

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

Université Abou Bekr Belkaid
Tlemcen Algérie



جامعة أبي بكر بلقايد

تلمسان الجزائر



كلية الحقوق والعلوم السياسية

عبراً حسن النية في العقود - دراسة مقارنة -

رسالة مقرمة لنيل شهادة وكتوراه في العلوم
تخصص: القانون الخاص

إعداد الطالب
زيتوني فاطمة الزهراء
إشراف
أ.و. ونوني هجيرة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيساً	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.و/ يوسف فتيحة
مشرفاً ومقررراً	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.و/ ونوني هجيرة
عضواً مناقشاً	جامعة وهران	أستاذة التعليم العالي	أ.و/ زناقي وليلة
عضواً مناقشاً	جامعة وهران	أستاذة التعليم العالي	أ.و/ ناصر فتيحة

السنة الجامعية: 2017 – 2018 م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا﴾

﴿إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

صدق الله العظيم

الآية 32 من سورة البقرة



إِنِّي رَأَيْتُ أَنَّهُ مَا كَتَبَ أَحَدُهُمْ فِي يَوْمِهِ كِتَابًا
إِلَّا قَالَ فِي غَدِهِ، لَوْ غَيْرَ هَذَا لَكَانَ أَحْسَنَ
وَلَوْ زُيِّدَ ذَاكَ لَكَانَ يُسْتَحْسَنُ، وَلَوْ قُدِّمَ هَذَا
لَكَانَ أَفْضَلَ، وَلَوْ تَرَكَ ذَاكَ لَكَانَ أَجْمَلَ، وَهَذَا
مِنَ أَعْظَمِ الْعِبَرِ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى اسْتِيْلَاءِ النَّقْصِ
عَلَى جُمْلَةِ الْبَشَرِ.

عبد الرحيم البيساني

الإهداء

إلى أبي وأمي بَرًّا بهما واعترافاً بفضلها أهدي عملي هذا،
والذي هو ثمرة نتاجهما.

إلى من شجعني دوماً على مواصلة مسيرتي العلمية
رفيق دربي زوجي الكريم.

إلى قرة عيني ورياحين حياتي "آلاء ومُحَمَّد إسلام ودعاء"
حفظهم الله.

إلى إخوتي وأخواتي فخراً واعتزازاً.

إلى كل أحبائي في الله أهدي هذا العمل المتواضع .

زيتوني فاطمة الزهراء

كلمة شكر وتقدير

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله،
والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين... وبعد.

يسعدني وقد وفقني الله سبحانه وتعالى لإنجاز هذا العمل، أن أتوجه بوافر
الشكر وعظيم الامتنان والتقدير إلى الأستاذة الفاضلة الدكتورة دنوني هجيرة
على ما قدمته لي من توجيهات سديدة، وملاحظات قيّمة كان لها أثر في إتمام
هذا العمل.

وشكري أيضا لأعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذة الدكتورة يوسف فتيحة التي شرفني بتأسي لجنة المناقشة.

الأستاذة الدكتورة ناصر فتيحة والأستاذة الدكتورة زناقي دليّة،

على تشريفي بقبول مناقشة هذه الرسالة، فجازهم الله عني خير الجزاء.

وأخيرا شكري لكل من أعانني تحفيزا لي لإنجاز هذا العمل.

لهم جميعا مني مزيد من الشكر والتقدير .

ولا يسعني في الأخير إلا أن أسأل الله الأجر والثواب.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

أولاً: قائمة المختصرات باللغة العربية

= القانون المدني الجزائري.	ق م ج
= القانون المدني المصري.	ق م م
= القانون المدني الفرنسي.	ق م ف
= قانون الاستهلاك الفرنسي.	ق إ ف
= الجريدة رسمية للجمهورية الجزائرية.	ج ر
= الجزء.	ج
= الصفحة.	ص
= مدونة أخلاقيات مهنة الطب.	م أ م ط
= قانون الصحة العمومي الفرنسي.	ق ص ع ف
= العدد.	ع
= الطبعة.	ط
= دون طبعة.	د.ط
= دون ذكر سنة النشر.	د.س.ن
= دون ذكر بلد النشر.	د.ب.ن

قائمة المختصرات

ثانيا: قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

P	=Page.
Op.cit	= Ouvrage précité.
N°	= Numéro.
C.Cons .F	= Code de la consommation français.
ART	= Article.
Bull.civ.	=Bulletin des arrêts de cassation civile.
Cass.civ	= chambre civile de la Cour de Cassation.
Cass.com	= chambre commerciale Cour de Cassation .
C.civ.f.	= Code civil Français.
Ch	= Chambre.
D	= Dalloz.
éd	= édition.
L.G.D.J	= Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
T	= Tome.
R .T.D.C	= Revue Trimestrielle de droit civil.

هفتاد و نه

يرمي القانون إلى تحقيق الأمن الاجتماعي و استقرار التعامل، فغاياته واقعية نفعية. في حين تهدف الأخلاق إلى تحقيق الكمال الذاتي وراحة الضمير، مقتصرة على الواجبات تجاه النفس و الغير، دون أن تولد حقا يقابل هذا الواجب لصالح الآخر لأن غايتها مثالية.

وتنتقل الاعتبارات الأخلاقية، من حيز السلوك الأخلاقي المعنوي المستحب إلى الميدان القانوني، عندما يصبح التقيّد بها ليس ضرورة أخلاقية فحسب، بل التزاما يترتب على مخالفته جزاء. فيصبح لتحول قواعد الأخلاق إلى قواعد قانونية، فائدة كبيرة لتطوير العلاقات الاجتماعية، والاقتصادية وتقدم الإنسانية.¹

لذلك فإن إلقاء الضوء على القواعد الأخلاقية في ميدان القانون أمر في غاية الأهمية. فالقاعدة الأخلاقية هي إحدى ركائز القاعدة القانونية، مهمتها الحد من التجريد الذي تتميز به القاعدة القانونية، والحد من التمسك بالشكليات أو بظاهر النصوص.²

وعادة ما تعهد الأنظمة القانونية لحماية أخلاقيات التعاقد، في التعامل بين أطراف العقد حماية لتطلعاتهم المشروعة إلى مبادئ قانونية عامة، وفي طليعتها مبدأ حسن النية في العقود. هذا المبدأ الذي يجمع بين الواجب الأخلاقي والالتزام القانوني، والذي يعد تدخله في العلاقات العقدية أمرا حتميا، لإعادة العلاقات إلى مسارها المستقيم.³

لذلك نجد أن من ثوابت المجتمع القانوني الحديث، تكريس جملة من المبادئ والقيم، نظرا لدورها المحوري في ضمان تحضره و صون استقراره. فضلا عن تصويب مسار

¹ - محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المؤسسة الحديثة للكتاب، د.ب.ن، 2010، ص 20

² - شريزاد عزيز سلمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين والاتفاقيات الدولية، ط الأولى، دار دجلة، الأردن، 2008، ص 167.

³ - GEORGES Ripert , La règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} éd, LGDJ. , paris,1949 ,p22

العلاقات على الوجه الأمثل، فالوفاء، الصدق، النزاهة، الإخلاص، الاستقامة، والتعاون كلها مسميات تدخل تحت إطار حسن النية.

من ثم يعد مبدأ حسن النية، من أكثر المبادئ القانونية أهمية في العلوم القانونية. إذ نصت عليه العديد من النصوص التشريعية، وسلط عليه الفقه والقضاء الفرنسي- الضوء في كثير من الأحيان. تتجسد أهميته في أنه يحقق أهداف القانون، المتمثلة بالمحافظة على استقرار التعامل وتحقيق العدالة، والتخفيف من المخاطر الاقتصادية التي قد تصيب أطراف العلاقة العقدية.

و في هذا الصدد يقول Ripert¹: "القواعد القانونية لا يمكن أن تنشأ إن لم ترعها الأخلاق وأن حسن النية هو إحدى الوسائل التي استخدمها المشرع، لإدخال القاعدة الأخلاقية إلى المجال القانوني". وأيده Cornu² الذي اعتبر أن: "الثقة المشروعة هي روح العقد". ثم تعزز هذا المنحى فيما أعلنه الفقيه Denis Mazeaud³، بشعار جديد ينظم العلاقات القانونية: "إخلاص تضامن إزاء".

يلعب المبدأ دوراً مهماً في العلاقة العقدية، سواء عند إبرام العقد أو عند تنفيذه. حيث أشار إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 107 ق م ج.⁴ والمشرع المصري من

¹ -Georges Ripert.op.cit, P31

² -GERARD Cornu. Note sur l'arrêt de principe rendu par l'assemblée plénière civile le 13 décembre,1962, RTD.civ.1963. P 574

³ - Denis Mazeaud, loyauté, solidarité, fraternité , la nouvelle devise contractuelle, éditions du; juris- classeur, paris, 1999, p 603

في نفس المعنى انظر:

Jacques. Ghestin, Traité de droit civil, T II, Les obligations, Le contrat, 2^{ème} ed, L.G.D.J, paris, 1988, p 185.

⁴ - حيث جاء فيها: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية".

خلال المادة 148 ق م م، وكذا المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1104 ق م ف، بعد تعديل القانون المدني بموجب الأمر رقم 16-131 المتعلق بإصلاح العقود و النظام العام و إثبات الالتزامات.¹

ومما لا شك فيه أنه وإن كان قاعدة أخلاقيه إلا أنه نتيجة التحول إلى قاعدة قانونية، يكتسب صفته القانونية المتميزة بالعمومية والتجريد، والإلزامية المفروضة أحيانا تحت طائلة الجزاء. إما من خلال التزام القضاء بتفسير العقد وتنفيذها بحسن نية وإما بمنع التعسف في استعمال الحق لتجاوز حسن النية، والغرض الذي من أجله منح هذا الحق. ذلك أن حسن النية مبدأ عام تتمحور في ظله مختلف المعاملات القانونية، على اختلاف أشكالها وأوجهها، وفضاؤه يتسع ليشمل العديد من النظريات السائدة في عالمنا القانوني، كنظرية التعسف، ونظرية الأوضاع الظاهرة.

إن مبدأ حسن النية هو جوهر العلاقات الاقتصادية والقانونية، يندر أن لا نتلمس وجوده نصا أو اجتهادا، وتلك هي الحقيقة الأولى. أما الحقيقة الثانية أن القانون يدرك من خلال أوجه الحياة، يستمد مضمونه لا من ذاته بل من الظروف الواقعية المحيطة، يستوعبها حتى يصل إلى أقصى درجة من الفائدة، والفعالية المرجوة في تنظيم

¹ -Modifié par: Ordonnance n° 2016 -131 du 10 Février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

وقد أثار اهتمام المشرع الكندي لإقليم كيبيك. فنص عليه في المادة 1375 في تعديل القانون المدني الصادر في 1994، وتطلبت أن يحكم حسن النية سلوك الأفراد في لحظة نشوء الالتزام وفي تنفيذه، واهتمام المشرع الايطالي في المادة 1337 من القانون المدني: "يلتزم الأطراف أثناء التفاوض وإبرام العقد بالتفاصيل بما يتفق وحسن النية"، والمشرع الألماني من خلال المادة 157 والمادة 242 من القانون المدني

كما اهتمت المبادئ المرتبطة بعقود التجارة الدولية بمبدأ حسن النية، من خلال القانون الموحد UNI DROIT في نص المادة الأولى في فقرتها 7 حيث أشارت إلى ضرورة أن يلتزم الأطراف في العقد، بأن تتلاءم التزاماتهم مع متطلبات حسن النية في التجارة الدولية .

العلاقات في المجتمع. وثالث هذه الحقائق أن قواعد القانون أساسها قواعد سلوك و أخلاق ، تهدف إلى تحقيق خير المجتمع والسمو بالإنسانية إلى مستوى أفضل.¹

ولما كانت العقود مما لا يستغني عنها أحد، فهي العمود الفقري لحركة الحياة الاجتماعية و الاقتصادية وتلك هي قيمتها وأهميتها. فإن النظام الذي حكمها يكتسب أهمية قصوى في حياة الأمم، لذلك كان لا بد من التركيز على أخلاقيات التعاقد. ولأن نظرية العقد تطورت مع تطور الحياة الاقتصادية عبر الحقب الماضية إلى عصرنا الحاضر، بفعل التغيرات السياسية والاقتصادية وحتى الخلقية التي أحاطت بها، فقد تطور تبعاً لذلك دور مبدأ حسن النية.²

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فإنها لا تفصل بين الدين والأخلاق والقانون.³ وقد أوجبت مراعاة حسن النية في التعاقد، ويستدل على ذلك بآيات قرآنية كثيرة، مشبعة بمفهوم حسن النية نذكر منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁵، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ...﴾⁶ وكذا قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁷. وقوله عز

¹ - محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص 23

² - المرجع نفسه ، ص 8.

³ - الهادي سعيد عرفة، حسن النية في العقود، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع الأول، 1986، ص 169.

⁴ -سورة النساء آية رقم 58

⁵ - سورة المائدة الآية الأولى

⁶ - سورة الأنعام الآية 152

⁷ - سورة الإسراء آية 34

وجل: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾¹. وقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾². وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾³. والوفاء والإيفاء هو الإتيان بالشيء وافيا تماما لا نقص فيه.

هذا وقد نهى الرسول ﷺ عن التغيرير أي التدليس، ونهى عن النجش، وهو نوع من التدليس، كما نهى عن الخلافة أي الخديعة. والنجش والخلافة والتغيرير كلها مسميات تشير لضرورة مراعاة مبدأ حسن النية في المعاملات. كما أوصى بضرورة الوفاء بالوعد بقوله ﷺ: ﴿آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان﴾⁴، وقوله أيضا ﷺ: ﴿لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له﴾⁵. وقوله: ﴿اضمنوا لي ستا من أنفسكم أضمن لكم الجنة: اصدقوا إذا حدثتم، وأوفوا إذا وعدتم، وأدوا إذا ائتمتم...﴾⁶.

لذلك نجد أن الفقه الإسلامي لا يتجاهل النية فهي أساس الأعمال وقوامها، كما أنه لا يتجاهل مفهوم حسن النية في العقود، باعتبار أنه يغلب قيمة العدالة في العقود على أي قيمة اجتماعية أخرى. وذلك لأن العدالة مقصد أساسي من مقاصد الشريعة الإسلامية.⁷ وفي هذا الشأن يقول الدكتور صبحي محمصاني: "إن العقود مبنية في الأصل

¹ - سورة المؤمنون آية 8

² - سورة البقرة آية 177.

³ - سورة الأنفال آية 27.

⁴ - صحيح البخاري، ص 6095

⁵ - صحيح الترغيب، ص 3004.

⁶ - صحيح الجامع، ص 1018.

⁷ - محمد جمال عيسى، المرجع السابق، ص 77.

على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع، فالوفاء بالعقود كالوفاء بالعهود والوعود، وهي جميعها من نتائج الأمانة والصدق"¹.

و تعتبر بيوع الأمانة من أبرز البيوع التي تستلزم حسن النية. وسميت كذلك لأنه يؤتمن فيها البائع في إخباره بثمن السلعة الذي اشترى به، من هذه البيوع بيع التولية، بيع المراجعة، بيع الوضعية، وبيع الاسترسال.² ويعد هذا الأخير من البيوع التي تشكل ميدانا خصبا لإعمال مبدأ حسن النية. إذ يفترض فيه جهل أحد المتعاقدين بسعر السوق، ثم يسلم أمره إلى المتعاقد الآخر الذي يفترض فيه علمه وخبرته بالسوق وسعرها. ومن ثم يجب أن يكون أمينا، في نصحه وتعامله مع المتعاقد، الجاهل بسعر السوق، والعدم الخبرة بالبيع والشراء. وإلا عد غشا من جانبه، وإخلالا منه بحسن النية والأمانة.³ فالمسترسل إذا صرح بأنه لا علم له بقيمة السلع واستنصح البائع في ذلك، فكأنه اشترط عدم الخديعة والغبن في البيع والشراء، فإذا ما شاب العقد خديعة أو أي شائبة في الرضا، يثبت للمسترسل حينئذ خيار فسخ العقد.⁴

والحقيقة أن مبدأ حسن النية لم يكن حبيس حقبة زمنية معينة، بل عرفته مختلف النظم القانونية.⁵ ومحاولة لإجلاء بعض الغموض عن المبدأ، نحاول بإيجاز

¹ - رأي صبحي المحمصاني مشار إليه في :

أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضا، دراسة مقارنة، د.ط، منشورات الزين الحقوقية، لبنان، 2006، ص 112.

² - محمد جمال عيسى، حسن النية في العقود، مجلة كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ع 23، 2008، ص 70.

ويقصد ببيع التولية البيع بأصل الثمن، أما بيع المباحة فهو البيع بأصل الثمن مع إضافة الربح، أما بيع الوضعية هو البيع بأقل من أصل الثمن، أما بيع الاسترسال فهو البيع لشخص لا يعلم وليس له دراية بسعر السوق، فيسلم أمره لشخص لديه خبرة بأسعار السوق. وسميت ببيوع الأمانة لأن البائع لا بد أن يكون أمينا مع المشتري في مقدار الثمن.

³ - الهادي سعيد عرفة، المرجع السابق، ص 164.

⁴ - مسلم يوسف، بيع المسترسل في الفقه الإسلامي www.kantakji.com

⁵ - محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص 8.

تتبع أصله التاريخي، ومساره انطلاقاً من القانون الروماني، مروراً بالقانون الكنسي، لأثرهما الكبير في وضع هذا المبدأ. ثم القانون المدني الفرنسي القديم. حيث تطورت الفكرة أكثر فأكثر، على يد فقهاء القانون الفرنسي القديم مثل دوما وبواتيه، واللذان تأثر بهما القانون المدني الفرنسي الحالي.¹

لحسن النية جذور تاريخية عميقة، فقد أولاه القانون الروماني، ومن بعده القانون الكنسي أهمية كبيرة، عند تنظيمهم للعلاقات التعاقدية. كما حوله قانون نابليون من فكرة أخلاقية واجتماعية إلى مبدأ قانوني.

ظهرت فكرة حسن النية بداية في القانون الروماني كقاعدة أخلاقية ثم تحولت مع مرور الوقت إلى قاعدة قانونية. ذلك أن المبدأ في القوانين القديمة، لم يكن شرطاً ضرورياً عند إبرام أي اتفاق بل كان التزاماً أخلاقياً فقط.² حيث أن الشكلية التي طغت على القانون الروماني، والتي لم يلعب فيه الرضا أي دور، جعلت هذا المبدأ ضيقاً، وفتحت المجال للمتعاقد سيء النية للتعامل كيف شاء طالما أنه لا يخالف الشكلية المفروضة. فكان على المتعاقد سيء النية أن يصوغ عقد البيع أو الشراء لعقار، وفق الشكل الذي يضمن

=تجدر الإشارة إلى أن مختلف النظم القانونية، ركزت على أخلاقيات التعاقد، واختلفت في الآلية التي تعتمدها. فإدى الأسرة اللاتينية الجرمانية، تتأمن الحماية عبر مبادئ قانونية عامة، ويأتي في صدارتها مبدأ حسن النية. أما الأسرة الأنكلوسكسونية فأوجدت مؤسسة فريدة ذات صور متنوعة، ونطاق متغير بحسب الدول، هي مؤسسة الإستوبل أو ما يمثّلها. وهي قاعدة من قواعد حسن النية تطبق في القوانين الأنكلوسكسونية.

¹ - مُجّد جمال عيسى، المرجع السابق، ص 77.

² - Romain Loir ; les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats ;,2001/2002,p41. www.edpctorale74.univ-lille 2.fr.

و يرجع الفضل في تحريك جمود المجتمع الروماني إلى فقهاء العصر العلمي حيث كان لهم الفضل في تفعيل مبدأ حسن النية في القانون الروماني. لأكثر تفصيل أنظر :

السيد عبد الحميد فودة، مبدأ حسن النية في القانون الروماني ، ط الأولى ، دار الفكر القانوني ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 300.

له مصالحه، في حين يضطر المتعاقد الآخر إلى الرضوخ إليه، ولو كان بيننا سوء نية الطرف الأول.

فانحصر مبدأ حسن النية في هذا القانون في حيازة العقار، مما أفسح المجال لكل شخص عاجز عن تبرير حيازته لعقار بواسطة صك أو سند، أن يتشبّث فقط بحسن نيته في حيازة هذا العقار.¹

غير أن هذا القانون الشكلي الذي كان صالحا لمجتمع فلاحي منغلق على نفسه، أصبح بعد توسع الإمبراطورية وتكاثر المعاملات التجارية غير ملائم، مما دفع بالمشرع الروماني إلى التراجع عن الشكلية في كثير من المعاملات، من بيع وإيجار وغيرها من العقود التي انتشرت في ذلك الوقت، ليحل محلها حسن النية *bona fides* كوسيلة للمراقبة الأخلاقية لسلامة هذه العقود وتنفيذها.²

من ثم فقد ارتبط حسن النية في ظهوره وفي تطوره في القانون الروماني بتطور دور الإرادة في العقود، ما يؤكد ذلك أن حسن النية لم يكن موجودا في القانون الروماني، في الفترة التي قامت فيها العقود على أساس الشكلية دون الاعتداد بالإرادة. وهي الفترة التي كانت لا تنعقد فيها العقود إلا إذا اتبعت مراسيم وإجراءات خاصة، وكان العقد ينعقد إذا تم إفراغه في قالب المحدد له، أما حينما أصبح يعتد بالإرادة في إبرام

¹ - السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 300.

² - ولقد اعتنق شراح القانون الروماني، مذاهب مختلفة في تفسيرهم لمعنى حسن النية. فمنهم من رأى قصره على مقتضيات العدالة البحثية، ومنهم من رأى انصرافه إلى وجوب انتفاء الغدر والخديعة، ومنهم من يدخل في هذا المعنى، حالة الجهل والخطأ المغتفر. فحسن النية حسب هذا القانون يشكل مبدأ نفسيا إدراكيا، يتجسد بالمعرفة أو الجهل، وآخر نفسي أدبي يدل على حالة تنفي الغش والخداع، وأخيرا يشكل مبدأ قانونيا له كيانه وأصوله الخاصة به.

أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 111.

العقود ، بدأ يظهر دور حسن النية في إبرام العقود، ويتطور تبعا لتطور دور الإرادة في إبرام العقود.¹

ووفقا لذلك فإن العوامل التي أدت إلى الاعتراف بالإرادة في إبرام العقود، والاعتداد بها في نطاق العقود، هي نفسها العوامل التي أدت إلى ظهور حسن النية في العقود والاعتداد به. ووفقا لذلك كانت عبارة حسن النية، تطلق على العقود التي يتحتم أن تراعى فيها نوايا المتعاقدين وإخلاصهم، والثقة المتبادلة بينهم. حيث ظهرت العقود الجديدة إلى جانب العقود الشكلية، مبنية على حسن النية في التعامل حوالي سنة 150 قبل الميلاد، تحت تأثير التطور الاقتصادي الذي شهده المجتمع الروماني، وهي العقود الرضائية و عينية ، وكانت تسمى بعقود حسن النية في حين سميت العقود الشكلية بعقود القانون الضيق.²

و تمثلت العقود الرضائية في عقد البيع والإيجار وعقد الشركة وعقد الوكالة ، أما العقود العينية و التي يشترط فيها أن يكون التراضي مصحوب بالتسليم كعقد الائتمان و العارية و الوديعة و الرهن. هذه العقود يتمتع بصدها القاضي بحرية التقدير، إذ أنه يفسر الالتزامات الناشئة عنها بما يقتضيه حسن النية والشرف في المعاملات، ويتقيد في تفسير العقد بنية المتعاقدين، لا بالعبارات التي قيلت أو كتبت في العقد. ووفقا لذلك سادت قاعدة أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.³

¹ - السيد عبد الحميد فودة ، المرجع السابق ، ص 274

² - نواف حازم خالد، مدى الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، ع الأول، المجلد، 2005، ص42.

³ - عبد الحميد فوده، المرجع السابق ، ص 306. فقد كان الرومان يأخذون قديما بمبدأ الشكلية، كأساس لإبرام العقود وترتيب آثارها. وكانت هذه الشكلية التي تستتبع نوعا من الجمود، ملائمة لظروف مجتمع يقوم اقتصاده على الزراعة، وتضييق فيه دائرة المعاملات المالية. إلا أنه مع تطور الاقتصاد الروماني، حيث أصبحت التجارة هي أساس النشاط الاقتصادي، تحول المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري، تكثر فيه المعاملات المالية، وأدى الأمر إلى ضرورة وجود نوع من المرونة في المعاملات. محمود جمال عيسى، المرجع السابق، ص24.

مبدأ حسن النية الذي لعب دورا هاما في القانون الروماني، وجد مكانه أيضا في القوانين اللاحقة وأولها حسب الترتيب الزمني القانون الكنسي. غير أن هذا الأخير لم ينظم المعاملات التعاقدية بين الناس، وأمام هذا الوضع كان من الضروري الاعتماد على القانون الروماني. وبما أن شكلية العقود تراجعت بشكل كبير في المعاملات التجارية، كما توجه الاهتمام نحو امتلاك الأراضي والعقارات والحفاظ عليها، فإنصب التشريع آنذاك على وضع القوانين الملائمة لحماية حق الملكية. وقد وجد ضالته في فكرة حيازة العقار بحسن نية، والتي استخدمها سلاحا لمواجهة النظام العقاري الإقطاعي، الذي كان منتشرًا في القرون الوسطى، والذي كان يستولي على كل عقار لا يتوفر مالكة على سند الملكية.¹ مما ساهم في تحول فكرة حسن النية من فكرة أخلاقية دينية، إلى فكرة اجتماعية أساسية في المجتمع، تتأسس عليه الحياة داخله، ويعتمد عليه رجال القانون لحل النزاعات بين المتعاقدين. مع ذلك لم تتبلور تلك الفكرة بعد لتصبح مبدأ قانونيا، غير أن أهميته قد تأكدت مع اتساع رقعة التجارة الدولية في نهاية القرون الوسطى، حيث تحررت العقود من الشكلية التي لا تضمن للمتعاقد حماية من سوء نية المتعاقد الآخر. ومن أهم المبادئ التي تضمنها القانون الكنسي، والتي تعد تطبيقا لمبدأ حسن النية في العقود: وجوب الوفاء بالتعهدات، وأن يكون هناك تعادل في الالتزامات الناشئة في ذمة المتعاقدين، وضرورة أن يكون الباعث على التصرفات مشروعاً.²

¹ - يعقوبي إدريس، المرجع السابق، ص 55.

² - كان للكنيسة سلطات قضائية واسعة، وكانت المحاكم الكنسية تصدر أحكامها في القضايا التي تعرض عليها في مسائل الأحوال الشخصية، وكافة المسائل المدنية الأخرى وكانت المحاكم البابوية بمثابة محكمة استئناف عليا تستأنف أمامها القضايا في مختلف بلدان غرب أوروبا، وقد بدأ القانون الكنسي تأثيره في مجال العقود منذ بداية القرن السادس عشر في فرنسا، وازدهرت في ظل الرضائية، إلا أنها كانت رضائية قائمة على أساس الدين والأخلاق .

مُجد مُجد مصباح القاضي، مبدأ حسن النية في قانون العقوبات، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 12.

أنظر أيضا : يعقوبي إدريس ، المرجع السابق ، ص 55.

غير أن حسن النية عرف تحولاً كبيراً بعد تطور الواقع الفرنسي، حيث منحت للفرد حرية التعاقد. فأدى بروز دور الإرادة في التصرفات القانونية إلى تقدم وتطور دور البواعث والنيات في التصرفات القانونية لاسيما في ظل النظرية الحديثة للسبب. هذا التطور لم يكن واحداً وإنما تطور تبعاً لتطور الواقع الفرنسي، والاقتصادي والاجتماعي والسياسي، وتطور دور الإرادة وتطور الدور الممنوح للقاضي. و نتيجة لذلك كان على المشرع الفرنسي آنذاك التدخل، لوضع أسس قانونية ملائمة للوضع الجديد، وذلك بوضعه لقانون نابليون الذي أتى بقواعد مدنية قائمة على فكرة حرية الفرد التي كانت عماد الثورة.¹

وهكذا كان صدور هذا القانون بداية العصر الذهبي لنظرية العقد، فقد كان المشرع الفرنسي آنذاك يرى أن علاقات الأفراد الاقتصادية لا يمكن أن تنظم إلا بإرادتهم، أي عن طريق العقد الذي تعتبر الإرادة العنصر الوحيد في تكوينه. فأوجب استبعاد كل ما يحد من الحرية التعاقدية لتشجيع المعاملات واستثمار الأموال اللذان يعتبران ضروريان للتطور الاقتصادي. فأصبحت الإرادة هي مصدر ومقياس الحقوق، وجهازا منشأ للقانون، و لها قوة ملزمة لا تختلف عن القوة الملزمة للقانون. فما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون ويكون شريعة المتعاقدين²

و قد أشار واضعوا قانون نابليون لفكرة حسن النية كحل مناسب لضبط العلاقات التعاقدية، حتى لا يغالى في الأخذ بالحرية المطلقة. من ثم أشار المشرع الفرنسي إلى المبدأ في نصوص عديدة من ذلك المادة 1134 فقرة ثالثة، التي نصت على أن الاتفاقات يجب أن تنفذ بحسن نية، كما و أقر حماية للحائز حسن النية في المواد 2279

¹ - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 8.

² - محمد جمال عيسى، المرجع السابق، ص 35.

و2280 والباني في ملك الغير حسن النية المادة 555، وغيرها من النصوص الكثيرة. كما أشار إلى مبدأ حسن النية من خلال عيوب الإرادة، هذا وأن بعض القواعد المتعلقة بتنفيذ العقد كتفسير العقد، والفسخ وانحلال العقد لعدم التنفيذ، تأخذ مصدرها من فكرة حسن النية.

أما الفقه الفرنسي فبالرغم من أنه لحظة وضع القانون المدني الفرنسي سنة 1804 اعتبره فكرة أساسية في قانون العقود، وفي المناقشة المبدئية استطاع الفقيه الفرنسي "بورتاليس" ¹Portalis وهو أحد واضعي القانون المدني، أن يكتب أنه يجب أن يكون حسن النية هو أساس التكافؤ والمساواة في العقود. غير أن هذا الوضع لم يدم مع فقهاء القانون من الجيل التالي، تحت تأثير سببين: الأول تحوّل سلطان الإرادة إلى عقيدة مطلقة تمثل في العقد شريعة المتعاقدين، الثاني الخوف من تعسف القاضي حيث أصبح يبدو لفقهاء القانون المدني، كوسيلة معطاة للقاضي للتدخل في العقود.

ما جعل الفقه يختلف في تقييمه فاعتبره البعض فكرة غامضة يمكن الاستغناء عنها، والاعتماد على تفسير العقد لمعرفة ما أراده المتعاقدان، وإجبارهما على تنفيذ ما التزما به. بينما اعتبر البعض الآخر أن هذا المبدأ، فقد أهميته أمام تزايد دور سلطان الإرادة، وهيمنة فكرة العقد شريعة المتعاقدين. بحيث أصبحت إرادة طرفي العقد هي القوة الملزمة، التي توجب على كل منهما تنفيذ التزاماته حسب ما أتفق عليه. وبالتالي لا حاجة لمبدأ آخر للقيام بهذا الدور. في حين أكد جانب آخر من هذا الفقه على أهمية

¹ - حيث أن الخطاب التمهيدي الذي كتبه بورتاليس في ولادة القانون المدني. واحد من أجمل النصوص في القانون الفرنسي. لأكثر تفصيل حول آراء بورتاليس أنظر :

- Léa Amic. La loyauté dans les rapports de travail, Droit, Thèse pour obtenir le grade Docteur en Droit Université d'Avignon, 2014, Français,p28.

حسن النية والذي يعتبر روح العلاقات الاجتماعية، حيث تطورت الفكرة أكثر وأكثر على يد فقهاء القانون الفرنسي القديم، مثل دوما وبواتيه.¹

من ثم وعلى الرغم من أهمية المبدأ، فقد أهمل شرح القانون المدني الفرنسي على مدار القرن التاسع عشر، نص المادة 3/1134 ق م ف² المقابلة للمادة 107 ق م ج. واكتفوا بإعطائها تفسيراً تاريخياً، وهو أن النص له هدف وحيد وهو استنكار التقسيم الروماني للعقود، إلى عقود القانون الجامد وعقود حسن النية. ومن الأسباب أيضاً أنه مبدأ غامض، ويصعب حصر ما يفرضه بشكل دقيق، مما يؤدي إلى إبعاد الأمن القانوني. وعلى الرغم من اختلاف الفقه الفرنسي حول أهمية المبدأ خلال القرن التاسع عشر، غير أنه في نهاية هذا القرن، طالب بعض الفقهاء مثل الفقيه فرانسوا جيني بالسلطة الإنشائية الخلاقة للقضاء، ليسمح بذلك للقاضي بمواكبة المستجدات التي قد لا تجد قواعد تنظمها، اعتماداً على مبدأ حسن النية.³ ولكن على الرغم من ذلك استمر حسن النية كما هو في الظل، على الرغم من المناقشات الفقهية. إلى أن ظهر اتجاه الفقهي في بداية القرن العشرين،⁴ والذي كان له دور بارز لإلقاء الضوء على المبدأ، بعد صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 مارس 1985⁵ ليصبح بعد ذلك مفهوماً

¹ - محمد جمال عيسى، المرجع السابق، ص 17

² - تقابلها حالياً في المادة 1104 ق م فرنسي

³ - محمد جمال عيسى، المرجع السابق، ص 37

⁴ - Romain Loir , op cit,p104.

⁵ - Ch.Civ.1^{er}.20mars 1985, Bull, 1985, n°109 « une compagnie d'assurance n'est pas de bonne foi si elle refuse de payer l'indemnité pour vol d'un véhicule sous le prétexte que l'antivol n'était pas d'un modèle agréé alors qu'elle n'établit pas qu'elle avait indiquée à l'assuré les types et qu'elle avait encaissés les primes pendant trois ans. »

مقتبس عن يعقوبي إدريس، المرجع السابق، 54.

مشار إليه أيضاً في :

- Léa Amic.op.cit, 2014,p12.

أساسيا في نظرية العقد، ولم يعد قاصرا على فترة تنفيذ العقد. بل أن أحكام القضاء الفرنسي مد نطاقه لفترة إبرام العقد.

إن أهمية مبدأ حسن النية تظهر في أنه يحقق أهداف القانون، المتمثلة في المحافظة على استقرار التعامل، وتحقيق العدالة، وحماية الحقوق، والمحافظة على التوازن بين المصالح، والتخفيف من المخاطر الاقتصادية التي قد تصيب أطراف العلاقة العقدية. فالتشريع مهما كان مفصلا لا يمكنه الإحاطة بجميع الجزئيات¹.

و في هذا الصدد يذهب ديموج² إلى أن القواعد القانونية الصلبة التي تسود مؤسسة العقد، لا بد أن تلين وتنصهر بالمعطيات الاجتماعية الحديثة. فمؤسسة العقد ليست شيئا صلبا وجامدا إنما هي مؤسسة حية قابلة للتطور. فإذا كان الثبات القانوني هو السبيل إلى استقرار التعامل، فإن التحرك في النصوص هو السبيل لبقائها.

لذلك يترك المشرع للقاضي مجالا يسمح له باستخدام سلطته التقديرية لتحقيق العدالة في العقود. من هنا تظهر العلاقة بين تطور دور مبدأ حسن النية، وتطور دور القاضي، أو بمعنى السلطات الممنوحة للقاضي. إذ يمثل المبدأ نافذة للقضاء يتدخل بموجبه في العقد، كلما تطلب الأمر مراعاة ما هو أخلاقي. وفي هذا الصدد يرى Ripert³ أن رجل القانون لا ينبغي أن يكون رجل تقنية مجردة، هدفه تطبيق النصوص القانونية، والعمل على تفسيرها فحسب. وإنما أيضا أن يدخل فكرة الأخلاق في تحقيق مهمته. والنظرة إلى أية علاقة إنسانية، لا بد أن يتم على أساس أنها ارتباط بين شخصين وليس مجرد رابطة بين ذمتين.

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 14

² - رأي ديموج، مشار إليه في : عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، د.ط، منشورات الزين الحقوقية، لبنان، 2006، ص 142 .

³ -Georges Ripert, op cit ,p29

ويقول جوسران:¹ "أن القانون نفسه أدار وجهه عن القاضي، إلى حسن النية والإنصاف، وإلى العرف والعادة، ودعا القاضي إلى الغوص في أعماق محتوى العقد، لاكتشاف التزامات جديدة، من شأنها أن تتنوع وتتعدد عبر الأجيال تحت ضغط العوامل الفردية والاقتصادية والاجتماعية".

من ثم فإن دراسة ما يفرضه المبدأ، مرتبط بشكل مباشر بدور القاضي في إقرار العدالة في العقد. وقد استند القضاء الفرنسي إلى مبدأ حسن النية، في كثير من الأحيان ليجد حلولاً لما يعتري العقد من معوقات، تؤدي إلى اختلال التوازن في العقد. وقد أيد الكثير من الفقه الفرنسي آنذاك موقف القضاء الفرنسي. بل أن القضاء الفرنسي مدعماً من الفقه كان له الفضل الأول في إقرار التزامات جديدة، مستنداً في كثير من الأحيان إلى مبدأ حسن النية في العقود، على الرغم من اختلاف الفقه حول أهمية المبدأ، وقول جانب من هذا الفقه بأنه مفهوم غامض. فالمبدأ له فعالية ونشاط قضائي شديد فهو يماثل ويقابل العمل التشريعي المتجدد واختفائه يؤدي إلى إبعاد الأمن القضائي للمتعاقدين.²

من ثم يلعب المبدأ دوراً في تحقيق التوازن بين طرفي العلاقة العقدية، وبشكل أو بآخر لا يمكن تجنب الأخذ به، لأنه يحقق العدالة العقدية كلما اتسعت الهوة بين طرفي العقد، طرف يلم بكافة ظروف التعاقد، أي مهني محترف وهو الطرف القوي، وطرف ضعيف لا يحيط بظروف التعاقد بشكل كامل. فالقانون عند وضعه من قبل المشرع وإن كان يحقق العدل، إلا أنه لا يحقق العدالة في جميع الحالات، فيعد مبدأ حسن النية بذلك نظراً لمرونته واتساع معناه وسيلة لتحقيق العدالة العقدية.

إن مبدأ حسن النية هو من أهم المبادئ القانونية على الإطلاق، حيث أن اللجوء إليه يخفف الكثير من صرامة بعض النصوص القانونية، والتي قد يؤدي التقيد بحرفية

¹ - رأي جوسران، مقتبس عن: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 142.

² - محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص 10.

تطبيقها إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها. لهذا فهناك مسؤولية كبرى تقع على عاتق القضاء بخصوص تطبيقات المبدأ، سواء في مرحلة تنفيذ العقد أو في مرحلة المفاوضات العقدية، حيث أن الأخذ بالمبدأ وبشكل واسع، قد يمنع التشريع من أن يكون تشريعا مغلقا، لا يستجيب لمتطلبات العدالة بخصوص وقائع قد تتطلب ذلك.

وعلاوة على ذلك فهو وسيلة لاحترام أخلاقيات التعاقد، فالالتزامات المتعاقدين قد تكون متعادلة ظاهريا، غير أن ما يبحث عنه في إطار العلاقات العقدية، سيما في العقود التي تربط بين محترف يلم بظروف التعاقد و طرف ضعيف جاهل لتلك الظروف، العدالة الحقيقية و التي تتطلب أن يكون سلوك المتعاقد نزيه. والنزاهة والتعاون مفاهيم أخلاقية، تمثل تجسيدا لمبدأ حسن النية في شكل التزام قانوني عام، أكد العديد من الفقه الفرنسي متبوع بالفقه العربي، على ضرورة مراعاتها من كلا المتعاقدين في مثل هذه العقود، في محاولة منه لبعث نظرة جديدة لقانون العقود، كقانون مشبع بالأخلاقيات والسلوكيات الإيجابية، والمتبادلة من كلا طرفي العلاقة العقدية. وقد سار على هذا النهج القضاء الفرنسي في العديد من الأحكام، على الرغم من صعوبة تسليم جانب من الفقه بالزامية القاعدة الأخلاقية كقاعة قانونية.

إن مبدأ حسن النية قاعدة مرنة وهذا يفيد أن دوره تغير عما كان عليه سابقا. لاسيما مع ظهور عقود تحتاج إلى التفاوض للاتفاق على مضمونها قبل الإقدام على إبرام العقد، وكذا في عقود الاستهلاك التي يوصف أحد طرفيها أي المستهلك بأنه الطرف ضعيف، ويوصف فيها الطرف الآخر المحترف بالطرف القوي. ومركزه القوي يخوله مكنة فرض شروط قد تكون تعسفية في حق المستهلك. من ثم فمبدأ حسن النية أصبح وسيلة فعالة لاستبعاد مثل هذه الشروط، فله دور وقائي من مثل هذه الشروط، لأن مرونته تجاري مرونة الشروط التعسفية التي يصعب حصرها. ويمثل آلية فعالة في يد القاضي لاستبعاد مثل هذه الشروط، لدى اهتمت بعض التشريعات بربط فكرة

الشروط التعسفية بمبدأ حسن النية كالتشريع الألماني والتوجيه الأوربي، لتوفير حماية فعالة من الشروط التعسفية.

إن الهدف من هذه الدراسة هو محاولة تصويب دور المبدأ في العلاقات العقدية. فمبدأ حسن النية ذي الصفة الديناميكية، مفهوم متغير لا يمكن ضبطه، وما يفرضه يختلف من حقبة زمنية إلى أخرى، ومن نظام تشريعي إلى نظام آخر، بحسب ما توليه تلك الأنظمة لقواعد الأخلاق من حيز قد يضيق وقد يتسع.

لذا فالسؤال المطروح: ماهي مكانة مبدأ حسن النية في نظرية العقد ؟

في إطار دراستنا التفصيلية لهذا الموضوع انتهجنا المنهج الوصفي التحليلي للنصوص القانونية، متبوعة أحيانا بآراء الفقه الفرنسي والعربي والقضاء لاسيما الصادرة عن القضاء الفرنسي ذات الصلة بالموضوع، ولما كانت الدراسة تتطلب المقارنة بين التشريعات المختلفة، فقد اتبعنا المنهج المقارن بين التشريع الجزائري والفرنسي والمصري، وأحيانا التشريع الألماني كلما تطلب الأمر ذلك لاسيما بخصوص الشروط التعسفية.

وفي إطار الدراسة قسمنا الموضوع إلى باين، تناولنا في (الباب الأول) مضمون مبدأ حسن النية في العقد،

وفي الباب الثاني فقد حاولنا من خلاله إلقاء الضوء على دور مبدأ حسن النية على ضوء بعض العقود التي تربط ما بين محترف يلم بظروف التعاقد وطرف ضعيف يخضع لشروط التعاقد، إذ سجانا دورا فعلا لمبدأ حسن النية باعتداده كأساس لاستبعاد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

أو باعتداده كأساس للالتزامات أخرى فرضها المشرع نتيجة تزايد اختلال التوازن في العلاقة العقدية، حيث يساعد مبدأ حسن النية كفكرة مطاطية في تحديد مداها.

ولأن دوره في هذه العقود يبرز أنه حقيقةً مُتغير، ودوره متزايد وحركي، فقد عنونا (الباب الثاني) كالآتي: فعالية وديناميكية مبدأ حسن النية في نظرية العقد.

الباب الأول

مضمون مبدأ حسن النية

في العقد

ينطلق الفقه من صعوبة وضع تعريف جامع مانع للمبدأ، ويعلل ذلك بعدة أسباب: السبب الأول أن معناه يتحدد بحسب الدور الذي يلعبه، إذ لحسن النية أدوار عديدة ومتباينة، مما يؤدي إلى اختلاف المعنى المقصود من حالة لأخرى. فهو ذو طبيعة مرنة يتشكل وفقاً لكل حالة على حدة. ففي إطار تنفيذ العقد يعني الاستقامة والأمانة وانتفاء الغش، ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد. وفي كسب الحقوق يعني عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف.¹

وفي تكوين العقد فيعني الالتزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد، بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل² ويعبر الفقيه J.Ghestin³ عن ذلك بالقول أن: "مبدأ حسن النية باختراجه التقنية القانونية يفقد وحدته، ولا يمكن بتفاعله مع القواعد القانونية التي يعدل اتجاهها إلا أن يعرف وفقاً لهذه التقنية التي يندمج فيها، وبالتالي ليس هناك تعريف عام ومحدد لحسن النية. وبصورة أصح هناك تعاريف بقدر التطبيقات الخاصة لهذا المفهوم".

أما السبب الثاني فيتمثل في أن الفقه بمناسبة الحديث عن حسن النية يتحدث عن الجهل، الغلط والخطأ. وجميع هذه الأفكار تنبع من ذات الإنسان، أي أنها ذاتية قياسها ليس هيئنا لارتباطها بعواطف وأفكار الإنسان. فتظهر مشكلة حقيقة مضمون

¹ - الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 150.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 157.

³ - رأي J.Ghestin: مشار إليه في: أكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، ع 49، 2015، ص 408.

المبدأ، لمعرفة نطاق وأثر حسن النية في نظرية العقد. فماده الأخلاقي لا يعني أن ليس له معنى قانوني، والدليل أن المبدأ لم يبقى على الصعيد الخلفي فحسب، بل تعداه إلى الصعيد القانوني.

ولتحديد مضمون المبدأ تعرضنا إلى حسن النية الساكنة في (الفصل الأول)، وهي الحالة التي تفيد تقرير الحماية للمتعاقد إذا ما ثبت أنه حسن النية . ثم بحثنا على ضوء نصوص القانون المدني أثر مبدأ حسن النية في العقد، يبحث أثر حسن النية في الأوضاع الظاهرة. وأثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان. فعنوانا (الفصل الثاني):
أثر حسن النية الساكنة في العقد.

الفصل الأول

حسن النية الساكنة

رجوعاً لأحكام القانون المدني، نجد نصوص عديدة نصت على مبدأ حسن النية بشكل غير مباشر، كتلك المتعلقة بالحيازة والالتصاق، والأوضاع الظاهرة، وعدم التعسف في استعمال الحق... إلخ. أما في نظرية العقد فقد أشار المشرع للمبدأ في نصوص عديدة بشكل غير مباشر كنظرية عيوب الإرادة، ويبقى نص المادة 107 ق م ج النص الوحيد الذي يشير إلى مبدأ حسن النية بشكل مباشر في نظرية العقد. الأمر الذي يفيد أهميته في تلك النظرية.

غير أن المشرع لم يحدد مضمون المبدأ في نظرية العقد، بينما تشير أحكام الحيازة والالتصاق إلى حالة الجهل والاعتقاد المشروع، والتي إذا ما ثبتت توافرها في الشخص تتقرر الحماية لمصلحته، ويبقى العامل المشترك ما بين تلك النصوص والنص المتعلق بنظرية العقد أن حسن النية في تلك النصوص ساكن، بمعنى أن مضمونه ثابت لا يتغير فهو قاعدة للسلوك كما وأنه مفترض.

وفي محاولة منا لإجلاء الغموض عن المبدأ حاولنا تحديد مضمونه في نظرية العقد، وكان لزاماً علينا الرجوع إلى أحكام القانون المدني واستعراض المفاهيم التي ساقها الفقه القانوني، محاولين في نفس الوقت إخراجهم من حالة السكون إلى الحالة الحركية الديناميكية، أي من المضمون الثابت الذي لا يتغير إلى المضمون المتغير والفعال، على ضوء تطور الفقه والقضاء الفرنسي لاسيما في العقود التي تربط بين محترف ومستهلك يوصف بأنه الطرف الضعيف في العلاقة، فعنونا (المبحث الأول): مفهوم مبدأ حسن النية في العقد، ثم استعرضنا في (المبحث الثاني) دور مبدأ حسن النية في العقد، أي في مرحلة ما قبل إبرامه، ثم في مرحلة تنفيذه.

المبحث الأول:

مفهوم مبدأ حسن النية

على الرغم من كثرة النصوص التي تتناول أثر حسن النية¹ في المعاملات المدنية، فإن المشرع لم يضع تعريفاً للمبدأ. فاتجه جانب من الفقه إلى استخدام تعابير عامة بראقة، من صدق وأمانة ونزاهة واستقامة. في محاولة لوضع تعريف قانوني لمبدأ حسن النية، نظراً لاختلاطه بمفاهيم أخلاقية. في حين يرفض جانب آخر من الفقه هذه المفاهيم، ويرى أن هذه التعابير غير كافية لتحديد معناه القانوني، إذ أنها في ذاتها تحتاج إلى تحديد، لأنها تتسم بعدم الوضوح والدقة.

وإن كانت دائرة الأخلاق تتسع لتشمل أعمالاً وتصرفات لم يتناولها القانون، مع ذلك لا يمكن الفصل بين القانون والأخلاق، ولا يمكن إنكار وجود البعد الأخلاقي في قواعد القانون بشكل عام. ومبدأ حسن النية يشكل نقطة امتزاج بينهما، والاعتداد به يكفل موافقة القانون لقواعد الأخلاق على نحو أفضل، كما أنه يعد وسيلة مهمة لتطبيق القاعدة القانونية.

إن ما يميز مبدأ حسن النية كقاعدة مرنة أن له مضمون مزدوج شخصي وآخر موضوع (المطلب الأول)، كما وأن مرونته تطرح تساؤلاً حول ما إذا كان يمكن أن يمتزج بأفكار أخرى مرنة، كفكرة العدالة وفكرة النظام العام ونظرية الثقة، ومن ثم إمكانية إرجاع أساسه إلى هذه الأفكار.

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوي، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2010. ص 86.

ويرى عبد الحليم القوي أن مصطلح حسن النية يختلف عن النية وعن الحسن إذا ما جزء هذا المصطلح، فالنية ليست إلا يقينا بلغ العزم. فالنية مع العزم إرادة باطنة، والنية مع العزم مع المظهر الخارجي إرادة ظاهرة، وطالما بقيت النية كامنة في النفس ولم تخرج إلى العالم الخارجي بالإفصاح عنها، فإنها لا ترتب أي أثر قانوني. أما الحسن فهي كلمة تدل على ما هو أخلاقي ومحمود، وجمع الحسن والنية في مصطلح حسن النية كمبدأ قانوني، يتغير معناه ومدلوله.

بينما يرى شيرزاد عزيز سليمان أن هناك خلطاً بين النية والإرادة، من قبل بعض الفقه القانوني، في حين أنها مختلفان. فالنية لها طبيعة ذاتية بحيث لا حاجة لإظهارها، بينما الإرادة وإن كانت ظاهرة نفسية بحسب الأصل، إلا أنها يجب أن تكون ظاهرة إلى العالم الخارجي، ليرتب عليها آثار قانونية. فإن كان هناك تعارض بين الإرادة الظاهرة والباطنة، فما ذلك إلا نتيجة عدم الفلاح في التعبير عن الإرادة الحقيقية، التي تولدت عن النية. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 136.

ولأنه قاعدة مرنة فإما أنه يقاس بمعيار شخصي أو مادي موضوعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

حسن النية بمفهوم مزدوج

تعريف عديدة ساقها الفقه القانوني لا تفي بمتطلبات البحث العلمي، فيعرفه جانب من الفقه¹ بأنه "هو اليقين القائم على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفاً ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فتترتب على ذلك آثار قانونية، من شأنها حماية كل ذي مصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية". ويعبر عنه آخرون بأنه "تصوير لتلك النوايا الممتدة الخالية من الصرامة والعنف، وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف"².

على أنه بعيداً عن هذه التعاريف الغامضة، يتضح من خلال استقراء نصوص القانون المدني وتعريف الفقه للمبدأ، أن مبدأ حسن النية يدخل حيز القانون بمفهوم شخصي (الفرع الأول) وآخر موضوعي (الفرع الثاني) تدور حولهما سائر التطبيقات القانونية.

الفرع الأول:

المفهوم الشخصي للمبدأ

يعتمد هذا المفهوم على نفسية المتعامل، ويتم تقدير حسن أو سوء نيته، بالرجوع إلى ما اعتقده الشخص حقيقة، ودار في مكان نفسه، فيختلف تقدير حسن أو سوء النية تبعاً لذلك من شخص لآخر. فنتعرض لتعريف مبدأ حسن النية وفق هذا المفهوم الشخصي (الفقرة الأولى)، ثم نحاول تقييم هذا المفهوم ببحث إمكانية الأخذ به في نظرية العقد من عدم إمكانية ذلك (الفقرة الثانية).

¹ - محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 24.

² - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 373.

الفقرة الأولى:

تعريف مبدأ حسن النية

يأخذ القانون بالمفهوم الشخصي عندما يعتد بحسن النية، باعتباره حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف ما، أو في الاعتقاد الخطأ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما. وبهذا المفهوم فإن فكرة حسن النية تبدو فكرة شخصية ذاتية تتسم بطابع سلبي محض، ويجري تعريفها على هذا النحو باعتبارها نوعاً من الجهل أو عدم العلم يرتب القانون عليها أثراً قانونياً، يختلف باختلاف تحقق الجهل أو العلم بتلك الواقعة أو الظرف. هذا المفهوم الشخصي هو المقصود بحسن النية في إطار قواعد الحياة والالتصاق ودفع غير المستحق.¹

إلا أنه في إطار المفهوم الشخصي اختلف الفقه حول تعريف المبدأ. فذهب جانب للقول بأنه "الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثراً قانونياً". بعبارة أخرى هو اعتقاد الخلف بأنه تلقى الحق من صاحبه الفعلي. ويفترض حسن النية وفقاً لهذا الرأي غلطا وقع فيه الغير، وهو أمر نفسي ذاتي، وهو مفترض، لأنه يتعلق بواقعة سلبية يقع عبئ الإثبات على من يدعي خلافها.

وإذا كان هو معنى حسن النية حسب هذا الرأي فسوء النية هو عبارة عن الغش وسوء القصد، فهو يطابق الخطأ وفقاً لقواعد الأخلاق، وهو الذي ينحصر في تعمد وقصد الإضرار بالغير، أي أن سوء النية هو تحقق يقين العلم بتلك الواقعة على وجه الحقيقة. أي العلم بكافة عناصر الواقعة القانونية أو التصرف وما يتمخض عنه من نتائج، فضلا عن إرادة الفعل والنتيجة.²

¹ - أكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 407.

² - الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 152.

أنظر أيضا شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 127.

ليس بعيد عن هذا الاتجاه الفقهي¹ برز اتجاه آخر يرفض هذا المعنى لحسن النية الذي قوامه الجهل بالعيب، فيرى أن حسن النية هو "الغلط المبرر المشروع"، الذي يتحقق بانتفاء الخطأ من جانب المتعاقد أو الغير بنوعيه العمدي وغير العمدي. حيث يعتبر سيئ النية من يقصد الإضرار بالغير ومن يصيب الغير بضرر نتيجة إهماله وعدم احتياطه. والقول بأن حسن النية هو الغلط المبني على الجهل يعني أن من يتعامل بخفة ورعونة أو عدم احتياط يستحق الحماية، وبذلك يعمل القانون على محاباة ومكافأة المهملين.

وإن كان البعض يرى بأن هذا التعريف الأخير ليس تعريفاً كاملاً للمبدأ، لكنه يقترب من مفهوم حسن النية في العقد. كما وأنه اعتبر الإهمال يفيد سوء النية، على خلاف التعريف السابق الذي قصره على تعمد الإضرار أي على الخطأ العمدي². إلا أنه يرى أن كلا التعريفين ينظر إلى المبدأ على أنه موقف سلبي. وهذا يخالف واقع المبدأ الذي يتعدى كونه موقفاً سلبياً، لأنه يتطلب مواقف تتسم بالإيجابية، فهو يتطلب سلوكاً وليس امتناعاً عن سلوك فقط، أو حالة ذهنية بحثة حتى ولو كانت مصاحبة لعناصر الإهمال والرعونة وعدم اتخاذ الحيطة اللازمة.

هذا وأنه يصعب الأخذ بأحد الاتجاهين في تحديد مفهوم حسن النية. إذ يصعب قصر معناه على الجهل بالعيب، أو على الغلط المبرر المشروع. فالجهل هو انتفاء العلم، بينما الغلط هو العلم بما يخالف الحقيقة، بينما الخطأ هو سلوك مدان ومعيب لمخالفته للصواب، وما يجب أن يكون عليه الشخص المعتاد، لمخالفته أحد الواجبات التي يلتزم بها هذا الشخص المعتاد.³

¹ - رأي محمود جمال الدين زكي، مشار إليه في: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 129.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 129.

³ - محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 30.

ويبدو أن التعاريف السابق ذكرها يصلحان لتعريف حسن النية، في مجال الحياة والالتصاق والدفع غير المستحق.¹ ففي إطار قواعد الحياة يعتبر الحائز حسن النية، إذا كان يجهل أنه يتعدى على حق الغير طبقاً لنص المادة 824 ق.م.ج. المقابلة للمادة 965 ق م مصري والمادة 550 ق.م.ف. بشرط أن لا يكون جهل الحائز ناشئاً عن خطأ جسيم. ويفترض حسن نية الحائز ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك. ولا تزول صفة حسن النية حسب المادة 825 ق م ج إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير.

نفس المعنى نجده متبنى من قبل المشرع في المادة 2/714 ق م ج، إذ منح المشرع للمشتري إمكانية إبطال السند، إذا كان يجهل عدم ملكية البائع وهو مالك على الشئوع للعين المتصرف فيها مفرزة. فاعتقاد المشتري أنه تلقى حقه من صاحب العين، يجعل منه حسن النية، أما إذا كان المشتري يجهل أن البائع لا يملك الجزء المبيع مفرزاً. فلا يمكن اعتباره راضياً بشراء غير الجزء المعين في العقد.²

وبخصوص البناء على أرض الغير، فقد عبرت المادة 785 ق م ج المقابلة للمادة 926 ق م م والمادة 555 ق م ف، عن أن صاحب البناء إذا كان يعتقد أن له الحق في إقامة هذه المنشآت، عد حسن نية. على أن الباني يكون حسن النية إما لاعتقاده بأنه مالك أو بالرغم من علمه بأنه لا يملك الأرض، إذا كان يعتقد أن له الحق في إقامة البناء عليها نتيجة لحصوله على ترخيص من صاحب الأرض، دون اتفاق على مصير الأرض المنتفع بها، أو باعتباره مستأجراً خوله المؤجر إقامة البناء على الأرض المؤجرة.³

¹ - أكرم محمود حسين البدو، مُجَدِّدُ صَدِيقِ مُجَدِّدِ عَبْدِ اللَّهِ، المرجع السابق، ص 408.

² - لحسن بن شيخ آيت ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 66.

يختلف حكم هذه المادة عن حكم بيع ملك الغير، في بيع ملك الغير يجوز للمشتري طلب إبطال البيع، بغض النظر عن علمه أو عدم علمه بأن المبيع مملوك للبائع.

³ - جمال خليل النشار، النية وأثرها في البناء في ملك الغير، دار الجامع الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 31.

يظهر حسن النية الشخصي أيضا في مجال الدفع غير المستحق بحسن نية. كما في حال المستأجر الذي يقوم بالدفع المسبق لمؤجر لم يعد مالكا للعين المؤجرة، وهو يعتقد أنه يدفع للمالك. وهو ما يستنتج بمفهوم المخالفة من المادة 469 مكرر 4 ق.م.ج. فيكون للمالك الجديد الرجوع على المؤجر السابق بأحكام الدفع غير المستحق، لحسن نية المستأجر بسبب عدم علمه وقت الدفع بانتقال الملكية. ويتدخل حسن النية أيضا من أجل عدم إرهاب المؤجر السابق الذي تسلم غير المستحق، وهو يعتقد أن ما تسلمه حق له. إذ لا يطالب إلا برد ما تسلم، دون الفوائد التي جناها طبقا لنص المادة 147 ق.م.ج وتقابلها في ذلك المادة 185 ق م مصري.

والأصل أن يلتزم من تسلم غير المستحق برد ما يؤدي إليه، وهذا تطبيقا للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب. ولكن فيما يتعلق بثمار الشيء، فمتى كان من تسلم غير المستحق حسن النية، لا يلتزم برد الثمرات والفوائد إلا من وقت رفع الدعوى أو المطالبة. أما إذا كان سيئ النية ففي هذه الحالة يلزم برد الفوائد أو الأرباح التي حصل عليها، أو كان في وسعه الحصول عليها من الشيء. من وقت القبض أو من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية.¹

وفي نفس السياق يلتزم الحائز برد الشيء دون الثمار التي جناها من الشيء ما دام حسن النية حسب المادة 837 ق م ج.²

كذلك فيما بينته المادة 268 ق م ج المقابلة المادة 333 ق م مصري، عن حكم الوفاء لغير الدائن أو نائبه، التي جاء فيها أنه إذا أوفى المدين للغير، فإن ذمته تبرأ إذا كان حسن النية بأن اعتقد أنه دائنه الحقيقي متى كان ذلك الغير حائزا للدين.

¹ - محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 26

² - تقابلها في نفس المعنى المادة 978 ق م م، والمادة 549 ق م ف.

ويذهب عبد الحلیم عبد اللطيف القوني،¹ في هذا الصدد إلى أن وصف الشخص بأنه حسن النية أو سيئ النية وفق المفهوم الشخصي، يتطلب البحث في حقيقة الاتجاه الإرادي، وتحديد تحقق أحد الوصفين (أي الحسن أو السوء)، تبعاً لما تشير إليه قرائنه الدالة عليه. وهذا ليس أمراً عسيراً، إذ كما تقوم قرائن على وجود النية أو عدم وجودها، تقوم كذلك على وصفها بالحسن أو السوء. وغالباً ما تكون القرائن الدالة على الوصف، أسهل من القرائن الدالة على الوجود. لأن النية موجودة ولم يبق سوى قدر من الفطنة والذكاء في إدراك وصفها فمتى كان مناط الوصف متمثلاً في تحقق العلم أو الجهل الفعلي بالواقعة أو التصرف محل التعويل التشريعي في ترتيب الحكم، تحقق الطابع الذاتي لوصف الشخص أنه حسن النية أم سيئ النية. أما حيث يكون مناط الوصف هو إمكان العلم، فليس من شك في أنها لا تتحقق في تلك الحالة الطبيعة الذاتية للوصف، حيث لا يقوم إمكان العلم على طابع ذاتي.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن جانب من الفقه،² يذهب لإعطاء حسن النية مفهوماً قانونياً بالإضافة إلى مفهومه الشخصي والموضوعي، فيرى أنه "قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون". و يضيف البعض بأنه "إرادة مطاوعة القانون"³ وتطبيق ذلك نجده في نقل ملكية العقار، حيث أن التزام البائع بنقل الملكية إذا كان محله عقاراً لا ينفذ إلا بتسجيل عقد البيع، ومن ثم يكون الشخص حسن النية إذا قصد الالتزام بحدود القانون بتسجيل العقار محل العقد، فإذا لم يتم بتسجيله اعتبر سيئ النية في نظر القانون لإهماله وتقصيره.

¹ عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 295

² رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص 40.

لأن حسن النية يرتكز على قواعد الأخلاق، بحث رجال القانون عن معنى قانوني حتى ولو كان مخالفاً لمعناه الأخلاقي.

³ رأي عدنان إبراهيم سرحان، مشار إليه في: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 126.

بينما يذهب البعض الآخر¹ إلى القول أن حسن النية يتحقق بوجود الالتزام بالقانون عند القيام بالتصرفات، ولا يكفي قصد الالتزام. وبالتالي مفهوم حسن النية تبعا لذلك هو الالتزام بالقواعد القانونية عند القيام بالتصرفات، فتعد مخالفتها سوء نية بغض النظر عن العلم أو الجهل بالمخالفة.

من ثم أقام هذا الاتجاه سوء النية على عدم إتباع ما فرضه القانون بشأن تصرف معين، ومتى تم البيع لشخصين فالمشتري الثاني الذي سجل عقده يعد حسن النية، حتى وإن كان يعلم أن البائع قد باعه لمشتري لم يسجل عقده. إذ القانون قد اعتبر المشتري الأول الذي لم يسجل عقده مقصرا ومهملا، وهذا ينزله منزلة المشتري سيئ النية.²

وقد طبقت محكمة النقض المصرية هذا المفهوم لحسن النية في حكمها الصادر في 13 ماي سنة 1954 إذ قضت: "بأن الغير إذا تعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في عقد البيع تصرفا انتقلت به الملكية فلا يعتبر سيئ النية في معنى المادة المذكورة، لأنه يكون في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة. ولو كان يعلم وقت تعاقدته معه، أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده".

وحكم محكمة النقض هذا لم يعتد بالتواطؤ، ويرى أنه لا يفسد العقد المسجل. كما أنه يرى أن المشتري الثاني يعتبر حسن النية، ولو كان يعلم أن البائع أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده. بل أنه لم يقف عند ذلك الحد، فاعتد بالعقد المسجل حتى ولو كان هناك تواطؤ بين المشتري الثاني الذي سجل عقده وبين البائع له.³

¹ - رأي : V.Pipert مشار إليه في : عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 295.

² - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 90.

³ - الهادي سعيد عرفة، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 157.

غير أنه وعند النظر إلى المشتري الثاني الذي سجل عقده، وهو يعلم أن العقار مباع لغير لم يسجل عقده، يعتبر مدانا من زاوية الأخلاق. لأنه تواطأ مع البائع وسبق إلى التسجيل مقتنصا حقا سبق أن تنازل عنه نفس البائع لشخص آخر. لكن عند النظر من زاوية القانون نجده غير مدان، لأنه اشترى العقار من مالك حقيقي. وقام بإتباع ما فرضه القانون بشأن نقل ملكية العقارات. فلم يقصد الخروج عن أحكام القانون، ولم يقصر في إتباع ما فرضه من إجراءات، لذلك أعتبر حسن النية في نظر القانون.¹

فيقر هذا الجانب بأن التعريف القانوني لحسن النية يفصل بين حسن النية ومعناه الأخلاقي، حيث أن التزام الشخص بالحدود التي يفرضها القانون، لا يتعارض مع استغلال الشخص للثغرات الموجودة في القانون، والتي تسمح له بالحصول على مزايا على حساب غيره أو تضييع من غيره بسبب حصوله هو عليها، وكل ذلك لانفصال حسن النية في القانون عن حسن النية في الأخلاق.²

الفقرة الثانية:

تقييم المفهوم الشخصي

إن الأخذ بالمفهوم الشخصي لفكرة حسن النية يجعلها تتصف بعدم الثبات، لارتباطها بنية المخاطب بها، فيقال أن الشخص حسن النية إذا وقع في غلط أو جهل العيوب التي تجعل من تصرفه عملا ناقصا لا يقره القانون، أو لا يجعل منه سببا كافيا لترتيب أثره القانوني.³

¹ - الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 156.

يفصل هذا المفهوم المبدأ عن معناه الأخلاقي. ويرى أن الأخلاق لا تسمح باقتناص فرصة أوشكت أن تتحقق لغير بينما القانون يسمح بها، طالما أن ذلك يتم في حدود أحكامه.

² - عبد الحلیم عبد اللطيف القوي، المرجع السابق، ص 138.

³ - محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 28.

كما يقتصر هذا التعريف على جانب من جوانب المعاملات، إذ يصلحان لتعريف حسن النية في مجال الحياة والأوضاع الظاهرة، والالتصاق والدفع غير المستحق، ولا يفيدانه حقه في مجال العلاقات التعاقدية، لأنه ينظر إليه على أنه موقف سلبي. في حين أن حسن النية لا يقتصر على فكرة الجهل فقط، بل يفرض على المتعاقد السعي إلى مراعاة مصالح الطرف المقابل والمحافظة على توقعاته المعقولة، ومراعاة الثقة المشروعة التي تولدت منها.¹

هذا وأن الواقع ليستا فكرتا الجهل والغلط والاعتقاد المشروع، وحدها التي تطل من سياق التشريعات تعبر عن المفهوم الشخصي لحسن النية. وإنما هناك أفكار أخرى غيرها، كالغش ونية الإضرار بحق الغير. كما وأن جميع هذه الأفكار السالفة الذكر متداخلة فيما بينها إذ يصعب قصر معناه على الجهل بالعيب، أو الغلط المبرر المشروع. لأن هذه العناصر وإن كان يمكن أن لا تلتقي في بعض الظروف، إلا أن التطابق بينها غير كامل. فالجهل هو انتفاء العلم بينما الغلط هو العلم بما يخالف الحقيقة.²

وحتى وإن كان حسن النية مرتبط بالجهل أو الاعتقاد المشروع أو عدم العلم، بحيث يفترض في من وقع فيه أنه حسن النية. إلا أنه في عقود الاستهلاك، فالمحترف الذي يجهل عيوب منتجاته أو لا يعلم بما يعتريها من مخاطر، لا يمكن اعتباره حسن النية، فيفترض فيه العلم دائماً ويفترض فيه أيضاً سوء النية، ويفترض حسن النية المستهلك في مقابل ذلك لكونه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية. فلا مجال للمنتج التمسك بحسن نيته وعدم علمه بالعيب. وتترتب مسؤوليته على أساس ثبوت سوء النية في جانبه، حتى ولو أثبت أن أصل العيب يكمن في سبب لا يمكن كشفه وفقاً للوضع العادي، وأن

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 131.

² - محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 30.

كشف العيب يحتاج إلى فحص دقيق، كما لا يجدي نفعاً أن يقدم مستنداً يستدل به على حسن نيته.¹

وإن كان جانب من الفقه أعطى مفهوماً قانونياً لحسن النية مخالف للمفهوم الشخصي، إلا أن ما هو ملاحظ أنه لا يوجد فرق بين المفهوم القانوني والشخصي، إذ أن الشخص الذي يتصرف وهو يجهل أنه يعتدي على حقوق الغير، هو شخص قصد التزام حدود القانون، ولم يقصد الخروج عليها. وبناءً على ذلك يكون الجهل صادر عن شخص قصد التزام حدود القانون. ومن ثم لا يخرج هذا المفهوم عن حسن النية بمفهومه الشخصي. والقول بوجود حسن النية القانوني يهدف إلى فصل المبدأ عن معناه الأخلاقي، هذا الفصل إن حدث فيكون لاعتبارات يرى القانون أنها أولى للمحافظة على استقرار التعامل ليس إلا، ومن ثم فالأمر لا يعدو أن يكون استثناءً.²

هذا وأنه كتعقيب على هذا الاتجاه الفقهي، إن كان حسن النية هو قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون، فإن سوء النية عكسه، أي قصد عدم الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون، بمعنى آخر هو قصد مخالفة القانون والخروج على أحكامه، وبالتالي فهو موقف عمدي يدخل فيه الغش وقصد الإضرار بالآخرين، ولكن لا يدخل فيه حدوث الضرر للآخرين نتيجة الإهمال وعدم الاحتياط. فكيف أن هذا المفهوم يجعل من المشتري الأول سيئ النية لأنه مقصر ومهمل، في حين أنه لم يقصد الخروج عن أحكام القانون ولم يقصد الإضرار بالآخرين، أي كيف ينظر للمشتري الأول بأنه سيئ النية في حال كان مهملاً، على الرغم من أن هذا الرأي يعتبر سوء النية يفيد الغش وقصد الإضرار بالآخرين.³ فحسن النية بالمعنى القانوني يجافي قواعد العدالة والأخلاق.

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 324.

² - عبد الحليم عبد اللطيف القوي، المرجع السابق، ص 90.

³ - الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 158.

الفرع الثاني:

المفهوم الموضوعي للمبدأ

بخلاف المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية الذي يعني حالة الجهل لدى الشخص، يرتب القانون عليها أثراً قانونياً. يوجد مفهوم موضوعي للمبدأ أشار إليه الفقه، يعرف المبدأ بالرجوع لدوره في العلاقة العقدية باعتباره قاعدة سلوك. فنتعرض بداية لتعريف المبدأ وفق المفهوم الموضوعي (الفقرة الأولى)، ثم نحاول تقييم المفهوم الموضوعي، ومدى انطباقه على مضمون مبدأ حسن النية في العقود (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

تعريف مبدأ حسن النية

إن المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية هو المفهوم المعتمد في مجال العلاقات العقدية. يتمثل بأن تكون حسن النية فكرة أخلاقية خالصة، تشكل قاعدة للسلوك. تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم. وبهذا المعنى تصبح هذه الفكرة فكرة موضوعية لا شخصية، فهي ضابط أخلاقي للسلوك، يجري تقديره على نحو موضوعي مجرد، وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع.

أي أن حسن 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 والأمانة الثقة المشروعة، شرف التعامل ومخالفة مقتضيات حسن النية، تتحقق لمجرد صدور التصرف على خلاف ما تقتضي به تلك المقتضيات. دون النظر لما إذا كان المخالف يعلم بالمقتضى الذي خالفه أو لا يعلمه. فإمكان العلم يفيد سوء النية، ومن ثم المفهوم الموضوعي يتعدى حالة الجهل إلى العلم، والعلم المقصود هو إمكانية العلم، لا العلم الحقيقي، وهذا ما يجعل المبدأ قاعدة سلوك.¹

¹ - أكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد 13، ع 49، 2016، ص 407. 409.

في إطار المفهوم الموضوعي عرفه البعض بأنه: "ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة في الوفاء بما يوجبه العقد من أداء".¹ في نفس السياق يعرفه البعض بأنه. "توخي الأمانة وشرف التعامل والإخلاص في تنفيذ الالتزام"² أو هو "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعدالة التي أنشئ من أجلها والتزم بها كل من طرفي العقد، بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع بل توصل كل ذي حق حقه بأمانة".³

بينما عرفه آخرون بأنه: "موجب الإخلاص التعاقدية الذي يفرض على المتعاقد التزام سلوك مستقيم، اتقاء لأي ضرر قد يلحق بالمتعاقد الآخر."⁴ ويعرفه P.Jourdain⁵ بأنه "قاعدة سلوك تلزم الأطراف بالنزاهة والإخلاص والابتعاد عن الخبث".

يفرض المشرع هذا المفهوم لتقدير حسن النية في المادة 111 ق م ج الخاصة بتفسير العقد، حيث يجب الاستهداء بما يجب أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين. وهذه إشارة إلى مبدأ حسن النية الذي يستلزم مثل هذه الأمانة والثقة. وفي نظرية الغلط في بيان جوهرية الصفة حسب المادة 82 ق م ج فقرة ثانية "يعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية". وفي بيان نطاق التمسك بالغلط حسب المادة 85 ق م ج، تقابلها في ذلك المادة 124 ق م م حيث جاء فيها ليس لمن وقع في غلط أن

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 129.

² - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 373.

³ - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج الأول، ط الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 114.

⁴ - Lyon – Caen. De l'évolution de la notion de bonne foi, R.T.D , civ, 1946,p83.

⁵ - Léa Amic. La loyauté dans les rapports de travail. Droit. Thèse pour obtenir le grade Docteur en Droit Université d'Avignon, 2014. Français

يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، وتضيف الفقرة الثانية ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعدادا لتنفيذ هذا العقد. وفي تنفيذ العقد حسب المادة 107 ق م ج والمادة 1104 ق م ف.¹ فما يعتبر شريعة المتعاقدين هو روح العقد وليس حرفيته، فالقاضي في تفسيره للعقد يأخذ بالعبارات الواضحة بشرط أن تتفق مع حقيقة القصد المشترك للمتعاقدين، فمتى ثبت له العكس تعين عليه الخروج عن المعنى الحرفي والبحث عما يتماشى وروح العقد. فإن تعذر عليه معرفة حقيقة قصد المتعاقدين، تعين عليه أعمال قواعد العدالة بتفسير الشك لمصلحة المدين، أما في عقد الإذعان لمصلحة الطرف الضعيف أي الطرف المدعى. وفي تنفيذ العقد يتعين على المتعاقد تنفيذ الالتزامات على أحسن وجه دون غش، دون إرهاب أحد المتعاقدين بالتقيد بحرفية النصوص. فلا بد من الأخذ بعين الاعتبار الظروف المتغيرة، فتغير الظروف يلزم على المدين بالالتزام أن يكون مسلكه يتلاءم مع الظروف الجديدة.

الفقرة الثانية:

تقييم المفهوم الموضوعي

يبدو من خلال استقراء العديد من نصوص القانون المدني، أن المفهوم الموضوعي هو المعتمد في مجال التعاقد من قبل المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة. ففي التدليس الصادر من غير المتعاقدين، أخذ المشرع بالمفهوم الموضوعي. حيث جاء في المادة 87 من ق م ج أنه لا يمكن للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، إلا متى أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس.

¹ - تجدر الإشارة إلى أن المادة 1104 ق م ف والتي تنص على مبدأ حسن النية في العقود، مدت نطاق المبدأ ليشمل مرحلة ما قبل إبرام العقد بما في ذلك مرحلة المفاوضات. على خلاف المادة 1134 والتي أشارت للمبدأ في مرحلة تنفيذ العقد. مما كان قد طرح تساؤلات حول نطاق أعمال المبدأ، عما إذا كان يقتصر فقط على تلك المرحلة، أم يتعداه إلى المراحل السابقة لإبرام العقد.

وكذا المشرع المصري في الغلط حيث جاء في المادة 120 ق م م حيث جاء فيها: "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه". فهو في حالة الأولى حسن النية، ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد. وهو في الثانية سيء النية والإبطال جزاء لسوء نيته. وهو في الثالثة مقصر وتعويض التقصير بالإبطال.¹

كما توجب المادة 352 ق م ج أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية، فإمكان العلم يفيد اعتناق المشرع للمفهوم الموضوعي.

إن النزاهة والأمانة والاستقامة وشرف التعامل يعبران عن مبدأ حسن لنية بالمفهوم الموضوعي، وبهذا المعنى هو وسيلة في يد القاضي، يتدخل من خلالها لضمان توازن العلاقة العقدية، ولضمان التزام طرفي التعاقد بالصدق والأمانة.² فنزاهة التعامل والاستقامة والشرف والتي هي من مقتضيات حسن النية هي مسائل غير قابلة للضبط تنسم بالغموض وعدم التحديد، تتغير من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان، فهي أفكار مطاطية يلعب القاضي في تحديدها دوراً ملموساً، وهي تقع ضمن نطاق سلطته التقديرية، وهو الذي يقرر توافر هذه الاعتبارات في تقييمه لبنود العقد وكيفية تنفيذه.

إذ يرى في هذا الصدد الفقيه الإنجليزي Robert Summers³ أن لهذا المبدأ بمفهومه الموضوعي لا الشخصي، دور أساسي في تمكين القاضي من مراقبة وضمان تحقيق العدالة العقدية، عن طريق الحفاظ على حالة التوازن العقدي بين طرفي العقد، من

¹ - نجوان عبد الستار علي مبارك، الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 104.

² - محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، ع 54، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص 231.

³ - رأي Robert Summers، مشار إليه في: محمود فياض، المرجع السابق، ص 232.

خلال افتراض نزاهة العلاقة التعاقدية وضمان حقوق الطرف المقابل. فنزاهة التعامل هو مفهوم موضوعي يشير إلى سلوك الرجل العادي.

إذ أن الهدف من المبدأ الحفاظ على التوازن في العقد، وفرض معايير النزاهة للتغلب على الإشكالات التي قد تعترى التنفيذ الدقيق لبعض المبادئ القانونية الأخرى كمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الحرية التعاقدية. والحد من استخدام الشروط التعسفية التي قد تظهر لاسيما في عقود الاستهلاك.

لذلك لا يقف حسن النية بالمفهوم الموضوعي عند الجهل، أو انتفاء العلم بل يتعداه إلى إمكانية العلم، من ثم فهو لا يقف عند انتفاء الغش أو عدم الإضرار بالآخرين، بل وعدم إلحاق الضرر بالآخرين نتيجة الإهمال وعدم الاحتياط، وإمكانية العلم تفيد عدم صدور إهمال. إذ أن القانون يستوجب السعي نحو التحري والاستعلام والاستقصاء، وهو التزام قانوني ينزل الإخلال به منزل سوء النية.

كما أن الإهمال أو عدم الاحتياط وإن كان يشكل موقفا سلبيا، إلا أنه كأني فعل أو ترك يتحرك بنية قد تكون حسنة وقد تكون سيئة، رغم أن هذه النية لم تتجه إلى الإضرار بالغير بشكل عمدي، إلا أنها قصرت وأهملت حين كان يجب أن تتخذ موقفا إيجابيا، لذلك تتخذ صفة السوء.

فالمتعاقد حتى يكون حسن النية لا يكفي منه أن تنتفي نية الإضرار لديه، بل يجب أن يتيقظ ويتبصر، بحيث لا يضر بالمتعاقد الآخر دون قصد. فالعبرة عند البحث في حسن النية ليس حسن النية الذاتية، بل ما يترتب على المبدأ من تطبيقات عملية في نطاق العقد.¹

كما أن هذا المفهوم هو المعتنق من قبل القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه، نذكر منها قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز الفرنسية، القاضي بتحميل

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 187.

المصرف المسؤولية بخطئه، عبر إهمال موجبي النصيحة والاستعلام في توضيح حقيقة مضمون، ونطاق بنود عقد التأمين الجاري مع الأطراف المعنية، حيث تحصل زوجين من مصرف محلي على قرضي تأمين مشترك، يتناولان ضمان العاهة والوفاة. فوقع الزوج على عدد من البيانات المطلوبة ثم توفيت زوجته، إلا أنه توقف عن دفع الأقساط المترتبة عن القرضين بسبب إجمام المصرف عن تنفيذ التزاماته المالية، سندا لبعض البنود والإجراءات، منها أن التأمين وإن كان مشتركا إلا أن الزوج وقع بمفرده على بيانات باسمه دون الزوجة. فقاضى الزوج المصرف محملا المصرف مسؤولية التقصير في توضيح بعض المعطيات العقدية المتدرع بها، مطالبا بالتعويض بالعدل والضرر بسبب سوء نية المصرف عن المستحقات غير المدفوعة عقب وفاة زوجته.¹

و الحقيقة أن المفهوم الموضوعي هو الأقرب لتحديد مفهوم حسن النية، إذ أن أكثر ما يبحث عنه المتعاقدان في نطاق العلاقة العقدية، هو أن يفى المتعاقد بالتزاماته بمراعاة مقتضيات المبدأ، ومن ثم فأى خطأ ولو بالإهمال قد يفيد سوء نية المتعاقد المهمل. لذلك نجد أن المشرع في إطار قواعد الحياة، خفف من النتائج السلبية التي يمكن أن تحدث من تطبيق المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية، فأضاف إليه المفهوم الموضوعي، حينما اعتبر الحائز سيئ النية بالرغم من جهله أنه يعتدي على حق الغير، إذا كان جهله ناشئا عن خطأ جسيم.

وفكرة الخطأ الجسيم هي فكرة موضوعية بحتة لا يعتد فيها بما اعتاد الحائز ذاته أن يبذله من يقظة، وإنما بمسلك شخصي مجرد هو الشخص المهمل لا الجاهل، وعلى ذلك فمن يشتري عقارا من شخص لم يقدم له أي مستندات تؤكد ملكيته للعقار، يكون قد ارتكب خطأ جسيما، ومن ثم يعتبر سيئ النية بالرغم من أنه قد يكون جاهلا فعلا أنه

¹ -Cass.civ.28 janvier1992. RTDC1992.p558

مشار إليه في محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص51.

يشترى من غير مالك، فالإقدام على إبرام التصرف دون تمحيص، يعني إصرار على التعامل حتى مع احتمال قيام عيب يمس صفة المتصرف.

فإذا ثار لدى الحائز الشك في أنه قد يكون معتديا على حق الغير، فإن هذا الشك من شأنه أن يهدم المفهوم الشخصي لحسن النية، فإمكان العلم يفيد سوء النية. وعلى ذلك لا يكفي نفي العلم الحقيقي، بل يمتد ليشمل نفي التقصير في السعي نحو معرفة القدر اللازم من المعلومات، عن التصرف الذي يقبل عليه الشخص.

ذلك أن مبدأ حسن النية يفرض على الغير المقبل على إبرام العقد واجب التمحيص، وبحث الاحتمالات التي ثار حولها الشك لمعرفة الحقيقة، أما الإقدام على إبرام التصرف دون تمحيص، فهذا معناه إصراره على التعامل حتى مع احتمال قيام عيب يمس صفة المتصرف. فلا يمكن للمتعاقد أن يتمسك بحسن نيته، دون أن يسلك سبيل اليقظة العادية، واستقصاء المعلومات. لأن القانون أقام الحماية للمتصرف إليه اليقظ الذي خدع بشكل مقبول بمجموع المظاهر الكاذبة، بالرغم من يقظته وحيطته.

حسن النية إذن يقتضي فحص مستندات الملكية للمتصرف، وهذا الفحص يجب أن يكون جديا، ويفرض على المشتري بحثا أو استقصاء كاملا حتى لا يجهل ما في مصلحته أن يعلم به.¹

من ثم ومن خلال استقراء نصوص القانون المدني نجد أن حسن النية قد يعني الجهل، وقد يتعداه إلى مجرد عدم إمكانية العلم. فقد يشير القانون في بعض التصرفات القانونية التي يأتيها الشخص، إلى العلم الحقيقي لتقدير حسن النية وهذا هو المفهوم الشخصي. فالشخص يكون سيئ النية وفق هذا المفهوم إذا قصد الإضرار بالغير، حيث تتحكم بسبب النية نزعة نحو إحداث ضرر غير مشروع للغير، فالإضرار بالغير هو

¹ - رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 17.

الهدف. أما متى كان جاهلاً فهذا يعني أنه حسن النية. فربط هذا المفهوم بين سوء النية ونية الإضرار مع أنها ليسا متحدين.

لكنه يتطلب في فروض أخرى عدم إمكانية العلم، من ثم فإن العلم الحكيم أي إمكان العلم ومجرد التقصير في العلم الناتج عن الخطأ الجسمي يجعل الشخص سيئ النية، وهذا هو المفهوم الموضوعي. من ثم فحسب هذا المفهوم يكون الشخص سيئ النية إن هو قصد الإضرار بالغير وأيضا إن أهمل.

هذا المفهوم هو المفهوم المعتمد في إطار نظرية العقد، فحسن النية في التعاقد لا يمكن قصر مفهومه على الجهل. فلا يعتبر التعاقد حسن النية إن هو أهمل وقصر. ويذهب جبار ناجي أحمد الملا صالح للقول أن حسن النية الذاتي لا يكفي لاتصاف التعاقد بحسن النية، بل يجب أن تكون أعماله مقبولة في نظر المجتمع والتشريع، فليست العبرة بما يعتقد المرء في شأن أفعاله إذ قد يعتقد بأنها صالحة في الوقت الذي لا تكون فيه كذلك. لدى فإن حسن النية المطلق، يجب أن يتضمن كلا عنصري حسن النية الذاتي والموضوعي.¹

وفي الحقيقة فإن حسن النية هو نقيض سوء النية، والذي لا يتوقف على توافر نية الإضرار، بل يتعداه إلى الإهمال الناتج عن الخطأ الجسمي. فسوء النية هو نقيض حسن النية، أي كل عمل مخالف لمبادئ الشرف، والاستقامة، والصدق، إنما لا شيء يمنع إتحاد سوء النية مع نية الإضرار بالغير.²

¹ - جبار ناجي أحمد الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط الأولى، دار الرسالة للطباعة، بغداد، 1975، ص 135

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1968، المرجع السابق، ص 950.

من ثم فإنه لا يمكن ترجيح معنى على آخر، فكل تعريف ينظر للمبدأ من زاوية معينة، ولكل مفهوم مجاله. وفي هذا الصدد ذهب Cornu¹ إلى الجمع ما بين المفهومين فيرى أن المبدأ له معنيين أولهما نفسي وهو: "الاعتقاد الخاطئ لكن الصادق بوجود وضع قانوني مألوف" والثاني أخلاقي هو: "التصرف النزيه الذي يتطلبه تنفيذ الالتزام". إلا أنه في مجال العقود يبقى تطبيق المفهوم الموضوعي كافياً، ليحدد على ضوءه سلوك المتعاقدين.

المطلب الثاني طبيعة مبدأ حسن النية

يذهب البعض من الشراح² إلى القول أن: "مبدأ حسن النية هو في الحقيقة وعلى غرار المبادئ العامة القانونية الأخرى من استنباط القضاء، ويستمد أساسه من سلطة القاضي". ويذهب جيني³ إلى القول أن "إلحاق حسن النية بأحد المفاهيم الأخرى، يفقده قيمته وجدواه في مادة تنفيذ العقود وذلك علاوة على ما يعتري هذه المفاهيم من لبس وغموض". إلا أن الكثير من الفقه ذهب إلى البحث عن أساس المبدأ، فربطه بأفكار أخرى أكثر تجريدا وأكثر عمومية، فنبحت تبعا لذلك أساس مبدأ حسن النية في (الفرع الأول).

كما وأن مبدأ حسن النية الوارد ذكره في التشريع في نصوص متفرقة، وبمناسبة تنفيذ العقد. مفهوم مرن، يتطلب لقياسه اللجوء إلى فكرة المعيار. ذلك أنه متى كانت العبارة المستخدمة في القاعدة مرنة يمكن أن تتسع لتشمل وقائع معينة، أو تضيق فلا

¹-Ph. Le Tourneau. bonne foi .R.T.D. civ.,T3, 1999 .p1

Marie Annik Gregoire, L'impact de l'obligation de bonne foi; étude sur ses roles et sanctions lors de la formation et l'élaboration du contrat, juin 2001, www.memoireonline.com,p 8.

²- عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 95.

³- رأي جيني مشار إليه في : عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق ص 90.

تنطبق على هذه الوقائع، فإنه يتعين اللجوء لفكرة المعيار، باعتباره جزءاً من القاعدة القانونية المرنة، فهو إن وجد يوجد داخل القاعدة القانونية المرنة.¹

لذلك نتساءل في هذا المقام متى يعتبر المتعاقد مخطئاً ومتى يكون سيئ النية؟ ولأن حسن النية يعتبر ذو طبيعة ذاتية² في أصله، فيستدل عليه إما بالرجوع إلى ذات الشخص وبصدد واقعة معينة (معيار ذاتي)³ وإما بما يلابسه من تصرف خارجي، فتم معرفته من هذا التصرف وصورته الظاهرة (معيار موضوعي). فنستعرض معايير قياس حسن النية في (فرع ثاني).

الفرع الأول:

أساس مبدأ حسن النية

أرجعه جانب من الفقه إلى فكرة العدالة، كفكرة مجردة تمثل الهدف من وضع أي نص قانوني (الفقرة الأولى)، وبحث جانب آخر من الفقه إمكانية إرجاعه إلى نظرية الثقة المشروعة. هذه النظرية التي ظهرت مع ظهور عقود الاستهلاك، تربط بين طرف قوي محترف وطرف ضعيف هو المستهلك عادة (الفقرة الثانية).

¹ - سمير تناغو، الالتزام القضائي، ط الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014، ص 122.

القاعدة القانونية إما أن تكون جامدة أو مرنة. والمعيار يدخل على القاعدة القانونية المرنة في مجموعها، لأنه يعد العلاج الضروري لمشكلة العقد، بل لمشكلة التشريع ككل.

فالأصل أن تكون القواعد القانونية منضبطة ومحددة، إلا أنها توجد حالات كثيرة، لا بد أن تصاغ فيها القواعد بصورة مرنة، تتجاوب مع الظروف المتغيرة، وما قد يستجد من وقائع.

محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 2005، ص 143.

² - إذ أن الحسن والسوء وصفان يلحقان بالنية، والنية خفية مستترة في حاجة إلى ضوابط تحكمها.

عبد الحلیم القوني، المرجع السابق، ص 95.

³ - أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 430.

المعيار الذاتي ما هو إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ سلطان الإرادة يركز على القصد والنية، وذلك محافظة على الإرادة الباطنة وهو تعبير أصدق عن النية الحقيقية، لأنه يعتد بالعناصر الذاتية والشخصية للأفراد. فيقيم لها وزناً كبيراً عند تقييم سلوكهم إذ الهدف هو تحقيق العدالة. وما دامت إرادة العاقد هي التي تنشأ العلاقة القانونية، فيجب الأخذ بهذه الإرادة في حقيقتها.

بينما ذهب رأي آخر إلى ربطه بفكرة النظام العام باعتبارها الهدف الأسمى لوضع أي قاعدة قانونية، وقد اعتد المشرع الفرنسي بالرأي الأخير واعتبر مبدأ حسن النية قاعدة من قواعد النظام العام في المادة 1104 ق م ف. (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

إرجاع أساس المبدأ إلى فكرة العدالة

في حين يرى جانب من الفقه¹ أن فكرة العدالة لا تحمل في طياتها حقيقة محددة، وهي بمثابة دعوة للقاضي للاجتهاد. يرى جانب آخر من الباحثين² أن العدالة هي ما يمليه العقل السليم، استجابة للمصالح الأكثر احتراماً. بينما يرى جانب آخر³ أن العدالة في العقد، هي عدم وجود اختلال للتوازن بين الالتزامات المتولدة عن العقد.

من المعلوم أنه كلما انحرفت الإرادة عن تحقيق متطلبات العدالة، تدخل التشريع والفقه والقضاء حرصاً على حماية الطرف الضعيف، من عنت الطرف القوي. فقد أثبت الواقع أن المهني قد يضع في العقد الشروط والبنود التي تحقق مصالحه وبصورة مبالغ فيها، غير عابئ بأي أضرار قد تقع على الطرف الآخر، إلى الحد الذي ينال من توازن

¹ - محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 56
تختلف فكرة العدل عن العدالة، فالعدل هو المساواة المطلقة بين الأفراد. سواء فيما يتقرر لهم من حقوق، أو ما يفرض عليهم من قيود. فالعدل يتسم بالعمومية والتجريد، لأنه مساواة حسائية بين الأفراد، دون تفرقة بينهم لأي اعتبارات. أما العدالة فهي العدل مطبقاً على حالات خاصة، أي أنها مكمل لفكرة العدل. لأنها تراعي الظروف والملابسات الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة، فالعدل يتحقق عن طريق القواعد لجامدة، بينما العدالة تتحقق عن طريق القواعد المعيارية مثل مبدأ حسن النية.

سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 54.

والواقع أن القانون الوضعي بحاجة إلى نوعين من القواعد في الوقت ذاته، فالأصل أن تكون القواعد القانونية منضبطة ومحددة. إلا أنه توجد حالات كثيرة، لا بد وأن تصاغ فيها القواعد بصورة مرنة، تتجاوب مع الظروف المتغيرة وما قد يستجد من وقائع. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 143.

² - إسمايل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص 67.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 140.

العقد وعدالته.¹ لذلك وإن كان يفترض كأصل عام أن العقد الذي يبرمه الأفراد الأحرار مطابق للعدالة، غير أن الأمر لا يتعلق إلا بمجرد قرينة، فالمتعاقد قد لا يقدر مصلحته. هذا ما قد يدعو إلى ضرورة التدخل، مع الأخذ بالحسبان ضرورات الأمن القانوني.² والحقيقة أن فكرة العدالة توحى بفكرة حسن النية، خاصة أن العدالة بدورها مفهوم غامض وغير واضح، وهو على حد قول ديباج:³ "يستعصي من حيث المبدأ عن أي تعريف، فهو ليس فكرة مستقلة لأن مضمونها يتغير حسب ظروف الزمان والمكان. لذلك يذهب بعض الفقه كالفقيه دي لافرنج⁴ إلى أن: "حسن النية هو التابع التاريخي للإيناف".

في سبيل الربط ما بين مبادئ العدالة وحسن النية، يذهب ديرو إلى القول بأنه: "يجب أن نصلح باسم حسن النية، ونكمل باسم العدالة".⁵ فالتصحيح والتنفيذ هو دور حسن النية، والتكاملة والتميم هو دور العدالة.⁶ ويذهب الفقيه الفرنسي Ghestin⁷ إلى القول بأن الذي يكمل العدالة هو مبدأ حسن النية، فالعقد لا يكون ملزماً إلا لأنه يحقق العدل.

والعدالة العقدية المقصودة هنا هي العدالة التبادلية، وليست العدالة التوزيعية، أي تلك العدالة التي ينبغي أن تسود بين الأطراف المتعاقدة، بصدد التزاماتهم المتقابلة على

¹ - المرجع نفسه، ص 141

² - جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، ط الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص 2783

ويذهب جاك غستان إلى أن العقد هو قبل أي شيء عمل متوقع، يفقد علة وجوده إذا كان عدم اليقين يخلق بلا انقطاع حول تحقيقه. فهاجس فرض احترام العدالة وحسن النية، يجب أن لا يعيقا التبادلات التي لا غنى عنها للعلاقات الاجتماعية. إذ يجب إيجاد توازن بين العادل والنافع.

³ - رأي ديباج مشار إليه في : عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 91

⁴ - رأي ديلافرنج مشار إليه في : المرجع نفسه، ص 91

⁵ - رأي ديرو مشار إليه في : عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 91.

⁶ - أحمد عبد التواب محمد بهجت، بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، ط الأولى، دار النهضة العربية، 1998، ص 192.

⁷ - J.Ghestin,op cit,p 1993 , 188.

أساس المساواة التامة بينهم. وبذلك يتحقق التوازن في الآداءات العقدية، لأن الوظيفة الأساسية للعدالة التبادلية تظهر في الاحتفاظ بالتوازن، أو إعادة التوازن بين الحقوق والالتزامات.¹

ويذهب جاك غستان للقول أن مبادئ العدالة يجب أن يكمله حسن النية.² وفي تحليله لهذا الرأي يذهب شيرزاد إلى أنه إن كانت فكرة العدالة تعني التوازن في العلاقة العقدية، فإن حسن النية قاعدة سلوك. فإذا كان سلوك المتعاقد موافقا مع مقتضيات حسن النية، قد يؤدي ذلك بالنتيجة إلى أن يتوصل الطرف المقابل إلى مبتغاه من التعاقد، وهذا ينتج عنه العدالة في العقد. فالإخلال بمقتضيات حسن النية يمكن أن يتولد عنه عدم العدالة، من ثم حسن النية آلية من آليات تحقيق العدالة في العقد، بجانب الآليات الأخرى المقررة في القانون فحسن النية مبدأ مكمل لفكرة العدالة، وليست العدالة من مقتضياته. فليس على المتعاقد أن يحرص على إيجاد توازن بين ما يعطيه وما يأخذه، بقدر ما يتعين عليه مراعاة أخلاقيات التعاقد. فعندما يقرر المشرع أن على المدين أن ينفذ التزامه دون غش، فإنه يأبى أو يرفض أن يتصرف المدين بطريقة غير أخلاقية حتى ولو كانت عادلة.³

¹ - إساعيل نامق حسين، المرجع السابق، ص 106.

فكرة العدل التبادلي هي الأساس الذي بنيت عليه العديد من النظريات في القانون، مثل نظرية العقد والإثراء بلا سبب، والعمل غير المشروع. فالقاعدة أن العلاقات الفردية تخضع لقاعدة العدل التبادلي، سواء الإرادية أو اللاإرادية ويسمى العدل هنا تبادليا لأن عمله يقع بمناسبة تبادل الأشياء، والخدمات بين الأفراد داخل المجتمع. وكذلك يسمى تصحيحا لأن مهمته تصحيح الاختلال في الذم المالية، الناتج عن انتقال الأموال من ذمة إلى أخرى، أو عن عمل غير مشروع. ودور القاضي في هذا الصدد ينحصر في إعادة التوازن بين الذم المالية، أو تصحيح عدم التوازن الذي لحقها، سواء أكان ذلك ناتجا عن اتفاق أو عن فعل ضار.

ويرتبط العدل التبادلي بالمساواة أيضا، ولكن المساواة ليست تناسبية، بل مساواة حسابية مطلقة دون أن تأخذ في الحسبان صفات الأفراد واختلاف شخصياتهم. إذ يقول أرسطو "إذا تسبب عمل أو تصرف في خسارة مادية أو معنوية لشخص من الأشخاص، فإن العدل التبادلي يقضي أن يقوم الشخص الذي تسبب في الخسارة أو استفاد منها، بأن يرد للطرف الآخر ما يعادل هذه الخسارة، بحيث يصبح كل من الشخصين بعد حدوث هذا التصرف، في نفس المركز الذي كان عليه من قبل"

² - جاك غستان ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص 2783

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 147

ويذهب إلى أبعد من ذلك بعض الفقه للقول أن حسن النية هو العدالة، وأن القاضي إذا ما ارتكز على حسن النية فهو يحكم بالعدالة، فالإنصاف هو استحضار حسن النية¹. وهو حسب مقولة ديسانس:² "أحد العوامل التي تبرز بفكرة العدل، لتمكن بصورة أفضل من إعطاء كل ذي حق حقه، وتحقيق الإنصاف، وأن التنفيذ بحسن نية يبدو وكأنه من إحدائيات الإنصاف التي كرسها القانون".

غير أن ما هو مسلم به أن المبدأ فكرة عامة تصلح أن تكون أساسا لمجموعة من الحلول القانونية. أما العدالة فكرة أكبر منه بكثير فهي أساس المبادئ، التي تكون أساسا للحلول القانونية فلا شك أن العدالة أكبر من مجرد أن تكون مبدأ³. غير أنه يمكن القول أن المبدأ هو من إفرزات العدالة، وهي أساسه.

إن الدور الرئيسي لمبادئ العدالة تتمثل في تهذيب القواعد القانونية الصارمة، التي يعترها النقص والقصور. بل أن إقرار العدالة في كثير من النصوص، يعني إصدار القاضي لأحكامه بناء على اعتبارات موضوعية عامة، أي الذي تقتضيه الإرادة المنطقية التعاقدية، لا إرادة الأطراف المتعاقدة بالذات. والمفاهيم التي تدخل ضمن مفهوم العدالة متشعبة ومتنوعة ولا يمكن حصرها أو تحديدها، نذكر منها نظرية عدم التعسف استعمال الحق، الاستغلال، والتدليس، والظروف الطارئة ومراعاة حسن النية في العقد⁴

¹ - R. Vouin , La bonne foi ,notion et rôle actuels en droit privé français, L.G.D.J, paris,1939,p89

² - رأي ديسانس مقتبس عن: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 90

³ - إساعيل نامق حسين، المرجع السابق، ص 68

⁴ - أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 2، مصر، 2010، ص 216.

يذهب بعض الكتاب إلى القول أن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية، لا تحقق إلا فكرة العدل المجرد. أما الصياغة المرنة فتستهدف تحقيق العدالة. لكن لا يمكن التسليم بهذا الرأي على إطلاقه، لأن الصياغة الجامدة أيضا تحقق العدالة في الحالات التي تتفق العدالة مع العدل. فإذا تمكنت المساواة المجردة من تلبية متطلبات العدالة، فيمكن القول أن العدالة والعدل قد تحققا معا. وبالتالي الصياغة الجامدة يتحقق فيها الاثنان، معا لأن هذه الصياغة مبنية على فكرة المساواة المجردة، أما إذا لم تتمكن المساواة المجردة من تلبية متطلبات العدالة فهنا يتحقق العدل دون العدالة. وبالتالي لا يمكن القول إن الصياغة الجامدة في الحالة هذه قد حققت العدالة، من ثم فإن نسبة تحقيق العدالة في الصياغة المرنة أكبر بكثير، من نسبة تحققها في الصياغة الجامدة. إساعيل نامق حسين، المرجع السابق، ص 234.

والحقيقة أن كل هذه الأفكار نابعة عن مبدأ حسن النية.¹ لذلك إذا كانت فكرة العدالة فكرة عامة مجردة ومضمونها غامض محل نقاش، تهدف إلى إقامة التوازن في العقد، فإن مبدأ حسن النية يمثل وسيلة لإعادة التوازن للعقد ولمراقبة مضمون العقد. لذلك يرى أن فكرة العدالة تترجم على مستوى العقد أو تتدخل عن طريق القواعد المعيارية، كمبدأ حسن النية الذي يعتبر المصدر المباشر لنشأة الالتزامات الجديدة. وتكون فكرة العدالة تبعا لذلك أساسا غير مباشرة لهذه الالتزامات.

الفقرة الثانية

احترام الثقة المشروعة كأساس لمبدأ حسن النية

إن مبدأ التخصص في العلوم والمهن، وما أفرزه من رابطة للثقة المشروعة بين المهني المتخصص والطرف الضعيف، كان له أثر في توجه القضاء نحو تعزيز محتوى العقد، بالالتزامات تركز احترام الثقة، وتحمي الطرف غير المتخصص في مواجهة صاحب الفن والمعرفة. ففكرة التخصص المهني أنشأت رابطة للثقة المشروعة، مصدرها الاختلال المعرفي بين أطراف العلاقة العقدية، الذي يفرض على المتعاقد غير المتخصص أن يلجأ إلى المهني المتخصص، ويكون معه روابط متميزة، من أهم مظاهرها الثقة فيما يتخذه المهني من قرارات، يصعب عليه أن يتخذها بنفسه بحكم عدم تخصصه.

وجدير بالذكر أن جهل الدائن يكون مشروعا، إذا ما اعتمد على الثقة المشروعة في المتعاقد الآخر. وهي الثقة التي تفرضها بعض العقود إما بسبب طبيعتها، إذ أن طبيعة العقد تفرض في كثير من الأحيان قدرا كبيرا من الثقة والأمانة بين الطرفين، مما يجعل أحدهما يعتمد على البيانات والمعلومات التي يقدمها له الطرف الآخر، ومثال ذلك: عقد التأمين و عقد الوكالة.

¹ - وهذا ما سنبيته في المبحث الثاني عند بحثنا في دور المبدأ في مرحلة إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذ العقد.

وقد تستند هذه الثقة المشروعة إلى صفة معينة في أحد المتعاقدين، تمكنه من الاستئثار بالعلم بمسائل كثيرة، كأن يكون محترفاً في مجال تخصصه فيبرم عقداً مع شخص عادي غير محترف، كالبايع إذا كان منتجاً مهنياً متخصصاً.¹

تقوم رابطة الثقة المشروعة على ركنين أساسيين: أولهما عدم وجود تعادل في المعارف الفنية بين طرفي العقد، وثانيهما ثقة الطرف الأقل معرفة فنية في فن ومعارف الطرف الآخر صاحب المعرفة الفنية، ومن ثم فالعميل حينما يلجأ إلى المتخصص ويضع بين يديه أمانة مساعدته والحرص على مصالحه، فإن التزاماً بالإعلام والنصيحة سينشأ في ذمة المتخصص، احتراماً للثقة المشروعة التي استوجبهما التخصص الفني.²

ووجود حسن نية عقدية وأمانة عقدية، يعني وجود ثقة عقدية تولد التزامات جديدة، وتؤدي إلى خضوع المهني لمسؤولية مشددة. لذلك يرى بعض الشراح وجود رابطة بين حسن النية والثقة، بالقول بأن الثقة حتى تكون مشروعة يشترط حسن نية المتعاقد وأن الشك يعني عدم الثقة مما يعني سوء نية صاحبه.³

غير أن جانب آخر من الفقه⁴ يذهب إلى أبعد من هذا التفسير، باستبعاد حسن النية ووضع فكرة الثقة كأساس للالتزامات الجديدة. بالقول أن حسن النية ينبع من

¹ - يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دراسة تحليلية مقارنة، د.ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 194.

² - فالعميل (طالب الخدمة) سيجد نفسه مجبراً من الناحية الواقعية في اللجوء إلى المهني المتخصص، بل أن القانون قد يفرض في بعض الأحيان اللجوء إلى صاحب الفن المتخصص في تقديم خدمة معينة، مثل احتكار المعاري وضع الرسومات التشييدية والموصفات الفنية للبناء، فغير المتخصص لا يسعه إلا أن يركن إلى المكتب الفني المتخصص الذي يحتكر تقديم خدمة فنية مودعا ثقته فيه، عسى أن يشبع حاجته من دون أن تكون هناك معرفة شخصية بهذا المهني.

سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد - المؤسسة الحديثة للكتاب -، لبنان، 2012 ص 118

³ - أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 218

⁴ - رأي A.CHIREZ مشار إليه في: أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 218. و يطلق عليها هذا الجانب من الفقه مصطلح النظرية بدل المبدأ.

مقتضيات الثقة، وأن رد الالتزامات الجديدة إلى نظرية الثقة، هو أكثر واقعية من الاعتماد على فكرة حسن النية، بمفهوم المخالفة بالمعنى السلبي الذي قوامه الحيلة القانونية.

ويضيف رأي آخر¹ أن الثقة العقدية تقدم لنا تفسيراً أفضل من الإرادة الضمنية، في تبرير الالتزامات الجديدة لأنه يصعب الاقتناع بانصراف الإرادة الضمنية لأطراف العقد لفرض تلك الالتزامات. ويضيف (A.Chirez)² أن الثقة العقدية تقدم لنا تفسيراً لعقود الإذعان أكثر وضوحاً، من تفسيرات الإرادة الضمنية. فعقود الإذعان لا تجد لها تفسيراً إلا في نطاق الثقة العقدية المشروعة، وأن افتراض انصراف إرادة الأطراف إلى فرض هذه الالتزامات الجديدة، لا تسعفنا في دائرة عقود الإذعان، حين يختفي التفاوض العقدي، ويكون العميل إزاء اشتراطات إجمالية موحدة يصعب فهمها بسهولة. فلن يكون الحافز وراء التعاقد سوى فكرة الثقة، فالعميل لن يجاسر بالتعاقد على مضمون عقدي مجهول التفاصيل، إلا بناء على وجود ثقة قوية في نزاهة وفن المهني.

لذلك يرى A.Chirez³ أن الإدعاء أن المدين قد أراد أن يلتزم ضمناً بهذه الالتزامات، وأنه إن خالف التزامه كان سيئ النية واستوجب الأمر مسؤوليته هو افتراض قانوني غير واقعي، والأفضل رد تلك الالتزامات على أساس الثقة الأكثر واقعية. لأنه من الصعب افتراض أن المهني المخالف للالتزامه، كان يدبر الدسائس والمؤامرات ضد عميله غير المتخصص. ويضيف هذا الفقيه أن سلوك الشخص ومؤهلاته الخاصة، وطبيعة العلاقة التي تجمعها بطرف آخر مكونة رابطة الثقة فيه توحى إليه بأن يلتزم، دون أن يكون بحاجة للبحث عن تبرير آخر للالتزامات. فالثقة هي التي تجعل الشخص يلتزم.

¹ رأي B.Starck مشار إليه في: أحمد عبد التواب مُجَّد بهجت، المرجع السابق، ص 221.

² رأي A.Chirez مشار إليه في - أحمد عبد التواب مُجَّد بهجت، المرجع السابق، ص 220 ويترتب على ذلك أن الدعاية والإعلانات تلعب في عقود الإذعان كعقد ثقة دوراً هاماً يفوق في أثره وأهميته العقود الرضائية فالثقة إذاً في عقود الإذعان هي أعلى بطبيعة تلك العقود لتأسيس وتبرير التزام المدين الذاعن على أساس ثقة الدائن المذعن.

³ رأي A.Chirez مشار إليه في: أحمد عبد التواب مُجَّد بهجت، المرجع السابق، ص 220.

إن العقد يقتضي أولاً الثقة في الإرادة التي تتعهد بالالتزام، وصفات المدين الشخصية والفنية والتي تربطه بالدائن تكفي وحدها كأساس للالتزام التلقائي، الذي يستمد من مقتضيات الثقة السابقة، على وجه لا يجعلنا في حاجة للبحث عن تبريرات للالتزام. وإهدار الثقة هو مصدر تشديد مسؤولية المهني، فالعقد يعبر عن وجود رابطة ثقة: "أنا أثق في المتعاقد الآخر إذا أنا أقبل التعاقد معه، فالثقة هي الواقعة المولدة للالتزام الجديد، حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد.¹

لذلك يذهب الاتجاه السابق إلى هدم مبدأ حسن النية العقدية، وانتقاده وإبراز مظاهر تفضيل نظرية الثقة كشكل جديد للأمانة العقدية على مبدأ حسن النية، والذي هو حسب وجهة نظر هذا الفقه إرادة مفترضة، ويقدمون في ذلك أسانيد وحجج التالية:

☞ إن معيار حسن النية لا يجب لنا عن التساؤل المطروح: ما هو أساس الالتزام بالإعلام والنصيحة؟ لأن من أجل معرفة إذا ما كان هناك مخالفة للالتزام فإن على القاضي أن يسأل نفسه أولاً: هل هناك خرق لمعيار حسن النية العقيدة؟ إذن فالتساؤل والمشكلة ما زالت قائمة، فمعيار حسن النية العقدية يحتاج بدوره إلى معيار آخر، لتحديد متى نكون بصدد إهدار المعيار الأول، فالمعيار يحتاج لمعيار. من هذا المنطق بدأ الفقه الفرنسي يبحث عن المعيار المنفرد، والذي هو معيار الثقة العقدية المشروعة.²

☞ إن الثقة هي أساس للالتزام، ويؤكد بعض الفقه ك Boyer و Alisse و Carbonniez³ أن العقود هي تصرفات ثقة، بالقول أن القانون لن يكون هو المنشط للثقة المفقودة. فعندما يقف القانون عند حدود معينة فإن الثقة هي التي تجدد حيوية القانون. فمبدأ حسن النية لا يبرر لنا المسؤولية المهنية، بينما نجد في

¹ - أحمد عبد التواب مُحمَّد بهجت، المرجع السابق، ص 219

² - أحمد عبد التواب مُحمَّد بهجت، المرجع السابق، ص 210.

³ - رأي Alisse و Boyer و Carbonniez

مشار إليه في : أحمد عبد التواب مُحمَّد بهجت، المرجع السابق، ص 222.

فكرة الثقة المشروعة، والإخلال بها معيارا يقود منطقيا إلى تشديد مسؤولية المهنيين.

من ثم يرى أنصار هذا الرأي أنه يتعين رفض فكرة حسن النية، واستبدالها بفكرة الثقة العقدية المشروعة. فالثقة المشروعة هي أساس القوة الملزمة للعقد، وهو ثقة الدائن في قدرة المدين على الوفاء بالالتزام. وأن نظرية الثقة المشروعة تحل شيئا فشيئا في القانون العقدي الحديث، فتتقن الدائن في إرادة المدين هي أساس التزامه، ونشأة العقد بتوافق إرادتين هو أمر افتراضي ونظري، وأن الثقة هي التي تبرر وجود آثاره.¹

غير أن جانب من الشراح² يذهب إلى أن نظرية الثقة أو مبدأ الثقة لا تصلح لفرض الالتزامات الجديدة، ويقدم مجموعة من الحجج لدعم موقفه:

مبدأ الثقة المشروعة أو كما يسميه البعض نظرية الثقة المشروعة تهدف إلى حماية توقعات الطرف الآخر في العلاقة العقدية، أي أنها تهدف إلى حماية الأوضاع الظاهرة. ونظرية الأوضاع الظاهرة وإن كانت تعتبر من تطبيقات مبدأ حسن النية، إلا أنها تهدف إلى حماية الغير لا الطرف المتعاقد، لذلك يجذب العديد من الفقهاء استخدام مصطلح نظرية الظاهر بدل نظرية الثقة المشروعة.

وحتى وإن كان هذا الاتجاه يشير إلى أن نظرية الظاهر المقصودة هنا تقوم في إطار نظرية العقد، وهي غير النظرية المشار إليها في خارج إطار العقد، إلا أن نظرية الأوضاع الظاهرة هي في ذاتها من تطبيقات مبدأ حسن النية، وبالتالي فهو أشمل ومجاله يختلف. لدى يفضل الفقيه Forierts³ الأخذ بمبدأ حسن النية في نطاق نظرية العقد.

¹ - أحمد عبد التواب مُجَّد بهجت، المرجع السابق، ص 210

² - من بينهم : Vouin . Ghestin . أحمد عبد التواب مُجَّد بهجت، المرجع السابق، ص 209

³ - رأي Forierts مشار إليه في : أحمد عبد التواب مُجَّد بهجت، المرجع السابق، ص 209.

☞ فكرة الثقة قوامها فكرة الاختيار، في حين تنعدم فرصة التخيير بين المهنيين والمفاضلة بينهم، وتنعدم معها فكرة الثقة. كما أن مع ظاهرة الاحتكار المهني تختفي الثقة كأساس للالتزام.¹

☞ ونضيف كانتقاد لهذا الرأي أنه ذهب للقول بأن مبدأ حسن النية هو محض إرادة ضمنية، يفيد فقط في تفسير العقد دون أن يفيدنا لتبرير نشأة الالتزام بالإعلام والنصيحة، غير أن هذا كان رأي الفقه الفرنسي القديم الذي يرى أن لحسن النية معنى تفسيري فقط، غير أن الفقه الحديث يرى أن لحسن النية معنى تنفيذي، يتجاوز معناه التفسيري، يصلح لفرض التزامات جديدة على عاتق طرفي العلاقة العقدية.²

ويرى البعض الآخر أن الثقة مرتبطة بحسن النية، فحسن النية ناتج عن القوة الملزمة للعقد، التي تعكس الثقة التي يضعها كل متعاقد في الآخر في تنفيذ الالتزام. وأن النزاهة تهدف إلى بناء الثقة، وأن خيبة الأمل هي معيار سوء النية.³ ويؤيد هذا الطرح لمنطقيته.

الفقرة الثالثة

فكرة النظام العام كأساس لمبدأ حسن النية

تسعى فكرة النظام العام والآداب العامة، إلى مراعاة الجوانب الأخلاقية التي يعد انتهاكها، إخلالا بالمصالح العليا السائدة في المجتمع. وحسن النية يقتضي أيضا مراعاة الاعتبارات الأخلاقية.⁴ وقد أشارت المادة 107 ق م ج عبارة " يجب "، وهذا يعني أو

¹ - أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 210.

² - نخيل في هذا الصدد إلى ما تعرضنا له في المبحث الثاني من هذا الفصل في دلالات المبدأ ص 130.

³ - Philippe Stoffel-Munck , L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, Paris 2000, p. 476
« De façon générale on a souligné que "La confiance constitue la justification de la force obligatoire de la lettre contractuelle, elle en fixe aussi les limites »

هذا وأن القضاء الفرنسي لا يميل إلى إعتادا في العلاقات التعاقدية، وعادة ما يشير إلى مبدأ حسن النية بإعتبار أنه مشار إليه في نظرية العقد مباشرة.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 192-212.

يفيد القول أن حسن النية ليست قاعدة مفسرة لإرادة الأطراف، ما يطرح التساؤل : هل أنه قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها بإرادة الطرفين؟ و من ثم لا يجوز استبعاده عن النظام القانوني الذي يحكم العقود؟

يرى البعض¹ بأن حسن النية مبدأ قانوني، وإذا اعتبرنا ذلك كذلك فإنه يكون مستمدا من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين. وهو طبعا ليس قاعدة بالمعنى الفني للقانون، كما يمكن استقراؤه من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع. فالمبادئ العامة تعبر عن الفكرة السائدة للوجود، وتأتي القواعد القانونية لتعبر جزئيا عن الأفكار التي تتضمنها هذه المبادئ، ما يعني أن المشرع يستوحيا عند وضع التشريعات أي يستوحي القواعد من تلك المبادئ.

ويضيف ذات الرأي السابق أن هناك فرقا جوهريا يتعلق بوظيفة كل من المبدأ والقاعدة القانونية من حيث الصفة العمومية في كل منهما، فالعمومية في المبدأ يقصد شموله بمجموعة لا حصر لها من التطبيقات، وهذا ما يجعل من الصعب حصر المواضيع التي ينسب نحوها ضمن نظرية واحدة مستقلة. بالعكس من القاعدة القانونية حيث أنها بالرغم من أنها تقرر نسبة غير محددة من الأعمال والوقائع، لكنها من ناحية أخرى تتميز بنوع من الخصوص، من حيث أنها لا تحكم إلا وقائع وأعمال معينة.

ويضيف رأي آخر² أن المبادئ تسهم في تحديد هذه القوانين كما في النظام العام، والتي بدورها تقيد الحرية التعاقدية للأفراد. ومن ثم فكيف لهذا النظام العام، والذي يستوحي من المبادئ العامة للقانون، والتي بدورها مستوحاة من الفكرة العامة للوجود، أن يحتوي حسن النية كمبدأ قانوني، ويكون مصدرا لقوته وإلزاميته.

¹ - هيلدر أسعد أحمد، تقديم مُجد سليمان الأحمد،، المرجع السابق، ص 47

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 90

غير أن البعض الآخر¹ يذهب إلى أن حسن النية له وصفين، فيوصف بأنه التزام قانوني ويوصف بأنه قاعدة قانونية. وكقاعدة قانونية هو من النظام العام وهو قاعدة أمر لا يمكن الاتفاق على ما يخالفها. غير أنه بوصفه كالتزام قانوني فإنه يختلف عن فكرة النظام العام والآداب العامة فيما يلي:

- 1- من حيث الجزاء : فجزاء مخالفة النظام العام والآداب العامة هو البطلان في كل الحالات، بينما جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية هو التعويض بالدرجة الأولى.
- 2- من حيث المصلحة التي يرمي القانون إلى حمايتها من خلالهما: يرمي القانون من خلال التزام حسن النية المحافظة على المصالح الخاصة للطرف المقابل مباشرة، إذ الإخلال به من قبل طرف يؤدي إلى زعزعة مصالح الطرف الآخر، والنتيجة غير المباشرة للالتزام بمقتضيات حسن النية، هو تحقيق المصلحة العامة. بينما الإخلال بالنظام العام والآداب العامة، يؤدي إلى المساس بالمصالح العليا للمجتمع، أي بالمصلحة العامة بشكل مباشر. وإن كان هناك إخلال بالمصلحة الخاصة لأحد الأفراد فإن الأمر يكون بشكل غير مباشر، أي أن كل من مبدأ حسن النية وفكرة النظام العام يهدف إلى غرض معين يختلف عن الآخر، ولا يمكن الاستغناء عن إحدى الفكرتين بحجة وجود الأخرى، فكل واحدة منهما تعد آلية مستقلة من آليات تنظيم العلاقة التعاقدية.

وقد اعتبر المشرع الفرنسي مبدأ حسن النية، قاعدة من قواعد النظام العام من خلال نص المادة 1104 ق م ف²، بعد تعديله لأحكام القانون المدني. حيث جاء في

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 212.

² - ART 1104 C C F : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

ويذهب أكرم محمود البدو إلى القول أن المفهوم التقليدي للحرية التعاقدية قد تغير، غير أن هذا التغيير ليس السبب فيه هو مبدأ حسن النية، وإنما الفكرة أبعد وأكبر من ذلك، إذ تكمن في الإتجاه نحو موضوعية الإرادة التعاقدية، وهي ضرورة إعطاء الحرية العقدية بصورة لا تتقاطع مع المبادئ التي طرحتها فكرة الموضوعية، وهي استقرار المعاملات والعدل وكذلك عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة. وبعبارة أخرى فإن حسن النية هو جزء متمم لفكرة الموضوعية باعتبار أن

فقرتها الأولى أن العقود تخضع للتفاوض، وتبرم وتنفذ بحسن نية. وأشار في الفقرة الثانية أن هذه القاعدة من النظام العام. ما يفيد أنه لا يمكن استبعاد مقتضياته بإرادة الأطراف من نطاق العقد، سواء في مرحلة ما قبل إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، كما وأنه مفروض حتى ولو لم ينص عليه الاتفاق.

وفي هذا الصدد نتساءل عن موقف المشرع الفرنسي، هل أن اعتبار مبدأ حسن النية قاعدة من قواعد النظام العام، يفيد أن جزاء الإخلال به هو البطلان؟ وهل يمكن للقاضي أن يثير الأمر من تلقاء نفسه، في حال إخلال أحد المتفاوضين بمبدأ حسن النية؟.

يتعين لتحليل موقف المشرع الفرنسي الإشارة بداية إلى أن فكرة النظام العام عرفت تطوراً، فتصنف إلى نظام عام سياسي وإلى النظام العام الاقتصادي، تتدخل بموجبه الدولة بقواعد تفرض سلوكاً واجب الإلتباع في إطار علاقات التبادل الاقتصادية من إنتاج وتوزيع واستهلاك.

ويصنف النظام العام الاقتصادي بدوره، إلى نظام عام توجيهي ونظام عام حمائي. وأحكام النظام العام التوجيهي، يترتب على مخالفتها بطلان العقد بطلان مطلق، أما قواعد النظام العام الحمائي، تتضمن أحكاماً لحماية الطرف الضعيف، والبطلان لا يخدم مصلحة الطرف الضعيف، بل مصلحة الطرف القوي، وبالتالي تنتفي الغاية من أحكام النظام العام الحمائي، لذلك حماية المتعاقد الضعيف تقتضي الإبقاء على العقد لا إبطاله، فقد يترتب على مخالفة النظام العام الحمائي إبقاء العقد، أو إبطال الشرط التعسفي.

=حسن النية سيقوم القاضي بالتحقق من وجوده ومن الإلتزامات التي يفرضها متأثراً بمراعاة المصلحة العامة وبالعادة والأعراف والقواعد الدينية والأخلاقية والظروف الاجتماعية والاقتصادية .
أكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، ع 49، 2016، ص 407. 409.

إلخ¹. ونضيف حتى التعويض قبل إبرام العقد لمخالفة مبدأ حسن النية، كقاعدة من قواعد النظام العام.

لدى يُرى من خلال استقراء نصوص القانون المدني الفرنسي، أن الجزء الذي رتبته المشرع الفرنسي قد يقتصر على التعويض، وهذا لا يتنافى مع فكرة النظام العام الحمائي، التي قد تستدعي مثل هذا الجزء. فمثلا في المفاوضات يكون الجزء على سوء السلوك في المفاوضات التعويض طبقا للمادة 1112/2 ق م ف² إذ لا نجد إشارة إلى البطلان، ذلك لأن ليس هناك عقد ليطل ما لم يبرم اتفاق إطار أو عقود تمهيدية.

غير أنه وبخصوص إمكانية إثارة الجزء، للإخلال بمقتضيات مبدأ حسن النية من قبل القاضي. فيرى في هذا الصدد أن المادة 1104 ق م ف ورد فيها وبشكل صريح، أن مبدأ حسن النية قاعدة من قواعد النظام العام. ما يفيد أنه يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، أثناء النظر في النزاع، بغض النظر عن الجزء. ويعتقد أن موقف المشرع الفرنسي في هذا الصدد، ليس إلا لاستبعاد الخلافات بين الفقه مثلما حصل بصدد الشروط التعسفية.

الفرع الثاني

ازدواجية معايير التقدير

قد يتطلب مبدأ حسن النية لقياسه اللجوء للمعيار الشخصي، فيستشف من خلاله عن حقيقة قصد المتعاقد للقول بأنه قصد الإضرار بالمتعاقد الآخر أم لا، فيكون بذلك المعيار الشخصي وسيلة لقياس الخطأ العمد (الفقرة الأولى). غير أنه في أحيان كثيرة، قد لا يقصد المتعاقد الإضرار بالمتعاقد الآخر. لدى فالمعيار الشخصي وحده لا

¹ - فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص 227-228.

² -ART 1112/2 C C F : « En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu. »

يكفي للقول بأن المتعاقد حسن النية، لأن حسن النية لا يقاس من خلال نقيضه، أي سوء النية المتمثل في نية الإضرار. الأمر الذي قد يتطلب في أحيان أخرى اللجوء للمعيار الموضوعي، لقياس سلوكه على ضوء سلوك الرجل العادي، للقول بأنه حسن النية، حيث أن مجرد التقصير قد يفيد سوء النية لديه، فيكون المعيار الموضوعي تبعا لذلك وسيلة لقياس السلوك غير العمدي أي الخطأ بالإهمال (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى

المعيار الذاتي لقياس حسن نية المتعاقد

يرى بعض الفقه¹ أن حسن النية موقف ذاتي خاص بصاحبه، ولا يمكن تقديره إلا بالنسبة لشخص معين بخصوص واقعة معينة، فمن غير المقبول أن نصف شخصا بأنه سيئ النية، ما دام لم يثبت حقيقة أنه سيئها. فالنية عنصر نفسي داخلي، ومن الصعب فصله عن باقي العناصر المكونة لداخل الإنسان، وتقييمه خارج هذا النطاق، وأن الأخذ بالمعيار الموضوعي في مثل هذه الحالة، يؤدي إلى نتائج مخالفة للواقع وظالمة.²

إذ العبرة بالمتعاقد شخصيا وبما يعتقد الشخص وما يضمرة في نفسه. وإثبات الأمور النفسية ليس بالأمر السهل، فيعتمد هذا المعيار على المقارنة بين ما كان عليه تصرف المتعاقد ووضعه الذهني مقارنا بهذا السلوك. فيوصف بالإهمال فيما إذا كان هذا التصرف ناتجا عن خروج عن سلوكه المعتاد.³

يمكن المعيار الذاتي لحسن النية، في عدم الإضرار، أو عدم التحايل. سواء في إبرام العقد أو تنفيذه، بأن لا يقصد المتعاقد الإضرار بالمتعاقد الآخر، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة. الأمر الذي يتطلب البحث في حقيقة الاتجاه الإرادي، لنتهي إلى وجود

¹ - وقد ذهب إليه غالبية الفقه الفرنسي سابقا من بينهم G.Lyon-Caen . M.Juglard

مشار إليه في أحمد عبد التواب محمد بهجت ن المرجع السابق، ص 210

² - شيرزاد عزيز، المرجع السابق، ص 187.

³ - أحمد محمد ديب، المرجع السابق، ص 488.

حسن النية أو سوءها. وتمثل سوء النية وفق هذا المعيار في الغش، الخطأ العمده، التعسف في استعمال الحق.¹

وقد لجأ الفقهاء والقضاء إلى قرائن يمكن من خلالها معرفة نية المتعاقد وقصده، كالتصرف مع انعدام المصلحة الجدية المشروعة، التصرف مع العلم بالضرر الذي يصيب الغير، وأحياناً مجرد العلم بالضرر الذي قد يصيب الغير يفيد سوء النية، بشرط أن يكون العلم مبني على أسباب قوية. فالشك أن التصرف قد يصيب الغير بضرر، لا يعتبر قرينة على نية الإضرار.²

وتعرف النية من المظهر أو التعبير الخارجي، هذا المظهر أو التعبير يعد من قبيل الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بالبينة أو القرائن. ولا بد أن تنصب القرائن على استطلاع الحالة النفسية للمتعاقد، والنفوذ إلى ضميره لمعرفة حقيقة النية أو الباعث الذي لابس عمله. فقياس سلوك المتعاقد وفقاً للمعيار الذاتي، يتطلب ضرورة الرجوع إلى المظهر الخارجي للفعل أو الترك متى ثبتت صعوبة في التعرف على حقيقة نية المتعاقد، خاصة أن حسن النية يفترض كأصل عام، حتى يثبت العكس. فيقاس هذا السلوك بداية، بسلوك الرجل العادي، للقول أولاً بأنه فعل أو ترك غير مشروع، ثم يقاس بعد ذلك بمعيار ذاتي بالبحث في نية الفاعل وقصده.³

من ثم فإن القاضي يعتمد على الوقائع الثابتة أمامه لكي يستنبط منها ما تحمله الواقعة من دلالة، وقد يضطر القاضي إلى أن يأخذ في الاعتبار مدى الانحراف في السلوك، أو مدى المنفعة التي تعود على الفاعل، أو عدم وجود مبرر أو عذر لهذا المسلك من جانب الفاعل. لكن كل هذه الظواهر لن تكون سوى قرائن أو وسائل

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 109.

² - عبد الحلیم عبد اللطيف القوي، المرجع السابق، ص 303.

³ - عبد الجبار ناجي الملا صالح، المرجع السابق، ص 27.

إثبات للتوصل إلى سوء النية. وفي جميع الأحوال تتوارى أمام وجود دليل قاطع على حسن نية الفاعل، وعدم تعمد الإضرار بالغير.

غير أن النية السيئة لا تتجسد دائماً في عمل يتخذ سمة عدم المشروعية. فسلوك المتعاقد لا يشترط أن ينطوي على طرق احتيالية فقد يكون العمل مشروعاً في الظاهر. إنما يكفي تحقيق مصلحة غير مشروعة، بالرغم من أن التصرف لا يشكل عملاً غير مشروع من وجهة قانونية، بل من وجهة أخلاقية. وفي هذه الحالة ليس هناك بد إلا بمنح القاضي سلطة تقديرية لاستخلاص تحقق حسن النية أو سوءها، من خلال تقصي وقائع الحالة من حيث مدى مشروعية المصالح المحققة، أو الأضرار التي تصيب مصالح الأطراف المتقابلة.¹

وإن كان الأخذ بالمعيار الشخصي من شأنه أن يحقق أكبر قدر من العدالة، لأنه يعامل كل شخص وفقاً لظروفه وحالته الاجتماعية ويقدر فطنته، لكنه يؤدي إلى نتائج سلبية، تتمثل في عدم إلحاق وصف سوء النية بمن يفترض أن يتمتع بيقظة وفطنة، هذا وأنه قد يعد سوء النية قائماً في حق شخص معين، بينما لا يعد كذلك في حق شخص آخر، مع أن كليهما تصرفاً بطريقة واحدة، فيؤدي الأمر إلى عدم استقرار المعاملات.²

كما وأن وصف المتعاقد بأنه حسن النية لا يتوقف على انتفاء نية الإضرار بالغير، فقد يتحقق الوصف ولو انتفت نية الإضرار في سلوك المتصرف. فحسن النية أعم ومن ثم لا يكفي قياسه بالمعيار الشخصي الذي يفيد نية الإضرار.³

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 22.

² - المرجع نفسه، ص 81.

³ - نية الإضرار إن وجدت تزيد سوء النية عمقاً وتجعله تدليسا أو غشاً أو تواطؤاً فإذا وجدت نية الإضرار في تكوين العقد جعلت سوء النية تدليسا وإذا وجدت في تنفيذه جعلته غشاً وإذا اشترك طرف ثالث في التدليس أو الغش كان سوء النية تواطؤاً.

عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 304.

وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه¹ إلى إعطاء حسن النية معنى سلبي وحيادي، بالقول أن حسن النية لن يوجد إلا بغياب سوء النية والغش، وعلى ذلك فإن توافر حسن النية يفترض معه عدم وجود سوء النية، ويضيف هذا الرأي أن الصفة المعنوية في نطاق القانون، تجعلنا قلقين نحو حقيقة الشعور الذي يجيش بنفس المتعاقد. فلا يكون أمامنا سوى افتراض حسن النية العقدية حماية للمتعاقد، ما لم يثبت العكس بصدور مسلك غشي أو تدليسي من المتعاقد. وفي غير ذلك وإزاء غياب السلوك التدليسي لا يسعنا إلا أن نحترم إرادة المتعاقد الظاهرة.

إلا أن بعض الفقه الفرنسي الأكثر حداثة،² بدأ يوجه انتقاده للمعيار الشخصي لأنه سلبي بناء على ما يلي :

- إن المعيار الشخصي والذي يعني موقف سلبي هو معيار غير يقيني تقريبي وافتراضي بمفهوم المخالفة، بصرف النظر عن بساطة تطبيقه من عدمه. فغياب حسن النية يفترض معه سوء النية وغياب سوء النية يفترض معه حسن النية، هي دلالة يغلب عليها الظن أكثر منها التثبت واليقين.

- أن هذا المعيار من شأنه أن يضعف فكرة الأمانة العقدية، وليس له إلا فائدة محدودة. لأن تقدير السلوك يتوقف على مسلك إرادي تدليسي، وفي هذه الحالة فقط فإذا نجح المتعاقد في إخفاء هذا المسلك الخبيث، نجى من جزاء عدم الأمانة والمسؤولية.

- إن الاستدلال السلبي بمفهوم المخالفة معكوس، فحسن النية يجب أن يستدل عليها بضده بغياب حسن النية، وإذا سلمنا بذلك كان لزاما علينا أن نسلم بالمفهوم

¹ - رأي M.Juglard و G.Lyon-Caen

مشار إليه في : أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشديد، ط الأولى، دار النهضة العربية، 1997، ص 211.

² - رأي Ghestin في مؤلفه المطول في المسؤولية المدنية. ورأي Vouin

مشار إليه في : أحمد عبد التواب، المرجع السابق، ص 211.

الديناميكي الموضوعي وهو المسلك المتيقظ والنزيه، مثال ذلك المدين حسن النية لا الذي يمتنع عن تنفيذ التزاماته ولكن الذي لم يدخر جهدا في سبيل الوفاء بالتزاماته.

هذا الأسلوب السلبي هو أسلوب متشائم وحزين، في استنتاج أمر معنوي كحسن النية. لأنه من الصعب افتراض أن كل مهني يدبر الدسائس والمؤامرات ضد العميل غير متخصص، فهو يعني أن المعيار السلبي السابق يكون أكثر تشاؤما.

هذا وأن جانب من الفقه يرى أن الخطأ العمد يقاس بمعيار موضوعي، شأنه شأن الإهمال أي الخطأ الجسيم، الذي لا يتعمد فيه المدين عدم تنفيذ الالتزام مع ذلك فهذا القول لا ينفي ضرورة التماهي على المعيار الذاتي، فالإضرار القصدي لا يُدان إلا إذا كان لا يصدر من رجل معتاد، لكن هذا لا ينفي ضرورة كشف النية الباطنة أولا، ثم مقارنة سلوك من نوى الإضرار بسلوك الرجل المعتاد.¹

من ثم فإذا كان المعيار الذاتي يجد أساسه في قواعد الأخلاق، التي تأتي أن يتعمد شخص الإضرار بالغير، فهذا يعني أنه ربط مبدأ حسن النية بالخطأ العمدي، غير أن هذا الأخير يستلزم أيضا ربطه بفكرة العدالة، والتي تقتضي الاعتداد بجسامة الخطأ من حيث الجزاء، فيجب أن يتحدد الجزاء بمدى ما تعمله المسؤول أو توقعه من ضرر أو ما كان بالإمكان توقعه من ضرر.

الفقرة الثانية

المعيار الموضوعي لقياس حسن نية المتعاقد

تقرر المجموعة المدنية الجرمانية لحسن النية معيارا ماديا موضوعيا كالتشريع الألماني². أما المجموعة اللاتينية لم تذكر المعيار الذي يجب تطبيقه، فذهب البعض إلى

¹ - أحمد عبد التواب مُجد بهجت، المرجع السابق، ص 211.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 185.

بينما التشريع السويسري يفرق بين حسن النية بالمعيار الموضوعي، وهو معيار الأمانة والثقة وحسن النية بالمعيار الشخصي.

أن حسن النية يعني تنفيذ العقد بنزاهة. وهذا يستدعي تحديد معنى النزاهة هل هي النزاهة الشخصية (أي في صورتها السلبية والمتمثلة في نية الإضرار) أم أن المقصود معنى آخر غير النزاهة الشخصية ؟.

يذهب بعض الفقه¹ على خلاف المعيار الشخصي الذي يرتبط بالخطأ الأخلاقي، أي عدم الإضرار في نطاق العقد. إلى أن المعيار الموضوعي يرتبط بالخطأ القانوني، والذي يتحقق ولو كان المتعاقد بليداً، أو سريع التأثر أو نجولاً. فالخطأ سلوك خارجي يمكن إخضاعه لمعيار موضوعي. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن معيار الرجل المعتاد قد ظهر في مجال الخطأ، لتحديد الواجبات العامة التي يجب احترامها، ومجال الواجبات العامة يكون عند انتفاء قصد الإضرار بالغير، وعند عدم وجود واجب محدد قانوني أو عقدي.²

إن تقدير سلوك المتعاقد أنه حسن النية أو سيئ النية وفق هذا المعيار، يتم دون النظر إلى حالة الشخص الذاتية، بل بالرجوع لظروفه الخارجية العامة التي يخضع لها الناس كافة، ولو لم يشكل هذا السلوك انحرافاً مألوفاً من الناحية الأخلاقية. إن الحالة الذهنية أمر داخلي لا يمكن الإطلاع عليه أو التحقق منه، إنما يمكن لنا أن نتحقق من ممارسة هذه الحالة الذهنية، عبر تصرفات وإشارات ودلائل موضوعية.³

¹ الهادي سعيد عرفة، المرجع السابق، ص 158. لأن المجتمع استقر على ضرورة احترام حد أدنى من الواجبات، التي تجد مصدرها ليس فقط في قواعد القانون، وإنما أيضاً في قواعد السلوك الأخرى، مثل قواعد الدين والأخلاق والمجاملات الاجتماعية. ولما كانت هذه القواعد تسعى إلى المثالية، من ثم لزم معيار الرجل المعتاد، ليقصر الاحترام على الواجبات المعقولة، والتي تكون الحد الأدنى اللازم، لاستقرار النظام في المجتمع.
² الهادي سعيد عرفة، المرجع السابق، ص 158.

جدير بالملاحظة أن تقدير حسن النية في القانون الروماني، كان يتم بطريقة موضوعية للغاية. وذلك ليس وفقاً للقدرات الشخصية للمدين أو الدائن، بل وفقاً لما جرت عليه عادة الشخص العادي من شرفاء الناس. ففي صيغة دعوى حسن النية يلتزم القاضي بتقدير حسن النية، وفقاً لمعيار الرجل العادي من الشرفاء، وما جرت عليه العادات والأعراف التجارية. دون الالتفات لحالة المدين. أي وفقاً لمعيار الرجل العادي الذي ينفذ التزاماته بدقة.

أحمد إبراهيم حسن، أساس المسؤولية العقدية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 50.

³ هلايدر أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 82.

يهدف المعيار الموضوعي إلى تحقيق الموازنة، بين فكرة العدالة ودواعي الأمن والاستقرار في المجتمع، ويهدف إلى المحافظة على الإرادة الظاهرة للمحافظة على استقرار التعامل.

لذلك يذهب البعض إلى حد استبعاد المعيار الشخصي، بالقول أن المعيار الشخصي يمكن تحويله إلى معيار موضوعي، حيث أن النزاهة الشخصية لا يكون لها أي اعتبار في الحكم فيما إذا كان هناك حسن نية أم لا.¹

ويتعلق البعد الموضوعي بمؤشرات خارجية، يمكن البناء عليها عند التعامل مع هذا المبدأ، من خلال البحث عن التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية، في أثناء التفاوض على شروط العقد، وخلال مرحلة تنفيذ العقد. فمن الصعب الاستدلال على نية المتعاقد، من خلال اعتبارات نفسية بحتة، بل لابد من أن يتبلور ذلك في سلوك يتم عن توافر تلك النية. والسلوك لا يتم تقديره بالرجوع إلى ذات الشخص فقط، بل بما تفرضه طبيعة المعاملة وأصول وشرف التعامل.²

وإن كان جانب من الفقه³ يعترض على استخدام معيار الرجل المعتاد لقياس حسن النية، حيث يرى أن هذا المعيار يصلح لقياس الخطأ إلا أنه لا يصلح لقياس حسن النية، وذلك لأن الخطأ سلوك خارجي يمكن إخضاعه لمعيار موضوعي، بينما النية عنصر نفسي داخلي، ومن الصعب فصله عن باقي العناصر المكونة لداخل الإنسان، وتقييمه خارج هذا النطاق. وأن الأخذ بالمعيار الموضوعي يؤدي إلى نتائج مخالفة للواقع وظلمة، فمعيار الرجل العادي طبقاً لهذا الرأي، هو معيار لقياس السلوك غير العمدي، حيث لا يوجد واجب محدد قانوني، وهذا لا يفيد في قياس حسن النية أو سوءها العمديان، لأن أي منها ليس سوى قرار داخلي يتخذه صاحبه.

إلا أن جانباً آخر من الفقه⁴ يرى أنه في حالة ما إذا ظهرت هذه النية في صورة تصرفات وسلوكيات، يرتب على ضوءها القانون آثاراً معينة، يجب قياسها بمعيار الرجل

¹ - محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج الأول، ط الثانية، القاهرة، 1976

ص 440

² - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 267.

³ - رأي نعمان خليل جمعة . مشار إليه في : شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 183.

⁴ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 102.

المعتاد. فالوهم الذي يقع فيه المتعاقد أو الجهل، هو عبارة عن حالة سلبية نفسية داخلية، يصعب إقامة الدليل عليها أو على عكسها، مما يستوجب اللجوء إلى معيار موضوعي لتقدير سلوك المتعاقد، فإذا تبين أنه لم يتخذ الحيطة والحرص الذي يلتزم به عادة الشخص المعتاد في نفس الظروف، أعتبر سيئ النية ويجرم من الحماية وأن مثل هذا المعيار يسهل تطبيقه وتستقر به المعاملات. بدلا من الدخول في أغوار البحث النفسي لشخص المتعاقد. وبالتالي متى اتصف سلوكه بعدم الخطأ بنوعيه العمدي وغير العمدي كان حسن النية، فالإهمال يدخل في نطاق سوء النية وليس حسنها.

ويؤدي تطبيق المعيار الموضوعي تبعا لذلك إلى انضباط الروابط القانونية، وذلك لوحدة الأساس الذي يقاس به سلوك الأفراد، وهي درجة عناية الشخص العادي التي يجب أن يبذلها المتعاقد في الكشف عن الحقيقة، منظورا إليه في مثل ظروف المتعاقد محل القياس. فيحقق بذلك هذا المعيار العدل بين المتقاضين، ويوفر الثقة المتبادلة والاستقرار في التعامل.¹

من ثم حسن النية وفقا للمعيار الموضوعي يستلزم أن يسعى المتعاقد إلى تنفيذ الالتزام بجديه وبصورة تتفق وأحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته.² فيلقي هذا المعيار على المتعاقد الحرص والتبصر والتحري حتى لا يضر بالآخرين، كما يستلزم منه أن يكون أميناً ومخلصاً في إبرام التصرفات وتنفيذها. فقواعد العدالة وأخلاقيات التعاقد كما أنها لا تقر نية الإضرار بالغير لا تقر أيضا الإهمال والتقصير.³ فالمعيار الموضوعي يستلزم من المتعاقد أن يكون يقظا حريصا في تصرفاته، حتى لا تضر بالآخرين. ذلك أن قواعد العدالة والأخلاق كما أنها لا تقر نية الإضرار أي سوء النية الذاتي، لا تقر الإهمال والتقصير أي سوء النية الموضوعي. إذ يقتضي المعيار الموضوعي ضرورة الحيطة الحذر في

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 782.

² - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص 42.

³ - عبد الحليم عبد اللطيف القوي، المرجع السابق، ص 306.

التصرفات، أي الانتباه واليقظة عند إبرام العقود وعند تنفيذها.¹ هذا القول يفيد أن معيار الرجل العادي هو معيار قياس السلوك غير العمدي.²

وما لا شك فيه أن معيار الشخص المعتاد، سوف يؤدي إلى توسيع سلطة القاضي التقديرية، بسبب دخول سلوكيات عدة: كالصدق، والنزاهة، والشفافية، والمعقولية، ضمن مفهوم حسن النية. وكل ذلك يرجع في النهاية إيجاباً، في المصلحة الخاصة لأطراف العلاقة العقدية. فضلاً عن تحقيق المصلحة العامة، المتمثلة في إشاعة الثقة والائتمان، والاستقرار في المعاملات.³

فالمعيار الموضوعي يوفر ميزتين: الأولى أنه يتسم بالموضوعية والإيجابية، وإن لم يخل كلية من فكرة النسبية، ولكنها تكون نسبية غير إرادية خارجة عن غموض نفس المتعاقد، وتختلف باختلاف العناصر الخارجية. أما الميزة الثانية هو أنه معيار غير محدود، يسعنا في حالة خلوّ الاتفاق من ألفاظ تحدد لنا مسلك المتعاقد، حتى ولو أفلح في إخفاء غشه وتدليس.⁴

تجدر الإشارة إلى أن البعض⁵، قد حدد معيار مراعاة المصالح المبررة المشروعة في قياس نية المتعاقد. فمبدأ حسن النية يتطلب من كل طرف، أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرف الآخر المعترف بها قانوناً، وهذا يعني أن حق كل طرف للعمل بما فيه مصلحته الخاصة، هو حق مقيد حتى ولو كان القيد يهدف إلى تعزيز المصلحة الخاصة بكل طرف. وحسن النية على هذا الأساس هو معيار الأسلوب السليم لكل طرف

¹ - عبد الحليم عبد الطيف القوني، المرجع السابق، ص 309.

ويؤكد عبد الحليم القوني أن الشواهد التاريخية تؤكد ما ذهب إليه، حيث أن المتعاقد في ظل القانون الروماني، لم يكن ليسأل في العقود حرفية التنفيذ، إلا عن خطئه العمدي. أما في عقود حسن النية فقد كان يسأل عن خطئه العمدي وغير العمدي.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 187.

³ - هلاير أسعد الأحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 155.

⁴ - أحمد عبد التواب مُحمَّد بهجت، المرجع السابق، ص 212.

⁵ - رأي: مُحمَّد حسام محمود لطفي مشار إليه في: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق ن ص 157.

لتحقيق غايته من العقد، وقد عرّف المبدأ بناءً على هذا المعيار بأنه: "توجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد، بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل"

والبعض الآخر¹ يقرر معيار المعقولية والعدالة لقياس حسن النية، وعلى هذا الأساس حسن النية هو الأسلوب السليم لكل طرف، لتحقيق غايته من العقد. فإذا تصرف الشخص بشكل غير معقول وغير عادل، فلا يمكن له الدفاع عن تصرفه، من خلال القول أنه اعتقد بصدق بأن تصرفه كان معقولا. وقد أشار إلى هذا المعيار المشرع الهولندي في القانون المدني فاستخدم اصطلاح حسن النية للدلالة على المعيار الشخصي، واستخدم معيار المعقولية والعدالة للدلالة على حسن النية بالمعيار الموضوعي.²

في حين أن البعض الآخر³ يقرر أن حسن النية يمكن أن يقاس بمعيار عدم الإضرار بغاية العقد. حيث يرى هذا الرأي أنه معيار أكثر وضوحا، من معيار فكرة العدالة والمعقولية، لأنها أفكار ليس لها معنى ثابت. وفقا لهذا المعيار يقاس حسن النية بمدى النتائج التي تترتب على تصرف ما، وما ينتج عنها من إضرار بالمنفعة المقصودة من العقد وغايته. عندما يقوم أحد الطرفين وبلا مبررات معقولة بالتصرف بطريقة ما، بحيث تكون نتيجة هذا التصرف إلغاء الغاية، أو المنفعة التي يحققها العقد للطرف الثاني، أو التسبب ببعض الأضرار للطرف الآخر، بشكل مخالف لأهداف العقد أو توقعات الطرفين.

ويعتقد في هذا الصدد أن معيار الشخص العادي من العموم، بحيث تدخل جميع السلوكيات الإيجابية التي يفترض توافرها في الرجل المعتاد، ومنها مراعاة المصالح المبررة المشروعة، وعدم الإضرار بغاية العقد. هذا وأن هناك تلازما بين المعيارين الشخصي

¹ -يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، ع 3، 2012، ص 21.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 186.

³ -يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص 21.

والموضوعي، وهما متكاملان باعتمادهما معا يتحقق حسن النية بمعناه المطلق، والقول بأن حسن النية يقاس بالمعيار الشخصي فقط يقتضي الوقوف عند نية المدين وقت التنفيذ وقد يصعب الكشف عنها ويستحيل استقصائها أحيانا، لذلك قد يستعين القاضي بالمعيار المادي المتمثل في نزاهة المعاملات. ويضيف عبد الجبار ناجي أحمد الملا بأن حسن النية في تنفيذ العقود يقاس بمعيارين ذاتي وموضوعي فعلى المتعاقد أن يتجنب الخطأ العمد تجاه المتعاقد الآخر فإذا تجنب الخطأ العمد فمن الواجب عليه لكي يتصف بحسن النية تماما أن يتجنب بالإضافة إلى ذلك الخطأ بالإهمال سيما الخطأ الجسيم والذي يقدر بمعيار موضوعي.¹

¹ - عبد الجبار ناجي الملا صالح، المرجع السابق، ص 24.

المبحث الثاني:

دور مبدأ حسن النية في العقد

يختلف دور مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد عنه في مرحلة تنفيذ العقد. وإن كان التشريع الجزائري والمصري أشارا إلى دور المبدأ في تنفيذ العقد وأغفلا دور المبدأ في إبرام العقد، إلا أن نصوص عديدة أشارت إليه بشكل غير مباشر، إما من خلال نظرية عيوب الرضا، حيث يعتبر حسن النية شرطا للتمسك بأي عيب من عيوب الإرادة. وإما بالإشارة إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، والتي تعد من تطبيقات المبدأ. لذلك تطرقنا في (المطلب الأول) مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقد.

لمبدأ حسن النية دور أيضا في توسيع السلطات الممنوحة للقضاء، حيث تجاوز كل المفاهيم التقليدية التي تفيد أن له معنى تفسيري، إلى معنى تنفيذي يفيد الدور الفعال للمبدأ. هذا وأن للمبدأ دور في توسيع دائرة الخطأ، فعلى الرغم من أن الخطأ الجسيم يصنف ضمن الأخطاء غير العمدية، أي التي تصدر دون قصد، إلا أن ارتكاب المدين لخطأ جسيم يشكل قرينة على سوء النية، وهذا تشديد من المشرع يفيد ضرورة مراعاة الحرص في جانب المدين بالالتزام في أداء الالتزام دون إهمال. فتعرضنا في (المطلب الثاني) لدور القاضي وأثر حسن النية على المسؤولية المدنية

المطلب الأول:

مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقد

إضافة إلى أن مضمون مبدأ حسن النية، يختلف حسب طبيعة التصرف، ويختلف من عقد لآخر، نجد أن ما يفرضه يختلف أيضا باختلاف مراحل العقد. وإن كان الفقه جله يتفق على ما هو مطلوب من المتعاقد القيام به أثناء تنفيذ العقد، نجد عدم استقراره على دور المبدأ خلال مرحلة ما قبل إبرام العقد. ويرجع السبب في ذلك إلى أن المشرع لم ينص على مراعاة مقتضيات المبدأ بنص صريح، بل أن دور المبدأ يستنتج بشكل ضمني من نصوص تحمي ركن الرضا، أو تمنع التعسف في استعمال الحق. من ثم

نستعرض دور المبدأ خلال مرحلة إبرام العقد في (الفرع الأول)، ثم دوره خلال مرحلة تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

دور مبدأ حسن النية في إبرام العقد

تختلف العقود فيما بينها من حيث مكنة الانعقاد الفوري في بعضها، من عدم إمكانية ذلك في عقود أخرى، تتطلب تريثاً للاتفاق على مضمونها قبل إبرامها. نظراً لكونها تتضمن رؤوس أموال ضخمة قد تكون ذات تأثير على اقتصاد دولة بأكملها، من ثم يختلف دور مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض (الفقرة الأولى)، عنه في مرحلة إبرام العقد. حيث يقتصر دور مبدأ حسن النية في هذه العقود على حماية ركن الرضا عند إبرام العقد (الفقرة الثانية)..

الفقرة الأولى:

دور المبدأ في مرحلة التفاوض على العقد

الأصل أن للشخص مطلق الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، أو يتفاوض أو لا يتفاوض. كما أن للشخص الحق في الانسحاب من التفاوض، على أن لا يترتب على هذا الانسحاب ضرر للطرف الآخر. ولما أصبح التفاوض عملية مكلفة في كثير من الأحيان، فإن عقوداً تمهيدية قد يلجأ إليها الطرفان اللذان يرغبان في إجراء عقد ما، لتسهيل عملية التفاوض. إن عقد التفاوض بحسن نية هو من أهم هذه العقود حيث أنه يضمن جدية الطرفين في التفاوض.¹

لهذا فالسؤال الذي يطرح في هذا المقام: ما هو نطاق مبدأ حسن النية في هذه المرحلة من العقد؟ فلا يخفى أن مثل هذا العقد أي عقد التفاوض بحسن نية له فوائد

¹ -يزيد أنس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، عقد التفاوض بحسن نية، ج الثاني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مصر، ع 3، المجلد 2003، 9، ص 11.

كبيرة، تتعدى تأمين جدية التفاوض، فهو ينشئ التزاماً عقدياً بالتقيد بمبدأ حسن النية في تنفيذه، بحيث أن أي انسحاب غير مبرر، يعرض الطرف المنسحب للمسؤولية العقدية.

أولاً: أهمية مرحلة التفاوض على العقود

تختلف أهمية التفاوض باختلاف العقد المبرم، فهي ليست لازمة في كل العقود. إذ قد يتم الاستغناء عنها تبعاً لقلّة أهمية العقد. مما قد يترتب عليه الانعقاد الفوري للعقد في مجلس العقد، دون الدخول في مفاوضات مسبقة.¹ ففي العقود ذات الأهمية المحدودة، وهي عقود شائعة ومألوفة في المعاملات اليومية للناس، تتسم بأنها فورية الانعقاد، لذلك لا يفكر الطرفان قبل انعقاد العقد بتبادل وتقريب وجهات النظر وتقديم الاستشارات، والمقترحات الفنية والقانونية والالتزامات التي ستنشأ. فهذه العقود على قدر كبير من البساطة ومحدودة القيمة، مما يجعل فترة المفاوضات غير لازمة في مثل هكذا عقود.

فضلاً عن ذلك فإن هناك نوعاً من العقود، تدعى بالعقود غير القابلة للتفاوض بشأنها، إذ ينفرد الموجب فيها بتحديد شروط العقد جملة أو يرفضها، من غير أن تكون له القدرة على مناقشة الشروط المدرجة فيها، فإذا ما حصل أن قبل بهذه الشروط فكأنه أذعن لمشيئة الموجب. ويطلق على هذا النوع من العقود "عقود إذعان".² وقد نص المشرع الفرنسي بعد تعديل القانون المدني بموجب الأمر رقم 131-2016 المتعلق

¹ أو قد يسبق مجلس العقد فترة مشروع يتم فيها إبرام عقود أولية تمهد لإبرام العقد النهائي كالوعد بالتعاقد،

يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق ص 21

فإذا ما تصرف الواعد في محل الوعد فلا يكون للمشتري طلب إبطال التصرف، إلا أنه متى ثبت أن وجود غش وتواطؤ بين الواعد والغير إضراراً بالموعد له، فيكون لهذا الأخير أن يرفع الدعوى البوليصة ويكون الجزاء في هذه الحالة، هو عدم الاحتجاج بتصرف الواعد مع الغير في مواجهة الموعد له. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 06/10/2004 حيث قررت أنه وإن كان يشترط لقبول الدعوى البوليصة زيادة إعسار المدين، إلا أنه يمكن الإستعاضة عن هذا الشرط في مجال الوعد بالتعاقد.

مقتبس عن: سعيد السيد قنديل، الوعد بالعقد، بين اجتهاد الفقه وتطوير القضاء، د.ط، دار الجامعة

الجديدة، الإسكندرية، 2014. ص 94.

² يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، 19.

فقد كان من ثمرة التطورات الحديثة أن ظهرت العقود النموذجية، وهي عبارة عن نماذج مطبوعة لشروط التعاقد. يقتصر دور الطرفين فيها على ملئ البيانات، فقد أصبحت هذه النماذج مصدراً حديثاً لعقود الإذعان، والصفة الجوهرية لهذا النوع من العقود أنها لا تقبل التفاوض مطلقاً.

بإصلاح قانون العقود في المادة 1110¹ في فقرتها الثانية على أن عقد الانضمام هو أحد العقود، الذي تكون شروطه وأحكامه مغفأة من التفاوض، وتحدد مسبقاً من قبل أحد المتعاقدين.

إذ تمخض عن التطور الصناعي والتقني في العصر الحديث، ظهور أنواع من العقود اتسمت بالتركيب والتعقيد، لكونها تتعلق بمشروعات عملاقة تنفذها شركات كبرى، الكثير منها متعددة الجنسيات. أو ترد على عمليات مركبة ومليئة بالتعقيدات الفنية والقانونية، لذلك يكون من الصعب بل من المستحيل إبرامها مباشرة، دون الدخول في مفاوضات قد تستغرق وقتاً طويلاً.²

لدى تكتسب المفاوضات أهمية خاصة في العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، وكذا المشاريع العملاقة ذات النشاط الدولي، والتي يحتاج تنفيذها إلى سنوات عديدة. حيث لا يتحقق التراضي ولا يقوم العقد إلا بعد مفاوضات قد تستغرق فترة طويلة من الزمن، كما هو الحال في العقود المتعلقة بإنشاء المصانع والطائرات والموانئ، أو البحث عن الثروات الطبيعية واستغلالها، أو باندماج الشركات، أو شراء أسهمها، فمثل هذه العقود لا يمكن أن تبرم بإيجاب وقبول في لحظات. فالحال ليس دائماً على هذا النحو، إذ أن الاقتران الفوري للقبول والإيجاب والذي يتحقق في العقود البسيطة المألوفة في الحياة اليومية، والمعاملات السائدة بين الأفراد، والتي تقتضي سرعة الانعقاد لا يتحقق في العقود المركبة ذات الأهمية الكبيرة.

وهكذا يظهر لنا أن فترة التفاوض السابقة على إبرام العقد، لا تقل أهمية عن فترة ما بعد العقد. إذ أنها فترة إعداد للعقد. وكلما كان الإعداد جيداً، كلما كان العقد محققاً لمصلحة المتعاقدين. كما أن للمفاوضات تأثير على حياة العقد، لأن فيها تقع العوامل

¹ - ART 1110/2 C.civ.F: «Le contrat d'adhésion est celui dont les condition générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.

² - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 20. فترة المفاوضات تعد أولى فترات مرحلة ما قبل التعاقد، وقد تكون من أهم فترات هذه المرحلة وأكثرها خطورة، لأن فيها يتم تحديد أهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد، وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية سواء ما تعلق منها بالإخلال بالتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق وقوع المسؤولية التي ستنشأ على عاتق الطرف المتسبب، في عدم بلوغ الغاية المرجوة من المفاوضات وهي إبرام العقد النهائي.

والأحداث التي من شأنها تعيب رضا أحد الأطراف، كالتغيير والغلط والاستغلال. وكذلك تعد بالنسبة للعقد بمثابة الأعمال التحضيرية بالنسبة للمشروع، إذ يرجع في المستقبل إلى وثائق التفاوض كوسيلة لتفسير العقد، إذا ما وجدت ضرورة لتفسيره.¹ ومن جانب آخر تتأتى أهمية المفاوضات من أن التوازن الاقتصادي للعقد الذي تسفر عنه المفاوضات، يعتمد بالأساس على حسن سيرها فكلما كانت المفاوضات رصينة ووفية ودقيقة، كلما ضمنا حسن صياغة نصوص العقد، مما يمنع إثارة المشاكل مستقبلا بشأن الالتزامات المتولدة عنه.²

ثانياً: دور حسن النية في مرحلة التفاوض

اختلفت التشريعات المقارنة في إقرار المبدأ، في مرحلة ما قبل إبرام العقد، كما في مرحلة تنفيذ العقد. فنجد أن بعض التشريعات تقره صراحة كالقانون الألماني، والإيطالي، والهولندي، ومقاطعة كيبيك³. ومؤخرا التشريع الفرنسي في المادة 1104 ق م ف السالفة الذكر بعد أن ركز الكثير من الفقه الفرنسي على ضرورة فرض المبدأ في مرحلة ما قبل إبرام العقد.و من بينهم J.Mester⁴ حيث ذهب إلى أنه يتعين تطبيق المبدأ، حتى وإن لم يكن هناك أي نص يشير إلى ذلك صراحة.مضيفا أن مشروع القانون المدني الفرنسي كان يحدد بدقة أن الاتفاقات يجب أن تعقد وتنفذ بحسن نية، ولكن واضعي النص قد قدروا أن بعض النصوص المحددة في هذا القانون يمكنها أن تجعل تطلب حسن النية غير مجد، لاسيما في مرحلة تكوين العقد. وأن النص النهائي للمادة 1134 انحصر في شأن التنفيذ لأسباب شكلية فحسب.

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 125

² - المرجع نفسه، ص 125

انظر في نفس المعنى، بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 12.

³ - نص مشروع القانون المدني لمقاطعة كيبيك، صراحة في القانون المدني الجديد الصادر سنة 1994 في المادة 1375، أن على الأطراف التصرف بحسن نية مع بعضهم أثناء تكوين العقد، أو تنفيذه أو انقضاءه.

⁴ - J.Mester, L'exigence bonne foi dans la conclusion du contrat; R.T.D.C; 1989 ;p739.

والواقع أن توسع هذا الفقيه في تفسير نص المادة 1134 ق م ف على هذا النحو، يبرره أن العقد ينظر إليه باعتباره وحدة واحدة، بما يعني استلزام حسن النية في مرحلتي الإبرام والتنفيذ على حد سواء. من ثم وحتى وإن نص التشريع وأشار إلى أن العقود، يجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقا لحسن النية. فإن النص وإن كان يندرج تحت عنوان تنفيذ العقود، إلا أنه لا يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد، لأن من المنطقي أن العقود تفهم عند إنشائها وتكوينها.

وفي هذا الصدد يذهب جاك غستان¹ إلى القول أن: " ما من فائدة في فرض المبدأ خلال فترة تنفيذ العقد، إذا لم نقره في مرحلة تكوين العقد ؟ إن العقد يشكل جسما واحدا ومن الحيوي أن يرويه حسن النية ككل".

وبناء على الانتقادات الموجهة من قبل الفقه الفرنسي، لإغفال المشرع الفرنسي مرحلة التفاوض على العقود، مع أن هذه المرحلة أصبحت ذات أهمية في نظرية العقد عدل المشرع الفرنسي أحكام القانون المدني الفرنسي، فأشار من خلال المادة 1104 إلى أن العقود تخضع للتفاوض، وتبرم وتنفذ بحسن نية واعتبرها قاعدة من قواعد النظام العام، وأضاف في المادة 1112 / 1 ق م ف² أن الأفراد يتمتعون بحرية التفاوض، في المرحلة السابقة لإبرام العقد، غير أنه يجب أن تفي بمتطلبات حسن النية.

وما موقف المشرع الفرنسي إلا استجابة لرأي الفقه الغالب في هذا الصدد. هذا وقد أضاف في المادة 1114 ق م ف³ أن العرض المقدم إذا تضمن جميع العناصر الجوهرية، فإنه يعرب عن إرادة صاحب العرض في حالة القبول، وإلا فإنه لا يعد سوى دعوة للدخول في المفاوضات.

¹ - جاك غستان، المرجع السابق، ص 920.

² -ART 1112/ 1 C.civ. F: «L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi»

³ ART 1114 C.civ.F: «L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.

ويعد التشريع الجزائري والمصري، من النظم القانونية التي قصرت سريان مبدأ حسن النية على فترة تنفيذ العقد، دون المرحلة السابقة على إبرام العقد. حيث أغفل التشريع الجزائري تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد. كما وأن القضاء ما زال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم.¹

على الرغم من ذلك نجد غالبية الفقه المصري²، يسلم بأن نص المادة 148 ق م م المقابلة للمادة 107 ق م ج، ليست سوى تطبيق لمبدأ قانوني عام، لا يقتصر إعماله على مرحلة تنفيذ العقد، بل يتعين تطبيقه ومراعاته منذ مرحلة التفاوض، أي قبل انعقاد العقد. ففي مرحلة المفاوضات يجب على كل طرف أن يفهم الموجبات الملقاة على عاتقه بحسن نية، لأن هذه المرحلة الأولى والأساسية تتركز عليها المرحلة الثانية، أي مرحلة تنفيذ العقد. وبقدر ما تفهم العقود بحسن نية أثناء تكوينها، بقدر ما يأتي تنفيذها وتفسيرها في المرحلة اللاحقة وفقاً للمبدأ.³

بينما يذهب عبد الحلیم القوي⁴ لتبرير فرض المبدأ في مرحلة ما قبل إبرام العقد، إلى أن الغرض المقصود لا يتحقق كما ينبغي، إلا إذا كان العقد مبنياً على حسن النية من بدايته. إذ كيف يتم تنفيذ العقد بحسن نية، والمتعاقدان قد ساءت نيتهم في المراحل السابقة على تنفيذ العقد، فالعقد إذا نشأ مريضاً لا يمكن أن يستقيم بعد ذلك.

ويذهب رأي آخر من الفقه⁵ إلى القول أن فرض المبدأ يعد من البديهيات التي لا تحتاج إلى برهان، واستند في ذلك إلى مفهوم "من باب أولى"، وهذا النوع من الاستنتاج يدخل ضمن البديهيات، التي يعد إنكارها مكابرة في علم الجدل والمناظرة.

¹ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/05/24 ملف رقم 223852، مجلة قضائية 2001، ع1، ص138.
² - رأي عبد الحي حجازي، وإسماعيل غانم وسعد حسين عبد ملحم، عمر محمد عبد الباقي، ويؤيدهم في ذلك هلاير أسعد أحمد.

هلاير أسعد أحمد، تقديم سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص32.

³ - المرجع نفسه ص154.

⁴ - عبد الحلیم القوي، المرجع السابق، ص373.

⁵ - رأي: محمد شريف أحمد - مشار إليه في: هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص32.

وغني عن البيان أن عملية التفاوض لا تستقيم، من دون توافر النية الحسنة فيما بين الأطراف المتفاوضة سواء بسواء. يعد التفاوض بذلك حسن النية إذا كان سلوكه يتفق مع المألوف في التعامل، فيستدل عليه وفق معيار الشخص المعتاد. يترجم على شكل التزامات، يتطلب الركون إلى الظروف والملابسات التي تحيط بالتصرف، أو السلوك الصادر أثناء التفاوض. والتي قد تثبت منافاته لمقتضيات حسن النية، كما لو دلت الظروف من أن قطع التفاوض فجأة دون مبرر، ما كان إلا على سبيل الكيد والانتقام. والالتزام بالتفاوض بحسن نية يفرض على المتفاوض ألا يلجأ إلى الخديعة، بأن يتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض بكل صدق وأمانة.¹

على أنه يتعين عدم الخلط بين الالتزام بالتفاوض بحسن نية ومبدأ حرية التعاقد. لأن الالتزام بالتفاوض بحسن نية لا يعني أن يلتزم المتفاوض بإبرام العقد النهائي بالفعل، فالمتفاوض يظل ممتعا بكامل حرته في التعاقد من عدمه، وقد يضع حداً للمفاوضات، فيمتنع عن إبرام العقد. لكن يشترط أن يكون ذلك استناداً لأسباب مشروعة، دون الإخلال بمبدأ حسن النية الذي يتطلب نزاهة وشرفاً وموضوعية وصدق.²

فرفض التعاقد يشكل من حيث المبدأ حقاً لكل من تلقى عرضاً، يتماشى مع مبدأ سلطان الإرادة، وحرية الارتباط العقدي من عدمه. فمن وجه العرض يكون في الأساس حراً في الرفض، ولا يتحمل تبعه ما بامتناعه عن التعاقد إلا إذا كان متعسفاً في استعماله، أو خرج عن حدود حسن النية.

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 71.

² - المرجع نفسه، ص 69.

وقد أشار المشرع الفرنسي إلى ذلك في المادة 1102¹ ق م ف بالقول أن حرية التعاقد لا تمس بالقواعد المتعلقة بالنظام العام. وقد أشرنا أن التفاوض على العقود بحسن نية قاعدة من قواعد النظام العام بموجب المادة 1104 ق م ف.

ولأن المفاوضات يجب أن تفي بمتطلبات حسن النية، فيطرح التساؤل عن طبيعة المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات، أو بعبارة أخرى: هل أن الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض عن العقد، كقطعها دون مبرر تترتب عنه المسؤولية العقدية أم التقصيرية ؟

إن الاتجاه الحالي في الفقه الفرنسي² والقضاء الفرنسي³ والذي يسعى إلى ضمان أمن المفاوضات، يذهب عموماً إلى التفرقة بين صورتين من صور المفاوضات فإذا كانت المفاوضات غير مصحوبة باتفاق تفاوض صريح، عدت مجرد عمل مادي غير ملزم، بحيث لا يترتب عليها أي أثر قانوني، فمجرد الدخول في المفاوضات لا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام ، ويكون لكل متفاوض مطلق الحرية في العدول عن المفاوضات في أي وقت شاء شريطة أن لا يكون العدول دون مبرر، فإذا ما حدث ذلك فإن مسؤوليته التقصيرية تنهض لأن عدوله غير المبرر يخل بمقتضيات حسن النية .

¹ -ART 1102 C.civ.F : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

² رأي Joanna SChmidt , H.L.J.Mazeaud , A.Tunc , Jacques Ghestin .

مشار إليه في يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 63.

³ -CASS.COM.20 MARS 1972..

CASS.COM.18 OCT.1994

CASS .CIV. 1^{er} 12 AVRIL.1976 BULL.CIV.1.NO 122

CASS.CIV.3^{ème},3 octobre1972 bull.civ.III.no.491

أما إذا كانت المفاوضات مصحوبة باتفاق تفاوض صريح، فعندئذ تعد هذه المفاوضات تصرفاً قانونياً لوجود علاقة تعاقدية بين الطرفين ويذهب هذا الرأي في تبرير هذا الطرح إلى أن القانون يأخذ بمبدأ الرضائية في العقود، فيعتد بأي اتفاق متى تم الرضاء به، وقد رضي الطرفان المتفاوضان باتفاقهما على التفاوض صراحة فيعتبر هذا الاتفاق اتفاقاً صحيحاً إذ ليس فيه ما يخالف النظام العام والآداب.¹

في حين يرى جانب من الفقه المصري أن قطع المفاوضات يترتب عنه المسؤولية التقصيرية، فتبقى مجرد عمل مادي لا يترتب أي أثر ويبقى كل متعاقد حر في قطع المفاوضات في أي وقت، إلا إذا اقترن العدول بخطأ ألحق ضرراً بالطرف الآخر، فينبذ تنهض مسؤولية العادل التقصيرية.²

غير أن الفقه المصري الحديث لم يتردد في الاعتراف باتفاق تفاوض، وبأنه ينشأ على عاتق الطرفين المتفاوضين التزاماً عقدياً بالتفاوض، يتوجب تنفيذه بطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية، ويترتب عن الإخلال به قيام المسؤولية العقدية.³

بينما يذهب بلحاج العربي⁴ إلى أنه: إذا توصل الأطراف خارج أي إطار عقدي، إلى الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد النهائي محل التفاوض، تاركين العناصر الأخرى

¹ - يونس صلاح الدين علي المرجع السابق ص 64.

² - رأي كل من: عبد الرزاق السنهوري، محمد جبال الدين زكي، رمضان أبو السعود، عز الدين الدناموري، عبد الحميد الشواربي.

مشار إليه في : يونس صلاح الدين علي المرجع السابق ص 60.

رأي محمد حسين عبد العال، محمد حسام محمود لطفي، محمد عبد الظاهر حسين.

مشار إليه في : هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 143

³ - رأي محمد حسين عبد العال، إبراهيم دسوقي، محمد محمد أبو زيد، هام محمد محمود زهران، جبال عبد الرحمن محمد علي

مشار إليه في : يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق ن ص 64

⁴ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 135.

لإتفاق لاحق، فإن مثل هذا الإتفاق الجزئي ينشئ على عاتق طرفيه التزاما تعاقديا بالتفاوض على العناصر المؤجلة.

من ثم فبنشوء عقد التفاوض مثلا والذي هو من العقود التمهيدية تترتب آثار قانونية، تتمثل بنشوء عدد من الالتزامات على عاتق الطرفين المتفاوضين. وتتجسد هذه الالتزامات بالالتزام بالتفاوض الذي يتجزأ إلى: الالتزام بالدخول في المفاوضات، والالتزام بالاستمرار في المفاوضات بحسن نية، وما يتفرع عنه من التزامات أخرى، ولو لم ينص عليه عقد التفاوض.¹

يفرض الالتزام بالتفاوض بحسن نية على المتفاوض، ألا يلجأ في تفاوضه إلى الغش والخديعة، والالتزام بالصدق والأمانة والجدية والتعاون. والإمتناع عن إفشاء أسرار المفاوضات أي ضمان السرية في إطار حسن النية، والالتزام بالإعلام وعدم الإنسحاب منها على نحو مفاجئ دون مبرر مشروع. كما وأن قطع المفاوضات في وقت غير ملائم أو دون مبرر مقبول أو معقول، أو التفاوض لمجرد التسلية أو الدعاية أو إستطلاع السوق دون نية حقيقية في التعاقد، أو لإشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر تتنافى مع مبدأ حسن النية في سير المفاوضات. وتعد إخلالا واضحا بالثقة المشروعة التي تولدت لدى كل من المتفاوضين.²

عموما فإن التفاوض سواء بوجود إتفاق أو خارج أي إتفاق تفاوض فإنه يجب أن يكون بنية حسنة، ولا شك أن إثبات سوء نية المتفاوض يكون يسيرا، في حال أعمال قواعد المسؤولية العقدية في هذه المرحلة إذا ما تم إبرام عقود تمهيدية. فإعمال تلك القواعد يسهل إثبات سوء نية الطرف العادل³ بينما إثبات الإخلال بالمبدأ من جانب المضرور يبدو عسيرا إذا ما قامت المسؤولية التقصيرية.

¹-يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 55.

²- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 128

³-يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 198.

هذا وأشار المشرع الفرنسي في المادة 1112 ق م ف أن المبادرة والتقدم المحرز وانهيار المفاوضات يجب أن تفي بمتطلبات حسن النية، وفي حالة سوء السلوك في المفاوضات فإنه يتعين إصلاح الأضرار الناجمة عن ذلك. ولا يمكن أن يكون هناك محل للتعويض عن فقدان الفوائد المتوقعة لعقد لم يبرم¹.

الفقرة الثانية:

دور المبدأ في مرحلة ما قبل انعقاد العقد

إن التقنيات المدنية كانت وما تزال تجسد الصورة المبسطة للعملية التعاقدية، وتلك البساطة كانت تعكس المعطيات الاجتماعية، التي كانت قائمة آنذاك. حيث كانت تفرض وضعاً مثالياً هو وجود طرفين متساويين في المراكز الفعلية والقانونية، متساويين في القوة وفي الحاجة إلى التعاقد. مع ذلك توجد ضمن نصوصه ما يوفر حماية للمقدم على التعاقد حسن النية، من سوء نية الطرف المقابل، كتلك المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق وبعيوب الإرادة.

أولاً: حسن النية وإعمال نظرية التعسف في استعمال الحق

لما كانت ممارسة الحقوق وتنفيذ الالتزامات محاطة بإطار من حسن النية، فإن كل تعسف في استعمال حق ناتج عن العقد، من قبل الدائن بالالتزام يعد إخلالاً بمبدأ حسن النية. من ثم فحسن نية الدائن في المطالبة بتنفيذ الالتزامات العقدية، دليل على

¹ - ويبدو أن المشرع الفرنسي سائر ما وصلت إليه مؤخراً محكمة النقض الفرنسية بشأ التعويض عن فوات فرصة إبرام العقد حيث قررت:

Cass.com 26 novembre 2003 « qu'en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par une société ayant engagé avec les actionnaires d'une autre société des négociations en vue de la cession des actions composant le capital de cette dernière n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains ». <https://www.legifrance.gouv.fr>

توافر حالة استعمال الحق الاستعمال المشروع، والإخلال به يؤدي إلى قيام حالة التعسف في استعماله.¹

من ثم تلتقي نظرية التعسف في استعمال الحق مع مبدأ حسن النية في العقود، في أن كلاهما يقيّد حقوقاً. غير أن مبدأ حسن النية مفهوم واسع ومرن جداً، يقاس بمعيار شخصي وموضوعي، تستوعب المعايير التي حددها المشرع لقيام حالة التعسف. فالتعسف في استعمال الحق ما هو إلا تطبيق من تطبيقات المبدأ، حيث أن مبدأ حسن النية أعمّ من التعسف، لأنه يشمل حالات أخرى لا تنحصر في المعايير الموضوعية من قبل المشرع لتحديد التعسف، والتي وردت على سبيل الحصر.²

إن مقتضيات حسن النية أشمل، فلا تقف عند حد عدم التعسف في استعمال الحق، بل أن عدم التعسف في استعمال الحق يقع ضمن مقتضيات حسن النية.³ فحسن النية من جهة يفرض التزامات وقيّد حقوقاً، فهو أشمل ومجاله واسع.

من جهة أخرى قد يلتقي وقد يفترق مبدأ حسن النية، مع نظرية التعسف في استعمال الحق، فالشخص إذا استعمل حقه بقصد الإضرار بالغير يكون متعسفاً، إلا أنه حتى يكون المتعاقد حسن النية لا يكفي منه أن تنتفي نية الإضرار لديه، بل يتعين عليه أن لا يهمل، وأن يتيقظ ويتبصر وإلا عد سيئ النية.⁴ ومن ثم فإعتبار نظرية التعسف في استعمال الحق عنصراً من عناصر حسن النية، يبرر عدم نص المشرع الجزائي عليها

¹ - لم تتعرض جل التشريعات لتعريف نظرية التعسف في استعمال الحق، بينما ذهب الفقه إلى وضع تعاريف متعددة، من بينها أنها: "ممارسة للحق بنية الإضرار بالغير، من أجل منفعة قليلة لا تتناسب وحجم هذا الضرر، على نحو تكون فيه الفائدة غير مشروعة".

مالك جابر حمدي الخزاعي، إساءة استعمال الحق، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، ج17، ع2، 2009، ص 296.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 600.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 250.

⁴ - إن التصرف القانوني قد يكون مصدره العقد أو الإرادة المنفردة، وأهم ميزة له أنه ينتج أثراً قانونياً. فهو رابطة قانونية تنشأ بإرادة متصرف واحد أو أكثر، إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن تمثل حقاً، وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين تمثل التزاماً. مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 950.

في فترة تنفيذ العقد، لأنه أشار إلى وجوب تنفيذ العقد وبحسن نية، وهذا المبدأ يغني عن اللجوء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق في فترة تنفيذ العقد.¹ في مقابل ذلك نجد القضاء الفرنسي في كثير من الأحيان توسع في نظرية التعسف في استعمال الحق، واعتبر أنه يعتبر خروجاً عن حسن النية، ليس فقط ممارسة الحق بنية الإضرار بالغير، بل أيضاً ممارسة الحق دون أي منفعة تذكر لمجرد هذه الممارسة، وإن لم يكن صاحب الحق يقصد إلحاق الضرر بالغير. حتى أنه من خلال قراءة بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الفرنسية، اشترطت أحيانا فقط توفر سوء النية بدل نية الإضرار.²

وسوء النية هو في الحقيقة نقيض حسن النية، أي كل عمل مخالف لمبادئ الاستقامة والصدق والتصرف بشرف، أي أنه أوسع نطاقاً. بينما نية الإضرار بالغير، تفترض توجه إرادة الفاعل نحو إحداث ضرر غير مشروع بالغير. فإن كان القضاء الفرنسي يذهب في أحيان كثيرة، إلى ترتيب المسؤولية على أساس سوء استعمال الحق، إنما الأسلم هو ترتيب المسؤولية وإقامتها على أساس الخطأ لمخالفة مبدأ حسن النية.³ وقصد الإضرار بالغير يقاس بالمعيار الشخصي أو الذاتي، الذي يقتضي البحث في ضمير الشخص ودخيلة نفسه. وقد يقاس في بعض الأحيان بالمعيار الموضوعي. أما حالة انعدام التناسب أو التوازن، بين الفائدة التي يرمي صاحب الحق للحصول عليها، وبين الضرر الذي يلحق بالغير، فالمعيار لتحقق هذه الحالة هو المعيار الموضوعي، وهو معيار لا شأن له بالنية. فلا يستند إلى ضمير ونفسية صاحب الحق، بل يقوم على التفاوت بين الضرر اللاحق بالغير، والمنفعة العائدة على المالك نتيجة استعمال حقه.

¹ - هذا على خلاف المشرع المصري الذي رتبها في الباب التمهيدي من خلال المادة 04 و 05 وجعلها نظرية عامة.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 250.

³ - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الثاني، المرجع السابق، ص 323.

إلا أنه حتى يكون الشخص حسن النية، لا يكفي منه أن تنتفي نية الإضرار لديه، بل عليه أن لا يهمل وأن يتيقظ ويتبصر وإلا كان سيئ النية. فحسن النية يتطلب من الشخص ألا يغش أو يتواطأ، بل عليه أن يتعاون مع الطرف الآخر، وأن لا يتعسف وأن لا يخل بالتوازن العقدي وأن لا يهمل. ما يعني أن سوء النية ليس متحدا مع نية الإضرار، بل هو نقيض حسن النية أي كل عمل مخالف لمبادئ الشرف والاستقامة والصدق، بينما نية الإضرار تفترض توجه الإرادة نحو إحداث ضرر غير مشروع.¹

وعلى الرغم من أهمية مبدأ حسن النية في مجال العقود، إلا أن الفقه والقضاء الفرنسي عند محاولته إيجاد حلول في مجال العقد، لم يمنحه إلا حيزا ضيقا من الاهتمام، مع أن مبدأ حسن النية القديم جدًا كان كافيًا لحل الإشكالات المطروحة.²

هذا وأن أعمال نظرية التعسف في استعمال الحق قبل إبرام العقد، بشأن رفض التعاقد أو العدول عن التعاقد محل خلاف بين الفقه، حيث تثور الإشكالية حول إمكانية أعمال هذه النظرية بصدد ممارسة الحرية أي حرية التعاقد ورفض التعاقد، وحول إمكانية اعتبار العدول عن إبرام العقد تعسفا في هذا الصدد برز اتجاهان :

اتجاه مضيق : يرى أنّ هذه النظرية لا ترد إلا على الحقوق بالمعنى الفني الدقيق دون ممارسة الحريات، فالحق ميزة معينة يستأثر بها شخص معين، تخوله القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة له يحميها القانون، كحق الملكية والحق في الميراث. أما الرخصة فهي إباحة عامة تبيح لكل شخص حرية القيام بما لا يجرّمه القانون، كحرية التملك والاتجار والتعاقد، وما إلى ذلك من الحريات العامة التي كفلتها الدساتير للأفراد.³

¹ - المرجع نفسه، ص 950

² - يعقوبي إدريس، المرجع السابق، ص 55.

³ - شيراد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 251.

فالملكية حق والتملك رخصة، ذلك أن القانون كفل لجميع الناس الحرية في أن يملكو طبقاً للقواعد التي قررها القانون المدني. فهو يحمي الأشخاص في ممارسة حرياتهم، ويعاقب المعتدي عليها. فالتملك كما مرّ رخصة، أما إذا كسب الشخص ملكية شيء معين انتقل من الرخصة إلى الحق، وهي مصلحة يحميها القانون.¹

اتجاه موسع: يرى أن هذه النظرية يمتد نطاقها ليس للحق بالمعنى الفني لدقيق، بل يتجاوزها إلى الحريات والرخص العامة. وأنه ليس في جوهر فكرة الرخصة أو الحرية العامة ما يجعلها مستعصية على التعسف. فالقول بأن لا مسؤولية على الشخص الذي يمارس حرية من حرياته، قول مرسل لا يستند إلى دليل منطقي، فقد تتحقق المسؤولية بمناسبة استعمال حق معين، دون أن يدور بخلد أحد أن يستعين بنظرية التعسف. فمثلاً الشخص الذي يملك سلاحاً، تتحقق مسؤوليته إذا استخدمه في قتل آخر دون حاجة لنظرية التعسف بداهة، فلا يتصور أن يجتري هذا القاتل من المسؤولية، بالقول إنه إنما استعمل حقه في ملكية السلاح، فلا يقال أنه تعسف في استعمال حقه في الملكية.

ونفس الشيء بالنسبة للحرية فمن السهل الإتيان بأمثلة، تعتبر تعسفاً في استعمال الحرية أو الرخصة، كما يتصور في نطاق استعمال الحق. فالتاجر الذي ينافس تاجراً آخرًا واستعمل وسائل مباحة في المنافسة، ولكنه كان لا يقصد بها سوى إلحاق الضرر بمن ينافس، يكون هدفه تحقيق مصلحة غير مشروعة، ومن ثم يعد متعسفاً في استعمال حرية المنافسة.

فالأخذ بالاتجاه المضيق يؤدي بنا إلى نتيجة مفادها، أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تطبق قبل إبرام العقد، لأنها تقتصر على الحقوق بالمعنى الفني الدقيق،

¹ - مالك جابر حمدي الخزاعي، المرجع السابق، ص 295.

وعليه فهي لا تنطبق على حالات رفض التعاقد ولو تحققت شروطه، لأنها تقع في نطاق الحريات العامة، التي تخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق.¹ من جهة أخرى فالأخذ بالاتجاه الموسع، يعني أن النظرية تنطبق على الحريات العامة. وبالتالي هناك مجال لإعمالها في المرحلة السابقة لإبرام العقد، وبهذا تلتقي مع مبدأ حسن النية في إبرام العقود فتقع ضمن مقتضياته، ولو أن هذا الأخير قيد وارد على الحرية.

وفي هذا الصدد هناك من يرى أن الاتجاه الموسع أكثر صحة وإقناعاً، حجته في ذلك أن القانون وفي سبيل تطوره يمر بمراحل. فنظرية التعسف كانت في الوقت الذي لم يكن من المقبول الاستناد إلى حسن النية في القرارات القضائية، لعدم شيوع استعماله لدى الفقه والقضاء، مخرجا قضائيا لمعالجة بعض الحالات، التي تؤدي إلى الإضرار بالأطراف المتفاوضة نتيجة القطع غير المبرر للمفاوضات.²

ومن ثم فإن الأخذ بمبدأ حسن النية في إبرام العقود، كمبدأ مستقل ومعترف به في الكثير من القوانين المعاصرة الآن كالتشريع الألماني، يغنيننا عن اللجوء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق لحسم القضايا العالقة ذات الشأن. غير أنه يبقى مجال إعمال هذه النظرية مفيدا، بالنسبة للبلدان التي لا تقر صراحة الالتزام بحسن النية في إبرام العقود. فتبقى وسيلة لجبر الضرر الناشئ في مرحلة التفاوض، إذ أنه بذلك على الأقل سوف تطبق جزءا مما يقتضيه حسن النية في هذه المراحل.³

وهذا ما ينطبق على التشريع الجزائري، فقد صنف التعسف في استعمال الحق، في إطار الفعل المستحق للتعويض واعتبره خطأ تقصيريا. في حين أنه لم يقر مبدأ حسن النية في إبرام العقد. لذلك فيبقى مجال إعمالها في هذه المرحلة من العقد قائما. واعتبار

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 251.

² - المرجع نفسه، ص 58.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 252.

نظرية التعسف في استعمال الحق عنصراً من عناصر مبدأ حسن نية، يبرر عدم نص المشرع الجزائي عليها في تنفيذ العقد، لأنه أشار إلى وجوب تنفيذ العقد وبحسن نية. هذا الأخير الذي لا يقف عند حدود المعايير التي أشار إليها المشرع، لتحقيق نظرية التعسف في استعمال الحق.

ثانياً: حسن النية كشرط للتمسك بعيوب الرضا

تُظهر لنا نظرية عيوب الرضا الدور الحمائي الذي يلعبه مبدأ حسن النية، والذي يساهم في استقرار التعامل واستقرار الحياة العقدية. فالمتعاقد الآخر متى كان حسن النية لا يحتج في مواجهته بإبطال العقد. لذلك يتدخل مبدأ حسن النية في نظرية عيوب الرضا بشكل غير مباشر. حيث أن المشرع يعتبر حسن النية أحد الشروط الأساسية، للتمسك بأي عيب من عيوب الرضا، سواء في الغلط أو التدليس أو الإكراه، أو حتى الاستغلال.

بناءً على ذلك قرر جزاءاً على سوء النية بجواز إبطال العقد من قبل المتعاقد الآخر حسن النية. إضافة لحق المتعاقد حسن النية في المطالبة بالتعويض، حيث تنعقد المسؤولية التقصيرية للمتعاقد سوء النية في التدليس والإكراه، لذا فإنهما لا ينتجان أثراً على أنهما عيب من عيوب الرضا، وإنما كونهما يشكلان عملاً غير مشروع، أي خطأً يوجب التعويض عليه وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.

أ: حسن النية ونظرية الغلط

يعد الغلط عيباً من عيوب الرضا، ويعرف بأنه وهم يقوم في ذهن المتعاقد، فيصوّر له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التعاقد. ويتميز عن التدليس بأنه غلط تلقائي، عكس التدليس الذي يتميز بأنه غلط مستثار.¹

¹ - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص 140 حسب المادة 121 ق م م والمادة 1110 ق م ف والمادة 86 ق م ج.

وتظهر العلاقة بين مبدأ حسن النية ونظرية الغلط، من خلال الشروط الواجب توافرها لكي يتمسك من وقع فيه بطلان العقد، فبالإضافة إلى كون الغلط جوهرية حيث ورد في المادة 82 ق م ج أن الغلط يكون جوهريا بالأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب إعتبارها جوهرية نظرا لشروط العقد ولحسن النية، لا بد أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر. ولعل هذا الشرط يوضح مدى صلة بطلان العقد للغلط ومبدأ حسن النية. غير أن الفقه في هذا الصدد جاء بتفسيران لقاعدة حسن النية:

التفسير الأول¹

-1

أنه يشترط لصحة التمسك بالغلط أن يتصل المتعاقد الآخر بالغلط، وحالات اتصال المتعاقد الآخر بالغلط أيضا هي:

حالة الغلط المشترك بين المتعاقدين فإذا فرضنا أن شخصا باع لآخر صورة، على أنها من صنع مصور مشهور، وكان البائع يعتقد أن الصورة هي من صنع هذا المصور، فإنه يكون حسن النية ومقتضى حسن نيته التسليم للمشتري بحقه في الإبطال وإن كان هذا الشرط يستنتج بشكل ضمني من نص المادة 82 من خلال عبارة "يراهما المتعاقدان"، التي تفيد معنى الغلط المشترك، فإن التشريع المصري جاء النص فيه صريح، حيث أن المادة 120 ورد فيها بشكل صريح "إن كان المتعاقد الآخر وقع مثله في هذا الغلط" غير أن هذا التفسير وإن كان ممكن الأخذ به في التشريع الجزائي، لأنه بشأن حالات اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ذكر حالة الغلط المشترك فقط، فإن المشرع المصري وسع وعدد حالات اتصال المتعاقد الآخر بالغلط. ومن ثم حق الطرف الذي وقع في

¹ - جاء بهذا التفسير عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 313. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، 141

غلط طلب إبطال العقد، وهي حالة إذا ما علم المتعاقد الآخر بالغلط أو كان من السهل عليه أن يتبينه.¹

ففي حالة الغلط المشترك يكون البائع حسن النية، أما في حالة العلم وإمكان أو سهولة العلم فإنه يكون سيئ النية. من ثم نرى أن الأخذ بهذا التفسير لا يفيدنا في معرفة أثر حسن النية على نظرية الغلط، لأنه سواء كان المتعاقد حسن النية بأن كان الغلط مشترك، أو سيئ النية بأن كان يعلم أو بإمكانه العلم، فإنه يكون للمتعاقد الآخر الحق في طلب الإبطال.

2- التفسير الثاني:

يُرى أن هذا التفسير هو التفسير السليم، إذ أن حالي علم البائع أو سهولة علمه بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر، والتي ذكرها المشرع المصري تفيد أنه سيئ النية، ومن ثم لا يجبر المتعاقد الواقع في الغلط على الاستمرار في التعاقد مع شخص سيئ النية، حيث أخل هذا الشخص بالالتزام بالمحافظة على الثقة والأمانة العقدية، ومن ثم فيجب ألا يجرم المتعاقد الآخر من حقه في الإبطال في هاتين الحالتين. وبما أن قوانين الاستهلاك تفرض التزامات على عاتق المهني أي المحترف تجاه المستهلك، وأهمها الالتزام بالإعلام والاستعلام فإذا وفي المحترف بالتزاماته، كان من السهل عليه أن يعرف أن المشتري قد وقع في غلط، وإن أخل بالتزاماته كان سيئ النية،² والجزاء هو البطلان محاربة لسوء النية.

أما متى كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط، فيكون الغلط مشتركاً وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، وفي هذه الحالة فإنه لا يجوز للمتعاقد الواقع في الغلط أن

¹ - حيث جاء في المادة 120 " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له طلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه".

² - رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 142

يتعسف في حقه في طلب الإبطال، فتعد نظرية الغلط بذلك من تطبيقات مبدأ حسن النية.¹

من ثم فإذا عرض عليه المتعاقد الآخر حسن النية استعداداً لتنفيذ العقد، فلا يحق له طلب إبطال العقد، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ حسن النية.² وهذا التفسير بناءً على ما ورد ذكره في المادة 85 ق م ج والمادة 124 ق م م. إذ أنه يبقى في هذه الحالة ملزماً بالعقد إن أظهر المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد.

ويعلل هذا النص أنه إذا كان لمن وقع في غلط جوهري، أن يطلب إبطال العقد، لأنه ما كان ليتعاقد لو تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً صحيحاً. فهذه هي علة تقدير الحق في طلب إبطال العقد، وهي ذاتها مرجع حدوده. فمتى كان من المؤكد أن المتعاقد قد قصد إبرام العقد، فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد بغض النظر عن الغلط، ما دام الطرف الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه. هذا ما يعني أن حق التمسك بالإبطال، يخضع للنظرية العامة للتعسف في استعمال الحق.³

ومن ثم إذا شاب طلب الإبطال تعسف، فلن يجاب المتعاقد إلى طلبه. إذ يعد في هذه الحالة متمسكاً بالغلط، على نحو يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، وبالتالي يعد متعسفاً في استعمال طلب الإبطال. فحق طلب الإبطال ليس مطلقاً، فهو يتحدد بما لا يتنافى مع حسن النية. فالغلط وهم وقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، دون أن يدفعه إليه المتعاقد الآخر، أو على الأقل دون أن يدفعه إليه، بما يصل إلى مرتبة الحيلة والخداع. من ثم وجب أن لا يكون تمسكه به على نحو يجافي ما يفرضه مبدأ حسن النية.

¹ - أحمد محمد ديب حمال، المرجع السابق، ص 121.

² - رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 143.

³ - أحمد محمد ديب حمال، المرجع السابق، ص 122.

على أنه تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد نص مماثل في القانون المدني الفرنسي، غير أن الفقه يرى أن النصوص المتعلقة بتفسير وتنفيذ العقود وفقا لحسن النية، وعدم جواز التعسف في استعمال الحق، نصوص معطوفة على بعضها، وقياسا على الصلاحية الواسعة الممنوحة للقاضي، في تقرير إبطال العقد من عدمه ضمن الشروط القانونية.¹

وتجدر الإشارة في هذا المقام، إلى إجماع الفقه² حول الغلط الذي يشكل سببا للإبطال، حيث يشترط أن لا يكون غير معذور. فالمتعاقد الذي يستطيع أن يثبت أن رضاه قد تعيب، لا يستطيع المطالبة بإبطال العقد على أساس هذا الغلط الذي وقع فيه من تلقاء نفسه، ويتم الاحتفاظ بالعقد في هذه الحالة، لأن الغلط الذي عاب رضاه كان غير معذور، لأن المتعاقد الذي يمكن أن ينسب إليه خطأ خلال عملية إنشاء العقد، لا يستطيع الانتفاع من الحماية القانونية.

غير أنه رغم إجماع الفقه حول أن خطأ طالب الإبطال، من شأنه أن يجعل غلظه غير معذور، إلا أنهم قد اختلفوا حول درجة هذا الخطأ، فمنهم من تطلب أن يكون هذا الخطأ جسيما، أما البعض الآخر يرى أنه يكفي مجرد الإهمال اليسير، لأن الغلط الذي يرتكبه مهنيون محترفون في مجال يتعلق بنشاطهم المتخصص يسهل الحكم عليه بأنه غير معذور. ويعزز هذا الرأي موقفه هذا، بأن الغلط كما في العيوب الخفية يعامل بالطريقة ذاتها، من كان يعلم أو كان عليه أن يعلم أنه مخطئ في جملة.³

ويلعب الغلط غير المعذور دورا كبيرا في تحديد مسلك المدعي، من أجل أخذه بعين الاعتبار عند تقرير الإبطال لعلّة الغلط. فغالبا ما ينبثق الخطأ الذي يعطي للغلط طابعه غير المعذور، من انتهاك الالتزام بالاستعلام الذي يثقل كاهل كل متعاقد. فإذا

¹ - المرجع نفسه، ص 124.

² - رأي كل من: J.Ghestin.Mazeau. Flour ET Aubert. Malaurie Esmein

عاطف النقيب، مصطفى العوجي

مشار إليه في: أحمد محمد ديب مجال، المرجع السابق، ص 116.

³ - أحمد محمد ديب مجال، المرجع السابق، ص 116.

وصف الغلط بغير المعذور، فذلك غالبا لأن الضحية كانت تملك الوسائل اللازمة للوصول إلى المعلومة، التي تلوم شريكها في التعاقد على عدم نقلها إليها، وبالتالي فإن جهلها غير المشروع هو الذي يجعل غلطها غير معذور.

من ثم لا يمكن أن يتجاهل القاضي سلوك المدعي، رغم العيب الذي يصيب رضاه، لأنه كان يفترض به أن يستعلم عن ماهية وطبيعة عقد ينوي الإقدام عليه. وبالتالي إذا كانت عدم معرفته نتيجة لخفة أو رعونة أو إهمال، فإنه يتعين عليه عندئذ تحمل مسؤولية هذا الإهمال.

وما استبعاد الحماية القانونية في هذه الحالة إلا لأسباب أخلاقية، لأن واجب النزاهة والاستقامة في التعامل يوجب علينا عدم الانتفاع من خطئنا الخاص السابق للعقد، للتحلل من التزاماتنا التعاقدية.¹

لأن الإبطال يلحق ضررا بشريك المتعاقد المفترض أنه حسن النية، فيحق عندئذ لهذا الأخير الوقاية من هذا الضرر بطلب رفض دعوى الإبطال أمام قبل القاضي. وهذا يظهر أن مبدأ حسن النية ليس عدوا للعملية التعاقدية، حيث وإن كان الغلط يجيز التمسك بإبطال العقد، فإنه لا يجوز التمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية. ويلاحظ أن الفقه أخذ يتوسع شيئا فشيئا في الغلط غير المعذور حماية لأخلاقيات التعاقد، حتى لا يضار المتعاقد الآخر حسن النية.²

ب: حسن النية والتدليس³

¹ - أحمد محمد ديب جمال، المرجع السابق، ص 120.

² - D.Mazeaud, op cit, p 606.

أنظر أيضا: أحمد محمد ديب جمال، المرجع السابق، ص 121.

³ - نص على التدليس كعيب من عيوب الإرادة المشرع الجزائي في المادة 86 ق م ج، المصري في المادة 125 ق م م، المادة 1137 ق م ف.

يذهب جاك غستان¹ إلى إظهار الصلة الوثيقة بين التدليس وسوء النية بقوله: "إن دور التدليس باعتباره عملاً يصدر بسوء نية، لا يقتصر على تسهيل إثبات الغلط، بل يسهل أيضاً في الوقت عينه إثبات الأهمية الأساسية لهذا الغلط في إبرام العقد. فيسهم سوء النية إذن في إظهار تأثير الدافع إلى الغلط".

فإذا كان التدليس هو استعمال طرق احتيالية، بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد. فإن ذلك يفيد نية التضليل وهي التي تجعل المتعاقد المدلس سيء النية، ولا يقتصر الأمر على إقدام المتعاقد على استعمال الطرق الاحتيالية فقط، بل أن الكتمان أو السكوت قد يعتبر من الطرق الاحتيالية، إذا تعلق الأمر بواقعة هامة كان يجب التصريح بها، ولم يكن في وسع المدلس عليه معرفتها من طريق آخر، وما كان المدلس عليه ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة². كما يمتد ليشمل مجرد علمه بالتدليس الصادر من غيره، حسب نص المادة 87 ق م ج المقابلة للمادة 126 ق م م.

والمبدأ أن صدور الخداع عن شخص ثالث لا يؤدي إلى إبطال العقد، إلا إذا كان الفريق المستفيد منه عالماً به عند إنشاء العقد. وما ذلك إلا تطبيقاً لمبدأ حسن النية في التعامل، الذي يمنع الإضرار بالمتعاقد حسن النية الذي لم يصدر عنه أي خطأ لكي يعاقب عليه³. ففي هذه الحالة إذا صدر التدليس عن الغير دون أن يعلم به المتعاقد الآخر الذي كان حسن النية، ولم يكن له ضلع في الغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر، لا بد أن يبقى العقد قائماً. ذلك أنه بعيد عن المناورات الاحتيالية الخادعة التي قام بها الغير، وحفاظاً على استقرار التعامل والسلامة التعاقدية، لا بد من حماية هذا المتعاقد البريء الذي لم يرتكب أي خطأ، أو حتى لم يساهم به⁴. وما ذلك إلا تطبيقاً لمبدأ النزاهة

¹ - جاك غستان، الموجع السابق، ص 558.

² - رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 147.

³ - أحمد محمد ديب جمال، المرجع السابق، 124.

ويفسر هذا الحل بالعودة إلى أصله التاريخي، إذ أن الخداع كان يعتبر جرماً يعاقب عليه، وإن هذا العقاب لا يمكن أن يطل سوى مرتكبه.

⁴ - المرجع نفسه، ص 124. أنظر أيضاً عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 319 وما بعدها.

والاستقامة في التعامل، وإظهارا للدور الحمائي الذي يلعبه حسن النية في استقرار الحياة التعاقدية، وفي هذه الحالة ينتج الخداع أثره فقط، كعمل غير مشروع لا كعيب من عيوب الرضا.¹

من ثم إذا كان المتعاقد عالما بالتدليس الصادر من الغير كان سيء النية. وإذا كان عدم علمه راجع إلى خطأ جسيم وإهمال شديد، بحيث كان من المفروض عليه أن يعلم، في هذه الحالة أيضا يكون سيء النية، ويحق للطرف الآخر أن يطلب إبطال العقد. لدى نجد أن القضاء الفرنسي غالبا ما يعامل المهني عندما يرتكب خطأ جسيما، معاملة المتعمد سيء النية. وغالبا ما يعتبر السكوت أو الكتمان نوعا من أنواع التدليس، وهذا ما يفيد أن حسن النية لا يعني عدم الإضرار، بل وحتى عمد الإهمال الناتج عن الخطأ الجسيم.² والسبب في إمكانية إبطال العقد في هذه الحالة، أن المتعاقد الآخر ارتكب خطأ بمساهمته في الخداع الصادر عن الغير، أو بمجرد علمه به والسكوت عنه استفادة منه. وبالتالي يعتبر في هذه الحالة سيء النية، وعندها يفقد كل حماية قانونية من تلك التي يوفرها القانون. وحالة الاشتراك أو التواطؤ تظهر بصور وأساليب مختلفة، فقد تظهر بمساهمة المتعاقد المتواطئ، في تنفيذ إحدى التصرفات الاحتيالية بالاشتراك مع الشخص الثالث، أو بالتحريض عليها أو العلم بها، ومحاولة الاستفادة منها بتكتمه عن إعلام المتعاقد الآخر بحقيقة الأمر.³

ذلك أن الاستفادة من أعمال غير مشروعة منسوبة إلى شخص ثالث على حساب المتعاقد الآخر، إنما يوازي تماما الاشتراك في تنفيذ هذه الأعمال غير المشروعة. من ثم فإن إبطال العقد للتدليس هو جزاء رتبته القانون على المتعاقد سيء النية، لمصلحة

¹ - المرجع نفسه، ص 129.

² - رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 147.

³ - أحمد محمد ديب مجال، المرجع السابق، ص 127.

المتعاقد المدلس عليه أي حسن النية، إضافة لجواز المطالبة بالتعويض إذا نجم عن التدليس ضرر.

ويتحقق التدليس باستعمال وسائل احتيالية إيجابية، كما يمكن أن ينتج كذلك عن مجرد الاحتفاظ بالمعلومات، فالكتمان يعادل التدليس، وهذا حسب المادة 2/125 ق م م والمادة 86/2 ق م ج وكذا المادة 2/1137 ق م ف¹. ومن تم يمكن القول أن إبطال العقد على أساس كتمان أو سكوت المدلس، يعد جزءا مباشرا على خرق الالتزام بالتبصير.

ولكن تجب الإشارة أولا إلى أن الكتمان لا يعد دائما طريقا احتياليا، لأننا لو فرضنا أنه على المتعاقدين الإدلاء بكل ما لديهم من بيانات، لكان في ذلك إخراج شديد لهم، ولكن الكتمان يعد طريقا احتياليا إذا كان إضرارا بالمتعاقد، سواء أكان مصدر هذا الالتزام القانون أو طبيعة العقد، فإذا كتم أحد المتعاقدين على الآخر واقعة جوهرية ولم يكن باستطاعة المدلس عليه أن يعرفها عن طريق آخر، كان هذا الكتمان تدليسا، كما إذا كتم المؤمن على حياته مرضا خطيرا هو مصاب به كالسل أو السرطان.

كما تجدر الإشارة ثانيا، إلى أن التدليس عن طريق الكتمان الذي يجعل العقد قابلا للإبطال، هو التدليس الدافع، أما إذا لم يكن هو الدافع الوحيد بحيث كان سيرم العقد على شروط مختلفة، فلا يسمح له بإبطال العقد بل المطالبة بالتعويض فقط.²

ولاشك أن التدليس قد يتم بطرق احتيالية إيجابية، تتمثل في إدلاء المتعاقد المدلس ببيانات خاطئة مخالفة للحقيقة والواقع، وقد يلجأ إلى وسائل سلبية تتمثل في

¹ -ART 1137 C.civ.F « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. »

² - يزيد نس نصير، عدالة التعاقد، المرجع السابق، ص 266.

سكوته عن الإدلاء للمتعاقد معه ببعض المعلومات المهمة عن الشيء محل التعاقد، وهذا الأخير يسمى بالكتمان المدلس أو السكوت.

ويعتبر تكريس المشرع للتدليس عن طريق الكتمان اعترافا مباشرا بالالتزام بالتبصير، لأن الكتمان، بشكل عام، يطابق الاحتفاظ الخاطئ بالمعلومات، بمعنى أنه يوازي خرق الالتزام بالإعلام، أو خرق الالتزام بالكلام، فمن يلتزم الصمت أو يعتمد إلى كتمان واقعة هامة، كان يجب الإفضاء بها، ولم يكن بوسع الطرف الآخر معرفتها من مصدر آخر أو بطريقة أخرى، يعد مخلا بالالتزام الملقى على عاتقه بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعملية التعاقدية، أي مخلا بالالتزام بالإعلام، فالكتمان يعد خرقا مباشرا للالتزام بالإعلام المؤثر قبل إبرام العقد، فالمشتري بالطبع لو علم مبدئيا بعدم صلاحية الشيء للاستعمال فيما أعد له، لما أقدم على شرائه.¹ من ثم القول بوجود التزام بالإعلام، يغني عن البحث عن نية التضليل الواجب توافرها وإثباتها في التدليس.

ج: حسن النية والإكراه

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

إن شروط صحة التمسك بالإكراه تتمثل أولا في التهديد بخطر جسيم محقق، سواء بوسائل تهديد مشروعة أم غير مشروعة إذ لا عبرة بذلك، وثانيا في رهبة تبعث على التعاقد، وثالثا اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه. وهذا الشرط الأخير هو الذي يبين الصلة

¹ - إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، 476.

فقد كان الفقه الفرنسي على خلاف في الاعتراف بالكتمان، إلى أن قضت محكمة النقض الفرنسية في 19 ماي 1958 باعتبار السكوت والكتمان من أنواع التدليس.

² - أنظر في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 365

بين مبدأ حسن النية والإكراه، فالقانون يجارب سوء نية المتعاقد، ويجعل لمن تعاقد معه الحق في طلب إبطال العقد، متى كان هو مصدر الإكراه.¹

أما إذا كان مصدر الإكراه من الغير، فيجب للتمسك بإبطال العقد للإكراه، أن يعلم به المتعاقد الآخر، أو كان يتحتم عليه أن يعلم بهذا الإكراه الصادر من الغير. وهذا ما أشارت إليه والمادة 128 ق م م والمادة 89 ق م ج بقولها: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره لأن يطلب إبطال العقد، إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه".

ما يدعم هذا الطرح أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، قد اشتمل على نص صريح عن الإكراه الصادر عن ظروف تهيأت مصادفة (أي حالة الضرورة). حيث ميز بين ما إذا كان المتعاقد حسن النية لم يقصد أن يستغل المتعاقد المهدد بخاطر تهيأت ظروفه مصادفة، أو سيء النية وأراد استغلال هذه الظروف، ففي الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكره حق إبطال العقد، ما يعني بمفهوم المخالفة، أن الإكراه يكون سببا لإبطال العقد في حالة سوء النية.²

غير أنه إذا كان مصدر الإكراه أجنبيا عن العقد، ولم يكن المتعاقد على علم بهذا الإكراه حقيقة أو فرضا، فليس أمام المتعاقد المكره سوى الحق في المطالبة بالتعويض، من الشخص الذي وقع منه الإكراه على أساس الفعل الضار. لأن احترام حسن النية واستقرار التعامل يقتضي أن لا يهدر العقد إضرارا بمصالح المتعاقد الآخر. وتقدير مدى علم المتعاقد الآخر بالإكراه الصادر عن غير المتعاقدين، هو من الأمور الموضوعية التي

¹ - رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 150

² - رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 151.

حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 178 من المشروع التمهيدي وقد حذفت من المشروع النهائي اكتفاء بالقواعد العامة، على أنه "إذا أبرم شخص عقد للخلاص من خطر جسيم حال، يهدده هو أو أحد أقاربه، فلا يعتبر هذا العقد قابلا للإبطال بسبب الإكراه، إذا كان الطرف الآخر حسن النية، ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد".

يستقل بها قاضي الموضوع، بغير رقابة من محكمة النقض متى أقام قضاؤه على أسباب صائغة.¹

بعكس التقنين المدني الفرنسي الذي وحفاظا على ركن الرضا في العقد، أجاز إبطال العقد حتى ولو صدر الإكراه من شخص آخر، غير من أبرم العقد لمصلحته، وذلك في نص المادة 1142 ق م ف.² فلم يشترط في صدور الإكراه عن الغير علم أحد المتعاقدين به، ولم ينظر المشرع الفرنسي إلى سوء نية المتعاقد الآخر، بل اكتفى باختلال ركن الرضا للقضاء بطلان العقد لصالح من اختل رضاه.³

د: حسن النية والاستغلال

يعرف هذا الأخير بأنه استغلال ضعف المتعاقد من قبل المتعاقد معه بغبن. ولا شك أن الاستغلال يفيد سوء نية صاحبه. وقد أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 90 ق م ج.⁴ إذ يقوم الاستغلال على عنصرين، مادي يتمثل في التفاوت بين التزامات المتعاقدين، وعنصر نفسي يتمثل في انتهاز ضعف المتعاقد. ويتحقق ضعف المتعاقد في حالتين حالة الاستهانة الشديدة بعواقب التصرف، وهو ما يسمى بالطيش البين، وحالة الرغبة الشديدة أو الشعور العنيف، الذي يفقد الشخص سلامة الحكم على ما يتصل بموضوع الرغبة، وهو الهوى الجامح، وتوفر العنصر النفسي يفيد سوء النية المتعاقد الآخر الذي استغل هذا الضعف.⁵

¹ - أحمد محمد ديب جمال، المرجع السابق، ص 132..

² - ART 1142 C.civ.F : « La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers.».

³ - من ثم ميّز المشرع الفرنسي بين الإكراه الصادر عن الغير عن التدليس الصادر عن الغير، فالأول لم يشترط فيه العلم والثاني اشترط فيه العلم.

⁴ - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 87.

⁴ - تقابلها في التشريع المصري المادة 129 ق م م.

⁵ - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص 155.

تجدر الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي، والنهائي للقانون المدني المصري يوسعان من الحالات التي يتحقق بها العنصر النفسي، حيث كانا يشتملان على الحاجة والطيش، وعدم الخبرة وضعف الإدراك، ولا شك أن التوسعة في العنصر النفسي كانت لمحاربة المتعاقد سيء النية، ولكن لجنة مجلس الشيوخ آثرت عدم التوسع في هذا العيب، وقصرته على الطيش البين والهوى الجامح.¹

نشير أخيراً أن نظرية عيوب الإرادة، لا تغنيانا عن مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد، ذلك أن عيوب الإرادة كل عيب فيها يحتاج إلى شروط يلزم توافرها فيه حتى يكون مؤثراً. غير أنه قد توجد حالات يكون المتعاقد فيها سيء النية، لكن يصعب حماية الغير أو الطرف الآخر عن طريق أي عيب من عيوب الإرادة، لعدم توافر شروطه. فحسن النية يغطي مساحة تعجز عيوب الإرادة عن تغطيتها، فيعتبر المبدأ مكملًا لنظرية عيوب الإرادة.² التي لا غنى عنها لتجدرها في نظرية العقد.

الفرع الثاني:

دور مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد

يعود للقاضي مراقبة حسن تنفيذ العقود، فالعقود يجب أن تنفذ وتفسر وتفهم وفقاً لحسن النية. ويذهب جبار ناجي الملا صالح³ وغيره، إلى أن مبدأ حسن النية يقيّد المدين والدائن معاً. فيقيّد الدائن في مطالبته بتنفيذ الالتزام، فليس للدائن أن يتعسف

= غير أنه وإن كان المشرع قد نظر إلى تعيب إرادة المغبون الذي استغله المتعاقد الآخر، وجعل له الحق في الإبطال أو إنقاص التزاماته. غير أنه يكون للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالإبطال، فإذا رأى أن الاستغلال عاب رضاء المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء، وأن المتعاقد لم يكن ليبرم العقد أصلاً لو لا الاستغلال حكم بالإبطال، أما إذا رأى القاضي أنه لم يفسد الرضاء، وأن المتعاقد المغبون كان سيبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة، حكم بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون، وهي مسألة من مسائل الواقع، ولا معقب عليه من محكمة النقض.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 309.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 207.

² عبد الحليم عبد اللطيف القوي، المرجع السابق، ص 349.

³ عبد الجبار ناجي الملا صالح، المرجع السابق، ص 325.

في استعمال حقه العقدي إضرارا بالمدين بالالتزام. من ثم لا يمكن للدائن التمسك بحرفية ما جاء في العقد، ولا أن يغالي في التمسك بحقوقه في العقد (الفقرة الأولى). ويقيّد المدين في تنفيذه للالتزام وطريقة تنفيذه له، بحيث لا يصدر منه أي غش في طريقة تنفيذه للالتزام (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

ضرورة عدم تعسف الدائن في استعمال حقه

حتى يكون الدائن قد أوفى بالالتزام بحسن نية، فإنه يفترض عدم إرهاب المدين، والنظر بروح التسامح والإنصاف إليه، فلا يستعمل حقا لا منفعة من وراءه سوى إلحاق الضرر بالغير. لأن من مقومات حسن النية، أن لا يكون من شأن المطالبة بالتنفيذ العيني، إلحاق ضرر كبير بالمنفذ عليه دون فائدة تذكر لمصلحة طالب التنفيذ. ويعود للقاضي النظر في الفائدة التي يجنيها طالب التنفيذ العيني، والضرر اللاحق بالمنفذ عليه. حتى إذا وجد أن الفائدة طفيفة لا تتناسب مع الضرر اللاحق بالمنفذ قضى بعدم وجوب التنفيذ.

أولاً: عدم تعسف الدائن في طلب التنفيذ العيني

إذا كان من المسلم به أن من حق الدائن أن يطلب التنفيذ الكامل للعقد، إلا أنه يتعين عليه أن لا ينظر إلى مصالحه فقط، بطلب التنفيذ الكامل والدقيق للعقد، وإنما يجب عليه أن يراعي مصالح المدين بأن يكون متسامحا معه. وعدم تسامح الدائن يظهر في ناحيتين : عندما يدعي أو يثير عدم التنفيذ مهما كان قدره ضئيلا، حتى يتخلص من التزاماته. وحينما يضحى بمصالح مدينه ويجني ثمار إخفاق هذا الأخير، فيطالب مباشرة

بفسخ العقد. وقد تبني الفقه بخصوص سلوك الدائن نظريتان، فجانبا اعتنق نظرية التنفيذ الفعال، بينما تبني جانب آخر نظرية التنفيذ الكافي.

أ: نظرية عدم التنفيذ الفعال

يهدف أنصارها من وراءها إلى التشكيك في القواعد الجزائية المنصوص عليها في قانون العقود، خاصة الدفع بعدم التنفيذ والمطالبة بفسخ العقد، وتبرير عدم تنفيذ العقد من قبل الدائن. فالمتعاقد العقلاني يسعى ويهدف من إبرام العقد، إلى الحصول على أداء أعلى أو على الأقل مساو لما يبذله من أداء إلى من سيتعاقد معه، وعند ذلك يبدو العقد فعالا بالنسبة له، بيد أنه قد يجد أحد أطراف العقد عند تنفيذه له، وسيلة أفضل لتوظيف واستثمار أمواله ومصادره، فتكون الفائدة المرجوة من إبطال العقد، أكبر من الفائدة المنتظرة والمتوقعة من تنفيذه. هذا إلى جانب أن التعويضات التي سيدفعها الطرف العازف عن تنفيذ العقد، قليلة ومحدودة بالنظر إلى الفائدة المنتظرة عند عدم التنفيذ¹.

تلك هي النتيجة المؤسفة لنظرية عدم التنفيذ الفعال، التي نادى بها الفقيه الأمريكي Posner²، والتي ذهب أنصارها إلى الدفاع عنها بوصفها النتيجة الفعالة اقتصاديا، والتي يتعين أن يأخذ بها القانون. لأن ذلك سوف يؤدي إلى رفع المنفعة إلى حدها الأقصى بالنسبة لأحد الطرفين، في ذات الوقت الذي تكون فيه المنفعة، ثابتة لا تتغير بالنسبة للطرف الآخر، هذا فضلا عن استفادة المجتمع بصفة عامة. ويتمنى هذا الفقيه أن يتدخل القانون محددًا بدقة التعويضات المستحقة عند عدم التنفيذ، بمبلغ من

¹ - خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 2003، ص 230.
الدفع بعدم التنفيذ يشكل وسيلة ضغط على الفريق، في العقد المتخلف عن القيام بتنفيذ التزامه حتى يقدم على ذلك، وهو أيضاً وسيلة دفاع ممثلة بموقف سلبي من قبل من يتدرع بها.
مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الأول، المرجع السابق، ص 608
² - خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 230.

المال يتناسب مع الخسارة التي سيتكبدها الطرف الذي أضر من جراء عدم التنفيذ، وذلك كله رغبة في عدم إعاقة أعمال نظرية عدم التنفيذ الفعال.¹

غير أن هذه النظرية تعرضت للانتقاد الشديد من قبل جانب كبير من الفقه، وذلك لتعارضها الصارخ مع المفاهيم الأخلاقية، وأستبعد أن يكون لها وزن أو قيمة في القانون الفرنسي. ويمكن تلخيص جملة الانتقادات الموجهة لهذه النظرية فيما يلي :

1- إن هذه النظرية تهدد استقرار المراكز القانونية في العقود، التي تنشأ بعد التعاقد وقبل التنفيذ، نظرا لما تتيحه من إمكانية التحلل من تنفيذ العقد. الأمر الذي يجعل منها وسيلة لهدم العقود قبل تنفيذها والتحلل من آثارها والتزاماتها.

2- إن هذه النظرية تتجافى مع أبسط القواعد الأخلاقية، التي تملي على المتعاقدين إنفاذ واحترام ما تم إبرامه فيما بينهم من عقود.

3- لقد تجاهلت هذه النظرية الآثار الخارجية، التي يمكن أن تترتب على عدم تنفيذ العقد بالنسبة للغير، والذي قد تكون له مصلحة في إمضاء العقد وتنفيذه.

4- تجاهلت هذه النظرية صعوبة تقدير المنافع، لمعرفة ما إذا كانت المنفعة من عدم التنفيذ أكبر، أو أقل منفعة من تنفيذ العقد. هذا فضلا عن تجاهلها لتكاليف ونفقات حساب هذه المنافع على فرض المقدرة على إجرائها.

5- إن الاعتراف بهذه النظرية من شأنه أن يشجع على عمليات التواطؤ، التي قد تحدث بين المدينين وغيرهم، الذين يظهرون بعد التعاقد وقبل التنفيذ، للتحلل من التنفيذ

¹ - المرجع نفسه، ص 230. ولقد ضرب الفقيه الفرنسي الأمريكي Posner مثالا يشرح فيه فكرته، يقول فيه أننا لو فرضنا أن "زيدا" أبرم عقدا مع "عمر" لبيع له كمية من البضاعة، ثم في لحظة تنفيذ العقد حضر شخص ثالث يسمى "أحمد" تمثل له البضاعة فائدة كبرى تفوق تلك المنفعة التي تتحقق لعمر من تنفيذ العقد، فوفقا لفكر Posner وأتباع هذه النظرية سيكون من الأفضل للمنفعة العامة ألا ينفذ زيد العقد لحساب عمر، وأن يبرم عقدا جديدا مع أحمد على أساس أن احتياج أحمد لهذه البضاعة أشد، كما أنه سوف يدفع سعرا أكبر من السعر الذي ارتضاه عمر، ومن ثم سوف يحقق زيد فائدة ومغنا تغطي ما قد يتحمله من خسارة من جراء عدم تنفيذه للعقد مع عمر.

ثم يتابع هذا الفقيه تبرير نظريته قائلا، إنه وإن كان من الممكن أن نتخيل أن زيدا باستطاعته أن ينفذ العقد مع عمر، ويسلمه البضاعة ثم يمكن لأحمد أن يبرم العقد مع عمر، إلا أنه يرى أن هذا الحل سيكون مكلفا جدا لأنه سيزترتب عليه وجود مرحلة إضافية، سيزترتب عليها تكاليف مرتفعة لتعاقد جديد.

يأثبات أن هؤلاء الأغيار، لهم منافع أكبر من جراء عدم تنفيذ العقد. الأمر الذي يساعد على شيوع الأساليب إلا أخلاقية في مجال التعامل بين الأفراد.

6- إن الاعتراف بهذه النظرية سيكون من شأنه أن يغري الدائنين، على إدراج شروط جزائية مغالى فيها لحمل المدينين على التنفيذ، لتلافي الآثار السيئة لإقرار هذه النظرية.

7- إن هذه النظرية تتسم بالظلم وعدم العدل، لأنها تنظر في فكرها إلى مصلحة أحد طرفي العقد، التي تتحقق من جراء عدم التنفيذ، وتغفل عن مصلحة الطرف الذي يضر من جراء حرمانه من التنفيذ. وقد لا يجبر ضرره ما يقدم له من تعويض عن عدم التنفيذ.¹

8- إن القول بهذه النظرية وإعمالها في مجال العقود، سوف يسلب العقد أحد وظائفه الرئيسية، بوصفه أداة هامة وضرورية لتحقيق آمال الأفراد، ومقاصدهم من وراء تعاقدهم. ذلك أن كل متعاقد ينشد من تعاقدته تحقيق أهداف معينة، ولا شك أن وجود هذه النظرية سيكون مهددا لأحلام المتعاقدين، فلا يقدر على حساب مصالحهم في العقود، خشية زوالها بعد تمامها وقبل تنفيذها، من جراء هذه النظرية والعمل بها في مجال العقود.

9- إفراط هذه النظرية في تبعات الحل البديل عن عدم التنفيذ، الحل المتمثل في إمضاء العقد وتنفيذه بين طرفيه، ثم بعد ذلك إبرام عقد جديد لأجل تحقيق منافع الشخص الثالث، التي من أجلها يراد هدم البناء العقدي، تحت اسم نظرية عدم التنفيذ الفعال. فتكاليف إبرام عقد جديد لتفادي عدم التنفيذ، لا ينبغي الإسراف في تقديرها لأنها مهما بلغت هذه التكاليف، فلن تصل إلى مقدار الأضرار التي تنجم عن إقرار مثل هذه النظرية، التي تهدد كل بناء عقدي بمجرد قيامه وقبل تنفيذه، بدعوى عدم فعالية تنفيذه.

¹ - خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 232

مما يساعد على شيوع الاضطراب وعدم الاستقرار للمراكز القانونية التي تتولد من إبرام العقود.¹

ب: نظرية التنفيذ الكافي

يذهب أنصارها مثل الفقيه Ph.Simler² إلى بالقول بأن على الدائن أن يثبت مصلحة حقيقية في تمسكه بالدفع، وأنه لم يخالف مبدأ حسن النية الواجب أخذه بعين الاعتبار عند مباشرة تنفيذ العقود. من ثم فإن على القاضي أن يقدر كل حالة على حدة، فيرى إن كان التنفيذ يكفي في ذاته بالنظر لمجموع الالتزامات المشتربة، بالرغم من عدم كماله أم لا. ويقرب هذا الفقيه هذا التفسير بالنظرية القضائية الإنجليزية القائلة بالتنفيذ الكافي.

من ثم فإنه يتعين على الدائن ألا يستعين بوسائل التنفيذ، كالدفع بعدم التنفيذ ولا بالفسخ إلا إذا كان حقه مستحق الأداء. بل أن الفقه والقضاء نادى بضرورة أن يظهر الدائن قدرا من التسامح، إزاء مدينه المخفق أو العاجز عن التنفيذ الكامل للالتزاماته. بإظهار حد أدنى من التضامن استجابة لواجب الأمانة، وتدعيا للثقة الواجب توافرها في العلاقات العقدية، والمتمثلة في عدم جني مصلحة أنانية من العقد، وعدم التضحية بمصالح المتعاقد معه.

من ثم فإن الدائن لا يستطيع أن يثير أقل قدر من عدم التنفيذ من قبل مدينه، لأجل طلب التنفيذ الحرفي للاتفاق، إذا توافرت لديه الأسباب التي تجعله راضيا أو قانعا. لذلك من الأفضل أن يكون تقدير تنفيذ المدين للأداء المطلوب، موضوعي استنادا للأمانة العقدية، وإن كان إثبات المدين في مثل هذه الحالة صعبا خاصة أن حسن النية مفترض، إلا أن القضاء الفرنسي يذهب إلى أن نية الإضرار، تفترض ابتداء من الوقت الذي يكون التنفيذ الكامل للعقد غير نافع.

¹ - رأي Ph.Simler مقتبس عن : خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 232

² - خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 233.

وفي الواقع من النادر أن يتوجّه الدائن إلى القاضي طالبا من مدينه التنفيذ الكامل للعقد، في الوقت الذي يكون فيه قد حصل على جوهر العقد. وأنه يستفيد من أقل القليل من عدم التنفيذ بهدف حل الرابطة العقدية، وبصفة خاصة رفض تنفيذ الأداء المطلوب منه.¹

وإن كان هناك إجماع من قبل الفقه بإمكانية المتعاقد إثارة الدفع بعدم التنفيذ، ردا على التنفيذ الجزئي أو الناقص، كما هو الحال في حالة عدم التنفيذ الكلي. وأن التنفيذ الجزئي من الناحية القانونية لا يسمى تنفيذا، لأن الوفاء لكل جزء من دين المدعي مضمون بكل دين المدعي عليه، وبالمقابل فإن كل جزء من دين المدعي عليه، يضمن كل الديون التي يمكن أن تنشأ عن العقد لصالحه. هذا عندما يكون التنفيذ منصبا على جزء بسيط بالمقارنة بالمجموع.²

إلا أن جانب آخر من الفقه يرى أنه نظرا لخطورة الدفع بعدم التنفيذ، فإنه لا يمكن أن يطبق تلقائيا، وأن تطبيق العدالة على هذا النحو من قبل أحد المتعاقدين، غير ممكن إلا إذا كان ذلك يتوافق مع الضرورات الأخلاقية لموقفه. فيجب أن يكون عدم التنفيذ مهما بالقدر الكافي، حتى ينهض دليلا على حسن النية في استخدام الدفع. كما أنه يجب أن لا يكون مآل الدفع التضحية بمصالح المتعاقد معه، تحت غطاء نفعية أو مشروعية الدفع.³

ويذهب Cassin⁴ إلى أن سلوك المتعاقد يجب أن يكون موافقا لحسن النية، عندما يستخدم حقه في رفض التنفيذ. فالأمانة العقدية تلزمه بالألا يعتبر أن أقل القليل من عدم التنفيذ، من شأنه السماح له بالتخلص من الالتزامات التي تقع على عاتقه. فالأمانة العقدية توجب على عاتق الأطراف سلوك التسامح، وفكرة التسامح ضرورية بين المتعاقدين. فهي تطبق حسبه حينما لم يوف المتعاقد بالأداء الملقى على

¹ -Y.Picod,Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat ,L.G.D.J,1989,P168

² - أحمد محمد الرفاعي، الالتزام بالتسامح، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص 44.

³ -Y.Picod ,op.cit,p168

⁴ - رأي CASSIN مقتبس عن: أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 50

عائقه، بشكل تام أو كامل مقارنة بالمجموع، ولكن العيوب التي تعيب أو تشين أداءه أو عدم الكفاية التي تنقص أو تقلل من الأداء المطلوب، تكون أقل أهمية بالمقارنة بالمجموع. ويكون من شأن رفض التنفيذ في هذه الظروف اتساع الفارق، الذي هو في الأصل لا قيمة له أي بسيط.

أيد القضاء الفرنسي في ما ذهب إليه الفقه الفرنسي في تفسيراته، فلم تغب عنه في العديد من الأحكام القضائية النظرية المسماة بالتنفيذ الكافي، والتي طبقها القضاء الإنجليزي. والتي مؤداها أنه بدلا من البدء من عدم التنفيذ الثابت الموصوف بالجسامة أو البساطة، فإن القاضي يعتد بالتنفيذ في مجمله، بهدف تحديد ما إذا كان التنفيذ كافيا في جوهره، بالنسبة لمجموع الالتزامات المشترطة بالرغم من عدم تمامه.

بمعنى أنه يعود لقضاة الموضوع التقدير لما إذا كانت طبيعة التنفيذ تجيز للطرف الآخر، أن يتحلل من التزاماته المتقابلة. حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول أن "القصور الثابت ليس كافيا لجعل رفض التنفيذ مشروعا، حتى لو كان ذلك حادثا بعد فترة طويلة من الصعوبات". وذلك بخصوص مشروع يعمل في مجال معالجة المعلومات، والذي استأجر وحدات متذرا بأن المادة لا تسمح بوضوح النتائج بينما الشركة المستأجرة استخدمتها سنين عديدة.¹

أيضا بخصوص شركة إضاءة كهربائية، بدون حق أوقفت الإمداد بالكهرباء عن أحد المشتركين، بذريعة أن هذا المشترك بعد أن دفع الجانب الأكبر من فاتورة شهرية بمبلغ مرتفع جدا، رفعت وأثارت نزاعا بسبب مبلغ قليل الأهمية. فذهبت محكمة النقض إلى أن شركة الإضاءة لا يمكنها وقف الخدمة عن أحد المشتركين، الذي لم يرفض دفع التكلفة بعد خطابات موصى عليها.²

¹ -Cass.com 30/01/1979 , Bull.civ , N°41,1979.317.

مقتبس عن: مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الأول، المرجع السابق، ص 614
² - Cass.civ.12/05/1905 ..614 . المرجع السابق، ص 614

وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الموقف في العديد من الأحكام، دون أن يسمى صراحة شرط حسن النية. فإعتبر أنه يعود إلى قاضي الموضوع التقدير النهائي، لما إذا كان عدم التنفيذ للالتزامات أحد الأطراف، كبيرا بالقدر الكافي حتى يعنى المتعاقد من التزاماته.¹ وتكشف هذه الأحكام عن التزام بالتسامح² يجب أن يظهره كل متعاقد، إزاء عدم تنفيذ قليل بالنظر للكل وللغرض المنشود. فينظر القاضي في أهمية ما بقي من العقد، فإن كان ثانويا ألزم الطرف الممتنع بالتنفيذ بقدر ما نفذ من العقد. فيجب أن يكون عدم التنفيذ من الأهمية بحيث يبرر امتناع الطرف الآخر عن التنفيذ.³

والحقيقة أنه يؤيد هذا الموقف، لأن الدائن الذي يثير الدفع يجب أن يقدم الدليل على وجود نقص في التنفيذ، ليس أي نقص وإنما إخفاق جسيم بالقدر الكافي، يبرر رفض هذا الأداء من المتعاقد الآخر. هذا وأن واجب الأمانة وحسن النية يقضي بأن المتعاقد لا يستطيع استخدام وسيلة ضغط قد تؤدي إلى عدم توازن كلي للاداءات. فلا يمكن إثارة الدفع بعدم التنفيذ إذا بلغ حد التضحية بالمتعاقد الآخر، واستبدال عدم التوازن الناجم عن عدم التنفيذ بعدم توازن كبير جدا.

فالدائن الذي يكون ضحية تنفيذ معيب من جانب المتعاقد معه، لن يكون بوسعه إجبار هذا الأخير على إتمام بعض الأعمال، والتي ربما تكون تكلفتها كبيرة مقارنة بالهدف المنشود، بينما يكون العدول عنها بتعويض للطرف الآخر كافيا.⁴ خلاصة القول أنه ينبغي

¹ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 42.

² - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 15.

يختلف الالتزام بالتسامح عن الالتزام بالتعاون، فالالتزام بالتعاون يفرض على المتعاقد الإسهام أو التدخل بفعالية في العقد، بهدف تسهيل مهمة الطرف الآخر. بينما يفرض الالتزام بالتسامح أن يمتنع الدائن عن تحميل المدين فوق طاقته، وأن لا يزيد في كلفة تنفيذه للالتزامه، بإيجاد حد أدنى من التضامن بين طرفي العقد، وأن يراعي كل منهما ظروف الآخر.

³ - فنتشدد المحاكم في قبول الدفع بعدم التنفيذ، بالنظر إلى أنه حق يمارسه الدائن مباشرة دون الرجوع للقاضي، مما يشكل وسيلة فردية في استيفاء الحق، تخرج على القاعدة القائلة بعدم جواز استيفاء الحق مباشرة من قبل الدائن مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 612

⁴ - Georges Ripert , op.cit, 454.

على الدائن أن يأخذ في اعتباره مصالح مدينه ومصاحه المرجو تحقيقها من العقد المبرم للتمسك بالدفع.¹

ويبدو أن المشرع الفرنسي في المادة 1217² ق م ف منح خيارات للدائن بالنسبة للجزء الذي لم ينفذ من قبل المدين بالالتزام، ومن بين هذه الخيارات ما ورد في الفقرة الثانية والثالثة، تتمثل في إمكانية التنفيذ القصري للالتزام، أو أن يطلب الطرف الآخر تخفيض الأسعار. كما وأنه في المادة 1219³ ق م ف نص على أنه يجوز لأحد طرفي العقد رفض تنفيذ الالتزام مع أنه أصبح مستحقا إذا كان الطرف الآخر لم ينفذ وكان عدم التنفيذ بما فيه الكفاية أي ليس كافيا. ما يعني أنه تبنى نظرية التنفيذ الكافي، وبذلك يكون قد أخذ بما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي في هذا الصدد.

ثانياً: ضرورة أن تكون مطالبة الدائن بفسخ العقد مبررة

قد ينكث أحد المتعاقدين بالتزاماته فيلجأ المتعاقد الآخر بدلا من متابعة التنفيذ، أو طلب التعويض عن عدم التنفيذ إلى تفضيل فسخ العقد. فإذا تبين أثناء تنفيذ العقد أن أحد المتعاقدين أخل بالتزاماته، سواء لم يتابع العمل الملتزم بإتمامه أو أساء تنفيذه، حق للمتعاقد الآخر فسخ العقد، وأنهى العلاقة العقدية مع الطرف الآخر المخل بالتزامه. كما يحق له طلب التعويض عن الأضرار التي تسبب بها المتعاقد الآخر، وبما أن تقرير

¹ - على أن أفضل وسيلة بيد الدائن هو رفض التنفيذ الجزئي من جهته في مواجهة المتعاقد الآخر.

² - ART 1217 C.C.F : « a partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- solliciter une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

³ - ART 1219 C.civ F : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave »

الفسخ أمر متروك للقاضي بعد طلب الطرف المتضرر عند عدم تنفيذ الالتزام، فله إن وجد أن الفسخ لم يكون مبررا قانونا أن يحمّل المطالب بالفسخ مسؤولية الفسخ. ويعتبر حسن النية شرط أساسي للمطالبة بفسخ العقد، حيث يشترط للتمسك به أن لا يكون لأجل الإضرار بالمدين. إذ أن حسن النية شرط أساسي لممارسة الحقوق، فإذا شعر القاضي أن طلب الفسخ صدر عن سوء نية وأن طالبه يسيء استعماله رفض الطلب.¹ ولا شك أن فسخ العقد يحقق فائدة للدائن، أفضل من حصوله على التعويض الذي يبقى رهنا بملاءة المدين وحسن نيته. فالفسخ يمنح الدائن الإمتياز على الشيء موضوع العقد فيُعاد له.

غير أن الفسخ يعد أشد جزاءات القانون المدني خطورة، من حيث أنه يدمر المراكز القانونية المستقرة بأثر رجعي، ويتنافى والمقصود الأصلي من العقود، لذلك فإن مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يحصن العقود من الفسخ بطريق غير مباشر. إن الحق في المطالبة بالفسخ يقوم على اعتبارات العدالة.² فهذا الحق مقيد باستعماله في حدود حسن النية، بناء على ذلك فإن القاضي بخصوص طلب الفسخ، يبحث ما إذا كان التنفيذ الجزئي مبررا لإلغاء العقد، وما إذا كان النقص في التنفيذ يبرر طلب الفسخ بل يتعداه إلى عدم التنفيذ الكلي. وحتى مع عدم التنفيذ يمكن أن يمنح المدين أجلا متى كان حسن النية. وفي تقديره هذا ينظر القاضي فيما إذا كان الالتزام ما زال قابلا للتنفيذ العيني، أم أنه أصبح مستحيلا أو مرهقا، لدرجة لا تتفق مع مبادئ حسن النية والإنصاف في تنفيذ العقود. فإذا كانت فائدة الدائن من التنفيذ العيني ضئيلة وغير مجدية، أو أن طلب التنفيذ حاصل على سبيل النكاية أو الإضرار بالمدين، اعتبره مشوبا بسوء النية فيرفضه. ويرفض طلب الإلغاء أيضا إذا لم يحدث التأخير في التنفيذ

¹ - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الأول، المرجع السابق، ص 629.

² - المرجع نفسه، ص 626.

ضرا للمدعي، أو لم يكن ذا أهمية تؤثر في جدوى العقد، كما لو حصلت زيادة طفيفة في الأسعار.¹

لذلك ليس للقاضي الاستجابة لطلب الفسخ إذا لم يجد مبررا قانونيا له، ويمكنه تبعا لذلك أن يأمر الملتزم بمتابعة الأشغال إذا كانت متوافقة مع أحكام العقد، وأن يصلح الخلل الحاصل إذا كان إصلاحه ممكنا، وأن يلزم البائع بتسجيل العقار المبيع باسم الشاري إذا تبين أن الشاري لم يخل بأي من شروط العقد. وله بالتالي أن يمنح المدين مهلة لتنفيذ تعهده، أو يلزمه بتقديم ضمانه لحسن تنفيذه. فيبحث في التنفيذ الجزئي عما إذا كان النقص في هذا التنفيذ له من الأهمية ما يبرر إلغاء العقد.²

من ثم باستطاعة القاضي أن يرد طلب فسخ العقد، ليس فقط في حال التنفيذ الجزئي للعقد، بل وأيضا في حال عدم التنفيذ الكلي، إذا رأى إعطاء المدين مهلة. فالمبدأ هو المحافظة على العقد قدر المستطاع، وعدم السماح بالتخلص منه عندما يكون التنفيذ ممكنا. فينظر القاضي عند طلب الفسخ من قبل الدائن في أسباب تأخر المدين، ومدى استعداده لمتابعة التنفيذ. فإذا وجد أن المدين حسن النية وأن عدم التنفيذ له ما يبرره رد دعوى الفسخ، وألزم المدين بمتابعة التنفيذ مع تحميله عند الاقتضاء التعويض عن التأخير في التنفيذ.³

وقد نص المشرع الفرنسي في هذا الصدد أن المانع إذا كان مؤقتا، فإنه لا يبرر فسخ العقد طبقا للمادة 1218 ق م ف⁴

¹ - المرجع نفسه، ص 633.

² - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 641.

³ - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الأول، المرجع السابق، ص 641.

⁴ - ART 1218 c.civ.f « Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».

غير أنه وإذا كان للقاضي أثناء نظر دعوى الإلغاء، تقدير وضع المدين الذي تأخر في تنفيذ التزاماته أو إمتنع عنها، وكذلك تقدير حسن أو سوء نيته ليقرر في ضوء ذلك مصير العقد. إلا أنه يمتنع عليه ذلك إذا تضمن العقد شرطاً اتفاقياً، باعتبار العقد مفسوخ في حال عدم التنفيذ. فلا ينظر من ثم إلى إرتكاب المدين خطأً مثلاً. غير أن المحاكم الفرنسية تميل مع ذلك في الوقت الحاضر، إلى الأخذ في الاعتبار حسن نية الدائن والمدين، بحيث تقدر قبول دعوى الإلغاء أو رفضها في ضوء موقف كل منهما من العقد.¹

إذ سمحت للمدين الذي ألغي العقد تجاهه أن يقوم بالمراجعة القضائية، لإثبات أن الإلغاء لم يكن مبرراً قانوناً، وأنه قام بتنفيذ التزاماته الأساسية، وأن الدائن يتذرع بعدم تنفيذ التزامات ثانوية، أو أن لديه من الأعذار ما يبرر تأخره في التنفيذ. فعلى الرغم من أن شرط الإلغاء المنصوص عليه في العقد يعبر عن مشيئة المتعاقدين، إلا أن القضاء الفرنسي كان ينظر إليه بعين الحذر الشديد، للحلول دون إساءة استعماله. إذ يشكل وسيلة خطيرة تهدد العقد، وكأنها عقوبة مدنية يمارسها الأفراد في علاقاتهم التعاقدية، فالمادة 1104 ق م ف تفرض أن تنفذ العقود وتفسر بحسن نية، ما يعني ضرورة تفسير البند الإتفاقي بالإلغاء بحسن نية، وتقدير ذلك يعود للقاضي الموضوع.

وهذا يعني أن بند الإلغاء الحكمي اتفاق يخضع في تفسيره لرقابة القاضي إذا وجد غموض في مضمونه، وتقويم أعماله من قبل من لم تنفذ حقوقه، فيبحث القاضي عن مدى توافقه مع حسن النية. فالتفسير المعبر عن نية الفرقاء في الاتفاق، وحسن نية المتمسك بند الإلغاء الحكمي، هما صمام الأمان في استعمال الشرط الاتفاقي بالإلغاء.² على أن تدخل القاضي في تقدير استيفاء شرط الفسخ الحكمي لشروطه وفي تفسيره، يحصل بعد أعمال هذا البند وليس قبله، ويكون بناءً على طلب من المدين.³

¹ - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الأول، المرجع السابق، ص 643.

² - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الأول، المرجع السابق ص 644.

³ - المرجع نفسه، ص 649.

ومن الأحكام القضائية التي مارست رقابتها على حسن استعمال البند الاتفاقي بالإلغاء، بحيث إذا وجدت أن الالتزامات غير المنفذة لا تؤثر في اقتصاديات العقد، ولم تكن ذات أهمية رفضت دعوى الإلغاء، قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 جوان 1971¹ حيث ذهب إلى أن: إنذار المؤجر للمستأجر أثناء العطلة الصيفية، حين تكون المصانع مقفلة بإجراء اصطلاحات في المأجور، في مهلة شهر تحت طائلة إعمال الشرط الاتفاقي بالإلغاء الحكمي صادر عن سوء نية. وكانت محكمة الاستئناف قد اعتبرت أن المستأجر، وضع في موضع عدم تمكنه من تنفيذ الموجب، وعلى هذا سار اجتهاد محكمة النقض الفرنسية. كما اعتبرت ذات المحكمة في قرار آخر بتاريخ 27 ماي 1987² أن إلغاء عقد إجارة تجاري يرفض، عندما لا يكون إعمال بند الإلغاء الحكمي حاصلًا عن حسن نية، وهذا يبرر حقيقة ضرورة خضوع التذرع بهذا البند لقواعد حسن النية.

على أنه وإن كان لا بد من مراعاة قاعدة حسن النية، وإعطائها مكاتها ليكون العقد عادلاً. فإن على القضاء أن يتأكد إذا ما كان حسن نية المدين، يشكل حقيقة حائلاً دون إعمال الشرط الاتفاقي بالإلغاء. ففي قرار حديث نسبياً لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 مارس 1993 أخذت على محكمة الاستئناف مخالفتها للمادة 1134، عندما استندت إلى حسن نية المدين لرد دعوى المؤجر بإعمال بند الإلغاء الحكمي، بينما ثبت لها تخلف المستأجر عن دفع البدلات المطالب بها، مما يعني أنه لم يكن على المحكمة أن تأخذ في الاعتبار حسن النية، بل كان يجب أن يقتصر دورها على التثبت من توافر شروط بند الإلغاء.³

¹ - مقتبس عن: مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الأول، المرجع السابق، ص 649

² - مقتبس عن: مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الأول، المرجع السابق، ص 649

³ - في هذه القضية أصيب المستأجر بعاهة مقعدة بنسبة 90%، فأخذت محكمة الاستئناف في الاعتبار هذا الوضع، واعتبرت المستأجر حسن النية، لأن ما يتقاضاه لن يسعفه في دفع المتأخر عليه، ولم تعمل البند الحكمي.

مقتبس عن: مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الأول، المرجع السابق، ص 650

من ثم فموقف محكمة النقض كان متأرجحاً، بين التوقف عند سوء نية الدائن وحسن نية المدين. وذلك بغية ضبط استعمال شرط الإلغاء الحكمي، ضمن الحدود الأخلاقية وحسن النية التي تعني الاستقامة في التعامل وعدم الأضرار بالغير، بالتعسف في استعمال الحق، وعدم الخداع ومباغطة المدين للإيقاع به، والاستفادة من موقفه الضعيف أو المتعثر، والإلتزام بمبادئ العدل والإنصاف وعدم تجاوز ما يمنحه الحق من سلطة واستثناء.

وكلها على ما بيناه ضوابط في استعمال الحق، حتى يؤدي وظيفته الإجتماعية والاقتصادية بعيداً عن الاستغلال، وعن تحقيق المنافع بصورة غير مشروعة. ولكن الاتجاه العام في الاجتهاد المتأثر دوماً بمبادئ أخلاقيات التعامل، هو الأخذ بحسن نية المدين للحلول دون أعمال بند الإلغاء الحكمي، إذا ثبت أن التنفيذ كان مستحيلاً ضمن المهلة المحددة له.¹

ولكن ومع ذلك فالأمر يقتضي دائماً إبراز عناصر سوء النية لدى الدائن، لأن من حق هذا الأخير المطالبة بأعمال بند الإلغاء الحكمي، في حال تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته. فلا بد من إقامة الدليل على أنه كان سيئ النية، فالقاضي ينظر في ظروف كل قضية، ويقوم بدور الرقيب على أخلاقية التعامل موازناً بين المواقف، ومرجحاً حسن النية حيثما تبين سوء النية لدى أحد الطرفين.

إذ أن بند الإلغاء متى تحققت شروطه اقتضى الأمر إعماله، ولا يمكن للقضاء التدخل فيه إلا في حالات معينة، حيث يظهر له سوء استعمال الحق أو حسن نية المدين. ولكن ضمن التحفظ الشديد لئلا يعطل العمل به، كلما أبدى المدين حسن نيته. فالتدرع بحسن النية لا يعفي المدين من التزاماته.² لذلك يتعين على القاضي أن يضع نفسه في موقع وسط، بين إعمال البند من جهة لأنه شريعة المتعاقدين، وبين عدم إعماله

¹ - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الأول، المرجع السابق، ص 650.

² - المرجع نفسه، ص 652.

عند ظهور بوادر سوء النية في استعماله، أو حسن النية لدى المدين مع التحفظ اللازم حتى لا تتأثر إلزامية العقود.

الفقرة الثانية:

مبدأ حسن النية وتنفيذ المدين

لأن لمبدأ حسن النية علاقة وطيدة مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يحكم العقد في مرحلة التنفيذ. نجد أن التشريعات المقارنة أتت بمبدأ القوة الملزمة للعقد بمبدأ حسن النية. فيكون من الأهمية في هذا الصدد بحث طبيعة هذه العلاقة ما بين المبدأين (أولاً)، ثم بحث الطريقة التي يتعين على المدين إتباعها لتنفيذ العقد، على ضوء ما يمليه مبدأ حسن النية (ثانياً).

أولاً: علاقة مبدأ حسن النية بمبدأ القوة الملزمة للعقد

في مختلف التشريعات المدنية اللاتينية المقارنة، يقتصر تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد. وقد ربط المشرع بين هذا المبدأ ومبدأ القوة الملزم للعقد بترتيبهما على التوالي من خلال المادة 106 ومن المادة 107 ق.م.ج. ولا شك أن العلاقة بين المبدأين وثيقة، فمبدأ حسن النية فرضته التشريعات الحديثة ليخفف من حدة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. من ثم فالالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد يجد أساسه وحدوده في القوة الملزمة للعقد، والتي تعني أن الالتزام الذي ينشأ عن العقد له قوة الالتزام الناشئ عن القانون.

غير أن التطور الاقتصادي الذي أثر بشكل مباشر على نظرية العقد جعل الفقه والقضاء الفرنسيين يلتفت حول مبدأ حسن النية لمراعاة أخلاقيات التعاقد، فجعل المبدأ أساساً للالتزام. فإذا كان مبدأ القوة الملزمة للعقد يفرض احترام الالتزامات المتفق عليها بين المتعاقدين، فهل أن استنباط الفقه والقضاء للالتزامات مرجعها مبدأ حسن النية الواجب مراعاة في العقد، أدى إلى أن ابتلع مبدأ القوة الملزمة للعقد؟.

إن القوة الملزمة للعقد لا تفرض تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد بشكل حرفي، أي أنه لا يفرض التقيد بهذه الالتزامات إذا لم تكن تعبر عن روح العقد، أو بمعنى آخر لا تحقق مصلحة الطرفين. فالقوة الملزمة لا تفرض على المتعاقد أداء الالتزام كواقعة مادية فقط، بل أن هناك أصولاً فنية قانونية وأخلاقية تنفرد عن القوة الملزمة للعقد، يتعين على المتعاقد مراعاتها إذا أراد أن يكون تنفيذه للالتزام قانونياً يتفق وحسن النية. وبالترامه بهذه الأصول يكون قد نفذ التزامه بحسن نية. فسبب الالتزام بحسن النية هو الرابطة العقدية التي يحميها مبدأ القوة الملزمة للعقد.

ذلك أن العلاقات التي تتكوّن بين الأفراد حول قيامهم بتنفيذ التزاماتهم المختلفة، إنما تتكوّن ضمن إطار القواعد الأخلاقية، حتى إذا ما جاءت النصوص القانونية لتنظم هذه العلاقات وترعاها، التزمت بهذه القواعد ولا تتجاهلها. بل أن هذه القواعد تتحكم إلى حد بعيد بالنصوص القانونية، مما يسمح بالقول بأن للقاعدة القانونية بعداً أخلاقياً ابتدئاً من ولادتها، مروراً بتطبيقها وتفسيرها.¹

إن العلاقة القانونية بين الأفراد ليست فقط علاقة بين ذمتين ماليتين فقط، بل هي قبل كل شيء علاقة بين شخصين لا تشكل الذمة المالية بالنسبة إليهم إلا صفة ملازمة لشخصيتها. من ثم فالقوة الملزمة للعقد والتي تعني أن الالتزام الذي ينشأ عن العقد، له قوة الالتزام الناشئ عن القانون، تفرض حتى يكون تنفيذ المتعاقد للترامه مقبولاً من وجهة نظر القانون، أن يكون التنفيذ ضمن الأصول الفنية، قانونية كانت كوجوب تنفيذ الالتزام بكامل ملحقاته ومستلزماته، أو أخلاقية بالامتناع عن مخالفة أي قواعد أخلاقية أقرها المجتمع والقانون، أي مراعاة مقتضيات حسن النية: كالأمانة والصدق والنزاهة.²

¹ - حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية للالتزام، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 476.

² - نواف حازم خالد، المرجع السابق، ص 40.

و يذهب أيضا Pascal Ancel¹ القواعد القانونية تفرض احترام العقد ، وتنشأ إلى جانبها قواعد سلوكية أخلاقية تفرض الاستقامة . أي أنه علاوة على الفعل المادي في تنفيذ الالتزام، يلتزم المتعاقد بمراعاة الأصول القانونية والأخلاقية، ويقصد بها تلك الأصول التي تحكم وتكمل قيام المتعاقد بالتزامه بطريقة تحقق حسن التنفيذ، حتى يكون تنفيذه كاملا وصحيحا. بأن لا يضر بالمتعاقد الآخر سواء تعمد ذلك، أو أهمل فأوقع الضرر بالمتعاقد الآخر، وهو في الحالتين لم يلتزم بما توجهه عليه القوة الملزمة للعقد، ولم يراعي مقتضيات حسن النية.

والتزام المتعاقد بمراعاة تلك الأصول القانونية والأخلاقية، تجعل التنفيذ العيني للالتزام كاملا وصحيحا ويتفق وحسن النية. فإن لم يراعي مقتضيات حسن النية في التنفيذ كان سيء النية.²

وعندما يلتزم طرفا العقد بموجبات معينة، إنما يسعيان إلى تحقيق غاية مفيدة لكل منهما، وقد ارتضيا بهذه الغاية وبالوسائل المؤدية إلى تحقيقها، فيلتزمان بهذه الوسائل. وبالتالي فإن التزامهما يكون مصدر القوة التنفيذية للعقد، لأنها نابعة من إرادة التنفيذ تحقيقا للغاية المفيدة لكل من طرفيه. فإذا جنحت إرادة التنفيذ عن غايتها، اتسمت بسوء استعمال الوسيلة لغاية تختلف حقيقة عن تلك التي كانت مرتجاة عند إبرام العقد، فتكون الوسيلة غير أخلاقية. بل ويمكن القول أن القوة التنفيذية للعقد تنبع من حسن النية الذي يجب أن تقوم عليه العلاقة التعاقدية، فيكون هذا المبدأ مبدأ قانونيا في صلب النظام القانوني للعقد، وليس فقط واقعا متغيرا لا يمكن ضبطه لتغيره مع ظروف كل قضية.³

¹ - رأي Pascal Ancel مشار إليه في :

ربما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، ط الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 247

² - نواف حازم خالد، المرجع السابق، ص 44.

³ - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج الأول، المرجع السابق، ص 119.

من هنا يتضح مدى التكامل أقله من النطاق العملي، بين مبدأ حسن النية والقوة الإلزامية للعقد. غير أنه عندما يعتري بنود العقد نقص أو غموض، يصعب تقييم مدى احترام الأطراف لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فيستعان بمبدأ حسن النية الذي يحدد "منحى السلوك المقترض إتباعه" من طرفي العقد، لتحقيق التجانس الفعلي مع مبدأ القوة الملزمة للعقد. فإعماله في مسألة نزاعية يتيح معرفة لأي مدى أوفى المتعاقدان بالتزاماتها العقدية، وبالتالي احتراموا قوته الإلزامية. لذلك نجد أن المشرع ربط بين المادتين 106 و107 من ق م ج إذ يتعين قراءة المادتين معا، لأنه لا يمكن أن يكون للعقد المبرم قوة إلزامية إن كان قد نفذ بسوء نية.

ويذهب M.Cornelis¹ إلى حد القول أن: ما يفرضه مبدأ حسن النية يسود على ما تفرضه إرادة طرفي العلاقة العقدية. وهذا شيء منطقي لأن مبدأ حسن النية يتفوق على إرادة طرفي العقد.

ثانياً: مبدأ حسن النية وطريقة تنفيذ المدين

إن البحث عن أحسن تنفيذ للعقد وتأمين الفعالية الاقتصادية للاتفاقات وأخلاقيات التعاقد يكون باحترام مبدأ حسن النية. وفي إطار تنفيذ العقد يذهب جانب من الفقه، إلى أنه لا بد من التمييز بين حسن النية في تنفيذ العقد وحسن نية المتعاقد. فحسن النية في تنفيذ العقد تفرض طريقة معينة، لا تشوبها العوائق في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد بينما حسن نية المتعاقد تفرض عليه أن ينفذ ما يمليه روح العقد وعباراته.²

أول ما يفرضه مبدأ حسن النية، تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد ضمن الأصول الفنية والأخلاقية للتنفيذ. لأن تنفيذ الالتزام لا يقتصر على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أو إعطاء شيء. فمثلا في عقد البيع ينقل البائع إلى المشتري الملحقات

¹ - Brigitte Lefebvre ,La bonne foi :notion protéiforme, www.usherbrooke.ca,p 348.

² - Y ves. Picod ,op.cit ,p18.

الضرورية.¹ التي تستقل عن الحق الأصلي ولكنها تلحقه وتنتقل بانتقاله، لا طبقاً لطبيعة الحق الأصلي ولكن طبقاً لمبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن نية. فالملاحقات التي يجري تسليمها هي تلك الملاحقات الضرورية للشيء المبيع، والتي تلزم الشيء المبيع وتكون نافعة للمشتري في استعماله إياه، ولكنها في ذات الوقت عديمة النفع للبائع إذا استمرت في حوزته. إذ يتعين أن يشمل التسليم ملحقات الشيء وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، طبقاً لما تقتضي به طبيعة الأشياء.

وثاني ما يفرضه المبدأ على المدين، أن يقوم بتنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، بالكيفية والطريقة التي يتمنى أن تؤدي إليه لو كان في مكان المتعاقد الآخر. فالمطلوب منه الأمانة والإخلاص فلا يقال أن المتعاقد قد وفى بالالتزام إلا إذا وصل العقد إلى نهايته، وحقق الأداء الملتزم به لصاحبه.² فالناقل الذي ينفذ التزامه الأصلي المتمثل بفعل النقل، يجب عليه أن يراعي في أثناء قيامه بذلك الأصول الفنية، التي تقتضي منه أن يكون أميناً، بأن لا يسلك طريقاً وعرة قد تلحق ضرراً بمحل العقد، وبالتالي بمصلحة المتعاقد الآخر. وهو يتصف بسوء النية سواء ألحق الضرر بالمتعاقد الآخر متعمداً، أم أنه قصر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لضمان حسن التنفيذ، وعدم الإضرار بالمتعاقد الآخر.³

و قد ذهب المحكمة العليا إلى أنه من المقرر أن العقد شريعة المتعاقدين ينفذ طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، ومن ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون.⁴ من ثم يقتضي مبدأ حسن النية من المدين أن يختار في تنفيذ العقد، الطريقة التي تفرضها الأمانة والنزاهة في التعامل. والتزام المتعاقد بمراعاة حسن النية في تنفيذ العقد

¹ - الهادي سعيد عرفة، المرجع السابق، ص 181.

فكرة الملاحقات تشمل الملاحقات الضرورية والملاحقات القانونية، وهي تلك التي لا تستقل عن الشيء وتنتقل بانتقاله كالحق في الرهن والكفالة إذ يلحقان الحق في الدين وكحق الارتفاق يلحق الحق في الملكية وهذا النوع يلحق بحسب طبيعة الحق في الشيء وينتقل بانتقاله طبقاً لقواعد انتقال الحقوق.

² - هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 39.

³ - الهادي سعيد عرفة، المرجع السابق، ص 160.

⁴ - قرار المحكمة العليا، غ م، 15-01-1990، ملف رقم 52061، مجلة قضائية الصادرة في 1993، ع 1، ص 113

التزام يفرضه العقد، إذ يوجب على المتعاقد ألا يجيد على حسن النية في تنفيذه الإلتزام، وفي مطالبته بحقه. فيسأل عن الإخلال بهذا الإلتزام مسؤولية عقدية. فكل عمل يقوم به المتعاقد في سبيل تنفيذ العقد، ويكون مخالفا لمقتضيات حسن النية، يعتبر خطأ عقديا، ويشغل مسؤولية صاحبه على هذا الأساس، حتى لو كان يتعارض مع حرفية ما يتضمنه العقد من أحكام.

المطلب الثاني:

دور القاضي وأثر حسن النية على المسؤولية المدنية

يرتبط مبدأ حسن النية بالسلطة القضائية ويؤدي إلى توسيع دور القاضي، حيث يمكنه من إعادة النظر في مضمون العقد، سواء بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة أو نظرية الميسرة، أو بتمكينه من إعادة النظر في الشرط الجزائي المتفق عليه بين المتعاقدين. على أنه ولأجل إطلاق يد القاضي لخلق التزامات جديدة انقسم الفقه الفرنسي في دلالة المبدأ بين معنى تفسيري ومعنى تنفيذي. فخصصنا بناء على ذلك (الفرع الأول) لدور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية.

كما ورأينا أن حسن النية هو نقيض سوء النية والذي لا يقف عند الخطأ العمد، من ثم يلعب مبدأ حسن النية دورا هاما في تشديد المسؤولية وتوسيع دائرة الغش، سيما الخطأ الجسيم الذي يدخل ضمن ترتيبات الخطأ بالإهمال، والذي يصنف ضمن الأخطاء غير العمدية، والتي ومع ذلك ألحقها المشرع من حيث الأثر بالغش. (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية

متى كانت القاعدة القانونية مرنة فإنها تمنح القاضي سلطات واسعة في تطبيقها، ومن ذلك مبدأ حسن النية الذي يشكل أداة، أو وسيلة ونافذة في يد القاضي، يتدخل بموجبها في العقود كلما دعت الحاجة إلى ذلك. سواء بالأخذ بالظروف الطارئة، أو إعادة

النظر في الشرط الجزائي، أو منح المدين حسن النية سيء الحظ أجلا لتعديل بنود العقد (الفقرة الأولى). أو إعطاء المبدأ دلالة تنفيذية تتجاوز دلالاته التفسيرية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

تعديل القاضي لبنود العقد

أولاً: الأخذ بنظرية الظروف الطارئة

قد تطرأ بعد إبرام العقد ظروف خارجة عن إرادة الطرفين، تحول دون تنفيذه بدون أن يتكبد المدين خسارة كبيرة، تقلب التوازن العقدي الذي قام عليه العقد أصلاً. لذلك تجاوزت التشريعات مع حكم هذه الحالة فنصت على نظرية الظروف الطارئة، التي تجيز للقاضي إذا ما طرأت ظروف استثنائية عامة غير متوقعة، بسببها يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا، يهدده بخسارة فادحة أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. طبقا للمادة 3/107 ق م ج.

والفكرة أن الالتزام الذي يصبح مرهقا للمدين، أمر يرفضه العدل والإنصاف. فيصبح العقد خاضعا لرقابة القاضي، لأن الأساس في التعاقد هو حسن النية. فإذا كان تحقيق الربح وحصول الخسارة هو من آثار كل عقد، إلا أن تحقيق ربح فادح مقابل خسارة فادحة، لا يقتضي أن يكون أثرا لأي عقد، فالاستقامة العقدية وهي الترجمة العملية لحسن النية في التعامل، ترفض كل اختلال في التوازن العقدي عندما يتجاوز ذلك الاختلال، حدود ما هو مقبول ومعقول في التعامل.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي كان قد أصدر تشريعات خاصة ببعض العقود، وكرس فيها نظرية الظروف الطارئة، كعقد الدخل مدى الحياة، عقد الضمان والملكية الأدبية والفنية، ولكنه لم يكرس النظرية كقاعدة عامة في نظرية العقد، فأخذ بها استثناء في بعض العقود، والاستثناء لا يتوسع فيه. وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية¹ في قرار

¹ - Cass. civ.06 /03/1876. <https://www.courdecassation.fr>

مشهور يتعلق بقناة Canal de Craponne و منذ زمن بعيد تعديل بنود العقد من قبل القاضي، تعديا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث أن المادة 1/1134 من ق م ف تمنع أي تعديل لبنود العقد دون توافق الإرادتين.

غير أنه وفي تعديله الأخير لأحكام قانون العقود بموجب الأمر رقم 16-131، نص على نظرية الظروف الطارئة بشكل مباشر من خلال نص المادة 1195 ق م ف¹ وما يلاحظ حول هذا النص أن المشرع الفرنسي، أشار إلى أنه في حالة تغيير الظروف التي لم يكن بالإمكان التنبؤ بها عند إبرام العقد، يمكن للطرف الذي لا يرغب في تحمل المخاطر، أن يطلب إعادة التفاوض على العقد، مع مواصلة تنفيذ العقد في نفس الوقت. وفي حالة رفض التفاوض أو فشله فيمكن للمتعاقدان أن يتفقا على فسخ العقد. ويمكن أن يطلب بالاتفاق من القاضي القيام بذلك. ومتى تعذر التوصل إلى إتفاق خلال فترة زمنية معقولة، يجوز للقاضي بناء على طلب أحد الأطراف أن يعيد النظر في العقد، أو ينيه في التاريخ والشروط التي يحددها. وهذا يعني أن التفاوض على شروط العقد أصبح ممكنا، حتى بعد إبرام العقد متى تغيرت الظروف الاقتصادية.

ثانياً: إدخال المرونة على الشرط الجزائي وإعمال نظرة الميسرة

الشرط الجزائي قد يكون تعويضا عن عدم التنفيذ، أو الاخلال به أو التأخر في التنفيذ. غير أن المشرع قرر في المادة 184 ق م ج بأن التعويض لا يكون مستحقا، إذا

¹ - ART 1195 C.civ.F : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، كما أجاز تخفيض التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه.

من ثم نجد أن المشرع الجزائري حرم الدائن من التعويض المستحق وخوّل المحكمة أن تقرر تخفيض التعويض الاتفاقي بمجرد إثبات عدم وجود ضرر. في حين نجد المادة 187 ق م ج تشير إلى أنه: "إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع فيكون للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر".¹ في حين أن المادة 185 ق م ج لا تجيز للدائن المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي المحدد إلا إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً.

ويرى البعض حول موقف المشرع المصري المطابق لموقف المشرع الجزائري² أنه لا مبرر لهذا التشدد تجاه الدائن، خاصة أن كلاهما يصيبه الضرر من جراء خطأ الآخر. فمن غير الانصاف تطلب سوء النية في أحدهما لترتب مسؤوليته (الدائن)، وفي الآخر ضرورة إثبات الغش والخطأ الجسيم قبله (المدين). فكان من الأجدر تكافؤ الحماية للطرفين، ومن ثم مسائلة الدائن أيضاً عن غشه أو خطئه الجسيم وليس دون ذلك. وقد أشار المشرع الفرنسي في المادة 1231-5 ق م ف³ أنه بإمكان القاضي إعادة النظر في الشرط الجزائي بتخفيضه متى كان مفرطاً، أو الزيادة فيه ورفع إذا كان ضئيلاً جداً وإذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه، فيمكن للقاضي أن يخفض التعويض. أما بشأن أعمال نظرة الميسرة،⁴ فإن القاعدة في تنفيذ العقود الملزمة لجانبين، أنه إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بمقتضى بنود العقد، جاز للمتعاقد الآخر بعد

¹ - المقابلة للمادة 231 ق م م.

² - هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 440.

³ - ART 1231-5 C.civ. F: «Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. »

⁴ - وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة، حيث شرعت نظرة الميسرة. ويظهر ذلك في قوله تعالى: {وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ يَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ}. الآية رقم 280 من سورة البقرة. من القرآن الكريم.

إعذاره أن يطلب فسخ العقد، مع التعويض إن كان له مقتضى. على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ، إذا كان ما لم يوفّ به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته.

نظرة الميسرة هي مهلة زمنية تمنح للمدين لمواجهة صعوبات تطرح بعد إبرام العقد، نص عليها المشرع الجزائري في المادة 281فقرة ثانية من ق م ج على غرار نظيره المصري المادة 346 ق م م، حيث جاء فيها: "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 حالها. أما التشريع الفرنسي فقد أشار إلى نظرة الميسرة في المادة 1343-5 ق م ف¹ حيث مكّن القاضي على ضوء حالة المدين، وبالنظر إلى احتياجات الدائن تأجيل دفع المبالغ المستحقة في حدود سنتين.

من ثم فحسن النية شرط لمنح المدين سيء الحظ أجلا، متى كان عدم تنفيذه للالتزام يرجع لظروف خارجة عن إرادته. كأن تكون هناك ظروف اقتصادية سيئة، أو لكون ما لم ينفذه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته، أو حتى لكون أن الدائن لم يصبه ضرر كبير من جراء هذا التأخر. أما متى كان المدين سيء النية، أو أن طلبه لهذا الأجل على سبيل المماطلة تمهيدا للتخلص من تنفيذ العقد، فيلزم بالتنفيذ الفوري.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط أن لا يلحق الدائن ضررا جسيما، على خلاف المشرع المصري فيمنح المدين أجلا بشرط أن لا يلحق بالدائن ضرر جسيم. حسب المادة 349 ق م م.² أما المشرع الفرنسي فيتم منح الأجل مع الأخذ بعين الاعتبار احتياجات الدائن.

¹ - ART 1343-5 C.C.F : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues. »

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الهدى، د.ط، الجزائر، 2010، ص210.

عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص19.

ويستفاد مما سبق ذكره أن المبدأ المأخوذ به في نظرية العقد، هو المحافظة قدر المستطاع على العقد حتى يؤدي غايته لطرفيه. لذلك يحرص القضاء على الإبقاء على العقد، طالما أن فرصة تنفيذه تبدو جدية، وأن العقبات التي برزت في وجهه يمكن تجاوزها ضمن مهلة معقولة ومعتدلة، بحيث لا يفقد العقد فائدته تجاه المتعاقد الذي لم تنفد الالتزامات قبله. لذلك أعطى المشرع للقاضي حرية تقدير ما إذا كانت الاستجابة لطلب فسخ العقد ضرورية، في حين يكون من الممكن انقاذ العقد إذا أعطي المدين مهلة لذلك، بشرط أن لا يضار الدائن من جراء التنفيذ المؤجل، وهذا ما يستدعيه المنطق ولو لم ينص المشرع صراحة على ذلك.¹

من ثم تعد نظرة الميسرة مهلة قضائية تمنح للمدين، كميزة يستفيد منها لإبعاد شبح فسخ للعقد، وما ينتج عنها من آثار مكلفة على عاتق المدين.² وللقاضي إذا اعترضت المدين في تنفيذه للالتزام ظروف طارئة، أن يقوم بوقف تنفيذ التزام المدين حسن النية إذا كانت الظروف الطارئة مؤقتة ولن تطول. إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر سيلحق الدائن، ويعد ذلك نوعاً من نظرة الميسرة بشرط أن لا تتجاوز الأجل الممنوح أي مدة سنة.³

هذا وأن إعطاء القاضي مهلة للمدين للوفاء بالالتزام أمر جوازي، فله أن يقبل إذا رأى أن ظروف المدين تستدعي ذلك، كما له أن يرفض إذا رأى عكس ذلك، أو ثار لديه شك حول حسن أو سوء نية المدين.⁴ وخلاصة القول أن على القاضي أن ينظر بعين الاعتبار حالة المدين، بأنه سيئ النية أم حسن النية، وفي ضوء ذلك يقرر إهمال المدين أو فسخ العقد.

¹ - مصطفى العوجي القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 618

² - هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 433.

³ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007. ص 101

منذر الفضل، مصادر الالتزامات وأحكامها، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 213.

⁴ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 122.

الفقرة الثانية:

توسيع دور القاضي بإعطاء المبدأ دلالة لتفسير وتكملة العقد

يربط الفقه التقليدي بين مبدأ حسن النية وتفسير العقد، ويرفض إعطاء المبدأ دلالة أكثر من دلالاته التفسيرية، غير أن الفقه الحديث نسبياً يرفض هذا الطرح، بالقول أن لحسن النية دلالة لتنفيذ العقد تتجاوز التفسير لبود العقد.

أولاً: رأي الفقه التقليدي (إعطاء المبدأ دلالة لتفسير العقد)

بدأ يظهر التركيز من قبل الفقه الفرنسي على مبدأ حسن النية وفكرة العدالة، على أنقاض مبدأ سلطان الإرادة، باعتبار أن الحرية العقدية لا يمكن أن تكون التبرير الوحيد والأساسي للالتزام، وإلا تحولت تلك الحرية إلى مصدر لعدم العدالة العقدية. إذ كان لا بد من البحث عن فكرة بديلة، تكفل لنا احترام بعض القواعد المعنوية المسلم بها عموماً في الجماعة، من بينها حسن النية وأمانة المتعاقد والعدالة، باعتبارها وسائل مفيدة يستخدمها كل من المشرع والقاضي على السواء، وهو ما يبرر وجود بعض الالتزامات المعنوية الجديدة: مثل الالتزام بالتعاون والأمانة والإعلام¹.

وقد أثير خلاف بين الفقه حول موقع المادة 3/1134 من باقي نصوص القانون، وقد عجز الفقه عن حسم تلك المسألة. فكان الفقه التقليدي يرى أن لحسن النية دوراً تفسيرياً لبود العقد الناقصة أو الغامضة. حيث ذهب في هذا الصدد Capitant² أن حسن النية لا تسمح سوى بالبحث عن تفسير العقد، والنية المشتركة لا أكثر من ذلك. فيكون له بناءً على ذلك دور محدود، فهو وسيلة لحماية المقصد المشترك

¹ - أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 202

² - رأي Capitant مشار إليه في: أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 202

للأطراف. ويذهب Aubry et Rau¹ إلى أن المادة 1134، هي ترديد لنصوص التفسير الواردة في المواد من 1156 إلى 1164² أو تلخيصا لها.

كما ذهب آخرون إلى أن القول بغير ذلك، أي بأن لمبدأ حسن النية معنى يتجاوز المعنى التفسيري فيه تعارض بين الفقرة الأولى بشأن العقد شريعة المتعاقدين، والفقرة الثالثة التي توجب تنفيذ العقد بحسن النية، من ثم فلن يسمح مبدأ حسن النية سوى بالبحث عن تفسير العقد.³ ويضيف آخرون أن حسن النية لا يمكن أن يكون له معنى يتجاوز المعنى التفسيري، باعتبار أن ليس له مفهوم محدد فليس له فاعلية قانونية معينة.⁴ حسن النية بالمعنى السابق لن يكون له سوى وظيفة تفسيرية، أو تأويلية للنصوص القائمة أو الغامضة أو الناقصة، دون البحث فيما وراء تلك النصوص. وهذا كان مذهب أغلب الفقه الفرنسي التقليدي، ويقصد بالدلالة التفسيرية لحسن النية أن عملية التفسير تمر بمرحلتين :

☞ المرحلة الأولى: التفسير المحض لبنود العقد وألفاظه، فهو شريعة المتعاقدين.

☞ المرحلة الثانية: أن التنفيذ لن يكون حبيس الألفاظ العقدية، فإذا وجد لفظ غامض أو مبهم، فلن يقتصر التفسير على مجرد المعنى القاموسي، ولكن يبحث عن روح العقد. ويعطي للألفاظ الحرفية ثراء في مضمونها، دون الوقوف عند بنوده.⁵

والحقيقة أن العلاقة بين المتعاقدين ليست سوى تأكيد لاحترام الالتزام المبرم نفسه - وبمعنى آخر ليس ثمة تعارض بين إرادة الأطراف وفكرة حسن النية، فإعمال فكرة حسن النية ما هو إلا تحرياً للإرادة الحقيقية للأطراف لتكملة إرادة المتعاقدين، أو لتغليب الإرادة الأقرب إلى نية المتعاقدين. وليس في ذلك ما يتعارض مع الإرادة، بل هو

¹ - رأي Aubry et Rau مقتبس عن : أحمد عبد التواب مُجّد بهجت، المرجع السابق، ص 203.

² - وقد نص المشرع الفرنسي على قواعد تفسير العقد في تعديله الأخير في المواد من 1188 إلى 1192

ق م ف

³ - أحمد عبد التواب مُجّد بهجت، المرجع السابق، ص 202

⁴ - المرجع نفسه، ص 204

⁵ - المرجع نفسه، ص 202

وسيلة لاحترام نفس الإرادة وعدم الخروج عنها واستكمالها¹. فتفسير العقد يتطلب البحث عن حقيقة ما أراده المتعاقدان، أي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وهذا ما جاء في نص المادة 111 ق م ج المقابلة للمادة 2/150 ق م م دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

من ثم فالعلاقة بين مبدأ حسن النية وتفسير العقد علاقة وطيدة، ذلك أن المشرع جعل من المعايير التي يهتدي بها القاضي لتفسير العقد الأمانة والثقة وفقا للعرف الجاري في المعاملات، وهذه الأخيرة هي في الحقيقة من مقتضيات حسن النية، بل أن بعض الفقه كما أشرنا في دراستنا سابقا عرّف المبدأ بناء على ما يتطلبه العقد من أمانة وثقة.

من ثم فمبدأ حسن النية منصوص عليه بشكل ضمني من خلال نص المادة 111 ق م ج، يساعد على تفسير إرادة المتعاقدين، والقول بخلاف ذلك لا أساس له من الصحة. وهو وسيلة القاضي للتعرف على حقيقة ما قصده المتعاقدان، مع مراعاة ما تمليه روح العقد².

¹ - على إثر النقد الموجه للمذهب الفردي، سعى البعض إلى التعديل من طبيعته في قالب آخر، أقل مبالغة مع المحافظة على نظريته، فتحول عن التشبث بفكرة الإرادة الظاهرة والصریحة، إلى فكرة الإرادة الباطنة. وبتمكلة الإرادة بتفسير النوايا الضمنية بمنح القاضي سلطة وحرية تفسير بنود العقد، إلا أن نظرية الإرادة الضمنية لم تكن أفضل حظا من نظرية الإرادة الظاهرة، ووجه الفقه الكثير من الانتقادات منها:

- أنها حيلة قانونية تصبغ الإرادة بطابع وهمي، حيث أن تلك الإرادة المسماة بالإرادة الضمنية، إما أنها إرادة غير موجودة أصلا، وإما أن الإرادة موجودة ولكنها لا تتلاءم مع النتيجة المصبو إليها.

- إن تحويل القاضي مكنة اللجوء إلى الإرادة الوهمية أو المصطنعة، تنطوي على مخاطر جسيمة. بتزويد القاضي في الواقع بسلطة استبدادية، قد يستلهمها من إرادة لا تعبر عن الحقيقة الفعلية. من ثم بدأ الفقه يبحث عن فكرة بديلة فكان مبدأ حسن النية، باعتبار أن فكرة الحرية العقدية، لا يمكن أن تكون التبرير الوحيد، ولا حتى الأساس للالتزام. وإلا تحولت تلك الحرية إلى مصدر لعدم العدالة العقدية.

أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 200.

² - Aubry et Rau, droit civil français, tome VIII, les régimes matrimoniaux, librairies techniques, 7^{ème} édition, paris, 1973.p223

أنظر أيضا في: يعقوبي إدريس، المرجع السابق، ص 60.

يؤدي إعماله إلى حسن تطبيق القانون، متمثلاً في حسن تفسير العقود.¹ فالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، لا يقصد به البحث عن الإرادة الباطنة التي تستخلص بمعايير ذاتية، بل الإرادة الباطنة الموضوعية التي تستخلص بمعايير موضوعية، هي طبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين. فيقتضي مبدأ حسن النية في التفسير، عدم التقيّد بالعبارات الواردة في العقد متى كانت لا تعبر عن حقيقة قصد المتعاقدين.

ما يعني أن مراعاة مبدأ حسن النية للبحث عن قصد المتعاقدين يتطلب مرونة في التفسير، وعدم التقيّد الحرفي بالعبارات الواردة في العقد، حتى مع وضوحها في بعض الأحيان، متى كانت لا تعبر عن حقيقة ما قصده المتعاقدان، وبخصوص العبارات الغامضة فالقاضي يفسرها، بما لا يتنافى مع حسن النية والأمانة والثقة، فمتى كانت إرادة المتعاقد الحقيقية تنصرف إلى غش المتعاقد الآخر، وكانت العبارة غامضة تحمل أكثر من تأويل، تعيّن عليه إعمال التأويل الذي يخدم مصلحة المدين.

أما في عقود الإذعان فقاعدة حسن النية لها دور هام في تفسير عقود الإذعان، فالشرط متى كان غامضاً، تعيّن أن يفسر لمصلحة المدين بالشرط، وهذا مراعاة للأمانة والثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين، طبقاً لما بينته المادة 1/112 ق م ج إذا قام شك في مدى الالتزام فوجب تفسير الشك وفق مصلحة المدين. فلا يجب أن يلزم المدين إلا بقدر ما علم به من مضمون الشرط، فقد يتعمد الدائن ذكر الشرط بهذا الغموض، حتى لا يتبين المدين حقيقة مضمونه الذي قد يزيد من التزام المدين، من ثم فيكون سيئ النية. وحسن النية يفرض على عاتقه أن تكون بنود العقد واضحة، وفي حال عدم وضوح العبارات تعيّن إعمال قاعدة حسن النية في التفسير، بتفسير الشك لمصلحة المدين بالالتزام.

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوي، المرجع السابق، ص 441

أما بخصوص عقود الإذعان فنجد أن المادة 112 ق م ج¹ في فقرتها الثانية تركز قاعدة حسن النية بشكل جلي، حيث أن تفسير الشك يكون دائماً في مصلحة الطرف المدعى دائماً كان أم مدين، لأنه الطرف الأضعف اقتصادياً، وغالباً ما تملئ عليه شروط العقد من الطرف الآخر.

غير أن مراعاة حسن النية في تفسير العقد، مرهون وفقاً لما سبق ذكره بأن لا يؤدي إلى تحريف العقد. ومن ثم تظهر إشكالية أعمال المعنى التفسيري لحسن النية، إذا كان النص غامضاً، إذ يصعب القول في هذه الحالة بتفسير عبارات العقد، دون تدخل عناصر خارجية عن العقد. وهذه الرؤية تخفي بأن التفسير الدقيق لنية المتعاقدين، يتعلق في الواقع بقراءة القاضي.²

ثانياً: رأي الفقه الحديث (إعطاء المبدأ دلالة لتنفيذ العقد)

يرى الفقه الفرنسي الحديث أن حسن النية بمفهومه التفسيري، لا يعتبر سوى ترديدا لنظرية الإرادة، ولكن في ثوب جديد ضمني أي الإرادة الضمنية، والتي وجه لها أنصار مبدأ حسن النية النقد. من هنا بدأ الفقه الفرنسي الحديث نسبياً يقدم لها معنى جديداً، هو معنى تنفيذي يتجاوز الإرادة إلى ما وراءها. ويعلق هذا الفقه الحديث على رؤية الفقه التقليدي، بأنه المبدأ ليس وسيلة للتفسير بقدر ما هو وسيلة أو معيار لتنفيذ الالتزام، وأن مواد التفسير الواردة في المواد 1156 إلى 1164 ق م ف، لم تنص على مبدأ حسن النية في التفسير³، من ثم القول بغير ذلك يفرض التساؤل الآتي: هل أن المادة 3/1134 تتضمن إلغاءً ضمنيًا لمواد التفسير السالفة الذكر، وإلا فما هو جدوى تلك المواد إذا؟.

¹ - تقابلها المادة 2/1190 ق م ف

² - أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 192

³ - أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 193

إن إعطاء حسن النية معنى تفسيريًا من قبل الفقه والقضاء، بالقول أن حسن النية المقصود بها ليس هدم الإرادة العقدية بل تأكيدها بالبحث عن الإرادة والنية المشتركة للأطراف. أدى إلى الخلط بين معنى حسن النية في المادة 1134 /3، أي المعنى التنفيذي والمعنى التفسيري. ويرجع ذلك بالأساس إلى الخلط بين فكرة حسن النية والعدالة في المادة 1135، واستعمالها لفترة طويلة باعتبارها فكرتين متطابقتين، أو على الأقل متكاملتين في نظر الفقه.¹

غير أنه لما بدأ الفقه الفرنسي² يتنبه إلى أن لحسن النية معنى يغير المعنى التفسيري، والتكميلي لفكرة العدالة، بدأ الفصل بينهما يظهر ويستقل. وعلى إثر استقرار تلك التفرقة بدأ الفقه الفرنسي الحديث مؤخرًا، يستبعد فكرة العدالة كأساس مقبول للالتزام بالإعلام والسلامة، قاصرا اعتماده على فكرة حسن النية. فمن ناحية أولى دور العدالة في المادة 1135 دور تكميلي للنصوص الأقل فنية أو وضوحًا، لا يسعفنا لتأصيل التزام جديد، ومن ناحية ثانية فكرة العدالة فكرة مثالية تتجاوز حدود المادة 1134 ونصوص القانون بالإلغاء المطلق لحرية وإرادات المتعاقدين بالعقد. لذا فهي أقل يقينية من فكرة حسن النية الأكثر قربًا للطبيعة القانونية، وصالحة للاعتماد عليها كأساس للالتزام.³

من ثم أصبح لفكرة حسن النية كفكرة متميزة عن فكرة العدالة، معنى تنفيذي مستقل عن المعنى التفسيري لإرادة الأطراف ذات نشأة فقهية حديثة، وأصبح له دلالة قصدية أو إرادية. ولم يعد قاصرا على الجهل الذي يفيد حسن نية صاحبه. هذه الدلالة القصدية تعني بالأيسر المتعاقد مسلك سيء القصد، بأن لا يصدر منه سلوك تدليسي

¹ - وقد أشرنا إلى ذلك في حديثنا عن أساس حسن النية.

² - Philippe Jacques , Regards sur l'article 1135 du Code civil, Paris, D, 2005, p157

³ - في حين انتقد جانب آخر من الفقه الفرنسي من بينهم الفقيه Benabent، اعتبار أساس الالتزام بالإعلام مبدأ حسن النية، الذي له معنى تنفيذي. حيث ذهب هذا الفقه إلى أن الالتزام بالإعلام هو التزام تكميلي لا علاقة له بتنفيذ العقد. لدى يرى هذا الجانب من الفقه أن أساس الالتزام بالإعلام والسلامة، يرجع إلى فكرة العدالة التي لها دور تكميلي. أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 175.

أو غشي، وهذا هو المعنى السلبي لحسن النية. وهو ما سماه جانب من الفقه بواجب الأمانة وأحيانا الالتزام بالنزاهة. وأن يبذل ما في وسعه لتحقيق جميع المنافع التي كان يتوخاها المتعاقد الآخر من العقد، وهذا هو المعنى الإيجابي للمبدأ أي واجب أو الالتزام بالتعاون.

وقد ميز الفقه الحديث سيما الفقيه Y.Picod¹ تبعا لذلك، بين أمانة المتعاقد أي حسن النية الشخصية، والأمانة العقدية أي حسن النية الموضوعية. فأطلق تعبير أمانة المتعاقد على مبدأ حسن النية بالمعنى التقليدي الواسع ذات الدلالة التفسيرية، والأمانة العقدية على مبدأ حسن النية بالمعنى الضيق الحديث، ذات الدلالة التنفيذية والتصحيحية.

هذا إضافة إلى أن إعطاء المادة 3/1134 معنى تفسيريا فيه خلط بين مرحلتين، مرحلة تفسير العقد ومرحلة تنفيذه بعد تفسيره. وأن الفقرة الثالثة والأخيرة تمثل الاجابة على التساؤل **كيف ينفذ العقد الواضح بعد تفسيره ؟** لا بالاجابة عن التساؤل **ما هو مضمون العقد الغير واضح قبل تفسيره؟**.

ما يعني أن المادة السابقة الذكر خاصة بالتنفيذ لا بالتفسير، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تكرار لا داعي منه، مما يفترض تنزه الشارع عنه ابتداء². فحسن النية في المادة السالفة الذكر له دور معياري يلجؤ إليه القاضي للتأكد من مصداقية التفسير للإرادة وحقيقة النية المشتركة. فحسن النية ليس أداة للتفسير بل أداة رقابة وتنفيذ لتحديد المضمون الإيجابي للعقد³.

هذا وأن المعنى التفسيري مؤداه احترام مبدأ سلطان الإرادة، وهذا مقتضاه أن الفقرة الثالثة ستكون امتدادا طبيعيا للفقرة الأولى الخاصة بالزامية بنود العقد، واحترام

¹ - رأي Picod مشار إليه في : أحمد عبد التواب مُحمَّد بهجت، المرجع السابق، 198

² - أحمد عبد التواب مُحمَّد بهجت، المرجع السابق، ص 205.

³ - أحمد عبد التواب مُحمَّد بهجت، المرجع السابق، ص 206.

إرادة المتعاقدين. في حين أن الفقرة الثالثة تسقط في الواقع أسطورة مبدأ سلطان الإرادة، لأنه إذا تعارضت بنود العقد مع القيم الاجتماعية في الجماعة،¹ حسن النية أضحى اليوم قيد موضوعي للحرية، وفكرة معنوية عليا تسمو على إرادة الأفراد. وإذا كان لحسن النية هذا الدور المقيد للإرادة نفسها، فكيف يتصور أن لحسن النية معنى تفسيريًا لتلك الإرادة المقيّدة.

هذا وإذا كان ما دفع أنصار المدرسة التفسيرية إلى إعطاء معنى تفسيري لحسن النية، هو رغبة موائمة الفقرة الثالثة التي تنص على التنفيذ بحسن نية، والتي تظهر متعارضة مع الفقرة الأولى التي تنص على الزامية الإرادة العقدية، والذين لم يجدو وقتها سبيل لإزالة هذا التعارض سوى بإعطاء الفقرة الثالثة معنى تفسيري محض، بتأويل الإرادة بحسن نية وبالتالي زوال كل تعارض بين الفقرة الأولى (العقد شريعة المتعاقدين)، والفقرة الثانية (تنفيذ العقد بحسن نية)، باعتبار أن المعنى التأويلي لحسن النية هو تأكيد لسلطان الإرادة نفسها في الفقرة الأولى. فإن هذا التوافق بين الفقرتين يبقى محافظا عليه في نظر أنصار المعنى التنفيذي لحسن النية، لأن تعطيل الإرادة قبل السماح بتنفيذ العقد ليس فيه إهدار لإرادة الأطراف، بقدر ما فيه من تهذيب لتلك الإرادة والقيم سائدة في الجماعة، فلا تتعارض الفقرة الثالثة مع الفقرة الأولى، ولكنها تكون مكملة لها.

ما يعني أن القاضي وهو بصدد تطبيق نص المادة 1134، لا يكون له أن ينكر العدالة، ولا أن يبالغ في بحثه عن إرادة المتعاقدين بالتفسير التنجيمي، ولكن يستعين بالفقرة الأخيرة للإجابة عن التساؤل الآتي: هل نفذ المتعاقد الالتزام بحسن نية؟

¹ - فيرى Y.Picod أن الالتزامات لم توجد بصورة عشوائية في ذاتها، ولكن لهدف وحيد مفيد واجتماعي هو المحافظة على القيم الاجتماعية، كقيمة العدالة والنظام العام، وعدم التعسف في استعمال الحق. فحسن النية أداة مرنة لتنفيذ العقد، والتوفيق بينه وبين التشريع. أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 206.

والحقيقة أن المعنى التنفيذي لحسن النية أضحى اليوم مبدأ مستقلا له ذاتيته في الفقه والقضاء الفرنسي، يلجأ إليه لتبرير الالتزامات الجديدة كالالتزام بالإعلام والنصيحة. ولمارسته دور تكميلي مثير للمضمون العقدي. وهو ما يطلق عليه اليوم بواجب الأمانة العقدية، والذي تطور إلى واجب التعاون، أي المعنى التنفيذي لحسن النية.¹

ويذهب الفقه الفرنسي الحديث نسبيا كالفقيه J.Ghestin² إلى أن حسن النية اليوم، أصبح قاعدة موضوعية ومصدر جديد للالتزام. وأطلق عليه تعبير وثيقة تأمين العقود، أو النظام العام العقدي.

وقد تبني المشرع الفرنسي رأي الفقه الحديث، ويظهر ذلك في أنه نص على مبدأ حسن النية في القسم المتعلق بتكوين العقد، بل ومدّه كما ذكرنا سابقا إلى مرحلة المفاوضات. تجنبا للخلط بين مبدأ حسن النية كقاعدة من قواعد تنفيذ العقد والتي يتعين مراعاتها، وبين نصوص التفسير الوارد ذكرها في المواد من 1188 إلى 1192 ق م ف، والتي يستعان بها للبحث عن إرادة المتعاقدين.³

الفرع الثاني:

أثر حسن النية على تشديد المسؤولية المدنية

على الرغم من أن نظرية تدرج الخطأ أصبحت نظرية مهجورة،⁴ مع ذلك اتجه الفقه المقارن لبحث وتحديد درجة الخطأ الذي يعد إرتكابه إخلالا بمبدأ حسن النية. وبينما ربطه رأي أول بفكرة الخطأ الجسيم، وربط تبعا لذلك الخطأ بفكرة التوقع، وتوسع تبعا لذلك في الأخطاء التي يعد إرتكابها أخطاء عمدية، والتي يعد إرتكابها أخطاء جسيمة، ومن ثم

¹ - أحمد عبد التواب مُحمَّد بهجت، المرجع السابق، ص 208

² - رأي J.Ghestin مشار إليه في : أحمد عبد التواب مُحمَّد بهجت، المرجع السابق، ص 208

³ - على أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي في المادة 1188 ق م ف، نص على أن تفسير بنود العقد يكون وفقا للمعنى الذي أرادته المتعاقدان، وإلا وفقا للمعنى الذي يعطيه الرجل العادي. لا الإرادة المنطقية.

⁴ - إلا أنها لا تخلو من الفائدة العملية. لأنه غالبا ما يتأثر القاضي بدرجة الخطأ، إذ كثيرا ما يهتم بوضعية الضحية في حالة الخطأ العمدي، بينما يراعي الوضع الاجتماعي للمسؤول في حالة ارتكابه خطأ يسيرا أو تافها.

فيلالي علي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الجزء الثاني، د.ط، موم للنشر، الجزائر، 2002. ص 83.

تشكل إخلالاً بمبدأ حسن النية. إعتبر جانب آخر من الفقه أن الإخلال بمبدأ حسن النية هو خطأ إرادي يفوق الخطأ الجسيم. تبعاً لذلك نتعرض في (الفقرة الأولى) حسن النية وتشديد المسؤولية المدنية .

على أنه وعلى الرغم من تخطب الفقه في درجة الخطأ الذي يعد ارتكابه إخلالاً بمبدأ حسن النية، إلا أنه سبق وأن أشرنا في بحثنا هذا إلى أن الخطأ الجسيم يشكل إخلالاً بمبدأ حسن النية، وتبعاً لذلك تعرضنا في (الفقرة الثانية) حسن النية وتوسيع قرينة الغش، حيث ألحق المشرع الخطأ الجسيم بالغش من حيث الأثر.

الفقرة الأولى:

حسن النية وتشديد المسؤولية المدنية

الخطأ بصورة عامة نوعان خطأ عمدي وخطأ غير عمدي، يتمايزان من حيث نية الفاعل أو سوء نيته، ودرجة قصده نحو ارتكاب الخطأ أو تحقيق غايات اقترافه. فإن كان الإخلال بمبدأ حسن النية يشكل خطأ، فقد تساءل الفقه عما إذا كان يدخل ضمن ترتيبات النوع الأول فقط، فيعد خطأ عمدي ؟ أم أنه يكفي للإخلال به توفر الخطأ غير عمدي ؟

تتضمن الأخطاء القصدية بحسب جسامتها كل منها : الغش وهو أعلى درجات الأخطاء العمدية، الخطأ العمدي البسيط، الخطأ غير المغتفر (التهور)، الخطأ الإرادي.¹ بينما يرى البعض الآخر أن الخطأ الإرادي يقع بين الخطأ العمد و الخطأ غير المغتفر.²

يقصد بالخطأ عمدي : " انصراف النية إلى الإضرار بالغير ".³ أي هو الامتناع عمداً عن تنفيذ الالتزام الناشئ على الوجه المتفق عليه. إذ نكون أمام انحراف واضح عن

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 103.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 201.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 200.

السلوك السوي، بحيث لا يبقى مجال للتشكيك في مسؤولية هذا الفاعل. والفرق بين الغش والخطأ العمد، هو أن الغش في نظرية الالتزام العقدي يعتبر مرادفا لاصطلاح سوء النية، أي يشترط فيه توافر قصد التضليل بالمكر والخديعة. فقواعد الأخلاق تنظر للغش على أنه عمل من أعمال الخبث والمكر.

والخطأ العمد يتفق مع الغش في إرادة الفعل وإرادة النتيجة، إلا أن الخطأ العمد لا يشترط فيه توافر قصد التضليل. فكل غش هو خطأ عمد، ولكن الخطأ العمد ليس غشا دائما.¹ والفرق بين الغش والخطأ العمد في مرحلة تنفيذ العقد مثلا هو أن يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش، أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أي تنفيذ له.² ويقصد بالأخطاء غير عمدية الأخطاء التي لا تنصرف فيها النية إلى الإضرار بالغير، فهو خطأ غير قصدي، تتضمن بحسب جسامته كل منها: الخطأ الجسيم وهو أعلى درجات الخطأ غير القصدي، ثم الخطأ اليسير ثم التافه.

أول ما يتبادر للذهن أن الخطأ الذي يشكل إخلالا بمقتضيات حسن النية هو الغش والخطأ العمدي، لكن قد يعمل المتعاقد بخلاف مقتضيات حسن النية. فيقع الضرر بالمتعاقد الآخر دون قصد الإضرار به. فتساءل الفقه إن كان ذلك يشكل خطأ في جانب المتعاقد؟ بمعنى آخر إن كان ارتكاب الأخطاء غير العمدية سيما الخطأ الجسيم من قبل أحد المتعاقدين، يشكل إخلالا بمبدأ حسن النية؟

وقد اختلف الفقه القانوني في ذلك، حيث ذهب رأي إلى ربط فكرة الخطأ بفكرة التوقع، وتبعاً لذلك توسع في الأفعال التي تعد عمدية، والأفعال التي يشكل ارتكابها أخطاء جسيمة لتوفير حماية أفضل من سوء النية (أولاً)، بينما ذهب جانب آخر إلى

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 111.

عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التصيرية، ط الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 313.

² - هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 111.

القول بأن الإخلال بمبدأ حسن النية هو خطأ إرادي يفوق الخطأ الجسيم (ثانياً)، في حين يرى إتجاه آخر أن حسن النية يقاس أيضاً بإرتكاب الخطأ الجسيم (ثالثاً).

أولاً: ربط فكرة الخطأ بفكرة التوقع

لأجل تشديد المسؤولية ربط هذا الرأي فكرة الخطأ بفكرة التوقع - فالنتيجة - . حيث يذهب هذا الجانب من الفقه القانوني إلى القول، أنه يكفي لتوفر نية الإضرار أن يكون الفاعل قد " توقع " وقت ارتكاب الفعل الضار النتائج المترتبة عليه. وقد تزعم هذه النظرية الفقيه الألماني (فون ليست - Von list)¹. وذهب أنصارها إلى أن التوقع وحده يكفي لتوافر الخطأ العمد، حتى ولو كان الدافع إلى القيام بالعمل الضار ينطوي على مصلحة شخصية له، ولا ينطوي على نية الإضرار.

ولمعرفة ما إذا كان حدوث الضرر متوقعا أم لا، فبالإمكان التمييز بين عدة فروض،

فالضرر يمكن أن يكون :

☞ مرغوبا فيه بمعنى أن محدثه كان على بينة من أنه محقق الوقوع، فواجه وقوعه بوصفه نتيجة حتمية لفعله.

☞ يمكن أن يكون محتمل الوقوع، بمعنى أن محدثه قد واجه وقوعه باعتباره نتيجة محتملة لفعله.

☞ أن لا يكون محقق الوقوع ولا محتملا وإنما ممكن الوقوع، بمعنى أن محدثه قد واجه وقوعه كنتيجة ممكنة لفعله.

- يمكن أن لا يكون متوقعا بأي حال من الأحوال.²

ففي الحالة الأولى نواجه حالي الغش والخطأ العمد. أما في الثانية فيتوافر الخطأ الجسيم، وفي الثالثة يكون الخطأ يسيرا، وفي الحالة الرابعة نكون أمام قوة قاهرة. فحيث يكون الضرر محقق الوقوع كنتيجة حتمية للامتناع عن تنفيذ الالتزام، ويعمد المدين رغم ذلك إلى الامتناع نكون بصدد الغش، وحيث يكون الضرر محتمل الوقوع، حيث يكون

¹ - رأي فون ليست Von list مشار إليه في : شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 201.

² - أنظر كل من : هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 104
عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 313

المدين قد واجه احتمال وقوع الضرر كنتيجة محتملة لفعله دون أن يكثر بذلك، نكون بصدد الخطأ الجسيم.

أما حين لا يكون الضرر محتملا وإن كان ممكن الوقوع، بمعنى أن المدين لم يتوقع وقوع الضرر، وإن كان لم يستبعد إمكان حصوله، نكون بصدد الخطأ اليسير، وحين لا يكون الضرر محتملا ولا ممكن الوقوع، بمعنى أن المدين لم يتوقع حصول الضرر، ولم يتصور كذلك إمكان حصوله، فإننا نكون بصدد القوة القاهرة.¹

وعرف الخطأ بناء على هذا الرأي بأنه " الانحراف في السلوك المقرون بتوقع الضرر "²

نقد هذا الرأي :

أنتقد هذا الرأي لاعتماده على معيار التوقع. فربط فكرة الخطأ بفكرة الضرر عن طريق توقع الضرر أمر منتقد، لأنه يستلزم أن ينسب الانحراف في السلوك إلى فاعله وفق المعيار الذاتي، فننظر إليه ونكشف عما فيه من يقظة، وما خلص من فطنة وما درج عليه من عادات. وهذا صعب المنال في أغلب الأحيان، فضلا على أنه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ومجحفة، فعندما يكون توقع الضرر لدى شخص ذي فطنة أو شخص عادي محققا أو محتملا، لا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين في الفطنة، فعندئذ يتوافر الخطأ الجسيم في جانب الفئة الأولى والثانية دون الفئة الأخيرة.

وهذا يؤدي إلى تباين في النتائج القانونية، لا سيما أن الغرض من إضفاء وصف الجسامة على الخطأ ليس إلا لتشديد المسؤولية. ففي هذه الحالة فإن الشخص دون العادي سيسأل وإن لم ينسب إليه الخطأ، وذلك وفقا للحماية الموضوعية عما يمكن توقعه

¹ - عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 313

² - رأي محي الدين إسماعيل علم الدين، يؤيده في هذا التعريف أيضا عبد المجيد الحكيم .
مشار إليه في هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 103.

من أضرار فقط. أما لو كان الشخص عادي أو حاد الذكاء، فإنه يسأل عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة.¹

لا يتلاءم هذا الاتجاه مع اتجاه فقه القانون المدني، فالقانون عندما يشترط أن يكون لدى الفاعل نية إحداث الضرر، فإنه لا يكفي لتوافر هذا الشرط أن يكون الفاعل قد توقع حدوث الضرر، فالتوقع والرغبة أو الإرادة لفظان مختلفان، لكل منهما معناه الخاص ومدلوله. فالرغبة والإرادة تدل لغة واصطلاحاً على انصراف الإرادة إلى تحقيق غرض خاص معين، وهو معنى لا يدل عليه لفظ التوقع.²

يفتقر هذا المعيار إلى الدقة فكيف نميز بين إمكان وقوع الضرر واحتمال وقوعه؟ في هذا الصدد يرى عبد الحكم فودة يرى أنه لتقدير مدى احتمال وقوع الضرر، لا يرجع إلى إرادة المدين الذاتية المحضة، لمعرفة ما إذا كان قد واجه الضرر على أنه محقق أو محتمل أو ممكن، بل يرجع إلى قاعدة مجردة (الشخص المعتاد). بالأخذ بالظروف المحيطة بالواقعة، كتكرار وقوع الضرر، أو كتنبيه المدين إلى احتمال وقوع الضرر قبل حدوثه.³

غير أن شيرزاد عزيز سليمان يذهب إلى أنه إذا كان إمكان الوقوع، سيعتمد معيار الشخص المعتاد، لكن احتمال الوقوع يختلف من شخص لآخر، ويؤيد هذا الرأي لمنطقيته، لأن الاحتمالية تدخل في إدراكات النفس وتوقعات العقل، وهو ليس سويًا لدى جميع الناس، مما يستلزم الأخذ بالمعيار الذاتي أو الشخصي. ولا يخفى ما سياتر من نتائج غير صائبة لو أخذ بذلك المعيار نتيجة التلاعب والتحايل التي يمكن أن يمارسها

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 103.

² - لاقى هذا المعيار رواجاً وتأيداً في مجال القانون الجنائي، إلا أنه لم يلاق مثل هذا النجاح في إطار القانون الخاص.

شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 202.

³ - عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 313.

المتعسف على القاضي، كأن يأخذ مظهرها يدل على حسن نيته للتخلص من وطأة المسؤولية.¹

ثانياً: اعتبار الإخلال بمبدأ حسن النية خطأ إرادي

يرى شيرزاد عزيز سليمان أن الإخلال بمقتضيات حسن النية هو خطأ إرادي²، وليس من الضروري أن يكون عمدياً أي متضمناً قصد الإضرار بالطرف المقابل، وقد أخذ بهذا النوع الأخير من الأخطاء التشريع الفرنسي في المادة 452-1³ من المرسوم المتعلق بقانون الضمان الاجتماعي، كما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 45 من قانون 15/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي⁴. غير أنه لم يعرّف المقصود بالتسمية.

على أن ما هو مستقر عليه فقها وقضاء، هو أن الخطأ غير المغتفر هو خطأ ذي جسامه غير عادية. يصدر إما على شكل فعل أو على شكل امتناع إرادي مع إدراك الفاعل لنتائج هذا الفعل أو الامتناع، وانتفاء كل سبب يبرر ذلك. وهو يتميز عن الخطأ العمد بانتفاء القصد.

فالخطأ غير المغتفر ليس من الضروري لحدوثه، توافر علم الفاعل بما يترتب على الفعل أو الترك، وإنما يكفي بأن يكون قد تبادر بخلد مرتكبه، إمكان وقوع الخطر الذي استخدم إرادته في توقيعه. إذ يتطلب الخطأ العمد انصراف الإرادة إلى إحداث الفعل الضار، وانصراف النية إلى إحداث النتيجة الضارة. بينما الخطأ الذي لا يغتفر هو خطأ لا

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 104.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، 201.

³ - ART 452-1 Décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985 relatif au code de la sécurité sociale « Lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire dans les conditions définies aux articles suivants ».

⁴ - ج ر عدد 28، صادر في 1983/07/05.

ينصرف نية فاعله إلى إحداث النتائج الضارة، ولكنه يتسم بقدر من الجسامة يفوق الخطأ الجسيم¹.

والخطأ الإرادي يختلف عن الخطأ غير المغتفر، في أنه ليس بالضرورة أن يكون خطأ جسيماً. فقد يكون غير جسيم أو حتى تافه. كما أنه يختلف عن الخطأ العمدي، فالخطأ الإرادي لا يستلزم سوى انصراف النية إلى إحداث الفعل الضار، دون أن تتطلب انصراف النية إلى إحداث النتيجة الضارة. بل أنها حدثت عن الفعل كنتيجة محتملة له، ولم تدخل في قصد الفاعل وتقديره. ويقول (رواست Rouast) إذا قصد مرتكب الخطأ إحداث النتائج التي تنجم عنه، كان الخطأ عمدي. أما إذا كان مرتكب الخطأ يستطيع إدراك جسامة النتائج التي تنجم عنه، كان الخطأ إرادي، على الرغم من أن هذه النتائج لم تكن هي الدافع إلى ارتكاب هذا الخطأ.²

غير أن محكمة النقض الفرنسية تبنت مفهوماً آخر لفكرة الخطأ غير المغتفر، حيث إشتطت أن يتوافر العلم بالفعل، ما يؤدي إلى صعوبة التفرقة بينه وبين الخطأ الإرادي الذي يعتبره شيرزاد عزيز سليمان خطأ إرادي متميز عن الخطأ غير المغتفر. حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2002/02/28 للقول أن: "إن صاحب العمل ملزم بتوفير الأمن كالتزام بنتيجة تجاه الأجير، لاسيما فيما يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية التي تسببها المنتوجات المصنعة أو المستعملة من طرف المقاول. إن التقصير وعدم التقيد بهذا الإلتزام يأخذ طابع الخطأ غير المغتفر، عندما يكون صاحب العمل عالماً أو

¹ - حيث قضت الدوائر المجتمعة بمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 15 يوليو 1941، بأن الخطأ غير المغتفر ذلك الخطأ الذي يبلغ من الجسامة حداً غير عادي، وينجم عن فعل أو ترك إرادي. مع انعدام أية دواع تبرره وهذا الخطأ تنعدم فيه نية الإضرار، وهذا ما يميزه عن الخطأ العمدي الذي يتطلب توافر نية الإضرار. من ثم الخطأ الذي لا يغتفر من جانب رب العمل، ليس معناه ما يكون قد صدر منه من إهمال ولو كان جسيماً، وما بدا منه بإغفاله الاحتياطات الواجبة لكفالة السلامة، إنما هو ذلك التهاون المطلق وعدم المبالاة بما يوحى من التعويض للخطر، بنحو تنعدم فيه أية دواع لوقوعه أو ما يبرر ذلك السلوك.

عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص 19.

² - رأي Rouast مشار إليه في: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، 203.

من المفروض أن يكون عالماً، أو واعياً بالخطر الذي كان يتعرض له الأجير، ولم يتخذ مع ذلك التدابير الضرورية لحمايته".¹

هذا وتساءل عن الفرق بين الخطأ الجسيم والخطأ الإرادي الذي يعد ارتكابه إخلالاً بمقتضيات حسن النية حسب هذا الرأي ؟

الخطأ الجسيم هو نوع من أنواع خطأ الإهمال، وخطأ الإهمال من حيث ترتب نتائجه قد يكون جسيماً وقد يكون يسيراً، فهو خطأ غير قصدي يرتكبه صاحبه إما لسوء تقديره للأمر، أو لسوء اختياره للاتجاه الصحيح في تنفيذ التزامه². فلا تنصرف الإرادة في ارتكاب الخطأ الجسيم إلى إحداث النتيجة، التي خلصت وهي تضرر الغير، ولا إلى إحداث الفعل أيضاً. بل أن الفعل يكون واقعا نتيجة لخطأ فادح غير مقصود، فهو نوع من خطأ الإهمال من حيث ترتب النتائج عليه. ويعني عدم بذل العناية والحيلة في شؤون الغير، بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه. فيمتاز بصفتين أنه خطأ فادح ولكنه غير قصدي.

كذلك الخطأ الإرادي يخلو أيضاً من معنى الغش، غير أنه يختلف عن الخطأ الجسيم في أن الخطأ الإرادي، الإرادة تتجه فيه إلى إحداث الفعل، ولكن لا تتجه إلى إحداث النتيجة، إذ أن الفعل يأتي متوافقاً مع الإرادة ولكن النتيجة لا تأتي كذلك.³

ثالثاً: عدم إمكانية استبعاد فكرة الخطأ الجسيم

إن كان الفقه والقضاء المقارن ليس مجعاً على أن الخطأ الجسيم يشكل إخلالاً بمقتضيات حسن النية، إلا أنه لا يمكن إغفال أهمية الخطأ الجسيم. إذ أن قصد الإضرار الذي هو العنصر الجوهرى المميز للخطأ القسدي يمكن استنتاجه في كثير من الأحوال

¹ - Cass.sos.28 /02/2002.

مقتبس عن : فليب لوتورنو، ترجمة العيد سعدي، المسؤولية المدنية المهنية، ITCIS، الجزائر، 2010، ص 23.

² - هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 106.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 206.

من مدى جسامته الخطأ.¹ إذ يدخل الخطأ الجسمي في عداد الخطأ العمدي، إلا إذا أثبت المسؤول انعدام نية الاضرار لديه. وعلى هذا الإعتبار يكون المعيار في الخطأ العمدي شخصياً، يبحث فيه عن إرادة الفاعل ونيته في إحداث الضرر. كما يقاس أيضاً ما وقع من إخلال في ذاته، بالمقياس المادي الموضوعي.²

وقد أشرنا في دراستنا سابقاً إلى أن حسن النية يقاس بمعياريين، شخصي وآخر موضوعي، فالمتعاقد قد يكون مخلاً بمقتضيات حسن النية بالمعيار الذاتي المتمثل بانصراف إرادته إلى الإضرار بالغير، وهذا ما يسمى في اصطلاح الفقهاء بسوء النية والخطأ في هذه الحالة عمدي كحالات اللجوء إلى الاستغلال والتدليس والغبن مع التغيرير الإكراه، وغيرها من الحالات التي تنصرف فيها نية الشخص إلى الإضرار بالغير، أي بمصالح الطرف الآخر ترجيحاً لمصلحته، أو لباعث آخر كالمساس بسمعته أو إضعاف مركزه الاقتصادي.³ أو حتى انصراف إرادته إلى الفعل دون النتيجة أي ما يسمى بالخطأ الإرادي، إلا أنه يسأل بالمعيار الموضوعي والذي هو معيار الرجل المعتاد.

فالضرورات العملية استحدثت هذا المعيار، لأن حسن النية أمر شخصي من حيث الطبيعة، ويستوجب الدخول في مكانن نفس الإنسان، الذي يُدعى قبله بأنه أخل بحسن النية. لذلك وتيسيراً للإثبات وتحقيقاً للعدالة، يستدل على وجود الخطأ المرتب للإخلال بمقتضيات حسن النية من خلال تلمس وجود الخطأ الجسمي.⁴

ومن اللافت في هذا المقام أنه بالرغم من أن الخطأ الجسمي يعد من الأخطاء غير العمدية، نجد أن المشرع في كثير من الحالات ألحقه من حيث الآثار بالغش، الذي يعد ذروة الأخطاء العمدية. بل أن المشرع إعتبر خطأ المدين الجسمي قرينة واضحة على سوء

¹ - المرجع نفسه، ص 205

² - عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص 14.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 201

⁴ - المرجع نفسه، ص 106

النية، فساوى بينه وبين الغش الصادر عن المدين ورتب أحكاماً خاصة على سوء نيته. ذلك أن التشريعات المدنية الحديثة تمسكت بفكرة الخطأ الجسيم وأعطته ميداناً واسعاً في التطبيق، باعتباره مظهراً لحماية القاعدة الأخلاقية في إطار المسؤولية المدنية، فأرست مبدأ الربط بين الخطأ الموصوف والتعويض الكامل عن الضرر.

إذ يرى كاربوني¹ أن الخطأ الجسيم، وإن كانت لا توجد فيه نية أو قصد التضليل ولا سوء النية، لكن سوء التصرف وكأنه يرتكبه عن قصد. ويضيف عبد الجبار ناجي الملا صالح² أنه وإن كان سوء النية يطبع الخطأ بالعمدية، فإن انتفاء الخطأ العمدي لا يكفي للقول بتوفر حسن النية المطلق، إذا كان الشخص الذي يجري التساؤل عن سلوكه قد اتصف بالإهمال في علاقته مع الغير والذي أضر بهذا الأخير، وأن المبدأ ما دام يفرض سلوكاً يقضاه فهذا يعني أو يفيد تجنب الإهمال بشتى أنواعه.

الفقرة الثانية:

حسن النية وتوسيع قرينة الغش

ساوى المشرع بين الغش والخطأ الجسيم من حيث الأثر وطبق عليهما أحكاماً مشتركة، فاعتبر المدين المرتكب لخطئ جسيم سبب النية، لأن ارتكاب مثل هذا الخطأ دليل أو قرينة واضحة على سوء نيته، في الإضرار بالمتعاقد الآخر الدائن بالالتزام. من ثم فإنه لا يستحق الحماية، حاله حال المدين الذي ارتكب غشاً، في حالات نذكرها:

-التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة، وهذا حسب ما جاء في

فقوى المادة 182 / 2 ق م المقابلة للمادة 2/221 ق م م حيث جاء فيها: "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 التعاقد. " ما يعني بمفهوم المخالفة أن

¹ - رأي كاربوني مشار إليه في : فليب لوتورنو، ترجمة العيد سعادة، المرجع السابق، ص 25.

² - عبد الجبار ناجي الملا صالح، المرجع السابق، ص 136.

المدين الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيماً، يعوّض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة.¹

ذلك أن قواعد العدالة والمنطق القانوني، تقتضيان عدم التخفيف والتهاون مع أشخاص تصرفوا في ظل النطاق العقدي، بنية التضليل بالمتعاقد الآخر والحاق الضرر به. ويظهر ذلك في إلزام المتعاقد الذي صدر منه غش بتعويض كافة الأضرار الناتجة، حتى منها ما لم يتوقعه عند إبرام العقد. ومن ثم تمكين المتعاقد المتضرر، من سوء نية الطرف الآخر، من الحصول على حقه كاملاً، دون الإكتفاء بالضرر المتوقع. وهو ما اعتد به المشرع الجزائري صراحة.

وقد أشار المشرع الفرنسي من خلال المادة 1231-3² إلى أن الدائن لا يضمن إلا الأضرار التي حصلت فعلاً أو التي نص عليها العقد أي الأضرار المتوقعة، وتضيف المادة 1231-4 ق م ف³. أنه في حالة ارتكاب خطأ جسيم أو غش فإنه لا يتم التعويض إلا عن الأضرار الفورية والمباشرة لعدم التنفيذ.

-امتناع إهمال المدين في حالة ارتكابه غشا أو خطأ جسيماً، لأن نظرة الميسرة تمنح للمدين حسن النية عاثر الحظ. أما المدين سيء النية والذي يماطل بأعدار واهية أو يهمل في تنفيذه للالتزام إهمالاً جسيماً، لا يمنح له أجل للوفاء بالتزامه. لأن القاضي في سلطته

¹ - إن الأثر المترتب في حالة ارتكاب الغش أو الخطأ الجسيم، يقتصر على مدّ نطاق التعويض دون إشارة من المشرع إلى إحلال قواعد المسؤولية التصيرية محل العقدية، ويضيف مُجدّ سليمان الأحمد بأنه لا مبرر مقنع لإحلال قواعد المسؤولية التصيرية، في هذه الحالة محل قواعد المسؤولية العقدية، إذ ليس من المعقول أن يكافئ المخل بالتزام عقدي، فيما لو تجاوزت جسامته خطئه إلى الغش أو حتى إلى الخطأ الجسيم، بأن يتم زيادة ثقل عبء الإثبات على عاتق الطرف المقابل المتضرر المخدوع.

هلدير أسعد أحمد، تقديم مُجدّ سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 436

² - ART 1231-3 C.civ.F « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »

³ - ART 1231-4 C.civ.F : « Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution ».

التقديرية يأخذ بعين الاعتبار نية المدين الحسنة فيمنحه أجلاً وإلا فلا، إذا ثبت أن نية المدين سيئة.¹

-بطلان الاتفاق على إعفاء المدين عن غشه أو خطئه الجسيم، حيث أجازت المادة 178 ق م ج الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية، ما لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً. ما عدى شرط الاعفاء من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم، التي يرتكبها أشخاص يستخدمهم المدين حيث يبقى الشرط صحيحاً.

عدم جواز التأمين من المسؤولية الناجمة عن الغش الصادر من المؤمن له، وعدم جواز التأمين من الخطأ الجسيم طبقاً للمادة 102 من قانون التأمينات رقم 95-07، وهذا بخلاف حالة ما إذا ارتكب المدين خطأً غير عمدي، حيث يلتزم المؤمن بتأمين الخسائر والأضرار التي تلحق المؤمن له، وهذا حسب المادة 12 من نفس القانون السالف الذكر. ومن المنطقي إقرار قاعدة تقضي بعدم جواز التأمين ضد الأخطار الناشئة عن الغش أو الخطأ الجسيم، بل واعتباره من النظام العام أيضاً، ومفاد ذلك أنه لا يجوز للمؤمن له أن يؤمن نفسه من خطر يستطيع تحقيقه بمحض إرادته. فيكفي أن يحققه حتى يستحق مبلغ التعويض في أي وقت شاء، وليس هذا فقط إذ أنه من جهة أخرى فإن نظام التأمين من المسؤولية، نظام يتشابه مع بطلان الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية، إذا كان ناجماً عن الغش أو الخطأ الجسيم.

غير أن البعض يرى أنه في حالة ارتكاب المؤمن له خطأً جسيماً، فإنه لا يقصد تحقيق الخطر ذاته. فتحقيق الخطر حصل نتيجة عوامل أخرى غير إرادة المؤمن له المحضة، ومن ثم لا يخل بمبدأ عدم جواز تعلق الخطر على محض إرادة المؤمن له. ومن ثم لا يستتبع حرمانه من التعويض. فالغش وحده يلغي عنصر الإحتمال من الحادثة المؤمن ضدها.²

-بقاء المدين مسؤولاً عن غشه أو خطئه الجسيم حتى ولو كان التزامه ببذل عناية في الالتزام بالقيام بعمل، فقد ورد في المادة 172 ق م ج "في الالتزام بعمل، إذا كان

¹ - هاديير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 434.

² - المرجع نفسه، ص 432.

المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن 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 خطئه الجسيم".

من الأحكام المشتركة أيضاً بين الغش والخطأ الجسيم، جواز مطالبة المدين الذي ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي، وهذا بحسب ما جاء في المادة 185 ق م ج: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً". فالأصل هو عدم جواز مطالبة الدائن بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي، ولو جاوز الضرر المبلغ المعين في الاتفاق وذلك اعمالاً للقاعدة العامة في أثر القوة الملزمة للعقد، ما عدى في حالة ارتكاب غش أو خطأً جسيماً من قبل المدين¹.

أما عن المشرع الفرنسي فقد أشرنا سابقاً في المادة 1231-4 ق م ف إلى أن المدين لا يضمن إلا الأضرار التي ترتبت عن عدم التنفيذ أي المتوقعة، ماعدى في حالة ارتكاب المدين خطأً جسيماً أو غشاً و في جميع الحالات يعوض فقط عن الضرر المباشر دون الأضرار غير المباشرة.

والحقيقة أن الغش والخطأ الجسيم يختلطان في العمل، فتصعب التفرقة بينهما، كما أنه يتعذر معرفة نية الفاعل، لذا نجد أن المشرع شدد من مسؤولية الفاعل في حال ارتكابه خطأً جسيماً، وطبق أحكاماً مشتركة بين من صدر منه الخطأ الجسيم ومن صدر عنه غش. وقد ظهرت عدة اتجاهات تبرر الموقف الذي اتخذته التشريعات في هذا الصدد. فذهب جانب² لتبرير ذلك الموقف بإرجاعه إلى القاعدة الرومانية "الأصل أن

¹ وبينما أشار المشرع الجزائري أشار إلى الغش والخطأ الجسيم في هذه المادة نجد أنه أشار في المادة 372 ق م ج إلى التديس والخطأ الجسيم.

² رأي حسن علي الذنوب مشار إليه في: هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 107

الخطأ الجسمي يعادل الغش"، واتجاه ثان¹ يؤيد التشابه بين الغش والخطأ الجسمي عن طريق الافتراض القابل لإثبات العكس، واتجاه ثالث وأخير والذي يبدو أنه الاتجاه المسلم به من قبل غالبية الفقهاء، فلا يؤيد التشابه بينهما إلا من حيث الآثار، مقرا في الوقت ذاته بوجود تمايز بينهما من حيث الطبيعة والصفات وهو الاتجاه المسلم به عند غالبية الفقه².

في حين يرى هلاير أسعد أحمد³ أنه من غير المعقول أن يكونا مختلفين في الطبيعة والصفات، وفي الوقت ذاته يتعدلان في الآثار، لدى يرى أن الحالات التي يشترك فيها الخطأ الجسمي مع الغش من حيث الآثار، هي حالات يكفي فيها توفر الخطأ الجسمي كحد أدنى لترتيب المسؤولية، وبالتالي النتائج القانونية التي تتمخض عنها، لذلك هي حالات لا تستدعي بالضرورة توافر الغش، بل أدنى ما تتطلبه تلك الحالات من درجات الخطأ، الخطأ الجسمي.

¹ - رأي عبد الحميد عامر، إسماعيل غانم مشار إليه في: هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص

107

² - رأي مُحمَّد إبراهيم الدسوقي مشار إليه في هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 107

³ - هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 107

الفصل الثاني

أثر حسن النية

المساكنة في العقد

انطلاقاً من وظيفة المبدأ المتمثلة في حماية المتعامل متى كان حسن النية، ضماناً لاستقرار المعاملات. تتحدد آثاره سواء بالأخذ بنظرية الأوضاع الظاهرة، أو الأخذ بعين الاعتبار حسن نية المشتري في رجوعه بالضمان، فإما أن أثره ينصرف إلى:

☞ حماية الغير لانخداعه بوضع ظاهر مخالف للحقيقة القانونية، والذي قد يكون مركزه ناشئاً بصورة صحيحة وفقاً لأحكام القانون، فيتم الاعتداد بهذا المركز بصورة استثنائية، ضماناً لاستقرار المعاملات لثقة الغير في صحة هذا الوضع الظاهر.¹

ونطاق التعامل بين صاحب الظاهر والغير أمر تتعدد فيه الفروض، سواء في إطار قواعد الحيازة، الوكالة الظاهرة، وحتى في العقد السوري، إلا أن العلاقة بين صاحب الحق الذي تعامل صاحب الظاهر بدلاً منه، مع الغير المراد حمايته نظراً لثبوت حسن النية في جانبه ليست علاقة عقدية. وهذا ما سنوضحه تباعاً.

لدى السؤال المطروح هو: ما هو أثر حسن النية في الأوضاع الظاهر على نظرية العقد؟ فعنوناً (المبحث الأول) أثر حسن النية في الأوضاع الظاهرة.

☞ و إما أن أثر حسن النية ينصرف إلى الضمان المفروض على البائع، حيث يرتب أثراً يختلف باختلاف حسن نية المشتري أو سوء نيته، أي علمه أو عدم علمه بأسباب الضمان. فهل أن العلم بوجود سبب من أسباب الضمان يشكل قرينة على سوء النية؟، وإن كان كذلك فهل أن استطاعة العلم في جانب المشتري تفيد سوء النية. ومن ثم يتحمل نتائج إهماله في فحص المبيع؟

نحاول الإجابة عن هذه التساؤلات في (المبحث الثاني) حيث عنوانه كالآتي: أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 457.

المبحث الأول: أثر مبدأ حسن النية في الأوضاع الظاهرة¹

الأصل أن القانون يحمي الأوضاع المتفككة مع صحيح حكمه، غير أنه قد يخرج على هذه القاعدة في حالات معينة، حماية لوضع فعلي مخالف للحقيقة القانونية. تلك الحقيقة التي يقرها القانون ويحميها، على سبيل الاستثناء حماية للمتعامل حسن النية. وهذا ما يسمى بالوضع الظاهر الذي يعدّ الأخذ به ضرورة تملّحها اعتبارات العدالة، وحماية مصلحة التعامل.

وقد كان للفقه الفرنسي أكبر الأثر في الأخذ بالظاهر كمصدر للحق.² وفي صياغة هذه النظرية وفي تطويرها، وإبراز مكانتها ودورها في استقرار المعاملات. وفي إنارة السبيل للقضاء للأخذ بها وتطبيقها في مواضع متعددة مثل: الوارث الظاهر،³ المالك الظاهر، والوكيل الظاهر.⁴ إذ تهدف هذه النظرية إلى حماية الغير حسن النية، المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر. لذا تثور إشكالية حول علاقة المبدأ بهذه النظرية وأثر ذلك

¹ - إبراهيم محمود المبيضين، نظرية الظاهر بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 3، العراق، ع 5، 2013، ص 312.

الواقع أن نظرية الظاهر ليست وليدة أمس، أو كما قال البعض بأنها نظرية فقهية وقضائية تعود نشأتها إلى نهاية القرن 19 ومطلع القرن 20. بل هي نظرية متجددة في القدم فقد طبقتها الرومان، حيث صاغوا القاعدة الشهيرة التي تفيد بأن الغلط الشائع يولد الحق، وعنه انتقلت هذه النظرية إلى الفقه الفرنسي، حيث صاغها الفقيه مازوا واعتبرها الأساس القانوني الوحيد لنظرية الظاهر.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 218.

الوضع الظاهر لا ينحصر مجاله في نوع معين من المراكز دون غيرها، أي مركز سواء كان حقا أو ولاية أو سلطة يمنح امتيازات ومكنا، فإن حازها ذو صفة كنا بصدد مركز قانوني، وإن حازها مغتصب أو على الأقل غير ذي صفة كنا بصدد وضع ظاهر

³ - الوارث الظاهر هو وارث يجوز التركة بعد موت مورثه، بناء على سند يخوله صفة التظاهر بأنه الوارث الحقيقي، بينما هو مجرد وارث ظاهر لوجود وصية لاحقة مثلا تبطل وصيته، أو لظهور وارث حقيقي بعد مضي فترة من الزمن، اعتقد فيها الجميع بأن الوارث الظاهر هو الوارث الحقيقي، وتعاملوا معه على هذا الأساس. حيث حكم القضاء في كثير من الأحيان بإقرار صحة التصرفات التي يبرمها الوارث الظاهر مع الغير حسن النية. إبراهيم محمود المبيضين، المرجع السابق، ص 313.

⁴ - إبراهيم محمود المبيضين، المرجع السابق، ص 303.

يؤخذ بنظرية الأوضاع الظاهرة أيضا بخصوص الأوراق التجارية، والشركة الفعلية والموظف الفعلي. فحامل الورقة التجارية ينتقل إليه الحق المثبت فيها مجردا عن السبب الذي يربط الأطراف ذوي العلاقة الأصلية. كما تعد نظرية الموظف الفعلي نظرية من خلق الاجتهاد القضائي، الذي طبقها من أجل سير المرافق العامة. أما بشأن الشركة الفعلية فالاعتراف بوجودها هو لأجل ترتيب آثارها القانونية في مواجهة الغير حسن النية، رغم عيب البطلان الذي يشوبها وذلك تعطيلاً لمبدأ الأثر الرجعي للبطلان.

على نظرية العقد، هل أنها ليست سوى تطبيق لمبدأ حسن النية، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه¹؟ (المطلب الأول)

ولأن العلاقة بين المبدأ ونظرية الأوضاع الظاهرة وأثره على نظرية العقد، تتضح بشكل خاص في الوكالة الظاهرة. فقد حاولنا بناء على ذلك بحث أثر حسن النية في الوكالة الظاهرة، كتطبيق من تطبيقات الوضع الظاهر (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مضمون النظرية وعلاقتها بمبدأ حسن النية

اعتد المشرع بالوضع الظاهر لاعتبارات توجهها العدالة واستقرار المعاملات. ومؤدى ذلك أنه تنقرر الحماية للغير حسن النية إذا أبرم عقداً مع آخر، يظهر بصفته صاحب الحق، وكان صاحب الحق الأصلي قد أسهم بخطئه سلبيًا أو إيجابًا، في ظهور المتصرف أي المتعاقد مع الغير بمظهر صاحبه. وكانت الشواهد المحيطة بهذا المركز، من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة.

ولأن نظرية الأوضاع الظاهرة تتسم بغموضها نوعاً ما، فإنه يتعين بداية تحديد مضمون تلك النظرية (الفرع الأول)، ثم وتباعاً بحثنا مبدأ حسن النية كشرط للأخذ بالظاهر وأساس الظاهر (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مضمون نظرية الأوضاع الظاهرة

تثير نظرية الأوضاع الظاهرة تنازعا بين صاحب الحق، الذي يتميز مركزه بأنه قانوني، وبين الغير حسن النية الذي أبرم تصرفاً مع صاحب الظاهر، لم يكن لصاحب الحق أي يد في نشأته، أي لا دخل لإرادته في نشأته. فمن جهة أن الغير حسن النية، ومن جهة أخرى أن مركز صاحب الحق قانوني، مع ذلك تمنح الحماية لهذا الغير. فما

¹ - عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط الأولى، مطبعة اليرموك، بغداد 1984، ص 132.

المقصود بالأوضاع الظاهرة التي تقرر حماية استثنائية للغير متى كان حسن النية؟ (الفقرة الأولى). وما هي الحالات التي اعتد فيها المشرع بالأوضاع الظاهرة؟ (الفقرة الثانية). لأن استقرار المعاملات الذي يبرر الأخذ بالنظرية، لا يمكن الأخذ به بشكل مطلق، إنما على سبيل الاستثناء.

الفقرة الأولى:

تعريف الأوضاع الظاهرة

يعرّف الظاهر بأنه حياة صفة بغير أساس من القانون. كما يعرفه البعض بأنه كل حالة أو وضعية ظاهرة، ولكنها مخالفة للحقيقة القانونية، جعلت الغير حسن النية يعتقد بمطابقة الحالة الظاهرة للحالة القانونية، مما يرتب آثاره القانونية لمصلحة هذا الغير. كما يعرفه آخرون بأنه المحسوس المخالف للحقيقة، والذي يوهم الغير بأن مركز يحميه القانون.³ والأوضاع الظاهرة تؤدي إلى تنازع بين حكم القانون والواقع المستقر، ولا يقصد بالتنازع الموجود المواجهة بين صاحب الظاهر وبين صاحب الحق، بل يقصد به التنازع الذي يقوم بين صاحب الحق من جهة، وبين الغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب الظاهر من جهة أخرى.⁴

إن الوضع الظاهر هو حياة الشخص لمركز ليس له، بمعنى أنه غير ذي صفة في حياة هذا المركز.⁵ أي هو وجود مركز على الساحة القانونية بطريقة غير صحيحة، تدعوا اعتبارات الأمن والاستقرار القانوني إلى ترتيب الآثار الصحيحة عليه.⁶ فيقوم تنازع بين

¹ - فتيحة قرة، الأوضاع الظاهرة، نظرية قضائية مستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 13

أنظر أيضا: نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 34.

² - ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق والشريعة، مجلة دورية تصدرها جامعة الكويت،

كلية الحقوق والشريعة، ع الأول، يناير، 1980، ص 45

³ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 34.

⁴ - شريزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 219.

⁵ - المرجع نفسه، ص 219.

⁶ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 34.

مظهرين، فهو تارة تنازع بين حق صاحب الحق المستند إلى مركز قانوني، وحق الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي كالحيازة بحسن نية، وتارة أخرى تنازع بين مركز صاحب الحق القانوني، ومركز الغير حسن النية القانوني أيضا وفي كلتا الحالتين تنازع بين مركز قانوني ومركز فعلي (قد يكون قانوني أو واقعي)¹. لأن للوضع الظاهر مصدرين، إما أن يكون مصدره العمل القانوني الوهمي، الذي يدفع الغير إلى الاعتقاد بوجود ذلك التصرف، حقيقة كالعقد الصوري، وإما مصدره الحالة الواقعية كالشركة الفعلية والوكالة الظاهرة.

وصاحب المركز الفعلي ليس حتما سيئ النية، ففي كثير من الأحيان هو بالقطع حسن النية، أي يعتقد بأن الوضع الظاهر هو عين الحقيقة. هذه الحالة القانونية الظاهرة قد تدفعه إلى التعاقد، مما يرتب آثارا لمصلحة هذا الغير حماية للثقة المشروعة، وتوخيا لمبدأ استقرار المعاملات الذي يجب أن يسود.² ذلك أن الغير الذي تلقى حقا من صاحب الوضع الظاهر تكون إرادته مشروعة، أي أن الظاهر يوحي بالثقة المشروعة أي المقبولة موضوعيا، التي ينخدع بها الرجل العادي.³

فيؤدي تطبيق هذه النظرية عندئذ إلى سريان آثار التصرف، الذي كان الغير حسن النية طرفا فيه في مواجهة صاحب الحق، على الرغم من كونه أجنبيا عنه أو لم تتجه إليه إرادته الحقيقية. لأن إقدام الشخص على إبرام تصرف قانوني مع صاحب الوضع الظاهر، رغم العلم بانعدام صفته يفيد أنه سيئ النية. ويرتب الوضع الظاهر إكتساب الغير للحق، الذي يكون إما ملكية أو إجارة أو براءة ذمة، من دين معين أو غيره من الحقوق المكتسبة.⁴ لأن الهدف من الوضع الظاهر هو حماية مركز الغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب الظاهر، الذي تدعو اعتبارات العدالة والاستقرار القانوني لحماية مركزه.

¹ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 59.

² - إبراهيم محمود المبيضين، المرجع السابق، ص 203

³ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 18.

⁴ - المرجع نفسه، ص 163

من ثم فإن الوضع الظاهر يولد لدى الغير اعتقاداً شائعاً بقانونية مركز صاحبه، بسبب الظروف والمؤثرات الخارجية المحيطة به. مما يجعل الغير حسن النية ومن ثم يستحق الحماية لانخداعه بالوضع الظاهر. فالوضع الظاهر يثمر علاقة ثلاثية الأشخاص بين صاحب الحق، وهو صاحب المركز القانوني الذي يتفق مع حدود القانون، وصاحب الظاهر وهو الشخص الذي تصرف في هذا الحق باعتباره صاحب مركز فعلي، والغير وهو المتعامل حسن النية مع صاحب الظاهر، وكأن هذا الأخير هو صاحب حق بعد تيقنه بقانونية مركزه.¹

بناء على ذلك فإن نظرية الظاهر تقوم بتصحيح تصرفات كان يجب أن تبطل، فهي مقيّدة النطاق بقيود من شأنها تحقيق التوازن، بين مصلحة الغير حسن النية وبين مصلحة صاحب الحق الجديرة بالحماية. وتمثل تلك القيود في قيد موضوعي، يتعلق بطبيعة التصرف المبرم بين الغير وصاحب الظاهر، حيث يجب أن يكون تصرف بعوض لكي يتمتع الغير بحماية القانون، وبشرط أن لا يكون الغير سيئ النية أي يعلم بحقيقة الوضع.² وقيد تنسيقي يتعلق بانتفاء أي خطأ أو إهمال، أو عدم الاحتياط في جانب الغير، وهو ما ينطوي تحت معنى الغلط المشروع. إذ يجب أن يثبت الغير أنه بذل الحرص المطلوب، الذي يبذله الرجل المعتاد في مثل ظروفه ومن نفس طائفته حتى يكون جديراً بالحماية.³

¹ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 12.

² - المرجع نفسه، ص 52.

حيث تخرج التصرفات التبرعية من نطاق الحماية المقررة بموجب نظرية الظاهر، إذ لا محل لإضفاء الحماية على من يكتسب حقاً بغير مقابل.

³ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 52.

هذا وأن نظرية الظاهر لا تصح سوى عيب انعدام صفة المتصرف، حيث يعتبر الحائز بمثابة المالك والوكيل الظاهر وكيلا حقيقة والوارث الظاهر بمثابة الوارث الحقيقي. أما العيوب الأخرى مثل انعدام الرضا وعبوبه وانعدام المحل أو السبب أو عدم مشروعيتها، فهي تخضع للقواعد العامة التي تقضي بالبطال بحسب الأحوال.

نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 52.

والغير المقصود بالحماية طبقا لنظرية الأوضاع الظاهرة، هو الشخص الأجنبي عن الظاهر. أي الذي لم يقم ولم يساهم في وجوده واستقراره وليس خلفا عاما. وهو في الوقت ذاته قد تعامل مع صاحب الوضع الظاهر بصفته الظاهرة، وبقصد الحصول على حق أو ميزة. أي هو كل من يتعامل معه ويكون أجنبيا عنه، ولم يساهم في الوضع الظاهر، وانتقل إليه الحق من صاحب الظاهر بناء على اعتقاد مشروع منه بقانونية مركز صاحب الظاهر، فيكون جديرا بالحماية بشرط حسن نيته في مواجهة صاحب الحق، الذي يتمسك بعدم نفاذ التصرف المبرم بين هذا الغير حسن النية وصاحب الظاهر.¹

على أن العلاقة بين صاحب الظاهر والغير، لا يعد فيها هذا الأخير غيرا بل طرفا فيها، من حيث التصرف المبرم بينهما. فهي علاقة تعاقدية تخضع لنسبية العقود، والنسبية تعني أن للعقد الصحيح قوة تلزم أطرافه فقط دون غيرهم، حيث أن العقد يستمد قوته من إرادة أطرافه وليس من القانون. وبالتالي لا يستطيع المتصرف إليه المتعامل مع صاحب الظاهر، أن يحتج بحسن نيته لتنفيذ العقد المبرم بينهما، بالرغم من بطلانه أو قابليته للبطلان لأي سبب من أسباب ذلك. فإذا شاب التصرف المبرم بينهما أي عيب من عيوب الأهلية أو الرضا أو غيره بصفة عامة، فله أن يتمسك بإبطال التصرف لما شابه من عيب.

إذ لا يستطيع الغير أن يستند إلى الوضع الظاهر لتحسين هذا التصرف الباطل. حيث أنه يقتصر دور الظاهر على تحسين التصرف الصادر من صاحب الظاهر، ضد عيب انعدام صفته في التعامل، وليس ضد أي عيب آخر. وبالتالي إذا تمسك الغير بالوضع الظاهر، يسقط حقه في التمسك بإبطال التصرف لما شابه من عيب،²

¹ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 94.

² - المرجع نفسه، ص 95.

والأثر الوحيد للوضع الظاهر هو تصحيح تصرف غير صحيح، تصرف كان يجب أن يبطل لصدوره عن غير ذي صفة في التعامل.

الفقرة الثانية:

الحالات التي اعتد فيها المشرع بالأوضاع الظاهرة

لأن هذه النظرية تثير إشكالية التنازع بين القانون والواقع المستقر، فهي لا تعد قاعدة عامة في القانون المدني، وإنما أدرجها المشرع في بعض الحالات على سبيل الاستثناء،¹ نذكر منها:

في الصورية المادة تجيز المادة 198 ق م ج المقابلة للمادة 244 ق م م لأي من دائني المتعاقدين أو كلاهما، وللخلف الخاص أن يتمسكوا بالعقد الصوري متى كان هؤلاء حسني النية. إذ للغير حسن النية حق التمسك بالعقد الظاهر (الصوري)، إذا كان يحقق لهم مصلحة في ذلك. على أنه يشترط بأن يكونوا حسني النية، لا يعلمون بأن هذا العقد صوري. فراعى المشرع مصلحة الطائفة التي تتمسك بالعقد الظاهر لضمان استقرار المعاملات، ورعاية الغير حسن النية الذي اطمأن إلى العقد الظاهر.

الأصل أنه يتعين الاعتماد بالعقد الخفي بين المتعاقدين، باعتبار أنه التصرف الذي انعقدت إرادتهما الحقيقية إلى ترتيب أثره القانوني. إلا أن الاعتماد بالوضع الظاهر يجعل من حماية الغير حسن النية أمراً محتماً، فضلاً على أن الصورية هي أحد صور الغش، من ثم فأجازت القوانين المقارنة إثباتها بكافة طرق الإثبات، لأن مقتضيات

=على أن للغير طريقين في حال إبرام عقد ظاهر، إما أن يتمسك بنفاذ العقد المبرم بينه وبين صاحب الوضع الظاهر، في مواجهة صاحب الحق، وذلك تطبيقاً لنظرية الأوضاع الظاهرة. وإما التمسك بإبطال العقد لغلط جوهرى، والذي وقع فيه لاعتقاده بقانونية مركز المتصرف. نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 163

¹ طبيعتها الاستثنائية ترد على مبدأ الأثر الرجعي للبطلان والفسخ، والعقد الموقوف الذي لم يقترب بالإجازة من ملكها. فحماية الغير حسن النية تؤدي إلى تقييد الأثر الرجعي، لأن في إعماله إضرار بحقوق هذا الغير. كما أنها استثناء على مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ نسبية آثار العقد، ومبدأ عدم سريان التصرف القانوني. إذ تؤدي حماية الغير حسن النية إلى الاعتماد بالإرادة الحقيقية لصاحب الحق، فضلاً عن إلزامها هذا الأخير بآثار تصرف لم يكن طرفاً فيه. إبراهيم محمود المبيضين، المرجع السابق، ص 317.

استقرار المعاملات وقواعد العدالة يتطلبان حماية الغير، بشكل يكفل له حماية أوفر. ذلك أن الغير غالباً ما يكون هو المستهدف من التصرف السوري، سواء بالإضرار به أو التملص من الوفاء بالالتزامات تجاهه.¹

لذلك نجد المشرع رتب له وضعاً خاصاً إذ جعله مخيراً، في إثبات أي التصرفين وفق ما تقتضيه مصلحته. فله أن يتمسك بالعقد السوري الظاهر أو بالعقد الحقيقي المستتر، متى كان ذلك يحقق له مصلحة وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات. كل ذلك لأنه حسن النية.

في الدعوى البوليصية أشارت المادة 192 ق م ج على حكم التصرف الذي يصدر عن المدين بعوض حيث يشترط غش المدين ويكون التصرف منطويماً على غش بمجرد أن يكون عالماً بإعساره، وميزت بين كون الغير الذي تعاقد مع المدين حسن النية أن سيء النية، فإذا كان التصرف بعوض فإن الغير يكون سيء النية إذا كان يعلم بعسر المدين، أما إذا لم يكن عالماً فتتقرر له الحماية، بينما متى كان التصرف تبرعياً فلا يحتج به في مواجهة الدائنين حتى ولو كان الغير حسن النية.

وقد يحدث أن يتصرف المدين، ثم يتصرف المتصرف إليه - أي خلف المدين - إلى شخص آخر، أي خلف الخلف معاوضة أو تبرعاً، فإذا كان التصرف الأول معاوضة والثاني معاوضة: يشترط لعدم نفاذ التصرف الأول - بالإضافة إلى شرطي غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش - غش الخلف الثاني حتى يستطيع الدائن التمسك بعدم نفاذ التصرف.

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 298.

ذلك أن الغير غالباً ما يكون هو المستهدف من التصرف السوري، سواء بالإضرار به أو التملص بالوفاء بالالتزامات تجاهه، لذلك نجد المشرع رتب له وضعاً خاصاً، إذ جعله مخيراً في إثبات أي التصرفين وفق ما تقتضيه مصلحته. فله أن يتمسك بالعقد السوري الظاهر أو بالعقد الحقيقي المستتر متى كان ذلك يحقق له مصلحة وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات.

أما إذا كان التصرف الأول تبرعاً والثاني معاوضة فيشترط سوء نية الخلف الثاني، ويمثل في علمه بأن المدين كان معسراً وقت تصرفه للخلف الأول. أما إذا كان التصرف الأول معاوضة والثاني تبرعاً فيجب إثبات الغش المدين والمتصرف إليه الأول. وبالنسبة للتصرف الثاني أي التبرع فلا يكون نافذاً في حق الدائنين، دون الحاجة لإثبات سوء نية الخلف الثاني أو علمه.

أما إذا كان كل من التصرف الأول والتصرف الثاني تبرعاً: فإنه يجوز الطعن بالدعوى البوليصة في التصرف الثاني ولا يشترط أي شرط يتعلق بالغش أو بسوء النية، بل يعتبر التصرف غير نافذ ولو كان كل من المدين والمتبرع إليه الأول حسني النية.

القاعدة القائلة بأن الحيازة في المنقول سند للملكية، والتي تعتبر تطبيقاً تشريعياً صريحاً لنظرية الظاهر. حيث أشارت المادة 835 ق م ج إلى أن الحيازة بسند صحيح لمنقول أو حق عيني على منقول، تجعل الحائز مالكا له من وقت الحيازة متى كان حسن النية. وتضيف الفقرة الثالثة من ذات المادة، أن الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك،

وحسن النية في الحيازة تنتفي بالخطأ الجسيم الصادر عن المشتري المنقول، فإذا لم تقدم له مستندات ملكية المبيع، يكون قد ارتكب خطأ جسيماً، فيعد عندئذ سيء النية، رغم اعتقاده أنه يتعامل مع المالك الحقيقي.¹ أما في العقارات فإن نظرية الظاهر لا تطبق فلا يستفيد الغير من الحماية بمجرد إبرام التصرف مع المالك الظاهر وإنما لا بد من مرور فترة زمنية معينة أي مدة التقادم القصير فحسن النية ليست شرطاً كافي.

¹ - محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1993. ص 562. غير أنه في حال كونه سيء النية فهذا لا يمنع من إمكانية تملك الشيء بالتقادم الطويل.

☞ في ميدان الوكالة حيث أقر المشرع نظرية الوكالة الظاهرة، في حالة إنهاء الموكل لوكالته مع جهل الوكيل والغير لواقعة الإنهاء. حسب ما جاء في المادة 76 ق م ج والتي تحيل إليها المادة 585 ق م ج، وتقابلها المادة 107 ق م م¹

☞ ما تقضي به المادة 885 ق م ج المقابلة للمادة 1034 ق م م، التي تواجه حالة المرتهن حسن النية، الذي قيد رهنه ثم يصدر بعد ذلك حكم بزوال ملكية الراهن بأثر رجعي. فيبقى الرهن قائماً لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية، وبالتالي ينتقل المال إلى مالكة محملاً بالرهن، ويمكن للمرتهن حسن النية أن يتتبع العقار لاستيفاء حقه.

☞ ما تقضي به المادة 409 ق م ج حيث أشارت إلى أن أحكام المادة 408 لا تسري على الغير حسن النية، إذا كان قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع.

الفرع الثاني:

مبدأ حسن النية كشرط للأخذ بالظاهر وأساس النظرية

إذا ما أجرى صاحب المركز الواقعي أو الوضع الظاهر تصرفا مع الغير، وكان هذا الغير حسن النية فإنه يتعين حماية هذا الأخير بمراعاة مركزه، غير أن ذلك لا يتحقق إلا بتوافر شروط وضوابط، تكوّن بمجموعها نظرية الأوضاع الظاهرة (الفقرة الأولى).

أما في إطار البحث في أساس إقرار نظرية الظاهر، فمنهم من أرجعها إلى نظرية الخطأ، ومنهم يرى كفاية الظاهر كأساس قانوني، ومنهم من أرجعها على مبدأ حسن النية (الفقرة الثانية).

¹ - فتحة فرة، المرجع السابق، ص 87

يتوسع بعض الكتاب في هذا الصدد للأخذ بالظاهر لحماية الغير حسن النية. فالشخص الذي يكون على اتصال بالمفقود ويعلم أنه حي بالرغم من الحكم بموته، ومع ذلك أقدم على التعامل مع ورثته استنادا على حكم الوفاة، يكون مرتكبا خطأ عمدي أي سيئ النية لا يكون جديرا بالحماية القانونية..

الفقرة الأولى:

مبدأ حسن النية كشرط للأخذ بالظاهر

إن تطبيق نظرية الأوضاع الظاهرة يتطلب توافر ركنين، ركن مادي عبارة عن مركز واقعي ساهم في إيجاده صاحب الحق، فيعبر الفقيه Robert Patry¹ عن ذلك بالقول أن المظهر لا بد أن تكون للطرف الذي يراد الاحتجاج به ضده يد في إيجاده، فالركن المادي يعني توافر شواهد ومظاهر خارجية تبدو كمظهر لمركز قانوني مما يدعو الغير إلى الاعتقاد بأن صاحب المركز الظاهر هو صاحب الحقيقي للحق، وذلك إذا كان هذا المظهر من الجسامة بحيث لا يتسنى للغير بأن يعلم بعدم مطابقته للحقيقة. وركن معنوي يتمثل في إعتقاد شائع يتولد لدى غالبية الأفراد، أي الغير بمشروعية تصرف صاحب الوضع الظاهر². هذا الركن هو الذي يبرر الحماية المقررة للغير،

ويذهب Jaques Leaute إلى أن غلط الغير يجب أن يكون مشروعاً أي توجد أسباب جدية تبرره³، بأن لا ينسب للغير غش أو سوء قصد أو رغبة في الإضرار بالآخرين. أي أنه يشترط أن يكون الغير حسن النية، حتى تعطى له الأفضلية بدلا من صاحب الحق، وحتى ترتب نظرية الظاهر آثارها لمصلحته.

أي أن حسن النية يعد أحد الشروط اللازمة لتطبيق النظرية⁴. وينبغي على ذلك نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية، في مواجهة صاحب الحق تأسيساً على نظرية الأوضاع الظاهرة. فحسن نية المتصرف إليه شرط

¹ - مشار إليه في: إبراهيم محمود المبيضين، المرجع السابق، 309.

² - محمد شريف عبد الرحمن أحمد، الوكالة في التصرفات القانونية، د.ط، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2009، ص 336.

³ - مشار إليه في: إبراهيم محمود المبيضين، المرجع السابق، 309..

⁴ - إبراهيم محمود المبيضين، المرجع السابق، ص 310

غير أنه لا يكفي وحده لإلزام صاحب الحق بالتصرف الذي يجريه الحائز الظاهر، بل لا بد من تحقق شروط أخرى كالغلط الشائع.

أساسي، يفيد عدم علمه بالمركز القانوني للمتصرف. فإن أقدم شخص على إبرام تصرف قانوني مع صاحب الوضع الظاهر، رغم العلم بإنعدام صفته فإنه يكون شخصاً سيئ النية.¹ غير أن حسن نية الغير يرتبط وجوداً وعدمًا بالتحري والاستعلام في جانب الغير. فالغير حتى يستفيد من الحماية المقررة له من خلال نظرية الوضع الظاهر، يجب أن يثبت تحقق أركانها وشروطها، من خلال وجود شواهد مادية خارجية أدت إلى غلط شائع، واعتقاد بقانونية مركز المتصرف، وأن يكون قد قام بالتحري اللازم للتعاقد، وإلا عد مقصراً. فعدم قيامه بواجب الاستعلام يؤثر على حسن نيته، ومن ثم يعتبر في حكم سيئ النية ولا يستحق الحماية المقررة. فقد يتوافر الغلط الشائع ومع ذلك يعلم الغير بالحقيقة فلا يكون حسن النية.²

ويؤثر الوضع الظاهر على صاحب الحق تأثيراً مباشراً، هذا الأثر هو فقدانه لحقه مقابل اكتساب الغير حسن النية له، فينفذ التصرف في ذمة صاحب الحق. إلا أن الوضع الظاهر لا يحمي سوى الغير حسن النية، فلا ينتج أي أثر في علاقة صاحب الظاهر بصاحب الحق، إذ لصاحب الحق الرجوع على صاحب الظاهر بالتعويض، عن كل ما أصابه من ضرر من جراء تصرفه القائم على الظاهر، وهذا التعويض يتوقف على حسن أو سوء نية صاحب الظاهر.³

وبينما يرى جانب من الفقه أن نظرية الأوضاع الظاهرة ما هي إلا نظرية لحسن النية.⁴ يذهب شيرزاد عزيز سليمان⁵ إلى أن حسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة،

¹ - إبراهيم سيد أحمد، عقد الوكالة فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 15.

يزيد أنيس نصري، مرحلة ما قبل إبرام العقد، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، مصر، ع الأول، 1970، ص 24.

² - زواوي محمود، نظرية الظاهر في القانون الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة بن عكنون، 1998، ص 114.

³ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق ص 108.

⁴ - عبد الجبار ناجي أحمد الملا صالح، المرجع السابق، ص 132.

⁵ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 217.

يختلف في معناه وفي طبيعته وفي من وجه إليه عن حسن النية في العقد. وأنه يتميز بخاصيتين: أنه متجه إلى الطرف المقابل في العلاقة، كما أنه ليس مجرد حالة ذهنية بل موقف إيجابي يتطلب سلوكاً، بينما في نظرية الأوضاع الظاهرة حسن النية أمر يجب توافره في من تعامل مع صاحب الوضع الظاهر، ولكن آثار هذه الحالة لا تتوجه إلى المتعاقد معه، بل إلى شخص آخر كان ضحية هذا الوضع الظاهر وهو صاحب الحق، كما أنه حالة سلبية تمثل بعدم العلم بالعيب الذي يشوب مركز المتعامل. ما يعني أن حسن نية الغير تقف عند حد الامتناع عن سوء النية، دون أن تتطلب موقفاً إيجابياً.

وعلى الرغم من أنه ليس هناك عقد مبرم بين صاحب الحق والغير كأصل عام في العقد الصوري، وما لم يقتره الأصيل في عقد الوكالة، غير أن للأوضاع الظاهرة ولحسن نية الغير أثر على نظرية العقد بشكل غير مباشر، فمثلاً في الصورية فللغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري، بالرغم من أن إرادة المتعاقدان اتجهت إلى التصرف الخفي، فالصورية هي اصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني، وما اعتبار المشرع أن التصرف الصوري هو الملزم حسب مصلحة الغير، إلا نوع من العقوبة المدنية تقع على المتعاقدان لاتفاقهما على خديعة، وإيهام الغير على خلاف الحقيقة ضماناً لاستقرار المعاملات.

وفي ميدان الوكالة الظاهرة فالغير المتعامل مع الوكيل الظاهر متى كان حسن النية، لا يعلم بحدود سلطات الوكيل، أو لا يعلم بانتضاءها لعدم إعلامه بهذا الانقضاء، فإن التصرف ينفذ في حق الأصيل، لذلك فهو تعدي على مبدأ نسبية أثر العقد، وقاعدة أن العقود لا تنتفع ولا تضر غير عاقدتها¹. ما يوضح أثر حسن نية الغير في الوضع الظاهر على نظرية العقد، بالرغم من أن نفاذ التصرف لا يستند إلى العقد ذاته لعدم صدور أي إرادة

¹ - إبراهيم محمود المبيضين، المرجع السابق، ص 317.

أو تفويض من الموكل في كثير من الأحيان. وفي أحيان أخرى يتعمد الموكل ترك سلطات الوكيل واسعة تواطئاً مع الوكيل، فيتحمل نتيجة ذلك بحماية الوضع الظاهر. بل يستند إلى نيابة قانونية قامت دون أن تقوم النيابة إذ أن النيابة غير موجودة في الأصل.¹

وتبقى نظرية الأوضاع الظاهرة من تطبيقات حسن النية، إذ ترتب أثراً إذا ما ثبت حسن نية المتعاقد. إلا أنها تفتقد لخاصيتين مميزتان لحسن النية المتطلب توافره بين طرفي العقد، أن يكون متجهاً إلى الطرف المقابل في العلاقة، كما أنه مجرد حالة ذهنية سلبية أي الاعتقاد الخاطئ ترتب أثراً ولا تشكل التزاماً. بينما حسن النية في نطاق العقد يتسم بالإيجابية، لأنه التزام والالتزام قد يتطلب عملاً أو امتناعاً عن عمل أو نقل حق عيني. فحسن النية في الأوضاع الظاهرة أحد الشروط اللازمة لتطبيق النظرية إضافة لشروط أخرى يتعين تحققها، فيختلف في معناه وفي طبيعته وفي من وجه إليه عن حسن النية في العقد.²

غير أنه يُرى أن نظرية الأوضاع الظاهرة، وإن كانت لا تنطبق مع المفهوم الموضوعي المعتمد لتعريف حسن النية، والذي سبق وأن أشرنا إلى أنه المفهوم المعتمد في نظرية العقد، إلا أن حسن نية الغير له أثر على العقد هو سرعان أثر تصرف، في حق شخص لم يكن طرفاً في العقد. وإنما أسهم بخطئه في وجود المظهر الخارجي. فيتحمل آثار هذا العقد وهذا ما يتحقق في الوكالة الظاهرة. أو سرعان التصرف المبني على الإرادة الظاهرة دون الباطنة كما في العقد الصوري.

إضافة إلى ذلك فإن حسن النية في إطار نظرية العقد مفترض، بمعنى أن على من يدعي سوء نية الطرف الآخر أن يثبت ذلك. بينما في نظرية الأوضاع الظاهرة على الغير

¹ - محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، 349.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 220.

أن يثبت حسن نيته، كي تتحقق له الحماية المقررة طبقاً للنظرية. بأن يقيم الدليل على تحريه الدقة والاستعلام واتخاذ السبل اللازمة لذلك.¹

الفقرة الثانية:

أساس النظرية

لا تستند نظرية الأوضاع الظاهرة إلى نظرية العقد، لأن صاحب الحق لم تصدر عنه أي إرادة لإبرام التصرف، فصاحب الظاهر قد ينشئ تصرفاً بغير علم صاحب الحق، أو بعلم هذا الأخير وتواطئه. وحماية الغير ليست مبنية على التصرف القائم بينه وبين صاحب الظاهر، لأن هذا التصرف لا يلزم صاحب الحق، بل أنها مبنية على استقرار المعاملات. فينفذ التصرف بناءً على ذلك في حق صاحب الحق، لا بناءً على التصرف الذي أبرمه الغير مع صاحب الظاهر. وقد أرجعت نظرية الظاهر إلى عدة أسس فمنهم من أرجع أساسه لنظرية الخطأ (أولاً)، في حين يرى جانب من الفقه الحديث، أن الظاهر يكفي في ذاته كأساس قانوني لحماية الغير حسن النية (ثانياً). ومنهم من يرى أن أساسه مبدأ حسن النية (ثالثاً).

أولاً: نظرية الخطأ في المسؤولية

تعددت الآراء الفقهية في هذا الشأن ففي سبيل تأسيس الظاهر على أساس المسؤولية التقصيرية، حاول جانب من الفقه إرجاعها إلى فكرة الخطأ، فأقام المسؤولية على أساس العمل الشخصي، وهي النظرية الشخصية. ثم تطور الأمر ليقيم الفقه بعد ذلك المسؤولية على فكرة الضرر وتحمل التبعة، وهي النظرية الموضوعية.² فالنظرية الشخصية ينتظر من خلالها أن استقرار الوضع الظاهر، غير متصور إلا بمساهمة

¹ نجوان عبد الستار على مبارك، الوضع الظاهر ص 97.

² نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 127.

صاحب الحق بخطئه، أو على الأقل بإهماله وعدم احتياطه، أو رعونته. فمثلا العقد الصوري هو من صنع صاحب الحق.

وقد نادى بعض الفقه بأفكار قريبة من فكرة الخطأ أو تعتبر جزءا منه، حيث ظهرت نظرية الثقة المشروعة، مضمونها أنه يقع على صاحب الحق واجب التمسك بحقه والدفاع عنه، وعدم تركه للغير. فإن أهمل وخالف هذا الواجب كان مساهما في إيهام الغير وخديعته، وفي ذلك إخلال بثقة الغير في الظاهر المستقر، وفي أداء كل صاحب حق لواجبه في المحافظة على حقه، وفي عدم استقرار مظهر مخالف للحقيقة، وهذه المخالفة تبرر مساءلته وبالتالي فقدانه لحقه¹.

غير أنه وجهت عدة انتقادات للرأي القائل، بضرورة أن ينسب خطأ لصاحب الحق نذكر منها :

- أن تطلب الخطأ في جانب صاحب الحق، يستقيم في بعض الفروض دون البعض الآخر. فالخطأ لا يتوافر في كل حالات الظاهر الذي ينشئ حقا للغير، فقد ينتفي الخطأ في جانب صاحب الحق، كصاحب الحق الذي عادت إليه ملكيته بأثر رجعي، بعدما زالت ملكية المتصرف أيضا بأثر رجعي.

- كما وأن اعتماد نظرية الثقة لا يمكن أن يستقيم، مع من تم اغتصاب حقه منه دون علمه ودون إرادته. فتطلب الخطأ في جانب صاحب الحق أو تطلب علاقة سببية بين فعله وبين الغلط الذي وقع فيه الغير، يستلزم له وجود إرادة لصاحب الحق في إحداث النتيجة. سواء كانت هذه الإرادة ناتجة عن فعل إيجابي أي مساهمة إيجابية لإحداث النتيجة، أو كانت تلك الإرادة ناتجة عن فعل سلبي بالامتناع عن منع وقوع النتيجة، أي المساهمة السلبية.

¹ - فتيحة قرة، المرجع السابق، ص 22.

أما النظرية الموضوعية ظهرت نتيجة لاصطدام النظرية الشخصية مع المنطق، وعدم ملاحظتها للتطور الاقتصادي. تقوم هذه النظرية على أساس الضرر، فلا يلتزم الغير بإثبات وجود الخطأ، وإنما عليه فقط أن يقيم الدليل على الظاهر المستقر المخالف للحقيقة.

إذ أن مضمون نظرية الظاهر تبعا لذلك هو أن صاحب الحق يتحمل التبعة، أي يتحمل المخاطر التي ينطوي عليها التعامل، ومنها مخالفة الظاهر للحقيقة. حيث تغلو مصلحة المجتمع في دوام السير النشط للمعاملات المالية، على المصلحة الخاصة لصاحب الحق، فاستقرار التعامل يوجب أن يمنح الحق للمكتسب له.

إلا أن هذه النظرية أيضا لم تسلم من النقد، ذلك أن فكرة التبعة لم يقصد بها المساءلة المدنية بغير قيد أو ضابط، وإنما قصد بها تخفيف العبء عن المضرور، بإعفائه من إثبات الخطأ في جانب المسؤول. فيظل الخطأ أساسيا لقيام المسؤولية كون الضرر نتيجة لفعل المسؤول، وبالتالي عند تأسيس الظاهر على تحمل التبعة، فإنه وإن كان لا يطلب أن يكون الظاهر قد استقر بخطأ صاحب الحق، فعلى الأقل يجب أن يكون استقراره بفعل صاحب الحق أو بمساهمته، وبناء على ذلك كيف ينسب الظاهر إلى فعل صاحب الحق، في الفروض التي يستقر فيها بغير علمه أو رغم إرادته.¹

كما وأن المسؤولية المدنية تختلف في جوهرها عن الظاهر، ولا تصلح أساسا له. فالمسؤولية تكمن في وقوع ضرر محقق تسعى لتعويضه، وإذا سلمنا بأن المسؤولية هي أساس الظاهر فأين الضرر المحقق؟ وما هو التعويض وما مقداره؟ فما إجازة التصرف المبرم مع الغير استنادا إلى الظاهر إلا تفاديا لضرر محتمل بالنسبة للغير، وليس تعويضا لضرر محقق أصابه. من ثم تهدف نظرية الظاهر إلى حماية الثقة المشروعة، ومنع ضرر محتمل لا محقق.

¹ -نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 129

نشير إلى أن محكمة النقض المصرية مازالت إلى الآن، تشترط خطأ صاحب الحق من ضمن شروط إعمال النظرية، إلا أن ذلك لا يعني أنها تتخذ من ذلك أساساً له. وهذا على خلاف القضاء الفرنسي الذي لم يشترط خطأ صاحب الحق، واستبدالها باشتراك مساهمة صاحب الحق - سواء الإرادية أو غير الإرادية - في إيجاد الوضع الظاهر، حتى تشمل جميع حالات الظاهر سواء التي ساهم فيها صاحب الحق بخطئه - سلباً أو إيجاباً -، أو التي لم يخطئ فيها وهي المساهمة غير الإرادية.¹

ثانياً: كفاية الظاهر في ذاته كأساس قانوني

ذهب بعض الشراح²، إلى أن المظهر المستقر المبرر يصلح أساساً قانونياً كافياً لإقرار ونفاذ التصرف الذي أبرمه الغير مع صاحب الظاهر. والحقيقة أن نظرية الأوضاع الظاهرة تندرج تحت إطار الوقائع القانونية وليس التصرفات القانونية، وبناءً على ذلك حاول العديد من الفقه إسنادها إلى نظرية المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب، إلا أن جميع المحاولات الفقهية تعرضت للانتقاد لعدم استغراقها جميع حالات الوضع الظاهر. ولما كانت نظرية الوضع الظاهر ذات علاقة ثلاثية الأشخاص، صاحب الحق وصاحب الظاهر والغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر، فإنه يتولد من تلك العلاقة أثران الأول فقد صاحب الحق لحقه، والثاني اكتساب الغير لهذا الحق، وبالتالي فالأساس الذي يوضع لهذه النظرية يجب أن يستغرق هذان الأثران، فلا يكفي أن يكون الأساس لأثر منهما دون الآخر.³

ثالثاً: حسن النية كأساس للظاهر

تهدف نظرية الوضع الظاهر إلى حماية الغير، بشرط حسن نيته عند إبرام التصرف، فذهب جانب من الفقه⁴ إلى أن حسن النية هو أساس حماية الغير، الذي

¹ - المرجع نفسه، ص 133.

² - فتحة قرة، المرجع السابق، ص 27.

³ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 149.

⁴ - رأي عبد الباسط لجميبي مشار إليه في: نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 134.

تعامل مع صاحب الظاهر، وقام بواجبه في الاستعلام والتحري عند إبرام العقد معه، دون الاعتداد بنية صاحب الحق أو صاحب الظاهر، والتي لا تؤثر على قيام الظاهر بل تؤثر على العلاقة بينهما، فيما يتعلق بالرجوع بالتعويض من عدمه في حالة سوء النية في مجال التصرفات القانونية.

غير أن البحث عن أساس نظرية الوضع الظاهر طبقاً لهذا الاتجاه، يعني البحث في أساس تصحيح التصرف، أي في أساس اكتساب الغير للحق، وهو يتعامل مع غير ذي صفة. وإذا سلمنا بهذه الفكرة كأساس للظاهر لتبرير اكتساب الغير للحق، فإنها لا تبرر فقد صاحب الحق لحقه.¹

ومن الانتقادات التي وجهت لفكرة حسن النية كأساس للظاهر، أنه أحد شروط حماية الغير حسن النية، إلى جانب الغلط الشائع، حيث يكونان الركن المعنوي لنظرية الأوضاع الظاهرة²، فيفصل هذا الجانب من الفقه بين الغلط الشائع وحسن النية.

المطلب الثاني:

مبدأ حسن النية والوكالة الظاهرة

المعلوم أن التطبيقات التشريعية هي الطريق الوحيد لإثبات نظرية معينة، وإخراجها وإبرازها. ومن تطبيقات نظرية الظاهر، والتي يظهر أثرها بشكل جلي على نظرية العقد الوكالة الظاهرة، كفكرة صاغها القضاء وتابعه فيها الفقه، ليواجه بها الضرورات العملية وليوطد استقرار التعامل، ولو خرج في ذلك على المنطق القانوني، وسار على هذا النهج الفقه الفرنسي.

¹ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 134.

² - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 71

حيث أن الغلط الشائع هو الاعتقاد الخطئ بوجود وضع قانوني، فهو وهم أو خيال يصيب الشخص نتيجة ظروف وملابسات، فهو غلط شائع لدى غالبية الناس. نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 71

لأجل بحث دور المبدأ في الأخذ بالوكالة الظاهرة، عرفنا الوكالة الظاهرة وحددنا صورها (الفرع الأول)، ثم بحثنا في خصوصية حسن النية كشرط للأخذ بالوكالة الظاهرة (الفرع الثاني)، ثم دور الفقه والقضاء في توسيع حالات الأخذ بالوكالة الظاهرة (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

تعريف الوكالة الظاهرة وصورها

في حالات استثنائية أجاز المشرع الجزائري كغيره من التقنينات المقارنة، انصراف أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل مع الغير إلى الموكل، على الرغم من عدم وجود توكيل. حماية للغير لحسن النية الذي قد لا يكون عالما بعدم وجودها، بناء على وكالة ظاهرة تظهر على أنها وكالة حقيقية صدرت عن الموكل، فما المقصود بالوكالة الظاهرة؟ وما هي صورها؟

الفقرة الأولى:

تعريف الوكالة الظاهرة

الأصل أنه متى تجاوز النائب حدود نيابته، فإن التصرف لا يرتب أي أثر قانوني في ذمة الأصيل. فيبقى عقده موقوفا فلا ينفذ العقد في هذه الحالة قبل الأصيل إلا بإقراره. حيث تترتب الآثار في مواجهه بأثر رجعي من وقت إبرام العقد، وليس فقط من وقت صدور الإقرار، بشرط أن لا يمس هذا الإقرار بحقوق الغير لحسن النية، والذي تلقى حقه من الأصيل في الفترة السابقة على الإقرار. كما لو قام الأصيل بتأجير العين، قبل إقراره بالإيجار الصادر من النائب متجاوزا حدود النيابة¹.

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 84

هذا وأن آثار العقد لن يتقيد بها النائب، وتتحد مسؤوليته في تعويض من تعاقد معه عما أصابه من ضرر، وليس للغير أن يرجع على الأصيل إلا بمقدار ما إستفاد في حدود الفضالة أو قواعد الإثراء بلا سبب.

على أنه يشترط أن يكون الأصيل عالماً وقت الإقرار بأن التصرف الذي يقره خرج فيه النائب عن حدود سلطته، وأنه أي الأصيل قصد بإقراره أن تتصرف آثار العقد الذي أبرمه النائب مع الغير، والذي تجاوز فيه حدود النيابة إلى ذمته هو.¹ غير أنه في حالات استثنائية يمكن أن ينصرف فيها أثر التصرف، إلى ذمة الموكل رغم المجاوزة أو المخالفة. إذا أحاطت بالتصرف ظروف من شأنها أن توحى بوجود الوكالة، بحيث لو وجد أي شخص عادي في مثل الظروف التي تم فيها التعاقد، لاقتنع بما توحى به ولاعتقد أن الوكيل يتصرف في حدود سلطته. وقد يقترن ذلك بعلم الشخص الذي تم التصرف لحسابه بهذه الظروف الخادعة، ولا يقوم بأي عمل أو تصرف لإظهار الحقيقة، ونفي صفة الوكالة عن يدعي وكالته، عنه أو بيان حدود هذه الوكالة. وهذا ما يسمى بالوكالة الظاهرة.²

الوكالة الظاهرة إذن هي الوكالة التي تعتمد على مظاهر خارجية، أحاطت بإبرام التصرف. فيسمى من أبرم التصرف بالوكيل الظاهر، من ثم عرف الوكيل الظاهر بأنه من يبرم التصرف باسم شخص آخر مع انصراف آثاره لحساب هذا الأخير، ليس استناداً إلى وكالة بينه وبين صاحب الشأن، وإنما إلى شبه وكالة بينهما.³ فنقوم هذه الوكالة على أساس وجود نيابة قانونية، أي نيابة أقامها المشرع لا الموكل.⁴

¹ - محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، ص 330.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، مدى مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 173.

³ - ضمير حسين المعموري،، الوكالة الظاهرة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 10، ع 2، 2007، ص 380. مشار إليه أيضاً في : سلامة عبد الفتاح حلبية، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005 ص 235.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 174 ويرجع الفضل الأكبر في صياغة هذه النظرية إلى القضاء المصري والفرنسي الذي سايره في ذلك الفقه ليبين أثر التفاعل بين القواعد القانونية وبين ضرورات الحياة العملية أو بين المنطق البحث وبين اعتبار حماية المعاملات.

عرفها آخرون بأنها ثبوت صفة الوكالة لشخص عن آخر، متى وجد الأول برضا الثاني في وضع من شأنه حمل الغير على الاعتقاد، بأن له بمقتضى القانون مكنة التصرف باسم ذلك الشخص الآخر.¹

أما الفقه الفرنسي فقد عرف الوكيل الظاهر بأنه من يتصرف باسم آخر مع شخص يعتقد بوجود الوكالة مع غيابها في الحقيقة²

وقوام مبدأ الوكالة الظاهرة أن نطاق النيابة، لا يتحدد بالنسبة للغير الذي يتعامل مع الوكيل، لمجرد الألفاظ التي صيغت فيها الإنابة. بل أن للظروف التي تحيط بها والضرورات التي تقتضيها المعاملات، نصيبا في تحديد مدى سلطات النائب، وتعيين ما يدخل في مكنته وما يخرج عنها من تصرفات.³

ولا شك أن من يقدم على التعاقد مع الوكيل الظاهر يكون له عذره، إذ لا يمكن نسبة أي خطأ إليه لكونه قد اتبع سلوك الشخص المعتاد، الذي لو وجد في مثل هذه الظروف لأقر بوجود الوكالة ويكون الوكيل لم يتجاوز حدودها المرسومة.⁴ ومن التطبيقات الشائعة أن يفوض الوكيل باقتراض مبلغ من شخص فتنهي الوكالة بذلك، ثم يعود إلى اقتراض مبلغ آخر بنفس التوكيل من شخص آخر، ويكون المقرض الثاني حسن

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط العقود الواردة على العمل، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، المرجع السابق، ص 610.

الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل لحساب الموكل المادة 699 ق م م والمادة 1984 ق م ف. والمادة 571 ق م ج.

يجب أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل وأن يعبر النائب عن إرادته لا عن إرادة الأصيل. وتكون العبرة بإرادة النائب ونيتته لا بإرادة الأصيل ونيتته، وينبغي على ذلك أنه فيما يتعلق بعبوب الرضا يعول على إرادة النائب وليس إرادة الأصيل، وكذلك فيما يتعلق بحسن وسوء النية. السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 192.

² - رأي: H.Ralan : مشار إليه في : سلامة عبد الفتاح حليبة، المرجع السابق، ص 235

³ - ضمير حسين المعموري، المرجع السابق، ص 376.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 174.

النية لا يعلم بالقرض الأول. ففي هذا الفرض يكون الموكل ملتزماً بالقرض الأول بناء على وكالة حقيقية، وبالقرض الثاني بناء على وكالة ظاهرة.¹

الفقرة الثانية:

صور الوكالة الظاهرة

الحقيقة أن انتفاء الوكالة مع قيام شبهتها أمر تتعدد فيه الفروض والصور، سواء في ذلك تلك الحالة التي تكون فيها وكالة في الأصل، ولكنها تستخدم لتحقيق أغراض نفعية تعود على الوكيل، وإما فيما وراء الحدود التي رسمها له الأصيل. أو بعد أن تكون قد انقضت بالعزل أو التنحي أو غير ذلك من أسباب الانقضاء الأخرى. بل وأيضا تلك الحالة التي تنعدم فيها الوكالة أصلا أو إبرام التصرف رغم بطلانها، وإبرامه استنادا إلى وكالة وهمية لا وجود لها.² فالوكالة الظاهرة قد تستند إلى وكالة حقيقية تجاوز فيها الوكيل صلاحياته، أو وكالة حقيقية انتهت دون علم الغير بذلك، أو الغير والوكيل معا، وقد لا تستند إلى نيابة حقيقية.

وقد قرر المشرع مراعاة الغير حسن النية حماية له بغرض استقرار المعاملات بسريان التصرفات التي يجريها الوكيل مع الغير، في حق الموكل أو ورثته في حال انتهاء الوكالة.³ ذلك أن من يتعامل مع الوكيل قد يخفى عليه ذلك، إذ يكون من العسير أحيانا اكتشاف انتهائها. فيكون من غير المقبول اعتباره قد تعامل مع غير ذي صفة، وإبطال التصرف أو اعتباره غير نافذ في حق الموكل.⁴ فنص المشرع في المادة 107 ق م م المقابلة

¹ - نقض بتاريخ 1991/04/11 مقتبس عن : نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 192

² - سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 236

³ - من المعلوم أن الوكالة تنتهي بأسباب عدة يرجع بعضها إلى شخص الموكل كالعزل أو وفاة الموكل وبعضها يرجع إلى شخص الوكيل كالنتازل عن التوكيل أو الوفاة. .. وبعضها إلى عقد الوكالة ذاته، كاتهاء المدة إن كانت محددة أو أن يصبح تنفيذ الوكالة مستحيلا، أو بانتفاء المهمة موضوع التفويض ومع ذلك يستمر الوكيل في نفس المهمة.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 611.

⁴ - محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، ص 339.

للمادة 76 ق م ج والتي أحالت إليها المادة 585 ق م ج، أنه إذا كان النائب ومن تعاقد معه، يجهلان معا وقت انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه". فلا يحتج بانتفاء الوكالة على الغير الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمها بانتهاها.

أي أن العزل لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل، فيجب إعلام الوكيل بالعزل وإعلام الغير أيضا. وللقاضي السلطة التقديرية فيما اتخذه الموكل من اجراءات ليعلم الغير بانقضاء الوكالة وهل هذه الإجراءات كافية لنفي الجهالة عن الغير أم لا. ولا يعد هذا إلزاما عليه، بل محاولة منه لقطع الطريق أمام كل تصرف يصدر بسوء نية، من جانب الوكيل الظاهر والغير في مواجته¹. كما في حالة انتهاء الوكالة لعزل الوكيل أو موت الموكل، ولم يقيم الموكل بما يجب من إعلان أو إعلام كاف في الأول، ولم يتصدى الورثة لإشاعة نشر خبر وفاة مورثهم (الموكل) في الثانية، فهذا يعد كافيا لخلق أو إيجاد العنصر المادي للوكالة الظاهرة². وعلى الغير أن يثبت وبكافة وسائل الإثبات، عن حقيقة هذا المظهر وبأنه لم يقصر.

فتشير هذه المادة بمفهوم المخالفة إلى أن النائب إذا تعاقد مع الغير، وكانا معا يعلمان بانقضاء الوكالة أو بتجاوزها، فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل، لتخلف ركن مهم من أركان تطبيق نظرية الظاهر، وهو حسن نية الغير الذي تعاقد غير عالم بالانقضاء أو التجاوز.

كما تشير إلى أن التصرف لا يضاف إلى الأصيل، متى تجاوز النائب حدود النيابة في حال معرفة أن نيابته عن الأصيل انتهت. ولو كان الغير حسن النية إلا متى كان النائب والغير معا يجهلان انقضاء النيابة، عندئذ يضاف التصرف إلى الأصيل المادة 76

¹ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 196

² - ضمير حسين المعموري، المرجع السابق، ص 380

ق م باعتبارهما حسني النية. تقابلها المادة 107 ق م م التي أحالت إليها المادة 713 ق م م. وبالتالي متى كان النائب والغير معا يعلمان بانقضاء الوكالة فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل لتخلف ركن مهم من أركان تطبيق نظرية الظاهر وهو حسن النية. وفي الحقيقة يجب الإشارة إلى أن النص لم يطبق نظرية الظاهر حرفياً، فالحماية منوطة وفق نص المادة بأن يكون حسن النية مشتركاً بين الغير والوكيل، أي أن يكون كلاهما جاهلاً لانقضاء النيابة. لدى نجد جانب من الفقه¹ يرى أن نص المادة 107 ق م م لا يعرض لحالة الوكالة الظاهرة، بل يعرض لحالة ما إذا كان النائب حسن النية لا يعلم بانقضاء نيابته، فتقرر أن أثر تصرفه ينصرف إلى الأصيل. ولكن يشترط لذلك حسن نية الغير، إذ لو كان الغير سيئ النية لما شفع في سوء نيته حسن نية النائب. غير أن جانب آخر من الفقه² يرى أنه من التزيّد اشتراط حسن نية كل من الوكيل والغير، إذ الصحيح أن يشترط حسن نية الغير فقط، وإلا كان نص المادة يعرض لعلاقة الوكيل بالموكل. فقد تقضي الوكالة مثلاً بتنجي الوكيل عن مهمته ولا يتصور جملة بانقضائها، مع ذلك فيستمر في أداء المهمة مع ذلك نطبق نص المادة 107 ق م ج. وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد جاء في المادة 2005 ق م ف نص على أن العزل لا يحتاج به على الغير الذين تعاملوا عن جهل به. " فلم يشر إلى وجوب توفر حسن النية لدى الوكيل أيضاً. من ثم لا أثر لسوء أو حسن نية الوكيل في انصراف أثر التصرف إلى الموكل، إذا توافرت باقي شروط الوكالة الظاهرة. إذ يتحمل الموكل جميع الالتزامات الناشئة عن تصرف الوكيل الظاهر، ويستفيد بالحقوق المترتبة على هذا التصرف، سواء

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 609.

² - محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، ص 341.

² - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 193

في حين يذهب آخرون إلى القول أن اشتراط حسن نية الغير دون حسن نية الوكيل، يخالف المنطق القانوني وقواعد العدالة. وهو في ذلك ينتقد موقف المشرع العراقي الذي اشترط حسن نية الغير دون الوكيل. هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 452.

كان الوكيل حسن النية أو سيئها. إلا أن أثر سوء نية الوكيل يظهر في حق الموكل، في الرجوع عليه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء تصرفه لأجل ذلك يذهب جانب آخر تؤيده، أن تطلب حسن نية كل من الوكيل والغير لا يمنع من كون المادة 107 أحد تطبيقات الظاهر، فالتطبيق التشريعي الخاص لفكرة معينة قد يخرج جزئياً عنها، ومع ذلك يعتبر تطبيقاً لها ما دام يحتفظ بجوهرها.¹

وفي حين نجد أن المشرع اعتد بالوكالة الظاهرة في حال انقضاء الوكالة، إلا أنه في حال تجاوز حدود الوكالة لم يطبق نظرية الظاهر، لأن الوكيل متى انحرف بالوكالة عن أغراضها، فأساء استخدامها لتحقيق أغراض شخصية، فلا شك أنه يكون في هذه الحالة فاقدا لولايته، لأنه إذا كانت الوكالة محدودة من حيث الموضوع والغرض، فالوكيل الذي يعمل باسم موكله فيما وراء حدود الوكالة أو على خلاف أغراضها، فيخرج عن النطاق الموضوعي الذي رسمه الأصيل، لم تعد أعماله ملزمة للأصيل ويكون للغير أن يرجع عليه، لأن حدود الوكالة قد بينها له عقد الوكالة. وما ينطبق على تجاوز الوكيل حدود الوكالة، ينطبق على استغلاله الوكالة لصالحه الشخصي أي تجاوزه أغراضها.² حيث جاء في المادة 105 ق م م المقابلة للمادة 74 ق م ج أنه إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 177.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 604.

ولعل هذا الحكم يستند إلى مبدأ نسبية العقود، وأنها لا تربط سوى أطرافها وعلى أن الشخص لا يملك أن يعطي ولاية لغيره، ما لم تكن هذه الولاية له أصلاً لأن فاقد الشيء لا يعطيه، وعلى ذلك إذا ما تعاقد الوكيل في حدود هذه الولاية التي زوده بها موكله، انصرفت آثار تعاقدته إلى ذمة ذلك الموكل، حتى إذا ما تجاوز تلك الحدود أصبح فاقدا لولايته. وبالتالي فإن العمل الذي يجريه الوكيل في هذه الحالة لا يكون ملزماً للأصيل.

سلامة عبد الفتاح حليبة، المرجع السابق، ص 239

الأصيل. حيث تشير هذه المادة بمفهوم المخالفة إلى أن الشخص إذا أبرم عقداً وتجاوز حدود النيابة، فإن التصرف لا يضاف إلى الأصيل.¹

في هذا الصدد يذهب جانب من الشراح إلى أن المشرع فرّق بين انقضاء الوكالة وتجاوزها، لأن الانقضاء لا يوجد غالباً في سند الوكالة إلا إذا كان قد ذكر فيه تاريخ انتهائها. مما يسهل قيام مظهر الوكالة ويسر انخداع الغير في أمر قيامها ودوامها، بعكس حالة التجاوز حيث يتضمن سند الوكالة في الغالب بياناً لموضوعها، يحدد نطاقها ويكشف بذاته عما قد يحدث من تجاوز.²

وفي الحقيقة أن هذا التشدد من المشرع له غايته، ففي حالة التجاوز على الغير مسؤولية أن يطالع على سند الوكالة وإلا اعتبر مقصراً، والأمر ليس عسيراً فمن السهل أن يكتشف حدود الوكالة بالإطلاع على سندها، أما بالنسبة للانقضاء فمن الصعب على الغير في كثير من الأحيان أن يكتشف ويعلم سبب الانقضاء، حتى لا يقدم على التعامل. كإنقضاء الوكالة بوفاة الموكل أو فقد أهليته أو إفلاسه أو سحبه للوكالة.³

هذا وأنه من ناحية أخرى حالة المجاوزة لحدود الوكالة، تتميز بأنها تتضمن في الغالب من الملابس ما يسمح بصيانة مصالح الغير استناداً إلى القواعد العامة. ففي كثير من الأحيان يخفي التجاوز على الغير نتيجة الخطأ في جانب الموكل، مما ييسر له الرجوع عليه استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.⁴

¹ - سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 240

ويرى بعض الفقهاء أن المشرع خفف من حدة هذا المبدأ من خلال نص المادة 703 ق م م والمادة 704 ق م ج حيث نصت على أن يخرج عن تلك الحدود متى كان يستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب عليها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة.

² - سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 237.

³ - سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 239

⁴ - نعمان خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، ص 69

سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 237

الفرع الثاني:

حسن النية شرط للأخذ بالوكالة الظاهرة

يعد حسن النية شرطا لازما لتطبيق نظرية الوكالة الظاهرة. بتحقيقه ينفذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر، أي الوكيل والغير حسن النية (الفقرة الأولى)، في مواجهة صاحب الحق أي الموكل، تأسيسا على نظرية الأوضاع الظاهرة. غير أن لحسن نية الغير حدا، يقف عند ضرورة الاستعلام من قبل هذا الأخير. (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

المقصود بحسن نية الغير في الوكالة الظاهرة

ويقصد بحسن نية الغير وحسن نية النائب بأن يعتقدوا معا أن الوكالة لم تنتهي بعد، هذا الاعتقاد يجب أن يكون مبنيا على أسس معقولة، وعلى الغير يقع عبئ إثبات حسن نيته. وفي الغالب يستعين الغير بإثباتا لحسن نيته، بإثباته للمظهر الخارجي المنسوب إلى الموكل.¹ بأن يثبت أنه حين تعاقد مع الوكيل كان يجهل انعدام وكالته. وينظر إلى حسن نيته وقت التعاقد مع الوكيل.²

أي أن حسن النية يعد شرطا لازما لتطبيق النظرية. وينبغي على ذلك نفاذ التصرف المبرم بين صاحب الوضع الظاهر أي الوكيل الظاهر والغير حسن النية، في مواجهة صاحب الحق تأسيسا على نظرية الأوضاع الظاهرة. فإذا أقدم شخص على إبرام تصرف قانوني مع صاحب الوضع الظاهر، رغم العلم بانعدام صفته يكون شخصا سيء النية. غير أن حسن النية ليست الشرط الوحيد، وإنما لا بد من تحقق الغلط الشائع لدى الغير بقانونية مركز الوكيل، وهو شرط يكمل شرط حسن النية.

يفيد الغلط الشائع عدم الشك في حقيقة هذا المركز، فلو قام أدنى شك لدى هذا الغير فهذا ينفي حسن النية في جانبه. ومن ثم هذا الشرط هو شرط مكمل للشرط

¹ - ضمير حسين المعموري، المرجع السابق، ص 371.

² - إساعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 177.

الأول. وإذا توفرت شروط الوكالة الظاهرة قامت مسؤولية الموكل، قبل الغير الذي تعامل معه الوكيل الظاهر. ويعتبر الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل في تعامله مع الغير، ومن ثم ينصرف أثر تصرف الوكيل الظاهر إلى الموكل كما لو كانت هناك وكالة حقيقية. وإذا كان الوكيل الظاهر حسن النية في تعامله مع الغير، كأن يعتقد أن وكالته لا زالت قائمة في الواقع، انتفت مسؤوليته قبل الموكل والغير على السواء، ولا يحق للموكل أن يرجع عليه بأي تعويض. أما إذا كان الوكيل سيئ النية بأن كان يعلم أن الموكل عزله أو مات الموكل، ومع ذلك أقدم على التعاقد مع الغير، فإنه يكون بذلك ارتكب خطأً في حق الموكل يستوجب مسؤوليته التصيرية. وجاز للموكل أن يرجع عليه بالتعويض، عن الضرر الذي سببه له من جراء انصراف أثر تصرفه إليه.¹

لذلك فإن الوضع الظاهر لا ينتج أي أثر في علاقة صاحب الحق أي الموكل بالوكيل الظاهر، إذ لصاحب الحق الرجوع على هذا الأخير بالتعويض عما أصابه من ضرر، من جراء تصرفه القائم على الظاهر، وهذا التعويض يتوقف على حسن أو سوء نية صاحب الظاهر. بينما يؤثر الوضع الظاهر على صاحب الحق تأثيراً مباشراً، هذا الأثر هو فقدانه لحقه مقابل اكتساب الغير حسن النية له، فينفذ التصرف في ذمة صاحب الحق.

فعلى الرغم من عدم انصراف إرادة الموكل إلى إبرام التصرف، يلزم بنتائجه حماية للغير حسن النية وهذا ما يميز الوكالة الظاهرة عن الوكالة الضمنية، التي تتجه فيها إرادة الموكل وبشكل حر إلى إبرام عقد الوكالة بصورة ضمنية. على خلاف الوكالة الظاهرة حيث لا تتجه إرادته إلى ذلك، إنما تصدر منه أعمال يتصورها الغير وبحسن نية على أنها وكالة.²

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 183

² - نجوان عبد الستار علي مبارك المرجع السابق ص 179.

الفقرة الثانية:

حدود حماية الغير حسن النية

إن تفضيل حق الغير حسن النية على الرغم من استناده إلى مركز واقعي، لا بد أن يكون مؤسساً على أساس قانوني. فيجب عليه عدم التقصير والإهمال في الاستعلام عن قانونية مركز الوكيل.¹ أي أن تتحقق ظروف خارجية تشهد بحسن نية من تعاقد مع النائب، حيث يعتقد بناءً على أسباب معقولة، دون تقصير من جانبه في تحري الحقيقة أن الوكيل يتصرف في حدود وكالته، أي أن نيابته عن الأصيل ما زالت قائمة لم تنتهي.² أي أن ثقة الغير في الظاهر رغم مخالفته للحقيقة يجب أن تكون ثقة مشروعة، بأن يعتقد أن الوكيل يتصرف في إطار الحدود المرسومة له، وأن يكون الغلط الذي وقع فيه الغير غلطاً مشروعاً، بأن يكون الظاهر قوياً ومستقراً، بحيث لا يدع مجالاً للشك في مخالفته للحقيقة.³ و يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار كافة الظروف التي تشهد بمشروعية الانخداع بالوضع الظاهر، ومن ذلك الصفات الشخصية للمتعاقد ومدى أهمية التصرف القانوني. فاحتراف المتعاقد أو زيادة خطورة التصرف القانوني، تستلزم عناية خاصة للتأكد من توافر السلطة النيابية للمتعاقد معه.⁴

من ثم يقع على الغير واجب الاستعلام والتحري عند التعاقد مع الوكيل، عن استمرار وكالته حتى يعد حسن النية، ويقع عليه عبء إثبات قيامه بهذا الواجب

¹ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق ص 196

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 184.

يمثل العصر المادي للوكالة الظاهرة في أنماط السلوك ومظاهر التصرف الخارجية الصادرة من الموكل أو المنسوبة إليه، وبغض النظر عن درجة تقصيره، مما يولد اعتقاداً في نفس الغير بأن هذه المظاهر الخارجية تعكس وضعاً ينال حماية القانون. أي يعتقد الغير بأن من تعامل معه وكيل عنه، مع ضرورة أن يتناسب السلوك الخارجي مع خطورة وقمة التصرف المبرم بين الغير والوكيل.

³ - إبراهيم محمود المبيضين، المرجع السابق، ص 307.

⁴ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 84

القانوني، لدفع ما يدعيه عليه الأصيل من توافر الظروف التي تجعله عالماً بانتضاء الوكالة. فالاعتداد بالوضع الظاهر يشترط له حسن نية الغير، وحسن النية ليست سندا للمقصرين المهملين، فحسن النية ليس هو عدم العلم بحقيقة الظاهر فقط، وإنما هو عدم التصيير أيضاً في الاستعلام عن استمرار الوكالة. وتقدير ذلك يرجع للسلطة التقديرية للقضاء حسب كل حالة على حدة.¹

وقد جمعت محكمة النقض المصرية في حكم صدر لها عناصر الوكالة الظاهرة بقولها: " يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل، قيام مظهر خارجي أسهم فيه الموكل بخطئه سلبياً أو إيجاباً، في ظهور الوكيل بمظهر صاحب الحق، في تصرف من شأنه أن يخدع الكافة، ويوهم الغير ويحمله على التعاقد معه بهذه الصفة. دون أن يرتكب هذا الغير خطأً أو يقصر في استطلاع الحقيقة، وذلك للشواهد المحيطة بهذا المركز، والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع. فطابقة هذا المركز للحقيقة يقتضي نفاذ التصرف الذي أبرمه الوكيل الظاهر مع الغير حسن النية في حق الأصيل"²

وعلى الغير أن يقوم بواجب التحري والتثبت لغرض الوقوف على حقيقة صلاحيات الوكيل. والإطلاع على سند وكالته إن أمكن حتى يستطيع أن يحتج بحسن نيته، ومن ثم التمسك بالوكالة الظاهرة. وبخلاف ذلك يتحمل هذا الغير نتائج أفعاله البعيدة عن التبصر والتحري اللازمين، وفق المعتاد من سير الأمور. أما إذا قام بواجب التحري ورغم ذلك لم يتمكن من الوقوف على حقيقة صلاحيات الوكيل، ففي مثل هذه الحالة يتحمل الأصيل نتائج أفعاله التي ساهم وساعد في إيجاد مبرراتها، وظهر من خلالها الغير وكأنه وكيل، فلا يستطيع الأصيل الاحتجاج بانعدام الوكالة.³

¹ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 195.

² - حكم بتاريخ 19/06/1995 مقتبس عن: سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 236

³ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 383

ويقع على الغير الذي تعاقد مع الوكيل عبئ إثبات وجود هذا المظهر المضلل، وأن يثبت أنه مظهر من شأنه أن يجعله مطمئناً إلى قيام الوكالة، وأن يكون هذا المظهر متناسباً مع قيمة التصرف الذي عقده مع الوكيل. فإذا كانت قيمة التصرف كبيرة كان هذا مدعاة إلى مزيد من التحوّط، وإتخاذ ما يتخذه الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف، من الوسائل للتثبت من قيام الوكالة.¹ وفي هذا قررت محكمة النقض المصرية بأن: "الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة ومن حدودها، وله في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل إثبات وكالته، فإن قصر في ذلك فعليه تقصيره".² كما قضت ذات المحكمة بقولها: "يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل قيام مظهر خارجي، أسهم فيه الموكل بخطئه سلباً أو إيجاباً في ظهور الوكيل بمظهر صاحب الحق، في تصرف من شأنه أن يخدع الكافة، ويوهم الغير ويحمله على التعاقد معه بهذه الصفة. دون أن يرتكب هذا الغير خطأ أو يقصر في استطلاع الحقيقة، وذلك للشواهد المحيطة بهذا المركز، والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع. فمطابقة هذا المركز للحقيقة، يقتضي نفاذ التصرف الذي أبرمه الوكيل الظاهر مع الغير حسن النية في حق الأصيل".³ ولا شك أن الغرض من إلزام الموكل بأثر تصرف الوكيل الظاهر، هو مصلحة الغير حسن النية. فإذا تراءى للغير ألا يتمسك بالتصرف كان له أن يعفي الموكل منه. علماً أن

=وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه ينتقد عبارة الاعتقاد الشائع كركن معنوي للوضع الظاهر، فهذه الفكرة مرادفة لفكرة الغلط الشائع وهي تعبير غير دقيق. فضلاً عن ذلك أن فكرة أن "الغلط الشائع يولد الحق" ليس له أي قاعدة قانونية يستند إليها، ومن المفروض أن يشترط للتمسك بالوضع الظاهر، أن يكون الغير يقظاً ومنتبهاً وأن يتحرى الحقيقة، والبحث على هذا النحو يفي الخطأ أو التقصير في استطلاع الحقيقة.

رأي: محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، ص 345.

¹ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 206

² - نقض مدني 1971/01/21 مقتبس عن: نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 108

³ - حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 1986/02/16.

مقتبس عن إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 92.

حكم مماثل أيضاً بتاريخ 1991/12/12. ص 93.

المشرع لم يحدد وقتاً معيناً للتمسك بالوكالة الظاهرة، فيمكن للغير أن يتمسك بها إلى أن تنقضي الالتزامات المترتبة على تصرف الوكيل الظاهر.¹

الفرع الثالث:

دور الفقه والقضاء في توسيع حالات الأخذ بالوكالة الظاهرة

ذكرنا أن المشرع اعتد بالوكالة الظاهرة في حال انقضاء الوكالة دون تجاوز حدود الوكالة، واشترط أن ينسب إلى الموكل خطأ يوهم الغير بوجود وكالة حقيقية. مع ذلك نجد أن جانب من الفقه ومؤيدا من قبل القضاء أحيانا طبق نظرية الوكالة الظاهرة في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة، وفي حالة انعدام الوكالة أصلا لتوفير حماية أكبر للمتعاقد حسن النية أي الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر. فوسع بناء على ذلك من حالات الوكالة الظاهرة من جهة (الفقرة الأولى)، كما أنه وسع من التصرفات التي تصدر عن الموكل، وتعد أخطاء صادرة من جانبه تبرر حماية الغير. بل أنه في كثير من الأحيان اعتبر أن تقييد السلطات الخارج عن المألوف يبرر حماية الغير دون أن ينسب خطأ للموكل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

توسيع حالات الأخذ بالوكالة الظاهرة

إن مجاوزة الوكيل حدود الوكالة تفيد أنه فاقد لولايته، لأن إرادة الموكل لم تنصرف لإبرام التصرف الذي تجاوز فيه الوكيل حدود النيابة، إلا أنه في كثير من الأحيان تصعب معرفة ذلك من قبل الغير بالرغم من استعلامه فيتحقق الغلط الشائع في جانبه، كما في حالة انتهاء الوكالة من ثم يرى الفقه أن ذلك يشكل مبررا لحمايته، ولم يقف الفقه عند هذا الحد بل أنه يرى تطبيق أحكام الوكالة الظاهرة في حال عدم وجود وكالة أصلا.

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 189.

أولاً: حالة تجاوز حدود الوكالة

إن الضرورات العملية دفعت القضاء إلى تلمس حلول تلطف من حدة تطبيق النص القانوني. فتقرر محكمة النقض المصرية أن " ثبوت الوكالة الظاهرة أمر موضوعي يتوقف على فهم المحكمة للواقعة، متى كان استخلاصها لما استخلصته صائفاً، ومستمدًا من وقائع ثابتة لها أصلها الثابت في الأوراق"¹ وتضيف ذات المحكمة أن: " تحديد سعة الوكالة هو ما يختص به قاضي الموضوع بغير معقب عليه من محكمة النقض، ما دام التفسير يقع على توكيل لم يتم إلغائه، ومما تحمله عباراته بغير مسخ"².

لذا يرى جانب من الفقه³ أن الوكيل الذي يتجاوز تاريخ انتهاء الوكالة، شأنه شأن الوكيل الذي يتجاوز موضوع الوكالة وهدفها. فالوكيل الذي يعمل فيما وراء حدود الوكالة أو على خلاف أغراضها، شأنه شأن من يتعامل بمقتضى وكالة منقضية. فكل منهما يعمل خارج مدار الوكالة لذلك نجد أن الفقه توسع في الأخذ بالوكالة الظاهرة، في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة.

ويستند هذا الرأي إلى أن المشرع خرج عن القاعدة العامة الواردة في نص المادة 74 ق م ج المقابلة للمادة 105 ق م م رغم مجاوزة الوكيل حدود الوكالة بنص المادة 2/575 ق م ج المقابلة للمادة 703 ق م م، حيث جاء فيها بأنه يجوز للوكيل أن يتجاوز حدود الوكالة إن تعذر عليه إخطار الموكل سلفاً، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان

¹ - حكم بتاريخ 1991/01/17

مقتبس عن إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 94.

² - حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ: 1992/07/30.

و إذا صدرت ورقة مكتوبة من الموكل يحدد فيها صلاحيات الوكيل فإنها تصلح لتكون مبدأً ثبوت بالكتابة.

مقتبس عن: محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، ص 331.

حكم صادر عن الدوائر مجتمعة لمحكمة النقض، 1986/02/12، حكم لمحكمة النقض بتاريخ 1995/06/19 مقتبس عن

سلامة عبد الفتاح حليبة، المرجع السابق، ص 251

³ - محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 332.

سلامة عبد الفتاح حليبة، المرجع السابق، ص 241.

يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف. و على الوكيل في هذه الحالة ان يجبر الموكل حالا بتجاوز حدود الوكالة.¹

وبناء على هذا القول متى قام الغير بالتحري عن حقيقة صلاحيات الوكيل، ورغم ذلك لم يتمكن من الوقوف على حقيقة هذه الصلاحيات، ففي مثل هذه الحالة يستطيع أن يحتج بحسن نيته، ومن ثم التمسك بالوكالة الظاهرة. فيتحمل الأصيل نتائج أفعاله التي ساهم في إيجاد مبرراتها، وظهر من خلالها الغير وكأنه وكيل، ولا يستطيع الأصيل الاحتجاج بانعدام الوكالة. وبخلاف ذلك يتحمل هذا الغير نتائج أفعاله البعيدة عن التبصر والتحري اللازمين، وفق المعتاد من سير الأمور.

غير أن جانب من الشراح² يذهب إلى أنه في حال تجاوز حدود النيابة فإنه يتعين توفر شرطين: الأول استحالة إخطار الموكل سلفا بالرغبة في التجاوز لضيق المهلة مثلا، أما الشرط الثاني أن تكون الظروف يغلب معها الضن بأم الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. و هي شروط أدرجها المشرع بنص صريح. و يضيف أنه بعد توافر الشرطين على الوكيل أن يبادر بإبلاغ الموكل متى تيسر ذلك.

ثانياً: حالة انعدام الوكالة

يرى جانب من الشراح³ أن حماية الغير مبررة متى كان حسن النية، في حالة انعدام الوكالة أصلا بالرغم من خطورة هذا الحكم، لأن صاحب الشأن لم يصدر عنه أي إرادة أو تفويض، بحيث يتصرف الوكيل كأن الموكل خوله سلطات للتصرف باسمه، فيقوم الركن المادي أي التصرف الظاهري للوكالة الظاهرة بغير علم صاحب الشأن،

¹ - سلامة عبد الفتاح حلبي، المرجع السابق، 241.

يرى جانب من الفقه أن المشرع بذلك يكون قد قرر نيابة قانونية، مستندة إلى إرادة مفترضة من جانب الموكل، بقبول هذا التجاوز بشرطين استحالة إخطار الموكل، وأن تكون الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف.

² - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 185

³ - سلامة عبد الفتاح حلبي، المرجع السابق، ص 257.

وبدون أن يصدر عنه أي خطأ. والأمثلة على ذلك عديدة. فقد يدعي مثلاً شخص بأنه محصل عن شركة من شركات الكهرباء أو الغاز أو المياه، ويحصل من المشتركين قيمة الفواتير، بإيصالات باسم الشركة قد تحصل عليها بأي طريق كالاختلاس أو عثر عليها بعد فقدها من المحصل الحقيقي، ثم يتبين للغير الذي دفع قيمة هذه الفواتير بعد ذلك، بأنه ليس له علاقة بالشركة، وليس وكيلًا عنها في التحصيل

ويستند هذا الرأي في هذا الطرح إلى أنه في حالة إدارة المال الشائع بمعرفة أحد الشركاء، دون اعتراض من الشركاء الآخرين، تنشأ علاقات فيما بين هؤلاء جميعاً أي الشركاء مردها الوكالة، وهذا ما نصت عليه المادة 716 ق م ج في فقرتها 3، بحيث إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلًا عنهم.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بتاريخ 2011/09/11 بأنه إذا تولى أحد الشركاء الإدارة، دون اعتراض من الباقين عد وكيلًا عنهم. لذلك نجد أن القضاء قد أقر نفاذ تصرف الوكيل الظاهر في حق الأصيل، بتوافر شروط من شأنها أن تجعل المتعاقد مع الوكيل الظاهر يعتقد أنه يتعاقد مع وكيل حقيقي.¹

إلا أنه يُرى في هذه الحالة لا نكون أمام وكالة ظاهرة، وإنما أمام وكالة ضمنية وافق عليها الشركاء في الشروع بشكل ضمني، لأن استمرار الشريك في إدارة المال الشائع دون اعتراض منهم يفيد قبولهم للوكالة الصادرة نيابة عنهم.

على أن المشرع وفي حالة الوفاء بالدين لشخص غير الدائن، وإن تطلب أن يقدم الوكيل الدليل على صفته وفقاً للأحكام الواردة في عقد الوكالة. إلا أنه جعل من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن وهو الموكل قرينة كافية في ثبوت الصفة في استيفاء الدين، لمن يحمل تلك المخالصة فيعد وكيلًا عنه. ما لم يتفق الدائن والمدين على أن يكون الوفاء

¹ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 202

للدائن شخصياً¹. فالمشرع أجاز في المادة 268 ق م ج والمادة 333 ق م م، 3-1342 ق م ف² أن يتم الوفاء بالدين من جانب المدين لشخص كان سند الدين في حيازته، بشرط أن يكون الوفاء بحسن نية. وهذا يفيد بأنه وحتى مع انعدام الوكالة يكون الوفاء صحيحاً من جانب المدين.

ويرى البعض أن الوكالة قد تنعدم لكونها باطلة بطلاناً مطلقاً، فمتى كان الغير لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بهذا السبب، فإنه يستطيع أن يلزم الموكل بالعقد فتصرف إليه آثار العقد.³

الفقرة الثانية:

مدى الاعتداد بخطأ الموكل في حال تجاوز حدود الوكالة

في حين تغافل المشرع عن مدى الاعتداد بخطأ الموكل في أعمال الوكالة الظاهرة، نجد أن الفقه والقضاء في أحيان كثيرة، اشترط أن يصدر خطأ عن الموكل يوهم الغير بوجود الوكالة، أو عدم تجاوز حدودها حتى يسري أثر التصرف في مواجته، فليس من المعقول أن ينصرف أثر تصرف إلى الموكل دون أن ينسب له أي خطأ. وتوسع الفقه تبعاً لذلك في الأخطاء التي تنسب للموكل في حال المجاوزة، بل أنه في حالات أخرى لم يعتد بالخطأ الصادر من الموكل، وقرر حماية الغير إذا كان تقييد السلطات خارج عن المؤلف في التعامل.

¹ - محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، ص 338.

و قد أجاز المشرع أن يكون الوفاء من المدين أو نائبه أو شخص له مصلحة في الوفاء.

² - ART 1342-3 C.civ. F : « Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable. »

³ - محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، ص 339.

أولاً: توسيع الأخطاء الصادرة عن الموكل

يرى بعض الشراح¹ أنه يتعين لحماية الغير حسن النية، أن لا ينسب أي خطأ للموكل. أي أن لا يتسبب من جانبه بسلوك، يؤدي إلى انخداع الغير بالوضع الظاهر. فإذا كانت مظاهر التصرف الخارجية الصادرة من الموكل أو المنسوبة إليه. تولد اعتقاداً في نفس الغير بأن هذه المظاهر الخارجية تعكس وضعاً ينال حماية القانون، فإن اعتقاد الغير يكون مشروعاً متى كان مبني على أسباب معقولة، مع ضرورة أن يتناسب السلوك الخارجي مع خطورة وقيمة التصرف المبرم بين الغير والوكيل.

أي أن الوكالة الظاهرة تنشأ من خلال تحقق مظهر خارجي للوكالة الصادرة من الموكل، يحمل الغير على الاعتقاد بقيام الوكالة. فالتصرفات التي يعقدها الوكيل خارج حدود الوكالة، الأصل عدم نفاذها في حق الأصيل إلا بإجازته. فعلى الغير الذي يتعاقد مع الوكيل التحري عن صفة الوكيل، وحدود الوكالة وانصراف أثرها إلى الأصيل. غير أن إسهام الأصيل بخطئه في خلق مظهر خارجي، من شأنه إيهام الغير بحسن النية، باتساع الوكالة لهذه التصرفات. فيكون للغير الحق في التمسك بانصراف أثرها إلى الأصيل، متى سلك في تعامله سلوكاً مألوفاً لا يشوبه خطأ غير مغتفر.²

فعندما يتجاوز الوكيل حدود الوكالة، يجب لتحقيق الوكالة الظاهرة أن تكون ملائمة لنشاط الموكل، تساعد على الاعتقاد وبشكل معقول أن هذا الشخص وكيل عن الأصيل. كأن تكون الوكالة قد صيغت بعبارات غامضة تضيي الغموض عليها، مما يجعل الغير محقاً باعتقاده بأن الوكيل يتصرف وفق صلاحياته المخولة. أو أن يتجاوز الوكيل حدود وكالته دون اعتراض من الموكل. فيشترط لنفاذ التصرف في حق الأصيل أن يكون هذا الأخير قد أسهم بخطئه سلباً أو إيجاباً في ظهور المتصرف بمظهر

¹ - سلامة عبد الفتاح حليبة، المرجع السابق، 247.

² - المرجع نفسه، ص 248.

صاحبه. فالمظهر الخارجي للوكالة المنسوب للموكل يكون من شأنه أن يجعل الغير لديه العذر الكافي في أن يعتقد أن هناك وكالة قائمة. ولعل هذا الشرط هو الذي يحدد الأساس القانوني الذي تقوم عليه الوكالة الظاهرة.¹

وقد ذهب الفقه ومؤيدا من القضاء أحيانا إلى سريان التصرف، الذي يجريه الوكيل المتجاوز حدود صلاحياته في الحالات الآتية :

أ: عبارات الوكالة غامضة ومبهمة تثير الشك في معناها، أو واسعة المدى ولكنها مقيدة بقيود وتحفظات لا علم للغير بها. في هذه الحالة يلتزم الأصيل بتحمل نتائج أفعاله التي ساهم وساعد في إيجاد مبرراتها، فلا يستطيع الأصيل الاحتجاج بانعدام الوكالة.² على أن الفقه يرى أن خطأ الموكل في إعطاء عبارات غامضة أو فضفاضة، لا يكفي وحده بل لا بد من حسن نية الغير، أي عدم علمه بتجاوز الوكيل حدود الوكالة.³

وهذا ما طبقه القضاء المصري، حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول أنه: "إذا كانت السلطات المخولة للوكيل بمقتضى عقد الوكالة سلطات واسعة، من شأنها وبطبيعتها أن تجعل الغير ممن يتعاملون معه يعتقدون بحسن نية دخول هذه الأعمال في نطاق الوكالة، فإن من حقهم أن يعولوا على هذه المظاهر، دون أن يكلفوا بالتحقيق في مدى سلطاته التوكيلية." ⁴ فالقضاء جعل إلزام الموكل في هذه الفروض جزاءا لخطئه ومؤسسا على مسؤوليته التقصيرية نظرا لرعوثته في الإدلاء بعبارات واسعة فضفاضة أو غامضة مبهمة. خصوصا إذا أهمل الموكل مراقبة تنفيذ وكيله، مما يؤدي إلى اعتقاد الغير بحسن نية بأن الوكيل كان مزودا بسلطان لم يكن في نية الموكل أن يخوله له.⁵

¹ - محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، ص 341.

² - محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، ص 338.

³ - سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 246.

⁴ - نقض مدني رقم 1533 بتاريخ 1991/04/11. مقتبس عن: نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 178.

⁵ - سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 246.

ب: في التوكيل على بياض : ذهب بعض الرأي في هذا الصدد إلى أن الموكل قد يقوم بإعطاء توكيل، يترك فيه بياضا مخصصا لاسم الوكيل. أو قد يوقع الموكل على سند الوكالة ويتفق مع الوكيل على حدودها تاركا له تحرير سندها، ثم يجره الوكيل ويمنح لنفسه سلطات أوسع من تلك المتفق عليها، فيكون الوكيل بذلك قد أساء استعمال السند الموقع له، وتجاوز حدود الوكالة.¹

ويرى البعض في هذا الصدد² بأنه يتعين إلزام الموكل بكل ما أجراه الوكيل من أعمال في هذه الحالة، حتى لو تجاوز حدود الوكالة. وحتى ولو استغل الوكيل ذلك التوكيل المعطى له على بياض لتحقيق فائدة شخصية له، وذلك تطبيقا لنظرية الظاهر حتى لا يضر الغير حسن النية، فينفذ التصرف في حق الموكل وليس للوكيل إلا أن يرجع على الوكيل، لإساءته ملئ البياض بما لا يطابق الواقع فالسند الموقع من الموكل يعتبر عنصرا صالحا لتكوين الركن الأول للظاهر، والمتمثل في الشواهد المادية المحيطة بالظاهر. ولا شك في أن حماية الغير هنا ضرورة تفرضها العدالة والمنطق السليم، والطريق لتوفير هذه الحماية يكون بنفاد التصرف الذي أبرمه الوكيل بصفته هذه في مواجهة الموكل.³

ج: الصياغة غير المنضبطة إن الصياغة متى كانت غير مضبوطة فإنها تسهم في إساءة استعمال الوكيل للوكالة، والمتصور هنا أن الموكل قد حرر سند الوكالة كاملا، إلا أنه

¹ - ويكون ذلك عادة عندما يكون الوكيل فيه محدود الأهمية، ولا يعنى الموكل من يكون وكيله فيه فأي شخص يصلح أن يكون وكلا.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 401.

² - سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 244

محمد شريف عبد الرحمن أحمد، المرجع السابق، ص 343.

³ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 190

أما عن التجاوز والإساءة وخيانة الأمانة فهذه الأمور لا تتصل بالغير، وإنما تظل محصورة في العلاقة بين الموكل ووكيله. فيكون الوكيل مسئولا مدنيا عن التعويض للموكل، عن الأضرار التي تصيبه نتيجة إساءة لاستعمال السند الموقع على بياض.

استخدم ألفاظاً غامضة أو مرنة فضفاضة واسعة، بحيث تتسع لأكثر من معنى. فيستخدمها الوكيل لإبرام تصرفات تتجاوز الحدود التي أرادها الموكل، وقد يتم الاتفاق بين الموكل ووكيله لإيهام الغير بسلطات للوكيل، أوسع من تلك الممنوحة له بالفعل. لدى يرى جانب من الشراح أن للغير حسن النية أن يتمسك بالسلطات المعلنة للوكيل، والتي تتسع لها الألفاظ التي تحرر بها سند الوكالة.¹

مع الأخذ بعين الاعتبار أن المشرع يقرر أن الوكالة بألفاظ عامة، لا تخوّل الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة طبقاً للمادة 701-1 ق م م والمادة 573 م ج.

د: تقييد السلطة الذي لا يصل إلى علم الغير: يرى البعض² أنه ينصرف أثر العقد أيضاً متى كان الغير حسن النية، ولم يصل تقييد سلطات الوكيل إلى علم الغير. وأن نظرية الظاهر تبدو واضحة في هذا الفرض، غير أن جانباً آخر من الفقه³ يفرق بين تقييد السلطات المعاصر واللاحق، فهو يرى أن التقييد المعاصر يلتزم فيه الموكل على أساس الصورية، وبما أبرم على أساس الوكالة المعلنة. أما لو تعلق الأمر بتقييد لاحق ولم يعلن إلى الغير فمن حق الغير أن يتمسك بإرادة الموكل الأولى، حيث لم يصل إلى علمه ما يعدلها.

ويضيف ذات الفقه بأن المشكلة تبدو أكثر حدة لو أن الموكل أعلن عن تقييده لسلطات وكيله، وتم هذا التقييد في سند الوكالة ذاته أو أشهر بالطريق القانوني. ففي هذه الحالة الموكل لم يرتكب أي خطأ، ولا يمكن أن ينسب إليه إهمال أو عدم احتياط، والغير إما أنه سيئ النية يعلم بحدود الوكالة في صورتها الأخيرة، وإما أنه مهممل لأنه لم

¹ - سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 245

على أن حسم المشكلة يكون بالرجوع لقواعد تفسير العقد، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع. والتزام الموكل أمر يستند إلى القواعد العامة التي تفرض على الشخص تحمل نتائج فعله الشخصي. وإن كان التزامه أمر بالغ الصعوبة لأن استخدام الموكل بغير قصد للفظ دون آخر لا يمكن أن يوصف بأنه خطأ يسأل عنه.

² - رأي عبد الباسط لجميبي، مشار إليه في سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 246

³ - رأي نعمان خليل جمعة مشار إليه في سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 247

يطلع على سند الوكالة في الحالة التي يكون التقييد فيها قد أثبت في هذا السند. وسواء ثبتت النية السيئة أم الإهمال في جانب الغير، فليس له أن يرجع على الموكل لإلزامه بتصرف مخالف للقيود التي وضعها للوكيل، وليس أمامه إلا الرجوع على الوكيل على أساس قواعد المسؤولية المدنية، أو يرجع على الموكل على أساس قواعد الإثراء بلا سبب.¹

ثانياً: تقييد السلطات خارج عن المألوف في التعامل

يرى جانب من الفقه² أن هناك حالات يلتزم فيها الموكل بالتصرف موضوع التجاوز، بالرغم من إعلانه عن تقييد سلطات وكيله. إذا كانت هذه القيود غير معتادة خارجة عن حدود المألوف.

* في حالة ما إذا كانت الظروف تتطلب من الغير بأن يتلطف، ولا يتحرى في نطاق الوكالة إلى أكثر من إطلاعه السريع، فيكتفي بمظاهر الوكالة والشهرة العامة.
* في حالة إطلاع الغير على سند الوكالة بداية، فبعد ذلك لا يتصور مطالبة الوكيل بسند الوكالة في كل مرة يقدم فيها على التعامل معه.³

* القيود الواردة على خلاف المألوف في التعامل ويكون ذلك عادة في حال الوكالة الدائمة وفي أوجه النشاط التي يكون التمثيل فيها وفقاً لقواعد مستقرة سيما في النيابة عن الأشخاص المعنوية ففي هذه الحالات السابقة يقع على الموكل ضرورة إعلام الغير بطريقة مؤكدة بالقيود التي فرضها على سلطات وكيله خاصة أن ظروف الحال قد تمنع من التدقيق في سند الوكالة من ناحية الغير أو قد تمنع من إبراز سند الوكالة أصلاً لوجود

¹ - سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 247

² - رأي نعمان خليل جمعة ويؤيده سلامة عبد الفتاح، مشار إليه في سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 249.

رأي أيضاً عبد الباسط جميعي مشار إليه في نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 207

³ - سلامة عبد الفتاح حلبية، المرجع السابق، ص 150

مانع أدبي من التحقيق في سند الوكالة كوكالة مدير إدارة بنك مثلا للثقة المفروضة في هذا التعامل¹

مثال ذلك أن يكون مدير الشركة الذي تجاوز حدود اختصاصه إنما باشر في الواقع عملاً يدخل في المألوف من اختصاصات مديري الشركات فلم يجد الغير الذي تعامل معه ما يدعو إلى مزيد من التحري والتثبت² غير أن جانب من الفقه يرى أن القيود متى وردت في العقود المبرمة مع الغير والوكيل فإن الغير يكون مخطئاً إذا لم يلتفت إليها.³ أما حالة إساءة استعمال الوكيل لسلطاته باستخدامها لتحقيق مصالحه الخاصة، فهذا الفرض يخالف المجاوزة لأن التصرف الذي أبرمه الوكيل يدخل في نطاق سلطاته في هذه الحالة. فيرى جانب من الفقه أن هذه الأغراض لا تدخل ضمن عناصر تكوين التصرف بل خارجة عنه تماماً، وبالتالي فلا شأن للغير بها سيما أنه اطلع على سند الوكالة، وتثبت من أن التصرف الذي يبرمه مع الوكيل يدخل في حدود السلطات المخولة له.⁴ بمعنى أن هذه الصورة لا تدخل تحت نطاق الوكالة الظاهرة، وإنما هي وكالة حقيقية. وللموكل الرجوع على الوكيل الذي أساء استعمال السلطات المخولة له، بموجب سند الوكالة حين تجاوز غرضها.⁵

¹ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 189.

² المرجع نفسه ص 205

³ - سلامة عبد حلبيبة، المرجع السابق، ص 249.

⁴ - سلامة عبد الفتاح حلبيبة، المرجع السابق، ص 251

⁵ - نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق، ص 191

المبحث الثاني:

أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان

يلتزم البائع في عقد البيع بعد نقل ملكية الشيء المبيع، بتأمين المشتري من حياة المبيع حياة هادئة، بحيث يمتنع عن التعرض الشخصي للمشتري المادي والقانوني، وضمان العيوب الخفية، وضمان تعرض الغير القانوني. إذ أن التعرض المادي الصادر عن الغير لا يضمنه البائع¹. ويلتزم البائع بالضمان في جميع الحالات بصرف النظر عن حسن نيته أو سوءها، ذلك أنه إذا ما تحقق سبب الضمان فإنه وبالرغم من حسن نيته أي جملة لتلك الأسباب، يكون قد أخل بالتزامه بنقل الملكية. ذلك أن في أحكام الضمان لسنا بصدد الحديث عن خطأ البائع، مهما بلغت حسن نيته أو حرصه.

على أن الضمان قائم بالطبع بأكثر صرامة في نتائجه، بحيث أن سوء نية البائع يحوّل المشتري المطالبة بكافة التعويضات كما سندين ذلك لاحقاً. إذ تبقى أهمية التمييز بين البائع حسن النية وسيئ النية، تظهر فقط في حق المشتري في استرداد المصاريف النافعة والكمالية. بحيث لا يحق له الرجوع بها على البائع إلا إذا كان سيئ النية، بموجب نص المادة 4/375 ق م ج² المقابلة للمادة 3/443 ق م م والمادة 1635 ق م ف. ف.

ويبقى السؤال مطروحاً حول موقف المشرع بالنسبة لأثر علم المشتري بوجود عيب خفي، أو بوجود سبب من أسباب الضمان أو جملة لها. فهل يشترط أن لا يكون عالماً بسبب التعرض الصادر عن الغير وقت البيع، حتى يتسنى له الرجوع على البائع بالضمان؟ أم أنه يشترط عدم علمه بسبب التعرض عند إبرام العقد وإلا عد سيئ النية،

¹ - وإذا كان التزام البائع بضمان التعرض القانوني الصادر عن الغير التزاماً أساسياً، فإنه يجب على المشتري أن يمكنه من ذلك بإخطاره بالتعرض في الوقت المناسب، وهذا هو التعاون المطلوب كمقتضى من مقتضيات حسن النية.

محمود شعبان البكري خليل، مبدأ حسن النية وأثره في عقد البيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2012

² - حيث جاء فيها: " في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع: المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطالبها من صاحب المبيع، وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيئ النية."

ومن ثم يحرم من الضمان؟ بعبارة آخر هل يستلزم حسن نية المشتري للرجوع بالضمان؟ (المطلب الأول).

كما يطرح السؤال حول أثر حسن النية في حال علم المشتري بأسباب استحقاق المبيع، على نطاق ما يحكم به له؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

أثر حسن النية في حال ظهور عيب خفي أو تكليف أو حق ارتفاق

يتدخل حسن النية في نظرية العقد بعد إبرام العقد، لأجل إقرار حماية للمتعاقد حسن النية، وبصفة خاصة في عقد البيع. حيث يختلف نطاق الضمان في حال حسن نية المشتري، عنه في حال سوء نيته. ويختلف أثر حسن النية بوجود أو ظهور عيب خفي في المبيع، عنه في وجود تكليف أو حق إرتفاق. فقد رتب المشرع حكما مختلفا في كل حالة على حدا. فتعرض بناء على ذلك لأثر حسن النية، في حال ظهور عيب خفي أو تكليف في (الفرع الأول)، ثم لأثر حسن النية المشتري في حال ظهور إرتفاق على المبيع (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

حالة ظهور عيب خفي أو تكليف على المبيع

يلزم لرفع دعوى ضمان العيوب الخفية توفر شروط معينة، أن يكون العيب مؤثرا، وأن يكون قديما وأن يكون خفيا. هذا الشرط الأخير هو الذي يظهر أثر حسن النية على إمكانية الرجوع بدعوى الضمان. لأن حسن النية يرتبط بالعلم، فإن العلم بالعيب يفترض معه ظهور العيب، ومن ثم عدم الضمان. من ثم حسن النية يعتبر شرطا لازما للرجوع بالضمان، في حالة ظهور عيب بالمبيع. فمتى يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ومتى يكون غير ذلك؟ (الفقرة الأولى). و هل أن العلم بالتكاليف التي قد تثقل الشيء المبيع، يأخذ نفس حكم العيب الخفي، فيفترض معها عدم الضمان. (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

حالة ظهور عيب خفي

يلزم لرجوع المشتري في حالة ضمان العيوب، أن يكون العيب خفياً، ذلك أن العيب الظاهر لا يتحقق معه الضمان. كما يلزم أن يكون العيب غير معلوم له، لأنه إذا كان العيب خفياً وعلم به المشتري، فلا يكون له الرجوع بالضمان أيضاً. فعلم المشتري بوضع المبيع وحالته عند التعاقد، لا تجعل له الحق بعد ذلك في الرجوع على البائع بالضمان. إذ لا يكون له أن يشكو بعد تمام العقد من أمر علم به سلفاً.

إن شرط حسن النية بالنسبة للمشتري، يعتبر شرطاً لازماً للرجوع بالضمان في حالة ظهور عيب في المبيع. غير أن الصعوبات تثور حول تحديد، متى يعتبر العيب معلوماً أو غير معلوم من المشتري؟ هل أن أي عيب خفي هو عيب غير معلوم للمشتري، والعيب الظاهر هو عيب معلوم بالضرورة؟ وهل يكفي إمكان تبين العلم، ليعتبر المشتري سيئ النية أم يشترط العلم الحقيقي؟

أولاً: علم المشتري بالعيب أو جهله به

لا يسأل البائع عن العيوب الظاهرة لأن المشتري، وقد رأى العيب ظاهراً دون أن يعترض يكون قد ارتضاه واسقط حقه في التمسك بالضمان، ويبقى التزامه بالضمان قائماً فقط بالنسبة للعيوب الخفية، ويعتبر العيب خفياً إذا كان لا يظهر بالفحص العادي للمبيع، فالمعيار لمعرفة العيب معيار مجرد. إذ يكون على المشتري أن يلجأ إلى فحص المبيع بالوسائل العادية المألوفة. ولا يتحتم أن يكون ذلك بنفسه، فقد لا تتوافر لديه المقدرة على اكتشاف العيب، عندئذ يمكن أن يتم فحص المبيع بواسطة شخص آخر تتوافر لديه المقدرة على معرفة العيب. فإذا كان العيب لا يظهر للرجل العادي، كما إذا اقتضى اللجوء إلى أهل الخبرة لكشفه، فإنه يعتبر عيباً خفياً، ويكون له الرجوع على البائع بالضمان.¹

¹ - محمد شتا أبو سعد، عقد البيع، ط الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص 337.

أما إذا قصر المشتري في بذل عناية الرجل العادي، ولم يتم بفحص المبيع فلا يكون له أن يحتج بجهله، وعدم مقدرته كشف العيب لكي يرجع بالضمان. ويجب أن لا يعتمد فقط على البيانات والمعلومات التي يقدمها له الطرف الآخر، بل يستعلم من خلال الشهر العقاري والسجل العيني مثلا، حيث يتم تسجيل التصرفات الواقعة على العقارات.¹

ويكون العيب ظاهرا متى كان من السهل تبينه طبقا للأوضاع العادية، بحيث لا يستلزم الأمر أية خبرة فنية أو تدقيق أو فحص. فمجرد إمكان اكتشافه بالفحص العادي يكفي لاعتباره غير خفي، فلا يلزم أن يكون المشتري عالما بالعيب، وإنما يكفي أن يكون في استطاعته أن يعلم به. ومن السهل عليه أن يعلم به حتى يحرم من الرجوع بالضمان، لأنه إذا كان باستطاعته العلم بالعيب، فإنه يكون مقصرا في حق نفسه، ومن ثم لا يكون له أن يحمل البائع نتيجة تقصيره.² أما إذا كان كشف العيب يحتاج إلى بذل مجهود غير عادي، أو إلى فحص خاص من قبل خبير، أو يحتاج اللجوء إلى طرق علمية خاصة، فإنه عندئذ يعتبر عيبا خفيا يتحقق معه الضمان.³ إذ أن العيب يكون ظاهرا إذا كان كشفه يتطلب فقط إستعانة المشتري بقدراته الشخصية، لا بالاستعانة بخبير.

¹ - حيث يعد نظام الشهر العقاري والسجل العيني من أهم وسائل الاستعلام القانوني، لما تتميز به من الدقة في المعلومات الموثقة عن العقار محل التعاقد.

نجوان عبد الستار علي مبارك، المرجع السابق ص 106.

² - أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 192.

³ - توفيق حسن فرج،، أثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع الأول، 1980، ص 187.

وتقدير ما إذا كان العيب ظاهرا أو خفيا، هو من المسائل الموضوعية التي يفصل فيها قاضي الموضوع، دون رقابة عليه من محكمة النقض. والمرجع في التفرقة بين ما يعتبر عيبا خفيا أو ظاهرا هو طبيعة المبيع، وعرف الجهة وظروف التعاقد. والمعيار العام هو أن العيب يجوز على المشتري، فلا يكتشفه بالرغم من فحصه المبيع فحص الرجل المعتاد. أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 195.

وقد يكون العيب خفيا بمعنى أنه لا يظهر بالفحص العادي للمبيع وغير معلوم للمشتري، وليس باستطاعة هذا الأخير أن يعلمه،¹ غير أنه قد يكون العيب خفيا ليس ظاهرا إلا أنه معلوم للمشتري، من ثم حتى ولو كان العيب خفيا فإنه لا يكون عيبا موجبا للضمان، إذا ثبت أن المشتري كان يعلمه بالفعل وقت تسلم المبيع بالرغم من خفاءه.² في هذا الصدد تقضي المادة 2/379 ق م ج³ بأنه: "غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري عالما بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي".

ولما كان حسن النية يرتبط بالعلم وإمكانية العلم، فإذا سكت المشتري رغم علمه بالعيب أو رغم استطاعة العلم، وأقدم على الشراء ثم طالب بالضمان من البائع كان سيئ النية، إذ أنه تبين العيب أو كان بإمكانه أن يعلم به، وأقدم رغم ذلك على إبرام العقد، وبالتالي لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان. لأن علمه بوجود العيب عند إبرام العقد يفيد أنه قد تنازل عن الرجوع بالضمان، خاصة أن وجود العيب يدخل في الاعتبار عند تقدير الثمن.⁴

والمشتري قد لا يعلم بالعيب علم اليقين، إلا أن جهله به ينبغي أن يكون مشروعا ومبررا. فإذا كان العيب ظاهرا أي باستطاعة الرجل العادي أن يتبينه لو كان في مكانه،

¹ ينظر في فحص المبيع في كل حالة بالأخذ بعين الاعتبار، إن كان بإمكان شخص عادي اكتشاف العيب باللجوء إلى طرق الفحص الأولية، عندئذ يعتبر العيب ظاهرا. أما إذا كان العيب يحتاج إلى مجهود غير عادي، لا يجري به العرف أو فحص خاص أو طرق علمية خاصة للكشف عنه، كان العيب خفيا.

توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 189.

أضاف هذه التفاصيل مشروع القانون المدني، التي أغفلها التقنين المدني أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 186.

² - محمد شستا أبو سعد، المرجع السابق، ص 338.

³ - تقابلها في نفس المعنى المادة 2/447 ق م م والمادة 1641 ق م ف

⁴ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 186.

فلا يكون للمشتري أن يتمسك بجهله بالعيب، لدى لا يستلزم القانون أن يكون المشتري عالماً فعلاً بالعيب، إنما يكفي استطاعة العلم حتى يحرم المشتري من الرجوع بالضمان. و معنى ذلك أن العيب الخفي متى كان معلوماً للمشتري، يأخذ حكم العيب الظاهر. وهذا يعني أن العيب الظاهر هو العيب المعلوم ولو كان خفياً، والعيب الخفي هو العيب غير المعلوم. بل أن المشتري يحرم من الضمان أيضاً إذا علم بالعيب عن طريق البائع، أي إذا ما صرح البائع خلو المبيع من الصفات المطلوبة، وأقدم مع ذلك على الشراء، لأن ذلك يعني تنازله عن الرجوع بالضمان أو الصفات.¹

إلا أنه ليس من السهل دائماً التقدير إن كان العيب خفياً أو ظاهراً، حتى ولو كان وجوده معلوماً للمشتري، متى لم يكن بمقدور هذا الأخير تقدير أهميته ونتأجه. فلا يقال أن عيباً ما ظاهر إلا إذا كان معروفاً في سببه ومدى جسامته، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية.²

ويقع على المشتري عبئ إثبات وجود العيب الخفي وتوفر شروطه، فيثبت أن العيب كان موجوداً قبل التسليم، وبأنه كان خفياً. فإذا اثبت ذلك استطاع البائع في سبيل التخلص من الضمان، إثبات علم المشتري بالعيب.³ أي أن يثبت سوء نية المشتري أي علمه بالعيب أو سهولة علمه به، لكي يتخلص من الضمان. ذلك أن الأصل هو حسن النية، ولهذا يعتبر المشتري حسن النية لا يعلم بالعيب، فإذا ادعى البائع العكس كان عليه عبئ الإثبات. فيثبت أن المشتري قد علم بالعيب أو يثبت خلو المبيع من الصفات المطلوبة عن طريق تصريحه (البائع) بذلك. و يعين على هذا الإثبات أن

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 190.

² - Cass.civ ; 3^{ème} chambre ; 14 juillet ; 1989

مقتبس عن : توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 190
³ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 196.

التمن غالباً ما يكون ضئيلاً، لا يتفق إلا مع قيمة مبيع به عيب، كما يعين على ذلك كون المشتري نفسه من أصحاب المهن الفنية.¹

وقد يكون العيب موجوداً وقت البيع والمشتري لا يعلم به، ولكنه إذا علم به وقت التسليم ولم يعترض سقط ضمان البائع. فالعيب الموجود في المبيع وقت البيع، يجب إذن حتى يضمنه البائع أن يكون المشتري لا يعلمه لا وقت البيع ولا وقت التسليم.² فإذا أثبت البائع أن المشتري كان يلعمه، في أي وقت من هذين الوقتين لم يكن ضامناً. أما العيب الذي حدث ما بين البيع والتسليم، فيجب أن يثبت البائع حتى يسقط الضمان عنه، أن المشتري كان عالماً به وقت التسليم، فإذا لم يثبت ذلك افترض أن المشتري كان وقت تسليم المبيع غير عالم به، ووجب الضمان.³

ويراعى أن العلم الذي يتحقق معه عدم الضمان، ينبغي أن يتوافر وقت البيع في حالة المبيع المعين بالذات، فإذا علم المشتري بالعيب بعد ذلك لا يحرم من الرجوع بالضمان. أما في حالة المبيع المعين بالنوع فلا يتصور ذلك، حيث لا تتحدد ذاتية المبيع وقت العقد، وإنما تتحدد بالإفراز الذي يتم عادة عند التسليم.⁴

غير أنه لا يكفي في هذا الصدد لكي يسقط الضمان عن البائع، مجرد إقرار المشتري في العقد بأنه عاين المبيع، معاينة نافية للجهالة. ذلك أن هذا الإقرار وإن كان يحول دون طلب إبطال العقد، على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع. فإنه لا يعتبر دليلاً كافياً على علم

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 190.

² - لما كان جهل المشتري للعيب وقت التسليم شرطاً للضمان، فإنه يغلب أن يكون المشتري وقد جهل العيب اللاحق بالمبيع، قد وقع في غلط جوهري. فتتلاقى دعوى ضمان العيوب الخفية مع دعوى الغلط، ويكون للمشتري أن يختار بين الدعويين.

³ - محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 338.

³ - محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 338.

⁴ - توفيق حسن فرج، أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، المرجع السابق ص 192
عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1968، ص 726.

المشتري بالعيب، علما يحول دون رجوعه بالضمان وهذا ما استقر عليه قضاء النقض المصري.¹

من ثم فالعيب لا يعتبر خفيا مجرد أن المشتري لم يره، أو مجرد أنه لم يفحصه فحفا عاديا، ولكنه اكتفى بفحص سطحي فقط. فإذا أمكن الشخص متوسط الحرص اكتشاف العيب، بالالتجاء إلى طرق فحص أولية كان العيب ظاهرا، أما إذا كان العيب من العيوب الخفية التي لا يمكن الكشف عنها بالطرق العادية، ولكنه يكون معلوما للمشتري، وسكت رغم علمه بالعيب كان سيئ النية. وبالتالي لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان. ذلك أن العيب المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر، ولا يعتبر من العيوب الخفية.² ويستوي في ذلك الحكم إذا ما علم المشتري بالعيب من طريق البائع أو بطريق آخر ذلك أن علم المشتري بالعيب الذي يمنعه من رجوعه بالضمان لا يشترط فيه أن يكون ناتجا عن إخبار البائع له.³

من ثم يسقط عن البائع الضمان في حالة قدرة المشتري على كشف العيب، بشيء من الحيلة والحذر من خلال الاستعلام والتحري. وأن عدم ظهور العيب يمكن نفيه بأحد الأمرين: إما بعلمه به أو باستطاعته هذا العلم. وليس مقصودا بالاستطاعة أن يكون في إمكان المشتري بمعلوماته الشخصية كشف العيب، بل المقصود أن يكون في وسعه القيام بذلك بوسائله الخاصة، دون الحاجة لمعاونة البائع.⁴

على أن البائع يسأل عن العيب الخفي، بغض النظر عن علمه أو جهله للعيب الخفي الموجود بالمبيع. حيث أشارت المادة 379 ق م ج: " يكون البائع ضامنا لهذه

¹ -نقض مدني مصري بتاريخ 14/06/1962.

مقتبس عن: توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص 193.

مشار إليه أيضا في: أنور العمروسي، المرجع السابق، 194.

² - توفيق حسن فرج، أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، المرجع السابق ص 192

³ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 192.

⁴ - سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج الثالث، المجلد الأول، عقد البيع، مصر، 1990، ص 566.

العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها". هذا على خلاف المشرع الفرنسي حيث جاء في المادة 1646 ق م ف أن البائع إذا كان يجهل عيوب الشيء لا يكون ملزما إلا برد الثمن، وتعويض المشتري عن المصاريف التي أنفقها بمناسبة البيع، والمتمثلة في مصاريف النقل والجمركة وتسجيل العقد وإشهاره. أي أن أحكام ضمان عن العيب الخفي لا تنطبق في التشريع الفرنسي، إذا كان البائع يجهل وجود العيب في المبيع. فلا يلتزم البائع متى كان حسن النية إلا برد الثمن ومصاريف البيع، دون التعويض والفوائد. فحسن نية البائع عذر يقلص من تبعات المسؤولية.

غير أن السؤال يطرح بشأن تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية على البيوع ما بين محترفين: فهل أن المشتري متى كان محترفا يكتفي بفحص سطحي؟، فيفترض أنه غير مختص في الأشياء التي يشتريها، ومن ثم يكون غير ملزم بالقيام بالتحريات قصد كشف العيب، ولا الاستعانة بخبير كلما اشترى شيئا معقدا؟.

يرى بعض الفقه¹ في هذا الصدد أن ضرورة الخبرة لتحديد العيب، دليل وتأكد على أن العيب خفي، على أنه متى كان المشتري محترفا قامت قرينة إمكانية اكتشاف العيب من قبله. ففي البيوع التي تتم بين محترفين، إذا كان المشتري محترفا متخصصا، فإنه لا يقبل منه أن يدعي بوجود عيب خفي، إذ أن العيب الخفي بالنسبة للرجل العادي الذي ليس له أي خبرة، لا يعتبر كذلك بالنسبة للمحترف، فيعتبر عيبا ظاهرا بالنسبة له، لكن على عكس القرينة المنصبة على عاتق البائع المحترف، والتي لا تقبل إثبات عكس مدلولها، فإن هذه القرينة المتعلقة بالمشتري المحترف ليست قاطعة بل أنها قرينة بسيطة. بإمكان المشتري المحترف أن يثبت عكسها، أي بأن يثبت عدم قابلية العيب للإكتشاف من طرفه بالرغم من صفته كمحترف.

¹ - Alain Benabent , Droit civil , Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5^{ème} édition , Montchrestien ,2001,p154.

أما بالنسبة للبائع فمتى كان محترفاً، فإنه وإن كنا قد اشرنا سابقاً إلى أن البائع وفي التشريع الفرنسي، وعلى خلاف التشريع الجزائري، لا يسأل عن العيب إذا كان يجهله. إلا أنه متى كان محترفاً يفترض فيه العلم لا الجهل. ويذهب الفقه إلى أن قرينة العلم لديه قاطعة لا تقبل إثبات عكس مدلول¹. و يذهب Alain Benabent² لتبرير التمييز بين البائع المحترف والمشتري المحترف، بأن البائع يجوز على الشيء المبيع منذ وقت معين، بينما لا يقوم المشتري إلا بفحصه لحظة البيع، كما وأن البائع يجني ثمنا يكون الضمان مقابلاً له، وهذا ما لا يتحقق بالنسبة للمشتري.

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أنه وحتى في حالة الاتفاق، على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية بالإيقاص أو الإعفاء منها، فإن هذا الاتفاق غير ذي قيمة إذا كان البائع محترفاً. فصفة الاحتراف تفترض أن البائع العلم بعيوب الشيء، وهذا ما يجعل تلك الشروط محلاً للإلغاء. وهذا طبقاً لنصوص المتعلقة بالشروط التعسفية، سواء في مواجهة المستهلك العادي أو في مواجهة المحترف، متى لم يكن يتعاقد في مجال تخصصه. وهذا ما يجعل الشروط المقلصة للضمان لا تصح إلا في حالتين: متى كان البائع غير محترف، ومتى تم البيع بين محترفين من الاختصاص نفسه.

ثانياً: تأكيد البائع خلو المبيع من العيب أو إخفاءه غشاً

وإن كان البائع لا يضمن العيوب الظاهرة، أو تلك التي علم بها المشتري، أو كان من السهل عليه أن يعلم بها. فإنه إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من عيب معين، أو أنه قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه، كان له أن يرجع عليه بالضمان.

¹ - CASS.CIV.16 AVRIL 1996

مقتبس عن: أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤولين الشخصية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 87

² - AlainLAIN Benabent , op cit, p 155

غير أنه يجب التمييز في هذا الصدد بين حالتين:

☞ حالة ما إذا كان المشتري يعلم بالعيب من قبل، لا يمكن للمشتري الرجوع بالضمان على البائع، متى علم فعلا بوجود العيب من قبل، حتى ولو أكد له البائع خلوه منه¹. إذ لا أثر لتصریح البائع بعدم وجود العيب.

☞ أما في حالة ما إذا كان لا يعلم بالعيب، وإنما كان من السهل عليه أن يعلم لو أنه فحص المبيع فحصا عاديا، ففي هذه الحالة إذا ما أكد البائع تأكيدا صريحا خلو المبيع من العيب، فإن المشتري سيركن إلى ذلك اعتمادا على هذا التأكيد، ويكون له أن يرجع على البائع بالضمان².

وليس لهذا الأخير أن يدفع دعوى المشتري بأنه لم يفحص المبيع، وإن كان من السهل عليه أن يتبينه، ذلك أنه لو لا تصریح البائع بخلو المبيع من العيب، لقام المشتري بفحصه بالطريق المعتاد وتأكيد البائع في هذه الحالة بخلو المبيع من العيب، يعتبر بمثابة اتفاق ضمني على تحمله ضمان العيب، الذي أكد خلو المبيع منه. من ثم إذا كان البائع لا يضمن العيوب الظاهرة، أو التي علم بها المشتري أو كان من السهل عليه أن يعلم بها، فإنه حسب نص المادة 379 فقرة 2 ق م ج يلتزم بالضمان: "إذا اثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من تلك العيوب، أو أنه أخفاها غشا منه".

كما وأنه وفي حالة ما إذا أثبت المشتري أن البائع قد أخفى العيب غشا منه، فإن هذا الأخير يكون ضامنا. ويتحقق الضمان في هذه الحالة أيضا حتى لا يستفيد البائع من غشه. ويتعين أيضا في هذه الحالة توافر شروط الضمان، وبصفة خاصة يلزم ألا يعلم المشتري بالعيب، فإذا كان عالما به لا يكون له أن يرجع بالضمان. ذلك أن إقدام المشتري

¹ - يلزم أن يأتي تأكيد البائع خلو المبيع من العيب في عبارات خاصة، تنصرف إلى عيب بذاته. فلا يكفي مجرد عبارات عامة يقصد من ورائها الترويج للمبيع، وحمل المشتري على الشراء.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 726.

² - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 190.

على الشراء رغم علمه بالعيب، يكشف عن أنه يريد أن يحصل عليه بحالته. أما إذا كان من السهل عليه أن يعلم به لو أنه تم بالفحص العادي، ولكنه لم يفعل فإن له الرجوع بالضمان، متى كان البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه، إذ على الرغم من إهمال المشتري معرفة العيب، إلا أنه أولى بالرعاية ممن يرتكب غشا، ولهذا يكون له الرجوع بالضمان.

خلاصة القول أن المشتري يكون حسن النية إذا كان العيب خفيا غير معلوم، أو لا يستطيع العلم به لو أنه لجأ إلى الفحص العادي للمبيع، أو أنه لم يعلم به متى كان من السهل عليه اكتشاف العيب، ولكنه لم يفعل اعتمادا على تأكيد البائع خلو المبيع منه، أو لأن البائع أخفى العيب غشا منه. أما إذا كان يعلم بوجود العيب فلا يكون له الرجوع بالضمان، حتى ولو أكد له البائع خلو المبيع من العيب، وحتى ولو كان البائع قد أخفى العيب غشا منه. فمتى كان من السهل عليه أن يعلم بالعيب فلا يكون له الرجوع بالضمان، إذ يكون العيب ظاهرا في هذه الحالة، ما لم يؤكد له البائع خلو المبيع من أي عيب، أو ما لم يكن قد تعمد إخفاء هذا العيب غشا منه، عندئذ يكون حسن النية ويكون له الرجوع بالضمان.¹ وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها قضت فيه بأنه: "يعتبر عيبا خفيا متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد، الذي تعارف الناس على القيام به بل كان يتطلب خبرة خاصة، أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتاد، وأثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أنه قد تعمد إخفاء العيب غشا منه."²

¹ - يراعى في هذا الصدد أن للمشتري رفع دعوى التدليس، في حالة قيام البائع بإخفاء العيب غشا منه. إذا كان ما قام به البائع يكون حيلة تدليسية توقع المشتري، بحيث لو علم بها لما أقدم على التعاقد. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 196.

² - تقض مدني مصري بتاريخ: 1962/06/04 مقتبس عن توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 198.

من ثمة معيار حسن النية لدى المشتري هو العلم، واستطاعة العلم بفحص المبيع بعناية الرجل العادي. ومتى كان المشتري عالماً بالعيب أو مھملاً عد سئئ النية، وتقع عليه تبعة إھماله بغض النظر عن تأكید البائع خلو المبيع من العيب، وحتى في حال إخفاء البائع العيب غشا منه. غير أنه يعد حسن النية متى كان باستطاعته العلم وأھمل ذلك، لتأكید البائع خلو المبيع من العيب، أو لإخفاء البائع العيب غشا منه.

الفقرة الثانية

حالة ظهور تكاليف جديدة

قد تظهر بعد إبرام عقد البيع أعباء وتكاليف تثقل المبيع، فيؤدي الأمر إلى الانتقاص من الانتفاع به. فهل يجب أن يكون المشتري جاهلاً وقت التعاقد بوجودها، حتى يتسنى له الرجوع على البائع بالضمان؟

أولاً: المقصود بالأعباء والتكاليف

يذهب الفقه في تحديده للمقصود بالأعباء والتكاليف، بأنها كل ما من شأنه أن يفرض على المشتري التزاماً بتحمل نقص في الانتفاع بالمبيع، دون أن يشكل ذلك اعتداءً على حق الملكية كله أو بعضه¹. ويذهب جانب آخر إلى أن المقصود بالتكليف اكتشاف المشتري بعد البيع، لحق لا يمس ملكية العين وإنما يقيد انتفاعه بها.²

ويستوي أن يكون التكليف في صورة حق عيني على المبيع، أو في صورة حق شخصي. إذ لم يشترط المشرع في المادة 371 ق م ج المقابلة المادة 439 ق م م، والمادة 1626 ق م ف أن يكون حق الغير مستنداً إلى حق عيني. فيستوي أن يكون التكليف حق عيني كوجود حق انتفاع، حيث تظل للمشتري في هذه الحالة ملكية

¹ - Hamel et Planiol Ripert

توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 211

² - أنور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 244.

الرقبة، مع تحمله مباشرة بنقص في الانتفاع. أو حق استعمال أو حق سكنى، أو حق ارتفاق يتقرر للغير على العقار المبيع،¹ أو في صورة حق شخصي كالإيجار. وإن كانت لا تظهر صعوبة في التمييز بين الاستحقاق الكلي، وظهور تكليف على المبيع، كون أن الاستحقاق الكلي تثبت ملكية المبيع للغير، فيحرم المشتري من كل مزايا المبيع. بسبب استرداد المالك الحقيقي للمبيع كاملاً. بينما وجود تكليف على المبيع يحرم المشتري من بعض مزايا المبيع فقط. إلا أنه يثور الخلاف حول معيار التمييز بين التكليف والاستحقاق الجزئي، فالتكليف لا يعد استحقاقاً جزئياً. ففي الاستحقاق الجزئي يحرم المشتري من بعض مزايا المبيع، فيشكل ذلك اعتداءً جزئياً على حق الملكية.² وإن كان يدق التمييز بين التكليف والاستحقاق الجزئي، إلا أن معيار التمييز بين التكليف وحالات الاستحقاق الجزئي، أن التكليف بمجرد اكتشافه من قبل المشتري يؤدي إلى نقص حال في الانتفاع، إذ تظل ملكية الرقبة للمشتري، بعبارة أخرى هو كل ما يفرض على المشتري، إلزاماً بتحمل نقص في الانتفاع بالمبيع، دون أن يشكل ذلك تعدياً على حق الملكية كله أو بعضه. فوجود تكليف يفيد عدم إمكانية المشتري الاحتفاظ بالمبيع على حالته، بسبب حق الانتفاع الذي ثبت للغير، والذي يمكن لهذا الأخير أن يحتج به في مواجهة المشتري.

وفي مقابل ذلك يخول المشتري الحق في الضمان، متى كان حسن النية يجهل بوجود هذا التكليف. أما في الاستحقاق الجزئي لا يمكن اللجوء إلى دعوى الضمان، إلا إذا صار التعرض حالاً قائماً. إن ظهور تكليف على المبيع يجعل من التعرض سبباً حالاً

¹ - إن تخلف حقوق الارتفاق الإيجابية التي تنقرر للعقار المبيع على عقار آخر، تعتبر استحقاقاً جزئياً أما تحمل العقار المبيع بحقوق ارتفاق لصالح عقار مجاور يعتبر تكليفاً. أنور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، ص 244

² - قد يقع الاستحقاق الجزئي على حصة مفرزة أو شائعة، وقد يتحقق الرهن أو في حالة عدم وجود حق ارتفاق إيجابي، مقرر للعقار المبيع على عقار آخر، كان قد تأكد وجوده عند العقد، أو كان من الظهور بحيث أمكن للمشتري أن يعوّل على هذا الوجود.

توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 210

قائماً، حتى ولو لم تكن هناك منازعة قضائية، ويخول للمشتري الرجوع بالضمان مباشرة، متى كان حسن النية يجهل وجود هذا التكليف عند البيع، ذلك أن مجرد اكتشاف التكليف يعتبر نقصاً حالاً مباشراً في الانتفاع، ويخول الحق في الضمان.¹

غير أن في كثير من الحالات يثور الخلاف، حول تكييف ما إذا كان الأمر يتعلق بتكليف على المبيع، أو استحقاق جزئي له. سيما أن ذلك وفي التشريع الفرنسي وعلى خلاف التشريع الجزائري، يرتب نتائج مختلفة من حيث علم أو جهل المشتري بسبب التعرض، ويبقى تكييف ذلك متروكاً لسلطة القاضي التقديرية. من ذلك ما ذهب إليه القضاء الفرنسي بخصوص عمود كهربائي، كان قائماً في العقار المبيع كان مملوكاً لإحدى شركات توزيع الكهرباء، بأنه استحقاق جزئي أكثر منه تكليف.² ففي الاستحقاق الجزئي يفقد المشتري جزءاً من المبيع، ويحرم من بعض مزايا الشيء المبيع.

ويذهب الفقه الفرنسي إلى إنه يعتبر من التكاليف التي توجد على المبيع، وجود إيراد دائم متعلق بالعقار لصالح ملجأ. ذلك أن الالتزام بدفع إيراد في هذه الحالة، ينتقص من الانتفاع بالعين المباعة.³

وبخصوص الرهن الذي يثقل الشيء المبيع، فإن كان البعض يرى أنه تكليف على المبيع،⁴ إلا أن رأياً آخر يرى أن وجود رهن على المبيع، لا يعرض المشتري لنقص في الانتفاع بالعين المباعة مباشرة، وإنما يعرضه لخطر الاستحقاق، من ثم لا يعد تكليفاً.⁵ فمجرد وجود الرهن لا يخول الرجوع على البائع بالضمان، إذ ليس هناك خطر تعرض حال، فإذا تحقق هذا الخطر كان للمشتري الحق في الضمان. أما مجرد اكتشاف وجود

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 213

² - المرجع نفسه، ص 214.

³ - المرجع نفسه، ص 212.

⁴ - محمد ليب شنب ومجدي صبحي خليل، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، 1968، ص 107.

⁵ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 215.

رهن على العين المبيعة، دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشتري، ومع احتمال حصول تلك المعارضة في المستقبل، فلا يبيح قانونا للمشتري رفع دعوى الضمان، لجواز عدم حصول التعرض فيما بعد من صاحب حق الرهن.

وقد يكون من العسير أيضا التمييز بين التكاليف والعيب الخفي، خاصة أن وجود عيب في المبيع ينقص من قيمته أيضا. هذا التشابه من حيث أثر علم المشتري بها في التشريع الفرنسي، أدى إلى أن القضاء كان يستند إلى النصوص الخاصة بكل منهما في آن واحد. إلا أن الحد الفاصل بينهما أنه في حالة وجود تكاليف أو أعباء على المبيع، يوجد حق للغير يثقل المبيع. فالمبيع سليم لا عيب فيه ولكنه يحمل بتكليف هو حق للغير، أما في حالة العيب فإن المبيع لا يوجد عليه حق للغير، ولكنه يكون معيبا بعيب ينقص من قيمته، أو نفعه بحسب الغاية المقصودة.¹

ثانياً: أثر علم المشتري بوجود تكليف على المبيع

لم يفرق التشريع الجزائري بين الاستحقاق الجزئي ووجود تكليف على المبيع. فعلى الرغم من اختلاف التكاليف عن الاستحقاق الجزئي، أي اختلاف مفهوم كل منهما، نجد أن المشرع سوى في الحكم بينهما من حيث علم المشتري بهما. فقد جاء في نص المادة 1/376² أنه: "في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع، أو في حالة وجود تكاليف عليه، وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدراً لو علمه المشتري لما أتم البيع، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375، مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه".

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 212.

² - يرى توفيق حسن فرج أن المشرع المصري قد أورد في نص المادة 1/444 المقابلة للمادة 2/377 ق م ج أن عبارة "أو وجد مثقلاً بتكليف" تحمل في طياتها معنى المفاجئة للمشتري، إذ وجود المبيع مثقلاً بتكليف يعني أنه لم يكن يعلم بذلك وقت البيع أي كان حسن النية، وبالتالي يكون له الرجوع بالضمان دون تحديد لمصدر هذا العلم. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 207.

فأعطى المشرع للتكاليف حكم الاستحقاق الجزئي للمبيع، ومعنى ذلك أن المشتري يستطيع أن يرجع على البائع بالضمان، إذا ما ظهر تكليف على المبيع. كما يرجع في حالة الاستحقاق الجزئي للمبيع، وذلك بغض النظر عما إذا كان يعلم بوجود تكليف على المبيع أم لا. شأنه شأن الاستحقاق الجزئي، حيث لا أثر لعلم المشتري بأسباب الاستحقاق في سقوط الضمان. فالنص لم يربط على علم المشتري بوجود تكليف سقوط الضمان. فسواء كان المشتري حسن النية لا يعلم بوجود تكليف على المبيع أو سيء النية يعلم بوجوده، يكون له الرجوع بالضمان على البائع. والشرط الوحيد في حالة الاستحقاق الجزئي أو في حالة اكتشاف وجود تكليف يثقل المبيع فإن المشرع لا يجيز للمشتري الرجوع بالضمان والمطالبة بالمبالغ المبينة في المادة 375 ق م ج، إلا إذا كانت الخسارة اللاحقة به جسيمة، أي بلغت درجة من الأهمية بحيث لو علم بها لما أبرم العقد طبقاً للمادة 376 ق م ج.

وإذا كان المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري، لم يفرق بين التكاليف التي قد تثقل المبيع وبين الاستحقاق الجزئي، من حيث أثر علم المشتري بوجودها أو عدم علمه، أي بين المشتري حسن النية الذي لا يعلم بوجود التكاليف والمشتري سيء النية الذي يعلم بوجوده. نجد أن المشرع الفرنسي في نص المادة 1626¹ فرق بين الاستحقاق الجزئي والكلي للمبيع، وبين الأعباء التي يدعى بها على المبيع. ففي الحالة الأولى لا يلزم لرجوع المشتري على البائع بالضمان، أن يكون حسن النية، على عكس حالة وجود أعباء أو تكاليف على المبيع، التي يتعين فيها أن يكون المشتري جاهلاً بها عند التعاقد، فإذا كان عالماً بها فقد حقه في الضمان.

¹ -ART 1626 C.civ.F : «. Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ».

أي أن التشريع الفرنسي اشترط بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بضمان الاستحقاق، من حيث أن يكون التعرض الصادر عن الغير قانونياً، يستند فيه حق الغير إلى حق سابق على البيع، أو لاحق عليه لكنه نشأ بفعل البائع، أن يكون حالاً وقائماً، شرط أن لا تكون الأعباء والتكاليف التي تظهر على المبيع معروفة من طرف المشتري عند البيع. فيلتزم البائع بضمان الأعباء والتكاليف المدعى بها على المبيع، التي لم يصرح بها عند البيع. فإذا ظهر تعرض للغير مثلاً في صورة تكليف على المبيع، كما لو ادعى وجود حق ارتفاق أو حق انتفاع، أو حق استعمال أو حق إيجار، لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع متى كان عالماً بوجود هذا التكليف.

أي أن المشرع الفرنسي رتب على العلم بهذه التكاليف، سقوط الضمان من على عاتق البائع، أما في حالة الاستحقاق فلا يسقط الضمان، إلا إذا اشترط البائع عدم الضمان، وكان المشتري يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو كان قد اشترى على مسؤوليته. بينما في التشريع الجزائري وعلى خلاف التشريع الفرنسي إذا كان المشتري عالماً بوجود تكليف على المبيع، فإنه يستطيع مع ذلك الرجوع بالضمان على البائع. ويعلل توفيق حسن فرج¹ موقف المشرع المصري المماثل لموقف المشرع الجزائري ذلك، بأن المشتري الذي يعلم بوجود سبب من أسباب الاستحقاق على العين المبيعة، ومع ذلك يتعاقد فإنه يأمل أن البائع سيتخذ كل الاحتياطات التي تجنبه خطر الاستحقاق. فإذا لم يقم البائع بذلك كان للمشتري الذي أخطأ التقدير، أن يدعي عدم تنفيذ البائع لالتزامه. ويؤيد جل الفقه الفرنسي² موقف المشرع الفرنسي في هذا الصدد، حيث يتجه الرأي السائد إلى أن التعرض متى كان راجعاً لظهور تكاليف أو أعباء على المبيع، فإنه يلزم لرجوع المشتري بالضمان أن يكون حسن النية يجهل وجود تلك الأعباء. ويبرر

¹- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 209.

²- رأي Jossierand et Hamel Planiol-Ripert et Baudry et Saignat

مقتبس عن توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 198.

الفقه الفرنسي التفرقة بين الاستحقاق الجزئي والتكليف، بأنه إذا كان يفترض أن المشتري قد قبل المبيع مع ما عليه من تكاليف يعلم بها، فإنه لا يمكن القول أنه قد قبل سلفاً خطر الاستحقاق، حتى ولو علم به ما لم يتفق على خلافه.

ويضيف ذات الفقه إلى هذا أنه إذا علم المشتري بالتكليف الذي يقع على المبيع، فإن هذا يؤدي إلى الاعتقاد بأنه قد قبل أن يحصل عليه، مع ما يتحمل به من نقص في الانتفاع. وهذا يعتبر فارقاً هاماً بين هذا النوع من التعرض، وبين التعرض في كل المبيع أو بعضه. ويترتب عن ذلك أن سوء النية التي تلعب دوراً هاماً في الآثار التي تترتب على الاستحقاق، أي التعويضات التي يرجع بها المشتري على البائع في حالة استحقاق المبيع للغير، والتي يفرق في صدها بين المشتري حسن النية وسيء النية، لا تؤدي إلى سقوط الضمان إلا في حالة التكاليف والأعباء فقط.¹

ويرى ذات الفقه السابق أن وجود تكليف على المبيع، من شأنه أن يؤثر على قيمة المبيع أو على الانتفاع به. فالمشتري يحق له أن يعتقد أنه يشتري الملكية التامة الكاملة، التي لا يرد عليها قيد أو تكليف. فإذا كان الواقع على خلاف ذلك كان على البائع أن يخطر المشتري به، حتى يدخل ذلك في تقديره للثمن، بل وللملائمة المبيع لحاجته. فإذا لم يفعل البائع ذلك فإما أنه خرج على مقتضى حسن النية لكتانه هذا الأمر الجوهري، وإما أنه كان لا يعلم به، فهو مقصر. وفي الحالتين يجب أن يكون مسؤولاً عما يفاجأ المشتري به بعد البيع، من حقوق أو تكاليف²

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 208.

² - المرجع نفسه، ص 206.

الفرع الثاني:

حالة ظهور حقوق ارتفاق¹

أفرد التشريع الجزائري والمصري لحقوق الارتفاق حكما مختلفا عن التكاليف والأعباء، ورتب على العلم بها سقوط الضمان. وعلى خلاف المشرع الجزائري نجد أن المشرع الفرنسي ساوى بين حقوق الارتفاق والتكاليف من حيث أثر علم المشتري بوجودها، ورتب على العلم بوجودها سقوط الضمان، ولأن لحقوق الارتفاق حكم مختلف عن التكاليف، فنبحت أثر وجود حقوق الارتفاق وعلم المشتري بها على رجوعه بالضمان (الفقرة الأولى)، ثم ولأن العلم قد يكون مصدره البائع أو يحصل من أي سبيل آخر، فإننا نبحت في (الفقرة الثانية) مدى ضرورة استلزام أن يعلم المشتري بوجود حق الارتفاق من البائع نفسه، ومدى كفاية العلم المستمد من التسجيل.

الفقرة الأولى:

أثر علم المشتري بوجود حق ارتفاق على رجوعه بالضمان

تصنف حقوق الارتفاق إلى حقوق ارتفاق إيجابية وأخرى سلبية، ويقصد بحقوق الارتفاق الإيجابية ذلك الارتفاق الذي يجيز لمالك العقار المرتفق، القيام بأعمال إيجابية كحق المرور من الأراضي المجاورة، ويقصد بالارتفاقات السلبية منع مالك العقار من القيام بأعمال في عقاره، كعدم البناء أو عدم تعليية البناء. وفي عقد البيع حقوق الارتفاق الإيجابية تكون مقررة للعقار المبيع على عقار الغير، فإذا ما اعتمد المشتري على أن للعقار حق ارتفاق على العقار المجاور، بأن كان هذا الحق قيد في العقد أو أنه كان ظاهرا، بحيث يمكن القول أنه اعتمد على وجوده ثم تبين أنه غير موجود، أو أنه ليس إلا عملا من أعمال التسامح من جانب الجار. في هذه الحالة يكون للمشتري أن يرجع على البائع

¹ - عرفته المادة 867 ق م ج حيث جاء فيها أن: "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر. ..."

بالضمان، على أساس وجود استحقاق جزئي. وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة التي تسري في حالة رجوع المشتري على البائع عند الاستحقاق الجزئي، من حيث حسن النية أو سوءها.¹

أما الارتفاقات السلبية فوجودها يؤدي إلى الانتقاص من الانتفاع بالعقار المبيع كله، فتحمل العقار المبيع لحقوق ارتفاق لصالح عقار مجاور يعتبر تكليفا أو أعباء على المبيع.²

وعلى خلاف التشريع الفرنسي الذي ساوى بين حقوق الارتفاق، والتكاليف والأعباء الأخرى التي تثقل المبيع. ورتب على العلم بها من قبل المشتري عدم الضمان من خلال نص المادة 1626 ق م ف. فإن التشريع الجزائي أعطى لحقوق الارتفاق حكما مختلفا عن التكاليف الأخرى، التي قد تثقل المبيع. حيث تقضي المادة 2/377 ق م ج³ بأنه: "يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان، إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري."

أي أن المشرع في هذا النص فرق بين حقوق الارتفاق، وبين التكاليف الأخرى من حيث علم المشتري بها. إذ اشترط لرجوع المشتري على البائع في حالة وجود حق ارتفاق يثقل المبيع، أن يكون هذا الحق غير ظاهر أو أن يكون البائع لم يبينه للمشتري، فيعد علم المشتري بسبب الضمان قرينة على أن البائع اشترط عدم الضمان.

فعلم المشتري بوجود حق ارتفاق يعطي الحق للبائع بالتمسك تجاهه بعدم الضمان، أما علم المشتري أو عدم علمه بوجود تكليف، يترتب عنه الضمان كما في الاستحقاق الجزئي

¹ - رأي: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 704

أنظر أيضا رأي Bodry et Saignat

مشار إليه في: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 218.

² - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 214

³ - وأخذ المشرع المصري بنفس الحكم من خلال نص المادة 445 ق م م.

للمبيع، فالمشرع بالرغم من ذكره عبارة " لو علمه. "، إلا أنه أتبعها بعبارة " لما أتم البيع ". أما في حق الارتفاق الذي يثقل المبيع، إذا أعلم البائع المشتري بوجوده فيفترض عدم الضمان، أي يسقط حق المشتري في الضمان. أي أن أثر العلم يختلف في التكليف عنه في حق الارتفاق.¹

فالبائع لا يضمن تعرض الغير المستند إلى وجود حق ارتفاق، إذا كان ظاهراً أي غير خفي، والتي يكشف عنها البائع للمشتري، أو التي يكون في مقدور المشتري وهو يعاين المبيع وقت البيع، أن يرى معالم حق الارتفاق. ومجرد ظهور حق الارتفاق يكفي لإسقاط الضمان على البائع، سواء علم به المشتري فعلاً أو لم يعلم به، طالما كان في استطاعته ذلك.

وعلى الرغم من أن المشرع اتجه إلى التفرقة ما بين حقوق الارتفاق والتكاليف الأخرى، فأعطى حكماً مختلفاً لكل منهما، فيما يتعلق بأثر حسن أو سوء نية المشتري في رجوعه على البائع بالضمان، فإن كثيراً من الفقه² ينادي بمد الحكم الخاص بحقوق الارتفاق ليشمل جميع التكاليف، التي قد تثقل المبيع. ومقتضى ذلك أنه إذا أعلم البائع المشتري بوجودها أو كانت ظاهرة، فيفترض أنه اشترط عدم الضمان. وحجتهم في ذلك أنه لا يوجد مبرر للتفرقة ما بينهما، فالتكاليف تؤثر على قيمة المبيع أو الانتفاع بها، كما هو الشأن في حقوق الارتفاق. إذ لا تختلف التكاليف عن حقوق الارتفاق إلا من ناحية ظهورها أو عدم ظهورها، وهذا ما يبرر وجود نص خاص بها. أما فيما عدى ذلك فإن من المسلم به أن حقوق الارتفاق، ما هي إلا تكاليف على العين المبيعة.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 704

² - رأي: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 219.

بيد أن هناك فريق آخر من الفقه¹، يرى عدم جواز مد الحكم الخاص المتعلق بحقوق الارتفاق، إلى كافة التكاليف الأخرى. وأن الضمان يقوم في التكاليف الأخرى دون حقوق الارتفاق، حتى ولو كان المشتري عالماً بهذه التكاليف وقت البيع.

معنى ذلك أن رجوع المشتري بالضمان يتوقف على عدم علمه بحق الارتفاق. عندئذ يكون حسن النية، سواء كان عدم علمه بحق الارتفاق راجعاً إلى كونه غير ظاهر، أم إلى عدم إبانة البائع عنه. كما وأن المشرع الفرنسي في نص المادة 1638²، اشترط إذا تبين أن على المبيع حقوق ارتفاق غير ظاهرة، ولم يحصل الإعلام بها، وكانت بالغة في الأهمية بحيث يمكن الظن أنه لو علم بها المشتري عند إبرام العقد لامتنع عن الشراء، يحق له أن يطلب فسخ العقد إذا لم يكتف بالتعويض³. وتكون حقوق الارتفاق ذات أهمية إذا كان من شأنها أن تلحق ضرار كبيراً بالمشتري، بحيث لو علم بها لامتنع عن الشراء. أي أن يكون الأمر من الجسامة إلى حد يمكن معه القول والتقدير، أن المشتري ما كان ليقدم على الشراء لو علم حقيقة الأمر، وتقدير جسامة تلك الحقوق من المسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع⁴.

تجدر الإشارة في هذا المقام أن جانب من الفقه⁵ يرى أن نص المادة 445 / 2 ق م يقتصر تطبيقها، على حقوق الارتفاق الناتجة عن الارتفاقات بين ملاك العقارات

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، 406

² - ART 1638 C.civ.F : « Si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité ».

³ - يقصد بالارتفاقات الظاهرة الارتفاقات التي يرتبط وجودها بأعمال خارجية، كفتح باب أو فتح نافذة، أما الارتفاقات غير الظاهرة، فهو الارتفاق الذي ليست له علامة خارجية تتم عن وجوده، كالارتفاق بعدم البناء أو عدم التعلية. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، د.ط، ج الثاني،، برقي للنشر، الجزائر، 2009، ص 384. و مسألة كون الارتفاق ظاهراً أو غير ظاهر هي مسألة وقائع، تخضع لرقابة القاضي. ويجوز للمشتري أن يثبت إن الارتفاق غير ظاهر.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 1294.

⁴ - توفيق حسن فرج ن المرجع السابق، ص 219.

⁵ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار المعرفة الجامعية، د.ب.ن، 1999، ص 54.

أيضاً رأي جانب من الفقه الفرنسي : BAUDRY et SAIGNAT, AUBRY et RAU

المتجاورة، أي الارتفاقات التي يحدثها الأشخاص وهي الارتفاقات الناشئة عن اتفاقات أصحاب العقارات، دون الارتفاقات التي تنشأ عن التزامات يفرضها القانون. أو ما يسمى بالقيود القانونية الواردة على الملكية، كحق المرور وقيد الري والقيود الناشئة عن التلاصق في الجوار. إلخ. حيث يرى هذا الجانب من الفقه¹ بأنها ليست ارتفاقات بالمعنى الدقيق، بل قيود على حق الملكية. لهذا فإنه إذا تصرف البائع في المبيع، فإنه يتصرف في ملكية حدد القانون نطاقها، تماشياً مع الضرورات الاجتماعية. فلا يكون للمشتري أن يرجع على البائع إذا كان القيد قانوني، حيث أن البائع لا يستطيع أن ينقل للمشتري ملكية مطلقة لا وجود لها.

هذه القيود أوردتها المشرع الجزائري والمصري في القسم المتعلق بالقيود التي تلحق حق الملكية، فتعتبر هذه القيود حدوداً عامة لكل ملكية توجد في ظروف معينة. بحيث يكون من شأنها أن تحدد الوضع العادي لحق الملكية في هذه الظروف، أما حق الارتفاق يمثل فكرة الخروج على هذا الوضع العادي، فهو عيبٌ إستثنائي يتقرر بفعل الإنسان على ملكية معينة.

من ثم ولما كانت الارتفاقات القانونية لها صفة العمومية بالنسبة للعقارات التي توجد في ظروف معينة، فإنه لا يقوم بشأنها ضمان سواء كانت ظاهرة أو مستترة، وسواء علم بها المشتري أو لم يعلم. إذ لا يعذر أحد بجهله لتكليف يفرضه القانون، ولهذا السبب لا يجبر البائع على الكشف عنها للمشتري.²

وبناءً على ذلك لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان، استناداً إلى ارتفاق أو قيد قانوني. يمثل الوضع العادي لحق الملكية في ظروف معينة. حيث توجد

=مقتبس عن : توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 234.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 54.

² - توفيق حسن فرج، المرجع السابق نص 234.

هذه الملكية هكذا طبقا للتنظيم القانوني، ولهذا السبب لا مجال لإلزام البائع بضمان خلو المبيع منها، علم بها المشتري أو لم يعلم، أي سواء كان المشتري حسن النية لا يعلم بها أم سيء النية يعلم بوجودها. وحتى ولو اشترط المشتري في العقد أن تكون العين المباعة خالية من أي ارتفاق يثقلها.¹

غير أن جانب من الفقه² يرى أن القول بعدم ضمان الارتفاقات القانونية، لكونها مقررة على جميع العقارات التي توجد في ظروف معينة كلام غير دقيق. فليس معنى كون الإرتفاق قانونيا أنه يوجد بمجرد النص عليه قانونا، ولكن لا يمكن أن ينشأ إلا إذا طالب به من يريد أن يقرره. فليست جميع الأراضي محملة بحقوق مرور أو مجرى أو شرب لصالح البعض، حتى يقال أن هذا الوضع هو الوضع الإعتيادي لهذه الأرض. إن هذه القيود مرتبة على البعض منها فقط، لأنها وإن استندت في وجودها إلى نص قانوني، فإنها لا توجد إلا إذا توافرت شروطها بناء على صاحب المصلحة فيها، ولهذا كله وجب ألا يستثنى من ضمان البائع هذا النوع من الارتفاقات القانونية، فالبائع يضمنها ما لم يخطر بتا المشتري أو كانت ظاهرة.

الفقرة الثانية:

مدى ضرورة استلزام علم المشتري بوجود حق ارتفاق عن طريق البائع، ومدى كفاية

العلم المستمد من التسجيل

متى كان حق الإرتفاق ظاهرا سقط حق المشتري في الضمان، غير أنه متى كان هذا الحق خفيا فيفترض أن المشتري حسن النية إذا لم يكون عالما بوجوده، أما إذا كان كذلك فإن هذا العلم إما أن يصدر من البائع أو يحصل من سبيل آخر. فإذا حصل العلم من البائع فيفترض عدم الضمان طبقا لنص المادة 2/377 ق م ج. غير أنه يبقى السؤال

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 234 وما بعدها.

² - البدراوي عبد المنعم، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 1970، ص 313.

مطروحا في حالة علم المشتري بوجود حق الارتفاق من سبيل آخر غير البائع، وإذا ما كان يترتب عنه سقوط الضمان أم لا؟

ويطرح التساؤل أيضا بخصوص حق الارتفاق المسجل في السجل العقاري، إذا ما كان يؤخذ على أنه حق إرتفاق ظاهر، فيعفى تبعا لذلك البائع من تبيانه للمشتري؟ أم أنه يبقى خفيا يتعين على البائع الإفصاح عنه بنفسه للمشتري؟

أولاً: مدى ضرورة استلزام علم المشتري بوجود حق ارتفاق عن طريق البائع

إن حق الارتفاق إما أن يكون ظاهرا أو خفيا، فإذا كان ظاهرا فلا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع، أما إذا كان خفيا فإما أن يكون المشتري جاهلا لوجوده وفي هذه الحالة يكون حسن النية ويكون له الرجوع بالضمان على البائع، وإما يكون عالما بوجوده بالرغم من خفاءه، وفي هذه الحالة الأخيرة نجد أن المشرع إعتد فقط بالعلم عن طريق البائع، أما علم المشتري بوجود حق الارتفاق من سبيل آخر غير البائع فلا يسقط الضمان.

أي أن علم المشتري بالارتفاق وفقا للتشريع الجزائري يحصل بأحد الطريقتين: إما من كون الحق ظاهرا، وإما من إعلام البائع به متى كان خفيا، وفي هذه الحالة يفترض أن البائع قد اشترط عدم الضمان. فإذا ما كان عالما بوجوده ومع ذلك تمسك المشتري بالضمان، بالرغم من علمه بوجود الارتفاق كان سيء النية. فقد استلزم المشرع الجزائري في المادة 2/377 ق م ج على غرار نظيره المصري في المادة 445 ق م م، إذا ما كان الارتفاق غير ظاهر، أن يكون إعلام المشتري بوجود حق ارتفاق عن طريق البائع نفسه، لا من أي سبيل آخر.

ويذهب عبد الرزاق السنهوري¹ في تبريره لموقف المشرع المصري إلى أنه لا يكفي أن يكون المشتري عالما بحق الارتفاق من طريق آخر غير البائع، أو أن يعلم بوجوده من

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 704.

تلقاء نفسه، بل لا بد أن يكون مصدر العلم البائع نفسه. فالعلم الذي يعتد به لإفترض عدم ضمان البائع للإرتفاقات غير الظاهرة هو "العلم التعاقدى"، أي العلم الذي مصدره تصريح البائع نفسه. إذ أن سكوت المشتري في هذه الحالة وإقباله رغم ذلك على الشراء، يعتبر من غير شك بمثابة قبول ضمني لإعفاء البائع من ضمان تلك الارتفاقات التي تثقل المبيع. فالإعلام من البائع يفترض معه أنه قد اشترط عدم الضمان. ولا يشترط شكلاً خاصاً للإعلام فيصح أن يكون شفويًا أو مكتوبًا، ويقع على البائع عبء إثبات أنه أعلم المشتري بوجود ذلك الحق في حالة قيام نزاع. أما العلم المجرد الذي يستمد المشتري من ظرف آخر أو من شخص آخر غير البائع، فلا أثر له في تفسير أحكام الضمان لا باستبعادها ولا حتى بالتخفيف منها. ولا يمكن أن يكون بذاته شرطاً ضمناً بعدم الضمان.

ويذهب جانب آخر من الفقه¹ إلى أبعد من ذلك بأن علم المشتري بحق الإرتفاق، يجب أن يكون علماً ينطوي فيه معنى إسقاط الضمان، فحتى ولو كان حق الإرتفاق ظاهراً، فإن ذلك لا يكفي لجعل البائع يعتقد بأن المشتري يعلم بوجود حق الإرتفاق، ويرضى فيه بإسقاط الضمان. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن قيام البائع بنفسه بإعلام المشتري به، كاف وحده لإفترض أن هذا العلم بمثابة إتفاق ضمني على عدم الضمان، وعلى خلاف ذلك لا يتوافر هذا المعنى في حالة علم المشتري بحقوق الإرتفاق من طريق آخر، فعلم المشتري بحق الإرتفاق بطريق غير البائع لا أثر له، ولا يعفيه من مسؤوليته عن الضمان.

¹ - رأي: عبد المنعم البدراوي، إسماعيل غانم

مشار إليه في: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 222.

البدراوي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 206.

إلا أن بعض الفقه¹ يرى بأنه يكفي أن يكون المشتري سيئ النية، حتى يجرم من الرجوع بالضمان. أي يكفي أن يعلم عند البيع بوجود حق الارتفاق، حتى يجرم من الرجوع بالضمان. بصرف النظر عن مصدر العلم، وحتى ولو كان العلم عن غير طريق البائع نفسه. ذلك أن العلم الفعلي بحق الارتفاق غير الظاهر، أو الخفي من أي سبيل آخر ينبغي أن يأخذ نفس الحكم، من حيث إسقاط الضمان من البائع. وهذا الطرح يؤيده أيضا الفقه الفرنسي.²

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن المشرع اشترط من خلال نص المادة 2/445 ق م م، والتي لا يختلف مضمونها عن نص المادة 2/377 ق م ج، لإسقاط الضمان عن البائع أن يكون حق الارتفاق ظاهرا، أو أن يعلم به المشتري عن طريق البائع. فقد سوى المشرع بموجب هذه المادة بين علم المشتري المستمد من مجرد ظهور حق الارتفاق وبين إعلام البائع للمشتري به في حالة عدم ظهوره أي متى كان خفيا. من ثم فإذا كان العلم من مجرد ظهور حق الارتفاق ينزل منزلة إعلام البائع للمشتري به في حالة خفاءه. فإن علم المشتري الفعلي بحق الارتفاق غير الظاهر ولو من طريق غير البائع، ينبغي أن يأخذ نفس الحكم من حيث إسقاط الضمان عن البائع. فإذا كان البائع يعلم أن المشتري على بينة من حق الارتفاق، فإن هذا أيضا كاف لجعله يعتقد أن هذا المشتري يرضى بإسقاط الضمان، لأنه اشترى وكان على بينة من أمره وقت البيع.

ويبقى الشرط الوحيد لإسقاط الضمان، أن يكون المشتري قد علم فعلا بوجود هذا الحق، ولا يكفي أن يكون في إمكانه العلم به لو أنه اتخذ قدرا من الحيطة والتبصر. فالعبرة بالعلم الحقيقي ويقع على البائع عند النزاع إثبات أن المشتري كان يعلم به فعلا. ذلك أن المشرع لم يستلزم أن يعلم البائع المشتري، بما يثقل المبيع من حقوق ارتفاق. فإذا

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 223.

² - رأي Aubry et Rau . Baudry et Saignat . Jossierand. Ripert. Capitan
مشار إليه في توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 223.

تبيّن البائع أن المشتري قد أقدم على الشراء علماً بوجود الارتفاق، لا يصح أن نلزمه بالضمان بعد ذلك، ونلزمه بإخطار المشتري بنفسه بوجود الارتفاق حتى يعفى من الضمان. فلا مجال لحماية المشتري متى لم يكن حسن النية عند التعاقد، أي لم يكن يجهل ما على المبيع من حقوق ارتفاق.¹

ما يؤكد ذلك أن المشرع بالنسبة لحق الارتفاق الظاهر، لم يستلزم أن يكون العلم به عن طريق البائع حتى يفترض عدم الضمان، بل يكفي العلم به من مجرد ظهور الحق. وإذا كان العلم من مجرد ظهور الحق ينزل منزلة العلم عن طريق البائع من حيث الحكم، فإن العلم الفعلي بحق الارتفاق غير الظاهر ينبغي أن يأخذ نفس الحكم، من حيث إسقاط الضمان عن البائع.

غير أنه يُرى في هذا الصدد أن حق الارتفاق متى لم يكن ظاهراً أي خفياً، ينبغي أن يحصل العلم عن طريق البائع، وإذا ما علم المشتري بوجوده من سبيل آخر غير البائع، فإنه يتعين أن يكون البائع علماً به وقت البيع، وهذا ما أخذ به التشريع الفرنسي. فقد اشترط بموجب المادة 1638 لإسقاط الضمان عن البائع، أن يكون حق الارتفاق ظاهراً، أما متى كان هذا الحق خفياً فيلزم أن يكون البائع علماً به وقت البيع. من ثم لم يشترط المشرع الفرنسي أن يكون المشتري قد علم بوجود حق الارتفاق عن طريق البائع، والشرط الوحيد أنه متى كان حق الارتفاق غير ظاهراً أن يكون البائع علماً بوجوده، حتى يكون للمشتري الرجوع بالضمان عليه. وعلم المشتري يمكن أن يحصل من أي سبيل آخر، ويقع على البائع إثبات علم المشتري بوجود حق الارتفاق، بالرغم من خفاءه لإعفاءه من الضمان.

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 240

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 705.

ثانياً: مدى كفاية العلم المستمد من التسجيل لإعفاء البائع من الضمان

يعد التسجيل أو نظام الشهر وسيلة لإعلام الغير بالتصرفات سيما الواردة على العقارات. ويمكن أن يُقيد بالسجل العقاري سيما في ظل نظام السجل العيني حقوق الارتفاق الواردة على العقار. غير أن الفقه إنقسم حول ما إذا كان تسجيل حق الارتفاق، يعني البائع من ضرورة إعلام المشتري بوجود هذا الحق أم لا، وإذا ما كان تسجيل حق الارتفاق يفيد أنه إرتفاق ظاهراً أم لا¹.

ذهب رأي أول² إلى أن الارتفاق المسجل يعتبر كالإرتفاق الظاهر أو كالإرتفاق الذي أعلن عنه البائع. فلا محل لإخطار المشتري بهذه الحقوق إذا كان يعلم بها وقت التعاقد. ومن ثم لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان، لأن البائع لا يضمن إرتفاق مسجلاً في دائرة السجل العقاري. ذلك أن شهر حق الارتفاق عن طريق التسجيل في السجل العقاري يفترض علم المشتري به، حتى ولو لم يعلم به حقيقة.

وذهب بعض أنصار هذا الرأي³ إلى التفرقة بين حق الارتفاق المسجل وقت البيع، وذلك المسجل بعد البيع ولكن قبل تسجيل المشتري. ففي الحالة الأولى يفترض علم المشتري بحق الارتفاق فلا يضمنه البائع. أما في الحالة الثانية فالتسجيل لا يقوم مقام إخطار البائع للمشتري بوجود حق الارتفاق. إذ لا يمكن إلزام المشتري بالإطلاع على دفاتر التسجيل بعد إبرام عقد البيع، لأن ذلك يتطلب منه المرافعة أمام مكاتب الشهر العقاري لمعرفة ما يقع من تسجيلات على العقار المبيع.

¹ - وقد نصت المادة 38 من المرسوم رقم 63-76 مؤرخ في 24 ربيع أول عام 1396 الموافق 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ج ر ع 496 على أن " كل إشهار لعقود أو قرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء إرتفاقات يجب أن يكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار "

² - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 226.

³ - جلال الدين محمود صبرة، المرجع السابق، ص 150.

بينما يذهب رأي ثانٍ¹ خلافاً للرأي الأول إلى أن تسجيل حق الارتفاق، لا يعني إعلام البائع المشتري بوجود حق الارتفاق غير الظاهر على المبيع، ولا يعفيه من الضمان. فقصد المشرع من إسقاط الضمان عن البائع في حالة إعلامه للمشتري بوجود حق ارتفاق خفي، أن يكون العلم حقيقياً وواقعياً، لا قانونياً فحسب. من ثم لا يمكن إفتراض علم المشتري بحق الارتفاق من مجرد تسجيله، لأن المشتري قد لا يطلع على دفتر التسجيلات. وهو لا يعتبر في الوقت ذاته مقصراً، لأن القانون لا يوجب عليه أن يتحرى عن الأعباء والتكاليف التي تثقل المبيع. وإنما يتعين على البائع نفسه أن يعلن عنها للمشتري. هذا وأن التسجيل قد شرع لمصلحة المشتري لا لمصلحة البائع، وعليه يتعين أن لا يستفيد البائع منه لأجل التخلص من الضمان.

غير أنه وإن كان تسجيل حق الارتفاق لا يغني عن إعلام البائع للمشتري بوجود الحق. وأن مجرد علم المشتري لا يقيم قرينة قانونية على وجود إتفاق على الإعفاء من الضمان. إلا أن علم المشتري يصلح أساساً لتستخلص منه المحكمة، قرينة قضائية على وجود إتفاق بعدم الضمان، لا سيما إذا اقترن بظروف أخرى. كأن يأخذنا وجود حق الارتفاق بعين الاعتبار عند تحديد الثمن، مع علم المشتري بأن المبيع مثقل بحق الارتفاق، وعلم الطرف الآخر أي البائع بأن المشتري عالم بوجود حق الارتفاق الذي يثقل المبيع.² ويذهب أنور سلطان تأييداً لهذا الرأي إلى أن التسجيل، وإن كان وحده لا يكفي للدلالة على هذا العلم، إلا أنه يعتبر قرينة يستطيع القاضي أن يستند عليها، بالإضافة إلى قرائن أخرى لإستخلاص علم المشتري بحق الارتفاق.³ فعلم المشتري بحق الارتفاق لا يؤخذ من مجرد التسجيل، لا سيما أن نظام السجل الشخصي لا زال معمولاً به سيما في

¹ - رأي Mazeaud

مشار إليه في: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 228.

² - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 227.

³ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 228.

التشريع الفرنسي¹ على عكس نظام السجل العيني المطبق في التشريع الجزائري،² فإنه يعطي صورة واضحة عن حالة العقار محل عقد البيع، وما يثقله من حقوق واجبة الشهر. فيتسنى للمشتري من خلاله معرفة حالة العقار على وجه الدقة عند إبرام العقد. فيعد مقصرا ومخطئا إذا لم يجتهد في تحري حقيقة العقار الذي سيقبل على شراءه. وبالتالي لا يستفيد من خطئه هذا.³

المطلب الثاني:

أثر مبدأ حسن النية في حال استحقاق المبيع

يضمن البائع للمشتري التعرض القانوني الصادر عن الغير⁴، لكن يشترط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع أو لاحقا له متى كان بفعل البائع، وأن يكون التعرض حالا قائما، حيث لا يكفي مجرد خشية حصول التعرض. ومتى حصل التعرض واستطاع البائع دفعه يكون قد نفذ التزامه تنفيذا عينيا، فإن فشل في ذلك وأستحق المبيع كله أو بعضه، فإنه يلزم حينئذ بتعويض المشتري عن إخلاله بالتزامه، وهذا هو ضمان الاستحقاق. ولا يعفى البائع من ضمان الاستحقاق إذا كان المشتري عالما بسبب الاستحقاق عند إبرام العقد. إذ لا يشترط لقيام هذا الضمان أن يكون المشتري وقت البيع غير عالم بالحق الذي يدعيه الغير.

¹ - يعتمد في إعلان التصرفات في هذا النظام على أسماء من صدرت عنهم، أخذ بهذا النظام التشريع الفرنسي من خلال مرسوم 24 يوليو 1979.

² - نصت على ضرورة إشهار العقود والتصرفات الواردة على العقارات المادة 793 ق م ج، ونصت على نظام الشهر العيني المادة 15 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

³ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق نص 360.

⁴ - أما التعرض الصادر عن البائع فتتضي المادة 378 ق م ج المقابلة للمادة 446 ق م م: " يبقى البائع مسؤولا عن كل نزاع يد ينشأ عن فعله، ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك. من ثم فلا أثر لحسن أو سوء نية المشتري إذا كان التعرض صادرا عن البائع، لأنه يكون في هذه الحالة قد اخل بالتزامه بنقل الملكية.

فنحاول تبين أثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان، وعلى سقوط ضمان الإِستحقاق. (الفرع الأول). أثر علم المشتري بأسباب الاستحقاق على نطاق ما يحكم له به (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

أثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان وعلى سقوط ضمان الإِستحقاق

إن التعرض المنتهي إلى ثبوت حق الغير على المبيع، قد يكون مكرّساً بحكم قضائي، وقد يسلم به المشتري لوضوحه قبل صدور الحكم القضائي. وكأصل عام متى لم يعترف المشتري بحق الغير، فإذا ما استحق المبيع من الغير بموجب حكم قضائي تقوم مسؤولية البائع متى تدخل البائع بعد ما قام المشتري بإعلامه في الوقت المناسب. عندئذ لا أثر لحسن نية المشتري أو سوء نيته على رجوعه بالضمان كأصل عام.

غير أنه لا ينطبق نفس الحكم إذا لم يتدخل البائع بالرغم من إعلامه بالخصومة، أو متى إِعترف المشتري بحق الغير قبل صدور حكم قضائي، حيث يجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان المشتري حسن النية أم سيئها. ذلك أن المشتري يجب أن يكون حسن النية في تحريكه لدعوى الضمان من ثم نتعرض لأثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان (الفقرة الأولى)

هذا ويسقط التزام البائع بالضمان، متى كان المشتري عالماً بسبب نزع اليد، غير أن الفقه اختلف حول مدى ضرورة ارتباط العلم بوجود اتفاق على عدم الضمان ومدى استلزام العلم في التصريح بالشراء على مسؤوليته لإسقاط الضمان. (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى:

أثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان

إذا رفعت دعوى ضمان إستحقاق المبيع على المشتري، فإنه يتعين عليه إعلام البائع بالخصومة.¹ فإما أن البائع سيتدخل فيها وإما أن يحجم عن ذلك، فإذا أعلم البائع وتدخل في الخصومة وحكم برفض دعوى الغير المتعرض، فإن البائع يكون قد نفذ إلتزامه بالضمان تنفيذاً عينياً.² أما إذا لم يتدخل في الخصومة بالرغم من إعلامه من قبل المشتري، وصدر في ذلك حكم قضائي لصالح الغير، فإنه يسأل عن نزع اليد. هذا ما لم يثبت أن الحكم الصادر كان نتيجة تدليس، أو خطأ جسيم من المشتري طبقاً لنص المادة 372 ق م ج، أي ما لم يكن المشتري سيء النية إستعمل طرق إحتيالية قصد تمكين الغير من ربح القضية، كأن يخفي وثائق مهمة في النزاع بتواطء مع الغير. أو أن يكون خطؤه جسيماً، كأن لا يقدم للمحكمة الإثباتات الضرورية لكسب القضية.

على أن البائع قد لا يتدخل في الخصومة بالرغم من إعلامه، فيعترف المشتري بحق الغير دون أن ينتظر صدور حكم قضائي. وفي هذه الحالة فإنه بناء على ما جاء في المادة 373 ق م ج: "يثبت حق المشتري في الضمان، ولو إترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه وتسامح معه على هذا الحق، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم، ودعاه أن يجمل محله فيها فلم يفعل، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه". فمتى إترف المشتري بحق الغير فإنه يتعين التمييز بين فرضين :

¹ - وإذا كان التزام البائع بضمان التعرض القانوني الصادر عن الغير التزاماً أساسياً، فإنه يجب على المشتري أن يمكنه من ذلك بإخطاره بالتعرض في الوقت المناسب، وهذا هو التعاون المطلوب كمقتضى من مقتضيات حسن النية.

محمود شعبان البكري خليل، مبدأ حسن النية وأثره في عقد البيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2012 ص 77

² - أما إذا لم يعلم المشتري البائع بالخصومة في الوقت المناسب، فإنه يفقد حقه في رجوعه بالضمان، إذا أثبت البائع بأنه لو تدخل في الخصومة لنجح في تحقيق رفض الدعوى طبقاً للمادة 3/372 ق م ج.

في حالة إقرار المشتري بحق الغير قبل صدور حكم قضائي، ثم ثبت أن الغير كان على حق في دعواه، في هذه الحالة الرجوع بالضمان هو حق ثابت للمشتري، ولو إقرار المشتري عن حسن نية بحق الغير وتصالح معه على هذا الحق، دون أن ينتظر حكماً قضائياً. وهذا ما أكدته المادة 373 ق م ج، والمادة 441 ق م م. فإقرار المشتري عن حسن نية بحق الغير متى كان واضحاً، والذي يترتب عليه إستحقاق المبيع للغير، يترتب عليه ضمان الإستحقاق الكلي أو الجزئي حسب كل حالة.

وقد جاء هذا التفسير في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري للمادة 441 ق م م، حيث وأنه في حالة صدور حكم قضائي، إذا ما أستحق المبيع دون إقرار من المشتري وصدر حكم ثبت فيه حق للغير على المبيع، وكان المشتري قد أخطر البائع في الميعاد الملائم، كان المشتري غير مسؤول عن صدور الحكم بالإستحقاق. فهو لم يقر بحق الأجنبي ولم يعمد إلى الصلح معه، في هذه الحالة يكون له الرجوع على البائع بالضمان، ولا يكون للبائع الرجوع على المشتري إلا متى إرتكب هذا الأخير تدليسا أو خطأ جسيماً أي متى كان سيء النية.

- أما في حالة إذا ما صدر إقرار من المشتري بحق الغير، وكان قد أخطر البائع في الوقت الملائم قبل صدور الحكم لصالح الغير، ولم يثبت حق للغير على المبيع. فيكون المشتري قد أخطأ الإستنتاج والتقدير، فلا يكون له عندئذ الرجوع على البائع بالضمان، إذ يفقد حقه فيتحمل مسؤولية الإقرار أو الصلح مع الغير، وفي هذه الحالة ليس من الضروري أن يثبت البائع أن المشتري قد إرتكب تدليسا أو خطأ جسيماً. أي سواء كان المشتري حسن النية أو سيء النية، فإنه يتحمل خطئه في التقدير إذا لم يثبت حق للغير.¹

¹ - محمد شتا أبو سعد، عقد البيع، ط الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص 303.

أي أن المشتري قد يخطر البائع بدعوى الإستحقاق بمجرد رفعها عليه، ولكن البائع لا يتدخل فيها فيترك المشتري يتولى الدفاع فيها وحده. في هذه الحالة يتحمل البائع ما ينجم عن تقصيره بعدم الدخول في الدعوى من مخاطر. ولا يحول دون رجوع المشتري عليه بالضمان، إلا أن يكون الحكم للغير بالإستحقاق نتيجة تدليس أو خطأ جسيم من المشتري.

وقد يجد المشتري أن إدعاء الغير قبله ظاهر الصحة، كما قد يأخذ من إمتناع البائع عن التدخل لحمايته، قرينة على أنه لا يملك دفاعاً مؤثراً يستطيع أن يرد به دعوى الغير. ويرغب لذلك في تجنب النفقات والمشاق التي تصحب الإستمرار في النزاع. فيبادر بالإعتراف بحق الغير أو ينهي المنازعة بينهما بصلح ينزل كل منهما به عن جانب من ادعاءاته، دون الإنتظار لصدور حكم ضده بالإستحقاق. ففي هذه الحالة لا تظل مخاطر إفراد المشتري في الدفاع باقية على عاتق البائع.

بمعنى لا يظل البائع ملزماً بالضمان في مواجهة المشتري، حتى ولو كان المشتري لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً. بل تنتقل المخاطر إلى عاتق المشتري، الذي يعترف بحق الغير. فيكون معرضاً لفقدان حقه في مطالبة البائع بضمان الاستحقاق، إذا ثبت أن لم يكن محقاً في دعواه بالاستحقاق. أي أن المشتري يتحمل نتيجة ثبوت حق الغير أو رجحانه، من امتناع البائع عن التدخل في الدعوى بعد إخطاره بها. فيحرم من الرجوع بالضمان إذا تبين خطأ هذا الإستنتاج. في حين أنه ما كان ليحرم من حقه في الضمان لو انتظر بجتي صدر حكم ضده بالاستحقاق لمصلحة الغير، ولو استطاع البائع بعد ذلك أن يثبت عدم احقية الغير، ما دام المشتري لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً في متابعة الدفاع في الدعوى.¹

¹ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 164.

أنظر أيضاً: محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 303.

الفقرة الثانية:

مدى ضرورة استلزام العلم في حالات سقوط ضمان الاستحقاق

عدا حالة إقرار المشتري بحق الغير قبل صدور حكم قضائي، والتي يتعين فيها التمييز بين حالتين سبق ذكرهما. فإنه وفي حالة عدم إقرار المشتري لحق الغير وصدور حكم قضائي لصالح الغير، فإنه يكون للمشتري الرجوع على البائع بالضمان، حيث يبقى هذا الأخير مطالباً قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد. إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته، وهذا ما جاء في المادة 2/378 ق م ج المقابلة للمادة 446 ق م م والمادة 1629 ق م ف. وبطبيعة الحال فإذا ما تعمد البائع إخفاء حق الغير، فإنه يكون قد دلس على المشتري ومن ثم فكل اتفاق بعدم الضمان يقع باطلاً طبقاً للمادة 3/377 ق م ج.

غير أن نصوص المواد السالفة الذكر، لم تشترط ضرورة ارتباط علم المشتري بسبب الاستحقاق بوجود اتفاق على عدم الضمان، إلا أن تفسيرات الفقه اختلفت في هذا الصدد، في حالة علم المشتري بسبب الاستحقاق عنه في حالة تصريح المشتري بالشراء على مسؤوليته.

أولاً: مدى ضرورة إرتباط العلم بوجود إتفاق على عدم الضمان

يسلم غالبية الفقه¹ في تفسيره للمادة 446 ق م م المقابلة للمادة 378 ق م ج، بأنه لا يكفي أن يكون المشتري عالماً عند البيع بهذا الخطر، بل يلزم أن يقترن الأمر بوجود شرط عدم الضمان، لكي يعفى البائع من الضمان. فعلم المشتري عند البيع بخطر استحقاق المبيع للغير وحده، لا أثر له على التزام البائع بالضمان، فحتى يعفى البائع من أية مبالغ كان يمكن للمشتري الرجوع بها عليه، يلزم أن يكون هناك شرط عدم الضمان.

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 77.

أيضاً سليمان مرقص. عبد المنعم البدر اوي. إسماعيل غانم عبد الرزاق السنهوري. جلال العدوي مشار إليه في توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 243

وإن كان بعض الفقه الفرنسي،¹ يذهب إلى أنه إذا كان المشتري يعلم عند البيع بخطر استحقاق الغير للمبيع، أو يعلم سبب التعرض الذي يستند إليه هذا الغير. فإنه يكون على بينة من الأمر ويعتبر أنه قد قبل تحمل المخاطر، وتبعاً لذلك يكون قد أبرم عقداً احتمالياً. وأن علم المشتري بسبب الإستهقاق عند البيع يدل على قبوله تحمل المخاطرة. ولا يهم والحال هذه اشتراط الإعفاء من الضمان في العقد حتى يسقط الضمان عن البائع. ذلك أن المشتري أبرم عقداً إحتالياً، وتبعاً لذلك قد تنازل عن حقه في الرجوع على البائع بالضمان.

غير أن القول بوجود عقد من عقود الغرر في هذه الحالة، يترتب عليه أنه لا يكون للمشتري الرجوع حتى بالثمن، وهذا يتعارض مع ما تقضي به المادة 1629 ق م ف² المقابلة للمادة 378/2 ق م ج والمادة 446 ق م م. حيث تقضي بأنه إذا ما استحق المبيع من الغير وكان متفقاً على عدم الضمان، فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته. غير أنه وإن كان تصريح المشتري بأنه يشتري على مسؤوليته، يعني بالضرورة أنه يبرم عقداً احتمالياً، لكن حالة علم المشتري بسبب الاستحقاق لا تستلزم بالضرورة أنه يبرم عقداً احتمالياً، لأنه يأمل أن خطر هذا الاستحقاق لن يتم، وإذا ما تم فإنه يعتمد على ما يلتزم به البائع من ضمان. ومن ثم يلزم أن يصرح البائع بأنه ليس ضامناً، وفي هذه الحالة حيث يجتمع علم المشتري بسبب الاستحقاق واشتراط البائع عدم الضمان، يكون من اليسير استنتاج أن البيع عقد

¹ - رأى Laurent

مشار إليه في توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 238.

² - ART 1629 C civ F « Dans le même cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu lors de la vente le danger de l'éviction ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques. »

احتمالي. ذلك أن المشتري يعلم أنه مهدد بخطر الاستحقاق، وإذا تم ذلك لا يكون له أي رجوع على البائع.¹ فيعنى هذا الأخير من أية مبالغ من الثمن، حسب موقف المشرع الفرنسي، أو من قيمة المبيع وقت الاستحقاق حسب ما ذهب إليه المشرع الجزائري والمصري.

والواقع أن من يشتري وهو يعلم بخطر الاستحقاق، ثم يشترط في الوقت ذاته عدم الضمان، يكون على بينة من أنه إذا تحقق الخطر، لن يكون له الرجوع على البائع. وهذا بخلاف ما إذا اشترى وهو يعلم بخطر الاستحقاق دون أن يشترط عدم الضمان، إذ أنه في هذه الحالة يأمل أن الخطر لن يتحقق، وأن البائع سيتخذ من الاحتياطات ما يمنع تحقق هذا الخطر أو ما يجنبه الوقوع فيه. وأنه إذا تحقق فإنه يعتمد على ما يلتزم به البائع من ضمان. لدى إذا اجتمع الظرفان معا العلم وشرط عدم الضمان، يصعب التسليم بعدم وجود عقد احتمالي. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية حيث صرحت أنه عند تخلف شرط صريح بعدم الضمان، يظل البائع ملتزما برد الثمن، حتى في حالة ما إذا أثبت أن المشتري كان قد علم عند البيع بما يتعرض له من مخاطر، هذا ما لم يكن قد اشترط أنه يشتري على مسؤوليته.²

هذا ما يقرره أيضا الفقه المصري،³ حيث أنه يجمع على أن علم المشتري بسبب الاستحقاق لا يؤدي إلى إسقاط الضمان كلية، إلا إذا اقترن بشرط عدم الضمان. وعلمه

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 246.

فيعنى هذا الأخير من أية مبالغ من الثمن حسب ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، أو من قيمة المبيع وقت الاستحقاق حسب ما ذهب إليه المشرع الجزائري والمصري.

² - Cass civ 9 mars 1937

مقتبس عن توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 241.

³ - سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 376،

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 708

أنور سلطان، المرجع السابق، ص 330

بسبب الاستحقاق يعني أنه اشترى مخاطراً ولا يكون ذلك إلا في حالة قيام شك لديه في تحقق السبب، وأنه قد يتحقق وقد لا يتحقق. وفي هذه الحالة يتحدد الثمن على ضوء الظروف المحيطة باعتبار أن المشتري مخاطر وأن العقد من عقود الغرر، فإذا ما استحق المبيع تحت يد المشتري لا يكون البائع مسؤولاً عن شيء قبل هذا المشتري. ما يعني أن حسن نية المشتري بجهله لسبب الاستحقاق أو سوء نيته بعلمه به، لا يؤدي إلى سقوط الضمان، إلا إذا اقترن هذا الأخير بشرط عدم الضمان في العقد.

ثانياً: مدى استلزام العلم في تصريح المشتري بالشراء على مسؤوليته لإسقاط الضمان

إن قبول المشتري تحمل المخاطر والمضار التي تنجم في حالة إستحقاق المبيع من الغير، يفيد أن لا أثر لحسن نيته أو سوء نيته على رجوعه بالضمان، فسواء كان المشتري عالماً بسبب الإستحقاق أو جاهلاً به لا يكون له الرجوع بالضمان. وبذلك يتحرر البائع من المسؤولية إذا أقدم المشتري على الشراء تحت مسؤوليته، حسب ما ورد في المادة 2/378 ق م ج.

وبينما استخدم المشرع الجزائري عبارة "الشراء تحت مسؤوليته"، استبدل المشرع المصري عبارة تحت مسؤوليته بعبارة "ساقط الخيار" في المادة 446 ق م م المقابلة للمادة 378 ق م ج، حيث جاء فيها "فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنه اشترى ساقط الخيار". في حين استخدم المشرع الفرنسي عبارة "تحمل المشتري وقوع المضار والمخاطر"، في المادة 1629 ق م ف¹.

¹ - بينما استخدم المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود عبارة أخرى، وهي "أخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر". وهي ترجمة للعبارة الفرنسية الواردة في المادة 1629 ق م ف «à ses risques et périls» وهي عبارة أدق.

و يلاحظ أن نص المادة 378 ق م ج مطابقة للمادة 1629 ق م ف حيث ورد فيها لفظ تحمل المشتري المضار والمخاطر.

غير أن جانب من الفقه يرى في هذه الحالة أنه يلزم لكي يتحرر البائع من كل مسؤولية عن استحقاق المبيع، أن يقترن تصريح المشتري بتحملة ما يمكن أن يقع من مضار ومخاطر بشرط عدم الضمان، ولا بد من اجتماع الأمرين معاً، وفي هذه الحالة نكون بصدد عقد احتمالي. وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بالقول: "يكون البائع غير مسؤول عن رد شيء ما إذا صحب شرط عدم الضمان أحد الأمرين، علم المشتري بسبب الاستحقاق، أو شراؤه ساقط الخيار لأن البيع في هذه الحالة يكون عقداً احتمالياً".¹

و الواقع أن البيع في حالة شراء المشتري على مخاطره يأخذ طابع العقود الاحتمالية، ومن الجائز تبعاً لذلك أن يتم الشراء بثمن منخفض، فلا يكون له الرجوع حتى بالثمن. سواء في حالة الاستحقاق الكلي أم في حالة الاستحقاق الجزئي.

على أنه وإن كان يلزم أن يكون هناك شرط عدم الضمان، حتى يعفى البائع من أية مبالغ كان يمكن الرجوع بها عليه، وهذا حسب نص المادة 378 ق م ج وهذا ما يسلم به الفقه. مع ذلك نجد أن الفقه الفرنسي² بصفة عامة يكتفي في هذا الصدد بأن يصرح المشتري أنه يشتري على مسؤوليته، إذ هو بذلك يأخذ على عاتقه كل المخاطر، ويبرم عقداً احتمالياً يعفى فيه البائع في حالة استحقاق المبيع من الغير حتى من أداء الثمن. لأن فكرة الغرر واضحة واستلزام شرط عدم الضمان إلى جانب ذلك لا يفيد في شيء. على خلاف حالة علم المشتري بسبب الاستحقاق، إذ لا بد من اشتراط عدم الضمان إلى جانب العلم، لأن العلم وحده لا يكفي للقول بأننا أمام عقد احتمالي.

¹ - أنور العمروسي، المرجع السابق ص 125.

² - رأي Laurent . Planiol . Aubery et Rau

توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 246.

الفرع الثاني:

أثر علم المشتري بأسباب الاستحقاق على نطاق ما يحكم له به

لم يفرق المشرع بخصوص رجوع المشتري بالضمان، بين ما إذا كان هذا الأخير حسن النية أو سيء النية. حيث يكون للمشتري الرجوع بالضمان سواء كان عالماً بحق الغير، أو لم يكن كذلك ولا ينظر إلى حسن نيته إلا في تحريكه لدعوى الضمان. ذلك أنه إذا ما تحقق سبب الضمان، فإن البائع يكون قد أخل بالتزامه بنقل الملكية.

غير أنه وعن نطاق ما يحكم له به إذا ما ثبت حقيقة استحقاق المبيع للغير فإن التشريع وإن كان لا يعتد بحسن أو سوء نية المشتري في رجوعه بالضمان إلا فيما يتعلق بالمصاريف النافعة والكمالية وهذا ما نتعرض له في (الفقرة الأولى)، فإن رأياً للفقهاء يرى ضرورة التمييز فيما يتعلق بالتعويضات التي يرجع بها المشتري بين ما إذا كان حسن النية أو سيء النية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

موقف التشريع بخصوص المصاريف التي يكون للمشتري الرجوع بها

يرى غالبية الشراح في مصر¹، أن للمشتري أن يرجع على البائع في حالة الاستحقاق الكلي بكافة عناصر التعويض، بصرف النظر عما إذا كان حسن النية أم سيء النية عند البيع، فليس لحسن النية أو سوءها أي أثر في رجوعه على البائع بتلك التعويضات. وبهذا يختلف رجوع المشتري على أساس الضمان عن رجوعه على أساس بطلان بيع ملك الغير. ويستند هذا الاتجاه إلى نص المادة 443 ق م م السابق الإشارة إليها وردت عامة. ففي حالة استحقاق المبيع يرجع المشتري على البائع بكافة المبالغ المبنية

¹ - من بينهم: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، المرجع السابق، 684
 محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، 308.

فيها دون تمييز بين حالة حسن النية أو سوء النية، أي سواء علم بسبب الاستحقاق أو لم يعلم.

وهذا ما تمليه القواعد العامة، لأن ضمان الاستحقاق هو التزام في ذمة البائع ينشأ من عقد البيع، وإذا ما طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد. والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع، ولما كان المبيع قد أُسْتُحِقَّ واستحال بذلك التنفيذ العيني للالتزام طبقاً للقواعد العامة، فإن تلك القواعد لا تفرق بين ما إذا كان مستحق التعويض حسن النية أم سيء النية، إذ لا يختلف مقدار ما يحكم به من تعويض تبعاً لاختلاف نية الدائن، أي المشتري في هذه الحالة. من ثم يكون للمشتري أن يرجع بقيمة المبيع وقت نزع اليد¹ لا فقط بالثمن هذا طبقاً للمادة 375 ق م ج والمادة 443 ق م م، فضلاً عن المبالغ الأخرى التي عددها المشرع، وهو يستطيع أن يرجع بتلك المبالغ ولو كان سيء النية، يعلم سبب الاستحقاق. فيرجع طبقاً لأحكام التنفيذ بمقابل نظراً لقيام العقد. ولا ينظر لحسن أو سوء نية المشتري.

على أنه بالنسبة للمصروفات الكمالية للمشتري أن يطلبها من البائع بشرط أن يكون البائع سيء النية، أي عالماً بسبب الإِستحقاق وقت البيع، وفي علاقته بالمستحقق فله الحق في إزالتها مع إعادة الشيء إلى حالته الأولى، إلا إذا إختار المستحق أن يستبقها مقابل دفع قيمة مستحق الإزالة².

¹ وفي ذلك يختلف التشريع الجزائري عن التشريع المصري، حيث أنه لا يكون للمشتري إن يرجع بالفوائد على البائع في التشريع الجزائري فيرجع بقيمة المبيع وقت نزع اليد فقط.

² - محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 309.

الفقرة الثانية:

رأي الفقه وضرورة التمييز بين حسن وسوء نية المشتري

ساير جانب من الفقه المصري¹، ما هو سائد في ظل القانون الفرنسي، مستندا إلى ما هو وارد في المادة 468 ق م م المتعلقة ببيع ملك الغير المقابلة للمادة 399 ق م ج حيث جاء فيها: "إذا أبطل البيع. ..، وكان المشتري يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بالتعويض، ولو كان البائع حسن النية". وتبعاً لذلك متى كان المشتري جاهلاً بأن البائع لا يملك المبيع فيكون له أن يرجع على البائع بالإضافة إلى الثمن، بالتعويض عما لحقه من خسارة لأنه حسن النية، أما متى كان سيء النية يعلم أن البائع لا يملك المبيع، فلا يكون له الرجوع بأي تعويض.

وطبقاً للرأي الغالب في ظل القانون الفرنسي² لا يكون للمشتري سيء النية، الذي يعلم عند البيع بخاطر الاستحقاق إلا الرجوع بالثمن فقط، دون غيره من الآداءات الأخرى التي عدتها المادة 1630 ق م ف³ والتي تنطوي تحت التضمينات بصفة عامة، وهو ما يتعلق بالثمار والمصروفات. فلكي تستحق تلك المبالغ الأخرى ينبغي أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع، يجهل خطر الاستحقاق الذي يتعرض له. وبعبارة أخرى أن أثر سوء النية يتمثل في حرمان المشتري من التعويضات بصفة عامة، وأن التزام البائع يوقف بالنسبة للمبالغ الأخرى.

¹ رأي أنور سلطان، المرجع السابق، ص 316.

عبد المنعم البدر اوي مشار إليه في : توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 249
² رأي Rau et Aubry et Planiol-L-Ripert et Hamel et Mazeaud

مقتبس عن توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 249

³ - ART 1630 C.civ. F : « Lorsque la garantie a été promise, ou qu'il n'a rien été stipulé à ce sujet, si l'acquéreur est évincé, il a droit de demander contre le vendeur :

1 -La restitution du prix

2-Celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince

3-Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire.

4-Enfin les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat.

والحقيقة أن هذا الحل لا يقوم على حكم مباشر في شأن أحكام الضمان، ولكنه يستند إلى ما أورده المشرع في شأن بيع ملك الغير عندما يقع الاستحقاق من المالك الحقيقي للمبيع. ذلك أن المادة 1599 ق م ف في شأن بيع ملك الغير لا تخول للمشتري الحق في التعويض، إلا إذا كان يجهل أن المبيع مملوك للغير. أي إلا إذا كان يجهل خطر الاستحقاق.

وفي انتقاده لهذا الرأي يرى توفيق حسن فرج، أن هذا الاتجاه يربط بين أحكام الضمان وأحكام بيع ملك الغير، مع أنه ينبغي أن ننظر إلى أحكام الضمان استقلالا عن أحكام بيع ملك الغير، لأنه وإن كان الغالب عند استحقاق المبيع استحقاقا كلياً، أن يكون المبيع مملوكاً للغير وقت البيع، ولكن هذا ليس لازماً في جميع الحالات. فقد يقع الاستحقاق الكلي استناداً إلى سبب آخر، إذ قد يقوم البائع بالتصرف في المبيع إلى مشترٍ ثانٍ يفضل على المشتري الأول، في هذه الحالة يكون للمشتري الأول الرجوع على البائع طبقاً لأحكام الضمان. أيضاً قد يبيع البائع ما يملك حقاً ولكن قبل أن تنتقل الملكية إلى المشتري يقوم أحد دائي البائع بالحجز والتنفيذ على المبيع، وفي هذه الحالة أيضاً يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان.¹ كما وأن النص خاص بحالة ما إذا كان سبب الإستهقاق عدم ملكية البائع للمبيع، ويثير الشك فيما إذا كان من الممكن تطبيقه في غير هذه الحالة.²

والحقيقة أنه ينبغي أن يفرق في هذا الصدد بين حسن وسوء نية المشتري، أي بين علمه أو جهله وقت البيع بسبب الاستحقاق على نطاق ما يرجع به المشتري على البائع، حتى ينسجم بذلك مع ما يقضي به المشرع في حالة بيع ملك الغير. وينبغي أن يبين في هذا الصدد أن المشتري لا يكون له الحق في التعويضات، إلا إذا كان حسن النية وقت البيع يجهل سبب الاستحقاق، دون حاجة لقياس حكم هذه الحالة على حالة بيع ملك

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 253

² - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 299.

الغير.¹ ويُعتقد أنه إذا كان المشتري سيء النية يعلم عند البيع بخاطر الاستحقاق، فإنه ينبغي أن يقتصر حقه على استرداد الثمن فقط لا قيمة المبيع وقت نزع اليد، أما إذا كان حسن النية يجهل عند البيع سبب الاستحقاق، فإن له الرجوع علاوة على الثمن بالتعويضات، فيعوض عن كل ضرر حاق به جراء عدم تنفيذ العقد.

فالمبدأ القانوني المعمول به بشأن بيع ملك الغير، والذي مفاده أن المشتري الذي يعلم أن المبيع مملوك للغير يحرم من الرجوع بالتعويض، يجب إعماله في جميع الحالات المماثلة كما في حالة الاستحقاق الكلي. ومقتضى هذا المبدأ أن "كل متعاقد يعلم عند التعاقد حالة الأشياء، لا يكون له أن يشكو بعد ذلك من ضرر تسبب له". وعلى ذلك إذا كان المشتري يعلم أن المبيع كان مهدداً بخاطر الاستحقاق ثم تحقق هذا الخطر، وترتب على ذلك أن لحق به ضرر، يتجاوز الثمن الذي دفعه والذي ينبغي أن يرده البائع، كان عليه أن يتحمل بذلك. إذ كان ينبغي أن يتوقع ذلك عندما أقدم على إبرام العقد، فهو لم يقع في غلط بسبب ناشئ من البائع، كما أن هذا الضرر لم ينزله به البائع.²

كما وأنه ينبغي أن يفرق بين حسن وسوء نية المشتري، حتى ينسجم هذا الحكم مع ما تقضي به المواد المتعلقة بالحائز حسن النية، وبأحكام البناء في أرض الغير. والتي

¹ يرى توفيق حسن فرج أن النص يجب أن يقوم على أساس فكرة زوال العقد، لا على أساس بقاء العقد والتنفيذ بطريق التعويض. فيكون للمشتري في حالة الاستحقاق الرجوع بالثمن فقط، لا بقيمته عند الاستحقاق. لأن بيع ملك الغير يقوم على أساس فكرة زوال العقد عن طريق البطلان. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 276

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، 277

ويختلف الفقه حول مسألة علم الحائز بعيب يشوب سند حيازته، وهل يمكن اعتباره سيء النية فيذهب جانب منهم إلى أن العبرة في سوء النية بعلمه بأنه يتلقى الحيازة من شخص غير مالك، ولا أهمية بعد ذلك لكونه عالماً بعيب يشوب السند الذي اكتسب بموجبه الحيازة من سلفه.

بينما يذهب فريق آخر إلى أن الحائز يكون سيء النية إذا كان عالماً بعيب آخر يشوب سند ملكيته. و يذهب رأي آخر إلى تبني موقف وسط بين كون العيب اللاحق بسند الحائز يؤدي إلى بطلان مطلق أم نسبي، ففي حالة البطلان النسبي يعتبر حسن النية حتى ولو كان عالماً بهذا العيب، أما متى كان السند باطلاً بطلاناً مطلقاً فيعتبر سيء النية إذا كان يعلم بعيب سنده. عبد الرزاق السنهوري. الوسيط، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 1108. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص 476.

يفرق بصدها بين الباني حسن النية وسيء النية. ففي قواعد الحياة يبقى الحائز حسن النية ما دام يعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك لها.¹

هذا وأن الحائز سيئ النية لا يتمك بالتقادم لا العقار ولا المنقول، إلا بمقتضى التقادم الطويل، وهو خمسة عشر سنة. بينما الحائز حسن النية بإمكانه أن يتمك العقار بالتقادم القصير أي 10 سنوات حسب المادة 828 ق.م.ج، كما يتمك المنقول في الحال بمجرد الحياة. فإذا باع شخص منقول لمشتري ثم باع نفس المنقول لمشتري ثان أو سلمه المبيع، وكان هذا الأخير حسن النية، فإنه يتمك المبيع ليس بمقتضى عقد البيع، ولكن بمقتضى الحياة في المنقول بحسن نية سند للملكية.

كما أن الحائز سيئ النية يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه، ولو كان ناشئاً عن حادث مفاجئ حسب المادة 843 ق.م.ج.

على أن الشخص الذي يشتري قطعة أرض، وهو يجهل أنه يشتريها من غير ذي صفة، يستفيد من الحماية القانونية، حتى ولو كان المتعامل معه أيضاً يجهل عدم ملكيته للمبيع. وهذا ما ورد في المادة 399 ق.م.ج إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية، إذ رجع المشرع حسن نية المشتري على حسن نية البائع.

¹ - فمثلاً في عقد البيع الصادر من غير مالك، إذا تعاقد بهذه الصفة أي باعتباره مالكا (أي بيع ملك الغير) فمشتري العقار إذا كان حسن النية يتمك العقار بالتقادم المكسب القصير إذا دامت حياته 10 سنوات، وفي المنقول بالحياة. فإذا كان البائع قاصراً أو إرادته مشوبة بغلط أو تدليس، فالأمر لا ينفى حسن نية الحائز

هذا وأن حسن النية لدى الحائز، يجب أن يتوافر في الوقت الذي يتلقى فيه الملكية أو الحق. فإذا اشترى الحائز العقار من غير مالك يجب أن يكون قد اعتقد، وقت تسجيل عقد البيع أنه يشتريه من مالكة الأصلي. وإذا كان بيع العقار معلقاً على شرط واقف، يجب أن يتوافر حسن النية عند التسجيل، وليس عند تحقق الشرط. وإذا كان السبب الصحيح عقد رهن حيازي، وجب أن يتوافر حسن النية عند انعقاد عقد الرهن الحيازي. وإذا كان السبب الصحيح وصية، وجب أن يتوافر حسن النية وقت موت الموصي، ولا يلزم بقاء حسن النية طوال مد التقادم القصير. فإذا علم الحائز بعد ذلك وقبل انقضاء مدة 10 سنوات أنه تلقى الحق من غير مالكة الفعلي، فلا أثر لعلمه هذا في توافر حسن النية عنده.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 1008.

فإذا كان الأصل أن يلتزم من تسلم غير المستحق برد ما يؤدي إليه، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب. ولكن فيما يتعلق بثمار الشيء، فمتى كان من تسلم غير المستحق حسن النية، لا يلتزم برد الثمرات والفوائد إلا من وقت رفع الدعوى أو المطالبة. أما إذا كان سيئ النية ففي هذه الحالة يلزم برد الفوائد أو الأرباح التي حصل عليها، أو كان في وسعه الحصول عليها من الشيء. من وقت القبض أو من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية.¹ وفي نفس السياق يلتزم الحائز برد الشيء دون الثمار التي جناها من الشيء ما دام حسن النية حسب المادة 837 ق م ج²

كما وأنه وفي أحكام الحياة فالمشتري باعتباره حائزاً، وإن كان يلتزم برد قيمة الثمار لمن استحق المبيع. فالأصل أن المشتري لا يلتزم بردها للمالك الحقيقي، إلا إذا كان سيئ النية طبقاً للمادة 2/185 ق م م المقابلة للمادة 838 ق م ج. أما إذا كان حسن النية فيتملكها، ولا يحكم عليه بردها طبقاً للمادة 837 ق م ج. وحسن النية اللازم لتملك الثمار يجب أن يتوافر وقت القبض، والمفروض في ذلك أن المشتري كان يعلم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق، فوجب أن يرد الثمار للمستحق من وقت علمه بذلك، ثم يرجع بها على البائع استيفاءً لحقه في التعويض.

على أنه تجدر الإشارة إلى إختلاف التشريع الجزائري عن التشريع المصري، بخصوص الثمار متى كان سيئ النية. حيث أن ثمار المبيع التي ردها المشتري للمستحق من وقت علمه بحق الغير في التشريع المصري يرجع بها على البائع، أما ثمار المبيع من وقت رفع الدعوى (الذي يفترض فيها أن المشتري عالم بحق الغير) إلى صدور حكم يثبت حق الغير، فلا يكون للمشتري الرجوع بها على البائع. لأن المشرع المصري إستعاض عنها بالفوائد القانونية، والتي يلتزم البائع بدفعها للمشتري بالإضافة إلى قيمة المبيع طبقاً للمادة

¹ محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 26

² - تقابلها في نفس المعنى المادة 978 ق م م، والمادة 549 ق م ف.

443 / 1 ق م م : " قيمة المبيع وقت الإستحقاق مع الفوائد القانونية. " أما في التشريع الجزائري فيكون للمشتري أن يرجع بقيمة الثمار على البائع، من وقت إعلامه بعريضة إفتتاح الدعوى بحق الغير طبقا للمادة 825 / 2 ق م ج، إلى حين صدور حكم بإستحقاق المبيع للغير. لأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالفوائد القانونية كما ذكرنا سابقا.

وبالنسبة للمصاريف النافعة كالبناء في الأرض المباعة، للمشتري الرجوع بها على المستحق لا على البائع في حدود ما تقضي به المادتين 924، 925 ق م م، المقابلة للمادتين 784، 785 ق م ج والمادة 555 ق م ف. وبحسب هاتين المادتين يختلف مدى حق المشتري في مواجهة المستحق باختلاف ما إذا كان حسن النية أو سيء النية. فإذا كان سيء النية، فللمستحق أن يلزمه بإزالة البناء على نفقته مع التعويض، إن كان له وجه في أجل سنة. أو ترك البناء مع دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء، ولأن البائع لن يدفع إلا أقل القيمتين، إما قيمة المنشآت في حالة الهدم أو مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت عليها، فإن بإستطاعة المشتري الرجوع على البائع بالخسارة اللاحقة به، أي بالفارق ما بين ما أنفقه وما حصل عليه من البائع على أساس المادة 374 ق م ج، حيث جاء فيها: " وبوجه عام تعويضه عن الخسائر اللاحقة به، وما فاته من كسب بسبب نزع اليد ".

أما إذا كان الباني سيء النية وهو المشتري في هذا الفرض، جاز لصاحب الأرض أن يطلب إزالتها وله أن يطلب إبقائها لئتملكها بالالتصاق، على أن يدفع التعويض لصاحب المنشآت. هذا ويمكن للباني أن يطلب نزع المنشآت من الأرض، بشرط أن يعيدها إلى أصلها مع تعويض صاحب الأرض، عما يصيبها من أضرار جراء النزع، فإن كان النزع من شأنه أن يضر بالأرض ضررا جسيما، فلا يحق لصاحب المنشآت طلب إزالتها، وإلا عد متعسفا في استعمال الحق.

أما إذا كان المشتري حسن النية فلا يجوز للمستحق طلب إزالة البناء، بل يلتزم بالاحتفاظ به مع دفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب تلك المنشآت.¹ أما إذا كان تسديد هذه المنشآت مرهقا لصاحب الأرض بأن عجز عن دفع التعويض المستحق لمقيم هذه المنشآت. جاز له أن يطلب تمليكها لمن أقام هذه المنشآت، نظير تعويض عادل عن الأرض يلتزم به صاحب المنشآت قبل المالك. أما بالنسبة للمصروفات الضرورية، لا يكون للمشتري أن يرجع بها على البائع، لأن له أن يلزم بها المستحق طبقا للمادة 1/980 ق م م والمادة 839 ق م ج، ولا أثر لحسن أو سوء النية بصدها لأنها ضرورية للحفاظ على المبيع.

¹ - محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 309.

الباب الثاني

فعالية و ديناميكية مبدأ

حسن النية في نظرية العقد

إذا كانت التقنيات المدنية مازالت تجسد الصورة المبسطة للعملية التعاقدية ، فلأن تلك البساطة كانت تعكس المعطيات الاجتماعية التي كانت قائمة آنذاك . حيث كانت تفرض وضعاً مثالياً هو وجود طرفين متساويين في المراكز القانونية والفعالية ، متساويين في القوة والحاجة إلى التعاقد. إلا أن ظهور التقنيات الحديثة غير المتيسرة الفهم من قبل المستهلك العادي ، سبب اختلالاً في هذا الوضع. فبات من الظلم القول بأن العقد شريعة المتعاقدين . و باتت القواعد العامة غير كافية بتأمين الحماية الفاعلة للمستهلك .

من ثم تضافرت الجهود في استحداث قواعد وتشريعات خاصة بحماية الطرف الضعيف في التعاقد ، الأمر الذي أفضى إلى ضرورة فرض رقابة على شروط العقد من قبل المشرع ، منح فيها القاضي دوراً هاماً لاستبعادها. والتوجه لمنح القاضي سلطة واسعة لاستبعاد تلك الشروط يفيد اعتماده على مبدأ حسن النية ، كوسيلة فعالة للقول بأن شرطاً ما تعسفي ، لأن مرونة وديناميكية أي حركة مبدأ حسن النية تجاري مرونة الشرط التعسفي ، والتي لا يمكن حصرها ضمن قوائم . فيكون من الأهمية بحث دور

مبدأ حسن النية في استبعاد الشروط التعسفية. (الفصل الأول)

لم يقف الفقه الفرنسي عند هذا الحد ، بل أنه أضاف و نادى بضرورة فرض التزامات عامة تجسد أخلاقيات التعاقد ، وأيده جانب من الفقه العربي وأيضاً القضاء الفرنسي في كثير من الأحكام في ذلك . و هذا التطور بلا شك ينسجم وحرص المشرع على مراعاة مقتضيات مبدأ حسن النية . أرجعها وأسسها الفقه قبل ذلك في كثير من الأحيان على مبدأ حسن النية . فقد حاولنا ربط تلك الالتزامات المفروضة من قبل المشرع كالالتزام المحافظة على الأسرار ، الإعلام ، وعدم المنافسة بالتزامات عامة النزاهة والتعاون ، والتي رأى الفقه الفرنسي أنها تجسد المبدأ في شكل التزام قانوني ، في محاولة منا لتصويب مسار المبدأ فعنوناً (الفصل الثاني): الالتزام العام بالنزاهة والتعاون في العقود.

الفصل الأول

دور مبدأ حسن النية في

استبعاد الشروط التعسفية

إن التطور السريع الذي تمر به المجتمعات وما ينبج عنه من تفاوت كبير وعلى كل الأصعدة بين الأطراف التعاقدية، لا بد أن يواجهه أو يصطدم بقصور القواعد القانونية أو عدم اتفاقها ومقتضيات هذا التطور، في ظل التغير الاقتصادي الحديث، وما نجم عنه من تركّز قوى الإنتاج بشكل احتكاري بيد عدد محدود من الأشخاص . فضلا عن التقدم والتعقيد في الطابع الفني للسلع والخدمات، بحيث أصبح المستهلك يجهل كيفية استعمالها والمحافظة عليها وإدراك مخاطرها.

هذا وأن ظهور صيغ جديدة لم تكن مألوفة في المعاملات التجارية من قبل كالعقود النموذجية، ساعد على إبراز جوانب الاختلال في التوازن في العلاقة ما بين المحترف والمستهلك، بحيث أصبحت العقود تبرم دون سبق مساومة أو مفاوضة، بعقود ينفرد أحد الأطراف بصياغتها، بعيدا عن أي نوع من أنواع الرقابة، مما أدى إلى فرض الشروط التعسفية على الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وهو المستهلك.

وهذا يملئ علينا النظر إلى المبادئ العامة للقانون باهتمام أكبر، لما لها من أهمية من الناحيتين النظرية والعملية، كمصدر خصب لنشأة القواعد القانونية، ومن هذه المبادئ حسن النية. و هنا تظهر ضرورة بحث: مقومات ربط فكرة الشروط التعسفية بمبدأ حسن النية (المبحث الأول). ثم توسيع دور القاضي والجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول:**مقومات ربط فكرة الشروط التعسفية بمبدأ حسن النية**

إن النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، تطورت وتبلورت خلال أعوام تبعا لتطور موقف القضاء لاسيما القضاء الفرنسي في هذا الصدد. لذلك فدراسة تطور مفهوم البند التعسفي ذا أهمية إما على صعيد التشريع أو على صعيد القضاء، لما من شأنه إظهار كيفية تطور السلطة التشريعية، وكيفية استقلال السلطة القضائية في مواجهة الشروط التعسفية. و من ثم معرفة مدى الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية في استبعاد الشروط التعسفية، باعتباره وسيلة في يد القاضي للقول أن شرطا ما تعسفي.

نتعرض تبيانا لأهمية ربط مفهوم الشرط التعسفي بمبدأ حسن النية في (المطلب الأول): التباين في تعريف الشروط التعسفية ونطاق الحماية، ثم نستعرض: مبدأ حسن النية كأساس ممتاز لاستبعاد الشروط التعسفية. (المطلب الثاني)

المطلب الأول:**التباين في تعريف الشروط التعسفية ونطاق الحماية**

استجابة لرأي كثير من الفقه بضرورة وضع تعريف للشرط التعسفي، ووضع قوانين خاصة تحكمه باعتباره فكرة حديثة النشأة تحتاج لرفع اللبس عنها، بالتدخل لتنظيم أحكامها بصورة دقيقة. تدخلت التشريعات المقارنة لوضع تعريف لها. غير أن جانب آخر من الفقه نادى بضرورة تجنب التشريع وضع تعريف للشرط التعسفي، بحجة أن التعريف ليس مهمة التشريع. بل يدخل في نطاق اختصاص الفقه وساق بناء على ذلك مجموعة

من التعاريف للشرط التعسفي. غير أن ما هو مسجل أنه سواء بالنسبة للتعريفات التي أتت بها التشريعات المقارنة، أو بالنسبة لتلك التي جاء بها الفقه القانوني أتت متباينة، مما يصعب معه وضع تعريف دقيق للشروط التعسفية، فنتعرض تبعا لذلك في (الفرع الأول) عدم ضبط فكرة الشروط التعسفية .

ولأن الحماية من الشروط التعسفية تمتد من حيث الأشخاص، ومن حيث طبيعة العقد ومن حيث الموضوع، فإنه يتعين علينا تحديد نطاق الحماية من هذه الشروط المخالفة لمقتضيات حسن النية فتعرضنا في (الفرع الثاني) لامتداد نطاق الحماية من الشروط التعسفية.

الفرع الأول:

عدم ضبط فكرة الشروط التعسفي

إن الأهمية في تبيان التعاريف التي جاء بها التشريع والفقه للشرط التعسفي، تفيدنا في تبيان أهمية مبدأ حسن النية في تحديد مضمون الشرط التعسفي. حيث يضي عليه طابعا مرنا،، يؤدي لاستبعاد الشرط التعسفي كلما استدعى الأمر ذلك، سيما أن الشروط المدرجة في العقود دائما في تطور. فيكون من الأهمية منح القاضي سلطة في استبعادها، عن طريق إعمال مبدأ حسن النية كقاعدة مرنة. فنتعرض في (الفقرة الأولى) تعريف المشرع للشرط التعسفي، وفي (الفقرة الثانية): تعريف الفقه المقارن للشرط التعسفي.

الفقرة الأولى:

تعريف المشرع للشروط التعسفية

عرفها المشرع الفرنسي في المادة 35 من القانون رقم 78-23 الملغى، الصادر في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات التي جاء بها: " في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، قد تكون محظورة، أو محددة، أو منظمة ... الشروط المتعلقة ب... متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين، بواسطة استعمال التفرق الاقتصادي للطرف الآخر والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة"¹.

وتضيف هذه المادة بأن وضع هذه الحماية موضع التنفيذ مرتبط بالسلطة التنفيذية. فقد خول مجلس الدولة الفرنسي بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، بمنع أو تعديل أو تحديد البنود التعسفية بمفهومها الوارد في المادة.²

¹ - ART 35 de loi n° 78-23 du 10 janv 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. «Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ,peuvent être interdites, limitées ou réglementées ...,les clauses relatives au...,lorsque de telles clauses apparaissent imposées au non-professionnels ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif »

الرجوع لهذا القانون يفيدنا في تتبع مسار الحماية من الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي. .
² - لجنة الشروط التعسفية أنشأها المشرع الفرنسي، وهي ترتبط بوزارة الاقتصاد والمال والصناعة. تتألف من اثنا عشر عضوا (ثلاثة قضاة، متخصصان بقانون العقود، أربعة ممثلين عن المحترفين، وأربعة ممثلين عن المستهلكين). وهي تجتمع من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الحكومة، أو وزارة الاقتصاد أو نقابة المحترفين أو جمعيات المستهلكين، أو بناء على طلب السلطة القضائية لإبداء رأيها في الطابع التعسفي لبنود عقد موضوع نزاع أمامها، حسب نص المادة 132-6 م ف .
وقد خولت لجنة الشروط التعسفية القيام بثلاث مهام: إعطاء رأيها حول مشاريع المراسيم التي يكون موضوعها منع أو الحد أو تنظيم البنود التعسفية - البحث في نماذج العقود المتداولة عمليا عن البنود التي يمكن أن تظهر صفة تعسفية، والعمل على إصدار توصيات بشأنها ذات صفة غير ملزمة.

إلا أن اعتماد المشرع الفرنسي على معياري التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ، ومعيار المنفعة المبالغ فيها لتقدير الطابع التعسفي للشرط ، جعله يتعرض للنقد من قبل الفقه. الأمر الذي دفعه إلى تعديل مفهوم الشرط التعسفي بموجب الفقرة الأولى من المادة 132 / 1 من القانون رقم 95-96 الصادر في 01 فيفري 1995¹ المتعلق بالشروط التعسفية . و هو المضمون المطابق لما جاء في الفقرة الأولى من المادة 212 / 1 من ق إ ف الساري المفعول التي جاء فيها : " في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين ، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضرارا بغير المحترفين أو المستهلك ، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".²

فنقل بذلك المشرع الفرنسي نص المادة 3 من التوجيه الأوربي رقم 93-13،³ التي عرفت الشرط التعسفي في المادة الثالثة في فقرتها الأولى ، والتي نصت على أن : " الشرط في العقد الذي لم يكن محلا للمناقشة الفردية يعتبر تعسفيا عندما يخالف مقتضيات حسن النية ، ويرتب ضررا بالمستهلك ، يتمثل في عدم توازن ظاهر بين الحقوق والتزامات الناجمة عن العقد ، بين أطرافه".⁴

¹ - Loi n°95-96 du 1 février 1995 Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial

² - ART 212 -1 C.Cons. F « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateur sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer ,au détriment du non-professionnel ou du consommateur , un déséquilibre significatif entre les droits et obligation des parties au contrat »

³ - CONSEIL EUROPEENNE N °93/13 CONCERNANT : Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁴ - «en dépit de l'exigence de bonne foi, crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droit et les obligations des parties découlant du contrat ».

هذا وتعرض المشرع الفرنسي للشروط التعسفية في القانون المدني، في المادة 1171 ق م ف¹ فربطها بالعقود النموذجية، وأعتمد معيار عدم التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

بناء على ما سبق ذكره نجد أن التوجيه الأوروبي وسع من مفهوم الشرط التعسفي، حيث يستدل التعسف من خلال غياب حسن النية. ففضى ببطان الشرط التعسفي متى خالف مقتضيات حسن النية، بخلق حالة من عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

ونفس التوجه نجده متبنى من قبل التشريع الألماني، فقد عرفها وهو بصدد الحديث عن الشروط العامة في العقد، في المادة الأولى من قانون 1976 الصادر في 9 ديسمبر المتعلق بالشروط العامة للعقود، حيث جاء فيها أن الشرط التعسفي: "ذلك الشرط الوارد في العقود المحررة مسبقاً، والتي يفرضها المشتري على الطرف الآخر بما لا يضر بهذا الأخير بصفة مفرطة". فلم يقصر الحماية على فئة المستهلك بل مد نطاقها إلى المهني.

كما أشارت المادة 09 من نفس القانون بالقول: "تعتبر الشروط العامة لاجية حينما تكون النصوص ضارة ومجحفة بالشريك في العقد مع المشتري بطريقة غير معقولة، ويكون ذلك بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية". حيث أحالت هذه المادة القاضي إلى المادة 242 ق م ألماني، لمراعاة مبدأ حسن النية لتقييم الشرط.

¹ -« Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.»

أما عن المشرع الجزائري فقد أدرج لفظ الشروط التعسفية في نص المادة 110 ق م ج . حيث جاء فيها: إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ". إلا أنه تجنب وضع تعريف لها وربطها بفكرة العدالة . وبناء على ذلك فهو كل شرط يجعل العقد غير متوازن .

ثم ما لبث وعرفها بمناسبة إصداره للقانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان سنة 2004¹، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية . فعرفها في الفقرة الخامسة من المادة الثالثة بقوله : " شرط تعسفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد " .

في حين أن المشرع المصري فبالإضافة إلى نص المادة 149 ق م م التي نصت على نفس حكم المادة 110 ق م ج . نجد أن المادة 10 من قانون حماية المستهلك الصادر بتاريخ 06-67 الصادر في 19 ماي 2006 المتعلق بحماية المستهلك: "كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند وغير ذلك، يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من التزاماته الواردة بهذا القانون " .

¹ - الصادر بتاريخ 23 يوليو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41.

الفقرة الثانية:

تعريف الفقه المقارن للشرط التعسفي

يرتبط تعريف الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك، بالتفاوت في القدرة الفنية والاقتصادية بين أطراف العقد. من هنا تعددت تعريفات الفقه للشروط التعسفية واختلفت باختلاف زاوية الرؤية للشرط التعسفي، فمن حيث أطراف العلاقة العقدية يعرفه البعض بأنه: " الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني، في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة."¹ ومن حيث طريقة فرضه عرف بأنه: "الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"². ومن حيث أثره على العلاقة العقدية وتوازنها عرف بأنه: " شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتبة على عقد الاستهلاك، تتمثل بمكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية، في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك"³.

ويعرفه الأستاذ بودالي بأنه: " الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك والذي يؤدي أعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه، وحالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة."⁴

¹ - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 32

² - سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 50.

وفي نفس المعنى: مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ص 764.

³ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف الإسكندرية 2004 ص 402.

⁴ - بودالي محمد، مكافأة الشروط التعسفية في العقود دار الفجر للنشر والتوزيع الجزائر 2007 ص 78

ومن الفقه من عرفه على أنه: "الشرط الذي يأتي متناقضاً مع النظام العام المتعلق بحماية المستهلك، ومخلاً بالثقة التي وضعها أحد أطراف العقد بالطرف الآخر".¹

بينما عرفه البعض الآخر: "الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي، بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، ما يؤدي إلى حدوث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني. ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أو كانت أثراً من آثاره".²

فإذا أردنا أن نعرف الشروط التعسفية بربطها بمبدأ حسن النية فإننا نورد التعريف الآتي: بأنها الشروط التي تتناقض مع ما ينبغي أن يسود التعامل ما بين المهني والمستهلك من نزاهة، ومن ثم مناقض لما تستوجبه مقتضيات حسن النية .

ويضيف البعض أن الشرط التعسفي لا يرتب التزاماً لأن الالتزام لا يحتاج إلى شرط.³ وإنما هو ما زاد عن مقتضى العقد ويؤدي إلى تغيير آثاره. يوضع من أحد المتعاقدين أما الطرف الثاني في العقد وهو الطرف الضعيف، فإنه يخضع للشرط سواء كانت مناقشة بنوده غير متاحة كما في عقود الإذعان، أو كانت متاحة لكنها مجرد فرض نظري وهمي، لا يتحقق لأن الطرف الضعيف يكون مجبراً على عدم الالتفات إلى الشروط التي فرضت عليه كعقود الاستهلاك. وقد يكون الشرط مكتوباً أو ملفوظاً.

¹ - هانية مُجَدّ علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط الأولى، 2014، ص186.

² - أحمد مُجَدّ الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص215

³ - من هنا لا بد من التمييز بين الشرط المقترن بالعقد والعقد المعلق على شرط، فالأول منعقد أما الثاني فلا ينعقد إلا بتحقيق الشرط، وهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الإلتزام أو زواله .

مُجَدّ حسين منصور : الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 15.

ويعود سبب فرض الشرط التعسفي إلى اختلال في المراكز التعاقدية، نتيجة تعسف أحد المتعاقدين على الآخر في استعمال تفوقه. ولا يهيم طبيعة هذا التفوق سواء كان اقتصاديا أو فنيا أو قانونيا، مما يؤثر على حقوق والتزامات أطراف العقد. و العبرة في تحديد مفهوم الشرط التعسفي، ليس مجرد عدم التوازن الظاهر في الحقوق والالتزامات، بل عدم التوازن الناتج عن تعسف أحد طرفي العقد في استعمال حقه التعاقدية، نتيجة تفوقه على الطرف الآخر لأن عدم التوازن ملحوظ في عدة عقود، دون اشتغالها على شرط تعسفي. ففي حالة الشرط التعسفي عدم التوازن ينتج عن فعل المتعاقد بضحيته الأكثر ضعفا، الذي لا يستطيع المقاومة أمام إرادة المتعاقد الآخر، الذي يستفيد من مركز يجعله يتعسف ويفرض الشرط الذي يراه مناسبا لمصلحته.¹

الفرع الثاني:

امتداد نطاق الحماية من الشروط التعسفية

تمتد الحماية من الشروط التعسفية إلى المستهلك، وهو الطرف الذي يصنف بأنه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية. غير أن تحديد مفهوم المستهلك ومن ثم لفظ المحترف مختلف فيه لتباين التشريعات المنظمة لعقود الاستهلاك في تحديد المقصود به، فتارة تمد الحماية إلى كل من يتعامل خارج التخصص المهني، وتارة إلى المستهلك الذي يقتني السلعة للاستهلاك النهائي. فنتعرض لامتداد نطاق الحماية من حيث الأشخاص.
(الفقرة الثانية).

ولأن الشروط التعسفية غالبا ما ترد في عقود الإذعان، غير أنه ليس المجال الوحيد لفرض هذه الشروط، من ثم يتعين علينا تحيد نطاق الحماية من حيث طبيعة

¹ - هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 187.

العقد (الفقرة الثانية)، ثم من حيث موضوع العقد، لأن مثل هذه الشروط ترد في عقود الاستهلاك، محلها منتج أو خدمة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى:

نطاق الحماية من حيث الأشخاص

الأصل أن تمتد الحماية من الشروط التعسفية إلى كل طرف في عقد الإذعان، سواء كان محترفاً في مواجهة محترف آخر أو مستهلك في مواجهة محترف. إلا أننا نجد اختلاف التشريعات في مدد هذه الحماية. وكذا اختلاف الفقه والقضاء حول تحديد مدلول لفظ المستهلك، حيث برز في هذا الشأن اتجاهان.

أولاً: الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك

يطلق لفظ المستهلك على كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك، فيعتبر مستهلكاً من يقتني أو يستعمل مالا أو خدمة، سواء لاستعماله الشخصي أو لاستعماله المهني.¹ فيترتب على ذلك نتيجة مفادها توسيع نطاق تطبيق القواعد الحمائية التي تتضمنها قوانين الاستهلاك، من خلال بسط مفهوم المستهلك ليشمل المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه، ولو لخدمة أغراض مهنته.²

فيأخذ هذا الاتجاه بمعيار الجهل وعدم الكفاءة أي التخصص. ذلك أن المهني الذي يتصرف خارج مجال تخصصه يكون في حكم الجاهل للأمور، مثله مثل المستهلك العادي. كما أن العقد المبرم بينه وبين محترف آخر والخارج عن مجال تخصصه لا يخضع

¹ - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن، ص 8.

² - منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 24.

لكفاءته المهنية، لدرجة أنه يتطلب وجود محترف آخر. يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أبعد من هذا الحد بالقول أن الحماية، تشمل جميع المتعاقدين الأضعف اقتصادياً.

غير أن ما يؤخذ على هذا الاتجاه أن التقريب بين مفهومي المستهلك والمحترف، من شأنه أن يفسح مجالاً واسعاً أمام القاضي للتدخل، لتوقيع العقود تحت غطاء الحماية من الشروط التعسفية. مما قد يؤدي بالمتعاقدين إلى تغيير صفتهم في العقود من محترفين أثناء التعاقد، إلى مستهلكين أثناء تنفيذ العقد. ذلك قصد التهرب من بند لا يحتوي على تعسف في العقد الموقع بينه وبين محترف آخر، ما دام سيصبح تعسفياً في العقد الموقع مع المستهلكين¹. هذا وأن الاعتداد بالمؤهلات الخاصة بكل مستهلك من شأنه أن يثير نزاعات لا نهاية لها، كما أنه ينزع عن قانون الاستهلاك فعاليته².

وقد أخذ المشرع الألماني بالاتجاه الموسع بمقتضى قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد، فمد قواعد الحماية إلى كل طرف في عقد الإذعان، سواء محترف في مواجهة محترف آخر أو محترف في مواجهة مستهلك³.

ثانياً: الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك

تبنى أغلب الفقه⁴ مفهوماً ضيقاً للمستهلك باعتبار أنه المعيار الأقرب لبيان ذاتية المستهلك، يأخذ بمعيار الغرض من التصرف. فيطلق لفظ المستهلك على كل من يقتني

¹ - D.Mazeaud, Le juge face aux clauses abusives, in Le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993.p26

² - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 23

³ - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق ص 120.

⁴ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 30

حسن عبد الباسط لجميبي، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 11

مرفت عبد المنعم صادق، الحماية الجنائية للمستهلك، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1999، ص 7.

أو يستعمل مالا أو خدمة لغرض غير مهني أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية. والحقيقة أن اعتماد هذا المفهوم لا يثير صعوبات في التطبيق لما يتسم به من البساطة والدقة¹. و ترتيبا على ذلك لا يعتبر مستهلكا:

- المهني الذي يتعاقد للحصول على سلع وخدمات تتعلق بنشاطه المهني، لأن الحكمة من الحماية التشريعية لفئة المستهلكين تنفي في هذا الفرض، بالنظر إلى أن المهني تتوفر لديه عادة القدرة على حماية مصالحه، مما قد يتعرض له من غش وخداع أثناء التعاقد. فالشخص الذي يهدف إلى تلبية حاجاته المهنية سيكون لا محالة، أكثر حذرا من الشخص الذي يسعى لتحقيق أهدافه الشخصية.² وكذلك من يقطن أو يستعمل مالا أو خدمة لغرض مزدوج، مهني وآخر غير مهني.³

- المهني الذي يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة خارج نطاق تخصصه، ولو لخدمة نشاطه المهني. وإن تصادف ووجد محترف في مركز ضعف فإن ذلك يستدعي حمايته بقواعد خاصة، لا بقانون حماية المستهلك.⁴

- الشخص الذي يجترف شراء السلع بقصد إعادة بيعها، أو المواد الخام بقصد تصنيعها وتحويلها من مواد أولية إلى سلع. لأنه لا يخرج عن كونه مهنيا في غير حاجة إلى حماية خاصة، بحكم مركزه الإقتصادي وخبرته الفنية.⁵

¹ - منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013 ص 17

² - J.Calais-Auloy, F.Steinmetz, Droit de la consommation ;5^{ème} éd, D, Paris, 2000, p12.

³ - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 25

⁴ - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 25.

⁵ - منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013 ص 17

فلا يعتبر مستهلكا من يتصرف داخل مجال تخصصه ، بينما يكتسي صفة المستهلك المهني الذي يقتني مالا أو خدمة لسد حاجاته الشخصية أو العائلية.

غير أن العقبة في اعتماد هذا المعيار هي عندما لا يتضمن العقد أي اختصاص معين ، إذ أن هناك بنودا لا تقوم على مدى اختصاص المحترف كالبنود التي تحدد المحكمة المختصة مكانيا أو تلك التي تعدل في مهل معينة ، في حال اعتبرت تعسفية .¹

ويبدو أن المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 ،² تغاضى عن تحديد المقصود بالمستهلك وغير المحترف ، ما جعل القضاء يتخبط بين الأخذ بالاتجاه المضيق تارة ، وبالاتجاه الموسع تارة أخرى . فذهبت محكمة النقض الفرنسية بداية إلى تبني الاتجاه الضيق في قرار لها بتاريخ 15 أفريل 1986 ، فحرمت وكلاء عقاريا من الحماية المقررة للمستهلك بوصفه محترفا.³

غير أن القضاء الفرنسي طبق أيضا المفهوم الموسع ، فذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1987/4/28 إلى أن المهني الذي يبرم تصرفا تجاريا يتعلق بتجارته ، ولكن خارج نطاق تخصصه الدقيق ، يتشابه مع المستهلك عديم الخبرة والتجربة .⁴ و بتاريخ 23 جوان

¹ - ربما فرج مكي ، المرجع السابق ، ص 60

² - إلا أن مجموعة الأعمال التحضيرية لهذا القانون ، والتي أعدتها لجنة (Refont) عرفت المستهلكين بأنهم الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الذين ينتمون للقانون الخاص ، والذين يكتسبون أو يستعملون الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني ، أما المحترف فقد عرف على أنه الشخص الذي يتعاقد لتلبية أغراض مهنية . والمهنة تتوسع لتشمل جميع المجالات التي تدور فيها الحلقة الاقتصادية ، سواء كانت داخلة في الإنتاج أو التوزيع أو تقديم الخدمات ، و أي شكل يتخذه المشروع المهني سواء أكان صناعيا أم تجاريا أم حرفيا أم مهنيا ... و سواء كان الممتن شخصا طبيعيا أو معنويا .

هانية مُجَّد علي فقيه ، المرجع السابق ، ص 207

³ - مقتبس عن : ربما فرج مكي ، المرجع السابق ، ص 57

⁴ - مقتبس عن : هانية مُجَّد علي فقيه ، المرجع السابق ، ص 209 .

1987 وبصدد قضية مشابهة للسابقة تبنت فيه الاتجاه الموسع أيضا ، جاء فيه : " أن الوكيل العقاري الذي يبرم عقدا بهدف وضع نظام إنذار في أحد البنائيات ، يستفيد من قواعد حماية المستهلك. ذلك أن مجال عمله يختلف تماما عن التقنية الخاصة بأجهزة الإنذار".¹

كما ذهبت في قرار آخر بتاريخ 25 ماي 1992 إلى القول : " بتطبيق قانون 10 جانفي 1978 على المهني إذا وجد في نفس حالة الجهل ، وعدم العلم التي يتمتع بها المستهلك"²، الأمر الذي يعني أنها اعتنقت الاتجاه الموسع في هذين الحكمين أيضا.

غير أنه ابتداء من سنة 1995 وبتاريخ 24 جانفي 1995 أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا تضمن صيغة جديدة، فحرمت تاجرا قام بإبرام عقد توريد كهرباء من الاستفادة من قواعد حماية المستهلك ، لأنه وعلى حسب تعبيرها: " له صلة مباشرة مع نشاطه المهني . " من ثم فإن المحترف الذي يمارس نشاطا عرضيا ليس له سوى صلة غير مباشرة بالنشاط الأصلي ، يمكن للقاضي أن يقرر حمايته بقواعد حماية المستهلك.³

وحتى بعد قانون 95-96 فإن المشرع الفرنسي لم يتعرض لتحديد المقصود بلفظ غير المحترف. فرددت المحكمة نفس العبارة أي الصلة المباشرة بالنشاط في قرار لها بتاريخ 30 جانفي 1996. حيث جاء فيه: "أن الشركة لا تستفيد من قانون حماية المستهلك، لأن

¹ - D.Mazeaud , Le juge face aux clauses abusives, op.cit.,p26.

² - J.Mester ,Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, l'avenir du droit ,mélange en hommage a François terre ,D , paris, 1999 ,,p682.

Vermelle ,Droit civil, Les contrats spéciaux,3^{ème} éd ,D, Paris,2000,p58.

³ - J.Calais-Auloy ,F .Steinmetz ,Droit de la consommation ;5^{ème} éd ,D,Paris,2000,p11.

العقد الموقع بينها وبين البلدية له علاقة مباشرة بنشاطها"¹. فأعتبر معيار الصلة المباشرة أو غير المباشرة الذي اعتنقته محكمة النقض في هذه القرارات، من قبل العديد من الفقه الفرنسي معيار غير حاسم، لأنه لا يعرف متى يكون العقد المبرم له صلة بنشاط مباشرة بنشاط المهني أو العكس.² فمحكمة النقض الفرنسية لم تعرف بشكل دقيق هذا المعيار، فالنشاط غير المباشر يمكن أن يسمح للمحترف بالحصول على سلعة أو خدمة، يمكن أن تخدم في وقت لاحق نشاط مؤسسته.³

هذا ما جعل المحاكم الفرنسية تختلف في تفسيرها لهذا المعيار. فبعض المحاكم اعتبرت أن كل العقود التي من شأنها أو التي تسمح بتطوير نشاط المحترف، لا تخضع للحماية المقررة قانونا للبنود التعسفية، مهما كانت درجة الجهل لدى المحترف بتقنية العقد المبرم. و البعض الآخر من المحاكم ربط وجود الرابط المباشر بالمهنة، بالهدف الذي من أجله أنشئ العقد، وبالمنفعة التي انتظرها الدائن من العقد الذي أبرمه، أثناء ممارسة نشاطه ولمصلحة مؤسسته. حيث بتاريخ 5 مارس 2002 ذهبت محكمة النقض للقول أن: "المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد خارج مجال تخصصه" ما يعني أنها اعتنقت المفهوم الموسع⁴.

¹ - تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة انتاج قارورات زجاجية، لم تتمكن من مقاومة حريق نشب بسبب أن التزويد بالمياه، انقطع من قبل البلدية لأجل إصلاح تسرب مائي. و عليه رفعت الشركة دعوى ضد البلدية التي استخدمت بندا يعفيها من المسؤولية.

Cass.civ 30 janvier 1996 <https://www.legifrance.gouv.fr>

² - هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 210.

³ - مقتبس عن: ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 67

⁴ - Cass civ 5 mars 2002

-B.Bouloc, Ventes ,Transports et autres contrats commerciaux ,D, Paris , 2002, p716.

في حين بدت بعض القرارات الأخرى أكثر تشدداً، عندما ربطت وجود معيار الرابط المباشر بمجرد تعاقد المحترف بصفته المهنية . في قرارات عدة من بينها قرار بتاريخ 22 ماي 2002.¹

والحقيقة أن المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه يسهل الإيقاع به، مثله مثل المستهلك لعدم كفاءته الفعلية أو القانونية، كما أن عدم خبرته القانونية لا تسمح له بمعرفة النتائج، التي قد تترتب عن تنفيذ بنود العقد التعسفية. من هنا كانت هذه الفئة من الأشخاص مشمولة بالحماية القضائية في كثير من الأحيان.²

لذلك يجرم الإتجاه المضيق عددا كبيرا من الأشخاص من الإستفادة من النصوص الحماية، لأنه ركز على الربط بين المفهوم الإقتصادي للمستهلك ومفهومه القانوني. في حين أنه في المجال القانوني ليس المهم هو فعل الإستهلاك بل الأهم هو التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص لإشباع حاجاته المتنوعة، أي الغرض إذا كان مهني أم لا . وبهذا يتميز المفهوم القانوني للإستهلاك عن مفهومه الإقتصادي.³

وقد تولى التوجيه الأوروبي الصادر في 1993/04/05 تعريف المستهلك، فقصره على الأشخاص الطبيعيين فقط، دون الأشخاص الاعتباريين في المادة الأولى منه، وكذا بالتوجيه الأوربي رقم 7/97 الصادر في 1997/5/20⁴ و المتعلق بحماية المستهلك. فنص في المادة الثانية منه فقرة ثانية على أن المستهلك، هو كل شخص طبيعي يتصرف

¹ - مقتبس عن : ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 66.

² - هانية مجد علي فقيه، المرجع السابق، ص 211

³ - فالمستهلك وفق المفهوم الإقتصادي هو الفرد الذي يشتري سلعا وخدمات، بغرض الاستعمال الشخصي. بحيث ينتج عن هذه العملية انتهاء منفعة السلعة .

منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 14

⁴ - Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs

لإشباع حاجات لا تدخل في إطار نشاطه المهني والتجاري، ما يعني أن التوجيه اعتنق المفهوم الضيق للمستهلك وقصره على الشخص الطبيعي فقط. غير أن التوجيه الأوربي الصادر رقم 31/2000 الصادر في 8 جوان 2000 الخاص بالتجارة الإلكترونية، عرف المستهلك في المادة 2 بأنه كل شخص طبيعي يرم تصرفا يتعلق بأغراض لا تدخل في إطار نشاطه المهني، ما يعني أنه تبنى الإتجاه الموسع وإن كان قد قصره على الشخص الطبيعي فقط.¹

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فعلى الرغم من أن المادة 3 من قانون 04-02، تنص على أن الحماية تنصرف إلى كل طرف ضعيف في عقد الإذعان. إلا أننا نجد أنه في المادة 29 من نفس القانون لم ينص سوى على البنود التي تعتبر تعسفية بين البائع والمستهلك. كما وأنه في ذات القانون تبنى مفهوما ضيقا للمستهلك في المادة 2/3، حيث جاء فيها أن المستهلك هو: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع، أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني. على الرغم من التعريف الواسع للمستهلك، الوارد في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، والتي جاء فيها أن المستهلك هو: " كل شخص يقتني بئمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي، لسد حاجته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به."²

¹ - Directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 directive sur le commerce électronique ART 2 : « consommateur»: toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale »

² - ما يؤخذ على هذا التعريف أن لفظ المستهلك يشمل فقط من يقتني سلعا، أما المستعمل فلا يشمل اللفظ ولا قواعد الحماية، رغم تسليم جميع القوانين المقارنة بدخول المستعمل في مفهوم المستهلك .

بودالي مُجد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 28

أما بخصوص لفظ غير المحترف أو غير المهني الوارد ذكره في قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة 1-132 من قانون رقم 95-96 السابق الإشارة إليه، فقد ثار الخلاف حول ما إذا كان مصطلحا مرادفا لمصطلح المستهلك، أم أنه يقصد به طائفة مغايرة لطائفة المستهلكين. ذلك أن المشرع الفرنسي قد وضع طائفة المهني في جهة، وطائفة المستهلك وغير المهني في جهة أخرى. وقد إنقسم الفقه بصدد الإجابة على هذا التساؤل إلى إتجاهين أو تفسيرين، بين مؤيد ومعارض:

التفسير الأول يعني بغير المهني المحترف الذي يبرم عقدا، يخرج عن اختصاصه في إطار مهنته. وهو المفهوم المعتمد بصفة خاصة من محكمة النقض الفرنسية، في العديد من الأحكام الصادرة عنها. أما التفسير الثاني فهو الأضيق لأنه يشبه غير المحترف بالمستهلك، وهو التعاقد الذي يتعاقد بهدف الحصول على خدمة أو منتج، لحاجاته الخاصة أو حاجة أقاربه وليس لحاجاته المهنية.¹

إلا أن الفقه² يؤكد على ضرورة توسيع نطاق الحماية، لتشمل المحترفين الذين يتعاقدون خارج نطاق اختصاصهم. فذهبوا إلى أن المشرع قصد بوضوح التمييز بين غير المحترف والمستهلك، ليرى في غير المحترف محترفا خاضعا للحماية. و أن المشرع الفرنسي قد تبني المفهوم الواسع للمستهلك في العديد من المواضع، منها قانون 22 ديسمبر 1972 الخاص بالتسويق والبيع في محل الإقامة، وقانون 21 جويلية 1983 بشأن أمان وسلامة المستهلكين. بما يعني أن نص المادة 35 من القانون السالف الذكر، إذا وضع بين القوانين الأخرى التي صدرت بهدف حماية المستهلك، لن يظهر كنص منفرد يعبر عن موقف

¹ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 55

² - رأي كل من: أسامة أحمد بدر، عمر عبد الباقي خليفة، كيلاني عبد الراضي محمود، في رأيهم حول موقف المشرع الفرنسي.

منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 28.

استثنائي للمشرع، وإنما كنص ضمن نصوص تشير في مجملها إلى موقف عام للمشرع الفرنسي في تبني مفهوم واسع للمستهلك.

أما فيما يتعلق بمدى اعتبار الشخص المعنوي مستهلكا، فنجد أن التوجيه الأوروبي وكذا القانون الفرنسي، استبعدا من نطاق الحماية الأشخاص المعنويين. غير أن ما هو واضح من خلال القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية أن عبارة غير المحترف، تسمح بامتداد الحماية إلى الأشخاص المعنويين، إن توفرت فيهم شروط الحماية المقررة للأشخاص الطبيعيين. حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 مارس 2005 إلى أن "الشخص المعنوي لا يستفيد من الحماية المنصوص عليها في قانون الاستهلاك، لأنه تعاقد بصفته المهنية". ما يعني أن الشخص المعنوي لو فرضنا أنه تعاقد بصفته غير مهني، لأخذ حكم المستهلك ولاستفاد من الحماية. و لكن تبقى الحاجة إلى تكريس نص قانوني صريح، بحيث تشمل الحماية الشخص المعنوي أيضا.¹

وقد أشار المشرع الجزائري في المادة 3 من المرسوم التنفيذي 09-03 إلى أن لفظ المستهلك يشمل كل شخص طبيعي أو معنوي.²

الفقرة الثانية:

نطاق الحماية من حيث طبيعة العقد

من منطلق أن غالبية العقود التي تحتوي على شروط تعسفية تحتوي على صفة الإذعان، وهذه الأخيرة نظرا لأهمية المعاملات التي تقع عليها من حيث الحجم والمدة، غالبا ما تكون في صورة عقد مكتوب. نجد أن جل التشريعات إن لم نقل كلها قصرت الحماية من الشروط التعسفية، على العقود المحررة مسبقا والمسماة بالعقود

¹ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 69.

² - المرسوم التنفيذي رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقع الغش المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير 2009، ج ر، ع 15.

النموذجية.¹ فنصوص التشريع الفرنسي صريحة في أن النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تسري على جميع العلاقات التعاقدية، كعقد البيع، الإيجار والتأمين... إلخ، ما دام تم تحريرها مسبقاً. فقصر بذلك الحماية من الشروط التعسفية على صورة من صور عقود الإذعان أي العقود النموذجية، ولم يشترط أن تكون الكتابة رسمية، فقد تكون قد تمت في شكل فاتورة أو وصل ضمان، أم وصل تسليم أو تذاكر...²

ويبدو أن المشرع الألماني قد تبنى نفس الطرح، وكذا المشرع الجزائري حيث جاء في المادة 3 فقرة 3 من ق 02-04 أن العقد هو: "كل إتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تادية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغير حقيقي فيه". أما عن المشرع المصري فبالرجوع للمادة 10 من قانون رقم 67-06 لسنة 2006 وقع في صياغة خاطئة لم تكن موفقة، حيث نصت المادة على أنه: "يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة، من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون" فالشرط يرد في العقد بصفة عامة سواء كان في شكل طلبية أو فاتورة....

بيد أنه وإن كانت التشريعات جملة قد قصرت الحماية من الشروط التعسفية على العقود النموذجية، فإن الصور الحديثة لعقود الاستهلاك تدل على أن خضوع المستهلك، لا يتحقق بصدد عقد معين من العقود، وإنما في معظم الصور المعاصرة للتعاقد. فقد يتم

¹ - يعرف العقد النموذجي بأنه ذلك العقد الذي يعده المحترف بصفة منفردة، والذي لا يملك فيه من يرغب في التعاقد معه من مناقشة شروطه أو المفاوضة بشأنها يتخذ عدة صور على شكل وثائق مطبوعة أو في صورة إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في مجالات استقبال الجمهور.

بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 13

² - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 13

أنظر في ذلك أحكام قانون الاستهلاك الفرنسي .

التعاقد في ظل اختلال التوازن بين الالتزامات مع غياب الاحتكار، وفي ظل إمكانية مناقشة بنود العقد. إلا أن ما يحدث حقيقة هو أن عدم كفاءة المستهلك الفنية والقانونية، لا تمكنه من مناقشة بنود العقد. كما أن عدم خبرته القانونية لا تسمح له بتقدير آثار هذه البنود، على مركزه القانوني أو على مركزه المالي .

من جهة أخرى فإذا كان عقد الإذعان يشكل الميدان الخصب للشروط التعسفية، فإنه لا يترتب على ذلك بأن يتضمن بالضرورة شروطا تعسفية. فقد يحرص الطرف الأقوى على توفير السلع والخدمات بأقل تكلفة وأفضل جودة.¹

هذا بالإضافة إلى أن العقود النموذجية قد تترك حرية التفاوض، فيما يتعلق بمجموعة من التزامات الطرفين. تتلاءم مع حاجات وأغراض طرفي العقد، مما يجعلها في هذه الحالة مزيجا من العقود التفاوضية وعقود الإذعان.² كما وأنه ليس هناك من جدوى تذكر من حماية المستهلك من البنود التعسفية، إذا كان بإمكان المحترف أن يتجاوزها عن طريق التفاوض الذي يكتسي طابعا جائرا وممنوعا. فنكون بصدد عقد مساومة يحتوي على شروط تعسفية، الأمر الذي قد يؤدي إلى استبعاد تدخل القاضي لإلغاء الشرط، ذلك أن المستهلك جهلا وخوفا من تعقيدات المسار القضائي، ينفذه بالرغم من وجود بند تعسفي فيه .

خلاصة القول أن عقد الاستهلاك عقد إذعان من نوع خاص، يخضع فيه المستهلك لشروط المحترف نتيجة تفوقه الفني. فلم تعد عقود الإذعان الآن تقوم على الاحتكار الفعلي أو القانوني لسلعة أو خدمة معينة، بل امتدت ليشمل العقود التي تعد من قبل

¹ - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 98.

² - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 118

أحد المتعاقدين سلفاً، دون أن يملك الطرف الآخر مناقشتها فأصبح لعقد الاذعان مفهوم موسع.

الفقرة الثالثة:

نطاق الحماية من حيث موضوع العقد

تشمل الحماية من الشروط التعسفية المنتجات والخدمات. و قد عرف المشرع الفرنسي المنتج في نص المادة 1386 من القانون رقم 98-389 الخاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، حيث جاء فيها: "كل مال منقول حتى ولو ارتبط بعقار ويسري هذا الحكم على منتوجات الأرض، وتربية المواشي والدواجن والصيد البحري، وتعتبر الكهرباء منتوجاً". فاستثنى بذلك العقارات من مفهوم المنتج وأيضا الخدمة.¹

ونفس المعنى رددته المادة 140 مكرر ق م ج في فقرتها الثانية، بحيث يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لا سيما المنتج الزراعي والصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البحري والطاقة الكهربائية. مما يعني أنه يدخل في معنى المنتج المنقول بصفة عامة، سواء كان مادي أو معنوي ولو كان متصلا بعقار. في حين أن العقار لا يعتبر منتوجا وعليه فالمتعامل في العقارات لا يستفيد من الحماية، في حين أن العقارات بالتخصيص تعتبر منتوجا، إذا تم التعامل فيها بصفة منفردة ومستقلة عن العقار الذي وضعت لخدمته.²

¹ - Art. 1386-3. Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux « Est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit. »

لأكثر تفصيل أنظر : شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، جامعة أبو بكر بلقايد، 2007 ص 34

² - شهيدة قادة، المرجع السابق، ص 36.

بينما نجد المشرع المصري عرف المنتج في المادة الأولى من القانون رقم 67-06 ويشمل المصطلح السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال المورد.

المطلب الثاني:

مبدأ حسن النية كأساس ممتاز لاستبعاد الشروط التعسفية

تعددت الأسس التي قيلت لتبرير إلغاء الشرط التعسفي، فأرجع جانب من الفقه أساس إلغاء الشرط التعسفي إلى نظرية التعسف في استعمال الحق¹، في حين ذهب رأي آخر² إلى ترجيح مبدأ حسن النية كأساس لإلغاء الشروط التعسفية. ويرجح هذا الرأي الأخير لعدة أسباب، من جهة عدم وضوح تعريف الشرط التعسفي (الفرع الأول)، ومن جهة ثانية عدم كفاية المعايير التي يسترشد بها القاضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

عدم وضوح تعريف الشرط التعسفي

أشارت جل التشريعات إلى جملة من الشروط التي تعتبر تعسفية وحاولت حصرتها في قوائم. فالتشريع الفرنسي وضع قائمة سوداء عدد فيها وحصر الشروط التي تعد تعسفية، بما لا يقبل إثبات العكس. حيث يترتب على وجودها في عقد مبرم بين مهني ومستهلك وجوب الحكم بطلانها. فلا يمكن للمهني إثبات إنتفاء الطابع التعسفي عن هذا الشرط، كما لا يتمتع القاضي بأي سلطة تقديرية في الحكم بطلانه من عدمه .

ويسهل التعرف على الشروط التعسفية في هذه القائمة، حيث تكون مظاهر التعسف جسيمة فتصبح باطلة بقوة القانون. فتؤدي القائمة السوداء دورا وقائيا مانعا،

¹ - حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، ص 244 .

www.iasj.net

² - رأي Aujoy مشار إليه في المرجع نفسه .

وهذا يؤدي إلى الإستقرار القانوني في العلاقات بين المهنيين والمستهلكين، حيث يحجم المهنيين عن إدراجها وتوفر حماية ومركزاً قويا للمستهلك. ولكن ما يؤخذ على هذه القائمة أنها تقف عاجزة، أمام الشروط التي تتوافر فيها خصائص الشروط التعسفية، دون أن ترد في القائمة. حيث أن حرص المشروعات الإقتصادية على حماية مصالحها، يؤدي باستمرار إلى ظهور شروط عقدية جديدة تتصف بالتعسف، غير واردة في القائمة الأمر الذي يقتضي مراجعة القائمة بصفة مستمرة.¹

أما القائمة الرمادية فتتضمن شروطاً واردة على سبيل المثال لا الحصر، وتعرف بالقائمة الاسترشادية، فيفترض أنها تعسفية، وللمهني إثبات العكس بإثبات إنتفاء الطابع التعسفي. وقد أخذ التوجيه الأوربي الصادر في 5 أفريل 1993 بنظام القائمة الرمادية، فأورد قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية، فنصت المادة 3-3 من التوجيه على أن الملحق يتضمن قائمة استرشادية لا حصرية، بالشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية.

على أنه بخصوص التشريع الفرنسي فدعماً للحماية المرجوة لمصالح المستهلكين، أنشأت لجنة الشروط التعسفية سواء بموجب قانون 1978 أو قانون 1995. تتمثل اختصاصات هذا الجهاز الاستشاري في إصدار توصيات بتعديل أو الغاء الشروط التعسفية. وهي لا تصدر قرارات ملزمة بل توصيات للقضاء أو للسلطة التنفيذية، وتهتدي اللجنة في ممارسة اختصاصها بالمعيار العام للشرط التعسفي.²

غير أن تحديد الشروط المعتبرة تعسفية لا بد أن يكون بموجب مرسوم بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية. فلم يعطي المشرع الفرنسي للقضاء أي مرونة للتدخل

¹ - أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 101

² - وقد أصدرت اللجنة العديد من التوصيات بلغت أكثر من ثلاثين توصية. موفق حاد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، ط الأولى، مكتبة زين الحقوقية، الأردن، 2011، ص

لتحديد الشروط التعسفية . ولا شك أن هذه السلطة الممنوحة للإدارة في حصر الشروط التعسفية، خلقت منزلة وسطى بين السلطتين التشريعية والقضائية، وكان من شأن ذلك أن أصبحت هذه السلطة مصدر تعقيدات، وسببا في عدم فعالية ما بذل من مجهود لمواجهة الشروط التعسفية، يدل على ذلك أنه لم يصدر إلا مرسوم واحد في 24 مارس 1978¹.

إن حصر الشروط التعسفية في قائمة محدودة، يؤدي إلى حصر الحماية الواجب توافرها للمتعاقد المتضرر من تلك الشروط، كما أن حصر الشروط التعسفية التي قد ترد في العقود بشكل مطلق، يعد أمرا مستحيلا لأن الحرية التعاقدية تسمح دائما بممارسة المزيد من التحايل والتعسف .

كما أن الطابع التعسفي للشرط يحدد بالرجوع إلى جميع الظروف المحيطة بإبرام العقد، وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد، ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر، عندما يكون تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين ببعضها البعض من الوجهة القانونية .

الفرع الثاني:

عدم كفاية المعايير التي يسترشد بها القاضي

لتحديد الطابع التعسفي للشروط، لا بد من توافر هذا الشرط على معايير تجعل العلاقة التعاقدية غير المتوازنة بين أطرافها، طرف قوي يستأثر بجميع مميزات القوة، وطرف ضعيف مدعن. وقد حاول التشريع المقارن الاعتماد على معيار محدد، من أجل ضبط الشروط التي تعتبر تعسفية وتستدعي التدخل من أجل حماية المستهلك، غير أن المعايير المعتمدة كانت محل إنتقاد شديد من قبل الفقه.

¹ - موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 283

لذلك فالهدف من بحث المعايير التي نصت عليها التشريعات، هو القول أن مبدأ حسن النية بمفهومه المرن يستوعب تلك المعايير، ويمنح سلطة واسعة للقضاء لإلغاء الشروط التعسفية. فنتعرض لمعايير قياس الشرط التعسفي (الفقرة الأولى). ثم بعض تطبيقات القضاء الفرنسي. (الفقرة الثانية) و التي اعتمد فيها على مبدأ حسن النية لاستبعاد الشرط متى ثبت أنه تعسفي.

الفقرة الأولى:

تحديد معايير قياس الشرط التعسفي

تضمنت القواعد المستحدثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، عدة معايير يتحدد وفقها الطابع التعسفي للشرط. تتمثل هذه المعايير في: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، ومعيار الميزة المفرطة، ومعيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات. و دور القاضي إزاء تقدير الصفة التعسفية للشرط تكاد تنطق به صياغة النصوص التي تعرف البند التعسفي .

أولاً: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

محتوى هذا المعيار أنه متى كان المشروع الاقتصادي ضحماً، فإنه سيؤدي بالمحترف إلى استغلال ما يملكه من قوة اقتصادية، لفرض شروطه على المستهلك من أجل الحصول على ميزة مفرطة.¹ وقد اعتمده المشرع الفرنسي بداية في قانون رقم 78-23 في نص المادة 35 حيث ورد فيه يكون هذا الشرط مفروض على المستهلكين أو غير المحترفين، بسبب تعسف المحترف في استخدام نفوذه الاقتصادي.²

¹ - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 129.

² - عامر قاسم احمد القيسي : مرجع سابق، ص 140

وهو معيار شخصي يستنتج من الصفة الخاصة بأطراف العقد،¹ ولأن هذا المعيار تعرض للانتقاد الشديد من الفقه بخصوص كيفية الكشف عن النفوذ الاقتصادي، ذهب الفقه إلى القول بخصوص المؤشرات والوسائل التي يستدل منها على النفوذ الاقتصادي لوضع العقد، الوضع المسيطر للممتن في السوق، وحالة السوق ومحملها، وما إذا كان مركز السوق محلي أو على مستوى الدولة، وكذلك النظر إلى وضع شروط المحترف في تلك السوق ومدى تأثيره فيه، ويؤخذ أيضا بعين الاعتبار وضع المتعاقد أي المستهلك نفسه الذي لا يملك إلا الموافقة والإقدام على التعاقد أو الرفض، وهو في معظم الأحيان لا يكون قادرا على مناقشة العناصر الأساسية للاتفاق. و غيرها من المؤشرات التي تدل على أن رضی الطرف المذعن كان موضع شك، لكونه في مركز ضعيف يسمح للطرف الآخر بفرض شروطه عليه.²

هذا وأن مؤشر القوة الاقتصادية للمحترف يظهر منذ اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم، وهذا يعد كافيا لاعتبار الشرط غير فعال.³

غير أن هذا المعيار ظل مع ذلك في نظر الفقه مبهم وغير واضح، لأنه لم يشير إلى المقصود بالتعسف، وإن كان من الضرورة اقتترانه بالنفوذ الاقتصادي. فذهب جانب من الفقه بخصوص المقصود بالتعسف أن المقصود هو تعسف الموقف، الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر أي ذلك التعسف الذي يقترب من التدليس. بمعنى أن تعسف الموقف المستخدم في نطاق إبرام التصرفات القانونية، يطلق على سلوك المتعاقد الذي من خلال استخدامه لوسائل غير أمينة والاستغلال لوضع

¹ - هانية مُجَّد علي فقيه، المرجع السابق، ص 191 .

² - هانية مُجَّد علي فقيه، المرجع السابق، ص 191 .

أيضا سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، المرجع السابق، ص 56.

³ - أحمد مُجَّد الرفاعي، المرجع السابق، ص 218.

أيضا عمر مُجَّد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 402.

الضعف للطرف الآخر، قد أدى بهذا الأخير لإبرام تصرف قانوني، والذي يحصل منه هذا المتعاقد على ميزة فاحشة.¹

في حين ذهب جانب آخر إلى أن المقصود بالتعسف هنا، هو التعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة². و في هذا الصدد تدق مسألة ما إذا كان انفراد المحترف بوضع شروط العقد يعتبر بمثابة حق شخصي أم لا ؟ غير أن ما هو ملاحظ أن التحرير الأحادي الجانب للعقود النموذجية أضحي اليوم ضرورة في المعاملات الحديثة، كما أنه قد يكون خلاصة خبرة فنية وقانونية وربما خبرة عملية. و بالتالي فإن وضع هذه العقود له أهمية من جانب توفير الوقت في إعداد العقد في ظل التطورات الحديثة التي أضحت تتسم بالسرعة والوفرة.³ و على هذا يظهر أن التحرير المسبق للعقد من قبل أحد المتعاقدين، يتمثل في الممارسة لسلطة الواقع وليس لحق شخصي⁴

كما وأن مصطلح التعسف في الشرط التعسفي، يختلف مدلوله عن مدلوله في نظرية التعسف في استخدام الحق، ذلك أن وجود شرط يخل بحقوق الطرف الضعيف دليل بذاته على وجود التعسف أو افتراضه، سواء انطوت نية المشتري إلى إلحاق الضرر بالطرف الضعيف أم لا. و لا يشفع للمشتري المحترف حسن نيته، لأننا بصدد حماية المستهلك وإثبات التعسف يكون بافتراضه، من خلال وجود المنفعة التي خولها الشرط للمحترف. فيفترض فيه سوء النية ونية الإضرار بالمستهلك . في حين أن التعسف في

¹ - أحمد مُجَّد الرفاعي، المرجع السابق، ص 216

² - J.Ghestin ,Traité de droit civil., la formation du contrat . L.G.D.J ;3^{ème} éd ;1980 ;p73.

مرد هذا الرأي أن أحد النواب في البرلمان الفرنسي، وهو بصدد مناقشة مشروع قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1978 أشار إلى أن المشروع المطروح للنقاش يمنع المحترف الذي ينفرد بوضع شروط العقد، أن يتجاوز حدوده التعاقدية إضراراً بالمستهلك لأن هذا التجاوز لا يعني سوى التعسف في استعمال الحق، الذي يعني تجاوز الغائية للحقوق الشخصية .

أحمد مُجَّد الرفاعي، المرجع السابق، ص 217.

³ - J.Ghestin , Traité de droit civil., la formation du contrat ,op.cit, p73

⁴ - أحمد مُجَّد الرفاعي، المرجع السابق، ص 217.

استعمال الحق مقرون بأن ينوي صاحبه الإضرار بالغير، وعلى من يدعي هذا التعسف أن يثبتته لأن الأصل هو حسن النية. هذا وأن التعسف في استعمال الحق ينحصر في ثلاث حالات، وهذا يؤدي إلى تجميد فكرة الشروط التعسفية التي لا ينبغي حصر دائرتها في صور معدودة، لأن الأمر يؤدي إلى حصر الحماية الواجب توافرها للمتعاقد المتضرر من تلك الشروط.

أما بخصوص ضرورة اقتران التعسف بالنفوذ الاقتصادي، فمن الناحية النظرية يبدو أنه لا ضرورة لاقتران التعسف بالنفوذ الاقتصادي، غير أن ما هو مؤكد أن خضوع المستهلك لضغوط عملية هو الذي يجعله يقبل بمثل هذه الشروط، وهو أمر سهل الإثبات لأن مثل هذه العقود يتم طباعتها وإعدادها مسبقاً.¹

لذلك يرى البعض أن معيار التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي معيار جد غامض، إذ إن المحترف بقصد الحصول على الميزة الفاحشة، لا بد له من أن يستخدم تفوقه الاقتصادي. مما يحمل على الاعتقاد بأن التفوق الاقتصادي يكون مرادفاً للقوة، في الوقت الذي يمكن لتاجر صغير أو حر في بساط أن يستخدم نفوذه ويفرض ما يشاء من الشروط، قد لا يمكن لصاحب مشروع كبير على المستوى الوطني أن يقوم بذلك، لأنه يخشى على سمعته. لذلك لا يمكن لحجم المشروع وضخامته أن يكون محددًا لمعيار التفوق الاقتصادي.² فضخامة المشروع لا تعني دائماً القوة الاقتصادية، فقد يكون المشروع الصغير الذي يملكه تاجر ما يتمتع باحتكار يماثل مشروعاً وطنياً.³

¹ عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 270 أيضاً عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 141.

² أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 217.

أنظر أيضاً عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 99 وهانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 192

³ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 129.

كما أن المحترف يفرض إرادته ليس لأنه الأقوى اقتصادياً، وإنما قوته تكمن في قوة السيطرة الفنية والتقنية أكثر منها اقتصادية، وأن هذا التفوق هو الذي يمكنه من فرض شروطه. ذلك أنه متعود على إبرام العقود والصفقات، ويعرف جيداً الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، ويعرف ما يجري به العمل في مهنته، كما يفرض الشروط التي يراها مناسبة لمصلحته على حساب المتعاقد معه.¹

ثانياً: معيار الميزة المفرطة

بالرجوع لقانون 1978 المشار إليه سابقاً فإن معايير الشروط التعسفية أربعة وهي: تعسف المحترف في استعمال تفوقه الاقتصادي، وحصوله من جراء ذلك على ميزة مفرطة. ويرتبط هذا المعيار بالمعيار السابق، وقد أشار إليه نفس القانون أي قانون الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات الصادر في 1978 في المادة 35، فلكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفاً فإنه يجب أن يكون مفروضاً بواسطة استعمال النفوذ الاقتصادي، الذي يملكه المهني من جهة، على أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة مفرطة من جهة أخرى لصالح المتدخل، لذلك يبدو من الوهلة الأولى أن هذا المعيار الثاني يعتبر نتيجة للمعيار الأول، أي أن الميزة الفاحشة هي النتيجة لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية.

غير أن هذا المعيار أثار عدة إشكالات قانونية وعملية من طرف الفقه، لأنه معيار غامض لم يتضمن ما يستشف من خلاله عن طبيعة الميزة، أي ذات طابع مالي فقط؟ ذلك أنه بالرجوع إلى نصوص هذا القانون نجد أنه وإن كانت هناك الكثير من الشروط ذات الطابع المالي، إلا أنه لا يخلو من شروط أخرى ليس لها طابع مالي مثل الشروط المتعلقة بتسليم المبيع.

¹ - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 141.

والقول أن الشرط يمنح ميزة مادية فاحشة تؤدي إلى تعسف النفوذ الاقتصادي من المتدخل، ويعني منحها نفس معنى الغبن تقريبا. ما يجعله يقترب من فكرة الغبن في نظريته المادية من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الآداءات المتقابلة، غير أن الاختلاف بين فكريتي الغبن والميزة الفاحشة يكمن في محل التعسف، ففي الغبن ينصب على الثمن أي على المزايا المالية، بينما الميزة الفاحشة تنصب على شروط التبعية تتعلق بتنفيذ العقد بصفة خاصة، إذ أن هذه الشروط لا تنصب على الثمن فقط، وإنما تتعدى ذلك إلى الشروط التي ليست ذات طابع مالي.¹

هذا وأن من الإشكالات التي يطرحها معيار الميزة الفاحشة فهو الإشكال المتعلق بكيفية تقدير الميزة، وهل يجب النظر للشرط الذي أعطى ميزة فاحشة للمهني، منعزلا عن غيره من الشروط التي يتضمنها عقد استهلاك، أم أنه يجب النظر إلى شروط العقد في مجموعها ؟

لا يمكن القول بأن الشرط تعسفي بمجرد أن يمنح بعض المزايا للمهني، إذ أنه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى موجهة لإعطاء المستهلك من المزايا، ما يعيد التوازن إلى العقد في مجمله.² فتقدير الطابع التعسفي للشرط يفرض على القاضي أن يقدر وجود منفعة مبالغ فيها يوفرها البند للمحترف، وتحديد المنفعة المبالغ فيها يحصل بالمقارنة بين مضمون العقد الوارد فيه البند ومضمونه في حال خلوه من هذا البند، فالمنفعة تنتج إذن عن ما يمكن أن يسبب البند موضوع النزاع من تحسين وضع المحترف في حال تم تنفيذ العقد، بالمقارنة مع وضعه عند عدم وجود البند المذكور. فعلى سبيل

¹ -بودالي مُجد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 134.

أحمد مُجد الرفاعي، المرجع السابق، ص 221

² - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 140

المثال يمكن أن تعتبر بنودا تعسفية البنود التي تقلب عبء الإثبات، أو التي تعكس نظرية المخاطر لمصلحة المحترف .

ولكن في المقابل إن إستفادة المحترف وحده من المنفعة، لا يمكن أن يوصف بالتعسف في جميع الحالات، إذا كان يمكن تبرير هذه المنفعة بشكل مشروع، فالمنفعة قد تكون مبررة تجاه اقتصاديات العقد.¹ لهذا يرى البعض بأنه يجب النظر في تقدير عدم التوازن إلى مجموع شروط العقد، أي وجوب النظر إلى جميع الشروط المدرجة في العقد الواحد لتقدير عدم التوازن العقدي، لأن الشرط بمفرده قد يبدو تعسفيا إلا أنه يكون مبررا إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد، كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المحترف، الذي يقابله شرط آخر يتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك.²

وإن كان التشريع قد أشار إلى أن الشرط التعسفي لا ينظر إليه وهو منفرد، بل ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد، وهو ما نص عليه في المادة 3 فقرة 5 من قانون 02-04 المعدل والمتمم بقوله: " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد . " والمادة 212 -³ حيث ذهبت إلى أن الطابع التعسفي للشرط يقدر بالاستناد إلى وقت إبرام العقد وإلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وكذلك بالنسبة

¹ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 50

² - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 49

³ - « Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles [1188](#), [1189](#), [1191](#) et [1192](#) du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution. »

للشروط الأخرى للعقد. ويقدر أيضا بالنظر لشروط قد يتضمنها عقد آخر، عندما يكون إبرام أو تنفيذ هاذين العقدين يخضع فيها أحد العقدين إلى قانون آخر، كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع

إلا أن هذا الحل وإن كان يبدو معقولا من الناحية النظرية، فإنه يواجه صعوبات عملية، فكيف يتم حساب التوازن بين عقدين من طبيعة مختلفة؟ وهل يتوازن العقد الذي ورد به تقييد مسؤولية المتدخل لأنه يعطي المستهلك الحق في الفسخ بإرادته المنفردة؟ وإلى أي مدى يتم حساب التوازن بين هذه الالتزامات.¹

ثالثاً: معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات

تخلى المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1-212 من ق إ ف الساري المفعول حالياً، عن معيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي ومعيار حصول المحترف على ميزة فاحشة، وأخذ بمعيار جديد هو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن. و الهدف من هذا التعديل هو جعل القانون الفرنسي متناسقا مع التوجيه الأوربي رقم 93-13 الصادر في 05-04-1993، المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين في المادة الثالثة، فقانون 1978 لم يتلاءم مع التعريف الموضوع من قبل التوجيه الأوربي الذي لم يورد هذا المعيار. لكن ما هو ملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يأخذ بعين الاعتبار، جميع العناصر المكونة لتعريف الشرط التعسفي كمبدأ حسن النية .

من ثم ما هو ملاحظ أن معيار الخلل في التوازن معيار موضوعي، فيأخذ في الاعتبار بنود العقد وليس صفة المتعاقدين، مستبعدا بذلك المعيار الشخصي الذي يستند إلى تعسف الفريق الأقوى اقتصاديا في العقد، وبالنتيجة إن تطور قانون البنود التعسفية يظهر موضوعية المعايير التي يجب أن يعتمدها القاضي، لبطلان البند التعسفي

¹ - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 140.

يهدف تصحيح العقد. إلا أن البعض يرى في هذا الصدد أن المعيار الجديد ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة، أي أن مفهوم معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو نفسه معيار الميزة المفرطة من حيث الموضوع،¹

إلا أن البعض من الفقه يرى أن مفهوم البند التعسفي، كبند يعطي منفعة مبالغ فيها إلى المحترف تهدد اقتصاديات العقد، هو مفهوم قديم نسبيا لأن احترام اقتصاديات العقد يفرض ضمان التحقق الفعلي للتوازن الذي يرغب فيه الفرقاء، وكل بند يهدد التحقق الفعلي للتوازن العقدي لا بد أن يعتبر بندا تعسفيا، فالاقتصاد والتوازن العقدي يشكلان مفهومين يكملان بعضهما بعضا، ويحددان كلاهما مضمون العقد.²

غير أنه لا يمكن الجزم أن المعيارين متغايران، فأثر الشرط التعسفي يؤدي إلى حصول أحد المتعاقدين على ميزة فاحشة مقارنة بالمتعاقد الآخر، وتتجسد هذه الميزة في عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعتمد على معيار التفوق الاقتصادي، ولا معيار الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المحترف من جراء إدراجه للشرط التعسفي، فاعتمد على معيار عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد. ويظهر ذلك من خلال نص المادة 3 فقرة 5 من قانون 02-04 بقوله: شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

و لما كان معيار الإخلال الظاهر بالتوازن مجرد ترديد لمعيار الميزة المفرطة، فيرى أن مبدأ حسن يصلح أساسا ممتازا لإستبعاد الشروط التعسفية.

¹ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 47

² - F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, D, 2013, p 324.

الفقرة الثانية:

بعض تطبيقات القضاء الفرنسي

اعتبر بعض الفقه كالفقيه Ph. Delebecque¹ أن التشريعات المتعلقة بالبنود التعسفية تجد مصدرها في حسن النية العقدية، فالذي يفرض مثل هذه البنود في العقد لا يكون حسن النية، وأن حسن النية يسمح بالحد من البنود التعاقدية التي توضع في ظروف تظهر تعسفاً، فيكون للقاضي أن يعلن بطلان العقد أو البند التعسفي الذي يخل بالتوازن العقدي، ليصبح بذلك دون أي أثر. ويذهب (Ghestin)² إلى أن رفض سوء النية والخداع والتحايل والغش دليل على الأهمية الأخلاقية للنية وأثرها الواضح في إنشاء الالتزامات وفي تنفيذها وفي انقضاءها. و يذهب رأي آخر³ أيضاً أن مبدأ حسن النية يفرض رد التوازن العقدي إلى حده المعقول.

إن تطبيقات مبدأ حسن النية عديدة ومتنوعة، فمن الممكن إيجاد حلول ما يعتري العقد من عوائق في مختلف مراحل العقد، فيلتزم طرفا العقد بتوجيه إرادتهما وفق ما تفرضه قاعدة حسن النية، والوفاء بما توجهه هذه القاعدة يوجب تنوير رضا المتعاقد، وتبصيره لتحقيق المساواة الفعلية المسلوقة من المتعاقد الضعيف، بضمان دخوله في التعاقد برضا سليم ومستنير .

¹ -«La bonne foi est une limite de l'efficacité des clauses contractuelles, lorsqu'une clause est invoquée des circonstances qui recèlent un abus, elle est inefficace »

رأي : Ph.Delebecque مشار إليه في : هانية مُجَّد علي فقيه، المرجع السابق، ص 140
في حين نجد جانب من الفقه الفرنسي Neumayer يرى أن مبدأ حسن النية لا يمكن الاستناد إليه لمواجهة انعدام التوازن الذي قد يصيب العقد لأنه مفهوم غير محدد بدقة، ومرونته تؤدي إلى تفسيرات متناقضة، ما يهدد الاستقرار القانوني في العقود .

مشار إليه في: هانية مُجَّد علي فقيه، المرجع السابق، ص 133.

² - Jacques Ghestin , Traité de droit civil, les obligations , le contrat, LG.D.J , paris, 1980, p184.

³ - رأي سامي منصور مشار إليه في هانية مُجَّد علي فقيه، المرجع السابق، ص 133.

ولأن قاعدة حسن النية توصف بأنها التزام قانوني، فهي في مواجهة الشروط التعسفية التزام وقائي، يحفظ المصالح الخاصة للمتعاقد عند إبرامه للعقد ويجنبه الوقوع في الأضرار¹. غير أنه وإن كان حسن النية التزام متبادل بين طرفي العلاقة العقدية، والأصل أنه ليس التزاما مفروضا على طرف لصالح الطرف الآخر بل على المدين أن يمتنع عن أي فعل أو تصرف من شأنه حرمان الدائن من الاستفادة من مزايا تعاقدته، وكذلك على الدائن أن يمتنع عما يجعل تنفيذ الالتزام بالنسبة للمدين مرهقا ومستحيلا. فإن له خصوصية في ميدان الشروط التعسفية، إذ أنه في العقود المبرمة ما بين المحترف والمستهلك نجد أن الالتزام بما تقتضيه قاعدة حسن النية مطلوب بصفة خاصة من جانب المحترف أكثر منه من جانب المستهلك .

فالمستهلك لأنه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فإنه لا يملك من المقومات ما يمكنه من إبرام العقد مع المحترف بما يخالف مقتضيات حسن النية .

والمستهلك عموما يجد نفسه عاجزا بقدراته وإمكانياته في تحديد شروط التعاقد، والمحترف يتلمس هذا العجز. هذا فضلا عن عامل السرعة في مثل هذه المعاملات، وعدم توفر الوقت الكافي عند الفحص والدراسة، والإلمام بكل النتائج المترتبة عن العقد. مما يساهم في قلة احترازه من الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود المحررة مسبقا من الطرف القوي، بما يحقق مصالحه مستفيدا من مركزه المتفوق وسابق خبرته، لذلك من أهم الالتزامات التي يفرضها حسن النية في مثل هذه العقود أي عقود الاستهلاك، عدم إدراج الشروط التعسفية .

من ثم نخلص إلى أن أساس عدم إدراج الشروط التعسفية، هي الالتزام العام بحسن النية في مرحلة إبرام العقد. لذلك نجد أن التشريع الألماني في المادة التاسعة من

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 7

القانون الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن، أكدت المادة 09 منه على إحالة الأمر للمادة 242 من القانون المدني الألماني، والتي تقضي بضرورة مراعاة حسن النية لتقويم مدى عدالة شروط العقد، بشرط أن لا يمس ذلك باستقرار المعاملات .

وأطراف العقد يجب أن يتعاملوا طبقاً لهذا المبدأ، بأن لا يستغل أحد الأطراف ظروف ووضعية الطرف الآخر لإرهاقه والإجحاف بحقوقه، لذلك فالمهني يجب أن يراعي ذلك في وضعه المسبق لشروط العقد، وإن كان البعض من الفقه مثل الفقيه Auloy يرى أن هذا المبدأ لا يشكل تقنية قانونية مستقلة للتوازن العقدي،¹ غير أن أسس العدالة ومنطقها السليم يتطلب أعمال حسن النية ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة مقيد بمبدأ العدالة، الذي يفرض بدوره عدة مبادئ كحسن النية كقيد نفسي أخلاقي، يضمن حماية التوازن بين الحقوق والتزامات المتعاقدين.

وقد كان القضاء ولازال يهتم بحسن نية أو سوء نية الطرف المذعن في العقد، بغية الحكم بسريان أو عدم سريان الشرط التعسفي بحقه. فإذا ما ثبت للقضاء مخالفة الطرف المذعن لشروط العقد، التي وافق عليها عن حسن نية قضى حينئذ بعدم سريانها في حقه. ومن الأحكام القضائية التي اعتمدت حسن النية كميّار لاستبعاد الشروط التعسفية، متغافلة موقف المشرع الفرنسي الذي كان يرفض تدخل القاضي آن ذاك بشكل مباشر، قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 جويلية 1987 حيث ذهبت فيه 3. ذات المحكمة للقول أنه: "يجوز للقاضي في غياب قانون يجيز له العقاب على التعسف، أن يصدر جزاء في العقود بالاستناد إلى نص المادة 1134 من ق م ف".²

¹ - J.Calais-Auloy et F.Steinmation , Droit de la consommation, D, 4^{ème} éd,1996,p169.

² - D.Mazeaud, Le juge face aux clauses abusives. op.cit ,p19.

كما ذهبت ذات المحكمة في قرار لها بتاريخ 6 ديسمبر 1989 إلى نقض حكم قضائي أُلزم تلميذا بدفع مصاريف السنة الدراسية بالقول أن: "مغادرة التلميذ لمدرسته كانت لقوة قاهرة وأن القاضي لما أُلزم التلميذ بدفع المصاريف خرق نص المادة 1134 ق م ف".¹

على أنه في التشريع الجزائري لا شيء يمنع من استبعاد الشرط متى كان تعسفياً، بالاعتماد على مبدأ حسن النية الوارد في المادة 107 ق م ج التي توجب تنفيذ العقود بحسن نية .

¹ - J.Mester . Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, op.cit.p680.

المبحث الثاني:**توسيع دور القاضي والجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية**

لا شك أن إعمال مبدأ حسن النية في ميدان الشروط التعسفية له صلة وثيقة بدور القاضي، فتوسيع دور القاضي للتدخل للقول بأن شرطاً ما تعسفي، يستتبع منحه آليات للتدخل. ويمثل مبدأ حسن النية أهم تلك الآليات، لأنه يفيد عدم التعسف، عدم الإضرار، عدم الإخلال بالتوازن العقدي. غير أن الأمر قد أثار تخوفاً من قبل جانب من الفقه، خوفاً من اللاء من في العقود الأمر الذي إنعكس على موقف التشريعات .

غير أنه نتيجة لعجز مختلف التشريعات عن حصر الشروط المعتبرة تعسفية، مقابل تزايد تلك الشروط. لم تجد هذه الأخيرة لذلك سوى منح سلطة واسعة للقاضي، للقول بتوافر الصفة التعسفية في شرط ما. ولا شك أن توسيع تلك السلطات، من شأنه أن يجعل مبدأ حسن النية أكثر فعالية في ميدان استبعاد الشروط التعسفية. لدى عنواننا **(المطلب الأول):** رقابة القاضي على الشروط التعسفية.

أما عن جزاء إدراج الشروط التعسفية فيكاد يكون هناك إجماع حول الجزاء المترتب، ولأن الشرط قد يثور حوله الشك في معناه، وإذا ما كان يحتوي على صفة التعسف أم لا. فإلى جانب الجزاء المباشر يمكن إعمال قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى كجزاء غير مباشر. والتي تعد من تطبيقات مبدأ حسن النية في العقود.

من ثم تعرضنا لجزء إدراج الشروط التعسفية، ثم بحثنا صفة التعسف في الشرط الجزائي وإن كان بالإمكان استبعاده **(المطلب الثاني)**. وقد رأينا سابقاً أن إعادة النظر في الشرط الجزائي قاعدة يملها مبدأ حسن النية في العقود .

المطلب الأول:**رقابة القاضي على الشروط التعسفية**

خوفا من تدخل القضاء بصفة مستمرة لإستبعاد الشروط التي يرى أنها تعسفية، إتجه جانب من الفقه إلى رفض هذا التدخل. بينما إتجه جانب آخر إلى القول بضرورة فسح المجال للقاضي، لأن سلطة إستبعاد الشروط التعسفية لا يمكن تفويضها لا للسلطة التنفيذية ولا للسلطة التشريعية (الفرع الأول). لأن الأمر يخضع لسلطة القاضي التقديرية وقد أثبت الواقع حقيقة هذا الموقف، ما جعل المشرع يتدخل لتفويض سلطة إستبعاد الشروط التعسفية للقاضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول:**موقف الفقه من تدخل القاضي**

بعد صدور قانون 23-1978 السالف الذكر اختلفت مواقف الفقه الفرنسي حول سلطة القضاء في الرقابة على الشروط التعسفية، ولا سيما مع ثبوت تقصير أو عجز السلطة عن ممارسة سلطاتها الرقابية. سيما أن هذا القانون منح الإدارة وحدها، الحق في تقرير ما إذا كان الشرط يحمل طابع التعسف أم لا. فإتجه جانب منه إلى رفض هذا التدخل (الفقرة الأولى)، بينما إتجه جانب آخر إلى تأييد هذا التدخل (الفقرة الثانية) ولكل من هذين الرأيين حججه.

الفقرة الأولى:

الاتجاه الرافض لتدخل القاضي

يرفض بعض الفقه تدخل القاضي لاستبعاد الشرط التعسفي، ويرى أن هناك عدة أسباب تدفعنا إلى استبعاد تدخل القاضي لإلغاء الشرط التعسفي، نوردتها فيما يلي:

- أن مفهوم الشرط التعسفي غير واضح بشكل كاف، فهو ليس صفة خاصة وإنما خاصية يمكن أن يتلون بها أي بند. وبالتالي فلا يمكن لأحد أن يحتج على تدخل القاضي،¹ خاصة أن المادة 37 من القانون 23-78 السالف الذكر قد مكنته من الاعتماد على ما تصدره لجنة الشروط التعسفية من توصيات، حول الشروط التي تعتبر تعسفية في نماذج العقود المعتاد اقتراحها من المحترفين على المستهلكين.²

لذلك فإن منح القاضي هذه السلطة بشكل مجازفة لا يمكن غض النظر عنها، ذلك أن إعطائه سلطة إلغاء الشروط التعسفية بهذه الطريقة، يعني أنه يمنعها دون الاستناد إلى مرسوم تطبيقي وهذا ما قد يثير المحترفين .

هذا وأن الأمر يؤدي إلى تنامي تدخل القضاء .و حتى ولو كان دور القاضي من منظور الدستور هو إقامة العدالة بين الأفراد، إلا أن هذا الدور يجب أن يستبعد في مجال الشروط التعسفية، فإصدار حكم يعتبر الشرط تعسفي في حين أنه لم يصدر بشأنه مرسوم يعتبره كذلك، يجعل حكمه غير مؤسس ويعرضه للنقض.

- إن العقد يرتكز أساسا على دعامي الثبات والتوقع، وإمكانية إلغاء البنود الواردة به يؤدي إلى عدم ثباته .و عليه فأخطار الانزلاق أثناء ممارسة القاضي لسلطاته، فيما يتعلق بالبنود التعسفية لا يمكن إهمالها طالما أن مفهوم التعسف مفهوم متغير، ومن

¹ - D.Mazeaud. Le juge face aux clauses abusives ,op.cit ,p24.

² - أنشأت لجنة الشروط التعسفية بموجب قانون 10 جاني 1978

الصعب على المحترفين أن يحددوا إذا ما كان البند تعسفي أم لا، لأن ذلك يخضع في نطاق واسع للسلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما قد يؤدي إلى زيادة هشاشة العقد.¹

- كما أن منح القاضي سلطة تقدير الصبغة التعسفية للشرط، قد يؤدي إلى تعارض في الأحكام القضائية، فقد يتجه البعض من القضاة لإبطالها في حين يتجه البعض الآخر إلى اعتبارها صحيحة. لذلك فإن تقييد سلطة القاضي من شأنه أن يساعد على توحيد القرارات الصادرة عن الجهات القضائية. فتدخل القاضي سيزيد من دعاوى ويؤدي إلى عدم الاستقرار في الاجتهاد، كما يصعب على محكمة النقض بسط رقابتها على قضاء.²

- هذا وأن استبعاد تدخل القاضي لإلغاء الشرط التعسفي، متى ثبت أنه كذلك يمكن تفسيره بالضرورة الاقتصادية. فخوف المشرع من إقحام القاضي في العقود يعتبر مشروعاً، ذلك أن القضاة إذا ما تركوا قد يستسلمون لرغبتهم في الحماية المفرطة للمستهلكين. لذلك من الملائم أن تتولى تطبيقه السلطة المخولة بذلك، والمنوط بها رسم السياسة الاقتصادية وهي السلطة التنفيذية.³

اعتماداً على ما ذهب إليه هذا الاتجاه الفقهي، اتجهت بعض الأحكام القضائية إلى التفسير الضيق، فرفضت إبطال الشروط التي لم يرد بشأنها مرسوم تطبيقي. و من الأحكام القضائية في هذا الشأن حكم بتاريخ 20 مارس 1980، حيث رفضت محكمة Aix-en-provence إبطال الشرط رغم أن هذا الشرط كان ينطوي على التعسف في بندين، البند الأول كان ينص على مدة إيجار طويلة 15 عاماً لآلة تلفون، والبند الثاني كان ينطوي على صيغة رياضية للمراجعة للإيجار صعبة وغير مفهومة بالنسبة

¹ -D.Mazeaud. Le juge face aux clauses abusives op .cit ,p25.

² -J.Mester, Vingt ans de lutte contre les clauses abusives op,cit,p679.

³ - D.MAZEAUD.op.cit ,p26.

للمستهلك، فرفضت اعتباره تعسفيا بحجة أن قانون 10 جانفي ومرسوم 24 مارس المطبق له لا يَحتملان سوى التفسير الضيق، وأن البنود الواردة بالعقد لم يشر إليها مرسوم تطبيقي. و أن القانون يحتفظ للسلطة التنظيمية وحدها بالتقدير للصفة التعسفية للشروط.¹

ومن القرارات أيضا التي أظهرت عجز قانون حماية المستهلك من البنود التعسفية، قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 جويلية 1990 في وقائع قرار يتعلق بإبرام عقد تظهير فيلم تصوير شمسي وقد أدرج في العقد بندا ينص على أنه في حال ضياع الفيلم يعوّض المحترف على المستهلك بفيلم جديد. فقررت محكمة النقض: "أن البند المحدد للتعويض صحيح لأن الممتن لم يفرضه على المستهلك، ولكنه بالعكس خوله الاختيار بين البند المذكور وبند آخر يعوض عليه فيه بمبلغ نقدي لذلك يعتبر البند المذكور صحيحا ومنتجا آثاره القانونية، بعد أن كان موضعا لمفاوضات حرة تمت بين الطرفين".²

وقد بين الفقه الفرنسي كالفقيه Paisant مخاطر تفسير هذا القرار من قبل المحترفين، لأنه يعطيهم فرصة التنصل من تطبيق التشريع الخاص بالبنود التعسفية في حين أنه تضمن حقيقة بندا تعسفيا عندما قدم خيارا مغلوطا للمستهلك، لذلك ما من فائدة من حماية المستهلك من البنود التعسفية، إذا استطاع المحترف التنصل من تطبيق بنوده عن طريق مفاوضات ظاهرة غير مشروعة.³

ومن الأحكام أيضا التي أظهرت عجز القضاء عن تحديد الصفة التعسفية للشرط حكم صدر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 22 مارس 1986 حيث جاء فيه: "إن

¹ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 246.

² - مقتبس عن: ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 40

³ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 40

قانون حماية المستهلك الصادر في 10 فيفري 1978 ومرسوم 24 مارس 1978 لا يَحتملان سوى التفسير الضيق، وأن هذا المرسوم يحتفظ للجنة الشروط التعسفية بتقرير الصفة التعسفية للبند وتنظيمها ومنع إدراجها في القعود، وخصوصاً أن العلاقة القانونية التي تربط المصور بمختبر التظهير لا تعتبر عقد بيع. بالنتيجة اعتبرت المحكمة أنه طالما لم يصدر مرسوم عن السلطة التنظيمية يعتبر هذا البند تعسفياً، فلا يجوز للقضاء اعتباره كذلك".¹

الفقرة الثانية:

الاتجاه المؤيد لتدخل القاضي

يرى هذا الجانب من الفقه، أنه حتى ولو لم يعترف المشرع للقاضي بهذه السلطة، إلا أنه لا يمكن الإستغناء عن دور القاضي في هذا الصدد. ذلك أن القضاء هو وحده الذي يحقق رقابة الملائمة، بين النصوص القانونية المحددة لمفهوم الشرط التعسفي، وبين ما يفرزه الواقع من معطيات موضوعية متعلقة بالنزاع المعروض أمامه.² ويرى البعض أيضاً أن الحماية لا يمكن أن تتحقق إلا بالإعتراف للقاضي بإثارة الطابع التعسفي للشرط.³

وقد ذهب هذا الاتجاه من الفقه إلى أن أنصار الاتجاه الراض لتدخل القاضي، قد بالغوا من التخوف من اللأمن في العقود، وللتخفيف من ذلك أورد هذا الإتجاه مجموعة من الحجج على النحو الآتي :

¹ - وتعود وقائع هذا القرار إلى أن مصور سلم مختبر تظهير عددا من أفلام نيجاتيف بعد عودته من السفر بهدف تظهيرها، فقدت الأفلام، عرض صاحب المختبر كتعويض عن فقدانها عدد من الأفلام الجديدة لها الخصائص نفسها الواردة في إيصال التسليم إعمالاً للبند المدرج على ظهر الإيصال. رفض المصور وأقام دعوى طالب فيها صاحب المختبر بمبلغ نقدي كتعويض عن الضرر الذي لحق به. رفضت المحكمة طلبه وأصدرت حكمها السابق الذكر.

مقتبس عن : ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 41.

² - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، ط الأولى، بغداد 2011، ص 284.

³ - رأي S.Hourdeau مشار إليه في : ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 80.

-يلح هذا الاتجاه على الحكمة التي يتحلّى بها القضاة، ويقدمون كمثال على ذلك الحذر الذي يتعاملون به، عند مراجعة الشروط الجزائية المفرطة. غير أن أنصار الاتجاه الراض لتدخل القاضي، يرون أن هذه الحجة غير كافية، إذ يكفي النظر إلى قضايا الاستئناف العديدة المطروحة أمام المحاكم، وفي مجال الحماية القضائية لم يكن القضاة بنفس الحكمة التي يفترض أن يتحلوا بها.

كما وأن القول بحذر القضاة في ممارسة سلطة مراجعة الشرط الجزائي، لا تبدو مقنعة. ذلك أنه لا يمكن المقارنة بين الشروط التعسفية والبنود الجزائية، ففي ميدان البنود الجزائية تم تنظيم السلطة القضائية المتعلقة بالمراجعة من قبل المشرع، بصورة تجعل ممارسة تلك السلطة محددة بصورة دقيقة تجنبا لأي انزلاق.

- يثير أنصار هذا الاتجاه الدور الهام الذي تلعبه لجنة الشروط التعسفية، إذ تعتبر توصياتها بمثابة نقاط إسناد لدى القضاة، وبالتالي فهي تساهم في انسجام القرارات القضائية في هذا المجال.

- لأجل تبيد مخاوف المعارضين الخاصة بالأمن في العقود، يرتكز المؤيدون لهذا الاتجاه على الدور الموحد لمحكمة النقض، التي تمارس رقابتها فيما يتعلق بتحديد مفهوم التعسف، وتحديد البنود التي تعتبر تعسفية. متوخية من وراء ذلك توحيد معايير التقدير، وتحقيق الأمن القانوني واستقرار المعاملات.¹

- وعموما فإن أسلوب إعداد قائمة بالشروط التعسفية، أكثر جمودا من الأسلوب القضائي، الذي يمنح القاضي سلطة إبطال الشروط. كما أنه لا يسمح بإبطال بعض الشروط رغم توافرها على خصائص الشروط التعسفية لأنها لم تذكر بالقائمة الواردة على سبيل الحصر. هذا وأن هذا الأسلوب يفرض على السلطات العامة، أن تحرص دوما على إتمام قائمة الشروط المعتبرة تعسفية من وقت لآخر، بعدما يتبين قصور الشروط الواردة بها وفقا

¹ -D.Mazeaud, Le juge face aux clauses abusives op.cit,p27.

لمستجدات الوضع الاقتصادي، وهذا أمر صعب في غالب الأحيان.¹ فالقضاء وحده الذي يحقق رقابة الملائمة، بين النصوص القانونية المحددة لمفهوم الشرط التعسفي، وبين ما يفرزه الواقع من معطيات موضوعية متعلقة بالنزاع المعروض أمامه. لذا يجمع الفقه الفرنسي على أن مفهوم الشرط التعسفي يكتنفه الغموض، لذا لا بد أن يجتهد القضاء برأيه لتحديد هذا المفهوم.

ومن الأحكام القضائية التي سايرت هذا الاتجاه الفقهي، وأخذت من ثم بالتفسير الموسع الذي يمنح القاضي سلطة إبطال الشروط، التي يرى أنها تعسفية ولو لم يصدر بشأنها مرسوم تنفيذي، قرار صادر بتاريخ 16 جوان 1978 صادر عن محكمة النقض الفرنسية. حيث نقضت حكم محكمة مونبيليه التي أصدرت حكمها في 25 سبتمبر 1984، برفض طلب المستهلك مسببة ذلك بأن الشرط محل النزاع لم يكن تعسفياً. فذهبت محكمة النقض إلى القول أنه: "بالنظر للمادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 حول الحماية والإعلام للمستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية، والمواد 2 و3 من مرسوم 24 مارس 1978 الصادر بالتطبيق لهذه المادة، ينتج عن المادة الأولى أنها تعتبر محرمة ومعتبرة كأن لم تكن، الشروط المتعلقة خاصة بالتسليم للشيء، وبشروط الفسخ للإتفاق، حينما تبدوا أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين، بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر، وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة .

و ينتج عن المادة الثانية أنه يكون تعسفياً الشرط الذي من شأن موضوعه، أو أثره إنقاص حق غير المهني في التعويض، في حالة عدم الوفاء المهني بأحد التزاماته أيًا كانت.²

¹ - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 77.

² - تتلخص وقائع القضية في بيع أثاث حيث أن المشتري كان قد وقع على طلب بضاعة (سند) وكان هذا السند يشير بحروف مطبوعة واضحة في وجه السند إلى مدة للتسليم وهي شهران ثم يشير بحروف صغيرة على أن ذلك "منصوص عليه بصفة إرشادية"، وفي ظهر السند كان مدرجا من بين شروط أخرى عديدة مادة مفادها أن "تواريخ التسليم التي نلتزم باحترامها دائما ليست معطاة إلا على سبيل الإرشاد وأن يكون واضحا أن التأخير في التسليم لا يمكن أن يشكل سببا للفسخ للطلب الحالي، ولا يعطي الحق في تعويضات، إلا أن المشتري سيكون بوسعه طلب الإلغاء لطلبه، والاسترداد بدون

وهذا يفسر اتجاه المحكمة إلى إعطاء القاضي بصفة ضمنية، سلطة بحث الصفة التعسفية للشرط، رغم كونه ليس محل أي مرسوم تطبيقي، باعتداده على معايير تحديد الطابع التعسفي للشرط. و ذهبت المحكمة أيضا إلى أن الشرط محل النزاع تعسفي، لأنه يمنح البائع المهني ميزة فاحشة إذ ترك له رخصة التقدير لمدة التسليم، ومخصصا الحق في التعويض الوارد بالمادة 1610 من القانون المدني لصالح المشتري غير المهني، في حالة عدم وفاء البائع بالتزامه الأساسي بالتسليم في الوقت المتفق عليه. فصرحت المحكمة أن هذا الشرط يجب أن يعد غير مكتوب، ولهذا نقضت قرار الاستئناف لمخالفته للنصوص المعنية.¹

ثم ما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن حسمت تأرجح الاجتهاد الفرنسي، حيث اعترفت بشكل صريح بسلطة القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية، ولو لم تكن موضوع مرسوم تطبيقي في قرار Lorthior الشهير صادر بتاريخ 14 ماي 1991، حيث تعلق الأمر بشرط إعفاء من المسؤولية وارد في عقد وديعة، بمقتضاه يستبعد المهني وهي شركة "M.F"، من المسؤولية في حالة ضياع الفيلم المسلم لها. وكان أحد العملاء قد سلم لها أحد الأفلام لإعادة طبعها على الورق، وقد اعتبرته محكمة الموضوع تعسفيا، وبالتالي لا يحتج به على العميل حسن النية. رفضت محكمة النقض طعن المودع لديه، وذهبت إلى أن محكمة الموضوع أبانت أن الشرط المدرج في نشرة الإيداع، الذي كان يعني المعمل من كل مسؤولية عن فقد الصور، هو شرط يمنح ميزة فاحشة للمودع لديه، الذي من واقع وضعه الاقتصادي كان في وضع ممكنه من فرضه على العميل.

=فوائد أخرى. غير تلك المنصوص عليها بالقانون، للمبالغ المدفوعة في حالة عدم التسليم للبضاعة في خلال 90 يوما من الإعدار، وبعد انتظار 4 أشهر ولعدم التسليم أعذر المستهلك البائع بالتسليم وبعد مضي شهر و8 أيام أخرى عرض البائع التسليم، لكن المشتري رفض وطلب الإبطال للعقد متذعرا بالتأخير الكبير في التسليم، وذلك لمدة 5 شهور وثمانية أيام بعد توقيع الطلب.

مقتبس عن: ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 43

J.Mester, Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, op,cit,p114

¹ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 247.

فقررت المحكمة أن هذا الشرط يتضمن صفة تعسفية ويجب أن يعد غير مكتوب أي كأن لم يكن¹. ما يعني ضمناً أن القضاء صالح للنظر في هذه البنود، ولو لم تكن ممنوعة سابقاً بموجب مرسوم. وبذلك تكون المحكمة قد كرست وأكدت بوضوح، بعض المواقف التي صدرت عنها سابقاً.

وقد اعتبر قرار Lorthior من أهم القرارات التي صدرت عن محكمة النقض الفرنسية، التي كرست صراحة سلطة القضاء المستقلة في إعلان البنود التعسفية، بما أن تقصير السلطة التنظيمية فيما يتعلق بهذه المسألة، جعل من حماية المستهلك تجاه البنود التعسفية المدرجة، في العقود الموقعة بينه وبين المحترف مسألة غير مجدية. وهذا ما أكد الحاجة إلى ضرورة تدخل تشريعي جديد، بهدف تكريس إستقلالية القضاء، في النظر في العقود المتضمنة تعسفاً.

لكن ما يؤخذ على هذا القرار أنه لم يأخذ كأساس قانوني أي نص خاص، كنصوص حماية المستهلك، أو أي نص كعام كنص المادة 1134. ولكنه في الوقت ذاته يستشهد بشروط البند التعسفي المنصوص عليها في قانون 1978، كون البند فرض من الفريق الأقوى إقتصادياً، وأنه وفر منفعة مبالغاً فيها له. من ثم أوجد هذا القرار الشعور لدى المعلقين أن محكمة التمييز هدفت بهذا القرار إلى إقرار مبدأ عام، وهو صلاحية القاضي للنظر في طلب إبطال البنود التعسفية، من دون أن يكون هذا الطلب مستنداً إلى الحالات التي عددها هذا القانون.²

¹ - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 251.

- H.Capitant, F.Terre, Y.Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile , obligation ,contrats spéciaux ,T. 211^{ème} éd , D, paris,2000,p96.

D.Mazeaud, Le juge face aux clauses abusives op,cit,p21.

² - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج الأول، ط الثالثة، المرجع السابق، 2003، ص 659.

وتجدر الإشارة أيضا في هذا المقام، أن المادة 5 من قانون 5 جانفي 1988 المتعلق بالجمعيات المعتمدة للمستهلكين، نصت على أنه بإمكان الجمعيات أن تطلب من القضاء المدني والأمر في حالة ذلك، إلغاء الشروط التعسفية في العقود التي يقترحها المحترفون على المستهلكين . ما يعني أن القاضي لا يلغي فقط البنود في العقود التي أبرمت، وإنما تمتد صلاحياته لتشمل مستقبلا كل العقود التي يقترحها المهنيون على زبائنهم، والنتيجة أن القاضي يلغي البنود التعسفية سواء كان هناك مرسوم يمنعها أم لا، وسواء في العقود المبرمة أم في العقود المقترحة للاكتتاب .

و حتى وإن كان القانون منح هذه الجمعيات أن تصدر توصيات حول الشروط التي تعتبر تعسفية .إلا أن هذه التوصيات غير ذات أهمية، لأنها لا تتمتع بأية قوة إلزامية، فيمكن للقاضي أن يعتمد في تدخله على طلب من هذه الجمعيات، وفي نفس الوقت يتجاهل توصيات هذه الأخيرة، والنتيجة أن ينفرد لوحده بإضفاء الصفة التعسفية للشرط¹.

وعن موقف القضاء المصري فقد أكدت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 12 ديسمبر 1989 بقولها: " للقاضي طبقا لنص المادة 149 أن يعدل الشروط التعسفية، إذا تضمنها عقد الإذعان وفقا لما تقضي به قواعد العدالة، وأن محكمة الموضوع تملك سلطة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أو لا"².

¹ -D.Mazeaud, Le juge face aux clauses abusives, op,cit,p20.

² - مقتبس عن: سعيد أحمد شعاة، قضاء النقض في التأمين، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997 ص 130

الفرع الثاني:

موقف التشريع المقارن من تدخل القاضي

في الواقع نظر المشرع الفرنسي لنظام الشروط التعسفية بعين الحذر، متحفظا فيما يتعلق بتحديد الطابع التعسفي للبند من القضاء. فأعطى هذه المبادرة للسلطة التنظيمية، فشكل الأمر قيادا على سلطة القاضي واستقلالته في البث في تحديد البنود التعسفية وإبطالها. من ثم اقتصر دور القاضي في ظل قانون 1978 على ما يلي :

إما أن يضع يده على بند تعسفي منع من السلطة التنظيمية، بمقتضى مرسوم صادر عنها، فيعلنه بندا غير مكتوب. و في هذه الحالة لا يتمتع القاضي بأية سلطة لتحديده، فهو لا يستطيع أن يبحث في مضمون البند، ومدى توفر شروطه لإعتبره تعسفيا حسب نص المادة 35 السابقة الذكر.

و إما أن يضع يده على بند تعسفي إستنادا للمادة 35 ولكنه لم يمنع بمرسوم، فيكون من المستحيل عليه أن يحذف هذا البند من العقد. و قلما يهم بهذه الحالة إذا كانت لجنة الشروط التعسفية، قد اعتبرت البند المذكور تعسفيا لعدم إلزامية رأيها.¹

وبالنتيجة لذلك دور القاضي كان يعتبر ثانويا، فيما يتعلق بالبث بمسألة وجود البند التعسفي، فالسلطة التنظيمية كانت تقرر والقاضي كان يطبق. و الواقع أن تخوف المشرع الفرنسي في قانون 1978 من إعطاء القاضي السلطة المباشرة في البث بمسألة البنود التعسفية، مرده كما يرى البعض حرصه على الصفة الآمرة للنظام الاقتصادي، بما أن وضع قانون حماية المستهلك موضع التطبيق يترتب عليه عدة نتائج إقتصادية هامة. فكان

¹ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 38

من المنطقي أن تتحمل مسؤولية تطبيقه السلطة ذاتها، التي من شأنها أن تحدد السياسة الإقتصادية وهي السلطة التنفيذية.¹

إضافة لذلك فدلّل عجز القانون السابق صدور مرسوم وحيد بتاريخ 24 مارس 1978 عن السلطة التنظيمية، يوسع من صلاحيات القضاء الفرنسي، ولكن بشكل نجول بعد اقتراح لجنة الشروط التعسفية وقد منعت بمقتضاه :

أولاً: البنود المدرجة في عقود البيع، التي تخول المحترف تعديل خصائص السلعة الواجبة التسليم أو الخدمة المقدمة. عندما تفرض على غير المحترف أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي، للطرف الآخر وتمنحه منفعة مبالغ فيها.

ثانياً: البنود التي من شأن موضوعها أو أثرها أن تحذف أو تنقص حق المستهلك في تعويضه، عند عدم تنفيذ العقد المبرم مع المحترف، أو التي تعفي هذا الأخير من المسؤولية.²

إلا أنه صدر قانون 95-96 نصت المادة 10/1-132 على قائمة طويلة من البنود التعسفية والتي تبقى مع ذلك واردة على سبيل المثال³ والتي وسعت بعض الشيء من سلطات القاضي .

¹ - J.MESTRE ,Vingt ans de lutte contre les clauses abusives,,op,cit,p30.

ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 39

² - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 40

³ - « Clauses ayant pour objet ou pour effet :

a) D'exclure ou de limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel ;

من ثم فاستجابة للتطورات استشرع المشرع الفرنسي، أهمية ملائمة النصوص الخاصة بحماية المستهلك للواقع العملي. وبدا واضحاً أهمية الاعتراف للقاضي بتقدير وجود الصفة التعسفية في الشرط، خاصة في ظل غياب نص يحظر مثل هذا الشرط. وسع التشريع الفرنسي في قانون الاستهلاك الحالي سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط بصورة ضمنية، سواء بالرجوع إلى المراسيم التي تصدرها السلطة التنفيذية، أو لرأي لجنة الشروط التعسفية. أو بالرجوع إلى مواد التفسير حيث منحت المادة 1-212 ق إ ف¹ القاضي سلطات واسعة حيث خولته إمكانية اللجوء إلى المواد من 1188، 1189 و 1191 و 1192 من ق م ف لتقدير الطابع التعسفي للشرط، مما يعني أن المشرع اعترف ضمناً بسلطة القاضي التقديرية.

=b) D'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le professionnel avec une créance qu'il aurait contre lui ;

c) De prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté.....»

¹ - « Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles [1188](#), [1189](#), [1191](#) et [1192](#) du code civil »

وعن المشرع الجزائري فقد نصت المادة 29 من القانون رقم 04-02، على مجموعة من الشروط المعتبرة تعسفية، في العقود المبرمة بين البائع والمستهلك¹. وهي قائمة واردة على سبيل المثال لا الحصر، وإلا لما أتبعها المشرع بقائمة أخرى من الشروط التعسفية، والتي نصت عليها المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306². ما يعني أن المشرع لم يمنع القاضي من استبعاد الشروط التي يرى أنها تعسفية، إذا لم يرد بشأنها نص قانوني.

¹ - حيث جاء في المادة 29: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بتنا للمستهلك
- 2- فرض التزامات فردية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد
- 3- إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك
- 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية
- 5- التزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بتنا.
- 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أحل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- 7- التفرد بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة.
- 8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة العقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

² - حيث جاء فيها: "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يلي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بتنا 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 العون 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 تعويض يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

وتشكل المادة 110 ق م ج أداة قوية في يد القاضي يجمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار. و القاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً، ولا معقب على تقديره ما دامت عبارة العقد تحمل المعنى الذي أخذ به، ولم يرسم المشرع له حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة. فإعمال معايير التقدير التي تضمنتها النصوص، لا يمكن تصوره إلا بإفترض دور القاضي في هذا الصدد.¹

هذا وأن القاعدة المقررة لسلطة القاضي سلطة أصيلة لتعلقها بالنظام العام، الذي لا يمكن الاتفاق على خلافه. و من ثم فإن ذلك يعفيه من الرجوع إلى القوائم الواردة بقانون 02-04 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، إلا إن كان الأمر على سبيل الاستئناس فقط.

وبالنسبة للمشرع المصري فقد نصت المادة 149 من ق م م، على نفس الحكم الوارد في المادة 110 ق م ج. فمنح القاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط في عقود الإذعان.

= الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق

- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته .

- يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته ."

¹ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 36

المطلب الثاني:

جزاء إدراج الشروط التعسفية وبمحت صفة التعسف في الشرط الجزائي

يعتبر المستهلك دوماً أضعف طرف في العلاقة التعاقدية بصفة عامة، لذا فإن اعتبارات العدالة تقضي إعتبار هذه العقود بمثابة عقود إذعان، حتى يكون للمستهلك التمسك ببطاقتها. والعلة في ذلك ترجع إلى أن هذه العقود يصعب التفاوض بشأنها.

إن تنفيذ العقد يفرض مراعاة حسن النية، لدى متى تبين للقاضي أن شرطاً مدرجاً في العقد تعسفي، تعين عليه أن يوقع الجزاء المناسب. هذا الجزاء قد يكون مباشراً وهو إما البطلان أو الإبقاء على العقد مع التعديل أو الاعفاء من الشرط، وإما غير مباشر ويكون بتفسير الشك في مدلول الشرط، لمصلحة الطرف المذعن. ذلك أن التفسير لعبارة العقد يفترض فيه مراعاة ما تقتضيه الأمانة، وفي ذلك دلالة على ضرورة مراعاة حسن النية. من ثم تعرضنا في (الفرع الأول) لجزاء إدراج الشروط التعسفية.

إذا ما ثبت أن شرطاً ما مدرج في عقود الاستهلاك هو شرط تعسفي، إستطاع المستهلك المطالبة ببطلانه، متى أثبت الصفة التعسفية للشرط لأنه يمثل إعتداء على مصالحه. وتعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يثقل التزام المستهلك في العقود الإستهلاكية بإعتبارها شروطاً مجحفة تنال من رضاه. وهذا ما يجزنا للتساؤل حول الشروط الجزائية في حال إنطبق عليها وصف صفة التعسف هل أن مصيرها البطلان؟ فتعرضنا في (الفرع الثاني) صفة التعسف في الشرط الجزائي.

الفرع الأول:

جزاء إدراج الشروط التعسفية

إلى جانب الجزاء المباشر والمتمثل في الإلغاء للشرط متى ثبت للقاضي أنه تعسفي، والذي تضمنته نصوص قوانين الإستهلاك (فقرة أولى). تضمن القانون المدني جزاء غير مباشر، في حال ما إذا أثار شرط ما الشك حول ما إذا كان تعسفياً أم لا، بتفسير هذا الشك لمصلحة الطرف المدعى والذي هو عادة المستهلك. (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى:

الجزاء المباشر

اختلفت التشريعات الوضعية حول طبيعة الجزاء، فبعض هذه الأنظمة قررت البطلان كجزاء مناسب، في حين نجد أن أنظمة أخرى رجحت مصير الشروط التعسفية بين الإلغاء والتعديل. على أن الحديث على طبيعة الجزاء يثير مسألة أخرى تتعلق بنطاق الجزاء، إذا ما كان يشمل الشرط فقط أم يشمل العقد برمته.

أولاً: طبيعة الجزاء

طبقاً لنص المادة 3 من التشريع الألماني الصادر في 9 ديسمبر 1976، فإنه يترتب على إدراج الشروط العامة غير الإعتيادية، في العقود المحررة مسبقاً عدم اعتبارها جزءاً من العقد أي الحكم ببطلانها. و للقاضي طبقاً لنص المادة 6 من نفس القانون في حال الحكم ببطلان الشرط، إما أن يبقى على العقد دون الشروط العامة إذا أمكن، وإما أن يحكم ببطلان العقد إذا كان من شأن التعديلات المحتملة، أن تنشئ على عاتق أحد طرفيه التزاماً مجحفاً، يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي.¹

¹ - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 20.

ورتب المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 35 من قانون 1978، على إدراج الشرط التعسفي في العقود بين المحترف والمستهلك أو غير المحترف اعتبار الشرط غير مكتوب، وتفسير ذلك لدى غالبية الفقه أنها باطلة . نفس الجزاء نصت عليه المادة 132-1/6 من ق إ ف¹. و أيضا في قانون الاستهلاك الساري المفعول فقد أشار المشرع الفرنسي في المادة 212-3 من ق إ ف² إلى أن أحكام المادة 212-1 من النظام العام، ما يفيد أن إدراج شرط تعسفي يؤدي إلى البطلان. غير أن المشرع الفرنسي لم يشر إلى نوع البطلان هل البطلان النسبي أم المطلق ؟. لذلك اختلف الفقه حول طبيعة هذا البطلان.

وفي حين ذهب رأي من الفقه³ إلى أن البطلان المقرر في نص المادة 212-1 هو البطلان النسبي، مقرر لمصلحة المستهلك أي يتعلق بحماية مصلحة فردية . ذهب رأي آخر⁴ إلى القول أن البطلان المقرر هو البطلان المطلق، واستندوا في ذلك إلى المشروع التمهيدي لقانون حماية المستهلك، حيث ورد فيه أن: " بطلان البند التعسفي هو بطلان مطلق، فهو بطلان يتعلق بالنظام العام، الذي يمكن إثارته من كل صاحب مصلحة، وبالتالي يستطيع القاضي إثارته بنفسه"، لأن من شأن إعماله أن يمثل جزءا فعالا للمستهلك. كما وأنه لو ترك للمستهلك رفع دعوى الإبطال لتقاعس عن رفعها لأسباب عدة، منها طول الإجراءات وكثرة المصاريف بالمقارنة مع قيمة السلعة أو الخدمة المحصل عليها⁵.

¹ -ART 132 « les clauses abusives sont réputées non écrites ».

² -ART212-3 C.Cons.f: « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. »

³ - رأي V.CH.Giaume مشار إليه في : ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 72

⁴ - رأي : D.N.Bourgeois , J.Calais-Auloy

مشار إليه في : ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 72

⁵ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 72

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ بودالي مُحمَّد أن الرأي الأول هو الرأي الصائب، على أساس أن البطلان النسبي يتلاءم ومصلحة المستهلك، لأن البطلان المطلق يؤدي إلى حرمان المستهلك من الاستفادة من السلعة، أو الخدمة موضوع العقد الباطل. كما وأن من شأن أعمال البطلان النسبي الإبقاء على العقد قائماً، وبالتالي الإفادة من السلعة أو الخدمة.¹

ويضيف البعض أن الهدف هو حماية المستهلك من الخلل في التوازن الذي يصيب مضمون العقد. إذ يعتبر أن موضوع الحماية يقع على التوازن الموضوعي للعقد ولا يقع على ضعف المستهلك الذهني. فالحماية تقع على وضعه في العقد، فالخلل الذي قصده المادة 1-212 هو خلل نظامي في الأوضاع التعاقدية، ونظام الحماية لا يمكن أن يتحقق إلا بتدخل إيجابي من القاضي، خارج عن إرادة الأطراف في العقد، بإثارة الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه. و مجرد وجود البند التعسفي حتى ولو لم ينفذ، يشكل بحد ذاته مخالفة قانونية. تبيح للقاضي حذفه حتى ولو لم يطلب المستهلك ذلك.²

غير أن رأي آخر في الفقه³ يرى أن المسألة ليست بهذه البساطة، لأن الأمر يتوقف على مدى ارتباط قوانين حماية المستهلك بالنظام العام، وتحديد النظام العام الإقتصادي. فالمادة 3-212 أشارت إلى ذلك ضمناً أي إلى ارتباطها بالنظام العام. غير أن قواعد النظام العام ليست كلها قواعد متعلقة بالنظام العام، وأنه علاوة على ذلك ليست كل القواعد الباطلة بطلاناً مطلقاً، تعطي الحق للقاضي في إثارتها من تلقاء نفسه.

¹ - بودالي مُحمَّد، مكافئة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 53.

² - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 70

³ - رأي : PH.Malinvand

مشار إليه في : ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 73.

ويضيف هذا الرأي الأخير أن النظام العام المقصود في قانون حماية المستهلك، هو النظام العام الاقتصادي. لأن المشرع هدف إلى حماية فئة من المتعاقدين في مستوى أدنى، وهي فئة المستهلكين تجاه الطرف الأقوى وهو المحترف، عند تنظيمه لمختلف العقود. و أن الهدف من الحماية هو إحلال المساواة في الروابط التعاقدية، عندما تكون مصلحة أحد الفرقاء مهددة، وهي في هذه الحالة مصلحة المستهلك.

ولكن هناك نوعين من النظام العام الاقتصادي: نظام عام اقتصادي حمائي ونظام عام اقتصادي توجيهي، فالأول يهدف إلى حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في بعض العقود، وإلى حماية الحريات المعترف بها كحرية التجارة والصناعة، ويكون الجزاء المترتب على مخالفته وفقا لهذا الاتجاه الفقهي هو البطلان النسبي، لأنه يعتبر هذه القواعد مقررة لمصلحة المستهلك أي للمصلحة الفردية. و هذا الرأي وجد له صدى في قرارات عديدة صدرت عن محاكم التمييز الفرنسية.

بينما النظام العام الإقتصادي التوجيهي، فيهدف إلى المساهمة في توجيه الاقتصاد الوطني، عن طريق حذف ما يعارض هذا التوجيه من العقود الخاصة. كالتشريعات المتعلقة بالسياسة النقدية، وبعض العمليات الاقتصادية التي تتدخل الدولة بهدف تنظيمها. فهو يحمي المصلحة العامة التي تعلق على مصلحة الأفراد، وكل عقد يخالف هذا النظام يترتب عليه جزاء البطلان المطلق، وبالتالي يحق لكل صاحب مصلحة أن يطلب إبطاله، وكذلك يجوز للقاضي إثارة البطلان من تلقاء نفسه¹.

¹ وفي الحقيقة التمييز بين نوعي النظام العام لا يعني الانفصال بينهما، إذ في حالات كثيرة يكون أحدهما ذا مفعول توجيهي وحائي في آن واحد. فتمت المصلحة العامة حميت معها أحيانا المصلحة الخاصة للأفراد، وإن حصل ذلك بصورة غير مباشرة والعكس صحيح أحيانا. ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 74.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار صدر لها في 15 فيفري 2000 ذلك، معتبرة أن: "الجهل بمتطلبات نصوص معينة من قانون حماية المستهلك حتى إذا كانت من النظام العام، لا يمكن أن يثار إلا من قبل الأشخاص المحميين بمقتضى هذه النصوص". من ثم اعتبرت أنه لا يمكن لقضاة الأساس أن يثيروا من تلقاء أنفسهم سبب بطلان عقد قرض إستهلاك، بسبب عدم مراعاة هذه النصوص.¹

ويشير جانب آخر من الفقه² إلى أن هناك قواعد تتوسط القواعد المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي الحمائي والتوجيهي، وهي قواعد تتعلق بالنظام العام الاقتصادي الحمائي للمصلحة الجماعية، التي تهم فئة معينة من المتعاقدين كفئة من المستهلكين مثلاً، بمعنى أن هناك نظام عام حمائي اقتصادي يحمي مصلحة جماعية، مثل الدعاوى التي تقيمها النقابات أو جمعيات حماية المستهلك .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 1 فيفري 2005 أنه: "إذا تضمن العقد بنوداً تعسفية فجمعية حماية المستهلكين لها الحق في الحصول على تعويض، لأن ادراج الشرط التعسفي بذاته يشكل خطأ من شأنه أن يمس المصلحة الجماعية للمستهلكين."³

= أنظر أيضاً في نفس المعنى : مصطفى العوجي القانون المدني العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ج الأول، لبنان، 2007، ص 446

¹ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 75

² - رأي : G.Farjat

مقتبس عن : ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 76

³ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 76

أيضاً هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 264.

ومفهوم المصلحة الجماعية، يمكن أن يكون له نتائج تقنية خاصة فيما يتعلق بتنظيم البطلان . بحيث يجوز إثارته ليس فقط من قبل المحمي مباشرة وهو المستهلك، ولكن يجوز أيضا إثارته من أشخاص آخرين، أصحاب مصالح كجمعيات حماية المستهلك مثلا. فالقواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي للمصلحة الجماعية هي قواعد تفرض على الأفراد، بخلاف القواعد الحمائية للمصلحة الفردية، حيث أنها تُقترح على هؤلاء ولا تلزمهم بالتقيد بها .

من ثم في حال تضمن عقد معين وخاصة في مجال العقود النموذجية بنودا تعسفية، وفي حال توفرت المصلحة الجماعية في الدعوى المقامة، جاز للقضاء إثارة الطابع التعسفي للبند من تلقاء نفسه، ولكن مع مراعاة مبدأ وجاهية المحاكمة. فالنظام العام الحمائي للمصلحة الفردية أي مصلحة المستهلك لا يمكن إثارته من القضاء تلقائيا، باستثناء قواعد الحماية الجماعية حيث يفترض أن يثيرها القاضي تلقائيا.¹

وتجدر الإشارة إلى أن الاتجاه الغالب² هو مع النظام العام الحمائي المشدد، بمعنى أنه يستبعد كل تنازل من المستهلك كما هو مقرر له قانونا، حتى بعد موافقته على العقد. إذ يقتضي في كل مرة يكون فيها المستهلك خاضعا لضغوطات خارجية، ومجردا عن إرادته الحرة الواعية استبعاد حقه في التنازل عن الحماية المقررة له قانونا.³ لذلك نجد أن التوجه اليوم هو نحو توسيع صلاحيات القضاء، وذلك بإعطاءه الحق في إثارة الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه. فالمستهلك لا يستطيع في حالات كثيرة أن يقدر مدى خطورة السلعة المستهلكة من جانبه، لذلك يتعين تفعيل حق القضاء فيما يتعلق بالأمر.

¹ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 77.

² - رأي : G.Paisant. M.Carballo . J .Mester . B Fages.

مشار إليه في : ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 77

³ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 77

هذا وأن منح سلطة القضاء في إثارة الطابع التعسفي للشرط، في عقود الاستهلاك من تلقاء نفسه تأكد أيضا بصدور قرار Oceano بتاريخ 27 جوان 2000 عن محكمة العدل الأوروبية حيث أظهر هذا القرار، أن الحماية الفعالة للمستهلك لا يمكن التوصل إليها، إلا إذا اعترف للقاضي الوطني بتحديد الطابع التعسفي للبند تلقائيا، في عقد وضع يده عليه في معرض النزاع المقدم أمامه. فذهبت المحكمة إلى أنه: " من الصعب تقبل عدم إمكانية إثارة القاضي الوطني للطابع التعسفي للبند، وبالتالي استبعاد تطبيقه لسبب وحيد وهو أن المستهلك لم يثر طابعه التعسفي، خاصة مع الاتجاه الحالي في وضع موضع التنفيذ الأهداف الوقائية للدعاوى الجماعية، التي تهدف إلى وضع حد للتعسف الذي يضر بمصالح المستهلكين".¹

لذلك فإن تقرير الحماية للمستهلك من شروط جائرة لا يقدر مضمونها يقتضي تفعيل دور القاضي .

أما عن التشريع الجزائري فعلى الرغم من أن المادة 29 من القانون رقم 04-02 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، نصت على مجموعة من الشروط المعتبرة تعسفية، إلا أنها لا تتضمن سوى جزاءا جنائيا يختص به القاضي الجنائي. وبالتالي فما على القاضي سوى الرجوع للمادة 110 ق م ج، التي يكون له بصدد سلطة تقديرية واسعة، تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه أو إعفاء الطرف المدعن من الخضوع لهذا الشرط، وهي سلطة جوازية وليست وجوبية، فيجوز للقاضي أن لا يستعمل الرخصة المخولة له من المشرع، بالرغم من إمكانية وجود شرط تعسفي في عقود الإذعان. هذا وتنص نفس المادة على بطلان أي اتفاق يقضي بإستبعاد سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي.

¹ - ربما فرج مكي ، المرجع السابق ، ص 78

أما شرط عدم الضمان فقد رتب عليه المشرع البطلان وبصورة صريحة بالرجوع للمادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 حيث جاء فيها: " يبطل كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله، ويعتبر شرط عدم الضمان كل شرط يحد من التزامات المحترف القانونية أو يستبعدها".

وبلغة مطابقة للمادة 110 ق م ج ربح المشرع المصري مصير الشروط التعسفية بين الإلغاء والتعديل بموجب نص المادة 149 ق م م، في حين نصت المادة 6/67 من قانون التجارة المصري رقم 99-17 على بطلان: " كل شرط أو بيان يكون من شأنه إعفاء المنتج أو الموزع من المسؤولية أو تحديدها أو تخفيض مدة تقادمها". وكذا المادة 10 من قانون حماية المستهلك رقم 06-67 حيث جاء فيها: " يبطل كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة، من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون".

ثانياً: نطاق البطلان

أما فيما يتعلق بنطاق البطلان إن كان يمس الشرط فقط أو يؤدي إلى بطلان العقد برمته، ذهب رأي أول¹ إلى القول أن بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان العقد برمته، حيث أن بطلان الكل يشمل بطلان الجزء. ولتبرير رأيهم إستدلوا بنصوص من القانون المدني الفرنسي التي تنص على إبطال العقد بأكمله، إذا ما تضمن شروط معينة، كما هو الحال بالنسبة للشرط الإرادي المحض.

¹ رأي J.Calais-Auloy مشار إليه في، ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 72

أما الرأي الثاني¹ فذهب إلى القول أن البطلان جزئي يمس الشروط لا العقد، وهذا ما يعد تطبيقاً لنظرية إنقاص العقد، التي أخذ بها المشرع الفرنسي في العديد من نصوصه كنص المادة 1643 ق م ف، التي تنص على بطلان الشروط الرامية إلى إلغاء وتخفيف الضمان الواجب على البائع، في حالة وجود عيب خفي بالشيء المباع. وما لا شك فيه أن بنود العقد لا تتمتع بدرجة الأهمية نفسها، وأن القيمة الحقيقية لكل بند يمكن أن يتم تحديدها بشكل موضوعي، ومن ثم يعود للقاضي تحديد مدى أهمية البند غير المشروع، ودرجة إحداثه للخلل في التوازن، فإذا بدى له أن وجود البند يعدم التوازن في العقد يبطل العقد بكامله، وإذا بدا له العكس أي أن البند المذكور لا يحدث خلل في العقد يبطل العقد بطلاناً جزئياً، أي يحكم بإبطال البند التعسفي وحده.²

وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 1-241 ق إ ف الساري المفعول فنصت على أن الشروط غير العادلة غير مكتوبة. ويبطل العقد ساري المفعول في جميع أحكامه غير تلك التي يثبت أنها تعسفية إذا استطاعت أن تبقى دون هذه الشروط. و أن أحكام هذه المادة هي من النظام العام.³

¹ - رأي V.CH Glaume مشار إليه في، ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 72
بودالي مُجَّد، مكافئة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 55.

² - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 34

³ - « Les clauses abusives sont réputées non écrites.

Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public ».

وبخصوص التشريع الجزائري فبإمكان للقاضي استنادا إلى نص المادة 110 ق م ج، إما أن يعدل الشرط أو أن يعفي الطرف المدعى منه. و ما هذا إلا تطبيق صريح لنظرية إنقاص العقد، التي تهدف إلى إستقرار المعاملات.¹

هذا وأنه بخصوص عبئ إثبات الطابع التعسفي فنجد أن في المادة 29 من القانون رقم 04-02 إفتراض للطابع التعسفي للشرط، والنتيجة أن المتعاقد المضورر يعفى من إثبات ذلك متى كان الشرط من قبيل الشروط المحددة في المادة 29. أما إذا تعلق الأمر بشروط أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في المادة، فإن المتعاقد المضورر يقع عليه عبئ إثبات الطابع التعسفي للشرط، وفقا لقاعدة البينة على من ادعى.

الفقرة الثانية:

الجزء غير المباشر

إذا كانت القاعدة طبقا لنص المادة 112 فقرة أولى ق م ج، تنص على أن الشك في معنى العبارة يفسر لمصلحة المدين في حالة غموضها. فإن القاضي إذا تبين له غموض أحد بنود عقد الإذعان، فإنه يلتزم بتفسير الشك في مصلحة الطرف المدعى دائما كان أو مدينا. وهذا ما ذهبت إليه المادة السابقة في فقرتها الثانية حيث جاء فيها أنه: " غير

¹ - وقد اشترط المشرع لتطبيقها :

أن يكون العقد باطلا في شق منه فقط، أما متى كان صحيحا في كل بنوده أو باطلا في كل بنوده فلا حاجة للإيقاص .

قابلية العقد للانقسام ويكون كذلك إذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تكييف العقد، فلا يغير من طبيعته القانونية أما إذا كان كذلك فيكون غير قابل للانقسام.

أن يكون الشق الباطل غير مؤثر، أي أن لا يكون هو الدافع للتعاقد. فإذا كان هذا الشق الباطل هو الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد، فلا يجوز إنقاص العقد، ولا ينقص الجزء الباطل من العقد دون الجزء الآخر، إلا إذا كان ذلك لا يؤثر على رضا المتعاقد في إبرام العقد.

فيلاي علي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 283.

أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى".

وتعتبر هذه القاعدة الواردة في المادة 112 مكملة للقاعدة الواردة في المادة 110 ق م ج، والتي تعطي للقاضي حق إعادة النظر في الشروط التعسفية في العقد، بتعديلها أو إلغائها مباشرة. فمنح المشرع للقاضي بالإضافة لذلك سلطة الرقابة على الشروط التعسفية بطريقة غير مباشرة، فعن طريق التفسير يمكنه أن يستبعد بعض الشروط التعسفية أو يخفف من تعسفها، وذلك بتفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى على اعتبار أن ذلك يوافق الإرادة الضمنية للمتعاقدين. خاصة أن عقود الإذعان غالبا ما تحتوي على شروط تعسفية، تطبق في صورة عقود عامة لا يعلم بها المتعاقد أو على الأقل لا يكون مدركا بصورة جيدة لآثارها الحقيقية والأكثر من ذلك أنها غير قابلة للنقاش، وهذا ما أكدته المادة 70 ق م ج .

يرى بعض الفقه¹ بشأن المادة 151 فقرة ثانية ق م م المطابقة للمادة 112، أن المشرع قد قيد بلا مبرر سلطة القاضي في تفسير الشروط الواردة في عقود الإذعان، حينما حدد ممارسة هذه السلطة في حدود الشروط الغامضة. ذلك أن تفسير عبارات العقد لا يقتصر على تفسير الشروط الغامضة، وإنما يمتد ليشمل كل شروط التعاقد حتى بما كان منها واضحا، ما دام بإمكان القاضي استنباط عدم توافق هذه الشروط مع الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين .

غير أن ما هو ملاحظ أن المشرع وإن كان قد قصر قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى، على الحالة التي تكون فيها عبارات العقد غامضة. إلا أنه وفي المقابل

¹ - عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 437.

منحه في حالة وضوح العبارات إمكانية تعديل هذه الشروط، أو إلغائها طبقاً لنص المادة 110 ق م ج.

والحقيقة أنه توجد عدة أسانيد لقاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعن، أولها أن هذا الأخير هو الأضعف اقتصادياً وأن رضاه بالعقد أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى القبول الاختياري. لذلك فإن التعسف في هذه العقود يؤدي إلى استبعاد التمييز بين الدائن والمدين في الشرط. إضافة إلى ذلك فإن الطرف القوي هو الذي يستقل بتحرير العقد ووضع شروطه، ومن ثم إذا ما شاب غموض أحد بنود العقد، وجب أن لا يفيد من هذا الغموض، أي وجب ألا يفيد من تقصيره في تضمين العقد شروطاً واضحة. فيتحمل تبعه عدم صياغة بنود العقد بشكل واضح لا غموض فيه.¹

هذا وأن اعتبارات العدالة تمثل سنداً قوياً لتبرير الأخذ بهذه القاعدة، ذلك أن عقد الإذعان على نقيض عقد المساومة يفتقد عنصر المناقشة لشروط العقد، فيقتصر دور القابل فيه على التسليم بما يملئ عليه من إيجاب في صورة شروط مكتوبة عادة. و من ثم فأحد المتعاقدين هو سيد العقد في الواقع، بينما الآخر هو المدعن له سواء كان الإذعان قانونياً أو فعلياً، فليس ثمة إرادة حقيقية مشتركة بالمفهوم الذي نلمسه في عقود المساومة، بل يكون رضاه القابل بشروط التعاقد أشبه بالتسليم بالأمر الواقع.²

لأجل ذلك فإن القضاء لم يدخر جهداً لحماية الطرف المدعن في العقود، بتحميل من يستقل بتحرير شروط العقد، مسؤولية عدم تحريرها بشكل واضح لا يثير أي لبس. حيث ذهبت المحكمة العليا بتاريخ 12 مارس 1983 للقول بأن: المفروض أن الطرف

¹ - أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن، ص 237.

² - عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 427.

الآخر هو الذي يستقل بتحرير العقد وشروطه، فإذا ما غمضت عبارات عقد هو صانعه وجب ألا يفيد من غموض تسبب فيه ¹.

على أن مرد الغموض في العقد يرجع لأسباب عدة منها، إذا كان الشرط غير متوافق أو مناقض لشروط أخرى، أو عند تعارض نص عام مطبوع مع نص خاص آخر أضيف باليد، أو ينشأ الغموض عند تضمين العقد عبارات تحتمل أكثر من معنى أو تأويل. كذلك قد ينشأ الغموض عن جهل الطرف المدعن بلغة تحرير العقد، وعند استخدام مصطلحات فنية أو تقنية جديدة يصعب على الطرف المدعن الإلمام بها، بالنظر إلى مركزه ووضعه كشخص غير ممتن أو متخصص. وقد يترتب الغموض أيضا على تضمين العقد شروطا غير مألوفة تنطوي على التعسف، تتم كتابتها بصورة غير واضحة أو مبهمة.²

وتطبيقا لذلك إذا حدث تعارض بين نسخ وثيقة التأمين فيؤخذ بما تقرره النسخة التي تحت يد المؤمن له، باعتبار أن المؤمن هو الذي أعد تلك الوثيقة، فعليه أن يتحمل مسؤولية ما يوجد من تعارض بين النسخ العديدة لوثيقة التأمين، ويترتب على ذلك إذا خلت النسخة التي سلمت إلى المؤمن له من شرط، ورد به البيان بالنسخ الأخرى، فلا يحتاج به على المؤمن له.³

والحقيقة أن الإرادة المشتركة التي يفسر العقد إستنادا لها، ترتبط إرتباطا وثيقا بمبدأ حسن النية في العقود. لأن مبدأ سلطان الإرادة وإن كان يعطي الأولوية للقصد المشترك

¹ - مقتبس عن بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج الأول، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 243.

² - هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 215.

أنظر أيضا سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، المرجع السابق، ص 48.

³ - أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، ط الثالثة، بدون دار نشر، مصر، 1991، ص 98.

للمتعاقدين، فإن هذا القصد في عقود الإذعان غير موجود. لذلك كان لا بد للقاضي اللجوء إلى طرق تفسير، تصب في مصلحة الطرف المدعى دائئاً كان أو مدينا، إعمالاً لمبدأ حسن النية الذي يعطي الأولوية لروح العقد، وبلجوء القاضي إلى تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى دائئاً كان أو مدينا، يؤمن حل العديد من من النزاعات، التي قد تنجم عن التعسف في استعمال سلطة التحرير المنفرد لمثل هذه العقود .

والفكرة أن البنود التي ترد بصورة صغيرة أو غير ظاهرة، وغير مميزة بالنسبة لما قد تحويه من انتقاص للمسؤولية أو حقوق الطرف المدعى، عن باقي البنود التي قد يتضمنها العقد تتعارض ومبدأ حسن النية العقدية. فمحرم بنود عقد التأمين يقصد جعلها غير واضحة، وغير مقروءة أو موضوعة في مكان هامشي أو مخبأ في العقد، وبالتالي فإن نيته اتجهت إلى تضليل المتعاقد، وحمله على الوقوع في الغلط. الأمر الذي يمكن التصدي له عبر تدخل القاضي إستناداً لمبدأ حسن النية في التعاقد، لإبطال البنود المطبوعة بأحرف صغيرة. و هذا ما ذهب إليه التشريع الأمريكي عندما قضى بأن توفر مثل هذه البنود بشكل هامشي أو مخبأ، هو دليل على احتمال اتجاه النية إلى إلغائها.¹

وفي عقد التأمين الذي اعتبره الكثير من الشراح من عقود منتهى حسن النية، ذلك أن المؤمن يرتكز في قبوله على صحة البيانات التي يدلي بها المؤمن له، عن ماهية الخطر والظروف المحيطة به. لذلك فإن مبدأ حسن النية يفرض نوعاً من الصدق والنزاهة عند الإدلاء بتلك البيانات، لتمكين المؤمن من تقدير الخطر موضوع الضمان وجسامته .

¹ - هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 141

وفي المقابل فإن الإلتزام بقاعدة حسن النية لا يقع فقط على المؤمن له، وإنما يفرض على الضامن أن يمتنع عن إخفاء بيانات أو معلومات من شأنها إيقاع الطرف الضعيف في العقد في غلط أو خداع، لذلك يعد الإعلام آلية قانونية وقائية لحماية الرضى من العيوب.¹

وعليه فالطرف الذي سيوقع على عقد الإذعان نادرا ما يقوم بقراءته. فهو في غالب الأحيان لا يكون لديه الوقت الكافي لقراءته، وأحيانا قراءته لن تجديه نفعا لأنها في الغالب قد تحتاج إلى رجل قانون كي يفهمها. فحسن النية في التعاقد يفترض قبل إبرام العقد إعلام الطرف الآخر بها، وجعلها محددة وواضحة ومقروءة وظاهرة في عقد الإذعان، تحت طائلة عدم الإحتجاج بها تجاه الطرف المدعن.

وتؤكد المادة 1-212 ق إ ف على ضرورة وإلزامية تحرير بوضوح شروط العقود المقترحة، من طرف المحترفين على المستهلكين أو غير المحترفين حتى يتسنى لهؤلاء فهمها. فالزمت المادة القاضي بتفسير الشك أثناء البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، بما يحقق مصلحة المستهلك أو غير المحترف. وهذا ما تضمنه أيضا التوجيه الوروي رقم 93-13 بأنه: "على أنه في حالة الشك في معنى شرط ما يفسر الشك لمصلحة المستهلك".²

¹ - هانية مُجَّد علي فقيه، المرجع السابق، ص 147

فذهبت محكمة الاستئناف المدنية في لبنان بتاريخ 2003/04/17 إلى أن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين، ويجب أن تفهم وتنفذ وتفسر وفقا لمبدأ حسن النية والإنصاف، وعلى فرض أن السرقة حصلت بالكسر أو بواسطة مفتاح مستعار أو مصنع، فالنية الضمنية هي أن هناك سرقة مشمولة بالعقد، وإن لم يرد النص عليها صراحة. فالمشرع ساوى بين السرقة الحاصلة بواسطة الكسر والخلع، وتلك الحاصلة باستعمال مفاتيح مصنعة أو مستعارة، ومن ثم فالقصد أن يشمل عقد التأمين السرقة الحاصلة بأي طريق غير مألوف. فاستعانت المحكمة بمبدأ حسن النية لتفسير عقد التأمين

هانية مُجَّد علي فقيه، المرجع السابق، ص 216

² - هانية مُجَّد علي فقيه، المرجع السابق، ص 222.

كما ألزم المشرع الجزائري بموجب نص المادة 7 من الأمر رقم 07-95 أن يجرر عقد التأمين كتابيا وبجروف واضحة، فورد فيها: " يجرر عقد التأمين كتابيا وبجروف واضحة..."¹.

خلاصة القول أنه في مرحلة تحضير العقد من المفروض أن يتمتع الطرف القوي في عقد الإذعان إدراج بنود تعسفية مخالفة لمبدأ حسن النية . ولأن من يدرج مثل هذه الشروط يفترض فيه حتما سوء النية لأنه محترف يلم بظروف التعاقد . و في مقابل ذلك يفترض حسن نية المستهلك لأنه يجهل تلك الظروف .

الفرع الثاني

صفة التعسف في الشرط الجزائي

للقاضي سلطة إعادة النظر في الشرط الجزائي، بتعديله متى كان مبالغا فيه أو حتى تافها . غير أن السؤال المطروح: هل يجوز إخضاع البنود الجزائية إلى الأحكام المتعلقة بالبنود التعسفية؟، ومن ثم القول بإعتباره غير مكتوب، أي باطل بدلا من تعديله، متى توفرت فيه الشروط المطلوبة لإعتبار البند بندا تعسفيا؟ لأجل ذلك تعرضنا في (الفقرة الأولى) للتقريب بين مفهوم الشرط الجزائي والشرط التعسفي، وفي (الفقرة الثانية) لجزء إدراج شرط جزائي تعسفي.

الفقرة الأولى:

التقريب بين مفهوم الشرط الجزائي والشرط التعسفي

قد يتفق المتعاقدان سلفا سواء في العقد أو في وثيقة مستقلة، على تحديد قيمة التعويض المتوجب للمتعاقد الذي لم ينفذ الالتزام العائد له، أو الذي حصل تأخير في تنفيذه وهذا ما يسمى بالبند الجزائي . والفائدة من إدراج مثل هذا البند تتمثل في أنه

¹ - الأمر رقم 07-95 الصادر في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات.

يغني عن إثبات الضرر أمام القضاء، غير أن البند الجزائي قد يكون مبالغاً فيه، بتحديد تعويض زهيد لدرجة يعتبر معها نافياً للمسؤولية، أو مرهقاً بشكل كبير بحيث يتجاوز قيمة العقد ذاته. من ثم هذا الواقع يصطدم بالشعور بالعدالة،¹ فيقدر القاضي أن أحد الفرقاء في العقد استغل حاجة الآخر لفرض عليه مثل هذا البند، فيكون له بناءً على ذلك ممارسة رقابته على هذا البند، إما بالتخفيض أو الزيادة طبقاً للمادة 1231-5 ق م ف. والمادة 184 ق م ج .

حاول جانب من الفقه الفرنسي² التقريب بين الشروط التي يقتضي توافرها في البنود الجزائية، وتلك التي يقتضي توافرها في البنود التعسفية، معتبراً أن شرط التجاوز الظاهر في الشرط الجزائي، يقترب من شرط الخلل المؤثر في التوازن العقدي الذي أشارت إليه المادة 1-212 من ق إ ف . ما يفيد إمكانية حذف تلك البنود الجزائية التعسفية في عقود الاستهلاك. ذلك أن المادة 1231-5 ق م ف وهي نص عام تحيل ضمناً إلى المادة 1-212 وهي نص خاص، فيصبح البند موضوع النزاع بنداً غير مكتوب، مع احتفاظ الدائن بطلب تعويضه عن الضرر الذي لحق به، استناداً إلى القواعد العامة في القانون المدني .

وقد عدد المشرع الفرنسي بعض البنود الجزائية من بين البنود التعسفية، فالمادة الثانية من مرسوم 24 مارس 1978 أشارت إلى البنود التي تحذف أو تخفض الحق في التعويض لغير المحترف أو المستهلك، عندما يتخلف المحترف عن تنفيذ أحد التزاماته

¹ - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ص 582

² - G.Paisant مشار إليه : ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 90

فبمقتضى هذا المرسوم تحذف ليس فقط البنود المحددة أو المعفية من المسؤولية، إنما أيضا البنود الجزائية التي تحدد جزاء أقل من الضرر الحقيقي.

كما أن لجنة الشروط التعسفية قد اعتبرت العديد من البنود الجزائية بنودا تعسفية، وقد استند القضاء إلى التوصية رقم 87-03 الصادرة عن هذه اللجنة، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 ديسمبر 1994 أنه بالاستناد إلى التوصية المذكورة والمتعلقة بالبنود التي تعتبر تعسفية، يعتبر بنودا تعسفيا البند الجزائي المدرج من الشركة في عقد اشتراك في ناد رياضي وهو عقد إذعان، وبالتالي حذفه من العقد ودفع مبلغ على سبيل التعويض لجمعية المستهلكين، كتعويض عن الضرر الجماعي الذي لحق بها.

خلاصة القول أنه على الصعيد العملي يمكن للمدين الذي يقيم دعوى بوجه الدائن مطالبا بدفع التعويض الاتفاقي، فيمكن أن يسند دفاعه إما بالاستناد إلى النصوص القانونية للبنود الجزائية، أو بالاستناد إلى النصوص القانونية للبنود التعسفية وذلك بحسب مصلحته.¹

الفقرة الثانية:

جزاء إدراج شرط جزائي تعسفي

إن القول السابق أو الطرح السابق، يعني أن القاضي أمام هذه البنود يملك إما حذف هذه البنود لأنها تضمنت جزاء مبالغا فيه، فهي بذلك شروط تعسفية وإما يبقي عليها لأنها ليست كذلك. من ثم يقوم القاضي بتطبيقها كما وردت في العقد. و تبعا لذلك فإن الأمر يعني زوال الطرح الذي يتوسط الطرحين السابقين وهو امكانية تخفيض أو زيادة البند قضائيا. و هذا يعني تضيق نطاق تطبيق المادة 1231 ق م ف

¹ - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 90

مع الحفاظ على نطاق تطبيقها كما هو منصوص عليه أي التخفيض الجزئي للبند الجزائي عند التنفيذ الجزئي للالتزام .

وقد ذهب جانب آخر من الفقه¹ للبحث عن التقارب بين هذين البندين، إذ أن تدخل القاضي لحذف البنود الجزائية، سيكون بالاستناد إلى حماية الفريق الضعيف في العقد من تعسف الفريق الأقوى اقتصاديا، كما أن تخفيض البند الجزائي كجزاء يطبق من القاضي عندما يكون قد حدد في العقد بشكل مبالغ فيه، هو جزء غير كاف لمكافحة التعسف. لذلك يقتضي أن يعلن بطلان هذا البند في كل مرة تتوفر فيها شروط التعسف في البنود الجزائية .

ويبدو أن الاجتهاد الفرنسي لم يأخذ في الاعتبار، مدى توفر شرطي البنود الجزائية، وهما عدم تنفيذ الموجب من المدين والطابع الاكراهي للبند، فاتجه إلى حماية الطرف الأضعف اقتصاديا في العقد، من تعسف الطرف القوي من البنود الجزائية التعسفية، بتطبيق الجزاء المترتب على البنود التعسفية أي حذفها أو اعتبارها غير مكتوبة .

وقد صدرت قرارات عدة من محكمة النقض الفرنسية، أظهرت أنه في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، فإن البنود الجزائية تخضع لأحكام المادة 132 السابق الإشارة إليها، التي تمنع إدراج البنود التعسفية في هذه العقود، كلما كان من شأنها أن تؤدي إلى حدوث خلل مؤثر في توازن الروابط العقدية . فوصفت الغرفة الاجتماعية لمحكمة التمييز الفرنسية²، "البند الذي يحدد تعويضا عن الصرف من الخدمة المدرج في عقد عمل بالبند الجزائي، بالرغم من أن المسألة لا تتعلق بتعويض محدد عن عدم تنفيذ

¹ - رأي: G.Paisant

أنظر : ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 83.

² - مقتبس عن :ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 86.

أنظر أيضا في نفس المرجع :

الالتزام، لأن الأجير يحتفظ دائما بحقه في فسخ العقد غير المحدد المدة". فاعتبرت المحكمة أن الهدف هو الحصول على منافع مبالغ فيها من قبل رب العمل .

ولكن في المقابل هناك العديد من القرارات، التي قررت عدم وجود طابع تعسفي للبند الجزائي، واستبعدت تطبيق المادة 132 السابق الإشارة إليها، واكتفت بإخضاع الشرط لأحكام المواد المتعلقة بالبند الجزائي سيما المادة 1231-5 ق م ف . فعلى سبيل المثال اعتبرت محكمة استئناف باريس المدنية في قرار لها صادر بتاريخ 20 سبتمبر 1991¹ أن البند المدرج في عقد إيجار سيارة لمدة محددة، والذي يفرض على المستأجر الذي يلغي العقد منفردا قبل الموعد المحدد، بأن يدفع إلى المؤجر تعويضا عن الإلغاء المذكور، ليس من شأنه تأمين منفعة مبالغ فيها للمؤجر، ولا يظهر تعسف الفريق الأقوى اقتصاديا أي المؤجر، وبالتالي فإن البند موضوع النزاع لا يرتدي طابعا تعسفيا بالمعنى المحدد في المادة 35 من قانون 1978، حتى ولو كان الإيجار النهائي الذي حدد في العقد يتجاوز ثمن السيارة .

لكن من جهة أخرى اعتبرت المحكمة أن البنود الواردة في الاتفاقية هي بنود جزائية، فعلى الرغم من أن التعويض عن الإلغاء لا يتناسب مع قيمة الإيجار المستحق، إلا أنه نتج عن صيغة مدروسة لأنه يأخذ في الاعتبار المنفعة التي وفرها التنفيذ الجزئي للدائن، وبالتالي لا محل أيضا للتخفيض الجزئي.

وقد اعتبر هذا القرار من القرارات الهامة، لأنها المرة الأولى التي يصدر قرار يحاول تحديد طبيعة البند أولا، إستنادا إلى النصوص القانونية المتعلقة بالبنود الجزائية، ثم بالاستناد إلى النصوص القانونية المتعلقة بالبنود التعسفية . فاستبعدت المحكمة أولا إمكانية إعتبار البند بندا تعسفيا، نظرا لعدم توفر الشروط المطلوبة، ثم درست إمكانية تخفيضه

¹ - مقتبس عن: زيماء فرج مكي، المرجع السابق، ص 87.

أو إمكانية عدم المساس به، بالاستناد إلى مدى توفر شروط البند الجزائي . لذلك يحتل هذا القرار مكانة هامة في التطور الاجتهادي والتشريعي، إذ يفتح هذا القرار المجال أمام مراقبة التعسف بشكل أوسع ليشمل البند الجزائي.

من مجمل ما قيل فإن كل الاجتهادات الفقهية، والتوصيات الصادرة عن لجنة الشروط التعسفية والاجتهادات القضائية، تؤكد أن مفهوم البند الجزائي يقترب من مفهوم البند التعسفي، لا سيما في عقود الاستهلاك. غير أن أفضل وسيلة لحماية المستهلك من البنود الجزائية هو إدخالها في قائمة الشروط التعسفية صراحة، فالمشرع الألماني نص في المادة 9 من قانون 1976 على أنه: تعتبر غير فعالة البنود التي توفر للمتعاقد دفع تعويض محدد عند الرفض أو التأخر في تسليم الخدمة أو التأخر في الدفع، أو عندما يتحرر أحد الفرقاء من العقد .

الفصل الثاني

الالتزام العام بالنزاهة

والتعاون في العقود

يتفق الفقه الغالب على أن النزاهة والتعاون إلزامات عامة تستنتج من مبدأ حسن النية الواجب مراعاة في التعاقد، هذا التوجه الحديث نسبياً للفقه خصه العديد من الكتاب الفرنسيين بدارسات وافية، يفيد التركيز على الجانب الأخلاقي في العلاقات التعاقدية . حيث أن المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي كانت محلًا لتفسيرات متعددة من قبل شرح القانون المدني الفرنسي .

وفي حين يرى جانب من هؤلاء الشراح أنها تنطوي على واجب الأمانة، والثقة بين المتعاقدين أي النزاهة.² يرى جانب آخر أنها تنطوي على واجب التعاون أو الاشتراك، والذي يتطلب أن يقوم كل متعاقد بإبلاغ الآخر بمضمون العقد، والأمور التي يهيمه معرفتها لتنفيذ العقد.³ بل أن الفقه الغالب يرى أن مبدأ حسن النية يشمل واجب النزاهة والتعاون معاً.⁴

وقد تحوّل تبعاً لذلك هذين الالتزامين من مناقشة نظرية بحثة إلى تطبيقات في ممارسات القضاء الفرنسي وإزدواجية ديناميكية للمبدأ، والحقيقة أن هذه الالتزامات

¹ - المعدلة بالمادة 1104 ق م ف.

² - Y.Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat ,L.G.D.J.1989.

³ - J.Mester, D'une exigence de bonne foi a un esprit de collaboration ,Rev.Trim,1986,p100.

⁴ - وفي هذا الصدد نسجل تبايناً في رأي الفقه، فمنهم من يشير إلى الالتزام بالنزاهة أو واجب النزاهة، ويشير ضمناً إلى الإلتزام بالإعلام كتطبيق للنزاهة، ومنهم من يشير إلى الإلتزام بالتعاون الذي يفرضه مبدأ حسن النية ويشير إلى الإلتزام بالإعلام كتطبيق له .و منهم من يشير بشكل مباشر إلى الإلتزام بالنزاهة والتعاون باعتبارهما التزامين ينبثقان عن مبدأ حسن النية .

ويرى في هذا الصدد أن النزاهة قد تشمل التعاون، غير أن الغاية من تقسيم البحث إلى التزامين هو تبيان أن النزاهة لأنها سلوك سلبي فهي تفرض عدم الاضرار بالمتعاقدين الآخر أي الامتناع عن القيام بعمل، بينما التعاون فهو سلوك إيجابي يفرض على المتعاقد القيام بعمل ينعكس على العقد بالوصول إلى أقصى منفعة مبتغاة من التعاقد .

يصعب حصر مضمونها نظرا لتعدد الآراء الفقهية في هذا الصدد، ولكثرة الأحكام القضائية التي تشير إليها بمناسبة عقود مختلفة، لذلك فتساؤلنا ينصب في هذا المقام حول: ما الذي تتطلبه النزاهة والتعاون في العقد بشكل عام، هل هي مجرد واجبات أخلاقية أدبية أم التزامات قانونية ؟ ومعنى آخر هل أن النزاهة والتعاون اللذان يحيطان بالعقد، يمكن تجسيدهما في شكل التزام قانوني، أم أنها تبقى مجرد واجبات أخلاقية؟ وموقف الفقه الفرنسي في هذا الخصوص وتطبيقات القضاء، ليس إلا موقفا يدعو إلى ضرورة فرضهما كالتزامات قانونية .

لأجل ذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، خصصنا (المبحث الأول) للالتزام العام بالنزاهة، و(المبحث الثاني) للالتزام العام بالتعاون، محاولين بحث مضمون وتطبيقات هذين الالتزامين على سبيل المثال.

المبحث الأول:

الالتزام العام بالنزاهة

يذهب كثير من الفقه إلى أن تنفيذ العقد بحسن نية كمبدأ المنصوص عليه في جل التشريعات، ومن ضمنها المشرع الجزائري في نص المادة 107 ق م، يحمل في طياته التزاما بالنزاهة يفرض على طرفي العلاقة العقدية، أن يسلكا تصرفا معيناً في تنفيذ العقد. فهل أنه التزام حقيقي له دائن ومدين؟ هل يفرض المشرع جزاء على مخافته من قبل أحد المتعاقدين؟

ولما كان مضمون الالتزام بالنزاهة مهم، فيكون من الأهمية تحديد مضمونه في (المطلب الأول): **مضمون الالتزام العام بالنزاهة.** ولأن هذا الالتزام له نطاق واسع في عقد العمل حيث سجلنا أن القضاء الفرنسي كثيرا ما أشار للنزاهة التي يجب أن يتحلى بها العامل. فإنه يكون من الأهمية تحديد مضمون الإلتزام ونطاقه في عقد العمل. لذا خصصنا (المطلب الثاني) مضمون الإلتزام وتطبيقاته في عقد العمل.

المطلب الأول:

مضمون الإلتزام العام بالنزاهة

إن الثقة بين المتعاقدين هي من أهم مقومات العلاقات العقدية، لذلك من الضروري المحافظة على النزاهة العقدية، ذلك أن العقد كوسيلة لتحقيق منافع متبادلة، لا بد أن يستند إلى دعائم خلقية شريفة. و أبرز تلك المقتضيات الإلتزام بالنزاهة.

مما لا شك فيه أن الإلتزام العام بالنزاهة يعكس تأثيرا إيجابيا على العلاقات العقدية، فما المقصود بالنزاهة العقدية، هل هي التزم أم مجرد واجب أدبي؟

تبعاً لذلك تعرضنا في (الفرع الأول) تعريف الالتزام العام بالنزاهة، ثم وفي (الفرع الثاني) رأي الفقه وأساس الالتزام بالنزاهة .

الفرع الأول:

تعريف الالتزام العام بالنزاهة

لكل التزام طريقة في التنفيذ، وهذا التنفيذ لا بد أن يتم بمراعاة حسن النية. فمقتضى مبدأ حسن النية في التعامل لا يقتصر على طابع سلبي محض. أي لا يقتصر على الجهل أو عدم العلم بواقعة أو ظرف ما، بل يتعداه إلى أن يشكل قاعدة للسلوك، تقتضي من الأشخاص مراعاة جملة من الالتزامات، تتمحور حول اصطلاحات النزاهة والاستقامة والشفافية والأمانة وعدم الغش.¹

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم مُجّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 444.

وما يلاحظ أن الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري قد أشار إلى مصطلح النزاهة إلى جانب مصطلح حسن النية غير أن هذا المصطلح بالرجوع على آراء الفقهاء، أن إشارة المشرع إلى استخدام هذه الاصطلاحات في آن واحد ليس خطأ وقع فيه المشرع بل أنه عمل مقصود للتمييز بين حسن النية بالمعيار الذاتي و حسن النية بالمعيار الموضوعي إذ أن استخدام حسن النية في النصوص المتعلقة بالحيازة والالتصاق وغيرها يراد منه حسن النية بالمعيار الذاتي والتي تعني الجهل أو عدم العلم بواقعة أو ظرف ما أو الاعتقاد الخاطئ أو المغلووط الذي يتولد في ذهن شخص ما. و حسن النية بهذا المعنى تتسم بطابع سلبي محض. بينما إشارة المشرع في الأعمال التحضيرية للقانون المدني في المادة 148 ق م م إلى نزاهة التعامل إلى جانب حسن النية يراد منه حسن النية بالمعيار الموضوعي الذي يشكل قاعدة للسلوك تتطلب من المتعاقدين مراعاة النزاهة و الأمانة في معاملاتهم . و السلوك يفرض سلوكاً مستقيماً اتقاء لأي ضرر قد يلحق بالمتعاقدين الآخر للمتعاقد أي أنه التزام سلبي بينما الجهل هو موقف أو حالة ذهنية سلبية تمثل في الاعتقاد الخاطئ بوجود وضعية قانونية صحيحة لا تفرض التزاماً. و إنما ترتب اثرها عليها

مُجّد سليمان الأحمد ، المرجع السابق ، ص 166

إن الالتزام بالنزاهة¹ كإحدى الالتزامات العامة المنبثقة عن حسن النية، له مسميات عديدة. فمن الفقه من يطلق عليه لفظ الاستقامة،² ومنهم من يطلق عليه لفظ شرف التعامل،³ ولفظ الإخلاص من جانب آخر من الفقه⁴، والأمانة من آخرين. و الأمانة لغة من أمن: الأمان. و الأمن ضد الخوف والأمانة ضد الخيانة. و الأمانة تقع على الطاعة والعبادة والوديعه والثقة والأمان.⁵

¹ -وردت هذه التسمية في العديد من المؤلفات، وقد أثرنا استعمالها بدل استعمال مصطلحات أخرى كالأمانة والإخلاص . ومن المؤلفين الذين أشاروا إلى لفظ النزاهة

علي فيلالي، المرجع السابق، ص 56

عيشوش كريم، العقد الطيب، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 164.

و من الفقه الفرنسي الذي استعمل مصطلح النزاهة A.Benabent J.Ghestin

Beatrice Jaluzot, La Bonne Foi Dant Les Contrats, Etude comparative des droits français .allemand et ja ponais.D. lyon3. 2001. p112.

J. Ghestin, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, T. II, Les obligations ,Le contrat ,2^{ème} éd ,L.G.D.J ,paris,1988

F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, D, Précis, 2013

² - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، العقد المرجع السابق، ص 14، وأيضا:

M.Planiol et G.Riper et P.Esmein. Picod

Beatrice Jaluzot. Op cit .p112.

³ - أشار لهذه التسمية المشرع الكويتي في المادة 193، 195، 159 من القانون المدني

⁴ - استعمل هذه التسمية Ph.le Tourneau

Beatrice Jaluzot. Op cit .p112.

⁵ - اهتمت الشريعة الإسلامية بالأمانة في التصرفات بشكل عام، حيث جاء في الحديث الشريف أن رسول الله ﷺ قال: " آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان "

لسان العرب :للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، المجلد الثالث عشر، بيروت، 1968، ص 21

أما من وجهة النظر القانونية فيرى البعض أم الأمانة أو النزاهة، هي صياغة جديدة لفكرة قديمة هي حسن النية¹. ويؤى في هذا الصدد أن كل تلك المسميات تعبر كلها عن الالتزام بالنزاهة.

ويشير البعض إلى أن الالتزام بالنزاهة هو التزام فضفاض يحمل في طياته عدة معان، فقد يعني في جملة ما يعنيه تجنب المتعاقد كل غش وتدليس يجعلان تنفيذ العقد عسيرا أو مستحيلا.² بينما يرى البعض أن التدليس المقصود يختلف عن التدليس الذي يقع عند إبرام العقد، والذي يلجأ إليه أحد المتعاقدين لدفع المتعاقد الآخر لإبرام العقد.³ فالغش يقع حتى أثناء تنفيذ العقد أي أن له معنى واسع.⁴

ويؤى في هذا الصدد أن المقصود هو الإمتناع عن الغش بمعناه الواسع والغدر والخداع أثناء تنفيذ الالتزامات الملقاة على طرفي العقد.

يتميز هذا الالتزام بأنه ذو طابع سلبي أي أنه يفيد الامتناع، فيكون المتعاقد نزيها عندما يكف عن مباشرة أي عمل يتنافى مع الأخلاق، بأن يقوم بتنفيذ التزاماته بوفاء

¹ - Jacques Gestein ,Traité de droit civil, La formation du contrat,3^{eme} éd,L.G.D.J ,1993 ,P231

حيث يذهب Ph.le Tourneau إلى أن مصطلح حسن النية مرادف لمصطلح النزاهة.
« la bonne foi s'identifie à une règle de comportement, synonyme de loyauté et d'honnêteté»

Ph.le Tourneau. Bonne foi, Répertoire de droit civil, T3,1999.p07

² - فيلالى علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 295

³ - F.Naceur.L'effet obligatoire du contrat, Thèse pour le doctorat d'état, université d'Oran, 2003, p05.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 319.

وإخلاص متجنباً أي نوع من التغير، وبصفة تمكن من تحقيق الغرض الذي يرمي إليه العقد¹

كما وأنه يحمل في طياته العديد من الالتزامات التي يفترض بالمتعاقد مراعاتها، حتى يوصف سلوكه بالنزاهة . كالاتزام بالمحافظة على الأسرار، الالتزام بعدم المنافسة العامل لرب العمل ...، إلى غير ذلك من الالتزامات ذات الطابع الأخلاقي التي تفرض الامتناع، ومن ثم يوصف سلوك المتعاقد تبعاً لذلك بالسلوك النزيه.

وهو التزم يفرض على المدين والدائن معا، فيوجب على كل منهما أن يلتزم حسن التصرف، وأن يمتنع عن القيام بأي عمل من شأنه الإضرار بالمتعاقد الآخر، أو حرمانه من جني المنافع التي عول عليها من خلال إبرامه للعقد . فحسن النية يوجه كيفية التنفيذ بإختيار الطريق التي تفرضه النزاهة والأمانة في التعامل، مثلاً عند تعدد الطرق الممكنة للتنفيذ² . كما وأن التنفيذ السيئ يساوي في كثير من الأحيان عدم التنفيذ³ فنزاهة التعامل توجب إتباع درجة عالية من حسن السلوك في التعامل⁴.

ولما كانت المفاوضات عادة ما تسبق بعقود تمهيدية فإن الالتزام بالنزاهة يفرض في تنفيذ تلك العقود، يفرض هذا الالتزام في مرحلة المفاوضات الإعتدال والجدية والإستقامة، والمقصود بالإعتدال تبادل الإقتراحات والمناقشة والتباحث بين طرفي العقد .و أن يترك للطرف الآخر مهلة كافية للتأمل والدراسة والتفكير .و تقتضي الجدية من الطرفين بدراسة المقترحات بنية حقيقية في التعاقد بعيداً عن الصرامة والتشدد، أي عدم

¹ - عشوش كريم، المرجع السابق، ص164.

² - بيار إميل طويبا، الغش والخداع في القانون الخاص، الإطار العقدي والإطار التصريحي، دراسة مقارنة، د.ط،

المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009، ص 190

³ - Romain Loir ,op cit,p142.

علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط الثانية، موف للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ص 296.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص153.

رفض إقتراحات الآخر ما دامت معتدلة ومنطقية. أما الإستقامة فتقتضي عدم تقديم بيانات أو معلومات مغلوطة، أو مفرطة في التفاؤل أو التشاؤم، أو قديمة، وبكل موضوعية وعقلانية. كما أن الإستقامة تعني الالتزام بمواصلة التفاوض، وبذل العناية اللازمة لمواصلة المفاوضات بهدف نجاحها، وعدم العدول عنها دون مبرر موضوعي، أو في وقت غير ملائم. أي ضرورة محاربة الأناية المفرطة التي تثقل كاهل المتفاوض.¹

والسلوك يفرض الإستقامة اتقاء لأي ضرر قد يلحق بالمتعاقد الآخر، أي أنه التزام سلبي بينما الجهل هو موقف أو حالة ذهنية سلبية، تتمثل في الاعتقاد الخاطئ بوجود وضعية قانونية صحيحة لا تفرض التزاما، وإنما ترتب أثرا عليها.²

الفرع الثاني:

رأي الفقه وأساس الالتزام بالنزاهة

من المسلم به أن القانون حتى ولو كان يتميز بالدقة في إعداده وحسن صياغته، إلا أنه لا يمكن أن يضع حولا لكافة المنازعات المتعلقة بالمسائل التي يشملها. فما من تشريع يستطيع أن يلّم بكافة جوانب الموضوعات التي يعالجها من جميع الوجوه، فيُعد لكل أمر نطاق يغطيه. فيتم اللجوء إلى المبادئ التي نص عليها المشرع كبداً حسن النية لمعالجة الحالات الطارئة والمستجدة، ليجد لتلك الحالة السند والأساس القانوني لمعالجتها.

مع ذلك كان مذهب إليه جانب من الفقه بأن مبدأ حسن النية يفرض التزاما بالنزاهة، محل خلاف فقهي (الفقرة الأولى).

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 73.

² - بيار اميل طويبا، الغش والغداع في القانون الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2009 ص 187.

هذا و أن الالتزام بالنزاهة و إن كان الفقه و القضاء يرجعه إلى مبدأ حسن النية لتقويم سلوك المتعاقد فإن هذا الالتزام يجد سنداً له في عدة نصوص في القانون المدني. لذلك نبحت أساس الالتزام في (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى:

رأي الفقه حول وجود الالتزام بالنزاهة

يرى بعض الشراح أن محاولة إيجاد أساس قانوني¹ لمسألة لم يرد بشأنها نص خاص يعد مصادرة لإرادة المشرع، وذلك على أساس أن تلك الاعتبارات مهما كانت قوية ومؤثرة، إلا أنها لا تكون كافية لوحدها لخلق أساس قانوني سليم.

غير أن البعض الآخر² يرى أن الحكمة الرئيسية التي ترجى من النص لمعالجته حالة معينة، هو إمكانية تطبيقها لدى القضاء. وهي ذات الحكمة التي خولها المشرع للقضاة لتطبيق ما يجدونه من حلول، بمقتضى قواعد العدالة أو المبادئ القانونية المتبعة عند تعذر إيجاد نص تشريعي .

وفي هذا الصدد يشير جانب آخر من الشراح³ في سبيل إقرار مثل هذه الالتزامات العامة، إلى أنه يوجد مدلولان للمراد بالأساس القانوني للحالة أو المسألة المطروحة :

المدلول الأول : حيث يقصد بالأساس وفق هذا المدلول، البحث عن نص قانوني يقرر صراحة تلك المسألة، فإذا وجد هذا النص فإن ذلك يعني أن لهذا الطرح أساساً قانونياً، وبخلافه أي في حالة عدم وجود نص قانوني، فهذا يعني عدم وجود أساس قانوني .

¹ - رأي عباس الصراف

مشار إليه في : هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 28.

² - رأي هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 28

³ - رأي مُحمَّد حنون جعفر

مشار إليه في : هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 28.

والأساس القانوني وفق هذا المعنى أقرب ما يكون إلى السند القانوني الذي يستند عليه ذلك الطرح، وعليه يمكن وصف هذا المدلول بالأساس القانوني المعتمد على النص القانوني .

المدلول الثاني: فيقصد به محاولة البحث عن الأسباب والمصوغات التي دفعت المشرع إلى تبني طرح ما، كمعاقبة التصرف الذي ينطوي على غش أو تدليس، أي معاقبة التصرف غير النزيه .و الأساس القانوني بهذا المعنى أقرب إلى الموسوغ الأخلاقي، فيتم البحث والإستدلال على وجود هذا الأساس من عدمه من خلال البحث والتقصي لذلك الطرح، ضمن القواعد الأخلاقية أو المنطقية كمبادئ العدالة وحسن النية .فإن كان الطرح منسجماً مع تلك المبادئ كان لها أساس قانوني سليم، في حين ينعدم الأساس إذا كانت المعادلة معكوسة.

الفقرة الثانية:

أساس الالتزام بالنزاهة

لقد ثار الخلاف بين الفقه سياً الفقه الفرنسي، حول إن كان مبدأ حسن النية تعبير أخلاقي يفرض فقط واجبات أخلاقية .أم أنه تعبير قانوني يفرض التزامات على عاتق طرفي العلاقة العقدية . وفي هذا الصدد يذهب Yves .PICOD¹ إلى أن الواجب هو تعبير أخلاقي والالتزام هو تعبير قانوني، والواجب أعم من الالتزام وأن مصطلح الواجب مناسب أكثر لمبدأ حسن النية، لأن حسن النية لا يقتصر فقط على العلاقة العقدية، وإنما مطلوب حتى خارج نطاق التعاقد، فهو التزام فضفاض مرن.

غير أن بعض الفقه الفرنسي يرى أن مبدأ حسن النية يترجم على مستوى العلاقة العقدية، على شكل التزام قانوني.و من ثم تظهر أهميته في تبرير الالتزامات، التي

¹ - Yves ..Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat ,L.G.D.J.1989

يكشف عنها القاضي في العقد كالالتزام بالنزاهة.¹ من ثم فكون مبدأ قاعدة خلقية فهذا لا يقلل من شأنه، بل إن هذه الصفة هي التي تضي عليه المرونة، وإمكانية انطباقه على حالات وفروض عدة.²

كما أن جانب آخر من الفقه العربي يبرر كون المبدأ التزام وليس واجبا، بأن المشرع عندما نص على حسن النية في تنفيذ العقد، لم يتعرض أحد بالقول بأن النص ينطوي على واجبات أدبية أو معنوية، بل أن المقصود من المادة هو تنفيذ الالتزام بحسن نية لدى نجد أن القضاء عادة ما يستعمل مصطلح الالتزام لا الواجب.³

ويذهب البعض إلى أن الالتزام بالنزاهة في عقود الاستهلاك يرتبط بالثقة المشروعة لذلك نجد أن قانون الاستهلاك يترك مجالا واسعا لهذا الالتزام فيفرض على المحترف التزاما بالسلامة، والتزام بالمطابقة حتى يفني المنتج أو الخدمة بالتوقعات المشروعة التي ينتظرها المستهلك.⁴

وقد أوجب المشرع الجزائري في المادة 9 من المرسوم التنفيذي 03-09⁵ المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أن تكون المنتجات المعروضة للاستهلاك مضمونة وتوفر

¹ -Romain Loir, op.cit , p125.

Ph. Stoffel-Munk, Terme du contrat Dans le même sens, RDC 2004, p.637.

حيث طبقه القضاء الفرنسي على عقد التأمين، الذي يوصف بأنه من عقود منتهى حسن النية، كما طبقه على عقد العمل.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص14.

³ - أحمد عبد التواب مُجد بهجت، المرجع السابق، ص48.

⁴ - Philippe Brunswick , Le devoir de loyauté une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? Cahiers de droit de l'entreprise ,N°1 ,janvier - 2016 ,p 21
<http://innove.legtux.org>

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير 2009، ج ر، ع 15.

على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر. و تضيف المادة 11 من ذات المرسوم بأنه يجب أن يلبي كل منتج معروض للإستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك.

كما وأنه في العقد الطبي حيث تلعب فيه أخلاق الطبيب المعالج دورا كبيرا، فنجد أن النص على هذا الالتزام بشكل مباشر وصریح، حيث جاء في نص المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن م أ م ط¹: " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي معالجة، بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني". و تضيف المادة 47 من نفس المرسوم بأنه يتعين على الطبيب أن يجتهد، للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج.

وتظهر نية الطبيب الحسنة من خلال أسلوبه ودرجة عنايته في علاج المريض، مثلما يبذله طبيب آخر في نفس ظروفه.² كما تظهر من خلال عدم سعيه لافتيال العقبات، من أجل تعطيل وتأخير تنفيذ عمل طبي، قد يكون إما علاجاً أو عملية جراحية.³

وحول إلزامية مدونة أخلاقيات مهنة الطب فإن وعلى الرغم من أن الفقه التقليدي يرى بأن قواعد أخلاقيات مهنة الطب، هي فقط تنظيم داخلي يترتب عقوبة تأديبية، دون أن تكون له حجية أمام القضاء. إلا أن الفقه الحديث يتجه إلى الإعراف لهذه القواعد بالحجية، في مجال المسؤولية المدنية على الأقل.⁴ وبذلك فالإعراف لقواعد

¹ - ج ر العدد 52 مؤرخة في 8 يوليو 1992.

² - عبد الحليم عبد اللطيف القوي، المرجع السابق، ص 755.

³ - عشوش كريم، المرجع السابق، ص 164.

⁴ - راييس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 53

أخلاقيات مهنة الطب بالحجية، من شأنه أن يجعل من النزاهة المطلوبة من الطبيب ليس مجرد واجب أخلاقي بل التزام حقيقي تجسده عدة نصوص من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، يترتب عن الإخلال به المسؤولية المدنية للطبيب .

هذا وأنه بالرجوع للشريعة العامة في القانون المدني نجد المادة 361 ق م ج تشير إلى أن على البائع أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا .

و يضيف علي فيلالي¹ أن الالتزام بالنزاهة الملقى على عاتق المتعاقد هو الذي يبرر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن غش المتعاقد أو خطئه الجسيم . حيث أشارت المادة 178 ق م ج إلى أنه وإن كان يمكن إعفاء المدين من المسؤولية التي تترتب عن عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدية، إلا أنه لا يتحلل منها في حالة ارتكابه غشا، سواء وقع هذا الغش منه أو من أشخاص يستخدمهم ما يفيد أن جزاء الغش وعدم النزاهة هو بطلان المشاركات التي تعفي المدين من المسؤولية .

ومن النصوص أيضا التي تبرر هذا الالتزام المادة 377 ق م ج و التي تقضي ببطان الشرط المسقط للضمان أو الذي يقضي بإتقاص الضمان إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير . والمادة 553 ق م ج حيث أشارت هذه المادة إلى ضرورة أن يكون تنفيذ المفاوض مرضيا لرب العمل ن فإذا ما ثبت أن التنفيذ معيب أو مناف لشروط العقد جاز لرب العمل أن يندره ليصحح من طريقة التنفيذ ، فإذا إنتقض الأجل دون أن يرجع المفاوض إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد ، أو أن يعهد لمفاوض آخر بإنجاز العمل على نفقة المفاوض الأول .

¹ - فيلالي علي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 296.

من ثم ما يستنتج أن التنفيذ المعيب لبود العقد و بطريقة غير مرضية قد يمنح للطرف الآخر فسخ العقد لأنه أخل بالالتزام بالنزاهة .

المطلب الثاني:

مضمون الالتزام وتطبيقاته في عقد العمل

إن مبدأ حسن النية هو تجسيد لمتطلبات الإستقامة في العلاقات التعاقدية، يكرسه المشرع ويتوسع في مقتضياته حسب نوع العقد، ثم ولأن مصطلح الأمانة يختلف مضمونه حسب طبيعة العقد، فيختلف ما هو مطلوب من كل طرف في العلاقة العقدية من أمانة واستقامة من عقد لآخر. فهناك عقود تتطلب درجة عالية من الأمانة، بحيث يترتب على مخالفة التصرف النزيه أضرار تلحق الطرف الآخر كعقد العمل¹. لذلك نتساءل عن مضمون الالتزام في عقد العمل ؟ (الفقرة الأولى)

ولأن عقد العمل من العقود التي تقوم بالدرجة الأولى على حسن النية في تنفيذها نجد أن المشرع نص على الالتزامات التي تفرضها الأمانة والثقة والاستقامة في عقد العمل كالإلتزام بالمحافظة على الأسرار، لأنه من العقود التي تتطلب درجة عناية خاصة قصوى، يراعى فيها الثقة التي يضعها كل متعاقد في الطرف الآخر. مكرسة بنصوص خاصة .

ولأن النزاهة تقتضي أيضا عدم استغلال المعلومات ذات الطابع السري فإنه يقع على العامل التزام بعدم المنافسة. لذلك تعرضنا إلى تطبيقات الالتزام بالنزاهة في عقد العمل (الفقرة الثانية)

¹ - في حين توجد عقود تبادلية تتطلب إضافة لذلك تصرفا إيجابيا أي تعاونا، حتى يوصف المتعاقد بأنه حسن النية كعقد

البيع... إلخ

الفرع الأول:

مضمون الالتزام في عقد العمل

يتخذ مبدأ حسن النية في عقد العمل أهمية خاصة نظرا للرابطة المستمرة التي تربط بين الأجير وصاحب العمل، والتي تقوم في كثير من الأحيان على أساس الثقة الشخصية. يقتضي واجب الإخلاص ضرورة أن يقوم الأجير بكل ما من شأنه المحافظة على مصالح صاحب العمل والإمتناع عن كل ما يضرّ بتلك المصالح أو يتعارض معها.¹

ولأن عقد العمل يقوم على التبعية، فإنه يتوجب على العامل تنفيذ أوامر رب العمل والانصياع لها، لأن لهذا الأخير سلطة في إدارة وتنظيم المشروع. وتنفيذ أوامر المستخدم واجب فرضته عليه المادة 07-3 من قانون 90-11² حيث أشارت إلى ان العمال يخضعون للواجبات الأساسية ومنها: "تنفيذ التعليمات التي تصدرها السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء ممارسته العادية لسلطاته الإدارية".

يطلق على هذا الالتزام في عقد العمل بواجب الطاعة، فيفيد هذا الواجب التبعية والإخلاص والأمانة والاستقامة في عقد العمل، يقتضي من العامل أن يحافظ على مصلحة المشروع، ويسعى لانجاحه فيتطلب أن يتبع العامل ما يصدر له من أوامر من رب العمل. فسلوك العامل خلال تنفيذ العقد يجب أن لا يتسم بالعدوانية والتعاض في الاهتمام بالعمل، بل يتطلب منه أن يتسم بالمرونة لتحقيق ما يصبوا إليه رب العمل. لأنه أولى بكيفية تحقيق أهداف المشروع. و من ثم فواجب الطاعة يختلف عن واجب

¹ - Ch.Vigneau, L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, Dr.Soc 2004 , p 714.

² - قانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج ر، ع

الولاء الذي يفرض تعاوناً لتحقيق مصلحة المشروع¹. فواجب الطاعة يعني عدم الاضرار بالمستخدم، بإخلاصه لعمله وتنفيذ ما يصدر له من أوامر لمصلحة المشروع .

من ثم يجد هذا الالتزام سنداً له أيضاً في المادة 107 ق م ج، ذلك أن مبدأ حسن النية تتطلب أن يكرس العامل، وقت العمل لتنفيذ مهامه في إطار ما يؤتمر به من صاحب العمل، لأن العامل يعد جزءاً أساسياً في تنفيذ المشروع الذي ينظم رب العمل سياسته². ومقتضى واجب الطاعة احترام قرارات رب العمل، في توزيع العمل والعمال ومراقبته، ووضع تقنيات العمل وأوصاف المنتج والأدوات المناسبة والخطوات المتبعة، مما يجعل العامل على أهبة الاستعداد، لإحترام ما يضعه رب العمل من تنظيم إداري وفني للعمل³.

وإن كان الإخلال بهذا الواجب يمكن أن ينجر عنه جزاء تأديبي. إلا أن المشرع في نصوص قانون العمل، لم يتكلم عن إمكانية ترتيب المسؤولية العقدية على عاتقه، لكن بالرجوع للمادة 137 ق م ج تجعل العامل يتحمل مسؤولية نتيجة ارتكابه خطأ جسيماً. من ثم فإن رفض الانصياع لأوامر رب العمل يعد مخالفة لحسن النية في تنفيذ العقود، بما من شأنه أن يشكل خطأ جسيماً متى صدر منه إخلال بالالتزام جوهرية. وإذا ما أدى إلى الاضرار بالمشروع إما بفوات الربح أو بتحمل الخسارة، فإن العامل سوف يسأل عن ذلك⁴.

¹ - مهدي بخدة، المرجع السابق، ص 234.

² - مهدي بخدة، المرجع السابق، ص 128.

³ - مهدي بخدة، المرجع السابق، ص 232.

⁴ - وقد أشرنا سابقاً أن ارتكاب الخطأ الجسيم بشكل قرينة على سوء النية، لذلك نجد أن المشرع في المادة 178 ق م ج. طبق عليها أحكاماً مشتركة. كما أن المادة 172 من ق م ج تشير على أن المدين في الالتزام بالقيام بعمل يكون مسؤولاً عن غشه، أو خطئه الجسيم .

و قد أشار المشرع الفرنسي إلى ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ عقد العمل في المادة 1-1222 قانون العمل الفرنسي.¹ حيث أنه بالإضافة إلى نصه على مبدأ حسن النية في القانون المدني، إلا أنه أشار إليه في قانون العمل. ما يدل على أهميته في علاقات العمل، هذا وقد نصت على واجب النزاهة صراحة المادة 5-1222 من قانون العمل الفرنسي.²

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 أبريل 1987 إلى أنه لا يكفي أن يقوم الأجير بأداء العمل المتفق عليه، بل أن يلتزم بتنفيذ عمله وفقا لقواعد الإستقامة والنزاهة، فالثقة بين طرفي عقد العمل هي مصدر من مصادر الإخلاص التعاقدية،³ فعقد العمل يعد من العقود الممتدة في الزمن والتي ينبغي أن يرافقها حسن التنفيذ والإخلاص والنزاهة.

كما وذهبت محكمة النقض بتاريخ 30 مارس 1990 إلى أن تقديم معلومات غير دقيقة من قبل العامل يعتبر خرقا لواجب النزاهة ويمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد إذا كان ذلك يشكل تدليسا، أو إلى فصل العامل.⁴

¹ - « Le contrat de travail est exécuté de bonne foi. »

² - « Le salarié reste soumis à l'obligation de loyauté à l'égard de son employeur. »

³ -CASS.SOC.30 AVRIL1987. « qu'en statuant ainsi , sans rechercher si le fait de conclure pour son propre compte un contrat avec un client de son employeur ne constituait pas un manquement grave à l'obligation de loyauté de m. Peters à l'égard de son employeur, et ne lui aurait pas causé de préjudice, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »

مشار إليه أيضا في : بيار اميل طويبا، المرجع السابق ن ص 187.

أنظر أيضا في نفس المعنى :

CASS.SOC 28/01/2015

<https://www.legifrance.gouv.fr>

⁴ - CASS.SOC. 30 /03/1999 « La fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la

وذهبت ذات المحكمة بتاريخ 25 جانفي 2006 إلى القول أن الإخلاص في العمل يعني الإستقامة والنزاهة أي عدم انتهاج أي سلوك يسيء لصاحب العمل.¹

الفرع الثاني:

تطبيقات الالتزام بالنزاهة في عقد العمل

يتجسد الالتزام بالنزاهة في العلاقة العقدية في صورة التزامات جزئية، يختلف مضمونها ونطاقها من عقد لآخر.² و في عقد العمل تتجسد النزاهة في الالتزام بالمحافظة على أسرار العمل (الفقرة الأولى). وكامتداد له الالتزام بعدم المنافسة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

الالتزام بالمحافظة على أسرار العمل

إن كل نشاط مهني إلا ويرتبط بما يسمى بأخلاقيات المهنة، فهذه القواعد هي التي تفرض واجب الحفاظ على السر. إن كتمان السر واجب فرضته قواعد الأخلاق، ومبادئ الشرف والامانة فهو واجب مهني وأخلاقي، قبل أن يكون التزام قانوني. يترتب على افشاءه الحاق الضرر بالشخص الذي ائتمن الطرف الآخر على هذا السر. و من المهن التي تستدعي إيداع السر للطرف الآخر عقد العمل. تبعا لذلك نتعرض لمضمون الالتزام (أولا)، ثم لجزاء الاخلال بالالتزام (ثانيا).

=nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol. Elle ne constitue une faute susceptible de justifier le licenciement que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté. »

<https://www.legifrance.gouv.fr>

¹ - Cass.soc, 25 janv 2006, bull.civ, V, N 26 www.legifrance.gouv.fr

² - Ph.le tourneau, La responsabilité des vendeur et fabricant, D. paris,1997,p22.

أولاً: مضمون الالتزام

قد يطلع المتعاقد على أسرار الطرف الآخر في العلاقة العقدية، والأصل طبقاً للقواعد العامة أن المتعاقد لا يلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات التي اطلع عليها، ما لم يوجد اتفاق يلزمه بالمحافظة على سرية المعلومات، غير أنه وفي غياب نص قانوني وخلو الاتفاق من هكذا شرط، فإن هذا الالتزام يبقى التزاماً قائماً يجد أساسه في مبدأ حسن النية الذي يفرض نزاهة وأمانة من كلا طرفي العقد.¹

عرفه بعض الفقه بأنه: "كل ما يتوصل إليه العامل من خلال عمله وبمناسبتة، ويتكتم عليه حفاظاً على مصلحة المنشأة وحسن سيرها، أيا كان نوعه، طالما يتصل بالعمل في المشروع، سواء اتصل بشؤونه الداخلية أو الخارجية".²

يعرفه آخرون بأنه: "المعلومات التي تتعلق بالمنشأة، والتي أوجب القانون كتمانها أو جرى العرف بذلك، بحيث يترتب على إذاعتها الإضرار بالمنشأة أو زعزعة الثقة فيها، وبشرط أن لا يكون هذا الكتمان ساتراً لجريمة جنائية، أو حائلاً دون الكشف عن جريمة تمت أو في مرحلة شروع"³.

¹ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 188.

وتقتضي فترة المفاوضات أيضاً أن يقوم كل طرف بإطلاع الطرف الآخر على معلومات أو بيانات ذات أهمية كبيرة بالنسبة لصاحبها. فيلتزم تبعاً لذلك كل طرف بالمحافظة على سرية المعلومات أو المعطيات التي علم بها أثناء التفاوض على العقد، وأن لا يعتمد إلى إفشائها للغير. ويرى يونس صلاح الدين علي في هذا الصدد أنه هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة فلا يكفي للوفاء به أن يبذل الطرف المتفاوض كل ما في وسعه أو قصارى جهده من أجل الامتناع عن إفشاء الأسرار، وإنما ينبغي عليه أن يمتنع عن ذلك بالفعل والإقامة مسؤوليته.

² - همام محمود زهران، قانون العمل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 167.

³ - علي عوض حسن، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 462.

و في نفس السياق يعرّفه آخرون :بأنه كل معلومة ذات قيمة تمس بقدرة المشروع على المنافسة، يمكن أن تدخل في إطار السرية .و يلتزم العامل بكتّانها، سواء كانت تلك المعلومة تتعلق بأموال معنوية للمشروع أو بأعمال مادية .¹

وقد عرّف الفقه الفرنسي السر المهني: "المعلومات والبيانات التي يتوصل إليها العامل من خلال عمله وبمناسبته، ويتكتم عليها بحكم القانون، أو بناء على طلب صاحب العمل، أو طبقا لما جرى عليه العرف المهني. بحيث يترتب على معرفتها الإضرار بالمنشأة أو عملاءها، أو بمصالح صاحب العمل سواء جاء هذا الضرر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة."²

من ثم يلتزم العامل بعدم الكشف عن أية معلومة أو وثيقة، سواء تعلقت بأساليب الصنع أو الإنتاج، لأشخاص آخرين يمكنهم استعمالها للإضرار بمصالح صاحب العمل. ومن ثم يعتبر الالتزام بالسرية نتيجة طبيعية لمبدأ حسن النية الواجب توافره في علاقات العمل، لاسيما بالنسبة للنشاطات التي يمكن أن يؤدي الإفشاء بمعلوماتها إلى أضرار بليغة بالمستخدم. لذلك يجد هذا الالتزام مصدره في المادة 107 ق م ج.

وعادة ما يربط الفقه بين الالتزام بالمحافظة على الأسرار والالتزام بالنزاهة على الرغم من أن قانون العمل نص عليه بشكل مباشر، إلا أنه يُرى في هذا الصدد أن كثافة هذا الواجب تختلف حسب تنوع العمل ومكنة اطلاع العامل على أسرار العمل، لذلك فهو التزام غير محدود يخضع لمبدأ حسن النية .

¹ - صلاح محمد ذياب، التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة، 200، ص113.

² - مهدي بخدة، المرجع السابق، ص 194

ثانياً: جزاء الإخلال بالالتزام

نص المشرع على الالتزام بالمحافظة على الاسرار في المادة 07 فقرة 8 من القانون 11-90،¹ حيث جاء فيها: "يخضع العمال في إطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية: أن لا يفشوا المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيا، وأساليب الصنع وطرق التنظيم، وبصفة عامة أن لا يكشفوا مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة، إلا إذا فرضها القانون أو طلبتها السلطة السلمية"². و قد نص على هذا الالتزام التشريع المصري في المادة 4-685 ق م م، وأيضا المادة 57 من قانون العمل المصري رقم 2013-12

وقد اعتبر المشرع إفشاء الأسرار خطأ جسيما، يمكن أن ينجر عنه فصل العامل دون تعويض أو إشعار مسبق، ذلك أن الإضرار برب العمل عن طريق تقديم أسرار العمل للغير، يمكن أن تصل إلى حد فقد الثقة في العامل، وتؤثر على استقرار علاقة العمل، مما يجعل تسريح العامل أمرا مشروعا. وتؤكد هذا المادة 2 من القانون رقم 91-29³ المعدلة للمادة 73 فقرة 3 من قانون 90-11 حيث جاء فيها: "يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة، إذا أفشى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا، وطرق الصنع والتنظيم، أو وثائق داخلية للهيئة المستخدمة، إلا إذا أذنت السلطة السلمية بها، أو أجازها القانون".

¹ - قانون رقم 11-90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 ابريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج ر العدد 17.

² - وقد رتب القانون الجزائي المسؤولية الجنائية عند الإخلال بالالتزام بالسرية، إذا كان الأمر يتعلق بطريقة صنع متطورة، وفق نص المادة 302 من قانون العقوبات .

³ - قانون رقم 91-29 مؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1412 الموافق 21 ديسمبر 1991 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر العدد 68

وقد ذهب محكمة النقض الفرنسية إلى القول أن كشف المعلومات السرية من قبل العامل يشكل إخلالاً بمبدأ حسن النية¹، وذهبت أيضاً إلى أن عدم احترام السرية يمكن أن يعرض العامل للفصل لإتصاف سلوكه الجسيم².

ويظل الالتزام بالمحافظة على السر ممتداً إلى ما بعد انتهاء العلاقة العقدية، ما دام لرب العمل مصلحة في عدم افشاءه من العامل أي إلى أن تفقد الأسرار أهميتها، وإن كان يمنع على العامل افشاء السر للغير، فإنه يمكنه الاستفادة من هذه الأسرار لحسابه الخاص إذا لم تكن مسجلة كبراءات إختراع³.

الفقرة الثانية:

التزام العامل بعدم منافسة رب العمل

تتمكن فئة من العمال بحكم طبيعة عملهم الموكول لهم في المنشأة من الإطلاع على أسرارها والتعرف على عملائها، فيلتزم هؤلاء بحفظ أسرارها وعدم منافستها طوال فترة تنفيذ عملهم. و قد تدخلت مختلف التشريعات ونظمت وقيدت التزام العامل بعدم المنافسة، في حدود لا تؤدي للإضرار بمصلحة العامل في استغلال قدراته المهنية بعد انتهاء عقد العمل، الأمر الذي قد يؤدي إلى إعاقة المنافسة بين المشروعات، وقتل روح المبادرة والابتكار لدى العمال. من ثم نحدد مضمون التزام العامل بعدم المنافسة (أولاً) لبحث مدى ارتباطه بمبدأ حسن النية وفكرة الأمانة والإخلاص والنزاهة في العقود، ثم نتعرض لحالات الإخلال بالالتزام بعدم منافسة (ثانياً).

¹ - Cass. soc., 30 mars 2005, n° 03 <https://www.courdecassation.f>

² -Cass. soc., 22 octobre 2008, n° 07 <https://www.legifrance.gouv.fr>

³ -مباركة دنيا، المرجع السابق، ص 38

أولاً: مضمون الالتزام بعدم المنافسة

يعرف التزام العامل بعدم المنافسة بأنه: "حظر قيام العامل بأي عمل لحسابه أو لحساب الغير، في أوقات فراغه".¹ فيعني هذا الالتزام التزام العامل بالأمانة والإخلاص لرب العمل، والحفاظ على أسرار العمل. لذا يعد هذا الالتزام جزءاً من الالتزام بالمحافظة على أسرار العمل، حيث يرى الفقه الفرنسي أن التزام العامل بعدم منافسة رب العمل، ينبع من وجوب التزام العامل بالأمانة والإخلاص والولاء لصاحب العمل، باعتبار أن العامل جزء من المشروع الذي يديره رب العمل.²

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول أن النشاطات المهنية التي يمارسها العامل، دون علم صاحب العمل في مشروع منافس يعد خرقاً للالتزام بالنزاهة وشرط السرية، ويشكل خطأً جسيماً.³

من ثم يقتضي من العامل حفظ تجاربه وسائر خبراته لصالح رب العمل، فيمتنع عليه عندئذ إفراغ تلك التجارب أو نقلها للغير أثناء الراحة وبعد انتهاء علاقة العمل، حفاظاً لمصلحة المشروع. فيعد مبرراً لحماية مصلحة المشروع، لأنه يحمي صاحب العمل من المنافسة غير المشروعة، التي يمكن أن يمارسها ضده العامل أثناء سريان عقد العمل، أو بعد إنتهاء عقد العمل.⁴

¹ - سلامة عبد التواب، التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 11

² - حمدي عبد الرحمن، التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل في كل من القانون المصري والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع الأول، يناير، 1974، ص 132.

Valentin Guislain, Étude : La bonne foi dans les relations individuelles de travail; Billet du blog , publié le 08/09/2013 www.legavox.fr.

³ - Cass. soc. 30 juin 1982, n°8041.114, Bull. civ. IV, n° 314.

<https://www.legifrance.gouv.fr>

⁴ - مباركة دنيا، المرجع السابق، ص 38.

إن التزام العامل بعدم منافسة رب العمل يعد من الآثار المترتبة على عقد العمل، وهو التزام تستوجبه مقتضيات مبدأ حسن النية في تنفيذ عقد العمل.¹ فعقد العمل يبقى بعيدا عن تحقيق الهدف الاجتماعي، إذا لم يقترن بمقتضيات حسن النية. من ثم فالمنافسة التي تتم أثناء سريان عقد العمل تمثل خطأ جسيما، لأنها إخلال بالالتزام بالإخلاص. فلا يجوز للعامل مثلا أن يعمل بعد انتهاء مواعيد العمل، في عمل منافس لرب العمل، سواء لحسابه أو لحساب شخص آخر. ويعد هذا الالتزام التزام بالامتناع عن عمل أي التزاما سلبيا.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية المنافسة التي تتم أثناء سريان عقد العمل تمثل خطأ جسيما، لأنها إخلال بالالتزام بالإخلاص الذي يلتزم كل أجير بإحترامه أثناء سريان عقد العمل، فالعامل يقع عليه إلتزام ضمني بعدم المنافسة، حتى في غياب شرط صريح بذلك، ما دامت العلاقة العقدية مستمرة.² لذلك فإنه أثناء تنفيذ عقد العمل لا يستطيع الأجير منافسة صاحب العمل، إنطلاقا من موجب الإخلاص المفروض عليه خلال تنفيذ العقد³

هذا الالتزام نص عليه المشرع الجزائري صراحة، ويعد من الالتزامات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها جواز فصل العامل، دون أن تترتب أية مسؤولية على رب العمل بتعويض العامل⁴. أوجبه المادة 7/7 من القانون 11-90: " أن لا تكون لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة في مؤسسة، أو شركة منافسة أو زبونة أو مقاوله من الباطن، إلا إذا كان هناك اتفاق مع المستخدم، وأن لا تنافسه في مجال نشاطه."

¹ - حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 131.

² - Cass.soc-5 mai1971-bull-civ-n327,p276

مقتبس عن مباركة دنيا، المرجع السابق، ص 39.

³ - J.Pelissier,G.Auzero, E.Dockes :Droit du travail, Précis D,2012,p 365

⁴ - حمدي بخدة، المسؤولية العقدية في علاقات العمل، دار الأمل، تيزي وزو، 2013، ص 161.

وقد يمتد هذا الالتزام إلى ما بعد انتهاء العلاقة العقدية، باتفاق ما بين رب العمل والعامل. إذ يصعب في كثير من الأحيان معرفة ما يمثل خبرة وما يمثل سرا، فيستفيد العامل بشكل أو بآخر من أسرار المنشأة. و عادة ما يحتاط رب العمل لذلك، بتضمين عقد العمل شرطا اتفائي بعدم المنافسة بعد انتهاء عقد العمل، حتى يضمن عدم منافسة هذا العامل له في المستقبل، بالاستفادة من أسرارها وعملائها.¹

وقد نص المشرع الجزائري على الالتزام بعدم المنافسة أثناء سريان عقد العمل، إلا أنه لم ينص على اتفاق عدم المنافسة الممتد بعد إنتهاء عقد العمل، غير أنه يستشف من المادة 27 من الأمر رقم 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،² موقف المشرع الجزائري حيث ورد فيها أنه: يعد من قبيل الممارسات غير النزيهة الإستفادة من الأسرار قصد الإضرار بصاحب العمل. ما يعني أن بإمكان رب العمل أن يدرج في عقود العمل مثل هذا الشرط، منعا للإضرار بمصالحه الإقتصادية. وهذا على خلاف المشرع المصري حيث نظم شرط عدم المنافسة بموجب المادة 686 ق م م.

أما التشريع الفرنسي فيخلو من تنظيم تشريعي لاتفاق عدم المنافسة وغالبا ما تتضمن الإتفاقيات الجماعية تنظيما له.³

¹ - يختلف التزام عدم المنافسة عن شرط عدم المنافسة في أن الأول مصدره القانون، والثاني مصدره الاتفاق، يرد في الغالب النص عليه بمقتضى شرط في عقد سابق بين الطرفين، تتقرر غايته بحماية مصلحة رب العمل لا سيما المرتبطة بعنصر العملاء. فعادة ما يكون ملحقا بعقد العمل، أو عقد التوزيع، أو عقد التنازل عن محل تجاري. بن عزوز بن صابر، نشأة علاقات العمل الفردية في التشريع الجزائري، ط الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص161.

² - الصادر بتاريخ 23 يوليو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41.

³ - ولأن شرط عدم المنافسة الذي يتفق عليه بعد انتهاء عقد العمل، يمثل قييدا على حرية المنافسة. فقد أخضعه المشرع المصري إلى عدة شروط - أن تكون هناك مصلحة جدية لرب العمل - أن تتوافر الأهلية لدى العامل ببلوغه سن الرشد

ورغم أن هذا الالتزام يتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية في العقود، فإنه يمثل خطراً على حرية العامل المتمثل في حرية المقاوله والتعاقد.¹ كما أن المادة 6 من القانون 03/03 المتعلق بالمنافسة اعتبرت الحد من الدخول للسوق أو ممارسة النشاطات التجارية شكلاً من الممارسات المقيدة للمنافسة²، لذلك تدخل التشريع بوضع حدود للالتزام بعدم المنافسة، أي الالتزام الذي يفرضه مبدأ حسن النية، لما هو لازم لحماية رب العمل من التحويل غير المشروع للعملاء، كما تدخلت لوضع حدود لشرط عدم المنافسة الذي قد يدرج في عقد العمل أو في اتفاق لاحق، والذي يقضي بتقييد حرية العامل بعد انتهاء عقد العمل .

ويتشدد هذا الالتزام خاصة على الإطارات واليد العاملة الفنية، فبالنسبة لهؤلاء تبدو أهمية تسريب المعلومات التقنية غير أن المشرع الجزائري لم يفرق بين اليد العاملة

=وقت إبرام العقد - وأن يكون القيد مقصوراً من حيث الزمان والمكان، ومن حيث نوع العمل .- أن لا يكون مرتبطاً بشرط جزائي مبالغ فيه. وأن يلتزم رب العمل بتقديم تعويض مقابل التزامه بالشرط.

على أن المفاضلة بين المصلحتين لا بد أن يخضع لقاعدة الأعمال بما هو أفع للعامل .فتى كان الشرط يتضمن شبه استغراق لحرية العمل أو المنافسة، دون أن يتضمن تعويضاً عادلاً، كان للقاضي أن يبطل الشرط .فببقي الأصل حرية العامل أما التقييد مجرد استثناء

وتقدير صحة الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة مسألة موضوعية، تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع .فعلى هذا الأخير أن يوازن بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة رب العمل بحماية أسرار ومصلحة العامل بما لا يستغرق حريته في العمل أو يهدد مستقبله الاقتصادي .

همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص352.

¹ إدراج شرط عدم المنافسة دون تقييد يتعارض مع ما جاء في المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكذا الاتفاقيات الدولية لمنظمة العمل الدولية رقم 122، المتعلقة بسياسة التشغيل لسنة 1964 التي صادقت عليها الجزائر، حيث ورد فيها أن لكل عامل حرية إختيار العمل، وأن توفر له أفضل فرصة ممكنة لشغل الوظيفة التي تناسب قدراته ومؤهلاته .

² - الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، الصادر بتاريخ 19 يوليو 2003 ج ر رقم 43. كما تشير إلى نفس المعنى المادة 06 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 09.

الفنية والعامل العادي كالعامل في النظافة، حيث علل حكم الحظر بوجود مصلحة، فحيث وجدت المصلحة وجد الحظر.¹

ثانياً: حالات الإخلال بالالتزام بعدم المنافسة

تقتضي مصلحة رب العمل، منع العامل من القيام بأي نشاط ذي مصلحة لدى مؤسسة منافسة، للحفاظ على مكتسبات المشروع. ذلك أن رب العمل يتكلف أعباء مالية في سبيل الحصول على الوسائل الفنية والطرق المستحدثة، والعمل ذاته يتطلب تدريب العمال على استخدام تلك الوسائل والتقنيات، مما يتيح لهم معرفتها والدراية بها. فإذا ما قام العامل بالاستفادة مما اكتسبه وقدمه للغير في شكل نشاط موازي لرب العمل يكون قد أضر بصاحب العمل، وهذا هو عين المنافسة غير المشروعة. وللحفاظ على مصلحة رب العمل، صاغ المشرع حالات اعتبر القيام بها إخلالاً بالالتزام بعدم المنافسة في المادة 07 من القانون 90-11 ومن ثم إخلالاً بمبدأ حسن النية وهي:

- وجود مصلحة للعامل في مؤسسة أو شركة منافسة دون موافقة المستخدم : وسواء كانت المصلحة مباشرة مالية، كأن تدفع له منحة أو مكافأة أو هدايا أو عمولات أو دفع تكاليف علاج، أو غير مباشرة كأن تمنح لأحد أقاربه. و يدخل في مفهوم المصلحة المباشرة ممارسة العامل لنشاط في مؤسسة منافسة، أو انشاؤه لشركة منافسة أو اشتراكه في شركة منافسة.

¹ - من ثم فرض هذا الالتزام على عامل المشروع يحقق مصلحة، أيا كان مركزه الوظيفي، فيعد ذلك تشديداً من المشرع لحماية المصلحة المرجاة .

وتصرف صفة العامل الفني إلى كل من المسير الأجير الرئيسي المدير العام والوكيل، حيث تخضع هذه الفئة من العمال لأحكام مختلفة، ما بين قانون العمل من حيث أن لهم نفس الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتقهم، ولأحكام القانون التجاري باعتبارهم وكلاء عن الشركة أو المؤسسة، حسب المادة 02 و06 من المرسوم التنفيذي رقم 90-290 المتعلق بالنظام الخاص بعلاقات العمل الخاصة بمسيري المؤسسات، المؤرخ بتاريخ 29 سبتمبر. 1990 ج ر العدد 42.

من ثم حظر المشرع الجزائري على العامل انتفاعه بأي مصلحة، أيا كانت من شركة منافسة إلا بموافقة المستخدم. و هذا على خلاف المشرع المصري حيث لا يسري الحظر على قبول المكافآت والهدايا...من شركة منافسة. فنصت المادة 57 من قانون العمل المصري رقم 12-2003: " يحظر على العامل أن يقوم بنفسه أو بواسطة غيره بالأعمال التالية :-العمل للغير سواء بأجر أو بدون أجر، إذا كان في قيامه بهذا العمل ما يخل بحسن أداءه لعمله، ولا يتفق وكرامة العمل...ممارسة نشاط مماثل للنشاط الذي يمارسه صاحب العمل أثناء سريان عقد العملو لا يسري هذا الحظر على الإقتراض من المصارف قبول الهدايا أو المكافآت أو العمولات، أو مبالغ أو أشياء أخرى بأية صفة كانت، بمناسبة قيامه بواجباته بغير رضا صاحب العمل ".

وفي هذا الصدد نجد أن محكمة النقض الفرنسية أكدت أيضا على ضرورة الموازنة بين حرية ممارسة النشاط المهني وواجب النزاهة.الذي يبقى قائما حتى أثناء تعليق عقد العمل¹.

¹ - CASS. chambre sociale 5 juillet 2017 N° de pourvoi: 16-15623 « la conciliation du principe de libre exercice d'une activité professionnelle et de l'obligation de loyauté, qui continue à peser sur le salarié pendant la période de suspension de son contrat de travail, implique que l'exercice d'une activité professionnelle pour le compte d'une entreprise concurrente, au cours d'une période de congés payés, ne puisse justifier un licenciement que s'il cause un préjudice à l'employeur ; qu'en considérant que le fait pour la salariée d'avoir exercé des fonctions de maître-chien pour le compte d'une société concurrente pendant une dizaine de jours, au cours d'une période de congés payés, constituait une faute grave justifiant son licenciement immédiat, sans avoir caractérisé l'existence d'un préjudice subi de ce chef par l'employeur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision

-وجود مصلحة للعامل في مؤسسة أو شركة زبونة دون موافقة المستخدم، فالإتصال بالعملاء يعد ضرورة عملية تستدعيها مصلحة المشروع، لكن لا ينبغي أن يستغله العامل بأن يجني مصلحة شخصية. كما أن الأمر يؤدي إلى التمييز بين الزبائن، وتعديا على حقوق رب العمل في الانتفاع بزبائنه دون غيره من العمال، إلا إذا وافق رب العمل على انتفاع العامل من تلك المصلحة. فالتعامل مع الزبائن يقتضي الصدق في التعامل وتقديم خدمات تتسم بالجودة للمحافظة على السمعة الطيبة للمشروع، فإذا ما سادت المحاباة، وأصبح الزبون الذي يستأثر بخدمة عالية هو من يدفع هدايا، فإن مصداقية المشروع تزول ويفقد سمعته بين الزبائن.¹

-وجود مصلحة للعامل في مقاولة من الباطن دون موافقة المستخدم، والمقاولة من الباطن هي تلك المؤسسة التي أجرها رب العمل للغير، أو هي فرع للمؤسسة الأصل، وأي مصلحة للعامل ينتفع بها من وراء هذه المقاولة يعني استئثار العمل بما ليس له، إلا إذا وافق على ذلك رب العمل. فالعامل يعتبر وسيلة من وسائل المشروع تربطه علاقة تبعية برب العمل، فينفذ أوامر المستخدم بما يقدمه من خدمة للمشروع الذي ينتمي إليه.

بيد أن بقاء العامل ضمن عمال المشروع مع رغبته في استغلال وقت فراغه، لدى مؤسسة أخرى تمارس نشاطا مختلفا عما تمارسه مؤسسة العامل الأصلية، لا يعد مخالفة للالتزام بعدم المنافسة. كما أن المشرع الجزائري لم يمنع العامل من القيام بعمل لحسابه

=au regard du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et des articles L. 1222-1, L. 1232-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail. »

¹ - مهدي بخدة، المرجع السابق، ص 172.

الخاص في أوقات فراغه، ولو قام بنفس النشاط الذي يمارسه رب العمل، دون أن يكون عمله لفائدة مؤسسة أخرى، إذ ترك له الحرية في ذلك .

غير أن جانب من الفقه يرى أن ممارسة العامل لنشاط مختلف، سواء لحسابه أو لحساب رب عمل آخر يضر بمصلحة المشروع، إذا كان أداء العمل الأخير يؤثر سلباً على أداء عمله الأصلي، أو على بذله للعناية المطلوبة أو يتنافى ومكانة المؤسسة التي يعمل بها.¹

ويقتيد العامل بالالتزام بعدم المنافسة خلال مدة سريان عقد العمل، فلا يلتزم العامل بعد المنافسة بعد انتهاء عقد العمل إذ بإمكانه أن يمارس ما يشاء من النشاطات، يستوي في هذا أن تكون تلك الممارسة لدى رب عمل آخر، أو بصفته شريك بما في ذلك النشاط الذي إكتسبه خلال ارتباطه بعقد عمل سابق، وما تولد عنه من خبرات ومؤهلات وقدرات.²

نشير أخيراً إلى أن تحديد الحالات التي تشكل إخلالاً بالالتزام بعدم المنافسة من قبل المشرع جاءت على سبيل المثال. لذلك فإن مبدأ حسن النية كقاعدة مرنة يفيدنا في تحديد وإبراز السلوك الحسن المتوقع من العامل للقول بأنه إخلال بالالتزام بعدم المنافسة من عدمه. فخرق واجب النزاهة سيتوقف على ظروف كل قضية على حدى.³

¹ - محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1982، ص 223

² - مهدي بخدة، المرجع السابق، ص 179.

³ - Valentin Guislain, Étude : La bonne foi dans les relations individuelles de travail ;Billet du blog , publié le 08/09/2013 www.legavox.fr

المبحث الثاني:

الالتزام العام بالتعاون

كان المبدأ السائد في ظل الأخذ المطلق بنظرية سلطان الإرادة، أن على كل متعاقد أن يؤمن مصالحه الخاصة بوسائله الذاتية . ومن ثم يتعين عليه أن يجمع المعلومات الضرورية، لكي يقدم على التعاقد وهو عالم بحقيقته، لأن العقد يفترض تعاضدا في المصالح بين كل من طرفيه. لدى فإن كل متعاقد يسعى إلى تحقيق مصالحه الخاصة ولو على حساب مصالح المتعاقد الآخر، الأمر الذي يحتم وجود صراع مستمر يخفيه التعاون العقدي الظاهر. إلا أن هذه النظرة للعقد تغيرت بفعل عوامل التطور الاقتصادي والتقني، وما صاحبه من خلل في التوازن العقدي. فأصبحت العلاقة العقدية تستمر في بعض العقود باستمرار التعاون فيها. فما مضمون الإلتزام بالتعاون (المطلب الأول).

و يعتبر الإلتزام بالإعلام مظهرا من مظاهر التعاون نو إن كان يطلب أحيانا من أحد المتعاقدين دون الآخر كما في عقد الاستهلاك إلا أن الألتزام بالإعلام لا يقف عند هذا الحد، لأنه قد يكون مطلوبا أيضا من الدائن في العلاقة العقدية كما في عقد التأمين، كما وأنه يتطلب استعلاما من أجل الإعلام لتجسيد التعاون الحقيقي بين الطرفين . فنتعرض للإلتزام بالإعلام كمظهر بالتعاون على ضوء ما ذكرناه سابقا. (المطلب الثاني)

المطلب الأول:

مضمون الإلتزام العام بالتعاون

اتجه جانب من الفقه الفرنسي خاصة الفقيه PICOD و DEMOGUE، مؤيدين من القضاء الفرنسي، إلى التوسيع في مضمون مبدأ حسن النية، ليشمل الإلتزام بالتعاون الإيجابي بين الطرفين إلى جانب الإلتزام بالنزاهة. والحقيقة وإن كانت فكرة هذا الواجب قديمة إلا أن إلزاميته حديثة العهد فرضته ضرورات التعامل، والتطورات

الجديدة للعلاقة العقدية. فتعرض لتعريف الالتزام العام بالتعاون (الفرع الأول). ثم لنطاقه الالتزام العام بالتعاون على ضوء عقد التأمين وعقد العمل، نظراً لأن هذه العقود تتضمن درجة عالية من التعاون (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تعريف الالتزام العام بالتعاون

يفرض مبدأ حسن النية تعاوناً وثيقاً ومستمراً بين المتعاقدين، من أجل الوصول بالعقد إلى نهايته. فالعقد في واقع الأمر لا يقوم على الصراع والتناحر بل على التعاون والثقة المتبادلة بين طرفيه. فما المقصود بالالتزام بالتعاون (الفقرة الأولى)، وما الذي يفرضه واجب التعاون (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى:

المقصود بالالتزام بالتعاون

يعد التعاون أحد مظاهر التفاعل الاجتماعي ونمط من أنماط السلوك الإنساني. وعملية التعاون هي التعبير المشترك لشخصين أو أكثر، في محاولة لتحقيق هدف مشترك،¹ وهو التزام إيجابي يفرضه مبدأ حسن النية. إذ تطورت فكرة حسن النية وباتت تفرض على المتعاقد أن يتخذ موقفاً إيجابياً، ويكون ذلك بالتعاون وعدم الإكتفاء بالامتناع، لأن العقد ليس مجرد ثمرة التوفيق بين إرادتين متضادتين تعبران عن مصالح متعارضة، وإنما يجب أن ينظر إليه على أنه وسيلة قانونية للتعاون بين الطرفين.²

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 486

² - وفاء حلمي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 40

يذهب بعض الفقه تأكيداً لهذا الالتزام، ومن بينهم "جاك فلور"¹ للقول أن: "العقد وإن كان يرتكز على روابط متعارضة، إلا أن هذا لا يعني أنه لا يرتكز على رؤى متآزرة". فالعلاقة العقدية علاقة تعاون وليست علاقة خصام أو مجابهة، إذ أن تضارب المصالح لا يمنع من تعاون المتعاقدين، وأن أعمال هذا الواجب يؤدي إلى تحقيق مصلحة كل الأطراف،² ولا محالة إلى تسهيل تنفيذ العقد. فالعقد مشاركة بين طرفين شأنه في ذلك شأن أي شركة، ينطوي على تحقيق مصلحة مشتركة تؤدي بالضرورة إلى إنجاز المصلحة الفردية لكل منهما. فإبرام العقد يعني التوفيق بين المصالح المتعارضة، إذ يتحول التعارض في المصالح السابق على التعاقد إلى تعاون إيجابي.

يذهب Picod إلى أن موجب التعاون يوجب على الدائن، في كل مرة يستطيع فيها دون المساس بمصالحه، إعانة المدين لإتمام التنفيذ.³ بينما عبر عنه Demogue بالقول بأنه: "يشكل المتعاقدان نوعاً من البيئة الصغيرة، فهو مجتمع صغير أين يجب على كل واحد العمل لأجل هدف مشترك، الذي هو محصلة الأهداف الفردية المبتغاة، من كل واحد تماماً مثل المجتمع المدني أو المجتمع التجاري".⁴

¹ - راي جاك فلور مشار إليه في: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 153

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 296.

³ - بيار اميل طويبا، المرجع السابق، ص 192.

⁴ - F.Naneur ,op,cit ,P57

ذكر الالتزام بالتعاون في العديد من مؤلفات شراح القانون المدني الفرنسي نذكر منهم

- Nathalie Vezina , La demeure, le devoir de bonne foi et la sanction extrajudiciaire des droits du créancier

وهو ما يؤيده أيضا Ripert بالقول أن: "العقد إتحاد بين الدائن والمدين في مؤسسة صغيرة ومؤقتة من أجل غاية محددة"¹.

و رغم هذه النظرة شبه المثالية للسياق العقدي، لا ينفي Carbonnier إمكانية التنافس رغم التعاون المفترض، على اعتبار أن كل متعاقد يسعى لبلوغ أهداف خاصة من الرابطة العقدية.²

بينما يعرفه عبد الحلیم القوي بأنه يعني قيام كل متعاقد بذل العناية اللازمة، للوصول بالعقد إلى أفضل صورة وأحسن حال.³

ويختلف الالتزام بالتعاون عن الالتزام بالتسامح في العقود، فهذا الأخير يعني أن يأخذ القاضي ومن بعده الدائن بعين الإعتبار ظروف المدين واختلال التوازن في العلاقة العقدية، فيتم تعديل العقد إما طبقاً لنظرية الظروف الطارئة، وإما بناءً على نظرة الميسرة أو عدم تعسف الدائن في مطالبته بحقوقه الناتجة عن العقد. فيمتنع على الدائن المطالبة بفسخ العقد إذا كان الالتزام الذي لم يوفه المدين ثانوياً. بينما الالتزام بالتعاون يفرض إعلاماً للطرف الآخر عن الأمور التي تهمه لإتمام العقد برضا مستنير، كما أنه يفرض التزاماً بالاستعلام أحياناً ممن يقدم على التعاقد وأحياناً أخرى من الطرف الذي يلم بخصوصيات محل التعاقد، فيستعلم حتى يعلم المتعاقد الآخر الجاهل لهذه الخصوصيات.⁴

¹ - Gorges Ripert, Cité par F.Diesse , Le devoir de coopération dans le contrat, thèse, Lille II , 1998, p 265.

² - مشار إليه في محمود محمود المغربي، المرجع السابق، ص 122.

³ - عبد الحلیم القوي، المرجع السابق، ص 427.

⁴ - عودة إلى ما ذكرناه في الباب الأول .

الفقرة الثانية:

ما يفرضه واجب التعاون

يرى بعض الفقه الفرنسي أن واجب التعاون، يفرض من جهة تسهيل تحقيق الهدف من العقد، ومن جهة أخرى مراعاة الفائدة التي يسعى إلى تحقيقها المتعاقد الآخر، ويفرض أيضا الالتزام بإبعاد الخطر عن المتعاقد الآخر. لاسيما في العقود الممتدة التي يستحيل الاستمرار فيها دون مراعاة واجب التعاون ما بين الطرفين، والذي يقتضي دائما الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف الآخر.¹

يفرض التعاون على المدين أن يبذل أقصى جهد، لجعل تنفيذ الالتزام مفيدا ونافعا بالنسبة للدائن. وعلى الأخير أن لا يستفيد مما قد يواجهه المدين من عقبات أثناء تنفيذ العقد، فيسأله في الوفاء بالتزاماته، ولا يتمسك بنصوص العقد الحرفية طالما أن التنفيذ يحقق المقصود من العقد، وتسهيلا لتنفيذ العقد إذا ما تعددت وسائل تنفيذ الالتزام فإن على المدين أن يختار أحسنها لرعاية مصلحته ومصلحة الدائن، لأن مبدأ حسن النية يأبي أن يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفائدتها على حساب الطرف الآخر.²

¹ - Beatrice Jaluzot, La bonne foi dans les contrats, Etude comparative des droits français. allemand et japonais. D.lyon3. 2001.p503.

- François Diesse, op.cit ,p 263.

² - عبد الحلیم القوي، المرجع السابق، ص 453.

ويرى البعض أن واجب التعاون يفرض على البائع في عقد البيع التزاما بعدم التعرض، ضرورة إخطار المشتري البائع بالتعرض لدفعه، وفي عقد الوكالة يفرض على الوكيل ضرورة موافاة الموكل بكل المعلومات الضرورية أثناء تنفيذ عقد الوكالة، وفي عقد التأمين ضرورة إخطار المؤمن في حال تفاقم الخطر، وأن يبذل كل ما في وسعه لخصر أثاره، وفي عقد العمل القيام بكل ما يؤدي إلى حماية مصالح العمل .

وفاء حلبي جميل، الالتزام بالتعاون، القاهرة، 1988، من ص 24 إلى 59.

والالتزام بالتعاون على هذا النحو تقتضيه قواعد حسن النية والعدالة، التي تأتي أن يستأثر أحد طرفي العقد بفائدته، وإلقاء أعباءه بكاملها على المتعاقد الآخر على الرغم من أنه في وسعه أن يقوم من جانبه بما يسهل على المتعاقد الآخر أداءه للإلتزامه. إذ يتضمن هذا الإلتزام قيام الأطراف بكل الأعمال، التي تعد ضرورية من جانبهم كي ينتفع الطرف المقابل، وعادة لا يتم النص الصريح كتابة أو شفاهة على هذا الإلتزام، بل يفترض وجوده ضمناً مثله مثل الإلتزام العام بالنزاهة.¹

بعبارة أوضح، إن الإلتزام بالتعاون يفرض على كل طرف تنبيه الطرف الآخر-أثناء تنفيذ العقد-، إلى كل الوقائع التي تقتضي مصلحته الإلمام بها من أجل تنفيذ العقد، ويسود هذا التعاون طيلة فترة تنفيذ العقد، وخاصة بالنسبة للعقود المتراخية التنفيذ.و تطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف Aix بفسخ العقد لأن أحد المتعاقدين: "قد تخلى أثناء تنفيذ العقد عن الروح التي كانت تحرك الطرفين عند إبرامه، ولم يجتهد بقدر المستطاع لتسهيل عمل الآخر."²

إن عدم تعاون أحد الطرفين في الرابطة العقدية يفيد إعفاء الطرف الآخر ولو جزئياً، من نتائج وعواقب عدم التنفيذ الذي يثيره الطرف الأول³. فمبدأ حسن النية يتطلب من المدين القيام بكل ما يساعد الدائن في الانتفاع التام بعمله القانوني، كما أن الدائن بدوره يجب عليه وفقاً لنفس المبدأ، أن يسهل على المدين تنفيذ التزاماته، ويتعين على كل منهما أن يعبر على أكثر قدر من التعاون والعناية، وكذلك المساعدة خلال

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 395

² - Aix,2 dec,1983 ;BULLciv,c,Aix,1983,No138

مقتبس عن سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، ط الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص 115

³ - فليب لوتورنو، ترجمة العيد سعادنة، المرجع السابق، ص 119.

مرحلة تنفيذ العقد.¹ وهو الأمر الذي يبرر على حسب الفقيه MESTER تعديل العقد من أجل إعادة التوازن، فهو وسيلة لتكييف العقد وهو بذلك يزيد من حيوية العقد.² وكثيرة هي العقود التي يتجلى فيها حسن النية في التنفيذ في صورة التزام بالتعاون، إذ يقتضي أن يبذل كل طرف ما في وسعه لتمكين الطرف الآخر من تنفيذ التزاماته. ولا شك أن التعاون المنشود في العقد يخفي في حقيقته تعارض في المصالح، بمعنى أن كل متعاقد يسعى للوصول إلى مصلحته الخاصة، ومن أجل ذلك يقتنع كل مناسبة لتحقيقها. لكن تعارض المصالح يكون عادة مجاله الأساسي عند إبرام العقد، وإن كان يبرز أحيانا عند التنفيذ، فإن التوصل إلى اتفاق بين الطرفين يفيد التفاهم بينهما³. إلا أنه يُرى أن هذا الالتزام أصبح يشمل حتى مرحلة قبل إبرام العقد سيما في فترة المفاوضات.

ويرى الفقه أنه بالرغم من أن مبدأ حسن النية يعم كافة العقود، إلا أن درجة اقتضاء هذا المبدأ تتفاوت من عقد لآخر. فثمة عقود تتطلب حسن النية على نحو متشدد كما هو الحال بالنسبة لعقود التأمين، التي يشترط إزاءها توافر حسن النية لدى المستأمن في إدلاءه بكافة البيانات، والمعلومات المتصلة بالخطر وبتفاهمه، ومخالفة ذلك سواء بالإدلاء ببيانات كاذبة أم حتى باخفاء معلومات مؤثرة عن المؤمن، يمثل خرقاً لمبدأ

¹ - وليد صلاح مرسى رمضان، القوة الملزمة للعقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 265.

² - J.Mester ,D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration , RTD civ ,1986, p 102.

³ - مُجَدَّ حسين منصور، المرجع السابق، ص 375.

حسن النية. لدى توصف مثل هذه العقود بأنها عقود منتهى حسن النية.¹ فالمقصود هو التعاضد والإعلام المتبادل الذي يجب أن يوجد بين الدائن والمدين.²

وفي العقود التي تحتاج إلى تفاوض يلتزم أطراف التفاوض، بالتعاون فيما بينهما طيلة مرحلة المفاوضات بما يكفل الوصول بها إلى نتيجة مرضية، سواء بإنعقاد العقد المتفاوض عليه أو بدونه. وبخصوص مضمون الإلتزام بالتعاون فيرى البعض بأنه ليس هناك إلتزام بالتعاون بشكل مستقل، بمعزل عن الإلتزامات الأخرى كالإلتزام بالجدية والإستمرار بالتفاوض وعدم قطعه بدون مبرر، وغيرها حيث يتجسد مضمونه بالوفاء بتلك الإلتزامات بأسرها.³

يتخذ الإلتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض صوراً عديدة، من هذه الصور الإسراع في تحديد مواعيد جلسات التفاوض، عدم التأخير بغير عذر مقبول عن حضور جلسات التفاوض، عدم الإصرار على تحديد أماكن لإجراء المفاوضات تستدعي السفر والإنفاق بدون مبرر، عدم الرفض بلا مبرر لتعيين خبير للبت في مسألة فنية محل خلاف الجدية في مناقشة عروض التفاوض، وعدم رفضها بدون مبرر معقول.⁴

ويتخذ هذا الإلتزام صورتان الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالإستعلام، إذ يلتزم المتعاقدان بالتعاون البناء بينهما طيلة فترة تنفيذ العقد، وحتى في مرحلة ما قبل إبرام العقد.

¹ - سهير منتصر، الإلتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص30

² - F.Naceur .op,cit .p56.

³ - هاديير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص175.

⁴ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 185

ويُوجب الالتزام بالإعلام في العقود على المحترف بخصوص منتج معين أن يدلي إلى المتعاقد معه بكافة البيانات الضرورية المتعلقة بإستعماله، وخاصة المعلومات المتعلقة بالتحذير من خطورته، وكيفية تفاديها، أو كيفية التعامل معها في حالة حدوثها،¹ كما أن البائع يتعين عليه، ليس فقط تسليم الزبون جهاز غير معيب، وبالمواصفات التي تم الاتفاق عليها، وإنما يجب أن يستعلم عن حاجيات هذا الزبون، وأن ينصحه بمدى ملاءمة الجهاز المقترح للاستعمال الذي يريده.

الفرع الثاني:

نطاق الالتزام العام بالتعاون في العقود

يختلف نطاق الالتزام بالتعاون في العقود من عقد لآخر، فطبيعة بعض العقود تفرض درجة عالية من التعاون بين الطرفين وبشكل مستمر كالعقود الزمنية² مثل عقد التأمين (الفرع الأول)، وعقد العمل (الفقرة الثانية) إذ أنها تحتاج تعاوناً وثيقاً لتمتكن من الاستمرار أكبر قدر ممكن من الزمن، بل أنه في مثل هذا العقود يترتب على الإخلال بالتعاون بين الطرفين، جزاء يوقع على الطرف المخل به.

¹ - سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 117

² - من العقود التي تحتاج الى تعاون بين الطرفين عقود التجارة الدولية، نظراً إلى أنها من جهة ممتدة من حيث النطاق الجغرافي، وأنها عقود زمنية. و من جهة أخرى أنها عقود تجارية، والتجارة تحتاج إلى السرعة والمرونة في المعاملات والتعاون، لأنها ترتبط بصفقات ضخمة تؤثر على الاقتصاد فبإدنى التعاون مفروضة على كل الممارسين الاقتصاديين للتجارة الدولية، حيث أن على أطراف العقد الواجب الضمني بتنسيق جهودهم، للتعاون والتنفيذ الدقيق لالتزاماته شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 395

وقد شهد الالتزام بالتعاون ميلاده الأول في عقود الاعلام الآلي وعقود البناء حيث يستوجب قيام البائع بإعلام المشتري بما يعلم وأن يستفسر المشتري عما يرغب فيه. و يستوجب من المشتري أن يسلك نفس سلوك البائع. بودالي مُجد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص 72.

الفقرة الأولى:

نطاقه في عقد التأمين

إن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام في جميع العقود. لكن في عقد التأمين يتخذ معنى خاص إذ يتطلب هذا الأخير مستوى مرتفع من الصدق والأمانة والثقة والتعاون، سيما في جانب المؤمن له¹. فالظروف الخاصة السائدة في صناعة التأمين، تجعل المؤمن بشكل خاص تحت رحمة المؤمن له. إذ ليس باستطاعته الإحاطة بحقيقة الخطر وظروفه إلا من خلال البيانات التي يدي بها المؤمن له، فلا يكون أمامه إلا أن يثق به لذا يتوجب على هذا الأخير أن يكون أميناً وحسن النية لدى إدلائه بهذه البيانات عند التعاقد².

حيث يتوقف تقدير حجم الخطر ومبلغ التأمين الذي يلتزم المؤمن بدفعه على تعاون المؤمن له معه، لذا يتطلب عقد التأمين من المؤمن له مساعدة المؤمن بالإفصاح قبل إبرام عقد التأمين، عن أي ظرف جوهري يعلم به أو يفترض علمه به من مجريات العمل العادية، والظرف الجوهري يعتبر كذلك إذا كان من شأنه التأثير على قرار المؤمن، بقبول التأمين أو رفضه، وفي تحديد مقدار القسط³. ويستمر التزامه بالإعلام بجميع الظروف

¹ - هلاير أسعد احمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 416

² - شفيق شرف، المنتقى في شرح عقد التأمين ط الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 96.

³ - عادل أحمد إبراهيم أبو العيلة، المبادئ القانونية الخاصة بعقد التأمين وعلاقتها بعملية التسويق، مجلة إدارة الأعمال، مصر العدد 93، 2001، ص 31.

عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، دراسة مقارنة، ط الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 104

أحمد شرف الدين، المرجع السابق ص 80

التي تطرأ أثناء سريان العقد، ويكون من شأنها زيادة الخطر، فإذا أخل المؤمن له بالتزامه بالتعاون كان سيء النية .

وإن كان في العقود الفورية لأحد طرفي العقد أن لا يفصح عن بيان جوهرية إذا لم يسأل عنه إلا أن الحال غير ذلك في عقد التأمين، حيث أن أحد المتعاقدين وهو المؤمن يكون عاجزا أمام الطرف الآخر المؤمن له بخصوص الإفصاح عن البيانات الجوهرية، التي تؤثر في قرار المؤمن بقبول تغطية المخاطر المطلوبة أو عدم قبولها وفي تحديد القسط. ولهذا يشدد القانون على ضرورة أن يفصح المؤمن له عن المعلومات الجوهرية المتعلقة بالخطر المراد التأمين عليه، ومن ثم لا يخفى الدور الكبير الذي يلعبه عاملي الثقة وواجب التعاون في نجاح عملية التعاقد.¹

بالنسبة للمؤمن فإنه يتعين عليه أن يحرص على معرفة حقيقة الخطر بوسائله الخاصة، فيستعين في ذلك بأهل الخبرة، لينفرد بوضع الشروط الخاصة بالعقد معتمدا على خبرته المهنية، مما يجعله ملزما طبقا لما يقتضيه حسن النية بإعلام طالب التأمين بكل تفاصيل العقد . و قد أشار المشرع الفرنسي إلى إلزامية إعلام المؤمن له بمجموعة من البيانات قبل إبرام العقد طبقا للمادة 112-2 من قانون التأمينات²، في حين لا نجد نصا مماثلا في التشريع الجزائري يلقي على عاتق المؤمن إلزاما بالإعلام ما عدى نص المادة 17 من القانون رقم 04-06³ حيث تتم أحكام المادة 70 من الأمر 07-95 و تشير إلى ضرورة أن يسلم المؤمن للمؤمن له كشوف معلومات تحتوي إجباريا على توضيحات تتعلق بطريقة تسديد قيمة تغطية العقد ، و إلزامية إعطاء معلومات سنويا عن وضعية

¹ - هلايير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 416

² -ART 112-2 du code des assurances « L'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat..... »

³ - المؤرخ في 20 فبراير 2006 يععدل و يتم الأمر رقم 07-95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات ، ج ر رقم 15 ، في 12 مارس 2006.

العقد حول الحقوق المكتسبة و رؤوس الأموال المؤمنة .غير أنه يبقى نصا خاصا بالتأمين على الأشخاص .

ويستلزم من المؤمن له الإفصاح عن كل الظروف التي يهيم المؤمن معرفتها وقت إبرام العقد، وإعلامه بشكل تلقائي إعمالا لمبدأ حسن النية، وعن كل الظروف المستجدة المتعلقة بالخطر، والتي من شأنها التأثير في تقدير المخاطر، ومن ثم الزيادة في عبئ المسؤولية الملقاة على عاتق المؤمن، والذي يستتبع بالنتيجة تعديل بنود العقد.¹

ومعاونة المؤمن أثناء إبرام عقد التأمين لتقدير حجم الخطر، لا تقف عند إبرام العقد، بل يجب أن تستمر كذلك خلال فترة تنفيذ العقد .إذ عليه أن يبلغ المؤمن بالظروف التي تستجد أثناء تنفيذ العقد، ويكون من شأنها زيادة المخاطر المغطاة بالتأمين، كما عليه أن يسارع بإبلاغ المؤمن حال وقوع الخطر. ولذا نجد شركات التأمين تحتاط لمثل هذه الحالات، فتنص على حقها في عدم دفع قيمة التأمين إذا خالف المؤمن له هذه الشروط .

و قد ذهب القضاء المصري إلى أن الشرط الذي يرد في وثيقة التأمين، وينص على أن كل تغيير أو تعديل، بالنسبة للغرض الذي أعد له المكان المحفوظة فيه البضائع المؤمن عليها، أو الاستعمال الذي خصص من أجله، ويكون من شأنه زيادة المخاطر دون قبول كتابي من المؤمن، يجرم المؤمن له من حقه بالتعويض.²

وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن ذلك بتاريخ 1981/05/25 بالقول أن: عقد التأمين من العقود التي مبنها حسن النية، وصدق الإقرارات التي يوقع عليها المؤمن له

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق ص 118

² - قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1955/05/24 .

و الغش فيها أو إخفاء حقيقة الأمر يجعل التأمين باطلا، فالمؤمن له يلزم بإحاطة المؤمن عند التأمين بجميع البيانات اللازمة، لتمكينه من تقدير الخطر المؤمن منه وجسامته . و قد يكون ذلك عن طريق الإجابة على أسئلة محددة في طلب التأمين، حيث يسأل المؤمن له عن حقيقة ما يدلي به من بيانات، فإذا كان البيان قد جعله المؤمن محل سؤال محدد ومكتوب فإنه يعتبر جوهريا في نظره، ولازما لتقدير الخطر المؤمن منه، كما وعليه أن يبلغ المؤمن بما يطرأ أثناء العقد من ظروف من شأنها أن تؤدي إلى زيادة هذه المخاطر، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام أن يقع عقد التأمين باطلا¹.

فضمان حسن تنفيذ عقد التأمين يتوقف بشكل كبير على المعلومات التي يدلي بها المؤمن له، ومن ثم لا يجدي نفعا مجرد الإكتفاء بالزام ممثل أو وكيل شركة التأمين، بالتحقق من البيانات المتعلقة بالخطر محل العقد، التي يدلي بها طالب التأمين أو من المفروض الإدلاء بها عند تفاقم الخطر . وتطبيقا لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى: أن الوكيل العام لشركة التأمين لا يعد مخلا بالالتزام المفروض على عاتقه، بالتحقق من نطاق وصحة البيانات الصادرة من المؤمن له، إن أخفق في التحقق من عدم صحتها، وذلك لأن عقد التأمين من عقود حسن النية² . ويجب أن لا يركن في مجال التأمين لجوء المؤمن له إلى ذاكرته السيئة أو إهماله، والإدعاء بأنه نسي أن يعلن عن أحد

¹ - مقتبس عن : المعتمد بالله الغرياني، عقود التأمين البحري بين مبدأي منتهى حسن النية والإفصاح المنصف، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مجلة علمية فصلية محكمة، تصدر عن كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ع الثاني 2014، ص116.

² -Cass.1^{er} .13 janvier 1987,R.G.A.T. , 1987 ,p160

مقتبس عن هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد نظرية الغش، دار الثقافة، الأردن، 2013، ص 418

البيانات، وإنما يتم التعامل معه على أساس أنه يفترض فيه أن يعلم ظروف الخطر ويعلمها للمؤمن¹.

ولهذا نجد أن المشرع الجزائري إمعانا منه بتأمين الحماية اللازمة للمؤمن من سوء نية المؤمن له، لم يكتفي بفرض هذا الالتزام الأخلاقي المنبثق عن مبدأ حسن النية، بل أوجب على المؤمن له الوفاء به من خلال نصوص قانون التأمين. حيث أن نصوص التأمين تميز بين المؤمن له سيء النية وحسن النية، فمتى كان المؤمن له حسن النية فإن شركة التأمين ملزمة قبله بتغطية الخطر الناتج عن الخطأ غير المتعمد، طبقا للمادة 12 فقرة 3 من الأمر رقم 07-95. كما وميز المشرع الفرنسي بين المؤمن له حسن النية وسيء النية، في المادة 14-175 من قانون التأمين.³

¹ - عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، دراسة مقارنة، ط الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 104

² - مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق ل 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات ج ر، ع 13

³ - ART 175-14 du code des assurances « L'assuré doit déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur le risque qu'il prend à sa charge. =Toute omission ou toute déclaration inexacte de mauvaise foi de l'assuré de nature à diminuer sensiblement l'opinion de l'assureur sur le risque, qu'elle ait ou non influé sur le dommage ou sur la perte de l'objet assuré, annule l'assurance à la demande de l'assureur. La preuve de la mauvaise foi de l'assuré incombe à l'assureur. D'un commun accord entre les parties contractantes, il peut être dérogé à cette règle. En cas de mauvaise foi de l'assuré, la prime demeure acquise à l'assureur. En cas de bonne foi de l'assuré, l'assureur est, sauf stipulation plus favorable à l'égard de l'assuré, garant du risque proportionnellement à la prime perçue par rapport à celle qu'il aurait dû percevoir, sauf les cas où il établit qu'il n'aurait pas couvert les risques s'il les avait connus. Sous cette dernière réserve, si la constatation a lieu avant tout sinistre, =l'assureur peut soit maintenir le contrat, moyennant une augmentation de prime acceptée par l'assuré, soit résilier le contrat dix jours après notification adressée à l'assuré, en restituant la portion de prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus. Dans le cas

وقد رتب المشرع الجزائري جملة من الجزاءات على عاتق المؤمن له، ففي حال كتمان المؤمن له بشكل عمدي قصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر، فيكون للمؤمن إبطال العقد طبقا للمادة 21 من الأمر رقم 07-95، ويترتب على ذلك أيضا احتفاظ المؤمن بالأقساط المدفوعة تعويضا لإصلاح الضرر. ويقصد بالكتمان تعمد المؤمن له عدم التصريح ببيان ما، قصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر .

ولا ينطبق جزاء الإبطال والإحتفاظ بالأقساط لصالح المؤمن إلا في حالة سوء النية. أي إذا كان الكتمان والكذب عمدي استهدف به المؤمن له تضليل المؤمن، أو قصد به تعديل فكرة المؤمن عن الخطر . أي تغيير موضوع الخطر أو تقليل أهميته في نظر المؤمن، بحيث لو علم بالحقيقة لما تعاقد أو لما قبل التعاقد إلا بشروط أخرى، فالعنصر الأساسي لسوء النية هو قصد الخداع والتضليل. و لا يقتصر سوء النية على الفترة المصاحبة لإنعقاد العقد، فالإبطال يطبق سواء في حالة الإخلال بالالتزام بالإعلان المبتدئ للخطر، أو الإخلال بالالتزام بتفانم الخطر.¹

وفي التأمين على الأضرار، فيترتب على مبالغة المؤمن له في تقدير قيمة المال المؤمن عليه بسوء نية، جواز إلغاء العقد من المؤمن، والاحتفاظ بالقسط المدفوع طبقا للمادة 31 من الامر رقم 07-95. أما متى كانت المبالغة الصادرة عن المؤمن له بحسن النية، فيحتفظ هذا الأخير بالأقساط المستحقة، ويعدل الأقساط المنتظرة .

ما يفيد أنه إذا أخفى المؤمن له بيانات جوهرية بسوء نية أي عمدا يكون العقد قابلا للإبطال، بشرط أن يثبت المؤمن أن البيانات التي أخفاها المؤمن له جوهرية. أما إذا قام

=où la constatation n'a lieu qu'après un sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues si les risques avaient été complètement et exactement déclarés. »

¹ - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 235.

بالإدلاء ببيانات خاطئة بسوء نية وعن قصد، فيكون هدفه هو الغش والتضليل، من أجل الحصول على عقد التأمين بأحسن الشروط وبأقل الأسعار، ففي هذه الحالة يعتبر عقد التأمين باطلاً. ويصبح من حق المؤمن الإستيلاء على قسط أو جزء من القسط المدفوع له مقدماً، ويقع على المؤمن عبء إثبات الإخلال بمبدأ منتهى حسن النية.¹

غير أن ما هو ملاحظ أن جزءاً من الإدلاء بالبيانات الجوهرية هو الإبطال، وبغض النظر عن كون المؤمن حسن النية أو سيئها. فالمبدأ في عقد التأمين لا يشترط قيام المؤمن بأقل استعلام عن البيانات، بل ولا يشترط أن يكون المؤمن له قادراً على العلم بأهمية البيان للمؤمن. فالأثر الوحيد لعدم الإفصاح هو قابلية العقد للإبطال، في حالة الكتمان لبيان جوهري، أو بطلانه في حالة الإدلاء ببيان خاطئ أي في حال سوء النية.² بينما يتشدد الفقه في جانب المؤمن له، فلا يشترط العلم الفعلي للمؤمن له، بل يكفي باستطاعة العلم، بحيث أن المؤمن له كان يمكنه بذل قدر معقول من العناية في العلم بالخطر الذي يؤمن منه. بل ويلاحظ أن جملة هذه الواقعة الجوهرية لا يعفيه من الالتزام بتقديم بيان عنها، وجملة في هذه الحالة لا يعفيه من الجزاء³

لذا يرى البعض أن جزءاً من الإبطال جزءاً بالغ القسوة غير متناسب مع سلوكيات المؤمن الذي ربما كان ليقبل التأمين بشروط مختلفة أو أقساط أعلى، إذا علم بالمعلومات على الوجه الصحيح.⁴ فيكتفي المؤمن بالسلبية في تلقي المعلومات، بينما يفرض هذا المبدأ واجب الإفصاح على عاتق المؤمن له، دون المؤمن الذي لا يبذل جهداً للاستعلام. حيث تجاهل المشرع سوء نية المؤمن، حيث لم يضع لسوء نيته أو حتى لمجرد

¹ - عادل أحمد إبراهيم أبو العيلة، المبادئ القانونية الخاصة بعقد التأمين وعلاقتها بعملية التسويق، مجلة إدارة الأعمال، مصر، ع 2001، 93، ص 32.

² - المعتصم بالله الغرياني، المرجع السابق، ص 92

³ - المرجع نفسه، ص 97.

⁴ - المرجع نفسه، ص 111

العلم الفعلي بغلط المؤمن أي جزاء، في حين طبق جزاء بالغ القسوة في مواجهة المؤمن له وهو البطلان، دون أن يتكلف عناء الإشارة إلى التزام المؤمن بحسن النية عند طلب الإبطال.¹

غير أن إتجاه حديث للفقهاء يذهب إلى أنه يقع على عاتق المؤمن إلتزام بالكفاءة *l'obligation de competence*، ما يفيد ضرورة الاستعلام في جانبه عن الخطر المراد التأمين منه.²

إلا أنه يقع على عاتق المؤمن اثبات سوء نية المؤمن له، فإذا لم يثبت ذلك أفترض حسن نية المؤمن له، لأن سوء النية لا يفترض. والأصل أنه لإثبات سوء النية في جانب المؤمن له، لا يكفي مجرد إثبات إخلاله بالتزامه بالإعلام. لكن هذا الإخلال يفيد في بعض الأحيان سوء نية المؤمن له، كما إذا وُضع سؤال محدد ومكتوب بوثيقة التأمين، مما يقيم قرينة على أهميته في نظر المؤمن، فالكتان أو الكذب في خصوص هذا السؤال، يقيم قرينة على سوء نية المؤمن له³

وياستقرأ أحكام محكمة النقض الفرنسية الصادرة، في خصوص تطبيق الجزاء على الكتمان أو الكذب، نجد أنها تضع في إعتبارها الظروف الملازمة للكتمان أو الكذب، لتعامل المؤمن له معاملة الخلل بالتزامه بسوء نية، أو لتصل إلى إعتباره مخلاً بالتزامه بحسن نية. وتستخلص محكمة النقض الفرنسية سوء النية من كون الكتمان أو الكذب

¹ - المعتصم بالله الغرياني، المرجع السابق، ص 100.

² - Christianue Dubreuil, L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution, . www.memoireonline.com, p 37.

³ - أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارن، ط الثالثة، بدون دار النشر، مصر، 1991، ص 236.

عمديا، وتقف المحكمة عند نتيجته وهي تضليل المؤمن، لتصل إلى سوء نية المؤمن له فإذا كان التضليل عمديا يقع عليه جزاء الإخلال بسوء النية .

في مقابل هذا الإتجاه تتعامل محكمة النقض الفرنسية تجاه المؤمن له المهمل، معاملة الخلل بالتزامه بحسن نية. كأن يكون شخصا لا يعرف الكتابة، وقام بكتابة الإجابات عن الأسئلة، أحد تابعي المؤمن. في حين تتساهل ذات المحكمة في قبول حسن نية المؤمن له، إذا كان عدم إعلانه للظروف ناتج عن غموض الشرط، الذي يلزمه بالإعلام في وثيقة التأمين.¹

الفقرة الثانية:

نطاقه في عقد العمل

ذكرنا سابقا أن من الواجبات الملقاة على عاتق العامل واجب الطاعة، وهذا الواجب يعني التبعية للمشروع، والتبعية تفيد الإخلاص والإستقامة. و يوجد إلى جانب هذا الواجب واجب الولاء للمشروع أو لرب العمل، لأن العامل جزء من المشروع ينتظر منه رب العمل سلوكا ايجابيا فعلا يرتكز على التعاون². و قد ذهبت محكمة النقض الفرنسية اقرارا لهذا الالتزام إلى فصل أحد العمال، لأنه رفض أن ينهي إفراغ حمولة من إحدى الشاحنات، مستندا إلى أن إتمام التفريغ يتجاوز الوقت المحدد لمواعيد العمل، وعابت عليه عدم التزامه بالتعاون الذي يقتضي عدم التقيد بحرفية النص، وبالتالي عدم

¹ - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، 238.

² - Christophe Vigneau, l'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, juillet 2004 www.soufrance-et-travail.com, p708

التقيّد بمواقيت العمل المنصوص عليها، وعابت عليه فهمه المعيب للعقد، بما يخالف التزاما هاما هو الالتزام بالتعاون.¹

وقد استقر القضاء الفرنسي على فرض التزام بالتعاون بالنسبة لبعض العمال الذين يحتلون مراكز قانونية، تتطلب منهم تعاونا أكثر من غيرهم. ففي إحدى قرارات القضاء الفرنسي تم إلزام مهندس الأنظمة المعلوماتية بالعمل خارج أوقات العمل، ولو كان في ذلك مساس بحياته الخاصة، على أساس أن العامل يجب عليه أن يلتزم بمعاونة صاحب العمل في تحقيق مصلحة المشروع.²

كما ذهب القضاء المصري إلى أن تقديم العامل لشكاوى كيدية ضد صاحب العمل، من شأنه الإخلال بالالتزام بالتعاون. ومن ثم فالأمر يبرر فصل العامل دون أن يكون رب العمل متعسفا في ذلك.³

وقد أوجبت المادة 7 من قانون علاقات العمل رقم 90-11، على العمال المساهمة في مجهودات الهيئة المستخدمة لتحسين التنظيم والإنتاجية. ما يفيد إلزام العامل بالتعاون لتحقيق أهداف المشروع.

¹ -Soc.7 juill.d.1983.IR. P443.

مقتبس عن مهدي بخدة المرجع السابق ص 237.

² -SOC.27 NOV 1991

مقتبس عن: مهدي بخدة، المرجع السابق ص 238

³ - والتعاون الذي يقتضيه مبدأ حسن النية، لا يقتصر على تعاون العامل مع من له صلاحيات إدارة المشروع والإشراف عليه، بل تمتد إلى تعاونه مع زملاءه في أداء العمل .

مهدي بخدة، المرجع السابق، ص 240.

كما أشارت المادة 1222-2 من قانون العمل الفرنسي¹ إلى أن الهيئة المستخدمة قد تطلب معلومات من العامل لتقدير قدراته المهنية، وعلى هذا الأخير أن يستجيب بحسن نية لطلب الهيئة المستخدمة. من ثم فعدم الإمتثال من قبل العامل في هذه الحالة يشكل إخلالا بواجب الولاء الذي يفرضه مبدأ حسن النية، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 25 فيفري 2003.²

ويفرض واجب التعاون على صاحب العمل تأمين استمرارية العمل، بالرغم من أي ظرف إقتصادي طارئ من شأنه أن يؤثر في علاقة الأجير مع تطوّر الإنتاج وتحديثه، بحيث يعجز عن مواكبة الطوارئ التقنية والتكنولوجية بسبب عدم إستعداده المهني لهذه التغيرات. كما ويتعين على رب العمل إعادة تصنيف الأجير مهنيا في المؤسسة تداركا لإنهاء عقد عمله لاسيما في حالات الصرف الاقتصادي.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بتاريخ 01 أفريل 1992 إلى أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يلقي على صاحب العمل ضرورة تأمين عمل بديل ولو في مركز مختلف عن سابقه وبأجر أقل إنما يكفي أن لا يتعرض الأجير للصرف مباشرة.³

¹ - ART 1222/2 Code du travail français : « les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles.

Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes.

Le salarié est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations. »

² - Cour de cassation chambre sociale Audience publique du mardi 25 février 2003 N° de pourvoi: 00-42031

<https://www.legifrance.gouv.fr>

³ - Cass.soc, 1^{er} avril 1992, bull.civ, V, n 258 ; cass soc 8 avril 1992, J.C.P 1992, ed E,II,n 360, note J.Savatier www.courdecassation.fr

المطلب الثاني:

الالتزام بالإعلام كمظهر للتعاون

من أهم الالتزامات التي اعتبرها الفقه الفرنسي من تطبيقات الالتزام بالتعاون الإلتزام بالإعلام. الذي يفرض سلوكاً إيجابياً من طرف أحد المتعاقد المتواجد في مركز أقوى، أي المحترف لمعاونة المستهلك الطرف الضعيف في تحديد رغبته في إبرام العقد، بعد معرفة خصوصيات محل العقد وشروط العقد .

إن القاء الضوء على الإلتزام بالإعلام يفرض علينا بحث مدى ضرورة الإستعلام من جانب المحترف لإعلام المستهلك، ذلك أنه في إطار بحثنا في مضمون مبدأ حسن النية تحدثنا عن العلم وإمكان العلم، فهل أن الإلتزام بالإعلام يفرض على المحترف متى كان عالماً بخصوصيات محل التعاقد؟ و يسقط عن كاهله متى كان غير عالم ؟ أم أن الإلتزام بالإعلام يفرض عليه استعلاماً لإعلام المستهلك ؟ ومن جهة المستهلك فهل إمكانية علم المستهلك بخصوصيات محل العقد، تشكل مبرراً كافياً لإعفاء المحترف من التزامه بالإعلام . و من ثم هل يُلزم المستهلك بالاستعلام عن الشيء أو الخدمة محل التعاقد ؟ وهل يتقلص الإلتزام بالإعلام في مواجهة المهني ؟

تبعاً لما ذكرناه نحدد مضمون الإلتزام بالإعلام في (الفرع الأول)، ثم طبيعة الإلتزام بالإعلام وحدود الجهل بالبيانات والمعلومات في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مضمون الإلتزام بالإعلام

لقد تجلّى مع تطور معطيات الحياة الاقتصادية، قصور نظرية عيوب الرضا من غلط وتدليس وإكراه عن حماية رضا المتعاقد ذلك لأنها اقتصرّت فقط على تصحيح الأوضاع ظاهرة الخلل، والتي تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها في النصوص

القانونية، وبالتالي لم تصل إلى حماية الثقة التي يقتضيها الضمير في المعاملات المختلفة. من ثم اتجهت أحكام القضاء سيما الفرنسي ومن بعده التشريع، إلى فرض التزام بالاعلام على عاتق المحترف.¹

بناء على ذلك يتعين علينا تحديد المقصود بالالتزام بالاعلام وبمحت مبدأ حسن النية كأساس له في (الفقرة الأولى). وطائفة المعلومات التي يلتزم المحترف بالإدلاء بها للمستهلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

المقصود بالالتزام بالاعلام وبمحت حسن النية كأساس

يعتبر الالتزام بالتبصير أو بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، من الموضوعات الحديثة التي خصها رجال القانون الوضعي بأهمية خاصة، متأثرين في ذلك بموقف القضاء الفرنسي الذي أثر بشكل مباشر في المشرع الفرنسي. الشيء الذي جعله لا يتردد في الأخذ بهذا الاتجاه في النصوص القانونية.

أولاً: المقصود بالالتزام بالاعلام

يطلق الفقه على هذا الالتزام عدة تسميات، فالبعض يطلق عليه لفظ الالتزام بالاعلام أو التبصير والبعض الآخر يرى أنه التزام بالافصاح، بينما يرى آخرون أنه التزام بالنصيحة.²

¹ - الالتزام بالاعلام في القانون الفرنسي هو التزام قضائي النشأة، بحيث تمثل موقف المشرع غالباً في تقنين القواعد التي استقرت قضائياً، ويعني ذلك اقتصار المشرع على مجرد وضع المبادئ القضائية في مجال الالتزام بالاعلام، في شكل قواعد قانونية تشريعية عامة ومجردة.

مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالاعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 15.

² - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 32.

و إن كان جانب من الفقه يرى أنها تتميز عن بعضها من حيث مراحل العقد.¹ يرى البعض الآخر أنها ألفاظ مترادفة تستهدف غاية واحدة أن يتعاقد الشخص عن بصيرة تجعل رضاه حراً مستنيراً مما يجعل التعاقد قائماً على مزيد من الثقة المشروعة.²

يعرفه البعض من الفقه بأنه: "التزام قانوني سابق على إبرام العقد، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه، بتقديمها في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة."³

بينما يذهب البعض الآخر إلى حصر الالتزام بالاعلام في المرحلة السابقة على إبرام العقد، فيرى أنه "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد الطرفين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاه سليم كامل متطور، ليكون على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالادلاء بالبيانات."⁴

غير أن أهمية الالتزام بالاعلام خلال مرحلة تنفيذ العقد لا يخلو من فائدة، ولا يقل أهمية عن المرحلة السابقة على التعاقد.

¹ - سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 16.

² - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 43.

³ - السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالاعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت، الدار الجامعية، بيروت، 2006، ص 29.

⁴ - نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 15.

و يعرفه البعض الآخر بأنه: "التزام يفرض على أحد طرفي عقد الاستهلاك، إعلام الطرف الآخر بما يجمله من بيانات جوهرية مرتبطة بالتعاقد، وذلك في الوقت المناسب مستخدما في ذلك اللغة والوسيلة الملائمة لطبيعة العقد ومحلّه".¹

و يشير ذات الرأي السابق إلى أن الالتزام بالاعلام يستقل ويتميز عن الالتزام بالتعاون، لأنه سلوك فردي من جانب أحد المتعاقدين، كما أنه يهدف إلى تنوير إرادة الدائن بالالتزام. كما يعمل على إعادة التوازن العقدي بين المهني و المستهلك.²

إلا أنه يُرى أنه وإن كان الالتزام بالاعلام يظهر على أنه سلوك فردي، إلا أن الأمر لا يمنع من كونه تطبيقا للالتزام بالتعاون، الذي قد يتطلب سلوكا إيجابيا، ولو كان من جانب أحد الطرفين فقط. لأن الإلتزام بالاعلام لا يقف عند حد الاعلام بالبيانات، وإنما قد يتطلب إستعلاما من ذات الطرف للإعلام، وهذا هو مقتضى التعاون في العقود.³

ويضيف J.Mester⁴ أن التبادل ميزة خاصة بواجب التعاون، غير أن تطور فكرة التعاون في العقد مبرر للتدخل أحادي الجانب من أجل إعادة التوازن إذا كان أحد الطرفين أقوى من الطرف الثاني .

يؤدي الالتزام بالاعلام دورا وقائيا في مجال التعاقد وذلك من خلال ما يوفره من معلومات جوهرية للدائن، بحيث يسمح له بالتعاقد عن وعي ورضا مستنير، وعلم كاف

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 37.

² - المرجع نفسه ، ص 38

³ - ويشير محمد شكري سرور إلى أنه في مجال حماية البيئة، يلتزم المهنيين المتعاقدين فيما بينهم بتبادل المعلومات والبيانات، في إطار التخلص من النفايات الملوثة للبيئة. و مفاد ذلك أن على المهنيين الإلتزام بالتعاون في سبيل التخلص الآمن من النفايات، بقصد حماية البيئة، حتى ولو إقتضى الأمر الإستعلام عن بعض البيانات بهدف إعلام الطرف الآخر بها .

محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص25.

⁴ - J.Mester, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration , RTD civ ,1986.p102.

بشكل يجنبه الوقوع في حبال الغش.¹ فمن شأن أعماله بث روح التعاون بين المتعاقدين، حيث أن هذا الالتزام يضمن توافر السلوك الأخلاقي فيؤدي لسلامة الرضا لحظة إبرام العقد، كما يضمن التعاون في مرحلة تنفيذه. ولا شك أن من شأن ذلك ضمان استقرار المعاملات وازدهارها.²

لذلك يذهب الرأي الغالب³ إلى أنه التزم ينبثق عن مبدأ حسن النية، الذي يقتضي الادلاء بالمعلومات للطرف الاخر التي تهمة في تكوين رضائه، وإعطاء النصيحة له وتحذيره من مخاطر السلع والخدمات التي تقدم له. وأنه يتحدد وفقا لظروف الحال والوقائع المحيطة به كما وأنه يتأثر بمدى علم المتعاقد حول تلك السلع او الخدمات .

وقد نص المشرع الفرنسي على الالتزام بالاعلام في المادة 1112-1⁴. ق م ف وهو نص عام يسري على كافة العقود حيث أوجبت على الطرف الذي يعرف المعلومات

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم مُجَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 449.

² - خاصة أنه من الصعب اثبات التدليس الناشئ عن السكوت، والذي من شأنه تعيب إرادة المستهلك بسبب غياب البيانات والمعلومات اللازمة لتتوير إرادته .

مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 15.

³ - راي سعد عبد السلام . مُجَّد عبد الظاهر حسين . عمر مُجَّد عبد الباقي

مشار اليه في شيرزاد عزيز سليمان المرجع السابق ن ص 281.

⁴ - ART 1112-1C.CIV.F : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information

التي لها أهمية حاسمة بالنسبة لموافقة الطرف الآخر أن يبلغ الأخير بأن هذا الأخير لا يعرف هذه المعلومات أو يثق في الطرف الآخر، واعتبرت أن الإخلال بالالتزام بالإعلام يمكن أن يترتب عليه بطلان العقد.

بينما أشار له المشرع الجزائري في نصوص قوانين الإستهلاك من ذلك نص المادة 17 من قانون 03-09¹ حيث أشارت إلى وجوب أن يعلم كل متدخل المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج. و أيضا في المادة 4 من قانون 02-04 على أن البائع يتولى وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع.

ثانياً: حسن النية أساس للالتزام بالإعلام

يرى الفقيه J. Ghesin² أن العقود ما دامت تقتضي الالتزام بحسن النية بين الطرفين، فإن ذلك يتطلب حتما مواجهة عدم التكافؤ بينهما من حيث العلم بظروف العقد. بفرض التزام بالإعلام.

من أهم مقتضيات حسن النية أن يقوم المتعاقد بإعلام المتعاقد الآخر، بشفافية تامة عن كافة المعلومات التي تخص العقد المزمع إبرامه، التي يجهلها الطرف الآخر جملة مشروعا، ويكون المستهلك جهله مشروعا لإستحالة علمه بالبيانات العقدية، وقد يكون جهله نظرا لإعتبرات الثقة المشروعة التي يضعها في المتعاقد الآخر.

=peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. »

¹- المرسوم التنفيذي رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 8 مارس 2009، ج ر، ع 15.

²- رأي J. GHESIN المشار إليه في خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 189.

لقد كان لمبدأ حسن النية أكبر الأثر في تكريس الإلتزام بالاعلام وتوسيع نطاق تطبيقه، من حيث خلق قرينة مفادها جهل الطرف الآخر بالمنتوج أو الخدمة. إذ تكمن الفائدة في إرجاع أساس الإلتزام بالاعلام إلى مبدأ حسن النية، في جعله إلتزاما مفروضا في كل العقود مع إختلاف مضمونه من عقد لآخر، ومفروضا في كل مراحل العقد .

لقد أسس القضاء الفرنسي في جانب من أحكامه الإلتزام بالإعلام، على مبدأ حسن النية استنادا إلى المادة 1134مدني فرنسي، حيث بدأ في إخراج هذا المبدأ إلى حيز التنفيذ في حكم هام خاص بزوجين كانا قد اقترضا من البنك مبلغا ماليا لحاجاتهم الشخصية، ووقع على التزم بالضمان لهذا الدين على سبيل الكفالة زوجان آخران بنفس المبلغ، وعندما استحق الضمان عليهم لتخلف المقترضين، طالب الضامنان ببطالان الكفالة استنادا للتدليس من جانب البنك، الذي لم يخطرهم من خلال الكفالة بأن الدين كان يرتفع شيئا فشيئا ليفوق المبلغ المتفق عليه، حيث أن محكمة الاستئناف رفضت الطلب وألزمتهم بالدفع. إلا أن الحكم نُقض من طرف محكمة النقض لإخلاله بالمادة 1134 حيث جاء في حيثيات الحكم " أنه يعتبر مخطأ، البنك الذي يعلم حالة مدينه المشكوك فيها والمتقل بالديون، ويغفل عن وضع هذه المعلومة أمام الضامن بهدف تحريضه على الضمان"¹.

ومن هذه الأحكام أيضا ما قضت به محكمة النقض من أنه يجب على الشخص المتخصص في تركيب الأسطح القرميدية، أن يبين لمقاول البناء ويحذره من المخاطر التي

¹ - Cass. civ 1^{re}, 10 janvier 1989,

وانظر تعليقا على الحكم أحمد محمد الرفاعي, المرجع السابق ص 185 وما بعدها .

يمكن أن تنتج عن استعمال المواد المختارة، موضحاً له خصائصها والبناء الذي تستعمل فيه. وعابت على محكمة الاستئناف عدم مراعاةها للمادة 1134¹ م م ف .

وكذلك ما أكدته محكمة النقض الفرنسية أيضاً في حكمها الصادر في 30 جوان 1992²، والتي عابت من خلاله على محكمة الاستئناف رفض طلب الفسخ، الذي تقدم به الزوجان les époux de bail، والمتعلق بقطعة أرض مخصصة لبناء سكن، ضد السيدة Delon، حيث اكتشفا بعد إتمام البيع وجود محتوى مائي تحت الأرض يعيق البناء، ولا يمكن إتمام ذلك إلا بالقيام بأعمال مكلفة، فقررت نقض الحكم لإخلاله بالمادة 1134 مدني فرنسي. وأكدت أنه كان يجب على البائعة أن تعلم المشتري بالصفات الجوهرية للأرض، وأن تكشف لهما عن وجود دعوى أمام القضاء بخصوص نفس المشكل، لقطعة أرض مجاورة مقامة من مشتر آخر ضد نفس البائعة، أما وأنها لم تفعل ذلك فقد أخلت بالتزامها بالإعلام وفقاً لنص المادة 3/1134، حيث كان يجب عليها أن تؤجل البيع الثاني لحين الفصل في النزاع الأول، أو أن تعلم المشتري الجدد بحقيقة الأمر. ويرى الفقه أن استلزام محكمة النقض من خلال هذا الحكم مبدأ حسن النية في مرحلة الإبرام صراحة، اتجاه محمود من شأنه تحقيق الوحدة العقدية، فمن غير المنطقي تطلب ذلك في التنفيذ دون مرحلة الإبرام³.

وكذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، من أنه كان يجب على الشخص المتخصص في تركيب الأسطح القرميدية أن يبين لمقاول البناء، ويجذره من المخاطر التي يمكن أن تنتج عن استعمال المواد المختارة موضحاً له خصائصها والبناء الذي تستعمل فيه

¹ - Cass. Civ 1^{re} , 20 juin 1995, Bull. civ 1 n°276 p 191

مشار إليه في :حمدي سعد، المرجع السابق، ص 110

² - Cass. Civ 3^{ème} , 30 juin 1992, Bull. civ III n°238 p 145 .

مقتبس عن : منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 71
³ - أنظر أيضاً : أحمد مُجَدُّ مُحَمَّدُ الرفاعي، المرجع السابق، ص 159.

و عابت على محكمة الاستئناف عدم مراعاتها للمادة 1134 أيضا¹. كما قررت محكمة النقض مسؤولية البائع لإخلاله بالالتزام بالاعلام، استنادا إلى المادة 1134 ق م ف في العديد من أحكامها.²

هذا وإن كان الأصل هو إفتراض حسن النية، فإن القضاء الفرنسي ألقى على عاتق المهني البائع، قرينة مؤداها افتراض علمه بكل ما تنطوي عليه منتجاته من عيوب، أي افتراض سوء النية . وإعمال هذه القرينة يبرر إلقاء التزام على عاتق المهني بتسليم منتج خال من أي عيب، قد يكون مصدر خطر، أو على الأقل إزالة ما به من أسباب الخطورة، ويستتبع ذلك الزامه بتزويد المستهلك بالمعلومات الكفيلة بوقايته من الأضرار الناجمة عن خطورة منتجاته، بما يساهم بصورة فاعلة في ضمان سلامته.³

والحقيقة أن الواقع العملي اليوم يحتم قلب تلك القاعدة وخاصة بالنسبة لطائفة معينة من المتعاملين، وهو ما يطلق عليهم بالمحترفين، ذلك لترجيح مصلحة أولى بالرعاية هي مصلحة المستهلك، فضلا أن الأمر يعيد التوازن المعلوماتي بين أطراف التعاقد¹. إذ يجد هذا الالتزام أساسه في انعدام التوازن في المعرفة بين المتعاقدين، سواء بسبب انعدام المساواة في الاختصاص العلمي أو الكفاءة، كما هو الأمر بالنسبة للعلاقة التعاقدية بين

¹ - Cass.civ.20 Juin1995BULL.cev.I.n°276.P191.

مقتبس عن حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 110.

² - Cass.civ.04 jan 1991BULL.cev.I.n°9.P6.

Cass.civ. 30 oct ,1991 ,BULL.cev.I.n°250.P147

Cass.civ.20 Juin1995, BULL.cev.I.n°277.P192

³ - ويرر القاء قرينة سوء النية على عاتق المنتج بصفة خاصة، بما يفرزه التقدم الصناعي من استخدام تقنيات عالية في الإنتاج، تزايدت معها المخاطر التي تهدد المستهلكين. فضلا عما أسفر عنه التطور الهائل في أنظمة التأمين من المسؤولية، من تحمل المجتمع كله مؤمنين ومستأمنين ومستهلكين، العبء النهائي لتعويض الأضرار.

منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 107

¹ - هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمَّد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 445.

المهني والمستهلك. ذلك أن التطور الذي تعرفه الصناعة من الناحية التقنية، خولت للمهني حنكة وتجربة لم ولن يتسنى للطرف المستهلك إدراكها وبلوغها، وهذا ما جعل جل التشريعات تفكر بجدية في إقرار مقتضيات إلتزامات جديدة إلى الواجبات الملقاة على المهني، المتمثلة أساسا في الإلتزام بالتبصير، أو بمعنى آخر الإلتزام بتوجيه إرادة المستهلك نحو الإختيار الواعي، وهي حماية تهدف إلى صيانة رضى هذا الأخير عن طريق إفتراض قرينة الجهل لديه أي حسن النية، مما يخوله الحق في التنوير والتبصير.

نشير إلى أنه يرى أن مبدأ حسن النية يشكل أساسا غير مباشرا للإلتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، الذي يتطلب عدم الإبقاء على حالة الجهل لدى المتعاقد الآخر بخصوصيات الشيء محل التعاقد. لأن تدخل المشرع لتنظيم أحكام هذا الإلتزام حاليا، يدعم أسسه ويؤكد وجوده ويكفل تنفيذه، فتشكل نصوص القانون الأساس المباشر. بينما يبقى أساسا مباشرا للإلتزام بالإعلام في عقود لم يفرض فيها المشرع الإلتزام بالإعلام بشكل صريح .

الفقرة الثانية:

طائفة المعلومات التي يلتزم المهني بالإدلاء بها

يتحدد مضمون الإلتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك بطائفتين من المعلومات يلتزم المهني بالإدلاء بها للمستهلك، وهما المعلومات المتصلة باستعمال المنتج، والمعلومات المتعلقة بالتحذير من مخاطره، وبيان الإحتياجات الواجب مراعاةها لتجنب هذه المخاطر.¹

¹ - وقد افصحت محكمة النقض الفرنسية عن شقي الإلتزام بالإعلام، في حكمها الصادر في 31 يناير 1973 بقولها: " بناء على الخطورة الكامنة في الشيء المبيع، فإن التزام البائع المهني بالإعلام يشمل فضلا عن تحذير المستهلك، من المخاطر المحتملة التي قد تنجم عن استعماله، إحاطته علما بكافة أوجه هذا الاستعمال، وذلك بطريقة سهلة وواضحة " مقتبس عن: منى أبو بكر الصديق، الإلتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 50.

أولاً: إعلام المستهلك بطريقة استعمال المنتج أو تشغيله

وتمثل طريقة الاستعمال الحد الأدنى المطلوب من المعلومات الواجب الإدلاء بها، لجعل المشتري على بينة مما يقننيه من منتجات، وبدونها يتعذر عليه الحصول على الفائدة المرجوة من السلعة، سواء أكان في استعمالها خطورة أم لا¹. إذ أن هناك سلعا عديدة لا تحمل في طياتها أي خطر، إلا أن طريقة استعمالها أو تشغيلها تحتاج إلى تبصرة المستهلك، حتى يتمكن من الاستعمال الأمثل لها فتؤدي من ثم الغرض المنشود، خاصة تلك السلع المعقدة والمتطورة التي تتسم بطابع الحداثة.

وقد أكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه، أنه يجب على المهني تزويد المستهلك بالطريقة الصحيحة لاستخدام المنتج، وفق الغرض المخصص له حسب طبيعة السلعة. من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، بالتعويض لصالح أحد الرسامين في مواجهة الشركات المنتجة لنوع من المعجون، وقد أسست المحكمة حكمها بالتعويض لصالح الرسام، على أن الشركة المنتجة لم توضح كيفية استخدام المعجون، كما أنها لم تنبه إلى إمكانية حدوث تشققات معينة في اللوحات، التي يستخدم فيها حال عدم اتباع أسلوب معين في تجهيزه.²

فإذ أوفى المهني بالتزامه بإعلام المستهلك، ببيان الطريقة الصحيحة لإستعمال المنتج. فلا يسأل عن الضرر الذي أصاب المستهلك جراء تجاهل هذا الأخير لطريقة الاستعمال، أو للغرض الذي حدده المنتج، فيستعمل السلعة بطريقة خاطئة، أو لغرض خاص لا يمكن للمنتج أن يتوقعه¹. كما لا يلتزم المهني بداهة بأن يزود المستهلك

¹ - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 193.

² - منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، 2013، ص 51.

¹ - مُحمَّد شكري سرور، المرجع السابق، ص 32.

بالمعلومات المفترض توافرها لديه وإمامه بها، فلا إلتزام عليه بأن يوضح أن استعمال المكواة الكهربائية يتطلب توصيلها بالتيار الكهربائي.¹

وتختلف هذه البيانات والمعلومات بحسب ما إذا كان الشيء المبوع من الأشياء المعدة للاستعمال خلال فترة محددة، أو من الأشياء دائمة الاستعمال.² فبالنسبة للأشياء مؤقتة الاستعمال مثل المواد الغذائية والمواد السامة ومبيدات الحشرات والأدوية، والمستحضرات الطبية ومواد الدهان وغيرها، فإن على المنتج أو البائع أن يبين طريقة استعمال هذه الأشياء، وقت استخدامها والمقادير المطلوبة، والجرعات المتناولة، وكذا الاحتياطات الواجب أخذها عند الاستخدام.³

أما فيما يخص الأشياء دائمة الاستعمال، وهي الأشياء التي تطول فترة استعمالها كالألات والأجهزة الكهربائية والالكترونية، فإن على المنتج أو البائع أن يقدم للمشتري كافة البيانات المتعلقة بكيفية استخدامها، والاحتياطات الواجب اتخاذها عند تشغيلها، إضافة إلى بيان مكوناتها وخصائصها، كل ذلك في نشرة catalogue حتى يتسنى للمشتري الرجوع إليه عند الاقتضاء.¹

ولقد درج القضاء الفرنسي في أحكامه على تأكيد هذا المعنى، من وجوب تضمين المبيع هذا النوع من البيانات، حيث قرّر مسؤولية البائع إذا ما هو أخل بذلك دون حاجة إلى إثبات وجود عيب خفي في المبيع.²

¹ - جابر محبوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المباعة، المرجع السابق، ص 232.

منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 52

² - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 194

³ - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، المرجع السابق ص 125

حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 193.

¹ - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 197 .

² - Cass. civ 1^{re} , 4 avril 1991, Bull. civ n°131 p. 87 .

ويتمد مضمون هذا النوع من الإعلام ليشمل تبيان شروط وخطوات الاستعمال، وتدابير الصيانة وقواعد التحذير. وكل ما من شأنه إعانة المستهلك على الاستغلال الأمثل للمبيع، بحيث يستحيل عليه في غيابها استعماله بشكل مطابق للغرض الذي انشأ لأجله¹. وتظهر أهمية هذه البيانات خاصة في مجال الأشياء المعقدة، والتي تتطلب تكنولوجيا عالية كالإعلام الآلي، عن طريق تزويد المشتري ببرامج الحاسوب Logiciels، إضافة إلى تقديم المساعدة والعون في سبيل التشغيل الأفضل، وهو ما يسمى الالتزام بالدعم والمساعدة الفنية. Assistanc technique ولقد أكدت أغلب التشريعات الحديثة على أهمية هذا النوع من البيانات، لا سيما في التشريع الجزائري، من خلال النصوص¹ القانونية التي جاءت في هذا الصدد. وهذا بتأكيدنا وفي مجملها، على ضرورة الإدلاء بالبيانات التي من شأنها بيان كيفية استعمال هذه المنتجات.

على أن مجرد العلم بالطريقة الصحيحة لإستعمال المنتج أو تشغيله، قد لا يكون كافيا لتحقيق الغاية التي ينشدها المستهلك من وراء هذا الاستعمال، وبما يكفل أمنه وسلامته. ذلك أن ثمة منتجات لا يتسنى تأدية الوظيفة المنوطة بها، إلا إذا تم استعمالها

=حيث قضت محكمة النقض بمسؤولية منتج المواد الكيماوية المقاومة للطفيليات النباتية، وإخلاله بالالتزامه بإعلام المشتري عن شروط وكيفية استخدامها، وعدم توضيحه مختلف الشتلات التي لا يناسبها هذا النوع من المواد والوقت المناسب لاستخدامه.

مقتبس عن : أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، المرجع السابق، ص171
¹ - ملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام، ملتقى وطني حول الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري، مخر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 14- 15 أبريل 2000، ص14.

¹ - أنظر المادة 4/13 من المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 6 رمضان عام 1417، الموافق ل 14 يناير سنة 1997 الذي يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية،، ج ر، العدد 4 .

وكذا المادة 4/4 من المرسوم ت 366/90 المتعلق بوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية وعرضها المؤرخ في 22 ربيع الثاني 1411 الموافق ل 10 نوفمبر 1990 ج ر العدد50. والمادة 6/6 من المرسوم ت 367/90 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها. المؤرخ في 4 جمادى الأولى 1411، الموافق ل 10 نوفمبر، 1990، ج ر العدد 50

في ظل ظروف معينة. أو تقيد هذا الاستعمال بطوابط يتعين مراعاةها. حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية منتج الغراء الذي اكتفى بأن يكتب على العبوة أن السلعة "قابلة للإشتعال"، دون أن يوضح ضرورة تهوية المكان الذي تستخدم فيه.¹

ثانياً: تحذير المستهلك

ويقصد بالتحذير لفت انتباه المستهلك، إلى المخاطر التي قد ينطوي عليها استعمال المبيع أو حيازته، وتنبهه من ثم للاحتياطات الواجب اتخاذها بغية تجنب أضراره.² إذ لا يكفي قيام المحترف والبائع عموماً بإعلام المشتري، بطريقة استعمال الشيء المبيع على النحو الذي بيّنه سالفاً، بل ينبغي عليه إلى جانب ذلك أن يعلمه، بالمخاطر التي يمكن أن تنجم عن استعمال هذا الشيء أو حيازته، وأن يحذّره منها، وأن يبيّن له جميع الاحتياطات الواجب اتخاذها لتجنب ذلك، خاصة إذا تعلق الأمر بأشياء خطيرة بطبيعتها أو معقدة التركيب.

ذلك أن المشتري قد يكون على بينة بكيفية الاستعمال الصحيح للشيء، إلا أنه لا يدري ما قد ينتج عنه من مخاطر تكتنف استعماله أو حيازته، مما يستدعي لفت انتباهه إليها. كمن يشتري عبوة مبيد فإنه يستطيع الحصول على أفضل النتائج بإتباع طريقة استعمال صحيحة، ولكنه ربما لا يدري أن قربها من مصدر لهب أو تركها في مكان شديد الحر، يمكن أن يؤدي إلى انفجارها بسبب تمدد الغاز المضغوط داخلها.¹

¹ - Cass.Civ.31 janv.1973

مقتبس عن : منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 52.

² - علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، المرجع السابق، ص 89

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق ص 32.

وفي هذا الخصوص تنص المادة 12 من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك رقم 67-06 المصري على أنه: " في الأحوال التي يمكن أن يؤدي فيها استخدام المنتج إلى الإضرار بصحة وسلامة المستهلك، يلتزم المنتج بأن يبين الطريقة الصحيحة لاستخدام المنتج، وكيفية الوقاية من الأضرار المحتملة، وكيفية علاجها في حالة حدوثها".

وقد نص القانون الجزائري على هذا النوع من الإعلام على غرار سابقه، وذلك من خلال النصوص التشريعية والتنظيمية التي جاءت بصدد حماية المستهلك، مثل المادة 10 من المرسوم التنفيذي 37/97 بالنسبة لمواد التجميل والتنظيف البدني، وما ذكرته أيضا المادة 6 من المرسوم التنفيذي 42/92 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة¹، من وجوب إرفاق طلب الرخصة المسبقة للإنتاج بملف يضم وثائق ثبوتية، من بينها ما يبيّن التدابير المتخذة في مجال تغليف المنتجات ووسمها، وكذا الاحتياطات الواجب اتخاذها قبل عرضها للاستهلاك.

على أن هذا التحذير لا يحقق غرضه في تبصير المستهلك بالمخاطر ووسائل تجنبها، إلا إذا استجمع خصائص معينة حتى ترفع المسؤولية عن المهني. ومن ثم يجب أن يكون التحذير كاملا وواضحا وملاصقا للشيء المبيع ذاته¹

الشرط الأول: أن يكون التحذير كاملا ووافيا .

ويكون كذلك بأن يلفت المهني انتباه المستهلك إلى كافة المخاطر التي قد تصاحب استعمال المنتج، أو تنجم عن مجرد حيازته وحفظه، والتي من الممكن أن يتعرض لها وإلى أفضل السبل لتوقي هذه المخاطر. فالمحترف بغرض توزيع أكبر قدر ممكن من

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 42/92، مؤرخ في 30 رجب 1412هـ، الموافق 4 فبراير 1992، يتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص، ج. ر رقم 09.

¹ - في هذا المعنى: عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 127.

منتجاته، قد يقدم على إخفاء بعض المخاطر أو ذكرها بنوع من الإقتضاب، غير أن سلامة المستهلك أولى من أية إعتبارات أخرى قد ينساق وراءها المنتج .

واشترط أن يكون التحذير كاملاً يتنافى مع إغفال التحذير كلية من جانب المهني، كما يتنافى مع إخفاء شيء من هذه المخاطر أياً كانت جسامتها .و قد تشدد القضاء الفرنسي في تطلب ضرورة اكتمال التحذير، عندما يرد العقد على أحد المنتجات القابلة للإشتعال، أو السامة أو المنتجات الدوائية أو المواد الغذائية المحفوظة.¹

وبخصوص المنتجات القابلة للاشتعال قضت محكمة النقض الفرنسية، بأنه إذا كانت المادة العازلة للحرارة هي التي أدت إلى سرعة انتشار الحريق، وما تبعه من انهيار المصنع. فإن الشركة المنتجة تكون مسؤولة عن جميع هذه الأضرار، بالنظر إلى أنها لم توضح في بطاقة الاستعمال أن تلك المادة قابلة للإشتعال، بل ذكرت على العكس أنها عازل جيد للحرارة، وقابلة للإطفاء تلقائياً.¹

كما طبق القضاء الفرنسي الالتزام بالإعلام في مجال المنتجات السامة في العديد من أحكامه، من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، في دعوى أقامها مزارع على أثر إصابته بعجز دائم في عينيه، نتيجة تطاير ذرات من مادة مقاومة للطفيليات بفعل الرياح، من مسؤولية المنتج عن تلك الإصابة بالنظر إلى عدم كفاية ما قام به من لفت انتباه العملاء إلى ضرورة غسل الوجه، والكفين بعد استعمال هذه المادة، وعدم تركها

¹ - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 26.

¹ - Cass.Civ.13 mai 1986 ;bull.civ.1986

مقتبس عن: منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 52.

فترة طويلة على الجلد. إذ كان ينبغي عليه أن يوضح بكل دقة مخاطرها الجسدية على العينين، حتى يتسنى اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنبها.¹

ويتسم التحذير بالنسبة للمنتجات الدوائية بنوع من الخصوصية، إذ يتطلب إدراج بيانات تفصيلية بشأنها، فلا يكفي مجرد إدراج تحذير عام كالتنبيه إلى ضرورة عدم استخدام هذه المنتجات إلا بأمر الطبيب، بل يجب بيان الخواص الخطرة لها كونها حارقة أو سامة... إلخ. و إذا كان المنتج الدوائي مما تتقيد صلاحيته للاستعمال بمدة معينة، سواء احتسبت من تاريخ فتح العبوة، فإن التحذير بشأنه لا يكتمل بمجرد ذكر تاريخ انتهاء صلاحيته للاستعمال، بل يلزم بيان المخاطر التي تنجم عن استعماله بعد انتهاء هذه الفترة. وينبغي أن يشمل التحذير على بيان الآثار الجانبية، التي من الممكن أن تنجم عن تناول الدواء، سواء ما يظهر منها بصورة فورية سريعة، أم ما يتراخى ظهوره لمدة طويلة. وكذلك الحالات التي لا ينبغي فيها استعمال الدواء.¹

الشرط الثاني: أن يكون التحذير واضحاً ودقيقاً

من جهة يجب أن تكون عبارات التحذير واضحة في دلالاتها، على بيان المخاطر التي قد تنجم عن حيازة المنتج أو استعماله، حال إغفال الاحتياطات المتضمنة في التحذير، فيتنافى مع وضوح التحذير الاقتصار على التنبيه الوجيز أو الافضاء ببيان مختصر، أو عبارات مقتضبة لا تفيد معنى التحذير، أو استعمال عبارات يكتنفها اللبس والغموض، بحيث تحتمل أكثر من معنى. و من جهة ثانية يجب أن تصاغ البيانات التحذيرية في

¹ - Cass.civ.14 déc.1982

مقتبس عن منى أبو بكر الصديق ن المرجع السابق، ص 57

¹ - منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 61

عبارات سهلة يحسن فهمها من قبل المستعمل، فقد كشف الواقع أن جمهوراً عريضاً من مستهلكي السلع والخدمات من غير المتخصصين، بما يفرض على المنتجين بصدد التحذير من مخاطر منتجاتهم استخدام لغة مبسطة خالية من التعقيد والتكلف، بما يسهل على المستهلك العادي استيعابها.¹

أما إذا كانت المنتجات معدة للتصدير إلى دولة أجنبية، فمن اللازم أن تكتب عبارات التحذير بعدة لغات أساسية، إلى جانب لغات أساسية إلى جانب لغة بلد الإنتاج ولغة بلد التصدير.²

وقد تطلب قانون 02-04 في مادته 2/5 تبيان الأسعار بصفة مرئية ومقروءة. كما أشار قانون حماية المستهلك المصري رقم 67-06 في مادته الثالثة إلى أنه: "على المنتج أو المستورد - بحسب الأحوال - أن يضع باللغة العربية على السلع البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية، أو أي قانون آخر أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وذلك بشكل واضح تسهل قراءته، وعلى النحو الذي يتحقق به الغرض من وضع هذه البيانات حسب طبيعة كل منتج..."

الشرط الثالث: أن يكون التحذير ظاهراً.

يقصد بإشترط أن يكون التحذير ظاهراً، أن يكون متاحاً للمستهلك في مكان ظاهر يجذب إنتباهه، ويقضي أن تكون البيانات التحذيرية قد حررت بطريقة متميزة، عن غيرها من البيانات الأخرى التي قد تتعلق بمكونات المنتج وخصائصه أو بطريقة

¹ - منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 63

عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 127

² - جابر محبوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة، المرجع السابق، ص 46.

استعماله، سواء تمثل هذا التمييز في اختلاف اللون المستعمل في الطباعة، أم استخدام حروف بارزة أو كبيرة نسبيا في الكتابة.

وتبدوا أهمية هذا الشرط بصفة خاصة، في الحالات التي ينعدم فيها الاتصال المباشر بين المنتج والمستهلك، بحيث يترك الوفاء بهذا الالتزام للمنتج ذاته بما يحمله من بيانات تحذيرية.¹

الشرط الرابع: أن يكون التحذير لصيقا بالمنتج

ينبغي أن يتصل هذا التحذير بعلم المستهلك قبل استعماله للمنتج، بحيث يمكن القول أنه يلزمه دائما ولا ينفك عنه أبدا. ويفرق البعض في هذا الخصوص بين البيانات التحذيرية وغيرها، بالنسبة للبيانات المتعلقة بخصائص المنتج ومواصفاته المادية، لا مانع من إدراجها في نشرة أو كتيب يرفق بالمبيع، في حين لا يمكن قبول ذلك فيما يتعلق بالبيانات التحذيرية، التي يلزم أن تكون لصيقة تمام بالمنتج.

بينما يرى البعض الآخر من الفقه بأنه لا يكفي ليكون التحذير لصيقا بالمنتج، أن توضع ورقة التحذير على الزجاج التي تحتوي على الدواء مثلا، لأن من المحتمل فقدان هذه الورقة. لدى يرى البعض ضرورة حفر التحذير على جدار العبوة ذاتها إذا كان ذلك ممكنا، وذلك خشية ضياع البطاقة التي تحتوي على العبارات التحذيرية، والتي عادة ما يلصقها المنتج على جدار العبوة.¹

وقد نصت المادة 13 من قانون حماية المستهلك رقم 67-06 المصري، على ضرورة كتابة البيانات بطريقة يتعذر إزالتها. من ثم يتنافى مع هذا الشرط إدراج بيانات تحذيرية

¹ - منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 64

مُجد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، المرجع السابق، ص 28.

¹ - منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 66

بطريقة يسهل معها إزالتها، ويعتبر إخلالا بهذا الشرط أيضا الإلقاء بمهمة التحذير إلى الغير، فلا يكفي مثلا أن يوجه منتج سلعة خطرة تحذيراته بشأنها إلى موزعيه.

أما عن المشرع الجزائري فقد فرض على المحترف إلحاق المنتج بوسم، لإعطاء صورة واضحة ودقيقة عنه. و قد عرف إجراء الوسم في نص المادة 2/6 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 بأنه: " جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع أو التجارة، والصور والشواهد والرموز التي تتعلق بمنتج ما، والتي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو رسمة أو خاتم أو طوق يرافق منتوجا ما أو خدمة أو يرتبط بهما".

وبالنسبة للبيانات التي يتضمنها الوسم، فإما أن تكون البيانات الإجبارية مدرجة في ملصقات على المنتج، وإما أن تكتب على الغلاف الخارجي للمنتج أو على دليل الاستعمال، مع الإشارة بالجودة. و يتم نقل المعلومات إما بواسطة البطاقات أو الكاتالوجات، أو دليل الاستعمال أو الاشهار.

هذا وقد فرض المشرع إضافة لذلك، بموجب نص المادة 53 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، إعلام المستهلك حول أسعار المنتوجات والخدمات، حيث جاء فيها أن: " إشهار الأسعار إجباري ويتولاه البائع قصد إعلام الزبون بأسعار بيع السلع أو الخدمات وشروط البيع ". كما أضافت المادة 55 من نفس الأمر بأنه: "يكون إشهار أسعار السلع والخدمات لفائدة المستهلكين بواسطة وضع علامات أو ملصقات، أو أية وسيلة أخرى مناسبة لإعلام المستهلك بأسعار البيع، وعند الحاجة بشروطه وكيفياته الخاصة".¹

¹ - الهدف من إشهار الأسعار هو جعل السوق شفاف ونزيه، كما وأنه طريق من طرق العرض أو الايجاب عند التعاقد. فمن حق المستهلك أن يحصل على كل سلعة أو خدمة تكون معروضة على مرأى الجمهور، لأنه يفترض فيه عرضه للبيع. هذه حالة من حالات العرض الدائم التي تنظمها نظرية العقد، وبمجرد قبول العرض يتكون العقد ويجب تنفيذه.

ونصت المادة 1-112 ق إ ف يتعين على البائع أو أي مزود بخدمة بإعلام المستهلك عن طريق وضع العلامات،، ونشر أو أي عملية أخرى مناسبة حول الأسعار والشروط الخاصة لبيع وأداء الخدمات، وفقا للإجراءات التي وضعها وزير الشؤون الاقتصادية، بعد التشاور مع المجلس الوطني للمستهلكين¹.

وحتى وإن أصبح الالتزام بالإعلام التزم قانوني، ما يعني أنه يجد أساسه مباشرة في النصوص القانونية، إلا أنه لا يمكن الإحاطة بضمون الالتزام بالإعلام، والبيانات التي يتعين أن يدلي بها المهني، لذلك فيمكن للقاضي أن يستعين بمبدأ حسن النية سيما عندما يتحول الإلتزام بالإعلام إلى إلتزام بالنصيحة .

الفرع الثاني:

طبيعة الالتزام بالإعلام وحدود الجهل بالبيانات والمعلومات

إن اعتبار إلتزام المهني بالاعلام التزم بوسيلة يعني أن يتحمل الدائن عبئ إثبات وجود الالتزام و خطأ المدين في تنفيذه لإقامة مسؤولية المدين.و لا يتحلل المهني من المسؤولية إلا إذا أثبت أن سببا أجنبيا هو الذي أدى إلى عدم تحقق هذه النتيجة.

= دنوني هجيرة، قانون المنافسة وحماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج 39 رقم 01/2002، ص10

¹ - « out vendeur de produit ou tout prestataire de services informe le consommateur, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, sur les prix et les conditions particulières de la vente et de l'exécution des services, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation. »

بينما لا يتحمل الدائن في الالتزام بتحقيق نتيجة هذا العبيء بحث تقوم مسؤولية المدين بمجرد تخلف تلك النتيجة.¹ لذلك نتعرض لطبيعة الالتزام بالاعلام (الفقرة الأولى) .

ولأن نطاق الالتزام بالاعلام واسع من حيث الموضوع، وغير واضح من حيث الأشخاص، فتعرض بناء على ذلك لحدود الجهل بالبيانات والمعلومات في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

طبيعة الالتزام بالاعلام

المعول عليه في التمييز بين الالتزام ببذل عناية و بتحقيق نتيجة يتمثل في احتمالية النتيجة أو في الدور الذي يلعبه الدائن في تنفيذ الالتزام، فإرادة الدائن تلعب دورا أساسيا فيما يتعلق بالتعامل مع البيانات و المعلومات التي أحيط بها علما وفقا للقانون . و قد اختلف الفقه حول طبيعة الالتزام بالاعلام، من حيث كونه التزاما بتحقيق نتيجة أو بذل عناية الأمر الذي أدى إلى بروز عدة اتجاهات :

¹ - فمن أجل تحديد درجة الخطأ العقدي وضع شراح القانون المدني معايير للتمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية تتمثل في :

- مدى أو نطاق الالتزام الذي يقع على عاتق المدين به حيث يكون الالتزام بوسيلة عندما لا يكون المدين ملتزما إلا باتخاذ كافة الوسائل التي في إمكانه لتحقيق الغاية من الالتزام و اتخاذ الحيلة و الحذر اللازم لتحقيق الغاية في حين يكون الالتزام بنتيجة عندما يكون المدين متعهدا بتحقيق نتيجة معينة و لا يعنى من مسؤوليته في حالة عدم تحقيق هذه النتيجة إلا بإثبات وجود قوة قاهرة منعه من ذلك

- درجة الاحتمال التي تلبس تحقيق النتيجة المطلوبة أو دور الدائن في تحقيقها و بمعنى آخر ما يتمتع به الدائن من حرية في الحركة بحيث لا يسلم قيادته بالكامل للمدين الذي يستقل بمفرده في اتخاذ الوسائل اللازمة للحصول على النتيجة المطلوبة .

أولاً: قصور اعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً بوسيلة عن تلبية متطلبات حماية المستهلك

يذهب الرأي الغالب في الفقه الفرنسي¹ إلى أن الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية، ويستشهد في ذلك بأن الإعلام بمخاطر الشيء الخطر يبقى إحتالي غير مؤكد الوقوع وأن للدائن دور في تحقيق النتيجة ومنعها، فيلتزم بالتالي بإثبات خطأ البائع .

و لا شك أن أعمال قواعد العدالة يؤدي إلى الاكتفاء بعناية الرجل متوسط الحرص ، غير أن اعتبار هذا الالتزام التزام بوسيلة قاصر عن حماية المستهلك ، و يتضح هذا هذا القصور من ثلاث نواح:

1-إن حماية المستهلك في مواجهة المخاطر التي تحقق به جراء استهلاكه منتجات أفرزها التقدم الصناعي الهائل لا تتحقق في ظل اعتبار الالتزام بالإعلام الواقع على عاتق المهني التزاماً ببذل عناية، و ذلك بالنظر إلى ما يمارسه هذا التكيف من تأثير على مسألة الإثبات ، حيث يستطيع المهني في ضوءه التخلص من المسؤولية إذا تمكن من إقامة الدليل على أنه قد بذل العناية المطلوبة في تقديم المعلومات المتعلقة بمنتجه في حين يقع على المستهلك المضرور عبء إثبات خطأ المهني في تنفيذ هذا الالتزام و كذا إثبات علاقة السببية بين هذا الخطأ و ما لحق به من ضرر.¹

2-إن نشأة الالتزام بالإعلام و اكتسابه استقلالته على أثر قصور أحكام ضمان العيب عن حماية المستهلك تقتضي أن تفوق الحماية التي يحظى بها المستهلك في ظل

¹ - من بينهم G. Viney مشار إليه في أحمد خديجي، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 11، جوان 2014، ص 26

رأي F. Collart , Ph. Delebecque , Ph. le tourneau , A. Plancqueel

أيضاً رأي: عزة محمود أحمد خليل، ميرفت ربيع عبد العال .

مشار إليه في منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 90

¹ - حمدي أحمد سعد ، المرجع السابق ، ص 181

مُجد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود ، المرجع السابق ، ص 2236

الأحكام المنظمة لهذا الالتزام تلك التي توفرها له أحكام ضمان العيب، فإذا كان المشتري يلتزم في دعوى الضمان بإثبات وجود العيب في المبيع سابق على التسليم وفقاً للمادة 447 ق م م فليس من المنطقي أن يثقل كاهل المستهلك المدين بالالتزام بالإعلام بإثبات خطأ المهني في تنفيذ هذا الالتزام وأن الضرر الذي لحقه كان بسبب هذا الخطأ

3- إذا كان أنصار الاتجاه القائل باعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً ببذل عناية قد تشبثوا بمعيار دور الدائن، أو طبيعة مسلك المضرور إزاء تحقق الضرر. فإن هذا المعيار ذاته كفيل بدحض ما ذهبوا إليه. ففي ضوء الطبيعة الخطرة و المعقدة للمنتجات التي تطرح في التداول، فضلاً عن ضخامة خبرة المستهلك الفنية أو انعدامها، يكون المستهلك ذو دور سلبي حال وقوع الضرر به، على أثر حيازته أو استعماله لهذه المنتجات، فيكون بمثابة من يسلم نفسه إلى المنتج¹

ثانياً: عدم ملائمة اعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة

يرى جانب آخر² أن إعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً ببذل عناية يتعارض مع مقتضيات حماية المستهلك، وأن العدالة تقتضي إلقاء العبء على المهني بحيث تنعقد مسؤوليته بمجرد عدم تحقق النتيجة، فلا يتحمل من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

¹ - منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 96

² - رأي مصطفى أحمد أبو عمرو، مشار إليه في أحمد خديجي، المرجع السابق، ص 26.

رأي ثروت فتحي إسماعيل، علي سيد حسن، عبد العزيز المرسي حمود، ممدوح محمد مبروك .

مشار إليه في منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 92

غير أنه إذا كان رفض اعتبار الالتزام بالإعلام التزاما ببذل عناية يبرره تعارض ذلك التكييف مع مقتضيات حماية المستهلك، فإن الرغبة في تحقيق تلك الحماية لا ينبغي أن تقود إلى الالتفاف على مصالح المهنيين بتبني تكييف مصادا، و اعتباره التزاما بتحقيق نتيجة. والاستناد إلى الأحكام القضائية التي حرمت المدين بهذا الالتزام من مكنة دفع المسؤولية بالاحتجاج بجهله بالمخاطر الكامنة بالمنتج لتكليفه بأنه التزام بنتيجة إنما ينطوي على فهم مغلوط لطبيعة الخطأ المقيم للمسؤولية عن الاخلال بالالتزام بالإعلام¹

فهذا الالتزام يقوم على التزام المهني بالعلم بأخطار الشيء المبيع و ليس على قرينة علمه بها و من ثم يعد جهله بهذه المخاطر في ذاته خطأ يقيم مسؤوليته¹. و ترتيبا على ذلك إذا كانت متطلبات حماية المستهلك تقتضي عدم تكليفه بإثبات خطأ المهني، و علاقة السببية بين هذا الخطأ و ما أصابه من ضرر، فإن العدالة تتأذى بإلقاء هذا العبء على عاتق المهني بحيث تنعقد مسؤوليته بمجرد عدم تحقق النتيجة، و بما لا يمكنه الفكك منها سوى إثبات تنفيذه العيني للالتزام أو إقامة الدليل على السبب الأجنبي .

فضلا عن ذلك فإنه لما كان من المحتمل وقوع الضرر نتيجة إهمال المستهلك في إتخاذ الإحتياطات اللازمة بشأن حيازة المنتج أو استعماله فإن تحميل المهني منتجا كان أم بائعا المسؤولية على هذا الضرر قد يغدو سببا مفضيا لقتل روح الإبداع و شل حركة النشاط الصناعي بأثره.²

¹ - أنظر إلى الأحكام القضائية التي اعتبرته التزاما بتحقيق نتيجة .حمدي أحمد سعد ، المرجع السابق ، ص183

¹ - جابر محبوب علي ، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبعة ، المرجع السابق، ص185

² - المرجع نفسه ، ص185

- منى أبو بكر الصديق ، المرجع السابق ، ص97

ثالثاً: حقيقة الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام

يذهب جانب من الفقه إلى أنه ينبغي أن تتحدد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام على ضوء التوفيق بين مصالح المتعاقدين و مقتضيات العدالة، فيرى هذا الجانب من الفقه أن الالتزام بالإعلام من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة مخفف¹.

و المعنى أنه إذا كان منطق الالتزام بوسيلة أن يكلف المضرور بإثبات خطأ المدين بالالتزام فالمستهلك المضرور لن يتحمل هذا العبء كما أنه إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة مفاده انعقاد مسؤولية المدين به بمجرد عدم تحقق النتيجة بحيث لا يستطيع دفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي فإن هذا الالتزام بنتيجة يمكن أن يكون مخففاً بما يتيح للمدين نفي الخطأ أو التقصير من جانبه بإقامة الدليل على قيامه بتزويد المستهلك بالبيانات و التحذيرات المتعلقة بمنتجه بصورة كاملة و صحيحة¹.

ففي نطاق المسؤولية الموضوعية للمنتج عن فعل منتجاته المعيبة التي نظمها القانون الفرنسي رقم 98-389 الصادر في 19 ماي 1998، المسؤولية ليست موضوعية مطلقة قائمة على مجرد وقوع الضرر، و لكنها مسؤولية موضوعية خاصة مشروطة بوجود عيب في المنتج، ذلك العيب الذي يساهم في تقديره مدى كفاية المعلومات المتعلقة بالمنتج حسب المادة 1386-4 من هذا القانون.

¹ - أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، المرجع السابق، ص 193

¹ - منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 98

أنظر للأحكام القضائية التي يستفاد منها ضمناً أنه التزام بتحقيق نتيجة مخفف حمدي أحمد سعد، المرجع السابق ص 188

ومعنى ذلك أن المنتج يكون معيبا إذا لم يتم تزويد المستهلك بالمعلومات التي تعينه على حسن استخدامه وتوقي أضراره، بطريقة واضحة يمكن تحسسها من خلال مطالعة المظهر الخارجي للمنتج على نحو يمكن للمستهلك معه أن يكون توقعه المشروع بسلامة هذا المنتج.

وإذا كان لا يسمح للمدين بالإلزام بنتيجة بدفع مسؤوليته سوى بإقامة الدليل على السبب الأجنبي فإن النظام الخاص للمسؤولية وفقا لقانون 1998 خوله مكنة دفع تلك المسؤولية بإثبات أن المنتج لم يكن معيبا وقت طرحه في التداول و ذلك وفقا للفقرة الثانية من المادة 11-1396 .

و يمكن ذلك بإثبات أن المعلومات التي أرفقها المنتج بسلعته كانت كافية وواضحة في بيان طريقة استعمالها و التحذير من مخاطرها.و السماح للمدين بدفع مسؤوليته عن طريق نفي خطئه على هذا النحو إنما يعني أن هذا الالتزام ليس محله تحقيق نتيجة مطلقة وإنما التزام بتحقيق نتيجة مخفف.¹ و يؤيد هذا الطرح

الفقرة الثانية:

حدود الجهل بالبيانات والمعلومات

إذا كان مبدأ حسن النية يقف طبقا للقواعد العامة عند إمكانية العلم، من جانب الطرف المقدم على التعاقد. فإنه في عقود الاستهلاك يخرج عن هذا الفرض، لضمان حماية كافية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية . فتعرض تباعا لقرينة الجهل لدى المستهلك (أولا) ثم أثر صفة الاحتراف و ضرورة الاستعلام (ثانيا)

¹ - منى أبو بكر الصديق ، المرجع السابق ، ص 99

أولاً: قرينة الجهل لدى المستهلك

القاعدة هي أن على كل من يقدم على التعاقد أن يبحث بوسائله الخاصة عن المعلومات، والبيانات التي تلزم لتكوين رأيه وتحديد قراره. غير أن هذه القاعدة قد تتعذر بسبب طبيعة البيانات أو صفة المتعاقد، لدى يعفى المستهلك من واجب الاستعلام استناداً لالتزام المهني بإعلامه . ولا يجوز للمهني في هذا الفرض أن يتخلص من الجراء المقرر للإخلال بالتزامه بالإعلام، استناداً إلى أن المستهلك كان بوسعه الاستعلام بنفسه.¹

من ثم يلتقى على عاتق المحترف إلتزام بالاستعلام للإعلام . و يعرف هذا الإلتزام بأنه: "التزام يقصد منه أن يلتزم المدين متى كان مهنياً، بالتحري والبحث عما يجمله من معلومات يتعين تقديمها، إلى الدائن بالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد. أي أن هذا الإلتزام يفرض على المدين بالإلتزام بالإعلام أن يبحث عن المعلومات والبيانات محل التعاقد، بغية تنوير إرادة المستهلك أو الدائن .

من ثم فإن المدين بالإلتزام بالإعلام لا يكلف بالافضاء بالبيانات أو المعلومات التي يجوزها فقط، بل يلتزم أيضا بالادلاء بالمعلومات والبيانات التي كان يمكنه الإحاطة بها، بوسائله الخاصة لو بذل العناية المطلوبة.¹

ويتميز هذا الإلتزام عن واجب الاستعلام الذي يفرض على كل طرف أن يبحث بنفسه عن المعلومات والبيانات التي يبني عليها قراره، بشأن الإقدام على التعاقد أو قبول بنود العقد.²

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 52

¹ - المرجع نفسه ، ص 53.

² - المرجع نفسه، ص 52

ويذهب البعض في هذا الصدد إلى أن تخلف موجب الاستعلام، شأنه شأن الالتزام بالاعلام يجب أن يتناول صفات أو مسائل جوهرية لا ثانوية، حتى يكون له أثر على مصير العقد.¹ من ثم على المهني أو المدين بالالتزام بالاعلام، أن يُعلم بالبيانات المتعلقة بمحل العقد الجوهرية، بل ويتعين عليه أن يستعلم عنها حتى يُعلم بها كلما كان ذلك ممكناً، فالقاعدة أنه لا تكليف بمستحيل.² وذلك حتى يتسنى له تنوير إرادة الدائن .

ويضيف ذات الرأي أن المقصود بالبيانات الجوهرية في هذا الصدد تلك البيانات التي يفترض علم المدين بها، أي تلك التي تتسم بالجوهرية والتي يهتم المستهلك أو الدائن العلم بها، وفهمها والاستفادة منها. إذ أن فرض الالتزام بالاعلام على عاتق المهني في مواجهة المستهلك يفرض عليه الاستعلام ليعلم هذا الأخير.¹

من ثم ليس للمحترف أن يحتج بجهله للمعلومات لأن توافر صفة الاحتراف قرينة على يفترض معها الإلمام بالبيانات الجوهرية، غير أنه لا يعقل إلزام المحترف بالإدلاء ببيانات لا يعلمها أصلاً، و ليس في إمكانه العلم بها .

وجدير بالذكر أن التشريعات المقارنة سواء في الجزائر أو فرنسا، باتت تتولى بنفسها تحديد البيانات التي يتعين على المهني الإفشاء بها لتنوير رضاء المستهلك .و عليه يتعين على المهني الادلاء بكافة البيانات التي تحددها نصوص قوانين الاستهلاك باعتبارها بيانات جوهرية دون حاجة لإتفاق خاص يقرر ذلك .أما باقي البيانات فإن تقدير أهميتها يعد من المسائل التي تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع باعتبارها من مسائل الواقع، وقد يستخلص من بنود العقد ذكر بيان إضافي لا يفرضه

¹ - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ص 193

² - ويجب أن يتحقق علم المدين بتلك المعلومات، في اللحظة التي يجب عليه الإفشاء فيها بتلك البيانات .

مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 57

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 48

المشرع واعتباره بندا جوهريا¹. و يمكن أن يستند إلى مبدأ حسن النية كمحدد لمضمون ونطاق الإلتزام بالإعلام.

حيث أن المادة 4 السالفة الذكر أوجبت إعلامه بجميع المعلومات التي تهمه في التعاقد، فقد أخضع القانون 02/04 السالف الذكر شروط البيع لإعلام إجباري على غرار الإعلام بالأسعار، بإعتبار أن السعر لا يعدّ العنصر الوحيد الذي يهم المستهلك، ولا يكفي لضمان حق المستهلك في اختيار المنتجات، لذلك يصبح من الضروري تنظيم شروط بيع المنتجات وتقديم الخدمات².

وفي ذات السياق تشير المادة 03 من قانون 03-09 السالف الذكر للمستهلك الحق في معرفة خصائص المنتج أو الخدمة، دون أن تشير تلك النصوص إلى ضرورة أن يبحث المستهلك عن المعلومات بعناية الرجل العادي.

لذلك يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع. و تضيف المادة 8 من قانون 02-04 من ذات القانون بأن البائع يلتزم قبل إختتام عملية البيع، بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج، بالمعلومات النزيمية والصادقة المتعلقة بميزات المنتج أو الخدمة وشروط الخدمة والبيع. من ثم فإن الإلتزام بالإعلام إلتزام قانوني يفرض على العون الاقتصادي تزويد المستهلك بكافة

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 60

² - دنوني هجيرة، قانون المنافسة وحماية المستهلك: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، الجزء 39 رقم 1/2002 ص 11

كما نص قانون الاستهلاك الفرنسي على وجوب الإعلام بالأسعار في المادة 1-111 و 1-112 ق إ ف . الإلتزام بالوسم، والإعلام بخصائص المنتج أو الخدمة، واستعمال اللغة العربي في الوسم، والإعلام بسعر المنتج أو الخدمة، وبشروط البيع كلها بيانات إلزامية يترتب عن الإخلال بها جزاءات حددها المشرع في نصوص خاصة. ما بين الحجز والغرامة . أما علامات الجودة فاستعمالها يبقى اختياريا من قبل المحترف لأكثر تفصيل أنظر : بودالي مُحمّد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 75.

المعلومات، والبيانات المتعلقة باستعمال المنتج، لتمكين هذا الأخير من تحقيق أقصى استفادة ممكنة من المبيع، بحيث يؤدي الغرض المقصود من شراؤه على أكمل وجه. ويبدو أن المشرع الفرنسي من خلال المادة 111-1 ق إ ف.¹ الفرنسي حاول الإلمام بكل البيانات ذات الأهمية في التعاقد، لتوسيع نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الموضوع.

وبخصوص طبيعة الالتزام بالاستعلام، يرى جانب من الفقه الفرنسي¹ أن الالتزام بالاستعلام قد يكون التزاما بتحقيق نتيجة، حين يتعلق الأمر بمعلومات ضرورية وفي هذا الفرض فإن ذمة المدين لا تبرؤ إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي الذي أعاقه عن الوفاء بهذا الالتزام. و قد يكون إلتزاما ببذل عناية وفي هذه الحالة يمكن للمستهلك أو الدائن بالالتزام، أن يثبت أن المدين لم يبذل العناية المطلوبة، ولم يتبع الوسائل المتاحة

¹ - ART 111-1 C.Con.F «Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné;

2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 ;

3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service;

4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte ;

5° S'il y a lieu, les informations relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles ;

6° La possibilité de recourir à un médiateur de la consommation dans les conditions prévues au titre Ier du livre VI.

La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat. Les dispositions du présent article s'appliquent également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique =non fourni sur un support matériel. Ces contrats font également référence à la nécessité d'une consommation sobre et respectueuse de la préservation de l'environnement.

¹ - J.Gehstin , Traité de droit civil, op.cit , p374

للإستعلام عن البيانات محل التعاقد وذلك حتى تثار مسؤولية هذا الأخير. بينما يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي¹ إلى أن الالتزام بالاستعلام يعد في كافة الأحوال التزاما بوسيلة أو ببذل عناية، ولا يمكن أن يكون غير ذلك .

بينما يرى جانب من الشراح إلى أن الالتزام بالاستعلام، يحمل ذات الوصف القانوني للالتزام بالاعلام المرتبط به، وعلى ذلك فإن الالتزام الأول شأنه شأن الثاني يعد التزاما بتحقيق نتيجة، إذا تعلق الأمر بمعلومات أو بيانات جوهرية، فلا يستطيع المدين التخلص من جزاء الاخلال به بغير إثبات وجود السبب الاجنبي. و يعد التزاما ببذل عناية حينما يتعلق الأمر بالمعلومات غير الجوهرية.¹

وقد ذهبنا سابقا إلى أن التزام المحترف بالاعلام هو التزام بتحقيق نتيجة مخفف من ثم فالالتزام بالاستعلام يحمل ذات الوصف .

غير أنه ولما كان التزام المحترف بالاعلام يشمل أيضا اعلامه بخصوصيات المنتج، فإن احتياجات المستهلك و رغباته تحدد على ضوء تواصله مع المحترف ليبيدي احتياجاته بشكل واضح و دقيق، مما يفيد ضرورة التعاون من قبل المستهلك ليسهل على المحترف ايصاله للمعلومات بشكل يتطابق مع تلك الرغبات. فحسن نية المستهلك و قرينة الجهل لدى المستهلك تفرض عليه ضرورة الحوار مع المهني ليحدد هذا الأخير المنتج المطابق لإحتياجاته .

¹ - M.Fabre-Magnan, Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, Thèse de doctorat en Droit privé,, paris 1 ,1991 ,p 94

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 50

ثانياً: أثر صفة الاحتراف وضرورة الاستعلام

إن الإلتزام بالاعلام يتطلب من المدين به- وخاصة إذا كان مهنياً-، الإستعلام عن حاجات الدائن أي المستهلك التي يريد إشباعها من وراء الإقدام على إبرام العقد. وأن يقدم إليه المساعدة لتحقيق أغراضه، وأن ينور رضاه تفادياً لوقوعه في الغلط، وألا يقتصر على مجرد تقديم ما يعرفه من معلومات تهمة، فهو يتحمل التزاماً بالإستعلام قصد إعلام الدائن .

غير أنه إذا كان المشتري محترفاً فإن السؤال يطرح عن مدى تأثير صفة الإحتراف على إلتزام الطرف الآخر بإعلامه ؟

ما هو ملاحظ أن التشريعات المقارنة أخذت في نصوص عديدة بالاتجاه المضيق فإستبعد من نطاق الحماية المهني حتى ولو كان يتعاقد خارج مجال تخصصه. وقصر الحماية على المستهلك الذي يقتني سلعة للإستهلاك النهائي، وهذا ما يستشف من قانون 04-02. و من ثم يقع على المحترف إعلامه بثمر السلعة والمعلومات التي تهمة في التعاقد.¹

غير أنه إن كان الطرف الآخر مهني أيضاً، فيبقى السؤال مطروحاً هل يقع عليه واجب الاستعلام بنفسه ؟

إن الدافع الرئيسي الذي أدى بالمشرع لحماية المستهلك هو الرغبة في معالجة إختلال التوازن الواضح بين الطرفين من الناحية الاقتصادية والمعرفية. فتنتمي هذه الاعتبارات حينما نكون بصد طرفين متساويين، متشابهين من حيث التخصص، فليس لهذا الأخير أن يجترح بجهله للمعلومات متى كان محترفاً متخصصاً . فتوافر صفة التخصص تؤدي ضحظ قرينة الجهل لديه ، فتنتمي من ثم مبررات حماية هذا الأخير.

¹ - و قد أشرنا عند حديثنا على نطاق الحماية من الشروط التعسفية إلى تبني المشرع المفهوم المضيق للمستهلك ، في نصوص عديدة .

وقد إشتراط القضاء الفرنسي في كثير من الأحيان أن يكون عدم المعرفة هذا مبررا بصورة مشروعة، سيما إذا كان المقدم على التعاقد حرفي يتعاقد في نطاق تخصصه. أما إذا كان عدم المعرفة نتيجة لحفة لدى الدائن والذي هو محترف أيضا، بموجب الاستعلام أو لإهمال منه، فإنه يتحمل مسؤولية خفته وإهماله. فالمشتري وهو مهني يجب أن يكون حريصا على جمع كافة المعلومات الخاصة بموضوع شراؤه، إذ عليه أيضا واجب الاستعلام، ولا يجد منه سوى عدم خبرته أو معرفته بصورة مشروعة، أي عندما لا يكون بإمكانه لسبب مشروع الوقوف على المعلومات المطلوبة، والمفترض توافرها لدى المتعاقد الآخر فحجبها عنه.

وعموما واجب الاستعلام مفروض على طرفي العقد، وكلما كان طرفا العقد ممتهين كلما يضعف موجب الاعلام لدى البائع، وحتى يختفي أحيانا لعدم الحاجة إليه. وبقدر ما يكون البائع ممتهنا والشاري غير ممتهن، يكون الالتزام بالإعلام أكثر تطلبا لدى البائع وعدم معرفة الشاري مغتفرة. فيتنامى بين الممتهن والمستهلك العادي لمصلحة هذا الأخير لأن عدم معرفته مشروعة. فالمبدأ أن الإنسان غير ملزم بالاعلام، إلا بقدر ما يفوت الطرف الآخر من معلومات ضرورية.¹

وقد أشارت إلى واجب الاستعلام محكمة النقض الفرنسية، في العديد من القرارات الصادرة عنها.² من ثم فإن الأحكام القضائية تضع قرينة المعرفة على عائق الممتهين، سواء كان بائعا أو شاريا. فلا يستطيع التدرع بعدم معرفته بالشيء أو

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 66.

² - CASS.COM.23/1/1982

CASS.CIV18/04 / 1989

مشار إليه في: بيار إميل طويبا، المرجع السابق، ص 80.

CASS.COM 18/01/1972

مشار إليه: حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 313.

بمواصفاته أو بفاعليته، طالما أن هذا الشيء يقع ضمن مهنته أو اختصاصه. وإذا كان فعلا يجهل تلك المواصفات أو الفاعلية، فعليه موجب الاستعلام فإذا كان المتعاقد ممتها، أعتبر أنه إطلع على خصائص الشيء محل التعاقد، أي يفترض فيه العلم وما عليه إلا إثبات أنه تعذر عليه الوقوف على خصائص الشيء .

والحقيقة أن الالتزام بالاعلام مفروض على المهني نظرا للثقة التي يضعها المستهلك في المهني. غير أنه في التعامل بين محترفين يقف موجب الاعلام عند واجب الاستعلام من جانب المحترف وهو المشتري في هذا الفرض .

فالصفة المهنية للمشتري يجب أن تثير لديه حب الاستطلاع، وتمكنه من الاستعلام عما خفي عليه من معلومات، عن كيفية استعمال الشيء المبيع أو الوقاية من مخاطره، فإن لم يتم بواجب الاستعلام أفترض أنه يكتفى بما لديه من معلومات، ولا يمكن أن ينسب إلى البائع أي تقصير فيما قدمه له من معلومات .

ولقد اعتمد القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه، إلى الصفة المهنية للمشتري أو المستعمل، لتخفيف مسؤولية المنتج أو البائع عن الإخلال بالالتزام بالإفشاء، بما قد ينتج عن الشيء المبيع من مخاطر، واستند إلى هذه الصفة أيضا في أحيان أخرى لإعفاء كلية من هذه المسؤولية.¹

ومن بين الأحكام التي قررت تخفيف المسؤولية استنادا إلى الصفة المهنية للمشتري، ما قضت به الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض في قرار الصادر في 9 ديسمبر 1975 من مسؤولية منتج التربة العضوية، لعدم إفشائه للمشتري بدرجة الرطوبة التي يجب الحفاظ عليها عند استخدام هذه المادة . وقررت من ناحية أخرى أنه كان يجب على المشتري وهو مزارع، وسبق له استخدام هذه المادة في السنوات

¹ - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 259.

الماضية، أن يعلم درجة الرطوبة المطلوبة، ومن ثم قررت المحكمة توزيع عبئ المسؤولية بين المنتج والمزارع.¹

ومن الأحكام التي قررت إعفاء المنتج أو البائع من المسؤولية، عن الإخلال بالالتزام بالاعلام، استناداً إلى الصفة المهنية للمشتري. ما قضت به الدائرة المدنية الثانية لحكمة النقض من عدم مسؤولية منتج المادة التي تستخدم في طلاء، وتغطية الأرضيات الخشبية، عن الحريق الذي نشب أثناء صهر هذه المادة بسبب تصاعد أبخرتها. حيث تبين أن بطاقة البيانات الملصقة على هذه المادة، تدل بشكل صريح وكاف على قابلية هذه المادة للاشتعال، بالنسبة لمقاول متخصص في هذا المجال. ومن ثم لا يمكن أن ينسب أي خطأ للمنتج في هذا الصدد.¹

¹ - Cass.civ.1^{er} ch 9 dec 1975

مقتبس عن حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 260

¹ - Cass.civ.2^{er} ch 25 juin 1980

مقتبس عن: حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 260

خاتمة

انتهاء من البحث في موضوع مبدأ حسن النية كقاعدة قانونية مرنة ذات طبيعة أخلاقية، من حيث مضمونه ودوره في العلاقات العقدية، وصلنا إلى أن المبدأ له دور فعال وامتزاج، يفيد إمكانية الاعتماد عليه في قانون العقود. لاسيما أن نظرية العقد من أهم مميزاتا وخصوصياتها أنها في تطور مستمر، هذا التطور الذي يمكن مجاراته بالاعتماد على المبدأ بشكل خاص.

لذلك استبعاد مقتضياته من نطاق العقد أمر غير ممكن فهو قاعدة واجبة الإلتباع. وإن كان يصعب حقيقة تطبيقه إلا أن القانون الوضعي ونظرية العقد في حاجة إلى هذا النوع من القواعد، أي القواعد المرنة التي تهذب القواعد القانونية الصارمة، وتجعلها تتجاوب مع ما يستجد من تطورات لتصبح بذلك الروابط العقدية أكثر ليونة، وأكثر تكيفا مع الظروف التي تحيط بها ومن ثم تصبح أقل انكسارا.

إن مبدأ حسن النية تصرف دائم يحكم سلوك الأطراف، يهدف إلى ضمان ديمومة العقد في وجوده وفي توازنه. فالإخلاص والأمانة والتعاون الذي يفرضه المبدأ تساهم باستمرار في احترام العقد، لا تقديسا لسلطان الإرادة إنما تقديسا لديمومة العقد، ما يجعل العقد قابلا للمراجعة أثناء التنفيذ. لذلك فإن المبدأ يفصل ما بين الرغبة الأولية المجردة للأطراف ليبقي على المساواة الحقيقية وعلى روحها.

له **دوره الوقائي والحماي** فهو أساس التكوين السليم للعقد، وهو أساس محاربة الشروط التعسفية، وله أيضا **دوره الخلاق والمنشئ** بحيث يستند إليه القضاء ليضمن تكافؤ الإلتزامات لأجل ذلك فهو أساس الإلتزام بالإعلام... إلخ. وله أيضا دور فعال في توسيع السلطات الممنوحة للقاضي، إذ يبقى الاستناد إليه مرتبطا بالقضايا المطروحة

أمام القاضي، لذلك فهو يساعد في تكوين خلفية ذهنية لدى القاضي لتقويم سلوكيات المتعاقدين.

وحتى وإن كان المبدأ يهدد العقد بأن يجعله عرضة للتغيير والتدخل القضائي، ما قد يفيد أنه يهدد الاستقرار في الأوضاع القانونية، إلا أنه لا يمكن إنكاره كمبدأ وكقاعدة في صلب القانون الوضعي، وقانون العقود بصفة خاصة. فالمبدأ وسيلة في يد القاضي لتعديل العقد والإبقاء على روحه، يخول للقاضي البحث في تنفيذ الالتزامات بطريقة مستقيمة. لأن البحث عن الإرادة واحترامها لم يعد يظهر كأولوية مطلقة ولم تعد غاية بذاتها، لكن كمطلب يخضع لاحترام القيم الذاتية العليا. لذلك فإن احترام العقد لا يقف عند تقديس الإرادة، إنما يتطلب إظهار الثقة من كلا المتعاقدين تجاه الآخر، بإظهار الرغبة في الاستمرار في العقد وقبول تعديله.

إن مبدأ حسن النية يكرس تزايد دور القاضي في سيطرته على مضمون العقد. لأنه وسيلة في يد القاضي، فاستعمال النزاهة والاستقامة والتضامن أو التعاون كمعايير أساسية للسلوك التعاقدية، قد يخلق القدرة على عدم التنبؤ وانعدام الأمن القانوني. لذلك من شأن الأخذ به أن يمس بتوقعات الأطراف، إلا أن مرونة المبدأ تجاري التطور الذي يمس نظرية العقد، فقد أظهرت العقود الحديثة عدم المساواة، حيث أصبح العقد ناتجا عن إرادة الفريق المسيطر اقتصاديا، وعندما يظهر خلل في العقد فإنه يفقد منفعته الاجتماعية والوسيلة لمعالجة هذا الخلل هو إعادة النظر في مضمونه.

لذلك فإن قاعدة عدم المساس بالعقد لا يمكن تطبيقها إلا في الحالات التي لا يصيب فيها العقد أي خلل. فمن الخطأ تجسيد العقد بالاحترام المطلق لإرادة المتعاقدين، ومن الخطأ أيضا تنفيذ العقد بالرغم من إصابته بخلل أثناء التنفيذ، فمبدأ عدم المساس بالعقد يقابله مبدأ الاستقامة العقدية من كلا المتعاقدين باحترام مبدأ حسن النية.

وقد سجلنا في بحثنا هذا أن تطور العقود حوّل مفهوم مبدأ القوة الملزمة، وسمح بتقليص مبدأ سلطان الإرادة، وقد ساهم في هذا التحوّل توسيع الأخذ بمبدأ حسن النية، بحيث نجد الفقه بحث عن أسس جديدة أخلاقية لمبدأ القوة الملزمة للعقد حتى تخدم توازن العقد ككل وتحميه في الوقت ذاته تركز الثقة. فالهدف هو تنفيذ العقد بشكل أفضل. وهذا المفهوم الجديد للقوة الملزمة يضفي ليونة على المفهوم التقليدي، ما يفيد قراءة جديدة للمبدأ تخدم العقد بالاستناد إلى أسس جديدة أخلاقية واقتصادية.

الحقيقة أن تعديل العقد يسمح بإنقاذ العقد وتنفيذه، وأن طبيعة دور القاضي لا يوجب عليه حث المتعاقدين على تنفيذ التزاماتهم كما حددها في العقد المبرم، بل يتطلب منه حث المتعاقدين على تنفيذ العقد مع احترام التوازن العقدي. فتدخل القاضي يرغم الأطراف على إبرام عقود متوازنة ومشروعة، لأن المشرع يجازي التصرفات غير المستقيمة لأحد المتعاقدين.

خلاصة القول مبدأ حسن النية يقيّد مبدأ سلطان الإرادة من ثم يقيد مبدأ حرية التعاقد، فيقيّد التجاوزات التي تحدثها حرية التعاقد ويقيد مبدأ القوة الملزمة للعقد، لذلك فإن التزامات المتعاقدين يجب أن تستجيب لقاعدة حسن النية. ويشكل أحيانا تعديا على مبدأ نسبية أثر العقد. لأنه وفي حقيقته يجمع بين نزعتين متضادتين نزعة التصور الفردي الذي يقوم على الحرية التعاقدية وضرورة احترام الإرادة، وما بين نزعة التصور الاجتماعي وما يتضمنه من أفكار التضامن والمصلحة العامة. فما يفرضه مبدأ حسن النية لا يستطيع تبريره التيار الإرادي، بل ينشأ عن أسس موضوعية للمنفعة والعدالة والمصلحة العامة، ما قد يفيد أن مبادئ القانون المدني قد تعطلت بشكل نسبي أو بمعنى آخر أصبحت أكثر ليونة، حيث يستبعدا القاضي بإعمال قاعدة حسن النية للمحافظة على روح العقد بتعديله.

وإن كان الأخذ بمبدأ حسن النية يعرض فكرة الأمن القانوني أو التعاقدي للخطر، لأنه من المفروض أن يطمئن المتعاقدان على أن العقد سوف ينفذ كما هو، لذلك قد يشكل تدخل القاضي في العقد خطرا على الأمن التعاقدي. غير أن رفض عدم التوقع في نظرية العقد يفيد الأخذ بفكرة الأمن القانوني بشكل جامد. في حين أن القانون يتطلب التلاؤم مع الاحتياجات الاجتماعية والاقتصادية، لذلك فهو بحاجة للتطور المستمر ليواكب هذه الاحتياجات، فاستمرار قوانين بالية لا تواكب الاحتياجات يعتبر مظهرا من مظاهر عدم الأمن والاستقرار القانوني، لأنه يخلق وضعاً شادا بين قانون عقيم وواقع جديد لا يعرف تنظيماً قانونياً.

هذا وأنه في كثير من الأحيان لا بد من أن تترك فكرة الأمن القانوني مجالاً للأمن القضائي الذي ينتظره المتعاقدان، وهو تعديل العقد لإعادة التوازن. فالأخذ بالمبدأ وبشكل واسع يمنع التشريع من أن يكون تشريعاً مغلقاً. لذلك فإن فكرة الأمن القانوني في نظرية العقد هي ديناميكية نشطة، وهذا التصور وحده كفيل بحماية العقد لضمان استقراره وبقاء ميزات، وخصائصه المحققة للمنفعة والعدالة لكلا الطرفين.

يبقى أن قبول عدم التوقع الذي يعطي القاضي الحق في مراجعة مضمون العقد، ينبغي أن يكون خاضعاً لشروط موضوعية دقيقة، ذلك أن مرونة مبدأ حسن النية تدعو إلى الحذر في تطبيق مقتضياته، فقد يؤدي تطبيقه إلى تفسيرات متناقضة من قبل القضاء، ما قد يؤدي إلى تهديد مبدأ لا يقل أهمية عنه وهو مبدأ الاستقرار القانوني في العقود. لذلك وفي بحثنا هذا لمسنا أن المشرع الفرنسي في تعديله لأحكام القانون المدني حاول تصويب دور المبدأ في العلاقة العقدية حيث وضع له مساراً محدداً. بالموازنة بينه وبين حرية التعاقد في مرحلة التفاوض، وبتوسيع خيارات الدائن تجاه المدين الذي ينفذ التزامه بشكل جزئي، ومكنة التفاوض على شروط العقد حتى أثناء التنفيذ.

من ثم وتكريسا للنتائج التي توصلنا إليها ومن أجل أن يكون للمبدأ مساره المنشود في نظرية العقد، سجلنا التوصيات التالية:

مبدأ حسن النية يحيط بالعلاقة العقدية ككل، وقد نص عليه المشرع بشكل مباشر في تنفيذ العقد، له تطبيقات غير مباشرة قبل إبرام العقد كتلك القواعد التي تحمي الرضا، وتقي من تعسف الآخر. غير أن تلك القواعد غير كافية لذلك يتعين على المشرع النص عليه بشكل مباشر قبل إبرام العقد، إذ لم يعد مستساغا النص على المبدأ في مرحلة التنفيذ فقط، وذلك للأسباب التالية:

أولاً: أن المشرع وإن كان أحاط رضا المتعاقدان بقواعد حمائية، كتلك المتعلقة بعيوب الرضا. إلا أن كل عيب فيها يحتاج إلى شروط يلزم توافرها فيه حتى يكون مؤثراً، في حين توجد حالات يكون المتعاقد فيها سيء النية، لكن يصعب حماية الطرف الآخر عن طريق أي عيب من عيوب الإرادة، لعدم توافر شروطه. لذا فحسن النية يغطي مساحة تعجز عيوب الإرادة عن تغطيتها، فيعتبر المبدأ مكملاً لنظرية عيوب الإرادة. والتي لا يمكن الاستغناء عنها لأنها نظرية متجذرة، لها أحكام متميزة لحماية ركن الرضا.

ثانياً: دور المبدأ لا زال غير فعال في هذه مرحلة التفاوض على العقد، وهي مرحلة لا تقل أهمية عن مرحلة التنفيذ. لدى من الأجدر تعديل المادة 107 ق م ج على النحو الآتي "يجب على أطراف العلاقة العقدية مراعاة مبدأ حسن النية مرحلة التفاوض على العقد و في مرحلة التنفيذ". ومن ثم ترتيبها لا ضمن آثار العقد بل ضمن الأحكام التمهيدية للفصل الثاني "العقد"، من الباب الأول المتعلق بمصادر الالتزام.

في نظرية الأوضاع الظاهرة اشترط المشرع حسن نية الغير والنائب ليسري أثر التصرف في حق الأصيل، غير أنه يتعين التمييز بين أثر حسن النية في علاقة الموكل

بالوكيل وحسن نية الغير وأثره في سريان التصرف في حق الأصيل، والقول إما باشتراط أن يكونا كلاهما حسني النية، أو الأخذ بما تمليه اعتبارات العدالة بالقول بأنه يكفي حسن نية الغير وحده دون النائب، والقول أن التصرف يسري في حق الأصيل حتى ولو كان النائب سيء النية.

يفترض بالمشرع أيضا فيما يتعلق بأحكام الضمان أن يساوي في الأثر بين التكليف وحقوق الارتفاق، لأنه من جهة ميز بين التكليف والاستحقاق الجزئي، إلا أنه ساوى فيما بينهما من حيث الأثر. وهذا على خلاف ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث اشترط لرجوع المشتري بالتكليف أن يكون حسن النية، أي جاهلا بها وقت التعاقد واعتبر حقوق الارتفاق تكليفا. من ثم يستحسن تعديل كل من المادتين 376/ق م ج لتشمل الاستحقاق الجزئي فقط، والمادة 2/377 ق م ج لتشمل التكاليف بما في ذلك حقوق الارتفاق.

يُرجى من المشرع أيضا التمييز فيما يتعلق بالتعويضات التي يمكن للمشتري الرجوع بها على البائع في حالة الاستحقاق الكلي من الغير، بين ما إذا كان المشتري حسن النية أو سيء النية، حتى ينسجم الحكم مع حكم بيع ملك الغير، ومع الأحكام المتعلقة بالحيازة والالتصاق والدفع غير المستحق، فلا يكون للمشتري سيء النية إلا استرداد الثمن، أما متى ثبت حسن نيته فيرجع علاوة على الثمن بالتعويضات، فيعوض عن كل ضرر لحق به من جراء عدم التنفيذ. من ثم نقترح تعديل المادة 375 ق م ج على النحو التالي: "في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فلا يكون للمشتري أن يطلب من البائع سوى رد الثمن متى كان سيء النية".

أما متى ثبت حسن نيته بأن كان يجهل خطر الاستحقاق، فإنه يكون له أن يطلب: - قيمة المبيع وقت نزع اليد - قيمة الثمار.... إلخ" إلى ما بقي من مضمون المادة.

يستحسن ربط مفهوم الشرط التعسفي بمبدأ حسن النية لجعل الحماية من هذه الشروط فعالة، فالطابع المرن للشرط التعسفي يستتبع ربطه بمفهوم أكثر مرونة. إضافة فقرة ثانية للمادة 110 ق م ج لتعريف الشرط التعسفي، ونقترح التعريف الآتي "يكون الشرط تعسفي إذا كان يتناقض مع ما ينبغي أن يسود التعامل من نزاهة ومع ما تستوجبه مقتضيات حسن النية". وتبعاً لذلك مطابقة التعريفات الواردة في القواعد الخاصة بحماية المستهلك لهذا التعريف، اقتداء بما ذهب إليه المشرع الألماني.

- في عقد التأمين يستحسن تدخل المشرع لاستحداث نص يوفر الحماية للمؤمن له، باعتباره الطرف الضعيف من سوء نية المؤمن. فعقد التأمين من عقود الإذعان يتطلب أن يثبت المؤمن على الأقل القيام بواجب الاستعلام عن الخطر محل عقد التأمين، وعدم إغفاله ذكر جميع البيانات التي يتعين على المؤمن له الإدلاء بها، والتأكد على ضرورتها للإحاطة بالخطر، ومن ثم تحميل المؤمن مسؤولية عدم ذكرها، والتأكد أيضاً على ضرورة الاستعانة بالخبراء للتقصي عن الخطر، بما يفيد أنه بذل العناية الكافية للاستعلام.

ويفترض بالمشرع أيضاً تحديد مفهوم المستهلك، وتبني المفهوم الواسع لتقرير حماية كافية للمستهلك سواء من يقتني المنتج أو الخدمة لحاجاته الشخصية أو المحترف غير المتخصص، فيلتزم تبعاً لذلك المحترف قبلهم بالإعلام عن شروط البيع... إلخ فيقع عليه التزام بالاستعلام للإعلام. وهذا ما تقتضيه العدالة لأن المحترف الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه يكون جاهلاً لخصوصيات المنتج.

قائمة المصادر

والمراجع

القرآن الكريم

– أولاً : المراجع باللغة العربية

– الكتب

– أ - كتب عامة

1. أحمد إبراهيم حسن، أساس المسؤولية العقدية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002
2. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارن، بدون دار نشر، ط الثالثة، مصر، 1991،
3. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006،
4. أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، ط الأولى، دار النهضة العربية، 1998
5. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994.
6. أحمد محمد ديب مجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضا، دراسة مقارنة، منشورات الزين الحقوقية، د.ط، لبنان، 2006 .
7. أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين الشخصية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011
8. إسلام هاشم عبد المقصود سعد، القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقہ الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014

قائمة المصادر والمراجع

9. إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.
10. البدرأوي عبد المنعم، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 1970
11. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة .
12. أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، ط الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
13. أنور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005،
14. أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.س.ن،
15. بيار إميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص، الإطار العقدي والإطار التصريحي، دراسة مقارنة، د.ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009.
16. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج الأول، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995 .
17. بن عزوز بن صابر، نشأة علاقات العمل الفردية في التشريع الجزائري، ط الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011،
18. توفيق صلاح الدين، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010،
19. جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، ط الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000.

قائمة المصادر والمراجع

20. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية للالتزام، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
21. راييس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة، الجزائر، 2012.
22. عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
23. سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص في التأمين، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
24. سعيد السيد قنديل، الوعد بال عقد، بين اجتهاد الفقه وتطويع القضاء، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
25. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
26. سلامة عبد التواب، التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
27. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج الثالث، المجلد الأول، عقد البيع، مصر، 1990.
28. سمير تناغو، الالتزام القضائي، ط الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.
29. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
30. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، ط الأولى، الدار العلمية والدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2002.

31. عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996 .
32. عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، ط الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.
33. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002
34. عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، دراسة مقارنة، ط الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006
35. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة. د.س.ن.
36. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج التاسع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1968.
37. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، المجلد الرابع، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
38. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، لبنان، د.س.ن .
39. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ج الثاني، د.ط، برتي للنشر، الجزائر، 2009.
40. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007
41. علي عوض حسن، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996

قائمة المصادر والمراجع

42. عمر مُحمَّد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية 2004.
43. عمر مُحمَّد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية 2004.
44. فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
45. فيلاي علي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الجزء الثاني، د.ط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر 2002.
46. فليب لوتورنو، ترجمة العيد سعدانة، المسؤولية المدنية المهنية، ITCIS، الجزائر، 2010.
47. لحسن بن شيخ آيت ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006.
48. مُحمَّد بن الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال الطب وجراحة الأسنان دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
49. مُحمَّد حسين منصور، لشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
50. مُحمَّد حسين منصور، المدخل إلى القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 2005.
51. مُحمَّد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006.
52. مُحمَّد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.
53. مُحمَّد شتا أبو سعد، عقد البيع، ط الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.

قائمة المصادر والمراجع

54. مُحمَّد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
55. مُحمَّد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2010
56. مُحمَّد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، القاهرة، 1980.
57. مُحمَّد علي أمين، التقادم المكسب في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1993
58. مُحمَّد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية د.ب.ن، 1968
59. مُحمَّد مُحمَّد مصباح القاضي، مبدأ حسن النية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن
60. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ط الثانية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1976
61. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، ط الثانية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1982.
62. محمود محمود المغربي، الإستوبل في قانون التحكيم، المؤسسة الحديثة للكتاب، د.ب.ن، 2010 .
63. مرفت عبد المنعم صادق، الحماية الجنائية للمستهلك، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1999
64. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج الأول، ط الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2007 ،

قائمة المصادر والمراجع

65. مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية ج الثاني ، ط الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007
66. مهدي بخدة، المسؤولية العقدية في علاقات العمل، دار الامل، تيزي وزو ، 2013.
67. موفق حماد عبد ،الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية ، ط الأولى، مكتبة زين الحقوقية، الأردن، 2011
68. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج الأول، المطبعة الجامعية ، القاهرة، 1978،
69. منذر الفضل ،مصادر الالتزامات وأحكامها، ط الأولى، دار الثقافة، الأردن ، 2012،
70. همام محمود زهران ،قانون العمل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2005.
71. وليد صلاح مرسى رمضان ،القوة الملزمة للعقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009
72. يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية ، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2010.
73. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها ، دار المعرفة الجامعية، د.ب.ن، 1999

- كتب متخصصة:

1. إبراهيم سيد أحمد، عقد الوكالة فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، الإسكندرية ، 2005،
2. أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد ،دراسة قضائية فقهية مقارنة ، ط الأولى، دار النهضة العربية، ط الأولى، مصر ، 1997.

قائمة المصادر والمراجع

3. أحمد مُحمَّد الرفاعي، الالتزام بالتسامح، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
4. إسماعيل عبد النبي شاهين، مدى مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013
5. السيد مُحمَّد السيد عمران، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت، الدار الجامعية، بيروت، 2006
6. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، على ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
7. بودالي مُحمَّد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود دار الفجر للنشر والتوزيع الجزائر 2007
8. بيار اميل طويبا، الغش والغداع في القانون الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2009.
9. جمال خليل النشار، النية وأثرها في البناء في ملك الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999
10. خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، د.ب.ن، 2003،
11. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، أثر سوء النية في عقود المعاوضات في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
12. ربما فرج مكي، تصحيح العقد، ط الاولى المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011 .
13. سلام هبد الله الفتلاوي، إكمال العقد - المؤسسة الحديثة للكتاب -، لبنان، 2012

قائمة المصادر والمراجع

14. سلامة عبد الفتاح حلبية، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005
15. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990
16. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
17. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين والاتفاقيات الدولية، ط الأولى دار دجلة، الأردن، 2008
18. شفيق شرف، المنتقى في شرح عقد التأمين ط الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
19. صلاح محمد ذياب، التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007
20. عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996
21. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، الطبعة الأولى، مطبعة اليرموك، بغداد، 1984
22. عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.
23. عبد الحميد فودة، مبدأ حسن النية في القانون الروماني، ط الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007
24. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، د.ط، منشورات الزين الحقوقية، لبنان، 2006.

25. فتيحة قرّة، الأوضاع الظاهرة نظرية قضائية مستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001
26. مُحمّد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقّه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002
27. مُحمّد شريف عبد الرحمن أحمد، الوكالة في التصرفات القانونية، د.ط، دار الفكر القانوني، المنصورة 2009.
28. مُحمّد مُحمّد مصباح القاضي، مبدأ حسن النية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
29. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010
30. منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013
31. نجوان عبد الستار علي مبارك، الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
32. نزيه مُحمّد الصادق المهدي الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
33. هانية مُحمّد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الاذعان منشورات الحلبي الحقوقية لبنان الطبعة الاولى 2014
34. هلاير أسعد أحمد، تقديم مُحمّد سليمان الأحمد، نظرية الغش في العقد، ط الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2012
35. وفاء حلمي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992

– الأطروحات :

1. شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، جامعة أبو بكر بلقايد، 2007
2. محمود شعبان البكري خليل ،مبدأ حسن النية وأثره في عقد البيع، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة المنوفية ، 2012
3. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي ،الحيازة بسوء نية كسب لكسب الملكية ،رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة،1991
4. زاوي محمود، نظرية الظاهر في القانون الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة بن عكنون، 1998

– المقالات :

1. إبراهيم محمود الميذين، نظرية الظاهر بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 3، العراق، ع 5، 2013.
2. أحمد خديجي، حماية المستهلك من خلال الألتزام بالإعلام العقدي ،مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 11، جوان 2014
3. أسامة أحمد البدر، تكميل العقد ،مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 2، مصر، 2010 .
4. أكرم محمود حسين البدو، مُحمد صديق مُحمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، ع 49، 2016

قائمة المصادر والمراجع

5. المعتصم بالله الغرياني، عقود التأمين البحري بين مبدئي منتهى حسن النية والإفصاح المنصف، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مجلة علمية فصلية محكمة، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ع الثاني، 2014.
6. الهادي السعيد عرفة، حسن النية في العقود، مجلة البحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع الأول، 1986.
7. توفيق حسن فرج، أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع الأول، 1980.
8. دنوني هجيرة، قانون المنافسة وحماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 39، ع 2002/01.
9. ضمير حسين المعموري، الوكالة الظاهرة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 10 ع الثاني، 2007.
10. عادل أحمد إبراهيم أبو العيلة، المبادئ القانونية الخاصة بعقد التأمين وعلاقتها بعملية التسويق، مجلة إدارة الأعمال، مصر، ع 93، 2001.
11. ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر في القانون الإداري، مجلة الحقوق والشريعة، مجلة جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، ع الأول، يناير، 1980.
12. مالك جابر حمدي الخزاعي، إساءة استعمال الحق، مجلة بابل للعلوم الإنسانية المجلد 17، ع 2، 2009.
13. مباركة دنيا، حسن النية في تنفيذ عقد العمل، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، المغرب، ع الرابع، 2001.
14. محمد جمال عيسى، حسن النية في العقود، مجلة كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ع 23، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

15. محمود فياض ، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع 54، 2013
16. ملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام ملتقى وطني حول الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري: مخبر القانون الخاص الأساسي جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان 14-15 ابريل 2000
17. مهدي عبد الرحمن ،التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل في كل من القانون المصري والفرنسي ،مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع الأول ،يناير ،1974.
18. نواف حازم خالد، مدى الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد ،دراسة تحليلية مقارنة ،مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، ع الأول ،2005.
19. يزيد انس نصير، عدالة التعاقد، مجلة الحقوق ،الكويت ، ع 3 ، 2012،
20. يزيد أنيس نصري، مرحلة ما قبل إبرام العقد، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، مصر، ع الأول، 1970
21. يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، عقد التفاوض بحسن نية ،الجزء الثاني، المجلد 9 ،مجلة اللوم القانونية والاقتصادية ،مصر ، ع 3/2003
22. يعقوبي إدريس، المصدر التاريخي لمبدأ حسن النية ودوره في تمديد عقد الكراء ،مجلة القصر ،مجلة فصلية للدراسات والوثائق القانونية ،المغرب، ع 25، يناير 2010

- المجلات القضائية

- مجلة قضائية الصادرة في 1993 ، العدد الأول.

- مجلة قضائية الصادرة في 2001، العدد الأول

- مقالات عبر شبكة الانترنت .

- مسلم يوسف، بيع المسترسل في الفقه الإسلامي www.kantakji.com

- حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن

الشروط التعسفية. www.iasj.net.

les ouvrages

- المراجع باللغة الفرنسية

1. ALAIN BENABENT , Droit civil , Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5^{ème} édition , Montchrestien ,2001.
2. -A.KARRIMI ,Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit ,T306 ,L.G.D.J, paris ,2001
3. AUBRY et RAU, droit civil français, TVIII, les régimes matrimoniaux, librairies techniques ,paris, 1973.
4. Béatrice JALUZOT .La bonne foi dans les contrats. Étude comparative des droits français .allemand et japonais..D,2001
5. BERNARD.BOULOC ,Ventes ,Transports et autres contrats commerciaux, D, Paris , 2002.
6. DAVID.FERRIR ; La protection des consommateurs, D ,Paris,1996

7. F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 2013
8. G.VERMELLE ,Droit civil ,Les contrats spéciaux,3^{ème} éd ,D ,Paris,2000.
9. GEORGES RIPRET ; La règle morale dans les obligations civiles ;4^{ème} éd , LGDJ .paris.1949.
10. H.CAPITANT ;F.TERRE ;Y.LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile , obligation ,contrats spéciaux ,T 2 , 11^{ème} éd , D ,paris,2000.
11. JACQUES.GHESTIN ,Traité de droit civil ,T II ,Les obligations ,Le contrat ,2^{ème} éd ,L.G.D.J ,paris,1988
12. JACQUES.GHESTIN. Traité de droit civil , la formation du contrat ,3^{ème} éd , LGDJ, 1993.
13. - JAN.MESTER , Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, l'avenir du droit ,D ,paris ,1999.
14. J.Pelissier ,G.Auzero, E. Dockes ,Droit du travail, Précis ,2012.
15. J.CALAIS-AULOY et F.STEINMATION , Droit de la consommation,4^{ème} éd ,D,1996
16. J.CALAIS-AULOY ,F .STEINMETZ ,Droit de la consommation ;5^{ème} éd ,D ,Paris,2000.

17. Ph.le Tourneau, La responsabilité des vendeur et fabricant, D. paris, 1997
18. R. Vouin , La bonne foi ,notion et rôle actuels en droit privé français , L.G.D.J, paris,1939
19. Vermelle ,Droit civil, Les contrats spéciaux,3^{ème} édition ,D, Paris,2000.
20. Y. PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP, 1988
21. Yves .PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat ,L.G.D.J.1989

– **LES THESES. :**

1. Diesse François, Le devoir de coopération dans le contrat, thèse, lille II , 1998, p 265.
2. M.Fabre-Magnan , Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, Thèse de doctorat en Droit privé,, paris 1 ,1991
3. Naceur Fatiha,L'effet obligatoire du contrat, Thèse pour le doctorat d'état, droit privé ,faculté de droit et des sciences politiques, université d'Oran,2003

4. Noëlle Carlin. Relation de soin, la confiance à l'épreuve du droit. Thèse pour l'obtention du grade de docteur Droit. Université Paris, 2014
5. Léa Amic. La loyauté dans les rapports de travail. Droit. Thèse pour obtenir le grade Docteur en Droit Université d'Avignon, 2014. Français

– LES ARTICLES :

1. Camille-L. Bergeron , La bonne foi et l'acquisition des fruits produits par la Chose, Les Cahiers de droit, V 2, N 2, avril, 1956
2. Ch. Vigneau, L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, Dr. Soc 2004
3. Christine Marie, La bonne foi ,principe général du droit dans la jurisprudence communautaire, RTD eur , avril ,2009, N°2
4. D.Mazeaud , Le juge face aux clauses abusives, in Le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993
5. -Denis Mazeaud ,loyauté ,solidarité ,fraternité ,la nouvelle devis contractuelle , juris - classeur paris ,1999
6. Gerard Cornu. Note sur l'arrêt de principe rendu par l'assemblée plénière civile le 13 ,décembre ;1962 ;RTD civ .1963

7. Gregoire Loiseau, Le contrat, la bonne foi ,la personne ,Recueil, D, n°21/7294,mai 2007
8. Jeremy Antippas, de la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué.RTD civ ,n° 1 ,D , 2013
9. J.Mester ,D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration , RTD civ ,1986.
10. J.Mester,L'exigence de bonne foi dans la conclusion du contrat ; R.T.D.civ.1989
11. Lyoen-Caen. De l'évolution de la notion de bonne foi ,R.T.D , civ, 1946,
12. Philippe.le Tourneau. Bonne foi, R.T.D.civ, T3,1999.
13. Philippe Stoffel-Munck , L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, Paris ,2000.
14. Ph. Stoffel-Munk, Terme du contrat Dans le même sens, RDC.civ 2004.

– . مواقع ومقالات عبر شبكة الأنترنت Sites Web et articles sur Internet

1. Ancel Pascal, Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois,[www.https://ssl.editionsthemis.com](https://ssl.editionsthemis.com)

2. brunswick Philippe , Le devoir de loyauté une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? cahiers de droit de l'entreprise ,N°1, janvier- 2016.
<http://innove.legtux.org>
3. chazal Jean-Pascal, Les nouveaux devoirs des contractants :Eston aller trop loin [www.https ;//spire . scioncespo.fr](http://www.scioncespo.fr)
4. Denis Mazeaud, La bonne foi , en arrière toute ,2006
[www. www.https ;//spire . scioncespo.fr](http://www.scioncespo.fr)
5. Dubreuil Christianue ,L'assurance :un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution
www.memoireonline.com
6. Gregoire Marie Annik,L'impact de l'obligation de bonne foi ; étude sur ses rôles et sanctions lors de la formation et l'élaboration du contrat. ; mémoire juin 2001, [www .memoireonline.com](http://www.memoireonline.com)
7. Guislain Valentin, Étude : La bonne foi dans les relations individuelles de travail ;Billet du blog , publié le 08/09/2013 www.legavox.fr
8. Henriette E.Kameni Kemadjou. La bonne foi dans le contrat d'assurance, Université de douala ; [www. memoireonline.com](http://www.memoireonline.com) 23/09/2009

9. Lavabre Christian, Des applications protéiformes de l'exigence de bonne foi 02/02/2004 www.institut-idef.org.
10. Lefebvre Brigitte, La bonne foi : notion protéiforme , www.usherbrooke.ca
11. Loir Romain, les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats 2, 2001/2002, www.edpctorale74.univ-lille2.
12. Vezina Nathalie, La demeure, le devoir de bonne foi et la sanction extrajudiciaire des droits du créancier. www.usherbrooke.ca
13. Vigneau Christophe, l'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, juillet 2004 www.soufrance-et-travail.com
14. <https://www.courdecassation.fr>
15. <https://www.legifrance.gouv.fr>
16. www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-

- النصوص التشريعية والتنظيمية والمواثيق الدولية :

1- النصوص التشريعية والتنظيمية .

- في الجزائر :

قائمة المصادر والمراجع

- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 ،الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 معدل و متمم .
- قانون 83/15 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، ج ر عدد 28،
- قانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 ابريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج ر العدد 17.
- قانون رقم 91-29 مؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1412 الموافق 21 ديسمبر 1991 ،المتعلق بعلاقات العمل ج ر العدد 68
- القانون رقم 04-02. المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 جوان 2004 الذي يحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41.
- الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 09
- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1416 الموافق 25 يناير سنة 1995 والمتعلق بالتأمينات، ج ر العدد 13 .
- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 جوان 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 43
- المرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 24 ربيع أول عام 1396 الموافق 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ج ر ع 496
- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 مؤرخ 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير 1990 الصادر في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر العدد 5.

قائمة المصادر والمراجع

- المرسوم التنفيذي رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 8 مارس 2009، ج ر، ع 15.
- المرسوم التنفيذي رقم 90-290 المتعلق بالنظام الخاص بعلاقات العمل الخاصة بمسيري المؤسسات المؤرخ بتاريخ 29 سبتمبر. 1990 ج ر عدد 42
- المرسوم التنفيذي رقم 366/90 المؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1411 الموافق 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية وعرضها. ج ر العدد 50
- المرسوم التنفيذي 367/90 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها.. المؤرخ في 4 جمادى الأولى 1411، الموافق 10 نوفمبر، 1990، ج ر العدد 50
- المرسوم التنفيذي رقم 42/92 مؤرخ في 30 رجب 1412 هـ الموافق 4 فبراير 1992 يتعلق بالرخص المسبقة لانتهاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص، ج. ر رقم 09.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 06 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، ج ر عدد 52
- المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 6 رمضان عام 1417، الموافق ل 14 يناير سنة 1997 الذي يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية، ج ر، العدد 4 .
- المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، ع 56.

قائمة المصادر والمراجع

- القرار الوزاري مؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1414 الموافق 10 مايو 1994 يتضمن كيفية تطبيق المرسوم ت 266/90 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات.

- في فرنسا :

- Code civil
- Code de la consommation
- Code des assurances
- Code du travail
- Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile
- loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services
- Loi n°83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs
- Loi n°88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs

قائمة المصادر والمراجع

- Loi n°95-96 du 1 février 1995 Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial
- Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.
- Décret n°78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services

- في مصر :

- القانون المدني المصري النافذ
- قانون التجارة المصري رقم 17/99 الصادر في 17/05/1999.
- قانون العمل المصري رقم 2013 - 12 الصادر في 7 ابريل 2003
- القانون رقم 67-06 الصادر في 19 ماي 2006، المتعلق بحماية المستهلك.

-2- المواثيق الدولية :

- Directive N °93/13 du 5 avril 1993 concernant : Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.
- Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs

قائمة المصادر والمراجع

- Directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 directive sur le commerce électronique

الفهرس

الفهرس

أ	قائمة المختصرات
1	مقدمة
20	الباب الأول: مضمون مبدأ حسن النية في العقد
23	الفصل الأول: حسن النية الساكنة
24	المبحث الأول: مفهوم مبدأ حسن النية
25	المطلب الأول: حسن النية بمفهوم مزدوج
25	الفرع الأول: المفهوم الشخصي للمبدأ
26	الفقرة الأولى: تعريف مبدأ حسن النية
32	الفقرة الثانية: تقييم المفهوم الشخصي
35	الفرع الثاني: المفهوم الموضوعي للمبدأ
35	الفقرة الأولى: تعريف مبدأ حسن النية
37	الفقرة الثانية: تقييم المفهوم الموضوعي
43	المطلب الثاني طبيعة مبدأ حسن النية
44	الفرع الأول: أساس مبدأ حسن النية
45	الفقرة الأولى: إرجاع أساس المبدأ إلى فكرة العدالة
49	الفقرة الثانية احترام الثقة المشروعة كأساس لمبدأ حسن النية
54	الفقرة الثالثة فكرة النظام العام كأساس لمبدأ حسن النية
58	الفرع الثاني ازدواجية معايير التقدير
59	الفقرة الأولى المعيار الذاتي لقياس حسن نية المتعاقد
63	الفقرة الثانية المعيار الموضوعي لقياس حسن نية المتعاقد

70	المبحث الثاني: دور مبدأ حسن النية في العقد
70	المطلب الأول: مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقد.....
71	الفرع الأول: دور مبدأ حسن النية في إبرام العقد
71	الفقرة الأولى: دور المبدأ في مرحلة التفاوض على العقد
72	أولاً: أهمية مرحلة التفاوض على العقود
74	ثانياً: دور حسن النية في مرحلة التفاوض
81	الفقرة الثانية: دور المبدأ في مرحلة ما قبل انعقاد العقد
82	أولاً: حسن النية وإعمال نظرية التعسف في استعمال الحق
87	ثانياً: حسن النية كشرط للتمسك بعيوب الرضا
100	الفرع الثاني: دور مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.....
100	الفقرة الأولى: ضرورة عدم تعسف الدائن في استعمال حقه
101	أولاً: عدم تعسف الدائن في طلب التنفيذ العيني
109	ثانياً: ضرورة أن تكون مطالبة الدائن بفسخ العقد مبررة
114	الفقرة الثانية: مبدأ حسن النية وتنفيذ المدين
115	أولاً: علاقة مبدأ حسن النية بمبدأ القوة الملزمة للعقد
118	ثانياً: مبدأ حسن النية وطريقة تنفيذ المدين
120	المطلب الثاني: دور القاضي وأثر حسن النية على المسؤولية المدنية
120	الفرع الأول: دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية
121	الفقرة الأولى: تعديل القاضي لبنود العقد.....
121	أولاً: الأخذ بنظرية الظروف الطارئة
122	ثانياً: إدخال المرونة على الشرط الجزائي وإعمال نظرة الميسرة
	الفقرة الثانية: توسيع دور القاضي بإعطاء المبدأ دلالة لتفسير وتكملة العقد
126

- 126..... أولاً: رأي الفقه التقليدي (إعطاء المبدأ دلالة لتفسير العقد)
- 130..... ثانياً: رأي الفقه الحديث (إعطاء المبدأ دلالة لتنفيذ العقد)
- 134..... الفرع الثاني: أثر حسن النية على تشديد المسؤولية المدنية
- 135 الفقرة الأولى: حسن النية وتشديد المسؤولية المدنية
- 137..... أولاً: ربط فكرة الخطأ بفكرة التوقع
- 140..... ثانياً: اعتبار الإخلال بمبدأ حسن النية خطأ إرادي
- 142..... ثالثاً: عدم إمكانية استبعاد فكرة الخطأ الجسيم
- 144 الفقرة الثانية: حسن النية وتوسيع قرينة الغش
- 149 الفصل الثاني: أثر حسن النية الساكنة في العقد
- 150..... المبحث الأول: أثر مبدأ حسن النية في الأوضاع الظاهرة
- 151..... المطلب الأول: مضمون النظرية وعلاقتها بمبدأ حسن النية
- 151..... الفرع الأول: مضمون نظرية الأوضاع الظاهرة
- 153 الفقرة الأولى: تعريف الأوضاع الظاهرة
- 156 الفقرة الثانية: الحالات التي اعتد فيها المشرع بالأوضاع الظاهرة
- 159..... الفرع الثاني: مبدأ حسن النية كشرط للأخذ بالظاهر وأساس النظرية
- 160 الفقرة الأولى: مبدأ حسن النية كشرط للأخذ بالظاهر
- 164 الفقرة الثانية: أساس النظرية
- 164..... أولاً: نظرية الخطأ في المسؤولية
- 167..... ثانياً: كفاية الظاهر في ذاته كأساس قانوني
- 167..... ثالثاً: حسن النية كأساس للظاهر
- 168..... المطلب الثاني: مبدأ حسن النية والوكالة الظاهرة
- 169..... الفرع الأول: تعريف الوكالة الظاهرة وصورها
- 169 الفقرة الأولى: تعريف الوكالة الظاهرة

172	الفقرة الثانية: صور الوكالة الظاهرة
177	الفرع الثاني: حسن النية شرط للأخذ بالوكالة الظاهرة
177	الفقرة الأولى: المقصود بحسن نية الغير في الوكالة الظاهرة
179	الفقرة الثانية: حدود حماية الغير حسن النية
182	الفرع الثالث: دور الفقه والقضاء في توسيع حالات الأخذ بالوكالة الظاهرة
182	الفقرة الأولى: توسيع حالات الأخذ بالوكالة الظاهرة
183	أولاً: حالة تجاوز حدود الوكالة
184	ثانياً: حالة انعدام الوكالة
186	الفقرة الثانية: مدى الاعتداد بخطأ الموكل في حال تجاوز حدود الوكالة ..
187	أولاً: توسيع الأخطاء الصادرة عن الموكل
191	ثانياً: تقييد السلطات خارج عن المألوف في التعامل
193	المبحث الثاني: أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان
	المطلب الأول: أثر حسن النية في حال ظهور عيب خفي أو تكليف أو حق ارتفاق
194
194	الفرع الأول: حالة ظهور عيب خفي أو تكليف على المبيع
195	الفقرة الأولى: حالة ظهور عيب خفي
195	أولاً: علم المشتري بالعيب أو جهله به
202	ثانياً: تأكيد البائع خلو المبيع من العيب أو إخفاءه غشاً
205	الفقرة الثانية حالة ظهور تكاليف جديدة
205	أولاً: المقصود بالأعباء والتكاليف
208	ثانياً: أثر علم المشتري بوجود تكليف على المبيع
212	الفرع الثاني: حالة ظهور حقوق ارتفاق
212	الفقرة الأولى: أثر علم المشتري بوجود حق إرتفاق على رجوعه بالضمان

- الفقرة الثانية: مدى ضرورة استلزام علم المشتري بوجود حق ارتفاق عن طريق
البائع، ومدى كفاية العلم المستمد من التسجيل 217
- أولاً: مدى ضرورة استلزام علم المشتري بوجود حق ارتفاق عن طريق البائع
218.....
- ثانياً: مدى كفاية العلم المستمد من التسجيل لإعفاء البائع من الضمان . 222
- المطلب الثاني: أثر مبدأ حسن النية في حال استحقاق المبيع 224
- الفرع الأول: أثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان وعلى سقوط ضمان
الاستحقاق 225
- الفقرة الأولى: أثر حسن نية المشتري على رجوعه بالضمان 226
- الفقرة الثانية: مدى ضرورة استلزام العلم في حالات سقوط ضمان الاستحقاق
229
- أولاً: مدى ضرورة إرتباط العلم بوجود إتفاق على عدم الضمان 229
- ثانياً: مدى استلزام العلم في تصريح المشتري بالشراء على مسؤوليته لإسقاط
الضمان 232
- الفرع الثاني: أثر علم المشتري بأسباب الاستحقاق على نطاق ما يحكم له به 233
- الفقرة الأولى: موقف التشريع بخصوص المصاريف التي يكون للمشتري الرجوع
بها 234
- الفقرة الثانية: رأي الفقه وضرورة التمييز بين حسن وسوء نية المشتري . 235
- الباب الثاني: فعالية و ديناميكية مبدأ حسن النية في نظرية العقد 243
- الفصل الأول: دور مبدأ حسن النية في استبعاد الشروط التعسفية 245
- المبحث الأول: مقومات ربط فكرة الشروط التعسفية بمبدأ حسن النية..... 246
- المطلب الأول: التباين في تعريف الشروط التعسفية ونطاق الحماية 246

- 247..... الفرع الأول: عدم ضبط فكرة الشروط التعسفي
- 248 الفقرة الأولى: تعريف المشرع للشرط التعسفي
- 252 الفقرة الثانية: تعريف الفقه المقارن للشرط التعسفي
- 254..... الفرع الثاني: امتداد نطاق الحماية من الشروط التعسفية
- 255 الفقرة الأولى: نطاق الحماية من حيث الأشخاص
- 255..... أولاً: الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك
- 256..... ثانياً: الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك
- 264 الفقرة الثانية: نطاق الحماية من حيث طبيعة العقد
- 267 الفقرة الثالثة: نطاق الحماية من حيث موضوع العقد
- 268..... المطلب الثاني: مبدأ حسن النية كأساس ممتاز لاستبعاد الشروط التعسفية
- 268..... الفرع الأول: عدم وضوح تعريف الشرط التعسفي
- 270..... الفرع الثاني: عدم كفاية المعايير التي يسترشد بها القاضي
- 271 الفقرة الأولى: تحديد معايير قياس الشرط التعسفي
- 271..... أولاً: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية
- 275..... ثانياً: معيار الميزة المفرطة
- 278..... ثالثاً: معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات
- 280 الفقرة الثانية: بعض تطبيقات القضاء الفرنسي
- 284..... المبحث الثاني: توسيع دور القاضي والجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية
- 285..... المطلب الأول: رقابة القاضي على الشروط التعسفية
- 285..... الفرع الأول: موقف الفقه من تدخل القاضي
- 286 الفقرة الأولى: الاتجاه الراض لتدخل القاضي
- 289 الفقرة الثانية: الاتجاه المؤيد لتدخل القاضي
- 295..... الفرع الثاني: موقف التشريع المقارن من تدخل القاضي

المطلب الثاني: جزاء إدراج الشروط التعسفية وبحث صفة التعسف في الشرط الجزائي	300
الفرع الأول: جزاء إدراج الشروط التعسفية	301
الفقرة الأولى: الجزاء المباشر	301
أولاً: طبيعة الجزاء	301
ثانياً: نطاق البطلان	308
الفقرة الثانية: الجزاء غير المباشر	310
الفرع الثاني صفة التعسف في الشرط الجزائي	316
الفقرة الأولى: التقريب بين مفهوم الشرط الجزائي والشرط التعسفي	316
الفقرة الثانية: جزاء إدراج شرط جزائي تعسفي	318
الفصل الثاني: الالتزام والنزاهة والتعاون في العقود	323
المبحث الأول: الالتزام العام بالنزاهة	325
المطلب الأول: مضمون الالتزام العام بالنزاهة	325
الفرع الأول: تعريف الالتزام العام بالنزاهة	326
الفرع الثاني: رأي الفقه وأساس الالتزام بالنزاهة	330
الفقرة الأولى: رأي الفقه حول وجود الالتزام بالنزاهة	331
الفقرة الثانية: أساس الالتزام بالنزاهة	332
المطلب الثاني: مضمون الالتزام وتطبيقاته في عقد العمل	336
الفرع الأول: مضمون الالتزام في عقد العمل	337
الفرع الثاني: تطبيقات الالتزام بالنزاهة في عقد العمل	340
الفقرة الأولى: الالتزام بالمحافظة على أسرار العمل	340
أولاً: مضمون الالتزام	341
ثانياً: جزاء الإخلال بالالتزام	343

- 344 الفقرة الثانية: التزام العامل بعدم منافسة رب العمل
- 345 أولاً: مضمون الالتزام بعدم المنافسة
- 349 ثانياً: حالات الإخلال بالالتزام بعدم المنافسة
- 353 المبحث الثاني: الالتزام العام بالتعاون
- 353 المطلب الأول: مضمون الالتزام العام بالتعاون
- 354 الفرع الأول: تعريف الالتزام العام بالتعاون
- 354 الفقرة الأولى: المقصود بالالتزام بالتعاون
- 357 الفقرة الثانية: ما يفرضه واجب التعاون
- 361 الفرع الثاني: نطاق الالتزام العام بالتعاون في العقود
- 362 الفقرة الأولى: نطاقه في عقد التأمين
- 370 الفقرة الثانية: نطاقه في عقد العمل
- 373 المطلب الثاني: الالتزام بالإعلام كمظهر للتعاون
- 373 الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام
- 374 الفقرة الأولى: المقصود بالالتزام بالإعلام ويحث حسن النية كأساس
- 374 أولاً: المقصود بالالتزام بالإعلام
- 378 ثانياً: حسن النية أساس للالتزام بالإعلام
- 382 الفقرة الثانية: طائفة المعلومات التي يلتزم المهني بالإدلاء بها
- 383 أولاً: إعلام المستهلك بطريقة استعمال المنتج أو تشغيله
- 386 ثانياً: تحذير المستهلك
- 393 الفرع الثاني: طبيعة الالتزام بالإعلام وحدود الجهل بالبيانات والمعلومات
- 394 الفقرة الأولى: طبيعة الالتزام بالإعلام
- أولاً: قصور اعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً بوسيلة عن تلبية متطلبات حماية
- 395 المستهلك

396.....	ثانياً: عدم ملائمة اعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة
398.....	ثالثاً: حقيقة الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام
399	الفقرة الثانية: حدود الجهل بالبيانات والمعلومات
400.....	أولاً: عدم قرينة الجهل لدى المستهلك
405.....	ثانياً: أثر صفة الاحتراف وضرورة الاستعلام
410	خاتمة
418	قائمة المصادر والمراجع
444	الفهرس

ملخص

يعد تدخل مبدأ حسن النية في العلاقات العقدية أمراً حتمياً لإعادة تلك العلاقات إلى مسارها المستقيم، فهو وإن كان في الأصل قاعدة أخلاقية، إلا أنه نتيجة تحوله إلى قاعدة قانونية يكتسب صفته القانونية المتميزة بالعمومية والتجريد، والإلزامية المفروضة تحت طائلة الجزاء. تتجسد أهميته في أنه يحافظ على استقرار التعامل، يحقق العدالة، يحافظ على توازن المصالح، يخفف من المخاطر الاقتصادية التي قد تصيب أطراف العلاقة العقدية يلعب دوراً هاماً سواء في إبرام العقد أو في تنفيذه. فضاءه يتسع ليشمل العديد من النظريات كنظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الأوضاع الظاهرة. كما أن العديد من القواعد في أحكام القانون المدني تعد تطبيقاً للمبدأ كذلك القواعد المتعلقة بالحيازة والاتساق والدفع غير المستحق. يلعب دور وقائي من الشروط التعسفية فمرورته تجاري مرونة الشروط التعسفية، وهو كالتزام قانوني يفرض نزاهة وتعاوناً بين طرفي العقد

و على الرغم من غموض المبدأ وصفته الديناميكية الأمر الذي قد يؤدي إلى إبعاد الأمن القانوني إلا أن اختقائه يؤدي إلى إبعاد الأمن القضائي للمتعاقدين. من ثم تظهر أهمية المبدأ في أنه يخفف الكثير من صرامة بعض النصوص التي يؤدي التقيد بحرفية تطبيقها إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها.

الكلمات المفتاحية: مضمون مبدأ حسن النية - إبرام العقد - تنفيذ العقد - نظرية الأوضاع الظاهرة - رجوع المشتري بالضمان - الشروط التعسفية - الالتزام بالنزاهة والتعاون.

Résumé :

L'intervention du principe de bonne foi dans les relations contractuelles est obligatoire pour remettre ces relations sur le droit chemin, même s'il est considéré comme une base morale, ce principe qui résulte de sa transformation en règle juridique, revêt la qualité juridique caractérisée par son aspect général et dénudé et obligatoire sous peines de sanctions

Son importance est caractérisée par la protection de la stabilité de la transaction, l'équilibre des intérêts, diminuer les risques économiques pouvant toucher les parties contractantes. Il joue un rôle important soit au moment de la conclusion de l'acte ou dans son exécution. Il englobe de nombreuses théories telles que la théorie de l'abus d'usage de droit ainsi que celle des apparences. De nombreuses règles au code civil sont considérées comme application de ces règles relatives à la possession, à l'accession ou à l'indue paiement. Il joue un rôle préventif des conditions d'abus car sa flexibilité est exemplaire à celles des conditions d'abus. Considéré comme une obligation juridique, il impose une intégrité et une collaboration entre les parties .

Malgré l'ambiguïté du principe et son caractère dynamique, ce qui pourrait mener à écarter la sécurité légale ; or, sa disparition mènerait à écarter la protection judiciaire des parties. Son importance apparaît aussi dans la réduction considérable de la rigidité de quelques textes auxquels il est impératif de s'y conformer à la lettre ce qui est contraire à l'esprit de justice.

Mots Clés: Mots-clés : contenu du principe de bonne foi, conclusion du contrat, exécution du contrat, théorie des apparences, recours de l'acquéreur en garantie, conditions abusives, obligation à l'intégrité et à la coopération.

Summary :

The intervention of good faith in contractual relations is obligatory to put these relations on the right path, even if it is considered as a moral basis, this principle which was the result of its transformation into legal basis acquires a legal quality of a general, denuded and condemnatory character under penalties of right. Its importance is embodied in protecting the stability of the transaction, balancing interests, reducing the economic risks that can affect the contracting parties. It plays an important role in the signature of the act or in its execution. It encompasses many theories such as the theory of misuse of right as well as that of appearances. Numerous rules to the Civil Code are considered as applying these rules relating to possession, accession or undue payment.

It plays a preventive role in the conditions of abuse because its flexibility is exemplary to the conditions of abuse. It is a legal obligation, it imposes integrity and collaboration between the parties especially in consumer contracts.

Despite the ambiguity of the principle and its dynamic nature, which could lead to the removal of legal security; And its disappearance would lead to the exclusion of the judicial security of the contractors. Its importance also appears in the considerable reduction of the rigidity of some texts to which it is imperative to conform to the letter, which is contrary to the spirit of justice.

Key words: content of the principle of good faith, conclusion of the contract, performance of the contract, theory of appearances, recourse by the purchaser in guarantee, abusive conditions, obligation to integrity and cooperation.