم يراعي مصالح المتصرف إليه و المتصرف في المال الشائع هنا سيء نية لأنه لم يخبر المتصرف إليه بحالة الشيوع ، لذلك منح القانون الحق للمتصرف إليه في إبطال العقد.[3]

الفرع الثاني

حسن النية في تكوين العقد و التدليس.

يعتبر القانون المدني الفرنسي والقوانين الأخرى المتأثرة به،[4] والتي من ضمنها القانون المدني الجزائري التدليس عيبا مستقلا من عيوب الإرادة. وهو بعكس ما تأخذ به بعض القوانين العربية المتأثرة بالشريعة الإسلامية،[5] والتي تنص تقنيناتها على ما يسمى بالغبن مع التغرير، عوضا عن التدليس الذي يعتبر مفهوما مرادفا له.[6]

[1] السنهوري، المرجع السابق(الوسيط مصادر الالتزام ج1)، ص317 و 318.
[2] صبري السعدي، (العقد والإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 176.
[3] فريدة لبان، المرجع السابق، ص47.
[4] كالقانون المدني المصري، والسوري و الموجبات و العقود اللبناني.
[5] كالقانون المدني العراقي في المادة 121 و الأردني في المادة 143.
[6] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 320.

الفقرة الأولى

تعريف التدليس و عناصره و شروطه.

ويعرف التدليس بأنه استعمال طرق احتيالية بغية إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يحمله على التعاقد،[1] ويستفاد من هذا التعريف أنّ التدليس هو غلط مستثار وليس تلقائيا،[2] ومن هنا تظهر الصلة الوثيقة بين الغلط والتدليس، والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش، على اعتبار أنّ التدليس يكون أثناء تكوين العقد، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد، أو خارج دائرة العقد،[3] ولأجل معرفة علاقة هذا العيب بحسن النية في تكوين العقد، علينا أن نتطرق إلى عناصره وشروطه .

أولا: عناصر التدليس.

تنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري[4] على أنّه (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا تبث أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة) ويتبين من هذه المادة وجود عنصرين هما.

1 **العنصر المعنوي:** والذي يتمثل في نية التضليل والتي تعد ضرورية لتحقيق حالة التدليس، ولهذا يجب أن يتوفر في المدلس قصد الوصول إلى غرضه الغير مشروع.

2 **العنصر المادي:** وهي الحيل التي يستعملها المدلس، ويقصد بالحيل كل الوسائل المادية المستعملة من طرف المدلس لتزييف الحقيقة ومثاله ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية تاجر سيارات بسبب تلاعبه بعداد سرعة سيارة بسوء نية بقصد إيقاع المشتري في الغلط بالرّغم من أن المشتري كان يعمل في نفس مهنة البائع ، وذلك على أساس أن مثل هذا التصرف الصادر من البائع

[1] السنهوري الوسيط ، المرجع السابق(مصادر الالتزام ج1)، ص 318.
[2] لعصامي الوردي، المرجع السابق، ص 37.
[3] السنهوري الوسيط، المرجع السابق(مصادر الالتزام ج1)، ص 319.
[4] أنظر: كذلك المادة 28 من تقنين السويسري و التركي، و المادة 125 من القانون المدني السوري و المادة 125 مصري و 125 ليبي، 122 تجاري كويتي، 111 سوداني، و 1/208 موجبات وعقود لبناني.

سيء النية يجعل جهل المشتري بالمعلومة المتصلة بعدد الكيلومترات التي تقطعها السيارة جهلا مشروعا حتى وإن كان مهنيا ، وبالتالي تصرف البائع من شأنه أن يوجب المسؤولية على عاتقه.[1]، ومن الملاحظ بأنّ طرقها كثيرة ومن المستحيل حصرها في قائمة جامعة.

ولكنها عامة إما أن تتخذ مظهرا إيجابيا أو سلبيا، أما المظهر الإيجابي فقد يكون من خلال اصطناع مستندات أو محررات مزورة، أو انتحال شخصية، أو صفة، أو ابرام عقود صورية مؤيدة لنية التضليل، أو تقديم معلومات كاذبة لإنشاء الوهم الدافع إلى التعاقد، أما التدليس السلبي فقد يتمثل بحالة من السكوت أو الكتمان عن واقعة أو ملابسة، بشرط أن يثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة، [2] مع العلم انه يجب أن تكون هذه الوسيلة المتبعة من قبل المدلس كافية لدفع المدلس عليه للتعاقد، ويقدرها قاضي الموضوع بحسب السن والجنس والخبرة.

أ الكذب كحالة من حالات التدليس:

يرى بعض الفقه[3] أنّ الأصل في الكذب أنه لا يرقى إلى مستوى التدليس إذا كان عاديا يمكن اكتشافه بالقليل من التفكير، أو ببذل أدنى قدر من الإحتياط كمن يروج لبضاعته بالمبالغة في مذحها – ففي الغالب إنّ الكذب هنا غير مؤثر – غير أنه متى أستعمل بكيفية تؤدي إلى إيهام الطرف الثاني بغير الحقيقة ودفع به إلى التعاقد، أي أن يكون الكذب على درجة من الجسامة، ويكون ذلك بالأخص في المعاملات التي تقتضي بطبيعتها تجنب الكذب لما تتضمنه من خطورة.[4]

[1] نقلا عن عروبة شافي عرط المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008. ص 188 .

[2] أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج2، المصدر السابق، ص 172 و173.

[3] صبري السعدي، (العقد والإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 173. (و دكتور عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزامات ج 2 ، ص 172و 173) نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 312.

[4] صبري السعدي، (العقد والإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 178. و مثالة قرار المحكمة العليا، الغرفة المدني، رقم 233625، الصادر في 2001/01/17 المجلة القضائية لسنة 2001، عدد01 ص 109. و قد ورد القرار بصدد التصريح الكاذب لدفع المتعاقد للتعاقد، حيث كذب البائع على المشتري و أخبره بأنه يستطيع تشييد بناء على الأرض محل العقد، و أن شركة سونلغاز سوف لن تتعرض للمشروع، في حين أن الأمر هو عكس ذلك، مما يشكل تدليسا معيبا للإرادة.

ب السكوت أو الكتمان كحالة من حالات التدليس :

وكما قد أشرنا سابقا بأن الحيل التدليسيّة قد تتخذ مظهرا سلبيا، أي كتمانا لوقائع أو ملابسات جوهرية دافعة للتعاقد،[1] كما تبين لنا من خلال المادة 2/86 المشار إليها آنفا، وقد قررت المحكمة العليا اعتبار السكوت العمدي حيال واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا. إلا إذا كان المتعامل معه حرفيا أو مهنيا فإنه لا يمكن الادعاء بالغش والتدليس. حيث جاء في قرارها أنّ العنب المباع كان مصابا بأمراض الكروم. وأن البائع كتم هذا العيب بقصد بيع العنب فكان يجب ابطال العقد لتدليس، لكن لما كان البيع تم بالمزاد العلني وبعد معاينة المحل المباعة و بما أن المشتري حرفي فلا يمكن له الادعاء هنا بالغش والتدليس.[2] ويؤيد القضاء الفرنسي[3] اعتبار كل من السكوت والكتمان تدليسا، فقد قررت محكمة النقض بأن التدليس يمكن أن يتكون من مجرد السكوت من جانب الطرف الذي يخفي على المتعاقد الآخر واقعة ما، والتي يكون من شأن علمه بها قبل ابرام العقد، أن يحول بينه وبين التعاقد، ويجب الإشارة هنا إلى العنصر النفسي في هذه الحالة أيضا يجب أن يتوفر في المدلس، حيث لابد أن تتصرف إرادته إلى تعمد السكوت عن الواقعة مع علمه بأنها جوهرية في اعتبار المتعاقد الأخر. وهناك من يرى [4] بأن الكتمان لا يشكل تدليسا، إلا في الحالة التي يكون هناك واجب الإفصاح عن المعلومات (الالتزام بالإعلام)، [5] وهو ما أيده القضاء الفرنسي[6] وقد يكون مصدر هذا الواجب نص قانوني خاص،[7] أو من الأمور الواجب بيانها بحسب التعامل، وقد يستخلص القاضي واجب الإفضاء مما يتمتع به العاقد من تخصص فني وسمعة عالية في مهنته يرتاح لها العاقد الآخر. وقد يرجع إلى طبيعة العقد ذاته، والذي يفترض درجة عالية من الثقة بين طرفيه كعقد

[1] المادة 2/86 القانون المدني الجزائري " يعتبر .....الملابسات " تقابلها المادة 125 من القانون المصري و المادة 144 من القانون الأردني و 150 من القانون الكويتي .

[2] (المحكمة العليا، الغرفة المدنية 1993/06/23 ملف رقم 101365) عن بلحاج العربي، المرجع السابق(المرحلة السابقة للتعاقد)، ص 76 البند 60 تهميش رقم 1.

[3] نقلا عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 313، أشار له في التهميش رقم 2.

[4] مشار إليه من طرف شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 313.

[5] والذي يعتبر هو الأخر من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد.

[6] حسين عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1996، رقم 178 ص 83.

[7] أنظر المادة 656 من القانون المدني الجزائري في التأمين على الحياة و التي يستلزم فيها المشرّع أن يدلي المؤمن ببينات معينة هامة ولا يكتمها.

الوكالة،[1] فضلا عما سبق ذكره من عنصري التدليس فإنه يلزم توفّر شرطين حتى يكون التدليس مبطلا للعقد.

ثانيا: شروط التدليس.

- يجب أن يكون التدليس دافعا للتعاقد، أي دون تدليس ما كان للمتعاقد المدلس عليه أن يقوم بإبرام العقد.
- يجب أن يتصل التدليس بالمتعاقد الآخر: فهنا يجب أن يكون التدليس صادر من المتعاقد أو نائبه، أو أن يكون على الأقل عالما به أو كان من المفروض أن يعلم به في حالة صدور التدليس من الغير.2 وهو ما تنص عليه المادة 87 من القانون المدني الجزائري (إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثب أن المتعاقد الأخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس)[3] وسيتم التطرق لهذين الشرطين بكثير من التفصيل في علاقة حسن النية بالتدليس.

وفي الأخير يجب أن ننوه إلى أنّه لطالما اقترن التدليس بالغلط، وهو ما يستفاد من المفهوم الفقهي للتدليس، إذ هو استعمال المناورات من أجل إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه للتعاقد،[4]غير أنّ القضاء الفرنسي توصل إلى إقامة التدليس في غياب الغلط حماية لمبدأ حسن النية،[5]وقد يعتبر هذا الأمر منطقيا طالما أنّ الحيل لوحدها تشكل إخلالا بحسن النية، وتكشف سوء نية المدلس بغض النظر عن تأثيرها على المدلس عليه.

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص313و314.
[2] صبري السعدي، (العقد والإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 181.
[3] المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي لا تعتبر التدليس صادر من الغير معيب الإرادة، الأمر الذي دفع بالقضاء و الفقه إلى تضييق نطاق هذا الشرط و حصره أنظر شيرزاد، المرجع السابق ص 314.
[4] السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 60. و فريدة لبان ، المرجع السابق ص 34.
[5] Christian Larroumet ; Droit civil tome 3 , les obligations , le contrat . 4eme édition, Ed , Economica ,1998 , p318 .
و ذكر المؤلف قرار الصادر في 1996/5/16 الذي قررت فيه الغرفة المدنية الاولى " أنّه إذا كان علينا حقا استبعاد الغلط فإنّ الإخلال بحسن النية يشكل تدليسا معاقب عليه في غياب الغلط ".

ويبدو أنّ القضاء الجزائري قد سار في نفس الاتجاه ففي 2001/1/17[1] أيدت المحكمة العليا القرار الصادر عن المجلس والقاضي بإبطال عقد البيع تطبيقا للمادة 86، والتعويض مستندة إلى الإعلام الكاذب الذي صرحت به البائعة والذي يمثل حيلة مشكلة للتدليس.

الفقرة الثانية

علاقة حسن النية بالتدليس.

يبدو من خلال ما ذكرناه سابقا أنّ الامتناع عن التدليس يشكل مقتضى من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد، فالمدلس هنا يعبر عن سوء نيّته الصارخة في تكوين العقد، سواءا على اعتبار نية التضليل والتي هي تعمد إيهام الطرف الآخر بغير الحقيقة لدفعه للتعاقد، أو بالنظر إلى الوسائل الاحتيالية المتبعة سواءا كانت إيجابية أم سلبية، ويشكل التدليس هنا إخلالا واضحا وجليا بالأمانة والثقة المشروعة التي تولدت لدى المتعاقد الآخر والتي حملته على التعاقد.

ويوفر النظام القانوني للتدليس حماية للمدلس عليه حسن النية، عن طريق إعطائه الحق في طلب الإبطال والتعويض، وبهذا يؤمن حسن النية من خلال هذا النظام حماية من التدليس لا تقتصر على متعاقد دون الأخر، إذ يحرص على أن تشمل الحماية كلهما في حدود استحقاقها، وهو ما تأكده المادة 87 من القانون المدني الجزائري بالنسبة للتدليس الصادر من الغير، والتي تنص على عدم إمكانية إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر سيء النية – وهو شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الأخر – ذلك أن مبدأ حسن النية لا يسمح بإهدار حقوق من لم يرتكب أي خطأ ومعاقبته.[2]

وقد نصت المادة 2/123 من القانون المدني الألماني على ما يستفاد منه نفس الشيء، وكذلك المادة 2/28 من القانون المدني السويسري والمادة 126 من القانون المدني المصري.[3]

[1] الغرفة المدنية ملف رقم 233625 صادر بتاريخ 2001/01/17 (د م ومن معه) ضد (ش ج د) المجلة القضائية العدد الثاني2001 ص 109.
[2] فريدة لبان، المرجع السابق، ص 54.
[3] نقلا عن: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 315.

ولأجل توضيح علاقة حسن النية في تكوين العقد بالتدليس الصادر من الغير، والحماية التي يوفرها هذا المبدأ من خلال اشتراط اتصال التدليس بالمتعاقد الأخر علينا أن نتطرق إلى ثلاث حالات التالية:

1 إذا كان التدليس الصادر من الغير بالتواطؤ مع المتعاقد، أي أنه مشارك في عملية التدليس عمدا، فهو في هذه الحالة سيء النية ومخل بما يقتضيه حسن النية في تكوين العقد .

2 أما في الحالة التي يكون فيها عالما به، دون أن يكون مشاركا فيه، ففي هذه الحالة أيضا يكون سيء النية في تكوينه للعقد لأنه رضي بنتيجة التدليس، إذ كان في إمكانه أن يعلم المتعاقد المقابل – أي ضحية التدليس – بالحقيقة ويزيل عنه الوهم الذي وقع فيه.

3 الحالة التي يكون فيها المتعاقد لم يكن يعلم ولكن كان باستطاعته أن يعلم أو من المفروض أن يعلم، فبالرّغم من عدم سوء نية المتعاقد –الذي صدر التدليس في صالحه– إلا أنه يوجد إخلال بحسن النية، وذلك لأنه كان في استطاعته أن يعلم ولكنه لم يحاول التحقق من ذلك، وهو ما يخالف مقتضيات حسن النية في تكوين العقد والذي يقتضي الحرص على مراعاة مصالح الطرف المقابل والتحقق من المسألة.[1]

ومن أهم ما يجب التطرق له أثناء تناولنا لعلاقة حسن النية في تكوين العقد مع التدليس، هو ما تشترطه القوانين السابقة الذكر ومنها القانون الجزائري، فلكي تعتبر التدليس يعيب الإرادة يجب ان يكون دافعا للتعاقد .

فمتى كان التدليس دافعا للتعاقد حق لضحيته المطالبة بإبطال العقد، لكن في الحالة التي يوجد فيها تدليس ولكنه غير دافع للتعاقد، فما هي الحقوق التي يتمتع بها ضحيته ؟

إذا وقع التدليس يجب أن نميز بين حالتين، التدليس الذي يكون من الجسامة بحيث لولاه لما حصل التعاقد، وهو ما يسمى بالتدليس الدافع، والتدليس غير الدافع أو العارض،[2] والذي يؤدي إلى قبول المتعاقد شروطا باهظة في التعاقد دون أن يحمله على التعاقد وبهذا يكون قد أثر على شروط

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 316 و فريدة لبان، المرجع السابق، ص 54 و55.
[2] صبري السعدي، (العقد و الإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 180.

التعاقد فقط، فالأول هو الذي يعيب الإرادة كما سبق وأن أوضحنا، ويجعل العقد قابلا للإبطال، أما الثاني فمثاله أن يرتضي المدلس عليه بأن يشتري بمبلغ 2000 دينار شيئا ما كان ليدفع فيه أكثر من 1000 دينار لو لم يتم تضليله، ويتبين من هذا المثال بأن التدليس لم يؤثر على الإرادة ذاتها بل أثر على أو صـــاف هذه الإرادة، وجزاء هذا التدليس ليس إبطال العقد بل تمكين المدلس عليه من الحصول على التعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب التدليس.

وقد ورد هذا التمييز ضمن القانون المدني الإيطالي في المادة 1440 منه على أنه « إذا لم تكن الحيل المستعملة من الجسامة بحيث تؤثر في الرضا فإن العقد يضل صحيحا بالرّغم من انه لولا هذه الحيل لتم العقد بشروط أخرى، إلا أنّ المتعاقد المدلس يكون مسؤولا عن الأضرار » [1] والمادة هنا مرادفة لما ورد في قانون موجبات والعقود اللبناني المادة 2/208.

وفي هذه الحالة يبقى العقد صحيحا لكن المدلس عليه يحتفظ بحقه في الحصول على تعويـض، غير أنه يوجد من يرى [2] بأنه وفي كلتا الحالتين التدليس يعيب الإرادة والمدلس عليه يستطيع كذلك هنا طلب إبطال العقد أو الإكتفاء بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء التدليس، وهو إذا اختار التعويض بقي في دائرة العقد، وإذا اختار الإبطال انتقل إلى دائرة المسؤولية التقصيرية وكل التدليس له هذان الوجهان بغض النظر عن كونه دافعا أم لا.

وما يهمنا هنا هو تبيين علاقة حسن النية في تكوين العقد بالتدليس الغير دافع للتعاقد، والذي يكون جزاءه التعويض بدلا من الإبطال، وإنّ هذا الفرض يتوفر أيضا على العناصر التي ذكرناها بالنسبة للتدليس، من نية التضليل واستعمال الطرق الاحتيالية، وهو ما يوضح لنا أننا هنا أيضا أمام سوء نية ولكن الاختيار بين الجزاءين مشروع للمدلس عليه.

ويرى الدكتور السنهوري بأنّ التدليس غير الدافع إذا اختار فيه العاقد ضحية التدليـــس إبطال العـــقد، جاز للعاقد المدلس أن يعوضه عن الضرر الذي أصابه بسبب التدليس فيمنعه بذلك من إبطال العقد وذلك قياسا على الغلط في أنّ كلا منهما لا يجوز له التمسك به على وجه يتعارض مع

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 316 و 317.
[2] السنهوري الوسيط، المرجع السابق (مصادر الالتزام ج1)، ص 327. و صبري السعدي، (العقد و الإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص180.

حسن النية [1]غير أنّه يوجد من يحاول التفريق بين حالتين في هذا الصدد، ويرى أنّ هذه القاعدة لا تنطبق إلا في الحالة التي يكون التدليس فيها قد صدر من الغير أما إذا صدر التـدليس من المــتعاقد، فلا يجوز له هنا أن ينسب التعسّف إلى المتعاقد المدلس عليه، وذلك إذا أصرّ على إبطال العقد رغم العرض المقدم لكي يتحلل من علاقته بمن أظهر نحوه سوء النية وبشكل واضح من خلال تعمد تضليله.[2]

الفرع الثالث

حسن النية في تكوين العقد والإكراه.

الأصل أنّ الشخص حر في ابرام العقد، غير أنّه قد يتعرض لضغط تتأثر به إرادته فيندفع إلى التعاقد، إذ تنص المادة 88 من القانون المدني الجزائري (يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت رهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أنّ خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية الصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه) وتأخذ جل القوانين المدنية بهذا العيب في الإرادة.[3]

[1] السنهوري، المرجع السابق(الوسيط مصادر الالتزام ج1) ، ص 327. التهميش رقم 1.
[2] شيرزاد عزيز سليمان، المصدر السابق، ص 216.
[3] و تقابل هذه المادة في نصوص القانون المدني في الأقطار العربية المواد التالية: المادة 127 من القانون المدني المصري، و المادة 127 من القانون المدني الليبي، و المادة 128 من القانون المدني السوري، و المادة 112 و 113 و114 و115 من القانون المدني العراقي، و المادة 210و 211 موجبات و عقود لبناني، و المادة 113 من القانون المدني السوداني، و المادة 124 من القانون المدني الكويتي و المادة 5/55 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

الفقرة الأولى

مفهوم الإكراه و شروطه.

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والذي يفسد الرضا ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد،[1] لذلك يصح تعريفه بأنه «ضغط يقع على الشخص فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد »[2] والإكراه هنا يفسد الرضا ولكنه لا يعدمه فالمكره إرادته موجودة، لأنّه خير بين وقوع المكروه الذي هدد به وبين ابرام العقد، فقرر ابرام العقد فإرادته موجودة لكنها معيبة كونها ليست حرة،[3] وهو بذلك يختلف عن الإكراه المادي المطلق الذي يعدم الإرادة ومثاله أن يمسك شخص عنوة بإبهام شخص آخر ويطبع بصمته على عقد مكتوب أو سند دين، فالعقد هنا باطل لانعدام الرضا.[4]

أولا :عناصر الإكراه .

العنصر المادي:

وهو استعمال وسائل للإكراه تهدد المتعاقد بخطر جسيم ومحدق وتشكل ضغطا على الإرادة، ويراعى في تقدير الإكراه طبيعة الوسائل المستخدمة، ونوع الخطر الذي أحدثته على الشخص المكره في سبيل إمكانية القول بتحقق الإكراه من عدمه،[5] والوسائل المستعملة قد تكون حسية تقع على النفس أو المال، وقد تكون ذات طابع معنوي كالتهديد بإفشاء الأسرار، ويستوي أن يهدد الخطر المتعاقد ذاته أو أحد أقاربه،[6] ولا يعتبر النفوذ الأدبي إكراها كقاعدة عامة، لكن متى استهدف النفوذ الأدبي الوصول إلى غرض غير مشروع، كأن يدفع الرئيس مرؤوسه إلى أن يبيعه مالا من

---

[1] أنظر : السنهوري، المرجع السابق (الوسيط مصادر الالتزام ج1)، ص 334.
[2] (عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد، بند 103 ص 195) نقلا عن لعصامي الوردي، المرجع السابق، ص 39.
[3] أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 196.
[4] صبري السعدي، (العقد و الإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 187.
[5] أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 196 و 197.
[6] القانون المدني الجزائري قد حدد نطاق الإكراه بالشخص المتعاقد أو أحد أقاربه، مقتديا بما نص عليه القانون المدني الفرنسي من خلال مادته 1113 إذ حدد نطاق هذا العيب بالزوج و الأصول و الفروع، كذلك القانون المدني العراقي في المادة 3/112، بينما لم يحدد القانون المدني المصري الأشخاص الذين قد يتم تهديد المتعاقد بهم إذ تنص المادة 2/127 على أنّ "خطرا جسيما يهدده هو أو غيره ...".

أمواله أعتبر النفوذ الأدبي هنا إكراها معيبا للإرادة، لأنّه يولد في النفس رهبة بدون حق،[1] وهناك صورة حديثة أعطاها الفقه للإكراه، وهي حالة الضرورة فقد يري الإنسان نفسه معرضا لخطر جسيم، لكن ليس بفعل الغير، بل لظروف يستغلها الطرف الآخر ويقوم بإبرام عقد معه، ومثال ذلك الطبيب الذي يرفض إجراء عملية جراحية مستعجلة إذا لم يقبض مبلغا أكبر بكثير من المبلغ الذي يدفع في مثل هذه الحالات.[2]

ولهذه الحالة مظاهر عديدة في التطبيق تكشف عن سوء نية المتعاقد ليس في مجال الطب فقط ، وهي تشكل إكراها يؤدي إلى إبطال العقد، وهو ما أكده M . Carbonnier « الذي يستغل الحاجة يمارس جيدا ضغط إكراه لحظة ابرام العقد »[3]

وحتى نسلم بوجود إكراه معيب للإرادة، يجب أن يكون الخطر جسيما وغير مشروع وأن يـكون محـدقا، ومعيار جسامة الخطر هو معيار شخصي محض ويعتد فيه بالشخص المكره وظروفه ولا يشترط أن يكون الخطر حقيقيا، أما كونه محدقا فيعني أنّه وشيك الوقوع، بحيث لو امتد التهديد إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيطة لم يكن هناك إكراه يفسد الرضا. [4]

العنصر النفسي:

أي الرهبة الدافعة للتعاقد ويلزم أن تكون الرهبة التي تولدت عن وسيلة الإكراه هي التي دفعت المتعاقد إلى التصرف، ولا بد في تقديرنا للرهبة النظر إلى حالة المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه كسنه وحالته الصحية وغيرها .....إلخ، وحتى المكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات التي تؤثر في جسامة الخطر في نفس المتعاقد.[5]

---

[1] صبري السعدي، (العقد و الإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 193 و194. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 323 و324 و قد نصت المادة 1114من القانون المدني الفرنسي على " مجرد الخشية الصادرة عن احترام واجب للأب أو الأم أو أي أصل أخر، دون أن يكون هناك إكراه واقع، لا يكفي لإبطال العقد "

[2] صبري السعدي، (العقد و الإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 194 و195. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 324.

[3] فريدة لبان، المرجع السابق، ص 56. عن
(Muriel Chagny : Droit de la concurrence et droit commun des obligation ,p 806).

[4] لعصامي الوردي، المرجع السابق، ص 39.

[5] صبري السعدي، (العقد و الإرادة المنفردة)المرجع السابق، ص 192. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 326. و أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 196.

فبتوفر هذين العنصرين يتواجد الإكراه، وتفسد الإرادة وتصبح معيبة، لكن بشرط أن يتصل بعلم المتعاقد الآخر و أن يكون غرضه غير مشروع،[1] وتنص المادة 89 من القانون المدني الجزائري على « إذا صدر من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أنّ المتعاقد الأخر، كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه »[2] فحتى ينتج الإكراه أثره كعيب من عيوب الإرادة، يجب أن يكون الإكراه متصلا بمن يتعاقد مع المكره، ففي اتصاله به دليل على سوء نيته فعلمه بصدور إكراه من الغير يشكل تواطئا، إذ كان عليه ألا يبرم العقد لعلمه بعدم التوافق الحقيقي للإرادتين، أما إذا كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه الصادر من الغير فهو في هذه الحالة مقصر ولا يصح أن يستفيد من تقصيره، أما إذا لم يكن عالما بهذا الإكراه أو أنّه لم يكن في وسعه العلم به مهما بدل من جهد، فإنه يكون حسن النية وتقتضي العدالة أن تكون الحماية لصالحه [3] فقد تولدت لديه ثقة مشروعة في العقد المبرم.

ويتضح أنّ العبرة في تحقق الإكراه تكون بعدم مشروعيـــة الغرض الذي يراد الوصـــول إليه أولا، وبعدم مشروعية الوسيلة ثانيا، فإذا كان الغرض غير مشروع، والوسيلة غير مشروعة فالإكراه محقق،[4] وإذا كان الغرض مشروعا والوسيلة مشروعة فلا إكراه وإذا كان الغرض غير مشروع والوسيلة مشروعة فالإكراه محقق، أما إذا كان الغرض مشروعا والوسيلة غير مشروعة فلا يتحقق الإكراه ويعد العقد صحيحا وتظهر علاقة حسن النية في تكوين العقد مع عيب الإكراه من خلال هذه الزاوية أيضا.

فلو استعمل المتعاقد وسائل مشروعة ولغرض أيضا مشروع كالدائن الذي يهدد مدينه بالتنفيذ على ماله إذا لم يعطه تأمينا على عين بالذات، فيضطر المدين أن يقدم له رهنا، فعقد الرهن هنا غير قابل للإبطال، ولا يخالف مبدأ حسن النية أيضا كما أنّه لا يشكل حالة إكراه،[5] أما إذا استخدم الشخص وسائل إكراه غير مشروعة لتحقيق أغراض مشروعة، فإنّ الإكراه هنا لا يتحقق ومثاله : تهديد الدائن لمدينه بإفشاء سر له يمس شرفه وسمعته، إذا لم يقم بتسجيل العقد الذي تعهد به في دائرة التسجيل

[1] و سنحاول التطرق إلى علاقة حسن النية بالإكراه من خلال هذين الشرطين.
[2] تقابلها المادة 128 من القانون المدني المصري.
[3] فريدة لبان، المرجع السابق، ص 56. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 326، إلى 329.
[4] لعصامي الوردي، المرجع السابق، ص 40.
[5] السنهوري، المرجع السابق (الوسيط ج1)، ص 342.

العقاري، ويوجد جدل فقهي حول اعتبار هذه الحالة إكراها، فهناك من يعتبر هذه الحالة إكراها،[1] لأنّ استعمال هذه الوسائل الغير مشروعة قد يؤدي إلى إهدار سيادة القانون وحرية الأشخاص.

فيما يرى البعض الآخر،[2] أنها لا تشكل إكراها، مادامت الوسيلة الغير مشروعة لا تصل إلى حد الجريمة الجنائية.

ويوجد من يرى أنّه[3] في كلتا الحالتين السابقتي الذكر، أي متى كانت الوسائل مشروعة والغرض مشروع، أو كانت الوسائل غير مشروعة والغرض مشروع، يجوز من ناحية منطق الإرادة إبطال العقد للإكراه، كونه يتحقق في الحالتين وذلك لأنّه يضغط على الإرادة ويفسدها، ولكن لما كان الغرض مشروعا في كلتا الصورتين فإنّ المتعاقد المكره، إذا استعمل حقه في إبطال العقد، يكون في هذه الحالة قد نقض الغرض المشروع الذي أريد تحقيقه من العقد، ويعد هذا تعسفا منه في استعمال حق الإبطال، والتعسّف في استعمال الحق يستوجب التعويض، وخير تعويض ما كان عينا، وهو منع المتعاقد المكره من طلب الإبطال ويتبين من هذا الشرح أنّ العقد يبقى في الصورتين لا على أساس الإرادة الحقيقية بل على أساس من التعويض أو الإرادة الظاهرة .

كما أنّه في الفرض الأخير يكون القاضي بين موقفين غير أخلاقيين وحالة قانونية، أما الموقفين الغير أخلاقيين فهما: أخذ الدائن حقه عن طريق وسائل غير مشروعة، وامتناع المدين عن دفع الدين المستحق بذمته لأغراض غير مشروعة كعدم دفع الدين المستحق للإضرار بالدائن، فلو كان للقاضي أن يرجح حالة على أخرى لكان عليه أن يرجح كفة من يلجأ إلى وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع وهو الدائن، بدلا من ترجيح كفة من يلجأ إلى وسائل قد تكون مشروعة أو غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فمن الناحية القانونية تكون العبرة بالنتائج أكثر من الوسائل، فإذا لم يقم المدين بدفع الدين المستحق للدائن وهدده الدائن بتشويه سمعته بين التجار ثم

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 327.
[2] (الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ج 1 المصدر السابق رص 129)أشار له شيرزاد، في المرجع السابق، ص 328.
[3] السنهوري، المرجع السابق (الوسيط ج1)، ص 343.

إفشاء أسراره لما كان ليقدم له رهنا، فعقد الرهن هنا صحيح، وموقف الدائن هنا لا يتنافى مع مبدأ حسن النية في تكوين العقود، على اعتبار أنّه مبدأ قانوني لا أخلاقي.[1]

وفي الفرض الذي تستعمل فيه وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع، كأن يستغل الدائن قيام حقه في الضغط على إرادة مدينه، للوصول إلى ما يزيد عن حقه، فإنّ الإكراه يتحقق وينتفي لدى القائم بالإكراه حسن النية في تكوين العقد، ومثال ذلك أن يكون لشخص على آخر دين مستحق الأداء ولكن المدين لا يملك ما يكفي للوفاء بالدين، فيهدده الدائن بإشهار إفلاسه إذا لم يهبه شيئا عزيزا من ممتلكاته، فإشهار الإفلاس أمر قانوني، لكن عقد الهبة لشيء لا يرغب المكره في التخلي عنه، يعد أمرا غير مشروع وينم عن نوايا غير حسنة.[2]

وبقي فرض أخير و هو الذي يظهر فيه الإخلال بحسن النية في تكوين العقد بشكل أوضح، وهو حالة استعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى أغراض غير مشروعة، كالتهديد بالقتل أو الخطف إذا لم يبرم معه عقدا ففي هذه الحالة الإكراه متحقق وسوء النية جلي، وهو بالتأكيد يتنافى مع ما يقتضيه حسن النية في تكوين العقد، من عدم إضرار بالمتعاقد الأخر.[3]

الفرع الرابع

حسن النية في تكوين العقد و الغبن الاستغلالي.

تنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنّه « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأنّ المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد.

يجب أن يرفع دعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 329.
[2] نفس المرجع، ص 327.
[3] نفس المرجع، ص 329.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الأخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن »

ويتبين لنا من هذه المادة أنّ الغبن الاستغلالي يتكون من عنصرين الأول مادي و الثاني معنوي. إذ أنّ العنصر الأول يتمثل في وجود الغبن الفاحش أي التفاوت وعدم التوازن بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه في العقد.

أما الثاني فهو استغلال أحد الطرفين لطيش المتعاقد الآخر وهواه الجامح،[1] ومن هذا العنصر الأخير يتبين لنا وجه العلاقة بوضوح بين حسن النية في تكوين العقد والغبن الاستغلالي، إذ أنّ استغلال أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر، يدل على عدم توفر حسن النية، فنيّة الاستغلال منافية لما يقتضيه حسن النية من حرص على عدم الإضرار بمصالح الطرف الأخر ، فمتى استغل الشخص المتعاقد طيش الطرف الآخر أو هواه الجامح كان سيء النية وقابلية العقد للإبطال هو الجزاء المناسب له.

كما أنّ التفاوت الفاحش بين الالتزامات يعد دليلا واضحا على عدم التوازن العقدي الذي يحرص مبدأ حسن النية على إزالته، الامر الذي يجعل الاستغلال منافيا لمبدأ حسن النية حتى بالنظر إلى عنصره المادي فيه.[2]

وبهذا يتضح بأنّ أحكام عيوب الإرادة في أغلبها مبنية على مراعاة ما يقتضيه حسن النية في تكوين العقد، حيث أنّها تهدف إلى حماية رضا المتعاقد معيب الرضا، وتهدف أيضا إلى حماية الثقة المشروعة لدى المتعاقد سليم الإرادة في بعض الفروض و الحالات ، وإنّ الحماية التي توفرها لهذا الأخير متى كان لا يعلم بالعيب (كما في الغلط والتدليس والإكراه) مبنية على مبدأ حسن النية فلهذا المبدأ هنا وظيفة أساسية[3] وليست إضافية، وتبرز من خلال المظـــهر الذي يتـــخذه في سلامة

---

[1] للمزيد من التفصيل أنظر: صبري السعدي (العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص 198 و ما بعدها. و أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 243 وما بعدها.

[2] فريدة لبان، المرجع السابق، ص 57 و هذا الرأي معرض لنقذ على أساس أنّ حسن النية يتعلق بسلوك الأطراف بينما يتعلق التوازن بمحتوى العقد أنظر (Anne – Sylvie courdier – cuisinier, Le solidarisme contractuel , p 322, 323). الأمر الذي يجعل الغبن المجرد، لا يمكن نسبه لمبدأ حسن النية بالرّغم من عدم تنافيه معه.

[3] (Cédric Riot ; Les obligation de la Négociation, R.R.J 2006 ;n= 57 p 89)عن فريدة لبان، المرجع السابق، ص57.

الإرادة، كما أنه من أهم العناصر المكونة لتقرير الإبطال الناتج عن عيوب الإرادة وهو ما تم بيانه من خلال علاقة كل عيب بحسن النية.

لكن يثور تساؤل بشأن حسن النية وعيوب الإرادة ويتمثل في: هل عيوب الإرادة الواردة في القانون المدني بإمكانها أن تغنينا عن مبدأ حسن النية في تكوين العقد؟

إن النظرية التقليدية لعيوب الإرادة والتي عرفتها القوانين المدنية منذ القدم، توفر قدرا من الحماية للإرادة المعيبة ولها علاقة وثيقة بمبدأ حسن النية لا يمكن إنكارها، لكن بالرّغم من ذلك لا يمكن القول بأنها تحل محل مبدأ حسن النية في تكوين العقد، ذلك لأنه يغطي مساحة أكبر من المساحة التي تشملها نظرية عيوب الإرادة، فهو يبدأ من المرحلة السابقة للتعاقد والتي يفرض فيها العديد من الالتزامات التي سبق التطرق لها، ويمتد ليشمل مرحلة التعاقد وبما فيها عيوب الإرادة، لذلك يمكن اعتباره مبدأ داعم ومكمل لهذه النظرية لأنه يؤدي وظيفتها وأكثر.[1] وقد تم اعتبار أساس وجود الالتزام بالإعلام هو قصور نظرية عيوب الإرادة عن تحقيق الحماية الكافية للمتعاقدين، خاصة وأنها لا تطبق إلا بتوافر شروط محددة قد لا تتوفر جميعها، رغم وجود الخلل المعرفي عند تكوين العقد[2]، وقد سبق وأن بينا أن الالتزام بالإعلام من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد.

المطلب الثالث

مقتضيات حسن النية في حالات خاصة للإرادة.

حتى يرتب التعبير عن الإرادة أثره القانوني يجب أن يصدر عن صاحب إرادة واعية، مميزة مدركة لماهية التصرف القانوني وآثاره، ونعني بهذا أن يكون أهلا للتعاقد، غير أنه قد يتم التعبير عن الإرادة بتقديم إيجاب أو قبول، ومن ثمّ تكوين عقد من قبل القاصر، ولحسن النية في تكوين العقد آثار واضحة بالنسبة لهذه الحالة الخاصة من الإرادة وسيتم التطرق لها من خلال هذا المطلب.

[1] عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 349.
[2] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 09.

كما أن التعبير عن الإرادة ومن ثم التعاقد قد يتم عن طريق النيابة وهي الأخرى حالة خاصة للإرادة، ويرتب مبدأ حسن النية في تكوين العقد مقتضيات خاصة بهذه الحالة والتي سوف نتطرق لها من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول

حسن النية والتعاقد مع القاصر.

القاصر قانونا هو كل شخص ذكر كان أو أنثى لم يبلغ سن الرشد، طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري، وقد قسم المشرع الجزائري مرحلة القصر إلى فترتين مترابطتين، الأولى يكون فيها الشخص قاصرا غير مميز وهي تمتد منذ الولادة حيا إلى ما قبل بلوغ سن التمييز المحدد ببلوغ 13 سنة كاملة، والثانية ويكون الشخص فيها قاصرا مميزا و ذلك إذا بلغ سن 13 و لم يبلغ سن 19.[1]

يخضع التعاقد مع صغير السن ومن هو في حكمه لعدة أحكام، تختلف تبعا لسنه ولطبيعة التصرف الذي قام به، حيث يبطل أي تصرف عقدي يبرمه الصغير غير المميز،[2] فقد نصت المادة 42 من القانون المدني الجزائري على (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ الثلاثة عشرة سنة) وبالتالي فإن كل تصرفات غير المميز عديمة الأثر ولا يتصور الأخذ بالإيجاب الصادر منه ولا القبول الصادر عنه ولا الدعوة للتعاقد ولا مطالبته بالتحلي بحسن النية.

أما بعد بلوغه سن التمييز، وقد نصت المادة 43 من القانون المدني الجزائري(كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقصا لأهلية وفقا لما يقرره القانون). وهنا فإنّ أحكام التعاقد تتباين بحسب طبيعة العقد، فإذا كان فيه ضرر محض للمميز فإن العقد يعد باطلا بطلانا مطلقا كهبته وكفالته، أما إذا كان التصرف نافعا نفعا محضا كان العقد صحيحا كقبوله هبة أو عارية، أما إذا كان دائرا بين النفع والضرر كالبيع والشراء، فإنّ العقد يكون معلقا على إجازة الولي أو الوصي أو من يكون في مقامه أو القاصر نفسه بعد البلوغ، كما أنّه

[1] أنظر: بوكرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة قسنطينة 1، 2014. ص 16 .

[2] و من هو في حكمه المجنون أو المعتوه. و قد أشارت له المادة 42 من القانون المدني الجزائري.

قابل للإبطال لمصلحة القاصر، فقد نصت المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري على أنه (من بلغ سن الرشد ولم يبلغ سن التمييز طبقا للقانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، [1]وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القاضي).

وكما هو معروف فإنّ الأهلية من النظام العام، وهذا حسب ما نص عليه القانون المدني الجزائري،[2] ولهذا لا يجوز لأي طرف في العقد الاحتجاج بعدم علمه بانعدام أهلية الطرف الآخر،[3] فمتى كان الصبي الصغير غير مميز – أي عديم الأهلية – فإنّ كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا ولا يجوز للطرف الآخر المتعاقد معه أن يدعي تضرره من أقوال عديم الأهلية، كالإيجاب الذي يقدمه أو القبول، فهو غير أهل لإبرام العقود لذلك لا يجوز توجيه إرادته وفقا لحسن النية في تكوين العقد،[4] أما بالنسبة للصبي المميز فيمكنه أن يقوم بإبرام عقود دون أن يستشعر الطرف الآخر نقص أهليته، نظرا لمظهره الخارجي الذي يمكن أن يوحي بأنّه كامل الأهلية، وفي هذه الحالة يمكن أن نفرق بين فرضين.

الفرض الأول: وهي الحالة التي يكون فيها كمال الأهلية ظاهرة اعتيادية ولم تلابسها طرق احتيالية من قبل هذا القاصر المميز، في هذه الحالة يحكم القاضي لمصلحة القاصر، ويحاول أن يؤمن له الحماية، لأنّ الطرف الآخر كان عليه أن يلتزم الحيطة والحذر عند تكوينه للعقد، ومن هنا عليه أن يتأكد من أهلية من معه ومن ثم فإنّ القاضي يرجح في مثل هذا الفرض إخلال الطرف المقابل بالالتزام الحيطة والحذر ويهذر حقه اتجاه القاصر بالنسبة للأضرار الناتجة عن التصرفات القولية لهذا الأخير،[5] كالدعوة للتفاوض وتقديم الإيجاب وذلك لأنّ الطرف المقابل هنا يعتبر مهملا والمهمل على الأغلب سيء النية.

---

[1] قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 الصادر في 1984/06/09 المعدل و المتمم. و قد نصت المادة 81 من نفس القانون على (من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون)، و قد جاء في المادة 44 من القانون المدني الجزائري (يخضع فاقدوا الأهلية و ناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون) كما المادة 100 قانون الأسرة السابق الذكر بأنّ (يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس أحكامه)

[2] المادة 45 من القانون المدني الجزائري.

[3] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 60.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 172.

[5] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 60، وشيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 172.

الفرض الثاني: إنّ حالة التي يكون فيها كمال أهلية القاصر تلابسه طرق احتيالية ، قام بها القاصر ليظهر بمظهر كامل الأهلية، لأجل إبرامه للعقد وحتى يخدع المتعامل معه. ويكون ذلك بإظهار وثائق رسمية مزورة كبطاقة التعريف أو شهادة ميلاد، تثبت بلوغه سن الرشد مما يدل على سوء نيته الأمر الذي يستوجب مساءلته.[1] إذ يجب بخصوص تطبيق هذا الفرض أن تكون الطرق الاحتيالية على درجة من الإتقان، كإبراز أوراق رسمية أما إذا كان ذلك نتيجة لتصديق الكذب الذي قاله القاصر المميز، فلا يمكن الاستناد إليه على أنه من الطرق الاحتيالية هنا. ومبرر ذلك أنّ على المتعاقد أن يتأكد من سن من يتعاقد معه وتصديق الكذب المجرد لا يعد مبررا للتأكد، كما أنّ مجرد الكذب لا يعتبر جسيما هنا لدرجة اعتباره سيء النية.

إنّ ارتكاب القاصر لحيل تدليسيّة تدفع الطرف الآخر لإبرام عقد معه، يجعل القاصر هنا سيء نية، متى كان الاحتيال جسيما وحقيقيا أي على درجة من المعقولية والإتقان والخداع والتي يمكن معها تصور انخداع الطرف الآخر وتصديقه بعدم قصر من يتعاقد معه، وسوء نيته هنا توجب مسؤوليته كما سبق وأن أشرنا.

والمسؤولية لا تعني سلبه حق إبطال العقد[2] أو الإبقاء على العقد، بل يجوز له أن يطالب بإبطال العقد ويجوز للطرف المقابل حسن النية والذي تولدت لديه ثقة مشروعة تبعا لما قدمه ناقص الأهلية من أدلة على كمال أهليته. وتبعا لتصرفات التي قام بها، أن يطالب بالتعويض استنادا للمادة 86 من القانون المدني الجزائري والتي تجيز إبطال العقد للتدليس.[3]

فيما يرى بعض الفقه [4] أنه ليس من الصواب أن يسأل المميز عن عدم التزامه بحسن النية في تكوين العقد، لأن الالتزام بحسن النية يستوجب إدراكا وتمييزا كاملا. وهما لا يتوفران إلا عند كامل

---

[1] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 60.

[2] توجد بعض القوانين تسلبه حقه في إبطال العقد كالتعويض عن العمل الغير مشروع و حماية للطرف المقابل حسن النية و مثاله ما تنص عليه المادة 97 من القانون المدني الكويتي « 1 . لا يمنع ناقص الأهلية من أن يتمسك بنقص أهليته، على نحو ما يقضي به القانون، أن يكون قد ادعى توافر الأهلية لديه. 2 . على أنه إذا لجأ القاصر، في سبيل إخفاء نقص أهليته، إلى طرق تدليسيّة، من شأنها أن تحمل على الاعتقاد بتوافر الأهلية لديه، كان ملتزما بتعويض من تعاقد معه عما يرتبه له الإبطال من ضرر، 3 . ويجوز للقاضي، على سبيل التعويض المستحق وفقا للفقرة السابقة أن يقضي برفض دعوى الإبطال » .

[3] صبري السعدي، (العقد و الإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 270، و قد صرح القانون المدني المصري بمثل هذه الحالة في المادة 119 منه أنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطالب بإبطال العقد و هذا مع عدم الإخلال بالتزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص الأهلية » و كذلك المادة 120 سوري.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 173.

الأهلية، وإن مثل هذه الأفعال لو صدرت عن المميز فهو من المـمكن أن يكون غير مدرك لخطورتها، وغير مدرك أيضا للحماية التي خصه القانون بها، وقد يعتبر هذه الحماية قيدا يريد التحرر منه. وهو في هذه الحالة معذور، أو أنه مدرك لما يقوم به، لكن بالرّغم من ذلك لا يمكن مساءلته على اعتبار أنه ناقص الأهلية ونقص أهليته قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس، وبالتالي يهدر حق الطرف المقابل في التعويض حتى في مثل هذا الفرض.

لكن إذا نظرنا لمثل هذا الفرض بتجرد يتضح لنا أن الرأي الأول هو الأقرب لصواب، وهذا لأنه يراعي حسن نية الطرف المقابل، ويرتب تعويضا على القاصر سيء النية. مما يحقق العدالة ويحمي المتضرر من سوء نية القاصر.

أما بالنسبة للعقود الصحيحة التي يبرمها الصغير المميز أي تلك العقود النافعة نفعا محضا والتي لا ترتب أي ضرر للقاصر، فلا نتصور وجود التزام بحسن النية في تكوين العقد يقع على عاتق هذا الصغير فيها.[1]

وقد يحدث أن يكون الصبي المميز مأذونا بممارسة التجارة، وفي مثل هذه الحالة من الممكن أن يسأل عن التزام حسن النية في تكوين العقد، ولكن تكون مسؤوليته في ذلك مقيدة بحدود الإذن الذي تحصل عليه.[2] لأن القانون يعتبر تصرفات المميز المأذون بالتجارة والداخلة فقط تحت الإذن بمنزلة البالغ سن الرشد. أما ما يتجاوز فيه حدود الإذن لا يكون ملتزما فيه بالتزام حسن النية في تكوين العقود، لأنه في تلك الحالة يعد ناقص الأهلية، وهناك من القوانين ما يعتبر الشخص القاصر المتزوج كامل الأهلية في كل تصرفاته لذلك يسأل عن مدى التزامه بحسن النية في تكوين العقد.[3]

كما وأنّ القانون المدني الجزائري قرر بصدد أهلية الأجنبي، والذي يعد قاصرا حسب قانونه الوطني، ولكن نقص أهليته هذا يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه،[4]أن يوفر الحماية لطرف المقابل، ففي هذه الحالة ولو أنّ القاعدة في القانون الدولي الخاص بشأن الأهلية

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 173.
[2] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 61.
[3] انظر: المادة 3 من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 الصادر 1980. عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 174 .
[4] المادة 2/10 من القانون المدني الجزائري.

هو سريان قانون الجنسية،[1] إلا أنّه وفي مثل هذا الفرض وفي المعاملات المالية بالتحديد يكون حكم التزام الأجنبي القاصر هو حكم البالغ سن الرشد، ومن ثم عليه أن يكون ملتزما بحسن النية في تكوين العقد. وبهذا نكون قد بينا مدى التزام القاصر بحسن النية في تكوينه للعقد.

أما السفيه،[2] وذو الغفلة[3] البالغان سن الرشد، فهما قبل الحجر عليهم كاملي الأهلية، ويلتزمان بمراعاة كل ما يقتضيه حسن النية في تكوين العقد، ولكن بعد الحجر يصبحان ناقصي الأهلية في حكم القاصر المميز.

الفرع الثاني

حسن النية في النيابة في تكوين العقد.

الأصل أنّ الرضا الذي ينعقد به العقد يجب أن يكون صادر من المتعاقدين غير، أنّ هذه القاعدة ليس مطلقة، فقد ينعقد العقد عن طريق النيابة، فالنيابة حالة خاصة للرضا، ونظام النيابة هو وليد الحاجات العملية، إذ به يمكن للقاصر أو عديم الأهلية أن يصبح دائنا أو مدينا، في تصرفات أبرمها نائبه، فهو يحمي الأشخاص الذين لا يتمكنون من رعاية مصالحهم بأنفسهم، كما أنه يتم التعاقد بالنيابة في الحالة التي يتعذر فيها الحضور على أحد المتعاقدين بسبب المرض أو السفر أو قلة الخبرة، وفي إدارة أعمال الأشخاص الاعتبارية و ..... غيرها.

وتعرّف النيابة بأنها حلول إرادة شخص معين يسمى النائب، محل إرادة شخص آخـر هو الأصـيل، في إنشاء تصرف قانوني تتصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب،[4] أي أن ابرام التصرف القانوني بإرادة النائب لا يجعل من هذا الأخير طرفا في العقد، بل يظل الأصيل الذي يتم العقد باسمه ولحسابه هو طرف العقد الذي تتصرف إليه آثاره مباشرة ، فيكسب كل ما ينشأ عنه من

[1] المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري.
[2] السفيه هو الطيش و خفة العقل و هو من عوارض الأهلية.
[3] ذو الغفلة هو الشخص الذي يسهل وقوعه في الغبن، و لا يهتدي إلى التصرفات المربحة بسبب بساطته.
[4] صبري السعدي، (العقد والإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 8. و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 297.

حقوق ويقع عليه كل ما يرتبه من التزامات،[1] وهكذا يكون النائب طرفا في تكوين العقد دون أن يكون طرفا في العلاقة القانونية التي تنشأ عن التعاقد، إذ تنتهي مهمته بمجرد ابرام العقد.

والتعاقد عن طريق النيابة يجعل إرادة النائب هي محل الاعتبار من حيث عيوب الرضا، ولا مجال للبحث في هذا الصدد عن إرادة الأصيل لأن العقد لم ينعقد بإرادته. فمتى كانت إرادة النائب معيبة كان العقد قابل للإبطال لمصلحة الأصيل رغم أنّ إرادة هذا الأخير لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة، أما إذا كانت إرادة النائب سليمة ولا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة، فلا مجال لإبطال العقد لأنه يعد صحيح رغم تعييب إرادة الأصيل .

وبما أن حسن النية في تكوين العقد هو سلوك وتوجيه للإرادة، إذن فالنائب هو الذي يتحمل هذا الالتزام في مواجهة المتعاقد الآخر عند تكوين العقد، فعلى النائب أن يلتزم بمقتضيات حسن النية في تكوين العقد، لأن الأصيل لا تشترك إرادته في ابرام العقد محل النيابة، هذا وقد يكون الأصيل غير أهل لإبرام العقود بتاتا، بسبب انعدام الأهلية أو نقصها، وتكون هذه الحالة عادة في النيابة القانونية كإبرام العقود من طرف الولي[2]أو في النيابة القضائية كإبرامها من طرف الوصي[3]أو القيم[4]، أما في النيابة الاتفاقية كالعقود المبرمة عن طريق الوكالة، فقد يشارك الأصيل بإرادته في ابرام العقد محل الوكالة،[5] ويحصل ذلك في الوكالة المقيدة أو إصدار التوجيهات من قبل الأصيل إلى النائب، ففي هذه الحالة والتي يتصرف فيها النائب وفق تعليمات محددة من قبل الأصيل، يكون على الأصيل أن يلتزم بمقتضيات حسن النية في ابرام العقود عند إصداره لتلك التوجيهات أو التقييدات.[6]

---

[1] فقد قضت المحكمة العليا بأن قضاة المجلس القضائي طبقوا القانون عندما اعتبروا المدير التجاري الذي أمضى البروتوكول بتفويض من الشركة المتعاقدة لم يتجاوز حدود نيابته و حملوا الشركة مسؤولية العقد.
انظر: قرار المحكمة العليا، رقم 47734، بتاريخ 1988/04/24. المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 03، ص77.
كما نقضت المحكمة العليا قرار قضاة المجلس القضائي لما قضوا بإبطال عقد البيع بالرّغم من كون المدعى عليه في الطعن ارتكب خطأ قانونيا عندما قاضى الوكيلين دون الأصيل.
أنظر: قرار المحكمة العليا رقم 59293 بتاريخ 1990/06/27، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 01، ص 16.

[2] تنص عليها المادة 88 من القانون المدني الجزائري.

[3] الوصي نصت عليه المواد 92- 93 من القانون الأسرة الجزائري.

[4] القيم نصت عليه المواد 99- 100 من قانون الأسرة الجزائري.

[5] الوكالة من القانون المدني الجزائري من المادة 571 إلى المادة 589.

[6] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 297.

الفقرة الأولى

مقتضيات حسن النية في تكوين العقد عن طريق النيابة

مقتضيات حسن النية في هذه الحالة هي نفس المقتضيات الواجب مراعاتها في التعاقد أصالة، غير أنه قد يتطلب القانون أو الظروف في بعض الحالات التزامات إضافية على عاتق الأطراف المتعاقدة، إذ أن التزام حسن النية يقتضي من النائب أن يبين شخصيته للطرف المقابل، ويعلمه بأنه يتعاقد لحساب شخص آخر أي نيابة عنه[1]، وهو ما يمكن استنتاجه من المادة 75 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على (إذا لم يعلن المتعاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب) والمادة تنص على استثناء وهو الحالة التي لم يعلن النائب المتعاقد معه بوجود النيابة لكن المتعاقد يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.

وهناك بعض الحالات التي يستوجب فيها القانون ضمانا لحسن النية في ابرام العقود أن يأخذ النائب الإذن من الأصيل عند ابرامه للعقد، ومنها تعاقد الشخص مع نفسه، أي عندما يكون أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره،[2] أو نيابة عن طرفي العقد وقد نصت المادة 77على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة »[3] . وعلّة اشتراط حصول النائب على إذن هي وجود تعارض في المصالح، إذ كيف يستطيع النائب أن يوفق ويحمي المصالح المتعارضة للطرفين الذين ينوب عنهما، أو مصالحه ومصالح من ينوب عنه ؟ خاصة وأنّ حسن النية في تكوين العقد يقتضي مراعاة مصالح الطرف الآخر وثقته، لذلك وتماشيا مع مبدأ حسن النية في تكوين العقد أخذ المشرّع الجزائري بتحريم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في ما عدى حالة حصوله على ترخيص من

---

[1] انظر: همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار جامعة الجديدة، مصر، 2004، ص95.

[2] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 298.

[3] و المقصود ب " ...كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون و قواعد التجارة "حالة هبة الولي لابنه و النص صريح يجيز أن يهب أصالة عن نفسه و يقبل نيابة عن غيره و قواعد التجارة .

الأصيل، أو حصوله على إجازة بعد التعاقد، ويفرض هذا المقتضى على النائب بهدف مراعاة مصالح الأصيل في تكوين العقد محل النيابة، وبذلك يمكن اعتباره من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد.

كما تنص كل من المادة 410 و 411 و 412 على منع بيع النائب لنفسه، إلا بإذن السلطة القضائية أو الإجازة.

الفقرة الثانية

حسن النية و تجاوز النائب لحدود نيابته.

الأصل في حالة تجاوز النائب لحدود نيابته إن آثار العقد لا تضاف إلى الأصيل طبقا لما نصت عليه المادة 74 من القانون المدني الجزائري كما أنها لا تضاف إلى النائب، وللمتعاقد أن يعود بالتعويض على النائب نتيجة للضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ العقد في حق الأصيل غير أنه، وحماية للطرف الآخر حسن النية[1] والذي تولدت لديه ثقة مشروعة بالعقد، وحفاظا على مصالحه التي يجب مراعاتها، وفقا لمبدأ حسن النية والذي لا يسمح بإهدار حق من لم يرتكب خطاءا، يتم انصراف آثار العقد للأصيل وفقا لمبدأ حسن النية في تكوين العقد، وذلك في الفرضين التاليين: [2]

1 – في حالة التي يكون فيها النائب والطرف الآخر لا يعلمان بانقضاء النيابة، كوفاة الأصيل أو عزل النائب دون إبلاغه فحفاظا على مصالح الطرف الآخر في العقد يتم نفاذ العقد في حق الأصيل.[3]

2– في حالة النيابة الظاهرة و التي يترك فيها سند النيابة في يد النائب، فالطرف الآخر هنا غير ملوم في ابرامه للعقد مع النائب بصفته نائبا ، لذلك و استقرارا للمعاملات و مراعاة لمصالحه و الثقة

[1] و حسن نية الطرف هنا تعني جهله بانتهاء الوكالة و هذا المعنى كما سبق و أن ذكرنا بعيد عما يعنيه حسن النية في تكوين العقد كمبدأ يترتب عليه التزام بتوجيه السلوك وفق مقتضيات محددة يراعا فيها مصالح الطرف الآخر، لكن بالرّغم من ذلك فإن مبدأ حسن النية في تكوين العقد يفرض علينا، مراعاة مصالح هذا الطرف الذي لم يرتكب أي خطأ.
[2] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 63. و همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 98.

المشروعة التي تولدت لديه من ابرام العقد يتم نفاذ العقد في حق الأصيل كما أن الأصيل قد ساهم في إظهار الوكيل الظاهر بصفة الوكيل أمام الغير بتركه السند في يده.[1]

غير أن العقد لا تنصرف آثاره إلى الأصيل، إذا كانت النيابة الظاهرة لا تستند إلى مظهر خارجي منسوب إلى الأصيل سواء بتقصير أو بغير تقصير منه كما هو الحال في انقضاء النيابة بعزل النائب والتي أعلن الأصيل انقضائها وقام برد سند الوكالة، وهنا تقوم مسؤولية النائب سيء النية اتجاه المتعاقد معه.

أما الحالات المتبقية الأخرى التي يتجاوز فيها النائب حدود نيابته وتنصرف إلى الأصيل فهي لا يمكن إسنادها لمبدأ حسن النية كمبدأ عام لذلك لن نتطرق لها.[2]

الفقرة الثالثة

النيابة في التعاقد الإلكتروني.

قد يتم التعاقد إلكترونيا لا تقليديا، كما يمكن أن يتم بواسطة النيابة في التعاقد الإلكتروني، وذلك عن طريق ما يسمى بالوسيط أو الوكيل الإلكتروني،[3] والذي نصت عليه العديد من التشريعات الصادرة حديثا حول التجارة الإلكترونية ولقد اعتبرته وسيلة مشروعة يمكن اللجوء إليها عند تكوين العقود إلكترونيا، خاصة وأنّ التعاقد عن طريق الأنترنت يغطي مساحة واسعة، وكثرة طلبات الشراء أو البيع قد تؤدي إلى عجز صاحب الموقع على التعامل معها كلها، فيلجأ إلى استخدام نظام حاسوب أتوماتيكي system Automated computer أي وسيط إلكتروني، وهو مبرمج لإتمام عمليات التعاقد دون إشراف أو تدخل بشري وتظهر هذه العقود غالبا للمتعاقد الأخر، وكأنها تمت بفعل بشري،[4] وتعرف المادة 2 من قانون امارة دبي للمعاملات الإلكترونية الوسيط الإلكتروني

---

[1] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص64.

[2] حالة الفضالة أي عندما يكون التجاوز لمصلحة الأصيل المادة 575 من القانون المدني الجزائري و إبلاغ الأصيل فورا، و حالة إقرار الأصيل لتصرفات النائب.

[3] يوجد اختلاف في تسمية الوسائط الأتوماتيكية في ابرام العقود حيث يسميها قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي الموحد (UETA) بالوكلاء الإلكترونيين Electronic Agents و كذلك القانون البحريني ، بينما القانون الإماراتي ومنه قانون امارة دبي و القانون الأردني يستخدمان تسمية الوسيط الإلكتروني ، أنظر شيرزاد عزيز سليمان ،المرجع السابق ، ص 178 و 179 .

[4] نفس المرجع، ص 177 و 178.

المؤتمت – أي الأتوماتيكي بمعنى الآلي – بأنه « برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كليا ، أو جزئيا، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم التصرف أو الاستجابة له » ويتبين من خلال هذه المادة أن الوسيط المؤتمت هو وسيلة إلكترونية يتم برمجتها للقيام بتصرفات محددة على وجه الدقة من قبل المالك أو المنشئ، ولا يمكن مخالفتها، فيتم العقد وفقا لتلك التعليمات المحددة دون تدخل بشري أو مراجعة للعقد، ولا يملك هذا الوسيط إرادة مستقلة عن إرادة المنشئ إذ أن دوره هو نقل إرادة المنشئ [1] كما هي ، ويتم التعاقد بواسطة الوسيط الإلكتروني إذا اتخذ المنشئ قرار بشأن برمجة الحاسوب الآلي للرد بطريقة معينة (أي وجود نية لدى المنشئ بإبرام العقود بتلك الطريقة) ثم يقوم صانع البرنامج ببرمجة الحاسوب الآلي للرد حسب القرار السابق اتخاذه، ومن ثم يقوم الحاسوب الآلي حسب ما هو مبرمج بالرد على العروض.

الفقرة الرابعة

الالتزام بحسن النية في تكوين العقد عن طريق الوسيط الإلكتروني.

إن ابرام العقد عن طريق الوسيط الإلكتروني لا يحول دون خضوع أطرافه إلى الالتزام بحسن النية في تكوين هذا العقد،[2] بل قد يستوجب مقتضيات إضافية فإذا تم العقد بطريقة النيابة الإلكترونية أو بالوسائط إلكترونية فإن المنشئ هو الذي يلتزم بمقتضيات حسن النية في تكوين العقد، وتنص المادة 14 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 « أ تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه أو لحسابه أو بوساطة وسيط إلكتروني معد للعمل أتوماتيكيا بواسطة المنشئ أو بالنائب عنه » و تضيف المادة 15 منه « للمرسل إليه أن يعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ و أن يتصرف على هذا الأساس في أي الحالات التالية:

1- إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات، سبق أن اتفق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من أن الرسالة صادرة عن المنشئ.

[1] و تعرف المادة 2 من قانون امارة دبي للمعاملات الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 المنشئ " المنشئ، الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم أو يتم بالنيابة عنه إرسال الرسائل الإلكترونية " نقلا عن شيرزاد عزيز ،سليمان المرجع السابق، ص180.

[2] و الالتزام هنا يكلف به المنشئ سواء كان شخص طبيعيا أو معنويا و ليس الحاسوب .

2- إذا كانت الرسالة التي وصلت للمرسل إليه ناتجة من إجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ أي ينوب عنه ومخول بالدخول إلى الوسيلة الإلكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية المنشئ »

وهذا يعني، مسؤولية المنشئ عن الرسائل والمعلومات الصادرة عنه، أو نيابة عنه، من قبل فرد (شخص طبيعي) أو وسيط إلكتروني أتوماتيكي، وهو الدليل على أنّ المنشئ يتحـــــمل أعمال نائبـــــه، ومن ضمنها الممارسات غير النزيهة التي تصدر عنه، والتي تشكل إخلالا بمقتضيات حسن النية في تكوين العقد، غير أن الفقرة(ب) من نفس المادة تقدم استثناءا من هذا الأصل وهي الحالات التي يكون فيها المنشئ غير مسؤول، وذلك عندما يشعر المتعاقد الآخر بحقيقة أنّ الرسالة غير صادرة عنه، أو أنّ الطرف المقابل يعلم أساسا بحقيقة الأمر، إذ أن المنشئ في هاتين الحالتين لا يتحمل المسؤولية، لكن دون الإخلال بحق الطرف المقابل قبل صدور الإشعار، حيث تنص الفقرة (ب) من نفس المادة على « ب لا تسري أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة على أي من الحالتين التاليتين :

1- إذا استلم المرسل إليه إشعارا من المنشئ يبلغه فيها أن الرسالة غير صادرة عنه فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ، ويبقى المنشئ مسؤولا عن أي نتائج قبل الإشعار.

2- إذا علم المرسل إليه، أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ »

وما تقرره هذه المادة يتوافق مع ضرورة التزام الطرف المقابل بمقتضيات حسن النية من جانبـه، وإنّ المطالبة بالتعويض في هاتين الحالتين يخالف تلك المقتضيات. [1]

أما بشأن التعامل بالوسائل الأتوماتيكية المبرمجة، فإنّ حسن النية يقتضي من المنشئ عند إعداده للبرمجة أن يبين للمتعاقدين معه بأنّ الذي يجيب على طلباتهم و عروضـهم، هو الوسيط أو الوكيل الإلكتروني الأتوماتيكي وليس شخصا طبيعيا، و هو ما تنص عليه المادة 2/14 من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات، والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 على أنه « ..... يجوز أن

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 299 و300.

يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أنّ ذلك النظام سيتولى مهمة ابرام العقد وتنفيذه.[1]

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 300.

الخاتمة

الخاتمة

أوضحت دراستنا لحسن النية في تكوين العقد العديد من النقاط بعضها يتعلق بمبدأ حسن النية في حد ذاته وخصوصيته بالنسبة لهذه المرحلة، وبعضها الآخر يتعلق بأثره في تكوين العقد بدءا بالمرحلة السابقة للتعاقد، ثم مرحلة التعاقد، والتي تعرضنا من خلالها لأثره في الإرادة المكونة للعقد، ثم أثره في صور التعبير عن الإرادة وسلامتها، وقد توصلنا من خلال كل هذا إلى العديد من النتائج التي تظهر أهمية ونجاعة هذا المبدأ بالنسبة لتكوين العقد.

إذ يعتبر مبدأ حسن النية في تكوين العقد مبدءا قانونيا راسخا ومتميزا ذو أصول أخلاقية، عرفته العديد من الأنظمة القانونية القديمة كالشريعة الإسلامية والقانون الكنسي والقانون الروماني والقانون الطبيعي والذي ساهم بقدر كبير في إرسائه. وإن البعد الأخلاقي لحسن النية والذي اتخذته العديد من الدول كذريعة لعدم قبوله ضمن قوانينها (دول القانون المشترك) لا يضعف أو يقلل من قيمته القانونية في مجال تكوين العقد. بل يشكل سندا وعونا له في التطبيق، وسعي لتحقيق أهدافه ودوره كما يساعد على تقبله من قبل المجتمع.

ويعد مبدأ حسن النية مبدءا عاما يحكم التصرفات القانونية في ظل القانون المدني، وإن لم ينص عليه صراحة في مرحلة تكوين العقد، وإنّ عدم تطبيق مبدأ حسن النية في تكوين العقد، وعدم النص عليه من قبل العديد من الأنظمة يعود لتأثير أفكار المذهب الفردي على القانون، وبالتحديد مبدأ سلطان الإرادة والذي شكّل مبدأ حسن النية في تكوين العقد قيدا عليه بالنسبة لهذه الأنظمة، فلم يتم قبوله في هذه القوانين لفترة طويلة إلا كمعزز لمبدأ سلطان الإرادة في مرحلة تنفيذ العقد، ولكن وفي ظل التطورات الحديثة وبالنظر إلى النتائج الغير عادلة التي ترتبت عن السيطرة المطلقة لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد تراجعت هذه الأفكار.

إنّ سيطرة مبدأ حسن النية على مرحلة تكوين العقد، لا يشكل تهديدا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، بل هو مكمل له ويحد من سلبياته في مرحلة تكوين العقد، عن طريق ترتيبه مجموعة من الالتزامات التي تضمن النزاهة وتوجه سلوك الفرد نحو الغاية المنشودة من العقد دون المساس بالمصالح والثقة المشروعة للطرف المقابل.

إن عدم النص على مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد وتكريسه في مرحلة التنفيذ فقط، لا يعني بتاتا حصره في هذه المرحلة دون الأخرى، وهذا ما يقره قضاء وفقه العـديد من دول القـانون المدني (القانون الفرنسي، والمصري). وبالرّغم من نقص الأحكام القضائية بالنسبة لهذا المبدأ في مرحلة تكوين العقد بالنسبة للقضاء الجزائري، إلا أن الفقه يرى سيادته للعقد تكوينا وتنفيذا.

يحتوي مبدأ حسن النية في تكوين العقد مجموعة من المضامين تختـلف من حالـة إلى أخرى، الأمر الذي أدى إلى عدم القدرة على إعطائه تعريفا جامعا مانعا وإنما مجرد مقاربة، والتي يمكن إدراكها عن طريق اتباع كل من المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي. وكون حسن النية في مرحلة تكوين العقد هو مبدأ قانوني، يجعله متعدد التطبيقات، وهو مبدأ قائم بذاته مختلف عن غيره من أنظمة القانون المدني، وكما يمكن اعتباره التزاما عاما يتضمن مجموعة من الالتزامات.

إن القانون المدني الجزائري لم ينص على العديد من التطبيقات القانونية لهذا المبدأ في مرحلة تكوين العقد الأمر الذي أدى بنا إلى الاستعانة ببعض التشريعات التي كانت سباقة لتنظيم هذه التطبيقات على الصعيد الداخلي والدولي.

جاءت معظم القوانين المدنية صامتة عن ذكر المرحلة السابقة للتعاقد، وبالأخص مرحلة المفاوضات العقدية، بالرّغم من أهمية هذه المرحلة في تكوين العقد، خصوصا في ظل التطور الحاصل على مختلف الأصعدة(تطور وسائل الاتصال وازدهار التجارة الدولية و ظهور أنواع جديدة من العقود)، مما رتب عدم وجود نصوص قانونية منظمة وحاكمة لهذه المرحلة غالبا، فكانت اجتهادات القضاء والفقه بخصوص الالتزامات التي يرتبها حسن النية هي مرجعنا، لإيجاد حلول قانونية عملية لما يمكن أن يعترض المتفاوضين أثناء هذه المرحلة. كما قد يتم تكريس مبدأ حسن النية في تكوين العقد والتزاماته في المرحلة السابقة للتعاقد، من خلال عقد تمهدي يسبق التعاقد وينظم هذه المرحلة. فتترتب عن الإخلال بهذه المقتضيات وبهذا المبدأ المسؤولية العقدية بالنسبة لهذه الحالة، بينما تترتب المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بمبدأ حسن النية ومقتضياته في المرحلة السابقة للتعاقد في حالة عدم وجود عقد تمهيدي ينظم المرحلة.

يقدم مبدأ حسن النية في تكوين العقد العديد من الضمانات للرضائية في التعاقد، فهو يضمن للإرادة حريتها وسلامتها دون الإضرار بإرادة الطرف المقابل المكون للعقد، فهذا المبدأ يعطي

ضمانات ويرتب التزامات على الموجب والقابل على حد سواء أثناء التعاقد، كما يضمن خلو الإرادة من العيوب، ويعطي ضمانات للتعبير عنها (بالنسبة لصور التعبير عن الإرادة أو التعاقد بالنيابة أو مع القاصر)، ويرتب جزاء على المخل بمقتضياته في كل ما سبق.

يلعب مبدأ حسن النية في تكوين العقد دورا لا يستهان به في هذه المرحلة، من خلال المقتضيات التي يرتبها، فهو يقوم بدور وقائي يتمثل في فرضه للعديد من الالتزامات كالالتزام بالإعلام والجدية غيره من الالتزامات التي تهدف إلى تكوين العقد وتحافظ على بقائه و تجنبنا وقوع الأضرار بالنسبة للطرفين، ودور علاجي يتمثل في ترتيبه للمسؤولية دون أن يؤدي إلى زوال الرابطة العقدية في بعض الفروض. فهو بذلك يحقق الأمن والطمأنينة لدى المتعاملين، كنتيجة لاحترام النزاهة والثقة المشروعة لدى المتعاقدين، وعدم الإضرار بالمصالح المشروعة للطرف المقابل، كما يضمن استقرار العقد وفعاليته ومن ثم قوته الإلزامية. وقد يستلزم العدل وفقا لمبدأ حسن النية في تكوين العقد في بعض الفروض زوال العقد وإبطاله، حماية لطرف المتضرر وتحقيقا للعدالة.

وبالتالي فإنّ مبدأ حسن النية هو مبدأ قانوني ينظم مرحلة تكوين العقد عن طريق مجموعة من المقتضيات ينبغي مراعاتها لضمان عدم الإضرار بمصالح الطرفين وتحقيق العدالة، لكن الفراغ القانوني الذي يسود القانون المدني الجزائري جعل تطبيقاته جد محدودة ونادرة، لهذا فالمشرّع الجزائري مدعو لتنظيم مرحلة تكوين العقد من خلال حسن النية فيما يلي:

– لقد بات من الضروري الاعتراف بحسن النية في تكوين العقد و ذلك بالنص عليه كمبدأ عام، إلى جانب مبدأ سلطان الإرادة ضمن القانون المدني الجزائري.

–ويجب تكريس بعض المقتضيات المهمة والجوهرية لحسن النية في تكوين العقد بموجب مواد قانونية، كالالتزام بالإدلاء بالمعلومات، والالتزام بالمحافظة على الأسرار، والالتزام بالجدية في التفاوض، والالتزام بعدم قطع المفاوضات دون مبرر مشروع.

– النص على عدم جواز الإتفاق على استبعاد حسن النية في تكوين العقد أو الحد منه، ويعد باطلا كل اتفاق من هذا القبيل.

– النص على المفاوضات العقدية وخصها بأحكام منظمة لها طبقا لمبدأ حسن النية.

– فيما يخص العقود الإلكترونية وما تطرقنا له منها في بحثنا، فعلى المشرّع الجزائري تنظيمها وتنظيم النيابة التعاقدية فيها وفقا لمبدأ حسن النية كحق العدول فيها.

فإذا أحاط المشرّع الجزائري بكل هذه الحالات، يكون قد كرس مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد وحقق جميع الأبعاد القانونية والأخلاقية السامية لهذا المبدأ والتي تراعي المصالح المشروعة للطرف المقابل في العقد وتضمن النزاهة وتحقق العدالة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية.

أ – الكتب:

- **المراجع العامة:**

1. إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2009.
2. أنطوان نعيمة و دليوس عجيز و مشتري شماس، منجد اللغة العربية المعاصرة، الطبعة 1، دار المشرق، لبنان، 2002.
3. أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003 .
4. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
5. بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
6. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر، 2006 .
7. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسّفية في العقود، الطبعة الثانية، دار هومه، للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010.
8. جاك غستان، ترجمة منصور القاضي و فيصل كلثوم، المطوّل في القانون المدني تكوين العقد، الطبعة الثانية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
9. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام المصادر الإرادية للالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، 2000.

10. حسين عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1996.
11. خالد ممدوح ابراهيم حماية المستهلك في العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، مصر، 2008.
12. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الإلكتروني، الدار الجامعية، مصر،2007 .
13. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الاسكندرية، مصر، 2007.
14. دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004.
15. دينيس لويد، تعريب سليم الصويص، فكرة القانون، عالم المعرفة الكويت، 1981.
16. رمضان جمال كمال، الحماية القانونية للحيازة، الطبعة الأولى، دار الألفي لتوزيع الكتب، الإسكندرية، مصر، 2002.
17. سركوت اسماعيل حسين، الظاهر و دوره في الإثبات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009.
18. سلامة عبد الفتاح، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، مصر، 2005.
19. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، نهضة مصر، مصر، 2011.
20. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، نهضة مصر، مصر، 2011.
21. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي الجزء الثاني توافق الإرادتين في مجلس العقد صحة التراضي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
22. السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
23. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية مصر،2002.

24. صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 1998.
25. عامر حسن، التعسّف في استعمال الحقوق و إلغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، مصر، 1960.
26. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
27. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
28. علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق لتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر ، الجزائر، 2010.
29. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
30. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2004.
31. فراح منان، العقد الإلكتروني وسائل الإثبات الحديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى الجزائر، 2009.
32. محمد جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها ابرامها تنفيذها)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2010.
33. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دراسة تفصيلية في ضوء أراء الفقه و أحكام القضاء، القصر للطباعة و الدعاية و الإعلان، القاهرة، 2007.
34. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني القصد المدني قبل التعريف، الجزء 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
35. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2011.
36. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2012.

37. محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر و توزيع، الأردن، 2011.
38. نبيل صابر عبيد، حماية الخلف في التصرفات العقارية من زوال سند السلف، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
39. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار جامعة الجديدة، مصر، 2004.
40. وزارة العدل المصرية، القانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر.
41. وزارة العدل المصرية، القانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الأول، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر.

- **المراجع الخاصة:**

1. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2010.
2. حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطيرة للشيء المبيع دراسة مقارنة، بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999 .
3. سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2005.
4. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، الطبعة الأولى، دار دجلة، الأردن، 2008.
5. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيد العقود، الطبعة الأولى، مطبعة اليرموك، بغداد، 1974.
6. اللطيف القوني، حسن النية و أثره في التصرفات في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
7. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض،1995.

8. محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد المكينة المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2000.
9. وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية مصر، 2012.

ب – الرسائل الجامعية:

1. بلحورابي سعاد، نظرية التعسّف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
2. بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع حقوق تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006.
3. بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص عقود و مسؤولية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013.
4. بوكرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014.
5. حدوش كريمة، الالتزام بالإعلام في اطار القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، رسالة لنيل الماجيستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة محمد بوقرة بومرداس، 2012.
6. ذهبية حماق، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2009 .
7. رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية و القانونية في جامعة آل البيت، الأردن، نوقشت في 2000/06/13.
8. سليمان دايح براك الجميلي، المفاوضات العقدية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 1998.

9. عروبة شافي عرط المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008.
10. عسالي عرعارة، نظرية الاستغلال أطروحة ماجستير فرع عقود و مسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1997.
11. عنتري بوزار شهناز، التعسّف في العقود رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2013.
12. لبان فريدة، مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون الجزائر، 2009.
13. لعصامي الوردي، نظرية البطلان في التقنين المدني الجزائري. بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون الجزائر.2001 .
14. محمود زواوي، نظرية الظاهر في القانون الخاص أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة الجزائر، بن عكنون الجزائر، 1998.
15. مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2012.
16. نواف محمد مالح الذبايان، الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية ، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق قسم القانون الخاص، الأردن، 2013.

ج – المقالات:

1. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق العدد 2، تصدر عن كلية الحقوق جامعة البحرين. 2004.
2. أكرم محمود حسين البدو و محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفوضات، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد 49، جامعة الموصل، العراق، 2011.منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: www.iasj.net
3. أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد أهميتها و أحكامها، المجلة العلمية لكلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد 16 العدد 3، العراق، أذار 2014. منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: www.mlawnahrain.org

4. أمين دواس، المسؤولية عن قطع المفاوضات العقدية دون سبب جدي، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية الجامعة العربية الأمريكية، المجلد 5، العدد 1، جنين فلسطين. 2008.
5. إناس مكي عبد الناصر، التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة ، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد 3، العراق، 2013.منشور عبر الموقع الإلكتروني: www.uobabylon.edu
6. بن عمارة محمد، المعيار الذاتي و الموضوعي في القانون المدني الجزائري، مجلة الفقه والقانون، العدد السادس، المغرب، 2013. منشور عبر الموقع الإلكتروني: www.marocdroit.com
7. سعود العماري، حسن النية حسن النية في العقود، مجلة اليوم، السعودية، 2014/03/03. منشور عبر الموقع الإلكتروني: www.alyaum.com 20/05/2016.
8. كاضم كريم علي الشمري، المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد، مجلة الفتح، العدد 27، العراق، 2006.
9. لطفي محمد صالح قادري، الشكلية في بيع المحل التجاري، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات ، العدد10، جامعة غرداية، 2010 . منشور عبر الموقع الإلكتروني: http://elwahat.univ-ghardaia.dz
10. محمد جعفر الخفاجي و ميثاق طالب عبد الحمادي، السرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، العراق، 2014. منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: www.iasj.net/iasj
11. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة و القانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، أفريل 2013. منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي:.bibliotdroit.blogspot.com
12. يحيى أحمد بني طه، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، عن ديوان المظالم الأردني. منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: www.lawjo.net/vb/attachment

د – نصوص قانونية:

✓ النصوص التشريعية:

- قانون العقوبات، الصادر بالأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المعدل و المتمم.
- القانون المدني، الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المعدل و المتمم. و تم أخذه عن: القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون، و تعديلاته إلى غاية 13 مايو 2007، برتي للنشر، الجزائر،2013 .
- قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 الصادر في 1984/06/09 المعدل و المتمم.
- الدستور الجزائري رقم 16 –01 المؤرخ في 06/ 03/ 2016. منشور في الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة في 07 /03/ 2016.
- قانون حماية المستهلك و قمع الغش، الصادر بالأمر رقم09 /03 المؤرخ في 2009/02/25 المنشور في الجريدة الرسمية العدد15 الصادرة في 08 /03 /2009.
- الأمر07/95 المتعلق بالتأمينات المؤرخ في 25/ 01 /1995 منشور في الجريدة الرسمية العدد 13الصادرة في 1995/03/08.
- الأمر رقم 03 /03 المتعلق بالمنافسة المؤرخ في 19 /06/ 2003 منشور في الجريدة الرسمية العدد 43الصادرة في 20 /06/ 2003.
- الأمر رقم 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع المؤرخ في 2003/07/19، منشور في الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة في 23 /2003/07.
- الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامة التجارية المؤرخ في 19/ 2003/07 منشور في الجريدة الرسمية العدد 44الصادرة في 2003/07/23.
- قانون القواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 41 الصادرة في 27/ 06 /2004.
- الأمر رقم 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية المؤرخ في 1966/04/22 منشور في الجريدة في1966/04/28.

✓ **النصوص التنظيمية:**

- المرسوم التنفيذي رقم 97–37 المحدد لشروط وكيفيات صناعة مواد التجميل المؤرخ في 1997/01/14 منشور في الجريدة الرسمية العدد 4 الصادرة في15 /1997/01.
- المرسوم التنفيذي رقم 367/90 المؤرخ في 1990/11/10المتعلق بوسم السلع الغذائية و عرضها، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 484/05 المتعلق بوسم السلع الغذائية و

عرضها، المؤرخ في2005/12/22 منشور في الجريدة الرسمية العدد 83 الصادرة في 25 /12/ 2005.

- المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 2006/09/10 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 56 الصادرة في 11 /09 /2006

✓ **القوانين الأجنبية:**

- القانون المدني المصري، رقم 131 لسنة 1949.
- القانون المدني العراقي، رقم 40 لسنة 1951.
- القانون المدني الكويتي، رقم 67 لسنة 1980.
- القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.
- قانون الموجبات و العقود اللبناني، لسنة 1932.
- مجلة الالتزامات و العقود التونسية، لسنة 1906.
- القانون التونسي الخاص بالمبادلات و التجارة الإلكترونية قانون عدد83 لسنة 2000.
- Le code civil Français du 1804 , Disponible sur internet :

https://www.legifrance.gouv.fr

✓ **الاتفاقيات الدولية:**

❖ WOT هي منظمة التجارة الدولية " world Trade Organization " منشورة عبر الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.wot.org

❖ مبادئ الانيدروا منشورة عبر الموقع الالكتروني التالي

www.unidroit.org 20/05/2016

- ❖ الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري و المعاقبة عليها و التي صادقت عليها بموجب المرسوم 82-01 المؤرخ في 2 كانون الثاني 1982 و المنشورة في عدد رقم 1 الجريدة الرسمية المؤرخ 5 كانون الثاني 1985.
- ❖ اتفاقية منظمة العمل الدولية (رقم 111) بشأن التمييز في الاستخدام والمهنية التي صادقت عليها بموجب المرسوم رقم 69 -21 المؤرخ في 22 أيار 1969 المنشورة في الجريدة الرسمية رقم 18 المؤرخ 6 حزيران 1969 و غيرها.
- ❖ القانون النموذجي لتجارة الإلكترونية لسنة 1996 منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: https://www.uncitral.org/pdf/.../ml-ecomm-

هـ – أهم القرارات القضائية:

- ✓ المحكمة العليا، قرار رقم 47734 ، بتاريخ 1988/04/24 . المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 03 .
- ✓ المحكمة العليا، قرار رقم 59293 بتاريخ 1990/06/27 ، المجلة القضائية لسنة 1992 ، عدد 01 .
- ✓ قرار المحكمة العليا رقم 149300 ، بتاريخ 1997/07/23 ، المجلة القضائية لسنة 1997 عدد 02.
- ✓ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية ، رقم 233625 ، الصادر في 2001/01/17 المجلة القضائية لسنة 2001 ، عدد01 .

ثانيا: باللغة الفرنسية.

Les ouvrages :

1. Béatrice Jaluzot .la bonne foi dans les contrats études comparative .des droits français .allemand et Japonais. Edition Dalloz .2001.
2. Christian Larroumet .droit civil tome 3 .les obligations le contrat .4eme édition .Edition économica.2002.

3. François Chabas . obligation théorie générale . 9éme édition .Edition delta .2000
4. Jacques Ghestin .Traité de droit civil. la formation du contrat .3eme édition .L G D J . Delta 1996 .
5. Marie Annick Grégoire .le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat. édition Yvon Blais une société Thomson .2003
6. Olivier D'auzon .le droit du commerce électronique . éditions du puits fleuri .France 2005 .
7. Raymond Guillien et Jean Vincent . lexique . des termes juridique .15 Edition .Dalloz 2005 .

Les articles :

1 .Elise Charpentier. le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la Théorie du contrat colloque de réflexion civil à l'université du Québec à Montréal 1996. , disponible sur internet : https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/...26/26-2charpentier.pdf
2 Brigitte Lefebvre . la bonne foi dans la formation du contrat . McGill Law journal ; 1992. sur site électronique : lawjournal.mcgill.ca
3 Jean beauchard .l'offre dans le commerce électronique . le contrat électronique au cœur du commerce électronique . université de Poitiers .2005 .
4 Matthias E Storme . la bonne foi dans la formation des contrat en droit néerlandais .rapport présente à l'association capitans à l'occasion de ses journées louisianaises. 1992. disponible sur site électronique : https//lirias.kuleuven.be.
5 Pascal Ancel. les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois .article dans une conférence en droit civil de l'université Montréal .2010 . disponible sur site électronique : https://ssl.editionsthemis.com
6 Philippe Le Tourneau. la rupture des négociations . R T D.com .1998 .
7 Vincent Karim . la règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du code civil du Québec. les cahiers de droit .vol 41. N 3 .septembre2000. Disponible sur site électronique : http://id.erudit.org/iderudit/04361ar

Les thèses :

- Saidi Mustapha .la tendance objective du code civil la responsabilité délictuelle et le contrat . mémoire de magister filière .contrats et responsabilité .universités d'Alger .faculté de droit et sciences administratives .Ben aknoun .2005.

الملخص

الملخص

مبدأ حسن النية هو مبدأ قانوني ذو أصول أخلاقية، تم تكريسه في العديد من التشريعات المدنية و منها القانون المدني الجزائري و ضمن العديد من الفروض و من بينها العقد، غير أن أغلبها ذهب إلى النص عليه في مرحلة تنفيذ العقد دون مرحلة التكوين والتي سيطر عليها مبدأ سلطان الإرادة و رتب العديد من النتائج الغير عادلة، الأمر الذي دفع العديد من القوانين إلى إعادة تنظيم هذه المرحلة وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية.

إن مبدأ حسن النية مبدأ عام يسود العقد تكوينا وتنفيذا، وتختلف ماهية حسن النية بحسب مكانه في القانون عامة والعقد خاصة، الأمر الذي دفعنا إلى البحث عن ماهية هذا المبدأ في مرحلة تكوين العقد من خلال، البحث عن أصوله التاريخية والفلسفية، ثم حاولنا اعطائه تعريفا يتناسب مع هذه المرحلة التي تتعدد فيها دلالاته ومضامينه، كما قمنا بتمييزه عن غيره من الأنظمة التي يمكن أن تشتبه به.

و يرتب حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد العديد من المقتضيات و التي لم تنص عليها اغلب القوانين لكن أقرها الفقه والقضاء خاصة وأنها أثبتت جدارتها في إزالة النتائج غير العادلة لمبدأ سلطان الإرادة و حرية التعاقد، و يمكن تكريس هذه المقتضيات التي رتبها مبدأ حسن النية من خلال عقد تمهيدي، كما أن الإخلال بهذه المقتضيات يرتب جزاءات قانونية حاولنا الإحاطة بها.

و يقدم مبدأ حسن النية العديد من الضمانات و الحماية للإرادة المكونة للعقد، حيث يفرض مقتضياته على الإرادة الأولى المكونة للعقد أي الإيجاب و على القبول كذلك، كما له مجموعة من المقتضيات يفرضها عند تلاقي الإيجاب بالقبول كما يترتب على الإخلال بهذه المقتضيات جزاءات تطرقنا لها.

كما قمنا ببحث مقتضيات حسن النية في صور التعبير عن الإرادة و في عيوب الإرادة ثم تطرقنا في الأخير إلى مقتضياته في حالات خاصة للإرادة كمقتضياته في النيابة في التعاقد و مقتضياته في التعاقد مع القاصر.

و بهذا نكون قد أحطنا بموضوع حسن النية في تكوين العقد من كل جوانبه.

Résumé :

Le principe de la bonne foi est un principe juridique d'origine éthique, Il a été consacré par de nombreuses législations civiles notamment par le droit civil algérien parmi plusieurs autres obligations que le contrat prévoit. Cependant la majorité de ces législations ont inclu ce principe dans la phase d'exécution du contrat tout en l'omettant lors de sa formation, Ce qui a abouti à des situations inéquitables. Ces législations ont dû alors intégrer le principe de bonne foi lors de la phase de formation du contrat.

Le principe de la bonne foi est considéré comme un principe général qui imprègne le contrat aussi bien lors de sa formation que lors de son exécution. Le concept de bonne foi diffère cependant, selon son acception en droit de façon générale et dans le contrat de façon particulière.

Notre recherche sur le principe de bonne foi lors de la formation du contrat nous a amené à étudier ses origines historiques et philosophiques. Cela nous a permis d'esquisser une définition convenant à cette phase dans laquelle on peut y déceler des connotations et cerner son contenu. Cela nous a permis aussi de distinguer ce concept des autres notions susceptibles de lui ressembler.

Le principe de bonne foi impose dans l'étape précontractuelle plusieurs exigences non prévues par la majorité des législations mais adoptées par la doctrine et la jurisprudence en vue de mettre fin aux effets inéquitables résultant du principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. Il est possible que ces exigences du principe de bonne foi soient prévues par un contrat préliminaire dont le non respect entraine des sanctions juridiques.

Le principe de bonne foi présente maintes garanties et protection de la volonté constitutive du contrat, en imposant ses exigences sur « l'offre » mais également sur « l'acceptation ».Il en est de même de la réception de l'offre par l'acceptation et le non-respect de ces exigences entraine les sanctions que nous avons tenté de cerner.

Notre étude a porté également sur les exigences de la bonne foi lors de l'expression de la volonté et sur les vices de celle-ci.

Enfin, nous avons abordé ses exigences dans les cas particuliers de la volonté comme la représentation en matière contractuelle et le contrat avec un incapable.

Ainsi, nous avons cerné le thème de la bonne foi lors de la formation du contrat dans tous ses aspects.

Summary:

The Good Faith principle is a legal principle with ethical root, it is consecrated by many civil legislations as the Algerian civil legislation and among many eligibilities as the contract ,but the majority of these legislations include this principle in the step of the contrast's execution not in the step of the settlement's contrast where the principle of the autonomy of will is controlled and results many unfair results ,this matter push many legislation to reorganize this step awards the good faith's eligibilities .

The good faith principle is considered as a general principle which covers the contract at its both settlement stage and its execution stage, but the concept of the good faith is differed following to its position in law generally and to the contract specially.

This point have push us to look for the principle's concept at the settlement stage of contract by researching its historical and philosophical roots, we have also trying to give it a definition which convene to this stage which is full of connotations and contains ,we have also distinguish this principle from the other similar systems.

The good faith principle organize many eligibilities in the last stage of contract, which are not mentioned by the majority of legislations but it's approved by the judiciary and the doctrine, especially that they are proved their efforts to eliminate the unfair results of the autonomy of will principle and the liberty of contracting , we can also consecrate these eligibilities organized by the good faith principle by a preliminary contract, in addition the misuse of these eligibilities provoke a legal sanctions that we have tried to present it .

The good faith principle presents many guarantees and a protection of the will which create the contract, whereas it impose its conditions on the first will creating the contract "offer"and on "the acceptation" also, in addition this principle has many eligibilities which are imposed through the meeting of the offer and the acceptation, either, the misuse of these eligibilities provoke another sanctions which are presented in our study.

We have also study the good faith's eligibilities in both of the will expression aspects and in the will defects, as well we have added finally its eligibilities in special cases of will like its conditions concerning the contractual acting for , and its eligibilities in the convention with a minor.

Thus, we have covered the good faith subject from all its aspects at the contract settlement.

الفهرس

الفهرس

الشكر والتقدير

المقدمة **1**

الفصل الأول: ماهية حسن النية في تكوين العقد و فعليته في المرحلة السابقة للتعاقد

المبحث الأول: ماهية حسن النية في تكوين العقد **8**

المطلب الأول: الأصل التاريخي والفلسفي لحسن النية في تكوين العقد **9**

الفرع الأول: التطور التاريخي لحسن النية في تكوين العقد **10**

الفقرة الأولى: حسن النية في تكوين العقد في القانون الطبيعي **10**

الفقرة الثانية: حسن النية في تكوين العقد في القانون الروماني **12**

الفقرة الثالثة: حسن النية في تكوين العقد في القانون الكنسي **14**

الفقرة الرابعة: حسن النية في تكوين العقد في الشريعة الإسلامية **15**

الفرع الثاني: حسن النية في تكوين العقد في ظل الأفكار الفلسفية المعاصرة **17**

الفقرة الأولى: حسن النية في تكوين العقد في ظل الأفكار الفردية وعلاقتها بمبدأ سلطان الإرادة **17**

الفقرة الثانية: حسن النية في تكوين العقد في ظل النظريات الاجتماعية **20**

المطلب الثاني: تعريف حسن النية في تكوين العقد **22**

الفرع الأول: مدلول حسن النية في تكوين العقد **25**

الفرع الثاني: مضمون حسن النية في تكوين العقد **30**

الفقرة الاولى: الشفافية والصدق **30**

الفقرة الثانية: **الإستقامة** والنزاهة والشرف **31**

الفقرة الثالثة: المعقولية **32**

الفقرة الرابعة الأمانة والإخلاص وعدم الإنتهازية **33**

الفقرة الخامسة: مراعاة الثقة المشروعة لطرف المقابل **34**

الفقرة السادسة: مراعاة المصالح المبررة والمشروعة لطرف المقابل **35**

الفرع الثالث: معايير حسن النية في تكوين العقد 36
الفقرة الأولى: المعيار الشخصي 37
الفقرة الثانية: المعيار الموضوعي 38
الفرع الرابع: الطبيعة القانونية لحسن النية في تكوين العقد 39
المطلب الثالث: تمييز حسن النية في تكوين العقد عن غيره من الأنظمة القانونية 41
الفرع الاول: تمييز حسن النية في تكوين العقد عن فكرة النظام العام والآداب العامة 42
الفرع الثاني: تمييز حسن النية في تكوين العقد عن نظرية الباعث أو الدافع إلى التعاقد 43
الفرع الثالث: تمييز حسن النية في تكوين العقد عن حالات حماية الغير حسن النية 45
الفقرة الأولى: علاقة حسن النية في تكوين العقد بحسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة 45
الفقرة الثانية: علاقة حسن النية في تكوين العقد بحسن النية في نطاق نظرية الحيازة 48
الفقرة الثالثة: علاقة حسن النية في تكوين العقد بالصورية. 51
الفقرة الرابعة: علاقة حسن النية بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه. 54
الفرع الرابع: تمييز حسن النية في تكوين العقد عن نظرية التعسّف في استعمال الحق 55
المبحث الثاني: فعالية حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد 60
المطلب الأول: مقتضيات حسن النية في فترة التفاوض المكونة للعقد 63
الفرع الأول: التزام الجدية في التفاوض 65
الفقرة الأولى: صور عدم الجدية 65
الفقرة الثانية: موقف القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية من التزام الجدية في المفاوضات 67
الفقرة الثالثة: موقف الفقه والقضاء من التزام الجدية 68
الفرع الثاني: الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازيا 69
الفرع الثالث: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات 72
الفقرة الأولى: معنى الالتزام بالمحافظة على السرية 73
الفقرة الثانية: المعلومات التي تعد أسرارا 74
الفقرة الثالثة: موقف القوانين من الالتزام بالسرية 75
الفرع الرابع: الالتزام بالاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع 79

الفقرة الأولى: موقف القضاء من الالتزام بالاستمرار في التفاوض 83
الفقرة الثانية: موقف الاتفاقيات الدولية من قطع التفاوض دون مبرر مشروع 86
الفرع الخامس: الالتزام بالتعاون 87
الفرع السادس: الالتزام بالإعلام استنادا لمبدأ حسن النية 89
الفقرة الأولى: موقف دول أنظمة القانون المدني 91
الفقرة الثانية: موقف القانون الجزائري 92
الفقرة الثالثة: تعريف الالتزام بالإعلام 94
الفقرة الرابعة:شروط الالتزام بالإعلام 96
الفقرة الخامسة: أنواع الالتزام بالإعلام 99
المطلب الثاني: صور حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد 105
الفرع الأول: أثر حسن النية في خطابات النوايا 105
الفقرة الأولى: تعريف خطابات النوايا 106
الفقرة الثانية: القيمة القانونية لخطاب النوايا 106
الفقرة الثالثة: أنواع خطابات النوايا 107
الفرع الثاني: اتفاق التفاوض 109
الفقرة الأولى: تعريف اتفاق التفاوض 110
الفقرة الثانية: خصائص اتفاق التفاوض 111
الفقرة الثالثة: الالتزامات الأساسية الناشئة عن عقد التفاوض 113
الفقرة الرابعة: صور التفاوض الاتفاقي 114
الفرع الثالث: الاتفاقات المبدئية 115
المطلب الثالث: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد 117
الفرع أول: شروط المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في الفترة السابقة للتعاقد 118
الفقرة الأولى: الخطأ قبل التعاقدي 118

الفقرة الثانية: الضرر 120
الفقرة الثالثة: العلاقة السببية 121
الفرع الثاني: جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد 121
الفقرة الأولى: التنفيذ العيني 121
الفقرة الثانية: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض 123
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للمسؤولية قبل التعاقدية 127

الفصل الثاني: أثر حسن النية في مرحلة التعاقد

المبحث الأول: فعالية حسن النية في وجود الرضا 133
المطلب الأول: حسن النية في الإيجاب 134
الفرع الأول: الالتزام بالإمهال والمعقولية في القوة الملزمة للإيجاب 138
الفرع الثاني: الالتزام بعدم تضمين الإيجاب الموجه للمستهلكين لشروط تعسفية 142
الفرع الثالث: جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية (أي القوة الملزمة) في الإيجاب 146
المطلب الثاني: مقتضيات حسن النية في القبول 148
الفرع الأول: الالتزام بعدم الرفض الغير مبرر للقبول. 149
الفرع الثاني: مقتضيات حسن النية وحرية رفض القبول في عقود المستهلكين 151
الفقرة الأولى: الالتزام بعدم رفض الإيجاب خلال المدة المعقولة 152
الفقرة الثانية: الالتزام بعدم رفض التعاقد بحجة أنه يريد بيع السلعة لزبائنه المعتادين 152
الفقرة الثالثة: الالتزام بعدم رفض التعاقد المبني على اعتبارات عنصرية 152
الفرع الثالث: الجزاءات المترتبة على الإخلال بمقتضيات حسن النية في القبول 154
المطلب الثالث: مقتضيات حسن النية في تلاقي الإيجاب و القبول 157
الفرع الأول: مقتضيات حسن النية عند مطابقة القبول للإيجاب 157
الفرع الثاني: مقتضيات حسن النية في تكوين العقد بين حاضرين 161
الفرع الثالث: مقتضيات حسن النية في تكوين العقد بين غائبين 162
الفرع الرابع: مقتضيات حسن النية و عدول المستهلك عن التعاقد 164
الفقرة الأولى: مضمون حق العدول عن التعاقد 167

الفقرة الثانية: **الأساس القانوني لحق العدول** 167
الفقرة الثالثة: حسن النية و حق العدول عن العقد 168
الفرع الخامس: جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في العدول 169
المبحث الثاني: فعالية حسن النية في التعبير عن الإرادة و سلامتها 172
المطلب الأول: حسن النية في التعبير عن الإرادة 173
الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة التعاقدية و وسائل نقلها 173
الفقرة الأولى: التعبير الصريح عن الإرادة 174
الفقرة الثانية: التعبير الضمني عن الإرادة 174
الفقرة الثالثة: وسائل نقل التعبير عن الإرادة 175
الفرع الثاني: مقتضيات حسن النية في التعبير عن الإرادة التعاقدية 177
الفقرة الاولى: الوضوح في اللغة 177
الفقرة الثانية: **التزام** الوضوح في الشروط و أسلوب صياغتها 180
الفقرة الثالثة: الالتزام بالوضوح في برمجة الحاسوب الآلي 181
الفقرة الرابعة: الالتزام بالوضوح في الرد على الإيجاب في حالة السكوت الملابس كوسيلة 182
للتعبير عن الإرادة
الفرع الثالث: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في التعبير عن الإرادة 185
المطلب الثاني: حسن النية و عيوب **الإرادة** 189
الفرع الأول: حسن النية في تكوين العقد و الغلط 190
الفقرة الأولى: تعريف الغلط 190
الفقرة الثانية:**شروط الغلط** 191
الفقرة الثالثة: علاقة الغلط بحسن النية 194
الفرع الثاني: حسن النية في تكوين العقد و التدليس 197
الفقرة الأولى: تعريف التدليس و عناصره و شروطه 197
الفقرة الثانية: علاقة حسن النية بالتدليس 201
الفرع الثالث: حسن النية في تكوين العقد والإكراه 204

الفقرة الأولى: مفهوم الإكراه و شروطه **205**
الفرع الرابع: حسن النية في تكوين العقد و الغبن **الاستغلالي** **209**
المطلب الثالث: مقتضيات حسن النية في حالات خاصة **للإرادة** **211**
الفرع الأول: حسن النية والتعاقد مع القاصر **212**
الفرع الثاني: حسن النية في النيابة في تكوين العقد **216**
الفقرة الأولى: مقتضيات حسن النية في تكوين العقد عن طريق النيابة **218**
الفقرة الثانية: حسن النية و تجاوز النائب لحدود نيابته **219**
الفقرة الثالثة: النيابة في التعاقد الإلكتروني **220**
الفقرة الرابعة: الالتزام بحسن النية في تكوين العقد عن طريق الوسيط **الإلكتروني** **221**
الخاتمة **224**
قائمة المراجع **228**
الملخص