

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

ميدان الحقوق
تخصص قانون الأعمال



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي
بعنوان

مبدأ حسن النية في إبرام العقود

إشراف الأستاذ
أ.د عبد الحفيظ بقة

إعداد الطالبين
موسى شلاي
المبروك مقيرش
لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
أ.د مولود قارة	أستاذ	جامعة المسيلة	رئيسا
أ.د. عبد الحفيظ بقة	أستاذ	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
د. عمارة عمارة	أستاذ	جامعة المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

استمارة معلومات



المعلومات الشخصية:

الاسم: موسى

اللقب: شلاي

اسم الأب: بلقاسم

اسم ولقب الأم: ربيعة ديلمي

تاريخ الازدياد: 1984/10/18

مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 0662 90 06 88

البريد الالكتروني: elkassim2018h@gmail.com

العنوان الشخصي: حي 504 مسكن رقم 192 المسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 10,94

الشعبة/التخصص: آداب وفلسفة

سنة الحصول على شهادة البكالوريا 2017

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون خاص

الدفعة/سنة التخرج: 2020/2019

الماستر:

تخصص الماستر: قانون الأعمال

الدفعة/سنة التخرج: 2022/2021

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐

عاطل عن العمل: ☒

في حالة موظف:

وظيفة عمومي: X

قطاع خاص: X

المصلحة المستخدمة: X

اسم المؤسسة / الشركة: X

الرتبة في العمل: X

الصيغة:

موظف دائم: X

موظف في إطار عقود: X

نوع العقد: X

امضاء الطالب



استمارة معلومات

المعلومات الشخصية:

الاسم: المبروك

اللقب: مقيروش

اسم الأب: كمال

اسم ولقب الأم: صباح بغدادي

تاريخ الازدياد: 1996/04/13

مكان الازدياد: بوسعادة

رقم الهاتف: 0676 75 19 43

البريد الالكتروني: meg.mab16@gmail.com

العنوان الشخصي: حي الموامين 01/433 بوسعادة

الباكالوريا:

المعدل: 13,10

الشعبة/التخصص: علوم تجريبية

سنة الحصول على شهادة البكالوريا 2016

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون خاص

الدفعة/سنة التخرج: 2020/2019

الماستر:

تخصص الماستر: قانون الأعمال

الدفعة/سنة التخرج: 2022/2021

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐

عاطل عن العمل: ☒

في حالة موظف:

وظيفة عمومي: X

قطاع خاص: X

المصلحة المستخدمة: X

اسم المؤسسة / الشركة: X

الرتبة في العمل: X

الصيغة:

موظف دائم: X

موظف في إطار عقود: X

نوع العقد: X

امضاء الطالب



27 ديسمبر 2020

* ملحق بالقرار رقم 1082... المؤرخ في
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 - الطاسيلي -**

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): **موسى شلاي** الصفة: طالب، أستاذ، باحث **ماستر**
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 100767091 والصادرة بتاريخ: 2016/06/07
المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم **الحقوق**
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها: **مبدأ حسن النية في إبرام العقود**

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

التاريخ: 2022/06/16.....

توقيع المعني (ة)



27 ديسمبر 2020

* ملحق بالقرار رقم 1082/..... المؤرخ في
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): **المبروك مقيرش** الصفة: طالب، أستاذ، باحث **ماستر**
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200362460. والصادرة بتاريخ: 2016/04/25
المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم: **الحقوق**
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها: **مبدأ حسن النية في إبرام العقود**

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

التاريخ: 2022/06/16.....

توقيع المعني (ة)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا
تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا
وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ
اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴾

صدق الله العظيم

الآية 91 من سورة النحل

شكرو عرفان

على قول رسولنا الكريم عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم ﷺ

﴿ مَنْ لَمْ يَشْكُرْ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ ﴾

نشكر الله عز وجل على نعمة إتمام هذا العمل المتواضع، الذي كان نتيجة جهد دام خمس سنوات من الكدّ والجهد والمثابرة، كما تتوجه بالشكر الجزيل والخالص إلى مشرفنا أستاذنا الفاضل المحترم البروفيسور عبد الحفيظ بقة، الذي كان الرفيق والسند طوال فترة دراستنا، ولم يخل علينا بنصائحه القيّمة وتوجيهاته البناءة، التي أنارت لنا الطريق الصحيح، وحرص على تكويننا خلقاً وعِلْماً، وكان له الفضل الكبير في جعلنا نهتم بدراسة القانون بشكل مختلف عما هو مألوف، فنرجوا من الله أن يطيل عمره وينزيده من فضله ويحفظ له عائلته، وأن يجعل العلم الذي انتفعنا به صدقة جارية له.

كما تتقدّم بخالص الشكر والعرفان والتقدير، لكل من علّمنا حرفاً من أساتذتنا الكرام، خلال فترة الدراسة جنّاهم الله كل خير، وأيضاً لأعضاء لجنة المناقشة الذين سيتفضلون بالحكم على هذه المذكرة.

موسى شلالبي

المبروك مقيرش

إهداء

إلى الروح الطاهرة، إلى أعزّ إنسان، أمي رحمها الله، لطالما شاركتني جميع أفراحي قبل مغادرتها هذه الحياة، والتي كانت دائما ما تتمنى أن أكون ناجحا في حياتي، مُفتخرا بكل إنجازاتي، ها أنا اليوم بمشيئة الله أحقق ولو جزءا مما كان يشغل بالها طول حياتها، وأحمد الله على ذلك، فأدعو الله أن يرحمها برحمته الواسعة ويُطيب ثراها، ويجعل قبرها مروضة من رياض الجنة، ويرزقها جنة الفردوس الأعلى، إلى أبي الغالي مرفيق دربي الذي تعب من أجلي، وحثني على مواصلة مسيرتي الدراسية، لكي يرى هذا اليوم، ها قد أتى ما كان ينتظره، وأتمنى أن يكون فخورا بما أنجزته، أطال الله عمره وجعله تابجا فوق رؤوسنا، كما أهدي هذا العمل إلى نروجة أبي التي اعتبرها في مقام أمي الراحلة، لطالما تمتت أن أكون في مصف الناجحين،

إلى أغلى ما لديّ في هذه الحياة نزوجتي، التي شجعتني ووقفت بجاني طوال فترة دراستي، أين كانت سندًا لي في كل أوقاتي، حلوها ومرّها، والتي كانت تتمنى أن أكون في أعلى الدرجات، أهدي لها هذا الإنجاز الذي كان وليدًا لسنوات جهدي وعلمي،

إلى فلذات كبدي وقرّة عيني، غفران فداء، محمد القاسم، بشرى، الذين تحملوني طيلة مدة البحث على حساب راحتهم،

إلى إخوتي وأختي وأهلي وأصدقائي وزملائي،

أهدي لهم ثمرة هذا النجاح.

إهداء

أُتقدّم بأحر التهاني وأسمى المعاني، إلى أعظم هبة وهبني إياها ربي، ومن هم أقرب إلى قلبي، إلى أبي وأمي
أعلى ما عندي، ومن تعبوا في تربيتي وسهروا لأجل مراحتي، كي أصل إلى أعلى الدرجات في حياتي،
حتى أن كلماتي لا تكفي للتعبير عن امتناني، أهدي لهما هذا العمل المتواضع، لعلهما كانا ينتظران
لحظات نجاحي، مراحيا من الله أنني قد حققت ولو جزءاً مما تمنياه من إنجازاتي، وأدعو لهما بما أمرنا الله به أن
يرحمهما كما ربياني صغيراً،

إلى أخي الأكبر إسلام ونروجة، وابنتهما إيمان، وأختي إيمان مرحمها الله، وأخي محمد سعيد، وأخي
فيصل عبد الباري، وأخي الصغير يوسف، الذين وفروا لي كل أسباب الراحة والجو الملائم للدراسة،
طيلة فترة البحث على حساب راحتهم،

إلى جميع أقربائي وعلى رأسهم جدتي فتيحة وعمي إبراهيم، وإلى كل أصدقائي وزملائي،

أهدي لهم ثمرة مجهودي وسنين تعبي .

المبروك

قائمة المختصرات

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ق ت ج: القانون التجاري الجزائري

ق م ف: القانون المدني الفرنسي

ج ر: الجريدة الرسمية

د س ن: دون سنة نشر

ص: الصفحة

مقدمة

مقدمة

من غاية القانون تنظيم سلوك الفرد في المجتمع، وقد يكون هذا السلوك ماديا ظاهرا أم معنويا مستترا، فالأول تحكمه قواعد قانونية التي تقترن بجزاء، أما الثاني فيخضع لقواعد الأخلاق لارتباطه بضمير الفرد، وقد تتحول القواعد الأخلاقية إلى قواعد قانونية إذا ما اقترنت بالالتزام يرتب جزاء، فالقاعدة القانونية إذن تجد سندها في القاعدة الأخلاقية، إذ أنّ هذه الأخيرة مهمتها الحد من التجريد التي تتسم به القاعدة القانونية، وذلك حماية لأخلاقيات التعاقد وتجنب تصدّع المراكز القانونية، وهذا ما تسعى إليه جميع الأنظمة القانونية.

ويتحقق ذلك من خلال تكريس مبادئ قانونية عامة، أهمها مبدأ سلطان الإرادة، الذي يعتبر ركيزة تقوم عليه جميع العقود منذ الأزل، سواء في مجال القانون العام أو القانون الخاص، لأنّه مستمد من القاعدة المعروفة (العقد شريعة المتعاقدين)، إذ أنّ لكل طرف كامل الحرية في التعاقد في جميع مراحل العقد، مما يخوّله الحق في العدول حتى في مرحلة التفاوض، فإذا نظرنا إلى الإرادة استنادا للسلطة التي تحملها، نجدها تتسم بالصرامة والحرية في التصرف في كافة المجالات خصوصا فيما يتعلق بإبرام العقود، لأنّ هذه الإرادة لا يستطيع أحدٌ توجيهها إلى إحداث أثر ولا يحدّ من حريتها إلا صاحبها الذي يكون حريصا على مصالحه، لا اعتبار أنّ الإرادة حالة معنوية لدى الإنسان يتحكم في إدارتها، بحيث يوجهها وينظمها ويراقبها لكي تكون سليمة ومعبرة وخالية من العيوب، ويحرص على ألاّ تقع تحت رحمة متعاقد سيء النية، طول حياة العقد من المرحلة السابقة للتعاقد إلى غاية إبرامه وصولا إلى تنفيذه، غير أنّ هذه الحرية ليست على وجه الإطلاق، إذ نجد ما يحدّها في بعض العقود التي تقوم على استبعاد التفاوض وتقرض عدم مناقشة بنود العقد كعقود الإذعان.

ولأنّ الإنسان بطبعه يحب التملك، وهذا شيء متغير من شخص لآخر، ومن مجتمع لآخر، لا يمكن ضبطه إلا إذا وُجدت بعض المبادئ، ومن بين هذه المبادئ التي كانت سائدة في عصور مضت مبدأ حسن النية، الذي تطور بتطور التجارة الدولية وكذا الالكترونية التي

اجتاحت العالم وفرضت نفسها خاصة في الوقت الحالي، فإبرام العقود ذات رؤوس الأموال الكبيرة يتطلب تفعيل مبدأ حسن النية فيها، خاصة في مرحلة التفاوض، لما لها أثر كبير على هذا النوع من العقود.

وهذا ما يقودنا إلى أهمية بحثنا الذي ساقنا إلى تسليط الضوء على مكانة مبدأ حسن النية ودوره، سواء في مرحلة التفاوض أم خلال إبرام العقد، نظرا لغياب أحكامه في نصوص أغلب التشريعات المقارنة في هذه الفترة من العقد، وبوجه الخصوص التشريع الجزائري، على الرغم من أهميته في مرحلة التفاوض التي تكون سببا في إنجاح إبرام العقد المنشود، وذلك من خلال تطبيق مبدأ حسن النية فيها، والذي بدوره يحافظ على التوازن في المراكز القانونية، وله فضل كبير في ديمومة العقود، نظرا للكم الهائل من القضايا المعروضة لدى المحاكم والنزاعات بسبب ترزيع الثقة بين المتعاقدين التي تتبع من حسن نيتهما، خصوصا في العقود التجارية والاستثمارية ذات رؤوس الأموال الضخمة، أين تتطلب مناقشات من أخذ وعطاء للمعلومات، وكذا التفاوض على شروط وبنود العقد بين المتفاوضين قبل إبرام العقد النهائي، وكذلك بالنسبة لعقود التجارة الالكترونية التي يتجه إليها العالم الرقمي.

وهذا ما جعلنا نختار هذا الموضوع لأسباب تعود للموضوع في حد ذاته، من أجل دراسة ما إذا كان لمبدأ حسن النية مكانة في المرحلة السابقة للتعاقد إلى غاية إبرام العقد، وتبيان أهميته في حماية الرضا خلال هذه المرحلة الحساسة في العقد، خصوصا في القوانين التي تحمي المستهلك الذي يكون طرفا ضعيفا في العقد، أمام متعاقد مهني وخبير في المجال الذي يمارس فيه تجارته، بحيث إذا أخلّ بمبدأ حسن النية، ولم يكن في مقام الرجل الحريص أو على الأقل عناية الرجل العادي في مرحلة التفاوض، فهل يُسأل المتفاوض المتقاعس عن الالتزامات التي تُفرض عليه جزاء الإخلال بها مع أنّ العقد لم يُبرم بعد؟ وهل تعتبر مرحلة التفاوض واقعة مادية بحيث لا أثر لها في حياة العقد، أم هي واقعة قانونية تُحدث آثارا وترتب جزاء على من أخلّ بمبدأ حسن النية خلالها؟ وهذا ما يثير أهم مسألة تسعى لتحقيقها جميع الأنظمة القانونية

وهي حماية المتعاقدين وإضفاء التوازن العقدي خلال تكوين العقود، من مرحلة المفاوضات إلى غاية إبرام العقد.

أما الأسباب الذاتية فترجع إلى الرغبة في توسيع معارفنا بعد دراستنا لنظرية العقد في السنوات الفارطة، والتي كان موضوعها ينصبّ على تكوين العقد إلى غاية تنفيذه دون التطرق إلى الخلفية التي وراء إبرام العقد، والمتمثلة في المرحلة السابقة للتعاقد، والتّعريض على أهم المبادئ التي تحكمها ألا وهو مبدأ حسن النية، كما يعود الفضل إلى الأستاذ المشرف في اختيار موضوع يشمل كافة العقود التي يحكمها القانون الخاص، وذلك نزولا عند طلبنا.

وبالرجوع إلى معالجة موضوع بحثنا، استلزم منا الوقوف على الدراسات السابقة التي اهتمت بمبدأ حسن النية في إبرام العقود، وذلك بالإطلاع على الكتب والرسائل والمذكرات الجامعية، وكذا المقالات القانونية والبحوث العلمية التي تطرقت لموضوع بحثنا، أين لاحظنا أنّ هناك دراسات تتقاطع مع موضوعنا جزئيا، حيث عالجت مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد، على عكس دراستنا نحن، أين ركّزنا على دور مبدأ حسن النية في إبرام العقود، من المرحلة السابقة للتعاقد إلى غاية الانعقاد، وكذلك البحث في فحوى بعض العقود التي أخذ فيها المشرع الجزائري بمبدأ حسن النية ومقتضياته في إبرامها، سواء بصفة ضمنية أو صريحة.

ومن بين هذه الدراسات نذكر على سبيل المثال أطروحة الدكتوراه للباحثة بن أحمد صليحة، من جامعة البليدة 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، التي نوقشت سنة 2016، والمعنونة بمبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، والتي تطرقت لمبدأ حسن النية أثناء تكوين العقد في الباب الأول من دراستها، وأيضا أطروحة الدكتوراه للباحثة سماح جبار من جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، التي نوقشت سنة 2018، والموسومة بعنوان القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، حيث تناولت العنصر الأخلاقي التي تقصد به مبدأ حسن النية في مرحلتي التفاوض وإبرام العقد في الفصل الثاني من الباب الأول من أطروحتها، إضافة إلى مؤلف الدكتور بلحاج العربي تحت عنوان مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري الذي تطرق فيه

لبعض الإشكالات التي تعتري المرحلة السابقة للتعاقد والالتزامات التي تقتضيها، فكل هذه الدراسات ساعدتنا في إثراء موضوع بحثنا.

كما أنّ طبيعة موضوعنا وجدناها من المواضيع المتشعبة لاتصاله بالجانب الأخلاقي وكذا القانوني، والتي تثير الكثير من الإشكالات، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية من خلال حيثياته غير الظاهرة بشكل صريح، والمتخفية في فحوى النصوص القانونية بالنسبة للتشريع الجزائري، هذا ما يؤدي إلى الاعتراف بوجود صعوبة في معالجة جميع مسائل هذا الموضوع وضبطها في مذكرة ماستر، وهذا ما ترك مسألة جمع المراجع ليس بالأمر السهل، خاصة بالنسبة للمراجع التي عالجت الموضوع في التشريع الجزائري، مما خلق لنا نوعاً من الصعوبة في جلب المراجع وضبط موضوع البحث.

وعلى ضوء ما سبق فإنّ الإشكالية الأساسية لبحثنا تكمن في الإجابة عن السؤال التالي:

إلى أي مدى أخذ المشرع الجزائري بمبدأ حسن النية في إبرام العقود؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات فرعية، التي بالإجابة عليها نكون قد أجبنا على الإشكالية الرئيسية:

- مالمقصود بمبدأ حسن النية في إبرام العقود، وماهي الالتزامات التي يفرضها هذا المبدأ طيلة فترة تكوين العقد؟

- ماهي الآثار القانونية المترتبة عن مخالفة مبدأ حسن النية؟

في سبيل الإجابة عن الإشكالية الرئيسية اعتمدنا على المنهج الوصفي للإحاطة بالإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية، ولما كانت الدراسة تتطلب أحيانا المقارنة بين التشريعات المختلفة، فقد اتبعنا المنهج المقارن بين التشريع الجزائري والفرنسي وغيره، كما انتهجنا المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل وشرح النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع.

وقد اقتضت طبيعة البحث إلى تقسيمه كالآتي:

حيث تمّ إدراج الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية في إبرام العقود كفصل أول، والذي بدوره قُسم إلى مبحثين، تمّت فيه معالجة مفهوم مبدأ حسن النية في المبحث الأول، أما

الطبيعة القانونية لحسن النية، وتمييزه عن بقية الأنظمة المشابهة تم إدراجه كمبحث ثانٍ، كما سيعرّج الفصل الثاني إلى مضمون مبدأ حسن النية في إبرام العقود، والذي سنتناول فيه مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فسنخصصه لمبدأ حسن النية في مرحلة التعاقد، أما بخصوص الفصل الثالث سيتضمّن الآثار المترتبة عن مخالفة مبدأ حسن النية، الذي تمّ تقسيمه إلى مبحثين، حيث تمت دراسة المسؤولية المدنية كأثر لمخالفة مبدأ حسن النية في المبحث الأول، والجزاء المترتب عن الإخلال بما يفرضه هذا المبدأ في المبحث الثاني، وتمّ إنهاء البحث بخاتمة تضمنت جملة من النتائج المتوصل إليها، وبعض الإقتراحات.

الفصل الأول:

الإحصاء المفاهيمي لمبدأ

حسن النية في إبرام العقود

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية في إبرام العقود

يعتبر مبدأ حسن النية من المسائل التي تثير غموضاً أثناء إبرام العقود، خاصة أثناء مرحلة التفاوض، نظراً لطبيعته غير الواضحة وصعوبة الإثبات، وتوقيع الجزاء عند مخالفته، لأنه من الأمور الخفية المستترة التي تدخل في الجانب النفسي للمتعاقدين، ولضمان نجاح إبرام العقد واستبعاد تعسف المتعاقدين في استعمال حقهم، وحماية العقد من سوء نيتهم، نجده يفرض على أطراف العقد ما يجب الالتزام به، تحقيقاً لرضا سليم خالٍ من العيوب، والحفاظ على المراكز القانونية، ولتوضيح ذلك يجب بدايةً التطرق لمفهوم مبدأ حسن النية في **المبحث الأول**، أما **المبحث الثاني** سنتعرض فيه للطبيعة القانونية لحسن النية وتمييزه عن بقية الأنظمة القانونية المشابهة له.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ حسن النية

سيتمّ التطرق في هذا المبحث إلى تعريف مبدأ حسن النية كمطلب أول، أما الخصائص التي يتّسم بها هذا المبدأ فسيتمّ تبيانها في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول: تعريف مبدأ حسن النية

لم تتناول التشريعات المقارنة وكذا التشريع الجزائري تعريف لمبدأ حسن النية، وحسناً ما فعلوا باعتبار أنّ مهمة تقديم مثل هذه التعريفات من اختصاص الفقه، غير أنّ هذا الأخير لم يعطِ تعريفاً شاملاً وواضحاً لمبدأ حسن النية، وهذا ما سنقوم بطرحه في **الفرع الأول**، أما **الفرع الثاني** فسنحاول وضع تعريف مركّب لهذا المبدأ.

الفرع الأول: تعدد مدلول مبدأ حسن النية

لتوضيح مدلول مبدأ حسن النية تطرقنا إلى معنى حسن النية (أولاً)، ثم المعيار الشخصي والموضوعي له (ثانياً).

أولاً: معنى حسن النية

للقوف على معنى حسن النية يتعين التطرق لمعنى الحسن (1) ثم معنى النية (2) وصولاً لمعنى حسن النية (3).

1- معنى الحسن: هي كلمة تدل على كل ما هو محمود وممدوح¹، ومصدره يختلف حسب المراد بالحسن، فإن أريد به ما وافق ولاءم الغرض أو كونه صفة كمال فإنّه عقلي، وإن أريد به كونه يتعلق به المدح عاجلاً والثواب آجلاً، فإنّ العقل يدرك الحسن في الأشياء ولكن لا يترتب الثواب إلا بالشرع، كما أنّ بعض الأشياء لا يدرك حسنّها أو قبحها إلا بالشرع، فإذا أمر الشارع بالشئ صار حسناً، وإذا نهى عن شيء صار قبيحاً.²

2- معنى النية: هي القصد والعزم، أي عزم القلب على شيء معين³، أو هي انعقاد العزم على أمر يترتب عليه القانون أثراً من الآثار، وهي القوة المحركة للإرادة نحو الغرض المباشر للشخص، وهي إرادة متجهة نحو هدف ما⁴، والنية عند العرب تدور في مجموعها حول القصد، والقصد إلى الشيء هو التوجه بالنفس إليه، والنية لدى جميع الفقهاء لا تخرج عن القصد وعزم القلب عن فعل الشيء في الحال والمآل.⁵

¹ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، كلية الحقوق جامعة المنوفية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2004، ص 41.

² زين يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير تخصص قانون العقود المدنية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2012-2013، ص 31.

³ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص 2.

⁴ عهود أحمد حسين خليفات، "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 - الجزائر، العدد الأول، المجلد الخامس، سنة 2020، ص 577.

⁵ جنان عيسى، حسن النية في التعاقد دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر، 2016-2017، ص 18.

3- معنى حسن النية: هو أعمال مبادئ الصدق والأمانة والصراحة وعدم الغش والاحتيال، والنزاهة في التصرفات والإجراءات عموماً¹، وهناك من يعرفه أيضاً بأنه النية الخالية من الغدر والخداع أو القصد السيئ، فهي النية الصادقة الصريحة الحسنة المضادة لسوء النية والغش أو الرغبة في الإضرار بالغير، وهو مفهوم واسع يُعبّر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير.²

ثانياً: المعيار الشخصي والموضوعي لمبدأ حسن النية

لمبدأ حسن النية معيار شخصي (1) وآخر موضوعي (2).

1- المعيار الشخصي (الذاتي) لمبدأ حسن النية: هو اتجاه نية المتصرف وقصده إلى الالتزام بأحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته في تصرف جائز قانوناً³، فهو فكرة شخصية تتسم بطابع سلبي محض⁴، حيث يمكن تطبيقه في الالتزامات التي تعتمد في أساسها على المحاكمة العقلية للشخص الملتزم أو تقديره أو إدراكه أو فهمه الشخصي.⁵

ويقصد به أيضاً وضعية الشخص الذي لا ينوي الإضرار بالغير، أي انتقاء سوء النية عند المتفاوض، ولكي تتحقق حسن نيته، بحيث لا ينوي كسب منفعة غير مشروعة على حساب الغير، وتجنب الخطأ العمد والخطأ الجسيم، والغش والتدليس، والتعسف في استعمال الحق⁶، فهو يقتضي استقصاء نوايا المدين الخفية، والكشف عن دوافعه النفسية، ويتحقق هذا

¹ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 68.

² شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، "حسن النية في تنفيذ العقد - دراسة مقارنة"، المجلة العلمية لجامعة جيهان السليمانية، جامعة صلاح الدين اربيل - العراق، العدد 01، المجلد 05، حزيران 2021، ص 45.

³ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 293.

⁴ زيتوني فاطمة الزهراء، "بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد"، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، العدد الرابع، جوان 2016، ص 433.

⁵ عهود أحمد حسين خليفات، المرجع السابق، ص 581.

⁶ عبد المجيد قادري، "مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة الجزائر، العدد 02، المجلد 34، سنة 2020، ص 998.

المعيار بانتقاء نية الإضرار بالغير في التصرفات ونية التحايل على أحكام القانون¹، إذن هو حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف ما، أو في الاعتقاد الخاطئ أو المغلوطة الذي يتولد في ذهن شخص ما.²

2- المعيار الموضوعي (المادي) لمبدأ حسن النية: يقصد به إتيان التصرف متفقا مع أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته، فالقانون لا ينظر إلى صحة التصرفات أو عدم صحتها، بناء على ما يعتقده المرء فيها، وإنما أوجب لاعتبارها صحيحة أن تكون مقبولة في نظر القانون وقيم المجتمع³، فهو الذي لا ينظر فيه إلى شخص المسؤول، بل يرجع في تقدير المسؤولية إلى شخص عادي على درجة معقولة من اليقظة والتبصر⁴، وما يستلزم من المتصرف أن يكون يقظا حريصا في تصرفاته حتى لا تضر بالآخرين، وأن يكون أمينا مخلصا في إبرام تصرفاته وفي تنفيذها.⁵

الفرع الثاني: التعريف المركب لمبدأ حسن النية

يقصد به التزام المتعاقد أو من يريد التعاقد، سواء في المرحلة السابقة على التعاقد أو في مرحلة التنفيذ، بالصدق والأمانة والنزاهة والشفافية، وأن يراعي المصالح الخاصة المبررة والمشروعة للطرف المقابل، وألا يتعسف في ممارسة حقوقه المترتبة عن العقد⁶، كما يُراد به انتقاء للخطأ العمدي والغش والتعسف في استعمال الحق بسوء نية وانتقاء الخطأ الجسيم⁷، أو هو التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بصورة تُبقي ممارسة الحق ضمن الغاية

¹ سماح جبار، "حسن النية في التفاوض على العقد"، مجلة دراسات لجامعة عمار ثلجي الأغواط-الجزائر - مجلة دولية محكمة، العدد 48، نوفمبر 2016، ص 240.

² زيتوني فاطمة الزهراء، "بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد"، المرجع السابق، ص 433.

³ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 305.

⁴ عهود أحمد حسين خليفات، المرجع السابق، ص 581.

⁵ سماح جبار، حسن النية في التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 241.

⁶ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة البليدة 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2015-2016، ص 57.

⁷ بوكولة كنزة وبوطرنخ فضة، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017-2018، ص 22.

المفيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها، والتزام كل من طرفي العقد بها، بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق حقه بأمانة.¹

المطلب الثاني: خصائص مبدأ حسن النية

يتسم مبدأ حسن النية بأنه التزام قانوني (الفرع الأول)، كما يتميز بأنه من النظام العام (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى أنه مفترض (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مبدأ حسن النية التزام قانوني

إنّ مبدأ حسن النية ذو أصول وأبعاد أخلاقية، لأنّه يستوجب مراعاة مصالح الطرف المقابل، ويُشجع على التعاون والثقة المتبادلة، والالتزام بالصدق والصراحة في التعامل، ولا يخفى بأنّ هذه الاعتبارات جميعها أخلاقية بالأساس.²

وعليه هو التزام يُفرض على كلا طرفي العلاقة التعاقدية، أي التزام متبادل³، حيث أنّ كلا منهما دائن بالالتزام ومدين في الوقت نفسه، ولا فرق بين مهني محترف أو مستهلك إلا في الدرجة، ولكن ما يقتضيه هذا المبدأ من التزامات، تختلف من طرف لآخر حسب حالته وموقعه والملابسات التي تحيط به⁴، فيتطلب التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاما ببذل عناية، وإلا يُعدّ الطرف الذي لم يتحقق حسن النية من جانبه مخلا به⁵، ومثال ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، فإن لم يتم نقل الملكية فلا يُعتبر البائع موفّيا بالتزامه، ولو كان قد بذل ما في وسعه في سبيل تحقيق ذلك⁶، على اعتبار أنّ غاية القانون هي تنظيم سلوك أفراد

¹ روزان طالب محمود السويطي، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، عمادة الدراسات العليا، جامعة القدس، القدس - فلسطين، 1439هـ-2018م، ص 7.

² شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، المرجع السابق، ص 48.

³ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 58.

⁴ بوكولو كنزة و بوطرنخ فضة، المرجع السابق، ص 25.

⁵ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 58.

⁶ بقّة عبد الحفيظ، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2014-2015، ص 14.

المجتمع¹، وهذا الالتزام لا يقتصر على مرحلة دون أخرى، بل يسود العقد من مرحلة تكوينه إلى مرحلة تنفيذه.²

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية من النظام العام

يرتبط مبدأ حسن النية بالنظام العام، لأنّ هذا الأخير هو تعبير بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع³، وبما أنّ مبدأ حسن النية من الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع، فإنّه يدخل ضمن فكرة النظام العام وبالتالي الاتفاق على مخالفته يقع باطلا.⁴

وهذا ما اتجه إليه المشرع الجزائري في نص المادة 01/107 من ق م ج التي تنص على أنه: « يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية »⁵، والملاحظ من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري اقتصر تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، بالمقابل نجد أنّ المشرع الفرنسي بعد التعديل الذي عرفه القانون المدني الفرنسي، تمّ التطرق صراحة لمبدأ حسن النية من خلال نص المادة 1104 من ق م ف وهي مادة تمّ استحداثها بمقتضى الأمر رقم 131-2016 الصادر في 10 فيفري 2016⁶، والتي تنص على ما يلي: « يجب أن يتم

¹ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، الطبعة السادسة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 20.

² بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 58.

³ علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، دون سنة نشر، ص 141 و 142.

⁴ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 59.

⁵ القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدّل والمتّم، ج ر العدد 44، بتاريخ 26 يونيو 2005.

⁶ محمد حميداني، "مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي"، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة -الجزائر، العدد 26، جوان 2019، ص 305.

العقد في تفاوضه وتكوينه وتنفيذه بحسن نية¹»، وهو ما يبيّن تبني مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد.

الفرع الثالث: مبدأ حسن النية مفترض

يعتبر إثبات حسن النية في التصرفات القانونية من الأمور الهامة، فلا يمكن للقاضي توقيع جزاء عن الإخلال بمبدأ حسن النية، إلا إذا أثبت له نوع الإخلال بهذا المبدأ، ولما كان الأصل في الإنسان حسن النية، فهذا هو الثابت أصلاً، ومن يدعي خلاف ذلك عليه أن يقيم الدليل.²

وبما أنّ النية من الأمور الخفية المستترة التي تحتاج دائماً إلى أمر ظاهري يدل عليها، وهذا الأمر الظاهر يكون في التعبير عنها، الذي يتم باللفظ وبالكتابة وبالإشارة وبالفعل، كما يكون بالقرينة التي تدل عليها الظروف والملابسات المحيطة بالتصرف³، ولذلك ذهب شراح القانون المدني إلى القول بأنّه يجوز إثبات سوء النية بكافة طرق الإثبات، لأنّ سوء النية واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً.⁴

فالوقائع المادية هي الأعمال التي يأتيها الإنسان إما دون قصد ترتيب آثار قانونية عنها، كحالة ارتكاب شخص لفعل ضار كأن يصادم الغير بسيارته، وإما مع قصد ترتيب آثار قانونية كقيام الشخص بوضع يده على شيء مملوك لغيره⁵، لأنّ الأصل في الإنسان حسن النية، ولأنّ الإنسان يولد جاهلاً بكل شيء، فالأصل فيه إذن عدم العلم بظروف معينة من شأن العلم بها

¹ Article 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public », ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, en vigueur depuis le 01 octobre 2016.

² بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 60.

³ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 256.

⁴ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 61.

⁵ ذبيح ميلود، محاضرات في مقياس طرق الإثبات والتنفيذ في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019-2020، ص 4 و 5.

أن يصبح سيء النية، ولعل أهم وسيلة لإثبات سوء النية هي القرينة، ولذلك فإن قرينة حسن النية مفترضة بقوة القانون.¹

والأصل في القرائن أنّ دلالتها غير قاطعة، أي أنّها قابلة لإثبات عكسها، لأنّها ترد في صيغة عامة²، وعلى ذلك وضع المشرع قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس في المادة 3/824 ق م ج³، وإن كان هذا النص ورد في سياق الكلام عن الحيازة، إلا أنّها وردت عامة، مما يدل على أنّ المشرع قد أراد بذلك أن يضع قاعدة عامة.⁴

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحسن النية وتمييزه عن بقية الأنظمة القانونية المشابهة

إنّ الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية تختلف باختلاف دوره في مجال العقود، لهذا سنحاول دراسة الطبيعة القانونية لحسن النية في المطلب الأول، ثم نقوم بتمييزه عمّا يشابهه من أنظمة قانونية أخرى في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لحسن النية

اختلف الفقه حول التكييف القانوني لحسن النية، فهناك جانب منه اعتبره قاعدة قانونية (الفرع الأول)، وهناك من أرجعه إلى التزام قانوني (الفرع الثاني)، وهناك رأي آخر يقول بأنّه معيار قانوني (الفرع الثالث)، وجانب آخر تبنى حسن النية على أنّه مبدأ قانوني (الفرع الرابع).

الفرع الأول: حسن النية قاعدة قانونية

حسب غالبية فقهاء القانون، فحسن النية في العقود رغم أنّه ذو طبيعة أخلاقية إلا أنّ ذلك لا يحول دون أن يكون قاعدة قانونية تامة الشروط وكاملة الخصائص في النظام الوضعي⁵،

¹ ابن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 61.

² ذبيح ميلود، المرجع السابق، ص 22.

³ تنص المادة 3/824 ق م ج على: « ويفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل على العكس ».

⁴ ابن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 61.

⁵ عبد المجيد قادري، المرجع السابق، ص 1001.

فالقاعدة القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، لا تهتم أساساً إلا بالسلوك الخارجي للشخص¹، فهي قاعدة تقويمية، بمعنى أنّ غرضها ليس كشف الواقع أي السلوك الموجود في المجتمع، وإنّما تحديد الواقع الذي ينبغي أن يكون، أي السلوك الواجب اتباعه.² وحسن النية باعتباره قاعدة قانونية يتعدّى كونه مجرد حالة ذهنية لدى الطرف المتعاقد، حيث يفرض عليه اتباع سلوك معين يتمثل باتخاذ مواقف إيجابية أو سلبية، فالنظام القانوني يفرض احترام القاعدة القانونية، والإلزامية التي تتمتع بها هذه الأخيرة تفرض إحلال الجزاء أحياناً في حالة الإخلال بها، وعنصر الجزاء هو ما يميز حسن النية باعتباره قاعدة قانونية.³

الفرع الثاني: حسن النية التزام قانوني

إنّ حسن النية لا يتطلب فقط السلوك، بل قد يتطلب الامتناع عن سلوك، لأنّ الالتزام قد يكون عمل أو امتناع عن عمل⁴، فالالتزام هو رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين يسمى المدين بالقيام بأداء مالي ابتغاء تحقيق مصلحة مالية أو غير مالية لشخص آخر معين أو قابل للتعيين مستقبلاً، فيكون له عند عدم تنفيذ المدين للالتزام سلطة إجباره على ذلك التنفيذ.⁵

والالتزام بحسن النية التزام عام يغطي العملية التعاقدية بأكملها، فهو لا يقتصر على حياة العقد فحسب، وإنّما يفرض حتى ولو لم يولد العقد بعد، لذلك يجب على الأطراف المتعاقدة الالتزام به سواء في مرحلة التفاوض على العقد أو إبرامه، وحتى في تنفيذه، فمن غير المنطقي فرضه في مرحلة معينة والتخلي عنه في المراحل الأخرى من العقد⁶، وبالتالي هذا الالتزام

¹ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 22.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 41.

³ لجنج مباركة، مبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، جامعة سعد دحلب بالبلدية، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2012، ص 18.

⁴ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 49.

⁵ بقة عبد الحفيظ، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزام -، المرجع السابق، ص 08.

⁶ لجنج مباركة، المرجع السابق، ص 17.

القانوني هو التزام بالمعنى الضيق، وليس مجرد عام، فهو التزام حقيقي له دائن ومدين ومحل وسبب.¹

كما أنه يقابله حق شخصي من الجانب الآخر، وله عنصران الأول مادي يتمثل بمراعاة مقتضيات حسن النية التي تراعي المصالح الخاصة المبررة المشروعة للطرف المقابل، والثاني نفسي المتمثل في توجيه الإرادة إلى مراعاة المصالح الخاصة المبررة للطرف المقابل، وبالتالي يستوجب توافر الإدراك والتمييز²، لذلك يعد حسن النية في إبرام العقود والتفاوض عليها التزام قانوني مفروض على من يباشر العقد، سواء كان نائباً أم أصيلاً، وفي تنفيذ العقد على المتعاقدين.³

الفرع الثالث: حسن النية معيار قانوني

المقصود بالمعيار هو الضابط أو الأداة لقياس ومقارنة تصرف أو فكر أو واقعة معينة، وفقاً لنموذج أو وقائع أو أخلاق أو معطيات أو مفاهيم اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو دينية سائدة في مكان وزمان محددين⁴، أما المقصود بالمعيار القانوني فهو الوسيلة التحضيرية للتنظيم القانوني، تتيح للقاضي معرفة وتنظيم كل المعطيات الخاصة بالمسألة المطلوب حلها، ووضعها بثقة وتأکید⁵، ويقوم هذا المعيار على فرضية تشريعية يتعين على المتعامل مراعاتها، حتى إذا أصاب حكم القانون كان حسن النية، وإذا لم يصبه كان سيئ النية، بصرف النظر عن حقيقة الواقع، وما إذا كان المتعامل يجهل وجود القاعدة القانونية التي تخاطب تصرفه أو كان يعلمها.⁶

¹ شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، المرجع السابق، ص 58.

² عبد المجيد قادري، المرجع السابق، ص 1000 و 1001.

³ سماح جبار، حسن النية في التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 241.

⁴ عهود أحمد حسين خليفات، المرجع السابق، ص 581.

⁵ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 32.

⁶ روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 15.

فحسن النية كمعيار قانوني هو معيار متغير بتغير الزمان والمكان، فأحيانا يأخذ شكل الأوضاع المستقرة كالعرف ومجريات التعامل، وأحيانا أخرى شكل الأوضاع المستجدة كالظروف الطارئة، فالمعيار القانوني يتغير مثلما تتغير المعايير الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وبالتالي يكون عاملا من عوامل ملاءمة القانون بالواقع¹، بمعنى آخر فإن ظروف كل منازعة قضائية هي التي تحكم على الشخص بأنه سيء أو حسن النية في ضوء ما يستبين للقاضي من وقائع تقطع بالدليل الواضح بأنه كذلك.²

وعليه فمجرد القصد لا يكفي لتحديد معنى حسن النية القانوني، فلا يعبأ المشرع في تقرير الحسن أو السوء بالجهل أو العلم، كما لا يعبأ في تقريرهما بموافقة أو مخالفة مقتضيات حسن النية، إذا ما هو رَبطَ الوصف بثبوت تلك الظروف التي يراها قاطعة في الدلالة عليه أو بعدم ثبوتها.³

ومنه إذا سلّمنا بأن حسن النية معيار قانوني سيطرح لنا إشكالية صعوبة تحديد حسن النية، وفي هذا الشأن يرى الأستاذ مصطفى العوجي أنه إذا اعتبرنا حسن النية مجرد معيار فهو مجرد واقع متروك تقديره للقاضي تصبح الإحاطة بحسن النية صعبة، لأنّ هذا الواقع متغير مع ظرف كل قضية، وعليه لا يصلح كمستند تقوم عليه نظرية إلزامية العقد.⁴

الفرع الرابع: حسن النية مبدأ قانوني

لم يُجمع الفقهاء على طبيعة هذا المبدأ القانوني العام، فقد اعتبر البعض أنه لا يعدو أن يكون مبدأ إنصاف يعلو على التشريعات الوضعية الجاري بها العمل⁵، إلا أنّ الكثير من الفقهاء يعتبرون أنّ حسن النية مبدأ قانوني عام، ويذكرون بأنّ جدوى هذا الموقف هو جمع كل الحلول المتعلقة بفكرة عامة واحدة سواء كانت هذه الحلول قانونية أو من استنتاج القضاء،

¹ ابن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 35.

² شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، المرجع السابق، ص 58.

³ روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 16 و 17.

⁴ ابن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 35.

⁵ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 93.

وكذلك اعتماد حسن النية كمبدأ لتجاوز الصيغة الواردة في المادة 107 من ق م ج¹، الذي تقضي بوجوب تنفيذ العقد بحسن نية، ولهذا المبدأ عدة تطبيقات سواء في نصوص القانون المدني أو النصوص الخاصة، ولقد رتب المشرع جزاء على الإخلال بهذا المبدأ، وذلك حرصاً منه على أن يلتزم المتعاقدان بحسن النية في تنفيذ عقودهم، كما ألزم القاضي بحل خلافات المتعاقدين على ضوء ما تُمليه القوة الملزمة للعقد وحسن النية.²

وبما أنّ حسن النية في مجال التعامل هو مبدأ قانوني، فهو يتميز بصفات المبادئ القانونية كالمرونة وعدم التحديد، والانطباق على فروض وحالات عدة، مما يفسح المجال أمام القاضي للاجتهاد فيها، وإيجاد الحلول القانونية الواقعية للوقائع المعروضة أمامه، هذه الأخيرة التي يصعب حصرها وعدّها، لأنّها متباينة الجوانب، متشعبة النواحي، متجددة المظاهر.³

ومثال ذلك الحكم الصادر في قضية (Norsolor) سنة 1979 عن غرفة التجارة الدولية، والذي كان فيه أحد أعضاء لجنة المحكمين الأستاذ جاك غستان، حيث أنّ العقد محل النزاع هو عقد وكالة بين شركة فرنسية (Norsolor) وشركة تركية (Paalk)، لم يتضمن القانون الواجب التطبيق على العقد، فانتهى المحكم بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق إلى تطبيق مبدأ حسن النية باعتباره من المبادئ الهامة لقانون التجار.⁴

المطلب الثاني: تمييز مبدأ حسن النية عن بقية الأنظمة القانونية المشابهة

نظراً لما يتميز به مبدأ حسن النية، هناك بعض الأنظمة القانونية المشابهة له، قد يصعب التفرقة بينهم، ولهذا سنميزه عن نظرية الأوضاع الظاهرة (الفرع الأول)، وكذا في نطاق نظرية الحياة (الفرع الثاني)، ثم بعد ذلك نتطرق لتمييزه عن الصورية (الفرع الثالث)، والدعوى البولصية (الفرع الرابع)، وأخيراً عن نظرية التعسف في استعمال الحق (الفرع الخامس).

¹ عبد المجيد قادري، المرجع السابق، ص 1002.

تنص المادة 107 ق م ج على أنه: « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية ».

² بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 37.

³ بن يوب هدي، المرجع السابق، ص 53 و 54.

⁴ نقلاً عن بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 38.

الفرع الأول: تمييز مبدأ حسن النية في العقود عن حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة

المقصود بنظرية الأوضاع الظاهرة هي وضع مخالف للحقيقة القانونية، قد تنشأ نتيجة أفعال وتصرفات محسوسة، مقترنة بعوامل محيطية من شأنها أن تُوقّع الغير في التعامل مع هذا الوضع الظاهري، كما لو كان وضعاً حقيقياً يُقرّه ويحميه القانون¹، ووُصفت بأنها نظرية احتياطية، لا تلجأ إليها المحاكم إلا في الحالات الاستثنائية الخاصة، حيث لا تسعفها أية وسيلة قانونية أخرى لإشباع الحاجة إلى الأمان في المعاملات القانونية وتشجيعها، وبالتالي نظرية الظاهر تلجأ إليها المحاكم عندما لا تجد أساساً قانونياً آخر لما تتبعه من حلول.²

فالوضع الظاهر بمفهوم مبدأ حسن النية يُؤلّد لدى الغير اعتقاداً شائعاً بقانونية مركز صاحبه، بسبب الظروف والمؤثرات الخارجية المحيطة به، فيُقدّم الغير على التعاقد مع هذا الشخص بحسن نية واضعاً ثقته بهذا الوضع الظاهر.³

ويظهر جلياً من خلال تعريفنا، وجود تنازع بين مركزين متناقضين، المركز القانوني من جانب، والمتمثل في المركز الذي يقوم وفقاً لحدود القانون وفي حمايته، والمركز الفعلي أو الواقعي من جانب آخر، الذي يخالف الحقيقة ولا يستند إلى القانون، بل يحوز على صفة يمنحها القانون⁴، ونجد مثال ذلك في الوكالة الظاهرة التي تستشف من المادة 76 ق م ج التي تنص على أنّه: «إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهولان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإنّ أثر العقد الذي يبرمه، حقاً كان أو التزاماً، يُضاف إلى الأصل أو خلفائه»⁵، والظاهر من هذا

¹ عبد الله سلايم وكهينة يوسف، "أثر نظرية الوضع الظاهر على مبدأ نسبية العقود وتطبيقاتها في القانون المدني"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 01، المجلد 12، 2021، ص 191.

² بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 55.

³ عبد الله سلايم وكهينة يوسف، المرجع السابق، ص 191.

⁴ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2016-2017، ص 46.

⁵ القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقاً.

النص أنَّ المشرع يُضفي حمايته على الغير حسن النية الذي أجرى تصرفاً مع النائب رغم انقضاء نيابته، وذلك بإعمال أثر الوكالة في مواجهة الموكل رغم انقضائها.¹

إذن حسن النية في تكوين العقد التزام يقع على عاتق كل طرف في العقد اتجاه الطرف المقابل، بينما حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة مجرد حالة ذهنية في نفس الغير، أدت به إلى اتخاذ قرار ما كان ليتخذه لو علم بالحقيقة، وهو يعدّ شرطاً لتطبيق النظرية وتقرير الحماية للغير الذي يتعامل مع صاحب الظاهر.²

الفرع الثاني: تمييز مبدأ حسن النية في العقود عن حسن النية في نطاق نظرية الحيابة

يُقصد بالحيابة السيطرة الفعلية لشخص على شيء، أو استعماله لحق عيني والظهور بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني عليه³، وقد ذكرت المادة 01/824 من ق م ج حسن النية في الحيابة بقولها: « يُفرض حسن النية لمن يحوز حقاً وهو يجهل أنّه يتعدّى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم⁴ ».

فحسن النية في العقود يختلف عن حسن النية في نظرية الحيابة، ففي الحالة الأولى حسن النية يتعلق بالحيابة وغير متعلق بالتصرف القانوني، أما في الحالة الثانية حسن النية يتعلق بتصرف قانوني وهو العقد وغير متعلق بالحيابة⁵، وعليه فإنّ معنى حسن النية في العقود يختلف عن حسن النية في الحيابة في عدة نقاط نذكر أهمها:

- من خلال المادة 01/824 ق م ج وما بعدها نجد أنّ حسن النية يتعلق بالحيابة لا بإبرام العقود والتصرفات⁶؛

¹ عبد الله سلايم وكهينة يوسف، المرجع السابق، ص 196.

² بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 47.

³ بكوش خميسي، دروس في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (مبادئ النظام القضائي، نظرية الدعوى، نظرية الاختصاص)، الجزء الأول، مقياس الملتقى لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019-2020، ص 18.

⁴ القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقاً.

⁵ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 56.

⁶ انظر المادة 01/824 من القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقاً.

- إضافة إلى أنَّ حسن النية في نظرية الحيازة هو عدم العلم بواقعة معينة، وهذا يعني أنَّه هنا حالة سلبية ونفسية وليست قاعدة سلوك مفروضة بالقوة من قبل المجتمع، وبالتالي يختلف عن حسن النية في إبرام العقود الذي هو قاعدة سلوك اجتماعية يتمثل في مراعاة مصالح الطرف المقابل والتصرف معه بنزاهة ومعقولية¹؛

- محل حسن النية في الحيازة هو الجهل بالاعتداء على حق الغير مما يجعله يستفيد من الحماية القانونية، أما حسن النية في تكوين العقد تعود بالفائدة على الطرف المقابل ومحلها الالتزام بمراعاة النزاهة والمصالح المبررة للطرف المقابل، دون إهمال توجيه الإرادة إلى تحقيق الغرض المباشر للعقد.²

وخلاصة القول أنَّ حسن النية في العقود وحسن النية في نظرية الحيازة، رغم أنهما ذات تسمية واحدة إلا أنهما أمران مختلفان، من حيث معنى حسن النية ومحتواه ووظيفته، وغرض المشرع في إقراره، ومن حيث من يتوجه إليه بآثاره.³

الفرع الثالث: تمييز مبدأ حسن النية في العقود عن الصورية

يلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه لسبب قام عندهما، ومن هنا وُجد العقد الظاهر وهو العقد الصوري، والعقد المستتر وهو العقد الحقيقي⁴، وهذا ما نصت عليه المادة 199 من ق م ج على أنه: « إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي⁵ ».

¹ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 57.

² بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 51.

³ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 57.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات (آثار الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1968، ص 1073.

⁵ القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقا.

فالصورية إذن هي إظهار موقف ظاهر وغير حقيقي لستر موقف خفي وحقيقي¹، حيث يلجأ المدين إلى القيام بتصرف لا وجود له في الحقيقة أو مخالف لها، كل هذا بهدف إبعاد أمواله محل هذا التصرف من الضمان العام لدائنيه، أي إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر قانوني كاذب.²

ولتبيان علاقة حسن النية بالصورية ومدى اختلافها عن حسن النية في تكوين العقد، سندرس أنواع الصورية من حيث غرضها ومداها.

أولاً: الصورية من حيث غرضها: تنقسم إلى نوعين

1- الصورية التي يقصد منها الإضرار بالدائنين: يلجأ فيها المدين إلى إبرام تصرف صوري لإظهار أن مالا قد خرج من ملكه ليصبح بعيدا عن متناول الدائنين، دون أن يقصد بيعه فعلا، فيحتفظ بورقة يطلق عليها عادة ورقة الضد يثبت فيها حقيقة العلاقة بينه وبين المتصرف إليه، وهي أن ملكيته للعقار مازالت قائمة³، وقد يظهر في هذا النوع من الصورية بأن المتعاقد سيء النية في تكوينه للعقد الصوري، إذ أنه أراد الإضرار بدائنيه لكن الحقيقة أن سوء النية متجه للإضرار بمصالح الغير حسني النية، وهنا يتجلى الاختلاف بين حسن النية في تكوين العقد المقرر لتلافي سوء النية الموجه من المتعاقد إلى الطرف المقابل في العقد، بينما حسن النية المراد حمايته في الصورية هو الغير⁴، وهذا ما قضت به المادة 198 من ق م ج بقولها: «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري»⁵.

¹ بقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016-2017، ص 54.

² مقدم ياسين، محاضرات في مقياس القانون المدني (أحكام الالتزام)، الجزء الأول -آثار الالتزام-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019-2020، ص 29.

³ بقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 54.

⁴ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 52.

⁵ القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقا.

2- الصورية التي يقصد بها التحايل على القانون: وهي الصورية التي يلجأ إليها من يريد استبعاد تطبيق قاعدة قانونية تطبيقاً سليماً¹، كأن يُذكر في عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقي أو أكثر منه تخفيفاً من رسوم التسجيل في الحالة الأولى، ومنعاً من أخذ البيع بالشفعة في الحالة الثانية²، وهذا النوع من الصورية لا علاقة له بحسن النية في تكوين العقد، لأن الغرض منه هو التحايل على القانون، وليس التحايل أو الإضرار بالطرف المقابل ومصلحته، ما يجعلها تختلف عن حسن النية في تكوين العقد.³

ثانياً: الصورية من حيث مداها: تنقسم إلى نوعين

1- الصورية المطلقة: وهي التي تتناول وجود العقد ذاته، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أنّ العقد الظاهر إنّما هو عقد صوري لا وجود له⁴، ومثال الصورية المطلقة أنّ المدين المهدد بالحجز على أمواله يقوم ببيعها لأحد أقاربه، ويتفقاً على أنّ البيع هو صوري محض، وأنّ هذه الأموال مازالت في ملكه⁵، كما قد يكون هدفها هو إيهام شخص معين بالشراء من لجأ إليها حتى يقبل إبرام عقد لاحق معه، وهذا النوع من الصورية قد يشكل إخلالاً بحسن النية في مواجهة من سيقوم بإبرام هذا العقد اللاحق مع من لجأ للصورية لهذا الغرض.⁶

2- الصورية النسبية: ويقصد بها إخفاء المتعاقدين لجزء من الحقيقة في العقد الصوري الظاهر، سواء كان هذا بإخفاء طبيعة العقد بينهما (تسمى الصورية بطريقة التستر)، ومثالها إخفاء هبة في عقد بيع أو العكس⁷، أو إخفاء شرط من شروط العقد (الصورية بطريقة

¹ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 52.

² عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، 2015، ص 122.

³ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 52.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 2، المرجع السابق، ص 1074.

⁵ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى الجزائر، 2019، ص 160.

⁶ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 53.

⁷ مقدم ياسين، المرجع السابق، ص 30.

(المضادة)، مثل التصريح بثمن كبير في العقد لأجل حرمان الشفيع¹، أو إخفاء أحد أطراف التصرف (الصورية بطريقة التسخير) وهذه الأخيرة نصت عليها المادة 402 ق م ج²، وهذا النوع من الصورية يهدف إما إلى التحايل على القانون، أو الإضرار بالدائنين، أو إخفاء البواعث غير المشروعة، وهي لا تعد من تطبيقات حسن النية في تكوين العقد، لأن غرضها لا يمس بالطرف المقابل المتعاقد معه والذي يكون هنا متواطئ مع المتعاقد في جميع أنواع الصورية.³

وعليه يمكن القول بأنه ليس هناك علاقة بين الصورية وحسن النية في العقود، رغم أنهما يتفقان من حيث الطبيعة، إلا أن الصورية تختلف عن حسن النية في العقود، من حيث أن الأولى تهدف إلى حماية مصالح الغير حسن النية، بينما الثانية تهدف إلى حماية مصالح الطرف المقابل في العقد.⁴

الفرع الرابع: تمييز مبدأ حسن النية في العقود عن حسن النية في الدعوى البولصية

يرجع اسم الدعوى البولصية إلى أحد رجال القانون الروماني (بولص)، الذي يُقال أنه هو الذي ابتدعها، ويُطلق على هذه الدعوى أيضا اسم دعوى عدم نفاذ التصرفات، لأن الهدف منها هو عدم نفاذ التصرف الذي قام به المدين في مواجهة دائنه إذا توافرت شروط معينة⁵، وقد نصت المادة 191 ق م ج على أن: « لكل دائن حلّ دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره... »⁶، ومادام الدائن لم يحصل على ضمان خاص لحقه، فهو متروك للضمان العام، لكن إذا لم يكن المدين حسن النية، وكان

¹ مسعود رويصات، محاضرات في القانون المدني - أحكام الالتزام - الوسائل التي تكفل للدائن تنفيذ الالتزام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019-2020، ص 6.

² انظر المادة 402 من القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقا.

³ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 53.

⁴ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 58.

⁵ سمير عبد السيد تناعو، أحكام الالتزام والإثبات، الطبعة الأولى، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 267.

⁶ القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقا.

القصد من تصرفه الإضرار بالدائن بإنقاص الضمان العام، جاز للدائن أن يطعن في هذا التصرف حتى لا ينصرف إليه أثره بالدعوى البوليصية.¹

والحكمة من هذه الدعوى مزدوجة، فهي تهدف إلى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين، كما أنّها تهدف في الوقت نفسه إلى حماية الدائنين من غش المدين المُعسر، كأن يبيع هذا الأخير أمواله الظاهرة ويخفي ثمنها، وقد يُحابي بعض ذوي قُرباه وأصدقائه فيبيعهم ماله بثمان بخرس أو يهبهم إِيّاه، وقد يقدّم دائنا على غيره ليكون بمنجى من قسمة الغرماء فيسدّد حقه كاملاً.²

وعليه إن الدعوى البوليصية تعمل على حماية الدائنين وهم من الأغيار، من خلال المحافظة على الضمان العام من سوء نية المدين والمتعاقد معه اللذان أرادا الإضرار بهم كدائنين، ومن ثمة فالطرف المراد حمايته من الدعوى البوليصية هو الغير حسن النية (أي الدائنين)، أما حسن النية في تكوين العقد فهو مقرر لحماية كل طرف في العقد إزاء سوء نية الطرف الآخر.³

الفرع الخامس: تمييز مبدأ حسن النية في العقود عن نظرية التعسف في استعمال الحق

كان للقضاء ثم الفقه في فرنسا الفضل في إحياء مبدأ تحريم التعسف في استعمال الحق، فَصُوِّغَ المبدأ في نظرية عامة وشاملة، ما لبثت أن استقرت وأصبحت من أمهات النظريات القانونية⁴، إذ ليس للشخص أن يستعمل حقه بكيفية مطلقة، فيجب أن يستعمله في نطاق

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 2، المرجع السابق، ص 996.

² عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص 100 و 101.

³ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 55.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان -، د س ن، ص 836 و 837.

وحدود القانون وفقا للقيود الواردة عليه¹، حيث نصت المادة 124 مكرر ق م ج « يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير؛
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة»².

فالتعسف في استعمال الحق تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، فالحق لم يعد يعتبر سلطة مطلقة، بل عبارة عن قيمة اجتماعية، وجب أن تكون هناك رقابة على استعماله، فإذا تعسف صاحب الحق في استعماله، وجب إصلاح الضرر الناجم عن هذا الاستعمال³، ومن المتفق عليه أنه إذا خرج الإنسان عن حدود حقه، أو انحرف في استعمال رخصة من الرخص التي أعطاها له القانون، فإنه يكون قد أخطأ في تصرفه، إما خروجاً عن حدود حق من الحقوق، أو انحرافاً في استعمال رخصة من الرخص⁴.

ويرى جانب من الفقه أنه لا يشكل التعسف تجاوزاً في حدود الحق، لأنه يستند بطبيعته إلى قانون يقرّه، بينما التعسف ما هو إلا ممارسة حرية بشكل يجاوز حدودها على أساس قواعد قانونية خاصة تحد من هذه الحرية، بهدف حماية المصلحة العامة والخاصة، فالتعسف إذن ما هو إلا تعسف في ممارسة سلطة واقع، وهو مستقل عن مبدأ حسن النية الذي يستند إلى نصوص خاصة تقرّه⁵.

¹ بلال سليمة، محاضرات في مدخل العلوم القانونية-نظرية القانون ونظرية الحق-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة علي لونيسي البلدية 2، قسم القانون الخاص، 2020-2021، ص 117.

² القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقاً.

³ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، 2009، ص 207.

⁴ سمير عبد السيد تناعو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 241.

⁵ سعدون يسين، "البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة مولود معمري تيزي وزو - الجزائر -، العدد 01، المجلد 05، سنة 2019، ص 96.

فحسن النية هو معيار لتوافر حالة استعمال الحق الاستعمال المشروع، مما ينبغي الإخلال به يؤدي إلى قيام حالة التعسف، أي أنّ عدم التعسف في استعمال الحق يقع ضمن مقتضيات حسن النية، ولكن ما يلاحظ أنّ حسن النية في إبرام العقود قيد يرد على حرية التعاقد، بينما نظرية عدم التعسف في استعمال الحق قيد يرد على الحق.¹

إنّ نظرية التعسف في استعمال الحق قد تعد من مقتضيات حسن النية في تكوين العقد في بعض الحالات، مثل حالة التعسف في قطع المفاوضات وحالة التعسف في رفض التعاقد، لكنّها لا تشمل كل مقتضيات حسن النية في تكوين العقد، فهما يلتقيان في بعض المقتضيات ويفترقان في أخرى.²

فوجود حسن النية في إبرام العقود كمبدأ مستقل ومعتز به، يغنينا عن اللجوء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق لحسم القضايا العالقة، لكنّه مفيد بالنسبة للبلدان التي لا تقرّ صراحة بالالتزام حسن النية في إبرام العقود، وتستعين بتلك النظرية في جبر الضرر الناشئ في مرحلة التفاوض، إذ أنّها تُطبق على الأقل جزء مما يقتضيه حسن النية في هذه المرحلة³، ويبقى مبدأ حسن النية أجدر وأشمل من نظرية التعسف في استعمال الحق فيما يخص تنظيم مرحلة تكوين العقد، فهو يشملها ويغطيها ضمن مقتضياته في هذه المرحلة.⁴

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، نجده قد صنّف التعسف في استعمال الحق في إطار الفعل المستحق للتعويض واعتبره خطأ تقصيرياً، في حين أنّه لم يقر بمبدأ حسن النية في إبرام العقد، لذلك يبقى مجال أعمالها في هذه المرحلة من العقد قائماً، واعتبار نظرية التعسف في استعمال الحق عنصراً من عناصر مبدأ حسن النية.⁵

¹ روزان محمود السويطي، المرجع السابق، ص 35.

² بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 58.

³ روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 35-36.

⁴ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 59.

⁵ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان -الجزائر، 2017-2018، ص 86 و 87.

الفصل الثاني:

مضمون مبدأ حسن

النية في إبرام العقود

الفصل الثاني: مضمون مبدأ حسن النية في إبرام العقود

تعتبر المرحلة السابقة للتعاقد مرحلة حساسة من تكوين العقد، والتي يحكمها مبدأ حرية التعاقد كأصل عام، كما لها أثر على العلاقة بين المتفاوضين التي تنشأ عنها مشاورات حول مضمون العقد المزمع إبرامه، وهذا يعطي حرية أكبر لهم ويحثهم على إنجاح العقد المنشود، إلا أنّ هذه الحرية ليست مطلقة، إذ تحكمها التزامات تقع على عاتق كلا المتفاوضين يفرضها مبدأ حسن النية سواء أثناء المرحلة السابقة للتعاقد أم خلال مرحلة الانعقاد، لحماية المتفاوض حسن النية من جهة، والعقد من جهة أخرى، وهذا ما سنعالجه في هذا الفصل الذي تمّ تقسيمه إلى بحثين، تناولنا في المبحث الأول مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، أما المبحث الثاني سنتطرق فيه إلى مبدأ حسن النية في مرحلة التعاقد.

المبحث الأول: مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد

من خلال هذا المبحث سيتم التطرق إلى مضمون مرحلة التفاوض في المطلب الأول، ثم نتحدّث عن أهم الالتزامات التي تقتضيها هذه المرحلة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مضمون مرحلة التفاوض

لتحديد مضمون مرحلة التفاوض يجب إعطاء تعريف لها (الفرع الأول)، وذكر خصائصها (الفرع الثاني)، ومعرفة أهميتها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف مرحلة التفاوض

تتميز مرحلة التفاوض عن مرحلة إبرام العقد بعدم وجود النية القاطعة على الارتباط والإبرام، فإذا وجدت النية القاطعة كنّا أمام إيجاب بات وبداية مرحلة الإبرام، أما إذا ظلت النية غير قاطعة كان الطرفان في مرحلة تفاوض¹، فمن يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات، ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض

¹ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 362.

شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه، أو كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار¹، وعليه سنعرض عدة تعاريف مختلفة لمرحلة التفاوض على النحو الآتي:

التعريف الأول: يقصد بها المرحلة التي تسبق إبرام العقد، والتي تبدأ بعرض يقدمه أحد الطرفين للآخر طالبا الدخول معه في عقد بعد تبادل وجهات النظر والمشاورات والاقتراحات، والوصول إلى تفاهم كامل في جميع النقاط الأساسية التي سيقوم عليها التعاقد.²

التعريف الثاني: هناك جانب من الفقه الفرنسي عرّفها بتلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل أنّ هناك عروض وعروض مضادة.³

التعريف الثالث: هي المرحلة التي تسبق إبرام العقد، أين تتم عملية المناقشة وتبادل الأفكار والتشاور بين طرفين أو أكثر للوصول إلى الصيغة النهائية للعقد، والتي تكون مرضية لجميع الأطراف.⁴

التعريف الرابع: يقصد بها المرحلة التي يتبادل بها أشخاص العلاقة العقدية المستقبلية وجهات النظر، ويناقشون الاقتراحات التي يضعونها سوية رغبة منهم في الوصول إلى إبرام العقد.⁵

التعريف الخامس: عُرّفت أيضا بأنها المرحلة التي تتضمن عددا من العمليات التمهيدية والمباحثات، والمشاورات، والمسااعي وتبادل الآراء، للتوصل إلى اتفاق.⁶

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 206.

² عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 324.

³ حليس لخضر، مرحلة المفاوضات العقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية جامعة يحيى فارس -المدية، العدد الأول، جوان 2017، ص 171.

⁴ فطيمة زهرة عبد العزيز، "أساس المسؤولية المدنية المترتبة على المفاوضات قبل التعاقد"، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، العدد 01، المجلد 06، 2021، ص 27.

⁵ مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط -الأردن، 2013-2014، ص 11.

⁶ أحمد السيد البهي الشوبري، "التفاوض التعاقدي إطاره القانوني وأثره في الالتزام"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، العدد 04، الجزء 01، 2019، ص 1182.

الفرع الثاني: خصائص مرحلة التفاوض

تتسم مرحلة التفاوض بأنها تصرف إرادي (أولاً)، كما أنها تقوم على التعاون والأخذ والعطاء (ثانياً)، بالإضافة إلى أنها مرحلة تمهيدية (ثالثاً).

أولاً: مرحلة التفاوض تصرف إرادي

لا تحدث عملية التفاوض إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد ما، وتظل إرادة الطرفين حرة تماماً طيلة مرحلة المفاوضات، ولو جمعتهما عقد تفاوض، فكما كان لكل طرف الحرية في دخول المفاوضات تبقى له الحرية في الاستمرار فيها أو الانسحاب منها ولو في آخر لحظة، عملاً بمبدأ حرية العملية التفاوضية¹، إلا إذا اقترن الانسحاب من المفاوضات بخطأ صدر من أحد الطرفين.²

ثانياً: قيام مرحلة التفاوض على التعاون والأخذ والعطاء

تقوم المفاوضات من خلال تبادل المقترحات والعروض، ويقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه³، فقبول الأطراف الدخول في المفاوضات لا يعني تحقيق أحدهم لمكاسب على حساب استسلام وإذعان الطرف الآخر، بل كل طرف يقبل مناقشة شروطه وتعديلها، وذلك للوصول إلى اتفاق مشترك، فالمفاوضات تقوم على الحركة والفعل ورد الفعل إيجاباً وسلباً⁴، على اعتبار أن مبدأ حسن النية يقتضي أن يحرص كل طرف على إدراك اهتمامات وأهداف الطرف الآخر، وذلك بالتوصل إلى نتيجة نهائية ترضي جميع الأطراف.⁵

¹ مسلم الطاهر، الحماية القانونية لملتقي الفرشير في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص حقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس -الجزائر، 2019-2020، ص 17.

² بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة -الجزائر، 2016-2017، ص 13.

³ مسلم الطاهر، المرجع السابق، ص 17.

⁴ فطيمة زهرة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 27.

⁵ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 13.

ثالثا: التفاوض مرحلة تمهيدية

تعتبر خاصية أساسية تهدف إلى الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وإن كان التفاوض لا يلزم الطرفين فإنه يهدف في النهاية إلى إبرام العقد، بعدما قام الطرفان بالتمهيد له من خلال التوصل إلى اتفاقات مرحلية، تقود المفاوضات إلى بلورتها في اتفاق نهائي.¹

الفرع الثالث: أهمية مرحلة التفاوض

تعتبر هذه المرحلة من المراحل الهامة على مستقبل العقد المزمع إبرامه، بحيث يتعرف الطرفان ويتبادلان وجهات النظر حول جميع بنود التعاقد²، وذلك لما تحتوي عليه من التزامات وحقوق طرفي العقد، وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة، لا تزال تثير الكثير من الإشكالات، سواء منها ما تعلق بالإخلال بالالتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية المدنية التي تنشأ على الطرف المتسبب في حالة عدم بلوغ الغاية من المفاوضات³، فبفضل هذه المرحلة يتجنب الأطراف عيوب الرضا التي قد تطال إرادة أحدهم، وهو ما يمنع أحد المتعاقدين من طلب إبطال العقد لعب في إرادته، إذ أن تبادل الآراء ووجهات النظر يُجنّب الوقوع في مثل هذه العيوب.⁴

وتكمن أهمية هذه المرحلة أنها في الواقع فترة الإعداد للعقد، فكلما كان هذا الإعداد جيدا كلما جاء العقد محققا ومُلبيا لمصالح الطرفين، بما يحويه من شروط تحول دون نشوب أي نزاع بينهم ما أمكن⁵، خاصة من الناحية القانونية، فهي تلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد، كما أن حسن إدارة عملية المفاوضات أمر يحد مما قد يثور من منازعات في المستقبل.⁶

¹ مسلم الطاهر، المرجع السابق، ص 18.

² عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 324.

³ حليس لخضر، المرجع السابق، ص 167.

⁴ بن أحمد الحاج، "القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 02، جوان 2015، ص 16.

⁵ مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 15.

⁶ بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 16.

كما تتجلى أهمية التفاوض في تفسير العقد والوقوف على مقاصد الأطراف عند غموض عبارات العقد¹، فحسب نص المادة 02/111 ق م ج: «أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات»²، وهذا ما يبيّن دور التفاوض في عملية تفسير العقد، فإذا كانت عبارات العقد غير واضحة، فيمكن للقاضي في هذه الحالة الاسترشاد بالنية المشتركة، إذ يستطيع من خلالها الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولكن دون تجاوز عملية تفسير العقد إلى تعديله، تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة.³

والهدف الأساسي من المفاوضات هو التقريب بين وجهات نظر أطراف العلاقة التعاقدية المستقبلية التي تكون في الغالب متباينة، إذ يحرص كل طرف على حريته في عدم التعاقد، أو التعاقد بشروطه حتى لحظة الاتفاق النهائي⁴، وإذا كان الأصل في التفاوض هو حرية الأطراف في الدخول إليه من عدمه، وكذا الحرية التامة في استكمال مشوار التفاوض أو إنجائه دون الوصول إلى اتفاق، فإنّ مجرد الدخول في مفاوضات يوجّد وضعاً خاصاً بين الأطراف، يستحيل معه اعتبار أحدهما من الغير بالنسبة للطرف الآخر، إذ أنّ مجرد بدء المفاوضات يُلقي عليهما بالتزامات خاصة.⁵

كما للتفاوض دور في التجارة الدولية، إذ لم يعد ينحصر فقط في الحصول على المواد المنتجة أو البحث عن أسواق، وإنّما هو أوسع، حيث يمتد ليشمل الجوانب المالية والفنية

¹ أمال رابحي، التزامات المتفاوض وأثرها على قيام المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة -الجزائر، 2019-2020، ص 14.

² القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقاً.

³ بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 16.

⁴ مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 16.

⁵ بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 18.

والعلمية، كالمؤسسة في حالة احتياجها إلى مصادر التمويل، فإنّها تدخل في مفاوضات مع المصارف والبنوك العالمية، للحصول على الأموال لغرض تسديد التزامات تستحق الدفع.¹

هذا وتكتسب المفاوضات أهمية خاصة في عقود التجارة الالكترونية، لأنّ هذا النوع من التعاقد هو تعاقد عن بعد، فالمفاوضات من شأنها أن تحمي المستهلك من الاحتيال والأنشطة الوهمية، فمن خلالها يستطيع المشتري أن يدرس العرض المقدّم من موقع التاجر، ويطلب ما يريد من معلومات، حتى يتأكد من جدية ومشروعية العرض.²

ورغم أهمية التفاوض وما يقوم به من التحضير والإعداد للعقد، إلا أنّ القوانين المدنية الحديثة بما فيها القانون المدني الجزائري، لم ينظم مرحلة التفاوض واكتفى بالاهتمام بمرحلة إبرام العقد، وذلك نظرا للتصور التقليدي الذي كان سائدا في مجال العقود، حيث تسود فكرة الإبرام الفوري للعقد.³

وعليه إذا كانت المفاوضات جيدة ومثمرة كان المتعاقدان أمام مستقبل أفضل، ذلك أنّ عدم التعاقد أحيانا أفضل من إبرام عقد يفتح باب المنازعات والصراعات، فمفاوضات أفضل بكثير من تعاقد فاشل.⁴

والجدير بالذكر أنّ التفاوض لا يتعلّق بجميع أنواع العقود، فهناك عقود لا تستوجب مرحلة تفاوضٍ سابقة لإبرامها، حيث يتم من خلالها التلاقي الحيني بين الإيجاب والقبول، ويعبر عنها الفقهاء بالعقود التي تُبرم من أول نظرة، وأشهرها العقود المتداولة في الحياة اليومية، ومن أمثلتها شراء الخبز أو الجريدة.⁵

¹ أمال رابحي، المرجع السابق، ص 16 و 17.

² مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 15.

³ أمال رابحي، المرجع السابق، ص 17.

⁴ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 363.

⁵ بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع حقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة - الجزائر، 2006، ص 13.

المطلب الثاني: الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد

إنَّ مبدأ حسن النية يفرض على المتعاقدين عدة التزامات، سواء نجحت أو باءت بالفشل، بداية من مرحلة التفاوض وصولاً إلى مرحلة الانعقاد، نذكر أهمها من خلال ثلاثة فروع.

الفرع الأول: الالتزام بتقديم المعلومات والمحافظة على سريتها

لكي يكون المتعاقد على بينة بكافة ظروف العقد، يفرض مبدأ حسن النية على المتعاقد المقابل في مرحلة التفاوض التزام بتقديم المعلومات (أولاً)، كما يُوجب على المتفاوضين المحافظة على سرية هذه المعلومات سواء أبرم العقد أم لا (ثانياً).

أولاً: الالتزام بتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد

الالتزام بتقديم المعلومات التزم يقع على عاتق كل متعاقد لتقديم المعلومات المألوفة، التي تهم المتعاقد الآخر وفقاً لطبيعة العقد أو المعلومات التي يستفسر عنها، ليتخذ قراره بالقبول وهو على بينة بظروف العقد كافة¹، فهو التزم سابق على إبرام العقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للطرف الآخر عند تكوين العقد البيانات الكافية اللازمة لإيجاد رضا صحيح وكامل ومتنور، للعلم بكافة تفاصيل وجزيئات هذا العقد.²

ويفرض مبدأ حسن النية على أطراف المفاوضة التزاماً بالإفشاء بجميع البيانات المتعلقة بمحل المفاوضة، فيقع على حائز محل المفاوضة التزاماً بكشف جميع العيوب الخفية التي توجد في المحل المتفاوض عليه³، غير أنه لا يكفي على المدين للتخلص من هذا الالتزام أن يثبت عدم علمه بالبيانات المطلوبة، وإنما يجب أن يثبت أنه بذل العناية الكافية في الاستعلام عنها ولم يتمكن رغم ذلك من العلم بها.⁴

¹ رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات
الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت -الأردن، 2000، ص 30.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 96.

³ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 327.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 97.

ولا يقع الالتزام بالإفضاء بالبيانات والعيوب الخفية على عاتق مالك محل المفاوضة فحسب، بل يقع أيضا على المشتري، فقد يكون هذا الأخير أعلم بعيوب السلعة محل المفاوضة من مالكةا الأصلي، ولا يحق له شرعاً أن يشتريها وهو يعلم عيوبها، ثم يطلب بعد ذلك فسخ العقد للعيوب، وكل هدفه من ذلك تقويت الفرص على مالك المبيع في بيعها لشخص آخر.¹

كما أنّ هناك عقوداً تقليدية تتطلب الالتزام بتقديم المعلومات، والتي تسمى بعقود حسن النية كعقد التأمين، وهذا ما جعل أغلبية القوانين المدنية تنص على التزام المؤمن له بتقديم كل المعلومات التي تهم المؤمن والتي تؤثر في قبوله عقد التأمين.²

والجدير بالتنويه أنّه لا يُقصد بمبدأ حسن النية في هذا الخصوص معناه العادي المشار إليه في المادة 1/107 ق م ج سابقة الذكر، لأنّ تنفيذ العقود برمتها بحسن نية هو مبدأ عام يسري على كافة العقود ويحكم جميع الالتزامات، وإنّما المراد به في هذا الشأن هو حسن النية بالصدق والأمانة، بتقديم البيانات الحقيقية والصحيحة، وهي المعلومات التي ستلعب دوراً هاماً وجوهرياً لحظة إبرام العقد.³

ثانياً: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

الالتزام بالمحافظة على السرية من أهم الالتزامات التي يحرص عليها أطراف التفاوض، سواء أدّت المفاوضات إلى إبرام العقد النهائي أم لا، ولا يُقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري في طيّ الكتمان، بل السرية في المعلومات التي أتاحت المفاوضات للمفاوض الاطلاع عليها⁴، والمقصود بضمان السرية هو الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أو البيانات المتعلقة بموضوع العقد المراد إبرامه، وخاصة في عقود نقل التقنية

¹ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 330.

² رومان منير زيدان حداد، المرجع السابق، ص 31.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 99 و 100.

⁴ عبد الكريم أحمد علي المرتضى، "المفاوضات التمهيدية في العقود المدنية"، مجلة كلية العلوم الإدارية والإنسانية جامعة الرازي-اليمن، العدد الرابع، المجلد الأول، ديسمبر 2021، ص 14.

أو التكنولوجيا، وعقود الامتياز التجاري، والعقود الصناعية¹، أين يستلزم السير في المفاوضات، الكشف عن العديد من الأسرار، أو حجم التعاملات لدى الطرف الآخر، أو حتى المعلومات الشخصية المتعلقة بالذمة المالية.²

ومن الناحية المدنية لا يجوز أيضا إفشاء الأسرار التي تُشكّل وسيلة إثبات ما دام الشخص مؤتمنا عليها، وعلى هذا الأساس فإنّه لا يكفي للوفاء بهذا الالتزام أن يبذل المتفاوض كل ما في وسعه ليمتنع عن إفشاء المعلومات والأسرار التي تلقاها، وإنّما يتوجب عليه أن يمتنع بالفعل وإلا انعقدت مسؤوليته³، وهذا ما يبين أنّه التزام بتحقيق نتيجة.

ولا يشمل هذا الالتزام كل المعلومات المطروحة، بل يقتصر على نوعين فقط هما: المعلومات التي يُصَبَّغُ عليها طابع السرية، والمعلومات التي تكون طبيعتها غير قابلة للنشر، ويُقدّر قاضي الموضوع هذه المعلومات المُعلّنة، والتي يقتضي حسن النية أن تُحاط بالسرية، وذلك بحسب ظروف كل قضية⁴، كالمعلومات الشخصية التي يؤدي إفشاؤها إلى إيذاء شعور من ارتبطت به هذه المعلومات، أو الإضرار بمركزه المالي، أو تلك المعلومات التي يصبغ عليها صاحبها طابع السرية، كالمعلومات المتعلقة بالحالة الفنية لمؤسسته، أو المتعلقة بأسعار التكلفة وخطط الإنتاج المستقبلية⁵، والمعيار في ذلك هو الثقة المتبادلة التي قامت بين الطرفين بمناسبة العقد المزمع إبرامه، لأنّ الشخص لا يعلنها إلا لشخص آخر يثق بأنّه لن يستغلها ضده.⁶

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 75 و 76.

² جبار سماح، حسن النية في التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص 243.

³ شادلي عبد الناصر، مبدأ حسن النية في العقد طبقا لقواعد القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون اجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة د. طاهر مولاي سعيدة - الجزائر، 2015-2016، ص 16.

⁴ حليس لخضر، المرجع السابق، ص 171.

⁵ جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الساسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان - الجزائر، 2017-2018، ص 60.

⁶ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 121.

ولهذا الالتزام صلة وثيقة بالالتزام بالإعلام، فحيثما وُجد التزام بالإعلام، وجب عدم إفشاء تلك المعلومات أو استخدامها بطريقة مضرة بالمتعاقد الآخر، وبالتالي قد يجد المتعاقد نفسه تجاه مسؤوليتين، مسؤولية تجاه من تعاقد معه عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام، ومسؤولية قبل صاحب الأسرار الذي يحق له محاسبته عن إفشائها¹، وعليه فمضمون هذا الالتزام يتكون من شقين هامين وهما: أن يتمتع المتفاوض كلية عن إفشاء هذه السرية، أو نقلها إلى الغير، سواء أثناء التفاوض أو بعد فشلها، وأن يتمتع أيضا عن استغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها، وهو التزام لا يثقل كاهل المتفاوض فحسب، وإنما يثقل أيضا كاهل أعضاء فريق التفاوض باعتبارهم تابعين له²، فالمحامي مثلا للتوفيق بين واجبه في الحفاظ على أسرار موكله القدامى، وواجبه في إعلام عملائه الجدد، يقتضي القول بأن عليه أن يقوم بتحذير هؤلاء متى استطاع القيام بذلك دون إفشاء أسرار موكله³.

والجدير بالذكر أن التزام بالسرية ليس مطلقا، حيث يمكن أن يأذن صاحب السر بإفشائه، أو يصرح القانون في بعض الأحوال بوجوب الإفصاح عنه، كما في حالة ما إذا كان هذا الالتزام يشمل مسائل غير مشروعة أو يحقق هدف غير مشروع، كالتهرب الضريبي أو الاحتكارات المحظورة⁴، وأيضا في الحالات التي يشكل فيها الإفشاء عونا للقضاء في الكشف عن بعض الوقائع المتعلقة بجريمة مرتكبة، ولكن يقتصر الإفشاء هنا على السلطة العامة⁵.

فضمان السرية هو التزام يفرضه القانون في حالات معينة كالالتزام الذي يفرض على الموظفين العموميين، وعلى بعض المهن كالمحامين والأطباء بعدم إفشاء الأسرار والمعلومات المتعلقة بزبائنهم، لأنها تعتبر جريمة معاقب عليها، ويفرضه العقد من خلال تطبيق بند فيه يلزم

¹ بن يوب هدى، المرجع السابق ص 120.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 77.

³ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 120.

⁴ جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 62.

⁵ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 75.

المتعاقدين بضمان السرية، وهذا ما يحدث في عقود التفاوض¹، لذا وجب على المتفاوض الذي يتلقى هذه الأسرار بالمحافظة عليها، وعدم إفشائها للغير أو استغلالها لحسابه الخاص دون موافقة صاحبها، لذلك يجب أن تتم المفاوضات بشرف وأمانة وينعكس ذلك بالمحافظة على سرية المفاوضات.²

فالالتزام بالمحافظة على السرية يستند إلى واجبي الأمانة والثقة اللذان يفرضهما التزام حسن النية أثناء تكوين العقد³، حيث لا يجب على المتفاوض الذي وصلت إليه المعلومة سواء عن طريق صاحبها أو عن طريق استعلامه هو بأن يحتفظ بها لنفسه، فسواء أبرم العقد أو فشلت المفاوضات فيعتبر كأنه لم يتلق تلك المعلومات⁴، ولإشارة هنا إلى أنّ جانب من الفقه ومنهم الأستاذ حمدي بارود يرى أنّ الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التجارية والصناعية لا يقع على عاتق طالب المعلومات فقط، وإنّما يمتد ليشمل الحائز أيضا، فهو التزام متقابل في مرحلة التفاوض بالرغم من أنّ النصوص التشريعية لم تشر إلى ذلك، ويبرر رأيه هذا بأنّ هذا الالتزام يعد تابعا للالتزام بحسن النية ومتقرا عنه.⁵

كما أنّ الأصل حسب القواعد العامة لا يُلزم الأشخاص بالمحافظة على سرية المعلومات التي علموها⁶، فقد يتفق طرفا التفاوض على الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات التي تم تداولها والكشف عنها خلال المفاوضات، وذلك في اتفاق خاص مستقل أو بإدراج بند في عقد التفاوض، سواء في حالة نجاح المفاوضات أو فشلها، وقد يتفق على إخفائها لمدة زمنية يُتفق على مداها⁷، وعليه فإنّ المفاوضات العقدية قد تكون أنشئت استنادا إلى عقد تفاوضي، وقد ورد

¹ إدريش موش، مرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو-الجزائر-، 2014-2015، ص 49.

² بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 104 و 105.

³ جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 60 و 61.

⁴ إدريش موش، مرجع السابق، ص 50.

⁵ جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 60.

⁶ عبد المجيد قادري، المرجع السابق، ص 1011 و 1012.

⁷ جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 61.

في هذا العقد شرط يتعلق بسرية المعلومات المعطاة أثناء المفاوضات العقدية، مما يعني أنّ الالتزام بسرية المفاوضات يصبح التزامه عقدياً¹، أو من خلال نص ورد في العرض أو الإيجاب، أو في الدعوة إلى التعاقد، أو في خطاب لاحق، وعندئذ يعتبر ذلك التزاماً عقدياً بعدم الإفشاء، ما دام قد تم إدراجه في نصوص العقد اللاحق بين الطرفين²، إذاً هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فهو يحمي البيانات التقنية، وأسرار المعرفة الفنية، وكذا الأسرار المالية، فضلاً عن المهارات الفنية والخبرات التقنية التي يطّلع عليها المتفاوضون، وهي أسرار محمية مدنيا وجنائيا بشكل خاص، ذلك أنّ الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يمنع إفشاؤها، كما أنّه يمنع استغلالها بدون رضا صاحبها³، ومثال ذلك براءة الاختراع، والعلامات التجارية، والرسوم والنماذج الصناعية، وكذا معطيات أنظمة المعالجة الآلية، فهي تتمتع بحماية قانونية خاصة في المنظومة القانونية الجزائرية، بالإضافة لذلك هناك قوانين تفرض الالتزام بالمحافظة على السرية على الطبيب أو الصيدلي أو المحامي⁴.

وأخيراً إنّ الالتزام بالسرية خلال المفاوضات العقدية، يستمر إلى ما بعد نهاية هذه المفاوضات، غير أنّ الإخلال به بعد فترة المفاوضات يعدّ إخلالاً بالالتزام قانوني خارج عن نطاق حسن النية في تكوين العقد⁵.

الفرع الثاني: الالتزام بالاستمرار في المفاوضات وعدم قطعها

تقتضي مرحلة المفاوضات التزام طرفيها بالاستمرار فيها (أولاً)، وكذا عدم قطعها بدون مبرر مشروع (ثانياً).

¹ رومان منير زيدان حداد، المرجع السابق، ص 23.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 50.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 76.

⁴ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 121.

⁵ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 75.

أولاً: الالتزام بالاستمرار في المفاوضات

إنَّ الأصل في مرحلة المفاوضات هو حرية التفاوض كنتيجة مباشرة لسيادة مبدأ حرية التعاقد، غير أنَّ هذه الحرية مقيدة بالالتزام جد مهم وهو الالتزام بالاستمرار في التفاوض¹، فمتى بدأت المفاوضات ودخل الطرفان فعلاً في دائرتها بمحض إرادتهما، فقد نشأت حالة واقعية يجب الاعتداد بها، وقوامها أنَّ كل طرف قد بعث في نفس الطرف الآخر الثقة بأنَّه سيتناقش معه بجدية ورغبة صادقة بكل ظروف العقد المزمع إبرامه، وإذا سارت الأمور حسب المتوقع أو المألوف، فينتهي الأمر بتوقيع العقد النهائي²، وعلى أساس هذه الثقة سيستمر كل طرف بالتفاوض وسيكبّد جهوداً ونفقات من أجل إنجاز عملية التفاوض، والالتزام بالاستمرار في التفاوض يشتمل على القيام بكافة الأعمال المادية التي تتطلبها عملية التفاوض، كالخطابات والمراسلات والاجتماعات بين الأطراف، مع مراعاة ما يفرضه مبدأ حسن النية³.

ويعتبر البحث في أساس هذا الالتزام مهم من ناحية مدى ارتباطه بمبدأ حسن النية، حيث أنَّ بعض الفقهاء يذهبون إلى أنَّ المفاوضات يحكمها مبدأين أساسيين، وهما مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية، وهذا الأمر يعني إعطاء حرية قطع المفاوضات استناداً لمبدأ حرية التعاقد لأي طرف لا يرغب بالاستمرار في المفاوضات وإبرام العقد في نهايتها⁴، فالدخول في التفاوض يُلزم المتفاوض الاستمرار فيه، دون إلزامه بإبرام العقد النهائي، ولما كان منطوق الإخلال بالالتزام هو سوء النية، وكان حسن النية مفترضاً أنَّه يقع على عاتق المتضرر أن يثبت سوء نية الطرف المنسحب، فإنَّ فُشِلَ في ذلك لا يُحكم عليه بالتعويض، لأنَّه غير مطالب بتقديم مُبرر لانسحابه، لأنَّ المبدأ هو حسن نية ذلك الشخص إلى حين إثبات العكس⁵.

¹ بيلامي سارة، "نطاق حرية العقد في ظل تطور قانون العقود"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 75.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 42.

³ بيلامي سارة، "نطاق حرية العقد في ظل تطور قانون العقود"، المرجع السابق، ص 76.

⁴ رومان منير زيدان حداد، المرجع السابق، ص 13.

⁵ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 46.

وعلى اعتبار أنّ الالتزام بالاستمرار هو في الأصل التزام ببذل عناية، لا يعني بالضرورة التوصل إلى إبرام العقد النهائي، إذ يلتزم الطرف المتفاوض ببذل العناية اللازمة لمواصلة المفاوضات بقصد إنجاحها، وذلك بسلوك مسلك الرجل العادي، إلا أنّه لا يصل إلى حد الالتزام بإبرام العقد النهائي، ولكن قد يعتبر هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة¹، ويظهر لنا ذلك في حالة الاتفاق على المسائل الأساسية في العقد النهائي، مع ترك المسائل الثانوية أو التفصيلية، لاتفاق لاحق، إذ أنّ اكتمال مشروع العقد النهائي يستلزم الاستمرار في التفاوض حول تلك المسائل الباقية أو المعلقة.²

وقد ينشأ الالتزام بالاستمرار في التفاوض عن اتفاق صريح، وقد يستخلص من ظروفه، فمحكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية أكدت هذا الالتزام صراحة، حيث قررت أن الاتفاق على التفاوض يرتب تعهدا تعاقديا بمتابعة التفاوض والاستمرار فيه، في حين ذهب القضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى أنّه قد يبرم اتفاق ضمني بين طرفي المفاوضة، موضوعه الالتزام بالاستمرار بالتفاوض³، ولهذا فإنّ قطع المفاوضات إذا كان يُخلّ بالثقة المتولدة لدى الطرف الآخر، فإنّ من قطعها يكون قد أخلّ بالثقة، أي بمبدأ حسن النية في تكوين العقد، وذلك لأنّ المفاوضات أساسها الثقة المتبادلة التي توصلها إلى غايتها المرجوة.⁴

غير أنّه ونظرا لخصوصيات التجارة الدولية التي أصبحت تتميز بالتعقيد وقوة المنافسة، أصبح يظهر جليا انسحاب الأطراف من المفاوضات عن سوء نية، الأمر الذي حثّم ملاحقة المتعاملين غير الجادين، خصوصا أولئك الذين يسعون إلى الدعاية والإعلان، والزامهم بتعويض الطرف المتضرر من جرّاء القطع التعسفي للمباحثات⁵، كما اتجهت المحاكم في

¹ جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 65.

² بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 117.

³ جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 64 و 65.

⁴ رومان منير زيدان حداد، المرجع السابق، ص 16.

⁵ بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 22 و 23.

فرنسا إلى القول بأنّ الانسحاب من المفاوضات بعد قطعها شوطاً كبيراً، يعتبر تعسفاً في استعمال الحق، خاصة إذا كان ذلك نتيجة عمدٍ وسوء نية.¹

ثانياً: الالتزام بعدم قطع المفاوضات

إنّ قطع المفاوضات من حيث المبدأ لا يترتب عليه أي أثر قانوني، لأنّها تعتبر مجرد عمل مادي يقوم به المتفاوض، وبالتالي كل متفاوض حرٌّ في قطعه للمفاوضات في الوقت الذي يريد، ولهذا من يعدل عنها لا تقوم مسؤوليته، كما لا يمكن أن يُطالب بتقديم تبرير العدول²، وبالتالي فقطع المفاوضات لا يعقد أي مسؤولية للمتفاوض إذا احترم قاعدة حسن النية في التفاوض، وما يتفرع عنها من التزامات³، غير أنّ عدم الاستمرار في التشاور والتحاور من جانب أحد الطرفين بسوء نية أو دون مبرر مشروع، يعتبر سلوكاً خاطئاً يستوجب المسؤولية التقصيرية.⁴

ويرتكز سوء النية بالأخص، على الدخول في المفاوضات بدون أن تكون هناك نية جدية للتعاقد أو تمديدها مع أنّه ليست هناك نية للتعاقد، أو قطع المفاوضات المتقدمة بدون سبب مشروع فجأة ومن جانب واحد، ويرتكز سوء النية عموماً على وضع نهاية المفاوضات في ظروف مُضرة بعد أن يكون أحد الطرفين قد جعل الآخر يعتقد أنّ العقد سيُبرم.⁵

وتجدر الإشارة إلى أنّ المفاوضات قد يتم إنهاؤها لمبرر مقبول إذا أصبح انعقاد العقد بالنسبة لأحد الطرفين غير ممكن لظروف موضوعية استجذبت عليه أثناء المفاوضات على العقد، أو إذا كان السبب الذي لأجله تم قطعها متوقعاً منذ البداية بالنسبة للطرف الآخر⁶، كما قد يتم إنهاء المفاوضات لمبرر غير مقبول أي دون وجود سبب جدّي عن طريق تحلل أحد

¹ بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 23.

² روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 70.

³ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 118.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 72.

⁵ جاك غستان، المطوّل في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، مؤسسة مجد الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، بيروت - لبنان، 2008، ص 333 و 334.

⁶ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 118.

الطرفين من الشروط التي سبق التقاهم عليها، أو رفضه لشروط تحقق مصلحته قدّمها له الطرف الآخر من تلقاء نفسه أو بناء على طلبه، أو يقترح بنودا وشروطا في العقد لا تكون مقبولة بالمطلق.¹

وعليه فمبدأ حسن النية يفرض على المتفاوضان، أنّه في حالة ما إذا قرر أحدهما قطعها عليه أن يلتزم بواجب التهيئة السيكلوجية للطرف الآخر، حتى لا تهدر الثقة التي بينهما، وهذا الالتزام لا ينفي حريته في قطع المفاوضات متى كانت دوافعه مشروعة، وهو غير مجبر على تقديمها عند عدوله عنها، بل يستعملها للدلالة على حسن نيته عند الحاجة لا غير.²

الفرع الثالث: الالتزام بالتعاون وعدم إجراء مفاوضات موازية

من أهم ما يُوصل الأطراف المتفاوضة إلى إنجاح إبرام العقد المنشود، هو الالتزام بالتعاون (أولا)، بالإضافة إلى عدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير (ثانيا).

أولا: الالتزام بالتعاون

يعد التعاون أحد مظاهر التفاعل الاجتماعي ونمط من أنماط السلوك الإنساني، وعملية التعاون في التعبير المشترك لشخصين أو أكثر، في محاولة لتحقيق هدف مشترك، وهو التزام إيجابي يفرضه مبدأ حسن النية³، كما عرّفه الدكتور بلحاج العربي بأنّه التعاون الوطيد المستمر بين الأطراف المتفاوضة بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية، إما بإبرام العقد محل التفاوض وإما بغض النظر عنه كلية⁴، ويتخذ الالتزام بالتعاون صورا عديدة نذكر منها على سبيل المثال، إذ أنّه يتطلب من الأطراف العازمة على التعاقد مباشرة بعض الأعمال أو تقديم ما بحوزتهم من وثائق والإسراع في تحديد مواعيد جلسات التفاوض، وعدم التأخير دون عذر مقبول عن حضور الجلسات، والجدية في مناقشة عروض التفاوض.⁵

¹ روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 70 و 71.

² بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 83.

³ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 355.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 75.

⁵ سماح جبار، حسن النية في التفاوض على العقود، المرجع السابق، ص 243.

كما يرى بعض الفقه الفرنسي أنّ واجب التعاون، يفرض من جهة تسهيل تحقيق الهدف من العقد، ومن جهة أخرى مراعاة الفائدة التي يسعى إلى تحقيقها المتعاقد الآخر، ويفرض أيضا الالتزام بإبعاد الخطر عنه.¹

ويظهر هذا الالتزام بشكل واضح في عقد الشركة باعتباره يقوم على نية المشاركة بين الشركاء، خاصة شركات الأشخاص بحيث تعتبر نية المشاركة ركن ضروري لصحة الشركة فلا يمكن أن تقوم بدونه.²

ولقد قضت محكمة الاستئناف بباريس في أحد أحكامها بضرورة التعاون بين الأطراف، حيث أقرّت وجود التزام على عاتق المنتج بالنصح والارشاد ومساعدة العميل على معرفة احتياجاته.³

فإن كانت المفاوضات القائمة بين الطرفين منظّمة، أي في إطار عقد، فهنا لا محال من قيام المسؤولية العقدية استنادا للمادة 107 ق م ج سابقة الذكر، أما إذا كانت المفاوضات مجردة تقوم المسؤولية التقصيرية، بسبب الإخلال بواجب عام لا يقوم به الشخص المعتاد الذي هدفه إنجاح المفاوضات⁴، وذلك استنادا للمادة 124 مكرر ق م ج السابق ذكرها، وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي.

ثانيا: الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية

إنّ حق الفرد في التفاوض مع أكثر من جهة أمر مشروع كأصل عام، وذلك لمقارنة الشروط التي قد يحصل عليها المتفاوض والمفاضلة فيما بينها واختيار الأفضل⁵، ويرتبط هذا الالتزام ارتباطا وثيقا مع الالتزام السابق بسرية المفاوضات، حيث أنّ المتفاوض عندما يتفاوض مع الغير سيقوم باستغلال المعلومات التي حصل عليها أثناء المفاوضات الأولى عند تفاوضه

¹ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 358.

² لغنج مباركة، المرجع السابق، ص 65.

³ جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 58.

⁴ إدريموش مونية، المرجع السابق، ص 47.

⁵ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 69.

مع الغير، مما يعني أنه سيقوم بإفشاء المعلومات السرية في المفاوضات الأولى للغير، وبالتالي سيُخلّ بالتزامه بسرية المفاوضات¹، غير أنّ البعض يرى بأنّ من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود الامتناع عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير المنافس طيلة المدة التي تستغرقها المفاوضات، وهناك رأي ثاني آخر يذهب إلى القول بأنّ الأصل هو أنّ حسن النية لا يقتضي عدم إجراء مفاوضات موازية فهي جائزة ومشروعة كقاعدة عامة.²

وهناك رأي ثالث ذهب إليه الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، يرى بأنّ الذي يقتضيه حسن النية في هذه الحالة ليس متمثل بعدم إجراء مفاوضات موازية بل بإخفائها، فالطرف المقابل يجب أن يلتزم بالشفافية في تفاوضه، حتى يكون الطرف المقابل على بيّنة من هذا الأمر، ولا يُعوّل كلية على هذه المفاوضات، بل يضع في حسابه أنّ هناك مفاوضات تجري بموازية ما يجري معه من مفاوضات³، أي أنّ حسن النية -حسب هذا الرأي- يقتضي عدم إخفاء وجود مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل، وبالتالي لا يعتبر الشخص مخالفاً لالتزام حسن النية، إذا أعلم من يتم التفاوض معه بهذه المفاوضات الموازية⁴، وعليه فإنّ هذا الحق مكفول بمبدأ حرية التعاقد، والذي لا يمكن مصادرته مالم يكن مخالفاً لحسن النية في تكوين العقد.⁵

غير أنّ وجوب الإفصاح بالمفاوضات الموازية قد يؤدي إلى المنافسة غير المشروعة، لأنّ العالم بها قد يبذل قصارى جهده حتى تفشل، وبالتالي إذا قلنا بأنّ حسن النية يقتضي عدم إخفاء المفاوضات الموازية، فإنّه يمكن القول أنّ حسن النية يفرض أيضاً على من أعلم بهذه المفاوضات الموازية أن لا يتخذ أي أساليب غير شرعية قد تعيقها.⁶

ويلاحظ أنّه يجب أن يكون موضوع المفاوضات مع الغير هو نفس موضوع المفاوضات الأولى أو مشابهة له، حتى يكون قد أخلّ بالتزامه بعدم التفاوض مع الغير، أما إذا لم يكن

¹ رومان منير زيدان حداد، المرجع السابق، ص 27.

² بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 122.

³ روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 75.

⁴ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 122 و 123.

⁵ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 70.

⁶ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 123.

كذلك فإنّه لا يُعتبر مَخْلًا بالتزامه لعدم وجود مبرر لإلزامه بعدم التفاوض¹، ويعتبر التفاوض مع عدة أطراف في الوقت ذاته بنية التعاقد مع طرف واحد مخالفا لمقتضيات حسن النية في حالتين:

- اشتراط عدم إجراء مفاوضات مع الغير طول مدة التفاوض بين الطرفين؛
- إذا دلّ واقع التفاوض على حتمية توقيع العقد بين الطرفين على نحو لا يقبل الشك².

المبحث الثاني: مبدأ حسن النية في مرحلة التعاقد

حماية لرضا المتعاقدين وتحقيقا للتوازن العقدي في مرحلة التعاقد، يفرض مبدأ حسن النية على أطراف العقد التزام بالإعلام والتزام بالاستعلام، وهذا ما سنفصله في هذا المبحث، وذلك من خلال مطلبين، سنتكلم عن مضمونهم في المطلب الأول، ثمّ تحديد طبيعتهم القانونية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التعاقد

في هذا المطلب سندرس فحوى هذه الالتزامات بدايةً بالالتزام بالإعلام في الفرع الأول، ثمّ نُعرِّجُ الالتزام بالاستعلام في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام

لمعرفة محتوى الالتزام بالإعلام، يتطلب تحديد مضمونه (أولا)، ثم بيان شروط قيامه (ثانيا).

أولا: مضمون الالتزام بالإعلام

إنّ الالتزام بالإعلام من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المدين بها، لذا سنحاول وضع بعض التعريفات التي جاء بها الفقه (1)، ثم ندرس موقف المشرع الجزائري منه (2).

¹ رومان منير زيدان حداد، المرجع السابق، ص 28.

² بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 70.

1- تعريف الالتزام بالإعلام: الأصل أنّ الإنسان لا يُلزم إلا بما ارتضاه، ولا يجوز توسيع الالتزامات واعتبارها نوع من القيد على حرية الإرادة، ولا يمكن قبول هذا الرأي لأول وهلة وقبول وجود التزام على المتعاقد بإحاطة الطرف الآخر بكل ما يتعلق بالعقد المزمع إبرامه.¹ ومما لا شك فيه أنّ الالتزام بالإعلام يعد من أهم مقتضيات حسن النية في تكوين العقد، إذ يعتبر الوسيلة المثلى لتكريس العديد من القيم السامية، التي يسعى هذا المبدأ إلى إرسائها في مرحلة تكوين العقد، فالشفافية والنزاهة ومراعاة المصالح المشروعة للطرف الآخر وعدم استغلال ضعفه أو جهله لتحقيق منفعة خاصة على حسابه، معانٍ ربطت هذا الالتزام بحسن النية منذ القدم.²

فقد عرّفه البعض من الفقه بأنّه التزام قانوني سابق على إبرام العقد، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه، بتقديمها في الوقت المناسب، وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة³، كما عرّفه جانب آخر من الفقه بأنّه تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته، حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد.⁴ ويرى جانب آخر من الفقه بأنّه التزام قانوني عام سابق على التعاقد يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاماً صحيحاً وصادقاً بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه، والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاه بالعقد.⁵

¹ لغنج مباركة، المرجع السابق، ص 57.

² بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 89.

³ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 376.

⁴ بنتقة حفيظة، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة -الجزائر، 2012-2013، ص 10.

⁵ بن عديدة نبيل، الالتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الإستهلاك، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 -الجزائر، 2017-2018، ص 14.

كما عرّفه الدكتور بلحاج العربي بأنّه التزام المتفاوض بالإعلام، أو بإرشاد، أو بنصح المتفاوض الآخر بكافة المعلومات الحقيقية المتعلقة بالعقد، عن مدى ملاءمة العملية المطروحة فنياً وتقنياً ومالياً، باعتماده على ضميره المهني الحي، فلا يستغل عدم تخصص المتفاوض في مسائل فنية أو مالية، ليزج به في عقد لا يناسبه بالألّا يخفي عنه شيئاً.¹

ويتحقق هذا الالتزام خاصة إذا كان التفاوض يدور بين أطراف غير متساويين، أين يكون بين مهني وشخص عادي، ولهذا يجب على المهني إعلام المتفاوض معه بكل ما يحويه محل التفاوض، ويصوّب ما لديه من معتقدات، ويُلَفِت انتباهه إلى الآثار المترتبة، ليتجنب إدعاء المتفاوض غير المهني بعدم علمه وأنّه وقع في غلط²، وعليه يفترض موجب الإعلام ألا يكون أحد الطرفين على علم بالإعلام وحسب، بل كذلك على علم بتأثير هذا الإعلام في رضا الطرف الآخر.³

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا الالتزام لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة كقاعدة عامة في صدد كل التعاملات، مكتفياً بالقواعد العامة المتعلقة بعيوب الرضا والعلم الكافي وأحكام ضمان العيوب الخفية، وإن كان قد نص عليه في بعض أنواع العقود، كعقد التأمين على سبيل المثال وعقد البيع على التصاميم.⁴

كما أنّ لهذا الالتزام دور وقائي في مجال التعاقد، وذلك من خلال ما يوفره من معلومات جوهرية للدائن، بحيث يسمح له بالتعاقد عن وعي ورضا مستتير، وعلم كافٍ بشكل يجنبه الوقوع في حبال الغش⁵، ويقود هذا الموجب إلى تقحّص حماية الرضا من زاوية جديدة، حيث لا يشدد الاعتداء على الإرادة وإنّما على المسؤولية وحسن نية الطرفين⁶، فإعماله يبيث روح

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 79.

² إدرنموش مونية، المرجع السابق، ص 44.

³ جاك غستان، المرجع السابق، ص 690.

⁴ سعاد نويري، "الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 08، جانفي 2016، ص 224.

⁵ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 377 و 378.

⁶ جاك غستان، المرجع السابق، ص 690.

التعاون بين المتعاقدين، حيث أنه يضمن توافر السلوك الأخلاقي فيؤدي لسلامة الرضا لحظة إبرام العقد¹، فإذا لم يكن من المناسب أن يكون موجب الإعلام بديلا عن عيوب الرضا فإن في وسعه إكمال هذه العيوب بشكل مفيد.²

ويعتبر أيضا أنه التزام قانوني منبثق عن مبدأ حسن النية، الذي يوجب الشفافية والصدق والنزاهة في المعاملات، والابتعاد عن الغش والقيام حتى بالنصيحة إن استدعى الأمر ذلك مراعاة للثقة المشروعة للطرف الآخر.³

كما نجد فائدة أخرى لموجب الإعلام السابق للتعاقد هي إتاحة إدخال مختلف القوانين الخاصة التي تفرض الإعلانات في بناء مجموعي لحماية الرضا، ومن هنا توضيح قصدية هذه القواعد من النظام العام التي يمكن استنتاج نظامها ومعاقبها على وجه الخصوص.⁴ وبالتالي حسب ما سبق، فإن الالتزام بالإعلام له أهمية قصوى، حيث أنه لا يمكن أن يستعلم كل متعاقد عن كل الأشياء محل العقد، وهو كذلك وسيلة لإعادة التوازن المفقود بإلزام الطرف الأكثر علما بإعلام الطرف الأقل علما.⁵

2- موقف المشرع الجزائري من الالتزام بالإعلام: بالرغم من عدم وجود نص عام في القانون المدني الجزائري يقضي بوجوب الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد، إلا أن المتتبع لنصوصه لا يجد هذا الالتزام غائبا بينها، فقد ورد في المواد المتعلقة بعيوب الإرادة نصوصا نلمس من خلالها وجود الالتزام بالإعلام في الفترة السابقة للتعاقد⁶، والمتمثل في إعلام المتعاقد وإخباره بمضمون العقد من جهة، وبالأسعار وشروط البيع من جهة أخرى، كما أنه تدخل لحماية إرادة المشتري، وإعادة التوازن بين طرفي العقد⁷، مثل ما ورد في المادة 2/86 ق م ج

¹ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 378.

² جاك غستان، المرجع السابق، ص 691.

³ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 95.

⁴ جاك غستان، المرجع السابق، ص 690 و 691.

⁵ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 91.

⁶ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 92.

⁷ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 84.

بخصوص الكتمان التدليسي بقولها: « ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة»¹، فأقرار المشرع بوجود كتمان تدليسي يستنتج منه أن المفاوض في مرحلة إبرام العقد عليه أن يُطلع الطرف الآخر عن حقيقة كل واقعة، أو ملابسة مؤثرة في إبرام العقد بكل صدق وصراحة، وإذا لم يفعل فإنه يتحمل جزاء إخلاله بالإعلام.²

كما أن نص المادة 352 ق م ج التي قضت بأنه: « يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع»³، يستخلص من هذا النص أن المشرع فَرَضَ على البائع أن يبين بوضوح ما الذي يلتزم به، تحت طائلة تفسير كل غموض ضده، وإعلام المشتري بالمبيع علما كافيا، أي يجب عليه أن يقدم للمشتري كل الإرشادات الضرورية حول شروط الاستعمال والاحتياطات الواجب اتخاذها أثناء استعمال الشيء، وإلا قامت مسؤولية البائع⁴، كما أن هذا الأخير يقع على عاتقه خصوصا عندما يكون المنتج جديدا أو معقدا كلوازم المعلوماتية، والأمر على هذا النحو بالأحرى بالنسبة إلى منتج خطر.⁵

كما أن الأحكام القانونية التي تخص هذا الالتزام كرسها المشرع الجزائري في مجال حماية المستهلك في نصوص متفرقة من عدة قوانين، منها القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حيث نصت المادة 1/17 منه على أنه: « يجب على كل متدخل أن

¹ القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقا.

² بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 92.

³ القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقا.

⁴ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 92.

⁵ جاك غستان، المرجع السابق، ص 720.

يُعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة»¹

وأيضاً في القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية من خلال المادة 4 منه بقولها: « يتولى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع »، وكذا في المادة 5 منه على أنه: « يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم* أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة...»²

ونصت أيضاً المادة 11 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية: «يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية...»³

ويستخلص من مجموع هذه النصوص أنه يتعين على كل شخص محترف أن يُحيط المستهلك علماً بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بسعر البيع، وكافة الشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية ومميزات المنتج أو الخدمة.⁴

ومن الصور الأخرى للالتزام بالإعلام في ظل القانون المدني الجزائري، ما ورد بصدد عقد التأمين، والذي يعتبر من عقود مُنتهى حسن النية، والتي تُقرّ جميع القوانين بواجب الإعلام

¹ القانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 سفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد 15، المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، ج ر، العدد 35، بتاريخ 13 يونيو 2018.

² القانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41، بتاريخ 27 يونيو 2004.

³ القانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر، العدد 28، بتاريخ 16 مايو 2018.

⁴ سعاد نويري، المرجع السابق، ص232.

*الوسم: نصت عليه المادة 4/3 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه: كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة، تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريقة وضعها.

فيه بالرغم من تباين مواقفها بصدد حسن النية كمبدأ¹، حيث تنص المادة 01/15 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات في فقرتها الأولى على أنه: « يُلزم المؤمن له: 1- بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها»²، والتي تلزم المؤمن له إعلام المؤمن وإطلاعه بتصريح صحيح عند إبرام العقد، بكافة الظروف المعروفة المساعدة على تقدير الخطر ودرجة جسامته، بكل وضوح وأمانة.³

كما يتجلى هذا الالتزام في مسألة ضمان العيوب الخفية بما أقرته المادة 379 ق م ج: « يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب يُنقص 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. غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشاً عنه »، هنا يظهر الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق البائع، حيث يجب عليه إعلام المشتري بكافة العيوب الخاصة بالمبيع، والتي يكون ضامناً لها حتى ولو لم يكن عالماً بها، غير أن المسؤولية تنتقي إذا كان المشتري عالماً بها، أو بإمكانه أن يطلع عليها، فهنا يسقط حق المشتري في مطالبة البائع بضمان العيوب الخفية،

¹ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 93.

² الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر، العدد 13، المعدل والمتمم بالقانون 06-04 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، ج ر، العدد 15، بتاريخ 12 مارس 2006.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 86.

إلا إذا أثبت سوء نية البائع، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1999/07/21¹.

ويتجسد هذا الالتزام أيضا في أول مراحل إنشاء الشركة، حيث لا يعتبر فقط من مقومات إبرام العقد بحسن نية، وإنما يمثل مرحلة مهمة من مراحل تأسيس الشركة وإجراء يترتب عليه نشوءها²، ففيما يخص الشركات التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري الجزائري بموجب الأمر رقم 59-75 المعدل والمتمم، يُفهم أنّ المشرع ألزم الشركاء بالإعلام وذلك حماية للشركاء والغير من خلال نص المادة 548 ق ت ج التي قضت بأنه: «يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتُنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة»³.

كما نجد المادة 01/11 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم، نصت صراحة على إلزامية الإشهارات القانونية التي يجب على كل شركة تجارية أو أية مؤسسة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما القيام بها.⁴

ثانيا: شروط الالتزام بالإعلام

يتطلب الالتزام بالإعلام توافر شرطين لقيامه، شرط متعلق بالمدين (1)، وشرط آخر متعلق بالدائن (2).

¹ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 202940 مؤرخ في 1999/07/21، قضية (م ب م ضد ب ش ع)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2000، ص88.

² زكري إيمان، "مبدأ حسن النية في الشركات التجارية: مظاهره وآثاره"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية جامعة يحي فارس بالمدينة، العدد 04، مارس 2018، ص8.

³ القانون رقم 02-05 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-79 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر، العدد 101، بتاريخ 19 ديسمبر 1975.

⁴ القانون رقم 08-18 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، يعدل و يتم القانون رقم 08-04 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر، العدد 35، بتاريخ 13 يونيو 2018.

1- معرفة المدين موجب الإعلام: يجب على المدين معرفة الإعلام بشكل كامل، أي أن يحيط هذا الأخير بجميع المسائل المتعلقة بالعقد النهائي وألا يكون مقتضبا، وهو التزام إيجابي ومجرد السكوت عنه قد يعتبر إخلالا به¹، وينصب الإعلام على محل العقد، حيث يتم إعلام الطرف الآخر بحقيقة المحل وطبيعته إذا كان من طبيعة خاصة، فالدائن غالبا ما يريد صفة جوهرية في المحل، وعدم إعلامه إعلاما تاما يؤدي إلى وقوعه في الغلط حولها، ويعد امتناع المدين على ذلك قرينة على سوء النية.²

فعلى صعيد عيوب الرضا، فإنّ كتمان أي معلومة من شأنها أن تؤثر على رضا المتعاقد الآخر، أو السكوت عنها يترتب على ذلك إبطال العقد، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 2/86 ق م ج بأن: «... ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنّ المدّلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».³

أما بالنسبة للعيوب الخفية، يُفترض ضمان البائع أن يكون على علم بمقصد المنتج أو كان عليه أن يعرف ذلك⁴، وهذا ما قضت به المادة 379 ق م ج السابق ذكرها، والعيوب التي لا يجب السكوت عنها هي الخفية، أما العيوب الظاهرة فليس من الضرورة الإدلاء بمعلومات حولها، غير أنّه إذا كان العيب مما يمكن كشفه، إلا أنّ المشتري لم يقدّر بالفحص ووضع ثقته في البائع الذي أكد له خلو العيب، فإنّ هذا الأخير ملزم بإعلام المشتري عن هذا العيب مراعاة للثقة المشروعة بينهما⁵، حيث لا يُقبل من المدين أي عذر بجهله للمعلومات إذا كان يجب عليه أو على من كان في مكانه العلم بها، ومن هذا يتبين لنا أنّه على المدين بالالتزام بالإعلام أن يعلم بكافة البيانات المتعلقة بالعقد من أجل إحاطة الدائن بها، ولا يتذرّع بالجهل بها بل عليه إثبات أنّ جهله كان مبررا في هذا المجال.⁶

¹ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 96.

² رومان منير زيدان حداد، ص 34.

³ القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقا.

⁴ جاك غستان، المرجع السابق، ص 701.

⁵ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 96.

⁶ لغنج مباركة، المرجع السابق، ص 59.

2- جهل الدائن بموجب الإعلام: يشترط لقيام الالتزام بالإعلام أن يكون الدائن جاهلاً بالمعلومات، فلا يلتزم المدين بتقديم معلومات كان الدائن عالماً بها، وإذا توافرت لدى الدائن فرصة للعلم بتلك المعلومات فلا يلتزم المدين بالإفشاء بها¹، ولا يكفي ليكون الشخص دائناً بموجب الإعلام التذرع بجهله، بل يجب كذلك أن يكون هذا الجهل مشروعاً، والمتعاقد الذي وقع في غلط بسبب سرعة تصديقه أكثر من اللازم، أو كان مُهملاً في تحقيقاته، فلا يُلومَنَّ إلا نفسه.²

وقد يستند جهل الدائن إلى استحالة العلم قد تكون شخصية أو موضوعية، فالحالة الأولى تعود إلى أسباب تتعلق بشخص الدائن، الذي نشأ له حق يقابله التزام الطرف الآخر بإمداده بالبيانات قبل أو أثناء إبرام العقد، وتتحقق عندما يكون المُقبل على التعاقد عديم الخبرة بموضوع العقد، فينطبق عليه وصف غير المهني فيما يتعلق بمجال المعاملة³، أما في الحالة الثانية تعود إلى طبيعة الموضوع ولاسيما إلى خصائصه التقنية أو الظروف التي جرى فيها إبرام العقد.⁴

كما قد يكون جهل الدائن مرتكزاً على الثقة العقدية المشروعة، إذ يولي هذا الأخير المتعاقد الآخر شرعاً ثقته، لن يكون بحاجة إلى أن يثبت أنه لم يكن من الممكن أن يستعلم بنفسه، وله الحق في أن ينتظر من شريكه في التعاقد الإعلامات الضرورية⁵، فالأمر هنا لا يتعلق بحسن النية العقدية وإنما بثقة خاصة ناجمة إما عن طبيعة العقد ذاته كعقد الشركة والتأمين والوكالة، أي العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، أو نتيجة لصفة تتعلق بالطرف الآخر كانتمائهم لنفس العائلة أو لاختلاف في مراكزهم كالمحترف وعديم الخبرة.⁶

¹ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 98.

² جاك غستان، المرجع السابق، ص 703.

³ لغنج مباركة، المرجع السابق، ص 58.

⁴ جاك غستان، المرجع السابق، ص 705.

⁵ المرجع نفسه، ص 715.

⁶ لغنج مباركة، المرجع السابق، ص 59.

الفرع الثاني: الالتزام بالاستعلام

إضافة للالتزام بالإعلام الذي يفرضه مبدأ حسن النية كما رأينا سابقا، نجد التزاما آخر يقع على عاتق المتعاقدين وهو الالتزام بالاستعلام، لتوضيح ذلك سنعطي تعريف له (أولا)، وبعد ذلك نبيّن مقتضياته (ثانيا).

أولا: تعريف الالتزام بالاستعلام

إنّ الالتزام بالإعلام يتطلب من المدين به خاصة إذا كان مهنيا، الاستعلام عن حاجات الدائن أي المستهلك التي يريد إشباعها من وراء الإقدام على إبرام العقد، وأن يقدّم إليه المساعدة لتحقيق أغراضه، وأن ينور رضاه تقاديا لوقوعه في الغلط، وألا يقتصر على مجرد تقديم ما يعرفه من معلومات تهمه، فهو يتحمل التزاما بالاستعلام قصد إعلام الدائن.¹

ويقع واجب الاستعلام على عاتق كلا طرفي العقد، ليكونا على بينة وتبصر لما يُقدّمان عليه بموجب هذا التعاقد²، وعليه يمكن تعريفه بأنّه سعي البائع للحصول على البيانات والمعلومات المتعلقة بمحل العقد من أجل الإدلاء بها إلى المستهلك، هذا من جانب المدين، أما من جانب الدائن فيقصد به حثّ هذا الأخير كمبدأ عام على البحث عن المعلومات التي يجهلها -المتعلقة بالعقد- من أجل طلبها من المدين الذي يُفرض عليه إعلام الدائن بها، مما يجعل الإلتزام بالاستعلام يُفرض لأجل الإعلام.³

ثانيا: مقتضيات موجب الاستعلام

إنّ حدود موجب الإعلام تقف عندما يبدأ موجب الاستعلام المفروض على كل متعاقد، لأنّ القانون لا يحمي من يُهمل مصالحه إذا كان بالغا عاقلا أهلا للالتزام، وكذلك يرتب موجب الإعلام أحيانا على عاتق البائع موجب الاستعلام من الشاري عما يريده أو من المنتج ليُعلم

¹ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 406.

² بن علي صليحة، مبدأ حسن النية في عقد التأمين، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق تخصص عقود مدنية وتجارية، جامعة ابن خلدون تيارت -الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020-2021، ص 51.

³ بن عديدة نبيل، المرجع السابق، ص 331 و 332.

المشتري¹، لذلك سندرس في الجزئية الموالية الالتزام بالاستعلام (1) والالتزام بالاستعلام للإعلام (2).

1- الالتزام بالاستعلام: يقوم الالتزام بالاستعلام أيضا على مبدأ حسن النية، فمبرر الالتزام بالإعلام هو مدى تأثير المعلومات الموجودة لدى أحد الأطراف في إبرام العقد، ولكن هذا لا يعطي الحق للطرف الآخر أن يُهمل مصالحه، فعدم المعرفة لابد أن يكون مبررا بصورة مشروعة²، أما إذا كان عدم المعرفة نتيجة لخفة أو رعونة أو إهمال أو عدم انتباه لدى الدائن بهذا الموجب، فإنه يتحمل مسؤولية هذا الإهمال³، لذا يقع هذا الالتزام بالدرجة الأولى على المشتري، إذ عليه أن يسعى لمعرفة الوضع القانوني للمبيع والأوصاف المادية له، وكذا العيوب التي تشوبه، حيث لا يتحمل البائع التزاما بإعلام شخص لا يريد الاستعلام⁴، لأنه من المفروض أن كل متعاقد يلتزم بالسهر على مصالحه الخاصة، فلا ينتظر من الغير أن يكون أحرص على مصالحه من نفسه، كما يجب على كل متعاقد أن يستعلم من تلقاء ذاته، ويتحرى الحقيقة باللجوء إلى كافة مصادر المعرفة المتاحة خاصة إذا كان الدائن بالالتزام محترفا.⁵

وهيئات التحكيم تتجه بوجه عام إلى منح الالتزام بالاستعلام الأولوية على الالتزام بالإعلام، لأنّ الالتزام بالإعلام بكل شيء هو من قبيل التزيد والتجاوز ومُفتقر إلى حد كبير للواقعية⁶، فالفرق بين الالتزام بالإعلام وواجب الاستعلام يكمن في كون أنّ الأول التزام قانوني يقع على المحترف، وهدفه تنوير المستهلك عن طريق تقديم معلومات، فالالتزام بالإعلام عندما يُقَيّد بالالتزام بالاستعلام يتحول من نظام الإخبار التلقائي إلى نظام الإخبار استنادا للسؤال،

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 19.

² دزيري إبتسام وهاب حمزة، "أهم مظاهر تأثير مبدأ حسن النية على مرحلة تكوين العقد"، مجلة المعيار، العدد 61، المجلد 25، كلية الحقوق جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2021، ص 457.

³ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 19.

⁴ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 610.

⁵ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 192.

⁶ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 101.

غير أنّ ذلك لا ينطبق على جميع العقود¹، بينما الثاني فهو واجب يلتزم به المهني مع نفسه وليس الغير، ويتمثل في التقصي والاستفسار عما ينقصه من أجل تزويد المستهلك بالإعلام².
غير أنّ هناك حدود للالتزام بالاستعلام، لأنّه إذا كانت المعلومات التي يهتم كل طرف الحصول عليها، والتي تُحدّد رضاه بالتعاقد تدور خاصة حول المتعاقد معه من حيث مركزه القانوني وحدود سلطاته، وحول المحل بما يشمله من عناصر جوهرية، فلا يعني أنّه يجب أن يحصل بنفسه عن كل المعلومات، حيث يتقلّص الاستعلام عند عدم خبرة المدين به³، وإذا أردنا البحث عمّا يمكن أن يُعرقل أو يحد الطرف من الالتزام بالاستعلام نجد نقص الخبرة والمعرفة، مما يجعل الأطراف غير متساوون⁴.

فواجب الاستعلام عادة ما تفرضه المهنة أو صفة الاحتراف على صاحبها، ولا يمكن تصور أنّ هناك التزام بالاستعلام لصعوبة معرفة كمية المعلومات المستحوذة لدى المهني، أو كمية المعلومات التي يحتاجها⁵، فالصفة المهنية للمشتري يجب أن تثير لديه حبّ الاستطلاع، وتمكّنه من الاستعلام عمّا خفي عليه من معلومات، عن كيفية استعمال الشيء المبيع أو الوقاية من مخاطره، فإن لم يقوم بواجب الاستعلام افترض أنّه يكتفي بما لديه من معلومات، ولا يمكن أن يُنسب إلى البائع أي تقصير فيما قدّم له من معلومات⁶.

ومثال ذلك أن يشتري هاوي فنون لوحة واعتقد أنّها تحمل توقيع رسام مشهور، وكان مبعث اعتقاده عبارة وردت في اللوحة تشير نسبتها إلى الفنان من غير أن يكون فيها ما يثبت أصالة التوقيع عليها، فإنّه يكون قد ارتكب خطأ جسيماً⁷، ولقد اعتمد القضاء الفرنسي في كثير

¹ رومان منير زيدان حداد، المرجع السابق، ص 41.

² بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة دكتوراه تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان - الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018، ص 22.

³ لبان فريدة، مبدأ حسن النية في الإنعقاد، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون جامعة يوسف بن خدة الجزائر، 2008-2009، ص 79.

⁴ دزيري إبتسام ووهاب حمزة، المرجع السابق، ص 457.

⁵ بن سالم المختار، المرجع السابق، ص 22.

⁶ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 408.

⁷ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 22.

من أحكامه، إلى الصفة المهنية للمشتري أو المُستعمل، لتخفيف مسؤولية المنتج أو البائع عن الإخلال بالالتزام بالإفشاء، بما قد ينتج عن الشيء المبّيع من مخاطر، واستند إلى هذه الصفة أيضا في أحيان أخرى لإعفاءه كلية من هذه المسؤولية¹، وهذا يتبين أنّ واجب الاستعلام يهدف إلى إفادة الشخص القائم به شخصا دون سواه، لهذا يعتبره الفقه التزام بالحرص على رعاية مصالح صاحبه.²

وقد يكون التزام الاستعلام مطلوب أكثر في الحالات التي يرد فيها العقد على الأشياء المستعملة³ كالسيارة مثلا، فإنّ موجب المشتري بالاستعلام يكون أكثر تطابا، ولكن هذا لا يلقي موجب البائع إحاطة المشتري بدرجة استهلاك الشيء المبّيع⁴، فالحقيقة أنّ الاستعلام لا يُفرض على طرف دون الآخر، و إنّما يُعتبر كلاً من طرفي العقد مدينا بهذا الالتزام، إذ على كل طرف في العقد أن يكون فعّالا في إيصال المعلومات الضرورية سواء عند الانعقاد أو التنفيذ، فالدائن بالإعلام يكون مدينا بالاستعلام متى كان ذلك ممكنا بالنسبة له.⁵

ومن المبادئ الأساسية لكي يُعتدّ بالغلط المؤثر المبطل للعقد، أي أن يكون الطرف الذي وقع في الغلط معذورا فيه، أي لا يكون قد صدر عنه خطأ جرّ به إلى الغلط⁶، وهذا ما جاءت به المادة 1/82 ق م ج في نصها على أن: «يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدّا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط»⁷، ويعتبر الغلط جوهريا في نظر المشرع الجزائري إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت سببا رئيسيا للتعاقد.

¹ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 408.

² بن علي صليحة، المرجع السابق، ص 53.

³ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 101.

⁴ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 22.

⁵ لبان فريدة، المرجع السابق، ص 81.

⁶ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 22.

⁷ القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقا.

وغاية المشرع من التقيد بالصفة الجوهرية للشيء بالنظرة المشتركة للمتعاقدين، هو ضمان استقرار المعلومات ومنع التعسف من المتعاقد الذي وقع في غلط، وعليه من أهمل محاولة معرفة حقائق التعاقد لا يستطيع أن يزعم أن المعلومات التي لم يهتم بها كانت بالنسبة له ذات قيمة مؤثرة، وأن علم الإلزام بها يمثل بالنسبة له غلطا جوهريا كان دافعا للتعاقد.¹

في المقابل نجد أن الصفة المغترة للغلط تُقدّر بصورة شخصية وليست بالوجهة الموضوعية، فيدخل في عناصر التقدير سنّ المدّعي وخبرته وتمرّسه، فالغلط الذي يقع فيه صاحب المهنة أو الممتحن ذو الخبرة في إطار اختصاصه هو الأسهل وصفه بأنه غير مغتفر²، وبقدر ما يكون طرفا العقد مهنيين يضعف الالتزام بالإعلام، وبقدر ما يكون البائع مهني والمشتري غير مهني يكون الالتزام بالإعلام مطلوب أكثر لدى البائع وعدم معرفة المشتري مغترة³، وهذا ما يجعل القضاء يرفض إبطال العقد بعد أن يُقدّر الظروف المحيطة بالمتعاقد لتقدير خطأه.⁴

كما يمكن استخلاص الالتزام بالاستعلام من أحكام نص المادة 75 ق م ج التي تنص على أنه: « إذا لم يُعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يُضاف إلى الأصيل دائما أو مدينا، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب »⁵، نجد من خلال هذه المادة أنها ألقت على المتعاقد مع النائب واجب التحقق من وجود النيابة وحدودها إذا كانت شخصية الأصيل محل اعتبار لديه.⁶

ويثور التساؤل حول الصعوبة في كيفية تأكد المدين بالالتزام بالإعلام من أن الشخص الذي يتعاقد معه محترف أم لا، وما هي البيانات التي يجهلها فيفضي بها إليه، وتلك التي

¹ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 193.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 23.

³ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 102.

⁴ لغنج مباركة، المرجع السابق، ص 64.

⁵ القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقا.

⁶ لغنج مباركة، المرجع السابق، ص 64.

يعلمها فلا يُطلعه عليها؟ فالصواب أن يلتزم المدين بإعلام من يتعاقد معه بكل شفافية عن كل المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، فإذا أخل المدين بهذا الالتزام، وكان الدائن قد تقاعس بدوره عن الاستعلام، فإنهما يكونان قد ارتكبا خطأ مشتركاً، يتحملان معاً تبعته كلٌّ حسب مقدار خطئه طبقاً للقواعد العامة.¹

2- الالتزام بالاستعلام للإعلام: يتميز الالتزام بالاستعلام من أجل الإعلام باستقلالية وأصالة تجعله مختلفاً عن واجب الاستعلام المفروض على الطرفين، ويهدف إلى السعي للاستزادة من معارف هذا المهني وإحاطته بأمور لا تدخل في حيازته تمهيداً لتقديمها إلى المستهلك²، فالالتزام بالاستعلام من أجل الإعلام ينفرد بوقوعه على عاتق المهني وحده، لأنه يُفترض فيه الخبرة والمعرفة الكافية لنقل المعلومة بنزاهة وتسهيل إتمام العقد بكل طمأنينة³، حيث يكمن المغزى من الاستعلام في عدم تملّص المهني من التزامه بحجة أنه لا يعلم، كما تكون الغاية في تحقيق شرط علم المهني بمحل العقد، حتى نكون أمام الالتزام بالإعلام⁴، ويفرض الالتزام بالإعلام على المدين في مرحلة إبرام العقد إعلام الطرف الآخر بجميع المعلومات والبيانات وملابسات العقد المزمع إبرامه، وذلك نظراً للثقة المشروعة التي أولاها إياه الشخص الذي سيتعاقد معه، فالغاية من الزام المدين بالاستعلام تتمثل ليس في استفادته شخصياً من هذا البيان، وإنما في الإفضاء به إلى الدائن بهدف تنوير إرادته.⁵

وعليه يمكن تعريف الالتزام بالاستعلام من أجل الإعلام بأنه التزام قُصد منه أن يلتزم المدين مهنياً كان أم غير مهني، بالتحري أو البحث عما يجهله من معلومات يتعين عليه تقديمها إلى الدائن بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد⁶، فإذا قام البائع بالاستعلام عن البيانات المتعلقة بمحل عقد البيع وقام بتزويد المشتري بها عند سؤاله عنها، كان البائع حسن النية ويُبرأ

¹ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 196.

² بن علي صليحة، المرجع السابق، ص 52.

³ المرجع نفسه، ص 53.

⁴ بن سالم المختار، المرجع السابق، ص 22.

⁵ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 190.

⁶ بن سالم المختار، المرجع السابق، ص 22.

بذلك من الضمان¹، ويعود التشدد مع المدين المحترف على هذا النحو إلى أنّ مثل هذا المدين في الأصل يُفترض أنّه يحيط علماً بكل المعلومات المتصلة بموضوع التعاقد الذي يدخل في نطاق تخصصه²، فمثلاً إذا أراد شخص أن يشتري جهاز حاسوب (كمبيوتر) فعلى البائع استعلامه عن غايته من استعماله، كما على بائع هذه الأجهزة إذا كان يجهل عملها أو استعمالها، الاستعلام عن تقنيات وعمل تلك الآلات، وذلك بسبب واجب الاستعلام الملقى على عاتقه³، فالبايع ملزم بتنوير المشتري بكل ما يعرفه، وأكثر من ذلك يستفسر من هذا عما يرغبه، وبالمقابل على المشتري التزام بإخطار البائع بكل ما يرغبه، والصعوبات التي تواجهه ويستفسر من البائع عما يعرفه عن الشيء المبّيع.⁴

وفي مجال العقود الطبية يُلقى الالتزام بالاستعلام على عاتق الطبيب، فعليه أن يُحدّث معلوماته ويتابع كل التطورات الطبية، ولا يكتفي بما درسه في مراحل الدراسة الأولية، لأنّ عليه أن يزوّد مريضه بمعلومات كافية دقيقة وواضحة ومبسّطة وتتفق مع آخر التطورات في علم الطب.⁵

ولهذا أقرت محكمة النقض الفرنسية بوضع مبدأ مفاده: "أنّ كل من أخذ على عاتقه مهمة إعلام غيره يتعين عليه أن يستعلم قبل القيام بهذا الدور"، وتوضح في ذلك الأستاذة "Muriel Fabre Magnan" أنّه: "لا يجب الخلط بين الالتزام بالاستعلام من أجل الإعلام وواجب الاستعلام من أجل التمكن من التصرف بشكل صحيح، لهذا أوجب الفقه على كل متعاقد واجب الاستعلام والتحقق من المعلومات ليتبنّى سلوكاً لا يضرّ بمصلحة المتعاقد معه"⁶، فمثلاً إذا أراد صاحب مؤسسة تجارية أن يشتري حاسباً آلياً (كمبيوتر) وتوجه إلى تاجر

¹ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 611.

² بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 191.

³ المرجع نفسه، ص 190.

⁴ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 23 و 24.

⁵ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 190.

⁶ نقلاً عن بن علي صليحة، المرجع السابق، ص 53.

هذه الآلات توجب على المشتري إعلام البائع عن سعة العمليات التي يتطلبها في الحاسب، كما يترتب على البائع في حالة سكوت المشتري استعلامه عن غايته من استعمال السلعة.¹ وكذلك قد أشارت إلى واجب الاستعلام محكمة النقض الفرنسية في العديد من القرارات الصادرة عنها²، حيث تضع قرينة المعرفة على الممتن سواء كان بائعا أو مشتريا، فلا يستطيع التذرع بعدم معرفته بالشئ أو بمواصفاته، أو فاعليته طالما أن هذا الشئ يقع ضمن مهنته أو اختصاصه، وهذه القرينة هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها³، وإذا كان فعلا يجهل تلك المواصفات أو الفاعلية فعليه موجب الاستعلام، فإذا كان المتعاقد ممتنا اعتُبر أنه اطلع على خصائص الشئ محل التعاقد، أي يفرض فيه العلم، وما عليه إلا إثبات أنه تعذر عليه الوقوف على خصائص الشئ.⁴

وإذا كانت هذه القرينة مستمدة من قوانين حماية المستهلك، فإننا نجد نفس المقتضى فيما يتعلق بالإعلام المؤسس على ضمان العيوب الخفية في القانون المدني الجزائري، حيث لا يُعد علم البائع شرطا للالتزامه بالضمان، فالبايع يضمن عيوب المبيع ولو لم يكن عالما بوجودها، وبالتالي تطبق في هذه الحالة قرينة العلم على البائع ولو كان يجهل هذه العيوب في الواقع⁵، وهذا ما يُستفاد من نص المادة 1/379 ق م ج السابق ذكرها.⁶

وفي ذلك تطبيقات عديدة لمحكمة النقض الفرنسية، منها القضية التي تتلخص وقائعها في أنّ مجموعة من المشترين أبرموا عقدا لشراء عقار سكني بواسطة وكيل عقاري، وبعد إبرام العقد تبين لهم وجود عيب في الهيكل الخشبي للسكن، نتيجة مهاجمته بنوع من الحشرات، فرفعوا دعوى تعويض ضد الوكيل العقاري، لإخلاله بالتزامه بالإعلام والنصيحة في مواجهتهم،

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 24.

² زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 407.

³ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 23.

⁴ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 408.

⁵ بالكور رفيقة، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو -الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019، ص 124 و 125.

⁶ القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقا.

فعيّنت محكمة الموضوع خبيراً لمعاينة العيوب الحاصلة في العقار، عند ذلك وضح هذا الخبير بأنّ هذه العيوب من السهل أن يتبينها المهنيون المتخصصون، ولكن ذلك صعب على غيرهم من الأشخاص العاديين، وبعدها ثبت لمحكمة الموضوع بأنّ الوكيل العقاري ما هو إلا شخص عادي ليست له خبرة بالأخشاب، وأنّه لم يكن على علم بالعيوب الموجودة بالعقار، قضت بعدم مسؤوليته، ولما عُرض الموضوع على محكمة النقض الفرنسية قضت بإلغاء حكم محكمة الموضوع، معلنة في ذات السياق أنّ الوكيل العقاري رغم عدم تخصصه في الأخشاب إلا أنّه لا يمكنه أن يدعي بالجهل بمثل هذه العيوب، لأنّه بذلك يكون قد قصّر في واجبه بالإعلام، كما أنّ حكم قضاة الدرجة الثانية يعدّ مخالفاً لنص المادة 1382 ق م ف.¹

كذلك في حالة حيازة المدين للمعلومات المؤثرة والجوهرية في التعاقد في نفس الوقت الذي يستحيل فيه على الدائن الإتيان بها أو باستيعابها بمفرده، فَرَضَ من شأنه أن يخلق واقعا مؤداه عدم قدرة هذا الدائن على الإلمام بهذه المعلومات سوى عن طريق المدين²، إذن فالبايع يستعلم ليُعلم المشتري، وهذا الأخير يستعلم ليكون على بينة من مواصفات وفاعلية الشيء المبّيع، فإذا حصل خلل من قبل أحدهما في موجب الاستعلام تحمّل مسؤولية النتائج المترتبة على ذلك عندما تكون قد انعكست على العقد.³

وفي نفس هذا المعنى، يقول الفقيه Stéphane Darmaisin أنّه إذا كان من غير العادل أن نسمح للمهني أن يتعسف بوضعيته بحبس المعلومات، فإنّه كذلك من غير العادل أن نُعفي الطرف الآخر من أيّة مسؤولية بأن تُنسب له مُجرّد دور سلبي، أما المدين بالإعلام فيكون أيضاً مدينا بالاستعلام، عندما يكون هذا الأخير ضرورياً من أجل الاعلام.⁴

¹ نقلا عن بوالكور رفيقة، المرجع السابق، ص 125.

² لغنج مباركة، المرجع السابق، ص 62 و 63.

³ المرجع نفسه، ص 63.

⁴ لبان فريدة، المرجع السابق، ص 81 و 82.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التعاقد

لقد ثار جدال لدى الفقه حول الطبيعة القانونية للالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة الانعقاد، فهناك جانب من الفقه اعتبرهم التزام بتحقيق نتيجة، بينما هناك جانب آخر من أرجعهم إلى التزام ببذل عناية، وهذا ما سنحاول تفصيله في هذا المطلب، بحيث سنبين الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام في الفرع الأول، ثم الطبيعة القانونية للالتزام بالاستعلام في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام

من المعروف أن الالتزام بالإعلام يهدف إلى تنوير إرادة الدائن وإقامة التوازن بين طرفي العقد فيما يخص البيانات المتعلقة بالعقد، سواء من حيث بنوده أو محله¹، لكن السؤال الذي يُطرح هنا، هل المدين بالإعلام ملزم بتحقيق نتيجة (أولا) أم ببذل عناية (ثانيا) ؟

أولا: الالتزام بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة (غاية)

هو ذلك الالتزام الذي بمقتضاه يتعهد المدين بتحقيق نتيجة معينة، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة لا يعدّ موفّيا بالتزامه²، وتتمثل هذه الأخيرة في نقل المعلومات وتزويد الطرف الآخر بها، أي إحاطة الدائن به علماً بكل الحقائق والوقائع والأحداث والمعلومات المتعلقة بالعقد والتي تعتبر ضرورية لإبرامه، لذلك يعتبر المدين مخلا بهذا الالتزام متى امتنع عن ذلك دون مبرر مشروع.³

ويؤسس أنصار هذا الاتجاه رأيهم على أنّ الالتزام بالإعلام يهدف إلى ضمان سلامة الدائن وحمايته في مواجهة المدين المحترف، وبناء على هذا فإنّ مسؤولية المدين تترتب لمجرد

¹ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 187.

² بقة عبد الحفيظ، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 13 و 14.

³ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 102.

ثبوت عدم تحقق النتيجة، ولا يستطيع المدين التخلص من مسؤوليته إلا في حالة وجود سبب أجنبي الذي حال دون تحقق النتيجة.¹

كما يرى هذا الإتجاه أنّ الالتزام بالإعلام إلّزام ببذل عناية يتعارض مع مقتضيات حماية المستهلك، وأنّ العدالة تقتضي إلقاء العبئ على المهني بحيث تتعدّد مسؤوليته بمجرد عدم تحقق النتيجة، فلا يتحلل من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي²، خاصة في مجال العقود التي ترد على الأشياء الخطرة، لأنّ إعلام المستهلك بالمعلومات المتعلقة بمخاطر الشيء المبيع يهدف إلى تحقيق سلامة المشتري بصفة خاصة والمستهلك بصفة عامة.³

وعليه فاعتبار الالتزام بالإعلام إلّزام بتحقيق نتيجة يمثل حماية للمستهلك، لأنّ فيه تخفيف لعبء الإثبات، كون هذا الأخير طرف ضعيف في مواجهة طرف قوي يملك العلم والدراية لتخصصه، الأمر الذي يحدث خلافاً في العلاقة العقدية، لذلك فما على المستهلك إلا أن يثبت عدم تنفيذ المتدخل لالتزامه فقط، دون حاجة لإثبات سوء النية.⁴

ويوجد العديد من الأحكام القضائية التي قضت بأنّ الالتزام بالإعلام هو إلّزام بتحقيق نتيجة، نذكر من بينها القرار المؤرخ في 25-02-1997 (Hédreul) المتعلق بالمسؤولية الطبية التي قضت بموجبه محكمة النقض الفرنسية أنّ كل شخص ملزم بالالتزام خاص بالإعلام، سواء قانونياً أو عقدياً أن يقدّم الدليل على تنفيذ هذا الالتزام، ولقد قضت أيضاً محكمة استئناف باريس بمسؤولية منتج إطارات السيارات عمّا لحق المشتري من أضرار بسبب انفجارها، لأنّه لم يُحذّره من الانفجار مكتفياً فقط بكتابة عبارة قابلة للانفجار.⁵

¹ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 187 و188.

² زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 397.

³ بن عديدة نبيل، المرجع السابق، ص 36 و37.

⁴ بتقة حفيظة، المرجع السابق، ص 24.

⁵ نقلاً عن بن عديدة نبيل، المرجع السابق، ص 37.

ثانيا: الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية (وسيلة)

هو ذلك الالتزام الذي بمقتضاه يتعهد المدين ببذل العناية اللازمة لكي تتحقق النتيجة، بحيث يعد المدين موقّيا بالتزامه طالما بذل الجهد اللازم لتحقيق النتيجة حتى ولو لم تتحقق¹، ونكون بصدد الالتزام ببذل عناية أو بوسيلة إذا كان المدين مُطالباً باتخاذ الحيطة اللازمة للوصول إلى النتيجة أو الهدف المطلوب، وفي هذه الحالة يقع على عاتق الدائن إثبات الإهمال وعدم الحيطة من جانب المدين.²

ويذهب الرأي الراجح في الفقه ويؤيده القضاء إلى أنّ الالتزام بالإعلام هو مجرد التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة، فالمدين بالالتزام بالإعلام لا يلتزم إلا بالإدلاء بالبيانات والمعلومات التي كان يعلمها فعلا، أو التي كان من المفروض أن يعلمها طبقا لمعيار الرجل المعتاد³، ويستشهد في ذلك أيضا الفقه الفرنسي بأنّ الإعلام بمخاطر الشيء الخطر يبقى احتمالي غير مؤكد الوقوع، وأنّ للدائن دور في تحقيق النتيجة ومنعها، فيلتزم بإثبات خطأ البائع، ولا شك أنّ إعمال قواعد العدالة يؤدي إلى الاكتفاء بعناية الرجل متوسط الحرص، غير أنّ اعتبار هذا الالتزام التزام بوسيلة قاصر عن حماية المستهلك.⁴

فالبائع لا يتحكم في نتيجة المعلومات التي يقدمها، ولا يستطيع أن يلزم المشتري باتباعها، بل يتعهد فقط ببذل كل ما يستطيع لأجل إحاطته علما بالبيانات والمعلومات ولا يتعهد بأكثر من ذلك، لأنّه مهما بلغ الحرص البائع على وضوح المعلومات فإنّه لا يكفي لتحقيق النتيجة المنتظرة، بل يتوقف الأمر على مدى استجابة الطرف الآخر والتزامه بذلك⁵، لأنّ المدين يقوم بتقديم المعلومات لتحقيق رضا مستتير وخالٍ من العيوب، لكن بالرغم من ذلك يمكن أن يقع الطرف المقابل مثلا في الغلط أو لا يتيقّد بالمعلومات المقدمة له ولا يأخذها بعين الاعتبار،

¹ بقة عبد الحفيظ، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 14.

² فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 33.

³ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 187.

⁴ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 396.

⁵ بقة حفيفة، المرجع السابق، ص 22 و 23.

وهنا يكون المدين قد أوفى بالتزامه من خلال بذل العناية التي يفرضها عليه هذا الالتزام وطبيعة مهنته.¹

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 11 جوان 1985، بأن الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية، ولا يمكن أن يكون بتحقيق نتيجة، وبذلك رفضت دعوى شركة **Fhichet-Bauch** التي تجاهلت النصيحة المقدمة إليها من قبل شركة **Discorop** بتركيب جهاز الكتروني للإنذار والمراقبة يضمن لها حماية ضد السرقة، وذلك لأن شركة **Fhichet-Bauch** أصرت على اختيار جهاز إنذار آخر غير فعال مما عرضها للسرقة، وقضت المحكمة بأن شركة **Discorop** لا يمكن أن تلتزم في هذا الخصوص بتحقيق نتيجة، ولا سيما أنها لم تقصر في الالتزام بالنصيحة الملقة على عاتقها.²

وأمام تباين المواقف بشأن طبيعة التزام المتدخل بالإعلام وتمسك كل اتجاه برأيه، ظهر اتجاه فقهي حديث يناهز بضرورة معرفة ما يلتزم به المدين اتجاه الدائن، حتى يمكن تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام، لأنه لا يمكن التأكيد بأن هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة وإنما يمكن القول بأنه أقوى من الالتزام ببذل عناية³، حيث أن هناك أمور يجب على المدين القيام بها وأقل من الالتزام بتحقيق نتيجة، وأمور لا تدخل تحت سيطرة المدين بل يترك الأمر فيها للدائن⁴، لذلك يرى هذا الإتجاه بأن الالتزام بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة مخففة.⁵

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بالاستعلام

اختلف الفقه حول التكييف القانوني للالتزام بالاستعلام، فهناك جانب من الفقه من اعتبره التزام ببذل عناية (أولاً)، وهناك جانب آخر من أرجعه إلى التزام بتحقيق نتيجة (ثانياً).

¹ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 103.

² نقلا عن ابن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 187.

³ ابن عديدة نبيل، المرجع السابق، ص 37.

⁴ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 103.

⁵ ابن عديدة نبيل، المرجع السابق، ص 38.

أولاً: الالتزام بالاستعلام التزام ببذل عناية

نجد أنّ جانباً من الفقه من اعتبر أنّ الالتزام بالاستعلام هو التزام ببذل عناية، ومن ثمّ فإنّ المدين به يكون قد وقّى به إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي¹، فإذا كان المالك جاهلاً للبيانات التي من المؤكّد أن يسأل عنها الطرف الآخر، فإنّ عليه أن يسعى ويستعلم عنها، وألاً يتدّرع بجهله بالبيانات الهامة التي يكون لها تأثير على التراضي²، أما إذا كانت هذه المعلومات معلومات فنية ودقيقة غير جوهريّة، فإنّه لا يُلزم بها إلا المدينون المهنيون الذين تتوافر لديهم بحكم مهنتهم إمكانيّة العلم بها، وبالتالي المدين غير المهني يُعفى من أدائها³، ويقع على عاتق الدائن بهذا الالتزام عبء إثبات تقصير المدين به في بذل العناية المطلوبة، من أجل الاستعلام عن البيانات التي يحتاجها الدائن، مع الإشارة إلى أنّ هذا الأخير يستطيع إثبات علم المدين بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود، أيّا كانت قيمة العقد لأنّ الإثبات يتعلق في هذه الحالة بواقعة مادية⁴، ولقد أيّد القضاء هذا الاتجاه في العديد من القرارات الصادرة عنه تطبيقاً لذلك، منها القرار الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 1974 برفض إبطال عقد بيع محل تجاري، استناداً إلى أنّ المشتري لم يتمكّن من إثبات تقصير البائع في الاستعلام عن القيد القانوني المقرر على المحل التجاري⁵.

كما يذهب البعض إلى أنّ القاعدة العامة في اعتبار التزام المدين بالاستعلام التزام ببذل عناية، إنّما يقتصر على الحالات التي يوجد فيها توازن في المراكز العقدية ومساواة فعلية في العلم بين المدين والدائن⁶، ويصعب جعله التزاماً بتحقيق نتيجة لعدم وجود نص صريح يُحمّل المدين عبء العلم بالبيانات في جميع الحالات، أما في حالات ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، لا يمكن للمدين دفع المسؤولية عنه بإثبات أنّه بذل عناية الشخص العادي أو

¹ بوالكور رفيقة، المرجع السابق، ص 126.

² لغنج مباركة، المرجع السابق، ص 63.

³ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 102.

⁴ بوالكور رفيقة، المرجع السابق، ص 126.

⁵ نقلاً عن بن عديدة نبيل، المرجع السابق، ص 333.

⁶ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 191.

بإثبات السبب الأجنبي، لأنّ الالتزام بالإدلاء بالبيانات عند إبرام العقد يقوم كالالتزام تبعية يندرج تحت الالتزام الأصلي للمتعاقد بالضمان.¹

ثانياً: الالتزام بالاستعلام التزام بتحقيق نتيجة

يرى جانب آخر من الفقه أنّ التزام المتدخل بالاستعلام هو التزام بتحقيق نتيجة، لأنّ المراكز بين المدين والدائن متفاوتة ومتباينة من حيث المعلومات والبيانات، وبالتالي ينبغي على المدين لانتقاء المسؤولية عنه إثبات انتقاء الخطأ من جانبه، وذلك عن طريق قيامه بإثبات السبب الأجنبي²، لأنّ اعتباره التزاماً ببذل عناية يكون في الحالات التي يوجد فيها توازن في المراكز العقدية ومساواة حقيقية في العلم بين المتعاقدين، أما في باقي الحالات التي يختل فيها هذا التوازن وتندفع فيها تلك المساواة، لكون أحد أطراف العقد مهنيًا محترفاً كما في عقود الاستهلاك، فإنّ التزام المدين يتحول إلى التزام بتحقيق نتيجة.³

وقد أبدى القضاء والفقه تجاهه نوعاً من الشدة بأن ألقيا على عاتقه قرينة قاطعة، مؤداها افتراض علم هذا المحترف بكافة البيانات والمعلومات المتصلة بالشيء محل التعاقد لا يجوز إثبات عكسها⁴، فعندما تكون المعلومات جوهرية متصلة بموضوع التعاقد، فإنّ إلزام المدين -مهني أو غير مهني- بالاستعلام عنها، ثم التزامه بإعلام الدائن بها يكون التزاماً بتحقيق نتيجة.⁵

ولقد صدرت عدة قرارات قضائية أكدت رأي هذا الاتجاه، فعلى سبيل المثال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1970 الذي ألقى على عاتق البائع أن يكون على علم بكل البيانات الخاصة بالسيارة المستعملة محل البيع، وبالتالي يجب عليه أن يستعلم عن

¹ لغنج مباركة، المرجع السابق، ص 63.

² بن عديدة نبيل، المرجع السابق، ص 334.

³ بوالكور رفيقة، المرجع السابق، ص 126.

⁴ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 191 و 192.

⁵ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 102.

كافة المعلومات المتعلقة بموضوع العقد، كالمعلومات الخاصة بعدد الكيلومترات التي قطعتها السيارة، الحوادث السابقة المرتكبة، سنة الصنع، وجود رهن على السيارة، وجود تأمين.¹

¹ نقلا عن بن عديدة نبيل، المرجع السابق، ص 334.

الفصل الثالث :

الآثار المترتبة عن مخالفة

مبدأ حسن النية

الفصل الثالث: الآثار المترتبة عن مخالفة مبدأ حسن النية

قد يُخلّ أحد المتفاوضين في مرحلة التفاوض بأحد الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية، مما يُوجب قيام المسؤولية المدنية من جانبه اتجاه المتفاوض الآخر، وهذا ما سنتحدث عنه في المبحث الأول، كما أنّ هذه المسؤولية في مرحلة التفاوض تُرتب جزاءات نتيجة الإخلال بما يفرضه مبدأ حسن النية في هذه المرحلة، والذي سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الأول: المسؤولية المدنية كأثر لمخالفة مبدأ حسن النية

سنوضح في هذا المبحث طبيعة المسؤولية المدنية التي تترتب على مخالفة مبدأ حسن النية خلال الفترة السابقة للتعاقد (المطلب الأول)، ولقيام هذه المسؤولية يجب أن تتوفر فيها عدة شروط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عن مخالفة مبدأ حسن النية

نظرا لطبيعة التزام مبدأ حسن النية، اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة على مخالفته، فجانبا يرى أنّها مسؤولية عقدية (الفرع الأول)، وجانبا آخر يرى بأنّها مسؤولية تقصيرية (الفرع الثاني)، وهناك رأي آخر يذهب إلى قيام المسؤوليتين في آن واحد، وهناك من أرجع طبيعتها إلى مسؤولية من نوع خاص (الفرع الثالث)، لذلك لابد من تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة على مخالفة التزام مبدأ حسن النية وموقف المشرع الجزائري منها (الفرع الرابع).

الفرع الأول: المسؤولية العقدية كأثر لمخالفة مبدأ حسن النية

يذهب جانب من الفقه، إلى اعتبار المسؤولية قبل التعاقدية الناتجة عن خرق التزام من التزامات حسن النية في تكوين العقد، لا سيما في مرحلة المفاوضات، هي نفسها نظرية الخطأ عند تكوين العقد، ومن ثم يمكن تأسيسها على العقد الضمني وهي مسؤولية عقدية¹، وصاحب هذه النظرية هو الفقيه الألماني "اهرينغ"، الذي شرح نظريته في مقاله الشهير بعنوان "الخطأ في

¹ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 127.

تكوين العقد، إذ يرى أنّ الخطأ الذي يرتكبه المتفاوض أثناء المفاوضات هو خطأ عقدي تثيره المسؤولية العقدية، وهذا سواء نجحت المفاوضات ووصلوا إلى إبرام العقد النهائي أم فشلوا في ذلك¹، فإن حدث وأن أخلّ أحد الأطراف بواجبه أثناء التفاوض، وكان سببا في عدم إبرام العقد، أمكن مساءلته على أساس فكرة الخطأ في تكوين العقد، أو عدم بذل العناية اللازمة لتكوينه، وذلك لوجود نوع من الاتفاق الضمني بين المتفاوضين، وهذه الفكرة تتدرج في إطار المسؤولية العقدية.²

وإذا كان الأصل العام هو أنّ المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على العقد، هي مسؤولية تقصيرية عن فعل ضار، إلا أنّ الرأي السائد في فرنسا ومصر يرى أنّ تطبيق أحكام المسؤولية العقدية في حالات استثنائية، قد تكون ناجمة عن الإخلال بالتزام عقدي ورد في الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية، أو في اتفاق على التفاوض، وهذا حتى قبل إبرام العقد النهائي، بل حتى ولو تُسفر المفاوضات على إبرام أي عقد.³

كما ذهب الأستاذ **علي علي سليمان** إلى أنّه في حالة ما إذا ارتكب المدين سيء النية غش أو خطأ جسيم في عدم تنفيذ التزامه، فقد أجاز للدائن أن يُطالب بالتعويض حتى عن الضرر غير المتوقع، وهناك رأي يقول أنّ إلزام المدين الذي ارتكب غشا أو خطأ جسيما، إنّما هو خروج عن المسؤولية العقدية وتطبيق للمسؤولية التقصيرية، ولكن هناك رأي يرى أنّ ليس هنا خروج على المسؤولية العقدية، وإنّما هنا جزاء أشد على المدين لغشه أو خطئه الجسيم، لاعتباره قد خان الثقة وحسن النية التي يجب أن تسود في تنفيذ الالتزام.⁴

وهناك من يرى أنّ أساس المسؤولية في مرحلة المفاوضات هو وجود عقد تمهيدي أو عقود أولية ممهدة لإبرام العقد الأصلي، وتكون هذه العقود مستقلة عنه غايتها التحضير للعقد

¹ عبد الحكيم بن عيسى، "مبدأ حسن النية في العقد"، مجلة الميدان للعلوم السياسية والاجتماعية، العدد 01، المجلد 04، 2021، ص 176.

² بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 32 و 33.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 179.

⁴ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، بن عكنون - الجزائر، 2003، ص 127.

المراد إبرامه، فأَيّ إخلال بهذه الالتزامات في هذه المرحلة تعدّ إخلالاً بالالتزامات العقدية، وبالتالي يعوّض الضرر وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية.¹

فهذه الاتفاقات التمهيدية وعقود التفاوض التي تتضمن الالتزامات المتفرعة عن حسن النية في مرحلة التفاوض، إذا ما تضمنت العناصر الأساسية الواجب توافرها في العقد وفقاً للقانون، فإنّ الإخلال بما ترتبه من التزامات²، ينقلب من عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم، وتنقلب المسؤولية بشأنه من تقصيرية إلى عقدية، ويكون مسؤولاً مسؤولية عقدية.³

غير أنّ أغلبية الفقه استقر على عدم صلاحية النظريات التي أقرّت المسؤولية في مرحلة المفاوضات على الخطأ العقدي، لأنّ هذه النظريات تقوم على افتراض لا ينسجم والمنطق القانوني، فلا يمكن الأخذ بالرأي القائل بنشوء المسؤولية عن العقد الأصلي والعقد لم يبرم بعد⁴، لأنّ المسؤولية العقدية كما هو معروف تقتض وجود عقد، وهدفها جبر الضرر وتعويض المتضرر، فإذا اعتبرت كذلك عند قطع المفاوضات فآثار العقد قد امتدت لمرحلة التفاوض، ويُلزم المتفاوض بالعقد منذ دخوله في المفاوضات لا من لحظة إبرامه، وهذا سيؤدي إلى انتفاء الحكمة التي من أجلها وُجدت المفاوضات والمتمثلة في التّروي والتفكير قبل إبرام العقد.⁵

وعلى كل حال، فإنّه إذا قامت مسؤولية المتفاوض العقدية، عن إخلاله بالتزامه بالتفاوض، فإنّ القاضي لا يستطيع قانوناً أن يُجبره على التفاوض، كما أنّه لا يستطيع من باب أولى أن يُجبره على التعاقد، وليس أمام القاضي في هذه الحالة إلا الحكم بالتعويض للطرف

¹ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 176.

² بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 128 و 129.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 179.

⁴ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 177.

⁵ بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 34.

المضرور، عما أصابه من ضرر من جراء عدم الوفاء بالالتزام¹، وفقا لما جاء في نص المادة 176 من ق م ج.²

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية كأثر لمخالفة مبدأ حسن النية

يرى جانب من الفقه إلى اعتبار أنّ المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية، لأنّ هذه الأخيرة لا تنشأ إلا عن عقد صحيح قائم بجميع أركانه وشروطه، وقد أيد الفقه والقضاء الفرنسي هذا الرأي، وعلى الرغم من عدم وجود أحكام صريحة في القضاء الجزائري بهذا الصدد، إلا أنّنا لا نتصور خروجه عن سابقه، وذلك لتشابه النصوص التي تنظم المسؤولية³. وقامت هذه النظرية على ضوء الانتقادات التي وُجّهت إلى النظرية العقدية، في المقابل أسس فقهاء هذا الاتجاه النظرية التقصيرية على فكرة التعسف في استعمال الحق، بحجة أنّه مادام لا توجد علاقة أو صلة عقدية تجمع الأطراف فلا مجال للمسؤولية العقدية، وعليه فالمسؤولية هنا هي تقصيرية، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي والفقه في فرنسا⁴، وذلك لعدم وجود عقد تمهيدي أو وعد مسبق بالتعاقد، مما ينفي وجود التزام عقدي، فمثلا لو سارع أحد الأطراف إلى قطع المفاوضات بشكل مفاجئ وتعسفي، أو تسبب في عدم متابعتها بحسن نية، أو تظاهر بأنّه جاد في التفاوض وكان يفكر بإجراء مفاوضات مع طرف ثالث، أو تعمّد إجراءها بهدف تضليل الطرف الآخر وجعله يتخذ قرارا خاطئا يضر بمركزه المالي أو التجاري⁵، فالمسؤولية هنا تعتبر مسؤولية تقصيرية.

ومن القضايا المشهورة في هذا الموضوع تتلخص أحداثها في أنّ شخصا عرض على آخر أن يفكر له بمشروع يستثمر فيه أمواله ويكون شريكا له فيه، فقبل هذا العرض وأخذ يفكر

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 180.

² المادة 176 من ق م ج: « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكن الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ».

³ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 127 و128.

⁴ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 177.

⁵ بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص33.

في مشروع فريد من نوعه حتى اهتدى إلى إنشاء مصنع لعمل وطبع الأسطوانات الخاصة بالأغاني في مصر، يكون الأول من نوعه في الشرق الأوسط، وعرض الفكرة عليه فرحّب بها بعد أن درسها وجرت بينهما مناقشات ومفاوضات، وتم البدء بأول مرحلة وهي التي أسفر عنها الاتفاق على السفر إلى أوروبا، وفعلاً سافر على طلب من الأول من أجل اختيار الآلات اللازمة واشترى أفضلها، وبمجرد وصول الآلات قام الأول بالتكرار لهذا الشخص، ورفض تحرير عقد الشركة معه واستأثر بالآلات لنفسه، وقام بعقد شركة مع آخرين لتنفيذ نفس المشروع الذي كان وليد تفكير الثاني، وقضت المحكمة باعتبار الأول مسؤولاً مسؤولية تقصيرية، لأنّه لم يكن جاداً في هذه المرحلة عندما بدأ بالمفاوضات.¹

ومما سبق ذكره فإنّ الإخلال بالتزام حسن النية في مرحلة التفاوض على العقود، إذا لم يتم النص عليه صراحة أو على أحد الالتزامات المتفرعة عنه، فإنّه في الأصل العام يرتب المسؤولية التقصيرية، وهذا هو الرأي الذي استقر عليه معظم الفقه المعاصر في فرنسا ومصر والجزائر، وأيّده القضاء وذهب إليه أيضاً الفقه الإسلامي.²

لكن هذه النظرية تعرّضت هي الأخرى للنقد، لأنّها تجاهلت بعض الالتزامات التي تنشأ في مرحلة المفاوضات، يبرمها الأطراف ويكون هدفها متابعة التفاوض بحسن نية، والكشف عن كل ما له صلة بموضوع العقد، وكل ما يملك الطرف من معلومات بشأن الصفقة أو المحافظة على سرية المعلومات بمعنى أنّ غرضها يكون تنظيم عملية التفاوض.³

قد تؤدي المسؤولية التقصيرية إلى نتائج عكسية غير متوقعة، كما يتجه إليه بعض الفقه، كما أنّ أعمالها من شأنه إهدار الجانب الإرادي للمتفاوض، فهذا الأخير وعلى الرغم من أنّه لم يُفلح في إبرام العقد، إلا أنّ إرادته قد اتجهت إلى ذلك، أي أنّ دور الإرادة موجود على الرغم من عدم وصولها إلى الهدف.⁴

¹ مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 77 و 78.

² بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 124.

³ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 177.

⁴ بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 34 و 35.

وفيما يتعلق بالمسؤولية في مرحلة التفاوض الالكتروني، يرى جانب كبير من الفقه قيام المسؤولية التقصيرية للمتعاقد المهني، عند عدم توفير المعلومات اللازمة للمستهلك الالكتروني وهو الطرف الضعيف، فهي مسؤولية تقصيرية تقوم على الخطأ، الذي ارتكبه المتعاقد الملزم قانونا بتقديم المعلومات الكاملة في مرحلة ما قبل التعاقد في العقود الالكترونية، التي تبرم عن بعد.¹

الفرع الثالث: قيام المسؤولية العقدية والتقصيرية في آن واحد أو مسؤولية من نوع خاص

قد يؤدي قطع المفاوضات في بعض الأحوال إلى قيام المسؤولية العقدية (جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد) والمسؤولية التقصيرية (عن الفعل الضار) في وقت واحد، فهل يجوز للمضرور أن يختار من المسؤولية تلك التي تكون أصلح له، أو بمعنى آخر تكون أكثر اتفاقاً مع مصلحته؟²

يمكن تصور هذه المسؤولية عند وجود اتفاقات تمهيدية ورد فيها الالتزام، فالإخلال به تطبق عليه أحكام المسؤولية العقدية، أما في حالة ارتكاب خطأ في مرحلة التفاوض، وغياب الاتفاقات التمهيدية فتطبق أحكام المسؤولية التقصيرية، وهذا هو الأصل العام، فهذه العلاقة تجمع بين الطبيعة العقدية، وهي العقود الممهدة للعقد النهائي، وبين الطبيعة المادية المجردة للتفاوض³، وهنا لا يجوز للدائن مطالبة المدين بتعويضين على أساس المسؤولية العقدية وآخر على المسؤولية التقصيرية، كذلك لا يجوز للدائن الجمع في دعواه بين خصائصهما، وأيضاً لا يجوز له عند رفع الدعوى وخسارتها أن يلجأ إلى الدعوى الأخرى⁴، وهذا ما اتجه إليه أغلب الفقه الجزائري إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، استناداً إلى استقلال كل منهما بنظام قانوني خاص، مما يؤدي إلى استبعاد إحداها من نطاق الأخرى.⁵

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 181 و 182.

² المرجع نفسه، ص 187.

³ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 177.

⁴ مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 80.

⁵ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 187.

وهناك من يرى بأنها ليست مسؤولية عقدية بالمفهوم التقليدي الذي يفترض وجود عقد صحيح، وليست مسؤولية تقصيرية بالمفهوم السائد في الأحكام التي تنظم هذه المسؤولية، بل هي مسؤولية من نوع خاص سابقة على إبرام العقد¹، على اعتبار أن الأعراف قد طورت العديد من القواعد على نحو يتلاءم مع الوسط الذي تسود فيه، خاصة في مجال المعاملات الاقتصادية، سواء تلك التي تقع داخل حدود الدولة، أو تلك التي تسود في مجتمع التجار العابر للحدود.²

كما نجد أن العديد من الفقهاء نادى بهذا النوع من المسؤولية، فرضتها احتياجات العدالة وتعالج خطأ من نوع خاص، له خصوصياته التي تلعب فيها الإرادة دورا بارزا، فهي من يصنع مرحلة المفاوضات وينهيها، مما يعني أن تجاهلها في مرحلة التفاوض أمر منافٍ العدالة، ويتعارض وأصول الاستقرار واليقين القانونيين.³

وعليه لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين، إذا كان الفعل الواحد يترتب عليه في نفس الوقت كل منهما، فإن المضرور لا يستطيع أن يرفع إلا إحداهما، لأن لكل منهما وضعا وأحكاما خاصة منفصلة ومستقلة في القانون المدني الجزائري، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، على أنه من غير المقبول قانونا، أن يحصل المضرور على تعويضين عن ضرر واحد⁴، ونجد ذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ 1984/11/07.⁵

وهناك من ذهب إلى القول بأن المسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة التفاوض على العقد، ليست مسؤولية من نوع خاص، بل هي مسؤولية مدنية عادية، قد تكون مسؤولية عقدية

¹ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 123.

² بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 35.

³ المرجع نفسه.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 188.

⁵ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 28676 مؤرخ في 1984/11/07، قضية (ط - م ع - م ع - ضد ز د)، المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ص 55.

أو تقصيرية، وأن هذه التسمية ما هي إلا لتحديد المرحلة أي الفترة الزمنية التي تنشأ خلالها هذه المسؤولية، وهي مرحلة التفاوض على العقد.¹

وعلى كل حال، وأياً كانت طبيعة المسؤولية، ففي المسؤولية العقدية، يتم التعويض عن الضرر المباشر المتوقع، أي الضرر الحاصل الذي لحق بالمدعي فعلاً، وأما الضرر غير المتوقع فلا تجوز المطالبة به إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، وفي المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، فيتم المطالبة بالضرر المباشر المتوقع أو غير المتوقع على حد سواء.²

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض

بالنسبة إلى موقف القانون المدني الجزائري فقد نصت المادة 124 من ق م ج على أنه: « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير، يُلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض³»، من خلال هذا النص يتضح أنه جاء عاماً ومطلقاً متعلقاً بالمسؤولية عن الفعل الضار، يتسع أيضاً ليستوعب الخطأ المرتكب خلال مرحلة مفاوضات العقد، بما في ذلك الخطأ المتمثل في قطع عملية التفاوض دون مبرر مقبول أو دون سبب جدي.⁴

وتنص المادة 65 من نفس القانون على أنه: « 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 مبرماً وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة⁵»

في الظاهر أن القانون المدني الجزائري لم يتطرق إلى فكرة اتفاق التفاوض، وهي الحالة التي يلزم فيها أطراف التفاوض أنفسهم باتفاقات تمهيدية تقوم عادة على محاورين أساسيين،

¹ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 123.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 188 و 189.

³ القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقاً.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 183.

⁵ القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقاً.

الأول هو إلزام الأطراف على مواصلة التفاوض، والثاني هو تنظيم عملية التفاوض، وهذا من أجل التوصل إلى اتفاق وإضفاء الجدية على هذه المرحلة¹، فالمرجع إذا ما أراد مجارة القوانين المعاصرة، والتطور الحاصل في العقود الدولية وعقود التجارة الالكترونية، يستوجب عليه تنظيم تصرفات الأطراف خلال فترة المفاوضات، بإقرار ضماناتها وحماية الطرف الضعيف في هذه المرحلة، وبالنص على حرية كل طرف فيها، وترتيب مسؤولية لها على المتفاوض سيء النية.² ونصّ أيضا في المادة 1/107 ق م ج على أنّه: « يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية³»، فالواضح أنّه قصد مراعاة مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقد، وكذا في مرحلة المفاوضات ولكن بصفة ضمنية⁴، ومن ثم فإنّه يستوجب إعادة صياغة نص المادة 1/107 ق م ج، لتشمل المرحلتين السابقة واللاحقة على التعاقد، وهذا حسب رأي الأستاذ بلحاج العربي، حيث يقترح أنّه بمناسبة مرور 35 سنة على صدور القانون المدني، وانطلاقا من التطورات المستجدة والاجتهادات الفقهية والقضائية، ضرورة متابعة التعديلات التشريعية الهامة التي طرأت عامي 2005 و 2007، بتعميقها خاصة في مجالات العقد، والمسؤولية المدنية، وحماية المستهلك وغيرها، وأن يهتم المشرع بالمرحلة السابقة على التعاقد، وأن يتبنّى واجب التفاوض وفقا لقواعد الأمانة والثقة وحسن النية.⁵

المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض

يشترط لقيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض توافر الخطأ (الفرع الأول)، والضرر (الفرع الثاني)، وكذا العلاقة السببية بين الخطأ والضرر (الفرع الثالث).

¹ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 126.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 186.

³ القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقا.

⁴ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 177.

⁵ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 185 و 186.

الفرع الأول: الخطأ كشرط لقيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض

إنّ معظم التشريعات ومنها التشريع الجزائري لم تعتمد إلى وضع تعريف محدد للخطأ، باعتباره ركناً مهماً من أركان المسؤولية المدنية، وتركت مهمة تعريفه للفقه والقضاء، وعموماً يسمى الذي يقع في المرحلة السابقة على إبرام العقد بالخطأ ما قبل العقدي، لأنّه خطأ يقع أثناء تكوين العقد.¹

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنّ الخطأ العقدي يُعرّف بأنّه عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد باعتباره طرفاً منه، أما بالنسبة للخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات فيتمثل في عدم تنفيذ المتفاوض للالتزامات التعاقدية الناشئة على اتفاق التفاوض²، فالخطأ إذن هو ذلك الإخلال بالتزام مبدأ حسن نية أو بالالتزامات المتفرعة عنه، ومعيار الخطأ هو معيار الرجل المعتاد، أي التزامه بمبدأ حسن النية في تصرفاته مع الطرف الآخر، من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي.³

ويشترط أن يكون الخطأ في مرحلة التفاوض واضحاً وبيّناً، لأنّه بغير ذلك سيتم الإضرار بمبدأ سلطان الإرادة، ومن ثمّ التأثير على الثقة بالتعاملات التجارية، فعلى الرغم من الواجبات التي يترتبها مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، غير أنّ مبدأ سلطان الإرادة يظل سائداً في هذه المرحلة من خلال ضمانه لحرية التعاقد⁴، وفي هذا الشأن قضت محكمة استئناف ريو الفرنسية عام 1992 بأنّ لكل طرف متفاوض الحرية الكاملة في قطع المفاوضات في أي وقت، ولكن هذا القطع يعتبر خاطئاً إذا تم في وقت كانت المفاوضات قد وصلت إلى مرحلة متقدمة، بحيث تجعل المتفاوض الآخر يعتقد اعتقاداً مشروعاً أنّ العقد في سبيله للانعقاد⁵، وهذا ما كرّسه أيضاً مبادئ عقود التجارة الدولية (Unidroit) في المادة 2/15 حيث نصت على

¹ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 129.

² أيت سليمان جعفر، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، 2017-2018، ص 32.

³ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 177.

⁴ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 118.

⁵ نقلاً عن مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 74.

أن: «المفاوضات يحكمها مبدأ الحرية»، فمن حيث المبدأ لا يعدّ قطع التفاوض في حد ذاته خطأ، وإنّما يمكن أن يقترن القطع بخطأ مستقل عن القطع يؤدي لانعقاد المسؤولية، فالمسؤولية تكون عن السلوك غير المألوف الذي اقترن بالخطأ¹، كأن يتم قطع المفاوضات دون أي مبرر مقبول، أو بدون سبب جدّي، بعد وصولها إلى مرحلة متقدمة في سبيل إبرام العقد المنشود، أو بشكل يكون مخالفا لمبدأ حسن النية.²

وقد سارت محكمة الاستئناف في فرنسا، أين عُرِضَتْ أمامها قضية سنة 1969 أكدت أن أيّ خطأ يُرتكب أثناء المفاوضات يجب أن يكون بيّنا، وقد أعلنت أنه في مرحلة المفاوضات يترتب على أطرافها التزامات تخصّ النزاهة وحسن النية، والمتعلقة بتصرفات الطرفين أثناء المفاوضات³، وعليه فالمتفاوض الذي يقطع المفاوضات مُخْلا بمبدأ حسن النية، يكون قد ارتكب خطأ، لأنّ معيار تحديد الخطأ في المرحلة قبل التعاقدية هو الالتزام بمبدأ حسن النية، وهكذا فإنّ قطع المفاوضات الذي يُسأل عنه المتفاوض هو ذلك القطع المقترن بوقائع وملابسات تعد في مجملها مخالفة لمبدأ حسن النية.⁴

ومن أهم صور الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات رفض الدخول في التفاوض بدون مبرر مشروع أو بسوء نية، وكذا الإخلال بالالتزام بالإعلام، أو إفشاء الأسرار الفنية أو التقنية أو استغلالها بدون إذن صاحبها، وغيرها من الأخطاء الناجمة في مرحلة التفاوض⁵، ويتمثل الخطأ العقدي أيضا في حالة قيام أحد الأطراف بقطع المفاوضات مع المتفاوض الآخر عندما يتبيّن له أنّ مشروع العقد المنشود قد يؤدي إلى مخاطر أو خسارة قد تُلْحَقُ به، أو عندما يكتشف وجود محادثات أخرى مع شخص آخر، وأنها على وشك الانتهاء وتوفر له شروط أفضل.⁶

¹ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 132.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 190 و 191.

³ نقلا عن مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 73.

⁴ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 132.

⁵ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 179 و 180.

⁶ مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 74 و 75.

ويعد الإخلال بالالتزام بالإعلام عند إبرام العقد نموذجاً بيننا على الامتناع الخاطئ أو التقصيري، بضرورة الإفضاء بكافة البيانات، لتتویر المستهلك وحمايته، فالثقة والأمانة في هذا الصدد ليست مجرد اعتبارات حسن النية التعاقدية التي يوجبها القانون في تنفيذ أي عقد، بل هي نوع من الثقة الخاصة التي يفرضها القانون.¹

أما مسألة إثبات الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات يقع على عاتق المدعي وهو الطرف المضروب، وذلك وفقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، لذلك وجب على الطرف المضروب أو المدعي في دعوى المسؤولية العقدية، أن يثبت أولاً وجود الالتزام ثم يثبت عدم تنفيذ الالتزام.²

الفرع الثاني: الضرر كشرط لقيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض

يعتبر الضرر العنصر الجوهري للمسؤولية المدنية، فبدونه لا تنعقد المسؤولية المدنية للمتفاوض، فموقع الخطأ من هذا الأخير لا يكفي وحده لقيام مسؤوليته، بل يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر مع توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر³، فالضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية فإذا انتفى فلا مسؤولية ولا تعويض⁴، وهذا ما أكدته المادة 124 ق م ج السابق ذكرها، وعليه إذا وقع الخطأ من جانب المدين الملزم بمقتضيات حسن النية في مرحلة المفاوضات لا يكفي وحده لقيام المسؤولية، وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الطرف الآخر⁵، قد يكون ضرراً مادياً (أولاً) أو ضرراً معنوياً (ثانياً)، كما أن هناك شروط تتعلق بالضرر لقيام المسؤولية (ثالثاً).

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 191.

² أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 34.

³ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 153.

⁴ أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 36.

⁵ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 120.

أولاً: الضرر المادي

يتحقق الضرر المادي في مرحلة المفاوضات من خلال النفقات التي دفعها الطرف المتضرر للدراسات والمصروفات على المشروع المتعاقد عليه، وفي الوقت الذي أضاعه في المفاوضات بدون جدوى¹، أو تقويت فرصة إبرام العقد المنشود، أو إبرام عقود مماثلة مع أشخاص آخرين، وكذلك ضياع حقوقه المالية في معلوماته السرية التي تم إنشاؤها أو استغلالها بدون إذنه، إلى غير ذلك من أنواع الخسارة المالية.²

ثانياً: الضرر المعنوي أو الأدبي

يتمثل في كل ما يمس المتفاوض في كرامته أو سمعته أو اعتباره، كأن يؤدي فشل التفاوض إلى الإساءة إلى السمعة التجارية أو المدنية للطرف المتضرر، وإثارة الشكوك حول قدرته المهنية، من جراء إفشاء أسرار ومهاراته الفنية أثناء المفاوضات أو بمناسبتها³، وهو ما نصت عليه المادة 182 مكرر ق م ج بقولها: « يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة »⁴، وهذا ما تدركه المشرع الجزائري في تعديله للقانون المدني سنة 2005 بخصوص التعويض عن الضرر المعنوي.

أما مسألة إثبات الضرر الذي أصاب المتفاوض المضرور سواء كان أدبياً أو مادياً، فإن عبء إثباته يقع عليه لأنه الدائن بالالتزام، ويثبت الضرر بكافة طرق الإثبات⁵، لأن الضرر من الوقائع المادية، بحيث يخضع تقدير تعويضه لسلطة قاضي الموضوع دون أن يكون هذا الأخير مراقباً من قبل المحكمة العليا، شريطة أن تكون أحكامه مسببة، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة 131 ق م ج التي قضت بأن: « يُقدّر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن

¹ مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 75.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 193.

³ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 120.

⁴ القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقاً.

⁵ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 155.

لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدّر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير¹

ثالثاً: شروط الضرر

إذا لم يترتب على قطع المفاوضات أي ضرر للطرف الآخر، فلا مسؤولية في مرحلة التفاوض، حتى ولو تم قطعها بسوء نية إذا ما انتهت المفاوضات لأسباب موضوعية محضة، كأن يقوم شخص بإجراء مفاوضات علنية مع عدة أشخاص بإبرام العقد مع شخص من بينهم لأسباب جادة وحقيقية.²

وقد استقر القضاء والفقه على أنه وطبقاً لقواعد المسؤولية المدنية لا يشمل التعويض إلا الضرر الذي تتوفر فيه الشروط القانونية، بأن يكون ضرراً محققاً، ومباشراً ومؤكداً، أما الضرر الاحتمالي أو غير المباشر في مرحلة المفاوضات فقد لا يشمل التعويض³، وعليه فلا تجوز المطالبة سوى بالضرر المباشر الناشئ عن قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع أو بدون سبب جدي⁴، وهذه نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بالتزامه، وهو يُعتبر كذلك إذ لم يكن في استطاعة المدين المتفاوض أن يتوقاه ببذل جهد معقول.⁵

ومثال ذلك ما أورده الفقيه الفرنسي بوتيه إذ أنّ شخصاً اشترى بقرة مريضة ووضعها مع أبقاره، فانتقلت العدوى إليها فماتت جميعها، فتعدّر عليه زراعة أرضه وكثرت عليه الديون، ولم يتمكن من الوفاء بها، وحجز الدائنون على أرضه وبيعت بثمن بخس، ولم يستطع معالجة ابنه المريض فمات، فهل يُسأل بائع البقرة المريضة عن كل هذه الأضرار؟⁶، يرى بوتيه أنّ الأضرار المباشرة هي التي يجب التعويض عنها، وهي موت البقرة وعدوى بقية الأبقار وموتها،

¹ القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقاً.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 195.

³ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 120.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 194.

⁵ أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 38 و 39.

⁶ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 63.

أما بقية الأضرار فهي أضرار غير مباشرة لا محلّ للتعويض عنها، لأنّ السير الطبيعي للأمر يقتضي بأن يقوم الدائن ببذل جهد معقول ليتّقي تسلسل الأضرار وتعاقبها، فليس من المعقول أن يترك أمره من سيء إلى أسوء، لمجرد أنّ مدينه قد أخلّ بالتزاماته.¹

وهذا ما جسّده القضاء من خلال ما جاء في حيثيات القرار الصادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بتاريخ 1988/07/13، أنّ التعويض في المسؤولية العقدية يكون على الضرر المباشر المتوقع.²

كما يجب أن يكون الضرر متوقع الحصول، أي مما يمكن توقعه عادة وقت الاتفاق على الدخول في المفاوضات، وهذا الشرط لا يكون إلا في المسؤولية العقدية وحدها³، كأن يفقد المسافر حقيبته بإهمال من الناقل (شركة طيران)، فالمتوقع بالحقيبة ملابس وحاجات شخصية، لا مجوهرات وأوراق مالية، فالشركة ليست مسؤولة عن قيمة الأشياء الموجودة في الحقيبة، إلا إذا كانت من الأشياء التي درج الناس على وضعها في مثل هذه الحقيبة.⁴

كما أنّ الضرر بدوره يقوم على عنصرين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور، وكذا الكسب الذي فاتته، بما في ذلك فرصة إبرام العقد المنشود، فإنّه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإنّ تقويتها هو أمر محقق، ما دام أنّ أمل المدعي به له أسباب معقولة أو مقبولة، وأنّه ليس مجرد احتمال، أو مجرد أمنية افتراضية بعيدة المنال.⁵

وكمبدأ عام يقتصر التعويض على الأضرار المتوقعة يخص المسؤولية العقدية، أما المسؤولية التقصيرية فيُسأل مرتكب الضرر عن التعويض عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة

¹ بقعة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 20.

² المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 54840 مؤرخ في 1988/07/13، قضية (ش ج ت ضد ع ص)، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص 54.

³ أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 39.

⁴ بقعة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 20.

⁵ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 196.

ما دامت أضرار مباشرة، حيث أنّ هناك حالتان يُسأل فيهما المدين، حالة ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً.¹

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر كشرط لقيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض

إنّ قضايا قطع المفاوضات في مرحلة التفاوض، تثبت في الحياة العملية أنّ المدعى عليه نفسه قد يكون ضحية للطرف الآخر، عرضةً لعدم جديته ورعونة تصرفاته، وعلى هذا يشترط القضاء أن يكون الضرر الحاصل الذي يدّعيه المدعي، على صلة مباشرة بالخطأ الذي ارتكبه المتفاوض العادل من جرّاء قطع المفاوضات، وهي علاقة السببية بين الخطأ والضرر²، أما في حالة مساهمة المتضرر في الضرر كما في حالة قطع المفاوضات، بسبب عدم تعاون الطرف الآخر وعدم تقديمه للمعلومات اللازمة، فهنا إما أن تنتفي المسؤولية كلياً عن العادل، أو تُوزّع المسؤولية قبل التعاقدية بين طرفي الخصومة³، غير أنّ المدعى عليه إذا أراد أن يدفع عنه المسؤولية يجب عليه أن يُنفي علاقة السببية، وذلك بإثبات السبب الأجنبي، وبمعنى آخر السبب الذي لا يد له فيه⁴، وقد نصت المادة 127 ق م ج على ذلك بقولها: « إذا أثبت الشخص أنّ الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك».⁵

إنّ فالعلاقة السببية هي الركن الثالث لقيام المسؤولية، وتتحقق في المرحلة السابقة للتعاقد إذا ثبت أنّ الضرر الحاصل يعدّ نتيجة الخطأ المرتكب، أي أنّ الضرر له صلة مباشرة

¹ بقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 21.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 197.

³ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 121.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-المسؤولية التقصيرية:

الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى الجزائر، د س ن، ص 94.

⁵ القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقاً.

بالخطأ الذي ارتكبه المتفاوض المخل بمقتضيات حسن النية¹، ومنه فإنّه يجب أن يكون خطأ المدين هو السبب المباشر في حدوث الضرر، وعلى المتفاوض المتضرر أن يثبت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، مع إثبات أنّ هذا الأخير سببه المباشر هو الخطأ²، وعلى محكمة الموضوع أن تبين في حكمها توافر هذه الرابطة، وإلاّ كان حكمها معرّضاً للنقض، فإذا كانت الوقائع تدخل تحت السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، فإنّ استخلاص توافر السببية أو عدم توافرها من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا.³

المبحث الثاني: جزاء الإخلال بما يفرضه مبدأ حسن نية

الأصل أنّ لكل متفاوض الحق في العدول في مرحلة التفاوض، أما إذا نتج عن هذا العدول ضرراً بالمتفاوض الآخر، وجب عليه تنفيذ التزامه عيناً (المطلب الأول)، وإذا استحال عليه ذلك يقتضي تنفيذه بمقابل أو عن طريق التعويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنفيذ العيني للالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات

الأصل أن يقوم المدين بالالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات بتنفيذها طوعاً واختياراً، وذلك بغض النظر عن مصدر هذه الالتزامات سواء كان مصدرها مبدأ حسن النية، أو كان مصدرها عقود التفاوض أو العقود التمهيدية التي تنظم مرحلة المفاوضات⁴، وهذا ما نصت عليه المادة 164 ق م ج.⁵

ويقصد بالتنفيذ العيني هو عين ما التزم بها المدين وهو الطريق الأمثل لإصلاح الضرر، فهو يصلحه بصفة تامة ويعيد الحالة إلى ما كانت عليه، والهدف من ورائه هو إعادة الأطراف

¹ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 121.

² أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 41.

³ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 158.

⁴ مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 82.

⁵ تنص المادة 164 ق م ج: « يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادة 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً ».

إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الضرر¹، فللدائن الحق في مطالبة المدين بالتنفيذ العيني وإجباره عليه، إذا كان تنفيذ الالتزام عينا ممكنا وغير مرهق للمدين.²

وذهب جانب من الفقه إلى جواز الحكم بالتنفيذ العيني عن المسؤولية في قطع المفاوضات الممهدة للتعاقد، إلا أنّ هذا الرأي لم يلقَ قبولا، إذ يجب الأخذ به كلما أمكن ذلك، بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الضرر، والمتمثل هنا في قطع المفاوضات³، وعلى هذا الأساس استبعد الفقه في مجموعه التنفيذ العيني في مجال التفاوض، لأنّ الأخذ به يعني إلزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصولا إلى تحقيق العقد النهائي بالقوة⁴، خلافا لما يريده أحد الأطراف على الأقل، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية، وعليه فمهما وُجدت عقود أو اتفاقات تفاوضية، لا يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني، وإكراه الطرف الآخر على إبرام العقد، لأنّ الالتزام بالتفاوض يلزم الأطراف بالتفاوض مع مراعاة المقتضيات الأخرى لحسن النية دون أن يُلزمهم بالتعاقد⁵، فالالتزام بالتفاوض لا يُلزم أطرافه بإبرام العقد النهائي المنشود، وإنّما يُلزمهم فقط بالتفاوض حول هذا العقد تمهيدا لإبرامه، مع مراعاة حسن النية في سير المفاوضات.⁶

هنا يثور التساؤل في حالة ما إذا أخلّ المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، كرفضه الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه رغم إعداره، فهل يجوز للمتفاوض وطبقا لأحكام التنفيذ العيني أن يلجأ إلى القضاء لإجبار المدين في الدخول في التفاوض أو الاستمرار؟⁷

¹ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 178.

² بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 159.

³ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 122.

⁴ أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 43.

⁵ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 122.

⁶ أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 44.

⁷ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 178.

لقد اتفق الفقه في مجموعه على استبعاد التنفيذ العيني الجبري في مجال التفاوض، بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك، ورأوا عدم جواز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا، حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا ولا مرهقا¹، وذلك للأسباب التالية:

- أن محل الالتزام الذي لم يُنفَّذ هو "التفاوض" وليس "التعاقد"، فليس من المقبول القول بانعقاد العقد، لأنّ المتفاوض يرفض تماما الدخول أو الاستمرار في التفاوض، فإذا أُجبر على ذلك كان مساسا بحريته الشخصية، وليس من المعقول أن تُعين المحكمة من يُمثّل المدين في عملية التفاوض ولو كانت المرحلة التي توقفت عندها المفاوضات متقدمة ويمكن معها إبرام العقد.²
- أن الخطأ الذي يُسأل عنه المتفاوضان هو قطع المفاوضات تعسفيا، ولو حكم القاضي بإجبار الأطراف على التفاوض والاستمرار فيه يكون قد حكم عليهم بالتزام أكبر من التزامهما.³
- أن الإجبار على التفاوض يكون غير مجدٍ في مجال التفاوض، لأنّ التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون الحقيقي بين الطرفين، ولا يُتصور أي تعاون من شخص أُكره على التفاوض، بل أن الإجبار على التفاوض يقضي على فرصة إبرام العقد المرتقب.⁴
- أن الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، لا نتصور إمكانية التنفيذ العيني في الإخلال بالتزام السرية وباقي الالتزامات مثلا، فكلها اعتبارات تستلزم قدرا كبيرا من التعاون والتواصل، ويستحيل تنفيذها عينا بعد خرقها.⁵

غير أنّه إذا كان لا يجوز إجبار المتفاوض بطريق مباشر على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، إلا أنّه يجوز في سبيل حثّه على تنفيذ التزامه أن تُستعمل ضده وسيلة الغرامة التهديدية، فيحكم القاضي بإلزامه بدفع مبلغ معين من النقود عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، وإذا لم تُجد هذه الوسيلة فيكفي الحكم بالتعويض.⁶

¹ أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 44.

² بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 161.

³ إدريش مونيّة، المرجع السابق، ص 74.

⁴ أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 44.

⁵ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 123.

⁶ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 162.

لكن أحيانا ما ينظم المتفاوضون الالتزامات على شكل عقود مؤقتة كالإلتزام بالسرية والإستقامة، وهي التزامات بتحقيق نتيجة، ويمكن في حالة عدم تنفيذها أن يلجأ الدائن إلى التنفيذ بالقوة.¹

من أجل هذا نتعرض لحكم صدر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 28 سبتمبر 1976 الذي قضى بإجبار المتفاوضان على إجراء التفاوض، حيث تدور وقائعها في أنّ شركتين فرنسيتين كان بينهما عقد توريد كمية من زيت المازوت، وكان هناك بند في العقد يقضي بإلزام الطرفين على إعادة التفاوض، حول الثمن في حال ارتفاع أو انخفاض الأسعار، وبعد مدة ارتفعت أسعار المازوت فكان يجب على الشركتين التفاوض بشأن سعره، إذ أنّ الشركتين نفذتا البند المتفق عليه وأجري التفاوض الذي كان مصيره الفشل، فرفع الأمر إلى القضاء الذي قضى قبل الفصل في الموضوع بأن تُلزم الشركتين بالتفاوض للتوصل إلى اتفاق، وفي حال فشل هذه المفاوضات تقضي إما بإبطال العقد أو بتعديله.²

والواقع أنّه لا يمكن أخذ هذا الحكم بعين الاعتبار للقول بجواز الإجبار على التفاوض، لأنّ في التفاوض الجبري مساسا بحرية المتفاوض الشخصية، كما أنّه لا طائل من ورائه إذ أنّه عادة لا يكلل بالنجاح³، وفي نفس السياق اتجه القضاء الفرنسي إلى احترام مبدأ حرية إبرام العقود، وللطرف كامل الحرية في قطع المفاوضات ولا مسؤولية عليه متى كان هذا المتفاوض يعمل بجدية وثقة في هذه المرحلة.⁴

وفي هذا الشأن أكدت محكمة بروكسل التجارية في حكمها الصادر بتاريخ 24 جوان 1985، على استحالة التنفيذ العيني لإعلان مبادئ (Accord de principe)، وأكدت على أنّ ما ضاع هو فرصة للتعاقد وليس العقد نفسه.⁵

¹ أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 45.

² إدريموش مونية، المرجع السابق، ص 72 و 73.

³ بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 162.

⁴ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 179.

⁵ نقلا عن بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 161.

وعليه فإنّ الفقه استبعد التنفيذ العيني خلال مرحلة المفاوضات، حفاظا على المعاملات بين الأفراد ومَنَع من إخضاعهم لأشياء لا يرغبون فيها، خصوصا وأنها مرحلة جد حساسة يسودها الغموض، ولهذا فإنّ أطرافها يرغبون في بقائهم أحرارا ولا يُخضعون أنفسهم للالتزامات قد تُثقل كاهلهم، وهم لا يزالون في مرحلة أساسها الحرية التعاقدية.¹

وعموما فإنّ التنفيذ العيني مستبعد تماما في كل الأحوال التي تقوم فيها مسؤولية المتفاوض عن إخلاله بالتزامه بالتفاوض، وهكذا يظل التنفيذ بمقابل أي بدفع بدل نقدي أو تعويض هو الجزاء الملائم.²

المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض للالتزامات الناشئة خلال مرحلة

المفاوضات

إنّ التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض معناه أن يقوم المسؤول عن الضرر بإدخال قيمة مالية في ذمة المضرور، حيث تكون هذه القيمة معادلة لتلك التي حُرِم منها، أي التي أصيب بضرر فيها، فالتنفيذ بمقابل لا يكون راميا إلى محو الضرر وإنما يقوم بجبره³، وعادة ما يكون التعويض نقدي وهو الأصل وهذا ما جاءت به المادة 2/132 ق م ج بقولها: « ويُقدَّر التعويض بالنقد، على أنّه يجوز للقاضي، تبعا لظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات قد تصل بالفعل غير المشروع»، كما نصت المادة 176 من نفس القانون على أنّه: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه...»، وأيضا ما نصت عليه المادة 182 مكرر منه: « يشمل التعويض عن الضرر المعنوي مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة»⁴

¹ إدريموش مونية، المرجع السابق، ص 74.

² بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 163 و 164.

³ إدريموش مونية، المرجع السابق، ص 74.

⁴ القانون رقم 05-10 المشار إليه سابقا.

من خلال هذه النصوص يتبين أنه إذا نكل المتفاوض عن تنفيذ التزامه بالتفاوض عيناً، لم يكن أمام المتفاوض الآخر إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل، والذي يتمثل في تعويض نقدي عادل وشامل جزاء ما لحقه من ضرر مادي أو معنوي نتيجة لقطع مفاوضات العقد، بحيث يشمل التعويض ما لحق المتفاوض (الدائن) من خسارة وما فاتته من كسب¹، وعليه سوف نبحت في التعويض كجزء على إخلال المتفاوض للالتزام بالتفاوض بحسن نية (الفرع الأول)، ثم الأضرار التي تُعوّض في هذه المرحلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعويض كجزء على إخلال المتفاوض للالتزام بالتفاوض بحسن نية

يكون تقدير التعويض سواء عن طريق الاتفاق (أولاً)، أو عن طريق القاضي (ثانياً).

أولاً: تقدير التعويض عن طريق الاتفاق

أحياناً قد يحدد الطرفان مقدماً في اتفاق التفاوض أو في اتفاق لاحق قيمة التعويض، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي الوارد بالمادة 183 ق م ج التي نصت بأنه: « يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتُطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181²»، إذن خلال مرحلة التفاوض قد يتفق أطراف التفاوض على توزيع نفقات التفاوض بينهما، وذلك لتقادي حدوث نزاع بشأنها في المستقبل، وتشمل جميع النفقات التي يتكبدها المتفاوضين في سبيل التفاوض على العقد³، غير أنه لا يُؤخذ بهذا الشرط إذا كانت نية الأطراف تدل على أنّ هذا الشرط لا يُطبق إلا إذا فشل التفاوض دون ارتكاب أحدهما لخطأ ما.⁴

¹ أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 46.

² القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقاً.

³ بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 10، جانفي 2014، ص 120.

⁴ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 179 و 180.

ثانيا: تقدير التعويض عن طريق القاضي

إذا لم يتم تحديد التعويض في اتفاق التفاوض فإنَّ القاضي يتولَّى مهمة تقدير التعويض، وذلك طبقاً للقواعد العامة، وهذا ما قضت به المادة 1/182 ق م ج: « إذا لم يكن التعويض مُقدَّراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يُقدِّره...¹»، فالتعويض في هذه الحالة يقتصر على الضرر المباشر الذي يُعد نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بالتزامه بحسن نية، فيكون التعويض عن الضرر الحال ومحقق الوقوع في المستقبل، ويعتبر تقدير التعويض من المسائل الموضوعية التي يفصل فيها قاضي الموضوع دون خضوعه لرقابة المحكمة العليا²، وأيضاً لقاضي الموضوع سلطة في تقدير طريقة التنفيذ عن طريق التعويض، فإما أن يقضي بتنفيذه كلياً أو مُقسَّطاً أو إيراداً، وهذا ما جاءت به المادة 1/132 ق م ج بنصها على أنه: «يُعَيِّن القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسماً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً³»

الفرع الثاني: الأضرار التي تُعوَّضُ في مرحلة التفاوض

يشمل التعويض الناشئ عن الأضرار المتوقعة خلال مرحلة التفاوض، ما أنفقه المضرور من مصاريف بمناسبة التفاوض وإعداده للعقد (أولاً)، وكذلك الأضرار التي لحقته نتيجة الوقت الضائع في هذه المرحلة (ثانياً)، بالإضافة إلى ما فاتته من فرص (ثالثاً).

أولاً: نفقات التفاوض

اعتبر القضاء بأنَّ التعويض يشمل كل الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بالمضرور من جزاء قطع المفاوضات بدون سبب جدي، في سبيل التفاوض والإعداد للعقد والدراسات الفنية

¹ القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقاً.

² عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 180.

³ القانون رقم 10-05 المشار إليه سابقاً.

والاستعانة بالخبراء والسفر، وكذا عن تضييع الوقت الذي استغرقت المفاوضات، وكذا الأضرار الناجمة عن إفشاء المعلومات والمساس بالسمعة التجارية.¹

غير أنه يجب أن تكون هذه النفقات تمت بمناسبة التفاوض أو بسببه، ومن ثم فلا مجال لاسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء التفاوض، ولا ما أنفقه بعد علمه بانسحاب المتفاوض الآخر، كما لا يجب أن يكون المتفاوض قد تكبد هاته النفقات بسبب خفته أو سداخته أو عدم احترازه.²

ثانيا: الوقت الضائع

إنّ ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عادة في المفاوضات، يستحق التعويض عنه متى قام الدليل عليه، ويتمثل الوقت الضائع في الساعات أو الشهور أو السنين التي تكون قد استغرقتها المناقشات أو الدراسات³، فالتعويض هنا يكون ما تكبد المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، فهو لا يماثل التعويض المحكوم به طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، والتعويض عن المسؤولية العقدية عن عدم تنفيذ العقد⁴، أما بالنسبة للمحترف الذي يعلم بتقنيات التفاوض وبإمكانية قطع المفاوضات، ويقبل المخاطر والمحاور، فإنّ الخسائر المادية التي يتكبدها تدخل ضمن المصاريف العامة للشركة أو المؤسسة، ولا يمكنه المطالبة بالتعويض عنها.⁵

¹ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 180.

² أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 47.

³ بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية"، المرجع السابق، ص 121.

⁴ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 180.

⁵ بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية"، المرجع السابق، ص 122.

ثالثاً: تفويت الفرصة

يُقصد بالفرصة هو احتمال وإمكان الكسب، أما المقصود بتفويت الفرصة في مجال التعويض هو الحرمان من فرصة جادة وحقيقية، لتحقيق كسب احتمالي أو اختفاء نتيجة، كان المدعي يرغب في تحقيقها قبل أن تتحقق بالفعل أو قبل أن يكشف الواقع عن استحالة ذلك¹، فالتعويض هنا ينصبّ على تفويت فرصة إبرام العقد المنشود محل التفاوض باعتباره ضرراً محققاً ومؤكداً، وعليه فإنّ تفويت فرصة بقطع التفاوض بدون مبرر مشروع هو ضرر مؤكد يجب التعويض عنه، لأنّه يجعل تحقق الكسب أمراً مستحيلاً بعد أن كان محتملاً وممكناً². على اعتبار أنّ الدخول في التفاوض يعطي لكلا الطرفين فرصة إبرام العقد، وكلما تقدمت المفاوضات كلما أصبحت هذه الفرصة حقيقية وجادة، حيث يكون الأطراف وصلوا إلى نقطة اللاعودة، فإذا قام أحدهما بقطع المفاوضات بدون مبرر جدي، فإنّه يكون قد فوّت على الطرف الآخر فرصة حقيقية في إبرام العقد النهائي، ويعد هذا ضرراً يستوجب التعويض³، وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على وجوب تعويض المتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات جرّاء حرمانه من فرصة إبرام العقد محل التفاوض، لكن يشترط أن تكون هذه الفرصة حقيقية وليست مجرد احتمال⁴.

وفي الأخير نشير إلى أنّ المفاوضات تعتبر سليمة وواضحة المعالم والأركان، إذا قامت على احترام مبدأ حسن النية في التفاوض، إذ لها دور في دفع المفاوضات للنجاح، وتُبعد الأطراف المتنازعة عن كل النزاعات والخلافات، بما يكفل تنفيذ العقد بعيداً عن المشكلات والخصومات⁵.

¹ أيت سليمان جعفر، المرجع السابق، ص 49.

² بيلامي سارة، المرجع السابق، ص 125.

³ بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية"، المرجع السابق، ص 122.

⁴ عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 180.

⁵ المرجع نفسه.

خاتمة

خاتمة

من خلال ما تمّ محاولة تفصيله لمختلف المسائل المتعلقة بموضوع بحثنا، والذي أتاح لنا الإجابة على الإشكالية الرئيسية التي سبق طرحها في مقدمة هذه الدراسة، والتي كان مضمونها كالاتي: **إلى أي مدى أخذ المشرع الجزائري بمبدأ حسن النية في إبرام العقود؟**، وجدنا أنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على أحكام المرحلة السابقة للتعاقد فيما يخص مبدأ حسن النية، واكتفى بتطبيقه في مرحلة تنفيذ العقد، في المقابل نجده نص على تطبيق هذا المبدأ والالتزامات التي يفرضها كالإعلام والاستعلام والتعاون، في بعض العقود الخاصة، وبناء على ذلك خلصنا إلى جملة من النتائج نذكر أهمها:

1- أنّ لمبدأ حسن النية دور وقائي وحمائي في المرحلة السابقة للتعاقد، وذلك من خلال حماية رضا المتفاوضين خصوصا الطرف الضعيف، عن طريق الالتزامات التي يفرضها في مرحلة التفاوض، لأنّه يستوجب مراعاة مصالح الأطراف، ويُسجّع على التعاون والثقة المتبادلة.

2- يعتبر مبدأ حسن النية من النظام العام، ويُستشف ذلك من خلال العبارة الموجودة في نص **المادة 107 ق م ج "يجب"**، والتي تدل على أنّها قاعدة آمرة، وكل اتفاق على مخالفتها يعتبر باطلا.

3- تعتبر القرينة أهم وسيلة لإثبات سوء النية قابلة لإثبات العكس، وعليه فإن قرينة حسن النية مفترضة بقوة القانون.

4- من خلال نص **المادة 107 ق م ج** نجد أنّ المشرع اقتصر تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط، دون المرحلة السابقة على إبرام العقد، وهذا يؤدي إلى انعدام الحماية بالنسبة للمتفاوضين، وخاصة الطرف الضعيف في العقد.

5- أنّ حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة مجرد حالة ذهنية في نفس الغير، أدّت به إلى اتخاذ قرار ما كان ليتخذه لو علم بالحقيقة، بينما حسن النية في تكوين العقد التزام يقع على عاتق كل طرف في العقد اتجاه الطرف المقابل.

- 6- يختلف حسن النية في العقود عن حسن النية في نظرية الحيابة، ففي الحالة الأولى حسن النية يتعلق بالحيابة وغير متعلق بالتصرف القانوني، أما في الحالة الثانية حسن النية يتعلق بتصرف قانوني وهو العقد وغير متعلق بالحيابة.
- 7- حسن النية المراد حمايته في الصورية والدعوى البوليسية هو الغير، بينما حسن النية المراد حمايته في تكوين العقد هو الطرف المقابل في العقد.
- 8- يعتبر حسن النية في إبرام العقود قيد يرد على حرية التعاقد، بينما في نظرية عدم التعسف في استعمال الحق قيد يرد على الحق.
- 9- استبعاد الفقه للتنفيذ العيني كجزاء عن الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، لأنّ الأخذ به يعني إلزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصولاً إلى تحقيق العقد النهائي بالقوة، ويبقى التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض هو الجزاء الملائم.
- 10- لاللتزام بالإعلام دور وقائي في مجال التعاقد، لما يوفره من معلومات جوهرية للدائن، الأمر الذي يسمح له بالتعاقد عن وعي ورضا مستتير، مما يجنبه الوقوع في الغش.
- 11- أنّ المشرع الجزائري فرض الالتزام بالإعلام في بعض العقود الخاصة، كعقود الاستهلاك وعقود التأمين وعقود البيع، وذلك حماية للطرف حسن النية.
- 12- يقع الالتزام بالإعلام على عاتق المدين، أي البائع أو الممتن، أما الالتزام بالاستعلام يقع على عاتق كلا الطرفين، لاعتباره التزاماً متبادلاً، وهما من أهم ما يفرضه مبدأ حسن النية لحماية رضا المتفاوضين.
- 13- تعتبر مرحلة التفاوض مرحلة مهمة وحساسة في العقد، وهي اللبنة الأولى لتكوين العقد، فحسن إدارتها ونجاحها يوحى إلى إنجاح إبرام العقد المنشود، لأنّ عدم التعاقد أحياناً أفضل من إبرام عقد يفتح باب المنازعات والصراعات، فمفاوضات أفضل بكثير من تعاقد فاشل.
- 14- أنّ المشرع الجزائري لم يتطرق إلى فكرة اتفاق التفاوض، وترك ذلك لإرادة الأطراف.
- 15- لكل طرف الحرية في دخول المفاوضات، وتبقى الحرية في الاستمرار فيها أو الانسحاب منها في أي لحظة، إلا إذا اقترن الانسحاب من المفاوضات بخطأ صدر من أحد الطرفين.

16- لمبدأ حسن النية التزامات يفرضها في مرحلة التفاوض، يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية، وتوقيع جزاء على الطرف المخل بها.

17- اتجه أغلب الفقه الجزائري إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، استنادا إلى استقلال كل منهما بنظام قانوني خاص، مما يؤدي إلى استبعاد إحداها من نطاق الأخرى.

18- لا يزال المشرع الجزائري يُغفل تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد، رغم التعديلات التي طرأت سنتي 2005 و 2007 للقانون المدني، خلافا للتشريع الفرنسي الذي أقرّ تفعيل مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد من خلال التعديل الأخير سنة 2016.

وبناء على النتائج السابقة يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

1- يستوجب على المشرع الجزائري إعادة صياغة نص المادة 1/107 ق م ج، ليشمل تطبيق مبدأ حسن النية على المرحلتين، السابقة واللاحقة على التعاقد، وعدم قصره على مرحلة تنفيذ العقد فقط، لتحقيق الغاية التي وُضع من أجلها القانون المتمثلة في تنظيم سلوك الفرد في المجتمع.

2- لا بدّ من الاعتراف بمبدأ حسن النية كمبدأ عام في إبرام العقود، إلى جانب مبدأ سلطان الإرادة، الذي أصبح لا يكفي وحده ليدير العلاقة العقدية، إذ يُعتبر مبدأ حسن النية مكمل لمبدأ سلطان الإرادة ويحدّ من سلبياته في مرحلة إبرام العقد.

3- أن يتدخّل المشرع الجزائري بتفعيل مبدأ حسن النية صراحة على كافة العقود بدلا من تركها في الضمنية، لأنّه لا يكفي النصّ عليه في نطاق ضيق لا يتعدّى العلاقة بين المستهلك والمحترف.

4- ضرورة تدخّل المشرع الجزائري لتنظيم تصرفات الأطراف خلال فترة المفاوضات، بإقرار ضمانات لها، ووضع آليات لحماية الطرف الضعيف، وترتيب مسؤولية على المتفاوض سيء النية، وذلك طبقا لمبدأ حسن النية، على غرار ما جاء في القوانين المقارنة، خاصة التشريع الفرنسي.

5- أن يتدخل المشرع الجزائري بإدراج نص صريح يُفيد احترام الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية على أطراف العقد المزمع إبرامه، وأنّ مخالفتها يُرتّب جزاءً يقع على عاتق المخلّ بها.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

أ- الأوامر والقوانين:

- 1- القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر، العدد 44.
- 2- القانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-79 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر، العدد 101.
- 3- الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر، العدد 13، المعدل والمتمم بالقانون 06-04 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، ج ر، العدد 15.
- 4- القانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41.
- 5- القانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 سفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد 15، المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018.
- 6- القانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر، العدد 28.
- 7- القانون رقم 18-08 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، يعدل و يتمم القانون رقم 04-08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر، العدد 35.

ثانيا: المراجع

1- المراجع باللغة العربية

أ- الكتب:

- الكتب العامة

- 1- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- 2- جاك غستان، المَطْوَل في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، مؤسسة مجد الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، بيروت -لبنان، 2008.
- 3- سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، الطبعة الأولى، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- 4- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- 5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت -لبنان، بدون سنة نشر.
- 6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 2، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات -آثار الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة -مصر، 1968.
- 7- عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني وأحكام الإلتزام، الجزء الثاني، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، 2015.
- 8- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام -مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري-، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، بن عكنون -الجزائر، 2003.
- 9- علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 10- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، 2009.

- 11- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية -الوجيز في نظرية القانون، الطبعة السادسة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 12- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام- دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى الجزائر، 2019.
- 13- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام-المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى الجزائر، دون سنة نشر.

- الكتب المتخصصة

- 1- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، كلية الحقوق جامعة المنوفية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2004.
- 2- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.

ب- الأطروحات والمذكرات الجامعية:

- 1- إدريتموش مونية، مرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، 2014-2015.
- 2- أمال رابحي، التزامات المتفاوض وأثرها على قيام المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة -الجزائر، 2019-2020.
- 3- أيت سليمان جعفر، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح -ورقلة-، 2017-2018.

- 4- بتقة حفيظة، الالتزام بالاعلام في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة -الجزائر -، 2012-2013.
- 5- بن أحمد صليحة، مبدأ حسن النية وأثره على التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة البليدة 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2015-2016.
- 6- بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع حقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة -الجزائر، 2006.
- 7- بن عديدة نبيل، الالتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الإستهلاك، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 -الجزائر، 2017-2018.
- 8- بن علي صليحة، مبدأ حسن النية في عقد التأمين، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق تخصص عقود مدنية وتجارية، جامعة ابن خلدون تيارت -الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020-2021.
- 9- بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة دكتوراه تخصص قانون المنافسة والإستهلاك، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان -الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018.
- 10- بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير تخصص قانون العقود المدنية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2012-2013.
- 11- بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو -الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019.
- 12- بوطباله معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة -الجزائر -، 2016-2017.

- 13- بوكولة كنزة و بوطرنخ فضة، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد الصديق بن يحيى -جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017-2018.
- 14- بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2016-2017.
- 15- جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الساسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2017-2018.
- 16- جنان عيسى، حسن النية في التعاقد دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان- الجزائر، 2016-2017.
- 17- رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت -الأردن، 2000.
- 18- روزان طالب محمود السويطي، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، عمادة الدراسات العليا، جامعة القدس، القدس فلسطين، 1439هـ-2018 م.
- 19- زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود -دراسة مقارنة-، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان -الجزائر، 2017-2018.
- 20- شادلي عبد الناصر، مبدأ حسن النية في العقد طبقا لقواعد القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون اجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة د. طاهر مولاي سعيدة -الجزائر، 2015-2016.

- 21- لبنان فريدة، مبدأ حسن النية في الإنعقاد، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون جامعة يوسف بن خدة الجزائر، 2008-2009.
- 22- لغنج مباركة، مبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، جامعة سعد دحلب بالبليدة، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2012.
- 23- مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط -الأردن-، 2013-2014.
- 24- مسلم الطاهر، الحماية القانونية لملتقي الفرنشير في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص حقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس -الجزائر-، 2019-2020.

ج- المطبوعات الجامعية:

- 1- بقة عبد الحفيظ، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري -النظرية العامة للالتزام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2014-2015.
- 2- بقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016-2017.
- 3- بكوش خميسي، دروس في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (مبادئ النظام القضائي، نظرية الدعوى، نظرية الإختصاص)، الجزء الأول، مقياس الملتقى لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019-2020.

4- بلال سليمة، محاضرات في مدخل العلوم القانونية -نظرية القانون ونظرية الحق-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة علي لونيسي البليدة 2، قسم القانون الخاص، 2020-2021.

5- ذبيح ميلود، محاضرات في مقياس طرق الإثبات والتنفيذ في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019-2020.

6- مقدم ياسين، محاضرات في مقياس القانون المدني -أحكام الالتزام-، الجزء الأول -آثار الالتزام-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019-2020.

د - المقالات القانونية:

1- أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقدي -إطاره القانوني وأثره في الالتزام-، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور ، العدد 04، الجزء 01، 2019.

2- بن أحمد الحاج، القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، جوان 2015.

3- بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 10، جانفي 2014.

4- بيلامي سارة، نطاق حرية العقد في ظل تطور قانون العقود، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.

5- حليس لخضر، مرحلة المفاوضات العقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية جامعة يحيى فارس -المدية-، العدد الأول، جوان 2017.

6- دزيري إبتسام ووهاب حمزة، أهم مظاهر تأثير مبدأ حسن النية على مرحلة تكوين العقد، مجلة المعيار كلية الحقوق جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، العدد 61، المجلد 25، 2021.

7- زكري إيمان، مبدأ حسن النية في الشركات التجارية: مظاهره وآثاره، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية جامعة يحيى فارس بالمدية، العدد 04، مارس 2018.

- 8- زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، العدد الرابع، جوان 2016.
- 9- سعدون يسين، البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة مولود معمري تيزي وزو - الجزائر -، العدد 01، المجلد 05، سنة 2019.
- 10- سماح جبار، حسن النية في التفاوض على العقود، مجلة دراسات لجامعة عمار ثليجي الأغواط-الجزائر - مجلة دولية محكمة، العدد 48، نوفمبر 2016.
- 11- شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد -دراسة مقارنة، المجلة العلمية لجامعة جيهان -السليمانية، جامعة صلاح الدين اربيل -العراق، العدد 01، المجلد 05، حزيران 2021.
- 12- عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم السياسية والإجتماعية، العدد 01، المجلد 04، 2021.
- 13- عبد الكريم أحمد علي المرتضى، المفاوضات التمهيدية في العقود المدنية، مجلة كلية العلوم الإدارية والإنسانية جامعة الرازي -اليمن-، العدد الرابع، المجلد الأول، ديسمبر 2021.
- 14- عبد الله سلايم وكهينة يوسف، أثر نظرية الوضع الظاهر على مبدأ نسبية العقود وتطبيقاتها في القانون المدني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 01، المجلد 12، 2021.
- 15- عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية -قسنطينة الجزائر-، العدد 02، المجلد 34، سنة 2020.
- 16- عهود أحمد حسين خليفات، مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية دراسة تحليلية، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة - الجزائر -، العدد الأول، المجلد الخامس، سنة 2020.

- 17- فطيمة زهرة عبد العزيز، أساس المسؤولية المدنية المترتبة على المفاوضات قبل التعاقد، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، العدد 01، المجلد 06، 2021.
- 18- محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة -الجزائر، العدد 26، جوان 2019.
- 19- يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرم العقد - دراسة مقارنة- عقد التفاوض بحسن نية، ج2، مجلة المنارة، العدد 03، المجلد 09، 2003.

هـ- الاجتهادات القضائية:

- 1- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 28676 مؤرخ في 1984/11/07، قضية (ط-ر-م ع - م ع - ضد ز د)، المجلة القضائية، العدد الأول، 1989.
- 2- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 202940 مؤرخ في 1999/07/21، قضية (م ب م ضد ب ش ع)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2000.
- 3- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 54840 مؤرخ في 1988/07/13، قضية (ش ج ت ضد ع ص)، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991.

2- المراجع بالفرنسية

Lois :

- 1- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, en vigueur depuis le 01 octobre 2016.

الفهرس

2	مقدمة
7	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية في إبرام العقود
8	المبحث الأول: مفهوم مبدأ حسن النية
8	المطلب الأول: تعريف مبدأ حسن النية
8	الفرع الأول: تعدد مدلول مبدأ حسن النية
9	أولاً: معنى حسن النية
10	ثانياً: المعيار الشخصي والموضوعي لمبدأ حسن النية
11	الفرع الثاني: التعريف المركب لمبدأ حسن النية
12	المطلب الثاني: خصائص مبدأ حسن النية
12	الفرع الأول: مبدأ حسن النية التزام قانوني
13	الفرع الثاني: مبدأ حسن النية من النظام العام
14	الفرع الثالث: مبدأ حسن النية مفترض
15	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحسن النية وتمييزه عن بقية الأنظمة القانونية المشابهة
15	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لحسن النية
15	الفرع الأول: حسن النية قاعدة قانونية
16	الفرع الثاني: حسن النية التزام قانوني
17	الفرع الثالث: حسن النية معيار قانوني
18	الفرع الرابع: حسن النية مبدأ قانوني
19	المطلب الثاني: تمييز مبدأ حسن النية عن بقية الأنظمة القانونية المشابهة

- الفرع الأول: تمييز مبدأ حسن النية في العقود عن حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة 20
- الفرع الثاني: تمييز مبدأ حسن النية في العقود عن حسن النية في نطاق نظرية الحياة 21
- الفرع الثالث: تمييز مبدأ حسن النية في العقود عن الصورية 22
- أولاً: الصورية من حيث غرضها: 23
- ثانياً: الصورية من حيث مداها: 24
- الفرع الرابع: تمييز مبدأ حسن النية في العقود عن حسن النية في الدعوى البولصية 25
- الفرع الخامس: تمييز مبدأ حسن النية في العقود عن نظرية التعسف في استعمال الحق 26
- الفصل الثاني: مضمون مبدأ حسن النية في إبرام العقود 29
- المبحث الأول: مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد 30
- المطلب الأول: مضمون مرحلة التفاوض 30
- الفرع الأول: تعريف مرحلة التفاوض 30
- الفرع الثاني: خصائص مرحلة التفاوض 32
- أولاً: مرحلة التفاوض تصرف إرادي 32
- ثانياً: قيام مرحلة التفاوض على التعاون والأخذ والعطاء 32
- ثالثاً: التفاوض مرحلة تمهيدية 33
- الفرع الثالث: أهمية مرحلة التفاوض 33
- المطلب الثاني: الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد 36
- الفرع الأول: الالتزام بتقديم المعلومات والمحافظة على سريتها 36
- أولاً: الالتزام بتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد 36

37	ثانيا: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات
41	الفرع الثاني: الالتزام بالاستمرار في المفاوضات وعدم قطعها
42	أولا: الالتزام بالاستمرار في المفاوضات
44	ثانيا: الالتزام بعدم قطع المفاوضات
45	الفرع الثالث: الالتزام بالتعاون وعدم إجراء مفاوضات موازية
45	أولا: الالتزام بالتعاون
46	ثانيا: الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية
48	المبحث الثاني: مبدأ حسن النية في مرحلة التعاقد
48	المطلب الأول: الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التعاقد
48	الفرع الأول: الالتزام بالإعلام
48	أولا: مضمون الالتزام بالإعلام
55	ثانيا: شروط الالتزام بالإعلام
58	الفرع الثاني: الالتزام بالاستعلام
58	أولا: تعريف الالتزام بالاستعلام
58	ثانيا: مقتضيات موجب الاستعلام
67	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التعاقد
67	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام
67	أولا: الالتزام بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة (غاية)
69	ثانيا: الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية (وسيلة)

70	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بالاستعلام
71	أولاً: الالتزام بالاستعلام التزام ببذل عناية
72	ثانياً: الالتزام بالاستعلام التزام بتحقيق نتيجة
74	الفصل الثالث : الآثار المترتبة عن مخالفة مبدأ حسن النية
75	المبحث الأول: المسؤولية المدنية كأثر لمخالفة مبدأ حسن النية
75	المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عن مخالفة مبدأ حسن النية
75	الفرع الأول: المسؤولية العقدية كأثر لمخالفة مبدأ حسن النية
78	الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية كأثر لمخالفة مبدأ حسن النية
80	الفرع الثالث: قيام المسؤولية العقدية والتقصيرية في آن واحد أو مسؤولية من نوع خاص
82	الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض
83	المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض
84	الفرع الأول: الخطأ كشرط لقيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض
86	الفرع الثاني: الضرر كشرط لقيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض
87	أولاً: الضرر المادي
87	ثانياً: الضرر المعنوي أو الأدبي
88	ثالثاً: شروط الضرر
90	الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر كشرط لقيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض
91	المبحث الثاني: جزاء الإخلال بما يفرضه مبدأ حسن نية
91	المطلب الأول: التنفيذ العيني للالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات

المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض للالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات .	95
الفرع الأول: التعويض كجزاء على إخلال المتفاوض للالتزام بالتفاوض بحسن نية.....	96
أولاً: تقدير التعويض عن طريق الاتفاق.....	96
ثانياً: تقدير التعويض عن طريق القاضي.....	97
الفرع الثاني: الأضرار التي تُعوّض في مرحلة التفاوض.....	97
أولاً: نفقات التفاوض.....	97
ثانياً: الوقت الضائع.....	98
ثالثاً: تفويت الفرصة.....	99
خاتمة.....	101
قائمة المصادر والمراجع.....	105
الفهرس.....	115
ملخص.....	121

يعتبر مبدأ حسن النية من القواعد الأخلاقية التي فرضت نفسها كقاعدة قانونية، لما له من دور في جميع مراحل العقد، خاصة في المرحلة السابقة للتعاقد، ومرحلة الإبرام، وذلك من خلال المحافظة على المراكز القانونية وديمومة العقود، خاصة بعد التطور الذي شهده المجال الاقتصادي والتكنولوجي، الذي انعكس على العلاقات العقدية، أين تكون مرحلة التفاوض هي أساس إنجاح إبرام العقد المنشود، إلا أننا نجد أن بعض التشريعات أقرت تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط، ومنها التشريع الجزائري، في المقابل هناك تشريعات فرضته في جميع مراحل العقد، كالتشريع الفرنسي بعد تعديل القانون المدني سنة 2016.

فمبدأ حسن النية يفرض عدة التزامات على المتفاوضين، حماية للرضا واستقرار التعاملات، وتحقيق العدالة، كما أن الإخلال بهذه الالتزامات توجب المسؤولية المدنية على من يخل بها، والتي بدورها تُوقع جزاء جزاء مخالفة تلك الالتزامات، أين يستبعد فيها التنفيذ العيني حسب أغلب الفقهاء، ويظل التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض هو الجزاء الملائم.

Abstract:

The principal of good faith is considered as one of the ethical rules that imposed itself as a legal rule, and that returns to its role in all phases of the contract, especially in the pre-contract phase, and conclusion of the contract, through the preservation of the perpetuity of contracts, particularly after the evolution witnessed in both economy and technology fields, which was reflected in the contractual relations, where the negotiation phase is the basis to reach the desired contract and make the deal, however, we find that some legislations has approved the application of good faith principal only on the execution phase of the contract, including the Algerian legislation, on the other hand, there are legislations that has enforced it at all phases of the contract, such as the French legislation after the amendment of civil code in 2016.

The principle of good faith imposes several obligations on negotiators, in order to protect consent and stability of dealings, and to achieve justice, moreover the violation of these obligations enforces civil liability on those who violate it, which in turn inflict punishment for the violation of those obligations, where the implementation in-kind rule out according to most jurists, and remains the implementation in return or through compensation and this last is the appropriate punishment.