الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قســـــم الحـــقوق

مـــــــيدان الحقـــوق

تخصص قانون الأعمال

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

مـبدأ حسـن النية في تنفيذ العقود

إعداد الطالبتين :

حشاني إسمهان

حاجي أحلام

إشراف الأستاذ

أ.د عبد الحفيظ بقة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
د. حمزة يحياوي	دكتور	جامعة المسيلة	رئيسا
أ.د. عبد الحفيظ بقة	أ.دكتور	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
د. حمزة بوخروبة	دكتور	جامعة المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

ملحق بالقرار رقم .....1082..... المؤرخ في 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): حاسي أحلام الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالبة

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 207637960 والصادرة بتاريخ 2022/03/21

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: حماية أحكام الملكية على تراث الحقوق

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/06/12

توقيع المعني (ة)

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: أحلام اللقب: حاجي

اسم الأب: الحاج اسم ولقب الأم: بوحافية فطيمة الزهراء

تاريخ الازدياد: 1999/06/21 مكان الازدياد: مقرة

رقم الهاتف: 0781773569

البريد الالكتروني: hadjiahlem43@gmail.com

العنوان الشخصي: حشاشة أولاد منصور.

البكالوريا:

المعدل: 13,88 الشعبة/التخصص: علوم تجريبية سنة الحصول على شهادة البكالوريا: 2017

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون خاص النقطة/ سنة التخرج: 2020.

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أعمال النقطة/ سنة التخرج: 2022.

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☑

في حالة موظف:

وظيف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

AA

ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في .....2020-12-22.....
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،
السيد(ة): حاجي اسماعيل ... الصفة: طالب. أستاذ. باحث .....
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 2063 X404 والصادرة بتاريخ 2021/04/14
المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق .....
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج. مذكرة ماستر. مذكرة ماجستير. أطروحة دكتوراه).
عنوانها: حدود أحسن المشرع في تنفيذ العقود .....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2020/06/12

توقيع المعني (ة)

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: إسمهان اللقب: حسناني

اسم الأب: يوزيد عبد اسم ولقب الأم: لقرادة فضيلة

تاريخ الازدياد: 19/11/1992 مكان الازدياد: بو سعادة

رقم الهاتف: 06.57.42.16.94

البريد الالكتروني: Samassine189@gmail.com

العنوان الشخصي:

الباكالوريا:

المعدل: 11,11 الشعبة/التخصص: أدب و فلسفة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2017

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون خاص الدفعة/ سنة التخرج: 2020 / 2019

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أعمال الدفعة/ سنة التخرج: 2022/2021

المعدل التراكمي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☑

في حالة موظف:

وصيف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف ـ ة: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

شكر وعرفان

الحمد لله الذي أنار لنا دروب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى إنجاز هذا العمل.

واعترافا بالفضل والجميل نتقدم بجزيل الشكر والعرفان الصادق للأستاذ الفاضل المحترم البروفيسور بقة عبد الحفيظ على إشرافه على إنجاز هذا العمل، وعلى تزويده إيانا بنصائحه القيمة وبث حب القانون في قلوبنا طيلة الخمس سنوات.

كما نشكر لجنة المناقشة التي أفنت من وقتها لقراءة ما تحويه مذكرتنا وإبدائهم كذلك لأهم الملاحظات التي تساعدنا على تنمية قدراتنا، ولا يفوتنا أن نشكر كل من ساعدنا من قريب أو بعيد وقدموا لنا المساعدة لإنجاز هذا البحث المتواضع.

كما لا يفوتنا أن نشكر أساتذة القانون الخاص.

الإهداء

إلى قرة عيني ورفيقة عمري أمي حبيبة قلبي.

إلى أبي سندي وتاج راسي .

إلى زوجة أبي، أمي الثانية .

إلى إخوتي (محمد)، (صالح) .

إلى أخواتي (أمينة)، (أميرة)، (شريفة).

إلى شريكتي في إنجاز هذا البحث (أحلام).

إلى الأخوين اللذين ولدتهم لي الحياة (موسى)، (المبروك).

إلى **صديقاتي(مروة)، (ابتسام)،(هاجر)، (شيماء)، (ميساء)، (فيروز)، (زهراء).**

إلى روح جدتي أول من حفزني لإكمال دراستي.

إلى من كانا سندي في الإقامة محمد بن بولعيد(عمرون خثير) (بوعافية عبد الصمد).

اسمهان

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع:

إلى والدي اللذين تكبدا عناء دراستي، وربياني على مبادئ الأخلاق، وعلموني أن أتوكل على الله دائما لكي أنجح في الحياة، وهذا العمل يُعد ثمَرة كفاحِ ومجهودِ مَنْ ترعرعتُ على أيديهم وكانوا لي سندًا في الحياة، ومهما حققت من إنجازٍ فلن أُوفِيهم ولو بقطرةٍ مما أنتجت تربيتهم لي يا أغلى ما أملك في حياتي.

إلى أختي حبيبتي التي وافتها المنية قبل أن تراني أتخرج، وعملي هذا كان نتيجة دعمها لي يا من كانت فاتحة أبواب طريقي.

إلى إخوتي وخالاتي وأصدقائي الذين قدموا لي الدعم في حياتي وكانوا سببا في وصولي إلى نيل النجاح.

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد.

أحلام

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:
"إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"

صدق رسول الله

مقدمة

مقدمة

إنّ العقد هو المصدر الأساسي لنشوء الالتزام، إذ أنه يقوم على مبدأين أساسيين: هما مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد، اللذان يعملان على تحقيق التوازن العقدي.

إذ يعتبر العقد قانون مشترك خاص صنعه الأطراف بأنفسهم باقتران إرادة كل منهم مع إرادة الطرف الآخر ويقتصر دور القانون على حماية حرية الفرد وحقوقه وإعطاء أثر لهذا القانون الخاص وليس له من قيود يفرضها على هذه الحرية، لكن في ظل التطور الحاصل سرعان ما اصطدم هذا المبدأ بالواقع العملي خاصة في ظل تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تأسس في كنفها، وهو ما أدى إلى بروز المذهب الاشتراكي، الذي يقوم على أساس تقليص دور الإرادة الفردية في إنشاء وتحديد الروابط والاتفاقات القانونية، إذ كان لزاما استبدال مبدأ سلطان الإرادة بنظام أكثر عدالة وإنصاف وهو ما أدى إلى ظهور ما يعرف بالعقد الموجه، إذ لم يعد يقتصر على أطراف العلاقة العقدية فحسب، بل يخضع لتدخل القانون والقاضي في جميع مراحل العقد(مرحلتي الانعقاد والتنفيذ).

إذا نشأ العقد صحيحا، فإنه يرتب جملة من الالتزامات التي ينبغي على كل متعاقد تنفيذها طبقا لما اشتمل عليه العقد وبحسن نية، وقد يتعداه إلى أكثر من ذلك ليشمل ملحقات العقد، فحسن النية يعد قاعدة أخلاقية تحولت إلى قاعدة قانونية، فالقاعدة الأخلاقية هي إحدى ركائز القاعدة القانونية، مهمتها الحد من التجريد الذي تتميز به القاعدة القانونية والحد من التمسك بالشكليات أو بظاهر النصوص.

لقد نشأ مبدأ حسن النية منذ ظهور القانون الروماني، الذي قسمه إلى قسمين: الأول يتضمن عقود حرفية التنفيذ أو ما يعرف بعقود القانون الضيق والتي يتقيد القاضي بما جاء فيها حرفيا ولا مجال للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، أما القسم الثاني فيتضمن عقود حسن النية والتي يملك القاضي سلطة واسعة في تفسيرها متجاوزا الألفاظ والعبارات بحثا عن نية المتعاقدين ومستعينا في ذلك بقواعد حسن النية والعدالة.

ولقد نصت الكثير من القوانين الوضعية بما فيها القانون الفرنسي والجزائري على مبدأ حسن النية، فحرمت كل فعل أو ترك يتعارض مع حسن النية ومقتضياته، إذ يرتبط هذا المبدأ ارتباطا وثيقا بمبدأ القوة الملزمة للعقد وفكرة الإخلال بالعقد، إذ قد يفي المدين بالتزامه بحيث يحقق النتيجة التي قصدها الدائن من العقد، ومع ذلك يكون هذا الوفاء بطريقة تخالف ما يقضي به حسن النية، إضافة إلى ما تقدم، أن هناك وظائف عديدة لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد منها الحد من الفسخ، ودوره في منح الأجل القضائي، وتأثيره في زيادة مقدار التعويض.

تأتي أهمية دراسة مبدأ حسن النية في أنه يرتبط بتنفيذ الالتزامات التعاقدية المتبادلة، إذ يعتبر روح العقد الذي يجب أن يسود كل مراحله، إذ أنه يحقق الغاية التي يسعى إليها القانون وهي منع الشخص عن الإضرار بالغير، والمحافظة على التوازن بين المصالح، لذلك خول المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد بما يتماشى ومبدأ حسن النية، وحفاظا على التوازن العقدي خاصة في ظل تطور نظرية العقد وخلق النظام العام الحمائي، الذي يسعى إلى حماية الطرف الضعيف سواء في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه، وذلك من خلال التدخل القضائي والتشريعي بإعمال حسن النية في تحقيق العدالة العقدية.

أما عن أسباب اختيار هذا الموضوع فترجع إلى جملة من الأسباب الذاتية لعل أهمها الرغبة الشخصية في محاولة للتعرف على مضمون حسن النية خاصة في ظل التطور الاقتصادي الحاصل والذي بدوره أثر على نظرية العقد ومنه القوة الملزمة للعقد، في حين أن الأسباب الموضوعية تتمثل في كون أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من الموضوعات التي لم تول أهمية بالغة من قبل المشرع الجزائري خاصة وأن هذا المبدأ هو أساس قوام العقد، وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني نجد أن المشرع نص على هذا المبدأ في نصوص متفرقة دون تفصيل وتوضيح معنى هذا المبدأ ودوره في العقد بمختلف مراحله، كل هذه الأسباب دفعتنا إلى البحث في هذا الموضوع لمعرفته أكثر ولكي يستفيد باقي الباحثين لما سنتوصل إليه من خلال دراستنا لهذا الموضوع الذي نتمنى أن ينفعنا وينفعهم إن شاء الله.

في محاولتنا لإيجاد مراجع ودراسات تتناول هذا الموضوع، تمّ الاطلاع على عينة من الرسائل والمذكرات الجامعية والمقالات والبحوث العلمية كدراسات سابقة، وما يلاحظ على هذه الدراسات أنها تناولت جانبا من فحوى دراستنا لكون أن معظم الدراسات السابقة سلطت الضوء على مبدأ حسن النية في العقود ولم تقتصر على مرحلة واحدة من العقد كما فعلنا نحن في دراستنا التي بين أيدينا والتي تتمحور حول مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

ومن بين هذه الدراسات نذكر على سبيل المثال رسالة لنيل شهادة الدكتوراه للطالبة زيتوني فاطمة الزهراء تحت عنوان" مبدأ حسن النية في العقود–دراسة مقارنة–"، إذ ساعدتنا هذه الرسالة في تحديد مضمون مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود والمعايير المعتمدة لتقدير حسن وسوء نية المتعاقد، إضافة إلى مذكرة ماجستير للطالبة لغنج مباركة تحت عنوان" مبدأ حسن النية وأثره في إبرام العقود وتنفيذها"، والتي استنبطنا منها بعض الأحكام المتعلقة بحسن النية وسلطة القاضي في تعديل العقد.

ونشير في الأخير إلى بعض المراجع التي تتعلق بتطبيقات حسن النية في بعض العقود وأبرزها عقد الاستهلاك، إذ اعتمدنا على مذكرة ماجستير من إعداد الطالبة غدوشي نعيمة تحت عنوان" حماية المستهلك الالكتروني"، وذلك من خلال دراسة الجزئية المتعلقة بحماية الطرف الضعيف في العقد خلال مرحلة تنفيذ العقد.

ويتجسد الهدف من وراء دراستنا لهذا الموضوع في جملة من النقاط نذكر منها:

– بيان مفهوم حسن النية وذلك من خلال إبراز المعايير التي يقاس من خلالها الشخص لمعرفة ما إذا كان حسن أو سيء النية.

– بيان دور مبدأ حسن النية في القوة الملزمة للعقد ومدى إعمال هذا المبدأ في تحقيق التعاون والنزاهة بين المتعاقدين، والوصول إلى التنفيذ السليم والصحيح للعقد.

– مدى سلطة القاضي في تعديل العقد والتقيد بحسن النية دون مخالفة المبدأ القائم على أساس القوة الملزمة للعقد.

– بيان آثار الإخلال بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد سواء من الجانب المدني أو الجانب الجزائي.

– وأخيرا إبراز تطبيقات مبدأ حسن النية على بعض العقود في مرحلة التنفيذ، وخاصة العقود التي تتعلق بالنظام العام الحمائي والتي تأثرت بالتعديلات الحاصلة بعد سنة 2005.

من الطبيعي أن تعتري الباحث صعوبات وعوائق تعرقل عليه عملية البحث، ونحن كذلك وبصدد إعدادنا لهذا البحث واجهنا صعوبات نذكر منها:

– قلة المراجع، فبالرغم من أن المشرع الجزائري نص على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود إلا أن الباحثين لم يولوا أهمية لهذه المرحلة بقدر اهتمامهم بالمرحلة السابقة على التعاقد كما نشير إلى أن المشرع الجزائري نص على مبدأ حسن النية في نصوص متفرقة وبتعبير ضمني باستثناء ما ورد في المادة107مدني أين كرس فيها المشرع هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد وبقاعدة آمرة.

– يعتبر حسن النية قاعدة أخلاقية ثم تحولت إلى قاعدة قانونية، هذا المبدأ الذي يجسد فعاليته في مرحلتي الإبرام والتنفيذ، إذ واجهنا صعوبة في إعداد خطة لهذا البحث باعتبار أن حسن النية يتجسد معناه الحقيقي في تكامل المرحلتين معا، إضافة إلى أن المشرع الجزائري نص على هذا المبدأ في نصوص متفرعة من القانون المدني.

لذا فالإشكال المطروح:

ما مدى فعالية مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود؟

في إطار دراستنا التفصيلية لهذا الموضوع اتبعنا المنهج التحليلي للنصوص القانونية المرتبطة بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد خاصة ما جاء في نص المادة 107 من التقنين المدني الجزائري، كما اعتمدنا المنهج الوصفي في عملية سرد وعرض المواد والأحكام المتعلقة بالبحث من حيث مضمونه ومدى تأثيره على مرحلة تنفيذ العقود وذلك بتقسيم الموضوع إلى فصلين:

يتضمن الفصل الأول مبدأ حسن النية والقوة الملزمة للعقد وهو مقسم إلى مبحثين يتضمن المبحث الأول مفهوم حسن النية ودوره في تنفيذ العقد أما المبحث الثاني فتضمن سلطة القاضي في تعديل العقد وتفسيره، أما الفصل الثاني فيتناول آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وبعض تطبيقاته وهو مقسم بدوره إلى مبحثين يتضمن المبحث الأول آثار الاخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود أما المبحث الثاني فتضمن تطبيقات مبدأ حسن النية في بعض العقود أبرزها(عقد الاستهلاك والعلاج الطبي).

الفصل الأول:

مبدأ حسن النية والقوة الملزمة للعقد

يُعتبر مبدأ حسن النية من أسمى وأرقى المبادئ الأخلاقية التي عرفها القانون، إذ يرتبط بالعقد ارتباطا وثيقا لكونه القاعدة الأساسية التي تقوم عليها العلاقات العقدية، ولمعرفة مفهوم هذا المصطلح وعلاقته بالقوة الملزمة للعقد، كان لا بد علينا أن نقسم هذا **الفصل** إلى مبحثين هما:

الأول يتضمن مفهوم حسن النية وتنفيذ العقد وبدوره تم تقسيمه إلى مطلبين، **المطلب الأول** تم التطرق من خلاله إلى المفهوم المزدوج لحسن النية ومعاييره وأسسه، في حين أن **المطلب الثاني** تناول إلزامية تنفيذ العقد وفق مبدأ حسن النية.

أمَّا **المبحث الثاني** تضمّن سلطة القاضي في تعديل العقد وتفسيره وفق مبدأ حسن النية وذلك بالتطرق من خلال **المطلب الأول** إلى نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي ونظرة الميسرة، وأخيرا إلى سلطة القاضي في تفسير العقد **(المطلب الثاني)**.

المبحث الأول:

مفهوم حسن النية ودوره في تنفيذ العقد

سوف نتناول من خلال هذا المبحث تعريف حسن النية وفق المفهوم الشخصي والموضوعي والمعايير المعتمدة لتقدير حسن نية المتعاقد، ومن ثم تحديد أساس حسن النية في تنفيذ العقود(المطلب الأول)، وبما أن العقد يقتضي على المتعاقدين مراعاة حسن النية في التنفيذ كان لزاما علينا أن نتطرق إلى إلزامية تنفيذ العقد وذلك من خلال تحديد مضمونه وتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية(المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مفهوم حسن النية في تنفيذ العقود

حسن النية من المبادئ القانونية المعروفة، وله تأثيرات كبيرة في مجال العلاقات المدنية والتجارية، فممارسة الحقوق وتنفيذ الالتزامات، محاط بإطار من حسن النية فلا يجوز للشخص أن يتجاوزه، وإلاَّ تعرض للجزاء القانوني المترتب على الإخلال به،[1]ويعد هذا المبدأ القاعدة العامة التي تهيمن على تنفيذ جميع العقود بجميع مراحله ابتداءً من مرحلة إبرام العقد إلى غاية انقضائه،[2] حيث يقتضي هذا المبدأ وجوب تنفيذ العقد طبقا للمقتضيات والضوابط المنصوص عليها قانونا وذلك للحفاظ على العلاقة العقدية، ولعلّ أبرز هذه الضوابط يكمن في الالتزام بمبدأ حسن النية التي سعى القانون من خلالها لفرض التعاون والتضامن بين المتعاقدين، وذلك من خلال إدراجه كمعيار أساسي في تنفيذ العقد في مواطن مختلفة من التقنين المدني وأهمها ما نص عليه المشرع في المادة 3/107من القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 التي جاء فيها ما يلي:

---

[1]شيرزاد عزيز سليمان ويونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد-دراسة مقارنة-، المجلة العلمية لجامعة جيهان ،السليمانية، المجلد الخامس، العدد الأول، حزيران2021، ص42.

[2]المرجع نفسه، ص42.

"غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".[1]

ورغم الصعوبات التي واجهها الفقهاء في تحديد مفهوم دقيق لهذا المبدأ إلاّ أن بعض الفقهاء استطاعوا إيجاد تعريفات له نذكر منها التعريف الذي جاء به الدكتور العوجي بأنه: "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير ...".[2]

وفيما يلي سوف نتطرق إلى تعريف حسن النية والمعايير المعتمدة لتقديرها**(الفرع الأول)** ومن ثم إلى أساس مبدأ حسن النية**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

حسن النية بمفهوم مزدوج

لقد حاول الفقهاء إيجاد تعريف جامع مانع لمصطلح حسن النية، لكن رغم المحاولات العديدة إلاَّ أنهم لم يتمكنوا من وضع تعريفٍ موحدٍ له وذلك نظرا لاختلاف وِجهة نظر الفقهاء من نظام إلى آخر بحسب الدور الذي يلعبه، وهناك من عرفه بأنه: "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها حقه بأمانة"،[3]ويُعرفه البعض على أنه: "كُل فِعل أو امتناعٍ عن فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تكوين العقد أو تنفيذه"،[4]ويُعرف أيضا على أنه: "النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع أو القصد لسوي ".[5]

---

[1] الأمر رقم75-58المؤرخ في 26سبتمبر1975 يتضمن القانون المدني، العدد78، الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975معدل ومتمم، الجريدة الرسمية.

[2] عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود-دراسة مقارنة-، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص82.

[3] سماح جبار، حسن النية في التفاوض على العقود، مجلة دراسات لجامعة عمار ثليجي، الأغواط بالجزائر، العدد48، نوفمبر2016، ص240.

[4] رفيق حوحاط، مبدأ حسن النية في نقل ملكية منقول، مذكرة ماجستير، جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020/2019، ص13.

[5] عيسى جنان، حسن النية في التعاقد دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، جامعة أبو بكر بلقا يد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2016-2017، ص21.

ما يُعاب على هذه التعريفات أنها تحمل مصطلحات غامضة، هذا ما جعل الفقهاء يبحثون عن تعريف دقيق لهذا المبدأ، حيث يرون بأن هذا الأخير له مفهوم مزدوج في القانون هما المفهوم الشخصي و المفهوم الموضوعي لحسن النية(أولا)، ومن ثم نتطرق إلى معايير تقدير حسن النية(ثانيا).

أولا: تعريف حسن النية في تنفيذ العقود: حيث يرى الفقه أن حسن النية له مفهومان: أحدهما شخصي والآخر موضوعي.

1-المفهوم الشخصي لحسن النية: يعتمد هذا المفهوم على نفسية المتعاقد ويتم تقدير حُسن أو سُوء نيته بالرجوع إلى ما اعتقده الشخص حقيقةً ودار في مكَامِن نفسه، وهو ما يجعل الاختلاف بين الأشخاص من حيث إمكانية تقدير حسن أو سوء النية.[1]

حيث أن مدخل حسن النية أو سوء النية الشخصي هو ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو السوء، إذ يجب أن نبحث في تلك الذات عن حقيقة الاتجاه الإرادي وتحديد تحقق أحد الوصفين تِبعًا لما تشير إليه قرائنه الدالة عليه.[2]

وحسن النية الشخصي هو الجَهلُ بواقعة معينة أو بظرفٍ مُحدد من الظروف التي تكون مَناط ترتب الأثر القانوني، بحيث يختلف الحكم التشريعي المترتب اختلافا متعارضا تَبعا لتحقق الجهل أو العلم بتلك الواقعة أو ذلك الظرف،[3] وبناءً على ذلك يكون سوء النية

---

[1] فاطمة الزهراء زيتوني، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان 2016، ص433.

[2] رائد هاني سلامه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، 2007، ص47.

[3] يحي أحمد بني طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، 2007، ص47.

هو العلم بواقعة معينة يرتب المشرع على العلم بها أثرا قانونيا، كمن يتَلقى حقا وهو يعلم أنه يتلقاه من غير ذي صفة سواءً كان العلم بسيطًا أو في صورة تواطؤ.[1]

وهناك من يرى بأن حسن النية هو الغلط المبرر والذي لا يكون إلاّ بانتفاء أي خطأ من جانب الغير، وبهذا المعنى يعد سيئ النية من يلحق بالغير ضررا نتيجة إهماله وعدم حيطته وليس فقط الاقتصار على قصد الإضرار بالغير، وهذا المفهوم لا يصلح إلاّ في مجال الحيازة والأوضاع الظاهرة ولا يتعداه إلى مجال العلاقات التعاقدية لكونه أنه ينظر لهذا المبدأ من موقف سلبي،[2] وهو ما يظهر جليا من خلال أحكام المواد 824و399 كذلك المادة 76مدني.[3]

وقد قيل أيضا أن حسن النية هو مصطلح عام يُقصد منه قَصْد التزام حدود القانون فالنية هي القصد والعزم على إحداث أمر معين وهي إرادة باطنة لا تنتج أثرا معينا إلا بالتعبير عنها، والقانون هو الذي يحدد حسن النية من سوء النية تبعا للدلائل والقرائن الخارجية التي تضفي عليها هذه الصبغة، أمّا مسألة الحسن أو السوء فهي قيم أخلاقية مرتبطة بالسلوكات السائدة في المجتمع.[4]

---

[1] صليحة بن أحمد، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة البليدة 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2015-2016، ص41.

[2] مباركة لغنج ، مبدأ حسن النية وأثره في إبرام العقود وتنفيذها، مذكرة ماجستير، جامعة سعد دحلب بالبليدة، كلية الحقوق ، قسم القانون الخاص، نوفمبر 2012، ص14.

[3] حيث تنص المادة 76على أنه: "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه".

تنص المادة 399 على أنه:" إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية".

المادة 824 تنص على أنه:" يفترض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم".

[4] خليفات عهود أحمد حسين، مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية، دراسة تحليلية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد الخامس، ع 1، مارس2020، ص580.

ومن ثم يكون سوء النية هو قصد مخالفة القانون الذي يدخل في إطار الغش وقصد الإضرار لا الإهمال وعدم الاحتياط وعلى خلاف هذا المعنى نكون أمام تحقق المقصود بحسن النية،[1] وتطبيق ذلك نجده في نقل ملكية العقار، حيث أن التزام البائع بنقل الملكية إذا كان محله عقارا لا ينفذ إلاّ بتسجيل عقد البيع، وتبعا لذلك يُعَدُ حسن النية متى التزم بحدود القانون وذلك بتسجيل العقار محل العقد، وعلى نقيض ذلك يعد سيء النية في نظر القانون لإهماله وتقصيره.[2]

2-المفهوم الموضوعي لحسن النية: ينظر أنصار المفهوم الموضوعي لحسن النية بأن هذا الأخير هو مصطلح مركب من جزئين هما: حُسن، والنِية، والحُسن في اللغة بضم الحاء كلمة تدل على كل ما هو جميل ومحمود وممدوح أما كلمة السوء فتدل على كل ما هو قبيح ومذموم،[3]أما مصطلح النية فهو لا يكاد يخرج عن مدلول القصد والعزم، والقصد في اللغة هو إتيان الشيء، ومن هنا يتضح أن القصد والنية شيء واحد ويدلان على العزم على إتيان أمر معين.[4]

إن المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية هو المفهوم المعتمد في مجال العلاقات العقدية إذ يتمثل بأن تكون حسن النية قاعدة سلوك قوامها الأخلاق ومراعاة الأشخاص لمبدأ النزاهة والأمانة في معاملاتهم،[5] أي أنه يرتبط بمدى مراعاة مقتضيات حسن النية أو عدم مراعاتها التي تقوم على دعائم أخلاقية ثابتة ومبادئ دينية التي يمكن أن تصبح في مقام القواعد القانونية تتصف بالعمومية والتجريد، حتى لو لم يتضمنها نص تشريعي.[6]

---

[1] مباركة لغنج، المرجع السابق، ص15.

[2] فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص30.

[3] هائل حزام مهيوب يحي العامري، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى- دراسة تحليلية مقارنة-، مجلة الندوة للدراسات القانونية، جامعة تعز باليمن، ع 18، 2018، ص48.

[4] عهود أحمد حسين خليفات، المرجع السابق، ص576.

[5] فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص35.

[6] يحي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص48.

وفي إطار هذا المفهوم عرفه البعض على أنه: "ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة في الوفاء بما يوجبه العقد من أداء "، وهناك من عرفه على أنه "أن يلتزم كل متعاقد بمقتضى النزاهة والإخلاص في تنفيذ العقد ".[1]

ويظهر لنا من خلال التعاريف المتقدمة أن حسن النية في التنفيذ يأخذ مظهرين المظهر الإيجابي، وفيه يفرض مبدأ حسن النية على المتعاقد أن يتخذ موقفا ايجابيا في تنفيذ التزامه وفق ما يقتضيه واجب التعاون بين المتعاقدين، بينما المظهر السلبي، يتحقق عندما يكف المتعاقد عن كل عمل يتنافى والقصد الحسن الذي توجبه الأمانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين،[2]ونجد تطبيق هذا المفهوم في التشريع الجزائري من خلال المادة 111مدني الخاصة بتفسير العقد، حيث يجب التقيد بالأمانة والثقة في التعامل بين المتعاقدين وكذلك في نظرية الغلط التي نصت عليها المادة 82مدني فيما يخص بيان جوهرية الصفة.[3]

من ثم فإنه لا يمكن ترجيح معنى على آخر، وفي هذا الصدد ذهب Cornuإلى الجمع بينها، إذ يرى أن المبدأ له معنيان أحدهما نفسي يتمثل في الاعتقاد الخاطئ والثاني أخلاقي يتمثل في التصرف النزيه، إلا أنه في مجال العقود يكفي المفهوم الموضوعي لمعرفة سلوك المتعاقدين.[4]

ثانيا: معايير تقدير حسن النية: على الرغم من الاختلاف حول معنى ومضمون حسن النية إلا أنه من خلال خصائص مبدأ حسن النية التي يتميز بها نستطيع تحديد المعيار الواجب التطبيق، فهناك من اعتمد على المعيار الذاتي(1)، ومنهم من اعتمد على المعيار الموضوعي(2).

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان ويونس عثمان علي، المرجع السابق، ص44.

[2]المرجع نفسه، ص45.

[3] فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود– دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص36.

[4] المرجع نفسه، ص43.

1- **المعيار الذاتي:** يقصد بالمعيار الذاتي لحسن النية هو اتجاه نية المتصرف وقصده إلى التزام أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته في تصرفٍ جائزٍ قانونا،[1] إذ أنه وفقا لهذا المعيار يعد مبدأ حسن النية: "حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف عام أو هو الاعتقاد الخاطئ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما "،[2] ولا تقوم المسؤولية وفق هذا المعيار إذا ثبت أن الشخص قد تصرف بحسن نية ولم يكن يقصد إحداث الضرر، وفي حال كان المتعاقد سيء النية على الرغم من عدم إصابة الغير بضرر فإن ذلك لا يعني عدم قيام المسؤولية لأن نية الإضرار تنفي حسن النية.[3]

يكمن المعيار الذاتي لحسن النية في عدم الإضرار، أو عدم التحايل، سواء في إبرام العقد أو تنفيذه، وتتمثل سوء النية وفق هذا المعيار في الغش، الخطأ العمد، والتعسف في استعمال الحق،[4]أما الاستدلال على نية الإضرار بالغير، فيتم من خلال التصرف مع انعدام المصلحة الجدية المشروعة، أو التصرف مع العلم بالضرر الذي يصيب الغير، وهذا التحليل يمثل جوهر الاتفاق بين القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي.[5]

إن المعيار الشخصي ورغم ما يتميز به من مجاراةٍ للمنطق وتحقيقا لفكرة العدالة، حيث لا يعتمد إلاّ على نية العاقد عند قيامه بالتنفيذ، إلاّ أنه يُعاب عليه ارتكانه إلى عوامل نفسية وذهنية يصعب معرفتها واستكشافها.[6]

---

[1] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص294.

[2] هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي-دراسة مقارنة-، ع34, يونيو2019، ص121.

[3] هائل حزام مهيوب يحي العامري، المرجع السابق، ص52.

[4] فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود- دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص60,59.

[5] هائل حزام مهيوب يحي العامري، المرجع السابق، ص52.

[6] شيرزادعزيز سليمان ويونس عثمان علي، المرجع السابق، ص51.

2 –المعيار الموضوعي لحسن النية: يذهب بعض الفقه على خلاف المعيار الشخصي الذي يرتبط بالخطأ الأخلاقي، أي عدم الإضرار في نطاق العقد, إلى أن المعيار الموضوعي يرتبط بالخطأ القانوني مهما كانت حالة الشخص المعنوية،[1] ووفقا لهذا المعيار يجرى تقدير مسلك المدين بالنظر إلى المسلك المألوف للشخص المعتاد، إذ يتم تقدير تنفيذ العلاقة العقدية من قبل المدين باعتباره يبذل عناية الرجل العادي المتوسط في درجة اليقظة والتبصر.[2]

فهذا المعيار كما في المعيار الذاتي، يجد أساسه في العدالة وقواعد الأخلاق، وذلك بحكم أن القانون متصلا بقواعد الأخلاق، إذ يستلزم هذا المعيار من المتصرف أن يكون يقظًا حريصًا في تصرفاته حتى لا يضر بالآخرين،[3]فقد لا يرتب القانون أي جزاء على نية الإضرار لكنه يجازي على الخروج عن منطق الاعتدال بغض النظر إلى ما تنطوي عليه نية المتعاقد ومن هنا يمكن القول أن مبدأ حسن النية قاعدة سلوكية تفرض على طرف العقد اتباع سلوك إيجابي في العلاقة التعاقدية أثناء مرحلتي إبرام وتنفيذ العقد، هذه الأخيرة التي تستدعي قياس السلوك المتبع من قبل الأطراف المتعاقدة وفق المعيار الموضوعي الذي يكشف عن نوايا المتعاقدين.[4]

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد الضوابط الموضوعية التي يُستدَل منها على حسن النية وذلك من خلال المادة 107في فقرتها الثانية, وتتمثل هذه الضوابط في: القانون والعرف والعدالة، هذه الأخيرة التي تساعد القاضي في معرفة الشخص حسن النية، ونخلص القول بأن المشرع يأخذ بكلا المعيارين لأنهما يعدان متكاملان، ذلك أن القول بأن مبدأ حسن النية معيار ذاتي فحسب يقتضي الوقوف عند نية المدين وقت التنفيذ، لذلك يستعين القاضي

---

[1]فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود– دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص64.

[2]شيرزاد عزيز سليمان ويونس عثمان علي، المرجع السابق، ص51.

[3]عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية بقسنطينة، جامعة باجي مختار عنابة، م34, ع2 ، 2001، ص999.

[4]صليحة بن علي، مبدأ حسن في عقد التأمين، أطروحة دكتوراه، جامعة ابن خلدون بتيارت، كلية الحقوق والعوم السياسية، قسم الحقوق،2020–2021، ص32,31.

بمعايير مادية للكشف عن النية الحقيقية معتمدا على العرف، العدالة وقواعد المهنة ونزاهة المعاملات.[1]

الفرع الثاني:

أساس مبدأ حسن النية

اختلف الفقهاء حول أساس حسن النية، فمنهم من أرجعه إلى فكرة النظام العام (أولا) ومنهم من أرجعه إلى فكرة العدالة أو الإنصاف(ثانيا)، وهناك رأي ثالث يرى بأنه مفهوم مستقل (ثالثا).

أولا: النظام العام كأساس لمبدأ حسن النية: إن مبدأ حسن النية كقاعدة قانونية يعد من النظام العام وبالتالي لا يمكن استبعاد فكرة النظام العام من الإطار القانوني باعتباره يرمي إلى حماية مصالح الأطراف المتعاقدة،[2] فالنظام العام في التعاقد يمثل قيدًا أو تحديدًا لحرية الإرادة ولم يُضبط أي تعريف له إلى يومنا هذا، طبعا النظام العام ذو مفهوم ضبابي وغير واضح المعالم وفائدته أنه يرمي إلى الانسجام الاجتماعي، وهو من السعة بحيث يمكنه أن يستوعب مفهوم حسن النية،[3] وهناك من يرى أن حسن النية مبدأ قانوني يكون مستمدا من الفكرة العامة للوجود في مجمع معين وهو طبعا ليس قاعدة بالمعنى الفني للقانون كما يمكن استقراؤه من القواعد والمبادئ السائدة في المجتمع والتي تقوم القواعد القانونية بالتعبير الجزئي عن الأفكار التي تتضمنها هذه المبادئ، إذ أنها تُسهِم في تحديد القوانين كما في النظام العام والآداب العامة.[4]

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان و يونس عثمان علي، المرجع السابق، ص52,51.

[2] عبد الناصر شادلي، مبدأ حسن النية في العقد طبقا لقواعد القانون المدني، مذكرة ماستر، جامعة الطاهر مولاي سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015-2016، ص18.

[3] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص89.

[4] رائد هاني سلامه جنديه، المرجع السابق، ص20.

إن الالتزام بحسن النية يختلف عن النظام العام من حيث الجزاء باعتبار أن مخالفة النظام العام يترتب عليه البطلان أمّا الإخلال بمقتضيات حسن النية فيكون أساسه التعويض إضافة إلى أن القانون من خلال إعمال مقتضيات حسن النية فإنه يرمي من ورائها إلى حماية الأطراف المتعاقدة بينما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة في النظام العام.[1]

ويتضح مما سبق أن فكرة النظام العام ترتبط بوجوب الالتزام بمبدأ حسن النية، وأن الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد من النظام العام، فلا يجوز أن يتفق المتعاقدان على تنفيذ العقد بسوء نية مثلا، ولا على إعفاء مرتكب الغش من مسؤوليته عن غشه، وأن يتفقا على تنفيذ العقد بطريقة تخالف أحكام القانون، فمثل هذا الاتفاق باطل لمخالفته للنظام العام وغير قانوني، ولا يتمتع بأي إلزامية.[2]

ثانيا: الإنصاف كأساس لمبدأ حسن النية: يوحي الإنصاف بفكرة حسن النية، لكن هناك خلاف بين الفقهاء بين من يعتبر حسن النية هو الإنصاف إذ أن القاضي إذا ما ارتكز على حسن النية فهو يحكم بالإنصاف، وهناك من يرى بأن حسن النية هو مجرد وسيلة أو أداة تهدف إلى تحقيق العدل، وهو حسب مقولة دسانس أنه: "أحد العوامل التي تمتزج بفكرة العدل لتمكن بصورة أفضل من إعطاء كل ذي حق حقه وتحقيق الإنصاف.[3]

وفي سبيل الربط ما بين مبادئ العدالة وحسن النية، يقول جاك غستان أن مبادئ العدالة يجب أن يكمله حسن النية، وفي تحليله لهذا الرأي يذهب شيرزاد إلى أنه إن كانت فكرة العدالة تعني التوازن في العلاقة العقدية، فإن حسن النية قاعدة سلوك، فالتوازن العقدي هو نتيجة حتمية للالتزام بمقتضيات حسن النية ومراعاة أخلاقيات التعاقد،[4]ويذهب François Gény إلى القول بأن: "إلحاق حسن النية بأحد المفاهيم الأخرى يفقده قيمته وجدواه، في مادة

---

[1] عبد الناصر شادلي، المرجع السابق، ص19.

[2] يحي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص173.

[3] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص90،91.

[4] فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود–دراسة مقارنة–، ص47.

تنفيذ العقود، وذلك علاوة على ما يعتري تلك المفاهيم من لبس وغموض، لذلك اتجه الفقه إلى اعتبار حسن النية مفهوما مستقلا يمتلك مبررات وجوده وأهميته.[1]

ثالثا: حسن النية مفهوم مستقل: إذا كان قد تم الاتفاق حول استقلالية حسن النية، فإن الاختلاف يكمن في الشكل الذي يظهر فيه هذا المفهوم.[2]

1-حسن النية التزام قانوني: إن الالتزام قد يكون محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وبما أن حسن النية التزام فهو كذلك لا يتطلب اتيان سلوك معين فقط بل قد يتطلب الامتناع عن سلوك، وهو ما يراه غالبية الفقه، فبالرغم من الطبيعة الأخلاقية لحسن النية إلا أن الالتزامات التي تترتب عليه لا تقل في وصفها وخصائصها بكونها عمومية ومجردة وذات طابع إلزامي عن أي من الالتزامات التعاقدية أو القانونية الأخرى.[3]

وهذا الالتزام القانوني هو التزام حقيقي له دائن ومدين، وحل وسبب، كما أنه يقابله حق شخصي من الجاني الآخر،[4] إذ أنه لا فرق بين القوي والضعيف أو المهني المحترف والمستهلك إلا في الدرجة، فكل منهما ملتزم بمراعاة ما يقتضيه حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، غير أن هذا الالتزام يختلف من طرف إلى آخر نتيجة الظروف والملابسات المحيطة به،[5] كما أن هذا المبدأ له عناصره المحددة والتي تتمثل في العنصر المادي بمراعاة مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد، والعنصر النفسي بتوجيه الإرادة نحو مراعاة هذه المقتضيات التي يتطلبها القانون في تنفيذ العقد بحسن نية، ويعد الخروج عن هذه القاعدة إخلالا بالتزام تعاقدي فرضه القانون في نطاق العقد يترتب عليه جزاء على أساس المسؤولية

---

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص91.

[2] المرجع نفسه، ص91.

[3] هدى بن يوب، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي بأم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،2012-2013، ص49.

[4] شيرزاد عزيز سليمان ويونس عثمان علي، المرجع السابق، ص48.

[5] صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص58.

العقدية، وبذلك لا حاجة إلى تقرير مسؤولية المتعاقد المخل على أساس المسؤولية التقصيرية لتعسفه في استعمال حقه.[1]

ونشير في الأخير إلى أن الالتزام بمقتضيات حسن النية هو تكليف لا يلتزم به إلا صاحب الإدراك والتمييز، ووفقا لذلك لا يمكن إعطاء وصف حسن النية أو سوئها لمجنون أو عديم التمييز، لأن هذا الأخير تنعدم فيه المواصفات التي يتطلبها القانون والمتمثلة في استيعاب ذهن المتعاقد القيام بأمر معين والتفكير فيه جليا وعقد العزم عليه حتى يصدر قرارا فيه .[2]

2- حسن النية مبدأ قانوني عام: إن غالبية الفقهاء ذهبوا إلى اعتبار أن حسن النية مبدأ قانوني عام (principe juridique) وهو التوجه الذي تبنته الكثير من الأنظمة القانونية المعاصرة وأوردته في متون قوانينها،[3]حيث يرى الفقيه Georges Ripert أن المبدأ القانوني العام هو "قاعدة لكنها قاعدة أساسية وهامة وتتحكم في غيرها من القواعد، فالمبدأ هو قاعدة مادام يمثل الاتجاه في السلوك ...والمبادئ القانونية هي قواعد أساسية ترتكز عليها القواعد الثانوية ذات التطبيق التقني ".[4]

وهناك من يعتبر حسن النية قاعدة قانونية إلا أنها تطبق على حالة واحدة بالرغم من عموميتها وتجريدها،[5]وفي هذا الصدد يقول الجرجاني بأن: "القاعدة بوجه عام هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"، أما القاعدة بوجه خاص، فهي صيغة تنظم سلوكا وعملا فكريا وبحثا، ومنه قواعد السلوك وقواعد المنهج،[6]في حين أن المبدأ يكون عاما إذا ما تضمن

---

[1]شيرزاد عزيز سليمان ويونس عثمان علي، المرجع السابق، ص48.

[2]مباركة لغنج، المرجع السابق، ص17.

[3]صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص35.

[4]عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص93.

[5]سارة بيلامي، حسن النية في تكوين العقد، مذكرة ماجستير، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2016-2017، ص40.

[6]هدى بن يوب، المرجع السابق، ص51.

سلسلة غير محددة من التطبيقات، ومن ثمة فإن حسن النية يعتبر مبدأ قانونيا عاما وليس قاعدة قانونية، خاصة وأن قائمة المبادئ القانونية العامة غير محددة حصرا.[1]

وبما أن حسن النية هو مبدأ قانوني، فهو يتميز بالمرونة، وعدم التحديد، والانطباق على فروض وحالات عدة، وهي ذات صفات المبادئ القانونية، مما يخول القاضي سلطة الاجتهاد فيها وذلك للوصول إلى الحلول القانونية للوقائع المعروضة أمامه والتي تتميز بصعوبة حصرها نظرا لاختلافها من عدة نواحي.[2]

ويرى غالبية الفقهاء أن الجدوى من اعتبار حسن النية مبدأ قانونيا عاما يتمثل في النقاط التالية:[3]

أ-جمع كل الحلول المتعلقة بفكرة عامة واحدة, سواء كانت هذه الحلول قانونية أو من استنتاج القضاء

ب-اعتماد حسن النية لتبرير جميع الحلول الخاصة الجديدة, واستنباط فروع جديدة لحسن النية.

نستشف من خلال ما نص المادة 107 مدني: "يجب تنفيذ العقد...وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية "، على أن المشرع الجزائري قد ألزم الأطراف المتعاقدة باستعماله لمصطلح "يجب" وهو ما يدل على إلزامية التطبيق لكونها قاعدة آمرة، وبما أن حسن النية يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد دون المراحل الأخرى فإنه يعد بهذا الوصف التزاما قانونيا وليس مبدأ قانونيا عاما.[4]

---

[1] عبد الناصر شادلي, المرجع السابق, ص20.

[2] شيرزادعزيز سليمان ويونس عثمان علي, المرجع السابق, ص49.

[3] عبد المنعم موسى إبراهيم, المرجع السابق, ص94.

[4] شيرزادعزيز سليمان ويونس عثمان علي, المرجع السابق, ص50.

المطلب الثاني:

تنفيذ العقد بحسن نية

يعني تنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية قيام كل متعاقد مختارا بتنفيذ الالتزامات التي رتبها العقد في ذمته للمتعاقد الآخر، بما يمليه واجب الأمانة والصدق والاستقامة والتعاون وقد تم ربط تنفيذ العقد بمبدأ حسن النية باعتبار مرحلة التنفيذ من بين أهم المراحل التي يمر بها العقد،[1]والتي تفرض على المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد وبطريقة لا تفوت ما قصده الدائن من مصلحة عند إبرام العقد.[2]

وعليه سوف نتطرق إلى تحديد مضمون العقد (الفرع الأول)، ومن ثم إلى تنفيذ العقد وفق مقتضيات حسن النية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تحديد مضمون العقد وفق مبدأ حسن النية

من خلال استقراء أحكام المادة 107ق. م .ج نستشف أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب (1)، بل يتعداه إلى أكثر من ذلك ليشمل أيضا ما هو من مستلزماته(2).

أولا: الالتزام بما ورد في العقد: يترتب على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنبثق عن مبدأ سلطان الإرادة بإلزامية احترام بنود العقد وتنفيذها وفقا للاتفاق، وفي هذا الشأن نصت المادة106ق. م. ج بأنه: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.[3]

---

[1]يحي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص160.

[2] هائل حزام مهيوب يحي العامري، المرجع السابق، ص64.

[3]عبد الحفيظ بقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، موجهة لطلبة السنة ثانية حقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014--2015، ص36.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا اعتبرت أن أحكام المادة106ق. م. ج من النظام العام، إذ أثارت من تلقاء نفسها تطبيق اتفاق لم يتمسك به أحد الطرفين لا على مستوى المحكمة ولا على مستوى المجلس وهو ما يدل على أن مبدأ القوة الملزمة للعقد ليس مطلقا إذ تجيز المادة106 ق. م. ج إمكانية الخروج عن هذا المبدأ كلما وجد نص قانوني يبيح ذلك،[1] ولا يلزم المتعاقدان إلا بالالتزامات التي تم الاتفاق عليها ونذكر في هذا الشأن[2] إبطال المحكمة العليا لقرار مجلس قضاء بسكرة الذي لم يستجيب لطلب التعويض نقدا ورد الثمن المقدم من قبل الطاعنة بعد استحالة تسليم الشيء المبيع على حالته الأولى من قبل البائع وإلزام الطاعنة بقبول قطعة ارض مماثلة،[3] فالقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضي منهما أن ينفذاه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ذلك أن حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود، ولم يعد هناك كما كان الأمر في القانون الروماني، عقود حرفية التنفيذ (contrats de droit strict)وعقود رائدها حسن النية (contrats de bonne foi)بل العقود في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية.[4]

ثانيا: مستلزمات العقد: عرض المشرع مستلزمات العقد مع إبراز أهميتها في المادة 65ق. م. ج التي نصت على ما يلي : "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، العرف، والعدالة ".[5]

وفي ذات السياق تنص المادة 107ق. م. ج على أنه يجب على المتعاقدين تنفيذ مستلزمات العقد وفقا للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام فلا يلتزم المتعاقد بما ذكر في

---

[1] غنيمة لحلو خيار، نظرية العقد، طبعة 2018، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2018، ص146.

[2] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 387.

[3] قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الملف رقم517491، بتاريخ8 أ فريل 2009، قضية (ز. ف) ضد مدير الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاري بسكرة، م م ع ،ع 2، 2009، ص248.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، مصادر الالتزام, دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952، ص627.

[5] غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص147.

العقد فقط بل يلتزم بالقيام بكل ما هو من مستلزمات ذلك العقد, ويتم تحديد هذه المستلزمات من طرف القاضي وفقا لمعايير نذكر منها :[1]

أ-القانون : يعتبر القانون بالنسبة للعقود المسماة المرجع الأول والرئيسي لاستكمال العقد الذي أغفل بعض التفاصيل، ويكون دور القواعد القانونية في هذا الإطار دورا تكميليا لإرادة المتعاقدين،[2] ففي عقد البيع مثلا، إذا أغفل المتعاقدان ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء والثمن ومكانه والتزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، فالقاضي يطبق أحكام عقد البيع فيما يختص بهذه المسائل.[3]

من المقرر قانونا أن القواعد القانونية التي تكمل إرادة المتعاقدين لا تقتصر على القواعد المكملة بل تشمل كذلك القواعد الآمرة، إذ يلتزم المتعاقدان باحترامها وبتنفيذها ولو لم يتفق عليها، وفي هذا يمكن الإشارة إلى أن قانون حماية المستهلك نص على الالتزامات المختلفة التي تُفرض على المتدخل[4] في نصي المادتين 11و17من القانون رقم09-03المؤرخ في 25فبراير 2009الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم.[5]

ب-العرف: العرف سنة وسلوك متبع في مسائل معينة بصفة دائمة ومتكررة من قبل أفراد المجتمع أو بعض فئاته، اعتقادا منهم أن ذلك السلوك إجباري،[6]حيث أن العرف يجري مجرى القانون في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه، ويتصل بالعرف الشروط

---

[1]بقة عبد الحفيظ، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للالتزام-، المرجع السابق، ص41.

[2]علي فيلالي، المرجع السابق، ص388،389.

[3]محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة- دراسة مقارنة في القوانين العربية-، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص295.

[4] غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص148.

[5]القانون رقم09-03المؤرخ في 25فبراير سنة2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج رالعدد15، الصادرة بتاريخ08مارس2009معدل ومتمم.

[6] علي فيلالي، المرجع السابق، ص390.

المألوفة (de style clauses)، فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه وهي شروط أكثر تحديدا من العرف.[1]

غير أن هناك شروطا أصبحت عرفا لبعض العقود وتنفذ هذه ولو لم تذكر، ومثال ذلك إضافة نسبة مئوية إلى حساب العميل في الفنادق والمطاعم والمقاهي نظير الخدمة فهذا الشرط ينفذ ولو لم يذكر للعميل، حتى ولو لم يكن مكتوبا، غير أنه يلاحظ في حال تعارض شرط مألوف مع شرط خاص لا بد من إدراجه في العقد، فالشرط الخاص هو الذي يجب العمل به.[2]

ج-العدالة: المقصود بالعدالة في هذا المقام هو الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي، فالقضاء وفق قواعد العدل والإنصاف يعني الفصل في أمر معين طبقا لما يقتضيه الضمير، والمنطق وطبيعة الأشياء، وتكون هذه الأشياء مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القانون الوضعي.[3]

يعتقد العديد من الشراح أن الالتزام بالسلامة الذي يحمله فقه القضاء الجزائري على الطبيب لفائدة المريض، وعلى صاحب الفندق لفائدة زبونه لا يمكن تفسيره، في غياب اتفاق الطرفين عليه، واعتبارا لسكوت القانون، وانعدام عرف في خصوصه، حيث أنه استنادا لنص المادة 107مدني يجوز للقاضي وحرصا على ضمان مصالح الطرف الضعيف في هذا النوع من العقود أن يسترشد بقواعد العدالة لتحقيق المصلحة العقدية للطرفين،[4]ومثال ذلك

---

[1]عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص621.

[2]محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، المرجع السابق، ص396,395.

[3]علي فيلالي، المرجع السابق، ص391.

[4]محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، تونس، سبتمبر 1997، ص281.

التزام بائع المتجر بعدم منافسة المشتري وذلك بالامتناع عن انتزاع عملاء المتجر، وهذا الالتزام تقتضيه العدالة ولو لم ينص عليه في عقد بيع المتجر.[1]

حيث يرى البعض أن دور القاضي محصور في تفسير العقد، بحيث يتدخل لتوضيح البنود الغامضة في العقد، ولا يمكن حينئذ للقاضي أن يكمل إرادة المتعاقدين باللجوء للعدالة أما البعض الآخر فاعترف بالدور الجوهري الذي تلعبه العدالة في تنفيذ العقد، إذ تعتبر أداة متميزة لضمان تنفيذ متوازن العقد، لا يضحي بحق أحد المتعاقدين.[2]

د-طبيعة محل الالتزام : قد يتم تحديد مستلزمات العقد من خلال طبيعة محل الالتزام، فناقل الأشخاص ملزم بتأمين سلامتهم حتى ولو لم يتم الاتفاق على ذلك مع العلم أن القاضي لا يلجأ إلى إكمال العقد إلا في حالة عدم اتفاق المتعاقدين وأن مسألة تحديد العقد من المسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.[3]

الفرع الثاني:

دور حسن النية في تنفيذ العقد

من خلال استقراء أحكام القانون المدني تبين لنا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف مبدأ حسن النية واكتفى فقط بإلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه مبدأ حسن النية من خلال نص المادة 107ق. م. ج، تاركا أمر التعريف للفقه، إذ يبرز دور حسن النية باعتباره المحرك للعلاقة التعاقدية في اتخاذ عدة آليات لتحقيق العدالة والتي تتخذ مظهرين: حيث يتمثل المظهر الأول في الالتزام بالنزاهة والأمانة(أولا)، فيمَ يتمثل المظهر الثاني في الالتزام بالتعاون والإنصاف **(ثانيا)**.

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، المرجع السابق، ص296.

[2] غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص150.

[3] عبد الحفيظ بقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للالتزام-، المرجع السابق، ص41.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص42.

أولا: الالتزام بالأمانة والنزاهة: سوف نتناول في نقطة أولى الالتزام بالأمانة **(1)**، وفي نقطة ثانية إلى الالتزام بالنزاهة **(2)**.

1-الالتزام بالأمانة: تعتبر الأمانة من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، فلا يستقيم تعامل خرجت منه الأمانة،[1] لذلك المشرع الجزائري نص على الأمانة في المعاملات من خلال تخصيص الفقرة الثانية من المادة 111ق. م. ج، فالأمانة التزام على عاتق كل من الدائن والمدين وفي حال عدم احترم هذا الالتزام يترتب على ذلك جزاءات يمكن تطبيقها والدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني يرى هو أيضا أن كثيرا من الالتزامات العقدية ترجع إلى فكرة الأمانة (كالالتزام بالإفضاء بالعيوب الخفية والالتزام بالإخطار عن بيان هام في العقد، والالتزام بعدم المنافسة، والالتزام بالمحافظة على الأسرار العقدية).[2]

2-الالتزام بالنزاهة: تقتضي النية الحسنة نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وبإخلاص، ويقصد بالنزاهة والإخلاص أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا،[3] وتعتبر النزاهة المفهوم الأكثر اتساعا لحسن النية من الاستقامة والصراحة، لأنه يجعل العقد أكثر عدالة فمن نزاهة المتعاقد أن لا يكون من شأن الشروط التي أدرجها في العقد أن تجعله ينفرد بالفائدة بغش منه، لذا جعل المشرع من بعض الشروط العقدية عديمة الأثر متى اقترنت بغش أو خطأ جسيم من المتعاقد بالتالي التزام حسن النية في تنفيذ العقود من خلال الالتزام بالنزاهة يقضي انتفاء في استعمال الحق.[4]

ولقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الالتزام في عدة مواد منها م3/178 ق. م. ج المادة 377ق. م. ج و المادة368ق. م. ج، كما نص قانون حماية المستهلك على ضرورة

---

[1] عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص451.

[2] هدى بن يوب، المرجع السابق، ص134،135.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص392.

[4] عبد الناصر شادلي، المرجع السابق، ص34.

الالتزام بالنزاهة في الممارسات التجارية ويظهر ذلك جليا من خلال[1]المادة الأولى من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.[2]

ثانيا: الالتزام بالتعاون والإنصاف: نتناول في هذه الجزئية الالتزام بالتعاون الذي يعتبر أهم عامل لتكريس مبدأ حسن النية (1)، بالإضافة إلى الالتزام بالإنصاف (2).

1-الالتزام بالتعاون: يعتبر التعاون من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، وهو نتيجة طبيعية للتطورات الجديدة في العلاقة العقدية خاصة في ظل عدم المساواة الاقتصادية بين الأطراف المتعاقدة، إذ يقضي هذا الالتزام قيام كل طرف باطلاع الطرف الآخر بكل ما يتعلق بتنفيذ العقد وما له من تأثير عليه وهو ما يستشف من أحكام المواد 2/107 قانون مدني.[3]

ويظهر لنا الالتزام بالتعاون بشكل واضح في عقد الشركة، إذ نصت المادة 432ق. م. ج على منع الشريك من أي نشاط يلحق ضررا بالشركة أو يعكس الغاية التي أنشئت لأجلها،[4] وفي عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما في وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع عملا بنص المادة 15من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات.[5]

يلاحظ أن المحكمة العليا اعتبرت مبدأ حسن النية من النظام العام إذ أثارت تطبيقه من تلقاء نفسها،[6]ولكن يجب أن نتذكر أن حسن النية مفترض في العقد وعلى المتعاقد الذي

---

[1]غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص151.

[2]المادة الأولى من القانون رقم04-02المؤرخ في 23يونيو سنة2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد41، الصادرة بتاريخ 27يونيو سنة2004.

[3]مباركة لغنج، المرجع السابق، ص65,64.

[4]غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص152.

[5]عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص628.

[6] قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم52061، بتاريخ15-01-1990، قضية الشركة الوطنية لأشغال الطرق-سوناطرو- ضد(ب. س)، م ق، ع1، 1993، ص113.

يدعي بسوء نية المتعاقد معه أن يثبته، ولا يجوز للقاضي أن يحل محله وأن يثير تلقائيا سوء نية أحد المتنازعين.[1]

2-الالتزام بالإنصاف: لقد تعددت التعاريف الفقهية حول الإنصاف، وفي هذا الشأن يقول سفيان الفرجي في رسالة الدكتوراه الخاصة به، بأن التعريف الذي صاغه الفيلسوف أرسطو لرقابة الإنصاف،[2]هو التعريف الأفضل لرقابة المشروعية حتى في عصرنا الحالي، ويمكن تقسيم الالتزامات الفرعية والإضافية المنتمية لالتزام الإنصاف بوصفه جزءا داخليا من مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود إلى: الالتزام التصحيحي في العقد، والالتزام بمراجعة العقد.[3]

وطبقا للفقرة الثانية من المادة الأولى مدني، يجب على القاضي الرجوع إلى مبادئ القانون لطبيعي وقواعد العدالة في حال عدم وجود نص تشريعي أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف.[4]

المبحث الثاني:

حسن النية وسلطة القاضي في تعديل العقد وتفسيره

لقد أسلفنا الذكر بأنه طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، إلا أنه وخروجا عن هذه القاعدة وطبقا لمقتضيات العدالة وحسن النية في تنفيذ العقود خول المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد وذلك بإعادة النظر في مضمون العقد (**المطلب الأول**)،أو التدخل في الدائرة العقدية وذلك لتفسير العقد (**المطلب الثاني**).

---

[1]غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص153.

[2]يعرف الفقيه أرسطو رقابة الإنصاف بكونها: "العدالة الأفضل التي تصحح العدالة القانونية وذلك لما تؤول هذه الأخيرة في إحدى الحالات الخاصة إلى نتائج غير عادلة بسبب العبارات العامة لتشريع ما أغفل التعرض لكل جوانب الحالة القانونية المعروضة ".

[3]هدى بن يوب، المرجع السابق، ص162،163.

[4]علي فيلالي، المرجع السابق، ص391.

المطلب الأول:

حسن النية وتدخل القاضي لتعديل العقد

خول المشرع الجزائري للقاضي صلاحية واسعة لتعديل العقد وذلك من خلال نظرية الظروف الطارئة **(الفرع الأول)**،أو التدخل لتعديل الشرط الجزائي **(الفرع الثاني)**،وكذا بإعطاء مهلة للمدين حسن النية **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول:

الأخذ بنظرية الظروف الطارئة

يحدث في كثير من الأحيان عند تنفيذ العقود المستمرة، أو التي يتراخى تنفيذها أن تطرأ حوادث مفاجئة لم يكن عند التعاقد في الحسبان توقعها تجعل وفاء المدين بالتزامه مرهقا يؤدي إلى خسارة فادحة.[1]

والفكرة أن الالتزام الذي يصبح مرهقا للمدين، أمر يرفضه العدل والإنصاف، فيصبح العقد خاضعا لرقابة القاضي، لأن الأساس في التعاقد هو حسن النية،[2] ولقد نص المشرع الجزائري على هذه الظروف من خلال الفقرة الثالثة من نص المادة 107ق. م. ج والتي كان ينبغي أن توضع هذه الفقرة استثناء من المادة 106مدني، فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب على كل منهما أن ينفذ التزاماته الناشئة منه بأمانة وحسن النية، غير أنه في حال حدوث ظرف طارئ غير متوقع عند انعقاد العقد، فتقتضي العدالة التوازن في التزامات المتعاقدين.[3]

---

[1]محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص302.

[2]فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود– دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص120.

[3]علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003 ، ص98.

وسوف نحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى مجال تطبيق نظرية الحوادث الطارئة **(أولا)**، ثم بيان شروط تطبيقها **(ثانيا)**، وفي الأخير إلى أثر تطبيق هذه النظرية **(ثالثا).**

أولا: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة: لقد أثارت نظرية الحوادث الطارئة جدلا بين الفقهاء، إذ تم تقديرها بصفة مختلفة, تتمثل الحوادث الطارئة في كل حادث غير متوقع يطرأ أثناء تنفيذ العقد وحينئذ لا يطرح مشكلا خاصا، إذ على المتعاقدين مواجهة الوضعية الجديدة للمعاملة وأن يطلبوا من القاضي تفسير العقد ليستجيب للمقتضيات الحالية، يرى البعض أن الحوادث الطارئة هي عبارة عن مسألة مالية واقتصادية محضة مرتبطة بتقلب الأسعار.[1]

أمّا حسب البعض الآخر، فيرون أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية، حيث أن تعديل العقد يقوم على أساسين وهما العدل وحسن النية، ونحن نتفق مع هذا الرأي لأن نص المادة 1/107مدني التي تقضي بوجوب تنفيذ العقد بحسن النية، توجب أن يبرم العقد على أساس من الاستقامة والعدل وعدم الخداع والغش والغبن ودون إساءة في استعمال الحقوق المتولدة عن العقد.[2]

ونلمح تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في العقود الزمنية أو المستمرة أي عقود المدة التي تقضي طبيعتها ذاتها أن يأتي تنفيذها على مراحل زمنية متعاقبة مثل (عقد الإيجار، عقد العمل، عقد التوريد)،[3]غير أنه يمكن كذلك أن تطبق على العقود الفورية متراخية التنفيذ[4] ففي عقد البيع مثلا: إذا كان المشتري دفع الثمن واستلم المبيع، فإنه لا يكون عرضة للتعديل بدعوى الحادث الطارئ الذي جعل الالتزام مرهقا، أما إذا طرأ هذا الحادث قبل دفع الثمن فإن الثمن يكون عرضة للإنقاص نظرا لوجود هذا الحادث الطارئ، ومن ثم فالعقود التي يتم

---

[1] غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص170،171.

[2] صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص294،295.

[3] عبد الناصر شادلي، المرجع السابق، ص43.

[4] غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص171.

تنفيذها فور انعقادها بين الطرفين، لا يتصور الأخذ في شأنها بنظرية الظروف الاستثنائية أو الطارئة، بل بنظرية الاستغلال.[1]

والمهم هو أن تفصل بين انعقاد العقد وتنفيذ الالتزامات فترة زمنية فلا تطبق هذه النظرية إذا كان قد تم تنفيذ الالتزامات ثم حدثت الظروف الطارئة، كما أنها لا تطبق إذا كان تنفيذ الالتزامات فوريا وتأخر المدين في تنفيذها بخطئه أو بإهماله حتى حدثت الظروف الطارئة لأنه يتعارض وحسن النية.[2]

أما فيما يخص العقود الاحتمالية فإنها لا تطبق عليها هذه النظرية التي تقوم على طبيعتها إما على الربح أو الخسارة أي المخاطرة، فالمتعاقد لا يرتكز على نظرية الظروف الطارئة ويطالب بتعديل العقد لأنه ينبغي عليه أن يتوقع وقت إبرام العقد كافة الاحتمالات.[3]

ثانيا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: لقد حددت المادة 107من القانون المدني الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة والتي تتمثل فيما يلي:

1-أن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام

2-أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا

الشرط الأول :أن يطرأ حادث استثنائي عام لم يكن متوقعا عادة وقت التعاقد.

ينقسم هذا الشرط إلى ثلاثة شروط:

أ-أن يكون الحادث استثنائيا: يراد بكون الحادث الطارئ استثنائيا "أن يكون خارجا عن المألوف أي نادر الوقوع" [1]أو هو "ذلك الحادث الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذا بحسب المألوف من شؤون الحياة.[2]

---

[1] العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2015-2016، ص 795،796.

[2]علي علي سليمان، المرجع السابق، ص99.

[3]عبد الناصر شادلي، المرجع السابق، ص43.

ويتضح من خلال التعاريف السابقة أن الحادث الاستثنائي هو الذي يطرأ بعد إبرام العقد، بصفة غير متوقعة أي نادر الوقوع، بأن يخرج للمألوف وفق المجرى العادي(كحرب، أو زلزال، أو فيضان...)، مما يترتب عنه اختلال التوازن الاقتصادي للعقد في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه.[3]

كما أن اشتراط ضرورة توافر صفة "الاستثنائية" في الظرف الطارئ، علاوة على استجابته لمبدأ حسن النية، ومقتضيات العدالة فإنه يعتبر قيدا على سلطة القاضي لمنعه من المسارعة لتعديل الالتزامات التعاقدية لمجرد وقوع حادث مألوف، يقع عادة وفقا للسير الطبيعي للأمور.[4]

ب-أن يكون الحادث الاستثنائي عاما: يقصد بعمومية الحادث الطارئ، أن لا يكون خاصا بالمدين أو المدينين، بل يجب أن يكون شاملا لكافة الناس أو لطائفة منهم، كالحريق الذي يلتهم حيا أو مدينة في ظروف استثنائية غير متوقعة،[5]ويتبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين -كإفلاسه أو موته أو اضطراب إعماله أو حريق محصوله -لا تكفي لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة.[6]

يلاحظ أن هذا الشرط يميز الحوادث الطارئة عن القوة القاهرة التي يمكن أن تكون حادثا عاما أو خاصا، يعتبر كذلك الشرط المتعلق بآثار الحادث على التزام المدين نقطة

---

[1] فايزة طبيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2018-2019، ص241.

[2]حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996، ص57.

[3] العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص799.

[4]يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، مقال منشور بمجلة حوليات جامعة الجزائر1، الجزء الأول، العدد 31، 1جوان 2017، ص4.

[5]صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص297.

[6] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص643،644.

تفرقة بين الحوادث الطارئة والقوة القاهرة،[1]وإذا كان الغرض من نظرية الظروف الاستثنائية هو ضمان العدالة العقدية، فلا نرى مبررا لاشتراط صفة العمومية في الحادث الاستثنائي خاصة وأنه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط، ويظهر أن المحكمة العليا ترى غير ذلك فتشترط العمومية في الحادث، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك إذ قضت: "إذا طرأت تلك الحوادث الاستثنائية خارج الأجل المتفق عليه فإن المدين وحده هو الذي يتحمل تلك الظروف ولا دخل للدائن فيها لأنه لم يكن مقصرا في تنفيذ التزامه ".[2]

ج-أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع وقت التعاقد: إذ يجب أن يكون الحادث مفاجئا أي خارجا عن المألوف، ونادر الوقوع بحيث لا يستطيع الرجل العادي في ذات الظروف السائدة أن يتوقعه، أو يعمل حسابه وقت إبرام العقد وليس من الممكن دفعه،[3]فالحادث الذي يستطاع توقعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعا أو غير متوقع، والواقع هو أن وصف الحادث بأنه استثنائي أو طارئ يعطي الدلالة الكافية على المعنى المقصود من عدم التوقع بل يغني عن ذكر هذا الشرط.[4]

إنَ تَوقُع الحادث الاستثنائي هي مسألة نسبية، فما هو متوقع بالنسبة لشخص قد يكون غير متوقع بالنسبة لشخص آخر، الأمر الذي يطرح مشكلة المعيار الواجب اعتماده لتقدير توقع أو عدم توقع الحادث الاستثنائي، ويكون المعيار الموضوعي أكثر انسجاما مع نظرية الظروف الاستثنائية، فتحديد درجة عدم توقع الحادث في ضوء الظروف المحيطة بالعملية يجب أن يكون بالنظر للرجل العادي وليس من وجهة نظر المتعاقدين الشخصية.[5]

الشرط الثاني: أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا: وهذا الشرط يعتبر جوهر النظرية، إذ أنه يتعلق أساسا بأثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، فإذا ما اتضح أن

---

[1] غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص174.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص399،400.

[3] العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ص800.

[4] حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 58.

[5] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 398،399.

الحادث الطارئ سوف يجعل تنفيذ التزام المدين مرهقا له ويهدده بخسارة فادحة جاز له أن يستفيد من الحماية المقررة بموجب نص المادة 3/107 مدني، الذي يخول للقاضي السلطة في تعديل العقد بالصورة التي ترفع عن المدين ما يمكن أن يلحقه من إرهاق وخسارة بسبب التنفيذ ويعيد للعقد توازنه المختل بسبب تغير الظروف.[1]

ويقتضي هذا الشرط أن يكون تنفيذ الالتزامات ممكنا ولكن مرهقا للمدين، أما إذا كان مستحيلا، فيترتب عليه انفساخ العقد لا إعادة التوازن بين الالتزامات، ومن هنا يظهر الفرق بين الظروف الطارئة بالمعنى الذي نحن بصدده، وبين الظروف المفاجئة التي تعتبر مساوية للقوة القاهرة ويترتب عليها جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فينفسخ العقد،[2]ولا يكفي أي إرهاق بل يجب أن يترتب عليه خسارة فادحة تلحق بالمدين وتقدير شرط الإرهاق متروك لقاضي الموضوع.[3]

ومعيار الخسارة الفادحة معيار موضوعي، فيقدر الإرهاق في ضوء الالتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة العاقدين، فإذا كان المدين غنيا, فهذا لا يعني إطلاقا أن التزامه غير مرهق، بل قد يكون كذلك كلما أصبح مقداره يفوق بكثير العوض الذي يتحصل عليه، فلا يعتد في تقدير إرهاق المدين في تنفيذ الالتزام إلا بما ورد في العقد من التزامات وحقوق، ويحقق هذا المعيار الموضوعي العدالة بين المتعاقدين.[4]

ثالثا :أثر الظروف الطارئة :إذا توافرت جميع الشروط المذكورة سابقا، فللقاضي أن يراجع العقد ولا يتولى إدخال أي تغيير عليه إلا إذا كان ملائما لمبدأ حسن النية، وبعد الأخذ بعين

---

[1] حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص59.

[2]علي علي سليمان، المرجع السابق، ص100.

[3]محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص307.

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص400،401.

الاعتبار مصالح الطرفين، فاللجوء إلى حسن النية هو أمر هام جدا في النطاق الذي لا تكفي فيه القواعد القانونية، ويجب معاضدتها بالقواعد الأخلاقية.[1]

وتقتصر سلطة القاضي في تعديل العقد على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول دون فسخ العقد، لأن المشرع في إقراره لنظرية الظروف الطارئة يهدف إلى أمرين: الأول الإبقاء على العقد والثاني توزيع تبعة الهلاك على الطرفين تحقيقا لمبدأ العدالة، فلو مكن المدين من طلب الفسخ، لكان في ذلك محاباة له وهذا مناقض لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود إلى أن آثار هذا الحادث الطارئ قد تزول في وقت لاحق يعد قصيرا في عمر العقد المبرم لمدة طويلة.[2]

وعلى خلاف القوة القاهرة التي تؤدي مباشرة إلى انقضاء الالتزام ويتحمل أحد المتعاقدين تبعة الهلاك، فللقاضي السلطة التقديرية فيما يراه مناسبا وذلك أما أن يزيد من الالتزام المقابل للالتزام المرهق أي ما على القاضي إلا إعفاء المدين من الخسارة الفادحة وإبقاء الخسارة المألوفة،[3]إذ يستطيع رفع المقدار المطلوب بعنوان قرض متفق عليه من قبل وذلك في حال تدهور سعر العملة بشكل كبير، كما يمكنه أن يحكم بانتقاص الالتزام المرهق للمدين كما وكيفا وذلك بالتخفيض من كمية القمح موضوع التزام الفلاح لفائدة التاجر في حال الضياع الكامل للمحصول،[4]ولا يملك القاضي سلطة الحكم بفسخ العقد لأن سلطته مقصورة على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويمكنه فسخ العقد في عقد المقاولة فقط طبقا لنص المادة 561مدني.[5]

وللقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد إذا تبين له أن الظرف الطارئ مؤقت وسوف يزول، وأن اللجوء إلى وسيلة إنقاص أو زيادة قدر الالتزام المقابل من شأنه أن يؤدي إلى

---

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص110.

[2] مباركة لغنج، المرجع السابق، ص73.

[3] عبد الناصر شادلي، المرجع السابق، ص46،47.

[4] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص111.

[5] عبد الحفيظ بقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص39.

اختلال التوازن الاقتصادي في العقد، وفي هذه الحالة يأمر القاضي بوقف التنفيذ خلال أجل محدد أو غير محدد حتى يزول أثر الظرف الطارئ،[1]ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء، وترتفع مواد وأدوات البناء ارتفاعا فاحشا, ولكن هذا الارتفاع سوف يزول لقرب طرح كميات من هذه المواد في السوق فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول بتسليم المبنى، حتى يفي بالتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب البناء.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد أقر بنظرية الظروف الطارئة وتخويل المتعاقدين الحق بإعادة التفاوض وهو ما يظهر جليا في المادة1195من القانوني المدني المعدل سنة 2016، فبمقتضى هذه المادة يكون المشرع الفرنسي قد أرسى ولأول مرة نظرية الظروف الطارئة، وأعطى للإرادة فيها بعدا جديدا عن طريق الحق في إعادة التفاوض، وأن إقرار هذا الأخير فرضته مبررات اقتصادية وأن تفعيل نظرية الظروف الطارئة وفقا للمادة التي سبق ذكرها يمر بثلاث مراحل،[3] أولى هذه المراحل تتمثل في طلب إعادة التفاوض من المتعاقد الآخر لمراجعة بنود العقد، وفي حال تم رفض الدخول فيه من قبل المتعاقد الآخر نكون أمام المرحلة الثانية والتي تتطلب تدخل القاضي لتحديد مصير العقد، أما المرحلة الثالثة فهي مرحلة قضائية بحتة، بحيث يكون للقاضي بناء على طلب أحد المتعاقدين تحديد مصير العقد، سواء بمراجعة شروطه أو انهائه.[4]

---

[1] خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001-2002، ص93.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، المرجع السابق، ص309.

[3] حليمة بن دريس، فاعلية مبدأ حسن النية في تنويع الحلول لمواجهة تداعيات جائحة كورونا على تنفيذ العقد، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس بالمدية، المجلد السابع، العدد الثاني، جوان2021، ص924.

[4] المرجع نفسه، ص924،925.

ويعتبر تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا تحققت شروطها من النظام العام، إذ كما يقضي نص القانون، كل اتفاق على مخالفة أحكامها يعد باطلا، وهكذا اختلفت الظروف الطارئة عن الظرف المفاجئ أو القوة القاهرة.[1]

وبهذا نخلص إلى أن المشرع بتقريره لنظرية الظروف الطارئة قد راعى مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ومصلحة الطرف الآخر، ويتجلى ذلك أساسا من خلال سلب سلطة فسخ العقد من القاضي استنادا إلى مقتضيات العدالة في تنفيذ العقد، واقتصار سلطة القاضي على التعديل فقط دون الفسخ تحقق توازن بين مراكز المتعاقدين بما يضمن تحقيق متطلبات العدالة.[2]

الفرع الثاني:

إدخال المرونة على الشرط الجزائي

إذا كان الأصل أن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من اتفاق الطرفين مقدما على مقدار التعويض المستحق للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، ويمكن تعريف الشرط الجزائي بأنه: "اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدما مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن، إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه ."[3]

وإذا كان الأصل هو أن يترك تقدير التعويض للقاضي، فليس هناك ثمة ما يمنع من أن يلجأ الدائن والمدين إلى الاتفاق على هذا التعويض مسبقا عند التعاقد أو في أي وقت لاحق ولكن قبل وقوع الضرر أي قبل الإخلال بالعقد، فإذا قام المتعاقدان بذلك، واشترطا

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص101.

[2] مباركة لغنج، المرجع السابق، ص75.

[3] صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص306.

مبلغا معينا يستحق في حالة عدم تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه، كنا أمام شرط جزائي ويكون مثل هذا الاتفاق شريعة المتعاقدين.[1]

وسمي كذلك بالشرط الجزائي لأن مبلغ التعويض يقدره المتعاقدان جزافا وقد يكون في أغلب الحالات أكبر من الضرر الحقيقي الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه فهو اتفاق يتعهد به المدين مقدما وبشكل جزافي بدفع مبلغ من المال في حال عدم قيامه بتنفيذ التزامه أو تأخره في التنفيذ.[2]

إنَ مقتضيات العدل وحسن النية في تنفيذ العقود تأبى الانصياع إلى هذا التحديد الجائر للشرط الجزائي، لذلك وخروجا عن القوة الملزمة للعقد أجيز للقاضي التدخل بناء على طلب المتعاقد المتضرر من جور ذلك الشرط[3]عن طريق تخفيض قيمة التعويض الوارد في هذا الشرط كقاعدة عامة أمّا الاستثناء فهو الزيادة فيه، إلاّ أنه قبل تدخل القاضي لتعديل العقد عليه التحقق أولا من وجود الشرط الجزائي في العقد ليتمكن من تقديره ومن ثم يتسنى له تعديل العقد بحسب ما تقضيه العدالة وحسن النية.[4]

ومن ناحية ثانية إذا كان حسن النية بإمكانه أن يتدخل لإعادة التوازن المفقود بالنسبة للعقد بسبب الظروف الطارئةّ، فمن باب أولى أن يتدخل لتعديل الشرط الجزائي فالشرط جزء من العقد، فمن لا يستطيع الأكثر يستطيع الأقل.[5]

يمكن للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي في أربع حالات، ثلاثة تتعلق بتخفيض الشرط الجزائي وحالة تتعلق بزيادة الشرط الجزائي وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها بالاتفاق،[1]والتي سوف نفصل فيها كما يلي:

---

[1] حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص69.

[2]منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي– دراسة مقارنة–، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة2015، ص163.

[3]مباركة لغنج، المرجع السابق، ص76.

[44]عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة تلمسان، العدد الأول(المجلد الرابع)،2021، ص183.

[5]مباركة لغنج، المرجع السابق، ص76.

أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي: لكي يمارس القاضي سلطته في التخفيض وجب أن يكون تقدير التعويض المتفق عليه مفرطا أو مبالغا فيه، وأن يتم تنفيذ جزئي للالتزام الأصلي أما الحالة الأخيرة فتتمثل في تسبب الدائن بسوء نيته في إطالة أمد النزاع بلا مبرر.

الحالة الأولى: إذا كان الشرط الجزائي مبالغا فيه لدرجة كبيرة، جاز للمدين أن يطالب القاضي بتخفيضه إلى حد تناسبه مع الضرر وفي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على المدين، فلا يكفي افتراض أن هناك ضررا أصاب الدائن، بل يجب إن ثبت أن التقدير مبالغا فيه وهذا بحكم أن القاضي لا يهمه أن يكون التعويض مساويا للضرر بل يكفي أن يكون هناك تناسب بينهما.[2]

ويسترشد القاضي في تخفيض مقدار الشرط الجزائي بقواعد العدل والإنصاف، وعدم استخدام هذا الأخير كوسيلة من وسائل الربا والإثراء بلا سبب، فلقاضي الموضوع السلطة التقديرية في إنقاص الشرط الجزائي المبالغ فيه إلى الحد الذي يتناسب والضرر الذي لحق بالمدين أي إعمال أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب،[3] بالإضافة إلى إعمال الموضوعية وذلك من خلال المقارنة بين الضرر الحاصل فعلا ومبلغ التعويض المتفق عليه مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية المقترنة بكل متعاقد.[4]

---

[1] صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص312.

[2] فيصل ذكى عبد الواحد، الوجيز في الأحكام العامة للالتزام والإثبات (في القانون المدني المصري)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، (د. س. ن)، ص319.

[3] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقا لأحدث اجتهادات المحكمة العليا– دراسة مقارنة–، الطبعة الثالثة، دار هومه، 2019، ص235.

[4] صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص313.

الحالة الثانية: إذا أثبت المدين أنه أوفى بجزء من التزامه الأصلي، فالعدالة تقضي بعدم إلزام المدين بكل الشرط الجزائي إذا نفذ هذا الأخير جزءا من التزامه، لأنه لا يعد مساسا بما اتفق عليه المتعاقدان.[1]

وهذا الحكم لا يقتصر على عدم التنفيذ فقط بل يشمل كذلك التأخير في التنفيذ، حيث يجوز للقاضي تخفيض التعويض بناء على طلب المدين بنسبة ما تم تنفيذه من التزام أو الالتزامات بدون تأخير،[2]إذ يقع عبء الإثبات في هذه الحالة على المدين الذي وفى جزءا من التزامه حتى يتدخل لقاضي لتخفيضه، لكن إذا تبين للقاضي أن هذا التنفيذ الجزئي تافها أو لم يعد بفائدة على الدائن فلا يقوم بالتخفيض.[3]

غير أنه إذا كان التنفيذ لا يقبل التجزئة، بحيث لا يمكن للدائن الاستفادة منه إلا إذا تم بالكامل بغض النظر عن مصدر عدم القابلية سواء أكان راجع لطبيعة محل الالتزام أو نص القانون أو الاتفاق، ففي هذه الحالة لا يتم تخفيض الشرط الجزائي،[4] إذ يشترط أن يكون عدم التجزئة حقيقيا وليس مصطنعا[5] لكي يتعين على القاضي في هذه الحالة تخفيض مبلغ الجزاء بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من تنفيذ الالتزام وليس بنسبة الجزء الذي تم تنفيذه، وهو ما يراه الفقه بأنه أكثر اتفاقا مع العدالة لكونه يحتفظ بالدور المزدوج للشرط الجزائي المتمثل في التهديد والتعويض.[6]

إضافة إلى الحالتين السابقتين، هناك حالة ثالثة يجوز فيها للقاضي تعديل الشرط الجزائي والتي نص عليها المشرع في المادتين 184الفقرة الثانية والمادة 187مدني وذلك في

---

[1]محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص89.

[2] فيصل ذكى عبد الواحد، المرجع السابق، ص318.

[3] عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص183.

[4]صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص313.

[5]عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص183.

[6]مباركة لغنج، المرجع السابق، ص77.

حال ما إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر أو أنه بسوء نيته هو المتسبب في الضرر الحاصل بإطالة أمد النزاع بلا مبرر مشروع.[1]

إن سلطة القاضي في رفض الحكم بقيمة الشرط الجزائي عند انتفاء الضرر عن الدائن وسلطته في تخفيضها في الحالات التي سبق الإشارة إليها، تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق يرد على خلافها طبقا لأحكام المادة 184الفقرتين الأولى والثانية.[2]

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي: استنادا الى نص المادة 185مدني يتضح أنه خروجا عن الأصل العام الذي يقضي بأن "العقد شريعة المتعاقدين"، فإنه استثناء توجد حالتان يجوز فيها للقاضي أن يتدخل لزيادة الشرط الجزائي، وهي ارتكاب غش أو خطأ جسيم (1)والتحايل على قواعد الإعفاء من المسؤولية(2).

1-ارتكاب المدين غِشًا أو خطأ جسيمًا: تنص المادة 185مدني على أنه إذا كان الضرر الذي لحق بالدائن أكبر بكثير من قيمة التعويض المحددة في الاتفاق، فإنه لا يمكن للدائن أن يستفيد من أحكام هذه المادة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأً جسيمًا،[3]حيث يتدخل القاضي لزيادة مقدار الشرط الجزائي حتى يتساوى مع الضرر الواقع فالقاضي في هذه الحالة يبحث عن النية الحسنة أو سوئها، وعبء الإثبات في هذه الحالة يقع على الدائن الذي يكون ملزما بإثبات أن المدين قد تَعمَّد عدم تنفيذ التزامه.[4]

وعلة هذا الحكم أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها في نطاق المسؤولية العقدية، يقع باطلا إذا نشأ الإخلال بالالتزام نتيجة غش المدين أو خطئه الجسيم

---

[1]بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفقا لأحدث اجتهادات المحكمة العليا- دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص235.

[2]عبد الباقي عبد الفتاح، دروس أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، مصر، (د. س. ن)، ص102.

[3]عبد الحفيظ بقة، الواضح في شرح القانون المدني -النظرية العامة للالتزامات-، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص30.

[4]خديجة فاضل، المرجع السابق، ص100.

وهو ما لا يسوغ إذا كان الإخلال بالالتزام ناشئا عن فعل أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه.[1]

2-إذا كان التعويض الاتفاقي يتضمن إعفاءً أو تخفيضا من المسؤولية التقصيرية: هذا ما نصت عليه المادة 217 من القانون المدني المصري بقولها: "يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع"، ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يتفق الطرفان على إعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلا لو تم لتعارضه مع النظام العام، أما الاتفاق على تشديد المسؤولية يعتبر صحيحا وغير مخالف للنظام العام، إذ يجوز للدائن أن يطلب من القاضي زيادة مقدار التعويض إذا كان تافها أو أقل من قيمة الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع بحيث يجعله متناسبا والضرر الحاصل.[2]

الفرع الثالث:

حسن النية ونظرة الميسرة

أنَّ الغاية التي توخاها المشرع من إفساح المجال للقاضي لمنح المدين أجلا للوفاء بدينه تُعد غاية أخلاقية تتمثل في مراعاة ظروف المدين المرهق عندما تعترضه عراقيل في تنفيذ التزامه يصعب تجاوزها، وهي تعد سلطة تقديرية في يد القاضي الهدف منها مساعدة المدين سيء الحظ عن طريق منحه أجلا للوفاء متى توافرت شروط منح الأجل المنصوص عليها قانونا.[3]

[1] عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص103.

[2] طارق بهاء الدين العياشي، سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، كانون الثاني2016، ص74.

[3] مباركة لغنج، المرجع السابق، ص78.

ونظرة الميْسُرة مقررة في معظم التشريعات، إلاَّ أن الشريعة الإسلامية قد سبقتها في ذلك،[1]ويظهر ذلك جليا من خلال قوله تعالى: (وإنْ كان ذو عُسْرَةٍ فنَظِرةٌ إلى مَيسُرةٍ وأن تَصَدقُوا خيْر لكم إنْ كنتم تَعلمونَ).[2]

ونظرة الميسُرة التي يمنحها القاضي للمدين حَسن النية، تعتبر من الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل شروط العقد، على خلاف الأصل من الالتزام واجب الأداء والتنفيذ بمجرد ترتبه ما لم يكن مضافا إلى أجل أو معلق على شرط،[3] ولقد أشار المشرع الجزائري إلى نظرة الميسُرة من خلال نصي المادتين 281والمادة 119الفقرة الثانية، المادة 110مدني فمن خلال استقراء أحكام هذين المادتين نستشف أن المشرع لم يتطرق إلى تعريف نظرة الميسرة وإنما بين أحكامها والسلطة بمنحها.[4]

سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة هي مرتبطة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على سلب هذه السلطة منه، إذ أن له سلطة تقديرية واسعة ولا يخضع في هذه الحالة إلى رقابة المحكمة العليا،[5]ولكن ينبغي عليه مراعاة الشروط التالية:

الشرط الأول: ألا يوجد نص قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة لأنه في هذه الحالة يكون القاضي مقيدا بنص قانوني ملزم ولا يجوز له أن يتعداه، ومثال ذلك في القانون الجزائري ما يقرره القانون التجاري من عدم جواز منحه للمدين بورقة تجارية.[6]

الشرط الثاني: يجب أن تستدعي حالة المدين ذلك، كأن يكون في فترة عسر ينتظر زوالها وليست دائمة بشرط أن يكون تأخره في التنفيذ بحسن نية، وأن تكون المهلة الممنوحة له من

---

[1]عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص119.

[2]سورة البقرة آية280.

[3]يحي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص229.

[4]عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص184.

[5]محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، بيروت ، 2000، ص414,413.

[6]حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص101.

قبل القاضي تساعده في الوفاء بالتزامه،[1]ويظهر ذلك جليا من خلال نص المادة 119الفقرة الثانية مدني: "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف..."، إضافة إلى نص المادة 281 في فقرتها الثانية: "غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف..."، إذ ينبغي على القاضي الاعتداد بالحالة الاقتصادية العامة، ومدى مساهمتها في إساءة مركز المدين.[2]

الشرط الثالث: ألا يصيب الدائن من جراء منح نظرة الميسرة ضرر جسيم ونرى ذلك من خلال تحديد المشرع الجزائري لأجل نظرة الميسرة بمدة أقصاها سنة[3]، وهذا الشرط يقتضي الموازنة بين المصلحة التي تستحق منح الأجل للمدين والضرر الذي سيلحق الدائن من جراء ذلك، لأن ذلك يعد خرقا لمبدأ العدالة التي يسعى المشرع لتحقيقها من خلال منح نظرة الميسرة.[4]

الشرط الثالث: أن يكون الأجل الممنوح للسداد معقولا، لأنه أمر استثنائي يقدر بمراعاة الضرورة، لذا يجب أن لا يكون طويلا يضر بمصالح الدائن، ويجوز للقاضي أن يقرر أجلا واحدا أو أجالا متعاقبة كتقسيط الوفاء بالدين.[5]

وخلاصة القول أنه على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار حالة المدين، بكونه سيء النية أو حسن النية، لأنه في ضوء هذه الاعتبارات يقرر منح المدين أجلا أو فسخ العقد[6]فالقاضي لا يمنح نظرة الميسرة إلا للمدين حسن النية أي الذي لا يقصد هذا التأخير[7].

المطلب الثاني:

---

[1]محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص414.

[2]عبد الناصر شادلي، المرجع السابق، ص49.

[3]فايزة طبيب، المرجع السابق، ص312.

[4]مباركة لغنج، المرجع السابق، ص78.

[5]محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص414.

[6] فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود–دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص124.

[7]عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص185.

حسن النية في تفسير العقود

يقصد بتفسير العقد هو أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للعاقدين، وقد نظمت الإرادة التشريعية في المادتين 112,111 من التقنين المدني الجزائري عند الكلام في آثار العقد, القواعد التي يجب إتباعها في تفسير العقود.[1]

يتضح من المادة 111ق. م. ج التي تناولت موضوع تأويل العقد, أن العبارة الواضحة تلزم الأطراف والقاضي معا, فلا يجوز تحريفها **(الفرع الأول)**, وأما إذا كانت العبارة غامضة, فلا بد من تأويل العقد من قبل القاضي **(الفرع الثاني)**.[2]

الفرع الأول:

عندما تكون عبارة العقد واضحة

تقتضي القاعدة العامة أن العبارات الواضحة في العقد لا تحتاج إلى تفسير وفقا للمادة 1/111ق. م. ج، إلا أنه ينبغي التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت عبارات العقد واضحة مطابقة للإرادة الحقيقية والمشتركة للمتعاقدين فهنا لا يجوز للقاضي الانحراف عنها عن طريق تأويلها،[3]إذا كلما كانت إرادة المتعاقدين واضحة، لا يجوز للقاضي أن يرفض تطبيقها، ولا يجوز له استبعاد أو تفسير بنود العقد الواضحة بحجة أنها تتنافى مع العدالة والعرف أو ما يقتضيه حسن النية أو حتى مع الشروط المطلوبة لصحة التصرف.[4]

---

[1]محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص275.

[2]علي فيلالي، المرجع السابق، ص407.

[3]عبد الحفيظ بقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص40.

[4]غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص165.

الحالة الثانية: إذا كانت عبارات العقد واضحة اللغة والأسلوب، لكنها غير مطابقة للإرادة الحقيقية للمتعاقدين فهنا يجوز للقاضي الانحراف عن المعنى الظاهر للعبارات الواضحة بحثا عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.[1]

فمبدأ حسن النية في تفسير العقد يلزم القاضي بضرورة تبيان أسباب عدوله، والبحث عن المعنى الحرفي والاستهداء بما ينبغي أن يتوافر من الأمانة والثقة بين المتعاقدين، فإذا كان المعنى واضحا فلا تفسير، والمقصود بالمعنى الواضح ليس هو الوضوح الظاهري، بل هو المعنى الحقيقي الذي اقتنع به وُرجِحَ لديه أنه هو المقصود من قبل المتعاقدين، كما يلاحظ أن المحكمة العليا لها سلطة ممارسة الرقابة على قاضي الموضوع، كما تراقب الأسباب التي يبديها قاضي الموضوع كمبرر لخروجه على العبارات الواضحة.[2]

ويستخلص القاضي الإرادة المشتركة من أي طريق يراه كظروف تحرير العقد أو ما سبقه من مكاتيب ومفاوضات أو وقائع الدعوى وظروفها أو الملابسات.[3]

الفرع الثاني:

عند غموض عبارة العقد

باستقراء أحكام المادة 111ق. م. ج يتضح أن المشرع الجزائري ألزم القاضي بمراعاة قواعد الأمانة والثقة في تفسير العقود للتوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين، والتي يستوحيها القاضي من داخل العقد، أمّا تفسير التصرفات القانونية بحسب حسن النية في نظر الأستاذ

[1] عبد الحفيظ بقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص40.

[2] نذير كرومي ومريم خليفي، خصوصية تفسير العقد وتحديد مضمونه وفقا لمقتضيات حسن النية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد الثامن، العدد الأول، 2022، ص514.

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزامات، المرجع السابق، ص279.

جورف يكتب بلغة جنسيته، فهو يعني –قبل كل شيء –البحث عن النية الحقيقية للطرفين واحترامها.[1]

وللوصول إلى معرفة النية المشتركة بين الإرادتين يحاول القاضي أن يكشف عن الإرادتين الباطنتين لكل من المتعاقدين بواسطة إرادتيهما الظاهرتين، اللتين عبرتا عنهما ليتأكد من أن التعبير عن الإرادة الباطنة كان صادقا،[2]وذلك بإعمال المادة 2/111ق. م. ج من خلال طبيعة التعامل وقواعد الأمانة والثقة وبالعرف الجاري به العمل، كما أن بعض بنود العقد قد يفسر بعضها الآخر،[3]فتفسير غموض عبارات العقد من قبل القاضي هو بمثابة حماية حقوق المتعاقدين أو لحق المتعاقد حسن النية، وذلك من خلال إعطاء سلطة للقاضي بالنظر في جميع بنود العقد وتحليل معناها ومدلولها من أجل الوقوف عند الفهم الحقيقي للنية المشتركة للمتعاقدين ومدى مطابقتها لمقتضيات حسن النية.[4]

إذا لم تفلح الوسائل السابقة في تحديد العنصر المشترك للمتعاقدين وكانت العبارة تحمل معنيين، فيجب الأخذ بالمعنى الذي يكون فيه صالح المدين،[5] يبرز هذا الحكم على أساس ضرورة حماية المدين وهو الطرف الضعيف مقارنة مع الدائن، وكذلك لأن الأصل في الذمة البراءة وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود حقه، فإذا بقي شك لم يوقف الدائن إلى إزالته فمن حق المدين إن يفيد منه.[6]

غير أن المادة 1/112ق. م. ج قد أوردت استثناء يتعلق بعقد الإذعان إذ يؤول الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائنا أو مدينا، باعتباره طرفا ضعيفا يستحق حماية

---

[1]هدى بن يوب، المرجع السابق، ص127،128.

[2]علي علي سليمان، المرجع السابق، ص102.

[3]عبد الحفيظ بقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص40.

[4] نذير كرومي ومريم خليفي، المرجع السابق، ص514.

[5]محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص286.

[6]غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص166.

القانون، ويتحمل الطرف القوي (في عقد الإذعان)مسؤولية العبارات محل الشك، لأنه هو الذي وضع تلك البنود.[1]

ويجب على القاضي عند التفسير الأخذ بعين الاعتبار مبدأ حسن النية ومقتضياته بحيث لا يكون تفسير الشك في العقد لمصلحة المدين إذا ثبت للقاضي أن المدين سيء النية فسوء النية أو الإهمال من جانب المدين يتنافى مع المبرر أو الأساس الذي قامت عليه القاعدة القانونية، لأن الحماية تكون فقط للمدين حسن النية بحيث لا ذنب له في غموض عبارة العقد.[2]

[1]علي فيلالي، المرجع السابق، ص419.

[2]عهود أحمد حسين خليفات، المرجع السابق، ص589.

الفصل الثاني:

آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وبعض تطبيقاته

الفصل الثاني

آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وبعض تطبيقاته

يعتبر مبدأ حسن النية في التصرفات مبدأ أخلاقياً قبل أن يكون مبدأ قانونياً، فهو مظهراً من مظاهر الأمانة في المعاملات، غير أن الإخلال به يرتب آثارا تضر بالمصالح وتضعف المركز القانوني للعقود، ولتجنب ذلك فقد جرَّم المشرع الإخلال بهذا المبدأ، ورتب على مخالفته جزاءات مدنية وأخرى جزائية، ورغم أن المسؤولية المدنية تختلف عن المسؤولية الجزائية، إلا أن هذا الاختلاف لا يعني التنافر بينهما إذ يجوز نشوئهما معا، حيث ترتبط إحداهما بالأخرى من ناحية الآثار المترتبة عن كل واحدة منهما، ولهذا سندرس هذه الآثار في(المبحث الأول)،ومن ثم سوف نعرج الحديث على بعض تطبيقات مبدأ حسن النية في العقود ولعل أهمها عقد الاستهلاك والعلاج الطبي وذلك نظرا للتطور الذي شهدته نظرية العقد نتيجة تأثرها بتطور النظام الاقتصادي(المبحث الثاني).

المبحث الأول:

آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود

لا يمكن القول عن أي مبدأ أنه قاعدة قانونية دون أن تكون لهذه الأخيرة إلزامية تكفل تطبيقها الصحيح وذلك محافظة على المراكز القانونية من جهة، والمصالح الشخصية للمتعاقدين من جهة ثانية، لذلك رتب المشرع الجزائري جزاءات لمخالفة مبدأ حسن النية باعتباره قاعدة قانونية، حيث سوف نتناول الجزاءات المدنية في **(المطلب الأول)**،والجزاءات الجزائية في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول:

الآثار المدنية للإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود

تعتبر الأمانة من أهم أركان مبدأ حسن النية، إن لم نقل أن الأمانة وحسن النية وجهان لعملة واحدة، فلا تستقيم إحداهما إلا بوجود الأخرى، فالمشرع أكد عليها في

الفصل الثاني: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و بعض تطبيقاته

المعاملات القانونية، جاعلاً منها ضابطاً ومعياراً لحسن النية، ومن آثار الأمانة انتفاء الغش والخطأ الجسيم، فلا يمكن أن نقول أن المتعاقد حسن النية إلا إذا خلت تصرفاته منهما لذلك سنتطرق للغش في(**الفرع الأول**)،بينما سوف ندرس الخطأ الجسيم في(الفرع الثاني)

الفرع الأول:

انتفاء الغش في تنفيذ العقود

إذا نشأ العقد صحيحا مرتبا لجميع آثاره القانونية وجب تنفيذه "طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"،[1]وحسن النية في تنفيذ العقد يستلزم وجوباً إلى جانب التعاون المتبادل بين طرفي العقد واجب النزاهة، الذي يدفع إلى الابتعاد عن الغش،[2]وجرت العادة على الإشارة إلى مصطلح الغش بمناسبة الكلام عن التدليس كعيب من عيوب الرضا غير أن جانبا آخر من الفقهاء يرى أن الغش يختلف عن التدليس وهذا ما نجده في عدة كتابات مصرية وجزائرية مثل تعريف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري يرى "أن التدليس يختلف عن الغش لأن التدليس يكون أثناء تكوين العقد أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد، أو يقع خارج عن دائرة العقد"،[3]ويذكر الأستاذ علي فيلالي في هذا السياق" أن هناك فرق بين التدليس والغش، لأن التدليس هو الغش الذي يحصل أثناء عملية التعاقد، والغرض منه دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، بينما المقصود بالغش في لغة القانون هو ذلك الذي يحصل بعد قيام العقد من أجل الإضرار بحقوق موجودة"،[4]وقد عرفته محكمة النقض الفرنسية في قرارٍ حديثٍ لها بقولها: "يرتكب المدين غشا إذا رفض عمداً تنفيذ التزاماته العقدية ولو لم يكن الرفض تمليه نية

---

[1]انظر المادة 107 القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[2]جميلة تماني، الغش في العقود، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2018-2019، ص76.

[3]عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 342.

[4]علي فيلالي، المرجع السابق، ص 189.

الإضرار بالعاقد الآخر،[1]يظهر من التعريفات السابقة أن الغش هو عبارة عن طرق احتيالية تقع بعد تكوين العقد أو تقع خارج مجاله.[2]

ويمكن القول أن في الغش تنصرف الإرادة إلى التهرب من الالتزام العقدي ولا عبرة للأسباب التي دفعت بأحد المتعاقدين للتخلص منه، فالذي يمتنع عن تنفيذ ما التزم به في العقد عن عمد مع قدرته على تنفيذه يكون سيء النية، ولو لم يكن قصده الإضرار بدائنه فالعبرة هنا بالفعل المرتكب الذي ينم عن سوء النية وليس بالقصد من ورائه.[3]

ومن هذا المنطلق يتعين على المدين الامتناع عن الغش في تنفيذ التزاماته، أو كل التزام انجر عن العقد ولو لم يذكر فيه، وأن لا يستخدم أي حيل تكون سببا في حرمان المشتري من المزايا المرجوة من تنفيذ العقد، أما البائع فإن الأمانة وشرف التعامل يوجبان عليه الابتعاد عن كل عمل ينجر عنه غشٌ أو استعمال حيلٍ، جاعلا بذلك تنفيذ الالتزام مستحيلا للمشتري أو حتى جعله مرهقا، أو تحميل المشتري مصاريف ونفقات لا تتناسب مع الفائدة التي نشأ من أجلها العقد.[4]

وصور الغش والخداع التي من الممكن أن يلجأ إليها الدائن عند تنفيذ التزامه كثيرة ومتعددة، وكلها تدور حول عدم التزامه بمبدأ حسن النية محاولا تحقيق مكاسب مالية غير مشروعة على حساب المشتري، وصور الغش تختلف وتتعدد بحسب الوسيلة المستعملة وكذلك بطبيعة محل الالتزام.[5]

والملاحظ أن المشرع قد ألزم البائع أيضا بأن يضمن التعرض والاستحقاق اللذان في كثير من الأحيان يكونان مجالاً خصبًا للغش من طرفه أو من طرف الغير سواء أكان حسن

---

[1]محكمة النقض الفرنسية ،04 فبراير 1969، حكم أشارت إليه، صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص 320.

[2]زهرة بن عيسى، الغش في العقود، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2016-2017، ص 08.

[3]شيرزاد عزيز سليمان ويونس عثمان علي، المرجع السابق، ص 42.

[4]المرجع نفسه، ص42.

[5]عباس عبد الرزاق السعدي، الغش في مرحلة تنفيذ عقد البيع، مجلة القانون والأعمال الدولية، العدد25، نوفمبر2019, ص332.

أو سيئ النية فالعبرة بالتعرض والاستحقاق، فكل فعل يصدر من البائع وأدى إلى استحقاق الغير للمبيع يجعل البائع ضامنا لهذا الاستحقاق، غير أنه في الكثير من الأحيان يكون تعرض الغير للمشتري مصدره الغش أي التواطؤ بين البائع والغير أو بسوء نية من البائع وحده كأن يقوم ببيع عقار لشخص، ومن ثم يقوم ببيعه لطرف ثالث والذي يقوم هو بدوره بإشهاره فتنتقل الملكية له بمجرد الشهر لأنه من العقود التي تتطلب الرسمية، أو كأن يقوم ببيع منقول ومن ثم يبيعه لطرف آخر ويقوم بتسليمه محل البيع فتنتقل الملكية بمجرد التسليم إعمالا بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.[1]

وقد يكون التعرض الصادر من الغير في شكل دعوى استحقاق يرفعها الغير على المشتري إذ ينبغي عليه في هذه الحالة أن يخطر البائع في وقت ملائم لكي يدفع عنه هذا التعرض، وفي حال علم البائع ولم يتدخل وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري، أما إذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق وصدر حكم حائز لقوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان، إذ يثبت للمشتري حق الرجوع بالضمان ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا، وفي حال عجز البائع عن دفع التعرض الصادر من الغير فإنه يلتزم بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر والذي يختلف بحسب ما إذا كان الاستحقاق كليا أو جزئيا.[2]

[1] عباس عبد الرزاق السعدي، المرجع السابق، ص335.

[2] عبد الحفيظ بقة، محاضرات في مقياس العقود الخاصة-عقد البيع وعقد الإيجار-، موجهة لطلبة السنة الثالثة حقوق، تخصص قانون خاص، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019-2020، ص78،77.

الفصل الثاني: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و بعض تطبيقاته

الفرع الثاني:

انتفاء الخطأ الجسيم في تنفيذ العقود

الخطأ الجسيم هو الخطأ الناتج عن عدم حرص أو إهمال وانحراف شديد بالسلوك مع توقع الفاعل احتمال حصول ضرر، كما أن الخطأ الجسيم قرينة على الخطأ العمد.[1]

ويرى جانب من الفقه أن الخطأ الجسيم يتأسس على درجه احتمال الضرر أو إمكانيته فإذا كان الشخص متعمدا الإضرار وتأكد أن ما يرتكبه سوف يؤدي إليه كنتيجة حتمية، ومع ذلك أصر على فعله يعتبر قاصدا ومتعمداً ذلك، أما الشخص الذي كان يتوقع فقط حصول الضرر يكون وقوع الفعل دون قصد حصول الضرر فخطؤه يعتبر جسيما.[2]

ولقد كان الفقه قديما يميز بين خطأ الإهمال وخطأ العمد، ويدرج الخطأ الجسيم كأحد أصناف خطأ الإهمال من حيث الأصل، ذلك مع إبقاء الخطأ الجسيم في الأذهان دوما حين الحديث عن الغش أو الخطأ العمد.[3]

وأدى هذا التمييز ببعض المعاصرين إلى المضي قدما بتفهم ذلك، ويحد من فكرة تدرج الخطأ بوصفه خطأً واحداً، وأن مقدار ما يرتبه الخطأ من ضرر هو ما أدى إلى رفضهم هذا التمييز واصفين ذلك بالفكرة التي انقضى أجلها، إلا أن إخلال المدين لالتزاماته التعاقدية يعتبر خطأً عقديا من جانبه، فالمسؤولية هنا قائمة بحق المدين بمجرد الإخلال بالتزام تعاقدي مهما كانت صورته، سواء كان عدم تنفيذ الالتزام، أو كان التنفيذ ناقصا أو التنفيذ المعيب له، فالمسؤولية تكون قائمة بمجرد وقوع الخطأ ولا أهمية لمقدار الإخلال أو نوعه أو

---

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم الذيابات، حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني–دراسة مقارنة–، مذكرة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون، نوقشت بتاريخ01–02–2005، ص 45.

[2] المرجع نفسه، ص45.

[3] عيسى محمد عيسى العماوي، أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية–في ظل أحكام القانون المدني الأردني–، مذكرة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، كانون الثاني2014، ص 18.

صورته أو ظروفه حيث يكون التعويض هنا وفقا للضرر المباشر المتوقع لا الضرر غير المتوقع.[1]

وبالتالي يكون الشخص حسن النية عند انتفاء الخطأ الجسيم، أما عند القيام بارتكاب هذا النوع من الخطأ يعد الشخص سيء النية، وذلك لأن الخطأ الجسيم يقع حتى من الشخص المهمل، فهو يقترب من الفعل أو الخطأ العمد ويلحق به الحكم، فجرى العمل على تسويته بالخطأ العمدي، لأن إثبات العمد غالباَ ما يكون أمراَ صعباَ، ولذلك فإن الخطأ الجسيم قرينة على توافر العمد في الخطأ ويساوي الغش، مع أن هناك فرقا بينهما، إذ أن الغش ينطوي على سوء النية، بينما الخطأ الجسيم قد يقع بحسن نية، والخطأ الجسيم هو: (خطأ غير عمدي وهو صورة من صور الإهمال وعدم الاحتياط ولكنه ينطوي على استهتار كبير بالحقوق وعدم اكتراث بالغ بالالتزامات دون النظر إلى الضرر المحتمل من جراء هذا الاستهتار وقد ألحق المشرع الجزائري الخطأ الجسيم بالخطأ العمدي في بعض نصوصه كما هو الشأن في الفقرة الثانية من المادة 182مدني، والفقرة الثانية من المادة184مدني والمادة 185مدني، كما خص الخطأ العمدي ببعض الأحكام في نصوص أخرى، ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أنه بالنسبة للطائفة الأولى من النصوص يكفي الخطأ الجسيم بذاته لتطبيق ما تضمنته من أحكام، وبصرف النظر عن دلالته على سوء النية، فلا يقبل من المدين الذي ارتكب خطأ جسيماَ أن يثبت حسن نيته، لأن هذا الإثبات غير مُجدٍ مادام أن المشرع قد سوى صراحة بين الخطأ العمدي والخطأ الجسيم،[2]أما بالنسبة للطائفة الثانية من النصوص حيث لم يلحق المشرع الخطأ الجسيم بالخطأ العمدي، فقد يكفي إثبات سوء النية، وتطبق أحكام تلك النصوص على هذا الأساس إلا إذا أثبت مرتكب الخطأ أنه كان حسن النية رغم جسامة خطئه.[3]

[1]عيسى محمد عيسى العماوي، المرجع السابق، ص50.

[2]هدى بن يوب، المرجع السابق، ص149.

[3]المرجع نفسه، ص149.

الفصل الثاني: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و بعض تطبيقاته

والخطأ نوعان يتميزان من حيث حسن أو سوء نية الفاعل، ودرجة قصده نحو ارتكاب الخطأ أو تحقيق غايات من اقترافه وهما الخطأ القصدي والتي يتعمد فيها الإضرار بالغير حيث يخل الشخص بالتزام قانوني ليس بمحض إرادته الحرة فقط بل برغبة منه في تحقيق أضرار بالغير، وهذا النوع من الأخطاء هو إخلال بمقتضيات حسن النية، حيث تتجه نية الشخص إلى إحداثِ أضرارً، مرجحا مصلحته على حساب مصلحة الطرف المقابل، وذلك قصد الانتقام أو المساس بسمعته التجارية أو غيرها من الغايات،[1] أما الأخطاء غير القصدية هي تلك الأخطاء التي يرتكبها المرء دون قصد الإضرار بالغير، فالشخص يكون مدركا لما يقوم به غير أنه حسن النية ولم يقصد الإخلال والانحراف المؤدي إلى الإضرار بالغير ويدخل الخطأ الجسيم ضمن نطاق هذا النوع من الأخطاء وعليه يعد الخطأ جسيما خطأ غير قصدي.[2]

وليس للتفاوت في الأخطاء أهمية باعتبار أن نتيجتها واحدة، وهي التعويض عن الضرر مهما كانت درجته، إلا أنه في بعض الأحيان نرى أن المشرع الجزائري اعتد بدرجات الخطأ في المواد 172، 178، 185 قانون مدني جزائري، وذلك لتحديد مقدار التعويض عن الخطأ إذ أنه يتغير بتغير هذا الأخير، وهذا ما جعل المشرع يساوي في بعض الحالات بين الخطأ والغش بالنسبة للآثار القانونية، فقد رتب على قيام المسؤولية نفس الآثار، وبالرجوع إلى النص المواد178، 182، 185 من القانون المدني الجزائري، نلاحظ أن المشرع وضع أحكاما خاصة في هذه الحالة ويتعلق الأمر ببطلان الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية قانونية بحسب المادة178[3] مدني، والتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع بحسب المادة182[4] مدني، والزيادة في التعويض الاتفاقي حسب المادة185[1]قانون مدني

---

[1]صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص 337.

[2] المرجع نفسه، ص 337.

[3]المادة 1/178 قانون مدني جزائري تنص على أنه: "... وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما نشأ عن غشه أو عن خطئه ...".

[4]المادة 182 قانون مدني جزائري: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

جزائري، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على مساواة المشرع بين الغش والخطأ الجسيم من حيث الآثار القانونية.[2]

الفرع الثالث:

آثار الغش والخطأ الجسيم في تنفيذ العقد

يقصد بالمسؤولية العقدية، الجزاء الذي يرتبه القانون نتيجة عدم قيام المدين بالتزاماته التعاقدية، ولما كان الفسخ نفسه هو عبارة عن جزاء يرتبه القانون على المدين المقصر في تنفيذ التزامه، فهو يلتقي من هذه الناحية بالمسؤولية العقدية إذ يعتبران جزاءين يرتبهما القانون في الحالتين.[3]

ولم يميز المشرع بين الغش والخطأ الجسيم في الآثار المترتبة عنهما نتيجة إخلال أحد أطراف العقد بالتزاماته في تنفيذ ما التزم به تعاقديا، وجاز لأحد أطراف العقد طلب فسخ العقد **(أولا)** وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد مع التعويض، أما إذا لم يكن في الإمكان إعادة المتعاقدين إلى حالتهما ما قبل التعاقد فله أن يطالب بالتعويض**(ثانيا)**.

أولا: الفسخ: لقد عرف المشرع الجزائري الفسخ في المادة 119 من التقنين المدني حيث جاء فيها: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"، ويستشف من نص المادة أنه لتحقق الفسخ يجب توافر بعض الشروط ألا وهي:

- أن يكون العقد ملزما لجانبين.

---

[1]المادة 185 قانون مدني جزائري: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما".

[2]زهرة بن عيسى، المرجع السابق، ص26، 27.

[3]حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، 20-02-2011، ص ص27-29.

- عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.
- وفاء طالب الفسخ بالتزاماته.
- إعذار الطرف المطالب بالفسخ.

وللفسخ حالات والفسخ الاتفاقي نصت عليه المادة 120 ق م ج: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين"، يتبين من نص المادة أن المشرع أجاز للمتعاقدين الاتفاق على فسخ العقد في أي مرحلة من مراحل سريان العقد متى اقتضت مصلحتهما المشتركة ذلك، كما يجوز الاتفاق على الفسخ متى عجز أحد الأطراف عن تنفيذ التزامه، غير أن الاتفاق لا يعفي من اللجوء إلى القضاء، وحكم القضاء لا يعتبر حكما منشئا وإنما هو مقررا للفسخ.[1]

أما الانفساخ القانوني فقد نصت عليه المادة 122: " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض" فإذا فسخ العقد سواء بالاتفاق، أو بحكم القاضي، أو الانفساخ بقوة القانون، زال العقد بأثر رجعي ويستند إلى يوم العقد، فيعتبر العقد كأن لم يكن ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويزول العقد بأثر رجعي، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

ويلاحظ أن جانيا من الفقه يشير إلى أن الغش والخطأ الجسيم يؤدي إلى إحلال قواعد المسؤولية التقصيرية محل قواعد المسؤولية العقدية، وهذا ما يعني تطبيق نظام المسؤولية التقصيرية في ظل الروابط بين المتعاقدين، لأن المتعاقد الذي ارتكب خطأ جسيما أو غشا لا

[1] حسينة حمو، المرجع السابق، ص39.

يمكنه المطالبة بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية التي تقوم أساسا على الثقة، كما لا يمكن المطالبة بحماية نظام وضع نفسه بإرادته خارجه.[1]

غير أن جانبا آخر من الفقه يرى أنه متى ثبت وقوع الغش والخطأ الجسيم فإن المسؤولية تكون من نوع خاص تقوم حال ثبوت ارتباطهما بتنفيذ العقد، فلا هي مسؤولية عقدية فقط ولا هي مسؤولية تقصيرية، وإنما هي مسؤولية واقعة بينهما تستقي من أحكام كل منهما بالقدر الذي اتصفت به حالة العقد، فهي مسؤولية عقدية ولا نكرانا في ذلك، إلا أن ارتباطها بالغش والخطأ الجسيم تصبح على إثرهما مسؤولية تقصيرية، وبمعنى آخر فإن مآل العقد يبقى كما هو إلى أن يأتي الغش والخطأ الجسيم ويخرجان العقد من نطاقه العقدي إلى نطاقه التقصيري.[2]

فإذا ما تم الإقرار بانتقال العقد بصورته التامة منذ نشوئه إلى المسؤولية التقصيرية ارتبط تطبيقه بالغش أو بخطأ جسيم من المدين كنا بذلك بصدد شل العقد من جذوره وكان وصولنا إلى إقرار الخطأ الجسيم يتطلب بالنتيجة إثبات العقد ابتداء، ومن ثم إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وأخيرا إثبات تقدير الخطأ وفداحته ووصوله من الجسامة يعد بعد ذلك خطأ جسيما.[3]

ثانيا: التعويض: نص المشرع الجزائري في الفصل الثاني من التقنين المدني على التنفيذ بطريق التعويض في المواد من 176 الى 187 على قيام المسؤولية بنفس الآثار.[4]

إذ نصت المادة 176 على: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذه لالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"، يتضح من خلال

---

[1] مريم خليفي، تأثير الغش على أحكام المسؤولية العقدية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد15، العدد01، 2022، ص1086.

[2] عيسى محمد عيسى العماوي، المرجع السابقّ، ص 68.

[3] عيسى محمد عيسى العماوي، المرجع السابق، ص68.

[4] زهرة بن عيسى، المرجع السابق، ص 27.

استقراء أحكام هذه المادة أن التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية يكون في حالتين هما إما عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه.[1]

إلا أنه لا يكفي هذين السببين لاعتبار أن المدين قد أخل بالتزامه، فالتنفيذ المعيب كذلك يعتبر إخلالا بالالتزام التعاقدي ومن شأنه أن يسبب ضررا للدائن الذي يستحق التعويض في هذه الحالة وبناءً على ما سبق فإن الحالات التي يستحق فيها الدائن التعويض بسبب قيام المسؤولية العقدية تتمثل في عدم تنفيذ الالتزام، وكذلك عند عدم التنفيذ من قبل المدين نتيجة إلى أن التنفيذ العيني أصبح غير ممكن، إذ لا يبقى إلا اللجوء للتعويض باعتباره طريقا احتياطيا لتنفيذ الالتزام.[2]

عند قيام المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية فالتعويض يشمل الأضرار المباشرة دون الأضرار غير المباشرة مهما كانت جسامة الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، وإن كان هناك رأي فقهي يرى أنه يجب التعويض عن الضرر غير المباشر في المسؤولية التقصيرية، أما الضرر المباشر فيجب التعويض عنه سواء كان ماديا أو أدبيا حالا أو مستقبلا ما دام أنه محقق الوقوع.[3]

يجب أن يكون التعويض جابرا بقدر الإمكان لكل ضرر أصاب الدائن غير أن هذا المبدأ يرد عليه قيدان، الأول يتمثل في أنه لا يلزم المدين إلا بالتعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر سواء كانت الالتزامات عقدية أو غير عقدية، والثاني يتمثل في أنه في المسؤولية العقدية يكون التعويض مقصورا على الضرر المتوقع دون الضرر غير

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص51.

[2] مليسة عميري ومطراف أنيس، الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة ماستر، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، نوقشت بتاريخ 10-07-2019، ص 08.

[3] وليد العوامري، محاضرات في مقياس أنظمة التعويض في القانون المدني والتشريعات الخاصة، موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون خاص، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، قسم قانون خاص، 2020-2021، ص10.

المتوقع، [1]غير أن هناك حالتان يسأل فيهما المدين في المسؤولية التعاقدية عن الأضرار غير المتوقعة وهما في حال ارتكاب المدين غشا أو تعمد عدم الوفاء أو تأخر في تنفيذه عمدا ذلك أن المدين في هذه الحالة قد خرج عن مبدأ حسن النية الواجب في تنفيذ العقود أما الحالة الثانية فتتمثل في ارتكاب المدين خطأ جسيما لأن الخطأ الجسيم قرينة عن سوء نيته ما لم يثبت المدين أنه كان على حسن نية رغم جسامة الخطأ، [2]وهذا ما جاء في نص المادة 182مدني على أنه: "....غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكنه توقعه عادة وقت التعاقد، والسبب في ذلك أن العقد نتاج طرفيه، وهما من حددا مدى التعويض عن الضرر ولم تنصرف إرادتيهما إلى تحديد الضرر غير المتوقع، أما المسؤولية التقصيرية فيسأل المدين عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، أي أن التعويض يقدر تبعا للضرر المباشر الذي أصاب المضرور بدون تفريق في ذلك بين الضرر المتوقع وغير المتوقع، أما بالنسبة للضرر غير المباشر فتعويضه يكون بإعمال قاعدة ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة، فهناك عنصران للضرر المباشر هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، فإن لم يتمكن من إرجاع الشيء إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، فلابد من تقديم تعويض مرضي للمضرور.[3]

أما عن تقدير التعويض فإما يقوم القاضي بتقديره وهو ما يعرف بالتعويض القضائي وهو الأصل وقد يحدد باتفاق الطرفين ويسمى التعويض الاتفاقي(الشرط الجزائي)، وقد يحدده القانون كما هو الحال في فوائد التأخير وهو ما يسمى بالتعويض القانوني.[4]

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص63.

[2] عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص21.

[3] وليد العوامري، المرجع السابق، ص10.

[4] عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، ص18.

الفصل الثاني: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و بعض تطبيقاته

المطلب الثاني:

الآثار الجزائية للإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود

إضافة إلى المسؤولية المدنية للإخلال بمبدأ حسن النية، هناك مسؤولية جزائية أقرها المشرع نتيجة للإضرار بالأفراد والتي يتعين لحمايتهم توقيع عقوبة على المسؤول وفرض جزاء ردعا لغيره، وعلى عكس المسؤولية المدنية الناجمة عن الضرر فالمسؤولية الجزائية لا يمكن أن تتحقق إلا بنص طبقا لمبدأ الشرعية، وقد نص المشرع على بعض الجرائم التي تدخل في إطار الإخلال بمبدأ حسن النية على سبيل المثال لا الحصر، كجريمة الغش **(الفرع الأول)**، وجريمة خيانة الأمانة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

الجزاءات المترتبة عن جريمة الغش في تنفيذ العقود

أقر المشرع الجزائري لجريمة الغش عقوبات منها أصلية سالبة للمال و الحرية**(أولا)** وأخرى تكميلية **(ثانيا)**.

الفصل الثاني: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و بعض تطبيقاته

أولا: العقوبات الأصلية السالبة للمال و الحرية: يعد الجزاء من أنجع الوسائل التي تبرز دور القضاء في مواجهة المخالفات عند المساس **أ**مصالح المستهلك وصحته وأمنه، ولقد أحال قانون حماية المستهلك وقمع الغش في معاقبة بعض الجرائم إلى قانون العقوبات نظرا لخطورة هذا النوع من المخالفات، وشدد في هذه العقوبات لما تشكله من خطورة وتهديد لصحة وسلامة المستهلك، ومن أهم هذه العقوبات الجزائية نذكر جريمة الغش في المنتوجات، وفي المواد الغذائية الموجهة للاستهلاك البشري أو الحيواني فقد أحال المشرع الجزائري بالمادة 70 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش[1]إلى نص المادة431 من قانون العقوبات بالنسبة للعقوبة الأصلية المقررة لجريمة الغش في المواد الموجهة للاستهلاك، والتي تعاقب بالحبس من سنتين إلى خمسة سنوات وبغرامة م10000دج إلى 50000دج وفي حالة الحيازة بدون مبرر شرعي لهذه المنتوجات والمواد التي تستعمل في الغش يعاقب صاحبها بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من20000 دج إلى100000دج كما رأى المشرع ضرورة تشديد العقاب على المتدخلين المعنيين بعقوبة السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة، وبغرامة من1000000 دج إلى2000000 دج، إذا تسببت هذه المنتوجات في مرض غير قابل للشفاء، أو في فقدان استعمال عضو أو في الإصابة بعاهة مستديمة، كما شدد المشرع في العقوبات المقررة على الجاني حيث تنتقل العقوبة من جنحة إلى جناية في حالة الظروف المشددة نظرا لتعلقها بضرر مؤكد يصيب المستهلك والتي نصت عليها المادة 432 من قانون العقوبات فمتى ألحقت المادة الغذائية أو الطبية المغشوشة أو الفاسدة مرضا أو عجزا عن العمل عوقب مرتكب الغش بالحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500000دج إلى 100000دج، وشدد العقوبة إلى السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة، وبغرامة من1000000دج إلى 2000000دج إذا

---

[1] **المادة 70** تنص على: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 431 من قانون العقوبات كل من:

– يزور أي منتوج موجه للاستهلاك أو الاستعمال البشري أو الحيواني

– يعرض أو يضع للبيع أو يبيع منتوجا يعلم أنه مزور أو فاسد أو سام أو خطير للاستعمال البشري أو الحيواني

– يعرض أو يضع للبيع أو يبيع، مع علمه بوجهتها، مواد أو أدوات أو أجهزة أو كل مادة خاصة من شأنها أن تؤدي إلى تزوير أي منتوج موجه للاستعمال البشري أو الحيواني.

تسببت تلك المادة في مرض غير قابل للشفاء أو في فقدان استعمال عضو أو في الإصابة بعاهة مستدمية، ويتعرض المتدخل لهذه لعقوبة السجن المؤبد إذا تسبب هذا المرض في وفاة شخص أو عدة أشخاص، وباستقراء النصوص القانونية المقدمة نجد أن المشرع من خلال نص المادة432 من قانون العقوبات حصر تشديد العقاب على المادة الغذائية أو الطبية المغشوشة أو الفاسدة فقط، عكس المادة83[1]من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 التي شملت كل المنتوجات مهما كانت طبيعتها وهذا فيه حماية للمستهلك، كما أن إحالة تشديد العقاب إلى قانون العقوبات يؤدي إلى عدم استفادة المستهلكين من أي أنواع أخرى من المنتوجات، غير تلك المذكورة في المادة432من قانون العقوبات من هذا التشدد مما يعد قصور في حماية المستهلك المتضرر.

ثانيا: العقوبات التكميلية: حيث سوف نتناول فيها ما يلي:

1-المصادرة: إضافة للعقوبات التي سبق بيانها فلقد أتى المشرع بعقوبات تكميلية من خلال المادة62ق. ع. ج[2] وذلك في حال الغش في المنتوجات، وأهم هذه العقوبات نذكر منها مصادرة المنتوجات والأدوات وكل وسيلة أخرى استعملت

---

[1] **المادة 83:** يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 432 من قانون العقوبات، كل من يغش أو يعرض أو يضع للبيع أو يبيع كل منتوج مزور أو فاسد أو سام أو لا يستجيب لإلزامية الأمن المنصوص عليها في المادة 10 من هذا القانون، إذا ألحق هذا المنتوج بالمستهلك مرضا أو عجزا عن العمل، ويعاقب المتدخلون المعنيون بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات الى عشرين (20) سنة وبغرامة من مليون دينار (1.000.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)، إذا تسبب هذا المنتوج في مرض غير قابل للشفاء أو في فقدان استعمال عضو أو في الإصابة بعاهة مستديمة، يتعرض هؤلاء المتدخلون لعقوبة السجن المؤبد إذا تسبب هذا المرض في وفاة شخص أو عدة أشخاص".

[2] **المادة 62:** ينفذ السحب النهائي من طرف الأعوان المذكورين في المادة 25 أعلاه، دون رخصة مسبقة من السلطة القضائية المختصة في الحالات الآتية:

- المنتوجات التي ثبت أنها مزورة أو مغشوشة أو سامة أو التي انتهت مدة صلاحيتها
- المنتوجات التي ثبت عدم صلاحيتها للاستهلاك
- حيازة المنتوجات دون سبب شرعي والتي يمكن استعمالها في التزوير
- المنتوجات المقلدة
- الأشياء أو الأجهزة التي تستعمل للقيام بالتزوير

يعلم وكيل الجمهورية بذلك فورا.

لارتكاب كل من جرمتي الخداع والغش،[1]هي عقوبة ذات طابع مالي تصدر في حق كل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، وتتمثل في نقل ملكية المال المصادر من ملكية الجاني إلى ملكية الدولة فهي تقع على مال محدد مملوك للجاني لتضيفه إلى ملكية الدولة دون مقابل، وعرفها المشرع الجزائري من خلال الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون العقوبات على أنها: "الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء، فهي إجراء الغرض منه تمليك الدولة للأموال المحجوزة في القضايا الجزائية بدون مقابل"، وعليه يمكن القول أن المصادرة تقوم على انتقال مال أو ما يعادله بحكم قضائي من حيازة شخص أو عدة أشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين للخزينة العمومية بشكل نهائي، وتعد المصادرة من أهم العقوبات المقررة في جرائم الغش التجاري، وللوقوف على هذه الأهمية وجب الوقوف على طبيعتها القانونية والآثار المترتبة عليها، واكتفى المشرع في القانون 03/09 وتحديدا في نص المادة 83 منه بذكر المصادرة دون التطرق لآثارها عكس القانون 02/04، الذي ورد فيه أنه إذا حكم القاضي الجزائي بعقوبة المصادرة سواء باعتبارها عقوبة تكميلية أو باعتبارها تدبير أمن، وكانت المواد التي انصب عليها الحكم محال لحجز عيني[2] فإنه يتم تسليم تلك المواد إلى إدارة أملاك الدولة التي تقوم ببيعها وببيعها يصبح مبلغ بيع تلك السلع المحجوزة مكتسبا للخزينة العامة، وفي حالة العجز عن حجز الأشياء المراد مصادرتها عينا أو كانت غير محجوزة أو تم

[1]حنان مسكين والحاج بن أحمد، حماية المستهلك من جريمة الغش في المنتوج في التشريع الجزائري، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، مخبر الدراسات القانونية المقارنة، مجلة الواحة للبحوث والدراسات، المجلد 13، العدد 02، 2020، ص714،715.

[2]يرى البعض أن اشتراط الحجز الحقيقي أو الافتراضي قبل الحكم بالمصادرة في المادة الجزائية بشكل عام وفي مادة الاستهلاك على وجه الخصوص، ليس ضروريا إلا إذا وجدت أحكام مخالفة حيث استوحى القضاء الفرنسي حلولا متناقضة في ذات الشأن ومرد ذلك هو التمييز بين ما إذا كانت المصادرة منطوق بها كعقوبة أو محكوم بها كتعويض... ولتفاصيل أكثر انظر: أمينة بوطالب، المسؤولية الجزائية عن جريمة الغش التجاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه تخصص قانون جنائي اقتصادي، جامعة العربي تبسي بتبسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، 2021/2020، ص308.

ضبطها إلا أن خطورتها أو عدم مشروعيتها تستوجب إتلافها أو التخلص منها أو أن تكون المواد المحجوزة أصلا ملكا للدولة، يعد الحجز في هذه الحالة اعتباريا ومن باب أداء الوظائف المتوخاة من المصادرة العينية، وحتى في حالة العجز عن تحصيلها فقد تبنى المشرع فكرة التنفيذ بمقابل حيث تنصب المصادرة على قيمة الأموال المحجوزة بأكملها أو على جزء منها، أو على المال في حد ذاته، وبمجرد صدور الحكم يصبح المبلغ مكتسبا للخزينة العامة وفي حقيقة الأمر تتميز المصادرة بمقابل بعدة مزايا مقارنة بالمصادرة العينية فإذا كانت الأخيرة توجه في معظمها للإتلاف أو للاستفادة من جزء منها إن أمكن، فالمصادرة بمقابل تشكل وسيلة فعالة في تحقيق تعويض فعلي للخزينة العامة عما لحقها من أضرار جراء الغش، كما أنها تحقق العدل والإنصاف خاصة بالنسبة للغير الحسن النية، فمحل المصادرة العينية يمكن أن يشمل آلات استعملت في الغش هي في الأساس ليست للمتدخل بل ملك لغيره حسن النية وبالتالي فمصادرتها تعد ظلما بالنسبة لهؤلاء، وللأسف رغم نجاعة المصادرة بمقابل إلا أنها لا تجد مجال لتطبيقها في جرائم الغش التجاري.[1]

ثالثا: العقوبات الماسة بالنشاط وبالسمعة: كما أن المشرع أدرج العقوبات الماسة بنشاط المتدخل على اعتبار أن جرائم الغش والخداع المرتكبة من طرفه، تمت أثناء أو بمناسبة ممارسته لهذا النشاط ومن أجل زيادة الربح فيه، وتشمل العقوبات الماسة بالنشاط التجاري للمتدخل الشخص الطبيعي والمعنوي معا، حيث يتعلق الأمر بالمنع من مزاولة المهنة أو النشاط المادة 16 مكرر قانون العقوبات، غلق المؤسسة المادة 16 مكرر قانون العقوبات حل الشخص المعنوي المادة 18 مكرر والمادة 18 مكرر2 من قانون العقوبات الجزائري الإقصاء من

[1] أمينة بوطالب، المرجع السابق، ص ص309-323.

الصفقات العمومية المادة 09 والمادة 18 مكرر قانون العقوبات، الشطب من السجل التجاري المادة 85 من القانون 03/09.[1]

كما توجد عقوبات ماسة بالسمعة التجارية للمتدخل وهي عقوبة نشر حكم الإدانة أو ما يعرف بالتعليق المادة 18 قانون العقوبات ونظرا لأهمية التعليق وحرصا على تأديته للغرض المخصص من نشره أو تعليقه خصصت الفقرة الأخيرة من المادة 18 من ق. ع. ج عقوبة الحبس من 03 أشهر إلى سنتين والغرامة من25000دج إلى 200000 دج في حق كل من قام بإتلاف أو إخفاء أو تمزيق المعلقات الموضوعة، دون النظر لصفة القائم بذلك سواء كان المتدخل المخالف أو الغير.[2]

الفرع الثاني:

الجزاءات المترتبة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في جريمة خيانة الأمانة

لم يعرف المشرع الجزائري جريمة خيانة الأمانة لكنه حدد شروطها وأركانها والعقوبات المقررة لمرتكبيها، وهناك بعض من الفقهاء عرفوها على أنها استيلاء شخص على منقول يحوزه بناء على عقد ما حدده القانون عن طريق خيانة الأمانة، أي الثقة التي أودعت فيه بناء على هذا العقد، وجريمة خيانة الأمانة من حيث كونها جريمة تقع على مال الغير[3] ولقد عالج المشرع الجزائري هذه الجريمة في المادة 376 قانون العقوبات الجزائري التي نصت على أنه: "كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراق تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراق مالية أو مخالصات أو أي محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما، أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجازة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو العارية أو لأداء عمل

---

[1] أمينة بوطالب، المرجع السابق، ص333.

[2] المادة 18تنص على أنه: "للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر يعينها، أو بتعليقه في الأماكن التي يبينها، وذلك كله على نفقة المحكوم عليه، على ألا تتجاوز مصاريف النشر المبلغ الذي يحدده الحكم بالإدانة لهذا الغرض، وألا تتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا.... ويأمر الحكم من جديد بتنفيذ التعليق على نفقة الفاعل".

[3] وردة مرزوق، جريمة خيانة الأمانة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، 2014-2015، ص 08.

بأجر أو بدون أجر بشرط ردها أو تقديمها أو استعمالها أو استخدامها في عمل معين وذلك إضرارا بمالكها أو واضع اليد عليها أو حائزيها يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة".[1]

ونستشف من صياغة المادة أن المشرع اشترط لقيام جريمة خيانة الأمانة توافر سوء نية الجاني وذلك إخلالا بالتزام الرد قصد الإضرار بمالكها أو واضع اليد عليها أو حائزها وذلك بناء على عقد من العقود التي حددها المشرع في قانون العقوبات الجزائري وأن يكون محلها مالا منقولا تَسلَمه الحائز قصد الرد غير ان الإخلال بالالتزام بالرد أو كان الرد معيبا أقر له المشرع عقوبات أصلية وأخرى تكميلية وأوجب لها ظروفا للتخفيف وأخرى مشددة فالعقوبات الأصلية تنص على أن العقاب يكون بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100000 الى دج200000 دج، إضافة إلى ذلك يجوز للقاضي أن يحكم بعقوبات تكميلية وذلك بالحرمان بناء على المادة 14 قانون عقوبات جزائري، من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة9 مكرر1 والتي جاء في فحواها "الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في:

- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة
- الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام
- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عقد أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال
- الحرمان من الحق في حمل السلاح وفي التدريس وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا
- عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما
- سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها

لمدة سنة على الأقل و5 سنوات على الأكثر دون الإخلال بنص المواد 158، 159[2]تسري بعد انقضاء مدة العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه وفي حالة الحكم بعقوبة جنائية يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر المذكور في المادة9

[1] المادة 376 قانون العقوبات الجزائري، السالف الذكر.

[2] المادة 376 قانون العقوبات الجزائري، المذكور سالفا.

مكرر1المدة أقصاها 10 سنوات تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه.[1]

أما إذا كان من ارتكب جريمة خيانة الأمانة يتصف بصفة موظف عمومي أو موظفا قضائيا أي يلتزم بعقد عمل أثناء مباشرة أعمال وظيفته أو بمناسبتها فتكون العقوبة السجن المؤقت من خمس سنوات إلى 10 سنوات وتعتبر من حالات التشديد، والغرامة ترفع إلى 400000 دينار جزائري وأيضا إذا وقعت الخيانة من شخص لجأ إلى الجمهور للحصول لحسابه الخاص أو بوصفه مديرا أو مسيرا أو مندوبا عن شركة أو مشروع تجاري أو صناعي على أموال أو أوراق مالية على سبيل الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو من سمسار أو وسيط او مستشار مهني أو محرر عقود وتعلق الأمر بثمن بيع عقار أو أموال تجارية أو بقيمة اكتتاب في أسهم أو حصص لشركات عقارية أو بثمن شرائها او بيعها او بثمن حوالة إيجار إذا كانت هذه الحوالة مصرحا بها قانونا.[2]

المبحث الثاني:

تطبيقات مبدأ حسن النية في بعض العقود (عقد الاستهلاك والعلاج الطبي نموذجا)

إن مبدأ حسن النية يجب أن يكون اللبنة أو حجر الأساس الذي يبنى عليها العقد، وقد أشار المشرع في العديد من المناسبات إلى مبدأ حسن النية باعتباره القاعدة الأخلاقية والقانونية التي تقوم عليها العقود، وسوف نقتصر في دراستنا على نوعين من العقود فقط والتي تأثرت بالتطور الذي أصاب العقد جراء تأثر هذا الأخير بتطور النظام الاقتصادي، سوف نتناول عقد الاستهلاك الالكتروني في (**المطلب الأول**)،بينما سوف نتطرق إلى عقد العلاج الطبي في (**المطلب الثاني**).

[1] المادة 9مكرر 1 ق. ع. ج.

[2] المادة 378 من قانون العقوبات، المذكور سابقا.

الفصل الثاني: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و بعض تطبيقاته

المطلب الأول:

حسن النية في عقد الاستهلاك

في هذا المطلب سنتطرق إلى فرعين **(الفرع الأول)** سندرس الالتزام المهني بضمان العيوب الخفية، ومن ثم نتطرق لحق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

التزام المهني بضمان العيوب الخفية

يلاحظ أن المشرع الجزائري حاول معالجة الغش في مرحلة تنفيذ العقد بواسطة نظرية الضمان، حيث نص على أنه: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع، أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها".[1]

وهناك العديد من التعريفات الفقهية للعيب الخفي في عقد البيع، فهناك من عرفه بأنه: "هو صفة في الشيء يخلو منها عادة وينقص وجودها من قيمته أو من نفعه"، ولقد عرفته محكمة النقض الفرنسية على أنه: "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع"، أو هو النقص الذي يقتضي العرف سلامة منه غالبا،[2]ولقد عرف المشرع الفرنسي نظرية الضمان بضمان العيب الخفي بأثره وذلك في المادة1641مدني فرنسي نصت على أنه: "يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع والتي تجعله غير صالح للاستعمال المقرر له أو التي تنقص من صلاحيته للاستعمال لدرجة أن المشتري لم يكن ليشتريه أو لم يكن ليدفع فيه إلا ثمناً أقل لو علم بهذا العيب"، لأن المدين إذا تعاقد على شيء يفترض

---

[1] المادة 1/379 قانون مدني جزائري، السالف الذكر.

[2] عبد الحفيظ بقة، محاضرات في مقياس العقود الخاصة-عقد البيع وعقد الإيجار-، المرجع السابق، ص81.

خلوه من العيوب ولو علم بها لما تعاقد على شرائها أو كان تعاقد بشروط أخف تحقيقا لمصلحته،[1]لأن العيب في هذه الحالة يكون خفياً أو غير معلوم لا يمكن للرجل العادي العلم به، وبذلك يكون المشتري حسن النية، وبالتالي يستطيع أن يرجع على البائع بالضمان، فقد أعطاه المشرع الجزائري الحق مبينا ذلك في نص المادة 2/381 ق. م. ج بقوله: "...كان له الحق في المطالبة بالضمان..." وكذلك الشأن إذا كان من السهل عليه أن يعلم بالعيب ولكنه لم يفعل اعتمادا منه على تأكيد البائع خلو المبيع منه، أو لأن البائع قد أخفى العيب غشاً منه، وعلى المشتري أن يثبت أن البائع كان سيئ النية وقد أخفى العيب متعمداً "...إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه".[2]

وعليه إذا كان المشتري يعلم يقيناً بالعيب فإنه يكون سيئ النية وبالتالي لا يكون له الحق في الرجوع بالضمان غير أن سكوته بعد علمه بالعيب يعد راضياً بالبيع،[3] "...فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالبيع "،[4]ولو كان البائع قاصداً الغش وعلم المشتري بالعيب وسكت فسكوته هذا يعد قبولا بالمبيع ولا تقتصر نظرية الضمان على العيوب الخفية فقط بل تتعداها إلى الالتزام بضمان المطابقة، فقد نص المشرع في المادة 364 ق. م. ج على: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع ".

فالمطابقة هي أن يحرص الدائن على أن يسلم الشيء المبيع ويحافظ عليه كما ورد في العقد، كما يكون الدائن ضامناً لصلاحية المبيع لمدة معينة وذلك حماية لحق المدين في مواجهة السلع السائدة في الأسواق التي تتميز بدقة الصنع وسرعة التلف والعطب، وهذا الضمان يلزم الدائن أو المتدخل بإعادة المنتج الذي طرأ عليه خلل إلى الحالة التي كان عليها يوم إبرام العقد ذلك لتمكين المدين من الانتفاع المفيد من المبيع، ويمكن القول أن

---

[1] بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص322.

[2] المرجع نفسه، ص322.

[3] المادة2/379 قانون مدني جزائري.

[4] المادة2/380 قانون مدني جزائري.

ضمان صلاحية المنتوج صورة مشددة من ضمان العيوب الخفية، إذ لا يشترط فيه ضمان العيب فقط وإنما ضمان الصلاحية أيضاً ليمكن أن نقول أن الدائن حسن النية.[1]

الفرع الثاني:

حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني

يُعد عدول المستهلك عن تنفيذ العقد الإلكتروني من أهم المسائل القانونية المعاصرة المطروحة في مجال الاستهلاك عبر شبكة الانترنت، وهذا راجع لكون أن رضا المستهلك قد يتأثر بالدعايات والإغراءات التي قد يكون مبالغا فيها،[2]مما يدفع بالمستهلك الإلكتروني إلى التعاقد وعدم الاختيار الصحيح للمنتج، كل ذلك دفع بالمشرع إلى تكريس حماية خاصة للمستهلك في ظل قصور القواعد العامة لحمايته بشأن معاملاته التي تتم بواسطة شبكة المعلومات، وذلك بمنحه مكنة وحق العدول عن تنفيذ العقود التي يكون قد أبرمها في عجلة في أمره أو تلك العقود التي تحمله على التزامات مالية ضخمة وعلى المدى الطويل.[3]

وبناءً على ما سبق سوف نتطرق إلى مفهوم الحق في العدول ومجال تطبيقه**(أولا)**،ومن ثم إلى إجراءات ممارسة الحق في العدول وآثاره**(ثانيا)**.

أولا: مفهوم الحق في العدول عن تنفيذ العقد ومجال تطبيقه: على اعتبار أن المستهلك المتعاقد إلكترونيا لا يستطيع الوقوف بشكل صحيح على طبيعة السلعة محل

[1] صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص 333 .

[2]دليلة معزوز، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، السنة الثانية عشر، العدد22، جوان2017، ص1.

[3]حمزة بوخروبة، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ،المجلد الرابع، العدد الثاني، السنة 2019، ص1390،1391.

الفصل الثاني: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و بعض تطبيقاته

التعاقد مهما قدم المهني من معطيات حولها، فقد أوجد المشرع وسيلة قانونية بين يد المستهلك لتدارك الموقف والمتمثلة في الحق في الرجوع عن تنفيذ العقد.[1]

ولفهم هذا الموضوع جيدا، كان لا بد علينا أن نتطرق إلى التعريف الفقهي والتشريعي لهذا الحق**(1)**،ومن ثم إلى مجال تطبيقه**(2)** كما يلي:

1- تعريف حق العدول عن تنفيذ العقد: سوف نتطرق إلى التعريف الفقهي والتعريف التشريعي كما يلي:

أ-التعريف الفقهي لخيار العدول: يعرف بعض الفقه الفرنسي العدول بقوله: "حق أصيل يعطي للمتعاقد الحق في الانسحاب، ويرتقي بالطرف الضعيف ويجعله في وضعية مكافئة مع المتعاقد الآخر في إطار إعادة التوازن بين الطرفين "،[2]ويعرفه البعض بأنه:" سلطة أحد المتعاقدين بنقض العقد والتحلل منه، دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر".[3]

ويعرف العدول عن العقد أيضا بأنه وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع للمستهلك بأن يعيد النظر من جديد، في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا بحيث يستفيد من مهلة للتفكير في خلالها سيكون بوسعه الرجوع عن التزامه الذي سبق وأن ارتبط به.[4]

ب-التعريف التشريعي لخيار العدول: يعرف حق العدول قانونا على أنه حق يثبت للمشتري للتراجع عن العقد خلال مدة معينة يحددها القانون، ويمارس هذا الحق دون تبريرات أو جزاءات، فهذا الحق نظمته العقود المبرمة عن بعد عامة والعقود الالكترونية خاصة[5]

---

[1]رضوان جيراني، الحق في التراجع كألية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مقال ورد ضمن المؤلف الجماعي حول حماية المستهلك، المنشور في المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الطبعة الأولى 2020، ص29.

[2]حمزة بوخروبة، المرجع السابق، ص1392.

[3]نعيمة غدوشي، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، نوقشت بتاريخ27سبتمبر2012.

[4]حمزة بوخروبة، المرجع السابق، ص1392.

[5]دليلة معزوز، المرجع السابق، ص5.

وتجدر الإشارة إلى أن حق العدول نصت عليه مجموعة من التوجيهات الأوروبية، والتشريعات الوطنية منها المشرع الفرنسي، التونسي، والمغربي إلا أنها لم تعرفه،[1] بخلاف المشرع الجزائري الذي عرفه بصفة مباشرة بموجب الفقرة الثانية من المادة 19من القانون 09/18المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 2018/06/10بنصها: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب"، وما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد مدة العدول عن العقد، كيفية ممارسته نطاقه وإجراءاته، وأحال مباشرة على التنظيم الذي لم يصدر إلى غاية الآن.[2]

2-مجال تطبيق حق العدول: لا يشمل حق العدول، كل أنواع العقود، بل هناك عقود معينة خصها المشرع بهذا الحق، ومن بينها العقود المبرمة عن بعد، لأن المستهلك لا يوجد له الفرصة لرؤية السلعة قبل التعاقد عليها، إضافة إلى العقود المبرمة خارج المحلات التجارية أو العقود المنزلية، ذلك أن مثل هذه العقود، تتم في مكان تواجد المستهلك، كما يخضع لحق العدول، عقد القرض الاستهلاكي، الذي يتميز بعدم التوازن العقدي.[3]

غير أن هناك بعض الاستثناءات نص عليها تقنين الاستهلاك الفرنسي من خلال المادتين 121-20 و121-4، نذكر منها:[4]

- عقود توريد السلع والخدمات التي يبدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل انتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في العدول.
- عقود توريد السلع والخدمات التي تتحدد أثمانها وفق ظروف السوق.

---

[1] أميرة غبابشة وعبد الوهاب مخلوفي، الحق في العدول عن تنفيذ العقد كآلية لحماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا من مبدأ القوة الملزمة للعقد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد الثامن، العدد الأول، سنة2021، ص248.

[2] أميرة غبابشة وعبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، 248،249.

[3] محمد أمين سعدي، حق العدول عن العقد كآلية حمائية للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2019، ص42.

[4] إسماعيل قطاف، العقود الالكترونية وحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2005-2006، ص79.

- عقود خدمات الرهان وأوراق اليناصيب المصرح بها.
- العقود التي يكون محلها توريد سلع استهلاكية عادية، والتي تتم في مكان سكن أو عمل المستهلك، من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة.

ويلاحظ أن التشريعات اشترطت أن يكون ممارس حق العدول مستهلكا، لأنه هو المشمول بالحماية في تشريعات الاستهلاك، نظرا لنقص خبرته وضعفه فنيا وأيضا لتنوع السلع والخدمات، مما يجعل المستهلك البسيط غير عالم بها، من أجل ذلك منح له حق العدول، أمّا إذا كان المتعاقد محترفا، فلا يعطى له حق العدول وذلك راجع لعدم توافر المبررات التي تسمح بمنح حق العدول للمستهلك، فهو يتعاقد في مجال تخصصه وعالم بطبيعة السلع وخصائصها.[1]

ثانيا: ضوابط ممارسة الحق في العدول وآثاره: ذهبت بعض قوانين حماية المستهلكين إلى أن للمستهلك العدول عن العقد باعتباره يستعمل مكنة أقرها له المشرع، غير أن هذا العدول تحكمه ضوابط معينة والتي تضمن التوازن العقدي، وما يترتب من آثار في حال استخدام مكنة العدول سواء بالنسبة للمستهلك الالكتروني أو المهني.

1- ضوابط العدول عن التعاقد: حيث سوف نتطرق إلى كيفية إعمال مكنة العدول**(أ)**، ومن ثم إلى المهلة الممنوحة للمستهلك لممارسة حق العدول**(ب)**.

أ- كيفية إعمال مكنة العدول: إن الغاية من ممارسة الحق في العدول هي التأكد من رضا المستهلك من عدمه، وهو ما يجب معه إطلاق إرادة التعبير في العدول عن التعاقد من أي قيود اتفاقا مع هذه الغاية، فالأصل ألا تخضع ممارسة هذا الحق لأي إجراءات خاصة.[2]

[1] إسماعيل قطاف، المرجع السابق، ص41.

[2] فاطمة الزهراء ربحي تبوب، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد العاشر، العدد الثالث، ديسمبر2019، ص803.

الفصل الثاني: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و بعض تطبيقاته

كما لم يحدد المشرع الفرنسي والتوجيه الأوروبي 07/97 شكلا معينا لتعبير المستهلك عن عدوله في العقد، غير أنه يستحسن اختيار وسيلة إثبات معينة سواء عن طريق البريد الالكتروني، أو في موقع التاجر أو برسالة موصى عليها، أو حتى عن طريق محضر إثبات حالة، ودلك خشية الوقوع في منازعة قانونية لاحقة، مع تاجر إذا أنكر تبليغه بالعدول.[1]

ب-المهلة: لقد اختلفت التشريعات حول المدة التي يمارس فيها المستهلك حقه في الرجوع وبمرورها يسقط حقه في العدول حفاظا على استقرار التعامل، فليس من العدالة أن يبقى المركز القانوني للمورد الالكتروني مضطربا مدة طويلة يمكن خلالها أن يفاجأ بطلب عدول عن عقد مضت على إبرامه مدة طويلة حيث حددها قانون الاستهلاك الفرنسي 741/2001 من خلال المادة 121-20 بسبعة أيام كاملة، وقد تزيد إلى ثلاثة أشهر في حال اخلال المورد بالتزامه بإعلام المستهلك بهذا الحق غير أن المشرع الفرنسي تدارك مدة سبعة أيام الممنوحة للمستهلك باعتبارها غير كافية وذلك بجعلها أربعة عشر يوما بموجب المادة 222-7 من قانون الاستهلاك الفرنسي 203/2017،[2] كما حدد التوجيه الأوروبي رقم 07/97المدة المبدئية لممارسة المستهلك حقه في العدول بسبعة أيام عمل على الأقل، إذ بالمقارنة مع ما جاء به القانون الفرنسي، نجد أن المدة التي نص عليها التوجيه الأوروبي أكثر رعاية لمصلحة المستهلك، ذلك أن الأيام الكاملة يمكن أن تتضمن أيام عطلة مما يجعل المستهلك لا يستفيد من المدة الكاملة،[3] أمّا بالنسبة للتشريع الجزائري فقد حددها المشرع الجزائري بموجب قانون التجارة الالكترونية في المادة 23منه بمدة أقصاها أربعة أيام عمل ابتداءً من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، أمّا في القانون رقم 09/18فأحال المشرع تحديد هذه المدة للتنظيم(الفقرة الرابعة من المادة 19).[4]

---

[1] نعيمة غدوشي، المرجع السابق، ص81.

[2] أميرة غبابشة وعبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص285.

[3] المرجع نفسه، ص285.

[4] فاطمة الزهراء تبوب، المرجع السابق، ص804.

حيث تختلف بداية سريان المهلة الممنوحة للمستهلك في استعمال حقه في العدول بحسب ما إذا كان محل العقد توريد سلعة أو منتج معين أم كان محله تقديم خدمات، ففي مجال بيع السلع والمنتجات يبدأ سريان المهلة منذ لحظة تسلم المستهلك للسلعة أو المنتج[1] أما إذا كان محله أداء خدمة عن بعد فتبدأ المدة المقررة لممارسة الحق في العدول عن العقد في السريان منذ لحظة قبول المستهلك العرض المقدم من المهني.[2]

2- آثار ممارسة حق العدول: إذا تقيد المستهلك الالكتروني بالآجال القانونية المحددة في استعماله لمكنة الرجوع، فإنه يترتب على ذلك جملة من الآثار بالنسبة للطرفين، سواء بالنسبة للمستهلك الالكتروني **(أ)**، أو بالنسبة للمورد الالكتروني**(ب)**.

أ- أثر مباشرة حق العدول بالنسبة للمستهلك الالكتروني: يعتبر حق العدول بالنسبة للمستهلك حق مجاني، فإن مارسه خلال المدة المحددة قانونا فلا يتحمل أي تبعات ولا يرتب أي جزاء ما عدا ما تعلق بالمصروفات المحتملة لإرجاع المنتوج أو السلعة ومن حيث آثار العدول عن العقد، فإنه يترتب على ذلك نقض العقد أي فسخه، وعلى المستهلك إرجاع البضاعة كما تسلمها، وإذا كانت خدمة فعليه أن يتنازل عنها.[3]

ب- أثر مباشرة حق العدول بالنسبة للمورد الإلكتروني: يعد حق العدول حقا مقررا لمصلحة المستهلك في مواجهة المهني، وفي حال مارس المستهلك حقه في العدول ينبغي على المهني إعادة المبالغ التي تسلمها، وقد فرضت التوجيهات الأوربية المنظمة لحق العدول وكذلك التشريعات الوطنية على المهني التزاما برد الثمن أو مقابل الخدمة إلى المستهلك خلال مدة محددة وتعتبر هذه المدة بمثابة الحد الأقصى زمنيا لتنفيذ الالتزام بالرد فالأصل أن على المهني رد الثمن إلى المستهلك دون تأخير،[4] في حين لم ينظم المشرع

---

[1] إسماعيل قطاف، المرجع السابق، ص80.

[2] المرجع نفسه، ص80.

[3] عيسى لخضر، المرجع السابق، ص162.

[4] عبد الحكيم فرحان، حق المستهلك في العدول عن التعاقد وتطبيقاته في القانون الجزائري، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الانسانية، المجلد السادس، العدد الثالث، 03سبتمبر 2021، ص ص507،508.

الجزائري الحق في العدول عن العقد الالكتروني بقانون خاص، بل نص فقط على تعريفه بموجب القانون09/18السالف الذكر.[1]

المطلب الثاني:

حسن النية في عقد العلاج الطبي

في هذا المطلب سندرس المسؤولية المدنية للطبيب في عقد العلاج الطبي في **(الفرع الأول)**،وسندرس التعويض عن المسؤولية المدنية في عقد العلاج الطبي في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

المسؤولية المدنية للطبيب في عقد العلاج الطبي

من بين أهم الآثار لعقد العلاج الطبي سوف نسلط الضوء على الخطأ الطبي**(أولا)**،ثم صور وأشكال الخطأ الطبي**(ثانيا)**.

أولا: تعريف الخطأ الطبي: يأخذ الخطأ الطبي تعريفه من الخطأ المهني بالأصول الفنية المهنية فيعرف أنه: "عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته إخلالا بواجب بذل العناية اللازمة اتجاه مريضه،[2]فيجب على الطبيب أن يقصد سلامة المريض وأن يبذل في علاجه العناية اللازمة لتحقيق ذلك غير أن التزام الطبيب في الأصل هو التزام ببذل العناية، إلا أن هناك حالات يجب على الطبيب أن يلتزم فيها بتحقيق نتيجة ألا وهي:

- حالة نقل الدم.
- حالة استعمال الأجهزة الطبية.

فهنا الطبيب مطالب بتحقيق النتيجة المرجوة، والأصل في عمل الطبيب أن يكون علاجيا، أي يستهدف التخلص من المرض أو التخفيف من حدته أو أن يتم التقليل من شدة الألم والكشف عن أسباب اعتلال الصحة والقصد من ذلك هو العلاج، كذلك كل ما يستهدف

[1]أميرة غبابشة ومخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص261.

[2]مريم بوشربي، المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع4، جوان 2015، ص155.

الفصل الثاني: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و بعض تطبيقاته

الوقاية من الأمراض خوفا من الإصابة بها،[1]وعمل الطبيب يمر بمراحل قد يقع الخطأ في أي مرحلة منها وبالتالي تقوم المسؤولية المدنية في حق الطبيب، وهي خمس مراحل كالتالي:

1-**مرحلة الفحص الطبي:** وتتمثل في فحص حالة المريض وهي أول مرحلة يقوم بها الطبيب

<u>ملاحظة</u>:(لا يشترط في هذه المرحلة على الطبيب إعلام المريض أو أخذ رضاه إذ يعتبر رضا المريض ضمنيا نتيجة لجوء هذا الأخير إلى عيادة الطبيب، الذي بدوره تعتبر دعوى للفحص بمجرد فتحه العيادة الطبية و مزاولته للمهنة).[2]

2- **مرحلة التشخيص:** وهي المرحلة الثانية التي تلي عملية الفحص وفيها يسعى الطبيب إلى استخلاص ما استنتجه من العملية السابقة.

3-**مرحلة العلاج:** وهي المرحلة التي يحدد فيها الطبيب العلاج المناسب.

4-**مرحلة كتابة الوصفة الطبية:** والتي تحتوي على أدوية متوافقة مع القواعد الفنية في وصف الدواء طبقا للأصول العلمية المتبعة بحيث تكون الأدوية لا تتعارض فيما بينها مما يؤثر في مفعول الدواء نفسه وأن تكون مُوافِقَة لحالة المريض نفسه(يجب على الصيدلي أن يوفر دواء صالح وإلا تحمل المسؤولية كاملة ولا يجوز له أن يمارس أي عمل من أعمال الطبيب وإلا كان مسؤولا عن أي خطأ مدني أو جزائي كما يجب عليه الالتزام بالإعلام عن كل ما يخص الدواء).

5- مرحلة الرقابة الطبية: يعتبر عنصر الرقابة العلاجية من العناصر المهمة في العمل الطبي، لما يترتب عليها من أهمية كبيرة في تحقيق الهدف المطلوب من العلاج خصوصا بعد العملية الجراحية لما للفترة التي تلي العملية من أهمية كبيرة.[3]

---

[1] عز الدين قمراوي، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2012-2013، ص63.

[2]بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم الأساسية، 05-10-2011، ص61.

[3]بلعيد بوخرس، المرجع السابق، ص ص64-69.

ثانيا: صور وأشكال الخطأ الطبي: عند ثبوت الخطأ فإن الطبيب تتم مساءلته عن الخطأ الطبي الذي ارتكبه أثناء مزاولته لمهنة الطب، فالخطأ المنتج للمسؤولية المدنية بشكل عام هو الخطأ الذي يصدر عن الطبيب سواء تعلق الأمر بأداء مهنته كطبيب، أو كان لا يتعلق بالمهنة بشكل خاص كإهماله إجراءات الحيطة والحرص والحذر، وتتنوع وتتعدد الأخطاء الطبية التي يرتكبها الطبيب فيما يخص مهنته واختصاصه منها ما يسأل عنها ومنها ما لا يسأل عنها نذكر منها:

1- **الأخطاء التي تتم المسألة عنها:** نذكر منها ما يلي:

أ- امتناع الطبيب عن معالجة المريض: في حالة مخالفة الطبيب لالتزامه اتجاه المريض وامتناعه عن تقديم المعالجة فيكون قد تعسف في استعمال حقه وهنا تقوم المسؤولية المدنية، خاصة بالنسبة للطبيب المعالج في المستشفيات العامة والخاصة ليس له الحق في رفض المعاينة والعلاج خصوصا إذا كان في نطاق تخصصه وإلا قامت المسؤولية العقدية في هذه الحالة.[1]

ب- **الخطأ الطبي في التشخيص:** يجب على الطبيب أن يبذل عناية الرجل الحريص أثناء التشخيص وفحص نوعية المرض، وإلا فإنه يسأل عن أي تقصير، غير أنه إذا كانت الحالة لا يمكن أن تظهر فيها العلامات بسهولة ولا يمكن الاستدلال أو الاستعانة بأخرى فلا يمكن مساءلة الطبيب[2] إلا إذا:[3]

- إذا كان الخطأ يشكل جهلا واضحا بالأصول العلمية الثابتة.
- إذا كان التشخيص ينطوي على إهمال واضح من قبل الطبيب يتفق مع ما هو معمول به كاستعمال الوسائل المعتادة في الفحص من سماعات، أشعة، جهاز قياس الضغط...

---

[1] نغم باسل سلامة، مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية وفق القوانين النافذة في فلسطين، دراسة لاستكمال مساق القانون المدني المقارن، جامعة النجاح الوطنية في نابلس بفلسطين، عمادة كلية الدراسات العليا، 29-12-2018، ص45.

[2] المرجع نفسه، ص45.

[3] حورية مسعودي وعبد السلام مسعودين، الخطأ الطبي، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2014-2015، ص41.

- إذا كان الخطأ راجع إلى عدم استشارة من هم أكثر خبرة وتخصصا ويكون مخطئا إذا تعنت في رأيه رغم تنبيه ذوي الخبرة لخطئه.

وتوجد حالات في التشخيص لا يسأل عنها الطبيب من بينها:[1]

- حالة من الحالات التي كثيرا ما تقع الأخطاء فيها والتي تتشابه فيها الأعراض وأمراض أخرى.
- يعفى الطبيب من المسؤولية إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى ترجيح لرأي علمي على آخر أو لطريقة على أخرى في التشخيص طالما أنه أمام حالة مرضية لازالت أمام البحث والتطور العلمي.
- تسقط مسؤولية الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص حالة استثنائية ولم يستطع استشارة أي مختص آخر وكانت الحالة استعجالية، أما اذا انتفى عنصر الاستعجال فهنا لا تسقط المسؤولية عن الطبيب.
- يعفى الطبيب إذا كان الخطأ المتسبب الرئيسي فيه هو المريض نفسه وذلك لإعطاء الطبيب معلومات خاطئة، ونتيجة لذلك وقع الطبيب في الخطأ نتيجة تضليل المريض نفسه.[2]

ت- **الخطأ في تنفيذ العلاج:** بعد القيام بعملية التشخيص واختيار العلاج المناسب للمريض يبدأ الطبيب في تنفيذ العلاج وإن كان الطبيب لا يسأل عن الآثار السيئة التي تحدث جراء هذا العلاج مادام قد تقيد في ذلك بالأصول العلمية إلا أنه يمكن مساءلته عن التنفيذ السيئ للعلاج أو الطريقة العلاجية التي اختارها وذلك متى أثبت خطئه في هذا التنفيذ لأن ذلك يدل على سوء نيته.[3]

---

[1] بلعيد بوخرس، المرجع السابق، ص83.

[2] بوخرس بلعيد، المرجع السابق،ص83.

[3] محمد لمين مولاي، أنواع الخطأ الطبي وصوره في المسؤولية المدنية للطبيب الممارس في القطاع الخاص، مجلة القانون والعلوم السياسية، ع1، جانفي2015، ص168.

فالطبيب ملزم أثناء تقديمه للعلاج لمريضه أن يبذل العناية الواجبة التي تمليها عليه أصول مهنة الطب وقواعدها فلقد نصت المادة45 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية على أنه: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته....والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين".[1]

ج-**الخطأ الطبي في المراقبة:** لا يمكن أن نقر بسلامة المراحل السابقة ثم نهمل مرحلة المراقبة فهي من أهم مراحل التدخل الطبي مما يترتب عليها التدخل السليم للوصول للنتيجة المرجوة فالمخاطر والآثار المترتبة عن العلاج لا يمكن توقعها أو إغفالها خصوصا إذا كانت الأدوية من النوع ذي الأثر الكبير والخارج عن المألوف وهذا ما يستوجب المراقبة و الرعاية من قبل الطبيب تجنبا لأي مضاعفات غير مرجوة.[2]

2- الأخطاء التي لا يسأل عنها الطبيب: لا يسأل الطبيب إذا تعلق الأمر بحالة من الحالات التي كثيرا ما يقع بشأنها الأخطاء نذكر منها:[3]

- صعوبة اكتشاف مرض السل في بداياته في الوقت الذي يكون فيه المصاب به في صحة جيدة فيحوم الشك حول إصابته.
- يعفى الطبيب من المسؤولية إذا كان الخطأ في التشخيص راجعا إلى ترجيحه لرأي علمي على آخر طالما أننا بصدد حالة لازالت أمام البحث والتطور العلمي.
- لا تتحقق مسؤولية الطبيب إذا شخص حالة استثنائية ولم يستطع استشارة طبيب آخر نظرا لحالة الضرورة والاستعجال، أما إذا لم تتوفر حالة الاستعجال أو الضرورة فإنه يعتبر مسؤولا عن خطئه لعدم لجوئه إلى الاستعانة بآراء زملائه.

---

[1] المرجع نفسه، ص169.

[2] نغم باسل مصطفى سلامة، المرجع السابق، ص8.

[3] بلعيد بوخرس، المرجع السابق، ص86.

الفرع الثاني:

آثار المسؤولية المدنية في عقد العلاج الطبي

سنتناول في هذا الفرع الضرر الناتج عن الخطأ الطبي(أولا)، ومن ثم التعويض عن الضرر الناجم عن الخطأ الطبي(ثانيا).

أولا: الضرر الناتج عن الخطأ الطبي: الضرر في مجال المسؤولية الطبية هو حالة ناتجة عن عمل طبي مس جسم الشخص بأذى ونتج عنه إما نقص جسماني أو عاطفي أو معنوي أو بمعنى آخر الضرر هو كل أذى قد يلحق المريض جراء أي نشاط طبي يخضع له وليست العبرة بعدم الشفاء لكن العبرة بالخطأ المرتكب من قبل الطبيب لإهماله القيام بموجبات الحيطة والحذر والضرر الطبي نوعان هما:[1]

1- الضرر المادي: وبدوره ينقسم إلى قسمان الأول يصيب الإنسان في جسمه وحياته ويسمى بالضرر الجسدي والثاني يصيبه في حقوقه المالية أي كل ما ينفقه في سبيل شفائه فيكون له انعكاس على ذمته المالية.

2- الضرر المعنوي: هو الضرر الذي يمس المريض في نفسيته وعواطفه و شعوره، نتيجة المساس بسلامة المريض الجسدية أو الإصابة بعجز نتيجة خطأ طبي مما ينتج عنه تشوهات التي بدورها تترك آثار بليغة في نفسية المريض هذه الأخيرة أبلغ من الندوب الجسدية.

[1] حورية لعراشي وشفيقة عباس، دعوى التعويض عن الأخطاء الطبية المرتكبة في المستشفيات العمومية، مذكرة ماستر، جامعة محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، 2014-2015، ص39.

ثانيا: التعويض عن الضرر الناجم عن الخطأ الطبي: يكون التعويض إما في صورة عينية، أي إلزام المسؤول بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، أوقد يكون التعويض نقدا وذلك نظرا لكون أن التعويض العيني متعسرا في مجال المسؤولية الطبية وسوف نتناول هذين النوعين كما يلي:

1- **التعويض النقدي:** وهو أكثر الطرق انتشارا في مجال التقدير، ويكون تقدير التعويض في صورة مبلغ إجمالي يمنح دفعة واحدة أو في شكل مقسط بحسب الأحوال والظروف الملابسة بالقضية محل النزاع، والتي تسمح للقاضي إعمال سلطته التقديرية المخولة له قانونا، على أن لا يتجاوز قدر الضرر ولا يقل عنه، تماشيا مع درجة جسامته.[1]

2- **التعويض العيني:** يقصد به إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار، وإزالة الضرر الناشئ عنه وهو يعد أفضل طرق الضمان إذ يحكم به القاضي متى كان ممكنا، إن كان نادر الوقوع إن لم نقل منعدما من الناحية العملية أمام مرفق القضاء.[2]

[1] مخطارية عمارة، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان،ع8، جوان2017، ص407،408.

[2] المرجع نفسه، ص408.

الخاتمة

الخاتمة

من خلال ما تقدم بيانه يتبين لنا الدور المهم الذي يلعبه مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، إذ يعد جزءً لا يتجزأ من النظم القانونية، حيث من الصعب إنكار وجوده، وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم يورد مفهوم دقيق لحسن النية وذلك نظرا للغموض الذي يكتنف هذا المصطلح، إنما أشار إلى تطبيقات هذا المبدأ في الكثير من النصوص القانونية سواء بصيغة رسمية أو ضمنية، ولعل أهم ما يجسد هذا المبدأ هو نص المادة 107مدني.

ومن خلال الدراسة القصيرة التي قمنا بها حول هذا الموضوع توصلنا في النهاية إلى النتائج التالية:

1- تبين لنا من خلال استقراء التعريفات الفقهية الواردة بصدد مفهوم حسن النية في تنفيذ العقد بأن هذا المصطلح ورغم غموضه إلا أنه لا يخرج عن نطاق الإخلاص والأمانة في تنفيذ العقد، إذ أنها تتغير بتغير نظرية العقد التي تتماشى والتطور الحاصل في النظام الحمائي.

2- أن مبدأ حسن النية لا يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد فحسب وفق ما هو وارد في نص المادة 107مدني، بل يتعداه إلى مختلف مراحل العقد ابتداء من مرحلة التفاوض إلى غاية انقضاء العقد.

3- أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تعد أساس العقد باعتباره قانون الأطراف المتعاقدة لكن يعد مبدأ حسن النية استثناء على القاعدة التي سبق بيانها وذلك نظرا للدور الذي يلعبه حسن النية في القوة الملزمة للعقد.

4- أن تحديد حسن نية المتعاقد أو سوء نيته يعتمد على معيارين أساسيين هما: الأول يتمثل في المعيار الشخصي الذي يُنظَر فيه إلى الشخص المتعاقد، والثاني موضوعي يُعتَمد فيه على سلوك الرجل المعتاد لا على سلوك المتعاقد، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.

5- يقتضي حسن النية في تنفيذ العقود الالتزام بالنزاهة والتعاون والأمانة والابتعاد عن الغش والتواطؤ باعتبارها تصرفات تدل على سوء نية المتعاقد.

6- تبين لنا أن الأصل هو حسن النية لدى الشخص، أما إثبات حسن النية فيكون ذلك بإثبات نقيضه وهو سوء النية المتمثل في الغش والخطأ الجسيم، ويمكن إثبات حسن النية أو سوء النية بكافة طرق الإثبات القانونية.

7- إذا كان من خصائص مبدأ حسن النية في ظل القواعد العامة أنه من النظام العام، فإن مسألة موضوع حسن النية ارتقت في ظل القواعد الخاصة من دائرة الحماية المدنية إلى دائرة الحماية الجزائية، حيث رتب المشرع جزاءات جنائية في حال الإخلال بحسن النية ضمن قانون الممارسات التجارية وقانون الاستهلاك والمنافسة وهو ما يفيد أن مبدأ حسن النية يتعلق بمصالح المجتمع، أين تبرز أهمية هذا المبدأ في حماية العلاقات التعاقدية عن طريق النص المكتوب والذي أساسه مبدأ الشرعية.

وبعد دراستنا التحليلية لهذا الموضوع من الناحية القانونية وتكريسا للنتائج التي تم التوصل إليها، ارتأينا تقديم بعض الاقتراحات والتي تضمن سيرورة العقد، نذكر منها:

1- اعتماد المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي لتقدير حسن نية المتعاقد باعتبارهما معيارين متكاملين، مع ضرورة الالتزام بمقتضيات حسن النية التي يوجبها الالتزام بمراعاة الإخلاص والجدية وعدم وجود نية الإضرار بالطرف المقابل.

2- ضرورة إدراج مبدأ حسن النية والالتزامات المتفرعة عنه في نظرية واحدة والنص على الآثار القانونية للإخلال بهذا المبدأ، وذلك بتخصيص قسم تحت عنوان "مبدأ حسن النية في العقود" ليصبح يشمل كل مراحل العقد.

قائمة المراجع

-القرآن الكريم

أولا: الكتب:

أ- الكتب العامة:

1-العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2015-2016.

2-العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا- دراسة مقارنة-، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2019.

3-عبد الباقي عبد الفتاح، دروس أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، مصر، (د. س. ن).

4-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.

5-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2003.

6-علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

7-غنيمة لحلو خيار، نظرية العقد، طبعة2018، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

8-فيصل ذكى عبد الواحد، الوجيز في الأحكام العامة للالتزام والإثبات(في القانون المدني المصري)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، (د. س. ن).

9-محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، تونس، سبتمبر 1997.

10-محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، مصر، 2000.

11-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة- دراسة مقارنة-، دار الهدى، الجزائر، 2007.

12-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الهدى، الجزائر،2010.

ب-الكتب المتخصصة:

1-عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

2-عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود- دراسة مقارنة-، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعية:

أ-الأطروحات:

1-أمينة بوطالب، المسؤولية الجزائية عن جريمة الغش التجاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة العربي تبسي- تبسة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020-2021.

2-جميلة تماني، الغش في العقود، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2018-2019.

3-حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 1996.

4-رائد هاني سلامه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، 2007.

5-صليحة بن أحمد، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة البليدة2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2015-2016.

6-صليحة بن علي، مبدأ حسن النية في عقد التأمين، أطروحة دكتوراه، جامعة ابن خلدون تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020-2021.

7-عز الدين قمراوي، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2012-2013.

ب-مذكرات ماجستير:

1-إبراهيم أحمد إبراهيم الذيابات، حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني-دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون، نوقشت بتاريخ 01-02-2005.

2-إسماعيل قطاف، العقود الالكترونية وحماية المستهلك، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2005-2006.

3-حسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، نوقشت بتاريخ 20-02-2011.

4-خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001-2002.

5-رفيق حوحاط، مبدأ حسن النية في نقل ملكية منقول، مذكرة ماجستير، جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2019-2020.

6-زهرة بن عيسى، الغش في العقود، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2016-2017.

7-سارة بيلامي، حسن النية في تكوين العقد، مذكرة ماجستير، جامعة الأخوة منتوري بقسنطينة، كلية الحقوق، 2016-2017.

8-نغم باسل سلامه، مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية وفق القوانين النافذة في فلسطين، دراسة لاستكمال مساق القانون المدني المقارن، جامعة النجاح الوطنية في نابلس بفلسطين، عمادة كلية الدراسات العليا، 29-12-2015.

9-عبد الناصر شادلي، مبدأ حسن النية في العقد طبقا لقواعد القانون المدني، مذكرة ماجستير، جامعة الطاهر مولاي بسعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015-2016.

10-عيسى جنان، حسن النية في التعاقد، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2016-2017.

11-عيسى محمد عيسى العماوي، أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية-في ظل أحكام القانون المدني الأردني-، مذكرة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، كانون الثاني2014.

12-مباركة لغنج، مبدأ حسن النية وأثره في إبرام العقود وتنفيذها، مذكرة ماجستير، جامعة سعد دحلب بالبليدة، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، نوفمبر2012.

13-نعيمة غدوشي، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، نوقشت بتاريخ 27سبتمبر2012.

14-هدى بن يوب، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي بأم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2012-2013.

ج-مذكرات ماستر:

1-حورية لعراشي وشفيقة عباس، دعوى التعويض عن الأخطاء الطبية المرتكبة في المستشفيات العمومية، مذكرة ماستر، جامعة محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، 2014-2015.

2-حورية مسعودي وعبد السلام مسعودين، الخطأ الطبي، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2014-2015.

3-مليسة عميري ومطراف أنيس، الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة ماستر، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، نوقشت بتاريخ10-07-2019.

4-عبد الناصر شادلي، مبدأ حسن النية في العقد طبقا لقواعد القانون المدني، مذكرة ماستر، جامعة الطاهر مولاي سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015-2016.

5-وردة مرزوق، جريمة خيانة الأمانة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، 2014-2015.

ثالثا: المقالات:

1-أميرة غبابشة وعبد الوهاب مخلوفي، الحق في العدول عن تنفيذ العقد كآلية لحماية المستهلك المتعاقد الكترونيا من مبدأ القوة الملزمة للعقد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد الثامن، العدد الأول، 2021.

2-حليمة بن دريس، فاعلية مبدأ حسن النية في تنويع الحلول لمواجهة تداعيات جائحة كورونا على تنفيذ العقد، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس بالمدية، المجلد السابع، العدد الثاني، جوان2021.

3-حمزة بوخروبة، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2019.

4-حنان مسكين والحاج بن أحمد، حماية المستهلك من جريمة الغش في المنتوج في التشريع الجزائري، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، مخبر الدراسات القانونية المقارنة، مجلة الواحة للبحوث والدراسات، المجلد13، العدد الثاني، 2020.

4-خليفات عهود أحمد حسين، مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء تنفيذ العقود المدنية دراسة تحليلية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد الخامس، العدد الأول، مارس2020.

5-دليلة معزوز، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني، مجلة معارف قسم العلوم القانونية، السنة الثانية عشر، العدد22، جوان2017.

6-سماح جبار، حسن النية في التفاوض على العقود، مجلة دراسات لجامعة عمار ثليجي بالأغواط، العدد48، نوفمبر2016.

7-شيرزاد عزيز سليمان ويونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد دراسة مقارنة، المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، المجلد الخامس، العدد الأول، حزيران2021.

8-عباس عبد الرزاق السعدي، الغش في مرحلة تنفيذ عقد البيع، مجلة القانون والأعمال الدولية، العدد25، نوفمبر2019.

9-عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، المجلد34، العدد الثاني، 2020.

10-عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد الرابع، العدد الأول، 2021.

11-عبد الحكيم فرحان، حق المستهلك في العدول عن التعاقد وتطبيقاته في القانون الجزائري، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الانسانية، المجلد السادس، العدد الثالث، سبتمبر2021.

12-فاطمة الزهراء زيتوني، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان2016.

13-محمد أمين سعدي ورباحي أحمد، حق العدول عن العقد كآلية حمائية للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2019.

14-مخطارية عمارة، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان، العدد الثامن، جوان 2017.

15-محمد لمين مولاي، أنواع الخطأ الطبي وصوره في المسؤولية المدنية للطبيب الممارس في القطاع الخاص، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الأول، جانفي2015.

16-مريم بوشربي، المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان2015.

17-مريم خليفي، تأثير الغش على أحكام المسؤولية العقدية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 15، العدد الأول، 2022.

18-منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي- دراسة مقارنة-، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة2015.

19-هائل حزام مهيوب يحيى العامري، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى مجلة الندوة للدراسات القانونية جامعة تعز باليمن، العدد18، 2018.

20-هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي، دراسة مقارنة، العدد34، الجزء الثالث، جويلية2019.

21-يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر1، العدد31، الجزء الأول، 1جوان2017.

رابعا: المؤلف الجماعي والمحاضرات:

أ-المؤلف الجماعي:

1-رضوان جيراني، الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مقال ورد ضمن المؤلف الجماعي حول حماية المستهلك، المنشور في المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الطبعة الأولى، 2020.

ب-المحاضرات:

1-عبد الحفيظ بقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015.

2-عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية علوم قانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2016-2017.

3-عبد الحفيظ بقة، محاضرات في مقياس العقود الخاصة-عقد البيع وعقد الإيجار-، موجهة لطلبة السنة الثالثة حقوق، تخصص قانون خاص، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019-2020.

4-وليد العوامري، محاضرات في مقياس أنظمة التعويض، في القانون المدني والتشريعات الخاصة، موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون خاص، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، قسم القانون الخاص، 2020-2021.

خامسا: الاجتهادات القضائية:

1-قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم52061، بتاريخ15-01-1990، قضية الشركة الوطنية لأشغال الطرق سوناطرو ضد(ب. س)، المجلة القضائية، العدد الأول، 1993.

2-قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الملف رقم517491، بتاريخ8-04-2009، قضية(ز. ف) ضد مدير الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاري بسكرة، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009.

سادسا: النصوص القانونية:

1-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد78، الصادرة بتاريخ30-09-1975 المعدل والمتمم.

2-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 يتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد49، الصادرة بتاريخ11-06-1966 المعدل والمتمم.

3-القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23-06-2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004.

4-القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25-02-2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد15، الصادرة بتاريخ 08-03-2009 المعدل والمتمم.

5-التوجيه الأوروبي رقم 97-07 لسنة1997 الصادر بشأن العقد الالكتروني المبرم عن بعد، الجريدة الرسمية 03-06-1997 رقم 144-17 ملغى بالتوجيه2011-UE83.

الفهرس

مقدمة..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفصل الأول:..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

مبدأ حسن النية والقوة الملزمة للعقد..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المبحث الأول: مفهوم حسن النية و دوره في تنفيذ العقد ...خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المطلب الأول: مفهوم حسن النية في تنفيذ العقود خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفرع الأول: حسن النية بمفهوم مزدوج ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

أولا: تعريف حسن النية في تنفيذ العقود ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ثانيا: معايير تقدير حسن النية:..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفرع الثاني: أساس مبدأ حسن النية..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

أولا: النظام العام كأساس لمبدأ حسن النية:.. خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ثانيا: الإنصاف كأساس لمبدأ حسن النية: ... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ثالثا: حسن النية مفهوم مستقل:..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المطلب الثاني: دور حسن النية في تنفيذ العقد... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفرع الأول: تحديد مضمون العقد وفق مبدأ حسن النية خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

أولا: الالتزام بما ورد في العقد: ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ثانيا: مستلزمات العقد: ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفرع الثاني: إلزامية تنفيذ العقد بحسن نية..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

أولا: الالتزام بالأمانة والنزاهة:..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ثانيا: الالتزام بالتعاون والإنصاف: ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المبحث الثاني: حسن النية وسلطة القاضي في تعديل العقد و تفسيره..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المطلب الأول: حسن النية وتدخل القاضي لتعديل العقد...خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفرع الأول: الأخذ بنظرية الظروف الطارئة..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

أولا: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة: ... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ثانيا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: . خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ثالثا: أثر الظروف الطارئة: ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفرع الثاني: إدخال المرونة على الشرط الجزائيخطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:.....خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفرع الثالث: حسن النية و نظرة الميسرة..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المطلب الثاني: حسن النية في تفسير العقود ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفرع الأول: عندما تكون عبارة العقد واضحة .. خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفرع الثاني: عندغموض عبارة العقد ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفصل الثاني:.....**49**

آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود و بعض تطبيقاته.....**49**

المبحث الاول: آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.....**50**

المطلب الأول: الآثار المدنية للإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود **50**

الفرع الاول: انتفاء الغش في تنفيذ العقود.....51
الفرع الثاني: انتفاء الخطأ الجسيم في تنفيذ العقود.....54
الفرع الثالث: آثار الغش والخطأ الجسيم في تنفيذ العقد 57
أولا: الفسخ:.....57
ثانيا: التعويض.....59
المطلب الثاني: الآثار الجزائية للإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود 62
الفرع الأول: الجزاءات المترتبة عن جريمة الغش في تنفيذ العقود 62
أولا: العقوبات الأصلية السالبة للمال و الحرية 63
ثانيا: العقوبات التكميلية.....64
ثالثا: العقوبات الماسة بالنشاط وبالسمعة.....66
الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في جريمة خيانة الأمانة.....67
المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ حسن النية في بعض العقود (عقد الاستهلاك والعلاج الطبي نموذجا).....69
المطلب الأول: حسن النية في عقد الاستهلاك 70
الفرع الأول: التزام المهني بضمان العيوب الخفية.....70
الفرع الثاني: حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني.....72
أولا: مفهوم الحق في العدول عن تنفيذ العقد ومجال تطبيقه.....72
ثانيا: ضوابط ممارسة الحق في العدول وآثاره.....75
المطلب الثاني: حسن النية في عقد العلاج الطبي.....78

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للطبيب في عقد العلاج الطبي 78

أولا: تعريف الخطأ الطبي.....78

ثانيا: صور وأشكال الخطأ الطبي 80

الفرع الثاني: آثار المسؤولية المدنية في عقد العلاج الطبي.....83

أولا: الضرر الناتج عن الخطأ الطبي.....83

ثانيا: التعويض عن الضرر الناجم عن الخطأ الطبي.....84

الخاتمة 85

قائمة المراجع 88

الفهرس.....99

ملخص.....
104

ملخص:

تناولنا من خلال هذه الدراسة موضوع حسن النية في تنفيذ العقود، وذلك نظرا للأهمية الخاصة بهذا المبدأ ومدى تأثيره على نظرية العقد وخصوصا القوة الملزمة للعقد، وذلك بتناول نص المادة 107من القانون المدني الجزائري باعتبارها أساس العقود.

حيث نجد أن المشرع منح سلطة للقاضي في تعديل العقد، هذه الأخيرة التي تعد خرقا للمبدأ السائد في العقود والذي ينص على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين..."، ولكن في ظل تطور نظرية العقد نتيجة التطور الحاصل أقر المشرع حماية خاصة للأطراف المتعاقدة خاصة عقود الإذعان.

كما أشرنا إلى الآثار التي تترتب في حال الاخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وذلك بالاستعانة بالنصوص القانونية المتعلقة بالقانون المدني والقانون الجزائي، وخلصنا في الأخير أنه رغم مكانة حسن النية في العقود إلا أنه لم يولى بأهمية بالغة من قبل المشرع فيما يتعلق بتنظيم علاقات الأطراف المتعاقدة وفقا للمقتضيات التي يقوم عليها هذا المبدأ.