جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

مبدأ حسن النية

في إبرام التصرفات القانونية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
فرع قانون خاص
تخصص قانون خاص شامل

من إعداد الطالبتين:
مزاي ليدية
مزياني زينة

تحت إشراف الأستاذة:
د/إملول ريمة

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذة أيت شاوش دليلة.....رئيسا
الأستاذة إملول ريمة.....مشرفا ومقررا
الأستاذ غانم عادل.....ممتحنا

السنة الجامعية 2022/2021

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله جلى علاه الذي أعاننا وقدرنا

ووفقنا لإنجاز هذا البحث

كما نتقدم بالشكر إلى كل أساتذتنا الأفاضل

ونتوجه بجزيل الشكر إلى الأستاذة المشرفة

الدكتورة إملول ريمة لقبولها الإشراف علينا

وعلى توجيهاتها ونصائحها القيمة

كما نتقدم بالشكر إلى لجنة المناقشة

وكل من ساعدنا وأمدنا بيد العون

الإهداء

أهدي هذا البحث لمن شجعني على المثابرة

والعمل الدؤوب، لأمي وأبي حفظهما الله

ولكل من أعرفهم سواء من قريب أو من بعيد

ولكل من دعمني وحفزني من بداية مشواري الدراسي

إلى غاية يومنا هذا

ولعائلتي، ولأختي قرة عيني

والحمد لله، دائما وأبدا

ليدية

الإهداء

إلى نبع المحبة والحنان صاحبة الدعاء الدائم، إلى أجمل إبتسامة في حياتي

إلى أروع إمرأة في الوجود

أمي العزيزة

وإلى من لم يبخل علي بأي شيء، إلى من سعى لأجل راحتي ونجاحي

إلى أعظم وأعز رجل في الكون

أبي العزيز

وإلى من إعتمدت عليهم وإستندت إليهم في كل صغيرة وكبيرة

إخواني وأخواتي

وإلى مصدر سعادتي، وأغلى شخص لي في حياتي

سوسة

وإلى أعز شخص وأطيب قلب التي هي في مكانة أمي الثانية

خالتي الكريمة

وإلى كل من ساعدني في كتابة هذه المذكرة

وإلى كل من تمنى لي النجاح الذين أحمل لهم المحبة والتقدير

زينة

قائمة لأهم المختصرات

أولا: المختصرات باللغة العربية

ج.ر.ج.ج= الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ق.م.ج= القانون المدني الجزائري.

د.ط= دون طبعة.

د.د.ن= دون دار النشر.

د.ب.ن= دون بلد النشر.

د.س.ن= دون سنة النشر.

ص ص = من صفحة إلى صفحة.

ص= صفحة.

ثانيا: المختصرات باللغة الفرنسية

Art= Article.

Al= Alinéa

N= Numéro.

P= Page.

pp= De la page à la page.

J.O.C.E= Journal Officiel de la Communauté Européenne.

مقدمة

إهتم الفقه بدراسة نظرية العقد وأعطى لها أهمية خاصة مقارنة بغيرها من النظريات الأخرى في القانون المدني، وذلك للدور الذي يقوم به العقد في حياتنا اليومية، فهو الأساس الذي تقوم عليه المعاملات المالية في المجتمع[1].

يترتب على إبرام العقد، نشوء إلتزامات معينة على كاهل كل من طرفيه، أو على كاهل أحدهما، وقد يترتب عليه تعديل حقوق قائمة أو نقلها أو إنهائها، والقانون يقرر إلزام ما يتضمنه العقد من أحكام ويحيط ذلك بالجزاء ليكفل إحترامها، وهو ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد، ولهذا الأخير علاقة وثيقة مع مبدأ حسن النية[2]، والتي تظهر من خلال محتوى **المادة 106** من ق.م.ج والتي جاء فيها: "**العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون**"[3].

إضافة إلى نص **المادة 107** من ق.م.ج[4] التي أضفى من خلالها المشرع الطابع الإلزامي لمبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، كما أنه يعتبر مبدأ أخلاقي قانوني، يلعب دور المحرك في العلاقة العقدية والنية الحسنة إذًا مفترضة لدى كل متعاقد[5]، ولقد نصت الكثير من القوانين الوضعية بما فيها القانون الفرنسي والقانون الجزائري على مبدأ حسن النية، فحرمت كل فعل أو ترك يتعارض مع حسن النية ومقتضياته، والملاحظ أن هذه التشريعات لم تضع تعريفًا قانونيًا محددًا لهذا المبدأ بل تركت أمر تعريفه للفقه والقضاء، فالمشرع ألزم المتعاقدين بمراعاة حسن النية

---

[1]–بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2006، ص 01.

[2]–محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن، ص 274.

[3]–أنظر المادة 106 من الأمر رقم 75–58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

[4]–أنظر المادة 107 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[5]–إقلولي أولد رابح صافية، "التكريس القانوني لمبدأ حسن النية في العقد، عنصر المنافسة لحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد"، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء 01، العدد 14، الجزائر، 2020، ص 131 وما يليها.

والإلتزام بمقتضياته، سواء في المرحلة السابقة على التعاقد أو في مرحلة تنفيذ العقد، وألزم القاضي بحل خلافات المتعاقدين على ضوء ما تمليه القوة الملزمة للعقد وحسن النية[1].

والحقيقة أن مبدأ حسن النية لم يكن حبيس حقبة زمنية معينة، بل عرفته مختلف النظم القانونية[2]، حيث كان في القانون الروماني من مصادر القاعدة القانونية إذ يتدخل من خلالها القاضي لفرض إلتزامات على طرفي العقد، ولتحقيق التوازن العقدي، وقد كان الدين هو الضابط والمنظم للمجتمع، بعد ذلك حل القانون محل الدين وتحول الوعد الديني لعقد قانوني رسمي ويعتبر الفقيه الروماني "شيشرون" أول من حول مبدأ حسن النية من مجال الأخلاق لمجال التعاملات مع الأجانب، وحسن النية في القانون الروماني كان يتمثل في الـFAS ثم أصبح الـFIDES ثم إنتهى به الأمر إلى الـFIDES BONA الروحانية الشهيرة[3].

أما القانون الكنيسي، فلقد سيطرت الكنيسة على المقومات الشعبية والقضائية، حيث كان رجال الدين (البابا) يربطون بين الأعمال والنيات، فتأخر القانون بهذا التفكير عامة والإرادة ودورها في التصرفات بصفة خاصة، فقد تحرر الفقه الكنيسي من تأثير القانون الروماني، وأطلق حرية الإرادة في التصرفات وحررها من القيود الشكلية، وباتت الإرادة وحدها كافية لإنشاء الإلتزام، ومن القواعد المكرسة في القانون الكنيسي عدم تنفيذ الإلتزامات ذات الغرض غير المشروع، وأن يفسر كل إلتزام بحسن نية، وأوجب الوفاء بالتعهدات وتعادل الإلتزامات الثابتة بين المتعاقدين، وحرم الغش والغبن والغرر، وأجاز تعديل الإلتزامات في حالة تغير الظروف، وكل ذلك يدخل ضمن مبدأ حسن النية وتكوين العقد وتنفيذه[4].

---

[1]–ياسر محمد النيداني، "حسن النية في عقد التأمين"، معهد العجمي العالي للعلوم الإدارية، الجزء 04، عدد 35، د.ب.ن د.س.ن، ص 1354.

[2]–زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص.ص 06–07.

[3]–قادري عبد المجيد، "مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد"، مجلة جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 34 عدد 02، جامعة باجي مختار، قسنطينة، 2020، ص 992 وما يليها.

[4]–المرجع نفسه، ص 996.

كما إهتمت الشريعة الإسلامية بالنية في العبادات والتقرب إلى الله عز وجل في العقود والمعاملات المالية، بغض النظر إلى كون النية التي تأخذ بها باطنة أم ظاهرة أم كلاهما معًا[1] وتضمن القرآن الكريم الكثير من الآيات التي ترسخ من مفهوم ومبدأ حسن النية في التصرفات بكافة أنواعها، ومن ذلك قوله تعالى: "**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**"[2]، فكل شرط أو عقد يجب الوفاء به ما لم يخالف كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم[3]، وقوله تعالى: "**إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكرون**"[4].

وهناك الكثير من الأحاديث النبوية المطهرة تأمرنا بحسن النية وتنهى عن سوء النية في التصرفات، إذْ أن حسن النية ليس أمرًا داخليًا قلبيًا بل هو مظهر وسلوك في الواقع الخارجي، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل إمرىء ما نوى**"، فالأصل هو حسن النية في الأعمال جميعها عبادات ومعاملات، حيث يستدل بهذا الحديث على بطلان العهود التي ساءت فيها النية[5].

وفي القانون الفرنسي ظل متمسكًا بالقاعدة الرومانية القائلة: "**أن الإتفاقات لا ترتب إلتزامات**"، والتي منعت تقدم فكرة المقاصد والنيات في العقود، إلى غاية القرن الثاني عشر، أين برز دور الإرادة خاصة في النظرية الحديثة للسببية، وإنساق معظم الفقه والقضاء الفرنسي في ذلك، منه أوجب تنفيذ العقود بحسن نية، رغم أن المحاكم الفرنسية لم تستند لمفهوم حسن النية إلا نادرًا إلى غاية 1985، أين تطرقت محكمة النقض الفرنسية لأول مرة **للمادة 1134 الفقرة 03**

---

[1]–بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستر، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2013، ص 26.

[2]–الآية رقم 01 من سورة المائدة.

[3]–بوكلوة كنزة، بوطرينخ فضة، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2018، ص 16.

[4]–الآية رقم 90 من سورة النحل.

[5]–بوكلوة كنزة، بوطرينخ فضة، مرجع سابق، ص 17.

من القانون المدني الفرنسي[1]، فيما يتعلق بشركة تأمين سيئة النية حيث رفضت التعويض عن سرقة سيارة بحجة أن نوع الجهاز الواقي من السرقة لم يكن المعتمد من طرفها، رغم أنها لم تقدم ما يثبت إرشادها للمؤمن له على الأنواع المعتمدة[2].

إن أهمية مبدأ حسن النية تظهر في تحقيق أهداف القانون المتمثلة في المحافظة على إستقرار التعامل، وتحقيق العدالة، والتخفيف من المخاطر الإقتصادية التي قد تصيب أطراف العلاقة العقدية، فالتشريع مهما كان مفصلًا لا يمكنه الإحاطة بجميع الجزئيات، لذلك يترك المشرع للقاضي مجال يسمح له بإستخدام سلطته التقديرية لتحقيق العدالة في العقود، من هنا تظهر العلاقة بين تطور دور مبدأ حسن النية، وتطور دور القاضي[3]، ومن ثم فإن دراسة ما يفرضه المبدأ، مرتبط بشكل مباشر بدور القاضي في إقرار العدالة في العقد، فهو يماثل ويقابل العمل التشريعي المتجدد وإختفائه يؤدي إلى إبعاد الأمن القضائي للمتعاقدين، ومن ثم يلعب المبدأ دوره في تحقيق التوازن بين طرفي العلاقة العقدية، وبشكل أو بآخر لا يمكن تجنب الأخذ به، ويؤدي اللجوء إليه لتخفيف من صرامة بعض النصوص القانونية، والتي قد يؤدي التقيد بحرفية تطبيقها إلى مخالفة روح العدالة، فيقع على عاتق القضاء مسؤولية هائلة بخصوص تطبيقات المبدأ، سواء في مرحلة تنفيذ العقد أو في مرحلة المفاوضات العقدية[4].

ومما لاشك فيه أن موضوع مبدأ حسن النية في إبرام التصرفات القانونية من المواضيع الجديرة بالدراسة، وبحكم طبيعته الأخلاقية والصعوبات التي واجهت كل من الفقه والقضاء لإعماله في المجال القانوني وجب علينا تسليط الضوء على مقتضياته ودوره خلال مختلف مراحل إبرام العقد وتحديد الكيفية التي إعتمدتها التشريعات في تنظيمه وتكريسه.

---

[1]–Code Civil Français, D.Paris, France, 103 éd, 2004, p.921, Art.1134, Al.03: "Elles doivent être exécutées de bonne foi".

[2]–بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 18.

[3]–زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 14.

[4]–المرجع نفسه، ص.ص 15–16.

ومما سبق عرضه يثور الإشكال حول مدى تأثير مبدأ حسن النية على مراحل إبرام العقد والإلتزامات التي يفرضها هذا المبدأ على أطرافه؟

ومحاولة للإجابة على الإشكالية المطروحة إتبعنا من خلال دراستنا كل من المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل النصوص القانونية وإستعراض الجزئيات التي تتعلق أساسًا بالموضوع محل الدراسة.

مع مقارنة مختلف المواقف التشريعية على رأسها القانون الجزائري مع القانون الفرنسي بحكم التشابه في بعض الحالات والتطابق في كثير من الأوقات والإختلاف في بعضها الآخر وإعتمدنا على المنهج الوصفي من خلال توضيح المعاني وكشف الغموض.

ولهدف الحفاظ على التوازن في دراستنا لمبدأ حسن النية في إبرام التصرفات القانونية وإعطاء نظرة شاملة له سنعتمد على خطة ثنائية التقسيم، حيث سنتعرض في البداية إلى مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد **(الفصل الأول)**، ومبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

مبدأ حسن النية

في مرحلة تكوين العقد

يعتبر مبدأ حسن النية من أهم المبادئ التي تزاول العقد في جميع مراحله، إبتداءًا من مرحلة التفاوض مرورًا بإبرام العقد إلى غاية تنفيذه، وذلك بعد إتفاق المتعاقدان على جميع بنود العقد وعليه فإن أهم مرحلة يبنى عليها العقد هي مرحلة التفاوض، والتي من خلالها يتم مداولة ومناقشة جميع وجهات النظر وتبادلها على نحو واضح وصريح، وتجد هذه المرحلة أهميتها من خلال فرض إلتزامات معينة على الأطراف كالتحلي بالصدق والأمانة والإستقامة، وبالتالي فالمرحلة السابقة على التعاقد تعتبر عمل مادي يقوم على أساس الواجب القانوني بعدم الإنحراف عن المسلك المعتاد أو المتعارف عليه والمألوف لتجنب إلحاق ضرر بالغير، ومن المبادئ المكرسة خلال هذه المرحلة مبدأ حرية التعاقد وبالتالي حرية التفاوض مع تكريس مبدأ سلطان الإرادة قبل التعاقدي من خلال منح حرية مطلقة للأشخاص في إبرام عقود تتناسب مع إختياراتهم وكذا متطلباتهم[1]، بالإضافة لإلزامية التفاوض وفق مقتضيات مبدأ حسن النية، ومنه يؤدي الإخلال بهذا الشرط أو أحد الإلتزامات المتفرعة عن هذا المبدأ إلى قيام مسؤوليته المدنية.

الأمر الذي يتطلب التطرق إلى مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد **(المبحث الأول)**، وكذا أثار الإخلال بمقتضياته خلال هذه المرحلة **(المبحث الثاني)**.

[1]–جيلالي محمد، بن عمارة محمد، "دور مبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة للتعاقد في التشريع الجزائري"، مجلة صوت القانون، المجلد 07، عدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، تيارت، 2021، ص 1212.

المبحث الأول

مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد

يكتسب النظام الذي يحكم العقود أهمية قصوى على الصعيد الإقتصادي والإجتماعي للأمم مما يستوجب التركيز على أخلاقيات التعاقد[1]. تقوم كل الأنظمة القانونية على خاصية أساسية في العقود ألا وهي نتيجة لتلاقي الإيجاب والقبول في لحظة معينة ومع ذلك فكثيرًا ما يلجأ الأطراف إلى مرحلة المفاوضات لتحديد معالم العقد المراد إبرامه، الأمر الذي يجعل العقد يمر أثناء تكوينه بمرحلة مستقلة عن مرحلة الإبرام التي قد تطول أو تقصر.

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ القانونية الراسخة والتي لا يمكن إنكارها أو إغفال وجودها لما لها من أهمية في القانون، حيث يترتب على مراعاتها تطبيق أحكام القانون وعلى معارضتها مخالفة القانون وإنتهاك صريح لأحكامه، وقد مر هذا المبدأ بمراحل عديدة ليصبح من المبادئ القانونية العامة للقانون، والتي تعترف بها معظم التشريعات في العالم بما فيها القانون الفرنسي والقانون الجزائري وكرسته في نصوصها، بحيث تلزم فيها المتعاقدين بمراعاته عند تنفيذ العقد لكنها لم تتطرق إلى هذا المبدأ ما قبل تنفيذ العقد[2]، رغم أهميته في كل مراحل العقد خاصة في المرحلة السابقة للتعاقد، بإعتبارها المرحلة الممهدة للعقد لما تحتويه لأهم الإلتزامات وحقوق طرفي العقد[3]، وقد إرتأينا تناول مرحلة التفاوض وفق مقتضيات حسن النية **(المطلب الأول)**، وكذا مختلف الإلتزامات المترتبة عنها **(المطلب الثاني)**.

---

[1]–زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 04.

[2]–عهود أحمد حسين خليفات، "مدى إنسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية" مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 05، عدد 01، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2020، ص 571.

[3]–عبد الحكيم بن عيسى، "مبدأ حسن النية في العقد"، مجلة الميدان للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 04، عدد 01 جامعة تلمسان، الجزائر، 2021، ص 171.

المطلب الأول

التفاوض وفق مقتضيات حسن النية

إن الصعوبات والمخاطر التي تحملها بعض العقود تجعل من الصعب أن تبرم مباشرة فلابد من الدخول بشأنها في مفاوضات كبيرة قد تستغرق وقتًا طويلًا، وهذا العمل قد يوكل إلى أطراف عدة في مختلف الجوانب الإقتصادية والفنية والقانونية فبغية الوصول إلى تسوية وإتفاق قد تبدأ المفاوضات بدعوة تسمى بالدعوة إلى التفاوض توجه لطرف آخر بشأن عقد معين[1]، والأصل أن المرحلة السابقة للتعاقد أو المفاوضات تخضع لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، حيث يحتفظ كل طرف فيها بحريته في إبرام العقد من عدمه.

إضافة لمبدأ حسن النية الذي يفترض أن يسود جميع المراحل التي يمر بها العقد[2] ويحظى بأهمية كبيرة في مرحلة المفاوضات والتي تطرح العديد من التساؤلات والصعوبات سواء على مستوى تعريفها وتحديدها **(الفرع الأول)**، وكذا الدور الذي يؤديه خلال هذه المرحلة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف التفاوض بحسن نية

كانت المعاملات تتسم بأنها متواضعة ومحدودة وذلك ومن حيث قيمتها ونطاقها، فالعقد بسيط من حيث شكلياته، وحتى القواعد المنظمة له متلائمة إلى حد كبير مع حاجيات المجتمع، إلا أنه أصبحت القواعد التقليدية غير قادرة على الإستجابة لضرورات وسائل الإنتاج الصناعي وطرق التسويق الحديثة، كما صارت تعجز عن مجابهة المخاطر التي تنطوي عليها عادة العقود التقليدية

---

[1]–حليس لخضر، "مرحلة المفاوضات التعاقدية"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، الجزائر 2017، ص 165.

[2]–محمد ربيع أنور فتح الباب، "أثر مبدأ حسن النية في إنهاء عقود المدة دراسة تحليلية"، المجلة القانونية، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، مصر، د.س.ن، ص 174.

كالعقود التي تبرم من أجل الحصول على الخبرات الفنية والتكنولوجية، ولقد كانت هناك محاولات عديدة من جانب الفقه لإرساء تعريف محدد للمرحلة السابقة على التعاقد[1].

فقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف المفاوضات على أساس أنها التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء، والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى إتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة إقتصادية، قانونية، تجارية، سياسية...

في حين يعرفها جانب آخر من الفقه، بأنها تلك المرحلة التمهيدية التي تتم في دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل ليس هناك إيجاب بالعقد يمكن قبوله، وإنما هناك عروض وعروض مضادة.

والتعريف الراجح هو القائل بأن التفاوض على العقد هو حدوث إتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر، بمقتضى إتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات، وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل للإتفاق بشأن عقد معين، تمهيدًا لإبرامه في المستقبل[2].

ويتضح مما سبق عرضه أن المفاوضات هي عملية تفاعل حقيقي بين الأطراف الراغبة في التعاقد، تبدأ بدعوى توجه من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر للدخول في المفاوضات، بهدف إبرام عقد معين يتم خلالها تبادل الآراء والعروض والعروض المضادة، وطرح البدائل من أجل بلورة إيجاب مشترك تتضح من خلاله الملامح الرئيسية لنطاق حقوق وإلتزامات الأطراف، فيما يتعلق بالعقد المراد إبرامه مستقبلًا[3]، وتتجلى أهمية حسن النية أثناء سير المفاوضات عن طريق مراقبة سلوك المتفاوضين وردع أي سلوك يتنافى مع النزاهة والثقة اللازمة خلال هذه المرحلة[4]، وتجدر

---

[1]–حليس لخضر، مرجع سابق، 164.

[2]–بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتواره تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017، ص11.

[3]–المرجع نفسه، ص 12.

[4]–عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 66.

الإشارة إلى أن هناك عقود لا تسمح بطبيعتها بالتفاوض، أي أن التفاوض بشأنها مستبعد تمامًا لأن تحديد شروط العقد فيها خاضع إلى مطلق إرادة أحد الطرفين ولا يسع للمتعاقد الآخر إلا الإذعان لبنود العقد والتي تعرف بـ "عقود الإذعان"[1]، والتي تطرق إليها المشرع الجزائري في القانون المدني في **المادة 70**[2]، وهذا يتطابق والمفهوم الوارد في نص **المادة 04 الفقرة 03** من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 03 جوان 2004، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي تعرف العقد بأنه: "**كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقًا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغير حقيقي فيه**"[3] وكما أشرنا سابقًا، فإن معظم التشريعات المقارنة لم تبين موقفها بشكل صريح فيما يتعلق بالمرحلة السابقة للتعاقد، رغم أهميتها في تحديد معالم العقد، من بين هاته التشريعات نجد المشرع الفرنسي **(أولا)**، والمشرع الجزائري **(ثانيا)**.

أولا: موقف المشرع الفرنسي

إقتصر المشرع الفرنسي بدوره تطبيقه لمبدأ حسن النية فقط على مرحلة تنفيذ العقد ولا يمتد إلى مرحلة التفاوض، حيث نص القانون المدني الفرنسي في **المادة 1134 الفقرة 03** على أن الإتفاقات بالفعل يجب أن تكون منفذة بحسن النية، أما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد فلم يرد بشأنها نص في القانون المدني الفرنسي يفرض على الأطراف التفاوض بحسن النية.

لكن مع بداية القرن العشرين بدأ الفقه الفرنسي يهتم بدراسة المفاوضات التمهيدية حيث أصبحت هذه الأخيرة تشكل المشكل الأكثر طرحًا في مجال المسؤولية ما قبل العقدية، فكان الفقيه "Labde" أول من إعتنى بمشكل المفاوضات التمهيدية وذلك من خلال تعليقًا له على بعض

---

[1]-بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 13.

[2]-أنظر المادة 70 من الأمر رقم 75-58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[3]-أنظر المادة 04 فقرة 03 من القانون رقم 04-02، مؤرخ في 03 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج، عدد 41، مؤرخ في 23 جوان 2004، معدل ومتمم.

الإجتهادات القضائية[1]، وقد إعتبر الفقيه الفرنسي مبدأ حسن النية من المبادىء العامة للقانون الوضعي، وأن إشتراط **المادة 1134** تنفيذ العقد بحسن نية ليس سوى تطبيق لمبدأ قانوني عام لا يقتصر نطاقه على مرحلة تنفيذ العقد، بل يبدأ تطبيقه ومراعاته منذ بدء مرحلة التفاوض على العقد.

وعليه يذهب الرأي الفقهي السائد في فرنسا إلى الإعتراف صراحة بأن مبدأ حسن النية عند إبرام العقد يفرض على المتعاقدين منذ لحظة بدء المفاوضات التمهيدية الإلتزام إيجابيًا بالصدق والأمانة والتعاون، وإحاطة الطرق الآخر بظروف وملابسات العقد المراد إبرامه، وقد حسم المشرع الفرنسي الأمر بشكل قطعي من خلال تعديله للقانون المدني في 2016[2].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

بالرغم من الأهمية الكبيرة التي يكتسبها التفاوض، إلا أن هاته المرحلة لم تحظى بالتنظيم من قبل المشرع الجزائري، مثله مثل معظم القوانين المقارنة، وتعد إشارته إلى مبدأ حسن النية في **المادة 107** من القانون المدني[3] غير كافية لتنظيم مرحلة المفاوضات[4]، وحذا في ذلك حذو المشرع الفرنسي الذي يتبنى مبدأ سلطان الإرادة مفسحًا المجال لإرادة الأطراف وحريتهم في التعاقد، ولذا تجاهل المشرع الفرنسي النص على مرحلة المفاوضات وما يمكن أن ينتج عنها من إلتزامات وهذا ما إنعكس على التشريع المدني الجزائري الذي جاءت نصوصه خالية من النص على مرحلة المفاوضات.

ونلاحظ كذلك غياب الإجتهادات القضائية المتعلقة بمرحلة التفاوض وبالتالي كان لابد من الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية ولا سيما قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها

---

[1]–بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 65.

[2]–علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 398.

[3]–أنظر المادة 107 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[4]–قادري عبد المجيد، عمراني مراد، "إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، عدد 02، جامعة باجي مختار، عنابة، 2019، ص 784.

في **المادة 124** ق.م.ج المعدلة والتي تنص على أنه: "**كل فعل أيًا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررًا للغير يلزم من كان سببًا في حدوثه بالتعويض**"[1]، فرغم أن مرحلة التفاوض تخضع لمبدأ الحرية، إلا أن هذه الحرية مقيدة في حدود عدم الإضرار بالغير[2].

ومن جهة أخرى فإن جانبًا من الفقه الجزائري يذهب إلى القول بأن المشرع الجزائري من خلال نص **المادة 107** أشار ضمنيًا إلى وجوب الإلتزام بحسن النية في جميع مراحل العملية التعاقدية سواء تعلق الأمر بمرحلة تنفيذ العقد أو مرحلة التفاوض على العقد[3].

الفرع الثاني

وظيفة مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض

يهدف مبدأ حسن النية في فترة تكوين العقد والإتفاقات والعقود الممهدة للتعاقد إلى الحفاظ على توازن العلاقة التعاقدية خلال مرحلة التفاوض على بنود العقد. كما أنه يفرض قانون الإلتزام بالإعلام، والإدلاء بكافة البيانات للطرف الآخر، وكذا حماية حريته وإرادته التعاقدية بهدف الإحاطة الشاملة بمضمون العلاقة التعاقدية، وعناصرها الأساسية في كل الجوانب ومن ثم حماية الرضا وسلامته من العيوب التي يمكن أن تتمخض في فترة تكوين العقد، فكان لابد من تزويد المفاوض المقابل بالمعلومات الضرورية والبيانات الكافية للإختيار بين السلع والخدمات المعروضة.

وإن كان المشرع الجزائري أشار إلى دور المبدأ في تنفيذ العقد وأغفل دوره في إبرام العقد إلا أن نصوصًا عديدة أشارت إليه بشكل غير مباشر، إما من خلال نظرية عيوب الرضا، حيث يعتبر حسن النية شرطًا للتمسك بأي عيب من عيوب الإرادة، وإما بالإشارة إلى نظرية التعسف في

---

[1]–أنظر المادة 124 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[2]–بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص.ص 67–68.

[3]–قادري عبد المجيد، عمراني مراد، "إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، مرجع سابق، ص 790.

إستعمال الحق والتي تعد من تطبيقات المبدأ[1]، وبالتالي لمبدأ حسن النية دور محوري في مرحلة التفاوض **(أولا)**، ويهدف بشكل أساسي لحماية الأطراف من خلال الدور الوقائي الذي يجسده أثناء هذه المرحلة **(ثانيا)**.

أولا: دور مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض

إن عملية التفاوض (Négociation on pour parles pré_contractuels)،أو المرحلة السابقة على إبرام العقد (Période pré_contractuelle)، تعد من أهم مراحله وأخطرها على الإطلاق[2]، وبالرجوع إلى الأصل فللشخص مطلق الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، أو يتفاوض أو لا يتفاوض، كما أن للشخص الحق في الإنسحاب من التفاوض، على أن لا يترتب على هذا الإنسحاب ضرر للطرف الآخر، ولما أصبح التفاوض عملية مكلفة في كثير من الأحيان، فإن الأطراف الراغبة في إجراء عقد ما تلجأ إلى العقود التمهيدية لتسهيل عملية التفاوض وعقد التفاوض بحسن النية هو من أهم العقود حيث يضمن جدية الأطراف في التفاوض[3].

يؤدي مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض دور مهم وفعال فالمقصود منه هو ترسيخ مبادىء الصدق والأمانة والثقة والصراحة والشفافية وعدم الغش والإحتيال، حفاظًا على مصلحة الأطراف في إدارة المفاوضات والإستمرار في إنجاحها بشتى الطرق، في الوقت المحدد لكل مرحلة من مراحل التفاوض، وذلك بتقديم المقترحات والحلول المقنعة بالوسائل المشروعة والمقبولة من طرفي التفاوض.

إن مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، أو حتى في مرحلة تنفيذ العقد، فضلًا عن دوره في بث الطمأنينة في نفوس الأطراف، فهو ينشأ قاعدة قانونية عامة أساسية في حالة الإلتزام

---

[1]–زيتوني فاطمة زهراء، مرجع سابق، 70.

[2]–حليس لخضر، مرجع سابق، ص 167.

[3]–زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 71.

المشكوك فيه، أو الذي يصعب تكييفه كما أن إخلال أحد أطراف التفاوض بهذا المبدأ المهم خلال مرحلة التفاوض على العقد، يكون بسلوكه هذا مسؤولًا عما يسببه من ضرر للطرف الآخر[1].

ثانيا: الدور الوقائي لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد

تنص **المادة 106** ق.م.ج على أن: "**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون**"[2].

ومن خلال المادة سابقة الذكر نلاحظ أنها تعكس الصورة المبسطة للعملية التعاقدية إبان الحياة الإجتماعية السابقة[3]، حيث كانت تفرض وضعًا مثاليًا هو وجود طرفين متساويين في المراكز الفعلية والقانونية، متساويين في القوة وفي الحاجة إلى التعاقد، مع ذلك توجد ضمن نصوصه ما يوفر حماية للمقدم على التعاقد حسن النية، من سوء نية الطرف المقابل، كتلك المتعلقة بنظرية التعسف في إستعمال الحق (1) وبعيوب الإرادة (2)[4].

1_حسن النية ونظرية التعسف في إستعمال الحق

لما كانت ممارسة الحقوق وتنفيذ الإلتزامات محاطة بإطار من حسن النية، فإن كل تعسف في إستعمال حق ناتج عن العقد من قبل الدائن بالإلتزام يعد إخلالًا بمبدأ حسن النية، من ثم فحسن نية الدائن في المطالبة بتنفيذ الإلتزامات العقدية، دليل على توفر حالة إستعمال الحق الإستعمال المشروع، والإخلال به يؤدي إلى قيام حالة التعسف في إستعماله.

وتلتقي نظرية التعسف في إستعمال الحق مع مبدأ حسن النية في العقود، في أن كلاهما يقيد حقوقًا، غير أن مبدأ حسن النية مفهوم واسع مرن جدًا، يقاس بمعيار شخصي أو موضوعي

---

[1]–جيلالي محمد، بن عمارة محمد، مرجع سابق، ص 1219.

[2]–أنظر المادة 106 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[3]–دزيري إبتسام، وهاب حمزة، "أهم مظاهر تأثير مبدأ حسن النية على مرحلة تكوين العقد"، مجلة المعيار، المجلد25، عدد 61، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2021، ص 455.

[4]–زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 81.

يستوعب المعايير التي حددها المشرع لقيام حالة تعسف، فالتعسف في إستعمال الحق ماهو إلا تطبيق من تطبيقات المبدأ، فهو يقع ضمن مقتضيات حسن النية والذي يفرض إلتزامات ويقيد حقوق فهو أشمل، ومجاله أوسع[1].

ومن جهة أخرى قد يلتقي وقد يفترق مبدأ حسن النية، مع نظرية التعسف في إستعمال الحق، فالشخص إذا إستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير يكون متعسفًا، إلا أنه لا يكفي أن تنتفي نية الإضرار لدى المتعاقد ليكون حسن النية، بل عليه أن لا يهمل، وأن يتيقظ ويتبصر وإلا أعتبر سيء النية ومن ثم إعتبار نظرية التعسف في إستعمال الحق عنصرًا من عناصر حسن النية، يبرر عدم نص المشرع الجزائري عليها، لأنه أشار إلى وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، وهذا المبدأ يغني عن اللجوء إلى نظرية التعسف في إستعمال الحق في فترة تنفيذ العقد[2].

2_حسن النية كشرط للتمسك بعيوب الرضا

تظهر لنا عيوب الرضا الدور الحمائي الذي يلعبه مبدأ حسن النية، والذي يساهم في إستقرار التعامل وإستقرار الحياة العقدية، فالمتعاقد الآخر متى كان حسن النية لا يحتج في مواجهته بإبطال العقد، لذلك يتدخل مبدأ حسن النية في نظرية عيوب الرضا بشكل غير مباشر حيث أن المشرع يعتبر حسن النية أحد الشروط الأساسية، للتمسك بأي عيب من عيوب الرضا سواء في الغلط **(أ)** أو التدليس **(ب)** أو الإكراه **(ج)** أو الإستغلال **(د)**[3].

أ/ الغلط:

يعرف الغلط على أنه وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التعاقد، فهو يصيب الرضا عند إبرام التصرف فيوجه وجهة لا تتفق مع الواقع الذي تمثل في ذهن المتعاقد، ولقد عالج المشرع الجزائري الغلط المعيب للرضا في **المواد**

[1]–زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 82.

[2]–المرجع نفسه، ص.ص 82–83.

[3]–المرجع نفسه، ص 87.

من **81** إلى **85** من ق.م.ج[1]، والملاحظ أن المشرع أولى له أهمية أكبر مقارنة بالعيوب الأخرى ولعل العلة من ذلك أنه لا يحمي أحد المتعاقدين فحسب وإنما يحمي المتعاقد الآخر حسن النية وذلك في حالة ما إذا كان الغلط غير معذور[2]، وقد جاء في مضمون **المادة 82 فقرة 02** من ق.م.ج أنه: "**ويعتبر الغلط جوهريًا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب إعتبارها كذلك نظرًا لشروط العقد ولحسن النية**"[3].

ومنه فقد إشترط المشرع في مضمون المادة السالفة الذكر، الصفة الجوهرية، وقد ربط بين تحديدها وبما يقضي به حسن النية، مما يظهر أخذه بضوابط موضوعية تعين على تحديد الصفة الجوهرية.

إضافة إلى ما سبق ذكره يشترط كذلك أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه، ويقصد بهذا الشرط حماية الثقة المشروعة عند التعاقد مع المتعاقد الواقع في الغلط، والعمل على إستقرار المعاملات، حيث أن المتعاقد إذا كان عالمًا بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد معه ولم يمنعه، في أن يطلعه على الحقيقة أو أن يفعل أي شيء لتصحيحه يعتبر سيىء النية، ومرتكب لخطأ قانوني، يتمثل في إستغلال هذا الغلط[4].

ب/التدليس:

تبرز مظاهر حسن النية جليا في عيب التدليس، فالمدلس يستعمل طرقًا إحتيالية لتضليل المتعاقد الآخر ودفعه إلى التعاقد، فهو بذلك يخالف مبدأ حسن النية مخالفة صريحة ومباشرة في سبيل الوصول إلى إبرام العقد، ما يجعل منه ذو طبيعة مزدوجة، إذْ أنه يمثل من ناحية عيب من

[1]–أنظر المواد من 81 إلى 85 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[2]–دزيري إبتسام، وهاب حمزة، مرجع سابق، ص 460.

[3]–أنظر المادة 82 فقرة 02، من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[4]–دزيري إبتسام، وهاب حمزة، مرجع سابق، ص 461.

عيوب الرضا حيث ينشأ عنه غلط يقع في نفس المدلس عليه، فيدفعه إلى التعاقد كما يعتبر عمل غير مشروع يستوجب التعويض[1] حسب **المادة 124** ق.م.ج[2].

وقد تناول المشرع عيب التدليس في **المادتين 86** و **87** من ق.م.ج[3]، حيث نص في **المادة 86** منه على مفهوم التدليس، والذي يمكن إستنتاج تعريف له على أنه غلط مستثار يقع في أحد المتعاقدين نتيجة إستعمال المتعاقد معه طرق ووسائل إحتيالية لإيهامه وتغريره قصد دفعه لإبرام العقد، والأمر الذي لا جدال فيه أن التدليس يجسد بصورة واضحة مخالفة لمبدأ حسن النية سواء في وجهه الإيجابي بإستعمال الكذب أو الحيل التدليسية، أو حتى في وجهه السلبي بالكتمان أو السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة مؤثرة، وهو ما يعبر عنه بصفة عامة بالعنصر المادي للتدليس والذي أعطى المشرع في **المادة 86** ق.م.ج، مثالين عنهما وهما الحيل والكتمان، وهي كلها وسائل تنوه عن الإنحراف عن مبدأ حسن النية مما تحمله من مظاهر الثقة والشرف والأمانة والنزاهة في المعاملات الواجب توفرها أخلاقيًا وقانونيًا، والتي من المفروض أن تلازم العقد في كل مراحل تكوينه[4].

كما أن التدليس يقوم أيضا على العنصر المعنوي المتمثل في نية التضليل والخداع والذي يعد خطأ مدني يقتضي إدراك المدلس وإنصراف إرادته إلى تحقيق غاية غير مشروعة، تتمثل في إخفاء الحقيقة عن المدلس عليه حتى تنتزع رضاه، خاصة فيما يخص السكوت العمدي، إذ لا بد أن يعتمد المدلس كتمان الواقعة مع العلم مدى تأثيرها على المتعاقد الآخر، وهو ما يعبر عن نية الإضرار، فالطابع الخاطىء للإمتناع هو الذي يفسر الجزاء بإبطال العقد، كما يمكن للمدلس عليه إضافة لحقه في طلب إبطال العقد، له الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر[5]، وقد

---

[1]–دزيري إبتسام، وهاب حمزة، مرجع سابق، ص 462.

[2]–أنظر المادة 124 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[3]–أنظر المادتين 86 و87، مصدر نفسه.

[4]–دزيري إبتسام، وهاب حمزة، مرجع سابق، ص.ص 462–463.

[5]–المرجع نفسه، ص 462.

نص المشرع في **المادة 87** ق.م.ج أنه:" **ليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتمًا أن يعلم بهذا التدليس**"[1].

جـ/ الإكراه:

إن الإكراه الذي يعيب الرضا يعرف بأنه ضغط تتأثر به إرادة الشخص، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد، والذي يعيب الرضا في الإكراه هي الرهبة التي تبعث في نفسية المتعاقد فتدفعه لإبرام العقد[2].

والعلة في عدم جعل الإكراه يعدم الإرادة، هو كون للمكره الخيار بين أن يرفض التعاقد ويتعرض للخطر المحدق به، وبين أن يقبل التعاقد تفاديًا لهذا الخطأ، وقد نص المشرع على عيب الإكراه في **المادة 88** من ق.م.ج[3]، والتي أقر من خلالها أن الإبطال جزاء لعدم نزاهة المتعاقد المكره، ولسوء نيته بعد أن تعاقد مع شخص تحت سلطان رهبة بنية بعثها في نفسه تمسه هو أو غيره، ولم يبين المشرع نوع الخطر وإنما وصفه بالجسامة مما يمكن إعتباره ذو طابع مادي أو معنوي أو مالي، ويقدره القاضي بالمعيار الذاتي حسب ما جاء في **المادة 88** ق.م.ج.

كما يشترط المشرع أيضًا من خلال **المادة 89** ق.م.ج[4]، أن يثبت الطرف المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض حتمًا أن يعلم بهذا الإكراه حتى يتم إبطال العقد، وقد وفق المشرع في الجمع بين تكريس الثقة المطلوبة في العقود عملًا بمبدأ حسن النية والعمل على ديمومتها وإستقرارها، وهو نفس ما جاء في عيب التدليس، فإذا كان الإكراه الصادر عن الغير يتصل بالمتعاقد الآخر لأن هذا الأخير يعلمه أو من المفروض أن يعلمه فإنه يؤثر على صحة العقد ويجعله قابل للإبطال، أما إذا كان هذا الإكراه لا يتصل بالمتعاقد الآخر لأنه حسن النية فإنه

---

[1]–دزيري إبتسام، وهاب حمزة، مرجع سابق، ص 463.

[2]–زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 96.

[3]–أنظر المادة 88 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[4]–أنظر المادة 89، مصدر نفسه.

لا يؤثر على صحة العقد، وإنما ينتج أثره كعمل غير مشروع، وهذا ما يبين لنا الدور الحمائي الذي يلعبه حسن النية في حماية المتعاقد إذْ يعطيه حصانة قانونية[1].

د/ الإستغلال:

هو إستغلال ضعف المتعاقد من قبل المتعاقد معه بغبن ولا شك أن الإستغلال يفيد سوء نية صاحبه، وقد أشار إليه المشرع الجزائري في **المادة 90** ق.م.ج[2].

إذْ يقوم الإستغلال على عنصرين، مادي يتمثل في التفاوت بين إلتزامات المتعاقدين وعنصر نفسي يتمثل في إنتهاز ضعف المتعاقد، ويتحقق ضعف المتعاقد في حالتين، حالة الإستهانة الشديدة بعواقب التصرف، وهو ما يسمى بالطيش البين، وحالة الرغبة الشديدة أو الشعور العنيف، الذي يفقد الشخص سلامة الحكم على ما يتصل بموضوع الرغبة، وهو الهوى الجامح وتوفر العنصر النفسي يفيد سوء نية المتعاقد الآخر الذي إستغل هذا الضعف[3]، ويشترط لإعمال الإستغلال كعيب من عيوب الرضا:

د_1_وجود حالة ضعف معينة والتي حصرها المشرع الجزائري في مظهرين الطيش البين والهوى الجامح في **المادة 90** ق.م.ج.

د_2_أن يكون المتعاقد الآخر سيء النية، على أساس علمه بحالة الضعف التي تعتري المتعاقد المغبون، وقصده إستغلالها لدفعه لإبرام عقد غير متعادل.

د_3_وأن يترتب على الإستغلال غبن فاحش، لكون التعمد بإلحاق ضرر بالطرف الآخر يعتبر إخلالًا بمبدأ حسن النية، هو كون الإستغلال يعد منتجًا لغبن و إخلالًا بالتعادل في الأداءات بين أطراف العقد، مما يحدث خرقًا للعدالة بما تمثله من أمانة ومن ثم مخالفة مبدأ حسن النية، وقد

---

[1]–دزيري إبتسام، وهاب حمزة، مرجع سابق، ص 463–464.

[2]–أنظر المادة 90 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[3]–زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 99.

إعتمد المشرع في وضعه **المادة 90** ق.م.ج إلى العمل على تحقيق حماية المتعاقدين طبقًا لمبدأ العدالة والإنصاف مع الحرص على تدعيم الإستقرار في المعاملات في نفس الوقت[1].

نشير في الأخير إلى أن نظرية عيوب الرضا، لا تغنينا عن مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد ذلك أن كل عيب فيها يحتاج إلى شروط يلزم توفرها فيه ليكون مؤثرًا، غير أنه قد توجد حالات يكون المتعاقد فيها سيء النية، لكن يصعب حماية الغير أو الطرف الآخر عن طريق أي عيب من عيوب الرضا لعدم توافر شروطها، فيعتبر مبدأ حسن النية مبدأ مكملًا لنظرية عيوب الرضا[2].

المطلب الثاني

الإلتزامات المترتبة في المرحلة السابقة للتعاقد

أراد المشرع الجزائري حماية العلاقة التعاقدية حتى قبل بدايتها من خلال الصور السابقة للعقد النهائي، على سبيل المثال مرحلة التفاوض وهي مرحلة مهمة قبل العقد النهائي، والإلتزام بالتفاوض هو إلتزام ذو شقين هامين، الشق الأول هو الإلتزام ببدء التفاوض[3]، وهو الإلتزام من حيث الأصل يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين معًا حيث يكون كل طرف ملتزم في الموعد المحدد[4]، والشق الثاني هو الإلتزام بالتفاوض بحسن النية وهو موضوع محل الدراسة مما يفرض على المتفاوض ألا يلجأ في تفاوضه للغش والخديعة ويتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض بكل صدق وأمانة، سواء في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه.

---

[1]–دزيري إبتسام، وهاب حمزة، مرجع سابق، ص 462.

[2]–زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 99.

[3]–عسالي صباح، "مبدأ حسن النية كمعيار لحماية التعاقد"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 14، عدد 03، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، 2021، ص 729.

[4]–قادري عبد المجيد،عمراني مراد، "إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، مرجع سابق، ص 786.

والغرض من إبرام المتفاوضين بمراعاة حسن النية في سير المفاوضات، وهو إقامة التوازن بين مبدأ الحرية التعاقدية وجدية التفاوض[1]، ويندرج الإلتزام بالتفاوض بحسن النية ضمن الإلتزامات الأساسية **(الفرع الأول)** والتي يرتبها عقد التفاوض، بالإضافة لإلتزامات فرعية **(الفرع الثاني)** تتفرع عن الإلتزامات الأساسية وما يميزها أنها متعددة ومتنوعة.

الفرع الأول

الإلتزامات الأساسية

بالرغم من أن مبدأ حرية التفاوض، يكفل للشخص الراغب في التعاقد، أن يبقى حرًا فيما يتعلق بالدخول في المفاوضات من عدمه، أو في الإنسحاب منها في أي وقت يشاء، وذلك بالنظر إلى ما ستسفر عنه المفاوضات من نتائج، قد تتفق أو لا تتفق مع مصالحه الخاصة، إلا أن صورة الشعور بالأمان الذي يقتضيه إستقرار المعاملات التجارية الدولية، يستوجب بدوره أن يلتزم كل طرف يرغب في التعاقد بالتفاوض وفق مقتضيات حسن النية **(أولا)**، والإستمرار فيه **(ثانيا)**، من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي، ومن ثم إذا قام كل طرف أثناء المفاوضات بتنفيذ إلتزامه فلا مسؤولية عليه، سواء أبرم العقد أو لم يبرم، لأن إبرام العقد النهائي هو أمر إحتمالي، لا يلتزم الطرف المتفاوض بتحقيقه[2].

أولا: الإلتزام بالتفاوض بحسن النية

يسود العلاقات التعاقدية عمومًا وعقد التفاوض على وجه الخصوص، مبدأ حرية التعاقد الذي يقتضي حرية التفاوض، حيث يخول للأطراف المتفاوضة حرية الدخول في المفاوضات أو الإنسحاب منها، وفقًا لما يراه كل طرف مناسبًا لتحقيق مصالحه.

---

[1]–عسالي صباح، مرجع سابق، ص 730.

[2]–بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 66.

إن الأطراف المتفاوضة، تجد نفسها خلال مرحلة المفاوضات أمام إعتبارات متناقضة، إذْ يرغب كل طرف في أن يظل حرًا في الإستمرار أو عدم الإستمرار في التفاوض، وفي نفس الوقت فإن الطرف الآخر يرغب في الحصول على ضمانات كافية، قبل الدخول في المفاوضات، ومن أجل الشعور بالأمان والطمأنينة، للوصول بالمفاوضات إلى الهدف المتوخى منها، ويعتبر مبدأ حسن النية وشرف التعامل إلتزامًا جوهريًا في المفاوضات[1].

ومن أهم القيود التي ترد على حرية الأطراف خلال مرحلة التفاوض على العقد، وهو في نفس الوقت إلتزام يرتبه عقد التفاوض، ويعين على تطبيق مختلف الإلتزامات التي تفرزها هذه المرحلة يشكل قيد عليهما، غير أن تناول الإلتزام بحسن نية في العقود عامة، ينطوي على صعوبة كبيرة، ومرد ذلك إلى أن مصطلح حسن النية يكتنفه الكثير من الغموض وعدم الوضوح فهو يشكل نقطة إلتقاء وإمتزاج بين القانون والأخلاق، بالإضافة إلى الأدوار المختلفة التي يؤديها على مستوى التصرفات القانونية، سواء في مرحلة تكوين العقد، أو إبرامه أو تنفيذه[2].

ثانيا: الإلتزام بالإستمرار في التفاوض

متى بدأت حالة المفاوضات بأن دخل الطرفان فعلًا في دائرتها، بمحض إرادة كل منهما فقد نشأت حالة واقعية يجب الإعتداد بها، ودوام هذه الحالة الواقعية أن كل طرف قد بعث في نفس الطرف الآخر الثقة بأنه سيتناقش معه بجدية ورغبة صادقة بكل ظروف العقد المزمع أو المراد إبرامه، وأنه إذا سارت الأمور حسب المتوقع أو المألوف، فينتهي الأمر بتوقيع العقد النهائي[3].

ويعد الإلتزام بمواصلة التفاوض، إلتزامًا تبادليًا يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين بفرض عليهما التفاوض، وفق لمقتضيات مبدأ حسن النية، وإذا كان الإلتزام بالبدء في المفاوضات هو

---

[1]–قادري عبد المجيد، عمراني مراد، "إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، مرجع سابق، ص 788.

[2]–بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص.ص 74–75.

[3]–عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، د.ط، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص 43.

إلتزام بتحقيق نتيجة، فهي البدء فعلًا في التفاوض ومباشرته، فإن الإلتزام والإستمرار في التفاوض هو إلتزام ببذل عناية، حيث يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين، بذكر الجهود والمساعي وبصورة إيجابية فعالة من أجل التوصل إلى إبرام العقد، غير أن هذا لا يعني إلتزامهما بإبرام العقد النهائي.

ويقتضي الإلتزام بالإستمرار في التفاوض إمتناع المتفاوض عن الإنسحاب من المفاوضات في أي وقت شاء، ودون الإستناد في ذلك إلى مبرر جدي أو موضوعي، أو أن يقف المتفاوض موقفًا سلبيًا تجاه كل ما من شأنه أن يعيق سير المفاوضات، بل يجب عليه بذل كل ما في وسعه من جهد للإستمرار في التفاوض، بطريقة جدية وهادفة[1].

الفرع الثاني

الإلتزامات الفرعية

إضافة للإلتزامات الأساسية، يتفرع عن مبدأ حسن النية بعض الإلتزامات، والتي تعد في مجملها تطبيقًا من تطبيقاته، ويصطلح جانب من الفقه على تسميتها بالأثار التي يرتبها عقد التفاوض، وهذه الإلتزامات كثيرة ومتعددة، تتحدد بمقتضى طبيعة وأهمية العملية التعاقدية ذاتها وإتجاه إرادة الأطراف إلى ترتيبها، غير أن الواقع العملي في مجال المعاملات بصفة عامة، يدلنا على ثلاث إلتزامات[2]، الإلتزام بالإعلام **(أولا)**، الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات **(ثانيا)** والإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية **(ثالثا)**.

أولا: الإلتزام بالإعلام

يظهر ولأول وهلة أنه لا يمكن القول بوجود إلتزام يقع على عاتق أي شخص يجبره على إحاطة الطرف في مرحلة التفاوض بظروف العقد، فكل شخص يجبر على التحري عن ذلك بنفسه أما الإعلام والنصيحة فلا تعدو أن تكون واجبات أخلاقية لا يمكن لها أن ترقى إلى مرتبة الإلتزام

[1]–بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص.ص 71–72.

[2]–المرجع نفسه، ص95.

القانوني، فكل طرف لا يلتزم إتجاه الطرف الآخر إلا بما إرتضاه، وبالمقدار الذي أراده، غير أن مرحلة ما قبل التعاقد أصبحت تعرف اليوم إلتزامًا حقيقيًا يقع على عاتق المتفاوض يتمثل في الإلتزام بإعلام الطرف الآخر عن كل ما يعرفه بشأن ظروف التعاقد[1].

وقد إختلف الفقه حول أساس هذا الإلتزام، فذهب جانب منه لإعتباره من قواعد الأخلاق أما جانب آخر فيرى أن أساس الإلتزام بالإعلام يعود إلى قصور في نظرية عيوب الإرادة في تحقيق هدفها، فالكتمان أو السكوت تبعًا لهذه النظرية لا يسمح للمتعاقد المخدوع طلب إبطال العقد أو التعويض عن ما أصابه من ضرر، غير أن حقيقة الأمر تظهر أنه إلى جانب الإرادة المعيبة هناك ما يعرف"بالإرادة غير المتكافئة"، والتي تؤدي بدورها إلى لا توازن في العقد، فالجهل والنقص في المعلومات تؤدي إلى إختلال في إلتزامات الأطراف[2]، ألزم المشرع الجزائري المتدخل بهذا الإلتزام إتجاه المستهلك من خلال **المادة 17** من قانون حماية المستهلك وقمع الغش[3].

أما من الناحية القضائية، فقد ألزمت محكمة النقض الفرنسية أطراف العقد بهذا الإلتزام من خلال قرار لها سنة 2006، أين قضت بوجود إلتزام بالإعلام قبل التعاقدي في نزاع بين وكالة سياحية وأسفار وأحد المسافرين، حيث أكدت الغرفة المدنية الأولى أنه على وكالة السياحة والأسفار التي قامت ببيع تذكرة سفر لأحد المسافرين، أن تلتزم بإعلامه بشروط وإجراءات الدخول إلى الدولة التي يريد السفر إليها[4].

بالنسبة للتشريع الجزائري، فلم يرد نص صريح في القانون المدني، يفرض الإلتزام بالإعلام خلال مرحلة التفاوض على العقد، غير أن وجود هذا الإلتزام يستند إلى نظرية عيوب الرضا، وقد

---

[1]–بن أحمد الحاج، "القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، عدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د الطاهر مولاي، سعيدة، 2015، ص 19.

[2]–المرجع نفسه، ص 20.

[3]–أنظر المادة 17 من القانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج.ر.ج.ج، عدد 15، مؤرخ في 08 مارس 2009.

[4]–عثماني بلال، "القاضي طرف جديد في العقد المدني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، بجاية، 2017، ص 432.

إعتبر المشرع كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسًا، تجيز للمدلس عليه إبطال العقد، وفق نص **المادة 86 فقرة 02** من القانون المدني[1]، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا الجزائرية، من أن المبدأ هو إعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسًا[2].

كما أكد المشرع الجزائري على هذه الحماية بمقتضى **المادة 4** من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 03جوان 2004، والذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[3]، والتي قضت بأن يتولى البائع وجوبًا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع، وهو نفس الإتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري حماية للمستهلك في القانون المتعلق بوسم المنتوجات[4] والقانون المتعلق بالتأمينات[5].

ثانيا: الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

الإلتزام بالسرية إلتزام مهم يحرص عليه الطرفين سواء أدت المفاوضات إلى التعاقد أم لا وتعني السرية عدم إعلان المعلومات الفنية أو الهندسية أو الكمياوية التي علم بها المتفاوض ويفرض هذا الإلتزام على المتفاوض الإمتناع عن إفشاء هذه المعلومات للغير، والذي قد يستفيد منها أو يستغلها لمنفعته.

قد يتفق الطرفان على إلتزامهما بعدم إفشاء المعلومات التي علماها، وغياب إتفاق على هذا الإلتزام لا يؤثر في وجوده[6]، بمعنى آخر وفقًا للقواعد العامة لا يلزم الشخص المحافظة على ما تلقاه من معلومات إلا إذا كان هناك نص في القانون أو إتفاق بين الطرفين في العقد على ذلك

---

[1]-أنظر المادة 86 الفقرة 02 من الأمر رقم 75-58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[2]-قادري عبد المجيد، عمراني مراد، "إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، مرجع سابق، ص 797 و798.

[3]-أنظر المادة 04 من القانون رقم 04-02، مصدر سابق.

[4]-المرسوم التنفيذي رقم 90-367، مؤرخ في 10 نوفمبر 1990، والمتعلق بالوسم و تقديم المواد الغذائية، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-484، مؤرخ في 22 ديسمبر 2005، ج.ر.ج.ج، عدد 83، صادر في 25 ديسمبر 2005.

[5]-أمر رقم 95-07، مؤرخ في جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج، عدد 13، صادر في 08 مارس 1995 معدل ومتمم.

[6]-حليس لخضر، مرجع سابق، ص.ص 170-171.

وما دام صاحب هذه المعلومات لا يرغب في الكشف عنها للغير[1]، فأساس الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو مبدأ حسن النية، ولا يشمل هذا الإلتزام كل المعلومات المطروحة بل يقتصر على نوعين فقط هما، المعلومات التي يصيغ عليها طابع السرية، وثانياً تلك التي تكون طبيعتها غير قابلة للنشر، ويقدر قاضي الموضوع هذه المعلومات المعلنة، والتي يقتضي حسن النية أن تحاط بالسرية فذلك بحسب ظروف كل قضية[2]، وبالتالي سيعتبر مخالفًا لمبدأ حسن النية إفشاء هذا الطرف لهذه المعلومات أو إستغلالها على نحو غير مشروع[3].

ونجد أن المشرع يفرض إلتزامات بالمحافظة على سرية المعلومات والبيانات التقنية وأسرار المعرفة الفنية وغيرها وهي محمية مدنيًا وجنائيًا بشكل خاص، ونجد قوانين تفرض هذا الإلتزام[4] مثال، قانون حماية المؤلف والحقوق المجاورة، الصادر بمقتضى الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003[5]، والقانون المتعلق بالعلامات التجارية والصناعية الصادر بمقتضى الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003[6]، وقانون حماية التصاميم الشكلية الأمر رقم 03-08 الصادر في 19 جويلية 2003[7].

---

[1]-عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 49.

[2]-حليس لخضر، مرجع سابق، ص 171.

[3]-فياض محمود، "مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، عدد 54، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص 257.

[4]-عبد الحكيم بن عيسى، مرجع سابق، ص 175.

[5]-أمر رقم 03-05، مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر.ج.ج، عدد 44 صادر في 19 جويلية 2003.

[6]-أمر رقم 03-06، مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالعلامات، ج.ر.ج.ج، عدد 44، صادر في 23 جويلية 2003.

[7]-أمر رقم 03-08، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، ج.ر.ج.ج، عدد 44، صادر في 23 جويلية 2003.

ثالثا: الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية

مفاده إمتناع المتفاوض أو كلاهما عن التفاوض مع الآخرين من المنافسين خلال مدة زمنية معينة[1]، فيرى البعض بأن من مقتضيات حسن النية الإمتناع عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير المنافس طيلة المدة التي تستغرقها المفاوضات، ورأي آخر يفيد بأن الأصل هو أن حسن النية لا يقتضي عدم إجراء مفاوضات موازية فهي جائزة مشروعة كقاعدة عامة، لأن إلتزامًا بقصر التفاوض على الطرف الآخر في المفاوضات، معناه مصادرة حرية التعاقد وحرية المنافسة[2].

وبالتالي يمكن لطرفي التفاوض الإتفاق على الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية مع الطرف الثالث، بموجب شرط خاص يتفق عليه الأطراف صراحة، ويسمى شرط الإستبعاد أو الحصر وغالبًا ما يطلب الطرف الذي حُظر من إجراء مفاوضات موازية مقابلًا ماليًا لذلك[3].

ومنه فإن الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية لا يلتزم أطراف التفاوض به، إلا عند وجود إتفاق صريح مبرم بين الطرفين ينص على حصرية المفاوضات الموازية، كما يجب تحديد مدة سريان هذا الإتفاق والموضوع الذي يمنع فيه إجراء المفاوضات بدقة، إذْ أن المنع من إجراء مفاوضات موازية لا يجب أن يكون عامًا ولمدة غير محددة، ويعتبر هذا الإلتزام إلتزامًا بتحقيق نتيجة وبالتالي فإن المسؤولية تتحقق بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة[4].

[1]–أيت سليمان جعفر، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، 2018، ص 17.

[2]–بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 122.

[3]–أيت سليمان جعفر، مرجع سابق، ص 17.

[4]–قادري عبد المجيد، "مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد"، مرجع سابق، ص 1013.

المبحث الثاني

آثار الإخلال بمقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد

إذا قام أحد الأطراف في التفاوض بسلوك يتنافى مع مبدأ حسن النية أو أخل بأحد الإلتزامات المتفرعة عنه فيكون بذلك قد إرتكب خطأ سبب ضررًا للطرف الآخر فلا بد من أن يسأل عن هذا الخطأ[1].

إضافة إلى أن المتفاوض يمارس حريته في قطع المفاوضات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ويقتضي ذلك الإستمرار في التفاوض الجاد بغية الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وألا يقطع المفاوضات إلا إذا إستند إلى سبب مشروع لعدم مناسبة العرض المقدم أو الحصول على عرض أفضل، ففي هذه الحالة لا يعد قطع المفاوضات خاطئًا ولو ترتب عليه ضرر للطرف الآخر فإن لم يكن هناك سبب مشروع فإن قطع التفاوض يعد خاطئًا لمنافاته قواعد حسن النية والأمانة في التفاوض، كقطع المفاوضات بصورة مفاجئة وبقرار منفرد دون سبب مشروع رغم بلوغ المفاوضات مراحل متقدمة[2]، في حال تحقق ذلك تقوم مسؤولية المتفاوض **(المطلب الأول)**، ويرتب جزاءًا في حالة الإخلال بحسن النية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

المسؤولية الناشئة عن الإخلال بحسن النية

تنتهي مرحلة المفاوضات إما بإبرام العقد النهائي وإما بفشلها، وقد يقطعها أحد الأطراف عندما يتبين له أن الصفقة يتخللها مخاطر جسيمة، أو أنه ليس من المتوقع أن تسفر عن ربح ما أو قد ينتج عنها خسائر هائلة له، وقد يقطعها عندما يتبين له أن المفاوضات الموازية الأخرى التي

---

[1]–عبد الحكيم بن عيسى، مرجع سابق، ص 176.

[2]–خديجة عبد الله أحمد، "مبدأ حسن النية في المعاملات دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، عدد 38، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 2021، ص 445.

كان يجريها منذ البداية مع الطرف الآخر تعده بشروط أفضل[1]، ومنه تنعقد المسؤولية في كل مرة يتضح فيها أن العدول عن التفاوض تم بالشكل الذي ألحق ضرر بالفريق الآخر وعلى هذا الأخير إثبات تعسف المفاوض الآخر، أي إثبات تعسفه في استعمال حقه المتمثل في نية الإضرار أو سوء النية فإذا إنتفى ذلك إنتفت المسؤولية ولو تقدمت المفاوضات وحتى إذا وصلت إلى مراحل متقدمة، ولم يتردد القضاء في ترتيب المسؤولية في حالة الإنهاء المفاجيء للمفاوضات أو بمجرد المخالفة لقواعد حسن النية[2]، من خلال تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة في حالة مخالفة مبدأ حسن النية **(الفرع الأول)**، وموقف المشرع الجزائري **(الفرع الثاني)**، والأركان الواجب توفرها لقيام هذه المسؤولية **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بحسن النية

تعددت آراء الفقهاء بخصوص المسؤولية المدنية الناشئة في حالة الإخلال بمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد فهناك جانب الفقه من يرى أنها مسؤولية عقدية وذلك في نطاق عقد مبرم بين الأطراف، وجانب آخر يقول أنها مسؤولية تقصيرية وهي عكس الأولى فلا يشترط فيها وجود عقد بل يكفي لقيامها تضرر أحد الأطراف خلال مرحلة التفاوض على العقد[3].ومنه فقد أثير إشكال في تحديد طبيعة هذه المسؤولية المدنية ونجد أن هناك ثلاث نظريات في هذا الصدد نظرية الخطأ عند تكوين العقد **(أولا)**، نظرية تحمل التبعية **(ثانيا)**، نظرية المسؤولية الموضوعية **(ثالثا)**.

---

[1]–حمدي محمود بارود، "الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإقتصادية والإدارية، المجلد 20، عدد 02، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، ص 551.

[2]–عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 70.

[3]–بوكلوة كنزة، بوطرينخ فضة، مرجع سابق، ص 55.

أولا: نظرية الخطأ عند تكوين العقد(Culpa in contrahendo)

تعتبر نظرية الخطأ عند تكوين العقد، من أهم النظريات التي أقرت بوجود المسؤولية في المرحلة ما قبل عقدية، وقد حققت هذه النظرية شهرة وإنتشار واسع مما جعلها تتبوء مكانة هامة ومرموقة بين نظريات القانون المدني المقارن، ويرجع الفضل في صياغتها إلى الفقيه الألماني "Rodalf von Ihering" عام 1860، وترتكز هذه النظرية التي جاء بها إيرنج أن كل شخص يقدم على التعاقد، ويكون هو السبب في بطلانه، بحيث يقيم مظهرًا كاذبًا ليطمئن إليه المتعاقد الآخر، يلتزم بتعويض هذا الأخير بمقتضى العقد الباطل، أي أن المسؤولية عن هذا الخطأ عقدية بمقتضى العقد الباطل نفسه[1].

ومنه فقد كيّف إيرنج هذا الخطأ بأنه عقدي على الرغم من عدم إبرام العقد أو بطلانه فإنه يستند إلى وجود عقد ضمني مقترن بكل تعاقد، بمقتضاه يتعهد كل شخص مقدم على التعاقد للطرف الآخر بصحة التصرف وأنه لا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد وبذلك يكون رضا المتعاقد الآخر في الوقت نفسه أيضًا قبول ضمنيًا لهذا التعهد، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين، وبالتالي لقيام المسؤولية الناشئة في قطع المفاوضات حسب إيرنج ضرورة وجود خطأ عقدي والذي يكون إخلالًا بما يتولد عن الإتفاقية الضمنية بإعتبار أن الدخول في المفاوضات يعني وجود إلتزام ضمني للتوصل إلى إبرام العقد[2].

تعرضت هذه النظرية لإنتقادات مفادها أنها تقوم على أوهام وإفترضات مثل وجود هذا الإتفاق الضمني المزعوم في حال الدخول في المفاوضات العقد، إذْ أن هذا الإتفاق غير موجود في الواقع ولم يفكر فيه المتعاقدان إطلاقًا، إضافة أن هذه النظرية تنطلق من فكرة خاطئة لأن المسؤولية التعاقدية قد تقوم عند فشل المفاوضات، وهذه المسؤولية لا يمكن أن ترد على عقد لم يتكون بعد، إذًا فنظرية الخطأ في التعاقد التي جاء بها الفقيه إيرنج لا علاقة لها بمرحلة التفاوض

---

[1]–بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 41.

[2]–بوكلوة كنزة، بوطرينخ فضة، مرجع سابق، ص 56.

على العقد، ولا يمكن الإستناد إليها لتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات[1].

ثانيا: نظرية تحمل التبعية

صاحب هذه النظرية الفقيه الألماني"winsheid"، ومضمونها أن كل شخص يقدم على التعاقد، بإتخاذه زمام المبادرة يتحمل تبعة نشاطه التعاقدي، فيكون مسؤولًا عن الأضرار الناجمة عنه، والتي تلحق بالطرف الآخر أو حتى بالغير نتيجة عدم قيام العقد أو بطلانه بغض النظر عن الأسباب التي أدت إلى بطلان العقد أو عدم قيامه، فيجب أن يتحمل النشاط التعاقدي الطرف البادىء به وتنعقد مسؤولية البادىء بالنشاط التعاقدي بمجرد حدوث ضرر منه، حتى ولو لم يكن مخطئًا أو حتى ولو كان حسن النية لا يعلم بسبب الضرر، لكن يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أن هذا الضرر ناشىء عن خطأ المضرور كأن يثبت أن هذا الأخير قد مضى في التعاقد مع علمه بإستحالة المحل[2].

وهذه النظرية لا تختلف كثيرًا عن نظرية إيرنج فكلتا النظريتان تختلفان في النتيجة وتختلفان في أساس المسؤواية وعبء الإثبات، فإذا كانت نظرية إيرنج تقيم المسؤولية عن بطلان العقد على أساس الإخلال بالإلتزام باليقظة عند التعاقد، وتجعل المسؤولية عقدية، فإن نظرية إيرنج تقيم مسؤولية البادىء بالنشاط التعاقدي، ويمكن لهذا الأخير نفي هذه المسؤولية بإقامة الدليل على إهمال المضرور أو علمه بما عاق قيام العقد أو أدى إلى بطلانه، وقد جاءت نظرية "فينشيد" بميزتين، الأولى هي سهولة الإثبات، فقد كلفت نظرية تحمل التبعة العقدية للطرف المضرور طريقًا

[1]–براهيمي فايزة، إلتزامات الأطراف المتعاقدة في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود والمسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص.ص 157–158.

[2]–بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 50.

سهلًا للإثبات، بحيث إكتفت لقيام المسؤولية أن يثبت المضرور وقوع ضرر له من جراء النشاط التعاقدي الذي بادر له المسؤول[1].

أما الميزة الثانية، فهي الإستجابة لمقتضيات العدالة، إذْ أن هذه الفكرة تكفل للمضرور حماية قانونية فعالة، وذلك عن طريق إعطائه الحق في الحصول على تعويض عادل في الحالات التي ينتفي فيها الخطأ، حيث أنها تلزم صاحب الشأن حتى وإن لم يرتكب الخطأ، يتحمل تبعة نشاطه التعاقدي الذي أضر بالغير ولذلك أخذت التشريعات الحديثة بهذه الفكرة.

أما ما يعاب هذه النظرية، أنها لم تفصل بين مشكلة التعويض عن قطع المفاوضات ومشكلة التعويض عن بطلان العقد، بل هي تتناول الفترة قبل العقدية ككل، إضافة إلى أنها تنطلق من فكرة مفادها أن البادىء بالنشاط التعاقدي يتحمل تبعته دائمًا وعليه وحده تقوم المسؤولية بإعتباره الموجب لكن هذا لا يتفق مع الواقع العملي، فليس البادىء بالتفاوض هو الموجب بالضرورة، إذْ أن الأدوار قد تتغير ويتم تبادلها بين الطرفين[2].

ثالثا: نظرية المسؤولية الموضوعية

يرجع الفضل في صياغة هذه النظرية إلى المستشار الإيطالي "Gabriel faggela" وذلك في دراسة قيمة تناول فيها بعمق الفترة ما قبل العقد من الناحية النفسية والإقتصادية[3]، ويرتكز بالأساس على فكرة وجود إتفاق بالضمان عند البدء في مفاوضات العقد، مع مراعاة مبادىء حسن النية من صدق وأمانة و مراعاة مصالح الطرف الآخر، وعدم الإضرار به كقطع المفاوضات دون مبرر مشروع.

وحسب رأي "فاجيلا" فإن مرحلة التفاوض تمر بثلاث مراحل أساسية أولها مرحلة المساومة، وهي المفاوضات التمهيدية ومرحلة إعداد العقد وأخيرًا مرحلة صدور العرض، حيث

---

[1]–بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 51.

[2]–المرجع نفسه، ص 52.

[3]–المرجع نفسه، ص 55.

يتخذ القرار الحاسم بتصدير الإيجاب وبمبدأ التدرج في التعويض حسب المرحلة التي يتواجد فيها الأطراف، وقد إنتقدت هذه النظرية على أن هذه المراحل الثلاث للفترة السابقة على التعاقد هو تقسيم غير دقيق وغير مبرر، إضافة إلى الإستناد إلى فكرة وهمية لتأسيس المسؤولية في مرحلة التفاوض وهي فكرة الضمان التي تجبر الطرفين بعدم الإنسحاب من المفاوضات بدون مبرر مشروع[1].

رغم الإنتقادات التي وجهت إلى نظرية "فاجيلا"، إلا أن هذا لا ينفي بعض الأفكار المتميزة التي جاءت بها والتي أثرت على مرحلة المفاوضات، فإعتبرت أن الدخول في المفاوضات يتم برضاء الطرفين المتبادل سواء كان رضاءًا صريحًا أو ضمنيًا وبهذا الرضاء تتكون علاقة قانونية خاصة، وتنشأ على عاتقهما إلتزامات حقيقية وليست مجرد واجبات عامة[2].

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري

لا يقتصر الإلتزام بحسن النية على تنفيذ العقد فقط بل يمتد ليشمل مرحلة المفاوضات العقدية، وهي المرحلة السابقة للتعاقد[3]، لكن القانون المدني الجزائري لم يتضمن نصًا صريحًا ينظم مرحلة التفاوض ولم يحدد الأثر القانوني الذي يترتب على قطعها بسوء نية أو دون سبب جدي ومن ثم فإن الأصل أن كل متفاوض حر في قطعها بمبرر مشروع، ومع ذلك فإن القطع قد يرتب خطأ في جانب المتفاوض تترتب عليه مسؤولية تقصيرية طبقًا **للمادة 124** من القانون المدني الجزائري[4]، إذْ لا مجال للمسؤولية العقدية قبل إنعقاد العقد، فإذا ترتب على قطع المفاوضات ضرر

---

[1]–بوكلوة كنزة، بوطرينخ فضة، مرجع سابق، ص 58.

[2]–بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 62.

[3]–شادلي عبد الناصر، مبدأ حسن النية في العقد طبقا لقواعد القانون المدني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د.الطاهر مولاي، سعيدة، 2016، ص 23.

[4]–أنظر المادة 124 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

لأحد الأطراف تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية طالما لا يوجد إلتزام عقدي بالدخول في المفاوضات[1].

وقد جاء في نص **المادة 107 الفقرة 01** من القانون المدني الجزائري أنه: "**يجب تنفيذ العقد طبقًا لما إشتمل عليه وبحسن النية**"[2]، كما تضمن القانون المدني بعض النصوص في هذا الجانب من ذلك الإتفاق المدني على العناصر الأساسية، **المادة 65** ق م ج، والوعد بالتعاقد **المادة 72** ق م ج[3]، وهي الحالات التي غالبًا ما تنتهي بإنعقاد العقد[4]، وما يمكن إستخلاصه أن مبدأ حسن النية الواجب مراعاته عند تنفيذ العقد يتسع قانونًا ويشمل ضمنيًا مرحلة مفاوضات العقد[5]، ومن الناحية الأخرى فإن **المادة 124** ق م ج فقد أصبحت تشترط لقيام المسؤولية عن الفعل الضار وجود خطأ، ففي مرحلة المفاوضات حتى ولو تم قطعها بسوء نية ولم يتحقق الخطأ فلا يمكن تطبيق أحكام **المادة 124** نظرًا للتطورات المستجدة والإجتهادات الفقهية.

لكن هناك حالة إستثنائية تكون المسؤولية عن الإخلال بالإلتزام حسن النية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية وذلك إذا تم الإخلال بإلتزام عقدي، تتمثل في إلتزام حسن النية في مرحلة التفاوض، يكون قد ورد صراحة في الإتفاقات المبدئية أو في إتفاق على التفاوض (عقد التفاوض) وهذا حتى قبل إبرام العقد النهائي بل حتى ولو لم تسفر المفاوضات على إبرام أي عقد وفي حالة توفر المسؤوليتين معًا فقد إتجه أغلب الفقه الجزائري إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، إستثناءًا إلى إستقلال كل من المسؤوليتين بنظام قانوني خاص مما يؤدي إلى إستبعاد إحداهما من نطاق الأخرى[6].

---

[1]–بوكلوة كنزة، بوطرينخ فضة، مرجع سابق، ص.ص 58–59.

[2]–أنظر المادة 107 الفقرة 01 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[3]–أنظر المادتين 65 و72، مصدر نفسه.

[4]–شادلي عبد الناصر، مرجع سابق، ص.ص 23–24.

[5]–بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، "دراسة فقهية وقضائية في ضوء القانون المدني الجزائري"، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014، ص 164.

[6]–بوكلوة كنزة، بوطرينخ فضة، مرجع سابق، ص 59.

الفرع الثالث

أركان المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض

بالعودة للقواعد العامة فإن أركان قيام المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات هي وجود خطأ أو أنْ يترتب عن قطعها إلحاق ضرر للطرف الآخر، وأنْ يتصل كل من الخطأ والضرر عن طريق العلاقة السببية فيكون الخطأ **(أولا)** المرتكب هو العامل الرئيسي والأساسي الذي أدى إلى وقوع الضرر **(ثانيا)** وبالتالي قيام المسؤولية شرط وجود رابطة السببية بينهما **(ثالثا)**.

أولا: الخطأ

إذا الإنسحاب من المفاوضات أو العدول عنها هو أمر جائز ومشروع، ذلك أن الطرف المفاوض قد يدرك في لحظة معينة أن الإستمرار في التفاوض لا طائل منه، لأنه لا يؤدي إلى تحقيق الغرض منه، لأن الطرف الآخر على سبيل المثال يبالغ في ثمن السلعة أو الخدمة المقدمة، أو أنه لم يبد المرونة الكافية في موقفه، أو أن المتفاوض المشتري مثلًا، وجد فرصة للتعاقد أفضل بكثير من الشروط التي يعرضها عليه المتفاوض الآخر، فلإنسحاب من المفاوضات في هذه الحالة يعد أمرًا مشروعًا، ولا يشكل في ذاته خطأ يستوجب التعويض، غير أن المتفاوض قد يكون دخوله في المفاوضات فقط لغاية الحصول على معلومات معينة عن نشاط الطرف الآخر، ففي هذه الحالة تشكل هذه السلوكات وغيرها أخطاء تؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية[1].

إن هذا الخطأ إرادي لكنه ليس عمديًا بالنسبة لحقوق الغير، ولقد رتب الإجتهاد المسؤولية السابقة للتعاقد على أساس تقصيري بعكس ما قال به "إيرنج" وبعض الفقهاء[2]، وذلك على أساس

[1]–بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 205.

[2]–عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص.ص 59–60.

المواد 1382[1] و**1383**[2] من القانون المدني الفرنسي، ومن المقبول عمومًا أنه عند إرتكاب خطأ أثناء مرحلة ما قبل التعاقد، يتم تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، وهو أمر منطقي نظرًا لعدم وجود إتفاق بين الطرفين.

المادة 1134 الفقرة 03 من قانون نابليون الذي يكرس مبدأ تنفيذ الإتفاقات بحسن النية ونعلم أن تطبيق هذه المادة يفترض مسبقًا ثلاثة شروط وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية[3] إضافة إلى أن الخطأ المترتب في المسؤولية التعاقدية وهو عبارة عن واقعة الإخلال بالإلتزام الناشيء عن العقد، التي يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الإلتزام[4]، وإذا كان الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات يتمثل في الإخلال بالإلتزامات التي يرتبها إتفاق التفاوض، فإن صوره عديدة نجد منها رفض الدخول في المفاوضات الذي يؤدي الإخلال به قيام المسؤولية العقدية والحقيقة أن مجرد الإمتناع عن البدء في المفاوضات يعتبر خطأ عقدي يستوجب المسؤولية العقدية، وذلك بإعتبار أن الدخول في المفاوضات هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، إضافة إلى عدم الإستمرار في المفاوضات دون مبرر مشروع بحيث يجد أطراف التفاوض مصدر إلتزامهم في الإستمرار في المفاوضات في إتفاق المبدأ الذي يعتبر إتفاق تمهيدي[5] سابق على التعاقد المنشود

---

[1]–Art 1382, "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

[2]–Art 1383, "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

[3]–DIDIES Gobert, « Le principe de la bonne foi dans la formation du contrat », La revue de droit de l'informatique et des télécoms, Belgique, 1996, p 44.

[4]–إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، تنفيذ العقود، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، د.د.ن، د.ب.ن، 2004 ص 101.

[5]–أيت سليمان جعفر، مرجع سابق، ص 33.

يحضر أو يمهد له دون أن يختلط به[1]، ومن خلاله يسعى الأطراف إلى الوصول إلى هدف معين ألا وهو إبرام العقد النهائي.

ومنه إذا كان الإلتزام بالإستمرار كقاعدة عامة هو إلتزام ببذل عناية غير أنه قد يصبح في بعض الفروض إلتزامًا بتحقيق نتيجة وعليه فإن عدم الإستمرار في المفاوضات دون مبرر مشروع في هذه الحالة بقرار من جانب واحد يتخذه أحد الطرفين فجأة لوضع حد للمفاوضات، يعد خطأ عقدي يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية[2].

ثانيا: الضرر

الركن الثاني في المسؤولية العقدية هو الضرر، فلابد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسؤولية[3]، فلا تقوم المسؤولية العقدية بمجرد توفر الخطأ من جانب المدين، بل يجب أن يترتب عن الخطأ إلحاق الضرر بالدائن بسبب عدم تنفيذ الإلتزام، فإذا لم يترتب عن عدم تنفيذه أي ضرر يلحق بالدائن لا تقوم المسؤولية ولا محل للحكم بالتعويض، والضرر الذي قد يصيب المتفاوض في مرحلة المفاوضات، قد يكون ضرر مادي أو معنوي فالضرر المادي يشمل كل ما يصيب المتفاوض من الناحية المالية، وهو الغالب في المسؤولية العقدية كالنفقات التي يتكبدها المتفاوض من أجل إجراء المفاوضات، أو ضياع الوقت، أو إضاعة فرصة التعاقد مع الغير، أما الضرر المعنوي فلا يتعلق بالمال، ويشمل ما يصيب المتفاوض المضرور في سمعته وكرامته وشرفه، كأن يؤدي فشل المفاوضات إلى المساس بسمعته التجارية، والضرر المطلوب تعويضه يجب أن تتحقق فيه مجموعة من الشروط وهي أن يكون الضرر مباشرًا أي نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بأحد إلتزاماته المترتبة عن عقد التفاوض، ما لم يكن في إستطاعة المتفاوض الآخر تلافيه و ذلك ببذل

---

[1]–مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد مظاهره وأثاره القانونية، د.ط، دار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية 2000، ص 165.

[2]–أيت سليمان جعفر، مرجع سابق، ص 33.

[3]–السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص 679.

جهد معقول، كأن يقوم أحد الأطراف المتفاوضة بتشهير سمعة الطرف الآخر، مما يؤدي إلى عدول جهة ما عن منح الطرف المشهر به قرضًا[1].

كما يشترط في الضرر أن يكون محقق الوقوع أي قد وقع بالفعل، كأن يترتب عن إخلال أحد الأطراف بإلتزامه وإفشاء أسرار الطرف الآخر المتفاوض معه لإلحاق الضرر بهذا الأخير فيما يتعلق بمركزه في السوق، كما قد يكون الضرر محققق الوقوع في المستقبل، بحيث يكون وقعه في المستقبل أمرًا يتفق والمجرى العادي للأمور، وعليه إذا دخل الطرفان في المفاوضات، ثم قطعت من طرف أحدهما دون الإسناد في ذلك إلى مبرر جدي أو موضوعي، على نحو رتب ضررًا للطرف الآخر كما لو كان قد تحمل نفقات إجراء الدراسات الأولية ونفقات الإستعانة بالخبرة الأجنبية، فإن تعويض الطرف المضرور لا يشمل أرباح التي كان سيحصل عليها الطرف المضرور، فيما لو أن العقد النهائي أُبرم، ذلك أن إبرامه هو أمر محتمل الوقوع وليس محقق فيقدر التعويض على أساس النفقات التي أنفقها المضرور من أجل السير بالمفاوضات[2].

ثالثا: العلاقة السببية

من أجل قيام المسؤولية العقدية، فإنه يجب توافر رابطة سببية تربط بين الخطأ والضرر وأن يكون سبب الضرر هو الخطأ العقدي الذي قام به المدين[3]، وهي الركن الأخير لقيام المسؤولية، فإذا إنتفت العلاقة السببية إنتفت المسؤولية[4]، وتعتبر رابط يسد الفجوة بين الضرر

---

[1]–بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص.ص 214–215.

[2]–المرجع نفسه، ص 215.

[3]–مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، د.ب.ن، 2014، ص 76.

[4]–الجربي سامي، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، مطبعة التسفير الفني، تونس، 2011، ص 475.

والخطأ المرتكب، ويؤسس أحدهما على أنه نتيجة مباشرة للآخر[1]، وعليه فلابد أن يكون الخطأ هو الذي يسبب الضرر، إذْ أن العلاقة السببية تعتبر ركنًا مستقلًا عن الخطأ والضرر، وإذا كان من اليسر في بعض المواقف تقدير علاقة السببية،إلا أنه غالبًا ما يكون ذلك عسيرًا في مواقف أخرى بسبب تعدد ظروف الأحوال وتداخلها[2].

وقد نصت **المواد 124** و **125** و **126** من ق م ج[3]، على ضرورة توافر ركن السببية بين الضرر والخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، أما عن العلاقة السببية في المسؤولية العقدية فقد نصت عليها **المادة 176** من ق م ج والتي جاء في نصها أنه: "**إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينًا حكم عليه بالتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أنه إستحالة التنفيذ نشأت بدون سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه**"[4] ومنه على المفاوض المتضرر أن يثبت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر مع إثبات أن هذا الأخير سببه المباشر هو الخطأ.

كما أن قطع المفاوضات، تثبت في الحياة العملية أن المدعى عليه نفسه قد يكون ضحية للطرف الآخر، عرضة لعدم جديته ومضايقته، وعلى هذا يشترط القضاء أن يكون الضرر الحاصل على صلة مباشرة بالخطأ الذي إرتكبه المتفاوض العادل من جراء قطع المفاوضات، أو الإخلال بأي إلتزام تفاوضي، وهناك حالات أين نجد أن بعض الأطراف تتخذ من عملية التفاوض ذريعة للإطلاع على أسرار الطرف الآخر، أو لإبعاد شريكه عن التفاوض مع الآخرين، ومن المعلوم أنه يتعين على المدعي بالتعويض إقامة الدليل على قيام رابطة السببية مع توفر جميع

---

[1]–BLAN Valérie, La responsabilité précontractuelle, prespectives québécoise et internationale Mémoire présenté à la faculté des etudes supérieures en vue de l'obtention de maitrise en droit, Option droit international, Montréal, 2008, p 119.

[2]–عمرو أحمد عبد المنعم دبش، "أركان المسؤولية المدنية"، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، المجلد 04، عدد 02 جامعة زيان عاشور، الجزائر، 2019، ص.ص 34–35.

[3]–أنظر المواد 124 و125 و126 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[4]–أنظر المادة 176، مصدر نفسه.

عناصر دعوى التعويض، ويقع على عاتق المدين عبء نفي العلاقة السببية إذا إدعى عدم قيامها[1]، وذلك طبقًا لما نصت عليه **المادة 127** من ق م ج[2].

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بحسن النية في مرحلة السابقة للتعاقد

بعد أن تطرقنا لتحديد المسؤولية الناشئة في حالة الإخلال بحسن النية وطبيعة هذه المسؤولية، من المهم التطرق كذلك للجزاء الموقع في حالة هذا الإخلال، فقد نصت **المادة 164** من ق م ج[3] أن جزاء الإخلال بالإلتزام في مرحلة التفاوض، سواء كان عقديًا أو تقصيريًا، هو قيام المسؤولية قبل التعاقدية من خلال دعوى عادية[4]، بحيث إذا وجد عقد التفاوض صحيحًا يلتزم كل طرف بمقتضاه بتنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه، وإذا لم يقم بتنفيذ أحد إلتزاماته رغم عدم وجود سبب أجنبي يحول دون قيامه بتنفيذه فإن مسؤوليته قبل التعاقدية تقوم ويلزم وفق أحكام هذه المسؤولية[5] إما بالتنفيذ العيني **(الفرع الأول)**، أو التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

التنفيذ العيني

يعد التنفيذ العيني في القانون المدني الجزائري الأصل[6] وفق نص **المادة 164**، ويقصد به عين ما إلتزم به المدين، وهو النمط المثالي لإصلاح الضرر، إذْ يؤدي إصلاح الضرر إصلاحًا

---

[1]–أيت سليمان جعفر، مرجع سابق، ص.ص 41–42.

[2]–أنظر المادة 127 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[3]–أنظر الماة 164، مصدر نفسه.

[4]–أيت سليمان جعفر، مرجع سابق، ص 42.

[5]–بوكلوة كنزة، بوطرينخ فضة، مرجع سابق، ص 63.

[6]–أيت سليمان جعفر، مرجع سابق، ص 42.

تامًا وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه[1]، والغرض منه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار والمتمثل في قطع المفاوضات، وللدائن الحق في مطالبة المدين بالتعويض العيني وإجبار المدين نفسه، يجوز للدائن أن يحصل على حكم بإلتزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن إمتنع عن ذلك طبقًا لنص **المادة 174** ق م ج[2]، وفي حال إذا ما كان الإلتزام المراد تنفيذه عينًا هو إلتزام بعمل ولم يقم المدين بتنفيذه، يجوز للدائن أن يطلب ترخيصًا من القاضي في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكن.

وبما أن الأصل في تنفيذ الإلتزام أن يكون عينيًا، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدًا للتنفيذ العيني، أو لم يكن التنفيذ العيني مرهقًا له، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يقضي بالتنفيذ العيني وبغض النظر عن طلب الدائن ولا يعتبر ذلك منه حكمًا يغير ما طلب الخصوم أو بأكثر مما طلب[3]، فإذا لم يقم المتفاوض بتنفيذ إلتزامه إختياريًا، بأن أخل بإلتزامه وبالتفاوض بحسن النية وذلك برفضه في الدخول في التفاوض أو الإستمرار فيه، رغم إعذاره ففي هذه الحالة إجتمع الفقه على إستبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض، ورأوا عدم جواز إجبار المتفاوض على تنفيذ إلتزامه بالتفاوض عينًا حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلًا أو مرهقًا[4].

---

[1]–بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بإلتزامه بالتفاوض بحسن النية"، دفاتر السياسة والقانون، عدد 10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص 117.

[2]–أنظر المادة 174 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[3]–بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بإلتزامه بالتفاوض بحسن النية"، مرجع سابق ص 118.

[4]–أيت سليمان جعفر، مرجع سابق، ص 42.

وخلاصة القول إن التنفيذ العيني مستبعد تمامًا في كل الأحوال التي يكون فيها الأطراف في مرحلة التفاوض، وعليه ما على الطرف المتضرر في هذه المرحلة سوى اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أو طلب التعويض[1].

الفرع الثاني

التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

بينا سابقًا أنه لا يمكن إجبار المتفاوض على تنفيذ الإلتزامات في مرحلة المفاوضات فلذلك إذا أخل المتفاوض بهذه الإلتزامات، فلا يبقى أمام الدائن إلا اللجوء إلى التنفيذ بمقابل (التعويض) بإقتضاء مبلغ من النقود لتغطية الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المفاوض الآخر بهذه الإلتزامات[2].

وعادة ما يكون التعويض بمقابل نقدي وهو الأصل طبقًا لنص **المادة 132 الفقرة 02** ق.م.ج[3]، وعليه إذا تعذر على الدائن إجبار المدين المتفاوض على تنفيذ إلتزامه المتمثل في الإستمرار في التفاوض عينًا، فيمكنه طلب تعويض نقدي عادل و شامل، عن كل ما أصابه من جراء عدم التنفيذ، طبقًا **للمادة 176** ق.م.ج التي تنص على أنه: "**إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينًا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ إلتزامه**"[4]، يقدر القاضي التعويض إذا لم يكن مقدرًا في العقد أو بنص القانون طبقًا **للمادة 182** ق م ج[5]، وذلك طبقًا للقواعد العامة ويشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب.

---

[1]–بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بإلتزامه بالتفاوض بحسن النية"، مرجع سابق ص120.

[2]–مصطفى خيضر نشمي، مرجع سابق، ص 84.

[3]–أنظر المادة 132 الفقرة 02 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[4]–أنظر المادة 176، مصدر نفسه.

[5]–أنظر المادة 182، مصدر نفسه.

كما يمكن تقدير التعوض المعنوي أو الأدبي، ويشمل ما ألم المتفاوض من ضرر أدبي وفقًا **للمادة 182 مكرر** من ق.م.ج[1]، والغاية من التعويض هو إعادة المتفاوض المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل الدخول في التفاوض، ويشترط في الضرر أن يكون جابرًا لكل ما وقع من الضرر، غير أنه يجب أن يقتصر التعويض على الضرر المباشر الذي يعد نتيجة طبيعة لإخلال المتفاوض بإلتزامه بالتفاوض بحسن نية، كما يجب أن يكون التعويض عن الضرر الحال والمحقق الوقوع في المستقبل، ويعتبر تقدير التعويض من المسائل الموضوعية التي يفصل فيها قضاة الموضوع دون معقب عليهم[2].

والأضرار التي يجوز المطالبة بالتعويض عنها للطرف المضرور، في مرحلة المفاوضات كثيرة ومتنوعة نجد منها، تعويض نفقات التفاوض **(أولا)**، التعويض عن ضياع الوقت **(ثانيا)** التعويض عن تفويت الفرصة **(ثالثا)**.

أولا: تعويض نفقات التفاوض

إن عملية التفاوض عادة ما تتطلب نفقات لإتمامها، والتي تختلف بإختلاف طبيعة العقد محل التفاوض، وبالتالي يؤدي قطع المفاوضات إلى إلحاق ضرر أكيد بالطرف اللآخر، حيث تشكل هذه النفقات بالنسبة له خسائر حقيقية تلحق ضرر به، يتعين على المتفاوض معه والمسؤول عن قطع المفاوضات جبرها.

وحتى يستطيع المتفاوض المضرور المطالبة بالتعويض عن تلك النفقات، وبين عملية التفاوض التي إنتهت إلى الفشل، ومفاد ذلك أن تكون هذه النفقات قد تمت بمناسبة إجراء

---

[1]–أنظر المادة 182 مكرر من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[2]–بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بإلتزامه بالتفاوض بحسن النية"، مرجع سابق ص.ص 120–121.

المفاوضات، ومن ثم لا يمكن إسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء عملية التفاوض، أو بعد إنسحاب المتفاوض الآخر من المفاوضات[1].

كما يشترط أيضًا ألا تعوض النفقات العادية التي يدفعها المتفاوض في سبيل جذب عملائه فإن هذه النفقات لا تدخل في مفهوم النفقات التى يجوز التعويض عنها، لأنها تدخل ضمن المصروفات العامة والعادية للمنشأة، كما يشترط أيضًا ألا تكون هذه النفقات باهظة مبالغًا فيها وغير معقولة، ذلك أن المتفاوض لا يكون مسؤولًا إلا على النفقات المعقولة فقط، فإذا أثبت المهني المضرور أن تلك النفقات لا تدخل ضمن المصروفات العادية، كأن يثبت مثلًا أنه من أجل تقدير التكنولوجيا التى كان يريد نقلها، إستعان في ذلك بمجموعة من الخبراء الأجانب المتخصصين من أجل إتمام المفاوضات الذي تسبب الطرف اللآخر في قطعها دون الإستناد إلى مبرر موضوعي ففي هذه الحالة يعوض عن تلك المصروفات[2].

ثانيا: التعويض عن ضياع الوقت

إن قطع المفاوضات دون الإستناد إلى سبب جدي أو موضوعي، رغم إستغراقه مدة زمنية طويلة من شأنه إلحاق الضرر بالطرف الآخر، مما يستوجب التعويض عن ذلك، ويعد التعويض عن ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة التي تستحق الجبر، غير أن التعويض عنه يثير صعوبة وذلك بالنظر إلى وجود العناصر المادية التي يقوم على أساسها تحديد مقدار التعويض المترتب عن ضياع الوقت، ومن ثم فإن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض عن ضياع الوقت إعتمادًا على قواعد العدالة وبالقدر اللازم لجبر ما لحق الطرف المضرور من ضرر ومن ثم يكون التعويض عن ضياع الوقت جزافيًا[3].

---

[1]–بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 224.

[2]–المرجع نفسه، ص 225.

[3]–المرجع نفسه، ص 226.

ثالثا: التعويض عن تفويت الفرصة

إن الطرف الراغب في التعاقد يبحث دائمًا عن فرصة الكسب وتجنب الخسارة من خلال العملية التعاقدية التى يريد إحداثها، عليه فإن قطع المفاوضات من الطرف الآخر المتفاوض معه سيؤدي بالضرورة إلى تفويت فرصة التعاقد، والتي كان يأمل في إتمامها لتحقيق أهدافه التي وضعها منذ البداية، كما قد يؤدي قطع المفاوضات دون الإستناد إلى سبب جدي أو موضوعي أيضًا، إلى تفويت الفرصة في إبرام العقد مع الغير، ذلك أن السوق عمومًا والسوق الدولية على وجه الخصوص، تتيح الكثير من الفرص البديلة سواء تعلق الأمر بالسعر أو بدرجة الجودة[1].

إضافة إلى ذلك، قد يؤدي قطع التفاوض إلى تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير فيمكن للمتفاوض المضرور أن يطلب التعويض عن تفويت الفرصة عليه في إبرام عقد آخر مع الغير محل العقد الذي لم يحصل عليه، ويشترط لإستحقاق التعويض أن تكون هذه الفرصة الضائعة جادة وحقيقية، وأن يكون ضياع فرصة إبرام عقد بديل مع الغير سببه خفة سذاجة المتفاوض المضرور، فيجب أن لا يتسبب هذا الأخير كليًا أو جزئيًا في ضياعها بخطأ منه.

أما التعويض عن ضياع الفرصة لا يبلغ حد التعويض عن المنفعة المتوقعة من العقد في حال تمامه، إنما يقف عند نسبة منها تعينها درجة إحتمال التعاقد المصاحبة للمرحلة التى وصلت إليها المفاوضات، وذلك لأن الضرر يتمثل في مجرد تفويت الفرصة وليس عدم الإفادة منها ونسبة التعويض تزيد أو تنقص أو تنعدم بحسب الأحوال، فتنقص إذا أثبت أن الفرصة البديلة سهلة ومتاحة دون عقبات، وتزيد إذا كانت الفرصة البديلة صعبة المنال وتنعدم إذا أثبت أن فرصة إبرام عقد بديل مع الغير كانت منعدمة طيلة مرحلة المفاوضات[2].

---

[1]–بوطبالة معمر، مرجع سابق، ص 227.

[2]–بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بإلتزامه بالتفاوض بحسن النية"، مرجع سابق ص 123.

الفصل الثاني

مبدأ حسن النية

في مرحلة تنفيذ العقد

نصت الكثير من القوانين الوضعية بما فيها القانون الفرنسي والقانون الجزائري على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، ومنعت كل فعل أو ترك يتعارض مع هذا المبدأ ومقتضياته، وإن كانت هذه القوانين لم تضع تعريفًا قانونيًا محددًا بل تركت أمر تعريفه للفقه والقضاء، فقد ألزم المشرع المتعاقدان بمراعاته وإلزام القاضي بحل خلافات المتعاقدين في ضوء ما تمليه القوة الملزمة للعقد وحسن النية من خلال تدخله لتعديل العلاقات التعاقدية بسبب الظروف الطارئة وحالات أخرى تستدعي تعديل شروط العقد حتى تتلاءم مع مصلحة الطرفين، وكذا إعطاء مهلة للمدين للوفاء بإلتزامه، وإذا كان حسن النية مطلوبًا في تنفيذ العقود بصفة عامة، إلا أن له دورًا هامًا في عقود الإذعان بصفة خاصة كعقود التأمين والإستهلاك التي تكثر فيها الشروط التعسفية، وتعرض على المتعاقد إلتزامات ترتب جزاءات على مخالفتها تؤدي في غالب الأحيان إلى إرهاق في تنفيذ هذه الشروط بدقة في العقد وتمسك الدائن بهذه الشروط يتنافى مع حسن النية، ومن هنا تأتي أهمية مبدأ حسن النية بإعتباره الأداة القانونية التي من خلالها يمكن للقاضي الوطني التدخل لفرض إلتزامات تعاقدية على طرفي العقد، لهذا يرى الفقه أن هذا المبدأ له دور أساسي في تمكين القاضي من الحفاظ على التوازن العقدي من خلال إفتراض نزاهة العلاقات التعاقدية، وضمان إحترام المصالح وحقوق الطرف المقابل[1]، وفرض إلزامية تنفيذ العقد وفق مقتضياته **(المبحث الأول)** والذي يؤدي بدوره إلى ترتيب آثار **(المبحث الثاني)**، والمتعلقة أساسا بنظرية الظروف الطارئة والسلطات المخولة للقاضي للتدخل في العقد.

[1]–عبد الحكيم بن عيسى، مرجع سابق، ص 181.

المبحث الأول

مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد

يعد العقد من المصادر المنشئة للإلتزامات، ومن هنا فهو منشىء للعلاقة، وهذه الأخيرة لا تكون إلا بين نطاقين، وهاذين النطاقين ما هما إلا تجسيد لوضعين، فله من الأهمية البالغة في الحياة الإجتماعية والمالية، وقد أُحيطت هذه العلاقة العقدية بمقتضيات خارجية تجسد المصلحة العامة، وكذلك أخلاقيات معينة يجب مراعاتها عند إتجاه الأفراد لإبرام العقود، أهمها ما يعرف بمبدأ حسن النية[1]، الذي تناوله المشرع الجزائري بمقتضى المادة **107** من ق.م.ج على أنه: "**يجب تنفيذ العقد طبقًا لما إشتمل عليه وبحسن النية**"[2].

بالتالي فإن القواعد القانونية تفرض إحترام العقد، وتنشأ إلى جانبها قواعد سلوكية أخلاقية كفرض الإستقامة، أي أنه علاوة على الفعل المادي في تنفيذ الإلتزام، يلتزم المتعاقد بمراعاة الأصول القانونية والأخلاقية، ويقصد بها تلك الأصول التي تحكم وتكمل قيام المتعاقد بإلتزامه بطريقة تحقق حسن التنفيذ حتى يكون تنفيذه كاملًا وصحيحًا، بأن لا يضر بالمتعاقد الآخر سواء تعمد ذلك أو أهمل فأوقع الضرر بالمتعاقد الآخر، وهو في كلا الحالتين لم يلتزم بما توجبه عليه القوة الملزمة للعقد ولم يراع مقتضيات حسن النية[3].

لذلك فقد جعل المشرع الجزائري من تنفيذ العقد بحسن نية إلتزامًا يقع على عاتق أطراف العقد **(المطلب الأول)**، وفي حالة الإخلال بهذا الإلتزام يترتب عنه آثار نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني **(المطلب الثاني)**.

---

[1]–نساخ بولقان فطيمة، "أخلقة العلاقة العقدية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، الجزائر، د.س.ن، ص 299.

[2]–أنظر المادة 107 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[3]–زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 11.

المطلب الأول

إلزامية تنفيذ العقد بحسن النية

كأصل عام، يتفق كل من الفقه والقانون في أن كل إلتزام له طريقتين في التنفيذ، وأن هذا التنفيذ لابد أن يتم بحسن النية، وهو إلتزام يقع على عاتق الطرفين، فالمدين يلتزم بحسن النية في تنفيذ إلتزامه، وبمعنى آخر، يجب على كلا المتعاقدين (الدائن والمدين) أن يكونا حسانا النية في تنفيذهما لبنود العقد، ومعنى حسن النية في تنفيذ العقد هو تنفيذ المدين لإلتزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند إبرام العقد، وبطرق لا تفوت ما قصده الدائن من مصلحة عند التعاقد أو تجعلها مكلفة على نحو مبالغ فيه دون مبرر.

وحسن النية في العقود له مظاهر عديدة لا تحصى، فنجد الكثير من الفقهاء يذهبون إلى إمكانية ربط حسن النية التعاقدي بإلتزامات، فيظهر حسن النية في العقود في القانون المدني من خلال إلتزامات[1] **(الفرع الأول)**، كما أنه يؤدي دورًا محوريًا وبالغ الأهمية **(الفرع الثاني)** خلال هذه المرحلة وبشكل أساسي الحفاظ على التوازن العقدي.

الفرع الأول

مظاهر تنفيذ العقد بحسن النية

يقتضي تنفيذ الإلتزام بحسن النية توافر عدة إلتزامات ومن بينها الإلتزام بحسن التعامل والإخلاص في السلوك، ومنه يفرض على المدين أن يلتزم بهذه الإلتزامات في تنفيذ العقد كما يجب على الدائن الإمتناع عن كل شيء قد يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقًا أو مستحيلًا بالنسبة للمدين مثل التعمد في تحميل المدين مصروفات غير ضرورية، إضافة إلى واجب الإلتزام بالنزاهة والأمانة **(أولا)**، والإلتزام بالتعاون **(ثانيا)**، والإلتزام بالإنصاف والعدالة **(ثالثا)**، فمن خلال هذه الإلتزامات يكون المتعاقدان قد قصدا تحقيق المصلحة المشتركة في العقد[2].

---

[1]–بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 132.

[2]–بوكلوة كنزة، بوطرينخ فضة، مرجع سابق، ص 67.

أولا: الإلتزام بالنزاهة والأمانة

1_الإلتزام بالأمانة (La loyauté)

إن **الفقرة الأولى من المادة 107** ق.م.ج، هي أساس إلتزام الأمانة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، وتعتبر الأمانة من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، فلا يستقيم تعامل خرجت منه الأمانة، لذلك المشرع الجزائري نص عليها في المعاملات، فأشار إليها في **الفقرة الثانية من المادة 111** ق.م.ج، المتعلقة بالتفسير، والتي جاء فيها ما يلي: "**أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد...مع الإستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين...**"[1].

جعل بالتالي المشرع الأمانة ضابطًا لتفسير العقود، وقد نص على هذا الإلتزام بنص قانوني لكي يقوم بدور الأساس القانوني العام للإلتزامات الإضافية والفرعية الموضوعية كالإلتزام بالتعاون في تنفيذ العقود الذي يعتبر واحدًا من أبرزها[2].

وتعد فكرة الأمانة مرجعًا للعديد من الإلتزامات العقدية، كالإلتزام بالإفضاء بالعيوب الخفية والإلتزام بإخطار عن بيان هام في العقد، والإلتزام بالمحافظة على الأسرار العقدية، لذلك يفرض حسن النية على المتعاقد بأن يسلك في تنفيذ العقد مسلك الرجل الأمين ذو الضمير.

ومن هذا المنطق يتعين على المدين الإمتناع عن الغش أو إستخدام الحيل التي من شأنها جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلًا بالنسبة للمدين أو حتى جعله مرهقًا، أو تحميل المدين مصاريف ونفقات مالية لا تتناسب مع الفائدة التي يتوخاها من العقد.

---

[1]–أنظر المادة 111 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[2]–بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 134.

وفي هذا السياق إعتبر القضاء، الدائن الذي فاجأ المدين بالمطالبة بالوفاء بالإيراد المرتب المتراكم بعد سنوات من عدم المطالبة، على نحو جعل المدين بالإيراد غير قادر على الوفاء به في المهلة القصيرة التي حددت له للقيام بهذا الوفاء إخلالًا بالإلتزام بالأمانة[1].

كما أنه في مجال علاقات العمل يلتزم العامل بعدم منافسة رب العمل خلال إجازته المرضية، فالإلتزام بالأمانة في علاقات العمل يقتضي عدم منافسة العامل صاحب العمل، ولو لم يرد هذا الإلتزام ضمن عقد العمل، فإنه يعتبر إمتدادًا طبيعيًا لإلتزام العامل بالأمانة والإخلاص تجاه صاحب العمل، كذلك قيام المتعاقد المهني لبرامج الحاسوب بزراعة فيروس في البرنامج يعد عملًا مخالفًا للأمانة يقتضيها حسن النية، لأن هذا المبدأ يوجب على المتعاقد أن يسلم المستخدم برنامجًا سليمًا خاليًا من أية فيروسات، وأن يكون أمينًا مع المستخدم بحيث لا يقوم بإتخاذ ما من شأنه عرقلة إستخدام أجهزة الأمان ضد الإختراق والتدمير[2].

2_الإلتزام بالنزاهة

يقتضي حسن النية نزاهة المتعاقد في تنفيذ إلتزامه وبإخلاص، ويقتضي إلتزام حسن النية في تنفيذ العقد من خلال إلتزام النزاهة، إنتفاء نية الإضرار والغش**(أ)**، وإنتفاء الخطأ الجسيم**(ب)** وإنتفاء التعسف في إستعمال الحق**(ج)**.

أ/ إنتفاء نية الإضرار والغش

إن الإخلال المتعمد بالإلتزامات لا يدل على سوء النية في كل الأحوال، بل لثبوت سوء النية قانونًا يقتضي أن يتم الإخلال بالإلتزامات بصورة إرادية أولًا، وأن يكون هناك هدف آخر أبعد يقصده المخل بإلتزاماته، وهذا الهدف هو الإضرار بالطرف الآخر، وبالتالي هذا الهدف هو الذي يصبغ صفة السوء على نية من يخل إلتزامه، فسوء النية إذًا هو نية تسبب الضرر[3].

---

[1]–شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، "حسن النية في تنفيذ العقد دراسة مقارنة"، المجلة العلمية لجامعة جيهان المجلد 05، عدد 01، كلية العلوم وكلية القانون، العراق، 2021، ص 53.

[2]–المرجع نفسه، ص 53.

[3]–بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 142.

ولهذا السبب حسن النية في العقود يقتضي إنتفاء نية الإضرار، فالمتعاقد الذي يقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر يعتبر سيء النية، أما الذي لم يقصد أن يضر بالطرف الآخر في العقد يعتبر حسن النية، والنية في اللغة تعني إرادة متجهة نحو هدف ما أو الرغبة في تحقيق نتيجة معينة، وبالتالي نية الإضرار تعد متوفرة والخطأ العمدي محققًا، كلما إرتكب العمل وكان الضرر الناشيء عنه أمرًا لازمًا، لا يمكن تصور عدم حدوثه عن هذا العمل، أي أن النتيجة (الضرر) لم تكن لتحدث لولا مبادرة الشخص بهذا العمل، ولا يشترط حتمًا أن تتجه النية إلى الإضرار بالغير مباشرة، بل يكفي أن تتجه إلى الإنتفاع الشخصي عن طريق الإضرار بالغير[1].

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

ب/ إنتفاء الخطأ الجسيم

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

---

[1]–بن يوب هدى، مرجع سابق، ص.ص 142–143.

[2]–المرجع نفسه، ص.ص 143–144.

[3]–المرجع نفسه، ص 148.

فقد نصت **المادة 824** ق.م.ج على أنه: "**يفرض حسن النية لمن يجوز حقًا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئًا عن خطأ جسيم**"[1]، وبالتالي لا يكون الشخص حسن النية عند إنتفاء الخطأ الجسيم، أما عند القيام بإرتكاب هذا النوع من الخطأ يعد الشخص سيء النية، ذلك لأن الخطأ الجسيم لا يقع حتى من الشخص المهمل، فهو يقترب من الفعل أو الخطأ العمد ويلحق به الحكم، فجرى العمل على تسويته بالخطأ العمدي، لأن إثبات العمد غالبًا ما يكون أمرًا صعبًا، ولذلك يقوم إثبات الخطأ الجسيم قرينة على توافر العمد في الخطأ، وقيل أيضًا بأن الخطأ الجسيم ألحق بالغش تأثرًا بالقاعدة اللاتينية التي تقول (calpa lata dolo aequiparateur)، أي أن الخطأ الجسيم يساوي الغش، رغم أن هناك فرقًا بينهما، أي أن الغش ينطوي على سوء النية، بينما الخطأ الجسيم قد يقع بحسن نية، وقد ألحق المشرع الجزائري الخطأ الجسيم بالخطأ العمدي في بعض نصوصه، كما هو الشأن في **الفقرة الثانية من المادة 172**، و**الفقرة الثانية من المادة 182**، و**المادة 185** من ق.م.ج[2]، كما خص الخطأ العمدي ببعض الأحكام في نصوص أخرى[3].

جـ/ إنتفاء التعسف في إستعمال الحق

إن إستعمال الحق بسوء النية هو تعسفًا لإستعمال الحق، ونظرية التعسف في إستعمال الحق من النظريات العامة في القانون المدني[4]، فجميع الحقوق يمكن أن يرد عليها التعسف ومن ثم فهو غير جائز[5]، وبالتالي تبسط هذه النظرية أحكامها على جميع الحقوق في نطاق دائرة القانون المدني محددة كانت أو مجرد حريات، وقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في الأخذ بهذه النظرية، والتعسف في إستعمال الحق هو مظهر من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود ومن إحدى مقتضياته.

---

[1]–أنظر المادة 182 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[2]–أنظر المواد 172 و182 و185، مصدر نفسه.

[3]–بن يوب هدى، مرجع سابق، ص.ص 148–149.

[4]–المرجع نفسه، ص 150.

[5]–أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 515.

وبذلك نظرية التعسف في إستعمال الحق، تحدد الطريقة التي يجب أن يسلكها صاحب الحق في إستعمال حقه بحسن النية، لذا صرحت قوانين عديدة عن العلاقة المباشرة بين مبدأ حسن النية كفكرة كلية وبين الإمتناع عن التعسف في إستعمال الحق[1]، من ذلك نص المشرع الجزائري في **المادة 124 مكرر** من ق.م.ج، على التعسف في إستعمال الحق كما يلي: "**يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:**

-إذ وقع بقصد الإضرار بالغير،

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشىء للغير،

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"[2].

كما نص في **الفقرة الأولى من المادة 691** من ق.م.ج على أنه: "**يجب على المالك ألا يتعسف في إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار**"[3].

وهناك تطبيقات عديدة للتعسف في إستعمال الحق في تنفيذ العقود، منها:

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

-والشروط التعسفية في العقود، هي أيضًا تدل على الظلم والتعسف إتجاه المتعاقد (خاصة إذا كان مشتري عادي أو مستهلك)، والقانون المدني الفرنسي لم يعالج هذه النظرية، أو على الأقل ظاهرة عقود الإذعان، أما القانونين المصري والجزائري فقد نص كل منهما على كيفية مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان[4]، والتي يملك فيها أحد الطرفين قوة وخبرة ومعرفة في مواجهة الطرف الآخر الذي يفتقر إلى هذه المقومات وخاصة في عقود الإستهلاك، وفرض شروط جزائية

---

[1]-بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 150.

[2]-أنظر المادة 124 مكرر من الأمر رقم 75-58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[3]-أنظر المادة 691، مصدر نفسه.

[4]-بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 153.

تعسفية ترهق الطرف الضعيف الذي ليس في وسعه إلا قبول هذه الشروط أو رفضها دون أن يكون له الحق في مناقشتها، وهو الذي يؤدي بالضرورة إلى عدم المساواة بين طرفي العلاقة التعاقدية مما يخل بالتوازن العقدي[1]، وبالتالي يكون الشرط تعسفيًا وباطلًا، إذا كان مجحفًا أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه، بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات ووفقًا **للمادة 110** من ق.م.ج[2]، يمكن للقاضي إذا رأى أن الشروط تعسفية ومجحفة بالنسبة للطرف المذعن فله أن يعدلها لمصلحة هذا الأخير، وإذا رأى أنها بالغة التعسف قضى بإعفاء الطرف المذعن منها، فيصبح العقد ساريًا دون تطبيق هذه الشروط التعسفية، ويقضي هذا النص أيضًا بأن كل إتفاق على غير ذلك يكون باطلًا بطلانًا مطلقًا[3].

ثانيا: الإلتزام بالعدل والإنصاف

إن الإنصاف ذو مفهوم غامض ومبهم، ومع ذلك فقد حاول الكثيرون تقديم تعريف له فيقول ديباج: "إنه مشهد مؤثر ألا نتفق حول محتوى مفهوم يشغل القانون منذ بدايته ولا حتى صِلته بالعدل، فالكل يتحدث عنه، لكن قلة قليلة من تفهمه"، ويضيف قائلا: "إن محاولة تعريفه أي الإنصاف رهان خاسر..."، ويقول موري في نفس الصدد:"إن الإنصاف يستعصي من حيث المبدأ عن أي تعريف، لأن فكرة العدل ليست فكرة مستقلة، موحدة الشكل ومطلقة، وأن مضمونها يتغير حسب ظروف الزمان والمكان".

يقول أرسطو: "الإنصاف هو عدالة أفضل تصلح عدالة القانون إذا ما إنتهت في حالة معينة إلى نتائج غير عادلة تبعًا للتعابير العامة لقانون لا يمكنه الإحاطة بكل شيء"، فما يمكن إستخلاصه من خلال هذا التعريف أن الإنصاف هو تطبيق جزئي لفكرة العدل على حالة معينة[4].

---

[1]–بورنان العيد، الشرط الجزائي في عقود الإستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون خاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياس، سيدي بلعباس، 2020، ص 94.

[2]–أنظر المادة 110 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[3]–بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 154.

[4]–عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 138 وما يليها.

وفكرة الإنصاف دلالة على الجانب الأخلاقي للمتعاقدين، وتقضي تحديد محتوى العقد وإلتزامات الطرفين فيه، بحيث عدم التوازن في العلاقات بين الأطراف المتعاقدة، يؤثر بشكل كبير على اللامساواة في إكتساب المعلومة، فالمهنيين في عقود الإستهلاك يعرفون السلع والخدمات الموضوعة في السوق، وبالمقابل المستهلكين في غالبيتهم غير أكفاء في الحكم على هذه السلع مقدمًا أو مقارنتها ببعضها، فليس الغاية من حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية دعمًا لمصالح المستهلك، بل هو تجسيد للعدالة والإنصاف[1].

ثالثا: الإلتزام بالتعاون

أما بالنسبة لواجب التعاون[2]، فيعتبر ديموج "demogue" أول من تطرق في الفقه إلى هذا الإلتزام في تنفيذ العقود، ويظهر وجوب التعاون خاصة في العقود المستمرة، كعقد الشركة والعمل والمقاولة، لذلك على رب العمل ألا يتأخر في تقديم المادة التي تعهد بتقديمها فإذا تأخر في ذلك وسبب تأخر المقاول في إنجاز العمل لم يكن هذا الأخير مسؤولًا، وعليه ألا يتأخر في دفع أقساط الأجرة المستحقة للمقاول حتى يستطيع إنجاز العمل في موعده المقرر، وعليه أن يحصل على الرخصة اللازمة للمقاول والتي لا يمكن البدء أو الإستمرار في إنجاز العمل بدونها[3].

وفكرة التعاون تقتضي أن يقبل المدين رقابة الدائن على تنفيذ إلتزامه، حتى يطمئن على أن التنفيذ يتم وفقًا لأحكام العقد، ومثال ذلك في نطاق عقد النشر، إذا كان حق المؤلف يتحدد مقداره ماليًا تبعًا لعدد النسخ المبيعة من تأليفاته فإنه يجب أن يطلع الناشر المؤلف على عدد النسخ المبيعة، وأن يمكنه من فحص دفاتره لمراقبة عدد الكتب المبيعة، كما على الدائن أن ييسر على المدين تنفيذ إلتزامه وأن تسود روح التعاون والإنسجام بين الطرفين لتنفيذ بنود العقد، ومواجهة

[1]–بن سالم المختار، الإلتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون المنافسة والإستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص.ص 94–95.

[2]–DIDIER lluelles, « La bonne fois dans l'exécution des contrats et la problematique des sanctions », La revue du barreau canadien, Volume 83, Québec, 2004, p 191.

[3]–شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، مرجع سابق، ص.ص 54–55.

المشاكل التي تواجه تنفيذه، ففي عقد الوكالة على الوكيل من وقت لآخر أن يطلع الموكل على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حسابًا بعد إنقضائها[1].

وقد إتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى تشديد الإلتزام بالتعاون في عقود المدة بطريق آخر هو تقرير الفسخ جزاءًا على عدم مراعاته، بصرف النظر عن أهمية الإخلال بالإلتزام من جانب المدين أو خطورته، وذلك بتأييدها الحكم الذي قضى بفسخ عقد الإيجار الزراعي، بعد أن تأكد من ظروف وملابسات الدعوى بأن السلوك العدائي للمزارعين قِبل المؤجر يجعل إستمرار الرابطة التعاقدية بينهما مستحيلًا، بغض النظر عن درجة جسامة الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن الإيجار الزراعي خصوصًا أنه من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة.

ومنه فإن الإلتزام بالتعاون يفرض على المدين تنفيذ إلتزامه بأحسن طريقة وأفضلها وبإستعمال أكثر الوسائل أمانًا وأكثر سرعة، ويفرض عليه أيضًا أن يبذل أقصى جهد لجعل تنفيذ الإلتزام مفيدًا ونافعًا بالنسبة للدائن، وعلى الدائن ألا يستفيد مما قد يعتري المدين من ضعف أثناء تنفيذ العقد، وعلى الدائن أيضًا مساندة المدين في الوفاء بإلتزاماته، بالإضافة إلى ذلك أنه على الدائن واجب تقليل قدر الخسائر والأضرار التي تلحق بالمدين نتيجة عدم تنفيذه لإلتزامه، وأن يبذل في ذلك الجهد المعقول[2].

الفرع الثاني

دور حسن النية في تنفيذ العقد

لقد حرصت التشريعات المعاصرة على مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد لما له من أهمية بالغة في تحقيق التوازن العقدي إذْ أنه من الوسائل التي يستخدمها المشرع والقضاء لإداخل القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، وقد إستخدم هذا المبدأ لتبرير العديد من النظريات كنظرية الظروف الطارئة ونظرية التعسف في إستعمال الحق، فحسن النية هو الضامن لسلامة رضا

[1]–شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، مرجع سابق، ص 55.

[2]–المرجع نفسه، ص 55.

المتعاقدين[1]، ويلعب عدة أدوار ووظائف خلال هذه المرحلة كتحقيق التوازن العقدي **(أولا)**، والدور التفسيري **(ثانيا)**، والدور التكميلي لحسن النية **(ثالثا)**.

أولا: تحقيق التوازن العقدي

فيهدف حسن النية إلى وضع حد لأي تجاوز من طرف المتعاقد في إستعمال حقه على نحو يميل فيه نحو التعسف، حيث تسعى هذه الوظيفة إلى إرساء نوع من الموازنة والوسيطة في إستعمال المتعاقد لحقوقه، وقد كرست بعض التشريعات المقارنة هذا الدور[2]، على غرار التقنين المدني الكبكي.

ويمكن التمييز بين حالتين لهذا الدور الحالة التي تتجه فيها نية الشخص مباشرة إلى الإضرار بالغير، في هذه الحالة سوء نية المتعسف ثابتة بالنظر إلى إرادته وهو ما كرسه المشرع في المعيار الأول من معايير التعسف في إستعمال الحق[3] من خلال نص **المادة 124 مكرر** من التقنين المدني الجزائري[4]، والحالة التي لا تتجه فيه نية الشخص إلى الإضرار بالغير، ورغم ذلك فإن تصرفه تعسفي بالنظر إلى مخالفته لحسن النية حيث يتجلى دور حسن النية في تحقيق التوازن العقدي في هذه الحالة الثانية بإعتبارها وسيلة لتوقيع الجزاء على أي خروج عن الإعتدال سواء كان عمديًا أو غير عمدي.

ومما سبق، يتضح أن هناك علاقة وطيدة بين حسن النية والتعسف في إستعمال الحق خاصة في نظرية العقد، رغم الجدال الفقهي حول مدى إمكانية إعمال نظرية التعسف في المجال العقدي، إلا أن الفقه الحديث والمعاصر يشير إلى العديد من حالات التعسف في العقد، كالتعسف في إستعمال حق فسخ العقد في العقود ذات التنفيذ المستمر وغير محددة المدة، والتي يكون فيها

---

[1]–عبد الحكيم بن عيسى، مرجع سابق، ص 181.

[2]–عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النية، مرجع سابق، ص 77.

[3]–المرجع نفسه، ص 77.

[4]–أنظر المادة 124 مكرر من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

لأي طرف وفي أي وقت كان سلطة فسخ العقد، دون أن يتم ذلك بالتعسف وفي حدود الإلتزام بحسن النية[1].

ثانيا: الدور التفسيري لحسن النية

إعترفت بعض التشريعات المقارنة صراحة بدور حسن النية في تفسير العقد، ومنها المشرع الألماني، إلا أن الوظيفة التفسيرية لحسن النية تبقى محل جدل فقهي، فقد ذهب جانب من الباحثين إلى عدم الإعتراف بهذه الوظيفة لحسن النية لأن النصوص القانونية المتعلقة بالتفسير لم تدرج حسن النية كأسلوب لتفسير العقد، كما أن حسن النية في التنفيذ تخاطب المتعاقدين لا القاضي، في حين أن التفسير يقوم به القاضي في حالة غموض العبارات.

إلا أن مجرد البحث في حالة غموض العبارات على النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند حرفية الكلمات، يكرس في الحقيقة الدور التفسيري لحسن النية، فبالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالتفسير، نجدها دائمًا ترشد القاضي أولًا في حالة غموض عبارات العقد، إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على حرفية العبارات[2].

ولقد أكد المشرع في مجال تفسير العقد على ضرورة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في **الفقرة الثانية** من نص **المادة 111** من التقنين المدني الجزائري[3] مبينًا للقاضي وسائل الوصول إلى هذا المبتغى من خلال الإستشهاد بالأمانة والثقة بين المتعاقدين، وتعتبر هاتين الميزتين قوام حسن النية في العقد، من هذه الزاوية يظهر الدور التفسيري لحسن النية[4].

---

[1]–عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النية، مرجع سابق، ص 78.

[2]–المرجع نفسه، ص 74.

[3]–أنظر المادة 111 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[4]–عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النية، مرجع سابق ص.ص 74–75.

ثالثا: الدور التكميلي لحسن النية

يمنح هذا الدور للقاضي سلطة تكملة البنود المتفق عليها بين الطرفين عن طريق إلتزامات وواجبات من أجل تنفيذ العقد على أكمل وجه، ويرى الفقه المعارض لحسن النية أن السماح للقاضي بإضافة إلتزامات لم يتفق عليها الأطراف عند إبرام العقد قد يؤدي إلى فقدان العقد لطبيعته[1].

إستأثر القضاء الفرنسي بالدور التكميلي لحسن النية لفرض إلتزامات جديدة على أطراف العقد، وتعددت قرارات محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن، ومنها قرار الغرفة الإجتماعية التي فرضت على رب العمل إلتزام بأقلمة منصب أحد العمال، في قضية تتلخص وقائعها أن شركة قامت بتسريح عاملة بسبب إلغاء الوظيفة التي تقوم بها، إلا أنه بعد مدة وجيزة قامت الشركة بتوظيف عاملة أخرى للقيام بوظيفة الفوترة، وهي الوظيفة التي كان بإمكان العاملة المسرحة القيام بها بعد تكوين مهني وجيز حيث أيدت محكمة النقض قرار محكمة الإستئناف لما قضت بمسؤولية الشركة عن تسريح العاملة الأولى، على أساس أنه يقع على رب العمل الإلتزام بأقلمة منصب العمال تطبيقًا للإلتزام بحسن النية في تنفيذ العقد[2].

ومنه يتضح لنا من خلال القرار أن محكمة النقض الفرنسية وفي ظل غياب النص القانوني الصريح الذي يلزم رب العمل بذلك، إشتقت من الإلتزام بتنفيذ العقد بحسن النية وإعمالًا للدور التكميلي لهذا الأخير، إلتزامًا يقع على رب العمل بأقلمة منصب العمال لتفادي التسريح وهو ما إعتبره الفقه إتساع أكبر لدائرة الإلتزامات الناتجة عن حسن النية في تنفيذ العقد[3].

---

[1]–عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النية، مرجع سابق، ص 76.

[2]–المرجع نفسه، ص.ص 76–77.

[3]–المرجع نفسه، ص 77.

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بحسن النية في تنفيذ العقد

لا شك أن ضخامة القيمة المالية للعقد مهما كانت طبيعته، ورغبة طرفيه في إتمام تنفيذه رغم ما قد يبدو ومن بوادر الإخلال من قبل أحدهما، فإن آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد تبدأ منذ الإحساس أو الشعور بالإخلال في تنفيذ الإلتزامات التي يفرضها العقد، وتتدرج هذه الآثار بتدرج هذا الشعور حتى يصل إلى مرحلة اليقين المتمثل في إرتكاب المخالفة للعقد بحيث تتناسب هذه الآثار مع المخالفة، ومن آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الدفع بعدم التنفيذ والتنفيذ العيني **(الفرع الأول)**، وفسخ العقد **(الفرع الثاني)**[1].

الفرع الأول

الدفع بعدم التنفيذ والتنفيذ العيني

يترتب على العقد إنشاء إلتزامات تقع على كاهل كل من طرفيه والقوة الملزمة للعقد تقضي بأن يقوم كل طرف بتنفيذ إلتزامه العقدي، فإذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ إلتزامه عينًا، وطلبه الدائن أجبر المدين على تنفيذه، فالأصل هو التنفيذ العيني للإلتزام **(أولا)**[2]، ولكن له أيضًا أن يقتصر على وقف تنفيذ إلتزاماته حتى ينفذ الطرف الآخر إلتزاماته، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ **(ثانيا)**[3].

أولا: التنفيذ العيني

يعد التنفيذ العيني أحد الآثار المترتبة على مخالفة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، فيعد حلًا أفضل من إنهاء العقد[4]، ويعتبر تنفيذ الإلتزام عينًا هو الأصل، حيث تقرر **المادة 164** ق.م.ج على أنه: "**يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذًا عينيًا**

---

[1]–خديجة عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص 452.

[2]–محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 310.

[3]–المرجع نفسه، ص 362.

[4]–خديجة عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص 452.

متى كان ذلك ممكنًا"[1]، وفي نفس السياق تقرر **المادة 176** ق.م.ج على أنه: "**إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينًا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه**"[2].

فيتضح من هذه النصوص أن للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني، كما يجوز للمدين أن يعرض القيام به، ولكن إذا إقتصر طلب الدائن على التعويض دون التنفذ العيني ولم يعرض المدين التنفيذ العيني، ففي هذه الحالة على القاضي أن يحكم بالتعويض[3].

وتتمثل صور التنفيذ العيني في:

1_طلب إصلاح البضاعة

يستطيع المشتري أن يطالب البائع بتنفيذ العقد إذا كان هذا الأخير متعلقًا بشيء ينتج أو يصنع بواسطة البائع بإصلاح العيب شرط أن يجريه البائع.

2_إنقاص الثمن

ففي حالة عدم مطابقة البضائع للعقد وسواء أتم دفع الثمن أم لا، جاز للمشتري أن يخفض الثمن بمقدار الفرق بين قيمة البضائع التي تم تسليمها فعلًا وقت التسليم وقيمة البضائع المطابقة في ذلك الوقت، غير أنه إذا قام البائع بإصلاح الخلل في تنفيذ إلتزاماته، أو إذا رفض المشتري أن يقوم البائع بالتنفيذ، فلا يجوز للمشتري أن يخفض الثمن.

3_الإستبدال

يستطيع المشتري شراء بضائع مماثلة أو مطابقة لما هو مقرر في العقد في حالة عدم المطابقة، ومن ثم يصبح في ذات المركز كما لو كان البائع قد نفذ إلتزامه، والإستبدال يتم العمل

---

[1]–أنظر المادة 164 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[2]–أنظر المادة 176، مصدر نفسه.

[3]–محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، أحكام الإلتزام، دار هدى، الجزائر، د.س.ن، ص 20.

به متى كان تنفيذه ممكنًا، أما لو كان تنفيذ الإستبدال مستحيلًا أو مكلفًا للبائع تكلفة باهظة فلا مجال هنا لمبدأ حسن النية[1].

ثانيا:الدفع بعدم التنفيذ

تنص **المادة 161** من القانون المدني الجزائري على ما يأتي: "**في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الإلتزامات المقابلة مستحقة الأداء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر تنفيذ ما إلتزم به**"[2].

تتحدد شروط الدفع بعدم التنفيذ[3]، والتي تثبت الحق في التمسك به فيما يلي:

1_أن يكون العقد ملزم لجانبين

فالدفع بعدم التنفيذ مجاله هو العقود الملزمة لجانبين، كالبيع والإيجار حتى تكون هذه الإلتزامات على عاتق المتعاقد الذي لم يرتكب إخلالًا يستطيع أن يوقف تنفيذها، ففي العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة، لا يكون للدفع بعدم التنفيذ مجال[4].

2_أن يخل أحد المتعاقدين بالعقد

فيجب أن يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزامه، ولا يتحقق هذا الإخلال إلا إذا كانت هذه الإلتزامات حالة أي مستحقة الأداء فإذا كانت مؤجلة، فإن عدم تنفيذها لا يعتبر إخلالًا فإذا أبرم عقد بيع وكان الوفاء بالثمن مؤجلًا فلا يحق للبائع التمسك بعدم تنفيذ المشتري لإلتزامه بدفع الثمن ليدفع بعدم إلتزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه[5].

---

[1]–خديجة عبد الله، مرجع سابق، ص 452.

[2]–أنظر المادة 161 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[3]–أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، د.د.ن، د.ب.ن، 2008، ص 129.

[4]–محمد صبري السعدي، الواضح في الشرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص 363.

[5]–المرجع نفسه، ص.ص 363–364.

3_عدم التنفيذ المعاصر للإلتزامات المتقابلة

يجب أن يتم تنفيذ الإلتزامات المتقابلة في وقت متعاصر، طالما أنه لا يوجد سبب قانوني يلزم أحد المتعاقدين بأن يكون البادىء في التنفيذ، ويتحقق التنفيذ المتعاصر للإلتزامات المتقابلة بإتباع إجراءات العرض الحقيقي، أو بناءًا على حكم قضائي بإيداع الأداء المالي في خزنة المحكمة، أو لدى شخص آخر ثالث يقوم بالتسليم والتسلم[1]، بالإضافة إلى أنه إذا طالب المدين الدائن تنفيذ إلتزامه رغم أنه هو بنفسه لم ينفذ إلتزامه، فإن تصرفه هذا يكون مخالفًا حتمًا لمقتضيات حسن النية، فهو طرف سيء النية، وهو ما يبرر إمتناع الدائن عن تنفيذ إلتزامه بحيث أن في العقود الملزمة للجانبين لا يمكن لأي طرف أن يطلب من الآخر تنفيذ إلتزامه دون أن يقدم ما عليه من إلتزامات، وهكذا الأمر بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ، حيث يكون مخالفًا لحسن النية مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ دون أن ننفذ ما علينا من إلتزامات، وخلاصة العبارة يعتبر الدفع بعدم التنفيذ كجزاء لسوء نية الطرف الممتنع عن تنفيذ إلتزامه[2].

الفرع الثاني

فسخ العقد

فسخ العقد هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بإلتزامه، فالفسخ جزاء إخلال المتعاقد بإلتزامه ليتحرر المتعاقد الآخر نهائيًا من الإلتزامات التي يفرضها عليه العقد[3].

وتنص **المادة 119** من ق.م.ج على أنه: "**في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك.**

---

[1]–أحمد شوقي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 131.

[2]–لشهيب حورية، زينب سالم، "الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي"، مجلة العلوم القانونية، عدد 02، كلية القانون، جامعة بغداد، بغداد، 2018، ص 11.

[3]–محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص 348.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلًا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات"[1].

فمن خلال **الفقرة الأولى** من نص **المادة 119** من ق.م.ج مجال الفسخ هو في العقود الملزمة للجانبين، ذلك لأن الفسخ مبني على فكرة الإرتباط التي تكون بين الإلتزامات المتقابلة، أما العقود الملزمة لجانب كالوديعة بغير أجر والهبة بدون عوض، فلا يوجد فيها إلا مدين غير دائن، فإذا ما أخل المدين أو الملتزم بإلتزامه بعدم التنفيذ، فإنه لا يتصور أن يطالب الطرف الآخر الفسخ، وهو دائن غير مدين ليس في ذمته أي إلتزام ليتحلل منه، فمصلحته تكون في طلب تنفيذ لا في فسخه كما يتضح أيضًا من نص المادة سابقة الذكر أن للدائن الخيار بين الفسخ والتنفيذ، فالفسخ مجرد رخصة تخول الدائن الذي يحصل الإخلال بإلتزامه التحلل من العقد وله أن يتمسك بتنفيذ الإلتزام[2].

ويشترط لتوقيع الفسخ أو إلغاء العقد توافر مجموعة من الشروط:

1-أن يخل أحد المتعاقدين بإلتزامه.

2-أن يكون طالب الفسخ قد نفذ إلتزامه أو مستعدًا لتنفيذه.

3-أن يكون طالب الفسخ قادرًا على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد[3].

---

[1]-أنظر المادة 119 من الأمر رقم 75-58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[2]-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص.ص 349-350.

[3]-المرجع نفسه، ص 350 وما يليها.

المبحث الثاني

آثار تنفيذ العقد بحسن نية

أوجب المشرع الجزائري في **المادة 107 الفقرة01**[1] تنفيذ العقود بحسن النية كما سبق الذكر، ويجب أن يسود في عملية إنشاء العقد وتفسيره، فنجد أن العقود جميعها في القانون الحديث رائدها حسن النية في التنفيذ، فإذا تعهد مقاول بتوصيل أسلاك الكهرباء، وجب عليه أن يقوم بذلك من أقصر طريق ممكن، كما أن إلتزام المتعاقد طبقًا لحسن النية هو إلتزام تعاقدي، فإذا ما أخل بهذا المبدأ يكون مسؤول على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بإلتزام عقدي، هو وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ، وبذلك لا حاجة في تقرير مسؤوليته على أساس المسؤولية التقصيرية لتعسفه في إستعمال حقه[2].

وبما أن العقد شريعة المتعاقدين وفق ما نصت عليه **المادة 106** من ق.م.ج[3]، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإرادة الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، على أن هذه القاعدة يرد عليها إستثناءات كثيرة في الوقت الحاضر، ومن أهمها سلطة القاضي في إدخال تعديلات على العقد[4]، من خلال نظرية الظروف الطارئة **(المطلب الأول)**، والآليات التي يعتمدها لإدخال هذه التعديلات **(المطلب الثاني)** خاصة في عقود الإذعان.

---

[1]–أنظر المادة 107 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[2]–محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص.ص 298–299.

[3]–أنظر المادة 106 من الأمر 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[4]–محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص.ص 299–302.

المطلب الأول

تعديل العقد من طرف القاضي

إن وضع حد للشيء وحصره في نطاق معين، يعني الوقوف عند هذا الحد وعدم إمكانية الزيادة فيه، إلا أن المشرع لم يكتف بالحد سالف الذكر، لإعطاء القاضي سلطة في العقود المدنية والتجارية فيما يتعلق بمرحلة تكوين وإنشاء العقد وكيفية إعادة التوازن العقدي في هذه المرحلة لتحقيق العدالة التعاقدية التي يهدف الجميع لتحقيقها، بل منح القاضي أيضًا سلطة لا بأس فيها فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد لأن المتعاقد أثناء إبرامه للعقد قد يتمتع بمركز قوي يناقش جميع شروطه وإلتزاماته وحقوقه، إلا أن ميزان العقد قد يختل أثناء تنفيذه فيما بين المتعاقدين، لذلك حرص المشرع على حماية المتعاقدين من الإختلال التعاقدي الواقع أيضًا في مرحلة تنفيذ العقد فمنح القاضي هذه السلطة التي تمكنه من التدخل في العلاقات العقدية، وذلك لمواجهة الظروف المتغيرة والتقلبات الإقتصادية التي بفعلها ينشأ إختلال في ميزان العقد، وبالتالي إختلال في العدالة العقدية[1]، وهذه الظروف المتغيرة هو ما يعرف حاليًا بنظرية الظروف الطارئة **(الفرع الأول)**، والتي تستوجب لتطبيقها شروط معينة **(الفرع الثاني)**، والتي ترتب آثار إثر تطبيقاتها **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

نظرية الظروف الطارئة

الأصل وفق **المادة 106** ق.م.ج[2] أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب على كل منهما أن ينفذ إلتزاماته الناشئة منه بأمانة وحسن النية، غير أنه قد تجد خلال تنفيذ العقد ظروف إستثنائية لم تكن متوقعة عند إنعقاد العقد تجعل تنفيذ إلتزامات أحد المتعاقدين مرهقًا، يهدده بخسارة فادحة فتقتضي العدالة التوازن في إلتزامات المتعاقدين، ومن هنا نشأت نظرية الظروف الطارئة المستمدة من القانون البولوني والقانون المدني الإيطالي الجديد، ولم يأخذ بها القانون المدني الفرنسي ولا

---

[1]–دعاء موسى عبد الرحمان برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2019، ص 130.

[2]–أنظر المادة 106 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

القضاء العادي، بينما أخذ بها القضاء الإداري، وقد نصت عليها القوانين العربية ومنها القانون الجزائري[1].

ومنه يمكن تعريف هذه النظرية على أنها حالة إستثنائية تطرأ بين مرحلة إبرام العقد ووقت تنفيذ الإلتزام ومن شأن هذا الأمر الطارىء التأثير على مصلحة المتعاقدين لا سيما المدين بالإلتزام حيث يجعل هذا الظرف تنفيذ الإلتزام مرهقًا للمدين لا مستحيلًا إذ يقتضي ذلك سلطة القاضي بالتدخل لوضع حد لهذه المسألة من خلال إعادة النظر في العقد وتعديل هذا الأخير على نحو يلائم مصلحة الأطراف في العقد.

وتجد هذه النظرية أساسها القانوني في قواعد القانون المدني حيث نص عليها المشرع الجزائري صراحة[2] في **الفقرة الأخيرة المادة 107** من ق.م.ج بقوله: "**...غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلًا كل إتفاق على خلاف ذلك**"[3].

وعلى أساس هذا القول يفهم أن بإمكان القاضي التدخل لتعديل العقد أو الإلتزام الوارد فيه متى طرأ ظرف طارىء لم يتوقعه أحد المتعاقدين، بحكم أن الظرف الطارىء يعتبر بحسب القانون سببًا قانونيًا يستدعي تدخل القاضي لتعديل العقد يجعل الإلتزام محتملًا، حيث بإمكان المدين تنفيذه بسهولة وفي هذه الحالة على القاضي أثناء ممارسة سلطته في التعديل أن يأخذ بعين الإعتبار طبيعة الظروف من جهة ومصلحة الطرفين من جهة أخرى وبالتالي فإن سلطة القاضي في تعديل

---

[1]–علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، ص 98.

[2]–دالي بشير،"سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة"، مجلة القانون، عدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، معسكر، 2016، ص 139.

[3]–أنظر المادة 107 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

العقد في حالة الظروف الطارئة يعد من النظام العام، فلا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها وهذا ما أكد عليه المشرع صراحة في نص **المادة 107** من ق.م.ج[1].

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

على الرغم من أن المشرع الجزائري قد منح للقاضي بموجب نص **المادة 107 في الفقرة 03** منها في القانون المدني، سلطة التدخل لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، وذلك لإعادة التوازن الذي إختل بسبب تغيير الظروف تحقيقًا للعدالة[2]، إلا أنه قيد تطبيق نظرية الظروف الطارئة بشروط موضوعية[3]، وهي أن تقع هذه الظروف بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه **(أولا)**، وأن تكون هذه الظروف إستثنائية وعامة وغير متوقعة **(ثانيا)**، وأن يجعل الحادث تنفيذ الإلتزام مرهقًا وليس مستحيلًا **(ثالثا)**.

أولا: أن تقع هذه الظروف بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه

إن السمة الأساسية التي يتصف بها الحادث الذي يجيز تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أن يكون طارىء، بمعنى أن يقع بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، فإن كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد، ما نهض سببًا لتعديل آثاره، إذْ المفروض هنا أن المتعاقدين قد علما به، وإرتضيا العقد على إعتبار وجوده، وكذلك لا تنطبق النظرية إذ كان الحادث قد وقع بعد تنفيذ العقد بالنسبة إلى كل آثاره، فإن كان العقد عند وقوع الحادث قد تم تنفيذه بالنسبة إلى بعض آثاره دون بعضها الآخر، سرت النظرية بالنسبة إلى العقد الذي لم يتم تنفيذه مع ملاحظة أنه إذا كان تراخي المدين في الوفاء بإلتزامه إلى ما بعد وقوع الحادث راجعًا إلى تقصيره، فإنه لايستفيد من نظرية الظروف

---

[1]–دالي بشير، مرجع سابق، ص.ص 139–140.

[2]–غربي صورية، "سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في مرحلة التنفيذ"، مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 04، عدد 03، جامعة بوشعيب بلحاج عين تموشنت، الجزائر، 2021، ص 387.

[3]–سعداني نورة، "سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، عدد 02، جامعة طاهري محمد، الجزائر، د.س.ن، ص 30.

الطارئة لأنه لا يحق للمدين أن يستفيد على حساب دائنه من خطأ يكون قد إرتكبه إزاءه، وكذلك لا يجوز إعمال النظرية إذا كان وقوع الحادث الطارىء بعد منح نظرة الميسرة من القاضي[1].

ثانيا: أن تكون هذه الظروف إستثنائية وعامة وغير متوقعة

فيجب أن يكون الحادث أو الظرف إستثنائيًا، ومعنى ذلك أن حصول هذا الظرف نادر بحسب السير العادي للأمور، ومثاله حرب أو زلزال أو وباء ويجب أن يكون الحادث أو الظرف عامًا، بمعنى أن أثر هذا الظرف لا يقتصر على المدين أو مدينيين معينين بالذات، بل يشمل الناس جميعًا، فالحوادث الإستثنائية الخاصة بالمدين وحده، كإفلاسه أو موته، أو إضطراب في أعماله لا يعتبر ظروفًا عامة، ومن ثم لا مجال لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة.

كما يجب أن يكون الظرف غير متوقع، ومعناه أن الشخص العادي لا يستطيع توقع هذا الظرف وقت إبرام العقد، وهذا معيار موضوعي، لا يتعلق بشخص المدين فلو أن الرجل العادي كان بإمكانه توقع هذا الحادث، ولو كان المدين نفسه لم يتوقعه فإن الحادث لا يعتبر غير متوقع ولا يكفي أن يكون الحادث إستثنائيًا عامًا وغير متوقع، بل يجب ألا يكون في الإستطاعة دفعه أو تحاشيه، فالمدين يلزم بأن يتخطى الحوادث التي تعجزه عن الوفاء بإلتزامه إذا كان في وسعه ذلك[2].

ثالثا: أن يجعل الحادث تنفيذ الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا

والعبرة من هذا الشرط بما يتحمله المدين من خسارة فادحة وغير طبيعية، فإذا كانت الخسارة اللاحقة بالمدين مألوفة في نوع معين من المعاملات، فلا محل لتطبيق النظرية، كما أن معيار تقدير جسامة الخسارة هو موضوعي أي موقف الشخص العادي في العقد، ولا ينظر فيه لشخص المدين بالذات، ولذلك إذا كان من شأن تنفيذ الإلتزام كما هو يؤدي إلى خسارة فادحة

---

[1]–إقصاصي عبد القادر، "نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدي"، المجلة الإفريقية لدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، عدد 02، مخابر القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، الجزائر، 2018، ص 136.

[2]–محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة الإلتزامات، مرجع سابق، ص 306.

للمدين طبقت النظرية حتى ولو كان هذا المدين ثري جدًا ولا تأثر فيه الخسارة الفادحة، كما لو كان المدين هو الحكومة أو كان المدين بالإلتزام يحتفظ بمخزون السلعة التي إرتفعت أسعارها ولا يؤثر فيه هذا الإرتفاع، ذلك أنه إذا لم تكن لديه الكمية المتعاقد على توريدها في مخازنه لإضطر إلى شرائها من السوق بأسعار باهظة جدًا ومرتفعة نتيجة الحادث الطارىء،أما إذا كان الحادث الإستثنائي يصل إلى حد إستحالة تنفيذه من قبل المدين فإن ذلك يدخل في حدود نظرية أخرى وهي نظرية القوة القاهرة[1].

وهذه الأخيرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلًا، ويترتب على ذلك إنقضاء الإلتزام وتبرئة ذمة المدين، وهذا ما يميزها عن الحادث الطارىء والذي لا يبرىء ذمة المدين، وإنما يكون سببًا لتعديل الإلتزام، فينقصه القاضي إلى الحد الذي يجعله محتملًا[2].

الفرع الثالث

آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إذا توافرت جميع الشروط المذكورة سابقًا، فللقاضي أن يراجع العقد ولا يتولى إدخال أي تغيير عليه إلا إذا كان ملائمًا لمبدأ حسن النية، وبعد الأخذ بعين الإعتبار مصالح الطرفين فاللجوء إلى حسن النية هو أمر هام جدا في النطاق الذي لا تكفي فيه القواعد القانونية، ويجب معاضدتها بالقواعد الأخلاقية.

إن التأثير الناتج عن الظروف الطارئة لا يمكن أخذه بعين الإعتبار إلا بمقتضى القواعد الأخلاقية لتعدد الحالات وشدة إختلافها عن بعضها، ما يجعلها تستعصي على أي قاعدة عامة

[1]–جيلالي بن عيسى، "نظرية الظروف الطارئة في ظل إختلال الإلتزامات التعاقدية"، مجلة المعيار، المجلد 09، عدد 02 جامعة عبد الحميد بن بادس، مستغانم، 2018، ص 134.

[2]–السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 971.

قانونية، لأن القاعدة القانونية تقتصر على وضع الأطر الخارجية لعمل القاضي الذي يتولى بدوره تنظيم مدى دور وتأثير الظرف الطارىء حسب كل حالة طبقًا لمقتضيات حسن النية[1].

فللقاضي الحق في إختيار الحلول أكثر إتفاقًا مع العقل والعدل، دون أن يتقيد في هذا الشأن بإرادة الأطراف فقد يكتفي بوقف تنفيذ العقد لفترة من الزمن حتى تزول آثار الحوادث الإستثنائية، عندما تكون هذه الآثار مؤقتة بشرط أن لا يكون في إيقاف التنفيذ ضرر كبير بالدائن أو صاحب الحق، كما أن القاضي عندما يرد الإلتزام إلى الحد المعقول فإنه يستند في سلطته على أسس معايير العدالة، ومن ثم يصبح الأمر مسألة موضوعية لا شخصية، مفاد ذلك أن القاضي أثناء فصله في النزاع المتعلق بتنفيذ الإلتزام، فإذا وجد أن تنفيذ الإلتزام غير ممكن كأن يهدد المدين بخسارة فادحة جاز له تبعًا للظروف أن يقتضي بإنقاصه، أي إنقاص الإلتزام المرهق[2].

المطلب الثاني

آليات تدخل القاضي لتعديل العقد

لم يرد نص قانوني يحدد آليات أو بمعنى آخر وسائل متاحة تسمح للقاضي المتدخل تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة سواء على سبيل الحصر أو العكس، بل هي ثمرة إجتهادات فقهية وقضائية على حد سواء، ومن بين الآليات المتاحة للقاضي من أجل إعادة التوازن العقدي[3]، هي إما إدخال المرونة على الشرط الجزائي **(الفرع الأول)** وذلك إما بتخفيضه أو زيادته، أو يوقف تنفيذ الإلتزام لحين زوال الحادث الطارىء أو يقضي بفسخ العقد **(الفرع الثاني)**.

---

[1]–عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 110.

[2]–دالي بشير، مرجع سابق، ص 150.

[3]–غربي صورية، مرجع سابق، ص 394.

الفرع الأول

إدخال المرونة على الشرط الجزائي

ظل مبدأ سلطان الإرادة مظلة يبرم تحتها عدد لا متناهي من التعاملات التعاقدية بغير إيراد إستثناءات عليه وقتًا طويلًا من الزمن، وقد نتج عن ذلك إمكانية إضافة ما يشاء الأفراد من شروط إلى عقودهم، ومن هذه الشروط الشرط الجزائي[1]، والذي يقدر بموجبه المتعاقدان مسبقًا وبطريقة جزافية، التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بإلتزامه التعاقدي، ويكون المقصود منه غالبًا إبعاد سلطة القاضي في التعديل والتخلص من عبء إثبات الضرر المتوقف عليه[2]، وهذا ما أجازه المشرع الجزائري بموجب نص **المادة 183** من ق.م.ج على أنه: "**يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدمًا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق...**"[3]، وقد ظهر هذا الشرط كمظهر من مظاهر الحرية التعاقدية التي كفلتها التشريعات، إلا أن ذلك يولد في كثير من الأحيان تعسفًا من قبل الأطراف لبعضهم البعض، وهذا ما مكن القاضي في بعض الأحيان التدخل في العقد وإعمال سلطته التقديرية لتعديل الشرط الجزائي المضاف من قبل أحد المتعاقدين[4]، وذلك إما بتخفيض هذا الشرط **(أولا)**، أو الزيادة فيه **(ثانيا)**.

أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

تنص **المادة 184 الفقرة 02** من ق.م.ج على أنه: "**يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطًا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه**"[5] يستخلص من نص المادة أنها حصرت الحالات التي يجوز فيها للمدين اللجوء إلى القضاء لطلب تعديل العقد فيما يتعلق بالتعويض المتفق عليه وذلك بطريقة تخفيض قيمته ويكون ذلك في

---

[1]–دعاء موسى عبد الرحمان برهم، مرجع سابق، ص 173.

[2]–ناصري ربيعة، "سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 09 عدد 01، جامعة طاهري محمد، الجزائر، ص.ص 126–127.

[3]–أنظر المادة 183 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[4]–دعاء موسى عبد الرحمان برهم، مرجع سابق، ص 173.

[5]–أنظر المادة 184 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

حالتين[1]، الحالة التي يكون فيها التقدير مبالغ فيه **(1)**، وحالة قيام المدين بتنفيذ جزء من إلتزامه الأصلي **(2)**.

1_الحالة التي يكون فيها التقدير مبالغ فيه

يجعل فيها الدائن الشرط الجزائي شرطًا تهديديًا لحمل المدين على الوفاء بإلتزامه، فيكون بمثابة عقوبة فرضها الدائن على المدين، والفرض في هذه الحالة أن المدين لم يقم بتنفيذ إلتزامه أصلًا، أو عرضه في وقت متأخر عن الوقت المتفق عليه على نحو يستحق الدائن التعويض الذي حدد في الإتفاق، لكنه لو حصل على التعويض كاملًا رغم المبالغة فيه، لكان ظلمًا بحق المدين.

فإذا إتضح بعد ذلك أن الضرر لم يكن بالقدر المتوقع، أو أن تقدير الطرفان كان مبالغًا فيه، فالأمر يتعلق إما بغلط في التقدير وقع فيه الطرفان أو إكراه وقع على المدين، فقبل بالشرط رغم علمه مسبقًا أنه مجحف، إما تحت تأثير ضغط الدائن، أو بإندفاع أو تسرع، وفي جميع الحالات وجب تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب والضرر، والأصل أن وجود الشرط الجزائي قرينة على أن التعويض المتفق عليه متناسب مع الضرر، فإذا إدعى المدين أنه مفرط كان عليه عبء إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات لأنها واقعة مادية[2].

2_حالة قيام المدين بتنفيذ جزء من إلتزامه الأصلي

من العدل أن لا يلتزم المدين بكل المبالغ المتفق عليها في الشرط الجزائي، مادام تم تنفيذ الإلتزام جزئيًا، ويكون القاضي قد إحترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من إلتزامه، ويؤسس الفقه ذلك على فكرة إحترام إرادة المتعاقدين، ويتم التخفيض على أساس المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ من الإلتزام، فالقاضي ينقص المبلغ المتفق

---

[1]–طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد إبن باديس، مستغانم، 2019، ص 285.

[2]–فرقاني قويدر نور الإسلام، "إستحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، عدد 02، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر، 2020، ص 1664.

عليه إلى الحد الذي يتناسب والجزء الباقي دون تنفيذ من الإلتزام الأصلي، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين، ولا يخضع حكمه لرقابة المحكمة العليا لأنها من مسائل الواقع.

وما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يضع معيارًا لتخفيض مبلغ الشرط الجزائي حال التنفيذ الجزئي للإلتزام، عكس ما جاء به المشرع الفرنسي من خلال نص **المادة 1231 فقرة 05** من القانون المدني الفرنسي[1] والذي يفيد أن التخفيض يكون على أساس المصلحة التي حققها التنفيذ الجزئي للدائن، وهو ما يجسد العدالة وأقرب إلى الحقيقة في تفسير نية المتعاقدين[2].

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

الأصل أن القاضي لا يزيد في قيمة الشرط الجزائي ليكون مساويًا لضرر، بل يحكم به على حاله، ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة تخفيف لمسؤولية المدين، كأن يكون المبلغ المتفق عليه تافهًا، وهذا جائز في نطاق المسؤولية العقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم كما لو تعمد عدم تنفيذ إلتزامه، فإن الإتفاق في هذه الحالة يكون باطلًا[3] وفق ما نصت عليه **المادة 178 فقرة 02** من ق.م.ج[4].

ويقع عبء إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم على الدائن، فإذا أفلح في ذلك، حكم القاضي بالزيادة في التعويض ليصبح معادلًا للضرر الذي وقع وفقًا للقواعد العامة، ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر بإتفاق الطرفين، لأن الدائن في إتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم.

---

[1]–Art 1231 Al 05:"Néonmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.
Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la penalité convenue peut être diminuée par juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent".

[2]–فرقاني قويدر نور الإسلام، مرجع سابق، ص.ص 1664–1665.

[3]–المرجع نفسه، ص 1665.

[4]–أنظر المادة 178 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

يتبين من كل ما سبق أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل مقدار الشرط الجزائي إما بالزيادة أو الإنقاص متى توافرت الشروط المنصوص عليها قانونًا، وحتى تؤدي هذه السلطة دورها كاملًا جعلها المشرع من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق على إستبعادها و يقع كل إتفاق خلاف ذلك باطلًا[1].

الفرع الثاني

وقف تنفيذ الإلتزام أو فسخ العقد

إضافة للوسائل أو الآليات المذكورة سابقًا، قد يلجأ القاضي لسبل أخرى بهدف رد الإلتزام المرهق للحد المعقول[2] وبسلطته التقديرية، فقد يلجأ لوقف تنفيذ العقد مؤقتًا **(أولا)**، أو فسخه مع توفر الحالات التي تسمح بذلك **(ثانيا)**.

أولا: وقف تنفيذ الإلتزام

من بين السبل أو الخيارات التي يلجأ إليها القاضي للحد من إرهاق المدين في تنفيذ إلتزامه، وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الحادث الطارىء، قد يكتفي بإيقاف تنفيذ العقد فترة من الزمن إلى حين زوال آثار الحادث الطارىء، ويكون ذلك متى كانت هذه الآثار مؤقتة من جهة وكان وقف تنفيذ العقد لا يسبب ضررًا كبيرًا للدائن من جهة أخرى، مثال ذلك أن يتعهد مقاول بإنجاز مبنى في آجال محددة ثم ترتفع أسعار مواد البناء إرتفاعًا باهظًا نتيجة لحادث طارىء، وهنا يمكن للقاضي أن يحكم بوقف تنفيذ إلتزام المقاول، وذلك بعد أن يتضح لديه أن إرتفاع الأسعار سيزول قريبًا حتى يتسنى للمقاول تنفيذ إلتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الموقف ضرر جسيم يلحق صاحب البناية[3].

---

[1]–سعداني نورة، مرجع سابق، ص 40.

[2]–غربي صورية، مرجع سابق، ص 395.

[3]–جيلالي بن عيسى، مرجع سابق، ص 138.

ثانيا: فسخ العقد

يمكن للقاضي فسخ العقد بسبب حوادث أو ظروف طارئة في حالتين فقط، الأولى نصت عليها **المادة 561 الفقرة 03** من ق.م.ج على أنه: "**إذا إنهار التوازن الإقتصادي بين إلتزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد**"[1].

أما الحالة الثانية التي تجيز للقاضي فسخ العقد فهي إذا ما طلبه الدائن الذي لم يقبل بالتعديل الذي قام به القاضي، وهنا على هذا الأخير الحكم بالفسخ ولا يجوز له أن يفرض على الدائن تعديل العقد، خاصة وأن فسخه في هذه الحالة يكون أصلح للمدين، إذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارىء[2].

الفرع الثالث

تطبيقات مبدأ حسن النية

إن مبدأ حسن النية ينبغي أن يسود في كافة العقود بشكل عام، وقد أشارت إلى ذلك معظم التشريعات المعاصرة على غرار المشرع الجزائري في خلال **المادة 107** من ق.م.ج، إلا أن هناك عقود يبرز فيها المبدأ بصفة واضحة، والتي إعتبرها الفقه من عقود حسن النية[3]، كعقد التأمين **(أولا)**، وعقد الإستهلاك **(ثانيا)**.

أولا: حسن النية في عقد التأمين

عرف المشرع الجزائري التأمين من خلال نص **المادة 619** من ق.م.ج على أنه: "**عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه**

[1]–أنظر المادة 561 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[2]–غربي صورية، مرجع سابق، ص 396.

[3]–عبد الحكيم بن عيسى، مرجع سابق، ص 185.

مبلغًا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حال وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن"[1].

ولهذا العقد عدة خصائص أبرزها أنه يعتبر عقد إذعان بإعتبار أن المؤمن يعد الجانب القوي فيه ولا يكون للمؤمن له سوى الخضوع لشروطه، وعلى الرغم من مخاطر مثل هذه العقود لكونها إنقاصًا واضحًا من حرية المتعاقد في التفاوض ومناقشة بنود وشروط العقد إلا أن المشرع إعتبرها عقودًا حقيقية وأن التفاوت في مركز المتعاقدين هو تفاوت إقتصادي وليس قانوني[2].

فالمركز الإقتصادي القوي لشركات التأمين يجعلها كفرض على المستأمن شروطها في وثيقة مطبوعة، ولا يملك هذا الأخير سوى قبولها دون أية مناقشة، ولهذا إعتبر عقد التأمين من العقود الإذعان وكانت الحرية التعاقدية فيه محددة[3].

ونتيجة لخاصية الإذعان التي يتميز بها هذا العقد نجد أن المشرع رتب عليه عدة أحكام حماية للطرف المذعن، منها ما يتعلق بتفسير العقد، فيجب تفسير عبارات العقد الغامضة لمصلحة المؤمن له (دائنًا أو مدينًا) خروجًا عن القاعدة الأصلية التي توجب أن يكون التفسير في مصلحة المدين، كما يجوز للقاضي تعديل الشروط التعسفية للعقد ويجوز له كذلك أن يلغيها أو يعفي المؤمن له من الإلتزام بها بحسب ما تقضي به قواعد العدالة[4]، ووفق ما نصت عليه **المادة 110** من ق.م.ج[5].

لا شك أن مراعاة حسن النية من المبادىء العامة والتي تسري على كافة العقود، لذلك يجدر التنويه بأن وصف عقد التأمين بأنه من عقود حسن النية لا يقصد به أن هذا الوصف ينحسر عن عقود أخرى، فالقاعدة أن جميع العقود يجب أن تبرم وتنفذ وفقًا لما يقتضيه حسن

---

[1]–أنظر المادة 619 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

[2]–لغنج مباركة، مبدأ حسن النية وأثره في إبرام العقود وتنفيذها، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2012، ص 35.

[3]–عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 180.

[4]–لغنج مباركة، مرجع سابق، ص 36.

[5]–أنظر المادة 110 من الأمر رقم 75–58، متضمن ق.م، مصدر سابق.

النية[1]، إضافة لخاصية الإذعان، فإن عقد التأمين يعتبر من عقود حسن النية، أي أن هذا الأخير من مستلزمات عقد التأمين سواء من حيث الإنعقاد أو من حيث التنفيذ[2].

فيقع على عاتق المؤمن له إلتزام بالتخفيف من آثار الحادث المؤمن منه في حالة وقوعه والتقليل من نتائجه على المؤمن من خلال إتخاذ جميع الوسائل التحفظية، مع إحتفاظه بكافة حقوقه تجاه المؤمن وفقا لما تقضي به **المادة 108** من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات في فقرتها الخامسة على أنه: "**يترتب على المؤمن له أن يراعي الإلتزامات المتفق عليها مع المؤمن أو المحددة في التنظيم الساري المفعول، وأن يبذل الجهود لإتقاء الأضرار أو الحد من إتساعها**"[3].

لذا يتوجب على المؤمن له التخفيف من آثار الحادث فعادة ما يكون موجود في محل الحادث بشخصه أو بواسطة تابعيه، فهو بذلك أقدر من المؤمن على إتخاذ الإجراءات المناسبة لييسر للمؤمن الحلول محله في طلب التعويض[4].

ووجوب حسن النية عند إنعقاد عقد التأمين وخلال تنفيذه، هو ما يفسر بطلانه إذا أدلى المؤمن له ببيانات كاذبة عن الخطر المؤمن ضده كما أن مبدأ حسن النية هو الذي يبرر مبدأ سقوط حق المؤمن له بالتعويض إذا كان قد قام بعمل أو إمتنع عن عمل وكان ذلك العمل أو الإمتناع يتعارض مع مقتضيات حسن النية، لأن عقد التأمين يقوم أساسًا على التعاون بين المستأمن والمؤمن، ويجب على كل منهما الصدق والأمانة في التعامل ومن هنا أطلق عليه أنه من عقود حسن النية المطلقة[5].

---

[1]-محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 529.

[2]-عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 184.

[3]-أنظر المادة 108 من الأمر رقم 95-07، مصدر سابق.

[4]-لغنج مباركة، مرجع سابق، ص 37.

[5]-عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 191.

ورغم أن عقد التأمين مبناه حسن النية، إلا أن خصوصيته كعقد إذعان تقلل من شأن هذا المبدأ فيصعب في التأمين الأخذ بقاعدة قانون الإرادة على إطلاقها، نظرًا لأن إرادة أحد الطرفين وهو المؤمن له أي الطرف المذعن، تكون ضعيفة بسبب تفاوت المراكز القانونية والإقتصادية للأطراف كما شرحنا سابقًا، فيجد بذلك الطرف الضعيف نفسه في حالة تبعية إقتصادية دائمة للطرف القوي[1].

ثانيا: حسن النية في عقد الإستهلاك

مبدأ حسن النية، وإن كان في أصله مبدأ أخلاقيًا، إلا أنه أضفى عليه طابع الإلتزام القانوني رغم عدم تعريفه تشريعيًا، وأصبح يعد في النظم القانونية المعاصرة مبدأ عام لم يوجه للمتعاقدين فقط بل للقضاة والمحكمين وغيرهم[2].

ويعتبر مبدأ حسن النية آلية فعالة وعامة يمكن إعمالها في العقد لمنح بعض الحماية للمتعاقد الضعيف ولخلق نوع من التوازن العقدي إلا أنه يلعب دورًا كبيرًا، في عقد الإستهلاك سواء في مرحلة إنعقاده أو تنفيذه كون أنه من عقود الإذعان[3]، والتي تعرف تفاوت في مراكز طرفي العلاقة العقدية وتتيح فرصة إنفراد المحترف بصياغة العقد وفرض شروط تعسفية ومجحفة على المستهلك[4].

وفي هذا السياق، إستخدم المشرع الأوروبي هذا المبدأ لضمان نزاهة المعاملات التعاقدية في عقود الإستهلاك، من خلال النص على أهميته في التعامل مع ظاهرة إختلال التوازن العقدي على نحو يضمن تمثيل مصالح طرفي العقد وضمان التوازن العقدي فيما بينهما، وهذا ما جاءت

---

[1]–لغنج مباركة، مرجع سابق، ص 37.

[2]–مقني عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الإجتماعي، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الإجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران السانيا، الجزائر، 2009، ص 200.

[3]–عبد الحكيم بن عيسى، مرجع سابق، ص 185.

[4]–مزغيش عبير، محمد عدنان بن ضيف، "الضوابط الحمائية المصوبة لإختلال التوازن العقدي في عقود الإستهلاك التعسفية"، مجلة الحقوق والحريات، عدد 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017، ص 92.

به **المادة 03** من التوجيه رقم 13 سنة 1993 الخاص بالشروط التعسفية في عقود الإستهلاك[1] وتقضي بطلان الشرط التعسفي متى خالف مبدأ حسن النية، عن طريق خلق حالة من عدم التوازن العقدي بين حقوق وإلتزامات أطراف العقد[2].

ومن أهم مقتضيات حسن النية في عقود الإستهلاك، أن يقوم المتعاقد بإعلام المتعاقد الآخر، بشفافية تامة عن كافة المعلومات التي تخص العقد المراد إبرامه، والتي يجهلها الطرف الآخر جهلًا مشروعًا، ويكون المستهلك جهله مشروعًا لإستحالة علمه بالبيانات العقدية، وقد يكون جهله نظرًا لإعتبارات الثقة المشروعة التي يضعها في المتعاقد الآخر، ولقد كان لمبدأ حسن النية أكبر أثر في تكريس الإلتزام بالإعلام وتوسيع نطاق تطبيقه، من حيث خلق قرينة مفادها جهل الطرف الآخر بالمنتوج أو الخدمة، في جعله إلتزامًا مفروضًا في كل العقود مع إختلاف مضمونه من عقد لآخر، ومفروضًا في كل مراحل العقد[3]، وقد كرسه المشرع الجزائري في القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 من خلال نص **المادة 17** منه[4]، وأيضا في **المادة 04** من القانون رقم 04-02[5].

ومنه يعتبر الإلتزام بالإعلام من مستلزمات العقد دون أي دواعي لذكره أثناء التعاقد، وهو دلالة على حسن نية المتعاقدين في إبرام العقد، كما هو دلالة على الشفافية في المعاملات كما أشرنا سابقًا، أي أن هناك رغبة صريحة من المتعاقدين على إبرام العقد وفق منهج مشروع قانونًا فيجب على صانع منتوج معين أن يدلي إلى المتعاقد معه بكافة البيانات الضرورية المتعلقة بإستعماله، وخاصة المعلومات المتعلقة بالتحذير من خطورته، وكيفية تفاديها أو كيفية التعامل معها في حالة حدوثها، كما يتعين على البائع ليس فقط تسليم الزبون جهازًا غير معيب

---

[1]-Directive Européenne N° 93/13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E, N° L95, du 21 avril 1993.

[2]-فياض محمود، مرجع سابق، ص 233.

[3]-زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص.ص 379-378.

[4]-أنظر المادة 17 من القانون رقم 09-03، مصدر سابق.

[5]-أنظر المادة 04 من القانون رقم 04-02، مصدر سابق.

وبالمواصفات التي تم الإتفاق عليها، وإنما يجب أن يستعلم عن حاجيات هذا الزبون وأن ينصحه بمدى ملائمة الجهاز المقترح للإستعمال الذي يريده، وفي هذا الصدد تتجلى مقتضيات حسن النية في عقود الإستهلاك[1].

[1]–بن سالم المختار، مرجع سابق، ص 108.

خاتمة

من خلال إستقراء ما تم عرضه خلال هذه الدراسة، يمكن القول أن مبدأ حسن النية من المبادىء التي عرفت تحولًا جذريًا، فقد كان أول ظهور له في القانون الروماني، حيث أعتبر مبدأ أخلاقي ديني، ومع التطور الذي شهده العالم في كل من الجانب الإقتصادي والإجتماعي، سواء على الصعيد الخارجي أو الداخلي للدول، أدى إلى تطور المنظومة القانونية بدورها بتصاعد مكانة نظرية العقد وأهميتها في المعاملات، فإن معظم التشريعات أخذت بمبدأ حسن النية كقاعدة قانونية عامة ومفترضة في إبرام العقود وتنفيذها وجعلت منه أداة فعالة لحماية العلاقة العقدية، وبناءًا على ما تقدم تم الوصول للنتائج التالية:

يمكن القول أن مبدأ حسن النية إستثناء منطقي لمبدأ حرية الإرادة من خلال ردع كل أساليب الغش والتعسف التي يمكن أن تتخلل إبرام العقد سواء مرحلة المفاوضات العقدية أو في مرحلة تنفيذ العقد، فيلاحظ أن لمقتضيات حسن النية مكانة هامة في المرحلة السابقة للتعاقد والتي تعد مرحلة ممهدة لإبرام العقد، ذلك بإلزام الأطراف التحلي بالصدق والنزاهة والأمانة طيلة مدة إجراء المفاوضات إضافة لعدة إلتزامات يفرضها مبدأ حسن النية خلال هذه المرحلة، بهدف إقامة التوازن بين مبدأ الحرية التعاقدية وجدية التفاوض دون إلزام الأطراف بإبرام العقد بشكل نهائي وإنما إلزامهم التفاوض بحسن النية.

فعلى الرغم من أن مرحلة التفاوض تخضع لمبدأ الحرية، إلا أن هذه الأخيرة مقيدة في حدود عدم الإضرار بالغير، ومنه فإن مبدأ حسن النية يقلص من نطاق الحرية المطلقة الممنوحة للمتعاقدين في غضون هذه المرحلة والتي تبرز أهميتها في تحديد معالم العقد بشكل خاص، وعلى وجه الدقة فإنها توضح الملامح الرئيسية لنطاق حقوق وإلتزامات الأطراف، غير أن هناك فئة من العقود تعرف بعقود الإذعان تفتقر لمرحلة التفاوض ذلك بحكم تفاوت مراكز أطرافها.

يؤدي مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض دور وقائي وحمائي عن طريق ردع التعسف في إستعمال الحق فالإخلال بحسن النية يعد وجه من أوجه التعسف في إستعمال الحق، ويبرز هذا الدور كذلك من خلال نظرية عيوب الرضا فهو يعتبر شرط أساسي يسمح بالتمسك بأي عيب من

عيوب الرضا وحصن منيع أمام كل أساليب الخداع والإستغلال ويعتبر مبدأ مكمل لنظرية عيوب الرضا متى إستدعى الأمر ذلك.

ولا يكتفي مبدأ حسن النية بهاته الأدوار فحسب، إضافة إلى ذلك فهو يرتب عدد غير قابل للحصر من الإلتزامات والموجبات على الأطراف كالإلتزام بالإعلام والمحافظة على سرية المعلومات، ذلك دائمًا في إطار حماية عملية التفاوض والحفاظ على التوازن العقدي وحقوق الأطراف المقبلة على التعاقد على حد سواء.

تتجلى أهمية هذا المبدأ أكثر حيث أن المشرع رتب مسؤولية مدنية ذلك في حال الإخلال به شرط وقوع خطأ يؤدي إلى ضرر مع وجود علاقة سببية مباشرة بينهما، أما عن الجزاء الموقع في حال حصول الإخلال بمبدأ حسن النية سواء كان نوع الإخلال عقدي أو تقصيري فإن المخل يلزم إما بالتنفيذ العيني كأصل وفق نص **المادة 164** من ق.م.ج، أو التنفيذ بمقابل أي تعويض الطرف المضرور ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب نظرًا لقيمتها النفعية، وفي هذا الإطار تبرز المكانة التي منحها المشرع لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، ولا تنحصر هذه المكانة خلال المرحلة السابقة للتعاقد فقط بل تمتد لمرحلة تنفيذ العقد فإن قام العقد صحيحًا وجب تنفيذه بما يقتضيه حسن النية.

وخلال هذه المرحلة يحقق مبدأ حسن النية نوعًا من التوازن والوسطية أثناء إستعمال المتعاقد لحقوقه، ويستعمل كأسلوب لتفسير العقد، عن طريق تدخل القاضي لتكملة البنود الواردة فيه، فقد منح المشرع للقاضي سلطة التدخل في العلاقات العقدية، لمواجهة الظروف المتغيرة ومختلف التقلبات الإقتصادية من خلال نظرية الحوادث أو الظروف الطارئة أو إدخال المرونة على الشرط الجزائي سواء بتخفيضه أو زيادته للحد المعقول، مما يؤدي إلى إعادة التوازن للعقد وكنتيجة حتمية تحقيق العدالة العقدية.

ومن المقترحات التي يمكن إقتراحها:

-إعطاء إهتمام أكبر لمبدأ حسن النية، بتخصيص نصوص قانونية صريحة تبين كيفية إعماله في مختلف مراحل إبرام العقود.

-تحديد المسؤولية القائمة بشكل أكثر وضوحًا في حالة الإخلال بمبدأ حسن النية والجزاء الموقع.

-تحديد موقف المشرع الجزائري بخصوص المرحلة السابقة للتعاقد، وعدم الإكتفاء بتنظيم مرحلة تنفيذ العقد، لأن كل واحدة تكمل الأخرى فلا يقوم العقد دون أحدهما إنما تحكمهما علاقة تكامل وتتابع، خاصة وأن مرحلة المفاوضات هي الأساس الذي يبنى عليه العقد.

-العمل على صياغة تعريف واضح ودقيق لمبدأ حسن النية لتجنب تعدد التعاريف وبالتالي إختلاف الأحكام.

-والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعمم تطبيق مبدأ حسن النية في كافة مراحل العقد عكس المشرع الفرنسي، رغم أن بعض العقود يطغى عليها بحكم دوره في حماية الطرف الضعيف فيها كعقود الإذعان، ونجد من أبرزها عقد التأمين وعقد الإستهلاك والتي قد تتضمن شروط تعسفية ومجحفة في حق الطرف المذعن فعلى المشرع التدخل لتخصيص نصوص قانونية توفر الحماية لكل من المؤمن له والمستهلك بحكم مكانتهم الضعيفة في العلاقة العقدية.

قائمة المصادر

والمراجع

I. المصادر

القرآن.

II. المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1-الكتب

1. أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، د.د.ن، د.ب.ن، 2008.
2. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998.
3. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، تنفيذ العقود، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، د.د.ن، د.ب.ن، 2004.
4. الجربي سامي، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، مطبعة التسفير الفني، تونس، 2011.
5. السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
6. ـــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن.
7. بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014.
8. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، د.ط، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2006.
9. علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر، 2011.
10. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
11. محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008.

12.محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، أحكام الإلتزام، دار الهدى الجزائر، د.س.ن.
13.ـــــــــــــــــ، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن.
14.مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد، مظاهره وآثاره القانونية، د.ط، دار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.

2-أطروحات الدكتوراه والمذكرات الجامعية

أ/ أطروحات الدكتوراه

1. بن سالم المختار، الإلتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون المنافسة والإستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018.
2. بورنان العيد، الشرط الجزائي في عقود الإستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون خاص، فرع عقود ومسؤولية كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة الجيلالي الياس، سيدي بلعباس 2020.
3. بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017.
4. زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018.
5. طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد إبن باديس، مستغانم، 2019.

6. عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

7. مقني عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الإجتماعي دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الإجتماعي، كلية الحقوق جامعة وهران السانيا، الجزائر، 2009.

ب/المذكرات الجامعية

- **مذكرات الماجستير**

1. براهيمي فايزة، إلتزامات الأطراف المتعاقدة في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

2. بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006.

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

4. دعاء موسى عبد الرحمان برهم، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الأزهر، غزة، 2019.

5. لغنج مباركة، مبدأ حسن النية وأثره في إبرام العقود وتنفيذها، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2012.

6. مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، د.ب.ن 2014.

- **مذكرات الماستر**

1. أيت سليمان جعفر، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، 2018.
2. بوكلوة كنزة، بوطرينخ فضة، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2018.
3. شادلي عبر الناصر، مبدأ حسن النية في العقد طبقا لقواعد القانون المدني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د.الطاهر مولاي، سعيدة، 2016.

3-المقالات

1. إقصاصي عبد القادر، "نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدي" المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، عدد 02، مخابر القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، الجزائر، 2018، ص.ص 127-142.
2. إقلولي أولد رابح صافية، "التكريس القانوني لمبدأ حسن النية في العقد، عنصر المنافسة لحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد"، بحوث جامعة الجزائر1، الجزء 01، عدد 14، الجزائر 2020، ص.ص 129-138.
3. بن أحمد الحاج، "القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، عدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د الطاهر مولاي، سعيدة 2015، ص.ص 11-39.
4. بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بإلتزامه بالتفاوض بحسن النية"، دفاتر السياسة والقانون، عدد 10، جامعة قصدي مرباح، ورقلة 2014، ص.ص 115-126.
5. جيلالي بن عيسى، "نظرية الظروف الطارئة في ظل إختلال الإلتزامات التعاقدية"، مجلة المعيار، المجلد 09، عدد 02، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص.ص 129-144.

6. جيلالي محمد، بن عمارة محمد، "دور مبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة للتعاقد في التشريع الجزائري"، مجلة صوت القانون، المجلد 07، عدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، تيارت، 2021، ص.ص 1210-1230.

7. حليس لخضر، "مرحلة المفاوضات العقدية"، مجلة المنار للبحوث والدرسات القانونية والسياسية، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، الجزائر، 2017 ص.ص 162-173.

8. حمدي محمود بارود، "الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد" مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإقتصادية والإدارية، المجلد 20، عدد 02، كلية الحقوق جامعة الأزهر، غزة، 2012، ص.ص 545-577.

9. خديجة عبد الله أحمد، "مبدأ حسن النية في المعاملات دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، عدد 38، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 2021، ص.ص 415-497.

10.دالي بشير، "سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة" مجلة القانون، عدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، معسكر، 2016 ص.ص 137-153.

11.دزيري إبتسام، وهاب حمزة، "أهم مظاهر تأثير مبدأ حسن النية على مرحلة تكوين العقد" مجلة المعيار، المجلد 25، عدد 61، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي 2021، ص.ص 454-466.

12.سعداني نورة، "سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، عدد 02، جامعة طاهري محمد الجزائر، د.س.ن، ص.ص 20-48.

13.شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، "حسن النية في تنفيذ العقد دراسة مقارنة" المجلة العلمية لجامعة جيهان، المجلد 05، عدد 01، كلية العلوم الإسلامية وكلية القانون العراق، 2021، ص.ص 40-60.

14.عبد الحكيم بن عيسى، "مبدأ حسن النية في العقد"، مجلة الميدان للعلوم الإنسانية والإجتماعية، المجلد 04، عدد 01، جامعة تلمسان، الجزائر، 2021، ص.ص 170-186.

15.عثماني بلال، "القاضي طرف جديد في العقد المدني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني المجلد 15، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، بجاية، 2017، ص.ص 429-442.

16.عسالي صباح، "مبدأ حسن النية كمعيار لحماية التعاقد"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية المجلد 14، عدد 03، جامعة زيان عاشور، الجزائر، 2021، ص.ص 719-732.

17.عمرو أحمد عبد المنعم دبش، "أركان المسؤولية المدنية"، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، المجلد 04، عدد 02، جامعة زيان عاشور، الجزائر، 2019، ص.ص 21-45.

18.عهود أحمد حسين خليفات، "مدى إنسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية"، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، المجلد 05، عدد 01 جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2020، ص.ص 569-598.

19.غربي صورية، "سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في مرحلة التنفيذ"، مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 04، عدد 03، جامعة بوشعيب بلحاج عين تموشنت، الجزائر، 2021، ص.ص 385-398.

20.فرقاني قويدر نور الإسلام، "إستحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله" مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، عدد 02،المركز الجامعي تيبازة، الجزائر 2020، ص.ص 1655-1669.

21.فياض محمود، "مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، عدد 54، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص.ص 223-264.

22.قادري عبد المجيد، عمراني مراد، "إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، عدد 02، جامعة باجي مختار عنابة، 2019، ص.ص 782-808.

23.قادري عبد المجيد، "مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد"، مجلة جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 34، عدد 02، جامعة باجي مختار، قسنطينة، 2020، ص.ص 988-1017.

24.لشهيب حورية، زينب سالم، "الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي"، مجلة العلوم القانونية، عدد 02، كلية القانون، جامعة بغداد، بغداد، 2018 ص.ص 01-34.

25.محمد ربيع أنور فتح الباب، "أثر مبدأ حسن النية في إنهاء عقود المدة دراسة تحليلية" المجلة القانونية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، د.س.ن، ص.ص 176-308.

26.مزغيش عبير، محمد عدنان بن ضيف، "الضوابط الحمائية المصوبة لإختلال التوازن العقدي في عقود الإستهلاك التعسفية"، مجلة الحقوق والحريات، عدد 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017 ص.ص 92-118.

27.ناصري ربيعة، "سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 09، عدد 01، جامعة طاهري محمد، الجزائر، 2021 ص.ص 117-131.

28.نساخ بولقان فطيمة، "أخلقة العلاقة العقدية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، د.س.ن، ص.ص 299-324.

29.ياسر محمد النيداني، "حسن النية في عقد التأمين"، معهد العجمي العالي للعلوم الإدارية الجزء 04، عدد 35، د.ب.ن، د.س.ن، ص.ص 1348-1537.

4-النصوص القانونية

أ/ النصوص التشريعية

1. أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

2. أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج، عدد 13، صادر 08 مارس 1995، معدل ومتمم.

3. أمر رقم 03-05، مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر.ج.ج، عدد 44، صادر في 19 جويلة 2003.

4. أمر رقم 03-06، مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالعلامات، ج.ر.ج.ج، عدد 44، صادر في 23 جويلية 2003.

5. أمر رقم 03-08، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، ج.ر.ج.ج، عدد 44، صادر 23 جويلية 2003.
6. قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج، عدد 41، مؤرخ في 27 جوان 2004، معدل ومتمم.
7. قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج.ر.ج.ج، عدد 15، مؤرخ في 08 مارس 2009.

ب/ النصوص التنظيمية

-المرسوم التنفيذي رقم 90-367، مؤرخ في 10 نوفمبر 1990، والمتعلق بالوسم وتقديم المواد الغذائية، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-484، مؤرخ في 22 ديسمبر 2005، ج.ر.ج.ج، عدد 83، صادر في 25 ديسمبر 2005.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

1-Mémoire

-BLAN Valérie, La responsabilité précontractuelle, prespectives québéquoise et internationale, mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention de maitrise en droit option droit international, Montréal, 2008.

2-Articles

A-DIDIER Lluelles, « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problematique des sanctions », La revue du barreau canadien, Volume 83, Québec, 2004, pp181-216.

B-DIDIES Gobert, « Le principe de la bonne foi dans la formation du contrat », La revue de droit de l'informatique et des télécoms, Belgique, 1996, pp 41-48.

3-Textes Juridiques étrangers

A-Code Civil Français, D.Paris, France, 103 éd, 2004.

B-Directive Européenne N°93/13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E, N°L95, du 21 avril 1993.

الفهرس

مقدمة 1

الفصل الأول: مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد 7

المبحث الأول: مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد 9

المطلب الأول: التفاوض وفق مقتضيات حسن النية 10

الفرع الأول: تعريف التفاوض بحسن نية 10

أولا: موقف المشرع الفرنسي 12

ثانيا: موقف المشرع الجزائري 13

الفرع الثاني: وظيفة مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض 14

أولا: دور مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض 15

ثانيا: الدور الوقائي لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد 16

1_حسن النية ونظرية التعسف في إستعمال الحق 16

2_حسن النية كشرط للتمسك بعيوب الرضا 17

أ/ الغلط: 17

ب/التدليس: 18

ج/ الإكراه: 20

د/ الإستغلال: 21

المطلب الثاني: الإلتزامات المترتبة في المرحلة السابقة للتعاقد 22

الفرع الأول: الإلتزامات الأساسية 23

أولا: الإلتزام بالتفاوض بحسن النية 23

ثانيا: الإلتزام بالإستمرار في التفاوض 24

الفرع الثاني: الإلتزامات الفرعية..... 25

أولا: الإلتزام بالإعلام 25

ثانيا: الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات 27

ثالثا: الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية 29

المبحث الثاني: آثار الإخلال بمقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد 30

المطلب الأول: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بحسن النية 30

الفرع الأول: طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بحسن النية 31

أولا: نظرية الخطأ عند تكوين العقد(Culpa in contrahendo)..... 32

ثانيا: نظرية تحمل التبعية..... 33

ثالثا: نظرية المسؤولية الموضوعية 34

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري 35

الفرع الثالث: أركان المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض 37

أولا: الخطأ 37

ثانيا: الضرر 39

ثالثا: العلاقة السببية 40

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بحسن النية في مرحلة السابقة للتعاقد 42

الفرع الأول: التنفيذ العيني..... 42

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض..... 44

أولا: تعويض نفقات التفاوض 45

ثانيا: التعويض عن ضياع الوقت 46

ثالثا: التعويض عن تفويت الفرصة 47

الفصل الثاني: مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد 48

المبحث الأول: مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد 50

المطلب الأول: إلزامية تنفيذ العقد بحسن النية 51

الفرع الأول: مظاهر تنفيذ العقد بحسن النية 51

أولا: الإلتزام بالنزاهة والأمانة 52

1_الإلتزام بالأمانة (La loyauté) 52

2_الإلتزام بالنزاهة 53

أ/ إنتفاء نية الإضرار والغش 53

ب/ إنتفاء الخطأ الجسيم 54

جـ/ إنتفاء التعسف في إستعمال الحق 55

ثانيا: الإلتزام بالعدل والإنصاف 57

ثالثا: الإلتزام بالتعاون 58

الفرع الثاني: دور حسن النية في تنفيذ العقد 59

أولا: تحقيق التوازن العقدي 60

ثانيا: الدور التفسيري لحسن النية 61

ثالثا: الدور التكميلي لحسن النية 62

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بحسن النية في تنفيذ العقد 63

الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ والتنفيذ العيني 63

أولا: التنفيذ العيني 63

1_طلب إصلاح البضاعة 64

2_إنقاص الثمن 64

3_الإستبدال 64

ثانيا:الدفع بعدم التنفيذ 65

1_أن يكون العقد ملزم لجانبين 65

2_أن يخل أحد المتعاقدين بالعقد 65

3_عدم التنفيذ المعاصر للإلتزامات المتقابلة 66

الفرع الثاني: فسخ العقد 66

المبحث الثاني: آثار تنفيذ العقد بحسن نية 68

المطلب الأول: تعديل العقد من طرف القاضي 69

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة 69

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 71

أولا: أن تقع هذه الظروف بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه 71

ثانيا: أن تكون هذه الظروف إستثنائية وعامة وغير متوقعة 72

ثالثا: أن يجعل الحادث تنفيذ الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا 72

الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة 73

المطلب الثاني: آليات تدخل القاضي لتعديل العقد..... 74

الفرع الأول: إدخال المرونة على الشرط الجزائي 75

أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي..... 75

1_الحالة التي يكون فيها التقدير مبالغ فيه 76

2_حالة قيام المدين بتنفيذ جزء من إلتزامه الأصلي 76

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي 77

الفرع الثاني: وقف تنفيذ الإلتزام أو فسخ العقد 78

أولا: وقف تنفيذ الإلتزام..... 78

ثانيا: فسخ العقد 79

الفرع الثالث: تطبيقات مبدأ حسن النية..... 79

أولا: حسن النية في عقد التأمين 79

ثانيا: حسن النية في عقد الإستهلاك..... 82

خاتمة..... 85

قائمة المصادر والمراجع..... 89

الفهرس..... 98

الملخص:

يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ أخلاقي وقانوني على حد سواء، فقد أخذت به معظم التشريعات الحديثة وكرسته كقاعدة قانونية وقامت بتعميمه على كل مراحل إبرام العقد، بداية من مرحلة المفاوضات العقدية، فقد فرض على الأطراف المقبلة على التعاقد الإلتزام بحسن النية كأساس والتقيد بكافة الإلتزامات المتفرعة عنه، وإذا ما قام أحد الأطراف بقطع المفاوضات دون سبب مشروع أو مبرر قانوني تقوم مسؤوليته نتيجة إخلاله بحسن النية.

إنتهج المشرع الجزائري نفس السياق في مرحلة تنفيذ العقد، فلمبدأ حسن النية دور جوهري خلال هذه المرحلة حيث خول المشرع للقاضي سلطات واسعة للتدخل في العقد وكسر بذلك مطلقية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، شرط توفر الدواعي المحددة قانونًا لذلك، ولهذا المبدأ أهمية أكبر في عقود الإذعان، نظرًا لإختلال التوازن في العلاقة العقدية التي يحكمها طرف قوي على حساب الطرف المستضعف.

Résumé:

Le principe de bonne foi est un principe à la fois moral et juridique la plupart des législations modernes l'ont adopté et consacré comme une base juridique, et l'ont généralisé à toutes les étapes de la conclusion d'un contrat, à commencer par la phase de négociation du contrat, il s'impose aux futures parties au contrat de se fonder sur la bonne foi et de respecter toutes les obligations qui en découlent, si l'une des parties rompt les négociations sans motif légitime ni justification légale, sa responsabilité sera engagée du fait de son manquement à sa bonne foi.

Le législateur algérien a suivi le même contexte dans la phase d'exécution du contrat, le principe de bonne foi a joué un rôle essentiel durant cette phase dans la mesure où le législateur accorde au juge de large pouvoirs d'ingérence dans le contrat, rompant ainsi le caractére absolu du principe du contrat la loi des contractants, à condition que les raisons spécifiques soient prévues par la loi, ce principe est plus important dans les contrats de conformité, en raison de déséquilibre de la relation contractuelle qui est régie par une partie forte au détriment de la partie faible.