



جامعة ابن خلدون - تيارت -



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة الحقوق

التخصص: قانون خاص معمق

مبدأ أخلة العقد

تحت إشراف الأستاذ:

أد/ حمر العين عبد القادر

من إعداد الطالبة:

-بن عابد هوارية

لجنة المناقشة

أ.د. عجالى خالد	أستاذ التعليم العالي "	رئيسا
أ.د. حمر العين عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا
د شارف بن يحي	أستاذ محاضر " أ	عضوا مناقشا
أ.د ولد عمر طيب	أستاذ م التعليم العالي "	عضوا مدعوا

السنة الدراسية: 2024/2023

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون - تيارت

كلية الحقوق والعلوم السياسية



فريق ميدان التكوين :

إذن بالإيداع

أنا المعضي أسفله الأستاذ: حمزة العين عدد العادر
المشرف على المذكرة الموسومة ب: ميدان خلقة الحق
من إعداد الطالب (01) : بن عابد هواري
الطالب (02):
تخصص : خاتونة حامدا معيق



امنح الإذن للطلبة بإيداع المذكرة على الأرضية الرقمية لاستكمال إجراءات المناقشة .

الأستاذ المشرف

د. مرالني عايد

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي بفضلہ تتم الصالحات حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، على فضله وجزيل احسانه أن أتم علي بنعمته ووفقني لإتمام هذا البحث العلمي.

أتقدم بجزيل الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور "حمر العيز عبد القادر" على الاشراف والمتابعة وعلى كل ما قدمه من توجيهات ساهمت في إثراء هذا البحث، كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا البحث وعلى رأسهم رئيس اللجنة الأستاذ الدكتور "عجالي خالد" والدكتور "شارف بن يحيى" مناقشا والأستاذ الدكتور "ولد عمر الطيب".

إلى جميع أساتذة كلية الحقوق على ما أحاطونا به من علم نافع طوال الخمس سنوات.

أهـدي

أهدي بكل حب مذكرة تخرجي إلى أغلى الناس والديا
الكريمين، اللذان كانا سببا في وصولي إلى هذا اليوم. أدام الله
عليهما الصحة والعافية وأمد الله في عمرهما وأدامهما الله تاجا
فوق رأسي ونورا يضيئ دربي.

إلى إخوتي وأخواتي حفظهم الله وأدامكم لي سندا دائما
إلى ملاكي ورزقي الذي به تغيرت مفاهيم الحب عندي، إبنـي
وقلبي النابض لمُحَمَّد جواد حفظه الله ورعاه ووفقه لما يحبه
ويرضاه وما فيه صلاح في دينه ودنياه.

إلى كل شخص غالي على قلبي إلى كل من ساندني من قريب
أو من بعيد إلى جميع أساتذة الحقوق الذين تولوا تدريسنا
طيلة هذه السنوات.

المقدمة

يكتسب النظام القانوني للعقود أهمية كبيرة في التعاملات بين الأفراد، وعلى إعتبار أنه من المسلم به أن القوانين الوضعية وضعت لتكون خادمة للقيم التي يراد لها أن تسود في حياة الناس، فكان لابد من وجود قيم و معايير يرجع إليها لتنظيم السلوك الاجتماعي وتحقيق الموازنة بين المصالح المتعارضة، خاصة بعد ظهور نزعة التحول في البيئة العقدية التي جعلت العقد غاية في حد ذاته، و وسعت الفجوة بين المصالح المتعارضة إلى حد خلق أزمة للعقد.

ما جعل الرجوع إلى القيم الأخلاقية أمر حتمي، خاصة بعد التطور الذي عرفه المجتمع وظهور اللامساوات بين الأفراد، و إستغلالهم لبعض وحرمان بعض الأفراد من ممارسة الحقوق الممنوحة لهم وفق القانون، هذا ما دفع بالمشرع الوضعي خاصة في التشريعات الخاصة تجسيد هذا الجانب الأخلاقي في عدة نصوص قانونية يكرس فحواها الجانب الأخلاقي للعلاقة العقدية، فالعقد لا يمكن أن يستمر دون حد أدنى من القيم والمبادئ و منها الخلاق كقيمة يقوم عليه كل مجتمع.

ويتحدد مفهوم الأخلاق من خلال إظهار القيمة الأخلاقية على القاعدة القانونية، وكون القاعدة الأخلاقية من المفاهيم النسبية والمتغيرة بتغير الزمان والمكان وبالتالي مدى تأثير هذا التغير على مضمون العقد.

وبما أن العلاقات العقدية في حقيقتها، ليست تبادلًا ماديًا إنما تبادل أخلاقي لتأمين منافع مادية تعود على الأفراد والمجتمع بالخير وتحميه من الفساد، و بالنظر إلى أن مبرر وجود العقد الأخلاقي فإن التشريع الجزائري إتجه نحو إقرار قواعد الأخلاق وجعلها أساسا لتصرفات الأشخاص و أعمالهم، وبذلك يكون قصده حماية المتعاقدين بدلا من حماية العقد، إذ لا يمكن إنكار حقيقة وجود قواعد قانونية لا مبرر لها سوى القاعدة الأخلاقية .

كما لا يمكن التشكيك في علاقة القانون بالأخلاق، خاصة في ظل المحاولات الجادة لتفادي الآثار السلبية لإطلاق مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني على العلاقات التعاقدية، والتقدم التكنولوجي الذي أدى إلى الإخلال بالتوازن العقدي، بسبب تعدد المنتجات و الخدمات المعروضة وتطور وسائل الدعاية والإعلان من جهة أخرى.

ونظرا لعدم المساواة بين المهنيين والمستهلك التي ظهرت بصورة واضحة في العلاقة بين المنتجين و المستهلكين حيث يكون فيها المستهلك في مركز أدنى من مركز المهني الذي يتعامل معه، مما يستدعي حمايته بصورة خاصة في العلاقات التعاقدية، إذ أدت اللامساوات الواقعة بين الطرفين إلى ظهور عقود الإذعان ، فمعظم العقود ذات الأهمية اليوم عقود إذعان أو عقود إطار مثل عمليات التأمين، وهذا ما إستدعى ضرورة تدخل المشرع لحماية المستهلك و إعطاء القاضي سلطة التدخل في تعديل العقد و إعادة تنظيم العلاقات العقدية يعد حالة استثنائية ترد على القوة الملزمة للعقد.

ونظرا لأهمية العلاقات التعاقدية في الحياة الاجتماعية فقد أحاط المشرع الجزائري بمقتضيات خارجية تجسد المصلحة العامة في العلاقة التعاقدية، وكذلك أخلاقيات معينة يجب مراعاتها عند إتجاه الأفراد لإبرامها، وذلك نتيجة تطور المجتمع الذي غير من المبادئ السائدة في العلاقات العقدية.

إذ تعتبر أخلة العلاقة التعاقدية، إدخال الجانب الأخلاقي والقيم الأخلاقية في العلاقة التعاقدية ويتجلى هذا المبدأ في تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد والذي يعني إلزام أطراف العقد بالتصرف بأمانة وصدق وإخلاص أثناء تنفيذ إلزاماتهم التعاقدية.

وكذلك ضمان التوازن العقدي و العدالة في حل الأزمات المتبادلة بين أطراف العقد بحيث لا يستغل أحدهم ظروف الطرف الآخر لفرض شروط تعسفية مع مراعات المصلحة المشتركة للأطراف وليس مصلحة طرف على حساب الآخر.

مع الإلتزام بالقيم والمبادئ الأخلاقية كالأمانة والإخلاص و الإنصاف في جميع مراحل العقد بحيث أصبح مبدأ أخلة العقد من المقتضيات الأساسية للعقد في الوقت الراهن، بحيث يجب على النظم القانونية مراعات هذه المبادئ الأخلاقية في تنظيم العلاقات التعاقدية.

بحيث يعد الجانب الأخلاقي للقاعدة القانونية مرتكزا أساسيا يقوم عليه البناء العقدي سواء لنشأة العلاقة العقدية و لاستمرارها.

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

ويهدف موضوع أخلة العقد إلى تحديد دور الجانب الأخلاقي في توازن العقد و ذلك بالتطرق إلى الجانب المفاهيمي لمبدأ حسن النية في العقود ودوره الأخلاقي في حماية كل من المتعاقدين والغير حسني النية في جميع مراحل العقد مع تركيز على مقتضيات حسن النية و جزاء الإخلال بها وذلك خلال جميع مراحل العقد.

وبتطور المجتمع والعلاقات الإجتماعية والعقدية ما أدى إلى إختلال التوازن بين طرفي العقد، ما إستوجب التطرق الى الآليات التي تحمي الطرف الضعيف في العقد و إعادة التوازن المفقود للعقد. وذلك عن طريق التدخل التشريعي المباشر من خلال ما جاء به في المبادئ العامة إضافة إلى بعض القوانين الخاصة، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق التدخل القضائي بتوسيع سلطة القاضي بتعديل وتصحيح ونقض العقد إضافة الى سلطة التفسير الواسعة التي منحها المشرع للقاضي، خاصة و أن عدالة العقد القانونية لم تستطع منح الحل.

ولتحقيق أهداف هذه الدراسة، تم الإستناد على أبرز الدراسات التي تناولت فكرة موضوع، المتمثلة في مايلي:

أولاً: رسالة الدكتوراه لجبار سماح تحت عنوان " القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة "والتي تهدف إلى توضيح ضرورة النهوض بالأخلاق في المعاملات في ظل التطور السريع الذي تشهده الحياة في جميع المجالات، وتقييم الأحكام القانونية التي تنظم العقود وفقاً لما يشهده المجتمع من تطور، وتحديد آليات المراجعة لبعضها بالإستناد إلى القيم والمبادئ الأخلاقية. كذلك الاستفادة من هذه القيم والمبادئ من قبل القاضي، وبيان دوره في دعمها.

ثانياً: بن يوب هدى، " مبدأ حسن النية في العقود "، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي 2012-2013.

عالجت هذه الدراسة مفهوم حسن النية في التشريع الجزائري ومدى كفالته في التصدي لحالات سوء النية، والذي توصلت فيه الى أن مفهوم حسن النية مشعب حسب مجالات القانون و أن المشرع الجزائري لم يفصل فيه بوضوح، وتوصلت أيضا إلى أن مبدأ حسن النية يحقق التوازن العقدي في كثير من الأحيان.

وتبدو صعوبة هذا البحث في تداخل هذا المبدأ مع مبادئ أخرى كمبدأ حسن النية ومبدأ المساواة بين المتعاقدين مما يصعب الفصل بينهما، حداثة المفهوم في الفقه فهو لم يكن معروفا إلا في العقود الكبرى كعقود الاستهلاك والعمل.

باعتبار أن مبدأ أخلقة العقد من الآليات الحديثة التي إعتمد عليها المشرع لمواجهة العقود غير المتوازنة، و عليه نطرح الإشكالية التالية: ما مدى تكريس الجانب الأخلاقي في العلاقات التعاقدية؟ وهل هي كافية لتحقيق العدالة العقدية في ظل تطورات الحياة الاجتماعية و الاقتصادية؟

ولمعالجة الموضوع إعتدنا المنهج الوصفي بغرض التعريف بكل نظرية، و إعتدنا أيضا كل من المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي بغرض عرض النصوص القانونية ذات الصلة و استخلاص نتائجها.

وللإجابة على إشكالية الموضوع إرتأينا تقسيم البحث إلى فصلين، إذ تناولنا في (الفصل الأول) دور حسن النية في أخلة العلاقة العقدية و ذلك بالتطرق إلى مفهوم مبدأ حسن النية (المبحث الأول)، مقتضيات حسن النية والجزاء المترتبة عنها (المبحث الثاني)، أما (الفصل الثاني) تناولنا آليات تحقيق التوازن العقدي، بتحقيق التوازن العقدي عن طريق التدخل التشريعي (المبحث الأول)، تحقيق التوازن العقدي عن طريق التدخل القضائي.

الفصل الأول:

مبدأ حسن النية آلية لأخلقه العلاقة التعاقدية.

تمهيد:

مما لا شك فيه أن العقد صورة بالغة الأهمية لما لها من دور فعال في تجسيد العلاقات التعاقدية، وانطلاقاً من فكرة "العقد شريعة المتعاقدين" ووفقاً للمادة 54 من القانون المدني "العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

كان لا بد من احاطة هذه العلاقة بنطاقات واسعة تهدف لحماية كل الأطراف خاصة مع التطورات والمستجدات التي يشهدها المجتمع، ومن هنا كان لا بد من أخلة هذه العلاقة، أي أن استحضار الجانب الأخلاقي أمر حتمي لتجنب كل ما هو تعسفي وحماية للطرف الضعيف والحد من سلطة الطرف القوي وفقاً لمعايير وقوانين محددة، فنظراً لصعوبة تقصي النوايا الداخلية للإنسان كان لزاماً تطبيق مبدأ حسن النية.

حيث سنتطرق في هذا الفصل الى مبحثين:

المبحث الأول: مبدأ حسن النية آلية لأخلة العلاقة التعاقدية

المبحث الثاني: آليات التوازن العقدي في أخلة العلاقة التعاقدية

المبحث الأول: مفهوم مبدأ حسن النية

مبدأ حسن النية هو أحد المبادئ الأساسية في القانون والأخلاق، ويشير إلى التصرف بصدق وأمانة في التعاملات والعلاقات الإنسانية. هذا المبدأ يتطلب من الأفراد والمؤسسات التصرف بنزاهة والتزام الصدق في النوايا والأفعال، وعدم استغلال الثغرات أو التصرف بسوء نية لتحقيق مكاسب غير مشروعة. في السياق القانوني، يعتبر مبدأ حسن النية أساساً لعلاقات العقود والتزامات الأطراف، حيث يتوقع من كل طرف أن يتصرف بطريقة تتسم بالشفافية والأمانة مع الطرف الآخر، يهدف هذا المبدأ إلى تعزيز الثقة والاحترام المتبادل بين الأطراف، وبالتالي تقوية النسيج الاجتماعي والاقتصادي.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ حسن النية.

إن مبدأ حسن النية في العقود يعني إصباح العقد بالقيم الأخلاقية ولذلك كان من الصعب تحديد مفهوم لها وهو مفهوم أخلاقي فلسفي يصعب حصره وتحديدته ويعتبر من المبادئ الأساسية في القانون المدين الجزائري حيث يتم تنظيمه في العديد من العقود، أين تطرقنا الى مفهوم حسن النية (الفرع الأول)، معايير مبدأ حسن النية (الفرع الثاني)، الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم حسن النية.

نظرا للأهمية البالغة لمبدأ حسن النية على التصرفات والعقود التي يبرمها في تعاملاتهم في ما بينهم وعليه نتناول تعريف مبدأ حسن النية (أولاً)، مضمون حسن النية في العقد (ثانياً).

أولاً: تعريف مبدأ حسن النية:

1- التعريف الفقهي:

يعرف مبدأ حسن النية على انه مراعات أحد طرفي العلاقة بعدم الإضرار بمصالح الطرف الآخر في العلاقة¹.

كما يعرف أيضاً: " حسن النية هو أن تحترم ما قام بينك الآخر من أوضاع وأن تنفذها وفقاً لذلك وليس كما تريد"².

ويعرف مبدأ حسن النية في مجال العقود بأنه: " الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش ومراعات ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما إلتزم به المتعاقد في معاملة المتعاقد الآخر في تنفيذ ما عليه من إقتضاء ما له من حقوق"³.

ويعرف أيضاً بأنه: " التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح العلاقة التعاقدية بشكل موزون"⁴.

وعرف بأنه " في تنفيذ العقود يعني الأمانة والإستقامة في إكتساب الحقوق يعني عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف هذا من جهة ومن الصعب تقديرها"⁵.

¹ - فيصل زيان، حتمية أخلقت العلاقات التعاقدية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية - Inns2602-7321، مجلد 4، العدد 03، السنة 2021، ص 570.

² - محمود رياض، ماذا الزام الأنظمة المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 54، 2013، ص 23.

³ - خديجة بن عبد الله محمد، مبدأ حسن النية في معاملات، دراسة مقارنة، العدد 38، 2021، ص 417-425-497.

⁴ - المرجع نفسه، ص 425.

⁵ - مباركة دنيا، حسن النية في تنفيذ عقد العمل، بحوث ومقالات مجلة القصر المغرب، منشورات منظومة القضائية،

2002، ص 22.

كما عرف بعض الفقهاء حسن النية بأنه: " الإخلاص في تنفيذ ما تم الإتفاق عليه ومراعاة مصالح الطرف الآخر عند التعاقد"¹، ويعرف أيضا بأنه: " حسن النية هو إنتفاء الخطأ العمد وإنتفاء الغش إنتفاء التعسف في إستعمال الحق بسوء نية وإنتفاء الخطأ الجسيم"².

ثانيا: مضمون مبدأ حسن النية في العقد

1-تعريف مبدأ حسن النية وفقا للمضمون الشخصي:

يأخذ القانون بالمفهوم الشخصي إستنادا إلى نفسية المتعامل، بإعتباره حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعه أو ظرف ما، أو في إعتقاد الخطأ المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما، وبهذا المفهوم تبدو فكرة حسن النية فكرة شخصية ذاتية تتسم بطابع سلبي محض، ويجري تعريفها على هذا النحو بإعتبارها نوعا من الجهل أو عدم العلم عليها أثر قانونيا، يختلف باختلاف تحقق الجهل أو العلم بتلك الواقعة أو الظرف، هذا المفهوم الشخصي هو المقصود بحسن النية في اطار قواعد الحياة والالتصاق والدفع غير المستحق³.

إلا أنه في إطار المفهوم الشخصي إختلف الفقه حول تعريف المبدأ، فذهب جانب للقول بأنه، " الجهل المبرر بواقعه معينة يرتب عليها الشارع أثرا قانونيا "، حسن النية وفقا لهذا الرأي غلطا وقع فيه الغير، وهو أمر نفسي ذاتي مفترض، لأنه يتعلق بواقعة سلبية يقع الإثبات على من يدعي خلافها وإذا كان هو معنى حسن النية، فسوء النية هو عبارة عن

¹ - محمود فياض، مدى التزام الأنظمة المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 23.

² - عبد الحميد الشوبري، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية 1988، ص 25.

³ مختارية شيباني، التدخل التجريعي في العقود واثره على سلطانه الارادة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة الدور الثالث، تخصص قانون خاص، جامعة ابن خلدون تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق السنة الجامعية 2021-

الغش وسوء القصد، فهو يطابق الخطأ وفقا لقواعد الأخلاق، وينحصر في تعمد وقصد الإضرار بالغير، أي أن سوء النية هو تحقق يقين العلم بتلك الواقعة على وجه الحقيقة، والعلم بكافة عناصر الواقعة القانونية أو التصرف وما ينتج عنه¹.

إلا أنه برز رأي فقهي آخر يرفض هذا المعنى لحسن النية الذي قوامه الجهل بالعيب، فيرى أن حسن النية هو " الغلط المبرر المشروع " يتحقق بانتفاء الخطأ من جانب المتعاقد أو الغير بنوعية العمدي وغير العمدي، حيث يعتبر سيء النية من يقصد الإضرار بالغير ومن يصيب بضرر نتيجة إهماله وعدم الإحتياط.

رغم أن البعض يرى أن هذا التعريف تعريفا كاملا للمبدأ إلا أنه يقترب من مفهوم حسن النية في العقد، وأن كلا التعريفين ينظر الى المبدأ على أنه موقف سلبي إلا أن هذا يخالف واقع المبدأ الذي يتعدى كونه موقفا سلبيا لأنه يتطلب مواقف إيجابية سلوكا وليس امتناعا عن سلوك فقط، على ذهنية بحتة حتى ولو كان مصاحبة لعناصر الإهمال والرعونة وعدم اتخاذ الحيطة اللازمة².

غير أن التعارف الساب ذكرها تصلح لتعريف حسن النية في مجال الحياة والالتصاق والدفع غير المستحق³.

ففي اطار قواعد الحياة يعتبر الحائز حسن النية اذا كان يجهل أنه يتعدى على حق الغير طبقا لنص المادة 824 قانون المدني الجزائري، ولا تزول صفة حسن النية حسب المادة 825 ق.م.ج إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالما أن حيازته إعتداء على حق الغير.

¹ - زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون مبدأ حسن النية في اطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 04، جوان 2016، شعبان 1437، ص 434.

² - زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 434، شيباني مختارية، مرجع سابق، ص 100.

³ - زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 435.

ويظهر حسن النية أيضا في مجال الدفع غير المستحق بحسن نية، كما حال المستأجر الذي يقوم بدفع المسبق لمؤجر لم يعد مالكا للعين المؤجرة وهو يعتقد أنه يدفع للمالك وهو ما يستنتج بمفهوم المخالفة من المادة 469 مكرر 4 من القانون المدني، يلزم الحائز يرد الشيء دون الثمار التي جناها من الشيء ما دام حسن النية حسب المادة 837 والقانون المدني وكذلك فيما بينته المادة 268 من قانون المدني عن حكم الوفاء لغير الدائن أو نائبه التي جاء فيها على أنه إذا أوفى المدين للغير فإن ذمته تبرأ إذا كان حسن النية.

وقد عبرت المادة 785 من قانون المدني بخصوص البناء على أرض الغير، أن صاحب البناء اذا كان يعتقد أن له الحق في إقامة هذه المنشآت عد حسن النية¹.

إلا أن الأخذ بالمفهوم الشخصي لفكرة يجعلها تتصف بعدم الثبات لإرتباطها بنية من وجهت إليه، ذلك أن الشخص يعتبر حسن النية إذا وقع في غلط أو جهل، حيث يجعل ترتيب الآثار القانونية مرتكزا على إرادة الشخص، إضافة إلى أن المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية يصلح في مجال الحياة والأوضاع الظاهرة للإستناد إليه في مجال العلاقات العقدية لأنه ينظر إليه على أنه موقف سلبي لا يقتصر على فكرة الجهل فقط بل على المتعاقد أن يسعى الى مراعاة مصالح الطرف الآخر على توقعاته المعقولة المشروعة التي تولدت عنها².

2- تعريف مبدأ حسن النية وفق المعيار الموضوعي:

إن المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية هو المفهوم المعتمد في مجال الإرادة التعاقدية، يتمثل في كون حسن النية فكرة أخلاقية خالصة تشكل قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملتهم، هذا المعنى أن هذه الفكرة فكرة موضوعية لا شخصية

¹ - الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

² - زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 438، شيباني مختارية، مرجع سابق، ص 100.

فهو ضابط أخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي مجرد وفقا للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع¹.

فحسن النية بالمفهوم الموضوعي يرتبط بمدى مراعاة مقتضيات هذه الفكرة من عدمها وتقوم مقتضيات حسن النية على دعائم أخلاقية تتصف بالعموم والتجريد حتى ولو لم يتضمنها نص تشريعي، كالوفاء بالعهد، الأمانة، الثقة المشروعة، شرف التعامل، ومخالفة مقتضيات حسن النية تتحقق لمجرد صدور التصرف لا تقتضي به تلك المقتضيات، وعليه فإن المفهوم الموضوعي يتعدى حالة الجهل إلى العلم، والمقصود هنا إمكانية العلم لا العلم الموضوعي وهذا ما يجعل المبدأ قاعدة سلوك².

كما عرفه آخرون بأنه موجب الإخلاص التعاقدية الذي يفرض على المتعاقد الالتزام سلوك مستقيم لأي ضرر قد يلحق بالمتعاقد الآخر، أي الإخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ومراعات مصالح الطرف الآخر عند التعاقد³.

يفرض المشرع هذا المفهوم لتقدير حسن النية في المادة 111 من القانون المدني في تفسير العقد، في نظرية الغلط ببيان جوهرية الصفة حسب المادة 2/82 من القانون المدني: "يعتبر الغلط جوهريا على الأخص اذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية".

بيان نطاق التمسك بالغلط حسب المادة 85 من القانون المدني. وفي تنفيذ العقد المادة 107 من القانون المدني، فيما يعتبر شريعة المتعاقدين هو روح العقد وليس حرفيته فالقاضي في تفسيره للعقد يأخذ بالعبارات الواضحة بشرط أن تتفق مع حقيقة القصد المشترك

¹ - زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 440، شيباني مختارية، مرجع سابق، ص 100.

² - زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 441.

³ - محمود فياض، مدى التزام الأنظمة المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 23.

للمتعاقدين فمتى ثبت له العكس تعين عليه الخروج عن المعنى الحرفي والبحث عما يتماشى وروح العقد، بتفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف أو الطرف المذعن يتعين على المتعاقد تنفيذ الالتزامات على أحسن وجه ودون غش المتعاقدين¹.

مصطلح الأمانة والنزاهة والإستقامة و شرف التعامل يعبران عن مبدأ حسن النية وبهذا المعنى فالقاضي يتدخل من خلالها لضمان توازن العلاقة العقدية، ولضمان إلتزامي طرفي التعاقد بالصدق والأمانة. فنزاهة التعامل والإستقامة والشرف والتي هي من مقتضيات حسن النية هي مسائل غير قابلة للضبط تتسم بالغموض وعدم التحديد، ومتغيرة حسب الزمان والمكان فهي أفكار مرنة ومطاطية لتحديد دورا ملموسا تقع ضمن نطاق سلطته التقديرية وهو الذي يقرر توافر هذه الاعتبارات في تقييمه لبنود العقد.

أي أن المفهوم الموضوعي هو الأقرب لتحديد مفهوم حسن النية إذ أن أكثر ما يبحث عنه المتعاقدان في نطاق العلاقة العقدية، أن يفي المتعاقد بالتزاماته. ومن ثم فإن أي خطأ ولو بالإهمال قد يفيد سوء نية المتعاقد المهمل².

الفرع الثاني: معايير مبدأ حسن النية:

معايير مبدأ حسن النية: يتميز مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية بناء على، المعيار الذاتي، والمعيار الموضوعي، والمعيار القانوني:

¹ - الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

² - زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص 443.

أولاً: المعيار الذاتي (الشخصي): المقصود بالمعيار الذاتي إلقاء النظر الى تصرف الشخص المتعاقد الذي صدر منه شخصياً ويتم الحكم عليه من خلال هذا التصرف بحسن النية أو بسوءها، وهو التحري عن العوامل النفسية التي حركت نية المتعاقد¹.

كما يقصد بالمعيار الذاتي أيضاً وضعية المتعاقد الذي لا ينوي الإضرار بالغير، أي إنتفاء سوء النية عن المفاوضات، أن لا ينوي كسب منفعة غير مشروعة على حساب المتعاقد الآخر أو الغير ونقصد به هنا تجنب الخطأ العمدي، الغش والتدليس وايضا التعسف في استعمال الحق بسوء النية².

و جاء في نص المادة 105 من القانون المدني الجزائري على أن مبدأ حسن النية الذاتي: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

والمادة 141 من نفس القانون: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها، يلزم بالتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما إستفاد من العمل أو الشيء".

حيث يظهر من خلال هذه المادة أن مبدأ حسن النية يخضع للمعيار الذاتي و يختلف حسب الأشخاص، وللقاضي السلطة التقديرية بالإعتماد على الوقائع الثابتة أمامه وإستناداً على الظواهر الخارجة للإستدلال على حقيقة نية الفاعل.

¹ - بالعربي بشير، ملابس شعيب، مبدأ حسن النية في العقد مذكرة نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق تخصص قانون خاص، جامعة غرداية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2018-2019، ص 23.

² - عبد الم جيد، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد، قادي مجلة جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية قسنطينة الجزائر، المجلد 34، العدد 02، السنة 2020، ص 988-1017، تاريخ النشر 17-11-2020، ص 998.

ثانيا: المعيار الموضوعي (المادي): يقتضي حسن النية وفقا للمعيار الموضوعي، القيام بالتصرف متوافقا مع أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقه الصحيحة يجب أن تكون مقبولة نظرا للقانون و أيضا لقيام المجتمع و يلزم المعيار الموضوعي المتصرف أن يكون حريصا في تصرفاته حتى لا يضر بالآخرين¹.

إن المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية هو المفهوم المعتمد في مجال الإرادة التعاقدية، يتمثل أن تكون أخلاقه خالصة السلوك، و تتطلب من الاشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في وبهذا المعنى تصبح هذه الفكرة فكرة موضوعية لا شخصية فهي ضابط أخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي مجرد وفقا للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع².

المعيار القانوني: ومفاده أن المتعاقد طبق القانون أم لم يطبقه فالمعيار هنا يقوم على الفرضية التشريعية التي ينبغي مراعاتها، فالعبرة مرتبطة بالمخالفة للقاعدة القانونية وهذا ما جاء في نص المادة 107 من القانون المدني: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام....."، وعليه فإنه لا يمكن وضع مقياس دقيق لمبدأ حسن النية إلا بقياسها بالمعيار الموضوعي وهو مخالفة التصرف لما هو مألوف ولا يضر بمصلحة الآخرين مقياس للرجل المعتاد، حيث أن مبدأ حسن النية لا يمكن تعريفه بدقة فالفقه والقضاء يستخدمانه كمرادف للأمانة والنزاهة والثقة.

¹ - عبد المجيد، المرجع السابق، ص 1000.

² - زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون مبدأ حسن النية في اطار نظرية العقد، مرجع سابق، ص 440.

ومن مقتضيات حسن النية أن يكون تنفيذ الإلتزام بأفضل وسيلة وأحسنها من طرف المدين، و ألا يتعسف الدائن في إستعمال حقه¹.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية:

لتحديد مفهوم مبدأ حسن النية يستوجب التحدث عن الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في العقود والتمثلة في ثلاثة إتجاهات رئيسية ونحددها في ما يلي:

- حسن النية إلتزام القانون، قاعدة قانونية أو مبدأ قانوني.

1- حسن النية إلتزام قانوني:

الأصل أن مبدأ حسن النية ذات أبعاد أخلاقية إذ يستوجب مراعات مصالح الطرف ويشجع على الثقة المتبادلة والتعاون، والإلتزام صراحة في التعامل، غير أن ذلك يمكن أن يكون التزاما حقيقيا في العلاقات التعاقدية و القانونية².

يرى غالبية فقهاء القانون أن مبدأ حسن النية هو الإلتزام، رغم أنه ذو طبيعة أخلاقية، لكن هناك من يذهب إلى أن طبيعة الإلتزام الأمرة بحسن النية في تنفيذ العقد لا تؤثر على صفاته كإلتزام ثانوي في العقد، رغم أهميته قانونا و واقعا في النظام التعاقدي، إلا أنه لا يرفعه إلى مراتب الإلتزامات الأصلية بوصفه أنه قانونا وليس ركنا من أركان العقد³.

¹ - عسالي صباح، مبدأ حسن النية كمعيار لحماية التعاقد، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 14، العدد 03 ، 2021، تاريخ النشر 2021/09/25، ص 719-724-732.

² - عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد، مرجع سابق، ص 1001.

³ - مرجع نفسه، ص 1001.

وفقا لذلك فإن الإلتزام بمبدأ حسن النية يغني عن اللجوء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق في إقامة الجزاء المترتبة على إخلال المتعاقد بتنفيذ إلتزامه بحسن نية، إن الإخلال بمقتضيات حسن النية إخلال بالإلتزام قانوني فرضه القانون في العقد¹.

وعليه فإن حسن النية كالإلتزام قانوني هو إلتزام حقيقي له دائن ومدين ومحل وسبب، ويقابله في الجانب الآخر الحق الشخصي بعناصره المحددة والمتمثلة في:

-العنصر المادي: الذي بدوره يتمثل في: مراعات مقتضيات حسن النية، أي مراعات المصالح الخاصة والمبررة والمشروعة للطرف الآخر.

-العنصر النفسي: المتمثل في توجيه الإرادة إلى مراعات المصالح الخاصة للطرف الآخر، والتي تستوجب توافر الإدراك والتمييز².

2- حسن النية قاعدة قانونية:

ويتفق غالبية الفقهاء على أن حسن النية وعلى الرغم من أنه ذات طبيعة أخلاقية، إلا أنه لم يمنع أن يكون قاعدة قانونية تامة الشروط كاملة الخصائص في النظام القانوني الوضعي³.

وأنه بوصف حسن النية إلتزاما قانونيا له خصائص معينة، أي أنه إلتزام متبادل مفروض على كلا الطرفين، حيث يكون كلاهما دائنا بالإلتزام ومدينا به في نفس الوقت.

وهو أيضا إلتزام وقائي: أي أنه يفرض على الأطراف المتعاقدة للوقاية من الوقوع في الضرر وليس علاجاً لمشكلة قانونية واقعة.

¹ -

² - المرجع نفسه، ص 48.

³ - بن أيوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مرجع سابق، ص 51.

كما أنه إلزام بتحقيق نتيجة، أي أنه يستوجب تحقق حسن النية، أي أن الطرف الذي لم يتحقق حسن النية من جانبه يعد مخلا به والذي يترتب عنه جزاء قانوني نتيجة الإخلال به¹.

وباعتبارها قاعدة قانونية تتميز بخصائص منها، أنه قاعدة سلوك إجتماعية فرض على الأطراف العازمة على التعاقد سلوكا يتمثل في تنفيذ التزامات إيجابية وأخرى سلبية في علاقتهم بالطرف المقابل من خلال الأمانة والإخلاص².

إذ يرى أغلب الفقه بأن حسن النية من القواعد الآمرة، أي أنها من النظام العام والتي لا يمكن الإتفاق على مخالفتها³.

3- حسن النية مبدأ قانوني:

الكثير من الفقهاء يعتبرون حسن النية على أنه مبدأ قانوني عام يسري في جميع العلاقات التعاقدية، وعليه فإنه يتساوى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد مع المبادئ الأساسية، كمبدأ منع التعسف في استعمال الحق⁴.

وبما أن مبدأ حسن النية في مجال التعاملات مبدأ قانوني أنه يتميز بصفات المبادئ القانونية المتمثلة في المرونة وعدم التحديد والإنطباق على فروض وحالات عدة والذي بدوره يفتح المجال للقاضي للإجتهاد فيها لإيجاد حلول قانونية للواقعة المعروضة أمامه⁵.

¹ - شير زاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، مرجع سابق، ص 49.

² - بن أيوب هدى، نفس المرجع، ص 51.

³ - شير زاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، مرجع سابق، ص 49.

⁴ - شير زاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، مرجع سابق، ص 49.

⁵ - بن أيوب هدى، نفس المرجع، ص 53.

وعليه أن اللجوء لهذا المبدأ قد يخفف الكثير من صرامة نصوص القانونية، التي يؤدي تقيد الحرفي بتطبيقها الى ما يخالف مبدأ العدالة¹.

ويهدف اعتبار حسن النية مبدأ قانونيا إلى:

- جمع جميع الحلول المتعلقة بفكرة عامة سواء كانت هذه الحلول وقائية أو من إستنتاج القضاء.
- إعتداد حسن النية لتبرير كافة الحلول الخاصة الجديدة².

المطلب الثاني : دور حسن النية في أخلة العلاقة العقدية.

يلعب مبدأ حسن النية دورا جوهريا في أخلة العلاقة العقدية ، مما يساهم في بناء ثقة متبادلة ويقلل من النزاعات والمشكلات القانونية. وعند تطبيق هذا المبدأ، يتجنب الأطراف استخدام الحيل أو الاستغلال لتحقيق مكاسب غير عادلة، مما يضيف بعدا أخلاقيا على العلاقة العقدية، حيث تم دراسة أهمية مبدأ حسن النية (الفرع الأول)، ومكانة مبدأ حسن النية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أهمية مبدأ حسن النية

مبدأ حسن النية من أكثر المبادئ القانونية أهمية في العلوم القانونية ويظهر دوره في الاستقرار القانوني وذلك من خلال توفير نوع من التوازن بين الأفراد ويتمثل في ما يلي: دور حسن النية في تفسير العقد (أولا)، ودوره في تحقيق التوازن العقدي (ثانيا) ونطاق تطبيق حسن النية في العقود (ثالثا).

¹ - شير زاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، مرجع سابق، ص 49.

² - المرجع نفسه، ص 50.

أولاً: دور حسن النية في تفسير العقد:

العقد عملية دقيقة يختص بها قاضي الموضوع، غبر أن المشرع لم يترك له كامل الحرية في التفسير، وإنما ألزمه بقواعد محددة لضمان عدم تشويه مضمون العقد¹.

وهذا ما جاءت به المادة 1/111 من القانون المدني " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.... ".

القاعدة الأولى: فهي تحضر على القاضي تأويل عبارات العقد الواضحة، إذ أن العبارة الصريحة تعبر عن الإرادة الباطنة المشتركة وأيضاً تتفق مع قاعدة العقد شريعة متعاقدين التي تمنع القاضي من تعديل العقد.

القاعدة الثانية: جاءت لتوجيه عمل القاضي عند تفسيره للعبارات المبهمة والغامضة للعقد.

وهنا تبرز أهمية حسن النية في تحديد النية المشتركة للمتعاقدين إذ نصت المادة 111 من نفس القانون في فقرتها الثانية على: " .. إذا كان هناك محل تأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثيقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات ".

ويتبين من فحوى هذا النص أن على القاضي في هذه الحالة أن يستعين بوسائل داخلية يأخذها من العقد كطبيعة المعاملة، ووسائل خارجية والتي تكون خارجة عن العقد وتتعلق بسلوكيات أطراف العلاقة العقدية، وتتمثل في وجوب التحلي بالأمانة والثقة

¹ - الأمر 75-58 متضمن القانون المدني، المعدل والمتمم

باعتبارها من أهم المقومات الأساسية لمفهوم مبدأ حسن النية، يكمن دور حسن النية في تفسير العقد من خلال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين¹.

ثانياً: تحقيق التوازن العقدي:

الحقيقة أن التوازن العقدي بين الطرفين في العقود الملزمة للجانبين، ليس من أهداف القانون الخاص، إذ أن نظرية العقد يسودها مبدأ سلطان الإرادة الذي يكرس حرية أطراف العلاقة التعاقدية في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على إتفاقهما ويفترض أن لكل طرف القدرة على تحديد إحتياجاته والتزاماته بعيداً عن تدخل المشرع الذي يأتي دوره لسد أي نقص قد يعتني هذا الاتفاق التعاقدية.

غير أن الواقع العملي يشير إلى خروج العديد من العلاقات التعاقدية على هذا الأساس، من خلال المركز الإقتصادي أو القانوني لطرفي العلاقة التعاقدية، على نحو يستطيع فيه أحدهما فرض إرادته التعاقدية على الطرف الآخر، ومن ثم ينشأ إختلال التوازن العقدي بين أطراف هذه العلاقة.

وهنا يبرز دور حسن النية وأهميته في فرض معايير النزاهة والأمانة في العلاقات التعاقدية على نحو يضمن نزاهة العلاقة التعاقدية، والتغلب على الإشكالات التي قد تنجم عن التطبيق الصارم لبعض المبادئ القانونية الأساسية كمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية².

¹ - العجالي مداني، نفس المرجع، ص181.

- عسالي صباح، مبدأ حسن النية كمعيار لحماية التعاقد، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 03 (2021)، تاريخ النشر 2021/09/25، ص719-732، ص726.

² - العجالي مداني، نفس المرجع، ص181.

إذ يهدف حسن النية إلى وضع حد لأي تجاوز من طرف المتعاقد في استعمال حقه على نحو يميل فيه إلى التعسف، حيث تسعى هذه الوظيفة إلى إرساء نوع من الموازنة والوسطية في استعمال المتعاقد لحقوقه¹.

ويمكن التمييز بين حالتين لهذا الدور

- الحالة التي تتجه فيها نية الشخص مباشرة إلى الإضرار بالغير، وفي هذه الحالة سوء نية المتعسف ثابتة بالنظر إلى إرادته وهو ما كرسه المشرع من خلال نص المادة 124 مكرر من القانون المدني: "يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليل بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة²."
- ويعد مبدأ حسن النية بذلك نظرا لمرونته وإتساع معناه وسيلة لتحقيق العدالة العقدية، ومبدأ حسن النية من أهم المبادئ القانونية التي تخفف الكثير من صرامة بعض النصوص القانونية وخصوصا عندما يكون تطبيق القانون بحرفية النص يؤدي إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها³.

¹- مزاي ليديا، مز ياني زينة، مبدأ حسن النية في ابرام التصرفات القانونية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في حقوق، فرع قانون خاص، تخصص قانون خاص شامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن بجاية، السنة الجامعية 2021/2022، ص60.

²- الامر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم رقم 05-10.

³- عسالي صباح، المرجع نفسه السابق، ص 726.

ثالثا: نطاق تطبيق حسن النية في العقود

لا يقتصر مبدأ حسن النية على تنفيذ الإلتزامات العقدية فقط، بل يتعدى إلى تنفيذ الإلتزامات كافة أي كان مصدرها، وهو إلتزام فرضه القانون رغم أن هذا المبدأ يسود كافة الإلتزامات إلا أن معظم تطبيقاته تتجلى في نطاق نظرية العقد، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 107 من ق.م.ج: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية"¹.

وأكد المشرع على مراعاة حسن النية أثناء تنفيذ العقد وهذا ما أيده الفقه و القضاء أيضا، لأن وجوب تنفيذ العقد بحسن نية له أهمية بالغة في العقد وخاصة في تحقيق التوازن العقدي².

ذهب أغلب الفقهاء إلى القول أن مبدأ حسن النية المفروض من قبل المشرع في مرحلة تنفيذ العقد لا يقتصر على هذه المرحلة فقط بل يشمل المراحل السابقة على التعاقد، حتى ولو لم ينص القانون على المبدأ في المرحلة السابقة للعقد، لأن تنفيذ العقد بحسن نية لا يكون إلا إذا كان العقد مبنيا على حسن النية من بدايتها، والملاحظ أيضا لبعض النصوص القانونية المتناثرة في القانون المدني الجزائري. يجد أن هناك تكريس لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد فهناك تعلق بكل من عيوب الإرادة، الإيجاب، القبول الوكالة والنيابة في التعاقد....

¹ - الأمر 75-58 متضمن قانون المدني.

² - بن أيوب هدى، مرجع السابق، ص 62.

فالمشرع الجزائري أقر ضمناً بوجود مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد إلى جانب ما نص عليه صراحة في نص المادة 107 من القانون المدني المتعلقة بموجود مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد¹.

الفرع الثاني : مكانة مبدأ حسن النية

و باعتبار مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القانون المدني و عنصر أساسي في القاعدة القانونية، و علي هذا الضوء نتطرق الى طبيعة العلاقة بين مبدأ حسن النية و القوة الملزمة للعقد (أولاً)، و طبيعة العلاقة بين مبدأ حسن النية و النظام العام (ثانياً).

أولاً: طبيعة العلاقة بين مبدأ حسن النية والقوة الملزمة للعقد:

تظهر العلاقة بين مبدأ حسن النية والقوة الملزمة للعقد من خلال محتوى المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"².

وتضيف المادة 107 من نفس القانون التي تنص على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسنه..."³.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد قرر قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه يكسب قوته الملزمة بتوافق الإرادتين حيث يصبح قانوناً خاصاً بهما، وطبقاً لمحتوى المادة 107 فإنه يجب تنفيذ هذا الالتزام بحسن النية.

¹ - بن أيوب هدى، مرجع السابق، ص 62.

² - العجالي المداني، مبدأ حسن النية والجزاء والاخلال به القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 180.

³ - الأمر 75-58 متضمن قانون المدني.

وبالرجوع الى محتوى المادة 107 من القانون المدني فإن المشرع الجزائري إستعمل كلمة " يجب " في هذه المادة يضيف ويجسد الطابع الإلزامي لمبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، أي أنه في حالة مخالفة أحد المتعاقدين للإلتزام حسن النية، سيقضي لمصلحة الدائن فسخ العقد في بعض الحالات وهو الجزاء الناتج عن الإخلال بالإلتزام تعاقدية.

ينتج عن الطابع الإلزامي لمبدأ حسن النية أنه يعتبر مبدأ قانوني، كما يعتبر مبدأ حسن النية واجب عام يقع على المتعاقدين، ويفرض عليهم الإلتزامات وسلوك معين في المرحلة السابقة على التعاقد أو أثناء تنفيذ العقد، هذا يؤكد لنا أن هناك علاقة وثيقة بين مبدأ حسن النية والقوة الملزمة للعقد التي تفرض على المتعاقدين تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد بحسن النية¹.

فإن المشرع الجزائري يكرس حماية العقد كمبدأ عام و كذلك بإقراره أن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه يكتسب قوته الملزمة بتوافق إرادة طرفي العقد، ويصبح قانونا خاصا بهما يجب تنفيذه وبحسن نية وإن الإلتزام بحسن نية ،وهذا التنفيذ يجد أساسه وحدوده في القوة الملزمة للعقد، فإذا عقد العقد مستوفيا لشروطه وأركانه وكان نافذا ولازما، وجب على أطرافه الوفاء بما يلزمهما من حقوق، وسبب الإلتزام هو الرابطة العقدية والتي تحميها القوة الملزمة للعقد والتي يجب أن تتم بحسن نية².

وهنا نجد أن قاعدة القوة الملزمة للعقد والعقد شريعة المتعاقدين لا تتعارض مع قواعد الأخلاق بالشكل الذي يجعلها تتوافق مع العلاقات الاقتصادية والاجتماعية.

¹ - الأمر 58-75 متضمن قانون المدني.

² - العجالي مداني، نفس المرجع، ص 181 ، عسالي صباح، مبدأ حسن النية كميّار لحماية التعاقد، مجلة الحقوق علوم الانسانية، المجلد 14، العدد 03، 2021، تاريخ النشر 25-09-2021، ص 719-732-726.

وفي هذا الاطار ظهر ما يسمى بالالتزام بالإعلام وهو إلتزام المتعاقد بأن يقدم للطرف الآخر المتعاقد معه بيان أو إشارة أو واقعة تتعلق بمحل العقد ،و يهم المتعاقد الآخر معرفته.

أما الإلتزام بالتعاون فيلزم المتعاقد بالإسهام أو التدخل بفاعلية في العقد بهدف تسهيل مهمة الطرف الآخر وهذه الإلتزامات تجد أساسها في مبدأ حسن النية.

لأن الإخلال بتنفيذ العقد هو إخلال بمبدأ حسن النية، لأن حسن النية هو نية الإلتزام بما تمليه القوة الملزمة من وجوب تنفيذ العقد وفقا للأصول القانونية والأخلاقية المفترضة، وهذا التعريف يمنح مبدأ حسن النية الشمولية والتحديد القانوني الذي يمكنه من أداء وظائفه لضمان حسن التنفيذ¹.

ثانيا: طبيعة العلاقة بين مبدأ حسن النية والنظام العام

إن ضبابية مفهوم كل من النظام العام ومبدأ حسن النية أدت لإلحاق المبدأ بالعديد من المفاهيم من بينها فكرة العدالة والانصاف إلى أن أصبح مبدأ مستقلا بذاته.

حيث لم يعد نظرا للخصائص الهامة التي تميز بها من نزاهة واستقامة وانصاف قواعد ودية فحسب، فتحول مبدأ حسن النية من فكرة كلاسيكية مصدرها القانون المدني وفكرة ملازمة لمرحلة ابرام العقد وتنفيذه إلى فكرة ضرورية تتكيف مع خصوصية الإلتزامات الناشئة بين المتعاملين².

حيث يرمي النظام العام الى الإنسجام الإجتماعي بحيث يمكنه أن يستوعب مفهوم حسن النية، ولأن حسن النية كمبدأ قانوني يكون مستمدا من الفكرة العامة للوجود في

¹ - العجالي مدني، نفس المرجع، ص 181.

² - مزاي ليديا، مزياني زينة، مبدأ حسن النية في ابرام التصرفات القانونية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، فرع قانون خاص، تخصص قانون خاص شامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان بجاية، السنة الجامعية 2021-2022، ص 60.

مجتمع معين ويمكن إستقراءه في القواعد القانونية في هذا المجتمع، أي أن المبدئ العامة تعبر عن الفكرة السائدة للوجود وتأتي القواعد القانونية لتعبر جزئيا عن الأفكار التي تتضمنها هذه المبادئ، أي أن المشرع يستوجبها عند وضع التشريعات كما أنها تسهم في تحديد هذه القوانين كما في النظام العام و الآداب العامة إلا أن فكرة النظام العام تختلف عن إلزام حسن النية في إبرام العقود في أوجه عدة¹.

1- من حيث الجزاء: حيث أن جزاء المخالفة في النظام العام والآداب العامة هو البطلان المطلق في كل الحالات، بينما جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية هو التعويض.

2- حيث المصلحة التي يرمي القانون الى حمايتها من خلالهما: في القانون من خلال إلزام حسن النية يرمي الى المحافظة على المصالح الخاصة للطرف الآخر، وبالتالي فإن النتيجة غير مباشرة بمقتضيات حسن النية فهي تحقق المصلحة العامة، أما الإخلال بالنظام العام و الآداب العامة فإنه يؤدي إلى المساس بالمصالح العليا للمجتمع أي المصلحة العامة بشكل مباشر و أن كان هناك إخلال بالمصلحة الخاصة لأحد الأفراد فإنه يكون غير مباشر، و عليه فإن كل منهما يهدف إلى غرض معين يختلف عن الآخر، ولا يمكن الإستغناء عن كلا الفكرتين بحجة وجود الأخرى، التي تعد آلية مستقلة من آليات تنظيم العلاقات التعاقدية. إلا أن هذا الاختلاف لا يمنع من إعتبارها لمبدأ حسن النية كقاعدة قانونية من النظام العام، اذ أنه من غير المعقول إستبعاده عن النظام العام الذي يحكم العقود لأن وجوده ضمن النظام العام يؤدي الى حماية المصالح العليا للمجتمع، هذا و أن الإلتزام بحسن النية مفروض بالقانون لصالح الأطراف المتعاقدة.

¹ - الأمر 75-58 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10.

المبحث الثاني: مقتضيات حسن النية وجزاء الاخلال به

ان مبدأ حسن النية في العقود له مظاهر متعددة ، و التي يربطها الفقهاء بالالتزامات ، و التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بحسن نية ان تتوفر لديه نية تنفيذ العقد وفقا لما تمليه عليه القوة الملزمة للعقد ولا يقتصر التنفيذ هنا على الالتزامات الواردة في العقد فحسب ، بل تتناول ايضا ما هو من مستلزماته ،وفقا للقانون و العرف و العدالة بطبيعة الالتزام مع مراعاة حسن النية في التنفيذ، و نتناول في هذا المبحث : مقتضيات مبدأ حسن النية (المطلب الأول)، و الجزء المترتب على مقتضيات حسن النية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مقتضيات حسن النية

و بما ان مبدأ حسن النية يهدف الى توفير نوع من التوازن بين اطراف العقد خاصة في وجود طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية ما اوجب توفير عدة مقتضيات ، و المتمثلة في المبادئ و الشروط التي يجب على الأطراف الالتزام بها لتحقيق التوازن في العلاقة العقدية، نتطرق الى مقتضيات حسن النية في مرحلة المفاوضات (الفرع الاول)، مقتضيات حسن النية في مرحلة ابرام العقد (الفرع الثاني)، مقتضيات حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مقتضيات حسن النية في مرحلة المفاوضات

يعد مبدأ حسن النية من أهم المبادئ الأساسية تقوم عليها المفاوضات العقدية لما تحتويه من تحديد لأهم إلتزامات وحقوق طرفي العقد، فهي تعد فترة لإعداد العقد، كلما كان الإعداد جيدا كان العقد محققا لمصلحة الأطراف، ومتضمنا الشروط اللازمة التي تحول دون قيام نزاع بين طرفي العقد¹.

¹ - عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 04، العدد 01، 2021، ص 170-186.

أولاً: تعريف التفاوض بحسن النية

يعرف التفاوض بحسن النية بأنه " إقدام المتفاوضين أو الراغبين بالتعاقد على هذه العملية على أساس من الثقة والإستقامة في التعامل والإبتعاد عن أساليب الخداع والتحايل والتي من شأنها إشاعة جو من عدم الطمأنينة لدى الأطراف¹ ".

فالتفاوض هو إلتقاء إرادتين أو أكثر بغرض تبادل الإقتراحات والعروض تمهيدا لإبرام العقد مستقبلا، وتخضع هذه المرحلة لمبدأ حرية التعاقد حيث يحتفظ كل متفاوض بكامل الحرية في التعاقد من عدمه².

أي أنه إذا قام كل طرف من أطراف التفاوض بإبداء حسن النية إتجاه الطرف الآخر، هذا ما يؤدي إلى تحديد الإلتزامات المتبادلة بين الأطراف مما يساهم في التعاقد بالشكل سليم³.

وتخضع مرحلة التفاوض في الأصل لمبدأ الحرية التعاقدية، حيث يحتفظ كل متفاوض بكامل حريته في التعاقد من عدمه، حتى لا تكون هذه المرحلة مصدرا للتعسف، فإنه يحكمها مبدأ آخر، وهو مبدأ حسن النية.

¹ - عبد المجيد ق ادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة- الجزائر، المجلد34، العدد02، 2020، 17 نوفمبر2020، ص988-1017.

² - عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 04، العدد01، 2021، ص170-186.

³ - بن منصور صالح، عثمانى بلال، تأثير مبدأ حسن النية عبر المراحل المختلفة للعقد، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الثاني، 2022، ص550-560.

والزام الأطراف بالتفاوض بحسن نية هو إقامة نوع من التوازن بين مبدأ حرية التعاقد، الذي لا يلزم بضرورة التوصل إلى إبرام عقد نهائي، وبين تقدير الحد الأدنى من الثقة والجدية¹.

1- إلتزامات التفاوض بحسن النية

أ- الإلتزام بمبدأ حسن النية: يقصد الإلتزام بالتفاوض بحسن نية توفر الرغبة الصادقة والإستعداد الجيد للتفاوض بين المتفاوضين، وذلك بغية الوصول الى إبرام العقد، وهو مبدأ يحكم العقود، سواء كانت خاضعة للقانون الداخلي التي تحكمها النظرية العامة للعقد في القانون المدني، أو العقود الدولية، ويكون إعمال مبدأ حسن النية بداية من المفاوضات، وإنطلاقاً من الإلتزام بالإعلام ويكون ذلك بتقديم الأطراف البيانات الصحيحة، لا سيما تلك المعلومات المتعلقة بمحل التعاقد².

ب- الإلتزامات المنفرعة عن الإلتزام بالتفاوض بحسن النية:

• الإلتزام بالإعلام: يفرض مبدأ حسن النية على كل من طرفي المفاوضات الإلتزام بالإخطار بكافة المعلومات والبيانات المتوفرة لديه والمتعلقة بالعقد محل المفاوضات التي من شأنها التأثير على قرار المتفاوض الآخر بالإستمرار في المفاوضات وإبرام العقد³.

وكتمان المعلومات الخاصة بعملية التعاقد في هذه المرحلة يعد إخلالاً بواجب حسن النية وواجب الإخلاص⁴.

¹ - عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مرجع سابق، ص171.

² - بركان فضيلة، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني، الجزائر، ص671.

³ - بوكلوكة كنزة، بوطرنخ فضة، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون خاص للأعمال، الصديق بن يحيى، كلية الحقوق والكلام السياسية، قسم الحقوق، 2017/2018، ص43.

⁴ - بن منصور صالح، عثمانى بلال، مرجع سابق، ص553.

ويمكن القول أن للإلتزام بالإعلام جانبين الأول قانوني غير محسوس، والمتعلق بالإلتزام بالإعلام في حد ذاته، والجانب الآخر قانوني محسوس، يتعلق بالواجب على المتعاقد أن يبينوا معلوماتهم حولها، وعليه فإن هذا الإلتزام ببعديه المحسوس وغير المحسوس، لا يمكن الإلتفاف حوله، نظرا لأن المشرع أكد أن كلا الطرفين لا يمكنهما تقييد أو إستبعاد هذا الإلتزام¹.

وشروط الإلتزام بالإعلام يمكن إختصارها في شرطين:

- معرفة المدين بالمعلومات لأهميتها أما بالنسبة للدائن فهو جهل بالمعلومات المتصلة بالعقد².

كما إعتبر المشرع الجزائري كتمان واقعة مؤثرة أثناء التعاقد تدليسا يجيز للمدلس عليه إبطال العقد وذلك طبقا للمادة 86 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية " ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " وعليه فإن الإخلال بهذا الإلتزام يستوجب المسؤولية العقدية وذلك للحد من إختلال التوازن في المعرفة بين الأطراف المتفاوضة في العقود³. وهو نفس الإتجاه الذي ذهبت إليه المادة 04 من القانون 04-02 المؤرخ في جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي تقضي " بأن يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات و شروط البيع ".

- الإلتزام بالإستمرار في المفاوضات: ويعتبر الإلتزام بالإستمرار في المفاوضات من أهم إلتزامات التفاوض بحسن النية، ويظهر هذا الإتفاق أثناء الأطراف المتفاوضة على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه.

¹ - عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد، مرجع سابق، ص1009.

² - بن منصور صالح، عثمانى بلال، نفس المرجع، ص553.

³ - بن منصور صالح، عثمانى بلال، تأثير مبدأ حسن النية عبر المراحل المختلفة للعقد، مرجع سابق، ص .

إن التفاوض بحسن النية يلزم الأطراف بالمواصلة والإستمرار في التفاوض إلى غاية الإتفاق على جميع المسائل الثانوية العالقة¹ والإلتزام بالإستمرار في التفاوض هو إلتزام ببذل عناية إذ على المتفاوض بذل العناية اللازمة لمواصلة التفاوض.

كما يرى جانب من الفقه، أن الإستمرار في التفاوض في الأصل هو إلتزام ببذل عناية، وعليه فلا يعني ضرورة التوصل إلى إبرام العقد، لكن قد يكون إلتزاما بتحقيق نتيجة، وهذا في حالة إتفاق الأطراف المتفاوضة على المسائل الأساسية مع ترك المسائل الثانوية أو التفصيلية للإتفاق لاحق².

• **الإلتزام ببث الثقة:** ويعني المبادرة لإزالة مراكز القلق وعدم إشاعة أعمال كاذبة تبعث ثقة زائدة لدى الطرف الآخر في جدية المفاوضات، والإمتناع عن أي تصرف من هذا النوع، بين أطراف المفاوضات في العقد محل التفاوض تعتبر من الأعمدة الأساسية القائمة عليها عقود ومفاوضات التجارة الدولية، أهم مظاهر هذه الثقة طمأنينة الطرفين إلى قدرة كل منهما مستقبلا على القيام بالتزاماته، وأن كل ما يثير الشكوك في مرحلة التفاوض يبطل هذه الثقة³.

ويقصد بالإلتزام المحافظة على سرية المعلومات هو أن يمتنع المتفاوض عن الإعلان والتصريح بالمعلومات والمستندات المتعلقة بالعقد محل التفاوض، والتي علم بها المتفاوض، وعدم افشاؤها للغير، أو الإستفادة منها أو إستغلالها لمنفعته، إذا كان ذلك يلحق ضررا بالمتفاوض الآخر الذي تعلق به المعلومات⁴.

¹ - علي خوجة خيرة، انعكاسات مبدأ حسن النية على العقد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 02/06 (23) 023، ص 587-600، 31 ماي 2023، ص 591.

² - عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مرجع سابق، ص 173.

³ - أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقدى اطاره القانوني وأثره الإلتزام، مجلة الدراسات الاسلامية والعربية للبنات بدمنهور، العدد الرابع، الجزء الأول، 2019، ص 1194.

⁴ - عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد، مرجع سابق، ص 1011.

والأصل حسب القواعد العامة لا يلزم الأشخاص بالمحافظة على سرية المعلومات التي علمها، إلا إذا وجد نص أو إتفاق بين الطرفين يبين أن صاحبها لا يريد الكشف عنها.

فمصدر الإلتزام بالمحافظة على السرية هو مبدأ حسن النية، وعليه فإن الإلتزام هنا هو الإلتزام بتحقيق نتيجة، لأن حسن النية يقتضي أن يحافظ كل متفاوض على الأسرار التي تلقاها أثناء المفاوضات¹.

وعليه أن مضمون هذا الإلتزام يتكون حقيقة من شقين هامين:

- أن يتمتع المتفاوض كليا عن إفشاء هذه المعلومات السرية أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشلها.
- يمنع إستغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها².

ويقتصر الإلتزام بالمحافظة على السرية على نوعين من المعلومات

- النوع الأول: المعلومات التي أصبغ عليها صاحبها طابع السرية ويأخذ هنا بمعيار الثقة المتبادلة والتي قامت بين الطرفين للعقد المراد إبرامه، لكن قد يأذن صاحب هذه المعلومات بإفشاءها، كأن يصرح بهذا أمام وسائل الإعلام ، أو أن يكون هناك نص في القانون يصرح بوجوب الإفصاح عن المعلومات السرية للسلطات العامة بجناية أو جنحة، وعليه فإن الإلتزام بالسرية ليس مطلقا³.

- النوع الثاني: هي المعلومات التي بطبيعتها غير قابلة للنشر أو الإعلان، وهي تلك المعلومات التي تكون طبيعتها سرية، وتشمل جميع المسائل التي من شأن نشرها بغير موافقة صاحبها، أن يحدث ضررا بصاحبها، حال إفشاءها ، وهي معلومات

¹ - عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مرجع سابق، ص147.

² - عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد، مرجع نفسه، ص1011.

³ - بنيوب هدى ، مرجع سابق، ص121.

الطابع الشخصي، والتي هي معلومات واقعية ومشروعة، غير أن الإعلان عنها قد يضر بالمركز المالي أو التجاري لصاحبها في السوق، كالبينات التقنية وأسرار المعرفة الفنية فهذه الأسرار قد حماها المشرع مدنيا وجنائيا فيمنع إفشاء هذه الأسرار إلا بالاتفاق الصريح على ذلك¹.

• **الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية:** في حال قام أحد أطراف المفاوضات بإجراء مفاوضات موازية مع طرف آخر ثالث، فإن هذا يعتبر مخالفا لمبدأ حسن النية، والطرف الذي يفتح المفاوضات وهو يعلم أن لديه النية بالوصول الى إتفاق، وخاض مفاوضات موازية فإنه يعتبر سيئ النية.

غير أنه لا يمكن حظر هذه المفاوضات، إلا بموجب إتفاق بين الأطراف أثناء التفاوض، وعادة ما يحتاط إليه الأطراف باعتبار القاعدة العامة أن المفاوضات جائزة ومشروعة عملا بمبدأ حرية الإرادة، لهذا يسعى الأفراد الى حظر هذه المفاوضات بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحة في عقد التفاوض وهو ما يسمى بشرط الحصر².

حيث أنه لا يلتزم أطراف التفاوض بالإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، إلا بوجود إتفاق صريح مبرم بين الطرفين ينص على حصرية المفاوضات، كما يجب أيضا تحديد مدة سريان هذا الإتفاق، الذي يمنع فيه إجراء المفاوضات بدقة، وهو إلتزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي فإن المسؤولية تتحقق بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة³.

¹ - عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مرجع سابق، ص175.

² - عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد، مرجع سابق، ص1013.

³ - عبد المجيد قادري، نفس المرجع، ص1013.

2- مكانة الإلتزام بالتفاوض بحسن النية

نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية " حيث إقتصر المشرع الإلتزام بحسن النية على مرحلة تنفيذ العقد حسب نص المادة، أما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد ، فلا يوجد نص خاص يفرض صراحتنا الإلتزام بالتفاوض بحسن النية .

إلا أن جانبا من الفقه الجزائري يذهب إلى القول أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 107 من القانون الجزائري إلى وجود الإلتزام بحسن النية خلال جميع مراحل العقد¹.

وعليه فيجب أن لا يقتصر مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط وإنما يجب الأخذ به قبل ذلك، أي في مرحلة وضع شروط التعاقد ويتحقق ذلك بصيغة الشروط صياغة فنية واضحة تدل على حسن النية.

إتسمت مرحلة المفاوضات بحسن النية الذي يفرض على الأطراف المتفاوضة في العقد الإيجابي بصدق الأمانة أثناء المناقشة إلى المنفعة المبتغات من إبرام العقد².

يجب على طرفي التفاوض أن ينفذا إلتزامهما بكل جدية وصدق وأمانة، كما يجوز لكل طرف من أطراف المفاوضات أن يضع حدا لهذه المفاوضات حسب ما جاء به نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري بقولها " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه ،من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ".

المشرع الجزائري أخذ بحسن النية بصفة ضمنية وليست صراحة³.

¹ - عبد المجيد قادي، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد، مرجع سابق، ص1003.

² - علي خوجة خيرة، انعكاسات مبدأ حسن النية على العقد، مرجع سابق، ص590.

³ - علي خوجة خيرة، انعكاسات مبدأ حسن النية على العقد، مرجع نفسه.

رغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الإلتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، إلا أنه كرسه أساساً في المادة من القانون 09-03 التي تنص على أنه " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو أية وسيلة أخرى مناسبة ".

ظهر أيضاً تجسيد مبدأ حسن النية من طرف المشرع الجزائري في مرحلة المفاوضات في محاربته للشروط التعسفية بموجب المادة 30 من القانون 04-102¹.

وللإلتزام بمبدأ حسن النية في المفاوضات عنصرين الإلتزام ببدا المفاوضات و الإستمرار فيها بحسن النية².

والإلتزام ببدا المفاوضات يعني تلاقي الطرفين وفتح المفاوضات، وهذا عن طريق التحوار و تبادل الإقتراحات المتصلة بالعقد المراد ابرامه بصورة جيدة أما في حالة فشل المفاوضات، بسبب خارج عن إرادة الأطراف فلا مجال لمساءلة الأطراف.

• قطع المفاوضات خلافا لمقتضيات مبدأ حسن النية ونتائجها:

✓ في حال قطع المفاوضات والعدول عنها فإن الرأي الراجح فقها وقضاء أن المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية هي مسؤولية تقصيره، على إعتبار أن الإخلال بجدية التفاوض يعتبر خطأ أساسي التقصير في تنفيذ الإلتزام ما قبل التعاقد، وهنا يستوجب التعويض لغياب علاقة عقدية بين الأطراف أثناء

¹ - أنظر المادة من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 20 يونيو 2004، محدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

² - علي خوجة خيرة، انعكاسات مبدأ حسن النية على العقد، مرجع سابق، ص 591.

سير المفاوضات، أو العدول عنها. ويقاس الخطأ الذي إرتكبه الطرف الذي عدل بمعيار الرجل العادي¹.

✓ تفقت كافة الأنظمة القانونية أن عدم إلتزام المتفاوض بالوصول الى الإتفاق النهائي لموضوع التفاوض، إضافة إلى حقه في الوقت التفاوضي طالما لم يصل إلى مرحلة التعاقد وفي المقابل واستثناء لهذه القاعدة أقرت هذه الأنظمة عدم جواز تعسف هذا الطرف في إستعمال هذا الحق على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية، وفي مثل هذه الحالة يلزم الطرف المخل بالتعويض².

✓ فحوى قطع المفاوضات يأخذ الإلتزام بمبدأ حسن النية في المفاوضات وجها خاصا، لأنه لا يفرض عدم إنهاء المفاوضات، غير أنه ينبغي عدم إنهاؤها عندما تنشأ لدى الطرف الآخر الثقة في إبرام العقد، ومعيار التمييز بين قطع المفاوضات المشروع وغير المشروع هو إنعدام المبرر المشروع والإخلال بالثقة المشروعة لدى أحد الأطراف في نفس الطرف الآخر بما يخالف مقتضيات حسن النية، وللقاضي السلطة التقديرية إذا كان هناك مبرر مشروع في قطع المفاوضات أم لا³.

• المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات:

المسؤولية التي تنشأ عن قطع المفاوضات دون سبب جدي يمكن ردها إلى الخطأ نتيجة الانحراف عن السلوك العادي، وهذا الخطأ إما يقوم على المسؤولية التقصيرية أو التعسف في إستعمال الحق، ولإلتزام بالتفاوض هو إلتزام ببذل عناية، لا يعني بالضرورة التوصل إلى إبرام العقد غير أن الإلتزام يقضي بالإستمرار بحسن النية.

¹ - علي خوجة خيرة، انعكاسات مبدأ حسن النية على العقد، مرجع نفسه.

² - بن منصور صالح، عثمانى بلال، تأثير مبدأ حسن النية عبر المراحل المختلفة للعقد، مرجع سابق، ص554.

³ - بن منصور صالح، عثمانى بلال، مرجع سابق، ص555.

● **المسؤولية المترتبة عن عدم التفاوض بحسن النية:** لم ينص المشرع صراحة على الإخلال بالالتزام بحسن نية في مرحلة التفاوض على العقد، غير أنه في الأصل العام حسب نص المادة 124 من القانوني المدني فإن الإخلال به يترتب المسؤولية التقصيرية، وهو الرأي الذي إستقر عليه معظم الفقه المعاصر في فرنسا مصر والجزائر، بناء على ذلك إذا كان هناك إخلال بالالتزام في العلاقة التعاقدية يتمثل في إلزام بحسن النية في التفاوض، أو أحد الالتزامات المتفرعة عنه قد ورد صراحة في الإتفاقات المبدئية، أو الإتفاق على التفاوض، كون المسؤولية عن الإخلال بمبدأ حسن النية هنا مسؤولية عقدية حسب المادة 107 من القانون المدني الجزائري أما عند توافر المسؤوليتين، فذهب معظم الفقه الجزائري إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، و ذلك بسبب استقلال كلاهما بنظام قانوني خاص، و فيما يتعلق بالأضرار هناك إمكانية التعويض عنها عند الإخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن النية، فهي لا تقع تحت الحصر نظرا إلى إختلاف طبيعة المفاوضات حسب إختلاف العقد¹.

- **شروط قيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض والجزاء المترتب عليها**
- **أركان المسؤولية في مرحلة المفاوضات:**

حسب القواعد العامة فإن شروط المسؤولية المدنية تتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية، كما تنطبق هذه القاعدة على المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات دون أي مبرر شرعي².

- **الخطأ:** يتعلق الخطأ الذي يقع في مرحلة التفاوض بالإخلال بواجب حسن النية في هذه المرحلة، كما يترتب بالضرورة أضرارا، إذ يشترط في هذه المرحلة أن يكون

¹ - بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مرجع سابق، ص124-125.

² - بوكولة كنزة، بوطنريخ فضة، مرجع سابق، ص60.

الخطأ واضحاً مثل قطع المفاوضات بدون أي مبرر، كما قد يكون الإخلال بالإلتزام بالإعلام أو الإخلال بقواعد حسن النية والأمانة.

• **الضرر:** يجب أن يترتب عن الخطأ إلحاق الضرر بالدائن بسبب عدم تنفيذ الإلتزام، أي أنه في حال لم يترتب عن عدم تنفيذ الإلتزام أي ضرر يلحق بالدائن فلا تقوم المسؤولية وقد يصيب المتفاوض ضرراً مادي أو معنوي.

• **الضرر المادي:** وهو كل ما يصيب المتفاوض من الناحية المالية كالنفقات التي يتكبدها المتفاوض من أجل إجراء مفاوضات أو إضاعة فرصة التعاقد مع الغير.

• **الضرر المعنوي:** لا يتعلق بالمال ويشمل كل ما يصيب المتفاوض المضرور في سمعته وكرامته وشرفه وهو حسب ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر بأن الضرر المعنوي يشمل كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة¹.

المسؤولية العقدية في مرحلة ما قبل التعاقد إذا كان الأطراف قد أبرموا إتفاقات أو عقود تمهيدية خلال تلك المرحلة، فإذا أخل أحد الأطراف بهذه الإتفاقات أو خالف إلتزاماً من الإلتزامات الناشئة عنها، أو ألحق ضرراً بالطرف الآخر فإنه يترتب عليه مسؤولية عقدية تلزمه بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر².

عدم وضع المفاوضات في قالب إتفاقي يظهر رغبة الأطراف في إحداث ضرر، يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالإلتزامات العامة التي يفرضها القانون وهنا يختلف الأمر فيما يتعلق بالإثبات ونطاق التعويض، حيث يشتمل هذا الأخير الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع³.

¹ - انظر المادة 182 مكرر الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

² - ايمان دلمه، صفاء بن ساحة، المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، قدم لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2021/2022، ص53.

³ - ايمان دلمه، صفاء بن ساحة، مرجع سابق، ص46.

• **العلاقة السببية:** إن المسؤولية سواء العقدية أو التقصيرية تقوم بتوافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر بإداعتبارها تربط بين الخطأ والضرر وبهذا تعمل شروط قيام المسؤولية بالعلاقة السببية وجود رابطة مباشرة بين خطأ مرتكب وبين الضرر الناجم عنه، وعليه لقيام مسؤولية المتفاوض يجب أن تتوافر علاقة سببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب الطرف الآخر¹.

ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعي المضرور، والذي عليه أن يثبت أن الفعل الخاطئ الذي قام به المتفاوض الآخر هو الذي أحدث له الضرر، كما يمكن للمدعي عليه أن يدفع عنه هذه المسؤولية بنفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، إذا لم يكن له إرتباط لا بالفعل ولا بالنتيجة، وله أن يثبت براءته بتقديم دليل على أن الضرر كان بفعل أجنبي لا يد له فيه.

وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 127 من القانون المدني الجزائري " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كالحادث المفاجئ، أو القوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ".

• **الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض:** يهدف إلزام الأطراف بالتفاوض بحسن النية إلى إقامة التوازن في العقد، فإخلال أي طرف بهذا الإلتزام يترتب عليه قيام المسؤولية وفقا للقواعد العامة وفي هذه الحالة يجبر المدين على تنفيذ إلزامه عينا، غير أنه هناك إتجاه فقهي وقضائي بإستبعاد هذا النوع من التنفيذ من مجال التفاوض، وبالتالي فللدائن الرجوع إلى النوع الثاني وهو التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض².

¹ - إيمان دلمه، صفاء بن ساحة، نفس المرجع، ص46-47.

² - عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مرجع سابق، ص178.

• **التنفيذ العيني:** ويقصد بالتنفيذ العيني تنفيذ عين ما يلتزم به المدين وهو الطريق الأمثل للإصلاح الضرر ويهدف إلى إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الضرر، والمتمثل في قطع المفاوضات.

والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينا وهذا ما جاءت به المادة 164 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه " يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا ".

اما إذا كان تنفيذ الإلتزام عينا غير ممكن، فعليه المطالبة بالتعويض إذا إمتنع المدين عن التنفيذ و ذلك طبقا لما جاء به نص المادة 174 ق م ج : " إذا كان تنفيذ الإلتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم، إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز له للدائن أن يحصل حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة اجبارية إن أمتنع عن ذلك.....".

الإلتزام الذي ينفذه هو التفاوض وليس التعاقد، أنه لا يمكن إجبار المدين على مواصلة التفاوض أو على إبرام العقد النهائي، وعليه فإن التنفيذ العيني، مستبعد كليا في الأحوال التي يكون فيها في مرحلة المفاوضات¹.

• **التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض:** التنفيذ بمقابل لا يرمي إلى محو الضرر بل يرمي إلى جبره، وهو أن يدخل المسؤول في ذمة المضرور قيمة معادلة لتلك التي حرم منها، وعادة ما يكون التعويض بمقابل تقديري وهو الأصل طبقا لنص المادة 132 في فقرتها الثانية في القانون المدني الجزائري " يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على مطلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى

¹ - بوكولة كنزة، بوطرنخ فضة، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مرجع سابق، ص 67.

ما كانت عليه، أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الاعانات تتصل بالفعل غير المشروع¹ .

• التعويض كجزء إخلال المتفاوض لإلتزامه بالتفاوض بحسن النية:

نصت المادة 176 من القانون المدني الجزائري " إذا استحال على المدين أن ينفذ عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم أن استحاله التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه² "

كما نصت المادة 182 من نفس القانون بأنه إذا لم يقدر التعويض في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره وفقا لما لحق الدائن من خساره وما فاتته من كسب.....

كما يشمل التعويض الضرر المعنوي، ومن أهم الأضرار التي يعوض عنها في مرحلة التفاوض هي:

-نفقات التفاوض

- الوقت الضائع

- تفويت الفرص

- السمعة الجارية³.

¹ - الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني.

² - الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني.

³ - عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مرجع سابق، ص179-182.

الفرع الثاني: مقتضيات حسن النية في مرحلة إبرام العقد

بإنهاء مرحلة المفاوضات يدخل الأطراف في مرحلة ثانية وهي مرحلة إبرام العقد وعليه فإن توافق الإيجاب والقبول يعتبر الفصيل بين المرحلتين والذي يؤدي الى نشأة ركن التراضي إضافة إلى ركني المحل والسبب¹.

والتراضي في العقود يشترط أن يكون المتعاقدين أهلاً لإبرام العقد وأن تكون إرادتهم خالية من العيوب، كالغلط أو التدليس، ويعتبر الرضا جوهرياً لتكوين العقد، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني الجزائري على ضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبحسن نية، ومما لا شك فيه فإن المبادئ التي يقوم عليها تنفيذ العقد هي نفس المبادئ التي تم إنعقاده بها، فحسن النية هو السلوك الأخلاقي الذي يجب أن يسود مرحلة إبرام العقد، كغيرها من مراحل العقد².

أولاً: مظاهر مبدأ حسن النية في إبرام العقد

لا يقتصر مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية على مرحلة التنفيذ فحسب، بل يشمل أيضاً مرحلة إبرام العقد، لذا يجب على طرفي العقد مراعاة هذا المبدأ، و الإلتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد ما يلي:

1- الإلتزام بالإعلام و الاستعلام:

أ- الإلتزام بالإعلام: من مقتضيات مبدأ حسن النية أن يقوم المتعاقد بإعلام المتعاقد معه بجميع الوقائع المتعلقة بالعقد، وقد تطرقنا اليه بالتفصيل في الإلتزامات المتفرعة عن الإلتزام بالتفاوض بحسن النية.

¹ - علي خوجة خيرة، انعكاسات مبدأ حسن النية على العقد، مرجع سابق، ص 592.

² - علي خوجة خيرة، المرجع نفسه.

أ- الإلتزام بالإستعلام: وهو التزام مقابل لالتزام بالإعلام، يقع على عاتق الدائن بالإلتزام، ويقوم الإلتزام بالاستعلام على مبدأ حسن النية تماما مثل الإلتزام بالإعلام، والمقصود هنا، أن مبدأ حسن النية مثل ما يفرض على المتعاقد الإلتزام بالإعلام فهو يفرض على المتعاقد الآخر الإلتزام بالإستعلام¹.

1- الإلتزام بالإعلام والإستعلام في القانون المدني الجزائري:

يتطلب لصحة العقد أن يكون الرضا سليما خاليا من العيوب ويكون الرضا سليما إذا إتجهت إرادة المتعاقد إلى إبرام العقد بعلم كاف حول هذا العقد وشروطه.

و للرضا عيوباً تجعل العقد معرضاً للإبطال، مثل ما ورد في المواد 81-82 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالغلط، والمادة 73 من القانون المدني الجزائري حول النيابة في التعاقد، والتدليس في المادة 86 في فقرتها الأخيرة من نفس القانون، والتي تعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تدليساً، في حال ثبت أن المدلس عليه لم يكن ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة الملابسة².

ونطاق الإلتزام بالإعلام يحدده الإلتزام بالإستعلام، لأن الإلتزام بالإعلام يبدأ حيث ينتهي الإلتزام بالإستعلام، فإذا قصر الشخص في الإلتزام بالإستعلام، فإنه يكون مخطئاً بالإهمال أو عدم التبصر أو الحرص، بقيام مسؤوليته الشخصية ولا يسمح له بالتمسك بمقتضيات حسن النية.

¹ فيصل الزياني، منير زياني، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، ISSN2602-7321، المجلد 04، العدد 03، 2021، ص 567-583.

² نواصريه الزهراء، الإلتزام بالإعلام وواجب الاستعلام لضمان التوازن العقدي، مجلة الاستاذ الباحث للدراسة القانونية، العدد 01، جوان 2022، ص 629-632-650.

وترتبط طبيعة الالتزام بالاستعلام بطبيعة الالتزام بالإعلام، حيث أن الالتزام بالإعلام هو مجرد وسيلة المعلومات المتصلة بالبائع وإعلام الدائن بأن عليه التزام بالإعلام¹.

ومن مقتضيات حسن النية أن يقوم المتعاقد الدائن بإعلام المتعاقد الآخر بشفافية تامة بكافة المعلومات البيانات التي تعتبر عناصر هامة للتقدير ومن شأنها التأثير على رضا الطرف الآخر حسب نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري يعاقب القانون على الإخلال بالالتزام سلمي وهو الكتمان التدليسي عن طريق إخفاء واقعة مهمة، لإيقاع الطرف الآخر في الغلط، فمن باب أول عليه التزام ايجابي بالإعلام².

وبما أن الالتزام بالتصرف بحسن النية يحكم كل أطراف العقد، أي أنه إذا كان يقع على المتعاقد الأول الالتزام بالإعلام فإنه بالضرورة لا يعفي المتعاقد الآخر والذي من واجبه الحرص على مصالحه بنفسه من خلال الاستعلام وهذا حسب نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري فالمشرع هنا ميزه بين العلم الفعلي والعلم المفترض فليس من واجب المتعاقد الدائن بالمعلومة إعلام المتعاقد الآخر إلا بما هو ضروري لتتوير الرضا، ومن مقتضيات حسن النية أن يكون المتعاقد الآخر حريصا على مصالحه عن طريق واجب الاستعلام³.

طبيعة الالتزام بالإعلام من حيث درجة العناية:

العناية التي يطلب من المدين بذلها في تنفيذه للالتزام تختلف باختلاف نوع وطبيعة المعلومات التي يلتزم المدين بإعلامه بها .

• **الالتزام بالإعلام إلتزام ببذل عناية:** يكون في حالة ما إذا كانت هذه

المعلومات عبارة عن معلومات فنية ودقيقة وجوهرية، فإنه لا يلزم بها إلا المدينون

¹ - بوكولة كنزة، بوطرنخ فضة، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مرجع سابق، ص50.

² - نواصريه الزهراء، الالتزام بالإعلام وواجب الاستعلام لضمان التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 635.

³ - زايد محمد، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مجلة الآفاق العلمية، المجلد 12، العدد04، 2022، ص538-557.

المهنيون الذين تتوفر لديهم إمكانية العلم بها بحكم مهنتهم، وعليه فإن المدين غير المهني يعفى من أدائها، ويكون إلتزام المهني بها إلتزام ببذل عناية.

- الإلتزام بالإعلام إلتزام بتحقيق نتيجة: عندما تكون هذه المعلومات معلومات جوهرية متصلة بموضوع تعاقد، فإن إلتزام المدين مهنيًا كان أو غير مهني بالإستعلام عنها ثم إلزامه بإعلام الدائن بها وهو إلتزام بتحقيق نتيجة، ولا يعفى المدين من أداء هذين الإلتزامين إلا بإثباته السبب الأجنبي.

يقتضي مبدأ حسن النية إلتزام المتعاقدين بالتعبير الواضح عن إرادتهما، وذلك بإستعمال لغة واضحة وشروط عقد مفهومة وذلك بهدف الوصول إلى رضا حر وسليم لإبرام العقد¹.

1-الإرادة المكونة للعقد:

- موقف المشرع الجزائري من طبيعة الإرادة المكونة للعقد " نظرية الإرادة الباطنة ": وتعتد هذه النظرية بالإرادة حقيقية لا بالإرادة الظاهرة، فالعقد هنا يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحقيقية لأطرفه.

أساس الإعلتزام الإرادي هو جوهر التصرف القانوني، والأخذ بهذه النظرية له تأثير على العقد خاصة في تفسيره، فإن البحث هنا يكون عن النية الحقيقية للمتعاقدين، حتى وإن كانت مخالفة للإرادة الظاهرة²، وأخذ المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة في المادة 199 من القانون المدني الجزائري.

- نظرية الإرادة الظاهرة: ويأخذ أنصار هذه النظرية بالإرادة الظاهرة فقط، ولا تحظى الإرادة الباطنة عند أنصار النظرية الظاهرة للإرادة أية مكانة قانونية.

¹ - فيصل الزياني، منير زياني، مرجع سابق، ص574.

² - بالعربي البشير، ملاس شعيب، مبدأ حسن النية في العقد، مرجع سابق، ص40-41.

وأخذ المشرع الجزائري في كثير من الحالات بالإرادة الظاهرة مثل: إبرام العقد وتفسير العقد جسدت أيضا في المواد 60، 61، 62 من القانون المدني أي أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادتين معا الظاهرة والباطنة وذلك من أجل ضمان سلامة واستقرار المعاملات¹.

1-مبدأ حسن النية في التعبير عن الإرادة:

يتطلب مبدأ حسن النية التعبير الواضح عن الإرادة لضمان صحة العقود، إذ يجب التعبير عن الإرادة واضحا بين الأطراف، بحيث يجب أن يكون العرض والقبول واضحين ومفهومين، لضمان تحقيق مبدأ حسن النية.

1-طرق ووسائل التعبير عن الإرادة:

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيا حسب المادة 60 في فقرتا الثانية " و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ".
أن يكون التعبير عن الإرادة صراحة، وهو الإفصاح المباشر عن الإرادة ويتم ذلك بإحدى الطرق الواردة في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.....".

و يكون ذلك بوسائل مختلفة والمتمثلة في الوسائل الإلكترونية الحديثة أول بريد العادي أو الهاتف حسب نص المادة 64 من القانون المدني الجزائري "...وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو أي طريق مماثل. غير أن العقد يتم و لو لم يصدر القبول فورا...²".

¹ - بالعربي البشير، ملاس شعيب، مبدأ حسن النية في العقد، مرجع سابق، ص 40-41.

² - المادة رقم 64 من الأمر 07-05، ج ر العدد 13.

ثانيا: مقتضيات مبدأ حسن النية في التعبير عن الإرادة

ويظهر الإلتزام بالوضوح في اللغة في مبدأ حسن النية في تكوين العقد، بالتعبير الواضح في اللغة وبأسلوب صحيح كما ينبغي أن يتجنب المصطلحات الغامضة بين طرفي العقد، وعليه يمكن تقدير أن المتعاقد حسن النية أو سيء النية من خلال التعبير عن إرادته فإذا كانت الإرادة واضحة ومفهومة يعتبر المتعاقد حسن النية، أما في حالتي كان تعبير المتعاقد غامضا وغير واضح يعد هنا سيء النية¹. حسب ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 111 من القانون المدني الجزائري.

• الإلتزام بالوضوح في شروط وأسلوب صياغتها:

والمقصود بالشروط هنا تحديد الإلتزامات و الحقوق، و التعبير عنها بمصطلحات قانونية، و تجنب الإلتباس و الغموض في شروط العقد و هذا ما نصت عليه المادة 67 من القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات ببطلان الشرطة المكتوب في وثيقة التأمين بشكل غير ظاهر (غامض) لأن الغموض في صياغة الشروط دليل واضح على محتواها التعسفي وسوء نية المستفيد².

• الإلتزام بالوضوح في الرد على الإيجاب في حالة السكوت الملابس كوسيلة

للتعبير عن الإرادة:

لا يصلح السكوت للتعبير عن الإرادة كأصل عام، وعليه فإنه لا يعتبر قبولا، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه إستثناء فيصلح للتعبير عن القبول في حالتين:

¹ - ملاس شعيب، مبدأ حسن النية في العقد، مرجع سابق، ص43.

² - ملاس شعيب، مبدأ حسن النية في العقد، المرجع نفسه، ص44.

- الحالة الأولى:

✓ إقرار القانون: سواء كان مصدره التشريع أو العرف بإعتبار السكوت حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو موقف يحمل معنى التعبير عن الإرادة، يمكن أن يدل دلالة ضمنية عن الإجابة الذي يعتبر موقفا إيجابيا.

أما بالنسبة للقبول فيمكن أن يكون السكوت وسيلة للإعلان عن الإرادة، ويجب التمييز بين السكوت المجرد: الذي لا يتضمن أي دلالة على القبول والسكوت.

✓ السكوت الملايس: وهو السكوت المقترن بظروف تسمح بأن تستنتج منه القبول، وفي هذه الحالة يعتبر السكوت تعبيراً عن القبول.

ونص المشرع الجزائري على السكوت الملايس في المادة 68 من القانون المدني " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرفه التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه اليه ¹."

ونستخلص أنه إذا كانت القاعدة هي " أن السكوت المجرد "، والاستثناء هي السكوت الملايس والنص الوارد عليها تطبيقاً لمبدأ حسن النية ².

• إنتفاء عيوب الإرادة: إن انتفاء عيوب الإرادة في مبدأ حسن النية من المظاهر الرئيسية لهذا المبدأ وهو ما يقتضي في إبرام العقود مع إنتفاء عيوب الإرادة مما

¹ - الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

² - بالعربي البشير، ملاس شعيب، مبدأ حسن النية في العقد، مرجع سابق، ص45.

يؤدي إلى سلامة الرضا وبالتالي صحة العلاقة التعاقدية وتمثل عيوب الإرادة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال¹.

الغلط: غير الواقع كون هناك واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها².

كما أجاز المشرع الجزائري للمتعاقد الذي وقع في الغلط وقت إبرام العقد أن يطالبه بإبطال العقد على أن يكون الغلط جوهري، أي بلغ من الجسامة حدا كبيرا، لو علم به المتعاقد لما أبرم العقد، حسب ما جاء في المادتين 81-82 من القانون المدني³.

• الإكراه: وهو الغلط غير المشروع الواقع على إرادة الشخص، ما يولد من نفسه رهبة تحمله على التعاقد حتى يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه⁴.

وهذا ما جاء به المشرع في نص المادة 88 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه"⁵.

¹ - فيصل زياتي ، منير زياتي، حتمية تعاقدية، مرجع سابق، ص574.

² - شعيب بوعروجو، سليم بودليو، نظرية عيوب الرضا وأثاره ، جامعة المير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة- الجزائر، ر ت م د : 1112-4040، المجلد 34، العدد03، 2020، تاريخ النشر 2021/03/25، ص1170-1188.

³ - الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني.

⁴ - شعيب بوعروجو، سليم بودليو، نظرية عيوب الرضا وأثاره ، ص118.

⁵ - الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني.

غير أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب بإبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو يفترض حتما أنه يعلم بهذا الإكراه¹.

● **الغبن:** عرفه الفقه على أنه الخسارة التي تصيب أحد المتعاقدين من إبرام العقد بعدم التعادل بين اللاتزامات والذي يرجع إلى إستغلال الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 90.

القانون المدني " إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد ...".

● **التدليس:** نصت المادة 86 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة حيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ".

ونشير الى أنه في حالة صدور التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطالب بإبطال العقد، إلا إذا أثبت علم المتعاقد الآخر أو أن هذا الأخير كان من المفترض حتما انه يعلم بالتدليس الحاصل².

ومن خصائص الإلتزام القانوني أن يكون كل طرف دائنا ومدينا في نفس الوقت، و مبدأ حسن النية باعتباره مبدأ عاما يفرض على كل الأطراف، الإلتزام به في فترة إبرام العقد،

¹ - شعيب بوعروجو، سليم بودليو، نظرية عيوب الرضا وأثاره، مرجع سابق ص118.

² - علي خوجة خيرة، انعكاسات مبدأ حسن النية على العقد، مرجع سابق، ص592.

سواء كان موجبا أو قابلا، ويظهر ذلك من خلال النصوص القانونية أهمها المادة 95 من القانون المدني الجزائري، والمادة 60 من نفس القانون.

كما يؤكد مبدأ حسن النية في المادة 68 من القانون المدني الجزائري ويبرر حسن النية من خلال هذه المادة على اعتبار أنه ليس من العدالة أن يلتزم الشخص بعقد لا يعلم به، ما دام أن تطابق الإيجاب والقبول يكفي لإنقاذ العقد، وتقتضي النزاهة أن لا يفرض عقد على شخص ربما لا يعلم بصدور الإيجاب.

الفرع الثالث: مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد

إن دور حسن النية في تنفيذ العقد لا يقل أهميته عن دوره في مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد، وحسن النية في تنفيذ العقد طبقا للمادة 107 من القانون المدني هو أن ينفذ الطرفين العقد بشكل يطابق نيتهما على التعاقد، ويظهر حسن النية في تنفيذ العقود في عدة التزامات أهمها:

أولا: الإلتزام بالأمانة والنزاهة

1- الإلتزام بالأمانة: تعتبر الأمانة من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، فلا يستقيم تعامل خرجت منه الأمانة، وإن كثيرا من الإلتزامات العقدية يرجع إلى فكرة الأمانة، كالإلتزام بذكر العيوب الخفية والإلتزام بالإخطار عن بيان هام في العقد والإلتزام بالمحافظة على الأسرار العقدية، لذا يفرض مبدأ حسن النية على المتعاقد بأن يسلك في تنفيذ العقد مسلك الرجل الأمين.

ومن هذا المنطلق يتعين على المدين عن الغش والتغيير في تنفيذ ما تترتب عليه من التزامات عقدية، أن لا يستخدم أي حيل من شأنها حرمان الدائن من المزايا التي يمكن أن يحصل عليها في تنفيذ العقد، أما بالنسبة للدائن فإن الأمانة وشرف التعامل يوجبان عليه الإمتناع عن الغش أو استخدام الحيل التي من شأنها أن تجعل الإلتزام مستحيلا بالنسبة

للمدين أو حتى جعله مرهقا أو تحميل المدين بمصاريف ونفقات مالية لا تتناسب مع الفائدة التي يتوخاها من العقد¹.

وقد أشار المشرع الى الأمانة في المعاملات في نص المادة 111 في فقرتها الثانية "... أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الخرفي للألفاظ، مع الإستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

والإلتزام بالأمانة يفرض على المتعاقد أداء كل ما عليه من التزامات تكون بذلك العقد وذلك تكريسا لمبدأ حسن نية .

أما إذا لم يتم الوفاء بها فإنه يعد سيئ النية لأن تنفيذ العقود حسب القانون المدني لا يتم إلا بقيام المتعاقدين بالوفاء بالالتزامات التي تم الإتفاق عليها².

1-الإلتزام بالنزاهة: يقتضي واجب النزاهة عدم اللجوء الى الغش، والكتمان الذي غرضه غش المتعاقد الآخر، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه لا يقع على المتعاقد، عدم الإضرار بالمتعاقد الآخر بالسلوكيات السلبية فقط، بل يقع عليه أيضا أن يسعى إلى وجود جوي تعاقدى تطغى عليه فكرة التلاحم والتماسك وذلك تكريسا لمبدأ حسن النية.

فالنزاهة هي نتيجة لمبدأ حسن النية وهي مجسده في إطار العلاقات التعاقدية خلال مرحلة تكوين العقد أيضا³.

¹ - شيرزاد عزيز سليمان يونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص53.

² - بوكولة كنزة، بوطرنخ فضة، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مرجع سابق، ص68.

³ - مختارية شيباني، التدخل التشريعي وأثره على سلطان الإرادة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الدور الثالث تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، اسم الحقوق جامعة ابن خلدون، تيارت، 2022/2021، ص103.

وتعتبر النزاهة المفهوم الأكثر اتساعاً لحسن النية من الإستقامة والصراحة، لأنه يجعل العقد أكثر عدالة من الاستقامة والصراحة ، لأنه يجعل العقد عادلاً، فمن نزاهة المتعاقد أن لا يكون من شأن الشروط التي أدرجها في العقد أن تجعله ينفرد بالفائدة بغش منه.

لذا جعل المشرع بعض الشروط العقدية عديمة الأثر متى إقترنت بغش أو خطأ جسيم من المتعاقد، وبالتالي التزام حسن النية في تنفيذ العقود من خلال الإلتزام بالنزاهة يقتضي إنتفاء إستعمال التعسف في استعمال الحق¹.

وهذا حسب ما جاء في المواد 185-377-384-178 في القانون المدني، كما نص المشرع على واجب النزاهة في الممارسات التجارية من خلال القانون 04-02 الذي يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين.

ويمكن أن نستخلص أن النزاهة التي مطالب بها كل متعاقد هي نتيجة لمبدأ حسن النية، فحسن النية إذا يفرض النزاهة التي تقع على كل متعاقد إحترامها في مواجهة المتعاقد الآخر وذلك في إطار العلاقة العقدية.

ثانياً: الإلتزام بالتعاون

إن الإلتزام بالتعاون في تنفيذ العقود هو من بين مقتضيات مبدأ حسن النية الأخير يفرض على المتعاقدين التعاون من أجل تحقيق المصلحة المشتركة لهما، بحيث يقدم كل متعاقد المساعدة للمتعاقد الآخر، وعن تحقق التعاون في العلاقات التعاقدية بين المتعاقدين، تثبت الثقة بينهما في هذه العلاقة².

¹ - فيصل زيان، منير زيان، حتمية اخلقت العلاقات التعاقدية، مرجع سابق، ص575.

² - بوكولة كنزة، بوطرنخ فضة، مرجع سابق، ص70.

ويتميز الالتزام بالتعاون بخاصية التنوع، إذ أنه ليس التزام واحد ثابت في جميع العقود، حتى في إطار العقد الواحد، وذلك عكس بقية الالتزامات الفرعية الموضوعية التي تظل في جميع العقود واحدة وثابتة. ولا تتغير كالاتزام التصحيحي الذي يبقى كما هو التزام وارجاعه الى حدود عادلة و مقبولة

و لقد أسهمت آليات مبدأ حسن النية في ازدهار العقد فظهر مبدأ التعاون و الذي اصبح الأساس في العقد فمن خلاله يتعاون المتعاقدون و يسعون إلى التنسيق بين مصالحهم المتبادلة، وقد سمح هذا المبدأ بإدخال المعايير الأخلاقية والسلوكية التي تفرض التعامل بالأخلاق ولو كانت المصالح متعارضة¹.

ويفرض مبدأ حسن النية على أطراف العقد أن يتخذوا موقفا إيجابيا في تنفيذ إلتزاماتهم، فحسن النية يفرض واجب التعاون فيما بين الأطراف، يجب أن ينظر إليه على أنه وسيلة قانونية لتعاون الطرفين، فواجب التعاون فرضه مبدأ حسن النية كإلتزام أصيل.

ويتجلى المظهر الإيجابي عندما يلتزم بائع الآلات الكهربائية بأن يبين للمشتري أولا الطرق الممكنة لإستعمال المنتج، وكذا مخاطره وتحذيره من الإستعمال السيء للمنتج الذي يؤدي به إلى عطبه.

أما المظهر السلبي فيتجلى عند امتناع أحد المتعاقدين عن القيام بعمل يتنافى مع الشرف والأمانة وعليه يمتنع عن أي غش أو تدليس في تنفيذ العقد، كما يمتنع عن أي فعل من شأنه أن يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا أو مرهقا، وعلى البائع الإلتزام باتخاذ جميع الإجراءات من أجل نقل ملكية المبيع إلى المشتري وعدم تعطيل نقلها².

¹ - عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مرجع سابق، ص182.

² - علي خوجة خيرة، انعكاسات مبدأ حسن النية على العقد، مرجع سابق، ص593.

كما تقتضي فكرة التعاون أن يقبل المدين رقابة الدائن على تنفيذ التزامه، حتى يطمأن، و تنفيذ يتم وفقا لأحكام العقد، كما يجب على كل من الدائن وو المدين ب تنفيذ التزامه وفق روح التعاون بين طرفي العقد لتنفيذ بنوده، ومواجهة المشاكل التي تواجه تنفيذ العقد، ففي عقد الوكالة على الوكيل أن يطلع موكله من وقت لآخر على الحالة التي وصل اليها أون يقدم له حسابا بعد انقضائها¹.

ويفرض الإلتزام بالتعاون على المدين أن يقوم بتنفيذ إلتزامه بأحسن طريقة وأفضلها وبإستعمال أكثر الوسائل أمانا وأكثرها سرعة، وكما يفرض عليه أيضا أن يبذل أقصى جهد لجعل تنفيذ الإلتزام مفيدا ونافعا بالنسبة للدائن، كما يجب على الدائن أن لا يستفيد مما قد يعتري المدين من ضعف أثناء تنفيذ العقد، وعليه أيضا مساندة المدين في الوفاء بالتزامه، أيضا على الدائن تقليل قدر الخسائر والأضرار التي تلحق بالمدين نتيجة عدم تنفيذ المدين للإلتزاماته، وأن يبذل في ذلك الجهد المعقول².

ثالثا: الإلتزام بإحترام الثقة المشروعة

الى جانب الإلتزام بالتعاون والنزاهة ظهر واجب الثقة المشروعة كمفهوم جديد لمبدأ حسن النية، فمبدأ الثقة هو الوحيد الكفيل بالضمان من الأضرار العقدية ومحاولة انقاذ العقود من خطر الإقضاء.

وتعرف الثقة: بأنها حالة ذهنية واقعية لدى المخاطب بالإرادة، وتقوم على أساس التزام صاحب الإرادة بحسن النية في العقد الذي يتطلب منه الأخذ بعين الإعتبار الثقل المتولدة لدى الطرف المقابل³.

¹ - شير زاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد دراسة مقارنة المجلة العلمية لجامعة جيهان، المجلد 05، العدد 01، حزيران 2021، ص 55.

² - شير زاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، المرجع نفسه، ص 56.

³ - مختارية شيباني، التدخل التشريعي في العقود وأثره على سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص 105.

وأن الثقة المشروعة بهذه المهمة مبدأ يضمن استمرارية التنفيذ العادي للعقد، ذلك أن واجب الثقة مقترن بالوفاء ولا يتحقق ذلك إلا منذ فترة تنفيذ العقد كأصل عام، غير أنه يمكن أن يستدل مشروعه في مرحلة إبرام العقد بالرجوع إلى نظرية عيوب الرضا، التي لا تأخذ بعين الاعتبار إلا إرادة ضحية الغلط وحسب، وإنما كذلك الثقة المشروعة للطرف الآخر بفاعلية العقد القانونية¹.

رابعاً: واجب الدائن في تيسير التنفيذ وإخطار المدين بالظروف التي تؤثر على سير

التنفيذ

يتطلب أن يقوم المتعاقد بما يجب عليه القيام به لغرض تسهيل تنفيذ التزامات المتعاقد الآخر، إذ يتمثل واجب الدائن في الضرورة المؤثرة على تنفيذ المدين لالتزامه وعليه أن يتحاشى ما يعيق المدين على تنفيذ التزامه كما على الدائن الإمتناع عن كل ما من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا كتعمد تحميله بمصروفات غير ضرورية أو نفقات مالية ضخمة لا تتناسب مع الفائدة المرجوة من العقد، كان يتراخى المشتري على استلام بضاعته بقصد تكبيد البائع مخاطر نقلها وصيانتها.

وأما فيما يتعلق بالإخطار تظهر أهميته في أن المدين يصبح متوقعا للظروف التي تؤثر على سير التنفيذ فيتخذ أفضل ما يستطيع من الاحتياطات لإتقاء أثر الظروف السيئة على التنفيذ، فإذا أهمل الدائن في إخطار المدين وحصل الظرف الذي كان ينبغي الإخطار عنه، فإن هذا الظرف الذي يعيق تنفيذ الإلتزام يعتبر أجنباً على المدين ويعفيه عن المسؤولية لأنه لم يكن متوقعا إياه، فوظيفة الإخطار هنا ان يكون المدين متوقعا للظروف دون إدعائه بكون

¹ - مختارية شيباني، المرجع نفسه.

الظروف سببا أجنبيا هو الذي حال بين التنفيذ، ذلك لإنقضاء أحد عنصري السبب الأجنبي بالنسبة له وهو عنصر التوقع¹.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على مبدأ حسن النية

يترتب على تنفيذ العقود بحسن نية حماية قانونية للمتعاقد و الغير حسن النية ،و يترتب جزاءات مشددة بالنسبة للمتعاقد سيء النية الذي اخل بالتزامه بتنفيذ العقد بحسن نية ،و نتناول في هذا المطلب : الجزاء المترتب على الإخلال بمبدأ حسن النية (الفرع الأول)، الجزاء المترتب على الالتزام بمبدأ حسن النية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجزاء المترتب على الإخلال بمبدأ حسن النية.

يتحمل المتسبب بالإخلال بحسن النية المسؤولية عن ذلك في مرحلة التفاوض، أو إبرام أو تنفيذ العقد وذلك بالتعويض عن الأضرار الناجمة، أو بإبطال العقد، أو بتعديل الشروط التعسفية، ولتطبيق الجزاءات عن الإخلال بحسن النية، يجب أولا إثبات سوء نية المتعاقد، أو ما يتنافى وحسن النية.

أولا: إثبات سوء النية

يفترض حسن النية في كلا طرفي العقد كمبدأ عام، وهذا ما اقره المشرع الجزائري في المادة 3/824 ق.م.ج أنه " ويفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل العكس "².

وأنه على الطرف الذي يدعي خلاف ذلك، أن يقدم الدليل على ما يدعيه، بأن يثبت أن المتعاقد الآخر قام بسلوك يتنافى مع مقتضيات حسن النية، بهدف إثبات سوء نيته.

ويكون ذلك في مرحلتين متتاليتين:

¹ - شير زاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص45.

² - الأمر 75-58 متضمن القانون المدني.

-المرحلة الأولى: يتم فيها فحص محتوى العقد من خلال ألفاظه وعباراته.

-أما بالنسبة للمرحلة الثانية: فتتخطى محتوى العقد إلى البحث عن وقائع ومؤشرات تسمح بإستخلاص الوصف المناسب للنية حسنا كان أو سوء¹ ويقع عبء الإثبات على عاتق من يدعي وجود سوء النية، أو من له مصلحة في التمسك به، كما يمكن الإثبات بكافة وسائل الإثبات.

حسب ما جاء في المادة 87 في القانون المدني، والتي تنص على أنه " اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد، مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أعلم حتما ان يعلم بهذا

التدليس".

و حسب ما ورد في المادة منح المشرع من خلالها الحق للمدلس عليه طلب ابطال العقد للتدليس في حالة اثبات أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أنه يعلم بهذا التدليس.

نستخلص من هذه المادة أن المتعاقد الذي يدعي أن رضاه قد شابته وقت إبرام العقد وجود هذا التدليس، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الاثبات، وتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في استخلاص الوقائع المكونة للتدليس مسألة موضوعية، لا تخضع لرقابة محكمة النقض².

¹ - العجالي المداني، مبدأ حسن النية والجزاء والاخلال به القانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي (Issn :2588-1620) المجلد السادس، العدد 02، 2022، ص 188-176-208.

² - علي خوجة خيرة، النية على العقد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد السادس، العدد 02، (23 0 23)، سنة، 2023/05/31، ص 587-600-596.

وباعتبار أن المعيار المتبع هو معيار ذاتي وموضوعي في نفس الوقت فإن الأمر يتطلب الوقوف عند نية الطرفين وقت تنفيذ العقد، وهو أمر يشير إلى صعوبة الكشف عن النية و استحالة إقصائها أحيانا، لهذا عادة ما يستعين القاضي بمعايير مادية كالعرف وقواعد المهنة، ونزاهة العمل، للوصول إلى هذه النية.

ويمكن إستخلاص نية الإضرار من خلال إثبات غش المتعاقد، لإرتكابه لخطأ جسيم ، و تعسفه في استعمال حقه.

1- إستعمال الغش:

ويعرف الغش بأنه: " كل فعل أو إمتناع عن فعل صادر من المدين بالتزام عقدي، أو تابعيه بقصد إحداث الضرر "، كما يعرف أيضا على أنه: " تعتمد التصرف على وجه يخالف أحكام القانون".

وعلى ضوء هذين التعريفين يحتم توفر سوء النية لدى مرتكب الغش.

ومن المعروف كقاعدة بأن الغش يفسد العقود، على اعتبار أن الغش عمل غير مشروع وأن مجرد الغش يشكل قرينة على سوء نية المتعاقد الذي قام به وللغش ركنان موضوعي ومعنوي، يتمثل الركن المعنوي في الرغبة في التظليل توصلا لغرض غير مشروع ، قصد الاضرار بالغير، أما الركن الموضوعي فيتخذ فعل أو كتمان والفعل هو عبارة عن الوسائل الاحتيالية المتعاقد لإيهام الطرف الآخر¹.

كما يجوز إثبات الغش بجميع الطرق الإثبات غير أنه قد يضع المشرع بعض الحالات كقرينة قانونية على وجود الغش، وذلك حسب نص المادة 192 من القانون المدني: " اذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من

¹ - عجالي مدني، نفس المرجع، ص 189.

المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لإعتبار التصرف في منطويا عل الغش أن يكون قد صدر من المدينة وهو عالم بعسره. ..".

2- إرتكاب الخطأ الجسيم:

الخطأ الجسيم الذي ينشأ من عدم الفطنة أو الإهمال، أو انحراف شديد بالسلوك مع توقع الفاعل امكانية حصول ضرر، كما يعرف أيضا بأنه " الذي لا يرتكبه أشد الناس إهمالا بحيث يكون أقرب إلى العمد، أو يلحق به ".

ولذلك عندما يرتكب شخص خطأ جسيما، تقوم قرينة على سوء نية مرتكبة، ولما كان الخطأ الجسيم بلغ قدرا من الالهام والجهالة غير المتصور، فإنه يقترب من الفعل العمدي، وجر العمل على تسميته بالخطأ العمدي لذلك يقوم الإثبات على توافر العمد في الخطأ، وباعتبار إرتكاب المتعاقد للخطأ الجسيم قرينة على غشه، وبالتالي على سوء نيته¹.

3- التعسف في استعمال الحق:

يعتبر من مظاهر سوء النية رغم أم التعسف في استعمال الحق هو صاحب حق إرتكز في استعماله للحق مشروعته، إلا أنه يعتبر سيء النية إذا تجاوز الحدود المعقولة وألحق الضرر بالغير.

وذلك وفقا لنص المادة 124 مكرر من قانون المدني: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ".

¹ - عجالي مدني، نفس المرجع، ص 189.

وعليه فإن حسن النية مفترض من أشخاص القانون كقاعدة عامة وأن سوء النية حالة طارئة يجب إثباتها، غير أنه يتعذر إثبات حقيقة النية الداخلية للشخص ما يحتم اللجوء الى المعيار الموضوعي من خلال تقص المظاهر و القرائن التي تدل على سوء النية، فإذا ثبت سوء النية ، فهذا يتعين توقيع الجزاء المقرر على الإخلال بمبدأ حسن النية.

ثانيا: الجزاء المترتب على الإخلال بمقتضيات حسن النية:

نظرا لضرر الذي يلحق بالأشخاص المتعاقدين بحسن نية، والغير حسن النية، الناجمة عن إخلال المتعاقد الآخر بمبدأ حسن النية في معاملاته، أقر القانون جملة من الأحكام الزاجرة التي تكتسي طابع التشديد وعدم التسامح مع الشخص الذي يثبت أنه سيء النية في معاملاته.

ونتناول فيما يلي بعضا من الأمثلة عن الأحكام المقررة لمواجهة الإخلال بمقتضيات حسن النية:

1- الجزاء المترتب على سوء النية بمفهومه الذاتي:

أ- المطالبة برد الثمار من طرف الحائز سيء النية:

إذا توافر شروط البطلان القاضي يعلن بطلان العقد وبالتالي البطلان ينتج عنه الإلغاء بأثر رجعي للعقد لكن أحيانا بين إبرام العقد وبطلانه، يكون الشيء محل العقد قد أنتج ثمارا. لذلك فإن السؤال المثار هنا هو معرفة هل ترد الثمار التي عند الشخص الحائز للشيء؟

والإجابة عن ذلك، هي : أن الحائز اذا كان حسن النية، هو لا يعلم بعيوب العقد، يمكن له أن يحتفظ بالثمار، أما اذا كان الحائز سيء النية، و كان يعلم بالعيوب التي كانت في العقد، فإن عليه رد الثمار لسوء نيته¹.

¹ - بن يوب هدى، مرجع سابق، ص 180.

وهذا ما صرحت به الفقرة الأولى من المادة 824 من القانون المدني أنه: " يفترض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم "، وهذا ما تؤكدته الفقرة الأولى من المادة 825 من ق.م.ج: " لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلا من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير ".

ومن هنا نستخلص أن حسن نية الحائز مبني على إفتراض جهله بعيوب حيازته فإذا ثبت أنه كان يعلم بهذه العيوب يصبح حائزا سيء النية، فإذا ثبت أن الحائز كان سيء النية فإنه يواجه مجموعة من الأحكام الإستثنائية التي وضعها المشرع لمعالجة الآثار السلبية الناجمة عن الحيازة بسوء نية والتي نتناول بعضها فيما يلي.

حسب ما جاءت به المادة 838 من القانون المدني والتي تنص على أنه: " يكون الحائز سيء النية مسؤولا عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية. غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها "، وينطوي هذا الحكم على موقف المشرع المتشدد تجاه الحائز سيء النية بالنظر إلى موقفه المتسامح مع الحائز حسن النية، إذ تقضي الفقرة الأولى من المادة 837 قانون المدني أنه: " يكتسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية "، وفي المقابل فإنه لا يكون الحائز سيء النية مطالبا برد الثمار التي قبضها فقط، وإنما يسال أيضا عن الثمار التي قصر في قبضها.

وتقضي المادة 143 من القانون المدني في نطاق أحكام الدفع غير المستحق على أنه :
" كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده ". حيث تنشأ بموجبه دعوة لمصلحة الدفاع من قبل المدفوع له هي إسترداد غير المستحق¹.

¹ - علي خوجة خيرة، مرجع سابق، ص 595/ لعجال مدني ، نفس المرجع ، ص 198.

ب- تشديد مسؤولية الحائز سيء النية:

حسب ما جاء في نص المادة 843 ق.م.ج التي تنص على انه "اذا كان الحائز سيء النية، فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك شيء او تلفه، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو بقي في يد من يستحقه."

ويظهر من خلال هذا النص أن المشرع إختار نهج التشديد في معاملته للحائز سيء النية حيث حملة مسؤولية الهلاك وحتى لو احتج بالحادثة المفاجئ لن يتمكن من التوصل من المسؤولية¹. وذلك وفقاً للقواعد العامة.

كما قضت المادة 309 من القانون المدني الجزائري أنه: "... لا يسقط الريع المستحق في ذمة الحائز سيء ... الا بالقضاء خمسة عشر سنة".

د- التشدد مع الباني سيء النية في أرض الغير:

في إطار الأحكام المنظمة للبناء تشدد المشرع إتجاه الباني سيء النية في أرض الغير، وهذا ما جاء به نص المادة 784 من القانون المدني الجزائري على أنه: "اذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضا صاحبها، فلصاحب الأرض أن يطلب، في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت، إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الحال ذلك، أو أن يطلب إستبقائها مقابل دفع قيمتها في حال الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود منشآت بها".

¹ - المرجع نفسه، ص 199.

حيث يتعلق هذا النص بسوء النية وفقا للمفهوم الذاتي باعتبار أن الباني عندما باشر البناء كان على علم أن الأرض مملوكة لغيره كما أنه لم يحصل على موافقة من صاحب الأرض.

إذ جعل المشرع لمالك الأرض الحق في أن يطلب ازالة المنشآت على نفقة الباني سيء النية، كما له أن يطلب علاوة على ذلك، تعويضا عن الضرر الذي اصابه، فإذا اختار صاحب الأرض ازالة المنشآت، هدمه منشآته مع دفع مصروفاته الهدم. كما له أن يطلب اضافة الى ذلك تعويضا عن الضرر الذي أصابه.

2- الجزء المترتب عن سوء النية بمفهومه الموضوعي:

من بين أهم الإلتزامات المترتبة على عقد البيع التزام البائع بالضمان، ضمان التعرض وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، و عند الإخلال وبأي من هذه الضمانات فإنه يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يصيب المشتري.

أ- الجزءات المقررة لمخالفة أحكام الضمان:

إذا كان المشتري يعلم بوجود العيب في المبيع حتى لو كان خفيا حيث لا يمكن تبينه لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، فإنه ليس للمشتري الحق بالرجوع على البائع بالضمان، وذلك لأن علم المشتري بالمبيع وسكوته عن ذلك يفسر بمعنى قبوله وبالتالي نزولا عن حقه في الضمان، ويكون البائع مسؤولا عن العيب ولو كان ظاهرا، يثبت للمشتري ان البائع قد عمد إخفاء العيب عنه¹.

ونشير هنا إلى أن القوانين تفرق بين علم المشتري بأسباب الضمان بصفة عامة و بين علم البائع، فحسن أو سوء النية هنا كشرط للرجوع بالضمان على البائع، لا يثور إلا

¹ - بركان فضيلة، مرجع سابق، ص 677.

بالنسبة للمشتري حسب ما إذا تعلق الامر بضمان التعرض والإستحقاق أو بضمان العيوب الخفية¹.

أما بالنسبة لأثر نية المشتري في رجوع ضمان الاستحقاق، أي علم المشتري وقت العقد بسبب الاستحقاق، فإن المادة 375 من القانون المدني الجزائري لم يرد فيها أية اشارة حسن نية المشتري، وبالتالي نرجع للقواعد العامة في التنفيذ بمقابل بطريق تعويض، وطبقا لهذه القواعد نجد أن هذا التعويض لا يختلف باختلاف نية الدائن، أي أنه في حالة الضمان الاستحقاق فإن حسن نية المشتري بجهله لسبب الاستحقاق عند البيع أو سوء نيته بعلمه به لا يؤدي إلى سقوط الضمان إلا إذا اقترن هذا الأخير بشرط عدم الضمان في العقد.

أما البائع فإن الضمان يقع عليه مهما بلغ حسن نيته أو حرصه لكن قائم بالطبع بأكثر صرامة في نتائجه اذا كنا بصدد سوء نية، أي أن البائع يلتزم بالضمان في جميع الحالات بصرف النظر عن حسن أو سوء نيته، سواء تعلق الامر الأمر بضمان الاستحقاق، أو بضمان العيوب، ولا يثور الأمر بالنسبة للضمان، أي مدى ما يلزم به البائع نحو المشتري اذا ما ثبت الضمان لهذا الأخير².

وجاء في نص المادة 383 قانون مدني أنه: "تسقط بالتقادم دعوة الضمان بعد انقضاء سنة من وقت تسليم المبيع حتى لو ولم يكتشف المشتري العيب إلا بعد إنقضاء هذا الأجل، ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول".

تسقط دعوة ضمان العيوب الخفية بمرور سنة من تسليم المبيع اذا كان البائع حسنا النية، بصرف النظر عن وصول المشتري الى كشف العيب الموجه للضمان أو عدم وصوله الى ذلك، وبالتالي لم يربط اكتشاف العيب وسريان التقادم، أما إذا أثبت المشتري بأن البائع قام

¹ - بن أيوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مرجع سابق، ص 185.

² - بن أيوب هدى، نفس المرجع، ص 185 ، بركان فضيلة، مبدأ حسن النية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 677.

بإخفاء العيب غشا منه، فهنا جزاء سوء نية البائع لا تسقط دعوة الضمان بمرور سنة، بل يكون التقادم لهذه الدعوة حسب القواعد العامة، أي بعد مرور 15 سنة من تاريخ انعقاد البيع وليس من وقت التسليم، وبالتالي لا يستطيع البائع شيء النية أن يتمسك بهذه المدة (سنة من تاريخ تسليم المبيع) لتتمام التقادم إذا اثبت المشتري أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه، لأن مدة التقادم أصبحت 15 سنة من يوم إنعقاد البيع وليس من وقت التسليم¹.

ب- جزاء سوء النية المفترضة على أساس الخطأ الجسيم:

عالج المشرع الجزائري حالات الخطأ الجسيم بنصوص خاصة جمعت أغلبها بين الخطأ الجسيم والغش من اختلاف المفهومين، اذا اتخذ المشرع من غش المتعاقد المدين أو خطئه الجسيم قرينة واضحة على سوء نيته في الإضرار بالمتعاقد الآخر الدائن بالالتزام، لذلك فإن المتعاقد في حالتي الغش والخطأ الجسيم ليس جدير بأي رعاية أو حماية يقررها القانون لحماية المتعاقد حسن النية و لهذا السبب رتب المشرع الجزائري أحكاما خاصة على سوء النية في ارتكاب الغش والخطأ الجسيم، ويكون الطرف الذي ارتكب الخطأ الجسيم.

- بالتعويض عن الاضرار المباشرة المتوقعة وغير متوقعة، حسب نص المادة 2/182 قانون المدني.

- امتناع إمهال المدين في حالة ارتكاب الغش أو الخطأ الجسيم، لأن نظرة الميسرة تمنح للمدين حسنا نية.

- بطلان الاتفاق على اعفاء المدين عن غشه أو خطأه الجسيم حسب ما جاءت به المادة 178 قانون مدني الجزائري.

- المسؤولية المدينة عن غشه أو خطأه الجسيم حتى ولو إلتزامه إلتزاما ببذل عناية يقاس بمعيار الرجل المعتاد، وقد نص على ذلك في المادة 172 من القانون

¹ - بركان فضيلة، المرجع نفسه، ص 677 ، العجالي المدني، مبدأ حسن النية وجزاء الاخلال به في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 198.

المدني الجزائري: " في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإرادته وأن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك، وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو خطأه الجسيم ".

- جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية الاتفاقية وجواز تخفيضها أو عدم القضاء بها اطلاقاً، في القانون المدني الجزائري متى بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية اذا ثبت أن الضرر الذي تتجاوز الفائدة في ذمة المدين بغش منه أو بخطئه الجسيم¹.

وأنه بمجرد ارتكاب الشخص لخطأ جسيم يؤدي إلى زوال صفة حسن النية عنه، هذا ما يمكن إستخلاصه من نص المادة 824 من القانون المدني الجزائري، والتي تقر قرينة حسن النية الذي يحوز حقاً ما، وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير.

إلا أن هذا الافتراض لم يعذر القانون بجهله وحرمة من الإستفادة من هذه القرينة، وهذا هو المعنى المقصود من عبارة " إلا إن كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم " الواردة في الفقرة الأولى من نفس المادة، أي أن الحائز مع ارتكابه للخطأ الجسيم يفترض فيه سوء النية و يكون إثبات حسن نيته بجميع وسائل الإثبات.

وجاء في الفقرة الثانية من المادة 182 من القانون المدني : " غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العقد ".

¹ - بركان فضيلة، نفس المرجع، ص 376 / انظر الأمر 58-75.

وهذا الحكم ما هو إلا تكريس للقاعدة العامة التي تقضي بأن مسؤولية المدين تقتصر على تعويض الضرر المتوقع فحسب، ويشترط النص مع ذلك أن يكون المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيماً، بمفهوم المخالفة فإن نطاق مسؤولية المدين الذي يرتكب الغش أو الخطأ الجسيم يكون أوسع بحيث يشمل الضرر المتوقع وكذلك الضرر غير المتوقع¹.

الفرع الثاني: الجزاء المترتب على الالتزام بمبدأ حسن النية

نظراً لأهمية حسن النية في العقود والمعاملات فإن المشرع أولى عناية خاصة للطرف المتعامل بحسن نية تحميه في مواجهة الغير سيء النية والتي نتطرق إليها في ما يلي:

أولاً: إثبات حسن النية

تعتبر عملية إثبات حسن النية في نطاق العلاقات التعاقدية ذات أولوية، باعتبارها الخطوة التي لا غنى عنها عند تطبيق العديد من قواعد القانون المدني ذات الصلة بمفهوم حسن النية، وقد استقر الفقه والتشريع على اقرار قاعدة عامة وهي قرينة إفتراض حسن النية.

- مبدأ افتراض حسن النية:

يسود مبدأ إفتراض حسن النية في أطراف العلاقة العقدية كمبدأ عام، حيث يفترض أن على كل طرف يبادر إلى الوفاء بالتزامه بحسن نية، وهذا المبدأ يشبه إلى حد ما المبدأ المعروف في التشريعات العقابية وهو براءة المتهم حتى يحكم بإدانته، وتبني المشرع الجزائري مبدأ افتراض حسن النية في اطراف العقد صراحة بموجب المادة 824 من القانون المدني الجزائري حيث جاء في فقرتها الثالثة أنه: " ويفترض حسن النية دائماً حتى يقوم الدليل على العكس ".

¹ - العجال المدني، نفس المرجع، ص 200.

وتعتبر هذه القرينة قاعدة إثبات، يتقرر بموجبها إعفاء الطرف الذي تقررت هذه القرينة لمصلحته من تقديم الدليل على حسن نيته، وعليه ينتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر الذي يدعي خلاف الأصل، بأن يقدم الدليل على سوء النية أنه حسن النية¹.

ثانيا: الجزاء المترتب على الالتزام بمبدأ حسن النية

مثل ما يعاقب القانون من أخل بالتزامه بمبدأ حسن النية بفرض عقوبات ردعية، فإنه كذلك يجزي الشخص الملتزم بحسن النية و ذلك بإصدار أحكام وقوانين لحماية المتعاقد، والغير حسن النية.

1- حماية الطرف المتعاقد حسن النية.

إتخذ المشرع مظاهر مختلفة لحماية المتعاقد حسن النية عن حسن نيته بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إدخال المرونة على الشرطة الجزائي، واعطاء نظرة الميسرة².

أ- تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

أخذ المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة وذلك في المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تصدرت الأحكام المطبقة على آثار العقد، وتنص الفقرة الثالثة من هذه المادة أنه: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف

ذلك " .

¹ - العجال المدني، نفس المرجع، ص 187.

² - العجال المدني، نفس المرجع، ص 193، بن أيوب هدى، مرجع سابق.

ويعتبر هذا الحكم مخالفا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أين تصبح النظرية أداة سهلة في يد القاضي تسمح له بشويه مضمون العقد، فقد حرص المشرع على أن يكون تطبيقها في أضيق الحدود من خلال تقييدها بجملة من الشروط الصارمة.

وطبقا لنص المادة 107 في الفقرة الثالثة من القانون المدني، أنه إذا كان سلوك المدين في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية متسقا مع مقتضيات حسن النية وطرأت ظروف إستثنائية مستوفية لجميع شروطها، فإنه يحق لهذا المدين حسن النية الحماية القانونية المقررة بموجب نظرية الظروف الطارئة والتي تقتضي برد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول¹.

ب- العمل بنظرة الميسرة وادخال المرونة على الشرطة الجزائي:

-استفادة المدين حسنا النية من نظرة الميسر: وهذا طبقا لما يقتضي حسن النية يقتضيه حسن النية، حيث أن القاعدة العامة هي أن العقد شريعة متعاقدين، ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون، فإذا نشأ العقد صحيحا وتعين مضمون العقد وجبة تنفيذه دون تراخي، طبقا لما يقتضيه حسن النية، في قانون العقود الأولى من المادة 107 من القانون المدني.

غير أنه قد يحدث أن يتعثر في المدين في تنفيذ التزامه و يكون في عدم تنفيذه حسن النية، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يمنحه مهلة لكي ينفذ ما تبقى في ذمته من التزامات وهذا ما حرصت به الفقرة الثانية من المادة 119 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "يجوز للقاضي أن يمنح المدينة أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان مالم يوفى به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كل الإلتزامات".

ونظرة الميسرة مهلة يمنحها القاضي للمدين العاثر الحظ وذلك حسب الظروف السيئة التي يوجد فيها هذا المدين، يمكن مبدأ حسن النية القاضي ويتيح له استخدام سلطته التقديرية للتدخل في بعض الحالات لإعادة الوازن إلى العلاقة التعاقدية تحقيقا للعدالة بين

¹ - العجال المدني، نفس المرجع، ص 193.

طرفي العقد، حتى يتمكن المتعاقد من الحصول على منفعة من العقد، يجوز للقاضي أن يمنح المدينة المعسر الأجل القضائي عند تعثر المدين حسنا النية في التنفيذ بشرط أن لا يكون في ذلك ضرر جسيم يصيب الدائن و ذلك حسب نص المادة 281/2 من القانون المدني أنه: " يجوز للقاضي نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمحو أجل الملائمة لظروف دون أن يتجاوز هذه المدة السنة مع ابقاء جميع الأمور على حالها¹."

- إدخال المرونة على الشرط الجزائي:

والشرطة الجزائي هو شرط يتم إدراجه بين شروط العقد، أو في إتفاق لاحق يتفق بموجبه المتعاقدان على مقدار التعويض الذي سيدفعه المدين إلى الدائن بسبب عدم تنفيذ التزامه أو تأخره في تنفيذه، فهو إذا تعويض إتفاقي يكون الغرض منه تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الإلتزام جزئيا أو كليا.

وهذا ما صرحت به المادة 183 من القانون المدني الجزائري أنه: " يجوز للمتعاقدان أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق ".

غير أنه حالات التعويض المحدد في البند الجزائري مبالغا فيها بحيث تتجاوز قيمة الإلتزام الأصلي بأضعاف كثيرة، وقد عالج الجزائري هذه المسألة من خلال السماح لقاضي الموضوع أن يخفض مبلغ التعويض الحائز عليه سابقا الأحكام المادة 183 المتعلقة بالشرط الجزائي وذلك حسب ما جاء في المادة 2/184 من قانون المدني الجزائري " يجوز للقاضي أن يخفف مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ".

¹ - بن صالح منصور، عثمانى بلال، تأثير مبدأ حسن النية عبر المراحل المختلفة للعقد، المرجع السابق.

2- حماية الغير حسن نية:

وذلك من خلال ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 198 من القانون المدني والتي تقضي بأنه: " اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري ويتضح من هذا النص أن المشرع فضل مراعاة مصلحة الغير الذي تعامل بحسن نية مع العقد الظاهر على أن يلزمهم بالعقد الحقيقي.

وبناء على هذا يحق للغير أن يختار بين العقد الحقيقي أو العقد الظاهر، فإذا تمسك الغير بالعقد الحقيقي يتفق مع الأصل وهو نفاذ العقد الحقيقي فيما بين المتعاقدين والخلف العام، أما إذا تمسك بالعقد الظاهر فقد أخذ برخصة القانون التي يمنحها للغير حسن النية طبقا للمادة 198 من القانون المدني الجزائري.

ويظهر أيضا حماية الغير حسن النية في الحكم الوارد في نص المادة 359 من القانون المدني و الذي يحول دون أن يلحق ضررا بالغير جراء دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن لصاحب العقار اذا لم يدفع له المشتري تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه، أن يطلب أيضا فسخ البيع، فإذا فسخ البيع، استرد البائع العقار ورد ما قبضه من ثمن، وله أن يطلب الحكم على المشتري بالتعويض.

اما إذا كان المشتري قد تصرف في العقار، فإن الغير إذا كان حسنا النية و حسن النية مفروض فيه، لا يصيبه ضرر من دعوة الفسخ.

ذلك أن دعوة تكمله الثمن وما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضررا بالغير حسن النية إذا اكتسب حقا عينيا على العقار المبيع.

وعليه فإن البائع ليس له أن يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية، وله بالرجوع على المشتري بالتعويض. فإذا استطاع البائع أن يثبت سوء النية الغير، أي أن الغير كان

يعلم وقت تعامله مشتري بقيا م دعوى تكملة الثمن، جاز له بفسخ البيع وأن يسترد العقار من تحت يد الغير سيء النية¹.

¹ - العجال المدني، نفس المرجع، ص 194.

الفصل الثاني:

آليات التوازن العقدي في أخلة العلاقة التعاقدية

تمثل العدالة معيار اخلاقي لسلوك الافراد ،اذ تقتضي وجود توازن بين الالتزامات العقدية ،غير ان عدم التساوي بين المتعاقدين عند ابرام العقد قد يجعل العقد مختلا في توازنه، ولا بد من وجود التوازن العقدي و الذي يمثل المبدأ القانوني الذي يهدف الى تحقيق العدالة العقدية بين طرفي العقد و صمان عدم وجود تفاوت و احتلال في الحقوق و الالتزامات المترتبة عليه.

حيث نتطرق في هذا الفصل الى:

- آليات تحقيق التوازن العقدي عن طريق التدخل التشريعي (المبحث الاول).
- آليات تحقيق التوازن العقدي عن طريق التدخل القضائي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: آلية تحقيق التوازن العقدي عن طريق التدخل التشريعي.

ولأن العقد يخضع للعديد من المبادئ القانونية سواء تلك الخاضعة للمبادئ العامة في القانون المدني أو تلك المتعلقة بالقواعد الخاصة، وعليه نتناول في هذا المبحث : تحقيق التوازن العقدي وفقا للمبادئ العامة (المطلب الأول)، تحقيق التوازن العقدي في ظل القواعد الخاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحقيق التوازن العقدي وفقا للمبادئ العامة

تهدف التشريعات الوطنية الى تحقيق العدالة و الامن القانوني للعقود ،وهو ما يبرر ضرورة تدخل المبادئ الاخلاقية للتخفيف من حدة القواعد العامة المنظمة للعقد ، التي قد ينجم عن تطبيقها ضرر ، ونتطرق في هذا المطلب الى اعمال العنصر الاخلاقي لتهديب مبدأ القوة الملزمة للعقد(الفرع الاول)، تحقيق التوازن العقدي في حالة عيوب الرضا(الفرع الثاني)، العدالة العقدية تحديد لمشروعية القوة الملزمة للعقد(الفرع الثالث).

الفرع الأول: إعمال العنصر الأخلاقي لتهديب مبدأ القوة الملزمة للعقد

قاعدة العقد شريعة المتعاقدين: يقصد بها أن كل ما إتفق عليه المتعاقدين بمحض إرادتهما يلزمهما، وإن إرادة الأفراد وحدها من تمتك تعديل بنود العقد التي حددتها أو نقضتها، ولا تستطيع ذلك كمبدأ عام إرادة واحدة منها أو إرادة خارجة عنهما، كما تقتضي هذه القاعدة أن تكون للعقد المبرم قوة ملزمة في موضوعه، أي أن المتعاقد يلتزم بما ورد في العقد من جهة ولا يلتزم إلا به من جهة أخرى.

ومما لا شك فيه أنه لا يمكن بعد أن يتكون العقد بإتفاق الإرادتين، أن يكون قابلا لأي تعديل دون إتفاق جديد لطرفين ، على أن تستبعد تنفيذ العقد بشكل منفرد أو تغيير بنوده.

وهذا هو مبدأ القوة الإلزامية للعقد الذي نصت عليه المادة 106 من القانون المدني، ولقد رفض القانون باسم هذا المبدأ أي إعادة نظر في العقد مبنية على عدم التوقع، أي عدم توقع ظروف تخل بتوازن العقد بأن تضر بأحدهما¹.

أولاً: مرونة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بواسطة العنصر الأخلاقي:

تنص المادة 106 من القانون الجزائري على " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون² ".

يتضح من هذا النص أن المشرع أقر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة التي يعد مبدأ أخلاقيا فيما يوجبه من احترام ووفاء للعهد الذي يقطعه الإنسان وما تبعث عليه، تتطلب استقرار المعاملات بين الناس.

وبناء على هذا المبدأ أقر المشرع الجزائري أنه لا يستقل أحد الأطراف بنقض العقد أو تعديله بمفرده، فالعقد يعد بالنسبة لعاقديه كالقانون، لذا لا يستطيع أي طرف أن يتحلل من هذا العقد بإرادته المنفردة طالما إلزم بإرادته، كما لا يمكن تعديل البنود أيا كان نوعها أو أهميتها إلا إذا إتفق الطرفان معا على ذلك، يمكنهم الاتفاق على تعديل العقد بوضع شروط إتفاقهم، تعرف بشروط تكييف العقد، فقد يحدث أن يتفق المتعاقدان على إعادة النظر في العقد في بعض الظروف ويمكن أن تكون إعادة النظر هذه آلية كما هو الحال بالنسبة الى البند النقدي الذي يحدد السعر الواجب دفعه على أساس قيمة هذا المنتج أو تلك الخدمة، أو قد يتم التعديل بموجب اتفاق جديد لاحق للعقد والقواعد التي تطبق على إبرام العقد الأصلي هي نفسها التي تطبق على الاتفاق اللاحق، خاصة الأحكام المتعلقة بوجوب الإلتزام بحسن النية سواء في إبرام الاتفاق اللاحق أو تنفيذه، إذ أن تنفيذ العقد أمر لا يتعارض مع مبدأ

¹ - جبار سامح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة لنيل الدكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2017/2018، ص202.

² - امر 58-75 المتضمن القانون المدني.

حسن النية، طالما أنه قد جرى بالتراضي بين المتعاقدين وضمن أحكام القانون ولم يتعارض مع النظام العام والآداب العامة¹.

وعليه فإن الأصل العام عدم جواز نقض أو تعديل العقد إلا باتفاق الأطراف أو بنص قانوني، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة حيث ترد عليها بعض الإستثناءات، لأن العقد يستمد قوته من القانون كما أنه يستند في أساسه إلى فكرة العدالة التي قد تتطلب نقض أو تعديل العقد.

- جواز نقض العقد أو تعديله تحقيقاً للعدالة:

العقدية: تقتضي تحقيق التوازن المادي للعقد باعتباره أداة لتحقيق النفع العام والخاص، ويقصد بالتوازن المادي للعقد تحقق نوع من التعادل بين أداءات المتعاقدين افتراضاً فيها التباين حيث من خلال جميع شروط العقد وبنوده،

فالقانون لا يمنح للعقد القوة الملزمة إلا أنه يسمح بتحقيق عمليات عادلة ونافعة اجتماعياً، ويترتب على هذه الوظيفة مشروعية تبعية العقد للمصلحة العامة مع الاحتفاظ بدوره الأساسي للإرادة الفردية لأنها تسعى لتحقيق منفعة اجتماعية. وبناءً على ذلك يرى الفقه الحديث أن مبدأ القوة الملزمة للعقد ومن ثم مبدأ العقد شريعة المتعاقدين تتمتع مرونة تمكنه من التكيف مع مستجدات المجتمع المعاصر وهي السماح بوجود استثناءات عليه، ليدخل المشرع اعتبارات معينة تتعلق على وجه الخصوص بحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وإعادة التوازن العقدي في حالة اختلاله خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقل يشمل تعديلها أو نقض العقد أو إنهاء العقد².

¹ - جبار سماح، نفس المرجع، ص 204.

² - جبار سماح، نفس المرجع، ص 205.

1- انتهاء العقد أو تعديله بقوة القانون أو بإرادة أحد الأطراف ضمنا للتوازن

العقدي:

يستلزم المشرع لتعديل الالتزامات في العقد وجود خلل في التوازن الناتج عن التزامات متفاوتة واشترط أن يكون التفاوت كبير بين أداءات الطرفين، متى تحقق الإختلال في التوازن العقدي نجد أن المشرع يتدخل في بعض الأحيان منها العلاقة التعاقدية أو معدلا فيها.

- انتهاء العقد أو تعديله بقوة القانون:

المبدأ أن المشرع لا يتدخل معدلا لبنود العقد المنشئ على الوجه الصحيح حتى لا يؤثر على استقرار الأوضاع التعاقدية غير أنه قد يتدخل المشرع بإرادته لينهي العقد أو يعد له رغم إرادة المتعاقدين ولا يملك القاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية.

ومن الحالات التي ينتهي فيها العقد بقوة القانون وفاة أحد المتعاقدين كما في انقضاء عقد شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء حسب نص المادة 439 من القانون المدني الجزائري " تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجز عليه أو بإعثاره أو بإفلاسه"، وإنهاء عقد الوكالة بموت الوكيل أو الموكل حسب نص المادة 586 من القانون المدني الجزائري " تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بإنهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل، كما تنتهي الوكالة أيضا بعزل الوكيل أو بحدول الموكل ¹".

يعد العقد المستوفي جميع أركانه وشروطه القانونية شريعة للمتعاقدين، أي قانون خاص بهما ما يستوجب على كل متعاقد أن يقوم بتنفيذ الالتزامات التي فرضها العقد عليه كما ينفذ الالتزامات المفروضة عليه بموجب القانون، و العاقد طالما أبرم العقد بإرادته الحرة والسليمة

¹ - الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

لا يكون أمامه إلا الخضوع لأحكام العقد وشروطه وتنفيذها بحسب النية المشتركة للمتعاقدين في سبيل تحقيق الهدف المراد من التعاقد.

غير أنه إطلاق مبدأ الحرية التعاقدية قد يؤدي الى ظهور الظلم في العقد لقد ينتج عن سوء استخدامه الاستغلال المكروه عرفا والمحذور قانونا من أحد الطرفين، فإنه استلزم تقييد هذا المبدأ من خلال مبدأ حسن النية الذي يكفل تحقيق التوازن العقدي باعتباره وازع شخصي بإمكانه تقييد وضبط إرادة المتعاقدين في تحقيق مصالحهم حيث يقتضي من الطرفين تنفيذ العقد بمراعاة الأخلاق التعاقدية للحصول على ما استهدفته الإرادة المشتركة من تحقيق النفع والعدل، وأن حسن النية في العقود قاعدة أخلاقية يؤدي أعمالها الى قيام توازن عقدي اليوم الى تحقيق نوع من العدالة بين المتعاقدين أساسها هذا المبدأ. وبما أن القوة الملزمة للعقد لا تتصرف الى المتعاقدين بأشخاصهما فقط بل تتصرف الى الخلف العام والخاص أيضا باعتبارهما ليسا من الغير هذا الخلف أيضا ملزم باحترام حسن النية ومراعاة مقتضياته والتقييد بها متى انصرفت اليه آثار التصرفات التي قام بها السلف، فالخلف العام هو امتداد السلف فيما اليه لذلك يفرض عليه ان ينفذ الالتزامات التي رتبها العقد على سلفه وعليه تنفيذها بطريقة متفقة مع حسن النية مع أمانة وإخلاص وثقة ونزاهة، وأن يمتنع عن كل ما يعتبر مظهرا لسوء النية من الغش والتحايل الخاص ملزم أيضا بالنقد بما يقضي به مبدأ حسن النية نقي الحقوق والمطالبة بها أو في تنفيذ الالتزامات إليه بنفس الطريقة التي التزم بها سلفه المتعاقد¹.

¹ - جبار سماح ، نفس المرجع، ص235-233.

الفرع الثاني: تحقيق التوازن العقدي في حالة عيوب الرضا

أولاً: اختلال التوازن العقدي بسبب عيوب الرضا

جيب توافر ثلاث أركان أصلية لإبرام أي عقد: الرضا، المحل، والسبب واستثناء الشكلية والشهر في بعض العقود، و تظهر عيوب الرضا في التدليس الاستغلال والغبن.

1- الغلط: نص المشرع الجزائري من خلال القانون المدني على عيب الغلط كأحد عيوب الرضا من خلال المواد 81، 82، 83، 84، 85¹. والغلط هو ما يقوم في ذهن المتعاقد ويحمله على اعتقاد غير واقع مما يدفعه الى التعاقد، أي أن الاعتقاد ما ليس بصحيح أو بعدم صحة ما هو صحيح.

وهو عيب من عيوب الرضا عندما يبلغ حدا كافيا من الجسامة.

نميز الغلط عن التدليس هو كون المتعاقد يقع فيه تلقائيا دون تدخل المتعاقد الآخر، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرية ويجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

كما يمكن أن يقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته هي السبب الرئيسي في التعاقد، لولاها لما أقدم المتعاقد على العقد.

غالبا ما يعتمد القضاء في تكييف مدى جوهرية الصفة على المعايير الموضوعية، فيعتبرون الصفة جوهرية ما دامت صفة معتادة في الشئ أما المعيار الشخصي أن تكون الصفة غير معتادة في الشئ محل العقد إلا أنها جوهرية بالنسبة للمتعاقد بحيث لولاها لما

¹ - الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 07-05.

أقدم على العقد، وفي هذه الحالة يتوجب عليه إعلام الطرف الآخر بمدى أهمية هذه الصفة¹.

2- التدليس: نص المشرع الجزائري من خلال القانون المدني على عيب التدليس كأحد عيوب الرضا من خلال المواد 86،87². وهو استعمال طرق احتيالية لجذب شخص آخر في غلط يؤدي به الى التعاقد.

وليكون التدليس عيبا من عيوب الرضا لابد له من عنصرين هما:

- العنصر المادي: استعمال الحيلة، وتكون هذه الأخيرة بصور شتى ومختلفة. فكل إخفاء لها أهميتها في التعاقد سواء كان ذلك بطريق ايجابي وهو الكذب عن طريق تقديم سندات مزورة مثلا أو تغيير المظهر الخارجي للشيء، أو بالطريق السلبي وهو السكوت المتعمد عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة.

- العنصر المعنوي: وهو نية تضليل المتعاقد للوصول الى هدف غير مشروع، فبدون هذه النية لا نكون أمام تدليس. اضافة الى هذين العنصرين لابد أن يتوافر التدليس على شرطين هما:

- أن يكون التدليس جسيما أي أن يكون هو الدافع للتعاقد.
- صادرا عن المتعاقد نفسه أو عن من ينوب عنه³.

3- الإكراه: نص المشرع الجزائري من خلال القانون المدني على عيب الإكراه من خلال المواد 88،89⁴. والإكراه رهبة يبعثها المتعاقد في نفس المتعاقد الآخر دون

¹ - عبد المجيد، زعلاني مجيد، في القانون الجزائري، دراسة فقهية، دار بيرتي للنشر، الجزائر، 2013، ص243.

² - الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-07.

³ - عبد المجيد زعلاني، نفس المرجع، ص244.

⁴ - الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني.

حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال¹.

وحسب ما جاء في نص المادة 88 من القانون المدني "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال²".

وحتى يتحقق الإكراه الذي يعيب الإرادة يجب أن تتوفر شروط هي³:

- استعمال وسيلة من وسائل الإكراه: يتجسد الإكراه باستخدام وسائل تكون في العادة غير مشروعة يقصد بها أن تؤدي إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه، ويمكن أن تكون الوسائل الغير مشروعة للوصول إلى الإكراه كالابتزاز الذي يقوم به صاحب الحق ليتحصل على فوائد غير مشروعة من المدين، ولا يتجسد الإكراه إذا استخدم وسيلة مشروعة أو غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع.

وقد تكون وسائل الإكراه مادية كالضرب واستعمال العنف أو طرق نفسية كالتهديد بالأذى، كأن تصور للمكروه أن خطراً جسيماً قد اقترب منه ويهدده هو شخصياً أو أحد أقاربه والإكراه الحسي أو المادي أصبح نادر الحصول في عصرنا، أما الإكراه النفسي الذي يأتي بألم للنفس والذي يكون عن طريق التهديد دون أن يقوم بالفعل فهو الإكراه الأكثر تداولاً في حياتنا

¹ - عبد المجيد زعلاني، نفس المرجع، ص244.

² - الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

³ - فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2015، ص92-94.

الحالية ولا أثر يترتب عن التفرقة بين الإكراه الحسي والإكراه النفسي، فكل منهما يعيب الرضا ويجعل العقد قابلا للإبطال.

-**الرغبة الدافعة الى التعاقد:** يجب أن تكون الرغبة التي تولدت عند غاية الإكراه هي التي دفعت المتعاقد الى التصرف، وهذا الشرط طبيعي ولا صعوبة فيه، لأن الإكراه لا يقوم بالتأثير على العقد إلا إذا كان مبتغاه أنه لا يفسد الرضا، ولا يكون كذلك إلا إذا حمل المتعاقد على التعاقد، فإذا ثبت أن المتعاقد كان نيته أن يبرم هذا العقد حتى إذا لم يكن تحت التهديد فإن الإكراه في هذه الحالة لا يعتبر مفسدا للرضا وفي هذه الحالة يتساوى الإكراه مع التدليس والغلط.

-**اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر:** يجب أن يكون الإكراه متصلا بمن يتعاقد مع المكره ويعتبر بهذه الصيغة إذا وقع من نفس المتعاقد وهي الحالة الغالبة كما يكفي أن يكون المتعاقد عالما بالإكراه، أو كان مرغما عليه أي محتما أن يعلم به إن وقع من غيره.

وفي هذا تقتضي المادة 89 من القانون المدني على أنه " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر، كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه¹ " .

4- **الغبن والاستغلال:** تنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا كانت التزامات أحد الطرفين متفاوتة كثيرا في النسبة ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، ويتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بهيما أو هو جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

¹ - الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني.

ويجوز في العقود المعاوضة أن يتوقع الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن¹ .

وقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني على عيب الغبن كأحد عيوب الرضا في المواد 91، 358، 732، 454، 420، 2/581، 184.

والملاحظ أن الغبن لا يقع إلا في العقود الملزمة لجانبين أي في وجود التزامات متبادلة، في عقود المعاوضة، وفي عقود التبرع وفي العقود التبادلية التي تستوجب توازنا بين حقوق والتزامات كل من الطرفين².

الاستغلال: فيقصد به أن يستغل شخصا طيشا بينا أو هوى جامح في شخص آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي الى غبنين فادح به³.

ثانيا: تحقيق التوازن العقدي في حالة عيوب الرضا

لإعادة التوازن العقدي حالة عيوب الرضا لا بد لنا أن نتطرق اليه من جهة البطلان.

1- أثر عيوب الرضا على العقد:

يمثل الرضا الحجر الأساسي في العلاقة التعاقدية ووجوده ضروري وغيابه يؤدي الى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد.

¹ - الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

² - عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص 245.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، طبعة جديدة، دار الهوى، عين مليلة، 2012، ص 198.

-تأثير عيب الإكراه على العقد: وفقا لنص المادة 80 من القانون المدني فإن صدور حكم العاقدین هذا الحكم في جوازي إبطال العقد خاصة إذا تم التعاقد في ظل سيطرة الرهبة في نفس المتعاقد المكره¹.

-تأثير عيب الغلط على العقد: منح المشرع الجزائري للمتعاقد الذي وقع في غلط وقت إبرام العقد أن يطالب بالإبطال شرط أن يكون هذا الغلط جوهريا، أي أن يبلغ من الجسامة حدا كبيرا الى درجة عدم التعاقد لو لم يقع فيه².

-تأثير عيب الغبن الاستغلال على العقد: وفقا لنص المادة 90 من القانون المدني فإن المشرع الجزائري اكتفى بالنظرية المادية من جهة عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، والنظرية الشخصية من جهة استغلال أحد الطرفين لعوز أو طيش أو عدم خبرة الطرف الآخر، وجزاء ذلك إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون بحسب ما يراه القاضي ملائما³.

-تأثير عيب التدليس على العقد: نص المادة 86 من القانون المدني أنه في حالة صدور التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطالب بإبطال العقد، إلا إذا أثبت علم المتعاقد الآخر أو أن هذا الأخير كان من المفترض حتما أن يعلم بالتدليس الحاصل⁴.

يكون البطلان مطلقا في الحالة التي يكون فيها ركنا من أركان العقد لم يتوفر أو إذا تخلف شرط من الشروط القانونية في المحل أو السبب، وهذا ما يؤدي الى البطلان المطلق، وقد يكون البطلان كذلك في الحالة التي لا تتوفر فيها شروط صحة الرضا، وكذلك في

¹ - شعيب بوعروج، نظرية عيوب الرضا وآثارها في حماية المستهلك، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة- الجزائر، المجلد 34، العدد 03، 2020، ص1170-1188،

² - شعيب بوعروج، نفس المرجع، ص1182.

³ - شعيب بوعروج، نفس المرجع، ص1183.

⁴ - شعيب بوعروج، نفس المرجع، ص1184.

الحالة التي يكون فيها أحد طرفي العقد ناقص الأهلية، وفي كلتا الحالتين الأخيرتين يكون البطلان نسبياً، ويكون البطلان النسبي في الحالات التي يريد المشرع أن يحمي فيها المصلحة الخاصة، ويكون البطلان النسبي جزاء مخالفة قاعدة مقررّة أو أشخاص معنيين، إذا كان أحد أطراف العقد فيه عيب من عيوب الرضا فنحن بصدد البطلان النسبي¹.

الفرع الثالث: العدالة العقدية تحديد لمشروعية القوة الملزمة للعقد

إذا عقد العقد صحيحاً وفقاً للقانون وتحققت فيه العدالة العقدية بين أطرافه فإنه يلزمهم وهذا ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد.

أولاً: القانون كمصدر للقوة الملزمة للعقد

1- مشروعية محل العقد:

إضافة إلى شرطي الوجود والتعيين يكون المحل مطابقاً للنظام العام والآداب العامة، ويترتب على تخلف هذا الشرط بطلان العقد، وهذا وفقاً لما جاء في نص المادة 93 من القانون المدني "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً"².

وتتمثل مشروعية المحل في قابليته للتعامل في عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة.

أ- قابلية المحل للتعامل: يكون المحل غير مشروع ويبطل العقد إذا انصب على شيء غير قابل للتعامل خارجاً عن دائرة التجارة والمقصود بذلك الأشياء التي تكون غير صالحة للتداول بين الناس فلا تباع ولا تؤجر ولا تستعار ولا تستعمل استعمالاً خاصاً ويرجع سبب ذلك إلى طبيعة الشيء ذاته، أو لحكم القانون³.

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 241.

² - الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني.

³ - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 240.

ب- الأشياء الغير قابلة للتعامل بطبيعتها: بمقتضى أحكام المادة 682 من القانون المدني فإن الأشياء التي لا يمكن التعامل فيها بطبيعتها هي تلك "..... التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها..." وبعبارة أخرى الأشياء خارجة عن دائرة التعامل كلما استحالت حيازتها، أما إذا زالت هذه الاستحالة بحيث أصبح الفرد يسيطر على الشيء فتصبح حينئذ قابلة للتعامل ويكون محل العقد مشروعاً، ولا يقتصر مدلول الشيء على ما هو مادي فقط بل ينصرف أيضاً إلى الحقوق المالية.

ب - الأشياء الغير قابلة للتعامل بحكم القانون: وهي أشياء قابلة للحيازة الفردية وقابلة للتعامل بطبيعتها، غير أن القانون يمنع التعامل فيها بسبب الأخلاق أو النظام العام أو الاعتبارات الأخرى مثل النفع العام، فالأخلاق مثلاً لا تسمح بالتعامل في جسم الإنسان ولا في حياته ولا في صحته فهو من الأشياء المقدسة فلا يباع ولا يشتري ولا يكون محلاً للتملك وهذا هو أيضاً سبب حظر التعامل في الأعضاء والأنسجة البشرية، فالقيم البشرية أسما وأهم من أن تقدر مادياً.

كما يقتضي النفع العام كذلك حظر التعامل في الأشياء التي يكون استعمالها عادة جماعياً، وهذا ما ورد في القانون 90-30 المؤرخ في 14-12-1990 المتضمن الأملاك الوطنية والذي يميز بين الأملاك العمومية والأملاك الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية حيث يستثنى الأملاك العمومية بحكم طبيعتها أو غرضها من التملك يمكن التصرف فيها ولا تخضع للتقادم ولا الحجز، وهذا ما نصت عليه المادة 689 من القانون المدني " لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها أو تملكها بالتقادم ".

كما تقتضي حماية الصحة العمومية حظره التعامل في بعض الأشياء التي تعتبر خطيرة على صحة المواطن، كالمخدرات والحيوانات المصابة بأمراض المعدية والمواد السامة....

كذلك الأشياء التي تعد جزءا من السلطة العمومية خارجة عن دائرة التعامل كالوظائف العامة وحق التصويت....

ت- عدم مخالفة المحل للنظام العام والآداب العامة: إن النظر في المشروعية محل الالتزام بعمل أو بعدم فعل شيء ما يتم على ضوء مقتضيات النظام العام والآداب العامة، وبعبارة أخرى يكون محل الالتزام بالعمل أو بعدم فعل شيء ما مشروعاً دائماً ما لم يخالف قواعد النظام العام وحسن الآداب.

2- مشروعية السبب:

أ- تعريف سبب الالتزام: المقصود بسبب الالتزام وفق النظرية التقليدية هو السبب القصدي، الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقد، والغاية التي أراد تحقيقها من وراء التزامه، ويترتب على تخلفه بطلان العقد، فهو عنصر مجرد طبيعة موضوعية لا تؤثر فيه نوايا المتعاقد و بواعثه النفسية.

ب- خصائص سبب الالتزام: من خلال التعريف السابق للسبب الالتزام يمكن استخلاص أهم الخصائص المميزة له وفقاً للنظرية التقليدية.

- أنه سبب الالتزام وليس سبب العقد
- أنه عنصر أساسي في تكوين العقد
- أنه معلوم لدى الطرفين، فهو يتعلق بطبيعة العقد ذاته وطبيعة الالتزام
- مصاحب للالتزام من يوم نشأته إلى يوم قضائه¹.

ث- شروط سبب الالتزام: ويشترط في السبب، الوجود، الصحة، المشروعية².

- **شروط الوجود:** يبطل العقد بانعدام السبب، الزام المشتري بدفع الثمن يعتبر مجرداً من سببه إذا هلك محل التزام البائع قبل العقد، كما أن الاتفاق الذي يتعهد

¹ - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، مرجع سابق، ص176.

² - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، مرجع سابق، ص178.

بموجبه شخص بأن يدفع لآخر مبلغا من النقود تعويضا عن الضرر يعتقد أنه مسؤول عن تعويضه، يقع باطلا إذا تبين أنه غير مسؤول.

- **شرط الصحة:** السبب غير صحيح لا يمكن أن يسند إليه قيام الالتزام، وحالات عدم الصحة هي من جهة السبب المغلوط أو الموهوم كما في حالة الاعتقاد لوجود سبب لا وجود له، ومن جهة أخرى السبب الصوري وهو السبب الذي لا وجود له في الواقع ولا تعتبر صورته مبطلا للعقد في حد ذاته لأن العبرة بالسبب الحقيقي، إلا إذا قصد منها أمر غير مشروع.

- **شرط المشروعية:** يمكن أن يكون سبب الالتزام غير مشروع بالرغم من انفصاله عن الدوافع، في العقود الملزمة لجانبين، يكون سبب الالتزام احد الأطراف غير مشروع إذا كان محل التزام الطرف الآخر غير مشروع، فسبب التزام المتعاقد بتسديد مبلغ من المال لشخص بقصد القيام بجريمة يعتبر غير مشروع، مثله مثل محل التزام الطرف الآخر، لكن بالوجه العام فإن سبب الالتزام نظرا لطابعه المجرد، لا يسمح بالتعرف عما إذا كان مشروعا أو غير مشروع، يسمح فقط بالتعرف على وجود أو عدم وجود السبب.

وتقتضي مشروعية السبب ألا يخالف النظام العام والآداب العامة وأن لا يتعلق الأمر بشيء غير قابل للتعامل سواء بطبيعته أو بحكم القانون¹.

د- دور سبب الالتزام:

تعادل بين الأداءات أهم دور لسبب الالتزام، وتتمثل الوظيفة الرئيسية لسبب الالتزام، في حماية المتعاقد ولا يتم تحقيق ذلك إلا من خلال تفعيل شرط وجود السبب، مما جعل أغلب التشريعات المدنية تؤكد على أنه لا يكفي لقيام رابطة الالتزام توفر إرادة الملتزم،

¹ - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 248-249.

وإنما يشترط أيضا أن يكون لهذه الإرادة سبب يوجهها، ويترتب على ذلك إن الملتزم يمكن أن يتحرر من التزامه، إذا اتضح أن الهدف الذي قصده لم يتحقق، إذ لا مبرره لقيام التزامه.

وهذه الحماية لا يمكن لسبب العقد أن يقوم بها، ذلك أنه في مجال تحديد المقابل لابد أن يكون هناك معيار موضوعي من داخل العقد، حتى يمكن تحقيق هذه الحماية، والتي تتمثل مظاهرها في التعادل بين الأداءات المتقابلة وهي بذلك الوظيفة الأهم على الإطلاق. فكل متعاقد يرغب في المعادلة بينما يعطي في المقابل ما يأخذ، ولعله من الواضح أن اختلال التعادل في العقود، عند ترك الأفراد يحددون قيام أداءاتهم، مع غياب حسن النية في التعامل، يؤدي إلى التحطيم الشامل لنظام العقد، فالاختلال الفادح بين الأداءات، يتناقض مع مبدأ العدالة في التعاملات¹.

- **الترباط بين الالتزامات:** وأن تكريس سبب الالتزام كوسيلة مثلى لحماية الإرادة التعاقدية، يظهر في كونه الأساس القانوني لتفسير بعض الآثار القانونية للعقد، في سبب الالتزام المتعاقد في العقود التبادلية والمتمثل في وجود الالتزام المقابل، يفرض وجود علاقة ارتباط بين الالتزامين، الأمر الذي يسمح للمتعاقد بتوقيف تنفيذ التزامه، أو التحرر منها نهائيا، إذا رفض الطرف الآخر تنفيذ ما في جانبه من الالتزامات، بمعنى آخر أن نظرية السبب تبرر قيام الأوضاع القانونية تساهم في حماية المصالح الخاصة للمتعاقد وإقامة التوازن العقدي فهي الدفع بعدم التنفيذ والفسخ².

- **الدفع بعدم التنفيذ:** لقد نظم المشرع الجزائري الدفع بعدم التنفيذ في المادة 123 من القانون المدني التي تنص " في عقود الملزمة لجانبين إذا كانت الالتزامات

¹ - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، مرجع سابق، ص179.

² - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، مرجع سابق، ص182.

المتقابلة مستحقة الوفاء أجاهه لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به¹ .

ويقضي التمسك بالدفع بعد تنفيذ توفر الشروط الثلاثة أن يكون العقد متبادلاً، أن يكون التزام المقابل مستحق للأداء وأن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزاماته.

وبالرغم من اختلاف الواقع حول تحديد الأساس القانوني للدفع بعد التنفيذ، بين من أجله عدالة التعامل، ومن جعله مبادئ حسن النية، ومن جعله يقوم بالاستناد الى نظرية السبب، إلا أنه من الواضح أن غالبية الفقه والقضاء يسند هذا المبدأ الى نظرية السبب في العقود المتبادلة.

وليس خفيا الدور الذي يلعبه بالدفع بعدم التنفيذ في ترشيد فكرة التوازن العقدي، من خلال الاعتراف لكل متعاقد ان يوقف تنفيذ التزاماته، ويمتنع عن تسليم ما في ذمته لمدينه حتى ينفذ الالتزام المقابل له ويستوفي حقه، فليس من العدل الزام من فانت عليه المنفعة التي تعاقد من أجل تحصيلها، بعد التمسك بالوسائل التي تمكنه من استيفائها².

- الفسخ: تكرست فكرة الترابط بين الالتزامات بين العقود التبادلية، وعلى أساسها نتجت فكرة الفسخ لعدم تنفيذ، حماية متعاقد حسن النية كون الدفع لعدم تنفيذ كان قاصراً عن توفير الحماية الكاملة.

ويمكن تعريف الفسخ على ضوء المادة 119 من القانون المدني التي تنص على " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفى أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد، بعد إعدار مدينه أن يطالب بتنفيذ العقد او فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال

¹ - الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

² - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، مرجع سابق، ص184.

ذلك¹ .

فهو إذن الجزاء المترتب لامتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به، حتى يمكن المتعاقد الآخر أن يتحرر من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد. لكن حق للمتعاقد في طلب الفسخ المقيد بشروط:

- أن يكون العقد ملزماً لجانبين
- ولم يوفى أحدهما بالتزامه
- أن يكون طالب الفسخ قد وفى بما تعهد به أو مستعداً للوفاء به².

المطلب الثاني: تحقيق التوازن العقدي في ظل القواعد الخاصة

الفرع الأول: اختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك

أولاً: مفهوم عقد الاستهلاك

1- عقد الاستهلاك: هو تلك العقود التي يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة أو مادية أو خدمات للفرد وهو المستهلك، من أجل استخدامه الشخصي أو العائلي هو الذي لا صلة له بنشاطه التجاري أو المهني.

كما يعرف أيضاً على أنه: العقد الذي يبرم بوسيلة الكترونية أو تقليدية بين المهن والمستهلك بشأن سلع أو خدمات يقدمها الثاني للأول لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية³.

¹ - الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

² - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 185.

³ - عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، الملتقى الأول السابع عشر حول الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة، المنعقد يومي 10 أبريل 2017، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، أبريل 2017، ص 94.

2- خصائص عقد الاستهلاك: يتميز عقد الاستهلاك بجملة من الخصائص

تتمثل فيمايلي:

- أن الأطراف في عقد الاستهلاك هي التي تضفي عليه هذه الصفة وتعطيه خاصيته التي تميزه عن غيره من العقود.
- أن محل التعاقد في عقود الاستهلاك لا يتمثل في سلعة أو خدمة ضرورية لإشباع حاجات المستهلك الشخصية أو العائلية والتي لا علاقة لها بنشاطه المهني كـشراء مواد غذائية واستئجار مسكن أو الحصول على خدمة معينة كالأنترنت أو التأمين.....الخ
- انعدام التوازن العقدي في العلاقة التي تربط المستهلك بالمهني، سبب عدم التوازن المعرفي والقانوني والاقتصادي بين طرفيه.
- أن كيفية انعقاد عقد الاستهلاك هي في كثير من الأحيان تنعقد بألية عقود الازدعان¹.

3- أطراف عقد الاستهلاك:

- أ- المستهلك: اعطى المشرع الجزائري تعريفا للمستهلك في النصوص التالية:
- كما عرفته المادة الثالثة في الفقرة الثالثة من القانون 04-02 القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه " المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا مقدمة للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني² ".

¹ - عيبر مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، نفس المرجع، ص94.

² - القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتضمن تحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41 ، 2004 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر، العدد 46، 2010.

- وعرفه أيضا القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة الثالثة في فقرتها الثانية على أنه " المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي، حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان متكفل به¹ ".

ب-المهني: تولى المشرع الجزائري تعريف المهني أو المعترف أو العون الاقتصادي وهو في كل هذه الحالات الطرف الثاني الذي يتعاقد مع المستهلك وذلك في نص المادة التالية:

- عرفته المادة الثالثة من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم على أنه " عون اقتصادي كل منتج تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها² ".

ثانيا: طبيعة عقود الاستهلاك

إن أغلب الفقه الحديث أصبح يرى أن العقود التي تعد سلفا وهي عبارة عن نموذج أعد سلفا لا سلطة للمتعاقد سوى التوقيع عليها كما هي، دون امكانية تعديلها، تعتبر من قبل الاذعان³.

¹ - القانون 09-30 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ، رقم 15 المؤرخ 08مارس 2009.

² - القانون 04-02 تحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

³ - كنوزة سعيد، بن زيطة عبد الهادي، سبل إعادة التوازن العقدي لبعض عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 05، العدد الأول، جوان 2021، ص58.

1- تعريف المشرع لعقد الازعان:

جاء في تعريف العقد بمفهوم قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق على اذعان الطرف الآخر، لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه....¹".

والملاحظ من التعريف السابق أن المشرع والساعة مما يمكن أن يشمل، أو مما يمكن اعتباره من قبيل الازعان ، إذا اعتبر أن أية وثيقة يمكن أن تربط المستهلك بالمتدخل ومهما كانت طبيعتها ونوعها تعتبر عقدا وترتب آثارها، وهذا فيه حماية واسعة للمستهلك مما قد يحدث مستقبلا، فلا ينكره المتدخل بحجته أنه لم يبرم عقد بالمعنى الصحيح والمعروف في القانون المدني، وهو بذلك تجاوز مرحلة الازعان الى التسيير في الاثبات دون هضم لحق أي طرف².

2- الفكرة الحديثة للاذعان:

يرى بعض الفقه أنه لا يشترط بحسب المبادئ الحديثة، لكي يعتبر العقد من عقود الازعان، أن يكون هناك احتكار للسلعة أو خدمة وأن تكون هذه السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك.

فالمفهوم الحديث لعقود الازعان أتاح التوسع الملحوظ في تعدد العقود التي تصنف من قبيل عقود الازعان، وبالتالي يحظى فيها المستهلك بحماية خاصة مثل الشك في أمر العقد يفسر لمصلحة المستهلك، والطرف القوي في العقد يتحمل المسؤولية عن غموض أي نص فيه³.

¹ - المادة 03 من قانون رقم 04-02 المتضمن تحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

² - كنوزة سعيد، بن زيطة عبد الهادي، نفس المرجع، ص60.

³ - المرجع نفسه، ص61.

3- تفادي الازعان بتحديد العناصر الجوهرية في العقد:

وحتى يتفادى المشرع الازعان في عقود الاستهلاك ولعدم المساس بالحقوق الجوهرية للمستهلك كفل حمايته من الاعتداء عليها، بضرورة ادراج جملة من العناصر واعتبارها أساسية في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك وأكد على ضرورة احترامها، خصوصا وهو يتعاقد مع طرف أكثر منه احترافية، بينما يكون المستهلك غالبا في مركز غير متبصر لما هو مقبل عليه، وذلك بموجب المادتين 2 و3 من المرسوم التنفيذي رقم 303-06 الذي جاء فيه بأنه " خبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك، ونزاهة وشفافية العمليات التجارية، وأمن ومطابقة السلع أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع¹ ".

تم تفصيل العناصر الأساسية التي يجب إدراجها في هذه العقود كما يلي:

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار والتعريفات.
- كفيات الدفع.
- شروط التسليم وآجاله.
- عقوبة التأخير عن الدفع و/أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.

¹ - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

• إجراءات فسخ العقد¹.

وحسب ما ورد في المادتين السابقتين نجد أن المشرع حدد بدقة المحاور التي تنظم من خلالها العقود، واعتبرها حقوقاً جوهرية لا يمكن التغاضي عن ذكر أغغالها وعلى المتدخل أن يكيف عقوده وفق هذه المحاور والعناصر، ولا يمكنه أن يخالف ذلك وإلا اعتبر متعسفاً.

ثالثاً: الشروط التعسفية في عقود الإذعان

1- تعريف الشروط التعسفية: عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي في الفقرة الخامسة من المادة 3 من القانون رقم 04-02 بأنه " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد²".

نلاحظ أن هذا التعريف قد جاء عاماً، ينطبق على كل الحالات خارج قانون الاستهلاك، فلم يعكس الهدف من تقرير الحماية من الشروط التعسفية وهو المستهلك، ورغم ذلك يتعين تبيين موقف المشرع الجزائري تعريفه للبند التعسفي لأنه أزال الكثير من التساؤلات التي أبدت بشأن تحديد طبيعة الشروط التي تستوجب الحماية والمعايير اللازم توافرها كي يوصف الشرط بأنه تعسفي³.

¹ المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

² القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

³ كنوزة سعيد، بن زيطة عبد الهادي، مرجع سابق، ص 63.

2- تحديد الطابع التعسفي للبنود في التشريع والفقهاء الجزائريين:

طبقا لنص المادة 5/4 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم فإن معيار تحقق تعسفية البند أو الشرط في عقود الاستهلاك، يتجلى في الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

واكتفى المشرع الجزائري من خلال المادة 5/4 من القانون 04-02، أنها تتم إما بالنظر للظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمع، وتتحقق تعسفية الشروط في الصورة الأولى في الحالات التي تكون فيها خطورة الشرط واضحة مما يجعل الاخلال ظاهرا في الحقوق والالتزامات العقدية بين اطراف العقد والذي يظهر خصوصا في تلك البنود التي جاء النص على اعتبارها تعسفية صراحة في القانون، إلا أن هذه الحالة تمثل استثناء، في غير هذه الحالات، البنود بأكملها للتحقق من الاخلال الظاهر، وهو ما يمثل الصورة الثانية لكيفية تقدير الطابع التعسفي فيما سكت عن باقي الاعتبارات الأخرى والتي أهمها ما يخص وقت تقدير الطابع التعسفي للشرط.

وقد اعتبر البعض أن مثل هذا السكوت لا ينقص من المسألة شيئا، باعتبار أن مثل هذه الأمور من المسلمات التي يعتمدها القضاء في تعامله مع جميع العقود، في حين ذهب البعض الآخر وهو الرأي الراجح، الى أن المشرع الجزائري قد اعتمد توجهها محتشما وناقصا في مسألة تقدير الطابع التعسفي لأن القول بأن الأمر متروك للقضاء يفتح المجال لتناقض الأحكام، إذا ما أخذ بعين الاعتبار حداثة الظاهرة التي تحتاج في مراحلها الأولى لاهتمام أكثر جدية¹.

¹ - عيبر مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، مرجع سابق، ص106.

3- خصائص الشرط التعسفي:

- أن يكون شرط التعسف شرطاً صحيحاً، ولا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة وغير مخالف للقواعد الآمرة في القانون.
- قياس التعسف في الشرط لا يكون بالنظر الى كل شرط من شروط التعاقد على حده بل بالنظر الى مجموع تلك الشروط فربما يكون أحد الشروط وفر ميزة أو منفعة للمشتري المحترف في حين يكون هناك شرط آخر قد أعطى للطرف الضعيف وهو المستهلك ما يقابل هذه الميزة أو المنفعة.
- الحماية من الشروط التعسفية إنما وجدت للتفاوت في القدرة الفنية فلا سبيل لآثاره موضوع الشروط التعسفية لأن كل متعاقد واجب السهر والمحافظة على حقوقه لأنه ليس بحاجة للحماية.
- مصطلح التعسف في الشرط التعسفي مدلوله في نظرية التعسف في استعمال الحق ذلك إن وجد شرط يخل بحقوق الطرف الضعيف دليل بذاته على وجود التعسف أو افتراضه، سواء انطوت نية المشتري الى إلحاق الضرر بالطرف الضعيف أم لم تنطوي، ولا يشفع للمشتري المحترف حسن النية لأننا بصدد حماية المتعاقد المستهلك ولسنا بصدد عقاب المحترف ووجود المنفعة التي حولها المشتري للمحترف تؤدي الى إثبات التعسف¹.

¹ - أيمن راحم، اختلال التوازن العقدي وآليات التصدي له، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018-2019، ص18.

الفرع الثاني: آليات مكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وإعادة التوازن العقدي

أولاً: الرقابة القانونية في مكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

1- الاعتماد على نظام القائمة: لقد اعتمد المشرع الجزائري على نظام القائمة وذلك في كل من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم.

وإن الحديث عن الشروط التعسفية أمر مهم، وذلك لمعرفة الخل الذي يصيب العقد، وكيف يمكن معالجته، وكذا الوقت والآلية التي بواسطتها يتم ذلك وتظهر أهميتها من خلال اهتمام المشرع بها.

أ- الاعتماد على نظام القائمة في ظل القانون 04-02: طبقاً للمادة 29 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، فإنها تعتبر بنوداً وشروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير (البائع).

- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة دون موافقة المستهلك.

- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعسفية.
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة.
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة¹.

ب- الاعتماد على نظام القائمة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 06-306: المادة 30 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي أحالت على التنظيم امكانية تحديد العناصر الأساسية للعقود ومنع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، وقد جاء فيه بأنه " تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يلي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.

¹ - المادة 29 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ الغير صحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء الى أية وسيلة طعن ضده.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى عونه الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعد دون أن يمنحه نفس الحق.
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة على ممارسة نشاطاته.
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته¹.

وبمقارنة هذه البنود وتلك المنصوص عليها في التشريع نجد أن هذه الأخيرة قد تضمنت بنود إضافية ربما أكثر تفصيلا من البنود الأولى في القانون 04-02.

وهذا ما يظهر الأهمية التي يوليها المشرع على حقوق المستهلك وحمايته.

¹ - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم.

ويتبين أن هذه الشروط قد وردت على سبيل المثال، ويعتقد البعض أن المشرع الجزائري لم يأخذ صراحة بمعيار التعسف في استعمال صفة التفوق الاقتصادي، انطلاقاً من تعريفه للشرط التعسفي، ويستنتج ذلك من خلال وجود اتفاق مسبق، ولو أن دائرة الشروط التعسفية قد تم تحديدها بعقود الازعان وبالمقابل فقد اعتمد المشرع معيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والالتزامات لأطراف العقد، وهذه خطوة تكشف عن نيته في مكافحة الشروط التعسفية، ومحاولة اعتماده لأحدث الأحكام والآراء بهذا الصدد، ولا يعني ان المشرع قد وصل الى الحماية ولكنها مرحلة أولية لبناء نظام متكامل يضع العدالة أساساً له¹.

2- الجزء المقرر لضمان تفعيل نظام القائمة: يعتبر الجزء صمام الأمان لأي نظام قانوني، فهو الذي يحفظ للأنظمة القانونية بقائها، وهو الذي يصون ديمومتها واستمراريتها، عن كونه مدنياً أو جزائياً، وقد اكتفى المشرع الجزائري بالجزء الجزائي وذلك بموجب المادة 38 من القانون 02-04.

أ- **الغرامة الجنائية كعقوبة أصلية:** طبقاً لنص المادة 38 من القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم. نصت المادة 38 من القانون رقم 02-04 على أنه " تعتبر الممارسات التجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26-27-28-29 من هذا القانون، عاقبوا عليها بغرامة من خمسين ألف دينار إلى خمسة ملايين دينار² ".

كما نصت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم على أنه " تتم العقوبات المترتبة على أحكام المادة الخامسة من هذا القانون والتي تتضمن شروط تعسفية طبقاً للقانون 02-04 ".

¹ - كنوزة سعيد، بن زينة عبد الهادي، مرجع سابق، ص 65.

² - المادة 38 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وبالرجوع الى المادة 38 من القانون 02-04 المعدل والمتمم نجد أن المشرع الجزائري غرامك الجزاء الجنائي وحيد من مخالفة المتعلق بالممارسات التجارية غير النزيهة، والفصل الخامس المتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية الى جانب مخالفة أحكام الفصل الأول المتعلق بالأسعار والتعريفات وشروط البيع من الباب الثاني المتعلق بشفافية الممارسات التجارية، إذ تنص المادة 31 من القانون رقم 02-04 على " الاعلامي بالأسعار والتعريفات مخالفة لأحكام المواد 4-6-7 من هذا القانون ويعاقب عليه بغرامة من خمسة آلاف دينار الى عشرة آلاف دينار ".

ب- العقوبات الاستثنائية: مقررمة بموجب المادة 11 من القانون رقم 10-06 المعدلة لأحكام المادة 47 من القانون 02-04 حيث أضاف المشرع عقوبات بموجب التعديل هي:

- غلق المحل التجاري: إضافة الى الغرامة فقد جاء القانون رقم 10-06 بعقوبة ثانية على ادراج الشروط التعسفية ممثلة في غلق المحل التجاري إذا تعلق الأمر بحال العدول لكل مخالفة لأحكام هذا القانون.
- عقوبة الحبس: إضافة الى الغلق الإداري للمحل التجاري والمنع المؤقت للنشاط التجاري وكذا امكانية الحكم بالشطب من السجل التجاري فقد تضاف الى هذه العقوبة الحبس من ثلاثة أشهر الى خمس سنوات وفق المادة 11 الفقرة الرابعة من القانون رقم 10-06¹.

¹ نصت المادة 11 الفقرة الثانية المعدلة لأحكام المادة 47 بموجب القانون رقم 10-06 المعدل للقانون رقم 02-04، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية أنه " يعد حالة عود لهذا القانون قيام العون الاقتصادي بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين التي تلي انقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط ".

ثانيا: الرقابة الإدارية في مكافحة الشروط التعسفية

في إطار البحث عن التوازن العقدي المفقود من جراء أعمال الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، رأى المشرع ضرورة وجود رقابة إدارية كإجراء وقائي لمنع إبرام عقود استهلاكية تعسفية، وتمثل ذلك في ميلاد لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 .

1-تعريف لجنة الشروط التعسفية: هي تنظيم أوجدها المشرع الى جانب القضاء لدعم الحماية المرجوة لصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون مع الأولين لعقود استهلاك يغلب عليها طابع عقود الاذعان، فهي هيئة إدارية استشارية مختصة في محاربة الشروط التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة وفقا لما نص عليه المشرع في المادة 06 من الفصل الثالث من المرسوم 06-306 ، وهي جهاز إداري تابع لوزارة التجارة ولا يتمتع بالاستقلالية فعلى الرغم من أن نشاطاتها اقتصادية إلا أن هذه التبعية تنفي اعتبارها سلطة من السلطات الإدارية المستقلة¹.

2-تشكيلة لجنة البنود التعسفية: تتكون اللجنة التي يرأسها ممثل الوزير المكلف بالتجارة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي:

- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.

- ممثلان عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
- ممثلان عن مجلس المنافسة.

¹ - بن طاية زوليخة، بعناش كريمة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك الالكتروني، مجلة الحكومة والقانون الاقتصادي، المجلد 01، العدد 02، 2021، ص51.

- متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين في مجال قانون الأعمال.
- ويمكن اللجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها¹.

3- مهام لجنة بنود التعسف: نصت المادة سبعة من المرسوم التنفيذي 06-306 على ما يلي:

- تتكلف اللجنة لا سيما بالمهام التالية:
- تبحث في كل الأعمال المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تسيع توصية تبلغ الى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية.
- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع التعسفي.
- كما تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين.
- مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها².

4- اجتماعات ومداولات لجنة البنود التعسفية: تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر في دورة عادية باستدعاء من رئيسها، كما يمكنها الاجتماع في دورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل، وتصح جلستها بحضور نصف أعضائها على الأقل، مع صحة مداولاتها في حالة عدم اكتمال النصاب القانوني لعدد الأعضاء الحاضرين، وذلك بعد استدعاء ثان بعد 8

¹ - المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم.

² - المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم.

أيام من الاستدعاء الأول، كما تأخذ قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين مع ترجيح صوت الرئيس عند تعادل الأصوات.

ثالثا: الرقابة المؤسسية في محاربة الشروط التعسفية

1- تعريف جمعيات حماية المستهلكين: هي هيئات تطوعية غير حكومية يؤسسها نشطاء من أفراد المجتمع المدني باختلاف ثقافتهم واختصاصهم لا تهدف الى الربح، وإنما هي تهدف الى حماية حقوق المستهلك من الممارسات المخلة بحقوقه وضمان الدفاع عنها عن طريق تنويره وتوعيته لما له من حقوق وواجبات ورفع الدعاوى القانونية ضد جشع التجار والمحتكرين¹.

كما عرف المشرع هذه الجمعيات في المادة 21 في الفقرة الأولى من القانون رقم 03-09 المعدل والمتمم " جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف الى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه و تحسيسه وتوجيهه وتمثيله ".

2- دور جمعيات حماية المستهلكين:

أ- الدور الوقائي لجمعيات حماية المستهلك من البنود التعسفية: يقصد بذلك الدور الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلك للحفاظ على صحة وأمن وسلامة المستهلك من الممارسات التي تشكل خطرا عليه، في ظل غياب الوعي الاستهلاكي لدى جمهور المستهلكين، الى الارتقاء بالمستوى الاستهلاكي، بما يتناسب مع مقتضيات الحياة وتعريف المستهلكين بحقوقهم، ولها الضغط على

¹ - محمودي مليكة، دمني حسيبة، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مقدم ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2016/2017، ص97.

المهنيين لأجل التوقف عن إدراج شروط تعسفية في ممارساتهم التعاقدية مع المستهلكين، لذلك أسلوب التوعية والدعاية المضادة وكذا أسلوب المقاطع¹.

ب- الدور العلاجي لجمعية حماية المستهلك من البنود التعسفية:

ويتجلى ذلك في حق الجمعيات في اللجوء الى القضاء وتتأسس طرفا مدنيا طبقا لأحكام المادة 23 من القانون 03-09 تعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ويمكنها مباشرة دعوة إلغاء الشروط التعسفية طبقا لنص المادة 65 من القانون 02-04 على أساس أن إدراج شروط تعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين لأحكام القانون 02-04 وعليه تثبت المادة 65 من القانون 02-04 الصفة لجمعية حماية المستهلك برفع دعوى لإلغاء الشروط التعسفية².

والتي نصت على أنه " دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الاجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي هذه المصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم

رابعا: الرقابة اللاحقة لإبرام العقد

لم تعد الرقابة السابقة على إبرام العقد كافية لتحقيق العدالة العقدية أو على الأقل للتخفيف من حدة التعسف الذي يمارسه المتدخل في حق المستهلك، لذلك كان تدخل السلطة القضائية أمرا ضروريا لتحقيق حماية أفضل له، من خلال الكشف عن الشروط التعسفية هو الحكم بإلغائها.

¹ - عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، مرجع سابق، ص114.

² - المرجع نفسه، ص114.

1- سلطة القاضي المدني في إعادة توازن العقد الاستهلاكي:

إن سلطة القاضي المدني في مجال مكافحة الشروط التعسفية المنصوص عليها في القواعد العامة في التعاقد تنحصر فقط في العقود التي تأخذ وصف عقود الإذعان.

2- سلطة القاضي المدني في تقدير الشرط التعسفي:

بالرجوع الى المرسوم رقم 06-306 نجد المشرع الجزائري حدد في المادة الثانية منه العناصر الأساسية الواجب توفرها في العقد بين العون الاقتصادي والمستهلك والتي هدفها إعلام هذا الأخير، بفرض إدراجها من قبل العون الاقتصادي في العقد يعد بمثابة تعسف صادر منه في مواجهة المستهلك، كما أن المشرع الجزائري منح هذا الأخير المدة الكافية لفحص العقد قبل إبرامه للتأكد من مدى مطابقة البنود الواردة في العقد مع العناصر الأساسية له المنصوص عليها في القانون وذلك لحماية المستهلك والتأكد من عدم وجود شروط تعسفية في العقد وبالتالي امكانية الحق في العدول من طرف المستهلك قبل توقيع العقد.

وقد حدد المشرع الجزائري الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر لذلك يمكن للقضاء أن يبطل أنواعا أخرى من الشروط التعسفية لم يرد ذكرها في القانون، وعليه فإن القانون خول للقضاء سلطة واسعة في تقدير ما إذا كان الشرط الوارد في العقد تعسفيا وامكانية تعديله لن يحقق التكافؤ في القوة بين العون الاقتصادي والمستهلك أو إعفاء هذا الأخير منه حسب ما تقتضي به العدالة.

هذا وتجب الإشارة الى أن الطابع التعسفي للشرط يقدر بالنظر الى الظروف المحيطة بالتعاقد، بمعنى الشروط الأخرى التي تضمنها نفس العقد أو الشروط التي تضمنها عقد آخر يرتبط بالعقد المعني، كعقد القرض من أجل تمويل شراء منزل وعقد بيع هذا المال، وعليه فالشرط التعسفي لا يتعلق بمدى تناسب الثمن مع السلعة مقدمة لأن الهدف من منع الشروط

التعسفية هو إعادة التوازن العقدي الذي تأثر بالشروط التعسفية التي تضمنها العقد وليس ضمان التعادل بين الثمن والسلعة أو الخدمة المقدمة¹.

3- سلطة القاضي المدني تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه:

القانون الجزائري لا نجد ضمن القواعد الخاصة أية حكم يتكلم عم بطلان الشروط التعسفية أو العقود التي تتضمنها سواء تعلق الأمر بالقانون رقم 04-02 أو القانون رقم 09-03.

غير أنه بالرجوع الى القواعد العامة يتضح أن المشرع الجزائري أعطى سلطة للقاضي في تعديل واستبعاد الشرط التعسفي وهذا ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني " إذا تم العقد بطريقة الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

وعليه رتب المشرع الجزائري الغاء شرطه التعسفي مقابلة بقاء العقد الذي تضمنه قائما، كما حصر تلك الشروط التعسفية الناتجة فقط عن عقود الاذعان. وعليه فإن المستهلك لا يشمل بالحماية من الشروط التعسفية في جميع العلاقات التعاقدية التي لا يكون فيها للمتدخل في وضعية احتكار، وعليه يستلزم على المشرع النص على بطلان هذه الشروط ضمن الأحكام الخاصة بحماية المستهلك².

¹ - مجدوب آمنة، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل ومكافحة الشروط التعسفية، مجلة القانون، المجلد 11، العدد الأول، 2022، 30 جوان 2020، ص297.

² - مجدوب آمنة، ص280.

المبحث الثاني: آليات تحقيق التوازن العقدي عن طريق التدخل القضائي

أخذت قواعد القانون المدني بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، أي أن المتعاقدين من يحددان الالتزامات التي يترتبها العقد، إلا أن المشرع خرج عن هذه القاعدة العامة ، وذلك من أجل توفير حماية خاصة لأحد الطرفين في حالة عدم توازن في الالتزامات ، بحيث منح سلطة التدخل في تعديل العقد و هذا ما نتطرق اليه في تحقيق التوازن العقدي عن طريق تدخل القاضي في مرحلة تكوين العقد (المطلب الأول)، تحقيق التوازن العقدي عن طريق تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحقيق التوازن العقدي عن طريق تدخل القاضي في مرحلة تكوين العقد.

منح المشرع للقاضي سلطة بموجب القانون لتعديل أو إنهاء أو مراجعة العقد ، و تكون مهمة للقاضي في مرحلة تكوين العقد، و هذا ما نتعرف عليه من خلال : دور القاضي في إعادة التوازن المفقود للعقد بسبب الشروط التعسفية في عقود الإذعان (الفرع الأول)، دور القاضي في إعادة التوازن المفقود للعقد بسبب الغبن و الاستغلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المفقود للعقد بسبب الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

أولاً: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها.

رخص المشرع للقاضي في تعديل العقد لإعادة توازنه وتحقيق العدالة العقدية سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها.

1- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان:

نص المادة 110 من القانون المدني " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وتتضمن شروطا تعسفية جازة للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك¹ ".

وقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة واسعة في تعديل العقد وهذا خروجاً عن الدور الذي كان يقوم به في تفسير العقد فقط، والمقصود هنا هو تعديل الشرط مع الإبقاء على العقد قائماً، أي أن يرفض القاضي وجه التعسف الذي يتضمنه العقد بالطريقة التي يراها مناسبة، دون أن يخضع لرقابة المحكمة العليا، في الفصل هنا في مسألة هو مدى اقتناع القاضي بأن الشرط مناف للأخلاق وأبعد ما يكون عن تحقيق العدالة التعاقدية يهدفها روح القانون كونه يمنح أحد الأطراف امتيازات تفوق بكثير الواجبات الملقاة على عاتقه، والأكثر من ذلك تدخل القاضي للتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية يعتبر مسألة جوازية بالنسبة إذ يمكنه عدم اعمال سلطته التي خولها اياها القانون حتى ولو تبين وجود سمة التعسف التعاقدى متى وجد مسوغاً لذلك².

وتتعدد هذه الأوجه بحسب ما يضعه الطرف المذعن من شروط تعسفية، قد يتضمن العقد شروطاً تتعلق بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها فيعقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو ما شابه ذلك، مما يجعلها شروطاً جوهرية ، فتكون هنا وسيلة التعديل هي الأنسب لرفع الإعجاز والضرر عن الطرف الضعيف³.

¹ - الأمر 58-75، 1958 المتضمن القانون المدني.

² - نايلي بلال، فتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 8، العدد2، 2023، ص203-207-219.

³ - نايلي بلال، فتاك علي، المرجع نفسه، ص207 /ربيعة ناصري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد9، العدد 1، 2021، 14 جانفي 2021، ص117-123-131.

وقد تكون هذه الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته فيكون التعديل بالزيادة أو النقصان بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط مما يحقق الغرض أو الهدف الذي أراده المشرع من منح القاضي هذه السلطة وهو التوازن بين الأداءات المتقابلة¹.

2- سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان:

إذا ما ارتأى أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي وأن مجرد تعديله بتخفيف الالتزام الذي يفرضه على عاتق الطرف المذعن لا ينفي بغرض الحماية المطلوبة له، فإنه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن منه لا من تنفيذه مخالفة بذلك قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " كما لو كان الشرط متمثل في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية، جازة إلغاء الشرط ليعضد العقد للقاعدة العامة وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع².

إذ يلجأ إليه القاضي بإلغاء الشرط موضوع النزاع غير مجدي في التعسف إلا بإعفاء الطرف المذعن منه وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، أي الخلل في التوازن العقدي يتمثل في وجود هذا الشرط في العقد الحل في إعادة التوازن يكمن في إزالة الشرط للمحافظة على العقد، فيعفى الطرف المذعن منه لا من تنفيذه، وهذه الوسيلة تعتبر أشد جراحة من وسيلة التعديل وسلاح بالغ الخطورة في يد القضاء، وهذا لكونه يشكل مساساً وانتهاكاً كبيراً لمبدأ سلطة الإرادة المبني على احترام حرية الأفراد في تحديد مضمون الاتفاقات المبرمة فيما بينهم³.

غير أن هناك بعض الشروط التي لا يمكن للقاضي إعفاء الطرف المذعن منها بسبب طبيعتها، لأن إلغائها من شأنه أن يؤدي إلى القضاء على العقد برمته، كالأجرة في عقد

¹ - نايلي بلال، فتاك علي، المرجع نفسه، ص 207/ ربيعة ناصري، المرجع نفسه، ص 123.

² - ربيعة ناصري، المرجع نفسه، ص 124.

³ - نايلي بلال، فتاك علي، المرجع نفسه، ص 208.

الإيجار أو الثمن في عقد البيع، لا يمكن إلغائها بل يمكن للقاضي إذا رأى أنها تشكل شرطا تعسفيا، أن يعدلها طبقا لمقتضيات العدالة، وقد يظهر الشرط التعسفي في صورة من صور الغبن المادي أو الاستغلال وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتعديل الشرط التعسفي إما بالإنقاص في التزامات الطرف المذعن المغبون أو الزيادة في التزامات الطرف القوي الغابن لإزالة الغبن الوارد فيه¹.

ثانيا: دور القاضي في تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن

يقصد بالتفسير بصفة عامة توضيح الألفاظ المبهمة في النص وإكمال ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة عند حدوث تعارض، الحاجة الى التفسير الى كون القاعدة القانونية أحيانا لا يظهر فيها المعنى الكامل يتوخاه المشرع ومهما حاول هذا الأخير أن يكون دقيقا وواضحا فقد تستجد الوقائع ما يتطلب البحث عما إذا كانت تلك القواعد يمكن تطبيقها على التي قد تحدث، وفي إطار تفسير العقد قد يعرض على المحكمة نزاعا بشأن عقد من العقود، المقصود من العبارات والشروط الواردة بقصد تحديد ما اتجه اليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، متبعة في ذلك قواعد التفسير العامة وهي أن يفسر الشك لمصلحة المدين.

واستثناء في عقود الازعان فإن الشك يفسر دائما لمصلحة الطرف المذعن، فإذا تضمن العقد شروطا غامضة ولم يستطع القاضي إزالة هذا الغموض باستخدام وسائل التفسير الممكنة، وظل الشك قائما حول ما اتجهت إرادة المتعاقدين اليه من خلال عبارات الشرط فيجب أن يفسر الشك في مصلحة الطرف المذعن حتى لو كان من شأن القواعد العامة

¹ - المرجع نفسه، ص208.

تفسيره لمصلحة المشتري، فيجب كما لو كان من شأن الشرط محل الشك أن يشدد من المسؤولية العقدية للطرف الضعيف عما تقضي به القواعد العامة¹.

ويمكن تبرير تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن أن المتعاقد الآخر كطرف قوي هو الذي يضع شروط العقد، حيث يستطيع أن يفرض على الطرف المذعن شروط واضحة لا غموض فيها فإذا لم يفعل ذلك فإنه يحاسب على خطئه وتقصيره على هذا الغموض الذي تسبب فيه².

وحسب ما ورد في نص المشرع الجزائري في المادة 112 من القانون المدني على أنه " يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن "، وبالرجوع الى نص المادة 111 من نفس القانون نجد أن المشرع الجزائري فرق بين ثلاث حالات عندما يتعلق الأمر بتفسير العقد وهي:

أ- حالة وضوح عبارة النص: وهنا لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طرق التفسير أو التأويل، إن مثل هذه النزاعات التي تطرح أمام القضاء كثيرا ما تتعلق بشروط مجففة لا تحقق مصلحة أحد الأطراف فيلجأ القضاء لمحاولة إعطائها تفسيراً يرفع عنها هذا الإجحاف وقد يجازيه القضاء في هذا الطرح، لذلك جاء موقف المشرع صريحا وواضحا في عدم امكانية تفسير البنود الواضحة لأنها تفسر نفسها بنفسها.

ب- حالة غموض عبارة النص: هنا يتعين على القاضي اللجوء الى التفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والأمانة والثقة وعرف المعاملات، حيث أنه يمكن

¹ - عمارة صوالح محمد، نورة جبار، ضرورة تعزيز مبدأ التوازن العقدي كأداة حمائية للمستهلك من التعسف من عقود الإذعان، مخبر الآليات القانونية للتنمية المستدامة، جامعة بومرداس، 28 أبريل 2020، ص 769.

² - المرجع نفسه، ص 770.

أن لا يصل القاضي من خلال بحثه في العبارات الواردة في العقد الى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، ليضل هناك شك حول حقيقة هذه النية فلمجرد الشك بأن يتراوح تفسير العقد بين عبارات متعددة حائرا لترجيح عبارة على الأخرى، أي أن الأطراف المتعاقدة كلا منهما أراد شيئا لم يريده الطرف الآخر حال لم تتمكن الوسائل التي اعتمدها القاضي في تحديد العنصر المشترك للمتعاقدين عبارة تحمل معنيين أو كانت عبارة العقد مبهمة الى درجة تمنع الاختيار، في هذه الحالة يجب على القاضي الأخذ بالمعنى الذي تكون فيه مصالح للمدين.

ت- حالة الشك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين: هنا يفسر الشك مصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذمة المادة في فقرتها الثانية نجد المشرع نص على أن القاضي يفسر الشروط أول العبارات الغامضة دائما لمصلحة الطرف الضعيف المذعن دائنا كان أو مدين، ذلك أن الطرف المذعن هو الأضعف اقتصاديا وقبوله بالشرط ناجم عن ضعف مركزه في العقد لذا كان الأجدر بالحماية مقارنة بالمتعاقدين معه، هذا الأخير هو الذي استقل واستأثر بوضع البند الغامض دون أن يناقش في المسألة الأولى أن يتحمل تبعات هذا الغموض، والقاعدة أن المخطئ لا يستفيد من خطأه، فإذا اعتبرنا الشك عبارة عن خطأ خلال مرحلة التعاقد فلا يعقل أن يستفيد منه صاحبه ويتحملة الطرف الأضعف الذي سلم به وأذعن له دون مساومة¹.

وعليه فالمشرع بمناسبة تفسير عقود الاذعان لم يقف عند البحث عن الإرادة المشتركة لأطرافه، التوازن العقدي بينهما بل منح القاضي تفسير العبارات الغامضة معيار حمائي بغية حماية الطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف في العقد، مع تحميل الطرف القوي مسؤولية العبارات محل الشك لأنه وضعها ومعيار موضوعي من خلال أخذه بعد معايير موضوعية هي معيار طبيعة التعامل ومعيار الثقة والأمانة وفقا للعرف الجاري في

¹ - نايلي بلال، فتاك علي، المرجع سابق، ص280.

المعاملات عيار تفسير الشك لمصلحة المدين والطرف المذعن وهذه المعايير تستهدف تحقيق العدالة كأساس لحماية الطرف الضعيف وحسن النية¹.

الفرع الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المفقود للعقد بسبب الغبن والاستغلال

أولاً: سلطة القاضي في تعديل العقد الخاضع للغبن

1- شروط الغبن:

- يشترط أن يكون العقد من عقود المعاوضة الملزم لجانبين للبيع، أما عقود التبرع فلا يمكن الحديث عن الغبن فيها.
- أن تكون القيمة بحيث يجب أن تكون التزامات الطرفين محددة القيمة عند إبرام العقد.
- أن لا يكون العقد قد تم عن طريق المزايدة أو المناقصة وفقاً لما يقتضي به القانون مثل حالة بيع أموال المدين جبراً للوفاء بما عليه من ديون.
- أن يكون الغبن فاحشاً، أي إذا زاد عن الخمس².

2- حالات تحقق الغبن: مشروع الجزائري للحالات التي يجوز فيها للقاضي دير

العقد لرفع الغبن من نصوص القانون المدني ونذكر منها:

- **الغبن في بيع العقار:** نظراً للأهمية التي يمتلكها عقد البيع باعتباره من أقدم العقود المسمّاد منح له المشرع أهمية ونظم أحكامه في الفصل الأول من الباب السابع تحت عنوان "العقود المتعلقة بالملكية"، من المادة 351 إلى المادة 412 من القانون المدني الجزائري.

¹ - عمارة صوالح محمد، نفس المرجع، ص772.

² - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دارهما الطباعة والنشر، 2002، ص92.

ونص المادة 385 من القانون المدني الجزائري على ما يلي " طبيعة عقار
بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكمله الثمن الى أربعة أخماس
ثمن المثل.

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب وقت
البيع ".

و أضاف في نص المادة 360 من نفس القانون أنه " لا يجوز الطعن بالغبن
في بيع بمقتضى القانون ¹ ".

كما نص المشرع أيضا في نص المادة 385 من نفس القانون " لا ضمان
للبيع في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد ² ". حيث وضع
المشرع مجموعة من الشروط يمكن أن يعتد بوجود الغبن في بيع العقار، إذ يجب
أن يرد البيع على عقار، وأن يكون العقد رسميا.

لا يعد عقد البيع المحرر أمام موثق عقدا صوريا لمجرد البيع بالغبن كما يجب
أن تزيد قيمة الغبن عن الخمس وأن البيع لم يتم عن طريق المزاد العلني ³.

• **عقد القسم الرضائية:** القسمة هي طريقة لإنهاء حالة الشروع أين يقسم
المال الشائع الى عدة حصص ويستقل كل شريك حصته.

نص المادة 732 من القانون المدني على أنه " يجوز نقض القسم الحاصلة
بالتراضي إذا أثبت أن أحد المتقاسمين أنه له حقه منها غبن يزيد عن الخمس، على
أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة ⁴ ".

¹ - الأمر 75- 58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون رقم 5-10.

² - الأمر 75- 58 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

³ - حشلاف ملوكة، عجالي خالد، تدخل المشرع في مضمون العقد، مرجع سابق، ص508.

⁴ - الأمر 75- 58 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

لتقرير وجود غبن في عقد القسمة الرضائية يجب وفقا لنص المادة أن تكون القسمة رضائية وصحيحة، أن يكون الغبن متقاسمين يزيد عن الخمس تقدير الغبن الى تقدير قيمة الشيء وقت القسمة.

3- دور القاضي في رفع الغبن:

تختلف الآثار التي تترتب على تحقيق الغبن في العقد باختلاف حالاته وعليه فإن تدخل القاضي يختلف من حالة الى أخرى، بموجب دعوة تكملة الثمن إذا تعلق الأمر بعقد بيع عقار، أو يتدخل بموجب دعوة نقض بعقد القسمة.

أ- دعوى تكملة الثمن: ترفع الدعوة من طرف البائع متى توفرت الشروط مدة ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع، وأقر القانون الحق في رفع دعوى التكملة للبائع دون المشتري وفقا لنص المادة 385 من القانون المدني في فقرتها الأولى " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل¹ ".

في حال عدم قيام المشتري بالتكملة جاز للقاضي الحكم بالفسخ بطلب من البائع لتعاد الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد².

ب-دعوة نقض القسمة: ويكون نقل القسمة بسبب الغبن اتفاقية، وهو حق مخول للشريك الذي لحقه غبن جراء القسمة وفقا لنص المادة 732 من القانون المدني في فقرتها الأولى " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت سمينه أنه لاحقه

¹ - الأمر 75- 58 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

² - طبيب فائزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، الطور الثالث في الحقوق قانون خاص، جامعة عبد الرحمان بن باديس، مستغانم، 2018/2019، ص150.

غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة¹."

ثانيا: تعديل العقد الخاضع للغبن والاستغلال

1- شروط تحقق الاستغلال:

الاستغلال هو استثمار الظروف النفسية للمتعاقد الآخر وإيقاعه في غبن فاحش، هو الغبن هو المظهر المادي للاستغلال وهو التعادل في التزامات الطرفين في العقد، أي أن هناك خلل بين مقدار ما يقدمه أحدهما للآخر ومقدار ما يأخذه. وهذا ما نصت عليه المادة 90 من القانون المدني على أنه " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد لأن المتعاقد الآخر استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح، للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد "

2- عناصر الاستغلال: وللاستغلال عنصرين مادي وعنصر آخر نفسي.

أ- **العنصر المادي أو الموضوعي:** وهو الغبن أي عدم التعادل في الالتزامات الطرفين، وهو اختلال التعادل الفادح كون أن التزامات أحد المتعاقدين لا يتعادل مع ما حصل عليه من فائدة أو مع التزامات المتعاقد الآخر.

ب- **العنصر النفسي أو المعنوي:** ويمكن القول أن هذا العنصر المعنوي متكون بدوره من ثلاث عناصر مشار إليها في المادة 90 من القانون المدني.

- استغلال طيش بين أو هوى جامح، والطيش البين هو مثل شخص يورث ميراثا وبأخذ ويصرف منه بسفه فيستغل شخص آخر ذلك الطيش ويبيعه

¹ - الأمر 75- 58 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

بأضعاف ثمن هذا الشيء المبيع ويبقى تقديره للقاضي وعلى الطرف المغبون إثبات هذا الطيش أو الهوى الجامح.

- استغلال المتعاقد لطيش أو هوى المتعاقد الآخر يجهل بقيام شيء من ذلك (طيش أو هوى جامح) لدى المتعاقد الآخر، فالعقد صحيح لعد توفر الاستغلال.

- أن يكون الاستغلال هو الذي دفع المغبون الى التعاقد¹.

وكنيجة لهذا الاختلال الجزائي للقاضي سلطة التدخل من أجل محاولة العقد للعقد المبرم، إذ أن مهمة القاضي في هذه المرحلة تكون وقائية أكثر في سبيل المحافظة على المراكز القانونية الناشئة، وحتى يمارس القاضي سلطته يجب أن يتأكد من توافر الشروط المطلوبة على الحالة المعروضة عليه فإنه يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطله أن يعدله².

3- سلطة القاضي في تعديل العقد الخاضع للغبن الاستغلالي:

يخضع تقدير العناصر المكونة لاستغلال السلطة التقديرية للقاضي فينظر للظروف المحيطة بالمتعاقدين والظروف المحيطة بالعقد وكذا الأدلة التي يقدمها الخصوم ليخلص إذا ما كان على هذا تعادل أم لا ولا يخضع القاضي في تقديره لهذه العناصر العليا كونها من مسائل الوقائع لا من مسائل القانون لكن يخضع في تكييفه القانوني لوقائع الاستغلال لرقبتها، ويقع عبء اثبات الاستغلال بعنصريه على المدعي طبقا للقواعد العامة، ويشترط المدني لإبطال العقد على أساس الاستغلال إثبات العنصرين المادي والمعنوي³.

¹ - ربيعة ناصري، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني الجزائري، مرجع سابق، ص119.

² - نايلي بلال، فتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مرجع سابق، ص205.

³ - سعدان كهينة، ايقني فاطمة الزهرة، دور القاضي في مجال العقد المدني، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص شامل ، حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص16.

وبالتالي فإنه يجوز للقاضي على طلب المتعاقد المغبون أن يبطله أو أن يعدله.

أ- دعوة إبطال العقد: لإزالة اختلال التوازن العقدي الناشئ عن الغبن الذي سببه الاستغلال، المشرع الجزائري دعوة الإبطال كوسيلة قانونية لصالح الطرف المغبون، يتوقف أعمالها على إرادته الحرة دون أن يكون للقاضي الحق في إثارتها من تلقاء نفسه كما يمكن أن يتنازل عن هذا الحق ويكون بذلك قد أجاز هذا العقد، فالعقد في هذه الحالة باطل بطلانا نسبيا وبطلان النسبي ليس من النظام العام ولا يمكن إثارته إلا من أطراف العقد، ففي هذه الحالة لا يكون للقاضي سوى التزامات المتعاقد المغبون له الحق في التزامات الطرف الآخر من تلقاء نفسه إذا طلب الطرف المغبون ذلك، من عبارة " الجواز" التي استعملها المشرع، فالقاضي له سلطة تقديرية واسعة في الدعوى المطروحة عليه ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا داري أحكامه¹.

ب- دعوة إنقاص الالتزامات: الى جانب إبطال العقد أقر المشرع وسيلة ثانية لرفع الغبن، تتمثل في الإنقاص من التزامات المتعاقد المغبون، ويلزم القاضي بدعوى الإنقاص التي يتقدم بها المغبون، حيث لا يمكنه أن يقضي بإبطال العقد، لأن ذلك يخالف مبدأ التقاضي، ولا يسع القاضي إذا إلا أن ينقص المغبون إذا تحقق وجود الاستغلال، أو أن يرفض الدعوى إذا لم يتحقق الاستغلال.

كما لا يجوز للقاضي بدل أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون أن يرفع التزامات المتعاقد المستغل كان يرفع الثمن، فلا يجوز رفع الالتزامات المتعاقدة المستغل إلا إذا قام هو من تلقاء نفسه في عقود معاوضة القاضي كاف لرفع الغبن الفاحش.

وإن دعوة إنقاص تضمن استقرار المعاملات ولكنها لا تحقق توازنا كليا بين التزامات المتعاقدين، لأنها تقلل من فداحة الغبن فقط، وعليه فإن إنقاص الالتزامات لا تفيد الزيادة

¹ - نايلي بلال، فتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مرجع سابق، ص205.

في التزامات المستغل، فهناك فرق كبير بين هذين الأمرين، حيث يكون إنقاص الالتزامات بمقتضى القانون بينما ترجع الزيادة الى المعني فقط¹.

المطلب الثاني : تحقيق التوازن العقدي عن طريق تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

منح المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد في مرحلة تكوينه حرصاً منه على حماية حقوق الطرف المتضرر ، غير انه عاد و منح نفس الحماية في مرحلة التنفيذ نظراً لإختلال التوازن العقدي بين المتعاقدين، و الذي نتطرق اليه من خلال : دور القاضي في تحقيق التوازن المفقود للعقد بسبب الظروف الطارئة (الفرع الاول)، دور القاضي في تحقيق التوازن المفقود للعقد بسبب الشرط الجزائي (الفرع الثاني).

الفرع الاول : دور القاضي في تحقيق التوازن المفقود للعقد بسبب الظروف الطارئة

أولاً: اختلال التوازن العقدي بسبب الظروف الطارئة

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري بأن " العقد شريعة المتعاقدين، يجوز نقضه أو تعديله فلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون² ". غير أنه قد يحدث ظرف طارئ فيؤدي الى اختلال توازن العقد.

1- تعريف الظرف الطارئ: يعرف الظرف الطارئ بأنه حالة استثنائية عامة تطرأ

بين مرحلة إبرام العقد ووقت تنفيذ الالتزام ومن شأن هذا الأمر الطارئ التأثير على

¹ - مرجع نفسه ، ص206.

² - الأمر 75 - 58 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

مصلحة المتعاقدين لا سيما المدين بالالتزام، بحيث يجعل هذا الظرف تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا¹.

2- تعريف نظرية الظروف الطارئة: عرف المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة من خلال المادة 107 من القانون المدني " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقع حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بالخسارة الفادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

3- شروط اعمال نظرية الظروف الطارئة: وتنقسم الى شروط تتعلق بالحادث الطارئ وأخرى تتعلق بالالتزام وذلك باستقراء المادة 107 من القانون المدني الفقرة الثالثة.

أ- الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ:

- أن يشكل الظرف الطارئ حادثا استثنائيا: اي ان يكون الحادث غير مألوف، واشترط الاستثنائية طارق هو تضيق من المشرع لمجال تدخل القاضي لتعديل العقد، ومن ثم إقرار المبدأ الأصلي وهو مبدأ سلطة الإرادة الذي يحفظ العقد من أي طرف أجنبي على طرفي العقد.

¹ - دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون، العدد6، جوان 2016، ص139.

• أن يكون الحادث غير متوقع: يجب أن يكون الحادث غير متوقع خاصة بالنسبة للمتعاقد المدين، فنظرية الظروف الطارئة كنظرية القوة القاهرة لا يعتد بها إلا بالأحداث التي لم تكن في الحسبان التي لم تتوقع وقت إبرام العقد وإلا تم الاحتياط بها.

حيث أن هذا الشرط متولد عن الشرط السابق وهو الاستثنائية، إذ أن الحادث الغير متوقع هو الحادث الاستثنائي، ولذلك هناك من يقتصر على ذكر شرطين في الحاث الطارئ وهما: أن يكون عاما وأن يكون استثنائيا، كما أضاف المشرع شرط "عدم التوقع". وحدث الظرف الطارئ يجب أن يكون خلال الأجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام، أما إذا حدث خارج هذا الأجل فإن المدين وحده هو الذي يتحمل تلك الظروف ولا دخل للدائن فيها لأنه لم يكن مقصر في التزامه¹.

• أن يكون الظرف الطارئ عاما: والمقصود بعمومية الظرف الطارئ أن يمتد أثره الى الناس كافة أو الى طائفة معينة لها نفس طبيعة التعامل، العمومية في نظرية الظروف الطارئة فيه تمييز واضح بينها وبين القوة القاهرة إذ لا يشترط في هذا الأخير سوى الاستثنائية وعدم التوقع دون العمومية بالمدين دون غيره، لذلك يرى بعض الفقه أن هذا الشرط هو تضيق لمجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث لا يؤخذ بها إلا إذا كان الحدث الطارئ عاما، ولعل في هذا التضيق تفويت للغاية من النظرية وهي ضمان العدالة العقدية برفع الإرهاق عن المدين الذي هو واقع في الحادث الطارئ و إن لوم توفر شرط العمومية.

ب- الشروط المتعلقة بالالتزام: أم الشرط المتعلق بالالتزام فهو أن يكون تنفيذه مرهقا للمدين، حيث أن توفر الشروط الثلاثة في الحادث الطارئ الاستثنائية والعمومية وعدم التوقع لا تكفي وحدها لإعمال نظرية الظروف

¹ - درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2014، ص254.

الطارئة، بل يجب النظر الى تأثير كل هذا على التزام المدين، فيجب أن يكون من أهم الآثار أن يصبح تنفيذ التزام المدين مرهقا، مما يهدد بخسارة فادحة¹.

وهذا بسبب حدوث الحاث الطارئ الذي وقع أثناء تنفيذ العقد، وهنا يأخذ معيار الموضوع كمعيار لتقدير الارهاق في تنفيذ الالتزام، ولا يؤخذ في هذا المعيار بالظروف الخاصة للمدين ولكنه يراعى فيه ما يجاوز المألوفة من خسارة في التعامل وتكون الصفة الواقعة على العقد في أصلها منفصلة عن ظروف المدين.

إضافة الى هذه الشروط يجب توفر شرط جوهر آخر وهو أن يتمسك المدين الذي أصبح بتنفيذ التزامه مرهقا بسبب الظروف الطارئة بتطبيق نص المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني على الرغم أن نص المادة يشير الى اخره لأن نظرية الظروف الطارئة تعد من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على عدم العمل بها " ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

والمدين إذا نفذ التزامه بالكامل قبل المطالبة القضائية بتعديل العقد، فإن تنفيذ الالتزام في هذه الحالة يعتبر قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، على أساس أن التزام المدين صار غير مرهق له، وبالتالي يكون المدين في هذه الحالة غير مطالب بالدين الذي في ذمته².

4- تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة: حسب نص المادة 307 من القانون المدني " ينقضي الالتزام إذا ثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي على إرادته ".

¹ - درماش بن عزوز، نفس المرجع، ص261.

² - دالي بشير، مرجع سابق، ص142.

أنه يجب أن يتوفر شرطان في استحالة التنفيذ التي تؤدي الى انقضاء الالتزام، أولهما يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، والثاني ان تكون الاستحالة راجعة الى سبب أجنبي لا يدل المدين فيه، كون الالتزام مستحيلا وليس مرهقا الذي يؤدي الى انقضاء الالتزام هي التي يترتب عليها تعذر الوفاء كليا، أما إذا ظل الوفاء ممكنا وإن أصبح مرهقا فإنه لا ينقضي وفي هذه الحالة يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توفرت شروطها طبقا للمادة 107 في فقرتها الثالثة.

وعليه فإنه هناك اختلاف واضح بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة لا سيما إذا تعلق الأمر بشروط وأحكام كل منهما للظرف الطارئ يشترط فيه أن يكون استثنائيا وعاما ومن شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام ممكنا، أي أن تنفيذ الالتزام في إطار نظرية الظروف الطارئة لا يكون مستحيلا وإنما مرهق للمدين وتبعاً لذلك لا ينقضي الالتزام ولا تبرأ ذمة المدين إذا حدث ظرف طارئ غير متوقع وغير راجع الى تقصير المدين أو إهماله، هذا بخلاف القوة القاهرة التي تؤدي بالضرورة الى انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ وعلى ذلك تبرأ ذمة المدين إذا الالتزام أصبح مستحيلا بسبب خارج عن إرادته¹.

ثانيا: سلطة القاضي في تعديل عقد ورد عليه ظرف طارئ

وقد منح المشرع الجزائري القاضي سلطة واسعة في اختيار الوسيلة المناسبة لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، فمن بين هذه الوسائل المتاحة للقاضي لإعادة التوازن للعقد المبرم هي الإنقاص في الالتزام المرهق زيادة في الالتزامات المقابلة لتنفيذ العقد الى حين زوال الظرف الطارئ، تبقى هذه الوسائل سلطة تقديرية للقاضي في اختيار ما يناسب مع قضية الحال.

¹ - دالي بشير، مرجع سابق، ص140.

1- التعديل بإنقاص الالتزام المرهق (انقاص الالتزام): يمكن للقاضي التدخل في تعديل العقد بالإنقاص من مقدار الالتزام المرهق والذي يعتبر الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين، ولذلك جاءت هذه الوسيلة من وسائل رفع الإرهاق ليلجأ القاضي إليها عند ارتفاع سعر محل الالتزام لندرتة في السوق ذلك لمنع استيراده أو لأي سبب آخر فيلجأ القاضي لإنقاص الكمية التي التزم بها المدين وذلك بالقدر الالتزام في الحدود المعقولة يلاحظ في هذا أن توزيع العبء الطارئ وتحمل التبعة عن عاتق المتعاقدين بحيث يتحمل كل منهما بنصيب في زيادة السعر الغير متوقع¹.

الغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليل من الخسائر الفادحة التي يتحملها المدين، ولا ينتقد بعملية حسابية قاعات الوقائع والظروف المحيطة بالقضية، أي أن المدين سيتحمل حتما الخسائر المألوفة بينما يحاول القاضي أن يوزع مقدار الخسارة الفادحة للمتعاقدين مراعيًا مصلحة كل منهما².

2- التعديل بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق (الزيادة في التزام الدائن): في هذه الحالة تقتضي المحكمة بزيادة التزام الدائن لإحداث التوازن العادي المطلوب ومن ذلك رفع ثمن سعر التوريد عن الثمن المتفق عليه ويلاحظ أن القاضي في هذه الحالة لا يرفع السعر إلى حدود سعر السوق، لأنه لو فعل ذلك يتحمل الدائن عبء الظرف الطارئ، وهذا غير جائز إنما يجري التعديل على نحو يتحمل فيه المدين الزيادة المألوفة في السعر يقسم ما زاد عنها من زيادة غير مألوفة في الالتزام فيتحملان معا عبئا أكبر في هذه الحدود³.

¹ - علي فيلالي، التزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص379.

² - علي فيلالي، مرجع نفسه، ص379.

³ - نايلي بلال، فتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مرجع سابق، ص211.

رغم أن المشرع لم يورد هذه الحالة في نص المادة 107 من القانون المدني بعد النص العام المتضمن امكانية تعديل القاضي للعقد بسبب وقوع الطرف الطارئ، غير أنه أوردها في نص المادة 3/561 من القانون المدني الجزائري " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد ¹."

3- وقف تنفيذ الالتزام المرهق للمدين (وقف تنفيذ العقد): إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضررا جسيما للدائن ويكون ذلك نوعا من نظرة الميسرة نصت عليها المادة 181 من القانون المدني، ويشترط أن لا تزيد مدة الوقف عن سنة ².

ويلجأ القاضي للحد من ارهاق المدين في تنفيذ التزامه أي وقت تنفيذ العقد الى حين زوال الحادث الطارئ، فهو قد يكتفي بإيقاف تنفيذ العقد فترة من الزمن الى حين زوال آثار الحادث الطارئ، ويكون ذلك متى كانت هذه الآثار مؤقتة من جهة وكوقف تنفيذ العقد لا يسبب ضررا كبيرا للدائن من جهة أخرى ³.

الفرع الثاني: دور القاضي في تحقيق التوازن المفقود للعقد بسبب الشرط الجزائي

أجاز المشرع للمتعاقدين التحكم في الآثار المترتبة على المسؤولية العقلية والتي من بينها تحديد قيمة التعويض المستحق ذلك احتراماً منه لارادتيهما، إلا أنه لم يترك لهم الحرية المطلقة في تحديد تلك القيمة بل قيدها بسلطة الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي عليها فمنح المشرع للقاضي أولاً سلطة تعديل مبلغ التعويض إذا كان تقديره مفرد لأحكام المادة، وثانياً التدخل ومنح أجل للمدين حتى ينفذ التزامه.

¹ - الأمر 75- 58 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

² - علي سليمان، مرجع سابق، ص101.

³ - نايلي بلال، فتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مرجع سابق، ص211.

أولاً: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)

يعرف الشرط الجزائي على أنه اتفاق تبقي قد يريد في ذات العقد أم في عقد لاحق، يلتزم بمقتضاه المدين بدفع مبلغ من المال أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل في حالة أخلاله بالالتزام تترتب في ذمته سواء ظهر هذا الأخلال في شكل عدم تنفيذ كلي أو عدم تنفيذ جزئي، في التنفيذ أو تنفيذ معيب¹.

لم يعرف المشرع الجزائري الشرط الجزائي، غير أنه نظم في المواد 183، 184، 185، من القانون المدني حيث أجاز له للقاضي التدخل لإحداث التوازن بين الضرر والتعويض في نص المادة 184 في فقرتها الثانية من القانون المدني وذلك من خلال تعديل قيمة التعويض الاتفاقي إما بتخفيضه أو بزيادته، ويتميز الشرط الجزائي بمجموعة من الخصائص تتمثل في²:

- الشرط الجزائي هو تعويض ايقافي عن الضرر الذي يصيب الدائن جراء اخلال المدين بالتزاماته.
- الجزاء لا يستحقه الدائن إلا إذا لحقه ضرر من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه حتى لو كان معنوياً.
- يجوز تخفيض المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي حتى يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن من جراء اخلال المدين بالتزامه.
- الشرط الجزائي يعتبر تعويضاً فتجري عليه أحكام الإعدام قبل الاستحقاق.

1- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي: يتضح من خلال نص المادة

2/184 من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي " ويجوز للقاضي أن

¹ - نايلي بلال، فتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مرجع سابق، ص212.

² - بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، العلوم الاسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013-2014، ص354.

يخفض مبلغ التعويض لإثبات المدين أن التقدير كان مفرطاً الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه¹. " وحدد المشرع حالتين يجوز فيهما للمدين اللجوء الى القضاء لأجل طلب تعديل العقد بخصوص التعويض المتفق عليه مسبقاً.

أ- حالة الإفراط في تقدير التعويض: منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي، غير أنه لم يبين كيفية تقدير الإفراط وطريقة تخفيضه، فقد اكتفى بتحديد حالات تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي في المادة 184 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية سابقة الذكر، فالشرط الجزائي في هذه الحالة يقوم بدور الغرامة التهديدية وذلك يحمل المدين على الوفاء بالتزامه، يجب أن يأخذ حكمها من حيث إعادة النظر فيه، عليه فإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد، أو ينفيه من المبالغة في التعويض المشروط، أو في ما يراه مناسباً لتخفيضه ولا رقبة عليه في ذلك من المحكمة العليا².

ب- حالة التنفيذ الجزئي للالتزام: ففي هذه الحالة وجب على المدين أن يثبت أنه قام بتنفيذ جزء من الالتزام الملقى على عاتقه، فالشرط الجزائي كان بمثابة ضمان لتنفيذ العقد، وبالتالي فللقاضي سلطة الحكم بتخفيض قيمة الشرط الجزائي عليه على ضوء ما تم تنفيذه من التزام بشرط³:

- أن لا يكون هناك اتفاق مسبق بين الطرفين على أسلوب التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي فالقاضي هنا ملزم باحترام ارادتهما.

¹ - الأمر 75- 58 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

² - نايلي بلال، فتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مرجع سابق، ص212/ ربيعة نصري، مرجع سابق، ص127.

³ - نايلي بلال، فتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مرجع سابق، ص212.

- أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصيل حتى يمكن تخفيض الشرط الجزائي، فلا يمكن إجبار الدائن على قبول استيفاء جزء من هذا الالتزام ولو كان هذا الالتزام قابلاً للتجزئة.

2- سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي: حسب ما ورد في نص المادة 185 من القانون المدني الجزائري " إذا جابت الضرر قيمة التعويض المحدد كيف لا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيماً¹ "، نجد أن المشرع نص قاعدة عامة على عدم جواز زيادة الشرط الجزائي لكن استثناء أجازه تدخل من أجل الرفع من قيمة الشرط الجزائي وذلك في الحالات المحددة من بينها:

- لا لحقت داء ضرر أكبر من قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه.
 - يكون هذا الضرر ناتج عن غش المدين أو خطئه الجسيم.
- إذا تضمن الشرط الجزائي تعويضاً أقل من قيمة الضرر الواقع فعلاً فإن ذلك يعد تخفيفاً لمسؤولية المدين، وهو أمر جائز قانوناً في إطار العقلية، ويتعين على القاضي في هذه الحالة أن يحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه، ولو حل من مقدار الضرر الواقع².

ثانياً: سلطة القاضي في منح الأجل القضائي (نظرة الميسرة)

لم يرد الشرع الجزائري تعريفاً بخصوص نظرة الميسرة ولكن اكتفى بتنظيمها في نص المادة 281 والمادة 2/119 من القانون المدني وذلك تبياناً للضوابط والشروط اللازم توافرها لمنحها، وكذلك سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ العقد.

¹ - الأمر 75- 58 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

² - نايلي بلال، فتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مرجع سابق، ص212.

1- شروط منح القاضي للأجل القضائي (نظرة الميسرة):

نظرة الميسرة وهي الأجل الذي يكون مصدره القضاء حيث يجيز القانون للقاضي أن يمنح المدين حسن النية أجلا أو آجالا معقولة للوفاء بدينه دون أن يلحق ذلك بالدائن ضرر جسم، ولا يتم منح هذا الأجل إلا إذا توفرت شروط محددة من بينها¹:

- أن لا يقوم مانع قانوني يمنع من منح نظرة الميسر.
 - أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، بأن كان في عسر مؤقت ينتظر زواله.
 - أن لا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضررا جسيما.
 - أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين آجالا معقولة وليس طويلا.
- 2- سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ العقد: اتفقت الأطراف المتعاقدة على أجل محدد لإتمام تنفيذ العقد أنه بحلول ذلك الأجل يكون الالتزام المترتب عنه مستحقا، غير أن المدين يمتنع عن التنفيذ على الرغم من امكانية التنفيذ العيني وعد استحالته.

منح المشرع في هذه الحالة سلطة التدخل لتعديل أجل تنفيذ العقد ومنح الأجل القانوني ويكون ذلك بعد رفع دعوى قضائية من طرف الدائن المطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بتنفيذه.

وقد يتدخل القاضي للأجل القضائي بمناسبة دعوة الفسخ وفقا لما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إغذار المدين طالبه بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك، ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا حسب

¹ - نايلي بلال، فتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مرجع سابق، ص213 / ربيعة ناصري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص128.

الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات¹ .

كما أنه يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا أو عدة آجال للوفاء بالدين على أقساط شريطه أن لا تتجاوز المدة الاجمالية سنة واحدة، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 2/281 من القانون المدني الجزائري " غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها² " .

¹ - الأمر 75- 58 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

² - الأمر 75- 58 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

خاتمة

- المقصود بأخلقة العلاقة العقدية هو حين يكتسي العقد الخطأ الأخلاقي. فلا خوف أن ينجز الى الانهيار، فأخلقة العلاقة العقدية خاصة بعد تطورات العلاقة العقدية وقيامها على أساس غير متوازن سبب لاستقرارها وتحقيق الأمن القانوني للعلاقة العقدية.
- يعرف مبدأ حسن النية بأنه عنصر ذاتي يتمثل في نية المتعاقد وعنصر موضوعي يتمثل في معيار السلوك المألوف، و بهدف هذا المبدأ الى ضمان أن يتصرف أطراف العقد بأمانة وصدق في جميع مراحل العقد، وتعزيز الثقة بين المتعاقدين.
- يتميز مبدأ حسن النية بالمرونة والاتساع حيث يمكن قياس بمعيار شخصي أو موضوعي، فهو يفرض على أطراف التصرف بأمانة وصدق في جميع مراحل العقد، بدءاً من المفاوضات وحتى التنفيذ.
- كما يستمد هذا المبدأ أهمية كونه يحقق التوازن بين مصالح الأطراف ويحميهم من التعسف والغش كما أنه يساهم في تطوير العلاقات وتنميتها من خلال خلق جو من الثقة والإئتمان بين الأفراد.
- ويتجلى دور حسن النية في مرحلة من المفاوضات قبا إبرام العقد، حيث يلتزم الأطراف بعدم التعسف في استعمال حقوقهم وبإعلام الطرف الآخر بكل ما من شأنه التأثير على رضاه، كما يلعب حسن النية دوراً في تفسير بنود العقد وتكميلها بما يحقق التوازن بين الحقوق والالتزامات.
- في حالة الإخلال بمبدأ حسن النية، يترتب على ذلك المسؤولية المدنية على المخل، سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية وذلك وفقاً لكل حالة، لذا يعتبر حسن النية ضماناً أخلاقية وقانونية لحماية العلاقة التعاقدية وتحقيق العدالة بين أطرافها.

- أخذ مشرع الجزائري بمبدأ أخلة العقد، وذلك من خلال:
- تكريس مبدأ سلطان الارادة في تكوين العقد، حيث أن المادة 106 من القانون المدني الجزائري تنص على أن " العقد شريعة المتعاقدين ".
- تقييد مبدأ سلطان الارادة بالقواعد الآمرة والنظام العام، وذلك من خلال المواد 108 و 113 من القانون المدني والتي تنص على أن العقد لا يربط آثاره إلا بين طرفيه وفقا لمبدأ نسبية أثر العقد.
- تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، والذي يعد من المبادئ المهمة الأخرى في أخلة العقد.
- التوازن العقدي هو مبدأ قانوني يهدف الى تحقيق التوازن بين حقوق المتعاقدين في العقد، بحيث لا يحتل أحد الطرفين عبء غير عادل من شروط العقد.
- تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، فلا يجوز للأطراف الإتفاق على استبعادها أثناء ابرام العقد فمتى توافرت شروطها جاز للقاضي أن يطبقها.
- وجاء تدخل المشرع في مضمون العقد كنتيجة حتمية فرضتها التطورات الاجتماعية والاقتصادية، ولا يعتبر خرقا لمبدأ الحرية التعاقدية لم تعد قادرة على تحقيق التوازن العقدي بل صارتا هما سبب في عدم التكافؤ العقدي وتسلب الطرف القوي في العقد.
- وقد عالج المشرع الجزائري موضوع التوازن العقدي من خلال القواعد الخاصة بين المستهلك والمتدخل الاقتصادي من خلال عدة آليات.
- تقييد حرية التعاقد، وذلك بفرض قيود على حرية المتدخل الاقتصادي في صياغة شروط العقد وذلك لحماية المستهلك الضعيف.

- مكافحة الشروط التعسفية، يمنع المتدخل من إدراج شروط تعسفية في العقود الاستهلاكية و أعطى للقاضي سلطة تعديل وإلغاء هذه الشروط.
- إلزام المتدخل بالإعلام والاشهار، بتزويد المستهلك بمعلومات كافية عن منتج أو الخدمة قبل التعاقد وكذا إشهار الأسعار والشروط العامة للبيع.
- إنشاء لجان للتوفيق والمصالحة، حيث أنشأ المشرع لجان للتوفيق والمصالحة بين المستهلك والمتدخل لحل النزاعات الناشئة عم العقود الاستهلاكية بطريقة ودية.
- وبذلك سعى المشرع الى إعادة التوازن العقدي بين طرفي العقد الاستهلاكي، وحماية المستهلك الضعيف من الشروط التعسفية والممارسات الاحتكارية للمتدخل الاقتصادي.
- والقاضي له دور مهم في تحقيق التوازن العقدي من خلال الصلاحيات التي منحها له القانون:

- حيث منح المشرع للقاضي عدة سلطات لتحقيق التوازن العقدي خلال مراحل العقد المختلفة.
- فالقاضي له سلطة تعديل أو إنهاء أو مراجعة العقد في مرحلة تكوين العقد، فيتدخل القاضي عند وجود تفاوت فاحش في التزامات أحد الأطراف وتكون سلطة القاضي هنا وقائية لضمان جواز العقد قبل ابرامه، كما يمكن للقاضي الإنقاص أو الزيادة في التزامات المتعاقدين.
- ويتمتع القاضي بسلطة التعديل أيضا في مرحلة التنفيذ وذلك بتدخله عند وجود ظروف طارئة أدت الى اختلال التوازن العقدي، حيث يمكن للقاضي إعادة التوازن للعقد عن طريق تعديل شروطه أو بالنسبة للشرط الجزائي.
-

قائمة المصادر والمراجع:

-الأوامر:

- الأمر رقم 58/75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانوني المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78 الصادر بتاريخ 1975، المعدل والمتمم.

- القانون رقم 02-04 ، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المتضمن تحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، سنة 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-10، المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، عدد 46، لسنة 2010.

- القانون 03-09، المؤرخ في 25 فيفري سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، رقم 15، المؤرخة في 08 مارس 2009.

- الكتب:

- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الاسلامي، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، 2002.

- خليل أحمد قدارة، الوجيز في القانون المدني، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

- علي علي سليمان النظرة العامة للالتزام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.

- علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

- عبد المجيد زعلاني، الوجيز في القانون الجزائري، دار بريتي للنشر، الجزائر، 2013.

- علي فيلالي، العقود الخاصة للبيع، موفم للنشر السداسي الثاني، 2018.

- فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2015.

- محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، طبعة جديدة، دار الهوى، عين مليلة، 2012.

أطروحات الدكتوراه:

- جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017.

- بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2013/2012.

- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الاسلامي، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه، العلوم الاسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011.

- طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، الطور الثالث في الحقوق، قانون خاص، جامعة عبد الرحمان بن باديس، مستغانم، 2019/2018.

- زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود-دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،
2018/2017.

- درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في
القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان،
2014/2013.

- مختارية شيباني، التدخل التشريعي في العقود وأثرها على سلطة
الإرادة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث، تخصص قانون خاص، قسم
الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت،
2022/2021.

مذكرات الماستر:

- أيمن راحم، اختلال التوازن العقدي و آليات التصدي له، مذكرة مكملة
لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون اعمال قسم الحقوق، كلية
الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2019/2018.
- بوكولة كنزة، بوطرنخ فضة، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود،
مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون خاص للأعمال،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل،
2018/2017.

- معمري جلال، قانة محمد، مبدأ حسن النية في تكوين العقد، مذكرة
ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، قسم
الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، 2022/2021.

- مزاي لبديّة، مزياني زينة، مبدأ حسن النية في إبرام التصرفات
القانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون خاص، تخصص

قانون خاص شامل، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2022/2021.

- محمودي مليكة، دمني حسيبة، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مقدم ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2017/2016.

المجلات:

- سماح جبار، " أخلفة العلاقة التعاقدية ضرورة حتمية لتحديث نظرية العقد "، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، أكتوبر 2022، تاريخ النشر 2022/10/01.

- شير زاد عزيز سليمان، يونس عثمان، "حسن النية في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة"، المجلة العلمية لجامعة جيهان السليمانية، المجلد 05، العدد 01، حزيران 2021.

- عبد المجيد قادري، " مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد "، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 34، العدد 02، 2020، تاريخ النشر 2020/11/17.

- أزوا عبد القادر، " إعادة التوازن العقدي بين المبادئ القانونية التقليدية والمستحدثة "، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 03، العدد 01، 2020، العدد التسلسلي 05، تاريخ النشر 2021/01/20.

- نايلي بلال، فتاك علي، " حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال "، المجلد 08، العدد 02، 2023.

- عبيد مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، 2017، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، الملتقى الدولي السابع عشر حول " الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة "، المنعقد من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة ومخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي 10-11 أفريل 2017.
- بركات فضيلة، " مبدأ حسن النية في العقود، في القانون المدني الجزائري "، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 09، العدد 02، 2022، تاريخ النشر 2022/09/23.
- بن منصور صالح، عثمان بلال، " تأثير مبدأ حسن النية عبر المراحل المختلفة للعقد "، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الثاني، 2022، تاريخ النشر 2022/09/15.
- عبد الحكيم بن عيسى، " مبدأ حسن النية في العقد "، مجلة الميدان للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 04، العدد 01، 2021.
- علي خوجة خيرة، " انعكاسات مبدأ حسن النية على العقد "، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 06، العدد 02، 2023، تاريخ النشر 2023/05/31.
- زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان 2016.
- ربيعة ناصري، سلطان القاضي في تعديل القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 09، العدد 01، 2021، تاريخ النشر.
- فيصل زيان، منير زيان، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 03، 2021.

- حشلاف ملوكة، عجالي خالد، تدخل المشرع في مضمون العقد، مجلة الآفاق للعلوم، المجلد 07، العدد 04، 2022.
- لعجالي مداني، مبدأ حسن النية وجزاء الاخلال به في القانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الثاني، 2022، تاريخ النشر 2022/11/02.
- عسالي صباح، مبدأ حسن النية كمعيار لحماية التعاقد، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 14، العدد 03، 2021، تاريخ النشر 2021/09/25.
- دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون، العدد 06، جوان 2016.
- تواتي باسمه، عثمان بلال، القوة الملزمة للعقد ضمان الأمن القانوني للعقد، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الثاني، 2022، تاريخ النشر 2022/09/15.
- اقلولي / أولد رابح صافية، التكريس القانوني لمبدأ حسن النية في العقد، عنصر منافس لحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، بحوث جامعة الجزائر 01، الجزء الأول، العدد 14، 2020، تاريخ النشر أكتوبر 2020.
- مجدوب آمنة، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل ومكافحة الشروط التعسفية، مجلة القانون، المجلد 11، العدد 01، 2022، تاريخ النشر 2022/06/30.
- كنوزة سعيد، بن زيطه عبد الهادي، سبل إعادة التوازن العقدي لبعض عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 05، العدد 01، جوان 2021، تاريخ النشر 2021/06/30.

- أعمار صوالح محمد، نورة جبارة، ضرورة تعزيز مبدأ التوازن العقدي كأداة
حماية للمستهلك من التعسف في عقود الاذعان، دراسة مقارنة، مجلة العلوم
القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، أبريل 2022.
- بن طاية زليخة، بعتاش كريمة، " دور لجنة البنود التعسفية في حماية
المستهلك الالكتروني "، مجلة الحكومة والقانون الاقتصادي، المجلد 01،
العدد 02، 2021.
- شعيب بوعروج، نظرية عيوب الرضا وأثرها على حماية المستهلك،
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 34،
العدد 03، 2020، تاريخ النشر 2021/03/25.

-

فهرس المحتويات

الفهرس:

الشكر والتقدير

الاهداء

مقدمة

الفصل الأول:

مبدأ حسن النية آلية لأخلقه العلاقة التعاقدية

المبحث الأول: مفهوم مبدأ حسن النية.....	11
المطلب الأول: مفهوم مبدأ حسن النية.....	11
الفرع الأول: تعريف مبدأ حسن النية.....	11
الفرع الثاني: معايير مبدأ حسن النية.....	17
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية	20
المطلب الثاني: دور حسن النية في أخلقة العلاقة التعاقدية.....	23
الفرع الأول: أهمية مبدأ حسن النية	23
الفرع الثاني: مكانة مبدأ حسن النية.....	28
المبحث الثاني: مقتضيات مبدأ حسن النية وجزاء الإخلال بها	32
المطلب الأول: مقتضيات مبدأ حسن النية	32
الفرع الأول: مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات.....	32

الفرع الثاني: مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد.....	47
الفرع الثالث: مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد.....	56
المطلب الثاني: الجزاء المترتب على مبدأ حسن النية ..	62
الفرع الأول: الجزاء المترتب على الإخلال بمبدأ حسن النية ..	62
الفرع الثاني: الجزاء المترتب على الإلتزام بمبدأ حسن النية ..	73

الفصل الثاني:

دور التوازن العقدي في أخلة العلاقة التعاقدية

المبحث الأول: تحقيق التوازن العقدي في التشريع الجزائري.....	81
المطلب الأول: تحقيق التوازن العقدي وفقا للمبادئ العامة.....	81
الفرع الأول: إعمال العنصر الأخلاقي لتهذيب مبدأ القوة الملزمة للعقد	81
الفرع الثاني: تحقيق التوازن العقدي في حالة عيوب الرضا	86
الفرع الثالث: العدالة العقدية تحديد لمشروعية القوة الملزمة للعقد.....	92
المطلب الثاني: تحقيق التوازن العقدي في ظل القواعد الخاصة	98
الفرع الأول: إختلال التوازن العقدي في عقود الإستهلاك	98
الفرع الثاني: آليات مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك وإعادة التوازن العقدي	106
المبحث الثاني: آليات تحقيق التوازن العقدي عن طريق القضاء	117

المطلب الأول: تحقيق التوازن العقدي عن طريق تدخل القاضي في مرحلة تكوين العقد	117.....
الفرع الأول: دور القاضي في إعادة التوازن المفقود للعقد بسبب الشروط التعسفية في عقود الإذعان	117.....
الفرع الثاني: دور القاضي في إعادة التوازن المفقود للعقد بسبب الغبن والاستغلال..	123.....
المطلب الثاني: تحقيق التوازن العقدي عن طريق تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد	129.....
الفرع الأول: دور القاضي في تحقيق التوازن المفقود للعقد بسبب الظروف الطارئة..	130.....
الفرع الثاني: دور القاضي في تحقيق التوازن المفقود للعقد بسبب الشرط الجزائي ...	136.....