جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمان ميرة . بجاية .

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المبـادئ التوجيهيـة لنظرية العقد

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبتين:

- بـاشا ورديـة
- بليل سوهيلة

تحت إشراف الأستاذ:

- عثمـانـي بـلال

أعضاء لجنة المناقشة

. الأستاذة : بن عبد الله صبرينة..... رئيسا

. الأستاذ : عـثمـاني بـلال.....مشرفا ومقررا

. الأستاذ : بقـة حسـان..... ممتحنا

السنة الجامعية 2020/2019

شكر وتقدير

بسم الله الرحمان الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، نحمد الله الذي وفقنا لإنجاز هذه المذكرة.

نتوجه بجزيل الشكر والإمتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل، ونخص بالذكر "الدكتور عثماني بلال" الذي لم يبخل علينا بتوجهاته ونصائحه القيمة التي كانت عونا لنا في إتمام هذه المذكرة.

إلى كل أعضاء المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل.

وكل الإحترام والتقدير لجميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة بجاية.

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى أبي الغالي "جمال"

الذي أفنى عمره ليرانا ناجحين وصالحين.

إلى أمي الحبيبة الغالية

إلى إخواني ليْاس ونبيل وأختي نورة.

إلي كل من علمني من الإبتدائي إلى ما بعد التدرج

عرفا وتقديرا.

إلى كل من دعمني وشجعني وقدم لي يد العون.

وردية

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى أمي التي علمتني وعانت

الصعاب لأصل إلى ما أنا فيه.

إلى أبي الذي لم يبخل يوما بشيء.

إلى إخواني وأخواتي.

إلى صديقتي لَيْلَة.

وإلى عائلتي وأصدقائي.

سوهيلة.

قائمة المختصرات

أولا-باللغة العربية:

ألم الج: المشروع الجزائري

ج : جزء

ج رج ج: الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية.

د ب ن: دون بلد النشر

د س ن: دون سنة النشر.

ص ص: من الصفحة الى الصفحة.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ع : عدد

ق م ج: قانون المدني الجزائري.

ق م ف: قانون المدني الفرنسي.

ف: فقرة.

ثانيا-باللغة الفرنسية:

Bull. Civ: Bulletin des arrêts de la cour de cassation : Chambres Civiles

Cass. Civ : Arrêt de la chambre civile de la cour de cassation

Cass. com : Arrêt de la Chambre commerciale et économique de la cour de cassation.

N° : Numéro

P : Page.

Rep. Civ : Répertoire Dalloz de Droit Civile.

مقدمة

يمثل العقد الأداة القانونية التي ابتكرها الفكر القانوني بقصد تحقيق المصالح وتسهيل التبادل و التعامل بين الأفراد سواء كان هذا التعامل على مستوى داخلي أو على المستوى الخارجي، طالما أنّ هذه المصالح لا تتعارض مع النظام العام و الآداب العامة، كما أنه من أبرز التصرفات القانونية الشائعة و المميزة لسلوك الإنسان قديما وحديثا لأنّه ينظّم الحقوق و الواجبات بين الأفراد و الجماعات بإقرار الحق و فرض الإلتزام.

عرف المشرع الجزائري العقد من خلال نص المادة 54 ق.م.ج، على أنّه "إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" [1]، و على هذا الأساس فالعقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معيّن و هذا من منطلق أنّ العقد يتمّ بمجرّد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين.

يهيمن على نظرية العقد مبادئ تقليدية هامة و هي مبدأ الحرية ومبدأ القوة الملزمة للعقد، و لقد إرتبطت الحرية التعاقدية بالمبدأ المعروف " مبدأ سلطان الإرادة"، الذي تلقيناه من فلسفة القرن الثامن عشر التي اتّسمت بالفردية و الآراء الحرة و تتخلص فلسفتهم في " أنّ الناس في جوهرهم وحقيقة أمرهم ودون تميز أحرار و متساوون و هذه الحرية و المساواة هما جوهر الإنسان، واعتبرهما بشكل مجرد تماما بعيدا عن الإكراهات والمساومات التي يمكن أن تتناول الأفراد بشكل ملموس في الواقع"[2] ، و عن قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه " متى استعبدتم النّاس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارًا".

ونظرا للدور الهام المناطْ بالإرادة الحرة في المجال التعاقدي فقد تكرس لها السلطان الأكبر في حرية الدخول في العلاقات التعاقدية بإنشائها و تحديد آثارها وكذا تعديل أو إنهاء هذه العلاقة بعد إبرامها.

---

[1]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج، ر، ج، ج، ع78، مؤرخ في 30 سبتمبر1975، معدل و متمم.

[2]- جاك غستان، ترجمة : منصور القاضي، المطول في القانون المدني- تكوين العقد- المؤسّسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، لبنان، 2000، ص 45، 46.

يعد مبدأ القوة الملزمة للعقد مبدأ قانوني ثابت و دقيق في مجال نظرية العقد و هو من النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة و يستند هذا المبدأ على قاعدتين، هما: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقاعدة تنفيذ العقد في جميع ما إشتمل عليه و ما و من مستلزماته و بحسن النية، ومفادها أنّ ما تمّ الإتّفاق عليه و الغير المشوب بعيب من عيوب الإرادة يكون واجب التنفيذ سواء بالنسبة لأطرافه أو بالنسبة للغير، فلا يجوز لطرفيه أن يستقلا بنقضه أو تعديله ما لم يسمح الإتفاق أو القانون بذلك، و هذا ما كرسه المشرع في المادة 106 ق.م.ج:" العقد شريعة المتعاقدين...".[1]

تطور الحياة الإقتصادية وتضاعف أطراف العقد غير من المبادئ السائدة في العلاقة العقدية، حيث تقلص مجال الحرية التعاقدية الذي كان سائدا في ظل النظرية التقليدية بسبب عجز الإرادة على ضبط العلاقة العدية و تحقيق توازنها بإعتبار أنّ الهدف الوحيد للقانون هو تحقيق العدالة و الحفاظ على أمن واستقرار المجتمع، و على هذا الأساس استندت معظم القوانين الحديثة إلى مبدأ حسن الذي يشكل جزءًا مهمًّا من كل نظام قانونيو مبدأ توجيهيا للنظرية الحديثة، و يعود أساسه إلى الشريعة الإسلامية إذ يقول سبحانه و تعالى " مَنْ جَاءَ بالحَسَنَة فَلَهُ عَشْرَة أَمْثَالهَا"[2] .

يلعب حسن النية في العقود دورا مهما في العلاقة العقدية باعتبار أنّه يحكم مرحلة التعاقد بأكملها بدأً بالعقد و أطراف العلاقة العقدية إلى موضوع التعاقد، فحسن النية يعني تنفيذ العقد على نحو مفيد يلتزم المتعاقدان بالأمانة و النزاهة واحترام الإلتزام الموعود به للوصول إلى الهدف المرجو من العقد في ظروف تسود فيها القيم الثقة و الإستقرار، لذا نجد العديد من النصوص التشريعية قد تضمنت هذا المبدأ حيث نصّ عليها المشرع الفرنسي في الم 1193[3]، من القانون المدني و كذا الم.الج الذي إتّخذ موقفا مؤيّدا من

[1]- أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

[2]- الآية 160، سورة الأنعام.

[3] -code civil français, 117eme ed, Dalroz, Paris, 2018.

خلال نص الم 107 من ق.م.ج،[1] و التي تقضي: ".. يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النّية".

يدخل العقد في مرحلة التنفيذ بمجرد صدور الإيجاب فهو الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض و مرحلة إبرام العقد، ففي الحالة العادية وجب على المتعاقدين تنفيذ ما تم الإتفاق عليه وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين و بحسن نية.

يحد عند حلول أجل تنفيذ العقد حوادث إستثنائية لم يكن في الوسع توقعها أو دفعها و تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا جاز للقاضي التدخل لتعديل العقد بتوزيع تبعية الحادث الطارئ على المتعاقدين و منح الأجل القضائي بهدف إعادة التوازن الإقتصادي للعقد.

على ضوء ما تمّ بيانه، تتجلى إشكالية البحث حول المظهر المستجد للمبادئ التوجيهية لنظرية العقد.

وفقًا لذلك ارتأينا إلى اتباع المنهج الوصفي، و للإجابة على الإشكالية قسمنا هذا البحث إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول في المبادئ التوجيهية التقليدية لنظرية العقد والمتمثلة في مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد، وبيّنا فيه الإطار المفاهيمي لكلا المبدئين وطبيعتهما القانونية، وخصصنا الفصل الثاني في حسن النية بإعتباره مبدأ توجيهي حديث، ومبدأ يستلزم تكريسه في جميع مراحل العقد من أجل تحقيق العدالة العقلية.

[1]- أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

الفصل الأول

المبادئ التوجيهية التقليدية لنظرية العقد

تعتبر المبادئ التوجيهية التقليدية من المبادئ الأكثر شهرة الحاكمة لنظرية العقد ونخص بالذكر مبدأ الحرية التعاقدية و مبدأ القوة الملزمة للعقد ،[1] حيث يقتضي مبدأ الحرية التعاقدية على أن" كل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد، حر في اختيار نظيره في العملية التعاقدية و تحديد مضمون و شكل العقد ضمن الحدود المقررة قانونا، الحرية التعاقدية لا تسمح بالإنتقاص من القواعد المرتبطة بالنظام العام."[2]

أقر المشرع الجزائري مبدأ القوة الملزمة للعقد لضمان المحافظة على تحقيق المصلحة الشخصية للمتعاقدين في المادة 106 من ق. م.ج التي تنص على " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون."[3]

من خلال هذا الفصل سنتناول مبدأ الحرية التعاقدية (**المبحث الأول**)، و مبدأ القوة الملزمة للعقد(**المبحث الثاني**).

[1]- عرفان الخطيب محمد،" المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 2، 2019، ص 186.

[2] -Article 1102 du code civil français : « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par loi.
La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

[3]- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج، ر، ج، ج، ع78، مؤرخ في 30 سبتمبر1975، معدل و متمم.

المبحث الأول

مبدأ الحرية التعاقدية في نظرية العقد

يعتبر العقد مفهوم هام و أساسي في القانون المدني، ويعود إلى الأفكار و المبادئ الفلسفية و السياسية و التقليدية، فسلطان الإرادة نظرة فلسفية و قانونية تتجه إلى تفسير العقد، فهو نتيجة مباشرة لفلسفة المذهب الفردي الذي لاقى رواجا كبيرا منذ القرن 19، فحسب أنصار هذا المذهب فإن الإرادة الواعية و المختارة وتحت دافع اشباع المصالح والحريات هي التي تنشأ العقد، فهي حرة في رسم نطاق العقد و تحديد آثاره.[1]

اعترفت التشريعات المقارنة بمبدأ سلطان الإرادة باعتباره مبدأً توجيهيًا في النظرية التقليدية و ركيزة أساسية في إنشاء التصرفات القانونية، فالأصل أن الإرادة حرة في تحديد آثار التصرف القانوني غير أن المشرع عاد ليقيدها بقيود تشريعية مستمدة من قواعد العدالة و الإنصاف الناشئة عن التفاوت في المراكز الإقتصادية، الإجتماعية و حماية المصلحة العامة من جهة، ومن جهة أخرى المحافظة على بقاء العقد و استمراره في انتاج آثاره.[2]

لذا سنتناول في هذا المبحث بيان ارتباط الحرية التعاقدية بمبدأ سلطان الإرادة (**المطلب الأول**)، و القيود الواردة على المبدأ(**المطلب الثاني**).

---

[1]- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2016، ص 20، 21.

[2]- بوشاشي يوسف،" نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات و احترام التوقعات"، ع 31، ج 1، جامعة الجزائر1، 2017، ص01.

المطلب الأول

إرتباط الحرية التعاقدية بمبدأ سلطان الإرادة

ترتبط حرية التعاقد بمبدأ سلطان الإرادة إرتباطا وثيقا،[1] وهو من نتائج المذهب الفردي الذي يقدس الحرية الفردية، فالإرادة قوام العقود نظرا لما تتمتع بها من حرية في الدخول في العلاقة التعاقدية من عدمها و تحديد آثارها.[2]

في هذا الصدد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع، سنتطرق إلى تعريف مبدأ سلطان الإرادة و خصائصه(الفرع الأول)، ثم نبين مظاهر حماية المصلحة الشخصية للمتعاقد (الفرع الثاني)، بعدها تكريس بعض التشريعات لمبدأ الحرية التعاقدية(الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف مبدأ سلطان الإرادة و خصائصه

ترسّخ مبدأ سلطان الإرادة فأصبح قاعدة أساسية تبنى عليها النظريات القانونية، فجميع الإلتزامات و النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، و هذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر للإلتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له.[3]

أولا- تعريف مبدأ سلطان الإرادة: نتعرّض إلى تعريف مبدأ سلطان الإرادة في القانون وفي الفقه الإسلامي :

1- التعريف القانوني لمبدأ سلطان الإرادة:

تلعب الإرادة دورا بالغا في العقد، فإرادة المتعاقدين هي التي تنشأه في ذاته،[4] على أن تكون تلك الإرادة في حدود النظام العام والآداب العامة فهي جزء من رسم نطاق العقد و تحديد آثاره وهي وحدها قادرة على انهائه.[5]

---

[1] - عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة والشخصية والإلتزام بحسن نية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، 2018، ص 24.

[2] - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني- النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام- العقد والإرادة المنفردة، ط 4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 48.

[3] - إلياس ناصف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، مفاعيل العقد، ج 2، ط1998، ص 80.

[4] - محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص 44.

[5] - علي عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني و الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص14.

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة مبدأ ذو شقين الأول عبارة عن مبدأ الرضائية، بحيث تجعل من الإرادة وحدها تكفي لإنعقاد العقد، أما الشق الثاني يتعلق بالموضوع و مقتضاه أن للإرادة الحق في تحديدك آثار العقد و أن تجعله عقدا شكليا أو عينيا.[1]

2- تعريف مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي

يعرف مبدأ سلطان الإرادة وفقا للشريعة الإسلامية على أنه "إرادة الفرد في الشرع الإسلامي حرة في تصرفاته القانونية، والغير القانونية،[2] و الإسلام حريص على حرية الإرادة حيث قال سبحانه و تعالى " لاَ اكْرَاهَ فِي الدِّينْ قَدْ تَبَيّنَ الرُشْدُ مِنَ الغَيّ"[3]، كذلك ألزم عباده الوفاء بالعهد بقوله تعالى" يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا أُوفُوا بِالعُقُود".[4]

ثانيا- خصائص مبدأ سلطان الإرادة: يتميز مبدأ سلطان الإرادة بعدة خصائص، نُجملها في النقاط الآتية :

1- خصائص مبدأ سلطان الإرادة وفقا للقانون: تكمن هذه الخصائص فيما يلي:

أ- حرية المتعاقد في إبرام العقد

يعد مبدأ سلطان الإرادة أحد أسس الحرية،[5] وتكريسا لهذا المبدأ يحق للمتعاقدين إبرام العقد أو رفضه،[6] وعلى أساس الحرية العقدية للأفراد يمكن إنشاء ما يشاؤون من عقود، وتنظيمها و تحمل الآثار المترتبة عن ذلك وفق إرادتهم الحرة، وحرية المتعاقد تكون في إبرام العقد أو في رفض التعاقد، وهذه الحرية لا تقتصر على الموضوع بل تمتد إلى الشكل.[7]

---

[1]- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 40،41.

[2]- عبد الحكيم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة و النشر، ط 4، الإسكندرية، 1996، ص 16.

[3]- الآية 256، سورة البقرة.

[4]- الآية 1، سورة المائدة.

[5]- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص11.

[6]- عثماني بلال، مرجع سابق، ص 27.

[7]- فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزام، ج1: مصادر الإلتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 26.

ب- عدم تعارض حرية المتعاقد مع حريات الآخرين

تقوم هذه الخاصية على أساس أن لكل فرد في المجتمع الواحد الحق في التعاقد، لكن بشرط عدم التعارض بين حريات الأفراد ولا تصادم حقوقهم لذلك فإن حرية الفرد في التعاقد ليست مطلقة و ذلك بهدف تحقيق التوازن.[1]

ج-الدور الضيق للقانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد

يتبين لنا من خلال هذه الخاصية أن دور القاضي و القانون يكون محايدا، حيث ليس لهما التدخل و التضيق من حرية الفرد في التعاقد و الإلتزام بدعوى قواعد العدالة، بل يسهر فقط على إحترام الشخص لحريات الآخرين، فلا يتعدى حريته للمساس بحرية الآخرين.[2]

2- خصائص مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي

يتفق أغلب الفقهاء المسلمين أن التشريع الإسلامي أفسح المجال للإرادة في الدخول أو في عدم الدخول فيها، فالفقه الإسلامي ضد فكرة الإكراه العقدي،[3] لذا حرص على وجود الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية وهو ما يعبر عنه بقاعدة الرضائية وأن تكون تلك الإرادة خالية من العيوب التي قد تشوبها، صادرة عن ذي أهلية، كما أنها قادرة على تحديد آثار التصرف القانوني، وهو ما يعبر عنه بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.[4]

---

[1]- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل لبعقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012، ص6.

[2]- العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري- التصرف القانوني- العقد و الإرادة المفردة، ط5، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 43.

[3]-شباط صديق، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة لنيل درجة دكتوراه، علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2018، ص80.

[4]- حمدي إسماعيل محمد سلطح، مرجع سابق، ص 16.

الفرع الثاني

مظاهر حماية المصلحة الشخصية للمتعاقد

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة نتيجة من نتائج المذهب الفردي الذي يقدس الحرية الفردية، فالهدف منه حماية المصلحة الشخصية للمتعاقد من خلال الحرية في إبرام العقد أو في رفضه واختيار الطرف المتعاقد معه كذلك تحديد محتوى العقد.[1]

أولا- حرية المتعاقد في إبرام العقد

تشمل حرية التعاقد على كلمة حريات وهي حرية الفرد في التعاقد أو في إمتناعه عن ذلك،[2] فقد لعبت الإرادة ولمدة طويلة دورا في تكوين العقد وتحديد مضمونه، فكان للمتعاقدين أن ينظما علاقتهما التعاقدية وتحديد حقوقهما والتزاماتهما في حدود النظام العام و الآداب العامة، دون التدخل الخارجي عن إرادتهما، إذ أن حق إبرام العقد شخصي حصري لا يمكن تدخل أي شخص لإجبار شخص آخر لإبرام العقد حتى لو كانت من جهة قضائية.

يحق للمتعاقد رفض التعاقد و لا يمكن إجباره على القبول مالم يرد ذلك دون إلزامه بتبرير قراره،[3] ومثال على ذلك قضية الطفل المتمدرس في مدرسة خاصة، ورفضت هذه الأخيرة إعادة تسجيله للسنة الدراسية الجديدة، فقام ولي الطفل برفع النزاع أمام القضاء حيث قضت محكمة النقض بصحة تصرف المدرسة لرفضها إعادة التعاقد مع ولي الطفل، معتبرة أن هذه الأخيرة مارست حرية مكفولة لها قانونا، وهو حق رفض التعاقد، ذلك دون إلتزامه بتبرير موقفه.[4]

---

[1]- رمضان محمد أبو السعد، مبادئ الإلتزام في القانون المصري و اللبناني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1984، ص 25.

[2] -Latina Mathias, « Contrats(généralités) », Rep.civ,Decembre 2013(Actualisations : Juin 2014), p.31.

[3]- عثماني بلال، مرجع سابق، ص27-29.

[4] -Cass.Civ,1exe.11 Septembre 2013,N°12-20844, inhttps://www.legifrance.gouv.fr/affich jurijudi.do « …De Sorte que la conclusion d'un nouveau contrat ressortant de la liberté contractuelle des parties et l'école privée n'ayant pas d'obligations légale de contracter, il n'y'avait ni réalisations ou rupture abusive du nouveau contrat qui n'avait pas été conclu ».

أما فيما يخص إفتراض نية إبرام العقد، فقد إشترط مبدأ سلطان الإرادة أن يكون التعبير عن إرادة المتعاقد صريحة، ولا يمكن إستخلاصه بقرائن لإبرام العقد فإما أن يكون صريحا، أو لا يكون ولا يمكن إبرام العقد بصفة هامشية.[1]

ثانيا- حرية المتعاقد في إختيار المتعاقد معه

تعرف حرية المتعاقد على أنها حق لكل متعاقد في اختيار المتعاقد معه بكل حرية ضمانا لمصلحته الشخصية، وهو ما أكد عليه الباحثون،[2] فقد كرست محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ و ذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن صيدليتين في قرية تتقاسمان احتياجات جمعيتين في مجال الشبه الطبي، وخلال الإنتخابات الجهوية ثار خلاف بين رئيس البلدية والذي بدوره رئيس الجمعيتين مع زوج صاحبة أحد الصيدليتين، تبعا لذلك قررت الجمعيتين وقف العمل معها و عرض النزاع أمام القضاء لمعالجة التعويض، ألغت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الإستئناف "**أكس أون بروفانسAIX EN PROVENCE**"، التي حملت الجمعيتين مسؤولية تجاه الصيدلية حيث إعتبرت الغرفة التجارية أنه يحق للجمعيتين على أساس الحرية في اختيار الشخص المتعاقد معه، وفق التعامل مع أحد الصيدليتين دون تبرير موقفهما، ولا يترتب عن ذلك أي مسؤولية.[3]

ثالثا- حرية المتعاقد في تحديد مضمون العقد

يتبين من القاعدة العامة أن "للأطراف حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما"، فللمتعاقدين أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك في اطار القانون مع ضرورة إحترام النظام العام و الآداب العامة، كما أن تدخل المشرع في أغلب الأحيان تكون بقواعد مكملة لإرادة الطرفين، لا تطبق إذا اتفق الطرفان على مخالفتهما.[4]

---

[1]- سهام قرد، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2006، ص 6.

[2]- عثماني بلال، مرجع سابق، ص31.

[3]- Cass.com, 05 juillet 1994, N° 92-20.064 BULL.Civ N° 2, 1994, p 204. « Une personne qui décide de cesser de s'approvisionner chez un commerçant cette abstention fut-elle avec l'intention de nuire, ne fait qu'exercer la liberté fondamental de s'approvisionner chez un commerçant et ne commet pas un abus de droit ».

[4]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 45.

الفرع الثالث

تكريس التشريعات لمبدأ الحرية التعاقدية

تأثر القانون المدني الفرنسي بمبدأ سلطان الإرادة في تقنين نابليون الصادر سنة 1804، كما كرس المشرع الجزائري أيضا هذا المبدأ في تقنينه المدني.

أولا- تكريس مبدأ الحرية التعاقدية في القانون الفرنسي

إعترف المشرع الفرنسي بمبدأ سلطان الإرادة و ذلك من خلال بعض مواده، فنجد مثلا المادة 1123 من ق.م. ف[1] " يجوز لأي شخص التعاقد ما لم ينص القانون على عدم قدرته أو نقص أهليته".[2]

كما كرس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من خلال م 1134من ق.م.ف، باعتباره الضامن الوحيد لمصلحة المتعاقدين في ظل بساطة العقود وتكافؤ المراكز القانونية للأطراف.[3]

ثانيا-تكريس مبدأ الحرية التعاقدية في القانون الجزائري

يظهر تدخل المشرع الجزائري لتطبيق مبدأ سلطان الإرادة في صورتين بارزتين وهما: تدخل مباشر وذلك بفرض قيود آمرة يتوجب على المتعاقدين التقيد بها سواء تقيد كامل في تفاصيل العقد كتنظيم المشرع لعقد العمل بكامل تفاصيله كالأجور وساعات العمل والعطل و الإجازات أو التقيد في جزئية معينة من جزئيات العقد.[4]

---

[1]- L'article 1123 du code civil prévoit que « toute personne peut contracter si elle n'est pas déclarée incapable par la loi ».

[2]- Philipe de lebeque, Fréderic-Jérôme pansier, droit des obligations, contrat et quase- contrat, 5eme ed, Litec, paris,2010,p33.

[3]- نقلا عن: عثماني بلال، مرجع سابق، ص 26.

[4]- معداوي نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة و قيود المشرع، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، ع4،جامعة لونيس علي، البليدة، ص57.

يكون التدخل غير مباشر عندما يخول القاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة توازن الإقتصادي بين طرفي العقد،[1] ومن بين الأمثلة التي تدل على اعتماد المشرع الجزائري على مبدأ سلطان الإرادة مبدأ توجيهي في نظرية العقد نجد المادة 59 ق م ج، التي تضع مبدأ الرضائية كأصل في العقود، كذلك مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي نصت عليه المادة 106 ق م ج.[2]

المطلب الثاني

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

تُعد الإرادة جوهر العقد، إلا أن وظيفتها تقتصر على مجرد الخضوع لأحكام القانون، فالعقد لا يكون صحيحا إلا في حدود المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع،[3] لذا فقد وردت على مبدأ سلطان الإرادة الكثير من القيود لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول الطابع الشكلي المفروض على مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الأول)، ثم سنعرض تقيد موضوع التعاقـــــد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطابع الشكلي المفروض على مبدأ سلطان الإرادة في بعض العقود

اشترط المشرع الجزائري في بعض العقود توفر شكلية معينة دون الاكتفاء بتوافق وتطابق ارادة المتعاقدين، بحيث قد يلزم القانون إفراغ بعض التصرفات في شكل محدد إلى جانب الرضائية و بالتالي تدعى هذه التصرفات بالتصرفات الشكلية.[4]

---

[1]- عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان، العقد في ظل النظام الإشتراكي" رسالة دكتوراه ، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1981، ص 72.

[2]- عثماني بلال، مرجع سابق، ص 26،27.

[3]- محمد حسن منصور، مصادر الإلتزام- العقد و الإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2000، ص 49.

[4]- المرجع نفسه، ص 47.

وتنقسم هذه الشكلية إلى شكلية مباشرة، وشكلية غير مباشرة وهذا ما سنحاول عرضه على النحو الآتي:

أولا- الشكلية المباشرة

يشترط المشرع أحيانا شكلية معينة يراها لازمة لقيام العقد، ويترتب البطلان على عدم توافرها، لذلك حتى يقوم العقد صحيحا يجب على المتعاقدين مراعاتها وتسمى هذه الشكلية بالشكلية المباشرة.[1]

كما أنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني أي العقد،[2] إذ تتجلى هذه الشكلية في إشتراط الكتابة في العقود الشكلية أو إشتراط التسليم في العقود العينية.

1- إشتراط الكتابة

تستوجب العقود الشكلية الشكل إضافة إلى الأركان الأخرى تحتاج كذلك إلى شكل معيب، وتتجسد في شكلية رسمية أو شكلية عرفية.

أ- الشكلية الرسمية

اشترط المشرع الجزائري من خلال المادة 324[3] و 324 مكرر 1 التوثيق واعتبره ركنا لقيام بعض العقود، بحيث إذا لم يتم توثيقها إعتبرت باطلة ومن أمثلة هذه العقود نجد عقد بيع العقار، عقد الرهن الرسمي و عقد الهبة وكذا عقد الشركة المدنية.[4]

---

[1]- خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في انشاء العقد و تنفيذه، مذكرة ماجستيرفي القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1987، ص 68.

[2]- فيلالي علي، الإلتزامات- النظرية العامة للعقد- موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 304.

[3]- نص المادة 324 من ق م "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."

[4]- بوفجلة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2008، ص 55.

ب-الشكلية العرفية

يعرف العقد العرفي بأنه العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه، ولذلك فإن ركن الشكلية هي في هذه الأنواع من العقود هي الكتابة العرفية،[1] حيث أحيانا يشترط المشرع توفر الكتابة في التصرف الذي يقوم به الأطراف، ويترتب على تخلفها بطلان ذلك التصرف بالرغم من أنها ليست كتابة رسمية.

تعد الكتابة قيد على إرادة المتعاقدين في إنشاءهم العقود،[2] ويمكن ذكر على سبيل المثال بعض العقود التي تتم عن طريق الشكلية العرفية، كالمرتب مدى الحياة، عقد التأمين عقد العمل الجماعي، عقد التنازل عن حق المؤلف.[3]

2- العقود العينية

يقصد بالعقد العيني العقد الذي يكفي انعقاده مجرد ارتباط الايجاب بالقبول و توافقهما، بل لا بد من قبض العين محل العقد و تسليمها من قبل أحد المتعاقدين للآخر،[4]فلا تقتصر الشكلية المباشرة فقط على الكتابة سواء رسمية أو عرفية بل يستلزم المشرع كذلك شكلية معينة لانعقاد العقود بفعل معين و يعني بذلك إشتراط ركن التسليم لانعقادها.[5]

ثانيا-الشكلية غير المباشرة

عرفت الشكلية غير المباشرة بأنها تلك الإجراءات التي تحد من ارادة المتعاقدين بعد تكوين العقد، حيث يشترط المشرع توافر الشكلية لإثبات بعض العقود، أو يستلزم اتخاذ اجراءات قانونية معينة تتبع انعقادها مثل التسجيل و الشهر و التصريح.[6]

---

[1] - فيلالي علي، مرجع سابق، ص 294.

[2] - خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 72.

[3] - فيلالي علي، مرجع سابق، ص 309.

[4] -فراس بحر محمود، مجلس العقود العينية في الفقه الإسلامي و القانون، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد 18، ع 2، 2016، ص 101.

[5] - لعربي فاطمة الزهراء، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود، مذكرو لنيل شهادة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018، ص15.

[6] - المرجع نفسه، ص 20.

1- اشتراط الشكلية للإثبات

يشترط القانون الكتابة لإثبات تصرف معين، وبذلك لا يعد ركنا في العقد، بحيث يتم العقد بتراضي الطرفين و لكن يتم اثباته كتابة،[1] وقد اشترط المشرع الكتابة لإثبات التصرفات غير التجارية التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري، أو كانت غير محددة القيمة[2] كما أوجب كتابة بعض العقود كتابة، وذلك ما قرره بخصوص عقد الكفالة.[3]

2- اشتراط التسجيل و الشهر

يعد التسجيل و الشهر من بين القيود التي تحد من ارادة المتعاقدين بعد تكوين العقد،[4] و المقصود بالتسجيل هو ذلك الإجراء الإداري الذي يتم على مستوى إدارة عمومية تابعة لوزارة المالية يقوم به موظف عمومي مؤهل قانونا بتدوين جميع التصرفات القانونية اللازمة للتسجيل مقابل دفع حقوق أو رسوم.[5]

يقصد بالشهر العقاري تلك التقنية التي بواسطتها تشهر الحقوق العقارية، و التي تتمثل في مسك سجل يدعى بالسجل العقاري من قبل هيئة مختصة بغرض تسجيل مختلف التصريحات القانونية المتعلقة بالعقارات أو قيد كل الحقوق العينية لتمكين الغير من الإطلاع عليها.[6]

---

[1]- حمدي محمد اسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص 62.

[2]- نص المادة 333 ق م ج " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كانت غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

[3]- نص المادة 645 ق م ج" لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان الجائز اثبات الالتزام الأصلي بالبينة".

[4]- خليل أحمد حسن قتادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ج 4، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005، ص 107.

[5]- دوة آسيا، رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقار في التشريع الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 20.

[6]- زحزاح محمد، يحياوي يوسف، الشكلية العلنية كصورة من صور الشكلية غير المباشرة و أثرها على نفاذ العقد، مجلة القانون العقاري و البيئة، ع 5، د ب ن، 2015، ص3.

3- إشتراط القيد و التصريح الإجباري

يقصد بالقيد في السجل التجاري القيام بتدوين بعض البيانات الإلزامية المتعلقة بعقد ما في دفتر معد لذلك، تشمل تلك البيانات الوقائع المتصلة بالنشاط التجاري كعقد الشركة، كما قد تتخذ الشكلية غير المباشرة صورة فرض المشرع اتخاذ إجراء اداري معين بعد إبرام العقد، فنجد مثلا اشتراط القانون المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص و إلزام صاحب العمل أن يصرح باستخدامه لليد العاملة الأجنبية طبقا للكيفيات المحددة قانونا.[1]

الفرع الثاني

تقييد موضوع التعاقد

يقصد بموضوع التعاقد ما تنعقد عليه الإرادة، وهو المعقود عليه ويشترط في هذا الأخير أن يكون في حدود معينة فدور الإرادة في إنشاء العقد و تحديد مضمونه ليس مطلقا، حيث تعددت مظاهر التدخل في المضمون العقدي، فنجد منها القيود التشريعية والقضائية، كتدخل المشرع في حكم الشفعة على إلزام مالك العقار المشفوع غلى إبرام عقد البيع مع الشفيع بقوة القانون، وهكذا يقوم مقام المتعاقد الذي إختاره المالك متعاقد آخر مفروض من السلطة العامة.[2]

تدخلت السلطة التنفيذية كذلك بتقييد عقد العمل و ذلك بتحديد الأجر القاعدي المضمون، حيث تنص المادة 1 من المرسوم رقم 11-407[3] " يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون **الموافق لمدة عمل قانونية أسبوعية قدرها أربعون (40) ساعة وهو ما يعادل 173,33 ساعة في الشهر، بثمانية عشر ألف دينار (18.000 دج)** في الشهر أي ما يعادل

---

[1]- لعربي فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 26،27.

[2]- ماجد حسين، " المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه"، مجلة دنيا الوطن، 2017، ص 5،6.

[3]- مرسوم رقم 11-407، مؤرخ في 29 نوفمبر 2011، يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون، ج،ر،ج،ج، عدد 66، مؤرخ في 4 ديسمبر 2011.

103.84 دينار لساعة عمل"، أو علاقة عمل، حيث نصت المادة 8 من قانون 90[1]-11 " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي وتقوم هذه العلاقة على أية حال بمجرد العمل لمستخدم ما..".

كذلك عقود التأمين حيث تعرض قانون التأمينات الجزائري إلى التأمينات الإلزامية، ذلك بالنص على حالات التأمين الإجباري.[2]

يعتبر أيضا النظام العام و الآداب العامة من القيود الواردة على المبدأ إذ لا يجوز أن يسعى الفرد مستغلا حريته في المساس بالمصلحة العامة للجماعة و على القاضي إجبار الأطراف على الإلتزام بموضوعية الإرادة التعاقدية.[3]

[1] - أمر رقم 90-11، مؤرخ في 21 أفريل 1990، المتضمن علاقات العمل، ج،ر،ج،ج، عدد17، مؤرخ في 27 أفريل1990، معدل ومتمم.

[2] - أمر رقم 95-07، مؤرخ في 21 أفريل 1995، المتعلق بالتأمينات، ج،ر،ج،ج، عدد 13، المعدل و المتمم بالقانون 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج،ر، ج،ج، عدد 15، معدل ومتمم.

[3] - حمدي محمد اسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص 204.

المبحث الثاني

مبدأ القوة الملزمة للعقد

يعد مبدأ القوة الملزمة للعقد مبدأ عالميا، من أهم المبادئ القانونية خاصة في مجال القانون المدني، و هو من إحدى النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة و مفاد هذا المبدأ إذا نشأ العقد بشكل صحيح وفقا للقانون وجب على الأطراف المتعاقدة التقيد به و تنفيذه كما لو كان قانونا.

فالبحث في هذا المبدأ يستدعي منا التطرق إلى الطبيعة القانونية للقوة الملزمة للعقد (المطلب الأول)، وكذا التطرق إلى حدود القوة الملزمة للعقد و جزاء الإخلال بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للقوة الملزمة للعقد

يلزم العقد عاقديه بكل ما جاء فيه، فهو يضمن قوة يحتم على طرفيه الرضوخ والإذعان في كل ما يحتويه، أي يتضمن قوة ملزمة لطرفيه باحترامه،[1] لذا سنتطرق من خلال هذا الجزء إلى تقديم تعريف للقوة الملزمة للعقد (الفرع الأول)، وتحديد النطاق من حيث الموضوع، والذي تتمثل في إبرام المتعاقدين بما ورد في العقد و ما هو من مستلزماته. أما فيما يخص القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص فهي تتعلق بالأشخاص التي تتصرف إليهم آثار العقد(الفرع الثاني).

[1]- روان عبد القادر، الإستثناءات الواردة على مبدأ شريعة المتعاقدين في القانون المدني، مجلة قهلي- ز نست العلمية- ع 3، مجلد 3، 2018، ص 311، 312.

الفرع الأول

تعريف القوة الملزمة للعقد

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد مبدأً عالميا la force obligatoire du contrat est un principe universel، و يقصد به أنه بمجرد إنعقاد العقد بصفة صحيحة وجب على أطرافه أن ينفذوه كما لو كان قانونا، فالقوة الملزمة هي التي تمنع أن ينفرد أحد الأطراف بتعديل العقد و تفرض أن يكون هذا التعديل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، أي أنّ العقد ملزم لأطرافه، فكل ما إتفق بشأنه من شروط أو بنود بصفة صحيحة أخذ مكانه القانون من قوة، و من ثمة تصبح واجبة التنفيذ و يمنع المساس بها ، و الإلزامية المقترنة بهذا العقد تستمر مع إرادة المتعاقدين لذلك تميزت العلاقات التعاقدية بالثبات و الإستقرار.[1]

الفرع الثاني

نطاق القوة الملزمة للعقد

أولا- تحديد النطاق من حيث الأشخاص

تخضع القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص إلى مبدأ هام و هو مبدأ نسبية أثر العقد le principe de l'effet relatif du contrat، وهو النطاق الشخصي لآثار العقد، فالخلف عاما كان أو خاصا لا يعتبر من الغير في العقد، كذلك دائني المتعاقد فينصرف إليهم في أثره،[2] وهذا على التفصيل الآتي:

1- تحديد النطاق من حيث الأشخاص بالنسبة إلى المتعاقدين

يعرف المتعاقدين على أنهما طرفا العقد الذي يبرمانه باسمهما أو لحسابهما، وتنصرف آثار العقد إلى خلفيهما العام وخلفيهما الخاص:

---

[1]- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها- دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2008، ص 08.

[2]- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015، ص 369.

أ- أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام

يعرف الخلف العام بأنه من يخلف الشخص في ذمته المالية أي يرثه في كل حقوقه و يتحمل إلتزاماته[1]،يقصد بذلك من يخلف سلفه في مجموع التركة أو في جزء منها كالوارث و الموصى له بنسبة معينة من التركة و الخلافة العامة تكون بسبب عام، و هي لا تقوم إلا بعد الموت، وتنتقل كل الدعاوى و الدفوع التي كانت مقررة للسلف في حدود الآجال التي حددها القانون،[2]و من أمثلة إنتقال الحق إلى الورثة الحكم الصادر من المجلس الأعلى في قضية فريق. ج ضد ش . ر ورد مايلي " حيث فريق (ج) يطلبون نقض القرار الصادر في 18 أفريل 1982، من المجلس القضائي بالمدية الذي ألغى الحكم المؤرخ في 03 مارس 1981، عن المجلس القضائي من جديد بخروجهم من المحل المتنازع عليه، و عن الوجه المثار تلقائيا من طرف المجلس الأعلى، حيث أنه من الثابت بلا منازع أن مورث المدعيين هما ورثة المرحوم (ج. أ)، حيث أنه لا يوجد في الملف ما يقيد القيام بإبلاغ المدعيين في الطعن بالتنبيه بالإخلاء و من ثم فإن الإيجار مستمر، و حضورهم في الأمكنة المتنازع عليها يعتبر حضور قانوني، وأن المجلس القضائي بالمدية الذي فصل بما هو مخالف قد عرف القانون و أن القرار الذي أصدره مستوجب النقض.

لهذه الأسباب يقضي المجلس الأعلى بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر من مجلس قضاء المدية، و إحالة القضية و الطرفين على نفس الجهة القضائية مشكلا تشكيلا آخر فهذا القرار يتضمن انتقال الحق في الإيجار إلى الورثة.[3]

يستثنى من القاعدة المتقدمة أحوال أشير إليها في المادة 108 ق. م.ج، و فيها لا يتصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفا.

---

[1]- قدور سميرة، الآثار النسبية للعقد، مذكرة ماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص51.

[2]- العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 370.

[3]- ملف رقم 2597، قرار بتاريخ /1985/5، المجلة القضائية 1، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 1989، ص 101-103.

الحالة الأولى: إذا إحتوى العقد على إشتراط عدم إنصراف أثر العقد إلى الخلف فالعقد شريعة المتعاقدين.

الحالة الثانية: إذا كانت طبيعة الحق أو الإلتزام مادية أو قانونية يأبى أن ينتقل الحق من المتعاقد إلى الخلف العام، و هذا بالنظر إلى طبيعته القانونية كما هو الشأن في حق الإنتفاع بموجب عمل فإن هذا الحق لا ينتقل إلى ورثته لأن حق الإنتفاع ينتهي بموجب العامل و لا ينتقل إلى الخلف العام.

الحالة الثالثة: حالة وجود نص قانوني يقضي بعدم إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام.[1]

ب- أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص

يقصد بالخلف الخاص هو كل من يكتسب ممن يستخلفه كما معينا على شيء معين سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا أو ذهنيا يرد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف و المخترع، فيتأثر الخلف الخاص بتصرفات السلف و يحتج بها عليه من الناحية القانونية.[2]

نستنتج من خلال هذه الفقرة أن سريان عقود السلف على الخلف الخاص لا يكون إلا إذا توفرت ثلاثة شروط و هي:

- أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الحق إلى الخلف الخاص، إذ بعد انتقاله إليه يصبح مالكا له ولا يمكن للغير إبرام عقود تتعلق به.[3]
- إن الحقوق و الواجبات من مستلزمات الشيء الذي إنتقل إلى الخلف.

---

[1]- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، ج 1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص 543.

[2]- العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 376.

[3]- زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992، ص38.

- العلم الفعلي للخلف الخاص بالحقوق والإلتزامات الناشئة عن هذا العقد وقت إنتقال الشيء إليه.[1]

2- تحديد النطاق من حيث الأشخاص بالنسبة إلى الغير

يتبين من المنطق القانوني و كذا من الحرية الفردية أن العقد لا ينفع ولا يضر غير عاقديه و قد أكدت المادة 113 من ق.م.ج على هذا الحكم بمايلي:" لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، و لكن يجوز أن يكسبه حقا"، فالمقصود بالغير الأجنبي عن العقد و فقا للقاعدة العامة" أن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير سواء كان الأثر حقا أو إلتزاما"، إلا أن هناك استثناءات ترد على القاعدة من خلالها يمكن للغير أن يكسب حقوق دون الإلتزامات و يكون ذلك إما بالإشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير أو عن طريق الدعوى المباشرة.[2]

أ. **يقصد بالإشتراط لمصلحة الغير**: بأنه عقد يتم بين المشترط و المتعهد يلتزم بمقتضاه بكسب شخص ثالث يسمى المنتفع أو المستفيد حقا مباشرا.[3]

يتحقق شرط الإشتراط لمصلحة الغير على المتعاقد أن يشترط بإسمه لا بإسم المنتفع، أن يكون الحق الذي يكتسبه المنتفع مباشرا يكون من العقد، و أن تكون هناك مصلحة شخصية في الإشتراط.[4]

ب. **يتكون نظام التعهد عن الغير من ثلاثة أشخاص** : المتعهد له، المتعهد عنه، والمتعهد، فالمتعهد عن الغير هو التزام أو تعهد المتعاهد بأن يحمل الغير على الإلتزام بأمر معين نحو المتعاهد الثاني.[5]

---

[1]- زواوي فريدة، مرجع سابق، ص379.

[2]- العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 382.

[3]- منصوري ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2015، ص72.

[4]- العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 394.

[5]-منصوري ليندة، مرجع سابق، ص 53.

لصحة إتفاق التعهد عن الغير تستلزم المادة 114 من ق م ج ضرورة توفر الشروط التالية:

- أن يتعاهد المتعهد بإسمه وليس بإسم الغير.
- أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه فإذا تعاقد المتعهد بإسمه و أراد إلزام الغير بتعاهده فإن العقد يكون باطلا لإستحالة المحل.

أن يكون محل الإلتزام هو إلتزام بتحقيق نتيجة و ليس فقط إلتزام ببذل عناية [1]، ومثال ذلك أن يتعهد أحمد لصديقه محمد بأن يشتري له سيارة صديقهما إبراهيم، أي أن يحمل إبراهيم على بيع سيارته لمحمد، فإن رفض إبراهيم فإن أحمد المعهد يكون قد أخلب إلتزامه و وجب عليه تعويض محمد لعدم التنفيذ.[2]

ج. تعتبر الدعوى المباشرة خروجا حقيقيا على القواعد العامة المقررة، و ذلك من خلال خروجها على مبدأ نسبية العقد، إذ من خلالها على الأجنبي أن يطالب بتنفيذ الإلتزام علما بأن الأصل في العقد أن تنصرف آثاره للمتعاقدين و خلفهم العام و الخاص.

تعتبر أيضا خروجا عن مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين و بذلك يتحصل الدائن على امتياز الدين الذي في ذمة مدين المدين، و بالتالي يستطيع أن يؤمن نفسه من مزاحمة الدائنين الآخرين المزاحمين له.[3]

يقصد بالدعوى المباشرة على أنها الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين مدينه وبإسمه الشخصي و لحسابه الخاص،[4] ومن أمثلة ذلك دعوى المؤجر ضد المستأجر الفرعي و التي نصت عليها المادة 507ق.م.ج : "يكون المستأجر الفرعي ملتزما مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي و ذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر ولا يجوز

---

[1]- العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 385.

[2]- منصوري ليندة، مرجع سابق، ص 53.

[3]- ايدار عبد الله، الإعسار المدني و الإفلاس التجاري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017، ص27.

[4]- العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 401.

للمستأجر الفرعي أن يحتج تجاه المؤجر بما سبقه من بدل الإيجار إلى المستأجر الأصلي إلا إذا تم ذلك قبل الإنذار طبقا للعرف، أو للإتفاق الثابت وقت انعقاد الإيجار الفرعي".

يتبين لنا من خلال هذا النص أن للمؤجر دعوى مباشرة يرفعها ضد المستأجر الفرعي يطالب من خلاله دفع الأجرة أنشأها عقد الإيجار من الباطن في ذمة المستأجر الفرعي وقت أن ينذره المؤجر.[1]

ثانيا- تحديد النطاق من حيث الموضوع

1- تفسير العقد

تنشأ العقود طبقا لمبدأ سلطان الإرادة و عملا بمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" وتحدد الإلتزامات، و ما دام أن العقد نسبي من حيث الموضوع فلا يلزم إلا بما ورد فيه، فهو يحتوي على قوة تحتم على الطرفين الرضوخ و الإذعان له في كل ما يحتويه وبيان نظام العقد يستلزم تفسيره[2]، والمقصود بتفسير العقد هو ضبط الإلتزامات التعاقدية، أي تحديد ما تصرفت إليه الإرادة المشتركة الحقيقية للمتعاقدين، إذ يعد تفسير العقد وتحديد مضمونه من عمل القاضي غير أن المشرع الجزائري لم يترك له مطلق الحرية في تفسير العقود بل ألزمه بإتباع قواعد معينة (لضمان عدم خروجه على مهمته الأصلية إلى تعديل العقد)[3]، ولبيان حالات التقصير نصت المادة 111 ق.م.ج في فقرتيها الأولى والثانية على" إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في

---

[1]-- سعد محمد الصبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، ط 2010، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، د س ن، ص 128.

[2]-علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 10.

[3]- السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 601.

المعاملات"، أما المادة 112 ق.م.ج[1] نصت على" يؤول الشك في مصلحة المدين"، فمن خلال هذه المواد نستنتج أن حالات التفسير ثلاثة:

الحالة الأولى : إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها، وفي حالة انحراف القاضي عنها يعتبر مخالفة للقانون.[2]

الحالة الثانية: حالة غموض عبارة العقد: تعرض المشرع الجزائري لحالات غموض عبارة النص في الفقرة الثانية من المادة 111 حيث في هذه الحالة يكون العقد بحاجة إلى تفسير، ومن بين هذه الحالات:

- إذا كانت الألفاظ المستعملة غامضة أو متناقضة أو تحمل في جزئياتها أكثر من معنى.
- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا تتوافق بينها و بين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير بنود العقد أو مبهمة، تعين على القاضي أن يلجأ إلى تفسيرها وذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.[3]

الحالة الثالثة: حالة وجود الشك: يتعذر أحيانا الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فيتعين على القاضي الأخذ بقواعد العدالة و من بين هذه القواعد يفسر الشك في عبارة العقد الغامضة لمصلحة المدين، و هذا انطلاقا من أصل براءة الذمة حتى يقوم الدليل القاطع أنه مدين لأنه الجانب الضعيف في العقد.[4]

2- **تكييف العقد**

يتوجب على القاضي تكييف العقد بإعطائه الوصف القانوني الصحيح الذي تتفق مع الهدف الحقيقي لإرادة المتعاقدين، وذلك بعد قيامه بتفسير العقد والكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين،[5] حيث يقوم القاضي بتحديد طبيعته و نوع العقد المعروض عليه، كونه عقد مسمى أو غير مسمى أو عقد هبة أو عقد بيع.

---

[1]- الأمر رقم 75-58، مرجع سابق.

[2]- السنهوري عبد الرزاق، مرجع نفسه، ص 601.

[3]- العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 408.

[4]- المرجع نفسه، ص 412.

[5]- بن عيسى جيلالي، سلطة القاضي في تكييف العقد و رقابة المحكمة العليا عليه، مجلة قانون العمل و التشغيل، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص417.

تكمن أهمية التكييف في تحديد موضوع العقد بالنسبة للمتعاقدين، فعلى ضوء التكييف تحدد الآثار المترتبة عن العقد، معرفة القواعد الواجبة التطبيق عند عرضه على القضاء ومطابقة هذه المقاصد مع نظام قانون العقود ليحدد الوصف القانوني للإتفاق.[1]

المطلب الثاني

حدود القوة الملزمة للعقد و جزاء الإخلال بها

تحدد الإلتزامات و تولد للعقد قوته الإلزامية إذا نشأ العقد صحيحا و استكمل القاضي عملية التفسير في حالة الغموض والتكييف، ومن ثمة وجب على المتعاقدين و القاضي على حد سواء التقيد به و تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه، وذلك وفقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" السائد في جميع التشريعات المعاصرة (الفرع الأول)، لكن الأمر قد لا يكون كذلك في حالة الإخلال بهذه التعهدات و عدم تنفيذها(الفرع الثاني).

الفرع الأول

حدود القوة الملزمة للعقد

أولا- المبدأ العام" العقد شريعة المتعاقدين"

لم ينل أي مبدأ قانوني شهرة و شيوعا أكثر مما ناله مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فقد كانت له قدسية خاصة عند أنصار مبدأ "سلطان الإرادة"، ولا زال هذا المبدأ يحتل مكانة مرموقة في المؤلفات القانونية المدنية، لذلك يجب الوقوف عنده لمعرفة معناه كذلك النتائج المترتبة عنه.[2]

[1]-حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي و تطوير العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013، ص 69،70.

[2]- معداوي نجية، مرجع سابق، ص 52.

1- إلتزام المتعاقدين بالعقد

أقر المشرع الفرنسي هذا المبدأ في المادة 1134 منق.م.ف " الاتفاقيات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى عقودها مقام القانون".[1]

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص على المبدأ في المادة 106 من ق م ج، والتي تنص على "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون" ، و بمقتضى هذه المادة القاعدة أن ما تم الإتفاق عليه هو ما يدخل في نطاق العقد يكون ملزم بأطراف العقد، كما لو كان القانون قد نص عليه، فالعقد متى انعقد صحيحا لا يمكن لأي من المتعاقدين نقضه أو تعديله.[2]

2- عدم تدخل القاضي في قانون العقد بنقضه أو تعديله

يبدو أنّ قاعدة احترام مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" لا تقتصر على المتعاقدين فقط بل تشمل أيضا القاضي، فلا يجوز له نقض العقد ولا تعديله، لأن التعديل و النقض من مقتضيات العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين[3]، فمهمة القاضي بعد تكييف العقد و تفسيره تقتصر في تحديد الحقوق و الإلتزامات المترتبة على العقد متى استوفى شروط صحته، وكذا تعيين أصحاب الحقوق و الإلتزامات.[4]

ثانيا- الإستثناءات

1- الشروط التعسفية في عقود الإذعان

يعد عقد الإذعان من العقود التي لم يكن لها تعريف محدد بدقة سواء من قبل التشريع أو الفقه و يمكن إرجاع ذلك لتطور هذا النوع واتساع دائرتها، و قد عرف

---

[1]-Act 1134 de code civil, francois stipule «Les **conventions légalement** formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

[2]-منصوري ليندة، مرجع سابق، ص8.

[3]-السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 625.

[4]-عاشور عثمان، عبد الفتاح فريدة، مبدأ سلطان الإرادة بين التأصيل و الحداثة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014، ص17.

جاك راستان "عقد الإذعان هو انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية، وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله."[1]

وحتى نتمكن من حل المشاكل المترتبة عن أي عقد، لابد من تحديد طبيعته القانونية هل هي عقود حقيقية تنشأ بتوافق الإرادتين وبالتالي تخضع للأحكام العامة للعقود،[2] أم أنها عبارة عن مراكز قانونية؟،فالم الج من خلال المادة 70 من ق.م.ج أخذ بالإتجاه القائل بأن عقود الإذعان من العقود الحقيقية، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، و الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا، فقط يجب تقوية الطرف الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي، و ذلك بتدخل المشرع لا القاضي لتنظيم عقود الإذعان.[3]

2- الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي

شاع استعمال الشرط الجزائي في الحياة المعاصرة، وذلك لحاجة المتعاقدين إليه في مجال المعاملات المدنية والتجارية، ويطلق الشرط الجزائي على جميع الأحكام و الأمور الضرورية التي اتفق المتعاقدين بعقد من العقود المراد إبرامها، حيث يحق كمبدأ عام للمتعاقدين أن يشترطا ما بدا لهما من الشروط لكن دون الإخلال بالنظام العام و الآداب العامة.[4]

---

[1]- أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه و أصوله، جامعة الشارقة، 2008، ص31،32.

[2]- بليمان يمينة، عقود الإذعان و حماية المستهلك، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة قسنطينة، عدد 51، 2019، ص 540.

[3]- رحمون عامر، مرجع سابق، ص41.

[4]-علال قاشي، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة البليدة 2، المجلد4، عدد2، 2019، ص 2254.

نصت المادة 1229 من القانون المدني الفرنسي على أن الشرط الجزائي هو" تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي"، و قد انتقد هذا التعريف بشدة من قبل مجتهدي القانون، لأنه قصر التعويض على حالة وقوع الضرر.[1]

فسر المشرع الجزائري الشرط الجزائي من خلال المواد من 183 إلى 185 من ق.م.ج، على أن الشرط الجزائي عبارة عن تعويض يتوفق على تحديده أطراف العقد إما في العقد ذاته أو في وثيقة لاحقة يتولى المدين أدائها إلى الدائن، أما في حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته أو في حالة التأخر عن ذلك، فالتعويض هنا مقدر إتفاقا لا قضاءً.[2]

يتبيّن لنا من خلال هذا التعريف أن موضوع الشرط الجزائي في الغالب هو مبلغ من النقود، ونظرا للخصائص التي يتمتع بها، فإنه يختلط ببعض الأوضاع القانونية الأخرى المشابهة له.[3]

تنص المادة 184 من ق.م.ج ف 2[4] " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتام الأصلي قد نفذ في جزء منه".[5]

يجوز له أيضا الزيادة في الشرط الجزائي و هذا خلافا عن الأصل، فإذا أثبت الدائن أن المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما فإنه لا يعتد بالإتفاق المتعلق بالشرط الجزائي، ويجب على القاضي زيادة مقدار التعويض حتى يجعله متساويا للضرر الواقع.[6]

---

[1]-عبد العزيز محمد سعد، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة لنيل درجة دكتوراه، جامعة الملك سعود، 2006، ص 13،14.

[2]- علال قاشي، مرجع سابق، ص 2254.

[3]-الخويلدي أمجد أرحومة محمد، الشرط الجزائي و أثره على المتعاقدين" دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولانا مالك ابراهيم الاسلامي الحكومية،2016، ص 104.

[4]- أمر رقم 75- 58، مرجع سابق.

[5]- علال قاشي، مرجع سابق، ص 2263.

[6]-المرجع نفسه، ص 2264.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد

يمكن للدائن في حالة إخلال المدين بالإلتزام اتجاهه، أن يتبع عدة خيارات، ومن بينها الدفع بعدم التنفيذ، أو المطالبة بالفسخ، أو إنفساخ العقد من تلقاء نفسه.[1]

أولا- الدفع بعدم التنفيذ

يعتبر الدفع بعدم التنفيذ صورة مخففة من إنهاء العقد، فهو لا يلغي العقد نهائيا، ولا يقضي على الإلتزامات الناشئة عنه، بل يوقف فقط تنفيذها.[2]

1- شروط الدفع بعدم التنفيذ

يتحدد شرط الدفع بعدم التنفيذ فيما يلي:

أ- أن يكون العقد ملزما لجانبين

يتحدد نطاق الدفع بعدم التنفيذ وفقا لأساسه القانوني بالعقد الملزم للجانبين، أما خارج هذا النطاق فتكون بالإلتزامات المتقابلة الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين، أما خارج هذا النطاق فنكون بصدد حق الحبس، لا الدفع بعدم التنفيذ فيجوز لكل منهما أن يحبس ما أخذه حتى يرد الآخر ما تسلمه منه.[3]

ب- استحقاق الأداء

يجب أن يكون الإلتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاما واجب التنفيذ حالا، فالدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي لا يجوز التمسك به مثل السقوط بالتقادم.[4]

---

[1]- علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 402.

[2]-مجي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة الإسلامية، الدار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 488.

[3]- العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 297.

[4]-السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 732.

كما لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ إذا تعلق الأمر بالتزام مضاف إلى أجل واقف، فالبائع لا يستطيع أن يحبس العين لعدم استفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلا، إلا إذا كان الأجل قد سقط.

ج-عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ إلتزامه

يتعين التمسك بعدم التنفيذ ثبوت نية المتعاقد بعدم تنفيذ التزامه، و أن امتناعه عن ذلك يرجع لموقف المتعاقد الآخر المخل بالتزامه و لو جزئيا، على ذلك لا مجال للتمسك بعدم التنفيذ من جانب المتعاقد الذي تثبت نيته الواضحة في عدم الوفاء بسوء نية، أو بتقصير في الوفاء، حيث يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك هو بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهته.[1]

2- أثر الدفع بعدم التنفيذ

أ- فيما بين المتعاقدين

يبقى الإلتزام موقوفا إذا توافرت فيه شروط الدفع بعدم التنفيذ، فإن التمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه، و قد يترتب على ذلك إما أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه و إما بعدم التنفيذ، وفي هذه الحالة يجوز أن يعدل المتمسك بالدفع عن هذا الموقف السلبي و يطلب فسخ العقد بصفة نهائية.[2]

ب- بالنسبة للغير

يسري الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع، ولا يسري الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع.[3]

---

[1]- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 298.

[2]-السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص736.

[3]-المرجع نفسه، ص 739.

ثانيا - فسخ العقد

يعتبر الفسخ أحد طرق إنحلال العقد، و هو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين عن تنفيذ ما التزم به، و هو بذلك حق المتعاقدين في حل الرابطة العقدية إذا لم يفي المتعاقد الآخر بالتزامه يتحرر بدوره من الالتزامات التي تجعلها بموجب العقد.[1]

1- شروط الفسخ: تتحدد شروط الفسخ فيما يلي:

أ- إخلال العاقد بالتزام مستمد من عقد ملزم للجانبين

يشترط مبدئيا وقوع الفسخ أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين أي التبادلية،[2] وهو العقد الذي ينشأ التزامات على كل من طرفيه، فيكون كل منهما دائنا و مدينا في نفس الوقت.[3]

و لا يكفي عدم تنفيذ العاقد لالتزامه حتى يتقرر حق المتعاقد الآخر في الفسخ، إذ يلزم أن يتضمن ذلك اخلالا بهذا الالتزام، ولا تسري أحكام الفسخ عند استحالة تنفيذ العاقد لالتزامه لسبب أ جنبي لا بد له فيه أن ينقضي هذا الالتزام و ينفسخ العقد بقوة القانون.[4]

ب- عدم إخلال طالب الفسخ بالتزامه

يشترط أن يكون طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه، أما إذا كان قد أخل بالتزامه فلا يحق له المطالبة بفسخ العقد متعللا بعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما في ذمته من التزام.

---

[1]- حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل الماجيستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص07.

[2]- christianlapoyade-deschamps, droit des obligations, Ellipses, paris, 1998, p113.

[3]- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني،-العقود التي ترد على الملكية- مجلد 2، الاسكندرية، د ت ن، ص 423.

[4]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 133، 134.

ج- **عدم تنازل العاقد عن حقه في الفسخ**

يسقط حق المتعاقد في طلب الفسخ بتنازل المتعاقد عنه صراحة أو ضمنيا،[1] لأنه غير متعلق بالنظام العام.

2- **طرق الفسخ**: يتم الفسخ بحكم قضائي أو بناء على اتفاق المتعاقدين.

أ- **الفسخ القضائي**

يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة و هو يفصل في دعوى الفسخ التي تستهدف حل القوة الملزمة للعقد، يتم هذا الفسخ[2] بناء على حكم قضائي بطلب من الدائن بعد قيامه بإعذار المدين بالوفاء بشرط أن يكون الدائن قد قام بتنفيذ التزاماته أو مستعدا لتنفيذها.

غير أنه لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، وللدائن بعد الاعذار أن يرفع طلب الفسخ إلى القضاء في صورة دعوى، وللقاضي السلطة التقديرية التي بمقتضاها يتمتع بخيارات إما الفسخ أو الرفض أو أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ حسب الظروف.[3]

ب- **الفسخ الإتفاقي**

يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها، وبدون حاجة إلى حكم قضائي، حسب المادة 120 من الق.الم.الج،[4] قد يتفق المتعاقدان بموجب بند في العقد على فك الرابطة العقدية تلقائيا بسبب عدم تنفيذ أحدهمـــا لالتزاماتـه، وهذا ما يسمى

---

[1]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 135.

[2]- نص المادة 119 من الق الم الج "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

[3]- فيلالي علي، مرجع سابق، ص 353.

[4]- نص المادة 120" يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون الحاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

بالشرط الفاسخ الاتفاقي أو الصريح،[1] بذلك تتقيد سلطة القاضي عكس حالة الفسخ القضائي فلا يكون الحكم منشئا بل كاشفا ومقررا فقط للفسخ الاتفاقي،[2] ثم قد يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم.[3]

3- آثار الفسخ

تناول المشرع الجزائري آثار الفسخ في العقد في المادة 122من ق م ج " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

أ- أثر الفسخ بالنسبة للمتعاقدين

يترتب على فسخ العقد اعتباره كأنه لم يكن، ولذا يجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وذلك بأن يرد كل منهما ما تسلمه بموجب العقد، أما إن استحال ذلك يحكم القاضي بالتعويض.[4]

ب- أثر الفسخ بالنسبة للغير

يسري الأثر الرجعي للفسخ في حق الغير فلا يقتصر فقط على المتعاقدين، بحيث تسقط كل الحقوق التي اكتسبها الغير من أحد طرفي العقد و يترتب على فسخ العقد ما ترتب عليه للغير و هكذا لا يمكن للغير أن يحتج في مواجهة الدائن بالحقوق التي اكتسبها من العقد مع المدين.[5]

ثالثا- الإنفساخ

يقع انفساخ العقد بحكم القانون و قوته دون الحاجة إلى نص في العقد، ودون حاجة إلى إعذار المدين ولا إلى استصدار حكم قضائي، فالعقد يفسخ تلقائيا، لأن الالتزام

---

[1]- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 312.

[2]- خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 169.

[3]- السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 577.

[4]- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 314،315.

[5]- السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 705.

قد صار مستحيلا تنفيذه، فلا معنى لبقاء العقد، و تقتضي كل الالتزامات الناشئة عنه،[1] ويشترط لوقوع الإنفساخ أن تكون استحالة التنفيذ طارئة بعد قيام العقد، أما إذا كانت الاستحالة معاصرة لإبرامه فإن العقد لا ينشأ أصلا لانتفاء ركن المحل.[2]

يشترط أيضا أن تكون استحالة التنفيذ استحالة موضوعية مطلقة وليست استحالة ذاتية للمدين، والمانع المؤقت من التنفيذ لا يؤدي للانفساخ و إنما هو سبب للوقف أو ارجاء التنفيذ، أخيرا يجب أن تكون الاستحالة راجعة لسبب أجنبي لا دخل لإرادة المدين فيه.[3]

[1]- محي الدين، مرجع سابق، ص 483.

[2]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، ص 145.

[3]- محي الدين، مرجع سابق، ص 485.

الفصل الثاني

حسن النية كمبدأ توجيهي حديث لنظرية العقد

تتجلى أهمية تطور الحياة الإقتصادية وازدياد التبادل التجاري و تطور و تضاعف أطراف العقد لظهور أثر بارز في تطور العقد و تكوينه،[1]فإن هذا يملي علينا النظر إلى المبادئ العامة للقانون بإهتمام أكثر لما له من أهمية من الناحية النظرية و العملية وكمصدر خصب لنشأة القواعد القانونية، وهذه المبادئ التي يمكن الركون إليها مبدأ أزليّ ألا وهو مبدأ حسن النية الذي يعتبر ركيزة أساسية و مبدأً توجيهيًا للنظرية الحديثة،[2]فالهدف من إدراج التشريعات الحديثة لهذا المبدأ هو ضبط العلاقة العقدية وتحقيق توازنها،[3] فعلى المتعاقد أن يلتزم بحسن النية في تنفيذه لالتزاماته سواء كان ذلك في المرحلة السابقة على التعاقد أو عند تنفيذ العقد، فإذا أخل بهذا الالتزام فهو يسأل عن هذا الإخلال بالمسؤولية العقدية.[4]

وعليه فإننا سنعالج في هذا الفصل:

- مبدأ حسن النية في الفترة السابقة على التعاقد (**المبحث الأول**)،
- مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد(**المبحث الثاني**).

[1]-أيت سليمان جعفر، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018، ص1.

[2]- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ص 1.

[3]- عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية و الإلتزام بحسن نية، مرجع سابق، ص 7.

[4]- سي أعمر أمينة، شانية تركية، مبدأ حسن النية في العقود أصلا و تحليلا، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تيموشنت، 2018، ص 39.

المبحث الأول

مبدأ حسن النية في الفترة السابقة للتعاقد

يعد مبدأ حسن النية من أسمى و أرقى المبادئ الأخلاقية التي عرفها القانون، وهو مبدأ يعود أساسا إلى الشريعة الإسلامية إذ يقول سبحانه و تعالى: " إِنَّ اللهَ يَأمُرُ بِالعَدْلِ وَالإِحْسَان"،[1] فقد أمرّ الله عز وجل بالتزام حدود مبدأ حسن النية في المعاملات، فهو يأمر بالعدل و الإحسان، فمبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القوانين المدنية و جزء لا يتجزأ من النظم القانونية، فالعديد من النظم القانونية قد تضمنت في نصوصها هذا المبدأ، فنجدها تلتزم بمراعاته في جميع مراحل العقد، أي نقطة البداية الحقيقية في حياة العقد، وهي المرحلة السابقة على إبرامه،[2] إذ تتميز هذه المرحلة أنها مرحلة استكشافية يلتمس فيها كل طرف طريقه إلى العقد فيتم فيها الإتفاق على الشروط الجوهرية للعقد ولا تقل أهمية عن مرحلة ما بعد إبرام العقد فهي ليست مجرد مرحلة تحكمها إجتهادات شخصية و إنما تترتب عليها آثار قانونية.[3]

و على هذا الأساس سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، في (**المطلب الأول**) إلى المقصود بمبدأ حسن النية، أما في (**المطلب الثاني**) إلى المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالإلتزامات في مرحلة التفاوض.

المطلب الأول

المقصود بمبدأ حسن النية

يعدّ مبدأ حسن النية مصدر خصب لنشأة القواعد القانونية كغيره من المبادئ العامة للقانون، فهو يشكل جزءا حيويا في كل نظام قانوني لذا سنحاول من خلال هذا

---

[1]- الآية 90، سورة النحل.

[2]- عهود أحمد حسين خليفات، مدى انسحاب و دور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل و أثناء و بعد تنفيذ العقود المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإجتماعية، جامعة الجلفة، ع 1، 2020، ص 571.

[3]- حليس لخضر، مرحلة المفاوضات العقدية، مجلة المنار للبحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة المدية، ع 1، 2017، ص 163.

المطلب التعريف بمبدأ حسن النية و خصائصه(الفرع الأول)، بعدها سنعرض المعيار المعتمد للكشف عن نية المتعاقد و تحديد الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية (الفرع الثاني)، ثم سنتطرق إلى إلتزامات الطرفين في مرحلة التفاوض (الفرع الثالث).

الفرع الأول
تعريف مبدأ حسن النية و خصائصه

نظرا لأهمية مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، كان من الضروري تعريفه وتبيان خصائصه و ذلك من خلال:

أولا- تعريف مبدأ حسن النية: نتعرض فيما يلي إلى التعريف بمبدأ حسن النية وفقا للشريعة الإسلامية و القانون:

1- تعريف مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية

أكدّت الشريعة الإسلامية على المكانة الهامة لحسن النية في التصرفات بصفة عامة، و العقود بصفة خاصة، و لم يقتصر على مرحلة من مراحل العقد و إنما جعله مبدأ مهيمنا على كافة مراحل العقد من التفاوض حتى تمام العقد،[1] فتضافرت الآيات القرآنية على تسريع مبدأ حسن النية في التصرفات، كقوله تعالى: " مَنْ جَاءَ بِالحَسَنَة فَلَهُ عَشَرَةُ أَمْثَالِهَا"[2]، و قوله تعالى في سورة آل عمران "وَ اللهَ عِنْدَهُ حُسْنُ المَئَاب"،[3] فكل شرط أو عقد يجب الوفاء به مالم يخالف كتاب الله و سنة رسوله، و نرى أن جوهر حسن النية في إبرام العقود يتجسد أيضا في قوله عليه الصلاة و السلام" لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه"، وهذا دليل على إلتزام المؤمن بمراعاة المصالح الخاصة لأخيه المؤمن بقدر ما يحافظ على مصالحه الشخصية.[4]

---

[1]- سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي و الأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة و القانون و الدراسات الإسلامية، ع 23، 2014، ص17.

[2]- الآية 160، سورة الأنعام.

[3]- الآية 14، سورة آل عمران.

[4]-شريزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، دراسة في ضوء القوانين و الإتفاقيات الدولية، ط 1، دار الدجلة، الأردن، 2008، ص 32.

2- تعريف مبدأ حسن النية في القانون

يشكل مبدأ حسن النية جزءًا حيويًا من كل نظام قانوني، و بالرغم من أن معظم التشريعات تستخدم مصطلح حسن النية إلا أن التشريعات لم تضع معنى ثابت و محدد، ففي مرحلة المفاوضات العقدية فإن مبدأ حسن النية يقتضي من أطراف المفاوضات أن يتفاوضوا بشرف وأمانة وثقة متبادلة، أما في مرحلة التعاقد وكسب الحقوق فإن مبدأ حسن النية يعني عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف، و أما في نطاق التنفيذ فيعني الإستقامة و الأمانة.[1]

يرى اتجاه آخر أن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها المشرع أثرا قانونيا، مثل من يشتري قطعة أرض و هو يجهل أنه اشتراها من غير ذي صفة، فهو اعتقاد مغلوط، إذ الخلف يعتقد أنه يتلقى الحق من صاحبه الفعلي، فحسن النية نشأ من جهل الغير بالصفة الحقيقية للمتصرف.[2]

ثانيا- خصائص مبدأ حسن النية

يترتب على مبدأ حسن النية عدة خصائص باعتباره إلتزاما قانونيا، تتمثل في إلتزام مفروض على أطراف العملية التعاقدية أثناء تنفيذ العقد فيصبح كل منهما دائن، بهذا الإلتزام و مدينا في الوقت نفسه، وخاصة ثانية التزام بتحقيق نتيجة و ليس التزام ببذل عناية، وإلا يعد الطرف الذي لم يتحقق حسن النية من جانبه مخلا به، وبالتالي مستحقا لفرض الجزاء القانوني عليه نتيجة ذلك الإخلال، أما الخاصية الثالثة هي أن مبدأ حسن النية في العقود ذو طبيعة ذاتية، فهو عنصر نفسي داخلي محلها مكامن الإنسان الذي لا يمكن الإطلاع عليه من قبل الآخرين.[3]

---

[1]- عهود أحمد حسين خليفات، مرجع سابق، ص 579.

[2]- عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، حسن النية في التصرفات و أثره في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 81.

[3]-شيزراد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 182، 183.

الفرع الثاني

معايير التمييز لحسن النية في العقود

يعرف المعيار من المنظور القانوني على أنه أداة مرنة التوجيه التشريعي و القضائي لتقييم أفكار ووقائع بالاستناد إلى معطيات و مفاهيم إجتماعية و سياسية و إقتصادية مما يترتب عليه تقرير حق أو فرض واجب و مادام الحسن و السوء وصفان يلحقان بالنية والنية خفية و مستترة فهي إذن بحاجة إلى ضوابط تحكمها.[1]

يرى بعض الفقه أن حسن النية موقف خاص بصاحبه، ولا يمكن تقديره إلا بالنسبة لشخص معين بخصوص واقعة معينة محددة، فالنية وفقا لهذا المعيار هو عنصر نفسي داخلي يتم الكشف عنه باستقصاء النوايا الباطنة و الكشف عن الدوافع النفسية،[2] و أساس المعيار الذاتي لمبدأ حسن النية في التصرفات هو فكرة العدالة وقواعد الأخلاق.[3]

نصّت العديد من التشريعات على حسن النية الذاتي و من بينها ق.م.ج حيث نصت المادة 141 منه على أنه " كل من نال على حسن النية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بالتعويض من واقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من عمل أو شيء"، كما نص على الغلط و العلم بواقعة و الجهل بواقعة من خلال نص المادة 824 من ق.م.ج " يفرض حسن النية لمن يحوز حقا و هو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا على خطأ جسيم".[4]

المعيار الموضوعي المادي يستلزم على المتعاقد أن يتحلى بالحيطة و الحذر في إبرام التصرفات و تنفيذها، ويرجع في تقدير المسؤولية إلى شخص عادي على درجة معقولة من اليقظة و التبصر، فالمعيار الموضوعي ميزتين : الأولى أنه يتسم بالموضوعية و الإيجابية، و أما

---

[1]- بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة أم البواقي، 2013، ص 72.

[2]- شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 187.

[3]- عهود أحمد حسين خليفات، مرجع سابق، ص 581.

[4]- الأمر رقم 75-58،مرجع سابق.

الثانية هو معيار غير محدود يسعفنا في حالة خلو الإتفاق من ألفاظ تحدد لنا مسلك المتعاقد حتى و لو أفلح في إخفاء غشه و تدليسه،[1] فالأصلح لتحقيق حسن النية بمعناه المطلق يستوجب الإعتماد على المعيارين الذاتي والموضوعي معا للكشف عن نية المتعاقد و قصده الداخلي أولا وثانيها يرجع إلى موضوع العقد أو التصرف ويلجأ إليه عند العجز عن معرفة حقيقة الطرف الآخر.[2]

الفرع الثالث

إلتزامات الطرفين في مرحلة التفاوض

تعدّ المفاوضات أولى فترات ما قبل التعاقد، وتلعب دورا وقائيا سواء أسفرت على إبرام العقد أو عدم إبرامه.[3]

أولا- الإلتزام بالتفاوض

عرف الفقيه سيدرا التفاوض أنها :

Négocier, c'est mener des conversation en vue de se mettre d'accord [4]

و تعرف أيضا أنها قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الإقتراحات للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما.[5]

ينبغي الإنتقال إلى الخطوة الأولى في تنفيذ العقد إذا تم إبرام عقد التفاوض، وتكمن هذه الخطوة في الإلتزام ببدء المفاوضات فالغالب أن يتفق الطرفان على موعد التفاوض، فإن لم يكن هناك إتفاق إلتزم كلا الطرفين بالبدء في المفاوضات في مدة معقولة و الإمتناع

---

[1]-زيتوني فاطمة الزهرة، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2018، ص 66، 67.

[2]-عهود أحمد خليفات، مرجع سابق، ص 581، 582.

[3] بوفلجة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 16،17.

[4]-Jean Cédras, L'obligation de négocier, Revu, TRi, de droit, commercial, N2 , 1985, p 285.

[5]- فائق محمود الشماع، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص 11.

عنه يعد إخلال بهذا الإلتزام و يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية فهو إلتزام بتحقيق نتيجة.[1]

جاء في حكم آخر أن الدخول في المفاوضات بقصد إبرام العقد يؤدي إلى قيام إلتزام آخر و هو الإلتزام بالاستمرار في المفاوضات ببذل كل الجهود و المساعي إلى إبرام العقد غير أن هذا لا يعني إلزامهما بابرام العقد النهائي.

يعد نوع من التعسف في استعمال الحق عند الإنسحاب من المفاوضات بعد أن قطعت شوطا مهما، خصوصا إذا كان هناك عمدا و سوء نية يستدل عليها من واقع أن المفاوض قد بين النية مقدما على عدم التعاقد.[2]

ثانيا- الإلتزام بالإعلام

يعتبر الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي من بين أهم الإلتزامات الناتجة عن الإلتزام بحسن النية،[3]فهو إلتزام قانوني عام سابق على التعاقد يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاما صحيحا و صادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه، والتي يعجز الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاءه بالعقد،[4]و يتسع نطاق الإلتزام بالإعلام ليصل إلى حد إسداء النصح و ذلك عندما يتعلق الأمر بأشياء معقدة من الناحية التقنية، فعلى البائع أن يعطي النصائح اللازمة حول شرائه و إستعماله و يمتد هذا الإلتزام إلى ما بعد إبرام العقد.[5]

---

[1]-بوطابلة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة قسنطينة، 2017، ص 70، 71.

[2]- عبد المنعم موسى ابراهيم، مرجع سابق، ص 45، 46.

[3]- عثماني بلال، " القاضي طرف ثالث في العقد"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع 1، جامعة بجاية، 2017، ص432.

[4]- بن عبيدة نبيل، الإلتزام بالإعلام و توابعه في مجال قانون الإستهلاك، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران 2، 2018، ص 14.

[5]- عبد المنعم موسى ابراهيم، مرجع سابق، ص 11-17.

تختلف مواقف التشريعات المختلفة حول مسألة فرض الإلتزام بالإعلام، فنجد المشرع الفرنسي أقر بهذا الواجب من خلال القرار الصادر سنة 2006 المتعلق بالنزاع بين وكالة سياحية و أسفار و أحد المسافرين.[1]

يبدو أن الم.الج. لم يورد نص صريح في القانون المدني الجزائري بفرض الإلتزام بالإعلام، بل إعترف به ضمنيا من خلال إعتبار كتمان واقعة مؤثرة تدليسا،[2]حيث تنص المادة 86 في فقرتها الثانية من الق الم "..و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة".[3]

نصّا لم.الج في نصوص قانونية خاصة على الإلتزام بالإعلام من خلال نص المادة 17 من القانون رقم 09-03، المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش" يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".[4]

و نص المادة 4 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و التي قضت بأن يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار و التعريف بالسلع والخدمات و بشروط البيع.[5]

ثالثا- الإلتزام بالتعاون و المحافظة على سرية المعلومات: نتكلم على كل من الإلتزام بالتعاون و المحافظة على سرية المعلومات فيما يلي:

---

[1]- عثماني بلال، "القاضي طرف ثالث في العقد"، ص 432.

[2]- قادري عبد المجيد، إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 2، جامعة عنابة، 2020، ص 797.

[3]- أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

[4]- قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج، ر، ج، ج، ع 15، مؤرخ في 8 مارس 2009.

[5]- قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج، ر، ج، ج، ع41، مؤرخ في 27 يونيو 2004.

1- الإلتزام بالتعاون:

يقتضي الإلتزام بالإستعلام من أجل الإعلام الإلتزام بالتعاون بين طرفي العقد و هذا الإلتزام يتمثل في التصرفات التي تهدف للعمل على خدمة طرفي العقد وتحقيق مصالحهما المشتركة، فالتعاون دلالة على حسن النية.[1]

يكون التعاون على عدة أشكال بدءا من تنوير المتعاقد الآخر بكافة المعلومات التي تساعده على فهم ما هو مقبل عليه، كما يكون التعاون في المرحلة العقدية من أجل تجاوز كافة العراقيل التي يمكن الوقوع فيها.[2]

2- الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

يقصد بالسرية عدم إعلان المعلومات الفنية و التقنية أو الكيمائية التي علم بها المتفاوض، و يفرض هذا الإلتزام الإمتناع عن إفشاء هذه المعلومات للغير و الذي قد يستفيد منها أو يستغلها لمنفعته.[3]

يكتسب هذا الإلتزام أهمية خاصة في مفاوضات عقود نقل المعرفة الفنية و هذا عند كشف مالك المعرفة بعضا من أسرارها التي إذا ما أفضت للغير أو استعملها لمنفعته أصيب مالكها بالضرر.[4]

نظرا للقواعد العامة فالشخص لا يلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات التي عرفها إلا إذا وجد نص قانوني أو إتفاق بين الطرفين، و لا يشمل هذا الإلتزام كل المعلومات بل يقتصر على نوعين:

- النوع الأول: هي التي أسبغ عليها صاحبها طابع السرية.

---

[1]- بن عبيدة نبيل، مرجع سابق، ص 337، 338.

[2]- بن سالم المختار، الإلتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة تلمسان، 2018، ص 95.

[3]- حليس لخضر، مرجع سابق، ص 170.

[4]-كرم محمد حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، ع49، 2011،ص 415، 416.

- النوع الثاني: هي المعلومات التي تكون بطبيعتها غير قابلة للنشر أو الإعلان و الإعلان عنها يحدث ضررا ماديا أو أدبيا.[1]

المطلب الثاني

المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالإلتزامات في مرحلة التفاوض

يقصد بالمسؤولية في الفترة السابقة للتعاقد أنها تشمل ما قد ينشأ من خطأ أحد المتعاقدين الذي يصدر منه، و يكون موجبا للتعويض متى نجم عن هذا الفعل إضرارا بالغير، كقطع المفاوضات العقدية، أو رفض التعاقد بدون سبب جدي أو العدول عن الإيجاب الملزم.[2]

سنتناول في هذا المطلب طبيعة هذه المسؤولية(الفرع الأول)، وشروط قيامها(الفرع الثاني)، و جزاء الإخلال بالإلتزامات في مرحلة التفاوض(الفرع الثالث).

الفرع الأول

طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالإلتزامات في مرحلة التفاوض

اختلف الفقهاء نهاية القرن الثامن عشر في تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالإلتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض هل هي مسؤولية عقدية أو تقصيرية،[3] إذ أن المفاوضات في بعض الأحيان قد تكون مصحوبة به، ففي حالة ما إذا ورد اتفاق على التفاوض و أخل أحد أطراف التفاوض بالتزام عقدي، ترتب عليه تطبيق أحكام المسؤولية العقدية و ليس التقصيرية.[4]

---

[1]- عبد المنعم موسى ابراهيم، مرجع سابق، ص 52.

[2]-كاظم كريم علي الشمري، المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد، العدد 27، مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة، 2006، ص 01.

[3]- بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص 156.

[4]-بلحاج العربي، مرجع سابق، ص171.

يظهر موقف المشرع الجزائري أنه كأصل عام يترتب المسؤولية التقصيرية على الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض و هذا ما قضت به المادة 124ق م ج.[1]

ورد هذا النص عاما و مطلقا متعلقا بالمسؤولية عن الفعل الضار و يشمل الخطأ المرتكب خلال مرحلة المفاوضات للعقد، لكن هناك مرحلة استثنائية تكون المسؤولية عن الاخلال بالتزام حسن النية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية وذلك إذا تم الإخلال بالتزام عقدي المتمثل في التزام حسن النية في التفاوض.[2]

الفرع الثاني

شروط المسؤولية عن عدم التفاوض بحسن النية

تتمثل شروط المسؤولية المدنية حسب القواعد العامة في الخطأ و الضرر و العلاقة السببية، و تنطبق هذه القاعدة عن المسؤولية المدنية الناشئة عن عدم التفاوض بحسن النية.[3]

أولا- الخطأ

رغم الخطأ الذي يقع في المرحلة السابقة للعقد إلا أنه ليس بالضرورة فيه الإضرار، و إنما يتعلق بالإخلال بواجب حسن النية في مرحلة تكوين العقد،[4] و يتمثل هذا الخطأ في انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف كما لو لجأ إلى الغش، أو لعقد الإضرار بالطرف الآخر.[5]

---

[1]- نص المادة" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[2]- بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 155.

[3]- شادلي عبد الناصر، مبدأ حسن النية في العقد طبقا لقواعد القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2016، ص25.

[4]- عبد المنعم موسى ابراهيم، مرجع سابق، ص 59.

[5]-براهمي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود و المسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص 154.

يشترط أيضا أن يكون الخطأ في هذه المرحلة واضحا مثل قطع المفاوضات بدون أي مبرر مقبول بعد وصولها إلى مرحلة متقدمة في سبيل إبرام العقد أو مخالفة لمبدأ حسن النية، أو الإخلال بالالتزام بالإعلام.[1]

ثانيا- الضرر

يعرف الضرر أنه ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في احدى مصالحه التي يحميها القانون، و للضرر نوعان ضرر مادي يكون عندما يمس الذمة المالية للشخص و يكون معنوي عند المساس بشعور الشخص أو اعتباره وسمعته.[2]

يعتبر الضرر من الأركان الأساسية للمسؤولية المدنية، و العنصر الأساسي فيها، حيث لولا الضرر فلا وجود للتعويض، كما يشترط فيه أن يكون محققا أي يكون فعلا، و أن يكون مباشرا.[3]

ثالثا- العلاقة السببية

يتعين لقيام مسؤولية المتفاوض طبقا للقواعد العامة أن تتوفر علاقة سببية بين الخطأ التقصيري المرتكب من طرف المتفاوض و الضرر الذي أصاب الطرف الآخر، أي أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر، وألا يكون هذا الضرر نتيجة لقوة قاهرة أو بسبب أجنبي،[4] و عليه فانه بانعدام العلاقة السببية لا وجود للتعويض.[5]

---

[1]- بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 182، 183.

[2]-براهمي فايزة، مرجع سابق، ص 162.

[3]- بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 185.

[4]- تنص المادة 127 من الق الم الج" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا بد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور.."

[5]-لغواطي مصطفى أمين، بليماني يونس، الاطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تيموشنت، 2017، ص 78.

الفرع الثالث

جزاء الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض

يترتب عن الإخلال بالالتزام في مرحلة التفاوض يرتب المسؤولية المدنية، فيكون المدين مجبرا على تنفيذ التزامه عينيا إذا كان ممكن و غير مرهق، وإذا تعذر تنفيذ الإلتزام المتمثل في الاستمرار في التفاوض عينيا فله أن يطالب بالتعويض النقدي عادل و شامل.[1]

أولا- التنفيذ العيني

يقصد به إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع المفاوضات، إلا أن الفقه في مجموعه ذهب إلى استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض، وقال بأنه مساس بالحرية الشخصية للمتفاوض،[2]اضافة إلى أن محل الإلتزام الذي لم ينفذ هو التفاوض وليس التعاقد وأن ما ضاع هو فرصة للتعاقد وليس العقد نفسه، و عليه فإن التنفيذ العيني مستبعد في الأحوال التي يكون فيها الأطراف في مرحلة المفاوضات.[3]

ثانيا- التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

رجوعا للمادة 176 ق.م.ج نجدها تنص على أنه" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه..."، بمعنى آخر في حالة صعوبة الالتزام العيني يقوم القاضي بإجبار الطرف المخل بالتزامه بتقديم تعويض عن الضرر الناجم، كما يقوم أيضا القاضي بتقدير التعويض في حالة عدم الإتفاق عليه من قبل الأطراف طبقا للمادة 182 من ق.م.ج.[4]

---

[1]- بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 120.

[2]- بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 191.

[3]- بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 118، 119.

[4]- أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

المبحث الثاني

مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد

يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ أساسي يرافق العقد منذ مرحلة التفاوض إلى غاية انقضائه و المتعاقدان لا يقدمان على التنفيذ إلا ما تم الإتفاق عليه عند الإبرام،[1] و حسن النية في تنفيذ العقد معناه أن ينفذ المدين التزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد و قد نصت عليه المادة 107 من ق م ج (المبحث الأول)، أما إذا صارت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ التعاقدي أصبح مستحيلا و مرهقا للمدين جاز للقاضي التدخل و تعديل العقد (المبحث الثاني).

المطلب الأول

تنفيذ العقد في الحالات العادية

يتفق كل من الفقه و القانون كأصل عام في أن كل التزام له طريقته في التنفيذ، وأن هذا التنفيذ لا بد أن يتم بحسن النية، وهو التزام يقع على عاتق الطرفين فالمدين يلتزم بحسن النية في تنفيذ التزامه، و الدائن يلتزم بحسن النية في المطالبة بالتزامه.[2]

لذا نجد الكثير من الفقهاء يذهبون إلى امكانية ربط حسن النية التعاقدي بالتزامات،[3] وهذا ما سنتطرق إليه في (الفرع الأول)، أما الفرع الثاني فسنتطرق إلى الطبيعة القانونية لحسن النية في العقود.

---

[1]-شادلي عبد الناصر، مرجع سابق، ص 29.

[2]-بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 132.

[3]- عبد المنعم موسى ابراهيم، مرجع سابق، ص 142.

الفرع الأول

مظاهر حسن النية

تحلي المتعاقد بحسن النية أمر بالغ الأهمية، فهو من المبادئ الأخلاقية المستقرة في القواعد القانونية، و يتقدم المبادئ لما يتميز به من قدرة على ضمان الأمانة و النزاهة والإنصاف و تطبيقاته متعددة في القانون جعلت منه مبدأ قانونيا عاما.[1]

أولا-الإلتزام بالأمانة و النزاهة: يفرض حسن النية في تنفيذ العقود، كل من الإلتزام بالأمانة و النزاهة، و سنتناولها فيما يلي:

1- الإلتزام بالأمانة

تعود أغلبية الإلتزامات العقدية إلى فكرة الأمانة (الإلتزام بالمحافظة على الأسرار العقدية، الإلتزام بعدم المنافسة، و الإلتزام بالإفضاء بالعيوب الخفية)[2]، و عرف الإلتزام بالأمانة على أنه إلتزام يقع على عاتق المتعاقدين بأن يتبادلا الصدق و الصراحة في الإخبار بكل ما يتصل بالعملية العقدية في مرحلة تكوين العقد،[3] فهو من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود فلا يستقيم تعامل خرجت منه الأمانة، لذلك فإن المشرع الجزائري قد نص على الأمانة في المعاملات، فأشار إليها في الفقرة الثانية من المادة 111 ق.م.ج، والمتعلقة بالتقصير و التي جاء فيها بما يلي" أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد مع الإستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين.."، و بالتالي جعل المشرع الجزائري الأمانة ضابطا لتفسير العقود، كما أنه خص الإلتزام بالأمانة بنص قانوني (أي الفقرة الثانية من المادة 111 من ق.م.ج).[4]

بصفة عامة فإن هذا الالتزام أثناء مرحلة تنفيذ العقد يتميز ببعض الخصائص، أهمها:

---

[1]-عارعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 206.

[2]- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 451.

[3]- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 70.

[4]- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 452.

أ- الوفاء بالإلتزامات

يكون الوفاء في العقود عند كل من المتعاقدين بأداء كل ما عليه من إلتزامات أداءًا كاملا لا نقص فيه،[1] و يظهر تكريس واجب الوفاء من خلال العديد من الواجبات:

- **واجب المثابرة في تنفيذ العقد**

يمكن الإشارة لتكريس واجب الوفاء للمادة 589 منق.م.ج في عقد الوكالة و التي تنص: " يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها بحيث لا تتعرض للتلف و ذلك على أي وجب تنتهي به الوكالة".

يتضح من النص أن الم الج يلزم الوكيل بمواصلة العمل الذي بدأه إلى غاية التحقق من سلامة المُلاك، و يفهم من ذلك أنه في حالة إنهاء الوكالة من طرف وجب على الوكيل الإستمرار في تنفيذ عقد الوكالة مراعاة لمصلحة الطرف الآخر.

- **واجب الشفافية بين المتعاقدين**

يفرض الإلتزام بحسن النية عند تنفيذ العقد واجب الشفافية، إذ يقع عليهما التحلي بالوضوح في السلوك خلال هذه المرحلة التي تتجسد فيها المصلحة الشخصية لكلا المتعاقدين.[2]

ب- تنفيذ ما ورد في العقد و مستلزماته

نصّت على ذلك الفقرة الثانية من الم 107 ق.م.ج" و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، و العدالة، بحسب طبيعة الإلتزام".

من خلال ما ورد من النص أعلاه فإن المتعاقدين ملزمان بتنفيذ ما يترتب على العقد و مستلزماته و إذ لم يفعلا ذلك يعتبر كل منهما سيء النية.[3]

---

[1]-عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 417.

[2]- عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية و الإلتزام بحسن النية، مرجع سابق، ص 270، 271.

[3]- بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 138.

ج-إحترام الثقة المشروعة

يحقّ لكل متعاقد أن يثق في المتعاقد الآخر لما يفرضه هذا الأخير من نزاهة وشرف وذلك باعتبار الثقة المشروعة مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ لعقود، و بالتالي يلتزم المتعاقد بمراعاة الثقة المشروعة المتولدة لدى المتعامل المقابل.[1]

2- الإلتزام بالنزاهة

لكلّ إلتزام طريقه في التنفيذ، وهذا الإلتزام لا بد أن يتم بمراعاة حسن النية، الذي تتمحور حوله إصطلاحات منها الإخلاص و الإستقامة و النزاهة،[2] يرى بعض الفقهاء أن استخدام هذه المصطلحات في آن واحد يقصد منه التمييز بين حسن النية بالمعيار الذاتي وحسن النية بالمعيار الموضوعي، إذ أن استخدام عبارة حسن النية يراد بحسن النية بالمعيار الذاتي بينما نزاهة التعامل و شرف التعامل و الإستقامة في التعامل، يراد منها حسن النية بالمعيار الموضوعي.[3]

يُقصد إلتزام حسن النية في تنفيذ العقود من خلال إلتزام النزاهة بامتناع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الإلتزام عسيرا و مستحيلا، فالغش في البيع أو العقود الأخرى التي تقضي تسليم أعيان منقولة، قد يقترن بتكوين العقد فيكون الغش دافعا إلى التعاقد(التدليس)، غير أن هذا الغش ينقل إلى مرحلة التنفيذ عندما يبادر بتسليم و تسلم المبيع أو الأعيان المنقولة التي ترد عليها العقود الأخرى، وذلك بالتلاعب في حقيقة الأشياء التي تم التعاقد عليها.[4]

أشارت المحكمة العليا بأنه يعد غشا تسليم كمية البطاطا المخصصة للإستهلاك، بدلا من أن تسلم نفس الكمية بذور بطاطا حسب العقد المبرم بين الطرفين، ومن ناحية

---

[1]- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 455.

[2]- زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 327.

[3]- شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 148.

[4]- بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 144.

ثانية أن البضاعة المسلمة إلى المشتري كانت فاسدة و مصابة بمرض، بحيث أن صاحبة الطعن أصبحت مسؤولة عن هذه الأفعال في إطار المسؤولية العقدية.[1]

أكّد الم.الج على النزاهة فيما يتعلق بموضوع العقد ذاته و بسلوك المتعاقد وفق نص المادة 5 من الأمر رقم 15-144، المتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي التي تنص " يجب أن يتضمن عرض القرض الإستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة توضح على الخصوص عناصر العرض و كيفيات الدخول عليه وكذا حقوق واجبات أطراف عقد القرض".[2]

ثانيا- الإلتزام بالعدل و الإنصاف

يرى البعض أن الإنصاف ذو مفهوم غامض و مبهم، حيث يعتبر الإنصاف أسمى من العدل في حالة ما إذا إعتبرنا أن الإنصاف يعني القاعدة العليا التي يستوحي منه القانون العدل وهو العدل القانوني، و يقول أرسطو " الإنصاف هو عدالة أفضل تصلح عدالة القانون إذ ما انتهت في حالة معينة إلى نتائج غير عادلة تبعا للتعابير العامة لقانون لا يمكنه الإحاطة فكل شيء ، و الإنصاف هنا التطبيق الجزئي لفكرة العدل على حالة معينة أي أنه مفهوم أدنى من العدل ، و يقول البعض الآخر أن الإنصاف و العدل مفهومين مطابقين لأن الإثنين يعبران عن القاعدة العليا أو المبادئ التي توجه المشرع عند وضعه النصوص القانونية، فالإنصاف و العدالة هو مظهر من مظاهر حسن النية التي تحقق بها التوازن العقدي، و قد صدر ت عدة قرارات عن القضاء الفرنسي تطرقت للإنصاف في أكثر من مناسبة، ومن ذلك أنه تقرر بخصوص الوكالة أنه مادام عقد الوكالة مبنيا على المجانية

[1]-قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 213661، بتاريخ 2000/02/06، المجلة القضائية لسنة 2001، ع01، ص 125.

[2]-مرسوم تنفيذي، رقم 15-114، مؤرخ في 12 مايو 2015، المتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي، ج، ر، ج، ج، ع 24، مؤرخ في 12 مايو 2015.

بطبيعته و ليس مصدر ربح معتبر للوكيل، يمكن للقاضي أن يخفض من أجرة هذا الوكيل المتفق عليها فقد جعلتها تتناسب مع الخدمة المؤداة.[1]

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 1 من الق.الم.الج، نجد أن القاضي يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.[2]

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لحسن النية في العقود

يُسْتَوْجَبْ لتحديد طبيعة حسن النية النظر إليه من ثلاث جوانب، إذ قد يكون التزاما قانونيا، وقد يكون قاعدة قانونية، كما قد يكون واجب عام.

أولا- حسن النية في العقود بوصفه التزاما قانونيا

يُمكِن لحسن النية أن يتطلب إما القيام بالسلوك أو الإمتناع عنه، لأنه التزام والالتزام قد يكون عمل أو الإمتناع عن عمل،[3] وقد استعمل الباحثون منذ مدة طويلة عبارة " التزام بحسن النية"، ولا يزال كذلك في الوقت الراهن، وقد استند الباحثين إلى الجزاء المترتب عن الاخلال بحسن النية من أجل إقرار بأن الوصف الصحيح هو "الالتزام بحسن نية"، إذ عادة ما يتضمن الحكم الصادر في حالة مخالفة أحد المتعاقدين هذا الإلتزام القضاء لمصلحة الدائن بالتعويض مع فسخ العقد في بعض الحالات، و هو الجزاء الترتب عن الإخلال بالتزام تعاقدي، و رغم الانتقادات التي صاحبت استعمال عبارة التزام بحسن النية، إلا أن وصف الإلتزام هو الأنسب من أجل تجسيد فعلي للمعنى القانوني لحسن النية سواء في المرحلة السابقة للتعاقد أو في مرحلة تنفيذ العقد.[4]

---

[1]- عبد المنعم موسى ابراهيم، مرجع سابق، ص 140، 141.

[2]- الأمر رقم 75-58، مرجع سابق.

[3]- شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 138، 139.

[4]- عثماني بلال، مرجع سابق، ص 64، 65.

ثانيا-حسن النية في العقود بوصفه قاعدة قانونية

تعتبر القاعدة بوجه عام أمر كلي ينطبق على جزئيات، ويقول الفقيه بولنجي أن " القاعدة القانونية هي عامة، لأنها وضعت من أجل عدد غير محدد من الأعمال و الوقائع، لكنها من زاوية أخرى تعتبر خاصة، إذ ما تعلق الأمر بأعمال أو وقائع محددة"، وحسب غالبية فقهاء القانون، حسن النية في العقود رغم أنه ذو طبيعة أخلاقية إلا أن ذلك لا يحول دون أن يكون قاعدة قانونية تامة الشروط و كاملة الخصائص في النظام الوصفي،[1] و من أهم خصائصه باعتباره قاعدة قانونية تتمثل في أنه قاعدة سلوك اجتماعية، تفرض على المتعاقدين سلوكا يتمثل في تنفيذ إلتزامات ايجابية و أخرى سلبية كما يعتبر من القواعد الآمرة، و هذا يعني أنه من النظام العام الذي لا يمكن الإتفاق على مخالفته.[2]

ثالثا- واجب حسن النية

ذهب بعض الباحثين إلى تفضيل استعمال عبارة" واجب حسب النية"، لاعتبارهم أن حسن النية واجب عام يقع على المتعاقدين يترتب عنه التزامات أو سلوك معين على الأطراف، و يبدو أن اعتبار حسن النية واجب عام يفرض على المتعاقدين سلوكا معينا أقنع جانب كبير من الفقه، إلا أن حصر حسن النية في سلوك مستقيم للمتعاقد غير صحيح، إذ يترتب عن حسن النية التزامات بالمفهوم القانوني الضيق كالالتزام بالإعلام، فحسن النية غير منحصر في سلوك يمتنع فيه المتعاقد عن القيام بأي تصرف يضر بالمتعاقد الآخر، بل قد يتجاوز إلى حد بذل جهد معين من أجل مساعدته طيلة فترات العقد.[3]

[1]-بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 51، 52.

[2]-شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 189، 190.

[3]- عثماني بلال، مرجع سابق، ص 63، 64.

المطلب الثاني

تنفيذ العقد في الحالات الإستثنائية

تَخْضَع العقود لقاعدة أساسية تتمثل في أن العقد شريعة المتعاقدين و التي تلزم الأطراف بتنفيذ الإلتزامات المترتبة على الرابطة العقدية دون زيادة أو نقصان، و الذي يعد من نتائج مبدأ سلطان الإرادة وفقا للمفهوم التقليدي للعقد، لكن هذه القاعدة تصطدم بقاعدة أخرى و هي تحقيق العدالة العقدية،[1] و هذا ما يبرر تدخل المشرع بإعطاء القاضي الآليات الضرورية لمعالجة التوازن الإقتصادي للعقد في مرحلة تنفيذه عن طريق توزيع تبعية الحادث الطارئ غير المألوفة على المتعاقدين ومنح الآجال القضائي.[2]

و عليه، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث عن تنفيذ العقد طبقا لنظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول)، و عن حسن النية و نظرة الميسرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تنفيذ العقد طبقا لنظرية الظروف الطارئة

يحدث عند حلول أجل تنفيذ العقد أيصطدم بظروف طارئة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد أو دفعها عند وقوعها إذ يسبب ذلك خسارة للمدين إذا ما نفذ العقد على النحو المتفق عليه، و في هذه الحالة يخرج القاضي عن حدود مهمته التقليدية التي تقتصر على تفسير العقد.[3]

---

[1]-عبد الله المنصوري خميس صالح ناصر، نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن الإقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص1، 2.

[2]-بوشاشي يوسف، مرجع سابق، ص 111.

[3]- عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة تلمسان، 2016، ص 91.

أولا-مضمون هذه النظرية

تعتبر نظرية الظروف الطارئة صميم الفقه الإسلامي و هي تقوم على أساس الضرورة و العدل و الإحسان،[1] لقوله تعالى" يريد بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"[2]، و مؤدى هذه النظرية أنه بعد إبرام العقد و قبل تمام تنفيذه تظهر نوازل أو أحداث عامة لم يكن في الحسبان توقعها أو دفعها و يصح تنفيذ الإلتزام وإن ظل ممكنا أصبح مرهقا للمدين و يهدد بخسارة فادحة، و يقوم القاضي بالموازنة بين مصلحة الأطراف برد الإلتزام إلى الحد المعقول بتوزيع تبعة الحادث بين الدائن و المدين،[3] وهنا يظهر الخلاف بين نظرية الظروف الطارئة و القوة القاهرة بحيث أن هذه الأخيرة تجعل من تنفيذ الإلتزام مستحيلا إستحالة مطلقة مما يؤدي إلى انقضاء الإلتزام، فيتحمل الدائن تبعية الهلاك كليا.[4]

نصت على نظرية الظروف الطارئة المادة 107 الفقرة 3 من ق.م.ج،[5]كما يلي" غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقد و إن لم بصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

حسب هذه المادة أخذ الم الج بهذه النظرية، إذ ليس من العدل أن ينفذ المدين التزامه مع وجود ظروف طرأت بعد إنشاء العقد جعلت تنفيذه مرهقا بالنسبة إليه، و لا يعني ذلك أنه يرفع الإرهاق كله على كاهل المدين بل ينبغي أن يستوفي الدقة في توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين و يجري موازنة بينهما، كما يظهر من خلال أواخر المادة أن

---

[1]- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 429.

[2]- الآية 185، سورة البقرة.

[3]- حمدي محمد اسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص 230.

[4]- حدى لالة أحمد، مرجع سابق، ص 123.

[5]- الأمر رقم 75-58، مرجع سابق.

المشرع الج جعل أحكام هذه النظرية من النظام العام و ذلك بعدم إجازته على مخالفتها، ويقع باطلا كل إتفاق على مخالفتها.[1]

يرى الفقه الجزائري أن الفقرة 3 من المادة107 من ق.م.ج كان ينبغي أن توضح استثناء من المادة 106 ق.م.ج، أي أن نظرية الظروف الطارئة هي استثناء من قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين". يقول الدكتور علي علي سليمان في هذا الصدد: " نظرية الظروف الطارئة التي تقضي تعديل العقد قضاء، جاءت إستثناء لعدم جواز تعديله، لا إستثناء لوجوب تنفيذه بحسن نية"، فقد يرى القاضي ضرورة وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث.[2]

ثانيا-شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: يستفاد من نص المادة 107 من ق.م.ج أنه يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر الشروط الآتية:

1- أن يكون عقد متراخي التنفيذ

يقصد به وجود فارق زمني بين لحظة انعقاد العقد و اكتمال تنفيذه سواء كانت طويلة أو قصيرة، يتصور خلالها وقوع الحادث الإستثنائي، أن تكون طبيعة العقد من العقود المتراخية.[3]

2- أن يكون الحادث استثنائيا عاما غير ممكن توقعه

2 أ- استثنائيا:

حتى يكون الحادث استثنائيا يجب أن يكون مما لا يتفق مع السير الطبيعي للأمور أي يجب أن يكون حادثا نادر الوقوع، وبعيدا عما ألفه الناس و اعتادوه في حياتهم ومعاملاتهم اليومية (كالزلازل، الصواعق، الإرتفاع الكبير أو الإنهيار في أسعار السلع والخدمات بسبب فرض تسعيرة جديدة أو إلغاءها بعد التعاقد بسبب حصار إقتصادي..)

---

[1]- علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 84.

[2]- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 90.

[3]- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 431.

2ب-عاما: يقصد بالحادث العام أن يكون شاملا لطائفة من الناس و ألا يكون الحادث استثنائي طرفا خاصا بالمدين، كإفلاسه بل يعتد بالمعيار العمومية، بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الغرض الطارئ كأهل البلد أو سكان اقليم معين.

2ج- أن يكون غير ممكن التوقع

يعتبر شرط عدم التوقع شرطا جوهريا لا بد توافره لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة،[1] ومفاد هذا الشرط ألا يكون في وسع المتعاقد توقعه حين إبرام العقد، فإذا كان الحادث متوقعا وقت التعاقد فينبغي أخذه بالإعتبار عند التعاقد.[2]

مثال على ذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث أقرت بأنه " حيث أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف و المستأنف عليه(رئيس البلدية) بقى ملغا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقع".[3]

3- أن يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا لا مستحيلا

توجب المادة 3/107 من ق.م.ج أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الإلتزام مرهقا للمدين دون استحالة تنفيده، حيث يكون من شأن التنفيذ أن يلحق بالمدين خسارة فادحة،[4] فيتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبير بين قيمة الإلتزام المحددة في العقد و قيمة العقد الفعلية عند التنفيذ، و الم.الج لم يحدد مقدار الإرهاق بل اكتفى بأن تكون الخسارة فادحة أي غير مألوفة و فيها نوع من الظلم للمدين، و ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في ذلك حسب الظروف المحيطة بالعقد.[5]

---

[1]-بوشاشي يوسف، مرجع سابق، ص 4، 5.

[2]- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 433.

[3]- قرار محكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 99694، مؤرخ في 10 أكتوبر 1993، ع 1، 1999، ص 217.

[4]-العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 435.

[5]- بوفلجة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 93.

ثالثا- سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

يتبيّن لنا من خلال نص المادة 107 فقرة 3 أن سلطة القاضي في تعديل العقد ليست مطلقة، بل يجب عليه مراعاة الظروف عند التعديل ورد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ما دام أنه يسعى إلى إعادة التوازن في العقد و توزيع تبعية الحادث الطارئ على الطرفين.[1]

يرى القاضي أحيانا ضرورة وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ، إذا كان له الحادث وقتا يقدر له الزوال في وقت قصير، ومثال على ذلك أن يتعهد بإقامة بناء وارتفعت أسعار بعض مواد لحادث طارئ إرتفاعا فاحشا، و لكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب فتح باب الإستيراد مثلا، فيأمر القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقاول من القيام بإلتزامه دون إرهاق، إذا لم يكن في وقف التنفيذ هنا ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى،[2] كما قد يلجأ القاضي سواء إلى الزيادة من الإلتزام المرهق بتوزيع الخسارة غير المألوفة بين الدائن و المدين تماشيا مع العدالة و حسن النية، أو انقاص التزام المدين وفي هذه الحالة يلتزم هذا الأخير بالإلتزام الذي حدده القاضي إما بإعفاء المدين من تنفيذ قسط معين مما إلتزم به، أما الإعفاء من بعض الشروط المرهقة كالآجال أو الجودة.[3]

[1]- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 436.

[2]- الصويعي شليبك أحمد، نظرية الظروف الطارئة: أركانها و شروطها، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ع2، 2007، ص 20.

[3]- بوفلجة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 94.

الفرع الثاني

حسن النية و نظرة الميسرة

يمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان في تنفيذه للعقد حسن النية و تعتبر نظرة الميسرة خروجا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وخروجا عن الوظيفة التقليدية للقاضي.

أولا-تعريف نظرة الميسرة

تعتبر نظرة الميسرة وسيلة استثنائية تقديرية أعطاها القانون للقاضي بقصد مساعدة المدين سيء الحظ و حسن النية،[1] وهي أجلا قضائيا يمنحه القاضي للمدين بشروط معينة بدين حال الأداء متى استدعت حالته لذلك،[2] وهي نوع من أنواع تعديل العقد يتعلق أحد عناصره و أركانه، وهو أجل تنفيذ الإلتزام العقدي ذلك أن من العقود ما يترافى تنفيذها بسبب طبيعتها و باعتبار المدة ركنا فيها كعقود الإيجار.[3]

نظم المشرع الجزائري نظرة الميسرة في عدة نصوص قانونية من بينها نص المادة 119 الفقرة 2 من ق م ج التي تنص على" ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف"

تقضي أيضا المادة 210 من ق.م.ج بما يلي: " إذا تبين من الإلتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الآجال، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية و المستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بإلتزاماته".

---

[1]- عبد المنعم موسى ابراهيم، مرجع سابق، ص 119.

[2]-بوكماس محمد، مرجع سابق، ص 375.

[3]-بن النوي خالد، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد واشتراط الشروط المقترنة بالعقد، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع 8، 2017، ص 891.

كذلك نص المادة 2/281 ق.م.ج" .... غير أنه يجوز للقاضي نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة، و أن يوقفوا التنفيذ مع ابقاء جميع الأمور على حالة".[1]

يتبيّن من خلال هذه المواد أن نظرة الميسرة أجل قضائي تمنح بموجب حكم قضائي من القاضي للمدين المعسر الذي استدعت حالته الرأفة به، فهي تمنح لمدين معين بالذات أي شخص واحد دون سواه، فلا يمتد أثارها إلى غيره و بالتالي فهو إجراء فردي.[2]

ثانيا-الضوابط القانونية في منح القاضي لنظرة الميسرة: يجوز للقاضي منح نظرة الميسرة في حالة توفر الشروط الآتية:

1- عدم وجود نص قانوني يمنع منح نظرة الميسرة

تعتبر سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة سلطة مستمدة من القانون، و إذا وجد نص قانوني يمنع منح هذه المهلة فلا يكون أمام القاضي في هذه الحالة سوى إعمال هذه السلطة،[3] و من النصوص القانونية التي تحول دون منح القاضي لنظرة الميسرة نص المادة 464 ق ت ج التي جاء فيها ما يلي" .. لا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين بين 426 و 438 من هذا القانون".[4]

2- أن تكون حالة المدين متعثرة تستدعي منحه هذا الأجل

يلعب حسن النية دور المحرك في العلاقة التعاقدية، و التي تأخذ مظهر النزاهة والتعاون، فإذا رأى القاضي أن المدين حسن النية و عاثر الحظ لا متعمدا على عدم الوفاء

---

[1]- الأمر رقم 75-58، مرجع سابق.

[2]- طارطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015، ص 15.

[3]-بوكماش محمد، مرجع سابق، ص 374.

[4]-أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج، ر، ج، ج، ع 101، صادر في 19 ديسمبر 1975، معدل و متمم.

ولا مقتصرا فيه، وإنما تمر به أزمة طارئة و مؤقتة خارجة عن إرادته، و بمنعه هذه المهلة يمكن أن يوفى بدينه.[1]

يحصل المدين المعتد على الآجال القضائية فقط في الحالة التي يكون لديه إمكانية الوفاء بدينه، كأن يكون لديه نصيب من المال سواء عقار أو منقول أو حتى أجرة عمله، بحيث تكون تلك الأموال كفيلة بتسديد دينه و لو قسط عليه القاضي الدين.

3- أن لا يلحق من هذا التأجيل ضرر جسيم

يكون الدائن مثلا محمولا بدين على دين في إبرام صفقة، وبالتالي يتعرض لخسائر وفوات الفرصة، إذ أن مصلحة الدائن يجب أن تحظى برعاية وليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار بالدائن.[2]

4- أن يكون الأجل الممنوح معقولا

يَشْتَرِط ألا تزيد مدة الوقف عن سنة،[3] و يجب أن تكون معقولة بقدر ما هو ضروري لتمكن المدين من الوفاء، وقد تكون المهلة أو الأجل واحد، أو عدة آجال، و بالتالي فإن توفر هذه الشروط يمكن للقاضي أن يمنح المدين مهلة معقولة و الأمر يبقى متروكا للقاضي.[4]

ثالثا-سقوط الأجل في نظرة الميسرة

يَحلّ أحيانا الأجل قبل انقضائه بالسقوط فينقضي بذلك حق المدين في نظرة الميسرة بسقوط الأجل الممنوح له و هذا لأسباب متعددة، منها:

---

[1]-طارطاق نورية، مرجع سابق، ص 37.

[2]- طارطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، جامعة تمنراست، ع 5، ص130.

[3]-المرجع نفسه، ص131.

[4]- عبد المنعم موسى ابراهيم، مرجع سابق، ص122.

- إذا شهر إفلاس المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون.
- إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد بتقديمه من تأمينات.
- إذا توافرت شروط المقاصة ما بين الدين الذي منحت بموجبه نظرة الميسرة و دين ينشأ في ذمة الدائن للمدين، سواء نشأ هذا الدين قبل منح الأجل القضائي أو نشأ بعد ذلك.[1]

[1]- محمود الديناوي، الأجل القضائي، مقال لقانوني،ص1، الموقع الإلكتروني :
http// :www.danscusbal.org/showthrend.php=16099.2020/08/05 اطلع عليه

خاتمة

يتبين لنا من خلال دراسة موضوع المبادئ التوجيهية لنظرية العقد أنّ العقد وضع لتحقيق الهدف الذي يبتغيه المتعاقدان من التعاقد، و ذلك عن طريق السعي إلى تحقيق المصلحة الشخصية من جهة، و الالتزام بحسن النية من جهة أخرى.

يتجلى من خلال دراسة المبادئ التقليدية لنظرية العقد التي تكمن في الحرية التعاقدية و القوة الملزمة للعقد أن حرية التعاقد هي قوام العقود، و هي التي تقرر قواعد العقد وأصوله و أحكامه، إلاّ أنّ هناك اعتبارات من شأنها أن تمسّ بهذه الحرية، و تجعل أحد العاقدين غير متمتع بها تمام التمتع، ضف إلى ذلك فإنّ تطور فكرة النظام العام والآداب العامة في مختلف التشريعات تنتج عنها قيود في مجال التعاقد، فإذا تجاوز المتعاقدان هذه الحدود يكونا قد عرضا العقد للبطلان.

نستنتج أيضا من مبدأ القوة الملزمة للعقد أنّه تكرس في العلاقات التعاقدية و صار قاعدة لا يجوز نقضها و لا تعديلها سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير، كما أنه استنفذ على جملة من الأسس و الاعتبارات بدءا بإرادة أطراف العلاقة العقدية إلى جانب القواعد الدينية و المبادئ الخلقية، ناهيك عن الاعتبارات الاقتصادية و الاجتماعية التي تستوجب الثقة و الائتمان، إضافة إلى القانون و القضاء إلاّ أنه وجب أن يخضع لضوابط و تقييدات من أجل تحقيق منافع المتعاقدين و الغير، و بالتالي فإنّ القوة الملزمة للعقد ليست مطلقة و ثابتة بل هي نسبية و محدودة.

أظهرت دراسة موضوع حسن النية نتائج تكمن في أنه من المبادئ الهامة و الضرورية و تتبع من القواعد الأخلاقية و التي تشكل مصدرا هاما للعديد من النظريات القانونية، ورغم عدم النص عليها في المراحل التي تسبق تنفيذ العقد إلاّ أن العدالة العقدية تقتضي أن يكون هذا المبدأ له قوة ملزمة تسود جميع مراحل العقد ، و أنّ مخالفة مقتضيات هذا المبدأ يؤدي إلى فرض الجزاءات التي تقدرها المحكمة بما لها من سلطة تقديرية.

من خلال ما تمّ التوصل إليه من نتائج نتقدم بالاقتراحات التالية:

1- صياغة المشرع لنص قانوني تضمن تعريفا لمبدأ سلطان الإرادة حتى يتفق مع الفقه.

2- يجب تقييد مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بالقيود التي تتوارد فيها الإرادة و الصالح العام.

3- مراجعة و تعديل شرط العمومية الوارد في المادة 3/107 من ق.م.ج ليترك المجال للقاضي ليمارس سلطته التقديرية و يكيف كل حالة على حدى.

4- الإفصاح صراحة على اعتبار الخلف من المتعاقدين مهتديا في ذلك.

5- ضرورة الاعتراف بحسن النية كالتزام قانوني في التقنين المدني مثله مثل الحرية التعاقدية و القوة الملزمة للعقد.

6- دور مبدأ حسن النية لازال غير فعال في مرحلة التفاوض على العقد لذا من الأجدر تعديل المادة 107 ق.م.ج، و ذلك بذكر مرحلة التفاوض.

قائمة المصادر والمراجع

- **قـــائمة المصـــــادر**

– القرآن الكريم

- **قائمة المراجع باللغة العربية**

أولا- الكتـــب

1. إلياس ناصف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، مفاعيل العقد، ج 2، ط1998.

2. بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010.

3. _____، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015.

4. جاك غستان، ترجمة : منصور القاضي، المطول في القانون المدني- تكوين العقد- المؤسّسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، لبنان، 2000.

5. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

6. خليل أحمد حسن قتادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ج 4، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005.

7. دوة آسيا، رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقار في التشريع الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009.

8. سعد محمد الصبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، ط 2010، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، د س ن.

9. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، ج 1، دار إحياء التراث العربي، لبنان.

10. _____، الوسيط في شرح القانون المدني،-العقود التي ترد على الملكية- مجلد 2، الاسكندرية، د ت ن.

11. شريزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، دراسة في ضوء القوانين والإتفاقيات الدولية، ط 1، دار الدجلة، الأردن، 2008.

12. عبد الحكيم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة و النشر، ط 4، الإسكندرية، 1996.

13. عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، حسن النية في التصرفات و أثره في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

14. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.

15. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت.

16. العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري- التصرف القانوني- العقد و الإرادة المفردة، ط5، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

17. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

18. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزام، ج1: مصادر الإلتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

19. فيلالي علي، الإلتزامات- النظرية العامة للعقد- موفم للنشر، الجزائر، 2010.

20. محمد حسن منصور، مصادر الإلتزام- العقد و الإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2000.

21. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني- النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام- العقد والإرادة المنفردة، ط 4، دار الهدى، الجزائر، 2009.

22. محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة الإسلامية، الدار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

ثانيا- الرسائل والمذكرات

أ- الرسائل

1. حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2016.

2. عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة والشخصية والإلتزام بحسن نية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة تيزي وزو، 2018.

3. علي عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني و الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

4. بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل لبعقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012.

5. شباط صديق، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة لنيل درجة دكتوراه، علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2018.

6. رمضان محمد أبو السعد، مبادئ الإلتزام في القانون المصري و اللبناني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1984.

7. عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان، العقد في ظل النظام الإشتراكي" رسالة دكتوراه ، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1981.

8. زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992.

9. عبد العزيز محمد سعد، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة لنيل درجة دكتوراه، جامعة الملك سعود، 2006.

10. زيتوني فاطمة الزهرة، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2018.

11. بوطابلة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة قسنطينة، 2017.

12. بن عبيدة نبيل، الإلتزام بالاعلام و توابعه في مجال قانون الإستهلاك، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران 2، 2018.

13. بن سالم المختار، الإلتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة تلمسان، 2018.

14. عارعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الجزائر 1، 2015.

ب- المذكرات الجامعية

ب1: مذكرة الماجستير

1. أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، جامعة الشارقة، 2008.

2. براهمي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود و المسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

3. بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة أم البواقي، 2013.

4. بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة أم البواقي، 2013.

5. بوفجلة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2008.

6. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدي و تطوير العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.

7. حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل الماجيستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

8. خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في انشاء العقد و تنفيذه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1987.

9. الخويلدي أمجد أرحومة محمد، الشرط الجزائي و أثره على المتعاقدين" دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولانا مالك ابراهيم الاسلامي الحكومية،2016.

10. سهام قرد، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2006.

11. طارطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015.

12. عبد الله المنصوري خميس صالح ناصر، نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن الإقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017.

13. عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة تلمسان، 2016.

14. فائق محمود الشماع، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2014.

15. فائق محمود الشماع، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2014.

ب2: مذكرات الماستر

1. أيت سليمان جعفر، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018.

2. ايدار عبد الله، الإعسار المدني و الإفلاس التجاري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017.

3. سي أعمر أمينة، شانية تركية، مبدأ حسن النية في العقود أصلا و تحليلا، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تيموشنت، 2018.

4. شادلي عبد الناصر، مبدأ حسن النية في العقد طبقا لقواعد القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2016.

5. عاشور عثمان، عبد الفتاح فريدة، مبدأ سلطان الإرادة بين التأصيل و الحداثة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014.

6. علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها- دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2008.

7. قدور سميرة، الآثار النسبية للعقد، مذكرة ماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019.

8. لعربي فاطمة الزهراء، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018.

9. لغواطي مصطفى أمين، بليماني يونس، الاطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، المركز الجامعي بلحاج بوشعبي، عين تيموشنت.

10. منصوري ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2015.

ثالثا- المقـــالات:

1. بليمان يمينة، عقود الإذعان و حماية المستهلك، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة قسنطينة، عدد 51، 2019.

2. بن النوي خالد، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد واشتراط الشروط المقترنة بالعقد، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع 8، 2017.

3. بن عيسى جيلالي، سلطة القاضي في تكييف العقد و رقابة المحكمة العليا عليه، مجلة قانون العمل و التشغيل، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018.

4. بوشاشي يوسف،" نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات و احترام التوقعات"، ع 31، ج 1، جامعة الجزائر1، 2017.

5. حليس لخضر، مرحلة المفاوضات العقدية، مجلة المنار للبحوث و الدراسات القانونية والسياسية، جامعة المدية، ع 1، 2017.

6. روان عبد القادر، الإستثناءات الواردة على مبدأ شريعة المتعاقدين في القانون المدني، مجلة قهلي- زنست العلمية- ع 3، مجلد 3، 2018.

7. زحزاح محمد، يحياوي يوسف، الشكلية العلنية كصورة من صور الشكلية غير المباشرة و أثرها على نفاذ العقد، مجلة القانون العقاري و البيئة، ع 5، د ب ن، 2015.

8. سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي و الأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة و القانون و الدراسات الإسلامية، ع 23، 2014.

9. الصويعي شليبك أحمد، نظرية الظروف الطارئة: أركانها و شروطها، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ع2، 2007.

10. طارطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، جامعة تمنراست، ع 5.

11. عثماني بلال، " القاضي طرف ثالث في العقد"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع 1، جامعة بجاية، 2017.

12. عرفان الخطيب محمد،" المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 2، 2019.

13. علال قاشي، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة البليدة 2، المجلد4، عدد2، 2019.

14. عهود أحمد حسين خليفات، مدى انسحاب و دور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل و أثناء و بعد تنفيذ العقود المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإجتماعية، جامعة الجلفة، ع 1، 2020.

15. فراس بحر محمود، مجلس العقود العينية في الفقه الإسلامي و القانون، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد 18، ع 2، 2016.

16. قادري عبد المجيد، إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 2، جامعة عنابة، 2020.

17. كاظم كريم علي الشمري، المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد، العدد 27، مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة، 2006.

18. كرم محمد حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، ع49، 2011.

19. ماجد حسين، " المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه"، مجلة دنيا الوطن، 2017.

20. معداوي نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة و قيود المشرع، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع4،جامعة لونيس علي، البليدة.

21. قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 213661، بتاريخ 2000/02/06، المجلة القضائية لسنة 2001، ع01.

22. ملف رقم 2597، قرار بتاريخ /1985/5، المجلة القضائية 1، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 1989، ص 101-103.

رابعا- النصوص القــانونية

أ- النصوص التشريعية

1. أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج، ر، ج، ج، ع78، مؤرخ في 30 سبتمبر1975، معدل و متمم.

2. أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج، ر، ج، ج، ع 101، صادر في 19 ديسمبر 1975، معدل و متمم.

3. أمر رقم 90-11، مؤرخ في 21 أفريل 1990، المتضمن علاقات العمل، ج،ر،ج،ج، عدد17، مؤرخ في 27 أفريل1990، معدل ومتمم.

4. أمر رقم 95-07، مؤرخ في 21 أفريل 1995، المتعلق بالتأمينات، ج،ر،ج،ج، عدد 13، المعدل و المتمم بالقانون 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج،ر، ج،ج، عدد 15، معدل ومتمم.

5. قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج، ر، ج، ج، ع41، مؤرخ في 27 يونيو 2004.

6. قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج، ر، ج، ج، ع 15، مؤرخ في 8 مارس 2009

ب- النصوص التنظيمية.

1. مرسوم رقم 11-407، مؤرخ في 29 نوفمبر 2011، يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون، ج،ر،ج،ج، عدد 66، مؤرخ في 4 ديسمبر 2011.

2. مرسوم تنفيذي، رقم 15-114، مؤرخ في 12 مايو 2015، المتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي، ج، ر، ج، ج، ع 24، مؤرخ في 12 مايو 2015.

خامسا- القرار

– قرار محكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 99694، مؤرخ في 10 أكتوبر 1993، ع 1، 1999.

- **المراجع باللغة الفرنسية:**

I- Ouvrage

1. Christian lapoyade Deschamps, droit des obligations, Ellipses, paris, 1998.
2. Latina Mathias, « Contrats généralités) », Rep.civ, Décembre 2013 Actualisations : Juin 2014.
3. Philipe de lebeque, Fréderic-Jérôme pansier, droit des obligations, contrat et quase-contrat, 5eme ed, Litec, paris, 2010.

II- Jurisprudences

1. Cass,Civ,1exe.11 Septembre 2013,N°12-20844, in
2. https://www.legifrance.gouv.fr/affich_jurijudi.do « …De Sorte que la conclusion d'un nouveau contrat ressortant de la liberté contractuelle des parties et l'école privée n'ayant pas d'obligations légale de contracter, il n'y'avait ni réalisations ou rupture abusive du nouveau contrat qui n'avait pas été conclu ».
3. Cass.com, 05 juillet 1994, N° 92-20.064 BOLL.Civ N° 2, 1994, p 204. « une personne qui décide de cesser de s'approvisionner chez un commerçant cette abstention fut-elle avec l'intention de nuire, ne fait qu'exercer la liberté fondamental de s'approvisionner chez un commerçant et ne commet pas un abus de droit ».

III. Code civile français

1. Act 1134 de code civil, François stipule « Les **conventions légalement** formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».
2. Article 1123 du code civil prévoit que « toute personne peut contracter si elle n'est pas déclarée incapable par la loi ».

IV- Revue

- Jean Cédras, L'obligation de négocier, Revu, Tri, de droit, commercial, N2 , 1985.

سادسا- المواقع الإلكترونية

محمود الديناوي، الأجل القضائي، مقالقانوني،ص1، الموقع الإلكتروني :
http// :www.danscusbal.org/showthrend.php=16099.2020/08/05 اطلع عليه

https://www.legifrance.gouv.fr/affich jurijudi.do

فهرس المحتويـات

شكر وتقدير

إهـــداء

قائمة المختصرات

مقدمة.....01

الفصل الأول: المبادئ التوجيهية التقليدية لنظرية العقد

المبحث الأول : مبدا الحرية التعاقدية في نظرية العقد.....05

المطلب الأول: إرتباط الحرية التعاقدية بمبدأ سلطان الإرادة.....06

الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة و خصائصه.....06

أولا- تعريف مبدأ سلطان الإرادة.....06

ثانيا- خصائص مبدأ سلطان الإرادة 07

الفرع الثاني: مظاهر حماية المصلحة الشخصية للمتعاقد.....09

أولا- حرية المتعاقد في إبرام العقد.....09

ثانيا- حرية المتعاقد في إختيار المتعاقد معه 10

ثالثا- حرية المتعاقد في تحديد مضمون العقد 10

الفرع الثالث: تكريس التشريعات لمبدأ الحرية التعاقدية.....11

أولا- تكريس مبدأ الحرية التعاقدية في القانون الفرنسي.....11

ثانيا- تكريس مبدأ الحرية التعاقدية في القانون الجزائري 11

المطلب الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة.....12

الفرع الأول: الطابع الشكلي المفروض على مبدأ سلطان الإرادة.....12

أولا- الشكلية المباشرة.....13

ثانيا-الشكلية غير المباشرة.....14

الفرع الثاني: تقييد موضوع التعاقد.....16

المبحث الثاني: مبدأ القوة الملزمة للعقد.....18
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقوة الملزمة للعقد 18
الفرع الأول: تعريف القوة الملزمة للعقد 19
الفرع الثاني: نطاق القوة الملزمة للعقد 19
أولا- تحديد النطاق من حيث الأشخاص 19
ثانيا- تحديد النطاق من حيث الموضوع 24
المطلب الثاني: حدود القوة الملزمة للعقد و جزاء الإخلال بها.....26
الفرع الأول: حدود القوة الملزمة للعقد.....26
أولا- المبدأ العام" العقد شريعة المتعاقدين".....26
ثانيا- الإستثناءات.....27
الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد 30
أولا- الدفع بعدم التنفيذ.....30
ثانيا - فسخ العقد.....32
ثالثا- الإنفساخ.....34

الفصل الثاني: حسن النية كمبدا توجيهي حديث لنظرية العقد

المبحث الأول: مبدأ حسن النية في الفترة السابقة للتعاقد 37
المطلب الأول: المقصود بمبدأ حسن النية.....37
الفرع الأول: تعريف مبدأ حسن النية و خصائصه 38
ثانيا- خصائص مبدأ حسن النية 39
الفرع الثاني: معايير التمييز لحسن النية في العقود 40
الفرع الثالث: إلتزامات الطرفين في مرحلة التفاوض.....41
أولا- الإلتزام بالتفاوض.....41
ثانيا- الإلتزام بالإعلام 42

ثالثا- الإلتزام بالتعاون و المحافظة على سرية المعلومات.....44
المطلب الثاني: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالإلتزامات في مرحلة التفاوض.....45
الفرع الأول: طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالإلتزامات في مرحلة التفاوض.....45
الفرع الثاني: شروط المسؤولية عن عدم التفاوض بحسن النية.....46
أولا- الخطأ.....46
ثانيا- الضرر.....47
ثالثا- العلاقة السببية.....47
الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض 48
أولا- التنفيذ العيني.....48
ثانيا- التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض 48
المبحث الثاني: مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد 50
المطلب الأول: تنفيذ العقد في الحالات العادية.....50
الفرع الأول: مظاهر حسن النية.....51
أولا- الإلتزام بالأمانة والنزاهة 51
ثانيا- الإلتزام بالعدل و الإنصاف 54
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحسن النية في العقود 55
أولا- حسن النية في العقود بوصفه التزاما قانونيا.....55
ثانيا-حسن النية في العقود بوصفه قاعدة قانونية.....56
ثالثا-واجب حسن النية.....56
المطلب الثاني: تنفيذ العقد في الحالات الإستثنائية.....57
الفرع الأول: تنفيذ العقد طبقا لنظرية الظروف الطارئة 57
أولا-مضمون هذه النظرية 58
ثانيا-شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 59

ثالثا- سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.....61
الفرع الثاني: حسن النية و نظرة الميسرة.....61
أولا-تعريف نظرة الميسرة.....62
ثانيا-الضوابط القانونية في منح القاضي لنظرة الميسرة.....63
ثالثا-سقوط الأجل في نظرة الميسرة.....64
خاتمة.....65
قائمة المصادر والمراجع 67
فهرس المحتويات 78
ملخص

ملخص

لعبت الإرادة في ظل النزعة الفردية دورا بارزا و لمدة طويلة في إنشاء الروابط العقدية و تحديد آثارها دون قيد أو شرط، ما دامت تلتزم بحدود النظام العام و الآداب العامة، فمن خلال المفهوم التقليدي للعقد فإنّ إرادة المتعاقدين كانت كفيلة وحدها أن تكون مصدر للالتزامات التعاقدية، لكن هذه الحرية قد تغيّرت بحيث أصبحت مقيّدة بنصوص قانونية آمرة.

أصبح التمسك بالمبادئ التقليدية لنظرية العقد لا يضمن التوازن العقدي المنشود، بحيث ترتب عليه العديد من النتائج السلبية أهمّها عدم توفير الحماية الكافية للطرف الضعيف و عدم تحقيق العدالة العقدية اللاّزمة ممّا دفع إلى ضرورة تجسيد الجانب الأخلاقي في العلاقة العقدية من خلال الالتزام بمبدأ حسن النية الذي يهدف إلى الموازنة بين تحقيق العدالة العقدية و المصلحة الشخصية للمتعاقد.

Résumé

Sous la tendance individuelle, la volonté a longtemps joué un rôle prépondérant dans l'établissement des liens contractuels et la détermination inconditionnelle de leurs effets, pour autant qu'elle adhère aux limites de l'ordre public et de la morale publique. Cependant, cette liberté a changé de sorte qu'elle est limitée par des textes juridiques impératifs.

Le respect des principes traditionnels de la théorie du contrat ne garantissait pas l'équilibre nécessaire souhaité, car il avait de nombreuses conséquences négatives, dont la plus importante était le fait de ne pas fournir une protection adéquate à la partie faible et le fait de ne pas parvenir à la justice contractuelle nécessaire, ce qui a conduit à la nécessité d'incarner l'aspect éthique dans la relation contractuelle en adhérant au principe de bonne foi visé, pour équilibrer la réalisation de la justice contractuelle et l'intérêt personnel du contractant.