

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

شهيدة قادة

إعداد الطالبة:

جبار سماح

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيس محمد.....أستاذ.....جامعة تلمسان.....رئيسا

شهيدة قادة.....أستاذ.....جامعة تلمسان.....مشرفا ومقررا

بوزيان عليان.....أستاذ.....جامعة تيارت.....عضوا مناقشا

بسعيد مراد.....أستاذ محاضر-أ-.....جامعة تلمسان.....عضوا مناقشا

بوقرين عبد الحليم.....أستاذ محاضر-أ-.....جامعة الأغواط.....عضوا مناقشا

طيطوس فتحي.....أستاذ محاضر-أ-.....جامعة سعيدة.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2017-2018

قائمة المختصرات باللغة العربية

ص	صفحة
ط	طبعة
ج	جزء
ع	عدد
س	سنة
ج ر	جريدة رسمية

Liste des Principales Abréviations

Art	Article
Ass. Plén	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation
Cass. Civ	Arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation
Cass. Com	Arrêt d'une chambre commerciale de la Cour de cassation
C. Civ	Code Civil
C. Com	Code de commerce
Chr	Chronique
D	Recueil sirey – Dalloz
DH	Recueil hebdomadaire Dalloz
D.P	Recueil Périodique Dalloz
G.A.Z.	Pal Gazette du Palais
J – cl	Juris – classeur
J.C.P	Juris – Classeur périodique
Jur	Juris
L.G.D.J	Librairie générale de droit de jurisprudence
Obs	Observation
P.A	Les petites affiches

P.U.A.M	Presse universitaire d'Aix-Marseille
Rép. Civ.	Dalloz Encyclopédie Dalloz
Rép. Défrénois	Répertoire du notariat défrénois
R.R.J	Revue de recherche juridique, droit prospectif
R.T.D. Civ	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. Com	Revue trimestrielle de droit commercial
T.G.I	Tribunal de grande instance

مقدمة.

يكتسب النظام القانوني للعقود أهمية كبيرة في التعاملات بين الأفراد، فهي تعد أساس حركة الحياة الاجتماعية، إذ بها يتم التبادل وتلبي الحاجيات. ونتيجة لتغيرات السياسية والأخلاقية التي أحاطت بعملية التعاقد، والظروف الاجتماعية والاقتصادية التي لا يستهان بها، شهدت كل مرحلة من مراحل التعاقد تنظيمات مختلفة، بدءاً بالشكلية التي سادت في ظل القانون الروماني، والتي عرقلت سير التجارة وحالت بينها وبين السرعة التي يتطلبها العصر¹، وصولاً إلى الرضائية المطلقة القائمة على سلطان الإرادة الذي يعد من وجهة نظر أنصاره، مبدأ أخلاقياً بامتياز لأنه يستمد قوته الملزمة من ضرورة الوفاء بالعهد المقطوع، والتي نجمت عنها وعن الحرية الفردية ممارسات غير أخلاقية في العلاقات التعاقدية².

استدعى هذا الأمر البحث في الإعتبارات الغائية التي تتحكم في وضع القواعد القانونية، على اعتبار أنه من المسلم به أن القوانين الوضعية وضعت لتكون خادمة للقيم التي يراد لها أن تسود في حياة الناس، فكان لابد من وجود قيم معيارية يرجع إليها لتنظيم السلوك الاجتماعي وتحقيق الموازنة بين المصالح المتعارضة. وتمثل القيم الإنسانية التي يستهدفها كل قانون روحه، مما يستوجب العلم بها وإستثمارها في فهم النصوص وتوجيهها في إختيار المعنى المناسب لها أو البحث عن بديلها حتى تساير ما يستجد من قضايا وما يطرأ من تغيرات في جميع جوانب الحياة³.

ولقد ظهرت نتيجة لذلك إتجاهات إجتماعية تنظر إلى العقد بشكل مختلف عن تلك التي سادت في ظل النزعة الفردية، بداعي إعادة إدماج وإحياء مبادئ وقيم لطالما همشت في النظام القانوني للعقود، والتي وإن وظفت فسيكون لخدمة الإرادة الفردية التي تعد معيار العدل في العقد، بإعتبار أنه يستحيل تصور شخص قد قبل إلتزاماً على نفسه بعقد لا يرتضيه ولا يتوافق مع مصلحته⁴. غير أنه سرعان ما يؤخذ على هذا التصور المبالغة، لأن الشخص المتعاقد ليس بتلك الكفاءة أو القدرة الذاتية التي تضمن أن ما سيقدره لنفسه سيكون عادلاً بالضرورة⁵.

¹ - أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضا، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص11.

² - Ghestin (J), l'utile et le juste dans le contrat, Arch. Ph.dr, T.26, Sirey, Paris, 1981, P.39.

³ - بوزيان عليان، توظيف مقاصد الشريعة في أسلمة المعرفة القانونية، إسلامية المعرفة مجلة الفكر الإسلامي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، العدد 78، السنة 20، بيروت، 2014، ص46.

⁴ - جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص1 و2.

⁵ - Terré (F), Simler (Ph), et Le Quette (Y), droit civil, les obligations, Dalloz, Delta, Paris, 1994, P.31.

ومع كثرة الحديث في الوقت الراهن عن أزمة العقد، تتجه النزعة الحديثة إلى تجاوز النظرة التقليدية للعقد، التي كان ينظر فيها المشرع للعقد نظرة ذاتية، أي من وجهة نظر الأشخاص الذين أبرموه والذين يلتزمون بتنفيذه. فتحت تأثير الظروف الإقتصادية أصبح ينظر إلى العقد بإعتباره كيان مستقل ومنفصل عن الأشخاص الذين أبرموه، ما أدى إلى ظهور التكتلات والمجموعات العقدية¹.

إن نزعة التحول التي ظهرت في البيئة العقدية جعلت العقد غاية في حد ذاته، ووسعت الهوة بين المصالح المتعارضة إلى حد خلق أزمة للعقد، خاصة بحلول فكرة توزيع الحاجات بدل التبادل العقدي، وهو ما جعل الرجوع إلى القيم والفضائل الأخلاقية أمر ضروري وحتمي². فبناء على قول الأستاذ **Fouillée** "كل ما هو تعاقدى فهو عادل"، فإن العدالة في العقد تفترض تدخل المشرع لمنع أو تضيق حرية التعاقد في كل مرة يكون فيها تصارع وتنازع المصالح الذي قد يهدد العقد بالزوال. وهكذا تكون الضرورة هي التي تطلبت التوفيق بين القانون والأخلاق، وذلك عن طريق التوفيق بين العدالة والحرية³.

وبما أن العلاقات العقدية، في حقيقتها، ليست تبادلا ماديا وإنما تبادل أخلاقي لتأمين منافع مادية تعود على الأفراد والمجتمع بالخير وتحميه من الفساد⁴، وبالنظر إلى أن مبرر وجود العقد أخلاقي، فإن التشريع الجزائري، على غرار التشريع الفرنسي الذي إقتبس منه أغلب الأحكام القانونية المنظمة للعقد، إتجه نحو إقرار قواعد الأخلاق وجعلها أساسا لتصرفات الأشخاص وأعمالهم، وبذلك يكون قصده حماية المتعاقدين بدلا من حماية العقد. وبالرجوع إلى مشروع عرض الأسباب للقانون المدني نجد أن الهدف المرجو من طرف المشرع ليس وضع أو تحرير تقنين تقليدي متأثر مباشرة بالقانون المدني الفرنسي، وإنما ضرورة وضع قانون يتلائم مع ظروف المجتمع، وكذا التوجه الإقتصادي للبلاد، وبطبيعة الحال مراعاة الخصوصية الإسلامية للمجتمع الجزائري⁵.

¹ - لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص223 و224.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص2.

³ - المرجع نفسه، ص4.

⁴ - عبد السلام الترماني، القيم الأخلاقية في العقود، مجلة المحامون، العدد 3 و4، السنة 75، نقابة المحامين، سوريا، 2010، ص 468.

⁵ - أنظر مشروع عرض الأسباب للقانون المدني الجزائري، ص02 نسخة ملحقمة بدراسة: - لخضر حليس، المرجع السابق، ص 270.

الواقع يثبت أن توضيح نظرية العقد يستوجب إسنادها إلى المبادئ الأخلاقية، فلا يمكن ربط علاقات بين الأشخاص في حالة عدم مراقبة الأخلاق لهذه العلاقات، حيث تنشأ الحقوق الشخصية في خضم الصراع الكبير للمصالح الخاصة¹. ولقد أناط المشرع هذه المهمة بالقاضي، إذ لم يعد مكتشفاً للحق فحسب بل أصبح منشئاً له، ولقد منحه سلطة تقديرية واسعة للبحث والتحري عن الحق، وجعل له من قواعد الأخلاق الفاضلة مقياساً يقيس به أعمال الناس وتصرفاتهم. وبذلك أصبح القاضي رقيباً على العقود التي تنظم علاقات الأفراد، وإليه يعود تقدير المصالح والمنافع التي تحددها هذه العقود.

وترتيباً على ذلك يلاحظ تأثير القيم الأخلاقية في العقود في الإجتهد القضائي أكثر منه في التشريع، فبالرغم من وجود حركة تشريعية مهمة تقوم بتكريس بعض القواعد السلوكية الأخلاقية في القانون، إلا أن مثل هذه القواعد قليلة، فالمشرع لا يجذب التأسيس على الأخلاق، فضلاً عن ذلك الطابع العام والمجرد للقواعد القانونية الذي يجعل من الصعب عليه القيام بذلك. وعلى العكس، نجد القاضي الذي يفصل في النزاعات بين المصالح المتعارضة ملزم بإصدار الحكم الذي تمليه عليه الأخلاق، خاصة في ظل غياب نص تشريعي، فهو معتاد على إحترام القواعد والمبادئ الأخلاقية التي يقوم عليها المجتمع وإن كان لا يعترف بها².

وهكذا يتضح أن القيم والمبادئ الأخلاقية لم تعد بالنسبة للعقود قيماً مثالية ومبادئ نصح وإرشاد، بل حقائق تتوقف عليها سلامة المعاملات بين الأفراد بإعتبارها وسيلة لتحقيق العدل الذي يمثل غاية القانون، مع الأخذ بعين الإعتبار الأمن والإستقرار القانوني³. ولقد أصبحت هذه القيم قوة لتوجيه المشرع والقاضي في تنظيم تبادل الثروات والخدمات والمنافع، الذي يعد غاية العقد، بما يحقق مصالح أطرافه ويعود بالخير على المجتمع. فالحق الذي يبنى عليه العقد هو وظيفة إجتماعية لا يمكن أن يتأمن إلا في جو من الثقة والطمأنينة، كما لا يمكن أن ينفع إلا إذا تحققت فيه المساواة⁴، وهو ما إستلزم إقرار القضاء

¹ - Ripert (G), La règle morale dans les obligations civiles, 4ed , L.G.D.J, Paris, 1949, P.31.

² -Ibid, P.34.

³ - Mazeaud (H,L et J) et Chabas (F), introduction à l'étude du droit, 12 éd, Montchrestien, Paris , 2000, P.29.

ويقصد بالإستقرار القانوني أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج بحيث يستطيع كل فرد أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها. أنظر : - حسن الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1975، ص180.

⁴ - عبد السلام الترماني، القيم الأخلاقية في العقود، المرجع السابق، ص474.

ومن ثم التشريع لمبدأ عدم التعسف في إستعمال الحق ومبدأ حسن النية كمظاهر للعدالة في ممارسة الحقوق.

من هنا تبدو فكرة البحث وأهميته، حيث يعد الجانب الخلقي للقاعدة القانونية مرتكزا أساسيا يقوم عليه البناء العقدي، سواء لنشوء العلاقة العقدية أو لإستمرارها. فالقيم الأخلاقية في العقود عنصر مهم وأساسي لضمان حسن تكوينها وتنفيذها بما يحقق الإستقرار في المعاملات بين أفراد المجتمع، كما لا يمكن إنكار حقيقة وجود قواعد قانونية لا مبرر لها سوى القاعدة الأخلاقية، والتي لا تبرر هي نفسها إلا بمفهوم ديني، حتى ولو كان من غير المقبول في مجتمع معاصر متمسك بحرية الفكر، فرض قاعدة قانونية بإسم الأخلاق.

ولاشك أن إعلاء الجانب الخلقي للقواعد القانونية يمثل ملطفا ضروريا لجمودها ومعززا لأحكامها، خاصة أن الأخلاق تعتبر وسيلة هامة لحماية المجتمع من الإفراط والشطط. والمشرع من مصلحته مراعاة البعد الأخلاقي في تشريع النصوص حتى يقرب القانون من المخاطبين به، ويخلق لديهم قابلية للإنضباط الطوعي لأحكامه، فكما يقول الأستاذ بوزيان عليان " فيكون المخاطب بالقانون أرسخ يقينا وأكثر طمأنينة لعدالته وحكمته، كونه يؤصل للقيم العليا والمثل السامية في ذات الفرد والسلوك الإجتماعي، وأنه يستهدف في الأساس تحقيق الأمن والسكينة والإستقرار، وحماية الأفراد وتلبية إحتياجاتهم و تحقيق مصالحهم"¹.

كما تتجلى أهمية الموضوع بالنظر إلى أن التقدم التكنولوجي والثورة المعلوماتية إنعكس على العلاقات التعاقدية خاصة في مجال الإنتاج والتوزيع، التي برزت فيها مشكلات عدة بسبب تعقد المنتجات والخدمات المعروضة وتطور وسائل الدعاية والإعلان، إذ نتج عن ذلك عدم توازن واضح بين طرفي العلاقة العقدية وأدى إلى ظهور ما يسمى بالعقود النموذجية. وهذا الوضع يتنافى مع العدالة العقدية والثقة المشروعة بين الأطراف².

ويدعم ذلك الخاصيات الحالية للعلاقات التعاقدية المتمثلة أساسا في اللامساواة بين الطرفين، والتي تعتبر غير جديدة ولكنها تمثل اليوم مظاهر جديدة لها أهميتها الكبيرة. ويمكن التفريق بين نوعين من اللامساواة، يتمثل النوع الأول في اللامساواة بين المهنيين أنفسهم التي تجسدت، بادئ الأمر، في العلاقة

¹ - بوزيان عليان، المرجع السابق، ص 47.

انظر في نفس المعنى:

- Ripert (G), op.cit, P.25.

² - سعيد سعيد عبد السلام، الإلتزام بالافصاح في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 3.

بين المستخدمين والأجراء، ثم ظهرت فيما بعد لامتساواة لا تقل أهمية، وهي تلك القائمة بين المنتجين والموزعين¹. أما النوع الثاني فيمكن في اللامتساواة بين المهنيين وجاهلي المهنة، التي تظهر بصورة واضحة في العلاقات بين المنتجين والمستهلكين، حيث يكون فيها المستهلك في مركز أدنى من مركز المهني الذي يتعامل معه، مما يستدعي حمايته بصورة خاصة في العلاقات التعاقدية².

ولقد أدت اللامتساواة الواقعية بين الطرفين إلى ظهور عقود الإذعان، فمعظم العقود ذات الأهمية اليوم هي عقود إذعان أو عقود إطار، كعمليات التأمين، النقل، الصرف. وأمام هذا الوضع، استدعت الضرورة تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف بواسطة نصوص أمرة، كقانون العمل وحماية المستهلك، وتدخل القاضي لتصحيح تلك اللامتساواة، ومنح الطرف المتعاقد فرصة التخلص منها أو الإكتفاء بإعادة التوازن لنصابه³.

تزداد أهمية الموضوع بالنظر إلى ما يشهده العصر الحديث من ثورة في الإتصالات وتكنولوجيا المعلومات، والتي أفرزت أعمالا تجارية تتم عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات في إطار ما يسمى بعقود التجارة الإلكترونية. وبالرغم من الفوائد التي تحققها التجارة الإلكترونية للمتعاقدين، إلا أنها تعرض المتعاقد الضعيف والذي يتمثل، غالبا، في المستهلك، لمجموعة من المخاطر نظرا لطبيعة هذا التعاقد الذي يعد عقد إذعان إلكتروني، طالما أن التاجر بإعتباره صاحب النفوذ الإقتصادي هو من يقوم بوضع شروط التعاقد في عقد نموذجي غير قابل للتفاوض⁴، ونظرا لخصوصيته حيث يتم في بيئة إفتراضية.

ترتب على هذا الأمر إعادة النظر في المبادئ التقليدية، فالأنظمة القانونية الحديثة وقفت على ضرورة تحقيق الإستقرار في المعاملات القانونية عبر ترسيخ العدالة الإجتماعية ومن ثم الأخلاق العقدية، واتجهت إلى حماية المستهلك في العلاقات الإقتصادية. وبالنظر إلى أن المبادئ القانونية التقليدية التي تقوم عليها النظرية العامة للعقد تعوق تحقيق هذه العدالة، وتتعارض مع إعادة النظر في الإلتزامات المترتبة حماية للمستهلك الإلكتروني، فإنه كان لزاما التدخل عبر مبادئ معاصرة تخفف من غلواء

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000، ص65 وما بعدها.

² - المرجع نفسه، ص71 وما بعدها.

³ - Carbonnier (J), Droit civil, les obligations, P.U.F, Paris, 1998, P.78.

⁴ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص390.

المبادئ التقليدية، خاصة التدخل التشريعي الذي نتج عنه قانون التجارة الإلكترونية، ومن ثم الإتجاه نحو إضفاء الطابع أو السمة الإجتماعية الأخلاقية على العقد¹.

وعليه لا يمكن التشكيك في علاقة القانون بالأخلاق، خاصة في ظل المحاولات القائمة لتفادي الآثار السلبية للمفهوم الفردي في القانون المدني، حيث أن الفكرة الخلقية تفرض نفسها بقوة لإعادة التوازن في العلاقات القانونية المختلفة نتيجة إطلاق سلطان الإرادة².

وباعتبار العقود، بوصفها وسيلة تبادل، من أهم المجالات التي تفاعلت، منذ البداية، مع المعطى الأخلاقي، فإنه من الضروري إبراز الأبعاد الأخلاقية للأحكام المنظمة للعقد. لذلك سنحاول الوقوف على مفهوم المبادئ والقيم الأخلاقية وبيان مقتضياتها في جميع مراحل العقد، والجزاء المترتبة على الإخلال بها. هذا بالإضافة إلى بيان وإكتشاف تطور هذه القيم التي تتسم بالنسيبية وتطور القواعد القانونية تبعاً لها، من خلال إبراز تطبيقاتها في ظل القوانين الحديثة خاصة تلك المتعلقة بحماية الأطراف الضعيفة.

وبالنظر إلى أن الواقع العملي يكشف عن عصرنة مفهوم العقد، من خلال تجديد المبادئ والقيم الإجتماعية في النصوص المنظمة له، وهو ما يمكننا من تأكيد فكرة العقد كقيمة موضوعية والمتمثلة في المنفعة، وقيمة أخلاقية والتي تكمن في العدل³. لذلك سنحاول التركيز في هذه الدراسة في ظل الجدل والنقاش الفقهي القائم حول قيمة العنصر الأخلاقي في التصرفات القانونية، على البحث والتتبع لمكانة ودور هذا العنصر في العقود، بداية من المركز الهام للمبادئ والقيم الأخلاقية الذي كانت تحوز عليه في ظل النظرية التقليدية للعقد، ووصولاً إلى ما طرأ عليها نتيجة التطور القانوني لمفهوم العقد بصفة عامة، أو ما عرف بإزدهار نظرية العقد.

كما نهدف لتوضيح ضرورة النهوض بالأخلاق في المعاملات في ظل التطور السريع الذي تشهده الحياة في جميع المجالات، والذي كان له الأثر السنيء على الأشخاص ومصالحهم الفردية، ومن ثم على المصالح الإجتماعية. وهو الأمر الذي يستدعي تقييم الأحكام القانونية التي تنظم العقود وفقاً لما يشهده

¹ - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 108 و 109.

² - صلاح محمد أحمد دياب، إلزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 16.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 12.

المجتمع من تطور، وتحديد آليات المراجعة لبعضها بالإستناد إلى القيم والمبادئ الأخلاقية. وكذلك كيفية الإستفادة من هذه القيم والمبادئ من قبل القاضي، وبيان دوره في دعمها.

وفي سبيل تحقيق أهداف هذه الدراسة تم الإستناد على أبرز الدراسات التي تناولت هذه الفكرة، بدءا من أول دراسة قانونية قيمة تحصلنا عليها للأستاذ **Ripert** تحت عنوان "القاعدة الأخلاقية في الإلتزامات المدنية" والتي هدف من خلالها إلى دراسة هذا الموضوع لتبيان أن القانون في جانبه التقني المحض، يسيطر عليه القانون الأخلاقي، وهو عرض من شأنه تقديم الفائدة ليس عبر حادثته، ولكن نتيجة للتطورات الحديثة التي مست جميع المجالات والتي أصبحت تستلزم إحياء الأخلاق في هذه المجالات¹. وصولا إلى الدراسة المقدمة من الأستاذة مارغريت نقولا ماروديس التي تحمل عنوان "العنصر الأخلاقي في العقود" التي عالجت فيها العلاقة القانونية بين القيم الأخلاقية والعقد المدني الظاهرة في مختلف النصوص القانونية المنظمة للعقود².

بالإضافة إلى بعض الدراسات القانونية التي تناولها الفقه العربي، والتي تم التركيز فيها على تأثير القاعدة الأخلاقية على القاعدة القانونية بصفة عامة، أهمها مقال الأستاذ عبد السلام الترماني بعنوان "القيم الأخلاقية في العقود" والتي أكد فيها أن تكريس القيم الأخلاقية في العقود هي الحل الأمثل للمشاكل التي تعترض إبرام وتنفيذ الإلتزامات بين الأفراد والجماعات³.

أما بخصوص الدراسات القانونية في الجزائر التي تناولت هذه الفكرة، فلم يتم الحصول سوى على بعض المراجع المتخصصة، على رأسها الأطروحة القيمة للأستاذة زمام جمعة والموسومة بـ "العدالة العقدية في القانون الجزائري" والتي بينت فيها أن العقد لم يعد يحظى بقوته الملزمة لمجرد موافقة إرادة الأطراف، وإنما لإرتباطه بتحقيق العدالة العقدية من أجل ذلك الرقي بالعقد من مصاف الأدوات المحققة لسعادة الشخص بإزدهار ماله، ولكن أيضا إلى الأخلاق التي جعلتها من الأسس التي أصبح يقوم عليها القانون⁴.

وبذلك تبدو صعوبة هذا البحث في كون الدراسات المتناولة لهذه الفكرة بصفة دقيقة ومعقدة قليلة جدا، إضافة إلى كون هذه الدراسة تبحث في مسألة قيمة العنصر الأخلاقي في ظل القواعد العامة المنظمة

¹ - Ripert (G), op.cit, P.1.

² - مارغريت نقولا ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، مكتبة صادر، بيروت، 2006، ص1.

³ - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص467.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص433.

للعقود والتي يتضمنها القانون المدني من جهة، والتطورات الإقتصادية والإجتماعية التي نتجت عنها ظهور تشريعات متعددة ومتخصصة من جهة ثانية. ناهيك عن الطبيعة الفلسفية التي تمتاز بها مثل هذه الدراسات، فمحاولة الجمع أو المزج ما بين الجانب الفلسفي والجانب القانوني لهذا الموضوع ليست بالأمر الهين، لذلك حاولنا التركيز على الجانب القانوني فقط إستنادا إلى قول الأستاذ **Ripert** أن "مثل هذه الدراسات لا تحتاج إلى فلسفة مطولة للتأكيد على وجود القانون الأخلاقي، فالأمر لا يتعلق بشرح القانون عبر الفلسفة وإنما بالنظر فيما قد يوجد من فلسفة ضمن القانون"¹.

إن موضوع "القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود" يتميز بالأصالة التي تظهر بوضوح في فكرة العقد العادل والنافع² والتي تعتبر الخاصية الأساسية لقانون العقود الحديث، حيث ترجع إلى قيم ومبادئ أصلها أخلاقي إرتقت إلى مبادئ قانونية، تبناها المشرع في تنظيمه للعقد كظاهرة إجتماعية ووسيلة لتحقيق العدالة.

وإنطلاقا من فكرة إرتباط القانون بالأخلاق، عن طريق تحول القيم والفضائل الأخلاقية إلى مبادئ وقواعد قانونية مرجعية في حل المشكلات العقدية، وبالنظر إلى التغيرات الإقتصادية والإجتماعية المعاصرة، فإننا نتساءل: هل تعتبر القيم والمبادئ الأخلاقية بإعتبارها عنصرا في تنظيم العقود وسيلة تكفل إستقرار وتطور العلاقة العقدية، أم أنها غاية في حد ذاتها يلزم بتحقيقها أطراف هذه العلاقة، أو يكفلها المشرع والقاضي؟ وهل تستلزم عصريته مفهوم العقد تطوير هذه المبادئ والقيم الأخلاقية في التنظيم القانوني للعقد؟.

للقوف على الجوانب الأساسية لهذه الدراسة، آثرنا الإعتماد، أساسا، على المنهج التحليلي، الإستقرائي والمقارن بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للموضوع، حيث يرتبط العنصر الأخلاقي بالمفهوم الفلسفي والقانوني من جهة، وإلى الإرتباط الموضوعي بين النظرية القانونية والواقع العملي الذي يمتاز بالحركية، المرونة والتطور من جهة أخرى.

ولقد تم إعمال المنهج التحليلي عن طريق عرض النصوص القانونية ذات الصلة وإستخلاص النتائج منها، فضلا عن عرض الآراء الفقهية والإتجاهات القضائية، لإبراز مظاهر تكريس المشرع للقيم

¹ - Ripert (G), op.cit, P.1.

² - وهي فكرة جاء بها الفقيه الفرنسي **Ghestin** ، حيث يرى أن العقد عبارة عن أداة أو آلية قانونية تكرس تحقيق المنفعة والعدل معا. أنظر: - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص231 وما بعدها.
- Ghestin (J), Traité de droit Civil, la formation du contrat, 3^{em} éd, L.G.D.J, Paris, 2000, P.200 et s.

الأخلاقية كمبادئ في النظام القانوني للعقود. كما تم توظيف المنهج المقارن الذي تتطلبه دراسة هذا الموضوع بالإعتماد على المقارنة بين النصوص القانونية الوطنية وبعض النصوص الأجنبية، لأجل تدارك النقص في الجانب التشريعي إن وجد والإستفادة من تجربتهم في هذا المجال، خاصة في ظل الدور المحتشم للإجتهد القضائي الجزائري.

وللإجابة عن إشكالية هذا الموضوع إرتأينا تقسيم البحث إلى بابين رئيسيين، بعدما مهدنا له في باب تمهيدي وضحنا فيه تطور فكرة العنصر الأخلاقي في العقود وبيننا محدداتها القانونية التي تسمح بتكريسها في القانون. ولقد تناولنا في الباب الأول مكانة العنصر الأخلاقي في مرحلة تكوين العقد، حيث وضحنا تبني المشرع لهذا العنصر لتهديب مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد أساس العقد، وذلك من خلال إستحضار القيم الأخلاقية في مرحلة التفاوض (الفصل الأول)، وإعمالها في مرحلة إبرام العقد بما يمكن من تحقيق وظيفة العقد كأداة لتحقيق المنفعة والعدل (الفصل الثاني). أما في الباب الثاني فقد تناولنا مكانة العنصر الأخلاقي في مرحلة التنفيذ التي تعد أهم مراحل العقد، لأنها تقضي إلى تحقيق الغاية التي توخاها المتعاقدان من العقد، فبيننا أثر ودور المفاهيم والقواعد الأخلاقية من خلال إقرارها في تحديد نطاق العقد (الفصل الأول) وإعمالها تهديباً لمبدأ القوة الملزمة للعقد التي يقوم عليها العقد في هذه المرحلة (الفصل الثاني).

الباب التمهيدي: تطور فكرة العنصر الأخلاقي في العقود ومحدداتها القانونية.

يتوخى القانون في تنظيمه للروابط الإجتماعية كالعقد، غاية نفعية تكمن في إقامة النظام واستقراره في المجتمع، ووسيلته إلى تحقيق غايته تلك هي التوفيق بين حريات الأفراد ومصالحهم المتعارضة على نحو يكفل المحافظة على المصلحة العامة¹. وتساهم مجموعة من العوامل في تكوين هذا القانون وتطويره، منها عوامل ذات طبيعة أخلاقية تهيمن على ضمير الجماعة، أهمها فكرة العدل باعتبارها الملهم والمنشئ لما سيكون قانوننا، وفكرة العدالة التي تعد المخفف لما يكون في القانون الوضعي من شدة وصرامة، ولما يكون في العلاقات القانونية من إجحاف².

وبالنظر إلى غاية القانون وأساسه الأخلاقية، تبرز فكرة العنصر الأخلاقي في العقد باعتباره القانون المطبق بين أطرافه. غير أن تحديد مفهوم هذه الفكرة يبدوا أمرا صعبا جدا، وذلك لإرتباطها بالأخلاق التي يشتد حولها الخلاف وتتباين بصدها الآراء، حيث لا يزال النقاش قائما بين الفقهاء حول مدى الأخذ بالمبادئ والقيم الأخلاقية في تكوين القواعد القانونية حتى تلك المنظمة للعقود، وإن كانت التفرقة بين القانون والأخلاق مستقرة اليوم.

مما لاشك فيه أن تبين أصل فكرة معينة ومعرفة ماضيها وجذورها التي تمدها بأسباب القوة والحياة، يعطي إمكانية أكبر لفهمها وتحديد طبيعتها وأسسها. لذلك إرتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في الأول تطور فكرة العنصر الأخلاقي في العقود، بينما نحاول في الثاني ضبط مفهومها عن طريق توضيح محددها.

الفصل الأول: تطور فكرة العنصر الأخلاقي في العقود.

إن موضوع دور القيم والمبادئ الأخلاقية في حل المشاكل التي تعترض تنفيذ الإلتزامات المترتبة عن العلاقات العقدية هو أهم ما شغل ويشغل تفكير رجال القانون، وهو موضوع لا يمكن بحثه إلا بإستعراض إشكالية دور المبادئ الأخلاقية في إنشاء الحق³. وطالما أن القانون هو مصدر الحق،

¹ - إدريس العلوي العبدلاوي، البعد الأخلاقي للقاعدة القانونية، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، العدد 13، المغرب، 1996، ص99.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص22.

³ - عبد السلام الترماني، القيم الأخلاقية في العقود، المرجع السابق، ص 467.

وبالنظر إلى أنه مجموعة من القواعد السلوكية، فإن الإجابة على تلك الإشكالية تقتضي البحث عن المكانة الحقيقية للقاعدة الأخلاقية في القانون عموماً ونظرية العقد على وجه الخصوص.

إن القانون في صرامته وعمومية قواعده المجردة، لم يستطع تقديم قاعدة يمكن إحترامها دون تبرير أخلاقي، كما أن القواعد الأخلاقية من شأنها أن تساعد القضاء في تعزيز وتهذيب القاعدة القانونية. لذلك كلما تم الاعتراف بالقاعدة الأخلاقية من طرف المشرع والقاضي، تصبح قاعدة قانونية وتبسط على المجتمع النظام الأنسب لضمان إستقرار المعاملات وحماية الأطراف المتعاقدة¹.

ولقد كانت النظرية الفرنسية الكلاسيكية تقوم على أن الأخلاق والقانون ليس لهم نفس النطاق، حيث وجب حسب الفقيه **Bentham**، عدم قبول إلا واجبات الفرد تجاه الغير ضمن النطاق القانوني، وإهمال واجباته إتجاه نفسه وإتجاه الله. غير أن الفقه الفرنسي الحديث يتجه إلى التأكيد على الصلة الوثيقة بين القانون والأخلاق، فالفقيه **Ripert** يرى أنه لا يوجد أي فرق في المجال بين القاعدة الأخلاقية والقاعدة القانونية من حيث الطبيعة والهدف، ولا يمكن أن يكون ذلك لأن القانون وجب أن يحقق العدل الذي يعتبر فكرة أخلاقية. لكنه يرى أن هناك فرق في الطابع، فالقاعدة الأخلاقية تصبح قانونية بفضل فرض جزاء مناسب لمخالفتها بغية تحقيق الهدف المنشود، وتتجسد بالإعداد التقني للقاعدة القانونية².

ونتيجة لذلك ظهر العنصر الأخلاقي في العقود بادئ الأمر، كفكرة غامضة في القانون الطبيعي(المبحث الأول)، ثم تجلت في القوانين الحديثة بعدما رفضها فقهاء المذهب الوضعي(المبحث الثاني). وتحت تأثير الإتجاه الإجتماعي تم قبول العنصر الأخلاقي في العقود وظهرت ضرورة تكريسه في التشريعات مسايرة للتطورات الإقتصادية والإجتماعية(المبحث الثالث).

المبحث الأول: غموض فكرة العنصر الأخلاقي في العقود.

التمييز بين القانون والأخلاق لم يكن معروفاً في القانون الروماني القديم، بل كان المزج بينهما هو الصفة المميزة في العهد الأول، ففقهاء القانون الروماني كانوا متيقنين بوجود قانون أسمى من أي تشريع، وهو مفهوم عقلي عام غير متغير ومقدس في مبادئه وأصوله القائمة على الحق والعدل³. وهذا ما أدى إلى إخضاع تعاملاتهم إلى القواعد الدينية (المطلب الأول).

¹ -Ripert (G), op.cit, P.4.

² -Ibid, P.5.

³ - إدريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص128.

غير أن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة لليونانيين الذين يرون أن أساس الوعود والعهود هو العدل الذي يحدد بناءً على معيار العقل فقط الذي يمثل القانون الطبيعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعهد الديني أساس المعاملات في القانون الروماني.

إعتبر الفقه الروماني أن القانون الوضعي، من الوجهة النظرية، هو إستنباط القواعد التي تحقق العدالة وتعطي الحق للذين يخضعون لسلطان هذا القانون. فالفقيه أولبيان الذي نقل عنه في مجموعة الفقه والأحكام لجوستينيان، يقول أن "أوامر القانون هي: عش شريفاً، ولا تضر أحداً، ورد على كل شخص ما يجب له"¹. ولقد كان تنظيم الإتفاقات أمراً دينياً أو عائلياً، فالشخص الذي يشهد الآلهة على وعده ويقسم على الوفاء به، يخضع للنظام الديني ولا يستطيع النكول بوعده لأن الحنث بقسمه كان يشكل خطراً إجتماعياً.

وعندما أخذ القانون يحل محل الدين كوسيلة رئيسية للتنظيم الإجتماعي، تحول الوعد الديني إلى عقد قانوني رسمي². وأصبح للرومان قانون نشأ عن الدين والعرف، وإصطبغ بشكليه معقدة ومتطرفة. فقد كان المقرر في القانون القديم أن العقد مادام أفرغ في الشكل المرسوم أصبح ملزماً، ولم يكن للمدين أن يتحلل منه بدعوى أن إرادته معيبة، أو أن السبب الذي من أجله إنعقد لم يتحقق³.

تطور القانون الروماني نتيجة لتغير الظروف الإقتصادية والإجتماعية، وإتصال الرومان بشعوب وثقافات أجنبية على إثر الحروب التي قاموا بها في تلك الفترة، وإقترن ذلك بتقدم في التفكير القانوني بتأثير من فلسفة القانون الطبيعي، مما أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد⁴. فالفقهاء الرومانيون نقلوا تعاريفهم العامة عن الفلاسفة اليونانيين الذين كانوا يأخذون بفكرة القانون الطبيعي، ويرون أن الأخلاق قد تتقلب إلى قواعد قانونية على مر الزمن⁵. وهؤلاء الفقهاء بحثوا بالإعتماد على العقل في

¹ - خميس محمود، القانون وصلته بالأخلاق، مجلة المحامين، العدد الأول والثاني، السنة 60، نقابة المحامين، الجمهورية العربية السورية، 1995، ص38.

² - شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقد، الطبعة الأولى، دار دجلة، الأردن، 2008، ص23 و24.

³ - عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، ج1، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1978، ص49.

⁴ - عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الطبعة الثانية، جامعة الكويت، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، 1982، ص162.

⁵ - خميس محمود، المرجع السابق، ص38.

جوهر العقود الشكلية، فوجده في التعهد الذي يسبق الطقوس والشعائر الرسمية التي تفترض وجوده وتعبر عنه، وهذا التعهد هو أساس المعاملة، أما الشكل فهو السبب القانوني لتنفيذ التعهد¹.

وقد كان لهذه النظرة الفقهية أثر في الفكر القانوني، حيث ظهرت الدعاوى البريتورية التي كان يمنحها البريتور للأفعال الجديدة التي لم ينص على حمايتها بدعوى خاصة، تحقيقاً لمبدأ العدالة ولضمان حسن النية في التعامل، ولذلك كانت تسمى بدعاوى حسن النية².

المطلب الثاني: العدل أساس القوة الملزمة للعقد في مذهب القانون الطبيعي.

إن فكرة القانون الطبيعي³ بوصفها مذهباً تعود إلى الفيلسوف أرسطو، ويرى أنصار هذا المذهب أن القوانين الوضعية خاضعة لقانون أسمى منها، ينبثق مباشرة من الطبيعة أو من الإله الذي هو منبع الكون وخالق الطبيعة⁴. وبناءً على ذلك كان القانون الوضعي السليم هو الذي يستلهم من القانون الطبيعي قواعده، بحيث تشكل هذه الأخيرة مصدر القانون وأساسه⁵. ويقول أرسطو أن العدل هو القانون الطبيعي، ما يعني أنه يستلزم على المشرعين أن يستوحوا أحكامهم من مبادئ العدالة، ويستوجب على الأفراد الخضوع للقانون. فكما أن الإرادة تخضع للقانون، فإن القانون الموضوع من إرادة إنسانية يجب أن يكون معبراً عن العدل، ووسيلة المشرع للوصول إلى ذلك هو التفكير العقلي السليم المجرد من العواطف والمصالح، فالعقل وحده هو المعيار الصحيح للعدل والأخلاق⁶.

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 27.

² - عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، المرجع السابق، ص 314.

³ - ويقصد بالقانون الطبيعي مجموعة القواعد العامة الأبدية التي أودعها الله في الكون ويكشف عنها الإنسان بعقله، وهو يتضمن القيم والمثل العليا التي تعبر عن أصل الأشياء بحسب قانونها المنشئ لها دون تدخل أو تزييف من خارجها. أنظر: - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 119.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 20 و 21.

ولقد برز هذا المذهب في الوقت الذي انفصل فيه القانون عن النظرية اللاهوتية الأخلاقية، فلقد إكتشف العقل هذا القانون من الطبيعة. وهذه العبارة من دون شك قديمة، فعلماء المدرسة اللاهوتية إستعملوها دون التقليل من قيمة العقل البشري، فتوماس سانت، مثلاً، عندما تكلم عن Jus natural، لا ينكر أن للإنسان بنور عقله أن يكتشف القوانين الملائمة بشكل أفضل للطبيعة البشرية، غير أن هذه الطبيعة من خلق الله أيضاً، إذ الأخلاق عند توماس لم تفصل المثل القانونية عن المثل الدينية. أنظر:

-Ripert (G), op.cit, P.5.

⁵ - محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 36.

⁶ - سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 137.

إن فكرة أرسطو عن العدل هي الأساس الذي تقوم عليه نظريات القانون كنظرية العقد والعمل غير المشروع، بل ولا توجد مسألة في نظرية الالتزام لا يمكن ردها إلى هذه الفكرة¹. وباعتبار العقد تصرف إرادي يقوم به الإنسان في حياته، إذ عن طريقه تتم المبادلات ويتحقق النشاط في المجتمع، فإن أرسطو يضع المبدأ الأخلاقي المتمثل في العدل كأساس للقوة الملزمة للعقد².

إن التأكيد على قدسية العقد في القانون الطبيعي، لا يعني بالضرورة إطلاق حرية إرادة الأطراف وتركها دون قيد، فالإلتزام بالفعل ملزمة بطبيعتها لكن ضمن قيود القانون الطبيعي، أهمها إحترام حسن النية التي تكبح جماح الإرادة من نتائج الأناية المفرطة وقصد الإضرار بالغير، ويعزى للفقيه شيشرون تحويل المعيار الأخلاقي للعدالة إلى واجب قانوني بمراعاة حسن النية³.

بقي القانون الطبيعي جزء من قواعد الدين حتى مستهل القرن السابع عشر، حينما وضع الفقيه كروسيوس **Grotius** قواعد المدرسة الطبيعية، وفصل القانون الطبيعي عن الدين وقرر أن فكرة هذا القانون ليست لها قيمة إلا إذا إعتمدت على العقل الإنساني وحده⁴. ولقد آمن أغلبية الفقه الفرنسي بالقانون الطبيعي، حيث أصبح، في البداية، المذهب المفضل لمجتمع يسيطر عليه مذهب الفردية الليبرالية والمتعلق بمبادئ الثورة، ثم تأثر بنظرية كانت التي تعد في ألمانيا مدرسة القانون الطبيعي. في حين أن القانون المدني الفرنسي لم يتضمن أي أثر لهذه الأفكار الفلسفية، خاصة بعد حذف المادة الأولى من المشروع الذي كان يصرح رسمياً عن وجود القانون الطبيعي، وهذا لا يعني بالتأكيد إحتقار المذهب⁵.

إنقذ الفقه مذهب القانون الطبيعي لأن فكرته تتضمن مغالاة في المثالية، ولأن القول بثبات القانون الطبيعي لا ينسجم بأبدية قواعده والفكرة التي يقوم عليها والمتمثلة في أن قواعده تستنبط من العقل السليم، فالتطبيقات العملية السائدة في العالم، والتي تظهر الإختلاف والتمايز الواضح بين التشريعات من دولة لأخرى، بل داخل الدولة نفسها من زمان إلى زمان، يثبت صعوبة تصور نموذج عقلي موحد للمثل

¹ - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 142.

² - محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 49.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 22 و 23.

⁴ - عبد السلام الترماني، القيم الأخلاقية في العقود، المرجع السابق، ص 468.

ويقول الأستاذ **Ripert** بأن البروتستانتية كان لها تأثير كبير في وضع هذه النظرية، التي نشرها **Grotius** وتلافاها من بعده فلاسفة العصور السابع عشر والثامن عشر، مثل **ديكارت** في نظريته عن المذهب العقلي، ولوك في نظريته عن الحقوق الفردية، ورسو في نظريته عن العقد الإجتماعي، و**مونتسكيو** في نظريته عن حرية الشعوب. أنظر:

-Ripert (G), op.cit, P.6.

⁵ - Ibid.

العليا¹. كما أن القول بفكرة الخلود والثبات التي تميز القانون الطبيعي في منطق أنصاره، هو قول غير صحيح يكذبه الواقع وينفيه التاريخ، فالقانون وليد البيئة الإجتماعية ومتغير في الزمان². ونتيجة للإنقادات التي وجهت لمذهب القانون الطبيعي، ظهرت مذاهب أخرى تنادي بالفصل بين القانون والأخلاق، وهذا بالرغم من محاولات بعض الفقهاء بعثه من جديد في بداية القرن العشرين³.

المبحث الثاني: العنصر الأخلاقي من الإستبعاد إلى الإستحضار في قانون العقود.

حاول الفقيه **Gény** تعديل القانون الطبيعي وإعطائه مبدأ حياة جديد بجعله قانون ذو مضمون متغير حتى يواكب التطورات ويسود الإعداد العلمي للقانون الوضعي، فهو يرى أن القانون ليس وليد حاجات الجماعة ومعبرا عنها فقط، بل هو عمل يقوم العقل الإنساني على توجيهه وتسييره تسييرا واعيا بما يتلاءم مع ظروف كل الجماعة⁴. غير أن الدعوة الى فلسفة حديثة لتبرير القانون الطبيعي هي بدون جدوى، فمحاولة الأستاذ **Gény** ربطه بالفكرة الأساسية للعدالة والبحث عنها من خلال مبدأ الحدس، بالإضافة إلى تحليل الإنصاف الموضوعي، لم تستطع إعادة إحياء هذا القانون⁵.

ظهرت فيما بعد عدة محاولات فقهية، إستهدف جانب منها إستبعاد الأخلاق عن القانون، ومن ثم العنصر الأخلاقي من مجال العقود، بدعوى أن الحرية السياسية والمدنية تشترط الفصل بين النظام القانوني والتصور الديني أو الأخلاقي بغية تمكين كل شخص من أشخاص القانون من الخضوع للقاعدة دون الرجوع إلى ضمائرهم (المطلب الأول). في حين نادى جانب آخر بتأسيس القانون على قواعد السلوك الإجتماعي الصحيحة، والتي لن تكون كذلك إلا إذا إتفقت مع المبادئ الأخلاقية السائدة في المجتمع (المطلب الثاني).

¹ - محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 45.

² - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 152.

³ - ففي سبيل إحياء القانون الطبيعي ظهر إتجاهان، إتجاه القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير بزعامة الفقيه الألماني **Stammler**، وإتجاه جمهور الفقهاء المحدثين الذين يرون قصر وظيفة القانون الطبيعي على القيادة الموجهة للمهمة، بقلة من مبادئ العدل المثالية، دون النزول به إلى التطبيق العملي، وما يفرضه من تنظيم تفصيلي.

لتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع، أنظر: - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 153 وما بعدها.

⁴ - محمد الصديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 63.

⁵ - Ripert (G), op.cit, P.7.

المطلب الأول: مقاومة المذهب الوضعي لفكرة العنصر الأخلاقي في العقود.

إتجه بعض الفقهاء إلى التأكيد على ضرورة تأسيس السلطة على مفهوم وضعي محض للقانون، إذ يجب على الحكام تأكيد سيادتهم بممارسة سلطاتهم، لكفالة إحترام القاعدة القانونية بفعل قوتها لا غير، فليس هناك مجال للبحث عما إذا كانت مطابقة للقانون الطبيعي أو الأخلاق¹. وسميت هذه الفلسفة بالوضعية، وهي لا تؤمن بمبادئ الأخلاق الطبيعية العقلية المطلقة، كما أنها تقود إلى الإعتراف بأن القوانين عبارة عن أوامر صادرة من السلطة العامة، يتم إستنتاجها منطقيا من قواعد محددة سلفا دون اللجوء للأهداف الإجتماعية، السياسية أو الأخلاق، وإن تحليل المفاهيم القانونية يجب أن يكون بعيدا عن التقييم الأخلاقي والتاريخي لها².

دعت الأزمات الإقتصادية والإجتماعية التي سادت العلاقات التعاقدية في فترة الأزمة العالمية، إلى التفكير في تاصيل التدخل التشريعي كمنهج لتحليل الظاهرة العقدية، وتفعيل الحلول الكفيلة بإنشاء إلتزامات تكون بالضرورة عادلة وتتغلب على أزمات التنفيذ، وتتلاءم مع الثقة المرتقبة في العقود وأمان المعاملات³. وينسب التصور الوضعي للعقد إلى إسهامات الفقيه النمساوي **Kelsen**⁴ التي أفضت إلى تطوير نظرية الإلتفاقات القانونية، بمعنى دراسة تحليلية لمشكلات العقد من الوجهة النظرية الخالصة للقانون بعيدا عن أي

¹ - Ripert (G), op.cit, P.8 et 9.

² - السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم في المجتمعات العلمانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 67 و68.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 100.

⁴ - الفقيه كلسن ينضم إلى مدرسة الشرح على المتون التي ظهرت غداة وضع التقنين المدني الفرنسي، وهو صاحب تيار دفع بالتفسير القاعدي إلى أقصى درجات التجريد الشكلي والوضعية الصارمة. ويعبر إسم مدرسة الشرح على المتون عن المنهج المتبع من طرف فقهاءها، ويعتبر أن التقنينات قد تضمنت القانون بأكمله. ويرى أنصارها أن النصوص القانونية هي الظواهر الوحيدة الملموسة التي على القانوني التمسك والتقيّد بها، ومن ثم فإن طريقته يجب أن تتماشى مع هذا المنطق، أي النص قبل كل شيء كما يقول الفقيه دمولوب. أنظر: - محمد صديق عبد الله، المرجع السابق، ص 55.

ولقد تضمنت المجموعة المدنية الصادرة سنة 1804 في فرنسا والمسماة بقانون نابليون، حماية تشريعية تمثلت، على وجه الخصوص، في ثلاثة مبادئ رئيسية، يظهر الأول في إعتبار الملكية حق مطلق التي تعطي للمالك سلطة سيادة بحيث يكون له الحق في إساءة إستعمال الشيء أو حتى إتلافه. والمبدأ الثاني يكمن في مبدأ العقد شرعية المتعاقدين، تجسيدا لحرية التعاقد وحفاظا على إستقرار المعاملات لصالح أصحاب الأموال. أما المبدأ الثالث فيتمثل في قاعدة لا مسؤولية دون خطأ، وهذا تمسكا بأسس العدالة الشكلية.

- أنظر في تفاصيل هذه المبادئ: - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 93 وما بعدها.

تصور إجتماعي، وهذا ما دعا إلى ترتيب العقد ضمن التصرفات المنشئة للقواعد¹، إذ في نظره لم يعد العقد مقتصرًا على إنشاء القواعد القانونية المطبقة على أطرافه. فحسب **Kelsen** لا يكون هناك حق دون وجود إلتزام مقابل له تفرضه قاعدة قانونية²، لذلك يستمد العقد قوته الملزمة بموجب تفويض من القواعد المدرجة في المنظومة القانونية، وذات الدرجة الأعلى³.

وتجدر الإشارة إلى أن **Kelsen** نادى بالفصل بين القانون والمبادئ التي تحدد مضمونه، وأكد على ضرورة تحرر نظرية القانون من مبادئ الأخلاق، السياسة، وعلم الاجتماع والتاريخ، بمعنى أن تكون نظرية بحتة، لأن هذا ما تتطلبه النظرية عامة⁴. ولقد جعل كفاءة النظام القانوني شرطًا لصلاحيته كل معيار، مما يعني أن وجود النظام القانوني يتضمن أن تكون قوانينه مطاعة في الأساس لا أن تعصى. ولقد توصل إلى أن كل نظام قانوني يتضمن تسلسل للواجبات تعود لواجب أساسي تركز عليه، أطلق عليه إسم المعيار الأساسي⁵. ففي مجال العقود ينشئ العقد إلتزامات قانونية بين طرفيه، التي مصدرها التشريع الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين⁶.

لم يسلم هذا المذهب من النقد على أساس مبالغته في الإعتماد على الإرادة البشرية في إنشاء القواعد القانونية وتطويرها، وإهماله للمصادر الأخرى كالعرف والأخلاق. كما أن إرادة الإنسان وحدها غير كافية لإنشاء قانون عادل، لما يشوبها من ضعف يكمن في نوازع الخير والشر التي توجد في النفس البشرية⁷.

وتساءل البعض عن سبب إستبعاد **Kelsen** للأخلاق من مفهومه عن القانون؟ خاصة أن الأمر يتعلق بسبب قبول المعيار الأساسي الذي يكون صالحًا ويظل فعالًا بمقدار ما يكون عنصر الأخلاق

¹ - Ghestin (J), Traité de droit Civil, la formation du contrat, op.cit. P. 169.

² - Ibid, P. 168.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 100 و 101.

⁴ - السيد العربي حسن، المرجع السابق، ص 82.

وتتلخص أفكار **Kelsen** الأساسية في إدماج القانون والدولة بإعتبارهما شيئًا واحدًا، لأن القانون في رأيه هو إرادة الدولة أو هو الدولة ذاتها، كما أن الدولة هي القانون إذ ترجع جميع مصادر القانون إلى إرادته. لذلك يجب أن يقتصر رجل القانون على التعرف على القانون كما هو، وعلى التحقق من إتباعه كما حددته السلطة المختصة أو عدم إتباعه، أي بغض النظر عما إذا كان مضمون القانون عادلًا أم لا، متفقًا مع مصلحة المجتمع أو منافيًا لها. أنظر: - محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 56.

⁵ - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 109.

⁶ - المرجع نفسه، ص 108.

⁷ - المرجع نفسه، ص 181 و 182.

راسخا كجزء منه. لذلك إتجه بعض الفقه إلى القول بأنه من النادر أن تجد فصلا كاملا وتاما بين علم القانون وكل العلوم الإجتماعية عند هذا الحد المتطرف كما ذهب إليه **Kelsen**¹.

المطلب الثاني: إسهامات النظرة الإجتماعية في ظهور العنصر الأخلاقي.

بعد الإنتقادات التي وجهت إلى مذاهب الوضعية القانونية، ظهرت عدة إتجاهات فقهية أهمها مذهب الفقيه **Gray** ومذهب الفقيه **Duguit**، ترى أن متطلبات أو ضرورات الحياة هي التي تنجب القواعد القانونية، بحيث يكون لكل فئة إجتماعية قواعدها القانونية التي تفرض على أعضائها حكاما كانوا أو محكومين².

فالفقيه **Gray**³ يجعل من الأخلاق التي يقصد بها السلوك الصحيح، مصدرا للقانون. وهو يرى أن القاضي عندما يكون دافعه هو التنسيق بين مبدأ وآخر، أو توسيع نطاق أحد المبادئ، فإنه يعمل في فصل الحالة بطريقة أخلاقية. كما يقول أن تفسير التشريع يتحدد غالبا وفقا للمبادئ الأخلاقية السائدة، ما يجعل التفسير متسما بالطابع الأخلاقي، لهذا فإن الحكم بصلاحيته بعض السوابق القضائية أو الأعراف بأن تكون مصدرا من مصادر القانون، يرجع إلى مدى إتفاقها أو إختلافها مع المبادئ الأخلاقية السائدة⁴. رغم أطروحة **Gray** عن الأخلاق كمصدر للقانون، إلا أنه كان يؤمن بمبادئ الوضعية الصارمة المتمثلة في أن دراسة القانون يجب أن تكون بعيدة عن الواقع الاقتصادي، الإجتماعي والأخلاقي⁵. أما محاولة الفقيه **Duguit**⁶ فقد ظهرت لإيجاد مذهب يقوم على عناصر العلوم الطبيعية للمجتمعات البشرية، بغية الهروب من مذهب يجعل من الأخلاق والقانون مجرد وقائع إجتماعية¹. فقد

¹ - السيد العربي حسن، المرجع السابق، ص 85.

² - محمد الصديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 61.

³ - يعد الفقيه **Gray** من أهم ممثلي المدرسة الواقعية، التي ترجع أصل القانون إلى الواقع الذي تفرضه الحاجات العملية للإنسان، بحيث يجب أن يستجيب القانون إلى ترجمة هذا الواقع بشكل يتفق مع الثبات الحقيقي واليقين الذي يثبتته الواقع الملموس الذي تسجله المشاهدة وتؤكدته التجربة. فالقانون لا يقوم على أساس ميتافيزيقي كما جاء في القانون الطبيعي، ولا يرجع إلى السلطة التشريعية كما يعتقد أنصار مذاهب الوضعية القانونية. راجع: - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 61.

⁴ - المرجع نفسه، ص 90 و 91.

⁵ - المرجع نفسه، ص 92.

⁶ - أسس الفقيه الفرنسي **L.Duguit** مذهب التضامن الإجتماعي في أوائل القرن العشرين، وقد عبر عن نظريته هذه بعدة إصطلاحات منها الأصل الإجتماعي وقاعدة السلوك الإجتماعي التي نادى بها كأساس للقانون. ويقوم هذا المذهب على رفض التفسيرات غير الواقعية لأصل القانون والقائمة على ما وراء الطبيعة، كالتفسيرات المبنية على أفكار القانون الطبيعي أو على فكرة التطور التلقائي للقانون الكامن في ضمير الجماعة وروحها. أنظر: =

بنى **Duguit** مذهبه على المشاهدة والإستنتاج، حيث يقول بأن الإنسان كائن إجتماعي لا يمكن له أن يعيش بمفرده، ويقتضي تعايشه مع الجماعة تضامنه معها، فيمتنع عليه الإخلال بنظام الجماعة وإلا تعرض للعقوبة التي توقعها عليه الجماعة بواسطة سلطتها المختصة². ولا يصبح الإخلال بالتضامن الإجتماعي إخلالا بواجب قانوني لمجرد ترتب الجزاء وتوقيعه على المخالف، بل لابد أن يتولد للجماعة شعور بأن هذه المخالفة تمس أمن الجماعة وتضامنها³.

ويرى **Duguit** أن مصدر العقد هو القانون الذي يهدف إلى إقرار تعاون بين المتعاقدين لغرض تحقيق المنافع المرتقبة للعقد. فالقانون أعلى مرتبة من الحقوق الشخصية بحكم إهتمامه بتنظيم الحياة في المجتمع، ما يعني أنه لا يحق للفرد مخالفته أو محاولة تغليب حقوقه عليه، وهكذا لا يمكن الإعتراف بالحرية المطلقة التي تفترضها الإرادة العقدية، لأن ذلك يعني بالضرورة تفوق الحق الشخصي على القانون⁴. وبما أن **Duguit** من المعترفين بسلطة القانون من حيث كونه ملزما لجميع الأفراد دونما إعتبار لإرادتهم، فهو يرى أن الإرادة العقدية غير قادرة على إنشاء الحقوق، الأمر الذي يجعل العقد في صورة توافق بين شخصين أو أكثر بهدف تطبيق أحكام قانونية معينة⁵.

نتيجة لذلك دحض أنصار هذا المذهب الأسس التي قام عليها مبدأ سلطان الإرادة ونتائج⁶، فهم يرون أن العقود لا تستمد قوتها مما للإرادة من سلطان، بل من إعتبرات إجتماعية ترجع إلى الثبات والإستقرار الواجب توافرها في المعاملات، والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس الأطراف. فالعقد يعد وسيلة يراد بها تحقيق التضامن الإجتماعي وتوجيه الإرادة إلى هذا التضامن⁷.

وإستند أنصار المذهب في جعلهم القانون أساس القوة الملزمة للعقد، إلى النصوص القانونية في التقنيات المقارنة، مثل المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي القديم(1102 من القانون المدني

= - محمد الصديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 64 و 65.

¹ - Ripert (G), op.cit, P.8.

² - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 186.

³ - محمد الصديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 64.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 105

⁵ - المرجع نفسه، ص 105.

⁶ - Marty (G) et Raynaud (P), droit civil, les obligations, T, 2^{em} édit, Sirey, Paris, 1998, P.33 et s.

⁷ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 41.

الجديد)¹. فالقانون يجعل العقد ملزماً لأطرافه تحقيقاً للمصلحة العامة، بإعتباره أداة الإنتاج والتوزيع للثروات في المجتمع².

كما أن القاضي عندما يفسر العقد لا يستعين، في الواقع، بإفتراض إرادة موهومة كما يدعي أنصار المذهب الفردي، إذ قد لا يتفق المتعاقدان على كل تفاصيل العقد، وإنما هو يطبق قواعد العدالة بعد النظر في ظروف العقد³. وهكذا يكون أساس العقد في قواعد العدالة لا في الإرادة، لأن حرية الأفراد لا يفسح لها المجال إلا بقدر ما تتفق مع المصلحة العامة⁴.

ويضيف أنصار هذا المذهب أنه إذا كان من البديهي الإعتقاد بوجود مساواة بين الأفراد، على أساس أن الحرية التعاقدية تحقق تلقائياً التوازن بين الأداءات، حيث يفترض وجود مناقشة وتنازل متبادل بين الأطراف، فإن الواقع يفرز حالات تجبر فيها الضرورة أحد المتعاقدين على إبرام العقد، ما يعني أن هذا الطرف سلم بالشروط التي وضعها الطرف الآخر دون مناقشة، وهذا يؤدي إلى عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة⁵. ومن ثم تصبح المقولة التي أطلقها فقهاء المذهب الفردي "من قال عقداً فقد قال عدلاً" على أساس فكرة المساواة المجردة، غير صحيحة خاصة في ظل التطورات الإجتماعية، الإقتصادية والعلمية التي يشهدها العالم، حيث رسخت فكرة عدم المساواة بين الأفراد وأظهرت أشكالاً جديدة لها⁶.

وجه جانب من الفقه الفرنسي النقد لنظرية **Duguit**، بقولهم أنه يريد أن يضحى بكل مصلحة فردية أمام أية مصلحة جماعية بغض النظر عن أي إعتبار، فالتضامن الإجتماعي ليس معناه القضاء على المصالح الفردية، لأن أحسن النظم القانونية هي التي يسودها التوفيق بين المصالح الجماعية والفردية⁷. كذلك يعاب على هذا المذهب، ما إنزلق إليه **Duguit** عندما أضاف الشعور بالعدل إلى الشعور بالتضامن الإجتماعي، مع كون فكرة العدل من الأفكار المبهمة التي تخرج عن نطاق الواقع

¹ - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، 1995، ص114.

² - مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للإلتزامات، الدار الجامعية والمكتبة القانونية، مصر، 1987، ص40.

³ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص105.

⁴ - أنظر: - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزامات وفقاً للقانون الكويتي، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص266.

- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص107.

⁵ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص42 و43.

⁶ - المرجع نفسه، ص43.

⁷ - محمد الصديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص65.

وتدخل في الأفكار الميتافيزيقية¹. وأمام هذا الأمر ظهر إتجاه يدعو إلى جعل الأخلاق رقيباً على نفاذ الحقوق وحامياً لها.

المبحث الثالث: قبول فكرة العنصر الأخلاقي في العقود.

يقول الأستاذ **Ripert** أن توضيح نظرية الإلتزام تستوجب، في البداية، إسنادها إلى المبادئ الأخلاقية، حيث لا يمكن إقامة علاقات بين الأشخاص دون مراقبة الأخلاق نهائياً لها، لأن الحقوق الشخصية تنشأ في خضم الصراع الكبير بين المصالح الخاصة². كما أن القانون يهدف إلى تحقيق العدل، وهي فكرة جد واسعة تساعد على تقديم أوامر سلوكية مضمونة الإحترام، فضلاً عن أن الإعتقاد السائد أن القواعد الثابتة هي قواعد منصفة³.

ولقد إتجهت، أغلب التشريعات الحديثة، إلى الإعتراف بالقيم الأخلاقية مصدراً للحق ورقبياً عليه، وتركت للقاضي الحق في البحث عن هذه القيم في جميع العلاقات بين الأفراد، حتى لا يستبد القوي بالضعيف ولا ينال الظالم من المظلوم⁴.

وإذا كانت حياة الأفراد في المجتمع قائمة على التبادل المنشئ للإلتزامات، فإن أكثر ما يجب أن تراعى فيه القيم والمبادئ الأخلاقية هي العقود التي تقرر حقوق الأفراد وواجباتهم. وبالنظر إلى أن العقود أساسها الإرادة، فإن مسألة ترك للإرادة الحرية في إحداث ذلك الأثر القانوني تأثرت بتطور المذاهب القانونية السابقة⁵. فالمشرع الفرنسي، مثلاً، حينما حمى الإرادة وأطلق سلطانها في المادة 1134 من القانون المدني القديم⁶، كان متأثراً بأهداف الثورة التي قررت بأن حرية الإنسان مطلقة من كل قيد، وأن

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص534 وما بعدها.

² - Ripert (G), op.cit, P.13.

³ - Ibid, P.10.

نشير إلى أن إحساس العدل Justice يتجلى في الشخص على هيئة إستحسان أو إستهجان إزاء واقعة ما، عند موافقة هذه الأخيرة لضميرنا الأخلاقي أو مخالفتها له، وهذا الإحساس الكامن من الذي يشيع في أعماق الشخص ويعيش فيها هو "الضمير القانوني". وترتبط فكرة العدل مع فكرة الجماعة، وهو الهدف والمثل الأعلى للقانون. أنظر:

- أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص23.

⁴ - عبد السلام الترماني، القيم الأخلاقية في العقود، المرجع السابق، ص470.

⁵ - المرجع نفسه، ص470 و471.

⁶ - بعد تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016، أصبحت المادة 1102 هي التي تقر مبدأ سلطان الإرادة. أنظر: Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

منشور على موقع: =

للإنسان أن يملي في العقد ما يشاء من شروط وعلى الملتزم أن ينفذها، لأن الشرف يقضي بأن ينفذ ما قطع على نفسه من وعد وعهد، لكنه قيدها بفكرة الآداب العامة. كما أن القضاء الفرنسي لم يتخل في هذا المجال عن القيم والمبادئ الأخلاقية، حيث جعل منها أساس إجتهاداته التي أكملت نصوص القانون المدني وحلت محله في كثير من الأحكام، ما أفرز مجموعة من الإلتزامات الأخلاقية أقرتها فيما بعد التشريعات الحديثة، كالإلتزام بالإعلام السابق للتعاقد والإلتزام بالضمان.

إن الأخلاق تستوجب أن تسود العدالة العقد، فعدم تكافؤ الأداءات يمكن أن يكون الأمر الذي يكشف عن إستغلال الطرف الضعيف في العلاقة. كما أن الأخلاق تستلزم الإهتمام بالأحاسيس التي تحرك الأشخاص القانونية، ما يتطلب حماية حسني النية ومعاقبة أولئك الذين يتصرفون بالحيلة أو بالغش¹. وتتحقق فكرة العدالة بالأخذ بعين الإعتبار معالجة المبادلات بالنظر إلى التعارض البين للمصالح، فالعقد، وفقا لتصور **Rousseau**، واقعة إجتماعية تنبثق من كيان المجتمع لكنها لا تهدر دور الفرد الذي أعلن إذعانه له ضمنا².

ولقد إنعكس تأثير العوامل الإجتماعية والإقتصادية على الظاهرة العقدية، حيث أدى إلى التعامل مع العقد كأداة نافعة لتبادل الثروات والخدمات، مما سمح بظهور فكرة "جمعية العقد" التي يقصد بها الخروج بالعقد من نزعته الفردية التقليدية إلى نزعة جماعية جديدة، والنظر إليه على أنه وسيلة الحياة الجماعية³. وفي صورة جمعية العقد ترويض للإرادة الفردية وتطويع لها، حيث يتوقف ترتيبها للآثار على ما يتفق والبيئة الإجتماعية وقوانينها⁴، وهو ما يجعل العقد واقعة إجتماعية تجمع النفع العام والخاص على حد سواء، حتى لا يتحول العقد إلى أداة إستغلال وتعسف⁵.

وتأثرا بالنظرة الإجتماعية للعقد طور الأستاذ **Demogue** فقهه حول آثار الإلتزامات، إذ يرى أن تحقيق الإلتزام بتنفيذ العقد بحسن نية يتأسس على واجب التعاون بين الأطراف، من منطلق حظر التعسف

ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte>

¹ - Ripert (G), op.cit, P.3.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 116.

³ - لخضر حليس، المرجع السابق، ص 148.

⁴ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 280.

⁵ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 117.

في إستعمال الحق، فالمدين ملزم بتسهيل تنفيذ العقد من منطلق التضامن بينه وبين الدائن، كما أنه يستتبع إمكانية أن يعدل العقد تبعاً للظروف التي تطرأ عليه بحكم طول مدة تنفيذ العقد¹.

أما الأستاذ **Immanuel** فقد ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث إستدعى التصور الإجتماعي للعقد بدعمه لفكرة تأسيس العقد على علاقة ثقة لا يجب على المدين أن يخيبها، لأن ما يؤسس الرابط العقدي هو تلك الثقة التي يستمدها الدائن من وعد المدين².

جدير بالذكر أن المشرع يضحى أحياناً بالفكرة الأخلاقية بالرغم من أهميتها، وذلك من أجل السلم والأمن الإجتماعي³، فهناك قواعد لا تملئها فكرة العدالة كالقواعد المتعلقة بالتقادم والإثبات. غير أن هناك جانب من الفقه يذهب إلى القول بأن هذه القواعد القانونية تبدو لأول وهلة أنها لا تتعلق بالأخلاق، لكن التعمق في بحث الأغراض التي يرمي إليها المشرع من وراء سن هذه القواعد يؤدي إلى حقيقة أن هذه القواعد تهدف، بصفة عامة، إلى أن يقوم التعامل على أساس يُطمأنُ إليه، فتستقر بذلك المراكز القانونية ويقوم النظام في المجتمع. وهذه أغراض كلها تنهض بها الأخلاق، لأنها تكفل الخير العام للجماعة حتى لو كان في تحقيقها تضحية بالمصلحة الفردية⁴.

يتضح في الأخير أن قانون العقود عليه مراعاة المبادئ والقيم الأخلاقية في المجتمع الذي ينشأ فيه، لتحقيق الغاية الأخلاقية التي يصبوا إليها القانون عموماً، خاصة أن الواقع، وعلى مر الزمن، يثبت تحول مجموعة من المبادئ والقيم الأخلاقية إلى قواعد قانونية مع تطور العلاقات الإجتماعية. وأمام حقيقة قبول القانون للعنصر الأخلاقي في العقود بعد الشعور بمكانة وأهمية القيم الأخلاقية في علاقات الأفراد ومعاملاتهم، فإننا نتساءل عن إمكانية وضع مفهوم أو محددات تضبط الفكرة وتمهد إدماجها وتكريسها في الأوساط القانونية، وتساعد على مسابرتها للتطورات الإجتماعية والإقتصادية؟.

¹ - أنظر: جمعة زمام، المرجع السابق ص 194.

² - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ - Ripert (G), op.cit, P.10.

⁴ - راجع: - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 104 و 105.

الفصل الثاني: محددات فكرة العنصر الأخلاقي في العقود.

لا يوجد للعنصر الأخلاقي مفهوم واضح ودقيق، وأول ما يتبادر إلى الذهن في سبيل إستكناه مدلول هذا المصطلح هو التوقف عند مفهوم الأخلاق.

يقصد بالأخلاق مجموعة القواعد التي تحكم أفعال الإنسان وتقدمها على أساس ما تنطوي عليه من خير أو شر، فتحض على فعل الخير وتنتهي عن ارتكاب الشر¹. وتشمل الأخلاق **عنصرين: الأول نظري يكمن في عمق الإحساس بالقيم** وكل الأسس الإنسانية التي تحرك دوافع الإنسان نحو الخير والشر، فالقيم أهداف تدعو إلى التحرك نحوها وهي مثل عليا ومعايير للسلوك في الوقت ذاته². أما **العنصر الثاني** فهو عملي، ويتمثل في السلوك الذي يطبق ما يحمله الضمير الكامن في نفس الإنسان من خلال إرادته الحرة، أي في تصرفات الشخص ومعاملاته³.

بناء على ما سبق بيانه، يمكن تعريف العنصر الأخلاقي في العقود بأنه "مجموعة المبادئ والقيم التي تدور حول تحديد معنى الخير والشر وتبحث على إتيان الفضائل والإبتعاد عن الرذائل، والتي تقرها أو تستنبطها القواعد القانونية تحقيقا للعدل في العلاقات التعاقدية". في الواقع، هذا التعريف الذي حاولنا وضعه يشوبه الغموض وتعوزه الدقة، فهو لا يمكن من ضبط فكرة العنصر الأخلاقي تمهيدا لتكريسها ضمن القواعد القانونية المنظمة للعقد. وفي حقيقة الأمر، تستلزم مسألة التكريس تحديد مفهوم العنصر الأخلاقي من خلال تبيان العناصر المكونة له (المبحث الأول)، ثم توضيح مبررات إرسائه في مجال العقود(المبحث الثاني).

المبحث الأول: عناصر العنصر الأخلاقي في العقود.

يعتبر الفقه العدل غاية أي قانون وضعي يشكل في مظهره أداة للإنتفاع والحماية، لذلك يجب أن تصلح القواعد القانونية كمرشد في البحث عن الحل العادل⁴. والعدالة التي تعد قيمة إنسانية عليا ومطلب أخلاقي رئيسي، لأن المرء لا يمكن أن يكون خيرا أو شريفا إلا إذا كان عادلا، هي أساس الحلول التي

¹ - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص94.

² - نعيم عطية، القانون والقيم الإجتماعية، المكتبة الثقافية، العدد 257، الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، مصر، 1971، ص15.

³ - محمد خيرى، الأبعاد الأخلاقية للقسم في بعض المهن، مجلة المحاكم المغربية، عدد 82، الدار البيضاء، 2000، ص91.

⁴ - محمود محسوب، أزمة العدالة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 2000، مصر، ص19.

تضمنتها القواعد القانونية لتضمن شرعيتها وبقائها، وبالتالي هي أساس مجموعة من المبادئ القانونية التي تقوم عليها نظرية العقد¹.

يقول الأستاذ **Raynaud** أن قيمة الإيرادات تخضع لمتطلبات العدالة وحسن النية². تمثل العدالة معياراً أخلاقياً لسلوك الأفراد، يعزى للفقهاء الروماني "شيرشرون" تحويل هذا المعيار إلى واجب قانوني بمراعاة حسن النية في العقود بإعتبارها قانون الأطراف³. تحول فيما بعد، هذا الواجب إلى مبدأ عام في نظرية العقد، وشكل أساساً لمجموعة من الإلتزامات المترتبة على عاتق أطراف العلاقة التعاقدية. بإعتبار أن العنصر هو الأصل الذي يتألف منه الشيء⁴، فإن العنصر الأساسي في العقود يكمن في العدالة. وبالنظر إلى أن العدالة تتجسد في العقود في مبدأ حسن النية، فإنه يمكن القول أن مفهوم العنصر الأخلاقي في العقود يتحدد إنطلاقاً من العدالة العقدية بإعتبارها أساسه القانوني (المطلب الأول)، وحسن النية كآلية لتكريس هذا العنصر في قانون العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العدالة العقدية أساس العنصر الأخلاقي في العقود.

أصبح من المسلم به أن "كل إلتزام حر، عادل"⁵، فحسب الأستاذ **Fouillée** العقد ما دام يقوم على إحترام الحرية الفردية، فإنه يسمح بإقامة علاقات فردية أكثر عدالة وأخرى إجتماعية أكثر نفعاً، فالأولى تتحقق طالما تمكن الفرد من الدفاع عن مصالحه الخاصة، وإحترامها يكون عن طريق الإلتزامات المختارة إرادياً. في حين أن الثانية تتعلق بقانون السوق الذي يسمح بمطابقة العرض مع الطلب، وهو أمر منوط بالعمل الحر للإرادة الفردية التي تبتغي حماية التوازن الإقتصادي⁶.

ووفقاً لتحليل الأستاذ **Ghestin** للعقد الذي جمع فيه بين قانونية العقد وإقتصاديته، فإنه يفترض إحترام قاعدة العدالة في التبادل، بواسطة ضمان ترتيب المساواة بين الطرفين، نتائج تؤدي إلى القبول بشروط تبادل توافق مصالحهما⁷.

¹ - إدريس نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، القانون المدني نموذجاً، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص 68.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 255.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 23.

⁴ - الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2003، ص 129.

⁵ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 229.

⁶ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 74.

⁷ - Ghestin (J), Traité de droit Civil, la formation de contrat, op.cit. P.132.

إن تكريس العدالة في القانون بالنظر إلى الأهمية البالغة التي أولاها لها الفقه، على أساس أنها توجه الشخص في علاقاته وتعاملاته، يستلزم ضبط مفهومها الخاص في مجال العقود (الفرع الأول)، وتحديد أسسها ومعاييرها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم العدالة العقدية.

إن فكرة العدالة بصفاتها مقصداً غائياً لإقامة التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، تظهر لدى الفقه الحديث بمظهرين: فكرة العدل¹ - العدل الشكلي القانوني-، وفكرة العدالة - العدل الجوهري بمعنى الإنصاف-، فالعدل يفيد معنى المساواة في المعاملة عن طريق تطبيق القانون حرفياً على الجميع، أما العدالة فتعني بالشعور بالإنصاف الذي يكشف عنه العقل السليم بإحقاق الحق².

لقد عرف الأستاذ حجازي العدالة بأنها "إحساس أخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي، وظيفته الموازنة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة إبتغاء تنظيم هذه العلاقة. أو هي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون في ذلك بنص إستثنائي صريح"³.

وللإعتراف بمفهوم خاص للعدالة في العقود، يجب الرجوع إلى التفريق الذي أقامه الفيلسوف أرسطو⁴ بين العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية. تركز العدالة التوزيعية على فكرة توزيع الأعباء والحقوق

¹ - ننوه إلى أن مفهوم العدالة يختلط بمفهوم العدل، لذلك نجد اللغويين لم يفرقوا بينهما لوحة المصدر، فإين منظور في معجمه لسان العرب، يعرف العدل بأنه: ما قام في النفوس أنه مستقيم، وهو ضد الجور، عدل الحاكم في الحكم يعدل عدلاً، وهو عادل من قوم عدل. والعدل: الحكم بالحق، والعدل والعدالة والعدلة والمعدلة، كله عدل. أنظر: - إين منظور، لسان العرب، دار المعارف، المجلد الرابع، (ش، ع)، ص 2838-2842.

أما الفقهاء فيرون أن هناك فرق بين العدالة والعدل وإن كانا يلتقيان في مواطن عديدة كالمساواة. فالعدل يسوي بين المتماثلين والمختلفين كذلك، أما العدالة فتسوي بين المتماثلين وتفرق بين المختلفين. كما أن العدالة تعد زيادة على العدل، وهي زيادة يملئها العقل تحت تأثير قوة العاطفة التي تشعر بالرحمة والشفقة، وهي لا تعدو أن تكون من متطلبات التشريع كذلك. ومن الفروق بينهما أيضاً، أن العدالة بإمكانها أن تأتي بقاعدة جديدة، في حين أن العدل غير قادر على ذلك. أنظر: - إدريس نامق حسين، المرجع السابق، ص 90.

² - بوزيان عليان، المرجع السابق، ص 64.

³ - عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي، مطبوعة جامعة الكويت، الكويت، 1970، ص 217 و 218.

⁴ - العدالة عند أرسطو تتمثل في التوازن المتحقق بالفعل داخل المجتمع وبين أفرادها، إذ يشكل هذا التوازن موضوع القانون. ويرجع جوهرها إلى فكرة المساواة، التي تختلف باختلاف معنى العدل الذي توصل إليه، أي العدل التبادلي أو التوزيعي. أنظر: - الكوني علي أعيوذة، العدالة في القانون المدني، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 42، أشغال الملتقى الدولي

على أفراد المجتمع، حسب الطبيعة والضرورات الإجتماعية والإقتصادية أو إرادة الدولة¹. ومن البديهي أن تقود العدالة التوزيعية إلى إعطاء أفراد المجتمع جميعا حصص متساوية، فالمساواة هي الشكل الأكثر إظهارا للعدالة، غير أن الواقع يفرز حالة الإختلاف بين الأفراد في المجتمع، لذلك يتم التوزيع على أساس المساواة التتاسبية وليس المساواة المطلقة².

أما العدالة التبادلية فهي تضبط علاقات الأفراد فيما بينهم، سواء في العلاقات الإرادية أو اللارادية. وتسمى تبادلية لأن عملها يقع بمناسبة تبادل الأشياء والخدمات بين أفراد المجتمع، كما تسمى تصحيحية لأن مهمتها تصحيح الإختلال في الذمم المالية الناتج عن إنتقال الأموال أو عن الأعمال غير المشروعة. وترتبط هذه العدالة أيضا بالمساواة، لكن المساواة الحسابية المطلقة، دون الأخذ بعين الإعتبار الإختلافات بين الأفراد³.

وإذا كان ما يستحقه الفرد كعضو في المجتمع يؤسس على عدالة التوزيع، فإن عدالة التصحيح تؤكد أن ما يحصل عليه الفرد يجب حمايته خلال العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد. فعدالة التصحيح تفترض صحة التوزيع، لأن ما يمتلكه الفرد من ثروة قبل بدء تصرفاته القانونية يكون إمتلاكا عادلا⁴. وعليه يمكن إستنتاج أن العدالة فكرة لا تتطوي على مجرد عدم إلحاق الضرر بالغير وإعطاء كل ذي حق حقه، وإنما تتضمن عنصرا أهم يكمن في التوازن المستهدف تحقيقه بين المصالح المتعارضة بغية كفالة النظام اللازم في المجتمع⁵.

تقوم العدالة التوزيعية بدور معين في المجال العقدي، فهي التي بإمكانها، بصورة خاصة، حث المشرع على منح فئة إجتماعية حماية من النظام العام كالعمال. وبهذا المفهوم لا تتعارض العدالة

" قانون الإلتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة"، يومي 14 و 15 يونيو 2013، مخبر الدراسات القانونية والعقارية بكلية الحقوق، جامعة القاضي عياض بمراكش، ونادي قضاة المغرب، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، 2013، ص 62.

- إدريس نامق حسين، المرجع السابق، ص 101 و 102.

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 256.

² - لتفاصيل أكثر، أنظر: - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 141 و 142. =

- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 213 و 214.

³ - للمزيد من التفاصيل، أنظر: - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 142 و 143.

- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 211 و 212.

⁴ - يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد: الغلط والتدليس، مجلة الحقوق، العدد 02، السنة 36، جامعة الكويت، الكويت، 2012، ص 329.

⁵ - نعيم عطية، المرجع السابق، ص 68.

التوزيعية مع المنفعة الاجتماعية التي تظهر كأحد العوامل التي تسوغ توزيع منفعة خاصة لأحد الأفراد¹. في حين تعد العدالة التبادلية أو التصحيحية أساس كل مسألة في نظرية العقد، بالنظر إلى أن مفهومها هو الأكثر توافقاً وإنسجاماً مع مبدأ الحرية الفردية، فهي التي تبرر حق الدائن في إلزام المدين بالقيام بأداء ما، وذلك حفاظاً على التوازن في الحقوق والذمم المالية². كما تبرر العدالة التبادلية تدخل المشرع في العقد عن طريق إشتراط مجموعة من الأركان والشروط حتى يكون ملزماً، وهو تدخل لا يتعارض مع حرية التعاقد، لأن فيه ضمان إعطاء فرص متكافئة للطرفين تحقيقاً للمساواة التي قد تغيب عند إبرام العقد، على أساس الفروق الطبيعية والاجتماعية المتأصلة بين الطرفين³. وهكذا تظهر عدالة العقد من خلال شروط العقد ذاته المبرم بين الطرفين، وهو معيار خارجي مستقل يقيس نتائج وآثار العقد، حيث يعد العقد عادلاً تبعاً لعدالة الأداءات المتبادلة للمتعاقدين. ويعد العقد في هذه الحالة أداة لتحقيق منافع متبادلة ومتكافئة إلى حد ما بين طرفيه⁴.

وإذا كانت قواعد العدالة تقتضي وجود توازن بين الإلتزامات المترتبة عن العقد، بغض النظر عن إمكانية عدم التكافؤ الإقتصادي للطرفين خارج نطاق العقد، فإنها تقتضي، من باب أولى، التعادل في المنافع التي يجنيها أطراف العقد⁵. ونتيجة لذلك، سيكون جوهر العدالة العقدية بإعتبارها توازن إقتصادي بين الأداءات العقدية، هو تحقيق منفعة مادية للإلتزام تتناسب مع الأداء المطلوب القيام به⁶.

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 257.

² - Ghestin (J), L'utile, op.cit, P.46-47.

³ - يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 329 و 330.

⁴ - المرجع نفسه، ص 330.

⁵ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 87.

⁶ - محمد محسوب، المرجع السابق، ص 223.

وتجدر الإشارة إلى أن الجهود الفكرية في محاولة البحث عن روح القانون تمخضت عن إستواء مقاصد القانون وبنائها على نظرية المنفعة، إذ تصبح الغاية من وضع القانون هي تحقيق المصلحة بوصفها معياراً لمدى عدالة القانون. وعليه يكون المقصد الأساسي للقانون هو الحفاظ على المصالح الفردية من خلال التوفيق بينها وبين المصلحة الاجتماعية، بوصفها مقصداً كلياً للنظام القانوني، مع إعطاء القاضي دوراً فاعلاً في دراسة كل حالة وظروفها الواقعية. أنظر: - بوزيان عليان، المرجع السابق، ص 66 و 67.

ولقد ربط الأستاذ **Ghestin** القوة الملزمة للعقد بمصدرها التبادلي أي المنفعة المتبادلة، وهو ما يعبر عن الوظيفة الاقتصادية للعقد¹. كما أن الأستاذ **Brousseau** رأى أن العدالة التبادلية تجعل العقد علاقة مبادلات إرادية تركز المساواة في الذمم، وبواسطة قيمة واقعية أخرى هي المنفعة يمكن تبرير ذلك². وبما أن العقد، في حقيقته، أداة لعمليات نافعة، نظرا لتحقيق التوازن في العناصر الواقعية والمادية له، فإنه يمكن تصور العقد كما يقره القانون، كمنفعة اقتصادية وإجتماعية³. وتعني المنفعة الاقتصادية "قابلية الشيء، سلعة كان أو خدمة، على إشباع حاجة معينة"، في حين يقصد بالمنفعة قانونا "قدرة الشيء الكامنة على إشباع حاجة مشروعة"⁴. أما المنفعة الإجتماعية التي تعد أساس القوة الملزمة للعقد، فهي لا تتحقق إلا إذا كانت متوافقة مع المصلحة العامة، فهي تهدف إلى تكريس مبدأ الحرية والمسؤولية ومبدأ الاستقرار القانوني⁵. لذلك يحرص المشرع على توفير الثقة في العقد من خلال إلزاميته، كما يحرص على سلامة التعامل بين الأشخاص عن طريق فكرة النظام العام والآداب العامة⁶.

وهكذا يمكن القول أن العدالة العقدية تتكون من عنصرين: الأول وهو عنصر **المنفعة** التي تتطلب توافر أركان العقد كي تتحقق بما تمثله التبادلية. أما الثاني فيكمن في **العدالة التبادلية**، والتي تقتضي أن يدخل ذمة الشخص قدر ما خرج منها كل بقدر ما يستحقه وقدرته، وأي خروج عن هذه الغاية يكون ظلما⁷. بناء على ما تقدم، أصبحت السمة المميزة للقوانين اللاتينية، ومن ثم القوانين التي إقتدت بها على غرار القانون الجزائري، هي إنقسام قواعدها إلى مجموعتين: المجموعة الأولى تهدف إلى تحقيق العدالة التوزيعية وفقا للتصور الأرسطي، وهو ما يسمى اليوم **بالعدالة الإجتماعية**، والمجموعة الثانية من القواعد تهدف إلى تحقيق العدالة التبادلية أو ما يسمى **بالمنفعة العامة**⁸.

¹ - Ghestin (J), *Traité*, op.cit, P.234

² - Brousseau (E), *l'économiste, le juriste, et le contrat, études offertes à Ghestin (J)*, L.G.D.J, Paris, 2001, P.154.

نقلا عن: -جمعة زمام، المرجع السابق، ص77.

³ - المرجع نفسه، ص80.

⁴ - راجع: ضمير حسين ناصر المعموري، *منفعة العقد والعيب الحقي*، منشورات زين الحقوقية والأدبية، ط1، لبنان، 2009، ص26 و28.

⁵ - دحمون حفيظ، *التوازن في العقد*، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص64.

⁶ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص85.

⁷ - المرجع نفسه، ص95 و96.

⁸ - Ghestin (J), *L'utile et la justice dans les contrats*, op.cit, P. 53.

الفرع الثاني: معايير العدالة العقدية.

لما كانت العدالة العقدية تكفل تنظيم وحماية المبادلات والمعاملات، فإن القانون الوضعي قام بتكريسها اعتماداً على مبادئ أخلاقية قانونية تمثلت في المساواة والتوازن، وذلك حسب نطاق الحماية التي تمنحها للعقد ذاته. فالمساواة العقدية هي الشكل الأكثر إظهاراً للعدالة، وهو ما يجعلها مسألة مرجعية لتحقيق العدالة (أولاً). أما التوازن المستهدف تحقيقه بين المصالح المتعارضة حفاظاً على النظام اللازم في المجتمع، هو أساس العدالة العقدية لأنه يضمن للعقد إستقراره (ثانياً).

أولاً- المساواة تجسيد للعدالة العقدية.

يرى فقهاء القانون والفلاسفة من قبلهم، أن المساواة هي الترجمة الحقيقية والتعبير الواقعي للعدالة، وهي ترجمة محددة لفكرة مجردة. وما دام المشرع يقصد تحقيق العدالة بأحكامه من خلال ربط مختلف نصوصه بالقيم والمبادئ الأخلاقية السامية، فلا ريب أن يكرس المساواة تطلبا للعدالة، وهو ما تعكسه نظرتة إلى إلتزامات المتعاقدين¹.

في الحقيقة، نظرية العقد المنبثقة عن المذهب الفردي لا تأخذ بعين الإعتبار الإمكانات المادية والمعنوية التي يتمتع بها الأفراد ولا رغباتهم وإحتياجاتهم، فالقانون ينظر لطرفي العقد على أنهما متساويان، لذلك ينشأ العقد ذاته الإلتزامات القانونية ويجعلها قابلة للتطبيق². لكن عدم التساوي بين المتعاقدين عند إبرام العقد، على أساس الفروق الطبيعية والإجتماعية المتأصلة بين الطرفين، قد يجعل العقد تعوزه العدالة³. وفي سبيل تحقيق عدالة التعاقد، يجعل القانون العقد محل تدخلين: الأول من المشرع لحماية الطرف الضعيف بواسطة نصوص آمرة كقانون العمل وقانون التأمين، والآخر من القاضي لتصحيح تلك اللامساواة، ومنح الطرف المضرور فرصة التخلص منها أو الإكتفاء بإعادتها الى نصابها⁴.

ولقد إهتم المشرع وفق نظرتة الذاتية لأداءات المتعاقدين بالمساواة المجردة، وهي إنعكاس لعدالة مجردة. فالقانون يضمن الإطار العام الذي في ظله تتزايد الحريات، بالحد من حرية الإعتداء على مصالح الأفراد، وهو بذلك يوجههم إلى الإنتفاع من التعاقدات المتنوعة بالحرية التي يضبطها تقابل الإيرادات

¹ - دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 34.

² - يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 327.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 135.

⁴ - Carbonnier (J), op.cit, P.78.

المتساوية¹. وتعود هذه النظرة إلى فكرة العدل التي تقضي أن الشخص صاحب الإرادة المدركة والحررة لا يعجزه تحقيق المصالح بالقدر الذي يشاء وحسبما يريد. والإرادة بتلك الميزات بمقدورها تحقيق المساواة التي تتمثل في عدل التعاقد الإرادي الذي ينطلق من مساواة المشيئتين، والتي تتميز عن العدل التبادلي وعن العدل التوزيعي².

وما دام القانون يتطلب إحترام قاعدة العدالة في المبادلات، فهذا يضمن في الوقت نفسه تحقيق العقد كمظهر لإتفاق إرادات الأطراف على نحو يؤمن فعلا عدم القبول بشروط مخالفة لمصالحها بسبب اللامساواة بينها³، وهو ما يجعل العدالة تتجسد في الحرية والمساواة المهيمين على التنظيم العقدي⁴. نستنتج في الأخير أن العنصر الأخلاقي يتدخل عن طريق مبدأ المساواة ليعيد للعقود إستقرارها، خاصة فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الخاصة التي تقوم على العلاقات التبعية أو الإستهلاكية، حيث تظهر فيها اللامساواة متأصلة وهو ما يتعارض مع العدالة.

ثانيا - التوازن العقدي تحقيق للعدالة.

يرجع أصحاب المذهب الشخصي تصورهم لفكرة التوازن العقدي إلى الإرادة الحرة، كون هذه الأخيرة قادرة على تحقيق التوازن لأنها إرتضت الدخول في العملية التعاقدية وفق المصالح المتبادلة بإعتبارات ذاتية. ونتيجة لتبني المشرع الجزائري المذهب الفردي، فإنه لا يشترط التوازن المادي في العقود كأصل عام، خاصة أنه يهدف الى تحقيق مساواة مجردة في الحقوق والواجبات من خلال إهتمامه بالإرادة التي تضمن التوازن النسبي في العقد⁵.

غير أن التفاوت بين المتعاقدين أدى إلى إختلال التوازن الإقتصادي للعقد بسبب المبالغة في الحرية التعاقدية، ولم يعد الشخص بمفرده قادر على حماية مصالحه وتحقيق العدل في علاقاته مع غيره. وأمام هذا الأمر، إستدعت الضرورة التدخل في القوة الملزمة للعقد للحد من غلواء الإرادة، حيث إتجهت إرادة المشرع إلى مراعاة تعادل الأداءات التي يفترض فيها التباين بالنظر إلى جميع شروط العقد، أي إلى تحقيق التوازن المادي للعقد، وذلك بالبحث عن آليات لمعالجة مختلف التفاوتات الإقتصادية أثناء إبرام

¹ - دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص35.

² - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 132.

⁴ - Terré (F), Simler (Ph) et Le Quette (Y), op.cit, P.31.

⁵ - دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص12.

العقد أو عند تنفيذه، خاصة أن العقد أصبح ينظر إليه كأداة لتحقيق النفع عامه وخاصه، وهو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة¹.

واقترح الفقه معيارين للتوازن، يتمثل الأول في معيار التبادل الذي يفترض وجود التزام يبادل به الطرف الآخر ليستخلص حقه في مواجهة هذا الأخير. أما المعيار الثاني فيكمن في التعادل بين الإلتزامات، الذي يستند إلى قيم حسابية في الموازنة بين الإلتزامات أطراف العقد². وترى الأستاذة جمعة زمام أن أهم معيار للتوازن المادي للعقد هو معيار التعادل، خاصة أنه يقترب من نظرية النفع والعدل التي جاء بها الأستاذ **Ghestin**، كما يتناسب مع المفهوم الإقتصادي للعقد الذي يضمن توازن مبدئي كما قرره أطراف العقد، وهو ما يعني إستجابة العقد للأهداف المرجوة من الأطراف أو المصلحة المنشودة³.

تجدر الإشارة إلى أن جانب من الفقه الحديث تبنى معيار جديد يعود إلى التبادل المستمد من مفهوم العدالة التبادلية والتعادل⁴، حيث يعتبر تنظيم الشروط التعسفية أساس التجديد في معيار التبادل، فهي محل مكافحة تشريعية وقضائية بهدف وضع حد لعدم التوازن الملازم لشروط العقد بعيدا عن ضمان التساوي الكلي بين الأداءات المتقابلة⁵.

وعليه، يتضح أن العدالة تفترض المساواة بين مراكز الأطراف المتعاقدة، كما تتطلب عدم الإخلال بالتوازن العقدي في مرحلة إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه. ولا شك أن السبيل إلى تحقيق تلك العدالة يكمن في إحترام مبدأ حسن النية ومقتضياته.

المطلب الثاني: حسن النية آلية لتكريس العنصر الأخلاقي في العقود.

أدت مبادئ الأخلاق إلى ظهور فكرة حسن النية في الميدان القانوني عموما، وتطورت في نظرية العقد على وجه الخصوص في إطار البحث عن العدالة أو كما سماها بعض الفقهاء ب"المقتضيات او المتطلبات الإجتماعية الأخلاقية" الذي سلكوا فيه طريق البحث عن "القيم التعاقدية"⁶. فللتخفيف من

¹ - دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 60 و 61.

² - عبد الطيف هني، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 97.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 149.

⁴ - المرجع نفسه، ص 142 و 143.

⁵ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 26.

⁶ - Jaluzot (B), la bonne foi dans les contrats, étude comparative, Dalloz, Paris, 2001, P.253.

الآثار المترتبة عن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه، والتي قد تتعارض مع قواعد العدالة ومبادئ الأخلاق، ظهرت فكرة حسن النية في العقود كضابط لهذا المبدأ¹، إذ تفرض على المتعاقد مراعاة المصالح المبررة للطرف المقابل إلى جانب سعيه إلى تحقيق مصلحته الشخصية². وتطورت هذه الفكرة بتطور دور البواعث والنيات في التصرفات القانونية، لاسيما في ظل النظرة الحديثة للسبب التي تذهب إلى جعل هذا الأخير هو الباعث والدافع إلى التعاقد³.

إن فكرة حسن النية في العقود تختلط فيها الأخلاق بالقانون، لذلك كان من الصعب تحديد مفهوم لها، غير أن هذا لم يمنع أغلب المشرعين من إقرارها كمبدأ قانوني في نظرية العقد (الفرع الأول). ولا شك أن لمبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية مقتضيات ومظاهر أخلاقية وقانونية، يستوجب على المتعاقد إحترامها عند إبرامه للعقد أو تنفيذه للمحافظة على إستقرار التعامل وتحقيق العدالة العقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم حسن النية كمبدأ قانوني عام.

يرى الفقيه **Ripert** أن حسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي⁴. ويقول الأستاذ **Ghestin** أن حسن النية بهذه الصفة يتمثل في

= نشير إلى أن القانون الروماني توصل في أواخر عهده إلى تقسيم العقود إلى نوعين، عقود شكلية يتقيد فيها القاضي بحرفية ما وضع لها من أحكام بغض النظر عن نية المتعاقدين، وعقود حسن النية التي كان إبرامها يتم بمجرد التراضي، ومن سماتها أن القاضي يراعي فيها ما تستلزمه العدالة في نطاق تنفيذ العقد، كما يدخل في تقديره حسن نية المتعاقدين أو سوءها. أنظر: - الهادي السعيد عرفة، حسن النية في العقود، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 01، السنة 01، 1986، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ص 147.

ولقد تطورت فكرة حسن النية في القانون الكنسي، الذي كان له الدور البارز في إرساء فكرة البواعث والنيات في التصرفات القانونية على أسس أخلاقية، من أجل محاربة التصرفات القائمة على الغش والتي تهدف إلى غايات غير مشروعة. راجع: - عبد اللطيف عبد الحليم القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 22 و 23.

كما ننوه إلى أن حسن النية في الشريعة الإسلامية يحتل مكانة هامة بين المبادئ التي تحكم التصرفات، حيث الشواهد من القرآن والسنة تدل دلالة قاطعة على حث الشريعة للمسلمين في مجال العقود والمعاملات التجارية على التمسك بالصدق والأمانة وتجنب الغش والخديعة والخيانة. راجع: - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 32.

¹ - الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 148.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 154.

³ - عبد اللطيف عبد الحليم القوني، المرجع السابق، ص 25.

⁴ - Ripert (G), op.cit, n° 157.

مفهوم موحد والمقصود في جميع الأحوال أن يؤخذ في الحسبان مسلك معين، غير أنه بإختراقه للتقنية القانونية يفقد وحدته ما يجعل له تعاريف متعددة بقدر التطبيقات الخاصة لهذا المفهوم¹.

يعرف حسن النية بأنه "ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة في الوفاء مما يوجبه العقد من أداء"². كما يعرف بأنه "التعامل بصدق وإستقامة وشرف مع الغير، بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها وإلتزم بها كل من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون سبب مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة"³.

وأنه "قصد الإلتزام بالحدود التي يفرضها القانون، أو إرادة مطاوعة القانون"⁴. ونرجح هذا التعريف لأنه يراعي إستقرار التعامل مع تحقيقه للحد الأدنى من العدالة.

يرى جانب من الفقه⁵ أن معيار حسن النية هو معيار ذاتي يكمن في نية المتعاقد، وهو المعيار الذي إختاره التقنين المدني الجزائري في المادة 107، على غرار المشرع الفرنسي في المادة 1104 قانون مدني جديد⁶. إلا أن هناك جانب آخر من الفقه يقول بأن مبدأ حسن النية يقاس بمعيارين، أحدهما ذاتي والآخر موضوعي، وهما معياران متكاملان بوجودهما يتحقق حسن النية بمعناه المطلق⁷. فالمعيار الذاتي يقصد به إتجاه نية المتصرف إلى إلتزام القانون وقيم المجتمع الأخلاقية في تصرف جائز قانوناً⁸، فهو يقتضي إستقصاء نوايا المدين الخفية والكشف عن دوافعه النفسية⁹. ويتحقق هذا المعيار بإنتفاء نية

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص269.

² - محمد لبيب شنب، الجود المبستر للعقد، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد1، السنة 3، مصر، 1961، ص61 وما بعدها.

³ - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المرجع السابق، ص 114.

⁴ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 90.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص700.

- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثاني، مفاعيل العقد، مطبعة نمم، بيروت، 1987، ص18.

⁶ - نشير إلى أن المشرع الألماني أخذ بالمعيار المادي، حيث يلزم من خلال المادة 157 قانون مدني، المتعاقد بتنفيذ إلتزامه طبقاً للأمانة والثقة المتبادلة التي يوجبها عرف التعامل.

⁷ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 294.

⁸ - محمد شكري جميل العدوي، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص248.

⁹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص185.

الإضرار بالغير في التصرفات، وإنتفاء نية التحايل على أحكام القانون¹. وأمام صعوبة إثبات نية الإضرار أو نية التحايل تلك كون النية من الأمور المستترة، أقام الفقه والقضاء الفرنسيين، ومن بعدهما القضاء المصري، قرائن يمكن من خلالها معرفة نية المتصرف، والتي تكمن أساسا في التصرف مع إنعدام المصلحة الجدية المشروعة، والتصرف مع العلم بالضرر الذي يصيب الغير².

أما المعيار الموضوعي فيقصد به إتيان التصرف متفقا مع أحكام القانون والقيم الأخلاقية للمجتمع، وما يتطلب من المتصرف أن يكون يقظا حريصا في تصرفاته حتى لا تضر بالأخرين، وأن يكون أمينا مخلصا في إبرام تصرفاته وفي تنفيذها³.

ويرجع الفقه أساس المعيارين إلى قواعد الأخلاق التي تأتي أن يعتمد شخص الإضرار بغيره، أو يتحايل على أحكام القانون توصلا إلى غرض غير مشروع⁴. كما تستلزم أن تكون تصرفات الشخص متفقتة ومنسجمة مع أحكام القانون وقيم المجتمع الأخلاقية⁵.

إن حسن النية قاعدة قانونية هامة وأساسية تتحكم في غيرها من القواعد، وبما أن المبادئ القانونية هي قواعد أساسية ترتكز عليها القواعد الثانوية ذات التطبيق التقني⁶، فإن حسن النية يعد مبدأ قانونيا عاما خاصة أن له عدة تطبيقات في القوانين.

وبناء عليه، أقر المشرع الفرنسي حسن النية كمبدأ عام يشمل جميع مراحل العقد من خلال نص المادة 1104 من القانون المدني الجديد، حيث أوجب التفاوض وإبرام العقد وتنفيذه بحسن نية. وذلك

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 297 وما بعدها.

² - أنظر: مباركة دنيا، حسن النية في تنفيذ عقد العمل، طنجيس للقانون والإقتصاد، العدد 1، المغرب، 2001، ص 11 و 12.

³ - الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 153.

⁴ - عبد الحليم عبد الطيف القوني، المرجع السابق، ص 295 و 305.

⁵ - محمد شكري جميل العدوي، المرجع السابق، ص 257.

تجدر الإشارة إلى أنه هناك من يرى أن أساس المعيار الموضوعي قد ينفصل عن معناه الأخلاقي، فالإلتزام الشخص حدود القانون لا يتعارض مع إستغلاله لكل الرخص التي يبيحها القانون، بل لا يتعارض مع إستغلاله للثغرات الموجودة في القانون التي تسمح له بالحصول على مزايا على حساب غيره، وهذا ما لا تسمح به قواعد الأخلاق. أنظر:

- نعمان الخليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، التنازع بين القانون والواقع المستقر، مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، مصر، 1977، ص 138.

نقلا عن: - الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 156.

⁶ - Ripert (G), op.cit, P.136.

بعدها إستقر القضاء وغالبية الفقه في فرنسا¹ على أن حسن النية مبدأ عام يشمل مجال تطبيقه جميع مراحل العقد، لأنه لا توجد فائدة من تطلب حسن النية في تنفيذ العقد إذا لم تفرضه المرحلة الأولى الحاسمة، فالعقد يشكل جسماً واحداً².

أما فيما يتعلق بالقوانين المدنية في البلدان العربية، فلقد أوردت نصاً تقرر فيه مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد فقط³. غير أنه، وعلى غرار غالبية الفقه الفرنسي، يذهب معظم الفقهاء في الدول العربية⁴ إلى أن مبدأ حسن النية لا يقتصر على مرحلة التنفيذ فقط، بل أنه يعود بحكمه إلى المراحل السابقة على التعاقد طالما أن هذه القوانين تأخذ بفكرة الباعث الدافع إلى التعاقد⁵.

جدير بالذكر أنه تم الإعراف بحسن النية في تنفيذ العقد أيضاً كمبدأ صادر عن القانون الخاص في العلاقات الدولية، فإتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولي CISG، مثلاً، تفرض حسن النية كمبدأ عام في العقود⁶. كما رأيت محكمة التجارة في فيينا على سبيل المثال، في أحد أحكامها أن قرار المحكمين لم يكن مبنيًا على مجرد الإنصاف وإنما على أسباب قانونية، ولاحظت أن مبدأ حسن النية المستخدم من قبل المحكمة التحكيمية لتبرر طلبها يشكل أحد المبادئ العامة للقانون⁷.

¹ - أنظر في إتجاه الفقه والقضاء في فرنسا المقتنع بضرورة الحد من حرية التعاقد من خلال توسيع مدى حسن النية بحيث يشمل مرحلة الإبرام أيضاً:

- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 267 وما بعدها.

² - المرجع نفسه، ص 267.

³ - أنظر المواد: 148 قانون مدني مصري، 107 مدني جزائري، 149 مدني سوري، 148 مدني ليبي، 243 مدني تونسي، 202 مدني أردني، 221 قانون الموجبات والعقود اللبناني.

نشير إلى أن القانون الإنجليزي يرفض إقرار حسن النية كقاعدة عامة أو كمبدأ عام، لكنه يعترف بوجوده بنفس المضمون الذي تعتقه القوانين اللاتينية، إذ يعترف بوجود الإلتزامات التي يرتبها مبدأ حسن النية على المتعاقدين في تنفيذ عقودهم، كوجوب إلتزام المتعاقدين بالأمانة والثقة. أنظر: - يحيي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 82 و 83.

⁴ - أنظر: - عبد الحي حجازي، النظرية وفقاً للقانون المدني الكويتي، ج 1، المرجع السابق، ص 595.

- مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 115.

- إدريس غانم، النظرية العامة للإلتزام، المصادر، الناشر مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1966، ص 85.

⁵ - عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 28.

⁶ - أنظر المادة 8 من الإتفاقية.

⁷ - راجع: جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 266.

نستنتج في الأخير أن حسن النية يحمل المتعاقدان على التحلي بالصفات الفاضلة عند إبرام وتنفيذ العقد، للوصول إلى الغاية المنشودة من التعاقد وتحقيقاً للعدالة العقدية. وهكذا يتضح أن في إقرار حسن النية تجسيد لتصرفات قانونية بمقتضيات أخلاقية.

الفرع الثاني: مظاهر مبدأ حسن النية في العقود.

يقول الأستاذ صبحي المحمصاني "إن العقود مبنية في الأصل على الإستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع، فالوفاء بالعقود كالوفاء بالعهود والوعود، وهي جميعها من نتائج الأمانة والصدق"¹. ويلاحظ من التعريفات المتعددة لحسن النية أنها تركز على المفاهيم التالية: الإخلاص، الأمانة، التعامل بصدق، الإستقامة، الثقة، النزاهة، الصراحة. كل هذه المفاهيم تعبر، في الحقيقة، عن مظاهر حسن النية في العقود، فالإستقامة والنزاهة تعني الإبتعاد عن الخداع أو الغش في إبرام وتنفيذ العقد (أولاً)، والثقة المشروعة واقع داخلي في نفس المتعاقدين تفرضه الأخلاق، حيث كل واحد من أطراف العقد يثق في الآخر لما يفترض فيه من شرف ونزاهة (ثانياً)، أما الأمانة والإخلاص فتستلزم تجنب كل مظاهر سوء النية والقيام بكل ما من شأنه أن يحقق الهدف المبتغى من العقد (ثالثاً).

أولاً- الإستقامة والنزاهة.

إن حسن النية له مظهران، يتمثل الأول في حالة نفسية مجردة، تكمن في الإعتقاد أنه حسن النية أو معرفة الواقع أنه سوء النية. أما المظهر الثاني فيعبر عن قيمة خارجية سامية لنفسية المتعاقد، إستناداً إلى العادات الشريفة في التعامل وإلى قاعدة خلقية للسلوك، وهو ما يجعل حسن النية يقود إلى التفكير بآداب المعاملات².

وهكذا يتضح أن حسن النية يتطلب الإستقامة والنزاهة في التعامل الذي يمكن أن تحدد درجته الممارسات العقدية الحسنة، أو من قبل المشرع، أو من قبل الإجتهد في حال النفي³. ولا شك أن تنفيذ واجب النزاهة والإستقامة، عموماً، يمكن من تحقيق الهدف الذي يصبوا إليه الطرفان من التعاقد ويحافظ على إستقرار المعاملات.

¹ - صبحي المحمصاني، الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية، دار العلم للملايين، بيروت، 1976، ص 496.

نقلا عن: - عبد المنعم موسى إبراهيم: حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص ن.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 270.

³ - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وتعني الإستقامة، عموماً، التحلي بأحسن الفضائل في القول والفعل كالصدق وحسن المعاملة. ولقد إقترنت الإستقامة بعبارة سلامة النية التي تعني، من وجهة نظر أخلاقية، أن القصد من الأفعال هو قصد خير¹. أما النزاهة فتبدوا مظاهرها دائماً ذات طبيعة سلبية، فهي تفرض تجنب التغيرير وجميع أنواع الغش أثناء إبرام وتنفيذ العقد²، لأنها تعتبر مظاهر لسوء نية المدين، ومن ثم تعد سلوكاً مخالفاً للقانون³.

تستلزم النزاهة والإستقامة الشفافية في التعامل التي تعني العلانية والوضوح بالمعنى الشكلي، وإتفاق التعبير عن إرادة الشخص مع ما يبطنه بالمعنى الموضوعي⁴. لذلك يكرس القانون الإستقامة والنزاهة في إبرام العقود من خلال عيوب الرضا التي تؤدي إلى بطلان العقد، فالتدليس، السكوت التدليسي والغلط مفاهيم تركز تطلبا عاماً للإستقامة في العلاقات العقدية. كما أن القوانين الحديثة التي تهدف إلى حماية المستهلكين، أقرت إلتزامات تترجم أيضاً تطلب الإستقامة والنزاهة في تكوين العقد، كالإلتزام بالإعلام⁵.

ثانياً: الثقة المشروعة.

يرى الأستاذ Carbonnier أن العقد الذي يعد أداة لتبادل الأموال والخدمات تحميه الثقة طيلة حياته، لذلك يتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى إعتبار أن تكريس الثقة كمبدأ تنظيمي للسلوك العقدي هو تجسيد لنموذج واضح عن تجديد قانون العقود⁶.

وتعرف الثقة بأنها حالة ذهنية واقعية لدى المخاطب بالإرادة، تقوم على أساس إلتزام صاحب الإرادة بحسن النية في العقد، الذي يتطلب منه الأخذ بعين الإعتبار الثقة المتولدة لدى الطرف المقابل⁷، والتي تنشأ لما يفترضه فيه من نزاهة وشرف⁸. وإشترط مشروعية الثقة يعد من الأمور المهمة، لأن عدم

¹ - حمادي الرايس، المرجع السابق، ص 228.

² - عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد، ط1، مطبعة اليرموك، العراق، 1974، ص 59-61.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 314.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 148.

⁵ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 267.

⁶ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 331.

⁷ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 149.

⁸ - عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 455.

مشروعيتها يدل على عدم وجود عنصر المفاجأة لدى المتعاقد، وهذا يعني أنه كان عالما بالإرادة الحقيقية للمتعاقد الآخر¹، فالتوقع يعد مناط الثقة².

تقتضي مراعاة الثقة المشروعة المتولدة لدى المتعاقد المقابل التصرف بمعقولية، أي بإتباع السلوك الموافق للعقل والعدل في ظروف معينة، وكذلك مراعاة الأعراف والأساليب المقبولة في التجارة³. فبالنظر إلى شرط الإئتمان الذي يركز عليه الإقتصاد الليبرالي المعاصر، والذي يمثل المظهر الإيجابي لإحترام العهد على الصعيد الخلقي، الإجتماعي والإقتصادي، فإن أي تقييد للقوة الملزمة للعقد يحمل تعديا على ذلك الإئتمان، ومن ثم ينقص من ثقة الدائن التي يتوقف عليها تحقق المنفعة الإجتماعية من المعاملات والعلاقات العقدية⁴.

إن ضرورة تكريس القانون لواجب الثقة المشروعة في العقود كمظهر مهم لحسن النية، تدعمها فكرة مهمة هذه الثقة التي تكمن في ضمان التقليل من الأضرار العقدية وإستمرارية العقود⁵. لكن تجدر الإشارة إلى أن الثقة وإن كانت تكفي، أحيانا، لإعطاء العقد القوة الملزمة، غير أن حاجة الأمن القانوني في بعض الظروف يمكن أن تتغلب على تلك الثقة، كما في حالة عدم المطابقة بين الإرادة الحقيقية للمدين والثقة المشروعة للدائن⁶.

وإذا كان الأصل العام أن يلتزم المتعاقد بواجب الثقة المشروعة في فترة تنفيذ العقد، فإن القضاء الفرنسي أعطى لهذه الثقة طابعا عاما يمتد إلى مرحلة تكوين العقد، لأن ثقة الدائن بوفاء المدين بالتزاماته العقدية كثيرا ما تتحقق في مرحلة التفاوض خاصة عندما يتعلق الأمر بتطلعاته المشروعة، وإنعدام مثل هذه الثقة يهدد بعدم إستمرارية العقد تحت طائلة التعديل أو الإنهاء⁷. كما أنه يمكن أن يستدل بتكريس واجب الثقة المشروعة في مرحلة إبرام العقد، بالرجوع إلى نظرية عيوب الرضا التي لا تأخذ بعين الإعتبار إرادة ضحية الغلط وحسب، وإنما كذلك الثقة المشروعة للطرف الآخر بفعالية العقد القانونية⁸.

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 149.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 332.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 149.

⁴ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 253.

⁵ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 330.

⁶ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 253.

⁷ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 331.

⁸ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 253.

جدير بالذكر أن بعض العقود تقوم على إعتبرات الثقة الشخصية البحتة، التي تجعل العقد مؤسسة موحدة المصالح بدلا من مجرد إتفاق يتم فيه تبادل الحقوق والإلتزامات بين أطرافه¹. من هذه العقود الوكالة حيث لا يقدم الموكل على توكيل من لا يثق به، فطبيعة هذا العقد تفرض قدرا من الثقة والأمانة بين المتعاقدين التي تعد إنعكاسا للإلتزام بحسن النية في العقد.

وأمام الأهمية البالغة للثقة المشروعة في العقود، ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إعتبر أن مبدأ حسن النية، النزاهة وواجب التعاون هي مبادئ مرادفة لمبدأ الثقة، في حين ذهب جانب آخر إلى تأييد فكرة الثقة المشروعة على حساب حسن النية للدلالة على نوع جديد من الإلتزامات العقدية، بل هناك من يرى أن الإلتزامات التعاقدية الجديدة كالإلتزام بالتحذير أو بالنصيحة هي "الإلتزامات ثقة"².

ونقول الأستاذة **جمعة زمام** " أن تفضيل معيار الثقة العقدية كأساس لحسن النية العقدية وتبريرا للإلتزامات الجديدة، فيه من الركيزة للخروج بدعامتين، الأولى بأن الثقة العقدية أكثر واقعية من حسن النية، والثانية تجعل حسن النية نفسه تابعا لمقتضيات الثقة، مما يخلص بأن الثقة المشروعة هي نتيجة مباشرة لحسن النية"³. ونرى أن هذا الكلام غير دقيق، فلا يمكن أن تكون الثقة أساس حسن النية ونتيجة لها في نفس الوقت، كما أنه وبالنظر إلى أن حسن النية تفرض على الأطراف إحترام القواعد القانونية وتمنعهم من ممارسة حقوقهم مع الإضرار بالغير دون مصلحة أكيدة، مما يتطلب منهم تجنب الأمور التي تنطوي على سوء النية من غش وخداع وتحايل، والقيام بتصرفات إيجابية معينة كالإلتزام بالشرف، النزاهة، الإخلاص، والإستقامة وإحترام الثقة المتبادلة في التعامل، وهو ما يجعل كل هذه المفاهيم مقتضيات لحسن النية في العقود. ولذلك **نتفق** مع جانب من الفقه الفرنسي الذي يرى أنه يكفي منح مبدأ حسن النية تفسيرا موسعا حتى تفرض مستلزمات النزاهة، الإخلاص والثقة، وهو ما يجعل من غير المهم تكريس مبدأ الثقة في القانون المدني⁴.

¹ - عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 456 و 457.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 332 و 333.

³ - المرجع نفسه، ص 334.

⁴ - N'Diaye (F), faut-il introduire un principe de confiance dans le livre III du titre du Code Civil? Acte de coll univ de Versailles, Dalloz, Paris, 2008, p.138.

ثالثا: الأمانة والإخلاص.

إن حسن النية ضرورة لمراعاة الإخلاص والأمانة في الوفاء بما يوجبه العقد من أداء، فلا ينظر إلى سلوك المدين في تنفيذه لإلتزاماته على ضوء الحيطة والمهارة الواجبتين، بل أيضا على ضوء الأمانة والإخلاص في التنفيذ¹.

تعني الأمانة في الوفاء من وجهة نظر أخلاقية إجتنب الغش والخديعة، وهي معاني ليست بعيدة عن المفهوم القانوني للأمانة في تنفيذ العقد كما حدده الفقه والقضاء، فالأمانة في هذا الإطار تعني النزاهة في تنفيذ الإلتزام وبإخلاص بصفة تمكن من تحقيق الهدف الذي يرمي إليه العقد، وهو أمر يفرض تجنب التدليس أثناء إبرام العقد والقيام بتنفيذ كافة الإلتزامات المترتبة عنه². كما تعني الأمانة الإمتناع عن كل تصرف من شأنه أن يؤخر المتعاقد الآخر من تنفيذ إلتزاماته أو يجعل تنفيذها مرهقا أو مستحيلا بالنسبة له، مما يستلزم التعاون والتضامن على تنفيذ العقد في الحدود التي تملئها قواعد حسن النية على أحد الطرفين أو كليهما³.

إن الأمانة توجب على المدين تنفيذ إلتزاماته بإخلاص. غير أن الإخلاص في التنفيذ لا يجب أن يفهم بتصور صارم، فقد يقصر المدين في تنفيذه للعقد بحيث يكون مخلا بواجب الإخلاص، ولكن دون أن يؤدي ذلك إلى سوء نيته⁴.

نخلص في الأخير إلى أن كل من العدالة العقدية ومبدأ حسن النية في العقود لا يحددان مفهوم العنصر الأخلاقي فقط، وإنما يبرزان تطور أهمية هذا العنصر في العقود وضرورة إرسائه في التعاملات والعلاقات العقدية.

المبحث الثاني: مبررات إرساء العنصر الأخلاقي في العقود.

قد يكون في تطبيق إحدى القواعد العامة على حالة معينة ظلم، وقد يؤدي إلى ضرر أو إلى إلتزام لا مبرر له، حينئذ يتدخل العنصر الأخلاقي لإزالة هذا التعارض بين القاعدة العامة والحالة الخاصة، فيعدل من القاعدة العامة بالتخفيف من حدتها، أو يحولها إلى قاعدة مرنة توائم تلك الحالة الخاصة. وفي

¹ - أنظر: - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 61.

- الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 155.

² - يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 191.

³ - حمادي الرايس، مجلة الإلتزامات والعقود والأخلاق، مئوية مجلة الإلتزامات والعقود 1906-2006، مركز النشر الجامعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2006، ص 227.

⁴ - Terré (F), Simler (Ph), Le Quette (Y), op.cit, P.404.

ذلك يقول أيضا الأستاذ سمير تناغو أن "الإنصاف هو نوع من العدل، وهو أفضل درجات العدل في الحالات الخاصة التي قد لا يتلاءم معها حكم، القواعد الجامدة ولذلك فإن القاضي ينبغي عليه في هذه الحالات الخاصة، أن يراعي ظروفها الواقعية ليحكم فيها بمقتضى الإنصاف. والحكم بالإنصاف يكون عن طريق تطويع القواعد العامة على الحالات الخاصة، وهو لا يمكن القيام به إلا إذا كانت صياغة القاعدة ذاتها مرنة تسمح للقاضي بأن يستخلص منها الحكم المنصف للنزاع"¹.

يتضح أن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية يمكن أن تحقق العدل، ولكنها لا يمكن أن تحقق الإنصاف والعدالة، لذلك يرى أرسطو أن دور العدالة هو تصحيح القانون عندما يتبين نقص بسبب عموميته². وهكذا يمكن تصور وظيفة العنصر الأخلاقي في القواعد القانونية المنظمة للعقود من خلال قواعد العدالة والإنصاف، والتي تتمثل في تكملة القانون (المطلب الأول) وتلطيفه وتهذيبه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العنصر الأخلاقي مكمل للقاعدة القانونية.

القانون المدني الجزائري، على غرار باقي التشريعات العربية، واجه دور العدالة والإنصاف على صعيد المساهمة في تكملة القانون من منظورين: الأول في الإقرار بها كمصدر من مصادره في المادة الأولى منه (الفرع الأول)، أما الثاني فباعتبارها مصدرا للحكم في حالة معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العدالة مصدر للقانون.

تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "

يلاحظ من هذا النص أن المشرع لم يصب في استعماله للفظ القواعد فيما يتعلق بالعدالة، فالقاعدة حسب تعريف الأستاذ الجرجاني " قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"³، وهذا التعريف يؤكد عدم توفيق المشرع. وبالرجوع إلى تعريف المبدأ القانوني بأنه " فكرة عامة تصلح أن تكون أساسا لمجموعة من

¹ - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 54.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها.

³ - الشريف علي بن محمد الجرجاني، المرجع السابق، باب القاف، ص 140.

الحلول القانونية¹، فإنه كان على المشرع إستعمال مبادئ العدالة بإعتبارها تتحول عادة إلى قواعد وضعية، وأساس لمجموعة من الحلول القانونية².

إن إعتبار العدالة مصدرا إحتياطيا عاما يستلزم إعماله شرطان، الأول هو وجود فراغ قانوني أي عدم وجود قاعدة تحكم النزاع أو الواقعة مناط البحث في المصادر السابقة، فالعدالة في حالة القصور تتدخل لتكملة النقص الجزئي في حكم القاعدة. أما الشرط الثاني فهو إستعداد القاضي من خلال إستلهاام القواعد، والقاضي هنا مطالب بالإجتهد وفقا للمعيار الموضوعي، أي في ظل تصور الجماعة للعدالة وليس بحسب منظوره وإعتقاده الشخصي³.

وبناء على مبادئ العدالة تصبح مهمة القاضي هي البحث عن العدالة من خلال إدخال القاعدة الأخلاقية على العقد، فهذه المبادئ ذات مفهوم أخلاقي غير قابل لتحديد مجرد كما يفترض أن يكون، نظرا لمراعاته لأوضاع إنسانية تملئ المساواة. وبقدر ما أدخلت الإعتبارات الأخلاقية بترخيص تشريعي، بقدر ما تحررت فيه سلطة القاضي من الضوابط والقيود التوجيهية في تقديمه للحلول⁴.

وبالرجوع إلى دور العدالة كمصدر تنبثق منه القواعد القانونية لتفادي المظالم، فإنه يسهل الإعتراف لها بتكوين مبادئ عامة للقانون. ولقد إختلف الفقه في تفسير دور العدالة في تكوين المبادئ القانونية، فهناك من يرجع ذلك إلى وجود أهداف مشتركة وظاهرة بين العدالة والمبادئ العامة للقانون، خاصة أن هذه الأخيرة ذات صلة، على وجه الخصوص، بالقيم الأخلاقية والعدالة⁵. وهناك من يعتبر العدالة مصدرا للمبادئ القانونية العامة، بدعوى تجنب المخاطر التي تنجم عن التعسفات، والتي يمكن أن تحدث خلافا عاما في القانون الوضعي⁶. في حين ذهب البعض إلى أن العدالة تقدم حولا تطرح تحت تأثير إعتبارات أخلاقية وإجتماعية للنظام العام، والتي لم يبق لها سوى صياغة المبدأ القانوني حتى يفعل⁷.

¹ - إدريس نامق حسين، المرجع السابق، ص 65.

² - المرجع نفسه، ص 68.

³ - الكوني علي أعيودة، المرجع السابق، ص 64.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 183.

⁵ - Terré (F), introduction générale au droit, 9e éd, Dalloz, Paris, 2012, P.269.

⁶ - Carbonnier (J), op.cit, P.592.

⁷ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 184.

الفرع الثاني: العدالة مصدر للحكم في حالة بعينها.

في بعض الحالات الخاصة بالعدالة لا تعوض النقص الموجود في القانون، وإنما تساهم في تحقيق شروط تطبيق الحكم التشريعي بإرادة المشرع الذي يحرص على أن تكون قواعده مناسبة تحقيقا للهدف العام للقانون وهو العدل¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالعدالة في النصوص التي تخص هذه الحالات الخاصة هو الإنصاف المؤسس على المساواة². فالمادة 2/107 من القانون المدني، مثلا، تنص على "... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام". كما أن المادة 110 من القانون المدني نصت على " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة..." والعدالة هنا يقصد بها الإنصاف كما يؤكد النص بالصيغة الفرنسية للمادتين التي أخذت بمصطلح **Equité**³.

وتنفق مع الأستاذة جمعة زمام فيما ذهبت إليه من أنه كان على المشرع الجزائري تحري الدقة المطلوبة لتمتاشي وروح النص التي يجب على القاضي إعمالها، لأنه وكما قالت " فالتجاوز بين تطبيق النصين بالعربية والفرنسية، يثير تجاوزا في تفسير سلوكات القاضي عند التطبيق، حيث أن العديد من

¹ - إدريس نامق حسين، المرجع السابق، ص 93.

² - ولقد ميز الفقه بين الإنصاف والعدالة نظرا لأهمية تعريف الإنصاف الذي يستند إلى ما يحيطه من مختلف العناصر المشابهة به، فهناك من رأى أن الإنصاف ذو مفهوم أسمى من العدالة، في حين ذهب رأي آخر إلى إعتبار الإنصاف ذو مفهوم أدنى منها.

وبالنظر إلى أن القانون الروماني إعتبر الإنصاف قيمة مثالية عليا نابعة من القانون الطبيعي قادرة على خلق إطار عام لإستنباط الحلول العادلة، وإلى أن أرسطو يرى أن الإنصاف أحسن عدالة، حيث يقوم بتصحيح العدالة القانونية عندما تندرج ضمن حالة خاصة نتائج غير عادلة، أو نتيجة نصوص عامة لقانون لم يقرر ما يكفي، فإنه يمكن إستنتاج أنالإنصاف أسمى من العدالة خاصة أنه أظهر ترابط مهم مع الأخلاق، إذ يندرج ضمن الأخلاق الإجتماعية. أنظر:

- جمعة زمام، ص 173 وما بعدها.

- نعيم عطية، المرجع السابق، ص 89 و 90.

³ - حيث جاء النص باللغة الفرنسية للمادتين كما يلي:

Art 107 /2 " ...il oblige le contractant non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'**équité** considérant comme une suite nécessaire de ce contractant d'après la nature de l'obligation".

Art (110) " lorsque le contrat se forme par adhésion ... le juge peut si le contrat contient des clauses léonines modifier ces clauses en en dispenser la partie adhérent ...conformément aux règles de l'**équité** ... ".

الإلتزامات التي يفرضها على ضوء النص خاصة المادة 2/107، سيضطر القاضي إلى إعمال العدالة التناسبية لتحقيق مساواة حقيقية بين المتعاقدين مما لا يكفي وصفها بمجرد مبادئ عدالة، وهو ما سيناھض أيضا الإستخدام القسدي منذ بداية القانون المدني الجزائري، فالمادة 1 تنص على "... فإذا لم يوجد بمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة " ويقابلها أيضا مفهوم P'équité"¹.

المطلب الثاني: العنصر الأخلاقي مهذب للقاعدة القانونية.

القانون كما هو معلوم هو مجرد أداة وليس غاية، وإذا كانت غاية القانون هي تحقيق العدل، فإن وظيفة العنصر الأخلاقي تكمن في إضفاء البعد الإنساني على أحكام القانون ورفع الظلم أو التخفيف منه. وحتى يھذب العنصر الأخلاقي القاعدة القانونية، فإنه يتطلب وجود قضاة تتوافر فيهم مقتضيات النزاهة والإستقامة والحياد من جهة، والتخصص والإتقان من جهة أخرى².

يساهم العنصر الأخلاقي في تهذيب القانون وتلطيف أحكامه متى إستدعت الحاجة هذا التدخل، كما في حالة غموض القاعدة القانونية التي تحتاج الى التفسير، لأن الغموض الذي يعترى صياغة النص يؤدي إلى الإختلاف في فهمه ومن ثم في تطبيقه. والتفسير المقصود هنا هو التفسير القضائي، الذي يهدف أساسا إلى تحديد معنى القاعدة القانونية المعنية بهدف تطبيق حكمها على واقعة معينة، غير أن القضاء في هذه الحالة قد يتعدى التفسير إلى تهذيب حكم القاعدة أو توجيهه في الإتجاه الذي يحقق العدالة ويرفع الظلم عن أحد الأطراف³.

قد تبدو المساواة في العقد من الأهمية بما كان، إذا ما إقترنت بفكرة التوازن الواجب توفرها في العقود، والتي تعني تكافؤ الإلتزامات المترتبة في ذمة الأطراف بموجب العقد. ولكن قد يغيب التوازن لسبب من الأسباب ويصبح تنفيذ الإلتزام العقدي فيه إرھاق لأحد المتعاقدين، ما يستلزم مراجعة العقد أو نقضه. ولا شك في أن إمكانية مراجعة القاضي للعقد الذي يختل توازنه بسبب تغير الظروف الإقتصادية، تجد أساسها في العنصر الأخلاقي كمھذب لأحكام العقد وكمبرر لهذا التدخل.

فالظروف الطارئة، مثلا، تجعل من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، قاعدة ظالمة في آثارها ونتائجها، مما يستوجب تصحيحها عن طريق تدخل القاضي لتحقيق العدالة بين الأطراف⁴. والإحساس

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 185 و 186.

² - الكوني علي أعبودة، المرجع السابق، ص 68.

³ - المرجع نفسه، ص 67.

⁴ - إدريس نامق حسين، المرجع السابق، ص 202.

بالعدالة الذي على أساسه يستلهم القاضي قراراته، هو شعور يقوم على تفريد الحل القانوني بحسب الظروف الخاصة بالشخص المعني، وهو ما يحقق الحماية الكافية خاصة للطرف الضعيف¹. وهذه الرؤية تحقق عدالة مثالية على حالات واقعية خاصة لم تستطع عدالة القاعدة القانونية منح الحل الأنسب لها بسبب طابعها التجريدي، وهو ما أدى الى وصف دور القاضي بالتقويمي، فهو يسعى للبحث عن توازن خاص بين المصالح المتضاربة محل النزاع².

والقانون المدني في إطار سياسة دعم دور القاضي، كثيرا ما أحال هذا الأخير إلى الإستناد للعدالة والإنصاف. فسمح المشرع للقاضي باللجوء إلى الإنصاف لتلبيين النصوص وجعلها أكثر ملائمة مع الظروف الخاصة، كما هو الحال بالنسبة لنظرة الميسرة التي تعتبر حلا إستثنائيا يحافظ على إستمرارية العلاقة العقدية وإستقرار المعاملات³.

وهكذا، تبين أن العنصر الأخلاقي بعدما تجاذبته مقاربات عدة، أصبح بالإمكان التوفيق بينها بعد محاولة تحديد مفهومه من خلال تحديد عناصره، لينتهي إلى واقعية قانونية **réalisme juridique** لهذه الفكرة. ولا شك أن إبراز القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود، تتطلب توضيح وتبيان مكانة هذا العنصر في مرحلة إبرام العقد ودوره في مرحلة التنفيذ.

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص182.

² - المرجع نفسه، ص182.

³ - وهو ما سيأتي بيناه في الباب الثاني من هذه الدراسة.

الباب الأول: مكانة العنصر الأخلاقي في مرحلتي التفاوض وإبرام العقد.

ظهر مفهوم وفعالية العنصر الأخلاقي في القانون المدني، منذ البداية، من خلال التقنية التشريعية التي تبنت فكرة العدل كأساس لها، وهو ما أضاف على قواعده مرونة تحركها روح أخلاقية أسهمت في تطوره. ولقد أقر واضعوا القانون المدني، بعدما أقاموا نظرية العقد على تصور ذاتي حيث تبنا مبدأ سلطان الإرادة كأساس يحكم العلاقات العقدية، قواعد أخلاقية لتهديبه بالتخفيف من الآثار المترتبة عن الأخذ به على إطلاقه.

فوفقاً للمذهب الفردي، يحكم مبدأ سلطان الإرادة العلاقات العقدية منذ نشوئها إلى نهايتها، وفي هذا مظهر لسمو الإرادة وهيمنتها ولو على حساب العدالة العقدية، لأن في ذلك دعم للإستقرار الذي يشترطه ويصبوا إليه القانون. وحاجة الأشخاص للأمن التعاقدية تجعل من العقد أهم وسيلة لتحقيق الإستقرار في المعاملات، ما يترتب عنه رفض التدخل في العقد وتعديله إذا لم يرتض أطرافه ذلك، وإن كان الإحساس والحاجة إلى العدل يميل إلى قبول هذا التدخل.

والقول بأن العقد شريعة المتعاقدين لا يعني إستبعاد العدل، كما لا ينم بأي حال من الأحوال عن النية في إستهداف إستبعاد تحقيق التوازن العقدي، بل غاية ما في الأمر، أن الشخص السوي المرید لأمر معين لا يقدم على عقد يضر بمصلحة من مصالحه، ولا يتعاقد حراً ومختاراً إلا عادلاً في حق نفسه، لذلك يعتبر العقد ذاته هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدل¹. فمبدأ سلطان الإرادة بني على الحرية لإستهداف العدل الذي يسمو على كل توازن مادي مجرد. وعليه يستلزم القانون لإستقرار العقد حماية الإرادة بإعتبارها أساس العقد، وذلك من خلال إشتراط أن يكون الرضا صادراً من ذي أهلية، ولا يشوبه عيب من عيوب الإرادة. وفي الواقع، تمثل هذه الحماية وسيلة لإحترام هدف العقد وتحقيق العدالة التبادلية لأطراف العقد².

وإذا كان الأساس الإرادي المبني عليه العقد وهيمنة الطابع التقليدي في حماية العقد بصفته أداة قانونية بحتة، قد حصر نطاق العنصر الأخلاقي في العقود من خلال الأحكام التقليدية المتعلقة بحماية الرضا، فإن ضرورة التطور في المجال العقدي أدت إلى تحديث منهج تكريس هذا العنصر شكلاً وموضوعاً، من خلال تكريس المبادئ والمفاهيم الأخلاقية كقواعد قانونية لتحقيق العدالة والمنفعة التي يقوم عليها العقد، وذلك عن طريق تقنية التشريعات الخاصة بقانون حماية المستهلك. وتعتبر الإلتزامات

¹ دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 8.

² جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 497.

الجديدة كالإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد، أهم الوسائل التقنية التي تحقق العدالة العقدية وإستقرار المعاملات من خلال حماية حرية الإرادة ومراعاة التوازن الواجب توفره في العقود، وتكرس الثقة كمبدأ تنظيمي للسلوك العقدي وكأساس للقوة الملزمة للعقد¹.

وهكذا يتضح أن العنصر الأخلاقي له دور هام في تأسيس وتصحيح آثار التوجهات العامة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها في قانون العقود والتي تتمثل أساسا في: الحرية، العدالة والإستقرار في المعاملات. ولقد باتت مظاهر تكريس العنصر الأخلاقي واضحة في النصوص القانونية المنظمة لنظرية العقد، فإحترام المتعاقدين لمبدأ حسن النية ومقتضياته عند إبرام العقد يترجم الإهتمام بمتطلبات العدالة العقدية التي تعد أساس هذا العنصر (الفصل الثاني). كما أن فرض إحترام هذا المبدأ في مرحلة التفاوض، أصبحت ضرورة قانونية بعدما كانت ضرورة أخلاقية إستدعتها فكرة الأمن القانوني للعقود أو الأمن المعاملاتي (الفصل الأول).

الفصل الأول: إستحضار العنصر الأخلاقي في مرحلة التفاوض.

نتج عن التطورات التكنولوجية والفنية الحديثة ظهور عقود مركبة ومعقدة، لها قيمة مالية ضخمة وتتطوي على مسائل إقتصادية، تقنية وقانونية دقيقة، وهو ما تطلب مرحلة تمهيدية ضرورية للتقريب بين وجهات نظر الطرفين حول شروط العقد. وتبدأ هذه المرحلة بالمناقشات حول مواضيع متعلقة بالعقد المزمع إبرامه قد تستمر مدة طويلة، وقد تستلزم الإستعانة بأطراف متخصصة لإنجاحها.

قد تتم هذه المفاوضات شفاهة أو عن طريق كتابات أو تبادل للخطابات بين الأطراف، حيث يسعى من خلالها كل طرف إلى الحصول على أكبر قدر من الفائدة من العقد المزمع إبرامه، وهذا يفرز بدوره عروضاً متعددة من قبل الأطراف غايتها التوفيق بين المصالح المتعارضة قدر المستطاع². لذلك قد تكون المفاوضات جزءاً من العقد إذا ما ألحقت به، فهي بمثابة الأعمال التحضيرية التي قد يرجع إليها في المستقبل لتفسير العقد إذا تطلب الأمر ذلك. وكلما كان الإعداد والتحضير جيداً وحرراً، كلما جاء مضمون العقد متوازناً ومتكافئاً، لا يشوبه نقص أو غموض، بما يكفل تنفيذه دون نزاع³.

وهكذا تعتبر المرحلة السابقة للتعاقد أهم مراحل العقد وأخطرها، لما تحتويه من تحديد لأهم إلتزامات وحقوق طرفي العقد، ولما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة خاصة ما يتعلق منها بالمسؤولية المترتبة

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص224.

² - يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص29.

³ - لخضر حليس، المرجع السابق، ص78.

على أحد الأطراف فيها¹. وأمام عدم إهتمام المشرع الجزائري بهذه المرحلة²، تلعب القواعد الأخلاقية دورا هاما في تنظيمها، حيث تفرض العدالة على الأطراف المتفاوضة الإلتزام بحسن النية لتحقيق أمن المفاوضات وللوصول إلى الغاية المنشودة من ورائها(المبحث الأول). كما تستوجب العدالة إلتزام المتفاوض بالإعلام في كل مرة يكون فيها عدم التوازن بين المصالح المتبادلة في العقد، والذي يرجع سببه إلى عدم التكافؤ في المعلومات بسبب الجهل بالأمر الفنية أو عدم الخبرة (المبحث الثاني)، ناهيك عن إلتزامه بالنزاهة في الإشهارات التجارية حتى تتسم بالمشروعية، على إعتبار أن هذه الإشهارات التي يقدمها المعلن تمثل دعوة إلى التفاوض، وأنها غالبا ما تتم بأساليب تضليلية للتأثير على إرادة الأشخاص الموجهة إليهم (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الإلتزام بحسن النية تهديبا لعملية التفاوض.

ترتكز عملية التفاوض أساسا على أخلاقيات وآداب لتحقيق الهدف منها، حيث أن الإلتزام بالصدق، الإخلاص، الأمانة، الإستقامة والنزاهة تولد الثقة المتطلبة في العقود. وبما أن هذه المفاهيم الأخلاقية تمثل مظاهر لمبدأ حسن النية الذي يجسد العدالة العقدية، فإن القوانين تفرض إلتزام³ الأطراف بحسن النية عند التفاوض (المطلب الأول).

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الخروج في التفاوض عما هو سائد من قيم أخلاقية، أمر متعارف عليه في التعاملات. ويمكن تبريره بأن ممارسات التفاوض لا تتسجم دائما مع القيم السائدة والمقبولة في المجتمع خارج التفاوض ذاته، فبعض إستراتيجيات التفاوض⁴ مضللة ويتم التسامح بشأنها، لأن هناك درجة متوقعة من التضليل المرافق لعملية التفاوض، لذلك يتم الإعتراف ببعض الوسائل

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 335.

- يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 20.

² - هذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم المفاوضات والمسؤولية الناشئة في هذه المرحلة من خلال المادة 1112 من القانون المدني الجديد.

³ - وهو إلتزام قانوني بالمعنى الضيق وليس مجرد واجب عام، لأنه إلتزام حقيقي يقابله حق شخصي وله عناصره المحددة، مفروض على من يباشر العقد سواء كان نائبا أم أصيلا، على غرار إلتزام المتعاقدين به عند تنفيذ العقد طبقا لنص المادة 107 من القانون المدني.

⁴ - إستراتيجيات التفاوض هي الأساليب التي يمكن لأي طرف من أطراف التفاوض اللجوء إليها لمواجهة طرف آخر أثناء القيام بإجراءات التفاوض، وتهدف إلى إظهار الحقائق المحيطة بالتعاقد والوصول إلى عقد سليم. أنظر: - يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد: الغلط والتدليس، المرجع السابق، ص 308.

التضليلية كوسائل تكتيكية في التفاوض، طالما يمكن مقاومتها بوسائل تكتيكية مضادة، أو يتم الإقرار بها على أساس أنها من مستلزمات التفاوض¹.

وإذا كانت إستراتيجيات التفاوض تسمح ببعض التدليس، فإن إنجاز عملية المفاوضات تقتضي الوفاء بالإلتزام بحسن النية، من خلال قيام أطراف التفاوض بأفعال معينة والإمتناع عن أخرى تفرضها ضرورة تحقيق العدالة ومراعاة الأمن القانوني في المعاملات، كالتعاون لتحقيق غاية التفاوض وتجنب العدول عنه خاصة إذا قطعت أشواط مهمة فيه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطابع الأخلاقي للإلتزام بحسن نية في التفاوض.

تعد المفاوضات مبادرة شخصية لتبادل وجهات النظر والآراء، ولمناقشة العروض والعروض المقابلة تمهيدا للوصول إلى إبرام إتفاق نهائي². لذلك فإن المبدأ الأساسي الذي يسودها هو حرية الشخص في التفاوض، بقصد الوصول إلى بلورة وتحديد مضمون العقد المراد إبرامه. وتجسد المفاوضات مبدأ سلطان الإرادة بوجهيه السلبي والإيجابي، فإذا أفضت إلى إبرام عقد تجسد هذا المبدأ بجلاء في القوة الملزمة للعقد عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. أما إذا لم تسفر هذه المفاوضات عن شيء، فإن مبدأ سلطان الإرادة يضيء المشروعية على رفض التعاقد³.

وطالما أن التوصل إلى إتفاق نهائي أمر إحتمالي بالنسبة لكلا الطرفين، فإنه يجوز لكل متفاوض أن يضع حدا للمفاوضات دون التقيد بأي إرتباط عقدي⁴. فيجوز للطرف المتفاوض العدول أو قطع التفاوض في أي وقت يشاء دون أن يكون مسؤولاً⁵، لأن ترتيب المسؤولية على الطرف الذي عدل ينجم

¹ - يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد: الغلط والتدليس، المرجع السابق، ص 322.

² - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ص 160.

- أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، الكويت، 2004، ص 365.

³ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مظاهره وآثاره، الدار الجامعية، بيروت، 2000، ص 19 و 20.

⁴ - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 47 و 48.

⁵ - آلان بينابيت، القانون المدني، الموجبات، ترجمة منصور القاضي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 52. إن مبدأ حرية المفاوضات في العقود الدولية خاصة، يعتبر من المبادئ القانونية العامة التي يجب الإقرار بها، وهذا بالفعل ما قننه المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما دعماً لهذا الإستخلاص، في مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود = التجارة الدولية التي وضعها عام 1994، حيث تنص الفقرة الأولى من البند رقم 15 من المادة الثانية منها على "يكون الأطراف أحراراً في التفاوض، ولا يكونون مسؤولين إلا إذا لم يصلوا إلى إتفاق".

عنه خلق صعوبة في التعامل، حيث يصبح الأفراد يخشون التفاوض¹. غير أنه، وبالنظر إلى الآثار السلبية التي تنجم عن العدول أو قطع المفاوضات، خاصة تلك المرتبطة بالعقود الكبرى التي تستلزم الوقت والجهد والمصاريف، فإن مبدأ حرية التفاوض ومن ثم حرية العدول كان لابد له من ضابط يخفف من آثاره الخطيرة التي قد تترتب عن أخذه على إطلاقه، والذي يتمثل في مبدأ حسن النية.

يخلق مبدأ حسن النية نوعاً من آداب التعامل خلال التفاوض، حيث يفرض على المتفاوض التزاماً إيجابياً بالصدق والأمانة والتعاون تجاه المتعاقد الآخر، الذي حل محل الحياد السلبي الذي كان متمثلاً في عدم الغش أو الخداع أو التضليل². وينطبق مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض يكون لزاماً الإقبال على المفاوضات من الطرفين بجدية ورغبة صادقة في إتمام التعاقد المطلوب وبشروط معتدلة ومرضية لكلا الطرفين³.

وعليه يعتبر إلتزام حسن النية إلتزاماً أساسياً يفرضه القانون في مرحلة المفاوضات قبل إبرام العقد، بحيث أن مخالفة أحد أطراف التفاوض لهذا الإلتزام يعتبر خطأً مستوجبا لمسئوليته المدنية. ومن هنا تتضح ضرورة تحديد أساس الإلتزام بحسن النية في التفاوض (الفرع الأول) وطبيعته القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس الأخلاقي لإلتزام حسن النية في التفاوض.

إن المفاوضات يتنازعها إلتجاهان أساسيان: يتمثل الأول في حرية التفاوض الذي يفرض إحتفاظ كل متفاوض بحريته طيلة فترة المفاوضات. أما الإلتجاه الثاني فيكمن في أمن المفاوضات الذي يتطلب الإلتزام بحسن النية حتى يشعر المتفاوض بالطمأنينة والثقة أثناء التفاوض⁴.

وعلى أساس أن حسن النية يعد حسب بعض الفقه "مبدأ ضمان العلاقات العادلة بين الطرفين"⁵، لجأت الكثير من التشريعات إلى تبني هذا المبدأ لتنظيم مراحل العقد كلها بما فيها مرحلة المفاوضات. ولقد نهج المشرع الفرنسي هذا الإلتجاه مؤخراً، حيث نصت المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي الجديد صراحة على أن التفاوض على العقود يجب أن يتم بحسن نية. وبهذا يكون على الأطراف إلتزام

¹ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 238.

² - حمدي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الإلتزام بها، مبدأ حسن النية ومقتضياته، دراسة تأصيلية تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، العدد الأول، المجلد السادس عشر، غزة، 2008، ص 851.

³ - المرجع نفسه، ص 851.

⁴ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 62.

⁵ - Jaluzot (B), op.cit, P.253 et 254.

حسن النية في التفاوض على غرار إبرام وتنفيذ العقود، ولا يمكنهم الإتفاق على إستبعاده، لأن المشرع جعله من النظام العام¹.

كما نصت مبادئ UNIDROIT على الإلتزام بحسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية صراحة في المادة 1-7 والتي جاءت بعنوان " حسن النية وأمانة التعامل "، إذ جاء فيها " 1- يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية.
2- لا يجوز للأطراف إستبعاد هذا الإلتزام او تقييده ".

تقتضي إعتبارات العدالة إلتزام الأطراف بحسن النية لإنجاح عملية التفاوض، فحسب خبراء فن إدارة التفاوض تركز هذه العملية أساساً على أخلاقيات وآداب معينة لتحقيق الهدف منها². وعليه يفرض الإلتزام بالتفاوض بحسن نية على المتفاوض أن يتبع سلوك الرجل العادي في التفاوض، مما يتطلب منه القيام بتصرفات إيجابية معينة وأن لا يلجأ إلى الغش والخداع³.

وتطبيقاً لذلك لا يجوز للمتفاوض إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر لإطالة مدة التفاوض بدون جدية⁴، أو كان هدفه من دخول المفاوضات مجرد مراوغة لإبعاد الطرف الآخر عن التفاوض مع آخرين أو التعرف على أسراره الفنية والمالية⁵. كما لا يجوز الإنسحاب من مفاوضات متقدمة في مراحلها، بطريقة مفاجئة دون مبرر مشروع⁶. أو التفاوض بصورة صورية أو لمجرد التسلية أو إستطلاع السوق دون نية حقيقية في التعاقد⁷. كما يوجب الإلتزام بالتفاوض بجدية الإستقامة، أي تقديم معلومات صحيحة غير مفرطة في التفاؤل أو مغرقة في التشاؤم، وشفافية وموضوعية في التعامل⁸.

إن إلتزام حسن النية في التفاوض مناطه التوقعات المعقولة، ومع أن هناك الكثير من العوامل التي تؤثر في عملية التفاوض مثل طبيعة علاقة الطرفين المتفاوضين وأهدافها، وقوة أطرافها والنتائج المتوقعة

¹- **Article 1104 :** " Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public."

²- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص68.

³- Desgorces (R), la bonne foi dans le droit des contrats, Thèse, Paris 2, 1992, p.134 et 168.

⁴-Cass.Com,20/03/1972, J.C.P, 1973, 2,17543.

⁵- Ap.Paris,10/03/2000, J.C.P, 2001, 2, 10470, note Violet (F).

⁶-Cass.Com, 09/04/1996, R.T.D.Civ, 1997, p.121, note Mestre (J).

⁷- Cass.Com,22/02/1994, R.T.D.Civ, 1994, p.121, note Mestre (J), p.849.

⁸-Malaurie (Ph) et Aynes (L), Cours de droit civil, T VI, les obligations, 4^{em} edit, 1993-1994, P.204.

-يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص191.

منها، فإن النتيجة تكمن فيما يتوقعه كل طرف من تصرفات الطرف الآخر وقراراته على ضوء مصالحهما الشخصية القائمة على هذه العلاقة. والتوقعات المعقولة لتصرفات الأطراف قد يكون معيارها موضوعيا، وهو ما يراه غالبية أفراد المجتمع من تصرف محدد في وضع محدد، أو قد يكون مصدرها التوقعات الشخصية لأحد طرفي العلاقة إتجاه الآخر¹.

وعدالة التفاوض لا تستدعي القيام بإلغاء المخاطر التي ترافق عادة سير المفاوضات، كقيام أحد الطرفين بمعاملة الطرف الآخر بصورة غير عادلة، وذلك باللجوء إلى أساليب التضليل لدفعه إلى قبول شروط العقد، لأن هذه المخاطر متأصلة في أي عملية تفاوضية. ولهذا فإن الممارسات التي تجري أثناء التفاوض والتي قد توصف بأنها غير عادلة، لا تتطلب تدخل إلا عندما لا يكون في إستطاعة أحد الطرفين حماية نفسه بصورة معقولة من ممارسات الطرف الآخر، أي عندما لا يكون التصرف الذي تم يقع ضمن التصرفات المألوفة والمتوقعة في التفاوض².

يلاحظ أن إلتزام المتفاوض بحسن النية لا يعني إلتزامه بإبرام العقد النهائي، لأنه يتمتع بكامل الحرية في التعاقد أو رفضه، لذلك يجوز للمتفاوض قطع أو العدول عن التفاوض دون أن يكون ملزما بتبرير عدوله³. غير أن إعتبرات العدالة وإنطلاقا من مبدأ حسن النية، تستلزم أن يستند المتفاوض في إستعمال حقه في العدول أو القطع إلى أسباب مشروعة⁴. وذلك ضمنا للطرف الآخر الذي قد يفاجئ بالعدول، وإحتراما للثقة التي أولاه إياها⁵. وهكذا تتعدد المسؤولية في كل مرة يتضح فيها أن قطع المفاوضات أو العدول عنها تم بشكل ألحق ضرر للطرف الآخر⁶، وعلى هذا الأخير إثبات تعسف

¹ - يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد: الغلط والتدليس، المرجع السابق، ص 322.

² - المرجع نفسه، ص 323.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 341.

- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 377.

⁴ - Cass.Com, 19/10/2000, J.C.P, 2001, 4, 2003.

- Cass.Civ, 20/03/1972, J.C.P, 1972, 11, 17543.

نقلا عن: - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 70.

⁵ - المرجع نفسه، ص 75.

⁶ - Schmidt (J), la sanction de faute précontractuelle, Rev.trim de D.civil, 1974, p.46 et s.

نشير إلى أن أنظمة common law التي تميل إلى التمسك بمبدأ سلطان الإرادة، تذهب إلى إطلاق حرية الأطراف المتفاوضة بحيث يستطيع كل طرف قطع أو العدول عن التفاوض ولو دون مبرر مشروع وفي أي وقت دون أن تترتب على ذلك قيام مسؤوليته. غير أن الفقه في هذه الأنظمة، وأمام المخاطر التي تنجم عن إطلاق حرية الأطراف المتفاوضة، خففوا من إطلاق هذا المبدأ بحيث ألزموا كل طرف عدل عن التفاوض وسبب ضررا للطرف الآخر بالتعويض، إذ أن حرية

المتفاوض الآخر في إستعمال حقه في العدول أو القطع، أو عدم جديته في التفاوض أو عدوله في وقت غير مناسب¹.

الفرع الثاني: طبيعة الإلتزام بحسن النية في التفاوض.

يفتضي إلتزام حسن النية في المفاوضات أن يكون تعامل المفاوضين بشرف وأمانة بعيدا عن الخداع، فهو سلوك سوي يتفق والمألوف في التعامل والتفاوض. لذلك يوجب الإلتزام بحسن النية الإستقامة، أي تقديم معلومات صحيحة غير مفرطة في التفاؤل أو مغرقة في التشاؤم، وشفافية وموضوعية في التعامل². كما يستلزم أيضا على المتفاوض إحترام العادات والأعراف المهنية، الوطنية منها والدولية، بشأن الصفة موضوع التفاوض، بهدف الإنضباط في هذه المرحلة³. هذا بالإضافة إلى أنه يحظر على المتفاوض القيام بتصرفات تخل بالأمانة والثقة التي تولدت لدى الطرف الآخر، خاصة إذا ظهرت من متفاوض محترف أو مهني، مما يترتب عنه ضياع فرصة إتمام العقد المراد⁴، أو التعاقد مع الآخرين في وقت مناسب⁵.

وفي حالة الإخلال بالإلتزام بحسن النية تقوم المسؤولية التقصيرية للطرف المخل طالما أنه لم ينشأ عن إتفاق تفاوض. ويعتبر الإلتزام بالتفاوض بحسن نية إلتزام بتحقيق نتيجة، إذ يجب أن يقوم المتفاوض أو يتجنب كل ما تقتضي حسن النية القيام به أو الإمتناع عنه وإلا أعتبر مخلا بإلتزامه، خاصة أن حسن النية ليست مسألة نفسية فحسب، بل أنه سلوك سوي يتفق مع المألوف في التعامل ومع ما جرى عليه العمل

= العدول لا تبرر الإنحراف عن سلوك الشخص العادي، فالمسؤولية تترتب عن السلوك غير المألوف الذي يقترن بالعدول لا عن العدول ذاته. أنظر: - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص340 وما بعدها.

¹- نقض مدني مصري في 1967/12/09، مجموعة المكتب الفني، سنة 18، رقم 52، ص334.
مشار إليه في: - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 71.

² -Malaurie (Ph) et Aynes (L), op.cit, p.204.

- يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص191.

³-Savatier (R), Traité de responsabilité civile en droit francais civil, administratif, professionnel, procédural, revue internationale de droit comparé, V 2, N°4, 1950, p.147.

- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص74.

⁴- Fabre-Magnan (M), l'obligation d'information dans les contrats , L.G.D.G , Paris, 1992, N°601.

⁵ -Terré (F), Simler (Ph) et Lequette (Y), op.cit, n° 183 et 184 et 185.

في التفاوض، فالإلتزام بالتفاوض بحسن النية يوجب تبادل إحترام الإلتزامات المترتبة على طرفي العقد محل التفاوض، سواء كانت جوهرية أم ثانوية وما يتفرع عنها ليتم إبرام هذا العقد¹.

وعليه يقع عبء إثبات إخلال المتفاوض بإلتزامه بحسن النية، وفقا للقواعد العامة، على الطرف الذي يدعي ذلك، ولا يستطيع المتفاوض المدعى عليه دفع مسؤوليته عن الإخلال به بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لكي يكون حسن النية².

جدير بالذكر أن نطاق المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض يتسع كلما تقدمت المفاوضات، حيث يلتزم الأطراف أخلاقيا وقانونيا ببذل ومواصلة التفاوض بحسن نية لتكملة الإتفاق الجزئي، بهدف التشاور والتعاون للوصول إلى إبرام العقد النهائي، وهذا في حالة وصول المباحثات والمناقشات حول العناصر الرئيسية للعقد إلى مراحل متقدمة. لذلك يعد عدم الإستمرار في التشاور بسوء نية أو دون سبب مشروع، سلوكا خاطئا يستوجب المسؤولية التقصيرية للطرف الذي آتاه³.

المطلب الثاني: المقتضيات الأخلاقية للإلتزام بحسن النية في التفاوض.

إن مجرد الدخول في مفاوضات ينشئ وضعاً قانونياً خاصاً بين الأطراف، إذ يُحمّل كل طرف متفاوض إلتزامات خاصة إتجاه الطرف الآخر، وهي إلتزامات فرضتها حسن نية لتنظيم المفاوضات بهدف الوصول إلى إتفاق نهائي بشأن شروط العقد المراد إبرامه، ولتحقيق مصلحة الطرفين وحماية حقوقهم القانونية. ويترتب على الإخلال بهذه الإلتزامات قيام مسؤولية المدينين بها، والتي تعود، أساساً، إلى أخطاء ذات طابع أخلاقي⁴. فقد يتعلق الأمر بخطأ لعدم التعاون في تحقيق الهدف المشترك (الفرع الأول)، وقد يكون نتيجة إستخدام غير مشروع للمعلومات السرية التي كشف عنها بمناسبة التفاوض (الفرع الثاني)، أو يقوم على التعسف في قطع المفاوضات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الإلتزام بالتعاون في التفاوض.

إن فكرة حسن النية كانت في بادئ الأمر تفرض على المتعاقد موقفاً سلبياً بعدم إتخاذ مسلك ينطوي على غش أو سوء نية، ثم تطورت فأصبحت تفرض عليه سلوكاً إيجابياً بالتضامن وعدم الإكتفاء

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص22.

² - Cass.Com, 20/03/1972 , J.C.P, 1973, 17543, note Shmidt-Szalwiski (J).

نقلا عن: - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص70.

³ - Cass.Com, 09/04/1996, Bull.Civ,4, n°117, p.99.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص55 و56.

باجتناب سوء النية. وبالنظر إلى عدم وجود مساواة إقتصادية في غالب الأحيان بين الأطراف المتعاقدة، فإن قواعد العدالة تستلزم وجود روح التعاون بين الأطراف المتعاقدة، وأن مبدأ حسن النية يبدأ من مرحلة المفاوضات. وبهذا لم يعد العقد ثمرة التوفيق بين إرادتين متضادتين تعبران عن مصالح متعارضة، وإنما يجب أن ينظر إليه على أنه وسيلة قانونية للتعاون بين الطرفين¹.

ولقد قضت محكمة الإستئناف بباريس في أحد أحكامها بضرورة التعاون بين الأطراف، حيث أقرت وجود إلتزام على عائق المنتج بالنصح والإرشاد ومساعدة العميل على معرفة إحتياجاته². وإلتزام المهني بالمساعدة يعطي ضمان قانوني لا يعطيه التصرف نفسه، وهو يلعب دورا هاما في تحديد مضمون الإلتزامات التعاقدية، فالقضاء الفرنسي يستبعد بعض الشروط غير الواضحة من جانب المهنيين³.

وهكذا فرضت مقتضيات التعامل بحسن نية ضرورة التعاون والتآزر بين الطرفين في المرحلة السابقة للتعاقد، فمن أجل تفعيل دور التفاوض يتعهد الطرفان بالتعاون على تحقيق هدف يوازن بين مصالحهما المتعارضة. ولما كانت عملية التعاون هي التعبير المشترك لشخصين أو أكثر في محاولة لتحقيق هدف مشترك⁴، فإنه يجب على الأطراف القيام بكل الأعمال الضرورية من جانبهم كي ينتفع الطرف المقابل⁵.

يقصد بالإلتزام بالتعاون المآزرة المستمرة بين الأطراف المتفاوضة بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية، إما بإبرام العقد محل التفاوض وإما بغض النظر عنه كلية⁶. لذلك يتخذ الإلتزام بالتعاون عدة صور، فهو يتطلب من الأطراف العازمة على التعاقد إبداء المرونة في مناقشة جدول الأعمال والإمتناع عن التصلب عند عرض الآراء، تقديم ما بحوزتهم من وثائق والإسراع في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض، عدم التأخير بغير عذر مقبول عن حضور الجلسات، الجدية في مناقشة عروض التفاوض⁷.

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. ز و ح.

² - Mastre (J), obligations et contrats spéciaux, Rev.Trim de droit civil, n°1 jan-mars, 1994, P.99 et s.

³ -Ibid, P.462.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 394 و 395.

⁵ - المرجع نفسه، ص 395.

⁶ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 75.

⁷ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 185.

إن التبادل بين الأفراد هو جزء مهم في حياة الأشخاص الإجتماعية والإقتصادية، ولهذا فهو يؤدي دورا مؤثرا في عملية التفاوض، لذلك قد يستوجب التعاون تقديم بعض التنازلات من أطراف التفاوض، فتبادلية التنازلات أثناء التفاوض تعد قاعدة من قواعد المفاوضات¹.

وبهذا فإن واجب التعاون يتجه إلى إيجاد نوع من التوافق بين المصالح الإقتصادية المتعارضة للأطراف وإحترام روح العقد، فتمتع عقود التجارة الدولية بالأهمية الإقتصادية الكبيرة وطول مدتها، يعد مصدرا من مصادر واجب التعاون بين الأطراف، ذلك أن أهميتها لا تقتصر على أطراف العقد فحسب، بل تمتد إلى الدول التابع لها هؤلاء الأطراف. فالمفاوض الراغب بالتعاقد غالبا ما يكون مشروعاً أو شركة، ويهدف عادة من وراء العقد، إما تلبية رغبته في الحصول على المنتجات لتحقيق أرباح معينة، أو إشباع حاجات إجتماعية وإقتصادية. وهذا فضلا عن أن هذه العقود تبرم في الغالب بين طرفين لا ينتميان لدولة واحدة، وتتصب على إبرام صفقات ضخمة يجري تنفيذها خلال أجل طويل، مما يستلزم أن يكون هناك تعاون بين أطراف التفاوض².

إن الإلتزام بالتعاون، غالبا، لا يتم النص صراحة عليه بل يفترض وجوده ضمنا، فحسن النية يفرض على الأطراف خلال فترة التفاوض الإمتناع عن الغموض والتناقض في الأقوال والأفعال، فهم ملتزمون بالتعاون والتقارب فيما بينهم خلال فترة التفاوض. وفي هذا قضت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس بأنه "من الملائم التأكيد على أنه يوجد وبالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية، في النطاق الخاص بالتجارة الدولية، عادات ومبادئ التعاون المفروضة على كل الممارسين الإقتصاديين للتجارة الدولية، حيث أن على أطراف العقد الواجب الضمني، بتنسيق جهودهم للتعاون والتنفيذ الدقيق لإلتزاماتهم..."³. وأكدت ذلك مبادئ UNIDROIT في المادة 1-3-5 التي نصت على "يلتزم كل طرف بالتعاون مع الطرف الآخر، كلما كان هذا التعاون متوقعا بشكل معقول عند تنفيذ أحد الأطراف لإلتزاماته".

ويمكن أساس الإلتزام بالتعاون في **الثقة المتبادلة**، فكل متفاوض يتطلع إلى إبرام العقد الذي يتفاوض بشأنه وهذا ما يدفعه إلى وضع ثقته في الطرف الآخر لتحقيق ذلك، وإنعدام مثل هذه الثقة يهدد بعدم إستمرارية التفاوض. ومعيار هذا الإلتزام بالتعاون هو معيار الرجل العادي الذي يهدف إلى إنجاح

¹ - يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد: الغلط والتدليس، المرجع السابق، ص321.

² - حمدي بارود، المرجع السابق، ص841.

³ - نقلا عن: - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص391.

المفاوضات¹، فأبي إنحراف عن سلوك المتفاوض الذي يسعى لتقديم المآزرة والمساعدة التي تفرضها الثقة المتبادلة، يؤدي إلى الإخلال بهذا الإلتزام ومن ثم بمقتضيات حسن النية في إبرام العقد، مما يستوجب قيام مسؤولية الطرف المخل كجزاء تقتضيه العدالة.

الفرع الثاني: الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

قد يستلزم السير في المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا وعقود الإمتياز التجاري خاصة، الكشف عن العديد من المعلومات المتعلقة بموضوع العقد المزمع إبرامه، وحتى المعلومات الشخصية المتعلقة بالذمة المالية للأطراف المتفاوضة². لذلك يترتب في ذمة كل متفاوض إلتزام بالمحافظة على هذه الأسرار، وذلك بالإمتناع عن إفشائها وعدم إستغلالها دون رضا أصحابها، سواء إنتهت المفاوضات بإبرام العقد أم لا³. وهذا ما جاء في نص المادة 1112-2 من القانون المدني الفرنسي الجديد، الذي قرر مسؤولية كل من يستخدم أو يكشف دون إذن، معلومات سرية تم الحصول عليها خلال التفاوض.

من المهم الإشارة هنا إلى أن جانب من الفقه ومنهم الأستاذ حمدي بارود يرى أن الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التجارية والصناعية لا يقع على عاتق طالب المعلومات فقط، وإنما يمتد ليشمل الحائز أيضا، فهو إلتزام متقابل في مرحلة التفاوض بالرغم من أن النصوص التشريعية لم تشر إلى ذلك. ويبرر رأيه هذا بأن هذا الإلتزام يعد تابعا للإلتزام بحسن النية ومتقربا عنه، مما يستدعي جعله إلتزاما متقابلا على غرار الإلتزام بالإفشاء أو الإعلام. ويضيف بأن مقتضيات العدالة تستوجب إعتبره إلتزاما متقابلا لتحقيق التوازن المختل بين الطرفين⁴.

يستند الإلتزام بالمحافظة على السرية إلى واجبي الأمانة والثقة اللذان يفرضهما إلتزام حسن النية أثناء تكوين العقد، فواجب الأمانة يعني الإمتناع عن كل تصرف مناف للأخلاق، مما يقتضي إلتزام كل طرف بالحفاظ على تلك المعلومات السرية التي علم بها وعدم إستغلالها بما يتعارض وحسن النية في التعاقد. أما واجب الثقة فيتطلب على المتفاوض الذي تحصل على المعلومات الأخذ بعين الإعتبار الثقة

¹ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 185.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 359 و 360. - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 75 و 76.

³ - لخضر حليس، المرجع السابق، ص 78 و 79.

ويقع هذا الإلتزام على أعضاء فريق التفاوض جميعا، بإعتبارهم تابعين للطرف المتفاوض. أنظر: - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 77.

⁴ - حمدي بارود، المرجع السابق، ص 860.

التي وضعها فيه الطرف الآخر صاحب هذه المعلومات، والتي نشأت لما يفترضه فيه من نزاهة وشرف، وهو ما يلزمه بالحفاظ على سريتها.

مما لاشك فيه أنه من غير المعقول القول بأن المتعاقد يمتنع عن كشف جميع المعلومات التي تلقاها من المتعاقد الآخر بمناسبة التفاوض، فالإلتزام بالمحافظة يشمل فقط المعلومات التي تعد بطبيعتها أسراراً غير قابلة للنشر، والمتمثلة في المسائل التي يترتب عن إعلانها وكشفها ضرر للمتعاقد الآخر، كالمعلومات الشخصية التي يؤدي إفشاؤها إلى إيذاء شعور من إرتبطت به هذه المعلومات، أو الإضرار بمركزه المالي. أو تلك المعلومات التي يسبغ عليها صاحبها طابع السرية، كالمعلومات المتعلقة بالحالة الفنية لمؤسسته، أو المتعلقة بأسعار التكلفة وخطط الإنتاج المستقبلية¹.

إن الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات كمقتضى من مقتضيات إلتزام حسن النية في إبرام العقود، هي مسألة تختلف باختلاف الظروف، الأشخاص، طبيعة الوقائع والأحداث. وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد المعلومات التي تعتبر أسراراً بطبيعتها، كما له أن يقرر إعتبار ما يعد من المعلومات موضوعاً لعدم الكشف طبقاً لمقتضيات حسن النية في إبرام العقود².

ننوه إلى أنه، في الغالب، يتفق طرفا التفاوض على الإلتزام بالحفاظ على سرية المعلومات التي تم تداولها والكشف عنها خلال المفاوضات، وذلك في إتفاق خاص مستقل أو بإدراج بند في عقد التفاوض، سواء في حالة نجاح المفاوضات أو فشلها، وقد يتفق على إخفائها لمدة زمنية يتفق على مداها³. كما يحتاط حائز المعرفة الحديثة غالباً بضمانات كي يضمن سلامة المحافظة على سرية المعلومات التي سيفضي بها للطالب، وهذه الضمانات⁴ تتمثل في:

-أخذ تعهد على الطالب بالمحافظة على المعلومات السرية التي يضطلع عليها خلال المفاوضات والإمتناع عن إفشائها أو إستعمالها قبل إبرام العقد النهائي. فإذا كان الطالب جادا في الحصول على هذه المعرفة فإنه عادة لا يتردد في التوقيع على مثل هكذا تعهد، لأن عدم التوقيع معناه فشل المفاوضات بالنسبة له.

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص52.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص362 و363.

³ - لخضر حليس، المرجع السابق، ص78 و79.

⁴ - راجع فيما يخص هذه الضمانات: - حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص858 وما بعدها.

- أخذ تعهد في شكل إقرار كتابي يوقعه طالب المعرفة الحديثة أثناء زيارته لمصنع الحائز، وهذا التعهد لا يعول عليه الحائز أهمية كبيرة، لأنه ينشئ إلتزاما ضعيفا على عاتق الطالب. كما وأنه لا يعتبر مصدر قلق للطالب، ذلك أنه يقوم على الثقة المتبادلة بين الطرفين.

- قيام حائز المعرفة الحديثة بإرسال المعلومات السرية المتضمنة للمعرفة بالبريد المسجل، موضوعة في مظاريف خاصة تحمل تاريخا ثابتا. وكذلك القيام بتسجيل محاضر الجلسات التي تجري فيها المفاوضات، وهي إجراءات احتياطية أكثر منها ضمانات، إذ يمكن الإستناد إليها في الإثبات وفي تفسير بنود العقد بعد إبرامه إذا إقتضى الأمر ذلك.

- إخراج حائز المعرفة القدر اللازم والضروري من الأسرار التكنولوجية التي تمكن الطالب من تقدير قيمتها الحقيقية حتى يقارن بينها وبين الثمن المطلوب فيها. وفي الحقيقة يعد هذا الإحتياط خير ضمانة يتخذها الحائز للحفاظ على السرية في مرحلة التفاوض. ويفضل في هذه الحالة ألا يطلع الطالب على كل التفاصيل التكنولوجية وإنما يقتصر إطلاع على نتائج إستعمالها كلما كان ذلك ممكنا، وأن يجري الحائز عن الطالب تحريات وعن نشاطه التجاري وعن مركزه المالي قبل الدخول معه في المفاوضات.

يلاحظ أن هذه الضمانات من شأنها أن تنفر طالب المعرفة الحديثة عن طلبها خاصة إذا ما ساوره شك في سلوك حائزها، أو في مستوى المنفعة التي سيجنيها من ورائها. كما يمكنها أن تلحق بالطالب أضرارا بالغة خاصة في حالة قطع المفاوضات¹.

جدير بالذكر أن إلتزام السرية ليس مطلقا، حيث يمكن أن يأذن صاحب السر بإفشائه، أو يصرح القانون في بعض الأحوال بوجوب الإفصاح عنه كما في حالة ما إذا كان هذا الإلتزام يشمل مسائل غير مشروعة أو يحقق هدف غير مشروع، كالتهرب الضريبي أو الإحتكارات المحظورة². غير أن خروج هذه المسائل من إطار الإلتزام بالسرية لا يعني أن الطرف الآخر قد أصبح حرا في الإفشاء بها للجميع، إذ يقتصر ذلك على السلطات العامة أو الإدارات العمومية متى كانت تشكل جريمة يوجب القانون على كل مواطن الإبلاغ عنها، أو طلبت هذه السلطات شهادته بشأنها³.

¹ - حمدي بارود، المرجع السابق، ص 860.

² - أنظر المادة 46 من قانون الإجراءات الجبائية الجزائري.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 53.

من المهم الإشارة إلى أن الإتفاقيات الدولية نصت على الإلتزام بالمحافظة على السرية، فإتفاقية TRIPS أي إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية¹، تحدد معنى السر التجاري وتنظم جوانب المفاوضات، إذ نصت في المادة 2/39 منها على " للأشخاص الطبيعية والقانونية إمكانية منع معلومات ضمن سيطرتهم بطريقة قانونية من أن تكشف، أو تحرز، أو تستخدم من قبل الآخرين دون رضاهم بأسلوب يتعارض مع الممارسات التجارية النزيهة..."

يتضح من هذه المادة أنها تقرر إلتزامين رئيسيين على المتفاوضين هما: الإلتزام بالسرية والإلتزام بعدم الإستعمال للصالح الشخصي، حيث يتمتع على المتفاوض أن يكشف عن المعلومات التي تلقاها بأية وسيلة كانت، وأن لا يستعملها دون ترخيص من قبل صاحب السر التجاري.

وتناولت مبادئ UNIDROIT إلتزام أطراف التعاقد بالمحافظة على سرية المعلومات المتقاة خلال مرحلة التفاوض، والإمتناع عن إستخدام تلك المعلومات عند إنتهاء المفاوضات بالفشل بغض النظر عن وجود إتفاق أو عدم وجوده، من خلال المادة 1.16. 2 التي تنص "يلتزم الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات، معلومة معينة ذات طابع سري من الطرف الآخر، وسواء أبرم العقد أم لم يبرم، بعدم إفشائها أو إستخدامها بغير حق لأغراض شخصية. ويرتب الإخلال بهذا الواجب تعويضا يشمل في هذه الحالة، المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر".

أما المشرع الجزائري فنص على الإلتزام بالمحافظة على السرية في مجموعة من النصوص التشريعية، مثل المادة 56 وما يليها من الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 2003/07/19 والمتعلق ببراءة الاختراع، والمادة 26 وما بعدها التي تنص على حماية العلامة التجارية من الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2003/07/19. كما عني القضاء الجزائري بحماية حقوق الملكية الصناعية والإمتياز التجاري، حيث يقضي بعدم جواز إستغلال هذه الحقوق إلا بإتفاق صريح على ذلك².

إن إلتزام المتفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات هو إلتزام بتحقيق نتيجة، إذ لا يكفي للوفاء به أن يبذل الطرف المتفاوض كل ما في وسعه من أجل الإمتناع عن إفشاء الأسرار أو إستغلالها، وإنما

¹ - TRIPS أي (TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS) وهي من إتفاقية دخلت حيز النفاذ في الأول من كانون الثاني 1995، وقد عنت بتنظيم العديد من الموضوعات، منها حقوق المؤلف والحقوق المتصلة بها، العلامات التجارية، براءات الإختراع والتصاميم الصناعية.

² - أنظر: - المحكمة العليا، غ، ت، ب، 2000/01/05، ملف رقم 350164، م، م، ع، ع، 1، 2000، ص337.

- المحكمة العليا، غ، ت، ب، 2002/06/25، ملف رقم 286391، م، ق، ع، 1، 2003، ص269.

ينبغي عليه أن يمتنع عن ذلك بالفعل وإلا قامت مسؤوليته. ومعيار الخطأ هنا هو معيار الرجل العادي الذي يقوم على الإعتبار الأخلاقي إلى جانب الإعتبار المادي¹.

الفرع الثالث: الإلتزام بالإستمرار في التفاوض.

ينشأ الإلتزام بالإستمرار في التفاوض بعد أن تبدأ المفاوضات بالتعبير عن النية في إبرام العقد، وهذا بمبادرة أحد الأطراف وإستجابة الطرف المقابل. ويجب بموجب هذا الإلتزام على الطرف المتفاوض عدم العدول أو قطع المفاوضات بشكل مفاجئ دون أي سبب، أو لسبب غير موضوعي رغم أن المفاوضات كانت قد بلغت مرحلة متقدمة، وإلا قامت مسؤوليته.

ويكمن معيار التمييز بين قطع المفاوضات المشروع وغير المشروع، من خلال الوقوف عند حقيقة أن المفاوض لا يسأل عن قطع المفاوضات، وإنما يسأل عن الإخلال بالثقة التي ولدها في نفس المفاوض الآخر، بما يخالف حسن النية في التعامل². ولما كان حسن النية مفترضا، فإن المفاوض لا يلزم بأن يثبت وجود مبرر مشروع لإنسحابه من المفاوضات، وإنما على المفاوض الآخر المتضرر من قطع المفاوضات عبء إثبات أن القطع كان بسوء نية³.

وهكذا تعد الثقة المشروعة أساس هذا الإلتزام، فكل طرف متفاوض يكون قد بعث في نفس الطرف الآخر الثقة بأنه سيناقش ويدرس معه بجدية وبرغبة صادقة كل ظروف العقد النهائي المرتقب⁴، لذا يتطلب حسن النية إحترام تلك الثقة مراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف الآخر⁵.

قد ينشأ الإلتزام بالإستمرار في التفاوض عن إتفاق صريح بين الأطراف المتفاوضة، وقد يستخلص من ظروف التفاوض. فمحكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية أكدت هذا الإلتزام صراحة، حيث قررت أن

¹ - Le Tourneau (Ph), la responsabilité civile: « Que sais-je ? », Presses Universitaires de France, 2003, N°892.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص358.

³ - المرجع نفسه، ص358.

⁴ - Starck (B), Roland (H), et Boyer (L), Droits civil, les obligations, T2, contrat, 6^{ème}éd, Litec, Paris, 1998, P.12.

⁵ - نشير إلى أن دول Common law لا تعترف بالإلتزام حسن النية في إبرام العقود، تمسكا منها بعدم تقييد مبدأ حرية التعاقد. غير أنها تقر في بعض الحالات التعويض عن الأضرار المترتبة على قطع التفاوض، من خلال نظرية المانع التعاهدي التي إستحدثها قانون العدالة في بريطانيا، والتي من خلالها يتمتع على المتعاقد الذي وعد الطرف المقابل صراحة أو ضمنا أن ينسحب من وعده، شرط أن يكون الإنسحاب غير عادل. أو من خلال نظرية الكسب بلا سبب التي يتم تطبيقها عندما يكتسب أحد الطرفين منافع على حساب الطرف المقابل كنتيجة للتصرف غير النزيه، لذلك يلتزم برد ما كسبه في هذه المرحلة. أنظر: - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 353 وما بعدها.

الإتفاق على التفاوض يرتب تعهدا تعاقديا بمتابعة التفاوض والإستمرارية فيه¹، في حين ذهب القضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى أنه قد يبرم إتفاق ضمني بين طرفي المفاوضة، موضوعه الإلتزام بالإستمرار بالتفاوض².

إن الإلتزام بالإستمرار هو في الأصل إلتزام ببذل عناية، ولا يعني بالضرورة التوصل إلى إبرام العقد النهائي، إذ يلتزم الطرف المتفاوض ببذل العناية اللازمة لمواصلة المفاوضات بقصد إنجاحها، وذلك بسلوك مسلك الرجل العادي، إلا أنه لا يصل إلى حد الإلتزام بإبرام العقد النهائي³. ولكن قد يعتبر هذا الإلتزام إلتزاما بتحقيق نتيجة، كما في حالة الإتفاق على المسائل الأساسية للعقد النهائي المزمع إبرامه، مع ترك المسائل التفصيلية للإتفاق عليها لاحقا، حيث أن إكتمال مشروع العقد النهائي يستلزم الإستمرار في التفاوض حول تلك المسائل المتعلقة⁴.

وعليه يتضح أنه إذا تم الوفاء بالإلتزام بحسن النية والإلتزامات المنبثقة عنه في مرحلة التفاوض، توفر الإنضباط في هذه العملية وارتفعت إحتتمالات نجاحها وتضاءلت فرص الفشل فيها. ولا تنصرف هذه النتيجة إلى الصفقة محل التفاوض فحسب بل إلى العقد المزمع إبرامه أيضا، حيث تدرأ النزاعات في المستقبل. فهذ الإلتزام يعبر عن الأخلاقيات التي يجب أن تسود حتى في العلاقات السابقة على التعاقد، والتي تتجه إلى الإزدياد نتيجة ظهور تشريعات خاصة تهدف إلى الحد من المخاطر المتوقعة، وذلك عبر فرض الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد.

المبحث الثاني: الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد تحقيقا للتوازن العقدي.

نتجت عن التطورات التقنية والتكنولوجية المعاصرة أوضاع معقدة في إطار تلبية الحاجات، وأدت إلى تزايد التفاوت في درجة المعرفة بشكل ملحوظ بين الأطراف المتعاقدة، مما أثر سلبا على التعاملات التجارية خاصة. وأمام ضرورة التصدي للمخاطر المتوقعة، تدخل القانون لوضع حد للهوة الموجودة من الناحية المعرفية بين المتعاقدين، وذلك من خلال فرض إلتزام بالإدلاء بالمعلومات في المراحل السابقة على التعاقد⁵، وهو ما يسمى بالإلتزام بالإعلام السابق على التعاقد.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص388.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص349.

³ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص168 و 169.

⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص388 و389.

⁵ - حول مبررات قيام هذا الإلتزام، أنظر: - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص689-692.

يهدف هذا الإلتزام إلى حماية الطرف الضعيف من خلال إعادة التوازن إلى العلاقات العقدية، ومن ثم تحقيق العدالة العقدية والإستقرار في التعاملات التجارية خاصة. وتكريس المشرع لهذا الإلتزام من خلال نصوص قانونية خاصة، يعد تجسيد للأخلاق المفروضة قبل التعاقد (المطلب الأول).

وفي ظل تزايد الإقبال على إبرام العقود الإلكترونية، تزداد أهمية الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد بالنظر إلى أن هذه العقود تتم عن بعد. فالمتعاقدين المستهلك في هذه العقود لا يستطيع معاينة المنتجات المعروضة ولا التواصل بشكل مباشر مع الطرف مقدم الخدمة أو السلعة للإستفسار عن المعلومات التي يحتاج إليها، ناهيك عن جهله بشخص هذا الطرف أصلاً، وهو ما يستدعي إعلامه بطريقة تتناسب وطبيعة هذا العقد لحماية رضاه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: البعد الأخلاقي للإلتزام بالإعلام قبل التعاقد.

تتصف العلاقة بين المحترف والمستهلك بإعتمادها على الضمير المهني، إذ تنشأ مجموعة من الإلتزامات على عاتق الطرف المهني بباعث من خلقه دون النظر إلى إهتمام المشرع بها من عدمه، ودون إشتراط إشارة العقد إلى هذه الإلتزامات¹.

فبالإعتماد على الأخلاق العقدية لن يستغل المهني جهل أو عدم تخصص الطرف الآخر لدفعه إلى إبرام عقد يتعارض ومصالحه، بل سيلجأ إلى إعلامه لتحقيق العدالة العقدية (الفرع الثاني). وبما أن الجهل هو أساس عدم التوازن العقدي، فإن مبدأ حسن النية يستلزم على الطرف الذي يحوز معلومات تتعلق بالعقد المراد إبرامه الإدلاء بها للطرف الذي يجهلها لإعادة ذلك التوازن المختل (الفرع الأول).

الفرع الأول: نطاق الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد.

أنشأ القضاء الفرنسي الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، ثم كرسه التشريعات الحديثة الخاصة بحماية المستهلك، وفيما بعد التشريع المدني الفرنسي الجديد في المادة 1112-1 التي نظمتها. ولقد وضع الفقه عدة معايير للفرقة بين الإلتزام بالإعلام التعاقدية والإلتزام بالإعلام السابق على التعاقد، أهمها أن الإلتزام بالإعلام العقدي هو إلتزام تابع معد لإتاحة حسن تنفيذ إلتزام أصلي. ولأنه من الصعب في الواقع وضع حدود حقيقية بين الإلتزامين وفقاً لهذا المعيار، حاولت الأستاذة Fabre- Maignan وضع معيار جديد يقوم على أساس مستقل نسبياً عن العامل الزمني، وهو العامل الوظيفي وفقاً لفائدة الإعلام بالنسبة إلى

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، المجلد 22، العدد 2، جامعة الكويت، الكويت، 1998، ص 758.

المرسل إليه، أي وفقا لنتائج عدم تنفيذ الإلتزام بالإعلام بالنسبة إلى الدائن به¹. فإذا كان موضوع الإلتزام سوف يؤثر على رضا المتعاقد فإنه يكون إلتزام قبل تعاقد، لأن على أساسه سوف يبدي رضا يوافق مصلحته. أما إذا كان الإحتفاظ بهذا الإلتزام لا تأثير له على رضا المتعاقد بل على تنفيذ العقد، فيعد إلتزاما عقديا².

كرس المشرع الجزائري هذا الإلتزام من خلال المادة 17 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك³، التي تنص على " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم."⁴

يتضح من هذا النص أن المشرع يلزم المهني بتقديم للمستهلك المعلومات الكافية والموضوعية التي تخص المنتج محل العقد. ولتحقيق هذا الإلتزام ضبط المشرع في هذا النص الآليات التي يتم به ليتسنى للمستهلك التعبير عن رضائه بإرادة واعية ومستتيرة بشأن العقد⁵.

وعلى ضوء الأهمية التي حظي بها هذا الإلتزام، عنى الفقه الحديث بإيضاح مدلوله فعرّفه البعض بأنه "إخطار أحد المتعاقدين بكافة المعلومات التي تساعد في إبرام عقد وفقا لرضا مستتيرا من الطرف الضعيف، أي المعلومات الضرورية التي تهم المتعاقد في تكوين رضائه وتبصير المتعاقد معه حتى يكون على بينة من الأمر"⁶. وهذا ما قضت به صراحة المادة 1-1112 من القانون المدني الفرنسي الجديد،

¹ -Fabre-Magnan(M), op.cit, n.281.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 655.

³ - قانون رقم 03-09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، عدد 15، المؤرخة في 08 مارس 2009.

⁴ - صدر مرسوم تنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 9 نوفمبر سنة 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية، عدد 58، المؤرخة في 18 نوفمبر 2013.

جدير بالذكر أن الأستاذ بودالي يرى أن المشرع الجزائري إعترف بطريقة غير مباشرة بالإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى بنقله لنص المادة 2/86 قانون مدني المتعلقة بالتدليس، من إجتهد القضاء الفرنسي. راجع: - محمد بودالي، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص13.

⁵ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص292.

نشير إلى أنه قد يفرض الإلتزام بالإعلام على عاتق الطرف المهني، عند الحاجة، إفراغ العقد في شكل مكتوب يتضمن بيانات إلزامية ينبغي الإدلاء بها، وهو ما يعرف بالشكلية الإعلامية. وعند تعارض شروط التعاقد فيما بينها تفضل الشروط المحررة يدويا على المطبوعة، والشروط الخاصة على الشروط العامة. أنظر: - لخضر حليس، المرجع السابق، ص169.

⁶ - سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالأفصاح في العقود، المرجع السابق، ص80.

حيث نصت على إلزام الطرف الذي يحوز معلومات ذات أهمية حاسمة لقبول الطرف الآخر بإعلامه، وحددتها بالمعلومات التي لها صلة مباشرة وضرورية لمضمون العقد أو نوعية أجزائه.

بناء على ذلك يتضح أن موضوع الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد يكمُن في قيام المتعاقد القوي¹ بتبصير الطرف الآخر الضعيف وتتوير إرادته، وهذا عن طريق الإدلاء بالبيانات التي تساعده وتمكنه من إتخاذ قرار بشأن إبرام العقد من عدمه، وعلى أي نحو وبأي مضمون يتم التعاقد². ويتحدد هذا الإلتزام وفقا لظروف الحال والوقائع المحيطة به، كما أنه يتأثر بمدى علم المتعاقد حول محل العقد³.

ولما كان الأصل أن المتعاقد يلتزم بتقديم المعلومات الجوهرية المتعلقة بالتعاقد، فإنه لا يمكن إلزام المتعاقد بتقديم كل ما يعلمه لما فيها من إرهاب للمدين، ولكن يقتصر على ما يهم الطرف الآخر من معلومات وحسب⁴. ويقصد بالبيانات الجوهرية تلك التي يمكن أن يكون لها تأثير على إبرام العقد، وتكون المعلومات جوهرية بالنسبة للمستهلك كلما كان من شأنها أن تؤدي إلى إتخاذ قرار قبول التعاقد عن إرادة حرة واعية⁵. ويلزم القانون المدين بالإعلام بتقديم هذه المعلومات الجوهرية بأسلوب مستقيم، صريح وواضح، بما يصاحبه العقد محل التفاوض من ظروف وملابسات واقعية وقانونية، وبكل المعلومات التي يستحيل على المتعاقد الآخر تحصيلها بوسائله الخاصة⁶.

قاضي الموضوع هو الذي يقدر جوهرية المعلومات وبراعي في تقديره ظروف التعاقد مع مراعاة قصد الدائن بالإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد من العقد، والذي عادة ما يكشف عنه لمدينه أو تشير إليه الظروف والأحوال من لحظة إبرام العقد⁷. ولتحديد جوهرية المعلومات دمج القضاء الفرنسي بين المعيار الشخصي الذي تكون المعلومة جوهرية وفقا له إذا كان من شأنها أن تؤثر في قرار الشخص قبل الدخول في العقد، والمعيار الموضوعي الذي حسبه تكون المعلومة جوهرية إذا كانت متعلقة بما هو كائن وموجود

¹ - كما قد يقع في بعض الأحوال الإلتزام السابق بالإعلام على عاتق الطرف الضعيف، وهو شأن المؤمن له، حيث يلتزم في مواجهة شركة التأمين بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه.

² - محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 760.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 382.

⁴ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 10.

⁵ - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 296.

⁶ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 80.

⁷ - خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 98.

بالشيء محل التعاقد. ولقد أوجد القضاء هذا المعيار الوسط المتمثل في مدى ملاءمة المعلومة للتعاقد الآخر، فالصفة الجوهرية وفقه هي ما اعتبره المتعاقدان كذلك ذات تأثير في قرار المتعاقد¹.
وتطبيقا لهذا المعيار نص المشرع الجزائري على الإلتزام بالإعلام السابق للتعاقد كوسيلة لحماية الطرف الضعيف وتعزيز الشفافية في المعاملات، من خلال المادة 8 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية² والتي نصت على " يلزم البائع قبل إختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".
ويتضح من هذا النص أن مضمون هذا الإلتزام يتمثل في المعلومات النزيهة والصادقة التي يقدمها البائع للمستهلك، وهو ما يدل على أن هذه المعلومات من شأنها أن تؤثر في رضاه. كما يتضح أن هذا المضمون يختلف باختلاف طبيعة المنتج، فمثلا إذا كان المنتج خطرا فعلى البائع أن يدلي للمستهلك بالبيانات المتعلقة بالإستعمال الصحيح لهذا المنتج، كما يجب عليه تحديد مكامن الخطر فيه وتحذير المستهلك منها.

ويلاحظ أن المادة ركزت على طبيعة المنتج وتجاهلت طبيعة الخدمة، في حين أن طبيعة الخدمة لها أثر في تحديد مضمون الإلتزام بالإعلام العقدي، فالطبيب مثلا يتغير مدى إلتزامه تبعا لخطورة العملية الجراحية التي يقدم عليها. كما يلاحظ أن المادة ضببطت هذه المعلومات بالصدق والنزاهة وهو أمر يقتضيه مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة بين المتعاقدين. وعليه فإن تنفيذ الدائن لإلتزامه مرهون بتقديم معلومات تتصف بالصدق والنزاهة وإلا عد مخلا بإلتزامه³.

نشير إلى أن الإلتزام بالإعلام المحض أي بالمعنى الضيق لا يقتصر على الإدلاء بالبيانات التي يعلمها المتفاوض فعلا، بل يمتد ليشمل البيانات التي كان من المفروض عليه أن يعرفها، خاصة إذا كان مهنيا⁴. وإذا كانت المعرفة مفترضة لدى المدين بالإلتزام بالإعلام، فمن المفترض عدم توافرها لدى الدائن

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 98.

² - قانون رقم 04-02 مؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، عدد 41، المؤرخة في 27 يونيو 2004.

³ - أحمد خديجي، حماية المستهلك من خلال الإلتزام بالإعلام العقدي، دفاثر السياسة والقانون، العدد الحادي عشر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص 25.

⁴ - Savatier (R), les contrats de conseils professionnelles en droit prive, Dalloz, Paris, 1972, chron, P.131.

به، لأنه يكون عادة شخص بسيط لا تتوفر لديه مقومات الخبرة والدراية اللازمين للعلم والإحاطة بالمعلومات الهامة والضرورية المرتبطة بما يقدم على إبرامه من عقود، كما أنه يفتقر إلى الوسائل اللازمة للإستعلام عن مثل هذه المعلومات، أو تتوفر لديه أسباب ومبررات شخصية أو موضوعية تسوغ له عدم الإضطلاع بواجب التحري والإستعلام¹. أما إذا كان عدم المعرفة نتيجة لخفة أو رعونة أو إهمال من قبل الدائن بهذا الإلتزام، فإنه يتحمل مسؤولية هذا الإهمال أو الرعونة².

ولقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها دعوى تعويض مقدمة من أحد طرفي العقد، عندما ثبت لها أنه ارتكب خطأ بعدم قيامه بالإستعلام وكان بإمكانه ذلك. وتتلخص هذه القضية في وكيل ثانوي لبيع السيارات رفع دعوى على وكيل أصلي يطلب فيها التعويض عما أصابه من ضرر، على أساس المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، لأن هذا الأخير أخبره بأن البيوع المتوقعة تبلغ 370 سيارة للسنة المقبلة، بينما لم تتجاوز 130 سيارة فقط. وعللت المحكمة قرارها بأنه على الوكيل الثانوي بالنظر إلى مهنته أن يتأكد من صحة توقعات من تعاقد معه، فالوكيل الثانوي ممتن وبالتالي مفترض فيه الإطلاع على أوضاع السوق³.

وتأييدا لهذا الإجتهد القضائي ذهب بعض الفقه الفرنسي⁴، وسابره في ذلك بعض الفقه العربي⁵، إلى أن كل متفاوض يلتزم بأن يستعلم بالذات أو بالواسطة أو الخبرة على مصالحه الخاصة، بالبحث عن ظروف وملابسات العملية التعاقدية موضوع التفاوض، بأن يتحرى حقيقة المعلومات والبيانات والظروف الإقتصادية. ويترتب الإلتزام بالإستعلام على كل متفاوض حرصا على مصالحهم، فالمشتري ملزم بالإستعلام عن الشيء محل العقد، والبائع يلتزم أحيانا بالإستعلام من المنتج أو من المشتري عما يريده، حتى يستطيع إعلامه.

إن الإلتزام بالإستعلام يتحدد مداه بالقدر الذي يفرضه حسن النية في إبرام العقد، حيث كلما إتسع نطاق إلتزام أحد الأطراف بالإعلام، فرض على عاتقه إلتزام بالإستعلام من الطرف الآخر. فبالنظر إلى أن هذا الإلتزام مرتبط بالإلتزام آخر يفرضه مبدأ حسن النية، هو الإلتزام بالتعاون بين الأطراف الذي يفرضه

¹ - أحمد خديجي، المرجع السابق، ص23.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص19. - محمد بودالي، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، المرجع السابق، ص20.

³ - Cass.com, 25 fev1986, J.C.P, 1988, 20995, note Virassamy, RTDC, 1987.85. note Mestres.

⁴ -Le Tourneau(Ph), le professionnels ont-ils du cœur, Dalloz, Paris, 1990, chron, p. 21.

-Cass.com, 25 fev1986, J.C.P, 1988, 20995, note Virassamy, RTDC, 1987.85. note Mestres.

⁵ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص19 وما بعدها.

أهمية العقد كوسيلة مهمة للتبادل وتحقيق الأهداف المبتغاة منه، فإنه بالمقابل يلتزم الطرف الدائن بإخطار المدين بكل ما يرغب ويستفسر عنه¹. فالبايع مثلا ملزم بالإستعلام من المشتري في حال سكوته عن غايته من ووجهة إستعماله للسلعة وحاجته لها، حتى يتمكن من تقديم ما يوافق هذه الحاجة أو هذا الإستعمال².

غير أنه، وبالنظر إلى ما يستطيع المتفاوض أن يعلمه بنفسه وما لا يستطيع علمه إلا عن طريق المتفاوض الآخر، فإن القضاء الفرنسي بادر إلى إلزام المتفاوض المهني بإعلام المتفاوض الآخر بكافة المعلومات المتعلقة بالعقد محل التفاوض، واللازمة لتتوير إرادة المتفاوض الآخر حتى يقدم على التعاقد بإرادة سليمة³.

نشير إلى أن المتفاوض لا يلتزم بالإعلام إلا بالقدر الذي يفوت الطرف الآخر من المعلومات الضرورية حول موضوع التفاوض⁴. فالإلتزام بالإعلام يتضاءل بين الممتهين وقد يختفي أحيانا لعدم الحاجة إليه، فنطاق هذا الإلتزام يتحدد طبقا لخبرة المتفاوض الآخر أو عدم خبرته وعمره وجنسه ودرجته العلمية وتخصصه⁵.

كذلك يتحدد نطاق هذا الإلتزام بالنظر إلى محل العقد المزمع إبرامه، فكلما تعلق الأمر بخدمة أو شيء خطير وجديد في نفس الوقت، كان إلتزام الطرف الممتهن في هذه الحالة يتعدى مجرد الإلداء بالمعلومات إلى التحذير من خطورة هذا الشيء، سواء كان الطرف الآخر ممتهنا أم لا⁶. وهذا ما أقره القضاء الفرنسي في مجموعة من الأحكام، فلقد قضى بأن المنتج أو البائع الممتهن في مجال الأدوية لا يقتصر إلتزامه فقط على التغليف المحكم ووضع المعلومات التي تخص الدواء، ولكن يشمل أيضا التحذير من خطورة هذا المنتج⁷.

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 23 و 24 .

² - Cass.civ, 13 oct 1993, J.C.P, 1983, 2639, note billiau, au J.C.P, 1994. doctrine. 3757.

مشار إليه في: - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 24.

³ - Cass.civ, 13 fev 1979, J.C.P, 1979,4, 133, 16/06/1982, Dalloz, 1982, I.R , 455.

⁴ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 183 و 184.

⁵ - نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 97 و 98.

⁶ - Le Tourneau(Ph), le professionnels ont-ils du cœur, op.cit, P.21 et 22.

⁷ - Cass.civ.1, 14 déc 1982, Bull, 1, n°361, D, 83, 1, V.131, Rev-trim.civ, 83-544, note B.durry.

وقد يتسع نطاق الإلتزام بالإعلام إلى أقصى مداه ليصل إلى حد إسداء النصح إلى الطرف الآخر، وذلك عندما يتعلق الأمر بأشياء معقدة من الناحية التقنية، وخاصة أنها تكون، غالباً، ذات تكلفة عالية وتحتاج إلى خبرة فنية¹. وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي حيث أقر بأنه على المورد إسداء النصح للمشتري فيما يتعلق بملاءمة الجهاز لإحتياجاته، وأن الإخلال بهذا الإلتزام يمكن أن يترتب عنه قيام مسؤوليته².

الفرع الثاني: الأساس الأخلاقي للإلتزام بالإعلام ما قبل تعاقد.

يهدف المشرع من وراء تكريسه للإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد، إلى حماية المستهلك بوصفه الطرف الأضعف عقدياً، حيث يعد آلية لإعادة المساواة في العلم بين المتعاقدين وإعادة التوازن إلى العقد، لأن عدم المساواة في مستوى العلم مثل عدم المساواة الإقتصادية والتي تؤثر على المساواة العقدية، ومن ثم على العدالة العقدية³. وبهذا يكون للإلتزام بالإعلام دور وقائي يؤدي إلى السلامة القانونية، حيث يعمل على تجنب دعاوى الإبطال، فالوقاية تهدف إلى إبعاد الجراء وإعطائه مجرد دور تهديدي⁴.

وبمأن الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد يقع على مضمون محدد يتمثل في تقديم معلومات تتعلق بموضوع العقد، ولما كان الهدف من هذا الإلتزام يكمن في حماية ووقاية المستهلك، فإن تكريسه يعد تحقيق لصورة النظام العام الإقتصادي بوجهيه الحمائي والتوجيهي⁵.

يعتبر الإلتزام بالإعلام أحد مظاهر حماية الأخلاق في نطاق العقد، قبل أن يكون حماية للإرادة من التدليس والغلط⁶. فهو يبسط حماية على طرف ضعيف يهيمن عليه المهني ويتسلط، بل ويتعسف في إستعماله سلطته الإقتصادية أو خبرته الفنية ولذلك فإن تبصير المستهلك من هذه الناحية يعتبر واجبا أخلاقياً⁷. ويعد الإلتزام بالإعلام من الإلتزامات الأخلاقية التي تعتبر نوعاً من الإلتزامات الطبيعية، والتي تبقى مقوماتها تابعة لما تستوجبه الصراحة وعدم الغش أو كتمان حقائق تتعلق بمحل العقد، وهذا مرتبط

¹ - Savatier (R), les contrats de conseils professionnelles en droit prive, op.cit, P.137.

² - Cass.com, 25 Juin1980, Bull, 1 V, n°276, Rev-trim.civ, 81-157, note appr.G.durry.

-Cass.com, 28 oct 1986,Bull, 1 V, n°195, J.C.P.87, 12, Gaz.Pa.86. 11.288.

³- Terré (F) ، Simler (Ph) et Le Quette(Y), op.cit, P.204.

⁴- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص281.

⁵- جمعة زمام، المرجع السابق، ص290.

⁶ - Ripert (G), op.cit, p.74.

⁷- محمد العروصي، الإلتزام بالإعلام خلال تكوين عقد البيع، ط 2، مطبعة ووراقة سجلماسة، مكناس، 2012، ص63.

بتحديد البواعث والنية¹. ومن شأن هذا الإلتزام أن يوجد أساساً قانونياً للمسؤولية التقصيرية التي تنشأ عن الإخلال بالواجبات الأخلاقية مثل الصدق والأمانة، الإخلاص والثقة العقدية².

وبناءً على ذلك يرى جانب من الفقه أن الإلتزام بالإعلام منبثق عن مبدأ حسن النية الذي يقتضي الحرص على مصالح الطرف المقابل للإلتزام إتجاهه، وذلك ضمن قواعد الأخلاق، حيث يجب أن لا يكتف كل طرف متفاوض عن الآخر ما يعلمه من أمور تهمة والتي تؤثر في قراره بقبول إبرام العقد أو رفضه³. وإذا كان من الصعب تصور إلتزام عام بالإعلام نجده في كافة العقود، فإن مبدأ حسن النية يقود إلى إقراره في كل مرة يلاحظ فيها عدم التوازن بين الأطراف في المعلومات⁴.

وهناك من يرى أن الثقة التي يوليها كلا الطرفين للآخر هي أساس الإلتزام، فبحكم طبيعة العلاقة بين المهنيين أو التي يكون أحد أطرافها مهني والتي تتسم عموماً بالطابع الشخصي، نجد المتعاقد قد أدخل شخصية المهني عند رغبتة في التعاقد معه ووضع ثقته فيه، وهذه الثقة هي التي تؤسس عليها العلاقة المتبادلة بينهما⁵. وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في القانون المدني الجديد، حيث قرر من خلال المادة 1112-1 السابقة حق الإعلام للمتعاقد الجاهل للمعلومات وكذلك الذي يضع ثقته في الطرف الآخر.

في حين يرى الفقه الحديث أن الإلتزام بالتعاون هو أساس الإلتزام بالإعلام بهدف تحقيق التوازن العقدي، وهو أكثر فعالية من مبدأ حسن النية بمعنى الأمانة والنزاهة، وفكرة التعاون حسب رأي الفقيه **Mestre** تعتبر مرحلة جديدة في تطور قانون العقود⁶.

من جهتنا نوافق الرأي الذي يقول بأن الإلتزام بالإعلام أساسه مبدأ حسن النية، بالنظر إلى أن مفاهيم كالنزاهة والثقة والأمانة والتعاون وإن أصبحت إلتزامات قانونية أو مازالت تمثل مجرد واجبات أخلاقية، فإنها تعد مظاهر لهذا المبدأ. كما أننا نرى أن التطوير الضروري لنظرية العقد لا يتطلب مبادئ

¹ - تعد الإلتزامات الطبيعية مجرد مبادئ ومثل عليا مستوحاة من المعتقدات الاجتماعية والدينية، ليتولى رعايتها الضمير الفردي والاجتماعي، بغية السمو بالسلوك الإنساني للفرد وللجماعة إلى الرقي وإكتمال، وتكون تصرفاته خالية من كل تدليس أو غش. أنظر: - المرجع نفسه، ص 62.

² - محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 764.

³ - Ripert (G), op.cit, P.74 et s.

⁴ - Fabre-Magnan(M), op.cit, P.46.

- يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 180.

⁵ - محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 757 و 758.

- لخضر حليس، المرجع السابق، ص 81.

⁶ - خالد جمال أحمد حسان، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 128 .

جديدة، وإنما يكفي خلق إلتزامات جديدة بتوسعة مفهوم حسن النية كمبدأ أساسي مهذب ومكمل للقواعد المنظمة للعقد.

إن مضمون الإلتزام بالإعلام هو تزويد المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالتعاقد والتي بناءا عليها قد يقدم على التعاقد أو ينصرف عليه، فهو إلتزام سابق على تكوين العقد لذلك تترتب المسؤولية التقصيرية في حال إخلال المهني به¹. ولقد إنقسم الفقه حول طبيعة هذا الإلتزام إلى إتجاهين، إتجاه يرى أنه إلتزام بتحقيق نتيجة، وهو ما يحقق حماية للمستهلك إذ يخفف عبء الإثبات عنه. وبناءا عليه، على المستهلك إثبات عدم تنفيذ المدين لإلتزامه حتى تتقرر مسؤوليته، ولا يستطيع المدين التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي أو إثبات خطأ الغير².

في حين ذهب جانب من الفقه، على غرار القضاء الفرنسي، إلى إعتبار الإلتزام بالإعلام إلتزام ببذل عناية على أساس أن المهني ليس مطالباً بأكثر من تنوير رضا المستهلك بإستخدام كافة الوسائل التي تجعل إلتزامه ناجحاً، ولكنه لا يستطيع في المقابل أن يضمن إتباع المستهلك لما أبداه من نصائح ومعلومات وفهمها أو تقييده بتوجيهاته وتحذيراته³. فالمدين إذا قدم المعلومات والبيانات بصدق وأمانة ووضوح، ونصح وتوجيه لما يراه مستوجبا للنصح والتوجيه والتحذير، فإنه يكون قد وفى بذلك الإلتزام.

تجدر الملاحظة أن في فرض الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد ليس تحقيق للتوازن العقدي فقط، بل تكريس لواجب الشفافية الذي يتجلى من خلال الوضوح الذي يجب أن يميز العلاقات العقدية، لما يحققه من مضمون أخلاقي والتمثل في واجب النزاهة مع المستهلك⁴. وأمام أهمية هذا التصور الحديث للإلتزام بالإعلام، وجدت مظاهر هامة جسدت فيه، فالمادة 8 من قانون 04-02 صورت هذا المفهوم وربطته بالحدود المتوقعة للمسؤولية، حيث نصت على " يلزم البائع قبل إختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة."

¹ - خالد جمال أحمد حسان، المرجع السابق، ص335.

راجع نص المادة 1-1112 من القانون المدني الفرنسي الجديد، التي قضت بأن الإخلال بهذا الإلتزام يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد بالإضافة إلى قيام مسؤولية الطرف المخل.

² - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص287.

³ - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص113.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص293.

وترى الأستاذة زمام جمعة "أن النصوص الخاصة التي جاءت بتأسيس قانوني للإلتزام بالإعلام، قد إنتقلت للتعامل مع أخلاق العقد من مجرد مبادئ وقيم إلى سلوك عملي وملموس، لأنه من وراء إشاعة روح التعاون العقدية أسس الإلتزام بالإعلام في إطار تركيبية بين قانون الإستهلاك والمنافسة على تحقيق التوزيع العادل والمتعادل للإخطار العقدية، ومحاولة إضفاء توازن في الإلتزامات. غير أنه إذا كانت القواعد العامة للعقد تحمي المستهلك بوصفه طرفا في العقد، فإن قواعد المنافسة تمتد إلى مجال أوسع يوفر الوقاية حتى في غياب شروط المسؤولية العقدية الممتدة إلى المتعاقد وغير المتعاقد على حد سواء"¹.

وفضلا على تكريس الإلتزام بالإعلام لقواعد المنافسة، يمكنه التأثير على شفافية السوق ونزاهته، إذ أن غياب بعض المعلومات من شأنه إحداث خلل في التوازن على مستوى السوق، لذلك تستوجب شفافية الممارسات التجارية ونزاهتها إعطاء المعلومات الضرورية للمستهلك من حيث الأسعار والتعريفات الواجبة والمتعلقة بنوعية السلع والخدمات والتي يرغب المستهلك بمعرفتها"².

المطلب الثاني: خصوصية الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني.

نص المشرع الجزائري على أن الإلتزام بإعلام المستهلك يمكن أن يتم بالطرق الحديثة للإتصال، من خلال المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات إعلام المستهلك، التي تنص على "بغض النظر عن أحكام هذا المرسوم تطبق على المنتجات المعروضة للبيع عن طريق تقنيات الإتصال عن بعد القواعد الآتية:

- تقدم البيانات الإلزامية المنصوص عليها في هذا المرسوم بإستثناء تلك المتعلقة بمدة صلاحية المنتجات قبل إتمام الشراء وتظهر على دعامة البيع عن بعد حيث ترسل بأي طريقة أخرى مناسبة ومحددة بوضوح من طرف المتدخل المعني..."³.

ويعتبر الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد عبر شبكة الإنترنت من أهم الضمانات التي تحقق المساواة في العلم ما بين أطراف العلاقة التعاقدية الإلكترونية. ويعرف هذا الإلتزام بأنه إلتزام قانوني سابق على إبرام العقد يلتزم بموجبه البائع أو مقدم الخدمة بإعلام المستهلك بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 296 و 297.

² - أنظر المادة 04، 05 و 07 من قانون 04-02.

³ - جدير بالذكر أن أحكام الإلتزام بالإعلام في العقد الذي يكون محله سلع أو منتج، هي نفسها المتعلقة بالعقد الذي يتمثل محله في تقديم خدمة معينة، وهو ما تؤكد المادة 51 من المرسوم التنفيذي 13 رقم 378/13 السابق، حيث جاء فيها أن الأحكام المتعلقة بالإعلام حول المنتجات تطبق على الخدمات المقدمة للمستهلك بمقابل أو مجانا.

تمكنه من إتخاذ قراره بإتمام التعاقد أو بالإنصراف عنه، وذلك عن طريق وسائط إلكترونية بكل شفافية وأمانة¹.

وبناء على ذلك، يتميز الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في العقود الإلكترونية ببعض المميزات المتعلقة بمضمونه (الفرع الأول) وشروط تحققه (الفرع الثاني)، والتي تتناسب وطبيعته كعقد يتم عن بعد.

الفرع الأول: مضمون الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني.

يهدف الإلتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية والمصحوب، غالباً، بواجب النصيحة، إلى تحقيق التوازن العقدي من خلال إيجاد حرية تعاقدية حقيقية لصالح الطرف الضعيف، ما يكفل له الحماية². ومن الملاحظ أن الحماية التي يحققها الإلتزام بالإعلام قبل إبرام العقد الإلكتروني لا تنحصر على المستهلك فقط، وإنما تمتد الحماية إلى الطرف المهني أيضاً، فالمنتج والتاجر أو مقدم الخدمة من مصلحتهم تزويد المستهلكين بالمعلومات لجذبهم وتشجيعهم على التعاقد³.

وتزداد أهمية الإلتزام بالإعلام في مجال التجارة الإلكترونية حيث يتم التعاقد عن بعد، أين يكون، وفي الغالب، المستهلك ليس له خبرة في هذا التعاقد، فيقع تحت ضغط كبير من الدعاية والإعلان التي قد يندفع بها. لذلك يكون في إقرار هذا الإلتزام تصدي ومقاومة لمخاطر الدعاية والإعلان وذلك عن طريق تقديم معلومات موضوعية صحيحة عن السلع والخدمات⁴.

مما لاشك فيه أن إلتزام المهني بالإعلام ما قبل التعاقد حتى يتحقق قيامه، ينبغي أن يكون المستهلك المتعاقد معه جاهلاً بالبيانات والمعلومات المتعلقة بموضوع التعاقد. والجهل الذي يستطيع المستهلك التمسك به، كما رأينا، هو الجهل المشروع، فعلى المستهلك السعي إلى الإلتزام بالإعلام عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالمنتج أو السلعة التي يريد الحصول عليه. غير أن الإلتزام بالإعلام الذي يقع في ذمة المستهلك في التعاقد عن بعد، قد تحول دونه إعتبارات تجعله مستحيلاً، فيكون في هذه الحالة على المهني إعلام المستهلك بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد وإلا قامت مسؤوليته⁵.

¹ - عبد الحلیم بوقرین، الحماية الجنائية للمعاملات التجارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2013-2014، ص 203.

² - Magnier (V), protection des consommateurs, Les sanctions du formalisme informatif, JCP, éd G. doct, 1.10, N°5, 28 Janvier 2004, P.178.

³ - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 281.

⁴ - Magnier (V), op.cit, P.178. .

⁵ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 101.

وعليه يكون الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في العقود الإلكترونية، إلتزام قانوني أقره المشرع بناء على فرضية جهل وقلة خبرة المستهلك بالنظر إلى طبيعة هذا التعاقد، لذلك يلتزم التاجر أو المنتج أو مقدم الخدمة بتقديم كل المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، بغض النظر عن حقيقة جهل المستهلك بها.

وهذا ما تؤكدته النصوص القانونية التي تناولت هذا الإلتزام، فبناء على المادة 1/4 من التوجيه الأوروبي 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد¹، فإن المستهلك يجب أن يبصر بالمعلومات التالية قبل التعاقد:

- شخصية المورد وعنوانه في العقود التي تستلزم وفاء مسبقا.
 - الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة.
 - ثمن السلعة أو الخدمة، بما في ذلك الضرائب.
 - مصاريف التسليم إذا لزم الأمر.
 - طرق الوفاء، التسليم أو التنفيذ.
 - وجود الحق في العدول عدا الحالات الواردة في المادة 3/6.
 - تكلفة إستعمال تقنية الإتصال عن بعد، إذا كانت محسوبة على أساس آخر غير السعر الأساسي.
 - الحد الأدنى للعقد في حالة العقود الواردة على التوريد المستمر او الدوري لسلعة او خدمة².
- يتضح من هذا النص أن خصوصية الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في العقود الإلكترونية، تبرز في وجوب إعلام المستهلك بهوية المنتج أو التاجر أو مقدم الخدمة المتعاقد معه وبياناته التجارية، لأن هذا الإلتزام يتيح للمستهلك التحقق من جدية الشركة وأنها ليست وهمية، كما يتيح له التحقق من المركز

¹ - التوجيه متاح على الموقع:

<http://eur-lex-europa-eu/smartapi/cgi/sga-loc?somaptorilcelexplusprodDocNumberselg=frsetype-doc=directive>

² - أنظر أيضا: المادة 5-221 L من تقنين الإستهلاك الفرنسي الجديد، والمادة الأولى من العقد النموذجي فيما يتعلق بالمعاملات الإلكترونية الصادر عن اليونسترال. أنظر قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في 17 ديسمبر 1996، ونصومه متاحة على الموقع التالي:

http://www.uncitral.org/unicitral_texts/electronic_commerce/1996model.html

المالي للمشروع ومدى قدرته على تنفيذ الإلتزامات الناتجة من العقد، وكذلك معرفة وضعه القانوني، وهو ما يحقق عنصر الأمان في التعاقد عن بعد الذي تتطلبه الحماية القانونية للمستهلك¹.

كما تظهر هذه الخصوصية في وجوب تبيان كيفية إتمام عملية البيع ومراحلها وإجراءاتها إلى جانب الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالمنتج، الذي تفرضه طبيعة التعامل في مجال التجارة الإلكترونية على البائع. وهو ما أكدته المشرع الفرنسي من خلال المادة **L111-1** من قانون الإستهلاك الجديد²، حيث نصت على أنه يتوجب على البائع إعلام المستهلك بخصائص السلعة أو الخدمة وثمنها والشروط الخاصة بعقد البيع وكذا بتحديد المسؤولية العقدية.

ننوه إلى أن التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، يلزم من خلال نص المادة 1/5 المورد المدين بالإلتزام بإعلام المستهلك في العقود الإلكترونية بتأكيد المعلومات السابقة المذكورة في المادة 1/4، وأضاف إليها معلومات تتعلق بكيفية ممارسة الحق في الرجوع، وعنوان مؤسسته التجارية حتى يتمكن المستهلك من مقاضاته في حال نشأ نزاع بينهما، والمعلومات المتعلقة بخدمة ما بعد البيع والضمانات التجارية كضمان المطابقة وضمان العيوب الخفية وضمان السلامة، وشروط فسخ العقد إذا كان العقد غير محدد المدة أو كان لأكثر من سنة. وهو ما يحقق حماية أكبر للمستهلك في هذه العقود.

على غرار القانون، يستوجب الفقه الإسلامي الصدق والبيان في الإعلانات عبر الأنترنت، حيث يستلزم وصف السلعة أو الخدمة محل العقد وصفا صادقا يتحقق بموجبه علم المستهلك علما كافيا نافيا للجهالة الفاحشة في الإعلان³، وذلك لنهي الرسول عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر⁴ وعن الملامسة

¹ - عبد الحلیم بوقرین، المرجع السابق، ص 204.

² - Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation

منشور على موقع:

ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte>

³ - شاکر حامد علي حسن جبل، الإعلان التجاري والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 447.

⁴ - صحيح مسلم، النووي 395/10، 396.

والغرر هنا يقصد به كل ما لا يدري المشتري فيه حقيقة ما يحصل عليه ولا ما يصير إليه. أنظر: - شاکر حامد علي حسن جبل، المرجع السابق، ص 60.

والمناظرة¹. كما أنه من المحظر شرعا استخدام الخداع لستر بعض المعلومات عن السلعة أو الخدمة محل التعاقد لمصلحة الآخرين، لأنه تدليس بحيث يعتمد المعلن على موقع الأنترنت لإيجاد نصوص أو ألوان أو صور من شأنها خداع المستهلك أو تُكوّن للقابل أو المعلن إليه موقفا من الغموض بحيث تختفي مواصفات يجب العلم بها².

الفرع الثاني: شروط الوفاء بالإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني.

يلزم المشرع من خلال المادة 17 من قانون حماية المستهلك السابقة، أن يقدم المتدخل المدين بالإعلام المعلومات اللازمة في الوسم³ الملصق بالمنتج أو السلعة، وفي العقود الإلكترونية يتم عرض السلع على شكل صور أو فيديوهات وهو ما يجعل جهل المستهلك الإلكتروني بخصائص المنتج المعروض للبيع عبر شبكة الأنترنت فرضية قائمة، وهذا لصعوبة، في بعض الأحيان، قراءة الوسم. وهكذا، قد لا يحقق الوسم في التعاقد عن بعد الغاية من فرض الإلتزام بالإعلام السابق، على خلاف الأمر في العقود العادية أين يتمتع المستهلك بحرية معاينة المنتج وحتى تجريبه مما يحقق فعالية الوسم⁴.

وطالما أن الوسم العادي لا يكفي كوسيلة لإيصال المعلومات محل الإلتزام بالإعلام، فإنه يجب على المتدخل، وفقا لنص المادة 17 السابقة، إختيار وسيلة أخرى لعرض خصائص محل العقد وطرق إستعماله بوسائل أكثر فعالية، كالإعلان عنها في صفحة مستقلة وبصفة واضحة ملفتة للانتباه، أو حتى إستعمال الفيديو لشرح طريقة الإستعمال أو الخصائص⁵.

وقد نصت المادة 2/4 من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 السابق على أنه "يجب أن تقدم المعلومات المذكورة في الفقرة الأولى، بطريقة واضحة ومفهومة بكل وسيلة ملائمة لتقنية الإتصال عن بعد

¹ - صحيح البخاري، فتح 439/4 رقم 2146، 2147.

الملامسة والمناظرة من بيوع الجاهلية أين كان يكتفي لزوم البيع بلمسة أو نبذة من غير نظر ولا تراض.

لمزيد من التفاصيل، راجع: - شاكِر حامد علي حسن جبل، المرجع السابق، ص 61.

² - أسامة بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، ص 318.

³ - يعرف الوسم بأنه "كل نص مكتوب أو مطبوع أو كل عرض بياني يظهر على البطاقة، الذي يرفق بالمنتج أو يوضع قرب هذا الأخير لأجل ترقية البيع". - أنظر المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 484/05 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها المؤرخ في 25 ديسمبر 2005، الجريدة الرسمية، عدد 83.

وأنظر أيضا المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 السابق التي جاء فيها أن الوسم الغذائي هو "وصف لخصائص التغذية لمادة غذائية قصد إعلام المستهلك".

⁴ - عبد الحليم بوقرين، المرجع السابق، ص 204.

⁵ - المرجع نفسه، ص 204.

المستعملة، مع إحترام مبادئ الصدق في موضوع العقود التجارية والمبادئ التي تحكم حماية الأشخاص ناقصي الأهلية وفقا للقانون الوطني"¹.

وبناء على هذا النص فإنه يشترط في الإلتزام بإعلام المستهلك حتى يعتبر المدين قد وفى به، أن تكون عباراته واضحة الدلالة على المقصود منها، وأن تأتي هذه العبارات سهلة القراءة خاصة بالنسبة لعبارات التحذير من المنتج. كما يجب أن تكون العبارات المستخدمة للإدلاء بالمعلومات اللازمة شاملة، وأن تأتي صادقة أي أن تكون المعلومات المدلى بها صحيحة، وهو إلتزام بوسيلة. وإلى جانب الصدق يجب أن يراعى المدين جانب الدقة، بحيث يقدم للدائن المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد على نحو دقيق وبصورة محددة بالقدر الذي يساعد هذا الأخير على إتخاذ القرار المناسب لمصلحته في التعاقد².

وبالنظر إلى أن التعاقد إلكتروني، فإنه يشترط فيها إستخدام المدين للوسائل الإلكترونية في الإعلام، حيث يضع التاجر أو المنتج على موقعه الإلكتروني صوراً للمنتجات مطابقة لحقيقتها، وبجانبيها بيانات حول مكوناتها وطرق إستخدامها ومدة صلاحيتها وما إلى ذلك. كما يضع أيضا بيانات حول شروط التعاقد من ثمن وشروط الوفاء وكيفية التسليم، وغيرها من المعلومات التي تتعلق بالعقد³. وكذلك يجب على مقدم الخدمة أن يضع على موقعه شروط الخدمة وخصائصها ومقابلها، وبيان كيفية تنفيذها، ووسيلة الوفاء ووقت آدائها، حتى يتمكن المستهلك من معرفة كل ما يريده⁴.

جدير بالذكر أن الإلتزام بالإعلام لا ينتج أثره إلا إذا جاء بلغة يفهمها المستهلك، لذلك تعد اللغة التي يتم بها الإعلام من أهم الأمور. ويستلزم المشرع الفرنسي إستعمال اللغة الفرنسية في عرض وبيان طريقة الإستخدم للسلع المعروضة على الأنترنت، وكذلك بيان شروط التعاقد وصياغة الفواتير والمخالصات بنفس اللغة، وهذا يحقق حماية للمستهلك وللغة الفرنسية أيضا⁵. غير أن محكمة العدل الأوروبية قضت بأن فرض التنظيم الوطني إستعمال لغة محددة دون الأخذ بإمكان إستعمال لغة أخرى سهلة الفهم من المشتريين، يتعارض مع المادة 30 من المعاهدة الأوروبية⁶. وتبرير هذا الحكم، يعود إلى

¹ - ولقد نقل المشرع الفرنسي هذا النص في تقنين الإستهلاك الجديد في المادة 5-221.L.

² - خالد جمال أحمد حسان، المرجع السابق، ص 379.

³ - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 304.

⁴ - المرجع نفسه، ص 305.

⁵ - أنظر المادة 02 من قانون رقم 94-665 الصادر بتاريخ 4/8/1994 بشأن إستعمال اللغة الفرنسية، والمعروف بقانون

.Toubon

⁶ - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 311.

وجود صعوبات في إشتراط إستخدام اللغة الوطنية في التعاقد الإلكتروني، حيث أن شبكة الأنترنيت شبكة عالمية وعقد الإستهلاك الإلكتروني يكون غالبا عقد دولي¹.

وفي الجزائر فرض المشرع في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، على المتدخل العادي وحتى الإلكتروني تقديم المعلومات محل الإلتزام بالإعلام باللغة العربية، إذ تنص المادة 18 منه على فيها "يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الإستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المعمول به باللغة العربية، وعلى سبيل الإضافة بلغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم للمستهلكين". كما أكد المشرع ذلك من خلال نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 13-378 أين إستلزم أن يكون الوسم وبياناته المختلفة مكتوبة باللغة العربية فضلا عن كونها مرئية وسهلة القراءة، وكذا من الصعب محوه.

على هذا الأساس، وأمام قصور النصوص المتعلقة بإعلام المستهلك في قانون 03/09 عن تنظيم أحكام الإلتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، يكون على المشرع تعديل المادتين 17 و 18 بما يتناسب وطبيعة المعاملات التجارية الإلكترونية، ويمكنه في ذلك الإقتداء بما إتجه إليه التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد من خلال نص المادتين 4 و 5 منه. وهكذا يتضح أن الإلتزام بالإعلام الذي يفرضه مبدأ حسن النية في إبرام العقد العادي والإلكتروني، يلعب دورا هاما في تحقيق العدالة العقدية من خلال إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية. كما أنه يكمل ويدعم نظرية عيوب الإرادة، حيث يحقق حماية للإرادة المتعاقد ومن ثم لحرية التعاقد. ولتعزيز هذا الدور ظهر إلتزام جديد في ذمة البائعين ومقدمي الخدمات، أفرزته التطورات المتعلقة بوسائل الإتصال والمتمثل في إجتئاب الإعلان المضلل، خاصة بعد إنتشار وسائل الإشهار وتعددتها.

المبحث الثالث: الإلتزام بالنزاهة في الإشهار التجاري تهديبا للسلوك التفاوضي.

لجأ التجار ومقدمي الخدمات إلى إستعمال وسائل الإتصال التقنية والفنية من أجل جذب العملاء أو المستهلكين، وذلك عن طريق الإعلان أو الإشهار. وأمام ما تشكله هذه الإعلانات من تهديد لإرادة المستهلك، بالنظر إلى دورها الأساسي الذي يكمن في إغرائه لإستغلال ضعفه إتجاه السلعة أو الخدمة المعلن عنها أو حتى تغيير سلوكه الإستهلاكي، فإن العدالة إستوجبت إلتزام المعلن بتقديم إشهار نزيه يكون صادقا وغير مخالف للقانون (المطلب الأول).

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص130.

وتزداد الخطورة في الإشهارات التجارية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، فبحكم إنتشارها وتنوع أساليبها أصبحت تؤثر بشكل خطير في سلوك المستهلك، عن طريق الخداع الذي تمارسه لدفعه إلى التعاقد. لذلك يكون في إقرار الإلتزام بالنزاهة تصدي ومقاومة لمخاطر الإعلانات التجارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون الإلتزام بالنزاهة في الإشهار التجاري وأساسه.

إن الإشهار يهدف إلى ترويج المبيعات أو الخدمات بقصد تحقيق الكسب المادي. ويعرفه المشرع الجزائري في المادة 3 من قانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي تنص على "الإشهار هو كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج وبيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الإتصال المستعملة". كما عرفته المادة الثانية من مشروع القانون المتعلق بالإشهار لسنة 1999¹ بأنه " الأسلوب الإتصالي الذي يعد ويقدم في الأشكال المحددة في هذا القانون، مهما كانت الدعائم المستعملة قصد تعريف وترقية أي منتج أو خدمة أو شعار أو صورة أو علامة أو سمعة أي شخص طبيعي أو معنوي، كما تشمل العبارة كذلك الأنشطة شبه الإشهارية."

يعد الإشهار وسيلة ناجحة لجذب أكبر قدر ممكن من المستهلكين، لذلك يعتبر من أهم آليات المنافسة الحديثة. ومن أجل ضبط هذه الوسيلة بما يجعلها تحقق مصالح التاجر أو مقدم الخدمة ومصالح المستهلك الضعيف على حد سواء من جهة، وحماية لحرية المنافسة من جهة أخرى، فرض القانون إلتزام النزاهة في الإشهار. ولقد إعتبر المشرع الجزائري في القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الإشهار التضليلي ممارسة غير نزيهة بموجب المادة 28 منه (الفرع الأول).

ولما كانت الممارسات التجارية غير النزيهة، هي تلك الممارسات المخالفة للأعراف التجارية والتي من خلالها يتعدى على المبادئ الأخلاقية التي تنظم العلاقات في السوق، فإن أساس الإلتزام بالنزاهة في الإشهار هو الأخلاق التعاقدية التي يجب أن تسود المرحلة السابقة على التعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكريس الإشهار التضليلي كممارسة غير نزيهة في القانون.

يستلزم القانون أن تتوفر في الإشهار التجاري أيا كان موضوعه مجموعة من الشروط حتى يتسم بالمشروعية، أهمها الوضوح والتحديد إذ يجب أن يتضمن كافة البيانات عن السلعة أو الخدمة المعلن عنها، والتي من شأنها توعية وتنوير إرادة المستهلك قبل التعاقد. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 103/91 من خلال نص المادة 41 بقولها " يكون الإعلان عن البلاغات الإشهارية

¹ مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة، 29 أوت 1999.

وتحديدها على الحالة التي هي عليها بوضوح"¹. كما يشترط الصدق في الإشهار التجاري وهو ما أكدته المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 103/91 السابق التي تنص على " ينبغي ان يكون محتوى البلاغات الإشهارية مطابقا لمقتضيات الصدق واللياقة وإحترام الأشخاص".

ويعتبر المشرع الإشهار الذي تتخلف فيه هذه الشروط إشهارا مضللا غير مشروع، لأنه يؤدي إلى تغليب المستهلك أو من شأنه أن يؤدي إلى ذلك. وعليه يكون الإشهار تضليليا إذا تضمن معلومات تدفع المستهلك إلى الوقوع في غلط وخداع فيما يتعلق بعناصر وأوصاف جوهرية للخدمة أو المنتج المعلن عنه². ويفرز الواقع العملي صورا عديدة للإشهار المضلل نتيجة تعدد وتطور وسائله (أولا)، في حين تختلف الآراء حول معيار التضليل في حد ذاته (ثانيا).

أولا: صور الإشهار المضلل.

تناول المشرع الجزائري الإشهار التضليلي في المادة 28 من القانون 04-02 المؤرخ 23 يونيو 2004 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بمقتضى القانون 06/10³، التي تنص "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا، كل إشهار تضليلي، لاسيما إذا كان:

- 1- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته.
- 2- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الإلتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه.
- 3- يتعلق بعرض معين لسلع أو الخدمات في حين أن العون الإقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة، بالمقارنة مع ضخامة الإشهار."

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 103/91 المؤرخ في 20/04/1991 يتضمن منح إمتياز عن الأملاك الوطنية العقارية والمنقولة والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالبث الإذاعي السمعي إلى المؤسسة العمومية للإذاعة المسموعة، الجريدة الرسمية عدد 19.

² - يمينة بليمان، الإشهار الكاذب أو المضلل، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 32، المجلد ب، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2009، ص 293.

² - القانون 06/10 المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت 2010، يعدل ويتم القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. أنظر: الجريدة الرسمية، عدد 46 المؤرخة في 18 غشت 2010.

يتضح من هذا النص أن الإشهار يكون مضللاً عندما يكون له طابع تدليسي، أي أن محتواه يؤدي إلى التغييط وهو ما يجعله فعلاً غير مشروع. لذلك تدخل المشرع لحماية إرادة المتعاقد، وذلك من خلال تحديد بعض الحالات التي يعتبر فيها الإشهار تضليلياً، والتي تتمثل في:

1- الإشهار المفضي إلى التضليل.

من خلال البند الأول من المادة 28 نستنتج أنه لا يشترط أن يقع التضليل فعلاً، بل يكفي أن يكون الإشهار من شأنه أن يؤدي مستقبلاً إلى تضليل المستهلك لإعتباره غير مشروع. ومن ثم فإن تحديد مدى إنطباق هذه الصورة ينطلق من مضمون الإشهار ومحتواه بغض النظر عن النتائج الفعلية للإشهار، وفي ذلك تكريس لحماية المستهلك.

وعليه يتضح أن مفهوم التضليل يشمل كل ما يؤدي إلى خداع المتلقي سواء بتصريحات أو بيانات غير حقيقة أو مزيفة، أو بذكر بيانات صحيحة بذاتها ولكنها تصاغ في عبارات أو تشكيلات من شأنها خداع المتلقي، سواء تعلق الأمر بتعريف المنتج أو الخدمة أو بكميته أو وفرته أو خصائصه¹.

وإذا كان التضليل يتم، غالباً، بفعل إيجابي فإنه يتحقق كذلك بالترك أي بإتخاذ موقف سلبي يؤدي إلى كتمان المعلومات اللازمة لإظهار الحقيقة الكاملة للمنتج المعلن عنه. ومثال ذلك الإعلان الذي يترك إنطباعات بأن المشتري يستفيد من الضمان مجاناً لمدة معينة ثم تبين أن هناك وثيقة ملحقة بعقد البيع يجب توقيعها تتضمن زيادة في الثمن لإستحقاق الضمان مما يجعله ضماناً بمقابل وليس مجاناً كما ورد في الإعلان².

تجدر الإشارة إلى أنه لا وجود للحقيقة المطلقة في الإشهار، فالكذب منتظر فيه. غير أن الكذب في الإعلانات إذا تجاوز الحد المألوف وكان مؤثراً في إرادة المدلس عليه ودافعاً إلى التعاقد، فإنه يعتبر تدليساً وتضليلاً يعاقب عليه القانون³. وقد أكدت ذلك المادة 41 من المشروع القانون المتعلق بالإشهار

¹ - نشير إلى أن التضليل الذي قد يحدثه الرمز المشكل للعلامة بشأن تعريف أو خصائص المنتج أو خدمة، يعد من تطبيقات هذه الحالة. أنظر: المادة 07 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات المؤرخ في 19 يونيو 2003، الجريدة الرسمية، عدد 44.

² - عياض محمد عماد الدين، الحماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسات التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2006-2007، ص 137.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 67.

لسنة 1999، حيث نصت على تعريف الإشهار الكاذب بقولها: " يعتبر الإشهار كاذبا إذا تضمن إدعاءات أو إشارات أو عروض خاطئة من شأنها أن تخدع المستهلك أو المستعمل للمواد والخدمات".

يتوافق موقف القانون في هذا مع مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، حيث تستوجب الصدق والبيان في الإعلان عن السلع أو الخدمات ومواصفاتها، فهي تحرم الكذب في الإعلان التجاري عبر الوسائل المختلفة صيانة لمصالح أفراد الأمة والمجتمع¹. ومن دليل حرمة الدعايات الكاذبة في القرآن الكريم قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ ﴾²، وفي السنة النبوية الشريفة ما رواه حكيم بن حزام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَالٌ يَنْقَرَقَا - أَوْ قَالَ حَتَّى يَنْقَرَقَا - فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَنَّمَا وَكَذَبَا مُحِقَّتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا ﴾³. وفي الآية والحديث دلالة واضحة على وجوب الصدق والبيان في الإعلان التجاري.

نشير إلى أن هناك من يحاول التمييز بين الإعلان الكاذب والإعلان المضلل على أساس أن الإعلان الكاذب هو الذي يتضمن بيانات الكاذبة كلياً أو جزئياً، بينما الإعلان المضلل لا يتضمن بيانات كاذبة ولكن يصاغ بطريقة تؤدي إلى خداع المتلقي. غير أنه في الواقع لا فرق بينهما، لأن العبرة ليست بمضمون الإعلان وإنما بالأثر الذي يترتب على المتلقي وهو تضليله، فسواء تضمن الإعلان الحقيقة أو لا فإنه في النهاية سيؤدي إلى التضليل⁴.

2- الإشهار المفضي إلى اللبس.

إعتبر المشرع في الفقرة الثانية من نص المادة 28 السابق أن الإشهار الذي يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه، هو إشهار مضلل غير مشروع. والمشرع في هذه الصورة لم يتطلب وقوع اللبس فعلاً، وإنما إكتفى بإمكانية حدوثه في المستقبل. كما لم يشترط المشرع على غرار الصورة السابقة أي قصد للبس لدى صاحب الإشهار.

¹ - شاكِر حامد علي حسن جبل، المرجع السابق، ص132.

² - سورة التوبة، الآية رقم 119.

³ - صحيح مسلم، النووي (416/10، 417) رقم 6383. نقلا عن: - شاكِر حامد علي حسن جبل، المرجع السابق، ص137.

⁴ - طحطاح علال، إلتزامات العون الاقتصادي في ظل الممارسات التجارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، 2013 - 2014، ص167 و168.

يستهدف المشرع من خلال حظر هذا النوع من الإشهارات، حماية رضا المستهلك وذلك بأن يكون إختياره حرا لا يشوبه أي لبس أو غموض. فاللبس الحاصل نتيجة الإشهار من شأنه توليد الأوهام في ذهن المستهلك، مما قد يجعله يقدم على إقتناء ما لم يقصد إقتناؤه فعلا من السلع والخدمات أو التعاقد مع من لم يكن ينوي التعاقد معه، فتحيد بذلك إرادته عن منحها الصحيح نتيجة ما لحقها من بلبلة وتشويش، وهو بذلك مساس بلا شك بالإلتزام بالنزاهة. وفي الواقع، لا يتحقق ذلك الأمر إلا إذا كان هذا الإشهار يتضمن عناصر تقليد منتج أو نشاط بائع آخر¹.

وبهذا يختلف الإشهار المفضي للبس عن الإشهار المفضي للتضليل، إذ حرص المشرع في هذا الأخير على ضرورة أن يلبي المنتج أو الخدمة الرغبات التي يمكن أن يتوقعها المستهلك عند مشاهدته للإشهار من حيث خصائص المنتج أو الخدمة، وظيفته، منفعته وجدواه. في حين حرص على حرية إختيار المستهلك في الإشهار المفضي للبس، فحتى لو كانت البيانات التي وردت في الإشهار صحيحة وتدل على حقيقة المنتج أو خدمة محل الإشهار، فإن الإشهار يعتبر مضللا متى كان من شأنه أن يجعل المستهلك يتعاقد مع بائع لم يكن يقصده، أو على سلعة أو خدمة لم يقصد إقتناءها، حتى وإن كانت هذه السلعة أو الخدمة تلبى رغباته.

يستوجب الفقه الإسلامي أيضا تجنب الخداع في الإعلان التجاري، كالتخفيضات الوهمية في الأسعار لحصول الغبن في البيع التي يترتب عليها إسراع الناس عقب الإعلان إلى الشراء بإعتبار أن ذلك فرصة لن تعوض²، ولأن التخفيض الوهمي من الاثارة بالمكر والخديعة وهو من النجش الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم³.

3- الإشهار المبالغ فيه.

إذا كان الكذب غير جائز في مجال الإشهار، فإن المبالغة في الإشهار عن السلع والخدمات مقبولة طالما أن الهدف منها هو جذب إنتباه المستهلك له⁴. فإمتداح المنتجات والخدمات يفترض في حد ذاته

¹ - محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص134.

² - شاكور حامد علي حسن جبل، المرجع السابق، ص136.

³ - عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: "نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش". - صحيح مسلم، النووي، 10/403، رقم 3798.

⁴ - Cass.Crim, 21 Mai 1984,D, 1985, 105, note ; S. Marguery, J.C.P, 1984, IV, 246.

نوع من التجاوز المسموح به، إذ يعتبر من الكذب المحمود الذي لا ينخدع به أحد ولا يضر بمصالح المتنافسين¹.

غير أن المبالغة إذا كان من شأنها أن تخذع المستهلك العادي، فإنها تجعل الإشهار مضللاً وبالتالي غير قانوني. وتتص المادة 28 في فقرتها الثالثة على أنه يعتبر إشهار تضليلي ممنوع، كل إشهار يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الإقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع، أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار. فالمشرع في هذه الصورة للإشهار التضليلي يتصدى للأعوان الإقتصاديين الذين يبثون إشهارات تفوق قدراتهم الحقيقية، سواء كان ذلك بسوء نية أو كان سببه سوء في تقدير العون لقدراته الحقيقية، لأنه يشكل نوع من التعدي على مبدأ حسن النية المفروض عند التعاقد، كما قد يؤدي إلى المساس بالمنافسة لاسيما فيما يتعلق بالأسعار.

ويرجع سبب حظر هذا النوع من الإشهارات إلى تأثيرها على إستقرار السوق، إذ يختل التوازن بين العرض والطلب مما ينجم عنه تذبذب في الأسعار، وهز لثقة المستهلك في قدرة العون الإقتصادي على تلبية حاجياته التي تولدت عن ذلك الإشهار المضلل².

ويتضح من خلال النص السابق للمادة 3/28 أن الحكم على إشهار معين بالمبالغة أو التضخيم يقتضي توفر شرطان:

أ- يجب أن يتضمن الإشهار عرضاً معيناً لسلع أو خدمات: فهذا العرض هو الذي يمكن من خلاله الحكم على مدى المبالغة الذي مارسه العون الإقتصادي بعد الوقوف على قدراته الحقيقي. والعرض قد يكون محدد كأن يذكر الإشهار المدة التي تتوفر فيها السلعة أو الخدمة كإستعمال عبارة "متوفر طيلة شهر رمضان"، وقد يستشف تقدير العرض من الإشهار ضمناً كأن يستخدم عبارة "فرصة للمواطن الجزائري"³.

فطريقة العرض تجعل المستهلك يتخذ قرارات تناسب تقديره لهذا الإشهار فيطمئن لتوفير السلعة أو الخدمة خلال فترة محددة أو مقدار معين بحسب ضخامة الإشهار، وقد يؤجل إقتناء السلعة أو الخدمة تبعاً لذلك. لهذا يفترض أن تكون قدرات صاحب الإشهار متناسبة، على الأقل، مع العرض الذي قدمه في الإشهار.

¹ - محمد حسين عبد العال، القيمة القانونية للمستندات الإعلانية، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 22.

² - محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 134 و 135.

³ - المرجع نفسه، ص 122.

ب- عجز العون الإقتصادي عن توفير السلع أو ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع **المبالغة في الإشهار**: وهنا يكمن عنصر التضليل حيث يتبين أن العون الإقتصادي لا يملك مخزونا كافيا من السلع يناسب العرض الذي قدمه أو الإشهار الضخم الذي بثه، كأن يكون الإشهار موجها لجميع الجزائريين في حين يستحيل تلبية طلباتهم جميعا. كما يكون العجز أيضا إذا تبين أن العون الإقتصادي لن يتمكن من ضمان الخدمات التي يفترض أنه مستعد لتقديمها مقارنة مع ضخامة الإشهار كأن تعلن شركة النقل عدد الرحلات التي تقدمها ثم تبين أن الحافلات التي تملكها يستحيل أن تغطي هذا العدد من الرحلات¹.

ننوه إلى أن تقدير هل القدرات الفعلية للعون الإقتصادي تتناسب وقدراته التي أعلن عنها في الإشهار، هي من سلطات القاضي الذي يجب أن يرجع فيها إلى الظروف العادية للسوق خصوصا من حيث العرض والطلب. ويترتب على ذلك أنه إذا حدثت ظروف استثنائية غير مألوفة زادت من الطلب على السلعة مما جعل العون الإقتصادي يعجز عن تلبية الطلب خلال الفترة التي حددها في إشهاره مثلا، فإن الإشهار لا يعد مضخما.

ثانيا: معيار تقدير التضليل في الإشهار.

موضوع التضليل أو الكذب قد ينطبق على عدة مجالات تتصل بالمنتج ذاته أو الخدمة ذاتها، إذا إنصب على وجود المنتج أو طبيعته أي حقيقته أو ذاتيته أو نوعه أو خصائصه الجوهرية. وقد يكون التضليل متعلقا بعناصر خارجة أو مستقلة عن المنتج أو السلعة أو الخدمة، إذا إنصب على الدافع إلى البيع أو شروط هذا البيع أو الثمن وأوضاع الوفاء به، ومدى إلتزامات المعلن وشخص التاجر وصفاته الحقيقية.

ويشمل التضليل المتعلق بذات المنتج والخدمة ما يلي: وجود المنتجات والخدمات، ذاتية المنتجات أي طبيعتها أو حقيقتها، مكونات المنتج، النوع أو الصنف، الخصائص الجوهرية، طريقة وتاريخ ومصدر الصنع. أما التضليل الخارج عن ذات المنتجات أو الخدمات فهو لا يرتبط بذات المنتج أو الخدمة محل الإعلان وإنما بأمور خارجة عنها، كالدافع إلى البيع أو شروط هذا البيع وقدر إلتزامات المعلن والثمن وأحكام الوفاء به أو بشخص المعلن ومؤهلاته.

¹ - محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص122.

ولقد ثار جدل فقهي في فرنسا حول معيار تقدير التضليل، فهناك من إعتد المعيار الشخصي الذي ينظر فيه إلى شخص المتلقي (نسبة ذكائه، فطنته...) في كل حالة على حدى، وليس إلى التضليل في حد ذاته¹. وهناك من أخذ بالمعيار الموضوعي إذ يعتد فيه بمستوي المتلقي العادي، وفي هذا المعيار يجرى المتلقي من ظروفه الشخصية، حيث يأخذ بالمستهلك المتوسط الذي يمثل جمهور الناس، أي المستهلك الذي يحتاج إلى حماية خاصة. وفي هذا المعيار المجرد يعفى القاضي من البحث عما هو كامن في النفس². في حين إستقر القضاء الفرنسي على تقدير التضليل بالقياس على مستوى المتلقي العادي، أي أن التضليل في الإشهار لا يتحقق إلا إذا كان من شأنه خداع المتلقي العادي لأنه هو الذي يكون جدير بالحماية³.

أما المشرع الجزائري فقد تبنى المعيار الموضوعي متأثرا بالقضاء الفرنسي، حيث أعتبر الإشهار غير شرعي لمجرد أنه قد يؤدي في المستقبل إلى التضليل، أي أن الحكم على مدى شرعية الإعلان يمكن أن يتم قبل وقوع التضليل فعلا وقبل معرفة الشخص الذي يقع عليه التضليل، وهو يتطلب الأخذ بمعيار موضوعي في تقدير التضليل. وإنطلاقا من هذا المعيار الموضوعي الذي مناطه المستهلك العادي من حيث الملكات الذهنية والعقلية، يرى جانب من الفقه أنه لا يمكن الحكم بعدم شرعية الإشهار لمجرد إنقياد بعض ضعفاء العقول له رغم وضوح أن ما يتضمنه هذا الإشهار هو ضرب من المبالغة لا يتصف لحد القول بأنه مضلل.

الفرع الثاني: أساس الإلتزام بالنزاهة في الإشهار.

يعتبر الإعلان التجاري أهم مصدر للمعلومات بإعتباره شكلا من أشكال الدعاية، وهو أيضا أداة للتعريف بالمنتجات والخدمات ومدى قدرتها على الوفاء بحاجات المستهلك. إلا أن المعلن قد يلجأ إلى أساليب الخداع والكذب لتضليل المستهلك، الأمر الذي يجعل التدخل لحماية المستهلك من هذه الإعلانات التضليلية ضرورة أخلاقية قبل أن تكون قانونية.

وهكذا ظهرت الحاجة إلى وضع ضوابط لدرء مظاهر التعسف في إستعمال الإشهار التجاري، لذا أولى المشرع الجزائري أهمية خاصة له، فالتضليل هو ما يخالف الحقيقة ويمس بمبادئ شرف التعامل والنزاهة والأمانة في إطار المنافسة بقصد تضليل العملاء أو الإستحواذ عليهم. ولم يكتف المشرع بحماية رضا المستهلك من خلال القواعد العامة المنظمة لأحكام التدليس كعيب من عيوب الإرادة، فلقد تدخل من

¹ - يمينة بليمان، المرجع السابق، ص294.

² - المرجع نفسه، ص295.

³ - Cass.Crim, 5 Avril 1990, B.C, 1990, n°148 ; Appel Paris,12 Avril 1983, G.P, 1984,P.49.

خلال نصوص خاصة لمنع كل إعلان تضليلي، وإعتبره إخلالا بمبدأ النزاهة المفروض في قانون الممارسات التجارية حماية للمنافسة المشروعة.

إن تقرير المشرع للإلتزام بالنزاهة في الإشهار التجاري بالنظر إلى أنه مصدر للمعلومات المتعلقة بعملية التعاقد، تفرضه العدالة العقدية التي تهدف إلى تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة حفاظا على النظام العام وضمانا لإستقرار العقد. ويعد مبدأ حسن النية الذي يقود إلى التفكير بآداب المعاملات أساس الإلتزام بالنزاهة¹، إذ يمثل هذا الأخير مظهرا من مظاهره. فحسن النية في التعامل يتطلب النزاهة التي تبدو مظاهرها دائما ذات طبيعة سلبية، فهي تفرض تجنب التضليل وجميع أنواع الغش أثناء إبرام وتنفيذ العقد، لأنها تعتبر مظاهر لسوء نية المدين، ومن ثم تعد سلوكا مخالفا للقانون². ولا شك أن تنفيذ واجب النزاهة والإستقامة، عموما، يمكن من تحقيق الهدف الذي يصبوا إليه الطرفان من التعاقد ويحافظ على إستقرار المعاملات.

هذا ويعتبر بعض الفقه الفرنسي أن الإلتزام بالنزاهة هو تكريس لمبدأ الثقة المشروعة في التعاقد، كمبدأ تنظيمي للسلوك العقدي³. فمراعاة الثقة المشروعة المتولدة لدى المتعاقد المقابل تقتضي التصرف بمعقولية، أي بإتباع السلوك الموافق للعقل والعدل في ظروف معينة، وكذلك مراعاة الأعراف والأساليب المقبولة في التجارة⁴.

وعليه لتحقيق الإلتزام بالنزاهة لا بد أن يراعي المعلن في الإشهار مبادئ أخلاقية أهمها الصدق والأمانة متجنباً بذلك تضليل المستهلك، مع مراعاة آداب المعاملات التجارية، وأي إخلال بهذا الإلتزام الذي يعتبر إلتزاما بتحقيق نتيجة، فإنه يترتب على ذلك مجموعة من الجزاءات حسب كل حالة، فإذا كان الإشهار نتج عنه إبرام عقد، فإنه يكون للمتضرر من الإشهار عدة خيارات تطبيقا للقواعد العامة، حيث يجوز له طلب إبطال العقد للتدليس إذا توافرت شروطه⁵، أو طلب جبره على التنفيذ العيني⁶، وهذا يعني إلتزام المعلن الذي قام بالإشهار بتنفيذ العقد، فيجبر المعلن على تسليم المتعاقد شيء آخر يكون محلا للعقد ويكون

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص270.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص314.

³ - المرجع نفسه، ص331.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص149.

⁵ - أنظر المادتين 86 و87 من القانون المدني الجزائري.

⁶ - أنظر المادة 164 من القانون المدني الجزائري.

مطابقا للإشهار . كما للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد¹ بدلا من طلب التنفيذ العيني، لعدم قيام البائع المعلن بتنفيذ إلتزامه. وكذلك يمكن طلب تعديل العقد بإنقاص إلتزاماته أو رفع دعوى ضمان العيوب الخفية². هذا بالإضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض إذا كان يمكن إثباته طبقا للقواعد العامة³، لكن إذا كان المتضرر من الإشهار الكاذب أو المضلل تاجرا، فهناك حماية توفرها دعوى المنافسة غير المشروعة.

المطلب الثاني: إلتزام النزاهة في الإشهار التجاري الإلكتروني.

لقد أصبح الإشهار الإلكتروني من أنجع الوسائل المتاحة للتجار والمتعاملين، بغرض الترويج لمنتجاتهم وخدماتهم، فالإعلان الناجح يسقط الحواجز بين الضروريات والكماليات ويحول الرغبة لدى المستهلك إلى حاجة. وتزداد أهمية هذا الإشهار بالنظر إلى أنه رخيص التكلفة عكس الإعلان التقليدي الذي يتميز بأنه باهظ التكلفة وذو حيز جغرافي محدود(الفرع الأول).

وفي مقابل الإمتيازات التي يقدمها الإشهار الإلكتروني للمعلن، تبرز بعض المخاطر التي قد يتعرض لها الموجه إليه الإعلان خاصة المستهلك، إذ كثيرا ما يكون عرضة للتضليل نتيجة الطرق الإحتيالية التي يستعملها المعلن في سبيل الترويج لعمليات البيع ورفع نسبة الزائرين للموقع، مما يستدعي البحث عن وسائل جديدة لحماية إرادة المستهلكين ونزاهة التعامل.

ولعل في فرض المشرع للإلتزام بالنزاهة تحقيق لتلك الحماية الضرورية في المعاملات الإلكترونية من جهة، والعدالة المنشودة في التعاقد الإلكتروني من جهة ثانية، لما يوفره من إستقرار للعقود والسوق على حد سواء. ولقد قرر المشرع هذا الإلتزام في المادة 28 من القانون 02-04 السابقة، بتقريره لعدم مشروعية الإشهار المضلل العادي والإلكتروني على حد سواء(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم وطبيعة الإشهار التجاري الإلكتروني.

يتسع معنى الإشهار التجاري الإلكتروني نتيجة تعدد مجالاته وأنواعه وأهدافه، بحيث يشمل كل وسيلة تهدف إلى التأثير النفسي على المستهلكين تحقيقا لغايات تجارية. ويفترض في الإعلان حتى يحقق أهدافه، نوع من التكرار والإلحاح وتبسيط الفكرة على المتلقي بإستخدام كل ما من شأنه إجتذاب وإظهار محاسن المنتج أو الخدمة، بقصد حث المستهلك وتحريضه على الاستهلاك⁴.

¹ - أنظر المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

² - أنظر المواد 379- 384 من القانون المدني الجزائري.

³ - أنظر المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - جلول دواجي بلحول، المرجع السابق، ص55.

وقد عرفه توجيه التجارة الإلكترونية رقم 2000-31 للبرلمان الأوروبي المؤرخة في 2000/06/08 المتضمنة بعض الجوانب القضائية لخدمات شركة الإعلام لاسيما التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية، على أنه " كل خدمة تقدم مقابلة لأجر عن بعد وبوسائل إلكترونية بناء على طلب فردي من المستفيد من الخدمات".

ويأتي الإعلان التجاري الإلكتروني وفق أشكال مختلفة¹، أهمها:

- اللافتات الإشهارية أو الشرائط الإعلانية التي تشكل الطريقة الأكثر إستعمالا على الشبكة الإلكترونية، إذ تكون على شكل رسومات أو روابط نصية، وتظهر بشكل تلقائي ولا يستطيع المستخدم غالبا التخلص منها لعدم وجود أيقونة بإلغائها على الموقع، وقد تختفي لتعاود مرة أخرى بذات الإعلانات السابقة أو إعلانات جديدة. وتهدف هذه اللافتات الإشهارية إلى دعوة الزائر إلى زيارة الموقع الخاص بالمعلن.
- الرسائل الخاطفة التي تتمثل في ظهور نافذة أو صفحة كاملة من الإعلان بمجرد قيام المستخدم بالنقر على رابط معين، أو في اللحظة يتم فيها تحميل الصفحة المطلوبة. وتختفي هذه النافذة بعد ثوان، لتترك المجال للصفحة الرئيسية التي يبحث عنها المستعمل.
- المواقع الصغيرة التي تهدف إلى تحويل تركيز المستهلك إلى رسالة بذاتها، وتتواجد هذه المواقع الصغيرة بين الفضاء المخصص للكتابة وموقع الشركة في حد ذاته، بحيث إذا ضغط المستعمل على زر أو رابط ما يتم تحويله إلى الموقع الصغير ثم إذا أراد ذلك إلى موقع المؤسسة. وتكمن أهمية هذا النوع من الإعلان في تقديم عروض خاصة لفترات معينة وبأثمان خاصة.
- البريد الإلكتروني الذي يمكن من خلاله لأي مستخدم إرسال رسائل إلى أي شخص، وهذه الخدمة تتم مجانا وخلال ثوان معدودة.

بالإضافة إلى تلك الوسائل توجد تقنيات أخرى أكثر حداثة، تعتبر هي الأخرى إشهارا، كإعلانات في المنتديات أو الروابط التجارية المدعمة ماليا والتي يمكن إستثمارها بغية التعريف بمنتج ما. كما يمكن الوصول إلى الإعلانات التجارية من خلال إستخدام أدوات البحث التي يتم بها الإحالة إلى المواقع التجارية الإلكترونية².

بالنظر إلى الأشكال التي يتم بها الإشهار الإلكتروني والهدف الذي يبتغيه الطرف المعنن الوصول إليه من وراء إستعمالها، تبرز مسألة في غاية الأهمية والخطورة تكمن في طبيعة هذه الإشهارات

¹ - راجع: جلول دواجي بلحول، المرجع السابق، ص 58 و 59.

² - المرجع نفسه، ص 59.

الإلكترونية وذلك لمعرفة مدى مسؤولية المعلن عن إخلاله بالشروط التي فرضها القانون في هذه الإشهارات. وفي هذا الشأن ظهر إتجاهان فقهيان، أحدهما يرى أن الإشهار الإلكتروني إيجابا، والثاني يرى أنه مجرد دعوة للتعاقد.

فمن الإتجاه الذي يعتبر الإشهار الإلكتروني إيجابا، ذهب أنصاره إلى تبرير ذلك بالقول أنه في مصلحة المستهلك الإلكتروني الذي كثيرا ما يدخل شبكة الأنترنت وهو يجهل تقنيات المعاملات الإلكترونية، لأن لحظة إبرام العقد ستكون هي اللحظة التي يستقبل فيها إخطارا من المورد بتسلم القبول. ويضيفون أن في إعتبار الإشهار الإلكتروني دعوة للتعاقد تحقيق لمصالح التاجر أو مقدم الخدمة على حساب مصالح المستهلك¹. لكن في إعتبار الإشهار الإلكتروني إيجابا إلزام المعلن بما ورد في رسالته الإعلانية، وهو ما سيدفعه إلى أخذ الحيطة والحذر قبل نشر الإعلان، مما سيؤدي إلى صدق وموضوعية الإعلانات التجارية، وبالتالي دفع المستهلك إلى الثقة فيما ينشر².

أما أصحاب الإتجاه الثاني، الذي يمثل الغالبية ونراه موفقا، فيقولون بأنه طالما أن الإيجاب يخضع لشروط قانونية يتعين توافرها لكي يؤدي دوره وينعقد العقد به، وهذه الشروط لا تتحقق في الإشهار الإلكتروني لأنه ليس جازما ولا باتا، فإنه يجب إعتبار الإعلان الإلكتروني مجرد دعوة للدخول في مفاوضات. ويترتب على ذلك إعتبار موافقة من الطرف الآخر على هذا العرض، رضا للدخول في المفاوضات وليس قبولا يبرم به العقد³.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن طرح مناقصات التوريد وغيرها من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات ليس إيجاب وإنما دعوة إلى التفاوض، فالإيجاب هو الإستجابة لهذه الدعوة ويتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة لهذا الإيجاب⁴.

هذا ويشترط أصحاب هذا الإتجاه في الإعلان حتى يعتبر إيجابا وليس دعوة الى التعاقد، أن يتضمن الشروط الأساسية للعقد المراد إبرامه وبذلك يعد إيجابا صحيحا وصالحا لأن يقترن به قبول مطابق ينعقد به العقد، ويذهبون إلى أن المستند الإعلاني الإلكتروني لا يتمتع بأي قيمة عقدية إلا إذا تضمن تحديدا واضحا

¹ - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 122 و 125.

² - المرجع نفسه، ص 122.

³ - إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، عدد 02، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2003، ص 62.

⁴ - أنظر فيما يخص هذا القرار: - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 120.

لصفات وخصائص معينة للمنتج أو الخدمة، سواء كانت الصفات جوهرية أو ثانوية بشرط أن تكون مؤثرة، ولو جزئياً في رضا المستهلك بما يدفعه إلى التعاقد¹.

نشير إلى أن الأصحاب الإعلانات الإلكترونية التي تتضمن إيجاباً، غالباً، ما يحرصون على إيراد بعض التحفظات التي تحررهم من الإلتزام فتجعل العرض الصادر منه مجرد دعوة إلى التعاقد أو إعلان عن منتج أو خدمة لا يكفي لإنعقاد العقد إذا قبله من وجه إليه، وذلك بالنظر إلى طبيعة هذا الإشهار الذي يعرض عبر الأنترنت ما يسمح بوصوله إلى الملايين من الأشخاص الذين قد يرغبون في الحصول على المنتج المعروض. ومثال هذه التحفظات إضافة شرط يفيد الإحتفاظ بحق الرجوع في العرض أو إضافة شرط عدم نفاذ الكمية لأن البائع لن يكون في مقدوره الإستجابة لكل الطلبات².

الفرع الثاني: الإشهار الإلكتروني المضلل.

من حق المستهلك تلقي إشهارات تجارية إلكترونية نزيهة وصادقة لا لبس فيها، أي أن لا تكون تضليلية. ولا يختلف كثيراً مفهوم الكذب أو التضليل في الإشهارات التجارية عبر الأنترنت عن نظيره في الإشهارات التي تتم بوسائل أخرى، إذ يكون الإشهار الإلكتروني مضللاً عندما تتضمن الرسالة الإعلانية معلومات غير صحيحة تؤثر في قرار أو حكم المستهلك. ومن الممكن أن يكون التضليل الإلكتروني عبارة عن نص أو صورة أو صوت، كما يمكن أن يكون على شكل إدخال روابط متشعبة تؤدي بالمستهلك إلى الضياع بين المواقع، والدخول إلى مواقع غير تلك التي تخص موقع الإعلان³.

وبالرجوع إلى نص المادة 28 السابقة من القانون 04-02 المحدد لقواعد الممارسات التجارية، يستنتج أن المشرع لا يشترط أن يقع التضليل فعلاً بل يكفي أن يكون الإشهار من شأنه أن يؤدي مستقبلاً إلى تضليل المستهلك لإعتباره غير مشروع، ومن ثم فإن تحديد مدى إنطباق هذه الصورة ينطلق من مضمون الإشهار ومحتواه بغض النظر عن النتائج الفعلية للإشهار، وفي ذلك تكريس لحماية المستهلك.

كما يتضح أنه يتعين توافر شروط معينة في الإشهارات الإلكترونية، على غرار الإشهارات العادية، لإعتبارها نزيهة، أهمها:

- أن تكون المعلومات الواردة في الإشهار صادقة: إذ يجب على منتجي السلع ومقدمي الخدمات توخي الصدق عند وضع الإعلان، بمعنى مطابقة بيانات الإعلان مع مواصفات السلع والخدمات، والتي من شأنها

¹ - جلول دواجي بلحول، المرجع السابق، ص 61.

² - إلياس بن ساسي، المرجع السابق، ص 62.

³ - عبد الحليم بوقرين، المرجع السابق، ص 208.

إنارة إرادة المستهلك وهو بصدد التعاقد، وغير مبالغ فيها بحيث يتناسب مع ضمان توفير السلعة أو وجودها¹. وهذا ما نصت عليه المادة 06 من توجيه التجارة الإلكترونية رقم 2000-31 الصادر بتاريخ 2000/06/08 "... يجب أن تكون الإتصالات التجارية قابلة للتحديد بطريقة واضحة بإعتبارها كذلك،..."

- أن تكون المعلومات الواردة في الإشهار واضحة ودقيقة: فيجب أن تكون كل عبارات الإشهار واضحة الدلالة عما يقصد المعن توصيله للمستهلك، فلا يستخدم المعن عبارات مبهمة أو تحمل أكثر من معنى، بل عليه إستعمال عبارات سهلة وبسيطة يراعى فيها فئات المستهلكين المخاطبين به. فإذا كان المعن يستهدف بإشهاره كل المستهلكين، فيكون عليه في تقديم المعلومات المطلوبة إستعمال مصطلحات قابلة للاستيعاب من قبل المستهلك العادي. أما إذا كان يقصد مخاطبة أصحاب التخصص كالأطباء أو المهندسين، فإنه يكون ملزماً بإستعمال مصطلحات يعرفونها².

ويعتبر هذا الشرط غير محقق عند قيام المعن بوضع بيانات متعلقة بالإيجاب في مكان لا تتم قراءته عادة، أو كتابتها بحجم صغير جداً.

وفيما يخص الشرائط الإعلانية يرى المختصون بالإشهارات التي تتم عبر الأنترنت أنها تظهر عادة بحجم صغير بالمقارنة إلى إجمالي الصفحة، وبالتالي لا تتضمن صيغ البيانات اللازمة، ولذلك يتوجب على المعن في هذه الحالة إظهار جميع البيانات اللازمة لكل حالة على حدى وبشكل واضح، حتى لا يقع المستهلك في غلط³.

جدير بالذكر أن العناصر المكونة للإشهار التضليلي المشار إليها في المادة 28 من القانون 04-02 عاجزة عن الإحاطة بجميع صور الإشهار الإلكتروني التضليلي، فالمعلن الإلكتروني لا يلتزم فقط بمراعاة الوضوح والشفافية في الإعلان، وإنما بعدم تشتيت ذهن المستهلك بإدراج صور أو فيديوهات لا علاقة لها بمضمون الإشهار أو وجود ترابط بين عدة مواقع متشعبة. وبناء على ذلك يجب تعديل نص المادة 28 بإضافة فقرة رابعة لتدارك النقص المتعلق بخصوصية الإشهارات الإلكترونية، ولا نرى مانعاً من تبني الإقتراح الذي جاء به الأستاذ عبد الحليم بوقرين، طالما أنه يتناسب والتشريعات المقارنة، إذ جاء النص على النحو التالي " دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهار غير شرعي وممنوعاً كل إشهار تضليلي لاسيما إذا كان: ...

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص180..

² كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص111 و112.

³ عبد الحليم بوقرين، المرجع السابق، ص208.

4- تشتت ذهن المستهلك بإدراج فيدوهات أو صور أو رموز أو روابط لا علاقة لها بمضمون الإعلان¹.
ونشير إلى أنه لا يشترط سوء نية المعلن، إذ أن جميع العقود المتعلقة بنشر الإعلانات عبر شبكة الإنترنت تتضمن بنودا تلزم المعلن باحترام قواعد الإعلان والابتعاد عن التضليل والكذب، لأن المستهلك الإلكتروني أكثر عرضة للوقوع ضحية الإعلان المضلل من المستهلك العادي².

في الأخير، تجلى لنا بصورة واضحة الدور المهذب للعنصر الأخلاقي في مرحلة التفاوض على العقد، من خلال فرض مجموعة من الإلتزامات الأخلاقية على الأطراف المتفاوضة بما يسمح بتحقيق العدالة العقدية والمحافظة على الأمن التعاقدية. وإذا كان الأمر على هذا النحو في هذه المرحلة التي تعد تمهيدية، فإنه مما لا شك فيه أن المبادئ والقيم الأخلاقية تزداد أهميتها عند تكوين العقد، وهذا بالنظر إلى الدور الذي تلعبه فيها باعتبارها مرحلة أساسية.

الفصل الثاني: إعمال العنصر الأخلاقي في مرحلة إبرام العقد.

أقرت التشريعات الحديثة مبدأ الرضائية في العقود متأثرا بأسس أخلاقية، إذ أن قواعد العدالة تعد الأساس الفلسفي والقانوني له³. فمبدأ الرضائية تولد عن مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر مبدأ أخلاقيا بامتياز، لأن عوامل ظهوره أخلاقية تعود أولا إلى مبادئ دينية تقضي بضرورة الوفاء بالوعد والعهد المقطوع، وثانيا إلى عوامل إقتصادية نتيجة زيادة النشاط التجاري وحركة التعامل، ما إقتضى إزالة ما يعوق المبادلات، وهو ما تطلب الرجوع إلى قواعد العدالة⁴. كما يهدف مبدأ سلطان الإرادة إلى تحقيق غايات مثلى، أهمها الأمن القانوني والعدالة العقدية. فالأمن القانوني في المعاملات تترجمه الثقة التي يجب أن تسود بين المتعاقدين، والأمان الذي يشعر به الغير من خلال ثبات التعامل وإستقراره على الوجه المتعارف عليه⁵. أما العدالة العقدية فلا يمكن بلوغها، في نطاق التصور الشخصي، كغاية مثلى إلا عبر مبدأ هام هو حرية التعاقد الذي يتيح للمتعاقدين الإختيار، ويسمح لهم بأن يوازنوا بين المصالح دون ضغط الحاجة، أو إجبار سلطان غير إرادتهم⁶.

¹ - عبد الحلیم بوقرین، المرجع السابق، ص 210.

² - المرجع نفسه، ص 209.

³ - عبد المنعم درويش، محاولة لتحليل تطور فكرة الإلتزام التعاقدية. الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 113 وما بعدها.

⁴ - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 173.

⁵ - دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 11.

⁶ - المرجع نفسه، ص 25.

وعليه يتضح أن الإرادة أساس العقد ومصدر جميع الحقوق، وأن العدالة التي تفترض الحرية هي غاية العقد. وبالنظر إلى أن الإرادة ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الشخص في إتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب وإعتبارات معقولة، مما يستوجب وجود الإدراك وحسن التدبير عند صاحب الإرادة¹، فإن العنصر الأخلاقي في العقود، تجسده الإرادة الجدية (المبحث الأول) وتضمن تحقيقه الإرادة السليمة من العيوب (المبحث الثاني).

وإذا كانت حرية الإرادة تمثل أحد أسس نظرية العقد، غير أن القانون يشترط أن لا تؤدي إلى القيام باتفاقات منافية للأخلاق. ويتدخل المشرع لمنع مثل هذه العقود من خلال مفهوم النظام العام والآداب العامة، الذي يقوم بدور هام في تحديد مشروعية كل من ركني المحل والسبب في العقد (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الإرادة الجدية تكريس للعنصر الأخلاقي في العقود.

إن الإرادة المنشئة للعقد هي الإرادة المتبصرة، المدركة لماهية التصرف الذي تجريه وآثاره المترتبة عنه، والقاصدة لذلك كله. وتكون الإرادة حرة ومدركة إذا صدرت من شخص ذي أهلية، أي من شخص قادر على مباشرة التصرفات القانونية. ولإعتداد بهذه الإرادة يجب أن تتصرف إلى إحداث أثر قانوني، وذلك بإنشاء التزامات أو تعديلها أو إنهائها، فلا عبرة بالاتفاقات التي تبرم دون أن تنطوي على نية الإلتزام². وبما أن القانون لا يعنى بالإرادة ما بقيت عزما منعقدا في نفس صاحبها وإن إتجهت إلى أحداث أثر قانوني، فإنه من الضروري أن تبرز الإرادة إلى العالم الخارجي ويعلم بها الغير، وهذا يتحقق بالتعبير عنها³. ويعد التعبير أساس العقد، فقدرة العقد على إنشاء الحق تأتي من التعبير لا من الإرادة ذاتها⁴، لذلك يقضي المشرع الجزائري من خلال نص المادة 59 قانون مدني بأن العقد يتم بمجرد أن يتبادل

حتى إن الدوافع التي أدت إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة ومن ثم فكرة الرضائية، هي أيضا أخلاقية، إذ أدت المغالاة في الأخذ بالحرية التعاقدية إلى ظهور مظالم كثيرة. فالواقع أفرز حقيقة مفادها أنه لا يمكن التسليم جدلا بوجود مساواة مطلقة بين الأفراد، بالتالي لا يمكن القول أن أي إلتزام تعاقدي هو إلتزام مشروع وعادل، ما أدى إلى ضرورة تدخل المشرع لفرض قيود على حرية التعاقد لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة للأطراف، وبين المصالح الفردية والمصالح الإجتماعية وذلك لتحقيق أقرب صورة للعدل. - محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 197 و 200.

¹ - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 69.

² - نشأت إبراهيم الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، الطبعة الأولى، دار الشروق، جدة، 1982، ص 95.

³ - ويقتضي مبدأ الرضائية جواز التعبير عن الإرادة بأي مظهر من مظاهرها وعدم التقيد بشكل معين. أي أن القاعدة تكمن في حرية الشخص في التعبير، ماعدا الحالات التي ينص القانون على وجوب أن يكون التعبير فيها بوسيلة معينة، كالمادة 883 قانون مدني التي تقتضي بأن الرهن الرسمي لا ينعقد إلا بعقد رسمي.

⁴ - عبد الحي عبد المجيد حجازي، النظرية العامة للإلتزامات وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ص 586.

الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين. ومما لا شك فيه أن مبدأ حسن النية في العقود يستلزم أن يتم التعبير عن الإرادة بطريقة تضمن الحماية للمتعاقدين.

وعليه، فإن الإرادة القادرة على إنشاء العقد هي التي يتمتع صاحبها بالأهلية القانونية التي تعد مقتضى أخلاقيا حيث تتطلبه العدالة العقدية والثقة المشروعة (المطلب الأول)، والتي يعبر عنها وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية في العقود (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نظام الأهلية القانونية ضرورة أخلاقية في العقود.

إن إشتراط القانون للأهلية¹ في التعاقد يعود إلى أساس أخلاقي يتمثل في العدالة التي تقتضي حماية الطرف الضعيف من جهة، وتقديم ضمان للغير الذي يتعامل معه من جهة أخرى، وهذا بالتأكيد سيؤثر من إستقرار المعاملات (الفرع الأول).

وبالنظر إلى طبيعة التعاقد عن بعد، فإن الثقة المشروعة للمتعاقد بفعالية العقد القانونية تتطلب حماية المتعاقد القاصر، وهذا لتحقيق الأمن القانوني في العقود الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأهلية القانونية تجسيد للعدالة العقدية.

يتجلى العنصر الأخلاقي في الأهلية من خلال الدافع الأخلاقي الذي يكمن في كفالة المشرع الحماية لمصالح المتعاقد من إستغلال الطرف الآخر لضعفه الناتج عن نقص أهليته أو عدمها، أو من وقوعه في غلط بسبب ذلك الضعف. فعدم الأهلية غير أهل للدفاع عن مصالحه، إذ من السهل أن يقع في غبن نتيجة إستغلال الغير لوضعيته²، كما أنه أكثر عرضة للإلتزام بموجب علاقة لا تؤمن له، في الغالب، أية فائدة³.

من الملاحظ أنه يتعين تبني العنصر الأخلاقي في تنظيم الأهلية، فالقاعدة القانونية ولكونها عامة، تقع أحيانا في الخطأ، حيث يمكن أن تحمي بشكل سيء أو بشكل مبالغ فيه فاقد الأهلية أو ناقصها.

¹ تعرف الأهلية بأنها "صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق له أو عليه، ولأن يباشر الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق". - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة 6، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1987، ص 765.

² عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 62 و 64.

³ - Darmaisin (S), Le contrat moral, L.G.D.J, Edition Delta, Liban, 2000, P.201 et s.

ففاقد الأهلية يبقى في بعض الحالات دون حماية، وفي حالات أخرى قد يستعمل الحماية القانونية المقررة له بشكل غير قانوني، وهو ما يستلزم تدخل القاضي لوضع نوع من الإنصاف في مسألة عدم الأهلية¹.
نظم المشرع الجزائري الأهلية² بصياغة تحول دون تحيز القانون لمصلحة طرف على الآخر، كما تكفل عدلا مجردا ومساواة بين الناس أمام القانون، وهذا يوسمها ببعد إنساني أخلاقي. وجعل أحكام الأهلية من النظام العام وفقا للمادة 45 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها"³.

مناطق الأهلية التمييز، حيث تكون الأهلية كاملة أو ناقصة تبعا لما إذا كان التمييز كاملا أو ناقصا. والتمييز في الواقع ليس له وقت محدد ويعرف بآثاره التي تظهر في تصرفات الطفل، وهي لا تظهر دفعة واحدة، لذلك لم ينط المشرع أحكام التمييز بحقيقته، بل جعل سنا معينة لتكون مبدأ التمييز وتثبت عندها الأحكام⁴. وعليه تتأثر الأهلية بالسن، وتختلف تبعا لذلك حيث يكون الشخص عديم الأهلية إذا إنعدم لديه الإدراك لعدم بلوغه سن التمييز التي حددها المشرع ب 13 سنة⁵، فتكون جميع تصرفاته باطلة ولا يعتد بها ولو كانت نافعة نفعاً محضاً، وتثبت الولاية على ما يمتلكه لوليه أو لوصيه⁶. ويكون الشخص ناقص الأهلية لصغر سنه متى بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، فتثبت أهلية الأداء ناقصة للصبى المميز ليتمرن على التصرفات، ولكن تكون تصرفاته تلك تحت رقابة من له الولاية عليه، لأن قصور أهليته يجعله محتاجاً إلى من يكملها⁷.

¹ - Ripert (G), op.cit, P. 92.

² - أنظر المواد: 42، 43 و 44 من القانون المدني.

³ - الأصل في الشخص توافر الأهلية، وهو ما أقره المشرع من خلال المادة 78 من القانون المدني التي تنص على " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

⁴ - محمد عبد الرحيم عنبر، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية، المجلد 4، الجزء الخامس، مصر، 1974، ص 167.

⁵ - أنظر المادة 42 من القانون المدني.

⁶ - راجع المواد من 88 إلى 90 قانون الأسرة الجزائري.

⁷ - محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 167.

لذلك فإن تصرفات الصبي المميز تكون نافذة إذا كانت نافعة له وتكون باطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وتصح هذه التصرفات الأخيرة من الصبي المميز لإحتمال أنها نافعة. أنظر المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري.

ويعتبر الشخص كامل الأهلية من بلغ سن الرشد، والذي حدده المشرع وفقا للمادة 40 من القانون المدني بـ19 سنة كاملة لإستقرار المعاملات وعدم إضطراب الأحكام. وبيولوج سن الرشد ترفع عن الشخص الولاية أو الوصاية، فتكون تصرفاته صحيحة مهما كانت نافعة أو ضارة به¹.

إن الأهلية لا تتأثر بالسن فقط، بل تؤثر فيها عوارض أخرى، فالعدالة العقدية تقتضي تغطية كل ما من شأنه إذهاب العقل أو إفساد التدبير وحسن الإختيار، في إعطاء الحكم للتصرفات القانونية بناء على أحوال المتصرف². لذلك قسم الفقه عوارض الأهلية إلى عوارض تصيب عقل الإنسان وتتمثل في الجنون والعته، وعوارض تلحق الإنسان في تدبيره وتتمثل في السفه والغفلة، بالإضافة إلى العوارض التي يصعب مع وجودها على الشخص التعبير عما يريد، وتتمثل غالبا في العاهات الجسمية.

من البديهي القول بأن مقدار تأثير العارض في التمييز هو مقدار تأثيره في الأهلية ذاتها، لذلك فإن أهلية المجنون والمعته تكون معدومة، لأن الجنون والعته عاهات تلحق عقل الإنسان فتعدم الإدراك فيه، وعليه تكون تصرفاتهم باطلة³. أما أهلية السفه وذو الغفلة فهي ناقصة، لأن السفه والغفلة عارضان يصيبان الإنسان في تدبيره، فهما لا يؤثران في عقله لكنهما يؤديان إلى سوء إستعمال المال وتبذيره. وعليه تثبت للسفيه وذو الغفلة أهلية للإعتناء وتنقيد أهلية التعاقد بالقيود التي ذكرناها بالنسبة للصبي المميز، وتتعهد أهلية التبرع لهما⁴.

¹ نوه إلى أن هناك حالات يمنع فيها الشخص من مباشرة تصرفات معينة رغم أنه كامل الأهلية، والسبب يعود إلى أن المنع تقرر لأسباب أخلاقية وأدبية على أساس حماية المتعاقدين ومراعاة للثقة المشروعة، كما هو الحال بالنسبة لمنع رجال القضاء وأعاونهم من شراء الحقوق المتنازع فيها متى كان النظر في النزاع يدخل ضمن اختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم فيها. أنظر المادة 402 و403 قانون مدني.

² محمد محاسنة، مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية، مجلة مؤنة للبحوث والدراسات، المجلد العاشر، العدد الأول، الأردن، 1995، ص 132.

³ أنظر المادة 42 من القانون المدني والمادة 85 من قانون الأسرة.

⁴ أنظر المادة 43 من القانون المدني.

وإذا كانت العوارض التي تمس عقل الشخص أو تصيب تدبيره يمكن أن تؤدي إلى إستغلال صاحبها، فإن العاهات الجسمية التي تصيب الحواس قد تصعب على الشخص التعبير عن إرادته ما يسهل وقوعه في غلط عند إبرامه للتصرفات القانونية. ولأن العدالة تقتضي حماية هذا الشخص، فقد قرر المشرع له نظام المساعدة القضائية متى إجتمعت لديه عاهتين على الأقل في الجسم، كما قرر قابلية التصرف الذي تقرر فيه المساعدة القضائية للإبطال إذا صدر من الشخص بغير حضور مساعده، ويصبح نهائيا إذا أجازه هذا الأخير. أنظر المادة 80 قانون مدني.

يقرر القانون جزاء البطلان المطلق والنسبي كحق للمتعاقد ناقص الأهلية أو عديمها فقط، وبينم هذا عن مبرر أخلاقي يكمن في حماية الطرف الضعيف في العقد دون حماية الطرف الآخر الذي يعلم بأنه يتعاقد مع قاصر ما يعني توفر نية الإستغلال، أو كان من المفروض به أن يعلم بذلك ولكنه كان مقصرا، وفي هاتين الحالتين يكون الجزاء منعه من حق المطالبة بإبطال العقد. غير أنه في حالة تعمد القاصر إخفاء قصره بإتخاذ طرق تدليسية لحمل الغير على التعاقد معه، يكون عندها مسؤولا عن ذلك التصرف إذ يلزم بالعقد الذي يبرمه بشرط أن يكون الطرف الآخر حسن النية أي لا يعلم بقصره¹. ولعل هذا الحكم يقيم توازنا بين حق المستهلك القاصر في طلب الإبطال وحق المتعاقد معه في التعويض، لأنه لم يكن ليبرم العقد لولا إستخدام القاصر طرق إحتيالية من أجل التعاقد. كما أن البطلان يلحق ضررا بالمتعاقد، لذلك يجوز وفقا للقواعد العامة طلب التعويض العيني عن ذلك الضرر، والذي يتحقق بالإبقاء على العقد.

الفرع الثاني: حماية القاصر تجسيد للثقة المشروعة في التعاقد عن بعد.

ناقص الأهلية في العقود الإلكترونية لا يستطيع وضع رضا سليم مع العلم الكامل بالتعاقد، كما تزيد فرضيات دخول القاصر عديم الأهلية فيها خاصة مع صعوبة علم الطرف الآخر بإنعدام أهليته. أمام هذا الأمر، تتطلب الثقة المشروعة حماية المتعاقد القاصر فيها من جهة، وحماية الطرف الآخر من جهة ثانية، وذلك لتحقيق العدالة العقدية وإستقرار المعاملات الإلكترونية.

وفي غياب نص قانوني يعالج مسألة القاصر الذي يبرم عقدا عن بعد، حيث لا يوجد، إلى حد الآن، قانون للتجارة الإلكترونية في الجزائر، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بقابلية العقود الإلكترونية التي يبرمها القاصر للإبطال كمبدأ عام، وصحة بعضها كإستثناء².

فوفقا للقواعد العامة يكون العقد الإلكتروني الذي أبرمه المتعاقد القاصر قابلا للإبطال لمصلحته، لأن من شروط صحة التعاقد توافر الأهلية. غير أنه، وبالنظر إلى إختلاف دولة القاصر عن دولة المتعاقد معه والذي غالبا ما يكون مهنيا، ويشترط في كثير من عمليات البيع التي تجري على الأنترنت تسديد ثمن المشتريات قبل إرسال البضاعة عن طريق بطاقات الإئتمان وغيرها، فإنه قد يصعب على

¹ - مارغريت نقولا ماروديس، المرجع السابق، ص 53 و 54.

² - نشير إلى أن قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لم يتضمن نصوصا خاصة بحماية المتعاقد القاصر. كما لم يتعرض التوجيه الأوربي رقم 31/2000 الصادر في 8 يونيو 2000 المسمى بتوجيه التجارة الإلكترونية إلى مسألة حماية المستهلك القاصر سوى الدعوة إلى إحترام المبادئ التي تحكم حماية الأشخاص ناقصي الأهلية وفقا للقانون الوطني.

- أنظر المادة 3/4 من توجيه التجارة الإلكترونية الأوربي السابق.

القاصر رفع دعوى الإبطال في دولة المتعاقد معه لما يكلفه ذلك من مشقة ومصاريف طالما أنه مجبر على الذهاب إليه في دولته لمقاضاته وفقا لإجراءات التقاضي¹.

وحماية للمتعاقد القاصر أيضا، تقضي القواعد العامة بأنه إذا قام المتعاقد القاصر بتحرير أوراق تجارية إلكترونية وفاء لما تعاقده عليه مع التاجر عبر الأنترنت، فإن هذا التصرف يعتبر قابلا للبطلان لمصلحة القاصر. فالمادة وتنص المادة 5/511 من قانون التجارة الفرنسي أن أوراق الصرف المحررة بواسطة القاصرين غير المأذون لهم تكون باطلة، كما أن القاصر وإن كان مأذون له لا يجوز له أن يحرر كمبيالة. والبطلان هنا نسبي يجوز التمسك به فقط بواسطة القاصر أو بواسطة نائبه. وهذا البطلان يكون حجة في مواجهة الحامل للورقة، حتى لو كان حسن النية. كما أن القانون المدني يشترط من خلال المادة 260 لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفي به وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه.

في الواقع، التاجر ومقدمي الخدمات من خلال شبكة الأنترنت حذرون من التعاقد مع القاصر خشية إبطال العقود فيما بعد، حيث أن الإبطال يمثل خطرا كبيرا بالنسبة للشركات التجارية الإلكترونية. وبما أنه يصعب على التاجر التحقق من أهلية القابل بسبب طبيعة التعاقد الذي يتم عن بعد، لذلك نجد بعض الشركات تلجأ إلى وضع تحذيرات على الشبكة وتطلب عدم الدخول إلى المواقع إلا الأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية القانونية، ويلتزم الشخص قبل الدخول إلى الموقع بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره وذلك بملء نموذج معلومات موضوع على الشبكة².

ولما كانت مصلحة القاصر في إبطال العقد التجاري الإلكتروني وفقا للقواعد العامة، تتعارض ومصلحة التاجر بحسن نية في ضمان العقود التي يبرمها، وبالنظر إلى أن هذا الأخير ليس في مقدوره التأكد من عمر المتعاقد الآخر في هذه العقود، فإن القضاء الفرنسي ضمانا لإستقرار التعاملات، قلص من حدة القاعدة التي تقضي بقابلية العقود التي يبرمها القاصر للإبطال، وهذا فيما يتعلق بعقود الحياة اليومية

¹ - إلياس بن ساسي، المرجع السابق، ص 63.

نشير إلى أن لائحة المجلس الأوروبي رقم 2001/44 بتاريخ 2001/12/22 والمتعلقة بالإختصاص القضائي والإعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية، قررت أنه لا يمكن رفع الدعوى على المستهلك إلا أمام محاكم الدولة العضو التي يوجد بها موطنه، أما إذا كان المستهلك هو المدعي فيكون له الخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو محاكم الدولة العضو التي بها المدعى عليه، وفي ذلك حماية للمستهلك القاصر خاصة. أنظر: - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 470 و 471.

² - إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 128.

التي لا يحتاج فيها القاصر غير المأذون له إلى تمثيله، إذ سمح له بأن يتعاقد بالطرق الإلكترونية فيما يخص حاجات إستهلاكه اليومي، كالتعاقد على الأغذية والملابس والألعاب حيث تنسم هذه العقود بأنها بسيطة وقليلة القيمة ويصعب فيها إستغلال القاصر، وبالتالي تلك العقود لا يجوز طلب إبطالها¹.

يُوافق رأي الفقه الإسلامي توجه القضاء الفرنسي، حيث أنه يُقر بصحة التصرف الذي يقوم به الصبي من غير إذن الولي فيما يتعلق بالأشياء اليسيرة، كالأطعمة ونحوها². في حين يعتبر العقود ذات القيمة الكبيرة التي تتم عبر الأنترنت ويكون فيها أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، صحيحة موقوفة على إجازة من له حق الإجازة، إذ كان ينبغي على المتعاقدين أن يُعلم كل منهما الآخر بكافة البيانات التي تتحقق بها الأهلية مثل معرفة سن المتعاقدين وكل ما يتحقق به من تمام الأهلية، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب³.

وبما أن التحقق من أهلية المتعاقد أمر ضروري لإستقرار المعاملات، فقد ظهرت وسائل تسمح للتجار ومقدمي الخدمات على الأنترنت بالتأكد من صلاحية المتعاقد لإبرام العقد، أهمها:

- **التوقيع الإلكتروني⁴**: يعتبر التوقيع الإلكتروني وسيلة جيدة لضمان التحقق من صاحب التوقيع وإعلان رضائه بالتصرف. ففي حالة تقديم القابل توقيعه الإلكتروني، يستطيع التاجر من خلاله التحقق من شخصية المتعاقد وأهليته للتعاقد⁵.

¹ - كما يدعو القضاء الفرنسي الى النظر إلى كل حالة على حدى، فهو يفرق بين تصرفات الحياة الجارية على أساس المخاطر، وألزم القاصر بعدم تجاوز الحد المعقول في تعامله على شبكة الأنترنت. أنظر: - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص479.

² - شاكور حامد علي جبل، المرجع السابق، ص417.

³ - ويعرف الأستاذ شاكور حامد علي جبل العقد الموقوف بأنه " ما صدر من أهله مضافا إلى محله مع سلامة أوصافه، ولكن كان ممن ليس له ولاية على العقد مثل عقود ناقصي الأهلية". ويعد جمهور الفقهاء هذا العقد من أقسام العقد الصحيح". لمزيد من التفاصيل، راجع: - المرجع نفسه، ص418 وما بعدها.

⁴ - يعرف التوقيع الإلكتروني بأنه " كل إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة بإعتماد التوقيع ومرتبيا إرتباطا وثيقا بالتصرف القانوني، ويسمح بتمييز صاحبها وتحديد هويته، ويتم دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني". أنظر: - صالح شنين، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012-2013، ص149.

ولقد إعترف المشرع الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني في المادة 2/327 من القانون المدني المعدل بقانون 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، التي نص على أنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1، والمتمثلة في إمكانية التأكد من هوية مصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

⁵ - شاكور حامد علي جبل، المرجع السابق، ص426.

• بطاقات الوفاء أو البطاقات المصرفية¹: تراجع بعض المواقع سن العملاء برقابة صحة أرقام البطاقة المصرفية، حيث يمكن من خلال البطاقة الإلكترونية المصرفية التأكد من إسم و سن ومحل إقامة، وغيرها من البيانات الشخصية بالنسبة للمتعاقد معه. غير أن هذه الوسيلة لا تكون مفيدة في كل الأحوال، لأن القاصر يستطيع الحصول على البطاقة المصرفية لوالديه بغرض الدخول على المواقع التي تمنع الدخول على القصر والتعاقد بسهولة².

جدير بالذكر أن التعاقد عن بعد هو تعاقد دولي، والسن القانوني للأهلية يختلف من دولة إلى أخرى، والعبرة في معرفة الأهلية بقانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقد القابل بجنسيته، فإذا كان قاصرا وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب لا يسهل على الطرف الآخر تبيينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته إذا كان العقد مبرم في الجزائر وتترتب آثاره فيها³. وتستمد هذه القاعدة من نظرية الوضع الظاهر، وتتقرر من أجل إستقرار المعاملات التجارية العادية والإلكترونية.

المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة ومبدأ حسن النية.

إذا كان المشرع الجزائري أقر حرية التعبير عن الإرادة كمبدأ عام تطبيقا لمبدأ الرضائية في العقود، حيث نص في المادتين 59 و 60 مدني جزائري على أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، أي كانت الوسيلة المستعملة، فإنه تطلب أن يكون التعبير موافقا لمقتضيات مبدأ حسن النية الذي يقتضي الحرص على مراعاة مصالح الأطراف (الفرع الأول)، خاصة أن هذا المبدأ يعتبر أساس إلزامية التعبير عن الإرادة سواء كان إيجابا أو قبولا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مقتضيات مبدأ حسن النية في التعبير عن الإرادة.

كفل المشرع حماية مصالح المتعاقدين خاصة المستهلكين بإعتماده على فكرة الرضا الواضح التي جاء بها القضاء الفرنسي بفرضه للإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد. ومما لا شك فيه أن التعبير الواضح يتنافى والسكوت، إلا أن هذا الأخير قد تلابسه ظروف ترجح دلالاته على القبول، مما يستدعي إعتبره قبولا حماية للثقة التي تولدت لدى الموجب في قبول إيجابه.

¹ - إن بطاقات الوفاء من أهم وسائل الدفع الحديثة، ولقد عرف المشرع الجزائري بطاقات الدفع والسحب في المادة 543 مكرر 23 من القانون التجاري. راجع: - صالح شنين، المرجع السابق، ص 130 وما بعدها.

² - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 486.

³ - أنظر المادة 1/15 من القانون المدني.

وإذا كان من المفروض أن يوافق هذا التعبير الواضح الإرادة الحقيقية، غير أنه إذا لم يكن كذلك نتيجة لغلط وقع فيه هذا المتعاقد، فإن حسن النية يستوجب الإعتداد بالإرادة الحقيقية.

أولاً-إلتزام الوضوح في التعبير التقليدي والإلكتروني عن الإرادة.

يعد إلتزام الوضوح في التعبير عن الإرادة من متطلبات مبدأ حسن النية، حيث يجب أن يكون التعبير واضحاً ودقيقاً بما يسمح بتكوين العقد العادي أو الإلكتروني.

1-إلتزام الوضوح في العقد العادي.

يستوجب إحتزام مبدأ حسن النية في التعاقد أن يتم التعبير بلغة وشروط واضحة. ويعني الوضوح في اللغة وضوح المعلومات المتعلقة بمسائل العقد المعبر عنها، وتصديرها بطريقة تمكن المتعاقد الآخر من إعلان موافقته عن وعي وإدراك¹. وذلك بتجنب العبارات الغامضة أو غير المفهومة، كإستخدام كلمات أجنبية لها بديل في اللغة المحلية دون أن تكون مألوفة، أو إنعدام الكفاية اللفظية أو الإفراط اللفظي². أما إلتزام الوضوح في الشروط فيقصد به أن يحدد الشروط بما يسمح للطرف الموجهة إليه بالوقوف على قدر إلتزاماته الناشئة عن العقد من جهة، وأن تتم موافقة هذا الأخير على تلك الشروط بشكل يتضح فيه توافق الإرادتين من جهة ثانية.

فالإيجاب يجب أن يكون محددًا بطريقة تسمح بتكوين العقد، مما يقتضي أن يتضمن المسائل الجوهرية للعقد الذي يرغب في إبرامه، كنوع العقد المقصود والعناصر الأساسية له. ويستلزم إلتزام الوضوح في الإيجاب أيضاً توجيهه إلى الغير حتى يترتب عليه أثر قانوني، فهو كما يعتبره الأستاذ **Aubert** إعلان غير قائم إلا بإبلاغ المرسل إليه³. ويمكن أن يوجه الإيجاب إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، كما يمكن أن يوجه إلى الجمهور أي إلى كل شخص صاحب علاقة. والإيجاب الموجه إلى الجمهور يلزم صاحبه تجاه أول قابل ضمن الشروط نفسها الواردة في الإيجاب الموجه إلى شخص محدد، وذلك في حدود كميات العرض⁴. وللموجب الحق في الإختيار بين الأشخاص الذين يبدون قبولهم

¹ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 284.

² المرجع نفسه، ص 283.

³ Aubert (J.L), Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse, Paris, 1970, N°31.

⁴ جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 298 و 299.

إذا إحتفظ بهذه الإمكانية لنفسه، أو إذا تعلق الأمر بعقد أبرم بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، أي شخصيته محل إعتبار، كما في عقود العمل أو القرض¹.

أما القبول بإعتباره التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، فيستوجب إلتزام الوضوح فيه أن تكون صيغة الموافقة دقيقة وجلية بحيث يمكن إستنتاج مطابقة الإيجاب والقبول في جميع مسائل العقد. ولقد قضى المشرع تطبيقاً لمبدأ حسن النية في إبرام العقود، بأن إتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية فقط كاف لإبرام العقد، حيث نصت المادة 65 من القانون المدني الجزائري على " إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد وإحتفاظاً بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن لا أثر للعقد عن عدم الإتفاق عليها، أعتبر العقد منبرماً...". لكن قد يستوجب الإلتزام بحسن النية في إبرام العقد من الأطراف الإستمرار في التفاوض إلى أن يتم التوصل إلى الإتفاق على جميع المسائل الثانوية العالقة، خاصة في الصفقات الكبرى يستغرق إبرامها مدة طويلة وعلى مراحل متتالية².

الأصل أن الشخص حر في قبول التعاقد أو رفضه، غير أن الحق في القبول أو الرفض ليس مطلقاً، إذ هناك حالات يلتزم فيها من وجه إليه الإيجاب بعدم الرفض دون مبرر مشروع، وإلا يعد هذا الشخص متعسفاً في إستعمال حقه في الرفض، فتقوم مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الموجب³.

إن الإلتزام بعدم رفض الإيجاب دون مبرر مشروع، يقوم بالنظر إلى الثقة المشروعة المتولدة من الدعوة إلى التعاقد الموجهة إلى شخص معين أو مجموعة من الأشخاص، أو إلى الجمهور. ويستند هذا الإلتزام إلى مبدأ عدم التعسف في إستعمال الحق، وبهذا يعتبر هذا الإلتزام من مقتضيات مبدأ حسن النية في إبرام العقد.

إذا أحل أحد المتعاقدين بإلتزامه بالوضوح بحيث كان تعبيره عن الإرادة غامضاً، فإن المشرع الجزائري نص من خلال المادة 1/112 على أن الشك يؤول في مصلحة المدين، وهي قاعدة تبرر على أساس أن الأصل براءة الذمة. ولقد إعتبر القضاء الفرنسي في أحد أحكامه أن الإلتباس والغموض في أحد شروط العقد بشكل يؤدي إلى إعفاء البائع من المسؤولية يصعب على هذا الشرط صفة التعسف⁴.

¹ جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 299.

² شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 449.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 231 و 232.

⁴ Cass.Civ.19 Juin 2001, sa press Labo service.c/mpayan, arret n°1085 p.Juris Data n°010219. v. Paisant (Gilles).

2- إلتزام الشفافية والوضوح في التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

يستلزم حسن النية في التعاقد الإلكتروني أيضا الوضوح عند التعبير عن الإرادة إيجابا أم قبولا. وحتى يكون الإيجاب الإلكتروني واضحا يجب أن يشتمل على المعلومات الأساسية الخاصة بالمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه¹. ويتوقف تحديد هذه العناصر على نوع العقد، فإذا كان العقد بيعا فإن الإيجاب يجب أن يتضمن بيان الموقع التجاري الذي يعرض المبيع، مع بيان الشيء المبيع من حيث مقداره ونوعه وكميته وثمانه، وتحديد العملة والطريقة التي يتم بها أداء الثمن أي وسيلة الدفع الإلكتروني، وبيان ما إذا كان هذا الثمن يشمل نفقات التسليم والرسوم الجمركية والضرائب وغيرها من المسائل التي يعدها صاحب الموقع ضرورية. كما يجب بيان هذه المعلومات بطريقة تنفي الغرر والجهالة درأ لأي نزاع يمكن أن يقوم في المستقبل، وحماية للطرف الآخر من الغش².

يستوجب وضوح الإيجاب الإلكتروني وضوح اللغة التي يعبر بها أيضا، لأنه إذا صدر بلغة لا يفهمها المتلقي فإنه لن يستطيع أصلا قبولها. ويفرض المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك وقمع الغش من خلال نص المادة 18، على المتدخل العادي وحتى الإلكتروني تقديم المعلومات محل الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد باللغة العربية حتى تكون مفهومة.

كما يجب أن يراعى الإيجاب الإلكتروني مقتضيات الشفافية والوضوح التي يفرضها قانون الاستهلاك حتى لا يعد إيجابا مضللا، فمثلا يجب أن تعبر صورة الشيء المعروض للبيع تعبيراً أميناً عن هذا الشيء، وأن يشتمل الإيجاب على بيان هوية الموجب للمستهلك الإلكتروني من خلال بيان اسمه بيان اسمه وموطنه، مركز نشاطه بيان موقعه الإلكتروني وأرقامه الهاتفية وبريده الإلكتروني، علامته التجارية ورقم قيده في السجل التجاري ومكان التسجيل³.

¹ نص قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية على جواز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض. وعرف الإيجاب الإلكتروني من خلال نص المادة 11 منه بأنه "تعبير جازم عن الإرادة يتم عن بعد عبر تقنيات الإتصال سواء كانت مسموعة أم مرئية أم كليهما، ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد به العقد".

² شاكر حامد علي حسن جبل، المرجع السابق، ص205.

³ راجع البند 8 من العقد النموذجي الفرنسي، والمادة 5 من التوجيه الأوربي رقم 7 لسنة 1997، المادة 5-221 L. من قانون الإستهلاك الفرنسي الجديد، المواد 29 و 36 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

أنظر فيما يخص القانون رقم 83 لسنة 2000 التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية الصادر في 9 أغسطس 2000، المتاح على موقع بوابة-التشريع.تونس التالي:

إذا تم تصدير الإيجاب إلكترونيا فإنه يجب في هذه الحالة على المتعاقد الآخر الرد عبر تقنيات الإتصال صراحة، أي أن يكون تعبيره بالقبول أو الرفض صريحا. ويتطلب القبول الإلكتروني الصريح الكتابة التي تتم عادة من خلال رسائل البريد الإلكتروني الذي يحمل توقيع القابل على وثيقة مكتوبة، وهو ما يضيف على العقد نوعا من الثقة والطمأنينة للمتعاقدين، حيث يمكن إثبات هذا القبول كتابة¹.

ولقد إنقسم الفقه فيما يخص مسألة التعبير الضمني عن القبول إلى إتجاهين، حيث هناك من يرى أن القبول الإلكتروني لا يمكن أن يكون إشارة متداولة عرفا، أو بإتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه². وهناك من ذهب إلى القول بأن القبول بالإشارة أو بموقف واضح لا يمكن أن يتم بهما فعلا إذا تعلق الأمر بعقد إستهلاكي، لوجود قانون يفرض صيغة للتعبير وهو إجراء ينطوي على نوع من الشكلية المبررة لإعتبارها ضمان لحقوق المستهلكين. غير أنهم لا يستبعدون إمكانية التعبير عن هذا القبول بإتخاذ موقف يدل على حقيقة المقصود منه بوضوح في العقود غير المبرمة مع المستهلكين، إذ يمكن إلتماسه في حالة من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي إقترح الموجب إبرامه، مثل إعطاء الموجب له رقم بطاقة الدفع السري دون أن يعلن صراحة قبوله، فيتم العقد وفق هذا القبول الضمني³.

كما يتطلب إلتزام الوضوح في القبول الإلكتروني أن يشتمل على عدد من البيانات، أهمها تحديد الشخص القابل للإيجاب بتسجيل بيانات تحدد هويته، وذلك حتى يتم تسجيل العقد. ولقد أوجب العقد النموذجي الفرنسي الصادر عن غرفة التجارة والصناعة الفرنسية في بنده السابع، أن يوضع في قبول الإيجاب بيانات المشتري، تأكيد الطلبية: في شأن سلعة أو خدمة بعينها، في شأن مقابل محدد، وفي شأن طريقة السداد، وفيما يتعلق بالتسليم وخدمة ما بعد البيع. وهذا يحقق الثقة المشروعة في التعامل الإلكتروني من جهة، وحماية المستهلك الإلكتروني من جهة أخرى.

http://www.legislation.tn/detailtext/loi-num-2000-83-du-09-08-2000-jort-2000_2000064000831

¹ إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 104 و 105.

² أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 207.

³ أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، ط1، دار الثقافة ودار العلمية الدولي، عمان، 2004، ص 76.

ويعد من قبيل إلتزام الوضوح في التعاقد الإلكتروني، تزويد النظام المعلوماتي بما يمنع من إرسال القبول من مجرد اللمس أو الضغط، بل ينبغي التأكد من أنها تعبر عن الرغبة الجادة، كإشتراط الضغط أكثر من مرة أو بعث رسالة تفيد القبول أو إبرام العقد¹.

ثانيا-مراعاة الثقة المشروعة.

من مستلزمات مبدأ حسن النية في التعامل إعتبار السكوت² قبولا إذا أحاطت به ظروف معينة ترجح دلالاته على القبول. والظروف المحيطة بالسكوت، في حقيقة الأمر، هي التي أهلتها ليشكل تعبيرا عن إرادة تعاقدية³، ففي بعض الحالات قد توجب الظروف على من يدخل في العملية التعاقدية طبقا لمقتضيات حسن النية إن لم يشأ أن يقبل الإيجاب أن يصرح برفضه، فإذا سكت وإستمر على ذلك فترة معقولة، فإن هذا السكوت يولد لدى الموجب ثقة مشروعة في قبول إيجابه⁴.

كما أن حسن النية وما يقتضيه من واجب النزاهة والإستقامة الذي يستلزم الشفافية في التعامل اي العلانية والوضوح من الجانب الشكلي، يفرض على من وجه إليه إجابا نافعا نفعيا محضا كالهبة وكان غير قابل لهذا العرض، أن يبادر بإعلان رفضه لاسيما أنه لا توجد أسباب أو مبررات معقولة تستوجب الرفض، وإلا أعتبر سكوته قبولا في هذه الحالة. وتعتبر هذه القاعدة مفترضة، لهذا إذا أثبت الموجب له أن إرادته قد إنصرفت إلى رفض مثل هذا الإيجاب، فإن العقد لا ينشأ⁵.

نتيجة لذلك يعتبر القانون السكوت في هذه الحالات قبولا تطبيقا لمبدأ حسن النية في إبرام العقود. ولقد نظم المشرع الجزائري السكوت الملابس من خلال المادة 68 قانون مدني والتي تنص على " إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

¹ راجع: البند 2/7 من العقد النموذجي الفرنسي، والفصل رقم 27 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

² الأصل عدم ترتيب أي أثر قانوني على السكوت المجرد. فالسكوت يعد وضع سلبي لا يمكن أن يحمل دلالة معينة، لذلك لا يمكن إعتباره قبولا لأنه يفضي إلى إهدار حريات الأفراد. راجع: - جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012، ص 182 و183.

³ يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد: الغلط والتدليس، المرجع السابق، ص 323.

⁴ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 292.

⁵ Starck (B), Droit civil, obligations, 2^{em} éd, letec, Dalloz, 1996, P.70.

ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

يلاحظ بأنه يصعب تطبيق أحكام السكوت الملابس الذي يمكن أن يعبر عن إرادة القابل في نطاق العقد الإلكتروني، نظرا لكون أغلب العروض التي توجه عبر شبكة المعلومات هي عروض عامة موجهة إلى كافة المستهلكين، فيكون عندئذ من المستحيل القول أن سكوت كل من وصلت إليه الرسالة التي تتضمن العرض يعد قبولا للتعاقد¹. كما يصعب إعتبار الإيجاب فيه نفع للمستهلك ونلزمه بالتعاقد في حالة السكوت، إذ أن المستهلك وحده الذي يستطيع تحديد ما يعد في صالحه وما يعتبر غير ذلك، ومن ثم الأفضل عدم إعتبار السكوت قبولا في مجال التعاقد الإلكتروني².

وبالرجوع إلى العقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية الصادر عن الأونسترال نجد أنه يشترط من خلال المادة 3-2-4 أن يكون القبول صريحا، إذ تنص على "يعتبر القبول... مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب..."، فكلما تسلم هنا تفيد أن القبول يتم تسلمه وهذا تعبير صريح. وتؤكد ذلك مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن الأونيدروا، التي نصت في المادة 2-1/6 على أنه "يعتبر قبولا أي بيان أو مسلك آخر يصدره من وجه إليه الإيجاب يفيد قبول الإيجاب. ولا يرقى السكوت أي إتخاذ موقفا سلبيا، في حد ذاته إلى مرتبة القبول"³.

كذلك يتطلب مبدأ حسن النية في إبرام العقد الإعتداد بالإرادة الحقيقية في حالة عدم توافقها مع التعبير لغلط فيه. وبناءا على ذلك أخذ المشرع الجزائري بنظرية الإرادة الباطنة⁴ كقاعدة عامة، وبنظرية

¹ وحتى بالنسبة للإيجاب الموجه عبر البريد الإلكتروني لا يعد السكوت إتجاهه قبولا بوصفه قاعدة عامة، إلا إذا كانت هناك قرائن صريحة أو ضمنية ترجح كون المقصود بالسكوت هنا القبول. - جلول دواجي بلحول، المرجع السابق، ص70.

² كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص436.

³ أنظر: الترجمة العربية لمبادئ العقود التجارية الدولية، روما، 1994، ص53.

متاح على الموقع:

<https://www.fichier-pdf.fr/2015/06/15/fichier-pdf-sans-nom-1/>

⁴ إن نظرية الإرادة الباطنة التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة تقضي بأن العبرة بالإرادة الحقيقية بإعتبارها الأصل، والعقد يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحقيقية لأطرافه ما يستلزم البحث عنها. أنظر: - نشأت إبراهيم الدريني، المرجع السابق، ص 198. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 89.

الإرادة الظاهرة¹ كإستثناء بالحد الذي يقتضيه إستقرار المعاملات². وفي أخذ المشرع بنظرية الإرادة الباطنة كقاعدة، تكريس لحقيقة القيم الأخلاقية التي تأبى تهميش الإرادة الحقيقية، فمبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجي الخاطئ دون جزاء بل يترتب عليه الحق في التعويض لمن إطمأن لهذا المظهر، وذلك حماية للثقة المشروعة. هذا وقد يرى القاضي أن أحسن تعويض هو إعتبار العقد قائماً، فلتتحقق نفس النتيجة التي تهدف إليها الإرادة الظاهرة وهي إستقرار المعاملات³.

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية أساس القوة الإلزامية للتعبير عن الإرادة.

إن حسن النية كمبدأ تنظيمي للسلوك التعاقدية يقتضي إلزام صاحب التعبير بتعبيره إيجاباً كان أم قبولاً، وذلك لحماية الثقة المتبادلة للطرفين ومراعاة لإستقرار التعاملات العادية والإلكترونية. أولاً- القوة الإلزامية للتعبير التقليدي عن الإرادة.

يكون للإيجاب فعالية قانونية إذا كان باتاً وجازماً، أي لا رجعة فيه بحيث لا يكون معلقاً على شرط أو أمر معين. غير أنه يجوز أن يشتمل الإيجاب على بعض التحفظات الضمنية أو الصريحة، لكن يشترط أن لا تفرغه هذه التحفظات من محتواه بشكل يؤدي إلى تحلل الموجب من الإلتزام إذا إقترن الإيجاب بقبول، لأن في هذه الحالة يكون الإيجاب مجرد دعوة إلى التعاقد⁴.

¹ تقضي نظرية الإرادة الظاهرة التي تقوم على إعتبارات موضوعية، بأن التعبير ظاهرة إجتماعية يعتد بها القانون ويحميها، فالقانون يهتم بالمظاهر الإجتماعية لا بالمظاهر النفسية. أنظر: - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 76.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 95 و 96.

نوه إلى أن هناك جانب من الفقه يرى أن المشرع الجزائري لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة المحضة ولا بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما أخذ بالإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عنها، وذلك لإعتداده بالمعايير الموضوعية التي تمكنا من الكشف عن مدلول الإرادة بغض النظر عن رغبة المتعاقدين. أنظر: - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 81.

³ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 63 وما بعدها.

⁴ جاك غسان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 295.

يميز الفقه بين التحفظات النسبية والمطلقة، فالأولى يحتج بها في مواجهة بعض الأشخاص فقط، وهي تنال من قطعية الإيجاب ما يجعله مجرد دعوة إلى التفاوض. أما الثانية فهي التي يحتج بها في مواجهة الجميع والتي تترك للإيجاب قيمته القانونية حيث لا تسمح للموجب برفض العقد في جميع الحالات. - إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 106.

راجع حول معيار التفرقة بين التحفظات النسبية والمطلقة:

- Flour (J) et Aubert (J-L), droit civil, les obligations, I, L'acte juridique, 7^{em} edit, Arman Colin, Paris, 1996, P.99.

الأصل أن الموجب لا يلتزم بالبقاء على إيجابه طالما لم ينتج أثره القانوني، فله أن يعدل عنه في أي وقت شاء إذا لم يقترن به القبول من الطرف الآخر¹. غير أنه متى وصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه، فإن مبدأ حسن النية في هذه الحالة يستوجب فيها على الموجب الإلتزام بإيجابه إحتراماً للثقة المشروعة المتولدة لدى الموجه إليه الإيجاب، فحسن النية يقتضي أن يمهل الموجب الموجه إليه الإيجاب المدة اللازمة للرد عليه، ويقابل هذا الإلتزام إلتزام آخر في ذمة هذا الأخير يتمثل في الرد في مدة معقولة طبقاً لظروف التعامل أو لطبيعة المعاملة، والتي يحددها القاضي إستناداً إلى سلطته التقديرية.

تتمثل الحكمة من تقرير خيار الرجوع للموجب عن الإيجاب غير المنتج لأثره الذي يعود أصله إلى الفقه الإسلامي، في حاجة الموجب إلى الحماية التي تتمثل في تحقيق مصلحة له وفي نفس الوقت تعد دفعا لضرر عن الموجب، فقد يُقدّم الشخص على التعاقد قبل أن يكتمل الرضا في نفسه، كما أن الموجب يمكن أن يرى بعد صدور الإيجاب منه أن الصفة لم تعد في مصلحته، وبهذا النوع من الخيار يستطيع التخلص من الإيجاب الذي لم يحقق مصلحه أو الذي لا يوافق رغباته².

وفي الإيجاب الموجه إلى الجمهور لا تكون شخصية القابل ذات أهمية بالنسبة للموجب، ولذلك قررت محكمة النقض الفرنسية مبدأ مفاده أن الإيجاب الموجه إلى الجمهور يلزم مقدم الإيجاب تجاه أول قابل للشروط الواردة في الإيجاب كما لو كان موجهاً إلى شخص محدد بعينه³. ومن البديهي أن يكون الإيجاب الموجه للجمهور مخصصاً لأوائل القابلين في حدود الكمية المطروحة، وهو ما أكدته 15 من قانون 02-04 التي تنص على " تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور للبيع، ويمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع وكانت الخدمة متوفرة".

وهكذا تقتضي مراعاة حسن النية في الإيجاب الموجه إلى الجمهور في حال العدول، الإستناد إلى مبررات مشروعة وذلك مراعاة للثقة المتولدة لدى الجمهور⁴. وبناءً على ذلك منح القضاء الفرنسي للموجب

¹ - نوه إلى أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم كمعيار لتحديد متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني، فالمادة 61 من القانون المدني تنص على أن الإيجاب والقبول لا ينتج أثره إلا إذا علم به من وجه. وأعتبر المشرع من خلال تلك المادة أن وصول التعبير قرينة على العلم به، وهي قرينة بسيطة أقامها للتخفيف عن موجه التعبير عبء إثبات العلم الذي يتعذر إثباته في كثير من الأحيان.

² - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 325 و 326.

³ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 298 و 299.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 427 و 428.

إمكانية إختيار الأشخاص الذين يبدون قبولهم في حالتين: عندما يكون الموجب قد إحتفظ لنفسه بهذه الإمكانية، أو عندما يكون العقد قد أبرم بالنظر إلى الشخص، كما هو الشأن بالنسبة لعقود العمل أو القرض، ففي هذه الأخيرة يتم اللجوء إلى أسلوب الإيجاب الموجه للجمهور بالنظر إلى الشخص الذي إرتكز في مواجهته شعور بالثقة كإحدى أركان الإئتمان الذي تقوم عليه هذه العقود¹.

ولقد إتجه المشرع الجزائري إلى التمييز بين الإيجاب الملزم وغير الملزم في التعاقد بين الحاضرين، فنص على أن الإيجاب يكون ملزماً إذا إقترن بأجل من خلال المادة 63 التي تقضي في فقرتها الأولى بأنه "إذا عين أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل". في حين يكون الإيجاب غير ملزم إذا لم يتضمن أجلاً للقبول، كما نصت على ذلك المادة 64 من القانون المدني "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل". وعليه، يحق للموجب العدول عن إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً في التعاقد الذي يتم في مجلس واحد، فإذا عدل سقط إيجابه وإذا لم يعدل يبقى إيجابه قائماً لكنه غير ملزم، وفي هذه الحالة الأخيرة يؤدي صدور القبول قبل إنقضاء المجلس إلى إنقضاء العقد².

تجدر الإشارة إلى أن هناك جانب من الفقه يرى أن الإيجاب وحده ملزم لصاحبه، فلا يجوز له الرجوع عنه حتى إذا لم يصدر القبول فوراً، وهم في ذلك يأخذون بما ذهب إليه جمهور المالكية في الفقه الإسلامي، ويبررون رأيهم على أساس أن ذلك يتفق مع ما تتطلبه المعاملات المالية³، وأن الإتجاهات الجديدة للقواعد التي تنظم العقد والتي تسعى إلى حماية المجتمع وإستقرار المعاملات وتحقيق العدالة العقدية، تقتضي إلزامية الإيجاب⁴. ونحن نتفق مع هذا الرأي طالما أنه يمكن إعتقاد الإرادة المنفردة كمصدر لإلتزام الموجب في هذه الحالة.

أما في التعاقد بين الغائبين يكون الإيجاب ملزماً دائماً، لأنه مقيد بميعاد ضمنى تقضي به طبيعة المعاملة وظروفها⁵. والميعاد في التعاقد بين غائبين هو الوقت الضروري لوصول الإيجاب للمرسل له

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 50.

² - وبهذا الحل يكون المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية مجلس العقد التي وضعها الفقه الإسلامي بغرض التوفيق بين مصلحة الموجب ومصلحة الموجب له. راجع: - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 94.

³ - نشأت إبراهيم الدريني، المرجع السابق، ص 274.

⁴ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 95.

⁵ - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 84.

ولتفحصه والإجابة عليه من قبل هذا الأخير، وغالبا ما ترجع السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذا الأجل، إذ يجب أن تكون مدته معقولة على العموم¹، وفي هذا حماية للموجب له من تعسفات الموجب². وبما أنه لا يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه قبل إنقضاء المدة المحددة، فإن الرجوع قبل الإنقضاء يعد إخلالا بمقتضيات حسن النية في الإيجاب. ونتيجة لذلك إذا قبل الموجه إليه الإيجاب في المهلة المحددة فإن العقد يبرم، وهذا كتعويض عيني عن الضرر اللاحق بالموجه إليه الإيجاب بسبب عدول الموجب³.

ثانيا- القوة الإلزامية للتعبير الإلكتروني عن الإرادة.

تقتضي مراعاة الثقة المشروعة المتولدة لدى المتعاقد المقابل تصرف الموجب بمعقولية ومراعاة الأعراف المقبولة في التجارة، ونتيجة لذلك يتم تحديد الإطار الزمني للإيجاب الإلكتروني في أغلب الحالات، سواء بطريقة مباشرة كتحديد الموجب لمدة صلاحية العرض صراحة⁴، أو بطريقة غير مباشرة كالصورة التي يصدر فيها الإيجاب مقترنا بعبارة العرض ساري حتى نفاذ الكمية. وإذا إنتهت مدة الإيجاب ولم يقدم أي قبول فمن العدل أن يسقط الإيجاب ويصبح غير ملزم، وهنا على الموجب سحب الإيجاب من على الموقع الإلكتروني أو التوقف عن إرسال العرض عبر البريد الإلكتروني، فإذا لم يفعل فإن ذلك العرض يعد إيجابا جديدا غير محدد المدة. وفي حالة الإيجاب الصالح حتى نفاذ المخزون على الموجب مراجعة المخزون بصفة مستمرة، فإذا نفذ المخزون عليه سحب العرض من على الموقع حتى لا يتلقى المزيد من الطلبات التي لا يستطيع تلبيةها⁵.

أما في حالة عدم إقتران الإيجاب بمدة معينة، وهو أمر نادر الوقوع في المجال الإلكتروني، فإنه يمكن تحديد أجل للإيجاب وذلك من خلال ظروف الحال أو طبيعة المعاملة، طبقا للمادة 3/63 قانون مدني. وتطبيق هذا الحكم على الإيجاب الإلكتروني ممكن، فمثلا الشركات السياحية تخفض الأسعار في أوقات الركود السياحي وتعلن عن ذلك عبر مواقعها الإلكترونية، فإن لم تحدد ميعادا لهذا العرض نستطيع

¹ جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 310.

² علي فيلالي، المرجع السابق، ص 92.

³ جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 310.

- عبد الحي عبد المجيد حجازي، النظرية العامة للالتزامات وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ص 615.

⁴ أنظر المادة 3-2-3 من العقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية التي تنص على أن تحديد النطاق الزمني للإيجاب متروك لحرية الموجب، فله أن يحدده ب 24 ساعة أو بمدة زمنية أخرى.

⁵ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 418 و 419.

إن نستشف أنه خلال فترة الركود المعروفة¹. كما يمكن أن يستشف الميعاد غير المحدد في حال إرسال إيجاب عبر البريد الإلكتروني لبعض الأشخاص، إذا كان هناك سبق إرسال رسائل مشابهة وكان الميعاد فيها محددًا. فيكون الميعاد هو نفس الميعاد السابق خاصة إذا كان موضوع الإيجاب هو نفسه.

يؤكد فقهاء الشريعة الإسلامية ذلك من خلال خيار الشرط² الذي يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه مدة معينة من الزمان، إذا كان الإيجاب محددًا بمدة معينة من البائع أو كان يقضي بها العرف والذي يجب إعلام المستهلك به. وخلال هذه الفترة تتاح الفرصة الكافية للتدبر والتروي، فيكون الإيجاب ملزمًا للموجب طوال مهلة التفكير، ويكون الخيار للطرف الموجه إليه الإيجاب بحسب مصلحته³.

وتزداد أهمية شرط الخيار خصوصًا في التعاقد الإلكتروني، حيث كان من مقتضى العقد أن يشترط الخيار للمتعاقد الآخر حتى يدرك عن نفسه التعرير بإستشارة أهل الخبرة. وهذا الحق مقيد بعدم التعسف في إستعماله حتى لا يضر بالمتعاقد الآخر، فكان من العدل أن تكون هذه المدة بحسب المبيعات أو العرف المعمول به طالما أن المعروف عرفًا كالمشروط نصًا⁴.

يتمتع الموجب التاجر أو مقدم الخدمة بحرية إختيار الأشخاص الذين يرغب في التعاقد معهم طبقًا لقاعدة حرية التعاقد في عقود التجارة الدولية⁵، فله رفض التعاقد مع البعض ويكون رفضه مشروعًا، كما في حالة المستهلك الذي يكون مقيمًا خارج النطاق الجغرافي للعرض الذي حدده الموجب⁶. غير أنه لا يمكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها في مجال التجارة الإلكترونية، إذ هناك بعض الحالات يعد الرفض فيها غير مبرر لأنه يخالف أخلاقيات التعاقد، كما في حالة الرفض لأسباب عنصرية. فالبائع في العقود الإستهلاكية ملزم بعدم التمييز بين الزبائن لأي سبب كان، بالنظر إلى أن رفض التعاقد المبني على إعتبارات عنصرية يمس بالحقوق التي تقررت للإنسان في الدساتير والإتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق

¹ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص416.

² خيار الشرط على مذهب المالكية هو أن يشترط أحد العاقدين لنفسه أو لغيره، حق فسخ العقد مدة معلومة من الزمان، فيلزم الآخر في هذه المدة. - شاعر حامد علي حسن جبل، المرجع السابق، ص438.

³ المرجع نفسه، ص438 و 439.

⁴ المرجع نفسه، ص442.

⁵ وهو ما تؤكد المادة 1/1 من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن الأونيدرو التي تنص على أنه "يتمتع الأطراف بحرية إبرام العقد وفي تحديد مضمونه". أنظر: - الترجمة، المرجع السابق، ص11.

⁶ محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص88.

الإنسان. كما أن السلع والخدمات الاستهلاكية محل التعاقد تعتبر من ضرورات الحياة، لذلك من الواجب توفيرها لكل مستهلك مهما كان جنسه، دينه، جنسيته...¹.

أما فيما يتعلق بالقبول الإلكتروني، فالإستقامة والنزاهة كمتطلب عام في العلاقات العقدية يشترط أن يصدر خلال المدة المحددة حتى يعتد به. ويبدأ حساب مدة القبول في التعاقد الإلكتروني إعتباراً من لحظة وصول الإيجاب إلى من وجه إليه². أما إذا لم يحدد أجل للقبول، فإنه يجب أن يتم القبول خلال مدة معقولة تقدر بالنظر إلى الظروف، ويتعين القبول الشفوي بصورة فورية ما لم تدل الظروف على غير ذلك، كما في التعاقد من خلال غرف المحادثة³.

ومما لا شك فيه أن مراعاة الثقة المشروعة للموجب في تمام العقد تستلزم إعطاء القبول قوة إزامية متى أنتج أثره القانوني، بحيث لا يستطيع القابل التراجع أو العدول عنه إذا وصل قبوله إلى علم من الموجب طبقاً للمادة 2/67 من القانون المدني التي تنص على " ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

وبذلك يكون المشرع قد وازن بين مصلحة الموجب والقابل فأخذ بالعلم بالقبول حتى لا يفرض على التاجر تعاقد لا يعلم عنه شيئاً وفيه مراعاة لمصلحته، كما يفترض علم الموجب بالقبول بمجرد وصوله إليه، وفي هذا مراعاة لمصلحة الطرف القابل الذي يكون غالباً هو المستهلك. وحتى لا يمتنع التاجر عن إبرام العقد متذرعاً بأن القبول لم يصل بعد، بإعتبار أن وقت إنتاج القبول لأثره القانوني يعد نفسه وقت إبرام العقد، فإن المشرع أجاز لأطراف التعاقد الإتفاق على غير ذلك، كأن يتفقا على أن العقد يتم وقت صدور القبول أو وقت تصديره.

تجدر الإشارة إلى أن قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أخذ واضعوه بنظرية تسلم القبول، فلقد حددوا من خلال نص المادة 15 منه وقت إبرام العقد الذي يتم عن بعد بوقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين، أو وقت دخول رسالة البيانات أقر بتسليم الموجب للقبول لتحديد لحظة إنعقاد العقد الإلكتروني، من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 1127-2 من القانون المدني

¹ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 440 و 441.

وفي هذه الحالات إذا تم الرفض يكون الموجب متعنتاً، ويعد رفضه ممارسة تجارية غير شرعية، وهو ما يعطي للمستهلك الحق في رفع دعوى المسؤولية. أنظر المادة 15 من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

² أنظر المادة 2-1/8 من مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن اليونيدروا. - الترجمة، المرجع السابق، ص 59.

³ أنظر المادة 2-7 من المبادئ. - الترجمة، المرجع السابق، ص 59.

الجديد. وهذا الحل له الأثر في إلغاء الشك الذي يحيط بلحظة تكوين العقد بين الغائبين، ولكنه نص تكميلي لذلك يجوز للمتعاقدين خاصة المهنيين، الإتفاق على لحظة تكوين العقد¹.

وهكذا يتضح أن الإرادة التي تعد أساس العقد هي التي يتمتع صاحبها بالأهلية القانونية كمطلب أخلاقي ضروري يفرضه مبدأ حسن النية في العقود، والتي يعبر عنها وفقا لمقتضيات هذا المبدأ. غير أن ما يضمن تحقيق العدالة العقدية المنشودة، هي الإرادة السليمة من العيوب التي تنبذها الأخلاق العقدية.

المبحث الثاني: نظرية عيوب الإرادة تجسيد للعنصر الأخلاقي.

يقتضي مبدأ سلطان الإرادة أن تكون إرادة الفرد سليمة، والتي تعني صدور قرار إختيار إبرام العقد عن إدراك سليم وبعد موازنة متأنية بين المنافع والمضار، والميزات والعيوب². وتستوجب العدالة عدم الإعتراف بكل تصرف أقدم عليه الشخص بناء على ظروف أثرت في إدراكه أو حريته، فأرادته المعيبة لا يمكنها تحقيق التوازن بين الآداءات العقدية. لذلك ترتبط العدالة العقدية بصحة التراضي، حيث كلما إقتربنا من صحة الإرادة إقتربنا من تحقيق العدالة التبادلية لأطراف العقد³.

تؤدي نظرية عيوب الإرادة إلى تضيق التصرفات غير المخلصة أو غير المشروعة سواء تعلقت بالعنف أو بالطرق الإحتيالية، خاصة تلك التصرفات التي تحدث ضررا بالأشخاص الذين يقعون ضحية ضعفهم أو عدم إدراكهم⁴. وأمام هذا الأمر تبنت معظم التشريعات الحديثة هذه النظرية⁵ التي تحقق أحكامها الأمن القانوني للعقد بالحفاظ على الثقة المشروعة اللازمة في العقود، بالنظر إلى أن العقد عمل توقعي يقتضي أن يطمئن المتعاقدين إلى ما إتفقا عليه، وهو ما يلزم القاضي بالنقيد به، مما يجسد فكرة ثبات العقد من خلال ضمان إحترام تنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه⁶.

¹- Solus(H), Ghestin(J) et Mas(F), La conclusion des contrats du commerce électronique, édit L.G.D.J, Paris, 2005, P.200 et 201.

²- Terré (F), Simler (Ph) et Lequette (Y), op.cit, p.165-166

³- Ghestin (J), L'utilité et la justice dans les contrats, op.cit, P.48.

⁴- مارغريت نقولا ماروديس، المرجع السابق، ص 28 و 29.

⁵- محمد صادق الموسوي، نظرية الجهل والغلط بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الهادي، بيروت، 2002، ص 93.

⁶- جمعة زمام، المرجع السابق، ص 18 و 20.

تتمثل عيوب الإرادة في الغلط، التدليس، الإكراه، والإستغلال¹. يعتبر كل من التدليس(المطلب الثاني) والإكراه (المطلب الثالث) سلوك غير أخلاقي، أما الغلط (المطلب الأول) والإستغلال (المطلب الرابع) فيتعارضان مع حسن النية المفروض في إبرام العقد، لذلك يتدخل القانون لمواجهة هذه العيوب كفالة لمبدأ الثقة والاحلاص في العقد، وحماية لإستقرار التعامل.

المطلب الأول: عيب الغلط إستحضار للعنصر الأخلاقي.

من التعريف التقليدي للغلط الذي يقضي بأنه "وهم خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد"²، يتضح أن الإرادة موجودة لكنها معيبة، لذلك الجزء المناسب للغلط المعيب هو قابلية العقد للإبطال لمصلحة من وقع في هذا الغلط حماية له³، فمن العدل أن يلزم المتعاقد في هذه الحالة لأن إرادته موجودة وإن كانت معيبة، طالما لم يتمسك بحقه في الإبطال⁴.

عالج المشرع الجزائري الغلط المعيب للإرادة الذي يقع فيه المتعاقد وقت إبرام العقد، معتدا بما وصل إليه الإجتهد الفرنسي من تفسيره الواسع لنص المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي القديم، التي تترجم صيغته الحصرية هاجس الحفاظ على القوة الإلزامية للعقود⁵. ولقد هدف توسيع الإجتهد لمدى تأثير الغلط في الرضا إلى إضفاء الصفة الأخلاقية على العلاقات التعاقدية⁶، ما ترتب عنه إقرار نتيجة تقضي بأن سلامة الرضا من عيب الغلط تتطلب ترتيب إلتزامين على كلا الطرفين أساسهما وهدفهما أخلاقي، يتمثل الأول في الإلتزام بالإعلام عن كل المعلومات التي تتعلق بمسائل العقد، أما الثاني فيكمن في واجب الإستعلام الذي يقع على المتعاقد الآخر والذي يمنع وقوعه في غلط⁷.

ولأن الغلط كعيب للإرادة يتعارض مع ما حسن النية في إبرام العقد، فإن المشرع الجزائري وضع شروطا أخلاقية يتطلبها هذا المبدأ للطعن بالغلط في صحة العقد(الفرع الأول)، توفق بين مصلحة

¹ وبالنظر إلى إنتشار التعاقد الإلكتروني الذي من شأن الوسائط الإلكترونية التي يجري من خلالها أن تؤثر بدرجات متفاوتة على صحة التراضي فيه، فقد يتعيب رضا المتعاقد في هذه العقود بالعيوب التقليدية المنصوص عليها في القواعد العامة، لكن بمميزات تخص هذا التعاقد الذي يتم عن بعد. - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص65.

² عبد المنعم بدرابي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، ج1، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1978، ص 244.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 109.

⁴ أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 140.

⁵ جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 511.

⁶ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁷ مارغريت نقولا ماروديس، المرجع السابق، ص38.

المجتمع التي تستلزم إستقرار المعاملات، ومصالحة المتعاقد الذي وقع فيه والتي تقتضي تقييد حقه في طلب إبطال العقد(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطابع الأخلاقي لشروط التمسك بإبطال العقد على أساس الغلط.

يستلزم مبدأ حسن النية أن يكون الغلط الذي يؤثر في صحة الرضا جوهريا، لأنه يفترض أن أحد المتعاقدين قد وقع في غلط في صفات جوهرية لم يكونا قد تفاوضا عليها سابقا(أولا). كما يتطلب هذا المبدأ أن يتصل الغلط الجوهري بالمتعاقد الآخر مراعاة للثقة المشروعة وحماية لإستقرار المعاملات (ثانيا).

أولا : إشتراط الصفة الجوهرية في الغلط تكريس للإستقامة والنزاهة.

يستوجب مبدأ سلطان الإرادة الأخذ بالإرادة على حقيقتها وعلى وجهها الصحيح، لا معيبة بما تأثرت به من عيوب. لذلك متى أعيبت إرادة أحد المتعاقدين بالغلط، فإن العدالة العقدية تقتضي تقرير الحماية القانونية لهذا المتعاقد وحده. ومما لا شك فيه أن تلك الحماية لا تتقرر إلا إذا كان الغلط الذي وقع فيه المتعاقد بلغ درجة من الخطورة التي تستدعي تدخل القانون¹، أي إذا ترك أثرا قاطعا على إرادة المتعاقد مما يعني جوهريته².

أقر المشرع الجزائري الغلط الجوهري كشرط للتمسك بإبطال العقد من خلال المادة 81 من القانون المدني التي تنص على "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله". ثم نص في المادة 82 من القانون المدني على أحكام الغلط الجوهري، فبين في فقرتها الأولى مدى الإعتقاد الخاطئ والنتائج اللازم بلوغها حتى تعيب رضا المتعاقد³، حيث جاء فيها "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط". في حين حدد في فقرتها الثانية والثالثة المقصود بالصفة الجوهرية من خلال الإشارة إلى مواصفات الغلط الجوهري وإلى بعض صورته، إذ نصتا على "ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب إعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية. إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 110.

² وهذا يقتضي البحث عن نية المتعاقد لمعرفة مدى جوهرية الغلط بالنسبة إليه. - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 156.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 168.

يتضح من نص المادة 82 أن المشرع يأخذ بالمعيار الذاتي لتقدير جوهرية الغلط، أي مدى جسامته الإعتقاد الخاطئ بالنسبة لنفسية المتعاقد الذي وقع فيه ومدى تأثيره على إرادته. لكن أمام صعوبة الكشف عن الحالة النفسية للمتعاقد لجأ المشرع إلى ضوابط موضوعية تعين على تحديد الصفة الجوهرية، فقضى بأن صفة الشيء لا تكون جوهرية إذا اعتبرها المتعاقدان وفقا لما إنطوت عليه نيتهما¹ فقط، بل أيضا إذا وجب إعتبارها كذلك وفقا لشروط العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية، عندما يستحيل الوصول إلى النظرة المشتركة للطرفين لتحديد الصفة الجوهرية للشيء².

كما يشترط المشرع في الغلط الجوهري إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة هي الدافع للتعاقد. وهو ما يقتضيه مبدأ حسن النية، حيث تقوم بعض العقود على الإعتبار الشخصي نظرا لطبيعتها التي تفرض قدرا من الثقة والأمانة بين المتعاقدين في العقد، فالغلط لا يؤدي إلى إمكان طلب إبطال هذه العقود، إلا إذا كانت قد أبرمت بالنظر إلى شخص المتعاقد الآخر أي ذات الشخص أو صفة من صفاته.

وعليه يتجلى أن معيار الغلط الذي أخذ به المشرع ليس معيارا ذاتيا مطلقا، بل هو معزز بعوامل موضوعية تتطلبها الإستقامة، النزاهة والثقة التي تعد إنعكاسا للإلتزام بحسن النية في إبرام العقود، والتي تمكن من تحقيق الهدف الذي يصبوا إليه الطرفان من التعاقد ويحافظ على إستقرار المعاملات، وهو ما يجعل منه معيارا أخلاقيا بامتياز.

جدير بالذكر أنه في عقود الإستهلاك يتعلق الغلط في الصفات الجوهرية للشيء بالمساس بالرغبة المشروعة للضحية، والتي كرس القانون الجزائري مفهومها في إطار قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك من خلال المادة 11، حيث يعتبر الإلتزام بمطابقة المنتجات الذي يمكن المستهلك الواقع في غلط من التمسك ببطلان العقد في مواجهة المتعاقد الآخر، من ضمن أوجه تطور العقد. ولعل هذا يفسر توجه المشرع كما تقول الأستاذة زمام نحو "أخلقة سلوك المتعاقد المحترف في سبيل حماية المستهلك"³.

¹ وتعود لقضاة الموضوع السلطة في تقدير الغلط الجوهري، فعليه البحث عن الإرادة الحقيقية للطرفين لتحديد ما إذا كان الغلط جوهريا في نظرهما أم لا. ويخضع القضاة لرقابة المحكمة العليا في تبرير ما أخذوا به. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص168.

² ويقصد بشروط العقد الظروف المحيطة به والتي تم في ظلها إبرامه، فمحل بيع الآثار يدل على أن الأشياء المعروضة فيه هي أشياء أثرية. أما حسن النية فيقصد به خلو سلوك المتعاقدين من الغش والخداع. أنظر: - علي فيلال، المرجع السابق، ص115.

³ جمعة زمام، المرجع السابق، ص229.

من المهم الإشارة إلى أن الغلط في القيمة الذي وإن لم يضع له المشرع الجزائري حكما واضحا، إلا أن فكرة إرتباطه بغلط في ذات الشيء أو في صفة جوهرية فيه، قد تثير مسألة تأثيره على إرادة المتعاقد ما يؤدي إلى إمكانية إبطال القاضي للعقد. وهذا ما سيشكل توسيعا للبطلان ليعيب الغلط بهدف الأساسي تأمين توازن في الإلتزامات العقدية أي تحقيق العدالة العقدية¹.

ولقد تطور الإجتهد في فرنسا² بالنظر إلى صعوبة تحقيق التوازن في الحالة التي يظهر فيها الغلط في القيمة بواسطة تقدير إقتصادي مغلوط فيه يتم إنطلاقا من معطيات صحيحة لكنها مختلفة ومتنوعة³، حيث ظهر إتجاه حديث في الفقه والقضاء أخذ بعنصر الشراكة بين الغلط في القيمة والغبن المستند في الأساس على إعادة التوازن بين إلتزامات مختلة إقتصاديا، لتحقيق العدالة العقدية إلى جانب حماية المتعاقد الذي أعيب إرادته بالغلط. وهو ما تطلب أن يكون الجزاء تصحيح العقد ورد توازنه لا إبطاله، بهدف الحفاظ على الأوضاع العقدية القائمة⁴.

ثانيا: إشتراط إتصال الغلط بالمتعاقد الآخر تكريس للثقة المتبادلة.

بناء نظرية الغلط على مبدأ سلطان الإرادة، فإنه يكون من المنطقي الإكتفاء بغلط أحادي الجانب للتقرير الإبطال بسبب الغلط. غير أن القضاء رفض هذا الحل لأنه يناقض قواعد العدالة والإنصاف⁵، وهو ما دفع الفقه إلى إيجاد حل تمثل في أن الغلط الفردي يكفي للمطالبة بإبطال العقد إذا كان المتعاقد الثاني يعلم به أو كان من السهل عليه أن يعلم به. وهذا الإجتهد يضمن إستقرار المعاملات ويحقق حماية للمتعاقد الذي وقع في غلط، فلو كان المتعاقد الآخر يعلم بالغلط فيعتبر سيء النية، والإبطال جزاء سوء نيته. أما إذا كان لا يعلم لكن من السهل عليه أن يتبينه فيعد مقصرا، وتعويض التقصير والإهمال

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص410.

² - تجدر الإشارة إلى أن الإجتهد الفرنسي القديم لم يعتبر الغلط في قيمة الشيء سببا لبطلان العقد، إلا إذا تضرر أحد الأطراف جراء هذا الغلط، حماية للشخص المتضرر من عقد لا يحقق له أية منفعة. والحكمة تكمن في أنه لا ينبغي على القانون حماية الأطراف إلا في حدود ما لا يكون لها واجب حماية نفسها، ففي العقود بعوض وجب إن تكون قيمة الشيء موضوع إهتمام الأطراف، والغلط فيها ليس مسموح به إلا إذا كان مصدره التدليس.

- Ripert (G), op.cit, P.79 et 80.

³ - أنظر: - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص536 .

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص409.

⁵ - Ripert (G), op.cit, P.81.

في هذه الحالة هو الإبطال¹. كما يهدف هذا الحل إلى حماية الثقة المشروعة المتولدة لدى المتعاقد المتمسك تجاهه بالغلط، وفي هذا حماية لمصلحته الخاصة. وهكذا يتضح أن أساس نظرية الغلط المعيب للإرادة هو إخلال المتمسك إتجاهه بالغلط بمقتضيات حسن النية في إبرام العقود².

ونشير إلى وجود مقارنة بين نظرية عيوب الإرادة والمسؤولية بالنسبة لهذا الحل، فالممارسة تكشف عن حالات عديدة يكون فيها المتعاقد على علم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر دون أن يفعل أي شيء لتصحيحه. ويشكل علم المتعاقد بالغلط مع الإمتناع عن تصحيحه خطأ قانونياً، يتمثل في إستغلال هذا الغلط. وبما أن الأخلاق التعاقدية تقتض أن لا يكون المتعاقد مخطئاً عندما يبرم عقداً، فإن الإجتهد القضائي يقرر البطلان بسبب الغلط لإسقاط عقود مبرمة بشكل غير نزيه³.

أخذ المشرع الجزائري بهذا الإجتهد الفقهي، إذ لا يشترط إشتراك المتعاقدين في الغلط بل إعتد بالنظرة المشتركة للطرفين للغلط، حيث إستوجب لإبطال العقد علم المتعاقد الآخر بالغلط الذي يدعيه أو كان بإمكانه أن يعلم به، وهو شرط يستنبط من نص المادة 82 السابقة. كما أكد من خلال المادة 01/85 مدني التي تشترط على المتعاقد الذي يريد التمسك بغلط وقع فيه، الإلتزام بمقتضيات حسن النية.

الفرع الثاني: القيود الأخلاقية لإستعمال الحق في طلب الإبطال بسبب الغلط.

تفرض الأخلاق عدم تعسف المتعاقد الذي تقرر له حق طلب إبطال العقد بسبب تعيب إرادته بالغلط، خاصة أن هذا الجزاء يعني عدم إستمرارية العقود ما يؤدي إلى الإخلال بالأمن القانوني. لذلك أقر المشرع بعض القيود التي تتسم بالطابع الأخلاقي لإستحقاق الحماية القانونية الممنوحة للطرف الذي وقع في غلط، والمتمثلة في إحترام مبدأ حسن النية (أولاً) وتجنب الغلط غير المغتفر أو المعذور (ثانياً).

أولاً: إحترام مبدأ حسن النية.

حتى يستحق المتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية الحماية يجب أن يكون حسن النية، بمعنى أن لا يغتنم فرصة وقوعه في غلط لإبطال العقد. كأن تكون الصفقة التي أبرمها غير رابحة، فإبطال العقد في هذه الحالة ينافي النظام العام لأنه يؤدي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة⁴. ولقد نصت على هذا

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 335.

² شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 308.

³ Ripert (G), op.cit, P.82.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 175.

القيد المادة 85 من القانون المدني حيث تقضي بأنه " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر إستعداده لتنفيذ هذا العقد".

ويمكن القول في تعليل هذا النص، أنه إذا كان لمن وقع في غلط جوهري أن يطلب إبطال العقد لأنه ما كان ليتعاقد لو تبين وجه الأمور وقدرها تقديرا صحيحا، فهذه هي علة تقدير الحق في طلب الإبطال وهي بذاتها مرجع حدوده¹. ومتى كان من المؤكد أن المتعاقد قد قصد إبرام العقد، فحسن النية يقتضي أن يلتزم المتعاقد بالعقد بغض النظر عن الغلط مادام أن الطرف الآخر قد أظهر إستعداده لتنفيذ العقد الذي قصد إبرامه².

ويعد هذا الحكم تطبيقا من تطبيقات مبدأ عدم التعسف في إستعمال الحق، لأن التمسك بحق طلب الإبطال في هذه الحالة سيكون القصد منه إلحاق الضرر بالمتعاقد الذي أبدى حسن نيته³. ومن ثم يعد متعسفا في إستعمال حق الإبطال المتعاقد الذي يتمسك بالغلط على نحو يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، لذلك لن يجاب طلبه⁴.

ونشير إلى أن الفقه الإسلامي يؤيد هذا المبدأ، فالشريعة الإسلامية تحث الناس على توكي العدل والإحسان والسماحة في التعامل والتقاضي، إذ يقول الله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾⁵. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ رَجِمَ اللَّهُ إِمْرِي سَمِحًا إِذَا بَاعَ وَسَمِحًا إِذَا اشْتَرَىٰ وَسَمِحًا إِذَا اقْتَضَىٰ ﴾⁶.

ثانيا: تجنب الغلط غير المعذور.

يتفق الفقه على أن الغلط لا يشكل سببا للإبطال إلا بقدر ما يكون غير معذور⁷. ويعتبر المتعاقد قد تجنب الغلط غير المغتفر، إذا لم يقع في الغلط بسبب تقصير أو إهمال منه، لإمكانية تقاضي هذا الغلط

¹ - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 121.

² - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 121.

³ - أنظر المادة 124 مكرر من القانون المدني.

⁴ - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 122.

⁵ - سورة النحل، الآية 90.

⁶ - محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع، الطبعة 3، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، 1987، الحديث رقم 994.

⁷ - Larroumet (C), Droit civil, Les obligations, 1^{er} Partie, T 3, 4^e édit, Economica, Cujas, Paris, 1998, n° 355.

بقليل من الحرص والانتباه إلى بعض المؤشرات، أو في طلب بعض المعلومات البسيطة المتعلقة بمحل العقد والمتعاقد معه أثناء إبرام العقد¹. فتقاعس المتعاقد المستهلك عن واجبه في الإستعلام الذي يفرضه مبدأ حسن النية في عقد الإستهلاك، يدل على أنه أوقع نفسه في غلط، مما يجعل غلظه هذا خطأ غير متسامح فيه يستوجب تحمل مسؤوليته². فالعدالة تقتضي عدم السماح للطرفين بالإستفادة من الغلط الذي يقعان فيه، على أساس الإخلال بواجب التعاون المفروض على كليهما لتنفيذ إلتزاماتهما التعاقدية.

وبما أن الإنتفاع من الحماية القانونية يستلزم أن لا ينسب إلى المتعاقد خطأ عند تكوين العقد، فإنه لا يمكن للمتعاقد الذي وقع في غلط غير معذور المطالبة بإبطال العقد على أساس هذا الغلط³. ويعد إستبعاد الحماية القانونية جزاء أخلاقي بالنسبة للمتعاقد المخطئ، لأن واجب النزاهة والإستقامة في التعامل يستوجب عدم الإنتفاع من خطئه وإهماله للتحلل من إلتزاماته التعاقدية.

وهكذا يتضح أنه يجب على كل شخص يرغب في التعاقد، الإستعلام عن جميع الصفات المتعلقة بالمحل أو شخص المتعاقد الآخر، والتأكد من مطابقتها مع الصفات التي دفعته إلى التعاقد، أي أن يستعلم عن كافة المعلومات التي تحول دون وقوعه في غلط⁴. فالقضاء يقر الحماية القانونية للطرف الذي يتحرى ويتأكد من وجود الصفة التي تعتبر الدافع للتعاقد⁵.

المطلب الثاني: عيب التدليس إقرار للعنصر الأخلاقي.

يبرز الطابع الأخلاقي لنظرية عيوب الرضا في التدليس، فالمدلس يستعمل طرقا إحتيالية لتضليل المتعاقد الآخر وحمله على التعاقد⁶، وهو ما يعني إتيانه لسلوك غير أخلاقي للوصول إلى إبرام عقد

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص121.

² محمد صادق الموسوي، المرجع السابق، ص297.

- Cass, 1 ère Civ, 3Nov, 1978, Gaz, Pal, 1979, I, Pan, Juris, Pr, P.7.

ولإستنتاج الطابع الخاطئ للغلط، على القضاة تحليل الظروف التي أحاطت مدعي الإبطال قبل وصف مسلك هذا الأخير. كما يجب عليهم أن يؤخذوا بالحسبان سن المدعي ومهنته وخبرته. أنظر:

- Flour (J) et Aubert (J-L), op.cit, n° 214.

³ Ripert (G), op.cit, p.82.

-Mazeaud (D), L'influence de l'erreur excusable, 2001, N°33, Chron, P.2702.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص233.

⁵ - أنظر قرار: المحكمة العليا، الغرفة الإجتماعية، 1988/11/14، ملف رقم 49339، المجلة القضائية، العدد 4، 1990، ص147.

⁶ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 171.

يرغب فيه. من العدل في هذه الحالة أن لا يلزم المتعاقد المدلس عليه بتنفيذ عقد أبرمه نتيجة غلط تم إيقاعه فيه، لذلك أقر القانون له الحق في طلب إبطال العقد حماية لرضاه¹، هذا إلى جانب حقه في طلب التعويض عما أصابه من ضرر وفقا للقواعد العامة بالنظر إلى أن التدليس فعل غير مشروع.

حالات التدليس لا يمكن تحديدها، حيث تبدأ من الإحتيال المجرم كإستظهار المدلس لسندات أو وثائق مزورة²، إلى غاية مجرد الإدعاء الكاذب كالإدلاء ببيانات غير صحيحة أو بإنتحال أسماء أو صفات كاذبة³. ولتقدير ما إذا كان الإحتيال أو الكذب يشكل تدليسا، وجب الأخذ بعين الإعتبار الثقة المتبادلة التي تربط أطراف العقد، والنزاهة والإستقامة التي يستلزمها التعامل. إنطلاقا من هذه الفكرة يمكن أن نصل إلى سبب بطلان العقد في مجرد التكتّم (الفرع الأول).

إن التدليس الذي يرتب عليه المشرع إمكانية إبطال العقد وفقا لنص المادة 86 قانون المدني، هو الذي تكون فيه الطرق الإحتيالية على درجة من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف المدلس عليه العقد، أي هو الدافع إلى التعاقد⁴. ولما كان البطلان بمثابة عقوبة لعدم نزاهة المتعاقد، فمن البديهي أن يكون التدليس المسبب له صادرا من أحد الأطراف. أما إذا صدر التدليس من الغير، فلا يمكننا تحميل المتعاقد نتيجة هذا الخداع الذي لم يشترك فيه، لأن في حرمانه من الإستفادة بالعقد ظلم حقيقي تأباه الأخلاق التعاقدية⁵. لذلك تقتضي العدالة أن يكون المتعاقد الآخر على علم أو بإمكانه العلم بالخداع الذي قام به الغير حتى يكون سببا لإبطال العقد(الفرع الثاني).

ويستلزم في الوسائل الإحتيالية أن تكون كافية لتضليل المتعاقد، حيث ينظر في ذلك إلى حالة كل متعاقد وظروفه الخاصة. فالمعيار في هذه الحالة ذاتي، إذ يراعى تأثر الشخص بالحيلة حتى لو كانت لا تؤثر في غيره. أنظر: - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 177.

¹ - نوه إلى أن الفقه الإسلامي يختلف مع التشريع الوضعي والفقه الوضعي فيما يخص أثر التدليس، حيث الراجع فيه، حسب رأي الأستاذ السنهاوري، أن الأثر يتمثل في وقف العقد بإعتبار الوقف جزء لكل العيوب فهو جزء التدليس أيضا. غير أن الأستاذ الدريني يقول بأن الراجع في الفقه الإسلامي هو الخيار، أي أن المدلس عليه له الحق في إجازة العقد أو فسخه. راجع: - نشأت إبراهيم الدريني، المرجع السابق، ص 430.

² - المرجع نفسه، ص 428.

³ - مارغريت نقولا ماروديس، المرجع السابق، ص 33، هامش رقم 01.

⁴ - قاضي الموضوع هو الذي يقدر مدى أثر التدليس في نفس المتعاقد المخدوع، فيقرر ما إذا كان التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد أم لا، مسترشدا بما إعتاد عليه الناس في تعاملهم وبالحالة الشخصية للمتعاقد الذي وقع عليه التدليس، من سن وجنس، تجارب وثقافة، أي يأخذ بالمعيار الذاتي في تقدير ذلك. - أحمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.

-Terré (F), Simler (Ph), et Le Quette (Y), op.cit, N°224.

⁵ - Ripert (G), op.cit, P.87 et 88.

الفرع الأول: الأساس الأخلاقي للكتمان التدليسي.

إن الكتمان الخادع يعتبر عملا غير مشروع يرتب مسؤولية مرتكبه. ولما كان الكتمان الخاطئ وجها من أوجه الإمتناع عن إطلاع الغير على أمر يهمه الوقوف عليه ليكون بصدده على بينة من أمره، فإن محاولة إظهاره لا يمكن أن تتم دون التطرق إلى الأساس القانوني الذي يتحدد بموجبه.

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين¹ إلى القول بأن الأساس الذي غالبا ما يقوم عليه جزاء التكتم هو إنتهاك واجب سابق للعقد بالإعلام. وأخذ القضاء الفرنسي الحديث بما ذهب إليه الفقه، حيث نجد مجموعة من القرارات القضائية التي تقضي بأن الكتمان الخادع في عقد البيع يرتكز صراحة على وجود إلتزام بالإعلام². ومما لا شك فيه أن أغلب العقود تنطوي على تعارض للمصالح بين المتعاقدين، ويفترض أن يكون كل طرف حارسا لمصالحه الشخصية، وهو ما يتعين عليه أن يستعلم بنفسه عن كل ما يحقق هدفه من التعاقد. وبهذا لن يكون هناك أي ذنب في عدم تقديم الطرف الآخر بيانات، كان بإمكانه أن يتحصل عليها بنفسه. غير أن هذا الحل يتغير في حالة ما إذا كان واجب النزاهة يفرض على أحد الأطراف إلتزام بالإفصاح عن بعض المعلومات، فيصبح سكوته عندها خطأ يستوجب قيام مسؤوليته³.

جدير بالذكر أن أهمية الإلتزام بالإعلام لا تقتصر على ما أسند له من دور في حماية الإرادة، إذ تتعدى ذلك إلى الحفاظ على توازن العقد، فالعدالة العقدية تكون مهددة في الحالات التي يقوم فيها عدم التكافؤ في المعلومات حول عناصر العقد، لذلك يلتزم الطرف الذي يحوز بيانات معينة بإعلام الطرف الآخر الذي يكون من مصلحته الإطلاع عليها، وهذا على أساس الإلتزام بالتعاون الذي يكرس مبدأ حسن النية بمعناه الواسع ويحقق التوازن الإقتصادي المطلوب في العقد⁴.

من الملاحظ بأن السكوت لا يشكل تدليسا في كل الأحوال، بل يجب أن يكون هناك إلتزام بالإعلام قد يفرضه القانون بنص خاص كما في عقود التأمين، أو تتطلبه طبيعة التعامل ونقتضيه الثقة المفترضة بين الأطراف، كما في عقد الشركة⁵. كما أن الإخلال بالإلتزام ما قبل التعاقد بالإعلام ليس كافيا لقيام

¹ - Terré(F), Simler(Ph) et Le Quette(Y), op.cit, N°225.

-Mazeaud (H, L et J), op.cit, N°.155

² - Cass, Com, 13Oct1980, D, 1981, IR, P.309,Obs.J.Ghestin.

-Cass.Civ. 1^{er} ch.10 mai 1995. J.C.P. 1995. IV.1612. note Muriel Fabre.

-Cass.1^{er} Civ, 3 Mai 2000, JCP ; 2001 ;II,n10510, note C.Janim

³ Ripert (G), op.cit, P.88 et 89.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص235.

⁵ - محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 34.

عيب السكوت التدليسي، إذ لا بد أن تتصرف إرادة المدلس إلى تعمد كتمان الواقعة مع العلم بأنها جوهرية في نظر المتعاقد الآخر ودافعة للتعاقد بالنسبة إليه¹. من ثم يقوم السكوت التدليسي أساساً على نية التضليل، فالطابع الخاطيء للإمتناع هو الذي يفسر الجزاء بإبطال العقد وليس الوجود المسبق للإلتزام بالإعلام خارج الحالات التي ينظمها نص قانوني خاص².

وبالرجوع إلى المفهوم الكلاسيكي للخداع في تعريف هذا الأخير كخطأ عمدي مخصص للإيقاع إرادياً في الغلط³، نجد أنه يسمح بإبطال العقد وكذلك بمعاقبة كل تصرف يؤكد وجود نية سيئة. بالمقابل فإن جعل الكتمان يرتكز على الإلتزام بالإعلام وحده للقضاء بإبطال العقد لا يفترض وجود نية غير سيئة، إذ يكفي التحقق من الإخلال بالإلتزام بالإعلام مما يقلص من أهمية الطابع القصدي للخطأ الذي يشكل عنصراً أساسياً من عناصر الخداع⁴.

أمام هذا الأمر صار الإجتهد الفرنسي يميل إلى الأخذ بفكرة مخالفة مبدأ حسن النية في إبرام العقود⁵، مما يجعل فكرة الخطأ تظهر بصورة واضحة مستندة إلى إلتزام حسن النية في التعامل، الذي بدأ يلعب دوراً هاماً في توسيع مفهوم الخطأ التقصيري فيما يتعلق بالسكوت التدليسي⁶.

أخذ المشرع الجزائري بما توصل إليه القضاء الفرنسي، إذ أقر في المادة 2/86 أن السكوت العمدي يعتبر تدليساً شرط أن يتعلق بواقعة أو ملابسة مؤثرة، وأن يعرفها المتعاقد المدلس ويتعمد كتمانها، وأن يجهلها المتعاقد المدلس عليه ولا يستطيع أن يعلمها من طريق آخر. ولقد كرس المشرع فكرة الكتمان التدليسي من خلال نصه في المادة 21 من الأمر 95-04 المتعلق بقانون التأمين على أن كل كتمان أو تصريح كاذب متعمد من المؤمن له، قصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر، يترتب عنه إبطال العقد، وأوضح أن الكتمان يقصد به الإغفال المتعمد من المؤمن له للتصريح بأي فعل من شأنه أن يغير رأي المؤمن في الخطر.

¹- شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 313.

²- جمعة زمام، المرجع السابق، ص 242.

³- Cass.1^{er} Civ, 13 Mai 2003, D.2003, n33, P, 2310.

⁴- Ghestin(J), Traité de droit Civil, la formation du contrat, N° 571.

⁵-Cass.com ,6 Fev.2001, D.2001,P.1024.

-Cass.Com, 24 Juin; 2003, D.2003, n33, P.2309.

⁶- أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 79 و 80.

وهكذا يعد الكتمان التدليسي إخلالا بمبدأ حسن النية، لأنه يخل بما يفرضه واجب التعاون والأمانة والثقة من ضرورة الإلتزام بالإفشاء بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد، والتي تهم المتعاقد الآخر حتى يصدر رضاه عن إرادة حرة ومستتيرة.

الفرع الثاني: إتصال التدليس بالمتعاقد الآخر مقتضى أخلاقي.

إن العنصر الأساسي للتدليس يتمثل في نية التضليل لإيقاع الطرف المدلس عليه في غلط يحمله على التعاقد، وبما أن التضليل خطأ فإنه يستلزم إدراك المدلس وإنصراف إرادته إلى غرض غير مشروع يتمثل في خلق وهم على غير الحقيقة للمدلس عليه حتى ينتزع رضاه¹. وهكذا ينطوي العنصر المعنوي للتدليس على سوء نية، وهو ما يتنافى والأخلاق. ويترتب على ذلك نشوء حق للمتعاقد المدلس عليه في طلب التعويض عما أصابه من ضرر، إلى جانب حقه في طلب إبطال العقد بسبب التدليس²، كما له أن يجمع بين الطلبين. ويعود الأساس القانوني لحق المدلس عليه في طلب التعويض إلى إخلال الطرف المدلس بالإلتزام بالإخلاص والنزاهة الناشئ عن مبدأ حسن النية في إبرام العقد³.

أخذ القانون المدني الجزائري بالحل الوسط الذي توصل إليه القضاء الفرنسي والذي يقضي بالبطلان ما إن يكون أحد المتعاقدين شريك في التدليس المرتكب من الغير⁴، أو علم به المتعاقد الآخر وحاول الإستفادة منه بتكتمه عن إعلام المتعاقد معه بحقيقة الأمر طالما أن التدليس عمل غير مشروع⁵. فلقد إشتراط المشرع في المادة 87 قانون مدني على المدلس عليه للتمسك بإبطال العقد بسبب تدليس صدر من الغير، أن يثبت علم المتعاقد الآخر بهذا التدليس أو أنه من المفروض حتما أن يعلم به.

تستند التفرقة بين التدليس الصادر من المتعاقد والصادر من الغير حسب الفقه التقليدي، إلى أساس أخلاقي وهو العدالة⁶. فالتدليس في الأصل عمل غير مشروع يلزم من إرتكبه بتعويض الضرر الذي ينشأ عنه، فإذا كان الفاعل هو المتعاقد فيعوض المدلس عليه ويعاقب عن طريق التخلص من العقد، ويجوز لمن وقع ضحية التدليس أن يتمسك بإبطال العقد ولو عرض الطرف المدلس إستعداده لتنفيذ العقد، دون

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 130..

² أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 172.

³ مارغريت نقولا ماروديس، المرجع السابق، ص 32.

⁴ Ripert (G), op.cit, P.88.

⁵ Cass.Com,23 Nov.1993, Bull.Civ, IV ,n421, D,1994, Somm,P234,Obs.G.Paisant, RTD.Civ, 1995,P354,Obs.J.Mestre.

⁶ Mazeaud (H, L et J), op.cit, P.153.

أن يعتبر متعسفا في حقه. أما إذا كان التدليس من الغير ولم يعلم به المتعاقد الآخر وما كان مفروضا أن يعلم به، فالتدليس هنا غير مؤثر والعقد يبقى صحيحا حفاظا على إستقرار التعامل¹، وتحقيقا للعدالة التي تتطلب حماية هذا المتعاقد البريء الذي لم يرتكب أي خطأ أو حتى ساهم فيه من جهة، ومعاقبة مرتكب الخطأ أي المدلس بإلزامه بتعويض المدلس عليه عن الضرر الذي لحقه، من جهة أخرى.

وهكذا تتضح العلاقة بين الأخلاق والتدليس الصادر من الغير، حيث يعتبر المتعاقد في حالة تواطئه مع الغير المدلس أو علمه به سيء النية، لأنه في الحالة الأولى يعتبر مشتركا في عملية التدليس عمدا، وفي الحالة الثانية لأنه رضي بنتيجة التدليس، وكان في إمكانه إعلام المتعاقد الآخر بالحقيقة وإزالة الوهم عنه. كما يعد إذا لم يكن يعلم بالتدليس الصادر من الغير، لكنه كان بإستطاعته أن يعلم به وإن لم يكن سيء النية، مخلا بما تقتضيه حسن النية من حرص على مراعاة مصالح الطرف المقابل والتحقيق في المسألة².

المطلب الثالث: عيب الإكراه إعتراف بالعنصر الأخلاقي.

يلاحظ من تعريف الإكراه بأنه ضغط على الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد³، أن الإكراه الذي يعيب الإرادة هو الذي يكون فيه المتعاقد المكره مخيرا بين أن يصيبه الأذى المهدد به وأن يبرم العقد، فإختار مباشرة العقد ترجيحاً لأهون الضررين⁴. ولما كان الإكراه معيبا للإرادة، فإن العدالة العقدية تقتضي تقرير حق إبطال العقد للطرف المكره.

أقر المشرع المدني الجزائري الإكراه كعيب من عيوب الإرادة ورتب عليه إبطال العقد إذا تمسك به المكره. وبشترط أن يكون الإكراه دافعا إلى التعاقد حتى يبطل العقد بسببه، ويتبين من خلال نص المادة 88 أنه يكون كذلك إذا كانت الرهبة التي سيطرت على المتعاقد قائمة على بينة، أي متى صورت ظروف الحال لهذا المتعاقد أن خطرا جسما محققا به أو بأحد أقربائه يهدده في جسمه أو أمواله أو شرفه.

إن الإبطال هو جزاء لعدم نزاهة المتعاقد المكره، لذلك من المفروض إذا صدر الإكراه من شخص أجنبي أو نتيجة لظروف معينة أن لا يؤثر على صحة العقد. غير أنه متى ثبت علم المتعاقد الآخر بذلك الإكراه، فإنه يمكن للمتعاقد المكره التمسك بحقه في طلب إبطال العقد كجزاء لسوء نيته (الفرع الثاني).

¹ - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 125.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 316.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 362.

⁴ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 198.

وبالنظر إلى أن عقد الاستهلاك يؤدي بطبيعته إلى عدم التوازن في العلاقة بين طرفيه، وهذا الإختلال مرده إلى إستغلال القوة الإقتصادية التي يتمتع بها المنتج، فإنه أصبح من الضروري تجديد نظرية عيوب الإرادة لقصور أحكامها العامة في توفير وسيلة فعالة لمساعدة المتعاقد الضعيف. وأمام هذا الأمر سعى المشرع من خلال قوانين خاصة إلى تأمين الحماية بشكل أكثر فعالية للأطراف الضعيفة، عن طريق توسيع مفهوم الإكراه المعيب للإرادة بالنص على مظاهر جديدة له فرضتها الأخلاق في المعاملات، وذلك في سبيل تحقيق متطلبات الأمن المعاملاتي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الصفة غير الأخلاقية للإكراه.

الإكراه هو نتيجة لفعل العنف، وهذا الأخير في حد ذاته لا يعيب الرضا بل ما ينتج عنه من إكراه للإرادة للإقدام على تصرف ما على خلاف ما تريده¹. ويقول الأستاذ **Ripert** أن الرضا لا يمكن أن يكون دائما حرا بالمطلق لوجود ضغوطات تفرضها الحياة، لذلك فإن الإكراه الظالم، أي العنف غير العادل هو وحده يسبب بطلان العقد². وتعتبر لا مشروعية الغاية هي التي تكشف الظلم الذي لحق بالمتعاقد الآخر من خلال إستغلال مخاوفه من قبل المتعاقد المستغل³. فينتقي لدى الطرف المكره حسن النية في هذه الحالة، ويعتبر عيب الإكراه مخالفا لمقتضيات حسن النية في إبرام العقود⁴.

وهكذا لا يتحقق الإكراه المفسد للرضا إلا إذا كان دون وجه حق، أي إذا كان الغرض منه غير مشروع، سواء كانت الوسائل مشروعة أو غير مشروعة⁵. فالذي يلجأ إلى الوسائل غير المشروعة يؤخذ عليه من الناحية الأخلاقية بإعتبار سلوكه يتعارض مع الفضائل، لكن القانون لا يحاسبه على ذلك طالما أن نواياه مشروعة ولا تتنافى مع حسن النية⁶.

وبما أن الإكراه فعل غير مشروع، بإعتباره غير أخلاقي ومناف للسلوك الحسن، فإنه يجوز للمكره المطالبة بالتعويض إلى جانب الإبطال إذا ترتب عليه ضرر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية⁷. ولأن كل

¹ - Starck (B), Roland (H), et Boyer (L), op.cit , P.159.

² - Ripert (G), op.cit, P.83 et 84.

³ - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 108.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 327.

⁵ - Mazeaud (H, L et J), op.cit, P.161.

- Richards (P), Law of contract, 5th ed, Longman, pearson, éducation, 2002, Ch.11, P.224.

⁶ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 328.

⁷ - نشأت إبراهيم الدريني، المرجع السابق، ص 402.

طلب له أساس قانوني مختلف، فيبقى للمكره الخيار في أن يطلب الإبطال مع التعويض، أو أن يستبقي على العقد ويطلب التعويض عما أصابه من ضرر فقط، وذلك وفقاً لمصلحته¹.
من المنفق عليه فقها² وقضاء³ أن التهديد بإستعمال الوسائل القانونية لا يشكل إكراها غير مشروع طالما أنه يهدف للوصول إلى غرض مشروع، لأن مرتكبه يمارس حقاً له. وبالتالي الإلتزام بالتعويض عن الضرر الذي أبرم تحت التهديد بإقامة دعوى المسؤولية، مثلاً، يعتبر مشروعاً⁴. إلا أن الطابع المشروع لممارسة الوسائل القانونية يختفي عند حدوث إساءة إستعمال هذه الوسائل، وذلك بهدف الوصول إلى غاية ظالمة تتجاوز ما يجب الحصول عليه⁵، حيث يلاحظ أن ممارسة الحق تغيب ليحل محلها التعسف في إستعمال هذا الحق، مما يجعل المتعاقد الذي يقوم بهذا العمل مخطئاً لإستغلال ظرف المتعاقد الآخر بغية الحصول على عقد يغيبه فيه غيباً فاحشاً، مما يجعل هذا الخطأ يقرب ما بين منطقة الغبن والإكراه⁶.
إن القانون يعتد بالرهبة التي تولدها وسائل الإكراه في نفس المتعاقد، لذلك لا يهم أن تكون هذه الوسائل موجهة إلى المتعاقد نفسه أو إلى غيره. غير أن غالبية التشريعات قصرت الغير على أشخاص معينين مراعاة لإستقرار المعاملات، فالمشرع الجزائري أخذ بعين الإعتبار الخطر الذي يهدد الأقارب فقط كما جاء في المادة 88 من القانون المدني الجزائري السابقة⁷.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 196.

² - Flour (J) et Aubert (J-L), op.cit, N°230.

- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ص 370.

- رمضان أبو السعود، مبادئ الإلتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، مصر، 1984، ص 139.

³ - Cass.3 e Civ, 17 Jan 1984. Bull.Civ, III, n°13, RTD.Civ, 1985, P.367.Obs Mestre.

- محكمة إستئناف بيروت المدينة، الغرفة الأولى، قرار رقم 131، بتاريخ 1995/2/27، ن، ق، قسم الإجتهد، العدد 05، 1995، ص 413.

قرار مشار إليه في: - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 95 و 96.

⁴ - CA Rennes, 25 Mai 1992; Juris-Data, N°41588.

⁵ - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 100.

⁶ - Corbonnier (J), op.cit, P.104.

⁷ ونشير إلى أن المشرع الفرنسي في القانون المدني الجديد قصر أيضاً الغير على الأقارب من خلال نص المادة 1140، على خلاف النص السابق للمادة 1113 من القانون المدني القديم الذي قصر الغير على الزوج والزوجة والأصول والفروع.

أما المشرع المصري فرأى تحقق الإكراه بتهديد الغير دون تحديده بأشخاص معينين إذا كان هذا الغير عزيزاً على المتعاقد، وترك الأمر إلى سلطة القاضي في تقدير علاقة المتعاقد بمن يتهدده الخطر. أنظر المادة 127 من القانون المدني المصري.

يرى الأستاذ فيلالي أنه ما دامت العبرة بسلامة رضا المتعاقد فيجب إعطاء مفهوم واسع لمصطلح الأقارب، فقد يكون الصديق أقرب وأعز من الأخ، وقد تفوق علاقة الصداقة علاقة المصاهرة أو النسب. لذلك ينادي بالأخذ بالحل الذي توصل إليه القضاء والفقهاء الفرنسيين لأنه حل مرض¹. نوافق من جهتنا الأستاذ فيلالي في رأيه، ونرى أن العدالة العقدية تستوجب حماية الرضا من كل تصرف يتعارض والنزاهة المطلوبة عند التعاقد، ما يستوجب الأخذ بعين الاعتبار الخطر المهدد للغير طالما أثر في رضا المتعاقد. جدير بالذكر أن الوسائل المادية الممارسة على الشخص المكره رغم أهميتها إلا أنها ليست هي من يفسد الرضا، وإنما الخوف الذي تولده، فالرغبة هي العنصر الجوهرية في الإكراه طالما أنها تتصل بالإرادة وتحول دون سلامتها وحريتها². ويشترط المشرع في المادة 2/88 قانون مدني أن تكون الرهبة قائمة على بينة، أي أن تكون ظروف الحال تصور للطرف المكره أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه، ولذلك فالتهديد العام دون بيان نوع الخطر الذي قد يصيب المكره لا يعتبر إكراه مفسدا للإرادة³.

والخطر الجسيم هو خطر ذو عواقب وخيمة يخشاها المتعاقد، ولا يكون كذلك إلا إذا كان محققا⁴ ومعينا. ومعيار تقدير جسامة الخطر هو معيار ذاتي وذلك تطبيقا لمبادئ الانصاف والعدالة⁵، لذلك إستوجب المشرع في المادة 2/88 السابقة الإعتداد بظروف المتعاقد الشخصية، فيراعى جنس المكره وسنه وحالته الإجتماعية والصحية، وكذلك ظروف المكان والزمان التي أحاطت به وقت وقوع الإكراه، فالخوف أشد وقعا في نفس المتعاقد ليلا منه نهارا، وأبعد أثرا في المكان البعيد عن الناس⁶.

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 139.

يرى جمهور الفقهاء الفرنسيين وهو ما إتجه إليه القضاء الفرنسي، أن غاية الأمر أن الخطر إذا كان يهدد واحدا من هؤلاء قام الدليل على أن الإكراه متحقق، حيث يفترض جسامة الخطر إذا تعلق الأمر بهم. أما إذا كان الخطر يهدد غيرهم، وجب إثبات العلاقة المتميزة بين المكره وبين المهدد بالخطر ومدى تأثر رضائه نتيجة لذلك. راجع:

- Flour (J) et Aubert (J-L), op.cit, P.156.

² صبري السعدى، المرجع السابق، ص 192.

³ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 206.

⁴ الخطر المحقق هو الخطر وشيك الوقوع، ويكون كذلك إذا منع عامل الزمن المكره من الإحتياط لنفسه، فإذا كان الخطر متراخي الوقوع فإنه لا يحدث رهبة في نفس المكره. وبما أن الخطر الذي يهدد المكره يكون دائما مستقبليا، فإن القضاء الفرنسي توصل إلى أن العبرة في تحديد الخطر المحقق بوقوع الرهبة فورا وما تولده وقت التعاقد من خوف في نفس المتعاقد فتفسد إرادته. - عبد الحي عبد المجيد حجازي، النظرية العامة للالتزامات وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ص 1059.

⁵ مارغريت نقولا ماروديس، المرجع السابق، ص 41.

⁶ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 129 وما بعدها.

الفرع الثاني: إشتراط العلم بالإكراه الصادر من الغير أو الناتج عن حالة الضرورة مقتضى أخلاقي.

تقتضي العدالة أن لا يهدر العقد مصالح المتعاقد الآخر حسن النية¹، لذلك يشترط المشرع من خلال نص المادة 89 من القانون المدني، في حال كان الإكراه صادرا من الغير، أن يثبت الطرف المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه لإبطال العقد. وفي هذا الحكم تكريس للثقة المشروعة في العقود كمظهر مهم لمبدأ حسن النية في إبرام العقد، وحرص على إستقرار المعاملات طالما أن هذه الثقة تهدف إلى ضمان إستمرارية العقود.

وإذا كان المشرع قد راعى مصلحة المتعاقد الآخر لعدم صلته بالإكراه، فإنه لم يتجاهل مصلحة المتعاقد المكره، إذ يمكنه الرجوع على الغير الذي صدر منه الإكراه ومطالبته بتعويض الضرر الذي أصابه من هذا العمل غير المشروع على أساس المسؤولية التقصيرية².

قد لا يصدر الإكراه من أحد المتعاقدين ولا من الغير، ولكن من ظروف لا يد لأحد فيها. وهو ما يعرف بحالة الضرورة التي تتمثل في الضغط الذي تولده أحداث أو ظروف إقتصادية، أو اجتماعية، أو طبيعية، تهيأت صدفة فإستغلها المتعاقد لحمل من وقع تحت تأثيرها على التعاقد بشروط ما كان ليقبلها في ظروف عادية³. ومثال ذلك أن يطلب شخص من شخص آخر إبرام عقد قرض بشروط مجحفة إستغلالا لحاجته الماسة للمال للعلاج الفوري من مرض خطير⁴.

تردد القضاء الفرنسي⁵ في تحديد إن كانت حالة الضرورة تشكل إكراها أم لا، غير أنه توصل في الأخير إلى حل لمعرفة ذلك عن طريق التمييز بين المتعاقد الذي يستفيد من حالة الضرورة بحسن نية،

1- أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 132 و133.

2- أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 207.

3- نشأت الدريني، المرجع السابق، ص 400.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 143.

5- وهذا بالنظر إلى أن حالة الضرورة لا تعتبر إكراها في القانون المدني الفرنسي القديم، إذ تشترط المادة 1109 في الإكراه أن ينتزع الرضا، مما يستلزم حتما تدخل المتعاقد المكره في الضغط على المكره، وهذا على خلاف نص المادة 1140 قانون مدني جديد التي تعند بالإكراه الذي يولد رهبة في نفس المتعاقد تدفعه إلى التعاقد. كما أن الفقه الفرنسي إنقسم إلى فريقين، يرى الفريق الأول أن الإكراه لا يتحقق في حالة الضرورة، إذ أن مجرد الإضطراب لا يصلح سببا للطعن في العقد بسبب الإكراه، لأن هذا الأخير يفترض أن يهيب شخص وسيلة لإنتزاع رضا المكره، وفي حالة الإضطراب تهيأت الظروف مصادفة. في حين يرى الفريق الثاني والذي يمثل الأغلبية أنه يتحقق في هذه الحالة، لأن الإرادة ليست حرة ولو لم يكن الطرف الآخر متسببا في هذه الظروف، وللظلم الذي يتولد من عدم تكافؤ الخدمات. أنظر: =

والمتعاقد سيء النية الذي يستغل هذه الحالة، حيث قضى بأنه لا يمكن الدفع بالإكراه ولا المطالبة بإبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية، إذ إعتبر أن إرادة المتعاقد الذي تعرض لضغط بسبب الظروف ليست معيبة بعيب الإكراه. في حين أقر بأن الإكراه يتحقق إذا كان المتعاقد الآخر سيء النية لإستغلاله حالة الضرورة مما يعرض العقد للإبطال، وإعتبر أن الشروط المجحفة التي يتضمنها العقد والتي لا يمكن قبولها في الظروف العادية، دليل على هذا الإستغلال¹. ويبرر هذا قيام مسؤولية المكره والتزامه بتعويض المتعاقد المكره عن الضرر الذي لحقه، إضافة إلى حقه في طلب إبطال العقد².

إتجه غالبية الفقه³ والقضاء العربي⁴ إلى الأخذ بهذا الإجتهد القضائي في غياب حكم قانوني في معظم التشريعات المدنية⁵، حيث ترى أن الإكراه يتحقق في حالة الضرورة أيضا ما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة، ويكون العقد قابلا للإبطال إذا علم المتعاقد بالظروف التي ولدت الرهبة في نفس المكره وإستغلها لمخالفته لما يقتضيه حسن النية ونزاهة التعامل. ومن جهتنا نرى أن الحل الذي توصل إليه القضاء الفرنسي فيما يخص حالة الضرورة يتوافق مع العدالة العقدية، بالنظر إلى الظلم الذي ينجم متى علم المتعاقد الآخر بهذه الحالة وإستغلالها بطريقة غير أخلاقية، فالمسألة لم تعد تتعلق بعيب في الإرادة وإنما بالعدل الذي يفقد نتيجة الظلم الذي ينشأ من عدم التوازن العقدي.

الفرع الثالث: المظاهر الأخلاقية في الإكراه الإقتصادي الجديد.

تهدف التشريعات الحديثة بعدما أصبح العقد أداة لضبط السوق، إلى الحفاظ على حرية المنافسة وفتح المجال أكثر للمتعاملين الإقتصاديين وحماية المستهلكين⁶. ولقد أفرز التطور الحديث لهذه التشريعات

-Ripert (G), op.cit, P. 85.

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 144.

² - Mazeaud (H, L et J), op, cit, P.163.

³ - أنظر: - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 216 وما بعده.

- نشأت إبراهيم الدريني، المرجع السابق، ص 401. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 192.

⁴ - أنظر في أحكام القضاء المصري: - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها.

⁵ - نوه إلى أن المشرع اللبناني خالف ما إتجهت إليه معظم التشريعات العربية، حيث نص على حالة الضرورة في المادة 210 قانون موجبات وعقود، إذ قرر إبطال العقد إذا نشأ عن ضغط صدر من ظروف خارجية، ولكنه ألزم الطرف المكره الذي طلب الإبطال بتعويض الطرف الآخر إذا كان حسن النية.

⁶ - أنظر المادة الأولى في كل من القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والمعدل والمتمم كذلك بالقانون 12-08، قانون رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

الخاصة طرقا وقائية تؤمن الحماية بشكل أكثر فعالية للأطراف الضعيفة¹، حيث ظهر نتيجة للتداخل والتقارب بين المنهج الحمائي الذي تبناه قانون الإستهلاك، والتنظيمي في قوانين الممارسات التجارية والمنافسة، وجهين جديدين للإكراه بعد إدخال العامل الأخلاقي في المعاملات، تمثلا في الإستغلال التعسفي لوضعية التبعية (أولا) والتعسف في الهيمنة الإقتصادية (ثانيا).

أولا: تجديد عيب الإكراه من خلال إستغلال وضعية التبعية.

يعد التعسف في إستغلال وضعية التبعية الإقتصادية من أبرز الوسائل التي تؤمن الحماية للأطراف الضعيفة عقديا، بالنظر إلى كونه صورة من صور الممارسة المقيدة للمنافسة التي تستوجب العدالة معالجتها، خاصة بعدما تبين محدودية أعمال نظرية التعسف في إستعمال الحق في إطار القانون المدني. ولقد نص المشرع على هذه الصورة في المادة 11 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة²، إذ جاء فيها " يحظر على كل مؤسسة التعسف في إستغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة...".

يتضح من هذا النص أن وضعية التبعية الإقتصادية تفترض وجود علاقة تجارية بين مؤسسة تابعة وأخرى متبوعة سواء كان ممونا أو موزعا، وهو ما أكدته المادة الثالثة من الأمر 03-03 التي أعطت في فقرتها (د) مفهوما لوضعية التبعية الإقتصادية بوصفها "العلاقة التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا". وهذه العلاقة التجارية قد تترجم في صيغ متعددة، إذ أنها قد تتحقق بتبعية موزع لممون أو ممون لموزع. غير أن هذه التبعية لا تشكل في حد ذاتها ممارسة محظورة، بل لابد من وجود عنصر آخر هو التعسف في إستغلال هذه الوضعية بشكل يخل بقواعد المنافسة.

وأقر المشرع تفعيلا للنظام القانوني الذي خصه المشرع لحالة التعسف في إستغلال وضعية التبعية الإقتصادية، بطلان الإتفاقات والشروط التعاقدية المتعلقة بهذه الممارسة المحظورة، من خلال المادة 13 من نفس الأمر التي تنص على " دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من الأمر، يبطل كل إلتزام أو إتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بأحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7، و 10 و 11 و 12 أعلاه".

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 411 و 412.

² - قانون رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، عدد 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003.

وفيما يتعلق بمسألة أساس البطلان بالنسبة للإستغلال التعسفي لوضعية التبعية، نذهب إلى ما ذهب إليه الأستاذة زمام حيث ترجعه إلى نظام الإكراه لكن بشكل جديد يكمن في الإكراه الإقتصادي بالإستغلال التعسفي لوضعية التبعية، حيث تجد فيه صورة نشوء علاقة تعاقدية ذات طابع تجاري تحت ضغط تسببت فيه ظروف الحال، وعامل الخوف من تحقق خسارة أكيدة للمؤسسة بسبب ما يمكن أن ترتبه قطع العلاقات من خسارة النشاطات المهمة، أو بعدم قدرة المؤسسة المهيمنة على تعويض الخسارة الناجمة عن قطع العلاقات¹.

وبالنظر إلى عدم مشروعية هذه الممارسة التجارية إذ تمس بواجب النزاهة في التعامل وحرية المنافسة، ومن ثم بالنظام العام الإقتصادي، قرر المشرع بطلان خاص تمثل في البطلان المطلق². وبهذا يكون المشرع قد خالف الجزاء الذي قرره للإكراه التقليدي في المادة 88 قانون مدني، حيث أقر البطلان النسبي للعقد الذي تفرضه العدالة في هذه الحالة، فالتعاقد يتم تحت سلطان الرهبة البيئية التي يمكن أن تنشأ لدى المتعاقد الآخر دون وجه حق، وهو ما يستدعي إبطال العقد إذا تمسك به الطرف المكره.

إن تقرير المشرع للبطلان المطلق كجزاء لهذا النوع من الإكراه، يدل على تحديث الأحكام القانونية بما يتناسب والتطور الحاصل في المعاملات. ويؤكد مشروع تعديل قانون الإلتزامات والنقادم الفرنسي CATALA ضرورة تحديث القواعد الخاصة بالإكراه التقليدي بما يتناسب والتطور الذي آلت إليه المعاملات³، ، للحفاظ على التوازن العقدي في وجود لا مساواة إقتصادية، خاصة بعدما حقق إجتهااد القضاء الفرنسي إستقرارا في الإعتراف به إكراهها إقتصاديا⁴. وهو ما جاء به بالفعل نص المادة 1143 من القانون المدني الجديد، الذي قضى بأن إستغلال حالة التبعية التي يكون فيها أحد الأطراف لتحقيق منفعة مفرطة بوضوح، يعد إكراهها.

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص416.

² - المرجع نفسه، ص416.

³ - أنظر المادة 1114-3 المقترحة: - بيار كتلا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الإلتزامات والنقادم في القانون الفرنسي، ترجمة جامعة سان جوزيف، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص124.

⁴ - وذلك منذ أن قضت محكمة النقض الفرنسية عام 2002 "بأن الإستغلال التعسفي لوضعية التبعية الإقتصادية تتحقق من جراء الرهبة من خطر مهدد مباشرة للمصالح المشروعة للشخص، مما عيب بإكراه رضاه".

Cass.civ.1er-3 avril.2002.Kannas(C).Bordas et Chazel.D.2002. Somm. p.2844.

ثانياً: تجديد عيب الإكراه من خلال التعسف في إستعمال وضعية الهيمنة.

الحرية التعاقدية غير معترف بها إلا لكون مبادلة المنتجات والخدمات تعتبر الوسيلة الأكثر تنظيماً للعلاقات الإجتماعية. لذلك متى أدت هذه الحرية التعاقدية للإستغلال غير العادل للضعفاء، فإنه يجب التصدي لها. وبما أن عدم المساواة بين المتعاقدين ليست هي التي تجعل المتعاقد مخطأً، بل التعسف في إستعمال القوة والهيمنة التي قد تترتب عن عدم المساواة هذه، فإن العدالة تستلزم الوقوف في وجه تعسفات القوة الإقتصادية¹.

ولما أصبحت محاولات الهيمنة والتعسف في السيطرة الإقتصادية، هي الأخرى من أخطر المظاهر المميزة لمجال الممارسات المقيدة للمنافسة، وأمام قصور المفهوم التقليدي للتعسف في تحقيق الحماية للمستهلك كطرف ضعيف متضرر بطريقة مباشرة من فرض إستغلال الهيمنة في السوق، وللأعوان على حد السواء، تدخل المشرع عن طريق سنه لقواعد تنظيمية في قانون المنافسة والقانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وذلك لحماية مصالح المتعاملين الإقتصاديين والمستهلكين من جهة، وضمان حسن سير السوق من جهة أخرى².

تعرف المادة 03/ج من الأمر 03-03 وضعية الهيمنة بأنها " تلك الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة إقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيتها". ويتبين من هذا التعريف أن وضعية الهيمنة تكمن في القوة الإقتصادية التي تحوزها مؤسسة ما، والتي تعطيها إمكانية عرقلة المنافسة الفعلية في السوق المعني، وإتباع سلوك يتسم بالإستقلالية إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيتها. وإذا كانت وضعية الهيمنة هي تلك السلطة الإقتصادية لمؤسسة ما، فإن هذه الوضعية المجردة لا تعد مخالفة تستوجب العقوبة، وإنما الإستغلال التعسفي هو ما يشكل مخالفة في قانون المنافسة. ولقد حددت المادة 07 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة أوضاع التعسف في إستعمال الهيمنة بمجموعة أعمال تعرقل المسار الطبيعي للنشاط الإقتصادي، منها الحالة التي يقصد بها الحد من الدخول في السوق، أو تقليص ومراقبة الإنتاج، وإقتسام الأسواق، عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لإرتفاع الأسعار لإنخفاضها...

¹ -Ripert (G), op.cit, p.103.

² -جمعة زمام، المرجع السابق، ص418 و419.

إن الحماية المجسدة لمصلحة الطرف الضعيف في التشريعات الحديثة فيما يتعلق بوضعية الهيمنة الإقتصادية في قانون المنافسة، تستحق النظر من أجل تعميم الصورة المعاصرة للإكراه الإقتصادي في الأوضاع الشاملة للعقد، خاصة أن في ذلك تكريس لقيمة العدالة في المعاملات حتى تكون أكثر نفعاً وفعالية، لضمان إعادة التوازن للعقد¹.

المطلب الرابع: عيب الإستغلال إعمال للعنصر الأخلاقي.

بموجب مبدأ سلطان الإرادة لا تثار فكرة الغبن بالنظر إلى عدم تأثير التفاوت بين الأداءات على العقود. وطالما أن الإرادة إتجهت إتجاهاً صحيحاً وسليماً، فإنه لا يمكن قبول تعديل الإلتزامات غير المتكافئة بإسم العدالة، لأن العقد يقوم على المقابل الرضائي². فالغبن ناتج عن المقتضيات الإقتصادية حيث يمثل صراع المصالح ضرورة حتمية، والقانون الأخلاقي يصطدم بهذه المقتضيات التي تفرض إستقرار الوضعيات المكتسبة³.

وحتى من وجهة نظر المبادئ الأخلاقية، لا يمكن تجاهل دور الإرادة في تحقيق العدل التبادلي، ومجرد عدم التعادل الموضوعي في الأداءات لا يكفي في ذاته للتعرف على الظلم في العقد، إلا إذا أضيف له عنصر يمكن من إستخلاص وجوده، مثل عدم خبرة أحد المتعاقدين، أو إستغلال أحد المتعاقدين للآخر، أو عدم التعادل في القوة الإقتصادية للطرفين⁴. ويلاحظ أن هذه العناصر لا تدخل في تكوين فكرة الغبن ذاتها، لأن وظيفتها تكمن في إستخلاص المعنى الأخلاقي من عدم التعادل الموضوعي، وهو الذي يسمح بالتعرف على ظلم العقد ويبرر تعديله أو إبطاله⁵.

وبما أن الغبن لا يكفي بمفرده ليعيب الإرادة، لجأ المشرع الجزائري، حتى يتمكن من تصحيح الأوضاع غير العادلة نتيجة إختلال التوازن الذي يترتب عن التفاوت الكبير بين إلتزامات أطراف العقد، إلى عنصر إضافي شخصي تنبذ الأخلاق، وهو إستغلال أحد المتعاقدين للآخر⁶. فلقد عالج التفاوت

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص419.

² - المرجع نفسه، ص244.

³ - Ripert (G), op.cit, p.122.

⁴ - Tanagho(S), de l'obligation judiciaire, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1965, P.162.

⁵ - Tanagho(S), op.cit , P.162.

⁶ - نشير إلى أن المشرع أخذ بنظرية الغبن المجرد في حالات إستثنائية بقصد إعادة التوازن في هذه العقود ورفع الظلم على الطرف المغبون، إذ لا يمكن تعميم نظرية الغبن على نطاق واسع لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات وتهديد للأمن القانوني.

-Starck (B), op.cit, P.479.

المادي بربطه بالحالة النفسية الدافعة للتعاقد، لذلك إستوجب من خلال المادة 90 إثبات أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا(الفرع الأول).

ولما كان الإستغلال يعيب الإرادة عند التعاقد، فإن العدالة تقتضي أن يقرر القانون حقا للطرف المستغل في طلب إبطال العقد، كجزاء لسوء نية الطرف المستغل. غير أن العدالة العقدية تستلزم أيضا إعادة التوازن العقدي الذي إختل بسبب الإستغلال بقدر الإمكان، وهو ما يمكن تحقيقه بإنقاص إلتزامات الطرف المستغل. وهكذا يكون للمتعاقد المغبون حق الخيار بين طلب إنهاء العقد أو الإبقاء عليه وفقا لمصلحه، ويكون للقاضي السلطة التقديرية في تحقيق العدالة أو تحقيق الأمن في العقود(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطابع الأخلاقي لعناصر الإستغلال.

يعد نظام الإستغلال الذي أقره المشرع لحماية الطرف الأضعف، آلية فعالة لتجسيد الأخلاق العقدية. فالعقد العادل هو العقد الذي تتساوى فيه الأداءات، ومتى إختلت هذه المساواة ترتب الغبن الذي تأباه العدالة العقدية، وتحقق العنصر المادي للإستغلال (أولا). وإذا كان هذا الغبن نتيجة إستغلال ضعف المتعاقد الآخر، فذلك يعبر عن سوء نية يتنافى ونزاهة المعاملات، ومن ثم تحقق العنصر المعنوي للإستغلال(ثانيا).

أولا: الصبغة الأخلاقية للعنصر المادي للإستغلال.

يعتبر عدم التعادل قوام المظهر المادي للإستغلال، فهو يكمن في التفاوت في أداءات الطرفين¹. ولأن العدالة تقتضي أن لا يعتد بالغبن لإبطال العقد إلا إذا كان مقداره غير عادي، والذي لا يحتمل وجوده في كل المعاملات²، فإنه يشترط أن يكون التفاوت كبيرا، لأن التفاوت اليسير أو مجرد الإختلال البسيط يعد أمر مقبول في التبادلات العقدية، حفاظا على إستقرار المعاملات وتحقيقا للأمن القانوني.

وإعمال هذه النظرية يكفي فيه عدم التعادل المادي، وهو تقدير حسابي للبدل الذي يعطيه المتعاقد ولا يكون مناسباً مع القيمة الحقيقية للشيء أو الخدمة المتعاقد عليها، والذي حدده المشرع بالخمس وحصرها في البيع العقاري من خلال المادة 358 من القانون المدني.

¹ - ويشترط أن يكون التفاوت فادحا، لأن التفاوت اليسير أو مجرد الإختلال البسيط يعد أمرا مقبولا في التبادلات العقدية حفاظا على إستقرار المعاملات وتحقيقا للأمن القانوني.

² - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 166.

ويرجع تقدير جسامة الغبن للسلطة التقديرية للقاضي، وهي مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض¹. وهو ما تؤكد المادة 90 من القانون المدني التي تنص على "إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هو جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد".

يتضح من هذا النص أن عدم التعادل نوعان، فالتفاوت قد يكون بين الإلتزامات المترتبة على الطرفين، أو ما بين إلتزامات المتعاقد المغبون والفائدة التي يتحصل عليها. وهذا يعني أنه يجب أن يؤخذ بالغبن بمعنى أوسع لتحقيق العدالة، فلا يقتصر على عدم التعادل بين الإلتزامات المتقابلة فحسب، بل ينبغي أن يتضمن أيضا الحالة التي تقل فيها المنفعة المتولدة عن العقد أو تنتفي، كما في حالة فرض شروط مرهقة على المتعاقد الآخر².

ويلاحظ أن الغبن لا يقع في عقود المعاوضات المحددة فقط، بل يمكن أن يقع في عقود المعاوضات الإحتتمالية وفي عقود التبرع ذاتها، وهذا ما تؤكد المادة 90 من القانون المدني حيث يستنتج ذلك من نص الفقرة "...ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن". فإحتمال الربح والخسارة الذي يقوم عليه العقد الإحتتمالي، وبالتالي عدم التعادل بين الإلتزامات، قد يؤدي إلى الطعن في هذه العقود بالإستغلال، وذلك إذا ثبت إختلال التعادل بين إحتمال الكسب وإحتمال الخسارة إختلالا فادحا³.

أما بخصوص عقود التبرع، فبالنظر لعناصرها المميزة، والتي تكمن في العنصر المادي أو الإقتصادي والذي يتمثل في الإثراء الذي يناله المستفيد، والعنصر النفسي الذي ينحصر في نية التبرع⁴، يتضح أن طبيعتها تحول دون تصور الغبن فيها لإنتقاء كل مقابل، وهذا أمر منطقي لأن هذه العقود تتضمن إلتزاما من طرف واحد بنية التبرع⁵.

¹ -Tanagho (S), op.cit, P.167.

² - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 161.

³ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 264.

⁴ - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 225.

⁵ - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ص 385.

غير أن هناك رأي، نراه موفق، يعتبر أن العنصر المادي في نظرية الإستغلال يتحقق من باب أولى في حالة عقود التبرع، ذلك أنه إذا تطلبنا لتوافر هذا العنصر ألا تتعادل الإلتزامات المتقابلة بصورة واضحة في عقود المعاوضة، فإنه لا يوجد تعادل أصلا في عقود التبرع، مما يجعل الإستغلال أشد وطأة في هذا النوع من العقود¹. أما فيما يتعلق بتقدير العنصر المادي فيها، فينظر فيه إلى مقدار التبرع بالنسبة إلى ثروة المتصرف وما يؤلف التبرع به في مثل الظروف التي وجد فيها المتصرف².

جدير بالذكر أن التفاوت الكبير في النسبة أو عدم التعادل ليس ماديا وإنما هو شخصي محض، فمقياس إختلال التعادل، وإن كان ماديا، إلا أن تحديد مقداره يتصل بشخص المتعاقدة، لذلك من الطبيعي أن تختلف قيمة الشيء ما دامت شخصية بإختلاف إعتبارات الناس في تقييم الأشياء³. وبما أن العبرة بالقيمة الشخصية للأداءات وليس قيمتها الإقتصادية، فلا بد من ترك تحديد التفاوت إلى القاضي حسب ظروف الحال والمألوف بين الناس، ويكون التحديد وقت إنعقاد العقد⁴.

ثانيا: الصبغة الأخلاقية للعنصر النفسي للإستغلال.

إن تحقق العنصر المعنوي للإستغلال يتطلب وجود ضعف في المتعاقد بسبب ظرف معين، وأن يستغل الطرف الآخر هذا الضعف قصد الحصول على فائدة، وهذا يقتضي علم المتعاقد المستفيد بوجود الضعف لدى الطرف المغبون وأن تتصرف إرادته إلى إستغلال هذا الضعف لدفعه إلى التعاقد⁵. ولقد قصر المشرع الجزائري من خلال المادة 90 السابقة، ضعف المتعاقد على حالتين، هما الطيش والهوى⁶.

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 201.

² - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 155.

³ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 246.

⁴ - نشأت إبراهيم الدريني، المرجع السابق، ص 440.

⁵ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 158.

إن وجود نية الإستغلال لدى أحد المتعاقدين للضعف الذي يعتري الطرف الآخر لدفعه إلى التعاقد، يجعل فعل المستغل فعلا غير مشروع يمكن أن يرتب قيام مسؤوليته المدنية.

⁶ - ننوه إلى أن هذا ما أخذ به أيضا المشرع المصري في المادة 129 مدني، على خلاف المشرع اللبناني في المادة 214 قانون موجبات وعقود لبناني، الذي أخذ بالطيش ولم يقيد بأن يكون بينا، وأضاف إلى الحالتين السابقتين الضيق وعدم الخبرة. أما المشرع العراقي فقد وسع في هذا الموضوع، إذ لم يقيد الطيش بأن يكون بينا ولا الهوى بأن يكون جامحا، كما أضاف إليهما حالات الحاجة وعدم الخبرة وضعف الإدراك، وهو ما قضت به المادة 125 مدني عراقي.

واستوجب المشرع في الطيش الذي يعرف بأنه "عدم الخبرة بالأمر والإستهانة الشديدة بعواقبها"¹، أن يكون بينا أي جليا يستطيع الطرف المتعاقد تبيينه². كما إستلزم أن يكون الهوى جامحا أي أن لا يكون في الإمكان مقاومته أو تلافيه، بحيث يؤثر ذلك على إرادة المغبون فيعيبها³. والواقع أن الإرادة في هذه الحالة تعتبر إرادة مكرهة، فالإكراه الذي وقع عليه من ذات نفسه نتيجة هواه جعله يقدم على إبرام التصرف بشروط تلحق به الغبن⁴.

إن نظام الإستغلال يجسد الأخلاق التعاقدية التي تحقق الأمن المعاملاتي، لأن الإستغلال مفهوم في حد ذاته يكرس واجبا عاما بإحترام الإستقامة والنزاهة في العلاقات العقدية، ومن ثم إحترام مبدأ حسن النية. وبناء على ذلك لا نرى أن المشرع الجزائري قد وفق في قصره ضعف المتعاقد الذي يمكن أن يستغله المتعاقد الآخر في صورتى الهوى الجامح والطيش البين. وتبرير البعض بأن المشرع رغب في التضييق من نطاق الغبن والحد من سلطة القاضي ضمانا لإستقرار المعاملات⁵، مردود عليه بأن هذا التحديد لا يحقق الهدف الذي قصده المشرع وهو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فهناك حالات أخرى لها أهمية عملية كبيرة قد يقع إستغلالها، أهمها حالة الحاجة أو الضيق التي تؤدي إلى جعل الإرادة معيبة بصرف النظر عن مصدرها، بالإضافة إلى حالة عدم الخبرة أين تكون الإرادة غير مستتيرة فيها لعدم إستطاعة الشخص إدراك حقيقة ما يلتزم به⁶. لذلك نرى أنه كان على المشرع الأخذ بما أخذ به الفقه الإسلامي الذي لم يحدد هذه الحالات، بل إكتفى بتطلب حالة الضعف مهما كان نوعها¹.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 200.

² - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 209.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 200.

⁴ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 286.

ويبرر جانب من الفقه إشتراط المشرع أن يكون الطيش بينا والهوى جامحا، بأنه ضمان لإستقرار المعاملات، فالإستغلال لا يتحقق إلا اذا علم الطرف المستغل بضعف المتعاقد الآخر، ولا يتحقق العلم إلا إذا كان الطيش ظاهرا، والهوى جامحا على أساس أنه يقوم على العاطفة الملتهبة والولع وهو شعور غالبا ما يكون معلوما للغير أو على الأقل للطرف الآخر. - علي فيلالى، المرجع السابق، ص 157. - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 266.

غير أن هناك جانب آخر من الفقه يرى أن الهوى بدون جموح لا يوصف بالهوى، ولا يعتد بالطيش إلا إذا كان بينا. أنظر: - محمد وحيد الدين سوار، عدل العقد، الغبن والإستغلال في مشروع قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة العدالة، عدد 47، ص 13، أبو ظبي، 1986، ص 25، هامش رقم 18.

⁵ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 288.

⁶ - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 214. =

الفرع الثاني: السمة الأخلاقية لخصوصية الجزاءات المترتبة للإستغلال.

يتجلى العنصر الأخلاقي في نظام الإستغلال من خلال خصوصية الجزاء التي قررها المشرع لعباب الإستغلال في المادة 90 قانون مدني. فلقد خول المشرع الطرف المغبون إمكانية رفع الغبن، وذلك عن طريق منحه الحق في الإختيار بين طلب إبطال العقد (أولاً) أو إنقاص إلتزاماته (ثانياً) بما يحقق مصالحه، وهذا مع مراعاة سلطة القاضي في تحقيق التوازن في العقد من خلال تقدير مصلحة الطرف المغبون بين إبطال العقد أو إنقاص إلتزاماته².

أولاً: دعوى إبطال العقد للإستغلال تطبيق لمبدأ حسن النية.

حماية للطرف الضعيف أقر المشرع حق المتعاقد المغبون في طلب إبطال العقد، فإذا تمسك هذا الطرف بحقه وطلب إبطال العقد، ورأى القاضي تحقق عناصر الإستغلال وشروط إبطاله للعقد، بأن كان المتعاقد المغبون يعتريه ضعف يكمن في الهوى الجامح أو الطيش البين وإستغله المتعاقد الآخر لدفعه إلى التعاقد والحصول على فائدة دون مقابل، فإنه يمكن أن يبطل العقد. غير أن دعوى الإبطال للإستغلال تتميز عن سائر دعاوى الإبطال عموماً، بأنه يجوز للطرف المستغل أن يتوقاها في عقود المعاوضة، إذا عرض على الطرف الآخر على المغبون ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن أي لإعادة التوازن بين الإلتزامات، كما جاء في نص المادة 90 قانون مدني. ويعكس إقرار المشرع لإمكانية توقي إبطال العقد للإستغلال بالنسبة لعقود المعاوضة، حرصه على إستقرار المعاملات وتطبيقه لمبدأ حسن النية الذي يقتضي عدم التعسف في إستعمال الحق³.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع ألزم الطرف المغبون من خلال نص المادة 90، أن يرفع دعوى إبطال العقد أو حتى دعوى إنقاص إلتزاماته خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة. ومن الملاحظ أن أجل السنة هو أجل قصير وميعاد سقوط لا تقادم. ويبرر جانب كبير من الفقه حكم المادة 90 من القانون المدني بأن الحكمة من ذلك هي رغبة المشرع في حسم النزاع حتى لا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الإدعاء فيها واسع، ويرى في ذلك إستقراراً للتعامل. كما يذهب

=تشير إلى أن المشرع الكويتي جعل الإستغلال شاملاً للحاجة الملجئة، الضعف الظاهر والسطوة الأدبية بالإضافة إلى الطيش البين والهوى الجامح، وذلك من خلال نص المادة 159 مدني.

¹ - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 148 هامش 01.

² - نشأت إبراهيم الدريني، المرجع السابق، ص 442.

³ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 272 و 273.

هذا الجانب من الفقه إلى أن ميعاد رفع دعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه يختلف عن ميعاد رفع الدعوى للإبطال للإستغلال¹، لأن التثبت من وجود الغلط أو التدليس أو الإكراه أيسر من التثبيت من وجود الإستغلال، فلا يوجد ضرر من أن تطول المدة أو تكون مدة تقادم لا مدة إسقاط².

في حين ينتقد جانب آخر من الفقه هذا الحكم، حيث يرى أن هذا الأجل من حيث مدته أو موعد إنطلاقه أو طبيعته يخص عادة حالات الغبن الذي يكون عيبا في العقد لا في الإرادة، وأن إعتقاد مثل هذا الأجل في الإستغلال يعني رفض الحماية القانونية للمغبون³. كما يرى أن إحتساب السنة من وقت تمام العقد قد يفوت على المغبون حقه في الطعن إذا إستمرت حالة الطيش أو الهوى بعد إنقضاء سنة من التعاقد⁴. ويرد هذا الفريق على الفريق الأول الذي يرى أن أجل السنة فيه إستقرار للتعامل، أنه تبرير غير مقبول لأن الإستغلال عيب لا يختلف عن عيوب الإرادة الأخرى، لذلك على المشرع الأخذ بنفس الأحكام التي تسري على باقي العيوب⁵.

من جهتنا نرى أنه على المشرع الجزائري جعل سريان مدة السنة لرفع دعوى الإبطال بسبب الإستغلال يبدأ من زوال أثر الضعف، على أساس أن من تعاقد تحت تأثير الهوى الجامح والطيش البين، في الواقع، لا يمكنه الطعن فيه ما دام قد بقي أسيرا لضعفه ذاك⁶. كما أن هذا الحل يسمح بتحقيق هدف المشرع من حماية الطرف الضعيف فعلا من وراء الأخذ بنظام الإستغلال، وهو يتناسب وخصوصية الجزاء الذي أقره لعيب الإستغلال خاصة حق الطرف المستغل في توقي دعوى الإبطال وحق الطرف المغبون في طلب إنقاص إلتزاماته أي الإبقاء على العقد.

¹ حيث يختلف عن ميعاد رفع دعوى الإبطال بالنسبة لهذه العيوب، في مدته وطبيعته وموعد إنطلاقه. فالأجل فيها هو أجل تقادم لا سقوط، محدد بخمس سنوات من يوم إنكشاف العيب فيما يخص الغلط أو التدليس، أو من يوم الإنقطاع فيما يخص الإكراه، أو بمدة 15 سنة من يوم إبرام العقد. راجع المادة 101 و 102 من القانون المدني الجزائري.

² أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 244 و 245.

³ صبري السعدى، المرجع السابق، ص 202.

⁴ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 277 و 278.

⁵ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 160.

⁶ وهو ما أخذ به المشرع الكويتي إذ أقر أجل سنة لسقوط دعوى الإبطال بسبب الاستغلال، لكنه جعلها تبدأ من تاريخ إنقطاع أثر الهوى أو السطوة، على أن تسقط الدعوى على أية حال بمضي 15 سنة من تاريخ إبرام العقد، وذلك وفقا لأحكام المادة 161 مدني كويتي.

ثانياً: دعوى الإنقاص لتحقيق للعدالة العقدية.

للتخفيف من صرامة الإبطال، أجاز المشرع للمتعاقد المغبون رفع دعوى الإنقاص في المادة 90 قانون مدني، حيث يلزم القاضي بها ولا يمكنه أن يقضي بإبطال العقد. وإقرار المشرع لحق المغبون في طلب إنقاص التزاماته يتناسب والهدف الذي يبتغيه من ضمان الأمن في المعاملات وتحقيق العدالة¹. كما ينطوي على تكريس الثقة المشروعة في العقود كمظهر مهم لحسن النية، حيث يضمن إستمرارية العقود². إن الإنقاص من التزامات الطرف المغبون يعد أحسن طريقة لتحقيق التوازن في العقد، وذلك بالحد من التفاوت الكبير بين الأداءات وردة إلى الحد المعقول والمقبول في التعاملات، عن طريق إعفاء الطرف المستغل من بعض ما يعتبر قد تحمله دون إنصراف إرادته لذلك، بعدما إنتهز الطرف المستغل ضعفه الذي نال من سلامة تقديره للتعاقد بين الأداء المقدم والمنفعة المحصلة³. وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد مقدار الإنقاص معتدا بإعتبارات العدالة العقدية⁴.

يلاحظ أن إنقاص الإلتزامات يكون بمقتضى القانون، حيث يمنح القانون الحق للطرف المستغل أن يطلب الإنقاص، كما يجوز قانوناً للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه إذا رأى ذلك كافياً لرفع الغبن، أما زيادة الإلتزامات الطرف المستغل فهو أمر يرجع إلى إرادة المعني بالأمر فقط⁵. وبناء على ما تقدم يظهر جلياً الدور أن تكريس القيم والقواعد الأخلاقية من خلال نظرية عيوب الإرادة يعزز مكانة مبدأ حرية الإرادة الذي يمثل أحد أسس نظرية العقد، طالما أن هذه الحرية لم تؤدي إلى القيام باتفاقات منافية للأخلاق.

المبحث الثالث: الاتفاقات المشروعة إرساء للعنصر الأخلاقي.

أدت المغالاة في الأخذ بالحرية التعاقدية الناشئة عن مبدأ سلطان الإرادة، إلى ظهور مظالم كثيرة وفقدان الأمن القانوني من خلال عدم إستقرار التعاملات. وهو ما دفع المشرع للتدخل حرصاً على سلامة التعامل بين الأشخاص وحماية للمصلحة العامة، عن طريق حظر الإنحراف عن النظام العام والآداب العامة بموجب الاتفاقات الخاصة.

¹ - دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 78.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 330.

³ - دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 78.

⁴ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 163.

⁵ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 202.

ويعكس الأخذ بفكرة النظام العام والآداب العامة لتقييد الحرية التعاقدية بإسم مصلحة المجتمع، وعي المشرع بضرورة اللجوء إلى القانون الأخلاقي لتكملة قواعد القانون وتهذيبه¹. ويعد نص المادتين 93 و97 من القانون المدني، خير دليل على تكريس المشرع للقاعدة الأخلاقية في القانون، حيث تلزم بصراحة السلطة التعاقدية بإحترام النظام العام والآداب العامة بإعتبارهما معيارا لمشروعية المحل والسبب. وبموجب هذين النصين يعطى للقضاء حق المراقبة لضمان التقيد بالقاعدة الأخلاقية، من خلال البحث عن الهدف أو المحل غير الأخلاقي للعقد².

تتكسر القاعدة الأخلاقية بالعقوبة المدنية المتمثلة في البطلان، الذي يتقرر هنا حرصا على المصالح والأخلاق العامة³. لذلك كان من المنطقي أن يقرر المشرع بطلان العقد في حالة عدم مشروعية المحل أو السبب مراعاة للعدالة العقدية. وبهذا يبرز شرط المشروعية الطابع الأخلاقي لركني المحل والسبب في العقد (المطلب الثاني).

إن النظام العام مفهوم ذو مضمون متغير، أساسه المصلحة العامة التي تتضمن المصلحة الاجتماعية، السياسية، الإقتصادية والأخلاقية⁴. أما الآداب العامة أو ما يسمى بحسن الآداب، فأساسها الرأي العام وما يتأثر به من مثل عليا ومبادئ أخلاقية واجتماعية تتمثل في الناموس الأدبي المتولد عن المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف، والمؤسس على الدين⁵. وتمثل هذه الآداب المظهر الخلقى للنظام العام، أي القواعد الخلقية التي تفرضها مصلحة المجتمع على الإرادات الفردية⁶.

¹ -Ripert (G), op.cit, p.40 et 41.

² - جدير بالذكر أن المشرع الفرنسي في القانون المدني الجديد، أقر في المادة 1128 أن أساسيات صحة العقد تتحدد في: إتفاق الأطراف، أهلية المتعاقدين، ومضمون قانوني ومشروع. ويلاحظ في هذا النص غياب فكرة السبب والمحل كأركان للعقد، حيث أتى المشرع بمفهوم مضمون العقد le contenu du contrat في المادة 1162 وما بعدها.

³ - Ripert (G), op.cit, P.42 et 60.

⁴ - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص337.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص529.

⁶ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص107.

من المهم الإشارة إلى أن القانون يستوحي بعض الأحكام بطريقة غير مباشرة من علم الأخلاق، وله في ذلك سبيلان، أولهما بالأمر بما تأمر به الأخلاق، ولكن على نحو غير مباشر، وكثير من الواجبات الأدبية يعترف بها القانون إلتزامات طبيعية، ويجعل لها قوة إلزامية غير مباشرة، فالملتزم بها لا يجبر على الوفاء بها، ولكن إذا وفاها مختارا فلا يسترد ما وفى به. أما السبيل الثاني فيكمن في النهي عما تنهى عنه الأخلاق، ولكن على نحو غير مباشر أيضا. فقد تكون القاعدة التي يريد القانون إحترامها غير ملزمة قانونا، فلا يأخذ الناس بمراعاتها على نحو مباشر، ولكنه من جهة أخرى يجعل الإتفاق على ما يخالفها باطلا. أنظر: - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص528.

ونتيجة لذلك تعد فكرة النظام العام من أدق الأفكار القانونية الأخلاقية من حيث نطاقها، طبيعتها وتطبيقاتها، وهو ما أدى إلى تعدد أنواعها (المطلب الأول).

المطلب الأول: النظام العام تكريس للطابع الأخلاقي للعقود.

كان مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الحديثة، يقيد النظام العام¹ التقليدي الذي يقصد به النظام العام السياسي والأخلاقي بشكل أساسي، وهو يهدف أساساً إلى فرض إحترام تنظيم الدولة والسلطات العامة، والآداب العامة التي تعد مظهر أخلاقي للنظام العام أي القواعد الخلقية التي تفرضها مصلحة المجتمع على الإرادات الفردية².

غير أنه مع زيادة النمو الإقتصادي وزيادة التعقيدات الإقتصادية الموازية، ومن أجل مسايرة التطورات الإجتماعية التي مست كيان المجتمعات، ظهر النظام العام الإقتصادي الاجتماعي. وبدأت فكرة هذا النظام العام الجديد تتمدد لتشمل نموذجين، الأول نظام عام بشقيه التوجيهي الذي يعبر عن الأسس التي يقوم عليها المجتمع بحيث يرمي إلى تجسيد السياسة الوطنية بتدخل السلطة في حرية الأفراد، وبالتالي التدخل في العلاقات التعاقدية بما يتماشى وسياستها العامة³. والثاني نظام عام حمائي الذي يهدف إلى بسط الحماية على الأطراف التي توجد في مركز تعاقد ضعيف بسبب حاجاتها الملحة للسلع و للخدمات، أو

¹ - تعد فكرة النظام العام من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها، كما تتعدد جوانب هذه الفكرة وتتوسع مصادرها، فلا تتبع من التشريع وحده بل يسهم القضاء إلى حد كبير في صياغتها وتحديد مضمونها. أنظر:

- عبد الرحمن بوفلجة، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص 61.

ونشير إلى أن النظام العام في الفقه الإسلامي يتجسد في أحكام الله تعالى الشرعية التي فرضها على عباده، لأجل مصلحة أرادها سبحانه. لذلك تستند فكرة النظام العام الشرعي إلى أصول تشريعية سماوية مستقرة في كتاب الله وسنة رسوله، تمتاز بالثبات والخلود في أصولها العامة، ومتطورة بحسب متطلبات كل زمان ومكان فيما لم يرد فيه نص، أو ورد فيه نص بصيغة عامة ومجملة ويحتاج إلى تخصيص وبيان لضبط وتنظيم كل ما يطرأ من مستجدات، كالوسائل، والتنظيمات المتبعة والمستعملة لتطبيق فكرة النظام العام وضمان استقرارها في المجتمع الإسلامي، مع مراعاة في كل ذلك عدم المساس بثبات النصوص وأصولها، وكل ما يتعلق بالأمر الضرورية والحاجية. لمزيد من التفاصيل، راجع:

- عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 68 وما بعدها.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 107، و 123.

³ - محمد محسوب، المرجع السابق، ص 231

لتعقيدها التقني والتكنولوجي، ويحظى هذا الأخير بأهمية بالغة حيث يظهر جليا في العديد من النشاطات والمعاملات المهنية والإقتصادية، كما كان نتاجا لظهور أشكال وأوصاف جديدة من العقود¹. وهكذا يتضح أن العدالة لا تتعارض مع المنفعة الإجتماعية، وما فكرة النظام العام وما يتبعه من مبادئ أخلاقية سوى مظهر من مظاهر إرساء وسائل للحفاظ على التوازن في الحقوق والذمم المالية². وأمام هذا الأمر كرس القانون فكرة النظام العام في العقد بناء على إعتبرات المنفعة العامة والعدالة الإجتماعية (الفرع الأول). ولما كان الإخلال بالنظام العام هو إخلال بالعدالة العقدية، قرر المشرع البطلان كجزاء لمخالفته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النظام العام أداة لتجسيد العدالة العقدية.

ارتبطت فكرة النظام العام الإقتصادي بقاعدة ما يجب أن يكون عليه تصرف شخص ما في طابع أمر محدد وتهديب، لذلك إتجهت القوانين إلى حماية إجتماعية للأطراف الضعيفة، كالعمال المستهلكين والمقترضين، مما أدى إلى الحد من سلطان الإرادة، فكان النظام العام نظاما حمائيا³. ثم تطور الأمر، لتمتد فكرة النظام العام إلى تمكين الدولة من تحقيق السياسة الإقتصادية التي إنتهجتها، فشهدت الإرادة قيودا أخرى تهدف إلى إجبار الأفراد على إحترام هذه السياسة وتوجيههم إليها، وهذا إلى جانب على المنع والحظر الذي يفرضه النظام العام التقليدي، فأصبح النظام العام نظاما توجيهيا⁴.

إن ما يبرر تدخل المشرع من خلال قواعد النظام العام الحمائي هو الإختلال في التوازن الإقتصادي فيما بين المتعاقدين، والذي يرجع إلى إنعدام المساواة الإقتصادية بسبب القوة التي تملكها مجموعات ضاغطة. فأصبح بذلك النظام العام الحمائي المحرك لمختلف العقود، فالعقود الممنوعة لأسباب غير مشروعة أو لمخالفة قواعد الأخلاق تجاوزتها أسباب المنع، فأصبح مصدره تحقيق السياسة الإقتصادية والإجتماعية للمشرع⁵.

من أبرز أوجه النظام العام الحمائي قانون حماية المستهلك، الذي أظهرت نصوصه أن مراعاة مصالح المستهلك بصفته الطرف الضعيف في العلاقة، هو حماية للمعاملات والمبادلات الإقتصادية. كما

¹ - لخضر حليس، المرجع السابق، ص 111.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 96.

³ - Terre (F), Simler (ph) et Liquette (y), op.cit, P. 31.

⁴ - محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 79 و 80.

⁵ - لخضر حليس، المرجع السابق، ص 111 و 112.

كشفت عن إرساء المشرع للوظيفة الإجتماعية للعقد، التي تفرضها ضرورة مراعاة المبادئ السياسية والأخلاقية في المجتمع.

أما النظام العام الإقتصادي التوجيهي فيرمي إلى إستحداث تقنية تعتمدها الدولة لتحقيق أهداف الإقتصاد الوطني بتنظيم عقود لا يجب أن تتعارض مع تلك الأهداف. ويرجع الأمر في أسباب ظهور هذا النظام، أساسا، إلى عقود الإذعان التي تجسدت فيها مختلف أوجه إستغلال الأطراف الأقوياء إقتصاديا للضعفاء، بسبب اللامساواة الإقتصادية. وهو ما إستدعى إعادة تنظيم العلاقات، خاصة بين الأفراد أو بين المنتجين والموزعين للخدمات والسلع الإستهلاكية، أو المنتجين والمستهلكين والموزعين، وذلك بتدخل المشرع بنصوص خاصة على رأسها القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بشأن الشروط التعسفية¹، لتعزيز ما تنظمه الأحكام العامة المتعلقة بعقد الإذعان من خلال المادة 110 قانون مدني. والملاحظ أن هذا التدخل التشريعي ذو مقاصد أخلاقية يحافظ من خلالها على الجانب الإقتصادي للعقد والمعاملات².

ولقد تطور النظام العام الإقتصادي التوجيهي على ضوء نظام عام تنافسي يهدف إلى حماية المنافسة النزيهة، ما دفع المشرع إلى وضع قواعد تؤكد مبدأ الحرية التعاقدية مع الإحتفاظ بوسائل تحمي حرية المنافسة، كالقواعد المتعلقة بالممارسات التجارية للحد من الممارسات المخلة بالمنافسة³، والتعسف في إستغلال وضعية الهيمنة الإقتصادية⁴.

إن القوانين الحديثة المنتمية للقانون الروماني تأخذ بفكرة العدالة وفقا للتصور الذي وضعه أرسطو، والذي يقسمها إلى توزيعية وتبادلية وذلك بعد إجراء عملية توفيق بين ذلك التصور وبين فكرة المنفعة الغالبة على القانون الروماني. ومن ثم أصبحت السمة المميزة لهذه القوانين هي إنقسام قواعدها إلى مجموعتين: المجموعة الأولى تتمثل في النظام العام الحمائي، هدفه تحقيق العدالة التوزيعية أو الإجتماعية وفقا لتصور أرسطو. والمجموعة الثانية من القواعد تهدف إلى تحقيق العدالة التبادلية أي المنفعة العامة، وهي تشكل النظام العام التوجيهي⁵.

¹ - أنظر المادتين 29 و30 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص273.

³ - أنظر المادتين 09 و10 من قانون 03-03.

⁴ - أنظر المادة 10 من نفس القانون 03-03.

⁵ - Ghestin (J), L'utile et la justice dans les contrats, op.cit, P. 53.

وهكذا يتضح أن الوظيفة الجوهرية للنظام العام هي تكريس الطابع الأخلاقي للمعاملات، فمضمونه يقوم على المبادئ الأخلاقية الضرورية التي يتأسس عليها النظام القانوني للعقود. ويرتبط هذا المضمون الأخلاقي بالآداب العامة التي تعد معيارا للحفاظ على تماسك المجتمع وفيها تحقيق للسلامة الإجتماعية بسبب خضوعه لرقابة القاضي من خلال فرض الرقابة على المشروعية¹.

ننوه إلى أن المشرع الجزائري جمع فكرة الآداب العامة بالنظام العام في النصوص المتعلقة بفحص مشروعية محل العقد وسببه²، مع أنها تشكل جزءا منها. وترى الأستاذة زمام أنه تكريس لقاعدة موضوعية مجالها نظام عام بمختلف أوجهه وأنظمتها وتكاملته بآداب عامة ذات الطابع الأخلاقي البحث، وفي ذلك إختلاف في الحالات التي يفرد بها للنظام العام فقط³.

بالرغم من أهمية الآداب العامة كمظهر للنظام العام، إلا أن النظام العام الإقتصادي يعد المجال المهيمن على التصرفات القانونية. فهو يتدخل بواسطة مجموعة القواعد الإلزامية التي تنظم العلاقات التعاقدية الخاصة بالنظام الإقتصادي والعلاقات الإجتماعية والتوازن الداخلي للعقد. وهذا هو التصور الحديث للنظام العام الذي أقرته التشريعات الحديثة تحت ضغط صراع المصالح الإجتماعية نتيجة القوى الإقتصادية، وبسبب ما ترتب عن الإستعمال التعسفي للحرية العقدية وما تطلبته ضرورات تحقيق ما هو تعاقدية هو بالضرورة عادل⁴.

الفرع الثاني: السمة الأخلاقية لجزء مخالفة النظام العام.

إن النظام العام السياسي والأخلاقي سلبي بصورة أساسية، فهو يمنع بعض العقود إما بسبب موضوعها أو هدفها غير المشروع أو للأخلاقي. ويعد هذا تدخلا للقاعدة الأخلاقية التي إستفادت من

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 271.

يقول الأستاذان كولين وكابيتان أنه من الصعب تعريف النظام العام، غير أن الآداب العامة فمعناها لا يدعو لأي ريب، فهي الأخلاق. والرأي المشترك أي العام هو منشئ للقواعد الأخلاقية ويذهب لحد القول أنه يكون العقد صحيح لما لا يدينه الرأي العام، وإن كان بذاته مستهجن. أنظر:

- Ripert (G), op.cit, P.71.

لذلك يقصد بالآداب العامة مجموعة القواعد الأخلاقية أو الوجدانية أو الدينية التي وجد الناس أنفسهم أنهم ملزمون بإتباعها وإحترامها في روابطهم الإجتماعية، فالآداب في المجتمع هي مجموع العادات المتأصلة والعرف المتوارد والتقاليد المتوارثة والمعتقدات الدينية والروح السامية عند الإنسان. أنظر: - لخضر حليس، المرجع السابق، ص112.

² - راجع المادتين 93 و 97 قانون مدني.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 271 و 272.

⁴ - عدة عليان، المرجع السابق، ص 150.

الجزء الذي تتميز به القاعدة القانونية، والذي يتمثل في البطلان المطلق للعقود التي يكون محلها أو سببها منافيا للآداب العامة¹.

يستخدم المنع كذلك لتأمين النظام العام الإقتصادي والإجتماعي، لذلك يترتب عن الإخلال بالنظام العام التوجيهي الذي يتعلق بمخالفة الشخص للمصلحة العامة، البطلان المطلق بسبب تجرأ الشخص على التخلي عن حماية القانون له، وخاصة أنه تنازل عن الحد الأدنى المضمون قانونا. في حين يكون جزاء مخالفة النظام العام الحمائي هو البطلان النسبي، إذ أن لكل شخص الحق في التنازل عن الحد الأدنى الذي ضمنه له القانون والتخلي عن حماية القانون له².

تتكون العدالة العقدية من عنصرين، الأول هو عنصر المنفعة والتي تفترض توافر أركان العقد، والثاني هو العدالة التبادلية وتقتضي أن يدخل ذمة الشخص قدر ما خرج منها وإلا كان ذلك ظلما. وعدم تحقق المنفعة والعدالة معا، يعني غياب العدالة العقدية³. لذلك ينعكس التمييز في الجزاء على فكرة العدالة العقدية، فجزاء تخلف الثمن في عقد البيع، هو البطلان المطلق، لأن وجود مقابل للمبيع يتعلق بالمنفعة. بينما ما يتعلق بعيوب الإرادة يدخل في النظام الحمائي، ولذا فإن الجزاء يكون البطلان النسبي. ومفاد ذلك أن إكتمال ركني الثمن والمبيع في عقد البيع مثلا يجعل العقد عادلا بغض النظر عن وجود تفاوت في أداءات طرفي العقد، بينما المنفعة هي التي تقتضي إحداث هذا التوازن⁴.

وقد يكون للإخلال بالعدالة الإجتماعية تأثير على العدالة التبادلية، ما يترتب عليه البطلان النسبي للعقد. فعلاج ما يمكن تسميته بعيوب الرضا الجديدة ممكن في ظل النظام العام الحمائي، إذ أن عدم التوازن الإقتصادي بين طرفي العقد قبل إبرامه يجب أخذه في الإعتبار لتحقيق العدالة العقدية. فالمركز الضعيف للمستهلكين، مثلا في مواجهة المنتجين، يدفع المشرعين للتدخل لحماية هذه الفئات، ويجعل العقود الناتجة عن عملية تفاوض حر دون مساعدة الطرف الضعيف، عقودا معيبة لا تحقق العدالة، لأنها ستفتقد التوازن الإقتصادي بين طرفيها وهو ما يعني إخلالها بالعدالة التبادلية⁵.

¹ - حمادي الرايس، المرجع السابق، ص 234 و 235.

² - محمد محسوب، المرجع السابق، ص 233.

³ - المرجع نفسه، ص 235.

⁴ - Ghestin (J), L'utile et la justice dans les contrats, op.cit, P.55 et 56 .

⁵ - Roland (H) et Boyer (L), op.cit, P.12 et 13.

وبناء على ذلك، أصبح الإلتزام بالإعلام الذي يفرضه مبدأ حسن النية إلتزاماً جوهرياً يقع على عاتق المتعاقد، ويترتب عليه قابلية العقد للإبطال. فالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد والتي تهم الطرف الآخر تقتضيه المصلحة الإجتماعية ويحقق العدالة التبادلية¹.

يتوخى النظام العام الإقتصادي والإجتماعي، بخلاف النظام العام التقليدي، تحديد مضمون العقود أكثر من منع إبرامها. فهو يسعى للحفاظ على إستمرار العقود، عن طريق إصلاح الشروط غير المشروعة فيها بدلاً من حصر الجزاء في بطلانها، وهو ما يجعل الجزاء أكثر فعالية².

ويتحقق هذا الهدف باللجوء إلى نظرية البطلان الجزئي وقاعدة ملاءمة العقد. ويسند للقاضي، بصفته حارساً على العدالة العقدية، مهمة إعادة توجيه العقد نحو إلتزامات أكثر توازناً من أجل حماية الطرف الضعيف³. وهو ما أكدته المادة 104 التي تنص " إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".

ولمسايرة التطورات والتغيرات الإجتماعية، السياسية والإقتصادية، دعم المشرع تدخل القاضي في مراقبة توافق العقد مع النظام العام، من خلال فكرة إعتبرات ودواعي الثقة المشروعة في النظام العقدي، والتي تفترض فحص مشروعية تشريعية بدل البحث في مشروعية لصيقة بالعقد⁴. وهذا ما ظهر واضحاً في صيغة أحكام قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حتى أصبحنا أمام ظاهرة قانونية عبر عنها بـ " نظام عام للنظامية " *ordre public régulateur*⁵.

بالنظر إلى أن الإستقرار العقدي يتطلب تضييق جزاء البطلان وتحديد نطاقه على ضوء إقتصادية العقد وعمليته، فإنه تم إعتناء في قوانين حماية المستهلك، تقنية بطلان الشرط أو البند المخالف لأحكامه حماية لطرف معين وحفاظاً على الأثر النافع، لتكون هذه الحماية حماية فئة من المستهلكين والمهنيين صورتها تعادل وتوازن نسبي، قائم على فكرة تغليب المصلحة الإجتماعية. وتحقيق ذلك يرجع لدور التداخل

¹ - محمد محسوب، المرجع السابق، ص 235.

² - Terré (F), simler et Le Quette, op.cit. P.237.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 285 و 286.

⁴ - أنظر: عبد الرحمن عياد، أساس الإلتزام التعاقدية: النظرية والتطبيقات، دار الثقافة الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 222 وما يليها.

⁵ - Mohamed Mahmoud Mohamed (M.S), les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur, in mélange en hommage à Roland Drago, « L'unité du droit », economica Paris, 1997, P. 260 et s.

نقلا عن: - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 286 و 287.

بين النظام العام التوجيهي والحماي الذي إعمده الفقه الحديث في تكريس نظرية البطلان الجزئي بواسطة صيغة إنقاص العقد¹.

المطلب الثاني: مشروعية المحل العقد وسببه مطلب أخلاقي.

لم ينظر المشرع إلى العقد كإتفاق مجرد يستمد قوته من الإرادة، حتى وإن كانت هذه الإرادة تدور حول هدف غير مشروع أو تبتغي الحصول على شيء غير مشروع، ولكن منع التعامل في أشياء منافية للأخلاق وحاسب الأطراف عن أسبابهم ودوافعهم غير الأخلاقية، وفي هذا تهذيب للعقد إذ يرفض تحقيق فكرة مذنبية. ولقد أقر المشرع ذلك من خلال حکمان في القانون المدني فرض فيهما شرط المشروعية، يختص أحدهما بموضوع العقد (الفرع الأول) والآخر بسببه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مشروعية المحل.

تنص المادة 97 قانون مدني جزائري على " إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا". يتضح من هذا النص أنه يجب أن يكون المحل مشروعاً، أي مطابقاً لأحكام القواعد القانونية وإلا أبطل العقد لإنتفاء محله.

إن مشروعية المحل تتعلق بقابليته للتعامل فيه، فإذا لم يكن كذلك فإن العقد يقع باطلاً. وترجع قابلية المحل للتعامل فيه إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام. ونص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون مبنياً على إعتبارات ترجع للنظام العام أو للآداب العامة²، فالقانون مثلاً يمنع تجاوز المقدار البسيط المحدد قانوناً للفوائد المترتبة على منح القروض³، وهذا المنع يرجع إلى الآداب العامة بإعتبار أن الربا الفاحش يتنافى والفضيلة، وإما للنظام العام بإعتبار أن في الربا الفاحش إرهاباً للمدين وهو ما يتنافى والنظام العام⁴. فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو في الوقت ذاته مخالف للآداب أو النظام العام أو لهما معاً. ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر، فأثر أن يورد له نصاً، أو هو إيضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للغموض والإبهام، كالنص الذي يحرم التركة المستقبلية⁵. أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده، كما حدد الربا الفاحش، أو هو

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص286.

² - عدة عليان، المرجع السابق، ص181.

³ - أنظر المادة 456 من القانون المدني.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص488.

⁵ - أنظر المادة 2/92 من القانون المدني.

تحريم لأمر تقضي ظروف البلد الخاصة بتحريمه، كما حظر المشرع الجزائري الإتجار في المخدرات وبيع الأسلحة.

نشير إلى أن نص القانون الذي يحرم التعامل في الشيء قد يكون هو حكم الشريعة الإسلامية، ويقصد بقابلية محل العقد لحكم العقد شرعا، أن يكون هذا المحل مما أجاز الشارع الإسلامي التعامل فيه، أي غير مخالف للنظام العام الشرعي، فإذا لم يكن محل العقد قابلا للتعامل فيه وقع العقد باطلا¹. ومثال ذلك ما يحرمه الفقه الإسلامي كالإتفاق على أخذ مقابل للشعوذة أو السحر².

وعليه يمكن القول أن مناط مشروعية المحل هو عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد. فعدم مشروعية المحل في هذه الحالات لا يحتاج لتقريرها إلى نص خاص، لأنها تعود إلى فكرة النظام العام والآداب العامة الذي يرجع إليه المجتمع مهمة الدفاع عن المصالح الأساسية والذي أقر له المشرع الجزائري نصا عاما³.

ولقد قضى القضاء الفرنسي ببطلان عقود موضوعها مناف للآداب العامة لأنه غير أخلاقي أو فيه إنتهاك للنظام العام الإقتصادي والإجتماعي، كعدم مراعاة الثمن أو الأجرة المحددة قانونا كحد أقصى أو أدنى⁴. وعليه يظهر أن القاضي له السلطة التقديرية في تحديد ما هو موافق أو مخالف للآداب العامة خاصة، وذلك لغياب نص قانوني يحدد مفهوم الآداب العامة والنظام العام بسبب الطابع المرن لهذه الافكار وتطورها المستمر. وللقاضي أن يستخلص قواعد الآداب من حالات لا نص عليها في القانون، فيكون إستخلاصها في كل مرة يجد فيها أن القاعدة الأخلاقية تعرض بالمظهر الذي يوجب مراعاتها في كل عقد حفاظا على النظام القانوني الذي لا يحتمل الإخلال بقاعدة هي من مقومات المجتمع⁵.

نشير إلى أن بروز عقود جديدة كالعقود المصرفية الحديثة وتلك المتعلقة ببيع وشراء التقنيات الجديدة في الإتصال والتكنولوجيا، يجعل مسألة تحديث النصوص القانونية المتعلقة بالعقود أمرا مهما وضروريا. إذ لابد من جعل النظام القانوني للعقود متوافقا مع المتطلبات الحديثة خاصة بالنسبة للفئة الجديدة من المتعاقدين المتمثلة في المستهلكين⁶.

¹ - عدة عليان، المرجع السابق، ص182.

² - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص489، هامش 01.

³ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 184.

⁴ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 902.

⁵ - مارغريت نقولا ماروديس، المرجع السابق، ص68 و69.

⁶ - المرجع نفسه، ص89.

ويتحقق هذا إما بإدخال الأشياء إلى دائرة الأشياء التي يحظر التعامل فيها أو إخراجها منها، بالنظر إلى أن مفهوم النظام العام والآداب العامة نسبي، متطور ومختلف من مجتمع إلى آخر، ومن فترة زمنية إلى أخرى. وهو ما يعني أن بعض العقود التي كانت باطلة بطلانا مطلقا لعدم مشروعيتها محلها، قد تصبح مقبولة قانونا بتغيير فكرة الآداب العامة في المجتمع.

الفرع الثاني: مشروعية السبب.

يشترط في ركن السبب أن يكون هو الذي حمل طرفي العقد على الإلتزامات التي حددها العقد، حسبما نصت عليه المادة 97 من القانون المدني. فالإلتزام من دون سبب أمر مستغرب، ولا يمكن أن يصدر إلا عن مجنون فاقد لقواه العقلية¹. من هنا يلتقي السبب مع الإرادة، فكلما كانت الإرادة هي أساس تكوين العقد وليس الشكل، زادت أهمية السبب².

تتازع مفهوم السبب نظريتان، النظرية التقليدية التي إتخذ السبب فيها مفهوم السبب القسدي أي الغرض المباشر الذي تتجه إلى تحقيقه إرادة المتعاقد آخر، والذي أقره قانون "تابليون" حيث تأثر المشرع الفرنسي بتصور الفقيه **Domat** الذي أخذ بالنزعة الموضوعية للسبب³. وبهذا يكون السبب بالنسبة لهذه لنظرية هو سبب الإلتزام وليس سبب العقد، وهو أمر داخلي موضوعي في العقد إذ يتعلق بموضوع العقد ذاته لا بالشخص المتعاقد⁴.

غير أنه، ونتيجة للإنتقادات التي تعرض لها تعريف الفقيه **Domat** للسبب من قبل مجموعة من الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الفقيه **Planioi**⁵، توسع القضاء الفرنسي في تحديد السبب وجعله الباعث

¹ -Ripert, op.cit, P.67.

² - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 297.

نشير إلى أن القانون الروماني أخذ بصورة أساسية بالسبب المنشئ، وهو مصدر الإلتزام أي تنفيذ العقد الشكلي المطلوب والذي كان كافيا بحد ذاته. إلا أنه ما لبث أن أفسح المجال تدريجيا للأخذ بالسبب بمعنى قريب من المعنى الذي أخذ به القانون الوضعي الحديث، حيث نجد تطبيقات للسبب ترتبط إما بغياب المقابل أو بعدم تسليم الشيء في القرض، أو بهدف غير أخلاقي أو غير مشروع، وإما بوصف العقد. أنظر: - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 925 و 926.

³ - عبد الحي عبد المجيد حجازي، النظرية العامة للإلتزامات وفقا للقانون الكويتي، المرجع السابق، ص 382.

⁴ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 191 و 192.

⁵ - لمزيد من التفاصيل حول هذه الإنتقادات، أنظر: عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 591 وما بعدها.

- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 223 وما بعدها.

الدافع إلى التعاقد، وطبق البطلان لعلة غياب السبب على مختلف العقود أو لعدم مشروعيته أو لا أخلاقيته¹. وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد أقام نظرية حديثة في السبب أيده فيها الفقه، على خلاف التقنين الفرنسي القديم نفسه، والتي إستمد أصولها من القانون الكنسي الذي يعتبر أول من إستحدث هذا التصور الجديد للسبب².

طبقا لهذه النظرية، يتمثل السبب في الإعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد، وهو بهذا المفهوم يعتبر أمرا خارجا عن مضمون العقد متغيرا من عقد إلى آخر. وبما أن البواعث التي ترتبط بالعقد قد تكون مؤثرة أو غير مؤثرة، فإنه لا يعتبر سببا للعقد إلا ما كان مؤثرا في إبرامه والذي لولاه ما كان ليبرم العقد، لذلك يلزم أن يكون الباعث هو الدافع إلى التعاقد. والقضاء يستكشف بواعث المتعاقدين، ومتى تبين إن هناك باعث لا أخلاقي يحركهم، فإنه يرفض الإقرار بهذه الإرادة المحركة بالأسباب المذنبية، ويقضي ببطلان العقد³.

وعليه، يشترط لصحة العقد وفقا لهذه النظرية شرطا واحدا هو أن يكون الباعث مشروعاً، فلا يشترط أن يكون موجوداً لأنه فرض غير منطقي، ذلك أن التعريف المسلم به للسبب هو غاية الملتزم من إلتزامه، فالإرادة لا بد لها من باعث يدفعها⁴. كما لا يشترط أن يكون الباعث صحيحاً، لأنه إذا كان موهوماً مغلوفاً، فإننا نكون بصدد غلط وقع فيه أحد المتعاقدين، فيكون المجال هنا هو تطبيق نظرية الغلط التي تؤدي إلى البطلان النسبي للعقد⁵.

يقول الأستاذ سمير تناغو أن شرط مشروعية السبب "يبسط به القانون ظلال الأخلاق على دائرة التعاقد بين الأفراد وفي معاملاتهم الخاصة، ويراقب بذلك مشروعية البواعث والنوايا"⁶. لذلك تكفل النظرية الحديثة للسبب مراقبة مشروعيته بهدف تقديم حماية للمجتمع⁷.

وتبرز أهمية الطابع غير الأخلاقي للسبب الدافع لما نحلل البطلان على أساسه، ففي القرض الذي يعطى للاعب قمار بغية تمكينه من مواصلة اللعب، تكون فكرة أنه سيلعب من جديد بفضل هذا القرض

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 948.

² - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 85.

³ - Ripert (G), op.cit, p.65 et 66.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 497.

⁵ - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 86.

⁶ - المرجع نفسه، ص 86.

⁷ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 201.

هي من المؤكد في ذهن المقرض، ولكن في ذهنه أفكار أخرى كالإعتراف بجميل ما، خشية أو شفقة، ومن ضمن هذه الأسباب ما هو شريف منها ما لا يعتبر كذلك، وتسهيل لعب القمار للغير يكفي لجعل العقد غير أخلاقي¹. نشير إلى أن بعض الفقهاء يشترطون لبطلان العقد بسبب السبب غير المشروع، أن يكون المتعاقد الآخر على بينة من هذا الباعث، أي يكون عالما بالباعث غير المشروع أو يستطيع أن يعلم به، أو مشتركا فيه، وذلك لإستقرار المعاملات². في حين هناك جانب من الفقه لا يشترط أي نوع من العلم بالباعث غير المشروع، فيقول بالبطلان في كل الحالات وذلك لمحاربة عدم المشروعية في كل صورها حماية للمصلحة العامة وتحقيقا للانصاف³. كذلك بالنظر إلى أن عدم مشروعية السبب هو عدم مشروعية الغاية الدافعة المعبر عنها، فوجود هذه الغاية في التعبير عن الإرادة ضمانا كافية لتحقيق غرض القائلين بهذه القيود في أمان المعاملات وإستقرارها⁴.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري نجد أنه نص في المادة 97 على "إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلا". كما نص في المادة 98 على "كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

يلاحظ من خلال هذين النصين أن المشرع يأخذ بالنظرية الحديثة في السبب، أي الباعث الدافع إلى التعاقد، فالعبرة بمشروعية السبب أي بمشروعية الباعث لصحة العقد. ويلاحظ كذلك أن المشرع ينسب فيهما السبب إلى الإلتزام لا إلى العقد، وأنه يفترض في المادة 98 أن السبب قد لا يكون موجوداً، وهذا يتفق مع النظرية التقليدية في السبب، إذ أنه في النظرية الحديثة لا يتصور كما رأينا عدم وجود الباعث في العقد.

¹ - Ripert (G), op.cit, p.67 et 68.

² - جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 364 و 365. يقول الفقيه **Josserand** "أن عقود المعاوضات يكفي فيها أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر، بينما في التبرعات يؤثر الباعث الذي دفع المتبرع إلى تبرعه سواء علمه الطرف الآخر أو لم يعلمه، مادامت إرادة المتبرع هي التي تسيطر على العقد." نقلا عن : - عدة عليان، المرجع السابق، ص 206، هامش رقم 1.

³ - Ripert (G), op.cit, P.68.

⁴ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 364 و 365.

نشير إلى أنه بالرغم من أن النص بالصيغة العربية للمادة 97 لم يتضمن صراحة شرط الوجود، كما هو الحال في نص المادة 136 مدني مصري، لكنه يستفاد من النص بمفهوم المخالفة، حيث يستفاد من عبارة "إذا كان إلتزام المتعاقد لسبب مشروع كان العقد صحيحاً"، أن الإلتزام لا بد أن يكون له سبب ويشترط فيه أن يكون مشروعاً¹. وهذا ما يؤكد النص بالصيغة الفرنسية للمادة 97 حيث جاء فيه:

"le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs".

كما ننوه إلى أن ذكر المشرع في المادة 97 السابقة عبارة " أو السبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة" بعد ذكر عبارة " لسبب غير مشروع" لا يفيد أن الأمران مختلفان، لأنه من المسلم به أن عدم المشروعية يعود لمخالفة النظام العام والآداب العامة. لذلك يرى الأستاذ صبري السعدي ضرورة تعديل النص بما يتماشى وقصد المشرع، بالتالي ما يطابق النص بالفرنسية، وعليه يجب ذكر شرط الوجود وذكر إحدى العبارتين السابقتين فقط².

جدير بالذكر أن هناك جانب من الفقه يعيب الصيغة الإزدواجية التي ظهر بها القانون المدني الجزائري في تبني نظرية السبب، على غرار المشرع المصري في المادتين 136 و137، لأنهما جمعا بين نظريتين لا يمكن التوفيق بينهما، إذ يرى هذا الفريق أن الأخذ بالنظرية التقليدية للسبب ليس له مبرر لأنها نظرية غير مفيدة، وكان الأجدر أن يؤخذ بالنظرية الحديثة فقط³. في حين هناك جانب آخر يرى أن النظرية الحديثة قامت بإكمال النظرية التقليدية التي لا تتسع لإبطال التصرفات التي يرمي أصحابها إلى تحقيق أغراض مشروعة إذا كانت غير مباشرة، كما أن سبب الإلتزام هو النظام الوحيد الذي يبرر بعض الأحكام كالدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة⁴.

وبهذا يكون المشرع قد توسع في تحديد السبب، على أساس أن التكامل والتلازم بين النظريتين يبرره إختلاف دور السبب تبعاً لطبيعة العقود ونوعها، حيث يهدف السبب إلى حماية كيان العقد من خلال شرط وجوده وصحة العقد من خلال شرط مشروعيته. ففي العقود التبادلية التي تظهر فيها الإلتزامات متبادلة ومقابلة، يظهر السبب الموضوعي بحكم تأسيسه على الوجود أو عدمه على تحقق المقابل، بغض النظر عن قيمة المحل أو الفائدة من تنفيذ العقد. في حين أن العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة، فتركيز التقدير الذاتي

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 230.

² - المرجع نفسه، ص 230.

³ - أنظر: - سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 89. - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 203.

⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 226.

لوجود السبب تتناسب مع طبيعة هذا التصرف القانوني، والتي يستتبعها النظر في إعتبرات إقتصادية، شخصية وغيرها، وعليه سيكون من المفيد تحريك الرقابة على مشروعية السبب، ونفس المنهج ينطبق على التنوع بين عقد معاوضة وعقد إحتمالي¹.

الأصل أن كل العقود تخضع لنظرية السبب، فكل عقد ينبغي أن يستند إلى سبب مشروع. وتطبيقا لإعتبرات الأمن في العلاقات التعاقدية ومقتضيات العدالة، يفترض المشرع مشروعية السبب في نص المادة 98، فهو يفترض وجوده من باب أولى. غير أن الأمر يتعلق بقريضة عادية يمكن إثبات عكسها بإثبات المدين أن سبب الإلتزام لم يكن حقيقيا أو أنه غير مشروع².

من حيث المبدأ ليس هناك إلتزام مجرد من سببه في القانون الجزائري، غير أنه هناك بعض التصرفات القانونية لا يشترط لها القانون سببا، فهي تصرفات مجردة لكنها صحيحة وتنتج آثارها القانونية³. كما في إلتزام المناب في الوفاء قبل المناب لديه⁴، وإلتزام الكفيل قبل الدائن⁵. وتظهر الحاجة إلى هذا النوع من التصرفات في المعاملات التجارية أيضا، وذلك عملا على إستقرارها مثل السفتجة والسندات لحاملها، حيث يعتبر إلتزام الموقع على سند من هذه السندات صحيحا في مواجهة حامل السند حتى لو كان باطلا في مواجهة الدائن الأصلي بالسند⁶.

إن التصور الذي فرضه المشرع الجزائري بالنسبة لنظرية السبب في إطار التوجه العام المطبق لصحة العقد، ينحصر في الإكتفاء تقليديا بالرقابة على وجود الإلتزام مسببا وفق تبعيته بالرقابة على مشروعية سبب العقد. ونتيجة لذلك، لا يمكن للسبب بهذا المفهوم مسايرة التطور الفقهي الذي يأخذ بفكرة السبب كأساس إقتصادي للتوازن العقدي، وفقا لمقتضيات تنفيذ العقد بحسن النية. والتي تأصل سلطات القاضي بمناسبة تنفيذ العقود، حيث تمكنه من الرقابة على عدالة العقد، نجاعته ومنفعته، بناء على نظرية السبب في تنفيذ

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 405.

² - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 1053.

³ - إن التصرف المجرد تأخذ به عموما القوانين الألمانية، القانون المدني الألماني والنمساوي وقانون الإلتزامات السويسري، حيث غلبت الإرادة الظاهرة على الباطنة تحقيقا لإستقرار التعامل، وله تطبيقات عديدة، وتبناه في فرنسا مجموعة من الفقهاء منهم H. Capitant في رسالته عن السبب. أنظر:

- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 232 و 233.

⁴ - أنظر المادة 296 من القانون المدني.

⁵ - أنظر المادة 654 من القانون المدني.

⁶ - سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 87.

العقد¹. ولمواكبة الإجتهد الحديث للقضاء الفرنسي الذي تبني وظيفة جديدة للسبب كوسيلة للحماية من الشّروط التعسّفية بالإستناد إلى غياب السبب، وهو أمر أصبح مقبول في الأوساط القانونية رغم الإنتقادات التي وجهت إلى هذه الوسيلة من طرف بعض الفقه المعارض². ولا شك أن تبني هذا الحل من طرف القضاء الجزائري، سيعزز الحماية المقررة في القواعد العامة، خاصة وأن هذه الطريقة مناسبة جدا لإلغاء الشروط التحديدية للمسؤولية، إذا علمنا أن المشرع الجزائري على الأقل يجيزها من حيث المبدأ، بنص المادة 178 من القانون المدني³.

من المهم الإشارة الى أن المشروع التمهيدي لـ **Pierre Catala** حول تعديل قانون الإلتزام والتقاعد الفرنسي، لجأ بداعي العدالة العقدية وحماية الأمن القانوني إلى تبني الإجتهد الفرنسي حول مفهوم السبب، إذ يستخدم مصطلح "سبب التعهد" **de l'engagement cause**، كعبارة جديدة تبدو أكثر ملاءمة على العمل الذي يولد العقد بصفته عملية قانونية وحتى إقتصادية⁴. غير أن المشرع الفرنسي القانون المدني الجديد يتضح أنه تجنب جميع الإنتقادات التي وجهت لفكرة السبب، حيث أتى بمفهوم "مضمون العقد" **le contenu du contrat** وإشترط أن يكون مشروعا وقانونيا من خلال المادة 1162 وما بعدها. ومما لاشك فيه، أن الأمر هذا لا يعني إستغناء المشرع عن فكرة السبب كركن للعقد تماما، إذ نجد عدة تطبيقات له من خلال المادة 1162 السابقة التي تنص على " أن التنازل عن شروط العقد أو عن سببه يعتبر خرقا للنظام العام..."، وكذلك نص المادة 1135.

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 404 و 405.

² - سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008، ص 54.

³ - المرجع نفسه، ص 55.

⁴ - المشروع، ص 56.

خلاصة الباب الأول.

نخلص مما سبق بيانه أن مكانة العنصر الأخلاقي في مرحلة إبرام العقد وما يسبقها تتحدد وفقا للدور التهديبي الذي تقوم به كل من العدالة العقدية ومبدأ حسن النية فيها بإعتبارهما عناصره الأساسية. فلقد إتضح أن الإلتزام بالتفاوض بحسن النية يعد إلتزاما جوهريا في المفاوضات، إذ يعد مطلبا أساسيا لنجاحها كونه يفرض على كل متفاوض في بعض العقود إلتزاما إيجابيا بالصدق والأمانة تجاه المتفاوض الآخر الذي يرغب بالتعاقد معه، بهدف إقامة نوع من التوازن بين مبدأ الحرية التعاقدية الذي لا يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي، وبين توفير الحد الأدنى من الثقة والإستقرار والجدية عند التفاوض. فمبدأ حسن النية الذي فرضه المشرع في تنفيذ العقود لا يقتصر على مرحلة التنفيذ فحسب، إنما يمتد إلى مرحلة المفاوضات أيضا.

ونتيجة لضرورات الحياة الحديثة ومتطلباتها إقتضت حتمية وجود إلتزام آخر لا يقل أهمية عن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية ألا وهو الإلتزام بالإعلام السابق على التعاقد، الذي تقتضي الظروف الحديثة توسيع نطاقه وتعميمه على جميع أنواع العقود متى توافرت مبررات وجوده وأسبابه، وذلك رغبة في الحد من عدم المساواة في المعرفة بين أطراف العلاقة التعاقدية خاصة في مجال التعامل التجاري.

وبالنظر إلى لجوء التجار ومقدمي الخدمات إلى إستعمال وسائل الإتصال التقنية والفنية من أجل جذب المستهلكين، وذلك عن طريق الإعلانات أو الإشهارات، وأمام ما تشكله هذه الأخيرة من تهديد لإرادة المستهلك حيث يكمن دورها الأساسي في إغرائه لإستغلال ضعفه إتجاه السلعة أو الخدمة المعلن عنها أو حتى تغيير سلوكه الإستهلاكي، فإن العدالة إستوجبت إلتزام المعلن بتقديم إشهار نزيه يكون صادقا وغير مخالف للقانون، وذلك بتجنب الإشهار التضليلي لمنع الإستغلال الذي تنبذه الأخلاق التعاقدية.

وفي ظل تزايد الإقبال على إبرام العقود الإلكترونية، تزداد أهمية الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى والإلتزام بالنزاهة في الإشهار بالنظر إلى أن هذه العقود تتم عن بعد. فالمتعاقد المستهلك في هذه العقود لا يستطيع معاينة المنتجات المعروضة ولا التواصل بشكل مباشر مع الطرف مقدم الخدمة أو السلعة للإستفسار عن المعلومات التي يحتاج إليها، ناهيك عن جهله بشخص هذا الطرف أصلا، وهو ما يستدعي إعلامه بطريقة تتناسب وطبيعة هذا العقد لحماية رضاه.

كما إتضح أن الإرادة القادرة على إنشاء العقد هي التي يتمتع صاحبها بالأهلية القانونية وتكون سليمة من العيوب. فالأهلية التي تعد مقتضى أخلاقيا حيث تتطلبه العدالة العقدية والثقة المشروعة، يجب أن يعبر عنها وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية في العقود.

ولما كانت عيوب الإرادة من إكراه وتدليس وإستغلال تمثل سلوكا غير أخلاقي، فإن القانون يتدخل لمواجهةها بكفالة لمبدأ الثقة والإخلاص في العقد بتقرير الجزاء المناسب وهو البطلان. ولقد وضع المشرع الجزائري شروطا للطعن بالبطلان في صحة العقد لعيب في الإرادة، توفق بين مصلحة المتعاقد الذي أعيبت إرادته ومصلحة الطرف الآخر في العقد، فالأولى تقتضي تمكين الطرف ضحية الغلط من التحلل من العقد، والثانية تقتضي الإبقاء على العقد، وذلك إستنادا إلى مبدأ حسن النية ومقتضياته والذي يأبى إلزام العقد بناء على إرادة معيبة، وكذا أن يفاجأ المتعاقد لإعتبارات لدى المتعاقد معه لم يكن يدري عنها شيئا عند التعاقد. كما أنها تحقق المصلحة العامة بكفالة إستقرار المعاملات من خلال الإبقاء على العقد، وهو ما يظهر فكرة تهذيب العقد.

والإهتمام بمتطلبات العدالة العقدية كشف عن ضرورة التوسع في عيوب الرضا، لذلك وضع المشرع سلسلة من القوانين الخاصة لحماية الطرف الأضعف في العلاقات العقدية من جهة، وكفالة إستمرار العقود ومن ثم تحقيق حماية للسوق من جهة أخرى.

إن الحرية التي تمثل أحد أسس نظرية العقد، تعني حرية الفرد في التعاقد لكن دون أن تؤدي إلى القيام بأعمال منافية للأخلاق. ويتدخل المشرع لمنع مثل هذه العقود من خلال قواعد تستعمل مفهوم الآداب العامة، والتي تقوم بدور هام في تحديد مشروعية كل من المحل والسبب. ويعد هذا تدخلا للقاعدة الأخلاقية التي إستفادت من الجزاء الذي تتميز به القاعدة القانونية، والذي يتمثل في البطلان المطلق للعقود التي يكون محلها أو سببها منافيا للآداب العامة.

الباب الثاني: مكانة العنصر الأخلاقي في مرحلة تنفيذ العقد.

إذا إنعقد العقد صحيحاً فإنه يكتسب ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد، أي يصبح منتجاً لآثاره القانونية. فالعقود تعتبر ضرورة إجتماعية وإنسانية، مما يستوجب صبغها بالقوة الملزمة حتى يتحقق إستقرارها، لذلك إذا كان العقد المبرم لا يخالف النظام العام والأخلاق الحميدة، فإن المتعاقدين عند عهدهم طالما أن هذا العقد هو نتاج توافق إرادتهما السليمة والحرّة¹.

تقوم القوة الملزمة للعقد على أسس أخلاقية تكمن في القواعد التي تفرض الصدق والأمانة وحسن التعامل وإحترام الغير، والتي تهدف إلى تهذيب الأحكام القانونية المنظمة للعقد بوجه عام وبهذا المبدأ خاصة إلى حد بعيد². فالإلتزام العقدي يقوم على واجبين أخلاقيين: أولهما إحترام الإنسان لشخصه وإرادة نفسه، وثانيهما إحترامه للطرف الآخر كإنسان وثق به وإطمأن إليه.

تبرر مبدأ القوة الملزمة للعقد ضرورة المحافظة على الإستقرار والثقة في العقود، لأن العقد يشكل أداة إقتصادية لتبادل المنافع، لذلك يجب على أطرافه إحترامه حماية لهذا الإستقرار وتلك الثقة³. ولقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد، فهناك من يرى أن عدالة العقد قد تظهر من خلال شروط العقد ذاته المبرم بين الطرفين، حيث يعد العقد عادلاً تبعاً لعدالة الأداءات المتبادلة للمتعاقدين⁴. ويؤسس أصحاب هذا الإتجاه ذلك على أن مبدأ الحرية التعاقدية المطلقة هو ما يؤدي إلى تحقيق التوازن العقدي وصولاً لتحقيق التوازن الإجماعي الطبيعي، فالعقد ذاته هو الذي يخلق عدالته الذاتية التي لا يمكن البحث عنها خارج العلاقة العقدية⁵. والتركيز على عدالة أداءات الطرفين هو تركيز على التبادلية

¹ - محمد مهدي الجم، محمد مهدي الجم، نظرية الظروف الطارئة، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون، جامعة القاضي عياض، مراكش، العدد 15، 1991، ص12 و13.

² - مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، المرجع السابق، ص130 و131.

³ - المرجع نفسه، ص131.

- جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، 1983، ص1 وما يليها.

⁴ - أنظر في ذلك: - يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص329.

⁵ - Ghestin (J), L'utile de justice dans les contrats, op.cit, P.36-37.

فالعقد يعد وسيلة من وسائل الصياغة القانونية، لذا تقوم القوة الملزمة له على أساس قرينة بسيطة هي إفتراض مطابقة العقد للعدل. وقرينة العدالة هذه تضع مبررات لقواعد العقد، لأنه من غير المعقول أن يتلقى أحد الظلم بإرادته، وأنه من البديهي أن كل شخص أقدر على حماية مصالحه الخاصة طبقاً للعقل والعدل، ومن هنا جاءت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. أنظر:

- Tanagho (S), op.cit, P.128.

كأساس لعدالة العقد، ومن ثم كأساس للإلتزامات العقدية الصحيحة. ويعد العقد في هذه الحالة أداة لتحقيق منافع متبادلة ومتكافئة إلى حد ما بين طرفيه، مما يترتب عنه إلزاميته لطرفيه¹.

غير أن الإتجاه الفقهي الموضوعي أقام القوة الملزمة للعقد على أساس المنفعة والعدالة²، فالعقد يكون ملزما متى كان أداة للمنفعة الإجتماعية وكانت العدالة التعاقدية تحترم فيه³. لذلك يرى أصحاب هذا الإتجاه أن القوة الملزمة تقوم على أساس منفعة العقد الإجتماعية، طالما أن العقد يقوم على التوقع وهو يشكل عملا منظما للمستقبل، وفعاليته بهذا المفهوم تقتضي إحترامه طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني، وهو ما يضمن الأمن القانوني في المعاملات العقدية⁴.

ولقد ظهر منذ البداية هذا الإتجاه الفقهي الذي مثله كل من الفقيه ديموج وسالي، والذي نادى بتقليص سلطان الإرادة كمصدر وحيد للإلتزامات، من خلال ظاهرتي "إجتماعية وأخلقة العقد" "socialisation et moralisation des contrats"، بهدف تحقيق قدر أكبر من العدالة الإجتماعية وحماية الطرف الضعيف فيها، وهو ما يجعل العقد واقعة موضوعية يرتب عليه القانون آثارا معينة⁵. إن القوة الملزمة للعقد تفرض على كل متعاقد أن يقوم بتنفيذ العقد طائعا ومختارا، بشكل يطابق النية المشتركة للمتعاقدين. وبما أن العدالة ومبدأ حسن النية يشكلان مصدرا للقوة الملزمة للعقد، نتيجة للثقة التي منحها الدائن لمدينه بحيث أصبح يترتب على هذا المدين أن لا يخيب الظن به ويخل بالثقة الممنوحة له من دأئنه⁶، فإنه يتعين على المتعاقد تنفيذ إلتزاماته بطريقة تتفق مع ما توجبه حسن النية.

¹ - يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 330.

² - الواقع العقدي أثبت عدم بقاء القوة الملزمة للعقد منتجة للآثار المنسوبة إليها، لأن البحث عن الإرادة وإحترامها لم يعد يظهر كأولوية مطلقة في نظام العقد، بل أنه طلب يخضع لإحترام القيم الذاتية العليا، مما جعل لتطور العقد إطارا لتحويل مفهوم قوته الملزمة ولم يعد مبدأ سلطان الإرادة هو أساسها الوحيد.

كما تغيرت النظرة إلى الوضعيات التي أعتبرت سابقا من قبيل مظاهر حماية الأمن القانوني، كنظرية البطلان والمسؤولية العقدية عندما يربطها المشرع بمسألة المدة أو أجل تقادم المطالبة بالحقوق فيها، كما نصت على ذلك المادتين 101 و 102 قانون مدني، فمثل هذه المدد تشكل في حقيقة الأمر رسم حد زمني للأمن القانوني للمعاملات والعقود، تتميز فيه الحقوق بالإستقرار، فإذا ما ضيعها صاحب المصلحة ضاعت معه فرصته في المحافظة عليه. أنظر: جمعة زمام، المرجع السابق، ص 23 و 24.

³ - Ghestin (J), traité de droit civil, op.cit, p.206

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 20.

⁵ - المرجع نفسه، ص 42.

⁶ - Ghestin (J), Traité de droit civil, op.cit, n°166 et 180.

وتنفيذ العقد بحسن النية أمر يوجبه القانون الذي جرى في ظلّه العقد كشرية خاصة بالمتعاقدين، ويتضح هذا من صيغة المادة 107 من القانون المدني التي نص فيها المشرع على إلتزام حسن النية في التنفيذ، والتي جاءت بصيغة الوجوب إذ أدرجها في نص أمر لا تجوز مخالفته، دون أن يقتصر هذا الإلتزام على الإلتزامات الرئيسية في العقد أو المنصوص عليها صراحة، حيث يشمل كل ما ورد في العقد وما هو من مستلزماته حسب طبيعة التصرف. فما دام العقد صحيحا فإن المتعاقدان ملزمان بتنفيذ كل أثر متفق عليه فيه، بل وتنفيذ كل الآثار التي يفترض المشرع أنهما قبلا أن يكون تحديد مضمونها طبقا للقانون والعرف والعدالة. هذا ويجب الأخذ بعين الإعتبار أن تنفيذ العقد وفقا لحسن النية يقتضي تفسير العقد إذا ثار حوله نزاع، قبل تحديد نطاقه (الفصل الأول).

ويترتب على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد النظام القانوني للعقود بهدف تأمين ثبات العقد واستمرار فعاليته، رفض أي تدخل في العقد لتعديله أو إنهائه إذا لم تتجه إرادة الأطراف إلى ذلك، ولو كان بداعي تحقيق العدالة. كما أن هذا المبدأ لا يجيز لأحد المتعاقدين الإنفرد بإيقاف آثاره وإنهائه أو تعديلها. وما يميز هذه الشريعة الخاصة بالمتعاقدين عن القواعد القانونية العامة السائدة في المجتمع، أن آثار العقد تقتصر على المتعاقدين فقط. فالإلتزامات المترتبة عليه لا تلزم غيرهما، كما أن الحقوق الناتجة عنه لا تنقرر إلا لمصلحة أطرافه كأصل عام (الفصل الثاني).

الفصل الأول: إقرار العنصر الأخلاقي في تحديد نطاق العقد.

يخضع مبدأ القوة الملزمة للعقد لثلاث تصورات أساسية متكاملة، يكمن التصور الأول فيما أخذت به نظرية الإرادة التي تقيم القوة الملزمة على أساس إرادة الطرف الملتمزم، وبما أن العقد يرتب على كل طرف إلزاماً فإن تفسير القوة الملزمة تكمن في إرادة الطرفين المتعاقدين. أما التصور الثاني فينظر إلى دور العقد المجتمع كأساس لقوته الملزمة، فالعقد يعتبر أداة إجتماعية واقتصادية تحقق النفع العام والخاص على حد سواء. أما التصور الثالث لتفسير القوة الملزمة للعقد فيقوم على الثقة التي تنشأ لدى المتعاقدين، والتي تتطلب مراعاتها حتى لا يتعرض هذا الطرف للضرر إذا ما تم الإخلال بهذا العقد، ولهذا تكمن القوة الملزمة في تجنب ومنع الضرر¹.

وتظهر القوة الملزمة للعقد من خلال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الذي يستلزم أن يقوم كل طرف من أطراف العقد طوعاً وإختياراً بتنفيذ الإلتزامات المتفق عليها بناء على التصور الأول، ضماناً لثبات العقد واستمرار فعاليته². وتنفيذ كل الإلتزامات التبعية التي يفرضها القاضي حتى لو لم يتفق عليها، تكريساً للعدالة التي تقتضي التنفيذ بحسن نية لتحقيق الأهداف المرجوة من العقد، وذلك بناء على التصور الثاني والثالث.

بينت الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني الجزائري المقصود بمضمون العقد، حيث قضت بأن نطاق العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يلزمهم أيضاً بما هو من مستلزماته، لأن ما ورد فيه قد يكون عاجزاً عن تحقيق الغاية من العقد.

وسواء ذكرت هذه المستلزمات في العقد أم لم تذكر فهي بحكم الواقعة في نطاقه ومضمونه، لأن إرادة المتعاقدين قد إنصرفت لها واتجهت إليها أو يفترض أنها كذلك، حيث أن الأساس في تحديد مضمون العقد وآثاره لا يقتصر على النية المشتركة للمتعاقدين بل يتعداه إلى ما يفرضه القانون والعرف والعدالة فيما يتعلق بالمسائل التفصيلية المرتبطة بالمسائل الأساسية التي أنفق عليها. وهذا ما يعرف بتكملة العقد، فتنفيذ العقد يعني تنفيذ ما ورد في العقد وكامل مستلزماته(المبحث الثاني).

¹ - يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 303 و 304.

² - فتأمين ثبات العقد باعتباره من مقومات الإستقرار القانوني، يرجع إلى الأمن القانوني كضرورة قانونية تؤمن وتضمن الحرية الفردية، بالنظر إلى أنها تحقق إمكانية التحديد الدقيق للأفعال المرتبطة بنشأة وتغيير ونهاية التصرفات القانونية. أنظر:

-Terré (F), Simler (Ph) et Le Quette (Y), op.cit, P.551 et s.

غير أن تحديد نطاق العقد ومضمونه قد يستلزم البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك إذا كانت عبارات العقد غامضة أو تثير شكاً حول مدلولها، فمن ضرورات تنفيذ العقد بحسن نية تفسيره لضمان تحقيق العدالة العقدية (المبحث الأول).

المبحث الأول: عملية تفسير العقد مطلب أخلاقي.

لابد من مطابقة الإرادة لما صدر من تعبير عنها، ولكن قد يحدث أن يدعي أحد طرفي العقد عدم مطابقة ما أُراده لما جرى به التعبير، وهذا يستدعي طرح النزاع على القاضي ليتولى التفسير ويتبين حقيقة تلك المطابقة وقت إبرام العقد، وغالبا ما تكون مهمة القاضي في ذلك معقدة ودقيقة.

تستلزم عملية تفسير العقد البحث في إنعقاد العقد مسبقا، لأنه إذا لم ينعقد صحيحا فلا مجال للبحث في تفسيره¹. ويقصد بتفسير العقد وقوف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وهذا إذا ادعى أحد الأطراف عدم مطابقة ما أُراده لما صدر عنه من تعبير². ويعني أيضا " تبين وإيضاح ما غمض فيه وتحديد مؤدى التعبير عن الإرادة، والهدف مما إستخدم في ذلك التعبير من ألفاظ"³.

وتتطلب عملية تفسير العقد الرجوع إلى العبارات التي إستخدمها الطرفان للتعبير عن إرادتها، وهذا للوصول إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، حيث أن العبرة بما إتجهت إليه الإرادة لإحداث الأثر القانوني الذي يستهدفه المتعاقدان⁴.

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد لا يعني المتعاقدين فقط، بل يلتزم القاضي به حيث يرتبط بأحكام العقد كارتباطه بأحكام القانون. فالقاضي لا يمكنه أن يمتنع عن تطبيق بنود العقد الواضحة والقانونية، كما لا يمكنه إبعاد أو تعديل النتائج القانونية التي أُرادها المتعاقدان بداعي مخالفتها لمبادئ العدل والإنصاف⁵. غير أن المشرع سمح للقاضي بالتدخل في تنفيذ العقد لمنع المتعاقد الدائن من التعسف في إستعمال

¹ - سمير تتاغو، المرجع السابق، ص 141.

- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 800.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 275.

³ - عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص 46.

⁴ - Mazeaud (H,L et J), op.cit, P.

⁵ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص 81.

حقه، وبالتالي منع لحاق الضرر بالمدين¹، وذلك عن طريق تفسير بنود العقد الغامضة الذي يجب أن يتم بالإستناد إلى معيار العدالة(المطلب الأول).

وبالنظر إلى أن القاضي الذي يتولى مهمة تفسير العقد هو شخص أجنبي عن العقد، فقد قيد المشرع تدخله في العقد بفرض إحترام مبدأ حسن النية عند القيام بمهمته، وهذا حرصا منه على حماية مبدأ القوة الملزمة للعقد وحفاظا على إستقرار المعاملات(المطلب الثاني).

المطلب الأول: النزعة الأخلاقية لعملية تفسير العقد.

حول المشرع الجزائري من خلال نص المادة 2/111 من القانون المدني سلطة للقاضي في توجيه العقد عن طريق تفسيره عندما يقوم شك أو غموض في معناه ومداه، وذلك بهدف إعادة التوازن الذي يختل في هذه الحالة من أجل تحقيق العدالة العقدية. ولقد تبنى المشرع بموجب هذا النص التصور الذاتي في عملية التفسير، إذ فرض على القاضي عند تفسير العقد الرجوع إلى الإرادة المشتركة بإعتبارها المعيار المطلوب في ذلك (الفرع الأول). غير أن المشرع وبالنظر إلى صعوبة البحث عن الإرادة المشتركة، في أغلب الأحيان، أقر للقاضي قواعد موضوعية مساعدة يستهدي بها للوصول إلى تلك الإرادة المشتركة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النزعة الذاتية في عملية تفسير العقد.

يلتزم القاضي بمنهج التفسير الذاتي المنبثق عن سلطان الإرادة وفقا للمدرسة الفرنسية، والذي يبحث عن النية المشتركة الكامنة في نفسية الأطراف. ويرجع إعتبار الإرادة أداة لتحديد مضمون العقد، وبالتالي يتم اللجوء إليها كلما ثار نزاع حول عبارات العقد الغامضة إذ لا يمكن إزالة الغموض إلا داخل تلك الإرادة، إلى فكرة إعتبار الفرد هو المصدر الوحيد للحق².

إن تصور المدرسة الفرنسية للتفسير كان ناتجا عن تصورها لمفهوم العقد بإعتباره توافقا بين إرادتين ونتيجة حتمية لتلاقيهما، لذلك لا يمكن تحديد آثاره الملزمة إلا بالنظر إلى الإرادة الحقيقية المشتركة لطرفيه، وهكذا لا يكون للتفسير جدوى سوى الكشف عن هذه الإرادة³. ولقد أخذ المشرع الفرنسي بالنزعة الذاتية من خلال نص المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي القديم التي أستبدلت بنص المادة 1188 من

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص81.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص374 و375.

³ - المرجع نفسه، ص374.

القانون المدني الجديد، إذ تستوجب البحث في الإتفاقات عن النية المشتركة للطرفين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي للعبارات.

ويتضح أن العبرة بالإرادة الحقيقية في تفسير العبارات الغامضة، فالقاضي يستبعد الإرادة الظاهرة ويرجع إلى الإرادة الباطنة، لأن البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين معا يتطلب عدم الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ما يعني أنه يلزم بالكشف عن نية المتعاقدين¹. ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يُحل القاضي إرادته محل إرادة المتعاقدين عند تفسيره ولو كان ذلك ما تقضي به العدالة، وإلا إستوجب نقض حكمه لأنه يكون قد خالف القانون².

غير أنه، وبالنظر إلى غموض العبارات والألفاظ المستعملة، فإن الإعتداد بالإرادة الباطنة بحثا عن النية المشتركة قد يؤدي إلى إفتراض إرادة المتعاقدين³. وبهذا المعنى يرى الفقيهين **Ripert et Boulanger** أن الإرادة المحتملة التي يتصور القاضي أنه إكتشفها ليست إرادة وهمية⁴.

وعليه يبدو أن النزعة الذاتية للتفسير التي تركز على الإرادة لا تؤدي إلى النتائج المتوخاة منها، لكون النية التي يبحث عنها القاضي مسألة نفسية تثير الكثير من الشبهات للتعرف عليها، خاصة أنه يستحيل على المتعاقد توقع أفكار ونوايا المتعاقد الآخر عند إبرام العقد الذي من المفروض أنه تصرف توقع. وإذا كان الأمر على هذا النحو بالنسبة للمتعاقد فما بالك بالقاضي الذي تسند إليه مهمة تفسير العقد بعد إبرامه وهو أجنبي عنه⁵. بل قد تؤدي هذه النزعة إلى إختلال التوازن إذا كانت الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي توصل القاضي إليها بعد التفسير موهومة. والواقع أن هذه المسألة تتطوي على خطورة لما قد ينجم عنها من ظلم لأحد الطرفين، إذ يعتبر الوهم الناتج بمقتضى إجتهااد قضائي أمر

¹ - Carbonnier(J), op.cit, P. 214 et 257.

² - Cour d'appel de Versailles, 5 Oct 1995, RTD civ, 1996, p.156, obs. J.Mestre.

- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص289.

³ - حيث يرى الأستاذان **Aubert et Flour** أن القضاة يعتمدون عموما على العدالة لتحديد النية المشتركة، متجاهلين في بعض الحالات الإرادة الحقيقية، وقد يرتبوا على العقد آثارا لم يتوقعها المتعاقدان، كالإلتزام بالسلامة في عقد النقل. وقد يترتب على هذا في بعض الحالات بعض من التعسف أو الظلم نحو أحد المتعاقدين. أنظر :

-Flour (J) et Aubert (J-L), op.cit, P.307.

⁴ - Simler (Ph), juris-classeur civil, art 1156 à 1164 fascicul 30, 1992, N°25.

⁵ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص375 و376.

مفروض كواقع، بالنظر إلى أن تفسير العقد يعد مسألة واقع تعزى إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع بشرط التعليل، وهو ما يعني أنه بمنأى عن رقابة محكمة النقض¹.

جدير بالذكر أن إتفاقية فيينا حول عقود بيع السلع الدولي لا تفرض على القاضي أو المحكم عند تفسير شروط العقد التجاري الدولي البحث عن نية الطرفين المشتركة، عكس ما جاء في نص المادة 111 مدني جزائري والمادة 1188 من القانون المدني الفرنسي الجديد. فالمادة 08 من الإتفاقية تستهدف التصرفات أحادية الجانب التي يقوم بها أحد الأطراف وليس العقد، فالقاضي أو المحكم ملزم بتفسير هذه التصرفات حسب نية الطرف الذي قام بها إذا كان الطرف الآخر على علم بها أو بإستطاعته تبيينها، مع الأخذ بعين الإعتبار جميع الظروف التي أحاطت بالعقد المنازع فيه، حتى الموقف اللاحق للطرفين².

وهكذا يتضح أن تفسير العقد بطريق البحث الوحيد عن إرادة الأطراف يعد غير كاف وحده للكشف عن المعنى الذي يتوخاه طرفا العقد، لذلك كان من الضروري الإستعانة فقط بعوامل موضوعية طالما أنه من الطبيعي أن يمر البحث أساسا على إرادة الأطراف، لأن الإلتزامات العقدية تجد مصدرها في مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الثاني: النزعة الموضوعية في عملية تفسير العقد.

لما كانت النية شيء كامن في النفس من الصعب توقعها ولا الكشف عنها، فإنه يكون من الصحيح القول بأن المقصود بالإرادة المشتركة هي الإرادة الباطنة التي يمكن التعرف عليها³. فالقاضي

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 375.

² - فانسان هوزيه، المطول في العقود، بيع السلع الدولي، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2005، ص 240 و 241.

وتنص المادة 08 من إتفاقية فيينا على " 1- في حكم هذه الإتفاقية تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما قصده هذا الطرف متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد أو لا يمكن أن يجله.

2- في حالة عدم سريان الفقرة السابقة، تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما يفهمه شخص سوي الإدراك ومن نفس صفة الطرف الآخر إذا وضع في نفس الظروف".

3- عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوي الإدراك يجب أن يؤخذ في الإعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لا سيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين، والعادات التي إستقر عليها التعامل بينهما والأعراف وأي تصرف لاحق صادر عنهما".

³ - أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصاد الالتزام، دار المعارف، مصر، 1962، ص 223.

- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 286.

في التفسير لا يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة كما يريد صاحبها، وإنما يعتد بالإرادة الباطنة كما يفهمها الغير، وهذا يتطلب ثقة متبادلة بين المتعاقدين والنية الحسنة لكل منهما¹. وللقاضي عند تقديره النية المشتركة لأطراف المتعاقدة، الرجوع إلى فترة تكوين العقد والظروف والملابسات المختلفة للأطراف المتعاقدة التي أحاطت به².

ونتيجة لذلك أقر المشرع من خلال نص المادة 111 فقرة 02 أن القاضي في بحثه عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين يستهدي بعوامل وقواعد موضوعية، ذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر، والتي تتمثل في طبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، والعرف الجاري في المعاملات. وعليه يمكن القول بأن المشرع يقصد أصلاً بالإرادة، الإرادة الباطنة الحقيقية بالقدر الذي تكشف عنه قواعد البحث الموضوعية³.

غير أنه لا ريب في أن يبقى القاضي مستقلاً عند تقديره لما يعرض عليه دون أن يتقيد بتلك العوامل، فله إن لم ير فيها إرشاداً أن يعدل عنها إلى ما يراه صالحاً لتحقيق الغرض المطلوب، إذ أن هذه العوامل لم ترد إلا على سبيل التوجيه، خاصة أن التفسير يتأتى في إيجاد حلول عادلة لكلا الطرفين⁴. وبناءً على ذلك، لا يجب أن يتم تفسير القاضي طبقاً للأمانة والثقة المتبادلة ومقتضيات حسن النية والعرف الجاري في المعاملات فقط، وإنما يجب أن يتفق وروح العقد وذلك بمراعاة الغاية النفعية العقدية، التوازن العقدي، الإنصاف والمصلحة العامة، لتحقيق عدالة العقد المنشودة وهو ما يوفر الأمان القانوني للعقد⁵.

عن **طبيعة التعامل** يقصد بها الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقد إبرامه، أو التنظيم القانوني للمادة التي عالجها المتعاقدان في عقدهما⁶. فإذا كانت عبارة العقد تحمل أكثر من معنى واحد، فإنه يؤخذ بالمعنى الذي يتفق مع طبيعة التعامل، فإذا اشترط المعير أن على المستعير في حالة هلاك الشيء أن يرد مثله، فلا يؤخذ هذا الشرط على أن العقد عارية إستهلاك، بل على أنه عارية إستعمال،

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 95.

² - Master (J), Obligation et contrats spéciaux, Rev.trim de droit civil, n°3, sep, Paris, 1994, p.584 et s.

³ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 147.

⁴ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 62 و 63.

⁵ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 381.

⁶ - عبد اللطيف عبد الحلیم القوني، المرجع السابق، ص 440.

لكن بدلا من إلتزام المستعير بالتعويض في حالة الهلاك فهو يلتزم برد شيء مماثل لمحل العقد¹. ومن المفروض أن المتعاقدين قد أدخلوا عند التعاقد في حسابهما أن يخضع العقد الذي أبرماه للأحكام التي تنظم هذا العقد والقواعد التي تقتضيها طبيعة هذا التعامل².

ويتفق الفقه³ والقضاء⁴ على أنه من العوامل التي تساعد القاضي في الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، الطريقة التي ينفذ بها المتعاقدان العقد، فإذا جرت العادة على أن يدفع المستأجر الأجرة مرة كل سنة أو كل ستة أشهر، فإنه لا يعتبر متأخرا في دفعها إذا مضى شهر أو شهران ولم يتم دفع ما يستحق منها.

وعن الأمانة والثقة بين المتعاقدين، فيعتبران من العناصر الضرورية حتى يطمئن كل متعاقد للطرف الآخر ما يحقق إستقرار العقد، وهما من مقتضيات حسن النية، ذلك أن الموجب عليه أن يضع في إعتباره أن الطرف القابل سيأخذ هذه العبارات الموجهة إليه على إعتبار أنها معبرة تعبيرا حقيقيا وصادقا عن إرادة الموجب، ومن ثم يكون مما يتعارض مع حسن النية أن يقصد المعبر مقصدا آخر غير الذي تدل عليه العبارات الصادرة منه⁵.

أما العرف الجاري بين الناس في المعاملات الذي يلجأ إليه القاضي لتفسير العقد في حالة الغموض، فيقصد به أنه إذا كانت العبارات المستعملة تحتل أكثر من معنى، وجب حملها على المعنى الذي يتفق مع العرف طالما أنه لا يخالف النظام العام⁶. ويلاحظ أن العرف هنا يكون وسيلة من وسائل التفسير وليس مصدرا من مصادر القانون، فإذا خالف القاضي العرف كوسيلة فإن حكمه لا يتعرض للنقض في هذه الحالة.

وعليه إذا كانت عبارات العقد غامضة، فإن للقاضي سلطة تفسير العقد وفقا لما يقتضيه العرف الجاري في التعامل، وإن كانت بنود العقد لا تشير صراحة إلى هذا العرف، لأن العرف المتوطد يفترض

¹ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 145 و 146.

² - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 64 و 65.

³ - أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 285.

⁴ - نقض مدني مصري، 19 مارس 1953، مجموعة أحكام النقض 4، رقم 104، ص 687.

- نقض مدني مصري، 24 ماي 1962، مجموعة أحكام النقض 13، رقم 103، ص 693.

مشار إليهما في: - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 147.

⁵ - عبد اللطيف عبد الحلیم القوني، المرجع السابق، ص 441.

⁶ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 284.

في المتعاقدين أن يكونا على علم به وأنهما يرتضيانه في التعاقد، إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكامه أو كان العرف الخاص مرجحا على العرف العام¹.

مما تجدر ملاحظته أن هذه العوامل الموضوعية تساعد القاضي في الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين فقط، ولا تتعدى ذلك إلى تكملة العقد الذي يشوبه النقص خاصة أن هذه العملية لا تستند إلى إرادة المتعاقدين لا المشتركة ولا المفترضة، وإنما تتحقق في حالة غياب الإرادة المؤكدة للمتعاقدين ما يعني أنه لن يكون هناك مجال للتفسير. وبهذا **نختلف** مع رأي الأستاذة زمام التي تتصور أن "المادة 2/111 وظيفتين: وظيفة تفسيرية إنطلاقا من البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين في حالة غموض هذه الإرادة، ووظيفة تكميلية إنطلاقا من قاعدة إقتحام العقد عن طريق الأعراف والثقة والأمانة، بحيث يمكن القول أنها تقوم بنفس الدور المنوط للمادة 2/107"².

ومن المهم الإشارة إلى أن هناك عوامل أخرى غير تلك التي ذكرها المشرع في نص المادة 111 من القانون المدني، وقد أشار المشرع الفرنسي إلى البعض منها ليستأنس بها القاضي³، وتعد من العوامل الداخلية في تفسير العقد. من هذه العوامل أنه إذا كانت العبارة تحتل أكثر من معنى واحد، فإنها تحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانونيا، وهذا ما جاء في المادة 1191 من القانون المدني الفرنسي الجديد، وهو ما يقضي به الفقه الاسلامي من خلال عبارة " إعمال الكلام خير من إهماله".

ومن ذلك أيضا أن العبارات في العقد يفسر بعضها بعضا، كما جاء في المادة 1189 قانون مدني فرنسي جديد، أي أنه لا يجب فصل العبارات بعضها عن بعض.

ويتضح في الأخير أن مناط البحث في مستوى التأويل لا يتعلق بالإرادة المشتركة للمتعاقدين فحسب، بل يكمن في إعطاء العقد بعدا موضوعيا وتأمين وظيفته الإقتصادية والإجتماعية التي ينظمها

¹ -إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثاني، مفاعيل العقد، مطبعة نمم، بيروت، 1987، ص235.

- محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص114.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص382.

³ - أنظر فيما يخص بعض الأحكام الفرنسية المتعلقة بهذا الموضوع: - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص283، و285 و286، هامش رقم 481 و482.

القانون¹، وذلك بإعتماد مبدأ حسن النية كمظهر خارجي لسلوك إجتماعي يقوم على القيم والمبادئ الأخلاقية.

المطلب الثاني: تفسير العقد ومبدأ حسن النية.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على أن العقد يجب أن يفسر وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية، إلا أنه طالما أن التفسير يعتبر جزءا من عملية تنفيذ العقد، فإنه يجب أن يتم بحسن نية. فبالنظر إلى أن عمليتي التفسير والتنفيذ متكاملتان، وحيث أن مبدأ حسن النية من الشمولية بحيث لا يقتصر على جزء دون آخر من مرحلة تنفيذ العقد، فإن عملية التفسير مشمولة أيضا بنص المادة 107 قانون مدني، فيجب أن تتم عملية التفسير وفق ما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد(الفرع الأول).

وإذا كان مبدأ حسن النية وما يتفرع عنه من مظاهر أخلاقية إنبثقت عنها إلزامات قانونية إيجابية كالأمانة والنزاهة ومراعاة الثقة، يعتبر مبدأ أساسيا في تفسير العقد، فيكون مما لا شك فيه أنه يستوجب على المفسر الإلتزام بهذه المقتضيات عندما يقوم بهذه العملية. وحيث أن العقد قد يتضمن عبارات غامضة أو متعارضة تثير الشك ما يستدعي تفسيرها، فإنه يكون على القاضي أن يتدخل لتفسير هذه العبارات بما يتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين وفقا لمبدأ حسن النية وما يقتضيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تفسير العقد بحسن نية.

يرى الفقيهان **Ripert و Planiol** أن تنفيذ الإلتزام بحسن النية هو أساس لقاعدة تفسير العقد باعتبارها تعني إلتزاما بعدم الوقوف عند نص العقد². فتأويل العقد يستوجب بالضرورة تحديد مضمونه، وحتى يتسنى مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يتعين معرفة الإلتزام الوارد فيه، وما إتجهت إليه الإرادة المشتركة للطرفين بما يقيم الدليل على وجود ترابط بين مسألة تفسير العقد وسلامة تنفيذه، فالأولى تعد مرحلة مبدئية وضرورية لتنفيذه³.

يقول الأستاذ **فيلاي** " أن العبرة بالإرادة الباطنة مشروطة بأن تكون مطابقة لما تستوجبه حسن النية بين المتعاقدين، مما يعني أن المشرع تبنى النزعة الذاتية لحسن النية"⁴. وبما أن القاضي ملزم بالبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين أثناء قيامه بتفسير العقد، ولما كانت الإرادة المقصودة في هذه

¹- Ghestin (J), Traité de droit civi, op.cit, P.37.

²- Carbonnier (J), op.cit, P.245.

³- جمعة زمام، المرجع السابق، ص376.

⁴- علي فيلاي، المرجع السابق، ص95.

الحالة هي الإرادة الحقيقية لكلا الطرفين، فإنه يكون عليه الإلتزام بحسن النية في تأويل العبارات الغامضة أو عند الشك. وهو ما يؤكد الأستاذ **Bencheneb** بقوله أن البحث عن الإرادة الحقيقية لأطراف العقد يستمد مصدره من مبدأ حسن النية، مثلما تؤكد مرجعية المادة 111 / 2 والمتمثلة في الأمانة والثقة¹.

ويرى الأستاذ **حسين بن سليمة** أن القضاء الجزائري يكرس المعيار الذاتي لحسن النية، وهذا التوجه القضائي يتطابق مع ما ذهب إليه الفقه التقليدي من ربط الأمر بحسن النية باعتبارها مرادفاً للمقصد المشترك². حيث قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/07/32 " إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وأن الإنحراف عن العبارات الواضحة في العقد عند تفسيرها يعد خرقاً للقانون وبأنه لا يجوز للقاضي تفسير تكيف العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له من طرف المتعاقدين"³.

إن وظيفة القاضي في تأويل العقد لا تتوقف على إعماله مبدأ حسن النية في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإنما تعززها فكرة مستلزمات العقد التي نص عليها المشرع من خلال نص المادة 2/107 قانون مدني. والأستاذة **جمعة زمام** ترى أن هذا الجمع يساعد ويسهل على القاضي عملية التفسير، فهي تقول "وتركيبة موضوعية بين المادتين 106 و 107 من القانون المدني، تتبين تلك السهولة التي يحصل عليها القاضي في تفسير العقد، وذلك عندما يتم تحديد مضمونه على ضوء مرحلتين متتابعتين: البحث عن الإرادة الحقيقية للطرفين وبعدها الإستناد بجهد ذاتي على عناصر خارجية عن العقد يستتير بها لإستكمال ما نقص في الإلتزام"⁴. كما يؤكد الأستاذ **Bencheneb** على الصيغة التركيبية بين قواعد التفسير الواردة في المادة 2/111 ومستلزمات التنفيذ التي تناولتها المادة 2/107 من القانون المدني⁵.

¹- Bencheneb(A), Le contrat en droit algérien: entre texte (s) et contexte (s), Algérie cinquante ans après la part du droit, ouvrage collectif sous la direction de Walid Laggoune, T1, éd Ajed, 2013, P.228.

²- أنظر حول هذا الرأي: - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 377.

³- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1997/07/23، ملف رقم 149300، المجلة القضائية، عدد 02، 1997، ص 51.

⁴- جمعة زمام، المرجع السابق، ص 378.

⁵- Bencheneb(A), op.cit, P.228.

لم يضع المشرع الجزائري قاعدة تفسير في نص المادة 2/111، فقد إكتفى بتوجيه القاضي المفسر نحو البحث عن النية المشتركة على ضوء مؤشرات غائية أهمها مبدأى الأمانة والثقة العقديتين، وهو ما يبرز الطرح الأخلاقي الذي تبناه المشرع من خلال هذه المادة. وبالرجوع إلى فكرة أن الثقة والأمانة هي مقتضيات لمبدأ حسن النية، فإنه يكون من البديهي الربط بين المادة 2/111 والمادة 107 وهو ما يجعل من هذا المبدأ قاعدة تنفيذ ومعيار تفسير في آن واحد¹.

ومن المهم الإشارة إلى أن المادة 107 قانون مدني تدعو القاضي إلى تفسير العقد إستنادا إلى مضمون العقد ووفقا لما حددته إرادة الطرفين فقط، وإلى وظيفة القوانين المكملة والعادات والإنصاف بإعتبارها مصدر موضوعي للإلتزامات العقدية مما يجعلها، بالفعل، تشكل أدوات متنوعة لتفسير العقد ما يسمح بتحقيق المساواة ومن ثم التوازن العقدي.

الفرع الثاني: متطلبات حسن النية في تفسير العقد.

يستبعد القاضي كل ما يتعارض مع مبدأ حسن النية في تفسيره لشروط العقد، كمشاهدة متعاقد أن يضل القاضي لتفسير شرط من الشروط لصالحه على خلاف ما أتفق عليه، حيث أن الإلتزام بحسن النية من قبل كلا المتعاقدين والإلتزام القاضي بإعمال هذا المبدأ، يؤدي إلى حسن تطبيق القانون وحصول كل متعاقد على مقصوده².

والقاضي في تفسيره للعقد يسعى للوصول إلى ما إرتضاه الطرفان، ويفسره تفسيراً متكاملاً فلا يهمل جزء بتبني جزء آخر وإلا كان حكمه عرضة للنقض. وقد يجد القاضي عبارات العقد واضحة تدل على معنى محدد (أولاً)، أو يجدها غامضة أو مبهمه (ثانياً)، وقد يثار شك حول إرادة المتعاقدين (ثالثاً)، لذلك وضع المشرع من خلال المادتين 111 و112 من القانون المدني لكل حالة من الحالات السابقة قاعدة تفسيرية تنطبق عند تحقق شروط إنطباقها.

أولاً: حالة العبارة الواضحة للعقد.

تقضي القاعدة العامة بأنه على القاضي الإلتزام بأخذ عبارات المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز له أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارات إلى معنى آخر، لأن تحقيق إستقرار المعاملات

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 379.

ننوه إلى أن المشرع الألماني إعتد مبدأ حسن النية كمعيار لتأويل العقد، حيث نص صراحة على إلزامية التفسير وفق حسن النية من خلال المادة 157 من القانون المدني.

² - يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 203.

يقتضي إعتبار العبارات الواضحة تعبيراً صحيحاً عن الإرادة المشتركة للطرفين¹، ولا يمكن الإنحراف عنها بالتفسير للبحث عن حقيقة إرادة الطرفين، ولو كان بقصد إدخال وتفعيل دور مبدأ حسن النية وما يقتضيه في العقد². وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 111 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

والمقصود بالعبارة الواضحة المشار إليه في المادة 111 قانون مدني، هو وضوح الإرادة لا اللفظ³، حيث يجب وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده، فالعقد وحدة متصلة بعضها ببعض ومتكاملة الأحكام، يفسر بعضها بعضاً مما يتطلب أن يكون العقد واضحاً في دلالاته الكلية⁴. وإذا كان الأصل أن العبارة الواضحة لا تكون محلاً للتفسير على أساس أنها أصدق صورة لإرادة واضحة⁵، فإن هذه القرينة ليست قاطعة في جميع الأحوال، إذ أن العبارة الواضحة لا تعكس دائماً إرادة واضحة. فقد تتضمن بعض عبارات العقد عدة احتمالات رغم ما يبدو عليها من مظهر الوضوح، وقد يكون التعبير واضحاً في ذاته ولكنه في حاجة إلى إستكمال معناه⁶. كما يمكن أن يوجد تعارض بين حكم شرط واضح في العقد والغرض المقصود من التعاقد⁷. وفي هذه الحالات يستطيع القاضي أن يقوم

¹ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص 812.

-Carbonnier (J), op.cit, n° 143.

نشير إلى أن هذا المبدأ أقره سابقاً القضاء الفرنسي ثم أخذ به القضاء المصري. أنظر فيما يتعلق ببعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا الفرنسية والمصرية: - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص280، هامش رقم 462.

- سمير تناغو، المرجع السابق، ص 143 .

ثم أخذ بذلك أيضاً القضاء الجزائري فيما بعد. أنظر:

- المجلس الأعلى، الغرفة التجارية، 1983/03/12، ملف رقم 23713، نشرة القضاء، العدد الأول، 1986، ص 63.
- المحكمة العليا، 1991/06/16، ملف رقم 80816، المجلة القضائية، العدد4، 1993، ص151.

²- Bencheneb (A), op.cit, P.227.

³- إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص 38.

⁴- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 221.

⁵- سمير تناغو، المرجع السابق، ص 142.

⁶- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 53.

⁷- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الإلتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات، 2003، ص39.

بتفسير العبارات حتى يصل إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، مستعينا في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملايساتها، أي بالظروف الخارجية¹.

وللقاضي في هذه الحالات أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة الواضحة، بشرط أن يبين الأسباب التي دعتة للعدول عن هذا الظاهر إلى خلافه². وهذه الأسباب لا بد أن تستند إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فالقاضي عند إنحرافه عن المعنى الظاهر للعبارة يجب أن لا يحرفه ولا يشوّهه³. فمبدأ حسن النية في التفسير يقتضي أن يبين القاضي أسباب عدوله عن المدلول الظاهر من العبارة إلى خلافه، وكيف أفادت الصيغ التي إستعملها الأطراف إستنتاج المعنى الجديد الذي إقتنع به ورجح أنه مقصود المتعاقدين⁴.

من العبارات الواضحة التي يمكن أن يفسرها القاضي، الغلط عند التعبير عن الإرادة الذي قد يجعل للعبارة عدة إحتتمالات أو يجعلها ناقصة. وهذا يختلف عن الغلط الذي يعيب الإرادة والذي لا يؤثر في صحة العقد، ومثاله إستعمال إحدى الكلمتين غير المترادفتين بدل الأخرى، وبهذا ينحرف التعبير⁵. والقاضي عند قيامه بالتفسير في هذه الحالة، فإنه يظهر غلط المتعاقدين المخفي، طالما أن التفسير هو

¹ - عبد الرزاق السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 672. تشير إلى أن الأستاذ أحمد شوقي عبد الرحمن لا يتفق مع هذا الرأي لأنه يتعارض مع نص المادة 150 من القانون المدني المصري، التي تقضي بضرورة الإستناد إلى عبارة العقد الواضحة في بيان إرادة المتعاقدين، بحيث يمتنع اللجوء إلى أية وسيلة مادية أو موضوعية أخرى للتعرف على الإرادة المشتركة، إذ يجب الإستناد دائما إلى العناصر الداخلية للعقد فقط في حالة وضوح العبارة، لأن هذه العناصر تؤكد حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقد. أنظر: - أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.

² - فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 186.

³ - نقض فرنسي، 19 جانفي 1942، دالوز الاسبوعي، 1942 - 107.

مشار إليه في: - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 280، هامش 464.

ننوه إلى أن المحكمة العليا لها سلطة مراقبة قاضي الموضوع في التفرقة بين ما يعتبر من العبارات واضحا، وما يعتبر غير واضح يحتاج إلى تفسير، حيث يعد هذا التقدير من المسائل القانونية التي تخضع لرقابتها. كما تراقب المحكمة العليا أيضا الأسباب التي يبيدها قاضي الموضوع كمبرر لتفسير العبارة الواضحة. أنظر:

- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 2، المرجع السابق، ص 816 و 818.

⁴ - نقض مدني، في 10 مارس سنة 1933، مجموعة عمر 1، رقم 41، ص 83. نقلا عن:

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 672،

⁵ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 50.

تقصي هدف المتعاقدين فيما يتضمنه تعاقدتهما وتعرف حقيقة إرادتهما في ذلك¹، لذلك يجب عليه أن يراعي حسن النية في ذلك التقصي.

ومن حسن النية في البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، أن يكون المخاطب أميناً في تحصيله لمعنى التعبيرات التي يوجهها المعبر إليه، ولا يتتبع الأخطاء التي يقع فيها المعبر ليجني من وراء ذلك منفعة لا حق له فيها فيما بعد. وفي المقابل يقع واجب على المعبر أن يدخل في إعتباره أن المخاطب سيأخذ تعبيراته بمعناها الظاهر بحسب ما أتيح أمامه من ظروف، فيثق في أن ظاهرها يمثل الإرادة الحقيقية للمعبر، ومن ثم يكون على هذا الأخير أن يبتعد عن أن تكون له إرادتان، إحداهما ظاهرة ينخدع بها المخاطب، والأخرى باطنة يستحوذ عليها ويتمسك بها، وهو ما يتنافى ومقتضيات حسن النية². وبهذا يفرض حسن النية على القاضي عند قيامه بتفسير العبارات الواضحة التي أُخطأ في التعبير عنها، الأخذ بعين الإعتبار نزاهة المعبر عن إرادته وثقة الموجه إليه التعبير، لضمان تحقيق العدالة العقدية.

ثانياً: حالة العبارة الغامضة للعقد.

إذا كانت عبارة العقد غير واضحة فلا مناص من تفسير العقد للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك وفقاً لما أقره المشرع من خلال المادة 111 فقرة 02 التي تنص عليه " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

يلاحظ بأن المشرع لم يعرف العبارة الغامضة، فحاول الفقه³ والقضاء⁴ حصر بعض حالات غموض العبارة، على غرار حالة العبارة المبهمة التي يصعب الإطلاع على إرادة المتعاقدين منها، وحالة العبارة التي تحمل أكثر من دلالة. كذلك الحالة التي يكون فيها تناقض بعض العبارات المستعملة مع الأحكام الكلية للعقد.

إن تدخل القاضي لتفسير العقد عند غموض عباراته له عدة مبررات أخلاقية، إذ في تدخله تعزيز لدوره كحاسم للنزاعات الناشئة بين أطراف العلاقة التعاقدية، لأنه يمثل سلطة لضمان العدالة والمساواة،

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 51.

² - يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 206.

³ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 223. - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 310 و 311.

- Ghestin(J), Traité de droit civil, op.cit, n°25.

⁴ - أنظر - قرار المجلس الاعلى المؤرخ في 1983/03/12 السابق.

بما له من حكمة وحس أخلاقي وقدرة على التحقيق والإحاطة بكافة ظروف التعاقد. كما أن هذا التدخل يكرس العدالة العقدية التي يسعى المشرع لتحقيقها وحمايتها، فتفسير الغموض الذي قد يكون الأطراف لم ينتبهوا له، أو كان أحدهما قد قصده تحقيقاً لمصلحته، فيه حماية لحقوق المتعاقدين أو لحق التعاقد حسن النية، وهو ما يحقق إستقرار المعاملات¹.

إن بنود العقد تفسر بالنظر إلى مجمل العقد، فيفترض بالقاضي أن ينظر إلى كل بنود العقد حتى يأتي تسلسلها متناسقا في المعنى وغير متناقض في المدلول، وصولاً إلى فهم حقيقة النية المشتركة للمتعاقدين ورد كل محاولة للتضليل. وإذا كان الأصل أن الإنسان يلتزم الصواب والإعتدال في تصرفاته، فإن مفهوم النية المشتركة للمتعاقدين يجب أن يكون متفقاً مع مقتضيات حسن النية. وإذا لاحظ القاضي أن أحد الطرفين حاد عن هذا المبدأ كان عليه إستناداً على معياري الثقة والأمانة اللذان نص عليهما المشرع صراحة في المادة 2/111 السابقة، فإنه يجب أن يردّه إلى صوابه ليستخلص النية المشتركة تحقيقاً للعدالة وضماناً لإستقرار المعاملات².

وبناء على ذلك إذا كان في تعبير أحد المتعاقدين غموض ما، ولكن التعاقد الآخر إستطاع أن يتبينه أو كان في إستطاعته أن يتبينه، فليس له أن يستغل هذا الغموض، وهذا حسب ما يمليه واجب الأمانة³. وكذلك من حق أي متعاقد أن يفهم عبارة التعاقد الآخر بحسب ظاهرها، أو بحسب ما تؤدي إليه مثل هذه العبارات في المعاملات بين الناس، وذلك ما تستلزمه الثقة المشروعة بين المتعاقدين⁴. ويتضح من ذلك أن الأمانة هي واجب على المتعاقد القيام به، أما الثقة فهي حق له يلزم الطرف الآخر بمراعاتها⁵.

لا يعد من حسن النية أن يستغل المتعاقد خطأ المتعاقد الآخر في التعبير عن إرادته لتحقيق منفعة أكبر لنفسه. فإن كان له أن يفهم عبارة العقد بحسب معناها الظاهر، غير أن ذلك مشروط بأن يكون حسن النية في أن لا يحمل كلام المتعاقد الآخر على المعنى الظاهر وهو يعلم أنه لم يقصد ذلك المعنى. كما أنه لا يفترض في تعبير المتعاقد إلا الصدق في التعبير، فإذا وصف البائع المبيع بوصف مرغوب من

¹ - مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، المرجع السابق، ص 103 و 104.

² - يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 208 و 209.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 284.

⁴ - أنظر: - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص 824 و 825.

⁵ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 146.

الجميع، كان للمشتري كل الحق في أن يفهم أن هذا الوصف صحيح تماما، وليس كذبا للترويج¹. وهو ما يجعل البائع ملزم بتوفير المبيع مطابقا لرغبة المشتري، أي وفقا للصفة التي تضمنها تعبيره.

وبالنظر إلى أهمية هذا الأمر وخطورته على المستهلك، نظم المشرع موضوع إلزامية مطابقة المنتجات في الفصل الثالث من القانون 09-03، إذ نص في المادة 11 على أن المنتج المعروض للإستهلاك يجب أن يلبي الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته ومنشئه ومميزاته الأساسية...، وأكد ذلك من خلال إلزام المتدخلين بإجراء رقابة على مطابقة المنتج قبل عرضه للإستهلاك في المادة 12 من نفس القانون، وهو ما يعني إتزام البائعين ومقدمي الخدمات الشفافية والصدق في عروض التعاقد التي يقدمونها للمستهلك.

ويتدخل القاضي لتفسير العقد يعيد الأمور إلى نصابها، برد سوء النية على صاحبها وإنصاف المتعاقد حسن النية. بحيث يبقى العقد ضمن الإطار الذي يفرضه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من وجوب الإلتزام بالأمانة والثقة والنزاهة في تفسير العقود².

وحيث أن كشف القاضي عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين عند التأويل يضع حدا للمنازعات، سواء كان تفسيره موافقا لما تمسك به أحد المتعاقدين أم متعارضا معه، ما دام أنه يتفق والإرادة الحقيقية للمتعاقدين وقت إبرام العقد التي إتجهت نحو إقامة العدل والمساواة بينهما، فإنه لا يقبل من ذلك المتعاقد أن يتمسك بالتفسير اللغوي لأنه يتعارض مع مبدأ حسن النية، فالعقود يجب أن تفهم وتفسر وفقا لحسن النية. فإذا وجد القاضي نصا يحتمل تأويلين أخذ بالتأويل الأكثر إنطباقا مع روح العقد والغرض المقصود منه، ويفضل النص الذي يجعل المعنى ذا مفعول على النص الذي يبقى معه المعنى بدون مفعول، كما يلزم بإعطاء المعنى للنص الذي يوفر التوازن بين الإلتزامات المتبادلة، فيرجح صفة معينة على أخرى تبدو مرهقة لاحد الطرفين³.

ثالثا: حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين.

نص المشرع الجزائري في المادة 112 من القانون المدني على "يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن". ويتبين من هذا النص أن حالة الشك في معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدين، تتحقق عندما يتجاوز

¹ - يحيي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 209 و 210.

² - المرجع نفسه، ص 207.

³ - مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، المرجع السابق، ص 119 و 120.

الوضع الحالة الثانية للتفسير التي تكون فيها العبارة غير واضحة، إذ تفترض أن القاضي لم يتمكن من الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وأن عبارات العقد تحتل أكثر من معنى واحد ولا يمكن ترجيح إحداهما¹. وفي هذه الحالة قرر المشرع أن الشك يفسر في مصلحة المدين، وتفيد هذه القاعدة أن يأخذ القاضي بالمعنى الذي يكون أكثر حماية لمصلحة المدين².

وتعد هذه القاعدة أخلاقية لأنها ترتبط بمبادئ العدالة أكثر مما ترتبط بتفسير العقد، حيث يشكل تطبيقها حماية للمدين من جهة، الذي غالبا ما يكون الطرف الأضعف في العقد ويعاني من وضع إقتصادي صعب مقارنة مع وضع الدائن³. وحرصا من قبل المشرع على حماية التوازن العقدي من جهة ثانية، وذلك بإعتبار العقد وسيلة لتبادل المنافع⁴.

ويبرر هذه القاعدة عدة إعتبارات أخلاقية أيضا، منها أن الأصل في الإنسان هو براءة الذمة والإلتزام هو الإستثناء، لذلك يمنع من التوسع في الإستثناء أي توسيع الإلتزام في حالة الشك⁵. كما أن الدائن هو الذي يقع عليه عبء إثبات إلتزام المدين، فإذا هو عجز عن إثبات ذلك نتيجة شك فلا يكون المدين مسؤولا عنه⁶. وتبرر هذه القاعدة أيضا على أساس أن الدائن هو الذي يملي الإلتزام على المدين، لذلك عليه أن يتحمل نتيجة إملائه المبهم⁷.

ومن الأمثلة على شك يفسر لمصلحة المدين، حالة عدم معرفة ما إذا كان الشرط الجزائي يستحق عند التأخر في التنفيذ أو عند عدم التنفيذ، فإنه يؤخذ على أنه يجب الوفاء به فقط عند عدم التنفيذ.

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 226.

² - أنظر: - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 316.

ويقصد بالمدين هنا هو المدين بالإلتزام محل التفسير أو محل الشك، أي كل مدين بالنظر لكل شرط من شروط العقد، فقد يكون الشخص دائما بالنسبة لبند العقد في العقد ومدينا في بند آخر. راجع: - فؤاد محمود عوض، المرجع السابق، ص 188.

³ - Weil (A) et Terré (F) , Droit civil, les obligations, 4^{ème} edit, Dalloz, Paris, 1989, P.367.

- Marty (G) et Raynaud (P), op.cit, P.25

⁴ - مارغريت نقولا ماروديس، المرجع السابق، ص 109.

⁵ - أنظر: - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 66.

- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثاني، مفاعل العقد، المرجع السابق، ص 241.

⁶ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 286 و 287.

⁷ - أنظر: - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص 831 و 832.

يلاحظ أن نطاق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين يتحدد بأن تفسير العقد غير مستحيل، وفي نفس الوقت هو غير ممكن على وجه واحد ولا يقبل الشك¹.

يشترط لتطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين أن يكون هذا الأخير حسن النية، فهو الجدير بالحماية. لذلك يجب إنتفاء أي سوء نية أو إهمال وتقصير من طرف المدين، لأن وجود أي منهما يتنافى والمبررات الأخلاقية التي تستند إليها هذه القاعدة². ومتى كان الغموض الذي يعترى العقد مصدره سوء نية المدين أو خطئه، فإن التفسير يكون في مصلحة الدائن لأن هذا ما تقتضيه إعتبارات العدالة التي أملت هذه القاعدة³.

أورد المشرع على هذه القاعدة إستثناء في عقود الإذعان، حيث قرر في المادة 112 فقرة 02 "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى". وعليه، وطبقا لهذا النص يؤول الشك في عقود الإذعان إلى مصلحة الطرف المدعى سواء كان دائنا أو مدينا، ويتحمل الطرف القوي مسؤولية العبارات محل الشك لأنه هو الذي وضع شروط العقد ويعتبر متسببا في هذا الغموض عمدا أو بتقصيره أو إهماله⁴، مما يستدعي تحمل تبعه هذا الغموض وفقا لما تستوجبه أخلاقيات التعاقد.

وإذا كان مبدأ حسن النية مطلوبا في تفسير العقود بصفة عامة، إلا أنه ذو أهمية خاصة في عقود الإذعان، وبالذات في عقود التأمين حيث يملئ فيها الطرف الأقوى إقتصاديا شروطه وهو المؤمن دون أن يكون للمؤمن له مناقشتها، وترتب جزاءات على مخالفتها تؤدي، غالبا، إلى إسقاط حقه في التعويض رغم حسن نيته، خاصة إذا لم يكن في إمكان الشخص العادي المتواجد في نفس الظروف أن ينفذ الشرط بالدقة الوارد بها في العقد، علاوة على أن التمسك بحرفية الشرط يتنافى ومبدأ حسن النية⁵. وأمام هذا الأمر تفسر

¹ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص148.

² - مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، المرجع السابق، ص112.

³ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص66.

⁴ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 316 و317.

نشير إلى أن قاعدة تفسير الشك في صالح المدين مع إستثناء عقود الإذعان، تعد من مسائل القانون وعليه إذا كان تفسير القاضي ضارا بمصلحة المدين، تعين نقض حكمه، وكذلك إذا فسر القاضي العقد في حالة الشك بما يضر بمصلحة الطرف المدعى في عقود الإذعان. أما الكشف عن إرادة المتعاقدين وإستخلاصها من الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى، فيعد من مسائل الواقع التي تعود السلطة التقديرية فيها لقاضي الموضوع، وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك. أنظر: - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص290.

⁵ - يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص212.

بنود هذا العقد دوما لمصلحة المؤمن له عند قيام الشك حول مفهومها، حماية له وتحقيق إعادة التوازن العقدي¹.

في حالة غياب الإرادة المؤكدة للمتعاقدين فلن يكون هناك مجال للتفسير، وهذا يفتح الطريق امام القاضي لعملية أخرى هي تكملة العقد.

المبحث الثاني: تكملة العقد تحقيقا للعدالة العقدية.

تنص المادة 02/107 من القانون المدني الجزائري على " ولا يقتصر العقد على إلزامية المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام". يظهر من هذا النص أن المشرع وضع الحكم الخاص بتحديد نطاق العقد الذي يتحدد بما ورد فيه، أي المسائل الواردة فيه صراحة من حقوق والتزامات التي وضعها الأطراف، وبما يعتبر من مستلزماته، والتي قد تتحدد بواسطة القاضي عند قيامه بتكملة العقد.

من الضروري ملاحظة أن تكملة العقد تتعلق بالتتابع وليس بالمحل الأصلي للإلتزام، فالعقد لا ينعقد إلا بتعيين محل الإلتزامات الأصلية للمتعاقدين. وإذا كانت عملية تكملة العقد لا تعتمد على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، نظرا لغياب هذه الإرادة، ولما كان من غير المقبول الإعتماد على الإرادة المفترضة للمتعاقدين نظرا لتعارض مصالحهما، فإن هذه العملية لا يمكن مع ذلك أن تتجه أبدا ضد العقد². والقاضي في عملية تكملة العقد يتخطى مرحلة التفسير إلى مرحلة الخلق، غير أنه لا يصل إلى درجة تعديل العقد، حيث أن الهدف من التكملة هو الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الفرع إلى الأصل، أي إضافة المسائل التفصيلية التي تركها المتعاقدان دون تحديد إلى المسائل الأساسية التي إنفقا عليها. أما تعديل العقد فهو موجه ضد الإرادة تحقيقا للعدل، لذلك فهو لا يجوز إلا في حالات خاصة وبناء على نص صريح في القانون، حتى ولو إقتضته العدالة³.

يقول الأستاذ **Raynaud** أن قيمة الإرادات تخضع لتطلبات العدالة وحسن النية⁴، ويقصد بحسن النية حسب الأستاذ **Capitant** هو تنفيذ العقد وليس التخلص منه⁵. ونتيجة لذلك يمكن القول أن القيام بما هو من مستلزمات العقد يعتبر من مظاهر تنفيذ العقد بحسن النية، والذي يقتضي أن يكون التصرف

¹- C. D'appel de Paris (7° ch. A), 27 Nov 1991, D, 1992, inf. Rap.69.

²- Tanagho (S), op.cit, P.132.

³- سمير تناغو، المرجع السابق، ص 150.

⁴- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 255.

⁵- Tanagho (S), op.cit, P.132.

وفق شرف التعامل بين الناس. فإشارة المشرع إلى مستلزمات العقد، يرجع إلى إعتبارها عناصر يستوجبها مضمون العقد وإن لم يشر إليها الطرفان أو لم يتضمنها عقدهما، طالما أنها على صلة وثيقة بالإلتزامات الأساسية في العقد¹. وبهذا تكون تكملة العقد عملية يستوجبها حسن النية في تنفيذ العقد المنصوص عليه في المادة 1/107 من القانون المدني، وهذا لضمان الإستقرار العقدي ومن ثم الأمن القانوني بضمان تنفيذ العقد، لذلك أقر المشرع سلطة القاضي في تكملة العقد ووضع له عوامل موضوعية ليستعين بها في أدائه لمهمته تلك (المطلب الأول).

وتعتبر السلطة الممنوحة للقاضي بموجب المادة 02/107، سلطة إستثنائية تخرجه عن دوره المؤلف في تطبيق القانون على الوقائع المعروضة أمامه، حيث أصبح يمكنه التدخل إلى جانب إرادة التعاقدين في تنظيم العقد بعدما أبرم بإتفاق طرفيه على المسائل الجوهرية، وذلك بالبت في مسائله التفصيلية وفرضها على المتعاقدين بالرغم من عدم الإتفاق عليها². فالقاضي وبموجب هذه السلطة يستطيع في بعض الحالات أن يفرض إلتزامات جديدة لم يتفق الأطراف عليها ولم يثيروها عند إبرام العقد أو التفاوض عليه، بحيث يوسع في مضمون العقد إذا إقتضت الظروف ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكريس العدالة بواسطة عوامل تكملة العقد.

من المفروض أن يحدد المتعاقدان مضمون العقد ونطاقه، فيوضحان على وجه الخصوص حدود الإلتزامات التي يرتبها، ولكن غالبا ما نجد أن المتعاقدان قد إتفقا على المسائل الجوهرية فقط، تاركين المسائل التفصيلية دون تحديد إما سهوا عنها لكونها أمرا مألوفيا بين الناس³، وإما للإتفاق عليها في وقت لاحق سواء عبروا عن ذلك صراحة أو ضمنا، ما يعني أنها قد طرحت أثناء التفاوض على إبرام العقد وثار خلاف بشأنها فأجل الطرفان الإتفاق عليها فيما بعد، أو لم يثر خلاف بشأنها ولكن إتفق الطرفان على تسويتها بموجب إتفاق لاحق⁴.

وعليه فإن النقص في تنظيم العقد إما أن يكون مقصودا من قبل المتعاقدين أو غير مقصود منهم، فتنظيم العقد تنظيما كاملا قد لا يكون بالأمر الهين للمتعاقدين أحيانا، إما لأن المتعاقدين غير

¹ - لخضر حليس، المرجع السابق، ص68.

² - خالد الحديثي، تكميل العقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص107 و108.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص292.

⁴ - صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص28.

متطلعين على الأحكام القانونية أو بالتفاصيل الدقيقة التي يتطلبها التنفيذ السليم للعقد بما يحقق الغاية منه، أو للاستعجال في إبرامه بالإقتصار على تنظيم المسائل الجوهرية، أو لأن هذه الأمور لم تخطر على بالهما لحظة إبرام العقد، أو أنهما تنبها لها لكنهما تركا الحل فيها للقانون سواء كان يعلمان بحقيقة حكمه أم يجهلان به¹.

وكيف ما كان عليه الأمر، فإن المشرع أعطى للقاضي سلطة إكمال نطاق العقد حرصا على تنفيذه طالما أبرم بشكل قانوني، وذلك بإضافة الإلتزامات التي يقتضيها ذلك العقد ولو لم تتجه إليها إرادة الأطراف².

ولقد ثار خلاف فقهي حول طبيعة تكملة القاضي للعقد، فهناك رأي إتجه إلى القول أنها ذات طبيعة ذاتية، وهناك من قال بأن طبيعتها موضوعية³. فالتكميل وفقا للنظرية الذاتية يعد تفسيرا لإرادة المتعاقدين بالكشف عنها، سواء كانت هذه الإرادة حقيقية أم إرادة مفترضة لهما، طالما أن الإرادة هي الأساس في تكوين العقد ذاته، لذا يجب الرجوع إليها في تفسير العقد وتحديد آثاره، ومن ثم تكميله⁴. كما يرون أن أدوات التكميل التي يستعين بها القاضي من قانون وعرف وعدالة، ماهي إلا تعبير عن إرادة الطرفين أيضا⁵.

أما تكملة العقد وفقا للنظرية الموضوعية فتعني تكملة النقص في التعبير عن الإرادة بما يتضمنه القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة العقد. فأصحاب هذه النظرية يرون أن التكملة لا تستند إلى إرادة المتعاقدين لا المشتركة ولا المفترضة، وإنما يلجأ القاضي إلى معايير موضوعية لتكملة النقص الذي يشوب الإرادة الظاهرة⁶. ومن جهتنا نتفق مع ما يذهب إليه أصحاب هذا الإتجاه، بالنظر إلى أن مسألة تكملة العقد تتعلق بالقوة الإلزامية للعقد التي لا يعترف القانون بها إلا إذا كانت متوافقة مع القانون الموضوعي، أي الذي يشمل جميع مصادر القانون ليس التشريع فقط⁷. كما أن حقيقة الأمر بشأن

¹ - خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص35.

- لخضر حليس، المرجع السابق، ص67.

² - عبد الرزاق عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد، الأول، المرجع السابق، ص378.

³ - لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، أنظر: - خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص382.

⁵ - خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص41.

⁶ - عبد الحي عبد المجيد حجازي، المرجع السابق، ص566 وما بعدها.

⁷ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص255 و256.

السلطة الممنوحة للقاضي بالتدخل في العقد في هذه الحالة، تكمن في ضمان الأمن القانوني للمعاملات على أساس أن العقد بإعتباره عمل متوقع يحقق المنفعة والعدل.

بإستقراء نص المادة 2/107 نجد أن تكملة العقد ينبغي أن تتم حسب طبيعة العقد، ومراعاة هذه الأخيرة تتبع من علاقة العقد بالقانون والتناسق القائم بينهما. فالقانون يعبر عن هيمنته على العقد ولكنه لا يتعارض معه ولا ينتقص إطلاقاً من طبيعته المنشئة للإلتزامات، بل على العكس، القواعد القانونية تحمي العقد وتؤكد¹. ولقد قضى المشرع في النص السابق أن مستلزمات العقد تحدد بحسب ما تقتضيه طبيعة العقد وفقاً للقانون (الفرع الأول)، العرف (الفرع الثاني) والإنصاف (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تفعيل دور التشريع تحقيقاً للتوازن العقدي.

بالرجوع إلى الغاية من وراء نص المادة 2/107 قانون مدني نجد أن المشرع يبتغي تحقيق العدالة، لذلك نص على تفعيل دور التشريع في العقد بمناسبة تنفيذه للبحث عن التوازن العقدي بواسطته². وطالما أن المشرع إستعمل لفظ القانون بصفة عامة ومطلقة كعامل موضوعي يساعد القاضي في عملية تكملة العقد، فإن المقصود به هو القواعد الآمرة والمكملة على حد سواء.

فالقواعد القانونية المفسرة أو المكملة التي تسري في حالة عدم وجود إتفاق على ما يخالفها، تحل محل إرادة المتعاقدين على إفتراض أن إرادتهما إنصرفت إلى تطبيقها عند سكوتها. والقاضي يرجع إلى أحكام النصوص التكميلية في المسائل التي تركها المتعاقدان ولم يتفقا عليها، لأن هذه النصوص عادة تأخذ أحكامها مما جرى عليه التعامل بين الناس بالنسبة لعقد معين، فوظيفتها الأساسية هي تسهيل إبرام العقود على الأفراد³. خاصة أن المشرع يسعى من وضعه لهذه القواعد إلى تفعيل العقد، وذلك بإكمال إتفاق الطرفين كلما كان ذلك ضرورياً، وإلى حماية المتعاقدين في مواجهة بعضهم البعض من حيث عدم العلم بالمسائل القانونية⁴.

وتمثل تلك القواعد الإرادة المشتركة للمتعاقدتين التي إفترضها القانون أو كشف عنها، وللمتعاقدين الإتفاق صراحة أو ضمناً على عدم تطبيقها أو تعديلها أو تقييدها، لأنها ليست من النظام العام⁵. ومن

¹ - Tanagho (S), op.cit, P.132.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص357.

³ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 151

⁴ - خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص 102.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص839.

هنا يساهم القانون بما فيه من قواعد مكملة في تحديد مضمون العقد، والقاضي يطبق هذه القواعد على المسائل التي لم تنظمها إرادة المتعاقدين إلا إذا إستبعد الطرفان ذلك صراحة. والأمثلة عديدة عن هذه النصوص التكميلية، منها المادة 2/356 من القانون المدني التي تنص على أنه في حالة إغفال المتعاقدين تعيين السوق الذي يجب الرجوع إليه لتحديد الثمن في عقد البيع، فالعبرة تكون بسعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع. وكذلك نص المادة 476 من القانون المدني الذي يلزم المؤجر بتسليم ملحقات العين المؤجرة، وإن لم يتناولها العقد.

أما فيما يخص تكملة العقد بموجب قواعد أمره من طرف القاضي، فيكون في الحالة التي تتعلق بإضافة بعض الإلتزامات المستمدة من قواعد أمره لمضمون العقد، حيث يفرض المشرع إرادته باعتبارها متعلقة بالمصلحة العامة، وذلك عن طريق فرض بعض الواجبات على المتعاقد، في حالات معينة، حتى تتحقق المساواة بين الطرفين ويتفادى بذلك كل تعسف قد يصدر من أحدهما¹. وفي الواقع لا ينكر مبدأ سلطان الإرادة دور بعض القوانين الأمرة في المسائل التعاقدية، ولكن الغرض منها من منظوره يظل ضمان حرية المتعاقدين وسلامة إرادتهم².

ويعد قانون حماية المستهلك بالنظر إلى أن قواعده من النظام العام، المجال الأمثل الذي تتضح فيه سلطة القاضي في التدخل في تنظيم العلاقة العقدية وفقا للمادة 2/107، حيث أُلزم قانون 09-03 البائع المهني بجملة من الإلتزامات أهمها الإلتزام بالسلامة والمطابقة والإلتزام بالضمان والإلتزام بالإعلام³، تهدف إلى تحديد مضمون العقد الإستهلاكي بالقدر الذي يحقق الحماية المستهلك.

الفرع الثاني: العرف أداة لإعادة التوازن العقدي.

يقوم العرف⁴ المكرس للإرادة الجماعية بإثراء مضمون العقد الناتج عن الإرادة لضمان توازن العقد، بإعتباره آلية موضوعية ناجمة عن قيم إجتماعية وأخلاقية⁵. ويتحقق تكريس العرف وإعماله في العقد عن

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 359 و 360.

² - لخضر حليس، المرجع السابق، ص 59.

³ - أنظر المواد: 09، 11، 13 و 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

⁴ - يعرف العرف بأنه إعتياد الناس على سلوك معين وشعورهم بالإلزاميته وبضرورة مجازاة من يخالفه. أنظر:

- خالد الحديثي، المرجع السابق، ص 111.

⁵ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 363.

طريق تدخل القاضي، فوظيفته هي تطبيق العرف وذلك بالكشف عن الأحكام التي يتضمنها العرف وإضافتها لمحتوى العقد.

وبحسب طبيعة العقد يكمل العرف، بوصفه قاعدة قانونية، الإلتزامات العقدية الناجمة عن الإرادة المشتركة كما جاء في المادة 2/107. ويصبح دور القاضي على مستوى تنفيذ العقد، تحديد نطاق العقد بمعاينة الإلتزامات التي إتفق عليها الأطراف ودعمها بالإلتزامات يستتبطها من القواعد العرفية الجارية، وهذا ما يضمن توازن العقد ومن ثم تحقيق العدالة العقدية.

جدير بالذكر أن النص الفرنسي للمادة 2/107 ورد فيه مصطلح عادة Usages وليس مصطلح عرف، ومما لا شك فيه أن المشرع يقصد العرف لا العادة طالما أن هذه الأخيرة يقصد بها الأحكام التي يتبعها الأشخاص في معاملاتهم دون أن يتوفر لديهم الإعتقاد بالإلزاميتها. وتسمى العادة، عموماً، بالعادة الإتفاقية على أساس أنها إتفاق ضمني على حلول معينة يجوز الإتفاق صراحة على مخالفتها، وبسبب عدم إلزاميتها لا يفترض أن يُعلم بها، ما يعني أن القاضي لا يمكنه تطبيقها¹. هذا وقد تنقلب العادة إلى عرف إذا ما إستقر التعامل بها، وذلك متى أصبحت أكثر من إتفاق ضمني بحيث يصبح شعور الجماعة بأن حكمها إلزامي².

يعتبر من قبيل العرف المكمل ما يسمى بالشروط المألوفة في التعاقد والتي جرت العادة بإدراجها في كل العقود المشابهة، بحيث إذا لم يذكرها الطرفان في عقد ما، فإن القاضي يحكم مع ذلك على أساس وجودها³. ومثال هذه الشروط ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تمنح للخدم، فهذا الشرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يكن مكتوباً⁴. غير أنه من المهم التنويه إلى أنه إذا تعارض شرط مألوف مع شرط خاص لا بد من إدراجه في العقد، فالشرط الخاص هو الذي يجب العمل به⁵.

ويلعب العرف دوراً هاماً في المعاملات التجارية والبحرية وعقود التأمين، إذ يلجأ إليه القاضي لتفسير العقد أو لتكميله، طالما أن ما يقرره الناس في مجال معين يعد موافقاً لمقصدهم الضمني في

¹ - عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص22.

² - المرجع نفسه، ص23.

³ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص151. - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الإلتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ج2، الطبعة الرابعة، دار صادر للطباعة والنشر، 1987، ص 214.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد 2، المرجع السابق، ص694.

⁵ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص295.

حالة السكوت عند إبرام العقد¹. ومن أمثلة القواعد العرفية عدم تجزئة الحساب الجاري، عدم جواز الإحتجاج بالدفع في مواجهة حامل الورقة التجارية بحسن النية².

الفرع الثالث: الإنصاف وسيلة لتأمين التوازن العقدي.

قد يلجأ القاضي إلى قواعد العدالة لتحديد مستلزمات العقد وإكماله، ويقصد بالعدالة هنا إجتهاذ القاضي الصادر عن إعتبرات موضوعية عامة وليس عن مجرد معتقدات شخصية، للفصل في النزاع المعروض عليه³. فالمشرع عندما أجاز للقاضي الرجوع إلى قواعد العدالة لتكملة العقد، قصد من ذلك أن يجتهد هذا الأخير للوصول إلى الحل الذي يطبقه على الحالة المعروضة أمامه مستتبها القاعدة التي يراها أقرب إلى تحقيق العدالة مراعيًا في ذلك الظروف والملابسات التي تحيط بالمسائل المعروضة أمامه⁴.

إن جوهر العدالة هو حصول كل إنسان على حقه، فهي وسيلة لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة والمحافظة على النظام العام. ولأن العدالة تتصف بأنها فكرة واسعة، فقد قيد المشرع معناها العام حينما ربطها بطبيعة الإلتزام، فالعدالة التي يلجأ إليها القاضي عند إكمال نطاق العقد، هي المنسجمة مع طبيعة العقد بغض النظر عن وضعية أطرافه⁵. ونتيجة لذلك إتجه بعض الفقه إلى تخصيص المعنى العام للعدالة، أي العدالة ذات الطابع الفني، بموجب قواعد التجربة بحيث تركز التوازن والتناسب بين الأداءات المتقابلة بناء على معايير فنية لا وفقا للمثالية الشخصية للقاضي⁶.

من المهم الإشارة إلى أن العدالة هنا يقصد بها الإنصاف لأنه المصطلح الأدق الذي يتناسب والهدف من نص المادة 2/107، وهو ما يؤكد النص باللغة الفرنسية الذي أخذ بمصطلح *l'équité*. والمقصود بالإنصاف هنا هو الإنصاف الموضوعي وليس الإنصاف الذاتي، لأن القاضي يستعين به لإضافة وتكميل الإلتزامات بصفة موضوعية ومجردة متوخيا في ذلك البحث عما تقتضيه طبيعة الإلتزام، وهي مسألة موضوعية⁷.

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 137.

² - أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، جزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص 37.

³ - يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 218.

⁴ - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 152.

⁵ - خالد الحديثي، المرجع السابق، ص 119.

⁶ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 369.

⁷ - المرجع نفسه، ص 370.

ومن الإلتزامات التي تقتضيها العدالة، إلتزام بائع المحل التجاري بعدم منافسة المشتري له، وذلك بالإمتناع عن إنتزاع عملاء المحل الذي كان يمتلكه¹. وإلتزام البائع بالإمتناع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا². ولقد إستند القضاء الفرنسي إلى الإنصاف لإثراء مضمون العقد بالعديد من الإلتزامات ذات الطابع الأخلاقي مثل الإلتزام بضمان السلامة الذي فرض على الناقل، وإلتزام العامل بعدم إفشاء الأسرار الصناعية الخاصة بالمصنع الذي يعمل به³، وإلتزام المؤمن له بالتصريح وعدم التكتّم لشركة التأمين بكل ما يصيبه من أمراض خطيرة خفية في حالة التأمين على الحياة، إذا كان من شأنها أن تؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة، وذلك على أساس الإلتزام بالتعاون الذي يفرضه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد⁴.

وبالنظر إلى العلاقات القائمة بين المهني والمستهلك التي تتميز بإختلال التوازن العقدي، في الغالب، على أساس عدم المساواة المعرفية المتحققة بين الطرفين، فإن الإنصاف يعتبر أهم عامل يعتد به القاضي في تكملة هذه العقود في حالة النقص، وهو ما نتج عنه ترتيب في ذمة الطرف المهني مجموعة من الإلتزامات على غرار الإلتزام بالاعلام ما قبل التعاقد والإلتزام بالنصيحة والتحذير والإلتزام بالمطابقة، والتي قننها المشرع فيما بعد في قانون خاص بحماية المستهلك لدورها الفعال في ضمان إستقرار المعاملات، ناهيك عن تحقيق حماية الطرف الضعيف وتهذيب سلوك المنتجين والتجار ومقدمي الخدمات في تعاملاتهم.

وهكذا يتضح أن ما يقرره القانون أو العرف، أو ما ترشد إليه العدالة والإنصاف من إلتزامات تبعية يعدها القاضي متلائمة مع طبيعة العقد وغرضه، ويضيفها إلى مضمون العقد لإكمال نطاقه. ولما كان القاضي، بمناسبة أدائه لمهمته تلك، لا يبحث فيما يريده المتعاقدان لو أنهم واجهوا المسألة المتروكة حتى ينشغل بالبحث عن إرادتها المشتركة، وإنما يهدف إلى سد ثغرة في تنظيم العقد بالرجوع إلى أحكام القانون والعرف والعدالة، فهو يقوم بتكملة العقد نزولا عند حكم المشرع لا على إرادة المتعاقدين⁵. ولأن العوامل التي يعتمد عليها القاضي في تحديد مستلزمات العقد هي عوامل موضوعية،

¹ - صبري السعدى، المرجع السابق، ص 296.

² - أنظر المادة 361 قانون مدني جزائري.

³ - جاك غستان، مفاعيل العقد وآثاره، المرجع السابق، ص 72 وما بعدها.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 694.

⁵ - خالد الحديثي، المرجع السابق، ص 154.

وبالنظر إلى المعيار الموضوعي المتمثل في طبيعة الإلتزام الذي يعتد به القاضي في مهمته بالإستناد إلى تلك العوامل، فإنه يخضع في هذا لرقابة محكمة النقض بإعتبار التكملة من مسائل القانون¹.

المطلب الثاني: مساهمة القاضي في تحديد مضمون العقد تحقيقاً للعدالة.

أمام التطورات التي تشهدها البيئة العقدية، كان لا بد من التوسع في البنية الداخلية للعقد من خلال عدم الإقتصار على الإلتزامات الإرادية لتحديد نطاق العقد، وذلك بتكاملته بموجب إلتزامات قضائية قانونية وإن لم تكن إرادية. ولعل في الأخذ بمبدأ حسن النية كمرقب لتنفيذ العقد تجسيد لتصرفات قانونية بمكونات أخلاقية، والقاضي هو من يقوم بتفعيلها، فله تحديد مضمون العقد على وجه يسمح بحماية الطرف الضعيف². فلا يقتصر تنفيذ العقود على مضمونها الأصلي الذي إتفق عليه المتعاقدان وقت التعاقد، بل يمتد إلى المضمون الذي حدده القاضي بموجب السلطة الممنوحة له في المادة 2/107. وبهذا يمكن تصور ذلك الإلتزام الموضوعي لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين على ضوء تدخل عوامل جديدة، فالعقد لم يعد قانوناً إرادياً فقط، وإنما إقحام الإرادة التشريعية أكثر فأكثر هو ما راح يفرض نفسه بشكل تجاوز الإلتزامات الأساسية المنطق عليها إلى إلتزامات مرتضاة بشكل خاص³.

ويبرر تدخل القاضي في تنظيم العقد الذي يحد من مبدأ سلطان الإرادة، الحرص على سلامة التعامل بحيث يؤدي العقد وظيفته الإقتصادية والإجتماعية على أفضل وجه، وكذلك حماية الطرف الضعيف في العلاقة من تسلط الطرف القوي⁴.

ومع هذا لا بد أن يبقى تدخل القاضي في أضيق الحدود، بحيث لا يكون إلا في الحالات التي يتضح فيها ظلم كبير قد لحق بأحد أطراف العقد لمصلحة الطرف الآخر، أدى إلى إختلال التوازن مما يستدعي هذا التدخل⁵. فالقانون يلزم القاضي بتحديد طبيعة العقد لمعرفة الإلتزامات المفروضة على المدين من قبل المشرع، كما يدعوه إلى البحث في محتوى العقد لإكتشاف إلتزامات جديدة قد تتعدد تحت ضغط العوامل الإقتصادية والإجتماعية⁶.

¹ - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص297. -سمير تناغو، المرجع السابق، ص 150.

- المجلس الأعلى، المؤرخ في 13/07/1988، ملف رقم 54840، المجلة القضائية، العدد 4، 1991، ص 54.

² - لخضر حليس، المرجع السابق، ص70.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص65.

⁴ - Ghestin (J), Traité de droit civil, op.cit, P.37 et s.

⁵ - يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص142.

⁶ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص142.

في الواقع يعد الإلتزام القضائي إلتزاماً قانونياً يمكن مقارنته مباشرة بالإلتزام الناشئ عن التشريع، وهو لا يحل محل الإلتزامات العقدية الأصلية، ولكنه يضاف إليها بصفة تبعية¹. فالدور الشخصي للقاضي في تكملة العقد، يبدأ فقط عندما يستوحي إعتبارات العدالة وحسن النية، ويستطيع القاضي في هذه الحالة أن يخلق إلتزاماً جديداً، ولكن نظراً إلى أنه يراعي في عمله هذا طبيعة العقد، فإن الإلتزام القضائي الفردي الذي خلقه سوف يتكرر في أحكام قضائية أخرى حتى يصبح في آخر الأمر إلتزاماً مصدره القضاء بإعتباره أحد مصادر القانون، وليس مصدره فقط الحكم. وإلتزام الناقل بالسلامة في عقد النقل هو أبرز مثال على ذلك، فهو إلتزام قضائي الأصل².

وعليه، يستطيع القاضي التوسع في مضمون العقد بالرجوع إلى الشروط التي وضعها القانون، إذ يمكنه فرض إلتزامات لم يتفق عليها الأطراف عند إبرامهم للعقد، لكن أقرها المشرع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وأهمها الإلتزام بالضمان (الفرع الأول)، والإلتزام بالإعلام التعاقدية المنبثق عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإلتزام بالضمان.

أخذت فكرة حسن النية أبعاداً جديدة في العصر الحديث، حيث جرى التركيز على الثقة المشروعة في التعامل، ولعل الإلتزام بالضمان يعد من أهم تطبيقات تنفيذ العقد بحسن نية الذي يتسع مداه بإعتبار العقد قائم على ترابط المصالح المتعارضة لأطرافه. ونتيجة لذلك يفرض القانون الإلتزام بالضمان في بعض العقود بعوض التي يخشى الدائن فيها المنازعة حول الحقوق المنتقلة إليه، أو حول صلاحية موضوع العقد (أولاً). كما يلزم المهني بضمان سلامة المستهلك وأمنه من المنتجات التي يقدمها في ظل قصور الحماية التي يوفرها له الإلتزام بضمان العيوب (ثانياً).

أولاً: الإلتزام العام بالضمان.

عادة ما يدرج الإلتزام بضمان التعرض بالإضافة إلى الإلتزامات الأخرى الناشئة عن العقد، ويضمن النتيجة الفعلية من التنفيذ العادي لهذا العقد، كما يمكن من تعويض الضرر الحاصل في حالة عدم بلوغ تلك النتيجة³. ولقد نص المشرع على الإلتزام بالضمان في مجموعة من العقود منها عقد البيع

¹ - Tanagho (S), op.cit, P.133.

² -Ibid, P.132.

³ - كروس بارنار، مفهوم الإلتزام بالضمان في العقود، باريس، 1960، ص 103.

نقلاً عن: - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 143.

والإيجار والمقاولة وغيرها¹. ونظرا لإرتباط هذا الإلتزام بحسن النية في تنفيذ العقود، فإن المشرع قرر أن الإلتفاق على الإعفاء من ضمان التعرض الشخصي في هذه العقود يكون باطلا².

ففيما يتعلق بعقد البيع مثلا تطرق المشرع لمسألة الضمان من خلال الفقرة الأولى من المادة 379 قانون مدني التي تنص على أنه "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الإنتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع، أو حسب ما يظهر من طبيعته أو إستعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها."

يتضح من خلال هذه المادة أن الإلتزام المفروض على البائع لا يقتصر فقط على أن تبقى حياة المستهلك حيازة هادئة ومستقرة عن طريق ضمانه لتعرضه الشخصي وتعرض الغير للمبيع، وإنما عليه أن يضمن إنتفاع المستهلك بالمبيع إنتفاعا كاملا، فإذا وجد عيبا ينقص من قيمة ومنفعة المبيع إلتزم بضمانه عن طريق التعويض، ولا يجوز للأطراف الإلتفاق على مخالفة هذا الإلتزام³.

كما عالج المشرع الجزائري شروط وكيفيات ضمان البضاعة المعروضة للإستهلاك، وجعل ضمان البائع للمشتري ضمانا قانونيا من النظام العام، طبقا للمادة 02 فقرة 7 من القانون حماية المستهلك التي تلزم المتدخل في فترة زمنية محدودة بضمان العيوب الخفية في المنتج أو الخدمة، وذلك عن طريق إستبدال ذلك المنتج، أو رد ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته. وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات⁴.

وننوه إلى أن الإلتزام بالضمان لا يتعلق بعقد البيع الداخلي فقط، بل نجده مفروض أيضا في عقود البيع الدولية. فإتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، فرضت هي الأخرى من خلال نص المادة 41، على البائع تسليم بضائع خالصة من أي حق أو إدعاء للغير، خاصة تلك المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية.

¹ - أنظر المواد: 371، 483 و 554 من القانون المدني الجزائري.

² - أنظر المواد: 378، 490 و 557 من القانون المدني الجزائري.

³ - عبد الرحمن بوفلجة، المرجع السابق، ص76.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 والمتعلق بضمان المنتجات والخدمات، الجريدة الرسمية، العدد40 .

وإذا كان المشرع المدني لم يكرس الإلتزام بالضمان كالإلتزام قانوني عام لجميع العقود، إلا أنه في إمكان القاضي أن يعمم هذا الإلتزام على جميع العقود مستندا في إجتهاده على المادة 2/107، وعلى أساس قواعد العدالة بإعتبارها عاملا من عوامل تحديد نطاق العقد ومضمونه. وهذا ما إتجه إليه القضاء الفرنسي في مجموعة من القرارات، منها ما قضت به محكمة النقض في قضية تتعلق بشخص ربح زجاجة خمر فدعى أصحابه لشربها وحدث أن توفي أحدهم بعد أن شرب كأسا منها، حيث أقرت إلتزاما بالضمان في عقد المقامرة رغم غياب النص، وإستندت في ذلك إلى الطابع المزدوج للعقد فهو ناقل للملكية ويعوض¹. وإتجه بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأنه كان من الأجدر أن تسند المحكمة إلى المادة 1135 من القانون المدني التي تنص على أن الإلتزام أو العدالة هو من عوامل تحديد نطاق العقد².

إن القضاء إزاء قصور النصوص التشريعية الخاصة بضمان العيوب الخفية، وعجزها عن تغطية الأضرار التي قد يحدثها المبيع بعيوبه، خاصة بعد التطور التكنولوجي والصناعي وإزدياد خطورة المنتجات التي توضع للإستهلاك، لم يجد بدا من إضافة إلتزام السلامة لمصلحة المستهلك.

ثانيا: الإلتزام بضمان سلامة المستهلك.

أدى التقدم العلمي الذي يشهده العالم المعاصر في شتى مناحي الحياة، إلى إزدياد وتفاقم الأضرار اللاحقة بالمستهلكين نتيجة إستعمال المنتجات المطروحة في السوق خاصة الخطيرة منها. وترجع الأضرار اللاحقة بالمستهلك إلى سببين رئيسيين، يتمثل الأول في عيب في المنتج نتيجة عدم إحترام المنتج أو الموزع لأصول الإنتاج أو التصنيع أو التعبئة والتجهيز. أما الثاني فيكمن في إهمال وتقصير المنتج أو البائع المهني في إعلام المستهلك عن كيفية إستعمال المنتج وتحذيره من المخاطر التي قد تنجم عنه³.

نتيجة لذلك إتجه القضاء الفرنسي إلى إقرار الإلتزام بضمان السلامة على أساس العدل، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية مبدأ هاما مفاده أن تنفيذ عقد النقل يوجب على الناقل الإلتزام بإيصال

¹ - محكمة النقض 1953/06/26، دالوز، 1953، ص181.

قرار مشار إليه: - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص146.

² - أنظر في هذا الإتجاه الفقهي الفرنسي: - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص146.

³ - عبد القادر أقصاصي، الإلتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص112.

المسافر سالما معافا إلى مقصده¹، وذلك في غياب نص تشريعي². وكذلك ألزمت البنك بأخذ الإحتياطات اللازمة لتدارك الوضعية الخطيرة كالفيزانات، من أجل عملائه والتغيير الكامل عند الإقتضاء لتجهيزات الصناديق الحديدية³. كما ألزمت البائع بتسليم المبيع إلى المشتري خاليا من أي عيب يشكل خطرا عليه⁴.

عندما يقع على المتعاقد أو المهني إلترام بضمان السلامة، فإنه يلتزم من ناحية بتوقع الحادث الذي يمكن أن يخل بسلامة المتعاقد الآخر، ومن ناحية أخرى يلتزم بأن يتصرف من أجل منع حدوثه من الأصل أو على الأقل تجنب آثاره⁵.

إن وجود الإلترام بالسلامة في عقد من العقود، يقتضي وجود خطر يهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين، وأن يكون ذلك الشخص المهدهد خاضعا للطرف الآخر، كالمريض الذي يعهد بجسده إلى الطبيب. كما يجب أن يكون المتعاقد المعهود له بسلامة الطرف الآخر مهني صاحب معرفة وخبرة بأصول مهنته، وهو ما يبرر خضوع هذا الأخير له⁶.

إختلف الفقه في تحديد طبيعة الإلترام بضمان السلامة، فهناك من يرى أنه هو الإلترام بتحقيق نتيجة كما في عقد النقل حيث يلتزم الناقل بإيصال المتعاقد معه إلى المكان الذي يريجه، وكالإلترام الطبيب بعدم إلحاق ضرر جديد إلى المرض الذي يعانيه المريض، من جراء التدخل الطبي الذي يقوم به. وهناك من يرى أنه الإلترام ببذل عناية، فالفندقي يلتزم فقط بملاحظة قواعد وإجراءات السلامة داخل

¹ - Cass. Civ.، 21 Nov. 1911، S. 1912-1-73، note Lyon-Caen، D.P. 1913-1-249، note Sarrut.

² - نشير إلى أن التشريع المدني الجزائري والمصري لم يتضمننا أيضا نصا خاصا بنقل الأشخاص، على خلاف التشريع اللبناني الذي وضع نص صريح متعلق بنقل الأشخاص وتناول فيه الإلترام بضمان سلامة المسافر، وذلك من خلال المادة 688 من قانون الموجبات والعقود.

³ - محكمة النقض، 1964/02/11، دالوز 1946-1-365.

مشار إليه: - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 148.

⁴ - Cass. Civ.، 1^{re}. 17 Jan. 1995، D. 1995، Juris، P. 350، note Jourdain.

⁵ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، الإلترام بضمان السلامة في عقود السياحة في ضوء قواعد حماية المستهلك، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 75 وما بعدها.

⁶ - لتفاصيل أكثر حول شروط الإلترام المتعاقد بضمان السلامة، أنظر: - عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص 229 وما بعدها.

الفندق، وإن كان البعض يرى أنه إلتزام ببذل عناية مشدد لأن الفندق يلتزم ببذل أقصى درجات العناية والحرص من أجل ضمان سلامة النزلاء¹.

إن الإلتزام بضمان السلامة هو تطبيق لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ويعد إلتزاما أخلاقيا لأنه يهدف إلى المحافظة على سلامة الأشخاص وزيادة الحرص والتتبع من قبل المتعاقدين، ومن ثم يؤدي تطبيقه إلى حسن سير النظام في المجتمع². وتعد المادة 2/107 من القانون المدني الجزائري أساس واضح لتوسع القاضي في العديد من العقود باضافة إلتزام تبعي او ثانوي بضمان السلامة، حيث تنص على أن العقد لا يكون ملزما فقط بكل ما تم التعبير عنه فيها وإنما يشمل أيضا الملحقات أو المستلزمات التي تفرضها العدالة والعرف والقانون طبقا لطبيعة الإلتزام. وتعد إعتبرات العدالة أساس هذا الإلتزام، خاصة بعد تطور مفهوم العقد من مفهوم شخصي مرتبط بمنفعة الأفراد إلى مفهوم موضوعي مرتبط بما هو نافع وعادل Utile et juste³.

ونظرا لأهمية الإلتزام بالسلامة من حيث كونه يعمل على إعادة التوازن العقدي، ويكسر المساواة في العلم والدراية بين المهني والمستهلك، إهتم المشرع الجزائري بفكرة بضمان السلامة وإعتبرها الإلتزام الأساسي الذي يتفرع عنه الإلتزامات الأخرى، بما فيها الإلتزام بالإعلام عن مخاطر الشيء المبيع، حيث نص في المادة 9 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على أنه "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للإستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الإستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه وذلك ضمن الشروط العادية للإستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".

كما أن المادة 10 منه نصت "يتعين على كل متدخل إلتزام إلتزامية أمن المنتج الذي يضعه للإستهلاك فيما يخص:

- مميزاته وتركيبته وتغليفه وشروط تجميعه وصيانتته،

- تأثير المنتج على المنتوجات الأخرى عند توقع إستعماله مع هذه المنتوجات،...

¹ - لمزيد من التفاصيل حول هذه الآراء الفقهية، أنظر: - عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص 258 وما بعدها.

² - مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، المرجع السابق، ص 123.

³ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، الإلتزام بضمان السلامة في عقود السياحة في ضوء قواعد حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 43 و 45.

يتضح من هذين النصين أنه حتى يكون المستهلك في مأمن من مخاطر المنتج، يجب أن تتضمن المنتجات على ضمانات السلامة ضد المخاطر الماسة بسلامته، وسواء كان ذلك بخلوها من العيوب أو إشمالها على جميع البيانات التي توضح مخاطرها وكيفية الوقاية منها، وفي هذا المعنى تنص المادة 11/03 من قانون 03-09 "منتج سليم ونزيه وقابل للتسويق: منتج خال من أي نقص، و/ أو عيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة وسلامة المستهلك و/ أو مصالحه المادية والمعنوية."

في الأخير نخلص إلى أن الإلتزام بالضمان تقتضيه الثقة المشروعة لتفعيل تنفيذ العقد بحسن النية ما يضمن إستمرارية العقد. غير أن القضاء إهتدى إلى تقرير إلتزام لا يقل أهمية عن الإلتزام بالضمان، في سبيل تحقيق الأمن المعاملاتي، فرضته حقيقة أن العقد أداة للتضامن.

الفرع الثاني: الإلتزام بالإعلام التعاقدية.

تطور مضمون المعاملات أفرز عن خصوصية تكمن في الإلتزام بالإعلام التعاقدية الذي يختلف عن الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدية بالرغم من صعوبة التمييز بينهما، فهو إلتزام بالادلاء بمعلومات معينة من طرف أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر، وقد يكون هذا الإلتزام أصلي في العقد إذا كان موضوعه تقديم معلومات، مثل عقود الإرشاد والإستشارات خاصة المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيا، والتي أصبحت، في ظل التطور والتقدم الكبير الذي يلحق بها، من الصعب على غير المتخصص فيها فهم مميزات وطبيعتها دون إرشاد ومساعدة المتخصصين فيها¹.

كما يمكن أن يكون الإلتزام بالإعلام التعاقدية تبعيا يستخلص من الإلتزام الرئيسي في العقد، فالبايع ملزم بإخبار المشتري عند تنفيذه لإلتزامه بتسليم المبيع بكل المعلومات التي تؤمن له الوقوف على الأوصاف الأساسية للمبيع وعلى طريقة إستعماله والوقاية من مخاطره. ويعد أي إخلال بهذا الإلتزام خطأ عقديا يمكن أن تترتب عليه قيام مسؤولية المدين به إذا ما أحدث ضررا بالمتعاقدين الدائن به. نشير إلى أن الإلتزام بالإعلام التعاقدية كان ينظر إليه في فرنسا على أنه مجرد مظهر من مظاهر ضمان العيوب الخفية، غير أن القضاء أقر إستقلالية التي أكدت بصورة جلية فيما بعد، حيث قضى بأنه يجب على البائع الممتن عند تسليم البضاعة إعطاء المشتري جميع المعلومات الضرورية

¹ - مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، المرجع السابق، ص124.

التي توضح كيفية استعمال هذه البضاعة، خاصة إذا كانت حديثة أو معقدة الإستعمال، كالتجهيزات الإعلامية¹.

يحوز هذا الإلتزام على أهمية كبيرة في عقود الإستهلاك خاصة، إذ في ظل إختلال توازن العلاقات العقدية بين المهني والمستهلك، طغى هاجس الربح والتسويق لدى المنتجين والباعة ومقدمي الخدمات، مما إستلزم توسيع مسؤولية المهني المنتج والتاجر، وذلك من خلال فرض إلتزامات أخلاقية على عاتقه أبرزها الإلتزام بإعلام المستهلك ليس فقط قبل إبرام العقد وإنما عند تنفيذ العقد، لما له من أهمية في ضمان الأمن القانوني.

ولقد أنشأ القضاء الفرنسي هذا الإلتزام، ثم كرسه التشريعات بنصوص خاصة. فالمشعر الجزائري نص عليه في المادة 352 من القانون المدني "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا إشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالما بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا اثبت غش البائع".

يتضح من هذا النص أن الإلتزام بالإعلام التعاقدية يشمل المعلومات المتعلقة بصفات المنتج المبيع وكيفية إستعماله، والمعلومات المتعلقة بتحذير المشتري المستهلك من المخاطر التي يمكن أن تتجم عن إستعماله، فضلا عن بيان الإحتياطات الواجب مراعاتها لتجنب تلك المخاطر، وذلك بطريقة واضحة وسهلة².

وتعتبر نظرية ضمان العيوب الخفية مجالا حيويا لتكريس الإلتزام بالإعلام، حيث يمكن إستخلاص الإلتزام بالإعلام على ضوء المادة 379 قانون مدني، والتي تضع على عاتق البائع قرينة العلم بهذه العيوب، كي يترتب عنه توقيع الجزاء كلما أخل بإعلام المشتري بوجود هذه العيوب³.

كما كرسه المشعر في عقد الإيجار، حيث توجد العديد من النصوص في هذا الشأن التي تلزم المستأجر بإخبار المؤجر عند تنفيذ هذا العقد الممتد بكل ما يطرا في هذه الفترة⁴. هذا ويعد عقد التأمين

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 158.

² - Cass. Civ. 31 Jan. 1973، Bull. Civ. I، n°40، P.36; J.C.P.، 1974، 2، p. 17846، note Malinvaud (Ph).

-Le Tourneau (Ph)، la responsabilité civile، op.cit، P.472.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 237.

⁴ - أنظر المواد: 484، 497، 496، 505.

من العقود التي يظهر فيها الإلتزام بالإعلام جليا من خلال الإلتزام بسلامة تنفيذ العقد في عقد قوامه الثقة، وبإعتباره عقد يؤسس على منتهى حسن النية¹.

إن الهدف من إلزام المتعاقد المهني بتزويد المستهلك بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بإستعمال المنتج أو الخدمة ومخاطرها، يكمن في تمكين المستهلك من تحقيق أقصى إستفادة ممكنة من المبيع أو الخدمة بحيث تؤدي الغرض المقصود من شرائه على أكمل وجه، بالإضافة إلى توفير حماية له من المخاطر المحتملة التي قد تنجم عنه².

ويعد مبدأ حسن النية أساس الإلتزام بالإعلام³، فهو يتطلب من المتعاقد القيام بكل ما من شأنه تمكين المتعاقد الآخر من جلب أقصى منفعة من التصرف القانوني المبرم، ولن يتحقق ذلك إلا إذا قام الطرف المهني صاحب الخبرة والتفوق المعرفي، بوضع المعلومات والبيانات المتصلة بمحل العقد في علم الطرف الآخر⁴. ولأن هذا الإلتزام يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، فإنه لا يعد إلتزاما خاصا بعقد معين وإنما هو إلتزام عام ينطبق على جميع العقود، سواء كانت عقود الإستهلاك التي تربط بين طرف مهني وآخر مستهلك، أو عقود مهنية تبرم بين طرفين من أصحاب المهن طالما أن أحدهما يجهل محل العقد.

إن القاضي يمكنه إضافة الإلتزام بالإعلام إلى مضمون العقد بناء على فكرة مستلزمات العقد التي نصت عليها المادة 2/107 من القانون المدني. فالعدالة تقتضي تحقيق التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية، فضلا عن حماية الطرف الضعيف. والطبيعة القانونية للإلتزام بالإعلام يجب أن تتحدد في ضوء التوفيق بين مصالح المتعاقدين ومقتضيات العدالة. ولقد اختلف الفقه في تحديد طبيعته، فالرأي الغالب⁵ يرى أنه إلتزام ببذل عناية بينما إتجه جانب آخر⁶ إلى إعتباره إلتزام بتحقيق نتيجة، في حين

¹ - أنظر 1/15 من قانون التأمينات رقم 95-04. الصادر في 15/01/1995 والمعدل والمتمم بقانون 06-04 الصادر في 20 فيفري 2006.

² - منى أبو بكر الصديق، الإلتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013، ص50.

³ - Cass. Civ. 30 Juin. 1992, Bull. Civ, I, n 40, P.36; J.C.P., 1992, III, n°238, p.145.

⁴ - منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص70 و71.

⁵ - Le Tourneau (Ph), la responsabilité civile, op.cit, P.472.

⁶ - علي سيد حسن، الإلتزام بالسلامة في عقد البيع، ص106.

ذهب رأي ثالث¹ إلى القول بأنه يعتبر إلتزام بتحقيق نتيجة من نوع خاص، حيث يسمح للمدين بدفع مسؤوليته عن طريق نفي خطئه، فهو لا يعد إلتزام بتحقيق نتيجة مطلقة.

بالرغم من الأهمية العملية للإلتزام بالإعلام، إلا أنه غير كاف في بعض المعاملات التي تتميز بدقة وتعقيد الأشياء محلها، أو لطبيعة المهن التي يتعامل معها هذا المستهلك، حيث يتعين فيها تقديم الحل الأنسب والأكثر ملاءمة لمصالح المتعاقد الضعيف، والذي لا يتوقف عند تقديم المتعاقد المحترف صاحب الخبرة معلومات محددة، بل يتعداه إلى تقديم النصيحة والتحذير خاصة بالنسبة لفاعلية العقد لتحقيق المصلحة المرجوة منه، وهو في ذلك يبذل عناية أكثر في تحقيق التعاون من أجل التعاقد، مما سيكرس تدخل الأخلاق في التعامل².

ويلتزم المتعاقد المحترف تنفيذًا لواجب النصح الذي يقع في ذمته بعرض الحل الأوفق لمصالحه، أي ببيان الطريق الأفضل بالإلتزام الذي يقتضي تقديم المشورة بقيام عمل معين أو الإمتناع عنه حسب طبيعة العقد المبرم أو محله. ويكون المهني بموجب هذا الواجب ملزماً ببذل عناية أكبر، كقيامه ببعض الأبحاث كما هو الحال بالنسبة للموثق، أو بدراسات مسبقة من أجل تركيب جهاز³.

ولقد أقر المشرع إلتزام المهني بالنصيحة والتحذير في نصوص متعدد، كالمرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب⁴، والتي نصت في المادة 43 منها أنه يجب على الطبيب، أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي.

نخلص في الأخير إلى أن الإلتزامات التي يفرضها القاضي على المتعاقدين أثناء إستكمالها للعقد، هي إلتزامات يفرضها في الحقيقة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الذي يتطلب عدم الإقتصار على تأدية الإلتزامات الرئيسية في العقد، بل يشمل أيضاً مستلزماته حتى لو لم ينص عليها صراحة في العقد. وبالنظر إلى أساس فرض الإلتزامات المكتملة والذي يعود إلى مقتضيات العدالة، فإنه يصح القول بأنها إلتزامات أخلاقية تبرز التوجه الجديد من قبل المشرع إلى أخلقة العقود، في إطار دعم المفهوم الحديث للعقد بإعتباره يقوم على مفاهيم أخلاقية تترجم فكرة أن العقد يحقق المنفعة والعدل.

¹ - منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 92.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 302.

³ - محمد بودالي، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، المرجع السابق، ص 24.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد 52، سنة 29، المؤرخة في 8 يوليو 1992.

وما دام الأمر على هذا النحو بالنسبة لدور العنصر الأخلاقي في تحديد مضمون العقد، فإن دوره، ومن دون شك، يزداد أهمية عند تنفيذ ما ترتب على هذا العقد من آثار ملزمة لأطرافه على أساس إرادتهم الحرة في إنشائه.

الفصل الثاني: إعمال العنصر الأخلاقي تهنيباً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين يقصد بها أن ما إتفق عليه المتعاقدان بمحض إرادتهما يلزمهما، وأن إرادة الأطراف وحدها من تملك تعديل بنود العقد التي حددتها أو نقضها، ولا تستطيع ذلك، كمبدأ عام، إرادة واحد منهما أو إرادة خارجية عنهما¹. كما تقتضي هذه القاعدة أن تكون للعقد المبرم قوة ملزمة في موضوعه، أي أن المتعاقد يلتزم بما ورد في العقد من جهة، ولا يلتزم إلا به من جهة أخرى². فمما لا شك فيه أنه لا يمكن، بعد أن يتكون العقد بإتفاق الإرادتين، أن يكون قابلاً لأي تعديل دون إتفاق جديد، إذ ليس في إرادة كلا الطرفين أن تستبعد تنفيذ العقد، بشكل منفرد، أو تغيير بنوده. وهذا هو مبدأ القوة الإلزامية للعقد الذي نصت عليه المادة 106 من القانون المدني، ولقد رفض القانون بإسم هذا المبدأ أي إعادة نظر في العقد مبنية على عدم التوقع، أي عدم توقع ظروف تخل إلى حد كبير بتوازن العقد بأن تضر بأحدهما³.

ولقد أقام الأستاذ **Ghestin** القوة الملزمة للعقد على أساس المنفعة والعدالة فالعقد يكون ملزماً متى كان أداة للمنفعة الاجتماعية وكانت العدالة التعاقدية تحترم فيه. ويكون العقد نافعا اجتماعياً لأنه يمثل أداة توقع بما يسمح بتواصل المبادلات الإقتصادية، ويعتبر عادلاً إذا كان ينظم توزيعاً تبادلياً للقيم بين المتعاقدين⁴. إلا أن المسألة في نظر البعض من الفقه الفرنسي، تتعلق بفرضيات إختلال التوازن الإقتصادي في المرحلة ما بين تكوين العقد وتنفيذه التي تخضع للظروف، فيتم إختيار الثقة المتبادلة أكثر مما يستدعي تدخل إعتبرات ما هو نافع وعادل⁵. وهو ما تبرره إعتبرات إقتصادية العقد وإجتماعيته التي

¹ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص844.

- Marty (G) et Raynaud (P), op.cit, P.41.

² - محمد رياض دغمان، المرجع السابق، ص51.

³ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص170.

⁴ - Ghestin(J), Traité de droit civil, op.cit, P.206.

⁵ - Terré (F), Simler(Ph) et le Quette (y), op.cit, P.25.

تقوم عليها الأخلاق العقدية والتي تحقق التجانس بين العقد وما يحيط به، والذي على أساسه يفسر إجازة القانون للقاضي التدخل بهدف إعادة التوازن المطلوب إلى العقد¹.

بناء على ذلك، وفي ظل التطورات الإقتصادية والتغيرات التي تلحق بالعقد، لم يعد من الجائز اعتبار مبدأ القوة الملزمة للعقد ثابتاً وأنه يمثل الحل الأفضل لكفالة إستقرار العقود. فقد تقتضي العدالة العقدية إعادة النظر في العقد، إذ يمكن أن يتم التعديل بموجب القانون أو عن طريق القاضي(المبحث الأول).

ولما كان العقد هو إتفاق بين إرادتين على إنشاء آثار قانونية، فإنه من البديهي أن لا تتصرف الإلتزامات والحقوق المترتبة على العقد إلا إلى أطرافه، وهذا ما يسمى بمبدأ نسبية آثار العقد الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 108 من القانون المدني. ولهذا المبدأ بعد أخلاقي، حيث لا يجوز إجبار الغير على أمر لم يرتضيه، لأن في فرض إلتزامات على غير المتعاقدين إكراه يتعارض ومبادئ العدالة وترفضه الأخلاق. كما أن قصر إكتساب الحقوق المترتبة على العقد على المتعاقدين يتوافق ومبدأ العدل الذي يهدف القانون إلى تحقيقه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مرونة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بواسطة العنصر الأخلاقي.

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون". يتضح من هذا النص أن المشرع أقر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة، الذي يعد مبدأ أخلاقياً فيما يوجبه من إحترام ووفاء للعهد الذي يقطعه الإنسان، وتبعث عليه إعتبارات إقتصادية تتطلب إستقرار المعاملات بين الناس².

يرجع أنصار المذهب الفردي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إلى الإرادة، بإعتبارها المصدر الأساسي للحقوق والإلتزامات، فطالما إلتزم الشخص المتعاقد بمحض إرادته فهو ملزم بالوفاء بما تعهد

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 44 و 45.

² - عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 21.
-Flour (J) et Aubert (J-L), op.cit, n°385.

به¹. غير أن الحقيقة أن القانون هو الذي يكسب العقد قوته الإلزامية، وكل منهما يستند إلى فكرة العدل².

بناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين قضى المشرع الجزائري ووافقه في ذلك القضاء³، أنه لا يستقل أحد الأطراف بنقض العقد أو تعديله بمفرده، فالعقد يعد بالنسبة لعاقديه كالقانون، لذا لا يستطيع أي طرف أن يتحلل من هذا العقد بإرادته المنفردة طالما يلتزم بإرادته. كما لا يمكن تعديل البنود أيا كان نوعها أو أهميتها، إلا إذا إتفق الطرفان معا على ذلك.

والأطراف يمكنهم الإتفاق على تعديل العقد، بوضع شروط في إتفاقيهم تعرف بشروط تكيف العقد، وهذه الحالة البديهية لتعديل العقد⁴. فقد يحدث أن يتفق المتعاقدان على إعادة النظر في العقد في بعض الظروف، ويمكن أن تكون إعادة النظر هذه آلية، كما هو الحال بالنسبة إلى بند نقدي يحدد السعر الواجب دفعه على أساس قيمة هذا المنتج أو تلك الخدمة. وقد يتم التعديل بموجب إتفاق جديد لاحق للعقد، والقواعد التي تطبق على إبرام العقد الأصلي هي نفسها التي تطبق على الإتفاق اللاحق، خاصة الأحكام المتعلقة بوجوب الإلتزام بحسن النية سواء في إبرام الإتفاق اللاحق أو تنفيذه، إذ أن تعديل العقد أمر لا يتعارض مع مبدأ حسن النية، طالما أنه قد جرى بالتراضي بين المتعاقدين وضمن أحكام القانون ولم يتعارض مع النظام العام والآداب العامة⁵.

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص286.

² - سمير تناغو، المرجع السابق، ص153.

³ - المجلس الأعلى، المؤرخ في 26 ماي 1976، نشرة القضاة، عدد1، 1978، ص 26.

- المحكمة العليا، 1987/06/17، قضية رقم 49174، المجلة القضائية، عدد 3، 1990، ص27 وما بعدها.

⁴ - Terre (F), Simler (Ph) et Lequette (Y), op.cit, P.457 et s.

ويؤدي التعديل الرضائي إلى نوع من الصلح، وهو ككل إتفاق يعتمد على الإرادة المتبادلة للأطراف. والتعديل يمكن أن يؤدي إلى تجديد حقوق الأطراف، وهو ما يتوقف على إرادتهما. ولكن سواء وجد التجديد أو لم يوجد، فإن إلتزامات المتعاقدين لن تغير أبدا طبيعتها التعاقدية. كما أن حكم القاضي الذي سيعلم الإتفاق سيكون حكما كاشفا وغير منشىء، لأن الحكم سيكون بمثابة إعلان للصلح الذي تم بواسطة الأطراف. وسواء تعلق الحكم بإثبات الإلتزام القديم الذي نشأ أولا عن العقد، أو بإثبات الإلتزام الجديد الناشئ عن الإتفاق اللاحق، فإن الإلتزام سيكون في جميع الأحوال عقديا، وسيتعلق الأمر دائما بالكشف عن إلتزام عقدي وليس بخلق إلتزام جديد. راجع:

- Tanagho (S), op.cit, P.139.

ونشير إلى أنه قد تكون هناك إمكانية في تعديل العقد بالإرادة المنفردة في حالات خاصة، على أن الفقيه ديموج يشترط أن ترد هذه التعديلات على المسائل التفصيلية أو الثانوية فقط. أنظر:

- Tanagho (S), op.cit, P.155.

⁵ - Richards (P), op.cit, P.185.

يمكن تبرير منع المشرع تعديل العقد دون إتفاق الأطراف بأن في السماح لأي متعاقد أن يعدل العقد أو ينقضه منفردا عدم إستقرار المعاملات، ولعجز العقد عن أداء مهمته كأداة لتبادل المنافع، لذلك كان الأصل العام عدم جواز نقض¹ العقد أو تعديله إلا بإتفاق أو بنص قانوني. وعلى هذا الأساس تسري قاعدة عدم جواز نقض أو تعديل العقد إلا بإتفاق الأطراف، في حق القاضي أيضا، لأنه ملزم هو الآخر بإحترام بنود العقد كما أتفق عليها دون إضافة أو تعديل. والقاضي لا يمكنه المساس بمضمون العقد وإن كانت بعض شروطه غير عادلة في نظره².

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، حيث ترد عليها بعض الإستثناءات لأن العقد يستمد قوته من القانون لذلك هو يخضع لتطور غايات هذا الأخير، كما أنه يستند في أساسه إلى فكرة العدالة التي قد تتطلب نقض أو تعديل العقد (المطلب الأول).

ويفيد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أيضا أن المتعاقدان يلتزمان بتنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وما هو من مستلزماته، هذا ما لم تطرأ ظروف إستثنائية تجعل تنفيذه مرهقا، حيث تتطلب العدالة منح سلطة للقاضي في هذه الحالة مراجعة العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جواز نقض أو تعديل العقد تحقيقا للعدالة.

إن العدالة العقدية تقتضي تحقيق التوازن المادي للعقد بإعتباره أداة لتحقيق النفع عامه وخاصة. ويقصد بالتوازن المادي للعقد تحقق نوع من التعادل بين أداءات المتعاقدين التي يفترض فيها التباين، حيث ينظر إليه من خلال جميع شروط العقد وبنوده³. فالقانون لا يمنح للعقد القوة الملزمة إلا لأنه يسمح بتحقيق عمليات عادلة ونافعة إجتماعيا، ويترتب على هذه الوظيفة مشروعية تبعية العقد للمصلحة العامة، مع الإحتفاظ بدور أساسي للإرادة الفردية لأنها تسعى لتحقيق منفعة إجتماعية. وتهدف منفعة العقد الإجتماعية إلى تكريس مبدأ الحرية وفي مقابلها المسؤولية، ومبدأ الإستقرار القانوني⁴.

¹ - تشير إلى أنه يتم نقض العقد عن طريق حل الرابطة العقدية بإتفاق الأطراف، وهو ما يعرف بالتنازل إذ يبرم المتعاقدان عقدا جديدا يقضي بإلغاء العقد السابق. ويتم تعديل العقد بنفس الطريقة، أي بإتفاق الطرفين من جديد على تعديل بعض شروطه. أنظر: - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 347 و 348.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 287 و 288.

³ - دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 62.

⁴ - المرجع نفسه، ص 64.

وبناء على ذلك يرى الفقه الحديث أن مبدأ القوة الملزمة للعقد ومن ثم مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، يتمتع بمرونة كبيرة حتى يتكيف مع مستجدات المجتمع المعاصر، وتترجم هذه المرونة، بدهاء، بالسماح بوجود إستثناءات عليه¹. لذلك يتدخل المشرع لإعتبارات معينة تتعلق على وجه الخصوص، بحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وإعادة التوازن العقدي في حال إختلاله، خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد ليشمل تعديل أو نقض أو إنهاء العقد، سواء بواسطة أو بالسماح لأحد الأطراف بذلك (الفرع الأول)، كما يسمح للقاضي في حالات أخرى التدخل لتعديل العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إنهاء العقد أو تعديله بقوة القانون أو بإرادة أحد الأطراف ضماناً للتوازن العقدي.

يستلزم المشرع لتعديل الإلتزامات في العقد وجود خلل في التوازن ناتج عن الإلتزامات المتفاوتة، وإشترط أن يكون التفاوت كبيراً بين أداءات الطرفين، فلا تكون العبرة بالتفاوت الجسيم لأنه يؤدي إلى إنهاء التوازن الإقتصادي في العقد ما يترتب عنه إحلال العقد بالفسخ²، ولا بالتباين اليسير المألوف الذي لا يربط آثاراً على العقد³.

ومتى تحقق الإختلال في التوازن العقدي نجد أن المشرع يتدخل في بعض الأحيان منهيها العلاقة التعاقدية أو معدلاً فيها (أولاً)، وفي بعض الحالات يعطي لأحد الأطراف الحق في إنهاء العقد (ثانياً).

أولاً- حالة إنهاء العقد أو تعديله بقوة القانون.

المبدأ أن المشرع لا يتدخل معدلاً بنود العقد المنشأ على وجه صحيح، حتى لا يؤثر على إستقرار الأوضاع التعاقدية⁴. غير أنه قد يتدخل المشرع بإرادته لينهي العقد أو يعدله رغم إرادة المتعاقدين، ولا يملك القاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية، إذ لا يحق له إبقاء العقد أو إنهائه⁵.

¹ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 37.

² - أنظر المادة 3/561 من القانون المدني.

³ - ويرجع تقدير مدى تأثير التفاوت على التوازن المادي للعقد لقاضي الموضوع، حيث يعتمد على عدة عوامل ومؤشرات لتحديد وجود الخلل بعدم تناسب قيمة المنفعة مع الأداء المقدم، كقيمة التبادلات المرتكزة على قيمة السوق.

- دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 65.

⁴ - Starck (B), op.cit, P.571.

⁵ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 301.

من الحالات التي ينتهي فيها العقد بقوة القانون، وفاة أحد المتعاقدين كما في إنقضاء عقد شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء¹، وانتهاء عقد الوكالة بموت الوكيل أو الموكل². أما عن الحالات التي يعدل فيها العقد بتدخل المشرع نفسه، كما في حالة تحديد الأجرة أو تمديد عقد الإيجار³.

يلاحظ من هذه الأمثلة أن المشرع يتدخل في هذه الحالات بتعديل العقد أو إنهائه تحقيقاً للعدل، فالمشرع يتدخل أحياناً في تنظيم بعض العقود تبعاً للمصلحة التي يجد من الضروري المحافظة عليها، وهي عموماً مصلحة الطرف الضعيف في العقد، الذي يقابله طرفاً يتمتع بوضع إقتصادي متفوق يستغله، غالباً، لفرض الشروط التي تناسبه دون مراعاة لمصلحة الطرف الآخر⁴.

كما أن المشرع يتدخل بهدف مراعاة الإستقرار الإجتماعي، وهذا تأميناً للمصلحة العامة، كما في حالة سقوط الإلتزامات بتقاعس الدائن في المطالبة بتنفيذها خلال مدة معينة⁵.

وإذا كان تدخل المشرع حماية للطرف الضعيف يحرص بموجبه على تنفيذ العقد وفقاً لمبدأ حسن النية وتوافقه مع العدالة، فإنه قد يضطر للتضحية بإعتبارات العدالة عندما يجد أن المصلحة العامة تتأمن بمراعاة الإستقرار الإجتماعي أكثر مما تتأمن بمراعاة العدالة⁶، أي بضمان الأمن القانوني على حساب العدالة.

جدير بالذكر أن المشرع قد يعدل العقد بموجب قانون جديد، حيث قد يعلن أن القوانين الجديدة مطبقة على العقود الجارية بشكل فوري وهذا يترجم تفهقراً أكيداً لحرية الإرادة وإستقلالها. غير أنه في الغالب يبقى القانون الجديد على القانون القديم تحت تأثير نظرية الحقوق المكتسبة التي تفرض أيضاً على الإجتهد القضائي. وتعتبر هذه النظرية قد إقترنت في هذا الشأن بمبدأ إستقلالية الإرادة، وقد أعتبر أن القانون القديم، بالفعل، كان مندمجاً في العقد الذي إستعاد أحكامه ضمناً أو صراحة في بعض الأحيان. وهكذا يرجع بقاء القانون القديم إذا إلى تفوق العقد على القانون، أو على الأقل، إلى تأكيد الطابع الإستثنائي لتدخل القانون في الشأن التعاقدية⁷.

¹ - أنظر المادة 439 من القانون المدني.

² - أنظر المادة 586 من القانون المدني.

³ - أنظر 471 و 474 و 509 من القانون المدني.

⁴ - مصطفى العوجي، العقد، المرجع السابق، ص 90.

⁵ - محمد رياض دغمان، المرجع السابق، ص 131.

⁶ - المرجع نفسه، ص 131.

⁷ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص 172 و 173.

وننوه إلى أن القانون الجديد يمكن أن يجرد في المستقبل شروطا كانت صحيحة في الوقت الذي جرى فيه إبرام العقد، من أي فعالية، فيكون هناك تعديل للعقد. والأمر كذلك عندما يكون الشرط الباطل عنصرا أساسيا للعقد ويكون إستبداله لا غنى عنه، ويمكن أن تحل أحكام القانون محل أحكام العقد¹.

ثانيا - حالة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

قد تفرض الظروف تقرير حق أحد طرفي العقد في إنهاء العقد قبل تنفيذه أو إنتهاء مدته، تكريسا للثقة المشروعة التي يقوم عليها العقد. كما أن التطورات الحديثة في مجال حماية المستهلك خاصة في التعاقد عن بعد، أدت إلى بروز حق جديد للمتعاقد يسمى بحق الرجوع عن التعاقد أو الحق في إعادة النظر في العقد بعد إبرامه، والذي فرضه مبدأ حسن النية.

01- تكريس الثقة المشروعة من خلال إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

يعطي المشرع في بعض الحالات الحق في إنهاء العقد بإرادة أحد المتعاقدين قبل إنتهاء مدته أو قبل تنفيذه، كما هو الأمر في عقد الوكالة حيث تنص المادة 587 من القانون المدني على "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدتها ولو وجد إتفاق يخالف ذلك، فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر". ويرجع ذلك لأن هذه العقود تقوم أساسا على الثقة المتبادلة، فإذا إنعدمت هذه الثقة أو إهتزت أصبح إستمرار العقد غير ممكنا².

وكذلك الشأن بالنسبة لعقد الشركة³، الإيجار⁴ والعارية⁵، إذ أعطى المشرع في هذه العقود الحق لأحد الأطراف إنهاء العقد بإرادته المنفردة، لأن هذه العقود زمنية لم تعين مدتها، وهذا يعني أن المتعاقد ملتزم مدى الحياة، وهو ما يتنافى مع حرية الفرد⁶ ومن ثم مع العدالة.

يلاحظ بأن الحق في نقض العقد في هذه الحالات يتفق مع الطبيعة الفنية لتكوين العقد، فنقض العقد لا يكون إلا في العقود التي تسمح طبيعتها بأن تكون مدتها مرتبطة بإرادة كل المتعاقدين. أما

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص174.

² - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص300.

³ - أنظر المادة 440 من القانون المدني.

⁴ - أنظر المادة 474 من القانون المدني.

⁵ - أنظر المادة 2/546 من القانون المدني.

⁶ - علي فيلال، المرجع السابق، ص288.

تعديل العقد بإرادة منفردة والإبقاء عليه بعد ذلك فيه معنى فرض نظام جديد على المتعاقدين لم يكن موضع إتفاق بينهما¹، كما ينطوي على فكرة تحكم أحد الأطراف في مصير مضمون العلاقة التعاقدية². لذلك فإنه يصعب تصور إعطاء الحق في تعديل العقد لأحد المتعاقدين بإرادته المنفردة، وإن جاز تصور ذلك من جهة القانون أو حكم القاضي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هناك جانب من الفقه الحديث في فرنسا يدعو إلى تجديد مبدأ القوة الملزمة للعقد بحيث يصبح أكثر مرونة لإستيعاب التطورات والظروف الجديدة التي أنتجها الواقع ولا تتناسب مع الصبغة التقليدية لهذا المبدأ. وهذا التجديد لا يقضي على المبدأ من أساسه، حيث تظل له السيطرة على قانون العقد، لكن مع توسيع الإستثناءات التي ترد عليه. ويرى هذا الجانب من الفقه أن وجه التجديد في مبدأ القوة الملزمة للعقد، يكمن في البحث عن أساس آخر، فهناك من يرجع التجديد إلى نظرية النفع والعدل، وهناك من يرجعه إلى نظرية التوقعات المعقولة للدائن³.

02- تكريس حسن النية من خلال حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد.

لعل من أهم مظاهر الحماية القانونية المقررة للمستهلك في التشريعات الحديثة تخويله حق الرجوع عن العقد بعد إبرامه. وتعود مبررات هذا الحق إلى التطور الكبير لوسائل التعاقد وظهور العديد من عوامل الإغراء والحث على التعاقد، كتقديم التسهيلات والدعاية والإعلانات التي تلجأ في الغالب إلى المبالغة في وصف السلعة أو الخدمة، ما يؤثر في إرادة المستهلك حيث تصدر متسارعة دون تفكير ولا تدبر⁴. وهذا يستلزم تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي تحقيقاً للعدالة، وذلك من خلال منحه الحق في الرجوع عن التعاقد، والذي يعد مهلة إضافية للتفكير⁵.

ويجب الإقرار بحق الرجوع عن العقد للمستهلك في المعاملات الإلكترونية، حيث لا يستطيع فعلياً رؤية ومعاينة المنتج المعروض على الموقع الإلكتروني طالما أن التعاقد يتم عن بعد، على أن يتم إستعمال ذلك الحق في مدة معينة، وهذا للحفاظ على إستقرار المعاملات⁶. وهكذا يكون قد تقرر حق

¹ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص154.

² - عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص19.

³ - المرجع نفسه، ص19.

⁴ - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص210.

⁵ - لخضر حليس، المرجع السابق، ص171 و172.

⁶ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص224 و225.

الرجوع لمواجهة صعوبة تقدير المنتج أو الخدمة المقترحة¹، أي صعوبة تقدير ما إذا كانت هذه السلعة أو الخدمة بالفعل توافق رغباته.

يقوم الحق في الرجوع على منح المستهلك الحق في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة خلال مدة معينة من إستلام السلعة أو من إبرام العقد بالنسبة للخدمة². ويعتبر هذا الحق حق شخصي مقرر للمستهلك يخضع لمطلق تقديره، ويمارسه وفقا لما يراه محققا لمصالحه لكن وفقا للضوابط القانونية، لذلك هو ليس ملزما بإبداء مبررات رجوعه عن العقد للطرف الآخر³.

ومن البديهي أن لا يلتزم المستهلك بدفع جزاءات لإستعمال حقه في العدول، غير أنه ملزم بتحمل مصاريف الرد من مصروفات النقل والشحن⁴. وفي ذلك تحقيق للعدالة التي تقتضي، من جهة، تحقق التوازن في العلاقة بين الطرفين، ما يسمح بمنحه الحق في الرجوع دون إلزامه بإبداء تبريرات لذلك، وعدم التعسف في إستعمال حقه ذلك من جهة أخرى، حتى لا يلحق ضررا بالطرف الآخر. ومن الملاحظ أن تلك المصروفات بسيطة لا تؤدي إلى عزوف المستهلك في إستعمال حقه في الرجوع، خاصة أنها لا تحدد من قبل المنتج أو التاجر، إذ العلاقة ستكون في هذه الحالة بين المستهلك والناقل⁵. من المهم الأخذ بعين الإعتبار أن المستهلك غير ملزم بتنفيذ العقد قبل إنقضاء مهلة الرجوع. ويمكن القول أن العقد ليس إلزاميا للمستهلك إلا إبتداء من الأونة التي يمكن أن يكون فيها قابلا للتنفيذ بالنسبة له، وتتحصر مهلة الرجوع عند ذلك في تأخير هذه الأونة⁶. وبناءا عليه يرى البعض أن العقد المتضمن لحق الرجوع هو عقد غير ملزم لأحد طرفيه وفقا للرأي الراجح في الفقه⁷. فهذا العقد يعد، في

¹ -Ferrier (D), La protection des consommateurs, Dalloz, Paris, 1996, P. 25.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 466.

³ - لخضر حليس، المرجع السابق، ص 170.

⁴ - أنظر المادة 5-221 L من تقنين الاستهلاك الفرنسي الجديد.

⁵ - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 648 و 649.

⁶ - جاك غستان، المرجع السابق، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ص 177.

⁷ - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 226.

- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 775.

الواقع، عقدا نافذا منتجا لآثاره لإنعقاده صحيحا ولكنه عقد مقترن بخيار الشرط بنص القانون¹، إذ يمكن أن يفسخ بإرادة واحدة إذا إستعمل المستهلك حقه في العدول في المدة القانونية².

وبهذا يتضح أن أساس حق الرجوع يعود إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي توفر الحماية للمستهلك عبر الأنترنت، من خلال إقرار خيار الشرط حتى لا يتعرض للغش والخديعة في التعاقد الذي يؤدي إلى التنازع وأكل أموال الناس بالباطل،. فهذا الخيار يثبت للمشتري بالشرط حق النظر من جديد في السلعة التي عرضت على شاشة الويب، لأنه يفتقر إلى الرؤية المباشرة التي تقيد العلم الكافي والإدراك الصحيح للسلعة محل التعاقد، فإذا رآها بعد ذلك وكانت على غير حقيقتها ثبت له حق الرجوع عن العقد دون أن يكون ملزما ببيان سبب عدوله³.

أما عن الأساس القانوني لحق الرجوع عن التعاقد فهو مبدأ حسن النية في إبرام العقود وما يقتضيه من حماية للثقة المشروعة، فهذا الأخير يأبى أن يفرض على المستهلك عقد جاء رضاه فيه منتزعا نتيجة أساليب الإلحاح والإثارة ووسائل الإغراء أحيانا، وعوامل الضغط المعنوي أحيانا أخرى⁴.

إن حق الرجوع عن العقد يعني تخويل المستهلك حق نقض العقد بعد إنعقاده بإراده المنفردة، وهو ما يعد مخالفا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي لا تجيز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، لذلك يجب تقرير هذا الحق من قبل المشرع أو النص عليه في إتفاق الطرفين⁵. ويعد هذا الحق من النظام العام لأنه يهدف إلى حماية الرضا الذي يعد أهم ركن في العقد، وبالتالي يقع باطلا كل شرط يحرم أو يحد المستهلك من ممارسة حقه في الرجوع المنصوص عليه في القانون⁶.

ولقد نصت على هذا الحق عدة تشريعات في فرنسا، منها القانون رقم 88-21 الصادر بتاريخ 06 يناير 1988 المتعلق بالبيع عبر المسافات والبيع عن طريق التلفزيون، حيث تنص المادة الأولى منه على أن المشتري له أن يرجع المنتج إلى البائع، إما لإستبداله بأخر أو لردده وإسترداد ثمنه، وذلك

¹ - محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 65.

² - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 249.

³ - شاكر حامد علي حسن جبل، المرجع السابق، ص 450 و 451.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 469.

⁵ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 241.

⁶ - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 653.

خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ تسلم طلبه دون أن تترتب عليه جزاءات سوى مصاريف الرد¹. وكذلك المادة **L221-18** من قانون الإستهلاك الجديد التي تمنح الزبون 14 يوما لإمكانية العدول.

ورد هذا الحق أيضا في القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية، فالمادة 30 من القانون التونسي رقم 83 لعام 2000 مثلا الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، نصت على أنه يجوز للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام تحسب بداية من تسلم البضاعة أو من تاريخ إبرام العقد بالنسبة للخدمات. كما نص مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري على الحق في الرجوع في المادة 20 منه، إذ يعطي للمستهلك مدة 15 يوما لممارسة ذلك الحق بهدف تحقيق حماية أكبر له².

من النصوص التي تناولت الحق في الرجوع يمكن إستنتاج أن القانون يتطلب لممارسة هذا الحق توفر شرطان هما: أن يتم الرجوع خلال المدة القانونية وإلا يكون العقد المبرم من العقود المستثناة من نطاق الحق أو التي تحتاج إلى إتفاق خاص، ولا يوجد إتفاق. وفي إستراط ذلك توفير للمحترف الإستقرار والأمان في تعاملاته. وإلتزام المستهلك بالتمسك بحقه في الرجوع خلال المدة المعينة تقتضيه حسن النية في إبرام العقد³.

كما يتطلب مبدأ حسن النية أن يكون العدول صريحا، يعبر عن رغبة المستهلك في الفسخ خلال المهلة المقررة، ويتم ذلك عادة بخطاب مسجل يرسله إلى المتعاقد الآخر مصحوبا بعلم الوصول⁴. هذا ويلتزم المستهلك وفقا للقواعد العامة أن لا يتعسف في إستعمال حقه في الرجوع، وهو ما أكدته محكمة

¹ - راجع فيما يخص هذا القانون: - جاك غستان، المطول، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص176.

² - ونظم التوجيه الأوروبي رقم 8/97 المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد الحق في الرجوع من خلال المادة السادسة الفقرة الأولى منه التي تنص على "يملك المستهلك في كل عقد عن بعد مدة سبعة أيام عمل على الأقل للرجوع أو العدول دون جزاءات ودون بيان السبب، والمصاريف الوحيدة التي يمكن أن يتحملها المستهلك لممارسة حق العدول هي المصاريف المباشرة لرد البضائع". أنظر: - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص624 و625.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص470 و471.

جدير بالذكر أنه إذا تمسك المستهلك بحقه في الرجوع وإستعمله وفقا للقانون فإنه يترتب على ذلك عدة آثار قانونية أهمها: إلتزام التاجر برد الثمن للمستهلك فورا أو خلال، كحد أقصى، الثلاثين يوما التالية للتاريخ الذي إستخدم فيه المستهلك هذا الحق، وإلا أنتج المبلغ المستحق، تلقائيا، فوائد بالسعر القانوني السائد. كما يلتزم التاجر أو المنتج بقبول المنتج أو السلعة التي أعادها المستهلك، وذلك بعد تحققه من أن الرجوع تم خلال المدة القانونية، وأن السلعة بالحالة التي كانت عليها وقت التسليم، وأن المستهلك قد تحمل مصاريف الرد. - أنظر المادة **L221-5** من تقنين الإستهلاك الفرنسي الجديد.

⁴ - لخضر حليس، المرجع السابق، ص171.

النقض الفرنسية حيث قضت في أحد قراراتها بأن المشتري عليه أن لا يمارس حق الرجوع بسوء نية، وألزمت من يدعي ذلك، أي المحترف، بإثبات سوء النية¹.

إن الحق في الرجوع عن العقد ليس مطلقاً، إذ هناك حالات لا يجوز الرجوع وفقاً لما تقتضيه العدالة العقدية ومبدأ الثقة والنزاهة في التعامل. ولقد حدد المشرع التونسي نطاق الحق في الرجوع من خلال نص المادة 29 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، إذ أقر عدم جواز استعمال الحق في الرجوع في أربع حالات هي:

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل إنتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.
- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب متطلبات شخصية، أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها، أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لإنتهاء مدة صلاحيتها.
- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها ألياً.
- شراء الصحف والمجلات.

وبالنظر إلى أهمية حق الرجوع، يلزم المشرع الطرف الآخر سواء كان منتجاً أو تاجراً أو مقدم خدمة والذي يتعاقد بوسائل الإتصال الحديثة، أن يوضح إن كان يتبع سياسة الرجوع أم لا حتى يكون المستهلك على بينة من أمره، وذلك بإعلامه بهذا الحق صراحة وبوضوح في المرحلة السابقة على التعاقد. فالمشرع الفرنسي مثلاً ألزم من خلال المادة **L221-5** المهني بإعلام المستهلك بحقه في الرجوع وكيفية ممارسته، عدا الحالات التي يستبعد فيها ممارسة هذا الحق، وذلك بطريقة واضحة ومفهومة، بكل وسيلة ملائمة لتقنية الإتصال عن بعد المستعملة².

¹ - نقض مدني فرنسي، في 11 حزيران 1976، دالوز 1978. أشار إليه: - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص471.

² - ولقد رتب المشرع الفرنسي جزاء على الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك بحقه في الرجوع قبل التعاقد والتأكيد عليه في مرحلة التعاقد، حيث نص من خلال المادة **L221-20** من قانون الاستهلاك الجديد على مد أجل ممارسة الحق في الرجوع من 14 يوم إلى 12 شهر، فإذا قام التاجر بتنفيذ إلتزامه بإعلام المستهلك خلال هذه الأشهر من تاريخ إستلام المستهلك للسلع أو قبول العرض، فإنه تسري مدة 14 يوم السابقة.

الفرع الثاني: تعديل القاضي للعقد تحقيقاً للتوازن العقدي المنشود.

الأصل أنه مادام الإلتزام مستحق الأداء وغير مؤجل أو معلق على شرط، فإنه يجب الوفاء به فوراً. إلا أن المشرع لإعتبارات العدالة، منح للقاضي سلطة تعديل شروط العقد خاصة الشرط الجزائي (أولاً) والشروط المجحفة (ثالثاً) بما يحقق التوازن العقدي. وقد يتم التعديل بإعطاء المدين أجلاً معقولاً للوفاء إذا كان حسن النية (ثانياً).

أولاً- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

إن الشرط الجزائي وسيلة لضمان تنفيذ العقد إلى جانب إعتباره وسيلة لتقدير التعويض الناتج عن إخلال المدين بتنفيذ إلتزامه¹. ولقد أقر المشرع الجزائري من خلال نص المادة 183 قانون مدني الشرط الجزائي، أو ما يسمى بالتعويض الإتفاقي الذي يتفق عليه أطراف العقد لمواجهة الإخلال بالإلتزام التعاقدية، سواء تمثل هذا الإخلال في عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخير في تنفيذه. فهذا الشرط هو تقدير جزافي مسبق لتعويض يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين إلتزامه أو تأخر في تنفيذه، هدفه جبر الضرر وإعادة التوازن المالي للعقد².

يستلزم لإعمال حكم الشرط الجزائي الذي قد يرد كبند من بنود العقد أو كإتفاق لاحق للعقد، توافر الشروط التي يتطلبها الحكم بالتعويض بوجه عام، إذ يجب أن يكون هناك خطأ وضرر وعلاقة سببية³. غير أن المشرع أضاف شرطاً آخر لإستحقاق الشرط الجزائي وهو إعدار المدين حماية للطرفين⁴. الأصل إذا تحققت شروط إستحقاق الشرط الجزائي تعين على القاضي الحكم بالمبلغ المنفق عليه دون زيادة أو نقصان. غير أن التسليم بالإلزامية الشرط الجزائي كغيره من شروط العقد مهما كانت قيمته، سواء كانت قليلة تنفي المسؤولية أو كبيرة تفوق حجم الضرر الواقع فعلاً، فيه إنتهاك لمبدأ حسن النية والإنصاف، إذ يعني إجازة التعسف وإقرار الإستغلال من قبل أحد المتعاقدين للآخر، بأن يفرض عليه

¹ - عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003، ص30.

² - المرجع نفسه، ص28.

³ - أنظر في هذه الشروط: - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص86 و87.

⁴ - أنظر المادة 180 و181 من القانون المدني.

والإعذار هو وضع المدين قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ إلتزامه. أنظر: إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص64.

شرطا ينفي مسؤوليته أو يحمله تعويضا مرهقا وغير عادل¹. وأمام هذا الأمر، منح المشرع للقاضي صلاحية تعديل قيمة البند الجزائي بتخفيضه أو زيادته، إذا كان في تطبيقه إجحافا بحق أحد أطراف العقد، وذلك في سبيل حماية المتعاقد من سوء نية المتعاقد الآخر وحفاظا على التوازن العقدي، وبالتالي تحقيق العدالة وما تتطلبه من حسن النية في تنفيذ العقد.

إن العنصر الذي يسمح للقاضي بالتعرف على الظلم في الشرط الجزائي، هو الطبيعة الجزافية لهذا الشرط. وطالما أن المشرع الجزائي يمنع الظلم في العقود، فإن ذلك لا يتحقق إلا بتجريده من طبيعته الجزافية بواسطة السلطة التقديرية للقاضي في تعديله².

وبالنسبة لسلطة القاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي فتتمثل في حالتين، تكمن الأولى في حالة إتخاذ الشرط صفة الغرامة التهديدية، وهذا إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة. وهنا يخفض القاضي الشرط بما يزيل ما فيه من مبالغة وليس بما يجعله مساويا للضرر، دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض، وهو ما يجعل التعديل يؤدي الى تجديد ضروري ومنشئ للإلتزام قضائي³.

نشير إلى أن المشرع لم يحدد معيار تقدير المبالغة في التعويض الإتفاقي، فترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي. أما الفقه فأختلف بخصوص هذا المعيار المتبع، فهناك من إعتد على المعيار الشخصي الذي يأخذ بعين الإعتبار حسن نية المدين لتقرير التخفيض وهناك من تبنى المعيار الموضوعي الذي يركز على الأرقام. غير أن القضاء الفرنسي إتجه إلى المزج بين المعيارين معا حيث لم يقتصر على أساس المبالغة في التقدير فقط و لكن يستند أيضا الى ظروف التعاقد⁴.

أما الحالة الثانية فتكمن في التنفيذ الجزئي للعقد من قبل المدين، فالعدالة تقضي بعدم إلزامية المدين بكامل الشرط الجزائي، ويأخذ القاضي في إطار سلطته التقديرية المنفعة التي جناها الدائن من وراء التنفيذ الجزئي⁵، أي يستطيع أن يخفض التعويض المتفق عليه بمقدار الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي⁶.

¹ - يحيي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 239.

² -Tanagho (S), op.cit, P.174.

³ -Ibid, P.175.

⁴ - أنظر: عبد الرزاق أيوب، المرجع السابق، ص 141 وما بعدها.

⁵ - المرجع نفسه، ص151.

⁶ - Malaurie (Ph) et Ayres (L), op.cit , P.488 et s.

وهذا ما قضت به المادة 184 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على " لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

ويكون باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

يلاحظ من النص أن أحكام تخفيض القاضي للشرط الجزائي من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق على حرمان المدين من طلب تخفيض الشرط إذا نفذ جزئياً إلتزامه، أو إذا كان تقدير الشرط مبالغاً فيه. كما يلاحظ أنه في هذه الحالة أن التعويض الإتفاقي يكون مطابقاً لإرادة المتعاقدين.

أما بالنسبة لسلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي، فقد نصت عليها المادة 185 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد إرتكب غشاً، أو خطأ جسيماً".

يتضح من هذا النص أن القاضي يملك سلطة زيادة مقدار التعويض الإتفاقي بناءً على طلب الدائن، إذا أقام هذا الأخير الدليل على سوء نية المدين بأن أثبت أنه إرتكب غشاً¹ أو خطأ جسيماً، حتى يحقق التوازن بين الضرر الذي لحق الدائن ومقدار التعويض المتفق عليه.

ثانياً - سلطة القاضي في منح المدين نظرة الميسرة.

إن غاية نظرة الميسرة أخلاقية بالدرجة الأولى، تتمثل في مراعاة ظروف المدين المرهق عندما تعترضه صعوبات في تنفيذ إلتزاماته لا يكون قادراً على تجاوزها. وتعد الشريعة الإسلامية أول من شرع نظرة الميسرة، حيث يقول الله تعالى ﴿ وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةٍ فَنَظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ... ﴾²، وقوله صلى الله عليه وسلم ﴿ مَنْ يَسَّرَ عَلَى مُعْسِرٍ يَسَّرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ﴾³.

¹ - إن قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة سليمة ولو لم ينص عليها القانون وتقوم على إعتبارات خلقية وإجتماعية في محاربة الغش وعدم الإنحراف عن حسن النية الواجب إحترامه في العقود.

- إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 67.

² - سورة البقرة، الآية 280.

³ - مسلم بن الحجاج ابو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، دار إحياء الكتب العربية، الجزء الأول، بيروت، دون تاريخ نشر.

تعتبر نظرة الميسرة أجلا قضائيا يمنحه القاضي للمدين بدين حال الأداء متى إستدعت حالته ذلك، حيث يتدخل القاضي بمقتضاه في تنفيذ العقد، وذلك بتأجيل ميعاد الوفاء المتفق عليه بين المتعاقدين أو المنصوص عليه في القانون¹. ولقد أخذ المشرع الجزائري بنظرة الميسرة من خلال المادة 2/281 التي تنص على " غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة، وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

يستفاد من هذا النص أنه يشترط لجواز منح المدين أجلا للوفاء من قبل القاضي، أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك وأن يكون حسن النية في تأخره في الوفاء، لأنه إذا كان سيء النية أو يعتمد طلب إمهاله كوسيلة مباطلة للتهرب من تنفيذ العقد، فإن للقاضي رفض طلبه وإلزامه بالتنفيذ الفوري². والمقصود بحسن النية هنا أن يكون إخلال المدين قليل الأهمية بالنسبة لمجمل ما تم تنفيذه، أو أن للمدين عذرا في تأخره في التنفيذ، فلم يقصد الإضرار بالمتعاقدين الآخر ولم يهمل في الوفاء بإلتزامه ولم يكن قد أخطأ في تفسير إلتزامه العقدي³.

كما يشترط أن يكون المدين ميسور الحال، لأنه إذا كان معسرا لا تكون هناك جدوى من منحه نظرة الميسرة⁴. وأن تكون هناك ظروف سيئة يوجد فيها المدين تستتبع صعوبات في تنفيذ إلتزامه، ويكون غير قادر على تجاوز هذه الصعوبات التي تعترضه⁵. كما يشترط أن لا تتعدى مدة هذه المهلة الممنوحة سنة⁶، ويلاحظ بأن هذه المهلة الممنوحة تكون وقف على المدين الذي منح له الأجل دون غيره من المدينين المتضامنين معه، وأيضا قاصرة على الدائن المحكوم بها في مواجهته⁷.

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 119.

² - مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، المرجع السابق، ص 167.

³ - يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 237.

⁴ - فؤاد محمود عوض، المرجع السابق، ص 484. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 211.

⁵ - محمد رياض دغمان، المرجع السابق، ص 133.

⁶ - تشير إلى أن المشرع الفرنسي حدد هذه المدة بسنتين وفقا للمادة 5-1343 قانون مدني جديد. أما المشرع المصري في المادة 3/346 لم يحدد هذه المدة، ولكن إشتراط أن يكون الأجل معقولا يقدر بقدرة المدين على الوفاء بالدين.

كما تشير إلى أن الفقيه عبد الرزاق السنهوري يذهب إلى أن الأجل غالبا لا يتجاوز سنة لأنها من الطول بحيث لا يظن أن القاضي يمنح أجلا أطول منها، إلا لظروف إستثنائية خاصة. أنظر:

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، المرجع السابق، رقم 463.

⁷ - فؤاد محمد عوض، المرجع السابق، ص 485.

كما يعتد القاضي عند منحه نظرة الميسرة بعدة عوامل أهمها: ظروف المدين وحالته المالية، بالإضافة الى حسن نيته، وظروف الدائن الذي له حق الوفاء الفوري، ويوفق بينهما وبين ظروف المدين. ويضع القاضي أيضا في إعتباره الظروف الإقتصادية العامة، وذلك لتقدير مدى مساهمة هذه الظروف في إساءة مركز المدين، كإنخفاض قيمة النقود وإرتفاع الأسعار¹.

ويشترط الفقه ألا يقوم مانع قانوني يمنع منح نظرة الميسرة، فالقانون منع منحها في حالات معينة، إما مراعاة لمصلحة بعض الدائنين الذين تتطلب أعمالهم سرعة الوفاء ودقته، مثل المادة 2/464 والمادة 467 من القانون التجاري الجزائري اللتان لا تجيزان للقاضي أن يعطي مهلة لدفع قيمة السفتجة أو السندات لأمر. وإما بسبب إشتراط الدائن الشرط الفاسخ الصريح بقوة القانون، وذلك لرغبته في الحصول على الفسخ دون أن يخضع لتقدير القاضي. وإما لإعتبارات معينة يراها المشرع أولى بالرعاية، بإعتباره الحكم في تحقيق العدالة بين الطرفين، وقد يرى تحقق العدالة في حالة منع منح نظرة الميسرة².

جدير بالذكر أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع المصري، لم يورد شرط عدم الإلحاق ضرر جسيم بالدائن من جراء منح المدين نظرة الميسرة. إلا أنه وبالنظر إلى مبرر هذا الشرط إذ ليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن، فإننا نرى أن القاضي بما له من سلطة تقديرية في منح هذا الأجل وتحديد مدته وفقا لمصلحة الدائن والمدين معا، يمتنع عن منح هذا الأجل إذا كان يلحق الدائن ضررا جسيما حتى ولو لم ينص المشرع على ذلك صراحة.

تقوم نظرة الميسرة على أساس متطلبات العدالة والتخفيف من غلو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إذ تعد إستثناء منه، وهي تمنح في طلب التنفيذ³. ونتيجة لذلك يعد هذا الأجل القضائي من النظام العام، إذ يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا للوفاء من تلقاء نفسه أي دون طلب من المدين⁴، ومن ثم

¹ - لتفاصيل أكثر حول العوامل والظروف التي يعتد بها القاضي في منح نظرة الميسرة، أنظر:

- محمد إبراهيم بنداري، نظرة الميسرة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الأمن والقانون، العدد الثاني، السنة 9، كلية الشرطة، دبي، 2001، ص 308 وما بعدها.

² - وهذا على عكس الشريعة الإسلامية التي طبقتها على جميع الديون ولم تستثنى أي دين مهما كانت صفته أو مصدره. راجع: - المرجع نفسه، 301 وما بعدها.

³ - فؤاد محمود عوض، المرجع السابق، ص 485 و 486.

- Tanagho (S), op.cit, P.181.

⁴ - محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص 290.

-Cass civ, 5 juillet 1998, Bull, n° 216, P. 153.

مشار إليه في: - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص122.

لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على استبعاد سلطة القاضي في هذا الصدد. كما لا يجوز أن يتنازل المدين عنها مسبقا في العقد وإن كانت مقررمة لمصلحته، حيث يجوز للقاضي بالرغم من هذا الإتفاق أن يقضي بها لأن هذا التنازل يعتبر باطلا ولا أثر له لمخالفته قاعدة أمر¹. ويعلل الفقه تعلق نظرة الميسرة بالنظام العام بأنها لو لم تكن كذلك لأصبحت الإتفاقات المخالفة بين الطرفين شرطا دارجا، وبالتالي تكون الحماية التي قررها النص للمدين عديمة الأثر².

إن الأجل القضائي يعد منحة للمدين، ولهذا فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في منح المدين نظرة الميسرة إذا قدر أن ظروفه تبررها، كما أن له رفضها إذا رأى ذلك. والقاضي في إستعماله لهذه الرخصة أو لا، غير ملزم بتبرير ما إستخلصه من ظروف الدعوى وملاساتها، لذلك فهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك³. وبهذا يكون حكم القاضي بمنح أجل جديد مُجَدِّدا ومُنشئا للإلتزام قضائي جديد، طالما أن التعديل ضروري⁴.

ثالثا - سلطة القاضي إتجاه الشروط التعسفية.

الأصل في التعاقد حرية كل طرف في المناقشة والمساومة، فتكون الشروط المتفق عليها جائزة ما دامت تحقق المرونة في العقد. لكن قد ينشأ العقد بين طرفين يكون أحدهما متحكما بمصير العقد، حيث يضع فيه شروط تعاقد تراعي مصالحه الخاصة قد تكون مصدرا للتوازن وإضعافا لأحد المتعاقدين، خاصة بالنسبة لصفة شخص المتعاقد كالمستهلك⁵. ويتعلق الأمر بالطابع التعسفي للشروط أو البنود المدرجة في عقود الإذعان والعقود الإستهلاكية والإلكترونية.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، المرجع السابق، رقم 463.

² - وتجدر الإشارة إلى أن نظرة الميسرة تسقط بما يسقط به الأجل الإتفاقي، وذلك بشهر إفلاس المدين وإعساره وإضعاف التأمينات ويتوافر شروط المقاصة. - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الإلتزام، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 216 و 217.

كما يسقط ببسار المدين، وهذا السقوط لا يقع بقوة القانون وإنما يجب أن يصدر حكم من قبل القاضي يقضي به.

- عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 124.

³ - المرجع نفسه، ص 122 و 123.

⁴ - Tanagho (S), op.cit, P.181.

⁵ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 163.

01- سلطة القاضي التقديرية إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

مع التطورات الإقتصادية إنتشرت ظاهرة الشروط التعسفية¹ في عقود الإذعان مما إستدعى تدخلا من المشرع لإقرار مبدأ الرقابة القضائية على البند التعسفي حماية للطرف الضعيف في هذه العقود وتجنباً للتعسف في إستعمال الحق². وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني حيث نص على جواز تعديل القاضي للشروط التعسفية بما يؤدي إلى تحقيق مصلحة الطرف المدعن، أو يعفيه منها كلية، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة.

يتضح من النص أنه لا يقيد سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية إلا ما تفرضه العدالة من ضرورة إعادة التوازن إلى العقد، فله أن يعدل في شروط العقد ليعيد التوازن إليه أو حتى أن يلغي ذلك الشرط ويعفي الطرف المدعن منه بإبطاله. والقاضي بهذا يوفر الحماية للطرف المدعن من سوء نية الطرف الآخر، ذلك أن كل شرط تعسفي يتعارض مع مبدأ حسن النية الذي يفرض أن يكون هناك نوع من التعادل بين أداءات المتعاقدين³.

وعليه تجد السلطة الإستثنائية التي منحها المشرع للقاضي في عقود الإذعان، مبررها في رفع الظلم الذي تنتهه الأخلاق التعاقدية عن الطرف الضعيف المدعن⁴. فهذه العقود تعطي للطرف المدعن منافع مفرطة وغير مألوفة، من خلال البنود التعسفية التي تجعل أداءات الطرفين غير متكافئة، تعكس إختلال التوازن في العقد الذي يخالف قواعد العدالة⁵. وطالما أن سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان منحت بهدف إعادة الثقة العقدية للمتعاقدين وإعادة التوازن العقدي، فإن المشرع في المادة 110 قضى بأنه لا يجوز الإتفاق على حرمان القاضي من سلطته تلك وأن كل إتفاق يخالف ذلك يكون باطلا، لذلك يعد هذا النص من النظام العام⁶.

¹ - تتعدد الشروط التعسفية فمنها ما يتعلق بتكوين العقد، ومنها التي ترد بمناسبة تنفيذ العقد كما يوجد منها ما يسمح بالتمييز بين أطراف العقد في سلطة الفسخ أو إنهاء العقد. لمزيد من التفاصيل حول الشروط التعسفية، أنظر: - حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 112 وما بعدها.

² - محمد رياض دغمان، المرجع السابق، ص 135.

³ - يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 236 و 235.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 125.

⁵ - سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 102.

- محمد رياض دغمان، المرجع السابق، ص 136.

⁶ - سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، المرجع السابق، ص 102.

من الملاحظ أن المشرع أعطى صلاحية تعديل العقد وصلاحية تقدير كون الشرط تعسفياً للقضاء بحسب الظروف، إلا أنه لم يمكن القاضي من التصدي للشرط التعسفي إلا بناءً على طلب من الطرف المدعى عملاً بمبدأ حياد القاضي. ونتفق مع الإتجاه الذي يرى ضرورة منح القاضي الحق في التصدي للشرط التعسفي من تلقاء نفسه، وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة خاصة في عقود الإستهلاك¹.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع أقر بعض النصوص للتصدي لصور خاصة للتعسف في بعض العلاقات التعاقدية، كما في مواجهته للشرط التعسفي في عقد التأمين حيث وفر حماية خاصة للطرف المدعى في هذا العقد من خلال نص المادة 622 من القانون المدني، ففضى ببطان طائفة من الشروط التي ترد فيها وهذا إقراراً لوجوب تحقق التوازن في هذا العقد، مثل الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين والنظم إلا إذا إنطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية.

02- سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في العقود الإستهلاكية التقليدية والإلكترونية.

يعرف الشرط التعسفي بأنه "الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقاً لما تقضي به العدالة"². ويتضح من هذا التعريف أن الشرط يكون تعسفياً إذا اجتمع فيه عنصران: الأول يتمثل في التعسف في استعمال القوة الإقتصادية للتاجر وحصوله بسبب هذا الشرط على ميزة كبيرة، أما الثاني فيكمن في إختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين على حساب المستهلك³. ولتحديد ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا، يجب النظر إلى بنود العقد كاملة، أي النظر إلى الشرط في ضوء بنود العقد كلها⁴.

ولقد جاء تعريف الشرط التعسفي في المادة 5/03 من قانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، من خلال معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد،

¹ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 74.

² - المرجع نفسه، ص 60.

³ - سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، المرجع السابق، ص 102.

⁴ - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 519 و 520.

والتي تعد إنعكاساً بل أساساً لإعمال حماية المستهلك من مثل هذه الشروط الواردة في عقود الإستهلاك المختلفة، وهو ما يقتضي تحديد العدالة والتوازن العقدي داخل إطار العقد¹.

والنظرة التقليدية للشروط التعسفية تربطها بعقود الإذعان، بدليل أن المادة 29 من قانون 02-04 تضع قائمة لتلك البنود التي تفتح المجال نحو المزيد من التحايل طالما أنها جاءت في إطار علاقة غير متكافئة بطبيعتها، والحل الأمثل لمواجهتها يكون، بالضرورة، بالرجوع إلى نص المادة 110 من القانون المدني السابقة التي تجيز للقاضي التدخل للتعديل أو الإلغاء بشرط ورودها ضمن عقد إذعان.

للقاضي فرض رقابته على الشروط التعسفية بالإعتماد على قواعد العدالة ومبدأ حسن النية في معرفة الشروط التعسفية. غير أنه يلاحظ أن المشرع ضيق من سلطة القاضي في تحديد الشروط التعسفية من الناحية الكمية²، حيث يلاحظ ذكر هذه الشروط في شكل قائمة وهو ما يجعل القاضي يتردد في الأفراد بتحديد شرط تعسفي على خلافها، ويتضح ذلك من خلال المادة 29 و 30 من قانون 02-04، والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10/09/2006³.

ويتأكد ذلك خاصة بعدما استحدث المشرع لجنة البنود التعسفية بموجب المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السابق، وحسب المادة 7 منه "تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي...". وتختص هذه اللجنة التي تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة وتحت رئاسته، بوضع توصيات بشأن بنود تعتبرها تعسفية، من شأنها تسهيل ومساعدة القاضي على سبيل الاستئناس وليس الإلزامية⁴.

أما بالنسبة للعقود الإلكترونية فنجد أن الشروط التعسفية تدرج خاصة في العقود النموذجية المعدة سلفاً من المحترف، والمستهلك نتيجة للتفاوت في المراكز المالية التي يوجد فيها لا يستطيع مواجهة الشروط التعسفية التي تملى عليه، والتي تكون في الكثير غالباً مجحفة في حقه وأحياناً ضارة به⁵. أمام

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 164.

² - المرجع نفسه، ص 388.

³ - أنظر الجريدة الرسمية، عدد 56 المؤرخة في 11/09/2006.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 389.

⁵ - لخضر حليس، المرجع السابق، ص 166.

ويعرف الفقه الشرط التعسفي في إطار عقد الإستهلاك الإلكتروني بأنه "الشروط التي يدرجها التاجر أو مقدم الخدمة في العقد الإلكتروني المبرم مع المستهلك، والتي تؤدي إلى إختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين ضد مصلحة المستهلك". أنظر: - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 519.

هذا الأمر وجب حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وإعادة التوازن العقدي، لذلك قررت معظم التشريعات إبطال هذه الشروط كحماية للطرف الضعيف في العقد ولإستقرار التعاملات.

فالتوجيه الأوربي المتعلق بالشروط التعسفية رقم 93-13¹ نص في المادة 1/6 من على أن الدول الأعضاء في الإتحاد الأوربي ملزمة بالنص في قوانينها الوطنية على أن الشروط التعسفية الواردة في العقد المبرم بين المهني والمستهلك لا تلزم المستهلكين، أي أنها تعتبر باطلة. في حين يبقى العقد ملزماً بالنسبة للأطراف إذا كان يمكن أن يبقى دون الشروط التعسفية. ويعتبر نص المادة **Article L212-3** من تقنين الإستهلاك الفرنسي الجديد أن الشروط التعسفية كأن لم تكن، وهو نص متعلق بالنظام العام حيث يكون باطلاً كل إتفاق بين المتعاقدين يقضي بمخالفته.

كما قررت المادة 18 من مشروع التجارة الإلكترونية المصري جواز إبطال ما يرد من شروط تعسفية في العقود النمطية المبرمة إلكترونياً من عقود الإذعان².

جدير بالذكر أن المستهلك الجزائري في العقود التقليدية والإلكترونية لا يستفيد من هذا الحكم بل له الحق في الرجوع الى نص المادة 110 قانون مدني في غياب نص خاص في قانون حماية المستهلك الجزائري وغياب قانون التجارة الإلكترونية، وهو ما يعني أنه يجب أن يكون العقد عقد إذعان وهذا يعني حرمان عدد كبير من المستهلكين للحصول على الحماية في العقود التقليدية التي لا تكون عقود إذعان. وهكذا يتضح أن مسألة تعديل القاضي للعقد في كل الحالات السابقة تعطي مثالا واضحا على إرتباط الصياغة القانونية وإعتمادها على الأخلاق. فالإستثناءات القانونية الواردة على القاعدة القائلة أنه لا يجوز للقاضي أن يعدل في العقد، إشتراط المشرع فيها لتدخل القاضي حسن نية المتعاقد بالنظر إلى أنها تهدف للحفاظ على التوازن العقدي بإعتباره أحد الأسس التي تقوم عليها العدالة العقدية. ولا يتوقف هذا الأمر على سلطة القاضي في التعديل، بل يمتد إلى سلطته في مراجعة العقد متى إستدعت الضرورة ذلك.

¹ - التوجيه متاح على الموقع:

<http://eur-lex-europa-eu/smartapi/cgi/sga-loc?somaptorilceleplusprodDocNumberselg=frsetype-doc=directive>

² - مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري المعد من جانب مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء. نصوصه متاحة على الموقع التالي:

http://www.gn4me.com/etesalt/article.JSP?art_id=1099

المطلب الثاني: مراجعة العقد أداة لإنصاف المدين.

العقد الذي كان من المفروض أن يتم تنفيذه بشكل عادي ضمن الشروط التي إتفق عليها الأطراف، قد تطرأ عليه ظروف غير متوقعة تجعل توازنه يختل، مما يتطلب من السلطة التي تضمن تحقيق العدالة التدخل عن طريق القاضي لمراجعة هذا العقد، وهذا تطبيقاً للقاعدة الأخلاقية التي تدعو إلى إنصاف المدين¹.

فإذا كان منطوق القوة الملزمة للعقد يقتضي بقاء المدين ملتزماً بالوفاء بالتزاماته العقدية مهما كانت الخسارة التي سيتحملها، ولا يمكنه عدم التنفيذ بدعوى أن فيه إرهاقاً، فإن العدالة تتطلب أن يتحمل الطرفان معا آثار أي ظرف طارئ²، لذلك أجاز المشرع للقاضي أن يتدخل ويقوم بتعديل العقد حتى يعيد التوازن الذي إختل بسبب هذه الحوادث المفاجئة (الفرع الثاني)، وذلك وفقاً لقواعد العدالة ومقتضيات مبدأ حسن النية (الفرع الأول).

الفرع الأول: شرعية تدخل القاضي لمراجعة العقد.

لم يرد عند معظم الفقهاء تعريفاً جامعاً مانعاً للظروف الطارئة بالمفهوم المعاصر لفقهاء النظريات، غير أن هناك من حاول تعريفها بأنها " مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغيير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها"³. وتواجه هذه النظرية الفروض

¹ – Ripert (G), op.cit, P.131.

نشير إلى أننا ننتفق مع الرأي الذي يقول بأن العبرة تكون بالحادث نفسه إذا كان إستثنائياً وبآثاره الإستثنائية، على عكس الرأي الآخر الذي يتجه إلى الأخذ فقط بآثار الحادث الإستثنائية فقط. أنظر فيما يتعلق بهاذين الإتجاهين:

– علي فيلالي، المرجع السابق، ص300.

² – عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص89.

– سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، ط1، دار الفكر اللبناني، بيروت، 1987، ص 11.

³ – عبد المجيد الصلاحين، شرط إستبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة من العقد، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الرابع، العدد الثاني، الأردن، 2008، ص53.

عرفت نظرية الظروف الطارئة عدة تطورات، فبعد أن عرفها القانون الروماني في عقد الإيجار فقط، ظهرت بشكل أكبر في القانون الكنسي حيث كانت تطبق على كل العقود، بعدما أقام فقهاء هذا القانون هذه النظرية على أساس قاعدة مفترضة مقتضاها أن العقد يجب أن ينفذ طبقاً لما جاء فيه، بشرط ألا تتغير الظروف التي كانت قائمة وقت انعقاده.

– سمير تناغو، المرجع السابق، ص 158.

لم يتأثر القانون المدني الفرنسي القديم والحديث بما جاء في القانون الكنسي، فلم يأخذ بهذه النظرية بالرغم من محاولة بعض الفقهاء الفرنسيين إيجاد سند لها من القواعد العامة. فهناك من لجأ إلى نظرية السبب معتبراً أن العقد الذي يختل

الخاصة بالعقود التي تراخى تنفيذها، سواء كانت زمنية كعقد التوريد، أو فورية كعقد البيع، وسواء كانت ملزمة للجانبين أو لجانب واحد، وتطراً عليها حوادث مفاجئة لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد، كجعل قيام المدين بتنفيذ التزامه مرهقا، ما يؤدي الى خسارة فادحة يترتب عليها إختلال كبير في التوازن الإقتصادي للعقد¹.

إن فقدان العقد لعدالته بفقدانه لتوازنه وفعالته الإقتصادية يفقده إلزاميته، إذ يصبح المتعاقد الدائن لا يجوز له التمسك أو الإصرار على تنفيذ المتعاقد المدين إلتزامه بالصورة التي تم الإتفاق عليها، لأن ذلك يعد تعسفا في إستعماله لحقه لأنه يلحق ضررا بالمتعاقد المدين تأباه مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود التي توجب حسن الأداء وحسن الإقتضاء². وأمام هذا الأمر يتقرر حق القاضي في مراجعة العقد وتعديله، وهو ما يجعل نظرية الظروف الطارئة قاعدة إنصاف طالما أنها تقضي بضرورة تغيير شروط وبنود العقد بمجرد تحقق ظروف إستثنائية لم يتوقعها الأطراف³. والقانون عندما يمنح القاضي مثل هذه السلطة، فإنه يعبر عن ثقته فيه لأنه يفترض فعلا أن القاضي يجسد العدالة كما يقول أرسطو، لذلك يستوجب على القاضي عند إستخدامه لهذه السلطة أن لا يسيء إستعمالها⁴.

حرص المشرع الجزائري على منع إستغلال فقدان التوازن في حالة تغير الظروف، وذلك حفاظا على الحقوق ومنع تفويت المصالح بصورة لا تتفق مع الإرادة التعاقدية، لذلك أقر نظرية الظروف

فيه إلتزام يصبح دون سبب مقابل له مما يؤدي إلى زوال العقد، ومنهم من رجع إلى نظرية الظروف الطارئة لإلغاء العقد إذا تغيرت الظروف.

-Riper (G), op.cit, P.153.

كما رفض القضاء الفرنسي تطبيقها لخرجها على مبدأ القوة الملزمة للعقد، بالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي أخذ بها منذ عام 1916 وعلى نطاق واسع. - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 98. ونشير إلى أن الفقه الإسلامي عرف فكرة الظروف الطارئة، لكنه لم يستنبط نظرية عامة حولها وإنما أنتج حلولاً حسب الحالات التطبيقية، حيث ظهر ذلك في إقرار مبدأ العذر الطارئ في فقه الحنفية، الذي عرف بأنه "عجز العاقد عن المضي في موجب العقد، ألا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد" وطبقوا مفهومه في عقود الإجارة وما كان على طبيعتها. وكذلك إقرار مبدأ الجائحة في فقه المالكية والحنبلة كمبدأ عام في بيع الثمار والزروع يعتد به عند اللزوم نزولاً عند أحكامه، وهو أمر طارئ حادث بأفة سماوية مثل البرد أو الحر، أو من فعل آدمي لا يمكن تضمينه، يطرأ على الثمار والزروع المبتاعة. أنظر: - عبد المجيد الصالحين، المرجع السابق، ص 52 و 53.

¹- أنظر: - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الإلتزامات، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 223.

- جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 05.

²- محمد شكري جميل العدوي، المرجع السابق، ص 328.

³- جمعة زمام، المرجع السابق، ص 389 و 390.

⁴-Tanagho (S), op.cit, P.157.

الطارئة من خلال المادة 3/107 التي تنص على "غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

ويتجلى من هذا النص أن التعديل الذي يقره المشرع في الظروف الطارئة هو تعديل منشئ لإلتزام قضائي. فبالنظر إلى العبارة المرنة التي إستعملها المشرع في النص السابق "... جاز للقاضي تبعا للظروف..."، يستنتج أن السلطة الممنوحة للقاضي هي سلطة تقديرية واضحة ومطلقة لمواجهة الظروف المختلفة، لذلك يعد التعديل المقرر في هذا النص تعديلا ضروريا¹. فالقاضي ملزم بمراجعة العقد في هذه الحالة بالنظر إلى غاية المشرع من إستحداثه لنظرية الظروف الطارئة، وليس كما يتضح من مصطلح "جاز" الذي إستعمله المشرع، والذي يوحي بأن القاضي غير ملزم بمراجعة العقد وإن تحققت شروط تطبيق النظرية.

ولما كان حسن النية يستلزم أن يحقق كل متعاقد فوائد من العلاقة التعاقدية ذات طابع أخلاقي، مما يتطلب أن لا يستفيد أحد الأطراف من عقد إختل توازنه بسبب التغيير غير المتوقع للظروف الإقتصادية من قبل الأطراف عند التعاقد، فإنه يصح القول بأن أساس التعديل القضائي في حالة تغير الظروف الإقتصادية الذي أقره المشرع هو مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الوارد في المادة 1/107². فتوفر هذا المبدأ في العلاقة العقدية هو الذي يضيفي الصبغة الشرعية لتدخل القاضي لتعديل العقد، وهو ما يعد خروجاً عن المفهوم التقليدي لدور القاضي فيما يتعلق بالعقود المبني على فكرة التدخل المحدود إستناداً إلى مبدأ حرية الارادة³، وذلك بإعتباره وسيلة تسمح بإيجاد حلول منصفة لمشاكل قانونية⁴.

¹ -Tanagho (S), op.cit, P.179.

² - نشير إلى أن بعض الفقه ينتقد موقف المشرع الجزائري في وضعه لنظرية الظروف الطارئة ضمن أحكام المادة 107 وليس المادة 106 التي تنص على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويبررون ذلك بأن نظرية الظروف الطارئة تعتبر إستثناء يرد على هذا المبدأ، لذا من المنطقي أن تتبعه كما فعل المشرع المصري حيث نص في المادة 1/147 قانون مدني على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ثم أرفهه في الفقرة الثانية بنص يقر فيه بنظرية الظروف الطارئة. راجع :
-علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 89 و 90 .

³ - Jaluzot (B), op.cit, P.245.

⁴ - Ibid, P.248.

ويدعم هذا القول إتجاه الفقه المقارن الذي لم يكتف بالمفهوم السلبي لحسن النية في كونه يرتكز على عدم الإضرار بالغير، إلى توسيع مفهومه ليشمل كل فعل من شأنه تحقيق فائدة للمتعاقد الآخر على أساس واجب التعاون¹. كما تعززه فكرة أن مبدأ حسن النية يؤدي إلى أخلقة العقد عموماً، فهو يمثل صمام الأمان للمعاملات لكونه يمنع بعض التصرفات التي تنبذها الأخلاق من جهة، ويمنح مرونة لنظام العقد من جهة أخرى، إذ يبحث عن التوفيق في العناصر الذاتية والموضوعية للعقد على أساس تركيب المنفعة والعدل، وهذا التوفيق يندرج ضمن رقابة القاضي المطلع على التطورات².

وهكذا يمكن الإستناد على مبدأ حسن النية كأساس لنظرية الظروف الطارئة بحكم أنها من مقتضيات إستمرار تنفيذ العقد بحسن نية كمبدأ منصف. والقاضي يعتبر قد حل محل إرادة الأطراف المتضررة من الحوادث الإستثنائية، وبذلك سيحاول إيجاد حل يسمح بإستمرار تنفيذ العقد بحسن النية.

الفرع الثاني: النزعة الموضوعية الأخلاقية لمراجعة العقد.

يمنح القانون تطبيقاً للقاعدة الأخلاقية التي تدعو إلى إنصاف المدين، سلطة إستثنائية للقاضي لمراجعة العقد الذي كان من المفروض أن يتم تنفيذه طبقاً للشروط التي إتفق عليها الأطراف، وذلك متى طرأت على العقد ظروف غير متوقعة تجعل توازنه يختل.

ويشترط المشرع من خلال المادة 3/107 قانون مدني تحقق شروط موضوعية معينة، حتى يتولى القاضي دوره في إعادة التوازن العقدي المختل أو المفقود بسبب الظروف الطارئة (أولاً)، الذي يتحدد تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين بما يحقق العدالة (ثانياً).

أولاً: الشروط الموضوعية لمراجعة العقد.

إستوجب المشرع من خلال نص المادة 3/107 توفر عدة شروط حتى يتمكن القاضي من التدخل لتعديل العقد نتيجة الظروف الطارئة، وتتمثل هذه الشروط في:

1- وقوع حوادث إستثنائية عامة وغير متوقعة.

إن دور القاضي ينحصر في البحث في أثر الحادث على تنفيذ الإلتزام مهما كان أصله أو السبب في حدوثه، لذلك لم يقيد المشرع الحادث الطارئ بكونه عملاً أو واقعة، ولكنه إشتراط أن يكون إستثنائياً، عاماً وغير متوقع. ويكون الظرف إستثنائياً إذا كان غير مألوف لكونه نادر الوقوع كالحروب والزلازل

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 390 و 391.

² - Ghestin (J), traité, la formation du contrat, op.cit. P.257.

والأوبئة، أو فرض تسعير إجباري¹، وإلا شملته نية المتعاقدين وأصبح قبول مواجهة إحتماله قبولا عقديا، كما هو الحال في عقود الغرر لأن أصحابها رضوا بفكرة المغامرة ومواجهة الظروف الطارئة². ويؤكد المشرع على إستثنائية الحادث لمنح القاضي مجالا لتعديل العقد، وذلك حتى يؤمن الحد الأدنى من الإستقرار العقدي اللازم لها في حدود الإنصاف³.

ويستلزم المشرع أن يكون الحادث عاما، لأنه لا يعتد بالحوادث الإستثنائية الخاصة بالمتعاقدين والمدين وحده كإفلاسه. غير أن هناك إتجاه فقهي ينتقد هذا الشرط، فالأستاذة زمام جمعة تقول " لا نرى ما يبرر تشدد من جانب المشرع في وصف الحادث الإستثنائي بأن يكون عاما، لأنه يخالف الإتجاه الجديد في نظرية الظروف الطارئة ويضيق من نطاق تطبيقها، لا سيما وأن البعد الإجتماعي للعقد كفيل لتكريس التعاون والتضامن العقدي بإعتبارها من مبادئ قانون العقود"⁴. ومن جانبنا نتفق مع رأي الأستاذة لأن تبريرها منطقي، خاصة أنه يتفق مع المفهوم الحديث للعقد الذي يقوم على الثقة المشروعة والتعاون، وهو ما يتوافق مع مقتضيات الأخلاق العقدية التي تقضي بمراعاة حسن نية المتعاقدين.

كما يستوجب المشرع أن يكون الظرف أو الحادث غير متوقع، أي لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه في حد ذاته لا أثره وقت إبرام العقد، لأن الحادث الإستثنائي غير المتوقع لا يمكن للمدين دفعه أو تحاشيه⁵. ومعيار تقدير التوقع من عدمه هو معيار موضوعي لا يتعلق بشخص المدين، لأنه أكثر إنسجاما مع هذه النظرية، حيث يتم تحديد درجة عدم التوقع للحادث في ضوء الظروف المحيطة بالعملية التعاقدية بالنظر لسلوك الرجل العادي⁶.

غير أنه وبالنظر إلى العلاقة القائمة بين القيمة الإقتصادية للإلتزام وأسعار السوق، دون أن تكون هناك علاقة بالأحداث الخارجية في حد ذاتها، يكون من المفروض منطقيا الأخذ بعين الإعتبار الطابع

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 235.

ونتفق مع الرأي الذي يقول بأن العبرة تكون بالحادث نفسه إذا كان إستثنائيا وبآثاره الإستثنائية، على عكس الرأي الآخر الذي يتجه إلى الأخذ فقط بآثار الحادث الإستثنائية فقط. أنظر فيما يتعلق بهاذين الإتجاهين:

- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 300.

² - محمد مهدي الجم، المرجع السابق، ص 19.

³ - Ripert (G), op.cit, P.131.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 394.

⁵ - صبري السعدى، المرجع السابق، ص 306.

⁶ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 122. - علي فيلالي، الإلتزامات، مرجع السابق، ص 375.

غير التوقعي لزيادة الأسعار لا الحادث المسبب لذلك، طالما ثبت أن هذا الأخير ليس هو المنتج للتوازن بين الإلتزامات المتبادلة وإنما لآثاره¹. وأمام هذا الأمر يكون على المشرع تعديل المادة 3/107 بحيث تستوعب صفة عدم التوقع للحادث وأثره.

2- ترتب الإرهاق في تنفيذ الإلتزام بسبب الحادث.

قد يترتب عن تغير ظروف تنفيذ العقد أن تصير الإلتزامات أحد الأطراف مرهقة له²، إذ لا يمكنه تقادي الحدث المخل بتوازن العقد، أي لا يمكنه مقاومته. وتعتبر فكرة الإرهاق فكرة موضوعية، ينظر فيها إلى ظروف العقد ذاتها وليس إلى ظروف المدين الخاصة. وعليه فإن معيار الإرهاق هو معيار موضوعي أيضاً، إذ يقدر في ضوء الإلتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة المتعاقدين، فلا يعتد في تقدير إرهاق المدين في تنفيذ الإلتزام إلا بما ورد في العقد من إلتزامات وحقوق³. وهذا المعيار الذي أخذ به القضاء المقارن يحقق العدالة بين المتعاقدين⁴، لأن الهدف من هذه النظرية إعادة التوازن الإقتصادي لعقد أخلت بتوازنه خسارة فادحة غير مألوفة حصلت من ظرف طارئ غير متوقع⁵.

يتحقق الإرهاق إذا كان تنفيذ الإلتزام يسبب للمدين خسارة فادحة بالنسبة لهذه الصفة بالذات، حتى لو كانت الخسارة بسيطة بالنسبة لثروته في مجموعها⁶، لذلك لا يعتبر فوات الربح من قبيل الخسارة⁷. وعليه يتم تحديد مدى إرهاق المتعاقد في تنفيذه لإلتزاماته بالنظر إلى أمرين، إما بزيادة تكاليف تنفيذ الإلتزامات أو بإنخفاض قيمة مقابل الأداء⁸. وتقدير الإرهاق يعود إلى سلطة القاضي، حيث عليه إستخلاص الحالة التي تؤدي إلى إرهاق المدين من ظروف كل قضية ووضعه فيها⁹. فيحدد خسارة

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 396.

² - لا يعتد بالحادث الطارئ إلا إذا أصبح تنفيذ الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا، وهذا ما يميزه عن القوة القاهرة. فبالرغم من أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، إلا أنهما يختلفان في أثرهما في تنفيذ الإلتزام. أنظر في المقارنة بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة: - جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 6 وما يليها.

³ - محمد مهدي الجم، المرجع السابق، ص 21. - فؤاد محمود عوض، المرجع السابق، ص 233.

⁴ - أنظر: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 303.

⁵ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 130.

⁶ - جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 122.

⁷ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 130.

⁸ - عبد اللطيف هني، المرجع السابق، ص 100.

⁹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 308.

المدين على أساس الظروف والأحوال التي أدت إليها، والموازنة بين مصلحة الطرفين المتأثرة بها، طالما أنها تتأثر بتغيير الظروف وبمصلحة المدين¹.

ثانياً: الإنصاف معيار سلطة القاضي في مراجعة العقد.

أقر المشرع أنه متى تحققت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضي مراجعة العقد، بتعديله إن إقتضت العدالة ذلك. وتجدر ملاحظة أن سلطة القاضي في مراجعة العقد بسبب هذه الظروف تعد من النظام العام، حيث يقضي نص المادة 03/107 ببطلان كل إتفاق يخالف أحكامها²، وهذا لتفادي تحكم الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وبذلك يضمن سيادة حكم النظرية الذي يستمد أساسه من القواعد التي تميلها مبادئ العدالة³.

في الواقع، لا يمكن الأخذ بعين الإعتبار الأثر الناتج عن الظروف الطارئة إلا بمقتضى القواعد الأخلاقية لتعدد الحالات وإختلافها، ما يجعلها تستعصي على أية قاعدة قانونية عامة طالما أنها تقتصر على وضع الأطر الخارجية لعمل القاضي الذي يتولى بدوره تنظيم دور وتأثير الظرف الطارئ، حسب كل حالة طبقاً لمقتضيات حسن النية⁴. وبناءً على ذلك يجب على القاضي أن يخفف عبء الإلتزام عن المدين إلى الحد المعقول، بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين. وبهذا يكون المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في كيفية تعديل العقد، فله الحق في إختيار الحلول لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، بما يراه متماشياً ومقتضيات العدالة وحسن النية⁵.

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 130.

² - نوه إلى أن هذا الحكم يخالف الحكم الذي قرره المشرع فيما يتعلق بالقوة القاهرة، حيث أجاز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة في المادة 1/178، بالرغم من أنها أكثر خطورة من الحادث الطارئ. وتبرير ذلك يرجع إلى أن الإتفاق على تحمل المدين تبعه القوة القاهرة يعتبر نوع من التأمين الذي لا يقدم عليه المدين مضطراً، أما الإتفاق على تحمل المدين تبعه الحادث الطارئ فيعد مغامرة قد يضطر إلى الإقدام عليها، وهو ما يخالف قواعد الإنصاف والعدالة.

غير أنه يجوز للمدين المرهق، بعد وقوع الحادث الطارئ، أن يتفق مع دائته على مخالفة الجزاء الذي قرره المشرع في هذه الحالة، حيث يعتبر الإتفاق هنا غير محاط بشبهة الضغط على المدين، لأن هذا الأخير يعتبر قد تنازل عن حقه في التمسك بالحادث الطارئ وفي نفس الوقت قد تعهد بتنفيذ إلتزاماته كاملة كما أتفق عليها. راجع: - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 728 و 729، هامش رقم 02.

³ - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 36

- عبد المجيد الصلاحيين، المرجع السابق، ص 54.

⁴ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 110.

⁵ - المرجع نفسه، ص 111.

مما يجب ملاحظته، أن رد الإلتزام إلى الحد المعقول لا يكون إلا بالنسبة إلى الحاضر، فإذا كان العقد مستمرا أو كان مؤجلا التنفيذ وعدل القاضي آثاره ثم زال الحادث الطارئ الذي إقتضى هذا التعديل قبل إنتهاء مدة العقد، وجب إلغاء التعديل من وقت زوال الحادث الطارئ، والعودة بالعقد إلى ما كان عليه من قبل. وقد تستجد بعد التعديل حوادث طارئة أو يشتد الظرف الأول أو يخفف، فليس هناك ما يمنع القاضي من إعادة النظر في التعديل الذي قضي به بالزيادة أو النقصان¹.

إن الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الإلتزام يقصد به الإنصاف، لأن هذا الأخير يؤدي إلى رد المرهق إلى المعقول². ويرد القاضي الإلتزام إلى الحد المعقول إما عن طريق إنقاصه أو زياده إلتزام الدائن، وإما عن طريق وقف تنفيذ العقد حسب الظروف.

1- إنقاص إلتزام المدين.

يكون الإنقاص من حيث الكم أو الكيف، فقد يحكم القاضي بإنقاص إلتزام المدين، كإنقاص الثمن أو إعفاء المدين من دفع الفائدة، إذا كان العقد بيعا والمدين الذي أصابه الإرهاق هو المشتري³. وقد يتمثل الإنقاص في إعفاء المدين من أجل التنفيذ، أو جودة الشيء المبيع⁴، والقاضي هنا يهدف من الإنقاص التقليل من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين بتوزيع مقدارها بين الطرفين مراعييا مصلحة كل منهما⁵. فنظرية الظروف الطارئة تهدف إلى التخفيف عن المدين رحمة به، ولا تسعى إلى إبعاد كل خسارة عنه، لذلك فهي تقتصر التخفيف على العبء الإستثنائي الذي وقع، ولا تمس العبء العادي المألوف في التعامل⁶.

2- زيادة إلتزام الدائن.

تتم زيادة إلتزام الدائن بزيادة مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين، فيتحمل كل متعاقد جزء من الخسارة المترتبة على الظرف الطارئ⁷. ففي عقد البيع قد يرفع القاضي الثمن عن ذلك المحدد في العقد، ولكن دون أن يحمل الدائن كامل الزيادة في السعر، بل يوزعها على الدائن والمدين¹.

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 135.

² - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 400.

³ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 164.

⁴ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 304.

⁵ - عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 90.

⁶ - المرجع نفسه، ص 96.

⁷ - جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 136.

جدير بالذكر أن الأستاذ علي فيلاي لا يرى صحة الرأي القائل بأن النتيجة واحدة، سواء زدنا في إلتزام الدائن أو أنقصنا من إلتزام المدين، فهو يذهب إلى أن المادة 107 واضحة وصريحة، تقيد القاضي بالنظر في الإلتزام المرهق أي إلتزام المدين. ويضيف بأن النص بالفرنسية ينطوي على مصطلح Réduire الذي يفيد الإنقاص لا الزيادة.²

3- إيقاف تنفيذ العقد فترة من الزمن.

قد يكتفي القاضي بوقف تنفيذ العقد حتى تزول آثار الحادث الطارئ، متى كانت هذه الآثار مؤقتة يقدر لها الزوال في وقت قصير، وكان وقف تنفيذ العقد لا يسبب ضررا كبيرا للدائن³. ومثال ذلك تعهد مقاول بإقامة مبنى، ثم ترتفع الأسعار لبعض مواد البناء لحادث طارئ إرتفاعا فاحشا ولكنه إرتفاع يوشك أن يزول لقرب إنفتاح باب الإستيراد، فيوقف القاضي في هذه الحالة إلتزام المقاول بالتسليم في الموعد المحدد في العقد، وذلك حتى يتمكن من تنفيذ إلتزامه دون إرهاق، وهذا إذا لم يترتب عن ذلك ضرر جسيم لرب العمل⁴.

من المهم الإشارة إلى أن القاضي لا يملك إلا تعديل العقد إذا تحققت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وبالتالي لا يمكنه الحكم بفسخ العقد، فسلطته مقيدة برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ما يعني الإبقاء على العقد وتوزيع تبعه الحادث على طرفي العقد⁵. وتوزيع عبء الخسارة على الطرفين تفيد أنهما يشتركان في الإرهاق، لذا يشركهما القاضي في رد الإلتزام إلى الحد المعقول. ويرى الأستاذ الشواربي أن المشرع بعدم وضعه لقاعدة للتوزيع أراد أن يكون التوزيع إنسانيا محضا، يستهدي القاضي فيه بظروف القضية وبمصلحة المدين، وهذا الأساس لا يوجب أن يكون تحمل الخسارة من

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 309.

² - أنظر في تبريرات هذا الإتجاه: - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 305 و 306.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 309.

- قرار رقم 212782 المؤرخ في 2000/01/12، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2001، ص 114.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 725.

⁵ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 165.

نشير إلى أن الأستاذ علي فيلاي يرى أن القاضي يمكنه فسخ العقد طبقا للمادة 107 لأن الفسخ يعد فعلا في بعض الحالات الخاصة وسيلة حقيقية لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. أما الأستاذ محمد عبد الجواد فذهب إلى القول بأن "الفسخ كوسيلة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، يكون أمرا حتميا خاصة في حالة إرتفاع الأسعار إرتفاعا فاحشا، حيث يتعذر على المدين تنفيذ إلتزامه ولو زاد القاضي في إلتزام الدائن". راجع في ذلك: - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 306.

الطرفين برقم واحد بكل الظروف، بل قد تكون مصلحتهما في إختلاف نسبة إشتراك كل منهما في الخسارة، وربما أوجبت العدالة هذا الإختلاف¹. ونحن نذهب إلى ما ذهب إليه الأستاذ الشواربي لأنه يوافق ما تمليه الأخلاق العقدية في هذه الحالة.

وعليه نستنتج أن نظرية الظروف الطارئة هي نظرية أخلاقية بإمتياز، إذ يعود أساس منح المشرع للقاضي سلطة التدخل عندما يحدث إختلال في الإلتزامات نتيجة الظروف الطارئة، إلى مبادئ العدالة وما تقتضيه من حسن النية في تنفيذ العقد وعدم التعسف في إستعمال الحق. فالإرهاق الذي يترتب على الظرف الطارئ والذي يلحق بالمدين أضراراً جسيمة، لا تقبله القيم الأخلاقية ويتعارض مع الهدف الأساسي للقانون وهو تحقيق العدل في التعاملات. وتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي في هذه الحالة فيه إنصاف للطرف الضعيف، بالإضافة إلى الحفاظ على إستقرار التعامل حيث يحقق مصالح الأطراف المرجوة من العقد من خلال إستمراره.

نخلص في الأخير إلى أن أعمال العنصر الأخلاقي وما يقتضيه من حسن نية لتحقيق العدالة العقدية، أدى إلى التخفيف من حدة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بما يتناسب والمفهوم الإجتماعي للعقد، وهو ما يستدعي مرونة مبدأ نسبية آثار العقد بالضرورة.

المبحث الثاني: مرونة مبدأ نسبية آثار العقد بواسطة العنصر الأخلاقي.

إذا إستكمل العقد كل أركانه وشروطه القانونية فإنه يصبح شريعة للمتعاقدين، أي قانوناً خاصاً بهم، مما يستوجب على كل متعاقد أن يقوم بتنفيذ الإلتزامات التي فرضها العقد عليه كما ينفذ الإلتزامات المفروضة عليه بموجب القانون. فالمتعاقد طالما أبرم العقد بإرادته الحرة والسليمة، لا يكون أمامه إلا الخضوع لأحكام العقد وشروطه وتنفيذها بحسب النية المشتركة للمتعاقدين، في سبيل تحقيق الهدف الذي توخاه المتعاقدان من العقد.

غير أنه لما إتضح أن إطلاق مبدأ الحرية التعاقدية قد يؤدي إلى ظهور الظلم في العقد، إذ قد ينتج عن سوء إستخدامه الإستغلال المكروه عرفاً والمحظور قانوناً من أحد الطرفين، فإنه إستلزم تقييد هذا المبدأ من خلال مبدأ حسن النية الذي يكفل تحقيق التوازن العقدي، بإعتباره وازع شخصي بإمكانه

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 134 و 135.

تقييد وضبط إرادة المتعاقدين في تحقيق مصالحهم، حيث يقتضي من الطرفين تنفيذ العقد بمراعاة الأخلاق التعاقدية للحصول على ما إستهدفته الإرادة المشتركة من تحقيق النفع والعدل معا¹.

إن حسن النية في العقود قاعدة أخلاقية يؤدي إعمالها إلى قيام توازن عقدي، وتميل التشريعات اليوم إلى تحقيق نوع من العدالة بين المتعاقدين يكون أساسها هذا المبدأ. وحسن النية يعني تنفيذ العقد على نحو مفيد وعادل، وهو ما يحمل المتعاقدين على التحلي بالصفات الفاضلة، وصولاً إلى غاية كبرى تتمثل في تنفيذه في ظروف تسود فيها قيم الأمن والثقة²(المطلب الأول).

وإذا كان الأصل عدم إنصراف آثار العقد إلى الغير، غير أن المشرع أجاز الخروج على مبدأ نسبية آثار العقد في شقه الإيجابي، حيث قرر المشرع أن الغير يمكن أن يكتسب حقا من العقد، ويكون ذلك عن طريق الإشتراط لمصلحة الغير. كما أقر المشرع أنه يجوز أن يلزم الغير بتنفيذ عقد لم يكن طرفاً فيه متى قبل ذلك، وهو ما يظهر في نظرية التعهد عن الغير. وطالما أن الغير إمتدت إليه آثار العقد سواء تمثلت في الحقوق أو الإلتزامات المترتبة عنه، فإنه يكون ملزماً هو الآخر بالتقيد بما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الذي تقتضيه قواعد العدالة(المطلب الثاني).

المطلب الأول: إلتزام المتعاقدين بتنفيذ العقد بحسن نية.

يكفل مبدأ حسن النية ضمان التوازن أثناء تنفيذ العقد، حيث يستوجب على المتعاقدين تنفيذ الإلتزاماتهما بما يتناسب وما تقتضيه إعتبارات العدالة والإنصاف التي أصبح تنفيذ العقد ونفاذه منوطاً بها، والتي تستلزم مراعاة ظروف المتعاقدين وكل ما يحقق المساواة بينهما. ويضمن القانون تحقيق هذا

¹ - دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 66.

² - ولقد نصت الشريعة الإسلامية على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويظهر هذا في قوله الله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ ﴾. أنظر: سورة المؤمنون، الآية 8. ثم نصت على الحكم الذي يكفل تنظيم التعامل بين الناس على خير هدى، وذلك يتضح من خلال تحريم سوء النية في نطاق التعامل الذي يتحقق بتجنب الغش والخديعة والظلم، وهو ما يتجلى في قوله سبحانه وتعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ... ﴾. أنظر: سورة النساء، الآية 29. وقوله تعالى ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾.

وتؤكد ذلك السنة النبوية الشريفة، فهناك أحاديث كثيرة تحض على الأمانة وعدم الغش والخديعة، منها قوله صلى الله عليه وسلم ﴿ مَنْ غَشَا فَلَيْسَ مِنَّا ﴾. رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه. صحيح مسلم، ص 99. وقوله صلى الله عليه وسلم ﴿ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ ﴾. حديث حسن: أنظر: الموطأ للإمام مالك بن أنس، المكتبة التوفيقية، ب.ت.

الأثر من خلال الجزاء الذي رتبته المشرع عند مخالفة مبدأ حسن النية، والمتمثل في الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ في مرحلة تنفيذ العقد، والحق في المطالبة بالتعويض إن إقتضى الحال ذلك¹.

وبناء على ذلك يلتزم المتعاقدان بتنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وما هو من مستلزماته، وعليهما أن يتحليا في تنفيذ إلتزاماتهما بحسن النية. وبما أن القوة الملزمة للعقد لا تنصرف إلى المتعاقدين بأشخاصهما فقط، بل تنصرف إلى خلفهم العام والخاص أيضا بإعتبارهما ليسا من الغير، فإن هذا الخلف أيضا ملزم بإحترام حسن النية ومراعاة مقتضياته والتقيد بها متى إنصرفت إليه آثار التصرفات التي قام بها السلف². فالخلف العام هو إمتداد السلف فيما آل إليه، لذلك يفرض عليه أن ينفذ الإلتزامات التي رتبها العقد على سلفه وآل إليه تنفيذها بطريقة منققة مع حسن النية تتم عن أمانة وإخلاص وثقة ونزاهة، وأن يمتنع عن كل ما يعتبر مظهرا لسوء النية من غش وتحايل. كما أن الخلف الخاص ملزم أيضا بالتقيد بما يقضي به مبدأ حسن النية سواء في تلقي الحقوق والمطالبة بها أو في تنفيذ الإلتزامات التي آلت إليه، بنفس الطريقة التي إلتزم بها سلفه المتعاقد³.

إن المقصود بإلتزام المتعاقد دائما كان أو مدينا بحسن النية في تنفيذ العقد أن تتوافر لديه نية تنفيذ العقد وفق ما تمليه القوة الملزمة للعقد، والتقيد بكل ما يتطلبه هذا الإلتزام من قيام بأفعال أو إمتناع عنها. فالمتعاقد عليه أن يقدّم على تنفيذ إلتزاماته بما يطابق نية الطرفين عند التعاقد، وطبقا للهدف الحقيقي الذي صبا إليه المتعاقدان، لذلك يجب أن يتم التنفيذ وفقا لما تقتضيه الأمانة والنزاهة والثقة المتبادلة التي يستوجبها التعامل الشريف⁴.

جدير بالذكر أن المشرع يكافئ المدين حسن النية بمنحه نظرة الميسرة في الوفاء⁵، وعلى العكس تقوم مسؤولية المتعاقد سيء النية إذا أخل بمبدأ حسن النية أي بإخلاله بالإلتزامات التي يقتضيها، فيكون مسؤولا عن تعويض كل ضرر يترتب عن ذلك⁶.

وهكذا يضيفي مبدأ حسن النية على العقد طابعا أخلاقيا، إذ يقيم العلاقات بين الأفراد على أساس الأخلاق التعاقدية(الفرع الأول). وبما أن الأخلاق بما تقتضيه من عدالة وإنصاف، توجب على المتعاقد

¹ - أنظر المادة 119-123 من القانون المدني الجزائري.

² - أنظر المادة 108 و109 من القانون المدني الجزائري.

³ - يحيي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص288.

⁴ - المرجع نفسه، ص257.

⁵ - أنظر المادة 281 من القانون المدني الجزائري.

⁶ - أنظر المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري.

إستعمال حقه ضمن الحدود المشروعة، فإنه يكون على كل متعاقد عند تنفيذ العقد أن لا يتعسف في إستعمال حقوقه وإلا عد مخالفا لمبدأ حسن النية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكريس الأخلاق التعاقدية كمظاهر لحسن النية في تنفيذ العقد.

يرجع المعيار الذاتي والموضوعي لحسن النية في العقود في أساسه إلى قواعد العدالة وقواعد الأخلاق، ذلك أن هذين الأمرين يقران حسن النية في العقود، لأن قواعد العدالة تولد في نفس الفرد شعورا يتجه به إلى إعطاء كل ذي حق حقه، وقواعد الأخلاق تحثه دائما على أن تكون تصرفاته متفقة مع أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته¹. لذا غالبا ما تكون قواعد القانون مشبعة بالعنصر الأخلاقي، لأن القانون هو إنعكاس لسلوك الأفراد في المجتمع الذي يعيشون فيه².

والعقد بإعتباره أداة لتبادل الأموال والخدمات وتلبية الحاجات الإجتماعية، فإنه يعد أداة لتحقيق النفع العام والخاص ووسيلة مثلى لتحقيق العدالة، ما يستوجب تنفيذه وفقا لمقتضيات مبدأ حسن نية المنصوص عليه من خلال المادة 1/107 من القانون المدني، والتي تتطلب تكريس المفاهيم الأخلاقية التي يقوم عليها هذا المبدأ في شكل إلتزامات عقدية يقتضيها إستقرار التعامل، أهمها النزاهة (أولا) والثقة المشروعة(ثانيا) كأخلاق تعاقدية ضرورية في المعاملات المشروعة، والتعاون بإعتباره يجسد التضامن الذي ينبنى عليه المفهوم الحديث للعقد (ثالثا) .

أولا: الإلتزام بالنزاهة في التنفيذ.

تقتضي النية الحسنة نزاهة المتعاقدين في تنفيذ إلتزاماتهم، أي أن يمتنع عن كل غش يجعل تنفيذ الإلتزام عسيرا أو مستحيلا³، وذلك لتحقيق العدالة العقدية التي يتوخاها كل متعاقد. والقيمة المعنوية التي حظيت بها فكرة النزاهة ضمن الفضائل والأخلاق الحميدة التي حرص الفقهاء على تجسيدها في العلاقات العقدية المعاصرة، بهدف حماية الإستقرار العقدي، هي التي مكنت من الوصول إلى الإعتراف بالإلتزام بالنزاهة في النظرية العامة للعقود⁴.

¹ - محمد شكري جميل العدوي، المرجع السابق، ص257.

² - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص305.

³ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 295.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص316.

إستعمل بعض الفقهاء¹ عبارة الإستقامة في التعامل، ووردت في نصوص بعض القوانين العربية عبارة نزاهة التعامل²، ويظهر هنا أن الإستقامة والنزاهة هي مصطلحات مترادفة تقريبا. ويتجه بعض الفقه إلى إعتبار حسن النية مرادف للصدق والإستقامة على وجه أوسع، حيث يرى أن الإستقامة في العقود هي التكملة الضرورية للعدالة العقدية³.

ولقد نص المشرع الجزائري على إلتزام المتعاقد بالنزاهة في عدة مواد، منها المادة 361 من القانون المدني التي تقضي بأن البائع يلتزم بالقيام بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا. وتتطوي هذه المادة على إلتزامين في مواجهة البائع، إلتزام إيجابي يتمثل في إلتزام بعمل مضمونه القيام بكل ما هو لازم من الأعمال التي تتعلق بنقل ملكية الحق المبيع، وإلتزام سلبي يكمن في إلتزام البائع بالإمتناع عن كل ما يعوق نقل الملكية إلى المشتري. كما نصت المادة 553 مدني على أن المتعاقد يكون قد أخل بإلتزامه بالنزاهة إذا تم تنفيذ العقد بطريقة غير مرضية، لكون التنفيذ السيء يساوي عدم التنفيذ⁴.

إن هذا الإلتزام الذي يقع على عاتق كل متعاقد هو الذي يبرر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية المترتبة عن غش المتعاقد أو خطئه الجسيم⁵. وكذا بطلان الشرط المسقط للضمان أو الذي ينقص منه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير⁶، أو الإلتفاق المتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى بغش منه سبب هذا الضمان⁷.

كما إستوجب المشرع الجزائري الإلتزام بالنزاهة في علاقة العون الإقتصادي بالمستهلك معتبرا إياه أساس العلاقات العقدية، وذلك من خلال المادة الأولى من قانون 02-04 التي تنص على "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الإقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه". ولقد أولى قانون 02-04 إهتماما كبيرا للإلتزام

¹ - أنظر: مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المرجع السابق، ص114.

² - أنظر: المادة 3/118 من القانون المدني العراقي.

³ - Gorphe (F), le principe de bonne foi, thèse de doctorat, Dalloz, Paris, 1928, p.9 et s.

⁴ - أنظر أيضا المواد: 490، 123، 384، 178 من القانون المدني.

⁵ - أنظر المادة 178 قانون مدني.

⁶ - أنظر المادة 377 قانون مدني.

⁷ - أنظر المادة 490 قانون مدني.

بالنزاهة، حيث حدد نزاهة المعاملات من خلال الفرضيات المناقضة لها، والتي يستخلص من مجموعها أن السلوك النزيه هو ذلك السلوك الخالي من التدليس أو الغش ويتجنب الإضرار بالمتعاقد¹.

ويلاحظ في هذا القانون المفهوم السلبي الذي إعتده المشرع للأفعال المكونة للنزاهة، حيث إستعمل عبارة الممارسات التجارية غير الشرعية، ممارسة الممارسات أسعار غير شرعية، التجارية التدليسية، الممارسات التجارية غير النزيهة، والممارسات التعاقدية التعسفية². وفي الواقع، يعتبر المشرع الجزائري قد كرس المفهوم الذي يراه البعض لفكرة النزاهة في العقد والذي يقوم على إرساء مظاهرها ذات الطبيعة السلبية، طالما أنها تفرض تجنب جميع أنواع الغش عند تنفيذ العقد³.

تستلزم النزاهة في التعامل الشفافية التي تعني العلانية والوضوح بالمعنى الشكلي، لذلك أقر المشرع مبدأ الشفافية في التعاملات التجارية، حيث نص في المادة الأولى من قانون 04-02 "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية...". وفرض الشفافية في التعامل قائم على منع الإخفاء أو التخفي من وراء الإلتزام بالسرية، لأن الغموض غالبا ما يكون وليد إنعدام توازن عقدي، في حين أن الشفافية شرط من شروط حيوية العقد، فحسن النية تمنع المتعاقد من المطالبة بتنفيذ عقد تتسم بنوده بالغموض⁴.

كما تتطلب النزاهة الإخلاص، وهو ما أكده المشرع من خلال ذلك المفهوم غير الصارم لواجب الإخلاص، حيث تنص المادة 2/94 من القانون المدني على " يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، إلتزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط". فهذا النص يستنتج منه أن المشرع يحرص على عدم تقييد المدين بكيفية دقيقة في تنفيذ الإلتزام قد تؤثر على حقوقه، مما قد ينتج عنه إثراء دون وجه شرعي لدائنه. فالدائن إذا كان يرغب في الحصول على شيء بدرجة معينة من الجودة، يتوجب عليه إشتراط ذلك صراحة في العقد وألا يُلزم المدين بشيء متوسط الجودة فقط، بحكم أن تنفيذ الإلتزام الذي يقع على النوع المتوسط يحقق العدل.

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 314.

² - أنظر الفصول الخمسة من الباب الثالث من القانون 04-02 والمعنون بنزاهة الممارسات التجارية، المواد من 14 إلى 29.

³ - عبد الجبار ناجي الملا صالح، المرجع السابق، ص 60.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 315 و 316.

كما أكد ذلك من خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش، عندما نص على واجب الإخلاص في المادة 9 منه التي جاء فيها "يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للإستهلاك مضمونة، وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الإستعمال المشروع المنتظر منها، وألا تلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للإستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين". ويستفاد من هذا النص أن المشرع ألزم المدين أن يختار الطريقة المثلى في تنفيذ العقد مراعيًا صحة الدائن وأمنه ومصالحته، لكن ضمن الشروط العادية للإستعمال أو الشروط الممكن توقعها من قبل المتدخلين¹.

إن تقدير نزاهة المتعاقدين يتم بالإعتماد على معيارين أحدهما سلبي والآخر إيجابي، فحسب الأول يقوم القاضي بتقدير النزاهة عبر مفاهيم أخرى كالغش والخطأ الجسيم²، والتعسف بإعتبارها تجسد سوء نية المتعاقد الذي يعد سلوكه غير نزيه. أما المعيار الثاني فيكمن في معيار الرجل العادي، وهو الذي يظهر فيه للمتعاقد ضمان حسن التنفيذ بطريقة نزيهة لإلتزاماته العقدية³.

ثانياً: الإلتزام بمراعاة الثقة في التنفيذ.

تمثل فكرة الثقة المشروعة مظهراً جديداً لحسن النية، يكفل ضمان التقليل من الأضرار العقدية وإستمرارية العقد. وهناك أنواع من العقود تقوم أساساً، بحسب طبيعتها، على تلك الثقة المتبادلة بين الأطراف، ولهذا كان الإخلال بتلك الثقة يؤدي إلى إنهيار هذه العقود ما يبرر الحق في طلب إنحلالها، كما هو الحال بالنسبة للعقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي، كعقود شركات التضامن وعقد العمل. تفرض الثقة على المتعاقد أن يراعي في تنفيذ العقد الأصول الفنية والمهنية، فالمقاول في عقد المقاول عليه مراعاة الأصول المهنية والفنية في عمله، فيبذل العناية الكافية للحفاظ على مادة العمل إذا كانت مقدمة من رب العمل، وإذا كانت مقدمة من المقاول فلا يقبل منه الزيادة في النفقات من خلال حصوله على مواد غالية الثمن، بقصد إلحاق الضرر برب العمل وزيادة كلفة عمله، وإذا فعل ذلك فإنه يكون قد أحل بحسن النية مما يتطلب قيام مسؤوليته⁴. وإرتكاب المتعاقد لخطأ جسيم، ناهيك عن إرتكابه

¹ - أنظر أيضاً نص المادة 03 من القانون 03-09.

² - Carbonnier (J), op.cit, P.260.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 317.

وفي القانون المدني العديد من التطبيقات بشأن تقدير نزاهة المتعاقدين إعتقاداً على معيار سلوك الرجل العادي، منها نص المادة 495 والمادة 592 قانون مدني.

⁴ - أنظر المادة 552 قانون مدني.

للخطأ العمد في تنفيذ إلتزامه يتعارض والثقة المفترضة وقيم مسؤوليته، فإرتكاب المفاوض خطأ جسيم في تنفيذ عقد المفاوضة، أمر يخل بالثقة الممنوحة له من موكله ويتعارض مع حسن النية مما يعطي الحق لرب العمل في طلب الفسخ مع التعويض إن إقتضى الحال ذلك¹.

وتستوجب الثقة كمظهر لمبدأ حسن النية إلتزام الأمانة لتعزيه، والذي يتطلب من المتعاقد تجنب المماثلة وعدم الجدية في تنفيذ إلتزامه، ومراعاة مصالح غيره من المتعاقدين التي يكون مؤتمنا عليها، فلا يلحق ضررا بها ولا يحقق منفعة لنفسه على حساب أصحاب هذه المصالح، كما هو الحال في عقد الشركة حيث يلتزم الشريك ببذل عنايته في تدبير مصالحه الخاصة ومصالح غيره من الشركاء، ومن واجبه أن يتمتع عن أي تصرف يلحق ضررا بالشركة أو يخالف الغرض الذي أنشئت من أجله². وعقد الوكالة حيث لا يجوز أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه لأنه يخالف إلتزام الأمانة³.

وقد يتسع نطاق إلتزام مراعاة الثقة والأمانة العقدية إلى حد يصل بالعقد إلى مفهوم الأخوة العقدية التي ينادي بها الفقه الفرنسي كأساس للمفهوم الحديث له ما يحقق فكرة أخلقة العقد في أسمى معانيها، بحيث يصل إلى إلتزام الدائن بإظهار موقف التسامح إزاء عجز مدينه عن الوفاء بإلتزامه. فإلتزام الأمانة يفرض على الأطراف حدا من التضامن، يتمثل في عدم تحصيل منفعة أو مصلحة أنانية من العقد بالتضحية بمصالح العقد، وذلك حفاظا على الثقة القائمة بين المتعاقدين⁴.

ويستطيع الدائن إظهار تسامحه بوجه خاص، من خلال عدم طلب إنحلال العلاقة العقدية أو طلب التنفيذ الكلي للإلتزام في حال عدم تنفيذ المدين لإلتزامه بسبب ظروف إستثنائية. فواجب الأمانة هنا يظهر في حسن النية الذي يمنع الأطراف من الظهور بموقف متشدد في ظروف معينة⁵. غير أنه من المهم الإشارة إلى أن واجب النصح لا يمكن فرضه في كل العقود، خاصة في العقود التجارية طويلة المدة، لأنها تنطوي على مصالح تكون أحيانا محل إعتبار⁶.

وبالنظر إلى الطابع الخاص لعقد الإستهلاك على إعتبار أن أحد أطرافه ضعيف، وتحقيقا للتوازن العقدي أقر المشرع حماية الثقة ضمنيا لدى المستهلك من خلال المادة 11 من قانون 09-03 التي تنص

¹ - أنظر المادة 553 قانون مدني.

² - أنظر المادة 432 قانون مدني.

³ - أنظر المادة 578 قانون مدني.

⁴ - أحمد محمد الرفاعي، الإلتزام بالتسامح، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996. ص19.

⁵ - المرجع نفسه، ص 21 و 22.

⁶ - المرجع نفسه، ص 19.

على ضرورة أن تلبى المنتجات المعروضة للإستهلاك رغبات المستهلك المشروعة، من حيث طبيعتها ومميزاتها الأساسية وكل العناصر التي تهتم. والرغبة المشروعة لدى المستهلك هي المؤسس لإلتزام المهني بالمطابقة على أنها منبثقة من تلك الثقة التي يضعها شخص كالمستهلك في شخص المحترف عما يقتنيه ويستعمله¹.

من المهم الإشارة إلى أن الثقة لا تتعلق بالعلاقات العقدية وحسب، بل جسدت في علاقات الأعمال حيث أصبح الهدف هو إسترجاع الثقة في النشاطات الإقتصادية بين المحترفين من جهة، والتي تهذب فيها روح المنافسة المطلوبة، وبين هؤلاء وفئة المستهلكين من جهة أخرى، والتي تقوم فيها اللامساواة الطبيعية بين الأطراف، وهو ما يحفظ الأمن القانوني لهذه المعاملات². و تعد النصوص التي تضمنها قانون المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة لها هو ما يعزز عنصر الثقة بين المتعاملين الإقتصاديين كالممارسات التي تخص الحد من الدخول في السوق أو من ممارسة النشاطات التجارية فيها، تقليص أو مراقبة الانتاج أو الإستثمارات أو التطور التقني³.

ثالثا: الإلتزام بالتعاون على تنفيذ العقد.

إن فكرة حسن النية كانت في بادئ الأمر تفرض على المتعاقد موقفا سلبيا بعدم إتخاذ مسلك ينطوي على غش، ثم تطورت فأصبحت تفرض عليه سلوكا إيجابيا بالتعاون وعدم الإكتفاء بإجتتاب سوء النية، وذلك من أجل تفعيل العقد على مستوى التنفيذ. فالعقد ليس فقط ثمرة التوفيق بين إرادتين متضادتين تعبران عن مصالح متعارضة، إنما يجب أن ينظر إليه على أنه وسيلة قانونية للتعاون بين الطرفين⁴. ويعتبر الفقه الحديث أن العقد مؤسس على مفاهيم أخلاقية تقوم على فكرة التعاون والتضامن لتأصيل المصلحة المشتركة للمتعاقدين، في مواجهة كل ما من شأنه جعل تنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه مرهقا أو مستحيلا بالنسبة للمدين بها⁵.

والإعتراف بالتعاون العقدي كواجب ينظم سلوك المتعاقدين، يعود الفضل فيه للقاضي الذي إكتشفه في خضم محاولاته لإنقاذه للعلاقات العقدية، من خلال تثبيت أخوة عقدية تضمن ديمومة العقد

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص337.

² - المرجع نفسه، ص335.

³ - أنظر المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

⁴ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص ز و ح.

⁵ - حمادي الرايس، المرجع السابق، ص227.

وإستقراره. وبما أن مفهوم الإلتزام يتأسس على مضمون قانوني يبعده عن أي مضمون أخلاقي وفلسفي، فإن فكرة التعاون تحولت بسبب القضاء من مجرد واجب إلى إلتزام أصيل¹.

إن تضارب مصالح المتعاقدين لا يمنع من تعاونهم، والواقع أن التعاون بإعتباره أساس حسن التنفيذ المنشود لتحقيق ما تم الإتفاق عليه هو الذي يوصل كل متعاقد إلى مصلحته. ونتيجة لذلك يوجب القانون على كل متعاقد، مراعاة لمبدأ حسن النية، أن يتعاون مع الآخر من أجل تحقيق غاياتهم المشروعة من العقد والوصول إلى تحقيق النتيجة المرجوة من العقد². والمقصود بواجب التعاون بين المتعاقدين كمظهر من مظاهر حسن النية في العقد، أن يمكن كل متعاقد المتعاقد الآخر من تنفيذ إلتزاماته وأن لا يكون عائقاً أمامه، وذلك من خلال التدخل بفعالية في تنفيذ العقد بهدف تسهيل مهمة الطرف الآخر³. كما في عقد الإيجار حيث يجب على المؤجر الإمتناع عن كل ما من شأنه أن يحول دون إنتفاع المستأجر بالعين المؤجرة⁴.

من تطبيقات إلتزام التعاون بين طرفي العقد، ما يلتزم به المتعاقد قبل المتعاقد الآخر من التيسير على المتعاقد إذا لم يكن في هذا التيسير ما يلحق ضرراً به⁵، والذي يتجسد في الإلتزام بإعلام وإخطار المتعاقد معه بكل الإحداث التي تهم تنفيذ العقد⁶. ويظهر هذا الواجب في عقد البيع حيث يلتزم للمشتري بإخطار البائع بتعرض الغير حتى يتمكن في وقت مناسب من تبصر وسائل الدفاع الملائمة لذلك، فيكون هذا الواجب منبثق من الإلتزام البائع بضمان التعرض⁷.

وكذلك الأمر في عقد الإيجار إذ يلتزم المستأجر بإخطار المؤجر في الوقت المناسب، بكل أمر يستوجب تدخله من ترميمات مستعجلة للعين المؤجرة أو يظهر فيها عيب أو يقع عليها إغتصاب أو أي طارئ آخر، وأي تماطل أو إخلال بواجب الإخطار يمكن أن يترتب عليه مساساً بعقد الإيجار أو

¹ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 324.

² - Cass.com, 20/10/1925, d, 1998, Bull.Civ, 1998, V, n 244, P.203.

مشار إليه: - محمد دغمان، المرجع السابق، ص 54.

³ - يحيي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 194 و 195.

⁴ - أنظر المادة 483 قانون مدني.

⁵ - يحيي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 195.

⁶ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 296. - عبد اللطيف عبد الحليم القوني، المرجع السابق، ص 453.

⁷ - أنظر المواد 371-373 قانون مدني.

قيمته¹. ويتأكد واجب الإعلام بشكل صريح في عقد التأمين حيث يتطلب حسن النية من المؤمن له إخبار المؤمن بكل المعلومات التي تتعلق بالخطر محل التأمين².

إن مبدأ حسن النية يقيد الدائن في طريقة المطالبة بحقه، من أجل تفعيل العقد على مستوى التنفيذ. فالدائن يتعهد بالتعاون ومساعدة المدين على تنفيذ إلتزامه، لأن حسن النية يستوجب من الدائن مساعدة المدين حتى يتمكن من تنفيذ إلتزاماته دون مشقة وبما يحول دون الإضرار به³. لذلك ليس للدائن الحق في مطالبة المدين بتنفيذ العقد في وقت إختل فيه التوازن الإقتصادي لهذا العقد، لأن هذه المطالبة من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بالمدين. والدائن في هذه الحالة يعتبر متعسفا في إستعمال حقه، وهذا التعسف دليل على سوء نيته.

ومن أجل ذلك أقر المشرع حرمان الدائن من حقه في الإعتذار كجزء لعدم تعاونه من المدين في حالة رفضه دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا من قبل المدين، أو رفضه القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بها، أو إعلانه أنه لن يقبل الوفاء، حيث يعتبر في هذه الحالات قد تم إعتذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي⁴. كما ألزم المشرع من خلال نص المادة 372 قانون مدني المشتري بالقيام بالإجراءات اللازمة في حالة دعوى إستحقاق المبيع لمصلحة البائع حتى يتمكن هذا الأخير من تنفيذ إلتزامه بالضمان، وهو ما يجسد واجب التعاون في عقد البيع.

وهكذا يتضح أن واجب التعاون الذي يفرضه المشرع من أجل إتخاذ إجراءات لتسهيل وتيسير تنفيذ العقد لا يندرج ضمن الواجبات القانونية، وإنما يعد إلتزاما يقع على المتعاقدين أساسه مبدأ حسن النية المقرر بموجب المادة 2/107 من القانون المدني. ونتيجة لذلك يجوز للقاضي في حالة غياب نص قانوني يقر الإلتزام بالتعاون أو إتفاق يقضي بذلك، أن يضيفه على أساس إقرار العرف له أو إعتبارات العدالة، كما هو الشأن بالنسبة للقاعدة المقررة لعدم تحميل المدين عبئا إضافيا في تنفيذ العقد، خاصة في الحالة التي تكون بسبب تأخر المدين عن التسليم في الميعاد، فالدائن ملزم بالتعاون الذي

¹ - أنظر المادة 497 قانون مدني.

² - أنظر المادة 3/15 من الأمر 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمين.

³ - مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، المرجع السابق، ص 138 و 139.

⁴ - أنظر المادة 283 قانون مدني.

يفرض عليه أن لا يقوم بإجبار المدين على التنفيذ في ظروف مرهقة لا تعود بالفائدة عليه، بل تحمله نفقات باهضة بالإمكان تفاديها، ويتحقق ذلك إذا إختار وقت يكون فيه التنفيذ أقل كلفة¹.

إن إحترام مبدأ حسن النية لا يتوقف على الوفاء بالإلتزامات المترتبة عن العقد وفقاً لمتطلبات حسن النية من نزاهة وثقة وتعاون، بل يتعداه إلى الإستعمال المشروع للحقوق الناشئة عن العقد الذي يتحقق طالما أن أصحابها لم يسيئوا إستعمالها.

الفرع الثاني: التعسف في إستعمال الحق آلية رقابية على تنفيذ العقد بحسن النية.

إن الأخلاق بما تقتضي من عدالة وحسن نية، توجب على المتعاقد عند إستعماله لحقه أن يستعمله ضمن الحدود المشروعة وأن لا يعتمد الإضرار بغيره، لأن نية الإضرار دافع يخالف، وبلا ريب، الآداب ومصالحة الجماعة، مما يحيد بالحق عن قصده الطبيعي المشروع الذي من أجله منح²(أولاً).

ويهدف إستمرار تنفيذ العقد بحسن نية دون مساس أو تقييد للحقوق، كان من الضروري تبني مبدأ التعسف العقدي لمراقبة مشروعية إستعمال الحق عند تنفيذ العقد(ثانياً).

أولاً- الأساس الأخلاقي لمبدأ التعسف في إستعمال الحق.

يقول الفقيه الفرنسي **Savatier** "التعسف بالحق يبدو أنه يشكل حالة تنازع بين الحق والأخلاق"، ويدقق الفقيه **Ripert** هذه المقولة بقوله أنه "يشكل حالة تنازع بين الحق الإيجابي التابع لشخص وبين الواجب الأخلاقي الذي يقع عليه في إستعمال حقه"³.

وهكذا يتضح أن نظرية التعسف في إستعمال الحق هي بأكملها مستوحاة من الفكرة الأخلاقية ولا تتوغل في المجال القانوني إلا في مجال محدود⁴. فنطاق هذه النظرية منحصر بنفي صفة التعسف أو الإساءة عند إستعمال الحق، وأمره محصور بين صاحب الحق الذي تعسف في إستعماله، وبين الذي وقع ضحية هذه الإساءة أو هذا التعسف، وهو ما يجعل عدم التعسف في إستعمال الحق هو أحد تطبيقات مبدأ حسن النية⁵. نتيجة لذلك يؤسس الإتجاه الفقهي المعاصر فكرة التعسف في إستعمال الحق في المجال العقدي، على مبدأ حسن النية المفروض في جميع مراحل العقد⁶.

¹-Carbonnier (J), op.cit, p.16 et s.

²- يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص124.

³-Ripert (G), op.cit, P.167.

⁴-Ibid, P.158 et 159.

⁵- يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص125.

⁶- جمعة زمام، المرجع السابق، ص340.

ولقد أعتبرت إساءة إستعمال الحق من مظاهر سوء النية في العقود خاصة المعاوضات، لأن الإساءة أو التعسف يضيف على العقد عدم المشروعية القانونية، وذلك لما فيها من خروج على حدود مضمون الحق كما رسمها القانون، وفي هذا مناقضة لأحكامه مما يجعل العقد غير مشروع. كما يمثل التعسف مخالفة لغاية الحق أو تجاهل لهذه الغاية، وهو ما من شأنه أن يلحق ضرراً بالغير، وطالما هذا الفعل يشكل عملاً غير مشروع، فإن ذلك يمتد إلى العقد حيث يضيف عليه هو الآخر الصفة غير المشروعة¹.

وتشكل القاعدة القانونية العامة التي تمنع كل شخص أن يسبب للغير ضرراً بخطأ منه، تحديداً للحقوق الذاتية، لذا عندما يتضح أن هناك تعسف يعني أن صاحب الحق خرج عن الحدود القانونية المحددة لممارسة حقه². وفي التعسف العمل مشروع بحسب أصله، فهو غير محظور ابتداءً لكن إقترانه بوصف غير مشروع وهو الإضرار بالغير، نقله من نطاق الإباحة إلى حيز المنع³.

وبناءً على ذلك لا يشكل وضع المشرع الجزائري النص الخاص بالتعسف في إستعمال الحق في المجال التصويري من خلال المادة 124 مكرر من القانون المدني، مانعاً لتبني التعسف في المجال العقدي بحكم أن هناك إتجاهاً فقهيًا قد تم تكريسه كمبدأ عام شريطة إرتباطه بفكرة الحق⁴. خاصة أن المشرع الجزائري وإن لم ينص على التعسف في إستعمال الحق في المجال العقدي كمبدأ عام، إلا أنه نص على تطبيقاته في عقد العمل كما في مجال الإنهاء والتسريح التعسفيين⁵.

يقول الفقيه **Planiol** أن القاضي ملزم بتفحص الضمان بمعرفة وتقدير الأسباب، فالجانب النفسي يصبح هو المهيمن. بالتالي القاضي ملزم بالبحث عن النية، لأن القيمة الإجتماعية للأفعال

¹ - محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 326 و 327.

² - Ripert (G), op.cit, P.161.

³ - عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1963، ص 30.

⁴ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 349.

في الواقع، عبارة التعسف في إستعمال الحق تأكدت في الوقت الذي تم مناقشة فيه النظرية التقليدية حول المسؤولية المدنية، وأن المؤلفين الذين أطلقوا العبارة كانوا كذلك المدافعين عن نظرية موسعة للمسؤولية المدنية. أنظر:

- Ripert (G), op.cit, P.159.

⁵ - أنظر المادة 3/73 من قانون رقم 11/90، المؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية عدد 17، المؤرخة في 1990/04/25، المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، الجريدة الرسمية رقم 68، المؤرخة في 1991/12/29.

مرتبطة بالنية التي تحرك الفاعل، فالأفعال الإجتماعية يجب أن تصنف بحسب قيمتها الأخلاقية، حتى من الوجهة القانونية¹. لذلك تستند نظرية التعسف في المجال العقدي إلى فكرة نية الإضرار بالغير كما هو الحال في الإنهاء القسري لعقد العمل.

غير أن هذه النظرية التي تؤدي إلى أخلقة العقود في مرحلة تكوينها وتنفيذها، تطورت بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لبعض العقود كالإستهلاك بسبب تدخل عوامل ذاتية كالخبرة، إذ تم تعديل التقدير الذاتي لها والمنحصر في نية الإضرار بالغير، بجعل الممارسة المناهضة للهدف الإقتصادي والإجتماعي للحق متجاوزة لمضمون هذا الأخير ومعارضة للضمير العام، هي الممارسة غير العادية للحق². وهكذا أصبح يشكل أي إنحراف من صاحب الحق عن هدفه الإجتماعي، تعسفا يرفع عنه إمتياز الحماية ويترتب عليه قيام مسؤوليته³.

ويسهل أكثر هذا التصور الموضوعي للتعسف في استعمال الحق عملية الإثبات، خاصة في عقد العمل حيث يصعب إثبات الخطأ فيه بناء على المعيار الذاتي، واللجوء إلى الإعفاء من المسؤولية أصبح سلاحا جديدا بيد أرباب العمل نظرا للطبيعة العقدية الخاصة لتلك العلاقات، مما تطلب حماية الطرف الأضعف فيها⁴، والتي تتحقق بتبني فكرة التعسف الذي يتحقق بالإنحراف عن الهدف الإجتماعي للعقد.

ثانيا: مراقبة مشروعية استعمال الحق عند تنفيذ العقد.

يقع التعسف عندما يستعمل الشخص حقه ضد الأخلاق العقدية التي تستوجب تنفيذ العقد بروح من التضامن الإجتماعي الذي هو جوهر الحياة المشتركة⁵، وكذلك الأخوة العقدية التي أصبحت تمثل أحد مظاهر تطور المبادئ الجديدة لتغيير العقد⁶. لذلك تتحقق مراقبة مشروعية استعمال الحق القانونية بمراقبة المشروعية الأخلاقية في تنفيذ العقد بحسن نية، وهو ما يجعل التعسف في استعمال الحق كمفهوم معنوي أصبح يشكل قييدا على مبدأ القوة الملزمة للعقد بهدف ضمان إستقرار المعاملات.

ويقصد بالتعسف الخروج بالحق عن حدود حسن النية الواجب في استعمال الحقوق. وقد يتمثل التعسف في صورة من الصور التي نص عليها المشرع في المادة 124 مكرر من القانون المدني كعدم

¹ -Ripert (G), op.cit, P.166 et 167.

² -Ghestin (J), Traité, op.cit, P.131 et s.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص118.

⁴ - المرجع نفسه، ص118 و 119.

⁵ - الكوني علي أعيودة، المرجع السابق، ص69.

⁶ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص343.

مشروعية المصلحة لدى مستعمل الحق أو إستعماله بقصد الإضرار بالغير، أو حالة عدم التناسب بين المصلحة والضرر. وتعد نية الإضرار بالغير المعيار القسدي الذي تقوم عليه فكرة التعسف، ويستدل على هذه النية من القرائن والملابسات التي تحيط بالتصرف، كإستعمال الحق مع إنتفاء المصلحة الجدية المشروعة أو من إنعدام التناسب بين المصالح التي تعود على المستعمل، ومن الأضرار التي تترتب على هذا الإستعمال، أو من ترتب أضرار جسيمة نتيجة إستعماله لحقه¹.

غير أن الأستاذ السنهوري يرى أن نية الإضرار وحدها غير كافية لتكريس التعسف في إستعمال الحق، بل يجب على هذه الأخيرة أن تقترن بإنحراف في سلوك الشخص العادي². ومن جهة أخرى، التعسف في إستعمال الحق في تنفيذ العقد لا يتطلب بالضرورة نية في الإضرار، بل على العكس، قد يتحقق هذا التعسف بسبب نية سيئة لدى صاحب التصرف دون أن تتوفر لديه حقيقة الرغبة في الإضرار بالغير، وهو عادة ما يجعل المشرع يفرق بين النية السيئة عن مفهوم النية المضرة³.

ولقد طبق القضاء معيار نية الإضرار للرقابة على إستعمال الحقوق، بل أكد على ذلك تبعاً لصور متعددة : سوء النية⁴، التحايل، الغش أو الخطأ الجسيم، ما يعني أن هناك تعسفاً أثناء تنفيذ العقد لا يكون فقط في حالة نية الإضرار بل أيضاً عند توافر سوء النية⁵.

ونتيجة لذلك إن كان للدائن أن يطالب بحقه، فإن هذا يجب أن يتم بحسن نية دون تعسف. فلا يطالب بالتنفيذ الحرفي للإلتزام، أو يقيم دعوى للمطالبة بمصلحة زهيدة وهدفه من ذلك إلحاق الضرر بالمتعاقدين الآخرين. كما أن المتعاقد إذا إختار وفقاً لمصلحته إنهاء العقد بطلب فسخه، فإن المشرع يفرض عليه الإلتزام بحسن النية عند إستعماله لهذا الحق الذي يتحقق للدائن عندما يتخلف المدين عن الوفاء بما إلتزم به بالرغم من أن الوفاء لا يزال ممكناً وفقاً للمادة 119 من القانون المدني. وللقاضي السلطة التقديرية في إجابة طلب الدائن بفسخ العقد إذا كان المدين سيء النية، وله أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب إمهاله أو لم يطلبه، متى رأى أن ذلك لا يلحق الدائن ضرراً⁶. كما يجوز للقاضي إذا كان التنفيذ

¹ - عبد اللطيف عبد الحلیم القوني، المرجع السابق، ص 457.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، المجلد الأول، ص 848 و 849.

³ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 347 و 348.

⁴ - المجلس الأعلى، الغرفة الإجتماعية، ملف رقم 28121 بتاريخ 1983/03/21، المجلة القضائية، عدد رقم 01، ص 174.

⁵ - جمعة زمام، المرجع السابق، ص 348.

⁶ - أنظر المادة 2/281 قانون مدني.

جزئياً أن يقصر تعويض الدائن عما تخلف المدين عن تنفيذه بحسن نية، خاصة إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الإلتزام.

وبما أن من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالمتعاقدين الآخر أو بالغير، يعد متعسفاً في استعمال حقه وتعسفه هذا يدل دلالة واضحة على سوء نيته، لذلك يلتزم بجبر الضرر الناتج عن هذا الإستعمال غير المشروع لحقه. ويستطيع المتضرر أن يثبت تضرره بكافة طرق الإثبات، لكن إذا لم يقدّم الدليل على قصد إحداث الضرر لدى صاحب الحق فيمكن إستخلاص سوء نية صاحب الحق وتعسفه، وفقاً للمادة 124 مكرر من إنعدام مصلحته من إستعماله لهذا الحق، أو أن تكون مصلحته من إستعماله لحقه تافهة وقليلة، ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس.

وهكذا يتضح أن مبدأ حسن النية بمظهره الإيجابي الذي يتمثل في الإلتزامات الأخلاقية التي يفرضها على المتعاقدين، والسلبى الذي يفرض عدم التعسف في إستعمال الحقوق المترتبة على العقد، يجسد فكرة العقد شريعة المتعاقدين بمفهومها الأخلاقي لا القانوني فقط، فالأطراف يلتزمون بتنفيذ ما إتفقوا عليه وفقاً لما تفرضه الأخلاق التعاقدية. ومما لا شك فيه أن النطاق الشخصي لتطبيق مبدأ حسن النية يمتد إلى الغير بإعتباره مبدأ شاملاً.

المطلب الثاني: إلتزام الغير بإحترام مبدأ حسن النية في التنفيذ.

الغير هو الشخص الأجنبي عن العقد وعن المتعاقدين، أي كل من لم يكن طرفاً في العقد وليس له صفة الخلف العام ولا الخاص لأحد المتعاقدين¹. وعليه لا يمكن أن تتصرف آثار العقد إلى هذا

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 331.

نشير إلى أن الخلف العام والخاص يأخذ حكم الغير في بعض الأحوال، كالوارث بالنسبة للتصرفات التي قام بها المورث في مرض الموت، أو المشتري الذي يجهل الإلتزامات المتصلة بالمبيع الذي تلقاه. كما ننوه إلى أن دائني المتعاقدين يعتبرون من الغير إذ لا يمكن إلحاقهم بالخلف كما جاء في الفقه التقليدي، ذلك أن الخلف تتصرف إليه الآثار التي تنشأ عن عقد سلفه، أما الدائن فلا تتصرف إليه آثار العقد.

كما أن المشرع الجزائري قرر حقا للدائن العادي برفع دعوى عدم نفاذ التصرفات القانونية التي قام بها المدين، والتي من شأنها أن تنقص من حقوقه وتزيد في إلتزاماته، وذلك من خلال نص المادة 191 من القانون المدني. وهذه الدعوى مقررّة لصالح الغير لإعتبارات العدالة، ما يعني أن المشرع ألحق الدائنين بالغير. لتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع، أنظر:

- فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1992، ص 53 وما بعدها.

الغير طبقاً لمبدأ نسبية آثار العقد، الذي يعني أن المتعاقدين، كقاعدة عامة، لا يجوز أن يقصدوا إنصراف الآثار المترتبة عن إتفاقهم إلى الغير¹.

وإذا كان العقد لا يكسب الغير حقوقاً ولا يحمله لإلتزامات، فإنه لا يستطيع تجاهل وجوده لأن الصفات التي إكتسبها المتعاقدان تسري في مواجهة الجميع، فالعقد بإعتباره واقعة مادية يكون نافداً في حق الغير، أي يحتج به نحوه وله أن يحتج به لصالحه². فالعقد يظل واقعة إجتماعية يُلزم الغير باحترامه، مما يعني انه نافذ في مواجهته دون أن يكون له، بالطبع، الحق مطالبة أحد الأطراف بتنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه³.

كما أن العقد يؤثر في المحيط الإجتماعي على حد قول الفقيه جوسران " ان المفهوم القانوني ينشا ويتحقق وينتهي في اطار شخصي واجتماعي في نفس الوقت"، ما يترتب عليه انه من الضروري احترام العقد لاستمراره وهو ما يعطي الحق للغير في الاحتجاج به على غرار المتعاقدين⁴.

وبناء على ذلك أجاز القانون لإعتبارات العدالة وإستقرار المعاملات، الخروج على المبدأ العام الذي يقضي بإقتصار آثار العقد على عاقيه، بحيث نص على إمكانية إكتساب الغير لحق إشتراط لمصحته في عقد لم يبرمه، وإمكانية ترتيب إلتزام في ذمة الغير عن طريق التعهد عن الغير.

ومتى إنصرفت آثار العقد إلى الغير، يكون من البديهي أن يلتزم هذا الغير بالتقيد بما يوجبه مبدأ حسن النية الذي يحقق الأمن القانوني. فقبول الغير التعهد ينعقد بينه وبين المتعهد له عقد جديد يلزمه بحسن النية (الفرع الأول)، كما أن القانون يقرر الحماية لحق الغير حسن النية الذي ترتب عن الإشتراط لمصلحة الغير (الفرع الثاني).

¹ - وبهذا يختلف الأمر عن موضوع إنصراف آثار العقد إلى الغير الذي قد تقتضيه إعتبارات العدالة (كالدعوى غير المباشرة والمباشرة) أو إستقرار التعامل (كتصرف الوارث الظاهر) في بعض الحالات، حيث يكون الأثر الذي ينصرف إلى الغير في هذه الحالات غير مقصود أي لم يرده المتعاقدان وقت التعاقد، لأنه مبني على إعتبارات لا دخل للراداة فيها. راجع: - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 615 و 617.

² - أنظر المواد 191، 197 و 418 و 793 من القانون المدني الجزائري.

³ - فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 64.

فالغير الذي يساهم بسوء نيته في عدم تنفيذ احد المتعاقدين لإلتزاماته العقدية يعتبر مخطئاً ويلتزم بالتعويض طالما كان عالماً بالعقد المنشئ للإلتزام.

-Savatier, op.cit, P.75.

⁴ - فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 73.

الفرع الأول: إلتزام الغير القابل للتعهد بالتنفيذ بحسن النية.

في الواقع، تفرز الحياة العملية مواقف لا يمكن الحصول فيها لسبب ما، على قبول شخص معني بأمر معين، فيلتزم عنه غيره معالجة لهذه المواقف¹. وهذا ما يعرف بالتعهد عن الغير الذي يقصد به إلتفاق بين شخصين يلتزم بمقتضاه أحدهما بحمل شخص آخر من الغير على قبول إلتزام معين قبل المتعاقد الآخر². ولقد تناول المشرع الجزائري التعهد عن الغير في المادة 114 من القانون المدني التي تنص على "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقده معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما إلتزم به.

أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد". ويتبين على ضوء هذا النص أن تحقق التعهد عن الغير يقتضي أن يتعاقد المتعاقد بإسمه هو لا بإسم الغير³، وأن يلزم المتعهد نفسه فهو يتعهد بإلتزام شخصي على عاتقه لأنه لا يستطيع إلتزام الغير بهذا التعهد طالما أنه ليس نائباً عنه⁴. كما يشترط أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد، أي حمله على الإلتزام نحو المتعاقد الآخر دون أن يضمن تنفيذ هذا الإلتزام فعلاً⁵، وهو إلتزام بتحقيق نتيجة، حيث يسأل المتعهد إذا لم يتحصل المتعاقد الثاني على قبول التعهد من قبل الغير⁶.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 618.

ومثال ذلك شركاء في الشيوخ يريدون بيع المال المشاع ومن بينهم شريك قاصر أو غائب، فلاجتتاب إجراءات بيع مال القاصر أو لعدم إستطاعتهم إنتظار الشريك الغائب خوف ضياع الصفقة، يلجأ الشركاء الذين يصح لهم التعاقد إلى التعاقد عن أنفسهم وملتزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد بسبب قصره او غيابه.

² - ما يعني أن التعهد عن الغير يوجد فيه ثلاثة أشخاص: المتعهد، المتعهد له والمتعهد عنه. راجع:

- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 331.

³ - وهذا ما يميز التعهد عن الغير عن الوكالة التي يتعاقد فيها الوكيل بإسم الأصيل ولحسابه. أنظر المادتين 74 و571 من القانون المدني.

⁴ - ويعد باطلا كل إلتفاق يرمي إلى إلتزام الغير لإستحالة محله، وهذا طبقاً لنص المادة 113 قانون مدني.

⁵ - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 122.

⁶ - فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 169.

إن تحقق هذه الشروط لا يجعل التعهد عن الغير يرتب إلتزاما في ذمة الغير، وبهذا لا يخرج التعهد عن قاعدة نسبية أثر العقد، فالغير يبقى حرا في أن يقبل التعهد أو أن يرفضه¹. وهذا ما تقرره المادة 114 السابقة التي يتضح منها أن المشرع يضع حكيمين لفرضين مختلفين، يتمثل الأول في رفض الغير للتعهد، وهنا لا يتحمل أية مسؤولية حتى لو كان سيء النية طالما أن التعهد لم يرتب في ذمته أي إلتزام. أما المتعهد فيكون قد أدخل بإلتزامه المتمثل في حمل الغير على قبول التعهد، لذلك تقوم مسؤوليته فيلتزم بتعويض المتعهد له عما أصابه من ضرر طبقا للقواعد العامة. لكن المشرع أجاز للمتعهد أن يتخلص من المسؤولية، وذلك بأن يقوم هو بتنفيذ الإلتزام الذي رفضه الغير أي الإلتزام موضوع التعهد، طالما أن شخصية المتعهد ليست محل إعتبار²، وفي هذا ضمان لإستمرار العقد وتحقيق العدالة العقدية.

أما الفرض الثاني فيمكن في قبول الغير المتعهد عنه التعهد³، وفي هذه الحالة يصبح ملتزما به في مواجهة المتعهد له من يوم قبوله للتعهد ما لم يقصد هو نفسه أن يرجع بأثر القبول إلى الوقت الذي تم فيه التعهد، ويكون المتعهد قد أوفى بإلتزامه فتراها ذمته حتى إذا لم يُوفِ المتعهد عنه فيما بعد بما قبله. ويقبول الغير التعهد ينعقد بينه وبين المتعهد له عقد جديد يختلف عن عقد التعهد نفسه. وفي هذا العقد الجديد يلتزم المتعاقدان بتنفيذ العقد بكل ما ورد فيه وبكل مستلزماته وفقا لما يمليه مبدأ حسن النية.

وهكذا إذا أقدم الوكيل مثلا على تجاوز حدود الوكالة، إذا لم يتمكن من الحصول على إذن الموكل وتعاقد بإسمه فيما يجاوز الوكالة متعهدا عن الموكل، فإنه يكون على الموكل إذا أقر هذا التعهد فيما بعد، تنفيذ الإلتزامات المترتبة عن العقد الذي أبرمه الوكيل مع المتعاقد الآخر بمراعاة حسن النية وما تقتضيه، وذلك بإعتباره طرفا في العقد الجديد وليس غيرا. فيلتزم بالأمانة التي تتطلب منه تجنب المماثلة وعدم الجدية في تنفيذ إلتزامه، ومراعاة مصالح غيره. والإلتزام بالنزاهة في تنفيذ إلتزاماته،

وهذا ما يميز التعهد عن الغير عن الكفالة، أين يضمن الكفيل تنفيذ المدين إلتزامه الأصلي، فإلتزامه تبعي كما جاء في المادة 644 من القانون المدني. غير أنه يلاحظ أنه لا يوجد ما يمنع المتعهد عن الغير من كفالة تنفيذ هذا الغير للإلتزام، وبذلك يصبح متعهدا وكفילה في نفس الوقت. - صبري السعدي، المرجع السابق، ص332.

¹ - فريدة زاوي، المرجع السابق، ص161.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص333.

³ - الأصل أن القبول لا يشترط فيه شكل معين، فقد يكون صريحا أو ضمنيا، غير أنه إذا كان موضوع التعهد هو إرتباط الغير بعقد شكلي كالرهن الرسمي، فإنه يجب أن يتم هذا العقد طبقا للشكل الذي يستلزمه القانون.

- سمير تناغو، المرجع السابق، ص123.

بإجتتاب كل غش يجعل تنفيذ الطرف الآخر لإلتزامه عسيراً أو مستحيلاً¹، لما في ذلك من تحقيق العدالة العقدية التي يتوخاها كل متعاقد. كما يلتزم الموكل بتجنب إلحاق الضرر بالطرف الآخر من خلال التعسف في استعمال حق في المطالبة بتنفيذ العقد الذي نشأ بإقراره للتعهد.

هذا ويتعين على الغير، بإعتباره مدينا هنا، متى قبل التعهد، وفقاً لما تتطلبه حسن النية أن يخطر المتعهد له الدائن بكل الظروف الجديدة التي تطرأ عند تنفيذ العقد، حيث يتفقان على الوسائل المناسبة لتحقيق مصلحتهما معاً. أما إذا لم يوجد متسع من الوقت للقيام بهذا الإخطار، فعليه أن يتخذ المسلك المناسب لمواجهة هذه الظروف مهتدياً بمصلحة الدائن، دون أن يتقيد بحرفية نصوص العقد². فإذا إقتضى ذلك قيام هذا المدين بأعمال معينة إضطرته إلى بعض النفقات أو المصروفات، فإن حسن النية يفرض على الدائن في المقابل الإلتزام برد هذه النفقات، وهو الإلتزام ينشأ من العقد ذاته طالما أن المدين كان مضطراً على القيام بتلك الأعمال التي تمت لمصلحته، وهذا لإعادة التوازن بين الأطراف بعدما إختل بسبب تلك النفقات³.

الفرع الثاني: إلتزام الغير القابل للإشتراط بالتنفيذ بحسن النية.

الإشتراط لمصلحة الغير هو عقد يتم بين شخصين هما المشتري والمليتم (المتعهد)، بمقتضاه يكتسب شخص ثالث يسمى المستفيد أو المنتفع حقا مباشرا قبل المليتم يستطيع أن يطالبه بالوفاء به⁴. نظم المشرع أحكام الإشتراط من خلال المادة 1/116 قانون مدني التي تنص على " يجوز للشخص أن يتعاقد بإسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية".

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 295.

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 58.

³ - المرجع نفسه، ص 58 و 59.

⁴ - أنظر: - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 334. - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 555. وللإشتراط لمصلحة الغير عدة تطبيقات وذلك يعود لشرط المصلحة الذي يتطلبه القانون، حيث يشترط أن تكون للمشتري مصلحة مادية أو أدبية في الإشتراط. أهمها عقد التأمين، مثل قيام شخص بالتأمين على حياته لمصلحة أبنائه، أو تأمين شركة النقل لمصلحة مرسل البضاعة. كذلك عقد المقاولة يعد مجالاً واسعاً للإشتراط، كأن يشترط رب العمل على المقاول حقوق معينة لمصلحة العمال الذين يستخدمهم، كالحق في حد أدنى للأجور. راجع في ذلك: - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 633 وما بعدها.

يستفاد من هذا النص أن المشرع يشترط لصحة الإشتراط لمصلحة الغير، أن يتعاقد المشتري بإسمه هو لا بإسم المستفيد الذي يبقى أجنبيا عن العقد، ولذلك فإن إكتساب المنتفع حقا مباشرا من هذا العقد يبدو خروجاً على قاعدة نسبية آثار العقد. ويجب أن تنصرف إرادة المتعاقدين في عقد الإشتراط إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع، بحيث يسمح له بمطالبة المتعهد مباشرة بتنفيذ ما تعهد به¹. كما يجب أن تكون للمشتري مصلحة شخصية مشروعة في تنفيذ الإلتزامات المشروطة على المتعهد².

جدير بالذكر أن الشخص المنتفع يمكن أن يكون شخصاً مستقبلاً سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ولا يلزم تعيينه بالذات وقت إبرام عقد الإشتراط، إذ يكفي أن يكون تعيينه ممكناً، فالعبرة هي بتعيينه وقت تنفيذ العقد. وهذا ما قضت به المادة 118 قانون مدني حيث نصت على " يجوز في الإشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو هيئة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصاً أو هيئة لم يعينها وقت العقد متى كان تعيينها مستطاعاً في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقاً للمشاركة".

يجب على المتعاقدين المشتري والمتعهد الإلتزام بما يفرضه مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ عقد الإشتراط، من عدم الغش أو التعسف وغيرها من مظاهر سوء النية. فيفترض في المشتري أن تكون له

¹ - لأن الإشتراط عقد يرمي إلى إنشاء حق لفائدة الغير، لذلك فالعبرة بإنشاء حق مباشر يلحق بذمة المستفيد دون المرور بذمة المشتري. - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 340.

وعليه إذا أبرم شخص عقد تأمين على حياته لمصلحته هو ثم مات، فإن مبلغ التأمين يؤول إلى الورثة على أساس عقد التأمين وليس بمقتضى قواعد الإشتراط. وهذه الصورة ليست من تطبيقات التعاقد لمصلحة الغير. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 338.

² - ووجه إستلزام المصلحة الشخصية يكمن في أن المشتري ليس فضولياً، فهو يتعاقد بإسمه ولحسابه فينبغي أن تكون له مصلحة في هذا التعاقد. وإشتراط هذه المصلحة هو تعبير آخر عن فكرة السبب بإعطائها معنى خاصاً بصدد الإشتراط.

والمصلحة الشخصية قد تكون أدبية أو مادية، ومثال المصلحة المادية أن يشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن إلى دائنه، فهي تتمثل في قضاء دين عليه للمستفيد. أما عن المصلحة الأدبية فعقد التأمين أحسن مثال لها، حيث يشترط المتعاقد على شركة التأمين أداء مبلغ معين عند وفاته. - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 132.

وتجدر الإشارة إلى أن مجرد المصلحة تكفي لصحة الإشتراط دون حاجة إلى وجود علاقة قانونية أخرى بين المشتري والمتعهد، إذ يجوز أن يقتصر عقد الإشتراط على مجرد الإشتراط لمصلحة الغير دون ترتيب أي أثر آخر على هذا العقد بالنسبة للمشتري نفسه، كأن تشترط الزوجة على زوجها لمصلحة إبنهما بان يهبه هبة معينة دون أن تشترط لنفسها أو تلتزم بشيء في مواجهة الزوج. - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 339.

مصلحة مشروعة¹ من الإشتراط أي باعته مشروعاً وإلا عد سيء النية، وأن لا يلجأ إلى الصورية ، وأن لا يتواطأ مع المتعهد للإضرار بالدائنين بتهريب أمواله². كما يستلزم الطرفان بحسن النية في تنفيذ هذا العقد، أي بالوفاء بكل ما ورد فيه وبكل ما هو من مستلزماته طبقاً لما يفرضه إلتزام النزاهة والثقة وما يقتضيه واجب التعاون³. وفي المقابل يلتزم

ولا يقتصر إلتزام إحترام مبدأ حسن النية على أطراف عقد الإشتراط فقط، فالغير المنتفع من هذا العقد إذا قبله⁴ يلتزم هو أو ورثته بحسن النية إتجاه المشتراط، وذلك حسب التصرف الذي إنصرفت إليه نية هذا الأخير⁵. فإذا كان ما قصده المشتراط هو التبرع كما هو الحال في عقد التأمين على الحياة لمصلحة أحد الأبناء فإن المنتفع وهو الإبن يلتزم بما تفرضه الأحكام الخاصة بالتبرع من حسن نية في

¹ - إذ يجب أن تكون للمشتراط، على الأقل، مصلحة أدبية حتى يجوز له رفع دعوى بمطالبة التنفيذ لمصلحة المنتفع.
- فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 204.

² - يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص 304.

³ - إذ يحكم هذه العلاقة عقد الإشتراط المبرم بينهما، فيلتزم كل واحد منهما بما أوجبه عليه العقد طبقاً للقواعد العامة. وإذا إمتنع أحدهما عن تنفيذ إلتزاماته كان للطرف الآخر الحق في طلب الفسخ وإسترداد ما أوفى به أو الحق في الدفع بعدم التنفيذ وللمشتراط حق مراقبة تنفيذ المتعهد لإلتزامه الذي تبرره مصلحة الشخصية في الإشتراط، ما يعني أن له الحق في رفع دعوى على المتعهد بإسمه هو لا بإسم المنتفع، لمطالبته بالتنفيذ أو بتعويض المنتفع أو تعويضه هو شخصياً عما أصابه من ضرر من جراء عدم التنفيذ. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 340. - فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 204 و 205.

⁴ - إن الإقرار هو تصرف قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للمستفيد يؤدي إلى تأكيد حق سبق وجوده ، لذلك لا يعتبر قبولاً بإيجاب وجه إليه من المشتراط، فحق المستفيد يعتبر قد نشأ من تاريخ إبرام عقد الإشتراط. وقد يكون الإقرار بتعبير صريح أو ضمني، ولا يشترط فيه أي شكل خاص، حتى لو كان حق المستفيد يتمثل في هبة، لأنها لا تعتبر كذلك إلا من ناحية الموضوع فقط، فهي هبة غير مباشرة لذا لا يشترط فيها الشكل اللازم توافره في الهبة. - سمير تناغو، المرجع السابق، ص 140. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 343 و 344.

والإقرار لا بد أن يعلن للمتعهد حتى ينفذ في حقه وتجوز مطالبته به، لكن يمكن ان يعلن الى المشتراط أيضاً. وبصدور الإقرار يصبح الحق غير قابل للنقض، ويكون المدين به هو المتعهد أو ورثته. وإذا توفي المستفيد قبل إعلان قبوله فإن هذا الحق ينتقل لورثته ما لم يتبين أن المشتراط قد قصد صراحة أو ضمناً قصر الحق على المستفيد وحده. كما يمكن للمستفيد إصدار قراره في أي وقت طالما لم ينقض المشتراط حقه ولم يسقط حقه فيه بالتقادم. - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 356.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 644 و 645.

- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 568.

التفويض هذا العقد، إذ لا يمكنه التعسف في المطالبة بحقه في مبلغ التأمين بأكثر مما دفعه المؤمن له لشركة التأمين حال حياته.

أما إذا قصد المشتري معاوضة كأن يكون مدينا للمنتفع وأراد بالإشترط أن يوفي بهذا الدين، فالمنتفع يلتزم بما تقتضيه حسن النية في الأحكام المتعلقة بذلك التصرف، كأن يلتزم بالقيام بالأعمال التي يتم بها الوفاء¹ وإلا اعتبر مخلا بالتزامه بالتعاون الذي تفرضه حسن النية ومن ثم تقوم مسؤوليته. كما يلتزم المنتفع بالتعاون ومساعدة المتعهد بإعتباره دائئا له على تنفيذ التزامه، لأن حسن النية يستوجب من الدائن مساعدة المدين حتى يتمكن من تنفيذ التزاماته دون مشقة، وذلك بتسهيل طرق التنفيذ وتمكينه من كل ما يحتاجه للوفاء بالتزامه². ولما كان مبدأ حسن النية يقتضي منه تجنب إلحاق الضرر بالمشتري، فإنه لا يجوز للمنتفع أن يتعسف في استعمال حقه الشخصي المباشر المترتب عن عقد الإشرط وفقا لنص المادة 2/116 من القانون المدني التي تنص " ويترتب على هذا الإشرط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشرط يستطيع أن يطالبه بوفائه، مالم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد"، ويتحقق ذلك بأن لا يتعسف في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه عن طريق الدعوى المباشرة التي تحمي هذا الحق، كما لو تعاقد رب العمل مع مستشفى لعلاج من يرغب من عماله³، فهؤلاء العمال وحدهم لهم الحق في مطالبة المشفى بتنفيذ التزامها والمتمثل في تقديم العلاج المناسب، غير أنهم يجب أن يتحروا حسن النية في مطالبتهم تلك بتجنب الإساءة في استعمال ذلك الحق.

هذا ويتطلب القانون من المنتفع عدم التعسف في استعمال حقه في التنازل عن الحق الذي إستفاد منه بموجب عقد الإشرط، لأنه إن تعسف فيه سيكون دليلا على سوء نيته إتجاه المتعهد مما يعطي الحق لهذا الأخير في الإحتجاج ضده، وهو ما أكدته المادة 2/ 116 التي تنص على "... ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد"⁴.

¹ - أنظر المادة 269 قانون مدني.

² - مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، المرجع السابق، ص 138 و 139.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 341.

⁴ - فالمتعهد يمكنه، بالنظر إلى أن العقد هو مصدر حق المنتفع، أن يطعن في هذا العقد بالبطلان أو الفسخ، كما يجوز له أن يتمسك بذلك في مواجهة المنتفع. هذا ويجوز لدائني المنتفع الطعن في هذا التصرف بدعوى عدم النفاذ لأن في تنازله اسقاط لحق من حقوقه.

وفي الأخير، يظهر جليا أن القوة الملزمة للعقد وإن كانت تتأسس على مبدأ سلطان الإرادة وما يقتضيه من إطلاق للحرية الفردية لضمان الأمن المعاملاتي، إلا أنها تتطلب إقرار مبدأ حسن النية لتهديب آثار الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، ما يحدث نوعا من التوافق بين المبادئ التي يقوم عليها العقد، يؤدي إلى ضمان التوازن الذي تقوم عليه العلاقات التعاقدية تحقيقا للعدالة العقدية المنشودة. وهذا ما يثبت فكرة أخلة العقود في جميع مراحلها دون التخلي عن التقنية العقدية التي يتطلبها الأمن القانوني في هذا النظام الخاص.

خلاصة الباب الثاني.

بناء على ما سبق بيانه نخلص إلى أن مكانة العنصر الأخلاقي في مرحلة تنفيذ العقد، تبرز من خلال تأثير العدالة العقدية على مبدأ القوة الملزمة للعقد وما تقتضيه من حسن نية في تنفيذ العقد. فلقد تبين أن المشرع الجزائري خول للقاضي من خلال نص المادة 2/111 من القانون المدني، سلطة تفسير العقد عندما يقوم شك أو غموض في معناه ومداه من أجل تحقيق العدالة العقدية، وذلك البحث عن الإرادة المشتركة للطرفين باعتبارها معيار التفسير، كما أقر له قواعد موضوعية مساعدة يستهدي بها للوصول إلى تلك الإرادة.

ولما كان مناط التأويل أو التفسير يكمن في إعطاء العقد بعدا موضوعيا وتأمين وظيفته الإقتصادية والإجتماعية، فإنه كان من الضروري أعمال مبدأ حسن النية وما يقتضيه من أمانة ونزاهة ومراعاة للثقة في تفسير العقد، بالنظر إلى أنه يرفع مصالح الأطراف ويحقق الأمن القانوني.

ولضمان الإستقرار العقدي بضمان تنفيذ العقد، يستوجب حسن النية تكملة العقد بموجب السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي التي تمكنه من تحديد مستلزمات العقد، وهو ما أقره المشرع في المادة 1/107 من القانون المدني. وبالرجوع إلى الغاية من تكملة العقد التي تتمثل في تحقيق العدالة العقدية، نجد أن المشرع أقر في المادة 2/107 للقاضي وسائل موضوعية تساعده في مهمته تلك، حيث نص على تفعيل دور التشريع والعرف في العقد بمناسبة تنفيذه للبحث عن التوازن العقدي، الذي قد يؤمنه الإنصاف أيضا بحسب طبيعة العقد.

تعتبر السلطة الممنوحة للقاضي بموجب المادة 2/107، سلطة إستثنائية تمكنه من التدخل إلى جانب إرادة التعاقدية في تنظيم العقد، وذلك بالبت في مسائل التفصيلية ما يعني توسيع مضمون العقد الذي قد يتطلب فرض إلتزامات لم يتفق عليها الأطراف عند إبرامهم للعقد لكن يفرضها مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، على غرار الإلتزام بالضمان، الإلتزام بالإعلام التعاقدية والإلتزام بالتعاون. وتبرز هذه الإلتزامات الأخلاقية التي تقتضيها العدالة، التوجه الجديد من قبل المشرع إلى أخلاق العقود.

إن العدالة العقدية تقتضي تحقيق التوازن المادي للعقد بإعتباره أداة لتحقيق النفع عامه وخاصة، لذلك لم تعد القوة الملزمة للعقد مبدأ ثابتا، فقد يتطلب تحقيق التوازن العقدي نقض العقد لحماية للطرف الضعيف، وقد يتطلب إعادة النظر بواسطة القانون أو القاضي الذي يمنحه القانون سلطة تعديل بعض شروط العقد خاصة تلك التي تتسم بالاجحاف كالشروط التعسفية.

كما أن الظروف قد تفرض تقرير حق إنهاء العقد لأحد طرفي العقد قبل تنفيذه أو إنتهاء مدته تكريسا للثقة المشروعة التي يقوم عليها العقد، أو تطبيقا لمبدأ حسن النية كما هو الشأن بالنسبة لحق المستهلك في الرجوع عن التعاقد الإلكتروني الذي فرضته التطورات الحديثة.

وإذا كان منطق القوة الملزمة للعقد يقتضي بقاء المدين ملتزما بالوفاء بالتزاماته العقدية مهما كانت الخسارة التي سيتحملها، ولا يمكنه عدم التنفيذ بدعوى أن فيه إرهاقا، فإن العدالة تتطلب أن يتحمل الطرفان معا آثار أي ظرف طارئ، لذلك أجاز المشرع من خلال المادة 3/107 قانون مدني، للقاضي أن يتدخل ويقوم بتعديل العقد حتى يعيد التوازن الذي إختل بسبب الحوادث الطارئة، وذلك وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية الذي يمكنه من إيجاد حل منصف يسمح بإستمرار تنفيذ العقد.

من البديهي أن يلتزم المتعاقدان وخلفهم متى إنصرفت إليهم آثار التصرفات التي قام بها السلف، بتنفيذ العقد الذي أبرماه طبقا لما إشتمل عليه وما هو من مستلزماته، وعليهما أن يتحليا في تنفيذ إلتزاماتها بحسن النية. والمقصود بإلتزام حسن النية في تنفيذ العقد أن تتوافر لدى كل متعاقد نية تنفيذ العقد وفق ما تمليه القوة الملزمة للعقد، والتقيد بكل ما يتطلبه هذا الإلتزام من قيام بأفعال أو إمتناع عنها. فالمتعاقد عليه أن ينفذ إلتزاماته بما يطابق النية المشتركة للطرفين عند التعاقد والهدف الحقيقي المنشود من التعاقد. لذلك يجب أن يتم التنفيذ وفقا لما تقتضيه الأمانة والنزاهة والثقة المتبادلة التي يستوجبها التعامل الشريف، أي وفقا للأخلاق العقدية التي توجب على المتعاقد عند إستعماله لحقه أن يستعمله ضمن الحدود المشروعة وأن لا يتعمد الإضرار بغيره.

وبهدف إستمرار تنفيذ العقد بحسن نية دون مساس أو تقييد للحقوق، كان من الضروري تبني مبدأ التعسف العقدي لمراقبة مشروعية إستعمال الحق عند تنفيذ العقد.

هذا ولا يقتصر إلتزام حسن النية في تنفيذ العقد على المتعاقدين وخلفهم فقط، بل يمتد إلى الغير متى إنصرفت آثار العقد اليهم استثناء لإعتبارات العدالة وإستقرار المعاملات. فالغير الذي قبل التعهد يلتزم بحسن النية طالما قام بينه وبين المتعهد له عقد جديد، على غرار الغير المنفع من عقد الإشتراط إذا قبله، إذ يلتزم بحسن النية إتجاه المشتري وذلك حسب التصرف الذي إنصرفت إليه نية هذا الأخير.

خاتمة

عرف العقد تطورات كبيرة جعلته ظاهرة إجتماعية تحكمها عدة إعتبرات، إقتصادية، أخلاقية وسياسية. وتجنباً لفكرة إنهيار العقد، جاء التفكير في توجيهه إلى منطقة ما هو عادل وما هو نافع على حساب مبدأ سلطان الإرادة. فالعقد لم يعد يحظى بقوته الملزمة لمجرد توافق إرادات الأطراف، وإنما لإرتباطه بالقيم والمبادئ الأخلاقية بإعتبارها المقومة والمهذبة لسلوكيات وتصرفات الأشخاص، ما يكفل إستقراره وحماية أطرافه على حد السواء.

وأمام هذه الحقيقة إقتنع المشرع أن ملاءمة التصرفات القانونية لظروف الحياة الحديثة وتطويع الأحكام المنظمة للعقود للمتغيرات الإجتماعية والإقتصادية، يتم عن طريق تفعيل وتطوير دور العنصر الأخلاقي الذي يقوم على العدالة وحسن النية، في جميع مراحل العقد. ولقد تبين من معالجة هذا الموضوع مدى تفاعل العقود مع المعطى الأخلاقي ما أضفى عليه مرونة تحركها روح أخلاقية، وهو ما سمح بإستنتاج مجموعة من النتائج، أهمها:

أولاً- أن توافق العقد مع القانون الموضوعي هو توافق مع الأخلاق أكثر من توافقه مع القانون الوضعي. فلقد إتضح أن المبدأ الأساسي الذي يخضع له العقد، هو فكرة العدالة العقدية التي جعلت من مبدأ حسن النية المنصوص عليه في المادة 107 من القانون المدني معياراً لقياس الأخلاق في العقود، مما ترتب عنه تحول حسن النية من مجرد مبدأ عام إلى إلتزام قانوني بالمفهوم الضيق، له عناصره المحددة والتي تتمثل فيما يقتضيه وما ينبثق عنه من إلتزامات يفرضها على الأطراف في جميع مراحل العقد، يرتب القانون قيام مسؤولية من يخل بها. أهم هذه الإلتزامات: التعاون، النزاهة، الإعلام وضمن السلامة، التي تصبغ العقد بالصبغة الأخلاقية وهو ما جعله وسيلة تهدف إلى تحقيق العدالة وضمن الأمن القانوني.

ثانياً- أن العدالة العقدية ومبدأ حسن النية ومقتضياته يعززان العلاقة الوثيقة بين القانون والأخلاق، وتكريسهما في القانون أدى إلى تهذيب الأحكام المنظمة للعقد وتركيز القيمة المعنوية للعلاقات العقدية، ما يمثل تجسيد لفكرة أخلفة العقود التي إستدعتها التطورات الحديثة. فبعدما كشفت الوسائل الحديثة في التعاقد (التعاقد عن بعد) عن عجز النظرية التقليدية للعقد عن حماية الطرف الضعيف الذي يكون، في الغالب، المستهلك، كان على المشرع إقرار بعض الحقوق التي يفرضها مبدأ حسن النية للطرف المراد حمايته، كحق الرجوع في التعاقد الذي يجب أن يستعمل في مدة معقولة حددها القانون، وذلك مراعاة للثقة المشروعة المتولدة من جانب المهني وحفاظاً على إستقرار المعاملات.

ثالثا- تغير ملامح العقد بتقلص طابعه الإرادي لصالح الطابع الإجتماعي الموسوم بالهدف الأخلاقي، إذ تحولت الحرية العقدية إلى أداة عادلة ونافعة بمعية العنصر الأخلاقي في العقود، ما أثر بشكل كبير في تحديث قانون العقود بما يبرز فيه توجه المشرع نحو أخلقة العقود، عن طريق تنامي تكريسه للمبادئ الأخلاقية في النظرية العامة وفي القواعد الخاصة. فلقد ثبت أن العقد بإعتباره وظيفة إجتماعية لا يمكن أن يتامن إلا في جو من الثقة والطمأنينة، كما لا يمكن أن ينفع إلا إذا تحققت فيه المساواة، وهذا يتطلب إخضاعه إلى سلطان الأخلاق التعاقدية الذي يوفق بين سلطان الإرادة والقانون.

رابعا- إن مهمة القاضي لم تعد قاصرة على الوساطة في تنفيذ إرادات المتعاقدين، وإنما أصبحت تكمن في التوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف عن طريق إقامة الإنصاف في العلاقات التعاقدية، بموجب السلطة التي منحها له المشرع في إعطاء القيم الأخلاقية قوة القانون، حيث مكنه من الحكم بالقاعدة الأخلاقية التي قررها أو التي مهد له وسائل للبحث عنها وإقرارها، فيبقى بموجبها على العقد أو يعدله أو ينهيه حسب ما تقتضيه العدالة. فلقد إتضح إتساع دور القاضي من خلال سلطته في التدخل في العقد، بمناسبة تفسيره، تكملته أو تعديله، خاصة من خلال الدفع الذي وجده من وراء أعمال قواعد العدالة، فلم يعد القاضي مطبقا للقانون فقط بل أصبح رقبيا على تحقيق التوازن العقدي، بواسطة إثراء العقود بالالتزامات جديدة على غرار الإلتزام بالإعلام والضمان، اللذان كانا وليدا للإجتهاادت القضائية. وبهذا صار للقاضي، بإعتباره الضامن لتحقيق العدالة العقدية، دور في تحديد عناصر المفهوم الجديد للعقد الذي يقوم على الأخوة العقدية التي تتطلب تحقيق فعالية للمبادئ الأخلاقية في العلاقة العقدية.

خامسا- توجه المشرع إلى ضمان إستمرار العقد بدلا من السعي وراء إنهائه، بواسطة فكرة التضامن العقدي التي ترخص مراجعة آليات التوازن العقدي. ويتضح البعد الأخلاقي لآليات تحقيق التوازن الإقتصادي في العلاقات العقدية، من خلال تفعيل الرقابة القضائية على التوازن العقدي خاصة في عقود الإذعان، وذلك بحظر الشروط التعسفية التي تعد مجالا طبيعيا في العقود التي تتسم باللامساواة بين أطرافها. كما تجسد البعد الأخلاقي لهذه الآليات في تفعيل دور المشرع إلى جانب دور القاضي، عن طريق النظام القانوني الحديث المتعلق بالإستهلاك والقائم أساسا على مبدأ التوازن.

سادسا- أن تكريس العنصر الأخلاقي في القوانين الحديثة الخاصة بحماية المستهلك والمتعلقة بالمنافسة والممارسات التجارية، يجسد التكامل فيما بينها وبين القانون المدني، وهو ما يجعل الغاية من العقد لا تتمثل في تبادل الثروات والخدمات والمنافع، وإنما في تنظيم هذا التبادل بما يعود بالمنفعة على المجتمع. كما يكشف ذلك التكريس عن توجه المشرع إلى أخلقة بيئة الأعمال على غرار أخلقة البيئة

العقدية، بواسطة أخلقة السوق وما يتم فيها من تعاملات إقتصادية، وهو ما تؤكد الأهداف ذات الطابع والبعد الأخلاقي التي قررها المشرع من وراء سنه لهذه القوانين (تجنب الممارسات المقيدة للمنافسة، تحديد قواعد ومبادئ الشفافية ونزاهة الممارسات التجارية، قمع الغش...).

بناءً على ما أوردناه من نتائج، فإنه يمكن إيراد بعض المقترحات على أساس التوفيق الضروري بين مبادئ العدالة وحسن النية من جهة، والحرية والمسؤولية من جهة ثانية. وعلى أساس المقاربة في دور ومكانة العنصر الأخلاقي في العقود، بما يحقق حرية تبادلات إقتصادية قائمة على العدالة والمنفعة. وتتمثل هذه الإقتراحات في:

أولاً- ضرورة تدخل المشرع لتنظيم الفترة السابقة للتعاقد في القانون المدني الجزائري، على غرار باقي مراحل العقد، فقد أصبح واضحاً بأن عدم تنظيمها قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة ولا تتلاءم مع الوظيفة الإجتماعية للعقد. وذلك بتكريس مجموعة من الأحكام التي تنصب أساساً على الجوانب والآثار القانونية التي تثيرها هذه المرحلة، وإدراج نص يفيد الأخذ بمبدأ حسن النية في إبرام العقد والمرحلة السابقة عليه، وتضمين أهم المقتضيات التي يفرضها على أطراف العقد المزمع إبرامه والجزاء المترتب على الإخلال بها. كما يجب أن يبين المشرع في هذا النص المعيار الذي يستند إليه في قياس حسن النية في إبرام العقود، وذلك بالتأكيد على الإلتزام بمراعاة المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل.

ثانياً- لما كان القانون بحاجة إلى تفعيل دور العنصر الأخلاقي لمسايرة ومواجهة التطور التكنولوجي والتقدم العلمي المتسارع والمؤثر، في كثير من الأحيان، سلباً على العلاقات التعاقدية وحقوق أطرافها، فإنه من الضروري تجديد القواعد القانونية بما يستوعب التطور الحديث الذي تعرفه المجتمعات، وبما يتوافق والقيم والمبادئ الأخلاقية للمجتمع من عدالة وانصاف، بالنظر لدورها في تهذيب الأحكام والحفاظ على إستقرار المعاملات ومن ثم تحقيق الأمن القانوني.

ويتم ذلك بتدخل المشرع بنصوص تشريعية لتزكية الواجبات الأخلاقية المنظمة لمرحلة إبرام وتنفيذ العقد، بوضعها في مقام الإلتزامات القانونية في النظرية العامة للعقد، كواجب التعاون، الإعلام السابق على التعاقد والإستعلام.

ثالثاً- على المشرع تنظيم عقود الاستهلاك بدلاً من الحديث عن قانون خاص بحماية المستهلك، لما في العلاقة الإستهلاكية من خصوصية. فلقد تبين ضرورة إعداد قواعد عامة جديدة إنطلاقاً من نظرية جديدة للعقد، ترفض بصورة خاصة المساواة المجردة بين الطرفين التي تأخذ بها النظرية القديمة للعقد، وتعتمد باللامساواة الواقعية التي تخص المستهلك في علاقته مع المهني، والمهنيين في علاقاتهم فيما

بينهم سواء تعلق الأمر بالإنتاج أو بالتوزيع، والتي يرجع أمر تصحيحها إلى القانون. على أن تراعي تلك القواعد العامة التكامل الضروري بينها وبين التشريعات الأخرى الخاصة.

فلقد إتضح أن تنظيم المشرع الجزائري للإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد، مثلا، في قانون حماية المستهلك الذي يعد تشريع إقتصادي أكثر منه قانوني، غير كاف يستلزم وضع قواعد جديدة تنظم الإلتزام بالإعلام تنظيما كاملا نظرا لأهميته، من أجل أن يكون التعاقد التقليدي أو الإلكتروني للمستهلك صادرا عن إرادة حرة، واعية ومستنيرة.

رابعا- نرى بدا من رجوع المشرع الجزائري في تعديله للقواعد المنظمة للعقد، إلى التشريع الإسلامي وليس فقط إلى التشريعات الأجنبية على غرار التشريع الفرنسي. وهذا لأن التشريع الإسلامي هو تشريع كامل يقوم على أساس من العدل المطلق والأخلاق الفاضلة، خاصة أن إجتهدات الفقه والقضاء الإسلامي أظهرت دور القيم الأخلاقية في إستقرار المعاملات، وإعتبر العقد وظيفة إجتماعية يجب أن يتحقق فيه خير المجتمع، وهو أحدث ما قررته الشرائع الحديثة.

في الأخير، إن كان في إمكاننا التأكيد على أن تكريس العنصر الأخلاقي في العقود يضفي الطابع المرن للقواعد المنظمة للعقد، ما يسمح بمسايرة العقد لجميع التطورات التي يشهدها المجتمع، غير أنه يجب الإقرار بعدم المبالغة في هذا الدور مهما بلغ من الأهمية، لأن تحقيق الأمن القانوني أو المعاملاتي يتطلب أيضا الاعتداد بالاعتبارات الاقتصادية والسياسية والإجتماعية بشكل متكامل أو حتى منفرد، طالما أن العقد يعتبر أداة إقتصادية، قانونية وإجتماعية.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية.

1- المؤلفات:

- أحمد شوقي عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات، المطبعة العربية الحديثة، مصر، 2003.
- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الأنترنت، ط1، دار الثقافة ودار العلمية الدولي، عمان، 2004.
- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، جزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980.
- أحمد محمد الرفاعي، الإلتزام بالتسامح، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضا، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006.
- أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
- إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.
- إدريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، القانون المدني نموذجاً، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.
- إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، المصادر، الناشر مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1966.
- آلان بينابيت، القانون المدني، الموجبات، ترجمة منصور القاضي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم في المجتمعات العلمانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، أركان العقد، مطبعة نمم، بيروت، 2002.
- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثاني، مفاعيل العقد، مطبعة نمم، بيروت، 1987.
- أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصار الالتزام، دار المعارف، مصر، 1962.
- بيار كتلا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقاد في القانون الفرنسي، ترجمة جامعة سان جوزيف، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009.
- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000.
- جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012.
- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
- حسن الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1975.
- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- خالد الحديثي، تكميل العقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

- خالد جمال أحمد حسان، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، مصر، 1984.
- سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، ط1، دار الفكر اللبناني، بيروت، 1987.
- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة 6، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1987.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ج2، الطبعة الرابعة، دار صادر للطباعة والنشر، 1987.
- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- شاكِر حامد علي حسن جبل، الإعلان التجاري والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقد، الطبعة الأولى، دار دجلة، الأردن، 2008.
- صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- صلاح محمد أحمد دياب، إلتزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الحقي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2009.
- عابد فايد عبد الفتاح فايد، الإلتزام بضمان السلامة في عقود السياحة في ضوء قواعد حماية المستهلك، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.

- عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
- عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988.
- عبد الحي عبد المجيد حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقا للقانون الكويتي، مطبوعة جامعة الكويت، الكويت، 1970.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية، المجلد الأول، نظرية الإلتزام، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982.
- عبد الحي عبد المجيد حجازي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الإلتزام، المطبعة المحلية، القاهرة، 1960.
- عبد الرحمن عياد، أساس الإلتزام التعاقدية: النظرية والتطبيقات، دار الثقافة الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 1، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 1، المجلد الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الإلتفاقي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003.

- عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الطبعة الثانية، جامعة الكويت، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، 1982.
- عبد القادر أقصاصي، الإلتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- عبد اللطيف عبد الحلیم القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004.
- عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، ج1، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1978.
- عبد المنعم درويش، محاولة لتحليل تطور فكرة الإلتزام التعاقدی، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006.
- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- فانسان هوزيه، المطول في العقود، بيع السلع الدولي، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2005
- فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- مارغريت نقولا ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، مكتبة صادر، بيروت، 2006.

- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- محمد العروصي، الإلتزام بالإعلام خلال تكوين عقد البيع، الطبعة 2، مطبعة ووراقة سجلماسة، مكناس، المغرب، 2012.
- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- محمد بودالي، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 .
- محمد رياض دغمان، إزامية العقد، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.
- محمد شكري جميل العدوي، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار لفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- محمد صادق الموسوي، نظرية الجهل والغلط بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الهادي، بيروت، 2002.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الإلتزام، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- محمد صديق محمد عبدالله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، كتاب البيوع، الطبعة 3، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، 1987.
- محمود محسوب، أزمة العدالة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- مسلم بن الحجاج ابو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، دار إحياء الكتب العربية، الجزء الأول، بيروت، ب. ت.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، 1995.

- مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1987.
- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، الدار الجامعية، بيروت، 2000.
- منى أبو بكر الصديق، الإلتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013،
- نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- نشأت إبراهيم الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، الطبعة الأولى، دار الشروق، جدة، 1982.
- نعيم عطية، القانون والقيم الاجتماعية، المكتبة الثقافية، العدد 257، الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، مصر، 1971.
- يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

2- المقالات:

- أحمد خديجي، حماية المستهلك من خلال الإلتزام بالإعلام العقدي، دفاثر السياسة والقانون، العدد الحادي عشر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014.
- أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، جامعة الكويت، الكويت، 2004.
- إدريس العلوي العبدلاوي، البعد الأخلاقي للقاعدة القانونية، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، العدد 13، المغرب، 1996.
- إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، عدد 02، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2003.
- الكوني علي أعيودة، العدالة في القانون المدني، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 42، أشغال الملتقى الدولي "قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة"، يومي 14 و 15 يونيو 2013، مخبر الدراسات القانونية والعقارية بكلية الحقوق، جامعة القاضي عياض بمراكش ونادي قضاة المغرب، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، 2013.

- الهادي السعيد عرفة، حسن النية في العقود، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، العدد01، السنة01، 1986، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ص147.
- بوزيان عليان، توظيف مقاصد الشريعة في أسلمة المعرفة القانونية، إسلامية المعرفة مجلة الفكر الإسلامي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، العدد 78، السنة 20، بيروت، 2014.
- حمادي الرايس، مجلة الإلتزامات والعقود والأخلاق، مئوية مجلة الإلتزامات والعقود 1906-2006، مركز النشر الجامعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2006 مباركة دنيا، حسن النية في تنفيذ عقد العمل، طنجيس للقانون والإقتصاد، العدد1، المغرب، 2001.
- حمدي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الإلتزام بها، مبدأ حسن النية ومقتضياته، دراسة تأصيلية تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد السادس عشر، العدد الأول، غزة، 2008 .
- خميس محمود، القانون وصلته بالأخلاق، مجلة المحامون، العدد الأول والثاني، السنة 60، نقابة المحامين، الجمهورية العربية السورية، 1995.
- عبد السلام الترماني، القيم الأخلاقية في العقود، مجلة المحامون، العدد الثالث والرابع، السنة 75، نقابة المحامين، سوريا، 2010.
- عبد المجيد الصلاحيين، شرط إستبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة من العقد، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الرابع، العدد الثاني، الأردن، 2008.
- عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1963،
- محمد إبراهيم بنداري، نظرة الميسرة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الأمن والقانون، العدد02، السنة 9، كلية الشرطة، دبي، 2001.
- محمد خير، الأبعاد الأخلاقية للقسم في بعض المهن، مجلة المحاكم المغربية، عدد 82، الدار البيضاء، 2000.
- محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، المجلد 22، العدد2، جامعة الكويت، الكويت، 1998.
- محمد لبيب شنب، الجحود المبستر للعقد، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد1، السنة 3، مصر، 1961.

- محمد محاسنة، مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد العاشر، العدد الأول، الأردن، 1995.
- محمد مهدي الجم، محمد مهدي الجم، نظرية الظروف الطارئة، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون، العدد 15، جامعة القاضي عياض، مراكش، 1991.
- محمد وحيد الدين سوار، عدل العقد، الغبن والإستغلال في مشروع قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة العدالة، العدد 47، السنة 13، أبو ظبي، 1986.
- يمينة بليمان، الإشهار الكاذب أو المضلل، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 32، المجلد ب، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2009.
- يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد: الغلط والتدليس، مجلة الحقوق، العدد 02، السنة 36، جامعة الكويت، 2012.

3- أطروحات ورسائل الدكتوراه:

- جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، 2013-2014.
- صالح شنين، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012-2013.
- طحطاح علال، إلتزامات العون الاقتصادي في ظل الممارسات التجارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، 2013 - 2014.
- عبد اللطيف هني، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
- عدة عليان ، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقہ الاسلامي، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
- فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1992.

- لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
- يحي أحمد بني طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2007.

4- مذكرات الماجستير:

- جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، 1983.
- دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012،
- عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد، ط1، مطبعة اليرموك، العراق، 1974.
- عبد الرحمن بوقلجة، دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.
- محمد عماد الدين عياض، الحماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسات التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2006-2007.

5- القواميس والموسوعات:

- الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، الطبعة الاولى، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2003.
- محمد عبد الرحيم عنبر، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية، المجلد4، الجزء الخامس، مصر، 1974.
- محمد ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، 2010.

ثانيا: باللغة الأجنبية.

A- Ouvrages :

- Brousseau (E), l'économiste, le juriste, et le contrat, études offertes à Ghestin (J), L.G.D.J, Paris, 2001.
- Carbonnier (J), Droit civil, les obligations, P.U.F, Paris, 1998.
- Darmaisin (S), Le contrat moral, L.G.D.J, Delta, Liban, 2000.
- Fabre - Magnan (M), l'obligation d'information dans les contrats , L.G.D.J, -Paris, 1992.
- Ferrier (D), La protection des consommateurs, Dalloz, Paris, 1996.
- Flour (J) et Aubert (J-L), droit civil, les obligations, I, L'acte juridique, 7^{em} edit, Arman Colin, Paris, 1996.
- Ghestin (J), Traité de droit Civil, la formation du contrat, 3^{em} éd, L.G.D.J, Paris, 2000.
- Gorphe (F), le principe de bonne foi, Dalloz, Paris, 1928.
- Jaluzot (B), la bonne foi dans les contrats, étude comparative, Dalloz, Paris, 2001.
- Larroumet (C), Droit civil, Les obligations, 1^{er} Partie, T 3, 4^e édit, Economica, Cujas, Paris, 1998.
- Le Tourneau (Ph), La responsabilité civile: « Que sais-je ? », Presses Universitaires de France, 2003.
- Major (W), Law of contract , 4 edit, Macdonald and Evans, LTD, London, 1974.
- Marty (G) et Raynaud (P), droit civil, les obligations, T, 2^{em} édit, Sirey, Paris, 1998.
- Malaurie (Ph) et Ayres (L), Cours de droit civil, T VI, les obligations, 4^{em} edit, 1993-1994.
- Malaurie (Ph) et Aynes (L), les obligations, 6 edit, L.G.D.G, Paris, 2013.
- Mazeaud (H,L et J), Leçons de droit civil, T II, Les obligations, 8^{ème} Edit, Montchrestien, Paris, 1991.
- Mazeaud (H, L et J) et Chabas (F), introduction à l'étude du droit, 12 éd, Montchrestien, Paris , 2000.
- Richards (P), Law of contract, 5 th ed, Longman, pearson, 2002, Ch.11.
- Ripert (G), La règle morale dans les obligations civiles, 4ed , L.G.D.J, Paris,

- Savatier (R), Traité de responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural, revue internationale de droit – comparé, V 2, N°4, 1950.
- Starck (B), Roland (H), et Boyer (L), Droits civil, les obligations, T2, Contrat, 6^{ème} éd, Litec, Paris , 1998.
- Starck (B) Droit Civil, obligations, 2ed, letec, Dalloz, Paris, 1996.1949.
- Solus (H), Ghestin (J) et Mas (F), La conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J, Paris, 2005.
- Tanagho (S), de l'obligation judiciaire, L.G.D.J, Paris, 1965.
- Terré(F), introduction générale au droit, 9e éd, Dalloz, Paris, 2012.
- Terré (F), Simler (Ph), et Le Quette (Y), droit civil, les obligations, Dalloz, Delta, Paris, 1994.
- Weil (A) et Terré (F) , Droit civil, les obligations, 4^{ème} edit, Dalloz, Paris, 1989.

B- Theses:

- Aubert (J.L), Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse, Paris, 1970.
- Desgorges (R), la bonne foi dans le droit des contrats, Thèse, Paris 2, 1992.

C- Articles, Chroniques et Colloques :

- Bencheneb(A), Le contrat en droit algérien: entre texte (s) et contexte (s), Algérie cinquante ans après la part du droit, ouvrage collectif sous la direction de Walid Laggoune, T1, éd Ajed, 2013.
- Ghestin (J), l'utile et le juste dans le contrat, Archive de philosophie du droit, T.26, Sirey, Paris, 1981.
- Le Tourneau (Ph), le professionnels ont-ils du cœur, Dalloz, Paris, 1990, chron.
- Magnier (V), protection des consommateur, Les sanctions du formalisme informatif, J.C.P, éd G. doct, 1.10, N°5, 28 Janvier 2004.
- Master (J), Obligation et contrats spéciaux, Rev.trim de droit civil, n°3, sep, Paris, 1994.

- N'Diaye (F), faut-il introduire un principe de confiance dans le livre III du titre du Code Civil? Acte de coll univ de Versailles, Dalloz, Paris, 2008.
- Savatier (R), les contrat de conseil en droit prive, Dalloz, Paris, chron, 1972.
- Simler (Ph), juris-classeur civil, art 1156 à 1164 fascicul 30, 1992, N°25.
- Schmidt (J), la sanction de faute précontractuelle, Rev.trim de D.civil, 1974.

الفهرس

01.....	مقدمة.....
10..	الباب التمهيدي: تطور فكرة العنصر الأخلاقي في العقود ومحدداتها القانونية.....
10..	الفصل الأول: تطور فكرة العنصر الأخلاقي في العقود.....
11.....	المبحث الأول: غموض فكرة العنصر الأخلاقي في العقود.....
12.....	المطلب الأول: التعهد الديني أساس المعاملات في القانون الروماني.....
13	المطلب الثاني: العدل أساس القوة الملزمة للعقد في مذهب القانون الطبيعي.....
15.....	المبحث الثاني: العنصر الأخلاقي من الإستبعاد إلى الإستحضار في قانون العقود.....
16.....	المطلب الأول: مقاومة المذهب الوضعي لفكرة العنصر الأخلاقي في العقود.....
18.....	المطلب الثاني: إسهامات النظرة الإجتماعية في ظهور العنصر الأخلاقي.....
21.....	المبحث الثالث: قبول فكرة العنصر الأخلاقي في العقود.....
24.....	الفصل الثاني: محددات فكرة العنصر الأخلاقي في العقود.....
24.....	المبحث الأول: عناصر العنصر الأخلاقي في العقود.....
25.....	المطلب الأول: العدالة العقدية أساس العنصر الأخلاقي في العقود.....
26.....	الفرع الأول: مفهوم العدالة العقدية.....
30.....	الفرع الثاني: معايير العدالة العقدية.....
30.....	أولاً- المساواة تجسيد للعدالة العقدية.....
31.....	ثانياً- التوازن العقدي تحقيق للعدالة.....
32.....	المطلب الثاني: حسن النية آلية لتكريس العنصر الأخلاقي في العقود.....
33.....	الفرع الأول: مفهوم حسن النية كمبدأ قانوني عام.....
37.....	الفرع الثاني: مظاهر مبدأ حسن النية في العقود.....
37.....	أولاً- الإستقامة والنزاهة.....
38.....	ثانياً: الثقة المشروعة.....
41.....	ثالثاً: الأمانة والإخلاص.....
41.....	المبحث الثاني: مبررات إرساء العنصر الأخلاقي في العقود.....
42.....	المطلب الأول: العنصر الأخلاقي مكمل للقاعدة القانونية.....

- 42.....الفرع الأول: العدالة مصدر للقانون.....
- 44.....الفرع الثاني: العدالة مصدر للحكم في حالة بعينها.....
- 45.....المطلب الثاني: العنصر الأخلاقي مهذب للقاعدة القانونية.....
- 47.....الباب الأول: مكانة العنصر الأخلاقي في مرحلتي التفاوض وإبرام العقد.....
- 48.....الفصل الأول: إستحضار العنصر الأخلاقي في مرحلة التفاوض.....
- 49.....المبحث الأول: الإلتزام بحسن النية تهديبا لعملية التفاوض.....
- 50.....المطلب الأول: الطابع الأخلاقي للإلتزام بحسن نية في التفاوض.....
- 51.....الفرع الأول: الأساس الأخلاقي للإلتزام بحسن النية في التفاوض.....
- 54.....الفرع الثاني: طبيعة الإلتزام بحسن النية في التفاوض.....
- 55.....المطلب الثاني: المقتضيات الأخلاقية للإلتزام بحسن النية في التفاوض.....
- 55.....الفرع الأول: الإلتزام بالتعاون في التفاوض.....
- 58.....الفرع الثاني: الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.....
- 62.....الفرع الثالث: الإلتزام بالإستمرار في التفاوض.....
- 63.....المبحث الثاني: الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد تحقيقا للتوازن العقدي.....
- 64.....المطلب الأول: البعد الأخلاقي للإلتزام بالإعلام قبل التعاقد.....
- 64.....الفرع الأول: نطاق الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد.....
- 70.....الفرع الثاني: الأساس الأخلاقي للإلتزام بالإعلام ما قبل تعاقد.....
- 73.....المطلب الثاني: خصوصية الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني.....
- 74.....الفرع الأول: مضمون الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني.....
- 77.....الفرع الثاني: شروط الوفاء بالإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني.....
- 79.....المبحث الثالث: الإلتزام بالنزاهة في الإشهار التجاري تهديبا للسلوك التفاوضي.....
- 80.....المطلب الأول: مضمون الإلتزام بالنزاهة في الإشهار التجاري وأساسه.....
- 80.....الفرع الأول: تكريس الإشهار التضليلي كممارسة غير نزيهة في القانون.....
- 81.....أولا: صور الإشهار المضلل.....
- 82.....1- الإشهار المفضي إلى التضليل.....
- 83.....2- الإشهار المفضي إلى اللبس.....

84.....	3- الإشهار المبالغ فيه.....
86.....	ثانيا: معيار تقدير التضليل في الإشهار.....
87.....	الفرع الثاني: أساس الإلتزام بالنزاهة في الإشهار.....
89.....	المطلب الثاني: إلتزام النزاهة في الإشهار التجاري الإلكتروني.....
89.....	الفرع الأول: مفهوم وطبيعة الإشهار التجاري الإلكتروني.....
92.....	الفرع الثاني: الإشهار الإلكتروني المضلل.....
94.....	الفصل الثاني: إعمال العنصر الأخلاقي في مرحلة إبرام العقد.....
95.....	المبحث الأول: الإرادة الجدية تكريس للعنصر الأخلاقي في العقود.....
96.....	المطلب الأول: نظام الأهلية القانونية ضرورة أخلاقية في العقود.....
96.....	الفرع الأول: الأهلية القانونية تجسيد للعدالة العقدية.....
99.....	الفرع الثاني: حماية القاصر تجسيد للثقة المشروعة في التعاقد عن بعد.....
102.....	المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة ومبدأ حسن النية.....
102.....	الفرع الأول: مقتضيات مبدأ حسن النية في التعبير عن الإرادة.....
103.....	أولا- إلتزام الوضوح والشفافية في التعبير التقليدي والإلكتروني عن الإرادة.....
107.....	ثانيا- مراعاة الثقة المشروعة.....
109.....	الفرع الثاني: مبدأ حسن النية أساس القوة الإلزامية للتعبير عن الإرادة.....
109.....	أولا- القوة الإلزامية للتعبير التقليدي عن الإرادة.....
112.....	ثانيا: القوة الإلزامية للتعبير الإلكتروني عن الإرادة.....
115.....	المبحث الثاني: نظرية عيوب الإرادة تجسيد للعنصر الأخلاقي.....
116.....	المطلب الأول: عيب الغلط إستحضار للعنصر الأخلاقي.....
117.....	الفرع الأول: الطابع الأخلاقي لشروط التمسك بإبطال العقد على أساس الغلط.....
117.....	أولا : إشتراط الصفة الجوهرية في الغلط تكريس للإستقامة والنزاهة.....
119.....	ثانيا: إشتراط إتصال الغلط بالمتعاقد الآخر تكريس للثقة المتبادلة.....
120.....	الفرع الثاني: القيود الأخلاقية لإستعمال الحق في طلب الإبطال بسبب الغلط.....
120.....	أولا: إحترام مبدأ حسن النية.....
121.....	ثانيا: تجنب الغلط غير المعذور.....

122.....	المطلب الثاني: عيب التدليس إقرار للعنصر الأخلاقي
124.....	الفرع الأول: الأساس الأخلاقي للتكتمان التدليسي
126.....	الفرع الثاني: إتصال التدليس بالمتعاقد الآخر مقتضى أخلاقي
127.....	المطلب الثالث: عيب الإكراه إقرار بالعنصر الأخلاقي
128.....	الفرع الأول: الصفة غير الأخلاقية للإكراه
131.....	الفرع الثاني: إشتراط العلم بالإكراه الصادر من الغير أو الناتج عن حالة الضرورة مقتضى أخلاقي
132.....	الفرع الثالث: المظاهر الأخلاقية في الإكراه الإقتصادي الجديد
133.....	أولا: تجديد عيب الإكراه من خلال إستغلال وضعية التبعية
135.....	ثانيا: تجديد عيب الإكراه من خلال التعسف في إستعمال وضعية الهيمنة
136.....	المطلب الرابع: عيب الإستغلال إعمال للعنصر الأخلاقي
137.....	الفرع الأول: الطابع الأخلاقي لعناصر الإستغلال
137.....	أولا: الصبغة الأخلاقية للعنصر المادي للإستغلال
139.....	ثانيا: الصبغة الأخلاقية للعنصر النفسي للإستغلال
141.....	الفرع الثاني: السمة الأخلاقية لخصوصية الجزاءات المترتبة عن الإستغلال
141.....	أولا: دعوى إبطال العقد للإستغلال تطبيق لمبدأ حسن النية
143.....	ثانيا: دعوى الإنقاص تحقيق للعدالة العقدية
143.....	المبحث الثالث: الإتفاقات المشروعة إرساء للعنصر الأخلاقي
145.....	المطلب الأول: النظام العام تكريس للطابع الأخلاقي للعقود
146.....	الفرع الأول: النظام العام أداة لتجسيد العدالة العقدية
148.....	الفرع الثاني: السمة الأخلاقية لجزاء مخالفة النظام العام
151.....	المطلب الثاني: مشروعية المحل العقد وسببه مطلب أخلاقي
151.....	الفرع الأول: مشروعية المحل
153.....	الفرع الثاني: مشروعية السبب
159.....	خلاصة الباب الأول
161.....	الباب الثاني: مكانة العنصر الأخلاقي في مرحلة تنفيذ العقد

164	الفصل الأول: إقرار العنصر الأخلاقي لتحديد نطاق العقد.
165	المبحث الأول: عملية تفسير العقد مطلب أخلاقي.
166	المطلب الأول: النزعة الأخلاقية لعملية تفسير العقد.
166	الفرع الأول: النزعة الذاتية في عملية تفسير العقد.
168	الفرع الثاني: النزعة الموضوعية في عملية تفسير العقد.
172	المطلب الثاني: تفسير العقد ومبدأ حسن النية.
172	الفرع الأول: تفسير العقد بحس نية.
174	الفرع الثاني: متطلبات حسن النية في تفسير العقد.
174	أولاً: حالة العبارة الواضحة للعقد.
177	ثانياً: حالة العبارة الغامضة للعقد.
179	ثالثاً: حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين.
182	المبحث الثاني: تكملة العقد تحقيقاً للعدالة العقدية.
183	المطلب الأول: تكريس العدالة بواسطة عوامل تكملة العقد.
185	الفرع الأول: تفعيل دور التشريع تحقيقاً للتوازن العقدي.
186	الفرع الثاني: العرف أداة لإعادة التوازن العقدي.
188	الفرع الثالث: الإنصاف وسيلة لتأمين التوازن العقدي.
190	المطلب الثاني: مساهمة القاضي في تحديد مضمون العقد تحقيقاً للعدالة.
191	الفرع الأول: الإلتزام بالضمان.
191	أولاً: الإلتزام العام بالضمان.
193	ثانياً: الإلتزام بضمان سلامة المستهلك.
196	الفرع الثاني: الإلتزام بالإعلام التعاقدي.
200	الفصل الثاني: إعمال العنصر الأخلاقي تهنيداً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.
201	المبحث الأول: مرونة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بواسطة العنصر الأخلاقي.
203	المطلب الأول: جواز نقض أو تعديل العقد تحقيقاً للعدالة.
204	الفرع الأول: إنهاء العقد أو تعديله بقوة القانون أو بإرادة أحد الأطراف ضماناً للتوازن العقد.
204	أولاً- حالة إنهاء العقد أو تعديله بقوة القانون.

206.....	ثانيا- حالة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.....
206.....	1-تكريس الثقة المشروعة من خلال إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.....
207.....	2-تكريس حسن النية من خلال حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد.....
212.....	الفرع الثاني: تعديل القاضي للعقد تحقيقا للتوازن العقدي المنشود.....
212.....	أولا- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.....
214.....	ثانيا- سلطة القاضي في منح المدين نظرة الميسرة.....
217.....	ثالثا- سلطة القاضي إتجاه الشروط التعسفية.....
218.....	1-سلطة القاضي التقديرية إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان.....
219.....	2- سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في العقود الإستهلاكية التقليدية والإلكترونية.....
222.....	المطلب الثاني: مراجعة العقد أداة لإنصاف المدين.....
222.....	الفرع الأول: شرعية تدخل القاضي لمراجعة العقد.....
225.....	الفرع الثاني: النزعة الموضوعية الأخلاقية لمراجعة العقد.....
225.....	أولا: الشروط الموضوعية لمراجعة العقد.....
225.....	1-وقوع حوادث إستثنائية عامة وغير متوقعة.....
227.....	2- ترتب الإرهاق في تنفيذ الإلتزام بسبب الحادث.....
228.....	ثانيا: الإنصاف معيار سلطة القاضي في مراجعة العقد.....
229.....	1-إنقاص إلتزام المدين.....
229.....	2-زيادة إلتزام الدائن.....
230.....	3- إيقاف تنفيذ العقد فترة من الزمن.....
231.....	المبحث الثاني: مرونة مبدأ نسبية آثار العقد بواسطة العنصر الأخلاقي.....
232.....	المطلب الأول: إلتزام المتعاقدين بتنفيذ العقد بحسن نية.....
234.....	الفرع الأول: تكريس الأخلاق التعاقدية كمظاهر لحسن النية في تنفيذ العقد.....
234.....	أولا: الإلتزام بالنزاهة في التنفيذ.....
237.....	ثانيا: الإلتزام بمراعاة الثقة في التنفيذ.....
239.....	ثالثا: الإلتزام بالتعاون على تنفيذ العقد.....
242.....	الفرع الثاني: التعسف في إستعمال الحق آلية رقابية على تنفيذ العقد بحسن النية.....

242.....	أولاً: الأساس الأخلاقي لمبدأ التعسف في إستعمال الحق
244.....	ثانياً: مراقبة مشروعية إستعمال الحق عند تنفيذ العقد.
246.....	المطلب الثاني: إلتزام الغير بإحترام مبدأ حسن النية في التنفيذ.
248.....	الفرع الأول: إلتزام الغير القابل للتعهد بالتنفيذ بحسن النية.
250	الفرع الثاني: إلتزام الغير القابل للإشتراط بالتنفيذ بحسن النية.
255.....	خلاصة الباب الثاني.
257.....	خاتمة.
261.....	قائمة المراجع.
274.....	الفهرس.

ملخص

تعد العقود بوصفها وسيلة تبادل، من أهم المجالات التي تفاعلت مع الأخلاق، حيث ظهر مفهوم العنصر الأخلاقي في القانون المدني، منذ البداية، من خلال التقنية التشريعية التي تبنت فكرة العدل كأساس لنظرية العقد. غير أنه، وبالنظر إلى التقدم التكنولوجي الذي إنعكس على العلاقات العقدية، والتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي أدت إلى عصرنة مفهوم العقد بما يحقق المنفعة، استدعت الضرورة إعادة النظر في المبادئ التقليدية للعقد لضمان الأمن القانوني، مما أثار مسألة مدى إستجابة ذلك المعطى الأخلاقي لتلك التطورات وإسهامه في تطور العقد.

الكلمات المفتاحية: - أخلاقيات التعاقد - العدالة العقدية - مبدأ حسن النية- الثقة العقدية - مبدأ سلطان الإرادة - الحرية التعاقدية - القوة الملزمة للعقد - الأثر النسبي للعقد - الإلتزام بالاعلام.

Abstrait:

Les contrats comme moyen d'échange sont l'un des domaines les plus importants qui interagissent avec l'éthique. Le concept de l'élément moral est apparu dès le début dans le code civil à travers la technique législative qui a adopté l'idée de la justice comme base de la théorie du contrat. Cependant, en ce qui concerne les progrès technologiques qui ont été reflétés dans les relations contractuelles, et les évolutions économiques et sociaux qui ont conduit à la modernisation de la notion de contrat pour être utile, il a fallu revoir les principes traditionnels du contrat pour assurer la sécurité juridique. ce qui a soulevé la question de l'ampleur de la réponse à cette morale donnée à ces progrès et de sa contribution à l'évolution du contrat.

Mots clés: Éthique contractuelle - justice contractuelle - Principe de bonne foi - confiance contractuelle - liberté contractuelle - la force obligatoire du contrat - l'impact relatif du contrat - l'obligation d'information.

Abstract

Contracts as a means of exchange are one of the most important fields that interacted with ethics. The concept of the ethical element has been appeared from the beginning in the civil code through the legislative technique that adopted the idea of justice as a base of the contract theory. However, regarding the technological progress that has been reflected in the contractual relations and the socioeconomic evolutions that led to the modernization of the concept of contract in order to be useful, it was necessary to review the traditional principals of the contract to ensure the legal security. This issue has raised the question of the extent of ethics response to these progresses and its contribution in the evolution of the contract.

Keywords: Contract ethics - contractual justice - Good faith principle - contractual confidence - The principle of the will of power - Contractual freedom - The binding force of the contract - The relative impact of the contract- Commitment to information .